غاية الإيضاح المطالب

في

شرح المكاسب

البيع

الجزء الأول

تأليف

آية الله

محمد علي مشتهردي

(دام ظله العالي)


بسم الله الرحمن الرحيم



غاية ايضاح المطالب
في
شرح المكاسب

الجزء الأوّل

تأليف

الأُستاذ حضرة آية الله
محمّد علاّمي هَشترودى
مُـدَّ ظِلُّهُ العالي

الحوزة العلميّة ـ قم
ايران

شبكة كتب الشيعة
shiabooks.net
mktba.net < رابط بديل

علامی هشترودی ، محمد ، ۱۳۰۲ ـ
غایة ایضاح المطالب فی شرح المکاسب / تالیف محمد علامی هشترودی . ـ قم : حوزه علمیه قم ، ۱۳۷۷ .
ج . ۱
کتاب البیع
کتابنامه : ص [۴۵۰ ـ ۴۵۳] : همچنین بصورت زیرنویس .
۱ . انصاری ، مرتضی بن محمد امین ، ۱۲۱۴ ـ ۱۲۸۱ ق . المکاسب ـ نقد وتفسیر .
۲ . معاملات (فقه) . الف . انصاری ، مرتضی بن محمد امین ، ۱۲۱۴ ـ ۱۲۸۱ ، المکاسب
ـ شرح . ب . عنوان : المکاسب . ج . عنوان
BP ۱۹۰/۱/الف۸م۷۰۲ع۸ / ۲۹۷ / ۳۷۲

شابک : ۰ - ۱۲ - ۶۴۰۱ - ۹۶۴
ISBN 964 - 6401 - 12 - 0

الکتاب : ..... غایة ایضاح المطالب فی شرح المکاسب / الجزء الاول
المؤلف : ..... حضرة آیة الله الحاج محمد الهشترودی
الناشر : ..... مؤسسة زائر
المطبعة : ..... توحید . قم
صف الحروف : ..... مؤسسة الزهراء (س)
اللوح الحساسة : ..... شرکة التعاون للناشرین
الطبعة : ..... الثانیة / ۱۴۱۹ هـ . ق
الکمیة : ..... ۱۰۰۰ نسخة
عنوان الناشر : ..... قم / میدان شهداء : ص . ب ـ ۳۵۹۷ ـ ۳۷۱۸۵ ، الهاتف ۷۴۲۵۱۹

حقوق الطبع محفوظة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد للّه الّذي نوّر قلوبنا بنور معرفته و شرح صدورنا بإرشاد من آختاره من بريّته محمّد ﷺ وهدانا إلىٰ الإذعان بأطايب عترته سلام اللهُ عليه وعليهم ولعنة اللهُ علىٰ أعدائهم إلىٰ يوم الدّين .

الإهداء :

سيّدي ومولاي يا بقيّة الله الحجّة ابن الحسن روحي لك الفداء إنّي لأستحيي أنْ أُقدّم بحضرتك و أهدي إلىٰ رفيع قدسك هـذه الصّحائف الوجيزة مُعْترفاً بتقصيري في أداءِ ما وجب لي من الخدمة لك بل في أداء عشر من معشاره و لكن رجائي يا ملاذي أنْ تمنّ عَلىٰ وليّك بابتياع هذه البضاعة المزجاة الرّجْلَ الجراد منه و أنْ تـقبّله بقبول حسن و أنْ تنظره بعين اللّطف و الكرم و أن تسلك بي في زمرة خدّامكم الّذين تمسّكوا بذيل عنايتكم و استشفعوا بشفاعتكم فاشفع يا سيّدي لهذا المسكين و لوالديه يوم تبلىٰ السّرائر .

المقدمة :

بسم الله الرَّحمٰنِ الرَّحيم

الحمد لله ربّ العالمين و الصّلوٰة و السّلام علىٰ محمّد و آله الطّاهرين لا سيّما إمام العصر و صاحب زماننا الحجّة بن الحسن العسكري عجّل الله تعالىٰ فرجه الشّريف و جعلنا من أعوانه و أنصاره .

لا يخفىٰ عَلىٰ اهل الفضيلة أنّ العلوم تختلف اهميّتها ومكانتها باعتبار أهميّته ومكانته موضوعها وأنّ لعلم الفقه المكانة السّامية والأهميّة الخاصّة حيث إنّ موضوعه هو القوانين والاحكام الإلهيّة بل هو من أشرف العلوم بعد علم التّوحيد

لأنّ به يعرف الحلال من الحرام و الحقّ من الباطل إذ لا ريب أنّ العلم أفضل الفضائل الكماليّة و أشرف النّعوت الجماليّة فهو الموصل إلىٰ جوار رحمة ربّ العالمين و الدّخول في افق الملائكة المقرّبين و هو المؤدّي إلىٰ دار المقامة الّتي لا تزول و محلّ الكرامة الّتي لا تحول ولذلك نرى الفحول من عظماءِ علمائنا الكرام قضوا حياتهم في تبيين الأحكام وبسطها من علم الفقه لكي تكون سهلة الوصول لكلّ وارد وطالب

ولذلك ايضا بذلت جهدى فى تبيين الاحكام وايضاح غايتها بحيث اصبح

هذا الشّرح لا يدع مشكلةً في (المكاسب) إلّا و قد حلّها و لا معضلةً إلّا و أوضحها بل يتكفّل هو حلّ مطالب الشّيخ الأعظم بتوضيح مراداته وكشف النّقاب عن مقاصده على وجه يدفع ايراد المحشّين عنه ومع ذلك قد اشتمل علىٰ حلّ مشكلات خلت عنه كتب السّابقين كلّ ذلك بعباراتٍ واضحةٍ جليّةٍ خاليةٍ عن الإطناب المملّ والإيجاز المخلّ راجياً أن ينتفع به عموم الطّلاب و المشتغلين و أنْ يذكروني بالخير عندما تحلّ مشكلة و تتّضح لهم معضلة و أن يستغفروا لي ربّهم حيّاً كنت أو ميّتاً فيقولوا غفر الله له غفر الله لكم أيّها الاخوان .

محمّد علّامة هشترودى

قم المشرّفة ـ الحوزة العلميّة

« كتاب البيع »

و هو في الأصل (١) كما عن المصباح المنير (٢) مبادلة مال بمال (٣) و الظّاهر (٤) اختصاص المعوّض بالعين (٥) فلا يعمّ إبدال المنافع بغيرها (٦) و عليه (٧) استقرّ اصطلاح الفقهاء في البيع .

---

(١) يعني في أصل اللّغة و الوضع اللّغوي .

(٢) المصباح المنير الجزء الأوّل ص ٧٧ - أقول لا يخفىٰ ما في تعريف المصباح من المسامحة لأنّ مطلق مبادلة مال بمال لا يكون بيعاً و إلاّ فالصّلح و الإجارة و نحوهما أيضاً كذلك و أيضاً البيع ليس مبادلة بل تمليك عين بعوض و لذا يشكل إيجابه بقوله بادلنا أو تبادلنا ، فحقّه أن يقال تبديل مال بمال فإنّه فعل الواحد لا إثنين .

(٣) في أقرب الموارد : المال ما ملكته من جميع الأشياء : و عند أهل البادية : النعم ، يذكّر و يؤنّث ، يقال : هو المال ، و هي المال . ج أموال . و المال عند الفقهاء ما يجري فيه البذل و المنع ، فيخرج الرماد و التراب ، و الميتة التي ماتت حتف أنفها .

أقول للبيع إضافتان إضافة الىٰ الفاعل و من يصدر عنه المبدء و إضافة أخرىٰ الىٰ المفعول و هو بالنّظر الىٰ الإضافة الأولىٰ عبارة من التّبديل و التّعويض لأنّ الفعل الصادر عن البايع هو التّبديل و بالنّظر الىٰ الاعتبار الثّاني عبارة عن قيام كل واحد من المالين مقام الآخر من الأوصاف الاعتباريّة العقلائيّة كالملكيّة و الوقفيّة و الرّقيّة و لأجل أنّ المقصود الأصلي و الأهمّ تعريف البيع بالاعتبار الثّاني عرّفه المصنف ﷺ بالمبادلة ليفيد قيام كلّ من المالين مقام الآخر في الأوصاف الاعتبارية كأن يعطي الكتاب بمقابل مئة درهم حيث انّ التّبديل و نحوه لا يفيد كما هو واضح و بهذا يُدفع إيراد المحشّين علىٰ المصنّف بأنّ اللّازم عليه من جهة كون البيع فعل شخص واحد أن يعرفه بالتّبديل كما عرفت منّا أيضاً و ذلك لأنّ المصنّف كان بصدد تعريفه بلحاظ الاعتبار الثّاني لا الاعتبار الأوّل.

(٤) يعني الظّاهر من العرف و الشّرع اختصاص المعوّض بالعين.

(٥) أقول و لكلمة (العين) إطلاقات منها أنّها تطلق و يراد بها مقابل المنفعة كقولنا : و لا بدّ في البيع أن يكون المبيع عيناً أي لا يكون منفعة و هذا الإطلاق مراد المصنّف هنا من العين و لذا فرّع عليه بقوله (فلا يعمّ إيدال المنافع بغيرها) بأن تقول : بعت سكنىٰ الدار بخمسين ديناراً : و منشأ هذا الظّهور التّبادر و صحّة السّلب ، أمّا الأول فلتبادر العين من لفظة (البيع) عند اطلاقها في قول

القائل : (بعت) فإنّهامتىٰ اطلقت يراد منها بيع الأعيان لا بيع المنافع و التّبادر من علامة الحقيقة ، و أمّا الثّاني فلصحّة سلب البيع عن تمليك المنفعة بعوض في قولك : بعتك منفعة الدّار سنة بخمسين ديناراً فعندئذ يصحّ أن يقال إنّ بيع المنفعة ليس ببيع إذا عرفت هذا فنقول : العين في المقام تشمل العين الشخصيّة كالذّهب و الفضة ، و للكلّي في المعيّن كصاعٍ من الصّبرة المعيّنة ، و للكلّي المشاع كربع الدّار ، وللكلّي في الذمّة كبيع مَنٍّ من الشّعير سلماً أو حالا ، و للكلّي الثّابت في ذمّة غيره .

فإنّ هذه الأمور يصدق عليها عنوان العين و إذن فتختصّ الأدلّة الواردة في إمضاء البيع بنقل الأعيان و تبعد عن تمليك المنافع رأساً .

و في « مصباح الفقاهة » المراد من العين ما إذا وجد في الخارج كان جِسماً مشتملاً علىٰ الأبعاد الثّلاثة : العرض ، و الطول ، و العمق . و لا شكّ في أنّ هذا المعنىٰ للعين يقابل المنفعة ، و الحقّ ، و جميع الأعراض المقوليّة و إذن فلا يصدق مفهوم البيع علىٰ تبديل منفعة بمنفعة و لا علىٰ تبديل حقّ بحقّ . انتهىٰ .

(٦) الضّمير الفاعل لمستتر في (فلا يعمّ) يرجع الىٰ البيع و الضمير المجرور يرجع الىٰ المنافع أي لا يشمل البيع إيدال المنافع بغير المنافع .

(٧) أي علىٰ الاختصاص و علىٰ كون البيع المبادلة لعين بشيء آخر استقرّ اصطلاح الفقهاء في البيع .

نعم ربّما يستعمل في كلمات بعضهم في نقل غيرها (٨) بل يظهر ذلك (٩) من كثير من الأخبار كالخبر (١٠) الدّال علىٰ جواز بيع خدمة المدبّر (١١) و بيع سكنىٰ الدّار التي لا يعلم صاحبها (١٢) و كأخبار بيع الأرض الخراجية (١٣) و شرائها و الظاهر أنّها (١٤) مسامحة في التّعبير كما أنّ لفظ الاجارة يستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان كالثّمرة علىٰ الشّجرة (١٥) و أمّا العوض فلا إشكال في جواز كونه منفعة كما في غير موضع من القواعد (١٦) و التذكرة و عن جامع المقاصد و لا يبعد عدم الخلاف فيه (١٧).

---

(٨) يعني غير العين و هو المنفعة.

(٩) يعني استعمال البيع في نقل المنافع.

(١٠) عن النّوفلي عن السّكوني عن جعفر بن محمّد عن أبيه عن عليّ عليه السلام قال: باع رسول الله صلى الله عليه وآله خدمة المدبّر و لم يبع رقبته.

(وسائل الشيعة) الجزء ١٦ كتاب التدبير باب ٣ ص ٨٨ الحديث ٤، هذا الخبر ضعيف بالنّوفلي.

التهذيب ج ٨ باب التّدبير ص ٢٦٠ حديث ٩٤٥.

(١١) أقول المدبّر بصيغة المفعول هو العبد أو الأمة يدبّرهما مولاهما بان يقول مخاطباً لهما أنتما: حُرّان دُبُرَ وفاتي.

(١٢) (الوسائل) الجزء ١٢ ص ٢٥٠، الباب ٣ من أبواب عقد البيع، الحديث ٥.

(١٣) (الوسائل) ج ١٢ ص ٢٧٥ ، الباب ٢١ الحديث ٧ و المراد بالأرض الخراجيّة المفتوحة عنوة .

(١٤) أي الظاهر من استعمال لفظ البيع في المنافع في الموارد الثّلاثة في الأخبار المذكورة و في غير هذه الأخبار و اطلاق البيع علىٰ نقل المنفعة مسامحة في التّعبير و مجاز و ليس بحقيقة لما عرفت من تبادر غير هذه المعاني من لفظ البيع و التّبادر آية الحقيقة كما أنّ تبادر الغير آية المجاز .

(١٥) أقول مراده ﷺ بقرينة التقابل بين الإجارة و البيع ما إذا تعلّقت الاجارة بنفس الثّمرة فإنّها الّتي تكون بيعاً قطعاً كما في رواية الحلبي الواردة في بيع الثّمار .

قال تقبّل الثّمار إذا تبيّن لك بعض حملها سنة و ان شئت أكثر و ان لم يتبيّن لك ثمرها فلا تستأجر [1] .

(١٦) قواعد الأحكام ج ١ ص ٢٢٥ ، تذكرة الفقهاء ج ٢ ص ٢٩١ ، جامع المقاصد ج ٧ ص ١٠٣

(١٧) أي في جواز كون المنفعة عوضاً .

---

(١) الوسائل ج ١٨ الباب ٢ ص ٢١٨ حديث ٤ ، التهذيب ج ٧ الباب ١٩ من أبواب المزارعة ص ٢٠٢ حديث ٣٦ .

نعم (١) نسب الىٰ بعض الأعيان الخلاف فيه (٢) و لعلّه (٣) لما اشتهر في كلامهم من أنّ البيع لنقل الأعيان و الظاهر (٤) إرادتهم بيان المبيع نظير (٥) قولهم انّ الاجارة لنقل المنافع و أما عمل الحرّ (٦) فان قلنا إنّه قبل المعاوضة عليه من الأموال فلا إشكال و إلّا ففيه (٧) إشكال من (٨) حيث احتمال اعتبار كون العوضين مالاً قبل المعاوضة كما يدلّ عليه (٩) ما تقدّم عن المصباح و أمّا الحقوق (١٠) فان لم تقبل المعاوضة بالمال كحقّ الحضانة (١١) و الولاية (١٢) فلا إشكال و كذا لو لم تقبل النّقل كحقّ الشفعة (١٣) و حقّ الخيار لأنّ (١٤) البيع تمليك الغير و لا ينتقض[1] ببيع الدّين علىٰ من هو عليه.

---

(١) أقول كلمة (نعم) استدراك عمّا أفاده من عدم وقوع الخلاف في وقوع المنافع عوضاً و النّاسب هو الشّيخ الكبير شيخ الفقهاء صاحب كشف الغطاء الشّيخ جعفر النّجفي كاشف الغطاء في شرح قواعده المخطوط : و المراد من بعض الأعيان (الأستاذ الأكبر الآغا باقر الوحيد البهبهاني في رسالته العمليّة الموسومة بآداب التّجارة).

(٢) أي الخلاف في جواز كون العوض منفعة و انّه لا يصحّ كون عوض البيع منفعة أيضاً عنده.

---

(١) النّاقض صاحب الجواهر راجع جواهر الكلام ج ٢٢ ص ٢٠٩.

(٣) قوله (و لعلّه) الخ توجيه من المصنّف لما أفاده بعض الأعيان أي و لعلّ منشأ خلاف بعض الأعيان و ذهابه الىٰ عدم جواز جعل المنفعة عوضاً انّه اشتهر في كلام الفقهاء انّ البيع لنقل الأعيان و زعم أنّ مرادهم نقل الأعيان في جانب العوض و المعوّض كليهما فلا يصحّ وقوع المنافع في العوض و المعوّض هذا و لكن لا يبعد أن يقال انّ خلافه في محلّه حيث انّ البيع قد أخذ في مفهومه المال في طرفيه معاً و قد مرّ أنّ المال لا يصدق علىٰ المنفعة بل لا يبعد ظهوره في خصوص العين كما صرّح به مجمع البحرين حيث قال : المال في الأصل الملك من الذّهب والفضّة ثمّ أطلق علىٰ كلّ ما يقتنىٰ و يملك من الأعيان فلاحظ .

(٤) قوله (و الظاهر الخ) ردّ من المصنّف للتّوجيه المذكور يعني أنّ مراد الفقهاء من كون البيع ناقلاً للأعيان كونه ناقلاً لها بالنّسبة الىٰ المبيع أي المعوّض لا ما يشمل المعوّض و العوض حتّىٰ يجعل منشأً للخلاف كما أنّ المراد من قولهم : انّ الاجارة لنقل المنافع كونه ناقلاً لها بالنّسبة الىٰ ما تتعلّق به الاجارة لا ما يجعل عوضاً له .

(٥) يعني الاجارة لنقل المنافع بالمال كما عرفت آنفاً .

(٦) أقول قوله (و أمّا عمل الحرّ الخ) استدراك عمّا تقدّم من المصنّف ﷺ و هو قوله (و أمّا العوض فلا اشكال في جواز كونه منفعة) بيان ذلك أنّ عمل الحرّ تارة يلاحظ بعد وقوع المعاوضة عليه كما إذا استأجره لخياطة ثوبه أو لبناية داره

أو لتجارة بابه و نحوها و أُخرىٰ يلاحظ قبل وقوع المعاوضة عليه .

و علىٰ الأول فلا اشكال في جعل العمل المزبور عوضاً في البيع لأنّه بعد وقوع المعاوضة عليه من الأموال قطعاً كما لو استأجر شخص البنّاء عشرة أيّام للبناية فبناية البنّاء في هذه المدّة مال للمستأجر قطعاً و علىٰ الثاني فإن قلنا : إنّ عمل الانسان قبل المعاوضة عليه أيضاً يعدّ من الأموال بحيث يبذل بإزائه مال إلّا أنّه للعامل فلا اشكال في جواز وقوعه عوضاً في البيع فيصحّ أن يشتري شيئاً في مقابله و إن قلنا إنّه قبل المعاوضة عليه ليس بمال ففي وقوعه اشكال هذا و التحقيق أن يقال إنّه لا يفرّق في صدق مفهوم المال علىٰ عمل الحرّ بين وقوع المعاوضة عليه و عدمه و ذلك لما ذكر في محلّه من انّ ماليّة الأشياء متقوّمة برغبة الناس فيها رغبة عقلائيّة و لا يعتبر في ذلك صدق الملك عليها و من الواضح انّ عمل الحرّ قبل وقوع المعاوضة عليه من مهمّات الأموال العرفيّة و إن لم يكن مملوكاً لأحدٍ .

(٧) أي و الّا يصدق علىٰ عمل الحرّ المال ففيه اشكال و قد عرفت عدم الفرق بين الصورتين آنفاً فلا نعيده .

(٨) كلمة من بيان لوجه الإشكال في جعل عمل الحرّ عوضاً لو لم يعدّ مالاً و قد عرفت أنّ عمل الحرّ قبل وقوع المعاوضة عليه من مهمّات الأموال فلا إشكال عندئذ .

(٩) يعني يدلّ علىٰ اعتبار كون العوضين مالاً قبل المعاوضة تعريف المصباح بقوله : البيع مبادلة مال بمال فانّه علىٰ هذا التعريف لا بدّ أن يكون العوضان مالاً قبل البيع لكي يصدق مبادلة مال بمال .

« في الحقوق و أقسامه »

(١٠) أقول الكلام في الحقوق يقع في مقامات ثلاثة الأوّل في معنىٰ الحقّ لغة و الثّاني في أقسامه و الثّالث في الفرق بينه و بين الحكم الذي يعلم منه معناه اصطلاحاً ، أمّا الأول فنقول الحقّ في اللّغة هو الثّبوت و بهذا الاعتبار يطلق علىٰ الله تعالىٰ الحقّ من جهة أنّ ثبوته جلّ شأنه من أعلىٰ مراتب الثّبوت و يقال للأمر الموافق للواقع أنّه حقٌّ و بهذا الاعتبار يطلق علىٰ القيامة الحاقّة و أمّا الثّاني فاعلم انّ الحقوق علىٰ ثلاثة أقسام قسم لا يقبل الاسقاط و لا النّقل و لا الانتقال بالموت كحقّ الأُبوّة و حقّ الولاية للحاكم و حقّ الاستمتاع بالزّوجة و حقّ الحضانة و نحوها و قسم يقبل الانتقال بلا عوض و يجوز إسقاطه أيضاً و لا يقبل الانتقال كحقّ القسم في الزوجات لأنّ إسقاطه صحيح و نقله مجّاناً الىٰ زوجة أُخرىٰ كذلك و قسم يقبل الانتقال و يصحّ إسقاطه و لا يجوز نقله كحقّ الشفعة و الخيار فإنّهما غير قابلين للنّقل الاختياري نعم هما قابلان للنّقل القهري إذا وجد سببه كالإرث كما هو معروف بين الفقهاء و المحقّقين و إن

استشكل فيه بعض المحشّين .

(١١) و تسمّىٰ تربية الطفل حِضانة و هذا الحقّ ليس قابلاً بالمعاوضة بالمال فلا يصحّ جعله ثمناً و لا مثمناً و كذا ليس قابلاً للنّقل حتّىٰ يقابل بالمال و قد عرفت أنّ البيع تمليك الغير .

(١٢) الولاية بكسر الواو و فتحها السّلطة علىٰ الطفل و تولّي أموره فهذا القسم و هو ما لا يقبل النّقل و الإسقاط معاً كحقّ الولاية للأب و الجدّ و حقّ الحِضانة و أمثالهما لا إشكال في عدم جواز جعله ثمناً و عوضاً فلا يصحّ أن يأخذ زيد ديناراً في مقابل أن يعطي حقّ الوِلاية لعمرو حتّىٰ لا يكون لزيد حقّ الوِلاية فضلاً عن كونه معوّضاً و الوجه فيه عدم تحقّق معنىٰ العوضيّة فيه لأنّ حقّ الوِلاية والحِضانة و الحِيازة لا تقابل بالمال .

(١٣) الشّفعة عند الفقهاء هي تملك المجاور العقار المقصود بيعه جبراً علىٰ مشتريه بدفع الثمن الّذي قام عليه العقد فحقّ الشفعة و الخِيار ممّا يقبل الاسقاط دون النّقل و لا يجوز جعله عوضاً و الوجه فيه انّ من لوازم البيع النّقل لأنّ البيع تمليك الغير و التّمليك مستلزم للنّقل و المفروض عدم قابليّة هذا القسم له .

(١٤) أقول يعني من الطرفين المبيع و العوض فهو من طرف البايع تمليك العين للمشتري و من طرف المشتري تمليك الثّمن للبايع .

لأنّه (١) لا مانع من كونه تمليكاً فيسقط و لذا (٢) جعل الشّهيد في قواعده [1] الابراء مردّداً بين الاسقاط و التّمليك و الحاصل (٣) أنّه يعقل أن يكون مالكاً لما في ذمّته فيؤثر تمليكه (٤) السّقوط و لا يعقل أن يتسلّط علىٰ نفسه و السّر أنّ مثل هذا الحقّ سلطنة فعليّة لا يعقل قيام طرفيها (٥) بشخص واحد بخلاف الملك فإنّه (٦) نسبة بين المالك و المملوك و لا يحتاج الىٰ من يملك عليه حتّىٰ يستحيل اتّحاد المالك و المملوك عليه فافهم (٧) و أمّا الحقوق القابلة للانتقال كحقّ التحجير و نحوه (٨) فهي و ان قبلت النّقل و قوبلت بالمال في الصلح إلّا انّ في جواز وقوعها (٩) عوضاً للبيع اشكالاً (١٠) من أخذ المال في عوض المبايعة لغة (١١) و عرفاً مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرّض لشروط العوضين و لما يصحّ أن يكون أجرة في الاجارة في حصر الثّمن في المال.

---

(١) أقول قوله (لأنّه) تعليل لعدم ورود النقض ببيع الدين علىٰ من هو عليه بيانه انّ بيع الدّين علىٰ من هو عليه تمليك للدّين و قولك لا يعقل أن يكون الانسان مالكاً لما في ذمّته قلنا عدم المعقوليّة فيما إذا كانت مالكيّة المديون لما في ذمته مستمرّة بعد البيع و الشّراء و أمّا اذا لم تكن مستمرّة بل بمجرّد كونه مالكاً لما في ذمّته سقط الدّين عن ذمّته فلا مانع عقلاً عن هذه الملكيّة فيكون بيع الدين

---

(١) راجع القواعد ج ١ ص ٢٩١ القاعدة ١٠٢.

علىٰ من هو عليه أيضاً تمليكاً فعندئذ لا يرد النّقض .

(٢) أقول متن عبارة الشّهيد هكذا (و من المتردد بين الأصلين الابراء هل هو اسقاط أو تمليك انتهىٰ) و غرضه الاستشهاد بذلك علىٰ تملّك الشخص ما في ذمّته لغيره توضيحه انّ الدّين كحبل له طرفان أحد طرفيه بيد الدّائن المالك و طرفه الآخر علىٰ ذمّة المديون و الابراء عبارة عن قطع الرّبط و اخلاء ذمّة المديون عنه و هذا الاخلاء كما يتحقّق بقطع ربطه بالمديون كذلك يتحقّق بقطع ربطه بالدّائن و جعله للمديون فهو بالنّسبة الىٰ القطع بالطّور الاوّل اسقاطه له عن ذمّة المديون و لازمه زوال ملكه عنه و بالنّسبة الىٰ القطع بالطّور الثّاني تمليك له للمديون و لازمه سقوطه عن ذمّته و حيث لم يعلم انّ حقيقة الابراء هل هي اخلاء ذمّة المديون بالطّور الأول أو الثّاني جعل أمره مردداً بينهما .

(٣) أي الحاصل من جواب النّقض انّه يعقل أن يكون الانسان مالكاً لما في ذمّته فيؤثر تمليك الدّائن دينه للمديون السّقوط فلا يكون في ذمّة المديون شيء بعد أن ملكه الدّائن .

(٤) أي لا يعقل قيام طرفي السلطنة المسلّط و المسلّط عليه بشخص واحد و ذلك لأنّهما عنوانان متقابلان لا يجتمعان في موضوع واحد في آن واحد .

(٥) أي فانّ الملك نسبة بين المالك الذي هو المديون صاحب الذمّة بعد بيع الدّائن الدين و بين المملوك الذي هو الدينار مثلاً و لا يحتاج الىٰ من يملك عليه

حتىٰ يكون زيد المديون مالكاً و مملوكاً عليه مسلّطاً و مسلّطاً علىٰ نفسه لكي يستحيل اتّحاد المالك و المملوك عليه .

(٦) اشارة الىٰ انّ انتقال الحقّ الىٰ من هو عليه مستلزم لقيام طرفي السّلطنة بشخص واحد في ملك الأعيان الخارجية لا في ملك الدّيون الذّميّة كما هو محل الكلام في المقام فإنّ المحذور المذكور لا يأتي فيه لأنّ الانتقال فيه عين الاسقاط الّذي هو من آثار التّمليك .

(٧) كحقّ الأولوية في الأماكن العامّة مثل الحسينيّات و المساجد و المدارس الدّينيّة و الأروقة للأئمّة الأطهار فإنّ شخصاً لو سبق الىٰ هذه الأماكن فهو أولىٰ من الآخرين و ليس لهم دفعه عن مكانه و الجلوس فيه فلو صلّىٰ فيه الآخر بطلت صلاته و كحقّ المضاجعة بالنّسبة الىٰ الضرّة و كحقّ السّبق و نحوها .

(٨) يعني وقوع هذه الحقوق عوضاً في البيع .

(٩) أقول كلمة (من) لبيان منشأ الاشكال يعني منشأ عدم جواز وقوع الحقوق عوضاً في البيع هو أخذ المال في تعريف المصباح بقوله البيع مبادلة مال بمال و من المعلوم انّ المال غير الحقّ و أمّا وجه الجواز فهو غير مذكور في العبارة و لعلّه كما عن بعض المحشّين هو كون المال مثالاً لمطلق ما للشّخص سلطنة و استيلاء عليه فيشمل السّلطنة علىٰ الأمور الخارجيّة سلطنة كاملة كسلطنته علىٰ أمته بأن يبيع و يهب و ينكح الىٰ آخر التصرّفات السّائغة يعبّر عنها بالملك و السّلطنة السّائغة يعبّر عنها بالحقّ .

(١٠) كما أفاده صاحب المصباح المنير بقوله البيع مبادلة مالٍ بمالٍ.

(١١) حيث إنّ أهل العرف يفهمون من البيع أنّه مبادلة مالٍ بمالٍ.

ثمّ الظاهر (١) أنّ لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية (٢) و لا متشرعيّة بل هو باق علىٰ معناه العرفي كما سنوضحه إن شاء الله تعالىٰ إلّا أنّ الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه ففي المبسوط* و التذكرة و غيرهما انتقال عين من شخص إلىٰ غيره بعوضٍ مقدّرٍ (٣) علىٰ وجه التّراضي و حيث إنّ في هذا التّعريف مسامحة (٤) واضحة عدل آخرون إلىٰ تعريفه بالإيجاب و القبول الدّالّين علىٰ الانتقال و حيث انّ البيع من مقولة المعنىٰ (٥) دون اللّفظ مجرّداً أو بشرط قصد المعنىٰ و إلاّ (٦) لم يعقل إنشائه باللّفظ عدل جامع المقاصد (٧) إلىٰ تعريفه بنقل العين بالصّيغة المخصوصة (٨) و يرد عليه (٩) مع أنّ النّقل ليس مرادفاً

---

(١) أي الظّاهر من مراجعة اللّغة و من كلمات الفقهاء و الشّرع حيث أنّ الشّارع لم يغيّر المفهوم اللّغوي و لأجل ذلك أنّ المصنّف و كثيراً من الأعلام الّذين بلغوا القمّة في التّحقيق أنكروا الحقائق الشّرعيّة يعني وضع الألفاظ الواردة في العبادات و المعاملات لتلك الماهيات المخترعة و الحقائق المجعولة بالوضع التّعييني بل الألفاظ المذكورة باقية علىٰ معانيها العرفية و هي مبادلة مال بمال من دون أن يتصوروا تلك الماهيات بما لها من شرائط و أجزاء.

(٢) أقول لا شكّ في استعمال الشّارع لفظ الصّلاة و غيرها من المعاني الشّرعية المتداولة علىٰ ألسنة المتشرّعة لكنّه لم يعلم كيفيّة استعماله لها هل كان

(*) المبسوط في فقه الإمامية ج ٢ ص٧٦ - تذكرة الفقهاء ج ١ ص ٤٦٢.

بنحو النّقل بأن قال نقلت لفظ الصّلاة مثلاً الموضوعة للدّعاء و وضعتها لهذه الصّلاة بما له من أجزاء و شرايط أو غلب هذا الاستعمال في زمانه و اشتهر حتّىٰ أفاد بغير قرينة فإن قلنا ببقاء تلك الألفاظ علىٰ معانيها العرفية لو شككنا في شرطيّة شيء أو جزئيّته نجري أصالة البراءة بخلاف ما إذا قلنا بالحقيقة الشّرعيّة فإنّه عندئذ لا بدّ من الإتيان بها عند الشك .

(٣) أي انتقال عين من البايع إلىٰ المشتري بعوض غير مجهول .

(٤) أقول وجه المسامحة أنّ هذا التّعريف تعريف باللّازم لأنّ انتقال العين من البايع إلىٰ المشتري من لوازم البيع لا نفسه و بعبارة واضحة أنّ البيع من قبيل الفعل و الانتقال من قبيل الانفعال فيمتنع تعريف أحدهما بالآخر .

(٥) أقول ظاهر هذا التعريف كون المراد من الإيجاب و القبول هو الإيجاب و القبول اللّفظيّين من غير إرادة المعنىٰ و هو كما ترىٰ لأنّ البيع ليس من مقولة اللّفظ بل هو مثل سائر المعاوضات فعل من الأفعال و موضوع من الموضوعات العرفيّة المدلول عليه باللّفظ و تترتّب عليه الاعتبارات العقلائيّة و الأحكام الشّرعيّة فعلىٰ هذا البيع من مقولة المعنىٰ و المراد من المعنىٰ هو النّقل الخارجي و المفهوم الحاصل من اللّفظ و هو مرآة للمعنىٰ و ليس مقصوداً بالأصالة بل المقصود الأصلي هو النّقل الخارجي الّذي هو من المعاني .

(٦) أقول إذ لو كان اللّفظ داخلاً في تعريف البيع يكون بعت مرآة للفظ بعت

دون المعنىٰ و هذا ينافي المقصود المطلوب من التّلفّظ إذ المقصود من التّلفّظ باللّفظ ليس إلّا إيجادا لمعنىٰ به فالتّلفّظ به إنّما هو باعتبار قصد المعنىٰ دون قصد اللّفظ نفسه و بعبارة واضحة ليس معنىٰ بعت أوجدت لفظ بعت و إنّما المقصود إيجاد المعنىٰ .

*(٧) أي عدل جامع المقاصد الىٰ تعريف البيع بالإيجاب و القبول الدّالّين علىٰ النّقل و الانتقال بلفظ بعت و قبلت .

(٨) أي و يرد علىٰ تعريف صاحب جامع المقاصد البيع بأنّه نقل العين بالصّيغة المخصوصة .

(*) جامع المقاصد ج ٤ ص ٥٥ .

للبيع و لذا (١) صرّح في التّذكرة [1] بأنّ إيجاب البيع لا يقع بلفظ (نقلت) (٢) و جعله (٣) من الكنايات وأنّ المعاطاة عنده (٤) بيع مع خلوّها عن الصّيغة أنّ (٥) النّقل بالصّيغة أيضاً لا يعقل إنشاؤه بالصّيغة و لا يندفع هذا بأنّ المراد من البيع نفس النّقل الذي هو مدلول الصّيغة فجعله (٦) مدلول الصيغة إشارة الىٰ تعيين ذلك الفرد (٧) من النّقل لا أنّه (٨) مأخوذ في مفهومه حتىٰ يكون مدلول (بعت) نقلت بالصّيغة لأنّه (٩) إن أريد بالصّيغة خصوص بعت لزم الدّور لأنّ المقصود معرفة مادّة (بعت) وإن أريد بها (١٠) ما يشمل (ملّكت) وجب الاقتصار علىٰ مجرّد التّمليك و النّقل فالأولىٰ تعريفه (١١) بأنّه إنشاء تمليك عينٍ بمالٍ و لا يلزم عليه (١٢) شيء ممّا تقدّم

---

(١) يعني لأنّ النّقل ليس مرادفاً للبيع لأنّه أعمّ من البيع لشموله الصّلح و الهبة المعوّضة.

(٢) لأنّ النّقل أعمّ من البيع كما عرفت آنفاً.

(٣) أي جعل العلّامة ﷺ النّقل من الكنايات حيث إنّ الكناية ذكر اللّازم وإرادة الملزوم و من البيّن أنّ النّقل لازم للبيع لا نفسه.

(٤) أي عند المحقّق الكركي.

(٥) أقول قوله (أنّ النّقل) مرفوع محلّاً و فاعل لقوله (و يرد عليه) أي ويرد علىٰ تعريف المحقّق مضافاً الىٰ المأخذين و هما عدم كون النّقل مرادفاً

---

(١) تذكرة الفقهاء ج ١ ص ٤٦٢.

للبيع ، و كون المعاطاة بيعاً عنده مع خلوّها من الصّيغة أنّ النّقل بالصّيغة أيضاً لا يعقل إنشاؤه بالصّيغة لأنّ الصّيغة من مقولة اللّفظ و من البيّن انّ اللّفظ لا يعقل انشاؤه باللّفظ .

(٦) أي جعل النّقل .

(٧) يعني تعيين ذلك الفرد الّذي هو مدلول الصّيغة من النّقل .

(٨) الضّمير المنصوب راجع الىٰ الصيغة أي لا أنّ الصّيغة مأخوذة في البيع حتّىٰ يلزم منه المحذور المتقدّم أعني أنّه لا يعقل انشاؤه بالصّيغة .

(٩) يعني انّ المحقّق الكركي ان أراد من الصّيغة المخصوصة في قوله (البيع نقل العين بالصّيغة المخصوصة) خصوص لفظ بعت لزم الدّور لأنّه عرّف البيع بالبيع كأنّه قال البيع نقل العين بالبيع فيلزم عندئذ (الدّور الباطل) و هو توقّف الشّيء علىٰ نفسه .

(١٠) أي و ان أريد بالصّيغة المخصوصة المذكورة في قول المحقّق (انّ البيع نقل العين بالصّيغة المخصوصة) ما يشمل (ملّكت) وجب الاقتصار علىٰ مجرّد التّمليك و النّقل .

(١١) فالأولىٰ و المناسب في تعريف البيع أن يقال إنّ البيع انشاء تمليك عينٍ بمالٍ أي تمليك حاصل بالإنشاء قاصداً به ايجاد ملكية العين

و اعتبارها بالتمليك للمشتري .

(١٢) أي لا يرد علىٰ تعريف انشاء تمليك عينٍ بمالٍ إشكال من الإشكالات الواردة علىٰ تعاريف القوم .

نعم يبقىٰ عليه (١) أمور منها أنّه (٢) موقوف علىٰ جواز الايجاب بلفظ ملّكت و إلّا لم يكن مرادفاً له و يردّه (٣) أنّه الحقّ كما سيجيء (٤) و منها أنّه (٥) لا يشمل بيع الدّين علىٰ من هو عليه لأنّ الانسان لا يملك مالاً علىٰ نفسه.

و فيه (٦) مع ما عرفت و ستعرف (٧) من تعقّل تملّك ما علىٰ نفسه و رجوعه الىٰ سقوطه عنه نظير (٨) تملّك ما هو مساوٍ لما في ذمّته و سقوطه بالتّهاتُر (٩) أنّه (١٠) لو لم يعقل التّمليك لم يعقل البيع إذ ليس للبيع لغة وعرفاً معنىٰ غير المبادلة و النّقل و التّمليك و ما يساويها من الألفاظ (١١).

---

(١) كلمة (نعم) للاستدراك عمّا أفاده من عدم ورود اشكال علىٰ تعريف البيع بأنّه انشاء تمليك و كلمة (علىٰ) بمعنىٰ في أي نعم يبقىٰ في تعريفنا خمسة أمور ذكرها المصنّف بقوله منها.

(٢) أي تعريف البيع بأنّه انشاء تمليك هذا هو الأمر الأوّل من الأمور الخمسة وملخّصه أنّ لازم هذا التّعريف جواز انشاء البيع بلفظ ملّكت حيث قال البيع انشاء تمليك عين و ان لم يجز الايجاب بلفظ ملّكت لم يكن التّمليك مرادفاً للبيع الّذي هو المعرَّف بالفتح.

(٣) أي و يردّ هذا الايراد أنّ الحقّ جواز الايجاب بلفظ (ملّكت) كما يأتي في قوله: و يظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معانٍ أُخر غير ما ذكر: أحدها التمليك المذكور.

(٤) عند قوله : فلو قال ملّكتك كذا بكذا كان بيعاً : و أيضاً في بيان ألفاظ الايجاب و القبول قوله و منها لفظ (ملّكت) بالتّشديد .

(٥) أقول هذا هو الأمر لثاني من الأمور الخمسة أي التعريف المذكور للبيع بأنّه انشاء تمليك عينٍ بمالٍ لا يشمل بيع الدّين علىٰ من هو عليه لأنّ الانسان لا يملك مالاً علىٰ نفسه لاستلزامه اتّحاد المالك و المملوك عليه فليس بيع الدّين عليه تمليكاً .

(٦) أي و في عدم شمول تعريفنا البيع بأنّه انشاء تمليك عينٍ بمالٍ : بيع الدّين علىٰ من هو عليه الدّين نظر و إشكال .

(٧) أي مع ما عرفت قبل أسطرٍ : عند قوله : و الحاصل انّه يعقل أن يكون مالكاً في ذمّته ... الخ ، و ستعرف بعد أسطرٍ عند قوله : فإذا لم يعقل ملكيّة ما في ذمّة نفسه لم يعقل شيء ممّا يساويها .

(٨) أقول هذا تنظير لإمكان تعقّل تملّك الانسان علىٰ ما في ذمّته و في نفسه بيانه أنّه إذا كان في ذمّة عمرو منٌّ مِنْ حنطة مثلاً لزيد فاشترىٰ من زيد منّاً من حنطة تساوي لتلك الحنطة في الجنس و الوصف من دون زيادة و نقيصة و لم يقبضه فإنّ عمراً يملك هذا المنّ بالشّراء فإنّ المفروض تماميّة العقد ثم يخرج عن ملكه بدلاً عن الدّين الّذي في ذمّته .

(٩) مصدر باب المفاعلة من تهاتر يتهاتر و معناه السقوط القهري كما عرفت آنفاً .

(١٠) أي الشّأن و جملة (أنّه لو لم يعقل) مرفوعة محلّاً علىٰ أنّها مبتدأ مؤخّر خبره قوله (و فيه).

(١١) أي و ما يساوي المبادلة و النّقل و التّمليك كالمعاوضة و التّسليط .

و لذا (١) قال فخر الدّين (٢) إنّ معنىٰ بعت في لغة العرب ملّكت غيري ، فاذا لم يعقل ملكيّة ما في ذمّة نفسه (٣) لم يعقل شيء ممّا يساويها (٤) فلا يعقل البيع و منها (٥) انّه يشمل التّمليك بالمعاطاة مع حكم المشهور بل دعوىٰ الاجماع علىٰ أنّها ليست بيعاً .

و فيه (٦) ما سيجيء من كون المعاطاة بيعاً و انّ مراد النّافين نفي صحّته (٧) .

و منها (٨) صدقة علىٰ الشّراء فانّ المشتري بقبوله للبيع يُملِّكُ ماله بعوض المبيع و فيه (٩) أنّ التّمليك فيه ضمنيٌّ و انّما حقيقته التملّك بعوض و لذا (١٠) لا يجوز الشراء بلفظ ملّكت تقدّم .....

---

(١) يعني لأجل التلازم بين التّمليك و البيع قال فخر الدين في شرح إرشاد الأذهان لوالده العلّامة الحلّي ﷺ و هو مخطوط الىٰ الآن انّ معنىٰ بعت في لغة العرب ملّكت غيري : أنظر مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٢ .

(٢) محمّد بن الحسن بن يوسف المطهّر الحلّي المعبّر عنه بفخر الدين و فخر المحقّقين و فخر الإسلام توفي ﷺ سنة ٧٧١ و دفن في النجف .

(٣) الضّمير المجرور راجع الىٰ المشتري المدين الّذي يشتري طلب الدّائن المستقرّ في ذمّته .

(٤) أي يساوي الملكيّة من النّقل و غيره لأنّ من لوازم النّقل الملكيّة بل النّقل عين التّمليك فعندئذ لا يعقل البيع و ذلك لأنّك قد عرفت أنّه ليس للبيع مفهوم لغة وعرفاً سوىٰ المبادلة .

(٥) أي من الأمور الّتي ذكرها المصنّف و هذا هو الأمر الثّالث من الأمور الخمسة الباقية من تعريف المصنّف البيع .

(٦) أي و في هذا الإيراد ما سيجيء في مسألة المعاطاة عند قوله : و يدلّ عليه أيضاً : عموم قوله تعالىٰ ﴿ و أَحَلَّ اللهُ البَيْعَ ﴾ أقول هذا فيما لو كان مقصود المتعاطين التّمليك و أمّا إذا كان مقصودهما الإباحة فلا إشكال أصلاً ثمّ انّ نفي صحّته بيعاً في الصّورة الأولىٰ لا ينافي صحّة اباحته حسبما سيجيء .

(٧) يعني نفي صحّة المعاطاة فيما لو كان مقصود المتعاطيين التّمليك لا نفي أصل البيعيّة و هذا النّفي لا ينافي صحّة اباحته كما عرفت آنفاً .

(٨) أي من الأمور الّتي ذكرها المصنّف و هذا هو الأمر الرّابع من الأمور الخمسة الباقية من تعريف المصنّف البيع .

(٩) أقول مراده ﷺ أنّ حقيقة الشّراء إنّما هي تملّك المبيع بإزاء الثّمن لا تمليك الثمن و إنّما تمليكه يقع في ضمن هذا التّمليك تبعاً لا بالأصالة و الاستقلال .

(١٠) يعني و لأنّ حقيقة الشّراء هو التّملّك بعوض .

علىٰ الايجاب أو تأخّر وبه(١) يظهر اندفاع الايراد بانتقاضه بمستأجر العين حيث انّ الاستيجار يتضمّن تمليك العين بمال أعني المنفعة و منها (٢) انتقاض طرده بالصّلح علىٰ العين بمال و بالهبة المعوّضة و فيه (٣) أنّ حقيقة الصّلح و لو تعلّق بالعين ليس هو التّمليك علىٰ وجه المقابلة و المعاوضة بل معناه الأصلي هو التّسالم و لذا (٤) لا يتعدّىٰ بنفسه الىٰ المال نعم هو (٥) متضمّن للتّمليك إذا تعلّق بعين لا أنّه (٦) نفسه و الذي يدلّك علىٰ هذا (٧) انّ الصّلح قد يتعلّق بالمال عيناً أو منفعة فيفيد التّمليك و قد يتعلّق بالانتفاع (٨) .....

---

(١) يعني و بما ذكر في جواب النّقض بالشّراء يظهر اندفاع النّقض بمستأجر العين بعين أيضاً و ذلك لأنّ حقيقة الاستيجار من المستأجر إنّما هي تملّك منفعة العين المستأجرة بإزاء العين في هذا المثال و تمليك العين من باب الاجرة يقع في ضمن هذا التملّك تبعاً لا بالأصالة و الاستقلال و المباشرة .

(٢) أقول هذا هو الأمر الخامس من الأمور الخمسة المذكورة و ملخّصه انتقاض كون التّعريف مانعاً للأغيار بالصّلح علىٰ العين بمال و بالهبة المعوّضة لأنّه لو صالح زيد عمراً علىٰ عين أو وهب شيئاً لعمرو بشرط أن يهب له شيئاً إزاء هبته له لصدق التّعريف المذكور عليهما حيث أنّ الصّلح و الهبة المذكورين انشاء تمليك عينٍ بمالٍ مع انّهما ليسا بيعاً فعندئذ لا يكون التّعريف مانعاً للأغيار .

(٣) أي و في الانتقاض أنّ حقيقة الصّلح ليس هو التّمليك علىٰ وجه المعاوضة

بل معناه ما يعبّر عنه بالتسالم و عليه فالمدلول المطابقي لكلمة الصّلح إنّما هو انشاء التّسالم علىٰ أمر معلوم و من الواضح أنّ هذا العنوان يغاير عناوين سائر العقود إذ المنشأ فيها أوّلاً و بالذّات عنوان آخر غير عنوان التّسالم بداهة انّ كلّ معاملة و إن كانت لا تصدر إلّا عن تسالم بين الطّرفين علىٰ تلك المعاملة لكنّه غير عقد الصّلح الّذي يكون المنشأ فيه نفس هذا التّسالم فكم من فرق بين انشاء الصّلح و التّسالم و بين معاملة وقع التّسالم عليها من الطرفين فظهر انّ مفهوم الصّلح مغاير لمفهوم البيع .

(٤) أي و لأنّ حقيقة الصّلح ليس هو التّمليك لا يتعدّىٰ بنفسه الىٰ المال أي المصالح عليه الّذي هو بمنزلة المبيع بل يتعدّىٰ بحرف الاستعلاء فلا يقال صالحتك الدّار بكذا كما يقال ملّكتك الدّار بكذا بل يقال صالحتك علىٰ كذا بكذا و صالحتك عن كذا بكذا .

(٥) أي الصّلح .

(٦) أي لا أنّ الصلح نفس التّمليك مباشرة و استقلالاً بل يفيد التّمليك ضمناً .

(٧) أي الّذي يرشدك الىٰ أنّ مفهوم الصّلح هو التّسالم فهو الموضوع له و المعنىٰ المراد للصّلح لا التّمليك بل التّمليك فيه ضمنيٌّ كما عرفت آنفاً .

(٨) أقول الفرق بين المنفعة و الانتفاع من وجهين أحدهما أنّ المنفعة تنسب و تضاف الىٰ العين كالدّار فيقال منفعة الدّار و الانتفاع تنسب الىٰ الشخص فيقال

انتفاع زيد و الثّاني أنّ المنفعة توجد مع الملك كما إذا استأجر الدّار فيملك منفعتها بخلاف الانتفاع فإنّه يوجد مع التّسلّط و لا ملك كما إذا استعار ثوباً للبس فيكون مسلّطاً عليه و لا يكون مالكاً له و لا للبسه .

فيفيد فائدة العارية و هو (١) مجرّد التّسليط و قد يتعلّق (٢) بالحقوق فيفيد الاسقاط أو الانتقال و قد يتعلّق بتقرير أمر بين المتصالحين كما في قول أحد الشّريكين لصاحبه صالحتك علىٰ أن يكون الرّبح لك و الخسران عليك (٣) فيفيد مجرّد التّقرير (٤) فلو كانت حقيقة الصّلح هي عين كلّ من هذه المفادات الخمسة لزم كونه مشتركاً لفظياً (٥) و هو واضح البطلان فلم يبق إلّا أن يكون مفهومه معنىٰ آخر و هو التّسالم فيفيد كلّ موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلّقه فالصّلح علىٰ العين بعوض تسالم عليه و هو (٦) يتضمّن التّمليك لا أنّ مفهوم ....

---

(١) يعني أنّ تعلّق الصّلح بالانتفاع هو مجرّد التسليط من دون أن تكون منفعة الدّار و فائدته ملكاً له.

(٢) يعني قد يتعلّق الصّلح بالحقوق فيفيد فائدة الاسقاط كما لو قالت الزوجة لزوجها صالحتك علىٰ إسقاط حقّي في المضاجعة و قد يفيد فائدة الانتقال كما لو قالت المرأة لضرّتها صالحتك علىٰ أن يكون حقّ مضاجعتي لك.

(٣) أقول قد جاء الحديث طبق ما في المتن إليك نصّ الحديث:

عن الصادق عليه السلام في رجلين اشتركا في مال و ربحا فيه و كان من المال دين و عليهما دين فقال أحدهما لصاحبه أعطني رأس المال و لك الرّبح و عليك التوى فقال لا بأس إذا اشترطا فإذا كان شرط يخالف كتاب اللهُ فهو ردّ الى كتاب اللهُ عزّ و جلّ (وسائل الشيعة) الجزء ١٣ ص ١٦٥ الباب ٤ من أحكام الصّلح الحديث ١.

(٤) أي التّثبيت لما بنيا عليه .

(٥) و هو أن يكون لفظ الصّلح موضوعاً لكلّ واحد من المعاني الخمسة ابتداءً بوضع علىٰ حدّة و هو واضح البطلان للزومه تعدّد الوضع و الأصل عدمه كما عليه علماء العربيّة لأنّ المتّفق عليه عندهم عدم الاشتراك في الأوضاع اللّغوية .

(٦) أي الصّلح علىٰ العين .

الصّلح في خصوص هذا المقام و حقيقته هو انشاء التّمليك و من هنا (١) لم يكن طلبه من الخصم إقراراً له (٢) بخلاف التّمليك و أمّا الهبة المعوّضة (٣) و المراد بها هنا ما اشترط فيها العوض فليست انشاء تمليك بعوض علىٰ جهة المقابلة و إلّا (٤) لم يعقل تملّك أحدهما لأحد العوضين من دون تملّك الآخر للآخر مع أنّ ظاهرهم (٥) عدم تملّك العوض بمجرّد تملّك الموهوب بالهبة بل غاية الأمر أنّ المتّهب لو لم يودّ العوض كان للواهب الرّجوع في هبته فالظاهر (٦) أنّ التّعويض المشترط في الهبة كالتّعويض الغير المشترط فيها في كونه (٧) تمليكاً مستقلّاً يقصد به وقوعه عوضاً لا (٨) أنّ حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصورة في كلّ من العوضين

---

(١) أي و من أنّ حقيقة الصّلح ليست تمليك عين علىٰ وجه المقابلة و المعاوضة بل مفهومه هو التّسالم و التّوافق بين المتصالحين و تنازل من أحدهما للآخر.

(٢) كما لو كان بيد زيد مال و ادّعىٰ عمرو عليه انّ هذا المال ماله و تخاصما فطلب المدّعىٰ عليه من المدّعي مصالحة هذا المال لم يكن طلب الصّلح اقراراً منه بانّ المال ملك للخصم بخلاف طلب التّمليك كما لو تنازع و تخاصم بكر و خالد في ثوب فقال بكر لخالد ملّكني هذا الثّوب فيكون هذا الطلب إقراراً منه بأنّ الثوب لخالد و إلّا لم يكن معنىٰ لطلب تمليكه.

(٣) يعني انتقاض التّعريف بالهبة المعوّضة بزعم انّ الهبة المعوّضة أيضاً إنشاء

تمليك عين بعوض و ملخّص الجواب انّ الهبة المعوّضة التي اشترط فيها العوض في متن العقد نظير الهبة الغير المعوّضة الّتي لم يشترط فيها العوض في انّها تمليك مستقلّ يقصد بها وقوعها عوضاً عمّا يهبه صاحبه له فقط و ليس في هذه الهبة المعوّضة حقيقة المعاوضة و المقابلة كما كانت هذه الحقيقة موجودة في البيع فلو كان مفهوم الهبة المعوّضة إنشاء تمليك عين بمال علىٰ جهة المقابلة والمعاوضة لما صحّ تعقّل تملّك أحد العوضين من دون تملّك الواهب الآخر العوض الآخر مع أنّه يصحّ تملّك أحدهما أحد العوضين من دون تملّك الآخر العوض الآخر.

(٤) قد أشبعنا الكلام في هذا المقام فلا نعيده.

(٥) يعني انّ ظاهر الفقهاء عدم حصول ملكيّة العوض للواهب مع حصولها للموهوب له و الواهب يملك العوض بالهبة الثانية الواقعة بعدها فإنّك إذا وهبت ثوباً لزيد في مقابل دينار لم تملك دينار بمجرّد هبتك بل يحتاج تملّك الدّينار الىٰ أن يهبك هو الدّينار.

(٦) الفاء في قوله (فالظاهر) جواب لأمّا في قوله (و أمّا الهبة المعوّضة).

(٧) كلمة (في الجارة) بيان لوجه الشّبه بين الهبة المعوّضة المشترط فيها التّعويض في العقد و الضمير المجرور في (كونه) راجع الىٰ التّعويض.

(٨) أي ليست حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة في كلّ من العوضين

في الهبة المعوّضة التي اشترط فيها العوض في متن العقد و الهبة الغير المعوّضة الّتي لم يشترط فيها العوض و الحال أنّ حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة في البيع.

كما يتّضح ذلك (١) بملاحظة التّعويض الغير المشترط في ضمن الهبة الأولىٰ (٢) فقد تحقّق ممّا ذكرنا (٣) أنّ حقيقة تمليك العين بالعوض ليست إلّا البيع فلو قال ملّكتك كذا بكذا كان بيعاً و لا يصحّ صلحاً و لا هبة معوّضة و إن قصدهما (٤) إذ التمليك علىٰ جهة المقابلة الحقيقية ليس صلحاً و لا هبةً فلا يقعان به (٥) نعم لو قلنا بوقوعهما بغير الالفاظ الصّريحة توجّه تحقّقهما مع قصدهما (٦) فما قيل (٧) من انّ البيع هو الأصل (٨) في تمليك الأعيان بالعوض فيقدّم علىٰ الصّلح والهبة محلّ تأمّلٍ (٩) بل منعٍ (١٠) لما عرفت من أنّ تمليك الأعيان بالعوض هو البيع

---

(١) أي كون التّعويض المشترط كالتّعويض الغير المشترط في كونه تمليكاً مستقلّاً فكما أنّ المال لا يقابل بالمال في غير المشترط كذلك لا يقابل المال بالمال في التعويض المشترط .

(٢) الهبة الأولىٰ هي الصادرة من الواهب الأوّل .

(٣) و المراد (ممّا ذكرنا) هو دفع الانتقاضات بقوله (و ليست حقيقة المعاوضة مقصودة في الصّلح و الهبة كما كانت مقصودة في البيع) .

(٤) أي و إن قصد الصّلح و الهبة المعوّضة و غير المعوّضة من لفظ ملّكتك .

(٥) يعني بلفظ ملّكتك و إن قصد الصّلح و الهبة المعوّضة به .

(٦) أي مع قصد الصّلح و الهبة المعوّضة بلفظ ملّكتك .

(٧) أقول القائل هو الشيخ الكبير جعفر كاشف الغطاء في كتابه

كشف الغطاء فما قاله في وجه عدم تحقّق الصّلح و الهبة بلفظ التّمليك من أنّ البيع هو الأصل في تمليك الأعيان بالعوض و إن كان يصحّ الصّلح و الهبة أيضاً فيقدّم الأصل علىٰ الصّلح و الهبة المعوّضة لدىٰ إطلاق لفظ التمليك محلّ تأمّل بل منع لما عرفت من أنّ تمليك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير لا أنّه مقدّم علىٰ غيره كما زعمه كاشف الغطاء ﷺ .

(٨) أقول الظاهر أنّ مراد القائل من الأصل المذكور هو الأصل بالمعنىٰ الظاهر النّاشئ من غلبة الوجود في الخارج لأنّ الغالب في تمليك الأعيان بالعوض هو البيع و العقلاء بلحاظ غلبة الوجود يحملون عليه إلّا أن يثبت خلافه .

(٩) قوله (محلّ تأمّلٍ) مرفوع لكونه خبراً لمبتدأ مقدّم و هو قوله (فما قيل) .

(١٠) أقول وجه المنع كما بيّناه آنفاً أنّ تمليك العين بالعوض حقيقة في البيع و مختصّ به و منحصر فيه فلا مجال عندئذ لأن يكون له أنواع فيقدّم بعضها الغالب الرّاجح الّذي هو البيع علىٰ غيره الّذي هو الصّلح و الهبة .

لا غير نعم لو أتىٰ بلفظ التمليك بالعوض و احتمل إرادة غير حقيقية كان مقتضىٰ الأصل اللّفظي (١) حمله علىٰ المعنىٰ الحقيقي فيحكم بالبيع لكنّ الظاهر أنّ الأصل بهذا المعنىٰ (٢) ليس مراد القائل المتقدّم و سيجيء (٣) توضيحه في مسألة المعاطاة في غير البيع إن شاء اللهُ .

بقي القرض داخلاً في ظاهر الحدّ و يمكن اخراجه (٤) بأنّ مفهومه (٥) ليس نفس المعاوضة بل هو تمليك علىٰ وجه ضمان المثل أو القيمة لا (٦) معاوضة للعين بهما ولذا (٧) لا يجري فيه ربا المعاوضة ، و لا الغرر المنفي فيها (٨) ولا ذكر العوض ، و لا العلم به فتأمّل (٩) .

---

(١) مراده ﷺ من الأصل هنا أصالة الظهور .

(٢) مراده ﷺ أنّ القائل المتقدّم لم يرد الأصل اللّفظي و هو أصالة الحقيقة من قوله إنّ البيع هو الأصل في تمليك الأعيان بالعوض ، لأنّه بزعم القائل استعمال التمليك بالعوض في الصلح و الهبة المعوّضة أيضاً حقيقة بل مراده من الأصل المذكور كما عرفت آنفاً منّا هو الأصل بالمعنىٰ الظاهر النّاشئ من غلبة الوجود في الخارج و ليس قائلاً بأنّه حقيقة في البيع و مجاز في غيره حتّىٰ يتمسّك عند احتمال إرادة غير حقيقية بالأصل اللّفظي .

(٣) يعني توضيح هذا الأصل اللّفظي و انّه حاكم عند الشّك و انّ البيع مقدّم علىٰ الصّلح و الهبة في مثل لفظ ملّكتك هذا مراده ﷺ و لكنّه لا يفي بهذا الوعد و قد قال بعض المعاصرين إنّي تأمّلت من أوّل هذه المسألة الىٰ آخرها

ما وجدت كلاماً مرتبطاً بهذا الأصل.

(٤) يعني إخراج القرض عن الحدّ الّذي بيّنه المصنّف.

(٥) يعني أنّ مفهوم القرض ليس نفس المعاوضة الحقيقية الّتي كانت ملاكاً في البيع بل هو تمليك علىٰ وجه تضمين البدل الواقعي.

(٦) يعني ليس مفهوم القرض هي المعاوضة الحقيقية للعين بالمثل أو القيمة كما عرفت آنفاً.

(٧) يعني لأنّ مفهوم القرض خارج عن مفهوم المعاوضة للعين بالمثل أو القيمة لا يجري فيه ربا المعاوضة لاختصاص ربا المعاوضة بالمكيل و الموزون و الرّبا في القرض يجري فيه الرّبا و ان لم يكن مااقترضه و بدّله من المكيل و الموزون و كذا لا يعتبر في ربا القرض كون العوضين من جنس واحد كالحنطة مثلاً بل يحرم فيه الزّيادة مطلقاً و ان يكونا من جنس واحد.

(٨) أي لا يجري في القرض الغرر المنفيّ في المعاوضة يعني أنّ الفقهاء يستدلّون علىٰ اشتراط العلم بالعوضين في البيع بقوله ﷺ نهىٰ النبيّ ﷺ عن بيع الغرر[1] وتوضيح كلامه ﷺ انّه يجوز اقراض شيء مع الجهل بمقداره

(١) راجع سنن البيهقي ج ٥ ص٣٣٨ متن الخبر هكذا (عن أبي ليلىٰ عن نافع عن ابن عمر نهىٰ رسول اللهﷺ عن بيع الغرر) و الوسائل الجزء ١٢ ص ٣٣٠
وليس لنا حديث «نهىٰ النبيّ عن الغرر» و انّما الموجود التّعليل المنقول عن العلّامة في قواعده حيث قال =

و أوصافه و من المعلوم أنّه لو كان القرض من قبيل المعاملات المعاوضيّة لاعتبر فيه العلم بالمقدار و لا يجري في القرض ذكر العوض فالمقرض إذا قال أقرضتك هذه الدّنانير من دون ذكر العوض صحّ هذا القرض لأنّه يملّك دنانيره التي كان لها بدل واقعي هو المثل أو القيمة و لا العلم بالعوض فيصحّ القرض و لو مع عدم العلم بكونه مثليّاً أو قيميّاً.

(٩) إشارة الىٰ عدم دلالة ما ذكر علىٰ عدم كون القرض من المعاوضات إذ يجوز اختلاف أنواع المعاوضات فيمكن أن يقال إنّ هذه الأحكام تعبّديّة تثبت في خصوص البيع فلا تكون شاهدة علىٰ عدم كون القرض معاوضة و قسماً من التّمليك بالعوض.

== « للنّهي عن الغرر » و استفاد العلماء منه انّ حديثاً آخر و سنّوه مرفوعة العلّامة أو مرسلته و ليس كذلك و انّما هو في مقام النّقل بالمعنىٰ.

نعم في مستدرك الوسائل ج ٢ كتاب التجارة « أبواب عقد البيع و شرطه » ص ٤٦١ عن أمير المؤمنين عليه السلام انّه سئل عن بيع السّمك في الآجام الىٰ أن قال هذا كلّه لا يجوز لأنّه مجهول غير معروف يقلّ و يكثر و هو غرر.

ثمّ إنّ ما ذكرناه (١) تعريف للبيع المأخوذ في صيغة بعت و غيره من المشتقّات (٢) و يظهر من بعض من (٣) قارب عصرنا استعماله (٤) في معانٍ أُخر غير ما ذكر أحدها التمليك المذكور (٥) لكن بشرط تعقّبه بتملّك المشتري و اليه نظر (٦) بعض مشايخنا ، حيث أخذ قيد التّعقّب بالقبول مأخوذاً في تعريف البيع المصطلح (٧) و لعلّه (٨) لتبادر التّمليك المقرون بالقبول من اللّفظ بل و صحّة السّلب عن المجرّد و لهذا (٩) لا يقال باع فلان ماله إلّا بعد أن يكون قد اشتراه (١٠) غيره و يستفاد من قول القائل بعت مالي انّه اشتراه غيره لا أنّه أوجب البيع فقط (١١)

---

(١) من الحدّ للبيع و هو قوله (بأنّه إنشاء تمليك عين بمال) .

(٢) يعني من مشتقّات مادة بعت و هو باع يبيع باعوا ، باعا ، باعت ، بعن ، لا أبيع ، لا يبيع ، بعت ، بعنا .

(٣) هو المحدّث الفقيه الشّيخ أسد اللهُ التّستري الشّهير بالكاظمي ﷺ في مقابس الأنوار ص ٢ من كتاب البيع .

(٤) أي استعمال لفظ البيع .

(٥) و هو انشاء تمليك عين بمال بشرط تعقّبه تملّك المشتري بأن يقول المشتري بعد إيجار البيع و انشائه قبلت .

(٦) أي الىٰ التعريف الّذي أفاده المحقّق التستري من تعقّب التّمليك بلفظ قبلت من قبل المشتري أشار صاحب الجواهر .

(٧) أي المصطلح لدىٰ المتشرّعة و المصطلح عند الفقهاء فانّهم اصطلحوا فيه معنيين آخرين أحدهما هو العقد المركّب من الإيجاب و القبول ولذا نسب الىٰ المشهور تعريفه بالعقد ثانيهما أنّه معاملة خاصّة قائمة بين الطّرفين .

(٨) أي و لعلّ هذا الاشتراط لتبادر التّمليك المقرون بالقبول من لفظ البيع فإذا قال القائل بعت ثوبي كان المتبادر منه أنّه باعه و انّ المشتري قبل ذلك .

(٩) أي و لأجل صحّة سلب البيع عن البيع المجرّد عن القبول .

(١٠) و هو المشتري بأن يقول متعقّباً للإيجاب قبلت .

(١١) يعني من دون أن يقول المشتري قبلت .

الثّاني (١) الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول و هو الانتقال (٢) كما يظهر من المبسوط [1] و غيره ، الثالث (٣) نفس العقد المركّب من الإيجاب و القبول (٤) و إليه ينظر من عرّف البيع بالعقد قال بل الظاهر اتّفاقهم علىٰ إرادة هذا المعنىٰ (٥) في عناوين أبواب المعاملات (٦) حتّىٰ الإجارة و شبهها الّتي ليست في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد (٧) .

أقول أمّا البيع بمعنىٰ الإيجاب المتعقّب للقبول فالظاهر أنّه ليس مقابلاً للأوّل (٨) و إنّما هو فرد انصرف إليه (٩) اللّفظ في مقام قيام القرينة علىٰ إرادة الإيجاب المثمر (١٠) إذ

---

(١) أي المعنىٰ الثّاني من معانٍ أُخرىٰ للبيع .

(٢) المراد من الانتقال الانتقال الشرعي و هو الأثر الحاصل من نقل المبيع الىٰ المشتري و نقل الثّمن الىٰ البايع لا العرفي و هو انتقال المبيع الىٰ المشتري من توقّفه علىٰ المشتري و الوجه فيه أنّ الأثر هو الفعل و الانفعال لا الانفعال وحده .

(٣) أي المعنىٰ الثالث من معانٍ أُخرىٰ للبيع .

(٤) مراده ﷺ من هذه العبارة أنّ البيع يطلق علىٰ نفس الصيغة إيجاباً و قبولاً .

(٥) يعني المعنىٰ الثالث للبيع .

---

(١) المبسوط ج ٢ ص ٧٦ .

(٦) يعني من أوّل المعاملات من قولهم : كتاب البيع ، كتاب الإجارة ، كتاب الحوالة ، كتاب الوكالة ، كتاب المزارعة ، كتاب القرض ، كتاب الرّهن ، كتاب الجعالة ثمّ انّ الوجه في الترقّي بكلمة (حتّىٰ) انّ ما كان اسماً لأحد طرفي العقد في الأصل كالبيع و الضّمان و الخلع و نحوها يكون استعماله في العقد أقرب من استعمال ما لم يكن كذلك فيه كالإجارة و الوديعة و الوكالة و ذلك بوجود العلاقة الكلّ و الجزء في الأوّل دون الثّاني .

(٧) أقول مثلاً الاجارة لغة نفس الأجرة والوديعة المال الّذي يودع و هكذا ، فإذا أرادوا من عنوان الإجارة العقد المركّب فإرادة العقد المركّب من عنوان البيع الّذي كان اسماً في الأصل لأحد طرفي العقد و هو الإيجاب كانت صحيحة بطريق أولىٰ لوجود علاقة الجزء و الكل فيه بخلاف الإجارة هذه .

أقول و الإنصاف أنّ شيئاً من معنىٰ الثّاني و الثّالث ليس من معاني البيع بل الثّاني من قبيل نتائجه و الثّالث من قبيل مقدّماته و إلّا ليس العقد مع قطع النظر عن محتواه و تأثيره بيعاً بالضّرورة كما أنّ الانتقال بمفهوم اسم المصدر ليس البيع الّذي يشتقّ منه المشتقّات الفعليّة .

(٨) أقول المراد من الأوّل هو إنشاء تمليك عين بمال يعني التّمليك المشروط بتعقّبه بتملّك المشتري ليس قسيماً للأوّل ، بل هو فرد منه ، لأنّ التّمليك تارة يكون مجرّداً عن تملّك المشتري و أُخرىٰ يكون متعقّباً للتملّك فإذا دلّت

القرينة علىٰ أنّ القائل أراد بقوله بعت مالي التّمليك المثمر ، فدلّت علىٰ إرادة هذا الفرد فالبيع استعمل بالقرينة في أحد فرديه لا في المعنىٰ المقابل للمعنىٰ الأوّل .

(٩) أي الىٰ الإيجاب المتعقّب للقبول .

(١٠) أي الإيجاب المتعقّب للقبول الموجب للانتقال .

لا ثمرة في الإيجاب المجرّد (١) فقول المخبربعت إنّما أراد الإيجاب المقيّد فالقيد (٢) مستفاد من الخارج ، لا أنّ البيع مستعمل في الإيجاب المتعقّب للقبول (٣) و كذلك (٤) لفظ النّقل و الابدال و التّمليك و شبهها (٥) مع أنّه لم يقل أحد بأنّ تعقّب القبول له دخل في معناها (٦) نعم تحقّق القبول شرط للانتقال في الخارج لا في نظر الناقل (٧) إذ التأثير (٨) لا ينفكّ عن الأثر فالبيع و ما يساويه معنىً من قبيل الإيجاب و الوجوب لا الكسر و الانكسار (٨) كما تخيّله بعض (٩) فتأمّل (١٠) و منه (١١) يظهر ضعف أخذ القيد المذكور (١٢) .....

---

(١) يعني المجرّد من القبول .

(٢) أقول المراد من القيد هو التّعقّب للقبول فحاصل مناقشة المصنّف قدّس سرّه أنّ الايجاب المتعقّب بالقبول ليس من أفراد البيع و انّما انصرف إليه اللّفظ لقيام القرينة الخارجية علىٰ أنّ المراد من الإيجاب انّما هو الإيجاب المثمر و من الواضح أنّ الأثر لا يترتّب إلّا علىٰ الإيجاب المتعقّب بالقبول دون الإيجاب المجرّد و لو لا هذه القرينة لكان المقصود من لفظ البيع الإيجاب المحض .

(٣) كما أفاده كاشف الغطاء رحمه الله .

(٤) أقول مراد المصنّف رحمه الله من هذا التّشبيه أنّ شأن البيع شأن النّقل و الابدال والتمليك فكما أنّه لا يعتبر في صدق مفاهيم تلك الكلمات قيد التّعقّب بالقبول كذلك لا يعتبر ذلك أيضاً في صدق مفهوم البيع هذا و لكن لا يخفىٰ الفرق

الواضح بين البيع و بين هذه المفاهيم لأنّ اعتبار القبول في مفهوم البيع أمر واضح كالنّور علىٰ المنار وعليه فلا وجه لقياسه بما لا يعتبر في مفهومه قيد التعقّب بالقبول.

(٥) أي و شبه النّقل و الإبدال و التّمليك و هي الهبة المعوّضة أو بذي رحم.

(٦) أي مع أنّ أحداً من الفقهاء لم يقل إنّ تعقّب القبول للإيجاب له دخل في معاني الألفاظ المذكورة: و هي نقلت، ابدلت، ملّكت، وهبت هذا ولكن أقول انّما لم يعتبر القبول في معنىٰ المذكورات لأنّها أعمّ من البيع و إلّا فلو أريد منها ذلك وجب اعتبار التعقّب في المراد منها و قد عرفت انّ السرّ كون البيع من العقود و هذه المذكورات أعمّ منها و من الإيقاع فليس يعتبر القبول في حاقّ معناها.

(٧) أقول هذا تعليل للنفي في قوله (لا في نظر النّاقل) يعني انّ تحقّق القبول شرط للانتقال في نظر العرف و الشّرع، لا في نظر النّاقل و ذلك لأنّه صدر منه النّقل بحسب نظره و هو تأثير عنده و الانتقال اثره و لا ينفكّ التّأثير عن الأثر أي لا ينفكّ الانتقال عن النّقل.

(٨) أقول ملخّص كلامه ﷺ انّه ليس البيع من قبيل الكسر و الانكسار حتّىٰ يتحقّق الأثر و هو الانتقال بمجرّد البيع كما يتحقّق الانكسار بمجرّد تحقّق الكسر فالوجوب ينفكّ عن الإيجاب و لكن الكسر لا ينفكّ عن الانكسار و لكن هذه الدّعوىٰ دعوىٰ جزافيّة إذ الايجاب أيضاً لا ينفكّ عن الوجوب إلّا أنّ عدم انفكاك

أحدهما عن الآخر في نظر الآمر فقط لا في الخارج و في جميع الأنظار .

(٩) المراد به هو الفقيه المتبحّر الشيخ أسد اللهُ الكاظمي التستري ﷺ في مقابس الأنوار أوّل كتاب البيع ص ٢ .

(١٠) إشارة الىٰ انّه من قبيل الكسر و الانكسار فانّه كما لا يمكن تحقّق الكسر بدون الانكسار فكذلك لا يمكن إنشاء التّمليك بدون حصول الملكيّة الخارجيّة .

(١١) أي ممّا ذكرناه من أنّ التعقّب بالقبول ليس له دخل في معنىٰ البيع .

(١٢) و هو تعقّب الإيجاب بالقبول الّذي أفاده (كاشف الغطاء) .

في معنىٰ البيع المصطلح (١) فضلاً عن أن يجعل (٢) أحد معانيه و أمّا البيع بمعنىٰ الأثر و هو الانتقال فلم يوجد في اللّغة و لا في العرف و انّما وقع في تعريف جماعة تبعاً للمبسوط و قد يوجّه (٣) بأنّ المراد بالبيع المحدود المصدر من المبنيّ للمفعول أعني المبيعيّة (٤) و هو تكلّف (٥) حسن و أمّا البيع بمعنىٰ العقد (٦) فقد صرّح الشهيد الثّاني ﷺ (٧) بأنّ اطلاقه (٨) عليه مجاز لعلاقة السببيّة .

و الظّاهر انّ المسبّب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع لانّه المسبّب عن العقد لا (٩) النّقل الحاصل من فعل الموجب لما (١٠) عرفت من انّه حاصل بنفس انشاء الموجب من دون توقّفه علىٰ شيء .....

---

(١) يعني و من عدم شرطيّة القبول للنّقل و الانتقال في نظر الناقل و كون قيد التعقّب للقبول مستفاداً من الخارج يظهر ضعف أخذ القيد المذكور و هو تعقّب الايجاب بالقبول الّذي أفاده (كاشف الغطاء) في معنىٰ البيع المصطلح عند العرف و هو انشاء تمليك عينٍ بمالٍ كما أفاده (الشيخ الانصاري) و وجه الضّعف أنّ الموجب الّذي هو النّاقل لا يريد بلفظ البيع سوىٰ النّقل و لا يستعمله إلّا فيه من دون التفاته الىٰ القبول من المشتري أصلاً .

(٢) أي فضلاً عن أن يجعل القيد المذكور و هو تعقّب الإيجاب بالقبول أحد معاني البيع فحاصل الكلام انّه ليس قيداً فكيف بكونه معنىً مستقلّاً .

(٣) يعني يوجّه اطلاق البيع علىٰ الأثر بأنّ المراد بالبيع الذي حدّ بالأثر

و الانتقال المصدر المبنيّ للمفعول أي المجهول أعني المبيعيّة في مقابل المصدر المبنيّ للفاعل أي البايعيّة (راجع جواهر الكلام ج ٢٢ ص ٢٠٧).

(٤) أقول الموجّه مهدي بن المرتضىٰ الحسيني الطباطبائي المعروف ببحر العلوم في كتابه (المصابيح) في الفقه ، و الفرق بين المصدر المبنيّ للمفعول و المبني للفاعل أنّ النّسبة المأخوذة في الثّاني نسبة الصدور من الفاعل و في الأوّل نسبة الوقوع علىٰ المفعول و لذا فسّره بالمبيعيّة فانّ انفعال البايعيّة هو المبيعيّة .

(٥) أي التوجيه المذكور فيه تكلّف إذ ليس البيع بهذا المعنىٰ عند الاطلاق و لكنّه (حسن) إذ هو الوجه الوحيد لتصحيح هذا التّعريف .

(٦) أقول قد نسب المصنّف الىٰ الشّهيد الثّاني أنّ اطلاق لفظ البيع علىٰ العقد مجاز لعلاقة السببيّة لأنّ البيع مسبّب عن العقد الّذي هو سبب البيع فاطلق البيع علىٰ السّبب فقيل البيع هو العقد المركّب من الإيجاب و القبول ثمّ وجّه كلامه و حاصل توجيهه أنّ مراد الشّهيد الثّاني من المسبّب انّما هو الأثر الحاصل من العقد في نظر الشارع و هو النّقل و الانتقال و من البيّن أنّ ذلك لا يحصل إلّا بالعقد المركّب من الإيجاب و القبول و عليه فاستعمال لفظ البيع الذي وضع للمسبّب في نفس السبب انّما هو بعلاقة السببيّة و المسبّبيّة و عندئذ فاضافة العقد الىٰ البيع بمعنىٰ الأثر الحاصل من العقد اضافة لاميّة و من قبيل اضافة السبب الىٰ المسبّب

أي عقد البيع لا اضافة بيانيّة.

(٧) راجع مسالك الافهام ج ١ ص ١٦٩.

(٨) أي اطلاق البيع علىٰ العقد.

(٩) يعني ليس المسبّب هو النّقل الحاصل من فعل الموجب و الّذي هي صفة قائمة بفعل البايع لكي يكون البيع من قبيل الكسر و الانكسار.

(١٠) قوله (لما) تعليل لكون المسبّب ليس هو النّقل و ملخّصه انّ النّقل الذي هي صفة قائمة بالبايع حاصل بنفس انشاء البايع و ايجاده البيع بقوله (بعت) و ان لم يحصل في نظر غيره من العرف و الشرع.

كحصول (١) وجوب الضّرب في نظر الآمر بمجرّد الأمر و ان لم يصر واجباً في الخارج في نظر غيره و الىٰ هذا (٢) نظر جميع ما ورد في النّصوص و الفتاوىٰ (٣) من قولهم لزم البيع أو وجب أو لا بيع بينهما أو أقاله (٤) في البيع و نحو ذلك (٥) و الحاصل (٦) انّ البيع الذي يجعلونه من العقود يراد به النّقل بمعنىٰ اسم المصدر (٧) مع اعتبار تحقّقه (٨) في نظر الشارع المتوقّف علىٰ تحقّق الايجاب و القبول فاضافة العقد الىٰ البيع بهذا المعنىٰ (٩) ليست بيانيّة ولذا (١٠) يقال انعقد البيع (١١) و لا ينعقد البيع ثمّ انّ الشهيد الثّاني نصّ في كتاب اليمين من المسالك[1] علىٰ انّ عقد البيع و غيره من العقود حقيقة في الصّحيح (١٢) مجاز في الفاسد (١٣).....

---

(١) قوله (كحصول ... الخ) تنظيرٌ لحصول النّقل بنفس انشاء البايع من دون توقّفه علىٰ شيء آخر أعني اعتبار العقلاء إذ المنشئ يرىٰ حصول الأثر عند انشائه سواء اعتبره الشرع و العقلاء أم لا كحصول وجوب الضرب في نظر الآمر الّذي يقول (اضرب) بمجرّد الأمر و إن لم يصر واجباً في الخارج في نظر غيره و هو المأمور فانّ الوجوب أمر اعتباري يمكن أن يكون بنظر و لا يكون بنظر آخر كسائر الأمور الاعتباريّة .

(٢) أي و الىٰ إرادة الأثر الحاصل في نظر الشارع من البيع نظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوىٰ منها عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : أيّما رجل

---

(١) مسالك الأفهام ج ٢ ص ١٩٨ .

اشترىٰ من رجل بيعاً فهما بالخيار حتّىٰ يفترقا فإذا افترقا وجب البيع [١].

فالحديث الشريف دالّ علىٰ أنّ السبب في الأثر الذي هو الانتقال هو العقد المشتمل علىٰ الإيجاب و القبول في نظر الشارع لا الإيجاب المجرّد عن القبول.

(٣) يعني و الىٰ معنىٰ الأثر في نظر الشّارع لا في نظر النّاقل تشير جميع الفتاوىٰ الصادرة عن الفقهاء حول البيع و ما يساويه معنىٰ من الألفاظ المذكورة في قولهم لزم البيع: أو وجب، أو لا بيع بينهما، أو أقاله في البيع فإنّ المراد الأثر في نظر الشارع أي تمّ الأثر في نظره أو لا أثر أو أقاله في الأثر.

(٤) أي أقال المشتري البايع في الأثر الحاصل في نظر الشّارع.

(٥) من سائر أمثال هذه الجمل مثل قولهم فسخ البيع أو طلب الإقالة يعني البيع المشتمل علىٰ الإيجاب و القبول.

(٦) أي حاصل كلام الشهيد الثّاني أنّ البيع الّذي يجعلونه من العقود و يقولون أنّه عقد مركّب من إيجاب و قبول انّما يراد به النّقل في نظر الشارع المسبّب عن العقد السببي و هو الإيجاب و القبول و اطلاق البيع علىٰ العقد بعلاقة السببيّة و لا يراد بذلك النّقل فينظر الموجب.

(٧) يعني النّقل الذي بمعنىٰ اسم المصدر الذي هو اسم للحدث

---

(١) راجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٢ ص٣٤٦ باب١ من أبواب الخيار.

الحاصل من المصدر كالغسل الّذي هو حاصل من الاغتسال و الوضوء الحاصل من التّوضوء

(٨) أي مع اعتبار تحقّق النّقل في نظر الشّارع لا في نظر النّاقل و لا في نظر العرف .

(٩) يعني بناءً علىٰ هذا المعنىٰ و هو النّقل بمعنىٰ اسم المصدر الحاصل من النّقل الحدثي و هو الملكيّة الفعليّة لم تكن اضافة العقد الىٰ البيع في قولهم عقد البيع بيانيّة لأجل المغايرة بين السبب و هو الإيجاب و القبول و المسبّب و هو النّقل في نظر الشّارع و لأنّ العقد علّة للبيع بهذا المعنىٰ و المعلول لا يبين العلّة .

(١٠) أي و لاجل أنّ اضافة العقد الىٰ البيع ليست بيانيّة بل سببيّة .

(١١) أي البيع السّببي و هو الايجاب و القبول و لا ينعقد البيع أي البيع المسبّب و هو النّقل في نظر الشارع [1] .

(١٢) أي في الصحيح عند الشّرع بأن يكون تامّ الأجزاء و الشّرائط من حيث المتعاقدين و العوضين و غيرهما .

(١٣) و هو الفاقد للأجزاء و الشّرائط .

---

(١) مسالك الأفهام ج ٢ ص ١٩٨ .

لوجود خواصّ الحقيقة و المجاز كالتّبادر (١) و صحّة السّلب (٢) قال : و من ثَمّ حمل الإقرار به (٣) عليه (٤) حتّىٰ لو ادّعىٰ إرادة الفاسد لم يسمع إجماعاً ، و لو كان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد لَقُبِل تفسيره بأحدهما (٥) .

كغيره من الألفاظ المشتركة (٦) و انقسامه (٧) الىٰ الصحيح و الفاسد أعمّ (٨) من الحقيقة . انتهىٰ (٩) و قال الشّهيد الأوّل في قواعده[1] : الماهيّات الجعليّة كالصلاة والصوم وساير العقود لا تطلق علىٰ الفاسد (١٠) إلّا الحجّ لوجوب المضيّ فيه وظاهره (١١) إرادة الإطلاق الحقيقي ويشكل ماذكراه (١٢) بأن (١٣) وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسّك ....

---

(١) يعني التّبادر الىٰ الصحيح و من المعلوم أنّ التبادر علامة الحقيقة .

(٢) يعني صحّة السلب عن الفاسد و من البيّن أنّ صحّة السلب علامة المجاز .

(٣) أي و من أجل أنّ العقود حقيقة في الصحيح و مجاز في الفاسد حمل الاقرار بالبيع و الاعتراف به .

(٤) أي علىٰ البيع الصّحيح الذي يكون تامّ الأجزاء و الشرائط .

(٥) يعني لو كان عقد البيع و سائر العقود مشتركاً لفظياً لقبل تفسير الإقرار بالبيع بالصحيح و الفاسد فعلىٰ هذا فإن قال بعت الثّوب لزيد ثمّ ادّعىٰ انّ البيع كان فاسداً لم يسمع منه لأنّ الإقرار إنّما يؤخذ بظاهره و لو لم يكن الظاهر من البيع

---

(١) القواعد والفوائد ج ١ ، ص ١٥٩ ، رقم الفائدة ٢ .

الصّحيح لم يحمل إقراره علىٰ البيع الصّحيح و لأنّ ظهور حال المسلم فـي إرادة الصحيح و اختياره دون الفاسد .

(٦) كلفظة العين الموضوعة للمعاني المتعدّدة من الذهب و الفـضة و العـين الباصرة و الدّيدبان و الجاسوس فلو أقرّ شخص أمام الحاكم الشرعي أنّي عميت عين زيد فحكم الحاكم بالتّقاصّ منه ثمّ قال بعد الإقرار أردت من الإعماء إعماء العين النّابعة ليتخلّص من التّقاص و كما لو اعترف بأنّ لزيد عليه عيناً ثمّ فسّرها بالذهب مثلاً قُبِلَ هذا التفسير لأنّ اللّفظ موضوع لكلا المعنيين بالاشتراك اللّفظي .

(٧) دفع وهم ، ملخّص الوهم أنّ من علائم الحقيقة تقسيم الشّيء الىٰ قسمين و هنا قسّم البيع الىٰ الصحيح الّذي يكون جامعاً للشرائط و الأجزاء و الىٰ الفاسد الّذي لم تجتمع فيه الشّرائط و الأجزاء و من المعلوم انّ الانـقسام عـلامة كـون المقسّم حقيقة في كلّ الأقسام إذ لا يصحّ تقسيم الشيء الىٰ نـفسه و الىٰ غـيره فلا يقال الانسان إمّا انسان و إمّا بقر و حاصل الكلام انّ البيع ينقسم الىٰ الصحيح و الفاسد و التّقسيم علامة الحقيقة .

(٨) كلمة (أعمّ) خبر للمبتدأ المقدّم و هو قوله (و انقسامه) و جواب عن الوهم المذكور و حاصله انّ التقسيم المذكور أعمّ من الحقيقة إذ اللّفظ يقسّم الىٰ المعنىٰ الحقيقي و المجازي فيقال الأسد إمّا مفترس أو رجل شجاع نعم يحتاج هذا الىٰ القرينة و القرينة فيما نحن فيه صحّة السّلب من الفاسد .

(٩) انتهىٰ كلام الشّهيد الثّاني في المسالك .

(١٠) قال الشّهيد الأوّل في قواعده (ج ١ ص ١٥٩ رقم الفائدة ٢) : الماهيّات الجعليّة كالصّلاة والصّوم و سائر العقود لا تطلق علىٰ الفاسد إلّا الحجّ لوجوب المضيّ فيه .

أقول قوله : لا تطلق علىٰ الفاسد ... الخ ، يعني في مقام الطلب و الأمر بمعنىٰ انّ المأمور به و المطلوب من الصلاة و الصوم و سائر العبادات و المعاملات هو الصّحيح دون الفاسد فانّه ليس بمأمور به إلّا الحجّ لانّه إذا فسد أيضاً يجب إتمامه فلو لم يكن الفاسد حجّاً لم يجب المضيّ فيه و اتيانه فيما إذا كان الفساد في الأثناء بما تقرّر في محلّه من الجماع قبل الإحلال فوجوب المضيّ و اتيانه علامة انّه حجّ حقيقة و إن كان فاسداً .

(١١) أي ظاهر الشّهيد الأوّل في القواعد من قوله (لا تطلق) ارادة الاطلاق الحقيقي يعني انّ الماهيّات الجعليّة و جميع العقود لا تطلق علىٰ سبيل الحقيقة علىٰ الفاسد لا أنّه يريد عدم الاطلاق حتىٰ اطلاقاً مجازيّاً لوضوح انّ الماهيّات المجعولة يصحّ اطلاقها علىٰ الفاسد مجازاً و لم ينكره أحد .

(١٢) أي ما ذكره الشّهيد الأوّل و الثّاني من أنّ العقود حقيقة في الصحيح و أنّ الماهيّات الجعلية كالصّلاة و الصّوم لا تطلق علىٰ الفاسد .

(١٣) أقول الباء بيان لكيفيّة الاشكال علىٰ ما ذكره الشهيدان و حاصله أنّه

.....

على هذا يكون المراد من البيع في الآية الشريفة البيع الصّحيح فإذا شكّ في اعتبار شيء في الصحّة شكّ في صحّة البيع و يكون التمسّك بالإطلاق عندئذٍ تمسّكاً بالإطلاق مع الشكّ في الموضوع كالشكّ فيالعربيّة في النكاح فلو شككنا في أنّه هل تعتبر العربيّة في صيغة البيع كان اللّازم أن لا نتمسّك بـ ﴿ أَحَلَّ اللهُ البَيْعَ ﴾ سورة البقرة الآية ٢٧٥.

في عدم اعتبارها إذ معنىٰ البيع علىٰ قول الشّهيد (البيع الصّحيح) و المفروض انّا نشكّ في أنّ صيغة البيع الفارسيّة صحيحة أم لا.

باطلاق نحو أحلّ الله البيع ، و اطلاقات أدلّة سائر العقود (١) في مقام الشكّ في اعتبار شيء فيها (٢) مع أنّ سيرة علماء الإسلام التمسّك بها (٣) في هذه (٤) المقامات نعم (٥) يمكن أن يقال إنّ البيع و شبهه (٦) في العرف إذا استعمل في الحاصل (٧) من المصدر الّذي يراد من قول القائل بعت عند الإنشاء لا يستعمل حقيقة إلّا فيما كان صحيحاً مؤثّراً و لو في نظرهم (٨) ثمّ إذا كان (٩) مؤثّراً في نظر الشّارع كان بيعاً عنده وإلّا (١٠) كانت صورة بيع نظير بيع الهازل عند العرف فالبيع الّذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل بعت عند العرف و الشرع حقيقة في الصحيح المفيد .....

---

(١) كقوله ﷺ : المسلمون عند شروطهم (الوافي ج ١٠ ص٦٨) و كاطلاق دليل الرّهن والاجارة .

(٢) أي في صحّة تلك العقود مثلاً لو شككنا في أنّه هل تعتبر العربيّة في صيغة البيع كان اللّازم أن لا نتمسّك بـ ﴿ أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ ﴾ في عدم اعتبارها إذ معنىٰ البيع علىٰ قول الشّهيد (البيع الصّحيح) و المفروض انّا نشكّ في أنّ صيغة البيع الفارسيّة صحيحة أم لا .

(٣) أي بهذه الإطلاقات الواردة في مقام الشكّ في شرطيّة شيء أو جزئيّته .

(٤) أي في مقامات الشكّ في اعتبار شيء في العقود كما صرّحنا به آنفاً .

(٥) أقول قوله (نعم) استدراك عمّا أورده علىٰ الشهيدين من الإشكال بيانه أنّ البيع لم يوضع للنّقل المؤثّر شرعاً لكي لا يصح التمسّك بالإطلاق للشكّ في

الموضوع بل وضع للنقل المؤثّر سواء كان بنظر النّاقل كما إذا قال بعتك هذه المثاقيل من التّراب بدرهم و هذا بيع عند المتعاقدين و ليس بيعاً عند العرف أو بنظر العرف و لم يكن بيعاً في نظر الشّرع كما إذا قال بعتك منّاً من الخمر بدينار و هذا بيع عند العرف دون الشّرع أو بنظر الشّرع أيضاً كما إذا قال بعتك هذا الثّوب بدراهم و هذا بيع عند الشّرع و العرف و المتعاقدين جميعاً و السرّ فيه انّ سنخ البيع لمّا كان في ذاته أمراً يختلف باختلاف الانظار لتقوّمه بالاعتبار فلا واقع محفوظ له إلّا الجهة الجامعة المجامعة مع كلّ نظر واعتبار فإذا أخبر النّاقل بالبيع فقد أخبر بما حصل في نظره من دون تجوّز و لا كذب من عدم حصوله في نظر العرف أو الشّرع لقبول المفهوم للانطباق علىٰ النّقل في نظره خارجاً فلا اختلاف في المفهوم بل في ثبوت الأثر عرفاً أو شرعاً .

(٦) كالاجارة .

(٧) و يقال للحاصل من لمصدر اسم المصدر أو نتيجة المصدر و مراده من المصدر هو الانتقال و من الحاصل منه النّقل .

(٨) أي في نظر العرف فإنّ الانسان إذا قال بعت هذا الثّوب بدراهم لا يستعمل البيع استعمالاً حقيقيّاً إلّا فيما كان صحيحاً مؤثّراً في نظر العرف سواء وافقه نظر الشّرع أم لا ثم إذا كان مؤثّراً في نظر الشّرع كان بيعاً عند العرف و الشرع أيضاً .

(٩) أي إذا كان هذا التّمليك مؤثّراً في التّمليك في نظر الشّارع بواسطة اطلاق الحكم بحلّ البيع و وجوب الوفاء بالعقد كان بيعاً حقيقيّاً عند الشّارع أيضاً.

(١٠) يعني و إن لم يؤثّر في نظر الشّارع كما في موارد قيام دليل علىٰ خلاف الإطلاق المذكور دلّ علىٰ اعتبار شيء مفقود فيما هو بيع عند العرف كان بيعاً صوريّاً عند الشّارع لا تفيد النّقل و الانتقال نظير كون بيع الهازل بيعاً صوريّاً عند العرف و الهزل المزاح مقابل الجدّ و الفاعل الهازل.

للأثر ومجاز في غيره إلّا أنّ الإفادة (١) و ثبوت الفائدة (٢) مختلف في نظر العرف و الشرع (٣) و أمّا (٤) وجه تمسّك العلماء بإطلاق أدلة البيع و نحوه (٥) فلأنّ الخطابات لمّا وردت علىٰ طبق العرف (٦) حمل لفظ البيع و شبهه في الخطابات الشّرعيّة علىٰ ما هو الصّحيح (٧) المؤثّر عند العرف أو علىٰ المصدر الذي يراد من لفظ بعت فيستدلّ باطلاق الحكم بحلّه (٨) أو بوجوب الوفاء علىٰ كونه مؤثّراً في نظر الشرع أيضاً فتأمّل (٩) فإنّ للكلام محلّاً آخر (١٠)

---

(١) يعني افادة البيع للأثر.

(٢) يعني ترتّب النّقل و الانتقال.

(٣) فالعرف يرىٰ الصحّة أحياناً فيما لا يراه الشّرع كبيع الخمر و الخنزير و البيع الرّبوي الّتي يراها العرف العادي مقابل العرف المتشرّعي صحيحة و لا يراها الشّرع صحيحة.

(٤) سؤال و جواب، أمّا السّؤال فانّه كيف يتمسّك العلماء باطلاق أدلّة البيع نحو ﴿ أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ ﴾[1] فيما شكّ في جزء أو شرط مع أنّ مقتضىٰ وضع البيع للصّحيح عدم امكان التّمسك باطلاقات أدلّة البيع لأنّه من قبيل الأخذ بالعامّ في الشّبهات المصداقيّة مثلاً إذا شككنا في اعتبار الصّيغة في البيع فكيف يصحّ لنا الأخذ بعموم ﴿ أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ ﴾ مع أنّ البيع موضوع للصحيح و هو هنا مشكوك

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٥.

و الجواب عنه أنّ البيع و إن كان موضوعاً للنقل المؤثّر من دون خصوصيّة لنظر دون نظر إلّا أنّ الخطابات الشّرعيّة حيث إنّها القيت الىٰ العرف فلا بدّ من حملها علىٰ ما هو النّقل المؤثّر عندهم فكلّما وقع بيع في الخارج و شككنا في اعتبار الصّيغة وفي كونها دخيلة في هذا البيع صحّ لنا التمسّك بتلك الإطلاقات و الأدلّة علىٰ نفي شرطيّتها.

(٥) كالرهن و الاجارة.

(٦) لأنّ المخاطب هو العرف فمثل ﴿ أَحَلَّ اللهُ البَيْعَ ﴾ و نحوه يراد به البيع الذي يفهم العرف.

(٧) حيث أنّهم المخاطبون بتلك الآيات و الاطلاقات فمعنىٰ الآية ﴿ أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ ﴾ المؤثّر عند العرف.

(٨) أي بحلّ البيع المستفاد من قوله تعالىٰ ﴿ أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ ﴾ أو بوجوب الوفاء بالعقد المستفاد من قوله تعالىٰ ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ علىٰ كونه مؤثّراً في نظر الشّارع أيضاً كما هو مؤثّر في نظر العرف و حاصل الكلام عدم المنافاة بين كون البيع موضوعاً للصّحيح و بين التمسّك بالإطلاق بتقريب أنّ البيع موضوع للصّحيح عرفاً فإذا كان هناك بيع صحيح عرفاً فشكّ في صحّته شرعاً تمسّك بالإطلاق فيحكم بصحّته أيضاً.

(٩) وجه التأمّل أنّ العرف مرجع في المفاهيم الكلّيّة لا في المصاديق الجزئيّة.

(١٠) و هو باب الصّحيح و الأعمّ من الأصول.

الكلام في المعاطاة

اعلم أنّ المعاطاة علىٰ ما فسّره جماعة[١] أن يعطي كلّ من اثنين عوضاً عمّا يأخذه من الآخر .(١)

---

(١) أقول لا يخفىٰ علىٰ النّاقد البصير أنّ لفظ (المعاطاة) و عنوانه لم يرد في آية و لا رواية و لا في معقد اجماع كي يختلف و ينازع في تعيين مفهومه بل إنّما عبّر بذلك جمع من الفقهاء عمّا تداول بين النّاس من المعاملة الخاصّة الفاقدة للصّيغة الّتي تسمّىٰ بالمعاملة المعاطاتيّة ثمّ انّ فيما ذكره المصنّف ﷺ في تفسير المعاطاة نقلاً عن الجماعة مسامحة واضحة لا يخفىٰ علىٰ أهل الدقّة و البصيرة إذ المعاطاة الّتي وقع النزاع و الاختلاف و حِوار شديد و معركة عظيمة بين أعاظم المتأخّرين في أنّها بيع صحيح لازم أم لا لا يكون كلا طرفيها اعطاء الشيء بل لا يعقل أن يكون كلا طرفيها اعطاءً بعنوان العوضية و هذا من الوضوح كالنّور علىٰ المنار بل أحدهما اعطاء بعوض بمعنىٰ أنّ أحد الشيئين عوض و الآخر معوّض .

إذا عرفت ذلك فنقول إنّ محلّ النزاع و الاختلاف هو المعاطاة الّتي تتخلّف

---

(١) شرح اللمعة (الروضة البهيّة) ج١ ص٢٣٤ ، رياض المسائل ج١ ص٥١٠ ، تذكرة الفقهاء ج١ ص٤٦٢ ، نهاية الأحكام ج٢ ص٤٤٩ .

عن البيع المنشأ باللّفظ المخصوص في الصّيغة فقط مع اشتمالها علىٰ جميع الخصوصيات و عليه فهي لا تتصوّر إلّا علىٰ وجه فارد و نحو واحد و هو ما لو قصد بها التّمليك و الّتي متصوّر علىٰ وجوه متعدّدة و تنقسم بأقسام عديدة هي المعاطاة بالمعنىٰ الأوسع من ذلك أعني الّتي تتخلّف عن البيع في جهات أُخر عمدتها القصد للبيع و سيأتي الكلام مع بيان الأقوال فيها فانتظر.

و هو (١) يتصور علىٰ وجهين (٢) (أحدهما) أن يبيح كل منهما للآخر التّصرف فيما يعطيه من دون نظر إلىٰ تمليكه (٣) (الثّاني) أن يتعاطيا علىٰ وجه التّمليك (٤) و ربّما يذكر وجهان آخران .

(أحدهما) أن يقع النّقل من غير قصد البيع و لا تصريح بالإباحة المزبورة (٦) بل يعطي شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه الآخر إليه .

(الثّاني) أن يقصد الملك المطلق (٧) دون خصوص البيع و يردّ الأوّل (٨) بامتناع خلوّ الدّافع (٩) عن قصد عنوان من عناوين البيع أو الإباحة ، أو العارية ، أو الوديعة ، أو القرض ، أو غير ذلك من العناوين الخاصّة .

---

(١) أي المعاطاة .

(٢) أقول لا يخفىٰ أنّ تصوير المعاطاة علىٰ وجهين في خصوص المعاطاة المذكورة في باب البيع الّتي حكي عن بعض العامّة و الخاصّة كونها بيعاً مفيداً للملك مثل البيع بالصّيغة القوليّة لا مطلق المعاطاة و إلّا فلا اشكال في تصويرها علىٰ نحو ليس فيه قصد الإباحة و التّمليك كالمعاطاة في الوديعة .

(٣) بأن يبيح كلّ واحد من المتعاطيين التصرّف للآخر فيما أعطاه من دون قصد التّمليك بل مع الغضّ عن التّمليك .

(٤) بمعنىٰ أنّ كلّ واحد من المتعاطيين يقصد تمليك ما أعطاه لصاحبه بأن يملّك هذا ذاك و ذاك هذا ، و ربّما يذكر وجهان آخران ذكرهما صاحب الجواهر ﷺ

و عن بعض الأجلّة الذي هو الاستاذ كاشف الغطاء ﷺ .

(٥) أقول عبارة الجواهر أن يقع الفعل يعني التّعاطي لا النّقل وإليك نصّ عبارته .

(ثالثها أن يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد للبيع و لا تصريح بالاباحة المزبورة بل يعطي البقّال مثلاً شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه إليه[1]) .

(٦) التي هي الوجه الاوّل و هي إباحة التّصرّف لكلّ واحد من المتعاطيين فيما أعطاه للآخر .

(٧) بأن يقصد حال النّقل الملك الأعمّ من البيع و الإجارة والقرض و التّمليك و الهبة المعوّضة .

(٨) و هو وقوع النّقل من غير قصد البيع و لا التّصريح بالاباحة أقول و لعلّه من جهة امتناع انشاء الجنس من دون الفصل ضرورة أنّ الوجود الإنشائي كالوجود الخارجي يحتاج الىٰ مشخّص و لا يمكن أن يوجد بدونه فكما أنّ الحيوان مثلاً إذا تحقّق فلا بدّ له أن يوجد في ضمن أحد الفصول كالنّاطق و السّاهل و غيرهما فكذلك الفعل و التّسليط لا بدّ له أن يتحقّق في ضمن أحد العناوين من البيع و العارية و الوديعة و غيرها .

(٩) بمعنىٰ أنّه يمتنع أن لا يقصد المعطي والدّافع من إعطاء ودفع ماله الىٰ الغير عنواناً من العناوين المذكورة من البيع والاباحة والعارية و غير ذلك من العناوين الخاصّة .

---

(١) جواهر الكلام ج ٢٢ كتاب التجارة ص٢٢٦ .

و الثّاني (١) بما تقدّم في تعريف البيع (٢) من أنّ التّمليك بالعوض علىٰ وجه المبادلة هو مفهوم البيع لا غير نعم يظهر من غير واحد منهم في بعض العقود كبيع لبن شاة مدّة و غير ذلك كون التّمليك المطلق أعمّ من البيع (٣) ثمّ انّ المعروف بين علمائنا في حكمها (٤) أنّها مفيدة لاباحة التّصرّف و يحصل الملك بتلف (٥) احدىٰ العينين و عن المفيد[1] و بعض العامّة القول بكونها (٦) لازمة كالبيع و عن العلّامة ﷺ في النّهاية احتمال كونها بيعاً فاسداً في عدم افادتها لاباحة التّصرّف ولا بدّ أوّلاً من ملاحظة أنّ النّزاع في المعاطاة (٧) المقصود بها الاباحة أو في المقصود بها التّمليك الظّاهر من الخاصّة و العامّة هو المعنىٰ الثّاني (٨).

---

(١) عطف علىٰ قوله (الاول) أي و يُرَدُّ المعنىٰ الثّاني للمعاطاة و هو قصد التّمليك المطلق بما تقدّم في تعريف البيع من انّ التمليك بالعوض علىٰ وجه المبادلة بين العوض و المعوّض هو مفهوم البيع لا غير.

(٢) تقدّم في ص٢٣ عند قوله : إذ ليس للبيع لغة و عرفاً معنىٰ غير المبادلة و النّقل و التّمليك.

(٣) كلمة (كون) في قوله كون التّمليك بالرّفع فاعل لكلمة يظهر في قوله : نعم يظهر و وجه كون التّمليك المطلق أعمّ من البيع انّ من جملة شرايط العوضين في البيع أن يكون كلّ منهما معلوم المقدار إذا كانا من المكيل والموزون والحال أنّ لبن الشاة مدّة في العقد المذكور لا يعلم مقداره فلا يكون بيعاً فيكون التّمليك أعمّ

---

(١) المقنعة ص ٥٩١.

.....

من البيع و انّه نافذ بدليل قوله تعالىٰ : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ و قوله تعالىٰ ﴿ إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ﴾ .

(٤) أي في حكم المعاطاة .

(٥) فبمجرّد تلف الثّمن انتقل الثّمن الىٰ البايع والمثمّن الىٰ المشتري و الإتلاف كذلك . .

(٦) أي بكون المعاطاة لازمة كالبيع فعندئذ لا يتوقّف علىٰ التّلف و الاتلاف حيث انّ الملكيّة تحصل في المعاطاة بمجرّد الأخذ و العطاء في العوضين فتكون لازمة .

(٧) يعني لا بدّ أوّلاً من ملاحظة انّ النّزاع بين الفقهاء في حكم المعاطاة في أيّ القسمين من المعاطاة هل النّزاع في المعاطاة الّتي قصد المتعاطيان بها اباحة التّصرّف من دون نظر الىٰ تمليكه أو في المعاطاة الّتي قصد المتعاطيان التّمليك بها .

(٨) و هو كون المقصود من المعاطاة هي المعاطاة المفيدة للتمليك .

و حيث انّ الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التّلف و حصوله (١) بعده لا يجامع ظاهراً قصد التّمليك من المتعاطيين نزّل (٢) المحقّق الكركي الإباحة في كلامهم علىٰ الملك الجايز المتزلزل و انّه (٣) يلزم بذهاب احدىٰ العينين و حقّق ذلك (٤) في شرحه علىٰ القواعد[١] و تعليقه علىٰ الإرشاد بما لا مزيد عليه .

لكن بعض المعاصرين[٢] لمّا أستبعد هذا الوجه (٥) التجأ الىٰ جعل محلّ النّزاع هي المعاطاة المقصود بها الإباحة و رجّح بقاء الإباحة في كلامهم علىٰ ظاهرها (٦) المقابل للملك و نزّل (٧) مورد حكم قدماء الأصحاب بالاباحة علىٰ هذا الوجه (٨) .

---

(١) أي و حصول الملك بعد التّلف .

(٢) قوله (نزّل) جواب لـ(حيث) في قوله و حيث إنّ وحاصل الكلام أنّ المحقّق الكركي حمل الاباحة في كلام الفقهاء حيث قالوا : المعاطاة تفيد الإباحة علىٰ الملكيّة المتزلزلة فراراً عن الحكم بالاباحة في المعاطاة مع قصد المتعاطيين التّمليك .

(٣) أي الملك الجائز .

(٤) أي و حقّق المحقّق ذلك التّنزيل و هو أنّ المراد من الإباحة في كلام الفقهاء

---

(١) جامع المقاصد ج ٤ ص٥٨ و تعليق المحقّق الثّاني علىٰ ارشاد العلّامة ﷺ مخطوط .
(٢) هو صاحب الجواهر ﷺ راجع الجواهر ج ٢٢ ص ٢٢٤ - ٢٢٥ .

هي الملكيّة المتزلزلة الّتي تكون لازمة بذهاب إحدىٰ العينين .

(٥) بأن يريد الفقهاء بالإباحة الملك المتزلزل وجه الاستبعاد انّ الاباحة في مقابل الملك فكيف يمكن اطلاق أحدهما علىٰ الآخر بدون القرينة .

(٦) أي رجّح صاحب الجواهر بقاء الإباحة في قولهم إنّ المعاطاة تفيد الاباحة علىٰ ظاهر الإباحة المجرّدة عن الملك المقابلة له لا كما صنع المحقّق الكركي .

(٧) صاحب الجواهر ﷺ .

(٨) أي علىٰ الاباحة المقابلة للملك .

و طعن (١) علىٰ من جعل محلّ النّزاع في المعاطاة بقصد التّمليك قائلاً (٢) إنّ القول بالاباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك ممّا لا ينسب الىٰ أصاغر (٣) الطّلبة فضلاً عن أعاظم (٤) الأصحاب و كبرائهم و الإنصاف أنّ ما ارتكبه المحقّق الثّاني في توجيه الإباحة (٥) بالملك المتزلزل بعيد في الغاية عن مساق كلمات الاصحاب مثل الشيخ في المبسوط و الخلاف[1] و الحلّي في السّرائر و ابن زهرة في الغنية و الحلبي في الكافي (٦) و العلّامة في التّذكرة و غيرها (٧) بل كلمات بعضهم صريحة في عدم الملك كما ستعرف إلّا أنّ جعل محلّ النّزاع ما إذا قصد الاباحة دون التّمليك (٩) أبعد منه (١٠) بل لا يكاد يوجد (١١) في كلام أحد منهم ما يقبل الحمل علىٰ هذا المعنىٰ (١٢).

---

(١) يعني طعن صاحب الجواهر و عابه و قدح فيه أقول الظّاهر بل المعلوم عدم صحّة هذه النّسبة يعني جعل محلّ النّزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرّد الإباحة الىٰ صاحب الجواهر ﷺ لامتناع توارد الأقوال جُمِعْ عليه إذ من جملتها القول بكونها بيعاً مفيداً للملك اللّازم كما عن المفيد و لا طريق لنا الىٰ ذلك بناءً علىٰ كون النّزاع في المقصود به الإباحة لأنّ مرجعه الىٰ أنّ التّعاطي المقصود به الإباحة يفيد الملك اللّازم و بطلانه واضح كالنّور علىٰ المنار لا يصدر عن الصّغار فكيف بالعلماء الكبار العارفين بالضّمار.

---

(١) المبسوط في فقه الإماميّة ج ٢ ص ٨٧. والخلاف ج ٣ ص ٤١ رقم المسألة ٥٩.

(٢) كلمة قائلاً حال عن فاعل طعن و هو صاحب الجواهر .

(٣) (الأصغر) اسم التّفضيل جمع أصاغر و أصاغرة و أصغرون (المنجد) .

(٤) (الأعظم) جمع الأعظمون و الأعاظم (المنجد) .

(٥) التي وردت في كلمات الفقهاء في قولهم المعاطاة تفيد الإباحة .

(٦) أي الشيخ أبي الصّلاح تقيّ الدّين بن نجم .

(٧) أي غير التذكرة .

(٨) من هنا يروم المصنّف ﷺ أن يردّ قول صاحب الجواهر تخيّلاً منه أنّ صاحب الجواهر جعل محلّ النزاع المعاطاة المقصود بها الإباحة و قد عرفت عدم صحّة هذه النّسبة آنفاً .

(٩) كما نسب الىٰ صاحب الجواهر و قد عرفت عدم صحّة النسبة منّا .

(١٠) أي أبعد ممّا ارتكبه المحقّق الثّاني وجه الأبعديّة عن كلمات الأصحاب علىٰ تقدير صحّة هذه النّسبة الىٰ مثل صاحب الجواهر ﷺ انّ كلمات الفقهاء صريحة في أنّ المتعاطيين يقصدان من المعاطاة التّمليك و قد ذكر الشّيخ تلك الكلمات واحدة بعد أُخرىٰ حتّىٰ يعرف وجه أبعديّة كلام صاحب الجواهر بقوله : و باللّه التّوفيق قال في الخلاف ... الخ .

(١١) يعني ليس لأحد من العلماء أن يقول إنّ محلّ النّزاع هو المعاطاة الّتي يقصد بها الإباحة في حال النّقل .

(١٢) و هو أنّ محلّ النّزاع بين الفقهاء ما إذا قصد المتعاطيان الإباحة دون التّمليك .

و لننقل أوّلاً كلمات جماعة ممّن ظفرنا علىٰ كلماتهم ليظهر منه (١) بُعْدُ (٢) تنزيل الإباحة علىٰ الملك المتزلزل كما صنعها المحقّق الكركي و أبعديّةُ جعل محلّ الكلام في كلمات قدمائنا الأعلام : ما لو قصد المتعاطيان مجرّد إباحة التّصرّفات (٣) دون التّمليك فنقول و باللّه التّوفيق .

قال في الخلاف [١] إذا دفع قطعة (٤) الىٰ البقليّ (٥) أو الشّارب (٦) فقال أعطني بها (٧) بقلة ، أو ماءً فأعطاه فإنّه لا يكون بيعاً و كذلك سائر المحقّرات (٨) و إنّما يكون إباحة له (٩) فيتصرّف كلّ منهما فيما أخذه تصرّفاً مباحاً من دون أن يكون ملكه و فائدة ذلك (١٠) أنّ البقليّ إذا أراد أن يسترجع البقل ، أو أراد صاحب القطعة أن يسترجع قطعته كان لهما ذلك لأنّ الملك لم يحصل لهما (١١) و به (١٢) قال الشّافعي

---

(١) أي من نقلنا الّذي يستفاد من قوله (ه. لننقل) .

(٢) كلمة (بُعدُ) بضمّ الباء ضدّ القرب فاعل لقوله (يظهر) .

(٣) كما نسب هذا القول الىٰ صاحب الجواهر ﷺ .

(٤) القطعة الحصّة من الشّيء ج قِطَع (المنجد) و المراد من القطعة في المقام الحصّة من الدّرهم أو الدّينار .

(٥) المراد من البقليّ بيّاع الحبوب بأقسامها .

---

(١) الخلاف ج ٢ ص ١٨ رقم المسألة ٥٩ .

(٦) المراد من الشارب بيّاع الماء و ساقيه .

(٧) أي بالقطعة و الدّرهم أو الدّينار .

(٨) يعني و كذلك لو دفع شيئاً لشراء الأشياء الحقيرة فلا يكون بيعاً .

(٩) أي للآخذ و صاحب البقل و الماء والأشياء الحقيرة .

(١٠) يعني و فائدة هذه الإباحة المجرّدة عن التّمليك .

(١١) يعني لصاحب البقل ، و لصاحب القطعة لكي يلتزم كلّ منهما بما التزم به من النّقل و الانتقال لأنّ المفروض أنّ المعاطاة تفيد الإباحة المجرّدة دون الملك و هذا النّوع من الإباحة لا يفيد سوىٰ التّصرّف .

(١٢) أي بعدم حصول الملك بل الإباحة المجرّدة عنه قال الشافعي[1] .

(١) المجموع ج ٩ ص ١٦٣ .

و قال أبو حنيفة[1] يكون (١) بيعاً صحيحاً و إن لم يحصل الايجاب و القبول ، و قال ذلك (٢) في المحقّرات دون غيرها دليلنا (٣) أنّ العقد حكم شرعيّ ، و لا دلالة في الشّرع علىٰ وجوده (٤) هنا فيجب أن لا يثبت (٥) و أمّا الإباحة بذلك (٦) فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها (٧) انتهىٰ (٨) .

و لا يخفىٰ صراحة هذا الكلام (٩) في عدم حصول الملك و في (١٠) أنّ محلّ الخلاف بينه (١١) و بين أبي حنيفة ما لو قصد البيع لا الإباحة المجرّدة كما يظهر (١٢) أيضاً من بعض كتب الحنفيّة

---

(١) يعني المعاطاة بالنّحو المذكور في المتن يكون بيعاً لا إباحة .

(٢) أي قال أبو حنيفة كون المعاطاة بالنّحو المذكور بيعاً صحيحاً في المحقّرات كالماء و البقل دون غيرها كالدّار و البستان .

(٣) قوله (دليلنا) لشيخ الطائفة أي دليلنا نحن (الطّائفة الإماميّة) علىٰ أنّ المعاطاة بالنّحو المذكور تفيد الإباحة المجرّدة فقط أنّ العقد حكم شرعيّ فإنّ الشّارع يلزم أن يبيّن ماذا يفيد اللّزوم و لا دلالة في الشّرع علىٰ وجود العقد في المعاطاة .

(٤) أي وجود العقد كما عرفت آنفاً .

(٥) أي يجب أن لا يثبت العقد الّذي هو حكم شرعيّ في المعاملة المعاطاتيّة .

---

(١) فتح العزيز ج٨ ص١٠١ .

(٦) أي بسبب المعاطاة المذكورة انّما ثبت بالإجماع من العلماء الذين لا يختلفون في ذلك .

(٧) يعني في الإباحة .

(٨) أي انتهىٰ كلام الشيخ حول المعاطاة .

(٩) يعني كلام (شيخ الطائفة) و هو قوله : فإنّه لا يكون بيعاً ، صريح في أنّ الملكيّة لا تحصل بالمعاطاة .

(١٠) قوله (و في ... الخ) عطف علىٰ قوله في عدم حصول .

(١١) أي بين الشيخ .

(١٢) أي كما يظهر كون محلّ الكلام ما لو قصد المتعاطيان الملك لا الإباحة أيضاً من بعض الكتب الحنفيّة .

حيث أنّه (١) بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال قال (٢) و ينعقد بالإيجاب و القبول (٣) و بالتّعاطي وأيضاً فتمسّكه (٤) بأنّ العقد حكم شرعيّ يدلّ علىٰ عدم انتفاء قصد البيعيّة و إلّا (٥) لكان الأولىٰ بل المتعيّن التّعليل به (٦) إذ مع انتفاء حقيقة البيع لغة و عرفاً لا معنىٰ للتّمسّك بتوقّفه (٧) علىٰ الأسباب الشّرعيّة كما لا يخفىٰ .

و قال في السرائر[1] بعد ذكر اعتبار الايجاب و القبول ، و اعتبار تقدّم الأول علىٰ الثّاني ما لفظه :

فإذا دفع قطعة الىٰ البقليّ ، أو الىٰ الشّارب فقال اعطني فإنّه (٨) لا يكون بيعاً و لا عقداً لانّ الايجاب و القبول (٩) ما حصلا و كذلك سائر المحقّرات و سائر الأشياء محقّراً كان أو غير محقّر من الثّياب و الحيوان أو غير ذلك و إنّما يكون اباحة له (١٠) فيتصرّف كلٌّ منهما فيما

---

(١) أي انّ أبي حنيفة .

(٢) أي قال أبو حنيفة : و ينعقد البيع بالتّعاطي أيضاً .

(٣) أي بالايجاب و القبول اللّفظيّين .

(٤) يعني تمسّك الشّيخ في الخلاف في إثبات عدم حصول الملك في المعاطاة بأنّ العقد حكم شرعيّ ، يدلّ علىٰ أنّ مورد كلامه المعاطاة المقصود بها البيع ، دون الاباحة المجرّدة لأنّه لو كان كلامه في المعاطاة المقصود بها الاباحة دون التّمليك

---

(١) السرائر كتاب البيوع : باب حقيقة البيع و بيان أقسامه ص ٢١٤ سطر ٣١ .

لكان المتعيّن عليه أن يستدلّ في عدم كونها مفيدةً للملك بأنّ المتعاطيين لم يقصدا التّمليك وليس المقتضىٰ لحصول الملك موجوداً لا التّمسّك بانتفاء الشرط و توقيفيّة الأسباب الشّرعيّة لأنّ عدم المعلول في مورد عدم وجود المقتضىٰ يستند إليه لا الىٰ انتفاء الشّرط كما هو واضح .

(٥) أي و إن كان قصد البيعيّة منتفياً في المعاطاة لكان الأولىٰ بل المتعيّن التّعليل بانتفاء قصد البيعيّة لا الاستدلال بقوله : دليلنا أنّ العقد حكم شرعيّ .

(٦) أي بانتفاء قصد البيعيّة في المعاطاة في حال التّعاطي .

(٧) أي لا معنىٰ للتمسّك بتوقّف البيع علىٰ الأسباب الشّرعيّة و انّه لا سبب شرعيّ في المقام فانّ الانتفاء ينسب الىٰ السّابق من العلّتين فعدم القصد سبب أوّل و عدم امضاء الشارع سبب ثانٍ فإذا لم يكن السّبب الاوّل لم يكن معنىٰ للتّعليل بالسبب الثّاني .

(٨) أي الدفع المخصوص بالكيفيّة المخصوصة لا يكون بيعاً لكي يشمله قوله تعالىٰ : ﴿ أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ ﴾ و لا عقداً لكي يشمله قوله تعالىٰ : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ .

(٩) أي الايجاب و القبول اللّفظيّين ما حصلا .

(١٠) أي الأخذ و العطاء انّما يكون اباحة لكلّ واحد من المتعاطيين .

أخذه تصرّفاً مباحاً من غير أن يكون ملكه (١) أو دخل في ملكه و لكلّ منهما أن يرجع فيما بذله لإنّ الملك لم يحصل لهما و ليس ذلك (٢) من العقود الفاسدة لأنّه لو كان عقداً فاسداً لم يصحّ التصرّف فيما صار الىٰ كلّ واحد منهما و انّما ذلك (٣) علىٰ جهة الإباحة انتهىٰ (٤).

فانّ تعليله (٥) عدم الملك بعدم حصول الايجاب و القبول يدلّ علىٰ أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التّمليك مع أنّ ذكره (٦) في حيّز (٧) شروط العقد يدلّ علىٰ ما ذكرناه (٨).

و لا ينافي ذلك (٩) قوله و ليس هذا من العقود الفاسدة (١٠) الىٰ آخر قوله كما لا يخفىٰ.

و قال في الغنية[1] بعد ذكر الايجاب و القبول في عداد شروط صحّة انعقاد البيع كالتّراضي و معلوميّة العوضين و بعد بيان الاحتراز بكلّ من الشّروط عن المعاملة الفاقدة له (١١) ما هذالفظه (١٢).

---

(١) يعني من غير أن يكون ملك الآخذ بالتعاطي قبل التصرّف، أو دخل في ملكه بعد التصرّف.

(٢) أي ليس ذلك التعاطي و المعاطاة من العقود الفاسدة.

(٣) أي هذا النّحو من التصرّف.

---

(١) غنية النزوع ص٥٨٦ للسيد ابن زهرة الحسيني الحلبي المتولّد سنة ٥١١، المتوفّىٰ سنة ٥٨٥.

(٤) أي انتهىٰ ما أفاده (ابن ادريس) في السرائر في هذا المقام .

(٥) أي تعليل ابن ادريس لاثبات مدعاه بقوله : فانّه لا يكون بيعاً ، و لا عقداً ، لأنّ الايجاب و القبول ما حصلا .

(٦) المصدر مضاف الىٰ المفعول و هو المعاطاة و الفاعل هو (ابـن ادريس) محذوف يعني مع انّ ذكر (ابن ادريس) المعاطاة في مقام شروط العقد بـقوله : لا يكون بيعاً و لا عقداً دليل علىٰ انّ المتعاطيين يقصدان التّمليك من المعاطاة .

(٧) المراد من (الحيّز) هنا المقام .

(٨) و هو انّ المتعاطيين يقصدان التمليك من المعاطاة و ليس فرض كلامنا في المعاطاة الّتي يقصد بها الإباحة .

(٩) أي لا ينافي ما قلناه : من أنّ المتعاطيين يقصدان التمليك مـع مـا قـاله ابن ادريس : من أنّ المعاطاة ليس من العقود الفاسدة وجه تـوهّم المـنافاة انّـه لو كان مراده صورة قصد البيع لم يكن وجه للحكم بعدم كونه من العقود الفاسدة بعد تحقّق البيع فيعلم من هذا أنّ مفروضه صورة قصد الاباحة .

و وجه عدم المنافاة أنّ الفساد من حيثيّة البيع لا ينافي الصحّة من حيث الاباحة ففرض الحلي أنّه ليس من العقود الفاسدة مطلقاً بل هو صحيح بـلحاظ افادته الإباحة .

(١٠) يعني أنّه ليس من العقود الفاسدة الّتي لا يترتّب الأثر أصلاً لا تحقّق المضمون ولا الإباحة.

(١١) أي الفاقدة للشّرط كالمعاملة الّتي لا تراضي فيها أو كان أحد العوضين فيها مجهولاً.

(١٢) قوله (ما هذا لفظه) مقول قوله (قال في الغنية).

و اعتبرنا حصول الايجاب والقبول تحرّزاً عن القول بانعقاده (١) بالاستدعاء من المشتري و الايجاب من البايع : بأن يقول بعنيه بألفٍ فيقول بعتُكَ بألفٍ فإنّه لا ينعقد بذلك (٢) بل لا بدّ أن يقول المشتري بعد ذلك (٣) اشتريت أو قبلت حتّىٰ ينعقد (٤) و احترازاً (٥) أيضاً عن القول بانعقاده (٦) بالمعاطاة نحو أن يدفع الىٰ البقليّ قطعة (٧) و يقول أعطني بقلاً فيعطيه فإنّ ذلك ليس ببيعٍ و إنّما هو إباحة للتصرّف .

يدلّ علىٰ ما قلناه (٨) الإجماع المشار إليه (٩) و أيضاً فما اعتبرناه (١٠) مجمع علىٰ صحّة العقديّة و ليس علىٰ صحّة ما عداه (١١) دليل و لما ذكرناه (١٢) نهىٰ ﷺ .....

---

(١) أي بانعقاد البيع بالاستدعاء و هو طلب المشتري البيع من البايع .

(٢) أي فإنّ البيع لا ينعقد بقوله : بعه فيقول : بعتك و مراده ﷺ أنّ البيع لا يقع لو تقدّم القبول علىٰ الإيجاب .

(٣) أي بعد إيجاب البايع .

(٤) أي حتّىٰ ينعقد البيع و يكون صحيحاً .

(٥) قوله (و احترازاً) عطف علىٰ قوله (تحرّزاً) و علّة ثانية لاعتبار الايجاب و القبول في البيع أي انّما اعتبرنا حصول الايجاب و القبول لأجل الاحتراز عن وقوع البيع و انعقاده بالمعاطاة .

(٦) أي بانعقاد البيع .

(٧) القِطعَة الحصّة من الشّيء ج قِطَع (القِطَع) الدّراهم (المنجد) فالمراد من القِطعة الدّرهم .

(٨) المراد من (ما قلناه) عدم كون المعاطاة بيعاً و كونها مفيدة للإباحة .

(٩) و هو ما أشار إليه صاحب الغنية بقوله (فما اعتبرناه مجمع علىٰ صحّة العقد به) .

(١٠) من شروط البيع الذي هو الايجاب و القبول و معلومية العوضين و التّراضي فهو إجماعيٌّ اتفق الفقهاء علىٰ صحّة العقد بهذه الشّروط .

(١١) أي ليس لنا دليل علىٰ صحّة غير العقد الذي اعتبرت فيه الشّرائط .

(١٢) أي و لأجل ما ذكرناه من اعتبار الوجوب و القبول اللفظيين نهىٰ عليه السلام ... الخ[1]

(١) الوسائل ج ١٢ ص ٢٦٦ الباب ١٢ الحديث ١٣ .

عن بيع المنابذة (١) و الملامسة (٢) و عن بيع الحصاة (٣) علىٰ التأويل الآخر (٤) و معنىٰ ذلك (٥) أن يجعل اللّمس بشيء و النبذ له و إلقاء الحصاة بيعاً موجَباً (٦) انتهىٰ (٧) فإنّ دلالة هذا الكلام (٨) علىٰ أنّ المفروض قصد المتعاطيين التّمليك (٩) من وجوه متعدّدة :

منها (١٠) ظهور أدلّته الثلاثة (١١) في ذلك (١٢) و (منها) (١٣) احترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاة بنحوٍ واحدٍ و قال الحلبي في الكافي بعد أن ذكر أنّه يشترط في .....

---

(١) مصدر باب المفاعلة من نابذ ينابذ منابذة أقول بيع المنابذة و بيع الحصاة بمعنىٰ واحد كانوا في الجاهلية يُحْضِرُ الرّجلُ قطيع الغنم أي طائفة منه فينبذ الحصاة أي يرميها و يقول لصاحب الغنم إنّ ما أصابه الحجر فهو لي بكذا أو يقول شخصٌ لشخصٍ آخر إذا نبذتَ متاعك أو نبذتُ متاعي فقد وجب البيع و كانوا يدعون هذا البيع بيع المنابذة وبيع الحصاة .

(٢) مصدر باب المفاعلة من لامس يلامس ملامسة هي أن يقول أحد المتبايعين إذا لمستُ ثوبكَ أولمستَ ثوبي فقد وجب البيع بكذا .

(٣) بفتح الحاء مفرد : جمعه حَصيَات . وزان بقرة بقرات قد بيّنا المراد من هذا البيع آنفاً و قلنا إنّ معناه أن يقول أحد المتبايعين للآخر بعتك من المتاع ما تقع حصاتك عليه إذا رميت بها أو إذا نبذتُ إليك الحصاة فقد وجب البيع كان هذا البيع متداولاً في الجاهلية و يطلق الحصىٰ علىٰ صغار الحجارة أيضاً .

(٤) أقول إنّ لهذه الرواية تأويلين أحدهما : النّهي عن تعيين المبيع بالنّبذ و الملامسة . و الحصاة و هو ما ذكره قبل ذلك بقوله (و للجهالة بالمبيع نهىٰ ﷺ عن بيع الحصاة) بأن يكون المبيع مجهولاً عند المتبايعين و يتّفقا علىٰ أنّ المبيع هو ما تقع عليه الحصاة و علىٰ هذا تكون الرّواية خارجة عمّا نحن فيه لجهل المتبايعين بالمبيع .

و الثّاني أن تكون المنابذة و الملامسة و إلقاء الحصاة بمنزلة الايجاب و القبول ، و بها يقع البيع بينهما ، و بهذا التّأويل تكون دليلاً علىٰ عدم وقوع البيع بغير الايجاب و القبول .

(٥) أي و معنىٰ المنابذة و الملامسة و بيع الحصاة أن يصير البيع لازماً بأحد الثّلاثة .

(٦) بصيغة المفعول أي لازماً يقال أوجب البيع أي ألزمه .

(٧) أي انتهىٰ كلام الغنية و ما أفاده ابن زهرة في هذا المقام .

(٨) أي كلام ابن زهرة الذي ذكره المصنّف ﷺ بقوله في ص ٦٩ و قال في الغنية بعد ذكر الايجاب و القبول ... الخ .

(٩) لا الإباحة كما قاله صاحب الجواهر .

(١٠) أي من تلك الوجوه الدّالّة علىٰ المدّعىٰ : و هو أنّ المعاطاة تفيد التّمليك لا الاباحة المجرّدة : الادلة الثّلاثة لابن زهرة .

(١١) أقول المراد من دليله الأوّل الاجماع الّذي أفاد بقوله (فما اعتبرناه مجمع علىٰ صحّة العقد به) و من الثّاني عدم الدّليل دليل العدم الّذي أفاد المصنّف بقوله (و ليس علىٰ صحّة ما عداه دليل) بمعنىٰ أنّ المعاطاة من أفراد ما عداه و من الثّالث ما أفاده بقوله (و لما ذكرنا نهىٰ ﷺ عن بيع المنابذة ... الخ) .

(١٢) أي في قصد المتعاطيين التّمليك[1] .

(١) الكافي في الفقه ص ٣٥٢ - ٣٥٣ تأليف الفقيه الأقدم معاصر الشّيخ الطّوسي ﷺ تقي الدين ابن النّجم الحلبي أبي الصلاح و له مؤلفات غير الكافي كالبداية و تقريب المعارف .

صحّة البيع أمور ثمانية ما لفظه : و اشترط الايجاب و القبول : لخروجه (١) من دونهما عن حكم البيع الىٰ أن قال (٢)فإن اختلّ شرط من هذه (٣) لم ينعقد البيع و لم يستحقّ التّسليم (٤) و إن جاز التّصرّف مع إخلال بعضها (٥) للتّراضي (٦) دون عقد البيع ، و يصحّ معه (٧) الرّجوع انتهىٰ (٨)

و هو (٩) في الظّهور قريب من عبارة الغنية و قال المحقّق ﷺ[1] في الشّرايع و لا يكفي (١٠) التّقابض من غير لفظ و إن حصل من الامارات (١١) ما دلّ علىٰ إرادة البيع انتهىٰ (١٢).

---

(١) أي لخروج البيع من دون الايجاب و القبول عن حكم البيع .

(٢) أي قال الحلبي في كتابه الكافي .

(٣) أي فإن اختلّ شرطٌ من هذه الشّروط الثّمانية المذكورة في كتاب الكافي للحلبي .

(٤) أي لم يستحقّ كلٌّ من البايع و المشتري التّسليم للثّمن و المثمن .

(٥) أي بعض الشّروط الثّمانية كفقد لفظ الإيجاب و القبول مثلاً .

---

(١) هو جعفر بن الحسن بن يحيىٰ بن الحسن بن سعيد الهذلي الحلّي صاحب كتاب شرايع الاسلام و كتاب النّافع في مختصر الشرايع و كتاب المعتبر في شرح المختصر و غيرها توفي سنة ٦٧٦ و قبره الشريف في الحلّة معروف راجع الشرايع كتاب التّجارة ص ٨٥.

(٦) قوله (للتّراضي) تعليل لجواز التصرّف فيما انتقل الىٰ كلّ واحد من المتعاملين علىٰ اختلاله بعض الشّروط الثّمانية أي جواز التّصرّف لأجل التّراضي الحاصل لكلّ من المتبايعين مع قطع النّظر عن عقد البيع لأنّ التّراضي أعمّ من البيع حيث يصحّ مع التّراضي الرّجوع بخلاف البيع لأنّه لم يصحّ الرجوع إلّا بالخيار .

(٧) أي يصحّ مع التّراضي فقط بدون العقد الرّجوع من البايع إلىٰ سلعته و من المشتري إلىٰ ثمنه و ذلك لأنّ التّراضي ليس عقداً لازم الوفاء .

(٨) أي انتهىٰ ما أفاده الحلبي في الكافي .

(٩) أي ما ذكره الحلبي في الكافي في الظّهور في صورة قصد المتعاملين التّمليك قريب من عبارة الغنية أقول بل أظهر منها ، غير أنّه لم يتعرّض للمعاطاة و نفىٰ كونها بيعاً بصراحة .

(١٠) أي لا ينعقد البيع بالتّقابض و لا يحصل النّقل والانتقال بغير الصّيغة سواء قصد المتقابضان البيع أو لا ... و ليس في عبارته ما يفيد إباحة التصرّف عندئذ و عدمها .

(١١) و هي القرائن الحاليّة أو المقاليّة أو القرائن اللّفظية .

(١٢) أي انتهىٰ كلام الشرايع .

و ذكر كلمة الوصل (١) ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد به البيع ، بل للتّنبيه علىٰ أنّه لا عبرة بقصد البيع من الفعل (٢) و قال في التّذكرة[١] في حكم الصّيغة : الأشهر عندنا أنّه لا بدّ منها (٣) فلا يكفي التّعاطي في الجليل و الحقير مثل اعطني بهذا الدّينار ثوباً فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول (٤) خذ هذا الثّوب بدينار فيأخذه (٥) و به (٦) قال الشّافعي مطلقاً (٧) لأصالة (٨) بقاء الملك و قصور الأفعال (٩) عن الدّلالة علىٰ المقاصد و عن بعض الحنفيّة و ابن شريح[٢] في الجليل (١٠) و قال أحمد[٣] ينعقد مطلقاً (١١) و نحوه قال مالك[٤] فإنّه قال : بع بما يعتقده النّاس بيعاً انتهىٰ (١٢) .

---

(١) و هي كلمة (إن الوصليّة) في قول (المحقّق) وإن جعل من الامارات ...الخ ليس لتعميم المعاملات لما أي للصّورة الّتي لم يقصد به البيع لكي يقال فقسم من المعاطاة لا يقصد فيها البيع بل التّنبيه علىٰ أنّه لا عبرة بقصد البيع

---

(١) تذكرة الفقهاء للحسن بن يوسف بن علي بن المطهّر الحلّي المعروف بالعلّامة الحلّي و الموجود منه خمسة عشر جزءاً الىٰ مباحث النكاح ، ولد ﷺ ٦٤٨ و عزّ عمره ٧٨ توفّي سنة ٧٢٦ و دفن في النجف . راجع تذكرة الفقهاء ج ١ ص ٤٦٢ .

(٢) الصحيح ابن سريج راجع : المجموع للنووي ج ٩ ص ١٦٢ .

(٣) أحمد بن حنبل توفّي في شهر ربيع الآخر سنة ٢٤١ و دفن ببغداد بباب حرب .

(٤) مالك بن أنس الاصبحي المدني أحد الأئمة الاربعة السنيّة صاحب المُوَطّأ أحد الصحاح الستّ و كان لا يركب في المدينة مع ضعفه و كبر سنّه و يقول لا أركب في مدينة بها جثّة رسول الله ﷺ مدفونة ، توفّي سنة ١٧٩ و دفن بالبقيع .

من الفعل و التّعاطي المجرّد عن اللّفظ فإنّه من المعلوم أنّ كلمة الوصل قد تستعمل للتّعميم كما لو قال أكرم زيداً و إن أهانك أي سواء أهانك أم لا و قد تستعمل للتّنبيه المجرّد كما لو قلت لا تكرم زيداً و إن أكرمك فإنّها للتّنبيه علىٰ أنّه لا عبرة بإكرامه إيّاك .

(٢) مراده من الفعل وقوع المعاوضة بنحو المعاطاة .

(٣) أي لا بدّ في العقد من صيغة الايجاب و القبول .

(٤) أي أو يقول البايع للمشتري .

(٥) أي فيأخذ المشتري الثّوب .

(٦) أي بعد كفاية التّعاطي في البيع و في حصول الملك .

(٧) أي في الحقير و الجليل و القليل و الكثير .

(٨) قوله (لأصالة) تعليل من العلّامة ﷺ و مراده من الأصل الاستصحاب حيث إنّا نشكّ في أنّه خرج الثّمن و المثمن عن ملك مالكهما من دون الايجاب و القبول بمجرّد التّعاطي و التّراضي أم لا فنستصحب بقاء كلّ ملك علىٰ مالكه الأوّل و ذلك لاعتبار الصّيغة في البيع .

(٩) قوله (و قصور الأفعال) بالجرّ عطفاً علىٰ قوله (لأصالة) و هذا تعليل ثانٍ من العلّامة ﷺ لمدّعاه من اعتبار الصّيغة في البيع و وجه قصور الأفعال عن الدّلالة علىٰ المقاصد أنّ الفعل يقع علىٰ ذي وجوه بنحو التّمليك أو بنحو الإباحة

والإعارة و الوديعة و القرض و غيرها فعندئذ لا يعلم أنّ المعطىٰ أيّ شيء قصد من إعطائه هل قصد التّمليك أو الإباحة المجرّدة أو الوديعة و غيرها .

(١٠) يعني فصّل بعض الحنفيّة و ابن سريج فقالا بوقوع المعاطاة في الحقير دون الجليل أو الكثير .

(١١) أي في القليل و الكثير و الحقير و الجليل .

(١٢) أي انتهىٰ ما أفاده العلّامة في هذا المقام .

و دلالته (١) علىٰ قصد المتعاطيين للملك لا تخفىٰ من وجوه (٢) أدونها (٣) جعل مالك موافقاً لأحمد في الانعقاد من جهة أنّه (٤) قال ينعقد بما يقصده النّاس (٥) بيعاً و قال الشّهيد في قواعده[1] بعد قوله قد يقوم السّبب الفعلي (٦) مقام السّبب القولي (٧) و ذكر أمثلة لذلك (٨) ما لفظه :

و أمّا المعاطاة في المبايعات فهي تفيد الاباحة لا الملك و إن كان في الحقير عندنا . و دلالتها (٩) علىٰ قصد المتعاطيين للملك ممّا لا يخفىٰ .

هذا كلّه (١٠) مع أنّ الواقع في أيدي الناس هي المعاطاة بقصد التّمليك و يبعد فرض الفقهاء من العامّة و الخاصّة الكلام في غير ما هو الشّايع (١١) .....

---

(١) أي و دلالة كلام العلّامة في كتابه التذكرة .

(٢) إليك تلك الوجوه :

(أحدها) قوله (فلا يكفي التّعاطي) فإنّ معناه بقرينة وقوعه بعد قوله (الأشهر) انّه لا بدّ منها و انّ التّعاطي لا يكفي في تأثير الصّيغة و معلوم انّ الاستناد الىٰ عدم كفاية التّعاطي انّما يصحّ في المورد الّذي لو كانت هناك صيغة

---

(١) قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام لأعظم العلماء شأناً و أعلاهم برهاناً حسن بن يوسف بن علي بن المطهّر الحلّي راجع ج ١ ص ١٧٨ ، رقم القاعدة ٤٧ .

لأثّرت في النّقل و الانتقال و ليس هذا إلّا إذا قصد التّمليك من المعاوضة الفعليّة .

(ثانيها) التّمثيل بقوله اعطني بهذا الدّينار ثوباً فيعطيه ما يرضيه أو يقول خذ هذا الثّوب بدينار فإنّ المثالين صريحان في قصد التّمليك خصوصاً بملاحظة الباء الّتي هي للمقابلة .

(ثالثها) قوله لأصالة بقاء الملك فإنّ التمسّك بالاصالة الّتي هي الاستصحاب لا يصحّ إلّا في مقام الشكّ في حصول الملك و الشكّ في حصول الملك لا يتمّ إلّا بعد فرض قصد المتعاطيين التّمليك .

(رابعها) قوله و قصور الأفعال عن الدّلالة علىٰ المقاصد لأنّه لا ينطبق إلّا علىٰ قصدهما الملك .

(خامسها) قوله وقال : أحمد ينعقد مطلقاً و نحوه قال مالك فإنّه قال : بع بما يعتقده النّاس بيعاً و من البيّن أنّ النّاس يقصدون في معاملاتهم التّمليك الّذي هو المتعارف بينهم .

(٣) يعني أدون تلك الوجوه المذكورة هو الوجه الخامس .

(٤) أي من جهة أنّ المالك قال ينعقد بما يقصده الناس بيعاً و من المعلوم أنّ قصد النّاس الملك لا الاباحة كما قال في الجواهر .

(٥) يعني أنّ ما يقصده النّاس هو التّمليك لا إباحة التّصرّف كما عرفت آنفاً .

(٦) و هو المعاوضة المعاطاتية بالأخذ و الإعطاء.

(٧) و هي المعاوضة بالإيجاب و القبول اللفظيين.

(٨) أي للمعاوضة الفعلية الّتي تقوم مقام السبب اللّفظي القولي كتسليم الهديّة الىٰ المهدىٰ إليه و إن لم يحصل الإيجاب و القبول اللّفظيّان و كالوطئ في العدّة الرجعيّة بقصد الرجوع و إن لم يحصل الرجوع القولي.

(٩) أي و دلالة كلمة المبايعات علىٰ أنّ المتعاطيين يقصدان التّمليك ممّا لا يخفىٰ حيث انّ هذه الكلمة لا تستعمل إلّا في المعاوضة المملّكة.

(١٠) أي خذ ما ذكرناه من أقوال فقهائنا الأعلام و هو أنّ مقصود المتعاطيين في المعاطاة التّمليك.

(١١) بأن يأتوا بهذا الكلام الطّويل حول المعاطاة التي يراد بها الإباحة ممّا لا خارج لها إطلاقاً إلّا في بعض الأحيان النّادرة.

بين النّاس مع أنّهم صرّحوا (١) بإرادة المعاملة المتعارفة بين النّاس (٢) ثمّ إنّك قد عرفت ظهور أكثر الغبارات المتقدّمة في عدم حصول الملك بل صراحة بعضها (٣) كالخلاف و السّرائر و التّذكرة و القواعد.

و مع ذلك (٤) كلّه فقد قال المحقّق الثّاني[١]

في جامع المقاصد إنّهم أرادوا بالإباحة الملك المتزلزل فقال المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاة بيع وإن لم تكن كالعقد في اللّزوم خلافاً لظاهر عبارة المفيد (٥) و لا يقول أحد من الأصحاب إنّها بيع فاسد سوىٰ المصنّف (٦) في النّهاية و قد رجع عنه (٧) في كتبه المتأخّرة عنها[٢] و قوله تعالىٰ: ﴿ إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِنْكُم ﴾[٣] فإنّه عامٌّ (٨) إلّا ما أخرجه الدليل (٩)

---

(١) أقول الأولىٰ بدل قوله (مع انّهم صرّحوا ... الخ) أن يقول مع أنّ واجبهم التعرّض لبيان حكم المعاملة المتعارفة الشايعة بين الناس الكثير الابتلاء بها و ليس هذا إلّا المعاطاة المقصود بها التّمليك و التملّك لا المقصود بها الإباحة فإنّها نادرة جدّاً كما صرّح به بعض الأكابر و الوجه فيه أنّه لم نر الىٰ الآن من يصرّح بذلك فعلىٰ المتتبّع التّتبّع.

---

(١) علي بن عبد العالي الكركي العاملي نور الدين المعروف بالمحقّق الثّاني صاحب كتاب جامع المقاصد توفّي مسموماً في يوم الغدير سنة ٩٤٠ في النّجف الأشرف. راجع جامع المقاصد ج ١، ص ٢٠٩.

(٢) هذه العبارة موجودة في بعض النسخ و قوله تعالىٰ: ﴿ أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ ﴾ يتناولها لانّها بيع بالاتفاق حتّىٰ من القائلين بفسادها لانّهم يقولون هو بيع فاسد.

(٣) سورة النساء الآية ٢٩.

---

(٢) أقول و المعاملة المتعارفة بين النّاس هي المعاطاة المقصود بها التّمليك دون الاباحة المجرّدة .

(٣) أي صراحة بعض العبارات كعبارة الخلاف و السّرائر و التّذكرة والقواعد لأنّهم صرّحوا بإفادة المعاطاة الإباحة إذا عرفت هذا فنقول نظرة في عبارة الخلاف الىٰ قوله (من دون أن يكون ملكه) و في عبارة السّرائر الىٰ قوله (من غير أن يكون ملكه) وفي عبارة التّذكرة الىٰ قوله (لأصالة بقاء الملك) و في عبارة القواعد الىٰ قوله (لا الملك) .

(٤) أي مع ظهور أكثر العبارات بل صراحة بعضها في عدم حصول الملك في المعاطاة كما عرفت آنفاً .

(٥) حيث قال إنّ المعاطاة تفيد اللّزوم فهي كالبيع .

(٦) مراده ﷺ من المصنّف هو العلّامة الحلّي ﷺ لأنّ جامع المقاصد شرح لقواعده .

(٧) أي رجع المصنّف (العلّامة الحلّي) عن القول بأنّ المعاطاة بيع فاسد في كتبه المتأخّرة عن نهاية الأحكام .

(٨) شامل للمعاطاة و غيرها فإنّ الآية الشريفة قد دلّت علىٰ انحصار جواز التّصرّف في أموال النّاس بما يكون تجارةً عن تراضٍ عرفاً و البيع المعاطاتي كذلك و بيان ذلك بوجهين :

١- أنّ المراد من الأكل في الآية الكريمة ليس هو الازدرار - علىٰ ما هو معناه الحقيقي - بل إنّما هو كناية عن التملّك و إن لم يكن ذلك المال من جنس المأكولات كالدّار والبستان و الدكّان و أشباه ذلك و قد تعارف هذا النّحو من الاستعمال في القرآن الكريم و في كلمات الفصحاء بل في غير لغة العرب أيضاً.

٢- أن يراد من الأكل في الآية الكريمة التصرّف أي لا تتصرّفوا في أموال النّاس بالاسباب الباطلة فإنّه حرام إلّا أن يكون ذلك السّبب تجارة عن تراض و عليه فتدلّ الآية بالمطابقة علىٰ حلّية التّصرفات تكليفاً الّتي تترتّب علىٰ التّجارة عن تراض و تدلّ علىٰ حصول الملكيّة من أوّل الأمر بالملازمة العرفية.

(٩) أقول و ذلك كبيع الكالي بالكالي و ما أشبه ممّا هو تجارة عن تراض ومع ذلك باطل لوجود دليل خاصّ علىٰ بطلانه و الحال أنّه ليس علىٰ خروج المعاطاة عن تحت عموم آية التجارة عن تراض دليل فهي باقية تحت العموم.

و ما يوجد في عبارة جمع من متأخّري الأصحاب : من (١) أنّها تفيد الإباحة و تلزم بذهاب احدىٰ العينين يريدون به عدم اللّزوم (٢) في أوّل الأمر ، و بالذّهاب (٣) يتحقّق اللّزوم لامتناع (٤) إرادة الإباحة المجرّدة من أصل الملك إذ المقصود للمتعاطيين إنّما هو الملك فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً و لم يجز التصرّف في العين ، و كافّة الأصحاب علىٰ خلافه (٥) .

و أيضاً فإنّ الاباحة المحضة لا تقتضي الملك أصلاً و رأساً (٦) فكيف يتحقّق ملك شخص (٧) بذهاب مال آخر في يده و الأفعال (٨) لمّا لم تكن دلالتها علىٰ المراد في الصّراحة كالأقوال و إنّما تدلّ بالقرائن (٩) منعوا من لزوم العقد بها (١٠) فيجوز الترادّ (١١) .....

---

(١) كلمة (من) بيانيّة بيان لِما) في قوله (وما يوجد) .

(٢) يعني أنّ المتأخّرين من الاصحاب يريدون بالاباحة عدم اللّزوم أي الملك المتزلزل حين المعاطاة لا أنّهم يريدون الاباحة حقيقة .

(٣) أي و بذهاب احدىٰ العينين و فقدها يتحقّق اللّزوم .

(٤) أي لامتناع إرادة الأصحاب من لفظ (الاباحة) الموجودة في كلامهم الاباحة المجرّدة من أصل الملك و لذا أوّلنا كلامهم (الإباحة) الىٰ الملك المتزلزل . إذا عرفت هذا فنقول الامتناع مسلّم لكن فيما لو أرادوا هذه الاباحة المجرّدة في المعاطاة الّتي قصدا بها التّمليك دون المعاطاة المقصودة بها الإباحة فلا امتناع فيه

و قد مرّ امكان إرادة ذلك و من هنا قال الأصحاب كافّة بجواز التصرّف .

(٥) الواو حاليّة أي و الحال أنّ كافّة الاصحاب علىٰ خلاف عدم جواز التصرّف في العين بل قائلون بجواز التصرّف .

(٦) يعني و لو بعد تلف إحدىٰ العينين أقول نعم الأمر كذلك و لذا لم يقل أحد فيما أعلم بالملك حتّىٰ في صورة التّلف كما عرفت آنفاً سوىٰ صاحب التّنقيح مقداد بن عبد اللهُ بن محمد بن الحسين بن محمد السّيوري الأسدي المعروف بالفاضل المقداد ﷺ و إنّما قالوا باللّزوم فيها و الظّاهر أنّ مرادهم لزوم الإباحة و ليت شعري أنّه ﷺ من أين نسب حصول الملكيّة إليهم قدّس سرّهم و ليس في كلامهم إلّا اللّزوم بتلف إحدىٰ العينين و نحوه و أين أمثال هذه العبارة من الدّلالة علىٰ لزوم الملكيّة فتدبّر و تأمّل جيّداً فانّه أبصر بفتاوي الأصحاب و أعرف بمداليل كلماتهم منّا .

(٧) أي فكيف يقولون بأنّه يتحقّق ملك شخص كالبايع مثلاً للثّمن بذهاب الثّمن في يد البايع أي لا وجه لأن نقول أنّ البايع يملك الثّمن بذهاب هذا الثّمن الّذي هو مال للمشتري في يد البايع و ذلك لأنّ الثّمن لم يكن ملكاً له قبل التّلف فكيف يكون ملكاً له بعد التّلف و يصحّ أن يقال في مقام الاستبعاد أنّه كيف يملك المشتري المثمن بذهاب ثمنه في يد البايع .

(٨) أقول إنّ الأدلّة المتقدّمة عن المحقّق الكركي حيث اقتضت لزوم الملك

في المعاطاة أراد بهذا الكلام بيان وجه عدم اللّزوم فقال و الأفعال كالتّعاطي و الاعطاء و المعاطاة في المقام لمّا لم تكن دلالتها على المراد يعني البيعيّة بالصّراحة كالقول الّذي دلالته بالصراحة لأنّ الإعطاء يدلّ بالقرينة على أنّه بيع و إلّا فإنّه ذو وجوه يمكن أن يكون هبة و وديعة و عارية و قرضاً و غيرها فعندئذ لا يعلم أنّ المعطي أيّ شيء قصد من إعطائه هل قصد التّمليك و البيع أو الإباحة المجرّدة أو الوديعة .

(٩) يعني أنّ دلالة الأفعال كالإعطاء مثلاً على المراد بالقرائن الحاليّة ، أو المقاليّة لا أنّها تدلّ عليها بالذّات كدلالة الأقوال و الألفاظ عليها .

(١٠) أي بالأفعال .

(١١) أي فيجوز لكلّ من البايع و المشتري الترادّ فيردّ كلّ جنس صاحبه ليأخذ جنسه .

ما دام ممكناً و مع تلف إحدىٰ العينين يمتنع التـرادّ فـيتحقّق اللّـزوم لأنّ احداهما في مقابل الآخر ، و يكفي تلف بعض إحدىٰ العينين لامتناع الترادّ في الباقي (١) إذ هو (٢) موجب لتبعّض الصّفقة والضرر انتهىٰ (٣) .

و نحوه المحكيّ عنه (٤) في تعليقه علىٰ الإرشاد [1] و زاد (٥) فيه أنّ مقصود المتعاطيين إباحة مترتّبة علىٰ ملك الرّقبة (٦) كسائر البيوع فان حصل مقصودهما ثبت ما قلناه (٧) و إلّا (٨) لوجب أن لا تحصل إباحة بالكليّة (٩)

---

(١) كأن يتلف ديناران من الثمن الذي هو مئتا ديـنار مـثلاً و مـعنىٰ امـتناع الترادّ أنّه لا يتمكّن البايع فـي المـثال أن يـردّ عـين مـئتا ديـنار الّـتي أخـذها من المشتري .

(٢) أي ترادّ البعض كأن يتلف أربعة أثواب من الثمن الّذي هو تسعة أثوابٍ مثلاً فترادّ الباقي الّذي هو خمسة موجب لتبعّض الصّفقة وعـقد البـيع و الضّـرر و كلاهما منفيّان في الإسلام .

(٣) أي انتهىٰ ما أفاده المحقّق الثّاني في كتابه (جامع المقاصد) في هذا المقام .

(٤) أي و نحو ما ذكر المحكيّ عن المحقّق الثّاني في تعليقه و حاشيته علىٰ ارشاد العلّامة ﷺ .

---

(١) راجع مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٥ ، و تعليق الإرشاد مخطوط .

---

(٥) أي زاد المحقّق الثّاني في تعليقه .

(٦) الرّقبة العبد المملوك تسمية للكلّ بأشرف أجزائه (المنجد) و المراد منها هنا المتاع و السّلْعَة و الثّمن .

(٧) و هو الملك المتزلزل .

(٨) أي و إن لم يحصل مقصود المتعاطيين الّذي هو إباحة مترتّبة على الملك لوجب أن لا تحصل الإباحة من دون الملك أيضاً .

(٩) أي إطلاقاً وجه عدم الحصول انّ مقصود المتعاطيين التّمليك فـالإباحة ليس لها مجال هنا حيث لم يقصداها لكي توجد في الخارج خلافاً لما نسب الى المشهور من أنّهم يقولون بالاباحة المطلقة .

بل يتعيّن الحكم بالفساد (١) إذ (٢) المقصود غير واقع ، فلو وقع غيره (٣) لوقع بغير قصد و هو (٤) باطل و عليه (٥) يتفرّع النّماء ، و جواز وطئ الجارية و من منع (٦) فقد أغرب انتهىٰ (٧)

و الّذي (٨) يقوىٰ في النّفس إبقاء ظواهر كلماتهم علىٰ حالها ، و أنّهم يحكمون بالإباحة المجرّدة عن الملك في المعاطاة مع فرض قصد المتعاطيين التّمليك ، و أنّ الاباحة لم تحصل بإنشائها (٩) ابتداءً (١٠) بل إنّما حصلت كما اعترفت به في المسالك[1]

---

(١) أي يتعيّن الحكم بفساد المعاملة وأنّه لا يترتّب عليه إباحة و لا ملك .

(٢) أقول قوله (إذ المقصود ... الخ) تعليل لتعيّن الحكم بفساد المعاملة بمعنىٰ أنّه إذا لم يحصل الأثر المقصود من المعاملة و هو الإباحة المترتّبة على ملك الرّقبة ، يتعيّن الحكم بفساد المعاملة لأنّه لا معنىٰ لفساد المعاملة إلّا عدم ترتّب الأثر المقصود .

(٣) أقول مراده (قده) أنّ مقصود المتعاطيين و هو الإباحة المترتّبة علىٰ ملك الرّقبة غير الواقع إذ المفروض عدم حصول ملك الرّقبة فإذا انتفىٰ القيد انتفىٰ المقيّد و لو وقع غير المقصود و هو الإباحة المجرّدة عن ملك الرقبة لوقع بغير قصد من المتعاطيين .

---

(١) مسالك الافهام في شرح شرايع الاسلام لمؤلّفه زين الدين بن علي بن أحمد ميلاده ٩١١ تاريخ وفاة ذلك الأوّاه ـ الجنة مستقرّه والله . راجع ج ١ ، ص ١٦٩ .

نظر الشيخ و رأيه حول المعاطاة ـــــــ

من استلزام إعطاء كلّ منهما سِلعته مسلّطاً (١) عليها الاذن في التصرّف فيه بوجوه التصرفات (٢) فلا يردعليهم (٣) عدا ما ذكره المحقّق المتقدّم في عبارته المتقدّمة (٤) و حاصله (٥) أنّ المقصود هو الملك فإذا لم يحصل فلا منشأ لاباحة التصرّف ، إذ الإباحة إن كانت من المالك فالمفروض أنّه لم يصدر منه إلّا التّمليك و إن كانت من الشّارع فليس عليها (٦) دليل و لم يشعر (٧) كلامهم بالاستناد الىٰ نصّ في ذلك مع (٨) أنّ إلغاء الشّارع للأثر المقصود و ترتيب غيره بعيد جدّاً مع أنّ التأمّل في كلامهم يعطي إرادة الاباحة المالكية (٩) لا الشرعيّة (١٠)

---

(١) كلمة (مسلّطا) بصيغة الفاعل أي يسلّط كلّ واحد من المتعاطيين صاحبه في التصرّف فيما أعطاه بدل ما سلّطه صاحبه علىٰ ما أعطاه له و كلمة (الاذن) مفعول لقوله (من استلزام) أي الاذن في التصرّف في المتاع و السِّلعة .

(٢) أي حتىٰ التصرّفات المتلفة و المتوقّفة علىٰ الملك كالبيع و الوطئ و العتق و الوقف مع أنّ هذه لا يمكن تحقّقها في الخارج إلّا أن يكون البايع أو المعتِق مالكاً حيث انّه لا بيع إلّا في ملك و لا عتق إلّا في ملك و كذا الوقف و الوطئ .

(٣) أي لا يرد الايراد علىٰ كلمات الفقهاء و علىٰ المشهور القائلين بهذا القول و هو أنّ المعاطاة تفيد الإباحة مع قصد المتعاطيين التّمليك .

(٤) أقول يعني بها قوله . إذ المقصود للمتعاطيين إنّما هو الملك لا الاباحة .

(٥) أي حاصل ما أورده المحقّق الكركي علىٰ كلمات الفقهاء و علىٰ المشهور

هو أنّ القول بإفادة المعاطاة الاباحة مع قصد المتعاطيين التّمليك ممّا لا يجتمعان و ذلك لعدم قصد الاباحة منهما و المقصود الذي هو التّمليك لم يحصل فيلزم منه أنّ ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد مع أنّ العقد يحتاج الىٰ القصد و العقود تابعة للقصود أقول يمكن دفع إيراد المحقّق الكركي عنهم كما عن بعض الأكابر (الاستاذ) إذ لنا أن نختار كون الاباحة من المالك و مستندة الىٰ اذنه حيث إنّ المالك و إن لم يصدر منه إلّا إنشاء التّمليك إلّا أنّ هذا الانشاء يدلّ بالملازمة علىٰ الرّضا الباطني بل الإذن في التصرّف في ماله المأخوذ منه بالتّعاطي و هذا كافٍ في الاباحة التكليفيّة المالكيّة أي في تجويز الشّارع التصرّف فيه .

(٦) يعني فليس علىٰ الاباحة الشرعيّة من الشارع دليل .

(٧) أقول كلمة (و لم يشعر) من باب الافعال أي لم يدلّ كلام الفقهاء بالاستناد الىٰ نصّ فيذلك بأن يدلّ نصّ علىٰ أنّه متىٰ ما تعاطيا أفاد التّعاطي الشرعيّة هذه .

و لكن لنا أن نختار كون الاباحة من الشّارع و نمنع عدم الدّليل عليها لامكان الاستدلال عليها بآية ﴿ وَ أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ ﴾[1] بالتّقريب الذي يأتي في الاستدلال بها علىٰ إفادة المعاطاة للملك من أنّ مفادها إباحة جميع التصرّفات المترتّبة علىٰ البيع العرفي و المعاطاة بيع عرفاً .

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(٨) أقول هذا مأخذ آخر من المحقّق الكركي و حاصله أنّه يشكل علىٰ الاباحة الشرعيّة أنّ إلغاء الشّارع للأثر المقصود الّذي هو الملك وترتيب غيره الّذي هو الاباحة المجرّدة عن الملك بعيد جدّاً حيث أنّ المعروف من سيرة الشّارع و ديدنه أنّه أوكل الامور القصديّة من هذا القبيل الىٰ أصحاب القصد لا أنّه تصرّف فيها علىٰ خلاف رغبة أصحابه .

(٩) و هي الاباحة الّتي صدرت من المتعاطيين و وقعت من جانبهما .

(١٠) أي الاباحة الشرعيّة الّتي هي التصرّفات المجوّزة من قبل الشّارع للمكلّف من دون توقّف تصرّفه علىٰ اذن المالك و ذلك كتصرّف الأب و الوالد في أموال ولده و كحقّ المارّة بالشّروط التي ذكرت في الكتب الفقهيّة .

و يـؤيّد (١) إرادة المـلك : أنّ ظـاهر اطـلاقهم إبـاحة التـصرّف شمولها (٢) للتّصرفات الّتي لا تصحّ إلّا من المالك كالوطئ و العتق و البيع لنفسه (٣) و التزامهم (٤) حصول الملك مقارناً لهـذه التـصرّفات كـما إذا وقعت هذه التصرّفات مـن ذي الخـيار ، أو مـن الواهب الذي يـجوز له الرّجوع بعيد (٥) و سيجيء مـا ذكـره بـعض الأسـاطين[1] مـن أنّ هـذا القول (٦) مستلزم لتأسيس قواعد جديدة (٧) .

لكنّ الانصاف أنّ القول بالتزامهم لهذه الامور (٨) أهون من توجيه كلماتهم (٩)

---

(١) أقول هذا كلام (المصنّف) يريد أن يؤيّد ما أفاده المـحقّق الكـركي أي و يؤيد إرادة المشهور الملك المـتزلزل مـن الإبـاحة لا الابـاحة الاصـطلاحية و بعبارة أخرىٰ يبعّد ارادة الإباحة المجرّدة و يقرّب ارادة الملك المتزلزل كما ذكره المحقّق الكركي ظاهر اطلاقات كلمات الفقهاء في المعاطاة اباحة التصرّف حيث يقولون إنّها تفيد الاباحة فهذا الاطلاق يشمل جميع أنواع التّصرفات الّتي مـنها البيع و الوقف و الوطئ و العتق إذ بناءً علىٰ الاباحة الاصطلاحية لابدّ من التّقييد و الحمل علىٰ التّصرفات الغير المتوقفة علىٰ الملك بخلافه بناءً علىٰ ارادة الملك المتزلزل من الاباحة .

---

(١) و هو استاذ فقهاء الأجلّة و شيخ مشايخ النّجف و الحلّة الشيخ الكبير جعفر بن خضر الحلّي الجناحي النجفي المسكن توفي في شهر رجب سنة ١٢٠٨ و دفن في النجف .

(٢) كلمة (شمولها) خبر لِـ(أنّ) و الضّمير المؤنّث راجع الىٰ اباحة التصرّف .

(٣) أقول احترز المصنّف ﷺ بقوله (البيع لنفسه) عن البيع للمالك إذا كان فضولياً أو وكالة فإنّه ورد لا عتق إلّا في ملك و لا وطئ إلّا في ملك و لا بيع إلّا في ملك .

(٤) وهم و دفع وحاصل الوهم أنّه نقول بمقالة المشهور و هي افادة المعاطاة الإباحة المجرّدة و نقول بجواز التّصرفات فيما أخذ بالمعاطاة حتّىٰ المتوقّفة علىٰ الملك لكن نلتزم في المتوقّفة علىٰ الملك بالملكيّة المقارنة للتّصرفات المذكورة نظير تصرّف من له الخيار فيما باعه أيّام خياره و كنظير تصرّف الواهب في هبته قبل تصرّف الموهوب له في الهبة إذ لم تكن الهبة بذي الرّحم و الزّوجة و مع الشّرط فإنّ الهبة الىٰ ذي الرّحم والىٰ الزّوجة و مع الشّرط لا يصحّ الرجوع فيها .

و أمّا الدّفع أنّ تنظير الملكيّة في التصرّفات المذكورة بالتّصرف في زمن الخيار لمن له الخيار ثابتة في أيّام الخيار لكنّها متزلزلة فإن فسخ زالت الملكيّة عنه و إن لم يفسخ ثبتت الملكيّة له و كذا الواهب إن رجع عن هبته رجع الملك له و إن لم يرجع و تصرّف الموهوب له في الهبة صار الملك له و هذا بخلاف ما نحن فيه وحيث وجد الدّليل في باب الهبة و الخيار نقول به و لكن لا دليل فيما نحن فيه علىٰ أنّ التصرّف مملّك فيحتاج كون التصرّف مملّكاً الىٰ دليل قويّ و حيث لم يوجد فلا نقول به .

(٥) كلمة (بعيد) خبر لمبتدأ مقدّم و هو قوله (و التزامهم) .

(٦) أي القول بالإباحة المجرّدة مع فرض قصد المتعاطيين التّمليك و البيع و قوله (و سيجيء ما ذكره) استشهاد علىٰ بعد الالتزام المذكور أي و لبعد ذلك ذكر بعض الأساطين كما سيجيء أنّ هذا القول يعني القول بالإباحة المجرّدة عن الملك من حين المعاطاة مستلزم لتأسيس قواعد جديدة .

(٧) القواعد الجديدة عبارة عمّا ذكره المصنّف ﷺ بقوله منها و منها ... الخ .

(٨) أي الأمور الثّمانية الّتي هي لوازم و توال القول بأنّ المعاطاة تفيد الاباحة المجرّدة مع فرض قصد المتعاطيين التّمليك و البيع .

(٩) يعني كلمات العلماء و الفقهاء كما ارتكب هذا التوجيه المحقّق الثّاني حيث حمل الاباحة المجرّدة علىٰ الملكيّة المتزلزلة .

فإنّ (١) هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضىٰ الأصل (٢) عدم الملكيّة و لم يساعد عليها (٣) دليل معتبر ، و اقتضىٰ الدّليل (٤) صحّة التّصرّفات (٥) المذكورة مع أنّ (٦) المحكيّ[١] عن حواشي الشّهيد علىٰ القواعد المنع (٧) عمّا يتوقّف علىٰ الملك كإخراجه (٨) في خمس أو زكاة و كوطئ الجارية (٩) و ممّا يشهد علىٰ نفي البعد عمّا ذكرنا من (١٠) إرادتهم الإباحة المجرّدة مع قصد المتعاطيين التّمليك أنّه (١١) قد صرّح الشّيخ في المبسوط[٢] و الحلّي في السرائر[٣] و كظاهر العلّامة في القواعد[٤] بعدم حصول الملك بإهداء الهديّة بدون الإيجاب و القبول و لو من الرّسول (١٢)

---

(١) قوله (فإنّ) تعليل لكون الالتزام بالقواعد الجديدة أهون من حمل الإباحة علىٰ الملكيّة المتزلزلة و مراده ﷺ أنّه لا استبعاد في التزام الأمور الثّمانية الّتي ذكر المصنّف بقوله (منها و منها ... الخ) و الإشكالات الواردة الّتي هي لوازم و توال .

---

(١) الحاكي هو العاملي جواد بن محمّد الحسني الحسيني هو من جملة تلامذة العلّامة بحر العلوم و الاستاذ الأكبر الوحيد البهبهاني صاحب مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلّامة توفي ﷺ في حدود سنة ١٢٢٦ راجع ج ٤ ص١٥٨ و حواشي الشّهيد علىٰ قواعد العلّامة ﷺ مخطوط .

(٢) المبسوط في فقه الإمامية ج ٣ ص ٣١٥ .

(٣) السّرائر ج ٣ ص ٧٧ .

(٤) قواعد الأحكام ج ١ ص ٢٧٤ .

القول بأنّ المعاطاة تفيد الإباحة المجرّدة مع فرض قصد المتعاطيين التّمليك و البيع .

(٢) يعني استصحاب عدم الملكيّة في المعاطاة .

(٣) أي لم يساعد علىٰ الملكيّة في المعاطاة دليل معتبر لا من إجماعٍ و لا من روايةٍ فلا بدّ عندئذ من الالتزام بالملكيّة الآنيّة في التّصرّفات المتوقّفة علىٰ الملك .

(٤) مراده ﷺ من الدّليل هو الإجماع كما قال االشّيخ ﷺ في عبارته المتقدّمة أمّا الإباحة بذلك فهي مجمع عليها لا يختلف العلماء فيها .

(٥) يعني التّصرّفات الّتي لا تصحّ إلّا من المالك كالبيع و العتق و الوطئ .

(٦) أقول حاصل كلام المصنّف ﷺ أنّه كيف يمكن حمل الإباحة المجرّدة علىٰ الملكيّة المتزلزلة مع أنّ (الشّهيد الأوّل) أفاد في حواشيه علىٰ القواعد بعدم صحّة التّصرّفات المتوقّفة علىٰ الملك فلو كانت المعاطاة مفيدة للملكيّة المتزلزلة كما حمل المحقّق الكركي الإباحة المجرّدة علىٰ ذلك لم يمنع الشّهيد إخراج الخمس و الزّكاة و وطئ الجارية في المأخوذ بالمعاطاة .

(٧) أي المنع عن التّصرّفات الّتي تتوقّف علىٰ الملك فيما يؤخذ بالمعاطاة .

(٨) أي إخراج ما أخذه بالمعاطاة و حاصل الكلام أنّا نقول بالإباحة و نردّ اشكال انّه كيف يمكن التّصرّف المالكي في السّلعة بأنّه لا مانع منه إذ دلّ الدّليل

أوّلا و بأنّه لا نسلّم بجواز مثل هذه التّصرّفات كما منع الشّهيد عن التّصرّفات المتوقّفة على الملك كإخراج ما يؤخذ بالمعاطاة في خمس أو زكاة .

(٩) قال الشهيد : لا يجوز وطئ الجارية إذا أخذت بالمعاطاة .

(١٠) كلمة (من) بيان لِـ(ما) في قوله : عمّا ذكرنا .

(١١) كلمة (أنّ) مع اسمه مرفوعة محلّاً فاعل لقوله : يشهد يعني و ممّا يشهد على مدّعانا تصريح الشّيخ في المبسوط .

(١٢) يعني و إن كان الإيجاب من قبل حامل الهديّة حيث إنّه لو صدر منه الإيجاب لحصل الملك و ذلك لأنّه وكيل عن المالك .

نعم يفيد ذلك (١) إباحة التّصرّف لكنّ الشّيخ استثنىٰ وطئ الجارية (٢) ثُمّ إنّ المعروف بين المتأخّرين أنّ مَنْ قال بالإباحة المجرّدة في المعاطاة قال بأنّها (٣) ليست بيعاً حقيقة كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدّمة (٤) و معقد إجماع الغُنْية (٥) و ما أبعد ما بينه (٦) و بين توجيه المحقّق الثّاني : من إرادة نفي اللّزوم (٧) و كلاهما (٨) خلاف الظاهر .

و يدفع الثّاني (٩) تصريح بعضهم (١٠) بأنّ شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار فكلّ بيع عنده (١١) لازم من غير جهة الخيارات و تصريح (١٢) غير واحد بأنّ الإيجاب و القبول من شرائط انعقاد البيع لا لزومه (١٣)

---

(١) أي إهداء الهديّة بدون الإيجاب و القبول .

(٢) حيث إنّه قال الشّيخ رحمه الله : لا يجوز وطئ الجارية إذا كانت مهداة لم يحصل فيها الإيجاب و القبول حيث إنّ الوطئ لا يجوز إلّا في ملك و المفروض أنّ الهديّة قد صدرت بدون الإيجاب و القبول و مثلها لا يملك فبإهداء الجارية لا يجوز وطئها فلا يجوز هذا التّصرّف .

(٣) أي بأنّ المعاطاة ليست بيعاً حقيقياً و ذلك لأنّ البيع الحقيقي هو الّذي يكون بالإيجاب و القبول لا بالأفعال .

(٤) راجع ص ٨١ من كتاب المكاسب أوّل المعاطاة (الكلام في المعاطاة) قال المصنّف رحمه الله نقلاً عن الخلاف (فإنّه لا يكون بيعاً) و قال أيضاً نقلاً عن السّرائر

(فإنّه لا يكون بيعاً و لا عقداً) و قال أيضاً نقلاً عن الغنية (فإنّ ذلك ليس ببيع).

(٥) و هو قوله في ص٧١ يدلّ علىٰ ما قلناه الإجماع المشار إليه ، ثمّ اعلم أنّ المراد بمعقد الإجماع لفظ الجملة الّتي ادّعىٰ الإجماع عليها فإنّ الإجماع قد يكون بلا معقد فيما إذا قال المدّعىٰ مثلاً (علىٰ المسألة إجماع) و قد يكون له معقد كما لو قال (يحرم العصير إجماعاً) .

(٦) أي و ما أبعد ما بين ظاهر بعض العبائر المتقدّمة كعبارة الخلاف و السّرائر و الغنية من أنّ المعاطاة ليست بيعاً حقيقة و بين قول المحقّق من أنّها بيع حقيقة تفيد الملك المتزلزل .

(٧) بأن يقال إنّ الفقهاء يريدون من قولهم: المعاطاة ليست بيعاً نفي اللّزوم أي ليست بيعاً لازماً لا نفي أصل البيعيّة .

(٨) أي المعروف بين المتأخّرين مِن أنّ مَن قال بالإباحة المجرّدة في المعاطاة قال بأنّها ليست بيعاً ، و توجيه المحقّق الثّاني من إرادة نفي اللّزوم كلاهما خلاف الظاهر من الأصحاب .

(٩) أي يدفع قول المحقّق الثّاني و هو أنّ المعاطاة بيع غير لازم و وجه الدّفع أنّ البيع لو لا الخيار لازم فلو كانت المعاطاة بيعاً كما قال به المحقّق لكانت لازمة لأنّ المفروض أن لا خيار للمتعاطيين فمن أين يأتي التّزلزل الّذي أفاده المحقّق الكركي .

في أنّ المعاطاة علىٰ القول بالإباحة بيع أم لا ـــــــ

و أمّا الأوّل (١) فإن قلنا بأنّ البيع عند المتشرّعة حقيقة في الصّحيح و لو بناءً علىٰ ما قدّمناه في آخر تعريف البيع من (٢) أنّ البيع في العرف اسم للمؤثّر منه (٣) في النّقل فإن كان (٤) في نظر الشّارع ، أو المتشرّعة من حيث إنّهم متشرّعة و متديّنون بالشّرع صحيحاً مؤثّراً في الانتقال كان (٥) بيعاً حقيقيّاً و إلّا (٦) كان صوريّاً نظير بيع الهازل في نظر العرف فيصحّ (٧) علىٰ ذلك (٨) نفي البيعيّة علىٰ وجه الحقيقة في كلام كلّ مَن اعتبر في صحّته الصّيغة (٩) أو فسّره بالعقد (١٠) لأنّهم (١١) في مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثّر في النّقل في نظر الشّارع (١٢) إذا عرفت ما ذكرناه (١٣) فالأقوال في المعاطاة علىٰ ما تساعده ظواهر كلماتهم ستّة (١٤) اللّزوم مطلقاً (١٥) كما هو ظاهر المفيد[1] و يكفي في .....

---

(١) أي و يدفع القول الأوّل و هو قول ابن زهرة في الغنية الّذي نفىٰ البيعيّة عن المعاطاة من رأسه بقوله في ص٧١ : فإنّ ذلك ليس ببيعٍ و إنّما هو إباحة للتصرّف .

(٢) كلمة (من) بيان و توضيح لِـ(ما) في قوله علىٰ ما قدّمناه .

(٣) أي اسم للمؤثّر من البيع في النّقل و هو معنىٰ اسم المصدر الّذي أفاده المصنّف بقوله في ص٤٦ : و الحاصل أنّ البيع الّذي يجعلونه من العقود يراد به النّقل بمعنىٰ اسم المصدر .

---

(١) راجع المقنعة ص٥٩١ .

(٤) أي فإن كان هذا البيع الّذي هو في العرف اسم للمؤثّر منه و هو أسم المصدر .

(٥) قوله (كان بيعاً حقيقيّاً) جواب لقوله (فإن كان في نظر الشارع ... الخ) .

(٦) أي و إن لم يكن البيع العرفي صحيحاً مؤثّراً في نظر الشّارع أو المتشرّعة كان بيعاً صوريّاً ككون بيع الهازل صوريّاً في نظر العرف .

(٧) قوله (فيصحّ ... الخ) جواب الشّرط الّذي هو قوله (فإن قلنا) و حاصل هذه العبارة أنّه إن قلنا إنّ المعاطاة ليست بيعاً حقيقيّاً عند مَن اعتبر في صحّة البيع الصّيغة أو فسّر البيع بالعقد فيصحّ نفي البيعيّة عن المعاطاة و ذلك لأنّه لا صيغة في المعاطاة و لا عقد فيها فلا بيع حقيقة لأنّهم في مقام تعريف البيع الصّحيح في نظر الشّارع لا في مقام تعريف البيع الأعمّ من الصّحيح و الفاسد .

(٨) أي فيصحّ علىٰ أنّه صورة بيع نفىٰ البيعيّة عن المعاطاة في صورة القول بأنّها تفيد الإباحة دون الملك و إن قلنا بأنّ البيع و سائر أسامي المعاملات موضوعة للأعمّ فلا يصحّ نفي البيعيّة عن المعاطاة علىٰ وجه الحقيقة سواء قلنا بأنّها تفيد الملك أو الإباحة .

(٩) أي من أعتبر في صحّة البيع الصّيغة بأن قال : البيع هو الإيجاب و القبول اللّفظيّين .

(١٠) أي فسّر البيع بالعقد بأن قال : البيع هو العقد و من البيّن أنّ العقد هو

الإيجاب و القبول و لا عقد في المعاطاة فلا بيع حقيقة .

(١١) قوله (لأنّهم ... الخ) تعليل لصحّة نفي البيعيّة عن مثل هذا البيع الّـذي هو في صورة البيع و ليس ببيعٍ حقيقة و إنّما قلنا إنّه بناءً علىٰ كون البيع حقيقة في الصّحيح يصحّ نفي البيعيّة عن المعاطاة لأنّهم في مقام تعريف البيع بصدد بـيان ما هو المؤثّر في النّقل في نظر الشّارع و المعاطاة ليس مؤثّراً في نظر الشّارع .

(١٢) و من البيّن أنّ المؤثّر في النّقل ليس إلّا بيعاً صحيحاً و البيع الصّحيح في نظر الشّارع هو البيع المشتمل علىٰ الصّيغة و هو الإيجلاب و القبول اللّفظيّين .

(١٣) مراده قدّس سرّه من قوله (ما ذكرنا) هو توجيه المحقّق الثّاني لكلام المشهور بأنّ مرادهم بالإباحة هو الملك المتزلزل الجائز و جعل صاحب الجواهـر مـحلّ النّزاع المعاطاة المقصود بها الإباحة لا التّمليك .

(١٤) بل الأقوال في المقام سبعة و سابع الأقوال أنّ المعاطاة معاملة مستقلّة مفيدة للملكيّة اختاره الشّيخ الكبير الشّيخ جـعفر قدّس سرّه و صـرّح بـه السـيّد رحمه الله في حاشيته .

(١٥) أي سواء كان الدّال علىٰ التّراضي لفظاً غير الإيجاب والقبول ، أم لا .

وجود القائل به (١) قول العلّامة رحمه الله في التّذكرة[١] الأشهر (٢) عندنا انّه لا بدّ من الصيّغة و اللّزوم (٣) بشرط كون الدّال علىٰ التّراضي أو المعاملة لفظاً حكىٰ ذلك (٤) عن بعض معاصري الشّهيد الثّاني[٢] و بعض متأخّري المحدّثين لكن في عَدّ هذا من الأقوال في المعاطاة تأمّلاً (٥) و الملك الغير اللّازم (٦) ذهب إليه المحقّق الثّاني[٣] و نسبه الىٰ كلّ من قال بالإباحة و في النّسبة ما عرفت (٧) و عدم الملك (٨) مع إباحة جميع التّصرّفات حتّىٰ المتوقّفة (٩) علىٰ الملك كما هو ظاهر عبائر كثير بل ذكر في المسالك[٤] أنّ كلّ مَن قال بالإباحة يسوّغ (١٠) جميع التّصرفات و إباحة (١١) ما لا يتوقّف علىٰ الملك و هو الظّاهر من الكلام المتقدّم عن حواشي الشّهيد .....

---

(١) أي يكفي في وجود القائل بكون المعاطاة لازماً مطلقاً قول العلّامة في التّذكرة : الأشهر عندنا أنّه لا بدّ من الصّيغة ، فلفظة الأشهر تدلّ علىٰ أنّ هناك

---

(١) تذكرة الفقهاء ج ١ ص ٤٦٢ .

(٢) هو السيّد حسن بن السيّد جعفر الكركي ﷺ في كتابه : المحجة البيضاء و كان من مشايخ الشّهيد الثّاني ﷺ راجع مفتاح الكرامة ج ٤ ص١٥٦ و المراد من بعض متأخّري المحدّثين هو الفقيه و المحدّث الاخباري الشّيخ يوسف البحراني ﷺ في الحدائق النّاضرة ج١٨ ص ٣٥٥ .

(٣) جامع المقاصد ج ٤ ص٥٨ .

(٤) مسالك الافهام ج ١ ص ١٧٠ .

قولاً غير مشهور و هو القول بلزوم المعاطاة .

(٢) فقول العلّامة ﷺ (الأشهر عندنا أنّه لا بدّ من الصّيغة) يدلّ علىٰ أنّ غير الأشهر عدم لزوم الصّيغة في البيع .

(٣) هذا هو القول الثّاني للمعاطاة أنّ المعاطاة تفيد اللّزوم لكن بشرط كون الدّال علىٰ التّراضي أو المعاملة لفظاً غير الإيجاب و القبول كما يقول نعمل هذه المعاملة أو نرضىٰ بهذا التّبادل لا فعلاً .

(٤) يعني القول الثّاني .

(٥) أقول وجه التّأمّل أن جماعة من الفقهاء اعتبروا في المعاطاة خلوّها عن اللّفظ مطلقاً فإذا وقع باللّفظ فقد خرج عن كونه بيع معاطاة و دخل في البيع الواقع بالصّيغة و عليه فليس هذا من الأقوال في المعاطاة لخروجه موضوعاً عنها .

(٦) هذا هو القول الثّالث للمعاطاة ذهب إليه المحقّق الكركي و نسبه الىٰ كلّ مَن قال بالإباحة من المشهورين مدّعياً أنّ مرادهم بالإباحة الملك المتزلزل .

(٧) من أنّ هذه النّسبة خلاف ظواهر كلماتهم بل صرّح بعضهم نفيها كالشّيخ في الخلاف بعدم حصول الملك بقوله من دون أن يكون ملكه و كذا ابن ادريس و ابن زهرة .

(٨) هذا هو القول الرّابع للمعاطاة و هو عدم إفادة المعاطاة الملك مع إباحة

جميع التصرّفات حتّىٰ المتوقّفة علىٰ الملك كالعتق و الوطئ و ما أشبه .

(٩) صرّحنا بالتصرّفات المتوقّفة علىٰ الملك آنفاً فلا نعيد .

(١٠) أي يجوّز جميع التّصرّفات حتّىٰ المتوقّفة علىٰ الملك كالبيع و نحوه .

(١١) هذا هو القول الخامس للمعاطاة و هو عدم إفادة المعاطاة الملك لكنّه يفيد إباحة تصرّف ما لا يتوقّف علىٰ الملك من التصرّفات كالاستعمال و الاستخدام من الجارية لا البيع و العتق و الوطىء .

علىٰ القواعد[١] و هو المناسب لما حكيناه عن الشّيخ في إهداء الجارية من دون إيجاب و قبول[٢] و القول (١) بعدم إباحة التصرّف مطلقاً (٢) نسب الىٰ ظاهر النّهاية[٣] لكن ثبت رجوعه (٣) في غيرها.

و المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة.

و إن قصد المتعاطيان بها (٤) التّمليك بل لم نجد قائلاً به (٩) الىٰ زمان المحقّق الثّاني الّذي قال به (٦) و لم يقتصر علىٰ ذلك (٧) حتّىٰ نسبه (٨) الىٰ الأصحاب.

---

(١) هذا هو القول السّادس للمعاطاة و هو أنّ المعاطاة لا يفيد الملك.

(٢) أي لا يفيد المعاطاة إباحة التصرّف بجميع أنواعه سواء كان التصرّف متوقّفاً علىٰ الملك أم لا فلا يجوز استخدام الجارية مثلاً فضلاً عن وطئها و بيعها و عتقها.

(٣) أي ثبت رجوع العلّامة عن القول بعدم إباحة التصرّف مطلقاً في غير النّهاية من سائر كتبه « و قال في الجواهر ج ٢٢ ص ٢١٣ و قد رجع أي العلّامة عنه في كتبه المتأخّرة عنها ».

---

(١) في ص ٩٧ بقوله : مع أنّ المحكيّ عن حواشي الشّهيد علىٰ القواعد المنع عمّا يتوقّف علىٰ الملك.

(٢) في ص ٩٧ بقوله : و صرّح الشّيخ في المبسوط و الحلّي في السّرائر بعدم حصول الملك بإهداء الجارية بدون الإيجاب و القبول و لو من الرّسول.

(٣) نهاية الأحكام للعلّامة الحلّي ﷺ ج ٢ ص ٤٤٩.

(٤) أي بالمعاطاة

(٥) أي بالملك و ثبوته .

(٦) أي بالملك .

(٧) أي لم يقتصر على القول بالملك لنفسه .

(٨) أي نسب القول بالملك الى الأصحاب .

نَعَمْ ربّما يوهمه (١) ظاهر عبارة التّحرير[1] حيث قال فيه (٢) الأقوىٰ أنّ المعاطاة غير لازمة (٣) بل لكلّ منهما فسخ (٤) المعاوضة ما دامت العين باقية ، فإن تلفت لزمت (٥) انتهىٰ (٦) و لذا (٧) نسب ذلك إليه في المسالك[2].

لكن قوله (٨) بعد ذلك : و لا يحرم (٩) علىٰ كلّ منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد ظاهر (١٠) أنّ مراده (١١) مجرّد الانتفاع إذ لا معنىٰ لهذه العبارة (١٢) بعد الحكم بالملك (١٣)

---

(١) أي يوهم الملك و ثبوته .

(٢) أي قال المحقّق الحلّي في كتابه التّحرير .

(٣) حيث إنّ ظاهر قوله (غير لازمة) الملك المتزلزل الغير اللّازم لا الإباحة فإنّ اللّزوم فرع الملكيّة .

(٤) أي لكلّ من المتعاطيين و البايع و المشتري فسخ المعاوضة فإنّ كلمة (فسخ المعاوضة) توهّم الملكيّة حيث انّ الفسخ فرع الملكيّة .

(٥) فإنّ كلمة (لزمت) كما عرفت آنفاً توهّم الملكيّة حيث انّ اللّزوم فرع الملكيّة .

(٦) أي انتهىٰ كلام التّحرير .

---

(١) تحرير الأحكام ج ١ ص ١٦٤ .

(٢) مسالك الأفهام ج ١ ص ١٦٩ .

(٧) أي و لأجل أنّ عبارة التّحرير موهمة للملكيّة المتزلزلة نسب الشّهيد الثّاني القول بثبوت الملك بالمعاطاة الىٰ صاحب التّحرير في المسالك .

(٨) أي قول صاحب التّحرير بعد ذلك الكلام المتقدّم و هو قوله (و الأقوىٰ عندي ... الىٰ قوله : لزمت) .

(٩) أقول هذا مقول قول العلّامة الحلّي بعد الجملات السّابقة حيث إنّ الجملات السّابقة لو كانت تدلّ علىٰ الملك لما كان لقوله (و لا يحرم علىٰ كلّ منهما الانتفاع بما قبضه) معنىٰ حيث انّ عدم حرمة الانتفاع بالملك و جوازه ممّا لا ريب فيه و لا يحتاج الىٰ البيان .

(١٠) كلمة (ظاهر) خبر لقوله (لكن قوله) .

(١١) أي مراد العلّامة الحلّي ﷺ من كلامه (انّ المعاطاة غير لازمة) مجرّد الانتفاع لا الملكيّة .

(١٢) و هي قول العلّامة (و لا يحرم علىٰ كلّ منهما الانتفاع بما قبضه) .

(١٣) أي بعد الحكم بالملكيّة غير اللّازمة أقول بل الأمر بالعكس أي لا معنىٰ لهذه العبارة بعد الحكم بأنّ المعاطاة تفيد الإباحة لأنّها عندئذ تكرار و إعادة لما يستفاد من عبارته السّابقة علىٰ القول بالإباحة كما هو واضح لأهل الدّقّة و التّحقيق .

بخلافه علىٰ القول بالملك فلا إعادة بل هو من قبيل بيان الحكم بعد تحقّق موضوعه فكأنّه (قده) قال الأقوىٰ أنّ المعاطاة تفيد الملكيّة غير اللّازم فيتفرّع عليه و يلزمه أنّه لا يحرم علىٰ كلّ منهما الانتفاع بما قبضه لتحقّق الملك بخلاف البيع الفاسد فإنّه يحرم الانتفاع فيه لعدم تحقّق الملك الّذي هو الموضوع بالنّسبة الىٰ هذا الحكم.

و أمّا قوله (١) و الأقوىٰ الىٰ آخره فهو (٢) اشارة الىٰ خلاف المفيد﵀ و العامّة القائلين باللّزوم و اطلاق (٣) المعاوضة عليها باعتبار (٤) ما قصده المتعاطيان و اطلاق (٥) الفسخ علىٰ الردّ بهذا الاعتبار أيضاً.

و كذا اللّزوم (٦) و يؤيّد ما ذكرنا (٧) بل يدلّ عليه (٨) أنّ الظاهر من عبارة التّحرير في باب الهبة توقّفها علىٰ الإيجاب و القبول.

ثمّ قال (٩) و هل يستغنىٰ عن الايجاب و القبول في هديّة الأطعمة الأقرب عدمه (١٠) نعم يباح التصرّف بشاهد الحال (١١) انتهىٰ (١٢)

---

(١) أي قول العلّامة الحلّي في كتابه التّحرير.

(٢) أقول قوله (فهو) جواب عن سؤال مقدّر وهو أنّه لو كان مراد صاحب التّحرير مجرّد الإباحة دون الملك فلماذا قال: الأقوىٰ أنّ المعاطاة غير لازمة بل كان ينبغي أن يقول: الأقوىٰ أنّ المعاطاة تفيد الإباحة، فأجاب المصنّف وأمّا قوله: والأقوىٰ إلىٰ آخره: فهو إشارة إلىٰ خلاف المفيد والعامّة القائلين في المعاطاة باللّزوم لا للدّلالة علىٰ أنّها تفيد الملك المتزلزل.

(٣) قوله واطلاق الخ أي وإطلاق المعاوضة علىٰ المعاطاة الظّاهر في الملك إذ لا معاوضة في الإباحة.

(٤) أي باعتبار قصد المتعاطيين المعاوضة من هذه المعاطاة لا أنّ المعاطاة تفيد الملكيّة.

(٥) أي وإطلاق الفسخ علىٰ الردّ في كلام العلّامة الحلّي مع أنّ ظاهر الفسخ

الملك باعتبار ما قصده المتعاطيان أيضاً.

(٦) أي وإطلاق اللّزوم على المعاطاة في قول العلّامة الحلّي «فان تلفت لزمت» الظّاهر في أنّها معاوضة باعتبار قصد المتعاطيين هذا ولكن أقول لا يتمّ هذا بناءً على كون مراده (ره) بيان أنّ المعاطاة المقصود بها التّمليك يفيد الإباحة إلّا في قوله غير لازمة وأمّا في قوله (لزمت) فلا لأنّ اللّزوم هناك حكم شرعيّ لا قصديٌّ فيراد القصدي من الأوّل أيضاً.

(٧) من أنّ صاحب التّحرير لا يقول بالملك.

(٨) أي يدلّ على كون مراد صاحب التّحرير الانتفاع المجرّد دون الملك.

(٩) أي قال العلّامة الحلّي.

(١٠) أي الأقرب عدم الاستغناء عن الإيجاب والقبول في هديّة الأطعمة.

(١١) حيث إنّ حال الإهداء شاهد بأنّ المالك أباح التصرّف أي يجيز له التصرّف فيه.

(١٢) أي انتهى ما أفاده العلّامة الحلّي في هذا المقام.

وصرّح بذلك (١) أيضاً في الهديّة[1] فإذا لم يقل في الهديّة بصحّة المعاطاة فكيف يقول بها (٢) في البيع ، وذهب جماعة تبعاً للمحقّق الثّاني إلىٰ حصول الملك . ولا يخلو (٣) عن قوّة للسّيرة (٤) المستمرة علىٰ المعاملة المأخوذة بالمعاطاة معاملة الملك في التصرّف فيه : بالعتق والوطئ والإيصاء وتوريثه ، وغير ذلك من آثار الملك .

ويدلّ عليه (٥) أيضاً عموم قوله تعالىٰ : «وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ»[2] حيث إنّه (٦) يدلّ علىٰ حلّية جميع التّصرفات المترتّبة علىٰ البيع : بل (٧) قد يقال بأنّ الآية دالّة عرفاً بالمطابقة (٨) علىٰ صحّة البيع لا (٩) مجرّد الحكم التّكليفي لكنّها (١٠) محلّ تأمّل

---

(١) أي بالتوقّف علىٰ الإيجاب والقبول أيضاً في الهديّة وليعلم أنّ الهبة أعمّ من الهديّة ولذا يقال وهبت حقّك و لا يقال أهديت حقّك .

(٢) أي فإذا لم يقل في الهبة بصحّة المعاطاة و وقوع البيع بها الّتي أدون من البيع فكيف يقول بصحّة المعاطاة في البيع الّذي مبناه علىٰ الدّقة شرعاً وعرفاً .

(٣) أي لايخلو القول بحصول الملك من المعاطاة كما أفاده جمع من الفقهاء تبعاً للمحقّق الكركي .

(٤) أي للسيرة المستمرّة من المتشرّعة من عهد (رسول الله)ﷺ و (الأئمة من

---

(١) تحرير الأحكام ج ١ ، ص ٢٨٤ .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

أهل البيت) ﷺ إلىٰ عصرنا هذا نرى بالعيان أنّ المسلمين بما أنّهم مسلمون ومتديّنون بأحكام الإسلام يتعاملون مع البيع المعاطاتي تعامل الملك في التّصرف فيه بالعتق والبيع والوطئ والإيصاء وتوريثه وغير ذلك من آثار الملك كالهبة والهديّة والتّزكية والتّخميس والتّمهير وغيرها من دون توقّف .

(٥) أي يدل علىٰ حصول الملك بالمعاطاة .

(٦) أي يدل عموم قوله تعالىٰ علىٰ حلّيّة جميع التّصرفات المترتّبة علىٰ البيع فيدلّ بالملازمة علىٰ حصول الملك وصحّة البيع لأنّ الملازمة بين حلّية جميع التّصرفات المترتّبة علىٰ البيع حتىٰ المتوقّفة علىٰ الملك وبين صحّة البيع وحصول الملك واضحةٌ .

(٧) هذا ترقّ من المصنّف في هذا المقام .

(٨) أي لا بالدّلالة الالتزاميّة بدلالتها علىٰ حلّية جميع التّصرفات بالمطابقة وعلىٰ صحّة البيع بالالتزام بل تدلّ الآية عرفاً بالمطابقة علىٰ صحّة البيع .

(٩) أي وليست الآية تدلّ علىٰ مجرّد الحكم التّكليفي أي الحلّية المستلزمة للصحّة حتّىٰ تكون الدّلالة الالتزامية .

(١٠) أي لكن دلالة الآية بالمطابقة محلّ تأمّل أقول وجه التأمّل أنّ الظّاهر من الحلّ في الآية الحلّية التّكليفيّة فجعل (أحلّ الله) بمعنىٰ أنفذ الله ، أو أصحّ الله حتّىٰ يشمل الحلّ الوضعي بمعنىٰ الصّحة خلاف الظّاهر .

وأمّا منع صدق البيع عليه (١) عرفاً فمكابرة، وأما دعوىٰ الإجماع في كلام بعضهم علىٰ عدم كون المعاطاة بيعاً كابن زهرة في الغنية (٢) فمرادهم بالبيع المعاملة اللّازمة (٣) الّتي هي أحد العقود ولذا (٤) صرّح في الغنية بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحّة البيع .

ودعوىٰ أنّ البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً قد عرفت الحال فيها (٥) وممّا ذكرنا (٦) يظهر وجه التمسّك بقوله تعالىٰ[1] إلاّ أن تكون تجارة عن تراض وأمّا قوله[2] صلّىٰ الله عليه وآله إنّ النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم فلا دلالة فيه علىٰ المدّعى لأنّ (٧) عمومه باعتبار أنواع (٨) السّلطنة فهو (٩) إنّما يجدي فيما إذا شكّ في أنّ هذا النّوع من السّلطنة ثابتة للمالك

---

(١) أي علىٰ المعاطاة والتّعاطي بدون الصّيغة ومراده أنّ المعاطاة بيع عرفاً وتشكيل القياس هكذا : إنّ المعاطاة بيع ، وكلّ بيع أحلّه الله ، فالمعاطاة أحلّها الله .

كابره ، عانده : غالبه علىٰ حقّه ، جاحده (المنجد) و وجه كون المنع مكابرة أنّ حقيقة البيع كما عرفت هو إعطاء شيء وهذا المعنىٰ عند العرف يبرز بإعطاء شيء خارجاً وأخذ ما بأزائه ، وللسّيرة المستمرّة وإجماع العلماء علىٰ معاملة المعاطاة معاملة البيع في جميع التّصرفات حتّىٰ المتوقفة علىٰ الملك .

---

(١) سورة النساء الآية ٢٩ .

(٢) بحار الانوار ج ٢ ص ٢٧٢ الحديث ٧ . السنن الكبرىٰ للبيهقي ج ٦ ص ١٠٠ . عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٢ الحديث ٩٩ .

(٢) حيث ادّعىٰ الإجماع علىٰ عدم كون المعاطاة بيعاً في قوله في ص ٧١ يدلّ علىٰ ما قلناه الإجماع المشار إليه .

(٣) أي مرادهم بالبيع المنفّى عن المعاطاة نفي اللّزوم والمعاملة اللّازمة لانفي البيعيّة من رأسها وأنّ المعاطاة ليست بيعاً إطلاقاً .

(٤) أي ولأجل أنّ المراد من النّفي لزوم المعاملة لا نفي البيعيّة من رأسها إطلاقا .

(٥) أي قد عرفت الحال في هذه الدّعوىٰ قبيل الكلام في المعاطاة في شرح قول الشّهيد (ره) في ص ٤٩ «الماهيّات الجعليّة كالصّلاة والصّوم وساير العقود لا تطلق علىٰ الفاسد» و لأنّه قد مرّ أنّه يصحّ التّمسك بالإطلاق حتّىٰ بناءً علىٰ الوضع للصّحيح .

(٦) أقول يعني ممّا ذكرنا في الآية الأولىٰ من أنّه يستفاد من اطلاق الحلّ الملك عرفاً يظهر وجه التّمسك بآية التّجارة فإنّه يستفاد من اطلاق التّرخيص في أكل المأخوذ بالتّجارة ملكه لأنّ التّرخيص في التّصرفات يشمل التّصرفات المتوقّفة علىٰ الملك كالبيع والعتق والوطئ ونحوها ولا يمكن هذا التّرخيص بدون الملك شرعاً فإطلاق الرّخصة ملازم للملك الشّرعي هذا ولكن يمكن منع دلالتها علىٰ الملك بأنّ التّجارة أعمّ من التّملكات والآية الشّريفة بقرينة المستثنىٰ منه وهو قوله تعالىٰ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ظاهرة في حلّ التّرافع الخارجي الّذي هو مثل التّصرف بالأكل فلا مجال فيها لما سبق في الآية الأولىٰ من استفادة الملك لأنّ استفادته يتوقّف علىٰ ثبوت الملازمة بين جواز التّصرف وبين الملك .

(٧) أقول قد يستشكل في دلالة الرّواية بأنّها ليست بصدد بيان امضاء المعاملات بل انّما هي في مقام بيان انّ المُلّاك مسلّطون علىٰ أموالهم غير ممنوعين من التّصرف فيها فهذه الرواية بصدد بيان أصل التّسلط وانّه للمالك لا لغيره وبعبارة أخرىٰ أنّ المستفاد منها ثبوت السّلطنة في موضوع المال دون السّلطنة علىٰ إذهاب هذا الموضوع وإزالة السّلطان نظير ما يقال إنّ قوله تعالىٰ أقيموا الصّلاة إنّما هو بصدد بيان أصل الوجوب لا الكيفيّة فلا دلالة علىٰ المطلوب هذا.

ولكنّ الإنصاف تماميّة الدّلالة فيها لأنّ ظاهر سياقها إثبات سلطنة الملّاك بأنواعها علىٰ النّحو المتداول بين العرف فإذا كانت المعاطاة متعارفاً بين النّاس في مقام البيع يشملها الحكم فيستفاد من دليل السّلطنة صحّة أقسام كل نوع من المعاطاة وما انشاء باللّفظ من غير خصوصيّة باللّفظ.

(٨) وذلك كسلطنة الانسان في تصرّف ماله بأنواع التّصرف من البيع والعتق والإجارة والهبة والرّهن والهديّة بمعنىٰ أنّ الحديث عامّ بالنّسبة إلىٰ كلّ الأنواع فعندئذ لو شككنا في أنّ الانسان هل له أن يعطي ماله في مقابل تأمين حياته أم لا فيمكن التّمسك بعمومه.

(٩) أي عموم النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم يشمل نوع نوعٍ من التّصرفات كما عرفت آنفاً.

وماضية شرعاً في حقّه أم لا أمّا إذا قطعنا بأنّ سلطنة خاصّة كتمليك ماله للغير نافذة في حقّه ماضية شرعاً لكن شُكّ في أنّ هذا التّمليك الخاصّ هل يحصل بمجرّد التّعاطي مع القصد أم لابدّ من القول الدّال عليه (١) فلا يجوز الاستدلال علىٰ سببيّة المعاطاة في الشّريعة (٢) للتّمليك بعموم تسلّط النّاس علىٰ أموالهم ومنه (٣) يظهر أيضاً عدم جواز التمسّك به (٤) لما سيجيء من شروط الصّيغة (٥) وكيف كان (٦) ففي الآيتين (٧) مع السّيرة (٨) كفاية اللّهمّ إلّا أن يقال إنّهما (٩) لا تدلّان علىٰ الملك وإنّما تدلّان علىٰ إباحة جميع التّصرفات (١٠)

---

(١) أي علىٰ التّمليك الخاصّ بأنّ الشكّ في سببيّة السّبب لا في أصل المسبّب.

(٢) أقول قوله (للتّمليك) متعلّق بـ(سببيّة) أي لا يصحّ الاستدلال علىٰ سببيّة المعاطاة في الشّريعة للتّمليك بعموم تسلّط النّاس علىٰ أموالهم إذ ليس في (النّاس) عمومان عموم الأموال وعموم الأحكام بل له عموم واحد وهو عموم الأموال فقوله (النّاس مسلّطون الخ) إنّما يدلّ علىٰ أنّ ما يفعله النّاس في أموالهم من النّقل وسائر التّصرفات فذلك لهم وليس لأحد منعهم ومزاحمتهم وليسوا محجورين عن التّقليب والتقلّب في أموالهم ولا دلالة علىٰ أنّ كلّ ما يريدون من النّقل والانتقال يحصل بمجرّد إرادتهم حتّىٰ اذا دلّ دليل علىٰ أنّه يعتبر في نقل العين لفظ (بعت) مثلا كان منافياً لعموم السّلطنة ومخصّصاً لها حيث أنّه (ص) قال النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم ولم يقل علىٰ أحكامهم بحيث تكون سببيّة الأسباب

بحسب إرادتهم ومشيئتهم .

(٢) قوله (في الشّريعة) متعلّق بقوله سببيّة المعاطاة يعني لا يصحّ الاستدلال بعموم (النّاس مسلّطون) علىٰ سببيّة المعاطاة في الشّريعة للتّمليك .

ولكنّ الإنصاف تماميّة الدّلالة فيها لأنّ ظاهر سياقها إثبات سلطنة الملّاك بأنواعها علىٰ النّحو المتداول بين العرف فإذا كانت المعاطاة متعارفاً بين النّاس في مقام البيع يشملها الحكم فيستفاد من دليل السّلطنة صحّة أقسام كلّ نوع من المعاطاة وما انشاءباللّفظ من غير خصوصيّة باللّفظ .

(٣) أي ممّا ذكرنا من عدم جواز الاستدلال علىٰ صحّة المعاطاة بعموم (النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم) يظهر أيضاً عدم جواز التّمسك بعموم (النّاس مسلّطون) علىٰ نفي العربيّة فلو شكّ في أنّه هل تشترط العربيّة في الصّيغة أم لا مثلاً لا يصحّ التّمسّك في نفي العربيّة بحديث (النّاس) لما عرفت من أنّ هذه القاعدة إنّما تفيد العموم بالنّسبة إلىٰ أنواع السّلطنة لا بالنّسبة إلىٰ سببيّة بعض الأسباب المشكوك فيها .

(٤) أي بعموم تسلّط النّاس علىٰ أموالهم وقد أشبعنا الكلام في هذا المقام آنفاً فلا يحتاج إلىٰ الإعادة في الإفادة .

(٥) أي يظهر أيضاً عدم جواز التّمسك بعموم النّاس مسلّطون علىٰ نفي شرطيّة شيء أو جزئيّته في الإيجاب والقبول إذا شككنا فيهما في باب شروط الصّيغة لعين الملاك الموجود في عدم جواز التّمسّك به علىٰ سببيّة المعاطاة للتمليك.

(٦) أي سواء قلنا بصحّة التّمسك بالحديث في صحّة المعاطاة ونفي الشّرطيّة في الشّرط المشكوك في الصّيغة أم لا.

(٧) وهما قوله تعالىٰ ﴿ إلّا أن تكونَ تِجارةً عَن تَراضٍ ﴾ وقوله تعالىٰ: ﴿ أَحَلَّ اللهُ البَيع ﴾.

(٨) وهي السّيرة المتشرّعة.

(٩) أقول يحتمل أن يكون مرجع ضمير التّثنية الآيتين والسّيرة فيكون قوله (وأمّا ثبوت السّيرة الخ) دفعاً لما يتوهّم أنّ السّيرة كما هي قائمة علىٰ التّصرفات المتوقّفة علىٰ الملك كالبيع والعتق والوطئ كذلك قائمة علىٰ التّوريث والدّيون من غير حاجة إلىٰ إثبات الملازمة بين جواز التّصرفات والملك ويحتمل أن يراد من مرجع الضّمير الآيتين وعليه فيمكن أن يكون قوله (وأمّا ثبوت الخ) لدفع ما ربّما يتوهّم أنّه لو سلّمنا عدم تماميّة دلالة الآيتين لتوقّفهما علىٰ إثبات الملازمة إلّا أنّ السّيرة القائمة علىٰ التّوريث وأشباهه كافية في إثبات المدّعي من غير حاجة إلىٰ إثبات الملازمة فدفعه بقوله إنّها ناشئة من عدم المبالاة.

(١٠) أقول وذلك لأنّ آية ﴿ أَحَلَّ اللهُ البَيع ﴾ دلّت علىٰ الحلّية لا الملك وآية ﴿ إلّا أن تَكونَ تِجارةً ﴾ دلّت علىٰ جوازِ الأكل وجوازُ الأكلِ غيرُ المِلك.

حتّىٰ المتوقّفة علىٰ الملك كالبيع والوطئ والعتق والإيصاء وإباحة (١) هذه التّصرفات إنّما تستلزم الملك بالملازمة الشّرعيّة الحاصلة في سائر المقامات : من الإجماع ، وعدم القول بالانفكاك ، دون (٢) المقام الّذي لا يعلم ذلك (٥) منهم حيث أطلق القائلون بعدم الملك إباحة التّصرفات و صرّح في المسالك[1] أنّ من أجاز المعاطاة سوّغ جميع التّصرفات غاية الأمر (٦) أنّه لابدّ من التزامهم بأنّ التّصرف المتوقّف علىٰ الملك يكشف عن سبق الملك عليه (٧) آناً ما فإنّ الجمع (٨) بين إباحة هذه التّصرفات وبين توقّفها علىٰ الملك يحصل بالتزام هذا المقدار (٩)

---

(١) قوله (وإباحة الخ) دفع وهم حاصل الوهم انّ إباحة جميع التّصرفات حتّىٰ المتوقّفة علىٰ الملك كالعتق والوطئ ونحوهما في المعاطاة دليل علىٰ أنّها تفيد الملكيّة من أوّل الأمر وذلك للملازمة بين هذه التّصرفات وبين الملكيّة لأنّ إفادة المعاطاة إباحة التّصرفات اللّازمة و هي مقتضىٰ الآيتين فعندئذ يتحقّق اللّزوم وهي الملكيّة من أوّل الأمر كما أنّ الملكيّة من أوّل الأمر هي المستفادة من العقود المنشأة بالألفاظ كما أنّ الملازمة الشّرعية حاصلة في غير مقام المعاطاة من الإجماع فإنّ الإجماع في مقام الهديّة انّ وطئ الجارية وبيعها مستلزمة للملكيّة وعدم القول بالانفكاك بمعنىٰ أنّ كلّ من قال بإباحة هذه التّصرفات قال بالملكيّة .

(٢) هذا جواب عن الوهم المذكور وحاصلة أنّه فرق بين المقيس عليه الّذي

---

(١) مسالك الافهام ج ١ ص ١٧٠ سطر ٧.

هو العقود المنشأة بالألفاظ وبين المقيس وهي المعاطاة حيث إنّ الملازمة المذكورة مختصّة بالمقيس عليه وهو البيع لأنّها تثبت فيه بالاجماع من أنّ العقد الصّادر باللّفظ يفيد الملكيّة من أوّل الأمر أو بعدم الانفكاك بين التّصرفات المذكورة وبين الملكية من أوّل الأمر في العقود المنشأة بالألفاظ بخلاف المقام وهو المعاطاة الّذي لم يقم إجماع علىٰ الملازمة المذكورة فيه ولا القول بعدم الانفكاك بين اللّازم والملزوم فعندئذ تنحصر الملازمة الشّرعيّة في العقود المنشأة بالألفاظ و لا تتعدّىٰ إلىٰ غيره من المعاملات الجارية بالأفعال.

(٣) أي التّلازم بين إباحة التّصرفات وبين الملك من أوّل الأمر.

(٤) تعليل لعدم العلم بالقول بالملازمة المذكورة من الفقهاء حيث نراهم قد أطلق القائلون بعدم الملك إباحة التّصرفات أي قالوا بجواز أيّ تصرّف في المأخوذ بالمعاطاة و لو كان متوقّفاً علىٰ الملك فهذا الإطلاق كافٍ في عدم ثبوت تلك الملازمة فيما نحن فيه.

(٥) أقول قوله (وصرّح الخ) تأييد من المصنّف لما أفاده من أنّ القائلين بالإباحة المجرّدة قد أباحوا جميع التّصرفات.

(٦) بمعنىٰ أنّ من ذهب بإفادة المعاطاة الإباحة وأفاد جواز التّصرفات حتّىٰ المتوقّفة علىٰ الملك كالبيع والعتق والوطئ يلتزم بالملكيّة الآنيّة قبل تلك التّصرفات كما في تملّك الولد العمودين قبل عتقهما آناما ثمّ يُعتقان حيث إنّه

لا عتق إلّا في ملك فالجمع بين إباحة هذه التّصرفات وبين توقّفها علىٰ الملك يحصل بالتزام الملكيّة الآنيّة لكي يصحّ العتق ففي المقام وهي المعاطاة نلتزم في التّصرفات المتوقّفة علىٰ الملك بالملكيّة الآنيّة فالتّصرفات المذكورة كاشفة عن سبق الملك علىٰ هذه التّصرفات .

(٧) أي علىٰ ذلك التّصرف آناما جمعا بين الدّليلين : دليل أنّه ليس بملك ، ودليل لا وطئ إلّا في ملك .

(٨) قوله (فإنّ) تعليل للالتزام المذكور .

(٩) أي بمقدار الملكيّة الآنيّة .

و لا يتوقّف (١) علىٰ الالتزام بالملك من أوّل الأمر فيقال (٢) إنّ مرجع هذه الإباحة أيضاً إلىٰ التّمليك وأمّا ثبوت السّيرة (٣) واستمرارها علىٰ التّوريث فهي كسايرِ سيراتهم النّاشئة عن المسامحة وقلّة المبالات في الدّين ممّا لا يحصىٰ في عباداتهم ومعاملاتهم وسياساتهم (٤) كما لا يخفىٰ.

---

(١) أي لا يتوقّف الجمع علىٰ الالتزام بالملك من أوّل الأمر حين المعاطاة حتّىٰ يقال نتيجة لهذا الجمع أنّ مرجع هذه الإباحة المعاطاتيّة أيضاً إلىٰ التّمليك لأنّ الإباحة منتهية إلىٰ الملك السّابق علىٰ الوطىٰ مثلاً.

(٢) الفاء هنا بمعنىٰ حتىٰ أي حتّىٰ يقال كما عرفت آنفاً.

(٣) أقول يعني وأمّا ثبوت السّيرة والطّريقة واستمرارها قديماً وحديثاً علىٰ المعاملة في المال المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك كالتّوريث، والاستدلال بها علىٰ حصول الملك من أوّل الأمر فموهون لأنّ هذه السّيرة نظير سائر سِيَرهم ناشئة عن قلّة المبالاة في الدّين في عباداتهم ومعاملاتهم وسياساتهم ممّا لا يحصىٰ كعدم اعتنائهم بمسائل الصلاة خصوصاً الشكّ والسّهو وعدم تفقّههم في مسائل المعاملة وعدم فرقهم بين صحيحها وفاسدها ودخولهم في وظائف الظلمة بلا ضرورة وإجبار خصوصاً سيرة أهل السّوق وأهل المطامع.

(٤) أقول توضيح المقام بحيث يكشف الغطاء عن وجه الكلام ويذهب به الظّلام يحتاج الىٰ ذكر ما يوجب التّوجه إليه زيادة بصيرة لأهلها وهو أنّ الفقهاء رضوان الله عليهم قسّموا مسائل الفقه إلىٰ أقسام أربعة: عبادات، وعقود،

وايقاعات ، وأحكام وقد يعبّر عن هذه الأقسام بعبادات وعادات ومعاملات وسياسات أمّا العبادات فهي تطلق على معانٍ ثلاثة الأوّل ما يعتبر فيه قصد التّقرب كالصلاة والصّوم ونحوها ويسمّىٰ بالعبادات بالمعنىٰ الأخصّ والثّاني ما يمكن فيه قصد التّقرب كالنّكاح وغسل الثّوب مع النّية ونحوهما ويسمّىٰ بالعبادات بالمعنىٰ الأعمّ والثّالث الواجب الّذي شرع علىٰ أشخاصٍ خاصّة ويندرج في هذا القسم باب الجهاد والأمر بالمعروف والنّهي عن المنكر وباب الولايات والقضاء والشّهادات :

وأمّا المعاملات فلها أيضاً معان ثلاثة أوّلها مالا يعتبر فيه قصد التّقرب كالبيع والإجارة وأمثالهما وهذا المعنىٰ عام يشمل ما يتوقّف علىٰ الإنشاء وما لا يتوقف وثانيهما خصوص باب العقود أي ما يكون قوامه بإنشاء طرفين وثالثها المتوسّط بين الأوّلين أي ما يحصل بالإنشاء سواء كان بين الطّرفين كالعقود أم لا كالإيقاعات .

وأمّا العادات فهي جمع العادة وهي مايعتاده الانسان أي يعود إليه مراراً متكرّراً كباب الأطعمة والأشربة .

وأمّا السّياسات كالقصاص والحدود والدّيات .

« وجه حصر الفقه في أربعة أقسام »

وجه الحصر أنّ المبحوث عنه في الفقه أمّا أن يتعلّق بالأمور الأخرويّة أو الدّنيويّة فإن كان الأوّل فهو العبادات وإن كان الثّاني فلا يخلو فأمّا أن يفتقر إلىٰ عبارة أو لا فإن لم يفتقر فهو الأحكام كالدّيات والقصاص والمواريث وإن افتقر فإمّا من الطرفين أو طرف واحد فإن كان الثّاني فهو الإيقاعات كالطّلاق والعتق وإن كان الأوّل فهو العقود ويدخل فيه المعاملات والنّكاح .

ودعوىٰ (١) أنّه لم يعلم من القائل بالإباحة جواز مثل هذه التّصرفات المتوقّفة علىٰ الملك كما يظهر (٢) من المحكيّ[١] عن حواشي الشّهيد علىٰ القواعد من (٣) منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزّكاة وثمن الهدى (٤) وعدم جواز وطئ الجارية المأخوذة بها (٥) وقد صرّح الشيخ[٢] له بالأخير (٦) في معاطاة الهدايا فيتوجّه (٧) التّمسك بعموم الآية علىٰ جوازها (٨) فيثبت الملك مدفوعة (٩) بأنه وإن لم يثبت ذلك (١٠) إلّا أنّه لم يثبت أنّ كلّ مَنْ قال بإباحة هذه التّصرفات قال بالملك من أوّل الأمر فيجوز (١١) للفقيه حينئذ التزام إباحة جميع التّصرفات مع التزام حصول الملك عند التّصرف المتوقّف علىٰ الملك لا من أوّل الأمر

---

(١) أقول حاصِل الدّعوىٰ أنّ انكار الملازمة الشّرعيّة بين إباحة جميع التّصرفات والملكيّة الثّابتة بالإجماع وغيره في المقام يبتني علىٰ اختيار المشهور في المعاطاة إباحة جميع التّصرفات حتّىٰ المتوقّفة علىٰ الملك وهذا غير ثابت فلا وجه لإنكارها.

وحاصل الدّفع أنّ مجرّد عدم المعلوميّة لا يكفي بل لا بدّ من ثبوت الاجماع علىٰ الملازمة بين الملكيّة وجواز التّصرفات حتّىٰ في المقام وبعبارة اخرىٰ الملازمة تحتاج الىٰ دليل ومجرّد عدم الدّليل علىٰ عدمها لا يكفي في ثبوتها.

---

(١) راجع مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٨.

(٢) راجع المبسوط ج ٣ ص ٣١٥.

(٢) أي كما يظهر عدم جواز مثل هذه التّصرفات .

(٣) كلمة (من) بيانيّة يبيّن المحكيّ في قوله (من المحكيّ) .

(٤) لأنّ هذه الأمور يجب أن تكون من مال الإنسان وملكه والحال أنّ المأخوذ بالمعاطاة ليس مالاً للآخذ .

(٥) أي بالمعاطاة وذلك لأنّه لا وطئ إلّا في ملك .

(٦) أي بعدم جواز وطئ الجارية المأخوذة بالمعاطاة .

(٧) الفاء تفريع علىٰ ما أفاده بقوله (و دعوىٰ أنّه لم يعلم) أي فيتوجّه التّمسك حين لم يجز هذه الأمور بمقتضىٰ القاعدة الأوّلية بعموم آية ﴿ أَحَلَّ اللهُ البَيع ﴾ لعدم وجود شيء آخر حتّىٰ يتمسّك .

(٨) أي علىٰ جواز التّصرفات المتوقّفة علىٰ الملك .

(٩) قوله (مدفوعة) خبر للمبتدأ المتقدّم وهو قوله (ودعوىٰ) يعني الدّعوىٰ المذكورة مردودة .

(١٠) أي وإن لم يثبت من القائل بالإباحة جواز مثل هذه التّصرفات المتوقّفة علىٰ الملك .

(١١) أقول الفاء تفريع علىٰ ما أفاده من عدم ثبوت الملكيّة من حين وقوع المعاطاة فيجوز للفقيه حين لم يكن تلازم بين الملك من الأوّل وبين إباحة جميع التّصرفات الالتزام بالملكيّة الآنيّة عند التصرف حتّىٰ تصحّ هذه التّصرفات لا القول بإفادة الملكيّة من أوّل الأمر حين وقوع المعاطاة .

فالأولىٰ (١) حينئذٍ التّمسك في المطلب بأنّ المتبادر عرفاً من حلّ البيع صحّته (٢) شرعاً هذا (٣) مع إمكان إثبات صحّة المعاطاة في الهبة والإجارة ببعض اطلاقاتهما وتتميمه (٤) في البيع بالاجماع المركّب هذا (٥) مع (٦) أنّ ما ذكر من أنّ للفقيه التزام حدوث الملك عند التّصرف المتوقّف عليه (٧) لا يليق بالمُتَفَقّهِ (٨)فضلاً عن الفقيه ولذا (٩) ذكر بعض الأساطين[1] في شرحه علىٰ القواعد في مقام الاستبعاد أنّ القول بالإباحة المجرّدة (١٠) مع فرض قصد المتعاطين التّمليك والبيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة[2] (١١)

---

(١) أقول الفاء تفريع علىٰ قوله في ص ١١٥ « اللّهمّ إلّا أن يقال » أي فعلىٰ ما ذكر من عدم دلالة الآيتين ﴿ أَحَلَّ اللهُ البَيع ﴾ ﴿ وَ إلّا أن تَكون تجارة عن تَراض﴾ علىٰ افادة المعاطاة الملكيّة من أوّل الأمر وعدم حجّية السّيرة المذكورة فالأولىٰ التّمسك للمدّعي وهو اثبات إفادة المعاطاة الملك بالتّبادر العرفي الّذي هو الملازمة العرفيّة بين صحّة المعاطاة الّتي هو الحكم الوضعي وهو النّقل والانتقال وبين حلّية التّصرفات علىٰ الملك .

---

(١) هو جعفر بن خضر الجناحي النّجفي الشّيخ الكبير كاشف الغطاء صاحب كشف الغطاء رضوان الله عليه توفّى شهر رجب سنة ١٢٠٨ ودفن في النجف .

(٢) راجع جواهر الكلام ج ٢٢ ، ص ٢٢٢ . وشرح كاشف الغطاء علىٰ متاجر قواعد العلّامة (مخطوط) .

(٢) أي صحّة البيع شرعاً وأنّه يوجب الملك .

(٣) أي خذ ما ذكرناه عليك من النّفي والاثبات في هذا المقام .

(٤) كلمة (تتميمه) بالجرّ عطفاً علىٰ مجرور (الباء الجارة) في قوله : ببعض اطلاقاتهما أي وبتتميم هذا الإمكان في البيع بالاجماع المركّب وتقريبه : أنّ كلّ من قال بصحّة المعاطاة في الهبة والإجارة قال بصحّتها في البيع أيضاً ، وكلّ مَن قال بعدم الصّحة في البيع قال بعدم الصّحة في الهبة والإجارة أيضاً فالقول بالصّحة فيهما وعدم الصّحة في البيع خرق للإجماع المركّب .

(٥) أي أخذ ما تلوناه عليك .

(٦) أي مع أنّ القول بعدم إفادة المعاطاة الملك والالتجاء الىٰ الملك آناً ما غير تامّ فانّ ما ذكر من أنّ للفقيه التزام حدوث الملك عند التّصرف المتوقّف عليه كالعتق و الوطئ و البيع لا يليق بالمتفقّه المتحصّل الّذي لم يبلغ درجة الاجتهاد فكيف بالفقيه الّذي بلغ درجة الاجتهاد اذ يكون الملك عندئذ بلا سبب ولا دليل أمّا عدم الدّليل فواضح لأنّه لا دليل علىٰ حصول الملك قبل التّصرف آناً ما بالتّصرف وأمّا عدم السّبب فان كان السّبب هو التّعاطي فاللّازم أن يكون الملك من حين المعاطاة وإن كان السّبب التّصرف فالمفروض أنّ الملك حاصل قبل التّصرف والحال أنّ المتأخّر لا يكون سبباً للمتقدّم .

(٧) أي علىٰ الملك .

(٨) وجه الاستبعاد ما ذكرناه آنفاً فلا نعيد .

(٩) أي ولأجل ما ذكرنا من أنّ القول بحدوث الملك آناً ما عند التّصرف لا يليق بالمتفقّه فضلاً عن الفقيه ذكر بعض الأساطين ... الخ .

(١٠) يعني المجردة عن الملك من أوّل الأمر .

(١١) أي قواعد جديدة في الفقه ومن البعيد غاية البعد أن تكون القواعد السّابقة الّتي بنىٰ عليها الفقهاء منذ قرون كلّها تكون باطلة وخلاف الظّاهر والأدلّة .

منها (١) أنّ العقود وما (٢) قام مقامها لا تتبع القصود (٣) ومنها (٤) أن يكون ارادة التّصرف من المُمَلّكات فيملك العين أو المنفعة بارادة التّصرف بهما (٥) أو معه (٦) دفعةً وإن لم يخطر ببال مالك الأوّل (٧) الاذن في شيء من هذه التّصرفات (٨) لأنّه (٩) قاصد للنّقل من حين الدّفع وأنّه لا سلطان له (١٠) بعد ذلك بخلاف من قال اعتق عبدك عنّي (١١) وتصدّق بمالي عنك

---

(١) أي و من تلك القواعد الجديدة المتفرّعة على القول بإفادة الإباحة المجرّدة عن الملك من أوّل الأمر.

(٢) المراد ممّا قام مقام العقود الايقاعات.

(٣) حيث إنّ المتعاطين قصدا الملك من المعاطاة وقد حصلت منها الإباحة والحال أنّ المشهور عند الفقهاء أنّ العقود تابعة للقصود لأنّ العقود أمرها بيد العاقد وليست من الأمور التكوينيّة الّتي لا مدخليّة لقصد الانسان فيها كالنّار والاحراق وخلاصة القاعدة الأولى أنّ لازم القول بإفادة المعاطاة الإباحة عدم متابعة العقود للقصود لأنّ ما وقع وهي الإباحة لم يقصد من المتعاطيين وما قصد وهو التّمليك الّذي قصده المتعاطيان لم يقع في الخارج فيلزم عندئذ تخلّف العقود عن القصود وهو خلاف الفرض في العقود لأنّ العقود تابعة للقصود.

(٤) أي و من تلك القواعد الجديدة المتفرّعة على القول بالإباحة كون الإرادة مملّكة وخلاصتها أنّ القول بالاباحة المجرّدة عن الملك مع فرض قصد

المتعاطيين التّمليك يلزمه الالتزام بأحد أمرين علىٰ سبيل مانعة الخلوّ و هما الالتزام بأنّ إرادة التّصرف من غير المالك في المأخوذ بالمعاطاة من المُمَلّكات القهريّة الموجبة لحصول الملكيّة وهذا مناف لدليل سلطنة المالك ، والالتزام بأنّ التّصرف بنفسه من المُمَلّكات و كلا الأمرين بعيدٌ جداً بل غير معقول بداهة أنّ المالك لم يقصد إلّا تمليك ماله من الأوّل وعليه فالالتزام بحصول الملكيّة بتصرّف غير المالك أو بإرادته التّصرف من دون أن يكون ذلك مقصوداً للمالك بعيد غايته .

(٥) أقول يعني بإراة التّصرف من غير المالك في العين والمنفعة منفردة عن التّصرف .

(٦) أي أو مع التّصرف ومنضمّة إليه بحيث يكون المُمَلِّك مركّباً عن الإرادة والتّصرف لا خصوص الإرادة كما في المعطوف عليه .

(٧) أي وإن لم يخطر بقلب المالك الأوّل المنتقل عنه المال حين التّعاطي الاذنُ .

(٨) أي من التّصرفات المتوقّفة علىٰ الملك كالعتق والوطئ والوقف والهبة .

(٩) أي لأنّ المالك الأوّل قاصد للنّقل من حين الدّفع لا من حين التّصرف فقوله (لأنّه) تعليل لعدم خطور الاذن للمالك الأوّل في شيء من هذه التّصرفات المتوقّفة علىٰ الملك .

(١٠) أي لا سلطة للمالك الأوّل بعد رفع العين إلىٰ المشتري لأنّه قطع علقة

المالكيّة عن نفسه وإضافها إليه .

(١١) أي لا يقاس ما نحن فيه بأَعْتِقْ عبدك عنّي وتصدّق بمالي عنك فإنّ في هذين الموردين توكيل في التّمليك والتّملك قبل التّصرف وهذا بخلاف المقام فإنّ كلّا من المتعاطيين يقصد الملك حال التّعاطي ولا يقصد الملك حال التّصرف .

ومنها (١) أنّ الأخماس (٢) والزّكوات (٣) والاستطاعة (٤) والدّيون (٥) والنّفقات (٦) وحقّ المقاصّة (٧) والشّفعة (٨) والمواريث (٩) والرّبا (١٠) والوصايا (١١) تتعلّق (١٢) بما في اليد مع العلم بقاء مقابله (١٣) وعدم التّصرف فيه (١٤) أو عدم العلم به (١٥) فينفي بالأصل فتكون (١٦) متعلّقة بغير الاملاك وأنّ صفة الغنىٰ (١٧) والفقر تترتّب عليه (١٨) كذلك (١٩) فيصير (٢٠) ما ليس من الاملاك بحكم الاملاك

---

(١) أي ومن تلك القواعد الجديدة المتفرّعة علىٰ القول بإفادة المعاطاة الإباحة.

(٢) اَلْخُمْس و الخُمُس جزءٌ من خمسة أجزاء الشّيء ج أخماس (المنجد) وشرعاً الخمس جزء من خمسة اجزاء (١/٥) قد فرض الله تبارك وتعالىٰ في كتابه المجيد علىٰ عباده بالشّروط المقرّرة في (الكتب الفقهيّة الإماميّة) إذا عرفت هذا فتقول إذا قيل بأنّ المعاطاة المقصود بها الملك تفيد الإباحة لزمت منه مخالفة القواعد المجمع عليها في موارد شتّىٰ:

منها تعلّق الخمس بما في يد أحد المتعاطيين مع أنّه ليس بمالك له لأنّ المفروض أنّ المعاطاة لا تفيد الملكيّة بيانه أنّه إذا أعطىٰ أحد المتعاطيين ديناراً مثلاً لصاحبه، وأخذ منه متاعاً يساوي أحد عشر ديناراً فإنّه قد ربح في هذه المعاملة المعاطائيّة عشرة دنانير وإذا بقي هذا الرّبح إلىٰ أن مضىٰ عليه حول كامل ولم يحصل مملّك في البين كتصرّف المشتري في المتاع، أو تصرّف البايع في الثّمن أو تلف أحد العوضين ثبت فيه الخمس وعليه فيلزم تعلّق الخمس بغير الاملاك لما قد عرفت آنفاً من أنّ المعاطاة لا تفيد الملكيّة بل تفيد

الإباحة المجرّدة ولم يقل أحد من الفقهاء بتعلّق الخمس بغير الملك فهذا فقه جديد.

(٣) كلمة (زكوات) بفتح الزّاي والكاف جمع (زكاة) بفتح الزّاي اسم مصدر والمصدر تزكية من باب التّفعيل ويستعمل لازماً فيقال زكي الشّيء أي نما وزاد كما يستعمل متعدّياً فيقال زكّاه أي طهّره وأصلحه، أخذ زكاته، زكّىٰ ماله أدّىٰ عنه الزكاة (المنجد).

وشرعاً إخراج المكلّف مقداراً معيّناً من ماله اذا بلغ المال الحدّ الشّرعي المعيّن والمقدّر من قبل الشّارع حسب الشروط المقرّرة في (فقه الإماميّة).

فإذا قيل بأنّ المعاطاة تفيد الإباحة المجرّدة يلزم منه تعلّق الزّكاة بالمأخوذ بالمعاطاة إذا كان زكويّاً فتجب الزّكاة علىٰ أحد المتعاطيين مع أنّه ليس بمالك لأنّ المفروض أنّ المعاطاة لا تفيد الملكيّة فالمأخوذ بالمعاطاة باق علىٰ ملك صاحبه حيث إنّ الآخر لم يتصرّف فيما أخذه.

(٤) ومنها أن يعامل مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك وتترتّب عليه آثار الملكيّة من الاستطاعة فلو كانت المعاطاة مفيدة للإباحة للزم من ذلك تعلّق الاستطاعة بالمباحات مع أنّها لا تتعلّق بغير الاملاك فهذا فقه جديد.

(٥) أقول حيث إنّه يترتّب علىٰ المأخوذ بالمعاطاة حكم الملك في جواز مطالبة الآخذ باداء الدّين منه فيما لم يكن عنده ما يفي بدينه إلّا ذاك وعدم وجوب

الانتظار إلىٰ المسيرة فلولم يكن المأخوذ بالمعاطاة ملكاً له لوجب الانتظار وحرم مطالبة الآخذ له بأداء الدّين منه .

(٦) كلمة (نفقات) بفتح النّون والفاء جمع نفقة بفتح الثّلاثة اسم من الانفاق ما تنفقه من الدّراهم (المنجد) .

أي يجب اداء النّفقة ممّا بيده لواجبي النّفقة من الأبوين والأولاد والزّوجة بل نفقة الزّوجة من قبيل الدّين فلو كانت المعاطاة مفيدة للإباحة لزم من ذلك تعلّق النّفقات بالمباحات مع أنّها لا تتعلّق بغير الاملاك فيلزم إجراء ما هو حكم الملك فيما ليس بملك .

(٧) أقول الموجود في شرح القواعد (المقاصّة) وفي بعض النّسخ (حقّ المقاسمة) بدل حقّ المقاصّة والظّاهر أنّه اشتباه : فإن قلنا بأنّ المعاطاة لا تفيد إلّا الإباحة الخالصة لزم منه ثبوت حقّ التّقاصّ لغير الاملاك وبعبارة اخرىٰ يلزم علىٰ ذلك تعلّق حقّ التّقاصّ بما في اليد الّذي هو ملك الغير وهذا فقه جديد .

(٨) أقول ومنها أنّه إذا باع أحد الشّريكين حصّته من غير شريكه بالبيع المعاطاتي تعلّق به حقّ الشّفعة ولا ريب في ثبوت الشّفعة للشّريك الآخر واستحقاق إرجائها إلىٰ نفسه بالشّفعة فيلزم بناءً علىٰ إفادة المعاطاة الإباحة الخالصة تعلّق الشّفعة بما في اليد الّذي هو ملك للغير مع أنّه لا يتعلّق إلّا بالبيع المؤثّر في الملكيّة ومن هنا لو أباح أحد الشّريكين حصّته لغيره لم يتعلّق به حقّ الشّفعة .

(٩) ومنها (المواريث) بفتح الميم جمع ميراث بكسر الميم وسكون الياء وزان ميقات يقال فلان ورث المال عن فلان إذا صار مال فلان إليه ، ورث فلاناً انتقل إليه مال فلان بعد وفاته ويقال لمن انتقل إليه المالُ الوارثُ ، ولمن خلّف ذلك المالَ المورّثُ ، ولنفس الشّيء الميراثُ ، التركةُ الموروثُ (المنجد) وشرعاً انتقال مال من شخص لشخص آخر بعد وفاته بسبب استحقاق الآخر ذلك بنسب ، أو سبب .

فالمراد منه فيما نحن فيه أنّه إذا مات شخص وترك المال الّذي أخذه بالمعاطاة تعلّق الإرث بما في يده وينتقل إلىٰ الوارث كبقيّة أمواله فيرث الوارث هذا المال المأخوذ بالمعاطاة الّذي لم يكن ملكاً للميّت فيتعلّق الإرث بما لم يكن للميّت فهذا فقه جديد حيث أنّه خلاف القواعد الفقهيّة .

(١٠) ومنها الرّبا و هو يجري في البيع المعاطاتي كما يجري في البيع اللّفظي بأن يبيع المأخوذ بالمعاطاة بجنسه مع التّفاضل لو كان مكيلاً أو موزوناً كان يبيع طنّاً من الحنطة أو الشّعير بطُنٍّ وخمس منهما وكبيع مثقال من الذّهب بمثقال وحبّتين مثلاً فإن قلنا بأنّ المعاطاة تفيد الإباحة لزم من ذلك جريان الرّبا في المباحات أي يلزم تعلّق الرّبا لما في اليد الّذي هو ملك الغير ومن البيّن أنّ ذلك تأسيس فقهٍ جديد .

(١١) ومنها الوصايا أي يلزم بناءً علىٰ أنّ المعاطاة تفيد الاباحة تعلّق الوصيّة بما في اليد الّذي هو ملك الغير أي تتعلّق الوصايا بما في اليد مع أنّه ملك للغير

وكيف يتمكّن الانسان أن يوصي بمال ليس له ممّا أخذه بالمعاطاة والوصايا بفتح الواو جمع وصيّة بفتحها أيضاً وكسر الصّاد وهي لغة الوصل ، حيث إنّ الإنسان يوصل تصرّفاته الّتي كانت في حياته إلىٰ بعد وفاته أي يبقيها كما كانت وشرعاً تمليك عين أو منفعة أو تسليط علىٰ تصرّف بعد الوفاة وهي من العقود اللّازمة الّتي تحتاج إلىٰ إيجاب وقبول ولا يشترط فيها القبول اللّفظي ولا مقارنته للإيجاب .

(١٢) كلمة (تتعلّق) مع الجارّ والمجرور مرفوعة محلّاً خبر (لأنّ) في قوله (أنّ الأخماس) يعني لازم القول بكون المعاطاة مفيدة للإباحة الخالصة هذه المفاسد الّتي عرفتها بأسرها .

(١٣) يعني مقابل ما في اليد أي مع علم الآخذ الأوّل ببقاء ما أخذه الآخر علىٰ ملك الآخذ الأوّل .

(١٤) كلمة (عدم) بالجرّ معطوفة علىٰ مدخول (مع) أي مع علم الآخذ بعدم تصرّف الآخر فيما أخذه منه فإنّ التّصرف من أحد الجانبين يوجب الملك .

(١٥) كلمة (عدم) بالجرّ معطوفة علىٰ مدخول (مع) أي ومع عدم العلم من المنتقل إليه بأنّ الآخر الّذي هو الطّرف المقابل قد تصرّف فيما أخذه منه فينفي التّصرف بأصالة عدم التّصرف وأصالة عدم الانتقال .

(١٦) الفاء تفريع ونتيجة لما أفاده بعض الأساطين أي نتيجة القول بالإباحة ترتّب المفاسد المذكورة يعني تعلّق الأخماس والزّكوات والاستطاعة وزميلاتها

بغير الاملاك وقد عرفت أنّ هذه الأمور الّتي ذكرناها إنّما تتعلّق بالأملاك لا بأموال النّاس المباحة لهذا الشّخص الذي يريد التّصرف .

(١٧) ومنها أنّه لو كانت المعاطاة مفيدة الإباحة دون الملك لزم من ذلك أن يتّصف الآخذ بالمعاملة المعاطاتيّة بصفة الفقر ولو كان المأخوذ بالمعاطاة يكفي مؤونة الآخذ ومؤونة عياله سنته واحدة إذا لم يكن عنده مال آخر يكفيه ولعياله حولاً كاملاً والوجه في هذا الاتّصاف أنّ المأخوذ بالمعاطاة ليس ملكاً للآخذ ولا مالا له حتّىٰ يتّصف بصفة الغنى .

ولزم أيضاً أن لا تزول صفة الغنى عن معطي المال بالمعاملة المعاطاتيّة لأنّ المفروض أنّه مالك لما أعطاه لصاحبه بالمعاطاة وعندئذ يجوز للمعطي أخذ الحقوق الشّرعيّة المقرّرة للفقراء والمساكين و لا يجوز للآخذ وهذا أمر عجيبٌ وفقهٌ جديد .

(١٨) أي علىٰ المأخوذ بالمعاطاة وعلىٰ ما ليس بملك .

(١٩) يعني مع العلم ببقاء مقابله و مع العلم بعدم تلف المال المقابل أو مع عدم العلم بالتّصرف .

(٢٠) الفاء تفريع ونتيجة لما أفاده بعض الأساطين من ترتّب المفاسد المذكورة علىٰ القاعدة الجديدة .

ومنها (١) كون التّصرف من جانبٍ مُمَلِّكا للجانب الآخر مضافاً (٢) إلىٰ غرابة استناد الملك إلىٰ التّصرف.

ومنها (٣) جعل التّلف السّماوي من جانبٍ مُمَلِّكاً للجانب الآخر والتّلف من الجانبين مع التّفريط (٤) معيّناً للمسمّىٰ من الطّرفين، ولا رجوع (٥) إلىٰ قيمة المثل حتّىٰ يكون له الرّجوع بالتّفاوت، ومع حصوله (٦) في يد الغاصب، أو تلفه (٧) فيها فالقول بأنّه (٨) المُطالِب، لأنّه يملك بالغصب، أو التّلف في يد الغاصب غريب (٩)

---

(١) أي ومن تلك القواعد الجديدة المتفرّعة علىٰ القول بإفادة المعاطاة الإباحة كون التّصرف المتوقّف علىٰ الملك لا مطلق التّصرف مملّكاً للجانب الآخر بأن يكون تصرّف زيد مثلاً في الثّمن مملّكاً لبكرٍ المثمنَ.

(٢) أقول الظّاهر أنّ قوله (مضافاً الخ) إشكال آخر علىٰ القول بكون التّصرف مملّكاً للجانب الآخر وحاصله أنّ نسبته التّمليك إلىٰ التّصرف و أنّ التّصرف هو المملّك غريب جدّاً حيث إنّ التّصرف من فروع الملك وليس الملك من فروع التّصرف ولأنّه لم يرد في الشّرع دليل علىٰ أنّ التّصرف يوجب الملك فكيف بتصرّف انسان لملك انسان آخر.

(٣) أي ومن تلك القواعد الجديدة المتفرّعة علىٰ القول بإفادة المعاطاة الإباحة الخالصة جعل التّلف السّماوي من جانب كما لو تلف المثمن بصاعقة مثلاً مملّكاً للجانب الآخر لاتّفاق الفقهاء علىٰ أنّ كلّاً من المتعاطيين يملك لما بيده من

المأخوذ بالمعاطاة مع تلف بدله من الجانب الآخر سواء كان التّلف سماويّاً أو اختياريّاً فعندئذ إن قلنا بأنّ المعاطاة تفيد الإباحة فيلزم أن يكون التّلف من جانب مُمَلّكاً للجانب الآخر بداهة أنّه لم يحدث في المقام إلّا أمران و هما التّعاطي و التّلف والمفروض أنّ الأوّل لا يفيد إلّا الإباحة وعليه فلابدّ لنا إمّا من القول بكون التّلف مؤثّراً في الملكيّة فهو غريب لعدم مساعدة دليل عليه إذ لم يرد في الشّرع دليل علىٰ أنّ التّلف يوجب الملك ومن أسبابه فكيف يمكن القول بـه أو القـول بحصول الملكيّة بغير سبب فهو محال.

(٤) فرّط الشّي وفي الشّي قصّر (المنجد).

ومن تلك القواعد الجديدة المتفرّعة علىٰ القـول بـإفادة المـعاطاة الإبـاحة الخالصة جعل التّلف من الجانبين معيّناً للمسمّىٰ من الطّرفين فلو أعطىٰ ثوباً بالف لزم ان يكون الثّوب في قبال الألف القيمة المسمّاة في العقد والألف في قبال الثّوب وعليه فلا يرجع كلٌّ من المتعاطيين إلىٰ المثل أو القيمة لكي يكون لأحدهما حقّ الرّجوع إلىٰ الفرق بين المسمّىٰ وبين المثل مع أنّ القاعدة علىٰ القول بعدم الملك تقتضي الضّمان بالمثل فيما يكون مثليّاً والضّـمان بـالقيمة فـيما يكـون قـيّمياً والمسمّىٰ لا شأن له بعد عدم انعقاد البيع وعلىٰ هذا فلا رجوع لمن تلف ثوبه مثلاً وهو المنتقل عنه إلىٰ قيمة المثل كالفين مثلاً مع أنّه لا بد من الرّجوع الىٰ ذلك وهو حقّ ثابت شرعاً وعرفاً فالقول بالإباحة يستلزم مخالفة القاعدة المتسالم عـليها وهذا فقه جديد.

(٥) أي لا رجوع لمن تلف ثوبه مثلاً وهو المنتقل عنه الىٰ قيمة المثل كالفين مثلاً حتّىٰ يكون للبايع الرّجوع بالتّفاوت بين المسمّىٰ وبين المثل كألف في المثال.

(٦) أي ومع حصول المأخوذ بالمعاطاة في يد الغاصب أو تلفه فيها فالقول بأنّ المشتري القابض بالمعاطاة هو الّذي يطالب المقبوض بالمعاطاة من الغاصب له لأنّ المشتري القابض تملّك المقبوض بالمعاطاة بغصب الغاصب إيّاه أو تلفه في يد الغاصب غريب لأنّه يلزم منه ان يكون الغصب أو التّلف عند الغاصب مملّكا وإن قلنا بعدم الملك وإنّه ليس للمشتري حقّ المطالبة وإنّما هو ثابت للمبيع فهو بعيد ومناف للسّيرة القطعيّة.

(٧) يعني تلف المأخوذ بالمعاطاة في يد الغاصب.

(٨) أي بأنّ المشتري القابض هو المطالِب من الغاصب.

(٩) كلمة غريب خبر لمبتدأ مقدّم وهو قوله (فالقول).

إذا عرفت ما ذكرناه في هذا المقام فنقول ملخّص كلام بعض، الأساطين أنّ من مبعّدات القول بالإباحة أمور أربعة (الأوّل) كون إرادة التّصرف مملّكاً للمتصرّف (الثاني) كونه مملّكاً للجانب الآخر (الثّالث) جعل التّلف مملّكاً لمن تلف في يده (الرابع) جعله مملّكاً للجانب الآخر.

و القول (١) بعدم الملك بعيد جدّاً مع (٢) أنّ في التّلف القهري إن ملك التّالف (٣) قبل التّلف فعجيب ومعه (٤) بعيد لعدم (٥) قابليّته حينئذ وبعده ملك معدوم و مع عدم الدّخول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض ونفي الملك (٦) مخالف للسّيرة وبناء المتعاطيين

---

(١) مراده (قده) أنّ القول بأنّ القابض يطالِب المقبوض بالمعاطاة من الغاصب له ولكن مع عدم تملّك القابض بالغصب والتّلف بعيد غايته لأنّ الطّلب من الغاصب شأن المالك لا غير ومطالبة القابض من الغاصب المأخوذ بالمعاطاة فرع تملّكه له فكيف يصحّ مطالبة غير المالك.

(٢) أقول لا وجه للتقييد بصورة التّلف القهري بل الاتلاف كذلك.

(٣) كلمة (تالف) مفعول قوله (ملك) وفاعله مَنْ عنده التّلف ووجه العجب لزوم تحقّق المعلول بدون علّته وهو غير معقول فلا يعقل الملك الّذي هو المعلول قبل علّته الّتي هي التّلف.

(٤) أي ومع التّلف بعيد مراده (ره) من هذه العبارة أنّه إن قلنا بحصول الملكيّة مع التّلف فهو بعيد وجه البعد أنّه لا موجب للالتزام بالملكيّة في خصوص زمان التّلف دون ما قبله علىٰ أنّ زمان التّلف هو زمان انعدام الملكيّة لا زمان حدوثها ومن هنا يعلم بطلان الالتزام بالملكيّة بعد التّلف فإنّ من البيّن أنّ تملّك المعدوم غير معقول مع أنّه لغو محض إذ لا يترتّب عليه أثر من آثار الملكيّة وإن قلنا بعدم كون التّالف ملكاً للآخذ بالمعاطاة لزم أن يكون بدله ملكاً للجانب الآخر بلا عوض

مجّاناً وإذن فلا مناص عن الالتزام بحصول الملكيّة في البيع المعاطاتي من أوّل الأمر.

(٥) قوله (لعدم الخ) تعليل لِبُعْد تملّك القابض المأخوذ بالمعاطاة حين التّلف أي لعدم قابليّة التّالف بمعنىٰ أنّ التّالف غير قابل للملكيّة لأنّ الملكيّة علاقة بين الوجودين وبعد التّلف ملك معدوم والمعدوم لا يملك هذا فيما إذا كان التّلف بالإعدام وأمّا إذا كان التّلف بالإخراج عن الماليّة فالمحذور هو عدم القابليّة الّذي قد مرّ منه (قده) آنفاً.

(٦) أي نفي الملك لا لهذا ولا ذاك مخالف للسّيرة إذ سيرة المتشرّعة المعاملة مع المالين المبدلين بالمعاطاة معاملة الملك لا الإباحة المجرّدة ومخالف لبناء المتعاطيين وقد سبق أنّ العقود تتبع القصود.

ومنها(١) أنّ التّصرف إن جعلناه من النّوافل القهريّة (٢) فلا يتوقّف علىٰ النيّة (٣) فهو بعيد (٤) وإن أوقفناه عليها (٥) كان الواطي للجارية من غيرها (٦) واطياً بالشّبهة والجاني عليها (٧) والمتلف لها (٨) جانياً علىٰ مال الغير ومتلفاً له (٩)

---

(١) أي ومن تلك القواعد الجديدة المتفرّعة علىٰ القول بإفادة المعاطاة الاباحة الخالصة.

(٢) أقول المراد من النّوافل القهريّة الامور الغير الاختياريّة الّتي تنقل الىٰ الإنسان من دون اختيار وإرادة منه كانتقال أموال الميّت الىٰ وارثه بدون اختيار الوارث وإرادته فتنتقل تركة الميّت بعد إخراج ثلثه لو أوصىٰ ، إلىٰ الوارث سواء أراد أم لم يرد : إذا عرفت هذا فنقول لو جعلنا التّصرف لأحد الطّرفين في المال المأخوذ بالمعاطاة المنتقل إليه من النّواقل القهريّة كالارث فلا يتوقّف علىٰ نيّة التملّك فهو بعيد وجه البعد أنّه كيف يمكن أن ينتقل مال زيد الىٰ عمرو بدون نيّة أحدهما للملكيّة حال التّصرف فعندئذ لا يمكن للإنسان تملّكه للشّيء إذا كانت هذه صفته.

(٣) أي نيّة التملّك كما عرفت آنفاً.

(٤) قد ذكرنا وجه البعد فلا نعيد.

(٥) أي وإن أوقفنا النّقل علىٰ نيّة التملّك كان اللّازم أن يكون الواطي للجارية من غير نيّة التملّك واطياً بالشّبهة بل زانياً لعلمه بعدم انتقال الجارية عن ملك

صاحبها الىٰ ملك الآخذ بالمعاطاة بدون نيّة التّملك والحال لا يقول بالشّبهة والزّنا أحد.

(٦) أي من غير نيّة التملّك وبدونها.

(٧) أي الجاني علىٰ الجارية المأخوذة بالمعاطاة يكون جانياً علىٰ مال الغير وهو المنتقل عنه لا جانياً علىٰ مال نفسه فلازم هذه الجناية الضّمان وإعطاء الدّية للمنتقل عنه وهذا ما لا يقول به أحد.

(٨) أي المتلف للجارية المأخوذة بالمعاطاة يكون متلفاً لمال الغير فلازم هذا التّلف الضّمان وإعطاء الدّية للمنتقل عنه.

(٩) أي متلفاً لمال الغير وجهه كما عرفت آنفاً أنّ الجارية بناءً علىٰ القول بتوقّف النّقل فيها علىٰ النيّة ولم ينو النّقل والتّصرف كان تصرّفاً في مال الغير وكذا الجناية عليها واتلافها.

ومنها (١) أنّ النّماء الحادث قبل التّصرف إن جعلنا حدوثه (٢) مُمَلّكاً له (٣) دون العين (٤) فبعيد (٥) ومعها (٦) فكذلك (٧) وكلاهما (٨) منافٍ لظاهر الأكثر وشمول (٩) الاذن له خفيّ (١٠)

---

(١) أي ومن تلك القواعد الجديدة المتفرّعة على القول بإفادة المعاطاة الإباحة الخالصة.

(٢) أي إن جعلنا حدوث النّماء مُمَلّكاً للنّماء فقط من دون العين بأن يكون النّماء بوحده مجرّداً عن العين يكون ملكاً للآخذ بالمعاطاة قبل أن يتصرّف الطّرف الآخر فيما أخذه من صاحبه بالمعاطاة كما لو اشترىٰ الزّرع أو البستان بالمعاطاة وقبل أن يتصرّف فيه أعطىٰ الثّمر.

(٣) أي للآخذ بالمعاطاة.

(٤) أي من دون ضميمة العين بل النّماء وحده.

(٥) أقول وجه البعد أوّلاً أنّه لا وجه للتّفكيك في ذلك بين النّماء واصله خصوصاً في النّماء المتّصل علىٰ أنّه لم يعهد من الشّارع أن يكون حدوث النّماء في العين من جملة الأسباب لتملّك النّماء وثانياً أنّه من البيّن أنّ تملّك النّماء فرع تملّك العين لأنّ النّماء تابع للعين والحال أنّ العين لم تصر ملكاً للآخذ فكيف يصير النّماء ملكاً له.

(٦) أي مع العين بمعنىٰ أنّه لو قلنا بأنّ النّماء مملّك لأصله الّذي هو العين بالأصالة ولنفسه بالتّبعيّة فبعيد أيضاً لأنّ الحدوث بما هو حدوث ليس فيه قابليّة

التّمليك للنّماء فكيف فيه قابليّة تمليك الأصل وهي العين فكيف يمكن أن يكون حدوث النّماء في ملك الغير سبباً لملكيّة النّماء والعين في عرض واحد لشخص آخر وهل هو إلّا قاعدة جديدة ليس لها أصل في الشّرع.

(٧) أي بعيد أيضاً إذا لم يتصرّف في العين لكي تكون ملكاً له والقائلين بالإباحة يقولون بأنّ التّصرف مملّك دون حدوث النّماء.

(٨) يعني كلا الأمرين وهما أنّ النّماء الحادث فقط مجرّداً عن العين ملك للآخذ والنّماء مع العين منضمّة لها خلاف ظاهر أكثر الفقهاء لأنّ القائلين بالإباحة خصّوا السّبب المُمَلِّك بالتّلف أو التّصرف المتوقّف علىٰ الملك وفي المقام لا يوجد أحد الأمرين لأنّ المفروض أنّ النّماء كان قبل تصرّف الآخر في العين.

(٩) يعني شمول الاذن للنّماء بواسطة الاذن في العين.

(١٠) المراد من الخفاء هنا البعد دون السّتر الّذي هو معنىٰ الحقيقي يعني شمول الإذن بعيد غير معلوم وجه البعد أنّ الّذي صدر من المالك هو التّصرف في العين وشمول هذا الإذن للتصرّف في النّماء خفيّ غير معلوم.

ومنها (١) قصر التّمليك علىٰ التّصرف مع الاستناد فيه (٢) الىٰ أنّ اذن المالك فيه (٣) اذن في التّمليك فيرجع الىٰ كون المتصرّف في تمليك نفسه موجباً قابلاً وذلك (٤) جارٍ في القبض بل هو (٥) أولىٰ منه لاقترانه (٦) بقصد التّمليك دونه (٧) انتهىٰ (٨) والمقصود (٩) من ذلك كلّه استبعاد هذا القول (١٠) لا أنّ الوجوه المذكورة (١١) تنهض في مقابل الأصول (١٢) والعمومات (١٣) إذ ليس فيهما(١٤) تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء

---

(١) أي ومن تلك القواعد الجديدة المتفرّعة علىٰ القول بإفادة المعاطاة الإباحة المجردة عن الملك قصر التّمليك أي حصر المشهور من الفقهاء تمليك المأخوذ بالمعاطاة علىٰ تصرّف المشتري فيه بمعنىٰ أنّه إن حصل التّصرف فيه حصل التّمليك وإلّا فلا فيكون التّصرف من المملّكات.

(٢) أي مع استناد المشهور في كون التّصرف مملّكاً الىٰ أنّ إذن المالك في التّصرف اذن في التّمليك لنفسه نظراً الىٰ أنّ الإذن في الشّيْ إذن فيما يتوقّف عليه فيرجع الىٰ كون المتصرّف في تمليك نفسه موجباً قابلاً موجب من حيث إنّه يملّك نفسه من قبل المالك وقابل من حيث إنّه يقبل التّمليك لنفسه فيلزم عندئذ اتّحاد الموجب والقابل واجتماعهما في فرد واحد وهذا الاتّحاد والاجتماع ليس بصحيح.

(٣) أي في التّصرف كما عرفت آنفاً.

(٤) أي ذلك المناط في حصول الملك بالتّصرف يعني كونه موجباً من طرف المالك ، وقابلاً من طرف نفسه ، جارٍ في قبض المال من المالك ايضاً ففي حين القبض يملّك من طرف المالك بالتّقريب الّذي ذكروا في التّصرف من أنّ إذن المالك في التّصرف إذن في التّمليك ويتملّك لنفسه فيرجع الىٰ كون القابض موجباً وقابلاً فيكون مالكاً للمأخوذ بالمعاطاة من حين القبض كما في التّصرف حذو النّعل بالنّعل .

(٥) أي بل القبض أولىٰ بجريان كون القابض موجباً وقابلاً من التّصرف لما سنذكره .

(٦) أي لاقتران القبض زماناً بالاذن وقصد المالك التّمليك لأنّ المفروض أنّ المالك يعطي بقصد التّمليك .

(٧) أي دون التّصرف فإنّه ليس مقترناً بقصد المالك لانفصال التّصرف عن قصد التّمليك فقصر التّمليك بالتّصرف وحصره فيه غير صحيح .

(٨) أي انتهىٰ ما أفاده كاشف الغطاء في شرحه علىٰ القواعد من اشكاله علىٰ المحقّق الثّاني المحقّق الكركي .

(٩) أقول قوله (والمقصود الخ) كلام المصنّف (ره) يريد به نقض ما أفاده كاشف الغطاء . أي المقصود من ذكر هذه القواعد الثّمانية الجديدة بطولها هو استبعاد هذا القول أي إفادة المعاطاة إباحة التّصرفات حتّىٰ المتوقّفة علىٰ الملك مع قصد

المتعاطيين التّمليك والبيع وتوضيح مراده (قده) من هذه العبارة أنّه ليس مراد بعض الأساطين من ذكر هذه المبعّدات أنّهما ممّا يقابل الأصول والعمومات فينهدم بها أساس القول بالإباحة المجرّدة عن الملك بل مراده (قده) أنّها امور غير مأنوسة فيتأيّد بها القول بالملك.

(١٠) أي افادة المعاطاة الإباحة دون الملك.

(١١) أي لا أنّ الوجوه المذكورة وهي القواعد الثّمانية الجديدة أدلّة لامتناع القول بالإباحة المجرّدة.

(١٢)المراد بالأصول استصحاب الملكيّة السّابقة الّتي يشكّ في زوالها بالمعاملة الفعليّة المعاطاتيّة الدّالّة علىٰ عدم إفادة المعاطاة الملك.

(١٣) المراد بالعمومات أدلّة توقّف التّصرفات علىٰ الملك كقوله (ع) لا بيع إلّا في ملك أو لا عتق إلّا في ملك ونحوها، ودليل لا يحلّ مال امرىءٍ إلّا بطيب نفسه، ودليل علىٰ اليد ما أخذت وعدم ترتّب الأثر وهو النّقل والانتقال الدّالة علىٰ عدم إفادة المعاطاة الملك.

(١٤) أي ليس في القواعد الثّمانية الجديدة والوجوه المذكورة تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء كما ذكره بعض الأساطين و هو كاشف الغطاء (قده) وذلك لوجود الاشكال في القواعد الثّمانية والوجوه الّتي ذكرها الّذي سنبيّنه لكم إن شاء الله تعالىٰ.

أمّا (١) حكاية تبعيّة العقود وما (٢) قام مقامها للقصود ففيها أوّلاً أنّ المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجرّدة من العقود ولا من القائم مقامها شرعاً فإنّ تبعيّة العقد للقصد وعدم انفكاكه (٣) عنه إنّما هو لأجل (٤) دليل صحّة ذلك العقد: بمعنىٰ ترتّب الأثر المقصود عليه فلا يعقل حينئذ (٥) الحكم بالصّحة مع عدم ترتّب الأثر المقصود عليه (٦) أمّا المعاملات الفعليّة (٧) الّتي لم يدلّ علىٰ صحّتها دليل فلا يحكم بترتّب الأثر المقصود عليها (٨) كما نبّه عليه الشّهيد[1] في كلامه (٩) المتقدّم من أنّ السّبب الفعلي لا يقوم مقام السّبب القولي في المبايعات وثانياً (١٠) أنّ تخلّف العقد عن مقصود المتبايعين كثير

---

(١) أقول ملخّص هذا الجواب قبول قاعدة تبعيّة العقود للقصود وادّعاء أنّ المعاطاة ليست من صغريات هذه القاعدة علىٰ مذهب المشهور بتقريب أنّ موضوع قاعدة التّبعيّة هو العقود اللّفظيّة المعتبرة الممضاة عند الشّارع بواسطة قيام الدّليل علىٰ الصحّة فيها بمعنىٰ ترتّب الأثر المقصود منها عليها فلا تشمل المعاملات الفعليّة المعاطاتيّة الّتي لم يقم دليل علىٰ صحّتها يدلّ علىٰ ترتّب الأثر المقصود عليها.

لتوهّمهم كون العقد اللّفظي مأخوذاً في حقيقة المعاملات هذا ولكن يمكن أن يقال كما عن بعض الأجلّة أنّ مناط التّبعية مشترك بين العقود اللّفظية والمعاملات الفعليّة إذ بعد صدق البيع علىٰ المعاطاة عرفاً فالدّليل مشترك بينهما.

---

(١) القواعد والفوائد ج ١ ص ١٧٨، رقم القاعدة ٤٧.

(٢) أي قام مقام العقود كالإيقاعات.

(٣) أي عدم انفكاك العقد عن القصد.

(٤) أقول هذا التّعليل لتّبعيّة العقد للقصد لإفادة خروج المعاطاة عن قاعدة التّبعية موضوعاً.

(٥) أي لا يعقل حين كانت الصّحة بمعنىٰ ترتّب الأثر الحكم بالصّحة مع عدم ترتّب الأثر المقصود علىٰ العقد فالمعاطاة علىٰ هذا القول خارجة موضوعاً عن قولهم (العقود تتبع القصود) لأنّها ليست بعقد أصلاً.

(٦) أي علىٰ العقد.

(٧) أقول وذلك كالعقد المعاطاتي والمعاملة الفعليّة قبال القوليّة علىٰ مذهب المشهور حيث إنّ المفروض عندهم عدم وجود دليل يدلّ علىٰ صحّة المعاطاة بمعنىٰ ترتّب الأثر المقصود منه عليها وإنّما حكم الشّارع في موردها بالإباحة فلا يلزم منه تخلّف العقد عن القصد بداهة أنّ الإباحة المذكورة ليست إباحةً عقديّةً حتّىٰ يلزم من ثبوتها المحذور المزبور بل انّما هي إباحة شرعيّة مترتّبة علىٰ المعاطاة ترتّب الحكم علىٰ موضوعه وعليه فمنزلة ذلك منزلة حكم الشّارع بجواز أكل المارّة من ثمر الشّجر الّذي يمرّون به وبجواز الأكل من أموال النّاس في المخمصة والمجاعة وإن لم يرض المالك بذلك.

(٨) أي علىٰ المعاملات الفعليّة.

(٩) أي نبّه على عدم ترتّب الأثر الشّهيد (ره) في كلامه المتقدّم من أنّ السّبب الفعلي لا يقوم مقام القولي في المعاملات والمبايعات حيث قال : «وأمّا المعاطاة في المبايعات فهي لا تفيد إلّا الإباحة لا الملك» فإنّ ذكره لهذه الجملة بعد قوله «وقد يقوم السّبب الفعلي مقام السّبب القولي» استثناء منه فكأنّه قال السّبب الفعلي يقوم مقام السّبب القولي إلّا في المعاملات.

(١٠) أقول هذا هو الرّد النّقضي على ما أفاده بعض الأساطين من لزوم تبعيّة العقود للقصود فأخذ المصنّف في الموارد الّتي جاء فيها تخلّف العقد عن القصد ونحن نذكر كلّ واحد منها تحت رقمها الخاصّ تفصيلاً لازدياد البصيرة للقارئ الكريم.

فإنّهم اطبقوا (١) علىٰ أنّ عقد المعاوضة اذا كان فاسداً يؤثّر في ضمان كلّ من العوضين القيمة لإفادة العقد الفاسد الضّمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه مع أنّهما (٢) لم يقصدا إلّا ضمان كل منهما بالآخر.

وتوهّم (٣) أنّ دليلهم علىٰ ذلك قاعدة اليد مدفوع (٤) بأنّه لم يذكر هذا الوجه (٥) إلّا بعضهم معطوفاً علىٰ الوجه الأوّل وهو اقدامهما (٦) علىٰ الضّمان فلاحظ المسالك[1] وكذا (٧) الشّرط الفاسد، مع أنّه لم يُقصد المعاملة إلّا مقرونة (٨) به غير مفسدٍ عند أكثر القدماء وبيع (٩) ما يُملك وما لا يُملك صحيح عند الكلّ

---

(١) اقول هذا احد الموارد الّتي تخلّف فيها العقد عن القصد أي أجمع العلماء واتّفقوا علىٰ أنّ عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يوثّر في ضمان كلّ من العوضين قيمة المثل مع أنّ المتبايعين قصدا قيمة المسمّىٰ فإذا اشترىٰ ثوباً بدينار ثمّ ظهر فساد العقد فإنّه يضمن الثّوب بقيمته الواقعيّة لا القيمة المسمّاة.

(٢) أي مع أنّ المتعاقدين والمتعاملين بالعقد الفاسد غير قاصدين ضمان القيمة بمعنىٰ أنّ البايع ضامن للمبيع نفسه إذا ظهر معيباً أو مستحقّاً للغير لا ضمان القيمة وكذا المشتري ضامن للثّمن لو ظهر معيباً أو مستحقّاً للغير لا ضمان القيمة فضمان القيمة غير مقصود للمتعاقدين فما قصد وهو ضمان كلّ منهما بالآخر لم يقع وما وقع وهو ضمان القيمة لم يقصد فظهر أنّ تخلّف العقد عن القصد غير عزيز.

---

(١) مسالك الافهام ج ١ ص ١٧١.

(٣) أقول مراد المتوهّم أنّ الضّمان بالقيمة ممّا تقتضيه قاعدة اليد لأنّ علىٰ اليد ما أخذت تقتضي أن يضمن الانسان ما اخذه بدون عقد صحيح لا ممّا اقتضاه العقد الفاسد حتّىٰ يكون من موارد تخلّف العقد عن القصد فلا يقاس بما نحن فيه لكن هذا التّوهم مدفوع بأنّه لم يذكر هذا الوجه أي اقتضاء قاعدة علىٰ اليد الضّمان أحد من الفقهاء إلّا صاحب المسالك معطوفاً علىٰ الوجه الأوّل وهو اقدامهما علىٰ الضّمان وإليك عبارة صاحب المسالك «لأنّه اقدم علىٰ ان يكون مضموناً عليه فيحكم عليه به ولقوله (ص) علىٰ اليد ما أخذت حتّىٰ تودّي».

(٤) كلمة «مدفوع» خبر لمبتدأ مقدم وهو قوله «وتوهم».

(٥) أي لم يذكر أحد من الفقهاء أنّ سبب الضمان هنا قاعدة علىٰ اليد ما أخذت حتّىٰ تودّي كما عرفت آنفاً.

(٦) أي اقدام المتعاقدين.

(٧) هذا ثاني الموارد الّتي تخلّف العقد فيها عن القصد.

(٨) ومن موارد النّقض العقد المشروط بشرط فاسد فلو تزوّج المرأة بشرط أن لا يقاربها فلا يقع الشّرط وصحّ العقد لأنّ الشّرط الفاسد غير مفسد مع أنّ العاقد لم يقصد العقد إلّا مقروناً بالشّرط الفاسد فما قصد وهو العقد الفاسد لم يقع وما وقع وهو العقد الصّحيح لم يقصد هذا ولكن لا يخفىٰ علىٰ المتأمّل الدّقيق أنّ صحّة العقد بالنّسبة الىٰ ذات المشروط مبنيّةٌ علىٰ كون الشّرط مطلوباً آخر وراء المشروط فوجه عدم الافساد أنّه من باب تعدّد المطلوب لا للتقييد فلا دخل له بما نحن فيه اذ ليس شيءٌ من التّخلف في المقام إلّا بالنّسبة الىٰ المطلوب الثّانوي

وأمّا بناءً علىٰ وحدة المطلوب فلا ينبغي الاشكال في البطلان بالمرّة .

(٩) هذا ثالث الموارد الّتي تخلّف العقد فيها عن القصد : وحاصله أنّ بيع ما يُملك كالبقر والغنم القابلان للتذكية منضمّاً مع ما لا يقبلان التّذكية كالكلب والخنزير يقع البيع صحيحاً بالنّسبة الىٰ المذكّىٰ وما يُملك ولا يقع البيع صحيحاً بالنّسبة الىٰ ما لا يُملك مع أنّ القصد كان بيع المجموع لا بيع ما يملك فقط هذا ولكن لا يخفىٰ أنّ صحّة العقد بالنّسبة الىٰ ما يُملك فقط مبنيّة علىٰ كون الضّميمة مطلوباً آخر وراء المنضم اليه و وجه الصحّة .

وعدم الافساد كونه من باب التّعدد أيضاً .

فعندئذ لا دخل له بما نحن فيه .

وبيع الغاصب (١) لنفسه يقع للمالك مع اجازته (٢) علىٰ قول كثير وترك (٣) ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً علىٰ قولٍ نسبه في المسالك[١] وكشف اللّثام الىٰ المشهور نعم (٤) الفرق بين العقود وما نحن فيه : أنّ التّخلف عن المقصود يحتاج الىٰ الدّليل المُخرِج (٥) عن أدلّة صحّة العقود .

وفيما نحن فيه (٦) عدم الترتّب (٧) مطابق للأصل (٨) وأمّا ما ذكره (٩) من لزوم كون ارادة التّصرف مملّكا فلا بأس بالتزامه (١٠) إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل (١١)

---

(١) « هذا رابع الموارد الّتي تخلّف العقد فيها عن القصد » أقول كما لو غصب من خالد فرسه وباعه لنفسه يقع للمالك الّذي هو خالد مع إجازته معاملة الغاصب علىٰ قول كثير من الفقهاء فيلزم عندئذ أنّ ماقصد وهو بيع الغاصب لنفسه لم يقع وما وقع وهو البيع للمالك لم يقصد هذا ولكن منشأ الصّحة علىٰ المشهور أنّ الغاصب يوقع البيع للمالك غاية الأمر يبني علىٰ أنّه المالك بتنزيل نفسه منزلة المالك الواقعي ثمّ قصد المعاوضة له فالتّخلف إنّما يكون في هذا الاعتقاد المقارن لا في العقد .

(٢) أي مع إجازة المالك .

---

(١) مسالك الافهام ج١ ص٥٠٣ ، كشف اللّثام ج١ ، كتاب النّكاح ص٥٠ ، وهو من تأليف فخر المدقّقين والعلماء محمّد بن حسن الاصفهاني الملقّب بفاضل الهندي (ره) توفّىٰ سنة ١١٣٧ .

(٣) «هذا خامس الموارد الّتي تخلّف العقد فيها عن القصد» وحاصله أنّ ذكر المدّة في العقد المنقطع مشروط في صحّته ووقوعه فلو عقد علىٰ المرأة وهو يريد الزّواج المؤقّت ولم يذكر المدّة يبطل علىٰ قولٍ وعلىٰ قولٍ مشهور أنّ ترك الأجل في المتعة يوجب انقلابها عقداً دائماً مع أنّ مقصود المتعاقدين الانقطاع فيلزم عندئذ أنّ ما قصد وهو العقد المنقطع لم يقع وما وقع وهو العقد الدّائم لم يقصد هذا أقول مبنىٰ الخلاف أنّ الدّوام والانقطاع نوعان من النّكاح أو نوع واحد ، العُلَماءُ رضوان الله عليهم التزموا بالثّاني وأنّ النّكاح حقيقة واحدة ونوع واحد والفرق بين الدّوام والانقطاع هو الفرق بين المطلق والمشروط وعليه فحيث إنّ النّكاح من الانشائيات فإذا ترك ذكر الأجل لا تتحقّق الخصوصيّة الزّائدة لعدم انشائها و إنّما يقع المطلق لقصده وإنشائه .

فتلخّص أنّه ليس شيء من هذه الموارد من باب التّخلف عن القصد الّا الوجه الأخير بناءً علىٰ القول به وهو انقلاب الانقطاع دواماً مع عدم ذكر الأجل : لأنّ في المورد الأوّل نقول أوّلاً أنّ الحقّ ما ذكره المتوهم من أنّ الدّليل علىٰ الضّمان قاعدة اليد وان لم يوافق نظر المشهور لوضوح أنّ المتّبع ما هو مقتضي الحقّ فيدور مداره لا ما يوافق نظر المشهور بناءً علىٰ صحّة النّسبة .

وثانياً علىٰ فرض كون الوجه في الضّمان هو الاقدام فليس ذلك من قبيل مانحن فيه إذ ليس هذا من باب امضاء المعاملة علىٰ خلاف المقصود بل بعد

الحكم بالفساد وعدم الامضاء اصلا حكم بالضّمان في صورة الاقدام عليه وأين هذا من تخلّف العقد عن القصد فلا دخل له بمسألة تخلّف العقود عن القصود.

وأمّا المورد الثّاني وهو حكمهم بصحّة العقد مع فساد الشّرط مع أنّ المقصود مقترن به فوجه عدم الافساد أنّه من باب تعدّد المطلوب ومن قبيل الالتزام في الالتزام وفساد أحد الالتزامين لا يسري الىٰ الآخر لا التّقييد فلا دخل له بما نحن فيه إذ ليس من باب التّخلف إلّا بالنّسبة الىٰ المطلوب الثّاني ولذا قلنا إنّه مثبت للخيار كما في تخلّف الشّرط الصّحيح، ومن ذلك يظهر حال المورد الثّالث وهو بيع ما يُملَك وما لا يُملَك فإنّه أيضاً من باب تعدّد المطلوب ومن قبيل الالتزام في الالتزام وقد عرفت آنفاً أنّ فساد أحد الالتزامين لا يسري الىٰ الآخر بل عدم التّقييد فيه أظهر كما لا يخفىٰ.

وأمّا مسألة بيع الغاصب لنفسه كما ذكرنا سابقاً يمكن الجواب عنه اوّلاً بأنّ الغاصب يرىٰ نفسه مالكاً ادّعاءً فإذا اشترىٰ لنفسه اشترىٰ للمالك واقعاً وثانياً بأنّ أركان البيع العوضان وأمّا المالكان فليسا من أركانه بخلاف النّكاح والوكالة وشبهها ممّا يدور مدار الأشخاص.

والإجازة انّما تتعلّق بنفس المبادلة بين المالين لا بلحاظ قصده كون العوض له مع أنّ هذا القصد من الغاصب ليس إلّا مجرّد الدّاعي وليس داخلاً في حقيقة المعاملة وعلىٰ فرض كونه من باب التّقييد يمكن الالتزام بعدم صحّته بالإجازة.

وأمّا مسألة العقد الانقطاعي فالمشهور كما في المسالك انعقاده دائماً بترك ذكر المدّة واستدلّ عليه بموثّقة ابن بكير[١] وأفتىٰ به جمع من الفقهاء رضوان الله عليهم مع أنّ المقصود هو نكاح المتعة لم يقع و الواقع هو النكاح الدّائم غير المقصود.

(٤) أقول توضيح العبارة هو أنّ الفرق بين تخلّف العقود الفعليّة الّتي منها المعاطاة الّتي هي محلّ الكلام ومورد النّقض والابرام للاعلام وبين تخلّف العقود عن القصود في الموارد المذكورة أنّ التّخلف عن القصود في الموارد المذكورة يحتاج إلىٰ الدّليل الخارجي بحيث لولاه لشملها أدلّة صحّة العقود لقيام الدّليل علىٰ صحّة العقد فلو فرض الغاء بعض خصوصيّاته احتاج ذلك الىٰ دليل علىٰ الالغاء وتخلّف أثر العقد وفيما نحن فيه عدم ترتّب الأثر المقصود وهو الملكيّة مطابق للأصل وهو أصالة عدم الملكيّة ولا يحتاج الىٰ دليل لأنّ المفروض عدم الدّليل علىٰ صحّة المعاطاة.

(٥) أي يحتاج الىٰ الدّليل الدّال علىٰ خروج العقود المذكورة الّتي تخلّفت عن مقصود المتعاقدين عن أدلّة صحّة العقود بمعنىٰ ترتّب الأثر المقصود عليها.

---

(١) قال: قال أبو عبد الله (ع) في حديث: إن سمّىٰ الأجل فهو متعة وإن لم يُسمّ الأجل فهو نكاح باتّ. وسائل الشيعة المجلد ١٤، الباب ٢٠ من أبواب المتعة الحديث ١. الكافي ج٥ كتاب النّكاح ص٤٥٦. والوافي ج١٢ باب شروط المتعة وأحكامها ص٩٦.

(٦) وهي المعاطاة المتخلّفة عن القصد.

(٧) أي عدم ترتّب الأثر الّذي هو النّقل والانتقال.

(٨) أي استصحاب كلّ من المتعاطيين عدم الملك.

(٩) أي لا بأس بالتزام ما ذكره إذا كان الالتزام المذكور وهو كون إرادة التّصرف من المملّكات مقتضي الجمع بين الأصل الشّامل لمثل الوطئ والعتق كاطلاقات أدلّة حلّ البيع والتّجارة عن تراض وبين أدلّة توقّف بعض التّصرفات علىٰ الملك كقوله (ص) لا تبع ماليس عندك ولا عتق إلّا في ملك ولا وطئ إلّا في ملك حيث أنّ مقتضىٰ حلّ التّصرفات جوازها حتّىٰ المتوقّفة منها علىٰ الملك ومقتضىٰ توقّف استصحاب عدم الملك بقاء العين في ملك مالكه ولا يمكن الجمع بينها فإذا وجب رفع اليد عن احدها تعيّن التّصرف في الاستصحاب لأنّ مع الاطلاقات المذكورة ليس رفع اليد عن الملك نقضاً بالشكّ لأنّ الإطلاقات مثبتةٌ لغاية الاستصحاب فيكون شأن التّصرف في المقام شأن تصرّف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما تصرّفا بالعتق والبيع والوطئ.

(١٠) أي لا بأس بالتزام ما ذكره لما بيّناه من الوجه.

(١١) مراده (قده) من الأصل هو عدم حصول الملك الّذي هو الأثر المقصود.

ودليل جواز التّصرف المطلق ، وأدلّة توقّف بعض التّصرفات علىٰ الملك فيكون (١) كتصرّف ذي الخيار والواهب (٢) فيما انتقل عنهما بالوطئ (٣) والبيع والعتق وشبهها (٤) وأمّا ما ذكره من تعلّق الأخماس والزّكوات الىٰ آخر ما ذكره استبعاد محض (٥) ودفعه (٦) بمخالفته للسيرة رجوع إليها (٧) مع أنّ تعلّق الاستطاعة الموجبة للحجّ وتحقّق الغنىٰ المانع عن استحقاق الزّكاة لا يتوقّفان علىٰ الملك (٨) وأمّا كون التّصرف مملّكاً للجانب الآخر فقد ظهر جوابه (٩)

---

(١) حاصل الكلام أنّ الالتزام بكون إرادة التّصرف من المملّكات في المأخوذ بالمعاطاة يكون من قبيل تصرّف ذي الخيار في ماله أيّام خياره كمن باع ثوبه أو كتابه لخالد بعد أن باعهما لبكر عند مدّة الخيار له لو جعله لنفسه فإنّ بيعه ثوبه أو كتابه ثانياً لخالد كاشف عن رفع اليد عن بيع البكر وإبطاله وكوطئ ذي الخيار للأمّة المبيعة فإنّه فسخ للبيع .

(٢) أي تكون إرادة التّصرف في المأخوذ بالمعاطاة من قبيل تصرّف الواهب في هبته كما إذا وطئ للجارية الموهوبة فإنّ الوطئ رجوع في الهبة وإبطال لها أو باعها أو أعتقها من التّصرفات المتوقّفة علىٰ الملك فإنّ المشهور انّهم التزموا علىٰ أنّه يملك الشّيء آناماً ثمّ يكون تصرّفه بهذه التّصرفات واقعاً في ملكه جمعاً بين دليل (لا عتق ولا بيع) إلّا في ملك و بين دليل جواز هذا التّصرف .

(٣) كلمة (بالوطئ) متعلّقة بقوله «كتصرّف ذي الخيار» فحاصل الكلام أنّ

الاستقلال بالسّيرة تسالم للسّيرة فإذا تمسّك بالسّيرة قلنا السّيرة مستمرّة في خصوص مقامنا هذا علىٰ معاملة الملك مع المأخود بالمعاطاة مع عدم كونهم مالكين له .

(٤) أي شبه الوطئ والبيع والعتق وهو الوقف حيث إنّ الوقف كاشف عن رجوع المعتِق عن عتقه والواهب عن هبته والبايع عن بيعه .

(٥) يعني أيّ دليل يمنع من تعلّق الأخماس والزّكوات والاستطاعة الىٰ آخر ما ذكره علىٰ مال ليس ملكاً لمن بيده ولكن يجوز له جميع التّصرف حتّىٰ المتوقّف علىٰ الملك فهو أي تعلّق هذه الأمور علىٰ المأخوذ بالمعاطاة لا تترتّب عليه المفسدة فما ذكره كاشف الغطاء حوله استبعاد محض والاستبعاد لا يصادم الدّليل وليس دليلاً علىٰ حصول الملك من أوّل الأمر وذلك لأنّ عرف المتشرّعة يجري علىٰ ما في اليد المأخوذ بالمعاطاة كلّ ما يجري علىٰ الأملاك من تعلّق الخمس والزّكاة والاستطاعة وغيرها من دون فرق بينهما لتعاملهم مع المأخوذ بالمعاطاة تعامل الملك[1] فلم نجد مانعاً من تعلّق هذه الأمور بالشّيء الّذي يجوز أن

---

(١) وفي مصباح الفقاهة أنّه لا شبهة في تعلّق الأمور المذكورة في كلام بعض الأساطين بالمأخوذ بالمعاطاة وإن كان ذلك من المباحات بداهةً أنّه لا مانع من أن يكون قسم خاصّ من المباح الّذي يجوز فيه مطلق التّصرف حتّىٰ المتوقّف منه علىٰ الملك في حكم الملك ولا محذور فيه إلّا الاستبعاد المحض وهو بنفسه لا يصلح للمانعيّة عن تعلّق الأمور المزبورة بالمأخوذ بالمعاطاة .

يتصرّف الإنسان فيه كلّ تصرّف وإن لم يكن ملكاً كما زعمه كاشف الغطاء وذهب بما هو مخالف للقواعد المعروفة لا يمكن المسير إليه بسهولة .

(٦) أي دفع تعلّق الأمور المذكورة بغير الملك بمخالفته للسّيرة بأن يقال إنّ القول بإفادة المعاطاة الإباحة المستلزمة لهذه المحاذير مخالف للسّيرة المستمرّة علىٰ عدم المعاملة مع غير الملك معاملة الملك في اجراء الأمور المذكورة فيه كإجرائها في الملك فالسيرة تمنع هذا القول رجوع الىٰ السّيرة المستمرّة علىٰ معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك وقبول للسّيرة في الاستدلال بإفادة الملك مع أنّ لازم القول بالاباحة المجرّدة ردّ هذه السّيرة وعدم قبولها بما مرّ من أنّ أمثال هذه السّيرات النّاشئة من قلّة المبالات بالدّين لا حجّية فيها .

(٧) أي رجوع الىٰ السّيرة كما بيّناه آنفاً فراجع فإنّ فيها فوائد جمّة .

(٨) أقول لأنّ الانسان يمكن ان يكون غنيّاً شرعيّاً بما في يده الّذي أخذه بالمعاطاة أو مستطيعاً بواسطته و لا مكان أن يستغني الإنسان بما ليس ملكه كما لو كان في يده وقف يكفيه وان يستطيع بمال غيره كما في صورة البذل والحاصل أنّ صفة الغنى المانعة عن أخذ الحقوق الشّرعيّة فهي غير متوقّفة علىٰ الملك بل كلّ من تمكّن من مؤنة نفسه وعياله سنة واحدة ولو من المباحات فهو غنيٌّ .

(٩) أقول لمّا كان التّصرف من أحد الجانبين مملّكاً للمتصرّف لزم كونه مملّكاً للجانب الآخر أيضاً الّذي لم يصدر منه التّصرف لئلّا يلزم اجتماع العوض

في الجواب عن إيرادات كاشف الغطاء ـــــــ

و أمّا كون التّلف مملّكاً للجانبين (١) فإن ثبت بإجماع ، أو سيرة كما هو الظّاهر كان كُلّ من المالين (٢) مضموناً بعوضه فيكون تلفه في يد كلّ منهما من ماله مضموناً بعوضه (٣) نظير (٤) تلف المبيع قبل قبضه في يد البايع لأنّ هذا (٥) هو مقتضىٰ الجمع بين هذا الإجماع (٦) وبين عموم[1] علىٰ اليد ما أخذت ، وبين اصالة عدم الملك (٧) إلّا في الزّمان المتيقّن بوقوعه فيه (٨) توضيحه (٩) أنّ الإجماع لمّا دلّ علىٰ عدم ضمانه (١٠) بمثله أو قيمته حكم بكون التّلف من مال ذي اليد رعايةً (١١) لعموم علىٰ اليد ما أخذت

---

(١) أحدهما من تلف عنده المال وثانيهما طرفه الآخر من المتعاطيين فان ثبت تعيّن المسمّىٰ وعدم ضمان المثل أو القيمة بإجماع أو سيرة كما هو الظّاهر كان كلّ من المالين المأخوذين بالمعاطاة مضموناً بعوضه المسمّىٰ لا بمثله ولا بقيمته حتىٰ يكون له الرّجوع بالتّفاوت .

(٢) أي المالين المأخوذين اللّذين تعاطيا عليهما كما عرفت آنفاً .

(٣) يعني بعوضه المسمّىٰ وقوله (من ماله) الجارّ والمجرور متعلّق بـ (يكون) أي يكون التّلف من مال من تلف الجنس في يده لا من مال منتقل عنه نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البايع فكما أنّ التّلف هناك من البايع كذلك هنا يكون التّلف

---

(١) راجع عوالي اللّآلي ج ١ ص ٢٢٤ الحديث ١٠٦ ، سنن الترمذي ج ٣ ص٥٦٦ الحديث ١٢٦٦ ، السنن الكبرىٰ للبيهقي ج٦ ص ٩٥ .

من كلّ واحد من المتعاطيين وضمان العوض عليهما فيحكم بأنّ تلف كـلّ مـن المالين في يد كلّ من المتعاطيين انّما هو من مال ذي اليد حال كونه مضموناً عليه بعوضه المسمّىٰ .

(٤) حيث يكون التّلف من مال البايع ولا يضمن للمشتري أي عوضه الجعلي لا عوضه الواقعي من المثل والقيمة بالمثل أو القيمة .

(٥) أي كون المال مضموناً بعوضه المسمّىٰ وقوله (لأنّ) علّة لكون التّلف من مال ذي اليد المستلزم لكونه ملكاً له قبل التّلف وهذا إشارة الىٰ كون التّلف مـن ماله .

(٦) أي الاجماع الدّال علىٰ كون التّلف مملّكاً من الجانبين وبين عموم علىٰ اليد ما أخذت الّذي يدلّ علىٰ أنّ كلّا منهما ضامن لما أخذه .

(٧)وهو استصحاب عدم الملك .

(٨) أي بوقوع الملك في ذلك الزّمان وهو آناً ما قبل التّلف .

(٩) أي توضيح الجمع بين الإجماع وبين عموم علىٰ اليد ما أخـذت وبـين أصالة عدم الملك إلّا في الزّمان المتيقّن بوقوعه فيه أنّ الإجماع لمّا دلّ علىٰ عدم ضمان التّالف في يد كلّ من المتعاطيين بمثله في المثلىٰ أو قيمته في القيمي حكم بكون التّلف من مال ذي اليد أي حكم لحصول الملكيّة لذي اليد قبل التّلف حفظاً لعموم علىٰ اليد من طروّ التّخصيص عليه إذ لو بقىٰ كلّ من المالين في ملك مالكه

الأصلي لزم إمّا الحكم بضمان المثل أو القيمة وهو خلاف الإجماع أو ضمان المسمّىٰ ويلزم منه تخصيص قاعدة ضمان الشيْ بمثله فاللّازم عندئذ حفظاً لعموم علىٰ اليد أن نقول بأنّ المال لذي اليد لكي يكون التّلف منه .

(١٠) أي علىٰ عدم ضمان المال التّالف .

(١١) لأنّ حفظ العموم مهما أمكن أولىٰ .

فذلك الاجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرّواية[1] في أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه فإذا (١) قدّر التّلف من مال ذي اليد فلابدّ من أن يقدّر في آخر أزمنته إمكان تقديره رعايةً (٢) لأصالة عدم حدوث الملكيّة قبله (٣)

كما (٤) تقدّر ملكيّة المبيع للبايع وفسخ (٥) البيع من حين التّلف استصحابا (٦) لأثر العقد وأمّا (٧) ما ذكره من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة فالظّاهر علىٰ القول بالإباحة أنّ لكلٍّ منهما (٨) المطالبة مادام باقياً و إذا تلف فظاهر إطلاقهم (٩) التّملك بالتّلف تلفه (١٠) من مال المغصوب منه نعم لو قام إجماع (١١) كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه (١٢) قبله

---

(١) أي فاذا قدّر تلف الثّمن في قاعدة «التّلف قبل القبض» فلا بدّ من أن يفرض في آخر لحظة من لحظات إمكانه يعني دقيقة قبل التّلف وهو آن قبل التّلف فلا تحدث الملكيّة قبله .

(٢) أقول كلمة (رعاية) منصوبة ، مفعول لأجله أي وإنّما نقدّر ملكيّة ذي اليد للمتاع التّالف في آخر أزمنته إمكان تقديره رعاية لأصالة عدم حدوث الملكيّة قبل الآن الأخير .

---

(١) راجع عوالي اللآلي ج ٣ ص ٢١٢ الحديث ٥٩ ، ونفس متن النّبوي هكذا « كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه » .

(٣) أي قبل آخر أزمنة الإمكان .

(٤) مراده (قده) من هذه العبارة أنّ ما نحن فيه وهو تلف المأخوذ بالمعاطاة نظير فرض ملكيّة المبيع فيما إذا تلف عند البايع قبل أن يعطيه للمشتري فإنّه يفرض تملّك البايع للمبيع مقارناً للتّلف الّذي هو آخر ازمنته امكان التملّك فيضمن المسمّىٰ إذا قبض الثّمن من المشتري .

(٥) كلمة و(فسخ) مرفوعة معطوفة علىٰ نائب فاعل تُقَدَّرُ وهي كلمة (ملكيّة) أي كما يقدّر فسخ العقد من حين تلف المبيع .

(٦) كلمة (استصحاباً) منصوبة ، مفعول لأجله وتعليل لتملّك البايع من التّلف الّذي هو آخر أزمنة امكان التّملك أي القول بذلك لأجل استصحاب تملّك المشتري المال بالعقد الصّحيح الّذي وقع البيع به والمراد من أثر العقد ملكيّة المبيع للمشتري .

(٧) أي ما ذكره كاشف الغطاء من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة و أنّ المطالب المالك الأوّل أو المنتقل إليه المال .

(٨) أقول ضمير التّثنية يرجع الىٰ الآخذ بالمعاطاة و المالك ووجه جواز مطالبة الآخذ واضح لأنّ الآخذ علىٰ القول بالإباحة له السّلطنة علىٰ جميع التّصرفات والمطالبة بالغاصب من شؤون ولوازم تلك السّلطنة إذ الغصب تضييق لدائرتها .

وأمّا وجه مطالبة المالِكِ المأخوذ بالمعاطاة فملكه له إذ المفروض أنّه لم يخرج بالمعاطاة عن ملكه نعم إذا كانت تلك المطالبة رجوعاً عن مقتضىٰ المعاطاة

امتنع ذلك من المالك إلّا مع بذل ما في يده .

(٩) أقول كلمة (التّملك) مفعول لقوله «اطلاقهم» فإنّهم قالوا «التّلف موجب للملك» ومراده (قده) أنّ إطلاق الفقهاء مورد التّملك بالتّلف وعدم تقييده بالعين الباقية يعمّ التّملك للعين التّالفة فيكون مقتضاه أنّ التّلف يوجب تملّك كلّ من الطرفين ما وصل إليه باقياً كان أو تالفاً غاية الأمر تملّك التّالف إنّما يكون بآنٍ ما قبل التّلف .

(١٠) كلمة (تلفه) بالرّفع خبر للمبتدأ المقدّم وهو قوله (فظاهر) أي تلف المال المأخوذ بالمعاطاة من مال المباح له والمنتقل اليه .

(١١) أقول ذهب بعض الاعلام بانّ الظّاهر أنّ اصل العبارة هكذا :

نعم لو قام اجماع فهو والّا الخ أي لو قام اجماع علىٰ كون التّلف من مال المباح له والمنتقل عنه يشمل صورة التّلف بيد الغاصب فهو وإلّا كان مقتضىٰ القاعدة كون التّلف من ملك المالك أي البايع للأصل إذ الالتزام سابقاً بكون التّلف من ملك المباح له كان عملاً بمقتضىٰ الجمع بين الأدلّة حسبما تقدّم وليس كذلك هنا إذ لا مانع من العمل بعموم علىٰ اليد بالنّسبة الىٰ يد الغاصب المقتضىٰ للضّمان بالمثل أو القيمة .

(١٢) أي لو لم يتلف عوضه في يد المتعاطي الآخر قبل تلف المال المغصوب في يد الغاصب وإلّا فلو تلف عوضه قبله انتقل الىٰ ملك المأخوذ منه وكان تلفه في يد الغاصب من مال المأخوذ منه بلا كلام وذلك لما تقدّم من أنّ التّلف من جانبٍ مملّك للجانِب الآخر .

وأمّا ما ذكره (١) من حكم النّماء فظاهر المحكي عن بعضٍ أنّ القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النّماء بالآخذ بل حكمه حكم أصله (٢) ويحتمل أن يحدث النّماء (٣) في ملكه بمجرّد الإباحة ثمّ إنّك ممّا ذكرنا تقدر علىٰ التّخلص عن ساير ما ذكره مع أنّه (ره) (٤) لم يذكرها (٥) للاعتماد والانصاف أنّها (٦) استبعادات في محلّها (٧) وبالجملة فالخروج عن أصالة عدم الملك (٨) المعتضدة (٩) بالشّهرة المحقّقة الىٰ زمان المحقّق الثّاني وبالاتّفاق (١٠) المدّعى في الغنية والقواعد[1] هنا (١١) وفي المسالك (١٢) في مسألة توقّف الهبة علىٰ الإيجاب والقبول مشكل (١٣)

---

(١) أي ما ذكره الشّيخ الكبير كاشف الغطاء.

(٢) أقول ضمير (حكمه) يرجع الىٰ النّماء ومراده (قده) أنّ حكم النّماء الحاصل من المأخوذ بالمعاطاة حكم أصله فكما أنّ الأصل ليس ملكاً للآخذ كذلك النّماء نعم يجوز للمباح له التّصرف في النّماء كما كان له التّصرف في أصله.

(٣) أقول الضّمير في (ملكه) يرجع الىٰ المباح له الّذي عبّر عنه في المتن بالآخذ بصيغة الفاعل وحاصل المعنىٰ أنّه يمكن أن يكون النّماء حادثاً في ملك المباح له بأن يدخل النّماء بحدوثه في ملك الآخذ دون العين فيكون إباحة الأصل موضوعاً لحكم الشّارع بملكيّة النّماء لأنّ معنىٰ الإباحة تمليك النّماء بالدّلالة العرفيّة.

---

(١) راجع غنية النّزوع ص ٥٢٤ (ضمن الجوامع الفقهيّة) ـ القواعد والفوائد للشّهيد الأوّل (قده) ج ١ ص ١٧٨ رقم القاعدة ٤٧ ـ مسالك الافهام ج ١ ص ٣٦٧.

(٤) أي مع أنّ الشيخ الكبير كاشف الغطاء.

(٥) أي لم يذكر المبعّدات الثمانية لأن يعتمد عليهابل ذكرها لبيان ترتّب هذه المفاسد علىٰ القول بالملكيّة المتزلزلة.

(٦) أي الوجوه الثّمانية والمفاسد المذكورة.

(٧) الضّمير يرجع الىٰ الاستبعادات أي الوجوه الثّمانية والايرادات وان كانت استبعادات محضة إلّا أنّها في محلّها.

(٨) مراده (قده) من الأصل هنا الاستصحاب حيث إنّ المأخوذ بالمعاطاة كان قبل المعاطاة ملكاً لصاحبه فبعد حصول المعاطاة نشكّ في تملّك الآخذ له فنستصحب الملكيّة السّابقة فالخروج عن أصالة عدم الملك المعتضد هذا الأصل بالشّهرة المحقّقة الىٰ زمان المحقّق الثّاني الّذي خرج عن الشّهرة وقال بالملك المتزلزل مشكل هذا.

ولكن أقول بعد فرض تماميّة أدلّة البيع الخروج عن اصالة عدم الملك ممّا لا اشكال فيه ولا شبهة تعتريه فلا مانع منه فإنّ الكلام في الاستبعادات إنّما كان علىٰ فرض عدم تماميّة أدلّة البيع وعدم دلالتها إلّا علىٰ مجرّد جواز التّصرف.

(٩) كلمة (المعتضدة) مجرورة صفة لأصالة عدم الملك المعتضدة بالشّهرة المحقّقة الىٰ زمان المحقّق الثّاني من عدم إفادة المعاطاة الملك.

(١٠) يعني أنّ أصالة عدم الملك معتضدة بالاتّفاق المدّعى أيضاً في الغنية والقواعد.

(١١) يعني في المعاطاة .

(١٢) أي وبالاتّفاق المدّعى في المسالك أقول اذا عرفت ما ذكرنا فنقول الشّهرة ممنوعة وعلىٰ فرضها لا حجّية فيها وكذا الاتّفاق وإجماع الغنية وقد حقّق في الأصول فراجع .

(١٣) كلمة (مشكل) خبر للمبتدأ المتقدّم وهو قوله فالخروج أي الخروج عن أصالة عدم الملك مشكل وقد عرفت أنّ الخروج لا إشكال فيه بعد فرض تماميّة أدلّة البيع .

ورفع (١) اليد عن عموم ادلّة البيع (٢) والهبة (٣) ونحوهما (٤) المعتضد (٥) بالسّيرة القطعيّة المستمرّة وبدعوىٰ (٦) الاتّفاق المتقدّم عن المحقّق الثّاني بناءً (٧) علىٰ تأويله لكلمات القائلين بالإباحة اشكل (٨) فالقول الثّاني (٩) لا يخلو عن قوّة

---

(١) حاصل كلامه (ره) أنّ رفع اليد عن عموم أدلّة البيع الّتي تدلّ علىٰ أنّ مطلق العقد سواء كان باللّفظ أم بالفعل من دون تقييد فيها باختصاصها بالصّيغة بيعٌ أشكل.

(٢) أدلّة البيع كقوله تعالىٰ ﴿ أَحَلَّ اللهُ البَيعَ ﴾ وقوله ﴿ إلّا أنْ تَكونَ تِجارَةً عَن تَراضٍ ﴾.

(٣) بمعنىٰ أنّ أدلّة الهبة أيضاً مطلقة ليس فيها تقييد باختصاصها باللّفظ فتشمل التعامل الفعلي راجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٣ من ص ٣٣٢ الىٰ ص ٣٤٥ كتاب الهبات.. الأحاديث منها عن أبي بصير قال: قال أبو عبد الله (ع) الهبة جائزة، وسائل ج ١٣ ص ٣٣٥ رواية ٤.

(٤) أي نحو البيع والهبة كالإجارة والوديعة والرّهن.

(٥) كلمة (المعتضدة) مجرورة صفة لكلمة عموم أي المعتضد عموم تلك الأدلّة الشّاملة للتّعامل الفعلي والمعاطاة.

(٦) يعني أنّ العموم المذكور معتضد أيضاً بدعوىٰ الاتّفاق المتقدّم عن المحقّق الثّاني في ص ٨٢: وقوله تعالىٰ ﴿ وأَحَلَّ اللهُ البَيعَ ﴾ يتناولها لأنّها بيع بالاتّفاق.

(٧) أقول كلمة (بناءً) تعليل لقوله (بدعوىٰ الاتّفاق) وحاصله أنّ إفادة المعاطاة الملكيّة في دعوىٰ المحقّق الثّاني مبنيٌ علىٰ تأويل المحقّق الكركي الإباحة المجرّدة الّتي وقعت في كلمات الفقهاء علىٰ الملكيّة المتزلزلة .

(٨) كلمة (اشكل) مرفوع خبر للمبتدأ المتقدّم وهو قوله و (رفع اليد) يعني رفع اليد عن عموم أدلّة البيع والهبة ونحوهما أشكل من الخروج عن أصالة عدم الملك إذا عرفت هذا فنقول ذكر بعض الأجلّة أنّ الشّهيد (قده) قال بغلطيّة هذه الصّيغة معلّلاً بأنّه اسم تفضيل من الاشكال من باب الافعال المزيد ولا يجيئ منه اسم التّفضيل وإنّما القاعدة في مورده أن يقال أشدّ إشكالاً ولكنّي لم أجد هذا في كتب الشّهيد (ره) .

(٩) أقول هذا نظر المصنّف ورأيه في المعاطاة أي القول الثّاني وهي افادة المعاطاة الملك المتزلزل كما ذهب اليه المحقّق الكركي لا يخلو عن قوّة وهذا هو القول المقابل للقول المشهور القائل بعدم ثبوت الملك بالمعاطاة ووجه قوّة القول الثّاني ما صرّح (قده) في المتن بقوله للسّيرة المستمرّة علىٰ معاملة الملك في التّصرف فيه الخ .

وعليه (١) فهل هي لازمة ابتداءً (٢) مطلقاً كما حُكِيَ عن ظاهر المفيد، أو بشرط (٣) كون الدّال علىٰ التّراضي لفظاً كما حُكي عن بعض معاصري الشّهيد الثّاني وقوّاه جماعة من متأخّري المحدّثين[1] أو هي (٤) غير لازمة مطلقاً.

فيجوز لكلّ منهما الرّجوع في ماله كما عليه (٥) أكثر القائلين بالملك، بل كلّهم عدا من (٦) عرفت وجوه (٧) اوقفها (٨) بالقواعد هو الأوّل بناءً علىٰ أصالة (٩) اللّزوم في الملك وللشّك (١٠) في زواله بمجرّد رجوع مالكه الأصلي

---

(١) أي وعلىٰ القول الثّاني وهي إفادة المعاطاة الملك المتزلزل.

(٢) فهل الملكيّة المستفادة من المعاطاة لازمة ابتداءً ومن حين جريان المعاملة ووقوعها مطلقاً سواء كان الدّال علىٰ التّراضي لفظاً كَأَنْ يقولا رضينا ونحوه لا فعلاً أم فعلاً خالياً عن اللّفظ نسب هذا القول الىٰ المفيد حيث قال في المقنعة « والبيع ينعقد علىٰ تراض بين الاثنين فيما يملكان التّبايع له اذا عرفاه جميعاً وتراضيا بالبيع وتقابضاه وافترقا بالأبدان »، فقد ذكر خمسة شرائط للبيع ولم يعدّ الإنشاء اللّفظي منها فتكون المعاطاة عندئذ كالبيع بالعقد.

(٣) أي أو بشرط كون الدّال علىٰ التّراضي لفظاً غير عقد كما لو قال اعط الثّوب

---

(١) منهم الشيخ يوسف البحراني في الحدائق النّاضرة ج١٨ ص ٣٥٠.
والمحدّث الكاشاني (قده) في مفاتيح الشّرايع ج ٣ ص٤٨.

و خذ ديناراً مثلاً نسبه في الحدائق الىٰ المحقّق الاردبيلي في شرح الإرشاد وصاحب الكفاية والفيض في المفاتيح وجمع من المحدّثين وعن الشّهيد الثّاني نقله عن بعض مشايخه وقوّاه جماعة من متأخّري المحدّثين.

(٤) أي الملكيّة غير لازمة مطلقاً سواء كان الدّال عليها لفظاً أو لا وفي أنوار الفقاهة ذكرا قولاً آخر فراجع.

(٥) أي علىٰ جواز الرّجوع اكثر القائلين بالملك.

(٦) من القائلين بإفادة المعاطاة الملك اللّازم الّذي لا يجوز الرّجوع فيه كالمفيد والمحقّق الكاشاني والشّهيد الثّاني في محكيّ المسالك وغيرهم.

(٧) كلمة (وجوه) مبتدأ خبره الجارّ و المجرور المقدّر والتقدير فيه وجوه.

(٨) أقول هذا نظر المصنّف ورأيه في المعاطاة أي الأنسب بالقواعد الفقهيّة والقريب منها هو القول الأوّل وهي الملكيّة اللّازمة مطلقاً.

(٩) أقول مراده من الأصل هنا استصحاب بقاء الملك بعد الفسخ للشكّ في زوال الملك بمجرّد رجوع مالكه الأصلي بعد القطع بوجوده فيستصحب بقائه وليس المراد منه نفس اللّزوم حتّىٰ يستشكل ويرد عليه بأنّه ليس له حالة سابقة فيما نحن فيه ولكن أورد عليه بأنّ هذا الاستصحاب محكوم باستصحاب بقاء علقة المالك الأوّل.

(١٠) حاصل ما أفاده أنّه لو رجع أحد المتعاطيين فيما أعطاه للآخر فنشكّ في

زوال الملكيّة الثّابتة فنجري استصحاب تلك الملكيّة الثّابتة الّتي جاءت من قبل العقد الفعلي وهي المعاطاة وذلك لأنّ أركان الاستصحاب من اليقين السّابق والشّك اللّاحق واحراز الموضوع ثابتة هنا .

ودعوىٰ (١) أنّ الثّابت هو الملك المشترك بين المتزلزل والمستقرّ والمفروض انتفاء الفرد الأوّل (٢) بعد الرّجوع ، والفرد الثّاني (٣) كان مشكوك الحدوث من أول الأمر فلا ينفع الاستصحاب (٤)

بل ربّما يزاد (٥) استصحاب بقاء علقة المالك الأوّل مدفوعة (٦) مضافاً (٧) الىٰ إمكان دعوىٰ كفاية تحقّق القدر المشترك في الاستصحاب فتأمّل (٨) بأنّ انقسام الملك الىٰ المتزلزل والمستقرّ ليس باعتبار اختلاف في حقيقته (٩) وإنّما هو (١٠) باعتبار حكم الشّارع عليه في بعض المقامات (١١) بالزّوال برجوع المالك الأصلي (١٢)

---

(١) أقول حاصل الدّعوىٰ والايراد أنّ ما نحن فيه من قبيل القسم الثّاني من أقسام استصحاب الكلّي الّذي كان وجود الكلّي مردّداً بين فردٍ هو باقٍ قطعاً أو مرتفع جزماً ولم يعيّن ذاك الفرد ومن الواضح أنّ الاستصحاب لا يجري في هذا المقام لأنّ الفرد القصير وهو الملك المتزلزل مقطوع الارتفاع بعد رجوع المالك الأصلي والملك اللّازم المستقرّ مشكوك الحدوث من أوّل الأمر بمعنىٰ أنّه محكوم بأصالة العدم .

فالفردان اللّذان يتردّد الأمر بينهما أحدهما معلوم العدم وجداناً والآخر معلوم العدم تعبّداً وبعبارة اخرىٰ الاستصحاب له ركنان أحدهما العلم بالحدوث والآخر الشّك في البقاء والفردان في المقام أحدهما فاقد للرّكنين معاً والثّاني فاقد للرّكن الثّاني فلا ينفع استصحاب الملك لانتفاء كلا فرديه وليس له فرد ثالث لكي يوجد ويبقىٰ بوجوده .

(٢) أي الملك المتزلزل.

(٣) أي الملك المستقرّ.

(٤) يعني استصحاب بقاء الملك بعد الشّك في زواله.

(٥) أقول وذلك لأنّا نشكّ في زوال بقاء علقة المالك الأوّل فيستصحب بقائها.

(٦) كلمة (مدفوعة) خبر لمبتدأ مقدّم وهو قوله (ودعوىٰ) وجواب عنها.

(٧) لا يخفىٰ أنّ هذا الاستصحاب داخل في القسم الثّاني من أقسام استصحاب الكلّي الّذي ذكره المصنّف في الفرائد في تنبيهات الاستصحاب ص ٣٧١ بقوله «وامّا أن يكون من جهة الشكّ في تعيين ذلك الفرد وتردّده بين ما هو باق جزماً وبين ما هو مرتفع جزماً الىٰ أن قال كما لو تردّد من في الدّار بين كونه حيواناً لا يعيش إلّا سنته «كالعصفور والبقّة مثلاً» وكونه حيواناً يعيش مئة سنة «كالفيل مثلاً».

فيكفي بعد السّنة الأولىٰ تحقّق القدر المشترك في الزّمان السّابق وبقائه بالاستصحاب في ترتيب آثار القدر المشترك وكون الفرد مردّداً بين ماهو مرتفع قطعاً أو باق جزماً إنّما يقدح في إثبات الفرد وترتيب آثار الفرد دون الكلّي وترتيب آثار المشترك كجواز التّصرف فيما نحن فيه وهذا ممّا لا ريب فيه ولا شبهة تعتريه وقد بيّن في الأصول فراجع.

(٨) وجه التأمّل أنّ الشكّ هنا ليس شكّاً في المقتضىٰ كما توهّم بعض من أنّ

الشّك في سببيّة المعاطاة واقتضائها للملكيّة بعد رجوع المالك الأوّل بل الشّك فيه في الرّافع أي في رافعيّة الموجود وهو رجوع المالك الأوّل وذلك لأنّ الملكيّة اذا حصلت لم تزل إلّا بالنّاقل الرّافع والرّجوع ليس بالنّاقل الرّافع ، وقد يجعل إشارة الىٰ أنّه لا أثر للجامع المشترك بين القسمين .

(٩) أي في حقيقة الملك كاختلاف الانسان والغنم حيث يقسّم الحيوان إليهما .

(١٠) أي الانقسام الىٰ المتزلزل والمستقرّ .

(١١) حاصل الكلام في المقام أنّ انقسام الملك الىٰ الملكيّة المستقرّة والمتزلزلة ليس من جهة الاختلاف في حقيقة الملك ومفهومه وماهيّته لكي يقسّم الىٰ تلك تارة ، والىٰ هذه أخرىٰ كما هو الحال في الانسان والغنم حيث إنّهما مختلفا الحقيقة في الفصل فيقسّمان الىٰ هذين الفردين بل الانقسام الىٰ الفردين المذكورين باعتبار حكم الشّارع علىٰ الملك بالزّوال طوراً لو رجع المالك الأصلي الّذي هو أحد المتعاطيين والّذي أعطىٰ ماله لصاحبه بالمعاطاة وطوراً بالثّبوت والاستقرار كما إذا لم يرجع المالك الأصلي عمّا أعطاه لصاحبه بالمعاطاة .

(١٢) وهو أحد المتعاطيين ولو لا رجوعه لكان الملك مستقرّاً ثابتاً فهو كالنّكاح الّذي يطرء عليه الطّلاق أو الفسخ والّذي لم يطرء عليه بل لحكم الشّارع بأنّ الطّلاق لو طرأ زال النّكاح .

ومنشأ هذا الاختلاف (١) اختلاف حقيقة السّبب المملّك (٢) لا اختلاف حقيقة الملك (٣) فجواز الرّجوع وعدمه من الأحكام الشّرعيّة للسّبب، لا من الخصوصيّات المأخوذة في المسبّب (٤) ويدلّ عليه (٥)

مع أنّه يكفي في الاستصحاب الشّك في أنّ اللّزوم من خصوصيّات الملك أو من لوازم السّبب المملّك، ومع أنّ المحسوس (٦) بالوجدان أنّ إنشاء الملك في الهبة اللّازمة وغيرها علىٰ نهج واحد أنّ اللّزوم والجواز لو كانا من خصوصيّات الملك فإمّا أن يكون تخصيص القدر المشترك (٧) بإحدىٰ الخصوصيّتين (٨) بجعل المالك، أو بحكم الشّارع

---

(١) أي منشأ انقسام الملك الىٰ المتزلزل والمستقرّ وحكم الشّارع بزوال الملك في مورد وعدم زواله في مورد آخر اختلاف حقيقة السّبب المملّك فبعض أقسام السّبب المملّك شديد التّأثير بحيث لا يزول كالعقد المطلق الّذي لا خيار فيه وبعض أقسامه ضعيف التّأثير كالهبة والبيع الخياري.

(٢) أي لا اختلاف حقيقة الملك أي العلقة والأثر المترتّب علىٰ السّبب لكي لا يصحّ الاستصحاب فإنّ حقيقة الملك وماهيّته كما بيّنّاها شيء واحد لا اثنينيّة فيها.

(٣) أي لا اختلاف حقيقة الملك في مورد جواز الرّجوع ومورد عدم جواز الرّجوع كما عرفت آنفاً.

(٤) أي جواز الرّجوع وعدمه من الأحكام الشّرعيّة للسّبب وهو البيع والهبة

مثلاً فالبيع يقتضي جواز الملك في مدّة الخيار ولزومه في غيرها وكذا الهبة للأجنبيّ تقتضي الجواز قبل التّصرف واللّزوم بعده لا من الخصوصيّات المأخوذة في المسبّب وهو الملك فالمؤثّر في جواز الرّجوع وعدمه هي نوعيّة السّبب لا نوعيّة الملكيّة لكي يقال إنّها مستقرّة ومتزلزلة .

(٥) أي يدلّ علىٰ كون جواز الرّجوع وعدمه من الاحكام الشّرعيّة للسّبب الخ أقول لعلّ وجه الكفاية أنّ الاستصحاب يمكن أن يجري علىٰ كلّ تقدير سواء كان اللّزوم والجواز من خصوصيّات السّبب المملّك كما هو الحقّ والمختار ولم يكونا من خصوصيّات الملك فحقيقة الملك علىٰ هذا واحدة كما عرفت فيستصحب الملك بعد رجوع المالك الأوّل .

ولو كانا من خصوصيّات الملك فأيضاً يستصحب القدر المشترك بينهما ففي صورة الشّك في أنّهما من خصوصيّات الملك أو السّبب يجري الاستصحاب في طبيعي الملك كما ادّعىٰ و يترتّب عليه أثره من جواز التّصرف لو لم نقل بأنّ القدر المشترك لا أثر له .

(٦) أقول حاصل كلامه رفع في مقامه أنّ الملكيّة أمر اعتباري منتزع من أسباب خاصّة ، كتمليك المالك غيره بعوض أو مجّاناً ، فمنشأ اعتباره انشاء المالك وجعله فإذا كان علىٰ نحو واحد كما نرىٰ ونشاهد بالعيان والوجدان أنّ الملك المنشأ في الهبة اللّازمة والجائزة شيء واحد فلا يعقل أن يكون الملك المنتزع من

الهبة مختلفاً في الحقيقة فعندئذ يصحّ أن يقال كما هو الحقّ أنّ من المحسوس بالوجدان اتّحاد حقيقة الملك.

ومراده (قده) من نهج واحد هو جواز التّصرف للموهوب له بجميع انواع التّصرف من النّقل والانتقال بأيّ سبب حصل.

(٧) مراده (قده) من القدر المشترك أصل الملك الموجود في اللّازم والجائز والمستقرّ والمتزلزل والمقصود أنّه لو كان الملك قدرا مشتركاً بين اللّازم والجائز فتخصيصه بأحدهما بأن وجد في الخارج بخصوصيّة الجائز أو اللّازم إمّا بجعل المالك أو بحكم الشّارع بأن يجعله المالك في الخارج باختياره جائزاً أو لازماً أو بحكم الشّارع بجوازه أو لزومه.

(٨) بأن ينشأ المالك الملك تارةً هكذا أي لازماً غير جائز الرّجوع فيه وأخرىٰ هكذا أي جائزاً يجوز الرّجوع فيه وهما معنىٰ المستقرّ والمتزلزل.

فان كان الأوّل (١) كان اللّازم التّفصيل بين أقسام التّمليك المختلفة (٢) بحسب قصد الرّجوع وقصد عدمه (٣) أو عدم قصده وهو (٤) بديهيّ البطلان إذ لا تأثير لقصد المالك في الرّجوع وعدمه.

وإن كان الثّاني (٥) لزم إمضاء الشّارع العقد على غير ما قصده المنشي (٦) وهو (٧) باطل في العقود لما تقدّم (٨) من أنّ العقود المصحّحة عند الشّارع تتبع القصود وإن أمكن القول بالتخلّف هنا (٩) في مسألة المعاطاة بناءً على ما ذكرنا سابقاً (١٠) انتصاراً (١١) للقائل بعدم الملك من منع وجوب إمضاء المعاملات الفعليّة على طبق قصود المتعاطيين

---

(١) وهو كون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيّتين بجعل المالك.

(٢) أقول مراده (قده) وإن كانت العبارة لا تخلو عن مساهلة ومسامحة أنّه لو كان منشأ تخصيص الملكيّة بالجواز واللّزوم تخصيص المالك كان اللّازم التّفصيل في الحكم بالجواز واللّزوم بين أن يجعل اللّزوم فيحكم به فقط لا غير وبين أن يجعل الجواز فيحكم به كذلك وبين أن لا يجعل أحدهما فلا يكون أحدهما وبطلان ذلك التّفصيل في الوضوح كالنّور على المنار.

إذ لا دخل ولا تأثير لقصد المالك في ذلك أصلاً ولذا لو وهب المالك للأجنبيّ عيناً ولذي رحم عيناً أخرى غافلاً عن الجواز واللّزوم كانت الأولى جائزة والثّانية لازمة ولو قصد في الأولى اللّزوم لم تصح لازمة بل إمّا أن تصحّ جائزة أو تبطل لو كان اللّزوم بنحو وحدة المطلوب وكذا لو قصد الجواز في الثّانية فإنّها لا

تصحّ جائزة بل إمّا تصحّ لازمة أو تبطل فتتلخّص أنّ القصد لا دخل له في الجواز واللّزوم.

(٣) أي بحسب قصد المملّك الرّجوع وقصد عدم الرّجوع.

(٤) أي التّفصيل بديهي البطلان لعدم دخل قصد المالك ولا تأثيره في ذلك أصلاً كما عرفت.

(٥) أي بحكم الشّارع بأن يكون تخصيص القدر المشترك بإحدىٰ الخصوصيّتين بحكم الشّارع.

(٦) أقول بأنّ حكم الشّارع بالملكيّة اللّازمة مع قصد المالك الملكيّة الجائزة بأنّ قصد المالك مثلاً عدم اللّزوم في هبته ذي الرّحم وحكم الشّارع باللّزوم وبالعكس.

(٧) أي امضاء الشّارع العقد علىٰ غير قصد العاقد وعلىٰ غير ماقصده المنشئ باطل.

(٨) في ص ١٤٧ بقوله: فإنّ تبعيّة العقد للقصد وعدم انفكاكه عنه إنّما هو لأجل دليل صحّة ذلك العقد.

(٩) أي القول بالتخلّف بين العقد والقصد بأن قلنا في هذه المسألة أنّ العقود ليست تابعة للقصود وحاصل الكلام أنّ ما ذكرنا من وجوب إمضاء الشّارع عين مقصود المتعاملين من دون تخلّف حتّىٰ في الاطلاق والتّقييد مختصّ بالمعاملات اللّفظيّة الصّحيحة الّتي دلّ علىٰ صحّتها الشّرع إذ مقتضىٰ دليل صحّتها أن يمضي

فيما أنشأ المتعاملان وهذا الدّليل لا يجري في المعاطاة الّتي لم يدلّ دليل على صحّتها فلا يحكم بترتّب الأثر المقصود عليها ولا يخفى أنّ ذلك كلّه بناءً على أنّ المعاطاة تفيد الإباحة كما هو مفروض كلام المصنّف وأمّا بناءً على أنّها تفيد الملك فلا نسلّم الفرق بعد شمول دليل التّبعية وهو خطاب أوفوا بالعقود بالمقام كما يشمل العقود اللفظيّة ولو فرضنا عدم الشّمول كفى شمول أحلّ الله البيع وتجارة عن تراض في إثبات التبعيّة.

(١٠) في ص ١٤٧ عند قوله: أما حكاية تبعيّة العقود وماقام مقامها للمقصود ففيها أوّلاً أنّ المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجرّدة من العقود ولا من القائم مقامها.

(١١) كلمة (انتصارا) نصبت لأنّها مفعول لأجله فهي علّة لإمكان القول بتخلّف العقود عن القصود في مسألة المعاطاة المفيدة للإباحة أي انتصاراً للقائل بعدم إفادة المعاطاة الملك من منع وجوب امضاء الشّارع يعني أنّ الشّارع لم يمض المعاملات الفعليّة بالتّعاطي على طبق مقصود المتعاطيين مقابل المعاملات اللّفظية بالعقد.

لكنّ الكلام (١) في قاعدة اللّزوم في الملك تشمل العقود (٢) أيضاً وبالجملة فلا إشكال في أصالة اللّزوم في كلّ عقد شُكّ في لزومه (٣) شرعاً وكذا لو شُكّ في أنّ الواقع في الخارج هو العقد اللّازم أو الجائز (٤) كالصّلح من دون عوض (٥) والهبة (٦) نعم لو تداعيا (٧) احتمل التّحالف في الجملة (٨) ويدلّ على اللّزوم (٩) مضافاً الى ما ذكر (١٠) عموم (١١) قوله (ص) النّاس مسلّطون على أموالهم [1] فإنّ مقتضى (١٢) السّلطنة أن لا يخرج عن ملكه (١٣) بغير اختياره فجواز تملّكه (١٤) عنه بالرّجوع فيه من دون رضاه (١٥) مناف للسّلطنة المطلقة

---

(١) يعني لكنّ الكلام الآن ليس في أنّ المعاطاة هل تفيد الملك من جهة قاعدة أنّ «العقود تتبع القصود» بل الكلام بعد ثبوت الملك في قاعدة اللّزوم وهي أصالة اللّزوم المعبّر عنها بالأصل العقلائي وأنّه هل أنّ الملك الأصل فيه اللّزوم أو الجواز وقد عرفت أنّ مقتضى الاستصحاب اللّزوم في باب العقود اللّفظيّة ونجري الاستصحاب أيضاً في باب العقود الفعليّة لعدم الفصل بين الأمرين فقاعدة أصالة اللّزوم تشمل العقود اللّفظيّة والمعاملات الفعليّة بخلاف قاعدة «العقود تتبع

---

(١) راجع مصباح الفقاهة المجلد ٢ ـ ص ١٣٧ : أقول قوله (ص) النّاس مسلّطون الخ من الرّوايات المعروفة المشهورة في ألسن الفقهاء المرسلة رواها العلامة المجلسي (قده) في المجلّد الثّاني من البحار عن عوالي اللّآلي ص ٢٧٢ وهي وإن كانت مرسلة لكنّها مجبورة بعمل الأصحاب قديماً وحديثاً واستنادهم إليها في مختلف أبواب الفقه .

القصود» فإنّها ليست جارية في المعاملات الفعليّة .

(٢) أقول بمعنىٰ أنّ الكلام في أصالة اللّزوم كما عرفت آنفاً شامل وسار حتّىٰ في العقود اللّفظيّة الّتي قد صرّحنا بأنّ الدّليل دلّ علىٰ صحّتها ولا اختصاص لها بالمعاطاة فإذا سلّم الشّمول للعقود فهو كاف في إثبات المطلوب إذ به تثبت وحدة حقيقة الملك هناك كما اخترناهاسابقاً وبالملازمة تثبت وحدتها في المقام للقطع بأنّ حقيقة الملك لا تختلف حسب المقامات .

(٣) من غير فرق بين أن يكون العقد لفظيّاً أو فعليّاً بأن كان الشّك في الشّبهة المفهوميّة بأن قرّر الشّارع هذا العقد لازماً أم لا .

فالشّبهة هنا حكميّة لأنّه لم يعلم أنّ الشّارع جعل هذا العقد لازماً أو جائزاً فإنّ استصحاب الملك يكفي في القول بلزومه .

(٤) أي لو شكّ في أنّ العقد الواقع في الخارج لازم أو جائز بسبب الشّبهة المصداقيّة بعد أن علمنا أنّ عقد زيد مثلاً لازم وعقد عمرو جائز لكن شككنا أن ما أوقعنا هل كان من قسم اللّازم أو من قسم الجائز والفرق بين هذا وسابقه أنّ الشّبهة هنا موضوعيّة وفي سابقه كما عرفت حكميّة .

(٥) فالصّلح بما هو صلح مع عدم قرينة اللّازم والجائز يحتمل أن يكون لازماً إذا كان مع العوض وجائزاً إذا كان بلا عوض فإذا وقع في الخارج وشككنا في كيفيّة وقوعه فنجري أصالة اللّزوم .

(٦) أي الهبة غير المعوّضة ولغير ذي رحم فإنّ الهبة لازمة إذا كانت معوّضة وبذي رحم وغير لازمة إذا كانت بلا عوض ولغير ذي رحم فإذا وقعت في الخارج وشككنافي كيفيّة وقوعها تجري أصالة اللّزوم هنا.

(٧) أقول ينبغي لنا التّكلم في مقامين الأوّل في تشخيص المدّعي والمنكر، وبيان المدار في تشخيصهما والثّاني توضيح مراد المصنّف (قده) من هذه العبارة فنقول مستعينين بالله تعالىٰ:

أمّا المقام الأوّل فالمحكيّ من الجواهر أنّ المدار في تشخيصهما صورة الدّعوىٰ فإذا اختلفا في قدر مال الإجارة فإن كانت صورة الدّعوىٰ أن قال أحدهما آجرتك الدّار بعشرين فقال الآخر آجرتني بعشرة فهما متداعيان.

وإن قال أحدهما لي عليك عشرون أجرة وقال الآخر بل عشرة فهما مدع ومنكر ونُسب ذلك الىٰ الشّيخ في كتابه المبسوط وبعض المتأخرين.

وظاهر المشهور المصرّح به كلام بعضهم خلافه وأنّ المدار هو الغرض المقصود من التّداعي فإذا كان الغرض في تعيين العقد و أنّه وارد علىٰ عشرين أو عشرة لترتّب أثر شرعي عليه كانا متداعيين.

و أمّا الثّاني فمراده (قدّه) من قوله (لو تداعيا) انّهما تداعيا في اللّزوم والجواز ومراده (ره) من قوله (احتمل التّحالف) في الجملة صورة ما إذا كانت صورة الدّعوىٰ تعيين العقد ومقابل هذا الاحتمال احتمال كون اليمين علىٰ مدّعىٰ الجواز

وإن كانت صورة الدّعوىٰ تعيين العقد كما هو ظاهر المشهور .

(٨) يعني احتمل التّحالف في بعض الموارد كما إذا حرّر الدّعوىٰ في الخصوصيّة بأن ادّعىٰ احدهما العلم بأنّ العقد الواقع هو صلح بلا عوض فالعقد الواقع لازم والاخر بأنّه هبته بلا عوض والعقد الواقع جائز وليس بينهما قدر مشترك اتفقا علىٰ وقوعه واختلفا في الزائد عنه .

امّا لو حرّر الدّعوىٰ بحيث صار احدهما مدّعيا والاخر مدّعىٰ عليه بان قال احدهما الملك باق بعد الفسخ وقال الاخر لا بقاء للملك فانّ المسأله عندئذ مسأله المدّعىٰ والمنكر فيلزم علىٰ المدّعىٰ الاثبات بالبيّنة وعلىٰ المنكر الحلف إذا لم تكن له بيّنة فينطبق علىٰ قاعدة « البيّنة علىٰ المدعىٰ واليمين علىٰ من انكر » .

(٩) اي يدلّ علىٰ لزوم المعاطاة والملكيّة اللازمة المستقرّة التّي ادّعاها المصنّف مضافاً الىٰ أصالة اللّزوم الّتي قدّمنا تقريرها تفصيلاً عمومُ قوله (ص) النّاس مسلطون علىٰ أموالهم حيث إنّ المال قد انتقل بالمعاطاة من ملك المالك الاوّل وصار ملكاً لكلّ واحد من المتعاطيين « الاستدلال بعموم قوله (ص) النّاس مسلّطون علىٰ اموالهم» وتقريب الاستدلال بذلك علىٰ لزوم المعاطاة بوجوه نكتفي منها بوجه واحد حذراً من التّطويل الخارج عن وضع هذا الشّرح .

و هو التّمسك باطلاق هذا القول الشّامل لجميع انحاء التصرّفات الّتي من جملتها رفع مزاحمة الاجانب ومنهم المالك الاوّل ولازمة عدم تأثير فسخ المالك

الاوّل والبايع وبعبارة واضحة خروج المال عن ملك المشتري والاخذ بغير اختياره مناف لسلطنة المالك علىٰ ماله فمقتضىٰ اطلاق دليل السّلطنة عدم تأثير رجوع المالك الاوّل لأنّك قد عرفت فيما مضىٰ أن المعاطاة تفيد الملكيّة ومن المعلوم أنّ الملكيّة لا تنفكّ عن السّلطنة الفعليّة علىٰ التصّرف في المملوك بأنحاء التصرّفات وعليه فسلطنة كلّ مالك تقتضي بقاء ماله في ملكة ولا يجوز لغيره أن يزاحمه في تصرّفاته ويخرجه عن ملكة لما تقدّم من المنافاة .

(١٠) المراد من ما ذكر أصالة اللّزوم والاصل العقلائي .

(١١) قوله (عمومُ قوله (ص)) فاعل لقوله « ويدلّ علىٰ اللّزوم » .

(١٢) بمعنىٰ أنّ المال المأخوذ بالمعاطاة صار ملكاً للمشتري والآخذ حيث إنّ سلطنة الآخذ علىٰ جميع التصرّفات في ملكه تقتضي عدم تسلّط المالك الاوّل علىٰ ما يزاحم تلك السّلطنة المطلقة والّا لم تكن سلطنة مطلقة فتملك المالك الاوّل بالرّجوع في المال المأخوذ بالمعاطاة من دون رضا الاخذ مناف للسلطنة المطلقة .

(١٣) أي عن ملك الآخذ والمالك الثّاني الّذي ملك بالمعاطاة .

(١٤) أي تملّك المالك الاصلي الاوّل عن المالك الثّاني .

(١٥) أي من دون رضا الآخذ إذ مع الرّضا يبطل الملك حتّىٰ في العقود اللّازمة لانّه من مصاديق التقايل والإقالة .

فأندفع (١) ما ربّما يتوهّم : من أنّ غـاية مـدلول الرّوايـة سـلطنة الشّخص علىٰ ملكه ولا نسلّم ملكيّته (٢) له بعد رجوع المالك الاصلي .

وبما ذكرنا (٣) تمسكّ المحقّق رحمه اللّه في الشّرايع [١] علىٰ لزوم القرض بعد القبض بانّ (٤) فائِدة الملك السّلطنة ونحوه (٥) العـلاّمة فـي موضع آخر [٢] .

---

(١) أي فاندفع ماربّما يتوهّم من أنّ غاية مدلول الرّواية سلطنة الشّخص علىٰ ملكة كسلطنة المشتري والآخذ في المثال .

اقول وجه الاندفاع انّا لا نتكلّم في أنّ المشتري والآخذ مسلّط بعد رجـوع البايع والمالك الاوّل أم لا لكي يستشكل بأنّ التمسّك بعموم (النّاس مسلّطون) بعد رجوع المالك الاصلي تمسّك بالعامّ في الشّبهة الموضوعيّة لعدم العلم بـبقاء الملك بعد الرّجوع كما توهّمه البعض : بل كلامنا في أنّه هل البايع والمالك الاوّل مسلّط علىٰ ملك المشتري والآخذ لكي يتمكّن من اخراجه عن ملكة ام لا .

ومن المعلوم أنّ قاعدة سلطنة المشترى والآخذ تمنع تسلّط البايع والمالك الاوّل وعليه فلا يتمكّن البايع والمالك الاوّل من إخراج ملك المشتري والآخذ فليس الملك بعد رجوع البايع والمالك الاوّل خارجاً عن ملك المشتري والآخذ

---

(١) شرايع الاسلام كتاب التّجارة ص١٠٢ .

(٢) راجع تذكرة الفقهاء ج١ ، ص٤٦٤ فإنّه قال فيها « يجوز بيع كلّ ما فيه منفعة لأنّ الملك سبب لإطلاق التّصرف » .

المالك بالمعاطاة .

(٢) أي لانسلّم ملكيّة المال والسّلعة للمشتري مثلاً بعد رجوع المالك الاوّل الاصلي كالبايع مثلاً وقد عرفت ما فيه .

(٣) يعني ولاجل أنّ عموم قوله (النّاس مسلّطون) يدلّ علىٰ لزوم المعاطاة تمسّك المحقّق الخ اقول هذه عبارته إليك نصّها .

الثّالث في الاحكام وهي مسائل الاولىٰ القرض يملك بالقبض لا بالتّصرف لانّه فرع الملك فلا يكون مشروطاً به وهل للمقرض ارتجاعه قيل نعم ولو كره المقترض وقيل لا وهو الاشبه لانّ فائدة الملك التسلّط .

(٤) الباء توضيح وبيان لكيفيّة لزوم القرض بعد القبض والتّسلم وانّه لايحقّ للمقرض أن يستردّ ما اقرضه بأنّ فائدة الملك السّلطنة فالمال بعد القرض ملك للمقترض فله تسلّط عليه فلا تسلّط للمقرض علىٰ الاسترجاع .

(٥) أي ونحو استدلال المحقّق في كتابه الشرايع استدلال العلّامة في غير كتاب القرض .

ومنه (١) يظهر جواز التّمسك بقوله (ع): لايَحلُّ مالُ امرىءٍ إلاّ عن طيب نفسه [1] (٢) حيث دلّ علىٰ انحصار سبب حلّ مال الغير او جزء

---

(١) (وسائل الشيعة) الجزء الاول من المجلد الثاني باب ٣ من أبواب مكان المصلّي حديث ١ ، عن سماعة عن أبي عبد الله (ع) في حديث أنّ رسول الله (ص) قال : مَن كانت عنده أمانة فليؤدّها الىٰ مَن ائتمنه عليها فإنّه لا يحلّ دم امرىءٍ مسلم و لا ماله إلّا بطيبة نفسٍ منه موثّقة بزرعة و سماعة الواقفين .

و عن تحف العقول عن رسول الله (ص) أنّه قال في خطبته حجّة الوداع أيّها النّاس إنّما المؤمنون أخوة و لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلّا عن طيب نفسٍ منه . مرسلة

(وسائل الشيعة) الجزء الأول من المجلد الثاني باب ٣ من أبواب مكان المصلي حديث ٣ و في المستدرك ج ١ ص ٢٢٢ : عن عوالي اللآلي عن رسول الله (ص) قال المسلم أخو المسلم لا يحلّ ماله إلّا عن طيب نفسه . مرسلة ، وعنه (ص) قال : لا يحلبنّ أحدكم ماشية أخيه إلّا بإذنه . مرسلة .

و عنه (ص) قال : المسلم أخو المسلم لا يحلّ ماله إلاّ عن طيب نفسٍ منه .

(مستدرك الشيعة) الجزء ٣ ص١٤٦ .

و قد يستدلّ له أيضاً بقوله (عجّل الله تعالىٰ له الفرج) « لا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه » الوارد في التّوقيع المعروف الذي وصل الىٰ الشيخ محمد بن عثمان العمري وكيل الناحية المقدّسة فيما رواه الصّدوق في إكمال الدين عنه .

(وسائل الشيعة) المجلد ٦ الباب ٣ من أبواب الأنفال ص ٣٧٧ الحديث ٦ ، و نفي الحلّية هنا إنّما هو عن التّصرف في الأموال بدون الإذن ، و لكن في رواية «زيد الشحام» و «سماعة» عن الصادق (ع) عن رسول الله (ص) في حديث حجّة الوداع : (أنّه لا يحلّ دم امرىءٍ مسلم و لا ماله إلّا بطيبة نفسه .

(وسائل الشيعة) المجلد ١٩ الباب ١ من أبواب قصاص النّفس ص ٣ الحديث ٣ ، و مثل هذا الحديث ما رواه محمد بن زيد الطبري ممّا كتبه مولانا أبو الحسن الرضا (ع)

==

سببه في رضا المالك فلا يحلّ بغير رضاه وتوهم تعلّق الحلّ بمال الغير وكونه مال الغير بعد الرّجوع اوّل الكلام مدفوع بما تقدّم مع أنّ تعلّق الحلّ بالمال يفيد العموم بحيث يشمل التملّك ايضاً فلا يحلّ التصرّف فيه ولا تملكّه الاّ بطيب نفس المالك .

---

(١) اي مّما ذكرناه من صحّة التمسّك بقاعدة (النـاس مسّلطون) للزوم المعاطاة بعد فسخ احد المتعاطيين .

(٢) هذا رابع الادلّة الّتي ذكرها المصنّف لمدّعاه الّذي هو إفادة المعاطاة اللّزوم.

== في جواب رجل من تجّار فارس يسأله الإذن في الخمس و فيه (لا يحلّ مال إلّا من وجه أحَلّ الله) . مرسلة

(وسائل الشيعة) المجلد ٦ الباب ٣ من أبواب الأنفال ص ٣٧٥ الحديث ٢ . أقول هذه الأحاديث المعتبرة التي بأيدينا تدلّ علىٰ حرمة التّصرف في مال غيره بدون إذنه و أمّا ما نقله المصنّف (ره) في المتن من أنّه (لا يحلّ مال امرىءٍ إلّا عن طيب نفسه) فلم نجده علىٰ هذه الكيفيّة في كتب الحديث و لم نجد فيها نصّاً لهذا الحديث بعباراته الموجودة في المكاسب فيحتمل احتمالاً قريباً وقوع السّقط .

ويمكن الاستدلال (١) ايضاً بقوله تعالىٰ : ولاٰ تأكُلُوا اَموالَكُم بَيْنَكُم بالباطلِ إلاّ اَنْ تكونَ تِجارةً عَنْ تراضٍ مِنكُم [1] ولا ريب أنّ الرجوع (٢) ليس تجارةً ولا عن تراضٍ فلا يجوز اكل المال والتّوهم المتقدّم في السّابق (٣)غير جارٍ هنا لأنّ (٤) حصر مجوّز اكل المال في التّجارة انّما يراد به (٥) اكله علىٰ أن يكون ملكاً للآكل لا لغيره .

---

(١) ومّما استدلّ به المصنّف (ره) علىٰ لزوم المعاطاة .

قوله تعالىٰ : ياأيّها الذّين آمنو لا تأكلوا أموالكُم بَينَكم بالباطِلِ إلّا أن تكونَ تجارةً عَنْ تَراضٍ منكُمْ اقول وحاصل كلامه كما في مصباح الفقاهة أنّ الاستدلال بهذه الآية علىٰ لزوم البيع المعاطاتي : بل علىٰ لزوم مطلق التّجارة عن تراض : تارة بعقد المستثنىٰ وهو قوله تعالىٰ – إلاّ أن تكون تجارةً عن تراض : واخرىٰ بعقد المستثنىٰ منه : وهو قوله تعالىٰ : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل : أمّا العقد الأوّل فمفاده : أنّه لا يجوز لأحد أن يتملّك أموال النّاس بسبب من الاسباب الباطلة التّي لم يمضها الشّارع كالقمار والبيع الرّبوي وبيع المنابذة والملامسة والحصاة وامثال ذلك إلاأن يكون هذا السبب تجارة عن تراض فاخذ اموال النّاس بغير رضاهم بعد الانتقال اليهم بعقد من العقود اكل للمال بالباطل فهو منهيّ عنه فمالم يثبت حقّ الرّجوع شرعاً كان الفسخ باطلاً .

وعلىٰ هذا، فالأكل في الآية الكريمة كناية عن التّملك والتصرّف فتدلّ

---

(١) سورة النساء الآية ٢٩ .

الآية علىٰ انّ حلّية تملّك اموال النّاس بالاسباب الصّحيحة منحصرة في التّجارة عن تراض فإنّ غيرها من اسباب المعاملات الّتي منها التملّك بالفسخ فاسدة .

وامّا العقد الثاني فمفاده أنّ تملّك اموال الناس بغير رضى منهم تملّك بالباطل عرفاً وشرعاً فذيل الآية تدلّ علىٰ اعتبار كون التّجارة عن تراض في جواز الاكل ومن البيّن أنّ الفسخ والرّجوع من جانب واحد ليس تجارة عن تراض بينهما .

الاّ أن يأذن به الشّارع الّذي هو المالك الحقيقي ، وعليه فيكون تملّك المال بالفسخ أكلاً له بالباطل إلّا أن يثبت جواز الفسخ بتعبّد شرعي بأن يحكم الشّارع بجواز التملّك بالفسخ ونحوه من دون رضىٰ المالك وعندئذ فيكون التملّك بالفسخ خارجاً عن الاكل بالباطل وعلىٰ هذا فشأن التملّك بالفسخ الثّابت شرعاً شأن أكل المارّة من ثمرة الشجرة الممرور بها والاخذ بالشّفعة وغيرهما من الموارد الّتي أذن الشّارع في التّصرّف في اموال النّاس بدون اذنهم .

(٢) اي رجوع البايع والمالك الاصلي ليس تجارة عن تراض فاذا كان المال المأخوذ بالمعاطاة ملكاً للآخذ والمشتري لايجوز اكله للبايع والمالك الاصلي الأوّلي إلّابتجارة عن تراض وصرف رجوع المالك الاوّل ليس تجارةً عن تراض .

(٣) وهو انّ المال بعد رجوع مالكه الاوّل يصبح مال المالكالاوّل والبايع ولا يصدق انّه مال الغير فالقول بكونهمال الغير بعد الرّجوع اوّل الكلام .

(٤) قوله (لانّ) علّة وردّ للتوهّم السّابق ببيان انّه بعد الرّجـوع ليس المـال

للمشترى والآخذ غير جار في هذه الآية وحاصل الرّد أنّ اداة الاستثناء وهي كلمة الّا في قوله تعالىٰ الّا ان تكون تجارة تفيد عموم الحصر بمعنىٰ أنّ جواز التصرّف منحصر في رضا المالك ورجوع المالك الاوّل في مال الغير والمشتري الّذي ملك بالمعاطاة تصرّف بغير رضا المشتري المالك لانّ المال ليس ملكاً للمالك الاوّل بعد المعاطاة .

(٥) اي انّما يراد بالحصر المنع عن اكله علىٰ ان يكون ملكاً للآكل بصيغة اسم الفاعل لا لغير الآكل فاذا لم يعلم البايع انّه صار ملكاً له بالرّجوع لم يجز له اكله اذ لا تجارة عن تراض وفي المعاطاة بعد رجوع المالك الاصلي الاوّلىٰ لا يكون المبيع ملكاً له لعدم كون التّجارة عن تراض .

و يمكن التّمسك (١) ايضاً بالجملة المستثنىٰ منها (٢) حيث إنّ اكل المال ونقله عن مالكه بغير رضا المالك أكلٌ وتصرّفٌ بالباطل عرفاً (٣) نعم (٤) بعد اذن المالك الحقيقي وهو الشّارع ، وحكمه التسلّط علىٰ فسخ المعاملة من دون رضا المالك يخرج (٥) عن البطلان ولذا (٦) كان اكل المارّة من الثّمرة الممرور بها اكلاً بالباطل لولا اذن المالك الحقيقي وكذا الأخذ بالشّفعة (٧) والفسخ (٨) بالخيار وغير ذلك من النّواقل القهرية (٩)

---

(١) اقول اعني جملة النّهي (لاتأكلوا اموالكم) يعني مع قطع النّظر عن الاستثناء بخلاف الاوّل فانّه وان كان تمسّكا بالمستثنىٰ منه الا انّه بملاحظة الاستثناء أي يمكن التمسّك للزوم المعاطاة أيضا بالجملة المستثنى منهاوهى قوله سبحانه (لاتأكلوا اموالكم) حيث إنّ اكل المال ونقله عن مالكه الذي هو المشتري الآخذ مثلاً فيما اذا اراد البايع معاطاة والمالك الاصلي الاوّلي الرّجوع بغير رضا المالك بالمعاطاة أكلٌ وتصرفٌ بالباطل عرفاً فيقال إنّه تصرّفٌ في اموال النّاس .

(٢) وهي قوله تعالىٰ (لا تأكُلُوا أمْوَالَكُم بَينَكُم بِالباطِلِ) .

(٣) التّقيد بالعرف لاجل أنّ تماميّة الاستدلال المذكور موقوفة علىٰ أنّ اكل المال امر عرفي .

(٤) كلمة (نعم) استدراك عمّا أفاده من أنّ اكل المال ونقله عن مالكه بغير رضاه اكل للمال بالباطل اي نعم قد يجوز التّصرف بدون اذن المالك فيما اذا اذن له الشّارع فانّه بعد اذن المالك الحقيقي وحكمه بالتّسليط علىٰ فسخ المعاملة من

دون رضا المالك كخيار الحيوان والمجلس اللذين جعلهما الشّارع يخرج الاكل عن البطلان ويجعله جائزاً فعندئذ لايقال إنّ الفاسخ آكل مال غيره بالبطلان بل ليس هذا من مصاديق اكل مال النّاس .

(٥) يعني انّ الاكل الّذي يكون بأذن المالك الحقيقي والشّارع يخرج عن كونه اكلاً للمال بالباطل .

(٦) اي ولاجل أنّ الاكل الذي يكون بأذن من المالك الحقيقي والشّارع كان أكل المارّة اي الجماعة التّي تمرّ او النّفس المارّة من الثّمرة الممرور بها مع وجود الشّرائط المعتبرة المذكورة في كتب الفقه منها عدم قصد المارّة من بداية الامر المرور علىٰ الاشجار والمزارع المثمرة بمعنىٰ ان لا يكون قصدهم وغايتهم السّفر ثمّ اتّفق مرورهم علىٰ تلك الاشجار والمزارع المثمرة الثّاني عدم وقوع الافساد والاضرار من المارّة بصاحب الفواكه وثمرة الزّرع اكلاً بالباطل لولا اذن المالك الحقيقي الّذي هو اللّه تبارك وتعالىٰ .

(٧) يعني وكذا جواز الاخذ بالشفقة لاحد الشّريكين لاجل اذن من المالك الحقيقي في ذلك ولولا اذنه في ذلك لما صحّ للشّريك الاخذ بالحصّة المبيعة فالاخذ يكون هنا قهراً علىٰ المشتري ورغماً علىٰ انفه لاذن المالك الحقيقي فيه .

(٨) يعني وكذا جواز الفسخ للبايع او للمشتري او لكليهما في المبيع لاجل اذن

المالك الحقيقي لهما بذلك فلولا اذن الشّارع لهما لما صحّ للبايع والمشتري الفسخ في المبيع فعندئذ يكون جواز الفسخ هنا قهراً علىٰ المشتري لو كان الخيار للبايع او علىٰ البايع لو كان الخيار للمشتري فايّهما كان له الخيار يكون الفسخ رغماً علىٰ انفه لاذن المالك الحقيقي فيه .

(٩) اقول ليس المراد من النّواقل القهريّة معناها المصطلح وهو انتقال الشّيْ الىٰ الانسان قهراً كالارث كما هو المتبادر الىٰ الذّهن بل المراد هنا منها وقوع الشّيْ في الخارج قهراً علىٰ المالك ورغماً علىٰ انفه كالاخذ بالشّفعة وجواز الفسخ بالخيار واكل المارّة من اثمار الاشجار كما عرفت لانّ الشّارع اجاز ذلك كلّه وكلّ ذلك يكون رغماً علىٰ انفه .

هذا كلّه (١) مضافاً الىٰ ما دلّ علىٰ لزوم خصوص البيع مثل قوله (ع) البيّعان بالخيار مالم يفترقا (٢).

---

(١) يعني ما بيّناه لكم من الادلّة الستّه حول إفادة المعاطاة الملكيّة اللّازمة كان كافياً في اثبات المدّعىٰ وإن ابيت من دلالة الادلّة علىٰ الافادة فلنا دليل آخر علىٰ اثباتها.

(٢) اقول هذا سابع الأدلّة الّتي اقامها المصنّف لإثبات مدّعاه.

وتقريب الاستدلال أنّ المراد من البيّعان البايع والمشتري ولا شبهة في انّ البايع والمشتري يصدق علىٰ المتعاطيين وذلك لانّ المعاطاة احد مصاديق البيع وافراده فاذا باع المتعاطيان وافترقا المجلس صدق الحديث الشّريف فوجب البيع ولا يصحّ لاحدهما الرّجوع والتصرّف في مال الآخر الّا برضاه وطيب نفسه.

راجع حول الحديث الشّريف.

(وسائل الشّيعة) الجزء ١٢ ص ٣٤٥ ـ ٣٤٦ الباب ـ١ـ من ابواب الخيار من كتاب التّجارة.

الحديث ١ـ٢ـ٣: الكافي ج ٥ ص ١٧٠ الحديث ٤ـ٥ـ٦: الوافي المجلد الثّالث منه ص ٦٨ باب ٨٠.

وقد روىٰ الحديث الجمهور ايضاً في صحاحهم المعتبرة عندهم بطرق شتّىٰ وقد عقد له « ابن ماجة » في سننه باباً روىٰ فيه عدّة روايات [١].

---

(١) السنن لابن ماجة المجلّد ٢ ص ٧٣٦.

و قد يستدلّ ايضاً (١) بعموم قوله تعالىٰ : أوفُوا بالعقود [١] بناءً علىٰ أنّ العقد هو مطلق العهد كما في صحيحة عبد اللّه بن سنان [٢] او العهد المشدّد (٢) كما عن بعض اهل اللغة وكيف كان (٣) فلا يختصّ باللفظ فيشمل المعاطاة .

---

(١) ومّما استدلّ به المصنّف علىٰ لزوم المعاطاة قوله تعالىٰ (اوفوا بالعقود) وهذا ثامن الادلّة الّتي اقامها علىٰ مدّعاه وهي افادة المعاطاة اللزوم سواء قلنا انّه مطلق العهد كما صرّح به بعض اهل اللغة او العهد المشدّد الوثيق كما صرّح به بعض آخر من اهل اللغة بناءً علىٰ أنّ العقد ليس خاصّاً باللفظ .

وتقريب الاستدلال أنّ كلمة (العقود) في الآية الكريمة (اوفوا بالعقود) جمع محلّىٰ بالالف واللام وهو يفيد العموم فيشمل جميع افراد العقد من غير اختصاص بالعقود اللفظيّة ومن البيّن أنّ المعاطاة من مصاديق العقد وافراده فيشملها فمعنىٰ الآية الكريمة اوفوا بكل عقد صدر في العالم وفي كلّ زمان وانّما يلزم لو كان العقد لازماً لا جائزاً يصحّ الفسخ لمالكه الاوّل متىٰ شاء واراد .

---

(١) سورة المائدة الآية : ١

(٢) تفسير العيّاشي ج ١ ص ٢٨٩ الحديث ٥ اليك متن الصّحيحة عن عبد الله بن سنان قال سألت ابا عبد اللّه (ع) عن قول اللّه عزّ وجلّ (يا ايّها الذين آمنوا اوفوا بالعقود) قال العهود الوسائل الطبعة القديمة المجلّد الثّالث منه ص ٢٣١ : تفسير علي بن ابراهيم القمّي ج ١ ص ١٦٠ .

(٢) المراد من العهد المشدّد هو عقد المعاوضة القائم بين الاثنين فكأنّه شدّد ملكيّة احد العوضين لاحد المتبايعين بملكيّة الآخر للآخر والمعاطاة ايضاً عهد مشدّد لانّ الشّدة في مقابل العهد الجائز كالهبة لا في مقابل العهد الّذي ليس فيه لفظ .

(٣) اي كيف كان معنىٰ العقد سواء كان المراد منه مطلق العهد او العهد المشدّد فلا يختص العقد باللفظ .

وكذلك (١) قولِهِ (ص) المؤمنون عند شروطهم [1] فإن الشّرط لغةً مطلقه الالتزام فيشمل ما كان بغير اللّفظ والحاصل أنّ الحكم باللزوم في مطلق الملك (٢) و في خصوص البيع (٣) ممّا لا ينكر .

---

(١) (وسائل الشيعة) المجلد ١٢ الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث ١ ـ ص ٣٥٣ عن عبد اللّه بن سنان عن ابي عبد اللّه (ع) قال سمعته يقول من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب اللّه فلا يجوز له ولا يجوز علىٰ الّذي اشترط والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب اللّه عزّ وجلّ .

وايضاً في الحديث ٢ عن عبد اللّه بن سنان عن ابي عبد اللّه (ع) قال (المسلمون عند شروطهم) إلا كلّ شرط خالف كتاب اللّه عزّ وجلّ فلا يجوز .

وفي الاستبصار ج ٣ ص ٢٣٢ الحديث ٤ باب ١٤١ .

عن منصور بزرج عن عبد صالح (ع) قال قلت له إنّ رجلاً من مواليك تزوّج امرأة إلىٰ أن قال (ع) قل له فليف للمرأة بشرطها فإنّ رسول اللّه (ص) قال « المؤمنون عند شروطهم » موثقة بابن فضّال .

وتهذيب الاحكام ج ٧ ص ٣٧١ ، الحديث ١٥٠٣ وعوالي اللآلي ج ١ ص ٢١٨ الحديث ٨٤ و ص ٢٩٣ الحديث ١٧٣ .

عن منصور بزرج عن عبد صالح (ع) قال قلت إنّ رجلاً من مواليك تزوّج امرأة ثمّ طلّقها فبانت منه فاراد أن يراجعها فأبت عليه الّا ان يجعل اللّه عليه أن لا يطلّقها ولا يتزوّج عليها فاعطاها ذلك ، ثم بدا له في التّزويج بعد ذلك فكيف يصنع ، قال (ع) بئس ما صنع وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنّهار قل له فليف للمرأة بشرطها فإنّ رسول اللّه (ص) قال « المؤمنون عند شروطهم » .

وقد ذكر في جملة من الرّوايات المسلمون عند شروطهم : وفي بعضها فانّ المسلمون عند شروطهم كما ذكرنا بعضها آنفاً والامر فيه سهل .

(١) اي وكذلك يمكن أن يستدلّ علىٰ المدعىٰ وهو إفادة المعاطاة اللزوم بقوله (ص) (المؤمنون عند شروطهم) .

(٢) اي سواء كان سبب التّمليك الايجاب والقبول اللفظيين ام الفعل المعاطاتي .

(٣) بان كان سبب التّمليك خصوص الايجاب والقبول اللفظيين وحاصل الكلام أنّ الحكم باللزوم في مطلق الملك وفي خصوص البيع مما لا ينكر فاذا ضممنا ذلك الىٰ أنّ المعاطاة تفيد الملك وانها بيع تمّ المطلوب وهو افادة المعاطاة اللزوم .

إلّا أنّ الظّاهر فيما نحن فيه (١) قيام الإجماع علىٰ عدم لزوم المعاطاة بل ادّعا (٢) صريحاً بعض الأساطين في شرحه على القواعد و تعضده (٣) الشّهرة المحقّقة بل لم يوجد به (٤) قائل الىٰ زمان بعض متأخّري المتأخّرين[1] فإنّ العبارة المحكيّة عن المفيد رحمه الله في المقنعة لا تدلّ علىٰ هذا القول (٥) كما عن الخلاف الاعتراف به (٦) فإن المحكيّ عنه (٧) أنّه قال[2] ينعقد البيع علىٰ تراضي بين الاثنين (٨) فيما يملكان التبايع له (٩) إذا عرفاه (١٠) جميعاً و تراضياً بالبيع و تقابضا (١١) و افترقا بالابدان انتهى (١٢)

---

(١) و هي المعاطاة المفيدة للملك .

(٢) يعني ادّعىٰ الإجماع القائم علىٰ عدم إفادة المعاطاة اللّزوم «الشّيخُ الكبير كاشف الغطاء» .

(٣) أي تُعين و تقوّي هذا الإجماع القائم علىٰ عدم إفادة المعاطاة اللّزوم الّذي ادّعاه الشّيخ الكبير جعفر بن خضر الجناحي (كاشف الغطاء) .

(٤) أي بلزوم المعاطاة .

---

(١) و هم أحمد بن إسماعيل الجزائري النّجفي صاحب آيات الأحكام و شرح التهذيب والمحقق الأردبيلي والمحدّثان السيّد نعمة الله الجزائري و الفيض الكاشاني (قدس سرّهم) .

(٢) راجع المقنعة للشّيخ المفيد (قده) باب عقود البيع ص ٥٩١ .

(٥) و هي إفادة المعاطاة الملكيّة اللّازمة .

(٦) أي الاعتراف بعدم دلالة عبارة المفيد علىٰ لزوم المعاطاة .

(٧) عن المفيد .

(٨) بأن يرضىٰ كلّ من البايع والمشتري بالبيع والشّراء الواقع بينهما والمراد من التّبايع هو بيع كلّ واحد من البائع و المشتري ما لديهما للآخر و المراد من (فيما) هو المال المبتاع .

(٩) أي في مال الّذي يملكان التّبايع لهذا المال .

(١٠) يعني إذا عرف كلّ واحد من البايع و المشتري المال و جنسه و قدره احترازاً عن الجنس المجهول حيث لا يجوز بيعه .

(١١) بأن يقبض المشتري المبيع من البايع و البايع من المشتري و هذه العبارة إشارة الىٰ وجود الخيار ماداما في المجلس .

(١٢) أي انتهىٰ ما أفاده المفيد في المقنعة في مقامنا هذا .

و يقوي (١) إرادة بيان شروط صحّة العقد الواقع بين اثنين وتأثيره في اللّزوم و كأنّه لذلك (٢) حكا كاشف الرّموز[١] عن المفيد و الشّيخ رحمهما الله أنّه لا بدّ في البيع عندهما من لفظ مخصوص

و قد تقدّم دعوىٰ الاجماع من الغنية علىٰ عدم كونها (٣) بيعاً وهو (٤) نصّ في عدم اللّزوم و لا يقدح (٥) كونه ظاهراً في عدم الملكيّة الّذي لا نقول به (٦) و عن جامع المقاصد[٢] يعتبر اللّفظ في العقود اللّازمة بالإجماع نعم (٧) قول العلّامة له في التذكرة[٣] إنّ الأشهر عندنا لا بدّ من الصّيغة يدلّ علىٰ وجود الخلاف المعتدّ به في المسألة و لو كان المخالف شاذاً لَعبَّرَ بالمشهور (٨)

---

(١) أقول مراده (قده) أنّ التّراضي و العلم بالعوضين من شرائط صحّة العقد و الافتراق بالأبدان من شرائط لزومه و كذلك التّقابض إذ مع عدمه و امتناع أحدهما عن الإقباض يكون للآخر الخيار إذا لم يمكنه إجبار الممتنع عن الإقباض فليس هذا الكلام وارداً في حكم المعاطاة من حيث إفادتها للصحّة و اللّزوم بل هو وارد في مقام شرائط صحّة البيع و لزومه الزائدة علىٰ ما يتحقّق به مفهومه .

(٢) أي و لأجل أنّ المفيد (ره) ليس في مقام جواز وقوع العقد بغير اللّفظ بل

---

(١) كشف الرموز ج ١ ، ص ٤٤٦ .

(٢) جامع المقاصد ج ٤ ، ص ٣٠٩ .

(٣) تذكرة الفقهاء ج ١ ، ص ٤٦٢ .

في مقام بيان شروط صحّة العقد.

(٣) أي المعاطاة.

(٤) أي دعوىٰ الإجماع من أبي المكارم ابن زهرة علىٰ عدم كون المعاطاة بيعا صريح في عدم إفادة المعاطاة اللّزوم و ذلك لأنّ نفي البيع مستلزم لنفي اللّزوم.

(٥) أي لا يضر الإجماع المذكور المدّعىٰ من صاحب الغنية الظاهر في عدم إفادة المعاطاة الملكيّة و وجه عدم القدح أنّ المقصود إثبات تخصيص قاعدة اللّزوم في الملك بالمعاطاة و إقامة الدّليل عليه و هو يحصل بهذه الدّعوىٰ.

(٦) أي لا نقول بعدم الملكيّة بل نقول بها.

(٧) قوله (نعم) تضعيف للإجماع الّذي ادّعىٰ أبو المكارم ابن زهرة علىٰ عدم كون المعاطاة بيعاً.

(٨) الفرق بين الأشهر و المشهور انّ الأوّل تكون نسبته الخلاف فيه أكثر و الثّاني تكون أقل فإذا قلنا إنّ المخالف في الأشهر ثلاثون بالنّسبة الىٰ المئة فيكون المخالف قويّاً و إذا قلنا أنّ المخالف في المشهور ثمانية بالنّسبة الىٰ المئة فيكون المخالف ضعيفاً.

و كذلك نسبته (١) في المختلف[١] الىٰ الأكثر و في التّحرير الأقوىٰ أنّ المعاطاة غير لازمة ثمّ لو فرضنا الاتّفاق من العلماء علىٰ عدم لزومها (٢) مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم الىٰ أنّها ليست مملّكة و إنّما تفيد الإباحة لم يكن (٣) هذا الإتّفاق كاشفاً (٤) إذ (٥) القول باللّزوم فرع الملكيّة و لم يقل بها إلّا بعض من تأخّر[٢] عن المحقّق الثّاني تبعاً له ، وهذا (٦) ممّا يوهن حصول القطع ، بل الظنّ من الاتّفاق المذكور لأن (٧) قول الأكثر بعدم اللّزوم سالبة بانتفاء الموضوع

---

(١) أي و كذلك نسبته العلّامة في المختلف القول بوجود الصّيغة في البيع الىٰ الأكثر تدلّ علىٰ وجود الخلاف المعتدّ به حيث إنّ ظاهره أنّ القائل باللّزوم أيضاً كثير .

(٢) أي عدم لزوم المعاطاة .

(٣) قوله (لم يكن) جواب لـ(لو) في قوله « ثمّ لو فرضنا » .

(٤) مراده (قده) انّ عدم القول بالملكيّة في المعاطاة يضعّف حصول القطع بل حصول الظنّ بالاتّفاق علىٰ عدم لزوم المعاطاة فلا يحصل لنا قطع بل ظنّ بوجود الاجماع و ذلك لأنّ قول أكثر الفقهاء بعدم اللّزوم سالبة بانتفاء الموضوع حيث إنّ

---

(١) مختلف الشيعة ج ١ ، ص ١٧٠ . تحرير الأحكام ج ١ ، ص ١٦٤

(٢) هو المحقق الأردبيلي (قده) قال بها في مجمع الفائدة و البرهان ج ٨، ص ١٤٠-١٤٢ .

أكثرهم يقولون بعدم لزوم المعاطاة من باب عدم قولهم بالملك أصلاً فعندئذ إذا قام الدّليل عندهم علىٰ إثبات الملك يمكن أن يختاروا لزوم المعاطاة فلا يستفاد من اتّفاقهم علىٰ عدم الملك الاتّفاق علىٰ عدم اللّزوم علىٰ فرض الملك فالإجماع من العلماء علىٰ عدم لزوم المعاطاة علىٰ فرض تسليمه و الإغماض عن وجود الخلاف إنّما يفيد علىٰ تقدير إفادة المعاطاة للملك .

(٥) كلمة (إذ) علّة لعدم كون الاتّفاق المذكور كاشفاً عن تحقّق الملك إذا تقول باللّزوم فرع إفادة المعاطاة الملك .

(٦) أي عدم القول بالملكيّة إلّا نادراً مثل قول المحقّق الثّاني و بعض من تأخّر عنه تبعاً له .

(٧) كلمة (لأنّ) علّة لحصول الوهن في حصول القطع أو الظنّ ببيانه انّه لو فرضنا الاتّفاق علىٰ عدم اللّزوم لم ينفع و لم يكن ممّا يستكشف به عن تحقّق الملك بأن تكون المعاطاة تفيد الملك غير اللّازم و الوجه فيه أنّ القول باللّزوم فرع الملكيّة و نفي الفرع كما يصحّ مع بقاءِ أصله و ذلك فيما إذا انتفىٰ بنفسه كذلك يصحّ بنفي أصله إذا عرفت هذا فنقول ذهاب أكثر العلماء الىٰ أنّ المعاطاة ليست مملّكة يصير دليلاً علىٰ أنّ نفي الفرع في المقام إنّما هو بنفي أصله بمعنىٰ أنّ المعاطاة ليست مفيدة للملك حتّىٰ تصير لازمة أو يبحث في لزومها و عدمه فانتفاء الفرع و هو اللّزوم في ما نحن فيه مستند الىٰ انتفاء الأصل الّذي هو الملكيّة .

نعم يمكن أن يقال بعد ثبوت الاتّفاق المذكور (١) أنّأصحابنا بين قائل بالملك الجائز(٢) وبين قائل بعدم الملك رأساً (٣) فالقول بالملك اللازم قول ثالث (٤) فتأمل (٥)

وكيف كان فتحصيل الاجماع علىٰ وجه استكشاف قول الامام (ع) عن قول غيره من العلماء كما هو طريق (٦)المتأخّرين مشكل لما ذكرنا (٧) وان كان هذا (٨) لا يقدح في الاجماع علىٰ طريق (٩) القدماء كما تبيّن في الاصول

---

(١) أي بعد ثبوت الاتّفاق علىٰ عدم لزوم المعاطاة .

(٢) القائل بالملك الجائز هو المحقّق الثّاني و من تبعه كما صرّحنا به مرارا .

(٣) كالمشهور القائلين بعدم الملك رأسا و أنّ المعاطاة تفيد الإباحة المجرّدة .

(٤) و القول الثّالث مع كونه خلاف الإجماع غير جائز في عرف الفقهاء .

(٥) أقول وجهه أنّه إذا كان المقصود هو نفي القول بالملك اللازم من دون نظر الى اثبات الملك الجائز لا حاجة الىٰ دعوىٰ الإجماع المركّب لأنّ الاتفّاق المذكور بعد ثبوته كما هو المفروض إن كان كاشفاً عن رأي الإمام (ع) بنحو من الانحاء المذكورة في محلّها فهو في نفسه حجةٌ كافية في نفي الملك وافية بدفعه فعندئذ لا حاجة الىٰ ضمّ مقدمة أُخرىٰ .

(٦) أقول طريق المتأخرين في حجيّة الإجماع في مقابل حجيّته لطفاً أو دخولاً أو ما أشبه هو الحدس بقول الإمام (ع) مَن تَتبّع آراء جميع علماء الأعصار

و الأمصار فإنّه حدس ضروري بحيث يكون الخطأ في هذا الحدس من قبيل الخطأ في الحس فكما أنّه لا يقع الخطأ في الحسّ إلاّ نادراً و لا يعتنى باحتمال الخلاف فيه فكذا الحدس المذكور .

(٧) أقول قوله (لما ذكرنا) علّة لوجه الإشكال يعني وجه الإشكال ما ذكرنا و هو أنّ الاتّفاق المدّعىٰ مختلف فبين قائلٍ بالملكيّة المتزلزلة و مدّع للاتّفاق علىٰ ذلك و بين قائلٍ بالإباحة المجرّدة فعندئذ لا يكشف هذا الاتّفاق عن تأييد الإمام (ع) لكلا القولين .

(٨) أي مشكليّة الإجماع و تحصيله علىٰ نحو يستكشف به عن قول الإمام (ع) علىٰ طريق المتأخّرين لا يقدح في الاجماع علىٰ طريق القدماء لأنّهم اذا اتّفقوا علىٰ أنّه اذا اتّفقوا علىٰ أنّ المعاطاة لا يوجب الملك اللاّزم فالامام (ع) فيهم دخولا أو لو كان هذا مخالفا للواقع لأظهر الواقع لطفا و خروج المعلوم النّسب لا يقدح في الا جماع علىٰ طريقتهم .

(٩) المراد من طريق القدماء هي قاعدة اللّطف الّتي اسّسها الشيخ الطّوسي (ره) ومن تبعه أو المراد منه الاجماع الدّخولي الّذي ذهب إليه السّيد (ره) اقول و ينبغي التّوضيح حول الاجماع و الاشباع في الكلام و إن كان خارجا عن وضع الشّرح فنقول وبالله التّوفيق و عليه التّكلان و ممّا استدلّ به علىٰ عدم اللّزوم الاجماع و هو إمّا محصّل أو منقول أمّا الاجماع المحصّل فهو غير حاصل قطعاً و ذلك لأنّ مدركه إنّما هو القطع بقول الإمام (ع) و من البيّن أنّ منشأ هذا القطع إما

العلم بوجود الامام (ع) بين المجمعين او قاعدة اللّطف الّتي أسّسها الشّيخ الطّوسي (ره) أو الحدس القطعي

أما الاوّل فهو واضح الفساد لعدم العلم بوجود الامام (ع) بين القائلين بأنّ المعاطاة تفيد الملكيّة الجائزة و أمّا الثّاني فلأنّ قاعدة اللّطف ليست تامّة و قد حقّق ذلك في مورده و أمّا الثّالث فلأنّ من المحتمل القريب بل و من المظنون قويّا أنّ كثيراً من القائلين بكون المعاطاة مفيدة للملكيّة الجائزة إنّما استندوا في رأيهم هذا الىٰ وجوهٍ أُخر و إذن فليس لنا في المقام اجماع محصّل تعبّدي و هو الحقّ و أمّا الاجماع المنقول فلا دليل علىٰ حجيّته و قد ذكر الأصوليّون ذلك في علم الأصول مع أنّه لا أساس لنقل الإجماع إلّا حصوله في زمان فاذا اضمحلّ الاجماع المحصّل و لم يثبت لما عرفته قريبا اضمحلّ الاجماع المنقول أيضا .

و بالجملة فما ذكره في المسالك[1] من قوله بعد ذكر قول مَنْ اعتبر مطلق (١) اللّفظ في اللّزوم ما أحسنه (٢) و ما أمتن دليله إن لم ينعقد الاجماع علىٰ خلافه ، في غاية الحسن (٣) و المتانة و الاجماع (٤) و إن لم يكن محقّقا علىٰ وجه يوجب القطع ، إلّا أنّ المظنون قويّا تحقّقه علىٰ عدم اللّزوم مع عدم لفظ دالّ علىٰ إنشاء التّمليك سواءٌ لم يوجد لفظ اصلاً أم وجد و لكن لم ينشأ التّمليك به ، بل كان (٥) من جملة القرائن علىٰ قصد التّمليك بالتّقابض . و قد يظهر ذلك (٦) من غير واحد من الاخبار (٧)

---

(١) أي سواءٌ كان بصيغة مخصوصة أم لا .

(٢) قوله « ما أحسنه و ما أمتن دليله » مقول قول الشّهيد الثّاني في المسالك يعني أنّ اعتبار مطلق اللّفظ في اللّزوم حسن و دليله متينٌ .

(٣) قوله « في غاية الحسن و المتانة » مرفوع محلّا خبر للمبتدأ المقدّم و هو قوله « فما ذكره » أي فما ذكره الشّهيد الثّاني من اعتبار مطلق اللّفظ في اللّزوم في غاية الحسن و المتانة فقوله في غاية الحسن الخ متعلق بقوله فما ذكره و خبرٌ له و وجه الحسن و المتانة فلعدم وجود إجماع علىٰ خلاف القول باعتبار مطلق اللّفظ في اللّزوم .

(٤) أقول و الاجماع علىٰ عدم اللّزوم الذي أشار اليه المسالك و إن لم يكن علىٰ وجه يوجب القطع بوجوده إلّا أنّ المظنون قويّا تحقّقه علىٰ عدم اللّزوم مع وجود لفظ دالّ علىٰ انشاء التّمليك سواء لم يوجد لفظ أصلاً بل يكون بالإشارة

---

(١) مسالك الافهام ج ١ ، ص ١٧٠ .

كما لو وضع دراهم بازاء و بيد الخبّاز و أخذ ثمانية أقراص و لكنّ الاجماع علىٰ فرض تحقّقه لا اعتبار به و ذلك لعدم دليل خاصّ يدلّ عليه و عدم تماميّة دليل الانسداد.

(٥) أي بل كان اللّفظ الموجود من جملة القرائن كما لو قال بكم تبيع الخبز فقال كلّ خبز بخمسة فأعطىٰ خمسة و أخذ خبزاً.

(٦) أي يظهر ما ذكرنا من عدم إفادة المعاطاة اللّزوم بل اللّفظ هو الموجب للزوم البيع و قد ذكر السّيد في شرح هذه العبارة ما هذا نصّه:

« يعنى يظهر اشتراط اللّزوم بكون إنشاء المعاملة باللّفظ في الجملة و لعلّ نظره في ذلك الىٰ ما أشرنا اليه سابقاً « أي عند الاستدلال علىٰ صحّة المعاطاة » من الخبر الوارد في بيع المصحف و الوارد في بيع أطنان القصب و يمكن أن يكون نظره الىٰ ما سينقله من الأخبار الّتي ادّعىٰ اشعارها او ظهورها ».

(٧)*

(٧)(*) راجع (وسائل الشّيعة) الجزء ١٢ ص ٣٧٦ الباب ٨ الحديث ٤ في المرويّ عن خالد بن الحجّاج قال قلت لأبي عبد اللّه (ع) الرّجل يجيئني فيقول: اشتر هذا الثّوب و أربحك كذا و كذا فقال: أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك، قلت بلىٰ قال لا بأس به إنّما يُحَلِّلُ الكلامُ و يُحَرِّمُ الكلامُ: و في نسخة الكافي المطبوعة قد ذكر ابن نجيح بدل ابن الحجّاج تدلّ هذه الرّواية علىٰ عدم انعقاد البيع بغير الصّيغة لافادة كلمة الحصر وهي إنّما علىٰ ذلك فالبيع الواقع بالأفعال المعبّر عنه بالمعاطاة لا يكون معتبراً لخلوّه عن اللّفظ الدّالّ علىٰ إنشاء التّمليك والرّواية مجهولة لأنّ ابن نجيح و ابن الحجّاج مجهولان: راجع ايضا فروع الكافي ج ٥ ص ٢٠١.

بل يظهر منها (١) أنّ إيجاب البيع باللّفظ دون مجرّد التّعاطي كان متعارفاً بين أهل السّوق والتّجار

بل يمكن دعوىٰ السّيرة (٢) علىٰ عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة الّتي يراد بها عدم الرّجوع

---

(١) أي من الاخبار اقول قد استدل علىٰ اعتبار اللّفظ بوجوه شتّىٰ :

١- الاخبار الكثيرة الظّاهرة فياعتبار اللّفظ في صحّة البيع منها ما عن عبد الرّحمن بن سليمان عن أبي عبد اللّه (ع) يقول إنّ المصاحف لن تشترىٰ فاذا اشتريت فقل إنّما أشتري منك الورق و ما فيه من الادم و حليته و ما فيه من عمل يدك بكذا و كذا هذه الرّواية مجهولة لأنّ عبد الرّحمن مجهول .

٢- و عن سماعة عن أبي عبد اللّه (ع) قال سألته عن بيع المصحف و شرائه قال لا تشتر كتاب الله عزّ وجلّ و لكن اشتر الحديد و الورق و الدّفتين وقل اشتريت منك هذا بكذا و كذا هذه الرواية ضعيفة بعثمان بن عيسىٰ ، راجع الوافي ج د ٣ باب ٣٨ . بيع المصاحف و تذهيبها ص٣٧.

و منها ما عن العجلي عن أبي عبد الله (ع) في رجل اشترىٰ من رجل عشرة آلاف طن في انبار بعضه علىٰ بعض من اجمة واحدة و الانبار فيه ثلاثون طن فقال البايع قد بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري قد قبلت و اشتريت و رضيت الخ . هذه الرواية صحيحة راجع الوافي ج٣ باب ١٠٦ ، بيع الغرر و المجازفة ص٩٢ ، التهذيب ج٧ باب ٩ باب الغرر و المجازفة ص١٢٦ .

أقول لا يخفىٰ ما في الاستدلال بهذه الروايات من عدم الدّلالة حيث إنّه لا دلالة في شيء من هذه الروايات علىٰ اعتبار اللّفظ في لزوم البيع فإنّها غير ناظرة الىٰ كيفيّة إنشاء البيع و سيأتي ذكر بقيّة تلك الأخبار في كلام المصنّف (ره) عن قريب فانتظر .

(٢) أقول لم يعلم المراد من السّيرة فلو كان المراد منها سيرة المتشرّعة فممنوعة جداً حيث نرىٰ بالحسّ و العيان أنّ المتشرّعة غير ملتزمين في البيوع الخطيرة بالصّيغة و إن أُريد منها سيرة غير المتشرّعة فلا تكون حجّة لنا .

بمجرّد (١) التّراضي نعم ربّما يكتفون بالمصافقة (٢) فيقول البايع : بارك الله لك ، أو ما أدّىٰ هذا المعنىٰ بالفارسيّة (٣) نعم يكتفون بالتّعاطي في المحقّرات و لا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها ، بل ينكرون علىٰ الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين نعم الاكتفاء في اللّزوم بمطلق الانشاء القولي (٤) غير بعيد للسّيرة و لغير واحد من الأخبار[1] كما سيجيء إن شاء الله تعالىٰ في شروط الصّيغة

---

(١) قوله (بمجرّد التّراضي) الجارّ و المجرور متعلّق بقوله عدم الاكتفاء بمجرّد التّراضي .

---

(١) أقول و من جملة الأخبار التي استدلّ بها علىٰ اعتبار اللّفظ ما عن أبي هريرة إنّ رسول الله (ص) نهىٰ عن بيعتين الملامسة و المنابذة راجع سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٤١ و عنه أيضاً أنّ رسول الله (ص) نهىٰ عن بيع الغرر و عن بيع الحصاة راجع سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٤٢ وجه الدّلالة أنّ النّبي (ص) إنّما نهىٰ عن إنشاء البيع باللّمس والنّبذ و إلقاء الحصاة لانتفاء اللّفظ فيها و من البيّن أنّ المعاطاة فاقدة له فتكون مشمولة للنّبوين المزبورين و أجيب عن ذلك بوجوه منها أنّهما ضعيفا السّند و لا جابر لهما و منها أنّ النّهي عن البيوع المذكورة من ناحية الجهالة و الغرر فلا ربط له بالمعاطاة إذ المفروض أنّها واجدة لجميع الشّرائط إلّا اللّفظ و عليه فلا يمكن قياس المعاطاة بها و إذن تكون المعاطاة مشمولة للعمومات الدّالة علىٰ صحّة المعاملات .

و من جملة الأخبار الّتي استدلّ بها علىٰ اعتبار اللّفظ الأخبار الواردة في بيع الآبق مع الضّميمة منها عن سماعة عن أبي عبد الله (ع) في الرّجل يشتري العبد و هو آبق من أهله فقال لا يصلح إلّا أن يشتري معه شيئاً آخر فيقول أشتري منك هذا الشّيء و عبدك بكذا و كذا ، فإن لم يقدر علىٰ العبد كان ثمنه الّذي نقد في الشّيء موثق بزرعة و سماعة راجع التّهذيب ج ٧ باب ٦ باب ابتياع الحيوان ص ٦٩ .

(٢) يقال صفقت بالبيعة صفقاً أي ضربت بيدي علىٰ يده و كـان العـرب إذا وجب البيع ضرب أحدهما يده علىٰ يد صاحبه ثمّ استعملت الصّفقة في العقد فقيل بارك الله في صفقة يدك (مجمع).

(٣) كان يقال عند التّعامل (خدا مبارک نمايد) أو (خيرش را ببينى).

(٤) يعني بأيّ لفظ كان كقول البايع جعلت هذا الثّوب ملكاً لك و نحوه للسّيرة المستمرّة بين المسلمين.

بقي الكلام في الخبر الّذي تمسّك به في باب المعاطاة تارةً علىٰ عدم إفادة المعاطاة إباحة التّصرف و أخرىٰ (١) علىٰ عدم إفادتها اللّزوم جمعا بينه (٢) و بين ما دلّ علىٰ صحّة مطلق البيع (٣) كما صنعه الرّياض[١] وهو (٤) قوله (ع) إنّما يُحَلِّلُ الكلامُ و يُحَرِّمُ الكلامُ (٥) و توضيح المراد منه يتوقّف علىٰ بيان تمام الخبر و هو ما رواه ثقة الإسلام الكليني في باب بيع ما ليس عنده و الشيخ في باب النّقد و النّسيئة.

عن ابن أبي عُمَيْر عن يحيىٰ بن الحجّاج، أو ابن نجيح قال: قلت لأبي عبد الله (ع) الرّجل يجيئني و يقول اشتر لي هذا الثّوب و اربحك كذا وكذا (٦) فقال أليس إنْ شاء أخذ و إن شاء ترك قلت بلىٰ قال لا بأس إنّما يُحَلِّلُ الكلامُ و يُحَرِّمُ الكلامُ الىٰ آخر الخبر[٢]

---

(١) يعني و يتمسّك به تارة أخرىٰ.

(٢) أي جمعاً بين هذا الحديث.

(٣) و هو الحديث المستدلّ به علىٰ صحّة مطلق البيع سواءً أكان باللّفظ أم بالفعل كقوله (ص) البيعان بالخيار ما لم يفترقا.

(٤) أي الحديث الّذي يتمسّك به في باب المعاطاة الخ.

---

(١) راجع رياض المسائل ج١ ص٥١١.

(٢) راجع الكافي ج٥ ص٢٠١ الحديث ٦، تهذيب الاحكام ج٧ ص٥٠ الحديث ٢١٦، (وسائل الشيعة) الجزء ١٢ باب ٨ ص ٣٧٦.

(٥) تقريب الاستدلال بهذا الخبر أنّه (ع) حصر المحلّل و المحرّم في الكلام أي اللّفظ فلا يكون الفعل محلّلاً و محرّماً أقول هذا الخبر مجهول علىٰ تقدير و حسن علىٰ تقدير آخر إذ لو كان الخبر مرويّاً عن ابن نجيح فهو مجهول و لو كان عن ابن الحجّاج يكون حسناً و عن بعض المتتبّعين أنّه مجهول علىٰ التّقديرين لأنّ ابن نجيح و ابن الحجّاج كلاهما مجهولان فمن حيث السّند لا يتمّ الاستدلال به

و أمّا من حيث الدّلالة فقد ذكر المصنّف (ره) للمراد من الفقرة الّتي ذكرت علّة أعني قوله (**إنّما يُحَلّلُ الكلامُ و يُحَرّمُ الكلامُ**) احتمالات أربعة كما عن مصباح الفقاهة :

١ـ أن يراد من الكلام في المقامين اللّفظ الدّالُ علىٰ التّحريم و التّحليل بأن يختصّ التّحريم باللّفظ و النّطق .

٢ـ أن يراد به اللّفظ مع مضمونه و يكون المقصود أنّ المطلب الواحد من حيث الحكم الشّرعي يختلف باختلاف المضامين المؤدّات بالكلام كقولنا هـذا الكلام صحيح أو فاسد .

٣ـ أن يراد من الكلام في الفقرتين الكلام الواحد و يكون الاختلاف فـي التّحليل و التّحريم باعتبار الوجود و العدم .

٤ـ أن يراد من الكلام المحلّل خصوص المقاولة و المواعدة و من الكلام المحرّم إيجاب البيع و إيقاعه و وجه التّحريم أنّه بيع قبل الشّراء و هو ليس بجائز

فاللّام علىٰ هذا المعنىٰ للعهد و يكون الفرق بين هذا المعنىٰ و المعنىٰ الثّاني هو العموم و الخصوص بمعنىٰ أنّ هذا المعنىٰ خاصٌّ و ذلك عامٌّ.

و هنا احتمال خامس لعلّه الظّاهر من الخبر ذكره صاحب الجواهر (ره) و غيره و حاصله أنّ المراد به الالتزام البيعي بالمحلِلِيّة و المحرِميّة المنسوبتين إليه محلّليّة الايجاب للبيع علىٰ المشتري و لا غرو في إطلاق الكلام علىٰ الالتزام لأنّه شايع كقوله كلام اللّيل يمحوه النّهار فالمتحصّل من الخبر أنّ المشتري حيث إنّه إن شاء أخذ و إن شاء ترك فيكشف ذلك عن عدم تحقّق المعاملة و إنّما الواقع صرف المواعدة و المقاولة فلا بأس لعدم كونه من بيع ما ليس عنده.

و هذا بخلاف ما إذا تحقّق إيجاب البيع و انطباق هذه الفقرة علىٰ جوابه (ع) علىٰ هذا في غاية الوضوح و عليه فهذا الخبر أجنبيٌّ عمّا استدلّ به له و هو اعتبار اللّفظ في اللّزوم إذا عرفت ذلك و جعلته في بالك فنقول أساس الاستدلال من المحقّقين المستدلّين بهذا الخبر المذكور علىٰ عدم لزوم المعاطاة أو علىٰ عدم إفادتها إباحة التّصرف أو علىٰ عدم إفادتها الملكيّة مبنيٌّ علىٰ الوجه الأوّل و يدور مداره توضيح ذلك أنّه يستفاد من ذلك الخبر أنّ المحلِّل و المحرِّم في الشّريعة المقدّسة إنّما هو منحصر في الألفاظ المؤدّية للمقاصد و أنّه لا يقع التّحليل و التّحريم بالقصد السّاذج غير المبرز بمبرز و لا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الألفاظ و الأقوال.

(٦) بمعنىٰ ان يشتري الواسطة الثّوب من السّوق ثمّ يعطيه للآخر فيعطيه الآمر زيادة علىٰ مقدار الّذي اشترىٰ فقال (ع) أليس الآمر إن شاء أخذ الثّوب من المأمور بعد ما اشتراه من السّوق و إن شاء ترك و لم يشتره حتّىٰ يبقىٰ الثّوب للآمر قلت بلىٰ قال (ع) لا بأس **إنّما يُحَلّلُ الكلامُ و يُحَرّمُ الكلامُ**.

و قد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أُخَر[1] مجرّدة عن قوله (ع) (إنّما يُحَلِّلُ) الىٰ آخر كلامه ، كلُّها تدلّ علىٰ أنّه لا بأس بهذه المواعدة والمقاولة (١) مٰا لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه .

و نقول إنّ هذه الفقرة (٢) مع قطع النّظر عن صدر الرواية (٣) تحتمل وجوهاً (٤) (الأوّل) (٥) أن يراد من الكلام في المقامين (٦) اللّفظ الدّالُّ علىٰ التّحريم و التّحليل : بمعنىٰ أنّ تحريم شيء و تحليله (٧) لا يكون إلّا بالنّطق بهما (٨) فلا (٩) يتحقّق بالقصد المجرّد عن الكلام و لا (١٠) بالقصد المدلول عليه بالأفعال ، دون الأقوال

---

(١) المقاولة مشتقّة من القول لأنّه مجرّد قول و ليس بيعاً و لا عقداً أي لا بأس بهذه المقاولة لأنّها مجرّد قول و ليست بيعاً ما لم يوجب المأمور بيع المتاع قبل اشترائه من صاحبه .

(٢) و هو قوله (ع) : (إنّما يُحَلِّلُ الكلامُ و يُحَرِّمُ الكلامُ) .

(٣) و هو قوله (ع) اشتر هذا الثّوب و اربحك كذا و كذا مراده (قده) أنّه لسنا الآن في صدد تحليل هذه الرّواية من صدرها الىٰ ذيلها ، بل في مقام الاستشهاد بذيل الرّواية و هو قوله (ع) : إنّما يُحَلِّلُ الكلامُ و يُحَرِّمُ الكلامُ الّذي يدلّ علىٰ لزوم اللّفظ في المعاوضات .

(٤) الوجوه المحتملة أربعة .

---

(١) راجع الوسائل ج ١٢ ص٣٧٦ الباب ٨ .

(٥) يعني الوجه الأوّل من الوجوه الأربعة المحتملة لهذه الرّواية .

(٦) و هما **إنّما يُحَلِّلُ الكلامُ و يُحَرِّمُ الكلامُ** .

(٧) بمعنىٰ أنّ تحريم شيء الّذي كان قبل النّطق حلالاً و تحليل شيء الّذي كان قبل النّطق حراماً لا يكون إلّا بالنّطق و اللّفظ الموجب للتّحريم أو التّحليل مثلاً تحريم زوجته لا يكون و لا يتحقّق إلّا بالنّطق و التلفّظ بصيغة الطّلاق أو اللّعان و كذا تحليل امرأة لا يكون إلّابصيغة النّكاح .

(٨) أي بالتّحليل و التّحريم اللّفظي و اللّساني مثلاً لو قال شخص زوّجت نفس موكّلتي لنفسي علىٰ الصّداق المعلوم حلّت له المرأة الموكّلة بجميع معاني الحلّية مع جميع شروط النّكاح و لو قال زيد زوجتي فاطمة طالق و كانت جميع شروط الطّلاق موجودة حرمت عليه زوجته فاطمة و بانت عنه إذا انقضت العدّة فتحتاج الىٰ عقد جديد .

(٩) إلقاء تفريع علىٰ ما أفاده من أنّ تحريم شيء و تحليله لا يكونان إلّا بالنّطق اللّساني و التّلفّظ و لا يتحقّقان في الخارج بالقصد المجرّد عن اللّفظ بأن يخطر في باله من دون إتيانه باللّفظ .

(١٠) أي لا يتحقّق تحليل شيء و تحريمه في الخارج بالقصد الدّال عليه الفعل كالمعاطاة أو وضع القناع علىٰ رأس المرأة و هو يريد طلاقها فالتّحليل و التّحريم دائران مدار اللّفظ فإن وجد اللّفظ حلت المعاوضة و إن لم يوجد حرمت .

الثّاني (١) إن يراد بالكلام اللّفظ مع مضمونه (٢) كما في قولك هذا الكلام صحيح ، أو فاسد ، لا مجرّد اللّفظ أعني الصّوت (٣) و يكون المراد (٤) أنّ المطلب الواحد يختلف حكمه الشّرعي حِلّاً و حرمةً باختلاف المضامين المؤدّاة بالكلام مثلاً المقصود الواحد و هو التّسليط على البُضع مدّة معيّنة (٥) يتأتّى بقولها : ملّكتُكَ بُضعي ، أو سلّطتُكَ عليه (٦) أو آجرتُكَ نفسي أو أحللتُها (٧) لك و بقولها متّعتُ نفسي بكذا (٨) فما عدا (٩) الأخير موجب لتحريمه (١٠) و الأخير محلِّل و على هذا (١١) المعنى و ردّ قوله (ع) إنّما يُحَرِّمُ الكلامُ في عدّة من روايات المزارعة

---

(١) أي الوجه الثّاني من الوجوه الأربعة المحتملة في قوله (ع) (إنّما يُحَلِّلُ الكلامُ و يُحَرِّمُ الكلامُ).

(٢) أي تريد منه معناه لا لفظه كما في قولك هذا الكلام صحيح أو فاسد أو صدق أو كذب أو حقٌّ أو باطل تريد اللّفظ مع مضمونه و معناه إذ الصّحة و الفساد من صفات المعنى دون اللّفظ فيكون المراد أنّ هذا الكلام صحيح باعتبار صحّة معناه و هذا الكلام فاسد باعتبار فساد معناه و أمّا إذا كان نفس اللّفظ ذا خلل فيقال اللّفظ غلط مثلاً ، و الفرق بين هذا المعنى و بين المعنى الأوّل أنّ الأوّل يقول المعاملة تحتاج الى اللّفظ و لا يكتفي فيها بالقصد المجرّد و لا بالقصد مع الفعل والثّاني يقول اللّفظ يختلف تحليلاً و تحريماً باعتبار اختلاف المضمون فإنّ قول المرأة آجرتُكَ نفسي إلى أجلٍ معلوم مُحَرّمُ و قولها متّعتُكَ نفسي بالمبلغ المعلوم الى أجلٍ معلوم مُحَلِّل .

(٣) أقول إرادة اللّفظ المجرّد من (الكلام) الوارد في رواية خالد بن الحجّاج وفي غير الرّواية و الحال أنّ الإفادة مأخوذة في مفهوم الكلام بعيد غايته .

(٤) أي يكون المراد من (يُحَلِّلُ الكلامُ و يُحَرّمُ الكلامُ) الواقع في رواية خالد بن الحجّاج هو أنّ المطلب الواحد كالتّسليط علىٰ البُضع يتأتّىٰ بقولها ملّكتُكَ بُضعي أو سلّطتُكَ عليه أو آجرتُكَ نفسي أو أحللتُها لك و بقولها متّعتُ نفسي بكذا فالأخير و هو قول المرأة متّعتُ نفسي بكذا مُحَلِّلٌ و ما عداه و هي الأربعة المذكورة محرّمة .

(٥) كما في العقد الانقطاعي المعبّر عنه بـ(الزّواج المؤقّت) .

(٦) يعني علىٰ بُضعي .

(٧) أي أحللت نفسي .

(٨) أي بمبلغ ستّين ديناراً لمدّة شهرين مثلاً .

(٩) و هو قول المرأة ملّكتُك بُضعي ، أو سلّطتُكَ عليه ، أو آجرتُكَ نفسي ، أو أحللتُها لك لمدّة معيّنة بمبلغ معيّن .

(١٠) أي تحريم التّسليط علىٰ البضع .

(١١) و هو أنّ مطلباً واحداً يختلف حكمه الشّرعي حِلّاً و حرمةً باختلاف المضامين المؤدّاة بالكلام .

منها (١) ما في التّهذيب عن ابن محبوب عن خالد بن جرير عن أبي الرّبيع الشّامي عن أبي عبد الله (ع) عن الرّجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه (٢) ثُلْثاً للبذْر و ثُلْثاً للبقر فقال لا ينبغي له (٣) أن يُسمّيَ بذراً و لا بقراً و لكن يقول لصاحب الأرض أَزرَعُ في أرضِكَ و لكَ منها كذا و كذا نصف أو ثُلْث أو ما كان من شرط (٤) و لا يسمّيَ بذراً و لا بقراً فإنّما يُحَرّمُ الكلامُ[1]

الثّالث (٥) أن يراد بالكلام في الفقرتين (٦) الكلام الواحد و يكون تحريمه و تحليله باعتبار وجوده و عدمه فيكون وجوده (٧) محلّلاً و عدمه (٨) مُحرّماً أو بالعكس (٩) أو باعتبار محلّه و غير محلّه فيُحِلّ في محلّه و يُحَرّمُ في غيره (١٠) و يحتمل هذا الوجه (١١) الرّوايات[2] الواردة في المزارعة

---

(١) أي من روايات المزارعة الواردة في أنّ مطلباً واحداً يختلف حكمه الشّرعي حلّاً و حرمةً.

(٢) أي علىٰ الرّجل الآخر الّذي هو صاحب الأرض.

---

(١) تهذيب الأحكام ج ٧ ص ١٩٤ باب ١٩ باب المزارعة، الحديث ٨٥٧ و كذا في ص ١٩٧، الحديث ٨٧٣، الوافي ج ٣ باب ١٦٥ ص ١٣٦.

(٢) راجع (وسائل الشيعة) الجزء ١٣ ص ١٩٩، الحديث ٤ و ص ٢٠٠، الحديث ٦ و ص ٢٠١، الحديث ١٠.

(٣) أي للرّجل الزّارع .

(٤) يعني المقدار المعيّن الّذي يتبانيان و يتوافقان عليه .

(٥) يعني الوجه الثّالث من الوجوه المذكورة للكلام الوارد في قوله (ع) إنّما يُحَلّلُ الكلامُ و يُحَرّمُ الكلامُ .

(٦) و هما قوله (ع) إنّما يُحَلّلُ الكلامُ و يُحَرّمُ الكلامُ .

(٧) أي يكون وجود الكلام محلّلاً كوجود اللّفظ في عقد النّكاح فإنّه مع الشّرائط المعتبرة محلّل للمرأة علىٰ الرّجل في جميع تمتّعاته .

(٨) أقول و ذلك كالظّهار فإنّ وجوده محرّم و عدمه محلّل .

(٩) بأن يكون وجود الكلام محرّماً و ذلك كالطّلاق فإنّ وجود زوجتي فاطمة طالق محرّم للمرأة علىٰ الرّجل .

(١٠) أي باعتبار محلّ الكلام و اللّفظ و باعتبار عدم محلّهما مثالهما كون الإيجاب قبل القبول فإنّه محلّل لاستعمال اللّفظ في محلّه و كونه بعد القبول فإنّه محرّم لعدم استعمال في محلّه و كذا لو استعملت المرأة لفظة (أنكحت) في النّكاح فإنّه حَلّ النّكاح و جاز وطئ المرأة لاستعمال اللّفظة في محلّها و إذا استعملت لفظة (أنكحت) في البيع فقد حرّم البيع و لا يملك أحدهما الثّمن و المثمّن و ذلك لعدم استعمال اللّفظة في محلّها .

(١١) أي الوجه الثّالث من الوجوه الأربعة المحتملة للكلام الوارد في قول الإمام (ع) إنّما يُحَلّلُ الكلامُ و يُحَرّمُ الكلامُ .

الرّابع (١) أن يـراد مـن الكـلام المـحلّل خـصوص المـقاولة (٢) و المواعدة (٣) و من الكلام (٤) المحرّم إيجاب البيع و إيقاعه ثمّ إنّ الظّاهر عدم إرادة المعنىٰ الأوّل (٥) لأنّه (٦) مع لزوم تخصيص الأكثر (٧) حيث إنّ ظاهره حصر أسباب التّحليل و التّحريم في الشّريعة في اللّفظ يوجب (٨) عدم ارتباطه (٩) بالحكم المذكور (١٠) في الخبر جواباً عن السّؤال مـع كونه (١١) كالتّعليل له (١٢) لأنّ الحكم كما يستفاد من عدّة روايات أُخر[1] تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع علىٰ الرّجل قبل شراء المتاع مـن مالكه و لا دخل لاشتراط

---

(١) أي الوجه الرّابع من الوجوه الأربعة المحتملة لقول الإمام (ع) (إنّما يُحَلِّلُ الكلامُ و يُحَرّمُ الكلامُ).

(٢) المراد منها قول الرّجل للآخر اشترِ هذا الكتاب، فإنّ قوله هذا يكون مقاولة بينه و بين المخاطب.

(٣) المراد منها قول الرّجل المقاول للطّرف المخاطب « اربحك كذا و كـذا » حيث إنّ كذا و كذا: كناية عن النّقد الّذي يعطي المقاول للمخاطب فإعطاء الرّبح الىٰ المخاطب الّذي يشتري للمقاول يكون مواعدة.

(٤) يعني و يراد من الكلام المحرّم في قول الإمام (ع) إنّما يُحَلِّلُ الكلامُ ويُحَرّمُ الكلامُ إيجاب البيع و إيقاعه فعندئذ لا يكون الحديث عامّاً و إنّما يكون خاصّاً بمورد السّؤال.

---

(١) راجع الوسائل ص٣٧٦ الباب ٧، الحديث ٣ وص٣٧٨ الباب ٨، الحديث ١١ـ١٣.

(٥) و هو كون اللّفظ فقط مُحرّماً و مُحلّلاً.

(٦) قوله (لأنّه) علّة و تعليل لقوله (عدم إرادة المعنىٰ الأوّل).

(٧) أقول حاصل الاشكال أنّ التّوجيه الأوّل و هو كون اللّفظ فقط مُحلّلاً و مُحرّماً لازمه تخصيص الأكثر و حصر أسباب حلّية المعاوضات و تحريمها باللّفظ فقط بمعنىٰ أنّ المعاوضات لو وقعت في الخارج باللّفظ صحّت و بطلت مع أنّ في الشّريعة موارد كثيرة تكون الحلّية و الحرمة مستندتين الىٰ غير اللّفظ و النّطق بل بسببهما الخاصّ غير اللّفظ كانقلاب الخمر خلّاً و ذهاب الثّلثين في العصير المغلّىٰ و تقديم الطّعام للضّيف و إهداء الهديّة و حيازة المباحات بقصد التملّك و المواريث و البيوتات الثّمانية و موارد الأذن بشاهد الحال و إخراج السّمك من الماء والتّذكية بالنّسبة الىٰ المذكّىٰ والجنين وغير ذلك من الأسباب المحلّلة و كلّها صحيحة جرت عليها سيرة السّلف و الخلف منذ بداية الإسلام الىٰ يومنا هذا.

و كذا في جانب الحرمة مثل غليان العصيرة ، وانقلاب الخلّ خمراً ، و الدّخول في الأمّ بالنّسبة الىٰ تزويج بنتها ، و إيقاب الغلام بالنّسبة الىٰ تزويج بنته و اخته وأمّه و وطىء حيوان مأكول اللّحم ، و الجلل و الزّنا بذات البعل و غيرها من الأسباب المحرّمة فإنّها محرّمات من دون أن تحتاج الىٰ اللّفظ و النّطق.

(٨) كلمة (يوجب) خبر لـ (أنّ) في قوله لأنّه أي التّوجيه الأوّل يوجب ارتباط

قوله (ع) (إنّما يُحَلّلُ الكلامُ و يُحَرّمُ الكلامُ) مع الحكم الّذي هو قوله (ع) (لا بأس) في جواب السّائل من الامام (ع) الرّجل يجيئني و يقول اشتر هذا الثّوب و أربحك كذا و كذا و ذلك لأنّ قول الإمام (ع) (أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك) له واقع خارجي سواءٌ دلّ عليه اللّفظ أم لم يدلّ فعندئذ لا ربط لقوله (ع) إنّما يُحَلّلُ الكلامُ و يُحَرّمُ الكلامُ مع قوله (ع) لا بأس.

(٩) أي عدم ارتباط قوله (ع) إنّما إنّما يُحَلّلُ الكلامُ و يُحَرّمُ الكلامُ.

(١٠) و هو (عدم البأس).

(١١) أي مع كون قول الإمام (ع) (إنّما يُحَلّلُ الكلامُ و يُحَرّمُ الكلامُ).

(١٢) أي كالتّعليل للحكم المذكور في الرّواية جواباً عن السؤال في قوله (ع) (لا بأس إن شاء أخذ و إن شاء ترك).

النّطق في التّحليل و التّحريم فـي هـذا الحكـم (١) اصـلاً فكـيف يعلّل (٢) به وكذا (٣) المعنىٰ الثّاني إذ (٤) ليس هنا (٥) مطلب واحد حتّىٰ يكون تأديته بمضمون محلّلاً وبآخر (٦) محرّماً فتعيّن المعنىٰ الثّالث : و هو انّ الكلام الدّال علىٰ الالتزام بالبيع لا يُحَرّمُ هذه المعاملة إلاّ وجـوده (٧) قبل شراءالعين التي يريدها الرجل (٨) لأنّه (٩) بيع ماليس عنده (١٠) ولا يُحَلّلُ إلاعدمه (١١) اذمع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلا التّواعد بالمبايعة و هو (١٢) غير مؤثّر فـحاصل الرّوايـة (١٣) أنّ سـبب التحليل والتّحريم في هذه المعاملة منحصر في الكلام عدماً ووجوداً

---

(١) يعني الحكم بالحرمة قبل الاشتراء من مالكه الحلّية بعد الاشتراء .

(٢) أي كيف يُعلّلُ الحكم المذكور آنفاًبقوله (ع) إنّما يُحَلّلُ الكـلامُ ويُـحَرّمُ الكلامُ مع عدم ربطه به .

(٣) يعني وكذا الظّاهر عدم ارادة المعنىٰ الثّاني وهو ارادة اللفظ مع مضمونه من قوله (ع) إنّما يُحَلّلُ الكلامُ ويُحَرّمُ الكلامُ .

(٤) كلمة (اذ) تعليل لعدم ارادة المعنىٰ الثّاني من قوله (ع) انّما يُحَلّلُ ويُحَرّمُ يعني ليس في مورد الرّواية وفي مقام السّؤال مطلب واحد يؤدّي بأكثر من مضمون واحد حيث إنّ المقاولة المحلّلة والبيع المحرّم امران لا انّهما امر واحد والسّؤال في مورد الرّواية عن بيع الثّوب قبل شرائه والجواب أنّ ايجاب البيع قبل الشّراء بأيّ مضمون كان محرّم وعدم ايجابه مُحلّل .

(٥) يعني في مقام السؤال .

(٦) أي وبمضمون آخر محرّماً .

(٧) أي وجود الكلام قبل أن يشتري المقاول وهو الرّجل الآمر للآخر اشتر هذا الثّوب والمواعد وهو الرّجل المقاول للمخاطب : واربحك كذا وكذا بان قال الشّخص الوسيط للمقاول والمواعد بعتك وهو لا يملك شيئاً بعدُ فقد حرم البيع بهذه اللّفظة .

(٨) أي الرّجل الآمر الّذي يريد العين من الشّخص الوسيط .

(٩) أي لأنّ البيع قبل شراء السّلعة من صاحبها .

(١٠) وقد ورد في الحديث « لا تبع ما ليس عندك » فيما اذا كان شخصيّاً لا ما اذا كان كليّاً .

(١١) اذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلّا التّواعد بالمبايعة ومثل هذا التّواعد غير محرّم للبيع لانّه لم يبع ما ليس عنده حتىٰ يُحَرّمُ .

(١٢) أي التواعد بالمبايعة غير مؤثر في المقصود فلا يكون حراماً وذلك لانّ الوسيط المأمور لم يبع ما ليس عنده لكي يُحَرّمُ .

(١٣) وهو قوله (ع) إنّما يُحَلّلُ الكلامُ ويُحَرّمُ الكلامُ علىٰ هذا المعنىٰ الثّاني أنّ سبب التّحليل والتّحريم في هذه المعاملة الّتي يريد الآمر عقدها مع الواسط منحصر في الكلام بمعنىٰ أنّ عدم الكلام الدّال علىٰ التزام البيع محلّل و وجوده كذلك محرّم .

او المعنىٰ الرّابع (١) وهو أنّ المقاولة والمراضاة (٢) مع المشتري الثّاني (٣) قبل اشتراء العين مُحَلِّلٌ للمعاملة ، وايجاب (٤) البيع معه محرّم لها وعلىٰ كلا المعنيين (٥) يسقط الخبر (٦) عن الدّلالة علىٰ اعتبار الكلام في التّحليل كما هو المقصود في مسألة المعاطاة نعم يمكن استظهار (٧) اعتبار الكلام في ايجاب البيع بوجه آخر بعد ما عرفت من أنّ المراد بالكلام هو ايجاب البيع بأن يقال إنّ حصر المحلّل والمحرّم في الكلام لا يتأتّىٰ إلّا مع انحصار إيجاب البيع في الكلام إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلّل والمحرّم في الكلام .

---

(١) قوله (او المعنىٰ الرّابع) مرفوع محلاً عطف علىٰ قوله (فتعيّن المعنىٰ الثّالث) أي فتعيّن المعنىٰ الرّابع .

(٢) أي هذه المقاولة والمراضاة تكون مجرّدة عن اللفظ .

(٣) وهو الآمر للواسط .

(٤) يعني أنّ ايجاب الوسيط المأمور البيع مع المشتري الثّاني قبل الشّراء محرّم للمعاملة .

(٥) وهما المعنىٰ الثّالث و الرّابع .

(٦) وهو قوله (ع) إنّما يُحَلّلُ الكلامُ ويُحَرّمُ الكلامُ .

(٧) أي يمكن استظهار اعتبار الكلام في ايجاب البيع بوجه آخر غير الوجه

الاوّل بان يقال إنّ حصر المحلّل والمحرّم في الكلام لا يصحّ إلّا مع انحصار ايجاب البيع في الكلام حتّىٰ أنّ غير الكلام كالمعاطاة لا يفيد التّحليل اذ لو وقع الحلُّ بالمعاطاة لم ينحصر المحلّلُ والمحرّم في الكلام فتحصل أنّ هذا الحديث يمكن الاستدلال به علىٰ عدم افادة المعاطاة حلّية التّصرف من جهتين الاولىٰ قوله « إنّما يُحَلّلُ الكلام » الثّانية أنّ ايجاب البيع منحصر في الكلام هذا ولكن يمكن ان يقال إنّه ليس المراد من قوله (إنّما يُحَلّلُ الكلام) قاعدة عامّة ليستدلّ به علىٰ خروج غير الكلام عن حريم البحث .

إلاّ أن يقال (١) إنّ وجه انحصار إيجاب البيع في مورد الرّواية هو عدم إمكان المعاطاة في خصوص المورد ، إذ المفروض أنّ المبيع عند مالكه الأوّل فتأمّل (٢) و كيف كان فلا تخلو الرّواية (٣) عن إشعارٍ (٤) أو ظهور كما يُشعر به (٥) قوله (ع) في رواية أُخرى واردة في هذا الحكم (٦) أيضا و هي رواية يحيىٰ بن الحّجاج[1] عن ابي عبد اللّه (ع) قال سألت أباعبد اللّه (ع) عن رجل قال لي : اشتر هذا الثّوب أوهذه الدّابة وبِعنيها أربحك فيها كذا وكذا (٧) قال : لابأس بذلك اشترها ولاتواجبه (٨) البيع قبل أن تستوجبها (٩) أو تشتريها (١٠) فإنّ (١١) الظّاهر أنّ المراد من مواجبة البيع ليس مجرّد إعطاء العين للمشتري (١٢) .

---

(١) يعني أنّ وجه انحصار ايجاب البيع في الكلام في مورد الرّواية الّذي هو « بيع ما ليس عنده » هو عدم إمكان المعاطاة في مورد الرّواية لأجل أنّ المبيع كان عند مالكه الأوّل فلا يمكن التّعاطي بين الدّلاّل و الآمر علىٰ المبيع هذا و لكن لانُسلّم عدم إمكان المعاطاة في مورد الرّواية أنّ الظّاهر منها وجود المتاع عند الدّلاّل و لذا أشار إليه بكلمة (هذا) و قال لصاحبه اشتر هذا الثّوب اربحك كذا و لا أقلّ من الاحتمال و معه لايتم الاستدلال .

(٢) وجه التأمل ماذكرناه آنفاً من ظاهر الرواية كون الثّوب عند الدّلاّل لا عند

---

(١) الوسائل ج ١٢ ص ٣٧٨ الباب ٨ الحديث ١٣ ، هذه الرواية صحيحة . والوافي ج ١٠ ص ٩٣ .

مالكه لكي لا يتمكّن من المعاطاة و الشّاهد على ذلك قول الرّجل للدّلّال اشترلي هذا الثّوب مشيراً الى الثّوب الموجود عند الدّلّال ويمكن ان يكون وجه التّامل أنّه لانُسَلمُ اختصاص المعاطاة بالتعّاطي من الطّرفين بداهة أنّ المعاطاة كما تتحقّق بالتّعاطي من الطّرفين ،كذلك بالاعطاء من جانب و الأخذ من جانب آخر .

(٣) يعني رواية خالد بن الحجاج عن ابي عبد اللّه (ع) الّتي ذيلها (انّما يُحَلّلُ الكلام ويُحَرّمُ الكلامُ)

(٤) مراده (قده) أنّ هذه الرّواية ان لم تدل علىٰ اعتبار الكلام في العقود فلا اقّل من انّها تشعر على اعتبار الكلام و في انحصار سبب الحلّية فيه هذا و لكن قد صرّحنا في ص ٢١٨ أنّ هذه الرّواية مجهولة فلا يمكن الاستدلال بها على الحكم الشّرعي .

(٥) أي بهذا الاشعار وبالانحصار ايجاب البيع في الكلام .

(٦) أي حكم بيع ما ليس عنده .

(٧) يعني مقداراً من المال .

(٨) أي لا تجري العقد مع الرّجل الآمر .

(٩) أي قبل ان تأخذ المتاع من صاحبه أو تشتري المتاع منه ولفظة (أو) للتّنويع ولبيان نوعي الاشتراء .

(١٠) أي تشتري الدّابة .

(١١) كلمة (فانّ) تعليل للاشعار المذكور .

(١٢) بل المراد منها ما إذا كان مشتملا على الصّيغة وهو الإيجاب والقبول اللّفظيّين .

و يشعر به (١) ايضا رواية[١] العلاء الواردة في نسبة الرّبح الى اصل المال قال قلت لأبي عبد الله (ع) الرّجل يريد أنْ يبيع بيعاً فيقول : أبيعك بعشرة اثنا عشر أو عشرة بأحد عشر فقال : « لاباس إنّما هذه المراوضة (٢) فاذا جمع (٣)البيع جعله جملة واحدة » فإن ظاهره (٤) على ما فهمه بعض الشُراح[٢] أنه لايكره ذلك (٥) في المقاولة (٦) التي قبل العقد وإنمّا يكره حين العقد وفي صحيحة ابن سنان[٣] «لابأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك (٧) تساومه (٨) ثمّ تشتري له نحو الذي طلب ، ثمّ تبيعه منه بعد» (٩)

---

(١) أي بكون ايجاب البيع باللّفظ وباعتبار الكلام .

(٢) أي المواصفة والمقاولة يعني ليس هذا بيعا حتّى يكون مكروها وإنما البيع مايكون ذلك بعد عزم البيع وجعله جملة واحدة بيان قال في ق راوضه داراه والمراوضة المكروهة في الاثر أن تواصف الرّجل بالسّلعة ليست عندك وهي بيع المواصفة . انتهىٰ .

(٣) أي فاذا عزم البيع جعل رأس المال والرّبح جملة واحده فيقول بعتك هذه

---

(١) راجع تهذيب الاحكام ج ٧ ص ٥٤ باب البيع بالنّقد والنّسيئةالحديث ٢٣٥ (وسائل الشيعة) الجزء ١٢ ص ٣٨٦ الباب ١٤ من ابواب احكام العقود الحديث ٥ وافي ج ١٠ ص ٩٤ .

(٢) و هو المحدّث السّيد نعمة اللّه الجزائري (قده) في شرحه علىٰ تهذيب الأحكام مخطوط .

(٣) تهذيب الاحكام ج ٧ ص ٤٩ باب البيع بالنقّد و النّسيئة الحديث ٢١٢ .

السّلعة بمئة و عشرين في قبال أن يقول كلّ عشرة باثني عشر .

(٤) يعني ظاهر حديث العلاء .

(٥) أي لا يكره قول (أبيعك بعشرة اثنا عشر) الّذي هو نسبة الرّبح الى رأس المال .

(٦) يعني ليس هذا بيعاً حتّىٰ يكون مكروهًا و إنّما البيع ما يكون بعد ذلك .

(٧) أي في حال كون المتاع ليس موجوداً عندك .

(٨) أي تقاوله و تراوضه .

(٩) أي تشتريه علىٰ نفسك ثمّ تبيعه منه بعد أن اشتريته لنفسك .

وينبغي التّنبيه علىٰ أمور الأوّل الظّاهر (١) أنّ المعاطاة قبل اللّزوم (٢) علىٰ القول بافادتها الملك بيع (٣) بل الظّاهر من كلام المحقّق الثّاني في جامع المقاصد أنّه[1] (٤) ممّا لا كلام فيه حتّىٰ عند القائلين بكونها (٥) فاسدة كالعلّامة في النّهاية و دلّ علىٰ ذلك (٦) تمسّكهم له (٧) بقوله تعالىٰ ﴿ وَ اَحَلَّ اللّٰهُ البَيْعَ ﴾[2] و أمّا علىٰ القول بإفادتها (٨) الإباحة فالظّاهر أنّها بيع عرفي (٩) لم تؤثّر شرعاً إلّا الاباحة فنفي (١٠) البيع عنها في كلامهم ومعاقد اجماعهم (١١) هو نفي البيع المفيد شرعاً اللّزوم زيادة (١٢) علىٰ الملك

---

(١) أي الظّاهر من القائلين بافادة المعاطاة الملك سواء كان لازماً كما أفاده شيخنا المفيد أم متزلزلاً كما اختاره المحقّق الثّاني و يحتمل أن يراد من قوله (الظّاهر) هو الرّاجح ثمّ اعلم أنّ الغرض من بيان هذا الأمر أنّه هل يشترط في المعاطاة شروط البيع أم لا وأيضاً هل يلحقها أحكامه من الخيارات الخاصّة وحكم تلف المبيع قبل قبضه و نحو ذلك من أحكامه أم لا ثمّ إنّ مقابل الظّاهر احتمال كون المعاطاة معاوضة مستقلة علىٰ ما يظهر من الشّهيد في الحواشي.

(٢) أي قبل تصرّف أحد الطرفين فيما انتقل إليه و قبل تلف إحدىٰ العينين إذ بتلف إحداهما يكون لازماً.

(٣) كلمة (بيع) خبر بقوله (إنّ المعاطاة).

---

(١) جامع المقاصد ج ٤ ص ٥٨ ، و نهاية الأحكام ج ٢ ص ٤٤٩.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٧٥.

(٤) أي كون المعاطاة قبل اللّزوم بيعاً ممّا لا كلام فيه .

(٥) أي بكون المعاطاة معاملة فاسدة وجه الفساد أنّ هؤلاء يشترطون في البيع الإيجاب و القبول و من البيّن خلوّ المعاطاة عن ذلك لأنّها تنشأ بالفعل فتكون فاسدة .

(٦) أي علىٰ أنّ المعاطاة بيع قبل اللّزوم .

(٧) أي لكون المعاطاة بيعاً .

(٨) أي بإفادة المعاطاة الإباحة .

(٩) أي ليس ببيع شرعي لوضوح أنّ البيع الشّرعي يفيد الملك و اللّزوم و الحال أنّ المعاطاة بناءً علىٰ إفادتها الإباحة المجرّدة عن الملك لا يفيد اللّزوم لأنّ اللّزوم فرع الملكيّة و إذا لم يكن هناك ملك كيف يأتي اللّزوم .

(١٠) يعني نفي البيع عن المعاطاة بقولهم إنّها ليست بيعاً بلحاظ نفي الصّفة و هي كونها مفيده للملك اللّازم ، لا بلحاظ الحقيقة و أنّ المعاطاة ليست بيعاً حقيقة عند العرف .

(١١) قوله (هو نفي البيع) خبر لمبتدأ مقدّم و هو قوله (فنفي البيع) .

(١٢) قوله (زيادة) من متمّمات التّفريع المذكور أي يكون نفي البيع المراد منه نفي اللّزوم بعد الفراغ عن نفي أصل الملك .

هذا (١) علىٰ ما اخترناه سابقاً ، من أنّ مقصود المتعاطيين في المعاطاة التملّك و البيع و أمّا علىٰ ما احتمله بعضهم (٢) بل استظهره من (٣) أنّ محلّ الكلام هو ما إذا قصدا (٤) مجرّد الإباحة فلا إشكال في عدم كونها (٥) بيعاً عرفاً و لا شرعاً

و علىٰ هذا الأساس (٦) فلا بدّ عند الشكّ في اعتبار شرط فيها (٧) من الرّجوع الىٰ الأدلّة الدّالة علىٰ صحّة هذه الإباحة العوضيّة من (٨) خصوصٍ أو عمومٍ و حيث إنّ المناسب لهذا القول (٩) التّمسك في مشروعيّته (١٠) بعموم[1] إنّ النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم كان مقتضىٰ القاعدة هو (١١) نفي شرطيّة غير ما ثبتت شرطيّته (١٢)

---

(١) أي كون المعاطاة بيعاً علىٰ كلّ تقدير سواء أفاد الملك المستقرّ أو المتزلزل أو صرف الإباحة .

(٢) المراد من هذا البعض صاحب الجواهر .

(٣) كلمة (من) بيانيّةٌ تبيّن المراد من قوله (ما احتمله بعضهم) .

(٤) أي إذا قصد المتعاطيين مجرّد الإباحة .

(٥) أي عدم كون المعاطاة بيعاً عرفاً أقول وجه عدم كونها بيعاً عرفاً أنّ المتعاطيين لم يقصدا الملك و البيع و أمّا عدم كونها بيعاً شرعيّاً أنّه لم يدلّ دليل علىٰ أنّ الشّارع جعل هذا التّعاطي بيعاً علىٰ خلاف رغبة المتعاطيين و قصدهم .

---

(١) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٢ الحديث ٩٩ .

(٦) يعني و علىٰ استظهار صاحب الجواهر من أنّ محلّ الكلام هو ما إذا قصد المتعاطيان مجرّد الإباحة .

(٧) أي في المعاطاة .

(٨) أقول الدّليل الخاصّ هو الإجماع الّذي استدلّ به السّيد الجليل حمزة بن عليّ بن زهرة علىٰ كون المعاطاة مفيدة لإباحة التّصرف و كذا شّيخ الطّائفة .

(٩) أي القول بالإباحة فيما إذا قصد المتعاطيان مجرّد الإباحة كما أفادها صاحب الجواهر و وجه المناسبة هو عدم كون المعاطاة بيعاً بناءً علىٰ هذا القول فلا يناسب بل لا يصحّ الاستدلال بها بقوله تعالىٰ : ﴿ أَحَلَّ اللهُ البَيعَ ﴾ و إنّما المناسب الاستدلال بها بقوله تعالىٰ :﴿ أَوْفُوا بالعُقُود ﴾ و نحوه .

(١٠) أي مشروعيّة المعاطاة و تذكير الضّمير باعتبار كونه مصدراً .

(١١) و هو التّمسك بالإطلاق عند الشكّ في القيد .

(١٢) أقول ما ثبت شرطيّته كالعقل و البلوغ فإنّه لا فرق فيهما بين المعاطاة و البيع و أمّا ما لم يثبت شرطيّته كالعلم بالعوضين فإنّه لا دليل بثبوته في المعاطاة فينفىٰ بقاعدة السّلطنة لعمومها كما أنّه يصحّ التّمسك في نفيه بعموم لا يحلّ و كذا عموم الوفاء بالعقود بناءً علىٰ كونه علىٰ التّقدير المذكور من العقود و عندئذ لو شكّ في اعتبار شرط فيها كان المرجع الإطلاق .

كما أنّه لو تمسك لها (١) بالسّيرة كان مقتضىٰ القاعدة العكس (٢) و الحاصل أنّ المرجع علىٰ هذا (٣) عند الشكّ في شروطها (٤) أدلّة هذه المعاملة سواء اعتبرت (٥) في البيع أم لا و أمّا علىٰ المختار من أنّ الكلام فيما إذا قصد به البيع (٦) فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً (٧) أم لا كذلك (٨) أم يبتني علىٰ القول (٩) بإفادتها للملك و القول (١٠) بعدم إفادتها إلّا الإباحة وجوه (١١)

---

(١) أي للمشروعيّة .

(٢) أقول مراده (قده) من هذه القاعدة قاعدة أصالة عدم تحقّق تلك الإباحة و استصحاب عدم تحقّقها إلّا في المقدار المعيّن المتيقّن فيجب مراعاة كلّ شرط شكّ في اعتباره لأنّه لا عموم للسّيرة فإنّه دليل لبّي فاللّازم الأخذ بالقدر المتيقّن و هو المعاطاة الجامعة لجميع الشّرائط المتيقّنة و المشكوكة .

(٣) أي الّذي ذكره صاحب الجواهر من كون الكلام في المعاطاة المقصود بها الإباحة عند الشكّ في شروط المعاطاة .

(٤) يعني شروط المعاطاة .

(٥) أي سواء اعتبرت تلك الشرائط المشكوكة في البيع أم لا إذ ليست هذه المعاطاة علىٰ هذا القول بيعاً حتّىٰ تأتي فيها الشّرائط المعتبرة في البيع .

(٦) أي و أمّا علىٰ المختار عندنا من أنّ الكلام في المعاطاة الّتي قصد بها البيع من جانب المتعاقدين .

(٧) أي هل يشترط في المعاطاة شروط البيع مطلقاً سواء كانت المعاطاة مفيدة للملك أم مفيدة للإباحة باستثناء الصّيغة فقط .

(٨) أي أم لا يشترط في المعاطاة شروط البيع سواء كانت مفيدة للملك أم مفيدة للإباحة .

(٩) يعني أنّ اعتبار شروط البيع في المعاطاة مبنيٌّ علىٰ القول بإفادتها الملكيّة .

(١٠) كلمة (و القول) مجرور معطوف علىٰ قوله (علىٰ القول) أي أم يبتني عدم اعتبار الشّروط علىٰ القول بإفادة المعاطاة الإباحة .

(١١) كلمة (وجوه) مبتدأ لخبر مقدّر و التّقدير فيه وجوه أي أقوال ثلاثة :

(الأوّل) اعتبار شروط البيع بتمامها في المعاطاة سوىٰ الصّيغة مطلقاً سواء أفادت الملكيّة أم الإباحة .

(الثّاني) عدم اعتبار الشّروط فيه مطلقاً سواء أفاد الملكيّة أم الإباحة .

(الثّالث) اعتبارها فيه إن أفادت المعاطاة الملكيّة .

يشهد للأوّل (١) كونها (٢) بيعاًعرفاً فيشترط (٣) فيها جميع مادلّ على اشتراطه في البيع ويؤيّده (٤) أنّ (٥) محلّ النزّاع بين العامّة والخاصّة في المعاطاة هو أنّ الصّيغة معتبرة في البيع كسائر الشّروط ام لا ،كما يفصح عنه (٦) عنوان المسألة في كتب كثير من العامّة والخاصّة فما (٧) انتفى فيه غير الصّيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان (٨) وان فرض (٩) مشاركاله (١٠) في الحكم (١١) ولذا (١٢) في الحدائق [1] أنّ المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحّة (١٣) المعاطاة المذكورة اذا استكمل شروط البيع غير الصّيغة المخصوصة (١٤)

---

(١) اي للقول الاوّل وهو الذّي يشترط فيه شروط البيع مطلقا سواء كانت المعاطاة مفيدةً للملك أم مفيدةً للاباحة فمرجع الوجوه الثلاثة الى أنّ ادلّة اعتبار الشّروط في البيع هل لها اطلاق بحيث يشمل البيع العرفي والشّرعي اللازم والجائز اولا اطلاق لها من هاتين الجهتين اولها الاطلاق من الجهة الثّانية دون الجهة الاولى فالاوّل للأوّل والثّاني و الثّالث للثّالث .

(٢) كلمة (كونها) مرفوعة محلّا فاعل لكلمة (يشهد) اي يشهد للقول الأوّل كون المعاطاة بيعاً عرفاً .

(٣) أي يتأتّىٰ في المعاطاة كل ما دلّ علىٰ اشتراطه في البيع .

(٤) أي ويؤيّد كون المعاطاة بيعاً عرفاً .

---

(١) المتتبع النّبيل والمتبحر الجليل يوسف بن احمد بن ابراهيم البحراني الحائري في كتابه الحدائق الناضرة ج ١٨ ص ٣٥٦.

(٥) جملة (أنّ محل النزاع) مرفوعة محلّاً فاعل لكلمة (ويؤيّده) .

(٦) أي يكشف عن كون المعاطاة بيعاً عرفاً عنوان مسألة البيع في الكتب الفقهيّة للعامّة و الخاصّة فلو تصفّحت كتبهما لوجدت أنّهم لم يختلفوا في اعتبار بقيّة شرائط البيع و أنّ اختلافهم في اعتبار الصّيغة و عدم اعتبارها فيه .

(٧) أي فالبيع الّذي انتفىٰ شرط من شروط البيع عدا الصّيغة في المعاطاة كشرائط المتعاقدين من البلوغ و العقل و العلم بالعوضين و غيرها خارجٌ عن هذا.

(٨) العنوان أي عنوان الفقهاء و عنوان المعاطاة حيث إنّهم يعتبرون في المعاطاة كلّ ما يعتبرونه في البيع عدا الصّيغة .

(٩) يعني و إن فرضنا مشاركة هذه المعاطاة الفاقدة لشرط آخر غير الصّيغة مع البيع في الحكم و هو الضمان مثلاً لو تلف بأن كان الفاقد لبعض الشروط غير الصّيغة مثل الجامع واجد لجميع الشّروط غير الصّيغة في إفادته الإباحة أو الملك ، و مع ذلك خارج هذه المعاطاة عن عنوان الفقهاء حيث إنّهم يعتبرون في المعاطاة كل ما يعتبرون في البيع عدا الصّيغة .

(١٠) أي لهذا العنوان الّذي هو تجمّع سائر الشّرائط باستثناء الصّيغة .

(١١) المراد من الحكم هو الملك المتزلزل أو الإباحة كما عرفت توضيحه آنفاً فلا نعيده .

(١٢) يعني لأنّ الفقهاء يعتبرون في المعاطاة كل ما يعتبرون في البيع عدا الصّيغة .

(١٣) كلمة (صحّة الخ) خبر لـ (أنّ) في قوله (أنّ المشهور الخ) .

(١٤) و هو الإيجاب و القبول اللّفظيّين .

وأنّها (١) تفيد إباحة تصرّف كلّ منهما (٢) فيما صار إليه من العوض ومقابل المشهور في كلامه (٣) قول العلّامة (ره) في النّهاية بفساد المعاطاة كما صرّح (٤) به (٥) بعد ذلك (٦) فلا يكون كلامه (٧) موهماً لثبوت الخلاف في اشتراط صحّة المعاطاة باستجماع شرائط البيع (٨) و يشهد للثّاني (٩) أنّ البيع في النصّ (١٠) والفتوىٰ (١١) ظاهر فيما حكم فيه باللّزوم وثبت له (١٢) الخيار في قولهم البيعان بالخيار مالم يفترقا ونحوه (١٣)

---

(١) أي المعاطاة تفيد عند استكمال الشّرائط .

(٢) أي كل من المتعاطيين .

(٣) يعني في كلام صاحب الحدائق .

(٤) أي كما صرّح صاحب الحدائق .

(٥) أي بأنّ قول العلّامة مقابل للمشهور في فساد البيع .

(٦) أي بعد فتواه في كتابه الحدائق .

(٧) يعني كلام صاحب الحدائق يوهم أنّ مقابل المشهور صحّة المعاطاة المذكورة مطلقاً يعني سواء استكمل الشّروط أم لا و ليس كذلك بل مقابل المشهور هو قول العلّامة لتصريح صاحب الحدائق به بعد هذه الفتوىٰ .

(٨) مراده (قده) أنّ قول الحدائق (المشهور كذا) يريد به مقابل قول العلّامة الّذي يقول بالفساد حتّىٰ مع استجماع الشّرائط لا مقابل أنّه « في اشتراط المعاطاة بالشّروط خلاف » حتّىٰ يكون هناك مَن يقول بالصّحة و لو بدون الشّرائط .

(٩) أي للقول الثّاني و هو عدم اشتراط صحّة المعاطاة بشروط البيع مطلقاً.

(١٠) عن أبي عبد الله (ع) قال:

أيّما رجل اشترىٰ من رجل بيعاً فهما بالخيار حتّىٰ يفترقا فإذا افترقا وجب البيع[١].

(١١) يعني فتوىٰ العلماء في البيع في الكتب الفقهيّة.

(١٢) أقول حاصل مراد المصنّف (ره) من قوله: إنّ البيع في النّص و الفتوىٰ الخ أنّ كلمة البيع في النّص الدّال علىٰ اعتبار شرط فيه، مثل (نهىٰ النّبي عن بيع الغرر) مثلاً و كذا في الفتوىٰ، مثل قولهم (إنّ الأصل في البيع اللّزوم) ظاهرة في البيع اللّازم الّذي ثبت له خيار المجلس، بدليل (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) فعندئذٍ إذا دلّ دليل علىٰ اعتبار شيء في البيع، ينصرف الىٰ البيع اللّازم لولا الخيار، و لا يشمل المعاطاة حتّىٰ يكون دليلاً علىٰ اعتباره فيها أيضاً، لأنّها علىٰ القول بالإباحة ليست بيعاً، و علىٰ القول بالملك ليست بيعاً لازماً و المفروض أنّ النّص الدّال علىٰ اعتبار الشّيء في البيع ظاهر في البيع اللّازم.

(١٣) كقوله (ص) المؤمنون عند شروطهم كما لو جعل الخيار من حين العقد الىٰ مدّة معلومة، و كما في خيار الحيوان في مدة ثلاثة أيّام.

---

(١) وسائل الشّيعة الجزء ١٢ ص٣٤٦، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

أمّا (١) على القول بالاباحة فواضح ، لأنّ المعاطاة ليست علىٰ هذا القول (٢) بيعاً في نظر الشّارع و المتشرّعة إذ لا نقل فيه (٣) عند الشّارع فاذا ثبت اطلاق الشّارع عليه (٤) في مقام فنحمله (٥) على الجري ما هو بيع باعتقاد العرف لاشتماله (٦) على النّقل في نظرهم و قد تقدم سابقاً(٧) في تصحيح دعوى الإجماع علىٰ عدم كون المعاطاة بيعاً

---

(١) أي أمّا كون المعاطاة ليست بيعاً لكي تأتي فيها شروط البيع على القول بالاباحة بان نقول إن المعاطاة تفيد الاباحة المجرّدة عن الملك فخروجها عن البيع واضح لا ريب فيه إذ لا نقل فيها فانها على الاباحة لا توجب نقل العين والنّقل من مقومات البيع .

(٢) أي على القول بالاباحة .

(٣) أي لا نقل في المعاطاة المفيدة للإباحة المجرّدة عن الملك كما عرفته آنفاً .

(٤) أي فإذا ثبت إطلاق الشّارع لفظ البيع علىٰ التّعاطي و المعاطاة المفيدة للإباحة المجرّدة عن الملك في مورد من موارد خطاباته كان متمشّياً مع العرف حيث أنّهم يرونها بيعاً يفيد نقل الثّمن و المثمّن و التّمليك و التملّك .

(٥) أي نحمل إطلاق الشّارع علىٰ جريه في كلامه علىٰ ما هو بيع باعتقاد العرف .

(٦) أي لاشتمال التّعاطي علىٰ النّقل في نظر العرف .

(٧) أي تقدّم في ص٩٩ بقوله « بأنّها ليست بيعاً حقيقة » .

بيان ذلك (١) و أمّا علىٰ القول بالملك (٢) فلأنّ المطلق (٣) ينصرف الىٰ الفرد المحكوم باللّزوم في قولهم «البيّعان بالخيار» و قولهم : إنّ الأصل في البيع اللّزوم و الخيار إنّما ثبت لدليلٍ و أنّ البيع بقولٍ مطلقٍ من العقود اللّازمة ، و قولهم : البيع هو العقد الدّال علىٰ كذا ، و نحو ذلك (٤)

و بالجملة : فلا يبقىٰ للمتأمّل شكٌّ في أنّ إطلاق البيع في النّص (٥) و الفتوىٰ يراد به ما لا يجوز فسخ عقده بخيارٍ (٦) أو بتقايلٍ (٧)

---

(١) يعني بيان أنّ المراد من البيع في كلام المتشرّعة حيث ينفون البيع عن المعاطاة هو البيع الصّحيح المحكوم عليه باللّزوم .

(٢) أي القول بأنّ المعاطاة تفيد الملك .

(٣) أقول مراده (قده) من المطلق هو البيع من دون قيد أي إذا أطلق البيع ينصرف الىٰ الفرد المحكوم باللّزوم ففي قوله (ص) البيّعان بالخيار ما لم يفترقا : و قول الفقهاء : إنّ الأصل في البيع اللّزوم : و قول الفقهاء أيضاً أنّ البيع من العقود اللّازمة : و قول الفقهاء أيضاً البيع هو العقد الدّال علىٰ كذا : و قولهم أيضاً : الخيار إنّما ثبت بدليلٍ كلمة البيعان ، البيع ، الخيار مطلقة غير مقيدة بشيء فتنصرف الىٰ الفرد الغالب و هو البيع المحكوم باللّزوم .

(٤) و ذلك كالإقالة عندما يقيل كل واحد من المتبايعين صاحبه فهذه الإقالة مطلقة غير مقيّدة فتنصرف عندئذٍ الىٰ الفرد الغالب و هو البيع المحكوم باللّزوم فلا تشمل المعاطاة المفيدة للملك لأنّها تفيد الملكيّة المتزلزلة .

(٥) قد مرّت النّصوص في ص ٢٤٨.

(٦) من غير فرق بين ما كان الخيار ذاتيّاً كخيار العيب و الغبن و الحيوان و خيار الرّوية أم بجعل من المتبايعين كما لو جعلا الخيار لهما أو لأحدهما و المعاطاة ليست كذلك حيث إنّك قد عرفت أنّها تفيد الملك المتزلزل فليست المعاطاة بيعاً حتىٰ تكون مشروطة فيها بشروط البيع.

(٧) قد بيّنا الإقالة بقولنا آنفاً « و ذلك كالإقالة » فلا نعيدها.

و وجه الثالث (١) ما تقدّم للثّاني (٢) علىٰ القول بالإباحة : من سلب البيع عنه (٣) و للأوّل (٤) علىٰ القول بالملك : من صدق البيع عليه حينئذ (٥) و إن لم يكن لازماً ويمكن الفرق (٦) بين الشّرط الّذي ثبت اعتباره في البيع من النّص (٧) فيحمل (٨) علىٰ العرفي و إن لم يفد (٩) عند الشّارع إلّا الإباحة

وبين (١٠) ما ثبت بالإجماع علىٰ اعتباره (١١) في البيع ، بناءً علىٰ انصراف البيع في كلمات المجمعين الىٰ العقد اللّازم (١٢)

---

(١) أقول المراد من وجه الثّالث هو التّفصيل بين إفادة المعاطاة للملك فيشترط فيها شروط البيع و بين إفادتها للإباحة فلا يشترط فيها شروطه و لا يخفىٰ علىٰ المتأمّل المنصف أنّ هذا أوجه الوجوه و أحسنها فيشترط فيها شرائط البيع و يلحقها أحكامه بناءً علىٰ إفادتها للملك لصدق كونها بيعاً بخلاف القول بالإباحة فإنّها بعد فرض أنّ الشّارع حكم علىٰ المعاطاة بالإباحة لا بالملك لا تكون بيعاً شرعاً و لا عرفاً و حكم العرف بكون المعاطاة بيعاً إنّما هو مع قطع النظر عن حكم الشّارع و إلّا فلا يصدق عليها البيع إذ ليس إلّا تمليك عين بعوض و ليس لنا بيع يكون أثره الإباحة و العرف بعد الاطّلاع علىٰ حكم الشّارع يقضي بأنّ الشّارع لم يمض هذا البيع لا أنّه أمضاه و جعل فائدته و نتيجته الإباحة و هذا ممّا لا مرية فيه و لا شكّ يعتريه .

(٢) مراده (قده) أنّ دليل القول الثّالث مركّب من دليلين : أحدهما : دليل القول

الثّاني علىٰ القول بالإباحة و ثانيهما هو دليل القول الأوّل علىٰ القول بالملك .

(٣) كلمة (من) متعلّقة بقوله (ما تقدّم) و ضمير (عنه) يرجع الىٰ المعاطاة أي من سلب البيع عن المعاطاة التي أفادت الإباحة و إذ لم تكن المعاطاة المفيدة للإباحة بيعاً لم تكن مشروطة بشروط البيع .

(٤) أقول كلمة (للأوّل) أيضاً متعلّقة بقوله (ما تقدّم) و حاصله أنّ وجه القول الثّالث ما تقدّم للوجه الأوّل من صدق البيع علىٰ المعاطاة بناءً علىٰ إفادتها للملك .

(٥) أي حين أن أفادت المعاطاة الملكيّة .

(٦) أقول هذا وجه رابع من الوجوه و مثال هذا الشّرط : إذن السّيد فيما إذا كان العاقد عبداً كما صرّح به الشّيخ الأنصاري (قده) في شروط المتعاقدين و قال : و من شروط المتعاقدين إذن السّيد لو كان العاقد عبداً فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلّا بإذن سيّده لعموم أدلّة عدم استقلاله في أُموره و النّص الدّال علىٰ هذا الشّرط قوله تعالىٰ : ﴿ ضَرَبَ اللهُ مَثَلاً عَبداً مَمْلوكاً لاٰ يَقدِرُ علىٰ شَيء ﴾[1] و عن الفقيه بسنده الىٰ زرارة عن أبي جعفر (ع) و أبي عبد الله (ع) قالا المملوك لا يجوز نكاحه و لا طلاقه إلّا بإذن سيّده[2] .

(٧) قوله (من النّص) متعلّق بقوله (ثبت) أي كان الشارع اعتبره بالنّص عليه قد ذكرنا النّص آنفاً .

---

(١) سورة النحل آيه ٧٧ .

(٢) راجع من لا يحضره الفقيه ، باب طلاق العبد ، باب ٧٥ ص ٤٥٣ .

(٨) أي يحمل البيع في القسم الأوّل : و هو ما إذا كانت الشّروط المعتبرة في البيع ثابتة بالنّص على البيع العُرفي فإذا حدث البيع العُرفي كان محلاً لذلك الشّرط فيعتبر مثل ذلك في المعاطاة لصدق البيع العُرفي عليها .

(٩) أي و إن لم يفد ذلك البيع العرفي .

(١٠) أي بين شرط ثبت بالإجماع بأن دلّ الإجماع على ذلك الشّرط في البيع فإنّه لا يشترط في المعاطاة بناءً على القول بأنّها لا تفيد الملك اللّازم .

(١١) أي اعتبار الشّرط الثّابت بالإجماع .

(١٢) فإذا لم تكن المعاطاة توجِب اللّزوم لم يكن ذلك الشّرط معتبراً فيها .

و الاحتمال الأوّل (١) لا يخلو عن قوّة لكونها (٢) بيعاً ظاهراً علىٰ القول بالملك كما عرفت من جامع المقاصد (٣) وأمّا علىٰ القول بالإباحة فلانّها (٤) لم تثبت الّا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط فلا تشمل (٥) الفاقدة للشّرط .

ثمّ إنّه حكىٰ* عن الشّهيد (ره) في حواشيه علىٰ القواعد أنّه (٦) بعد ما منع من اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزّكاة وثمن الهدي (٧) إلاّ بعد تلف العين يعني العين الاخرىٰ (٨) ذكر أنّه يجوز ان يكون الثّمن والمثمن في المعاطاة مجهولين لانّها (٩) ليست عقداً وكذا جهالة الأجل (١٠) و أنّه (١١) لو اشترىٰ امة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثّمن انتهىٰ (١٢) .

---

(١) وهو أنّه يشترط في المعاطاة جميع شروط البيع مطلقاً سواء افادة التّمليك ام الإباحة .

(٢) اي لكون المعاطاة ولا يخفي أنّ المناسب في هذا المقام أن يقول (قده) أمّا علىٰ القبول بالملك فلكونها بيعاً لاتميّته بالنّسبة الىٰ المقصود .

(٣) للمحقّق الثّاني حيث قال بإفادة الملك المتزلزل .

(*) الحاكي هو الفقيه العاملي (قده) في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٨ . السيّد محمّد الجواد بن محمّد الحسيني العاملي .

(٤) اي فلانّ الإباحة لم تثبت إلّا في المعاملة الفاقدة للصّيغة فقط دون الفاقدة لسائر شرائط البيع فمراده (قده) من هذه العبارة أنّ مورد الكلام والنّقض والابرام المعاملة والمعاطاة المحتوية المستكملة جميع شروط البيع الفاقدة للصّيغة فقط فلا تشمل المعاملة الفاقدة للشّرط الآخر غير الصّيغة وقد عرفت انها بيع عرفاً وإن لم يفد شرعاً إلّا الاباحة وعندئذ فيعتبر فيها ما يعتبر في البيع من الشّروط كلّها نعم قد وقع في بعض الكلمات أنّ هذا ليس ببيع إلّا أنّ المراد من ذلك نفي اللزوم لا نفي البيع حقيقة .

(٥) اي لا تشمل الإباحة المعاطاة الفاقدة للشّرط الآخر غير الصّيغة ايضاً علاوة علىٰ فقدها للصّيغة .

(٦) اي الشهيد الاوّل (ره) *

(٧) اقول وجه المنع أنّ الخمس والزكاة وثمن الهدي لاتكون الافي الملك والمأخوذ بالمعاطاة ليس بملك .

(٨) يعني العين الاخرىٰ المقابلة بهذا الشّيء الّذي يراد اعطائه خمساً او زكاة

(*) محمّد بن مكي رئيس المذهب والملّة المعروف بالشّهيد (قده) والمراد من حواشيه ما كتبه علىٰ قواعد الاحكام للعلّامة الحلّي بعنوان الحاشية قال المولىٰ كما لا في بياض الكمالي أنّها موجودة عند مولانا العلّامة وقال صاحب الرّياض (قده) الحقّ أنّها بعينها الحواشي النّجاريّة الّتي دوّنها الشّيخ جمال الدّين احمد بن النّجار تلميذ الشّهيد .

او هدياً وهو الثّمن ووجه استثناء تلف العين الاخرىٰ : انّه يصير مالكاً لما بيده عندئذ فإخراج ما بيده في الخمس والزّكاة يكون جائزاً .

(٩) اي لانّ المعاطاة ليست عقداً والجهالة إنّما تضرّ العقد دون غير العقد .

(١٠) اي جهالة الاجل والمدّة في النّسيئة والسّلف مثلاً .

(١١) عطف علىٰ قوله (انّه يجوز ان يكون) يعني ذكر انّه لو اشترىٰ امة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثّمن لانّه لاوطئ إلّا في ملك .

(١٢) اي انتهىٰ ما أفاده الشّهيد الاوّل في شرحه علىٰ القواعد .

وحكي عنه * (١) في باب الصّرف أيضاً أنّه لا يعتبر التّقابض في المجلس في معاطاة النّقدين (٢) أقول حكمه قدّس سره بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الصّدقات الواجبة (٣) وعدم جواز نكاح (٤) المأخوذ بها (٥) صريح (٦) في عدم إفادتها (٧) للملك إلّا انّ حكمه (ره) بعدم اعتبار الشّروط المذكورة للبيع (٨) والصّرف (٩) معللاً بأنّ المعاطاة ليست عقداً يحتمل ان يكون (١٠) باعتبار عدم الملك حيث إنّ المفيد للملك منحصر في العقد وأن يكون (١١) باعتبار عدم.

---

(١) اي عن الشّهيد.

(٢) مع أنّ التّقابض شرطٌ في النّقدين اذا كان عقدا اقول هذا من الشّهيد (قده). مبنيٌ على تحقّق المعاطاة بالاعطاء من احد الطّرفين المتعاطيين وإلّا فاذا لم يتحقّق التّقابض لم تتحقّق المعاطاة وهذا لاخفاء فيه.

(٣) كالزّكوات بقسميها المالية كزكاة الغلّات الاربع وزكاة النقدين وزكاة الانعام والبدنيّة كزكاة الفطرة.

(٤) اي عدم جواز وطئ الامة المأخوذة بالمعاطاة.

(٥) اي بالمعاطاة.

(٦) كلمة (صريح) خبر لمبتدء مقدّم وهو قوله (حكمه).

(*) الحاكي هو الفقيه السّيد محمّد جواد بن محمّد الحسيني العاملي (ره) في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٣٩٧ عن حواشي الشّهيد (ره) علىٰ قواعد العلّامة (ره).

(٧) اي صريح في عدم إفادة المعاطاة للملك .

(٨) كمعلوميّة الثّمن أوالمثمن فإنّها لا تكون معتبرةً في المعاطاة.

(٩) وهو التّقابض في المجلس فإنّه لا يكون معتبرا في المعاطاة.

(١٠) اقول قوله هذا بيان للاحتمال الثّاني يعني يحتمل ان يكون تعليل الشّهيد بانّ المعاطاة ليست عقدا باعتبار عدم اللّزوم وإن أفادت الملك وحيث إنّها لاتفيد اللّزوم لاتعتبر فيها هذه الشّروط المذكورة.

(١١) وان افادت المعاطاة الملك

اللّزوم ، حيث إنّ الشّروط المذكورة (١) شرائط للبيع العقدي اللّازم (٢) والأقوى (٣) اعتبارها وان قلنا بالإباحة لانّها (٤) بيع عرفي وإن لم يفد شرعاً إلّا الإباحة ومورد الأدلّة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لاخصوص العقدي بل تقييدها (٥) بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب (٦)ولماعرفت (٧) من أنّ الاصل في المعاطاة بعد القول بعدم الملك الفساد وعدم (٨) تأثيره شيئا، خرج (٩) ماهو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللّزوم (١٠) والعدم و هو (١١) المعاملة الجامعة للشّروط عدا الصيغة وبقي الباقي (١٢)

---

(١) وهي معلوميّة العوضين في مطلق البيع وتعيين الأجل في السّلف والنّسيئة والتقابض في المجلس في النقدين .

(٢) وحيث إنّ المعاطاة الفاقدة لبعض الشروط غير الصّيغة لاتفيد اللّزوم لاتشترط بهذه الشّروط .

(٣) قوله (والاقوىٰ) الخ ردّمن المصنّف (قده)علىٰ ماحكى عن الشّهيد (ره) وحاصل الرّد وملخصه أنّ الشّروط المذكورة معتبرة في المعاطاة وان قلنا إنّها تفيد الاباحة المجردة .

(٤) اي لأنّ المعاطاة بيع عرفي ان قلت اذا لم تكن المعاطاة بيعا عند الشّارع فكيف تقولون باعتبار الشّرائط فيها قلت مورد الادلّة الدّالة علىٰ اعتبار تلك الشّروط هو البيع العرفي لاخصوص البيع العقدي وذلك لأنّ موضوعات الاحكام

مُنَزّلةٌ منزلة العرفي إلّا إذا دلّ الدّليل علىٰ تصرف الشّارع في الموضوع زيادة أو نقيصة .

(٥) اي تقييد تلك الشّروط واختصاصها بالبيع العقدي .

(٦) اذ الغالب في البيع هو البيع العرفي لا البيع العقدي الشّرعي واللّفظ انّما يحمل علىٰ الغالب .

(٧) اقول جملة (و لما عرفت) معطوفة علىٰ قوله (لانّها بيعٌ عرفي) وعلّة ثانية لاحتياج المعاطاة الىٰ الشّروط .

(٨) أي عدم تاثير المعاطاة شيئاً أصلا حتىٰ الاباحه وذلك لانّ المتعاطيين نويا الملك فاذا لم يقع ما قصداه كيف يقع مالم يقصداه .

(٩) اي خرجت عن اصل الفساد المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغه فإنّ اصل الفساد لايشمل هذه المعاطاة .

(١٠) يعني لامن حيث الملكية حيث إنّ المعاطاة بناءً علىٰ قول هؤلاء تفيد الملكية لا محالة وانّما الكلام من حيث اللّزوم والعدم .

(١١) اي ماهو محل الخلاف والنّزاع بين الفقهاء وهي المعاطاة المشتملة علىٰ بقيّة شروط البيع عدا الصيغة في أنّ هذه هل هي خارجة عن الاصل المذكور الذي هو الاستصحاب المفيد لفساد المعاطاة أم داخلة تحته .

(١٢) وهي المعاطاة الفاقدة للشّروط فانّها باقية علىٰ اصالة الفساد.

و بما ذكرنا (١) يظهر وجه تحريم الرّبا فيه (٢) و إن خصّصنا الحكم (٣) في البيع بل (٤) الظّاهر التّحريم حتّىٰ عند من لا يراها (٥) مفيدة للملك، لأنّها (٦) معاوضة عرفيّة و إن لم تفد الملك، بل معاوضة شرعيّة كما اعترف بها (٧) الشّهيد[1] (ره) في موضع من الحواشي حيث قال: إنّ المعاطاة معاوضة مستقلّة جايزة أو لازمة انتهىٰ (٨) و لو قلنا، إنّ المقصود للمتعاطيين الإباحة لا الملك فلا يبعد ايضاً جريان الرّبا، لكونها معاوضة عرفاً فتأمّل (٩)

---

(١) و هو اعتبار جميع الشّروط المعتبرة في البيع في المعاطاة أقول ملخّص الكلام فيه إنّه تارةً يقول بجريان الرّبا في كلّ معاوضة و إن لم تكن بيعاً كما هو المشهور لعموم الآية[2] و حرّم الرّبا فإنّ الرّبا هي الزيادة في أحد العوضين المتجانسين و لخصوص الأخبار الدّالة علىٰ اشتراط المثليّة في المعاوضة مع اتّحاد الجنس كقوله (ع) في صحيح عن أبي بصير و غيره الحنطة و الشّعير رأساً برأس لا يزداد واحد منهما علىٰ الآخر[3].

(٢) أي في المعاطاة.

---

(١) نقل الفقيه العاملي (ره) كلام الشّهيد (قده) عن حواشيه علىٰ القواعد في مفتاح الكرامة ج ٤، ص١٥٨.

(٢) ﴿ و أحَلّ الله البيع و حَرّم الرّبا ﴾، سورة البقرة، آية ٢٧٥.

(٣) (وسائل الشيعة)، ج ١٢، باب ٨، من أبواب الرّبا ص٤٣٨.

(٣) مراده (قده) من الحكم هو حرمة الرّبا أي و إن خصّصنا حكم حرمة الرّبا بالبيع كما هو المحكي عن العلامة و الحلّي (قده).

(٤) أي الظّاهر تحريم الرّبا في المعاطاة أقول هذا بناءً علىٰ حرمة الرّبا في مطلق المعاوضات كما هو المشهور و وجه التّحريم حتّىٰ علىٰ الإباحة أنّها معاوضة عرفيّة و إن لم يفد الملك فما دلّ علىٰ حرمة الرّبا في المعاوضة شامل لها.

(٥) أي المعاطاة.

(٦) أي لأنّ المعاطاة معاوضة عند العرف.

(٧) أي اعتراف الشّهيد (ره) بكون المعاطاة معاوضة شرعيّة في موضع من الحواشي.

(٨) أي انتهىٰ كلام الشّهيد (قده).

(٩) وجه التأمّل أنّه بناءً علىٰ تعميم أدلّة الرّبا لمطلق المعاوضات أيضاً إطلاق اسم المعاوضة علىٰ هذه المعاطاة محل إشكال و ذلك لأنّ المعاوضة إنّما تطلق وتجري فيما إذا قصد المتعاطيان معاوضة العين بالعين و التّمليك لا الإباحة بالإباحة و بعبارة أُخرىٰ إذا كان مقصود المتعاطيين الإباحة لا التّملك لم يصدق البيع علىٰ تعاطيهما قطعاً.

و أمّا حكم جريان الخيار فيها (١) قبل اللّزوم (٢) فيمكن نفيه علىٰ المشهور (٣) لأنّها جائزة عندهم فلا معنىٰ للخيار و إن قلنا بإفادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً (٤) بناءً علىٰ صيرورتها بيعاً (٥) بعد اللّزوم كما سيأتي عند تعرّض الملزمات (٦) فالخيار موجود من زمن المعاطاة إلّا أنّ أثره يظهر بعد اللّزوم (٧) و علىٰ هذا (٨) فيصحّ إسقاطه و المصالحة عليه (٩) قبل اللّزوم و يحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصّة بالبيع فلا تجري (١٠)

---

(١) أي في هذه المعاطاة المشتملة علىٰ جميع شرائط البيع سوىٰ الصّيغة بناءً علىٰ إنّها تفيد الإباحة و الملك المتزلزل.

(٢) المراد من قوله (قبل اللّزوم) ما قبل التّلف و بتلف إحدىٰ العينين أو كلتيهما تصير المعاطاة لازمة كما لو أعطىٰ زيد دراهم و أخذ سلعة ثمّ أتلف ذلك الطّرف الدّراهم فإنّه يلزم التّعاطي و عندئذ لا بأس بالقول بجريان الخيار في السّلعة إذا ظهر عيبها مثلاً لأنّ المعاطاة بتلف الدّراهم صارت لازمة و أمّا قبل تلف الدّراهم فلا معنىٰ لجريان الخيار إذا التّعاطي جائز كما أنّه لو قلنا إنّ المعاطاة معاوضة مستقلّة فالخيارات المختصّة بالبيع كخياري المجلس و الحيوان لا تجري فيها لعدم كونها بيعاً.

(٣) أي يمكن نفي الخيار علىٰ المشهور القائلين بإفادة المعاطاة الإباحة لأنّها جائزة عندهم: مراده (قده) من هذه العبارة هو أنّ أثر الخيار إنّما هو جواز العقد

ومن المعلوم أنّ المعاطاة جائزة بالذّات فلا معنىٰ لجوازها بالعرض و اذن فجعل الخيار فيها تحصيل للحاصل و لغو محض أقول لو كانت المعاطاة علىٰ القول بالإباحة جائزة دائماً كان ثبوت الخيار لغواً لكنّها ليست كذلك فعندئذ لا يظهر الوجه في نفي ثبوت الخيار و امتناعه مع الجواز و المصنّف (ره) قد التزم بثبوت الخيار فيها بناءً علىٰ الملك مع أنّها جائزة أيضاً و مجرّد عدم ترتّب أثر عليه قبل اللّزوم لا يوجب لغويّة ثبوته لإمكان ترتّب أثر عليه بعدم اللّزوم بطروّ أحد الملزمات الآتية كتلف العوضين أو نقلهما.

(٤) أي سواء كان ثبوت الخيار في المعاطاة قبل اللّزوم أوبعده سواء كانت ثابتة بدليل خاص كخياري المجلس و الحيوان أم كانت ثابتة بدليل عام كخيار العيب والغبن و نحوهما لأنّ المعاطاة علىٰ القول بالملك بيع عرفي و توضيح الكلام في المقام هو أنّ المعاطاة المقصود بها الملك التي تترتّب عليها الملكيّة الجائزة هل يثبت فيها الخيار مطلقاً بالمعنىٰ الّذي ذكرناه آنفاً أم لا يثبت فيها ذلك مطلقاً أم يفصل بين الخيارات الثّابتة بدليل خاصّ فيحكم بعدم ثبوتها في المعاطاة كالخيارين المذكورين لأنّ أدلّتهما مختصّة بالمعاملة الّتي تكون لازمة من غير ناحية الخيار و المفروض أنّ المعاطاة ليست كذلك و بين الخيارات الثّابتة بدليل عام كخيار الغبن و نحوه لأنّ أدلّتها غير مختصّة بالمعاملات الّتي تكون لازمة من غير ناحية الخيار إذا عرفت هذا فنقول قد التزم المصنّف بالوجه الأوّل في

مطلع كلامه و قال بإمكان ثبوت الخيار في المعاطاة و إن كان يظهر أثره بعد لزومها و عليه يصحّ إسقاطه و المصالحة عليه قبل اللّزوم و احتمل التّفصيل المتقدّم ذكره في آخر كلامه و ذهب بعض الفقهاء الىٰ القول الثاني و أنّ الخيارات مطلقاً لا تجرى في المعاطاة و وجهه ما بيّناه آنفاً عند شرح قول المصنّف (لأنّها جائزة عندهم) فراجع .

(٥) أقول يعني بناءً علىٰ صيرورة المعاطاة بيعاً لا معاوضة مستقلّة في قبال البيع ، كما احتملها الشّهيد الثّاني في المسالك و يأتي نقله في التّنبيه السّابع .

(٦) أي عند تعرّض الملزمات للمعاطاة و احتمل البعض أن يكون مراده (ره) ملزمات البيع .

(٧) و هو زمن التّصرف في العين ، أو تلفها كلّا ، أو بعضا يعني أثر الخيار يكون بعد هذا الزمن أو بعد هذا التّلف .

(٨) يعني بناءً علىٰ وجود الخيار من أوّل وقت المعاطاة .

(٩) أي يصحّ إسقاط الخيار و المصالحة علىٰ إسقاطه بشيء من المال بأن يقول أحد المتعاطيين : صالحتك علىٰ إسقاط خياري إزاء عشرين درهماً أو يقول الآخر : صالحتك بعشرين درهماً علىٰ إسقاط خيارك و وجه الصّحة أنّ الخيار حقّ و الحقّ قابل للإسقاط كما هو قابل للمصالحة .

(١٠) أي لا تجري الخيارات المختصّة بالبيع كخيار المجلس و الحيوان في المعاطاة المفيدة للملك لأنّ دليلهما مختصّ بالبيع .

لاختصاص (١) أدلّتها بما وضع علىٰ اللّزوم من غير جهة الخيار وبين غيرها (٢) كخيار الغبن و العيب بالنّسبة الىٰ الردّ دون الأرش (٣) فتجري (٤) لعموم أدلّتها (٥) و أمّا حكم الخيار بعد اللّزوم فيأتي (٦) بعد ذكر الملزمات.

(الأمر الثّاني) (٧) أنّ المتعيّن من مورد المعاطاة هو حصول التّعاطي فعلاً من الطّرفين (٨) فالملك أو الإباحة في كلّ منهما بالاعطاء فلو حصل الإعطاء من جانبٍ واحدٍ (٩) لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر أو ملكيّته فلا يتحقّق (١٠) المعاوضة و لا الإباحة رأساً (١١) لأنّ كلّا منهما (١٢)

---

(١) كلمة (الاختصاص) علّة لعدم جريان الخيارات المختصّة بالبيع في المعاطاة لاختصاص أدلّتها بها اي بالبيع الّذي وضع علىٰ اللّزوم من غير جهة الخيار إذ المنصرف من دليل الخيار أنّه إنّما جعل لأجل تمكّن ذي الخيار من التّخلص عن البيع اللّازم فإذا قلنا بأنّ المعاطاة ليست لازمة فلا مساغ للخيار فيها.

(٢) أي و بين غير الخيارات المختصّة بالبيع كخيار العيب فإنّها تجري في كلّ معاوضة الّتي منها المعاطاة.

(٣) أقول وجه التّقييد أنّ الارش لا ينافيه الجواز فلا مانع منه علىٰ أيّ حال كما صرّح به السّيد رضوان الله تعالىٰ عليه في الحاشية و قال بعض الأجلّة أنّ هذا التّقييد مبنيٌّ علىٰ أنّ الارش مختصّة بالبيع اللّازم فهذا وجه التّقييد لا ما ذكره

سيّدنا الأجلّ السّيد كاظم اليزدي .

(٤) أي تجري الخيارات الغير المختصّة بالبيع في المعاطاة .

(٥) أي لعموم أدلّة هذه الخيارات الغير المختصّة بالبيع فتشمل عندئذ المعاطاة أيضاً .

(٦) سيأتي في التّنبيه السّابع عند قوله (و تظهر الفائدة الخ) فانتظر .

(٧) أي من الأمور الّتي ينبغي التّنبيه عليها الّتي أفادها في ص٢٣٧ بقوله : و ينبغي التّنبيه علىٰ أمور .

(٨) بأن يعطي أحدهما السّلعة و يعطي الآخر الثّمن .

(٩) بأن لم يعط الآخذ في مقابل أخذه كما لو أخذ المشتري السّلعة و لم يعط الثّمن .

(١٠) أي لا يتحقّق المعاوضة المملّكة بين الجانبين فقوله (فلا يتحقّق) جواب لـ (لو) في قوله (فلو حصل) .

(١١) أي أصلاً و كاملاً و تامّاً حيث إنّ معنىٰ المعاطاة هو الحصول من الطّرفين كما هو مقتضىٰ باب المفاعلة المعبّر عن هذا الحصول بالكامل التّام .

(١٢) أي من السّلعتين و العوض و المعوّض .

ملك (١) أو مباح (٢) في مقابل ملكيّة الآخر (٣) أو إباحته (٤) إلّا (٥) أنّ الظّاهر من جماعة من متأخّري المتأخّرين، تبعاً للشّهيد في الدّروس[1] جعله (٦) من المعاطاة و لا ريب أنّه لا يصدق معنىٰ المعاطاة (٧) لكن هذا (٨) لا يقدح في جريان حكمها (٩) عليه (١٠) بناءً علىٰ عموم الحكم (١١) لكلّ بيع فعلي (١٢) فيكون إقباض أحد العوضين من مالكه تمليكاً له (١٣) بعوضٍ أو مبيحاً له به (١٤) و أخذ الآخر له (١٥) تملّكاً له بالعوض و إباحةً له بإزائه (١٦) فلو كان المعطى (١٧) هو الثّمن كان دفعه (١٨) علىٰ القول بالملك و البيع اشتراءً (١٩)

---

(١) بناءً علىٰ إفادة المعاطاة الملكيّة.

(٢) بناءً علىٰ إفادة المعاطاة الإباحة المجرّدة.

(٣) أي ملكيّة المال الآخر للآخر.

(٤) أي قبول إباحة له فالمضاف محذوف فللبايع الثّمن في مقابل كون المشتري يملك أو يباح له المثمن فإذا لم يحصل أحد الطرفين لم يحصل الطرف الآخر هذا هو مقتضىٰ المعاطاة.

(٥) أقول يريد المصنّف (ره) بقوله (إلّا) أن يحقّق و يثبت أنّ المعاطاة من طرف واحد يعد من المعاطاة و هو الحق بنظري حيث إنّ لفظ المعاطاة ليس ممّا ورد في آية أو رواية و لا في معقد الإجماع، بل من المعلوم أنّه عبّر بها، عن

---

(١) راجع الدّروس الشّرعية ص ٣٣٥.

المعاملة المتعارفة ، المتداولة ، فالمدار في ترتيب الأحكام و الآثار ، علىٰ ما هو المتعارف ، و إن لم يصدق عليه معنىٰ المعاطاة بل معنىٰ الإعطاء بل و لو لم يصدق عليه بناءً علىٰ حصول التّمليك و تحقق المعاملة بالمقاولة و يكون الإعطاء من طرف أو طرفين ، من باب الوفاء بها ، لا احداثاً ، أو تتميماً لها .

(٦) أي جعل ما يكون الإعطاء فيه من جانبٍ واحدٍ فقط من المعاطاة .

(٧) أقول إذ المعاطاة مصدر باب المفاعلة و وضع المفاعلة للمشاركة بين الاثنين .

(٨) أي عدم صدق معنىٰ المعاطاة علىٰ حصول الإعطاء من جانب واحد فقط لا يضرّ في جريان حكم المعاطاة و هي الإباحة ، أو الملكيّة علىٰ مثل هذه المعاطاة يعني علىٰ إعطاء طرف واحد دون الطّرف الآخر و الوجه فيه ما عرفت آنفاً من أنّ المدار في ترتيب الأحكام و الآثار علىٰ ما هو متعارف ، و إن لم يصدق عليه معنىٰ المعاطاة بل معنىٰ الإعطاء .

(٩) أي حكم المعاطاة .

(١٠) أي علىٰ إعطاء طرف واحد دون الطرف الآخر .

(١١) أي عموم حكم الأدلّة الدّالة علىٰ صحّة المعاطاة بناءً علىٰ انّها مصداق للبيع و بعبارة أخرىٰ ذكر المعاطاة من باب أنّها بيعٌ فعليٌ لا لخصوصيّتها في التّعاطي من الطرفين عند الأصحاب .

(١٢) في مقابل البيع القولي يعني بيع حصل بالفعل دون اللّفظ .

(١٣) أي تمليكاً لأحد العوضين و قوله (تمليكاً) الخ خبر (فيكون) .

(١٤) أي أو مبيعاً ذلك المالك لأحد العوضين بالعوض الآخر .

(١٥) أي لأحد العوضين .

(١٦) أي يكون أخذ الآخر له بعنوان أنّه مباح له بمقابل العوض .

(١٧) كلمة (المعطي) بصيغة اسم المفعول .

(١٨) أي دفع الثّمن .

(١٩) قوله (إشتراءً) خبر لـ(كان) في قوله (كان دفعه) أقول لا يصحّ تفريع هذا علىٰ ما قبله لأنّ مقتضىٰ ما قبله أن يكون دفع الثّمن و إقباضه تمليكاً له بإزاء الثّمن لا تملّكاً و اشتراءً للثّمن بإزاء الثّمن المدفوع .

و أخذه (١) بيعاً للمثمّن به (٢) فيحصل الإيجاب والقبول الفعليّين بفعل واحد (٣) في زمان واحد ثمّ صحّة هذا (٤) علىٰ القول في كون المعاطاة بيعاً مملّكاً واضحة (٥) إذ يدلّ عليها (٦) ما (٧) دلّ علىٰ صحّة المعاطاة من الطّرفين و أمّا علىٰ القول بالإباحة فيشكل (٨) بأنّه بعد عدم حصول الملك بها (٩) لا دليل علىٰ تأثيرها (١٠) في الإباحة اللّهمّ إلّا يُدّعىٰ قيام السّيرة عليها (١١) كقيامها علىٰ المعاطاة الحقيقيّة (١٢) وربّما (١٣) يُدّعىٰ انعقاد المعاطاة بمجرّد إيصال الثّمن و أخذ المثمّن من غير صدق إعطاء أصلاً فضلاً عن التّعاطي كما تعارف أخذ الماء مع غيبة السّقّاء و وضع الفلس (١٤) في المكان المعدّ له إذا علم من حال السّقّاء الرّضا بذلك و كذا غير الماء من المحقّرات كالخضروات (١٥) و نحوها

---

(١) أي كان أخذ البايع هذا الثّمن بيعاً للمثمّن .

(٢) أي بمقابل هذا الثّمن .

(٣) و هو الأخذ من البايع و الإعطاء من المشتري فإعطاء المشتري ينحلّ الىٰ فعلين أحدهما الدفع و الآخر الأخذ فيصحّ نسبته حصول الإيجاب والقبول الىٰ فعل واحد .

(٤) أي صحّة هذا النّحو من المعاطاة ذات الطّرف الواحد .

(٥) كلمة (واضحة) خبر لمبتدأ مقدّم و هو قوله (صحّةُ هذا) و مراده (ره) أنّه كما يصحّ السّلف و النّسيئة في البيع بالصّيغة مع أنّ الإعطاء يكون من جانبٍ واحدٍ

كذلك يصحّ السّلف و النّسيئة فيما إذا كان الإعطاء من جانبٍ واحدٍ في البيع بدون الصّيغة .

(٦) أي يدلّ علىٰ صحّة المعاطاة عندئذ .

(٧) أقول المراد من قوله (ما دلّ) مثل أحلّ الله البيع ، و تجارةً عن تراضٍ ، وأوفوا بالعقود و نحوها غاية الأمر أنّ أحدهما مع اللّفظ و الآخر بدون لفظٍ .

(٨) أي يشكل التّمسك بالأدلّة اللّفظيّة علىٰ صحّة مثل هذه المعاطاة الحاصلة من جانبٍ واحدٍ فإنّها لا تشمل طرفاً واحداً و قد فرض عدم شمول أدلّة الملك أيضاً لأنّ المعاطاة هنا تفيد الإباحة فعندئذ لا دليل علىٰ صحّة المعاطاة ذات الطّرف الواحد .

(٩) أي بالمعاطاة .

(١٠) أي لا دليل علىٰ تأثير المعاطاة في الإباحة إذا كان الإعطاء من جانبٍ واحدٍ لما قدّمناه آنفاً .

(١١) أي يُدّعىٰ السّيرة علىٰ صحّة المعاطاة ذات الطّرف الواحد و علىٰ تأثيرها في الإباحة .

(١٢) أي كقيام السّيرة علىٰ صحّة المعاطاة الحقيقيّة و هي الحاصلة من الجانبين كما هو المفهوم في المعاطاة من حيث الوضع اللّغوي .

(١٣) أقول يريد المصنّف (ره) أن يترقّىٰ في معنىٰ المعاطاة و يأتي بمعنىٰ

جديد فيها و هو حصول المعاطاة بمجرّد الإيصال و لو لم يحصل فيه معنىٰ التّعاطي أصلاً و لو من جانبٍ واحدٍ لكنّ الظّاهر أنّ هذا ليس داخلاً في عنوان المعاطاة و لا البيع بل من باب الاذن و الرّضا .

(١٤) الْفَلْسُ قطعةٌ مضروبةٌ من النُّحاس يُتَعامَلُ بها ج اَفْلُسٌ و فُلوس (المنجد).

(١٥) الخُضْرَة لَوْن الأخْضَر . البقل . النّعومة يقال (غُصْنٌ فيه خُضْرةٌ) أي نعومة ج خُضْرٌ وخُضَرٌ الخضراء مؤنّث أخضر ج خضراوات (المنجد) لا الخضروات كما توهّم بعض وأسنده الىٰ بعض اللّغويّين .

و من هذا (١) القبيل دخول الحمّام و وضع الاجرة في كوز صاحب الحمّام مع غيبته فالمعيار في المعاطاة وصول العوضين أو أحدهما مع الرّضا بالتّصرف و يظهر ذلك (٢) من المحقّق الأردبيلي[1] (٣) رحمه الله أيضاً في مسألة المعاطاة وسيأتي (٤) توضيح ذلك في مقامه إن شاء الله ثمّ إنّه لو قلنا: إنّ الغير المعتبر (٥) في العقد كالفعل (٦) في انعقاد المعاطاة أمكن خلوّ المعاطاة من الإعطاء و الإيصال رأساً (٧) فيتقاولان (٨) علىٰ مبادلة شيء بشيء من غير إيصال و لا صحّته مع صدق البيع عليه (٩) بناءً علىٰ الملك (١٠) و أمّا علىٰ القول بالإباحة فالإشكال المتقدّم (١١) هنا آكد

---

(١) أى من قبيل انعقاد المعاطاة بمجرّد الإيصال و إن لم يكن من باب البيع دخولُ الحمّام و وضع الاجرة في كوز صاحب الحمّام مع غيبته و من هذا القبيل أيضاً وضع النقود في المكان المعد للمكالمات التلفونية و ما أشبه ذلك ممّا هو كثير في زماننا هذا.

(٢) أي و يظهر المعيار المذكور و هو انعقاد المعاطاة بوصول العوضين ، أو أحدهما مع الرّضا في التّصرف.

(٣) العالم الربّاني و المحقّق الصّمداني احمد بن محمّد المعروف بالمحقّق الأردبيلي.

(٤) أي بقوله : بل يكفي وصول كلٍّ من العوضين.

---

(١) راجع مجمع الفائدة و البرهان ج٨ ص١٤٤.

(٥) أقول اللّفظ المعتبر في العقد لفظة (بعت) في الإيجاب ، و قبلت في القبول ومراده (قده) من اللّفظ الغير المعتبر اللّفظ الغير الجامع لبعض الأمور الّتي يشترطها المشهور في اللّزوم كالماضويّة كما يأتي من المصنّف (قده) التّصريح باشتراطها بقوله : المشهورُ كما عن غير واحدٍ اشتراطُ الماضويّة بل في التذكرة الإجماع علىٰ عدم وقوعه بلفظ : أَبيعكَ أو إشْترمنّي : و لعلّه لصراحته في الإنشاء إذ المستقبل اشبه بالوعد و الأمر استدعاءٌ لا ايجابٌ و كتقدّم الإيجاب علىٰ القبول .

كما يأتي منه (قده) أيضاً التّصريح به بقوله : الاشهرُ كما قيل لزوم تقديم الإيجاب علىٰ القبول الخ و كالصّريح لما يأتي منه (قده) من قوله : فالمشهورُ عدم وقوع العقد بالكنايات قال في التذكرة الرابع من شروط الصّيغة الصّريحُ فلا يقع بالكناية البتّة مثل قوله أدخلتُه في ملكٍ أو جعلته لك أو خذهُ منّي الخ و غيرها كالموالاة و نحوها أقول و كذا لا يقع بقول أحد المتعاطيين : هذا لك ، و يقول الآخر له : هذا لك إزاءما أعطيتني ، فإنّ هذا اللّفظ غير معتبر في العقد إذ المعتبر فيه لفظ بعت في الإيجاب ، و قبلت في القبول .

(٦) و هو التّعاطي .

(٧) بأن يكون هناك لفظ مجرّد بدون كونه جامعاً لشرائط العقد لكي يكون بيعاً بالصّيغة و لا كونه إعطاءً أو إيصالاً حتّىٰ يكون معاطاة فعلية .

(٨) أقول ليس المراد من المقاولة ما يقابل الإنشاء باللّفظ كما قد يتوهّم بل

المراد ما يقابل الصّيغة الصّحيحة .

(٩) أي لا يبعد صحّة التّقاول مع صدق البيع علىٰ مثل هذه المعاطاة الخالية من الإعطاء و الإيصال .

(١٠) أي بناءً علىٰ إفادة المعاطاة للملك و ليعلم إنّه ليس هذا من بيع الكالي بالكالي الباطل إذ هو فيما إذا كانت السّلعة و المال نسيئة و هذا نقد منتهىٰ الأمر لم يسلّمها الطّرفان في المجلس .

(١١) أي المتقدّم في ص٢٦٧ بقوله : فيشكل بأنّه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل علىٰ تأثيرها في الإباحة : و وجه الآكديّة أنّه يمكن أن يدّعىٰ قيام السّيرة في السّابق و عدم قيامها هنا و إن كان صدق البيع علىٰ مثله أوضح لكنّه لا ينفع بناءً علىٰ الإباحة و بعبارة أخرىٰ وجه الآكديّة معلوميّة عدم قيام السّيرة في المقام بخلاف السّابق .

(الأمر الثّالث) (١) تمييز البايع عن المشتري في المعاطاة الفعلية (٢) مع كون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً كالدّراهم و الدّنانير و الفلوس المسكوكة واضح (٣) فإنّ (٤) صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرّح بالخلاف (٥) و أمّا مع كون العوضين من غيرها (٦) فالثّمن ما قصدا (٧) قيامه مقام المثمن في العوضيّة فإذا أعطىٰ الحنطة في مقابل اللّحم قاصداً أنّ هذا المقدار من الحنطة يساوي درهماً هو ثمن اللّحم فيصدق عرفاً أنّه اشترىٰ اللّحم بالحنطة (٨)

---

(١) الكلام في هذا المقام في أنّه بماذا يتميّز البايع عن المشتري في البيع المعاطاتي أقول قد ذكر في هذا المقام أعني تمييز البايع من المشتري أمور لا بأس بذكرها الأوّل مباشرة الإيجاب و القبول بمعنىٰ أنّ الموجب بايع و القابل مشتر و هذا يتضح غالباً في غير المعاطاة ، الثّاني صاحب المتاع بمعنىٰ أنّ صاحب المتاع بايع و صاحب النقد مشتر ، الثّالث المقدّم بمعنىٰ أنّ المقدّم في المعاملة بايع و التّابع له مشتر و إن فقدت هذه الثلاثة فإن فقد المميّز واقعاً كأن كانا متاعين أو نقدين و لم يلغ الخصوصيّة من أحدهما و لا أعطىٰ الخصوصيّة به و تحققت المعاطاة منهما دفعة من غير ترتيب لم يكن هناك بايع و لا مشتر بل لم تكن هذه المعاملة بيعاً لما عرفت من أنّه يعتبر في صدق البيع اعتبار العوضيّة و المعوضيّة و المفروض ليس هناك عوض و لا معوّض فكانت معاملة مستقلّة دلّت علىٰ صحّتها آيتي الوفاء و التّجارة في غير ما علم عدم لزوم الوفاء به و إن كان هناك

تميّز من إحدىٰ الجهات و لم يعلم و احتيج الىٰ التّشخيص فإن ادّعىٰ ذلك أحدهما و أنكره الآخر جرت قواعد المدّعى و المنكر و إلّا كان الفاصل هو القرعة .

(٢) أقول و هذا بخلاف المعاملات القوليّة فإنّها لا تحتاج الىٰ التّميّز بذلك بل التّميّز يقع باللّفظ فإنّ البايع هو الّذي يقول : بعتُ و المشتري هو الّذي يقول اشتريتُ ، أو قبلتُ .

(٣) كلمة (واضح) خبر لمبتدأ مقدّم وهو قوله (تمييز البايع) .

(٤) كلمة (فإنّ) الخ تعليل للوضوح في قوله : واضح .

(٥) التّصريح بالخلاف كأن يقول صاحب الدّراهم و الدّنانير و الفلوس أبيعُكَ هذه بهذه الشاة فيقول صاحبها قبلتُ فإنّ الدّراهم و الدّنانير و الفلوس في هذه الصورة تكون مثمناً و مبيعاً و الشاة ثمناً .

(٦) أي غير الدّراهم و الدّنانير و الفلوس .

(٧) يعني أنّ الثّمن ما قصد المتعاطيان قيامه مقام المثمّن .

(٨) فيكون اللّحم مثمناً في هذه الصّورة و الحنطة ثمناً و كذلك إذا تعاوضا بما تعارف جعله ثمناً يكون المثمّن ما قصداه .

و إذا انعكس (١) انعكس الصّدق (٢) فيكون المدفوع بنيّة البدليّة عن الدّراهم و الدّنانير هو الثّمن ، و صاحبه (٣) هو المشتري و لو لم يلاحظ إلّا كون أحدهما بدلاً (٤) عن الآخر من دون نيّة قيام أحدهما مقام المثمن في العوضيّة أو لوحظت القيمة في كليهما بأن لوحظ كون المقدار من اللّحم بدرهم و ذلك المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطيا من غير سبق مقاولة تدلّ (٥) علىٰ كون أحدهما بالخصوص بايعاً

---

(١) بأن قصدا وقوع اللّحم ثمناً باعتبار إنّه يساوي درهماً .

(٢) يعني يصير المثمن ثمناً و الثمن مثمناً .

(٣) أي صاحب المدفوع الّذي هو الثّمن .

(٤) كلمة (يلاحظ) بصيغة المجهول أي لو لم يلاحظ في المعاطاة إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون ملاحظة أن يكون أحد المأخوذين بالمعاطاة ثمناً و الآخر مثمناً فكان كلّ واحد منهما مثمناً لأنّه مقتضىٰ كونهما سلعةً هذا و لكن أقول لم يعلم المراد من هذه العبارة فإنّه (قده) إن أراد كون أحد العوضين بعينه لوحظ بدلاً و الآخر مبدلاً فقد عرفت أنّ مالك الأول مشتر و مالك الثّاني بايع و الإشكال إنّما يكون في الطّريق الىٰ معرفة ذلك ليتميّز البايع عن المشتري في مقام الإثبات و لا وجه للاحتمالات الآتية فإنّها احتمالات في الشّبهة المفهوميّة لا المصداقيّة التي هي محلّ الكلام و إن أراد كما هو الظّاهر كون كلّ منهما ملحوظاً بدلاً عن الآخر من دون أن يكون أحدهما بعينه ملحوظاً بدلاً و الآخر مبدّلاً عنه

بل ملحوظ المبادلة بينهما فلا ينبغي التّأمّل في كون المعاملة ليست بيعاً فلا بايع فيها و لا مشتري و الاحتمالان الأوّلان لا وجه لهما .

(٥) أقول جملة (تدلّ الخ) مجرورة محلّاً صفة لكلمة (مقاولة) أي تعاطيا من دون أن يعيّنا قبل المعاوضة المشتري منهما و البايع أو الثّمن و المثمن .

ففي كونه (١) بيعاً و شراءً بالنّسبة الىٰ كلّ منهما (٢) بناءً علىٰ أنّ البيع لغةً كما عرفت مبادلة مالٍ بمالٍ و الاشتراء ترك شيء و الأخذ بغيره كما عن بعض[1] أهل اللّغة فيصدق (٣) علىٰ صاحب اللّحم أنّه باعه بحنطةٍ و أنّه اشترىٰ الحنطة فيحنث لو حلف علىٰ عدم بيع اللّحم و عدم شراء الحنطة (٤) نعم لا يترتّب عليهما (٥) أحكام البايع (٦) و لا المشتري لانصرافهما في أدلّة تلك الأحكام الىٰ مَن اختصّ (٧) بصفة البيع أو الشّراء فلا تعمّ (٨)

---

(١) أي كون أحدهما بدلاً عن الآخر.

(٢) يعني أنّ كلّ واحد منهما بايع باعتبارٍ لأنّ البيع مبادلةُ مالٍ بمالٍ و مشتر باعتبارٍ لأنّ الاشتراء ترك شيءٍ و الأخذ بغيره.

(٣) أي فيصدق هذان التّعريفان علىٰ كلٍ من صاحب اللّحم و صاحب الحنطة فكما أصبح صاحب اللّحم بايعاً و مشترياً كذلك صاحب الحنطة أصبح بايعاً ومشترياً: بايعاً من حيث إنّه باع الحنطة باللّحم، و مشترياً من حيث إنّه اشترىٰ اللّحم بالحنطة.

(٤) أقول وجه الحنث و عدم الوفاء بموجب اليمين أنّه بايع و مشتر في حالٍ واحدٍ بل تكون عليه كفّارتان لو حلف مرّتين مرّة علىٰ عدم بيع اللّحم و مرّة علىٰ عدم شراء الحنطة.

(٥) أي علىٰ صاحب اللّحم و صاحب الحنطة.

---

(١) راجع ترتيب القاموس المحيط للفيروزآبادى ج ٢ ص ٧٠٧.

(٦) أقول و من جملة أحكام البايع كونه ضامناً للمبيع قبل القبض ، فقد ورد في الحديث النّبوي المشهور « كلّ مبيعٍ تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه » و من أحكام المشتري كون خيار الحيوان له ، لصحيحة الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله (ع) قال : قلت له : ما الشّرط في الحيوان ، قال : « ثلاثة أيّام للمشتري » .

(٧) بأن كان أحدهما بايعاً فقط و الآخر مشترياً فقط .

(٨) أي لا تعمّ الأحكام الخاصّة بأحدهما من كان في معاملة واحدة مصداقاً لهما .

من كان في معاملة واحدة مصداقاً لهما (١) باعتبارين (٢) أو كونه (٣) بيعاً بالنّسبة الىٰ مَن يعطي أوّلاً : لصدق الموجب عليه (٤) و شراءً بالنّسبة الىٰ الآخذ ، لكونه قابلاً عرفاً (٥) أو كونها (٦) معاطاةً مصالحة لأنّها (٧) بمعنىٰ التّسالم علىٰ شيء و لذا (٨) حملوا الرّواية الواردة (٩) في قول أحد الشّريكين لصاحبه : لك ما عندك ، و لي ما عندي : علىٰ الصّلح أو كونها (١٠) معاوضةً مستقلّةً (١١) لا يدخل تحت العناوين المتعارفة (١٢) وجوه (١٣) لا يخلو ثانيها (١٤) عن قوّة ، لصدق تعريف البايع لغةً و عرفاً علىٰ الدّافع أوّلاً دون الآخر ، و صدق المشتري علىٰ الآخذ أوّلاً دون الآخر فتدبّر

---

(١) أي للبايع و المشتري .

(٢) فباعتبار أنّه معطي اللّحم بايع و باعتبار أنّه آخذ للحنطة مشتر .

(٣) قوله (كونه) عطف علىٰ مجرور (في) قوله (ففي كونه بيعاً) أي و في كون مثل هذا التّعاطي الّذي لم يلاحظ فيه إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر .

(٤) أي لصدق الموجب علىٰ المعطي عرفاً .

(٥) أي و شراءً بالنّسبة الىٰ الآخذ أوّلاً لكونه قابلاً عرفاً فيما إذا أعطىٰ أحدهما أوّلاً لا إذا تحقّق الأخذ و الإعطاء في آنٍ واحدٍ .

(٦) عطف علىٰ مجرور (في) قوله « ففي كونه بيعاً » و تأنيث الضّمير هنا إنّما هو باعتبار الخبر يعني أو في كون هذا الوجه الّذي لم يلاحظ فيه إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر معاطاة مصالحة لا معاطاة بيع .

(٧) أي لأنّ المصالحة الخ .

(٨) أي لأجل أنّ المصالحة في اللّغة بمعنىٰ التّسالم و التّوافق .

(٩) عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) أنّه قال : في رجلين كان لكلّ منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه ، فقال كلّ واحد منهما لصاحبه : لك ما عندك ، و لي ما عندي ، فقال لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما : وسائل الشيعة الجزء١٣ ص١٦٥ـ١٦٦ الباب ٥ الحديث ١ حسنة بابراهيم بن هاشم القمّي ثقة قال ابنه عليّ بن ابراهيم في تفسيره .

(١٠) و هو عطف أيضاً علىٰ مجرورٍ (في) قوله « ففي كونه بيعاً » أي و في كون مثل هذا التّعاطي الّذي لم يلاحظ فيه إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر .

(١١) أي معاوضةً جديدةً لا بيعاً و لا صلحاً .

(١٢) مراده (قده) من هذه المناقشة أنّ الإباحة بازاء التّمليك الّتي ترجع الىٰ عقدٍ مركّب من إباحة و تمليك خارجة عن المعاوضات المعهودة شرعاً و عرفاً و لا شبهة في أنّ صدق التّجارة علىٰ هذه المعاوضة محلّ تأمّلٍ ، فضلاً عن صدق البيع عليها و إذن فلا تكون مشمولةً لآية التّجارة عن تراضٍ و لا غيرها هذا و لكن سنذكر ما في هذه المناقشة فانتظر .

(١٣) أي الوجوه الّتي ذكرها المصنّف أربعة :

١ـ ففي كونه بيعاً و شراءً الخ .

٢ـ أو كونه بيعاً بالنّسبة الىٰ من يعطي الخ .

٣ـ أو كونها معاطاة الخ .

٤ـ أو كونها معاوضة مستقلّة من غير أن تدخل تحت أحد العناوين المتعارفة و هذا كما عن بعض المدقّقين هو الصّحيح و تدلّ علىٰ صحّته آية التّجارة عن تراضٍ و لا شبهة أنّ أمثال هذه المعاملة كثيرة في العرف .

(١٤) و هو كونه بيعاً بالنّسبة الىٰ مَن يعطي أوّلاً الخ .

الرّابع (١) أنّ أصل المعاطاة و هي إعطاء كلّ منهما الآخر ماله يتصوّر بحسب قصد المتعاطيين علىٰ وجوه (٢) :

أحدهما (٣) أن يقصد كلٌّ منهما تمليك ماله بمال الآخر فيكون الآخر في أخذه (٤) قابلاً و متملّكاً بإزاء ما يدفعه فلا يكون (٥) في دفعه العوض إنشاء تمليك (٦) بل دفع لما التزمه على نفسه بازاء ما تملّكه (٧) فيكون الإيجاب و القبول بدفع العين الأولىٰ (٨) و قبضها (٩) فدفع العين الثّانية (١٠) خارج عن حقيقة المعاطاة (١١) فلو مات (١٢) الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة

---

(١) أي الأمر الرّابع من الأمور الّتي ذكرها المصنّف (ره) بقوله : « و ينبغي التّنبيه علىٰ أمور » .

(٢) أقول أورد عليه السّيد (قده) في الحاشية بقوله : لا يخفىٰ أنّ الوجوه والأقسام أزيد ممّا ذكره المصنّف ثمّ ذكر الأقسام المتصوّرة بقوله : أنّه إمّا أن تكون المقابلة بين المالين علىٰ وجه الملكيّة ، و إمّا أن تكون بينهماعلىٰ وجه الإباحة فيكون من الإباحة المعوّضة بمعنىٰ جعل المباح في مقابل المباح ، و إمّا أن تكون المقابلة بين الفعلين علىٰ وجه التّمليك بأن يكون تمليكٌ بإزاء تمليكٍ ، و إمّا أن يكون بينهما علىٰ وجه الإباحة بأن تكون الإباحة في مقابلة الإباحة ، و إمّا أن يكون أحد المتقابلين مالاً و الآخر فعلاًكأن يملكه العين بعوض تمليكه بأن يكون التّمليك في مقابل العين أو بعوض إباحته العين الأخرىٰ أو يبيح العين بعوض هو تمليكه العين الأخرىٰ أو إباحتها ثمّ مع كون العوض في الطّرف الآخر فعلاً سواءٌ

كان إباحة أو تمليكاً قد يكون ذلك بعنوان العوضيّة و المقابلة و قد يكون بعنوان الاشتراط نظير الهبة المعوّضة ، ثمّ إنّ القبول إمّا أن يكون حاصلاً بمجرّد الأخذ فيكون قوام المعاملة بالإعطاء و الأخذ .

و إمّا أن يكون حاصلاً بالإعطاء من الطّرفين و الظّاهر صحّة جميع الأقسام لشمول العمومات نعم فيما كان أحد الطرفين أو كلاهما إباحة فيه إشكال إذا كان المقصود إباحة جميع التّصرفات حتّىٰ الموقوفة علىٰ الملك حسبما يذكره المصنّف انتهىٰ كلامه رفع مقامه .

(٣) أي أحد الوجوه .

(٤) أي في أخذ مال صاحبه قابلاً و متملّكاً و كلمة (بإزاء) فيما بعد متعلّقة بقوله (قابلاً) .

(٥) أي فلا يكون إنشاء تمليك جديد من قبل الآخذ حتّىٰ يكون في دفعه العوض تمليكاً في مقابل التّمليك بخلاف صورة كون التّمليك في مقابل التّمليك .

(٦) إذ إنشاء التّمليك حصل من المعطي الأوّل الّذي ملّك ماله للآخر إزاء تمليك الآخر ماله له .

(٧) أي تملّك من صاحبه الّذي هو المعطي الأوّل .

(٨) أي الدّفع الّذي حصل من المعطي الأوّل فيكون هو الإيجاب الفعلي .

(٩) أي قبض العين الأولىٰ الّذي حصل من الآخذ فعندئذ يكون دفع العين من المعطي إيجاباً فعليّاً و قبضها من الآخذ قبولاً فعليّاً فتحقّقت المعاطاة بقبض الآخذ.

(١٠) أي دفع العين الثّانية الّذي حصل من الآخذ.

(١١) أقول دفع العين الثّانية خارج عن انعقاد المعاطاة لا أنّه خارج عن حقيقتها و إلّا لم تحقّق مفهوم المعاطاة و هذا واضح لأهل البصيرة.

(١٢) أقول قوله (فلو مات الخ) تفريع علىٰ قوله (فدفع) و نتيجة علىٰ ما أفاده من خروج دفع العين الثّانية عن الآخر للمعطي الأوّل عن انعقاد المعاطاة أي فالنّتيجة أنّه لو مات الآخذ كزيد قبل دفع ماله الّذي هي الدّراهم مات بعد تماميّة المعاطاة.

و بهذا الوجه (١) صحّحنا سابقاً عدم توقّف المعاطاة على قبض كلا العوضين فيكون إطلاق المعاطاة عليه (٢) من حيث حصول المعاملة فيه (٣) بالعطاء ، دون القول ، لا من حيث كونها (٤) متقوّمة بالعطاء من الطّرفين و مثله (٥) في هذا الإطلاق لفظ المصالحة و المساقاة و المزارعة و المواجرة و غيرها (٦) و بهذا الإطلاق (٧) يستعمل المعاطاة في الرّهن (٨) و القرض و الهبة و ربّما يستعمل (٩) في المعاملة الحاصلة بالفعل (١٠) و لو لم يكن عطاء و في صحّته تأمّل (١١)

---

(١) أي بكون الإيجاب و القبول بدفع العين الأولىٰ و قبضها حيث قال (قده) : « فيكون إقباض أحد العوضين من مالكه تمليكاً له الىٰ قوله فيحصل الإيجاب والقبول الفعليّين بفعل واحد في زمان واحد » .

(٢) أي علىٰ دفع العين الأولىٰ و قبضها مع أنّ المعاطاة مصدر باب المفاعلة الظّاهرة في كونها بين اثنين ـ كما تقدّم ـ .

(٣) أي في دفع العين الأولىٰ و قبضها بالعطاء دون حصول المعاملة بالقول واللّفظ .

(٤) أي لا من حيث كون المعاملة متقوّمة بالعطاء من الطّرفين لأنّه لا طرفين فيها .

(٥) أي مثل لفظ المعاطاة في هذا الإطلاق الّذي يشمل حصول المعاملة فيه بالعطاء من طرف واحد لفظ المصالحة و المزارعة و المساقاة و المواجرة في

عدم احتياج تحقّق مفهومها الخارجي الىٰ طرفين .

حيث إنّ إطلاق المصالحة علىٰ الصّلح مثلاً من حيث حصول المصالحة فيه بالصّلح لا أنّ الأمر حاصل من الطّرفين حتّىٰ يفعل كلّ واحد منهما عين ما يفعله الآخر كما في المضاربة فإنّه يضرب كلّ واحد منهما الآخر مع أنّ هذه الألفاظ من باب المفاعلة المحتاج في تحقّق مفهومها الخارجي الىٰ الطرفين .

(٦) أي و غير هذه الألفاظ من الألفاظ الّتي هي من باب المفاعلة الظّاهرة في احتياج تحقّق مفهومها الخارجي الىٰ طرفين .

(٧) أي إطلاق المبدء علىٰ فعل أحد المتعاقدين و المتعاطيين و حصول المعاملة بالعطاء من طرف واحد لا حصولها بالعطاء من الطّرفين .

(٨) أي يصحّ إطلاق المعاطاة علىٰ الرّهن و القرض و الهبة فيقال الرّهن المعاطاتي مثلاً مع أنّه لا يعطي كلّ واحد منهما جنسه رهناً ، بل الرّاهن دفع جنسه و المرتهن أخذه منه فيكون حصول الرّهن بفعل الرّاهن .

(٩) أقول قوله هذا إشارة الىٰ ما تقدّم في ذيل التّنبيه الثّاني من انعقاد المعاطاة بالفعل كما صرّح بقوله « و ربّما يدّعي انعقاد المعاطاة الىٰ قوله كما تعارف أخذ الماء مع غيبة السّقاء و وضع الفلس في المكان المعدّ له إذا علم من حال السّقاء الرّضا بذلك ».

(١٠) كما إذا أخذ زيد مال عمرو و أخذ عمرو مال زيد بناءً منهما العوضيّة فلم يحصل منهما أصلاً العطاء.

(١١) أدِلّ وجه التأمّل عدم الدّليل عليه إذا كان المقصود منه البيع لعدم وجود إنشاء تمليك لا قولاً و لا فعلاً أمّا قولاً فواضح و أمّا فعلاً فلأنّ المالك لم يعط شيئاً و إنّما أخذ الطّرف ماله فلم يصدر منهما إنشاء تمليك.

ثانيها (١) أن يقصد كلّ منهما (٢) تمليك الآخر ماله بإزاء تمليك ماله (٣) إيّاه (٤) فيكون تمليك (٥) بإزاء تمليك ، فالمقابلة بين التّمليكين (٦) لا الملكين (٧) و المعاملة متقوّمة بالعطاء من الطّرفين فلو مات (٨) الثّاني قبل الدّفع (٩) لم يتحقّق المعاطاة و هذا (١٠) بعيدٌ عن معنىٰ البيع (١١) و قريب الىٰ الهبة المعوّضة لكون (١٢) كلّ من المالين خالياً عن العوض لكن إجراء حكم الهبة المعوّضة عليه مشكل (١٣) إذ لو لم يملّكه (١٤) الثّاني هنا (١٥) لم يتحقّق التّمليك من الأوّل (١٦)

---

(١) أي ثاني الوجوه الأربعة المتصوّرة للمعاطاة .

(٢) أي من المتعاطيين .

(٣) أي مال الآخر .

(٤) فيملّك زيد داره عمراً في مقابل تمليك عمرو ألف دينار لزيد .

(٥) كان هنا تامّة و كلمة (تمليك) اسمها و لا تحتاج الىٰ الخبر لتماميّة المعنىٰ بدونه أي يقع تمليك بإزاء تمليك .

(٦) و هما تمليكٌ من المعطي الأوّل الآخذ ، و تمليكٌ من الآخذ للمعطي الأوّل فيقع الفعل في مقابل الفعل و لا تقع العين في مقابل العين .

(٧) أي لا تقع العين في مقابل العين كما عرفت آنفاً .

(٨) أقول الفاء تفريع علىٰ ما أفاده من أنّ المعاملة متقوّمة بالعطاء من الطّرفين فلو مات الثّاني قبل الدّفع و التّمليك صار من جانب واحد فلم تتحقّق المعاطاة بمعناها اللّغوي فوجه عدم التّحقّق أنّه كالموت بين الإيجاب و القبول .

(٩) أي قبل التّمليك للأوّل .

(١٠) أي المقابلة بين التّمليكين و الفعلين .

(١١) أقول و هو كذلك بل لا ربط للتّمليكين بالبيع لما عرفت من تعريف المصباح أنّ البيع مبادلة مال بمال فالبيع هو البدليّة بين الأموال الّتي تكون موضوعاً للتّمليك لا بين تمليك شيء و تمليك آخر و بعبارة أخرىٰ عرفت في أوّل الكتاب أنّه يعتبر في مفهوم البيع أن يكون المبيع من الأعيان و من المعلوم أنّ نفس التّمليك من الأفعال فلا يقع مبيعاً .

(١٢) قوله (لكون الخ) علّة لقوله (و هذا بعيد عن معنىٰ البيع) و وجه القرب الىٰ الهبة كون كلّ من المالين خالياً عن العوض إذ المفروض أنّ المقابلة قد وقعت بين التّمليكين لا بين الملكين فتكون كالهبة المعوّضة لأنّها أيضاً عبارة عن تمليك الشيء .

(١٣) وجه الإشكال أنّه لو لم يملّك الثّاني الأوّل في باب التّمليك لم يتحقّق التّمليك من الأوّل لأنّ الأوّل إنّما ملّك الثّاني بمقابل تمليك الثّاني فزيدٌ إنّما ملّك عمراً بإزاء ملك عمرو إيّاه و هذا بخلاف الهبة فإنّها ليست كذلك إذ تتحقّق الهبة و إن لم يتحقّق العوض فتلخّص أنّه يمكن التّفكيك بين التّمليكين في الهبة و لا يمكن فيما نحن فيه .

(١٤) الضّمير المفعول يرجع الىٰ المملّك الأوّل .

(١٥) أي في باب التّمليك.

(١٦) و الحال أنّ الهبة المعوّضة ليست كذلك إذ يتحقّق تمليك الواهب و إن لم يتحقّق العوض كما عرفت آنفاً.

لأنّه (١) إنّما ملّكه (٢) بإزاء تمليكه (٣) فما لم يتحقّق تمليك الثّاني لم يتحقّق تملّكه (٤) إلّا أن يكون تمليك الآخر له (٥) ملحوظاً عند تمليك الأوّل علىٰ نحو الدّاعي (٦) لا العوض فلا يقدح تخلّفه.

فالأولىٰ أن يقال إنّها (٧) مصالحة و تسالم علىٰ أمر معيّن أو معاوضة مستقلّة (٨) ثالثها (٩) أن يقصد الأوّل إباحة ماله بعوض فيقبل الآخر بأخذه (١٠) إيّاه فيكون الصّادر من الأوّل الإباحة بالعوض و من الثّاني بقبوله لها (١١) التّمليك (١٢) كما لو صرّح بقوله أبحت لك كذا بدرهم

---

(١) أي لأنّ الأوّل.

(٢) أي إنّما ملّك الأوّل للثّاني.

(٣) أي بمقابل تمليك الثّاني فزيد إنّما ملّك عمراً بإزاء ملك عمرو إيّاه.

(٤) أي فما لم يتحقّق تمليك الثّاني لم يتحقّق تملّكه أي تملّك الثّاني لأنّ التّمليك في مقابل التّمليك و الأمر في الهبة ليس كذلك بل يتحقّق التّمليك المعوّض فيها بالإيجاب و القبول و إن لم يتحقّق التّمليك العوض و حاصل الفرق بين الصّورة المفروضة أعني ما نحن فيه و الهبة المعوّضة أنّ الصّورة المفروضة قد جعل فيها أحد التّمليكين بإزاء الآخر فالإيجاب الّذي ينشأ به التّمليك المعوّض ينشأ به التّمليك العوض أيضاً و بقبول الآخر سواء كان بالإعطاء أم بالأخذ يتمّ العقد فلا يمكن انفكاك أحد التّمليكين فيها عن الآخر أمّا الهبة المعوّضة فإيجاب الواهب إنّما يتضمّن إنشاء تمليكه فقط و بقبول المتّهب يتمّ العقد فيتحقّق التّمليك المعوّض.

(٥) أي للأوّل.

(٦) أقول الدّاعي هو السّبب الوحيد الّذي حثّنا علىٰ الفعل بأن يكون تمليك الآخر كعمرو (له) أي للأوّل كزيد في المثال ملحوظاً عند تمليك الأوّل كزيد علىٰ نحو الدّاعي و السبّب لا العوض كما لو كان داعي زيد في تمليك عمرو أن يملّكه عمرو الف دينار بأن كان تمليك زيد لعمرو بلا مقابل فعندئذ يمكن أن يقال إنّه من قبيل الهبة المعوّضة لأنّ العوض في الهبة المعوّضة لم يلاحظ علىٰ جهة المقابلة بل لوحظ علىٰ وجه الدّاعي و السّببيّة فلذا ظهر من الفقهاء الاعلام عدم تملّك العوض بمجرّد تمليك الموهوب بالهبة فلا يكون تخلّفه قادحاً في التّمليك الأوّل بل غاية الأمر أنّ الموهوب له لو لم يؤدّ العوض كان للواهب الرّجوع كما قرّر في سائر مباحث تخلّف الدّاعي كما لو اشترىٰ الدّواء بداعي سقيه المريض ثمّ تبيّن شفائه قبل ذلك أو اشترىٰ الخبز بداعي وجود الضّيف ثمّ تبيّن ذهابه.

(٧) أي المعاطاة بالمعنىٰ الثّاني و هو التّمليك في مقابل التّمليك مصالحة و تسالم على أمر معيّن و الصّلح جائز بين المسلمين من غير فرق بين إفادته فائدة إحدىٰ المعاملات المعروفة أم لا.

(٨) أقول بأن تكون معاوضة برأسها و بالاستقلال من غير أن تدخل تحت أحد العناوين المتعارفة و هذا كما ذكرنا في التّنبيه السّابق هو المتعيّن و تدلّ علىٰ صحّته آية التّجارة عن تراض و أوفوا بالعقود و أمثال ذلك.

(٩) أي ثالث الوجوه الأربع المتصوّرة أن يقصد الأوّل كزيد إباحة (ماله) الدّار (بعوض) هو ألف دينار فيقبل الآخر كعمرو.

(١٠) أي بأخذ الآخر المال.

(١١) أي بقبول الثّاني الإباحة و لفظ التّمليك خبر قوله (فيكون الصّادر) أي فيكون الصّادر من الثّاني تمليك العوض في قبال الاباحة تمليكاً ضمنيّاً.

(١٢) بمعنىٰ أنّ الأوّل بعد أن قصد إباحة ماله للآخر إزاء عوض و قبل الآخر هذه الاباحة يقصد الآخر تمليك ماله للمبيع.

رابعها (١) أن يقصد كلّ منهما الإباحة بازاء إباحة أخرىٰ فيكون إباحة بإزاء إباحة (٢)، أو إباحة لداعي إباحة (٣) علىٰ ما تقدّم[1] نظيره (٤) في الوجه الثّاني، من إمكان تصوّره (٥) علىٰ نحو الدّاعي (٦) و علىٰ نحو العوضيّة (٧) و كيف كان (٨) فالإشكال في حكم القسمين الأخيرين (٩) علىٰ فرض قصد المتعاطيين لهما (١٠) و منشأ الإشكال (١١) أوّلاً الإشكال في صحّة إباحة جميع التّصرفات حتّىٰ المتوقّفة علىٰ ملكيّة المتصرّف (١٢) بأن يقول أبحتُ لك كلّ تصرّف من دونه أن يملّكه العين (١٣)

---

(١) أي رابع الوجوه الأربع المتصوّرة بحسب قصد المتعاطيين.

(٢) كما لو قال أبحت كتابي أو داري في مقابل إباحتك دنانيرك.

(٣) بمعنىٰ أن تكون الإباحة الأولىٰ بداعي الإباحة الثّانية كما لو أباحه الدّار وكان داعيه في هذه الإباحة أن يبيح له دنانيره فعندئذ تحقّقت الإباحة بدفع الأوّل وأخذ الثّاني و كانت متقوّمة بجانب واحد، و لا تتوقّف علىٰ إباحة الآخر.

(٤) أي نظير الإباحة في قبال إباحة أو في الدّاعي الإباحة.

(٥) أي تصوّر الوجه الثّاني و هو أن يقصد كلّ منهما تمليك الآخر ماله بإزاء تمليك ماله إيّاه.

---

(١) أي تقدّم في ص٣٢٨ بقوله: إلّا أن يكون تمليك الآخر له ملحوظاً عند الأوّل علىٰ نحو الدّاعي لا العوض.

(٦) قد صرّحنا بأنّ تخلّف الدّاعي لا يقدح في إباحة الأوّل فإنّ الشّخص لو اشترىٰ الدّواء بداعي شفاء المريض ثمّ تبيّن شفائه قبل ذلك فإنّ تخلّف الدّاعي لا يقدح في صحّة اشتراء الدّواء.

(٧) أقول لكن مع الفرق بين الثّاني و الرّابع: و هو أنّ التّقابل في الثّاني يكون بين التّمليكين و في الرّابع بين الإباحتين.

(٨) أي سواء كانت المعاطاة إباحة بإزاء إباحة أو إباحة لداعي إباحة.

(٩) و المراد من القسمين الأخيرين الوجه الثّالث و الرّابع من الوجوه الأربعة المتصوّرة المذكورة للمعاطاة.

(١٠) أي للوجه الثّالث و الرّابع الّذي فسّر المعاطاة بهما.

(١١) أقول بمعنىٰ أنّ الإباحة من حيث هي إباحة لا تسوّغ التّصرفات المتوقّفة علىٰ الملك إلّا علىٰ نحو التّشريع بل يمكن أن يقال إنّ ما ذكره المصنّف (ره) من الإشكال فيهما لا يختصّ بما إذا وقعا بالمعاطاة بل يجري فيما إذا وقعا باللّفظ وكذا لا يختصّ بالقسمين الأخيرين بل يجري في كلّ مورد يكون أحد الطّرفين إباحة لجميع التّصرّفات فإنّ مناط الإشكال هو إباحة التّصرفات الموقوفة علىٰ الملك كالعتق والوطئ ونحوهما بأي وجه كان و لو كانت بلا عوض.

(١٢) و ذلك كالبيع و الوقف و العتق و الوطئ و نحوها.

(١٣) أقول و ذلك كما في الوجه الرّابع: حيث يقصد كلّ واحد من المتعاطيين فيه إباحة ماله إزاء إباحة الآخر ماله له فالتّصرفات المتوقّفة علىٰ الملك مع القصد المذكور لا يمكن الجمع بينهما.

و ثانياً الإشكال في صحّة الإباحة بالعوض الرّاجعة الىٰ عقدٍ مركّب من إباحة و تمليك (١) فنقول : أمّا إباحة جميع التّصرفات حتّىٰ المتوقّفة علىٰ الملك فالظّاهر أنّه لا يجوز : إذ التّصرف الموقوف علىٰ الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرّد إذن المالك فإنّ إذن المالك ليس مشرّعاً (٢) و إنّما يمضي فيما يجوز شرعاً (٣) فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثّمن مع خروج المبيع عن ملك غيره (٤) غير معقول (٥) كما صرّح به (٦) العلّامة في القواعد[1] فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه (٧) نعم يصحّ ذلك (٨) بأحد الوجهين كلاهما في المقام (٩) مفقود

---

(١) أقول أي إباحة من المبيح و تمليكاً من المباح له و حاصل الإشكال أنّ الإباحة بازاء التّمليك الّتي ترجع الىٰ عقدٍ مركّب من إباحة و تمليك خارجة عن المعاوضات المعهودة شرعاً و عرفاً و لا شكّ في أنّ صدق التّجارة علىٰ هذه المعاوضة محلّ تأمّلٍ فضلاً عن صدق البيع عليها و إذن لا تكون مشمولةً لآية التّجارة و لا غيرها.

(٢) أو بأن يأذن المالك للغير في وطئ أمَته و الشّارع قال لا يكون الوطئ إلّا بالنكاح أو بالتّحليل فعندئذ مجرّد إذن المالك لا يسوّغ وطئها بأن يبيح ما لا يبيحه الشّرع و كما إذا أذن المالك في قطع يد عبده أوأمَته فإنّه لا حقّ للمالك الىٰ هذا المقدار و إنّما حقّه في حدود الشّرع و المقدار الّذي أجازه لا أكثر من ذلك.

---

(١) راجع قواعد الأحكام ج ١ ص ١٥١.

(٣) أي و إنّما يمضي إذن المالك فيما يجوز شرعاً فيكون إذنه في عتق عبده عن نفس المعتق كإذنه في قطع يد عبده فكما لا يجوز الثّاني كذلك لا يجوز الأوّل فإنّ الشّارع لم يأذن في أيّهما .

(٤) كأن يبيع زيد مال عمرو لنفسه بأن يملك البايع الثّمن مع خروج المثمن عن ملك المبيع و الحال أنّ الثّمن لا بدّ أن يدخل في ملك مَن خرج المثمن عن ملكه .

(٥) أقول كلمة (غير معقول) خبر (كان) و وجه كون هذا البيع غير معقول ما مرّت إليه الإشارة في أوائل البيع من أنّه عبارة عن التّبديل و التّعويض و من المعلوم أنّه لا يراد من كون شيء بدلاً و عوضاً إلّا كونه كذلك في الملكيّة و لا يكاد أن يتحقّق هذا العنوان إلّا بصيرورته ملكاً لمن خرج عن ملكه المعوّض إذ لو لم يملكه لم يتحقّق لما خرج من ملكه بدلٌ و عوضٌ في الملكيّة .

(٦) أي يكون البيع المذكور غير معقول .

(٧) أي في بيع الإنسان مال غيره لنفسه .

(٨) أي الإذن في بيع الإنسان مال غيره لنفسه .

(٩) أي كلا الوجهين في مقام إباحة جميع التّصرفات مفقود .

(أحدهما) أن يقصد المبيح (١) بقوله : أبحت لك أن تبيع مالي لنفسك إنشاء توكيل (٢) له (٣) في بيع ماله (٤) له (٥) ثمّ نقل الثّمن الىٰ نفسه (٦) بالهبة ، أو في نقله (٧) أوّلاً الىٰ نفسه (٨) ثمّ بيعه (٩) أو تمليكاً (١٠) له بنفس هذه الإباحة فيكون إنشاء تمليكٍ له (١١) و يكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله (١٢) كما صرّح في التّذكرة[1] بأنّ قول الرّجل لمالك العبد : أعتِق عَبدكَ عنّي كذا (١٣) استدعاء لتمليكه (١٤) و إعتاق المولىٰ عنه (١٥) جواب لذلك الاستدعاء فيحصل النّقل و الانتقال (١٦) بهذا الاستدعاء و الجواب (١٧)

---

(١) أي أحد الوجهين أن يقصد المبيح بإباحته إنشاء توكيل للمباح له في بيع مال المبيح للمبيح .

(٢) أقول يعني أن يوكّله المبيح في بيع ماله الّذي بيد المباح له عن مالكه و إذا باع و دخل الثّمن في ملك المالك ، ينقل الثّمن وكالة عن المالك الىٰ نفسه .

(٣) أي للمباح له .

(٤) أي مال المبيح .

(٥) أي للمبيح .

(٦) أي نفس المباح له .

(٧) أقول هذا عطف علىٰ قوله في بيع ماله و الضّمير يرجع الىٰ مال المبيح يعني

---

(١) راجع تذكرة الفقهاء ج ١ ص ٤٦٢ .

أن يقصد المبيح بالإباحة إنشاء توكيل للمباح له في نقل مال المبيح بالهبة أوّلاً الىٰ نفس المباح له ثمّ بيع المباح له المال لنفسه .

(٨) أي المباح له .

(٩) الضّمير يرجع الىٰ مال المبيح و حاصل المعنىٰ أو ينشأ توكيلاً للمباح له في نقل مال المبيح أوّلاً الىٰ المباح له ثمّ بيع مال المبيح لنفس المباح له .

(١٠) أقول قوله (أو تمليكاً) عطف علىٰ قوله (إنشاء توكيل) يعني أو يقصد من قوله أبحت لك الخ إنشاء تمليك ماله للمباح له بنفس الإباحة فما يترائىٰ في عبارة بعض الأكابر من عطفه علىٰ (تمليكاً) فمن طغيان القلم .

(١١) أي للمباح له .

(١٢) أي قبول المخاطب ذلك التّمليك أقول و لا يبعدأن يكون نفس أخذ المخاطب بمنزلة القبول من دون انتظارٍ في حصول الملكيّة الىٰ بيع المخاطب كما عن بعض الأكابر .

(١٣) أي بمقابل أن أعطيك لأعوض عبدك أقول قال في التّذكرة بعد تعداد الشّروط المعتبرة في صيغة البيع ما لفظه فروع الأوّل إنّما يفتقر الىٰ الإيجاب و القبول فيما ليس الضّمني من البيوع و أمّا الضّمني كاعتق عبدَكَ عنّي بكذا فيكفي فيه الالتماس و الجواب و لا تعتبر الصّيغة المتقدّمة إجماعاً . انتهى .

(١٤) أقول الاستدعاء هنا بمعنىٰ الطّلب و ضمير تمليكه يرجع الىٰ العبد أي طلب من الرّجل القائل لتمليك المالك العبد للرّجل .

(١٥) أي عن الرّجل المستدعي جواب لذلك الاستدعاء فهو استيجاب و إيجاب.

(١٦) أي وقوع النّقل و الانتقال الّذي هو البيع.

(١٧) و هو إعتاق صاحب العبد عبده عن القائل اعتق عبدك عنّي.

و يقدّر وقوعه (١) قبل العتق آناماً فيكون هذا (٢) بيعاً ضمنياً لا يحتاج الىٰ الشّروط المقرّرة لعقد البيع (٣) و لا شكّ أنّ المقصود فيما نحن فيه (٤) ليس الإذن في نقل المال الىٰ نفسه (٥) أوّلاً و لا في نقل الثّمن إليه (٦) ثانياً، و لا قصد التّمليك (٧) بالإباحة المذكورة و لا قصد المخاطب التّملك عند البيع حتّىٰ يتحقّق تمليكٌ ضمنيٌّ مقصودٌ للمتكلّم و المخاطب كما كان (٨) مقصوداً و لو إجمالاً في مسألة أعتق عبدك عنّي و لذا (٩) عدّ العامّة والخاصّة من الأصوليّين دلالة هذا الكلام (١٠) علىٰ التّمليك من دلالة الاقتضاء الّتي عرّفوها بأنّها دلالة مقصودة للمتكلّم تتوقّف صحّة الكلام عقلاً، أو شرعاً عليه (١١)

---

(١) أي وقوع الملك للعبد و وقوع نقل العبد و انتقاله الىٰ القائل: أعتق عبدكَ عنّي.

(٢) أي فيكون هذا الإعطاء و عتق المخاطب بيعاً ضمنياً.

(٣) أقول الشّروط المقرّرة لعقد البيع كالإيجاب و القبول اللّفظيّين و وجه عدم الاحتياج الىٰ الشّروط المقرّرة ما نرىٰ من صحّة ذلك شرعاً.

(٤) و هو إباحة جميع التّصرفات حتّىٰ المتوقّفة علىٰ الملك أقول فقوله هذا بيان لفقدان الوجه الأوّل فيما نحن فيه الّذي صحّة جميع التّصرفات كانت متوقّفة عليه من قصد المبيح بقوله: أبَحتُ إنشاء التّوكيل في بيع ماله عنه ثمّ نقل الثّمن الىٰ نفسه، أو التّوكيل في نقله أوّلاً الىٰ نفسه قبل البيع، أو التّمليك له بنفس هذه

الإباحة و حاصل الكلام أنّ الأمور المذكورة كلّها إنشائيّات موقوفة علىٰ القصد من المبيح و المباح له و المفروض أنّه منتفٌ فلا يمكن الالتزام بواحد منها .

(٥) أي نفس المباح له فإنّ معنىٰ أبَحتُ لكَ ليس أنّك تنقل المال الىٰ نفسك كما كان هذا الإذن موجوداً في قول القائل : أعتِق عَبدَكَ عنّي .

(٦) أي الىٰ المباح له ثانياً بأن يبيع السّلعة للمالك ثمّ ينقل ثمنها الىٰ نفسه .

(٧) فإنّه حين قال « أبَحتُ لَكَ » لم يقصد « مَلّكتُكَ إيّاه » (و لا قصد المخاطب) الآخذ للمال (التّمليك عند البيع) فيكون الإباحة نقلاً و بيع المخاطب تملّكاً مثل أعتق العبد عنّي .

(٨) أي كما كان التّمليك الضّمني مقصوداً : أقول الفرق بين مسألة أعتِق عبدك عنّي و ما نحن فيه هو أنّ قول القائل (أعتق عبدك عنّي) قبول مقدم و عتق المالك إيجاب مؤخّر عكس ما نحن فيه فإنّ قبول المالك إيجاب للتّمليك و شروع المباح له في البيع قبول لذلك الإيجاب فبالشّروع يملك و بتمامه ينتقل العين منه الىٰ المشتري فيملك الثّمن .

(٩) أي و لأجل الّذي ذكرنا من أنّ التّمليك الضّمني مقصود إجماليٌ في (أعتق عبدك عنّي) .

(١٠) أي « أعتِق عبدك عنّي » .

(١١) أي علىٰ تلك الدّلالة الاقتضاء حتّىٰ أنّه لو لم تكن الدّلالة الاقتضاء لزم بطلان الكلام عقلاً أو فساده شرعاً .

فمثّلوا للعقلي بقوله تعالىٰ و اسئل القرية (١) ، و للشّرعي بهذا المثال (٢) و من المعلوم بحكم الفرض أنّ المقصود فيما نحن فيه (٣) ليس إلّا مجرّد الإباحة .

(الثّاني) (٤) أن يدلّ دليلٌ شرعيٌ علىٰ حصول الملكيّة للمباح له بمجرّد الإباحة فيكون (٥) كاشفاً عن ثبوت الملك له (٦) عند إرادة البيع آناما فيصح البيع في ملكه (٧) أو (٨) يدلّ دليلٌ شرعيٌ (٩) علىٰ انتقال الثّمن عن المبيح بلا فصل بعد البيع (١٠) فيكون ذلك (١١) شبه دخول العمودين في ملك الشّخص آناما لا يقبل غير العتق فإنّه (١٢) يقال بالملك المقدّر (١٣) آناماً للجمع بين الأدلّة (١٤)

---

(١) حيث إنّ السؤال عن القرية أمر غير معقول فالعقل يحكم بتقدير كلمة لا محالة و هي كلمة (أهل) أي فاسألوا أهل القرية .

(٢) أي أعتق عبدك عنّي : حيث إنّه لا يصحّ عتق الإنسان إلّا في مال نفسه فمعنىٰ (أعتق عبدك عنّي) أعتقه بعد أن تجعله ملكاً لي أي بِعني عبدكَ ثمّ اعتقه عنّي فعتق المولىٰ جواب و إيجاب لهذا الاستدعاء و الاستيجاب الّذي هو قبول مقدّم .

(٣) و هو صحّة إباحة جميع التّصرفات حتّىٰ المتوقّفة علىٰ الملك.

(٤) أي الوجه الثّاني من الوجهين اللذَين ذكرهما المصنّف (ره) بقوله « نعم يصحّ ذلك بأحد وجهين » .

(٥) أي فيكون الدّليل الشّرعي .

(٦) أي للمباح له أقول يعني تكون إباحة المالك كاشفة عن ثبوت الملك للمباح له و لا ينتظر في كشف ثبوت الملك له لإرادة المباح له البيع .

(٧) أي في ملك المباح له .

(٨) أقول قوله (أو يدلّ دليل شرعي الخ) معطوف علىٰ يدلّ السّابق المذكور بقوله (ان يدلّ دليلٌ علىٰ حصول الملكيّة الخ) فيكون المعنىٰ أو يدلّ دليلٌ علىٰ انتقال الثّمن عن المبيع الىٰ المباح له و خروجه عن ملك المبيع و دخوله في ملك المباح له بعد البيع بلا فصلٍ فيقع البيع الصّادر عن المباح له في ملك المبيع بخلافه علىٰ المعطوف عليه فإنّه فيه واقع في ملك المباح له كما عرفته ففيما نحن فيه يلتزم بملكيّة المبيع بعد بيع المباح له حتّىٰ يتحقّق النّقل من المبيع الىٰ المباح له بخلافه علىٰ المعطوف عليه فإنّه يجب الالتزام بملكيّة العين للمباح له قبل البيع آناً مّا ليصحّ نقل ثمنه إليه .

(٩) أقول بأن يقع البيع للمبيع و ينتقل الثّمن إليه ثمّ ينتقل الثّمن الدّاخل في ملك المبيع الىٰ ملك المباح له .

(١٠) أي بعد البيع الواقع في ملك المبيع الصّادر من المباح له .

(١١) أقول المشار إليه بقوله (ذلك) هو دخول ثمن المباح في ملك المبيع آناً مّا و حاصل التشبيه أنّ ما نحن فيه كدخول العمودين في ملك الشّخص فكما أنّ

ملكيّة الشّخص للعمودين ليس إلّا بمقدارٍ يقبل العتق فقط الّذي يعبّر عنه بآناً ما و لا يقبل غير العتق فكذلك فيما نحن فيه يكون دخول ثمن المباح في ملك المبيح بعد البيع الصّادر من المباح له آناً مّا أي مقداراً لا يقبل إلّا خروج المباح عن المبيح بعد ذلك و دخوله في ملك المباح له .

(١٢) أي حين ورد دليل صحّة ملك العمودين و عتقهما .

(١٣) مراده (قده) أنّه ليس ملكاً حقيقيّاً حتّىٰ يثبت بالنّسبة إليه ما ثبت لسائر الأملاك .

(١٤) أقول المراد من الأدلّة الدّليل الدّال علىٰ صحّة شراء العمودين و جواز شرائهما و الدّليل الدّال علىٰ أنّ الابن لا يملك عموديه توضيحه علىٰ نحو يسهل للطّالب فهمه أنّه قد ورد في الشّريعة المقدّسة أنّ الإنسان لا يملك عموديه[1] و ورد فيها أيضاً أنّه يجوز للابن أن يشتري عموديه و من الواضح أنّ الجمع بين هذين الأمرين يقتضي الالتزام بدخول العمودين في ملك الابن آناً مّا ثمّ انعتاقهما عليه من غير أن يكون لهذه الملكيّة دوام و ثبات .

بل حصولها مقدّمة لزوالها و إذن فالالتزام بهذه الملكيّة يقتضي تخصيص ما دلّ علىٰ أنّ الإنسان لا يملك عموديه فيحمل الدّليل الدّال علىٰ عدم ملكيّة الشّخص للعمودين علىٰ معنىٰ نفي الملك آناً مّا علىٰ نحو يتعقّبه العتق و كذلك في

---

(١) راجع المجلّد الثّاني من الوافي ج٦ ص ٩٤ .

المقام يبني علىٰ دخول العوض في ملك المبيح آناً مّا علىٰ نحوٍ ينتقل الىٰ المباح له بعده و أمّا دليل توقّف العتق علىٰ الملك[1] فلا دخل له في المقام كما صرّح بـه السّيد (قده) في الحاشية .

(١) أيضاً المجلّد الثّاني من الوافي ج٦ ص٨٣ عن سهل عن أبي عبد الله (ع) قال قال رسول الله (ص) لا عتق إلّا بعد ملك : تذكرةً ، سهل بن الهرمزان ثقة قاله النّجاشي ص١٣٢ و العلّامة ص٨١ سهل بن اليسع ثقة قاله النّجاشي ص١٣٣ .

وهذا الوجه (١) مفقود فيما نحن فيه (٢) إذ المفروض أنّه لم يدلّ دليلٌ بالخصوص علىٰ صحّة هذه الإباحة العامّة (٣) و إثبات صحّته (٤) بعموم مثل[1] (النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم) يتوقّف علىٰ عدم مخالفة مؤدّاه (٥) لقواعد أُخرىٰ مثل (٦) توقّف انتقال الثّمن الىٰ الشّخص علىٰ كون المثمّن مالاً له (٧) و توقّف صحّة العتق علىٰ الملك و صحّة الوطئ علىٰ التّحليل بصيغة خاصّة (٨) لا بمجرّد الإذن في مطلق التّصرف ، و لأجل ما ذكرنا (٩) صرّح المشهور بل قيل لم يوجد خلاف في أنّه لو دفع الىٰ غيره مالاً و قال اشتر به لنفسك طعاماً من غير قصد الإذن (١٠) في اقتراض المال قبل الشّراء أو اقتراض الطّعام (١١) أواستيفاء الدّين (١٢) منه بعد الشّراء (١٣) لم يصحّ (١٤) كما صرّح به (١٥) في مواضع من القواعد

---

(١) أقول يعني دليلٌ شرعيٌ يدلّ علىٰ انتقال الثّمن عن المبيع مفقود فيما نحن فيه .

(٢) و هو صحّة إباحة جميع التّصرفات المتوقّفة علىٰ الملك .

(٣) أي حتّىٰ الإباحة المتوقّفة علىٰ الملك .

(٤) أي صحّة مثل هذه الإباحة العامّة .

(٥) أي مؤدّىٰ عموم قاعدة (النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم) .

(٦) أقول توقّف انتقال الثّمن الىٰ الشّخص علىٰ كون المثمن مالاً لهذا الشّخص

---

(١) راجع عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٢ الحديث ٩٩ .

إحدىٰ القواعد الفقهيّة الّتي يكون مؤدّىٰ عموم (النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم) مخالفاً لها حيث إنّ مؤدّىٰ العموم يحكم بالسّلطنة العامّة للنّاس بأيّ نحوٍ من أنحائها و منها المعاملة المعاطاتية المقصود منها التّمليك و إن أفاد الإباحة فلازم مؤدّاه دخول الثّمن في كيس المباح له و إن لم يخرج المثمّن من كيسه و الحال أنّ مؤدّىٰ هذه القاعدة الفقهيّة و هو توقّف انتقال الثّمن الىٰ الشّخص علىٰ كون المثمّن مالاً لهذا الشّخص يحكم بعدم دخول الثّمن في كيس مَن لم يخرّج المثمن من كيسه .

(٧) أي مالاً للشّخص لما تقدّم من أنّه لا يعقل أن يخرج المثمن من كيس شخصٍ ليدخل ثمنه في كيس شخص آخر .

(٨) أقول توقّف صحّة العتق علىٰ الملك ثانية القواعد الفقهيّة الّتي يكون مؤدّىٰ عموم (النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم) مخالفاً لها حيث إنّ مؤدّىٰ العموم يحكم بالسّلطنة العامّة للنّاس كما في القاعدة الأولىٰ و مؤدّىٰ القاعدة الفقهيّة المذكورة و هو توقّف صحّة العتق علىٰ الملك يحكم بعكس ذلك ، لأنّ المباح له لا يصحّ له أن يعتق العبد المأخوذ بالمعاطاة المفيد للإباحة لعدم كونه ملكاً له و المراد من صيغة خاصّة الإيجاب و القبول بالألفاظ المجمع عليها الاكتفاء كلفظ زوّجتُك وأنكحتُك و لكن لا يخفىٰ عليكأنّه علىٰ هذا لا يحسن إطلاق توقّف الوطئ علىٰ الملك بل اللّازم أن يقال بتوقّفه إمّا علىٰ الملك أو التّحليل بصيغة خاصّة علىٰ سبيل منع

الخلوّ و قوله (و صحّة الوطئ على التّحليل الخ) ثالثة القواعد الفقهيّة الّتي يكون مؤدّىٰ عموم (النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم) مخالفاً لها حيث إنّ مؤدّاها يحكم بعدم جواز الوطئ في الأمة المأخوذة بالمعاطاة المفيدة للإباحة ، بل لا بدّ من كون الوطئ في الملك و هنا ليس ملك حتّىٰ يصحّ الوطئ و مؤدّىٰ عموم (النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم) بعكس هذه القاعدة .

(٩) من أنّ الإباحة لا تفيد جميع التّصرفات و توقّف صحّة الإباحة العامّة من عموم (النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم) علىٰ أن لا يكون مؤدّاه مخالفاً لقواعد فقهيّة أخرىٰ .

(١٠) أي من غير قصد الإذن من المعطي في اقتراض الآخذ المال قبل شراء الطّعام حتّىٰ يكون المال للآخذ فيدخل الطّعام في ملك الآخذ عند الشّراء .

(١١) يعني بعد الشّراء ، بأن ينوي صاحب المال اقتراض الآخذ الطّعام بعد الشّراء .

(١٢) أي من المال أقول مراده (قده) من الاستيفاء وفاء الدّين منه و حاصل المعنىٰ أن يشتري الطّعام في الذّمة ثمّ يؤدّي دينه من هذا المال المدفوع .

(١٣) بأن يقصد صاحب المال استيفاء الدّين من الآخذ بعد شرائه الطّعام .

(١٤) أقول قوله (لم يصحّ) جواب لـ(لو الشّرطيّة) في قوله : (في أنّه لو دفع) أي لم يصحّ شراء الآخذ الطّعام من مال المعطي لأنّ المثمن ينتقل الىٰ غير صاحب الثّمن .

(١٥) أي بعدم الصّحة و فاعل لفظ (صرّح) العلّامة الحلّي (قده) لا الشّهيد كما يترآىٰ لبعض المحشّين غير المتتبّعين فننقل متن عبارة قواعد العلّامة الحلّي دفعاً للاشتباه هذه عبارته (ره) « وكذا لو دفع إليه مالاً و أمره بشراء طعام له لم يصحّ الشّراء و لا يتعيّن له بالقبض أمّا لو قال اشتر به طعاماً واقبضه لي ثمّ أقبضه لنفسك صحّ الشّراء و في القبض قولان . انتهىٰ » .[1]

(١)المجلد الاوّل من كتاب قواعد الاحكام ص ١٥١ .

و علّله[١] (١) في بعضها (٢) بأنّه لا يعقل شراء شيء لنفسه بمال الغير (٣) و هو (٤) كذلك فإنّ مقتضىٰ مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض في ملك مَن خرج المعوّض عن ملكه (٥) و إلّا لم يكن عوضاً و بدلاً و لما ذكرنا (٦) حكم الشّيخ[٢] و غيره بأنّ الهبة الخالية عن الصّيغة تفيد إباحة التّصرف لكن لا يجوز وطئ الجارية (٧) مع أنّ الإباحة المستحقّقة من الواهب يعمّ جميع التّصرفات (٨) و عرفت (٩) أيضاً أنّ الشّهيد في الحواشي لم يجوّز إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس، و الزّكاة، و ثمن الهدي و لا وطئ الجارية (١٠) مع أنّ مقصود المتعاطيين الإباحة المطلقة

---

(١) أي علّل العلّامة (قده) عدم صحّة التّصرف.

(٢) أي في بعض تلك المواضع.

(٣) بأن يخرج الثّمن من كيس المعطي ليدخل الطّعام في كيس الآخذ.

---

(١) المجلّد الأوّل من كتاب قواعد الأحكام كتاب الدّين و فيه الرّهن متن عبارته هكذا (و لو قال بِعهُ لِنفسك بطل الإذن لأنّه لا يتصوّر أن يبيع ملك غيره لنفسه) ص١٦٦.

(٢) هو أبو جعفر عماد الشّيعة و شيخ الطّائفة علىٰ الاطلاق و رئيسها الّذي تلوىٰ إليه الأعناق محمّد بن الحسن بن علي الطّوسي صاحب كتاب التّهذيب و الاستبصار و هو المراد من كلمة الشّيخ حيث تطلق في الفقه و يراد منها في الأصول مرتضىٰ ابن محمّد امين التّستري المعروف بالشّيخ الأنصاري كما أنّ الحكمة والكلام حيث تطلق يراد منها شيخ الرئيس استاذ البشر حسين بن عبد الله بن حسن بن علي ابن سينا.

(٤) أي ما ذكره القواعد من التّعليل بعدم معقوليّة شراء شيء لنفسه بمال الغير صحيح في محلّه.

(٥) أقول و مثله ما لو كانت الأطراف أربعة كما لو أعطىٰ عمرو لخالد درهماً في مقابل أن يعطي زيد لبكر طعاماً.

(٦) أقول و لأجل أنّه ليس للمالك السّلطنة المطلقة علىٰ الإذن حتّىٰ في التّصرفات المتوقّفة علىٰ الملك كالبيع و العتق و الوطئ حكم الشّيخ بأنّ الهبة الخالية عن الصّيغة تفيد إباحة مطلق التّصرفات إلّا الوطئ لتوقّفه علىٰ الملك مع أنّ إذن الواهب عامٌ شاملٌ للجميع.

(٧) أقول وجه عدم الجواز عدم إفادة مثل هذه الهبة الخالية عن الصّيغة التمليكَ غاية الأمر إفادتها الإباحة العامّة الّتي لا دليل علىٰ صحّتها لكي يتمسّك بها في التّصرفات المالكة.

(٨) يعني حتّىٰ المتوقّفة علىٰ الملك فلو كانت إباحة الواهب مؤثّرة في جميع التّصرفات لجاز الوطئ أيضاً.

(٩) عند قوله: كما يظهر من المحكيّ عن حواشي الشّهيد علىٰ القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزّكاة الخ.

(١٠) لأنّ هذه الأمور تتوقّف علىٰ الملك و لا ملك مع المعاطاة.

و دعوىٰ (١) أنّ الملك التّقديري هنا (٢) أيضاً لا يتوقّف علىٰ دلالة دليل خاصٍ ، بل تكفي الدّلالة بمجرّد الجمع بين عموم النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم الدّال علىٰ جواز هذه الإباحة المطلقة ، و بين أدلّة توقّف مثل العتق و البيع علىٰ الملك نظير (٣) الجمع بين الأدلّة في الملك التّقديري مدفوعة (٤) بأنّ عموم النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم إنّما يدلّ علىٰ تسلّط النّاس علىٰ أموالهم ، لا علىٰ أحكامهم فمقتضاه (٥) إمضاء الشّارع لإباحة المالك كلّ تصرّف جائز شرعاً فالإباحة و إن كانت مطلقة إلّا ما هو جائز بذاته في الشّريعة

---

(١) أقول هذه الدّعوىٰ مع ما دفعها به عين ما ذكره بقوله « و إثبات صحّته بعموم مثل النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم الخ فتكون تكراراً لما مضىٰ و لو كانت الفاء بدل الواو و كانت العبارة فدعوىٰ الخ لم يتوجّه التّكرار كما لا يخفىٰ علىٰ الفَطِن العارف .

و ملخّص الدّعوىٰ أن نقدّر للملك آناً مّا ليصحّ الأمر المتوقّف علىٰ الملك .

(٢) أي في باب المعاطاة أيضاً كباب أعتِق عبدك عنّي و باب عتق العمودين .

(٣) يعني دليل (لا عتق إلّا في ملك ، و دليل إنّ الإنسان لا يملك العمودين ودليل أنّه يعتق العمودان بمجرّد شرائهما) .

(٤) قوله (مدفوعة) خبر لمبتدأ مقدّم و هو قوله (و دعوىٰ) أي مدفوعة بأنّ عموم (النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم) إنّما يدلّ علىٰ تسلّط النّاس علىٰ أموالهم

لا علىٰ أحكامهم مثلاً الإنسان مسلّط أن يبيع داره أو أرضه و سائر ما يملك و ليس مسلّطاً أن يوقع صيغة البيع علىٰ نحو تقديم القبول علىٰ الإيجاب لو قلنا باشتراط تقديم الإيجاب علىٰ القبول فمقتضىٰ تسلّط النّاس علىٰ أموالهم إمضاء الشّارع لإباحة المالك كلّ تصرّف جائز شرعاً من بيع داره و هبة ماله لا التّصرف الّذي ليس بجائز شرعاً كالوطئ بدون الملك أو العتق بدون الملك و كهبة المرأة نفسها لرجلٍ مثلاً لأنّ الهبة لم يجعلها الشّارع مبيحاً للبضع إلّا في نطاق الشّرع.

(٥) أي مقتضىٰ تسلّط النّاس علىٰ أموالهم.

و من المعلوم (١) أنّ بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضىٰ العقل (٢) و النّقل (٣) الدّالين علىٰ لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوّض فلا يشمله (٤) العموم في النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم حتّىٰ يثبت التّنافي بينه (٥) و بين الأدلّة (٦) الدّالّة علىٰ توقّف البيع علىٰ الملك فيجمع بينهما (٧) بالتزام الملك التّقديري آناً مّا و بالجملة دليل عدم جواز بيع ملك الغير أوعتقه (٨) لنفسه حاكم (٩) علىٰ عموم النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم الدّال (١٠) علىٰ إمضاء الإباحة المطلقة من المالك علىٰ إطلاقها (١١)

---

(١) قوله (ومن المعلوم) من متمّمات الجواب عن التّوهم المذكور و ملخّصه أنّه بعد أن عرفت ما قلناه في الجواب فلو باع أحد المتعاطيين ما أخذه بالمعاطاة بالمعنىٰ الثّالث و الرّابع من الوجوه المتصوّرة للمعاطاة فقد باع مال غيره لنفسه ، لأنّ المأخوذ بالمعاطاة بناءً علىٰ إفادته الإباحة المجرّدة باقٍ علىٰ ملك المالك الأوّل و بيع مال الغير لنفسه غير جائز عقلاً و نقلاً .

(٢) فإنّ العقل يقول بأنّ البدل يلزم أن يدخل في ملك مَن خرج المبدل من ملكه .

(٣) فإنّ النّقل يقول لا بيع إلّا في ملك الدّال علىٰ لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوّض .

(٤) أي لا يشمل بَيْعَ الإنسان مال غيره العمومُ في النّاس مَسلّطون علىٰ أموالهم.

(٥) أي بين عموم النّاس مسلّطون .

(٦) أي وبين الأدلّة الدّالة علىٰ توقّف البيع علىٰ الملك .

(٧) أقول يعني بين عموم النّاس مسلّطون و بين الأدلّة الدّالة علىٰ توقّف البيع علىٰ الملك .

(٨) أي اعتق ملك الغير .

(٩) توضيح معنىٰ الحكومة والحاكم ثمّ الإشارة الىٰ معنىٰ التّخصص و التّخصيص و الورود

أقول و ينبغي توضيح معنىٰ الحكومة و الحاكم و كشف الغطاء عن وجهها بحيث لا يخرج عن الوضع فنقول و بالله التّوفيق الحكومة عبارة عن كون دليل ناظراً الىٰ حال دليل آخر و شارحاً و مفسّراً لمضمونه سواء كان النّظر بنحو التّوسعة أم التّضييق و يطلق علىٰ الدّليل النّاظر اسم الحاكم و علىٰ المنظور إليه اسم المحكوم .

« ثمّ إنّ للحكومة بهذا المعنىٰ مصاديق كثيرة و أمثلة مختلفة لا بأس بالإشارة الىٰ بعضها لإيضاح معنىٰ الحكومة » :

منها أن يكون دليل نافياً لموضوع دليل آخر تعبّداً لا حقيقةً و وجداناً كما إذا ورد إذا شككت فابنِ علىٰ الأكثر و ورد لا شكّ للمأموم مع حفظ الإمام فإذا شكّ المأموم بين الثّلاث والأربع مثلاً وكان الإمام حافظاً للثّلاث ومتيقّناً فالدّليل الثّاني

ينفي حكم الشّك عن شكّ المأموم بلسان نفي الموضوع و يبيّن أنّه ليس له البناء علىٰ الأكثر و إتيان صلاة الاحتياط فرجع هذا المعنىٰ الىٰ ناظريّة الدّليل الثّاني علىٰ الأوّل وتضييق دائرة موضوعه و أنّه لا يشمل شك المأموم مع علم الإمام.

و هذا المثال من قبيل النّظر الىٰ الموضوع بنحو التّضييق و منها أن يكون دليل مثبتاً لموضوع دليل آخر تعبّداً لا وجداناً بملاحظة إثبات الحكم فإذا ورد لا صلاة إلّا بطهور و قوله كلّ مشكوك لك طاهر فبناءً علىٰ كون المراد من الطّهور في الدّليل الأوّل هو الواقعي كان الثّاني حاكماً علىٰ الأوّل لتنزيله المشكوك منزلة الواقع في ترتيب الأحكام و هذا من قبيل النّظر الىٰ الموضوع بنحو التّوسعة.

و أمّا التّخصص فهو خروج بعض الأفراد عن تحت الدّليل موضوعاً بلا حاجة الىٰ دليل آخر يخرجه كخروج زيد الجاهل عن تحت قوله أكرم العلماء من غير حاجة الىٰ دليل يقول لا تكرم زيداً الجاهل فليس في التّخصيص إلاّ دليل واحد وهو أكرم العلماء.

و أمّا المخصّص فهو في الاصطلاح عبارة عن الدّليل الواقع في مقابل ما هو أعمّ منه مورداً عموماً مطلقاً بحيث يكون غالباً أقوىٰ دلالة منه ويسير سبباً لرفع اليد عن حكمه و ترك العمل به و ينقسم الىٰ مخصّص لفظيّ و مخصّص لبّي فاللّفظيّ ما كان لفظاً كما إذا ورد لا تكرم فسّاق العلماء بعد ورود أكرم كلّ عالم و اللّبي ما كان من قبيل المعنىٰ و لا قالب لفظيّ له فكأنّه لبّ لا قشر فيه كما إذا قام الإجماع أو

دلّت سيرة العلماء أو العقلاء علىٰ عدم لزوم إكرام الفاسق في المثال السّابق و كذا إذا قال المولىٰ أكرِم جيراني و حكم العقل بقبح إكرام العدوّ منهم للمولىٰ فعندئذ يكون الإجماع و السّيرة و حكم العقل من المخصّصات اللبّية .

و أمّا الورود فهو ما إذا كان أحد الدّليلين رافعاً لموضوع الدّليل الآخر حقيقة لا تنزيلاً كما في الامارات كخبر العادل و الموثّق و حكم العقل الّتي تسلّمها المشهور لو لا الكلّ بالنّسبة الىٰ الأصول العقليّة كالبرائة العقليّة و التّخيير و الاحتياط العقليّين لأنّ موضوع البرائة عدم البيان و مورد التّخيير عدم التّرجيح لأحد الطّرفين و موضوع الاحتياط احتمال العقاب وكلّها مرتفع بالامارات لأنّ خبر العادل أو الموثّق إذا قاما علىٰ حكم أو موضوع ذي حكم فلا يكاد يبقىٰ معهما موضوع لقبح العقاب بلا بيان لأنّهما حجّتان و بيانان و هكذا موضوع التّخيير و الاحتياط العقليّين و هو عدم التّرجيح و احتمال العقاب .

(١٠) كلمة (الدّال) بالجرّ صفة لكلمة (عموم) في قوله « عموم النّاس مسلّطون » أقول فإنّ ذلك الدّليل لمّا كان دالاً علىٰ عدم نفوذ عتق عبد الغير فقد اقتضىٰ سلب القدرة علىٰ العتق و من الواضح أنّ القدرة شرط في صحّة النّذر لأنّ الممتنع لا يعقل أن يكون موضوعاً لإضافة الملكيّة الّتي تضمّنها النّذر .

(١١) أي علىٰ إطلاق الإباحة حتّىٰ يشمل التّصرفات المالكة .

نظير حكومة (١) الدّليل الدّال علىٰ عدم جواز عتق مال الغير علىٰ وجوب الوفاء بالنّذر و العهد إذا نذر عتق عبد غيره له (٢) أو لنفسه (٣) فلا يتوهّم الجمع بينهما (٤) بالملك القهري للنّاذر نعم (٥) لو كان هناك تعارض وتزاحم (٦) من الطّرفين بحيث أمكن تخصيص كلّ منهما لأجل الآخر أمكن الجمع بينهما (٧) بالقول بحصول الملك القهري آناً مّا فتأمّل (٨) و أمّا حصول الملك (٩) في الآن المتعقّب بالبيع ، أو العتق فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه فليس ملكاً تقديريّاً (١٠) نظير الملك التّقديري (١١) في الدّية بالنّسبة الىٰ الميّت أو شراء العبد المعتق عليه (١٢) بل هو (١٣) ملك حقيقيّ حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرّجوع (١٤) قبله (١٥) في الآن

---

(١) أقول هذا تنظيرٌ من المصّنف (ره) لما أفاده في المقام : من حكومة ادلّة لا بيع إلّا في ملك ولا وقف إلّا في ملك علىٰ عموم (النّاس مسلطون علىٰ اموالهم) يعني حكومة دليل عدم جواز بيع ملك الغير اوعتقه لنفسه علىٰ عموم (النّاس مسلطون علىٰ اموالهم) نظير حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير علىٰ عموم وجوب الوفاء بالنّذر حيث إنّه لو نذر زيد او عاهد اللّه علىٰ أن يعتق عبد الغير للغير، أو لنفسه فلا يجب الوفاء به لعدم انعقاد النّذر لعدم رجحانه فدليل أوفِ بالنّذر ، أو العهد وان كان عامّا لكنّه لايشمل النّذر المتّعلق بمال الغير، وذلك لأنّ الشّارع إنمّا يمضي التّصرفات الجائزة شرعاً وهي التّي لا تتوقّف علىٰ مال الغير

وأمّا المتوقّفة علىٰ مال الغير كالنّذر به ،اوالوفاء به بعد النّذر فلا يشمله النّذر فعندئذ لا مجال لتوهم الجمع بين دليل عدم جواز عتق مال الغير وبين دليل وجوب الوفاء بالنّذر بالملكية القهريّة الآنيّة للنّاذر أو العاهد.

(٢) أي للغير .

(٣) أي لنفس النّاذر .

(٤) أي بين الدليل الدّال علىٰ عدم جواز عتق مال الغيركقوله لا عتق الّافي ملك وبين عموم وجوب الوفاء بالنّذر كقوله في بنذرك .

(٥) أقول حاصل الكلام أنّه لو فرض التّزاحم والتعّارض من الطّرفين بأن لم يكن احد الدّليلين حاكماً على الدّليل الآخر وهما : دليل عموم النّاس مسلّطون علىٰ اموالهم ، وأدلّة لابيع الّافي ملك ، ولا وقف الّا في ملكٍ أمكن الجمع بينهما بالملكية الآنية القهرية فالجمع بين دليل يقول لا بيع إلّا في ملك وبين هذا الدّليل الخاصّ الدّال علىٰ صحةّ كلّ تصرف حتىٰ المتوقف علىٰ الملك يقتضىٰ أنّ المال يكون آناً ما للمباح له ثم يبيع في ملكه لكن ليس فيالمقام دليل خاصٌّ يدلّ علىٰ صحّة كلّ تصرف حتّىٰ البيع وغيره وانّما الدّليل في المقام هو (النّاس مسلّطون علىٰ اموالهم) وقد عرفت أنّ دليل عدم جواز بيع ملك الغير حاكم عليه .

(٦) أقول وينبغي في هذا المقام التّنبيه علىٰ ما هو الضّابط في التّعارض والتّزاحم والفارق بينهما ليكون للطّالب زيادة بصيره فأقول مستعينا باللّه تعالىٰ

التّزاحم يشترك مع التّعارض في عدم امكان اجتماع الحكمين إلّا أنّ عدم امكان الاجتماع في التّعارض كقوله (ع) ثمن العذرة سحت [١] وقوله (ع) لا بأس ببيع العذرة[٢] إنمّا يكون في مرحلة الجعل والتّشريع بمعنىٰ انّه يمتنع تشريع حكم حرمة ثمن العذرة وجواز بيعها ثبوتاً لانّه يلزم من تشريعهما اجتماع الضّدين والنّقيضين في نفس الامر وامّا التّزاحم فعدم امكان اجتماع الحكمين كقوله أنقذ زيداً وأنقذ عمراًفيه إنما يكون في مرحلة الامتثال وفي الخارج بعد تشريعهما وانشائهما علىٰ موضوعهما المقّدر وجوده فبين الحكمين في عالم التشريع والجعل كمال الملائمة من دون أن يكون بينهما مزاحمة في المقامين وإنما وقع بينهما المزاحمة في مقام الفعليّة بعد تحقّق الموضوع خارجا لعدم قدرة المكلف علىٰ الجمع بينهما في الامتثال فتحصل أنّ التّعارض إنّما يكون باعتبارتنا تنافي مدلولي الدّليلين في مقام الجعل والإنشاء والتّزاحم إنّما يكون باعتبارنا في الحكمين في مقام الامتثال إمّا لعدم القدرة علىٰ الجمع بينهما فيه كإنقاذ زيد وعمرو وإمّا لقيام الدّليل من الخارج علىٰ عدم وجوب الجمع بينهما كما لو كان

---

(١) يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله (ع) قال ثمن العذره سحت وسائل كتاب التّجارة ص ١٢٦ باب ٤٠ حديث ١

(٢) محمّد بن مضارب عن ابي عبد الله (ع) قال لا باس ببيع العذرة ، وسائل كتاب التّجارة باب ٤٠ ص ١٢٦ حديث ٢

المكلّف مالكاً لخمس و عشرين من الإبل في ستّة أشهر ثمّ ملك واحداً من الإبل فصارت ستّة و عشرين فمقتضىٰ أدلّة الزّكاة هو وجوب خمس شياة عند انقضاء حول الخمس و العشرين و وجوب بنت مخاض عند انقضاء حول الستّة والعشرين و لكن قام الدّليل علىٰ أنّ المال لا يزكّىٰ في العام الواحد مرّتين فيقع التّزاحم بينهما لأنّه لا بدّ من سقوط ستّة أشهر إمّا من حول الخمس و العشرين و إمّا من حول الستّة و العشرين فإنّه لولا السّقوط لزم تزكية المال في ظرف ستّة أشهر مرّتين .

(٧) أي بين الدّليل الخاص الدّال علىٰ صحّة هذه الإباحة المطلقة و بين دليل توقّف العتق مثلاً علىٰ الملك .

(٨) و جه التأمّل إنّه علىٰ تقدير التّعارض بينهما بالعموم و الخصوص من وجه يتعيّن الرّجوع في مورد التّعارض الىٰ دليل آخر و هو فيما نحن فيه أصالة عدم ترتيب الأثر لا أنّه يستكشف المالكيّة القهريّة .

(٩) هذا الكلام دفعُ توهّمٍ نشأ ممّا أفاده (ره) من أنّ مجرّد جواز التّصرف لا يوجب الالتزام بالملك الفرضي الآني فيما نحن فيه و هو وطئ الجارية المأخوذة بالمعاطاة ، بل لابدّ من الملكيّة الحقيقيّة حيث إنّه لو كان مجرّد جواز التّصرف لا يوجب الالتزام المذكور فكيف التزم الفقهاء بالملكيّة التقديريّة فيما لو باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه فالبيع أو الإعتاق دليل علىٰ صحّة الملكيّة الفرضيّة الآنيّة و لولاها لما صحّ ذلك لأنّ العبد كان موهوباً للغير فمجرّد جواز التّصرف بالبيع أو

الإعتاق كافٍ في الالتزام المذكور و خلاصة الدّفع انّ الملكيّة في بيع الواهب عبده الموهوب أو إعتاقه ليست من قبيل الملكيّة الفرضيّة بل الملكيّة في بيع الواهب عبده الموهوب أو إعتاقه ملكيّة حقيقيّة ناشئة عن وجود سببها و هو فسخ الهبة المنكشف هذا الفسخ بالتّصرف المالكي هو البيع ، أو الإعتاق الكاشف عن رجوع الواهب عن هبته قبل البيع ، أو الإعتاق المتّصل هذا البيع أو الإعتاق بآن الرّجوع عن هبته .

« الملك علىٰ ثلاثة أقسام »

(١٠) فاعلم انّ الملك علىٰ ثلاثة أقسام ملكٌ حقيقيٌّ مطلقٌ وهو الّذي فيه مقتضىٰ البقاء ، و الملك الحقيقي الآني وهو الّذي ليس فيه مقتضىٰ البقاء ، و الملك التّقديري و يسمّىٰ بالملك الحكمي وهو ليس بملك أصلاً و إنما فيه آثار الملك و سيأتي تفصيله فانتظر .

(١١) أقول فإنّه يقال الديّة بحكم مال الميّت و تقدّر ملكاً له حال الحياة و لأجل ذلك تجري عليها أحكام أمواله حال الحياة فيرثها ورثته و تنفذ منها وصايا و توفىٰ منها ديونه لا أنّه يملكها بعد الموت .

(١٢) أي المعتق علىٰ المشتري في مسألة العمودين حيث أنّ الولد لا يملك الأب و الأمّ أصلاً و إنّما يقدّر بأنّه صار ملكاً له مقدّمة لانعتاقه عليه فيقال إذا ملكوا أعتقوا .

(١٣) يعني حصول الملك في الآن المتعقّب بالبيع ، أو العتق فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب .

(١٤) أي عن رجوع الواهب عن الهبة قبل البيع في الآن المتّصل بالبيع .

(١٥) أي قبل البيع .

المتّصل بناءً (١) علىٰ الاكتفاء بمثل هذا في الرّجوع ، وليس (٢) كذلك فيما نحن فيه ، و بالجملة (٣) فما نحن فيه لا ينطبق علىٰ التّمليك الضّمني المذكور أوّلاً في أعتِق عبدَكَ عنّي ، لتوقّفه (٤) علىٰ القصد ، و لا علىٰ الملك (٥) المذكور ثانياً في شراء مَن ينعَتق عليه ، لتوقّفه (٦) علىٰ التّنافي بين دليل التّسلّط و دليل توقّف العتق علىٰ الملك ، و عدم (٧) حكومة الثّاني (٨) علىٰ الأوّل (٩) و لا علىٰ التّمليك (١٠) الضّمني المذكور ثالثاً في بيع الواهب و ذي الخيار

---

(١) قوله (بناء) تعليل لقوله (من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله) أي بناءً علىٰ الاكتفاء بمثل البيع و العتق و غيرهما من الأفعال بأن يقال بكفاية الفعل في الرّجوع و تحقّقه بالفعل من دون حاجة في تحقّق الرّجوع الىٰ القول .

(٢) أقول يعني لا يحصل الملك فيما نحن فيه كما كان حاصلاً فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه والمراد من ما نحن فيه الوجهان الآخران من الوجوه الاربعة اعني القسم الثّالث الذي يقصد الاوّل فيه إباحة ماله بعوض فيقبل الآخر باخذه ايّاه والقسم الرّابع الذي يقصد كل منهما فيه الاباحه بازاء اباحة آخر و وجه عدم كون ما نحن فيه كذلك واضح اذ المفروض عدم قصد المالك التّمليك وعدم قصد المباح له التّملّك عند التّصرف في البيع ونحوه .

(٣) لا يخفىٰ انّ المصنّف (قده) اراد أن يبيّن انّ ما نحن فيه وهو المعاطاة المفيدة للاباحة المجرّدة بالمعنىٰ الثّلث والرابع خارج عن مصداق التّمليك الضّمني وانّه ليس من افراده في قول القائل اعتق عبدك عنّي الدّال علىٰ هذا التّمليك الدّليل الشّرعي المعبر عنه بدليل الاقتضاء .

(٤) أي لتوقّف التّمليك الضّمني علىٰ القصد ومن البيّن أنّ ما نحن فيه ليس فيه قصد التّمليك الضّني حيث إنّ المتعاطيين قاصدان الإباحة المجردة في المعنىٰ الثّالث والرّابع.

(٥) أي وكذلك ما نحن فيه لا ينطبق عليه التّمليك الآتي القهري الموجود في شراء الإنسان عموديه اللذين ينعتقان عليه قهرا.

(٦) أي التوقّف انطباق ما نحن فيه علىٰ الملك التّقديري علىٰ التّنافي المذكور وعدم حكومة دليل توقّف التّصرف الخاصّ علىٰ الملك علىٰ دليل السّلطنة وحاصل الكلام أنه لا يتحقّق التّنافي بين دليل توقّف التّصريف الخاص وبين دليل السّلطنة كما يتحقّق بين دليل صحّة شراء من ينعتق عليه ودليل عدم ملكيّة فيحتاج الىٰ تقدير الملك بمقدار أن يتحقّق الانعتاق علىٰ المشتري إذ قد مر حكومة دليل توقّف العتق علىٰ الملك علىٰ دليل السّلطنة فلا موجب لتقدير الملك كتقديره في شراء مَن ينعتق عليه.

(٧) كلمة (عدم) مجرورة معطوفة علىٰ مجرور اللّام الجارة في قوله (لتوقفه) أي و لتوقّف التّمليك الضّمني علىٰ عدم حكومة لا عتق إلّا في ملك علىٰ الدّليل الأوّل و هو النّاس مسلّطون و قد عرفت حكومة لا عتق إلّا في ملك علىٰ النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم.

(٨) و هو لا عتق إلّا في ملك.

(٩) و هو النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم .

(١٠) يعني أنّ سبب الملك المتحقّق سابقاً علىٰ البيع أعني إرادة حصول الملك قبل التّصرف بالبيع المستكشف بالبيع موجودة في بيع الواهب وذي الخيار مفقودة فيما نحن فيه حسب الفرض إذ المفروض كما مرّ آنفاً عدم قصد المالك التّمليك وعدم قصد المباح له التّملك عند التّصرف في البيع و نحوه .

لعدم (١) تحقّق سبب الملك هنا (٢) سابقا بحيث يكشف البيع (٣) عنه فلم يبق إلّا الحكم ببطلان الاذن في ماله سواء صرح بذلك (٤) كما لو قال بع مالي لنفسك أو اشتر بمالي لنفسك أم أدخله (٥) في عموم قوله أبحت لك كلّ تصرّف فإذا باع المباح له علىٰ هذا الوجه (٦) وقع البيع للمالك إمّا لازماً، بناءً علىٰ أنّ قصد البايع البيع لنفسه غير مؤثّر (٧) أو موقوفاً علىٰ الاجازة، بناءً علىٰ أنّ المالك لم ينو تملك الثّمن هذا (٨) ولكنّ (٩) الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين والشّهيد (ره) في باب بيع الغاصب أنّ تسليط المشتري للبايع الغاصب

---

(١) قوله (لعدم) تعليل لعدم انطباق ما نحن فيه علىٰ التّمليك الضّمني المذكور ثالثاً في بيع الواهب عبده الموهوب.

(٢) يعني في المعاطاة المفيدة للاباحة المجردة حيث إنّ سبب الملك المتحقّق سابقاً علىٰ البيع اعني ارادة حصول الملك قبل التصرف بالبيع المستكشف بالبيع موجوده في بيع الواهب وذي الخيار مفقودة فيما نحن فيه حسب الفرض اذ المفروض كما مر آنفاً عدم قصد المالك التّمليك وعدم قصد المباح له التملّك عند التّصرف في البيع ونحوه.

(٣) أي يكشف بيع المباح له عن سبب الملك والمراد من سبب الملك ارادة المالك حصول الملك.

(٤) أي بالاذن في بيع ماله لغيره.

(٥) أي أدخل الاذن في بيع مالة لغيره.

(٦) يعني علىٰ الاذن الصّادر من المالك في بيع ماله لغيره.

(٧) أقول وجه عدم التّأثير أنّ المهم في باب البيع العوضان لا الشّخصان ولذا اذا باعه المتاع ثمّ تبيّن لدى البايع أنّ المشتري كان وكيلاً لم يضر ذلك فقوله «بعتك الثّوب بدينار» يراد بكاف الخطاب كونه طرف البيع لا كونه من ينتقل المال اليه.

(٨) أي خذ ما ذكرناه.

(٩) قوله (ولكن الخ) استدراك عمّا افاده من بطلان بيع مال غيره لنفسه وانّ البيع يقع للمالك المبيع وخلاصة الاستدراك ما افادهفي المتن من انّ البيع يقع للبايع المباح له لا للمالك المبيع فاستدل علىٰ ذلك باقوال الفقهاء منهم قطب الدّين والشّهيد الاوّل.

علىٰ الثّمن والاذن في إتلافه (١) يوجب (٢) جواز شراء الغاصب به (٣) شيئاً وانّه (٤) يملك الثّمن بدفعه (٥) اليه (٦) فليس للمالك اجارة هذا الشّراء (٧) ويظهر ايضاً من محكي المختلف ،حيث استظهر من كلامه (٨) فيما لو اشترىٰ جاريةً مغصوبة أنّ(٩) له وطئ الجارية مع علم البايع بغصبية الثّمن فراجع ومقتضىٰ ذلك (١٠) أن يكون تسليط الشّخص لغيره علىٰ ماله وإن لم يكن علىٰ وجه الملكيّة يوجب (١١) جواز التصرفات المتوقّفة علىٰ الملك فتأمّل (١٢) وسيأتي توضيحه (١٣) في مسألة الفضولي إن شاءاللّه وامّا الكلام (١٤) في صحّة الإباحة بالعوض سواء صحّحنا إباحة التصرفات المتوقفة

---

(١) الضّمير في اتلافه يرجع الىٰ الثّمن فيكون اضافة الاتلاف الىٰ الضّمير من اضافة المصدر الىٰ المفعول وفاعله هو الغاصب أي الاذن الضّمني في اتلاف الثّمن لأنّ المشتري باعطائه الثّمن للبايع الغاصب يكون آذناً في اتلافه .

(٢) كلمة (يوجب) خبر لِ (ان) في قوله (انّ تسليط المشتري) .

(٣) يعني بهذا الثّمن الذي حصل إزاء المبيع المغصوب .

(٤) أي وانّ الغاصب .

(٥) الضّمير المجرور راجع الىٰ المشتري فيكون من اضافة المصدر إلىٰ الفاعل ويكون مفعوله وهو الثّمن محذوفاً أي بدفع المشتري الثّمن الىٰ الغاصب .

(٦) أي الىٰ الغاصب أقول لا يخفىٰ علىٰ المتأمّل أنّه إذا كان ملك الغاصب للثّمن

المدفوع يتحقّق بمجرد دفع المشتري إليه فلا يكون هذا ممّا نحن فيه حتّىٰ يحسن جعل ما يظهر من الجماعة مخالفاً لما ذكره (قده) في هذا المبحث وإنما يحسن ذلك لو كان بناؤهم علىٰ انّ التسليط إنما يوجب إباحة التصرف لكن ذلك خلاف ما صّرح به هنا وخلاف ما يظهر منه في بحث الفضولي بل خلاف ما يظهر من بعض كلماتهم المنقولة في ذلك المبحث ولعلّه لذلك امر بالتأمّل .

(٧) أقول وجه العدم أنّ الغاصب يملك الثّمن علىٰ هذا التقدير فلا مجال لإجازة المالك لعدم تأثير هذه الاجازة .

(٨) أي وتظهر ايضاً صحّة البيع لنفسه بمال النّاس من محكي المختلف حيث أُستُظهِرَ بصيغة المجهول من كلامه أي المختلف .

(٩) قوله (أنّ له وطئ الجارية) فاعل لكلمة (يظهر) ونائبٌ عن الفاعل لقوله (استظهر) والضّمير في قوله (له) يرجع الىٰ المشتري الغاصب .

(١٠) أي مقتضىٰ ماذكره القطبُ والشّهيد والعلامه .

(١١) كلمة (يوجب) خبر لِ(يكون) في قوله (أن يكون تسليط الشّخص).

(١٢) لعلّ الأمر بالتأمّل إشارة الىٰ الفرق بين المقامين أعني تسليط المشتري للبايعْ الغاصب الثّمن وتسليط الشّخص غيره علىٰ ماله علىٰ وجه الإباحة الذي هو مورد الكلام للاعلام وحاصله أنّه يمكن أنّ يكون نظر الجماعة الىٰ كون الغاصب

مالكاً للثّمن مع علم المشتري بكون البايع غاصباً لأن المشتري قد سلّطه على الثّمن مجّاناً فهذا التّسليط يفيد الإباحه بل يفيد الملكية لشهادة الحال فإذا اشترىٰ بهذا الثّمن شيئاً فقد اشترىٰ بماله لا بمال الغير المباح له فتلخّص أنّ التّسلط علىٰ وجه الملكيّة يوجب حصول الملك بدون التّسليط علىٰ وجه الإباحة كما فيما نحن فيه .

(١٣) أي توضيح كون تسليط الشّخص موجباً لجواز التّصرفات المتوقفة علىٰ الملك .

(١٤) قوله (امّا الكلام) عطف علىٰ ماتقدّم بعد ذكر الوجوه الاربعة علىٰ قوله « امّا إباحة جميع التصرفات » وحاصل كلامه (ره) في هذا المقام هو أنّ البحث هنا يقع فيناحيتين النّاحية الاولىٰ في صحة الإباحة بالعوض وقد نوقش في ذلك بأنّ هذه الإباحة خارجة عن المعاوضات المعهودة شرعاً مع التّأمّل في صدق التّجارة عليها فضلاًعن البيع نعم يمكن الاستدلال علىٰ صحتها بدليل وجوب الوفاء بالشّرط ودليل السّلطنة وعن بعض المحقّقين احتمال كون ذلك نوعاً من الصّلح لإنّ الصلح هو التّسالم ومن الواضح أنّ مانحن فيه مصداق للتّسالم وسيجيء بيان النّاحية الثّانية .

علىٰ الملك أم خصّصنا الإباحة بغيرها (١) فمحصّله (٢) أنّ هذا النّحو من الإباحة المعوّضة ليست معاوضة ماليّة (٣) ليدخل كلّ من العوضين في ملك مالك العوض للآخر بل كلاهما (٤) ملك للمبيح الّا أنّ المباح له يستحقّ التّصرف فيشكل (٥) الأمر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً (٦) و عرفاً مع التّأمّل في صدق التّجارة (٧) عليها فضلاً عن البيع إلّا أن يكون نوعاً من الصّلح لمناسبةٍ له (٨) لغة لأنّه في معنىٰ التّسالم علىٰ أمر بناءً علىٰ أنّه لا يشترط فيه (٩) لفظ الصّلح كما يستفاد من بعض الأخبار[١] الدّالة علىٰ صحّته (١٠) بقول المتصالحين : لك ما عندك و لي ما عندي[٢]

---

(١) أي بغير التّصرفات المتوقّفة علىٰ الملك .

(٢) أي محصّل الكلام و خلاصته في صحّة الإباحة بالعوض .

(٣) الظّاهر أنّ مراد المصنّف من الماليّة هي التّملكيّة أي ليست الإباحة المعوّضة هنا معاوضة تمليكيّة .

(٤) أي كلا العوضين اللّذين أُبيحا من قبل كلّ واحد من المتعاطيين للآخر أقول و ذلك لأنّه علىٰ فرض صحّة الإباحة بالعوض فالمبيح أباح تصرّف ماله لصاحبه بعوض ماله ، فملكيّة ماله باقية له ، و صار مالكاً لمال صاحبه أيضاً بالإباحة فكلا العوضين بعد الإباحة ملك للمبيح .

---

(١) نظره (قده) في ذلك الىٰ ما رواه محمد بن مسلم في الصّحيح عن الباقر (ع) قد نقلنا متن الرّواية في ذيل التّنبيه الثّالث فراجع .

(٢) راجع الوسائل ج ١٣ ص ١٦٥ ، الباب ٥ ، الحديث ١ .

(٥) أقول الفاء جزاء لشرط مقدّر و هو أنّه إذا قلنا بعدم كون هذه الإباحة معاوضة ماليّة و عدم كونها مفيدة للملك فيشكل الأمر في هذا القسم من الإباحة.

(٦) بمعنىٰ أنّه لم توجد في الشّرع معاوضة مركّبة من إباحة و تمليك و كذلك ليست في المعاملات العرفيّة معاملة مركّبة من إباحة و تمليك.

أقول المعاوضات المعهودة كالبيع و الإجارة و الصّلح و أمثالها لأنّ البيع تبديل مالٍ بمال لا تبديل الإباحة بالمال و كذا الإجارة فإنّها تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم و من البيّن أنّه غير تبديل الإباحة بالمال و من هنا يعلم أنّه غير الصّلح لأنّه أيضاً ليس تبديل الإباحة بالمال بل هو مسالمة عقديّة و إنشاءٌ للتّسالم و ممّا ذكرنا يظهر لك ضعف ما ذكره بعض المعاصرين « من أنّه لا نسلّم خروج مثل هذه المعاوضة عن مفهوم المعاوضات العرفيّة لوجودها عند العرف في جميع الأعصار و الأصقاع ».

(٧) أي علىٰ الإباحة بالعوض ثمّ اعلم انّ البيع من جملة مصاديق المعاوضات كما صرّحنا به آنفاً فإذن لا مورد لهذه العبارة « فضلاً عن البيع » إذا عرفت هذا فنقول لا ينبغي التّأمّل في صدق التّجارة بالإضافة الىٰ المبيع لتحقّق الاكتساب بالنّسبة إليه نعم يبعد جدّاً صدق التّجارة بالإضافة الىٰ المباح له لكن لا يخفىٰ أنّه إذا دلّت آية التّجارة علىٰ الصّحة بالإضافة الىٰ المبيع فقد دلّت عليها.

(٨) أي لمناسبة الصّلح لهذا النّحو من الإباحة .

(٩) أي لا يشترط في الصّلح لفظ الصّلح كما يستفاد عدم الاشتراط من بعض الأخبار .

(١٠) أي صحّة الصّلح .

و نحوه ما ورد[١] في مصالحة الزّوجين و لو كانت (١) معاملة مستقلّة (٢) كفا (٣) فيها (٤) (عموم النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم)[٢] و (المؤمنون عند شروطهم)[٣] و علىٰ تقدير الصّحة (٥) ففي لزومها (٦) مطلقاً (٧) لعموم المؤمنون عند شروطهم، أو من طرف المباح له حيث إنّه (٨) يخرج ماله عن ملكه دون المبيح حيث أنّ ماله (٩) باقٍ علىٰ ملكه فهو (١٠) مسلّط عليه أو جوازها مطلقاً (١١) وجوه (١٢) أقواها أوّلها (١٣) ثمّ أوسطها (١٤)

---

(١) أي لو كانت الإباحة المعوّضة.

(٢) أي لا بيعاً و لاصلحاً بأن قلنا كلّما صحّ عند العرف يصحّ عند الشّرع و لا يشترط أن تكون المعاملة مألوفة في زمان الشّارع.

(٣) قوله (كفىٰ) جواب لِـكلمة (لو) في قوله (لو كانت).

(٤) أي كفىٰ في صحّتها.

(٥) أي علىٰ تقدير صحّة الإباحة بالعوض و علىٰ تقدير أنّ المعاطاة معاملة مستقلّة.

(٦) أي لزوم المعاطاة و لزوم المعاملة المستقلّة من الطّرفين بحيث لا يصحّ

---

(١) راجع الوسائل ج ١٥ ص ٩٠ ـ ٩١، الباب ١١، الحديث ١ و ٤ و ٥.

(٢) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٢، الحديث ٩٩.

(٣) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢١٨، الحديث ٨٤، الوافي ج ١٢ ص ١٤٧.

لأحدهما رفع اليد عن إباحته . أقول هذه هي النّاحية الثّانية الّتي قد صرّحنا في أوّل هذا البحث بقولنا و سيجيء بيان الناحية الثّانية .

(٧) أي من الطّرفين المبيح و المباح له فلا يصحّ لأحدهما رفع اليد عن إباحته .

(٨) أي إنّ المباح له فيما إذا أباح عمرو لبكر ماله بعوض إعطاء بكر لعمرو دنانير مثلاً فبكر لا يتمكّن من الرّجوع في دنانيره و إنّما يكون لازماً من طرفه دون طرف المبيح .

(٩) أي مال المبيح باقٍ علىٰ ملكه لفرض أنّ المبيح أباح فقط و لم يملّك .

(١٠) أي المبيح مسلّط علىٰ ماله لا يخرج عن تحت نفوذه .

(١١) أي جواز المعاملة المذكورة من الطّرفين المبيح و المباح له .

(١٢) كلمة وجوه مبتدأ مؤخّر خبرها قوله (ففي لزومها الخ) أي وجوه ثلاثة أحدها لزومها مطلقاً و ثانيها لزومها من طرف المباح له و ثالثها جوازها مطلقاً .

(١٣) أي أقوىٰ الوجوه أوّلها و هو لزوم المعاطاة مطلقاً من طرف المبيح و من طرف المباح له .

(١٤) أي أوسط الوجوه و هو لزوم المعاطاة من طرف المباح له .

و أمّا حكم الإباحة بالإباحة (٢) فالإشكال فيه (٣) أيضاً يظهر ممّا ذكرنا في سابقه و الأقوىٰ فيها (٤) أيضاً الصّحة و اللّزوم للعموم (٥) أو الجواز من الطّرفين (٦) لأصالة التّسلط (٧) الخامس (٨) في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود (٩) و عدمه (١٠) إعلم أنّه ذكر المحقّق الثّاني (ره) في جامع المقاصد (١١) علىٰ ما حُكي عنه (١٢) أنّ في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة و كذا في الهبة و ذلك (١٣) لأنّه إذا أمره بعملٍ علىٰ عوضٍ معيّن فعمله (١٤) استحقّ (١٥) الأجرة و لو كانت هذه إجارة فاسدة لم يجز له العمل (١٦)

---

(٢) يعني بأن يبيح أحد المتعاطيين للطرف الآخر في مقابل أن يبيح الطّرف الآخر له .

(٣) أي في حكم الإباحة المذكورة .

(٤) أقول يعني من خروجها عن المعاوضات المعهودة كالبيع و الإجارة و الصّلح والظّاهر هنا وضوح عدم صدق التّجارة فضلاً عن البيع بخلاف الإباحة بالعوض فإنّه لا ينبغي التّأمّل في صدق التّجارة فيها بالإضافة الىٰ المبيح كما عرفت بل عن بعض الأجلّة مطلقاً فالمراد من سابقه في عبارة المصنّف هو الإباحة بالعوض أي في الإباحة بالإباحة .

(٥) أي لعموم المؤمنون عند شروطهم .

(٦) يعني من طرف المبيح و المباح له .

(٧) قد عرفت ضعف التّمسك بقاعدة السّلطنة في قِبال المؤمنون عند شروطهم الحاكم عليها فيكون اللّزوم أقوىٰ ثمّ لا يعلم الفرق بين الصّورة الأولىٰ أعني الاباحة بالعوض و بين الصّورة الثّانية و هي الاباحة بالاباحة كي يكون اللّزوم في الأولىٰ أقوىٰ من دون التّرديد و لا يكون بالصّورة الثّانية كذلك.

(٨) أي الأمر الخامس من الأمور الّتي ذكرها المصنّف بقوله : و ينبغي التّنبيه علىٰ أمور أقول ملخّص الكلام في المقام و هو أنّ المعاطاة هل تجري في غير البيع من العقود و الايقاعات أم لا و التّحقيق انّه إذا قلنا بأنّ القاعدة تقتضي انحصار العقود و الايقاعات بالألفاظ بمعنىٰ أنّ للّفظ دخلاً في تحقّقهما لم تجر المعاطاة إلّا في مورد خاصّ من إجماع أو سيرة أو نصّ علىٰ جريانها فيه و الوجه فيه أنّ المعاطاة حينئذٍ علىٰ خلاف القاعدة فيقتصر في مخالفتها علىٰ مورد الدّليل و إن قلنا بأنّ القاعدة تقتضي صحّة إنشاء العقود و الايقاعات بكلّ ما هو صالح لايراز الاعتبار النّفساني و إظهاره جرت المعاطاة في الجميع إلّا إذا قام دليلٌ خاصّ علىٰ عدم جريانها في فرد خاصّ أو قام دليلٌ خاصّ علىٰ انحصار مظهره بشيء خاص و لانّك قد عرفت أنّه لم يرد في آية و لا في رواية و لا في معقد إجماع انحصار المبرز في جميع العقود و الايقاعات بمبرز معيّن و عليه فلا بأس بجريان المعاطاة في جميع العقود و الايقاعات إلّا ما خرج بالدّليل و إذن فيكون ما هو المنشأ بالأفعال من المعاملات للإطلاقات و العمومات الدّالة علىٰ صحّة العقود و الايقاعات و لزومهما.

(٩) كالإجارة و الهبة .

(١٠) أي و عدم جريان المعاطاة في غير البيع من الهبة و الإجارة .

(١١) جامع المقاصد ، كتاب المتاجر منه ص٨.

(١٢) أي عن المحقّق الثّاني .

(١٣) أي اعتبار المعاطاة و كيفيّتها .

(١٤) أي عمل المأمور العمل من دون إجراء الصّيغة .

(١٥) أي استحقّ المأمور أُجرة المسمّىٰ .

(١٦) أقول بمعنىٰ انّه لا يجوز للأجير العمل بعنوان الإجارة لأنّ المفروض فسادها كما لو أعطاه ثوبه ليخيطه فإن تصرّف الأجير في الثّوب لا يجوز لانّه ليس تصرّفاً بإجارة و لا إذن من غير جهة الإجارة فعندئذٍ لا يجوز التّصرف .

و لم يستحقّ أُجرة (١) مع علمه بالفساد و ظاهرهم الجواز لذلك (٢) و كذا لو وهب بغير عقد فإنّ ظاهرهم جواز الإتلاف (٣) و لو كانت هبةً فاسدةً لم يجز بل منع (٤) من مطلق التّصرف و هو (٥) ملحظ وجيه انتهى (٦)

وفيه (٧) أنّ معنىٰ جريان المعاطاة في الإجارة علىٰ مذهب المحقّق الثّاني الحكم بملك المأمور الأجر المعين علىٰ الآمر ، و ملك الآمر العمل المعيّن علىٰ المأمور به و لم نجد من صرّح به (٨) في المعاطاة

---

(١) أقول وجه عدم استحقاق الأجرة مع العلم بالفساد أنّ الإجارة فاسدة فلا أجرة مسمّىٰ و حيث إنّه علم بعدم الإجارة فلا أجرة مثل له و ذلك لأنّه أقدم علىٰ ضرر نفسه لعدم الإذن من مالك الثّوب في العمل حتّىٰ يستحقّ عليه أجرة المثل أمّا إذا لم يعلم الأجير بالفساد إستحقّ أجرة المثل لأنّ عمل المسلم محترم و لأنّه مغرور و المغرور يرجع الىٰ مَن غَرّه .

(٢) أي ظاهر الأصحاب و العلماء جواز عمل الأجير المأمور بذلك الأمر فيدلّ علىٰ أنّهم يقولون بالمعاطاة في الإجارة .

(٣) أي جواز الإتلاف من المتّهب .

(٤) أي منع المتّهب من الإتلاف و من مطلق التّصرف لأنّه مال الغير و التّصرف في مال الغير ليس بجائز .

(٥) أي قال المحقّق و هو أي ما في كلام بعضهم المقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة و الهبة ملحظ وجيه و الملحظ ههنا مصدرٌ ميميٌ بمعنىٰ اللّحظ ج ملاحظ .

(٦) إنتهىٰ كلام المحقّق الثّاني .

(٧) أي فيما ذكره المحقّق الثّاني .

(٨) أي صرّح بالحكم بملك المأمور الأجر المعيّن علىٰ الآمر الخ ، و منه يعلم ما في إسناده (قده) إليهم بقوله إنّ في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الإجارة و الهبة ثمّ إنّ هذا الإشكال لا يختصّ بجريان المعاطاة في الإجارة لما مضىٰ من أنّ المعاطاة في البيع عند الأصحاب لا تفيد الملك و إنّما توجب الإباحة .

و أمّا قوله (١) لو كانت إجارة فاسدة لم يجز له (٢) العملُ فموضع نظرٍ لأنّ فساد المعاملة لا يوجب منعه (٣) عن العمل سيّما إذا لم يكن العمل تصرّفاً في عين من أموال المستأجر (٤) و قوله (٥) لم يستحقّ أُجرةً مع علمه بالفساد ممنوع لأنّ الظّاهر ثبوتُ أُجرة المثل لأنّه (٦) لم يقصد التّبرع و إنّما قصد عوضاً لم يُسَلَّمْ له (٧)

و أمّا مسألة الهبة (٨) فالحكم فيها (٩) بجواز إتلاف الموهوب لا يدلّ على جريان المعاطاة فيها (١٠) إلاّ إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة فإنّ جماعةً كالشّيخ و الحلّي و العلّامة (١١) صرّحوا بأنّ إعطاء الهديّة من دون الصّيغة يفيد الإباحة (١٢) دون الملك لكنّ المحقّق الثّاني (ره) ممّن لا يرى بكون المعاطاة عند القائلين بها مفيداً للإباحة المجرّدة

---

(١) أي قول المحقّق الثّاني.

(٢) أي للأجير المأمور.

(٣) أي منع الأجير.

(٤) مثاله كما إذا أمر بكنس المسجد و المدرسة و الطّريق ممّا ليس ملكاً للمستأجر.

(٥) أي أقول المحقّق الثّاني.

(٦) أي لأنّ المأمور.

(٧) أي للأجير مراده (قده) أنّ قصد المأمور العوض المسمّى الّذي لا يصحّ

التّسليم له لفساد الإجارة فإذا انتفىٰ المسمّىٰ ثبت أُجرة المثل لاحترام عمل المسلم.

(٨) الّتي ذكر البعض أنّ إجازتهم للإتلاف دليل علىٰ قولهم بجريان المعاطاة فيها.

(٩) أي في الهبة.

(١٠) أي في الهبة.

(١١) قد مرّ التّصريح باسم الشّيخ و العلّامة رضوان الله عليهما و المراد من الحلّي محمّد بن أحمد بن إدريس الحلّي صاحب كتاب السّرائر الحاوي لتحرير الفتاوى ومختصر تبيان الشّيخ الطّوسي (ره).

(١٢) أي من دون صيغة الهديّة كأن يقول المهدي أهديت إليك هذا المتاع فيقول المهدي إليه قبلت الهديّة يفيد الإباحة و الحال أنّهم يقولون بجواز الإتلاف.

و توقّف الملك في الهبة علىٰ الإيجاب و القبول كاد أن يكون متّفقاً عليه كما يظهر من المسالك (س) و ممّا ذكرنا (١) يظهر المنع في قوله (٢) بل مطلق التّصرف هذا (٣) و لكنّ (٤) الأظهر بناءً علىٰ جريان المعاطاة في البيع جريانها(٥) في غيره (٦) من الإجارة و الهبة لكون الفعل مفيداً للتّمليك فيهما (٧) و ظاهر المحكيّ عن التّذكرة عدم القول بالفصل بين البيع و غيره (٨) حيث قال في باب الرّهن (ع) إنّ الخلاف في الاكتفاء فيه (٩) بالمعاطاة و الاستيجاب (١٠) و الإيجاب عليه المذكور (١١) في البيع آتٍ هنا انتهىٰ

لكن استشكله (١٢) في محكيّ جامع المقاصد (غ) بأنّ البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع بخلاف ما هنا (١٣) و لعلّ وجه الإشكال عدم تأتّي المعاطاة بالإجماع (١٤)

---

(١) أقول أي ممّا ذكرنا في منع عدم جواز الإتلاف لو كانت هبة فاسدة من إمكان استناد جوازه الىٰ إفادة المعاطاة الإباحة لا الملك يظهر المنع في قول المحقّق الثّاني بل يمنع عن مطلق التّصرف لجواز التّصرف علىٰ القول بإفادتها الإباحة فإنّ الفساد الّذي هو بمعنىٰ عدم ترتّب الملك لا يقتضي المنع من سائر التّصرفات لإمكان الحكم بعدم الملك و بجواز التّصرّف كما مضىٰ في الاستدلال علىٰ صحّة المعاطاة بقوله تعالىٰ ﴿ أحَلّ الله البَيعَ ﴾ .

(٢) أي قول المحقّق الثّاني .

(٣) أي خذ ما ذكرنا في المقام .

(٤) أقول من هنا يريد المصنّف (ره) أنْ يهدم ما أورده علىٰ المحقّق و يوافقه فيما أفاده من جريان المعاطاة في الإجارة و الهبة .

(٥) أي جريان المعاطاة .

(٦) أي غير البيع .

(٧) أي لكون الفعل مقابل اللّفظ مفيداً للتّمليك في الإجارة و الهبة .

(٨) أي غير البيع من الإجارة و الهبة فإن قلنا بالمعاطاة في البيع لزم أن نقول بالمعاطاة في غيره .

(٩) أي في الرّهن .

(١٠) بأن يقول المشتري بِعْني هذا الثّوب أو ارهنيه و المراد من الإيجاب أن يقول البايع بِعْتُكَ هذا الثّوب .

(١١) أقول كلمة (المذكور) صفة للخلاف يعني الخلاف المذكور في البيع آتٍ في الرّهن أيضاً ، فمَن قال بصحّة المعاطاة في البيع قال بالصّحة في الرّهن أيضاً و مَن قال بعدم الصّحة فيه قال بعدم الصّحة في الرّهن أيضاً فليس بين البيع و الرّهن قولٌ بالفصل .

(١٢) أي استشكل في جريان المعاطاة في محكيّ جامع المقاصد بأنّ البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع بخلاف باب الرّهن فإنّه لا إجماع فيه فيمكن الفرق بالقول بصحّة المعاطاة في باب البيع دون الرّهن.

(١٣) أي بخلاف ما في باب الرّهن فإنّه لا إجماع بصحّة المعاطاة في الرّهن.

(١٤) كلمة (بالإجماع) متعلّقة بقوله (عدم تأتّي المعاطاة).

فيالرّهن علىٰ النّحو الّذي أجروها في البيع لأنّها (١) هناك (٢) إمّا مفيدة للإباحة أو الملكيّة الجايزة علىٰ الخلاف (٣) و الأوّل (٤) غير متصوّر هنا (٥) و أمّا الجواز (٦) فكذلك لأنّه (٧) ينافي الوثوق الّذي به (٨) قوام مفهوم الرّهن خصوصاً بملاحظة أنّه لا يتصوّر هنا (٩) ما يوجب رجوعها (١٠) الىٰ اللّزوم ليحصل به الوثيقة في بعض الأحيان و إنْ جعلناها (١١) مفيدة للّزوم كان مخالفاً لما أطبقوا عليه من توقّف العقود اللّازمة

---

(١) أي لأنّ المعاطاة فيالبيع .

(٢) أي في البيع .

(٣) أي علىٰ خلاف الواقع بين الفقهاء في المعاطاة .

(٤) أي المعاطاة المفيدة للإباحة .

(٥) أي في باب الرّهن بمعنىٰ أنّه لا معنىٰ للإباحة المجرّدة فيه لأنّها مانعةٌ عن تحقّق الوثوق المعتبر فيه و أنّها منافية للزوم المعتبر من طرف الرّاهن بل المتصوّر ثبوت الرّهن علىٰ الجواز أو اللّزوم و الأوّل ينافي الوثوق المقوّم لمفهوم الرّهن وبعبارة أُخرىٰ أنّ العين المرهونة وثيقة للمرتهن و من البيّن أنّ جواز الرّهن ينافي الاشتياق و الثّاني خلاف الإجماع علىٰ اعتبار اللّفظ في اللّزوم .

(٦) أي جواز الرّهن من قِبَل الرّاهن بحيث يتمكّن الرّاهن من استرجاعه كما في البيع المعاطاتي الّذي يحصل به الملك الجائز فغير مقصودٍ في باب الرّهن .

(٧) أي لأنّ الجواز .

(٨) أي بالوثوق قوام مفهوم الرّهن إذ معنىٰ الرّهن أن يكون وثيقة بيد المقرض حتّىٰ إذا لم يتمكّن من تحصيل ماله باع الوثيقة و استوفىٰ دينه منها و إذا كان الرّهن جائزاً لم تكن وثيقةً لأنّ صاحب الوثيقة يأخذها متىٰ شاء .

(٩) أي في الرّهن .

(١٠) أي رجوع المعاطاة .

(١١) أي المعاطاة في باب الرّهن .

علىٰ اللّفظ و كأنّ هذا (١) هو الّذي دعا المحقّق الثّاني الىٰ الجزم بجريان المعاطاة في مثل الإجارة و الهبة و القرض و الاستشكال في الرّهن (٢) نعم مَنْ (٣) لا يبالي (٤) مخالفة ما هو المشهور ، بل المتّفق عليه بينهم مِن (٥) توقّف العقود اللّازمة علىٰ اللّفظ أو حمل (٦) تلك العقود علىٰ اللّازمة من الطّرفين فلا يشمل (٧) الرّهن و لذا (٨) جوّز بعضهم (٩) الإيجاب بلفظ الأمر كخذه و الجملة الخبريّة (١٠)

أمكن (١١) أنْ يقول بإفادة المعاطاة في الرّهن اللّزوم لإطلاق بعض أدلّة الرّهن (١٢) و لم يقم هنا (١٣) إجماع علىٰ عدم اللّزوم كما قام (١٤) في المعاوضات

---

(١) أقول أي كلّ من المحاذير الثّلاثة أعني كون الإباحة غير متصوّرة في الرّهن و كون الجواز منافياً للوثوق الّذي به قوام مفهوم الرّهن و كون جعل المعاطاة مفيدةً للّزوم مخالفاً لما أطبقوا عليه من توقّف العقود اللّازمة علىٰ اللّفظ .

(٢) أي استشكل المحقّق الثّاني في وقوع المعاطاة في الرّهن حيث إنّ الرّهن قد أُخذ في مفهومه الوثوق الّذي به قوام الرّهن و هو مع الملكيّة الجائزة غير متصوّر، و مع اللّزوم مخالف لإطباق الفقهاء علىٰ توقّف العقود اللّازمة علىٰ اللّفظ .

(٣) كلمة (مَن) شرطيةٌ وجوابه قوله فيما بعد (أمكن أن يقول الخ) .

(٤) بَالاه وبالَيَ به مبالاةً وبلاءً اهتم بّه واكترث له (اقرب الموارد).

(٥) كلمة (من) بيان لِ (ما) في قوله (ماهو المشهور) .

(٦) عطف قوله (لا يبالي بمخالفة المشهور وهو اتّفاق الفقهاء علىٰ توقّف العقود اللّازمة علىٰ اللّفظ حمل تلك العقود اللازمة في كلامهم علىٰ اللازمة من الطّرفين كالبيع والإجاره ونحوهما لا من طرف واحد كما في الرّهن حيث إنّه لازم من طرف الرّاهن فهذا لا يحتاج الىٰ اللّفظ .

(٧) الفاء تفريع علىٰ ما أفاده من لا يبالي أي فعلىٰ ضوء ما ذكره من حمل العقود اللّازمة علىٰ اللّازمة من الطّرفين فلا يشمل اتّفاق الفقهاء علىٰ أنّ العقود اللّازمة متوقّفة علىٰ لفظ الرّهنَ لأنّه لازم من طرفٍ واحدٍ .

(٨) قوله (ولذا) تعليل من المصنّف لما أفاده القائل من حمل العقود اللّازمة علىٰ اللّازمة من الطّرفين أي ولأنّ الحمل المذكور اجاز بعض الفقهاء إيجاب الرّهن بلفظ الأمر كخذه او الجملة الجزيّة كقوله هذا رهنٌ مع أنّ الرّهن له الفاظ مخصوصة كارهنتك هذا .

(٩) أقول المراد من هذا البعض محمّد بن مكّي المعروف بالشّهيد الأول : قال في كتابه الدّروس في باب الرّهن منه « و إيجابه رهنت و وثقت و هذا رهنٌ عندك أو وثيقةٌ و القبول قبلت أو ارتهنت وشبهه و لو قال خذه علىٰ مالك أو بمالك فهو رهن انتهىٰ » .

(١٠) كقوله هذا رهنٌ .

(١١) قوله (أمكن) فعل ماض فاعله جملة (أن يقول) و الفاعل في أن يقول كلمة (من) الموصولة فقوله (أمكن) جزاءٌ للشّرط الّذي هو قوله (من لا يبالي) و المعنىٰ أنّ مَنْ لا يبالي باتّفاق الفقهاء علىٰ توقّف العقود علىٰ اللّفظ أو حمل تلك العقود علىٰ العقود اللّازمة من الطّرفين يمكنه أن يقول بوقوع المعاطاة في الرّهن و أنّه مفيد للّزوم و إن كان الرّهن لازماً من طرفٍ واحدٍ و هو الرّاهن .

(١٢) كقوله تعالىٰ ﴿ وَ إِن كُنتُم علىٰ سَفَرٍ وَ لَم تَجِدوا كاتِباً فَرِهانٌ مقبوضَةٌ ﴾[1] حيث لم يقيّد باللّفظ بل أطلق الرّهان .

(١٣) أي لم يقم في الرّهن إجماع علىٰ أنّه لو وقع بالمعاطاة لا يفيد اللّزوم .

(١٤) أي كما قام الإجماع علىٰ عدم لزوم المعاطاة في المعاوضات .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٣ . (وسائل الشّيعة) الجزء ١٣ ص ١٢١ : الباب ١ ـ إليك نص الحديث عن عبد الله بن سنان قال سألت أبا عبد الله (ع) في الحيوان و الطّعام ، ويرتهن الرّجل بماله رهناً قال نعم إستوثق بمالك فجملة إستوثق بمالك مطلقة ليس فيها اعتبار اللّفظ في الرّهن فيقع به و بغيره .

و لأجل ما ذكرنا (١) في الرّهن يمنع من جريان المعاطاة في الوقف بأن يكتفي فيه (٢) بالإقباض لأن (٣) القول فيه (٤) باللّزوم منافٍ لما اشتهر بينهم من توقّف اللّزوم علىٰ اللّفظ و الجواز غير معروفٍ في الوقف من الشّارع فتأمّل (٥) نعم احتمل الاكتفاء بغير اللّفظ في باب وقف

---

(١) أقول الحاصل ممّا ذكره (قده) و جعله مانعاً من جريان المعاطاة في الرّهن هو أنّ المعاطاة إمّا تفيد الإباحة المجرّدة أوالملكيّة الجائزة و من الواضح أنّ كلتيهما لا تلائم الرّهان بداهة أنّ العين المرهونة وثيقة للمرتهن و بديهيٌّ أنّ جواز الرّهن ينافي الاستيثاق و إن قلنا بإفادتها اللّزوم كان هذا مخالفاً لما أطبقوا عليه من توقّف العقود اللّازمة علىٰ اللّفظ .

(٢) أي في الوقف و الباء في (بأن) بيان لكيفيّة جريان المعاطاة في الوقف .

(٣) قوله (لأنّ) تعليل لامتناع وقوع المعاطاة في الوقف .

(٤) أي في المعاطاة .

(٥) وجه التأمّل هو أنّ مجرّد عدم معروفيّة الجواز في الوقف غير مانع من جريان المعاطاة فيه و لاينهض دليلاً علىٰ كون بناء الوقف شرعاً علىٰ اللّزوم مع أنّ القبض عند بعض الفقهاء شرطٌ في اللّزوم فيكون الوقف قبله صحيحاً جائزاً .

المساجد من الذكرىٰ[1] (١) تبعاً للشّيخ ثمّ أنّ الملزم للمعاطاة فيما تجري (٢) فيه من (٣) العقود الأُخر هو (٤) الملزم في باب البيع كما نبّه به (٥) (الأمر السّادس) (٦) في ملزمات المعاطاة علىٰ كلّ من القول بالملك (٧) و القول بالإباحة (٨) إعلم أنّ الأصل (٩) علىٰ القول بالملك اللّزوم (١٠) لمّا عرفت من الوجوه الثمانية (١١) المتقدّمة و أمّا علىٰ القول بالإباحة فالأصل (١٢) عدم اللّزوم لقاعدة (١٣) تسلّط النّاس علىٰ أموالهم و أصالة (١٤) سلطنة المالك الثّابتة قبل المعاطاة و هي (١٥) حاكمة علىٰ أصالة بقاء الإباحة الثّابتة قبل رجوع المالك لو سلّم جريانها (١٦)

---

(١) أقول قال الشّهيد (قده) في الذكرىٰ في باب وقف المساجد نقلاً عن الشّيخ (قده) ما هذا لفظه (إذا بنىٰ مسجداً خارج داره في ملكه فإن نوىٰ به أن يكون مسجداً يُصلّي فيه كلّ مَن أراد زال ملكه عنه و إن لم ينوِ ذلك فملكه باقٍ سواء صلّىٰ أو لم يصل و ظاهره الاكتفاء بالنيّة و أولىٰ منه إذا صلّىٰ فيه و ليس في كلامه دلالة علىٰ التّلفظ و لعلّه الأقرب إنتهىٰ».

(٢) الىٰ فيما تجري المعاطاة.

(٣) كلمة (من) بيان لِـ(ما) في قوله (فيما) يعني كلّ شيء يكون ملزماً في البيع المعاطاتي يكون ملزماً في غيره من العقود المعاطاتيّة كالمزارعة و المساقاة والرّهن و الإجارة و الوقف و الهبة و غيرها.

---

(١) ذكرىٰ الشّيعة ص ١٥٨، النّهاية للشيخ الطّوسي (قده) ص ٥٩٥.

(٤) الضّمير يرجع الىٰ كلمة (الملزم).

(٥) أي بكون ملزم المعاطاة في العقود الأُخر هو المُلزم في باب البيع و اتّحاده فيهما.

(٦) يعني الأمر السّادس من الأمور الّتي ذكرها المصنّف (ره) بقوله « وينبغي التّنبيه علىٰ أمور ».

(٧) أي بإفادة المعاطاة الملك المزلزل.

(٨) أقول حاصل الأصل الّذي أسّسه المصنّف (قده) أمام البحث عن ملزمات المعاطاة هو أنّه بناءً علىٰ إفادة المعاطاة الملك فالأصل فيها اللّزوم لِما أسلفناه من الوجوه الثّمانية الدّالة علىٰ لزوم جميع العقود الّتي منها المعاطاة و علىٰ هذا فالأصل في المعاطاة هو اللّزوم و أمّا بناءً علىٰ القول بالإباحة فمقتضىٰ الأصل فيها هو عدم اللّزوم لأنّه يجوز للمبيح أن يرجع عن إباحته لأنّ النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم.

(٩) أقول إن بنينا علىٰ لزوم المعاطاة كما هو الحقّ فيسقط هذا الأمر و لا مورد له إن بنينا علىٰ جوازها فحيث إنّ في بعض الموارد الجواز متيقّن كما في صورة بقاء العينين و عدم تحقّق شيء من الملزمات و في بعض الموارد اللّزوم متيقّن كصورة تلف العينين و في الموارد يشكّ في اللّزوم و الجواز كصورة بقاء احدىٰ العينين أو الامتزاج فينبغي أوّلاً تأسيس الأصل في المقام كي يرجع إليه عند الشّك

و عدم وجود الدّليل علىٰ اللّزوم و للجواز و المصنّف (قده) ذهب الىٰ أنّ الأصل هو اللّزوم علىٰ القول بالملك و استند في ذلك الىٰ الوجوه الثّمانية المتقدّمة الّتي ستقف عليها .

و أمّا علىٰ القول بالإباحة فقد ذهب المصنّف الىٰ أنّ الأصل عدم اللّزوم واستدلّ له بوجهين أحدهما قاعدة تسلّط النّاس علىٰ أموالهم و الثّاني أصالة بقاء سلطنة المالك الثّابتة قبل المعاطاة الحاكمة علىٰ أصالة بقاء الإباحة الثّابتة قبل رجوع المالك لو سلّم جريانها .

(١٠) أي لزوم المعاطاة .

(١١) أقول و هي الاستصحاب ، و قوله (ع) « لا يحلّ مال امرىء إلّا عن طيب نفسه » ، و قوله (ص) « إنّ النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم » ، و قوله تعالىٰ ﴿ يا أيّها الّذين آمنوا لا تأكلوا أموالكُم بَينكُم بالباطِل ﴾ ، و قوله تعالىٰ ﴿ إلّا أنْ تكونَ تِجارةً عن تَراضٍ ﴾ ، و قوله (ص) البيعان بالخيار ، و قوله تعالىٰ ﴿ أوفُوا بِالعُقود ﴾ ، وقوله « المؤمنون عند شروطهم » .

(١٢) أي عدم لزوم المعاطاة و ذلك لأنّ المبيح إنّما أعطىٰ المال إباحةً فهو مسلّطٌ علىٰ ماله .

(١٣) أي أصالة سلطنة المالك الثّابتة قبل المعاطاة فإنّا إذا شككنا أنّ سلطنته قطعت بالإباحة أم بقيت كان مقتضىٰ الاستصحاب البقاء .

(١٤) أقول لا نسلّم جريان أصالة السّلطنة في المقام لأنّ ما دلّ علىٰ الاباحة الشّرعية ناقضٌ لتلك السّلطنة فلا مجال لاستصحاب بقائها .

(١٥) الىٰ أصالة السّلطنة حاكمة علىٰ أصالة بقاء الإباحة ، أقول وجه الحكومة أنّ الشّك في بقاء الاباحة بعد رجوع المالك مسبّب عن الشّك في بقاء سلطنة المالك و هل له الرّجوع أم لا فأصالة بقاء السّلطنة أصلٌ سببيّ و أصالة بقاء الاباحة مسبب .

(١٦) الىٰ جريان أصالة الإباحة و وجه عدم التّسلّم والمنع من جريانها ما عرفت من أنّ مرجع الشّك في الجواز و اللّزوم هو الشّك في أنّ الثّابت هو الجواز مطلقاً أي سواء منع المالك عن التّصرف أم لا أو هو بشرط عدم منع المالك عن التّصرف أو رجوعه عن المعاملة فيكون الشّك في نحو الإباحة الثّابتة و أنّه مُغَيّىٰ بمنع المالك أم لا فيرجع الىٰ الشّك في المقتضىٰ الممنوع جريان الاستصحاب فيه عند المصنّف .

إذا عرفت هذا (١) فاعلم أنّ تلف العوضين ملزمٌ إجماعاً علىٰ الظّاهر المصرّح به (٢) في بعض العبائر (٣) أمّا علىٰ القول بالإباحة فواضح (٤) لأنّ تلفه (٥) من مال مالكه (٦) و لم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه و توهّم (٧) جريان قاعدة الضمان باليد هنا (٨) مندفعٌ بما سيجيء.

و أمّا علىٰ القول بالملك (٩) فلما عرفت (١٠) من أصالة اللّزوم و المتيقّن (١١) من مخالفتها (١٢) جواز ترادّ العينين (١٣) و حيث ارتفع مورد التّراد إمتنع (١٤) و لم يثبت قبل التّلف جواز المعاملة (١٥) علىٰ نحو جواز البيع الخياري حتّىٰ يستصحب (١٦)

---

(١) أي ما ذكرنا من اللّزوم في المعاطاة علىٰ القول بإفادتها الملكيّة و عدم اللّزوم علىٰ القول بإفادتها الإباحة.

(٢) أي المصرّح بهذا الإجماع القائم علىٰ لزوم المعاطاة عند تلف العينين.

(٣) المراد من هذا البعض صاحب الجواهر و صاحب الحدائق و صاحب مفتاح الكرامة حيث قال الأوّل ما هذا لفظه: بقي الكلام فيما ذكر غير واحد من الأصحاب بل قيل إنّه لا خلاف و لا إشكال من لزوم المعاطاة بتلف العين من الجانبين الخ، و قال الثّاني في كتابه الحدائق الرّابع لا إشكال و لا خلاف عندهم في أنّه لو تلفت العينان في بيع المعاطاة فإنّه يصير لازماً انتهىٰ[1] و قال الثّالث و هو العلّامة السيّد محمّد الجواد بن محمّد بن محمّد الحسيني في كتاب المتاجر من

---

(١) تجارة كتاب الحدائق ص ٦٩.

كتابه (مفتاح الكرامة) في شرح قواعد العلّامة ما هذا نصّه (و ليعلم أنّه لا إشكال و لا خلاف عندهم في أنّه لو تلفت العينان من الجانبين صار لازماً انتهىٰ)[1] .

(٤) يعني أمّا كون التّلف ملزماً إجماعاً علىٰ القول بإفادة المعاطاة الإباحة دون الملك فواضح وجه الوضوح أنّ الرّجوع علىٰ هذا القول إن كان بالعين فالمفروض أنّه ممتنع لأنّها تالفة و ليست بباقية حتّىٰ يرجع إليه و إن كان ببدل العين فهو يتوقّف علىٰ ضمانها و لا دليل عليه إذ لا منشأ لتوهّم الضّمان إلّا عموم علىٰ اليد و سيجيء الإشكال عليه و التّكلّم فيه فالمرجع أصل البراءة .

(٥) أي تلف كلّ واحد من العوضين و هذا منه (ره) تعليل لكون التّلف ملزماً و وجه له و محصّله ما ذكرناه آنفاً فلا نعيد .

(٦) أي مالك كلّ واحد من العوضين .

(٧) قوله (و توهّم) مبتدأ خبره قوله (مندفع بما سيجيء) يعني لو توهّم التّمسك علىٰ الضّمان بقاعدة « علىٰ اليد ما أخذت حتّىٰ تُؤدّي » فسيجيء اندفاعه من أنّه إذا كان اليد بحقّ لا تجري هذه القاعدة فإنّ الضّمان إمّا شرعيٌّ كاللّقطة أو عرفي وكلاهما مفقود في المقام .

(٨) أي في باب المعاطاة .

(٩) و هو الّذي أفاد الشّيخ (ره) عند قوله (و لابدّ أوّلاً من ملاحظة أنّ النّزاع في

---

(١) كتاب المتاجر من مفتاح الكرامة ص ١٥٧ .

المعاطاة هل المقصود بها الاباحة أو المقصود بها التّمليك الظّاهر من الخاصّة و العامّة هو الثّاني).

(١٠) أي قبل أسطر في قوله(ص) اعلم انّ الأصل على القول بالملك اللّزوم لما عرفت من الوجوه الثّمانية .

(١١) دفع وهم حاصل الوهم أنّه إذا جاز الرّجوع لكلّ واحد من المتعاطيين الى عينه عند وجود العينين المعبّر عن هذا الرّجوع بجواز التّراد فقد جاز الرّجوع عن وجود احداهما و تلف الاخرى ايضاً فاجاب المصنّف عن الوهم المذكور بأنّ اجوزالرّجوع للمتعاطيين في عينهما مخالف للأصل في المعاطاة الّذي هو اللّزوم فعندئذ في جواز الرّجوع على وجود العينين فقط .

(١٢) أي مخالفة أصالة اللّزوم .

(١٣) الجواز هنا بمعنى الإمكان و مراده (قده) من مورد التّراد صورة بقاء العينين فيصير المعنى أنّ المتيقّن من مخالفة أصالة اللّزوم و عدم إجرائها هو صورة إمكان ترادّ العينين و هي فيما إذا كانت العينان باقيتان . قال بعض الأكابر في هذا المقام ما لفظه قد عرفت جواز ترادّهما ملكاً لا خارجاً ، فلا وجه للامتناع بمجرّد التّلف و الارتفاع فالوجه في عدم التّرادّ هو اتّباع اطلاق « النّاس مسلّطون »[1] «و لا يحلّ مال امرىء»[2] . ونحوهما،وإلّاكان استصحاب جوازه مقتضيالجوازه مثل استصحاب الجواز في البيع الخياريبلا تفاوت أصلا

---

(١) بحار الأنوار ج ٢ ص ٢٧٢ .

(٢) وسائل الشّيعة ج ٣ كتاب الصّلاة ص ٤٢٤ .

(١٤) قوله (و حيث ارتفع الخ) علّة لعدم جواز الرّجوع في المأخوذ بالمعاطاة إذا تلفت إحدىٰ العينين أي و حيث ارتفع موضوع التّراد و هو وجود العينين فقد امتنع التّراد لانتفاء موضوعه بتلف إحدىٰ العينين .

(١٥) أقول لقائل أن يقول فليكن ما نحن مثل باب الخيار فكما أنّ تلف العين لا يسقط خيار مَن له الخيار كذلك تلف العين في باب المعاطاة لا يسقط جواز التّراد منتهىٰ الأمر حيث لا يمكن ردّ العين يردّ بدلها فيقال لم يثبت قبل التّلف جواز المعاملة المعاطاتية علىٰ نحو جواز البيع الخياري حتّىٰ يستصحب هذا الجواز بعد التّلف .

(١٦) أقول حاصل الكلام بيان الفارق بين جواز المعاطاة في المقام وبين جواز البيع الخياري بمعنىٰ أنّ متعلّق الجواز في المعاطاة انّما هو العين بحيث إنّ لكلٍّ من المتعاطيين أن يسترد ما أعطاه لصاحبه نظير الجواز في الهبة المتعلّق بردّ العين الموهوبة فإنّ هذا هو المتيقّن من جواز المعاطاة الثّابت بالإجماع و لم يثبت جواز المعاطاة علىٰ نحو جواز العقد الخياري لكي نستصحبه بعد التّلف و هذا بخلاف متعلّق الجواز في البيع الخياري فإنّه نفس العقد و علىٰ هذا فلا موضوع لجواز التّراد في المعاطاة بعد تلف العينين بخلاف جواز الفسخ في البيع الخياري فإنّه باقٍ بعد تلف العينين أيضاً إذ المفروض بقاء متعلّقه و هو العقد .

بعد التّلف لأنّ ذلك (١) الجواز من عوارض العقد لا العوضين (٢) فلا مانع من بقائه (٣) بل لا دليل علىٰ ارتفاعه (٤) بعد تلفهما (٥) بخلاف ما نحن فيه فإنّ الجواز فيه (٦) هنا (٧) بمعنىٰ جواز الرّجوع في العين نظير جواز الرّجوع في العين الموهوبة فلا يبقىٰ (٨) بعد التّلف متعلّق الجواز بل (٩) الجواز هنا (١٠) يتعلّق بموضوع التّراد (١١) لا مطلق الرّجوع الثّابت في الهبة.

هذا (١٢) مع أنّ الشّك في أنّ (١٣) متعلّق الجواز هل هو أصل المعاملة و الرجوع في العين (١٤) أو ترادّ العينين (١٥) يمنع (١٦) من استصحابه (١٧) فإنّ المتيقّن تعلّقه (١٨) بالتّراد

---

(١) أي جواز البيع الخياري مراده (قده) من هذه العبارة هو أنّ الجواز في البيع الخياري بمعنىٰ الانحلال بالفسخ و الانحلال قائم بالعقد بخلاف الجواز فيما نحن فيه فإنّه بمعنىٰ التّملك بالأخذ و الرّجوع و التّملك قائم بالعوضين.

(٢) أي الجواز في البيع الخياري ليس من عوارض العوضين كما كان من عوارض العوضين في المعاطاة.

(٣) أي بقاء جواز البيع الخياري.

(٤) أي ارتفاع جواز البيع الخياري.

(٥) أي بعد تلف العينين و العوضين.

(٦) أي فيما نحن فيه و هو المعاطاة.

(٧) أي في المعاملة المعاطاتية يعني أنّ الجواز ليس من عوارض العقد بل من عوارض العوضين.

(٨) المراد من متعلّق الجواز العين أي فلا يبقىٰ في المعاملة المعاطاتية الّتي تلفت فيها إحدىٰ العينين متعلّق الجواز كما لا يبقىٰ متعلّق الجواز بعد التّلف في الهبة.

(٩) أي بل الجواز في المعاطاة يتعلّق بموضوع التّراد الّذي هو مجموع العينين فالجواز في المعاطاة أضيق من الجواز في الهبة لأنّ جواز الرّجوع في المعاطاة يتعلّق بموضوع التّراد لا مطلق الرّجوع الثّابت في الهبة فالجواز في الهبة يتقوّم بشيء واحد وهو نفس العين الموهوبة إذ لا عين أُخرىٰ مع العين الموهوبة حتّىٰ يتوهّم قيام الرّجوع بالعينين معاً فظهر الفرق بين الرّجوع في الهبة وبين التّراد في المعاطاة فإنّ موضوع التّراد لمّا كان مجموع العينين كما عرفت آنفاً إمتنع بتلف إحداهما و لو كان الجواز بمعنىٰ الرّجوع في العين لأمكَن تحقّقه بالإضافة الىٰ العين الموجودة و لو مع تلف الأُخرىٰ.

(١٠) يعني في باب المعاطاة.

(١١) موضوع التّراد مجموع العينين.

(١٢) أي خذ ما ذكرناه في البيع المعاطاتي من حيث تلف العينين، أو تلف إحداهما.

(١٣) أقول كلّ ذلك فيما إذا ثبت أنّ الجواز في المقام متعلّق بالتّراد الّذي تعذّر بتلف إحدىٰ العينين و إذا شكّ في ذلك فالأصل أيضاً عدم بقاء الجواز مع أنّ الشّك في أنّ متعلّق الجواز في باب المعاطاة هل هو أصل المعاملة حتّىٰ يبقىٰ الجواز بعد تلف العينين كالجواز الخياري ، أو الرّجوع في العين حتّىٰ يبقىٰ الجواز بعد تلف إحدىٰ العينين كالجواز في الهبة أو ترادّ العينين حتّىٰ لا يبقىٰ الجواز إذا تلف إحدىٰ العينين فكيف بصورة تلفهما .

(١٤) يعني أو أنّ متعلّق الجواز الرّجوع في العين حتّىٰ يبقىٰ الجواز بتلف إحدىٰ العينين كما عرفت آنفاً .

(١٥) يعني أو أنّ متعلّق الجواز ترادّ العينين حتّىٰ لا يبقىٰ الجواز بتلف إحدىٰ العينين أيضاً .

(١٦) كلمة (يمنع) خبر لِـ(أنّ) في قوله (مع أنّ الشّك الخ) .

(١٧) أي استصحاب جواز الرّجوع .

(١٨) أي تعلّق جواز الرّجوع .

إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللّزوم (١) علىٰ ثبوت أزيد من جـواز ترادّ العينين الّذي لا يتحقّق إلّا مع بقائهما (٢) و منه (٣) يعلم حكم ما لو تلف إحدىٰ العينين أو بعضها (٤) علىٰ القول بالملك (٥).

و أمّا علىٰ القول بالإباحة (٦) فقد استوجه بعض مشايخنا[1] وفاقا لبعض معاصريه تبعاً(٧) للمسالك : اصالة (٨) عدم اللّـزوم لأصـالة بـقاء سلطنة مالك العين الموجودة وملكه (٩) لها (١٠)وفيه (١١) أنها معارضة بأصالة براءة ذمته عن مثل التّالف عنده (١٢) أوقيمته والتّمسك (١٣) بعموم علىٰ اليد هنا في غير محلّه بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمانٍ بل ولابعده إذا بنىٰ مالك العين الموجودة علىٰ إمضاء المعاملات ولم يرد الرّجوع

---

(١) أي لزوم المعاطاة علىٰ ماافاده المصنّف فـي ص ٣٣٣ بـقوله : اعـلم أنّ الاصل علىٰ القول بالملك اللزوم.

(٢) أي بقاء العينين.

(٣) أي ممّا ذكرناه من أنّ المتيقّن من جواز المعاطاة صورة إمكان ترادّالعينين الذي لا يتحقّق إلامع بقائهما يعلم حكم مالو تلف احدىٰ العينين يعني يبنىٰ علىٰ اللّزوم لما عرفت من أنّه لامعنىٰ لجواز التّرادّ في صـورة تـلف احـدىٰ العـينين

---

(١) المراد ببعض المشايخ هو صاحب الجواهر راجع جواهر الكـلام ج٢٢ ص٢٣٠ ، والمسـالك ج١ ص١٧٠ ، و كتاب مناهل للسيّد المجاهد كتاب البيع منه ص٦.

فحاصل الكلام أنّه لا ريب في لزوم العقد في هذه الصّورة على القول بالملك لأنّ جواز المعاطاة إنّما يبقىٰ مع امكان ترادّ العينين والمفروض في المقام أنّ إحداهما قد تلفت فلم يبق موضوع للتّراد فتصير المعاطاة لازمة.

(٤) أي بعض احدىٰ العينين اقول قد يناقش فيما ذكره في صورة تلف البعض بأنّ التسليط على الكلّ متضمن للتّسليط على البعض فبالقياس الى التّسليط على الكلّ وان كان يمتنع التّراد إلا انّه بالقياس الى التّسليط الضّمني المتعلّق بالبعض ممكن فموضوع الجواز بالقياس اليه باق كمااذا باع ماله ومال غيره بالمعاطاة فإنّه يجوز ردّه في ماله مع أنّه بعض متعلّق المعاطاة ومجرّد الفرق بين المقيس والقيس عليه بحصول التبّعض في الملك في الاوّل وعدمه في الثاني لأنّ الملك فيه تامّ لا يتبّعض فيه وانّما التّبعض فيه في تأثير العقد لا في الاثر الحاصل به غير فارق.

(٥) أي على القول بإفادة المعاطاة الملك.

(٦) أي على القول بإفادة المعاطاة الإباحة.

(٧) كلمة (تبعاً) منصوبة على الحاليّة لكلمة بعض معاصريه أي حال كون بعض المعاصرين تبع الشهيد الثّاني في الجريان.

(٨) كلمة (أصالة) منصوبة مفعول لكلمة استوجه أي استوجه صاحب الجواهر أصالة عدم اللّزوم في الصّور الاربعة المذكورة.

(٩) كلمة و(ملكه) بالجر معطوفة على كلمة بقاء في قوله «لاصالة بقاء سلطنته» أي ولاصالة بقاء ملك المالك الاوّل بعد التّلف على ملكه.

(١٠) أي للعين فإذا اعطى زيد عمراً كتاباً بدرهم وتلف الدرهم كان لزيد استرداد كتابه الموجود ويكون ضامناً لدرهم عمرو.

(١١) أي وفيما أفاده صاحب الجواهر من جريان أصالة عدم اللّزوم وأصالة سلطنة مالك العين الموجودة معارضة بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف عنده أو قيمته لأن مقتضى ذلك الاصل اشتغال الذمة ومقتضى هذا الأصل براءة الذّمة فيتعارضان.

(١٢) أي عند مالك العين الموجودة.

(١٣) أقول هذا دفع لما يمكن أن يقال في المقام وهو أنّه لايتوهّم عدم المجال للبراءة مع وجود الدّليل على اشتغال ذمّة صاحب العين الموجودة بالمثل أو القيمة وهو عموم على اليد فيعاضد هذا العموم استصحاب السّلطنة لتوافق مقتضاهما وهو الاشتغال بالمثل أو القيمة وتقريب الدّفع ما ذكره في المتن بقوله بعد القطع الخ.

إنما الكلام (١) في الضّمان إذا أراد (٢) الرّجوع ،وليس هذا (٣) من مقتضى اليد قطعاً هذا (٤) ولكن يمكن أن يقال إن أصالة بقاء السلطنة (٥) حاكمة على أصالة عدم الضّمان (٦) بالمثل أو القيمة مع أن ضمان التّالف ببدله معلوم (٧) إلاّ أنّ الكلام في أنّ البدل هو البدل الحقيقي أعني المثل، أو القيمة أو البدل الجعلي أعني العين الموجودة فلا أصل (٨) هذا (٩) مضافاً إلى ما قد يقال من أنّ عموم[1] الناس مسلّطون على أموالهم يدلّ (١٠) على السّلطنة على المال الموجود بأخذه، وعلى المال التّالف بأخذ بدله الحقيقي وهو المثل أو القيمة فتدبر (١١)

---

(١) أي انمّا الكلام والاشكال في ضمان مالك العين الموجودة بمثل العين التّالفة أو قيمتها إذا أراد مالك العين الموجودة الى العين الموجودة فهل يتوجّه ضمان نحو من كانت العين عنده وقد تلفت في الاثناء .

(٢) أي أراد مالك العين الموجودة .

(٣) أي ليس الضّمان المشروط بإرادة رجوع المالك من مقتضى اليد قطعاً وذ لك لان اقتضاء اليد للضّمان ليس مشروطاً بقصد الرجوع وعدمه فحاصل الكلام أنّ قاعدة اليد لا تصلح لاثبات الضّمان المقيّد بإرادة رجوع المالك لوجهين احدهما أن مقتضى هذه القاعدة الضّمان المطلق لا الضّمان المشروط وبعبارة أخرى مقتضى قاعدة اليد العليّة التّامّة للضّمان لا العليّة النّاقصة . بمعنى كون

---

(١)(ب) عوالي اللآلي ج ١ ص ٢٢٢ الحديث ٩٩.

قاعدة اليد جزء العلّة وجزءها الآخر رجوع مالك العين الموجودة ثانيهما أنّ المال المأخوذ بما أنّه خرج عن تحت عموم على اليد في زمان وهو قبل التّلف وبعده قبل الرّجوع فلا يرجع اليه بعد الرّجوع لانّ المورد من موارد الرّجوع الى استصحاب الحكم الخاصّ لا الى عموم العامّ لعدم كون الزّمان مفرداً للعامّ كما بيّن في الاصول.

(٤) أي خذ ما ذكرناه من النّقض والابرام في جريان الاستصحاب الازلي وعدمه.

(٥) المراد من بقاء السّلطنة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة.

(٦) المراد بالضّمان ضمان مالك العين الموجودة بمثل العين التّالفة أو قيمتها ووجه الحكومة أنّ الشكّ في ضمان مالك العين الموجودة بالعين التالفة مسبّب عن الشكّ في بقاء السّلطنة وارتفاعها فأصالة بقاء السّلطنة أصل سببيّ فبجريان أصالة بقاء السّلطنة يثبت الضّمان.

(٧) بمعنى أنّ ضمان التّالف من المسلّمات الّتي لاريب فيها لانّه اذا لم يكن بالمثل او القيمة فبالعين الموجودة انّما الشّك في أنّ البدل الحقيقي الذي هو المثل او القيمة عند تلف احدىٰ العينين اوالبدل الجعلي الذي هي العين الموجودة.

(٨) يعني لا تجري اصالة عدم الضّمان بالمثل اوالقيمة ولااصالة عدم الضّمان بالمسمّىٰ اعني البدل الجعلي الذي هو عبارة عن العين الموجودة للمعارضة بينهما فتبقي اصالة بقاء السّلطنة سليمة عن المعارض فنجري اصالة عدم اللّزوم.

(٩) أي ماذكرناه من عدم جريان اصالة عدم الضّمان .

(١٠) اقول مراده (قده) من هذه العبارة أنّه كما أنّ عموم النّاس مسلطون يدل علىٰ سلطنة مالك العين الموجودة علىٰ ماله الموجود بأخذه فكذلك يدل علىٰ سلطنة مالك العين التّالفة عليها بأخذ بدلها وهوالمثل او القيمة ومع وجود الدّليل الاجتهادي لامورد لأصل البراءة .

(١١) وجه التّدبر منع شمول الموضوع في(النّاس مسلطون)للعين التّالفة مع أنّه لوجرت قاعدة التسلط فيها فاللازم الحكم بعدم اللّزوم في صورة تلف العينين وجواز الرّجوع لهما ببدلهما .

ولو كان احد العوضين ديناً(١) في ذمّة احد المتعاطيين فعلىٰ القول بالملك (٢) يملكه (٣) من في ذمته فيقسط (٤) عنه والظّاهر أنّه (٥) في حكم التّلف لأنّ السّاقط لايعود ويحتمل العود (٦) وهو ضعيف والظّاهر أنّ الحكم كذلك (٧) علىٰ القول بالاباحة فافهم (٨) ولونقلت (٩) العينان اواحداهما بعقد لازم فهو (١٠)كالتّلف (١١) علىٰ القول بالملك (١٢) لامتناع التّراد وكذا(١٣)

---

(١) كما لو أعطىٰ زيد كتاباً لعمر في مقابل الدّينار الذي يطلبه عمر من زيد .

(٢) أي فعلىٰ القول بافادة المعاطاة الملك .

(٣) أي يملك الدّينار من في ذمّته كزيد في المثال .

(٤)أي فيسقط الدّين عن زيد وذمته .

(٥) أي سقوط الدّين عن ذمّة زيد في حكم مالو تلفت العين في عدم جواز الرّجوع الىٰ العين الموجودة لأنّ موضوع التّراد هو وجود العينين فيكون المقام من موارد عدم امكان التّراد لتوقّفه علىٰ وجود العينين وبقائهما .

(٦) يعني عود الدّين فتشتغل ذمّة المدين مرة ثانية وهو أي احتمال العود ضعيف وجه الضّعف اوّلاً أنّه لا دليل لهذا العود من الشّرع ولانظير له وثانياً أنّه إن عاد السّاقط ليس هو شخص الذّمة السّاقطة علىٰ الفرض فمع سقوط ما في الذّمة انعدم ذلك الشّخص فاعادته ليس بممكن وإنّما العائد مثله لا نفسه حقيقة كما انّ الكلام في الملكية الزّائلة عن العين الموجودة كذلك بمعنىٰ أنّه يمتنع عود شخص

الملكية الزّائلة ونفسها وانما الممكن إعادة مثلها فاعادة المثل في المقام وفي الملكية الزّائلة بمكان من الامكان دون الشّخص.

(٧) أي كالملك في أنّه لا يعود الدّين بمعنىٰ أنّ إباحة الدّين علىٰ من عليه الدّين لا يعقل لها معنىٰ محصل إلّاسقوطه عن ذمّته فيعود الكلام بأنّ السّاقط لايعود.

(٨) إشارة الىٰ عدم تعقّل إباحة التصرف في مافي الذّمة فعندئذٍ فلا تجري المعاطاة في الدّين حتّىٰ نتكلّم أنّ سقوطه عن الذّمة في حكم التّلف أم لا ويمكن أن يقال إنّ إباحة الدّين علىٰ من عليه الدّين لا يعقل لها معنىٰ فيعود أنّ السّاقط لايعود.

(٩) أي لو نقل المتعاطيان العينين بعقد لازم كالبيع بان باع زيد الكتاب المأخوذ بالمعاطاة واشترىٰ عمرو بالدينار المأخوذ بالمعاطاة سلعةً.

(١٠) أي النقل.

(١١) يعني كما أنّ تلف العينين او احداهما من جملة ملزمات المعاطاة فكذلك النقل من الملزمات علىٰ القولبين في أنّه لايمكن الرّجوع في المعاطاة لامتناع الترادّ فإنّ الامتناع الشّرعي كالامتناع العقلي.

(١٢) أي علىٰ القول بافادة المعاطاة الملك فكون النّقل من الملزمات واضح لخروج العوضين او احدهما عن ملكه والمفروض أنّ جواز المعاطاة انّما ثبت بدليل لبّي وهو الاجماع والمتيقّن منه مااذا بقيت العين علىٰ صفة الملكية لمن

انتقلت اليه مع أنّه إذا كان النّاقل من العقود اللازمة امتنع التّراد ومعه لا معنىٰ لفسخ المعاملة لما تقدم من أنّ الجواز الثابت في المعاطاة إنّما هو في صورة إمكان التّراد الذي لايمكن في المقام لعدم بقاء موضوعه بنقل العينين او احداهما وامّا علىٰ القول بافادتها الأباحة فكذلك إن كان النقل بالتّصرف المتوقّف علىٰ الملك وإنّ كان بغير التّصرف فلامتناع التّراد لامعنىٰ لبقاء الجواز .

(١٣) أي علىٰ القول بافادة المعاطاة الاباحة.

علىٰ القول بالاباحة إذا قلنا باباحة التصرفات النّاقلة (١) ولو عادت العين (٢) بفسخ ففي جواز التّرادّ علىٰ القول بالملك لإمكانه (٣) فيستصحب وعدمه (٤) لأنّ (٥) المتيقن من التّرادّ هو المحقّق قبل خروج العين عن ملك مالكه وجهان أجودهما ذلك(٦) إذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللّزوم جواز التّرادّ بقول مطلق (٧) بل المتيقّن منه (٨)غير ذلك (٩) فالموضوع (١٠) غير محرز في الاستصحاب وكذا (١١) علىٰ القول بالاباحة لأنّ التصرف النّاقل (١٢)يكشف عن سبق الملك للمتصرف فيرجع بالفسخ الىٰ ملك الثّاني فلا دليل علىٰ زواله (١٣) بل الحكم هنا(١٤)

---

(١) كما لو أخذ المشتري المال بالمعاطاة وكان المال مباحاً له ثّم باعه من شخص أمّا لو قلنا بعدم إباحة التصرفات النّاقلة فليس للمشتري المعاطاتي نقل العين فلا موضوع لهذه المسألة عندئذ .

(٢) مراده (قده) انّه لو نقل كل واحد من المتعاطيين العين بعقدٍ لازم كالبيع ثمّ عادت العين بالإقالة أو بفسخ العقد لأجل الخيار ففي جواز ترادّ العينين علىٰ القول بإفادة المعاطاة الملك وجهان .

(٣) أي إن كان جواز الترادّ إذا عادت العين بالفسخ لاستصحاب الجواز الّذي موضوعه ما يملكه المتعاطيان و هذا الموضوع موجود و محفوظ قبل نقل العينين و بعد الفسخ فلا مانع من استصحابه إذا احتملنا كون تخلّل النقل رافعاً لحكم الجواز عن موضوعه عند ثبوته .

(٤) أي ويحتمل عدم جواز الترادّ.

(٥) أقول لأنّ دليل جواز الترادّ إنّما هو دليل لبيّ و هو الإجماع فيمكن أن يكون موضوعه ما يملكه المتعاطيان قبل النقل فلا يجري الاستصحاب بعد النقل و لو عادت العين بالفسخ لعدم إحراز الموضوع بنحو يمكن إبقاء حكمه و حيث إنّ المتيقّن ذلك أي كون الموضوع ما يملكه المتعاطيان قبل النقل فلا بدّ في غير ذلك من الرجوع الىٰ أصالة اللّزوم.

(٦) أي عدم جواز الترادّ بعد عود العينين بالفسخ.

(٧) يعني و لو بعد خروج العين عن ملك مَن انتقلت إليه بل الثّابت منه صورة بقاء العين في ملك مَن انتقلت إليه الّذي منعنا عنه و المراد من غير هذا جواز الترادّ قبل خروج العين.

(٨) أي من جواز التّراد و جواز الرّجوع الىٰ العين هو وجودهما قبل النّقل.

(٩) أقول المشار إليه بكلمة ذلك جواز الترادّ بعد خروج العين عن ملك مَن انتقلت إليه الّذي مَنعنا عنه و المراد من غير هذا جواز الترادّ قبل خروج العين.

(١٠) أعني العوضين قبل خروجهما عن ملك مَن انتقلا إليه فعندئذ لا يجري استصحاب جواز الترادّ و إنّما يتمسّك بعد الخروج عن ملكهما بأصالة اللّزوم.

(١١) يعني الاجود عدم جواز الترادّ بعد خروج العينين عن ملكهما علىٰ القول بإفادة المعاطاة الإباحة.

(١٢) أقول مراده من التّصرف النّاقل التّصرف المتوقّف علىٰ الملك كالبيع و العتق و نحوهما كما سيجيء الإشارة الىٰ ذلك فهذا التّصرف الخاصّ هو الّذي يكشف عن سبق الملك للمتصرّف أمّا في غيره فلا وجه لكشفه عن الملك إلّا إذا قلنا بالكشف في التّلف لأنّ التّلف نظير التّصرف.

(١٣) أي لا دليل علىٰ زوال الملك عن المالك الثّاني أي المباح له الّذي تصرّف في المباح بالنّقل لأنّه ثانٍ بالنّسبة الىٰ المالك المبيح توضيح المقام مثلاً أعطىٰ زيد عمراً ثوباً بالمعاطاة وقلنا بإفادة المعاطاة الإباحة ثمّ نقل عمرو الثّوب الىٰ البكر ثمّ فسخت المعاملة فإنّ الثّوب يرجع الىٰ عمرو لا الىٰ زيد إذ وقت بيع عمرو الثّوب صار الثّوب ملكاً له آناً مّا فإذا فسخ البيع رجع الىٰ ملكه لا الىٰ ملك زيد إذ لا دليل علىٰ رجوعه الىٰ ملك الأوّل.

(١٤) أي الحكم بلزوم المعاطاة و عدم جواز الترادّ هنا أي فيما قلنا بإفادة المعاطاة الإباحة أولىٰ من الحكم باللّزوم علىٰ القول بالملك لعدم تحقّق جواز الترادّ السّابق هنا.

أولىٰ منه (١) علىٰ القول بالملك لعدم (٢) تحقّق جواز الترادّ في السّابق (٣) هنا (٤) حتّىٰ يستصحب (٥) بل المحقّق (٦) أصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل المقطوع بانتفائها (٧) نعم (٨) لو قلنا بأنّ الكاشف عن الملك هو العقد النّافذ فإذا فرضنا ارتفاعه (٩) بالفسخ عاد الملك الىٰ المالك الأوّل (١٠) و إن كان مباحاً لغيره (١١) ما لم يسترد (١٢) عوضه كان (١٣) مقتضىٰ قاعدة السّلطنة جواز الترادّ لو فرض كون العوض الآخر باقياً علىٰ ملك مالكه الأوّل

---

(١) أي من الحكم باللّزوم.

(٢) أقول قوله (لعدم تحقّق جواز الخ) وجهٌ للأوّلية محصولها أنّ منشأ جواز الترادّ علىٰ القول بإفادة المعاطاة الملك تسلّط المالك الأوّل علىٰ إخراج ما كان ملكاً له عن تحت ملكيّة الغير الثّابتة لهذا الغير بالمعاطاة فإذا فسخ المالك بالمعاطاة المعاملة فعادت العين الىٰ ملكه والحاصل بناءً علىٰ القول بإفادة المعاطاة الملك كان الثّوب لعمرو و كان لزيد الحقّ في الاسترداد فإذا نقله عمرو ثمّ عاد الىٰ ملكه إستصحبنا بقاء حقّ زيد في الاسترداد أمّا علىٰ الإباحة كان الثّوب لزيد في يد عمرو فإذا نقله عمرو ثمّ رجع الثّوب إليه لم يكن سابقاً حقّ الاسترداد حتّىٰ يستصحب إذ في السّابق كان الثّوب لزيد لا أنّ زيداً كان يحقّ له الاسترداد.

(٣) مراده (قده) من (السّابق) هو الزّمان السّابق علىٰ نقل العين بالعقد الىٰ الثّالث.

(٤) فإنّه لم يتحقّق هنا يعني فيما إذا قلنا بإفادة المعاطاة الإباحة المجرّدة جواز ترادّ الملك فإنّ الثّابت في السّابق سلطنة الشّخص علىٰ ملكه لا جواز ردّ ملك الغير فلا مورد للاستصحاب في المقام.

(٥) أي حتّىٰ يستصحب جواز التّرادّ بعد النّقل.

(٦) أي بل المحقّق الثّابت قبل نقل العينين بالعقد اللّازم أصالة بقاء سلطنة المالك الأوّل الّذي هو المبيع و من الواضح انّ بقاء سلطنته قد انقطع و انتفىٰ بنقل المباح له العين الىٰ الغير فلا يبقىٰ للمبيع ملك حتّىٰ يستصحب بقاء السّلطنة.

(٧) أي بانتفاء سلطنة المالك الأوّل لانتفاء موضوعها لصيرورة العين المباحة ملكاً للمباح له بالتّصرف النّاقل.

(٨) قوله (نعم) استدراك عمّا أفاده من عدم جواز الترادّ للمالك الأوّل إذا عاد الملك الىٰ المباح له و هو البائع الثّاني بسبب فسخ المشتري الثّاني علىٰ فرض إفادة المعاطاة الإباحة المجرّدة و حاصله انّه لو قلنا إنّ الكاشف عن الملك هو نفس العقد النّاقل من المباح له لا التّصرف النّاقل فعندئذٍ لو فرضنا ارتفاع هذا العقد النّاقل بسبب فسخ الثّالث الّذي انتقل المال إليه فقد عاد هذا الملك الىٰ مالكه الأوّل و إن كان هذا الملك مباح التّصرف للمباح له لكن يرجع الىٰ المالك الأوّل فيجوز له الترادّ.

(٩) يعني إرتفاع العقد النّاقل.

(١٠) و هو المالك قبل المعاطاة أي المبيح .

(١١) الضّمير في (لغيره) يرجع الىٰ المالك الأوّل قبل المعاطاة و المراد من الغير هو المباح له البايع كلمة (إنْ) وصليّة فتحصل أنّ المعنىٰ و إن كان ملك المالك الأوّل المبيح مباحاً للمباح له .

(١٢) أي ما لم يستردّ علىٰ المباح له عوض ملك المالك الأوّل فما لم يأخذ في المثال السّابق عمرو ديناره من زيد كان الثّوب مباحاً له سواء قبل أن يبيعه من البكر أو بعد أن باعه و فسخ البيع .

(١٣) قوله (كان مقتضىٰ الخ) جواب قوله (لو قلنا) و جزاء له ثمّ قيد البقاء مبنيٌ علىٰ عدم كفاية بقاء إحدىٰ العينين علىٰ ملك مالكه الأوّل في جواز الرّجوع بناءً علىٰ الإباحة و أمّا بناءً علىٰ ما مرّ من كفاية بقاء إحدىٰ العينين علىٰ ملك مالكه في جواز الرّجوع فلا وجه لقيد البقاء بل الأوجه أن يقال مطلقاً بقىٰ العوض الآخر في ملك مالكه أم لم يبق .

أو عائداً إليه (١) بفسخ و كذا (٢) لو قلنا إنّ البيع لا توقّف علىٰ سبق الملك بل يكفي فيه (٣) إباحة التّصرف و الإتلاف و يملك الثّمن بالبيع كما تقدّم استظهاره (٤) عن جماعة في الأمر الرّابع (٥) لكنّ الوجهين (٦) ضعيفان بل الأقوىٰ رجوعه (٧) بالفسخ الىٰ البايع (٨) و لو كان النّاقل عقداً جايزاً (٩) لم يكن لمالك العين الباقية إلزام النّاقل (١٠) بالرّجوع فيه و لا رجوعه (١١) بنفسه الىٰ عينه فالتّرادّ غير متحقّق

---

(١) أي الىٰ ملك مالكه الأوّل بأن اشترىٰ بالدينار زيد شيئاً ثمّ فسخ فعاد الدّينار الىٰ زيد.

(٢) قوله و (كذا) عطف علىٰ قوله (نعم لو قلنا) أي و كذا يجوز الترادّ لكلّ واحد من المتعاطيين في صورة إفادة المعاطاة الإباحة المجرّدة.

(٣) أي في بيعه.

(٤) أي استظهار عدم توقّف البيع علىٰ سبق الملك.

(٥) أي تقدّم في ص ٣١٦ قوله (و لكن الّذي يظهر من جماعة منهم قطب الدّين و الشّهيد رحمهما الله في باب بيع الغاصب أنّ تسليط المشتري الخ).

(٦) أحد الوجهين ما ذكره بقوله (نعم لو قلنا الخ) و ثانيهما ما ذكره بقوله (و كذا لو قلنا الخ) و وجهه الضّعف في الأوّل فلان فرض المعاملة من حين الفسخ كأن لم يكن لا يقتضي إلّا إبطال آثارها الشّرعية و ليس الانتقال الىٰ البائع والمالك الأوّل قبل النّقل الىٰ المشتري من الآثار الشّرعية للنّقل بل هو من آثاره العقليّة فلا يكفي

رفع المعاوضة و فسخها في رفع هذا الأثر و إبطاله بل يرجع بالفسخ الىٰ ملك المباح له و أمّا الثّاني فلمّا مرّ من عدم كفاية إباحة التّصرف المتوقّف علىٰ الملك لنفوذه من المباح له ما لم تقل بانتقاله قبل التّصرف إليه .

(٧) أي رجوع المال كالثّوب و الكتاب .

(٨) أي البائع الثّاني الّذي هو المباح له لا المالك الأوّل المبيح .

(٩) أقول مراده (قده) من العقد الجائز العقد المعاوضي الجائز و ذلك كالبيع في زمن الخيار .

(١٠) إلزام النّاقل الّذي هو المباح له بالرّجوع فيه بأن يقول له أرجِع في هبتك لأنّي أُريد إرجاع الثّوب و إعطائكَ الدّينار .

(١١) أي ولم يكن لمالك العين الباقية الرّجوع الىٰ الثّوب الّذي عند الموهوب له .

و تحصيله (١) غير واجب و كذا (٢) علىٰ القول بالإباحة ، لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك نعم لو كان (٣) غير معاوضة كالبيع و قلنابأنّ التّصرف في مثله (٤) لا يكشف عن سبق الملك إذ لا عوض فيه حتّىٰ لا يعقل (٥) فيه كون العوض مالاً لأحدٍ و انتقال (٦) المعوّض الىٰ الآخر بل الهبة ناقلة (٧) للملك عن ملك المالك الىٰ المتّهب فيتحقّق حكم جواز الرّجوع بالنّسبة الىٰ المالك (٨) لا الواهب (٩) إتّجه (١٠) الحكم بجواز الترادّ مع بقاء العين الأُخرىٰ (١١) أو عودها (١٢) الىٰ مالكها بهذا النّحو من العود (١٣) إذ لو عادت بوجه آخر (١٤) كان حكمه حكم التّلف و لو باع العين ثالث فضولاً (١٥) فأجاز المالك الأوّل علىٰ القول بالملك

---

(١) تحصيل الترادّ بتحصيل موضوعه برجوع الناقل الىٰ العين المنقولة لكي يتحقّق موضوعه .

(٢) أقول بمعنىٰ أنّه كما لو قلنا بأنّ المعاطاة تفيد الملك تصير المعاوضة لازمة لعدم تحقّق الترادّ فليس لمالك العين الباقية إلزام النّاقل بالرّجوع فيه فكذا الكلام علىٰ القول بإفادة المعاطاة الإباحة .

(٣) أي لو كان النّقل الجائز الّذي أجراه عمرو علىٰ الثّوب .

(٤) أي في مثل العقد الجائز الغير المعاوضي .

(٥) يعني لا مانع عقلاً من صحّة هذه الهبة لان الهبة لا عوض لها حتّىٰ يقال كيف يدخل العوض في ملك مَن لا يخرج المعوّض عن ملكه .

(٦) كلمة (و انتقال) مرفوعة معطوفة علىٰ نائب الفاعل في قوله حتّىٰ لا يعقل انتقال المعوّض الىٰ الآخر الّذي هو المالك الأوّل الّذي رجعت العين إليه .

(٧) بمعنىٰ إنّ الهبة ناقلة للملك عن ملك مالكه المبيح للواهب الىٰ المتّهب فللمالك الرّجوع لخروج المال عن ملكه دون الواهب .

(٨) يعني يجواز الرّجوع في العين الموهوبة للمالك خاصّة قبال كون الرّجوع للواهب .

(٩) لأنّ الواهب إنّما أُبيحَ له التّصرف في مال الغير شرعاً علىٰ خلاف الأصل فيقتصر فيه علىٰ القدر المتيقّن و هو أصل التّصرف دون الرّجوع .

(١٠) قوله (إتّجه) جواب لقوله (نعم لو كان الخ) و جزاء لوالشّرطية .

(١١) الّتي هي للمالك الأوّل الّذي قد أخذ من المباح له شيئاً عوضاً عن العين المباحة له .

(١٢) أقول الظّاهر إنّ هذا من طغيان القلم و وقوع الغلط في النّسخة والمناسب بدل قوله أو عودها أو نقلها فيصير المعنىٰ أنّ الحكم بجواز التّرادّ متّجهٌ في الصّورتين الأولىٰ بقاء العين الأُخرىٰ و الثّانية نقل العين الىٰ الغير .

(١٣) أي النّقل بالهبة يعني النّقل مجّاناً الىٰ الواهب .

(١٤) بأن نقل بالمعاوضة قبال الهبة الجائزة .

(١٥) كما لو باع الثّوب الّذي عند عمرو البكر فضولاً بدون إجازة عمرو .

لم يبعد كون إجارته رجوعاً (١) كبيعه (٢) و سائر تصرّفاته النّاقلة (٣) و لو أجاز المالك الثّاني نفذ (٤) بغير إشكال و ينعكس الحكم (٥) إشكالاً ووضوحاً علىٰ القول بالإباحة و لكلّ منهما (٦) ردّه (٧) قبل إجازة الآخر و لو (٨) رجع الأوّل فأجاز الثّاني فإن جعلنا الإجازة كاشفة لغي الرّجوع و يحتمل عدمه (٩) لأنّه رجوع قبل تصرّف الآخر فينفذ (١٠) و يلغوا الإجازة (١١) و إن جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعاً

---

(١) أي إجازة المالك الأوّل.

(٢) أي بيع المالك الأوّل.

(٣) كالهبة المعوّضة و الهبة علىٰ ذي رحم كالعتق و نحوها.

(٤) أي نفذت إجازته و لزمت المعاطاة بغير إشكالٍ لأنّ النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم و المفروض إنّه مالك فله الإجازة كما إنّ له البيع بنفسه و هذا واضح لأنّ شبهته فيه و إنّما الإشكال و الشّبهة في إجازة الأوّل في سيأتي.

(٥) مراده (قده) من الحكم النفوذ و الإشكال أنّ الحكم ينعكس علىٰ القول بالإباحة بمعنىٰ إنّ الإجازة لو صدرت من المالك الأوّل الّذي هو المبيح تكون نافذة بغير إشكالٍ لأنّ العين المعاطاتية علىٰ القول بالإباحة ملك للمبيح وإن صدرت الإجازة من المباح له الّذي هو المالك الثّاني فلا تخلو من إشكال فانعكست الإجازة وضوحاً و إشكالاً.

(٦) أي من المتعاطيين.

(٧) أي ردّ المتعامل الفضولي .

(٨) يعني لو رجع المالك الأوّل عن المعاطاة وردّها .

(٩) أي عدم كون الرّجوع لغواً .

(١٠) أي فينفذ رجوع المالك الأوّل .

(١١) وجه كون الإجازة لغواً أنّ رجوع المالك الأوّل و ردّه المعاطاة أوجب خروج المال الواقع عليه البيع فضولاً عن ملك المجيز فلا محل للإجازة لتكون كاشفة أو ناقلة فاحتمال صحّة الرّجوع و عدم كونه لغواً هو المتيقّن .

ولو امتزجت (١) العينان أو إحداهما سقط الرجوع علىٰ القول بالملك لامتناع التّرادّ و يحتمل الشركة (٢) و هو ضعيف أما علىٰ القول بالإباحة فالأصل (٣) بقاء التّسلط علىٰ ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك (٤) شريكاً مع مالك الممتزج به نعم لو كان المزج ملحقاً له (٥) بالإتلاف (٦) جرىٰ عليه (٧) حكم التّلف و لو تصرّف (٨) في العين تصرفاً مغيراً للصّورة كطحن الحنطة و فصل الثّوب فلا لزوم علىٰ القول بالإباحة و علىٰ القول بالملك ففي اللّزوم وجهان مبنيّان علىٰ جريان استصحاب جواز التّرادّ و منشأ الإشكال أنّ الموضوع في الاستصحاب عرفيٌّ (٩) أو حقيقيٌّ (١٠)

---

(١) مثاله كما لو باع الدّهن بالدّبس معاطاة فامتزجا و كما لو مزج منّاً من الدّهن المشترىٰ بالمعاطاة بمنٍّ آخر منه.

(٢) بين صاحب الدّهن مثلاً و الشّخص الّذي امتزج ماله بالدّهن بأن يكون المالك الآخذ بالمعاطاة شريكاً مع مالك الممتزج.

(٣) مراده (قده) من الأصل استصحاب جواز الرّجوع الثّابت قبل الامتزاج.

(٤) أي فيصير المالك للدّهن في المثال شريكاً مع مالك الممتزج به مثلاً امتزج بالدّهن الدّبس فصاحب الدّهن يكون شريكاً مع صاحب الدّبس.

(٥) ؟ي للمال المأخوذ بالمعاطاة الممزوج.

(٦) كما لو امتزج السُّكرُ بماءٍ كثير كالكر بحيث لم يظهر طعم حلاوته في الماء لكثرة الماء و قلّة السُّكَرِ.

(٧) أي جرىٰ علىٰ المال الممتزج المأخوذ بالمعاطاة حكم التّلف توضيح الكلام في المقام هو أنّ المزج علىٰ قسمين قسم لا يُلحِقُ المأخوذ بالمعاطاة للّتلف و ذلك كما إذا مزج منّاً من الدّهن المشترىٰ بالمعاطاة بمنٍّ آخر منه أو منّاً من الحنطة المشترىٰ بها بمنٍّ آخر منه فهذا لا يجري عليه حكم التّلف وقسم آخر يلحقه بالإتلاف حقيقةً أو عرفاً كما لو صبغ شيءٌ باللّون المشترىٰ بالمعاطاة.

(٨) أي لو تصرّف كلّ واحدٍ من المتعاطيين أو أحدهما في العين المعاطاتية تصرّفاً مغيّراً للصّورة العرفيّة كطحن الحنطة و فصل الثّوب فعلىٰ القول بالإباحة لا تكون المعاطاة لازمة و ذلك لعدم التّلف و عدم تصرّف النّاقل فكلّ من العينين باقٍ علىٰ ملك مالكه فله السّلطة علىٰ استرداده و أمّا التّصرف المغيّر للصورة النّوعية كحرق الخشب ونحوه فهذا يعد في العرف إتلافاً.

(٩) بمعنىٰ أنّ حكم العرف ببقاء الموضوع كافٍ في جريانه و إن لم يبق حقيقةً بما له من الأوصاف و الخصوصيّات و لذا لو كانت الحنطة أو الثّوب نجسين ثمّ طحنت الحنطة و فصّل الثّوب جرىٰ استصحاب النّجاسة و لا مجال لأصالة الطّهارة ففي ما نحن فيه يحكم العرف ببقاء المأخوذ بالمعاطاة و إن تغيّرت صورته بالطّحن و الفصل فيجري الاستصحاب لإحراز الموضوع.

(١٠) بمعنىٰ أنّ الموضوع في الاستصحاب حقيقيٌّ بمعنىٰ أنّ الجواز يتعلّق بترادّ شخص العين المنتقلة عنه بما لها من الصّورة و الأوصاف الّتي تتفاوت بها الرغبات فحيث تغيّرت صورة المأخوذ بالمعاطاة بالطّحن و الفصل فلا يجري الاستصحاب لعدم إحراز الموضوع فيحكم باللّزوم.

ثمّ إنّك قد عرفت (١) ممّا ذكرنا أنّه ليس جواز الرّجوع (٢) في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود اللّازمة حتىٰ يورث بالموت ويسقط بالإسقاط ابتداءً (٣) أو في ضمن المعاملة (٤) بل هو (٥) علىٰ القول بالملك نظير الرّجوع في الهبة (٦) و علىٰ القول بالإباحة نظير الرّجوع في إباحة الطّعام بحيث يناط الحكم فيه (٧) بالرّضا الباطني بحيث لو علم كراهة المالك باطناً لم يجز له (٨) التّصرف فلو مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرّجوع علىٰ القول بالملك للأصل (٩) لأنّ (١٠) من له و إليه الرّجوع هو المالك الأصلي و لا يجري الاستصحاب (١١) فلو جنّ أحدهما فالظّاهر قيام وليّه (١٢) مقامه في الرّجوع علىٰ القولين .

---

(١) عند قوله : ولم يثبت قبل التّلف جواز المعاملة علىٰ نحو البيع الخياري .

(٢) يعني أنّ جواز الرّجوع في باب المعاطاة من باب الحكم الشّرعي الذي لا يسقط بالإسقاط و لا يورث بالموت و هذا بخلاف الخيار في البيع الخياري فإنّه يسقط بالإسقاط و يورث بالموت .

(٣) كأن يقول المتعاطي أسقطتُ حقّي في الرّجوع .

(٤) أقول مراده (قده) من هذه العبارة الفرق بين الجواز الثّابت في المعاطاة و الجواز الثّابت في العقود اللّازمة و أنّ الجواز الثّابت في المعاطاة ليس من قبيل الجواز الثّابت في العقود اللّازمة من الحقوق حتّىٰ ينتقل بالموت الىٰ الوارث و يسقط بالإسقاط و يصالح عليها بل هو مجرّد حكم شرعيّ ثابتٍ للشّخص و من

الواضح أنّ مثله لا يورث علىٰ ما عرفت فيما سبق من المائز بين الحقّ و الحكم فتبيّن أنّ جواز الفسخ في العقود اللّازمة من الحقوق فيورث و يسقط بالإسقاط و الجواز في المعاطاة ليس كذلك بل هو من الأحكام فلا يسقط بالإسقاط في ضمن المعاملة بأن يعاملا معاملة أخرىٰ ويشترطا في ضمن تلك المعاملة سقوط حقّها في الرّجوع في المعاطاة و لا يورث .

(٥) أي جواز الرّجوع في مسألة المعاطاة .

(٦) يعني كما أنّ الرّجوع في الهبة الجائزة من الأحكام فكذلك جواز الرّجوع في مسألة المعاطاة كما يقتضيه الأصل .

(٧) أي في إباحة الطّعام و كونه مباحاً كما إذا أباح بكر لخالدٍ طعامه ثمّ قال رجعت فيه .

(٨) وجه عدم جواز التّصرف أنّه لا يحلّ مال امرىءٍ إلّا بطيب نفسه .

(٩) أي لأصالة عدم تأثير رجوع الوارث في إعادته الىٰ ملكه و لاستصحاب عدم جواز رجوعه ثمّ اعلم أنّ قوله هذا تفريع علىٰ الحقّية و الحكميّة بمعنىٰ أنّه لمّا كان الجواز حكماً لم ينتقل الىٰ الوارث بناءً علىٰ إفادة المعاطاة الملك فليس للوارث الرّجوع بدليل الإرث بل يرجع الىٰ أصالة اللّزوم إذ لا استصحاب يحكم عليه لأنّ الثّابت هو التّراد من ملك المالك الأصلي الغير الممكن من الوارث .

(١٠) مراده (قده) من هذه العبارة أنّ جواز الرّجوع كان قائماً بشخص المالك الأصلي و بموته انتفىٰ الموضوع و لا يجري استصحاب جواز الرّجوع بالنّسبة الىٰ الوارث.

(١١) أي لا يجري استصحاب جواز الرّجوع بالنّسبة الىٰ الوارث لعدم اجتماع أركانه إذ لا يقين بحدوث جواز الرّجوع بالإضافة الىٰ الوارث و إنّما كان الحدوث بالإضافة الىٰ الميّت فالمرجع بالنّسبة الىٰ الوارث أصالة اللّزوم.

(١٢) أي وليّ أحد المالكين الّذي هو المجنون في الرّجوع علىٰ القولين علىٰ القول بإفادة المعاطاة الملك و إفادتها الإباحة أقول ذكر بعض المحققين في هذا المقام ما هذا لفظه غاية ما يمكن أن يذكر في وجه ذلك أنّ كلّ ما يقبل النّيابة يقوم فيه الوليّ مقام المولّىٰ عليه و حيث إنّ مباشرة المالك في الردّ غير معتبرة فيقوم مقامه إذا جنّ و لكن يرد عليه أنّ الثّابت بالدّليل ولاية الوليّ في أمواله و حقوقه و حيث أنّ جواز الرّجوع حكم لاحقٌ فلا دليل علىٰ ولايته فيه. إنتهىٰ.

جريان الخيارات في المعاطاة

السّابع (١) أنّ الشّهيد الثّاني ذكر في المسالك[1] وجهين في صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التّلف (٢) أو معاوضة مستقلّة (٣) قال (٤) ويحتمل الأوّل (٥) لأنّ المعاوضات محصورة (٦) و ليست (٧) إحداها و كونها (٨) معاوضة برأسها يحتاج الىٰ دليل . و تظهر الفائدة (٩) في ترتّب الأحكام المختصّة بالبيع عليها (١٠) كخيار الحيوان لو كان التّالف الثّمن (١١) أو بعضه و علىٰ تقدير ثبوته (١٢) فهل الثّلاثة (١٣) من حين المعاطاة أو من حين اللّزوم (١٤) كلٌّ محتمل و يشكل الأوّل (١٥) بقولهم إنّها ليست بيعاً و الثّاني (١٦) بأنّ التّصرف ليس معاوضة بنفسها

---

(١) أقول قبل الشّروع ببيان كلام الشّهيد الثّاني (ره) نقول تجديد البحث في ذلك مع ما سبق منه في التّنبيه الأوّل لأجل أنّ البحث هناك مسوق لبيان أنّ ما يشترط في البيع يشترط في المعاطاة أم لا و هو يتوقّف علىٰ كون المعاطاة بيعاً حين انعقادها بخلاف المقام فإنّ الكلام فيه مسوق لبيان الوجهين في ترتيب ما يترتّب علىٰ البيع عليها من الخيار و ذكر مبدئه هل هو من حين المعاطاة أو من حين اللّزوم و من المعلوم أنّ هذا لا يتوقّف علىٰ صدق البيع عليه من حين الوقوع بل علىٰ أعمّ منه و من صدق البيع عليه بعد التّصرف و التّلف .

(٢) يعني تلف إحدىٰ العينين أو بعض كلّ واحدة من العينين أو بعض كلتا العينين حتّىٰ يجري عليها أحكام البيع .

---

(١) مسالك الإفهام ج ١ ، ص ١٧٠ .

(٣) بمعنىٰ أنّها ليست من المعاملات المتعارفة فالقاعدة في مثل هذه المعاوضة أن لا تجري عليها أحكام المعاوضة المتعارفة و أحكام البيع و لم يعتبر فيها شرائطه نعم تجري فيها الأحكام الكلّية مثل المؤمنون عند شروطهم و تجارة عن تراض و أوفوا بالعقود و نحوها.

(٤) أي قال الشّهيد الثّاني.

(٥) أي صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التّلف.

(٦) أي المعاوضات المتعارفة المنطبقة علىٰ العقود الشّرعيّة كالبيع و القرض و الإجارة و الهبة و الرّهن و الصّلح و المضاربة و المزارعة و المساقاة ونحوها.

(٧) أي ليست المعاطاة إحدىٰ المعاوضات.

(٨) أي كون المعاطاة معاوضة برأسها يحتاج الىٰ دليل حاصل مراده (قده) أنّ المعاوضات المتعارفة المتداولة الّتي تنصرف إليها الإطلاقات محصورة و صحّة غير المتداول منها يحتاج الىٰ دليل خاصّ هذا و لا يخفىٰ عليك أنّ التّعليل بكون المعاوضات محصورة غير وافٍ بالمعلول أعني بيعيّة المعاطاة إذ مجرّد عدم الدّليل علىٰ كون المعاطاة معاوضة لا يكفي في كونها بيعاً كما هو الظّاهر من العبارة بل لا بدّ فيه أيضاً من قيام دليل عليه و هو منتف.

(٩) أي فائدة الاختلاف في صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التّلف أو معاوضة مستقلة في ترتّب الأحكام المختصّة بالبيع علىٰ المعاطاة كخيار الحيوان بمعنىٰ أنّه لو قلنا إنّ المعاطاة بيع تترتّب عليه أحكام البيع المختصّة به من خيار الحيوان.

(١٠) أي علىٰ المعاطاة .

(١١) أقول وجه التّقييد بكون التّالف الثّمن أو بعض الثّمن هو اختصاص خيار الحيوان بصورة بقاء الحيوان إذ مع تلفه ينفسخ البيع لقاعدة كلّ مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له و إذا انفسخ البيع فلا موضوع للخيار لكي يكون حكماً مختصّاً به .

(١٢) أي ثبوت خيار الحيوان و هذا الثّبوت فيما إذا اخترنا كون المعاطاة بيعاً بعد التّلف .

(١٣) أي ثلاثة أيّام الواقعة في الرّوايات منها رواية[١] عليّ بن أسباط عن أبي الحسن الرّضا (ع) قال الخيار في الحيوان ثلاثة أيّام للمشتري[٢] .

(١٤) أقول منشأ الاحتمال الأوّل أعني كون مبدء خيار الحيوان و هو ثلاثة أيّام من حين المعاطاة هو احتمال كون موضوع الخيار البيع الشّرعي الشّأني أعني البيع بالمال و هذا موجود فيما نحن فيه قبل التّلف .

(١٥) أقول المراد من الأوّل احتمال كون مبدء الخيار من حين المعاطاة و وجه الإشكال ما عرفت آنفاً من إطباقهم علىٰ أنّ المعاطاة ليست بيعاً قبل التّلف

---

(١) عليّ بن أسباط بن سالم ثقة قال العلّامة (ره) أنا أعتمد علىٰ روايته و قال النّجاشي كان أصدق النّاس لهجة و أوثقهم .

(٢) راجع (وسائل الشّيعة) الطّبعة الجديدة الجزء الثّامن عشر أبواب الخيار ص ٦ حديث ٥ .

الإشكال ما عرفت آنفاً من إطباقهم علىٰ أنّ المعاطاة ليست بيعاً قبل التّلف والخيار من أحكام البيع فلا يثبت قبله إلّا ما يظهر من صاحب الجواهر (قده) من احتمال كون المراد من الأوّل إحتمال كون المعاطاة بيعاً بعد التّلف.

(١٦) أي و يشكل الثّاني أعني إحتمال كون مبدء الخيار من حين اللّزوم بأنّ التّصرف و التّلف ليس بيعاً و معاوضة بنفسها و المفروض أنّ المعاطاة أيضاً ليست بيعاً حين وقوعها فعندئذ لا بيع بعد التّلف و لا موضوع للخيار حتّىٰ يثبت فيه.

اللّهم إلّا أن يجعل المعاطاة جزء السّبب و التّلف تمامه (١) و الاقوىٰ عدم ثبوت خيار الحيوان هنا (٢) بناءً علىٰ أنّها (٣) ليست لازمة و إنّما يتمّ (٤) علىٰ قول المفيد ومن تبعه وأمّا خيار العيب و الغبن فيثبتان علىٰ التقديرين (٥) كما أنّ خيار المجلس منتف (٦) انتهىٰ (٧)

و الظاهر أنّ هذا (٨) تفريع علىٰ القول بالإباحة في المعاطاة وأمّا علىٰ القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل فينبغي الكلام في كونها معاوضةً مستقلّةً أو بيعاً متزلزلاً قبل (٩) اللّزوم حتىٰ يتبعه (١٠) حكمها (١١) بعد اللّزوم إذ الظّاهر أنّه (١٢) عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا إشكال في ذلك (١٣) عندهم علىٰ ما تقدّم من المحقّق الثّاني فإذا لزم (١٤) صار بيعاً لازماً

---

(١) أي تمام السّبب بأن نقول إنّ تحقّق المعاملة في الحيوان في الخارج له سببان أحدهما نفس المعاطاة ثانيهما تلف الحيوان أقول هذا توجيه من المصنّف (قده) بالاحتمال الثاني و لكن لا يخفىٰ عدم تماميّته لما قد عرفت سابقاً من أنّ مقتضىٰ الجمع بين الأدلّة كون التّلف شرطاً للحكم بتحقّق البيع من أوّل الأمر لا جزءاً له فراجع.

(٢) أي في المعاطاة.

(٣) أي المعاطاة ليست لازمة أقول وجه عدم ثبوت الخيار في المقام دعوىٰ عدم معنىً للخيار في العقود الجائز و يرد عليه أنّه لو تمّ لمنع من خيار

العيب و الغبن أيضاً هذا مع أنّ الكلام في ثبوت الخيار من حين صيرورته بيعاً و هو حين ذاك لازم نعم دليل هذا الخيار يختصّ بالبيع فثبوته في المقام يتوقّف علىٰ كون المعاطاة بيعاً.

(٤) يعني ثبوت الخيار إنّما يتمّ علىٰ قول المفيد (ره) و من تبعه من لزوم المعاطاة مطلقاً.

(٥) يعني تقديري صيرورة المعاطاة بيعاً أو معاوضة مستقلّة لعموم دليل خيار العيب و خيار الغبن للبيع و المعاوضة المستقلّة كليهما و عدم اختصاصهما بالبيع العقدي.

(٦) أقول ظاهر سياق العبارة انتفاء خيار المجلس علىٰ التّقديرين سواء كان المراد منهما صيرورة المعاطاة بيعاً و معاوضة كما اخترناه أو مقالة المفيد و مقالة غيره كما احتمله بعض الأكابر و علىٰ كلا الاحتمالين يشكل الانتفاء أما علىٰ المختار فلاستلزامه عدم ثبوت خيار المجلس في البيع مع أنّه من مختصّاته.

و أمّا علىٰ ما احتمله بعض الأكابر فلاستلزامه انتفاء خيار المجلس علىٰ تقدير القول باللّزوم أيضاً و لا يمكن الالتزام به إذ لا يبقىٰ مورد حينئذ لخيار المجلس اللّهمّ إلّا أن يقال إنّ الوجه في الانتفاء انصراف أخباره أو ظهورها في البيع العقدي أو اللّازم من حين وقوعه.

(٧) أي انتهىٰ ما ذكره الشّهيد الثّاني في المسالك.

(٨) أي البحث في كون المعاطاة معاوضة مستقلّة أو بيعاً.

(٩) يعني علىٰ القول بالملك المتزلزل في المعاطاة ينبغي أن يكون الكلام في كون المعاطاة بيعاً أو معاوضةً مستقلّةً واقعاً في المعاطاة قبل اللّزوم لا بعد التّلف و اللّزوم ليترتّب علىٰ البحث حكم المعاطاة بعد اللّزوم فإن قلنا بأنّها بيع قبل اللّزوم فبعد التّلف المسبّب عنه اللّزوم يترتّب عليها الأحكام المختصّة بالبيع اللّازم و إن قلنا بأنّها معاوضة مستقلّة قبل اللّزوم فبعد اللّزوم يلحقها حكم مطلق المعاوضة لا أحكام البيع.

(١٠) أي البيع.

(١١) أي حكم المعاطاة عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي و ذلك كخيار الحيوان و المجلس لظهور دليلهما في اختصاصهما بالبيع العقدي الّذي مبناه علىٰ اللّزوم لولا الخيار.

(١٢) أي التّعامل المعاطاتي.

(١٣) أي في كون المعاطاة بيعاً عند القائل بالملك المتزلزل.

(١٤) يعني أنّ المعاطاة إذا صارت لازمة بسبب تلف أحد العينين أوبعض إحداهما أو بعض كلتيهما.

فتلحقه أحكام البيع (١) عدا ما استفيد من دليله (٢) ثبوته للبيع العقدي (٣) الّذي مبناه (٤) علىٰ اللّزوم لولا الخيار و قد تقدّم (٥) أنّ الجواز هنا (٦) لا يراد به (٧) ثبوت الخيار و كيف كان فالأقوىٰ أنّها (٨) علىٰ القول بالإباحة بيعٌ عرفيٌّ لم يصحّحه (٩) الشّارع و لم يمضه إلّا بعد تلف إحدىٰ العينين أو ما في حكمه (١٠) و بعد التّلف يترتّب عليه أحكام البيع عدا ما (١١) اختصّ دليله بالبيع الواقع صحيحاً من أوّل الأمر و المحكيّ عن حواشي الشّهيد أنّ المعاطاة معاوضة مستقلّة جايزة أو لازمة (١٢) و الظّاهر أنّه أراد التّفريع علىٰ مذهبه من الإباحة و كونها معاوضةً (١٣) قبل اللّزوم من جهة كون كلّ من العينين مباحاً عوضاً عن الأخرىٰ لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضي حدوث الملك كما لا يخفىٰ فلا بدّ أن يقول (١٤) بالإباحة اللّازمة فافهم (١٥)

---

(١) من اللّزم و خيار الغبن و خيار العيب ، و خيار الحيوان .

(٢) الضّمير المجرور راجع الىٰ (ما) في قوله (عدا ما) و مراده (قده) من (ما) هو الحكم يعني سوىٰ الحكم الّذي استفيد من دليل ذلك الحكم ثبوته للبيع العقدي .

(٣) مراده (قده) أنّ المعاطاة بعد صيرورتها بيعاً لازماً بالتّلف تترتّب عليها أحكام البيع من اللّزوم و الخيارات الثّلاثة سوىٰ الشّرط الثّابت في البيع العقدي دون المعاطاة و هو الإيجاب و القبول اللّفظيّين المختصّان بالبيع العقدي .

(٤) أي مبنىٰ ذلك البيع .

(٥) بقوله : و لم يثبت قبل التّلف جواز المعاملة علىٰ نحو جواز البيع الخياري ـ الىٰ قوله ـ فإنّ الجواز فيه هنا بمعنىٰ جواز الرّجوع الىٰ آخره .

(٦) أي جواز التّراد في باب المعاطاة و قد تقدّم أنّ الجواز هنا أي في المعاطاة أقول هذا دفع لما قد يتوهّم و حاصله أنّ المعاطاة أيضاً علىٰ القول بالملك بيع مبناه علىٰ اللّزوم لولا الخيار فيجري فيها أيضاً حكم بيع العقدي و حاصل الدّفع أنّ هذا يتمّ لو كان الجواز في المعاطاة حقّا من قبيل الخيار لا حكماً و قد تقدّم أنّه فيها من قبيل الأحكام فلا يسقط بالإسقاط و لا يورث بالموت .

(٧) أي لا يراد بالجواز في المعاطاة ثبوت الخيار بل الجواز ذاتيّ للمعاطاة كالجواز في الهبة .

(٨) أي أنّ المعاطاة .

(٩) أقول كون المعاطاة بيعاً بعد التّلف غير مسلّم بل لا وجه له لأنّ المفروض أنّها لم تكن بيعاً من حين وقوعها فكيف تصير بيعاً بعد التّلف و السّيرة المدّعىٰ ساكتة عن هذا فلا دليل علىٰ ذلك .

(١٠) أي في حكم التّلف كالسّقوط بمعنىٰ أنّ سقوط ما في الذّمة تلف له و في حكمه في عدم إمكان التّرادّ معه لتوقّفه علىٰ وجود العينين و بقائهما .

(١١) أي عدا حكم اختصّ دليل ذلك الحكم بالبيع الواقع صحيحاً من أوّل الأمر كالإيجاب و القبول اللّفظيّين و خيار المجلس و الظّاهر من الأدلّة أنّ جميع أحكام البيع مترتّبة علىٰ البيع الواقع صحيحاً من أوّل الأمر لأجل الانصراف .

.....

(١٢) بمعنىٰ أنّ المعاطاة بناءً علىٰ القول بالإباحة معاوضة مستقلّة جايزة قبل التّلف أو لازمة بعد تلف إحدىٰ العينين أو بعض كلّ واحدة من العينين أو بعض كلتا العينين .

(١٣) أقول هذا إشارة الىٰ دفع توهّم و هو أنّ جواز المعاطاة ممّا أجمع عليه الأصحاب و معه كيف يحتمل القول باللّزوم و حاصل دفعه أنّ هذا التّوهّم و الإشكال إنّما يرد لو كانت أو في قول الشّهيد « جائزة أو لازمة » للتّرديد ليخالف المجمع عليه و الأمر ليس كذلك و إنّما هو للتّنويع بمعنىٰ أنّ المعاطاة جايزة تارةً كما في صورة بقاء العينين و لازمة أخرىٰ كما في صورة تلف العينين .

(١٤) أي يقول الشّهيد (ره) .

(١٥) يمكن أن يكون إشارة الىٰ أنّه ليس في كلام الشّهيد ما يأبىٰ عن كون المعاطاة إباحة لازمة بل ظاهر كلامه أيضاً ذلك فلا يرد عليه شيءٌ و يمكن أن يكون إشارة الىٰ أنّه لا مانع من حدوث الملك بعد اللّزوم فلا يلزمه القول بالإباحة اللّازمة .

و قد أنهينا بحمد الله تبارك و تعالىٰ الجزء الأوّل من كتاب المكاسب لشيخنا الأنصاري قدّس الله سرّه من بداية البيع الىٰ التّنبيه الثّامن من تنبيهات المعاطاة و كان ذلك في عشيّة يوم الخميس السّت من شهر ربيع الثّاني من ١٤١٩ من الهجرة النبويّة علىٰ مهاجرها آلاف السّلام و التّحية فشكراً لك ياربّي و يا إلٰهي علىٰ هذه النّعم الجسيمة الّتي قد آتيتني و الآلاء الجزيلة و نسألك اللّهمّ و ندعوك التّوفيق لإتمام بقيّة الأجزاء الدّينيّة النّافعة للأمّة الإسلاميّة كلّها برحمتك الواسعة إنّك وليّ ذلك و القادر عليه .

ويتلوه الجزء الثّاني و الثّالث و الرّابع و الخامس إن شاء الله تعالىٰ عن قريب . كانت الطّبعة الاولىٰ سنة ١٣٩٣ و الطّبعة الثّانية سنة ١٤١٩ من الهجرة النّبويّة علىٰ مهاجرها آلاف التحيّة و السلام .

قم ـ الحوزة العلميّة

محمّد علّامة هشترودي

فهرس الأبحاث

الاهداء ٦
المقدمة ٧
كتاب البيع ٩
في تعريف البيع واركانه ومايرد عليه من النّقوض ١١
الاحاديث الواردة في استعمال البيع في المنافع ١٣
عمل الحرّ وجواز وقوعه عوضاً وثمناً في البيع ١٥
في جعل الحقوق القابلة للانتقال عوضاً في البيع ١٧
امكان تملّك الانسان لما في ذمّته ١٩
تحقيق حول الحقوق ونظرةٌ فيها ٢١
حقيقة البيع وتعريفه عند الفقهاء ٢٣
في الايراد علىٰ تعريف المصنّف والجواب عنه ٢٩
النّقض علىٰ تعريف المصنّف بالهبة المعوضة والجواب عنه ٣٥
النّقض علىٰ تعريف المصنّف بالصّلح والجواب عنه ٣٧
الهبة المعوّضة والتّحقيق حولها ٣٩
تحقيق حول التّمليك وبيان فيه ٤٣
في النّقض علىٰ تعريف البيع بالقرض والجواب عنه ٤٥

استعمال البيع في معان أُخر ٤٧
في ردّ الشّيخ الاعظم ما أفاده كاشف الغطاء ٤٩
في نقض سائر معاني البيع ٥٣
في انّ البيع وغيره من العقود حقيقة في الصّحيح أم لا ٥٩
الجواب عن تمسّك العلماء باطلاق أدلّة البيع ٦٩
في تعريف المعاطاة والوجوه المتصوّرة فيها ٧١
في تحرير محلّ النّزاع في المعاطاة ونقل كلمات الفقهاء فيها ٧٥
في نقل الشّيخ كلمات الفقهاء في المعاطاة لتشخيص محلّ النّزاع ٨١
في نقل الاقوال في المعاطاة لتشخيص محلّ النّزاع والمراد من الاباحة في كلماتهم ٨٧
ما أفاده المحقّق في الشّرايع حول المعاطاة ٩٥
ما أفاده علماء اخواننا السنّة حول المعاطاة ٩٧
ما أفاده الشّهيد حول المعاطاة ٩٩
في تفسير المحقّق الثّاني (ره) الإباحة في كلمات الفقهاء على الملك المتزلزل ١٠٣
تحقيق من المصنّف حول المعاطاة من حيث الإباحة والتّمليك ١٠٧
نظر الشّيخ ورأيه حول المعاطاة ١١١
نظر المصنّف ورأيه حول محلّ النّزاع في المعاطاة ١١٣
تأييد من المصنّف في إفادة المعاطاة الملك ١١٥

ما استدلّ به علىٰ أنّ المعاطاة تفيد الملكيّة ١١٧
في استبعاد إرادة الملكيّة من كلمات الفقهاء ١١٩
في أنّ المعاطاة علىٰ القول بالإباحة بيع أم لا ١٢١
في تعداد الأقوال في المعاطاة وهي سبعة ١٢٥
في نقل القول المشهور بين الفقهاء في المعاطاة ١٣١
في تأييد إفادة المعاطاة الملك ١٣٧
في عدم دلالة : النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم علىٰ صحّة المعاطاة ١٣٩
في ردّ الاستدلال بالسّيرة وصحّة الاستدلال بالآية علىٰ صحّة المعاطاة ... ١٤٥
نقل كلام كاشف الغطاء من أنّ القول بالإباحة مستلزم لتأسيس قواعد جديدة ١٥٣
كلام بعض الأساطين حول المعاطاة وما يرد عليه ١٥٩
في ذكر الموارد الّتي تخلّف العقد عن القصد فيها ١٨١
في الجواب عن ايرادات كاشف الغطاء ١٨٣
تلف المأخوذ بالمعاطاة من مال ذي اليد ١٩٥
في أنّ الايرادات المذكورة استبعادات ١٩٩
إفادة المعاطاة الملك المتزلزل علىٰ رأي المصنّف ٢٠١
في أنّ المعاطاة علىٰ القول بالملك لازمة أو غير لازمة ٢٠٣
إمكان دعوىٰ كفاية تحقّق القدر المشترك ٢٠٧
الجواز والرّجوع من الاحكام الشّرعيّة ٢٠٩

في الاستدلال علىٰ لزوم المعاطاة علىٰ القول بالملك بأصالة اللّزوم ٢١٣
الاستدلال بحديث السّلطنة علىٰ لزوم المعاطاة ٢١٥
الاستدلال علىٰ لزوم المعاطاة بآية التّجارة عن تراض ٢٢٥
في الاستدلال علىٰ لزوم المعاطاة بآية ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل . ٢٢٩
الاستدلال علىٰ لزوم المعاطاة بدليل وجوب الوفاء بالعقد ٢٣١
نقل اقوال الفقهاء حول عدم لزوم المعاطاة ٢٣٥
الخدشة في تحصيل الاجماع ٢٣٩
تمسك المصنّف بالأحاديث علىٰ اعتبار مطلق اللّفظ في اللّزوم ٢٤٥
نظرة في الاخبار المذكورة حول المعاطاة ٢٤٧
في الخبر الذّي يتمسّك به في باب المعاطاة ٢٥١
في الوجوه الاربعة في حديث (إنّما يحلّل الكلامُ ويحرّمُ الكلام)..... ٢٥٥
في الوجوه المحتملة في حديث (إنّما يحلّل الكلامُ ويحرّم الكلامُ)..... ٢٥٧
في استظهار المصنّف (ره) من حديث (إنّما يحلّل الكلامُ ويحرّم الكلامُ) .. ٢٥٩
في استظهار اعتبار اللّفظ في ايجاب البيع ٢٦٥
نظرة في الاخبار المذكورة حول المعاطاة ٢٦٧
المعاطاة قبل اللّزوم علىٰ القول بافادتها الملك والاباحة بيع ام لا ٢٦٩
في اعتبار شروط البيع في المعاطاة..... ٢٨٧
ايراد المصنّف علىٰ الشّهيد الاوّل ٢٩١

هل يشترط في المعاطاة المقصود بها البيع شروط البيع أم لا ٢٩٣
في حرمة الرّبا في المعاطاة ٢٩٥
ثبوت الخيار في المعاطاة بناءً علىٰ إفادتها الملك ٢٩٧
في جريان أحكام البيع في المعاطاة ٢٩٩
في حكم الاعطاء الحاصل من جانبٍ واحدٍ ٣٠١
فيما تتحقّق المعاطاة به ٣٠٧
في تمييز البايع عن المشتري في المعاطاة ٣١١
اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين ٣١٧
في الوجوه المتصورة في المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين ٣١٩
في الاشكال في صحّة إباحة جميع التّصرفات ٣٣٣
في الاستدلال بحديث السّلطنة علىٰ صحّة إباحة جميع التصّرفات ٣٤٥
لا يجوز الشّراء بمال لو دفع إليه إذا لم يقصد الدّافع عنواناً خاصّاً ٣٤٩
في توجيه التّصرفات المتوقّفة علىٰ الملك ٣٥١
حكومة الدّليل الدّال علىٰ عدم جواز بيع ملك الغير علىٰ عموم حديث السّلطنة ٣٥٥
بيان الضّابط في التّعارض والتّزاحم والفرق بينهما ٣٥٧
التّمليك الضّمني لا ينطبق علىٰ الإباحة المجرّدة ٣٦٣
كلا العوضين ملك للمبيح ٣٦٧
في صحّة الإباحة بالعوض ٣٧١

في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود ومختار المصنّف (قده) فيه ٣٧٩
في ملزمات المعاطاة ٣٨٥
في لزوم المعاطاة بتلف العينين أو احدى العينين أو بعضها ٣٩٥
في لزوم المعاطاة بسقوط الدّين عن ذمّة أحد المتعاطيين وبنقل العينين أو احداهما ٤٠٩
في رجوع العين الىٰ المالك الثّاني بالفسخ ٤١١
في حكم المعاطاة إذا باع العين ثالث ٤١٥

فهرس الآيات الكريمة

-١-

وَأَحَلَّ اللهُ البَيعَ ٢٥، ٥١، ٥٢، ٥٤، ٥٥، ٦٨، ٩٣، ١٠١، ١٠٦، ١١٠، ١١٢، ١١٧، ١٢٥، ١٥٥، ١٦٨، ٢٦٧

إلاّ أن تَكونَ تجارة عن تراض ٨٢، ٨٣، ٨٤، ١١٢، ١١٧، ١٢٥، ١٥٥، ١٦٨، ١٩١، ١٩٢، ٢٦٧، ٢٨٦، ٣٣٤

أوفوا بالعُقود ٥٥، ٦٨، ١٨٠، ١٩٨، ٢٤٠، ٢٨٦، ٣٣٥

و اسئل القرية ٢٩٦

وإن كنتم علىٰ سفر و لم تجدوا كاتباً فرهانٌ مَقبوضة ٣٣١

لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ٣٣٤

فهرس الأحاديث الشريفة

ـ ا ـ

إنّ النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم ١١٢، ١١٣، ١١٤، ١١٥، ١١٦، ١٨٤، ١٨٦، ١٨٧، ١٨٨، ٢٣٩، ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠٥، ٣٣٣، ٣٣٤، ٣٤٤، ٣٤٥

ـ ن ـ

نهى النبي عن بيع الغرر ٢٤٦، ٣٦

نهى النبي عن بيع المنابذة والملامسة وعن بيع الحصاة ٧٣

ـ ع ـ

علىٰ اليد ما أخذت حتّىٰ تؤدي ١٦٠، ١٦١

ـ ت ـ

تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه ١٦٢

ـ ل ـ

لا يحلّ مال امرء الا عن طيب نفسه ١٨٨، ١٨٩، ٣٣٤

ـ ب ـ

البيّعان بالخيار مالم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع ١٩٧، ٢٤٥، ٣٣٥

ـ م ـ

المؤمنون عند شروطهم ٢٠٠، ٢٠١، ٢٤٦، ٣٢٣، ٣٣٥

فهرس الأعلام

ـ ك ـ

كاشف الغطاء : الشّيخ جعفر النّجفي صاحب كشف الغطاء ١٠، ٣٣، ٤٢، ٤٤، ٩٤، ١٢٥، ٢٠٢

الكركي : المحقّق عليّ بن عبد العالي ٦١، ٦٤، ٨٣، ٩١، ٩٢، ٩٤، ١٠٤، ١٤٦، ١٦٥

ـ ص ـ

صاحب الجواهر : شيخ الفقهاء وإمام المحقّقين الشّيخ محمّد حسن النّجفي ١٠

صاحب جامع المقاصد : عليّ بن عبد العالي الكركي المعروف بالمحقّق الثّاني ٢٠

صاحب الغنية : السيّد ابن زهرة ٦٩، ١٠١

صاحب الرياض ٢٥٤

ـ ش ـ

الشّهيد الأول محمّد بن مكّي استاذ فقهاء الأنام رئيس المذهب ١٥، ٢٥٤، ٢٥٨،

الشّهيد الثّاني : زين الدّين عليّ بن أحمد ٤٦، ٤٧، ٥٠،

الشّهيدان ٥٢

ـ ر ـ

الرّسول الأعظم صلّىٰ الله عليه وآله وسلّم ٢٩٩

ـ ف ـ
فخر الدّين محمّد بن الحسن بن يوسف المعبّر عنه بفخر الدّين وفخر المحقّقين ٢٥
ـ ب ـ
البيهقي صاحب السنن الكبرى ١٦٠، ٣٤٣
ـ ط ـ
الطّوسي : شيخ الطّائفة صاحب المبسوط ٧٥، ٣٠٣
ـ ت ـ
التّستري المحقّق اسد الله الكاظمي التّستري صاحب مقابس الأنوار ٣٨، ٤٣
تقي الدّين بن نجم أبي الصّلاح ٦٢، ٧٥
ـ ا ـ
أبو حنيفة ٦٦، ٦٧
ابن شريح ٧٨
أحمد بن حنبل ٧٨، ٨٠
ابن ماجة ١٩٧، ٣٤٣
أحمد بن اسماعيل الجزائري ٢٠٢
ابن نجيح ٢١٣
ابن الحجاج ٢١٣، ٢١٩
ابن محبوب، ٢٢٥
الأردبيلي المحقق ٢٠٦
ابن زهرة ٦٩، ٧٤

- م -
محمّد بن حسن النّجفي صاحب جواهر الكلام ١٠، ٣٨، ٦١، ٦٣، ٦٤، ٧٤، ١٢٥
المحقّق الأوّل صاحب الشّرايع ٧٧
المفيد ١٠١
المحقّق الثّاني ٦١، ٣٢٣
المحقّق الحلّي جعفر بن الحسن ٧٧، ١٨٧
مهدي الطّباطبائي بحر العلوم ٤٤
مالك ٧٨
محمد جواد العاملي صاحب كتاب مفتاح الكرامة ٢٥٥
محمّد بن مضارب ٣١١
- ق -
قطب الدّين محمّد بن محمّد الرازي البويهي الحكيم المتألّه ٣٥٢
- ع -
العلّامة ٥٩، ٦١، ٧٨، ٧٩، ٨٠، ٨٨، ٢٠٤، ٢٥٤، ٣٠١
- ي -
يوسف بن أحمد الحائري صاحب كتاب الحدائق ١٠٣
يعقوب بن شعيب ٣١١
- ن -
نعمة الله الجزائري ٢٣٦

فهرس المصادر

ـ ا ـ
آيات الأحكام ٢٠٢
ـ ب ـ
بحار الأنوار ١١٢
ـ ت ـ
تحرير الأحكام ١٠٦، ١٠٨، ١١٠، ٢٠٦
التذكرة ١٨٧، ٢٠٤، ٩، ١٨، ٢١، ٥٥، ٦٢، ٧٨، ٨٠، ٨٢، ١٠٣، ٢٥٣، ٢٥٥
تهذيب الأحكام ٢١٨، ٢٢٥، ٩، ٢٣٦
التدبير ٨
تعليق المحقّق الثّاني ٨٨
تعليق الإرشاد ٨٨
ـ ج ـ
جواهر الكلام ١٢٥، ٥٨، ٦١
جامع المقاصد ٨٢، ٢٠٤، ٢٣٧، ٩، ٢٠، ٦١، ٨٣، ١٠٣
ـ ح ـ
حواشي الشّهيد ١٠٥، ٩٧، ٩٨، ٢٥٥
الحدائق النّاضرة ١٠٣، ١٧٠، ٢٤٣

ـ د ـ
الدّروس الشّرعيّة ٢٦٥
ـ ر ـ
رياض المسائل ٢١٨، ٥٥
ـ س ـ
السنن الكبرىٰ ١٦٠
سنن التّرمذي ١٦٠
سنن ابن ماجة ١٩٧
سنن البيهقي ٣٦
السرائر ٦٢، ٦٧، ٦٩، ٨٢، ٩٧، ١٠٠، ١٠٥
ـ ش ـ
شرح القواعد ١٠
شرح ارشاد الأذهان ٢٥
شرح اللّمعة ٥٥
شرح القواعد ٦١، ١٤٥
الشرايع ٧٦، ٧٧، ١٨٧
شرح التّهذيب ٢٠٢
ـ ع ـ
عوالي اللّئالي ١١٢، ١٦٠، ١٦٢، ١٨١، ٢٣٩
ـ غ ـ
الغنية ٦٢، ٦٩، ٧٠، ٧٤، ٩٩، ١٠٠، ١٦٥

ـ ف ـ
فروع الكافي ٢١٣
فتح العزيز ١٠١
ـ ق ـ
قواعد الأحكام ٩، ١٥، ٥٠، ٨٠، ٨٢، ٩٧، ١٠٥، ٢٥٥
ـ ك ـ
كشف الغطاء ١٠، ٣٣، ١٢٥
الكافي ٦٢، ٧٣، ٧٥، ٧٦، ١٥٤، ٢١٢
كشف الرّموز ٢٠٤
كشف اللثام ١٥٢
ـ م ـ
مصباح المنير ٤
مصباح الفقاهة ٦، ١٨١
المبسوط ١٨، ٤٠، ٦٢، ٩٧، ١٠٥، ١٢٣
مستدرك الوسائل ٣٦
مقابس الأنوار ٣٨، ٤٣
المسالك ٤٦، ٤٨، ٥٠، ٩٠، ١٠٤
المقنعة ١٠١
المحجة البيضاء ١٠٣
مفتاح الكرامة ٨٨، ١٢٣، ٢٥٨

مسالك الافهام ١٤٩، ٢١١، ١٠٦، ١١٨
مفاتيح الشّرايع ١٧٠
مجمع الفائدة ٢٦٩
مختلف الشّيعة ٢٠٦
مَن لا يحضره الفقيه ٢٥١
مجمع البرهان ٢٠٦
- ن -
النافع ٧٧
النهاية ٨٢، ١٠٥، ٢٣٧
- و -
الوافي ١٥٤، ٢٣٤
وسائل الشيعة ١٥٤، ٨٨، ١٩٨، ٢١٢، ٢١٨، ٢٢١، ٢٢٥، ٢٢٧، ٢٣٤، ٢٤٥، ٨، ٩، ٤٦، ٧٢



ولسماحة المؤلف ، دام ظله ، تأليفات أخرى كثيرة إليك نماذج بعض منها :

١ـ غاية الإيضاح في خمس عشر مجلّد (مخطوط) .

٢ـ سيماى اقتصاد اسلامى في مجلّدين .

٣ـ شرح منظومه حكمت (مخطوط) .

٤ـ رسالة في التّوحيد .

٥ـ رسالة في النّبوة .

٦ـ رسالة في الإمامة .

٧ـ رسالة في المعاد (مخطوط) .

٨ـ رسالة شريفة توضيح المسائل .

٩ـ مناسك حجّ .

غايَة ايضاحِ المطالِب

فى

شرح المكاسب

(كتاب البَيع)

الجزء الثّالث

تاليف:

الأستاذ (العَلاّمة) حضرة آيَةُ اللّه

مُحَمّد (العَلاّمى) الهَمْشْترودى مُدّظلّه العالى

قم - ايران


بسم الله الرحمن الرحيم

غايَة ايضاحِ المطالِب

فى

شرح المكاسب

(كتاب البَيع)

الجزء الثّالث

تاليف:

الأستاذ (العَلاّمة) حضرة آيَةُ اللّه

مُحَمّد (العَلاّمى) الهَشْتْرودى مُدّظلّه العالى

قم - ايران

شبكة كتب الشيعة
shiabooks.net
mktba.net رابط بديل

عَلاّمی هشترودی، محمد، ۱۳۰۲ -
غایةالایضاح المطالب فی شرح المکاسب / تألیف محمد عَلاّمی هشترودی. - قم: شفق، ۱۳۸۸.
ج. ۳.
۴۴۸ ص.
فهرست‌نویسی بر اساس اطلاعات فیپا.
ISBN: 978 - 964 - 485 - 084 - 4
کتابنامه به صورت زیر نویس
۱. انصاری / مرتضی بن محمد امین، ۱۲۵۴ - ۱۲۸۱ ق. (المکاسب، نقد و تفسیر). ۲. معاملات (فقه).
الف. انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۸۴ - ۲۸۱ ق. المکاسب شرح ب. عنوان: ج. عنوان: مکاسب.
شرح
BP ۱۹۰ / ۱ / ۷۰۴۲ م ۸ الف ۲۹۷ / ۳۷۲



غایَة ایضاحِ المطالب فی شرح المکاسب (۳)
آیة الله مُحَمّد عَلاّمی هَشْتْرودی
ناشر:انتشارات شفق
نوبت چاپ: اول / ۱۳۸۸
چاپ: اعتماد
شمارگان: ۳۰۰ جلد
شابک: ۴ - ۰۸۴ - ۴۸۵ - ۹۶۴ - ۹۷۸
۵۰۰۰ تومان

الاهداء

الى حجّة الله و وليّه و بقيّةالله فى ارضه و خليفته على عباده صاحب العصر و الزّمان و ناشر العدل و الايمان المهدىّ المنتظر لاقامة القسط فى العالم عجلّ الله تعالى فرجه الشريف أهدى هذه البضاعة المزجاة والمرجوّ من ساحة المقدّسة ان يتفضّل بالقبول و ان يلحظ لحظاً ما الى هذا العبدالفقير المحتاج الى لطفه و نظره الّشريف اللّهّم سهّل مخرجه و قرّب زمانه وجعلنا من اعوانه و انصاره بحقّ اجداده الطيّبين الّطاهرين و لعنة الله على اعدائهم اجمعين الى يوم الدّين.

فهرس جزء ثالث كتاب البيع من

غاية الايضاح

عنوان	صفحه
من شروط المتعاقدين كونها مالكين اومأذونين	١١
اختلف الاصحاب و غيرهم فى بيع الفضولى	١٢
بيع الفضولى	١٣
العقد المقرون بالّرضا فضولى ام لا	١٤
حكم العقد المقرون برضا المالك	١٦
العقد المقرون بالّرضا فضولى ام لا	١٦
فى البيع الفضولى و اقسامه	٢٢
فى بيع الفضولى للمالك مع عدم سبق منع منه	٢٤
اقسام عقد الفضولى	٢٤
ادلة صحّة البيع الفضولى	٢٦

فحوى ما دلّ على صّحة النّكاح الفضولى ٤٣
ممّا يؤيّد صّحة البيع الفضولى ٦٥
الاحتجاج بالادلّة الاربعة على بطلان الفضولى ٦٥
ما استدلّ به على بطلان البيع الفضولى ٦٩
و امّا السّنة فهى اخبار ٦٩
صّحة بيع الفضولى و ان سبقه منع المالك ٨٥
المسالة الثالثة فى بيع الفضولى لنفسه ٨٩
بيع الفضولى لنفسه ٩١
لا دليل على اشتراط كونه احد الفوضين ملكاً للعاقد ١١١
فى بيع الفضولى للمالك مع سبق المنع منه ١٢٣
الكلام فى الاجازة و الرّد ١٤٥
فحوى خبر تزويج الصّغيرين ٢١
تنبيهات ٢٠٥
يشترط فى الاجازة ان تكون باللفظ الدال عليه ٢٠٧
اذا قلنا بعدم اعتبار انشاء الاجازة باللّفظ ٢١٤
فى انّ الاجازة من الاحكام لا من الحقوق ٢٢١
اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن ٢٢٣
قبض الكلّى و تشخصّه به ٢٢٣

هل يعتبر فى صّحة الاجازة مطابقتها للعقد..... ٢٢٤
فى انّ الاجازة هل يعتبر مطابقتها للعقد املا..... ٢٢٥
القول فى المجيز..... ٢٢٥
هل يشترط فى صحة عقد الفضولى وجود مجيز حين العقد..... ٢٢٨
القول فى المجيز..... ٢٢٧
فى الاجازة..... ٢٣١
فى الاجازة والرّد..... ٢٤٥
فيما يتعلّق بالمجيز..... ٢٥٧
نهى النّبى (ص) عن بيع ما ليس عنده..... ٢٧٤
كلام المحقق الانصارى حول هذه الاخبار..... ٢٧٤
بقى هنا امران..... ٢٧٧
توضيح فى المقام..... ٢٨٧
مالوباع معتقداً لكونه غير جائز التّصرف..... ٣٠٠
ان يبيع عن المالك ثم بنكشف كونه مالكا..... ٣٠١
ان يبيع لنفسه باعتقاد انّه لغيره..... ٣٠١
و اما القول فى المجاز فاستقصائه يكون ببيان امور..... ٣٢٠
فى احكام العقد المجاز..... ٣٢١
هل يشترط بقاء الشرائط المعتبرة حين العقد الى زمان الاجازة..... ٣٢٣

هل يشترط فى المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتّفصيل ٣٢٤
المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير..... ٣٢٥
قاعدة الاقدام ٣٤٧
بيان الفاظ قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ٣٨٧
فى حكم ما اغترم المشترى للماك غير الثّمن..... ٣٩٣
حكم الايادى المتعاقبة..... ٣٦٩
رواية زريق..... ٤٠٠

من شرط المتعاقدين كونهما مالكين او ماذونين

مسألة: و من شروط المتعاقدين ان يكونا مالكين او مأذونين من المالك[1] او الشّارع[2] فعقد الفضولى[3] لا يصّح اى: لا يترتّب عليه ما يترتّب على عقد غيره[4] من اللّزوم و هذا[5] مراد من جعل الملك و ما

---

(١) كالوكيلين المأذونين من المالك.

(٢) اى من الشّارع اقول كالاولياء من الاب والجدّ والحاكم و عدول المومنين.

(٣) الفضولى هو من ليس بمالك للمبيع و لا مجاز فى التّصرف فيه و لا مأذون من المالك اوالشّارع.

(٤) اى غير الفضولى من لزوم ترتيب الاثر من النّقل والانتقال فانّ هذا الاثر لا يترتّب على عقد الفضولى و قوله (من اللّزوم) بيان «ما» الموصول.

(٥) اى عدم اللّزوم فى عقد الفضولى مراد من جعل الملك و ما حكمه كالاذن المالكى اوالشّرعى شرطا توضيحه انّ مراد العلّامة قدس سرّه من جعل الشّرط الملكيّة او الاذن من المالك اوالشّارع هو توقّف لزوم العقد فعلا على اجازة مالك البيع والمبيع فى قبال العقد الصّادر من وليّ البيع فانّه بمجرّد صدوره يكون لزومه فعليّا

فى حكمه[١] شرطا ثمّ فرّع[٢] عليه بانّ بيع الفضولى موقوفٌ على الاجازة كما فى القواعد[٣] فاعتراض[٤] جامع المقاصد[٥] عليه بانّ التّفريع فى غير محلّه لعلّه فى غير محلّه و كيف كان فالمهّم التّعرض لمسألة عقد الفضولى الّتى هى من اهمّ المسائل[٦]

(فنقول) اختلف الاصحاب و غيرهم فى بيع الفضولى بل مطلق عقده[٧] بعد اتّفاقهم على بطلان ايقاعه[٨] كما فى غاية المراد[٩]

---

(١) و هو الاذن من المالك اوالشّارع

(٢) يعنى العلّامة قدس سره فانه فرّع على هذا الشّرط اى الملك و ما فى حكمه توقّف بيع الفضولى على الاجازة حيث قال «و يشرّط كون البايع مالكا اووليّا عنه كالاب والجدّله والحاكم وامينه والوصّى اووكيلاً فبيع الفضولى موقوف على الاجازة على رايٍ.

(٣) راجع قواعد الاحكام كتاب المتاجر، ص ١٢۴ سطر ١۵.

(۴) «فاعتراض» مبتدا و قوله «لعلّه فى غير محلّه» خبرٌ كانّ المحقّق الكركى (ره) يتوهّم انّ العلّامة جعل الملك و ما فى حكمه شرطا فى صحّة العقد: فلذا اعترض عليه بانّ التّفريع ليس فى محلّه: اقول بل لعّل اعتراض المحقّق الكركى على العلّامة فى غير محلّه و ذلك لانّ مراد العلّامة من الشّرط المذكور شرطيتّه فى الصّحة الفعليّة بمعنى انّ عقد الفضولى لا يصير مؤثّرا فعلا و هذا لا ينا فى صحّته الشأنيّة و توقّف فعلّيتها على الاجازة

(۵) جامع المقاصد فى شروط المتعاقدين ص ۴٧ سطر ٢٠.

(۶) اى من اهّم المسائل الفقهيّة الّتى وقعت معركة الآراء بين الفقهاء من الشّيعة والسّنة و وقع فيها البحث قديما و حديثا

(٧) اى بل مطلق عقد الفضولى: من الاجارة والمزارعة والمضاربة والمساقاة والوكالة

على اقوال[١٠] والمراد بالفضولى كما ذكره الشّهيد هو الكامل[١١] غير المالك للتّصرف[١٢] ولو[١٣] كان غاصباً و فى كلام بعض العامّة انّه[١٤]

⇐ والحوالة والصّلح والنّكاح و غيرها فعندئذ لا يختصّ النّزاع بالبيع

(٨) اقول اجمع العلماء على عدم جريان الفضوليّة فى الايقاعات كالطّلاق والعتق بل جميع الايقاعات كما يظهر من عبارة الشّهيد الآتية.

(٩) قال الشّهيد (ره) فى غاية المراد: «اختلف علمائنا فى كلّ عقد صدر عن الفضولى و تعنى به الكامل غير المالك للتّصرف فيه سواء كان غاصبا ام لا بعد اتّفاقهم على بطلان الايقاع و على عدم لزوم العقود على اقوال».. (غاية المراد فى شرح نكت الارشاد ص١٧٧).

(١٠) فاعلم انّ اقوال المسألة على ما عن الشّهيد (ره) فى نكاح غاية المراد خمسة الاوّل بطلانه مطلقا اى فى البيع والشّراء والنّكاح و غيرها سواء اجاز المالك العقد ام لا حكاه عن الشّيخ فى المبسوط والبيع من الخلاف الثّانى وقوفه على الاجازة مطلقا حكاه عن الحسن والمفيد والمرتضى والشّيخ فى النّهاية وسلّار والقاضى والتّقى وابن حمزه والمحقّق والعلّامة الثّالث انّه يقف بالبيع و يبطل الشّراء حكاه عن الشّيخ فى كتاب النّكاح من الخلاف والمعنون فى كثير من العبارات انّما هو «ما لو باع الفضولى» من دون تعرّضٍ لشرائه فيحتمل ان يكون ذكرُالبيع من باب المثال كما يحتمل ان يكون من باب الاختصاص بالحكم الرّابع بطلان البيع و صحة النّكاح قال رحمه اللّه «و هو قول الفاضل ابن ادريس (ره) الخامس بطلان النّكاح فى غير البكر الرّشيدة مع حضور الولىّ و عقد الابوين على الصّغيرة والجّد مع عدم الاب و عقد الاخ والعمّ والامّ على صبّيته والعقد لعبد منه او من اجنبى بلا اذن السيّد قال (ره) و هو قول ابن حمزه.

(١١) يعنى الكامل بالنّسبة الى الشّرائط العامّة كالبلوغ والعقل والاختيار والحرّية و غيرها

(١٢) غرضه انّ الفضولى ليس مختصّا بمن لا يكون ما لكا للعين كما قد يتّوهم بل يعّم كلّ

العاقد بلا اذنِ مَن يحتاج الى اذنه و قد يوصف به[١٥] نفس العقد و لعلّه[١٦] تسامح

و كيف كان[١٧] فيشمل العقد الصّادر من الباكرة الرّشيدة بدون اذن الولّى و من المالك[١٨] اذا لم يملك التّصرف لتعلّق حقّ الغير بالمال[١٩] كما

← من ليس له حقّ التّصرف شرعا فى عين المال و ان كان ما لكا لها و ذلك كالرّاهن المالك للعين المرهونه فانّه مع كونه ما لكا لها ليس له حقّ التّصرف فيها شرعاً الّا باذن المرتهى و كالمفلّس والصّغار والمجانين فانّهم مع كونهم مالكين ممنوعون من التّصرف

(١٣) كلمة «لو» غير مذكور فى كلام الشّهيد الّذى ذكرناه آنفًا والمذكور فيه لا سواء كان غاصبا ام لا»

(١٤) اى الفضولى بمعنى انّ الفضولى يطلق فى كلام بعض العامّه على من كان عاقداً بلا اذن من يحتاج الى اذنه كالمالك والشّارع

(١٥) اى بالفضولى يعنى انّه قد يوصف نفس العقد بالفضولى فيقال عقد الفضولى لا العاقد الفضولى.

(١٦) اى و لعّل توصيف نفس العقد بالفضولى مسامحة وحه المسامحة انّ الفضولى سواء كان هو «الكامل غير المالك للتّصرف» او «العاقد بلا اذن من يحتاج الى اذنه» وصف للعاقد لا للعقد.

(١٧) اى سواء كان الفضولى بالمعنى الّذى ذكره الشّهيد و هو الكامل غير المالك للتّصرف او بعض العامّة و هو العاقد بلا اذن من يحتاج الى ادنه: فيشمل عقد الفضولى العقد الصّادر من الباكرة الرّشيدة بناء على ولاية الاب والجّد عليها و عدم و لايتها على تزويج نفسها لصدق مفهوم الفضولى بكلا تفسيريه على عقد البكر الرّشيدة

(١٨) معطوف على «من الباكرة» يعنى: و يشمل عقد الفضولى العقد الصّادر من المالك

يُومى اليه استدلالهم[٢٠] لفساد الفضولى بمادلّ على المنع من نكاح الباكرة الرّشيدة بغير اذن وليّها و[٢١] حينئذ فيشمل بيع الرّاهن والسّفيه و نحوهما[٢٢] وبيع العبد بدون اذن السيّد وكيف[٢٣] كان فالظّاهر شموله[٢٤] لما اذا تحقّق رضا المالك للتّصرف باطنا وطيب[٢٥] نفسه بالعقد من دون

← الممنوع عن التّصرف فى ماله كالمفلّس والرّاهن والصّغار والمجانين و غيرها من المحجورين من التّصرف فى اموالهم

(١٩) و ذلك كتعلّق حقّ المرتهن بالعين المرهونه فانّ مالكها و هو الرّاهن محجور من التّصرف فيها.

(٢٠) اى يومى الى هذا الشمول استدلال الفقهاء لفساد عقد الفضولى مطلقا بيعا كان او غيره بالاخبار الواردة فى منع نكاح البكر الرشيدة بغير اذن وليّها منها خبر ابى مريم عن ابيعبداللّه (ع) قال الجارية البكر الّتى لها اب لا تتزوّج الّا باذن ابيها و قال: اذا كانت مالكة لامرها تزوّجت متى شاءت ج ٢٠ وسائل الشّيعه باب ٤ من ابواب عقد النّكاح و اولياء العقد ص ٢٧٣ ج ٢.

(٢١) اى و حين شمول عقد الفضولى لعقدى الباكرة الرّشيدة بدون اذن وليّها والمالك الّذى لا يملك التّصرف بسبب استدلال الفقهاء بالاخبار الواردة فى منع نكاح الباكرة الرّشيدة بغير اذن وليّها فيشمل عقد الفضولى بيع الرّاهن والسّفيه.

(٢٢) اى نحو بيع الرّاهن والسّفيه كالمفلّس والمحجور عليه لصغر او جنون

(٢٣) اى سواء شمل الفضولى العقد الصّادر من الباكرة بدون اذن الولّى و بيع الرّاهن والسّفيه والعبد بدون اذن السيّد ام لا

(٢٤) اى شمول عقد الفضولى

(٢٥) معطوف على كلمة «رضا» اى تحقّق طيب نفس المالك بالعقد

حصول اذنٍ منه صريحا او فحوى[١]

«حكم العقد المقرون برضا المالك»

لانّ[٢] العاقد لا يصير ما لكا للتّصرف و مسلطاً عليه بمجرّد علمه[٣] برضا المالك و يويدّه[٤] اشتراطهم فى لزوم العقد كون العاقد مالكاً او ما

---

(١) اى من مفاد الكلام فحصول الاذن منه صريحا كان يقول المالك اذنت لك ان تبيع دارى مثلاً و حصول الاذن منه فحوى كان يقول المالك عند المخاطب لو وجد المشترى لهذه الدّار لبعتها حيث يستفاد من مفاد هذا الكلام اذنه و رضاه بالبيع

(٢) قوله (لانّ) تعليل لشمول عقد الفضولى للعقد الّذى تحقّق فيه رضا المالك للتّصرف باطناً من دون ان يكون العاقد مالكاً لأنّ مجّرد العلم برضا المالك لا يجعل العاقد ما لكا للتّصرف لكى يخرج عن عنوان الفضولى بل خروج العاقد عن عنوان الفضولى منوط و موقوف بكونه ما لكا للتّصرف.

(٣) اى علم العاقد برضا المالك.

(٤) اى و يويّد شمول عقد الفضولى للعقد الّذى أُحرز رضا مالك التّصرف باطناً به بدون اذنه صريحاً او فحوى بهذا العقد:اشتراط الفقهاء فى لزوم العقد كون العاقد مالكاً او ماذوناً او ولياً و فرّع الفقهاء على هذا الاشتراط بيع الفضولى والتّفريع دليل على شمول عقد الفضولى لما اذا تحقّق رضا المالك وامّا وجه التّاييد فهو انّ مقتضى اطلاق التّفريع المذكور على الشّرط المزبور اندراج كلّ عقد انتفى فيه الشّرط المذكور تحت بيع الفضولى سواء كان مقرونا بالرّضا الباطنى للمالك ام لا.

ذوناً او وليّاً و فرعوا[١] عليه بيع الفضولی و يؤيده[٢] ايضاً استدلالهم على صحّة الفضولی بحديث عروة البارقی مع انّ[٣]الظّاهر علمه[٤] برضا النّبی (ص) بما يفعله.

---

(١) ای علی هذا الاشتراط.

(٢) معطوف علی «و يويّده» ای و يويّد شمول عقد الفضولی للعقد الذّی تحقّق فيه رضا المالك للتّصرف باطناً و طيب نفسه بالعقد من دون حصول اذن منه صريحاً او فحوی استدلال الفقهاء علی صحّة عقد الفضولی بحديث عروة البارقی

(٣) عروة البارقی من اصحاب رسول اللّه (ص) رجال الشّيخ (٣٠) اقول روت العامّة ما تقدّم من دعاء النّبی (ص) فی عرفة الازدی فی حقّ عروة البارقی و من المحتمل تعدّد الواقعة و صدق القضيّتين معاً واللّه العالم.

(٤) ای علم عروة غرضه من قوله: «مع انّ الظّاهر» ادخال قضيّة المحرز لرضاه باطناً فی بيع الفضولی حتّی يصّح الاستدلال بها علی احراز الرّضا باطناً لا يخرج المعاملة عن عقد الفضولی. لكن لم يظهر منشاء هذا الظّهور مضافا الی ضعف السّند و لعلّه لذا جعله مويّداً لا دليلاً لانّ جلالة شأن عروة غير ثابتة لنا بل قيل انّه غير موثق عندنا و ان حكی عن العلّامة قدس سرّه فی الخلاصه «انّه لا يبعد ان يعتمد علی روايته» و علی كلّ حال لم تثبت جلالته و لا علمه بالاحكام فرواية عروة يمكن منع دلالتها علی الصّحة لعدم الملازمة بين جواز الاقباض والقبض و بين الصّحة وجود اوعدما لا مكان عدم جواز الاقباض والقبض مع الصّحة كما فی بيع الوكيل فی اصل المعاملة دون القبض والاقباض وامكان جوازهما مع عدم الصّحة والتّوقف علی الاجازه كما اذا كان مأدونا فيهما دون المعاملة:

وان[١] كان الّذى يقوى فى النّفس لولا خروجه عن ظاهر الاصحاب[٢] عدم توقّفه[٣] على الاجازة اللّاحقة بل يكفى فيه رضا المالك المقرون بالعقد سواء علم به[٤] العاقد او انكشف بعد العقد حصوله[٥] حينه او لم ينكشف[٦] اصلا فيجب على المالك فيما بينه و بين اللّه تعالى امضاء مارضى به و ترتيب الآثار عليه لعموم[٧] وجوب الوفاء بالعقود[٨] وقوله

---

(١) هذا شروع فى بيان مختار المصّنف فى صورة رضا المالك باطناً مع عدم اذنه والاقوى عنده رحمة الله عليه صحّة البيع و عدم توقّفه على الاجازة و خروجه عن عقد الفضولى موضوعاً

(٢) حيث انّ ظاهر الاصحاب شمول الفضولى بهذه الصّورة ايضا و توقّف البيع فى هذه الصّورة على الاجازة اللّاحقة

(٣) اى عدم توقّف العقد الّذى كان المالك راضياًبه على الاجازة اللاحقة.

(٤) اى سواء علم العاقد برضا المالك.

(٥) اى حصول رضا المالك حين العقد

(٦) اى لم ينكشف بعد العقد حضول رضا المالك حين العقد فيجب على المالك ترتيب الآثار على العقد

(٧) قد استدلّ المصّنف (ره) على مختاره و هو صحّة البيع و عدم توقّفه على الاجازة بعموم قوله تعالى «اوفوا بالعقود» بتقريب انّ جميع الشّرائط المعتبرة فى العقد من المتعاقدين والعوضين موجودة فى العقد فهذا العقد جامع للشّرائط المعتبرة فى العقود سوى الاجازة الصّريحة او الفحوى من المالك لكن رضاء القلبى موجود فيصير هذا العقد

←

تعالى شانه «الّا ان تكون تجارة عن تراض»[٩]

و لا يحلّ[١٠] مال امرءى مسلم الّا عن طيب نفسه[١١] و ما[١٢] دلّ على أنّ علم المولىٰ بنكاح العبد و سكوتَهُ اقرار منه و رواية عروة.[١٣] عروة

➡ من العقود الصحيحة التّى تشملها الآية الكريمة و كذا الحال فى آية التّجارة لصدق التّجارة عليه فتشمله آية التّجارة

(٨) سورة المائدة الآية ١

(٩) سورة النّساء الآية ٢٩

(١٠) قوله «و لا يحلّ» اشارة الى ثالثة الادلّة من المصّنف على مدّعاه ببيان انّ العقد الصّادرة بالكيفيّة المخصوصة موجودة فيه طيب النّفس فيحلّ للمسلم ان يتصرّف فى مال اخيه المسلم فعندئذ يشمله الحديث الشّريف

(١١) عوالى اللئالى ج ٢ ص ١١٣ الحديث ٣٠٩

(١٢) قوله (ومادلّ) هذه رابعه الادلّة الّتى اقامها المصّنف (ره) على مدّعاه و ملخصّها انّ المولى لو علم انّ عبده تزوّج من دون اذن منه فسكت و لم يتكلّم بشيى من منعه او ردعه او فسخ عقده فسكوته اقرار منه بامضاء عقده من دون احتياج العقد الى الاجازة لاحقة لكى ينفذ العقد

(١٣) هذه خامسة الادلّة الّتى اقامها المصّنف على مدّعاه و ملخّصها انّ العروة كان عالما برضا النّبى (ص) بما يفعله و لذا بعد ان اشترى بالدّينار الذّى اعطاه الرّسول (ص) شاتين باع احداهما واقبضهما للمشترى و قبض منه ديناراً ثمّ ردّ الدّينار و شاة الأُخرى الى الرّسول الاعظم (ص) اذ لو كان الرّضا القلبىّ السّابق من الرّسول الاعظم (ص) الذّى علمه عروة البارقى غير كاف فى نفوذ العقد و صحّته و انّه متوقف على الاجازة كيف اقبض ⬅

البارقى الآتيه[١] حيث اقبض المبيع و قبض الدّنيار لعلمه برضا النّبى(ص) و لو كان فضوليّاً موقوفاً على الاجازة لم يجز التّصرف فى المعوّض والعوض بالقبض والاقباض و تقرير النبىّ (ص) له على ما فعل دليل على جوازه[٢] هذا.

← عروة الشّاة الى المشترى و تسلّم منه الدّينار اذا عرفت هذا فنقول فى جميع ما استدلّ به المصّنف (ره) على مختاره و هو صحّته البيع و عدم توقّفه على الاجازة نظر: امّا عمومات «اوفوا بالعقود» فقد عرفت الجواب عنه و حاصله انّ الواجب الوفاء بالعقد الذّى قصده الانسان و تعهدّه والتزمه و يتسبّب اليه تسبيبا.

لا كلّ عقد صدر من ايّ شخص و مجرّد الرّضا الباطنى غير كاف فى الاسناده و امّا عموم التّجارة عن تراض فهو ايضا فرع تحقّق التّجارة و هى لا تكون الّا بالتزام المالك بها و التزام الاجنبىّ لا اثر له ما لم يكن التزامه بانشاء الاجازة. و امّا حديث عروة فقد عرفت الجواب عنه و انّه لمّا كان عالماً بتحقّق الاجازة من النّبى صلّى اللّه عليه و آله بعده كان عالما ايضا برضاه صلّى اللّه عليه و آله بهذا المقدار من التّصرف مقدمّتا فى ماله (ص) و كذا فى مال البايع كما هو كذلك عادة فى اشباهه ايضاً من امر الدّلال والوكيل الذّى يتعدّى عن حدود الوكالة مع علمه برضا المالك و يمضيه و يتمّ الامر.

و امّا مسأله نكاح العبد فقد عرفت انّه مالك لامر العقد وانشاءه لنفسه غاية الامر حيث كان التّصرف فيما يتعلّق بالمولى كان منوطاً برضاه و بالجمله طرف العقد هو العبد لا المولى و انّما يعتبر رضاه لتعلّق حقّه بالمورد و ان هو الّا نظير بيع الرّاهن بدون اذن المرتهن مع لحوق الرّضا بعده.

(١) الوسائل ج ٢١ ص ١١٧ ح ٢٦٦٧١

(٢) الضّمير راجع الى تصّرف العروة..

مع[١] انّ كلمات الاصحاب فى بعض المقامات يظهر منها خروج هذا الفرض[٢] عن الفضولى و عدم[٣] وقوفه على الاجازة مثل قولهم فى الاستدلال على الصّحة[٤] «انّ الشّرائط كلّها حاصلة الارضا المالك» و قولهم[٥] «انّ الاجازة لا يكفى فيها السّكوت لانّه اعمّ من الرّضا» و نحو ذلك[٦] ثمّ لو سلّم كونه[٧] فضوليّا لكن ليس كلّ فضوليّ يتوقّف

---

(١) غرض المصّنف (ره) الخدشة فيما نسبه الى الاصحاب آنفاً بقوله: «لولا خروجه اى خروج العقد الحاصل فيه الرّضا القلبى و طيب النّفس من المالك لكنّه لم يحصل منه اذن صريح او فحوى: عن ظاهر الاصحاب» حيث انّه جعل ظاهر الاصحاب شمول عنوان «الفضولى» لما اذا علم العاقد رضا المالك فقوله هنا «مع انّ ظاهر الاصحاب» استظهار لخروج العلم بالرّضا عن الفضولى موضوعاً

(٢) و هو العقد الحاصل فيه الرضا القلبى و طيب النفس من المالك لكنه لم يحصل منه اذن صريح او فحوى.

(٣) معطوف على «خروج» اى يظهر عدم وقوفه على الاجازة.

(٤) يعنى صحّة عقد الفضولى فى قبال بطلانه رأساً يعنى انّ الاصحاب فى مقام الاستدلال على صحّة الفضولى قالوا انّ شرائط العقد كلّها حاصلة الّارضى المالك فيظهر من هذا الاستدلال كفاية رضى المالك بعقد العاقد و عدم توقّفه على الاجازة اللّاحقة.

(٥) بالجرّ معطوف على «قولهم» توضيحه أنّ اعميّته السّكوت من الرّضا تدلّ على أنّ الشّرط فى صحّة العقد هوالرّضا الباطنى والسّكوت لا يكون مبرزاً فاحراز الرّضا من الخارج كاف فى صحّة العقد

(٦) يعنى و نحو هذين القولين من كلمات الفقهاء الدّالّة على خروج هذا الفرض من الفضولى

لزومه[٨] على الاجازة لانّه لا دليل على توقّفه مطلقا[٩] على الاجازة اللّاحقة.

كما هو[١٠] احد الاحتمالات فيمن باع ملك غيره ثمّ ملكه[١١] مع[١٢] انّه يمكن الاكتفاء فى الاجازة بالرّضا الحاصل بعد البيع المذكور آناً ما[١٣] اذ وقوعه[١٤] برضاه لا ينفكّ عن ذلك[١٥] مع الالتفات ثمّ[١٦] انّه لو

---

(٧) اى كون العقد الحاصل فيه الرّضا القلبى و طيب النّفس من المالك لكنّه لم يحصل منه اذن صريح او فحوى

(٨) اى لزوم كل فضولى فهذا القسم من المعاملةالمقرونة بالرضا القلبى و طيب النفس من المالك فضولى لا يتوقّف على الاجازة.

(٩) سواء كان مقرونا بالرّضا القلبى ام لا

(١٠) اى عدم توقّف عقدالفضولى على الاجازة

(١١) و هو أن يبيع الفضولى للمالك لا لنفسه.

(١٢) قوله «مع انّه» ناظر الى التّوسقه و التّعميم فى الاجازة بجعل الرّضا الحاصل بعد البيع آناً ما اجازة فعندئذ لا تختصّ الاجازة بما اذا كان الرّضا مفقوداً ثم انشاها المالك.

(١٣) بان امتد رضاالمالك اى ما بعد البيع فهذا الرضا الممتد اجازة.

(١٤) اى البيع برضاه المقارن للعقد

(١٥) اى عن الاجازة آناما مع الالتفات الى البيع فمحصّل ما افاده المصّنف الى هنا انّ العقد المقرون برضا المالك باطناً ليس فضوليّاً موضوعا لوجود رضا المالك فيكون اجنبياً عن الفضولى والمقصود من هذه العبارة انّه على فرض كونه فضوليّا موضوعاً ليس منه حكما

←

اشكل فى عقور غير المالك[١٧] فلا ينبغى الاشكال فى فى عقد العبد نكاحا او بيعا مع العلم برضا السيّد و لو لم يأذن له. لعدم تحقّق المعصية الّتى هى مناط المنع فى الاخبار و عدم[١٨] منافاته لعدم استقلال العبد فى التّصرف.

ثم اعلم[١٩] أنّ الفضولى قد يبيع للمالك، و قد يبيع لنفسه و على الاوّل[٢٠] فقد لا يسبقه منع من المالك، و قد يسبقه المنع فهنا مسائل ثلاث

⇐ و لا نسلّم انّ كلّ عقد الفضولى يتوقّف على الاجازة حتّى المقرون بالرّضا الباطنى من المالك

(١٦) اى لو اشكل فى كفاية الرّضا فقط فى عقود غير المالك و غير الوكيل والمأذون فلا ينبغى الاشكال فى عقد العبد نكاحاً لنفسه او بيعا لنفسه مع العلم برضا السيّد و لو لم يأذن السيّد له على القول بملك العبد

(١٧) و انّما نقول بالكفاية فى عقد العبد نكاحا و بيعا و لم نقل بها فى عقود غير المالك و سائر الفضوليّات لعدم تحقّق المعصية الّتى هى مناط المنع فى الاخبار فى صورة رضى السيّد اذ لا يصدق انّ العبد عصى السيّد

(١٨) كلمة «و عدم» معطوف على «عدم تحقّق المعصية» و ضمير «منافاته» يرجع الى عدم الاذن اى و عدم منافاة عدم الاذن من المولى لعدم تحقّق المعصية لعدم استقلال العبد فى التّصرف لانّه عالم برضا مولاه فهذا العلم يخرج العبد عن الاستقلاليّة فى التّصرف

(١٩) شرع المصنّف قدس سرّه فيما يقع فى الخارج من اقسام الثّلاثة للفضولى.

(٢٠) و هو ان يبيع الفضولى للمالك لا لنفسه.

الاولى ان يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك و هذا[١] هو المتيقّن من عقد الفضولى و المشهور الصّحة[٢] بل فى التّذكرة نسبها[٣] الى «علمائنا» تارة صريحاً و اخرى ظاهراً بقوله «عندنا» الّا انّه ذكر عقيب ذلك: «انّ لنا فيه قولاً بالبطلان»

و فى غاية المراد[٤] حكى الصّحة عن العُمّانى والمفيد والمرتضى والشّيخ فى النّهاية وسلّار والحلبى والقاضى و ابن حمزه[٥] و حكيت

---

(١) اى البيع للمالك بدون سبق منع من المالك لأنّ من يقول بالصّحة فى غير هذه الصّورة يقول بالصّحة فيها و من يقول بالصّحة فيها لا يقول بالصّحة فى غيرها فهذه الصّورة هى المتيقّن من عقد الفضولى.

(٢) يعنى صحّة بيع الفضولى للمالك مع عدم سبق منع من المالك.

(٣) اليك بمتن عبارة العلّامة رحمة اللّه عليه «لو اشترى فضوليّا فان كان بعين مال الغير فالخلاف فى البطلان والوقف على الاجازة الّا انّ ابا حنيفه قال يقع للمشترى بكلّ حال و ان كان فى الذّمّة لغيره و اطلق اللّفظ ما لفظه (ره) «قال علماؤنا: يقف على الاجازة: فان اجازه صحّ و لزمه اداء الثّمن و امّا الظّاهر مالفظه «بيع الفضولى جائز عندنا لكن يكون موقوفاً على اجازة المالك فان اجاز البيع لزم و الّابطل» و نحوه فى بيع ما يملك و ما لايملك

(٤) غاية المراد ص ١٧٨.

(٥) المقنعه للشّيخ المفيد ٦٠٦ ـ النّاصريّات للسيّد المرتضى «ضمن الجوامع الفقهيّه» ص ٢١١ المساله ١٥٤ ـ النّهاية للشّيخ الطّوسى ص ٣٨٥ ـ الكافى لابى الصّلاح الحلبى ←

عن الاسکافی[۱] واستقرّ علیها رأی من تاخّر[۲] عدا فخرالدّین و بعض متاخّری المتاخّرین کالاردبیلی[۳] والسیّد الدّاماد و بعض متاخری المحدّثین[۴] لعموم ادلّة البیع والعقود[۵] لأنّ خلّوه[۶] عن اذن المالك لا یوجب سلب العقد والبیع عنه[۷] واشتراط ترتّب الاثر بالرّضا و توقّفه علیه[۸] ایضا[۹] لا مجال لانکاره فلم یبق[۱۰] الکلام الّا فی اشتراط سبق

➡ ص ۲۹۲ ـ الوسیلة لابن حمزة الطّوسی ص ۲۳۶ ـ المهذب للقاضی ابن البرّاج ج ۲ ص ۱۹۴، ۱۹۵، ۲۱۶.

(۱) حکاها عنه العلاّمة فی المختلف ص ۳۴۸.

(۲) کالمحقّق والشّهید فی الدّرس والعلاّمة فی جملة کتبه والفاضل الآبی و غیرهم.

(۳) مجمع الفائدة والبرهان ج ۸ ص ۱۵۸ .

(۴) و هو صاحب الحدائق و السیّد الجزائری فی شرح التّهذیب

(۵) قوله «لعموم ادلّة البیع» دلیل علی صحّة البیع فادلّة البیع نحو قوله تعالی: احلّ اللّه البیع (سورةالبقرة آیة ۲۷۶) و ادلّة العقود نحو قوله تعالی (اوفوا بالعقود) (سورةالمائدة آیه ۱)

(۶) ای خلّو عقد الفضولی

(۷) ای عن عقد الفضولی

(۸) ای و توقّف الاثر و هو النّقل والانتقال الذّی هو معنی الاسم المصدری علی اذن المالك

(۹) مراده قدس سرّه انّ اشتراط ترتبّ الاثر کالنّقل والانتقال علی عقد الفضولی برضا المالك کعقدیّته لا مجال لانکاره اذ لا یقول احد بترتّب لاثر بدون رضا المالك

الاذن و حيث لا دليل عليه فمقتضى الاطلاقات عدمه[١] و مرجع ذلك[٢] كلّه الى عموم حلّ البيع و وجوب الوفاء بالعقد.

خرج منه[٣] العارى عن الاذن والاجازة و لم يُعلم خروج ما فقد الاذن و لحقه الاجازة[٤] و الى ما ذكرنا[٥] يرجع استدلالهم بانّه[٦] عقد صدر من

---

(١٠) مراده قدس سره انّه لا نقض فى عقد الفضولى من حيث التّاثير الّا فرض اعتبار سبق اذن المالك و حيث انه لا دليل على اشتراط سبق الاذن مع صدق العقد العرقى عليه بدونه فمقتضى الاطلاقات «اوفوا بالعقود و احلّ اللّه البيع و تجارة عن تراض» عدم اشتراط سبق اذن المالك فى تاثير العقد فى معنى الاسم المصدرى و هو الملكيّة المترتّبة على الانشاء

(١) اى عدم اشتراط سبق الاذن

(٢) اى مرجع عدم اشتراط سبق اذن المالك فى تاثير عقد الفضولى الى الاطلاقات

(٣) اى خرج من عموم حلّ البيع والوفاء بالعقد العارى عن كلّ من الاذن والاجازة

(٤) اى لم يعلم خروج العقد الّذى فقد الاذن السّابق و لحقه الاجازة عن هذا العموم فعندئذٍ يرجع فى هذا الفرد المشكوك الى عموم اوفوا بالعقود و احلّ اللّه البيع كما لو علمنا بخروج مرتكب المعصية الكبيرة عن «اكرم العلماء» و لم يعلم بخروج مرتكب المعصية الصّغيرة فانّ الاصل قاض بوجوب اكرامه و حاصل الكلام فى المقام بعد صدق العقد عرفا على عقد الفضولى غير المقارن لاذن المالك والمتعقّب بالاجازة الموجبته لاضافته الى المالك و صيرورته عقد اله لا وجه لخروجه عن العمومات.

(٥) اى ذكرنا و قلنا من انّ خلّو عقد الفضولى عن الاذن السّابق عليه لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه فيشمله عموم الوفاء بالعقد و حلّ البيع.

(٦) اى بانّ عقد الفضولى صدر من اهله و وقع فى محلّه .

اهله وقع فى محلّه فما ذكره فى غاية المراد[١] من «انّه من باب انّه المصادرات لم اتحقّق وجهه[٢] لانّ[٣] كون العاقد اهلاً للعقد من حيث انّه بالغ عاقل لا كلام[٤] فيه و كذا كون المبيع قابلاً للبيع فليس محلّ الكلام الّا خلّو العقد عن مقارنة اذن المالك و هو مدفوع بالاصل[٥] و لعلّ مراد الشّهيد[٦] انّ الكلام[٧] فى اهليّة العاقد و يكفى او يكتفى فى اثباتها[٨] العموم بالعموم المتقدم[٩]

---

(١) اقول المصادرة الاستدلال على المطلوب بنفس المطلوب كان يقول «الدّليل على حدوث العالم هو حدوث العالم» فكانّه اراد بذلك انّ هذا الدّليل معناه «انّ عقد الفضولى عقد صدر عن اهله فيصح بدليل انّه عقد صدر عن اهله» قال الشّهيد رحمة اللّه عليه فى غاية المراد بعد نقل القول بوقوف عقد الفضولى على الاجازة فى مقام الاحتجاج له ما لفظه «لانّه عقد صدر عن اهله فى محلّه لانّا لا نعنى باهله المالك بل الكامل و لا نعنى بالمحّل المملوك للبايع بل المطلق و فيه نظر لانه من باب لمصادرات» (غايةالمراد ص ١٧٨)

(٢) قوله «لم اتحقّق وجهه» خبر قوله «فما ذكره»

(٣) قوله (لأنّ) علّه و تعليل من المصّنف لعدم فهمه علّة ما ذكره الشّهيد فى غاية المراد

(٤) قوله «لاكلام فيه» خبر قوله «لانّ كون العاقد»

(٥) اى اصالة عدم اشتراط مقارنة اذن المالك للعقد.

(٦) «من انّ عقد الفضولى عقد صدر من اهله وقع فى محلّه من باب المصادرات»

(٧) قوله «فى اهلّية العاقد» خبر قوله «انّ الكلام»

(٨) يعنى اثبات الاهليّة محصّل الكلام فى المقام انّ اهليّة العاقد من حيث كونه بالغا

و قداشتهر الاستدلال عليه بقضيّة عروة[١٠] البارقى حيث دفع اليه النّبى ﷺ ديناراً و قال له: «اشتر لنا به شاء للاضحيّة فاشترى به شاتين ثمّ باع احداهما فى الطّريق بدينارٍ فاتى النّبى ﷺ بالشّاة و الدّينار فقال رسول اللّه ﷺ بارك اللّه لك فى صفقة يمينك» فانّ بيعه وقع فضولاً[١١] و ان وجّهنا شرائه على وجه[١٢] يخرج عن الفضول هذا

الادلّة الخاصّة الّتى اقاموها على صحّة الفضولى

اشهرها رواية «عروة البارقى» الّتى رواها الخاصّة والعامّة فى كتبهم المعروفة و اليك اسانيدها قبل البحث فيها

١ـ روى فى عوالى اللّئالى عن عروة بن الجعد البارقى انّ النّبى (ص) اعطاه ديناراً يشترى به شاة فاشترى به شاتين ثمّ باع احداهما بدينار فى

⇐ عاقلا مسلّمة فعدم اهليّة لم يظهر وجهه

(٩) اى عموم اوفوا بالعقود و احلّ اللّه البيع

(١٠) جواهر الكلام المجلّد ٢٢ الصّفحه ٢٧٧

(١١) مراده قده انّ مورد الاستدلال بيع احدى الشّاتين حيث انّ عروة لم يكن ماذوناً فى بيعه

(١٢) بان يقال انّ كلمة (شاة) فى قول رسول اللّه ﷺ «اشترلنا به شاة» اسم جنس فتشمل القليل والكثير والواحد والاثنين.

الطّريق قال فاتيت النّبى (ص) بالدّينار والشّاة فاخبرته فقال (ص) بارك اللّه لك فى صفقة يمينك[١]

٢ـ و روى مثله فى المستدرك عن الشّيخ الطّوسى عن عروة ولكن فى آخره بعد قوله ثمّ اتيت النّبى (ص) بشاة و دينار قوله فردّه علّى و قال بارك اللّه لك فى صفقة يمينك

٣ـ و من طرق العامّه روى احمد فى مسنده[٢]

ولكن[٣] لا يخفى انّ الاستدلال بها يتوقّف على دخول المعاملة

---

(١) عوالى اللّئالى المجلّد ٣ الحديث (٣٦) الصّفحة ٢٠٥ السّطر ٦

(٢) اقول العروة البارثى رجل مجهول بحسب رجال الشّيعة فقد ذكر الخوئى رضوان اللّه تعالى عليه فى رجال الكبير «معجم رجال الحديث» ص ١٣٧ انّ العروة «من اصحاب رسول اللّه (ص)» من دون اضافة بشى آخر و على كلّ حال لا يمكن تصحيح سندالحديث من طريق رجاله ولكنّ الرّواية مشهورة عند ارباب الحديث و استدلّ به كثير من الفقهاء فى باب الفضولى قال صاحب الجواهر رحمة اللّه عليه

«مضافاً الى خبر عروة البارقى الّذى اغنت شهرته عند الخاصّة و عامّة عن النظر فى سنده» مراده قده ان مورد الاستدلال بيع احدى الشاتين حيث ان عروة لم يكن ما ذونا فى بيعه ٣ بان يقال انّ كلمة (شاة) فى قول رسول الله (ص) «اشتر لنا به شاة» اسم جنس فتشمل القليل والكثير والواحد الاثنين. (مستدرك الوسائل المجلّد ٢ الباب ١٨ من ابواب آداب التّجارةالحديث ١ـ١ الصّفحة ٤٦٢ السّطر ٣٢).

(٣) مراده قدّه انّ صحّة الاستدلال بقضيّته عروة البارقى على صحّة عقد الفضولى موقوفة على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك فى بيع الفضولى.

المقرونة برضا المالك فى بيع[١] الفضولى توضيح ذلك[٢] انّ الظّاهر علم عروة برضا النّبىﷺ بما يفعل[٣] و قد اقبض المبيع و قبض الثّمن[٤] و لا ريب انّ الاقباض والقبض فى بيع الفضولى حرام لكونه تصّرفاً فى مال الغير. فلا بدّ امّا من التزام انّ عروة فعل الحرام فى القبض والاقباض و هو[٥] مناف لتقرير النّبىﷺ و امّا[٦] من القول بأنّ البيع الّذى يعلم تعقّبه للاجازة يجوز التّصرف فيه قبل الاجازة بناء على كون الاجازة كاشفة و سيجيى ضعفه[٧] فيدور[٨] الامر بين

---

(١) قوله (فى) متعلّق بـ(دخول)

(٢) اى توضيح ذلك الاشكال فى الاستدلال على صحّة الفضولى بحديث العروة البارقى.

(٣) قوله و قد اقبض الخ فى مقام العلّة لعلم العروة برضا النّبى (ص).

(٤) والمراد بالاقباض اقباض الشّاة الّتى باعها الى المشترى و بالقبض قبض ثمنها و هو الدّينار من المشترى.

(٥) اى الالتزام بانّ عروة البارقى فعل الحرام فى القبض والاقباض مناف لتقرير النّبىﷺ عمل العروة بقوله (ص) بارك اللّه فى صفقة يمينك «قررّه على العمل ثبّته فيه» المنجد

(٦) معطوف على «اما» يعنى و امّا لا بدّ من القول بانّ البيع الّذى يعلم تعقّبه بالاجازة يجوز التّصرف فيه قبل الاجازة بناء على كونها كاشفة اذ بناء على النّقل لا مجال للقول بجواز التّصرف المعاملى

(٧) اى ضعف هذا القول و ان جاز القبض والاقباض اقول وجه ضعف هذا القول انّ البناء

ثالثٍ و هو جعل هذا الفرد من البيع و هو المقرون برضا المالك خارجاً عن الفضولی كما قلناه[۹] و رابعٍ[۱۰] و هو علم عروة برضا النّبیﷺ باقباض ماله[۱۱] للمشتری حتّی يستأذن و علم[۱۲] المشتری بكون البيع

← علی كاشفيّة الاجازة يوجب كون الشّرط و صف التّعقّب مع انّ ظاهر الادلّة هو شرطيّة نفس الاجازة

ثمّ انّ كاشفيّه الاجازة علی ثلاثة وجوه احدها الكشف الحقيقی والتزام كون الاجازة شرطا متاخّرا و ثانيها الكشف الحقيقی مع التزام كون الشّرط تعقّب العقد بالاجازة لانفس الاجازة فراراً عن لزوم تاخّر الشّرط عن المشروط و ثالثها الكشف الحكمی و هو اجراء احكام الكشف بقدر الامكان مع عدم تحقّق الملك فی الواقع الّا بعد الاجازة

(۸) يعنی بعد ضعف الالتزامين المذكورين و هما انّ عروة فعل حراما، و جواز التّصرف علی الكشف يدور الامر بين ثالث و رابع امّا الثّالث فهو خروج البيع المقرون برضا المالك عن الفضولی و عدم كونه محكوما بحكمه

(۹) و هو قوله «و ان كان الّذی يقوی فی النّفس لولا خروجه عن ظاهر الاصحاب عدم توقّفه علی الاجازة اللّاحقة».

(۱۰) كلمة (رابع) بالجّر معطوف علی «ثالث» يعنی فيدور الامر بين قول ثالثٍ و قول رابع امّا الثالث فقد تقّدم ذكره و امّا الرّابع فهو علم عروة برضا النّبیﷺ باقباض ماله للمشتری حتّی يستأذن منه و علم المشتری بكون البيع فضوليّاً فيكون الثّمن عند البايع امانة .

(۱۱) ای مال النّبی (ص) اذا الشّاة كانت للنّبی (ص) واقبضها عروة لمن اشتراها بدرهم حتّی يستأذن فيقرن الاذن بالرّضا الموجب لنفوذ التّصرف

(۱۲) بالرّفع معطوف علی «علم عروة» و حاصل القول الرّابع هو انّ «عروة» كان عالماً ←

فضولياً حتّى يكون دفعه للثّمن بيد البايع على وجه الامانة والّا[١] فالفضولى ليس مالكاً و لا وكيلاً فلا يستحقّ قبض المال فلو كان المشترى عالماً[٢] فله ان يستأمنه على الثّمن حتّى ينكشف الحال بخلاف ما لو كان جاهلاً[٣] ولكنّ الظّاهر هو اوّل الوجهين[٤] كما لا يخفى خصوصاً بملاحظة[٥] انّ الظّاهر وقوع تلك المعاملة على جهة

← برضا النبى (ص) باقباض الشّاة للمشترى و كان المشترى ايضا عالماً بكون بيع الشّاة فضولياً و كان دفعه للثّمن الى عروة على وجه الامانة

(١) اى و ان لم يكن دفع المشترى الثّمن للبايع بعنوان الامانة عنده فلاوجه لقبض البايع الثّمن لانّه ليس مالكاً ولا وكيلا فى القبض حتى يحصل له مجوز فى القبض

(٢) اى عالماً بأنّ عروة البارقى قد باعه فضولاً فللمشترى ان يستأمن العروة حتّى ينكشف الحال و انّ المالك هل يجيزه‌ام لا

(٣) اذ مع كون المشترى جاهلاً بأنّ البايع فضوليٌ فلا يحقّ للفضول اخذ المال لانّه ليس امانة مالكيّة و لا انّه وكيل عن مالك المثمن

(٤) يعنى اوّل الوجهين الاخيرين و هو جعل هذا الفرد من البيع المقرون برضا المالك خارجا عن الفضولى موضوعاً فتخرج قضيّته عروة عن الفضولى فلا يصّح الاستدلال بها عليها .

(٥) و لعلّ وجه الظّهور وقوع تلك المعاملة على وجه المعاطاة دعوى غلبته وقوع امثالها فى الخارج بنحو المعاطاة لا على جهة الرّضا من الرّسول ﷺ بتسليم ماله و تسليم عروة الثّمن امانة مالكيّة .

المعاطاة و قد تقدّم[۱] انّ المناط فيها مجرّد المراضاة و وصول[۲] كل من العوضين الى صاحب الآخر و حصوله[۳] عنده باقباض المالك او غيره و لو كان صبيّاً او حيواناً[۴] فاذا حصل التّقابض بين الفضوليّين او فضوليّ و غيره مقروناً برضا المالكين ثمّ وصل كلّ من العوضين الى صاحب الآخر و علم برضا صاحبه كفى[۵] فى صحّة التّصرف

و ليس هذا[۶] من معاملة الفضولى لانّ[۷] الفضولى صار آلة فى الايصال والعبرة برضا المالك المقرون به[۸]

---

(۱) تقدّم فى الجزء الثّانى فى ص ۲۲ بقوله

«فالمعيار فى المعاطاة وصول المالين او احدهما مع التّراضى بالتّصرف»

(۲) قوله و وصول و كذا قوله «و حصوله» مرفوعان معطوفان على «مجرّد المراضاة» و ضمير (فيها) راجع الى المعاطاة

(۳) اى حصول كُلٍّ من العوضين عند صاحب الآخر

(۴) كمن يُعلّم الحَمامَ او الكلبَ بايصال الثّمن و اخذا المثمن من صاحب الدّار

(۵) كلمة (كفى) جواب الشّرط فى قوله «فاذا حصل»

(۶) اى ليس وصول العوضين او احدهما الى صاحب العوض الآخر من باب الفضولى لأن الموصل لهما او لاحدهما خصوصاً اذا كان صبيّا او حيواناً آلةُ الايصال لاطرف المعاملة لكى يندرج فى معاملة الفضولى

(۷) قوله (لأنّ) علّة لعدم كون الفضولى طرف المعاملة لكى يندرج فى معاملة الفضولى

(۸) اى المقرون بالايصال.

تشريح صحيحة محمّد بن قيس.

و استدلّ له[١] ايضاً تبعاً للشّهيد فى الدّروس بصحيحة محمّد بن قيس عن ابى جعفرؑ قال «قضى اميرالمؤمنينؑ فى وليدة[٢] باعها ابنُ سيّدها و ابوه غائب فاستولدها الّذى اشتراها فولدت منه فجاء سيّدُها فحاصم سَيّدُها الآخَر فَقال[٣] وليدتى باعها ابنى بغير اذنى فقال عليه السّلام: الحكم ان يأخذ[٤] وليدته وابنها فناشده[٥] الّذى اشتراها فقال[٦]

---

(١) استدلّ لعقد الفضولى و صحّته فى المسألة الاولى و هى بيع الفضولى للمالك مع عدم سبق منع من المالك والمستدلّ صاحب الرّياض والمقابس والجواهر . رياض المسائل ج ١ ص ٥١٢ و ٥١٣: مقابس الانوار كتاب البيع ص ٢٣ سطر الاوّل جواهر الكلام ج ٢٢ ص.٢٧٨ سطر الثّالث

(٢) فى تفسير قوله تعالى «الم نريّك فينا وليداً» اى طفلاً والوليد الصبّى لقرب عهده بالولادة والوليدة الصّبية والامة والجمع الولائد و منه قضى فى وليدة باعها سيّدها و مثله وليدة جامعها ربّها مجمع البحرين

(٣) يعنى فقال سيّدها الاوّل و هذا تفسير قوله «فخاصم» و المراد بسيّدها الآخر هو المشترى الذّى اشترى الامة والوليدة من ابن سيّد الاوّل

(٤) اى ياخذ السيّد الاوّل و مولا الاوّل

(٥) اى ناشد مشترى الوليدة و سيّدها الآخر الامامؑ و سأله واقسم عليه فى امره و حلّف الامامؑ فيه

(٦) يعنى فقال الامام للمشترى والسيّد الآخر خذ ايّها المشترى ابن السيّد الاوّل الّذى باعك لوليدة فضولاً حتّى ينّفذ السيّد الاوّل البيع لك فانّ للمشترى الحقّ فى اخذ الابن الّذى غرّه و اخذ منه المال حتّى يردّ عليه خسارته

خذ ابنه الّذى باعك الوليدة حتّى ينفذ البيع لك فلمّا رآه[١] ابوه قال له ارسل ابنى قال لا واللّه لا اُرسل ابنك حتّى ترسل ابنى فلمّا[٢] راى ذلك سيّد الوليدة الاوّل اجاز بيع ابنه» الحديث[٣]

قال فى الدّروس[٤] و فيها[٥] دلالة على صحّة الفضولى و انّ الاجازة

---

(١) اى فلمّا رأى السيّد الاوّل و ابوالبايع انّ المشترى والسيّد الآخر اخذ ابنه الّذى باع الوليدة مكان الوليدة وابنها اضطرّ والد بايع الوليدة و لذا قال للمشترى ارسل اى اطلق ابنى قال المشترى «لا واللّه لا اُرسلُ ابنك حتّى ترسل ابنى الّذى ولدته الوليدة»

٢) الظّاهر انّ هذا من كلام الامام ابى جعفرعليه السلام لا قول اميرالمؤمنينعليه السلام اى فلمّا رأى السيّد الاوّل و اب البايع ذلك اى اخذ المشترى و انّ ابنه البايع ماخوذ بيد المشترى اجاز البيع لكى يطلق ابنه البايع من يد المشترى

(٣) وسائل الشّيعه المجلد ١٤ الباب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١ تهذيب الاحكام ج ٧ ص ٧٤ ـ ٧٥ ح ٣١٩ـ الدّروس الشّرعيّة ص ٣٤٩

(٤) متن عبارة الدّروس «فيها دلالة على انّ عقد القصولى موقوف و على انّ الاجازة كاشفة»

(٥) اى و فى صحيحة محمّد بن قيس دلالة واضحة على صحّة بيع الفضول حيث انّ المشترى والسيّد الآخر لمّا اخذ ابن سيّد الوليدة و هو بايع الوليدة بدون اذن ابيها مكان الوليدة وابنها اضطرّ صاحب الوليدة و هو السيّد الاوّل و مولاها الاوّل الى اجازة البيع لكى يسترّد ولده فاجاز البيع و نفذّه واسترّد ولده ففى الصّحيحة دلالة على صحّة بيع الفضولى لانّه لو لم يصّح لم يكن معنى للاجازة.

كاشفة[١] و لا يرد عليها[٢] شيىء ممّا يوهن الاستدلال بها فضلا عن[٣] ان يسقطها[٤] و جميع ما ذكر فيها من الموهنات[٥] موهونة[٦] الّا ظهور الرّواية فى تأثير الاجازة المسبوقة بالرّد من جهة ظهور المخاصمة فى ذلك[٧]

اقول رواية محمّد بن قيس معتبرة الاسناد رواها المحمّدون الثّلاث فى الكتب الاربقه[٨] والمتون متفاوتة فى كثير من جملاتها والمحتوى واحد ولكن فى فقه الحديث اشكالات لابدّ من حلّها

---

(١) لانّها لو كانت ناقلة لم يكن الولد للمشترى والسيّد الآخر لانّه على النّقل حصل فى ملك السيّد الاوّل .

(٢) اى و لا يرد على دلالة الصّحيحة على صحّة الفضولى شيئ.

(٣) اى بالصّحيحة

(٤) اى يسقط ذلك الوهن صحيحة محمّد بن قيس عن الاعتبار وعن الاستدلال بها

(٥) سنذكر الموهنات عن قريب فانتظر

(٦) قوله «موهونة» خبر لمبتداء مقدّم و هو قوله «و جميع ما ذكر فيها»

(٧) اى فى الرّد يعنى انّ المخاصمة بين السيّد الاوّل والمشترى ظاهرة فى ردّ السيّد لمعاملة الوليدة

(٨) الكافى ج ٥ ص ٢١١ السّطر ١٠ تهذيب الاحكام ج ٧ ص ٧٤ السّطر ١٦
الاستبصار ج ٣ ص ٨٥ السّطر ١
من لا يحضره الفقيه ص ٣٧٠ السّطر ٣١

منها حكم الامام﵇ للسيّد الاوّل باخذه الوليدة وابنها فانّ هذا الحكم انّما يتمّ على القول ببطلان الفضولى و الّا كان ينبغى للامام﵇ ان يحكم بالتحيّير بين اجازة العقد وردّه لا الحكم باخذ الوليدة وابنها يقيناً

والجواب انّ المخاصمة و عدم الاجازة الحكم باخذ الوليدة وابنها و منها حكم الامام﵇ ياخذ السيّد الاوّل ابن الوليدة المتولّده من المشترى مع انّ الولد حرّ تابع للمشترى لا للامّ حتّى يكون رقّا و يكون لمولاها حقّ اخذ الولد

والجواب انّه انّما اخذ المولى الولد لياخذ قيمته لانّ المشترى قد فوّته على المالك فلابدّ من اعطاء قيمته او يقال بانّ المشترى كان عالما بحقيقة الحال و منها كيف يجوز للمشترى اخذ ولد السيّد الاوّل اى البايع فضولاً و هو حرٌّ اذ كون الابن غاصبا لا يجوز اخذه

والجواب عن الثّالث بانّ اخذ ولد المالك الاوّل انّما هو لا خذ الغرامة حيث لم يكن له طريق سواه و منها انّ الرّواية ظاهرة فى صحّة الاجازة بعد الرّد مع دعوى الاجماع على فساده فالاجازة الصّادرة من سيّد الوليدة انّما هى اجازة بعد الرّد لظهور المخاصمة فى الرّد و صحّة البيع بعد الرّد خلاف الاجماع

والجواب عن ذلك عدم التّصريح بالفسخ من السيّد الاوّل و عدم

التّصريح برّد البيع و انّما كان ذلك فى العمل و لم يحصل منه انشاء الرّد و ظهور المخاصمه فى ردّ البيع غير ظاهر حيث انّ غاية ما يدلّ عليه المخاصمة هو كراهة البيع و عدم اذنه فيه و من المعلوم انّ عدم الاجازه اعمّ من الرّد

فظهر بحمداللّه انّه ليس فى الصّحيحة مخالفة للقواعد و أنّ ماذكروه وجهاً لظهورها فى تاثير الاجازة المسبوقة بالرّد من الوجوه الاربعة ممّا لا اصل له

و اطلاق[١] حكم الامامؑ بتعيين اخذ الجارية وابنها من المالك بناء[٢] على أنّه لو لم يردّ البيع و جب تقييد الاخذ بصورة اختيار الرّد و مناشدة[٣] المشترى للامامؑ والحاحه اليه فى علاج فكاذ ولده[٤]

---

(١) بالجرّ معطوف على «ظهور المخاصمة» و هذا ثانى الوجوه الاربقه و دليل الثّانى لظهور الصّحيحة فى ردّ البيع و حاصله انّ اطلاق حكم الامامؑ بتعيّن اخذ السيّد الاوّل الجارية و عدم تقييده بصورة ردّ البيع يدلّ على ردّه

(٢) قوله (بناء) علّة للاطلاق بمعنى انّ سيّد الامة اذا لم يردّ تنفيذ البيع بالاجازة فلابدّ من تقييد جواز الاخذ بصورة الرّد

(٣) بالجرّ عطف على «ظهور المخاصمة» و هذا هو الدّليل الثّالث لظهور الصّحيحة فى ردّ البيع.

(٤) اى ولده الّذى استولده المشترى من الوليدة .

وقوله[۱] حتّى ترسل ابنى» الظّاهر فى أنّه حبس الولد و لو على قيمته يوم الولادة و حمل[۲] امساكه الوليدة على حبسها لاجل ثمنها كحبس ولدها على القيمة ينا فيه[۳] قوله عليه السّلام «فلمّا راى ذلك سيّد الوليدة اجاز بيع الوليدة

والحاصل[۴] انّ ظهور الرّواية فى ردّ البيع اوّلا ممّا لاينكره المنصف الّا انّ الّانصاف أنّ ظهور الرّواية فى انّ اصل الاجازة مجدية فى الفضولى[۵]

---

(۱) بالجرّ عطف على «ظهور المخاصمة» و هذا هو الدّليل الرّابع لظهور الصّحيحة فى ردّ البيع

(۲) قوله «و حمل» مبتداء خبره قوله «ينافيه» و هذا اشارة الى توهّم و دفعه و حاصل الوهم انّ امساك المولى الاوّل الجارية والوليدة وحبسها عنده يحمل على تمكّنه من الحصول على ثمنها كما انّ حبس ولد المشترى كان لاجل حصول قيمة الولد يوم الولادة و ليس الحبس والامساك لاجل ردّ البيع و دفعه انّ الحمل المذكور مناف لقول الامام ابى جعفر عليه السلام: فلمّا راى ذلك سيّد الوليدة اجاز البيع فانّ كلمة اجاز فى قوله عليه السّلام دليل على ردّ البيع

(۳) قوله «ينافيه» جواب عن الوهم المذكور

(۴) اى نتيجة ما ذكرناه حول الصّحيحة: من دلالة الا دلّة الاربعه على ظهور الصّحيحة فى ردّ البيع فلابدّ امّا من رفع اليد عن الاجماع الّذى يقول بعدم صحّة الاجازة بعد الرّد و امّا من رفع اليد عن هذه الرّواية

(۵) فالاجازة تقلب الفضولى عقداً مالكاً

مع قطع النّظر عن الاجازة الشّخصية[۱] فی مورد الرّواية غير[۲] قابلٍ للانكار فلابدّ[۳] من تاويل ذلك الظّاهر لقيام[۴] القرينه و هی الاجماع على اشتراط الاجازة بعدم سبق الرّد

والحاصل انّ مناط الاستدلال[۵] لو كان[۶] نفس القضية الشخصيّة[۷] من جهة اشتمالها على تصحيح بيع الفضولی بالاجازة بناء على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتحدّة نوعاً[۸] فی الحكم

---

(۱) و هی صحيحة محمّد بن قيس لانّ الاجازة الشخصية فی مورد الرّواية اجازة بعد الرّد مخالفة للاجماع القائم على عدم فائدة الاجازة بعد الرّد.

(۲) قوله (غير قابل) خبر قوله «انّ ظهور الرّواية».

(۳) بان يقال انّ السيّد الاوّل كان مردّداً بين ردّ البيع و اجازته و مراجعته الى الحاكم و اخذه الوليدة وابنها كلّها وقع خوفاً من فوت حقّه من عين ماله فی صورة الرّد و من ثمنه فی صورة الاجازة

(۴) قوله لقيام تعليل لقوله: فلابدّ من تاويل ذلك الظّاهر و المراد بقوله «ذلك الظّاهر» هو ظهور الصّحيحة فی ردّ البيع اوّلاً و اجازته ثانياً فلابدّ من تاويل ذلك الظّاهر

(۵) يعنی الاستدلال بصيحة محمّد بن قيس على صحّة عقد الفضولی بالاجازة

(۶) اسم (كان) ضمير راجع الى «مناط» المتقدّم و «نفس» خبر «كان»

(۷) القضيّة الشخصيّة اجازة سيّد الوليدة بَيعَها ليتمكّن من اخذ ولده الّذی هو البايع الفضولی من يد المشترى والسيّد الآخر.

(۸) كما لو قال الامام عليه السلام لزرارة مثلا اغسل ثوبك من بول صبيّك حيث يكون هذا الكلام ←

الشّرعى كان[۱] ظهورها فى كون الاجازة الشّخصيّة فى تلك القضيّة مسبوقة بالرّد مانعاً[۲] عن الاستدلال بها موجبا للاقتصار على موردها لوجهٍ[۳] عَلِمَهُ الامام عليه السلام مثل كون مالك الوليدة كاذبا فى دعوى عدم الاذن للولد

فاحتال عليه السّلام حيلة يصل بها الحقّ الى صاحبه[۴] و امّا[۵] لو كان

➡ موجبا لاستفادة قاعدة كليّه هى وجوب غسل الثّوب من بول كل صبيّ ففيما نحن فيه لو كان الاستدلال بصحيحة محمد بن قيس على صحّة العقد الفضولى لاشتمالها على صحّة بيع الفضولى بالاجازة حتّى يبنى على عموم هذا الحكم اى صحّة عقدالفضولى لسائر الموارد من العقود الفضوليّة المشتركة مع المورد فى الحكم الشرعى كان ظهورها فى سبق الرّد على الاجازة مانعا عن الاستدلال بها على صحّة عقد الفضولى لمخالفة هذا الظّاهر للاجماع المزبور فنختصّ بموردها و لا يتعدى الى غيره من سائر الموارد

(۱) جواب «لوكان» اى كان ظهور صحيحة محمد بن قيس

(۲) كلمة (مانعا) خبر «كان ظهورها» والضّمير فى «ظهورها و فى بها» راجعان الى القضيّة الشخصيّة

(۳) اى لجهة و هذا علّة للاقتصار على مورد صحيحة محمّد بن قيس و ملخّصه انّ علّة الاختصاص بموردها و عدم التعدّى الى غيره خصوصيّة فى القضيّة الّتى تضمّنها صحيحة محمّد بن قيس و هى علم الامام عليه السلام بكذب مالك الوليدة فى دعوى عدم اذنه لولده فى بيع الوليدة

(۴) اى بسبب هده الحيلة و هى اخذ السيّد الاوّل الوليدة وابنها لياخذ المشترى و هو السيّد الآخر ابن المولى الاوّل حتّى ننفذ البيع

مناط الاستدلال ظهور كلام الامير عليه السّلام فى قوله «خذ ابنه حتّى تنفذ لك البيع» و قولِ الباقر عليه السّلام فى مقام الحكاية «فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة[۱] اجاز بيع ابنه» فى انّ للمالك ان يجيز العقد الواقع على ملكه و[۲] ينفذّه لم يقدح فى ذلك[۳] ظهور الاجازة الشخصيّة فى وقوعها بعد الرّد فيأوّل ما يظهر منه الرّد بارادة[۴] عدم الجزم بالاجازة والرّد او كونِ[۵] حبس الوليدة على الثمن او نحو ذلك[۶] و كانّه قد اشتبه مناط الاستدلال على من لم يستدلّ بها فى مسألة الفضولى[۷] او يكون[۸] الوجه فى الاغماض عنها ضعف الدّلالة

---

(۵) كلمة (امّا) معطوفة على «لوكان نفس القضيّة»

(۱) متعلّق بقوله «ظهور سياق كلام».

(۲) جواب «وامّا لوكان».

(۳) اى فى ظهور سياق كلام اميرالمومنين

(۴) كلمة (بارادة) متعلّقة بـ«فيأوّل»

(۵) بالجرّ معطوف على «بارادة»

(۶) و ذلك كحبس الوليدة لترجيح ما هو صلاحه من الرّد والاجازة

(۷) بأن تخيّل انّ مناط الاستدلال هو نفس «القضيّة الشّخصية» فلم يستدلّ بها لما مرّ من كون الاجازة فيها مسبوقة بالرّد و قد قام الاجماع على اشتراطها بعدم سبقها بالرّد و غفل انّ مناط الاستدلال ظهور كلام اميرالمومنين عليه السلام فى قوله «خذ ابنه حتّى ينفذّ البيع»

←

المذكورة فانّها لا تزيد على الاشعار و لذا[۹] لم يذكرها[۱۰] فى الدّروس فى مسالة الفضولى بل ذكرها فى موضع آخر[۱۱] لكن الفقيه فى غنى عنه[۱۲] بعد العمومات المتقدّمة[۱۳]

فحوى مادلّ على صحّة النّكاح الفضولى

و ربّما يستدلّ ايضاً بفحوى صحّة عقد النّكاح من الفضولى فى الحُرّ والعبد الثّابتة[۱۴] بالنّص[۱۵]

← فقوله (ع) دليل على تصحيح الاجازة فى الفضولى لظهور كلام اميرالمومنين (ع) فى انّ للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه و ينفذّه

(۸) اى يكون الوجه فى الاغماض عن الرّواية و عدم الاستدلال بها ضعف دلالة الرّواية على كفاية الاجازة

(۹) اى و لاجل ضعف دلالة الصّحيحة على صحّة عقد الفضولى و انّه مجرّد اشعار لم يستدلّ الشّهيد الخ.

(۱۰) اى لم يذكر الصّحيحة فى الدّروس و انّما استدل .

(۱۱) ذكر و استدلّ بها فى باب بيع الحيوان فراجع

(۱۲) يعنى انّ الفقيه يكون غنيّا عن الاستدلال بهذه الصّحيحة

(۱۳) و هى الآيات كعموم اوفوا بالعقود واحلّ اللّه البيع و غيرهما

(۱۴) كلمة (الثّابتة) بالجرّ صفة (صحة) اى صحّة عقد الفضولى الثّابته بالنّص

(۱۵) اقول النّصوص فى صحّة النّكاح الفضولى و توقّفه على الاجازة كثيرة

←

والاجماعات المحكيّة فانّ[۱] تمليك بضع الغير اذا لزم بالاجازة كان تمليك ماله اولى بذلك[۲] مضافاً الى ما عُلِمَ من شدّة الاهتمام فى عقد النّكاح لأنّه «يكون منه الولد» كما فى بعض الاخبار[۳]

← منها مارواه محمّد بن مسلم عن ابى جعفرؑ انّه ساله عن رجل زوّجته اُمّه و هو غائب، قال: النّكاح جايزان شاء المتزوّج قبل و ان شاء ترك «الحديث». وسائل الشيعة المجلد ۱۴ الباب ۷ من ابواب عقدالنكاح الحديث ۳ سطر ۱۱.

منها ماورد فى باب نكاح العبد بغير اذن مولاه مثل ما رواه زرارة عن ابى جعفرؑ قال سألته عن مملوك تزوّج بغير اذن سيّده فقال: ذاك الى سيّده ان شاء اجازه و ان شاء فرّق بينهما «الحديث». وسائل الشيعة المجلد ۱۴ الباب ۲۴ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ۱ سطر ۳.

و منها مارواه زرارة عن ابى جعفرؑ قال سالته عن رجل تزوّج عبده (امرأة) بغير اذنه فدخل بها، ثمّ اطّلع على ذلك مولاه، فقال ذاك لمولاه ان شاء فرّق بينهما و ان شاء اجاز نكاحهما «الحديث». وسائل الشيعة المجلد ۱۴ الباب ۲۴ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ۲ سطر ۱.

(۱) قوله (فانّ) الخ تقريب الاستدلال بيانه انّ الاجازة اذا كانت مؤثّره فى تمليك بضع الغير كان تاثيرها فى تمليك ماله اولى فقوله فانّ تمليك الخ) بيان لوجه الاولويّة والفحوى فالا ستدلال يكون بالفحوى والاولويّة القطعيّة

(۲) اى اولى بالّلزوم بالاجازة مع شدّة اهتمام الشّارع فى عقد النّكاح

(۳) وسائل الشّيعه ج ۱۴ ص ۱۹۳ الباب ۱۵۷ من ابواب مقدّمات النّكاح و آدابه الحديث ۳ سطر ۱۷

والتّهذيب ج ۶ ح ۵۰۶

و قد اشار الى هذه الفحوى[۱] فى غاية المراد[۲] و استدلّ بها[۳] فى الرّياض بل قال: انه لولاها[۴] اشكل الحكم[۵] من جهة الاجماعات المحكيّة على المنع[۶] و هو[۷] حسن

الّا انّها[۸] ربّما توهن بالنّص[۹] الوارد على العامّة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله[۱۰] بالعزل و بين بيعه[۱۱] بالصّحة[۱۲] فى

---

(۱) اى الى هذه الاولويّة.

(۲) راجع غاية المراد ص ۱۷۸

(۳) راجع رياض المسائل ج ۱ ص ۵۱۲

(۴) بل قال صاحب الرّياض (ره) لولا هذه الفحوى والاولويّة

(۵) اى اشكل الحكم بصّحة عقد الفضولى بالاجازة

(۶) اى منع صحّة عقد الفضولى

(۷) اى استدلال صاحب الرّياض لصّحة بيع الفضولى بفحوى صحّة الفضولى فى النّكاح حسن

(۸) اى الفحوى

(۹) الوسائل ج ۱۹ ص ۱۶۳ ج ۲۴۳۹۶ الباب ۲ من ابواب كتاب الوكالة

(۱۰) اى جهل الوكيل المعزول بعزله.

(۱۱) اى بيع الوكيل المعزول.

(۱۲) كلمه «بالصّحة» متعلقة بـ«الفارقين» اى حكم «فقهاء اخواننا السّنته» بصّحة الثّانى: و هو بيع الوكيل المعزول

الثّانى لأنّ[۱] المال له عوض والبطلان[۲] فى الاوّل[۳] لأنّ[۴] البُضعَ ليس له عوض حيث قال الامام عليه السّلام فى مقام ردّهم و اشتباههم فى وجه الفرق «سبحان اللّه ما أجور هذا الحكم[۵] وافسده» فانّ[۶] النّكاح اولى واجدر ان يحتاط فيه لانّه الفرج و منه يكون الولد الخبر[۷]

---

(۱) فصاحب المال لم يتضرّر اذا قلنا بصّحة الفضوليّة لانّه ذهب منه بشى و جاء فى مكانه بشى آخر فالضّرر الدّنيوى منتف فى البيع اذا المال له عوض لصاحبه و اذ لا مانع فيرجع الى الاطلاقات المقتضية للحكم بالصّحة للحكم ببقاء الوكالة

(۲) كلمة (والبطلان) بالجر معطوفة على «بالصّحة» اى بطلان الوكالة

(۳) و هو تزويج الوكيل المعزول المرأة الموكّلة

(۴) قوله «لانّ البضع الخ تعليل المخالفين لبطلان النّكاح فانّ فيه ضررا على الزّوجة المفروض فى الرّواية توكيلها فى التّزويج و عنر لها عن الوكالة و عدم اعلامه للوكيل لو حكم بالصّحة و كان فى الواقع باطلا اذ يلزم ح تسليط على الزّوج على فرجها بلاعوض منه لها و هو ضرر عليها اذا الفرج بلحاظ عظم منفعته ليس له عوضٌ لصاحبه

(۵) اى الحكم بصحّة البيع دون النّكاح بانّ النّكاح اولى و اجدر ان يحتاط فيه بان لا يقال ببطلانه اذ معنى بطلانه ان تتزوج المرءته برجل آخر والحال انّها زوجة للاوّل فقوله عليه السّلام «فانّ النّكاح الخ» تعليل من الامام (ع) فى انّ حكم علماء السنّته بفساد النّكاح و بطلانه فى غاية الجور والفساد بقوله (ع) «ما اجور الحكم وافسده»

(۶) هذا كلام الامام عليه السّلام و تعليل منه فى انّ حكم علماء السّنته بفساد النّكاح و بطلانه فى غاية الجور والفساد كما عرفته آنفا

(۷) اى الى آخر الخبر

و حاصله[۱] انّ مقتضى الاحتياط كون النّكاح الواقع[۲] اولى بالصّحة من[۳] حيث الاحتياط المتاكّد فى النّكاح دون غيره فدلّ[۴] على انّ صحّة البيع تستلزم صحّة النّكاح بطريق اولى خلافاً للعامّة حيث عكسوا و حكموا بصحّة البيع دون النّكاح فمقتضى حكم الامام عليه السلام أنّ صحّة المعاملة الماليّة الواقعة فى كلّ مقام[۵] تستلزم صحّة النّكاح الواقع[۶] بطريق اولى

و حينئذ[۷] فلا يجوز التعدّى من صحة النّكاح فى مسألة الفضولى

---

(۱) اى و خلاصة ما يقصده الامام عليه السّلام من الاحتياط فى النّكاح

(۲) اى النّكاح الواقع من الوكيل المعزول الجاهل بعزله

(۳) قوله «من حيث الاحتياط» تعليل لكون النّكاح الواقع من الوكيل المعزول اولى بالصّحة من البيع الواقع منه لانّ النّكاح منشاء تكوّن الاولاد فلابدّ من تحليل البضع فالقول بصحّته اذا صدر فضولاً ثمّ اجيز ممّن له امر الاجازة اولى ممّا يدّعيه العامّة من صحّة البيع و بطلان النّكاح مع انّ البيع فاقد لملاك الصّحة والنّكاح واجدله .

(۴) اى فدلّ كلام الامام عليه السّلام الّذى جعل صحّة النّكاح اولى من صّحة البيع انّ صحّة البيع تستلزم صحّة النّكاح بطريق اولى.

(۵) اى سواء صدرت المعاملة من الوكيل المعزول الجاهل بعزلهام من الفضولى

(۶) و ذلك لوجود الاحتياط المتاكّد فى النّكاح و عدم وجوده فى المعاملة

(۷) يعنى و حين القول باستلزام صحّة البيع صحّة النّكاح خلافاً للعامّة القائلين بصّحة البيع و بطلان النّكاح لا يجوز التعدّى من صحّة النّكاح فى عقد الفضولى الى صحّة البيع

الى[۱] صحّة البيع لأنّ[۲] الحكم فى الفرع لا يستلزم الحكم فى الاصل فى باب الاولويّة والّا[۳] لم يتحقّق الاولويّة كما لا يخفى فالاستدلال بصّحة النّكاح[۴] على صحّة البيع مطابق لحكم العامّة من كون النّكاح اولى بالبطلان من جهة انّ البضع غير قابل للتّدارك بالعوض بقى الكلام فى وجه جعل الامام عليه السّلام الاحتياط فى النّكاح هو ابقاؤه دون

---

(۱) كلمة «الى» متعلّقة بـ«التعدّى»

(۲) بمعنى انّ الحكم بالصّحة فى النّكاح الّذى هو الاصل لا يستلزم الحكم بالصحّة فى البيع الذى هو الفرع كعدم استلزام حرمة الضّرب الّذى هو الاصل حرمة الافّ الّذى هو الفرع و قد عكس بعض الشّارحين فجعل البيع هو الاصل والنّكاح هو الفرع بل هو مذهب اكثرهم و عندئذ فى مسئلتنا لا يجوز التّعدى من صحّة فى النّكاح فى مسألة الفضولى الى صحّة البيع اذ صار البيع الاصل و النّكاح الفرع و وجه عدم التعدّى انّ الحكم بالصّحة فى الفرع الّذى هو النّكاح لا يستلزم الحكم بالصّحة فى الاصل الّذى هو البيع فى باب الاولويّة فانّه يستصحب الحكم من غير الاولى الى الاولى لا من الاولى الى غير الاولى والّالم تتّحقق الاولويّة فمثلا اذا نهى المولى عبده عن الضّرب لم يدلّ على النّهى عن الافّ بخلاف العكس

(۳) اى و لو استلزم الحكم بصّحة الفرع الحكم بصحّة الاصل لما تحقّق مفهوم الاولويّة فانّ مفهوم الاولويّة كما عرفته آنفاً هو انّ الحكم فى الاصل مستلزم للحكم فى الفرع لا انّ الحكم فى الفرع مستلزم للحكم فى الاصل.

(۴) و هو الفرع كما انّ البيع هو الاصل

ابطاله مستدلاً[۱] بانّه يكون منه الولد مع انّ الامر فى الفروج كالاموال دائر بين محذورين[۲] ولا احتياط فى البين[۳]

و يمكن ان يكون الوجه فى ذلك[۴] أنّ[۵] ابطال النّكاح فى مقام الاشكال والاشتباه[۶] يستلزم التّفريق بين الزّوجين على تقدير الصّحة واقعاً فتتزوّج المرأة و يحصل الزّنا بذات البعل بخلاف ابقائه[۷] فانّه على

---

(۱) قوله «مستدلاً» شروع فى بيان معنى الاحتياط الوارد فى كلام الصّادق عليه السّلام حيث انّ الاحوط هوالاوثق

(۲) و هما الوجوب والتّحريم و ذلك لانّه ان قلنا بصحّة النّكاح باطلاً واقعاً لزم ترتّب المحرّمات الواقعيّته عليه من الارث والجماع و ما اشبههما و ان قلنا ببطلانه و كان صحيحاً واقعاً لزم ترتّب المحرّمات الواقعيّة ايضاً من اخذ الزوج المرءته الخامسة و من زواج المرءته برجل آخر والحال انّها زوجة للاول و غيرهما

(۳) و ذلك لانّ الامر ليس دائرا بين الوجوب والجواز لكى يحتاط بترجيح الفعل واتخاذه و لا دائرا بين الحرمة والجواز لكى يحتاط بترجيح الترك

(۴) اى فى جعل الامام عليه السّلام الاحتياط فى ابقاء النّكاح دون ابطاله

(۵) كلمة «انّ» خبر قوله «أن يكون» و كلمة «يستلزم» خبر لِـ «انّ» فى قوله «ان الطال النّكاح»

(۶) كمقامنا هذا لعدم وضوح هذا النّكاح من حيث الصّحة والبطلان.

(۷) اى بخلاف ابقاء النّكاح.

تقدير بطلان النّكاح لا يلزم منه[١] الّا وطء المرأة الخالية عن المانع و هذا[٢] اهون من وطء ذات البعل فالمراد بالاحوط هو الاشدّ احتياطاً و كيف كان[٣] فمقتضى هذه الصحيحة[٤] أنّه اذا حكم بصحّة النّكاح الواقع من الفضولى لم يوجب ذلك[٥] التعدّى[٦] الى الحكم بصحّة بيع الفضولى نعم[٧] لو ورد الحكم بصحّة البيع امكن الحكم بصحّة النّكاح لأنّ النّكاح اولى بعدم الابطال كما هو نصّ الرّواية[٨]

ثمّ انّ الرّواية[٩] و ان لم يكن لها دخل بمسألة الفضولى الّا انّ المستفاد

---

(١) اى على تقدير بطلان النّكاح واقعاً لا يلزم من هذا البطلان الاوّطى المرئة الخالية عن المانع

(٢) اى وطء المرءته الخالية عن الزّوج اهون وايسر من وطء ذات البعل

(٣) يعنى سواء اريد بالاحتياط هو الاشدّ احتياطاً ام غيره

(٤) و هى صحيحة العلا بن سيّابه

(٥) اى الحكم بصحّة النّكاح الواقع من الفضولى.

(٦) اقول وجه عدم التعدّى عدم الملازمة بين صحّة النّكاح الصّادر من الفضولى و بين صحّة بيع الواقع من الفضولى و عدم ثبوت حكم الفرع للاصل.

(٧) بمعنى أنّ العكس و هو استلزم صحّة البيع لصحّة النّكاح ثابت لاولويّة النّكاح من البيع بالصّحة

(٨) و هى رواية العلاء بن سيّابه و مراده بنصّ الرّواية قوله عليه السّلام فيها «انّ النّكاح احرى و احرى أن يحتاط فيه»

(٩) و هى صحيحة العلابن سيّابه و وجه عدم دخلها بمسألة الفضولى انّها وردت فى

منها قاعدة كليّة هى[١] أنّ امضاء العقود الماليّة يستلزم امضاء النّكاح من دون العكس الّذى هو مبنى الاستدلال فى مسالة الفضولى هذا

الاستدلال على صحّة الفضولى بموثقة جميل عن ابيعبدالله (ع)

ثمّ انّه ربّما يويّد صحّة الفضولى بل يستدلّ عليها[٢] بروايات كثيرة وردت فى مقامات خاصة مثل موثقة جميل عن ابيعبدالله عليه السّلام «فى رجلٍ دفع الى رجلٍ مالاً يشترى به[٣] ضرباً من المتاع مضاربة[٤] فاشترى[٥] غير الّذى امره قال هو[٦] ضامن والرّبح بينهما على ما

⇐ الوكالة والرّجل يدّعى انّه وكيل عن المرأة و هى تنكر الوكالة

(١) اى القاعده الكليّة انّ امضاء العقود الماليّة كالبيع والاجارة يستلزم امضاء النّكاح من دون العكس و هو انّ امضاء نكاح الفضولى لا يستلزم امضاء عقود الماليّة و كلمة (الّذى) صفة لكلمة (العكس) اى العكس الّذى هو مبنى الاستدلال فى مسألة الفضولى بفحوى الصّحة فى النّكاح الفضولى

(٢) اى على صحّة الفضولى

(٣) «الضّرب» مص نوع، صف، مثل ج ضروب (المنجد)

(٤) الضّمير المستتر فى «فاشترى وليشترى» راجعان الى عامل المضاربة.

(٥) و هى شرعاً أن يدفع زيد مثلا مالاً الى عمر وليعمل فيه بحصّة معينّة من ربحه.

(٦) يعنى انّ العامل ضامن للخسارة الواردة لاجل مخالفته لما اذن له المالك الدّافع.

شرطه»[١]

و نحوها[٢] غيرها الواردة فى هذا الباب[٣] فانّها[٤] ان أُبقيت على ظاهرها من[٥] عدم توقّف ملك الرّبح[٦] على الاجازة كما نسب[٧] الى ظاهر الاصحاب و عدّ[٨] هذا خارجا عن بيع الفضولى بالنّص[٩] كما فى

---

(١) وسائل الشّيعه ج ١٣ ص ١٨٢ الباب ١ من ابواب احكام المضاربة الحديث ٩ سطر ١٧ التّهذيب ج ٧ ص ١٩٣ ح ٨٥٣ سطر ٣

(٢) اى نحو موثّقة جميل

(٣) يعنى باب تخلّف العامل عن الّذى امره المالك و صالحب المال

(٤) اى فانّ موثّقة جميل و سايرالاخبار الواردة ان ابقيت على ظاهرها.

(٥) كلمة «من» بيان لبقاء موثّقة جميل و سائر الاخبار الواردة على ظاهرها.

(٦) مراده قده من الرّبح ربح المعاملة الصّادرة من العامل على ما اذن له المالك و صاحب المال

(٧) اى نسب عدم توقّف ملك الرّبح على اجازة المالك

(٨) «وعدّ» مجرور معطوف على «عدم» اى من عدم توقّف الخ و من عدّ هذا خارجاً الخ

(٩) مراده قدّه من النّص موثّقة جميل و حاصل الكلام انّ شراء غير ما عيّنه المالك و صاحب المال بمال المضاربة خارج عن حكم الفضولى فى صورة ظهور الرّبح و لا يحتاج الى الاجازة والرّبح يكون بينهما على ما شرط لوجود موثّقة جميل على الصّحة من دون قيد لحوق الاجازة

المسالك[١] وغيره كان[٢] فيها[٣] استيناس لحكم المسألة من حيث[٤] عدم اعتبار اذن المالك سابقاً فى نقل مال المالك الى غيره وان[٥] حملناها على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الرّبح كما هو الغالب[٦] و بمقتضى الجمع بين هذه الاخبار[٧] و بين مادلّ على اعتبار رضا المالك فى نقل ماله[٨] والنّهى[٩] عن اكل المال بالباطل

---

(١) مراده قده من هذه العبارة انّ صاحب المسالك و غيره قائلون بانّ هذا خارج عن الفضولى بالنّص و الّا فمقتضى القاعدة امّا اجازة صاحب المال لتصحيح المعاملة و امّا بطلانها اذا لم يجز (راجع المسالك كتاب البيع ص ٢۶ سطر ١).

(٢) كلمة «كان» جواب لِـ(ان) فى قوله «ان ابقيت»

(٣) اى فى الاخبار الّتى منها موثّقة جميل

(۴) كلمة (من) بيان لحكم مسألة الفضولى و هو عدم اعتبار اذن المالك و صاحب المال سابقًا فى نقل ماله الى غيره بل تكفى اجازته بعد وقوع العقد النّاقل على ماله

(۵) اى حملنا اخبار المضاربة

(۶) حيث انّ الغالب رضا المالكين بالمعاملات الواقعة على اموالهم ان كانت رابحة و ان لم يامر وابها

(٧) اى اخبار المضاربة كموثّقة جميل و غيرها الدّالّين بالاطلاق على ملك العامل للرّبح و لو لم يجز المالك.

(٨) و ذلك كآية التّجارة عن تراض (سوره النّساء الآيه ٣٣).

(٩) و هى آية و لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الّتى قد صرّحنا بمتنها آنفاوروايةمحمد بن مسلم.

اندرجت[۱] المعاملة[۲] فى الفضولى و صحّتها[۳] فى خصوص المورد و ان احتمل[۴] كونها للنّص الخاصّ[۵] الّا انّها[۶] لا تخلو عن تاييد للمطلب و رواية محمد بن مسلم.[۷]

اخبار الاتّجار بمال اليتيم

و من هذا القبيل[۸] الاخبار الواردة فى اتّجار غير الولى فى مال اليتيم[۹]

---

(۱) كلمة «اندرجت» جواب «و ان حملناها»

(۲) و هى المعاملة الّتى خالف العامل فيها امر المالك و صاحب المال

(۳) اى و صحّة المعاملة الّتى خالف العامل فيها امر المالك

(۴) جمله قوله «و ان احتمل الخ» خبر لقوله «و صحتها»

يعنى و صحّة هذه المعاملة الّتى حالف العامل فيها امر المالك

و ان احتمل ان تكون لاجل النّص الخاصّ و هو موثّقة جميل لكنّها

لا تخلو عن كونها تاييدا للمطلب و هو صحّة عقد الفضولى اذا

وقع للمالك من دون سبق صنع من المالك

(۵) و هو موثّقة جميل

(۶) اى أنّ الاخبار الّتى منها موثّقة جميل

(۷) و رواية محمد بن مسلم سأله رجل من اهل النّيل عن ارض اشتراهابفم النّيل و اهل الارض يقولون هى ارضهم و اهل الاستان يقولون هى من ارضنا فقال لا تشترها الّا برضا اهلها وسائل الشّيعة ج ۱۲ ص ۲۴۹ الباب ۱ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ۳

(۸) اى و من قبيل اخبار المضاربة الّتى ليس فيها توقّف ملكيّة الرّبح على اجازة المالك

و أنّ الرّبح لليتيم فانّها[۱۰] ان حملت على صورة اجازة الولى كما هو صريح جماعة[۱۱] تبعاً للشّهيد[۱۲] كان[۱۳] من افراد المسالة[۱۴] و ان عمل[۱۵] باطلاقها كما عن جماعة ممّن تقدّمهم خرجت[۱۶] عن مسالة الفضولى لكن يستانس بها للمسالة[۱۷] بالتّقريب المتقدّم[۱۸] و ربّما احتمل دخولها[۱۹] فى المسألة[۲۰] من حيث انّ الحكم بالمضىّ اجازة

➡ الاخبار الواردة فى الاتّجار بمال اليتيم لغير الولى

(۹) وسائل الشّيعه ج ۹ ص ۸۷ ح ۱۱۵۸۸ التّهذيب ج ۴ ص ۲۷ ح ۶۵

(۱۰) اى فانّ اخبار الاتّجار بمال اليتيم لغير الولى .

(۱۱) كالمحقّق والشّهيد الثّانيين و صاحب الجواهر والحدائق والمدارك.

(۱۲) حيث استفاد من هذه الاخبار صورة اجازة الولى

(۱۳) قوله «كان» جواب قوله «ان حملت»

(۱۴) اى مسألة الفضولى و ذلك لانّ هذه الاخبار تدلّ انّ الاجازة تكفى فى صحّة عقد الفضولى

(۱۵) اى اطلاق اخبار الاتّجار بمال اليتيم

(۱۶) قوله (خرجت) جواب قوله «و ان عُمل» اى خرجت اخبار الاتجار بمال اليتيم عن موضوع مسالة الفضولى

(۱۷) يعنى المسالة الفضولى

(۱۸) و هو عدم اعتبار الاذن السّابق من المالك فى نقله ماله الى الغير

(۱۹) اى دخول المعاملة بمال اليتيم لغير الولى فى مسالة الفضولى

(۲۰) اى مسألة صحّة عقد الفضولى

الهيّة لاحقة للمعاملة فتامّل[١]

ما ورد فى شراء العبد المأذون

و ربّما يؤيّد المطلب[٢] ايضاً برواية ابن اشيم[٣] الواردة فى العبد الماذون الّذى دُفعَ اليه مال ليشترى به نسمة[٤] و يعتقها و يحجّه عن ابيه فاشترى اباه واعتقه[٥] ثمّ تنازع مولى المأذون و مولى الاب و ورثة

---

(١) وجه التّامل انّ الاجازة الالهيّة سابقة و ليست لاحقة مع انّه لا ملازمة بين الصحة بسبب الاجازة الالهيّة والاجازة المالكيّة

(٢) و هو صحّة عقد الفضولى اذا وقع للمالك مع عدم سبق منع من المالك

(٣) و هى مارواه ابن اَشيَم عن ابى جعفر عليه السّلام «عن عبد لقوم ماذون له فى التّجارة دَفعَ اليه رجلٌ ألفَ درهم فقال اشتريها نَسمة واعتقها عنّى و حُجَّ عنّى بالباقى ثمّ مات صاحب الالف فانطلق العبد فاشترى اباه فاعتقه عن الميّت و دفع اليه الباقى يحجّ عن الميّت فحجّ عنه و بلغ ذلك موالى ابيه و مواليه و ورثة الميّت جميعاً فاختصموا جميعاً فى الالف فقال موالى العبد المعتق انّما اشتريت اباك بمالنا وقال الورثة انّما اشتريَت اباك بمالنا و قال موالى العبد انّما اشتريت اباك بمالنا فقال ابوجعفر عليه السّلام امّا الحجّة فقد مضت بما فيها لا تردّ و امّا المعتق فهو ردّ فى الرّق لموالى ابيه و ايّ الفريقين بعدُ اقاموا البيّنة على أنّه اشترى اباه من اموالهم كان لهم رقّاً.

(٤) النسمة الانسان و تطلق على المملوك ذكر اكان او انثى مجمع البحرين اى ليشترى به نسمة و يعتقها فيرسل العبد المعتوق الى الحجّ نيابة عن والد صاحب المال.

(٥) اى فاشترى العبد المأذون اباه واعتقه.

الدّافع[١] و ادّعى كلٌّ منهم انّه[٢] اشتراه بماله فقال ابو جعفر عليه السّلام «يردّ المملوك رقّا لمولاه و ايُّ الفريقين[٣] اقاموا البينّه بعد ذلك[٤] على انّه[٥] اشتراه بماله كان رقّاله»[٦] الخبر

بناء على أنّه لولا كفاية الاشتراء بعين المال فى تملّك المبيع بعد مطالبتهم[٧] المتضّمنة لاجازة البيع لم يكن مجرّد دعوى الشّراء بالمال و

---

(١) اى تنازع ورثه دافع الف درهم و مولى العبد المأذون فى التجارة و مولى الاب اى العبد الّذى هواب للعبد المأذون فى التجارة

(٢) اى انّ العبد المأذون اشتراه بماله فقال ابوجعفر عليه السّلام يردّ المملوك رقّا لمولاه‌اى يبقى على ملك مولاه لاصالة عدم الانتقال

(٣) و هما مولى الماذون و ورثة الدّافع

(٤) اى بعد اعادة الاب رقّا لمولاه

(٥) اى انّ العبد المأذون اشترى المملوك

و محلّ الاشتهاد: أنّ الشّراء بالنّسبة الى ورثة الدّافع فضولى لانّ الشّراء وقع بعد موت الدّافع و بطلت عن الدّافع وكالته بموته وانتقل المال الّذى كان بيد الماذون لمورّثهم الى الورثة قوله بناءً تعليل لكون الرّواية تأييداً لصحّة عقد القصولى او دليلا عليها

(٦) وسائل الشّيعه ج ١٣ ص ٥٣ الباب ٢٥ من ابواب الحيوان ح ١ والرّواية ضعيفة بموسى بن اشيم و قد ذمّه الصّادق عليه السّلام بانّه كان بجره بالحقّ ثمّ يخرج الى ابى الخطاب فيخبره بخلاف ذلك فياحذون بقوله و يذرون قول ابى عبدالله عليه السّلام معجم الكبير

(٧) يعنى بعد مطالبة الورثة العبد المأذون فى شراء النّسمة باخذ النسمة المشتراة بما لهم

و لا اقامة البيّنة عليها[١] كافية فى تملّك المبيع

و ممّا يؤيّد المطلب[٢] ايضاً صحيحة الحلبى «عن الرّجل يشترى ثوباً و لم يشترط على صاحبه شيئاً[٣] فكرهه ثمّ ردّ على صاحبه فابى ان يقبله الا بوضيقه[٤] قال[٥] لا يصلح له ان ياخذه بوضيقه فان جهل[٦] فاخذه فباعه باكثر من ثمنه يَردُّ[٧] على صاحبه الاوّل مازاد»[٨]

فانّ[٩] الحكم بردّ مازاد لا ينطبق بظاهره الّا على صحّة بيع الفضولى و

← الذّى انتقل اليهم ارثا من ابيهم

(١) قوله (كافية) خبر لقوله (لم يكن) و وجه عدم الكفاية فرض بطلان الشّراء شراء الاب بمالٍ لم ياذن مالكه فى ذلك.

(٢) و هو صحّة عقد الفضولى اذا وقع للمالك مع عدم سبق منع منه

(٣) يعنى و لم يشترط انّه اذا كرهه يردّه لكى يوجب الخيار

(٤) اى بنقيصة من اصل الثّمن الّذى اشترى به الثّوب.

(٥) اى قال ابوعبداللّه الصّادق عليه السّلام

(٦) يعنى فان جهل البايع انّه لاحقّ له فى الاخذ بوضيقه فاخذ الثّوب بوضيقه فباعه باكثر من ثمنه فعليه رد الزائد الذى اخذه من المشترى الثانى الى المشترى الاول

(٧) قوله (يردّ) جواب الشّرط فى «فان جهل»

(٨) وسائل الشّيعه ج ١٢ ص ٣٩٢ الباب ١٧ الحديث ١ سطر ١١ باب عدم جواز الاقالة بوضيته من الثّمن فان فعل ردّ الزّيادة»

(٩) فانّ الحكم بردّ مازاد لا ينطبق بظاهر الردّ الّا على صحّة بيع الفضولى لنفسه و ذلك ←

يمكن التّاييد له[١] ايضاً بموثّقة عبدالرّحمان بن ابى عبدالله: قال سألت اباعبدالله عليه السّلام عن السّمسار[٢] يشترى بالاجر[٣] فيدفع اليه الورق[٤] فيشترط عليه انّك تاتى بما تشترى فما شئتُ اخذتُهُ وما شئتُ تركتُهُ فيذهب فيشترى ثمّ ياتى بالمتاع فيقول[٥] خذ مارضيت ودع ما كرهت قال لا بأس»[٦]

بناء[٧] على انّ الاشتراء من السّمسار[٨] يحتمل ان يكون لنفسه ليكون

← لأنّ بايع الثّوب لمّا اخذ الثّوب بوضيته من المشترى و باعه باكثر من قيمته الّتى باعها على المشترى الاوّل كان بيعه ثانيا فضوليّا ليس باجازة من المالك و ردّه الزّائد من الثّمن الى صاحبه الاوّل و تمليكه له دليل على صحّة بيعه الفضولى الّذى باعه لنفسه فاذا صحّ بيع الفضولى لنفسه فبيعه للمالك يصّح بطريق اولى.

(١) اى للقول بصّحة عقد الفضولى الّذى يقع للمالك

(٢) السّمسار بكر السّين و سكون الميم هو الواسطه بين البايع والمشترى و يقال له الدّلال جمعه سماير و سماسر و سماسرة.

(٣) و هو حقّ الزّحمة اى يعطوك له حقّ الزّحمة

(٤) وَرِق بفتح الواد كسر الرّاء الفضة والوَرِق الدّراهم المضروبة والواحدة ورقة والجمع ورقات مجمع البحرين

(٥) اى فيقول السّمسار للمشترى الّذى دافع الورق ايّها المشترى خذ ما رضيت ودع ما كرهت»

(٦) وسائل الشّيعه ج ١٢ ص ٣٩٤ الباب ٢٠ من ابواب العقود ح ٢

(٧) قوله (بناء) تعليل لكون موثّقة عبدالرّحمان بن ابيعبدالله تاييداً لصحّة عقد الفضولى

الوَرِق عليه فرضاً فيبيع على صاحب الوَرِق مارضيه من الامتعة و يوفيه[٩] دينه و لا ينافى[١٠] هذا الاحتمال فرض السّمسار فى الرّواية ممّن يشترى بالاجر لأنّ وصفه بذ لك باعتبار اصل حرفته و شغله لا بملاحظة هذه القضيّة الشّخصية و يحتمل[١١] ان يكون لصاحب الوَرِق

← اذا وقع للمالك و ذكر فيه احتمالات ثلثة «احدها» اقتراض السّمسار على نفسه ثمّ البيع لنفسه و جعله تحت اختيار المقرض «ثانيها» اشترائه لصاحب المال وكالة مع الخيار «ثالثها» البيع له فضوليّاً فماشاء اخذه و اجازه و ماشاء تركه و ردّه و ترك استفصال الامام عليه السّلام دليل على العموم و فيه أنّ ظاهر قوله يشترى بالاجر كونه وكيلا عن صاحب المال فيشترى وكالتا مع الخيار و حمله على بيان اصل حرفته لاخصوص مورد السّئوال تكلّف محض سيّما مع ذكر جميع الافعال فيه بصورة المضارع الدّال على الاستمرار

(٨) اى الاشتراة الصّادر من السّمسار

(٩) يعنى يوفّى السّمسار لصاحب الورق دينه بجعل المتاع مبيعاً و عوضا عن دينه و هو الورق

(١٠) ان قلت كون اشتراء السّمسار لنفسه ينافى قوله «يشترى بالاجر» اذ ظاهره انّ السّمسار يشترى لصاحب الورق و ياخذ منه الاجرة قلت لا ينافى احتمال اشتراء السّمسار لنفسه فرض السّمسار فى الرّواية يشترى بالاجر الظّاهر فى انّ الاشتراء ليس لنفسه لانّ توصيفه بذلك الاشتراء بالاجر باعتبار اصل حرفته و شغله و انّه شانه الاشتراء بالاجرة لا بملاحظة هذه القضيّة الشّخصية الّتى هى مسالة الورق فلا مانع ان يقال فى هذه القضيّة اشتراء لنفسه هذا ولكن قد عرفت انّ هذا تكلّف محض هذا هو الاحتمال الاول فى الرّواية

(١١) اى و يحتمل ان يكون اشتراء السّمسار لصاحب الورق باذنه‌اى باذن صاحب الورق

باذنه[١] مع جعل خيار له على بايع الامتعة فيلتزم[٢] بالبيع فيما رضى و يفسخه[٣] فيما كره

و يحتمل ان يكون[٤] فضوليّاً عن صاحب الورق فيتخيّر ما يريد و يردّ ما يكره و ليس[٥] فى مورد الرّواية ظهور فى اذن صاحب الورق للسّمسار[٦] على وجه ينافى كونه فضوليّاً كما لا يخفى فاذا احتمل[٧]

⇐ بان يجعل السّمسار الخيار لصاحب الورق على بايع الامتعة حتّى لا يكون صاحب الورق ملزماً بقبول كلّ ماشتراه له فيلتزم صاحب الورق بالبيع فيما رضى من الاجناس المبيقه و يفسخه فيما كره و هذا هو الاحتمال الثّانى فى الرّواية

(١) اى باذن صاحب الورق

(٢) اى فيلتزم صاحب الورق

(٣) اى و يفسخ السّمسار البيع لو كره دافع الورق البيع

(٤) اى يكون اشتراء السّمسار فضوليّا عن صاحب الورق فيتخيّر صاحب الورق ما يريد من الامتعة ويردّ ما يكره

(٥) يعنى رواية عبدالرّحمان بن ابى عبدالله فى سئواله الامام عن السّمسار وحاصل كلامه قده انّ الاحتمالات الثّلاثة فى الرّواية ليست ظاهرة فى احد الاحتمالين لكى يصير الاحتمال الثّالث و هو الفضوليّة موهوماً واجنبيّا عن مورد الرّواية بحيث لا تصلح الرّواية للتّاييد بل الاحتمالات الثّلاثة متساوية فيمكن ان تكون الرّواية مؤيدّه لصحّة بيع الفضولى

(٦) بان يقال بظهور الرّواية فى احدا الاحتمالين بحيث يصير الاحتمال الثّالث و هو الفضوليّة موهوما.

مورد السئوال لهذه الوجوه[١] و حكم الامام عليه السّلام بعدم البأس من دون استفصالٍ عن المحتملات افاد[٢] ثبوت الحكم على جميع الاحتمالا ت[٣] و ربّما يؤيّد المطلب[٤] بالاخبار[٥] الدّالة على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه معلّلا[٦] بأنّه لم يعص اللّه و انّما

---

(٧) قوله «فاذا احتمل الخ» نتيجة نفى المنافى اعنى ظهور الرّواية فى غير الاحتمال الثّالث و اثبات تساوى الاحتمالات الثّلاثة فانّ حكم الامام عليه السّلام بعدم البأس من دون التّفصيل بين هذه الاحتمالات الثّلاثة يعمّ جميع هذه الاحتمالات الّتى منها مسالة الفضولى فيكون عقد الفضولى صحيحا بالاجازة

(١) اى الوجوه الثلاثة و هى احتمال كون اشتراء السّمسار لنفسه، و احتمال كونه لصاحب الورق باذنه او لصاحب الورق فضوليّاً

(٢) قوله (افاد) جواب (فاذا)

(٣) و هى الاحتمالات الثّلاثة المتقدمة

(٤) و هو صحّة عقد الفضولى اذا وقع للمالك من دون سبق منع منه

(٥) اقول منها صحيح او حسن زراره عن ابى جعفر عليه السّلام «قال سالته عن مملوكٍ تزوّج بغير اذن سيّده فقال ذاك الى سيّده ان شاء اجازه و ان شاء فرّق بينهما قلت اصلحك اللّه انّ الحكم بن عيينة و ابراهيم النّخعى و اصحابهما يقولون انّ اصل النّكاح فاسد و لا تحلّ اجازة السيّد له فقال ابوجعفر عليه السّلام انّه لم يعص اللّه و انّما عصى سيّدة فاذا اجازه فهو له جائز

(٦) قوله «معلّلا بانّه لم يعص اللّه الخ» تقريب التّاييد لصحّة عقد الفضولى بالاجازة حيث انّ تعليل عدم فساد النّكاح بعدم عصيان اللّه تعالى يدلّ على انّ الموجب للفساد

⇐

عصى سيّده

و حاصله[١] أنّ المانع من صحّة العقد اذا كان لا يرجى زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلا و هو[٢] عصيان اللّه تعالى و امّا المانع الّذى يرجى زواله كعصيان السيّد فبزواله يصحّ العقد و رضا المالك من هذا القبيل[٣] فانّه لا يرضى اوّلاً و يرضى ثانياً بخلاف سخط اللّه عزّوجلّ بفعلٍ فانّه يستحيل رضاه[٤]

هذا غاية مايمكن ان يجتّح و يستشهد به للقول بالصّحة[٥] و بعضها[٦] و

➡ هو عصيانه سبحانه و تعالى فانّ هذا العصيان مانع عن صحّة العقد و لا يرجى زواله اذ لا يتصوّر الرّضا منه سبحانه و تعالى فى المعصية

و امّا معصية غيره فهى ممّا يرجى زوالها برضاه و رفع كراهته

لانّه حقّ آدمى فله الرّد والامضاد فاذا

رضى بالعقد و اجاز فقد ارتفع

مانع الصّحة و نفذ العقد

(١) اى و حاصل الاستدلال بهذه الاخبار

(٢) اى المانع

(٣) اى من قبيل المانع الّذى يرجى زواله فهو كعصيان السيّد فى انّه قابل للزّوال من حيث انّه لم يرض اوّلا ثمّ رضى ثانياً.

(٤) و ذلك لكونه رضاً بما يستقل العقل بقبحه و هو عصيانه تعالى شانه فادا باع الخمر مثلا فصّحة البيع غير ممكنة بخلاف ما اذا باع فضولا فانّه يمكن صحّة البيع

(٥) اى القول بصحّة عقد الفضولى

ان كان ممّا يمكن الخدشة فيه الّا انّ فى بعضها الآخر[٧] غنى و كفاية[٨] واحتجّ للبطلان[٩] بالادلّة الاربقه[١٠] امّا الكتاب فقوله تعالى «و لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الّا ان تكون تجارة عن تراض» دلّ بمفهوم الحصر[١١] او سياق التّحديد[١٢] على انّ غير التّجارة عن تراض او التّجارة

---

(٦) اى بعض الاخبار الّتى استدلّ بها لصحّة عقد الفضولى و هى رواية عروة البارقى لما عرفت انّ عروة كان عالما برضا الرّسول (ص) بمعاملته فعندئذ يكون خارجاً عن موضوع الفضولى

(٧) اقول قال شيخنا الاستاد الشّهيدى رضوان اللّه تعالى عليه مراده من البعض الثّانى العمومات كاوفوا بالعقود و احلّ اللّه البيع و الصّحيحة و رواية ابن اشيم و ما بعدها

(٨) اى غنى و كفاية فى اثبات المطلوب و هو صحّة عقد الفضولى اذا وقع للمالك و اجازة

(٩) اى بطلان عقد الفضولى اذا وقع للمالك و ان اجازه

(١٠) و هى الكتاب والسّنته والاجماع والعقل

١ـ آية التّجارة عن تراض

فانّها ظاهرة فى وجوب كون التّجارة صادرة عن الرّضا من الطّرفين فاذا لم يكن كذلك كانت باطلة و ان لحقها الرّضا بعد ذلك فيستفاد من الآية المباركد انّه لا يحوز التّصرف فى اموال النّاس بوجه من الوجوه الّا بالتّجارة المقرونة بالتّراضى و من المعلوم انّ عقد الفضولى ليس من التّجارة عن تراض فلا يوجب جواز اكل اموال النّاس .

(١١) سورة النّساء الآية ٣٣ مرادة قده الحصرالمستفاد من كلمة (الاّ) الدالة على حصر سبب حلية اكل المال فى التجاره عن تراض فمفهومه انه ان لم يكن هناك تجارة عن تراض فيما بينهم لايجور اكل الاموال

لاعن تراض[١] غير مبيح لاكل مال الغير و ان لحقها الرّضا و من المعلوم انّ الفضولى غير داخل فى المستثنى[٢] و فيه انّ دلالته على الحصر ممنوعة[٣]

---

(١٢) يعنى تحديد التّجارة فى الآية بتوصيفها بعن تراض و تقييدها به فمفهومه انّه عند فقدان القيد لا يجوز الاكل

(١) قال شيخنا الاستاد الشّهيدى رحمة اللّه عليه قوله «على انّ غير التجارة عن تراض) متعلّق (بدلّ) بطور اللّف و النّشر المرتّب توضيح كلامه فانّ قوله (غير التجارة عن تراض) مستفاد من مفهوم الحصر و قوله (التّجارة لا عن تراض مستفاد من مفهوم الوصف يعنى دل قوله تعالى بمفهوم الحصر على انّ غير التّجارة عن تراض غير مبيح لاكل مال الغير دلّ بسياق التّحديد على انّ التّجارة لاعن تراض غير مبيح لاكل مال الغير و ان لحقها الرّضا

(٢) و هو قوله تعالى الّا ان تكون تجارة عن تراض بل داخل فى المستثنى منه و هو الباطل

(٣) اقول من هنا شروع فى نقض تلك الادلّة و هدمها فابتدء بالرّد على الاستدلال بالآية الكريمد الّتى كانت اوّل الادلّة

و ملخصّه انّ الاستدلال بالآية على حصر التّجارة فى التّجارة عن تراض إمّا بمفهوم الحصر المستفاد من الاستثناء فى قوله تعالى الّا ان تكون تجارة عن تراض

و إمّا بمفهوم الوصف و هو تقييد التّجارة بتجارة عن تراض

«امّا الاوّل» فليس فيه دلالة على الحصر المذكور لانّ دلالة الاستثناء على الحصر سببه احد الامرين لا محاله على سبيل منع الخلّو

امّا كونه متّصلاً و امّا كونه مفرّغاً و هو أن لم يذكر معه المستثنى و اعرب بحسب العوامل و

←

لانقطاء الاستثناء كما هو[١] ظاهر اللّفظ و صريح[٢] المحكيّ عن جماعة من المفسرّين[٣] ضرورة[٤] عدم كون التّجارة عن تراض فردا من الباطل خارجا عن حكمه[٥]

← كلاهما مفقودان فى المقام لأنّ الاستثناء هنا منقطع والمستثنى منه مذكور حيث انّ التّجارة عن تراض ليست داخلة فى اكل المال بالباطل فهى من قبيل قولك جائنى القوم الّا حماراً و ليس بمفرّغ ايضاً لوجود المستثنى منه فى الكلام

«و امّا الثّانى» و هو مفهوم الوصف فقد قال صاحب الكفاية «الظّاهر انّه لا مفهوم للوصف» (ج اوّل كفاية ص ٣٢٠ سطر ٧) فعل القول بانّ له مفهوماً و مفهومه حجّة فحجّية مفهومه مقيّدة بعدم ورود الوصف مورد الغالب فانّ الوصف اذا ورد مورد الغالب ليس له مفهوم حتّى يكون حجّة

كما فى الآية الكريمة و ربائبكم الّلاتى فى حجوركم اذ ليس معنى الآية انّ الرّبائب الّتى ليست فى الحجور يجوز للرّجل اخذهنّ والّتى فى الحجور لا يجوز للرّجل اخذهنّ ولكنّ الغالب ان يكنّ الرّبائب فى الحجور فلذا قُيِّدت بها فقيما نحن فيه و هو تقييد التّجارة عن تراض ورد الوصف مورد الغالب فلا مفهوم له حتّى يكون حجّة فيستدل به

(١) راجع الكشّاف للزّمخشرى ج ١ ص ٥٠٢ سطر ٢

(٢) كلمة (و صريح) معطوف على (ظاهر)

(٣) كشيخ الطّائفه و غيره

(٤) قوله (ضرورة) علّة لكون الاستثناء انقطاعيا و ذلك لأنّ من الواضح عدم كون المستثنى و هو «التّجارة عن تراضٍ» من افراد المستثنى منه و هو الباطل فخروج التجارة عن تراض عن الاكل بالباطل خروج موضوعى لانها لم تكن فردا من الباطل

(٥) اشارة الى انّ المقام ليس من الاستثناء لخروج «التّجارة عن تراض» موضوعا عن

و امّا سياق التّحديد[١] الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو مع تسليمه[٢] مخصوص بما اذا لم يكن للقيد فائدة اخرى[٣] ككونه وارداً مورد الغالب كما فيما نحن فيه[٤] و فى قوله تعالى «و ربائبكم اللّاتى فى حجوركم مع احتمال ان يكون «عن تراض»[٥] خبراً بعد خبرٍ «تكون»

← الباطل كما عرفت آنفاً لا حكما مع بقاء فرديّته للمستثنى منه

(١) يعنى الاستدلال بمفهوم الوصف

(٢) اى لا نسلّم انّ للوصف مفهوم و قد عرفت آنفاً من صاحب الكفاية انه لا مفهوم للوصف

(٣) ككون القيد وارداً مورد الغالب كما فى ما نحن فيه فانّ الغالب ان يكون غير التّجارة عن تراض اكلا بالباطل و كما فى قوله تعالى «و ربائبكم اللّاتى فى حجوركم» فان الغالب ان تكون الرّبيبة و هى بنت المرئة فى حجر الزّوج الثانى فليس معنى الآية انّ الرّبائب اللّاتى تكون فى غير حجور الآباء محللّة عليهم فليس قيد الحجور احرازيّاً حتى يكون مفهومه حلّية الرّبائب اللّاتى فى حجورهم

(٤) لكون اكثر التّجارات الواقعة بين النّاس خصوصاً التّجارات الواقعة بين المومنين العاملين بوظائفهم الشّرعيّة مقرونة بتراضى المتعاملين

(٥) بان يكون قوله (عن تراض) فى موضع النّصب خبر ثان لكلمة (تكون) اى الّا ان يكون سبب الاكل هو التّراضى الحاصل من الطّرفين هذا اقول احتمال كونه خبرا بعد خبر بعيد جدّا لانّ ظهور آية «الّا ان تكون تجارة عن تراض» فى الحصر لا ينكر و ان كان الاستثناء منقطعا وكذا كون «عن تراض» وصفاً فى مقام الاحتراز

على قراءة نصب التّجارة لا قيدا لها[١]

و ان كانت غلبة وصف النّكرة[٢] تويّد التّقييد فيكون[٣] المعنى «الّا ان يكون سبب الاكل تجارةً و يكون عن تراضٍ» و من المعلوم أنّ السّبب الموجب لحلّ الاكل فى الفضولى انّما نشاء عن التّراضى مع انّ الخطاب لملّاك الاموال[٤] والتّجارة[٥] فى الفضولى انّما تصير تجارة للمالك بعد الاجازة فتجارته عن تراضٍ[٦]

---

(١) بأن لا يكون «عن تراض» قيداً للتّجارة حتّى يكون له مفهوم

(٢) وصف كلمة تجارة الّتى هى النّكرة بقوله تعالى «عن تراض» تؤيّد كون عن تراض قيداً للتّجارة فيكون للقيد مفهوم

(٣) قوله (فيكون المعنى) متفرّع على قوله «مع احتمال أن يكون الخ» اى على القول بكون عن تراض فى محلّ النّصب على ان يكون خبرا ثانياً لكلمة يكون

(٤) يعنى فلا يشمل قوله تعالى «و لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل» الفضوليّ لعدم كونه مالكاً فلا يندرج عقد الفضولى فى المستثنى منه

(٥) كلمة (والتّجارة) مبتداء خبره «انّما تصير الخ» يعنى فتجارة الفضولى بعد الاجازة تصير تجارة المالك

(٦) كلمة (فتجارته) مبتداء خبره عن تراض اقول حاصل الكلام فى المقام انّ ادلّة لزوم الوفاء بالعقود انّما تشمل العقد المستند الى كلّ انسان و من الواضح انّ عقد الفضولى لا يكون عقد اللمالك الّا بعد اجازته فيكون تجارة الفضولى بعد الاجازة عن تراض فيخرج عقد الفضولى عن الباطل و يندرج فى التّجارة عن تراض فلا يتمّ الاستدلال بالآية على بطلان الفضولى

و قد حُكى عن المجمع[١] «أنّ مذهب الاماميّة والشّافعيّة و غيرهم: أنّ معنى التّراضى بالتّجارة امضاءُ البيع بالتّصرف[٢] والتّخاير بعد العقد»[٣] و لعلّه[٤] يناسب ما ذكرنا من كون الظّرف[٥] خبراً بعد خبر

ولمّا السنّة فهى اخبار:

منها النّبوى المستفيض و هو قوله ﷺ لحكيم عن حزام[٦] «لا تبع ما ليس عندك»[٧] فانّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على

---

(١) اى مجمع البيان

(٢) اى معنى التّراضى بالتّجارة فى الآية المذكورة امضاء البيع الّذى فيه خيار المجلس بتصّرف البايع فى الثّمن و بتصرّف المشترى فى المثمن فانّه مسقط للخيار

(٣) اقول يعنى انّ معنى التّراضى بالتّجارة سقوط الخيار امّا بالتّصرف كما بيّناه او بالتّخاير اى اختيار البيع بقول ذى الخيار اخترت البيع فانّ الاوّل امضاء عمليّ والثانى امضاء قولى.

(٤) اى و لعلّ ما افاده صاحب مجمع البيان يناسب ما ذكرنا من كون الظّرف اى «عن تراض» خبرا بعد خبر و ليس قيداً وجه المناسبة انّ المراد بالرّضا على هذا القول الرّضا باسقاط الخيار عملا او قولا لا الرّضا بالعقد

(٥) يعنى «عن تراض»

(٦) سنن التّرمذى الجزء ٣ ص ٥٣٤ الباب ١٩ الحديث ١٣٣٢

(٧) اليك بمتن الخبر عوالى اللئالى عن رسول اللّه ص قال لاطلاق فيما لا تملك و لا عتق فيما لا تملك و لا بيع فيما لا تملك (مستدرك وسائل الشّيعه) المجلد ٣ ص ٥ الباب ١٢ الحديث ٥

تسليمه لعدم تملّكه فيكون[١] مساوقا للنّبوى الآخر

لا بيع الّا فيما يملك[٢] بعدقوله ص لاطلاق الّا فيما يملك و لا عتق فيما يملك و لما ورد فى توقيع العسكرى عليه السّلام الى الصفّار «لايجوز بيع ما ليس يملك[٣] و ما عن الحميرى «أنّ مولانا عجّل اللّه فرجه كتب فى جواب بعض مسائله: انّ الضّيعته لا يجوز ابتياعها الّا عن مالكها او بامره او رضا منه

و ما[٤] فى الصّحيح عن محمّد بن مسلم الوارد «فى ارض بفم النّيل[٥] اشتراها رجل و اهل الارض يقولون هى ارضنا و اهل الاستان[٦] يقولون

---

(١) اى فيكون قوله «لا تبع ما ليس عندك» مساوقا و مساوياً للنبوىّ الآخر «لا بيع الّا فيما يملك» حيث انّ محصّل لا تبع ما ليس عندك» هو لا تبع ما ليس ملكاً لك» والمفروض عدم مالكيّة البايع الفضولى

(٢) قد صرّحنا بمتن الرّواية آنفا فلا نعيدها والموجود فى المستدرك «فيما لا تملك» بدل قوله «الّا فيما تملك»

(٣) وسائل الشّيعة ج ١٢ الباب ٢ ص ٢٥٢ سطر ٧ الحديث ١.

(٤) كلمة (ما) معطوفة على «النّبوى المستفيض»

(٥) النّيل بالكسر قرية فى الكوفة و مدينة بين بغداد و واسط والمراد من فم النّيل بداية القرية

(٦) الاستان بالضمّ اربع كُوَرٍ ببغداد انتهى و فى المجمع الكورة المدينة والنّاحية والجمع كُوَر مثل غرفه و غَرف انتهى.

هى ارضنا فقال: لا تشترها الّا برضا اهلها[١]

وما[٢] فى الصّحيح عن محمّد بن القاسم بن الفضيل «فى رجل اشترى من امرأةٍ من آل فلان[٣] بعض قطائعهم[٤] و كتب[٥] عليها كتابا بأنّه قد قَبَضتِ المالَ و لم تقبضه فيعطيها المال ام يمنعها قال: قل له يمنعها اشدّ المنع فانّها باعت ما لم تملكه[٦]

والجواب عن النّبوى[٧] اوّلا انّ الظّاهر من الموصول[٨] هى العين الشّخصية للاجماع والنّص[٩] على جواز بيع الكلّى و من[١٠] البيع

---

(١) وسائل الشّيعة المجلّد ١٢ الباب ١ من ابواب عقد البيع الحديث ٣

(٢) كلمة (ما) معطوفة على «النّبوى المستفيض»

(٣) يعنى آل عبّاس

(٤) جمع قطيقه

(٥) اى كتب ورقة مشتملة على أن المرأة البايعة قد قبض الثمن والحال انّها لم تـقبضه كما هو المعتاد بانّهم يكتبون الكتاب قبل القبض والاقباض

(٦) وسائل الشّيعة ج ١٢ ص ٢٤٩ الباب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه ح ٢

(٧) اى النّبوى المستفيض و هو قوله ص لحكيم بن حزام «لا تبع ما ليس عندك»

(٨) اقول المراد من الموصول كلمة (ما) فى قوله ﷺ «لا تبع ما ليس عندك»

(٩) وسائل الشّيعة ج ١٢ ص ٣٧٤ الباب ٧ من ابواب احكام العقود ح ١

(١٠) قوله «و من البيع» معطوف على «من الموصول» يعنى الظّاهر من البيع المنهّى عنه فى قوله ﷺ «لا تبع ما ليس عندك» هو البيع لنفسه لاعن المالك و محلّ البحث و مورده

←

البيع لنفسه لاعن مالك العين[١] و حينئذ[٢] فامّا ان يراد بالبيع مجرّد الانشاء[٣] فيكون[٤] دليلاً على عدم جواز بيع الفضولى لنفسه فلا يقع له و لا للمالك بعد اجازته[٥] وامّا[٦] ان يراد ما عن التّذكرة من أن يبيع عن نفسه ثمّ يمضى

⇐ هنا هو بيع غير المالك عن المالك مع عدم سبق النّهى فمورد البحث خارج عن النّبوى موضوعا

(١) يعنى ليس المراد من قوله ص لا تبع ما ليس عندك البيع للمالك كما هو مورد البحث فى باب الفضولى فانّ الكلام فى ان يبيع الفضولى للمالك بدون سبق منع من المالك لا ان تبيع لنفسه

(٢) يعنى و حين ان كان المراد من عدم جواز بيع ما ليس عندك هوالبيع لنفسه لاعن المالك

(٣) اى من دون اضافة هذا الانشاء الى المالك او العاقد فهذا الانشاء فى نفسه منهى عنه والنّهى عن الانشاء ارشاد الى الفساد قوله «فيكون»

(٤) حاصل و نتيجة كون النّهى متعلّقا بمجرد الانشاء من حيث نفسه بدون اضافة الى المالك او العاقد فيكون اجنبيّا عما نحن فيه و عمّا نحن بصدده فعلا و هو بيع الفضولى عن المالك و لاجله

(٥) يعنى فلا يكون دليلا على عدم جواز بيع الفضولى عن المالك بعد اجازته كما هو مورد البحث هنا

(٦) اقول يعنى ان يبيع لنفسه واشترى المشترى على نحو التنجير غير مترقّب لاجازة المالك الاصلى

ليشتريه من مالكه قال[١] «لانّه ﷺ عليه و آله ذكره جوابا لحكيم بن حزام حيث ساله عن ان يبيع الشيء فيمضى و يشتريه و يسلّمه فانّ هذا البيع[٢] غير جائز و لا نعلم فيه[٣] خلافاً للنّهى[٤] المذكور و للغرر[٥] لانّ صاحبها قد لا يبيعها» انتهى و هذا المعنى[٦] يرجع الى المراد من روايتى خالد و يحيى الآتيتين فى بيع الفضولى لنفسه[٧] و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبايع بمجرّد انتقاله اليه بالشّراء فلا ينافى اهليته[٨] لتعقّب الاجازة من المالك

---

(١) تذكره الفقهاء ج ١ ص ٤٦٢ السّطر الاخير و نقل مضمونه المحقّق الشوشترى فى المقابس كتاب البيع ص ٣٠

(٢) و هو البيع لنفس الفضولى ثمّ اشتراؤه من المالك

(٣) اى لا نعلم فى هذا البيع الواقع عن نفس الفضول بحيث يكون الشراء مقدمة للتّسليم.

(٤) و هو قوله ﷺ «لا تبع ما ليس عندك»

(٥) اقول هذا هو الدّليل الثّانى لعدم وقوع البيع المذكور اذا كان عن نفسه و ذلك لانّ البايع قد لا يقدر على تسليم العين لأنّ صاحبها قد لا يبيعها

(٦) و هو المعنى الثّانى الّذى ذكره العلّامه فى التّذكره

(٧) فى مسألة من باع شيئاً ثمّ ملكه

(٨) اى لا ينافى البطلان اى بطلان البيع بمعنى عدم وقوعه للفضولى العاقد بهذا المعنى اهلّية البيع الصّادر عن العاقد الفضولى لنفسه بتعقّبه الاجازة من المالك و وقوعه له لا للعاقد

و بعبارة اخرى نهى المخاطب[١] عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثّراً فى حقّه[٢] فلا يدلّ[٣] على الفائه بالنّسبة الى المالك حتّى لا تنفعه اجازة المالك فى وقوعه له و هذا المعنى[٤] اظهر من الاوّل[٥] و نحن نقول به[٦] كما سيجئى و ثانيا[٧] سلّمنا دلالة النّبوى على المنع لكنّها بالعموم فيجب تخصيصه بما تقدّم من الادلّة الدّالّة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكه اذا اجاز

و بما ذكرناه من الجوابين[٨] يظهر الجواب عن دلالة قوله[٩] «لا بيع الّا

---

(١) و هو نهى النّبى ﷺ حكيم بن حزام المتقدّم فى النّبوى المذكور بقوله «لا تبع ما ليس عندك»

(٢) يعنى فى حقّ العاقد الفضولى لانّه المخاطب فى النّبوى بقوله (ص) «لا تبع ما ليس عندك»

(٣) اى فلا يدلّ النّهى المذكور على عدم وقوع البيع للمالك بعد اجازته للبيع والضّمير فى «الفائه تنفعه» راجعان الى البيع.

(٤) يعنى المعنى الثّانى الّذى ذكره العلّامه (ره)و هو عدم وقوع العقد مؤثّرا فى حقّه

(٥) و هو الّذى افاده الشّيخ (ره) بقوله «فامّا ان يراد بالبيع مجرّد الانشاء»

(٦) اى نقول و نعترف بعدم صحّة البيع بالمعنى الثّانى الّذى ذكرناه عن العلّامة قده

(٧) كلمة (ثانياً) معطوفة على قوله (اولًا) والضّمير فى «لكنّها» راجع الى «دلالة»

(٨) و هما قوله فى ص ٨٢ فامّا ان يراد بالبيع مجرّد الانشا و قوله فى ص ٨٢ و امّا ان يراد ما عن التّذكرة: من ان يبيع عن نفسه الخ

(٩) اى النبوى الآخر لا بيع الّا فيما يملك الّذى ذكرنا اوّل سطر ص ٨٠

فى ملك» فانّ الظّاهر منه[١] كون المنفّى هو البيع لنفسه و انّ النّفى راجع الى نفى الصّحة فى حقّه[٢] لا فى حقّ المالك مع[٣] انّ العموم لو سلّم وجب تخصيصه بما دلّ على وقوع البيع للمالك اذا اجاز و امّا الرّوايتان[٤] فدلالتهما على ما حملنا عليه السّابقين[٥] اوضح وليس فيهما[٦] ما يدلّ ولو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له[٧] اذا اجاز

و أمّا الحصر[٨] فى صحيحة ابن مسلم والتّوقيع[٩] فانّما[١٠] هو فى مقابلة

---

(١) اى الظّاهر من هذا النّبوى الآخر انّ المراد من نفى البيع فى قوله ﷺ لا بيع الّا فيما يملك هو البيع لنفسه لا للمالك.

(٢) اى فى حقّ العاقد

(٣) يعنى مع انّ النّفى فى قوله لا بيع الّا فى ملك لو كان له عموم يعم العاقد والمالك وجب تخصيص هذا العموم بالرّوايات الخاصّة الدالّة على وقوع البيع للمالك اذا اجاز

(٤) اقول المراد منهما رواية خالد و يحيى الآتيتان فى بيع الفضولى لنفسه لا توقيع العسكرى (ع) الى الصّفار و ما عن الحميرى

(٥) و هما النّبوى المرويّ عن حكيم بن حزام والنّبوى الآخر لا بيع الّا فيما يملك

(٦) اى فى الرّوايتين

(٧) اى للمالك.

(٨) و امّا الجواب عن الحصر الواقع فى صحيحة محمّد بن مسلم فى ص ٨١ و هو قوله عليه السّلام: لا تشرها الّا برضا اهلها

(٩) وامّا الجواب عن الحصر الواقع فى توقيع الامام الحجّة المنتظر عجّل اللّه تعالى

عدم رضا اهل الارض والضّيقه رأساً على ما يقتضيه السئوال فيهما[١١] و توضيحه[١٢] انّ النّهى فى مثل المقام و ان كان يقتضى الفساد الّا أنّه بمعنى عدم ترتّب الاثر المقصود من المعاملة عليه و من المعلوم أنّ عقد الفضولى لا يترتّب عليه بنفسه[١٣] الملك المقصود منه و لذا[١٤] يطلق عليه «الباطل» فى عباراتهم كثيراً و لذا[١٥] عدّ فى الشّرايع

← فرجه الشّريف فى ص ٨٠ و هو قوله عليه السّلام: لا يجوز ابتياعها الّا عن مالكها او بامره او رضاً منه

(١٠) قوله «فانّما» جواب «و امّا» و ضمير (هو) راجع الى «الحصر» والجواب عن الصّحيحة والتّوقيع فذلك فى مقابل انتفاء الرّضا سابقا و لاحقا لا فى مقابل انتفاء الرّضا سابقا حتّى يكون دليلا لمن يقول بعدم صحّة الفضولى حتّى فيما تعقّبه الرّضا.

(١١) اى فى صحيحة محمّد بن مسلم والتّوقيع

(١٢) اورد السيّد البزدى (ره) على قول المصنّف (ره) (و توضيحه الخ) بقوله «اقول لا يخفى أنّ هذا ليس توضيحا للمذكور بل هو جواب آخر و حاصله انّ النّهى انّما هو من البيع بقصد كونه لنفسه مع ارادة ترتيب الاثر و بطلانه على هذا الوجه لا يستلزم بطلانه للمالك اذا اجاز انتهى

(١٣) اى بدون رضا المالك و قوله (الملك) فاعل «لا يترتّب»

(١٤) اى و لاجل عدم ترتّب الاثر الفعلى على عقد الفضولى بنفسه بدون رضا المالك يطلق عليه الباطل

(١٥) اى و لاجل اطلاق «الباطل» على عقد الفضولى فى كثير من كلمات الاصحاب عدّ فى الشّرايع والقواعد... الخ

والقواعد من شروط المتعاقدين اعنى شروط الصّحة كون العاقد مالكاً اوقائماً مقامه

و ان ابيت الّا عن ظهور الرّوايتين[١] فى لغويّة عقد الفضولى رأساً[٢] وجب تخصصهما بما تقدّم من ادلّة الصّحة[٣] وامّا[٤] رواية القاسم بن فضيل فلا دلالة فيها[٥] الّا على عدم جواز اعطاء الثّمن للفضولى لأنّه باع ما لا يملك و هذا حقّ لا ينافى صحّة الفضولى و امّا توقيع الصّفار[٦] فالظّاهر منه نفى جواز البيع فيما لا يملك بمعنى وقوعه للبايع على جهة الوجوب واللّزوم[٧] و يؤيّده[٨] تصريحه عليه السّلام بعد تلك الفقرة

---

(١) و هما صحيح محمد بن مسلم و مكابته الحميرى الى صاحب الزّمان عليه السّلام

(٢) اى لغويّة عقد الفضولى فى حقّ العاقد و المالك غير قابل للتّاثير فى الملكيّة و ان اجاز المالك

(٣) منها موثقة جميل عن ابيعبدالله (ع) فى رجل دفع الى رجل مالاً يشترى به ضربا من المتاع مضاربة فاشترى غير الذّى امره قال هوضامن والربح بينهما على ما شرطه

(٤) تقدمت رواية القاسم بن الفضيل فى ص ٨١ فراجع

(٥) اى فى رواية القاسم بن فضيل

(٦) تقدّم توقيع الصّفار فى ص ٨٠ فراجع

(٧) اى لا يقع البيع للبايع الفضولى على وجه اللّزوم كما يقع للمالك

(٨) اى و يويّد ما ذكرناه من انّ الظّاهر من توقيع الصّفار هو عدم وقوع البيع على وجه اللّزوم للفضولى تصريحه ع الخ

بوجوب البيع فيما يملك فلا دلالة[١] على عدم وقوعه لمالكه اذا اجاز و بالجملة فالانصاف انّه لا دلالة فى تلك الاخبار[٢] باسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك اذا اجاز و لا تعرّض فيها الّا لنفى وقوعه للعاقد

الثالث[٣] الاجماع على البطلان ادّعاه الشّيخ فى الخلاف[٤] معترفاً[٥] بانّ الصّحة مذهب قوم من اصحابنا معتذرا عن ذلك[٦] بعدم الاعتداد بخلافهم[٧] ادّعاه ابن زهرة ايضاً فى الغنيه[٨] وادّعى الحلّى[٩] فى باب

---

(١) اى لا دلالة فى التّوقيع على عدم وقوع البيع للمالك اذا اجاز

(٢) و هى النّبوى الاوّل والثّانى، و توقيع الامام العسكرى عليه السّلام، و رواية الحميرى و صحيحة محمّد بن مسلم و صحيحة محمد بن القاسم

(٣) «الاجماع» قال فى الخلاف ما لفظه اذا باع انسان ملك غيره بغير اذنه كان البيع باطلاً ـ دليلنا اجماع الفرقة و من خالف منهم لا يعتدّ بقوله و لانّه لا خلاف أنّه ممنوع من التّصرف فى ملك غيره و البيع تصرّف (ج ٢ الخلاف كتاب البيوع ص ٧٤ سطر ١١ المسألة ٢٧٥)

و قال السيّد الفقيه الانصاف انّ التّمسك بالاجماع فى مثل المسئلة على احد الطّرفين اوهن شي حاشية السيّد ص ٣٠٤ سطر ١٦

(٤) قد صرّحنا بمتن كلامه آنفاً.

(٥) حيث اعترف بقوله «وبه قال قوم من اصحابنا»

(٦) اى عن ذلك الخلاف و انّه كيف يمكن الجمع بين دعوى الاجماع و وجود الخلاف

(٧) بقوله «و من خالف منهم لا يعتدّ بقوله

المضاربة عدم الخلاف فى بطلان شراء الغاصب اذا اشترى بعين المغصوب

والجواب[١٠] عدم الظّن بالاجماع بل الظّن بعدمه بعد ذهاب معظم القدماء كالقديمين[١١] والمفيد والمرتضى والشّيخ بنفسه فى النّهاية الّتى هى آخر مصّفاته على ما قيل واتباعهم على الصّحة[١٢] واطباق المتاخرين عليه عدا فخر الدّين و بعض متاخّرى المتاخّرين[١٣]

الرّابع[١٤] ما دلّ من العقل والنّقل على عدم جواز التّصرف فى مال الغير

---

(٨) الغنية (ضمن الجوامع الفقيهية) ص ١٥٢٣ السّطر ١٣

(٩) السّرائر كتاب المتاجر ص ٢٥٨ باب المضاربة سطر ٥

(١٠) لا يخفى أنّ دعوى الاجماع مع مخالفة نفس مدّعى الاجماع و هو الشّيخ الطّوسى (ره) فى كتابه النّهاية فانّه (ره) بعد ادّعائه فى الخلاف بطلان بيع الفضولى بالاجماع ذهب الى صحّته فى كتابه النّهاية و مخالفة من فى عصره و مخالفة من كان قبله من اعاظم العلماء لا اعتبار بمثل هذا الاجماع فالتّمسك بالاجماع فى المقام اوهن شيىء

(١١) و هما ابن ابى عقيل العمّانى و ابن الجنيد الاسكافى

(١٢) قوله (على الصّحة) متعلّق بـ «ذهاب» والاولى ان يقال «الى الصّحة» ليناسب الذّهاب كما فى بعض الشّروح .

(١٣) كالمحقّق الاردبيلى (ره)

(١٤) اى رابع الادلّة الّتى اقيمت على بطلان بيع الفضولى

حكم العقل بقبح التّصرف فى مال الغير بلا اذن منه

الّا باذنه فانّ الرّضا اللّاحق لا ينفع[١] فى رفع القبح الثّابت حال التّصرف ففى التّوقيع المروىّ فى الاحتجاج[٢] «لا يجوز لاحدٍ أن يتصّرف فى مال غيره الّا باذنه» و لاريب انّ بيع مال الغير تصرّف فيه عرفاً والجواب[٣] أنّ

---

(١) اقول و ذلك لأنّ الفعل لا يتغيّر وصفه الّذى كان ثابتا له حين وقوعه

فانّ ذلك مثل ان يزنى ثم يعقد

على المرئة فانّ العقد اللّاحق

لا يرفع آثار الزّنا السّابقة

(٢) الاحتجاج ج ٢ ص ٢٩٩ طباعة النّعمان عام ١٣٨٦ لكن فى المصدر «فلا يحلّ» بدل «لا يجوز» و رواه فى وسائل الشّيعة عن اكمال الدّين ج ٦ ص ٣٧٦ و ٣٧٧ الباب ٣ من ابوب الانفال ح ٦ سطر ٦

(٣) والجواب منع الصّغرى فانّ القياس هكذا «هذا تصرّف و كلّ تصرّف غير جائز» و حاصله ليس عقد الفضولى عن المالك بترقّب الاجازة منه تصرّفاً فى ماله لا خارجيّا و لا اعتبارياً و حكم العقل بالقبح منوطٌ بصدق الظلم على الغير و هو موقوف على التّصرف الّذى هو مفقود هنا هذا

ولكن اعترض عليه السيّد الفقيه بقوله انّ الفضولى انّما يقصد النّقل والانتقال جدّا مطلقا لا هزلاً و لا معلّقاً على الاجازة و الّا لم يكن صحيحا مع الاجازة ايضا و ح فلا يبعد صدق التّصرف عليه و حاصل اعتراضه قده أنّ ملاك صدق التّصرف النّقل الانشائى عن جدّ و هو حاصل فى المقام و هذا الاعتراض هو الحق بنظرى القاصر.

العقد على مال الغير متوقّعاً لاجازته غير قاصدٍ لترتيب الآثار عليه[١] ليس تصرّفاً فيه[٢]

نعم[٣] لوفرض كون العقد علّة تامّة و لو عرفاً[٤] لحصول الآثار كما فى بيع المالك او الغاصب كان[٥] حكم العقد جوازاً و منعاً حكم معلوله[٦] المترتّب[٧] عليه[٨]

---

(١) اى على العقد و قوله «غير قاصدٍ» و «متوقّعاً» حالان من «العقد» اى الانشاء حال كون المنشىء متوقعاً لاجازة المالك و حال كونه غير قاصد لترتيب الاثر على انشائه.

(٢) اى فى مال الغير

(٣) قوله «نعم» استدراك على قوله «ليس تصرّفا» لو فرض كون العقد علّة تامّة ولو عرفاً لحصول الآثار بان راه العرف علّة تامّة و أنّ بمجرّد العقد يرتّب العرف الآثار عليه كما فى بيع المالك فانّه علّة تامّة لحصول الآثار كالنّقل والانتقال و هذا مثال للعليّة شرعاً

(٤) اى لا بالدّقّة العقليّة

(٥) قوله (كان) جواب لقوله «لوفرض»

(٦) اى معلول العقد

(٧) صفة لقوله «معلوله»

(٨) اى على العقد اقول المراد بالمعلول الآثار المترتبة على العقد كالنّقل والانتقال فلو كان ترتيب الآثار على العقد جائزا كترتيب الآثار من المالك يكون العقد ايضا جائزا و ان كان ترتيب الآثار حراما كترتيب الآثار من الغاصب المستقلّ كان العقد حراماً اذا عرفت هذا فنقول و فى العقد الفضولى ليس العقد علّة تامّة لحصول الآثار فلا تترتّب عليه قبل اجازة المالك

ثمّ لو فرض[١] كونه تصرّفاً ممّا يستقلّ العقل بجوازه مثل الاستضاءة و لاصطلاء بنور الغير و ناره

مع[٢] انّه قد يفرض الكلام فيما اذا علم الاذن فى هذا من المقال او الحال بناء[٣] على أنّ ذلك لا يخرجه عن الفضولى مع[٤] انّ تحريمه لا يدلّ على الفساد مع[٥] انّه لو دلّ لدلّ على بطلان البيع بمعنى عدم ترتّب الاثر

---

(١) اقول و الوجه فى استقلال العقل بجواز هذا التّصرف انّ المناط فى قبح التّصرف فى مال الغير بدون اذنه انّما هو كونه ظلماً عليه و هذا النّحو من التّصرف ليس بظلم قطعاً فهذا لتصّرف من قبيل الاستضاءة بنور سراج الغير فكما أنّ هذه الاستظائة جائزة عند العقل و لا يراها قبيحاً و تصرّفا فى مال الغير كذلك ما نحن فيه

(٢) اقول مراده قده من الاذن هنا الرّضا الباطنى مع دعوى انّ المراد من الاذن فى الرّواية «لا يجوز لاحدٍ أن يتصّرف فى مال غيره الّا باذنه» صرف الرّضا الباطنى و انّما عبّر عنه بالاذن من جهة انّه الغالب فى استكشاف الرّضا

(٣) يعنى انّ الفرض المذكور مبنىٌ على انّ العلم بالاذن من المقال والحال لا يخرج الفضوليّ عن مفهوم الفضولى و مصاديقه و الّا فلا مجال للبحث عنه .

(٤) هذا جواب آخر عمّا افاده القائل ببطلان عقد الفضولى بادّعاء انّه تصرّف فى مال الغير و هو حرام والجواب أنّه لو قلنا بحرمة هذا التّصرف فلا يدل على الفساد اذا النّهى التّحريمى لا يلازم الفساد كما فى البيع وقت النّداء فانّ البيع فى هذا الوقت حرام غير فاسدٍ و انّما الدّال على الفساد النّهى الارشادى كالنّهى عن المعاملة الرّبوية الّذى هو ارشاد الى الفساد و البطلان و عدم الانعقاد

(٥) اى النّهى لو دلّ على الفساد لدلّ على بطلان البيع بمعنى عدم ترتّب الاثر عليه من

عليه و عدم استقلاله[١] فى ذلك و لا ينكره[٢] القائل بالصّحة خصوصاً اذا كانت الاجازة ناقلة

و ممّا ذكرنا[٣] ظهر الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولى قاصداً لترتيب الاثر من دون مراجعة المشترى[٤] بناء على انّ العقد المقرون بهذا القصد[٥] قبيح محرّم لانفس القصد المقرون بهذا[٦] العقد

و قد يستدلّ للمنع[٧] بوجوه اُخر ضعيفة[٨] اقواها انّ القدرة على

➡ النّقل والانتقال

(١) يعنى و عدم استقلال مثل هذا البيع فى ترتّب الاثر

(٢) اى و لا ينكر القائل بصحّة البيع الفضولى بطلان مثل هذا النّوع من عقد الفضولى

(٣) من وجه عدم بطلان بيع الفضولى فيما اذا قصد الفضولى تحصيل الاجازة

(٤) اقول الظّاهر أنّ كلمة (المشترى) اشتباه و حقّ العبارة أن يقول من دون مراجعة المالك بدل المشترى

(٥) يعنى قصد العاقد ترتيب الاثر على عقده بالاستقلال بدون اجازة المالك قبيح محرّم لانّه تصرّف فى مال الغير عرفاً.

(٦) اقول اذ حينئذ لا يصير العقد قبيحاً منهيّا عنه حتّى يفسد بناء على دلالة النّهى على الفساد كى يحتاج الى الجواب عنه بانّه لو دلّ لدلّ على بطلان البيع

الاستدلال على بطلان البيع الفضولى بوجوه اُخر

(٧) اى المنع عن صحّة بيع الفضولى

(٨) اقول قد ذكرت تلك الوجوه فى المقابس بعد بيان تمسّكهم بالاجماع قال «الثّانى انّ

⬅

التّسليم معتبرة فى صحّة البيع والفضولى غير قادر و انّ[١] الفضولى غير قاصد حقيقة الى مدلول اللّفظ كالمكره كما صرّح فى المسالك و يضعّف الاوّل[٢] مضافاً الى انّ الفضولى قد يكون قادراً على ارضاء المالك بانّ[٣] هذا الشّرط غير معتبر فى العاقد قطعاً بل يكفى تحقّقه[٤] فى المالك فحينئذ[٥] يشترط فى صحّة العقد مع الاجازة قدرة المجيز على تسليمه و قدرة المشترى على تسلّمه على ما سيجيئى[٦] و يضعّف الثّانى[٧] بانّ المعتبر فى العقد هو هذا القدر من القصد

⇐ العقود الشّرعيّة موقوفة على الدليل و لادليل على انّ عقدالفضولى من العقود المقررة فى الشّرع و انّه يقف على الاجازة فوجب الحكم بفسادها» (مقابس الانوار ص ٢٧ سطر ١٥ كتاب البيع)

و فيه انّه قد استفيد من ادلّة صحّة الفضولى انّ بيع الفضولى صحيح تاهّلاً و تصير فعلّيته صحّته باجازة المالك

(١) قوله (انّ الفضولى) معطوف على قوله (ان القدرة) اى الفضولى غير قاصد مدلول اللّفظ كالمكره الّذى ياتى باللّفظ فقط غير قاصد مدلوله

(٢) و هو عدم قدرة الفضولى على التّسليم الى المشترى

(٣) اى شرط التّسليم

(٤) اى تحقّق الشّرط الّذى هو القدرة على التّسليم.

(٥) اى حين ان قلنا بكفاية تحقّق القدرة على التّسليم فى المالك

(٦) اى سيجيى فى بيان شرطيّة القدرة على التّسليم فى صحّة البيع

(٧) و هو انّ الفضولى غير قاصد حقيقة الى مدلول اللّفظ فهو كالمكره

الموجود فى الفضولى والمكره لا ازيد منه[١] بدليل الاجماع على صحّة نكاح الفضولى و بيع المكره بحقّ[٢] فانّ دعوى عدم اعتبار القصد فى ذلك[٣] للاجماع كماترى[٤]

(المسألة الثّانية)[٥] ان يسبقه منع من المالك والمشهور ايضا[٦] صحّته و حكى عن فخر الدّين أنّ بعض المجوّزين للفضولى اعتبر عدم سبق نهى المالك[٧] و يلوح اليه[٨] ما عن التّذكرة فى باب النّكاح من حمل النّبوى[٩] ايّما عبد تزوّج بغير اذن مولاه فهو عاهر بعد تصعيف[١٠] السّند

---

(١) اى لا ازيد من القصد الموجود فى الفضولى بأن يكون كعقد القاصد المختار المالك

(٢) كالّذى يكرهه الحاكم الشّرعى على بيع ماله لاداء دينه مثلاً

(٣) اى فى كلّ من الفضولى والمكره

(٤) لانّ المتيّقن انّ المفقود فى الفضولى والمكره الملكيّة والارادة لا القصد

(٥) اى من المسائل الثّلاث الّتى ذكرها المصّنف فى ص ٢١ بقوله فهنا مسائل ثلاث

(٦) يعنى كالمسألة الاولى فانّ المشهور كما قالوا بصحّة بيع الفضولى فى المسألة الاولى كذلك قالوا بصحّته فى هذه المسألة الثّانية

(٧) فظاهر قوله «عدم سبق نهى المالك» عدم صحّة هذا العقد الصّادر من الفضولى مع سبق نهى و منع من المالك.

(٨) اى الى ما حكى عن فخرا المحقّقين من انّ بعض المجوزّين للفضولى اعتبر فى صحّته عدم سبق نهى من المالك

(٩) سنن التّرمذى الجزء ٣ ص ٤١٩ ـ ٤٢٠ الباب ٢١ الحديث ١١١١ ـ ١١١٢

(١٠) تذكرة الفقهاء ج ٢ ص ١٥٨٨ السّطر ١٦

على أنّه[١] ان نكح بعد منع مولاه و كراهته فانّه يقع باطلاً

والظّاهر[٢] انّه لا يفرّق بين النّكاح و غيره

و يظهر[٣] من المحقّق الثّانى حيث جعل فساد بيع الغاصب نظراً الى القرينة الدّالة على عدم الرّضا و هى الغصب[٤] و كيف[٥] كان فهذا القول[٦] لا وجه له ظاهراً عدا تخيّل انّ المستند فى عقد الفضولى هى رواية عروة المختصّة بغير المقام[٧] و انّ[٨] العقد اذا وقع منهيّا عنه فالمنع[٩] الموجود بعد العقد و لو آناماً كاف فى الرّد فلا ينفع الاجازة

---

(١) الجار والمجرور متعلّق بقوله (من حمل النّبوى) و ضمير «انّه» راجع الى (عبد)

(٢) اى الظّاهر من وحدة الملاك انّ العلّامة (ره) لا يفرّق الحكم بالبطلان بين النّكاح و سائر العقود

(٣) وجه الظّهور أنّ البايع الفضولى للمالك مع سبق منع منه يكون غاصباً فيحمل بيعه على الفساد لوجوه القرينة الحاليّة على ذلك هو الغصب

(٤) راجع جامع المقاصد ج ٤ ص ٦٩.

(٥) اى سواء تمّت نسبة البطلان الى العلّامة و غيره‌ام لم تتّم

(٦) اى بطلان بيع الفضولى بسبق منع المالك

(٧) المراد بالمقام هو سبق منع المالك

(٨) كلمة (أن) معطوفة على «انّ المستند»

(٩) كلمة (فالمنع) جواب الشّرط فى «اذا وقع» و جملة الشّرط والجواب خبر قوله «انّ العقد»

اللّاحقة

بناء على أنّه لا يعتبر فى الرّد سوى عدم الرّضا الباطنى بالعقد[١] على ما يقتضه[٢] حكم بعضهم[٣] بانّه اذا حلف الموكّل على نفى الاذن فى اشتراء الوكيل انفسخ العقد لأنّ الحلف عليه امارة عدم الرّضا[٤] هذا ولكنّ الاقوى عدم الفرق[٥] لعدم انحصار المستند حينئذٍ فى رواية عروة[٦] و كفاية[٧] العمومات[٨] مضافاً[٩] الى ترك الاستفصال فى

---

(١) فانّه ممتدّ الى ما بعد العقد

(٢) اى ما يقتضى عدم اعتبار بشىء فى الرّد سوى كراهة العقد باطناً

(٣) منهم المحقّق والعلامّة والمحقّق الثّانى والشّهيد الثّانى .

(٤) بمعنى أنّ مجرّد عدم الرّضا كاف فى الرّد وانحلال العقد و لا يحتاج الرّد الى الانشاء

(٥) اى عدم الفرق بين المسألة الاولى الّتى باع الفضولى للمالك من دون سبق منع منه و بين المسألة الثّانية الّتى باع للمالك مع سبق نهى منه

(٦) لكى يقال انّ مورد رواية عروة رضا النّبىﷺ او عدم النّهى فعندئذٍ فلا تدلّ الرّواية على الصحّة مع منع

المالك فيحكم بفساده لاصالة الفساد

(٧) كلمة (كفاية) معطوفة على «عدم انحصار»

(٨) اى ولكفاية العمومات فى الصحّة كاوفوا بالعقود واحلّ اللّه البيع و نحوهما

(٩) يعنى انّ اميرالمؤمنين عليه السّلام لم يقل اذا نهاه الاب سابقا كان البيع باطلا و ان لم ينهه توقّف على الاجازة

صحيحة محمّد بن قيس و جريان[١] فحوى ادلّة نكاح العبد بدون اذن مولاه مع ظهور المنع فيها[٢] و لو يشاهد الحال بين الموالى و العبيد مع انّ رواية اجازته صريحة فى عدم قدح معصيته السيد حينئذٍ مع جريان المؤيّدات المتقدّمة له من[٣] بيع مال اليتيم والمغصوب[٤] و مخالفة العامل لما اشترط عليه ربّ المال الصّريح فى منعه عمّا عداه[٥] و امّا[٦] ما ذكره من المنع الباقى بعد العقد ولو آناماً فلم يدلّ دليل على

---

(١) قال شيخنا الاستاد الشّهيدى (ره) لا معنى للتمسك بالفحوى هنا و فى المسئلة الآتية بعد ما مرّ انّ الفحوى بالعكس و لو سلمت الفحوى فهى غير جارية فيما نحن فيه لأنّ الفضولى فى النّكاح لا يعقد لنفسه قبال عقده للمالك و انّما يعقد للمالك (١)اى مع ظهور المنع من المولى فى نكاح العبد فى ادلّة نكاحه و لو كان الظهور بشاهد الحال بين الموالى والعبيد فاذا اجازالشارع هذا النكاح اجاز البيع لطريق اولى (٢)يعنى الرواية الدّالة على انّ اجازة المولى كافية صريحة فى عدم قدح معصيته السّيد

(٢) اى حين اجازة السيّد .

(٣) قال شيخنا الاستاد فى المقام ما لفظه اقول فيه منع كون بيع مال اليتيم مؤيدا للمقام لعدم تحقق النّهى السّابق فيه غالباً ان اريد منه نهى الولّى لانّ الغالب فى اتّجار غير الولّى كون المال بيده مع فقدان الولّى له من الاب والجدّ والوصىّ عنهما

(٤) اقول قدينا قش فيه لانّ غاية الامر وجود المنع الاهى مع انه لم ينقل سابقا دليلاً يدل على صحة بيع الغاصب حتى يدّعى ظهوره فى الدّلالة على عدم مضريّة النّهى السّابق

(٥) اى منع العامل عن ما اشترط عليه

(٦) و هو ما ذكره فى ص ٩٨ بقوله (فالمنع الموجود بعد العقد الخ) اى ما ذكره القائلون

كونه فسخاً لا ينفع بعده الاجازة

و ما ذكره فى حلف الموكّل غير مسلّم[١] و لو سلّم [٢]فمن جهة ظهور الاقدام على الحلف على ماانكره فى[٣] ردّ البيع و عدم تسليمه[٤] له وممّا ذكرنا[٥] يظهر وجه صحّة عقد المكره بعد الرّضا و أنّ كراهة المالك حال العقد و بعد العقد لا تقدح فى صحّته اذا لحقه الاجازة

المسألة الثّالثة ان يبيع الفضولى لنفسه و هذا غالباً يكون فى بيع الغاصب و قد يتفّق من غيره بزعم ملكيّة المبيع كما فى مورد صحيحة الحَلَبى المتقدمة[٦]

فى الاقالة بوضيعة

⇐ ببطلان عقد الفضولى مع سبق منع المالك من الاستدلال للبطلان بمنع المالك الّذى بقى بعد العقد و لو آناماً لكونه ردّا و فسخا فلم يدل دليل على كونه فسخاً

(١) اى لا نسلّم أنّ الموكّل اذا حلف انفسخ العقد لانّه قد يكون غرض الموكّل من الحلف مجرّد نفس الوكالة ليدفع اجرة عمل الوكيل عن نفسه لا انفساخ العقد

(٢) اقول هذا اجتهاد فى مقابل نصّ الفقهاء فانّه قده نقل عنهم البناء على الانفساخ من جهة كون الحلف امارة عدم الرّضا

(٣) متعلّق بـ«ظهور».

(٤) اى عدم تسليم المالك الموكّل لما انكره من الوكالة فى شراء شيى

(٥) و هو انّ الرّضا اللّاحق موجب لصحّة العقد و ان وقع فضولاً

(٦) تقدمت فى ص ٦٧ سطر اوّل

والاقوى فيه[١] الصحّة وفاقاً للمشهور للعمومات المتقدّمة[٢] بالتقريب المتقدّم و فحوى[٣] الصّحة فى النّكاح واكثرما تقدّم من المؤيدات[٤] مع ظهور صحيحة ابن قيس المتقدّمة[٥] و لا وجه للفرق بينه[٦] و بين ما تقدّم من بيع الفضولى للمالك الّا وجوه

---

(١) اى فى بيع البايع الفضولى لنفسه

(٢) المراد منها العمومات الاوليّة كـ «اوفوا بالعقود» و احلّ الله البيع وآية التّجارة عن تراض».

(٣) فانّه اذا صحّ الفضولى فى النّكاح ففى البيع بطريق اولى اقول قال الاستاد فى المقام ما هذا لفظه اقول لا معنى للتّمسك بالفحوى هنا و فى المسألة الآتية بعد ما مرّ انّ الفحوى بالعكس و لو سلّمت الفحوى فهى غير جارية فيما نحن فيه لأنّ الفضولى لا يعقد فى النّكاح لنفسه قبال عقده للمالك و انّما يعقد للمالك انتهى

(٤) تقدّمت هذه المؤيدات فى المسألة الاولى بقوله

«ثمّ انّه ربّما يويّد صحّة الفضولى بل يستدلّ عليها بروايات كثيرة وردت فى مقامات خاصّة.. الخ فراجع ص ٥٨ سطر اوّل

اقول قال السيّد الفقيه فى المقام ما هذا لفظه «والمويّدات المتقدّمة ايضا غير جارية و امّا صحيحة ابن قيس فلا يبعد دعوى ظهورها من ترك الاستفصال والانصاف انّها العمدة فى دليل الفضولى

(٥) تقدّمت فى ص ٣٥ سطر ٢

(٦) اى بين بيع الفضولى لنفسه الّذى هو مورد البحث وبين ما تقدّم من بيع الفضولى للمالك

تظهر من كلمات جماعة بعضها مختصّ ببيع الغاصب و بعضها مشترك بين جميع صور المسألة[١]

منها[٢] اطلاق ما تقدّم من النّبويين «لا تبع ما ليس عندك» و لا بيع الّا فى ملك»[٣] بناء على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولى لنفسه[٤] والجواب عنه يعرف ممّا تقدّم من انّ مضمونهما[٥] عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه غير المالك بلا تعرّض فيهما لوقوعه و عدمه بالنّسبته الى المالك اذا اجاز

ومنها[٦] بناء المسألة[٧] على ما سبق[٨] من اعتبار عدم سبق منع

---

(١) و هى الصّور الثّلاث الّتى ذكرها المصّنف (ره) فى تصوير عقد الفضولى من بيع الفضولى للمالك مع سبق منع من المالك، و من بيعه للمالك بدون سبق منع منه، و من البيع لنفسه

(٢) اى و من بعض تلك الوجوه الواردة على صحّة بيع الفضولى لنفسه .

(٣) المشار اليهما فى ص ٧٩ و ٨٠

(٤) وجه التّقييد باختصاص مورد النّبويين ببيع الفضولى لنفسه هو عدم جواز اخراج المورد عن الاطلاق شموله له لا محاله فانّ اطلاق (لا تبع ما ليس عندك) و لا بيع الّا فى ملك شمل بيع الفضولى لنفسه

(٥) اى مضمون النّبويين

(٦) اى و من بعض تلك الوجوه الواردة على عدم صحّة بيع الفضولى لنفسه

(٧) و هى مسألة بيع الفضولى لنفسه

المالك و هذا[٩] غالباً مفقود فى المغصوب و قد تقدّم[١٠] عن المحقّق الكركى أنّ الغصب قرينة عدم الرّضا و فيه اوّلاً الكلام فى الاعمّ من بيع الغاصب[١١] و ثانياً انّ الغصب امارة عدم الرّضا بالبيع للغاصب لا مطلقا[١٢] فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقّع الاجازة و تملّك الثّمن فليس فى الغصب دلالة على عدم الرّضا باصل البيع بل الغاصب و غيره من هذه الجهة[١٣] سواء و ثالثا قد عرفت[١٤] انّ سبق منع المالك غير موثّر و منها[١٥] أنّ الفضولى اذا قصد بيع مال الغير

---

(٨) ذكر هناك «فالمنع الموجود بعد العقد و لو آناًما كاف فى الرّد فلا تنفع الاجازة اللّاحقة» ص ٩٨ سطر ٤ـ ٥.

(٩) اى عدم سبق منع من المالك مفقود فى الغاصب حيث انّ الغاصب ممنوع التّصرف من قبل المالك و غير راض بالتّصرف

(١٠) اى تقدّم عند نقل الشّيخ عنه فى ص ٩٨ سطر ١

(١١) حاصل الجواب أنّ هذا الدّليل اخصّ من المدّعى و هو بيع الفضولى لنفسه سواء كان غاصباً ام لا و هذا الدّليل يختصّ بالغاصب و لا يشمل غيره

(١٢) اى لا عدم البيع مطلقا حتّى للمالك

(١٣) يعنى من جهة رضا المالك ببيعه و عدم رضاه به

(١٤) قد عرفت فى ص ١٠٠ «و امّا ما ذكره من المنع الباقى بعد العقد و لو آناً ما فلم يدل دليلٌ على كونه فسخاً لا تنفع بعده الاجازة»

(١٥) اى و من تلك الوجوه الواردة على صحّة بيع الفضولى مال الغير لنفسه ثمّ ملكه فاجاز.

لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة[١] اذ لا يعقل دخول احد العوضين فى ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر فالمعاوضة الحقيقيّة غير متصّورة فحقيقته[٢] ترجع الى اعطاء المبيع واخذ الثّمن لنفسه و هذا[٣] ليس بيعاً والجواب عن ذلك[٤] مع اختصاصه[٥] ببيع الغاصب أنّ[٦] قصد المعاوضة الحقيقيّة مبنى على جعل الغاصب نفسه مالكاً حقيقياً و ان كان هذا الجعل لا حقيقة له[٧] لكنّ المعاوضة المبنيّة على هذا الامر غير الحقيقى حقيقيّة[٨] نظير المجاز الادّعائى فى الاصول[٩] نعم لوباع[١٠]

---

(١) اقول و ذلك لأنّ حقيقة المعاوضة دخول الثّمن فى ملك من خرج عنه المثمن

(٢) فحقيقة بيع مال الغير لنفسه

(٣) يعنى اعطاء المبيع من ملك شخص آخر و اخذ الثّمن لنفسه لا يسمّى بيعاً

(٤) اى الجواب عن هذا الاشكال

(٥) اى مع اختصاص الاشكال المذكور و هو اعطاء المثمن من ملك شخص آخر و اخذ الثّمن لنفسه ببيع الغاصب اخصّ من المدّعى

(٦) اى جعل نفسه مالكا حقيقيّا بالتّنزيل حيث انّ الغاصب لا يقصد انّه غاصب حين البيع بل يقصد انّه المالك

(٧) اى لايكون بهذا الجعل مالكاً فى الواقع و ذلك لوضوح كونه على خلاف الواقع و كذباً محضاً

(٨) كما فى قول القائل زيد اسد فانّ القائل يجعل زيدا بمنزلة فرد من الحيوان المفترس اوّلا ثمّ يستعمل لفظ «الاسد» فيه حقيقة ففيما نحن فيه ايضا كذلك فانّ الغاصب ينزّل نفسه مترلة المالك الحقيقى ادّعاء و يرى نفسه هو المالك

لنفسه من دون بناء على ملكيّة المثمن[١١] و لا اعتقاد له[١٢] كانت المعاملة باطلة غير واقعة له و لا للمالك لعدم تحقّق معنى المعاوضة[١٣] و لذا[١٤] ذكروا انّه لو اشترى بماله لغيره شيئاً و لم يقع له و قد تخيّل[١٥] بعض المحققين أنّ البطلان هنا[١٦] يستلزم البطلان للمقام و هو ما لو باع مال غيره لنفسه لأنّه[١٧] عكسه و قد

---

(٩) كقوله و اذا المنيّة انشبت اظفارها فانّه ادّعى انّ المنيّة سبع ثـمّ رتّب هـذا الادّعـاء ترتيب لوازم السّبع الّذى هو الظفر عليها .

(١٠) اى لو باع الفضولى لنفسه من دون بناء على ملكيّة المثمن و لا اعتقاد له

(١١) الاوّل بالنّسبة الى الغاصب والثّانى بالنّسبة الى البايع مال الغير لنفسه مع الاعتقاد بانّه لنفسه و عدم الالتفات الى انّه لغيره

(١٢) اى لم يكن يعتقد انّه مالك جهلا بالواقع

(١٣) اقول وجه عدم التحقّق انّ معنى المعاوضة خروج المثمن الى مكان الثمن و خروج الثّمن الى مكان المثمن

(١٤) اى و لاجل عدم تحقّق معنى المعاوضة ذكر الفقهاء كاصل مسلّم لو اشترى بماله لغيره شيئا كما لو اعطى دراهم للخبّاز مثلا وقال اعط بها خبزا لهذا الفقير بطل هذا الاشتراء ولم يقع لصاحب الدّراهم ولا للفقير والوجه فيه انّه لا يمكن ان يخرج الدّراهم من كيس صاحب المال لياتى الخبز الى كيس الفقير

(١٥) لم نقف على بعض المحققين و قد استظهر بعض انّه صاحب المقابس

(١٦) اى فيما لو اشترى بماله شيئاً للفقير

(١٧) اى لأنّ المقام عكس هنا ففى هنا يعطى مال نفسه ليدخل العوض فى كيس الغير و

عرفت[١] أنّ عكسه هو ما اذا قصد تملّك الثّمن من دون بناء و لا اعتقاد[٢] لتملّك المثمن لأنّ مفروض الكلام فى وقوع المعاملة للمالك

اذا اجاز بيع الفضولى لنفسه

ومنها[٣] أنّ الفضولى اذا قصد البيع لنفسه فان تعلّقت اجازة المالك بهذا الّذى قصده البايع كان منافياً لصحّة العقد لأنّ معناها[٤] هو صيرورة الثّمن لمالك المثمن باجازته و ان تعلّقت بغير المقصود كانت[٥] بعقد مستانف

← فى المقام يعطى مال الغير ليدخل العوض فى كيس نفسه فقوله «لأنه» علّة لكون البطلان فى الاصل يستلزم البطلان فى العكس

(١) اقول ملخّص تخيّل بعض المحقّقين انّ القول بالبطلان فى الشّراء بمال نفسه للفقير يستلزم القول بالبطلان فيما لو باع مال الغير لنفسه لأنّ بيع مال الغير لنفسه عكس تلك المسألة والحال انّه ليس كذلك لانّ المفروض فى بيع الغاصب انّ الكلام فى وقوع المعاملة للمالك الاصلى اذا اجاز ومن المعلوم انّ هذا لا يكون الّا فى صورة التّنزيل و صورة التّنزيل ليس عكس هنا فعندئذٍ لا ملازمة بين بطلان مسئلة خبز الفقير وبين بطلان مسئلة بيع الغاصب.

(٢) اى من دون بناء على كونه المالك كالغاصب و لا اعتقادجهلا لتملّك الغاصب المثمن فيمن يعتقد ملكيّة المثمن استناد الى الامارات .

(٣) اى و من تلك الوجوه الّتى تمسّك بها لبطلان بيع الفضولى مال الغير لنفسه

(٤) اى معنى صحّة العقد هو جعل الثّمن لمالك المثمن باجازته

(٥) اى كانت الاجازة متعلّقة بعقد مستانف لا بعقد انشائهُ الفضولى ولم تكن امضاء

لا امضاء لنقل الفضولى فيكون[١] النّقل من المنشى غير مجاز والمجاز[٢] غير منشاء و قد اجاب عن هذا[٣] المحقّق القمى رحمه اللّه فى بعض اجوبة مسائله بانّ الاجازة فى هذا الصّورة[٤] مصّححة للبيع لا بمعنى لحوق الاجازة لنفس العقد كما فى الفضولى المعهودة[٥] بل بمعنى تبديل رضا الغاصب و بيعه لنفسه برضا المالك و وقوع البيع عنه[٦] و قال[٧] نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثمّ ملكه و قد صرّح[٨] فى موضع آخر

---

(١) تسمّى هذه الفاء بفاء النّتيجه يعنى نتيجة هذا التعلّق ان يكون النّقل من المنشى و هو العاقد الفضولى غير مجاز

(٢) الّذى تعلّقت به اجازة المالك لكنّه غير منشاءٍ من قبل العاقد الفضولى فعندئذ بلزم أنّ ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع و هذا خلاف ما ثبت انّ العقود تابغه للقصود

(٣) اى اجاب عن اشكال تعلّق الاجازة بقصد البايع او بغير ما قصده الّذى ذكره القائل ببطلان عقد الفضولى لنفسه .

(٤) يعنى فى صورة بيع العاقد الفضولى لنفسه

(٥) و هو بيع الفضولى للمالك لا لنفسه فانّ الاجازة فى الفضولى المعهود تتعلّق بنفس العقد

(٦) اى عن المالك

(٧) اى و قال المحقّق القمّى

(٨) و قد صرّح المحقّق القمى

بانّ حاصل الاجازة يرجع الى أنّ العقد الّذى قصد كونه واقعاً على المال المعيّن لنفس البايع الغاصب والمشترى العالم قد[١] بدّلتّه بكونه على هذا الملك بعينه لنفسى [٢]فيكون عقدا جديداً كما[٣] هو احد الاقوال فى الاجازة

و فيه[٤] انّ الاجازة على هذا[٥] تصير كما اعترف[٦] معاوضة جديدة من طرف المجيز والمشترى لانّ[٧] المفروض عدم رضا المشترى ثانياً بالتّبديل المذكور

---

(١) قوله «قد بدلّته» خبر قوله «انّ العقد»

(٢) اى فتكون الاجازة عقداً مستانفاً

(٣) يعنى كون الاجازة عقداً مستانفا احد الاقوال فى الاجازة والكشف والنّقل قولان اخران.

(٤) اى فى كون الاجازة عقدا جديداً

(٥) يعنى على تقدير رجوع الاجازة الى تبديل رضا الفضولى برضا المالك

(٦) اى المحقّق القمّى تصير معاوضة جديدة من طرف المجيز والمشترى بان تقوم الاجازة مقام الايجاب عن المالك و مقام القبول عن المشترى

قوله «لأن المفروض» تعليل لصيرورة الاجازة معاوضة جديدة من طرف المشترى و ذلك لأنّ المشترى رضى سابقا بكون الثّمن داخلا فى ملك

(٧) الغاصب والمفروض انّه لم يرض لاحقاً بالتبديل المذكور فتصير الاجازة من المالك معاوضة جديدة من المشترى ايضا كما كانت معاوضة جديدة من طرف المالك

و لانّ[١] قصد البايع البيع لنفسه اذا فرض تاثيره فى مغايرة العقد الواقع[٢] للعقد المجاز فالمشترى[٣] انّما رضى بذلك الايجاب[٤] المغاير لمؤدّى الاجازة[٥] فاذا[٦] التزم يكون مرجع الاجازة الى تبديل عقدٍ بعقدٍ و بعدم الحاجة الى قبول المشترى ثانيا[٧] فقد قامت[٨]

---

(١) اقول بيان الغرض من هذه العبارة مناقشة الشّيخ رحمه اللّه ما افاده المحقق القمّى و هى أنّ انشاء البايع الغاصب يؤثّر فى وقوع البيع لنفسه و دخول الثّمن فى ملكه و من المعلوم أنّ هذا العقد من الغاصب والمشترى مغاير للعقد الّذى امضاء المالك المجيز لأنّ المالك اجاز بيعا يقع لنفسه لا للغاصب و عندئذٍ فلو كانت اجازة المالك مبدّلة لعقد الغاصب بعقد المالك والمفروض عدم انشاء قبول آخر من المشترى بعد اجازة المالك لزم قيام اجازة المالك مقام شيئين احدهما ايجاب المالك والآخر قبول المشترى و هذا ممّا لا يساعده العقل ففير معقول فكيف يتحقّق معاوضة جديدة بالاجازة.

(٢) و هو البيع المنسوب الى المالك ليدخل الثّمن فى ملكه

(٣) الظّاهر انّ كلمة «فالمشترى الخ» جواب لقوله «اذا فرض»

(٤) اى ايجاب الغاصب

(٥) مراده من مؤدّى الاجازة دخول الثّمن فى ملك المالك

(٦) اى لو التزم المحقّق القمّى بكون الاجازة معاوضة جديدة قائمة بالمجيز والمشترى لزم قيام الاجازة مقام طرفى العقد و هما الايجاب والقبول (٨) كلمة (بعدم) معطوفة على «بكون»

(٧) فى قبال قبوله الاوّل لايجاب الغاصب

(٨) جملة «فقد قامت) جواب الشّرط فى قوله «فاذا التزم»

الاجازة من المالك مقام ايجابه و قبول المشترى

و هذا[١] خلاف الاجماع والعقل[٢] و امّا القول[٣] بكون الاجازة عقداً مستأنفاً فلم يعهد من احدٍ من العلماء و غيرهم و انّما حُكِيَ عن كاشف الرّموز عن شيخه أنّ الاجازة من مالك المبيع بيع مستقلٌ بغير لفظ البيع فهوبيع قائم مقام ايجاب البايع و ينضمّ اليه[٤] القبول المتقدّم من المشترى و هذا[٥] لا يجرى فيما نحن فيه لأنّه[٦] اذا قصد البايع البيع لنفسه فقد قصد المشترى تمليك الثّمن للبايع و تملّك المبيع منه فاذا

---

(١) يعنى قيام الاجازة مقام شيئين و هما الايجاب والقبول خلاف الاجماع والعقل

(٢) و ذلك لانّه غير معقول تغيير الشيى الواقع عمّا وقع عليه فكيف يمكن تغيير العقد الواقع بين الفضول والمشترى الى عقدٍ جديدٍ بين المالك والمشترى

(٣) اقول قوله «وامّا القول الخ» ردّ على البناء الثّانى للمحقّق رحمه اللّه الّذى نقله عنه الشّيخ بقوله فى ص ١٠٩ و قد صرّح فى موضع آخر و حاصل الرّد انّه لم يعهد من احد من العلماء و غيرهم عدّ الاجازة عقدا مستانفاً فتسقط هذه الدّعوى بمخالفتها للاجماع.

(٤) اى الى الاجازة

(٥) يعنى ما نقله كاشف الرّموز عن شيخه من كون الاجازة بيعاً مستقلاً فى باب الفضولى العادى المعروف لا يجرى فيما نحن فيه من الفضولى الّذى يبيع لنفسه لانّ ظاهر كلام المحقّق هو الفضولى المعروف الّذى يبيع للمالك لا من يبيع لنفسه كما هو محلّ البحث

(٦) ضمر شأن

بنى على كون وقوع

البيع للمالك مغايرا لما وقع[١] فلابدّ له[٢] من قبولٍ آخر فالاكتفاء عنه[٣] بمجردّ اجازة البايع الرّاجعة الى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه التزام[٤] بكفاية رضا البايع و انشائه عن رضا المشترى و انشائه و هذا[٥] ما ذكرناه من أنّه خلاف الاجاع والعقل فالاولى فى الجواب[٦] منع مغايرة ما وقع[٧] لما اجيز[٨] و توضيحه[٩] أنّ البايع الفضولى انّما قصد تمليك المثمن للمشترى بازاء الثّمن وامّا كون الثّمن مالاً له او لغيره فايجاب البيع ساكت عنه

---

(١) و ذلك لأنّ الواقع هو كون البيع للغاصب لا للمالك

(٢) قوله «فلا بدّ» جواب الشرط فى قوله «فاذا نبى» اى فلابدّ لوقوع البيع للمالك من انشاء قبول آخر

(٣) اى عن قبول آخر اعنى قبول ايجاب المالك.

(٤) قوله «التزام» خبر قوله «فالاكتفاء» و قوله «الرّاجقه» صفة لقوله «للاجازة»

(٥) اى الاكتفاء برضا البايع و انشائه عن رضا المشترى و انشائه ثانياً مخالف للاجماع والعقل

(٦) يعنى الجواب عن الاشكال فى الاجازة الصّادرة من المالك لبيع الفضولى لنفسه

(٧) و هو البيع لنفسه الصّادر من العاقد الفضولى

(٨) و هو جعل المالك البيع الصّادر من الفضولى لنفسه باجازة البيع

(٩) يعنى توضيح مغايرة ما وقع لما اجيز

فيرجع فيه[١] الى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من[٢] دخول العوض فى ملك مالك المعوّض تحقيقاً[٣] لمعنى المعاوضة والمبادلة و حيث انّ البايع يملك المثمن بانياً على تملّكه[٤] له وتسلّطه[٥] عليه عدواناً[٦] او اعتقاداً[٧] لزم من ذلك بنائه على تملّك الثّمن والتّسلط عليه و هذا[٨] معنى قصد بيعه لنفسه و حيث[٩] انّ المثمن ملك لمالكه واقعاً فاذا اجاز المعاوضة انتقل عوضه اليه

فعُلَم من ذلك[١٠] أن قصد البايع البيع لنفسه غير ماخوذ فى مفهوم

---

(١) اى فى هذا الامر المسكوت عنه

(٢) كلمة (من) بيان لـ(ما) فى قوله «الى ما»

(٣) حيث انّ معناها دخول العوض فى ملك صاحب المعوّض و بالعكس .

(٤) اى تملّك الغاصب للمثمن

(٥) اى تسلّط البايع الغاصب على المثمن

(٦) فيما اذا علم انّه غاصب

(٧) فيما اذا تيّقن انّه مالك جهلا مركّباً

(٨) يعنى اخراج المثمن من نفسه وادخال الثّمن يدله

(٩) غرض المصّنف البرهان على تحقيق معنى المعاضة والمبادلة فى الاجازة الصّادرة من المالك فى بيع الفضولى مال الغير لنفسه و حيث انّ المثمن ملك لمالكه الواقعى واقعا و حقيقة لا الغاصب فاذا اجاز المالك الواقعى المعاوضة انتقل عوضه و هو الثّمن اليه

(١٠) اى من انّ المعاملة مبادلة بين المالين من دون دخل لاضافة المعوّض الى الغاصب

الايجاب حَتّى يتردّد الامر فى هذا المقام بين المحذورين المذكورين[١] بل مفهوم الايجاب هو تمليك المثمن بعوضٍ من دون تعرّضٍ فيه لمن يرجع اليه العوض الّا باقتضاء المعاوضة لذلك[٢] ولكن يشكل[٣] فيما اذا فرضنا الفضولى مشترياً لنفسه بمال الغير فقال للبايع الاصيل «تملكتُ منك او مَلِكتُ هذا الثّوب بهذه الدّراهم» فانّ مفهوم هذا الانشاء[٤] هو تملّك الفضولى للثّوب فلا مورد لاجازة مالك الدّراهم على وجه ينتقّل الثّوب اليه فلابدّ[٥] من التزام كون الاجازة نقلا

---

(١) المحذورين ما ذكره القائل ببطلان بيع الفضولى مال الغير لنفسه بقوله فى ص ١٠٨ فان تعلّقت اجازة المالك بهذا الّذى قصده البايع كان منافياً لصّحة العقد و ان تعلّقت بغير المقصود كانت بعقد مستانفٍ جديد لا امضاء لنقل الفضولى

(٢) يعنى لرجوع العوض فى ملك من خرج عنه المعوّض فانّ هذا مفهوم المعاوضة و المبادلة فقط لا غير.

(٣) اى يشكل تصحيح معاملة الفضولى الغاصب باجازة المالك فى صورة كون الفضولى الغاصب اشترى لنفسه بمال الغير و محصّل الاشكال أنّ ذلك الجواب واف بدفع المحذور بالنّسبة الى البايع الفضولى لنفسه و لا يفى بدفعه بالنّسبة الى المشترى لنفسه بمال الغير

(٤) يعنى انشاء المشترى الفضولى

(٥) اى فلابدّ فى حلّ هذا الاشكال التّصرف فى الاجازة و صرفها عن معناها المعهود المعروف و هو التنفيذ و جعلها ناقلة بغير انشاء الفضولى الغاصب من تملّك المثمن لنفسه و بهذا النّقل المستأنف يصير الثّوب المشترى ملكا لمالك الدّراهم

مستانفاً غير ما انشاء الفضولى الغاصب

و بالجملة[١] فنسبة المتكلّم الفضولى تملّك المثمن الى نفسه بقوله ملكت او تملّكت كايقاع[٢] المتكلّم الاصلى التّمليك على المخاطب الفضولى بقوله «[٣]ملكتك هذا بهذه الدّراهم» مع علمه بكون الدّراهم لغيره او جهله بذلك[٤] وبهذا[٥] استشكل العلّامة رحمه اللّه فى التّذكرة حيث قال «لو باع الفضولى مع جهل الآخر فاشكال من أنّ الآخر انّما قصد تمليك العاقد» و لا ينتقض[٦] بما لو جهل الآخر وكالة العاقد و ولايته

---

(١) اى و بالجملة انّ المشترى الغاصب بقوله «تملّكت هذا الثّوب بهذه الدّراهم» يدخل الثّوب بملكه و كذا انّ البايع الاصلى بقوله «ملكّتك هذا الثّوب بهذه الدّارهم» يدخل الثّوب بملك المشترى المخاطب الغاصب فكلّ واحد من البايع والغاصب يملك و يتملّك المتاع للغاصب فاذا اجاز المالك يكون الثّوب لنفسه لا للغاصب يكون المجاز و هو كون الثّوب للمالك مغايرا للمنشاء و هو كون الثّوب للغاصب فلابدّ من التزام كون الاجازة عقدا مستانفاً جديداً غير العقد الّذى انشأه الفضولى الغاصب مع البايع الاصيل.

(٢) قوله «كايقاع المتكلم» مرفوع محلّا خبر للمبتداء المقدّم فى قوله فنسبة المتكلم

(٣) و هو المشترى الفضولى.

(٤) اى جهل المتكلّم الاصلى بكون الدّارهم لغير المخاطب

(٥) و بهذا الاشكال و هو ما ذكرناه بقولنا «ولكن يشكل»

(٦) اى لا ينتقض هذا الاشكال الّذى ذكره العلّامة بما لو جهل الآخر الاصلى و كالة العاقد او ولايته وجه الانتقاض على ما ذكره بعض الاكابر رحمه اللّه انّه لو قلتم بالاشكال

←

لانّه[١] حينئذ[٢] انّما يقصد به[٣] المخاطب

بعنوانه الاعمّ من كونه اصليّا او نائبا و لذا[٤] يجوز مخاطَبتهُ و اسناد الملك اليه مع علمه[٥] بكونه نائبا و ليس[٦] الّا بملاحظة المخاطب اعتبار كونه نائباً او اصليّا امّا الفضولى فهو اجنبىّ عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار[٧]

و قد تفطّن بعض المعاصرين[٨] لهذا الاشكال[٩] فى بعض كلماته

⇐ فى الفضولى من جهة انّ الاصيل يملك العاقد والحال انّه ليس قابلا للتّملك لانّه فضول لزم ان تستشكلوا فيما لو كان وكيلا او وليّا و جهل الاصيل ذلك من جهة أنّ الاصيل يملك العاقد والحال انّه ليس قابلا للتّملك لانّه وكيل او ولىّ و ليس اصيلاً

(١) اى العاقد الاصيل

(٢) اى حين جهله بكون طرفه وكيلاً او وليّا.

(٣) اى بتمليكه المخاطب بعنوان المخاطب من كون المخاطب اصيلاً او نائبا.

(٤) اى و لاجل انّ الجاهل بوكالة الاخر يقصد مخاطبا عامّاً جازله هذه المخاطبة و اسناد الملك اليه

(٥) اى علم العاقد الاصلى بكون المخاطب نائبا

(٦) اى و ليس جواز المخاطبة و اسناد الملك اليه مع علمه بكونه نائباً لا مالكاً الاّ بملاحظة اعميّة المخاطب من الاصيل والنّائب .

(٧) يعنى اعتبار اعميّته المخاطب من الاصيل والنّائب

(٨) اقول الظّاهر انّ المستشكل هو المحقّق الشّوشترى (ره) فانّه نقل وجوها خمسة ⇐

فالتزم تارة ببطلان شراء الغاصب لنفسه[١٠] مع انّه[١١] لا يخفى مخالفته للفتاوى و اكثر النّصوص المتقدّمه[١٢] فى المسألة كما اعترف به[١٣] أخيراً و أُخرى[١٤] بأنّ الاجازة انّما تتعلّق بنفس مبادلة العوضين و ان كانت خصوصيّة ملك المشترى الغاصب للمثمن

← لبطلان بيع الغاصب وارتضى ثانيها و عمّم الاشكال لشراء الفضولى لنفسه فقال «اذا باع الفضولى او اشترى لنفسه و كان المبيع او الثّمن مال الغير ثمّ اجاز المالك فالانتقال امّا من المالك و اليه او من الفضولى و اليه اومن امالك و الى الفضولى او عكس ذلك»

ثمّ ابطل الجميع و التزم ببطلان بيع الغاصب و شرائه

(٩) و هو ما افاده المصّنف قدس سرّه بقوله فى (ص ١١٥) «ولكن يشكل فيما اذا فرضنا الفضولى مشترياً»

(١٠) حيث قال: فى ردّ من تصدّى لدفع الاشكال المتقدّم آنفاً: ما لفظه «و حيث كان الحكم على خلاف الاصل ناسب الاقتضار على محلّ اليقين فلا يكتفى باجازة الفضولى اذا اوقعه عن نفسه: خصوصاً اذا سمّى نفسه فى العقد بل يحدّد العقد ثانيا

(١١) الضّمير راجع الى بطلان الشّراء

(١٢) اقول ليس فى النّصوص المتقدّمه تعرّض لشراءالفضولى لنفسه بمال الغير فضلاً عن التّعرض لصّحته للمالك اذا اجاز و لعلّه سهو من قلمه الشّريف

(١٣) اى كما اعترف بعض المعاصرين بكون بطلان الشّراء مخالفاً للفتاوى والنّصوص اخيراً

(١٤) اى فى مبادلة العوضين بقول البايع للمشترى الغاصب: ملّكتك هذا بهذا مخصوص مالكيّة المشترى للمثمن مأخوذة فى هذه المبادلة.

مأخوذة فيها و فيه[١] أنّ حقيقة العقد فى العبارة الّتى ذكرناها فى الاشكال: اعنى قول المشترى الغاصب: تملّكتُ أو مَلِكتُ هذا منك بهذه الدّراهم ليس الّا انشاء تملّكه للمبيع فاجازة هذا لانشاء لا يحصل بها تملّك المالك الاصلى[٢] له بل يتوقّف على نقل مستأنفٍ

فالأنسب فى التّفصى[٣] أن يقال: انّ نسبة الملك الى الفضولىّ العاقد لنفسه فى قوله «تملّكتُ منك» او قول غيره له «ملّكتك» ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكا للثّمن[٤] اعتقاداً[٥] او عدواناً[٦]

---

(١) اى فى قوله (واخرى) أنّ حقيقة العقد فى قول المشترى الغاصب تملّكت او مَلِكتُ بالتّخفيف هذا المتاع منك بهذه الدّراهم حال كون الدّراهم مغصوبة ليس الّا انشاء تملّكه للمبيع فالمعنى هذا لى و اجازة المالك لا يمكن ان تصحّح هذا لانه خلاف مقتضى المعاوضة ولا يمكن ان تبدل هذا لى بهذا للمالك لانّه لم ينشاء.

(٢) فاجازة هذا الانشاء الّذى اجراه الغاصب لا يحصل بهذه الاجازة تملّك المالك الاصلى للمبيع بل يتوقّف تملك المالك الاصلى على نقل مستانف

(٣) اى الانسب فى الفرار والتّخلص عن الاشكال الّذى فى شراء الغاصب لنفسه شيئاً بمال الغير المشار اليه فى ص ١١٥

(٤) ليتملّك المبيع بهذا الجعل

(٥) بان اعتقد انّ الثّمن ملك بالهبة او التملك لجهله بالواقع.

(٦) كما فى الغاصب حيث بينى على نفسه انه مالك للثّمن فيتصرّف تصرّف المالك لعلمه بانّه غاصب

و لذا[١] لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيّة للثّمن التزمنا بلغويّته ضرورة[٢] عدم تحقّق مفهوم المبادلة بتملّك شخص المال[٣] بازاء مال غيره فالمبادلة الحقيقية

من العاقد لنفسه لا يكون الّا اذا كان مالكاً حقيقيّاً او ادّعائيّا[٤] فلو لم يكن اَحَدَهما[٥] وعقد لنفسه لم يتحقّق المعاوضة والمبادلة حقيقة فاذا قال الفضولى الغاصب المشترى لنفسه «تملّكتُ منك كذا بكذا»[٦] فالمنوب اليه التملّك انّما هو المتكلّم لا من حيث هو[٧] بل من حيث عَدّ نفسه مالكاً اعتقاداً او عدواناً

و حيث انّ الثّابت للشّيى[٨] من حيثيّته تقييديّة ثابت لنفس تلك الحيثيّة

---

(١) اى و لاجل أنّ الغاصب الفضولى العاقد لنفسه يجعل نفسه مالكاً للثّمن اعتقادا او عدواناً

(٢) قوله «ضرورة» علّة للغوية العقد

(٣) يعنى المثمن الّذى يشتريه الفضولى بازاء الثمن المغصوب الّذى لم بين على تملّكه

(٤) و هو الّذى يدّعى انّه مالك جهلا او عدواناً

(٥) اى فلو لم يكن مالكا حقيقيّا او ادعائيّا

(٦) اى تملّكت منك هذا الثّوب بهذه الدّراهم.

(٧) اى لا من حيث هو متكلّم بل من حيث انّه بان على نفسه انّه مالك اعتقادا او عدواناً

(٨) و هو تمليك الثّوب الثّابت لهذا المشترى من حيث تقيّده بكونه مالكاً فانّك اذا قلت

←

فالمسند اليه التملّك[١] حقيقة هو المالك للثّمن الّا انّ الفضولى لمّا بنى على أنّه المالك المسلّط على الثّمن اسند ملك المثمن[٢] الّذى هو بدل الثّمن الى نفسه فالاجازة الحاصلة من المالك متعلّقة بانشاء الفضولى و هو التملّك المسند الى مالك الثّمن[٣] و هو[٤] حقيقة نفس المجيز فيلزم من ذلك[٥] انتقال المثمن اليه[٦] هذا[٧] مع[٨] انّه

➡ صلّ خلف زيد من حيث انّه عادل كان جواز الصّلوة ثابتاً لحيثيّة العدالة و هذا بخلاف الحيثيّة التّعليليّة فانّ الثّابت للشيّ من حيثيّة تعليليّة ثابت للمعلول لا للحيثيّة حيث انّك اذا قلت الدّار مضيئة من حيث انّ الشّمس طالقه كانت الاضائة ثابتة للدّار لا لطلوع الشّمس

(١) فالمسند اليه التّملك فى قول الغاصب تملّكت حقيقة و فى الواقع هو المالك للثّمن اعنى المغصوب منه فالملك ثابت لحيثيّة المالكيّة المنطبقة على المالك للثّمن حقيقة و لاربط للملك فى تّملكت للغاصب

(٢) اى اسند ملك المثمن فى قوله «تملّكت الدّار» الّذى هو بدل الثّمن الى نفسه لا الى المالك الحقيقى للدّراهم

(٣) يعنى مالك الثّمن حقيقة و فى الواقع

(٤) اى مالك الثّمن

(٥) اى فيلزم من كون مالك الثّمن هو المجيز انتقالُ المثمن اليه لا الى الفضولى .

(٦) اى ينتقل المثّمن الى مالك الثّمن و بالعكس ينتقل الثّمن الى مالك المثمن بمقتضى طبع المعاوضة حيث انّ طبع البيع والمعاوضة دخول الثّمن فى ملك من خرج عن ملكه المثمن و هو المجيز فيدخل المثمن فى ملكه

ربّما يلتزم صحة ان يكون الاجازة لعقد الفضولى موجبة لصيرورة العوض[٩] ملكا للفضولى ذكره[١٠] شيخ مشايخنا فى شرحه على القواعد[١١] وتبعه غيرُ واحدٍ من اجلّاء تلامذته

و ذكر بعضهم[١٢] فى ذلك[١٣] وجهين احدهما انّ قصيّته بيع مال الغير عن نفسه والشّراء بمال الغير لنفسه جعل[١٤] ذلك المال له[١٥] ضمناً

---

(٧) هذا تمام كلامنا فى جوابنا عن الاشكال فى بيع الفضولى لنفسه

(٨) اى و لنا بالاضافة الى ما ذكرنا دليل آخر و ملخّصه أنّ اشكال المغايرة بين المجاز و ما انشأه العاقد الفضولى انّما يلزم لو كان معنى صحّة العقد صيرورة الثّمن لمالك المثمن لأنّ ما اجيز و هو ردّ المثمن الى المالك لم ينشاء و ما انشاء و هو البيع لنفسه لم يجز فيلزم التّغاير

بخلاف ما لوكان معنى الصّحة أنّ الثّمن لمن قصد كونه له فلا يلزم الاشكال المذكور

(٩) بمعنى انّه خرج المثمن من ملك المالك المجيز و دخل الثّمن فى ملك الفضولى فيما اذا باع الفضولى ملك الغير لنفسه و كذلك خرج الثّمن من ملك المالك المجيز و دخل المثمن فى ملك الفضولى فيما اذا اشترى الفضولى لنفسه بمال الغير

(١٠) اى ذكر هذا الوجه

(١١) هو الشّيخ جعفر كاشف الغطاء فى قواعد الاحكام مخطوط

(١٢) راجع مقابس الانوار كتاب البيع ص ٣٣ السّطر ١٦

(١٣) اى ذكر صاحب مقابس الانوار كون صحّة اجازة عقد الفضولى موجبة لصيرورة العوض ملكاً للفضولى و فى وجه صحّة ما ذكره كاشف الغطاء

(١٤) كلمة جعل الى قوله (له) خبر قوله «انّ قضيّته».

حتّى أنّه على فرض صحّة ذلك البيع والشّراء تملّكه[١٦] قبل انتقاله[١٧] الى غيره ليكون انتقاله[١٨] اليه عن ملكه نظير ما اذا قال: «اعتق عبدك عنى»[١٩] او قال «بع مالى عنك أو اشترلك بمالى كذا»[٢٠] فهو[٢١] تمليك ضمنّى حاصل ببيعه او الشّراء

و نقول فى المقام[٢٢] ايضاً اذا أجاز المالك صحّ البيع والشّراء وصحّته[٢٣]

---

(١٥) اى للمخاطب الفضولى

(١٦) الضّمير الفاعل المستتر فى قوله (تملّكه) عائد الى العاقد الفضولى والضّمير المفعول عائد الى المال والجملة خبر لِـ(انّ) فى قوله «حتّى انّه» فمعنى بيع زيد دار عمرو لنفسه فضولة انّ زيد اجعل دار عمرو لنفسه ثمّ باعها حتّى أنّه على فرض صحّة ذلك البيع والشّراء فيما اذا اجاز المالك تملّكه اى تملّك الغاصب مال الغير بان يكون الغاصب مالكاً له قبل انتقاله الى غيره عن ملك الغاصب

(١٧) اى قبل انتقال المال الى غير الفضولى

(١٨) اى ليكون انتقال المال الى الغير عن ملك الفضولى العاقد

(١٩) حيث ان معناه ملّكنى عبدك اوّلا ثمّ اعتقه عنّى اذ لاعتق الّا فى ملك فهذا مثال تضمّن الامر تملّك العبد آناً قبل العتق حتّى يقع فى ملك الآمر

(٢٠) بمعنى ان يدخل المبيع فى ملكك فانّ معناه املك الدّراهم لتشترى بها المتاع لنفسك

(٢١) اى فهذا الجعل تمليك من المالك فى ضمن الامر بالبيع او الشّراء و ضمير «ببيعه» راجع الى المخاطب المامور الى بيع المامور مال الآمر

(٢٢) و هو اجازة المالك بيع الغاصب و شرائه

(٢٣) اى صحّة البيع

يتضمّن انتقاله[١] اليه حين البيع اوالشّراء فكما أنّ الاجازة المذكور تصّحح البيع اولشّراءكذلك تقضى بحصول الانتقال الّذى يتضمّنه البيع الصّحيح[٢] فتلك الاجازة اللّاحقة قائمة مقام الاذن السّابق قاضيّة[٣] بتمليكه المبيع ليقع البيع فى ملكه لا مانع منه[٤]

الثّانى[٥] أنّه لا دليل على اشتراط كون احد العوضين ملكا للعاقد فى انتقال بدله[٦] اليه بل يكفى أن يكون مأذوناً فى بيعه لنفسه اوالشّراء به فلو قال «بع لنفسك» او «اشترلك بهذا» ملك الثّمن فى الصّورة الاولى[٧]

---

(١) اى انتقال المال الى الغاصب.

(٢) المراد من البيع الصحيح هو البيع المجاز حيث انّه يتضمّن اوّلا انتقال المال من مالكه الى الفضولى و منه الى غيره ثانياً فالاجازة تملّك المبيع للعاقد فيقع البيع فى ملكه

(٣) قوله «قاضيته» خبر ثانٍ لقوله «فتلك الاجازة» و خبره الاوّل قوله «قائمة» والمراد من الاذن السّابق هو الاذن فى قول المالك «بع مالى عنك واشترلك بمالى كذا»

(٤) اى لا مانع من ان تكون الاجازة كذلك

(٥) اى الثانى من الوجهين الّذين افادهما البعض فى ردّ الاشكال

(٦) و هو الثّمن اذا كان العاقد الفضولى بايعاً مال الغير لنفسه والمثمن اذا كان مشتريا بمال الغير لنفسه

(٧) و هى قوله «بع هذا لنفسك».

بانتقال المبيع عن مالكه[١] الى المشترى و كذا ملك المثمن فى الصّورة الثّانية[٢] و يتفرّع عليه[٣] انّه لواتّفق بعد ذلك[٤] فسخ المعاوضة رجع الملك الى مالكه دون العاقد[٥]

اقول: و فى كلا الوجهين[٦] نظر امّا الاوّل[٧] فلانّ صحّة الاذن فى بيع المال لنفسه اوالشّراء لنفسه ممنوعة كما تقدّم فى بعض فروع المعاطاة[٨] مع انّ قياس الاجازة على الاذن قياس مع الفارق

---

(١) اى بسبب انتقال المبيع عن مالكه الى المشترى فانّه بهذا الانتقال ينتقل الثّمن من مالكه الى المامور لا الى مالك المثمن

(٢) و هى قوله «اِشتَرلك بهذا» فانّه بعد مالكيّته للثّمن يصير مالكا للمثمن لانّه مقتضى المعاوضه والمبايعة

(٣) اى على هذا الاذن فى البيع والشّراء فى قول المالك: بع هذا النفسك او اشتر هذا لنفسك

(٤) اى بعد البيع والشّراء

(٥) وجه عدم الرّجوع الى العاقد أنّ المال لم ينتقل الى العاقد و لم يخرج عن ملكه حتّى يعود الى ملكه فيرجع الى مالك دون العاقد لعدم خروجه عن ملكه

(٦) الّذين ذكر التوجيه كلام كاشف الغطاء نظر

(٧) اى امّا النّظر فى الوجه الاوّل و هوالّذى افاده البعض بقوله فى ص ١٢٥: احدهما انّ قضيّته بيع مال الغير» فلأنّ صحّد الاذن من المالك فى بيع المامور المال لنفسه اولشّراء لنفسه ممنوعة اذالمالك انّما اجاز البيع لنفسه ولم يجز تمليكه المتاع لنفسه اوّلا ثمّ بيعه

(٨) راجع الجزء الاوّل ص ٣٤٤ سطر ٧ بقوله «و لاجل ما ذكرنا صرّح المشهور بل قيل

لأنّ الأذن فى البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الاقتضاء[١] تقدير الملك آناً ما قبل البيع بخلاف الاجازة فانّها لا تتعلّق الا بما وقع سابقا والمفروض أنّه لم يقع الّا مبادلة مال الغير[٢] بمال آخر نعم لمّا بنى هو[٣] على ملكيّة ذلك المال عدواناً او اعتقاداً قصد بالمعاوضة رجوع البدل اليه

فالاجازة من المالك ان رجعت الى نفس المبادلة[٤] افادت[٥] دخول البدل فى ملك المجيز و ان رجعت الى المبادلة منضمة الى بناء العاقد

← لم يوجد خلاف فى انّه لو دفع الى غيره مالاً و قال اشتر به لنفسك طعاماً الخ.

(١) و هى دلالة مقصودة للمتكلّم و يتوّقف صدق الكلام او صحّته على تقدير كتقدير «الاهل» فى مثل السئوال من القرية حيث انّ السّئوال عن القرية امر غير معقول فالعقل يحكم بتقدير كلمة لا محاله و هى كلمة «اهل» اى فاسئلوا اهل القرية

(٢) اى بخلاف الاجازة فانّها لا تتعلّق الّا بما وقع سابقا والمفروض انّه لم يقع الّا مبادلة مال المالك لا العاقد فاذا كان ما وقع مبادلة مال المالك فكيف يصير بالاجازة مبادلة مال العاقد بمال آخر

(٣) العاقد الفضولى لمّا بنى على ملكيّة مال الغير ادّعاء عدواناً او اعتقاداً قصد بالمعاوضة رجوع بدل المال الى نفسه

(٤) بدون كون الثّمن راجعاً الى العاقد

(٥) افادت الاجازة

على تملّك المال فهى[١] وان افادت دخول البدل فى ملك العاقد الّا انّ مرجع هذا[٢] الى اجازة ما بنى عليه العاقد من التملّك وامضائه[٣] له اذ[٤] بعد امضائه يقع البيع فى العاقد فيملك البدل الّا[٥] انّ من المعلوم عدم الدّليل على تاثير الاجازة فى تاثير ذلك البناء فى تحقّق متعلّقه[٦] شرعاً

بل الدّليل على عدمه[٧] لأنّ هذا[٨] ممّا لا يؤثّر فيه الاذن لأنّ الاذن فى التملّك[٩] لا يوثّر التملّك فكيف اجازته[١٠]

---

(١) يعنى فالاجازة وان افادت دخول البدل فى ملك العاقد الفضولى لا المالك.

(٢) اى مرجع دخول البدل فى ملك العاقد الفضولى.

(٣) اى و امضاء المالك الاصلى هذا التملّك للفضولى باجازته له البيع اوالشّراء الصّادر منه

(٤) قوله (اذ) علّة لكون دخول البدل فى ملك العاقد راجعا الى اجازة على التملّك

(٥) يعنى البناء على تملّك مال الغير

(٦) اى فى تحقّق متعلّق البناء و هو المالكته على مال الغير

(٧) اى عدم تحقّق متعلّق الاجازة لانّ هذا البناء على التملّك ممّا لا يـؤثّر فـيه الاذن فانّك اذا قلت لزيد أذنت لك ان تتملّك كتابى لم يؤثّر اذنك فى ان يصبح الكـتاب له اذ للملك اسباب خاصّة و ليس منها الاذن

(٨) اى البناء على التملّك

(٩) يعنى مجرّد الاذن فى التملّك من دون اذن فى التّمليك .

(١٠) يعنى اجازة التملّك

و امّا الثّانى[١] فلما عرفت[٢] من منافاته لحقيقة البيع الّتى هى المبادلة و لذا[٣] صرّح العلّامة (ره) فى غير موضع من كتبه[٤] تارة «بأنه لا يتصوّر» و اخرى «بانّه لا يعقل أن يشترى الانسان لنفسه بمال غيره شيئاً» بل ادّعى بعضهم[٥] فى مسألة قبض المبيع «عدم الخلاف فى بطلان قول ما لك الثّمن اشتر لنفسك به طعاماً» و قد صرّح به[٦] الشّيخ والمحقّق و

---

(١) يعنى و أمّا النّظر فى الوجه الثّانى ذكره المصنّف (ره) فى ص ١٢٨ بقوله «الثّانى انّه لا دليل على اشتراط كون احد العوضين ملكاً للعاقد... الخ»

(٢) اى فلما عرفت فى اوّل كتاب البيع حيث قال «و هو فى الاصل كما عن المصباح المنير مبادلة مال بمال» فانّ المبادلة بين المالين و عوضيّة كلٍّ منهما عن الآخر قد اخذت فى مفهوم البيع و حقيقته فكيف يعقل دخول الثّمن فى كيس غير من خرج من كيسه المثمن فهو مناف لحقيقة البيع التى هى المبادلة اذ لا تسمى عندئذ مبادلة

(٣) اى و لاجل أنّ ما ذكره البعض فى الوجه الثّانى مناف لحقيقة البيع و مفهومه

(٤) لم اظفر فى القواعد والتّذكرة بتصريح العلّامة (ره) بعدم المعقوليّة فى مسألة الشّراء لنفسه بمال الغير و انّما ذكر ج ٢ تذكرة ص ٣٢ السّطر ١٣ «لانّه لا يتصوّر ان يبيع الانسان مال غيره لنفسه»

(٥) و هو صاحب الجواهر رحمة الله عليه لقوله «بلاخلاف اجده فيه، لامتناع الشّراء بمال الغير لغيره مادام على الغير ولو باذنه» (راجع جواهر الكلام ج ٢٣ ص ١٧٤ سطر ١٥)

(٦) اى ببطلان قول مالك الثّمن: اشتر به لنفسك طعاماً

غيرهما[١]

نعم[٢] سياتى فى مسألة جواز تتّبع العقود للمالك[٣] مع علم المشترى بالغصب[٤] أنّ ظاهر جماعة كقطب الدّين والشّهيد و غيرهما أنّ الغاصب مسلّط على الثّمن[٥] و ان لم يكن يملكه فاذا اشترى به[٦] شيئاً ملكه و ظاهر هذا[٧] امكان ان لا يملك الثّمن و يملك المثمن المشترى[٨]

الّا ان يحمل ذلك[٩] منهم على التزام تملّك البايع الغاصب للثمن[١٠]

---

(١) لعلّ المراد بهذا الغير هو العلّامة و قد تقدّم فى رابع تنبيهات المعاطاة فراجع

(٢) قوله (نعم) الخ استدراك من قوله «و امّا الثّانى فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع الّتى هى المبادلة»

(٣) كلمة (للمالك) متعلقة بـ جواز

(٤) كما لو باع كتاب عمرو زيدٌ لخالد و خالدٌ لبكرٍ و بكرٌ لخويلد و كلّهم يعلمون بالغصبيّة فانّه يجوز للمالك ان يجيز احد العقود فيبطل غيرها.

(٥) كما لو باع الغاصب ثوب زيد بدراهم فاخذ الدّراهم فيكون التّصرف مباحاله ثمّ الغاصب اشترى بها كتاباً فيملك الكتاب

(٦) اى فاذا اشترى الغاصب بالثّمن الّذى حصله من بيع الغصب شيئاً ملك الشّيى مثلا باع زيد الغاصب كتاب عمرٍ و غصباً فاخذ دراهم فاشترى بالدّراهم ثوبا فانّه يملك الثوب

(٧) اى و ظاهر هذا الكلام من قطب الدّين والشّهيد و غيرهما

(٨) كلمة (المشترى) بصيغة المفعول صفة للمثمن

(٩) يعنى اشتراء لغاصب بالثّمن المغصوب و مالكيّته للمثمن

مطلقا[١١] كما نسبه الفخر قده الى الاصحاب او آناماً[١٢] قبل ان يشترى به شيئاً تصحيحا[١٣] للشّراء كيف كان[١٤] فالاولى فى التّفصى عن الاشكال المذكور[١٥] فى البيع لنفسه ما ذكرنا[١٦] ثمّ انّ ممّا ذكرنا من انّ نسبته ملك العوض حقيقة انّما هو[١٧] الى مالك المعوّض لكنّه بحسب بناء الطّرفين[١٨]

---

(١٠) اقول الجارّ متعلّق بالتملّك والمراد من الغاصب غاصب المثمن

(١١) مراده قدّه انّ المشترى مع علمه بالغصب يكون مسلّطا للبايع على الثّمن فيكون البايع الغاصب مالكا للثّمن مطلقا لا آناً ما قبل الشّراء كما نسب الفخر المحققين هذا الالتزام الى الاصحاب.

(١٢) اى اويحمل منهم على تملك الغاصب للثمن آناً ما قبل ان يشترى به شيئاً

(١٣) قوله «تصحيحا للشّرا» قيد لقوله «الّا ان يحمل»

(١٤) سواء ثمّ الوجهان المتقدّمان عن بعض تلامذه كاشف الغطاء (ره) لحلّ الاشكال فى شراء الفضولى الغاصب لنفسه شيئاً ام لم يتمّا

(١٥) و هو قوله فى ص ١١٥ «ولكن نشكل فيما اذا فرضنا الفضولى مشتريا لنفسه بمال الغير الخ»

(١٦) فى ص (١٢٠) من قوله «فالانسب فى التفصّى ان يقال انّ (نسبة) الملك الى الفضولى الخ

(١٧) مرجع الضمير كلمة نسبة فالا ولى تانيثه

(١٨) اى ولكن ملك العوض يكون بحسب بناء الطّرفين و هما البايع الغاصب والمشترى العالم بالغصبيّة

على مالكيّة الغاصب للعوض منسوب اليه[١] يظهر[٢] اندفاع اشكال

---

(١) اى الى الغاصب و كلمة «منسوب» خبر «لكنّه»

(٢) كلمة «يظهر» خبر «انّ» فى قوله «انّ ممّا ذكرنا» اقول ذكر بعض المعاصرين فى هذا المقام ما لفظه «ملخّص الكلام أنّ الاشكال انّما يكون من جهتين (الاولى) أنّ المشترى العالم بكون البايع غاصباً كيف يملكه الثّمن بازاء تمليكه مال الغير (الثّانية) أنّه لو سلّط المشترى العالم الفضولى على الثّمن ليس له الرّجوع على البايع بالثّمن لوردّ المالك البيع على ما حكم به الاصحاب و هذا يكشف عن اختصاص الغاصب بالثّمن فلا يكون البيع المزبور قابلاً للاجازة لكونه بيعاً بلا ثمن اذ لو كان هذا ثمنه كان اللّازم ان يردّ الى المشترى بردّ البيع

امّا الاشكال من الجهة الاولى فالجواب عنه هو الجواب عن الاشكال بانّ الغاصب كيف يقصد المعاوضة الّذى مرّ

و به يظهر انّ ما ذكره المصّنف ره من انّه بما ذكرناه اندفع هذا الاشكال متين و لا يرد عليه ما افاده المحقّق الايروانى ره بقوله لم اعرف وجه ارتباط لما ذكره بهذا الاشكال كى يحصل به الجواب عنه

«و امّا الاشكال» من الجهة الثّانية فيمكن الجواب عنه بأنّ هذا الحكم لم يفت الاصحاب جميعاً به بل فى المسألة قولان آخران احدهما انّ الضّمان مطلقا كما افتوا به جميعاً فى المسألة المقبوض بالعقد الفاسد ثانيهما الضمان مع بقاء العين و اجاب عنه المصّنف ره بجوابين آخرين احدهما انّ التّسليط المذكور انّما يكون تسليطاً مجّانيّاً فى صورة الرّد خاصّة لا مطلقا و فيه انّ هذا يكون تمليكاً معلّقا و هوغير نافذ

ثانيهما أنّ هذا الاشكال لو تمّ فانّما هو على القول بالنّقل و لا يتمّ على القول بالكشف فانّه على هذا المسلك تكشف الاجازة عن كونه تسليطاً على مال الغير و فيه انّ الكشف الّذى

←

آخر فى البيع لنفسه مختصٌّ[١] بصورة علم المشترى الاصيل و هو[٢] أنّ المشترى الاصيل اذا كان عالماً بكون البايع لنفسه غاصباً فقد حكم الاصحاب على ما حكى عنهم بأن المالك لو ردّ[٣] ليس للمشترى الرّجوع على البايع بالثّمن

و هذا[٤] كاشف عن عدم تحقّق المعاوضة الحقيقيّة و الّا[٥] لكان ردّها

← يمكن الالتزام به هو الكشف الحكمى لا الحقيقى فقبل الاجازه لا يكون المال منتقلا عنه فتدبر انتهى.

(١) كلمه «مختص» مجرور صفة لـ«اشكالٍ» اى انّ هذا الاشكال الآخر يختصّ بصورة علم المشترى بكون العاقد غاصباً.

(٢) اى الاشكال الآخر هو أنّه يلزم فى صورة علم المشترى بكون البايع لنفسه غاصبا للمبيع ان يكون البيع هنا بلا ثمن

(٣) اقول يعنى أنّ مالك المبيع لو ردّ بيع الفضولى الغاصب و رجع الى المشترى و اخذ المبيع ليس للمشترى العالم بكون البايع غاصباً الرّجوع اليه و مطالبة الثّمن منه حتّى اذا كان الثّمن موجودا و ذلك لأنّ المشترى مع علمه بالغصب دفع الثّمن الى الغاصب مجّاناً و بلا عوضٍ فيكون البيع بلا ثمن و حيث انّ البيع بلا ثمن غير معقول لزم أن نقول ببطلان بيع الغاصب

(٤) اى حكم الاصحاب بعدم رجوع المشترى على البايع للثّمن و ذلك لأنّ ردّ المالك البيع كاشفٌ عن عدم تحقّق المعاوضة الحقيقيّة لانّ المعاوضة الحقيقيّة عبارة عن دخول الثّمن فى ملك من خرج عنه المثمن

(٥) اى و لو كانت المعاوضة الحقيقيّة متحقّقة فى الخارج لكان للمشترى حقّ الرّجوع

موجباً لرجوع كلّ عوض الى مالكه و حينئذ[١] فاذا اجاز المالك لم يملك الثّمن لسبق[٢] اختصاص الغاصب به فيكون[٣] البيع بلا ثمنٍ و لعلّ هذا[٤] هوالوجه فى اشكال العلاّمة فى التّذكرة حيث قال بعد الاشكال فى صحّة بيع الفضولى مع جهل المشترى[٥] «انّ الحكم فى الغاصب مع علم المشترى اشكل[٦]» انتهى[٧]

➡ على البايع بالثّمن عند ردّ المالك المعاملة

(١) اى و حين ردّ المالك البيع .

(٢) اقول وجه سبق اختصاص الغاصب بالثّمن هو دفع المشترى العالم بالغصبيّة الثّمن الى الغاصب فهذا السّبب اسبق من السّبب الثّانى و هو الاجازة الصّادرة من المالك

(٣) اقول هذا هو الاشكال الّذى صرّح به فى (ص ١٣٦ بقوله «يظهر اندفاع اشكال آخر فى صحّة البيع»

(٤) اى وقوع البيع بلا ثمن

(٥) اى مع جهل المشترى بالغصب لعدم تحقّق المعاوضة الحقيقيّة مع عدم كون المبيع ملكاً للبايع

(٦) هذه عبارة العلاّمة (ره) الثّامن لو باع الفضولى او اشترى مع جهل الآخر فاشكال ينشاء من أنّ الآخر انّما قصد تمليك العاقد امّا مع العلم فالاقوى ما تقدّم و فى الغاصب مع علم المشترى اشكل اذ ليس له الرّجوع بما دفعه الى الغاصب (تذكرة الفقهاء ج ١ ص ٤٦٣ سطر ١٢

(٧) ما افاده العلاّمة (ره)

اقول هذا الاشكال[١] بناء على تسليم ما نُقِلَ عن الاصحاب من أنّه ليس للمشترى استرداد الثّمن مع ردّ المالك و بقائه[٢] و بعده[٣] تسليم أنّ الوجه فى حكمهم ذلك[٤] هو مطلق التّسليط[٥] على تقديرى الرّدّ والاجازة لا التّسليط[٦] المراعى بعدم اجازة البيع انّما[٧] يتوجّه على القول بالنّقل حيث انّ تسليط المشترى للبايع على الثّمن قبل[٨] انتقاله الى مالك المبيع

---

(١) اى اشكال عدم قصد البيع حقيقة و غرضه انّ هذا الاشكال مبنىٌ على امور احدها تسليم عدم جواز رجوع المشترى على البايع الغاصب مع ردّ المالك و ثانيها كون تسليط المشترى للغاصب على الثّمن مطلقا لامراعى بعدم اجازة المالك البيع و ثالثها تسليم كون الاجازة ناقلة و مع فقد كلّ واحد من هذه الامور لا يتوجه الاشكال من اصله حتّى يحتاج الى ما ذكر من الدّفع.

(٢) اى بقاء الثّمن قوله «و بعد» معطوف على قوله «بناء على تسليم»

(٣) اى و حين ردّ المالك البيع.

(٤) اى بعدم رجوع المشترى العالم بغصبيّة المبيع بالثّمن على البايع

(٥) و هو تسليط المشترى العالم العاقد الفضولى على الثّمن سواء ردّ المالك البيع ام لا

(٦) والمقصود من تسليط المراعى انّ المالك ان لم يجز البيع فالثمن لك و ان اجاز فهو للمالك

(٧) كلمة (انّما) خبر لقوله «هذا الاشكال» يعنى هذا الاشكال انّما يتوجّه بعد الامرين المتقدمين و هذا اشارة الى الامر الثّالث و حاصله القول بأنّ الاجازة ناقلة لا كاشفة

(٨) قوله (قبل انتقاله) خبر لِـ(انّ) والضّمير فيه يرجع الى الثّمن

بالاجازة[١] فلا يبقىٰ مورد للاجازة[٢] و امّا على القول بالكشف فلا يتوجّه اشكال اصلاً لانّ الردّ كاشف عن كون تسليط المشترى تسليطا له[٣] على مال نفسه[٤] والاجازةُ كاشفة عن كونه[٥] تسليماً له على ما يملكه غيره بالعقد السّابق على التّسليط الحاصل بالاقباض و لذا[٦] لو لم يقبضه الثّمن حتّى اجاز المالك او ردّ لم يكن للغاصب انتزاعه[٧] من يد المشترى[٨] او المالك[٩]

---

(١) كلمة (بالاجازة) متعلّقة بـ«انتقاله»

(٢) و ذلك لانّه لا ثمن فى المقام و ما لا ثمن له لا يكون بيعا لأنّ البيع بلا ثمن غير معقول فلزم ان نقول ببطلان هذا البيع

(٣) اى للغاصب.

(٤) اى مال نفس المشترى فهو قد سلّط البايع الغاصب على مال نفسه و مع الردّ لا يتحقّق بيع حتّى يصير الثّمن ملكا لمالك المبيع

(٥) اى عن كون تسليط المشترى العالم بالغصبيّة العاقد الفضوليّ على الثّمن الّذى كان يملكه غير العاقد الفضوليّ الغاصب و هو المالك الاصيل

(٦) اى و لاجل أنّ هذه الاجازة كاشفة عن كون تسليط المشترى العالم بالغصبيّة الثّمن للغاصب

(٧) اى انتزاع الثمن والضمير المستتر فى (يقبضه) يرجع الى المشترى العالم بالغصبته

(٨) يعنى فى صورة ردّ مالك المبيع لأنّ الغرض أنّ المشترى لم يقبض الثّمن و لم يحصل للغاصب التّسلط على الثّمن لكى يكون له انتزاعه من يد المشترى

(٩) يعنى فى صورة اجازة المالك

و سياتى فى مسألة جواز تتبّع العقود للمالك تتمّة لذلك[١] فانتظر ثمّ اعلم أنّ الكلام فى صحّة بيع الفضولى لنفسه غاصباً كان او غيره[٢] انّما هو فى وقوعه للمالك اذا اجاز و[٣] هو الّذى لم يفرّق المشهور بينه و بين الفضولى البايع للمالك لا لنفسه و امّا الكلام فى صحّة بيع الفضولى و وقوعه لنفسه اذا صار مالكاً للمبيع و اجاز[٤] سواء باغ لنفسه او المالك فلا دخل له بما نحن فيه[٥] لأنّ الكلام هنا[٦] فى وقوع البيع للمالك و هناك[٧] فى وقوعه للعاقد اذا ملك

و من هنا[٨] يعلم أنّ ما ذكره فى الرّياض من «أنّ بيع الفضولى لنفسه باطل و نَسَب الى التّذكرة نفَى الخلاف فيه» فى غير محلّه[٩] الّا ان

---

(١) اى للعاقد الفضولى اذا اشترى لنفسه بمال الغير

(٢) كما لو اعتقد انّه مالك كما فى صحيحة الحلبى المشار اليها فى ص ٦٧

(٣) يعنى انّ البيع الفضولى لنفسه غاصباً كان او غيره انّما هو فى وقوعه للمالك اذا اجاز.

(٤) و هو مسألة من باع شيئاً ثمّ ملك

(٥) الّذى هو وقوع بيع الفضولى مال الغير لنفسه او وقوع الشّراء لنفسه للمالك

(٦) و هو وقوع بيع الفضولى مال الغير لنفسه للمالك

(٧) و هوبيع الفضولى و وقوعه لنفسه اذا صار مالكاً

(٨) اى من ذهاب المشهور الى صحّة بيع الفضولى لنفسه اذا اجاز المالك فيصير ثمنُ المبيع ملكاً للمالك الاصيل

(٩) جملة «فى غير محلّه» خبر لقوله «انّ ما ذكره» و ذلك لأنّ ذهاب المشهور الى صحّة

يريد[١] ما ذكرناه[٢] و هو خلاف ظاهر كلامه بقى هنا[٣] امر ان الاوّل أنّه لا فرق على القول بصّحة بيع الفضولى بين كون مال الغير عيناً او ديناً او فى ذمّة[٤] الغير و منه[٥] جعل العوض ثمناً او مثمناً فى ذمّة الغير ثمّ انّ تشخيص ما فى الذّمّة الّذى يعقد عليه[٦] الفضولى امّا باضافة الذّمة[٧] الى الغير بان يقول «بعتُ كُرّاً من طعام فى ذمّة فلان بكذا»[٨] او «بُعت هذا بكذا فى ذمّة فلان»[٩] و حكمه[١٠] انّه لو اجاز فلانٌ يقع العقد

➡ بيع الفضولى لنفسه مناف لنفى الخلاف فى بطلانه

(١) اى صاحب الرّياض.

(٢) و هو البطلان من حيث كونه لنفسه لا البطلان حتّى مع الاجازة

(٣) يعنى فى مسألة بيع الفضولى

(٤) مثال العين كما لو قال زيد بعتك هذا الكتاب الّذى هو لبكر بدينار و مثال الدّين فى ذمّة الغير كما لو قال زيد بعتك كتاباً كليّاً فى ذمّة بكر بدينار

(٥) اقول يعنى من الفضولى فى الذّمة جعل العوض ثمناً فى ذمّة الغير بان اشترى شيئاً بدرهم فى ذمّة زيدا و جعل العوض مثمنا فى ذمّة الغير بان باع رطلا من الخيطة فى ذمّة زيد بدرهم و فى كليهما صار العوض دينا فى الذّمة بنفس البيع اوالشّراء

(٦) النّصير يرجع الى الموصول فى «ما فى الذّمة»

(٧) مراده من هذه الاضافة فى قبال القصد هو التّصريح باسم صاحب الذّمة فى العقد

(٨) قوله هذا مثال لجعل المثمن فى ذمّة الغير باضافة الذّمة الى الغير.

(٩) هذا مثال لجعل الثّمن فى ذمّة الغير باضافة الذّمة الى الغير

(١٠) يعنى و حكم تشخيص الكلّى فى صحّة البيع و عدمه

له و ان ردّ[١] بطل رأساً

و امّا[٢] بقصده العقد له فانّه اذا قصده فى العقد تعيّن كونه صاحب الذّمة لما عرفت[٣] من استحالة دخول احد العوضين فى ملك غير من[٤] خرج عنه الآخر

الّا على احتمالٍ ضعيف تقدّم[٥] عن بعضٍ فكما أنّ تعيين العوض فى الخارج يفنى عن قصد مَن وقع له العقد فكذا قصدُ من وقع له العقد يفنى عن تعيين الثّمن الكلّى باضافته الى شخصٍ خاصٍ

---

(١) الضّمير المستتر فى «ردّ» و ضمير «له» يرجعان الى «فلان» و ان ردّ بطل رأسا اى لا يقع لمن اضاف الذّمة اليه و لا للعاقد

(٢) كلمة «امّا» معطوفة على قوله «امّا» يعنى تشخيص ما، فى الذّمة تارة بقصد الفضولى كون العقد لشخص غيره بان نوى فى قلبه كون البيع اوالشّراء لزيد ففى الاوّل يتشخّص المبيع الكلّى بكونه فى ذمّة زيد و فى الثّانى الثّمن الكلّى يتشخّص بكونه فى ذمّة زيد و انّما تشخصّها بالقصد

(٣) اقول تقدّم التّنبيه عليه فى بيع الفضولى لنفسه حيث قال فى ردّ الوجه الثّانى «فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع الّتى هى المبادلة ص ١٣٢

(٤) يعنى غير من قصد له العقد

(٥) و هو الوجه الثّانى من الوجهين الّذين ذكرهما البعض و نقلهما عنه الشّيخ فى ص ١٢٥ بقوله و ذكر بعضهم فى ذلك وجهين و قد عرفت ضعف ذلك عند قول المضف فى ص ١٣٢

و امّا الثّانى فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع الّتى هى المبادلة.

و حينئذ[١] فان اجاز من قُصد مالكيّته وقع العقد و ان ردّ فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعا[٢] لأن مقتضى ردّ العقد بقاء كلّ عوضٍ على ملك صاحبه اذا المال[٣] مردّد فى باب الفضولى بين مالكه الاصلى وبين مَن وقع له العقد فلا معنى

لخروجه عن ملك مالكه و تردّده[٤] بين الفضولى و من له العقد اذ[٥] لو صحّ وقوعه للفضولى لم يحتج الى اجازة و وقع له الّا[٦] انّ الطّرف الآخر

---

(١) يعنى و حين أن قلنا انّ تعيين العوض فى الخارج يغنى عن قصد من وقع له العقد و كذلك قصد من وقع له العقد يغنى عن تعيين الثّمن الكلّى

(٢) و ذلك لانّ مع الردّ و حلّ العقد من وليّه لا يبقى ما يوجب صحّة العقد و لو ظاهراً فكلّ عوضٍ باق على ملك صاحبه بمقتضى انحلال العقد .

(٣) اى مال المالك الاصيل حاصل الكلام فى المقام أنّ مال الاصيل مردّد بين بقائه على ملك مالكه الاصلى ان لم يؤثّر العقد فى النّقل والانتقال و بين انتقاله الى من وقع له العقد ان اثر العقد كما فى صورة الاجازة

(٤) الضّمير فى تردّده و «لخروجه مالكه» يرجع الى المال

(٥) كلمة (اذ) علّة لعدم تردّد المال بين الفضولى و من له العقد و ملخّصه أنّه لو بنى على وقوع العقد للفضولى فلا وجه لهذا التّردد بل يقع العقد للفضولى من دون حاجة الى اجازته

(٦) اقول ملخّص هذا الكلام انّ الطّرف الآخر فى المعاوضة سواء كان بايعاً للفضولى اذا كان الثّمن فضوليا ام مشتريا من الفضولى لو كان المثمن فضوليّا لو لم يصدّق الفضولى على

←

لو لم يصدّقه[١] على هذا القصد[٢] و حلف على نفى العلم حُكِمَ[٣] على الفضولى لوقوع[٤] العقد له ظاهراً[٥] كما عن المحقق[٦] و فخر الاسلام والمحقّق الكركى و السيّورى والشّهيد الثّانى و قد يظهر من اطلاق[٧] بعض الكلمات كالقواعد والمبسوط[٨] وقوع

⇐ هذا القصد بان قال زيد للفضولى انت تكذب فى انّك قصدتنى عند المعاملة و حلف زيد على نفى العلم بانّى لا اعلم انّك ايها الفضول قصدتنى عند المعاملة بل عقدت لنفسه حكم لزيد الحالف على الفضول فعندئذ لا يكون زيد مكلّفا بالردّ و لا باعطاء الثّمن لوقوع العقد للفضولى ظاهراً.

(١) اى لو لم يصدّق الطّرف الآخر الفضولىّ

(٢) المراد من القصد ادّعاء الفضولى أنّى قصدت البيع اوالشّراء للغير لا لنفسه

(٣) قوله «حكم له» جواب لـ«لو» فى قوله «لو لم يصدّقه»

(٤) اقول قوله «لوقوع الخ تعليل لتقديم قول المشترى بالحلف والحكم له على الفضولى

(٥) الوجه فى الحكم به للطّرف الآخر على الفضولى لحلف الطرف الآخر على نفى العلم

(٦)

(٧) المراد بالاطلاق عدم تقييد وقوع البيع للفضولى ظاهرا اذ من البيّن اقتضاء هذا الاطلاق الوقوع له باطناً و ظاهرا

(٨) راجع القواعد الاحكام ١ ص ٢٤٧ سطر ١٩ بقوله «و ليس له ان يشترى من ينعتفق على المالك الخ والمبسوط للشيخ الطّوسى ج ٣ ص ١٧٨

العقد[١] له واقعا و قد نسب ذلك[٢] الى جماعة فى بعض فروع المضاربة[٣]

و حيث عرفت[٤] أنّ قصد البيع للغير او اضافته[٥] اليه فى اللّفظ يوجب صرف الكلّى الى ذمّة ذلك الغير كما أنّ اضافة الكلّى اليه[٦] توجب[٧] صرف البيع اوالشّراء اليه[٨] و ان لم يقصده[٩] او لم يضفه[١٠] اليه

---

(١) قوله (وقوع العقد) فاعل لقوله (يظهر) فى قوله (و قد يظهر) اى يقع العقد للطّرف الآخر فى الواقع و نفس الامر و يحكم له فى الواقع لا ظاهرا.

(٢) اى وقوع العقد للطّرف الآخر فى الواقع و نفس الامر

(٣) و هى ان يدفع مالا الى غيره ليعمل بحصّة معّنية من ربحه

(٤) اى فى ص ١٤٤ عند قوله «ثمّ انّ تشخيص ما فى الذّمة الّذى يعقد عليه الفضولى»

(٥) يعنى اضافة البيع الى الغير فى اللّفظ بان قال «بعت عن عمرو منّا من الحنطة بكذا فانّه استدالبيع الى عمرو فى اللّفظ و امّا الحنطة فلم يضفها الى ذمّة لعدم الاحتياج الى اضافة الحنطه بعد اضافة البيع الى عمرو

(٦) اى الى الغير فانّ اضافة الكلّى الى الغير كان يقول البايع الفضولى «بعتك كُرّاً من طعام فى ذمّة خالد» او يقول المشترى الفضولى اشتريت هذا الكتاب بدينار فى ذمّة خالد فالمراد من الكلّى هو الدّينار الّذى اضيف الى خالد.

(٧) كلمة (توجب) خبر لِـ(انّ) فى قوله «كما انّ»)

(٨) اى الى ذلك الغير

(٩) اى و ان لم يقصد الفضولى البيع اوالشّراء لذلك الغير

(١٠) اى و ان لم يضف الفضولى البيع اوالشّراء الى الغير

ظهر[١] من ذلك[٢] التّنافى بين اضافة البيع الى غيره و اضافة الكلّى الى نفسه او قصده[٣] من غير اضافة و كذا بين اضافة البيع الى نفسه و اضافة الكلّى الى غيره[٤] فلو جمع بين المتنافيين بان قال «اشتريت هذا لفلان بدرهم فى ذمّتى» او «اشتريت هذا لنفسى بدرهم فى ذمّة فلان» ففى الاوّل[٥] يحتمل البطلان[٦] لانّه فى حكم شراء لشيءٍ للغير بعين ماله و يحتمل الغاء احد القيدين[٧] و تصحيح

---

(١) قوله (ظهر) جواب «حيث» فى قوله «و حيث عرفت»

(٢) اى من ذلك الّذى ذكرنا من انّ مقتضى كلّ اضافة بشيى مخالف لمقتضى الاضافة الاخرى التّنافى بين اضافة البيع الى غيره كما لو قال بعت الكتاب لزيد و بين اضافة الكلّى الى نفسه كما لو قال بدرهم فى ذمتى يعنى بعتك الكتاب بدرهم فى ذمّتى

(٣) قوله «او قصده» معطوف على «اضافة» يعنى سواء كان جعل الكلّى فى ذمّته بالاضافة لفظاً كان يقول «فى ذمّتى» ام بالقصد كان يقول بعت لخالدٍ كرّاً من طعام» قاصداً كون الكرّ من الطّعام فى ذمّة نفسه مع اضافة البيع الى غيره و هو خالد

(٤) كقوله: «بعتك كرّاً من حنطة بذمة خالد»

(٥) قوله «ففى الاوّل» جواب الشّرط فى قوله: «فلو جمع» والمراد بالاوّل: المثال الاوّل و هو قوله «اشتريتُ هذا لفلان بدرهم فى ذمّتى»

(٦) اى لانّ الاوّل و هذا التّعليل مبنىٌ على ما قرّره و هو توقّف معنى المبادلة والمعاوضة على دخول احد العوضين فى ملك من خرج عنه الآخر فعندئذ لا محيص عن القول بالبطلان.

(٧) اقول يعنى بهما قوله (لفلان) و قوله (فى ذمّتى)

المعامله لنفسه[١] او لغيره[٢] و فى الثّانى[٣] يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير فيقع للغير بعد اجازته

لكن[٤] بعد تصحيح المعاوضة بالبناء على التّملّك فى ذمّة الغير اعتقادا[٥] و يحتمل الصحّة[٦] بالفاء[٧] قيد «ذمة الغير» لانّ[٨] تقييد الشّراء اوّلاً بكونه لنفسه يوجب الفاء ماينا فيه من[٩] الى الغير

---

(١) اذا الغى القيد الاوّل و هو «لفلان»

(٢) اذا الغى القيد الثّانى و هو «فى ذمّتى»

(٣) اى فى المثال الثانى و هو قوله «اشتريت هذا لنفسى بدرهمٍ فى ذمّة فلان»

(٤) يعنى بعد فرض تحقّق قصد المعاوضة بالبناء على التّملك يعنى بناء العاقد على أنّه مالك للدّرهم فى ذمّة الغير و هو فلان

(٥) بانّه مالك لدرهم فى ذمّته اذ لولا هذا البناء لم يتحقّق مفهوم المعاوضة الحقيقيّة حيث اخذ فى مفهومها مبادلة مال بمال كما عرفت فى تعريف البيع

(٦) قوله و يحتمل معطوف و هذا هو الاحتمال الثّانى و حاصله انّه يحتمل الصّحة لنفسه فى المثال الثّانى الّذى ذكر بقوله «اشتريت لنفسى هذا بدرهم فى ذمّة زيد» بان يلفى قيد «ذمّة زيد» لانّ تقييد الشّراء اوّلا بكونه لنفسه كما هو مدلول قوله «اشتريت لنفسى» يوجب الفاء ما ينا فيه من قوله «فى ذمة زيد».

(٧) قوله (بالفاء) متعلّق بقوله (يحتمل) والباء للسّببيته

(٨) قوله «لانّ» علّة لا لفاء قيد «ذمة الغير» بمعنى أنّ قيد ذمّة الغير يلفى لاجل كونه منافياً لتقييد الشّراء اوّلاً لنفسه

(٩) كلمة «من» بيان للموصول فى قوله «ما ينافيه»

والمسألة[١] تحتاج الى التّامل

ثمّ انّه[٢] قال[٣] فى التّذكرة «لو اشترى فضوليّاً فان كان بعين مال الغير فالخلاف[٤] فى البطلان او الوقف على الاجازة الّا[٥] أنّ ابا حنيفة قال يقع للمشترى بكلّ حال[٦] و ان كان فى الذّمة لغيره[٧] واطلق اللّفظ قال علمائنا يقف على الاجازة فان اجازه[٨] صحّ و لزمه اداء الثّمن و ان ردّ

---

(١) و هى الجمع بين المتنافيين من قوله: «اشتريت هذا لفلان بدرهم فى ذمّتى»

(٢) الضّمير للشّان

(٣) قد تعرّض المصّنف (ره) لكلام العلامة قده هنا لانّه استظهر من كلامه أنّ العلّامة فى مقام بيان مورد من موارد الجمع بين المتنا فيين

(٤) يعنى الخلاف الموجود فى بيع الفضولى لنفسه فى البطلان والوقف على الاجازة موجود فى الشّراء ايضا فامّا يبطل و امّا يصّح للمالك مع الاجازة.

(٥) استدراك على ما فى المسألة من القولين و هما البطلان والوقف على الاجازة حيث انّ اباحنيفه خالف و ذهب الى قول ثالث و هو الصّحة و وقوعه للمشترى

(٦) اى سواء اجاز المالك ام ردّ

(٧) اقول الظّاهر انّ المراد بهذه العبارة أنّ الفضولى اشترى شيئاً لغيره بثمن كلّى فى ذمّة نفسه و اطلق اللّفظ اى لم يقيّد صيغة الشراء بكونه للغير بان يقول اشتريت هذا بمنّ من حنطة مجرّداً عن تقييده بقوله فى ذمّتى لفلان يعنى من قصد كون الشّراء له ولكن قصد كون الشّراء للغير والثّمن فى ذّمة نفسه

(٨) اى فان اجاز الغير صحّ عقد الشّراء و لزم الغير و ان ردّ الغير نفذ عن المباشر

نفذ عن المباشر[١] و به قال الشّافعى فى القديم[٢] و احمد[٣] و انّما يصّح الشّراء[٤] لانّه تصرّف فى ذمّته لافى[٥] مال غيره[٦] و انّما[٧] توقّف على الاجازة لانّه[٨] عقد الشّراء له فان اجازه[٩] لزمه و ان ردّه لزم لمن اشتراه و لا فرق بين ان ينقد[١٠] من مال الغير او لا و قال

---

(١) و هو العاقد الفضولى اى يكون الشّراء له و يجب عليه دفع الثّمن

(٢) قوله «فى القديم» كما عن بعض المعاصرين اسم لآرائه حين اقامته ببغداد و الجديد اسم لآرائه الصّادرة منه بعد انتقاله الى مصر و اقامته فيه

(٣) قوله «احمد» عطف على «الشّافعى» يعنى به قال احمد

(٤) اى و انّما يصّح الشّراء الّذى اوقعه الفضولى لنفسه فى صورة ردّ الغير و لا يقع للغير لاجل انّ الفضولى المباشر قد تصّرف فى ذمّته بان جعل الثّمن الّذى يدفعه الى البايع فى ذمّته لا فى ذمّة الغير

(٥) يعنى لم يتصّرف المباشر الفضولى فى مال الغير حتّى لا يصّح الشّراء له فليس من قبيل الغصب حتّى يكون باطلا

(٦) الضّمير فى غيره و فى (لانّه) و فى (ذمّته) راجعه الى الفضول.

(٧) و هم و رفع محصّل الوهم انّه لو كان الشّراء يقع للفضولّى المباشر المشترى لانّه قد تصرّف فى ذمّته و شرائه صحيح على هذا الوجه و ليس باطلا فلماذا تتّوقّف المعاملة على اجازة الغير الّذى ردّ الشّراء

(٨) و حاصل الدّفع أنّ هذا التّوقف انّما هو لاجل انّ الفضولى المباشر للعقد قد عقد الشّراء ابتداء للغير و ان اضاف الثّمن الى ذمّة نفسه قصداً

(٩) فان اجاز الغير هذا الشّراء والعقد

(١٠) قال السيّد فى الحاشينة ما هذا لفظه «اقول معنى انفاذه من مال الغير اعطاء ثمنه من

ابوحنيفة يقع[١] عن المباشر و هو[٢] جديد للشّافعى انتهى[٣] و ظاهره[٤] الاتفاق على وقوع الشّراء مع الرّد للمشترى واقعاً كما يشعر به[٥] تعليله[٦] بقوله لأنه تصرّف فى ذمّته لا فى مال الغير

لكن[٧] اشرنا سابقا[٨] اجمالاً الى أنّ تطبيق هذا على القواعد مشكل لأنّه[٩] اذا جعل المال فى ذمّته بالاصالة فيكون[١٠] ما فى ذمّته كعين

➡ ماله و يحتمل ان يكون ينقد بالقاف والدّال المهملة» اقول و معناه على هذا الاحتمال الدّفع والاعطاء

(١) اى يقع هذا الشّراء عن المباشر الفضولى اذا ردّه الغير

(٢) يعنى وقوع عقد الشراء عن الفضولى المباشر فتوى جديد للشّافعى

(٣) اى انتهى ما ذكره العلّامة قده فى التّذكرة

(٤) اى و ظاهر كلام العلّامة (ره)

(٥) اى بوقوع الشّراء للمشترى

(٦) يعنى تعليل العلّامة فى التّذكرة بانّ المشترى تصرّف فى ذمة نفسه لا فى مال الغير

(٧) قوله (لكن الخ) اشكال المصّنف (ره) على العلّامة قده فى وقوع الشّراء للعاقد الفضولى اذا ردّه الغير

(٨) اشار اليه فى (ص ١١٥) بقوله «ولكن يشكل فيما اذا فرضنا الفضولىّ مشتريا لنفسه بمال الغير.. فلا مورد لاجازة مالك الدّراهم على وجهٍ ينتقل الثّوب اليه» فراجع

(٩) اى لأنّ المشترى العاقد ان جعل المال فى ذمّته بالاصالة و واقعا لا جعل المال فى ذمّة نفسه نائبا عن الغير.

(١٠) قوله (فيكون) جواب الشّرط فى قوله «اذا جعل» اى فيكون ما فى ذمّة المباشر كعين

ماله فيكون كما لو باع عين ماله لغيره

والاوفق بالقواعد فى مثل هذا[١] امّا البطلان لو عمل بالنّية[٢] بناء[٣] على أنّه لا يعقل فى المعاوضة دخول عوض مال الغير فى ملك غيره قهر او امّا[٤] صحّته و وقوعه لنفسه لو الغيت النّية[٥] بناء[٦] على انصراف المعاملة الى مالك العين قهراً و ان نوى خلافه

و ان جعل[٧] المال فى ذمّته لا من حيث الاصالة بل من حيث جعل نفسه

➡ مال المباشر العاقد فيكون كما لو باع المباشر عين ماله الخارجى لغيره كما لو باع زيد ثوبه لخالد بان يخرج الثّوب من ملك زيد و يدخل الثّمن فى ملك خالد فكما انّه لا يجوز ذلك كذلك لا يجوز هذا الشّراء

(١) اى فى مثل هذا الشّراء

(٢) اى نيته الشّراء للغير

(٣) قوله (بناء) تعليل للعمل بالنّيته بمعنى انّ العمل نيّته الشّراء انّما هو لاجل معنى المبادلة والمعاوضة الّذى مرّ كراراً فانّه يقتضى انتقال المبيع الى الفضولى المعطى للثّمن لا انتقاله الى من وقع الشّراء له فضولا

(٤) اى صحّة العقد و وقوعه لنفس المباشر العاقد

(٥) اى لو الغيت نيّته كون الاشتراء للغير

(٦) قوله (بناء) تعليل لالغاء النّيته الى الفاء نيّة الغير مبنى على القول بانصراف مثل هذه المعاملة الى مالك العين و هو الثّمن و ان نوى المباشر الشّراء للغير

(٧) يعنى المباشر الفضولى

نائباً عن الغير فضولا ففيه[١] مع الاشكال فى صحّة هذا[٢] لو لم يرجع[٣] الى الشّراء فى ذمّة الغير

أنّ اللّازم[٤] من هذا أنّ الغير اذا ردّ هذه المعاملة و هذه النّيابة تقع فاسدة من اصلها لا انّها تقع للمباشر نعم[٥] اذا عجز المباشر من اثبات ذلك[٦] على البايع لَزِمه ذلك[٧] فى ظاهر الشّريعه كما ذكرنا سابقا[٨] و نصّ

---

(١) قوله (ففيه) جواب الشّرط فى قوله «و ان جعل»

(٢) اى صحّة جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً اقول وجه الاشكال كما عن بعض المعاصرين هو أنّ جريان الفضولى فى الوكالة امر مشكل و ذلك لأنّ الوكالة عبارة عن الاستنابة عن الموكّل والفضولى عبارة عن المباشرة من عند نفسه فالفضولى مقابل الوكالة.

(٣) اى لو لم يرجع هذا الجعل

(٤) كلمة (أنّ) مع اسمها و خبرها مبتداء مؤخّر و خبره قوله «ففيه» و حاصل الاشكال أنّه بناء على جعل المال فى ذمّة الفضولى نيابة عن الغير لا اصالة عن نفسه يلزم الالتزام بفساد هذه المعاملة والمبادلة اذا ردّها الغير اى المنوب عنه و ذلك لانّ المفروض انشاء الشّراء للغير فاذا ردّه الغير بطل الانشاء من اصله لا انّه يقع للمباشر الفضولى و هذا واضح لا شبهة فيه

(٥) اى اذا عجز المباشر الفضولى من اثبات انّه جعل المال فى ذمّته لا من حيث الاصالة بل من حيث جعل نفسه نائبا عن الغير

(٦) اى من اثبات انّه جعل المال فى ذمته

(٧) اى لزم المباشر الفضولى وقوع الشّراء فى الظّاهر لا فى الواقع

عليه[٩] جماعة[١٠] فى باب التّوكيل

و كيف كان[١١] فوقوع[١٢] المعاملة فى الواقع مردّدة بين المباشر والمنوى[١٣] دون[١٤] التزامه خرط القتاد[١٥] و يمكن تنزيل العبارة[١٦]

---

(٨) حيث تقدّم قوله فى ص ١٤٧: أنّ الطّرف الآخر لو لم يصّدقه على هذا القصد و حلف على نفى العلم حكم له على الفضولى لوقوع العقد له ظاهراً»

(٩) اى على وقوع الشّراء للمباشر ظاهراً

(١٠) كالمحقّق صاحب الشّرايع و فخر المحقّقين والشّهيد الثّانى و السّيورى والمحقّق الكركى و غيرهم

(١١) يعنى سواء جعل الثّمن فى ذمّة الفضولى اصالة ام نيابة تكون المعاملة باطلة رأساً

(١٢) اقول كلمة فوقوع مبتداء و «مرددة» حال من المعاملة و قوله ددون التزامه خرط القتاد خبر «وقوع» يعنى فوقوع المعاملة حال كونها مردّدة بين المباشر والمنوىّ خرط القتاد يكون اخفّ من الالتزام بوقوعها كذلك فانّ هذا الالتزام اصعب و اشدّ اشكالاً من خرط القتاد اذ لا وجه له

(١٣) و هو الغير الّذى اشترى له المباشر الفضولى.

(١٤) اى عند التزامه

(١٥) بمعنى انّه صعب مستصعب و امر مشكل اقول قوله (خرط القتاد) مثل سائر يضرب لكلّ أمرٍ مشكل صعب مستصعب اذ كلمة «خرط» موضوعة لغة لجذب الورق من الشّجر بباطن كفّ اليد من طرف الغصن الى الطّرف الآخر يقال خَرَطَ الورق اى انتزعه من الغصن اجتذابا بكفّه (والقتاد) شجر صلب له شوك كالابرة و معنى المثال والمقصود منه انّ اخذ الشّوك بباطن الكّف من فوق الشّجر الى اسفله صعب و مشكل حيث انّ الشّوك يدخل فى

←

على الوقوع للمباشر ظاهراً لكنّه بعيد[١٧]

الثّانى[١٨] الظّاهر أنّه لا فرق فيما ذكرنا: من[١٩] اقسام بيع الفضولى بين البيع العقدى والمعاطاة بناء على افادتها[٢٠] للملك

اذ لا فرق بينها[٢١] و بين العقد فانّ التّقابض بين الفضوليين[٢٢] او فضوليّ و اصيل اذا وقع بنيّة التّمليك و التّملك فاجازه المالك فلا مانع من وقوع المجاز من[٢٣] حينه او من حين الاجازة فعموم مثل قوله تعالى

← الكّف فيدميها و يجرحها و مع ذلك كلّه تكون هذه العمليّة اهون و اسهل من الالتزام بوقوع المعاملة مردّدة بين المباشر و المنّوى فانّ هذا الالتزام اصعب و اشدّ اشكالاً من حرط القتاد

(١٦) يعنى عبارة العلّامة فى التّذكرة فى قوله: و ان ردّ نفذ عن المباشر»

(١٧) يعنى هذا الحمل بعيد لانّ الظّاهر من عبارته هو وقوع المعاملة للمباشر واقعاً انّ ردّ الغير

(١٨) اى الثّانى من الامرين الّذين قال الشّيخ فى ص ١٤٣: بقى هنا امران

(١٩) كلمة (من) لـ (ما) فى قوله (فيما)

(٢٠) اى افادة المعاطاة

(٢١) اى بين المعاطاة

(٢٢) كما لو اعطى الفضولى ثوب زيد للفضوليّ الآخر و اخذ هوالثّوب و اعطاه دينار بكر فيحصل التّقابض بين الفضوليّين فان اجاز مالك الكتاب والدّينار صحّ بيع الفضوليّ المعاطاتى

(٢٣) اى من حين التّقابض .

«و احلّ اللّه البيع[١] شامل له[٢] و يؤيّده[٣] رواية عروة البارقى[٤] حيث انّ الظّاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة[٥]

و توهّم الاشكال[٦] فيه من حيث[٧] انّ الاقباض الّذى يحصل به التّمليك محرّم لكونه[٨] تصرّفاً فى مال الغير فلا يترتّب عليه[٩] اثر فى غير[١٠] محلّه اذ[١١] قد لا يحتاج الى اقباض مال الغير كما لو اشترى الفضولى

---

(١) سورة البقرة آية ٢٧٦

(٢) اى شامل للبيع المعاطاتى والشّراء المعاطاتى اذا وقعا على نحو الفضولى بالعقد أو المعاطاه

(٣) اى و يؤيّد عدم الفرق بين اقسام البيع الفضولى بين كونه بالعقد او بالمعاطاة

(٤) عوال اللّآئى المجلد ٣ الحديث ٣٦ الضّقحه ٢٠٥

(٥) اى الظّاهر من عروة البارقى

(٦) اى الاشكال فى الفضولى من المعاطاة

(٧) قوله «من حيث» بيان لوجه الاشكال و حيثيّته

(٨) اى لكون الاقباض تصرّفا فى مال الغير «اذ لا يحلّ لاحد ان يتصّرف فى مال غيره الّا باذنه» و مع حرمة الاقباض لا يصلح شرعا لان يتسبّب به الى النّقل و الانتقال.

(٩) اى على هذا الاقباض المحرّم اثر

(١٠) قوله فى غير محله خبر «و توهّم»

(١١) اى اذ قد لا يحتاج التّعامل المعاطاتى الى اقباض مال الغير مثل زيد الفضول يشترى من خالد كتباً بدينار فى ذمّة عمرو و يقبض الكتب فانّه يحصل المعاطاة و تحصّلها

لغيره فى الذّمة مع[١] انّه قد يقع الاقباض مقروناً برضا المالك بناء على ظاهر كلامهم من انّ العلم بالرّضا لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولى مع[٢] انّ النّهى لا يدّل على الفساد

مع[٣] انّه لو دلّ لدلّ على عدم ترتّب الاثر المقصود و هو استقلال الاقباض فى السيّيته فلا ينافى كونه[٤] جزء السّبب و ربّما يستدلّ على ذلك[٥] بانّ المعاطاة منوطة بالتّراضى و قصد الاباحة او التّمليك و

---

(١) هذا اهو الجواب الثّانى للاشكال و حاصله انّه يمكن عدم حرمة الاقباض كما اذا كان مقروناً برضا المالك بناء على عدم خروج المعاملة المقرونة بالعلم برضا المالك عن معاملة الفضولى فعندئذ لا يكون الاقباض لكى لا يؤثر فى النّقل والانتقال

(٢) هذا هوالجواب الثّالث وملخّصه انّه لو سلّمنا دلالة النّهى عن الاقباض على الحرمة لكن لا تسلّم دلالته على الفساد اى فساد البيع لانّه لم يتعلّق النّهى بالاقباض من حيث انّه بيع بل تعلّق به من حيث كونه تصرّفا فى مال الغير

(٣) اقول هذا هو الجواب الرّابع و ملخّصه انّه لو تنازلنا عمّا قلناه من عدم تعلّق النّهى بالاقباض من حيث هو بيع بل من حيث هو تصّرف فى مال الغير و قلنا بتعلّقه به من حيث انّه بيع فيدلّ النّهى على الفساد لكن نقول انّه يراد من الفساد عدم ترتّب الاثر الّذى هو النّقل والانتقال فى الخارج

(٤) اى كون الاقباض جزء سبب لحصول الاثر فى الخارج و جزئه الآخر هوالرّضا والاجازة فلا يكون الاقباض سبباً مستقلّا و علّة تامّة لتحقّق ذاك الاثر فى الخارج

(٥) يعنى على البطلان والمستدل صاحب المقابس.

هما[۱] من وظائف المالك و لا يتصوّر صدورهما من غيره[۲] و لذا[۳] ذكر الشّهيد الثّانى «انّ المكره و الفضولى قاصدان اللّفظ دون المدلول» و ذكر[۴] انّ قصد المدلول لا يتحقّق من غير المالك و مشروطة ايضاً بالقبض والاقباض

من الطّرفين او من احدهما مقارناً[۵] للامرين و لا اثر لهما[۶] الّا اذا صدرا من المالك او باذنه و فيه[۷] أنّ اعتبار الاقباض والقبض فى المعاطاة عند من اعتبره فيها[۸] انّما هو لحصول انشاء التّمليك او

---

(۱) اى التّراخى و قصد الاباحة او التّمليك

(۲) اى غير المالك والضّمير فى «صدورهما» راجع الى التّراضى و قصد الاباحة او التّمليك

(۳) يعنى و لاجل أنّ التّراضى و قصد الاباحة او التّمليك من وظائف المالك و لا يعقل صدورهما من غيره و هو الفضولى

(۴) اى ذكر الشّهيد الثّانى قوله (مشروطة) بالرّفع عطف على قوله (منوطة) و هذا من شرائط الدّليل الاوّل

(۵) كلمة (مقارنا) منصوبة على الحاليّة للقبض والاقباض اى حال كون القبض والاقباض مقارنين للتّراضى والاباحة اوالتّمليك

(۶) اى لا اثر للقبض والاقباض

(۷) اى و فيما افاده المحقّق التّسترى من بطلان جريان الفضولى فى المعاطاة نظر .

(۸) اى فى العاطاة

الاجابة فهو[١] عندهم من الاسباب الفعليّة كما صرّح الشّهيد قده فى قواعده[٢] والمعاطاة عندهم عقد فعلىّ و لذا[٣] ذكر بعض الحنفيّة القائلين بلزومها[٤] أنّ البيع ينعقد بالايجاب والقبول و بالتّعاطى و حينئذ[٥] فلا مانع من أن يقصد الفضولى باقباضه المعنى القائم بنفسه المقصود من قوله ملكتك و اعتبار[٦]

مقارنة الرّضا من المالك للانشاء الفعلى دون القولى مع اتّحاد ادّلة اعتبار الرّضا و طيب النّفس فى حلّ مال الغير لا يخلو عن تحكّم[٧] و ما ذكره

---

(١) اى القبض والاقباض

(٢) القواعد والفوائد ج ١ ص ١٧٨ القاعدة ٤٧

(٣) اى و لاجل أنّ المعاطاة عند الفقهاء والعلماء عقد فعلىّ يحصل به انشاء الاباحة او التّمليك ذكر بعض الحنفيّة الخ

(٤) اى بلزوم المعاطاة

(٥) اى و حين أن قلنا انّ اعتبار القبض والاقباض لاجل انشاء الاباحة أو التّمليك و ليس لهما أىّ دخل فى تحقّق المعاطاه فى الخارج لكى يقال بعدم امكان وقوعه من الفضولى

(٦) اقول قوله «و اعتبار» ردّ على ما افاده صاحب المقابس (ره) من انّ المعاطاة مشروطة بالقبض والاقباض لكنّه لا مطلقا بل اذا كانا مقارنين بالتّراضى و قصد الاباحة او التّمليك

(٧) قوله (لا يخلو عن تحكّم) خبر لقوله «اعتبار مقارنة الرّضا» حيث انّ تلك الادلّة

←

الشّهيد الثّانى[١] لا يجدى فيما نحن فيه[٢] لأنّا[٣] لا نعتبر فى فعل الفضولى ازيد[٤] من القصد الموجود فى قوله[٥] لعدم الدّليل[٦] و لو ثبت[٧] لثبت منه اعتبار المقارنة فى العقد القولى ايضاً

الّا ان يقال انّ مقتضى الدّليل[٨] ذلك خرج عنه[٩] بالدّليل معاملة

⇐ سياقها متحدّة من دون أن تفرّق بين الرّضا فى السّبب القولى والفعلى فهى فى كلا المقامين على نسقة واحدة

(١) فى قوله فى ص ٩٥ انّ الفضولى غير قاصد حقيقته الى مدلول اللّفظ كالمكره

(٢) و هو وقوع البيع الفضولى فى المعاطاة.

(٣) اى لانّا القائلين بصحّة عقد الفضولى القولى لا نعتبر فى القبض والاقباض المعاطاتى ازيد من القصد فالشّهيد (ره) يعتبر الاقتران بالرّضا فى كلا المقامين فى البيع اللّفظى والبيع الفعلى و نحن لا نعتبر الاقتران به فى البيع اللّفظى فكيف نعتبره فى البيع الفعلى فالمراد (بالازيد) هو مقارنة الرّضا فلاحاجة بالمقارنة

(٤) فالمراد (بالازيد) هومقارنة الرّضا من المالك للانشاء الفعلى كما عرفت آنفاً

(٥) اى لعدم وجود دليل على شيى ازيد فى الانشاء الفعلىّ الفضولى و هو مقارنة الرّضا من المالك

(٦) اى لعدم وجود دليل على مقارنة الرّضا من المالك

(٧) و لو ثبت دليل على شيى ازيد من القصد الموجود فى القول الفضولى فى الانشاء الفعلى الفضولى لثبت فى القول الفضولى ايضا من دون فرق بينهما

(٨) اى الّا ان يقال فى وجه الفرق بين اللّفظى الّذى لا نقول باعتبار ازيد من القصد الى التّمليك و بين الفعلى الّذى نقول باحتياجه الى قصد التّمليك المقارن لرضا المالك انّ مقتضى الدّليل ذلك اى وجود شيى ازيد من القصد

الفضولى اذا وقعت بالقول

لكنّك قد عرفت[١] أنّ عقد الفضولى ليس على خلاف القاعدة[٢] نعم لو قلنا انّ المعاطاة لا يعتبر فيها قبض و لو اتّفق معها[٣] بل السّبب المستقّل هو تراضى المالكين بملكيّة كلّ منهما لمال صاحبه مطلقا[٤] اومع وصولهما او وصول احدهما لم يعقل[٥] وقوعها من الفضولى نعم[٦] الواقع منه ايصال المال والمفروض انّه[٧] لا مدخل له[٨] فى المعاملة

---

(٩) اى خرج عن هذا الدّليل الدّال على وجود شبى ازيد من القصد المعاملة الفضوليّ الواقع بالقول فانّه لا يحتاج الى مقارنة الرّضا من المالك

(١) قد عرفت فى اوّل بحث بيع الفضولى حيث قال «لعموم ادلّة البيع والعقود لأنّ خلّوه عن اذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه»

(٢) يعنى صحّة عقد الفضولى ليست على خلاف القاعدة لكى يقال انّ عقد الفضولى خرج عن القاعدة بالدّليل و ابقيت معاطاة الفضولى و ذلك لانّه ليس لنا دليل دلّ على اعتبار مقارنة رضا المالك حتّى تكون صحّة عقد الفضولى على خلاف القاعدة

(٣) اى و لو اتّفق القبض مع المعاطاة.

(٤) يعنى سواء و صل كلّ من المالين او احدهما الى الآخر ام لا

(٥) قوله «لم يعقل» جواب الشّرط فى قوله «لو قلنا» اى لم يعقل وقوع المعاطاة بناء على توقّفها على التّراضى و قصد الاباحة او التّمليك

(٦) الواقع من الفضولى ايصال المال الى الطّرف فقط

(٧) اى انّ ايصال المال

(٨) اى لا مدخل لايصال المال فى المعاملة المعاطاتيّة

فاذا رضى المالك بمالكيّته من وصل اليه المال تحققت المعاطاة من حين الرّضا[۱] و لم يكن اجازة لمعاطاة سابقة لكنّ[۲] الانصاف انّ هذا المعنى غير مقصود للعلماء فى عنوان المعاطاة وانّما قصدهم الى العقد الفعلى هذا[۳] كلّه على القول بانملك و امّا على القول بالاباحة فيمكن القول ببطلان الفضولى لأنّ افادة المعاملة المقصود بها الملك الاباحة[۴] خلاف القاعدة[۵]

فيقتصر فيها[۶] على صورة تعاطى المالكين[۷] مع أنّ حصول الاباحة

---

(۱) و ذلك لحصول المقوّم للمعاطاة فى هذا الحين

(۲) يعنى تحقق المعاطاه حال الرضا لاحال القبض والاقباض غير مقصود للعلماء فى عنوان المعاطاة الفضولية وانّما قصدهم بالمعاطاة الفضولى الى العقد الفعلى و هو حال القبض و الاقباض

(۳) يعنى ما قلناه من جريان الفضولى فى المعاطاة او عدم جريانه فيه مبنىٌ على القول بكون المعاطاة تفيد الملكيّة لا الاباحة

(۴) قوله «الاباحة» مفعول لقوله: لانّ افادة المعاملة اى لانّ افادة المعاملة المقصود بها الملك الاباحَة

(۵) اذا القاعدة تقتضى متابقه العقود للقصود والحال انّ هنا لم تحصل المتابقه و ذلك لأنّ المقصود بالمعاطاة التّمليك فافادتها الاباحة خلاف القاعدة فيلزم عندئذٍ ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع.

(۶) اى فى المعاملة المذكورة الّتى افادت الاباحة

(۷) دون تعاطى الفضوليّين او فضوليّ واحد.

قبل الاجازة غير ممكن والآثار الأُخرى مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التّصرف[١] اذا وقعت فى غير زمان الاباحة الفعليّة[٢] لم تؤثّر[٣] اثراً فاذا اجاز حدث الاباحة من حين الاجازة اللّهمّ[٤] الّا ان يقال بكفاية وقوعها مع الاباحة الواقعيّة اذا كشف عنها الاجازة فافهم[٥]

الكلام فى الاجازة والرّد

امّا الكلام فى الاجازة فيقع «تارة» فى حكمها و شروطها (واخرى) فى

---

(١) مراده قدّه انّه اذا باع من اخذالمال بالمعاطاة الفضوليّة بناء على الاباحة لم يوجب دخول المال المباح فى ملكه كما كان هذا التّصرف النّاقل موجباً لتملّك المتعاطى الاصيل

(٢) مراده قدّه من زمن الاباحة الفعليّة هو زمان صدور الاجازة من المالك

(٣) قوله «لم تؤثر» خبر لقوله «والاثار الأُخر» اى لم توثّر الاثار الآخر اثرا لا ناطة تاثيرها بالاباحة من المالك والمفروض عدم حصول الاجازة بعد حتّى تحرز الاباحة

(٤) قوله (اللّهم) استدراك على «والاثار الأُخر لم توثّر اثراً» و حاصل الاستدراك انّه بناء على وقوع تلك الآثار مع الاباحة الواقعيّة المستكشفة فى زمن الاجازة توثّر تلك الاثار اثرها كالبيع و نحوه

(٥) قوله «فافهم» اشارة الى ما قلناه من انّ المراد من الاباحة الاباحة المالكيّة فلذا تتوقّف على الاجازة

المجيز «و ثالثة فى المجاز» امّا حكمها[١] فقد اختلف القائلون بصحة الفضولى بعد اتّفاقهم على توقّفها على الاجازة[٢] فى كونها كاشفة بمعنى أنّه يحكم بعد الاجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتّى كأنّ الاجازة وقعت مقارنة للعقد

او ناقلة بمعنى ترتّب آثار العقد من حينها[٣] حتّى كانّ العقد وقع حال الاجازه على قولين[٤]

فالاكثر على الاوّل[٥] واستدلّ عليه[٦] كما عن جامع المقاصد

---

(١) اى حكم الاجازة فنقول قد عرفت فى اشتراط كون المتعاقدين مالكين صحّة عقد الفضولى بعد صدور الاجازة من المالك الاصيل و ليعلم انّ الكلام فى الاجازة يقع فى امور منها هل هى كاشفة او ناقلة والمراد بالاوّل أنّه بعد تحقّقها تكشف عن صحّة العقد من حين وقوعه و تاثيره لجميع آثاره و بالثّانى أنّه يؤثّر من حين تحقّق الاجازة كما سياتى انشاء اللّه البحث حولها.

(٢) حيث انّ الاجازة شرط فى صيرورة المعاملة صحيحة

(٣) اى من حين الاجازة.

(٤) قوله (على قولين) متعلق بقوله اختلف القاتلون يعنى انّ المسألة ذات قولين و ان كان الكشف له معان عديدة منها الكشف الحقيقى والكشف الحكمى والكشف الانقلابى سنتعرّض الاقسام تفصيلا بعون اللّه تعالى

(٥) و هوالكشف

(٦) اى على لكشف بدليلين

والرّوضه[١] بأنّ[٢] العقد سببٌ تامٌ فى الملك لعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود[٣] و تمامه[٤] فى الفضولى انّما يعلم بالاجازة[٥] فاذا اجاز تبيّن كونه تامّاً يوجب ترتّب الملك عليه و الّا[٦] لزم ان لا يكون الوفاء بالعقد خاصّة بل به مع شيئى آخر

و بانّ[٧] الاجازة متعلّقة بالعقد فهى[٨] رضا بمضمونه و ليس[٩] الّا

---

(١) روضه شرح لمعه ٢ للشّهيد الثّانى: جامع المقاصد محقّق ثانى «كَركى»

(٢) اقول هذا هو الدّليل الاوّل و قد ذكره المصّنف فى المتن فلا نعيده حذراً للتّكرار.

(٣) المائده ١

(٤) اى تمام العقد فى السّببيّة

(٥) اقول و ذلك لانّ المراد بالعقود فى قوله تعالى «اوفوا بالعقود» العقود المستندة الى المالك و اسناد العقد الصّادر من الفضولى من حين صدوره الى المالك انّما يكون بالاجازة فبالاجازة يعلم كون العقد من حين صدوره كان منسوبا الى المالك فى الواقع و كان مشمولاً لـ«اوفوا بالعقود» و كان سببا تامّاً فى مقتضاه و هو حصول الملك

(٦) يعنى و ان لم يكن تمام العقد فى الفضولى بالاجازة

(٧) قوله «و بانّ الاجازة الخ» عطف على قوله (بانّ العقد الخ و هذا هو الدّليل الثّانى للمحقّق الكركى اى و بأنّ الاجازة المتاخرّة متعلّقة بالعقد فهى رضاً بمضمونه فانّ معنى اجازة المالك ان المالك راض بما اوقعه الفضولى و ليس المضمون الّا نقل العوضين من حين العقد لا بعد الاجازة

(٨) اى فالاجازة رضا بضمون العقد

(٩) اى و ليس المضمون.

نقل العوضين من حينه[۱] و عن فخرالدّين فى الايضاح الاحتجاج لهم[۲] بانّها لو لم تكن كاشفة[۳] لزم تاثير المعدوم[۴] فى الموجود لأنّ العقد حالها[۵] عدم انتهى

و يرد على الوجه الاوّل[۶] أنّه ان اريد بكون العقد سببا تامّاً كونه علّة تامّة للنّقل اذا صدر عن رضا المالك[۷] فهو مسلّم الّا أنّ بالاجازة لا يعلم تمام ذلك السّبب[۸] و لا يثبيّن كونه[۹] تامّاً اذا الاجازة لا تكشف عن مقارنة الرّضا غاية الامر أنّ لازم صحّة عقد الفضولى

---

(۱) اى من حين العقد كما عرفت آنفا

(۲) اى الاحتجاج للقائلين بالكشف

(۳) بان كانت ناقلة

(۴) فالمراد من المعدوم هوالعقد والمراد من الموجود هو الاثر حين الاجازة

(۵) اى حال الاجازة عدمٌ لا وجود له

(۶) اى من وجهى استدلال المحقّق الكركى على الكشف فى الاجازة بقوله «بانّ العقد سببٌ تامٌ فى الملك»

(۷) يعنى مقارناً لرضا المالك

(۸) يعنى بالاجازة لا يعلم انّ العقد سبب تامٌ لانّه لابدّ من كونه سببا تامّاً من مقارنة رضاالمالك للعقد

(۹) اى كون العقد سبباً تامّاً

كونها[١] قائمة مقام الرّضا المقارن فيكون لها[٢] دخل فى تماميّة السّبب كالرّضا المقارن[٣] فلا معنى لحصول الاثر قبلها[٤] ومنه[٥] يظهر فساد تقرير الدّليل[٦] بأنّ العقد الواقع جامع لجميع الشّروط و كلّها[٧] حاصلة الّا رضا المالك فاذا حصل بالاجازة عمل السّبب[٨] عمله[٩] فانه[١٠] اذا اعترف أنّ رضا المالك من جملة الشّروط فكيف يكون كاشفًا عن وجود

---

(١) اى كون الاجازة

(٢) اى للاجازة

(٣) بمعنى انّ السّبب التّام هو العقد والرّضا معا.

(٤) اى قبل الاجازة

(٥) اى ممّا ذكرنا فى ردّ الوجه الاوّل

(٦) اقول والتّقرير هذا عين الدّليل الّذى اقامه المحقّق الكركى صاحب جامع المقاصد لكن بتعبير آخر: و هو أنّ عقد الفضولى جامع لشروط الامضاء وانّه سبب تامّ عند الشّارع و موجب لترتّب مسبّبه عليه و هو النّقل والانتقال فيتوجّه نحوه خطاب وجوب الوفاء بالعقد بعد صدور الاجازة

(٧) اى و كلّ الشّروط العربيّة والماضويّة و تقديم الايجاب على القبول و غيرها حاصلة

(٨) الّذى هو العقد

(٩) اى عمله الّذى هو الاثر فالاثر يحصل من حين العقد لا من حين الاجازة

(١٠) اى فانّ المستدلّ اذا اعترف أنّ رضا المالك من جملة الشّروط كما قال الّارضى المالك فكيف تكون الاجازة كاشفة عن وجود المشروط الّذى هو العقد التّام الشّروط قبل الرّضا المبيّن بالاجازة

المشروط قبله

و دعوى[١] انّ الشّروط الشّرعيّة ليست كالعقليّة بل هى[٢] بحسب ما يقتضيه جعل الشّارع فقد يجعل الشّارع ما يشبه تقديم المسّبب على السّبب كغسل الجمعة يوم[٣] الخميس و اعطاء الفطرة قبل وقتها[٤] فضلاً عن تقديم المشروط على الشّرط كغسل الفجر بعد[٥] الفجر للمستحاضة الصّائمة و كغسل[٦] العشائين لصوم اليوم الماضى على

---

(١) اقول المدّعى هو صاحب الجواهر قدّه القائل بالكشف فانّه لدفع محذور الشّرط المتاخّر ادّعى أنّ الشّرعيّة ليست كالشروط العقليّة و فرّق بينهما و ملخّص ما افاده فى هذا المقام هو التّصرف فى لفظ الشّرط و كيفيّة التّصرف هى انّ الشرّط فى الحقيقة فى الموارد المذكورة هوالامر المتشرع من الشّرط المتاخّر والامر المتنزع هو تعقّب الاجازة بالعقد و لحوقها به و هذا امر مقارن للعقد الخ. (راجع جواهر الكلام المجلد ٢٢ الصفحة ٢٨٥.

(٢) اى الشّروط الشّرعيّة

(٣) فالسّبب للغسل و هو دخول يوم الجمعة متاخّر على السّبب الّذى هو الغسل فقد تقدّم المسّبب على السّبب.

(٤) اى قبل وقت زكوة الفطرة الّذى هو يوم العيد

(٥) اى بعد طلوع الفجر فانّ طلوعه شرط فى وجوب الغسل للمرئة المستحاضة حتّى يصّح صومها فتقديم الغسل هنا من باب تقديم المشروط على الشّرط الّذى هو الغسل فهذا مثال لتقدّم المشروط على الشّرط لأنّ غسل الفجر شرط لصوم المستحاضة والصّوم بقع من حين الفجر و الغسل بعد الفجر

(٦) اقول اختلف العلماء فى أنّ غسل العشائين شرط لصوم يوم الماضى او انّه شرط

القول به[١] مدفوعة[٢] بانّه لا فرق فيما فرض شرطاً او سبباً بين الشّرعى و غيره

و تكثير الامثلة[٣] لا يوجب وقوع المحال العقلى فهى[٤] كدعوى أنّ التّناقض الشرّعى بين الشئيين[٥] لا يمنع[٦] عن اجتماعهما لأنّ النّقيض

← لصوم الآتى او شرط لكليهما و على القول بانّه شرط لصوم يوم الماضى يكون الشّرط متاخّرا عن المشروط

(١) اى على القول بأنّ غسل العشائين شرط لصوم اليوم الماضى

(٢) قوله «مدفوعة» خبر لقوله «و دعوى» اى دعوى صاحب الجواهر مردودة

(٣) اى تكثير الامثلة من صاحب الجواهر بقوله «كغسل الجمعة فى يوم الخميس و كاعطاء زكاة الفطرة قبل وقتها و كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة لصّحة صومها و كغسل العشائين لصوم يوم الماضى لا توجب وقوع المحال العقلى الّذى هو عدم جواز تاخّر الشّرط عن المشروط و عدم جواز تاخّر السّبب عن المسبّب

(٤) اى دعوى تقدّم المشروط والمسبّب على الشّرط والسّبب شرعاً كدعوى أنّ التّناقض الشّرعى بين الشّيئين كالحدث والطّهارة

لا يمنع عن اجتماعهما قال الفاضل المامقانى فى هذا المقام ما لفظه «انّ الشّرط الشّرعى ما كان شرطيّته مجعولة من جانب الشّارع و بعد تحقّق وصف الشّرطيّة لا يبقى فرق بين الشّرط الشّرعى و غيره لانّ عدم جواز تأخّر الشّرط عن المشروط من جملة الاحكام العقليّة كما انّه لو جعل الشّارع شيئاً مناقضا لشئى كما جعل الحدث مناقضاً للطّهارة حكم العقل بعد ذلك بعدم جواز الاجتماع و لا يوجب كون الموضوع من مجعولات الشّارع جواز تصرّف الشّارع فى حكمه العقلى و صحّة تبديله ايّاه بغيره انتهى».

(٥) اقول و ذلك كالحدث والطهارة حيث جعل الشّارع الحدث مناقضا للطّهارة فهما

الشّرعى غير العقلى فجميع ماورد ممّا يوهم ذلك[٧] انّه لابدّ فيه من التزام انّ المتاخّر ليس سبباً او شرطاً بل السّبب والشّرط هوالامر المنتزع من ذلك[٨] لكن ذلك[٩] لا يمكن فيما نحن فيه[١٠] بل يقال انّ الشرط[١١] تعقّب الاجازة و لحوقها بالعقد

وهذا[١٢] امر مقارن للعقد على تقدير[١٣] الاجازة لمخالفته[١٤] الادلّة اللّهم الّا ان يكون مراده[١٥] بالشّرط ما يتوقّف تاثير السّبب المتقدّم فى زمانه على لحوقه[١٦] و هذا[١٧] مع انّه لا يستحقّ اطلاق الشّرط عليه[١٨] غير

⇐ متناقضان لا يمكن اجتماعهما شرعاً كالمتناقضين العقليّين فى عدم اجتماعهما.

(٦) قوله (لا يمنع) خبر لِـ(انّ فى قوله «انّ التّناقض»

(٧) و هو تاخّر الشّرط عن المشروط الّذى هو محال عقلى

(٨) اى الامر المنتزع من الشّرط المتاخّر

(٩) يعنى الامر المنتزع

(١٠) يعنى العقد الفضولى

(١١) اى انّ الشّرط فيما نحن فيه تعقّب الاجازة و لحوقها بالعقد مقارن للعقد حين وقوعه

(١٢) اى تعقّب الاجازة و لحوقها بالعقد مقارن للعقد حين وقوعه

(١٣) يعنى على فرض صدور الاجازة من المالك الاصيل

(١٤) اقول وجه مخالفة تعقّب الاجازة و لحوقها للادلّة أنّ الادلّة ظاهرة فى انّ نفس رضا المالك شرط فى انتقال ماله لا عنوان تعقّب الرّضا او لحوق الاجازة.

(١٥) يعنى مراد صاحب الجواهر

(١٦) اى لحوق هذا الشّرط

صادق[١٩] على الرّضا لأنّ المستفاد من العقل[٢٠] والنّقل[٢١] اعتبار رضا المالك فى انتقال ماله لانّه لا يحلّ لغيره بدون طيب النّفس و انّه لا ينفع لحوقه[٢٢] فى حلّ تصرّف الغير وانقطاع سلطنة المالك

و ممّا ذكرنا[٢٣] يظهر ضعف ما احتمله فى المقام بعض الاعلام[٢٤] بل التزم به غير واحد من المعاصرين من[٢٥] أنّ معنى شرطيّة الاجازة مع كونها كاشفة شرطيّة الوصف المنتزع منها[٢٦] و هو[٢٧] كونها[٢٨] لاحقة

---

(١٧) اى التّوجيه المذكور اى المراد بالّشرط «ما يتوقّف تاثير السّبب المتقدم فى زمانه على لحوقه

(١٨) الضّمير راجع الى قوله «ما يتوقّف تاثير السّبب المتقدّم الخ

(١٩) قوله «غير صادق» خبر لقوله «هذا»

(٢٠) الّذى يقبح التّصرف فى مال الغير بدون رضاه

(٢١) الّذى يقول لا يحلّ مال امرءٍ الّا بطيب نفسه

(٢٢) اى لا ينفع لحوق الرّضا فى حلّ تصرّف الغير وانقطاع سلطنة المالك عن ملكه

(٢٣) المراد من (ماذكرنا) أنّ الوصف المنتزع لا يمكن القول به فيما نحن فيه و هو الاجازة و ذلك لكونه مخالفاً للادلّة الدالة على أنّ الشّرط هو نفس الاجازة لا الوصف المنتزع منها

(٢٤) و هو صاحب الفصول راجع الفصول الغرويّة ص ٨٠

(٢٥) كلمة من بيان و توضيح لما احتمله صاحب الفصول والتزم به غير واحد من المعاصرين.

(٢٦) اى من الاجازة

للعقد فى المستقبل فالعلّة التّامّة العقد الملحق به الاجازة و هذه[۲۹] صفة مقارنة للعقد و ان كانت نفس الاجازة متاخرة عنه[۳۰] و قد التزم بعضهم بما يتفرّع على هذا[۳۱] من[۳۲] أنّه اذا علم المشترى أنّ المالك للمبيع سيجير العقد حلّ له التّصرف فيه بمجرّد العقد و فيه[۳۳] ما لا يخفى من المخالفة للادلّة

ويرد على الوجه الثّانى[۳۴] اوّلاً أنّ[۳۵] الاجازة و ان كانت رضاً بمضون

---

(۲۷) اى الوصف المنتزع

(۲۸) اى كون الاجازة

(۲۹) اى شرطيّة الوصف المنتزع

(۳۰) اى متاخّره عن العقد

(۳۱) اى على شرطيّة الوصف المنتزع و ليعلم انّ الالتزام بهذا الفرع موقوف و مبتنى على الالتزام باصله و هو انّ الشّرط فى الموارد المذكورة هو الوصف المنتزع فالفرع انّما يلتزم به اذا التزم بالاصل و هذا ممّا لا ريب فيه

(۳۲) كلمة (من) توضيح و بيان للالتزام بما يتفرّع على الاصل المذكور

(۳۳) اى و فى هذا الالتزام، لا يخفى من الاشكال والمخالفة للادلّة اذ ظاهر الادلّة انّ جواز التّصرف يتوقّف على الرّضا الفعلى لا الرّضا الاستقبالى فالشّرط ذات الرّضا لا وصف اللّحوق كما ذكره هو لاء

(۳۴) من وجهى المحقّق الكركى الّذى استدل به لكون الاجازة كاشفة و هو ما ذكره بقوله «و بانّ الاجازة متعلّقة بالعقد» و هى رضاً بمضمونه

(۳۵) قوله (انّ) مع متعلقاتها فاعل لقوله (ويرد)

العقد الّا انّ مضمون العقد ليس هو النّقل من حينه[١] حتّى يتعلّق الاجازة والرّضا بذلك النّقل المقيّد بكونه فى ذلك الحال بل هو[٢] نفس النّقل مجرّداً عن ملاحظة وقوعه فى زمان و انّما الزّمان من ضروريّات انشائه[٣] فانّ[٤] قول العاقد بعت ليس نقلت من هذا الحين[٥] و ان كان النّقل المنشاء به واقعاً فى ذلك الحين فالزّمان ظرف للنّقل لا قيد له حتى يدلّ على وقوع النّقل من حين وقوع العقد

فكما أنّ انشاء مجرّد النّقل الّذى هو مضمون العقد فى زمان[٦] يوجب[٧] وقوعه من المنشى[٨] فى ذلك الزّمان فكذلك اجازة ذلك النّقل فى زمان يوجب وقوعه[٩] من المجيز فى زمان الاجازة

---

(١) اقول و ذلك لأنّ الزّمان ليس د اخلافى مضمون الانشاء.

(٢) اى مضمون العقد

(٣) يعنى أنّ الزّمان ممّا يضطرّ اليه فى الانشاء لتوقّفه عليه

(٤) قوله (فانّ) علّة لكون الزّمان ممّا يضطرّ اليه فى الانشاء

(٥) يعنى انّ الزّمان ظرف للنّقل لا قيد له حتّى يدلّ على وقوع النّقل من حين وقوع العقد

(٦) قوله (فى زمان) متعلّق بقوله (انشاء)

(٧) قوله (يوجب) خبر لِـ(انّ)

(٨) كلمة (المنشى) بضيقه اسم الفاعل.

(٩) اى وقوع النّقل

و كما انّ الشّارع اذا امضى نفس العقد[١] وقع النّقل من زمانه[٢] فكذلك اذا امضى اجازة المالك وقع النّقل من زمان الاجازة و لاجل ما ذكرنا[٣] لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الايجاب مع أنّه[٤] ليس الّا رضاً بمضمون الايجاب

فلو كان مضمون الايجاب النّقل من حينه[٥] و كان القبول رضاً بذلك[٦] كان معنى امضاء الشّارع للعقد الحكم بترتّب الاثر[٧] من حين الايجاب لأنّ الموجب ينقل من حينه[٨] والقابل يتقبّل ذلك[٩] ويرضى به[١٠] و

---

(١) يعنى فى صورة مقارنة العقد لرضا المالك

(٢) اى من زمان العقد

(٣) و هو قوله فى هذه الصّفحة ١٨٨: فكما أنّ انشاء مجرّد النّقل الخ

(٤) اى القبول

(٥) يعنى من حين الايجاب و هو انشاء العقد

(٦) اى النّقل من حين الايجاب

(٧) للنّقل.

(٨) يعنى انّ الموجب ينقل ماله الى القابل من حين الايجاب و انشاء العقد

(٩) اى القابل يتقبّل ذلك النّقل من حين نقل الموجب و هو زمان انشاء العقد

(١٠) اى بالنقل من حين الايجاب والحال أنّ الامر ليس كذلك فانّ المجيز عند ما يجيز فقد يجيز نقل المال الى المشترى من حين صدور الاجازة منه لا من حين صدور العقد من العاقد الفضولى و هذا مما لا ريب فيه

دعوى[١] انّ العقد سبب للملك فلا يتقدّم[٢] عليه مدفوعة[٣] بانّ سببيّة[٤] للملك ليست الّا بمعنى امضاء الشارع لمقتضاه فاذا فرض مقتضاه مركّباً من نقل فى زمان[٥] ورضاً بذلك النّقل كان مقتضى العقد الملك بعد الايجاب[٦]

و لاجل ما ذكرنا[٧] ايضاً لا يكون فسنح العقد الّا انحلاله من زمانه[٨] لا من زمان العقد فانّ الفسخ نظير الاجازة[٩] والردّ لا يتعلّق الّا بمضمون

---

(١) اقول مخلّص الاشكال انّ عدم حصول الملك هنا من حين الايجاب لاجل انّ سبب الملك هو العقد المركّب من الايجاب والقبول فلا يمكن تقدّم الملك على القبول لانّه من تقدّم المسّبب يعنى الملك على جزء سببه و هو القبول

(٢) اى فلا يتقدّم الملك على العقد و لو باحد جزئيه الّذى هو القبول

(٣) قوله (مدفوعة) خبر قوله «و دعوى»

(٤) اى سببيّة العقد للملك

(٥) اى فى زمان صدور الاجازة اذا كان العقد فضوليّاً

(٦) لازمن الايجاب الّذى هو صدور الانشاء و من البيّن انّ بعد الايجاب هو زمن صدور الاجازة من المالك الاصيل فى العقد الفضولى

(٧) المراد من ما ذكرناه أنّه اذا فرض مقتضى الايجاب مركّبا من نقل فى زمان و رضاً بذلك كان مقتضى العقد الملك بعد الايجاب

(٨) اى انحلال العقد من زمان الفسخ

(٩) يعنى انّ الاجازة تكون رضاً بمضمون العقد من حين الاجازة لامن حين العقد و انّ الرّد يكون ردّا للعقد من حين الرّد لا من حين العقد.

العقد وهو النّقل من حينه[١] فلو كان زمان وقوع النّقل مأخوذاً فى العقد على وجه القيديّة[٢] لكان ردّه و حلّه موجباً للحكم بعدم الآثار من حين العقد والسّر فى جيمع ذلك[٣] ما ذكرنا من عدم كون زمان النّقل الّا ظرفاً فجميع ما يتعلّق بالعقد من الامضاء والرّد والفسخ انّما يتعلق بنفس المضمون[٤] دون المقيّد بذلك الزّمان

والحاصل[٥] أنّه الاشكال فى حصول الاجازة بقول المالك رضيت بكون مالى لزيد بازاء ماله او رضيت بانتقال مالى الى زيد و غير ذلك من

---

(١) اى من حين الرّد

(٢) يعنى لو كان الزّمان قيداللعقد لا ظرفاً لكان ردّه فى عقد الفضولى و حلّه فى غيره موجبا للحكم بعدم الآثار من حين العقد لا من حين الرّد والفسخ

(٣) اى والسّر فى كون الاجازة والفسخ يؤثّر ان من الاجازة والفسخ لا من حين العقد ما ذكرناه من عدم كون زمان النّقل الّا ظرفاً و ليس قيدا

(٤) اى بنفس النّقل مجرّدا عن ملاحظة وقوعه فى زمان حتّى يوجب الفسخ فى وقت العقد والاجازة فى وقت العقد.

(٥) اقول ذكر بعض المعاصرين(ره) فى هذا المقام ما لفظه المقصود من هذه الدّعوى هوالاشكال على استشهاد المصنّف رحمة اللّه عليه بانّ عدم حصول الملك من زمان الايجاب بعد القبول الّذى هو رضاً بمضمون الايجاب ليس لاجل عدم اخذ النّقل من حينه فى مضمون الايجاب بل لاجل أنّ السّبب للملك هوالعقد المركّب من الايجاب والقبول فلا يمكن تقدّم الملك على القبول لانّه من تقدّم المسبب على جزء سببه.

الالفاظ[١] التّى لا تعرّض فيها لانشاء الفضولى فضلا عن زمانه[٢] كيف[٣] و قد جعلوا تمكين الزّوجة بالدّخول عليها اجازة منها[٤] و نحو ذلك[٥] و من المعلوم انّ الرّضا يتعلّق بنفس نتيجة[٦] العقد من غير ملاحظة زمان نقل الفضولى و بتقرير[٧] آخر أنّ الاجازة من المالك قائمة مقام رضاه و اذنه المقرون بانشاء الفضولى او مقام نفس انشائه فلا يصير المالك بمنزلة العاقد الّا بعد

الاجازة فهى[٨] امّا شرط او جزء سبب للملك و بعبارة اخرى المؤثّر

---

(١) كنقذت وامضيت و اجزت

(٢) يعنى زمان الانشاء.

(٣) يعنى كيف يمكن ان تكون للالفاظ الدالّة على رضا الملك تعرّض فيها لزمان الانشاء و قد جعل الفقهاء نفس تمكين المرأة للرّجل بالدّخول عليها و لو اشترط التّعرض لانشاء الفضولى و زمانه لم يكن التّمكين اجازة

(٤) و قد صرّح به العلّامة فى قواعد الاحكام

(٥) يعنى و نحو التّمكين من الافعال الدّالّة على الرّضا

(٦) و هو النّقل من حين العقد المدلول عليه

(٧) اى و بتقرير آخر لبيان انّ الاجازة من حينها لا انّها تصحّح الملك من حين العقد و هذا التّقرير غير التّقرير الاوّل الّذى كان مفاده منع كون الزّمان دخيلا فى مضمون العقد

(٨) اى الاجازة

هوالعقد المرضّى به والمقيّد[١] من حيث انّه مقيّد لا يوجد الّا بعد القيد و لا يكفى[٢] فى التّاثير وجود ذات المقيّد المجرّدة عن القيد.

و ثانياً[٣] فلانّا لو سلّمنا عدم كون الاجازة شرطا اصطلاحيّاً[٤] ليؤخذ فيه[٥] تقدّمه[٦] على المشروط ولا جزء سبب[٧] و انّما هى[٨] من المالك محدثة للتّاثير فى العقد السّابق و جاعلة له سبباً تامّاً حتّى كانّه وقع مؤثّراً فيتفرّع عليه[٩] انّ مجرّد رضا المالك بنتيجته العقد اعنى محض الملكيّة من غير التفات الى وقوع عقد سابق ليس[١٠] باجازة لأنّ

---

(١) و هو العقد المرضّى به

(٢) و هو رضا المالك.

(٣) قوله (ثانيا) عطف على قوله (اوّلا) و هو ما تقدّم فى ص ١٨٧ بقوله «و يرد على الوجه الثّانى اوّلاً»

(٤) و هو تقدّم الشّرط على المشروط عقلاً

(٥) اى فى الشّرط الاصطلاحى

(٦) اى تقدّم الشّرط

(٧) لانّ السّبب هو العقد و له جزء ان فقط و هما الايجاب والقبول

(٨) اى الاجازة

(٩) اى فيتفرع على عدم كون الاجازة شرطا و لا جزء سبب بل هى محدثة للتّاثير فى العقد السّابق

(١٠) اى ليس مجرّد رضا المالك باجازة

معنى اجازة العقد جعله جائزاً ناقدا ماضياً

لكن نقول لم يدلّ دليل على امضاء لاجازة المالك على هذا الوجه[١] لأنّ وجوب الوفاء بالعقد[٢] تكليف يتوجّه الى العاقدين[٣] كوجوب الوفاء بالعهد والنّذر و من المعلوم انّ المالك لا يصير عاقداً و بمنزلته الّا بعد الاجازة[٤] فلا يجب الوفاء الّا بعدها[٥] و من المعلوم انّ الملك الشّرعى[٦] يتبع الحكم الشّرعى فما لم يجب الوفاء فلا ملك و ممّا ذكرنا[٧] يعلم عدم صحّة الاستدلال للكشف بدليل[٨] وجوب الوفاء

---

(١) و هو عدم كون الّشرط شرطاً اصطلاحيا الّذى عرفت أنّ الشرط الاصطلاحى هو تقدّم الشّرط على المشروط عقلا

(٢) قوله (لانّ) وجوب الوفاء الخ تعليل لقوله (لم يدلّ دليل الخ) اى وجوب الوفاء المستفاد من قوله تعالى اوفو بالعقود

(٣) احدهما العاقد الاصيل و ثانيهما المالك المجيز لا الفضولى كوجوب الوفاء بالعهد والنّذر الّذى هو تكليف يتوجّه الى العاهد والنّاذر.

(٤) يعنى بعد الاجازة يكون العقد عقداً للمالك و يكون المالك عاقداً

(٥) اى فلا يجب الوفاء بهذا العقد الّا بعد الاجازة

(٦) فاذا حكم الشّارع بانّه ملك كان ملكاً شرعيّاً فما لم يجب الوفاء و هو قبل الاجازة فلا ملك

(٧) و هو متابقه الملك الشّرعى للحكم الشّرعى

(٨) يعنى انّه لا يصّح ان يستدّل المستدل بآية اوفوا بالعقود للكشف حتى يحصل الملك قبل الاجازة و قد قلنا انه بعد الاجازة يكون العقد عقدا للمالك

بالعقود

اقول والّذى استقرّ عليه رأى شيخنا الاعظم كما عن بعض المحقّقين أنّ الانسب بحسب العمومان هو النّقل ثمّ بعده الكشف الحكمى

معنى الكشف واقسامه

فاعلم انّه ذكر للكشف معان و اقسام مختلفة ولكنّ الظّاهر أنّ اصولها ثلاثة لاغير الكشف الحقيقى والكشف الحكمى والكشف الانقلابى

الاوّل «الكشف الحقيقى» و معناه كون النّقل والانتقال حاصل من زمن العقد «من يوم الجمعة مثلا اذا فرضنا كون يوم الجمعة زمان العقد» و ان خفى علينا و بعد الاجازة «يوم السّبت مثلا» نعلم بذلك من دون يحصل تغيير فى البيع بعد حدوث الاجازة

و بعبارة اخرى الكشف الحقيقى هو الكشف عن وقوع الملك وآثاره للمشترى من حين وقوع العقد بعد صدور الاجازة

الثّانى «الكشف الانقلابى» والمراد منه تاثير الاجازة بعد وجودها فى العقد الواقع على صفة عدم التّاثير فى الماضى و جعله مؤثّرا من زمن وجود العقد فتوثّر الاجازة فى الماضى فينقلب عن صفة عدم التاثير فى

الماضى الى صفة التّاثير فيه الثّالث «الكشف الحكمى» بمعنى اجراء احكام الكشف عليه بمقدار الامكان فالملك لم ينتقل من المالك الى المشترى الّا من حين الاجازة ولكن اذا اجاز رتّب عليه آثار الملكيّة من اوّل الامر بمقدار ما يمكن

بدعوى أنّ الوفاء بالعقد والعمل بمقتضاه هوالالتزام بالنّقل من حين العقد وقس[١] على ذلك[٢] ما لو كان دليل الملك عموم واحلّ اللّهُ البيع[٣] فانّ الملك ملزوم لحليّة التّصرف فقبل الاجازة لا يحلّ التّصرف خصوصاً اذا علم عدم رضاالمالك باطناً او تردّده فى الفسخ والامضاء و ثالثا[٤] سلّمنا دلالة الدّليل على امضاء الشّارع لاجازة المالك على طبق مفهومها[٥] اللّغوى والعرفى اعنى جعل العقد السّابق جائزا ماضياً

---

(١) اى على الاستدلال بآية اوفوا بالعقود على الكشف الاستدلال بآية و احلّ اللّه البيع على الكشف فانّ الاستدلال بها لا يفيد فى المقام

(٢) اى على عدم شمول اوفوا بالعقود

(٣) يعنى انّه لا يصّح ان يستدلّ باية (و احلّ اللّه البيع) للكشف حتّى يحصل الملك قبل الاجازة.

(٤) قوله (و ثالثاً الخ) ردٌّ على المقدمة الثالثة من المقدمات الثّلاث الّتى كان الوجه الثّانى من وجهى المحقّق الكركى فى الاستدلال على الكشف

(٥) اى مفهوم الاجازة

بتقريب ان يقال انّ معنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه و مؤدّاه العرفى فاذا صار العقد بالاجازة[١] كانّه[٢] وقع مؤثّرا ماضياً كان[٣] مقتضى العقد المجاز عرفاً ترتّب الآثار من حينه[٤] فيجب شرعاً العمل به[٥] على هذا الوجه[٦] لكن نقول بعد الاغماض عن أنّ مجرّد كون الاجازة بمعنى جعل العقد السّابق جائزا نافذاً لا يوجب[٧] كون مقتضى العقد و مودّاه العرفى ترتّب الآثار من حين العقد كما أنّ كون مفهوم القبول رضاً بمفهوم الايجاب وامضاء له لا يوجب ذلك[٨] حتّى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الايجاب فتامّل[٩]

---

(١) اى بسبب الاجازة

(٢) الضّمير راجع الى العقد

(٣) قوله (كان) جواب لِـ(اذا) فى قوله «فاذا صار».

(٤) اى من حين العقد

(٥) اى العمل بالعقد

(٦) اى من حين العقد

(٧) قوله (لا يوجب الخ) خبر لـ(انّ) فى قوله «انّ مجرّد الخ» اى لا يوجب ترتّب الاثر من حين العقد بل يمكن ان يكون معناه العمل بهذا المضمون فى الجملة

(٨) اى لا يوجب ترتّب الآثار من حين العقد

(٩) اقول لعلّ وجه التامّل كما افاده السيّد والمامقانى قدس سرّهما هو الفرق بين ←

اذ هذا المعنى[١] على حقيقته[٢] غير معقول لانّ العقد الموجود على صفة عدم التاثير[٣] يستحيل لحوق صفة التّاثير له لاستحالة خروج الشّئى عمّا وقع عليه[٤] فاذا دلّ الدّليل الشّرعى على امضاء الاجازة على هذا الوجه[٥] غير المعقول فلابدّ من صرفه بدلالة الاقتضاء[٦] الى ارادة

⇐ الايجاب الملحق به القبول و بين العقد الملحق به الاجازة من حيث انّ مجرّد الايجاب فى حدّ ذاته غير تامّ فى الدلالة على انتقال المال الى المشترى بخلاف العقد الملحق به الاجازة فانّه تامّ فى الدّلالة على انتقال المال الى الشترى نهاية الامر دلالة الاجازة على حصول الرّضا من المالك بذلك العقد التّام الدّلالة بعبارة اوضح انّ الايجاب جزء المقتضى كالقبول بخلاف العقد الملحق به الاجازة فانّه مقتض فالاوّل ليس قابلا للتّاثير من حين وجوده بخلاف الثّانى فانّه قابل لذلك

(١) اى لحوق الاجازة بحيث يترتّب على العقد الاثر من حين العقد

(٢) اى على حقيقة الّتى هى عبارة عن انقلاب ما لم يكن له اثر الى ماله اثر

(٣) و ذلك لانّ العقد الفضولى قد وقع على عدم التاثير لعدم وجود رضاً من المالك فعندئذٍ كيف يعقل لحوق صفة التّاثير له.

(٤) اى لحوق صفة التّأثير للعقد و الحال انه

(٥) لم يكن له صفة التأثير من حينه

(٦) اقول المناط فى دلالة الاقتضاء شيئآن احدهما ان تكون الدّلالة مقصودة للمتكلّم و ثانيهما ان يتوقّف صدق الكلام و صحّته على تقدير كما فى قوله تعالى و اسئل القرية حيث انّ السّئوال عن القرية غير معقول فلابدّ من صدق الكلام بتقدير «اهل» اى و اسئل اهل القرية

معاملة العقد بعد الاجازة معاملة العقد مؤثّرا من حيث ترتّب الآثار الممكنة فاذا اجاز المالك حكمنا بانتقال نماء المبيع بعد العقد الى المشترى و ان كان اصل الملك قبل الاجازة للمالك و وقع النّماء فى ملكه[١]

والحاصل أنّه يعامل بعد الاجازة معاملة العقد الواقع مؤثّرا من حينه[٢] بالنّسبته الى ما امكن من الآثار[٣] و هذا[٤] نقل حقيقىّ فى حكم الكشف من بعض الجهات[٥] و سياتى الثّمرة بينه[٦] و بين الكشف الحقيقى[٧] و

---

(١) يعنى فى ملك المالك المجيز

(٢) اى من حين العقد

(٣) يعنى اراد الشّارع معاملة عقد الفضولى بعد الاجازة معاملة العقد الواقع مؤثّرا من حينه من حيث الآثار الممكنته مثلا اذا وطئى المالك الحقيقى الامة قبل الاجازة ثم اجاز يقول الشّارع اعط اجرة الوطى الى المالك لجديد و لا يعقل ان يقول انقلب وطيك الحلال حراماً بمجرّد ان اجزت البيع

(٤) اى و هذا المعنى الّذى ذكرناه و هو ترتيب الآثار من الآن بعد الاجازة فى حكم الكشف من بعض الجهات و هى جهة ترتّب بعض الآثار الممكنة من حين العقد.

(٥) مراده من بعض الجهات ترتيب الآثار الممكنة

(٦) اى بين هذا النّقل الحقيقى الّذى هو بحكم الكشف اى بين الكشف الحكمى

(٧) و هو الكشف عن وقوع الملك و آثاره للمشترى من حين وقوع العقد بعد صدور الاجازة

لم اعرف من قال بهذا الوجه من الكشف[١] الّا الاستاد شريف العلماء فيما عشرت عليه من بعض تحقيقاته و الّا فظاهر كلام القائلين بالكشف أنّ الانتقال[٢] فى زمان العقد و لذا[٣] عنون العلامه رحمه الله فى القواعد مسألة الكشف والنّقل بقوله و فى زمان الانتقال اشكال فجعل النّزاع فى هذه المسئلة نزاعاً فى زمان الانتقال و قد تحصّل ممّا ذكرنا أنّ كاشفيّة[٤] الاجازد على وجوه ثلاثة قال بكلّ منها قائل «احدها» و هو المشهور الكشف الحقيقى[٥] والتزام كون الاجازة فيها[٦] شرطاً متاخراً[٧] و لذا[٨] اعترض عليهم جمال المحققن[٩]

---

(١) يعنى الكشف الحكمى

(٢) اى انتقال الملك والنّماء

(٣) اى و لاجل انّ ظاهر كلام القائلين بالكشف هوالانتقال فى زمن العقد فيكون هـذا كشفاً حقيقيّا

(٤) يعنى فى حكم الاجازة فى قوله فى ص ١٧٦ «امّا حكمها فـقد اخـتلف القـائلون بصحّة الفضولى الخ

(٥) و هو الكشف عن وقوع الملك و آثاره للمشترى من حين وقوع العقد بعد صـدور الاجازة

(٦) اى فى الكاشفيّة.

(٧) يعنى انّ الشّرط هو نفس الاجازة و شخصها

(٨) اى و لاجل انّ الاجازة فى هذا الكشف شرط متاخّر

فى حاشيته على الرّوضة بانّ الشّرط لا يتاخّر[١٠]

«الثّانى» الكشف الحقيقى و التزام كون الشّرط تعقّبِ العقد[١١] بالاجازة لا[١٢] نفس الاجازة فراراً عن لزوم تاخّر الشّرط عن المشروط و التزم بعضهم بجواز التّصرف قبل الاجازة لو علم تحقّقها[١٣] فيما بعد

(الثّالث الكشف الحكمى وهو اجراء احكام الكشف بقدر الامكان[١٤] مع عدم تحقّق الملك فى الواقع الّا بعد الاجازة

و قد تبيّن من تضاعيف كلماتنا[١٥] أنّ الانسب بالقواعد والعمومات هو

---

(٩) و هو استاد الحكماء و المتكلّمين الحسين بن محمّد الخوانسارى (ره) و له حواش على الهيّات الشّفا و على شرح الاشارات و على شرح اللّمعة

(١٠) وجه عدم التاخّر واضح و هو انّ الشّرط علّة فلابدّ فى العلّة من تقدّمها على معلولها

(١١) بمعنى أنّ معنى شرطيّة الاجازة شرطيّة الوصف المنتزع منها و هو كونها لاحقة و معقّبة للعقد فى المستقبل فالعلّة التّامّة هو العقد المللحوق والمتعقب بالاجازة و هذه الصفة مقارنة للعقد

(١٢) اى لا انّ الشّرط نفس الاجازة

(١٣) اى تحقّق الاجازه.

(١٤) بمعنى اجراء احكام الكشف عليه بمقدار الامكان كالقول بانتقال النّماء الى المشترى من حين العقد بعد صدور الاجازد و ان كان اصل الملك قبل الاجازة للمالك فالملك لم ينتقل من المالك الى المشترى الاّ من حين الاجازة كما فى صورة النّقل ولكن اذا اجاز رتّب عليه آثار الملكيّة من اوّل الامر بمقدار ما يمكن.

(١٥) اى من تضاعيف كلماتنا فى ردّ، ماافاده المحقّق الكركى رحمة اللّه عليه فى القول

النّقل[١] ثمّ بعده الكشف الحكمى[٢] و امّا الكشف الحقيقى مع كون نفس الاجازة من الشّروط[٣] فاتمامه بالقواعد فى غاية الاشكال[٤] و لذا[٥] استشكل فيه[٦] العلّامة فى القواعد و لم يرجحّه[٧] المحقّق الثّانى[٨] فى حاشية الارشاد بل عن الايضاح اختيار خلافه[٩] و قوّاه[١٠]

⇐ بالكشف و فى ردّ من استدلّ على الكشف بآية اوفوا بالعقود و بآية و احلّ اللّه البيع

(١) يعنى النّقل الحقيقى

(٢) اقول و قد عرفت مرارا منّا انّ الكشف الحكمى هو الحكم بانتقال النّماء الى المشترى و بقاء اصل الملك للمالك و انّ الشّرط فيه هو الامر المنتزع و هو تعقّب الاجازة و لحوقها بالعقد.

(٣) يعنى من شروط العقد

(٤) اقول قال السيّد قده فى المقام ما لفظه «اقول مقتضى ما بيّنه قدّه الجزم بعدم المعقوليّة حيث انّه جزم باستحالة تاخّر الشّرط ثمّ انّ التحقيق عندى هو القول بالنّقل بحسب القواعد لا من جهة عدم معقوليّة الشّرط المتاخّر بل من اجل ما عرفت من انّ العمومات لا تشتمل الّا بعد صيرورة العقد عقداً و هو ما بعد الاجازة الخ»

(٥) اى و لاجل أنّ اتمام الكشف الحقيقى على القواعد مع القول بانّ الشّر نفس الاجازة

(٦) اى فى الكشف الحقيقى

(٧) اى لم يرجّح الكشف الحقيقى

(٨) اى محقّق ثانى كركى مولّف كتاب حاشية ارشاد و جامع المقاصد

(٩) اى خلاف كشف الحقيقى

(١٠) اى قوّى خلاف كشف الحقيقى المحقّق الاردبيلى فى كتابه مجمع البرهان

فى مجمع البرهان و تبعهم كاشف اللّثام[١] فى النّكاح هذا[٢] بحسب القواعد والعمومات[٣]

و أمّا الاخبار فالظّاهر من صحيحة محمّد بن قيس[٤] الكشف كما صرّح به فى الدّروس و كذا الاخبار[٥] الّتى بعدها[٦] لكن لا ظهور فيها[٧] للكشف بالمعنى المشهور[٨] فيحتمل الكشف الحكمى[٩] نعم صحيحة ابى عبيدة[١٠] الواردة فى تزويج الصّغيرين فضولاً الآمرة بعزل الميراث من الزّوج المدرك الّذى اجاز فمات للزّوجة غير المدركة حتّى

---

(١) صاحب كشف اللّثام الفاصل الهندى

(٢) اى عدم القول بالكشف الحقيقى والقول بالنّقل

(٣) كقوله تعالى اوفوا بالعقود و احلّ اللّه البيع

(٤) راجع (وسائل الشّيعة) الجزء ١٤ ص ٥٩١ الباب ٨٨ الحديث ١

(٥) المراد من الاخبار الّتى بعدالصّحيحة رواية ابن اشيم و صحيحة الحلبى و موثقة جميل و غيرها

(٦) اى بعد الصّحيحة

(٧) اى فى تلك الاخبار

(٨) و هو الكشف الحقيقى

(٩) بمعنى ترتيب الآثار الممكنة و قد مرّ مثاله آنفا فلا نعيده

(١٠) وسائل الشّيعة المجلّد ١٧ الباب ١١ من ابواب ميراث الازواج الحديث ١

تدرك و تحلف[١] ظاهرة[٢] فى قول الكشف[٣] اذ لو كان مال والميّت قبل اجازته الزّوجة باقية على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفاً لقاعدة تسلّط النّاس على اموالهم[٤]

فاطلاق الحكم[٥] بالعزل منضماً الى عموم النّاس مسلّطون على اموالهم يفيد[٦] أنّ العزل لاحتمال كون الزّوجة غير المُدركة وارثة فى الواقع فكانّه[٧] فى الاموال قد غلّبه الشّارع على اصالة عدم الاجازة كعزل نصيب الحمل[٨] و جعله[٩] اكثر ممّا يحتمل

---

(١) بمعنى انّه ان تحلّف الزّوجه اعطى لها ارثها اى تحلف الزّوجة غير المدركة بعد ان تدرك على انّ الداعى لاجازتها النّكاح ليس الطّمع فى الارث

(٢) قوله (ظاهرة) خبر المبتداء مقدّم و هو قوله «صحيحة ابى عبيدة»

(٣) يعنى الكشف الحقيقى

(٤) و ذلك لانّ حجر الورثة عن مالهم بالعزل خلاف تسلطهم

(٥) اى فاطلاق الشّارع الحكم بالعزل لمقدار مال الزّوجد على تقدير اجازتها للعقد و عدم تقييده برضا الورثة واذنهم

(٦) كلمة (يفيد) خبر المبتداء مقدّم و هو قوله «فاطلاق الحكم»

(٧) اى فكأنّ العزل.

(٨) يعنى عزل نصيب الحمل فيما اذا مات الزّوج وكانت زوجته حاملا فهنا يحتاط فى الميراث فيجعل نصيب الحمل نصيب الذّكر لا الانثى كما أنّه يعزل للحمل نصيب ذكرين احتياطاً فان جاء ذكراً يعطى له و ان كان انثى يعطى لها نصيب الانثى والزّائد يقسّم على

⇐

بقى الكلام فى بيان الثّمرة بين الكشف باحتماله[١٠] والنّقل فنقول امّا الثّمرة على الكشف الحقيقى[١١] بين كون نفس الاجازة شرطاً[١٢] وكون الشّرط تعقّب العقد بها[١٣] ولحوقها[١٤] له فقد يظهر فى جواز تصرّف كلّ منهما[١٥] فيما انتقل اليه بانشاء الفضولى اذا علم اجازة المالك بعد

⇐ الوارث

كما انّ الحمل لو كان ذكراً واحداً يعطى له نصب الذّكر الواحد و يقسّم الزّائد المعزول على بقيّة الوارث

راجع «اللّمعه الدّمشقيّة» جلد دوّم ص ٢٩٢

(٩) كلمة «و جعله» مجرورٌ معطوف على مجرور (كاف الجارّة) اى و كجعل نصيب الحمل اكثر من نصيب ذكر

(١٠) اى باحتمالاته الثّلثة: الكشف الحقيقى مع كون الشّرط نفس الاجارة والكشف الحقيقى لكنّ الشّرط تعقّب العقد بالاجازة او لحوقها به والكشف الحكمى و هو اجراء احكام الكشف بقدر الامكان مع عدم تحقّق الملك فى الواقع الّا بعد الاجازة و هو كما سبق نقل حقيقى فى حكم الكشف

(١١) اى بكلا قسميه الّذين ذكرناهما كراراً

(١٢) اقول هذا هو القسم الاوّل من الكشف الحقيقى.

(١٣) اى بالاجازة و هذا هو القسم الثّانى من الكشف الحقيقى

(١٤) اى لحوق الاجازة للعقد

(١٥) اى من المالكين الجديدين فانّه لو كان الشّرط نفس الاجازة لم يجز التّصرف و ذلك لانّ الشّرط غير حاصل بعد امّا لو كان الشّرط تعقّب الاجازة بمعنى انّ المؤثّر هو العقد المتعقّب بالاجازة فالتّصرف جائز و ذلك لانّ هذا الشّرط حاصل الآن

و امّا الثّمرة بين الكشف الحقيقى و الحكمى مع كون نفس الاجازة شرطاً فانّه يظهر فى مثل ما اذا وطئى المشترى الجارية قبل اجازد مالكها فاجاز فانّ الوطى على الكشف الحقيقى حرام ظاهراً لاصالة عدم الاجازة و حلال واقعا لكشف الاجازة عن وقوعه[١] فى ملكه

و لو اولدها[٢] صارت امّ ولد على الكشف الحقيقى و الحكمى لانّ مقتضى جعل الواقع ماضياً[٣] ترتّب حكم وقوع الوطى فى الملك[٤] و

---

(١) اى عن وقوع الوطى فى ملك المشترى و هذا بخلاف الحال على القول بالكشف الحكمى فانّ الوطى حرام واقعا لوقوعه فى غير ملكه و قد عرفت فى كلام المصّنف (ره) أنّ بناء هذا القول على اجراء الآثار الممكنة و معلوم انّ الحلّ ليس من الآثار الّتى يمكن اجراؤها على التّصرف بعد وقوعه فى ملك الغير

(٢) اى ولو اولد المشترى الجارية صارت امّ ولد على الكشف الحقيقى والحكمى

(٣) محصّل الكلام فى المقام انّه لا ريب فى صيرورة الامة امّ ولد على الكشف الحقيقى و امّا على القول بالكشف الحكمى ففى صيرورتها ام ولد و جهان و ان كان ظاهر سياق العبارة يعطى انّ ارجح الوجهين هو تحقّق الاستيلاد اقول امّا على الكشف الحقيقى فانّ الوطى واقع فى ملكه الحقيقى لأنّ الملكيّة متحقّقة من حين العقد فتكون الامته امّ ولد حقيقة و امّا على الكشف الحكمى فالوجه فيه ما افاده (ره) من انّ معنى جعل العقد ماضياً حقيقة كما فى الكشف الحقيقى او تيزيلا و حكماً كما فى الكشف الحكمى ترتّب حكم وقوع الوطى فى الملك وحكم الامة الموطوئة المستولدة عدم جواز بيعها و حكم المتولّد منها حرّيته.

(٤) فيكون النّماء و هو الولد عندئذ للمشترى.

يحتمل عدم تحقّق الاشيلاد على الحكمى لعدم تحقّق حدوث الولدفى الملك و ان حُكِمَ بملكيّته[١] للمشترى بعد ذلك الكشف و لو نقل المالك[٢] امّ الولد عن ملكه قبل الاجازة بطل النّقل على الكشف الحقيقى لانكشاف وقوعه فى ملك الغير مع احتمال كون النّقل بمنزلة الرّد[٣] و بقى[٤] صحيحا على الكشف الحكمى على المجيز[٥] قيمتها لأنّه[٦] مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من

---

(١) يعنى بملكيّة الولد بعد صدور الاجازة من المالك الاصيل

(٢) اقول و هذا كما لو باع الفضولى امة زيد لمعمرو فاولدها عمرو و نقلها زيد الى شخص آخر قبل ان يجيز عقد الفضولى ثمّ لمّا عرف عقد الفضولى فاجاز العقد بطل نقله الى شخص آخر و صحّت اجازته لعقد الفضولى بناء على الكشف الحقيقى لأنّ الاجازة تصحّح عقد الفضولى السّابق على النّقل الّذى وقع من المالك

(٣) اى بمنزلة ردّ بيع الفضولى فلم تكن الاجازة نافذة لانّ من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرّد فيقع نقل الامه صحيحاً

(٤) اى بقى نقل الامة عن ملكه صحيحا على القول بالكشف الحكمى لأنّ النقل وقع فى ملكه اى وقع النّقل على ملك المالك الاصيل

(٥) اى و على المالك الاصيل الّذى اجاز البيع الفضول بعد نقله امّ الولد عن ملكه الى الغير ان يدفع قيمة امّ الولد الى المشترى

(٦) اى لأنّ ثبوت القيمة على المجيز توضيح الكلام فى المقام انّه لو نقل المالك الاصيل الامة عن ملكه قبل اجازة عقد الفضولى فاجاز بعد نقلها بقى النّقل صحيحاً على الكشف

←

حين وقوعه و بين مقتضى صحّة النّقل الواقع قبل حكم الشّارع[١] بهذا الجعل كما[٢] فى الفسخ بالخيار مع انتقال متعلّقة[٣] بنقل لازم وضابط[٤] الكشف الحكمى الحكم بعد الاجازة بترتّب آثار ملكيّة المشترى من حين العقد فانّ[٥] ترتّب شيى من آثار ملكيّة المالك قبل

⇐ الحكمى و على المجيز المالك اعطاء قيمة الامة لمن اشتراها من الفضولى و اعطاء الجارية والامة لمن نقلها اليه و ذلك لانّ المالك باع الجارية ببيعين احدهما بنفسه ثانيهما بواسطة الفضولى و حيث اجازه فعليه ان يعطيها اى الامة لاحدهما و لقيمة للآخر.

(١) اذ حكم الشّارع بصحّة النّقل الواقع بما هو بعد صدور الاجازة من المالك الاصيل لا قبله.

(٢) يعنى انّ ما نحن فيه يشبه الفسخ بالخيار فانّ من عليه الخيار لو باع المبيع فى زمن الخيار فعليه دفع القيمة الى من له الخيار مثلا لو باع زيد دارا لبكر بيعاً خيارياً ثمّ انّ بكرا باع الدّار قبل ان ياخذ زيد بالخيار ثمّ فسخ زيد بيعه فانّ بكراً يلزم عليه ان يعطى الدّار للمشترى و قيمتها لزيد

(٣) اى متعلّق الخيار يكون بعقد لازم كما عرفت منّا آنفاً

(٤) يعنى القاعدة الكليّة و مقصود المصنّف من ذكر هذا الضّابط اعطاء كبرى كليّة لتطبيقها على صغرياتها ليتمكن القارىء الكريم من الفرق بين الكشف الحقيقى و بين الكشف الحكمى

(٥) بمعنى انّ المالك ان رتّب شيئاً و عمل عملاً من آثار ملكيّته قبل اجازته كاتلافه النّماء و نقله و لم يناف هذا العمل من المالك الاجازة و اجاز جمع بين هذا العمل و بين مقتضى الاجازة بالرجوع الى يدل النّماء تلفا فى الفرض المذكور

اجازته كاتلاف النّماء و نقله و لم يناف الاجازة جمع بينه[١] و بين مقتضى الاجازة بالرّجوع الى البدل

و ان نافى[٢] الاجازة كاتلاف العين عقلاً[٣] او شرعاً كالعتق[٤] فات محلّها[٥] مع احتمال الرّجوع[٦] الى البدل و سيجى ثمّ انّهم ذكروا للنّمرة بين الكشف والنّقل مواضع (منها)[٧] النّماء فانّه على الكشف بقول مطلق[٨] لمن انتقل اليه العين و على النّقل لمن انتقلت عنه

---

(١) اى جمع بين عمل المالك بالنّسبة الى النّماء و بين مقتضى الاجازة بان نقول عمل المالك كان صحيحاً و اجازته ايضا صحيحة لكن حيث انّ مقتضى الاجازة كون النّماء للمشترى لزم ان نلتزم بالرجوع من المشترى الى بدل النّماء التّالف و لا نقول الى العين لانّ عمل المالك كان صحيحا بمقتضى النّاس مسلّطون

(٢) اى نافى عمل المالك الاجازة

(٣) كما لو اكل المالك الطّعام الّذى باعه الفضولى

(٤) بأن اعتق المالك عبده الّذى باعه الفضولى.

(٥) اى فات محلّ الاجازة

(٦) اى مع احتمال ان نقول بصحّة الاجازة و رجوع المشترى الى المالك بالبدل بان ياخذ قيمة العبد سواء كانت ازيد من الثّمن او اقلّ و سيجى عن قريب قوله «نعم اذا حصلت الاجازة كشفت عن بطلان كلّ تصرّف مناف لانتقال المال الى المجيز فياخذ المال مع بقائه و بدله مع تلفه»

(٧) اى من المواضع النّماء الحاصل بين عقد الفضولى و اجازة المالك

(٨) و هو الكشف باقسامه الثّلاث «الكشف الحقيقى» ولكنّ الشّرط نفس الاجازة

و للشهيد الثانى فى الرّوضة[١] عبارة[٢] توجيه[٣] المراد منها كما فعله بعض اولى[٤] من توجيه حكم ظاهرها[٥] كما تكلّفه[٦] آخر

➡ «والكشف الحقيقى» ولكنّ الشّرط فيه هو الوصف المتنزع الّذى هو تعقّب الاجازة و لحوقها «والكشف الحكمى» و هو القول بانتقال الى المشترى مع القول ببقاء اصل الملك عى ملك مالكه

(١) الرّوضة البهيّة ص ٢٣٦

(٢) اقول المراد منها قوله (ره) «و يظهرا الفائدة» فى النّماء فان جعلناها كاشفة فالنّماء المنفصل المتخلّل بين العقد والاجازة الحاصل من المبيع للمشترى و نماء الثّمن المعيّن للبايع و ن جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز انتهى كلامه رفع مقامه

(٣) يعنى مراد الشّهيد الثّانى من عبارته فى الرّوضه بان تحمل على خلاف ظاهرها كما ارتكب هذا التّوجيه بعض الفقهاء اولى من حملها على ظاهرها والتّوجيه الّذى فعله البعض هو انّ المراد بالمالك المجيز الجنس بفرض الكلام فى كلا الطّرفين فضوليّاً فعند الاجازة يكون نماء الثّمن الى ما قبل الاجازة لمالك الثّمن المجيز و نماء المثمن الى قبل الاجازة لمالك المثمن المجيز

(٤) كلمه (اولى) خبر لمبتداء مقدّم و هو قوله «توجيه المراد»

فالشيخ قده قد استحسن هذا التّوجيه فقال توجيه المراد منها كما فعله بعض اولى من توجيه ظاهرها والحكم به

(٥) اى ظاهرا العبارة

(٦) اى كما تكلّف صاحب مفتاح الكرامة فى توجيه حكم ظاهر عبارة الشّهيد الثّانى فانّه قده قد ابقى العبارة على ظاهرها و لم ياوّلها و فسّر المالك المجيز بالبايع الخ

و منها[١] أنّ فسخ الاصيل لانشائه[٢] قبل اجازة الآخر مبطل[٣] له[٤] على القول بالنّقل[٥] دون الكشف[٦] بمعنى أنّه[٧] لو جعلناها[٨] ناقلة كان[٩] فسخ الاصيل كفسخ الموجب قبل قبول القابل فى كونه[١٠] ملغياً لانشائه السّابق بخلاف ما لو جعلت[١١] كاشفة فانّ العقد تامٌ من

---

(١) اى من المواضع

(٢) الضّمير راجع الى الاصيل

(٣) قوله «مبطل» خبر لقوله (انّ).

(٤) اى للعقد على القول بالنّقل دون الكشف و ذلك لانه لم يتمّ العقد على النّقل بل حدث احدر كنيه كالقبول فى المثال و من البيّن انّ ابطال الركن الواحد قبل مجئى الآخر بمقتضى القاعدة

(٥) يعنى على القول بانّ الاجازة ناقلة فلم يتم العقد قبل اجازة المالك فهو كابطال الموجب الايجاب قبل مجئى القبول

(٦) لانّه على الكشف فقد تمّ العقد ايجاباً و قبولاً و انّما النّفوذ متوقّف على الاجازة و من المعلوم أنّ ابطال العقد بعد تمام ركنيه لا يمكن الّا اذا كان خياراً

(٧) ضمير شأن

(٨) اى الاجازة

(٩) قوله (كان) جواب لِلو.

(١٠) اى فى كون الاصيل

(١١) اى لوجعلت الاجازة كاشفة

طرف الاصيل غاية الامر تسلّط الآخر على فسخه[١] و هذا[٢] مبنى على ما تسالموا[٣] عليه من جواز ابطال احد المتعاقدين لانشائه قبل انشاء صاحبه بل قبل[٤] تحقّق شرط صحّة العقد كالقبض فى الهبة والوقف والصّدقة

فلا يرد[٥] ما اعترضه بعض من منع جواز الابطال على القول بالنّقل معلّلاً بانّ ترتّب الاثر على جزء السّبب[٦] بعد انضمام الجزء الآخر[٧] من

---

(١) اى فسخ عقد الفضولى و ردّه

(٢) و هو فسخ الاصيل لانشائه مبطل للعقد

(٣) من جواز ابطال احد المتعاقدين لانشائه قبل انشاء صاحبه و هو كما لو قال البايع (بعت) ثمّ قال ردددت ايجابى والغيته قبل ان يقول المشترى (قبلت)

(٤) فانّه لو وهب الواهب و قبل المتهّب ولكن لم يقبض جاز للواهب الفسخ و كذلك الوقف والصّدقة

(٥) اقول حاصل اعتراض محقّق القمّى رحمةاللّه عليه انّ ترتّب الاثر و هو النّقل والانتقال على جزء السّبب الّذى هو العقد بعد انضمام الجزء الآخر و هو الاجازة من الاحكام الوضّقيه بمعنى انّه يحصل المسّبب عند حصول السّبب بناء على كون الاجازة ناقلة فلا يعتبر فى هذا التّرتب اختيار المشترى الاصيل و بعبارة اخرى فترتّب الاثر امر «اتوماتيكى» بحصل من دون توقّفه على شيئى آخر.

(٦) و هو العقد و قد عرفت آنفاً

(٧) و هو الاجازة.

احكام الوضع[١] لا مدخل لاختيار المشترى فيه[٢] و فيه[٣] أنّ الكلام فى انّ عدم تخلّل الفسخ بين جزئى السّبب شرط فانضمام الجزء الآخر من دون تحقّق الشّرط غير مجد فى وجود المسبّب [٤] فالاولى فى سند المنع[٥] دفع احتمال اشتراط عدم تخلّل الفسخ باطلاقات صحّة العقود

---

(١) بمعنى انّه يحصل المسّبب عند حصول السّبب اختار المشترى الفسخ ام لا

(٢) اى فى ترتّب الاثر

(٣) اى و فيما افاده المحقّق القمىّ (ره) من أنّ ترتّب الاثر على جزء السّبب بعد انضمام الجزء الآخر امر اتوماتيكى يحصل من دون توقّفه على شيى آخر (٢) و هو العقد و قد عرفت آنفاً (٣)بمعنى انّه يحصل المسبب عند حصول السبب اختار المشترى الفسخ ام لا

(٥) اى فى ترتب الاثر (٦)اى و فيما افاده المحقق القمى من انّ ترتب الاثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر اتوماتيكى اشكال و ملخّص الاشكال أنّ الاجماع قائم على اشتراط عدم تخلّل الفسخ بين جزئى السّبب فى الصّحة و ان كان مقتضى ادلّة الصّحة واللّزوم هو عدم بطلان انشاء الاصيل بفسخه قبل اجازة الآخر فاذا فسخ الاصيل قبل اجازة الآخر كان الفسخ هذا مبطلا للعقد بسبب هذا الاجماع فلا ينفع انضمام الجزء الآخر و هو الاجازة فى وجود المسبّب و هو الاثر بمعنى الاسم المصدرى

(٤) اذ لا يوجب المسبّب الّا بعد وجود السّبب الكامل و هو عدم عدم تخلّل الفسخ بين الجزئين

(٥) فالانسب فى الاستدلال لمنع كون فسخ الاصيل لانشائه موجبا لبطلان العقد ان يقال انّ احتمال الاشتراط المذكور مدفوع بالاطلاقات الواردة فى صّحة العقود و لزومها فانّ الأطلاقات كآية اوفوا بالعقود و احلّ اللّه البيع و تجارة عن تراض كافية فى المقام

و لزومها و لا يخلو[١] من اشكالٍ

و منها[٢] جواز تصرّف الاصيل فيما انتقل عنه بناء على النّقل و ان قلنا بانّ فسخه[٣] غير مبطل لانشائه[٤] فلو[٥] باع جارية من فضوليّ جازله[٦] وطؤها و ان استولدها صارت امّ ولد لانّها[٧] ملكه

و كذا لو زوّجت نفسها[٨] من فضولى جازلها[٩] التّزويج من الغير فلو

---

(١) وجه الاشكال كما عن بعض انّ الاصيل بعد ان رجع عن انشائه بالفسخ قبل اجازة الآخر يشك فى صدق العقد و العهد فلا يجوز التمسّك عندئذ بالاطلاقات الواردة على صحّة هذا العقد و لزومها لأنّ الشّبهة موضوعيّة فلا مجال للاستصحاب

(٢) اى من مواضع ثمرة الاختلاف بين الكشف والنّقل

(٣) اى فسخ المباشر الاصيل

(٤) لانشاء الاصيل.

(٥) اى باع الاصيل الجارية من مشترٍ فضوليّ ففى هذا المثال كان الاصيل المالك بايعا والفضولى مشترياً و فى مثالنا الّذى تقدّم كان الاصيل مشتريا والفضولى بايعاً

(٦) اى للاصيل البايع

(٧) اى لانّ الجارية ملك الاصيل قبل الاجازة بناء على النّقل

(٨) يعنى لو زوّجت هندة نفسها لعمرو بان قالت الهندة للمخاطب الفضولى زوّجت نفسى لعمرو و قال المخاطب الفضولى قبلت التّزويج لعمرو جازلها التّزويج لغير عمرو قبل اجازة العمرو فلو حصلت الاجازة من عمرو بعد التّزويج للغير لفت لعدم بقاء المحل قابلا للاجازة

(٩) اى لهندة

حصلت الاجازة فى المثالين[١] لغت لعدم بقاء المحلّ[٢] قابلاً والحاصل أنّ الفسخ القولى و ان قلنا انّه غير مبطل لانشاء الاصيل الّا انّ له فعل ما ينافى انتقال المال عنه على وجه يفوت محلّ الاجازة فينفسخ العقد بنفسه بذلك[٣]

و ربّما احتمل عدم جواز التّصرف على هذا[٤] القول ايضاً و لعلّه[٥] لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد فى حقّ الاصيل[٦] و ان لم يجب[٧] فى الطّرف الآخر

---

(١) و هما بيع الجارية من فضولى و تزويج المرأة نفسها من فضولى

(٢) يعنى بعد الوطئ والتّزويج للغير فانّ امّ الولد لا تنتقل و زوجة الشّخص لا تكون زوجة لغيره

(٣) اى بذلك الفعل المنافى

(٤) و هو القول بأنّ الاجازة ناقلة

(٥) اى و لعلّ وجه عدم جواز التّصرف المنافى للعقد جريان عموم وجوب الوفاء بالعقد فى حقّ الاصيل فآية اوفوا بالعقود تشمله فيجب الوفاء بالعقد فلا يجوز للاصيل التّصرف فى المبيع قبل اجازة الاخر

(٦) و ذلك لانّه عقد فيصدق عليه اوفوا بالعقود كما عرفت آنفاً و مقتضاه عدم بطلان عقده بالابطال و لا جواز تصرّفه فيه.

(٧) اى و ان لم يجب الوفاء بالعقد فى الطّرف الآخر و هو المالك الّذى اجرى الفضولى العقد على ماله اذ قبل اجازة المالك ليس العقد عقده فلا تشمله آية اوفوا بالعقود

و هو[١] الّذى يظهر من المحقّق الثّانى فى مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب[٢] حيث قال[٣] لا يجوز للبايع و لا للغاصب التّصرف فى العين لامكان الاجازة[٤] و لا سيّما على القول بالكشف[٥] انتهى و فيه[٦] انّ الاجازة[٧] على القول بالنّقل له مدخل فى العقد شرطاً او شطراً[٨] فما لم تحقّق الشّرط او الجزء لم يجب الوفاء على احد من

---

(١) اى عدم جواز تصرّف الاصيل فيما انتقل عنه

(٢) مثاله كما لو غصب زيد دينار عمرو فاشترى به كتابا من بكر حيث قال المحقّق الثانى (ره) فى هذا المقام انّه لا يجوز للبايع و لا للغاصب التّصرف فى العين و هو الكتاب فى المثال وجه عدم جواز تصرّف البايع فلانّه باع كتابه فاخرجه عن ملكه فيشمله اوفوا بالعقود و امّا وجه عدم جواز تصرّف الغاصب فلأنّ الكتاب ليس بماله بل هو امّا مال المغصوب منه او مال المشترى

(٣) قال المحقّق الثّانى

(٤) علّة عدم جواز تصرّف البايع كبكر فى المثال امكان الاجازة من صاحب الكتاب للمعاملة

(٥) يعنى كشف الاجازة عن تحقّق النقل والانتقال حال اجراء العقد فانّ الكتاب حينئذٍ خرج من مال بكر فلا يجوز التّصرف فيه (١٠) انتهى كلام المحقّق الثّانى

(٦) يعنى و فيما افاده المحقّق الثّانى من عدم جواز تصرّف الاصيل فيما انتقل عنه لاجل جريان عموم وجوب الوفاء بالعقد اشكال

(٧) يعنى اجازة المالك بعد العقد

(٨) اى جزء.

المتعاقدين لأنّ المامور بالوفاء هو العقد المقيّد[١] الّذى لا يوجد الّا بعد القيد و هذا[٢] كلّه على النّقل

و أمّا على القول بالكشف[٣] فلا يجوز التّصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة كالعلّامة والسّيد العميدى و المحقّق الثّانى و ظاهر غيرهم و ربّما اعترض عليه[٤] بعدم المانع له[٥]

من التّصرف لانّ مجرّد احتمال انتقال المال عنه فى الواقع لا يقدح فى السّلطنة الثّابتة له[٦] و لذا[٧] صرّح بعض المعاصرين بجواز التّصرف مطقا[٨] نعم اذا حصلت الاجازة[٩] كشفت عن بطلان كلّ تصرّف مناف[١٠]

---

(١) اى العقد المقيّد باجازة المالك كالّذى هو شرط فى العقد او جزء

(٢) يعنى صحّة التّصرف من المالك الا قبل اجازة المالك الثّانى

(٣) و هو الكشف بكلا قسميه الكشف الحقيقى و التزام كون الاجازة فيها شرطاً متاخّراً والكشف الحقيقى و التزام كون الشرط تعقّب العقد بالاجازة لا نفس الاجازة

(٤) اى اعترض على عدم جواز التّصرف للاصيل على القول بالكشف بكلا قسميه

(٥) اى للاصيل

(٦) اى للاصيل فانّ النّاس مسلّطون على اموالهم شامل له و يشك فى زوال هذه السّلطنة فالاصل بقائها و عدم زوالها

(٧) اى و لاجل انّ مجرّد انتقال المال عن الاصيل لا يضّر فى السّلطنة الثابتة له صرّح بعض المعاصرين بجواز التّصرف .

(٨) اى سواء قلنا بالكشف او النقل

لانتقال[١١] المال الى المجيز فيأخذ[١٢] المال مع بقائه[١٣] و بدله مع تلفه قال[١٤] نعم لو علم[١٥] باجازة المالك لم يجز له[١٦] التّصرف انتهى[١٧] اقول مقتضى عموم وجوب الوفاء[١٨] وجوبه على الاصيل ولزوم العقد و حرمة نقضه[١٩] من جانبه و وجوب الوفاء عليه[٢٠] ليس مراعى باجازة المالك[٢١] بل مقتضى العموم[٢٢] وجوبه

---

(٩) اى اجازة المالك بعد تصرّف الاصيل

(١٠) اى كلّ تصرّف مناف لانتقال المال الى المجيز فكلمة «مناف» صفة لقوله (تصرف)

(١١) قوله (لانتقال) علّة لبطلان كلّ تصرّف بعد حصول الاجازة

(١٢) اى فياخذ المجيز

(١٣) اى مع بقاء المال

(١٤) اى قال بعض المعاصرين

(١٥) لو علم الاصيل

(١٦) اى للاصيل

(١٧) اى انتهى قول بعض المعاصرين

(١٨) اى عموم وجوب الوفاء بالعقد فى قوله تعالى اوفوا بالعقود

(١٩) اى حرمة نقض العقد من جانب الاصيل

(٢٠) اى عن الاصيل

(٢١) لكى يقال ان حصلت الاجازة كشفت عن بطلان كلّ تصرّف و ان لم تحصل صحّ التّصرف

(٢٢) اى عموم وجوب الوفاء بالعقد.

حتّى مع العلم بعدم اجازة المالك

و من هنا[١] يظهر أنّه لا فائدة فى اصالة عدم الاجازة لكن ما ذكره[٢] البعض المعاصر صحيح على مذهبه فى الكشف[٣] من كون العقد مشروطاً بتعقّبة بالاجازة لعدم احراز الشّرط مع الشّك[٤] فلا يجب الوفاء به[٥] على احد المتعاقدين[٦] و امّا على المشهور فى معنى الكشف من كون نفس الاجازة[٧] المتاخرة شرطاً لكون العقد السّابق بنفسه مؤثّراً

---

(١) اقول يعنى من كون مقتضى العموم وجوبه على الاصيل حتّى مع العلم بعدم الاجازة يظهر أنّه لا فائدة فى اصالة عدم الاجازة لانّها لا تزيد على العلم بعدم الاجازة

(٢) و هو جواز تصرّف الاصيل فى العين المنتقلة عنه مطلقا على الكشف والنّقل

(٣) يعنى بمعناه الثّانى من الكشف و هو كون الشّرط الامر المنتزع و هو تعقّب الاجازة لا نفس الاجازة

(٤) اى مع الشّك فى اجازة المالك اقول قال بعض المعاصرين (ره) فى هذا المقام ما هذا لفظه فالعقد الّذى يجب على الاصيل الوفاء به هو العقد المشروط و حيث لم يحرز شرط العقد لم يجب الوفاء به و لا يحرم نقضه بالتّصرف فى العوض الّذى انتقل عنه انتهى

(٥) اى بالعقد

(٦) من الاصيل والمالك امّا على الاصيل فلعدم تحقّق شرط العقد الّذى هو لحوق الاجازة و امّا على المالك فلانّه لم يجز العقد بعد حتّى يكون العقد عقدا له فيشمله اوفوا بالعقود

(٧) و هو القسم الاوّل من قسمى الكشف كما عرفت كراراً

تامّاً فالّذى يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد[١]
و قد تحقّق[٢] فيجب[٣] على الاصيل الالتزام به[٤] و عدم نقضه[٥] الى
أن ينقض فان ردّ المالك فسنح العقد من طرف الاصيل كما أنّ اجازته[٦]
امضاء له من طرف الفضولى والحاصل أنّه اذا تحقّق العقد[٧] فمقتضى
العموم[٨] على القول بالكشف[٩] المبنى على كون ما يجب الوفاة به
هو العقد من دون ضميمة شيى شرطا او شطراً حرمة نقضه[١٠] على
الاصيل مطلقا[١١] فكلّ تصرّف[١٢] بعدّ نقضاً لعقد المبادلة بمعنى عدم

---

(١) يعنى من غير تقييد العقد بشيى آخر و هو الاجازة
(٢) اى و قد تحقّق و ثبت هذا العقد الّذى يجب الوفاء به
(٣) قوله (فيجب) جواب لِـ(أمّا) فى قوله «و امّا على المشهور»
(٤) اى بهذا العقد تحقّق و ثبت فى الخارج .
(٥) اى و عدم نقض العقد الى أن ينقضّ اى يردّ المالك
(٦) اى كما انّ اجازة المالك يكون امضاء لعقد الصّادر من الفضولى و طرفه
(٧) اى تحقّق العقد بين الاصيل والفضولى
(٨) اى عموم اوفوا بالعقود
(٩) يعنى الكشف بكلا قسميه
(١٠) قوله (حرمة نقضه) خبر لمبتداء مقدم و هو قوله «فمقتضى العموم»
(١١) اى سواء علم انّ المالك يجيز ام لا
(١٢) اى كلّ تصرّف من جانب الاصيل

اجتماعه[١] مع صحّة العقد فهو[٢] غير جائزٍ و من هنا[٣] تبيّن فساد توهم[٤] انّ العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرّف الاصيل فيما انتقل عنه كذلك يوجب جواز تصّرفه فيما انتقل اليه لأنّ[٥] مقتضى العقد مبادلة المالين فحرمة التّصرف فيما له مع حرمة التّصرف فى عوضه ينافى مقتضى العقد اعنى المبادلة[٦]

---

(١) اى عدم اجتماع ذلك التّصرف

(٢) اى فهذا التّصرف غير جائز سواء كان تصرفا غير متلف او تصرّفا متلفاً

(٣) اقول يعنى من قولنا كون مقتضى العموم حرمته نقض العقد و عدم جواز كلّ ما يعدّ نقضاً له من حيث العمل من التّصرف و ترك التّصرف

(٤) اقول قال شيخنا الاستاد رحمة اللّه عليه فى هذا المقام ما لفظه «و حاصل التّوهم دعوى عدم الانفكاك بين التّصرف فيما انتقل عنه والتّصرف فيما انتقل اليه و كلّما حرم الاوّل جاز الثّانى و كلّما حرم الثّانى جاز الاوّل و حاصل الجواب دعوى ثبوت الانفكاك بينهما بتقريب انّ موضوع الوجوب الوفاء و موضوع الحرمة النقض و من الواضح أنّ الاوّل نقض و ترك للوفاء فيحرم دون الثّانى فانّه ليس وفاء و تركه نقضاً بل هو اجنبىّ عن مسئلة النّقض فلا تدلّ الآية على حكمه و انّما يرجع فيه الى اصالة عدم الانتقال الموجبة للحرمة فعلم أنّه يمكن ان يحرم التّصرف فى كليهما انتهى ما افاده قده

(٥) قوله (لأنّ) تعليل للتّلازم بين حرمة التّصرف فيما انتقل عنه و جواز التّصرف فيما انتقل اليه

(٦) انّ مفهوم المبادلة والمعاوضة هو حرمة التّصرف فيما انتقل عنه بالعقد و جواز

توضيح الفساد أنّ الثّابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم[١] على نفسه من المبادلة حرمة نقضه[٢] والتخطّى عنه[٣] و هذا[٤] لا يدلّ الّا على حرمة التّصرف فى ماله حيث التزم[٥] بخروجه[٦] عن ملكه و لو بالبدل[٧] و امّا دخول البدل فى ملكه[٨] فليس ممّا التزمه على نفسه بل ممّا جعله لنفسه[٩] و مقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد[١٠] عمّا التزم عن نفسه و امّا قيد كونه[١١] بازاء مال فهو[١٢] خارج عن الالتزام

← التّصرف فيما انتقل اليه و ذلك لانّ المبادلة قوامها ذهاب مال و مجئى مال آخر مكانه فاذا ذهب المال و حرم التّصرف فيه و لم يجئى مال آخر مكانه بان لم يجز التّصرف فى مال المالك لم تكن مبادلة

(١) اى التزم الاصيل.

(٢) اى حرمة نقض ما التزم على نفسه من المبادلة

(٣) بان لا يهتمّ بالمبادلة و كانّها لم تحدث

(٤) اى وجوب الوفاء بالعقد و حرمة نقض الاصيل و عدم جواز التّخطى عنه

(٥) اى التزم الاصيل

(٦) اى بخروج المال

(٧) اى بمقابل البدل الّذى هو مال الطّرف المقابل

(٨) اى ملك الاصيل

(٩) بمعنى انّ دخول البدل فى ملك الاصيل نفع له لا ضرر عليه

(١٠) اى حرمة رفع اليد عمّا التزم على نفسه من كون ماله قد انتقل الى الغير

(١١) اى كون ما التزم على نفسه

على نفسه وان كان[١٣] داخلا فى مفهوم المبادلة[١٤] فلو لم يتصّرف[١٥] فى مال صاحبه لم يكن ذلك[١٦] نقضاً للمبادلة فالمرجع فى هذا التّصرف[١٧] فعلاً و تركاً الى ما يقتضيه الاصل و هى[١٨] اصالة عدم الانتقال و دعوى انّ الالتزام المذكور[١٩] انّما هو على تقدير الاجازة[٢٠] و دخول البدل فى ملكه فالالتزام معلّق على تقدير[٢١] لم يعلم تحقّقه فهو[٢٢] كالنّذر المعلّق على شرط

---

(١٢) قوله (فهو) جواب لـ(امّا)

(١٣) اى و ان كان قيد كونه بازاء مال.

(١٤) بمعنى انّ حقيقة المبادلة كون المال بازاء المال

(١٥) اى فلو لم يتصرّف الاصيل

(١٦) اى لم يكن عدم التّصرف فيما انتقل اليه

(١٧) اى تصرّف الاصيل فيما انتقل اليه

(١٨) الضّمير راجع الى الاصيل و تانيته باعتبار تانيت الجز

(١٩) اى التزام الاصيل بخروج ماله عن ملكه

(٢٠) يعنى على تقدير اجازة المالك

(٢١) و هو تقدير الاجازة و دخول البدل فى ملكه و لم يعلم يحقّقه و ذلك لانّ الاصيل لا يعلم هل يجيز الطّرف الآخر ام لا

(٢٢) يعنى نقل الاصيل ماله كالنّذر المعلّق على شرط كما لو نذر انّ هذه الشّاء صدقة ان جاء ابنه

حيث حكم جماعة[١] بجواز التّصرف فى المال المنذور قبل تحقّق الشّرط[٢] اذا لم يعلم[٣] تحقّقه فكما انّ التّصرف حينئذ[٤] لا يعدّ حنثاً[٥] فكذا التّصرف[٦] فيما نحن فيه قبل العلم بتحقّق الاجازة لا يعدّ نقضاً لما التزمه[٧] اذ لم يلتزمه فى الحقيقة الّا معلّقاً مدفوعة[٨] بعد

---

(١) اقول قال بعض المعاصرين رحمة اللّه عليه، مالفظه «اقول اذا نذر أن يتصدّق مالاً معيّنا للفقير بشرط مجئى ابنه من السّفر مثلاً فغى جواز التّصرف فى ذلك المال المنذور قبل حصول الشّرط و عدم جوازه اقوال ثلاثة الجواز مطلقا و عدم الجواز مطلقا و ثالثها التفصيل بين ما اذا قصد حين النّذر ابقاء المال الى زمان حصول الشرط فلا يجوز و بين، ما لم يقصد فيحوز انتهى.

(٢) اى قبل مجى الابن من السّفر فى مثالنا

(٣) اى اذا لم يعلم النّاذر بتحقّق الشّرط.

(٤) اى تصرّف النّاذر فى المال المنذور حين اذا لم يعلم النّاذر بتحقّق الشّرط

(٥) اقول الحنث فى اليمين نقضها والنّكث فيها يقال حنث فى يمينه يحنث حنثا اذا لم يف بموجبها «مجمع البحرين»

(٦) اى فكما انّ التّصرف فى المنذور حين الشّك فى تحقّق الشّرط لا يعدّ حنثا للنّذر فكذا تصرّفُ الاصيل فى مال نفسه فى مسئلتنا قبل العلم بتحقّق الاجازة لا يعدّ نقضاً لما التزمه الاصيل

(٧) اى لما التزمه الاصيل يكون ماله للطّرف فى مقابل ان يكون مال الطرف له

(٨) كلمة (مدفوعة) خبر لمبتداء مقدّم و هو قوله «ودعوى»

تسليم جواز التّصرف فى مسألة النّذر المشهورة بالاشكال[١] بانّ الفرق بينهما[٢][٣] انّ الالتزام هنا[٤] غير معلّق على الاجازة و انّما التزم[٥] بالمبادلة متوقّعا[٦] للاجازة فيجب عليه[٧] الوفاء به[٨] و يحرم عليه[٩] نقضه[١٠] الى أن يحصل ما يتوقّفه من[١١] الاجازة او ينتقض التزامه[١٢] بردّ المالك و لاجل

---

(١) اذا اللّازم ان يبقى المنذور على حاله كى يتمكن الوفاء بالنّذر عند تحقّق الشّرط

(٢) الجارّ والمجرور متعلّق بقوله (مدفوعة) والباء بيان لكيفيّة الدّفاع

(٣) اى الفرق بين ما نحن فيه و هو تصرّف الاصيل فيما انتقل عنه و بين تصرّف النّاذر فى المنذور المعيّن قبل تحقّق شرطه

(٤) يعنى انّ التزام الاصيل بخروج ماله عن ملكه فى عقد الفضولى غير معلّق على الاجازة

(٥) اى التزم الاصيل

(٦) اى فى حال كون الاصيل يتوقّع و ينتظران يجيز الطرف الآخر

(٧) على الاصيل

(٨) اى بما التزمه

(٩) اى على الاصيل.

(١٠) اى نقض ما التزمه

(١١) كلمة (من) بيان و توضيح لِـ(ما) فى قوله (الى ان يحصل ما)

(١٢) اى التزم الاصيل

ما ذكرنا من[١] اختصاص حرمة النّقض بما يعدّ من التّصرفات منافيا لما التزمه الاصيل على نفسه دون غيرها[٢] قال فى القواعد فى باب النّكاح و لو[٣] تولّى الفضولى احد طرفى العقد ثبت فى حقّ المباشر تحريم المصاهرة فان كان[٤] زوجاً حرمت عليه الخامسة والاخت[٥] والامّ[٦] والبنت[٧] الّا اذا فسخت على الاشكال فى الامّ[٨]

---

(١) كلمة (من) بيان و توضيح لِـ(ما) فى قوله (ما ذكرنا)

(٢) اى دون التّصرفات غير المنافية لما التزمه الاصيل على نفسه

(٣) اى لو تولّى العقد عن الرّجل او المرئة فضولىٌ و باشر الآخر منهما العقد بنفسه فالعقد لازم بالنّسبة الى المباشر الاصيل فقد ثبت فى حقّ المباشر الاصيل حرمة المصاهرة لانّ مناط الحرمة هو النّكاح الصّحيح الفعلى و قد تحقّق هذا المناط بالنّسبة الى المباشر الاصيل فلا يجوز له الاقدام على الخامسة اذا كان زوجا لو كان المعقود عليها هى الرّابقه فلو عقد على الخامسة لا اثر للعقد اذا كانت الاربقه موجودة

(٤) اى فان كان المباشر الاصيل بان نكح الفضولى زيداً بنت بكرو قبل الزّوج بنفسه العقد

(٥) حرمت عليه الخامسة اذا كانت عنده اربع و كذا تحرم على المباشر الاصيل اخت المعقود عليها فيما اذا كان احد طرفى العقد فضوليّا لعدم جواز الجمع بين الاختين فلا يجوز له الاقدام على نكاح الاخت بمجرّد العقد

(٦) اى و كذا تحرم امّ المعقود عليها على المباشر الاصيل فيما اذا كان احد طرفى العقد فضوليّاً

(٧) اى و كذا تحرم بنت المعقود عليها على المباشر الاصيل فلا يجوز له الاقدام على

و فی الطلاق[۹] نظر لترتّبه[۱۰] علی عقد لازم فلا یقع المصاهرة و ان کان[۱۱] زوجة لم یحلّ لها نکاح غیره[۱۲] الّا اذا فسخ[۱۳] والطّلاق هنا معتبر[۱۴] انتهی[۱۵]

← نکاح البنت اذا دخل المباشر الاصیل بالامّ

(۸) یعنی الّا اذا فسخت المعقود علیها فضولا برّد النّکاح فعندئذ یحلّ له ما حرمت علیه بالمصاهرة و ذلك لانتفاء مقتضی الحرمة و ذلك واضح فی الاخت والبنت امّا الاخت فانّها لا تحرم الّا جمعاً بین الاختین لا عینا و قد بطل النّکاح بالرّد و امّا البنت فانّها تحرم عیناً بشرط الدّخول بامّها لقوله تعالی «و ربائبکم اللّاتی فی حجورکم من نسائکم اللّاتی دخلتم بهنّ والمفروض بطلان النّکاح قبل الدّخول بالرّد و امّا حلّیة امّها بردّ النّکاح ففیها اشکال ینشاء من أنّ تحریم الامّ یثبت بالعقد الصّحیح اللّازم و قد تبیّن انّ العقد صحیح لازم من طرف المباشر فیتعلّق به تحریم الامّ و من انّ الفسخ رفع النّکاح من اصله فارتفعت احکامه

(۹) ینشاء من انّ الطّلاق موضوع لرفع النّکاح الدّائم اللّازم و هو منتف هنا فلا یکون الطّلاق الواقع معتبراً و من انّه اذا کان صالحا له بعد لزومه فقبل لزومه اولی والاقوی انّها اذا فسخت قبل الاجازة بطل حکم العقد فلا یقع الطّلاق

(۱۰) ای لترتّب الطّلاق

(۱۱) ای المباشر الاصیل

(۱۲) یعنی غیر هذا الزّوج الّذی اختیر لها فضولاً و کانت هی المتولیّة لطرف العقد مباشرة

(۱۳) ای فسخ المرء المعقود علیه فضولاً

(۱۴) لأنّ تحقّق کمالیّة العقد انّما کان باجازة الزّوج والاجازة امر ممکن بالنّسبة الیه فاذا

←

و عن كشف اللّثام نفى الاشكال[١٦] و قد صرّح ايضاً جماعة بلزوم النّكاح المذكور[١٧] من طرف الاصيل و فرّعوا عليه تحريم المصاهرة[١٨] و أمّا مثل النظر[١٩] الى المزّوجة فضولاً والى امّها مثلاً[٢٠] وغيره ممّا[٢١] لا يعدّ

← صدر منه طلاق تعيّن حمله على كونه طلاقاً شرعيّاً و لا يكون شرعيّاً الّا اذا كان العقد كاملاً و كماليّته انّما يكون من قبله فوجب الحكم بها

(١٥) قواعد الاحكام ج ٢ ص ٧ سطر ١٩

(١٦) اقول قال المامقانى رحمة اللّه عليه ما هذا لفظه «قال فى شرح العبارة المذكورة ولو تولّى الفضولى احد طرف العقد و باشر الآخر بنفسه او وليّه او وكيله ثبت فى حقّ المباشر تحريم المصاهرة الى ان يتبيّن عدم الاجازة الآخر لتماميّة العقد بالنّسبة اليه فان كان زوجاً حرم عليه الخامسة والاخت بلا اشكال لصدق الجمع بين الاختين و نكاح اربع بالنّسبة اليه و لا يجدى التّزلزل و كلّ من الامّ والبنت للمفضود عليها فضوليّاً الّا انّه قبل تبيّن حالها من الاجازة او الفسخ لا اشكال فى الحرمة لحرمة الجمع قطعاً و كذا اذا اجازت و اما اذا فسخت فلا حرمة بلا اشكال فى البنت و على اشكال فى الامّ من انّ الاجازة امّا جزء او شرط هذا ما اردنا ذكره من كلامه انتهى.

(١٧) و هو كون احد طرفى العقد اصيلا و الآخر فضوليّاً

(١٨) اى و فرّعوا على كونه صحيحاً من طرف الاصيل كالمحقّق الثّانى فى جامع المقاصد و غيره تحريم المصاهرة فلا يحقّ للاصيل ان ياخذ محرّمات النّكاح مطلقا كامّ الزّوجة و اب الزّوج.

(١٩) بان كان الفضولى فى جانب الزّوجة والزّوج هو الاصيل

(٢٠) كجدّتها ايضا و غير النّظر كالاستمتاع والارث منها اذا ماتت

(٢١) قوله (ممّا) بيان و توضيح للغير فى قوله (و غيره)

تركه[١] نقضاً لما التزم العقد على نفسه[٢] فهو[٣] باق تحت الاصول[٤] لانّ ذلك[٥] من لوازم علاقة الزّوجيّة غير الثّابته بل المنفيّة بالاصل[٦] فحرمة[٧] نقض العاقد لما عقد على نفسه لا تتوقّف[٨] على ثبوت نتيجة العقد اعنى علاقة الملك او الزّوجيّة بل ثبوت النّتيجة تابع لثبوت حرمة النّقض من الطّرفين[٩] ثمّ انّ بعض متاخّرى المتاخرين[١٠] ذكر ثمرات

---

(١) ضمير (تركه) راجع الى (ما) فى قوله (ممّا) و قد عرفت مما تقدم ان نفس العاقد لما التزم على نفسه محطور و غير جائزٍ و ذلك لانّه خلاف اوفوا بالعقود.

(٢)

(٣) اى مثل النّظر

(٤) مراده قده من (الاصول) اصالة عدم الزّوجيّة و عدم صيرورتها امّ الزّوجة و غيرهما

(٥) اى جوزا النّظر الى المرئة المزّوجة فضولا

(٦) اى بل الزّوجية منفيّة باستصحاب عدم الزّوجيّة لانّها لم تكن و لا نعلم بانّها حدثت ام لا

(٧) الفاء تفريع على ما افاده من عدم كون الآثار المترتّبة للمباشر الاصيل ممّا يعدّ تركه نقضاً

(٨) قوله (لا تتوقّف) خبر لقوله (فحرمة نقض العاقد)

(٩) و من البيّن أنّ حرمة النّقض فيما نحن فيه لم تحقّقت من الطّرفين بل تحقّقت من المباشر الاصيل فقط حيث كان احد المتعاطين فضوليّا.

(١٠) و هو المحقّق الاردبيلى قدّس سرّه

أُخر[١] لا بأس بذكرها للتشبّه بها و بما يمكن ان يقال[٢] عليها (منها)[٣] ما لو انسلخت قابليّة التّملك عن احد المتبايعين بموته[٤] قبل الاجازة الآخر او بعروض كفر بارتداد فطرى[٥] او غيره[٦] مع كون المبيع عبداً مسلماً او مصحفاً[٧] فيصّح حينئذ[٨]

---

(١) يعنى ذكر ثمرات أُخر بين الكشف والنّقل

(٢) يعنى يمكن الرّد على تلك الثّمرات الّتى افادها المحقّق الاردبيلى

(٣) هذه الثّمرة ذكرها الشّيخ الفقيه المحقّق جعفر الغروى رحمة اللّه عليه

(٤) اقول يعنى الاصيل منهما سواء كان بايعا او مشتريا كما انّ المراد بالآخر غير الاصيل سواء كان بايعاً او مشتريّاً

(٥) والمرتد عن فطرة و هو الّذى انعقد و احد ابويه مسلم كلمة (فطرى) وصف لقوله (ارتداد) يعنى لو باع زيد كتابه للفضولى عن قبل بكر ثمّ ارتد زيد عن فطرة قبل اجازة بكر ثمّ اجاز فيصّح البيع على الكشف الحقيقى لانّ الاجازة كاشفة عن وقوع البيع فى حال كون زيد مسلماً بخلاف القول بالنّقل فانّ البيع اوالشّراء باطل لكون الاجازة كاشفة عن انتقال الملك الى المجاز عند صدور الاجازة والمفروض أنّ احد المتعاقدين قد انسلخت عنه قابليّة التّملك بارتداذ فالعوض او المعوّض قد انتقل الى الوارث بارتداده

(٦) اى او غير المرتدّ الفطرى و هو المرتد الملّى و هو الّذى انعقد و لم يكن احد ابويه مسلماً

(٧) اقول قيد كون المبيع عبداً مسلماً او مصحفاً راجع الى المرتدّ الملّى فانّه لو ارتدّ الملّى يملك كلّ شيى سوى العبد المسلم والمصحف الشّريف فانّ الارتداد عن ملّة يوجب انسلاخ قابليّة احد المتعاقدين عن العبد المسلم والمصحف الكريم فقط لاعن كلّ شيى

←

على الكشف دون النّقل و كذا[٩] لو انسلخت قابليّة المنقول[١٠] بتلف او عروض نجاسة له[١١] مع ميعانه[١٢] الى غير ذلك[١٣] و فى مقابله[١٤] ما

⇐ يعنى اذا ارتدّ المشترى الاصيل بعد شرائد العبد المسلم او المصحف من الفضولى قبل الاجازة فيصّح على الكشف دون النّقل .

(٨) اى فيصّح البيع حين ارتدّ قبل اجازة الآخر و بعد ذلك اجاز الآخر على الكشف لانّ البيع وقع فى حال كون زيد الّذى ارتدّ بعد ذلك مسلماً مالكاً لا حواله و للعبد المسلم و للمصحف دون النّقل اذ الانتقال يقع الآن فى حال كفر زيد و من المعلوم انّ زيداً لا يملك الآن شيئاً .

(٩) لو انسلخت قابلية

(١٠) المال المنقول بتلف كما لو تلف الكتاب قبل اجازة بكر او عروض نجاسة له مع ميعانه فيما كانت الاستفادة منه متوقفة على الطّهارة و لم يكن قابلاً لها كما لو تنحّس الدّبس فانّه على الكشف يصّح البيع لانّ الكتاب حين البيع كان قائماً والدّبس كان طاهراً و على النّقل لا يصّح البيع لانّ حال اجازة لا وجود للكتاب و لا طهارة للدّبس

(١١) اى للمال المنقول

(١٢) اى مع ميعان مال المنقول

(١٣) ممّا كانت الاستفادة منه متوقّفه على الطّهارة و لم تكن قابلاً لها كما لو تنجّس الدّهن المايع فانّه على الكشف الحقيقى يصّح البيع لأنّ الدّهن حال البيع و حينه كان طاهراً و على النّقل لا يصح البيع لانّ حال الاجازد لم يكن الدّهن طاهراً

(١٤) اى مقابل انسلاخ قابليّة المنقول هو تجدّد القابلية بعد العقد و قبل الاجازة فهو مقابل له موضوعاً و حكماً فيما لو باع الثّمرة الاصيل و الفضولى قبل ظهور الصّلاح فان ⇐

تجددّت القابليّة قبل الاجازة بعد انعدامها[١] حال العقد كما لو تجددت الثمرة و بدا[٢] قبل الاجازة و فيما قارن العقد فقد الشّروط ثمّ حصلت[٣] و بالعكس

و ربّما يعترض[٤] على الاوّل[٥] بامكان دعوى ظهور الادلّة[٦] فى اعتبار

⇐ قلنا بالكشف بطل البيع لانّه وقع حال عدم صحّة البيع لعدم بدّو صلاحها و ان قلنا بالنّقل صحّ لانّ البيع وقع حال بدّو الصّلاح الموجب للصّحة

(١) اى بعد انعدام القابليّة

(٢) صلاحها

(٣) و فيما قارن العقد فقد الشّروط ككون العاقد قاصداً للفظ اى يكون ملتفتاً اليه و قاصداً له عند صدوره منه فانّ هذا من جملة شروط المتعاقدين اى او قارن العقد فقد كون العاقد قاصد اللّفظ و غير ملتفت اليه ثم حصل الشّرط قبل الاجازة فانّه يصّح العقد على النّقل دون الكشف اى حصلت الّشروط بان قارن العقد وجودالّشرط ثم فقد الشرط قبل الاجازة فانه يصح العقد على الكشف دون النقل.

(٤) اقول المعترض صاحب الجواهر قدس سره حيث نفى الثّمرة بين الكشف و النّقل فى الفرع الاوّل و هو انسلاخ قابليّة الملك عن الاصيل بموته قبل الاجازة او بعروض كفر بارتداد فطرىّ او غيره فيما اذا كان المبيع العبد المسلم او المصحف و قال بالبطلان مطلقا و لو على القول بالكشف مدّعياً بانّه يمكن ان يكون ظهور الادلّة فى اعتبار استمرار القابليّة الى حين الاجازة فعلى هذا يبطل العقد بالموت قبل الاجازة او بعروض الكفر و لو على الكشف فلا تظهر الثّمرة بين النّقل والكشف.

(٥) مراده قده من الاوّل هو ما لو انسلخت قابليّة الملك عن احد المتبايعين بموته

(٦) الادلّة الخاصّة على صحّة الفضولى اشهرها رواية «عروة البارقى» الّتى رواها

استمرار القابليّة الى حين الاجازة على الكشف فيكشف الاجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمرّا الى حين الاجازة

و فيه[١] انّه لا وجه لاعتبار استمرار القابليّة و لا استمرار التّملك المكشوف عنه بالاجازة الى حينها كما[٢] لو وقعت بيوع متعدّدة على ماله فانّهم صرّحوا بانّ اجازة الاوّل توجب صحّة الجميع مع عدم بقاء مالكيّة الاوّل مستمرّا

➡ الفريقان فى كتبهم المعروفة اليك اسانيدها قبل البحث فى مفزاها ١ـ روى فى عوالى اللئالى عن عروة بن الجعد البارقى انّ النّبى(ص) اعطاه ديناراً ليشترى به شاء فاشترى به شاتين ثم باع احداهما بدينار فى الطّريق قال فاتيت النّبى(ص) بالدّينار والشّاة فاخبرته فقال(ص) بارك اللّه لك فى صفقة يمينك (عوال اللّئالى المجلد ٣ الحديث ٣٦ الصّفحة ٢٠٥: مستدرك الوسائل الباب ١٨ من ابواب آداب التّجارة الحديث ١ الصّفحة ٤٦٢).

و منها صحيحة محمد بن قس راجع وسائل الشّيعد المجلّد ١٤ الباب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١

و منها ما رواه محمّد بن مسلم عن ابى جعفر (ع) انّه سأله عن رجل زوجّته امّه و هو غائب قال النّكاح جايز ان شاء المتزوّج قبل و ان شاء ترك الحديث وسائل الشّيعة المجلّد ١٤ الباب ٧ من ابواب عقد البيع الحديث ٣

(١) اى و فيما اعترضه صاحب الجواهر

(٢) اقول قوله (كما) الخ تنظير لعدم اعتبار قابليّة استمرار التّملك الى زمن صدور الاجازة

وكما[١] يشعر به بعض اخبار المسالة المتقدّمة[٢] حيث انّ ظاهر بعضها[٣] و صريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الاجازة مضافاً[٤] الى فحوى خبر تزويج الصّغيرين الّذى يصلح ردّا لما ذكر[٥]

---

(١) قوله (وكما) تنظير ثان لعدم اعتبار استمرار قابليّة التّملك فى المتعاقدين الى زمن صدور الاجازة اى و كما يشعر بعدم اعتبار استمرار قابليّة التّملك

(٢) اقول يعنى يشعر بعدم اعتبار استمرار القابليّة الى حين الاجازة بعض اخبار المسألة الّتى استدلّ بها على صحّة عقد الفضولىّ المتقدّمة فى ص ٣٥ بقوله و استدلّ له ايضا تبعاً للشهيد بصحيحة محمد بن قيس الى آخر الاخبار الواردة فى المسألة و فحوى صحّة عقد النّكاح المشار اليها فى ص ٤٨ و موثّقة جميل المشار اليها فى ص ٥٨ و صحيحة الحلبى المشار اليها فى ص ٦٧ و موثّقة عبد الرّحمان المشار اليها فى ص ٦٨

والاخبار الواردة فى الاتجار بمال اليتيم المشار اليها فى ص ٦٣.

(٣) اى بعض الاخبار لم يرد فى الاخبار المتقدّمة الّتى استدلّ بها الشّيخ الانصارى على صحّة بيع الفضولى مايدلّ على عدم اعتبار الحياء فى المتعاقدين حال الاجازة .

(٤) اى و لنا بالاضافة الى ما ذكره من اشعار بعض الاخبار المتقدّمة على عدم اعتبار استمرار القابليّة فى التّملك فحوى خبز تزويج الصّغيرين الّذى اشير اليه فى ص ٤٨

وجه الفحوى انّه كان موت احد الزّوجين غير موجب لرفع قابليّة العقد للاجازة بل العقد يبقى بعد موت احدهما قابلاً للفسخ والامضاء فموت احد المتبايعين لا يوجب بطلان البيع الّذى وقع فضولاً بطريق اولى لانّ امر الفرج شديد و انّه يكون منه الولد مع انّه اولى بالاحتياط فالحكم فى غيره اولى بالثّبوت فيكون الفحوى ردّا لما اعترض صاحب الجواهر عى الاوّل الّذى هو انسلاخ قابليّة التّملك عن احد المتبايعين بموته

(٥) يعنى فحوى خبر تزويج الصغيرين يصلح أن يردّ، ماذكره صاحب الجواهر فى

فى النّمرة الثّانية اعنى خروج المنقول عن قابليّة تعلّق انشاء عقد او اجازة به[١] لتلف و شبهه[٢] فانّ موت احد الزّوجين كتلف احد العوضين فى فوات احد ركنى العقد

مضافاً الى اطلاق رواية عروة[٣] حيث لم يستفصل النّبى (ص) عن موت الشّاة او ذبحها و اتلافها نعم ما ذكره[٤] اخيراً من تجدّد القابليّة[٥]

← النّمرة الثّانية و هو قوله: ومنه تنقدح المناقشة فى الثّانى بل هى اوضح فيه من الاول ضرورة كون المعتبر على الكشف والنّقل رضا المالك والفرض انتفاء ملكيّة بانتفاء قابليّة العين لها انتهى كلام صاحب الجواهر

(١) بالعقد

(٢) كما لو عرض النّجاسة للمال المنقول مع ميعانه

(٣) اى مضافاً الى انّه يردّ اعتراض صاحب الجواهر الّذى يقول بلزوم بقاء الشّرائط الى حين الاجازة (اطلاق رواية عروة) البارقى الّذى اعطاه النّبى (ص) ديناراً لاشتراء شاة فاشترى شاتين و باع احدهما بدينار و جاء الى النّبى (ص) بشاة و دينار فامضى النّبى (ص) معاملة حيث لم يستفصل النّبى (ص) عن موت الشّاة) الّتى باعها عروة او ذبحها و اتلافها» فانّه لو كان بقاء العين شرطاً فى صحّة الاجازة كان اللّازم على النّبى (ص) ان يستفسر هل الشّاة المبيعة موجودة او تالفة فيعطى الاجازد فى صورة الوجود فقط فعدم استفساره (ص) دليل على انّه تصّح الاجازة و لو كانت العين تالفة.

(٤) اى ما ذكره اخيرا بعض متاخرّين و هو كاشف الغطاء فى بيان النّمرة بين القول بالكشف والنّقل و هو قوله «و فى مقابله ما لو تجدّدت القابليّة قبل الاجازة بعد انعدامها حال العقد كما لو تجدّدت النّمرة و بد اصلاحها الخ

بعد العقد حال الاجازة لا يصلح[١] ثمرة للمسألة لبطلان العقد ظاهراً على القولين[٢] و كذا[٣] فيما لو قارن العقد فقد الشّرط

و بالجملة فباب المناقشة[٤] و ان كان واسعاً الّا انّ الارجح فى النظر ما ذكرناه[٥] و ربّما يقال بظهوره الثّمرة فى تعلّق الخيارات[٦] و حقّ

---

(٥) يعنى تجدّد قابليّة المال المنقول بعد عقد الفضولى قبل الاجازة كما لو تجدّدت النّمرة و بدا و ظهر صلاحها بعد العقد قبل الاجازة.

(١) قوله (لا يصلح) خبر لقوله (ما ذكره) اى لا يصلح للفرق بين الكشف والنّقل لبطلان العقد ظاهراً و ذلك لأنّ العقد وقع على ما ليس بقا بل اصلاً

(٢) قال بعض المعاصرين فى هذا المقام ما لفظه «اقول امّا وجه بطلان العقد على القول بالكشف فواضح لانّ القعد لاجل عدم قابليّة المبيع للبيع حين العقد لم يصلح لكونه مؤثرا فى النّقل من حين الوقوع فكيف يستنكشف بالاجازة انّ العقد كان تامّاً ومؤثّراً فى النّقل من حين وقوعه و امّا على القول بالنّقل فلانّ العقد اذا وقع على شيى غير قابل للبيع فلا تنفعه الاجازة بعد ان وقع فى غير محله انتهى

(٣) اى و كذا لا يصّح قوله فيما لو قارن العقد فقد الشّرط ثمّ حصل الشّرط بعد العقد قبل الاجازة حتّى يصّح العقد على النّقل دون الكشف لبطلان العقد ظاهراً على الكشف والنّقل لأنّ القعد وقع على مال فاقد للشّرط

(٤) المناقشة هى الاستفصاء فى الامر والحساب يقال ناقشة مناقشة اذا استقصت فى حسابه والنّقش كفلس هو تلوين الشّيى بلونين او ازيد والشّيى منقوش يقال نقشت الشّئى نقشا من باب قتل لوّنته بالوان والنّقش النّتف بالمنقاش و منه نقش الخاتم (مجمع البحرين)

(٥) و هو عدم اعتبار استمرار القابليّة و لا استمرار التّملك المكشوف عنه بالاجازة

الشّفعة[٧] واحتساب مبدء الخيارات[٨] و معرفة مجلس الصّرف والسّلم[٩] والايمان[١٠] والنّذور[١١] المتعلّقة بمال البايع اوالمشترى و

---

(۶) اى ربّما يقال بظهوره النّمرة بين القول بالكشف والقول بالنّقل فى تعلّق الخيارات فعلى القول بالكشف الخيارات المترتّبة على البيع تتعلّق بالبيع الفضولى من حين وقوعه و على القول بالنّقل من حين الاجازة و لو اشترى زيد من عمرو الفضولى ارضاً ثمّ ظهر فيه عيب و زال العيب و رجع المبيع الى الصّحة قبل اجازة المالك فعلى القول بالكشف للمشترى خيار العيب لانّ رجوعه الى الصّحة حصل فى ملك المشترى فليس رافعاً لخيار العيب و على القول بالنّقل ليس له خيار العيب لانّ الفرض حين صيرورته ملكا للمشترى و هو زمان الاجازة ارتفع العيب والمبيع صحيح هذا ولكن ليعلم أنّ النّمرة فى خيار العيب انّما يتصوّر اذا حصل القبض والاقباض و الّا لو تعيّب المتاع قبل قبضه فلا يبعد كونه من مال بايعه كما انّ تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بايعه

(۷) و يظهر ثمرة القولين فيما لو باع الفضولى حصّة احد الشّريكين من زيد و قبل الاجازة باع الشّريك الآخر حصّة من عمرو ثمّ اجاز الشّريك فعلى الكشف يكون حقّ الشّفعة لزيد لانه صار شريكا للبايع الثّانى و على النّقل يصير لعمرو لانّه صار شريكا للمجيز فلزيد الاخذ بالشّفعة من عمرو على النّقل

(۸) كما فى خيار الحيوان فعلى القول بالكشف يكون مبدء ثلاثة ايّام فى الحيوان من حين العقد و على القول بالنّقل يكون المبدء من زمن صدور الاجازة

(۹) لانّه اذا لم يتقابض الثّمن والمثمن فى مجلس الصّرف و هو بيع الاثمان يبطل البيع فاذا لم يتقابضا فى مجلس العقد و تقابضا فى مجلس الاجازة فان كانت الاجازة كاشفة بطل البيع لعدم حصول القبض فى مجلس البيع و ان كانت الاجازة ناقلة صحّ البيع لحصول القبض فى مجلس البيع

تظهر النّمرة ايضا فى العقود[١٢] المتربتّه على الثّمن او المثمن و سياتى انشاءاللّه تعالى

تنبيهات

و ينبغى التّنبيه على امور الاوّل انّ الخلاف فى كون الاجازة كاشفة او

---

(١٠) كما لو حلف زيد على ان يتصدّق بجميع امواله فى يوم الجمعة و كان من جملة ما حلف عليه ما اشتراه من فضوليٍّ فلم تلحقه الاجازة يوم الجمعة بل لحقته يوم الثّلاثاء فعلى القول بالكشف يلزمه التصدّق بماله و من جملة ما يملكه هذا الّذى اشتراه من الفضولى و لحقته الاجازة يوم الثّلاثاء و على القول بالنّقل لا يلزمه التصدّق به لعدم كون المال المشترى فضوليّاً ملكاً له يوم الجمعة

(١١) فاذا نذر البايع ان جاء ولده من السّفر فكلّ امواله الّتى هى له الآن صدقة و كان اليوم سبتاً و كان باع داره الفضولى ثمّ اجاز الفضولى يوم الثّلاثاء فان قلنا بالنّقل لزم اعطاءالبايع داره صدقة و ان قلنا بالكشف كانت داره خارجة عن امواله فلا يلزم دفعها صدقة

(١٢) اقول بان باع الفضولى كتاب زيد لبكرٍ و باعه بكر قبل الاجازة لشخص آخر و هكذا ثمّ اجاز المالك البيع الاوّل فعلى الكشف يصّح البيع الاوّل و بقيّة البيوع الواقعة على الكتاب

و على النّقل يصّح البيع الاوّل ايضاً و امّا البيع الثّانى الصّادر من بكر قبل الاجازة يكون من مصاديق «من باع شيئاً ثم ملكه»

ناقلة ليس فى مفهومها اللّغوى[١] و معنى الاجازة وضعاً او انصرافاً[٢] بل فى حكمها الشّرعى[٣] بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك و ادلّة وجوب الوفاء بالعقود و غيرهما من الادلّة الخارجيّة فلو[٤] قصد المجيز الامضاء من حين الاجازة على القول بالكشف او الامضاء من حين العقد

---

(١) يعنى انّ الخلاف بينهم ليس فى انّ الاجازة وضعت فى اللّغة لمعنى مقيّد بالكشف اوالنّقل و كذا ليس خلافهم فى انّها و ان وضعت للمعنى الجامع بينهما الّا انّها منصرفة الى هذا الفرد او ذاك الفرد ضرورة انّ الاجازة فى اللّغة ليست الّا الرّضا بمضمون العقد و من البيّن انّ هذا المفهوم مع انّه لم يوجد فيه الكشف اوالنّقل ليس ممّا يصّح انصرافه الى احدهما و هذا ممّا لا ريب فيه.

(٢) اى و ليس الخلاف فى معنى الاجازة وضعاً او انصرافاً هل انّ معنى اجازة نقل الآن او نقل حين العقد اذ ليس هذا من المباحث اللّغوية

(٣) يعنى انّ الخلاف بين الفقهاء فى معرفة الحكم الشّرعى فى مورد اجازة بيع الفضولى و أنّ المستفاد من عمومات البيع كقوله تعالى اوفوا بالعقود و احلّ اللّه البيع بضميمة ادلّة اعتبار رضى المالك مثل لا يحلّ مال امرء الّا بطيب نفسه هل هو حصول الملك من حين العقد المعبّر عنه بكاشفيّة الاجازة اومن حين الاجازة المعبّر عنه بالنّاقليّة و بعبارة اخرى الرّضا المتاخّر كاشف عن تماميّته السّبب او انّه جزء السّبب او شرط له.

(٤) اقول لو كان خلاف الفقهاء فى الحكم الشّرعى للاجازة لا فى مفهوم اللّغوى اوالانصرافى فانّه حينئذٍ ياتى فيه الوجهان الصّحة والبطلان و ان كان البطلان اظهر و ذلك لأنّ المجاز الّذى هو النّقل من حين العقد لم يقع و ما وقع و هو النّقل المطلق لم يجز اذ المجاز هو النّقل المقيّد من حين العقد

على القول بالنّقل ففى صحتّها و جهان

الثّانى[١] انّه يشترط فى الاجازة ان تكون باللّفظ الدّال عليها[٢] على وجه الصّراحة العرفيّة كقوله: امضيت، و اجزت،و انفذت، و رضيت و شبه ذلك

و ظاهر رواية البارقى و قوعها بالكناية[٣] و ليس[٤] ببعيد اذا اتّكل عليها[٥] عرفا والظّاهر انّ الفعل الكاشف عرفاً من الرّضا بالعقد كاف كالتّصرف فى الثّمن[٦] و منه[٧] اجازة البيع الواقع عليه[٨] كما سيجيئى و كتمكين الزّوجة من الدّخول بها اذا زوّجت فضولاً كما صرّح به العلّامة

---

(١) اى الامر الثّانى من الامور الّتى ينبغى التّنبيه عليها

(٢) اى على الاجازة

(٣) فانّ قوله (ص) بارك اللّه فى صفقة يمينك كناية عن اجزت، او امضيت، او رضيت.

(٤) يعنى ليس وقوع الاجازة بالكناية ببعيد

(٥) اى اذا اعتمد و وثق على الكناية

(٦) فالمستفاد من عبارة المصّنف (قده) انّ الاجازة تقع على انحاء ثلاثة احدها انّها تقع باللّفظ الصّريح كقوله اجزت و ثانيها انّها تقع بالكناية كما عرفت آنفاً و ثالثها انّها تقع بالفعل كتمكين الزّوجة من الدّخول بها

(٧) اى من الفعل الدّال على الرّضا

(٨) اى على الثّمن كما لو اشتر الفضول بالدّينار المذكور ثوباً فقال للفضول اجزت اشترائك الثّوب فانّه ظاهر فى انّه اجاز البيع الاوّل الواقع على ثوبه فضولة

رحمة اللّه

و ربّما يحكى عن بعض اعتبار اللّفظ بل نسب الى صريح جماعة و ظاهر آخرين[١] و فى النّسبة نظر[٢] و استدل عليه[٣] بعضهم بانّها[٤] كالبيع فى استقرار الملك و هو[٥] يشبه المصادرة و يمكن أن يوجّه[٦] بانّ الاستقراء[٧] فى النّواقل الاختياريّة اللّازمة[٨] كالبيع و شبهه[٩] يقتضى

---

(١) راجع قواعد الاحكام ج ٢ ص ٨

اقول قال بعض المعاصرين فى هذا المقام ما لفظه

هل يعتبر فى الاجازة ان تكون باللّفظ الصّريح الدّال عليها او تكفى الكناية او الفعل الدّالّ عليها او مجرّد الرّضا و ان لم يكن هناك انشاء فيه وجوه او اقوال اوّلها اعتبار الانشاء الصّريح كما يظهر من المحقق القمىّ فى جامع الشّتات ثانيها كفاية الكنايات

ثالثها كفاية الانشاء الفعلى كما يظهر من السيّد فى تعليقته و رابعها الفاء الانشاء والاكتفاء بالرّضا الباطنى كما قد يظهر من بعض كلمات شيخنا الاعظم و بعض المحشين والاصحّ انّه لابدّ من اللّفظ كما هو صريح جماعة و ظاهر آخرين.

(٢) اقول وجه النّظر انّ كلام هولاء العلماء ليس صريحاً فى انحصار الاجازة باللّفظ

(٣) اى على اعتبار اللّفظ فى الاجازة.

(٤) من انّ الاجازة

(٥) و ذلك لانّ كون الاجازة مثل البيع اوّل الكلام فالاستدلال بما هو محلّ كلام شبه مصادرة و ليس بمصادرة لانّها عبارة عن الاستدلال بنفس المطلوب

(٦) اى يوجّه اعتبار اللّفظ فى الاجازة

(٧) و هى مقابل غير الاختيارية كالارث

اعتبار اللّفظ

و من المعلوم أنّ النّقل الحقيقى العرفى من المالك يحصل بتأثير الاجازة[١٠] و فيه[١١] نظر بل لولا شبهة الاجماع[١٢] الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين[١٣] تعيّن القول بكفاية نفس الرّضا[١٤] اذا علم حصوله[١٥] من اى طريق كما يستظهر[١٦] من كثير من الفتاوى والنّصوص[١٧] فقد علّل[١٨] جماعة عدم كفاية السّكوت فى الاجازة بكونه[١٩] اعمّ من الرّضا فلا يدلّ[٢٠] عليه فالعدول عن التّقليل بعدم

---

(٨) و هى مقابل غير اللّازمة مثل الهبة الغير المعوّضة للاجنبى

(٩) و هو كالصّلح

(١٠) و من البيّن أنّ الاجازة لابدّ ان تكون باللّفظ و ذلك لأنّ النّاقل اللّازم هو اللّفظ

(١١) اى و فى هذا التّوجيه نظر لأنّ هذا التّوجيه يصّح على القول بالنّقل

(١٢) اى لولا شبهة الاجماع على اعتبار اللّفظ.

(١٣) حيث اعتبرو اللّفظ

(١٤) و هوالرّضا القلبى

(١٥) اى حصول الرّضا

(١٦) اى يستظهر كفاية نفس الرّضا فقط من دون حاجة الى فعل او قول

(١٧) اقول ليس المراد منها الاحاديث الواردة عن (اهل البيت) عليهم الصّلوة والسّلام بل المراد منها نصوص الفقهاء والدّليل على ذلك قول المصّنف رحمة اللّه فقد علّل جماعة

(١٨) قوله «فقد علّل جماعة الخ» علّة و تعليل بكفاية نفس الرّضا من دون شيى آخر

(١٩) اى بكون السّكوت

اللّفظ[٢١] الى عدم الدّلالة كالصّريح فيما ذكرنا[٢٢]

و حكى عن آخرين أنّه اذا انكر الموكّل الاذن فيما اوقعه[٢٣] الوكيل من المعاملة فحلف[٢٤] انفسخت[٢٥] لأنّ الحلف يدلّ على كراهتها[٢٦] و ذكر بعض أنّه يكفى فى اجازة البكر للعقد الواقع عليها[٢٧] فضولاً سكوتها[٢٨] و من المعلوم ان ليس المراد من ذلك[٢٩] أنّه لا يحتاج الى اجازتها[٣٠] بل المراد كفاية السّكوت الظّاهر فى الرّضا و ان لم يفدا القطع دفعاً[٣١]

---

(٢٠) اى فلا يدلّ السّكوت على الرّضا

(٢١) بمعنى انّ الفقهاء لم يقولوا السّكوت لا يكفى لأنّه ليس بلفظ بل قالوا انّ السّكوت لا يكفى لأنّ السّكوت لا يدلّ على الرّضا

(٢٢) و هو كفاية نفس الرّضا اذا علم به و انّه تمام المناط و لا دخل للكاشف الّا من باب الطّريقية الصّرفة

(٢٣) الضّمير راجع الى (ما)

(٢٤) اى فحلف الموكّل على عدم اذنه للوكيل

(٢٥) اى انفسخت المعاملة.

(٢٦) يعنى فاذا كفت الكراهة فى الفسخ فمقتضى المقابلة كفاية الرّضا فى الاجازة

(٢٧) اى على البنت الباكرة

(٢٨) كلمة (سكوتها) فاعل لقوله (يكفى) والضّمير فى سكوتها يرجع الى البنت الباكرة

(٢٩) اى ليس المراد من ذلك الكلام بكفاية سكوتها

(٣٠) اى اجازة البنت الباكرة

(٣١) كلمة (دفعاً) منصوبة على المفعول لاجله فهى علّة و تعليل لكفاية السّكوت

للحرج عليها[١] و علينا ثمّ انّ الظّاهر أنّ كلّ من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرّضا كاكل الثّمن[٢] و تمكين الزّوجة اكتفى به[٣] من جهة الرّضا المدلول عليه به[٤]

لا من جهة سببيّة الفعل تعبدّاً و قد صرّح غير واحدٍ بانّه لو رضى المكره بما فعله[٥] صحّ و لم يعبّروا بالاجازة[٦] و قد ورد[٧] فى من زوّجت

← الموجب للاطمينان القلبى عن الاجازة يعنى انّما نقول بذلك لاجل دفع الحرج عن البكر

(١) اقول امّا الحرج والضيّق عليها فانّ حيائها مانع عن تكلّمها فيكتفى بسكوتها و ان لم يفد القطع برضاها و امّا الحرج علينا فاذا قلنا بانّها لابدّ ان تتكلّم و تظهر الرّضا باللّفظ والحال انّها ساكنته يلزم علينا التّكرار فى استجوابها حتّى يصل الى حدّ الحرج والضيّق

(٢) كما لو باع الفضولى ثوب زيد لعمرو بالخبر ثمّ اكل زيد الخبر مع علمه اطّلاعه بالعقد فانّ هذا الاكل كاشف عن الرّضا بالعقد

(٣) اى اكتفى بهذا الفعل الكاشف عن الرّضا

(٤) اى بالفعل

(٥) يعنى و ليست كفاية الفعل الكاشف عن الرّضا من جهة انّه سبب تعبدىّ بل من جهة انّه دالّ على الرّضا و ليس له موضوعيّة

(٦) اى فعله شخص المكره من بيع او اجازة او صلح اوهبته و نحوها صحّ و ذلك ممّا يدلّ على كفاية الرّضا

(٧) مراد المصّنف قده ممّا ورد صحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع قال سالت اباالحسن

←

نفسها فى حال السّكر انّها اذا اقامت[١] معه بعد ما افاقت فذلك رضا منها[٢] و عرفت ايضاً استدلالهم على كون الاجازة كاشفة بانّ العقد مستجمع للشّرائط عدا رضا المالك فاذا حصل[٣] عمل السّبب التّام عمله و بالجملة فدعوى الاجماع[٤] فى المسئلة[٥] دونه خرط القتاد و حينئذ[٦]

فالعمومات المتمسّك بها لصحّة الفضولى[٧] السّالمة عن ورود

⇐ عليه السّلام عن امرأة ابتليت بشرب النّبيذ فسكرت فزوّجت نفسها رجلاً فى سكرها ثمّ افاقت فانكرت ذلك ثمّ ظنّت انّه يلزمها ففزعت منه فاقامت مع الزّجل على ذلك التّزويج احلال هو لها ام التّزويج فاسد لمكان السّكر و لا سبيل للزّوج عليها فقال اذا اقامت معه بعد.

ما افاقت فهو رضا منها قلت و يجوز ذلك التّزويج عليها فقال نعم

(١) الضّمير راجع الى الرّجل الّذى ذكر فى الصّحيحة

(٢) الضّمير راجع الى الامرأة الّتى زوّجت نفسها حال السّكر

(٣) اى فاذا حصل الرّضا

(٤) يعنى فدعوى الاجماع على عدم كفاية الرّضا فقط بدون لفظ افعل

(٥) يعنى المسئلة الاجازة فى العقد الفضولى دونها واسهل منها خرط القتاد و القتاد عود له شوك حادّ فامرار اليد من فوقه الى اسفله عكس منبت الشّوك يوجب تقطّع اليد و جراحتها

(٦) اى حين اذا لم يكن دليل على اعتبار اللّفظ

(٧) مثل اوفوا بالعقود، و تجارة عن تراض

مخصّص عليها[١] عدا ما دلّ على اعتبار رضى المالك فى حلّ ماله[٢] و انتقاله الى الغير و رفع سلطنته عنه[٣] اقوى حجّة[٤] فى المقام مضافاً[٥] الى فى عدّة اخبار[٦] من انّ سكوت المولى بعد علمه[٧] بتزويج عبده اقرار[٨] منه له عليه و ما[٩] دلّ على انّ قول المولى لعبده المتزوّج بغير اذنه طلّق يدلّ[١٠]

---

(١) اى على العمومات

(٢) كقوله: لا يحلّ مال امرءٍ الّا بطيب نفسه.

(٣) فما دلّ على اعتبار رضى المالك فى حلّ ماله و فى انتقاله الى الغير و فى رفع سلطنته عن ماله اقوى حجّة فى المقام و ذلك لأنّ الدّليل انّما دل على اعتبار الرّضا فقط و لا دليل آخر يدلّ على اعتبار شيى آخر من لفظه او كتابة

(٤) قوله (اقوى حجّة) خبر لمبتداء مقدّم و هو قوله (فالعمومات)

(٥) يعنى و لنا بالاضافة الى تلك العمومات دليل آخر على عدم اعتبار اللّفظ فى الاجازة

(٦) منها صحيحة معاوية بن وهب (وسائل الشيعة المجلد ١٤ ص ٥٢٥ الباب ٢٦ الحديث ١

(٧) اى بعد علم المولى بتزويج عبده (وسائل الشيعة المجلد ١٤ ص ٥٢٦ باب ٢٧ الحديث ١

(٨) كلمة (اقرار) خبر لِـ(انّ) فى قوله و انّ سكوت المولى اى اقرار من المولى للعبد على التّزويج

(٩) قوله (و مادلّ) عطف على قوله، ماوردا و مراده من (مادلّ) رواية عليّ بن جعفر عن

على الرّضا بالنّكاح فيصير اجازة و على[١١] انّ المانع من لزوم نكاح العبد بدون اذن مولاه معصية[١٢] المولى التّى ترتفع بالرّضا و ما[١٣] دلّ على أنّ التّصرف من ذى الخيار رضاً منه و غير ذلك بقى فى المقام انّه اذا قلنا بعدم اعتبار انشاء الاجازة باللّفظ و كفاية مطلق الرّضا او الفعل الدّالّ عليه[١٤] فينبغى ان يقال بكفاية وقوع مثل ذلك[١٥] مقارناً للعقد او سابقاً فاذا فرضنا انّه[١٦] علم رضا المالك بقول[١٧] او فعل[١٨] يدلّ

➡ اخيه موسى بن جعفر

(١٠) كلمة (يدلّ) خبر لِـ(انّ) فى قوله (انّ قول المولى) بمعنى انّ قول المولى (طلّق) يدل بالالتزام على انّه راضٍ بما تقدّم من النّكاح

(١١) اى ولنا بالاضافاة الى تلك العمومات دليل آخر.

(١٢) قوله معصية المولى خبر لِ(انّ) فى قوله (ان المانع).

(١٣) ولنا بالاضافة الى تلك العمومات دليل آخر و هى رواية على بن رئاب عن ابيعبدالله (ع) قال الشرط فى الحيوان ثلاثة ايام للمشترى اشترط ام لم يشترط الخ.

(١٤) اى الدّال على الرّضا

(١٥) اى مثل ذلك الرّضا

(١٦) اى المجرى للعقد

(١٧) كما لو قال ليت ان يشترى احد هذا الكتاب ثمانية دراهم

(١٨) كما لو قال احد لمالك الكتب ايّ كتاب تبيعه بمأة اذا وجد المشترى فوضع المالك يده على كتاب التّذكرة

على رضاه[١] ببيع ماله كفى[٢] فى اللّزوم لأنّ ما يؤثّر[٣] بلحوقه يؤثّر بمقارنته بطريق اولى والظاهر انّ الاصحاب لا يلتزمون بذلك[٤] فمقتضى ذلك[٥] ان لا يصّح الاجازة الّا بما لو وقع قبل العقد كان اذناً مخرجاً عن بيع الفضولى و يؤيّد ذلك[٦] انّه لو كان مجرّد الرّضا ملزماً كان مجرّد الكراهة[٧] فسخاً فيلزم عدم وقوع بيع الفضولى مع نهى المالك[٨] لانّ الكراهة الحاصل حينه[٩] و بعده و لو آناً ما يكفى[١٠] فى الفسخ بل يلزم عدم وقوع بيع المكره اصلا[١١] الّا ان يلتزم

---

(١) اى رضا المالك

(٢) اى فى اللّزوم للبيع و كلمة (كفى) جواب لـ(اذا) فى قوله (فاذا فرضنا)

(٣) اى لأنّ، ما يؤثّر بلحوقه و هو الرّضا يؤثّر بمقارنته او سبقه الباقى الى التّقارن بطريق اولى و ذلك لأنّ العقد عندئذ مقارن للشّرط

(٤) يعنى أنّ الاصحاب لا يلتزمون برضا المالك بقولٍ او فعلٍ يدلّ على رضاه ببيع ماله

(٥) يعنى و مقتضى عدم التزام الفقهاء بذلك.

(٦) يعنى و يؤيّد عدم التزام الفقهاء بذلك و انّ مجرّد الرّضا ليس كافيا

(٧) اى لو كان مجرّد الرّضا ملزماً كان مجرّد الكراهة فسخاً و ذلك لأنّ الفسخ والامضاء من باب واحد والرّضا والكراهيّة من باب واحد

(٨) اى نهى المالك قبل العقد

(٩) اى حين العقد

(١٠) كلمة (يكفى) خبر لـ(انّ) فى قوله (لانّ الكراهة)

(١١) يعنى و ان رضى المكره بعد رفع الاكراه

بعدم كون مجرّد الكراهة فسخاً و ان كان مجرّد الرّضا اجازة[١]

(الثّالث):[٢] من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرّد اذ مع الرّد ينفسخ العقد[٣] فلا يبقى ما تلحقه[٤] الاجازة والدّليل عليه[٥] بعد ظهور

---

(١) يعني بان يقال لا تلازم بين الامرين شرعاً فاذا استفدنا من بعض الادلّة كفاية الرّضا فى الاجازة و عدم كفاية الكراهة فى باب الفسخ نلتزم بكلّ ما استفدناه فى مورده

(٢) اى من الامور الّتى ينبغى التّنبيه عليها ان لا يسبقها الرّد اذ مع ردّ الاجازة ينفسخ العقد فلا ينبقى محلٌّ تلحقه الاجازة

(٣) منيةالطالب المجلد ١ ص ٢٥٤

(٤) اى لا يبقى محل تلحقه الاجازة كما عرفت آنفاً

(٥) اى على أنّ الرّد السّابق على الاجازة موجب لعدم نفوذ الاجازة.

اقول استدلّ قدّه على اعتبار عدم تخلّل الرّد بين العقد والاجازة بامور ثلاثة الاوّل الاجماع الثّانى أنّ الرّد موجب لانحلال العقد فهو بمنزلة ما يتخلّل بين الايجاب والقبول ما يوجب خروجها عن صدق العقد على ماذكرنا فى شروط الصّيغة من انّ التّعاقد بين الموجب والقابل وعدّ كلاميهما عقداً انّما هو لارتباط كلام كلّ واحد منهما بالاخر والّا كانا ايقاعين فالرّد الواقع بين العقد و الاجازة بمنزلة ردّ الايجاب الواقع بين الايجاب والقبول و بمنزلة فسخ ذى الخيار كما انّ الاجازة بمنزلة امضاء العقد و انفاذه الثّالث أنّ مقتضى سلطنة المالك على ماله هو تاثير ردّه فى قطع علاقة الطّرف الآخر عمّا انتقل اليه و زاد بعض المحققين امرا رابعاً و هو أنّ الفضولى على خلاف الاصل و يقتصر على المتيقّن منه و هو ما لم يسبق الاجازة والرّد (جامع الشتات المجلد ١ ص ١٥٤)

٢) اقول امّا حال الاجماع فى المسألة معلوم بعد وجود ادلة اخرى فى المسألة يمكن ←

الاجماع بل التّصريح به[١] فى كلام بعض مشايخنا أنّ[٢] الاجازة انّما تجعل المجيز احد طرفى العقد[٣] و الّا لم يكن مكلّفاً بالوفاة بالعقد.

لما عرفت[٤] من أنّ وجوب الوفاء انّما هو فى حقّ العاقدين او من قام مقامهما و قد تقرّر أنّ من شروط الصّيغة ان لا يحصل بين طرفى العقد ما

➡ استناد المجمعين اليها فعندئذ لا يكشف عن قول المعصوم

و امّا مسألة عدم الفصل بين الايجاب والقبول ففيه اوّلا لو سلّم فهو غير ما نحن فيه لانّ الاجازة و ان كانت تجعل المالك المجيز احد طرفى العقد ولكن صورة العقد قد حصلت من قبل و لم يفصّل بينها فاصل فالعقد صادق فى الجملة ثانياً انّ القدر المسّلم من الاجماع بطلان العقد اذا رجع الموجب عن ايجابه فلا يبقى محلّ للقبول امّا فيما نحن فيه فالمفروض ان الاصيل «بايعا كان او مشتريا» باق على تعهّده و لم يرجع عنه حتّى ينتفى العقد و انّما الرّد وقع من ناحية الطّرف الآخر فيمكن ان يقال مادام الاوّل باق على عهده فالثّانى يمكن ان يلحقه سواء ردّ ثمّ قبله او لم يردّ اصلاً و هذا امر ينبغى ان يتامل فيه جدّاً و هو موافق للقاعدة

و امّا حديث سلطنة النّاس على اموالهم فقد عرفت فى اصل مسألة الفضولى أنّ مجرّد انشاء الفضولى على المال ليس تصرّفاً فيه و لا يعدّ سلطنة عليه و لا يوجب علقة حتّى يقال بانّ للمالك قطعها

(١) اى بل التّصريح بالاجماع

(٢) كلمة (انّ) مع اسمها و خبرها خبر لقوله «والدّليل»

(٣) فيشمله اوفوا بالعقود

(٤) عند قوله فى ص ١٥٩: لانّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجّه الى العاقدين

يسقطهما عن صدق العقد الّذى هو فى معنى المعاهدة[١] هذا مع انّ مقتضى سلطنة النّاس على اموالهم تاثير الرّد فى قطع علاقة الطّرف الآخر[٢] عن ملكه[٣] فلا يبقى ما تلحقه الاجازة فتامل[٤] نعم الصّحيحة الواردة[٥] فى بيع الوليدة ظاهرة فى صحّة الاجازة بعد الرّد اللّهمّ الّا ان يقال انّ الرّد الفعلى كاخذالمبيع[٦] مثلاً غير كاف بل لابدّ من انشاء الفسخ و دعوى[٧] انّ الفسخ هنا ليس باولى من الفسخ فى العقود

---

(١) و من البيّن انّ الرّد ممّا يسقط طرفى العقد عن صدق العقد والمعاهدة

(٢) مراده قده من الطّرف الآخر هو الاصيل.

(٣) اى عن ملك الرّاد

(٤) اقول وجه التّامل كما عن بعض المعاصرين انّ قاعدة النّاس مسلّطون لا يفيد فى اثبات سببيّة ما صدر عن المالك اذا شك فى سببيّة و الشّك فى المقام شك فى سببيّة الرّد المتعقّب بالاجازة لقطع علاقة الطّرف الآخر لأنّ «النّاس مسلطون على اموالهم» يدلّ على سلطنة النّاس على اموالهم لا على احكامهم

(٥) اقول و هى صحيحة محمّد بن قيس المشار اليها فى ص ٢٠٦

(٦) كما فى مورد الصّحيحة حيث قال الامام (ع) «الحكم ان ياخذ وليدته»

(٧) اى و دعوى انّ الفسخ الفعلى فى عقد الفضولى ايضاً كاف لأنّ الفسخ فى عقد الفضولى لبس باولى من الفسخ فى العقود اللّازمة و قد صرّحوا بحصول الفسخ فى العقود اللّازمة بالفعل كما اذا اعطى المشترى للبايع المبيع مفهما انّه يريد الفسخ فقبل البايع و ردّ اليه الثّمن

اللّازمة و قد صرّحوا بحصوله[١] بالفعلى يدفعها[٢] انّ الفعلى الّذى يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطى و العتق و نحوهما لا مثل اخذ المبيع و بالجملة فالظّاهر هنا[٣] و فى جميع الالتزامات عدم الاعتبار بالاجازة الواقعة عقيب الفسخ فان سلّم ظهور الرّواية[٤] فى خلافه[٥] فليطرح[٦] او يؤوّل[٧]

الرّابع[٨] الاجازة[٩] اثر من آثار سلطنة المالك على ماله

---

(١) اى بحصول الفسخ فى العقود اللّازمة بالفعل فحصوله بالفعل به فى عقد الفضولى بطريق اولى من غير احتياج الفسخ الى اللفظ .

(٢) اى الدّعوى المذكورة

(٣) اى فى عقد الفضولى

(٤) اى رواية الوليدة

(٥) اى فى خلاف عدم الاعتبار بالاجازة و انّه تنفع الاجازة بعد الرّد

(٦) اقول وجه الطّرح كما عن بعض المعاصرين أنّه خلاف المفهوم عرفاً من الرّوايات الدّالّة على كفاية الاجازة فى امثال المقام و لا قوّة فى هذه الرّواية الواحدة لتنهض فى قبال كلّ تلك الرّوايات

(٧) اى تؤوّل بأنّ مالك الوليدة انّما اخذها ليحصّل على ثمنها من ولدة لا انّه اخذها بقصد الفسخ

(٨) اى الرّابع من الامور الّتى ينبغى التّنبيه عليها الّتى اشار اليها المصّنف فى ص ٢٥٤

(٩) اقول يعنى انّ جواز اجازة بيع الفضولى للمالك حكم من الاحكام الشّرعية الثّابتة

←

فموضوعها[١] المالك فقولنا له[٢] ان يجيز مثل قولنا له ان يبيع والكّل راجع الى انّ له[٣] ان يتصرّف فلومات المالك لم يورَث[٤] الاجازة و انّما يورَث المال الّذى عقد عليه الفضولى[٥] فله الاجازة[٦] بناء على ما سيجئى من جواز مغايرة المجيز والمالك حال العقد فيمن[٧] باع مال

➡ للمالك لامن الحقوق فقولنا يجوز للمالك ان يجيز بيع الفضولى او يردّه نظير قولنا يجوز للمالك ان يبيع ماله و ليس كجواز الفسخ فى البيع الخيارى فالموضوع للجواز هنا هو المالك

(١) اقول هل الاجازة تورث ام لا و هو مبنىٌ على كونها من الحقوق كحقّ الخيار او من الاحكام لكن كما عن بعض المحقّقين انّها من الاحكام فانّ المالك له ان يجيز ما وقع على ماله من العقد الفضولى او لا يجيز و ان شئت قلت هذا من آثار الملك و احكامه فما دام مالكاً له الاجازة فاذا مات و انتقل المال منه الى آخر انتقل هذا الاثر بطبيقه الحال اليه هذا اذا قلنا بجواز كون المالك فى زمان الاجازة غير المالك فى زمان العقد كما يظهر من مسألة من باع ثمّ ملك ثمّ اجاز.

(٢) اى للمالك

(٣) اى للمالك

(٤) لانّها من الحكم لا من الحقّ

(٥) فيكون حال الوارث حال المورّث فى انّ له ان يجيز و ان يبيع و ان يهب

(٦) اى فللفضولىّ الّذى ورث المال ان يجيز العقد الصّادر منه فضولا

(٧) و انّ الولد البايع كان وارثا للبيع

ابيه فبان ميتاً والفرق بين ارث الاجازة و ارث المال يظهر بالتامل[١] الخامس[٢] اجازة البيع[٣] ليست اجازة لقبض الثّمن و لا لاقباض المبيع[٤] و لو اجازهما صريحا[٥] او فهم اجازتهما من اجازة

---

(١) فانّه لو قلنا بارث المال فلا ترث الزّوجة اذا كان المبيع ممّا تحرم منه كما اذا كان المبيع ارضا بخلاف ما اذا قلنا بارث حقّ الاجازة فانّ الزّوجة ترثه

(٢) اذا باع الفضولى و قبض الثّمن واقبض المثمن فانّ المالك قد يجيز اصل العقد دون القبض والاقباض، و اخرى معه او مع احدهما و قد يكون القبض شرطا فى الصّحة كالصّرف والسّلم و اخرى لا يكون والثمن قد يكون عيناً شخصيّا قبضه و اخرى قد يكون كليّا فى ذمّة المشترى الاصيل فهذه وجوه مختلفة فان اجاز نفس العقد دون ما لحقه من القبض والاقباض فيصّح نفس العقد دون غيره فلا يسقط ضمان المشترى بالنّسبة الى الثّمن و ضمان البايع بالنّسبة الى المثمن و كذا لو اجاز قبض الثّمن فقط او اقباض المثمن فقط.

(٣) من الامور المربوطة بالرّد والاجازة فى الفضولى اجازة البيع الفضولى ليست اجازة لقبض الثّمن و لا لاقباض المبيع فلو باع الفضولى ثوب زيد لخالد و سلّم الثّوب و اخذ ثمنه ثمّ انّ زيداً اجاز البيع لكنّه لم يجز القبض و الاقباض و كان الثمن قد تلف فى يد الفضولىّ فالمشترى ملزم بدفع الثمن الى مالك الثّوب كما انّه لو تلف الثّوب قبل اجازة المالك كان تلفه من مال صاحب المالك لانّ التّلف قبل القبض من مال صاحبه.

(٤) فلو باع الفضولى ثوب زيد لعمرو و سلّم الثّوب و اخذ ثمنه ثمّ انّ زيد اجاز البيع لكنّه لم يجز القبض والاقباض و كان الثّمن قد تلف فى يد الفضولى فالمشترى ملزم بدفع الثمن الى مالك الثوب كما انّه لو تلف الثّوب قبل اجازة المالك كان تلفه من مال صاحب المالك لانّ التلف قبل القبض من مال مالكه.

البيع[١] مضت الاجازة[٢] لأنّ مرجع اجازة القبض الى اسقاط ضمأن الثّمن عن عهدة المشترى[٣] و مرجع اجازة الاقباض الى حصول المبيع فى يدالمشترى برضا البايع فيترتّب عليه[٤] جميع الآثار المترتّبة[٥] على قبيض المبيع لكن ما ذكرنا[٦] انّما يصّح فى قبض الثمن المعيّن

و امّا قبض الكلّى[٧] و تشخّصه[٨] به فوقوعه من الفضولى على وجه

---

(١) اى فهم اجازة البيع فهماً عرفياً

(٢) اى مضت الاجازة للقبض والاقباض فلا يترتّب على الثّمن والمثمن آثار قبل التّقابض و انّما تنفع اجازة القبض والاقباض

(٣) فاذا تلف الثّمن قبل اخذ المالك لم يكن على المشترى شيى

(٤) اى فيترّب على هذا الاقباض بالاجازة

(٥) جميع الآثار المترتّبة على قبض المبيع فمن الآثار صدق القبض فى باب الصّرف ومنها تلف المبيع من مال المشترى لا من مال البايع لانّه كان بعد القبض لا قبل القبض و منها أنّ نماء الثّمن لصاحبه و نماء المثمن لصاحبه اذا كان لهما نماء كما كانت هذه الآثار تترتّب على المبيع اذا وقع غير فضولىً

(٦) لكن ما ذكرنا من مضىّ اجازة القبض والاقباض اذا دلّ على ذلك صريح كلام المالك او فهم منه انّما يصّح فى قبض الثّمن المعيّن كما لو باع الفضولى ثوب عمرو لخالد بدينار خاصّ

(٧) كما لو باع الثّوب بدينار كلّى

تصّححه الاجازة یحتاج الی دلیل[٩] معمّم لحکم عقد الفضولی لمثل القبض والاقباض و اتمام الدّلیل علی ذلك[١٠] لا یخلو عن صعوبة و عن المختلف[١١] أنّه حکی عن الشّیخ انّه لو اجاز المالك بیع الغاصب لم یطالب المشتری بالثّمن ثمّ ضعّفه[١٢] بعدم استلزام اجازة العقد لاجازة القبض و علی ایّ حال[١٣] فلو کانت اجازة العقد دون القبض لغواً کما فی الصّرف و السّلم بعد قبض الفضولی و التّفرق کانت اجازة القعد اجازة

---

(٨) ای تشخّص الکلّی بالقبض

(٩) ای یحتاج الی الدّلیل الّذی دلّ علی أنّ الاجازة الّتی تصحّح عقد الفضولی تصحّح القبض والاقباض ایضاً حتّی یتشخّص الکلّی بقبض الفضولی.

(١٠) ای علی جریان الفضولی فی الاقباض و القبض

اقول یظهز من کلمات شیخنا الاعظم فی المقام أنّ تصحیح وقوع قبض الکلّی و تشخیصه من ناحیة الفضولی بمجرّد اجازة المالك مشکل للاشکال فی شمول ادلّة صحّة الفضولی له و فیه انّه اذا رضی المالك بقاء بکون الثّمن مشخّصاً فی المصداق الکذائی الموجود عند الفضولی کان جائزا و تشتمله ادلّة الفضولی و لا مانع منه بنظری القاصر

(١١) فالمستفاد عن مختلف العلّامه قده انّ صحّة عقد الفضولی بالاجازة لا تستلزم صحّة القبض والاقباض و حکی عن الشّیخ الطوسی (ره) انّه لو اجاز المالك بیع الغاصب لم یطالب المالك المشتری بالثمن

(١٢) ای ضعّف العلّامة کلام الشّیخ الطّوسی (ره) بعدم استلزام اجازة عقد الفضولی لاجازة القبض

(١٣) فصونا لکلام الحکیم عن اللّغویة نقول بالملازمة المذکورة بدلالة الاقتضاء

لقبض صوناً للاجازة عن اللّغويّة

و لو قال[١] اجزت العقد دون القبض ففى بطلان العقد او بطلان ردّ القبض و جهان[٢]

السّادس[٣] الاجازة ليست على الفور للعمومات[٤] و لصحيحة محمّد بن قيس[٥] و اكثر المويّدات المذكورة[٦] بعدها و لو لم يجز المالك و لم يردّ حتّى لزم تضرّر الاصيل[٧] بعدم تصرّفه فيما انتقل عنه و اليه على القول بالكشف[٨] فالاقوى تداركه[٩] بالخيار او اجبار المالك على احد

---

(١) اى لو قال المالك الاصيل الّذى كان احد طرفى العقد

(٢) كلمة «و جهان» مبتداء مؤخّر و قوله (ففى بطلان العقد) خبر مقدّم اقول وجه بطلان العقد فلعلّه هو التّنافى بين القولين و هما اجازة العقد دون القبض لانّ العقد بدون القبض فى السّلم والصّرف باطل و امّا وجه صحّة العقد و بطلان ردّ القبض هو ترجيح اجازة العقد على ردّ القبض باصالة الصّحة

(٣) من الامور المربوطة بالرّد و الاجازة فى الفضولى.

(٤) كقوله تعالى: اوفوا بالعقود و احلّ اللّه البيع فانّها تدلّ على صحّة عقد الفضولى من غير تقييد بالفورية

(٥) راجع وسائل الشيعة الجزء ١٤ ص ٥٩١ الباب ٨٨ الحديث ١

(٦) منها موثقة جميل و منها رواية ابن اشيم و منها صحيحة الحلبى و غيرها فراجع

(٧) الّذى كان احد طرفى العقد

(٨) و هذا بخلاف القول بالنّقل فانّه يجور له التّصرف فيما انتقل اليه و فيما انتقل عنه

(٩) يعنى تدارك الضّرر المتوجه على الاصيل

الامرین[١]

السّابع[٢] هل یعتبر فی صحّة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً او خصوصاً[٣] ام لا وجهان

الاقوی التفصیل[٤] فلو اوقع العقد علی صفقة فاجاز المالك بیع بعضها فالاقوی الجواز کما لو کانت الصّفقة بین مالکین فاجاز احدهما و ضرر

---

(١) امّا الاجازة والامضاء او الفسخ والرّد

(٢) ای من الامور الّتی ینبغی التّنبیه علیها

هل یجب مطابقة الاجازة مع العقد او یجوز اجازة بعضه دون بعض من ناحیة اجزاء البیع والثّمن او من ناحیة الشّرائط او اجازته مع اضافة بعض الشّرائط، فیه کلام بین الاعلام قدس اللّه اسرارهم و قال شیخنا الاعظم بالتّفصیل بین الاجزاء والشّرائط و انّه یجوز تبعیض الصفقة و ضرر التّبعیض علی المشتری یجبر بالخیار و امّا بالنّسبة الی الشرائط فلا یجوز لعدم قابلیّة العقد للتبعیض من حیث الشّرط

و امّا اذا اضاف المالك المجیز شرطاً فی اجازته ففیه وجوه والاقوی بطلان الاجازة انتهی هذا والاصل فی المقام هو تطابقهما لما عرفت من انّ الاجازة تقوم مقام احد رکنی العقد و من الواضح لزوم المطابقة بین الایجاب والقبول لاعتبارها فی مفهوم «المعاقدة» کما لا یخفی و لحصول المغایرة بین المجاز و بین المعقود علیه فی صورة عدم التّطابق.

(٣) او اطلاقاً و تقییداً من حیث الثّمن والمثمن والاعتبارات الآخر لانّ الاجازة من متمّمات العقد سواء قلنا انّها جزء سبب ام شرط فی الصّحة

(٤) یعنی التفصیل بین الجزء والشّرط و ذلك لانّ العقد قابل للتّبعیض من حیث الجزء و لیس قابلاً له من حیث الشّرط کما نقلناه من شیخنا الاعظم آنفاً

التبعيض على المشترى يجبر بالخيار و لو اوقع العقد على شرط فاجاز المالك مجرّدا عن الشّرط[١] فالاقوى عدم الجواز بناء على عدم قابليّة العقد للتّبعيض من حيث الشّرط و ان كان قابلاً للتبعيض من حيث الجزء و لذا لا يؤثّر بطلان[٢] الجزء بخلاف بطلان الشّرط[٣] و لو انعكس الامر بان عقد الفضولى مجرّد اعن الشّرط و اجاز المالك مشروطاً[٤] ففى صحّة الاجازة مع الشّرط اذا رضى به[٥] الاصيل فيكون نظير الشّرط الواقع

فى ضمن القبول اذا رضى به الموجب او بدون الشّرط لعدم وجوب

---

(١) كما لو باع الفضولى ارض زيد لبكر بشرط ان يتسّلمه اياها بعد سنتين لمحذور له فى التّسليم قبلهما مثلا فاجاز المالك مجرّدا عن الشّرط بان اراد تسليمها له حالا فالاقوى عدم الجواز يعنى عدم نفوذ هذه الاجازة و عدم تاثيرها فى صحّة بيع الفضولى و ذلك لانّ المشروط ينتفى عرفا عند عدم شرطه فاجازة المشروط دون الشّرط كالتّناقض

(٢) يعنى و لانّ العقد قابل للتّبعيض من حيث الجزء لا يؤثّر بطلان الجزء كما اذا باع الخمر والخلّ فانّ البيع فى الاوّل باطل و لا يؤثّر بطلانه فى بطلان اصل البيع بخلاف بطلان الشرط فانّه يوثر فى بطلان البيع بطلانه كما اذا باعه الدّار بشرط ان يعمل فيها الخمر مثلا.

(٣) فانّ بطلان الشرط يوجب بطلان اصل البيع كما عرفت آنفا

(٤) كما لو باع الفضولى دار زيد بيعا مطلقا اى بلا قيد و لا شرط فقبل زيد بشرط تاخير الاقباض الى سنتين

(٥) عطف على قوله (مع الشرط) فى قوله «ففى صحّة الاجازة مع الشّرط»

الوفاء بالشّرط الّا اذا وقع فى حيّز العقد فلا يجدى وقوعه فى حيّز القبول الّا اذا تقدّم[١] على الايجاب ليرد الايجاب عليه[٢] او بطلانها[٣] لانّه اذا لغى الشّرط لغى المشروط لكون المجموع التزاماً واحدا[٤] وجوه[٥] اقواها الاخير[٦]

القول فى المجيز

و امّا القول فى المجيز فاسنقصائه يتمّ ببيان امور:

الاوّل[٧] يشترط فى المجيز ان يكون حين الاجازة جايز التّصرف:

---

(١) يعنى تقدّم الشّرط على الايجاب كما لو قال المشترى اشتريت دارك بالفين بشرط ان تخيط ثوبى فقال البايع بعتك دارى بالفين على هذا الشّرط.

(٢) اى على الشّرط

(٣) قوله (بطلانها) عطف على قوله (صحّة الاجازة) اى ففى بطلان الاجازة

(٤) اى لكون المشروط مع الشّرط التزاماً واحداً فلا يبقى بعض الالتزام الّذى هو المشروط حين بطلان بعضه الآخر الّذى هو الشّرط

(٥) اى وجوه ثلاثة احدها صحّة الاجازة مع الشّرط ثانيها صحة الاجازة بدون الشّرط ثالثها بطلان الاجازة

(٦) و هو بطلان الاجازة

(٧) اى الامر الاوّل من الامور الّتى يتمّ استفصاء المجيز بها

بالبلوغ والعقل والرّشد[١] و لو اجاز المريض بنى نفوذها[٢] على منجزّات المريض و لا فرق[٣] فيما ذكر بين القول بالكشف والنّقل الثّانى[٤] هل يشترط فى صحّة عقد الفضولى وجود مجيز حين العقد فلا[٥] يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحة و لا تنفعه اجازته اذا بلغ[٦] او اجازة وليّه اذا حدثت المصلحة بعد البيع ام لا يشترط (قولان) اوّلهما

---

(١) بان يكون له ملكة حسن التصرف فى ماله و ان لا يكون ممنوعاً من التصرف بفلس اوسفه

(٢) اى و لو اجاز المريض فى مرض موته نبى على نفوذ تصرّفاته المنجّزة فان قلنا بانّ تصرّفاته المنجّزة كان نذر فى مرض موته ان يعطى احدى دوره الى الفقراء نافذة و ليست موقوفة على اجازة الورثة فاجازته لبيع الفضولى ايضاً تكون نافذة و ان قلنا بانّ تصرّفاته المنجّزة ليست نافذة فيما زاد على الثّلث بل موقوفة على اجازة الورثة فاجازته البيع الفضولى ايضا تكون كذلك.

(٣) و هو اجتماع شرائط التّصرف فى المجيز حين الاجازة من البلوغ والعقل و الرّشد و قابليّة للتّملك والسّر فى عدم الفرق على القول بالكشف او النّقل والانتقال فانّها دخيلة فى السّبب نهاية الامر تكون على القول بالكشف بنحو الشّريطة المتاخّر و على القول بالنّقل بنحو الشّريطة المتقدم فكل ما يعتبر فى البايع من الشّرائط يعتبر فى المالك المجيز ايضا.

(٤) اى الامر الثّانى من الامور الّتى ذكرها الشّيخ فى المجيز بقوله و امّا القول فى المجيز فاستقصائه يتمّ ببيان امور

(٥) الفاء تفريع على ما افاده من اشتراط مجيز حال العقد

(٦) لو بيع مال اليتيم فضولا ثمّ بلغ سنّ الرّشد فاجاز.

للعلّامة[١] فى ظاهر القواعد و استدلّ[٢] له بانّ[٣] صحّة العقد والحال هذه ممتنعة فاذا امتنع فى زمان امتنع دائما و بلزوم[٤] الضّرر على المشترى لامتناع تصرّفه فى العين لامكان عدم الاجازة[٥] و لعدم[٦] تحقق المقتضى و فى الثّمن[٧] لامكان تحقّق الاجازة فيكون قد خرج عن ملكه[٨]

---

(١) اقول قال فى القواعد «والاقرب اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال فلو باع مـال الطّفل فبلغ و اجاز لم ينفذ على اشكال . قواعد الاحكام ص ١٢٤ سطر ١٨

(٢) بصيقة المجهول والمستدلّ هو المحقّق الثّانى فى جامع المقاصد و استدلّ للـعلّامة بدليلين

(٣) هذا هو الدّليل الاوّل للمحقّق الكركى و ملخّصه انّ من ليس له اهليّة الاجازة حين صدور العقد كاليتيم الصّغير لو بيع ماله فضولاً فالعقد باطل لانّه فى تلك الحالة ممنوع عن الاجازة فلا يكون المجيز موجودا حين صدور العقد و من الواضح أنّه من شرائط العقد وجود مجيز حين القعد

(٤) هذا هو الدّليل الثّانى من المحقّق الكركى للعلّامة

(٥) و لعدم المقتضى اقول هذه العلّة ناظرة الى شرطيّة الاجازة للسّبب و لو بنحو الشّرط المتاخّر

(٦) هذه العلّة ناظرة الى جزيّته الاجازة للسبب

(٧) اى و لامتناع تصرّف المشترى فى الثّمن ايضا لامكان تحقّق الاجازة من الصّغير اذا بلغ فيكون الثمن قد خرج عن ملك المشترى

(٨) راجع جامع المقاصد ٤: ٧٢

و يضّعف الاوّل[١] مضافاً[٢] الى ما قيل من انتقاضه[٣] بما اذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول اليه عادة منع ما ذكره من انّ امتناع صحّة العقد فى زمان يقتضى امتناعه دائما سواء قلنا بالنّقل ام بالكشف و امّا الضّرر[٤] فيتدارك بما تتدارك به صورد النقض المذكورة

هذا كلّه مضافاً الى الاخبار الواردة فى تزويج الصّغار فضولاً الشاملة لصورة ولىّ النّكاح و اهماله الاجازة الى بلوغهم و صورة عدم وجود الولى بناء على عدم ولاية الحاكم على الصّغير فى النّكاح و انحصار

---

(١) اى الدّليل الاوّل للمحقّق الكركى و هو انّ امتناع العقد فى زمان لازمه امتناعه دائما إى بالاضافة الى ما نذكره فى وجه التضعيف و هو انّ الدّليل الاول منتقض بالمجيز الذّى يكون بعيداً عن المكان الذّى وقع العقد فيه فضولاً بحيث يمتنع الوصول اليه عادة فان العقد الواقع فضولاً صحيح و ليس بباطل نهاية الامر للمشترى الخيار مع انّها مثل عدم المجيز فى حال العقد فى كون كليهما لاوصول الى المجيز و اما لعدم تمكن الوصول اليه.

(٢) قوله (مضافاً) ردّ آخر على المحقّق الكركى فيما افاده من لزوم وجود مجيز حين العقد و من جملة الاخبار قوله عن عبيد بن رزارة عن ابيعبداللّه عليه السلام قال سالته عن الصبّى يزوّج الصبيّة هل يتوارثان قال عليه السلام ان كان ابواهما هما اللّذان زوّجاهما فنعم قلنا يجوز طلاق الاب قال لا (راجع وسائل الشيعة الجزء ١٧ ص ٥٢٧ الباب ١١

(٣) اى انتقاض دليل الاول.

(٤) اقول مراده من الموصول هو الخيار و من صورة النقض اذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول اليه عادة.

الولى فى الاب والجّد والوصىّ على خلاف فيه[١]

و كيف كان[٢] فالاقوى عدم الاشتراط وفاقاً للمحكّى عن ابن المتوّج البحرانى والشّهيد والمحقّق الثّانى و غيرهم بل لم يرجحه[٣] غير العلّامة رحمة اللّه ثم اعلم انّ العلّامة فى القواعد مثّل لعدم وجود المجيز ببيع مال اليتيم[٤]

و حكى[٥] عن بعض العامّة و هو البيضاوى على ما قيل الايراد عليه[٦]

---

(١) اى على خلاف فى الوصّى

(٢) اى سواء دلّت الاخبار الواردة فى تزويج الصّغار فضولا على عدم اعتبار وجود المجيز فى حال العقد ام لا حكاه صاحب الجواهر الكلام ج ٢٢ ص ٢٩٩ الدروس ٣: ١٩٣ جامع المقاصد ۴: ٧٣ التنقيح الرايع ٢: ٢۶

(٣) اى بل لم يرجّح اشتراط وجود المجيز حين العقد غير العلّامة.

(۴) قواعد الاحكام ج ١ ص ١٢۴

(۵) اقول الحاكى السيّد محمّد جواد العاملى فى مفتاح الكرامة و هو ايضا حكى عن الشّهيد الاوّل فى حواشيه على القواعد

(۶) اى على العلّامة و الباء فى قوله (بانّه) بيان لكيفيّة الايراد من البيضاوى على العلّامة و ملخّص الايراد أنّ تمثيل العلّامة لعدم وجودا المجيز حين العقد ببيع مال اليتيم على خلاف مذهب الاماميّة حيث انّهم يقولون بوجود الامام فى كلّ عصر لعدم جواز خلّو العصر من وجوده فعندئذ كيف يمثل لعدم وجود المجيز ببيع مال اليتيم فانّ الامام (ع) على رأيهم هو المجيز حين صدور العقد لانّه ولىّ اليتيم

بانّه[١] لا يتمّ على مذهب الاماميّة من وجود الامام عليه السّلام فى كل عصر[٢] و عن المضّف[٣] قده انّه اجاب بانّ الامام غير متمكّن من الوصول اليه و انتصر[٤] بانّ نائب الامام و هو المجتهد الجامع للشّرائط موجود بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود بل للفسّاق الولاية على الطّفل فى مصالحه مع عدم العدول[٥]

لكن الانتصار[٦] فى غير محلّه اذ كما يمكن فرض عدم التمكّن من الامام عليه السّلام يمكن عدم اطّلاع نائبه من المجتهد والعدول ايضا فان[٧]

---

(١) اى بانّ ما ذكره العلّامة لا يتمّ على مذهب الاماميّة

(٢) اذا لولىّ موجود فى كلّ حال امّا الاب والجدّ و امّا الامام عليه السّام

(٣) اقول هذا ردّ من العلّامة على ما اورده البيضاوى عليه

(٤) يعنى انتصر الشّهيد للمورد و هوالبيضاوى و ردّ الجواب عن العلّامة بقوله بانّ نائب الامام و هو المجتهد الجامع للشّرائط موجود بمعنى أنّه لو كان الامام عليه السّلام غير متمكّن الوصول اليه فنائبه و هو المجتهد الجامع للشّرائط موجود ففرض عدم وجود المجيز فى حال العقد ليس بصحيح

(٥) راجع الجواهر الكلام ج ٢٢ ص ٢٩٨

(٦) يعنى انتصار من دافع عن البيضاوى و اعطى الحقّ له غير صحيح و فى غير محلّه للعلّة الّتى ذكرها المتن

(٧) حكاه صاحب الجواهر الكلام ج ٢٢ ص ٢٩٩ الدّروس ٣: ١٩٣ جامع المقاصد ٤:٧٣ التنقيح الرّائع ٢: ٢٦

اريد وجود ذات المجيز فالاولى منع تسليم دفع الاعتراض بعدم التّمكن من الامام عليه السّلام [١]

و ان اريد[٢] وجوده مع تمكّنه من الاجازة فيمكن فرض عدمه[٣] فى المجتهد والعدول اذا لم يطّلعوا على العقد فالاولى[٤] ما فعله فخر الدّين والمحقّق الثّانى من تقييد بيع مال اليتيم بما اذا كان على خلاف المصلحة فيرجع[٥] الكلام ايضاً الى اشتراط امكان فعليّة الاجازة من

---

(١) يعنى ان كان مراد العلّامة من المجيز الّذى مثل لعدم وجوده ببيع مال اليتيم ذات المجيز مطلقا فاعتراض البيضاوى وارد عليه والجواب عنه بعدم التمكّن من الوصول الى الامام لا يدفعه فلا يصّح للمنتصر تسليم اندفاعه و ان كان مراده وجوده مع قيد التمكّن من اجازته فالجواب المذكور صحيح يندفع به الاعتراض و تسليمه فى محلّه الّا انّ الانتصار بايراد وجود نائب الامام فى غير محلّه لتأتّى الجواب المذكور فيما انتصر به ضرورة امكان انتفاء قيد التمكّن من الاجازة فيه كما ذكره المصّنف قده.

(٢) اى و ان وجوده‌اى المجيز حال العقد مع تمكّن ذات المجيز من الاجازة.

(٣) اى عدم التمكّن

(٤) ملخّص ما افاده فخر المحقّقين والمحقّق الثّانى هو أنّ وجه بطلان بيع مال اليتيم عدم وجود مجيز حينه فانّه لو قيد البيع المذكور بوجود المصلحة لما بطل البيع المذكور عند وجود المصلحة و ان لم يكن مجيز موجودا عند العقد

(٥) اقول قال الاستاد رحمة اللّه عليه ما هذا لفظه يعنى فيرجع الكلام فى اشتراط وجود المجيز حال العقد بناء على تقييد المثال من كون العقد على خلاف المصلحة اى اشتراط

←

المجيز لا وجود ذات من شانه الاجازة فانّه فرض غير واقع فى الاموال الثّالث[١] لا يشترط فى المجيز كونه جائز التّصرف حال العقد سواء كان عدم التّصرف لاجل عدم المقتضى[٢] ام للمانع و عدم المقتضى قد يكون لاجل عدم كونه مالكاً و لا مأذوناً حال العقد و قد يكون لاجل كونه محجوراً عليه لِسَفَهٍ او جنون او غيرهما[٣] والمانع كما لو باع الرّاهن بدون اذن المرتهن ثمّ فك الرّهن[٤] فالكلام يقع فى مسائل (الاولى) ان يكون المالك حال العقد هو المالك حال الاجازة لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التّصرف لحجر والاقوى صحّة الاجازة

⇐ امكان فعليّة الاجازة من المجيز الموجود مثل رجوعه اليه بناء على ما ذكره العلّامة فى جواب البيضاوى غاية الامر بناء على ما ذكراه يكون عدم امكان الفعليّة من جهة فقدان المصلحة و على ما ذكره العلّامة يكون عدم امكانها من جهة عدم التمكّن من عدم وصوله

(١) اى الامر الثّالث من الامور الّتى اشار اليها الشّيخ فى ص ٢٨٦ بقوله «و امّا القول فى المجيز فاستقصائه يتمّ ببيان امور»

(٢) كان لا يكون مالكاً حال العقد و لا مأذونا من قبل المالك حال العقد كما لو باع زيد مال عمرو ثمّ ملكه

(٣) كالفلس.

(٤) اى فكّ الرّاهن الرّهن باداءالدّين او باسقاط المرتهن حقّه او بابرائه الدّين

بل عدم الحاجة اليها[١] اذا كان عدم جواز التّصرف لتعلّق حقّ الغير كما لو باع الرّاهن ففكّ الرّهن قبل مراجعة المرتهن فانه لا حاجة الى الاجازة كما صرّح به فى التّذكرة

«الثّانية» ان يتجدّد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البايع[٢] او غيره[٣] لكن عنوان المسألة[٤] فى كلمات القوم هو الاوّل و هو ما لو باع شيئاً ثم ملكه

و هذه[٥] تتصوّر على صوره لأنّ غير المالك امّا أن يبيع لنفسه او للمالك[٦] والملك امّا ان ينتقل اليه[٧] باختياره كالشّراء او بغير اختياره كالارث[٨] ثمّ البايع[٩][١٠] الّذى يشترى الملك امّا ان يجيز العقد الاوّل و

---

(١) اى الى الاجازة

(٢) كما لو باع زيد مال ابيه عمرو فضولا ثمّ انتقل المال الى زيد البايع بالارث

(٣) كما لو باع زيد الفضولى مال عمرو ثمّ انتقل المال الى ابن عمرو بالارث ثم اجاز الابن البيع الواقع فضولة

(٤) اعنى المسئلة الثّانية.

(٥) اى المسئلة الثّانية الّتى لو باع شيئاً ثمّ ملكه بعدُ بالارث

(٦) هاتان صورتان من الصّور الثّمانية

(٧) اى الى البايع الفضولى

(٨) هاتان صورتان ايضا من الصّور الثّمانية تضربان فى الصّورتين المتقدّمتين تنتجان اربعة ٢×٢ـ ٤

امّا ان لايجيزه[١١] فيقع الكلام فى وقوعه[١٢] للمشترى الاوّل[١٣] بمجرّد شراء البايع[١٤] له

---

(٩) اى البايع الفضولى الّذى اشترى الملك من مالكه بعد بيعه فضولاً امّا ان يجيز العقد الاوّل الّذى اوقعه فضولاً و امّا ان لا يجيزه

(١٠) الضّمير راجع الى العقد الاوّل اقول هاتان ايضا من الصّور الثّمانية تضربان فى الاربعة المتقدّمة تنتجان ثمانية ٢× ٤ـ ٨

(١١) و هى ثمانية

نشرح الصّور الثّمانية تفصيلا «الصّورة الاولى» ان يبيع الفضولى لنفسه ثمّ يملك المبيع بالشّراء فاجاز البيع «الصّورة الثّانية» ان يبيع الفضولى لنفسه ثمّ يملك المبيع بالارث فاجاز البيع «الصّورة الثّالثة» ان يبيع الفضولى للمالك ثمّ يملك المبيع بالشّراء فاجاز البيع «الصّورة الرّابعة» ان يبيع الفضولى للمالك ثمّ يملك المبيع بالارث فاجاز البيع «الصّورة الخامسة» ان يبيع الفضولى لنفسه ثمّ يملك المبيع بالشّراء ولم يجز البيع «الصّورة السّادسة» ان يبيع الفضولى

لنفسه ثمّ يملك المبيع بالارث و لم يجز البيع «الصّورة السّابعة» ان يبيع الفضولى للمالك ثمّ يملك المبيع بالشّراء ولم يجز البيع «الصّورة الثّامنة» ان يبيع الفضولى للمالك ثمّ يملك المبيع بالارث و لم يجز البيع

(١٢) اى فى وقوع المبيع

(١٣) و هو الّذى اشترى من الفضولى

(١٤) و هو الفضوليّ الّذى ملك المبيع بالشّراء

بعد البيع لنفسه او للمالك اوملكه

والمهمّ هنا[١] التّعرض لبيان ما لو باع لنفسه ثمّ اشتراه من المالك و اجاز و ما[٢] لو باع واشترى و لم يجز[٣] ويعلم حكم غيرهما[٤] منهما امّا المسألة الاولى[٥] فقد اختلفوا فيها قطاهر المحقّق[٦] فى باب الزّكاء

➡ بالارث ثمّ اجاز البيع

اذا عرفت هذا فنقول و قد ذكر شيخناالاعظم لمن باع ثمّ ملك «ثمان صور» و ذلك لأنّ غير المالك امّا يبيع لنفسه او يبيع لمالكه و على كلّ تقدير امّا يكون انتقال الملك اليه بسبب اختيارى كالبيع او قهرىّ كالارث فهذه اربع صور و على كلّ تقدير امّا ان يجيز بعد ما ملك او لا يجيز بل يقتصر على البيع السّابق ثمّ قال انّ العمدة صورتان ما اذا باع ثمّ ملك ثمّ اجاز و ما لو باع ثمّ ملك و لم يجز والاولى جعلهما مسألة واحدة و هى ما اذا باع ثمّ ملك ثم اجازو ما لوباع ثم ملك و لم يجز والاولى جعلهما مسألة و احدة و هى ما اذا باع ثم ملك و مثاله ما اذا باع شيئاً معيناً شخصيّا يكون ملكاً آخر لنفسه غفلتاً او ادعاً ثم ملكه بالبيع او الارث او غير ذلك و مثله اذا باع مالك النّصاب جميع العين الّتى تعلّق بهما الزّكاة ثمّ ادّى الزّكاة من مال آخر فملك حصّة الفقراء

(١) اى فى الصّور الثّمانية التّعرض لبيان ما لو باع زيد ثوب ابيه لنفسه ثمّ اشترى من ابيه و اجاز البيع الّذى اوقعه لنفسه

(٢) قوله (و ما) عطف على (ما) فى قوله (لبيان ما)

(٣) يعنى و كذلك المهمّ بيان صورة (ما لو باع فضولة واشترى) بعد ذلك من المالك (و لم يجز).

(٤) و انّما المهمّ هاتان الصّورتان فقط

(٥) و هى ما لو باع لنفسه ثمّ اشتراه من المالك فاجاز

(٦) قوله (فظاهر المحقق الخ) قال الاستاد (ره) نقلا عن استاده انّ هذا مبتداءٌ سقط من

من المعتبر فيما اذا باع المالك النّصاب قبل اخراج الزّكاة او رهنه[١] في انّه[٢] صحّ البيع و الرّهن[٣] فيما عدا الزّكاة فان اعتزم[٤] حصّة الفقراء قال الشّيخ صحّ البيع والرّهن و فيه[٥] اشكال لانّ العين مملوكة و اذا ادّى العوض ملكها مستأنفاً فافتقر بيعها الى اجازة مستأنفة كما[٦] لو باع مال غيره ثمّ اشتراه انتهى بل يظهر ممّاحكاه[٧] عن الشّيخ عدم الحاجة الى

⇐ العبارة خبره و هو قوله انتهى فيما اذا باع المالك النّصاب و هو المقدار الشّرعى العين الّذى بلغ حدّ الزّكاة و هو ٨٦٤كيلو فكلّ مالك يملك هذا المقدار من الحنطة او الشّعيز او الزّبيب او التّمر يجب عليه اخراج مقدار معيّن منه حسب السّقى بعد اخراج المصاريف والمؤن و ضرائب الحكومة

(١) الرّهن فيما عدا الزّكاة

(٢) الضّمير للشأن

(٣) يعنى بالنّسبة الى الجميع من حصّته و حصّة الفقراء

(٤) يعنى ان ادّى المالك حصّة الفقراء من مال خارج قال الشّيخ الطّوسى قده صحّ البيع والرّهن فى حصّة الفقراء ايضا من دون اجازة من المالك

(٥) يعنى قال المحقّق فى المعتبر و فى قول الشّيخ الطّوسى اشكال لانّ مقدار الزّكوة من عين النّصاب مملوكة للفقراء و اذا ادّى المالك العوض عن عين الفقراء ملك العين الّتى كانت للفقراء مستانفا فافتقر لزوم بيع الزّكاة الى اجازة مستانفة من مالك النّصاب

(٦) الى كما لو باع مال غيره فضولة ثمّ اشتراه حيث انّه يحتاج الى اجازة مستانفة انتهى كلام المعتبر

(٧) الضّمير الفاعل المستتر راجع الى المحقّق والضّمير المفعول راجع الى ما فى قوله

الاجازة[١] الاّ ان يقول الشّيخ بتعلّق الزّكاة بالعين كتعلّق الدّين بالرّهن[٢] الرّاهن اذا باع قفّد الرّهن قبل مراجعة المرتهن لزم[٣] و لم يحتج الى اجازة[٤] مستأنفة وبهذا القول (ره) صرّح الشّهيد (ره) فى الدّروس و هو ظاهر المحكّى عن الصّيمرى والمحكّى عن المحقّق الثّانى فى تعليق الارشاد هو[٥] البطلان و مال اليه[٦] بعض المعاصرين[٧] تبعاً لبعض معاصريه[٨] والاقوى هو الاوّل[٩] للاصل[١٠] و العمومات[١١] السّليمة

⇐ (ممّا).

(١) يعنى الاجازة من الفقراء لو بيعت حصّتهم مع حصّة المالك و لم يستأذن المالك او وكيله منهم.

(٢) اقول بمعنى انّه لم تتعلّق الزّكاة بنفس العين و لم تكن عين مقدار الزّكاة مملوكة للفقراء بل الزّكاة تتعلّق بذمّة مالك النّصاب و للفقراء حق الاستيفاء من العين كحقّ استيفاء الدّين من العين المرهونة للمرتهن فتخرج المسألة عندئذ عن ما لو باع مال غيره ثمّ اشتراه و تكون نظير ما لو باع الرّاهن الرّهن ثم فكّ الرّهن باداء دينه فانّ البيع يقع لازماً و لم يحتج الى اجازة مستأنفة.

(٣) اى لزم البيع

(٤) يعنى القول بالصّحة مع الاجازة

(٥) اى بطلان بيع مال الغير لنفسه ثمّ ملكه فاجاز

(٦) اى الى القول بالبطلان

(٧) و هو صاحب الجواهر

(٨) و هو المحقّق الشّيخ اسداللّه التّشترى صاحب المقابس

عمّا يرد عليها[١٢] ما عدا امور لفقها[١٣] بعض من قارب عصرنا[١٤] ممّا يرجع اكثرها الى ما ذكر فى الايضاح و جامع القاصد (الاوّل)[١٥] أنّه قد باع مال الغير لنفسه و قد مرّ الاشكال فيه[١٦] و ربّما لا يجرى فيه[١٧] بعض ما ذكر هناك[١٨] و فيه[١٩] أنّه قد سبق انّ الاقوى

---

(٩) و هى صحّة بيع الفضولى مال الغير لنفسه

(١٠) قال الاستاد (ره) لعلّ المراد من الاصل اصالة اشتراط مالكيّة المجيز حال العقد الرّاجع الى اصالة العموم والاطلاق فيكون العطف للتّفسير والّا فلا وجه للجمع بينه و بين العمومات

(١١) كافوا بالعقود و تجارة عن تراض و احلّ اللّه البيع

(١٢) الضّمير راجع الى العمومات

(١٣) الضّمير راجع الى الامور

(١٤) و هو المحقّق الشّيخ اسداللّه التشترى (قده) صاحب المقابيس

(١٥) اى الامر الاوّل من الامور الّتى اوردها المحقّق التّشترى على صحّة بيع الفضولى مال الغير لنفسه ثمّ اشتراه فاجازة

(١٦) اى فى بيع مال الغير لنفسه والاشكال هو انّ المثمن يلزم ان يخرج من كيس من يدخل الثّمن فى كيسه فلا يمكن ان يدخل الثّمن فى كيس الفضولى بينما يخرج المثمن من كيس المالك صاحب المال

(١٧) اى فيما نحن فيه و هو قوله (ما لو باع لنفسه ثمّ اشتراه من المالك و اجاز) اقول الظّاهر انّه اراد ببعض ما ذكر هناك بعض الوجوه المصحّحة! مثل كون بيع الغاصب مبنياً على دعوى كون المال المغصوب له فانّ الدّعوى المذكورة ممّا لا مجال له ههنا لأنّ صاحب المال لا يبيع بدعوى كون سهم الفقير له.

صحّته و ربّما يَسلِمُ هنا عن بعض الاشكالات الجارية هناك[٢٠] مثل مخالفة الاجازة لما قصده المتعاقدان الثّانى[٢١] أنّا حيث جوّزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك و رضا المالك والقدرة على التّسليم فقد اكتفينابحصول ذلك[٢٢] للمالك المجيز[٢٣] لأنّه[٢٤] البايع حقيقة والفرض

---

(١٨) و هو بيع الغاصب مال الغير لنفسه

(١٩) و ذلك لما تقدّم من مسئلة ان البيع مبادلة بين المالين و هى حاصلة امّا نسبة الغاصب المال الى نفسه فهى خارجة عن حقيقة البيع

(٢٠) اى ربّما يَسلِمُ فيمن باع ثمّ ملك عن بعض الاشكالات الجارية فى بيع الغاصب لنفسه مال الغير يريد المصنّف انّ الاشكال فيما لو باع لنفسه ثمّ اشتراه فاجاز اقلّ من الاشكال فى بيع الغاصب لنفسه فاذا قلنا بالصّحة هناك نقول بالصّحة هنا بطريق اولى مثل مخالفة الاجازة لما قصده المتعاقدان فى بيع الغاصب لنفسه اذا الغاصب قصد كون البيع لنفسه و طرف الغاصب قصد كون البيع للغاصب فاذا اجاز المالك كانت اجازته مخالفة لهذا القصد بخلاف مسئلتنا اذ لم يقصد الفضول كون البيع لنفسه بل قصد كونه لمالكه

(٢١) اى الامر الثّانى من الامور اوردها المحقّق التّسترى على صحّة بيع الفضولى مال الغير لنفسه ثم اشتراه فاجاز

(٢٢) اى بحصول المذكورات و هى انتفاء الملك و انتفاء رضا المالك و انتفاء القدرة على تسليم المبيع من قبل مالك النّصاب

(٢٣) و هم الفقراء المالكون لحصّتهم

(٢٤) اى المجيز

هنا[۱] عدم اجازته[۲] و عدم وقوع البيع عنه[۳] و فيه[۴] أنّ الثّابت هو اعتبار رضا

من هو المالك حال الرّضا[۵] سواء ملك حال العقد ام لا لانّ الدّاعى على اعتبار الرّضا سلطنة النّاس على اموالهم[۶] و عدم حلّها لغير ملاّكها بغير طيب انفسهم و قبح التّصرف فيها بغير رضاهم و هذا[۷] المعنى لا يقتضى ازيد ممّا ذكرنا[۸] و امّا القدرة[۹] على التّسليم فلا نضائق من

---

(۱) اى فى من باع ثمّ ملك

(۲) اى عدم اجازة المالك الحقيقى الذين هم الفقراء

(۳) اى عدم وقوع البيع عن المالك المجيز

(۴) يعنى و فيما افاده المحقّق التّشترى فى الامر الثّانى نظر و اشكال

(۵) اقول المراد من حال الرّضا هو حال الاجازة

(۶) لقوله (ص) النّاس مسلطون على اموالهم

(۷) يعنى رضا المالك.

(۸) مراده من ما ذكرنا هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرّضا

(۹) قوله (و امّا القدرة الخ جواب عمّا اورده المحقق التّشترى على صحّة بيع المالك النّصاب من انتفاء القدرة على التّسليم فى هذا البيع و ذلك لانّ مالك النّصاب لا يملك حصّة الفقراء مع انّ القدرة شرط فى المبيع

والجواب انا لا ننكر و لا نمنع اعتبار القدرة فى العقد حين صدوره و لا نقول بكفاية حصولها فى من هو مالك حين الاجازة و ذلك لانّ القدرة من الشّرائط الاوّليّة لصحّة العقد

←

اعتبارها فى المالك حين العقد و لا يكتفى بحصولها[١] فيمن هو مالك حين الاجازة و هذا[٢] كلام آخر لا يقدح التزامه فى صحّة البيع المذكور لانّ الكلام بعد استجماعه للشّروط المفروغ عنها

الثّالث[٣] انّ الاجازة حيث صحّت كاشفة على الاصّح مطلقا[٤] لعموم الدليل الدّال عليه و يلزم[٥] حينئذ خروج المال عن ملك البايع قبل دخوله[٦] فيه[٧] و فيه[٨] منع كون الاجازة كاشفة مطلقا[٩] عن خروج

⇐ و لابدّ من الالتزام بها فى العقود فهى امر مفروغ عنها لا كلام فيها الّا انّ ذلك لا يضرّ فيما نحن بصدده و هو انّه لو باع مال الغير لنفسه ثمّ ملكه بالشّراء فاجاز البيع لانّ الكلام بعد الفراغ عن هذا الشّرط

(١) يعنى حصول القدرة على التّسليم

(٢) يعنى انّ اعتبار القدرة على التّسليم امر آخر مفروغ عنه خارج عن موضوع البحث

(٣) اى من الامور الّتى اوردها المحقّق التّشترى على صحّة بيع الفضولى مال الغير لنفسه ثمّ ملكه فاجاز

(٤) اى سواء باع الفضولى و اجاز المالك او باع ثمّ اشترى و اجاز المالك الجديد و ذلك لعموم الدّليل الدّال على كون الاجازة كاشفة فيشمل الدّليل من باع ثمّ ملك و غيره من سائر اقسام الفضولى

(٥) اقول توضيحه انّه لو باع زيد مال ابيه عمرو لخالد يوم الخميس ثم اشترى المال من ابيه يوم الجمعة ثم اجاز البع المذكور يوم السّبت لزم خروج المال عن ملك البايع قبل دخوله فى ملكه .

(٦) اى قبل دخول المال

الملك عن ملك المجيز من حين العقد حتّى فيما لو كان المجيز غير مالك حين العقد فانّ مقدار كشف الاجازة تابع لصحّة البيع[۱۰] فاذا ثبت بمقتضى العمومات[۱۱] انّ العقد

الّذى اوقعه البايع لنفسه عقد صدر من اهل العقد[۱۲] فى المحلّ القابل[۱۳] للعقد عليه و لا مانع من وقوعه الّا عدم رضاء مالكه[۱۴]

---

(۷) اى فى ملك البايع

(۸) يعنى و فيما افاده المحقّق التّشترى من لزوم المحال العقلى نظر و منع و ذلك لأنّا نمنع كاشفيّة الاجازة مطلقا حتّى و لو لم يكن المجيز مالكا عند العقد

بل نقول انّ الاجازة تابعة لاتّصافها بالاهليّة و اهليّتها وقت تملّك البايع المبيع بالشّراء فعندئذ تكون كاشفة عن خروج الملك عن ملك المجيز لا من زمن صدور العقد فمقدار كشف الاجازة محدود و معيّن و ليس بمطلق كما تخيل المستشكل

(۹) يعنى سواء كان المجيز مالكاً حين العقد ام لا

(۱۰) فمهما كان البيع صحيحا جامعا الشّرائطه تكشف الاجازة عن سبق النّقل و مهما لم يكن البيع صحيحاً جامعا الشّرائطه لم تشكف الاجازة

(۱۱) كعمومات: اوفوا بالعقود و تجارة عن تراض

(۱۲) حيث انّ العاقد بالغ عاقل جامع الشّرائط العقد

(۱۳) حيث انّ محل العقد مال قابل للتّمليك والتّملك و ليس كالخمر و الخنزير الّـذين لا يقبلان التّمليك و التّملك

(۱۴) فاذا ارتفع هذا المانع الّذى هو عدم رضا مالكه بالاجازة فاثّر العقد اثره فيقع البيع للبايع لانّ المفروض عدم مانع آخر.

فكما أنّ مالكه الاوّل[١] اذا رضى يقع البيع له فكذلك مالكه الثّانى[٢] اذا رضى يقع البيع له و لا دليل[٣] على اعتبار كون الرّضا المتاخّر ممّن هو مالك حال العقد[٤] و حينئذ[٥] فاذا ثبت صحّته[٦] بالدّليل فلا محيص[٧] عن القول بانّ الاجازة كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز فى اوّل ازمنة قابليّته[٨] اذ لا يمكن الكشف فيه[٩] على وجه

---

(١) المالك الاوّل هو اب زيد فى المثال المتقدّم فاذا رضى و اجاز يقع البيع له و يرتفع المانع الّذى هو عدم رضا المالك ايضاً

(٢) بمعنى انّ مالكه الثّانى الّذى هو زيد فى المثال المتقدّم اذا رضى و اجاز بعد انتقال المال من ابيه اليه يقع البيع له

(٣) اى لا دليل على لزوم اعتبار كون الرّضا المتاخّر عن العقد ممّن هو مالك حال العقد لكى يقال انّ المالك حال العقد لا اثر لرضاه بعد خروج المال عن ملكه و المالك الثّانى لم يقع العقد على ملكه حتّى يؤثر رضاه فى النّقل والانتقال

(٤) بمعنى انّه لا يصّح ان يقال انّ العقد لم يقع على مال المالك الثّانى حتّى يؤثّر اجازته فى النّقل والانتقال

(٥) يعنى حين لا دليل على كون الرّضا بلزم ان يكون المالك الاوّل

(٦) اى صحّة بيع الفضولى

(٧) اى لا مهرب ولا مفرّ عن القول بانّ الاجازة من المالك الثّانى كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز فى اوّل ازمنته قابليّته

(٨) و من المعلوم أنّ وقت قابليّة الاجازة وقت تملّك الفضولى البيع بالشّراء او الارث

(٩) اى فيما نحن فيه و هو لو باع لنفسه ثمّ اشتراه من المالك و اجازه

آخر فلا يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلى و لا شرعى حتى يرفع اليد من اجله عن العمومات المقتضيّة للصّحة

فان كان لابدّ من الكلام[١] فينبغى فى المقتضى[٢] الصّحة او فى القول بانّ الواجب فى الكشف عقلا او شرعاً ان يكون عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد

و قد عرفت ان لا كلام[٣] فى مقتضى الصّحة و لذا لم يصدر من المستدلّ على البطلان و انّه لا مانع عقلاً و لا شرعاً من كون الاجازة كاشفة من زمان قابليّة تاثيرها[٤] و لا يتوهم[٥] انّ هذا نظير ما لو خصّص

---

(١) يعنى لابدّ من الاشكال على صحّة بيع مال الغير لنفسه ثمّ ملكه فاجاز

(٢) و هى العمومات كقوله تعالى و احلّ اللّه البيع و اَوفوا بالعقود، و تجارة عن تـراض فانّها عامّة تشمل ما نحن فيه و هو بيع الفضولى مال الغير لنفسه

(٣) اى قد عرفت فى مسألة بيع الفضولى لنفسه عند قوله: «والاقوى فيه الصّحة وفـاقاً للمشهور: للعمومات المتقدّمة اى ولاجل انّه لااشكال فى المقتضى الذّى هى المعلومات المتقدمه الدّالة على صحّة بيع مال الغير لنفسه ثمّ ملكه فاجاز لم يصدر الكلام والاشكال فى مقتضى الصّحة من المحقّق التّسترى المستدل على بطلان عقد من باع لنفسه ثمّ اشتراه من مالكه و اجاز.

(٤) يعنى قد عرفت أنّ زمان قابليّة تاثير الاجازة بعد انتقال المال الى ملك البايع المجيز

(٥) اى لا يتوهّم انّ كون الاجازة فيما نحن فيه كاشفة عن حصول الملك من حين شراء

←

المالك الاجازة بزمانٍ متاخّر عن العقد اذا التخصيص انّما يقدح مع القابليّة كما انّ تعميم الاجازة[١] لما قبل ملك المجيز بناء على ما سبق فى دليل الكشف من انّ معنى الاجازة امضاء العقد من حين الوقوع[٢] (الرّابع)[٣] أنّ العقد الاوّل[٤] انّما صحّ و ترتّب عليه اثره باجازة الفضولى و هى[٥] متوقفة على صحّة العقد الثّانى[٦] المتوقّفة[٧] على بقاء الملك

➡ البايع لا من حين بيعه نظير ما لو خصّص المالك فى بيع الفضولى الاجازة بزمان متاخّر عن العقد

مثلا لو وقع عقد الفضولى فى يوم الجمعة و قال المالك اجزت العقد من يوم السّبت فكما تخصيص الاجازة بزمان متاخّر عن العقد غير صحيح كذلك كون الاجازة كاشفة عن حصول الملك من حين شراء البايع لأنّ شرائه متاخّر زماناً عن بيعه فيكون باطلا

(١) بان قال الابن المنتقل اليه المال يوم الجمعة اجزت الانتقال من حين العقد و هو يوم الخميس الّذى لم يكن المال فى ذلك الحين ملكا لى و قوله (تعميم) اسم (لأن) «و غير قادح» خبره

(٢) اى من حين وقوع العقد

(٣) اى من الامور اوردها المحقّق التّشترى على صحّة بيع الفضولى مال الغير لنفسه ثمّ اشتراه فاجازه

(٤) اقول مراده من الاوّل هو البيع الّذى اوقعه الفضولى لنفسه والمراد من صحّته و ترتّب الاثر عليه بالاجازة هو حصول الملك للمشترى من حين العقد الاوّل باجازة البايع الفضولى

(٥) اى الاجازة من البايع الفضولى متوقّفه على صحّة العقد الثّانى و هو شرائه من المالك

على ملك مالكه الاصلى[٨] فتكون صحّة الاوّل[٩] مستلزماً لكون المال المعيّن ملكا للمالك[١٠] والمشترى معاً فى زمان واحد و هو محال لتضادّهما[١١] فوجود الثّانى[١٢] يقتضى عدم الاوّل وهو[١٣] موجب لعدم

← الاوّل لانّه لو لم يكن شرائه صحيحاً لم يكن مالكاً للمبيع و لم تعتبر اجازته للعقد الاوّل.

(٦) و هو تملّك البايع الفضولى المبيع بالشراء

(٧) كلمة (المتوقّفة) صفة لقوله «صحة العقد الثّانى»

(٨) و هو الاب فى الفرض والمثال

(٩) اى صحّة عقد الاوّل

(١٠) كما لو باع خالد الفضولى ثوب زيد لعمرو يوم الخميس ثمّ اجاز زيد البيع المذكور يوم الجمعة فبين الاجازة و وقوع البيع يكون الثّوب ملكا للمشترى الّذى هو عمرو لانّ الاجازة كشفت عن انتقال الثّوب اليه من حين العقد و يكون الثّوب ايضا فى هذا الزّمان ملكا لزيد ايضاً لانّ الثّوب لو لم يكن ملكاً له لم يكن معنى لاجازته فالثّوب يكون ملكاً للمالك والمشترى معافى زمان واحد

(١١) يعنى كون الثّوب ملكا لهذا الشّخص مستقلا فى زمانٍ مضادٍّ لكونه ملكا لآخر مستقلا فى هذا الزّمان فكون الثّوب ملكا للمشترى يقتضى عدم كونه ملكاً للمالك الاصلى

(١٢) يعنى فوجود ملك المشترى الّذى هو الولد فى المثال يقتضى عدم ملك المالك الاوّل و هو الاب فى القرض فى هذا الزّمان و بالعكس

(١٣) اى الاول الّذى هو ملكيّة الولد للثّوب يوم الخميس موجب لعدم الثّانى اى ملكيّة الاب للثّوب يوم الخميس

الثّانى ايضا فيلزم وجوده و عدمه فى آنٍ واحدٍ

و هو محال فان قلت[١] مثل هذا لازم فى كلّ عقد فضولىٍ لانّ صحّته[٢] موقوفة على الاجازة المتاخرة المتوقّفة[٣] على بقاء ملك المالك و مستلزمة للملك المشترى كذلك[٤] فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك والمشترى معاً فى آنٍ واحد فيلزم امّا بطلان عقد الفضولى مطلقا[٥] او بطلان القول بالكشف فلا اختصاص لهذا لا يراد بما نحن فيه[٦]

(قلنا)[٧] يكفى فى الاجازة ملك المالك ظاهراً و هو الحاصل من

---

(١) قال بعض المحقّقين من المعاصرين (ره) ما هذا لفظه فان قلت مثل هذا اى توارد الملكين فى زمان واحد على مملوك واحد لازم فى كل عقد فضولى فلو باع زيد دار عمرو لبكر فى يوم الخميس و اجاز عمرو يوم الجمعة فبين البيع و بين الاجازة الدّار ملك للمشترى بكر لانّ الاجازة كشفت عن سبق الملك له من حين العقد و هى ايضا ملك للمالك عمرو لانّها لو لم تكن ملكاً له لم تكن معنى لاجازته فالدّار ملك للمالك والمشترى معا فى آن واحد .

(٢) اى صحّة عقد الفضولى

(٣) اى الاجازة.

(٤) يعنى فى ظرف كون الملك باقيا على ملك مالك الاوّل

(٥) اى سواء باع الفضولى و اجاز المالك او باع الفضولى لنفسه ثمّ اشتراه من المالك واجاز

(٦) و هو بيع الفضولى لنفسه ثم اشترائه من المالك

(٧) اقول قال الاستاد فى المقام ما هذا لفظه قوله قلنا يكفى فى الاجازة ملك المالك

استصحاب ملكه السّابق لانّها فى الحقيقة رفع اليدا و اسقاط للحقّ ولا يكفى الملك الصّورى فى العقد الثّانى

اقول قد عرفت[١] انّ القائل بالصّحة ملتزم بكون الاثر المترتّب على العقد الاوّل[٢] بعد اجازة العاقد له هو تملّك المشترى له من حين[٣] ملك العاقد لامن حين العقد و حينئذ[٤]

فتوقف اجازة العقد الاوّل على صحّة العقد الثّانى[٥] مسلّم و توقّف

← ظاهراً اقول هذا ممنوع لما ذكره المصّنف بعيد هذا من كون المالكيّة الواقعيّة شرطاً فى الاجازة فالجواب الحاسم لمادّة الاشكال عن مطلق الفضولى انّ الاجازة انّما يلزم ملك المالك واقعاً حين الاجازة لولا العقد المجاز و مع قطع النّظر عن وقوعه كما انّه يلزم فى اصل البيع ملك البايع للمبيع واقعاً مع قطع النّظر عن نفس هذا البيع و لا يلزم فيها الملك الواقعى حتى مع ملاحظة وقوع العقد المجاز و تاثيره

(١) اى قد عرفت انّ القائل بصحّة عقد من باع ثم ملك

(٢) اى عقد الفضولى عقد الابن

(٣) اى تملّك المشترى من الابن المال من حين ملك الابن لا من حين العقد الفضولى و هو حين شراء البايع الفضولى لامن حين العقد الاوّل.

(٤) اى و حين اذ كانت الاجازة كاشفة عن تملّك المشترى له من حين ملك العاقد لا من حين العقد

(٥) يعنى عقد الاب للابن فى المثال المذكور

صحة العقد الثّانى على بقاء الملك على ملك مالكه الاصلى[١] الى زمان العقد مسلّم ايضا فقوله صحّة الاوّل يستلزم كون المال ملكاً للمالك والمشترى فى زمان ممنوع[٢] بل صحّته[٣] تستلزم خروج العين عن ملكيّة المالك الاصلى نعم انّما يلزم ما ذكره[٤] من المحال اذا ادّعى وجوب كون الاجازة كاشفة عن الملك حين العقد ولكن هذا[٥] امر تقدّم دعواه فى الوجه الثّالث[٦] و قد تقدّم[٧] منعه فلا وجه لا عادته بتقرير آخر[٨] لما لا يخفى نعم يبقى فى المقام[٩] الاشكال

---

(١) و هو الاب فانّه لولم يبق المال على ملك الاب لم يصح بيعه للولد

(٢) اقول وجه المنع واضح حيث انّ زمان ملكيّة المالك و زمان ملكيّة المشترى مختلف فانّ زمان ملكيّة المالك قبل زمان العقد الثّانى و زمان ملكيّة المشترى حين العقد الثانى

(٣) اى صحّة العقد الاوّل للفضولى

(٤) يعنى انّما يلزم ما ذكره من المحال يعنى اجتماع الملكين على عين واحدة ملك الاب و ملك المشترى اذا ادّعى وجوب كون الاجازة كاشفة عن الملك حين العقد حتّى يكون الملك بعد عقد الفضول عليه للمشترى وللاب المالك الاصلى

(٥) اى اجتماع الملكين على عين واحدة ملك الاب و ملك المشترى

(٦) من استدلالات القائل بأنّ من باع شيئاً ثمّ ملكه باطل

(٧) و قد تقدّم فى ص ٣٠٥ بقوله «و فيه منع كون الاجازة كاشفة مطلقا عن خروج الملك المجيز الخ.

(٨) قال بعض المعاصرين فى هذا المقام ما لفظه (اقول ادّعى المستدل فى الوجه الثّالث

الوارد فثى مطلق الفضولى على القول بالكشف

و هو كون الملك حال الاجازة للمجيز والمشترى معاً و هذا اشكال آخر تعرض لاندفاعه اخيرا[١٠] غير الاشكال الّذى استنجته من المقدمات المذكورة[١١] و لزوم كون الملك للمالك الاصلى[١٢] و للمشترى[١٣] نعم يلزم من ضمّ هذا الاشكال[١٤] العام الى ما يلزم فى المسألة[١٥] على

← بلزوم خروج المبيع عن الملك قبل دخوله الملك و هنا ادّعى لزوج اجتماع ملك المالك الاصلى والشترى معاً فى زمانٍ واحد و لاحل كون مبناهما شيئاً واحداً و هو كاشفيّة الاجازة عن حصول الملك للمشترى من حين العقد الاوّل فكانّه اعاد هذا المبنى بتقرير آخر

(٩) و هو بيع الفضولى مال الغير لنفسه

(١٠) و انّه الى حين الاجازة ملك للمجيز و بعد تمام الاجازة يكون ملكًا للمشترى

(١١) اليك المقدّمات الثّلاث المذكورة فى الامر الرّابع الاولى توقف صحّة العقد الاوّل على اجازة المالك الثّانية توقّف الاجازة على صحّة العقد الثّانى الثّالثة توقّف صحّة العقد على بقاء الملك على ملك مالكه الاوّل و قد استنبحنا هذه المقدّمات من الامر الرّابع والاشكال المستنتج من هذه المقدّمات الثلاثة هو انّ العين تصبح ملكاً للمالك الاصيل وللمشترى فى عرض واحد.

(١٢) كالاب فى المثال

(١٣) كالابن حيث انّ هذا الاشكال خاصّ بمسئلة من باع ثم ملك بخلاف الاشكال الاوّل الّذى هو عامّ لكلّ فضولى.

(١٤) وهو كون الملك للمالك الاصيل وللمشترى الذّى هو اشكال عامٌّ يرد على جميع

القول بالكشف من حين العقد اجتماع مُلّاك ثلاثة[١٦] على ملك واحد قبل العقد العقد الثّانى لوجوب التزام مالكيّة المالك الاصلى[١٧] حتّى يصحّ العقد الثّانى.

و مالكيّةالمشترى[١٨] له لانالاجازةتكشف عن ذلك و ملكبة العاقد[١٩] له لأنّ ملك المشترى لابدّ ان يكون عن ملكه[٢٠] والّا[٢١] لم تنفع

⇐ اقسام بيع الفضولى و لا اختصاص له بيع الفضولى مال الغير لنفسه.

(١٥) الى مسألة من باع ثمّ ملك

(١٦) يعنى على القول بالكشف من حين العقد الاوّل يلزم اجتماع مُلّاك ثلاثة.

على ملك واحد فى زمان واحد وهو ما بين العقد الاوّل والعقد الثّانى وهم المالك الاصلى و المجيز و المشترى امّا المالك الاصلى: فلتوقّف صحّة العقد الثّانى على مالكيّة الى حين العقد الثّانى.

وامّا مالكيّة البايع المجيز فلانّ المشترى يتلّقى الملك عن المجيز و ينتقّل اليه منه فلو لم يكن المجيز مالكاً فكيف يمكن ان ينتقل الملك منه الى المشترى وكيف يمكن أن توثّر اجازته فى ملكه من حين العقد وامّا مالكيّة المشترى فلكشف الاجازة عن كونه مالكا من حين العقد الاوّل كما هو المفروض.

(١٧) يعنى مالك الاوّل

(١٨) يعنى المالك الثّانى

(١٩) يعنى المالك الثالث.

(٢٠) يعنى عن ملك العاقد بمعنى أنّ ملكيّة المشترى فرع ملكيّة العاقد.

(٢١) يعنى وان لم تكن ملكيّة المشترى ناشئة عن ملك العاقد.

اجازته[١] فى ملكه من حين العقد لأنّ اجازة غير المالك لا يخرج ملك الغير[٢] لى غيره.

(١) يعنى اجازة الفضول

(٢) اى لا يخرج ملك المالك الى المشترى.

ثمّ انّ ما اجاب[١] به[٢] عن الاشكال[٣] الوارد فى مطلق الفضولى لايسمن ولا يغنى لانّ[٤] الاجازة اذا وقعت فان كشفت عن ملك المشترى قبلها[٥] كشفت عمّا يبطلها[٦] لانّ الاجازة لا تكون الاّ من المالك الواقعى والمالك الظّاهرى انّما يجدى اجازته اذا لم ينكشف كون غيره[٧] مالكاً حين الاجازة ولذا لو تبيّن فى مقام آخر كون المجير

---

(١) قوله ثمّ انّ ما اجاب اقول يعنى به (قوله قلنا يكفى فى الاجازة ملك المالك ظاهراً.

(٢) الضّمير يرجع الى (ما) والضّير الفاعل المستتر فى (اجاب) راجع الى المتشكل الّذى هو صاحب المقابس.

(٣) و المراد من الاشكال الوارد هو قوله «فان قلت مثل هذا لازم فى كلّ عقدٍ فضولى الخ.

والمراد من الجواب قوله (قلنا يكفى فى الاجازة ملك المالك ظاهراً) اقول محصّل الجواب انّ المال هنا ملك للمشترى فى الواقع وللمالك الاصلى الّذى عَقَدَ عنه الفضولى فى الظّاهر ولامنافات بين كون الملك لشخصٍ واقعاً ولغيره ظاهراً وهذا بخلاف محلّ البحث اعنى ما ملكه والفضولى بعد العقد عليه فضولاً للغير فانّه لا يكفى الملك الظّاهرى للمالك الاصلى بالاستصحاب فى تحقيق الملك الواقعى للفضولى المشترى فلا بك ان يكون الملك فى الواقع فيلزم ان يكون شى واحد فى الواقع ملكا لما لكين فى زمان واحد.

(٤) تعليل لقوله (انّ ما اجاب به لايسمن ولا يغنى.

(٥) اى قبل الاجازة.

(٦) اقول و ذلك لانّ الاجازة كشفت عن حصول الملك للشمترى من حين العقد وانّ اجازة المالك وقعت فى ملك نفسه فتكون باطلة.

(٧) اى غير المالك الظّاهرى.

غيرالمالك لم تنفع اجازته[١]

لأنّ المالكيّة من الشرائط الواقعيّة دون العلميّة[٢] ثمّ انّ ما ذكره[٣] فى الغرق بين الاجازة والعقد الثّانى من كفاية الملك الظّاهرى فى الاوّل[٤] دون الثّانى[٥] تحكّم[٦] صرفٌ خصوصاً مع تعليله[٧] بانّ الاجازة رفع لليد واسقاط للحقّ فليت شعرى[٨] أنّ اسقاط الحقّ كيف يجدى و ينفع مع عدم الحق واقعاً مع انّ الاجازة رفع اليد عن الملك ايضا بالبديهه والتّحقيق انّ الاشكال انّما نشاء من الاشكال الّذى ذكرناه سابقا فى

---

(١) اى اجازة المجيز.

(٢) فليس من قبيل طهارة البدن حال الصّلوة حيث انّه لوانكشف بعد الصّلوة النّجاسة لم يكن مضّرا بالصّلوة بل من قبيل الحدث حال الصّلوة حيث انّه لو انكشف انّه كان محدثا ظهر بطلان الصّلوة وان كان حال الصّلوة منيّقنا لطهارته عن الحدث.

(٣) اقول هذا اشكال ثالث على المحقّق التستّرى صاحب المقابس فيما افاده فى الامر الرابع من كفاية الملك الصّورى فى العقد الاوّل وعدم كفايته فى العقد الثّانى و ملخّصه انّ الفرق المذكوربين العقدين تحكّم محض.

(٤) وهو الاجازة.

(٥) وهو العقد الثّانى.

(٦) قوله و تحكّم خبر ك (انّ) فى قوله (انّ ما ذكره) والمتحكّم هو الذّى بحكم بدون دليل على سبيل التعنت.

(٧) خصوصاً مع تعليل المحقق التّسترى.

(٨) الشّعر مصدر بمعنى العلم اى ليتنى علمت.

كاشفيّته الإجازة على الوجه المشهور[١] من كونها[٢] شرطاً متأخّراً بوجب حدوثه[٣] تأثير السّبب[٤] المتقدّم من زمانه.

فيما يتعلّق بالمجيز

الخامس[٥] انّ الاجازة المتاخرة لمّا كشفت عن صحة العقد الاوّل وعن كون المال ملك المشترى الاوّل فقد وقع العقد الثّانى على ماله فلا بدّ من اجازته كما لو بيع المبيع من شخص آخر فاجاز المالك البيع الاوّل فلا بدّ من اجازة المشترى البيع الثّانى[٦] حتّى يصحّ ويلزم فعلى هذا[٧]

---

(١) وهو كون الاجازة شرطا لا تعقّب الاجازة ولحقوقها بالعقد.

(٢) الضّير راجع الى الاجازة.

(٣) اى حدوث الشّرط.

(٤) السّبب المتقدّم هو العقد.

(٥) اى الخامس من الامور الّتى اوردها المحقّق الّتسترى على صحة بيع الفضولى مال الغير لنفسه ثمّ ملكه فاجاز.

(.) وهو العقد الصّادر من العاقد الفضولى.

(..) وهو الّذى اشترى من الفضولى.

(...) وهو الصّادر من المالك لاصيل فى حقّ العاقد الفضولى.

(....) اى فاجاز المالك الاصيل الاب البيع الاوّل اى بيع الفضولى.

(٦) يعنى لوباع زيد كتاب عمرو لخالد ثمّ باع زيد الكتاب المذكور لبكر ثم اجاز الخالد

يلزم توقّف اجازة كلّ من الشخّصين[٨] على اجازة الآخر و توقّف صحّة كلّ من العقدين على اجازة المشترى غيرالفضولى وهو[٩] من الاعاجيب بل من المستحيل لاستلزام ذلك[١٠] عدم تملّك المالك الاصيل شيئاً من الثّمن والمثمن[١١].

⇐ العقد الاوّل فعندئذ لابدّ من اجازة المشترى الاوّل الّذى هو الخالد البيع الثانى حتى يصحّ ويلزم.

(٧) قوله (فعلى هذا) اشارة الى توقّف العقد الثّانى على اجازة المشترى الاوّل.

(٨) فيلزم فى الفرض توقّف بيع الابن المشترى على اجازة الاب وتوقّف بيع الاب للابن على اجازة المشترى فاذا لم يخبر الاب البيع الاوّل لم يكن المال للمشترى فلا قدر لاجازة المشترى واذا لم يجز المشترى البيع الثّانى لم يكن بيع الاب للابن صحيحا لانّ البيع وقع فى ملك لمشترى فاجازة كلّ من الاب والمشترى تتوقّف على اجازة الآخر ويلزم توقّف كلّ من العقدين عقد الابن للمشترى و عقد الاب للابن على اجازة المشترى غيرالفضولى اى اجازة الابن اذا يلزم ان يجيز الابن العقد الاوّل الّذى اوقعه هو بنفسة يجيزه بعد ان يشترى المتاع من الاب لانّه الآن صار ملكه فالبيع وقع فى ملكه فضولة وان كان هو الذّى اوقع البيع كما يلزم ان يخبر الابن العقد الثّانى الّذى اوقعه الاب لانّ الابن طرف لهذا العقد فالمراد بالاجازة رضاه بالعقد لاالاجازة المصطلحة.

(٩) يعنى توقف صّحة كلّ من العقد والاجازة على اجازة.

المشترى غير الفضولى من العجائب بل من المحالات

(١٠) اى لاستلزام توقّف صحّة كلّ من العقدين على اجازة المشترى غيرالفضولى وفى الحقيقة كون المال ملك المشترى الاوّل المنكشف بالاجازة.

(١١) اقول يعنى تملّك المشترى الاوّل المبيع بما هو اقلّ من الثمن الاوّل فى صورة زيادة

وتملّك المشترى الاوّل المبيع بلاعوض ان اتحدّ الثّمنان ودون تمامه[١] ان زاد الاوّل و مع[٢] زيادة ان نقص[٣] لانكشاف وقوعه فى ملكه فالثمن له وقد كان المبيع له ايضاً بما بذله من الثّمن وهو ظاهر.

والجواب عن ذلك[٤] ما تقدّم[٥] فى سابقه من ابتنائه[٦] على وجوب كون الاجازه كاشفة عن الملك[٧] من حين العقد وهو[٨] ممنوع

⇐ الثمن الاوّل من الثمن الثّانى بان باع الفضولى بثمانين ثم اشترى بستّين فاذا انتقل الستّين الى المشترى الاوّل صار مالكاً للمبيع بازاء عشرين والحال انّه اشترى من البايع الفضولى بثمانية.

(١) قوله (دون تمامه) عطف على قوله (لاعوض) و ضمير تمامه راجع الى الثّمن يعنى تملّك المشترى الاوّل المبيع بدون تمام الثّمن ان زاد الثّمن الاوّل الثّمن الثّانى.

(٢) قوله (ومع زيادة) عطف على قوله (بلاعوض).

(٣) يعنى نقص الثّمن الاوّل عن الثّمن الثّانى كما لو اشتراه المشترى بثمانية وباعه الاب للابن بالتّسعته فانّ المشترى حيث ياخذ التسعته من الاب فقد حصل عنده الكتاب ودينار ايضا حيث خرج من كيسه ثمانية ودخل فى كيسه تسعته.

(٤) اى عن ذلك الاشكال الخامس.

(٥) اى تقدّم فى سابق ذلك الخامس الّذى هو الرّابع وقوله (من) بيان ك (ما) فى قوله (ما تقدّم) اى من ابتناء الاشكال على وجوب كون الاجازة كاشفة عن الملك.

(٦) اى عن الملك للمشترى من حين العقد.

(٧) اى وجوب كون الاجازة كاشفة من حين العقد ممنوع بل الاجازة كاشفة من حين صيرورة الملك للبايع.

(٨) والحاصل انّ منشاء الوجوه الثلاثة الاخيرة الثالث والرّابع والخامس شى واحد وهو

والحاصل انّ منشاء الوجوه الثلاثة الاخيرة[١] شيى واحد والمحال على تقديره[٢] مسلّم بتقريراتٍ مختلفة قد نبّه عليه فى الايضاح وجامع المقاصد.

السّادس[٣] انّ من المعلوم انّه يكفى فى اجازة المالك وفسخه فعل ماهو لوازمهما[٤] فلو باع المالك ماله[٥] من الفضولى بالعقد الثّانى فقد نقل المال عن نفسه و تملّك الثّمن وهو[٦] لا يجامع صحّة العقد الاوّل فانّها[٧] تثقفى تملّك المالك[٨] لثّمن الاوّل وحيث وقع الثّانى[٩] يكون

➡ كشف الاجازة عن الملك من حين العقد.

(١) اى على تقدير كون الكشف من حين الملك مسلّم.

(٢) الضّمر راجع الى المنشاء.

(٣) اى من الامور الّتى اوردها المحقّق التسترّى على صحّة بيع الفضولى مال الغير لنفسه ثمّ اشراه فاجازه.

(٤) اى من لوازم الاجازة والفسخ مثلاً لو تصرّف المالك فى الثّمن بان اشترى به كتابا فانّ هذا الاشتراء من لوازم الاجازة اولو باع المالك المبيع لشخص آخر فانّ هذا البيع من لوازم الفسخ والرّد.

(٥) اى ولو باع المالك الّذى هو الاب فى المثال بالعقد الثانى ماله الّذى باعه الولد فضولة فقد نقل المال عن نفسه وتملّك الثمن.

(٦) اى نقل المالك المبيع عن نفسه و ربطه بالمشترى و تملكه للثّمن لايجتمع مع صحّة العقد يعنى هما ضدّان.

(٧) اى فانّ صحة العقد الاوّل.

فسخاً له و ان لم يعلم بوقوعة فلا تجدى الاجازة المتأخرة[١٠].

و بالجملة: حكم عقد الفضولى قبل الاجازة[١١] كسائر العقود الجائزة بل اولى[١٢] منها فكما انّ التصرّف المنافى مبطل لها[١٣] كذلك[١٤] عقد الفضولى والجواب[١٥] انّ فسخ عقد الفضولى[١٦] هو انشاء ردّه وامّا الفعل المنافى لمضيّه[١٧] كتزويج المعقودة فضولاً نفسها[١٨] من آخر

---

(٨) اى تملك المالك الاوّل الثمن الاول فى العقد الاوّل.

(٩) اى وقع العقد الثانى.

١٠.

(١١) اى قبل الاجازة من المالك كسائر العقود الجائزة الّتى تبطل بالتصّرف المنافى لها كما لو وهب كتابه لزيد ثمّ باعه لخالدٍ فانّ بيعه لخالدٍ يبطل الهبة و يوجب فسخها.

(١٢) اقول يعنى بطلان عقد الفضولى بالتّصرف المنافى للصّحة اولى من بطلان العقود الجائزه به و ذلك لانّ العقود الجائزة وقعت صحيحة موثّرة بخلاف الفضولى فانّه متزلزل من حيث الصّحة فاذا انفسخت بفعل المنافى مع وقوعها صحيحة فهو اولى بان يبطل ولا يقع صحيحاً.

(١٣) اى للعقود الجايزة.

(١٤) يعنى كذلك انّ التصّرف المنافى للعقد الفضولى مبطل له.

(١٥) اى والجواب عن الامر السّادس الذّى اورد به صاحب المقابس على ما لوباع لنفسه ثم اشتراه من المالك و اجاز.

(١٦) بان ينشاء المالك رد العقد.

(١٧) اى لنفوذ العقد الفضولى

(١٨) كما لوعقد فضول امرأته فضولة ثم عقدت المعقورة نفسها من انسان آخر.

وبيع المالك[١] ماله المبيع[٢] فضولاً من آخر فليس فسخاله[٣]

---

(١) كما لو باع الفضول ثوب زيد فضولة ثم باعه زيد من انسان آخر.

(٢) قوله (المبيع) صفة لقوله (ماله).

(٣) اقول قال المحقّق الا يروانى قده فى هذا المقام مالفظه «محصلّ الجواب هو انّ لذا عنوانين عنوان انشاء الرّد للمعاملة الّذى لاتجدى بعده الاجازة سواء كان انشاء الرّد بالقول ام بالفعل و فعل مالا يجتمع مع اجازة المعاملة امّا الاوّل فاذا حصل بطل المعامله وقطع علقة المشترى من المبيع بحيث لا تجدى بعده الاجازة من احد و مقتضى اطلاق كلام المضف هذا عدم الفرق بين ان ينشاء الرّد مطلقا و بين ان بنتاه من قبل نفسه فى انّ ذلك مانع من لحوق الاجازة حتّى ممّن تملّك المبيع فكان انشاء الردّ موجبا لالفاء العقد عن قابليّته لحوق الاجازه وامّا الثانى فلا يخرج العقد عن قابلته الاجازة الاّ بمقدار منافاة الفعل لصحّة العقد مطلقا كقتق العبد الّذى باعه الفضولى و تزويج المرته الّتى زوجّها الفضولى نفسها من شخص آخر بناءً على عدم صحة الانشاء وعلى المرءته المزوجّة ولو مع عدم التّا بثر الفعلى بطل عقد الفضولى رأساً وان كان الفعل منافيا لصحة العقد و وقوعه لنفسه لم يوجب ذلك خروج العقد عن قابليّته الاجازة من المالك الجديد و من ذلك المقام هو بيع ما باعه الفضولى من شخص آخر فانّه لا ينافى وقوع العقد موثراً باجازة المالك الجديد بل اقول لا ينافى وقوعه مؤثراً باجازة نفس هذا المالك اذا انتقل المبيع اليه ثانياً ثم اجازه هو ولكن يمكن ان يقال انّ البيع يشى انشا لرّد كل عقد وقع على ذلك الشئ على سبيل الاجمال وان لم يلتفت الى العقد ولم يعلم به فكل فعل المنافى هو انشاء للرّد بالمدلول الالتزا فى فيبطل بين فعل المنافى وانشاء الرّد ويكون الجميع داخلاً تحت انشاء الرّد انتهى.

خصوصاً مع عدم الثقاته[١] الى وقوع عقد الفضولى.

غاية ما فى الباب انّ الفعل المنافى لمضىّ العقد مفّوت[٢] لمحل الاجازة[٣] فاذا فرض وقوعه[٤] صحيحا فات محل الاجازة ويخرج العقد[٥] عن قابليّة الاجازه امّا مطلقا[٦] كما فى مثال التّزويج او بالنّسبة الى من فات محلّ الاجازة بالّنسبة اليه كما فى مثال البيع فانّ محلّ الاجازة انّما فات بالنّسبة الى الاوّل[٧] فلما لك الثّانى[٨] ان يجيز نعم لو فسخ المالك الاوّل[٩] نفس العقد بانشاء الفسخ بطل العقد[١٠] من

---

(١) اى مع عدم الثقات العاقدة نفسها والبايع ماله الى وقوع عقد الفضولى.

(٢) قوله (مفّوت) خبرك (انّ) فى قوله (انّ الفعل).

(٣) لانّ محلّ الاجازة هو المال وقد انتقل من المالك الى الغير كما انّ محلّ النّكاح هى المرئة الخليّة وقد انتفت كونها خليّة.

(٤) اى وقوع عقد مالك العقد.

(٥) اى ويخرج بذلك العقد الفضولى عن قابليّة لحوق الاجازة له.

(٦) اى على كلّ الاشخاص كما فى مثال التّزويج اذا المرئة المزوجّة لا تزّوج مرّة ثانية.

(٧) اى المالك الاوّل توضيحه انّه لو باع الفضولى ثوب زيد لعمرو ثمّ باع زيد ثوبه لخالد فانّ محلّ الاجازة فات بالنّسبة الى زيد الّذى هو المالك الاوّل ويبقى بالنّسبة الى عمرو الّذى هو المالك الثّانى فاذا اجاز نفذ عقد الفضولى.

(٨) وهو المالك الجديد الّذى اشترى من المالك المبيع الفضولى.

(٩) كزيد فى المثال المذكور.

(١٠) اى بطل العقد الفضولى.

حينه[١] اجماعاً ولعموم تسلّط النّاس على اموالهم بقطع علاقة الغير عنها[٢].

فالحاصل[٣] انّه ان اريد من كون البيع الثّانى فسخاً انّه[٤] ان اريد من كون البيع الثّانى فسخا انّه[٥] ابطال لأثر العقد فى الجملة[٦] فهو مسلّم ولا يمنع ذلك[٧] من بقاء العقد متزلزلاً بالنّسبة الى المالك الثّانى[٨] فيكون له الاجازة وان اريد انّه[٩] ابطال العقد رأسا فهو ممنوع اذ لا دليل على كونه[١٠] كذلك وتسمية مثل ذلك الفعل[١١] ردّا فى بعض الاحيان[١٢] من

---

(١) اى من حين الفسخ.

(٢) اى عن الاموال.

(٣) اى الحاصل من جوانبا عن الاشكال السّادس الّذى ذكره من يقول بعدم صحّة بيع من باع ثمّ ملك.

(٤) اى كون بيع المالك فسخاً لبيع الفضول المتقدّم على بيع المالك.

(٥) اى البيع الثّانى.

(٦) اى ولو بالنسّبة الى المالك الاوّل.

(٧) اى لا يمنع ذلك البطلان فى الجملة.

(٨) وهو الّذى اشترى المال من المالك الاصلى بعد بيعه.

(٩) يعنى حتى بالنّسبة الى المالك الثّانى ايضا.

(١٠) يعنى لا دليل على كون البيع الثّانى ابطالاً للعقد الاوّل رأسا.

(١١) يعنى عقد المالك الاصيل.

(١٢) يعنى فى كلام بعض الفقهاء.

حيث انّه سقط للعقد عن التّاثير بالنّسبة الى فاعله[١] بحيث تكون الاجازة منه بعده لغواً نعم لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل[٢] فسخ العقد بحيث يعدّ فسخ فعليّاً لم يبعد كونه كالانشاء[٣] بالقول لكنّ الالتزام بذلك لا يقدح فى المطلب[٤].

اذا المقصود انّ مجرّد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد ولذا[٥] لو فرضا انكشاف فساد هذا البيع[٦] بقى العقد على حاله من قابلية لحوق الاجازة. وامّا[٧] الالتزام فى مثل الهبة والبيع فى زمان الخيار يا نفساخ العقد من ذى الخيار بمجرّد الفعل المنافى فلانّ[٨] صحة التّصرف المنافى تتوقف

---

(١) اى فاعل الفعل المنافى وهو المالك الاوّل.

(٢) اى بيعه بعد عقد الفضول.

(٣) اى كانشاء الفسخ بالقول فى كونه مبطلا لعقد الفضولى رأسا.

(٤) اى المطلب الّذى نحن بصدره و هو صحّة بيع من باع ثم ملك فى الجملة.

(٥) اى ولاجل انّ مجرّد بيع المالك ماله بعد بيع الفضولى لا يوجب بطلان العقد.

(٦) وهو البيع الصّادر من المالك الاصيل.

(٧) دفع وهم حاصله انّه لو لم يوجب بيع المالك بطلان العقد فَلِمَ يُلْزَمَ بفسخ العقد لو وهب اوباع من له الخيار فى زمن الخيار بمجرّد البيع او الهبة او غيرهما ملخصّ الجواب انّ الالتزام بالفسخ فى زمن الخيار لو اقدم ذوالخيار على الفعل المنافى انّما لاجل توقف صحة لتّصرف المنافى على فسخ العقد بحيث لولا الفسخ لكان التصّرف من ذى الخيار تصّرفاً فى ملك الغير وهو ليس بجائز.

(٨) قوله (فلانّ) علةٌ لقوله «بانفساخ العقد من ذى الخيار».

على فسخ العقد والاّ وقع فى ملك الغير بخلاف ما نحن فيه[١] فانّ تصّرف المالك فى ماله المبيع فضولا صحيح فى نفسه لوقوعه فى ملكه فلا يتوقّف على فسخه غاية الامرانّه[٢] اذا تصرّف فاتت محلّ الاجازة ومن ذلك[٣] يظهر ما فى قوله رحمةالله[٤] اخيراً وبالجملة حكم عقد الفضولى حكم سائر العقود الجائزة بل اولى فانّ[٥] قياس العقد المتزلزل

---

(١) و هو بيع المالك الاصلى بالعقد الثّانى ماله الّذى باعه الفضولى قبله.

(٢) اى المالك الاصلى اذا تصرّف فى ماله المبيع فات محلّ الاجازة بالنّسبة الى نفسه ويبقى محلّ الاجازة بالنّسبة الى المالك الجديد.

(٣) اى من ذلك الّذى ذكرناه من الفرق بين مسألة بيع المالك ما وقع عقد فضوليٌ عليه و بين بيع المالك ما وهبه بنفسه او كان له فيه خيار بيع سابق.

(٤) اى يظهر ما فى قول المتشكل اخيرا و بالجملة حكم عقد الفضولى حكم سائر القعود الجائزة بل اولى من سائر العقود الجائزة.

(٥) حيث انّ الفرق بينهما انّ العقود الجائزة التّى منزلزة من حيث البقاء اذا وقعت تقع صحيحة وترتبت آثارها عليها فعندئذ صحّة التصّرف المنافى بعدها تتوّقف على فسخها بخلاف العقد المتزلزل بوجود اختيار للمالك من حيث الحدوث كالمال الّذى اجرى عليه الفضولى عقدا فانّ صحة التصرف المنافى لا تتوقف على فسخ كعقد الفضولى فانّه متزلزل من حيث الحدوث ولا تتوّقف صحّة التّصرف المنافى من المالك على فسخه بل يبقى بعد التّصرف على حاله من قابليّه لحوق الاجازة هذا.

ولكن قال السيّد «فى هذا المقام ما لفظه».

«اقول لم افهم الفرق الاّ بما يقتضى ما ذكره المستدّل من الاولويّة حسبما اشرنا اليه سابقاً.

من حيث الحدوث على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق فضلا عن دعوى الاولويّة[١] وسيجى مزيد بيان لذلك[٢] فى بيان ما تتحقّق به الرّد.

السّابع[٣] الاخبارالمستفيضية الحاكية لنهى النّبىﷺ عن بيع ما ليس عندك.

فانّ النّهى فيها امّا لفساد البيع المذكور مطلقاً بالنّسبة الى المخاطب والى المالك فيكون دليلا على فساد العقد الفضولى و امّا لبيان فساده الى المخاطب خاصّة كما استظهرناه سابقا فيكون دالاً على عدم وقوع بيع مال الغير لبايعه اقول قد ذكر فى وجه بطلان عقد الفضولى امور كثيرة عمدتها ما يلى.

ما رواه الحسين بن يزيد عن الصّادقؑ عن آبائه فى مناهى النّبىﷺ عليه قال: ونهى عن بيع ماليس عندك. ونهى عن بيع وسلف.[٤]

وما رواه خالد بن الحجّاج قال قلت لابى عبداللهؑ الرّجل يجئ فيقول

---

(١) يعنى اولويّة عقد متزلزل حدوثاً على عقد متزلزل بقاءً.

(٢) بقوله «وكذا يحصل بكلّ فعل مخرج له عن ملكه بالنقل او بالاتلاف وشبههما كالعتق والبيع والهبة والتزويج.

(٣) وسائل الشّيعه المجلّد، ١٢ الباب ٧ من ابواب العقود الحديث ٥.

(٤) وسائل الشيعة المجلد ١٢ الباب ٨ الحديث ٤

اشتر هذا الثّوب واربحك كذا وكذا قال، اليس ان شاء ترك وان شاء اخذ قلت بلى، قال لاباس به انّما بحلّل الكلام ويحرّم الكلام.(١)

وما رواه محمدبن مسلم عن ابى جعفرﷺ قال سالته عن رجل اتاه رجل فقال ابتع لى متاعاً لعلّى اشتريه منك ينقد او نسية فابتاعه الرّجل من اجله قال ليس به يأس انّما يشتريه منه بعد ما يملكه(٢).

و ما رواه منصورِبن حازم عن ابى عبدالله ﷺ فى رجل امر رجلا يشترى له متاعاً فيشتر به منه قال لاباس بذلك انّما البيع بعد ما يشتريه.(٣)

وما رواه معاوية ابن عمّار عن ابى عبدالله ﷺ قال قلت لابى عبدالله ﷺ؟؟ يجيئنى الرّجل يطلب منّى بيع الحرير و ليس عندى منه شئ فيقا ولنى عليه واقاوله فى الرّبح والاجل حتّى يجتمع على شيئ ثمّ اذهب فاشترى له الحرير فادعوه اليه فقال ارايت ان وجد بيعاهو احبّ اليه ممّا عندك ايستطيع ان ينصرف اليه ويدعك او وجدت انتّ ذلك تستطيع ان تنصرف اليه و تدعه قلت نعم قال فلا باس.(٤)

و ما رواه عبدالرّحمن ابن الحجّاج عن ابى عبدالله ﷺ قال سئلت

---

(١) وسائل الشيّعة المجلّد، ١٢، الباب ١٨، الحديث ٤.

(٢) وسائل الشيعه المجلّد ١٢، الباب ٨، من ابواب احكام العقواد، الحديث ٨.

(٣) وسائل الشيعة، المجلد ١٢، الباب ٨، من ابواب احكام القعود، الحديث ٦.

(٤) وسائل الشيعه، المجلد ١٢، الباب ٨ من ابواب احكام العقود الحديث ٧.

اباعبدالله عليه السلام عن العينة فقلت يأتيني الرّجل فيقول اشتر المتاع واربح فيه كذا وكذا فارا وضه على الشيئ من الرّبح فنتراضى به ثمّ انطلق فاشترى المتاع من اجله لولا مكانه لم اردہ ثمّ آتيه به فابيعه فقال ما ارى بهذا باساً لوهلك منه المتاع قبل ان تبيعه ايّاه كان مالك و هذا عليك بالخيار ان شاء اشتراه منك بعد ماتيه و ان شاء ردّه فلست ارى به باساً[١].

و ما رواه منصوربن حازم عن ابى‌عبدالله عليه السلام قال قلت لابى عبدالله عليه السلام الرّجل يريد ان يتعيّن من الرّجل عينته فيقول له الرّجل انا ابصر بحاجتى منك فاعطنى حتّى اشترى فيأخذ الدّراهم فيشترى حاجته ثم يحيى بها الى الرّجل الّذى له المال فيدفعه اليه فقال البس ان شاء اشترى وان شاء ترك وان شاء البايع باعه و ان شاء لم يبع قلت نعم قال عليه السلام لا باس به[٢] الى غير ذلك مما يدلّ او يشعر بذلك من طرق الاصحاب.

فيما يتعلّق بالمجير

ويدلّ عليه ايضا من طرق الجمهور ما يلى

١ - ما رواه حكيم بن حزام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله ان ابيع ما ليس عندى او ابيع سلفه ليست عندى.[٣]

---

(١) وسائل الشيعة، المجلّد ١٢، الباب ٨، من ابواب احكام العقود، الحديث ٩.

(٢) وسائل الشيعه، المجلد ١٢، الباب ٨، من ابواب احكام العقود الحديث ١١.

(٣) السنن الكبرى للبيهقى، المجلّد٥، باب «من قال لا يجوز بيع العين الغائبة» الصفحة ٢٤٧.

٢- وعنه ايضا قال قلت يا رسول الله ﷺ الرّجل يطلب منّى البيع وليس عندى افأبيعه له فقال لا تبع ما ليس عندك.[١]

٣- ما رواه ابن عبّاس قال: قال رسول الله ﷺ نصاب ابن السيد: انّى قد بعثتك الى اهل الله واهل مكة فانهم عن بيع لم يقبض.[٢]

٤- ما رواه حكيم بن حزام ايضا قال قلت يا رسول الله ﷺ انّى رجل اشترى بيوعاً فما يحلّ منها و ما لا يحل قال يابن اخى اذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه.[٣]

مطلقاً[٤] ولو ملكه فاجاز بل الظّاهر[٥] ارادة حكم خصوص صورة تملّكه[٦] بعد البيع والاّ فعدم وقوعه[٧] له قبل تملكّه[٨] ممّا لا يحتاج

---

(١) السنن الكبرى، للبيهقى، المجلّد ٥، باب من قال لا يجور بين العين الغائبة» ٢٦٧.

(٢) السنن الكبرى للبيهقى المجلّد ٥، باب بيع مالم يقبض، الصفحّة ٣١٢.

(٣) السنن الكبرى للبيهقى المجلّد ٥، باب بيع مالم يقبض، الصفحة ٣١٢.

(٤) اى سواء ملكه فاجاز ام لم يملك.

(٥) اى الظّاهر من النّهى فى الاخبار ارادة حكم خصوص صورة تملّك البايع بعد البيع والاّ فعدم وقوع البيع للبايع العاقد قبل تملّكه ممّا لا يحتاج الى البيان و ذلك لانّه ليس مالكا لكى يكون له التّصرف فيه.

(٦) يعنى تملك البايع.

(٧) يعنى عدم وقوع البيع.

(٨) يعنى نملك البايع.

الى البيان و خصوص[١] رواية يحيى بن الحجّاج المصحّحة اليه قال سئلت اباعبدالله عليه السلام عن رجل يقول لى اشتر لى هذا الثّوب و هذه الدّابة وبعينها اربحك فيها كذا و كذا قال لاباس بذلك اشترها ولا تواجبه البيع قبل ان تستوجبها اوتشتريها[٢].

فيما يتعلّق بالمجير

و رواية خالدبن الحجّاج قال فلت لابى عبدالله عليه السلام الرجل يجيئنى ويقول اشتر هذا الثّوب واربحك كذا وكذا.

قال اليس ان شاء اخذ و ان شاء ترك.

قلت بلى قال لاباس به انّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام.[٣]

بناءً على انّ المراد بالكلام عقد البيع فيحلّل نقياً ويحرّم اثباتاً اى ان وقع عقد البيع بين الرّجل وبينه كما فهمه فى الوافى.

او يحلّل اذا وقع بعد الاشتراء ويحرّم اذا وقع قبله او انّ الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرّم اذا كان بعنوان العقد الملزم ويحلّل اذا كان على وجه المساومته والمراضاة.

وصحيحة ابن مسلم قال سألته عن رجل اتاه رجل فقال له ابتع لى متاعاً

---

(١) قوله «خصوص رواية يحيى بن الحجّاج» معطوف على قوله «الاخبار المستفيضة».

(٢) اى قبل ان تقول لصاحبها اشتريتها ويقول صاحبها بعتكها.

(٣) وسائل الشيعه، المجلّد ١٢، ص ٣٧٦، الباب ٨، الحديث ٤.

لعلىّ اشتريه منك بنقك او نسيئة فابتاعه الرّجل من اجله قال ليس به باس انّما يشتريه منه بعد ما يملكه.[١]

وصحيحة منصوربن حازم عن ابى‌عبدالله‌ﷺ فى رجل امر رجلا يشترى له متاعاً فيشتريه منه.

قال لا بأس بذلك انّما البيع بعد ما يشتريه.[٢]

وصحيحة معاوية بن عمّار قال سألت اباعبدالله‌ﷺ يجيئنى الرّجل فيطلب منى بيع الحرير وليس عندى منه شيئ فيقاولنى عليه واقاوله فى الرّبح والاجلّ حتى نجتمع علىّ شيئ ثمّ اذهب لأشترى الحرير فادعوه اليه المتاع فقال ارايت ان وجد هو مبيعاً احبّ اليه ممّا عندك ايستطيع أن ينصرف اليه عنه ويدعك اووجدت انت ذلك اتستطيع ان تنصرف عنه و تدعه قلت نعم قال لا باس[٣] و غيرها[٤] من الروايات ولا يخفى ظهور هذه الاخبار من حيث.

المورد[٥] فى بعضها[٦] و من حيث التعليل فى بعضها الاخر[٧] فى عدم

---

(١) وسائل الشيعة، المجلّد ١٢، ص ٣٧٧، الباب ٨، الحديث ٨.

(٢) وسائل الشيعة، المجلد ١٢، ص ٣٧٦، الباب ٨، الحديث ٦.

(٣) وسائل الشيعة، المجلد ١٢، ص ٣٧٧، الباب ٨، الحديث ٧.

(٤) اى غير الرّوايات المذكورة.

(٥) و هو البيع قبل الاشتراء.

(٦) كالاخبار المستفيضة الحاكية لنهى النّبىﷺ عن بيع ما ليس عندك و رواية

صحّة البيع قبل الاشتراء وانّه[٨] يشترط فى البيع الثّانى[٩] تملّك البايع[١٠] له واستقلاله فيه[١١] ولا يكون[١٢] قد سبق منه و من المشترى الزام والتزام سابق بذلك المال.

والجواب عن العمومات[١٣] انّها[١٤] انّما تدّل على عدم ترتّب الاثر

➡ يحيى بن الحجّاج.

(٧) كرواية خالدبن الحجّاج وصحيحة ابن مسلم و صحيحة منصوربن حازم و صحيحة معاوية بن عمّار.

(٨) قوله (انّه يشترط) عطف على قوله عدم صحّة البيع.

(٩) اى بيع الوسيط للمشترى الآمرله.

(١٠) المراد من البايع هنا هو الرّجل المأمور فى الفرض.

(١١) اى استقلال البايع للمتاع كاستقلال الملاّك فى اموالهم.

(١٢) قوله (ولا يكون) عطف على (تملّك).

(١٣) والجواب امّا عن العمومات نحو «لا تبع ما ليس عندك» هو انّ العمومات انّما تدلّ على عدم ترتب الاثر المقصود من البيع و هو النقل والانتقال المنجرّ على بيع ما ليس عنده فلا: يجوز تربت الاثر على هذا البيع لامن طرف البايع بان يتصرّف فى الثّمن قبل اجازة المالك ولا من طرف المشترى بان بطالب البايع بتسليم المبيع فغاية ما يدّل عليه العمومات هو النّهى الوضعّى الارشادى الذّى مرجعه الى الفساد و بمعنى عدم تربّت الاثر المقصود من النّهى عنه على بيع ما ليس عندك بما هو كذلك و ممنون بهذا العنوان الى عنوان ما ليس عندك فكانّه قال لا توجد بيع ما ليس عندك فانّ وجوده غيرمؤثرّ ومقتضى ذلك الفساد مادام يصدق عليه عنوان بيع ما ليس عندك لا مطلقا حتّى اذا انقلب الى ضدّه

⬅

المقصود من البيع و هو النّقل والانتقال المنجزّ على بيع ما ليس عند فلا: يجوز ترتّب الاثر على هذا البيع[١٥] لا من طرف البايع بان يتصرف فى الثمن ولا من طرف المشترى بان بطالب البايع بتسليم المبيع.

و منه[١٦] يظهر الجواب عن الاخبار[١٧] فانّها لا تدلّ خصوصاً بملاحظة

⇐ و صار من بيع ما عنده لصيرورة الفضولى البايع لنفسه مالكا للمبيع فانّه من هذا الزّمان يدخل تحت العمومات كاحلّ الله البيع و تجارة عن تراض فلا وجه للفساد.

(١٤) اى العمومات نافية للبيع المنجزّ وليست نبافيته للبيع المتزلزل المتوقف على اجازة المالك.

(١٥) اى بيع ما ليس عندك قبل اجازة المالك.

(١٦) اى و من الجواب عن العمومات يظهر الجواب عن الاحاديث الخاصة و هى رواية يحيى بن الحجّاج المشار اليها، فى، ص ٣٤٣.

و رواية خالد بن الحجّاج المشار اليها فى، ص ٣٤٤.

و صحيحة منصوربن الحازم المشار اليها، فى، ص ٣٤٥.

وصحيحة معاوية بن عمّار المشار اليها، فى، ص ٣٤٥.

(١٧) و امّا وجه كون ظهور الجواب عن العمومات جوابا عن الاحاديث الخاصّة فهو انّنا قلنا فى الجواب عن العمومات إنّ النّهى فيها انّما يدلّ على عدم ترتّب الاثرا المقصود الّذى هو النقل والانتقال اذا لم يكن المبيع عنده ولم يكن ماله لا مطلقاً حتّى ولو ملكه بعد البيع ويدلّ على هذا قوله ﷺ فى رواية يحيى بن الحجّاج ولا تواجبه البيع قبل ان تستوجبها حيث انّ مفهومه عدم الفساد بعد الاستجواب فهذا الملاك بعينه موجود فى الاحاديث الخاصّة.

⇐

قوله﵀ ولا تواجبه البيع قبل ان تستوجبها الاّ على انّ الممنوع منه هو الالزام والالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الاشتراء[١] فكذا بعده[٢] من دون حاجة الى اجازة و هى مسألة الآتية[٣] اعنى لزوم البيع بنفس الاشتراء من البايع من دون حاجة الى الاجازة وسياتى انّ الاقوى فيها[٤] البطلان و ما قيل[٥] من انّ تسليم البايع المبيع بعد اشترائه الى المشترى الاوّل مفروض.[٦]

⇐ كلام المحقّق الانصارى حول هذه الاخبار

وهو قدّس سرّه قدقسّم هذه الاخبار الى ما هو عامٌ يدلّ على النّهى عن بيع ما ليس عنده مطلقا والى اخبار خاصّة تدل على بطلان البيع قبل تملّك المتاع ثمّ اجاب عن الجميع بانّ غاية ما يستفاد منها هو عدم ترتّب الاثر المقصود من النّقل والانتقال على مثل هذا البيع لا أنّه لغو وباطل من رأس ولا يصحّ حتّى مع الاجازة الماليّة وبالجملة هى دالّة على عدم تمام البيع قبله لاعلى كون الانشاء كالعدم.

(١) اى قبل الاشتراء من المالك الاصلى.

(٢) اى بعد الاشتراء لصدق المنهّى عنه.

(٣) وهى ما لو باع الفضولى المتاع ثمّ اشتراه من مالكه فهل العقدالسّابق كاف ام يحتاج الى اجازة مالك جديد.

(٤) اى فى المسئلة الآتية.

(٥) قوله (وما قيل) تأييد من المحقّق التّسترى لما افاده من عدم صحّة بيع الفضولى مال الغير لنفسه ثم ملكه فاجاز.

(٦) قوله (مفروض) خبرك (انّ) فى قوله (من انّ).

فى مورد الرّوايات و هى[١] اجازة فعلية مدفوع[٢] بانّ التّسليم[٣] اذا وقع[٤] باعتقاد لزوم البيع السّابق وكونه من مقتضيات لزوم العقد وانّه[٥] ممّا لااختيار للبايع فيه بل يجير عليه اذا متنع فهذا لا يعدّ اجازة ولا يترتّب عليه[٦] احكام الاجازة فى باب الفضولى لانّ المعتبر فى الاجازة قولاً وفعلا[٧] ما يكون عن سلطنة واستقلال[٨] لانّ[٩] ما يدلّ على اعتبار طيب النّفس فى صرورة مال الغير حلالاً لغيره يدلّ على عدم كفاية ذلك نعم[١٠] يمكن ان يقال إنّ مقتضى تعليل نفى الباس فى رواية

---

(١) اى تسليم المبيع وفى بعض النسخ بدل هى هو.

(٢) كلمة مدفوع خبر لمبتداء مقدم و هو (ما) فى قوله (ما قيل).

(٣) اى تسليم البايع المبيع.

(٤) الضمير راجع الى التّسليم.

(٥) يعنى مثل هذا التّسليم القهرى لا يعدّ اجازة.

(٦) اى على التّسليم القهرى.

(٧) اى سواء كانت الاجازه قوليّة او فعلية.

(٨) يعنى انّ المعتبر فى الاجازة ما يكون عن سلطنة واستقلال واختيار لا ما كان من مقتضيات لزوم العقدالسّابق.

(٩) تعليل لكون الاعتبار فى الاجازة القوليّة او الفعليّة بالاجازة الصّادرة الصّادرة عن سلطنه واستقلال لا ما كانت من مقتضيات لزوم العقدالسّابق.

(١٠) قوله (نعم) استدراك عمّا افاده من عدم دلالة النّهى على فساد بيع ما ليس عندك و

←

خالد المتقدّمة[١] بانّ المشترى ان شاء اخذ و ان شاء ترك.

بقى هنا امران

احدهما اذا قلنا بصحّة هذه المعاملة فهل تحتاج الى الاجازة اللاّحقة بعد ملكيّة للمبيع او يكفى رضاه السّابق وعقده مع المشترى من قبل؟ الّذى يظهر من العلاّمة (قدس سره) فى التّذكرة من دعوى الاجماع على البطلان.

فلعّل مراده ما لو لم تلحقه الاجازة بمجرّد الشّراء كما ذكره المحقّق القمىّ فى جامع الشّتات.

ولكن حكى عن ظاهر الدّروس والصّيمرى والفاضل المقداد الصّحة من دون حاجة الى الاجازة ويلوح عن الشّهيد الثّانى فى هبة المالك و رجّحه فخرالدّين فى الايضاح فيما حكى عنهما وغاية ما يمكن الاستدلال به لاشتراط الاجازة قاعدة السلطنة وتوقّف حليّة المال على الرّضا وطيب

← ملخصّه انّ مقتضى نفى البأس و مفهومه فى قوله عليه السلام لاباس به فى رواية خالد المشار اليها فى، ص ٣٤٨، هو ثبوت البأس فى البيع السّابق بمجرّد لزوم البيع على الاصيل فبمقتضى هذا المفهوم ثبوت الباس فيما نحن فيه وهو بيع الفضولى لنفسه ثمّ ملكه فاجاز فيكون بيع الفضولى باطلاً و فاسداً.

(١) فى، ص ٣٤٨.

النّفس وامّا رضاه او طيب نفسه السّابق ففير مفيد لانّه لم يكن مالكاً عندئذ

مضافا الى شمول الاخبار النّاهية عن بيع ما ليس عنده و الى فحوى ما ورد فى نكاح العبد وانّه لولا سكوت الموالى لايكفى مجرد عتق العبد بعد ذلك وصيرورته مالكاً لامر نفسه.(١)

الثّانى العينة ولا بدّ من تحقيق معناها قال الطريحى فى مجمع البحرين والعينة بالكسر السّلعة وقد جاء ذكرها فى الحديث واختلف فى تفسيرها فقال ابن ادريس فى السّرائر العينة معناها فى الشّريعة هو ان يشترى سلعة بثمن موجلّ ثم يبيعها بدون ذلك الثّمن نقداً ليقضى دينا عليه لمن قد حلّ له عليه ويكون الدّين الثانى وهو العينة من صاحب الدين الاوّل مأخوذ من العين و هو النّقد الحاضر وقال فى التحرير العينة الجائزة.

وقال فى الصّحاح هى السّلف وفى المنجد بيع العينة مقابلة انتظار الثّمن وفى الحدائق تعرض للمسئلة وقال قد تكاثرت الرّوايات بذكر العينة

---

(١) عن معاوية بن وهب قال جاء رجل الى ابى‌عبدالله عليه السلام فقال انّى كنت مملوكاً لقوم و انّى تزوجت امرأة حرّة بغير اذن موالى ثمّ أعتقونى بعد ذلك فاجدّد نكاحى ايّاها حين اعتقت فقال له أكانوا علموا انّك تزوّجت امرأة وانت مملوك لهم فقال: نعم و سكتوا عنّى ولم يغيروا علىّ قال فقال سكوتهم عنك بعد عامهم اقرار منهم اثبت على نكاحك الاوّل. وسائل الشيعه، المجلّد ١٤، الباب ٢٦، من ابواب نكاح العبيد والاماء الحدث، ١.

ولم اقف فى الكتب الفقهيّة على من تعرّض لذكرها. بهذا العنوان الاّ ما سياقى من نقل كلام لابن ادريس فى السّرائر قوله.

ثبوت[١] البأس فى البيع السّابق بمجرّد لزومه[٢] على الاصيل وهذا[٣] محقّق فيما نحن فيه بناءً[٤] على ما تقدّم من[٥] انّه ليس للاصيل فى عقد الفضولى فسخ المعاملة قبل اجازة المالك اورده[٦].

لكنّ الظّاهر[٧] بقرينة النّهى عن مواجبة البيع فى الجز المتقدّم[٨] ارادة

---

(١) قوله (ثبوت البأس) خبرك (انّ) فى قوله (انّ مقتضى التّعليل).

(٢) يعنى لزوم البيع.

(٣) اى لزومه على الاصيل و هو الّذى قاول مع الوسيط اى اشترى منه فضولاً محقّق فيما نحن فيه من صورة جريان العقد بين الاصيل و بين الوسيط.

(٤) قوله (بناء) تعليل لثبوت البأس فيما نحن فيه.

(٥) كلمة (من) بيان لما تقدّم.

(٦) اورّد المالك.

(٧) اقول قال بعض الشّارحين فى هذا المقام ما لفظه قوله (لكنّ الظاهر الخ) استدراك عن قوله «ثبوت البأس فى البيع السّابق بمجرد لزوم البيع على الاصيل» و خلاصة الاستدراك انّ الظّاهر بقرّبته النّهى بقوله(ﷺ) (ولا تواجبه البيع) فى رواية يحيى بن الحجّاج انّ ثبوت البأس فى البيع السّابق بارادة اللّزوم من الطّرفين لاارادة لزومه من طرف الاصيل.

(٨) فى ص ٢٢٤ بقوله: اقول مقتضى عموم وجوب الوفاء وجوبه على الاصيل ولزوم العقد و حرمة نقصه من جانبه.

اللّزوم من الطّرفين والحاصل[١] انّ دلالة الرّوايات عموماً[٢] و خصوصاً على النّهى عن البيع قبل الملك ممّا لامساغ لانكاره و دلالة النّهى على الفساد ايضاً ممّا لم يقع فيه المناقشة فى هذه المسألة[٣].

الاّ أن نقول إنّ المراد بفساد البيع هو عدم ترتّب ما يقصد منه عرفاً من الآثار[٤] فى مقابل الصّحة الّتى هى امضاء الشّارع لما يقصد عرفاً من انشاء البيع.

مثلا[٥] لو فرض حكم الشّارع بصحّة بيع الشّئ قبل تملّكه على الوجه الذّى يقصده اهل المعاملة[٦] كان[٧] يترتّب عليه بعد البيع النّقل

---

(١) يعنى ملّخص الكلام فى هذا المقام انّ دلالة الاحاديث الواردة فى هذا الباب على قسمين.

(٢) اقول عموماً كالاخبار الحاكية لنهى النّبىﷺ لاتبع ما ليس عندك و خصوصاً كرواية يحيى ابن الحجّاج وما بعدها من الاخبار.

(٣) و هى مسالة بيع الفضولى مال الغير لنفسه ثمّ ملكه إمّا بالشّراء اوالارث فاجاز.

(٤) المراد من الآثار هو النّقل والانتقال اللّذان هما بمعنى الاسم المصدرى يعنى هذا الاثر هو المراد من فساد البيع فى البيع الفضولى اذا باع لنفسه ثمّ ملكه فاجاز لا اصل البيع فالفساد فى مقابل الصّحة فكما انّ الصّحة معناها هو ترتّب الاثر الّذى هو معنى الاسم المصدرى كذلك يراد من الفساد معنى الاسم المصدرى.

(٥) يعنى خذ مثالاً لما قلناه للتوّضيح من أنّ المراد من الفساد فى البيع الفضولى المذكور هو فساد الاثر فى مقابل الصّحة وليس المراد فساد الاصل البيع.

(٦) و هو ترتّب جميع آثار الملكيّة عليه من النّقل والانتقال.

والانتقال وجواز تصرّف البايع فى الثمن وجواز مطالبته المشترى البايع بتحصيل المبيع من مالكه و تسليمه و عدم جواز امتناع البايع بعد تحصيله عن تسليمه ففساد[٨] البيع بمعنى عدم ترّتب جميع ذلك[٩] عليه[١٠] وهو[١١] لاينافى قابليّة العقد للحقوق الاجازة من مالكه[١٢] حين العقدا[١٣] وممّن[١٤] يملكه بعد العقد ولا يجب على القول بدلالة النّهى

---

(٧) كلمة (كان) جواب لِ لوالشرطّية اى كان يترتّب على الحكم بالصّحة جميع آثار الملكيّة من نقل الثّمن الى البايع وانتقال المبيع الى المشترى و جواز تصرّف البايع فى الثّمن بايّ نحو اراد و شاء و جواز تصرّف المشترى فى المبيع بايّ نحو اراد و شاء من التصّرفات.

(٨) الفاء فى (فساد البيع) تفريع على ما ذكره من المثال والباء فى (بمعنى) بيان للفساد المراد من البيع الفضولى المذكور و الجارّ والمجرور مرفوعة محلاً على أنّه خبر للمبتداء المقدّم و هو فساد البيع يعنى فساد البيع الفضولى اذا باع لنفسه ثمّ ملكه فاجاز معناه عدم ترتب تلك الاثار الّتى نقلنا هالك.

(٩) ذلك الاشياء.

(١٠) اى على بيع ما لم يملكه.

(١١) اى الفساد بهذا المعنى.

(١٢) اى من مالك المبيع.

(١٣) قوله (حين العقد) متعلّق بقوله (مالكه).

(١٤) قوله (ممّن) معطوف على قوله (من مالكه).

على الفساد وقوع المنّهى عنه[١] لغواغير موثّر اصلا[٢] كما[٣] يستفاد من وجه دلالة النّهى على الفساد فانّ حاصله[٤] دعوى دلالة النّهى على ارشاد المخاطب وبيان انّ مقصوده من الفعل المنّهى عنه و هو الملك والسّلطنة من الطّرفين لا يترّتب عليه[٥] فهو[٦] غيرمؤثّر فى مقصود المتبايعين لا انّه لغو من جميع الجهات[٧] فاقهم[٨] اللّهم[٩] الاّ ان يقال انّ عدم ترتّب جميع مقاصد.

---

(١) المراد من (المنهّى عنه) بيع ما ليس عنده.

(٢) يعنى حتّى ولو لحقته الاجازة من المالك او ممّن يملكه فيما بعد يعنى ليس الامر كذلك بل معنى الفساد ما بيّناه فليس المراد انّه غير مؤثر لاقبل الاجازة ولا بعدها.

(٣) قوله (كما) تنظير لكون المراد من الفساد ما فسّرناه لك وهذا لا ينافى قابليّته البيع للحوق الاجازة للعقد.

(٤) اى حاصل ما يستفاد من دلالة النّهى على الفساد.

(٥) اى على الفعل المنهّى عنه.

(٦) اى هذا الفعل المنّهى عنه.

(٧) يعنى حتّى من قابليّة لحقوق الاجازة.

(٨) اقول لعلّ كلمة (فاقهم) اشارة الى عدم الفرق بين النّهى هنا وبين النّهى فى سائر الموارد كالنّهى عن بيع الغرر ونحوه من البيوع المنهيّة فكما انّ النّهى يفيد البطلان فى سائر الموارد فكذلك فيما نحن فيه.

(٩) يفهم من قوله (اللّهم) اراد المصنّف قده بهذا الكلام أن يعترف بدلالة الاخيار على بطلان البيع فيما نحن فيه.

المتعاقدين على عقد بمجرّد انشائه مع وقوع مدلول ذلك العقد فى نظر الشّارع مقيّدا بانضمام بعض الامور اللاحقة كالقبض فى الهبة[١] ونحوها[٢] والاجازة[٣] فى الفضولى لا يقتضى النّهى عنها[٤] بقول مطلق[٥] اذ معنى صحّة المعاملة شرعاً ان يترتّب عليها[٦] شرعاً المدلول المقصود من انشائه[٧] ولو مع شرط لاحق وعدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشّرط لا يوجب[٨] النّهى عنه[٩] الاّ مقيّدا بتجرّده[١٠] عن لحوق ذلك الشّرط فقصدهم ترتّب الملك المنّجز على

---

(١) حيث انّ مدلول عقد الهبة فى نظر الشّارع مقيّد بانضمام القبض كان يقول لاهبة الاّ مع القبض.

(٢) كالصّرف والسلم والرّهن حيث انّها تشترط بالقبض والاّ لم تترتب عليها جميع الاثار كما بيّن فى محلّه.

(٣) حيث انّه لولا الاجازة لم يترتّب الاثر على عقد الفضولى.

(٤) اى لا يقتضى النّهى عن تلك العقود المتوقفة على التحاق شى بها.

(٥) بان يقول الشّارع مثلا ولا تهب والحال انّه يريد عدم ترتّب الاثر بدون القبض بل اللّازم ان ينهى عن الهبة مقيّدا كما لو قال صريحاً لا تهب بدون القبض.

(٦) اى على المقالة.

(٧) اى من انشاء العقد.

(٨) كلمة (لا يوجب) خبر لمبتداء مقدّم و هو قوله (عدم بناء المتعاملين).

(٩) يعنى عن العقد.

(١٠) اى بتجرّد العقد.

البيع قبل التملّك بحيث يسلّمون الثّمن ويطالبون المبيع لايوجب[١] الحكم عليه[٢] بالفساد فالانصاف أنّ ظاهر النهى فى تلك الرّوايات[٣] هو[٤] عدم وقوع البيع قبل التملّك للبايع وعدم ترتّب اثر الانشاء المقصود منه عليه[٥] مطلقا حتّى مع الاجازة و اما[٦] صحّته بالنّسبة الى المالك اذا اجاز فلانّ النّهى راجع الى وقوع البيع المذكور[٧] للبايع فلا

---

(١) قوله (لا يوجب) خبر لمبتداء مقدّم وهو قوله «فقصدهم».

(٢) يعنى فقصد المعاملين ترتّب الحكم المنجّز على البيع قبل التّملك لايوجب الحكم على بيع ما ليس عنده بالفساد ان كان فى الواقع صحيحاً قابلاً للحوق الاجازة بنحو مطلق وان لحقته الاجازة.

(٣) فالرّوايات المتقدّمة سواء كانت عامة كالاخبار الحاكية لنهى النّبى ﷺ (لا تبع ما ليس عندك) ام خاصّة كما فى رواية يحيى بن الحجّاج ورواية خالدبن الحجاج وصحيحة ابن مسلم وصحيحة منصوربن حازم و صحيحة معاوية بن عمّار الّتى اشرناها صفحة ٣٤٨.

(٤) الضّمير راجع الى ظاهر النّهى.

(٥) اى على الانشاء.

(٦) اقول قال بعض الشّارحين فى هذا المقام ما لفظه «وامّا صحّة عقد الفضولى الصّادر من العاقد لنفسه بالنّسبة الى المالك فالشّيخ يرى انّ مسألة الفضولى فان قلنا بصحّته بعد الاجازة فهنا تقول بذلك و ان لم نقل بذلك لم نقل هنا بالصّحة.

(٧) وهو البيع المذكور الّذى اوقعه البايع قبل تملكه المتاع.

تعرّض فيه[١] لحال المالك اذا اجاز فيرجع فيه[٢] الى مسألة الفضولى نعم[٣] قد يخدش فيها أنّ ظاهر كثير من الاخبار المتقدّمة[٤] ورودها فى بيع الكلّى وانّه لا يجوز بيع الكلّى فى الذمّة ثمّ اشتراه بعض افراده و تسليمه الى المشترى الاوّل والمذهب جواز ذلك[٥] وان نسب الخلاف فيه[٦] الى بعض العبائر[٧] فيقوى فى النّفس انّها[٨] وما ورد فى سياقها[٩] فى بيع الشّخصى ايضا كروايتى يحيى وخالد المتقدمين[١٠]

---

(١) يعنى فى النهى.

(٢) اى فيرجع فى صحته بالنسّبة الى المالك الى المسألة الفضولى و قد تقدم فيها انّ مقتضى الادلّة الكثيرة انّ الاجازة كافية بالنّسبة الى المالك الاصلى.

(٣) اقول قوله (نعم) استدراك عمّا افاده بقوله فالانصاف انّ ظاهر النّهى الخ.

(٤) اقول مراده من الاخبار المتقدّمة الاخبار المستفيضة الحاكية لنهى النّبى ﷺ عن بيع ما ليس عندك كصحيحة ابن مسلم و صحيحة منصوربن حازم وصحيحة معاوية عمّار وقوله (وانه) معطوف على قوله (بيع الكّلى).

(٥) اى جواز بيع الكّلى فى الذّمة.

(٦) اى نسب الخلاف فى بيع الكلّى الى الذّمّة الى بعض الفقهاء من الامامية وانّه غيرجائز.

(٧) اى عبائر بعض فقهاء الامامية.

(٨) اى انّ تلك الاخبار الظّاهرة فى الكلّى.

(٩) اى فى سياق الاخبار المتقدّمة الظّاهرة فى بيع الكلّى.

(١٠) المتقدمتين ص ٣٦١.

اريد بها[١] الكراهة اووردت[٢] فى مقام التقيّة لانّ المنع عن بيع الكلّى حالاً مع عدم وجوده عند البايع حال البيع مذهب جماعة[٣] من العامّة كما صرّح به[٤] فى بعض الاخبار[٥] مستندين[٦] فى ذلك[٧] اى النّهى النّبوى عن بيع ما ليس عندك لكنّ الاعتماد على هذا التّوهين[٨] فى رفع اليد عن الرّوايتين المتقدّمين[٩] الواردتين فى بيع الشخصى و عموم مفهوم التّعليل[١٠] فى الاخبار الواردة فى بيع الكلّى خلاف الانصاف

---

(١) اى اريد بالاخبار المتقدمة كراهة بيع الكلّى والشّخصى مع عدم وجوده عند البايع بصرف النهى عن ظاهره التّحريمى الى الكراهة لما دلّ على جواز بيع الكلّى.

(٢) يعنى وردت الاخبار المتقدّمة فى مقام تقية وذلك لانّ عدم جواز بيع الكلّى مذهب جماعة من العامّة.

(٣) قوله (مذهب جماعة) خبرك (انّ) فى قوله (لأنّ المنع).

(٤) اى كما صرّح بانّ المنع عن بيع الكلّى مذهب جماعة من العامّة.

(٥) مراده قده من (بعض الاخبار) صحيحة عبدالرّحمان عن الصّادق عليه السلام المتقدّمة حيث قال الامام عليه السلام لابأس فقال الرّاوى ان من عندنا يفسده فقال عليه السلام ما تقولون فى السّلم الخ.

(٦) قوله (مستندين) حال من هؤلاء العامّة القاتلين بالمنع عن بيع الكلّى.

(٧) اى فى المنع عن بيع الكلّى.

(٨) اقول مراده بالتّوهين كون ظهور الاخبار الوارده فى بيع الكلّى مخالفاً لمذهب الخاصة و موافقاً لمذهب العامّة لانّ موافقة العامة تضعّف ظهور الاخبار.

(٩) راجع وسائل الشيعة، الجزء ١٢، ص ٣٧٤-٣٧٥، الباب ٧ الحديث ١-٣.

(١٠) مثل قوله عليه السلام فى ذيل صحيحة ابن مسلم إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه وقوله عليه السلام فى

اذ[١] غاية الامر حمل الحكم[٢] فى مورد تلك الاخبار وهو[٣] بيع الكلّى[٤] قيل التملّك على التقية[٥] وهو[٦] لايوجب طرح مفهوم

➡ صحيحة منصوربن حازم انّما البيع بعد ما يشتربه.

فالمراد من التّعليل هو قوله ﷺ فى ذيل صحيحة ابن مسلم «انّما يشتربه منه بعد ما يملكه».

وقوله ﷺ فى ذيل صحيحة منصوربن حازم «انّما البيع بعد ما يشتربه».

(١) كلمة (اذ) علّة لكون الاعتماد على التّوهين المذكور الموجب لرفع البد عن الرّوايتين وعموم مفهوم التّعليل خلاف الانصاف كما عرفت مشروحاً.

(٢) مراده قده من الحكم هو عدم جواز البيع المستفاد من النّهى.

(٣) الضّمير راجع الى المورد.

(٤) توضيح فى المقام قوله قدّه لكن الاعتماد الخ رجوع عمّا افاده من الخدشة فى الاخبار المتقدّمة وملخّص الرجوع أنّنا وان قلنا انّ الرّوايات المذكورة موهونة وضعيفة لمخالفتها لمذهب الاماميّة حيث انّ فقهاء الاماميّة جوّز والبيع الكلّى فى الّذمة لكن هذا الضّعف والتّوهين لا يكون سببا لرفع اليد عن الرّوايتين الواردتين فى المنع عن البيع الشخصى فى الّذمة المشار اليها فى، ص ٣٤٣ و ٣٤٤ و كذلك لا يكون سببا لرفع اليد عن عموم مفهوم التّعليل فى صحيحة محمدبن مسلم و صحيحة منصوربن حازم والحاصل انّ الاعتماد على التوهين المذكور خلاف الانصاف.

(٥) قوله (على التّقية) متعلّق بقوله (حمل الحكم).

(٦) اى حمل الحكم على التّقية لا يوجب طرح مفهوم التّعليل رأساً لانّه خرج منه بيع الكلّى امّا بيع الشّخصى فيبقى تحت عموم المفهوم بلامعارض فلا يجوز بيع الشّخصى قبل التّملك والاشتراء.

التّعليل رأساً فتدّبر[١].

فالاقوى العمل بالرّوايات[٢] والفتوى بالمتع عن البيع المذكور[٣] وممّا يؤيد المنع مضافاً الى ما سيأتى عن التّذكرة والمختلف من دعوى الاتّفاق رواية الحسن بن زياد الطّائى الواردة فى نكاح العبد بغير اذن مولاه.

قال: قلت لابى عبدالله عليه السلام: انّى كنت رجلا مملوكاً فتزّوجت بغير اذن مولاى ثمّ اعتقنى الله بعد فاجدّد النّكاح قال: فقال: علموا انّك تروّجت؟ قلت نعم قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لى شيئاً قال ذلك اقرار منهم انت على نكاحك الخبر[٤].

---

(١) اقول لعلّ الامر بالتّدبّر كما عن بعض المحققين اشارة الى انّ رفع اليدعن عموم التّعليل فى بيع الكلّى والعمل به فى بيع الشّخصى مستلزم لخروج المورد لأنّ التّعليل ورد فى مورد بيع الكلّى فرفع البد عنه فى مورد بيع الكلّى وحمله على لكراهة والتقية مستلزم لخروج المورد وهو بيع الكلّى فلا يجوز.

(٢) ذكر بعض المحقّقين انّ المراد من الرّوايات هى الرّوايات الّتى لها ظهور من حيث المورد فى بعضها كروايتى يحيى وخالد ومن حيث التّعليل فى بعضها الاخر كروايتى ابن مسلم و معاوية بن عمّار فى عدم صحّة البيع قبل التملّك.

(٣) وهو البيع الشّخصى فى الذّمّة لاالبيع الكلّى فانّه كما عرفت جائز عند فقهاء الشيعة.

(٤) اى الى آخر الجر ليس للجزصلة.

راجع وسائل الشيعة، الجزء ١٤، ص ٥٢٦، الباب ٢٦، الحدث ٣.

فانّها[١] ظاهرة بل صريحة فى أنّ علّة البقاء[٢] بعد العتق على[٣] ما فعله[٤] بغير اذن مولاه هو اقراره[٥] المستفاد من سكوته[٦] فلو كان صيرورته[٧] حرّا مالكا نفسه مسّوغة للبقاء مع اجازته[٨] او بدونها[٩] لم يحتج[١٠] الى الاستفصال عن أنّ المولى سكت ام لا للزوم[١١] العقد على

---

(١) اى فانّ رواية حسن بن علىّ الطّائى.

(٢) اى علّة بقاء العبد على نكاحه الاوّل الّذى وقع بدون اذن مولاه وانّ النّكاح صحيح لا يحتاج الى عقد جديد هو اقرار المولى بذلك المستفاد هذا الاقرار من سكوته بعد ان علم بالنّكاح ولم يتكلّم بشى.

(٣) قوله (على ما فعله) متعلق بقوله (البقاء).

(٤) الضّمير المستتر الفاعل راجع الى الرّجل المملوك والضّمير المفعول راجع الى (ما).

(٥) اى اقرار المولى.

(٦) اى سكوت المولى.

(٧) اى صيرورة المملوك.

(٨) اى مع اجازة المولى.

(٩) اى بدون اجازته.

(١٠) قوله (لم يحتج) جواب ك (لو) فى قوله فلو كان (الخ).

(١١) قوله «للزوم الخ» علّة لعدم احتياج الامام عليه السلام الى السئوال عن العبد عن سكوت المولى وعدمه لو كانت صيرورة العبد عن سكوت المولى و عدمه لو كانت صيرورة العبد حرّا هى الموجبة لبقاء العبد على نكاحه اى للزوم العقد حين ان صار العبد حرّاً مالكاً لنفسه على كل نفذ بر سواء سكت المولى ام لا فعلم انّ علة بقاء العبد على نكاحه ليست نفس صيرورة العبد حرّا بل علة البقاء اقرار المولى المستفاد هذا الاقرار من سكوته.

كلّ تقدير ثم انّ الواجب[١] على كلّ تقدير هو الاقتصار على مورد الرّوايات[٢] وهو مالو باع البايع لنفسه واشترى المشترى غير مترقّب لاجازة المالك ولا لاجازة البايع اذا صار مالكا وهذا هو[٣] الّذى ذكره العلاّمة رحمه الله فى التّذكرة نافيا للخلاف فى فساده قال: ولا يجوز أن يبيع عيناً لايملكها ويمضى ليشتريها ويسلّمها وبه[٤] قال الشّافعى واحمد ولا نعلم فيه[٥] خلافاً لقول النبىﷺ لاتبع مما ليس عندك[٦] ولا شتمالها على الضرر فانّ صاحبها[٧] قد لايبيعها وهو[٨]

---

(١) يعنى أنّ الواجب على كلّ تقدير سواء قلنا بالبطلان او باللزاهة.

(٢) التّى تدلّ على المنع عن بيع ما ليس عنده والمستدلّ بها على بطلان بيع الفضولى مال الغير لنفسه سواء كانت واردة فى البيع الكلّى فى الذّمة ام فى البيع الشخصى فى الذّمة كروايتى - يحيى بن الحجّاج وخالد بن الحجّاج.

(٣) اى الاقتصار على مورد الرّوايات هو المذكور فى التّذكرة.

(٤) اى وبعدم جواز بيع ما ليس عند البايع.

(٥) يعنى فى عدم جواز البيع.

(٦) سنن البيهقى ٥:٢٦٧ و ٣١٧ سنن النّسائى ٧:٢٨٩ سنن الترمذى ٣:٥٣٤ ح ١٢٣٢ ولاشتمال العين المبيعة على الضرر وذلك لانّه من المحتمل انّ صاحب العين قد لايبيعها فيتّضرّر المشترى بتأخير ثمنه.

(٧) اى صاحب العين.

(٨) اى البايع.

غيرمالك لها[١] ولا قادر على تسليمها امّا لواشترى موصوفاً فى الذّمة سواء كان حالّاً ام مؤجّلا فانّه جايز اجماعاً انتهى.[٢]

ما افاده العّلامة فى هذا المقام.

وحُكى عن المختلف الاجماع على المنع[٣] ايضا و استدلاله[٤] بالغرر وعدم القدرة على التّسليم ظاهر بل صريح[٥] فى وقوع الاشتراء غيرمترقب[٦] لاجازة مجيز بل وقع على وجه يلزم على البايع بعد البيع تحميل المبيع وتسليمه فحينئذ[٧] لوتبايعا على ان يكون العقد موقوفا

---

(١) اى غير مالك العين.

(٢) تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٣.

(٣) اى حكى عن المختلف ايضا كالتذكرة الاجماع على المنع اى منع الشّراء موصوفا فى الذّمة.

(٤) قوله (واستدلاله) هذا كلام المضف قده اى استدلال العلاّمة على منع الشّراء موصوفا بالذّمة بشيئين وهما الغرر و عدم قدرة البايع على تسليم المبيع الى المشترى اذمن الممكن عدم موافقة المالك على البيع فلا يجيزه ومن البيّن انّ القدرة على تسليم المبيع شرط فى صحّة العقد.

(٥) اى صريح فى وقوع غيرمترقّب لاجازة مجيز لانّه لوكانا مترقّبين للاجازة لم يلزم الغرر وعدم القدرة على التّسليم.

(٦) حيث انّ الاشتراء بانتظار اجازة مجيزلا يوجب الغرر.

(٧) يعنى حين كان النّهى فى الرّوايات عن خصوص البيع الجزمى القطعى غيرمترقّب لاجازة مجيز.

على الاجازة فاتفقّت لاجازة من المالك او من البايع بعد تملّكه لم يدخل فى مورد الاخبار[١] ولا فى معقد الاتّفاق[٢] ولو تبايعا على ان يكون اللّزوم موقوفا على تملك البايع دون اجازته فظاهر عبارة الدّروس انّه[٣] من البيع النهّى عنه فى الاخبار المذكورة حيث[٤] قال وكذا لو باع ملك غيره ثمّ انتقل اليه فاجازه و كذا[٥] لواراد لزوم البيع بالانتقال فهو[٦] بيع ما ليس عنده وقد نهى عنه انتهى[٧] لكنّ الانصاف ظهورها[٨] فى الصّورة الاولى وهى ما لو تبايعا قاصدين لتنجز النّقل والانتقال وعدم

---

(١) راجع وسائل الشيعة، الجزء ١٢، ص ٣٣٩ و ٣٤٠، الباب ٧ من ابواب احكام العقود الحديث ٢-٥.

(٢) و ذلك لانصراف الاخبار و الاتّفاق عن هذه الصّورة.

(٣) اى هذا النّوع من التّبايع الّذى كان موقوفاً على تملّك البايع دون اجازته داخل فى الاخبار النّاهية.

(٤) قال الشهيد وكذا لوباع ملك غيره ثم انتقل اليه فاجاز.

(٥) هذه العبارة قول العلاّمة(ره) فى كتابه التّذكرة يعنى وكذا داخل فى الاخبار النّاهيته لواراد المتبايعان لزوم البيع بالانتقال فانّ مثل هذا البيع باطل لدخوله فى بيع المنهّى فى قوله ﷺ لاتبع ما ليس عندك.

(٦) اى البيع المذكور والمفروض.

(٧) اى انتهى ما افاده العلاّمة فى كتابه التّذكرة فى هذا المقام.

(٨) اى ظهور تلك الاخبار النّاهية عن بيع ما ليس عندك.

الوقوف على شئ[١] وما ذكره فى التّذكرة كالصرّيح فى ذلك[٢] حيث علّل المنع[٣] بالغرر و عدم القدرة على التّسليم واصرح منه[٤] كلامه المحكّى عن المختلف فى فصل النّقد والنّسيئة ولو باع[٥] عن المالك فاتفقّ انتقاله الى البايع فاجازه[٦] فالظّاهر ايضا الصّحة لخروجه[٧] عن مورد الاخبار، نعم قد يشكل فيه حيث انّ الاجازة لا متعلّق لها لانّ العقد السّابق كان انشاء للبيع عن المالك الاصلى ولا معنى لاجازة هذا بعد خروجه[٨] عن ملكه و يمكن دفعه[٩] بما[١٠] اندفع به[١١] سابقاً

---

(١) من تملّك البايع واجازته.

(٢) اى اختصاص الاخبار بالصّورة الاولى فقط.

(٣) اى المنع عن بيع ما ليس عنده.

(٤) اى من كلام التّذكرة كلام العّلامة المحكّى عن المختلف.

(٥) قوله (ولو باع الخ) فرع مستقلّ من المصنّف فلا يتوّهم هذا من تمّة كلام المختلف.

(٦) اى ولو باع البايع الفضولى المتاع عن المالك لاعن نفسه فاتّفق انتقاله الى البايع بالارث او بالهبة اوبالاشتراء فاجاز البايع البيع.

(٧) اى الخروج هذا البيع عن مورد الاخبار الناهية عن بيع ما ليس عندك.

(٨) اى بعد خروج المتاع عن ملك المالك الاصلى.

(٩) اى يكن دفع هذا الاشكال والقول بصحّة العقد السّابق بالاجازة من المالك الجديد بما اندفع به سابقاً الاشكال فى عكس المسألة وهى اى المسألة السّابقة هى مالو باعه الفضولى لنفسه فاجاز المالك لنفسه لا للفضولى وجه الاندفاع الاشكال انّ فى كلتا

←

الاشكال فى عكس المسألة وهى[١٢] مالو باعه الفضولى لنفسه فاجازه المالك لنفسه فتامل[١٣] ولو باع[١٤] لثالث معتقدا لتمّلكه اوبانيا عليه[١٥] عدواناً فان اجاز المالك فلاكلام فى الصّحة بناءً على المشهور

⇐ المسئلتين انّ المقصود من المعاملة تبادل المثمن بالثّمن ولا خصوصيّة للشخص المنسوب اليه العوضان فاذا حصل هذا التّبادل بالعقد ثمّ رضى المالك سواء كان مالكا وقت العقد او غيره صحّ البيع لصدق عقودكم المستفاد من قوله تعالى: اوفوا بالعقو.

(١٠) وقد تقدّم ما اندفع به الاشكال بقوله (فالاولى فى الجواب منع منعايرة ما وقع لما اجيز فراجع.

(١١) الضّمير راجع الى (ما).

(١٢) اى المسألة السّابقة.

(١٣) قال الاستاد فى المقام والظّاهر انّه اشارة الى الدّقة فى كيفية جريان ما اندفع به الاشكال السّابق فى المقام و تقريبه أنّ انشاء البيبع فى كلتا المسألتين انّما هو عن المالك الواقعى و قصد زيد مثلا الذّى هو المالك الواقفى حين الانشا فى مسألتنا وتصديقه فى عكسها انّما هو من قبيل تطبيق الكلّى المقصود على المصداق الخارجى امّا الحقيقى كما فى الاولى او الادعاتى كما فى الثانية فاذا لفى قصد خصوصية المصداق ونظر الى قصد كونه عن المالك الواقعى فى الثّانية فليكن كذلك فى الاولى ضرورة انّ مجرّد الفرق بين المصداقين بالحقيقة والادُعائى غيرفارق فى المهم.

(١٤) ولو باع الفضولى المال لا عن المالك كعمرو ولا عن نفسه الّذى هو زيد بل لثالث كخالد مثلا معتقدا لتملكّه بان اعتقد البايع انّ المال لخالد لا لعمرو.

(١٥) اوباينا على تملّك الثّالث فان اجاز المالك الواقعى كعمرو فى المثال فلا كلام فى الصّحة بناءً على المشهور من عدم اعتبار وقوع.

من عدم اعتبار وقوع البيع[١] عن المالك وان ملكه الثالث[٢] واجازه[٣] او ملّكه[٤] البايع فاجازه[٥] فالظاهر انّه[٦] داخل فى المسألة السّابقة.

ثمّ انّه قد ظهر ممّا ذكرناه فى المسألة المذكورة[٧] حال المسألة الاخرى وهى ما لو لم يجز البايع بعد تملّكه فانّ الظّاهر بطلان البيع الاوّل[٨] لدخوله تحت الاخبار المذكورة[٩] يقيناً مضافاً[١٠] الى قاعده تسلط

---

(١) البيع الفضولى قاصدا عن المالك الواقعى حين البيع اذ لا خصوصيّة لهذا القصد.

(٢) اى و ان ملك المبيع الّذى باع الفضولى من شخص لمنفعة ثالث لو ملكه الثّالث فالظّاهر دخول هذا المبيع فى المسألة السابقة وهى قول المصنف «ولو باع عن المالك» واجازه.

(٣) اى البيع الّذى وقع عنه فضولة.

(٤) اى ملك المتاع البايع الّذى هو عمرو فى الفرض.

(٥) اى فاجاز البايع البيع بعد تملّكه.

(٦) يعنى فالظّاهر انّ البيع الفضولى فى الفرض المذكور داخل فى المسألة السّابقة الّتى عنونها المنصّف بقوله ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله الى البايع فاجازه و مراده بالدّخول فى هذه المسألة انّه خارج عن مورد الاخبار النّاهية ولازمه ان يكون العقد صحيحاً.

(٧) اى مسئلة «من باع ثمّ ملك».

(٨) و هو البيع الّذى وقع عن البايع فضولاً.

(٩) وهى الاخبار النّاهية عن بيع ما ليس عنده.

(١٠) يعنى ولنا دليل آخر على بطلان البيع الاوّل الصّادر من العاقل الفضولى البايع مال الغير لنفسه بالافة الى ذلك الدّليل والدّليل الآخر هو قاعدة النّاس مسلّطون على اموالهم فالبايع بعد تملّكه يكون مالكاً فهو مسلّط على ماله فلا يجوزان يوخذ منه جبراً.

النّاس على اموالهم وعدم[١] صيرورتها حلالاً من دون طيب النّفس فانّ[٢] المفروض انّ البايع بعد ما صار مالكاً لم نطب نفسه بكون ماله للمشترى الاوّل[٣] والثرامه[٤] قبل تملّكه بكون مال غيره له.

اللّهم[٥] الاّ ان يقال: إن مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود[٦] والشّروط[٧] على كلّ عاقد و شارط هو اللّزوم على البايع بمجرّد انتقال

---

(١) قوله (وعدم) معطوف الى الجارّة فى قوله: مضافاً الى قاعدة تسلّط النّاس على اموالهم يعنى ولنا دليل آخر على بطلان العقد المذكور وهو قاعدة لا يحلّ مال امرء الاّ بطيب نفسه حيث انّ صيرورة الاموال حلالا لا تتصور الاّ مع طيب النّفس وحيث لم يمض المالك العقد الواقع فضولا دلّ على حرمته الاموال فالقول بالصّحة يتنافى وطيب النفس.

(٢) قوله (فانّ الخ) علّة لعدم صيرورة الاموال حلالاً لو لم يوجد طيب النفس.

(٣) مراه قده من المشترى الاوّل هو الّذى اشترى المتاع من نفس البايع الفضولى.

(٤) يعنى الزام البايع الحاصل ببيعه قبل تملّكه.

(٥) قوله (اللّهم) دفع وهم وهو انّه لو كان البايع بعد ان صار مالكا للمبيع لم تطب نفسه بكون ماله للمشترى فلماذا التزم بكونه له قبل تملكه له فالتزامه هذا دليل على وجود طيب النفس له بعد تملّكه له فاجاب المصنّف عن هذا الوهم انّ الالتزام المذكور كان فى قبال مال الغير فانّ البايع حين البيع لم يتملّك المبيع و انّما اقدم على مال الغير.

(٦) حيث انّ وجوب الوفاء بالعقود مستفاد من قوله تعالى اوفوا بالعقود.

(٧) حيث انّ وجوب الشّروط مستفاد من قوله ﷺ المؤمنون عند شروطهم.

المال[١] اليه و ان كان قبل ذلك[٢] اجنبياً لاحكم لوفائه[٣] ونقضه ولعلّه[٤] لاجل ما ذكرنا[٥] رجحّ فخرالدّين فى الايضاح بناءً على صحّة الفضولى صحّة العقد المذكور[٦] بمجرّد الانتقال[٧] من دون توقّف على الاجازة قيل ويلوح هذا[٨] من الشّهيد الثّانى فى هبة المالك وقد سبق استظهاره[٩] من عبارة الشّيخ المحكّية فى المعتبر.

---

(١) بمعنى انّه لا حقّ له لفسخ العقد بعد انتقال المال الى البايع.

(٢) اى قبل الانتقال.

(٣) اى لاحكم لوفاء البايع وجوبا و لا لنقضه حرمة.

(٤) قوله (ولعلّه) استدراك عمّا افاده على بطلان البيع الاوّل وانّ الالتزام كان فى قبال مال الغيرو حاصله انّ لنا فى هذا المقام عمومين يقضيان وجوب الوفاء بما التزم به العاقد احدهما اوفوا بالعقود و ثانيهما المؤمنون عند شروطهم فانّهما يحكمان بوجوب الوفاء على كلّ عاقد و شارط وانّه يلزم على البايع الوفاء بعقده و شرطه بمجرد انتقال اليه و ان كان قبل الانتقال اجنبيّا عن ذلك المال ولم يتوّجه عليه حكم من قبل الشارع اصلا لا بالنسبة الى الوفاء ولا بالنسبة الى النقض لفضولى.

(٥) و هو قولنا اللّهم الاّ ان يقال الخ.

(٦) وهو صحّة بيع الفضولى مال الغير لنفسه ثمّ ملكه فلم يُجز.

(٧) اى انتقال المال الى البايع.

(٨) اى يظهر هذا القول من الشّهد الثّانى فى كتاب الـ(هبة) من المالك.

(٩) اى سبق عند قوله:

فظاهر المحقّق فى باب الزّكاة الى ان قال بل يظهر مما حكاه الخ.

لكن يضعفه[١] انّ البايع غيرمأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب[٢] والمقام مقام استصحاب حكم الخاص[٣] لامقام الرّجوع الى حكم العام فتأمّل[٤] مضافا[٥] الى معارضة العموم المذكور[٦] بعموم سلطنة النّاس

---

(١) اى يضعّف احتمال الانتقال بدون الاجازة.

انّ البايع الفضول غير مامور بالوفاء بهذا العقد قبل ان يملك البايع لهذا المال.

(٢) اى يستصحب عدم وجوب الوفاء بالعقود.

(٣) مثلا اذا ورد يجب اكرام العلماء من دون ان يكون مقّيدا بزمان خاصّ ثم ورد ولا تكرم خالدا العالم يوم الخميس ثمّ شك فى يوم السبت هل خالد يجب اكرامه او يحرم فعندئذ ستصحب حكم الخاصّ وهو عدم وجوب الاكرام ولا يجوز الرّجوع الى عموم العّام لانّ العام بالنسبة الى هذا الفرد دلّ على حكم واحد مستمرّ وقد انقطع استمراره بالخاصّ وفيما نحن فيه دليل (اوفوا بالعقود) دلّ على وجوب الوفاء على كل عقد عاقد و قد خرج عن عموم (اوفوا) العاقد لمال الغير قبل زمان تملكّه و بعد التملّك شك فى انّ الوفاء لهذا العقد واجب عليهام لا فالمقام مقام استصحاب حكم الخاص وهو عدم وجوب الوفاء لا مقام الرجوع الى حكم العام.

(٤) وجه التّامل انّ البايع قبل تملّكه لم يكن داخلاً تحت عموم (اوفوا بالعقود) حتّى يكون خارجا لأنّ (اوفوا بالعقود) خطاب للمالك العاقد والبايع لم يكن مالكاً قبل التّملك يشمله عموم (اوفوا) فكان خروجه خروجاً موضوعيّا وبعد التّملك صار مالكا واصبح مصداقاً للعموم فيشمله العموم.

واستصحاب عدم وجوب الوفاء قبل التملّك لاجل تبدل الموضوع لا يجرى لأنّ عدم وجوب الوفا موضوعه كان غيرالمالك والآن صار البايع مالكاً فاستصحاب حكم ←

على اموالهم و عدم حلّها لغيرهم الاّ عن طيب النّفس وفحوى[٧] الحكم المذكور فى رواية الحسن بن زياد المتقدّمة فى نكاح العبد بدون اذن مولاه وانّ عتقه لا يجدى فى لزوم النكاح لولا سكوت المولى الّذى هو بمنزلة الاجازة.

ثم لو سلّم عدم التوّقف[٨] على الاجازة فانّما هو فيما اذا باع الفضولى

← غيرالمالك و اثباته للمالك من قبيل اسراء حكم موضوع الى موضوع آخر و ليس من الاستصحاب فى شئ لأنّ بقاء الموضوع فى الاستصحاب ممّا لا خلاف فيه فى اعتباره عند القائلين بحجيّة الاستصحاب.

(٥) يعنى ولنا دليل آخر بالاضافة الى استصحاب حكم الخاص وهو معارضة (النّاس مسلّطون على اموالهم مع وجوب الوفاء وانّ هذا الدّليل حاكم على (اوفوا) وذلك لانّه لا نحلّ اموال النّاس لغيرهم الاّ بطيب انفسهم و من البيّن أنّ البايع الفضول قد اصبح مالكاً للمبيع ولم يجز فلا يجوز التصّرف فيه بغير اذته.

(٦) اى عموم اوفوا بالعقود.

(٧) يعنى ولنا دليل آخر بالاضافة الى استصحاب حكم الخاص وهو معارضة اوفوا بالعقود بفحوى رواية الحسين بن زياد الطّائى المذكورة فى، ص ٣٦٧، فانّه اذا لم يجد العتق فى لزوم النكاح والنّكاح فرج يحب الاحتياط فيه بعدم ابطاله بعد انعقاده لم يجد ملك الفضول فى لزوم العقد و الحال انّه ليس فى باب الملك الاحتياط الواجب مراعاته فى باب النكاح.

(٨) ثم لو سلّم عدم توقّف بيع الفضولى مال الغير للمالك ثمّ ملكه ولم يجز على الاجازة وانّ من باعه ثمّ ملكه لزم عقده بدون احتياج الى الاجازة فانّما هو فيما اذا باع الفضولى ←

لنفسه امّا لو باع فضولا للمالك او لثالث ثمّ ملك هو فجريان عموم الوفاء بالعقود والشّروط بالنسبة الى البايع اشكل.

ولو باع[١] وكالة عن المالك فبان انفراله بموت الموّكل فلا اشكال فى عدم وقوع البيع له بدون الاجازة ولا معها نعم يقع للوارث مع اجازته.

المسألة الثالثة[٢] مالو باع معتقدا لكونه غيرجائز التّصرف فبان كونه جائز التّصرف و عدم جواز التّصرف المنكشف خلافه امّا لعدم الولاية فانكشف كونه وليّا وامّا لعدم الملك فانكشف كونه مالكاً.

⇐ لنفسه فانّه بمجرّد تملّكه للشئ يصدق عقودكم فيلزم امّا لو باع الفضولى فضولاً للمالك او لثالث كعامل الغاصب الّذى يبيع المغصوب للغاصب الّذى ليس لنفسه ولا لمالكه الواقعى ثمّ ملك هو اى الفضولى فجريان عموم الوفاء بالعقود و الشّروط بالنّسبة الى البايع اشكل لعدم صدق البايع والشّارط.

(١) اقول قال الشّهيدﷺ فى حاشية فى هذا المقام ما نقطة اقول لاربط لهذا الفرع بالمقام كما لا يخفى و لعلّه من اغلاط النسخة انتهى كلام الاستاد رضوان الله تعالى عليه.

وقال السيّد اليزدىﷺ: لا يخفى انّ هذا الفرع لا ربط لم بالمقام مع انّه واضح الحكم فلا حاجة الى التّنبيه عليه فتدبّر.

(٢) اى من المسائل الّتى افادها الشّيخ فى، ص ٢٩٥، بقوله: فالكلام يقع فى مسائل.

و هذه المسألة وان جعلها فى ثالث المسائل فى المقام الاّ أنّ الظاهر انّها مغايرة لما سبق بالّمرة وامر مستقلّ بنفسه وقد اجاد المحقّق الايروانى حيث قال هذه المسألة اجنبيّة عن مسائل «عدم كون العاقد جائز التصّرف حال العقد ثم صيرورته جائز التصرّف» فذكرها فى عدادها بلاوجه.

وعلى كلٍ منهما فامّا ان يبيع عن المالك وامّا ان يبيع لنفسه فالصّور اربعة.[١]

١- ان يبيع للمالك فانكشف كونه وليّا عنه.

٢- ان يبيع لنفسه فانكشف كونه وليّا.

٣- ان يبيع للمالك فانكشف كونه مالكاً.

٤- ان يبيع لنفسه فانكشف كونه مالكاً.

وفى الحقيقة ترجع هذه الصور الاربعة الى صورتين احداهما ان يكون تصرفه مطابقا للواقع و ما هو الجائز له كما اذا باع لنفسه و كان مالكاً او باع لغيره و كان وليّا او وكيلا ولكن لا يعامه.

ثانيتهما ان لا يكون مطابقا لما هو المجاز له واقعا كما اذا باع لنفسه وكان وليّاً او باع لغيره وكان مالكاً امّا تصورة الثانية ففى الواقع خارجة عن محلّ الكلام ومندرجة فى سائر اقسام الفضولى لأن المفروض انّ ما قصد غيرموافق للواقع و مجردّ كونه وليّا او مالكا مع عدم مطابقة ما قصده لما وقع لا يخرجه عن الفضولى فقد انشاء عقداً لم يكن مجازاً فيه اولم يكن راضيا به فيجرى فيه ماجرى فى الفضولى.

---

(١) راجع حاشية المكاسب للايروانى الصفحة ١٣٨.

وسائل الشيعة المجلد ١٢ الباب ٥ من ابواب احكام العقود الحديث ٤

وسائل الشيعة المجلد ١٢ الباب ٨ من ابواب احكام العقود الحديث ٢٤

ولقد مثلّواله بما اذا باع مال ابيه لابيه بظنّ حياته فبان كونه ميّتا والمال ماله و ذكروا فيه اقوالاً.

١ـ صحّته من دون حاجة الى الاجازة.

٢- صحّته مع الحاجة الى الاجازة كما عن المحقق والشهيد الثّانى.

٣- البطلان كما احتمله العلاّمة فى النّهاية والشّهيد فى قواعده فيما حكى عنهما ولكن الوسط هو الاوسط.

امّا صحّته فلوقوع الانشاء صحيحاً وقصد الغير لا يضرّه كما مرّ عكسه فيما اذا باع مال الغير لنفسه ثمّ اذن الغير وامّا حاجته الى الاجازة فلانه لم يطب نفسه بخروج المال عن ملكه بل طاب نفسه بخروجه عن ملك ابيه فهو ايضاً من قبيل الفضولى وان لم يكن من الفضولى حقيقتاً.

وعن المختلف الايراد عليه[١] بأنّه لو اذن الولى ولا يعلم العبد ثمّ باع العبد صحّ[٢] لانّه[٣] صادف الاذن ولا يوثّر فيه[٤] اعلام المولى بعض المعاملين انتهى[٥] وهو حسن[٦].

---

(١) اى على ما افاده القاصى من عدم كفاية اذن السيّد عبده فى التّجاره وهو لا يعلم بذلك.

(٢) كلمة (صح) جواب لِ (لو).

(٣) اى لانّ بيع العبد.

(٤) اى لا يوثر فى بيع العبد.

(٥) اى انتهى ما حكى عن المختلف.

الثّانية[٧] ان يبيع لنفسه وانكشف كونه وليّاً فالظّاهر ايضا صحّة العقد كما عرفت من انّ قصد بيع مال الغير لا ينفع[٨] ولا يقدح وفى توقّفه[٩] على اجازته للمولى عليه وجه لانّ قصد كونه[١٠] لنفسه يوجب عدم وقوع على الوجه الماذون فتامل[١١]

الثالثة[١٢] ان يبيع عن المالك ثمّ ينكشف كونه مالكاً وقد مثل له[١٣] الاكثر

---

(٦) لانه اعترف فى الفرض الثّانى بانّه مع اذن المولى فى الواقع من جهته انّه امر قوماً ان يبايعوا العبد والعبد لا يعلم يصحّ المعاملة واذا صحت المعاملة تحقّق انّ المناط انّما هو الاذن الواقعى بالنّسبة الى العبد وعدم علمه ليس مناطاً ضرورة انّ علم غيره من النّاس بكونه ماذوناً فى المعاملة لا مدخل فى صحة معاملته.

(٧) اى الصّورة الثّانية من الصّور الاربع.

(٨) قوله (لا ينفع) خبرك (انّ) فى قوله (انّ قصد) يعنى انّ هذا القصد لا ينفع ولا يقدح فى صحة العقد.

(٩) اى وفى نفوذ البيع وصحّته على اجازة الولى للمولى عليه بأن يجيرالبيع عن قبل اليتيم مثلا وجه لاباس به فان اجاز صح والاّ بطل.

(١٠) يعنى قصد الولى كون البيع لنفس الولى لا المولى عليه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه الماذون فيه لانّ الماذون فيه البيع لمولى عليه.

(١١) لعلّه اشارة الى انّ الامر دائر مدار الواقع و قد كان فى الواقع مأذوناً امّا قصده كون البيع لنفسه فهو خارج عن حقيقة المعاملة فليس المقام من باب العقود تتبع القصود و عليه فلا وجه لقوله وجه.

(١٢) اى الصورة من الصّور الاربع.

(١٣) اى مثّل لِاَنْ يبيع عن المالك ثمّ ينكشف كونه مالكاً.

بما لوباع مال ابيه بظنّ حياته فبان[١] ميتا و المشهور الصّحة بل ربّما استفيد من كلام العلاّمة فى القواعد والارشاد فى باب الهبة الاجماع ولم نعثر على مخالف صريح.

الاّ انّ الشّهيد رحمه الله ذكر فى قواعده انه لو قيل بالبطلان امكن وقد سبقه[٢] فى احتمال ذلك[٣] العلاّمه و ولده فى النّهاية والايضاح لانّه[٤] انّما قصد نقل المال عن الاب لاعتقه[٥] ولانّه[٦] وان كان منجزًا فى الصّورة الاّ انّه معلّق والتّقدير ان مات مورّتى فقد بعتك فلانّه[٧] كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده انّ المبيع لغيره انتهى.[٨]

اقول[٩] امّا قصد نقل الملك عن الاب فلا يقدح فى وقوعه[١٠] لأنّه[١١] انّما

---

(١) اى ظهر أنّ الاب كان وقت البيع ميتاً.

(٢) اى سبق العلاّمةُ وولدُه الشّهيدَ.

(٣) اى فى احتمال البطلان.

(٤) قوله (لانّه) تعليل من العّلامةﷺ لبطلان الصّورة الثالثة اى لانّ البايع الفضول الخ.

(٥) اى لا انّ البايع قصد النقل عن نفسه.

(٦) هذا ثانى الادلة اى ولان البايع الفضول الخ.

(٧) قوله (فلانّه) تقليل و دليل ثالث لاحتمال البطلان.

(٨) اى انتهى استدلال من احتمل البطلانِ.

(٩) قوله (اقول الخ) اشكال من الشيخ الاعظم على الدّليل الاوّل للعلاّمة الذى اقامه على بطلان الصّورة الثالثة فى ص ٣٩٢، بقوله: لانّه انّما قصد نقل المال عن الاب.

(١٠) اى فلا يقدح فى وقوع العقد بمعنى انّ قصد الولد نقل الملك عن الاب فلا يقدح فى

قصد نقل الملك عن الاب من حيث انّه[١٢] مالك باعتقاده[١٣] ففى الحقيقه انّما قصد[١٤] النّقل عن المالك لكن اخطاء[١٥] فى اعتقاده انّ المالك ابوه وقد تقدّم توضيح ذلك[١٦] فى عكس المسألة اى مالو باع ملك غيره باعتقاد انّه ملكه[١٧] نعم من ابطل عقد الفضولى لاجل اعتبار مقارنة طيب نفس المالك للعقد قوى البطلان عنده هنا[١٨] لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه و لذا نقول نحن[١٩] كما سيجيى باشتراط الاجازة من المالك بعد العقد لعدم حصول طيب النفس حال العقد[٢٠].

وامّا ما ذكر[٢١] من[٢٢] انّه[٢٣] فى معنى التعليق ففيه مع مخالفته لمقتضى

← صحّة العقد و وقوعه.

(١١) اى لانّ الولد.

(١٢) اى الاب مالك باعتقاد الولد.

(١٣) اى باعتقاد الولد العاقد.

(١٤) اى قصد الولد العاقد.

(١٥) اى اخطا الولد العاقد.

(١٦) اى توضيح البيع عن المالك والخطاء فى تطبيق المالك.

(١٧) اى ملك نفس العاقد.

(١٨) اى فيما لو باع لوباع ملك نفسه باعتقاد انّه ملك الغير.

(١٩) يعنى القاتلون بصحّة بيع مال نفسه باعتقاد انّه لغيره.

(٢٠) لأن الولد لم يطب نفسه بنقل مال نفسه فاذا نقل احتاج الى الاجازة.

(٢١) اقول هذا اشكال من المضف على الدّليل الثّانى للعلاّمة المشار اليه فى، ص ٣٩٢،

الدّليل الاوّل كما لا يخفى[٢٤] منع[٢٥] كونه[٢٦] فى معنىٰ لتّعليق لانّه اذا فرض انّه[٢٧] يبيع مال ابيه لنفسه كما هو ظاهر هذا الدّليل[٢٨] فهو انّما يبيعه[٢٩] مع وصف كونه[٣٠] لابيه فى علمه فبيعه[٣١] كبيع الغاصب مبنىّ[٣٢] على دعوى السلطنة والاستقلال على المال لاعلى تعليق للنّقل بكونه منتقلا اليه[٣٣] بالارث من مورّثه لانّ[٣٤] ذلك[٣٥] لايجامع مع ظنّ

⇐ بقوله: ولانّه وان كان منجزا فى الصّورة الاّ انّه معلّق.

(٢٢) كلمة (من) بيان لكِ (ما) فى قوله (ما ذكر).

(٢٣) اى من انّ البيع المذكور.

(٢٤) اذ الاشكال الاوّل هو انّ الولد قصد نقل المال من الاب و هذا الاشكال معناه انّ الولد قصد نقل المال عن نفسه كما لا يخفى فكيف يجمع هذا الاشكالان المتخالفان على مورد واحد.

(٢٥) قوله (منع كونه) مبتداء مؤخّر و قوله (ففبه) خبر مقدم.

(٢٦) اى منع كون البيع المذكور فى معنى التّعليق.

(٢٧) اى انّ الولد العاقد.

(٢٨) اى ظاهر هذا الدّليل انّه فى معنى التّعليق.

(٢٩) اى يبيع الولد العاقد مال ابيه.

(٣٠) اى مع وصف كون المال.

(٣١) اى فبيع الولد العاقد مال ابيه لنفسه كبيع الغاصب.

(٣٢) كلمة (مبنّى) خبر لمبتداء مقدّم وهو قوله (فبيعه).

(٣٣) اى الى الولد العاقد.

(٣٤) علّة لقوله (لا على تعليق الخ).

الحياة اللّهمّ الاّ ان يراد أنّ القصد الحقيقى[٣٦] الى النّقل معلّق على تملّك الناقل و بدونه فالقصد صوريّ[٣٧] على ما تقدّم من المسالك.
من انّ الفضولى والمكره قاصدان الى اللّفظ دون مدلوله[٣٨] لكن فيه[٣٩] حينئذ انّ هذا القصد الصّورى كافٍ ولذا[٤٠] قلنا بصحّة عقد الفضولى ومن ذلك[٤١] يظهر ضعف ما ذكره[٤٢] اخيرا من كونه كالعابث عند مباشرة العقد معللاً[٤٣] بعلمه[٤٤] بكون المبيع لغيره[٤٥] وكيف كان[٤٦] فلا

---

(٣٥) اى لأنّ ذلك التعلّيق لا يجامع مع ظنّ الحياة للاب.

(٣٦) اى بدون التملّك.

(٣٧) اى القصد صورى على ما تقدم من المسالك من انّ الفضولى والمكره قاصدان الى اللفظ دون مدلوله فقصدهما صورتى و هنا ايضا كذلك.

(٣٨) اى قاصدان الى اللّفظ دون مدلوله من حيث الوقوع الخارجى.

(٣٩) اى فى هذا الاستدراك الّذى عبّر عنه الشيّخ بقوله «اللّهم الاّ ان يقال».

(٤٠) اى ولاجل كفاية القصد الصّورى.

(٤١) اى و من ذلك البيان الّذى ذكرناه فى ردّ ما افاده العلاّمة فى دليله الثّانى وهو انّ البيع فى الواقع معلّق وان كان فى الظّاهر منجّزا يظهر ضعف دليله الثّالث الّذى ذكره فى، ص ٣٩٢، بقوله فلانّه كالعابث عند مباشرة العقد بتعليل انّه يعتقد أنّ المبيع لغيره.

(٤٢) اى ضعف ما ذكره العلاّمة وهو الدّليل الثّالث.

(٤٣) يعنى انّ العلامة عللّ وقوع العقد عبثا بان البايع عالم بكون المبيع لغيره.

(٤٤) اى بعلم العاقد.

(٤٥) لغير العاقد.

ينبغى الاشكال فى صحّة العقد[٤٧] الاّ انّ ظاهر المحكّى من غير واحد لزوم العقد وعدم الحاجة الى اجازة مستأنفة لانّ المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لاجازة فعل نفسه[٤٨] ولأنّ قصده الى نقل مال نفسه ان حصل هنا[٤٩] بمجرّد القصد الى نقل المال المعيّن الّذى هو فى الواقع ملك نفسه وان لم يشعربه[٥٠]

فهو[٥١] اولى[٥٢] من الاذن فى ذلك[٥٣] فضلا عن اجازته والاّ[٥٤] توجّه عدم وقوع العقد له[٥٥] لكن الاقوى وفاقا للمحقّق والشهيد الثّانيين وقوفه[٥٦]

---

(٤٦) اى كيف كان مراد العلاّمة و ولده من هذه الادلّة وانّهما هل يقولان بالبطلان او انّ مرادهما بيان مجردّ الوجه للبطلان من دون القول به.

(٤٧) يعنى فى الصّورة الثالثة المشار اليها فى ص ٣٨٧.

(٤٨) و ذلك لأنّ الاجازة انما هى لحصول ارتباط العقد بالمالك والحال انّ العقد مربوط بالمالك فى هذا المقام.

(٤٩) اى فيما نحن فيه.

(٥٠) اى وان لم يعلم بانّ المال المعيّن الّذى هو فى الواقع ملك نفسه.

(٥١) اى فقصد نقل المال المعيّن.

(٥٢) وجه الاولويّة كما عن بعض المحقّقين انّ المالك باشر وقصد الى نقل ماله وفى مورد الاذن المباشر للعقد غيرالمالك الاّ انّه منزل منزلة المالك.

(٥٣) اى فى ذلك النّقل سابقاً.

(٥٤) اى وان لا يحصل بمجرّد القصد المذكور.

(٥٥) اى للولد العاقد.

على الاجازة لا لما ذكره[٥٧] فى جامع المقاصد من انّه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الآن[٥٨] بل مع اجازة المالك لاندفاعه[٥٩] بما ذكره بقوله: الا ان يقال انّ قصده[٦٠] الى اصل البيع كاف و توضيحه[٦١] انّ انتقال المبيع شرعاً بمجرّد العقد او بعد اجازة المالك ليس[٦٢] من مدلول لفظ العقد حتّى يعتبر

قصده[٦٣] او يقدح قصد خلافه و انّما هو[٦٤] من الاحكام الشرعيّة العارضة[٦٥]

للعقود بحسب اختلافها[٦٦] فى التوقف على الامور المتأخرة وعدمه[٦٧]

---

(٥٦) اى وقوف لزوم العقد بالنسّبة الى المالك الّذى باع مال نفسه باعتقاد انّه مال غيره.

(٥٧) اى ذكر المحقّق الثانى من الاستدلال عليه.

(٥٨) اى فى حال العقد.

(٥٩) اى لاندفاع هذا الاشكال بما ذكره المحقّق الثانى فى جامع المقاصد بنفسه بقوله: الاّ ان يقال انّ قصده الى اصل البيع كاف.

(٦٠) اى قصد العاقد.

(٦١) اى توضيح هذا الا ندفاع.

(٦٢) كلمة ليس مع مدخوله خبرك (انّ) فى قوله «انّ انتقال المبيع».

(٦٣) اى قصد انتقال المبيع شرعا بمجرّد العقد او بعد اجازة المالك.

(٦٤) اى الانتقال بمجرّد القصد.

(٦٥) اى اختلاف العقود فى التوقف على الامور المتأخرة.

(٦٦) كالاجازة فى الفضولى والقبض فى الصّرف والسلم.

مع[٦٨] انّ عدم القصد المذكور لا يقدح بناءً على الكشف بل[٦٩] قصد النقل بعد الاجازة ربّما يحتمل قدحه فالدّليل[٧٠] على اشتراط تعقّب الاجازة فى اللّزوم[٧١] هو عموم تسلّط النّاس على اموالهم وعدم حلّها لغيرهم الاّ بطبيب انفسهم وحرمته اكل المال الاّ بالتّجارة عن تراض و

---

(٦٧) اى عدم التوقف على الامور المتأخرّة.

(٦٨) قال الاستاد فى المقام ما لفظه اقول يعنى مع انّ عدم القصد الى البيع النّاقل من حين العقد لا يقدح فى صحّة العقد و ترتّب الاثر من حين وقوعه وعدم توقفه على الاجازة بناءً على الكشف الّذى عليه بناء الاستدلال المذكور اذ بناءً على النقل لا يكون هناك نقل من حين العقد حتّى يقال انه لم يقصده فكيف يقع والوجه فى عدم قدحه فيه انّه مستند الى الاجازة على الكشف لا الى العقد بل قصد النقل بعد الاجازة بناءً على كاشفيتها كما عليها بناء الدّليل ربّما يحتمل قدحه فى صحّته من حين العقد على ما تقدّم اليه الاشارة فى التنبيه الاوّل انتهى.

(٦٩) بل بناءً على الكشف قصد النّقل بعد الاجازة ربّما يحتمل قدحه و ذلك لانّه خلاف مقتضى العقد على الكشف.

(٧٠) و اعلم انّ المصنف(ره) بعد بيان انّ توقف هذا البيع على اجازة مستانقة ليس لما ذكره فى جامع المقاصد من انّه لم يقصد الخ ارادان يقيم الدّليل على الوقوف على الاجازة بقوله هذا فالدليل على اشتراط تعقّب الاجازة فى اللّزوم هو عموم تسلّط النّاس على اموالهم الخ.

(٧١) يعنى أنّ لزوم العقد ليس انّه قصده البايع بل هو عموم تسلّط النّاس على اموالهم ينتقل الى غيرهم الاّ باجازتهم.

بالجملة[١] فاكثر ادلّة اشتراط الاجازة فى الفضول حارية هنا[٢] وامّا ما ذكرناه[٣] من انّ قصد نقل ملك نفسه ان حصل اغنى عن الاجازة والاّ[٤] فسد العقد ففيه[٥] انّه يكفى فى تحققّ صورة العقد القابلة للحقوق اللّزوم القصد الى نقل المال المعيّن و قصد كونه مال نفسه او مال غيره مع خطائه.

فى قصده او صوابه فى الواقع لايقدح[٦] ولا ينفع ولذا[٧] بنينا على صحّة العقد بقصد نقل مال نفسه مع كونه مالا لغيره.

---

(١) اى ملخّص الكلام أنّ كلّما قلناه فى اشتراط الاجازة فى الفضولى لابدّ من القول به فى التصورة الثالثة من الصوّر الاربعة المفروضة فى المسألة الثالثة.

(٢) اى فيما ان يبيع عن المالك ثمّ ينكشف كونه مالكاً.

(٣) اى ذكرناه فى ص ٣٩٤، عند قوله فى توجيه كلام العلاّمة القائل ببطلان بيع الفضولى مال الغيرعن المالك ثم انكشف كونه مالكاً.

(اللّهم الاّ ان يراد انّ القصد الحقيقى الى النّقل معلّق على تملّك النّاقل وبدونه فالقصد صورى.

(٤) اى و ان لم يحصل قصد نقل ملك نفسه فسد العقد.

(٥) اى ففى توجيهنا لكلام العلاّمة نظر و اشكال.

(٦) كلمة (لا يقدح) خبر لقوله (قصد كونه).

(٧) يعنى ولاجل انّ قصد كونه مال نفسه او مال غيره مع خطائه فى الواقع لا يقدح ولا ينفع.

وامّا[١] ادلة اعتبار التّراضى وطيب النّفس فهى دالّة على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان انّه ماله لا بنقل مال معيّن يتفّق كونه[٢] ملكاً له فى الواقع فان حكم طيب النّفس والرّضا لا يترتّب على ذلك[٣] فلو[٤] اذن فى التّصرف فى مالٍ معتقداً انّه[٥] لغيره والمأذون يعلم[٦] انّه له لم يجز له[٧] التّصرف بذلك الاذن[٨] ولو[٩] فرضنا انّه

---

(١) اقول قال بعض المحقّقين فى هذا المقام ما لفظه.

و حاصل مراده انّه بالقصد الى نقل مال معيّن و هو ماله فى الواقع تحصل الصّحة التّاهليّة وامّا رضا المالك فلا جل انّ الادلّة دلّت على اعتبار رضا المالك بنقل ماله بعنوان انّه ماله وهو لا يتحقق بقصد نقل مال معيّن وان اتفّق كونه مالكاً فى الواقع فلا بدّ بعد العلم بانّه ماله من اجازة مستانفة.

(٢) اى كون مال معيّن.

(٣) اى على نقل مال معيّن يتفّق كونه ملكاً له فى الواقع.

(٤) اى المال.

(٥) اى لغيرالاذن.

(٦) اى المأذون يعلم انّ المال للآذن.

(٧) اى للماذون التّصرف فى ذلك المال.

(٨) و ذلك لأنّ الاذن انّما يكون مجوّزاً لانّه يكشف عن الرّضا فلو علمنا بعدم الرّضا او لم نعلم به ولم يكن الاذن كاشفاً عنه لم يفد.

(٩) هذا فرع مستقل لا ربط له بالمقام حيث انّ الاجازة اللاحقة لا تفيد اصلا.

اعتق عبداً عن غيره فبان انّه له[١] لم ينعتق.

وكذا لو طلّق امرأة وكالةً عن غيره فبانت[٢] زوجته[٣] لانّ القصد المقارن الى طلاق زوجته وعتق مملوكه معتبر فيها[٤] فلا تنفع الاجازة.

ولو غرّه[٥] الغاصب فقال هذا عبدى اعتقه عنك[٦] فاعتقه عن نفسه[٧] فبان[٨] كونه[٩] له[١٠] فلاقوى عدم النّفوذ[١١].

وفاقا للمحكّى عن التّحرير و حواشى الشّهيد و جامع المقاصد مع حكمه[١٢] بصحّة البيع هنا[١٣] و وقوفه على الاجازة[١٤] لأنّ العتق[١٥]

---

(١) اى ظهر انّ العبد للمولى المعتق.

(٢) الضّمير الفاعل المستتر راجع الى الامرته.

(٣) اى زوجة المطلّق.

(٤) اى فى الطّلاق والعتق والحال انّه لم يقصد هما فلا يقعان.

(٥) هذا فرع مستقلّ ايضا لازط له بالفرعين المذكورين.

(٦) حيث انّ معناه الملك الآتى حتّى يصّح الفتق عنه اذ لا عتق الاّ فى ملك.

(٧) اى نفس الامور.

(٨) اى ظهر.

(٩) اى كون العبد.

(١٠) للمغرور المأمور.

(١١) اى عدم النّفوذ للعتق.

(١٢) اى حكم جامع المقاصد.

(١٣) وهو ان يبيع عن المالك ثمّ ينكشف كونه مالكاً.

لايقبل الوقوف فاذا لم يحصل القصد الى فكّ ماله مقارناً للصيغة وقعت باطلة بخلاف البيع[١٦] فلا تناقض بين حكمه[١٧] ببطلان العتق و صحّة البيع مع الاجازة.

كما يتوهّم[١٨] نعم ينبغى ايراد التّناقض على من حكم هناك[١٩] بعدم النّفوذ[٢٠] وحكم فى البيع باللّزوم وعدم الحاجة الى الاجازة فانّ[٢١] القصد الى انشاء يتعلّق بمعيّن هو مال المُنشئ فى الواقع من غير علمه[٢٢] به ان كان[٢٣] يكفى فى طيب النّفس و الرّضا المعتبر فى جميع

---

(١٤) كما قلنا فى مسئلتنا السّابقة وهى مالو باع يزعم انّه مال غيره فبان كونه مال نفسه.

(١٥) اقول هذا تعليل للفرق بين العتق والبيع و الحكم بالبطلان فى العتق والصّحة فى البيع و حاصلة أنّ العتق ليس قابلا للوقوف على الاجازة لانّه من الايقاعات والايقاعات امّا يقع صحيحا من اوّل الامر و امّا باطلا كذلك والتّوقّف على الاجازة ليس مشروعاً فيها بخلاف البيع فانّه قابل للزّوم بلحوق الاجازة.

(١٦) فانّه قابل للزّوم بلحوق الاجازة.

(١٧) اى لا تناقض بين حكم جامع المقاصد.

(١٨) اى يتوّهم من أنّ هناك تناقضاً بين قولى صاحب جامع المقاصد.

(١٩) يعنى فى باب العتق.

(٢٠) اى بعدم نفوذا العتق.

(٢١) اقول قوله (فانّ القصد الخ) تعليل لورود التّناقض على من حكم ببطلان العتق فيما نحن فيه واللّزوم فى البيع من دون حاجة الى اجازة مستأنفة.

(٢٢) يعنى من غير علم المنشئ حين انشاء العقد بانّ المعيّن ماله.

انشاءات النّاس المتعلّق باموالهم وجب[٢٤] الحكم بوقوع العتق و ان اعتبر فى طيب النّفس المتعّلق باخراج الاموال عن الملك العلم بكونه[٢٥] مالاً له ولم يكف مجرّد مصادفة الواقع وجب[٢٦] الحكم بعدم لزوم البيع[٢٧] فالحقّ انّ القصد الى الانشاء المتعلّق بمال معيّن مصحح[٢٨] للعقد بمعنى قابليّته للتّاثير ولا يحتاج الى العلم بكونه مالاً له. لكن لا يكفى ذلك[٢٩] فى تحقّق الخروج عن ماله[٣٠] بمجرّد الانشاء ثمّ ان كان ذلك الانشاء ممّا يقبل اللّزوم بلحوق الرّضا كفت الاجازة[٣١] كما

---

(٢٣) اى ان كان القصد المذكور.

(٢٤) قوله وجب جواب و جزاء كِ ان فى قوله (ان كان).

(٢٥) اى بكون المال المخرج عن الملك مالاً للمنشى.

(٢٦) قوله وجب الخ جواب كِ (ان) فى قوله (وان اعتبر).

(٢٧) لانّ المفروض انّ المنشى لا يعلم حين انشاء البيع بانّه ماله و على هذا فكيف يجمع بين صحّة البيع و عدم صحّة العتق =.

(٢٨) تصحيحاً تاهّليته فيما كان قابلاللنّا هليّة وذلك كباب البيع لا ما لم يكن قابلاً للنّاهلية كباب العتق و الطلاق من الايقاعات بمعنى قابليّت للتّاثير فيلزم اذا لحقته الاجازة ولا يحتاج الى العلم بكونه مالا للمنشى.

(٢٩) اى لا يكفى القصد الى الانشاء بدون العلم بانّه ماله.

(٣٠) اى مال المنشى.

(٣١) اى كفت الاجازة فى لزوم ما انشاء سابقا كما فى العقود لامكان تزلزلها كما فى باب الفضولى حيث انّ الاجازة فيه موجب للزّوم.

فى العقود والاّ[١] وقع الانشاء باطلاً كما فى الايقاعات[٢] ثمّ انّه ظهر ممّا ذكرنا[٣] فى وجه الوقوف[٤] على الاجازة أنّ[٥] هذا الحقّ[٦] للمالك من باب الاجازة[٧] لا من باب خيار الفسخ[٨] فعقده[٩] متزلزل من حيث الحدوث لا البقاء كما قوّاه بعض من[١٠] قارب عصرنا و تبعه بعض من[١١] عاصرناه معّللا[١٢] بقاعدة نفى الضّرر اذ فيه[١٣] انّ الخيار

---

(١) يعنى و ان لم يكن ذلك الانشاء ممّا يقبل اللّزوم بلحوق الرّضا وقع الانشاء باطلا كالايقاعات لانّها ممّا يقبل اللزّوم بلحوق الرّضا وقع الانشاء باطلا كالايقاعات لانّها ممّا لا يقبل لزومها بلحوق الاجازة بل الايقاعات امّا يقع صحيحاً من اوّل الامر و امّا يقع باطلاً كذلك والتّوقف على الاجازة ليس مشروعا فيها كالعتق والطلاق فانّهما منها.

(٢) قد عرفت آلفاً انّ الايقاعات لا تقبل اللزّوم فلا تقبل.

(٣) وهو ما ذكره فى، ص ٤٠٠، بقوله (فالدّليل على اشتراط تعّقب الاجازة فى اللزّوم هو عموم تسلّط النّاس على اموالهم الخ.

(٤) يعنى وقوف البيع على اجازة جديدة.

(٥) كلمة (انّ) فى قوله (أنّ هذا الحقّ) مع اسمها و خبرها فاعل لقوله ظهر.

(٦) يعنى أنّ الاجازة حقّ من حقوق المالك فبدونها لا يتحقّق طيب النّفس فى البيع.

(٧) بمعنى انّه لولا اجازة لم يتحقّق الانتقال.

(٨) وانّه قد تحقّق الانتقال وانّما يتمكّن من له الفسخ فى ابطال العقد.

(٩) يعنى عقد الفضولى و شبهه وهو ان يبيع عن المالك ثمّ ينكشف كونه مالكاً.

(١٠) اى قوّى كونه من باب خيار الفسخ وكون العقد متزلزلاً من حيث البقاء صاحب المقابس.

(١١) اى تبع صاحِبَ المقابس صاحبُ الجواهر.

فرع الانتقال و قد تقدّم توقّفه[١٤] على طيب النّفس و ما ذكراه[١٥] من الفرّر المترتّب على لزوم البيع ليس لامر راجع الى العوض و المعوّض وانّما هو[١٦] لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه و رضاه[١٧] اذ[١٨] لافرق فى الجهل بانتقال ماله بين يجهل اصل الانتقال كما يتفّق فى الفضولى اويعلمه[١٩] ويجهل تعلّقه بماله ومن المعلوم انّ هذا

---

(١٢) اى علّل القائل بكون الحقّ للمالك من باب خيار الفسخ بقاعدة نفى الضرّر.

(١٣) اى فيما اختاره المعاصر و من سبقه.

(١٤) فى، ص ٣٩٨، عند قوله: لكنّ الاقوى وفاقا للمحقّق والشّهيد الثّانين وقوفه على الاجازة.

(١٥) قوله «و ما ذكراه» ردٌّ من الشيخ الاعظم على ما افاده صاحب المقابس و صاحب الجواهر من لزوم الضرّر اذا لم نقل بخيار الفسخ.

(١٦) الضّمير راجع الى الضّرر المترتّب.

(١٧) ينبغى بيان هذه العبارة ليتضحّ المراد منها فاعلم انّ الضّرر المترتّب على لزوم العقد قسمان قسم يكون الضّرر ماليّاً وراجعاً الى العوضين كما فى مورد خيار العيب و الغبن فيتدارك هذا الضرّر المالى يجعل الشّارع الخيار فيهما و ثانيهما ان لا يكون الضرّر ضرارا ماليّاً بل يكون نقصاً فى تسلّط المالك على ماله فانتقال المال عن ملكه بمجرّد العقد من دون علمه و رضاه لا يتضّمن ضرراً مالياً بالبداهة بل يتضّمن نقصا فى تسلطه على ماله فيتدارك هذا النّقص والضّرر بتوّقف تاثير العقد على رضاه و طيب نفسه.

(١٨) كلمة (اذ) علّة لكون الضّرر المتوجّه فيما نحن فيه انّما هو لاجل انتقال الملك عن مالكه من دون علمه و رضاه و طيب نفسه.

(١٩) اى او يعلم المالك اصل الانتقال و يجهل تعلّق الانتقال بما له.

الضّرر[١] هو المثبت لتوقّف عقد الفضولى على الاجازة اذ لا يلزم من لزومه[٢] بدونها[٣] سوى هذا الضرّر[٤] ثمّ انّ الحكم بالصحّة[٥] فى هذه الصّورة[٦] غيرمتوقفة على القول بصحة عقد الفضولى.

بل يجئ[٧] على القول بالبطلان الاّ ان يستند فى بطلانه[٨] بما تقدّم من[٩] قبح التصّرف فى مال الغير فيتجّه عنده[١٠] حينئذ[١١] البطلان ثمّ

---

(١) اى الضّرر المترتّب لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه و رضاه و طيب لنفسه.

(٢) اى لا يلزم من لزوم العقد بدون الاجازة هذا الضرّر.

(٣) اى بدون الاجازة.

(٤) اى الضرّر المترتّب لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه و رضاه و طيب نفسه بمعنى انّ المراد من هذا الضّرر هو كون النّقص فى تسلّط المالك على مالة لا الضرّر المالى الرّاجع الى العوضين.

(٥) اى بصحّة البيع.

(٦) اى فى الصّورة الثّالثة.

(٧) اى يجيئ الحكم بصحّة البيع فى صورة عقد المالك الجاهل بكون المال مال نفسه.

(٨) اى فى بطلان البيع الفضولى.

(٩) اى تقدّم بقوله و الرابع مادلّ من العقل و النّقل على عدم جواز التّصرف فى مال الغير الاّ باذنه فانّ الرّضا اللاّحق لا ينفع فى رفع القبح الثّابت حال التّصرف كلمة (من) بيان لكِ ما فى قوله (بما تقدّم).

(١٠) اى عند هذا المستدّل.

(١١) اى حين هذا الاستناد البطلان للعقد الّذى اجراه المالك ظانّا انّ المال ليس له.

يغرم[١] لمثمن ان كان جاهلاً.

الرّابعة[٢] ان يبيع لنفسه[٣] باعتقاد انّه[٤] لغيره فانكشف أنّه[٥] له و الاقوى هنا[٦] ايضا الصّحة ولو على القول ببطلان الفضولى والوقوف[٧] على الاجازة بمثل ما مرّ فى الثّالثة وفى عدم الوقوف هنا[٨] وجه[٩] لا يجرى فى الثّالثة ولذا[١٠] قوّى اللّزوم هنا بعض من قال بالخيار فى الثالثة.

---

(١) اى يغرم البايع الّذى اصبح مالكاً.

(٢) اى الصّورة الرّابعة من الصّور الاربعة المفروضة فى المسألة الثّالثة المشار اليها فى، ص ٣٩٢.

(٣) اى ان يبيع العاقد مال الغير لنفسه بان يدخل الثّمن فى ملكه لا فى ملك الغير.

(٤) اى المال الّذى يبيعه.

(٥) اى فانكشف انّ المال للعاقد.

(٦) اى فى الصّورة الرّابعة.

(٧) قوله والوقوف على الاجازة معطوف على قوله (الصّحة) اى والاقوى فى الصّورة الرّابعة ايضا الوقوف على الاجازة بعد الانكشاف انّ المال للعاقد.

(٨) اى فى الصّورة الرابعة.

(٩) لانّه اذا باع لنفسه باعتقاد انّه لغيره فلا بدّ أنّ البايع قد بنى على انّ المبيع ماله ولو عدوانا بزعمه فحصل منه الرّضا بنقل ماله بعنوان أنّه ماله فلا حاجة الى اجازة مستانفة و هذا الوجه لا يجرى فى الثّالثة لأنّ المفروض فيها انّه باع عن المالك فانكشف كونه مالكاً.

(١٠) اى ولاجل وجود وجه فى عدم توقف الصّورة الرّابعة على الاجازة قوى اللّزوم فى الصّورة الرّابعة وعدم الاحتياج الى الاجازة بعض من قال بالخيار فى ان يجيز او يردّ (فى الثالثة).

ولمّا القول فى المجاز فاستقصائه يكون ببيان لمور

وامّا القول فى المجاز[١] فاستقصائه يكون ببيان امور الاوّل يشترط فيه[٢] كونه جامعاً لجميع الشروط المعتبرة فى تأثيره[٣] عدا رضا المالك فلا يكفى اتّصاف المتعاقدين[٤] بصحّة الانشاء ولا[٥] احراز سائر

---

(١) بضمّ الميم و المراد به هو العقد الواقع عليه الاجازة من المالك.

(٢) اى فى العقد المجاز.

(٣) اى فى تأثير العقد اقول الشّروط على طوائف.

١- ما هو من شرائط الانشاء كالصّراحة اوالظّهور والتّنجيز و قصد الانشاء و الماضويّة على القول به.

٢- ما هو من شرائط العوضين كالمعلوميّة والملكيّة والطلقيّة و غيرذلك فلا يصحّ البيع على المجهول ولا على الخمر و شبهه ممّا لا يملك ولا الوقف و لا ما لا يقدر على تسليمه كالسّمك فى البحار و الطّير فى الهوا و غيرذلك.

٣- منها ما يكون شرطا فى المتعاقدين كالعقل و البلوغ و عدم السّفه والحجر.

(٤) اقول يعنى مع فقد ساير الشّروط مثل شروط العوضين مثلا.

(٥) اقول يعنى ولا يكفى احراز ساير الشّروط المعتبرة فى صحّة العقد مع اتّصاف المتعاقدين بصحّة الانشاء بالنّسبة الى خصوص الاصيل فقط دون الفضولى بل لابدّ من احراز بالنّسبة اى الفضولى ايضا.

الشروط بالنّسبة الى الاصيل فقط على الكشف للزومه[١] حينئذ بل مطلقا[٢] لتوقّف تأثيره[٣] الثابت ولو على القول بالنّقل عليها[٤] وذلك[٥] لأنّ العقد امّا تمام السّبب اوجزئه وعلى ايّ حال فيعتبر اجتماع الشروط عنده[٦] ولهذا[٧] لا يجوز الايجاب فى حال جهل القابل بالعوضين بل لوقلنا بجواز ذلك لم يلزم منه[٨] الجواز هنا[٩].

لانّ الاجازة على القول بالنّقل اشبه بالشّرط[١٠] ولو سلّم كونها[١١] جزءً

---

(١) اقول قوله (للزومه عليه) اقول هذا علّة للاحراز وضميره و ضمير تاثيره راجع الى العقد المجاز المستفاد من الكلام و ضمير عليه راجع الى الاصيل.

(٢) اى حتّى على القول بالكشف و حتّى على القول فى جانب الاصيل.

(٣) اى تأثير العقد علّة لعدم الكفاية.

(٤) اى على الشّروط.

(٥) اى و ذلك الّذى ذكرنا من لزوم احراز الشرائط مطلقا ولو على النّقل.

(٦) اى عند العقد وذلك لانّه يعتبر اجتماع الشّروط عند جزء العقد ايضاً كالايجاب مثلا.

(٧) يعنى ولاجل اعتبار جمع الشّروط عند صدور العقد قال الفقهاء بعدم جواز الايجاب مع جهل القابل بالعوضين و ذلك لأنّ علم القابل بهما معتبر عند صدور العقد.

(٨) اى لم يلزم من جواز ذلك.

(٩) اى فى عقد الفضولى.

(١٠) قال بعض الاعاظم(ره) فى هذا المقام ما هذا لفظه ومن العلوم أنّ المشروط يجب ان

←

فهو جزء للموّثر[١٢] لا للعقد فيكون جميع ما دلّ من النصّ والاجماع على اعتبار الشّروط فى البيع ظاهرة فى اعتبارها فى انشاء النّقل و الانتقال بالعقد نعم لو دلّ دليل على اعتبار شرط فى ترتب الاثر الشّرعى على العقد من غير ظهور فى اعتباره[١٣] فى اصل الانشاء امكن[١٤] القول بكفاية وجوده[١٥] حين الاجازة[١٦] ولعلّ من هذا القبيل[١٧] القدرة على

← يكون كاملاً فليست حال الاجازة حال جزء العقد بل العقد بكامله يقع قبل الاجازة امّا على القول بالكشف فاوضح اذا الاجازة لاشأن لها الاّ شأن الرّضا و هى ليست مربوطة بالعقدا اطلاقاً فالعقد سابق عليها بكلّ خصوصيّاته واجزائه انتهى.

(١١) اى لو سلّمنا انّ الاجازة جزء لا شرط ليس حالها حال سائر اجزاء العقد كالايجاب والقبول بل هو جزء لاموثر فى النّقل والانتقال لا للعقد والموثّر على هذا القول هو المركّب من العقد و الاجازة والمفروض انّ الشّروط بحسب الادلّة انّما اعتبرت عند العقد لا المركّب منه و من الاجازة فيعتبر تحقّقها عند تحقق المشروط وهو العقد لا المركّب منه و من الاجازة.

(١٢) فالمراد من الموثر كما عرفت آنفاهو المركّب من العقد و الاجازة فتكون الاجازة جزءً للموثّر لا للعقد.

(١٣) اى فى اعتبار الشّرط.

(١٤) كلمة (امكن) جواب لِ (لو) فى قوله (لودلّ).

(١٥) اى وجود الشّرط.

(١٦) بمعنى عدم لزوم وجود الشرّط حين العقد و الانشاء.

(١٧) يعنى اعتبار الشّرط فى ترتّب الاثر الشرعى على العقد اقول قال بعض الاكابر فى ←

التّسليم واسلام مشترى المصحف و العبد المسلم.

ثمّ هل يشترط بقاء الشّرائط المعتبرة حين العقد الى زمان الاجازة[١] ام لا[٢] لاينبغى الاشكال فى عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما حتّى على القول بالنّقل[٣] نعم على القول بكونها[٤] بيعاً مستانفاً يقوى

➡ هذا المقام ما هذا لفظه (نعم اذا لم يقدر على تسليمه كالعبد الآبق فباعه بدون ضميمة مع علمه بالقدرة على تسليمه حين الاجازة او مع عدم العلم ثمّ صار مقدوراً من باب الاتّفاق فانّه لا يبعد صحّته لانّ المستفاد من ادلّة اعتبارها بملاحظة مناسبة الحكم والموضوع هو اعتبارها لتحقّق الوفاء بالقبض و الاقباض و هكذا لو كان المشترى بالمصحف كافراحين العقد ثمّ اسلم حين الاجازة او كان مسلماً حينه ثمّ ارتدّ بعده ثمّ اسلم و تاب حين الاجازة والحاصل انّ الدّليل فى جميع ذلك اطلاق ادلّة هذه الشّرائط الشّاملة من حين ابتداء العقد الى تمام الاجازة الخ.

(١) فاذا كان الشّرط موجوداً حال العقد لاحال الاجازة كما اذا جنّ الاصيل حال اجازة المالك لم يكف.

(٢) بل اللّازم وجود الشّرط حال العقد فقط.

(٣) اقول لعلّ وجه عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما انّ مادلّ من النصّ على عدم اشتراط البقاء مطلق يشمل النّقل ايضا كصحيحة ابى عبيدة الواردة فى تزويج الصغيرين فضولا الخ.

الوسائل الباب ١١ من ابواب ميراث الازواج الحديث ١ من كتاب المواريث.

(٤) اى بكون الاجازة.

الاشتراط[١] وامّا شروط العوضين[٢] فالظّاهر اعتبارها[٣] بناءً على النّقل و امّا بناءً على الكشف فوجهان[٤] واعتبارها[٥] عليه ايضا غيربعيد.

الثّانى[٦] هل يشترط فى المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتّفصيل[٧] من

---

(١) اى اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما الى زمن صدور الاجازة اذ لم يحصل البيع قبلها فاللاّزم وجود الشّرائط حين الاجازة.

(٢) من معلوميّة العوض و المعوّض و قابليتّهما للتملّك بان لا يكونا كالخمر و نحوه و كوتهما مقدورين للتسليم فلا يصحّ البيع على المجهول و لا ما لا يقدر على تسليمه كالسّمك فى البحار والطّيرفى الهوا و كونهما ملكى طلق للمتقاقدين.

(٣) اى اعتبار تلك الشروط حال الاجازة.

(٤) وجه الاشتراط كما عن يعض المحققين امكان دعوى ظهور الادلّة فى اعتبار الاستمرار كما تقدّم عن صاحب الجواهر فى بيان ثمرات الكشف و النقل فيعتبر البقاء و منعه مع فحوى خبر تزويج الصّغيرين اللّذين مات احدهما حيث انّ موت احد الزّوجين بمنزلة تلف احد العوضين.

الوسائل الباب ۶، من ابواب عقد النّكاح.

(٥) اى اعتبار شروط العوضين على القول بالكشف الى حين صدور الاجازة ايضا غيربعيد كالنّقل اذ فى الحقيقة لا يكون العقد عقداً الاّ بالاجازة ايضا غيربعيد كالنّقل اذ فى الحقيقة لا يكون العقد عقداً الاّ بالاجازة والاّ فقبل الاجازة لا يصدق عقودكم المستفاد من اوفوا بالعقود.

(٦) اى من الامور التّى افادها الشّيخ بقوله: وامّا القول فى المجاز فاستقصائه يتمّ ببيان امور.

(٧) من المسائل المربوطة بالعقد المجاز هل يشترط فى العقد المجاز كونه معلوماً للمجيز تفصيلا حتّى اذا اجازه اجاز العقد المعلوم تفصيلا لديه.

تعيين العوضين[١] وتعيين نوع العقد من[٢] كونه بيعا او صلحاً فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً لجاريته او بيعالها ام يكفى العلم الاجمالى بوقوع عقد[٣] قابل للاجازة[٤] وجهان من كون الاجازة[٥] كالاذن السّابق فيجوز تعلّقه[٦] بغير المعيّن الاّ[٧] اذا بلغ حدّا لايجوز معه

---

(١) من تعيين العوض والمعوّض تعيينا كاملا واضحاً.

(٢) اى من كون العقد بيعاً او صلحاً اوهبته او نحوها.

(٣) اقول هذا كما صرّح به الاستاد هو الاقوى و ذلك لأنّ الوجه فى اعتبار الاجازة هو تحصيل الرّضا بالانتقال و تحصيل اضافة العقد الى المجيز ولا ريب فى حصولهما مع العلم الاجمالى.

(٤) و كذا فيما اذا لم يعلم انّ العقد مربوط به او بموكّله او بالمولىّ عليه الّذى هو وليّه.

(٥) هذا دليل لعدم اشتراط كون المجاز معلوما بالتفصيل عند المجيز و كفاية علم الاجمالى فى ذلك.

(٦) اى فيجوز تعلّق الاذن يغير المعيّن كما اذا قال بكر لوكيله انت ماذون من قبلى فى خطبته بنت زيد او بنت عمرو و نكاحها بل لو قال انت وكيلى فى شراء دار بهذا المبلغ الموجود عندك.

(٧) قوله (الاّ) استثناء عمّا افاده من جواز تعلّق الاذن بغير معيّن و ملخصّه انّ جواز تعلّق الاذن السّابق بشى غيرمعيّن انّما يصحّ لو لم يبلغ الاذن الى حدّ لا يجوز معه التّوكيل كما اذا وكل فى امر مبهم كما لو قال انت وكيلى فى اجراء عقد ما او طلاق ما لى كيف ما كان او يقول وكلتكّ فى احد الامور من الطلاق والبيع و النّكاح وجه عدم الجواز انّه خارج عن طريقة العقلاء فلا يشمله دليل الوكالة.

التوّكيل و من[١] انّ الاجازة بحسب الحقيقة احد ركنى العقد لانّ المعاهدة الحقيقية انّما يحصل من المالكين بعد الاجازة فتشبه القبول مع عدم تعيين الايجاب عند القابل.

و من هنا[٢] يظهر قوّة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد[٣] ولا يكفى مجرّد احتماله[٤] فيجيزه[٥] على تقدير وقوعه[٦] اذا انكشف وقوعه

---

(١) و من الخ دليل لاشتراط العلم التفصيلى للمجيز بالمجاز و ملخصّه انّ الاجازة فى الواقع احد ركنى العقد و ذلك لانّ العقد مركّب من الايجاب و القبول و قد وقع القبول من قبل الاصيل الّذى هو المشترى و الايجاب وقع من قبل العاقد الفضولى فكانّما لم يقع فاحتاج الى الرّكن الثّانى وهو الاجازة حتّى تحصل المعاهدة الحقيقيّة بين مالكين اصليينّ بعد صدور الاجازة لأنّ العقد الاوّل الصّادر بين فضول و اصيل لم يتحقّق فيه مفهوم المعاهدة الحقيقيّة لعدم اصالة الفضول فعلى هذا فالاجازة تشبه القبول فى كونه احد ركنى العقد فيلزم من عدمه عدم العقد.

(٢) اى و من انّ الاجازة احد ركنى العقد لانّ المعاهدة الحقيقيّة انّما تحصل بين المالكين بعد الاجازة.

(٣) الوجه فى اعتبار العلم بوقوع العقد توقّف صحّة اجازة المالك عليه.

(٤) اى مجرّد احتمال العلم.

(٥) قوله (فيجيزه) تفريع على المنفىّ وهو كفاية مجرّد احتمال العلم والضّمير الفاعل المستتر فيه راجع الى المالك والضّمير المفعول راجع على العقد.

(٦) اى وقوع العقد بان يجيز العقد معلّقا على وقوعه بان يقول ان باع بكر ارضى فقد اجزته.

لأنّ[١] الاجازة وان لم تكن من العقود حتّى تشملها معاقد اجماعهم على عدم جواز التّعليق فيها[٢] الاّ انّها فى معناها[٣] ولذا[٤] يخاطب المجيز بعدها[٥] بالوفاء بالعقد السّابق مع انّ الوفاء بالعقد السّابق لايكون الاّ فى حق العاقد فتامل[٦].

الثّالث[٧] المجاز[٨] امّا العقد الواقع على نفس مال الغير وامّا العقد

---

(١) قوله (لانّ) علّة لعدم كفاية احتمال العلم.

(٢) اى فى العقود حيث انّ الفقهاء اجمعوا على انّه لا يجوز التّعليق فى العقود وذلك لاجل عدم صدق العقد الّذى هو ما فيه التزام مبرم ممّا ينافى مفهومه التّعليق الذّى هو ليس بمبرم.

(٣) اى انّ الاجازة فى معنى العقود فلا يصحّ التّعليق فيها كما عرفت آنفا انّه لا يجوز التعليق فى العقود.

(٤) اى ولاجل انّ الاجازة فى معنى العقود فلا يصحّ التعليق فيها.

(٥) اى بعد الاجازة الصّادرة من المجيز.

(٦) اقول لعلّه اشارة الى انّ الاجماع قام على عدم جواز التّعليق فى العقود فقط فلا يشمل الاّ ما كان عقدا حقيقة ولا يشمل الاجازة الّتى ليست عقدا حقيقة بل غايتها انّها فى العقد.

(٧) اى الامرا الثّالث من الامور الّتى افاده الشيخ(ره) فى ٤١٤، بقوله و امّا القول فى المجاز فاستقصائه يكون ببيان امور.

(٨) اقول من هنا اخذ الشيخ قدّس سره فى ذكر اقسام للعقد المجاز و الصّورة هى اثنتا عشره ستٌّ منها لكون المجاز هو العقد الواقع على نفس مال الغير و ستٌّ لكون المجاز هو

←

➡ العقد الواقع على عوض مال الغير و المراد من العوض اعمّ من أن يكون عوض مال الغير او عوض عوضه و امّا الصّورة السّتّه لكون المجاز هو العقد الواقع لنفس مال الغير.
فالاولى منها ان يكون المجاز اوّل عقد وقع على مال الغير كاجازة بيع العبد بالفرس و الثانيّة ان يكون آخر عقد وقع على مال الغير كبيع العبد بالدنيا و الثّالثة ان يكون المجاز الوسط الواقع بين سابق ولا حق واقعين على مورده كاجازة بيع العبد بالكتاب والرّابعة ان يكون المجاز العقد الوسط بين سابق ولا حق واقعين على العوض كاجازة بيع العبد بالكتاب اذا بيع قبله الفرس بالدّرهم و بعده الدّينار بالجارية.
والخامسة ان يكون المجاز العقد الوسط بين سابق واقع على مال المالك ولا حق وقع على عوض مال المالك كما لو باع العبد اوّلا بفرس ثمّ باع المشترى و هو صاحب الفرس العبد بكتاب ثمّ بيع الفرس بدرهم واجاز المالك بيع العبد بالكتاب فانّ العقد المجاز واقع على نفس المال وسابق وقع على مورده و هو بيع العبد بالفرس و لا حقه وقع على عوضه و هو بيع الفرس بالدّرهم.
السّادسة ان يكون المجاز العقد الوسط بين سابق وقع على عوض مال المالك كما لو باع العبد بفرس ثمّ باع الفرس بدرهم ثمّ بيع العبد بكتاب ثمّ بيع العبد بدينار فاجاز المالك بيع العبد بالكتاب فانّ المجاز عقد وقع على مال المالك و قبله عقد وقع على عوضه وهو بيع الفرس بالدّرهم وبعده عقد وقع على مورده و هو بيع العبد بالدّينار و فى هذا المثال الاخير لابدّ من فرض اربع عقود حتّى يصحّ فرض وقوع العقد على العوض قبل العقد المجاز.
وامّا الصّور السّته لكون المجاز العقد الواقع على عوض مال المالك فالاولى منها ان يكون المجاز اوّل عقد وقع على العوض كاجازة بيع الفرس بالدّرهم فى مثال المتن والثّانية ان يكون المجاز آخر عقد وقع على العوض وقد بيّنا أنّ المراد بالعوض.

⬅

الواقع علی عوضه[١] وعلی کلّ منها[٢] امّا ان یکون المجاز اوّل عقد

➡ هو الاعمّ من العوض و عوض العوض کاجازة بیع الرّغیف بالعسل فانّ الرّغیف بدل عن الدّرهم و الدّرهم بدل عن الفرس و الفرس عوض عن العبد.

والثّالثة ان یکون المجاز هو العقد لوسط الواقع علی عوض مال الغیر والحال هو بین سابق ولا حق واقعین علی مورده کاجازة بیع الدّرهم بالّرغیف عقدین واردین علی مورده عوضا کان او معّوضا

الرّابعة ان یکون المجاز هو العقد الواقع علی العوض والحال انّه وسط بین سابق ولا حق واقعین علی مال المالك کما اذا باع العبد اوّلا بفرس ثم باع الفرس بالّدرهم ثم بیع العبد بکتاب فاجازالمالك بیع الفرس بالدرهم و هو وسط بین عقدین واقعین علی مال المالك.

الخامسة ان یکون المجاز العقد الوسط بین سابق واقع علی العوض و بین لا حق واقع علی نفس مال المالك کبیع الدرهم فی مثال المضّف بالرغیف والرغیف بالعسل ثم بیع العبد بالکتاب فاذا اجاز المالك بیع الرغیف بالعسل فالمجاز عقد الواقع علی العوض و قبله عقد وقع ایضا علی العوض و بعده عقد وقع علی مال المالك.

السّادسة ان یکون المجاز العقد الوسط بین سابق وقع علی عوض مال المالك ولا حق وقع علی العوض عکس الخامسة کما اذا باع العبد بفرس ثم یبیع العبد بکتاب ثمّ باع الفرس بدرهم والدّرهم برغیف فاجاز المالك بیع الفرس بالدّرهم فالمجاز عقد واقع علی العوض بین سابق وقع علی مال المالك وبین لاحق وقع علی عوض مال المالك.

(١) ای عوض مال الغیر.

(٢) ای کلّ من الصّورتین و هما وقوع الاجازة علی مال الغیرا و وقوع الاجازة علی عوض مال الغیر.

وقع على المال[١] اوعوضه[٢] اوآخره[٣] اوعقداً[٤] بين[٥] سابق ولاحق[٦] واقعين[٧] على مورده او بدله[٨] او بالاختلاف[٩] ومجمع الكلّ[١٠] فيما اذا باع عبداً لمالك بفرس ثمّ باعه[١١] المشترى بكتاب ثمّ

---

(١) اى على مال الغير.

(٢) اى عوض مال الغير.

(٣) قوله (آخره) معطوف على قوله (اوّل عقد) يعنى او يكون المجاز آخر عقد وقع على مال الغير او عوضه.

(٤) قوله (عقداً) عطف على قوله (اوّل عقد).

(٥) كلمة (بين) منصوبة على الحاليّة لكلمة (عقداً) اى حال كون عقد الوسط واقعاً بين عقد سابق.

(٦) اى و واقعا عقد الوسط بين عقد لاحق.

(٧) بالنصب حال لكلمتى سابق ولاحق اى حال كون عقد السّابق واللّاحق واقعين على مورده و هو مال الغير.

(٨) اى حال كون عقد السّابق و اللاّحق واقعين على بدل مال الغير و هو العوض.

(٩) اى حال كون عقد السّابق واللاّحق وقعا بالاختلاف بان وقع السّابق على مال الغير واللاحقّ على عوض مال الغير او بالعكس بان وقع السّابق على عوض مال الغير واللاحق على نفس مال الغير.

(١٠) اى يجمع جميع الصّور الاثنتى عشرة الّتى اوضحناها فى ضمن امثال فى الحاشية السّابقة ما ذكر فى هذا الفرض فانّ العقود الثّمانية الواقعة فى هذا الفرض جامعة لجميع الصّور.

(١١) اى ثمّ باع المشترى العبد مّرة ثانية.

باعه[١] الثّالث بدينار و باع البايع[٢] الفرس بدرهم و باع الثّالث[٣] الدّينار بجارية وباع بايع الفرس[٤] الدّرهم برغيف ثمّ بيع الدّرهم بحمار[٥] وبيع الرّغيف[٦] بعسلٍ.

امّا اجازة العقد الواقع على مال المالك[٧] اعنى العبد بالكتاب فهى[٨]

---

(١) اى باع العبد البايع الثّالث حيث كان البايع الاوّل هو الّذى باعه بفرس والبايع الثّانى هو الّذى باعه بكتاب.

(٢) فاوّل عقد وقع عليه هو العقد على الفرس حيث كان عوضاً عن العبد وثمناً له.

(٣) المراد من الثّالث البايع الثّالث فى مسالة بيع العبد حيث بيع ثلاث مرّات مرّة بفرس و مرّة بكتاب و مرّة بدينار.

(٤) وهو الفضول الاوّل الدّرهم وهو ثمن الفرس برغيف خبز.

(٥) اى من حصل فى بده الدّرهم باعه بحمار.

(٦) اى الرّغيف الّذى اشترى بدرهم.

صورته الواضحة كمايلى

العبد بالفرس ثمّ العبد بالكتاب ثمّ العبد بالدّينار بالدّرهم بالحمار بالجارية بالرّغيف بالعسل.

غرضه من هذا المثال فرض جميع صورا التركيب فيه.

(٧) اقول من هنا اخذ الشيخ كما عن بعض المحشيّن فى بيان حكم مسألة العقود المتعددة الواقعة على مال الغير او عوضه من حيث الصّحة والفساد المعبّر عنه بالحكم الوضعى.

(٨) اى الاجازة.

ملزمة[١] له ولما[٢] بعده ممّا وقع على مورده[٣] اعنى العبد بالدّينار بناءً على الكشف[٤].

وامّا بناء على النقّل فيبنى[٥] على ما تقدّم من اعتبار ملك المجيز حين العقد وعدمه[٦] وهى[٧] فسخ بالنّسبة الى ما قبله ممّا ورد على مورده اعنى بيع العبد بفرس بالنّسبة الى المجيز امّا بالنّسبة الى من ملك بالاجازة و هو المشترى بالكتاب فقابليّته[٨] للاجازة مبينّة على مسألة

---

(١) اى لهذا العقد و هو بيع العبد بالكتاب.

(٢) مراده من (ما) فى قوله (لما بعده) وهو العقد الّذى وقع بعد بيع العبد بالكتاب.

(٣) اى على مورد مال المالك.

(٤) و ذلك لانّ الاجازة تكشف عن صحّة العقد السّابق فتبعه صحّة العقد اللاحق.

(٥) اى فيبنى لزوم ما بعد العقد ممّا وقع على مورده على ما تقدّم من اعتبار ملك المجيزحين العقد.

(٦) اى عدم اعتباره فان قلنا بالاعتبار فاللاّزم القول بالبطلان وان قلنا بعدم الاعتبار فاللاّزم القول بالصّحة لانّ هذه المسألة من صغريات من باع ثم ملك.

(٧) اى الاجازة قوله (وهى) عطف على قوله فهى ملزمة فسخ بالنسبّة الى ما قبله ممّا ورد على مورده اعنى بيع العبد بفرس بالنّسبة الى المجيز اذ معنى اجازة مالك العبد البيع المتاخّر انه صرف النّظر من البيع المتقدّم فلم يبق محلّ لصحّة البيع المتقدّم عنده.

(٨) اى قابليّة من ملك بالاجازة للاجازة مبيّة على مسالة اشتراط ملك المجيزحين العقد فان قلنا بالاشتراط لم يصحّ بيع العبد بفرس باجازة المالك المتاخّر للعبد وان قلنا بعدم الاشتراط صحّ ان يجيز هذا المالك الجديد البيع السابق.

اشتراط ملك المجزحين العقد هذا حال العقود السّابقة واللاّحقة عل مورده اعنى مال المجيز

وامّا العقود الواقعة على عوض مال المجيز فالسّابقة على هذا العقد[١] وهو بيع الفرس بالدّرهم فيتوقّف لزومها على اجازة المالك الاصلى للعوض و هو الفرس.

واللاّحقة[٢] له[٣] اعنى بيع الدّينار بجارية تلزم بلزوم هذا العقد[٤] وامّا اجازة العقد الواقع على العوض اعنى بيع الدّرهم برغيف فهى[٥] ملزمة للعقود السّابقة عليه[٦] سواء وقعت على نفس مال المالك اعنى بيع

---

(١) مراده قده من العقد هو العقد المجاز و هوهنا الفرس فيتوّقف لزومها الى نفوذها وامضائها على اجازة المالك الاصلى للعوض و هو الفرس.

(٢) قوله (للعقود اللاّحقة) معطوف على قوله (للعقود السّابقة).

(٣) الضّمير راجع الى بيع الدّرهم بالرّغيف.

(٤) يعنى بلزوم العقد المجاز و وجه اللّزوم أنّ اجازة بيع العبد بالكتاب يستلزم كون المشترى مالكا للعبد فاذا باعه بدينار يصير مالكا للدّينار و اذا باع الدّينار ايضا بجارته لزم العقد الواقع على الدّينار و هكذا فيلزوم العقد المجاز تلزم هذه العقود اللاّحقة له ثمّ فليعلم انّ هذا بناءً على الكشف وامّا بناءً على النّقل فيبنى الكلام فيه مثل العقد اللاّحق له الوارد على مورده على اعتبار كون المجيز هو المالك حال العقدو عدمه.

(٥) اى الاجازة.

(٦) اى على هذا العقد المجاز و هو هنابيع الدّرهم برغيف.

العبد بالفرس ام على عوضه و هو بيع الفرس بالدّرهم و للعقود[١] اللاّحقة له[٢] اذا وقعت العوّض و هو بيع الدّرهم بالحمار امّا الواقعة[٣] على هذا البدل المجاز اعنى بيع الرّغيف بالعسل فحكمها[٤] حكم العقود الواقعة على المعوّض ابتداءً[٥] وملّخص[٦] ما ذكرنا أنّه لو ترتبّت عقود متعدّدة مترتّبة على مال المجيز[٧] فان وقعت[٨] من

---

(١) فانّ لزومها باجازة العقد المتوسّط الواقع على العوض ايضا مبنى على الكشف وامّا بناءً على النقل فالحكم فيه مبنّى على ما ذكر.

(٢) الضّمير راجع الى بيع الدّرهم بالرّغيف.

(٣) اى الرّغيف الّذى صار مالا للمالك لانّه عوض عبده بعد معاملات.

(٤) اى حكم العقود الواقعة على هذا البدل المجاز.

(٥) يعنى أنّ حكم العقود الواقعة على هذا البدل المجاز و هو الرّغيف حكم العقود الواقعة على نفس المعوّض ابتداء.

فكما انّ الاجازة الصّادر من المالك لو وقعت على ايّ عقدٍ وقع على المعوّض تكون فسخاً لما قبله و امضاءً لما بعده كذلك الاجازة الواقعة على ما نحن فيه و هو بيع الرّغيف بالعسل تكون فسخا لما قبله و امضاءً لما بعده.

(٦) من صور الاجازة.

(٧) مراده قده من مال المجيز اعمّ من عين مال و من عوض ماله.

(٨) اى وقعت العقود المتعدّدة من اشخاص متعدّده كبيع زيد لعمرو و عمرو لبكر و بكر لخالد و خالد لعليّ و هكذا.

اشخاصٍ متعددة كانت اجازة وسط منها فسخا[١] لما قبله و اجازة لما بعده على الكشف و ان وقعت من شخص واحد[٢] انعكس الامر[٣].

ولعلّ هذا[٤] هو المراد من الحكّى عن الايضاح والدّروس فى حكم ترتّب العقود من انّه اذا اجاز عقد اعلى المبيع صحّ و ما بعده و فى الثّمن ينعكس[٥] فانّ العقود المترتّبه على البيع لا يكون الاّ من اشخاص

---

(١) اى كانت اجازة مالك وسط من تلك العقود كالعبد بالكتاب فسخا لما قبله اذ لو صحّ ما قبله لم يكن المال للمالك حتى يجيز الوسط و اجازة لما بعد لأنّ اجازة الوسط يوجب خروج المال عن ملك المالك.

(٢) اى و ان وقعت العقود المتعددة من شخص واحد كبيع زيد الفضول فى المثال بان باع العبد بفرس ثم باع الفرس بدرهم ثمّ باع الدرّهم برغيف ثم باع الرّغيف بعسل فانّ هذه العقود المتعدّدة على مال المالك و عوضه وقعت من شخص واحد.

(٣) اقول يعنى اجازة وسطا منها كاجازة بيع الدّرهم بالرّغيف ملزمة له و للعقود السّابقة عليه سواء وقعت على نفس المال او عوضه واما العقود اللاّحقة الواقعة على المعوضّ و هو الدّرهم فهى ايضا تكون لازمة و امّا العقود اللاّحقة الواقعة على العوض و هو الرّغيف فهى فى حكم الفضولى الابتدائى فالحاصل تكون اجازة الوسط اجازة لما قبله و فسخاً لما بعده بعكس ما لو وقعت عقود متعددة من اشخاص متعدّدة حيث كانت اجازة عقد الوسط فسخا لما قبله و امضاءً لما بعده.

(٤) اشارة الى انّه لو وقعت عقود متعدّدة من اشخاص متعدّدين تكون اجازة عقد الوسط فسخا لما قبله و اجازة لما بعده.

(٥) حيث انّ الاجازة توجب الصّحة و ما قبله لأن هذا الثّمن لا يكون ثمنا للمالك الاّ اذا صحّت العقود المتقدمه عليه و قد اشبعنا الكلام فى هذا المقام فلا نعيده.

متعدّدة.

وامّا العقود المترّتبة على الثّمن فليس مرادهما[١] ان يعقد على الثّمن الشخصى مراراً لأنّ حكم ذلك[٢] حكم العقود المترّتبة على البيع على ما سمعت سابقاً[٣] من قولنا اما الواقعة على هذا البدل المجاز الى آخره بل مرادهما[٤] ترامى الاثمان[٥] فى العقود المترتّبة كما صرّح بذلك[٦] المحقق و الشهيد الثّانيان و قد علم من ذلك[٧] أنّ مرادنا بما ذكرنا فى المقسم[٨] من أنّ العقد المجاز على عوض مال الغير ليس

---

(١) اى ليس مراد صاحب الايضاح و الدّروس.

(٢) اى حكم العقد على الثّمن الشّخصى مراراً.

(٣) كلمة (من) بيان و توضيح لقوله على ما سمعت سابقا.

(٤) اى مراد صاحب الايضاح و صاحب الدّروس.

(٥) بان تقع عقود متعدّدة على اثمان متعدّدة راجعة الى مالك الاصيل كما لو بيع كتاب زيد الى عمرو بدينار ثم باع عمرو الّدينار الى بكر بسجّاده (جانمازى) ثم باع بكر السّجاده الى خالد بقلم ثم باع خالد القلم الى علىّ بلباس ثمّ باع علىٌ لباس بحسن فهذه عقود متعدّدة وقعت على اثمان متعدّدة.

(٦) اى بانّ مراد صاحب الايضاح والدّروس من العقود المترّتبة على الثمن هو نرامى الاثمان لا العقد على الثمن الشخصى مرارا.

(٧) اى علم ممّا قلناه فى توضيح كلام صاحب الايضاح والدّروس من أنّ المراد من العقود المترّتبة على الثمن هو ترامى الاثمان لا العقد الواقع على الثّمن الشخصى مرارا.

(٨) و هو قوله «المجاز امّا العقد الواقع على نفس مال الغير و امّا العقد الواقع على عوضه

العوض الشّخصی الاوّل له[١] بل العوض[٢] ولو بواسطه ثم انّ هنا[٣]

➡ و علی کلّ منهما امّا ان یکون المجاز اوّل عقد وقع علی المال الخ.

(١) ای لمال الغیر.

(٢) ای عوض العوض و هکذا کما فی مثال الشیخ الاعظم رحمة الله علیه حیث کان الفرس عوضا عن العبد والدّرهم عوضا عن العوض و هو الفرس و الرّغیف عوضا عن العوض و هو الفرس والرّغیف عوضا عن عوض العوض و هو الدّرهم و الدّرهم عوضا عن عوض العوض العوض وهو الفرس.

(٣) اقول قال السیّد ﷺ فی هذا المقام ما هو لفظه.

اقول لا یخفی انّ هذا الاشکال انّما: یختصّ بما اذا کان الثّمن شخصیّاً والاّ فمع کونه کلیّاً غایته انّ المدفوع الی الغاصب یصیر مالکاً له لکن لا یتعیّن الثّمن فیه فیمکن ح اجازة البیع ومطالبة الثّمن من المشتری.

نعم ح لا یمکن اجازة العقد الثّانی للغاصب لانّه لادخل له بالمجیز ثمّ انّه لیس اشکالاً فی جواز تتبّع العقود بل الاشکال هنا انّما هو فی صحّة العقد الاوّل ومنه یسری الی سائر العقود الاّ فیما فرضنا من کون الثّمن کلیّاً فانّ الاشکال فیه انّما هو فی التتبّع لا فی العقد الاوّل ثمّ انّه مبنیٌ علی کون الثّمن المدفوع الی الغاصب ملکاً له و الاّ فلا یکفیه مجرّد عدم جواز الاسترداد والقول بملکیّة الغاصب له مقطوع الفساد وان نسب الی ظاهر بعض الکلمات ثمّ انّه مبنیٌ علی القول بالنّقل بما ذکره الفخر و تبعه المصنّف قده والاّ فعلی الکشف لااشکال کما هو واضح کما بیّنه المصنّف قده ثمّ انّ القول بعدم جواز الاسترداد من الغاصب ایضاً ممّا ینبغی القطع بفساده فلا اشکال اصلا و لا طائل تحت اطالة الکلام علی هذا المبنی الفاسد فالتّحقیق انّه لا ینتقل الثمن فی العقد الثانی الی الغاصب لعدم کونه مالکاً للعوض و هو الثّمن فی البیع الاوّل فیجوز للمالک تتبّع العقود بلا اشکال علی ⬅

اشكالا فى شمول الحكم بجواز تتّبع العقود لصورة علم المشترى بالغصب اشار اليه العلاّمة رحمه الله فى القواعد و واضحه قطب الدّين والشّهيد فى الحواشى المنسوبة اليه[١].

فقال الاوّل[٢] فيما حكى عنه انّ وجه الاشكال انّ[٣] المشترى مع العلم[٤] يكون مسلّطا للبايع الغاصب على الثمن و لذا[٥] لوتلف[٦] لم

← الكشف و النّقل نعم لوتلف الثمن فى البيع الاوّل قبل الاجازة اشكل الحال بناءً على النقل لكن لا يختصّ هذا ببيع الغاصب بل يجرى فى جميع المقامات من حيث انّه لابدّ من وجود كلّ من العوضين حين النقل و قد مرّ سابقا فتذير انتهى كلامه رفع مقامه.

(١) اى الى الشّهيد.

(٢) وهو قطب الدّين.

(٣) قوله «انّ مع اسمها و خبرها خبرك (انّ) فى قوله (انّ وجه الاشكال).

(٤) اى مع علم المشترى بغصبيّة المبيع يكون مُسَلّطاً بصيغة اسم الفاعل.

(٥) اى ولاجلّ انّ المشترى مع علمه يكون البايع غاصباً فقد سلّط البايع على الثّمن فلوتلف الثمن عند البايع ليس للمشترى حقّ الرّجوع الى البايع الغاصب لانّ المشترى اقدم قاعدة اقدام الّتى ذكرها الشيخ فى المبسوط حيث انّه علّل الضّمان فى موارد كثيرة من البيع و الاجازة الفاسدين بدخول القابض على أن يكون المال مضوناً عليه بالمسمّى فاذا لم يسلّم له المسمى رجع الى المثل اوالقيمة على ضرر نفسه بان اعطاه لشخص ليتلفه بدون ضمان.

(٦) اى لو تلف الثمن.

يكن له[١] الرّجوع ولو بقى[٢] ففيه الوجهان[٣] فلا[٤] تنفذ فيه اجازة الغير[٥] بعد تلفه بفعل المسلّط[٦] بدفعه ثمناً عن مبيع اشتراه[٧] ومن

---

(١) اى للمشترى حقّ الرّجوع الى البايع الغاصب.

(٢) اى وامّا لو كان الثّمن باقيا عند البايع الغاصب ولم يتلف فهل للمشترى العالم بالقّضية حقّ الرّجوع على البايع الغاصب للثّمن او ليس له ذلك.

(٣) احدهما احتمال ان للمشترى حقّ الرّجوع لانّه عين ماله فياخذه متى ما اراد وثانيهما احتمال ان ليس له الرّجوع لانّه فى اعطائه المال للغاصب يكون كمن اعرض عن ماله فالقاه فى الطريق فاخذه الآخر فانه ليس للمعرض الرّجوع لسلب علاقة المالكيّة عرفاً عن مثله فلا يشمله دليل الملك.

(٤) اقول المراد من الغير غيرالفضولى وهو المالك يعنى لا تنفذ اجازة المالك فى بيع الغاصب بان يجعل الثّمن ملكا للمالك.

(٥) اى فلا تأثير للاجازة الصادرة من المالك الاصيل فى ادخال الثّمن فى ملكه لانّ الثمن قد اصبح ملكاً لبايع الغاصب لتسليط المشترى له مجاناً وبلا عوض فعندئذ يبقى المبيع بلا ثمن لانّ البايع الغاصب قد اتلف الثمن بشرائه سلعته فاصبح هو مالكا للثمن وللسلعه و لكلّ ربح يترتّب على السلعه.

(٦) اى المشترى الّذى سلّط الغاصب على ثمنه بدفعه اى بسبب دفع المال ثمناً عن مبيع.

(٧) اشتراه المشترى من الغاصب بمعنى انّ المشترى سلّط الغاصب على الثّمن فصار الثّمن ملكا للغاصب فلو اجاز المالك الاصلى بيع الغاصب كان معناه انّ الثمن خرج من ملك المالك ولم يدخل فى ملكه الثمن اذ الثّمن قد تلف عند الغاصب و صار ملكا

⇐

انّ[١] الثّمن عوض عن العين المملوكة ولم يمنع من نفوذ الملك فيه[٢] الاّ عدم صدوره[٣] عن المالك فاذا اجاز جرى[٤] مجرى الصّادر عنه انتهى[٥].

وقال[٦] فى محكّى الحواشى أنّ المشترى مع علمه بالغصب يكون مسلّطاً[٧] للبايع الغاصب على الثّمن فلا يدخل فى ملك ربّ العالمين[٨].

← للغاصب و من البّين انّ بيعا يخرج الثمن من كيس و لا يدخل فى ذلك الكيس الثمن ليس قابلا للاجازة من المالك.

(١) اقول هذا بيانٌ للوجه الآخر من الاشكال وهو جانب نفوذ الاجازة.

(٢) اى لم يمتع من نفوذ الملك المالك المجيز فيه اى فى الثمن.

(٣) اى عدم صدور البيع عن المالك.

(٤) اى فاذا اجاز المالك جرى البيع مجرى الصّادر عن المالك ابتداءً فى تاثيره فى دخول الثمن فى ملكه فيكون الثّمن ثمنا للمالك المجيز والمشترى لم يسلّط الغاصب على الثمن بعنوان الاعواض اوبعنوان انّ الثّمن ملكا للغاصب حتّى يكون الثّمن داخلا فى ملك الغاصب.

(٥) اى انتهى كلام قطب‌الدّين.

(٦) اى قال الشّهيد فى محكّى الحواشى.

(٧) بالكسر.

(٨) اى مالك الثمن.

فحينئذ[١] اذا اشترى[٢] البايع متاعاً فقد اشتراه لنفسه واتلفه عند الدّفع الى البايع فيتحقق ملكيّته[٣] للمبيع فلا يتصوّر نفوذ الاجازة هذا لصيرورته[٤] ملكاً للبايع و ان امكن اجازة المبيع[٥].

مع احتمال[٦] عدم نفوذها ايضا لأنّ[٧] مادفعه الى الغاصب كالماذون له فى اتلافه فلا يكون ثمنا فلا توثّر الاجازة فى جعله ثمنا فصار الاشكال[٨]

---

(١) اى فحين ان قلنا: إنّ المشترى مع علمه بالغصب يكون مسلّطا للبايع الغاصب على الثّمن.

(٢) اى بالثّمن المدفوع الى البايع الغاصب من قبل المشترى متاعا مثل الجارية فقد اشترى ذاك المتاع لنفسه واتلف ذاك الثّمن عند الدّفع الى البايع يعنى بايع المتاع اعنى الجارية مثلا.

(٣) اى فيتحقق كون الغاصب البايع فى المعاملة الاولى والمشترى فى المعاملة الثانية مالكا للمتاع للمبيع فى المعاملة الثانية فلا يتصورّ نفوذ الاجازة هنا اى فى العقد الثانى الوارد على الثمن.

(٤) اى لصيرورة المتاع ملكا للبايع الغاصب.

(٥) يعنى به العقد الصّادر من الغاصب الواقع على البيع المعبّر عنه بالعقد الاوّل.

(٦) اى مع احتمال عدم نفوذ الاجازة فى البيع ايضا.

(٧) خلاصة الكلام فى المقام أنّ ما دفعه المشترى العالم بالغصبيّة الى البايع الغاصب يكون كالمال الّذى يدفع الى شخص ليتلفه فلا يكون ثمنا للكتاب فلا توثر الاجازة من مالك الكتاب فى جعله ثمنا اذ صار الثمن ملكا للغاصب فكيف يرجع و يكون ملكاً لمالك الكتاب.

(٨) بمعنى انّه صار الاشكال فى صحة بيع الغاصب و فى صحّة اجازة المالك بالنّسبة الى

فى صحّة البيع و فى التتّبع[١].

ثم قال[٢] انّه يلزم من القول ببطلان التّتبع[٣] بطلان اجازة البيع فى لبيع لاستحالة كون المبيع بلاثمن.

فاذا قيل إنّ الاشكال فى صحّة العقد كان[٤] صحيحاً ايضا انتهى[٥]

⇐ احدى العقود الواقعة على الثمن بعد التتّبع و تشخيص المصلحة فى صورة تعدّد العقد.

(١) و معنى تتّبع العقود هو جواز اختيار صاحب البيع فى البيع الاوّل الصّادر من البايع الغاصب العقود المتعدّدة الواقعة على ماله.

(٢) اى قال الشهيد فى الحواشى المنسوبة اليه.

(٣) اقول قال الاسنناد فى هذا المقام ما هذا لفظه.

اقول و ذلك لانّ بطلان التّتبع بمعنى جواز اختيار صاحب البيع فى العقد الثّانى انّما هو لاجل صحّته للغاصب و دخول البيع فى ملكه بازاء الثّمن الّذى قبضه فى مقابل مال مالك البيع و دخول الثمن فى ملك البايع فيكون المالك للمبيع اجنبيّا عن هذا العقد الثّانى فلا مجال لتتبعه و اختياره ومن المعلوم انّ لازم ذلك بطلان البيع الاوّل الوارد على مال المجيز لاستحالة كون المبيع بلا ثمن ينتقل الى صاحب المبيع والفرض هذا انتقال الثمن الى الغاصب بجعله ثمنا فى البيع الثّانى فلا يمكن انتقاله الى المالك فتبطل الاجازة لانتفاء متعلقها وهو البيع فحينئذ لوقيل فى جواز التّتبع و عدمه انّ الاشكال منحصر فى صحة العقد الاوّل و عدمها واما التتبع و اختيار العقد الثانى فلا اشكال فى عدم جوازه لعدم الاشكال فى صحته بالنسبة الى الغاصب و اجنّبيته عن الفضولى لكان صحيحا كما كان القول بوجود الاشكال فى كليهما صحيحا انتهى كلامه رفع مقامه.

(٤) اى فاذا قيل انّ الاشكال فى اصل صحّة العقد اى العقد الّذى اوقعه الغاصب على ⇐

واقتصر فى جامع المقاصد[٦] على ما ذكره الشهيد قده اخيرا فى وجه سراية هذا الاشكال الى صحّة عقد الفضولى مع علم المشترى بالغصب والمحكّى عن الايضاح ابتناء وجه بطلان جواز تتّبع العقود للمالك مع علم المشترى على كون الاجازة ناقلة فيكون منشاء الاشكال فى الجواز و العدم[٧] الاشكال فى الكشف و النقل قال فى محكى الايضاح اذا كان المشترى جاهلا[٨] فللمالك تتّبع العقود و رعاية مصلحته والرّبح فى سلسلتى الثمن و الثمن.

وامّا اذا كان[٩] عالماً بالغصب فعلى قول الاصحاب من انّ المشترى اذا

⇐ مال المالك كان الاشكال صحيحا ايضا وجه الصّحة انه بيع بلاثمن يدخل فى كيس المالك.

(٥) اى انتهى ما افاده الشهيد فى الحواشى المنسوبة اليه.

(٦) اى واقتصر صاحب جامع المقاصد على ما ذكره الشّهيد اخيراً من قوله لانّ ما دفعه الى الغاصب كالمأذون له فى وجه سراية اشكال لزوم كون البيع بلا ثمن فى باب تتبع العقود الى صحّة عقد الفضولى مع علم المشترى بالغصب.

(٧) يعنى جواز تتّبع المالك للعقود و عدم جوازه بمعنى انّه ليس للمالك ذلك الاشكال فى الكشف النقل فعلى الكشف لااشكال فى جوازه و على النقل يقع الاشكال فى الجواز.

(٨) اى اذا كان المشترى جاهلا بالغصبيّته فالمالك تتبّع العقود و رعاية مصحلته فى ان يجيز ايّها شاء و يرد ايها شاء و رعاية الرّبح لنفسه فى سلسلتى الثمن والثمن اذا المفروض انّ المثمن قد وقع عليه عقود متعدّده و كذلك الثمن.

(٩) اى المشترى.

رجع[١] عليه بالسّلقه[٢] لايرجع على الغاصب بالثّمن مع وجود عينه[٣] فيكون قد ملك[٤] الغاصب مجّاناً لانّه بالتّسليم الى الغاصب ليس للمشترى استعادته[٥] من الغاصب بنصّ الاصحاب[٦] والمالك[٧] قبل الاجازة لم يملك الثمن لانّ الحقّ أنّ الاجازة شرط او سبب فلو لم يكن[٨] للغاصب فيكون الملك بغير مالك و هو[٩] محال فيكون قد

---

(١) اى اذا رجع المالك على المشترى.

(٢) بالسّلقه‌اى المتاع و ما اتجّربه بان اخذها منه.

(٣) اى لا يرجع المشترى على الغاصب بالثّمن مع وجود عينه لانّه هو الّذى اعرض عن ماله باختياره.

(٤) فيكون قد.

(٥) ملك المشترى ثمنه الغاصب مجّاناً.

(٦) اى استفادة الثّمن من الغاصب.

(٧) بمعنى انّ الاصحاب مصرّحون بانه ليس للمشترى استعاذه الثّمن من الغاصب فى الفرض المذكور.

(٨) والمالك قبل الاجازة لم يملك الثّمن وذلك لانّ الحقّ أنّ الاجازة من المالك لبيع الفضولى شرط او سبب او جزء للعقد ومن الواضح انّ المشروط والمسبّب لا ياتيان قبل الجزء والشّرط.

(٩) اى فلو لم يكن الثمن للغاصب والحال انّه ليس للمالك ولا للمشترى فيكون الملك بغير مالك.

سبق ملك الغاصب للثّمن على سبب ملك المالك له اى الاجازة[١] فاذا نقل الغاصب الثّمن عن ملكه لم يكن للمالك ابطلاله[٢] ويكون ما يشترى الغاصب بالثمن[٣].

وربحه[٤] له[٥] وليس للمالك[٦] اخذه[٧] لانّه[٨] ملّك الغاصب وعلى القول بانّ اجازة المالك كاشفة فاذا اجاز العقد[٩] كان له[١٠] ويحتمل[١١]

---

(١) اى كون الملك بغير مالك محال و وجهه انّهم صرّحوا بانّه لايجوز للمشترى استرداد الثّمن من الغاصب لو رجع المالك على المشترى بالسّلعة وهذا يقضى انتفاء الملك عن المشترى والمالك ايضا لم يملّكه قبل الاجازة على الفرض فلو لم يكن الثّمن ملكا للغاصب لزم ان يكون الثّمن ملكا بغير مالك من حين العقد الى حين الاجازة وهو محال.

(٢) قوله (اى الاجازة) توضيح و تفسيرك (سبب ملك المالك).

(٣) اى لم يكن للمالك الاصلى ابطال البيع الّذى اوقعه الغاصب على الثّمن.

(٤) اى ربح ما يشترى.

(٥) اى للغاصب.

(٦) اى للمالك الاصلى.

(٧) اى اخذ الثّمن.

(٨) اى لأنّ المشترى ملك الغاصب الثّمن مجانا هذا كلّه مبنىّ على القول بالنّقل لانّه تقدّم ملك الغاصب بالمال على ملك المالك له.

وعلى القول بانّ اجازة المالك كاشفة فاذا اجاز المالك الاصلى العقد.

(٩) الاوّل الّذى وقع على ماله.

(١٠) اى كان الثّمن للمالك.

(١١) اقول هذا اشارة الى امكان رفع الاشكال بناء على النّقل بوجه آخر غير ما ذكره فى

ان يقال للمالك العين حقّ تعلّق بالثّمن فانّ له[١] اجازة البيع واخذ الثّمن وحقّه[٢] مقدّم على حقّ الغاصب لأنّ الغاصب يؤخذ باخسّ[٣] احواله و اشقّها عليه و المالك ماخوذ باجود الاحوال ثمّ قال[٤] والاصحّ عندى مع وجود عين الثّمن[٥] للمشترى العالم اخذه ومع التّلف ليس له[٦] الرّجوع به انتهى كلامه ره[٧].

و ظاهر كلامه[٨] انّه لا وقع[٩] للاشكال على تقدير الكشف و هذا[١٠] هو

➡ الايضاح بقوله ويحتمل ان يقال الخ.

(١) اى فانّ للمالك اجازة البيع واخذ الثّمن من الغاصب.

(٢) اى حقّ المالك مقدّم على حقّ الغاصب.

(٣) اى بارذل احواله و احقرها و مشقّة امرها.

(٤) اى قال صاحب الايضاح.

(٥) اى مع وجود عين الثّمن عند الغاصب.

(٦) اى مع تلف الثّمن ليس للمشترى الرّجوع بالثمن.

(٧) اى انتهى كلام فخرالمحقّقين فى الايضاح.

(٨) اى ظاهر كلام فخرالمحقّقين صاحب الايضاح.

(٩) اى لا قدر ولا منزلة للاشكال و هو انّه كيف يمكن صدور الاجازة من المالك مع اذ علم المشترى بالغصب.

(١٠) اى عدم وقع الاشكال هو المنجّه عندئذ اى عند ما قلنا بعدم الاشكال على تقديرالكشف يندفع ما استشكله القطب و الشّهيد حيث استشكلا فى بيع الغاصب بالاشكال المتقدّم.

المتّجه اذ حينئذ[١] يندفع ما استشكله القطب و الشّهيد[٢] بانّ تسلّط المشترى للبايع على الثّمن على تقدير الكشف تسليط على ما مَلَكَهُ الغير[٣] بالعقد السّابق على التسليط الحاصل بالاقباض فاذا انكشف ذلك[٤] بالاجازة عمل مقتضاه واذا تحقّق الرّد[٥] انكشف كون ذلك تسليطا من المشترى على ماله فليس له[٦] ان يسترّده[٧] بناءً نقل من الاصحاب نعم على القول بالنّقل يقع الاشكال[٨] فى جواز اجازة العقد الواقع على الثمن[٩].

---

(١) قد عرفت المراد منه فلا نعبده.

(٢) قوله (بانّ الخ) متعلّق بقوله (يندفع) وبيان لوجه الاندفاع.

(٣) مراده قدّ من (ما) فى قوله (ما ملكه) هو الثّمن وقوله (ملكه) بالتّخفيف والمراد من (لغير) هو المالك.

(٤) اى فاذا انكشف انّ تسليط المشترى العالم بالغصب البايع تسليط على ملك الغير فيعمل بمقتضى هذا الكشف و هو جواز تتّبع المالك العقود المتعدّد الواقعة على ملكه.

(٥) بان لم يجوز المالك البيع.

(٦) اى انكشف كون تسليط المشترى العالم البايع الغاصب على الثّمن

(٧) اى فليس للمشترى.

(٨) اى يطلب ماله من الغاصب وذلك لانّ المشترى هو الّذى اباح ماله للغاصب.

(٩) اى يقع الاشكال المتقدّم عن القطب والشّهيد وهو انّه كيف يمكن صدور الاجازة من المالك الاصيل على البيع مع علم المشترى بالغصب فلا يصحّ للمالك ان يجيز العقد

←

لأنّ[١] اجازة مالك المبيع له موقوفة على تملّكه[٢] للثّمن لانّه قبلها اجنبى عنه والمفروض أن تملّكه الثّمن موقوف على الاجازة على القول بالنقل و كذا[٣] الاشكال فى اجازة العقد[٤] الواقع على المبيع بعد قبض البايع[٥] الثمن او بعد اتلافه[٦] ايّاه على الخلاف[٧] عدم رجوع

← الثّانى الّذى وقع على ثمن ماله كما لو باع الغاصب مال المالك بدر اهم ثمّ اشترى الغاصب بالدّراهم كتاباً فانّه ليس للمالك اجازة العقد الثّانى الواقع على الكتاب لانّ اجازة مالك البيع للغاصب الى الّذى اشتراه الغاصب لنفسه موقوفة على تملّكه للثمن فانّه ان لم يكن المالك مالكا للثمن لم يكن له ربط بالعقد الثّانى حتّى يجيزا ويرّد.

(١) مراده من المبيع هو المبيع فى العقد الاوّل والضّمير فى قوله (له) راجع الى الغاصب.

(٢) اى تملّك المالك للثّمن بمعنى انّ المالك اذا لم يملك الثّمن لم يكن له ربط بالعقد الثّانى الواقع على الثّمن فيكون اجنبيّا عنه.

(٣) اى وكذا يرد الاشكال على القول بالنقل.

(٤) اى فى اجازة العقد الاوّل الصّادر من الغاصب على البيع يعنى يرد الاشكال فى اجازة هذا العقد ايضا على القول بالنّقل.

(٥) الّذى هو مشترى الكتاب فى العقد الاوّل.

(٦) اى بعد اتلاف البايع الثمن.

(٧) حيث انّ الفقها اختلفوا فى عدم رجوع المشترى الى البايع الغاصب على الثّمن قال بعضهم انّ عدم الرّجوع على الثّمن يختصّ بصورة تلف الثمن بعد قبض الغاصب وقال بعضهم انّ عدم الرّجوع على الثّمن يختصّ بصورة القبض سواء تلف الثّمن عند الغاصب ام لا.

المشترى على الثمن بصورة التّلف وعدمه لأنّ[١] تسليط المشترى للبايع على الثّمن قبل انتقاله الى مالك المبيع بالاجازة فلا يبقى مورد للاجازة[٢].

وما[٣] ذكره فى الايضاح من[٤] احتمال تقديم حقّ المجيز[٥] لأنّه اسبق و انّه اولى من الغاصب الماخوذ باشقّ الاحوال فلم يعلم له[٦] وجه بناءً على النّقل لأنّ[٧] العقد جزء سبب لتملّك المجيز والتّسليط المتاخّر عنه علّة تامّة لتملّك الغاصب فيكف يكون حقّ المجيز اسبق.

---

(١) قوله (لانّ) علّة لورود الاشكال من القطب والشّهيد فى اجازة المالك البيع الاوّل الصّادر من البايع الغاصب على القول بالنّقل فى الاجازة بعد اتلاف البايع الثّمن بشرائه لنفسه شيئاً.

(٢) اقول وجه عدم البقاء استحالة كون البيع بلا ثمن شرعا.

(٣) اقول تقدّم ما ذكره فخرالمحقّقين فى كتابه الايضاح فى ص ٤٤٤، بقوله و يحتمل ان يقال لمالك العين حقٌ تعلّق بالثّمن.

(٤) كلمة (من) بيان ك (ما) فى قوله و ما ذكره فى الايضاح.

(٥) اى تقديم حقّ المجيز الى المالك الاصلى لانّ حقّ المالك الاصلى اسبق من حقّ الغاصب وانّ المالك الاصلى اولى من الغاصب الماخوذ باشقّ الاحوال.

(٦) قوله (فلم يعلم له وجه) خبر لمبتداء مقدّم وهو (ما ذكره) وضمير (له) راجع لما ذكره فى الايضاح.

(٧) اى المتاخّر عن العقد والسّابق على الاجازة الّتى هى جزء الآخر لتملّك المالك على القول بالنّقل.

نعم يمكن ان يقال[١] انّ حكم الاصحاب بعدم استرداد الثّمن لعلّه لاجل التّسليط المراعى بعدم اجازة مالك المبيع لا لأنّ نفس التّسليط علّة تامّة لاستحقاق الغاصب على تقديرى الرّد والاجازة وحيث انّ حكمهم[٢] هذا مخالف للقواعد الدّالة على عدم حصول الانتقال بمجرّد التّسليط المتفرّع على عقد فاسد وجب الاقتصار فيه[٣] على المتقين وهو التّسليط على تقدير عدم الاجازة فافهم[٤].

مسألة[٥]

---

(١) غرضه من هذا الا استدراك هو تصحيح كلام فخرالمحقّقين وانّه اذا اجاز المالك استحقّ الثّمن ولو على القول بنا قليّة الاجازة.

(٢) وحيث انّ حكم الاصحاب بعدم استرداد الثّمن من الغاصب بعد التّسليط مخالف للقواعد الّتى تدلّ على عدم حصول الانتقال لمال المشترى الغاصب بمجرد التسليط المتفرع على عقد فاسد.

(٣) اى وجب الاقتصار فى الحكم المخالف للقواعد.

(٤) لعلّه اشارة الى أنّ وجه عدم جواز استرداد او ملكيّة الغاصب اذا كان هو التّسليط المجّانى من جانب مالك الثّمن حيث انّه عالم بعدم كونه مالكاً ومع ذلك يدفعه اليه فهو مطلق غيرمقيد بالاجازة لانّ المفروض انّ المشترى انّما يشترى من الغاصب بعنوان انّه المالك لا يتوقّع اجازة المالك الحقيقى.

(٥) فاعلم انّ التّصرفات الواقعة بين الاجازة والعقد على اقسام الاوّل ان تكون منافية للبيع السّابق الواقع على العين فضولة كما اذا باعها او وهبها للغير اوعتق اذا كان عبدا

←

لا يتحقّق الرّد[١] قولاً الاّ بقوله: فسخت ورددت و شبه ذلك[٢] ممّا هو صريح فى الرّد لاصالة[٣] بقاء اللّزوم من طرف الاصيل وقابليّة[٤] من

← اوامنه و هكذا فانّها منافية للبيع السّابق الواقع على العين فضولة كما اذا باعها او وهبها للغير او عتق اذا كان عبدا او امنه وهكذا فانّها منافية لصّحة البيع الفضولى بالاجازة وهذا القسم لاشبهة فى كونها موجبة لبطلان اجازته المتاخّرة وذلك مضافاً الى انّ العمومات و الاطلاقات انّما هى خطاب للملاّك وانّ الوفاء بالعقد يكون متوجّهاً الى عقدهم لا الى عقد غيرهم و انّ المراد من حليّة البيع و تجارة عن تراض حليّة بيعهم وتجارتهم المراضاتيّه وعلى هذا فحين ما وقع العقد على المال فليس العقد عقدا لمالكه وبيعاله لفرض صدوره من الغير فضولة وحينما يكون العقد الصّادر من الغير فضولة متعلّقا على ماله ليس عقداًله وبيعا مستنداً اليه و حينما يكون بيعاله و مستندا اليه بالاجازة ليس عقداً للمالك لفرض خروج البيع عن ملكه فتكون اجازته ذلك العقد كاجازة الاجانب فلا تترتّب عليها اثر بوجه و امّا التصّرفات الغير المنافية للعقد السّابق الفضولى فهى كـالاستيلاد والاجـازة وتزويج الامة فقال المصّنف ره انّها وان لم تخرج الملك عن قابليّة وقوع الاجازة من زمان العقد لأنّ صحّة الاجازة على هذا النّحو توجب وقوعها باطلة واذ فرض وقوعها صحيحة منعت عن الاجازة فهذان لا يجتمعان.

(١) يعنى ردّ المالك لعقد اوقعه الفضولى.

(٢) كقوله لا امضيه ولا اجيزه.

(٣) مراده قده من الاصالة الاستصحاب اى اسـتصحاب بـقاء لزوم العـقد مـن طـرف الاصيل الّذى هو احد طرفى العقد فى عقد الفضولى عند وقوع العقد.

(٤) قوله و قابليّتة من طرف المجيز اقول هذا عطف على اللّزوم يعنى قابليّة العقد اللزوم بالاجازة فانّه قابل للحوق الاجازة مالم يات بالردّ الصّريح.

طرف المجيز.

وكذا يحصل[١] بكلّ فعل مخرج له[٢] عن ملكه[٣] بالنّقل او بالاتلاف[٤] وشبههما[٥] كالعتق والبيع والهبة والتزويج[٦] ونحو ذلك[٧] والوجه فى ذلك[٨] أنّ تصرّفه[٩] بعد فرض صحّته[١٠] مفوّت[١١] لمحلّ الاجازة

---

(١) قال الاستاد فى هذا المقام ما هذا لفظه اقول حصولاً حقيقيّاً لو انشاء به ابطال ما احدثه الفضولى وحكميّا بمعنى عدم تاثير الاجازة بعده لو لم يكن كذلك سواء التفت الى وقوعه على المال ام لا و مراده من حصول الرّد بالفعل حصوله بالنّسبة الى الفاعل المتصرّف فلا ينافى ما بنى عليه المصّنف فى مسألة من باع ثمّ ملك من صحّة الفضولى للاصل و العمومات وتأثير الاجازة بالنسبة الى المالك الجديد.

(٢) اى مخرج للمال.

(٣) اى عن ملك المالك.

(٤) كما لو اكل الخبز الّذى باعه الفضولى.

(٥) اى شبه النّقل والاتلاف مراده قده من شبه النقل هو التّزويج ومن شبه الاتلاف هو العتق.

(٦) يعنى تزويج المزوّجة فضولاً سواء كانت حرّة فزوجت نفسها بعد نكاح الفضولى اوامة فزوجّها مولاها بعد نكاح الفضولى فانّه بالتزوّيج يتحقّق الرّد بالنسبة الى نكاح الفضولى.

(٧) كما لووقف البناء بعد بيع الفضولى له.

(٨) اى فى ذلك الّذى ذكرنا من أنّ تصرف الاصيل تصرّفاً منافياً يبطل عقد الفضولى.

(٩) اى تصرف المالك.

(١٠) اى صحّة التّصرف.

لفرض خروجه[١٢] عن ملكه وامّا التّصرف الغيرالمخرج عن الملك كاستيلا و الجارية واجازة الدّار و تزويج الامة[١٣] فهو[١٤] وان لم يخرج الملك عن قابليّة وقوع الاجازة عليه الاّ انّه[١٥] مخرج له عن قابليّة وقوع الاجازة من زمان العقد لانّ[١٦] صحّة الاجازة على هذا النّحو[١٧] توجب وقوعها[١٨] باطلة واذا فرض وقوعها صحيحة منعت[١٩] عن وقوع الاجازة.

---

(١١) كلمة (مفوّت) خبرك (انّ) فى قوله (انّ تصرّفة).

(١٢) اى خروج المال عن ملك المالك.

(١٣) اى تزويج المولى الامة الّتى باعها فضولى.

(١٤) اى التّصرف الغير المخرج اقول الظّاهر انّه اى الاستيلاد لاحق بالقسم الاوّل من التّصرفات المنافية للعقد السّابق الفضولى حتى على الكشف فانّ زمان الاجازة هو زمان كون البيع بيعاً للمجيز واذا كان من شروط البيع ان يكون البيع غير امّ ولدكما هو كذلك على ما يظهر من الادلة فلا يكون بيعه هذه المتحقّق بالاجازة صحيحا.

(١٥) اى التّصرف الغير المخرج.

(١٦) قوله (لانّ) تعليل لقوله «انّه مخرج له عن قابليّة وقوع الاجازة من حين العقد».

(١٧) اى وقوع الاجازة من زمان العقد.

(١٨) اى وقوع التّصرفات و هى استيلاد الجارية واجارة الدّار و تزويج الامة.

(١٩) اى منعت التّصرفات و الامور المذكورة من استيلاد الجارية و اجارة الدّار و تزويج الامة و نحوها.

والحاصل أنّ وقوع هذه الامور[١] صحيحة مناقضة لوقوع الاجازة لاصل العقد[٢] فاذا وقع احدا المتنافيين[٣] صحيحا فلا بدّ من امتناع وقوع الآخر او ابطال صاحبه[٤] او ايقاعه على غير وجهه وحيث لا سبيل الى الاخرين[٥].

تعيّن الاوّل[٦] وبالجملة كلّ ما يكون باطلا على تقدير لحقوق الاجازة

---

(١) اى حاصل ما ذكرناه فى تحقّق الردّ خارجا أنّه لو وقع من المالك احد المذكورات وهو البيع و الهبة والعتق و نحوها صحيحة معناه عدم بقاء محلّ لصدور والاجارة من المالك لأنّ الصحّة فى مثل العتق والبيع والهبة ونحوها تناقض وقوع الاجازة بعد هذه التّصرفات وتنافيها بالبداهة فعندئذ لابدّ من القول بامتناع احدهما امّا الاجازة اذا قلنا بصحّة المذكورات و امّا المذكورات اذا قلنا بصحّة الاجازة لانّهما متنافيان و متناقضان وبعبارة اخرى صحّة هذه التّصرفات مع وقوع الاجازة من زمان العقد ممّا لا يجتمعان.

(٢) اى من حين العقد.

(٣) وهما الاجازة وصحّة البيع والعتق والهبة ونحوها فاذا كان الاستيلاد صحيحاً فلازمه كون اجازة بيع الفضولى لها باطلاً واذا كانت الاجازة صحيحة كان الاستيلاد باطلا اى غير مؤثّر اثره فى المنع عن بيع المستولدة.

(٤) سواء كان هو الاجازة لووقعت التّصرفات والامور المذكورة صحيحة او الامور المذكورة لو وقعت الاجازة صحيحة.

(٥) و هما ابطال صاحبه او ايقاعه على غير وجههه بان كان لغوا وغيرمقصودة من بداية الامر.

(٦) وهو صحّة المذكورات.

المؤثرة من حين العقد فوقوعه صحيحا مانع من لحقوق الاجازة لامتناع اجتماع المتنافيين نعم لوانتفع المالك بها[١].

قبل الاجازة بالسكنى[٢] واللّبس كان عليه اجرة المثل اذا اجاز[٣] ومنه[٤] يعلم أنّه لافرق بين وقوع هذه[٥] مع الاطلاّع على وقوع العقد و وقوعها[٦] بدونه لأنّ التنّافى بينهما[٧] واقعى.

---

(١) اى بالمذكورات وهى البيع والعتق والهبة والوقف.

(٢) كلمة (بالسّكنى) متعلّقة بقوله (انتفع).

(٣) اقول اورد عليه بانّه لا فرق بين التّصرف بالسّكنى واللّبس وبين التّصرف بالاستيلاد والاجازة ونحوهما اذ كما أنّ وقوع التّصرف بالاستيلاد و الاجارة ونحوهما على وجه صحيح مناقض لوقوع الاجازة لاصل العقد فيكون ذلك مانعاً من صحّة الاجازة ولا مجال لدعوى كون التّصرف بالاستيلاد والاجازة صحيحا بحسب الواقع وكون التّصرف بالسكّنى واللّبس مباحا بحسب الظّاهر بمعنى انّه بالاجازة ينكشف حرمته فى الواقع نعم لوقلنا بكون الاجازة امارة لكون العقد مؤثر اتامّا من حين وقوعه كان كلّ من قسمى التّصرف المذكورين مبينا على الظّاهر.

(٤) اشارة الى عدم الفرق بين السّكنى واللبس وما سبق من الاجارة وتزويج الامة والاستيلاد لأنّ هذه التّصرفات ايضا منافية لوقوع الاجازة من حين العقد.

(٥) اى ممّا ذكرنا من امتناع اجتماع المتنافيين اى الامور المذكور من البيع والوقف والهبته.

(٦) اى وقوع الامور المذكورة بدون علم المالك فانّ المالك اذا استولد الامة كان ذلك منافيا للعقد الفضولى الواقع عليها قبلاً سواء علم المالك حين الاستيلا و بوقوع عقد فضولىً عليها ام لا.

و دعوى[١] انّه لا دليل على اشتراط قابليّة التاثير من حين العقد فى الاجازة ولذا[٢] صحّ جماعة كما تقدّم[٣] اجازة المالك الجديد فيمن باع شيئا ثمّ ملكه مك فوعة[٤] باجماع اهل الكشف على كون اجازة

---

(٧) اى بين الاستيلاد والبيع الفضولى واقعى لم يفرّق فيه بين العلم والجهل.

(١) وحاصل هذه الدّعوى انه يمكن ان يقال بعدم التّنافى بين الامور المذكورة من البيع والعتق والهبة ونحوها وبين اجازة عقد الفضولى كما لو باع الفضولى ارض المالك يوم الخمس ثمّ آجرها المالك فى اوّل ساعته من يوم الجمعة ثمّ اجاز المالك عقد الفضولى يوم السّبت كانت اجازته كاشفة من انّ الارض منتقلة الى المشترى بعد اوّل ساعته من يوم الجمعة لا من حين العقد حتّى يلزم التّنافى لانّه لا دليل على اشتراط التّاثير فى الاجازة من حين العقد ولا مانع عقلا و شرعا من كون الاجازة كاشفة من زمان قابليّة تاثيرها ولذا صحّ جماعته اجازة المالك الجديد فيمن باع شيئاً ثمّ ملكه ومثلّوا ذلك بموثّقة زرارة عن ابى جعفر عليه السلام سئلته عن مملوك تزوّج بغير اذن سيّده فقال ذاك الى سيّده ان شاء اجازه وان شاء فرّق بينهما و خبر محمدبن مسلم عن الباقر عليه السلام سئلته عن رجل زوّجته اُمّه وهو غائب قال صلى الله عليه وآله النّكاح جايز ان شاء المزّوج قبل و ان شاء ترك وان ترك الزّوج تزويجه فالمهر لازم لامّه لايخفى ما فى الاستدلال بهذه الرّوايات فانّه لايستفاد منها ازيد من عدم صحّة العقد مع تفريق المولى و مع ترك الولد وهذا ليس محلّ اشكال و انّما هو فى عدم بقاء اهليّة العقد للاجازة وعدم تاثيرها بعد ذلك ولايستفاد منها ذلك.

(٢) اى ولا جل عدم تأثير للاجازة من حين العقد.

(٣) اى كما تقدّم الكلام حوله.

(٤) كلمة (مدفوعة) خبر لمبتداء مقدّم و هو قوله (ودعوى).

المالك حين العقد موثرة[١] من حينه نعم لوقلنا بانّ الاجازة كاشفة بالكشف الحقيقى[٢] الراجع الى كون الموثر التامّ هو العقد الملحق بالاجازة كانت التصرّفات[٣] مبنيّة[٤].

وبالاجازة ينكشف عدم مصادفتها[٥] للملك فتبطل هى[٦] وتصحّ الاجازة.

بقى الكلام فى التّصرفات غيرالمنافية لملك المشترى من حين العقد كتعريض[٧] المبيع للبيع والبيع الفاسد[٨] وهذا[٩] ايضا على قسمين[١٠] لانّه امّا ان يقع[١١] حال الثفات المالك الى وقوع العقد من

---

(١) كلمة (موثرة) خبرك (كون) فى قوله (على كون اجازة).

(٢) لاالحكمى.

(٣) وهى نحو تزويج الامة واجارة الدّار واستيلاد الجاريّة.

(٤) مبنيّة على الظّاهر مراده قدّه من كون التّصرفات المذكورة مبنيّة على الظّاهر أنّه اذا لم تقع الاجازة من المالك وقعت التّصرفات صحيحة واذا حصلت الاجازة منه وقعت التّصرفات باطلة.

(٥) اى مصادفة تلك التّصرفات من تزويج الامة واجارة الدّار واستيلاد الجارية للملك.

(٦) اى تبطل تلك التّصرفات وتصحّ الاجازة.

(٧) اى تعريض الملك المبيع للبيع.

(٨) اى و كبيع الفاسد بان يبيعه المالك ببعاً فاسداً.

(٩) اى التّصرفات الغير المنافى.

(١٠) كما انّ التصّرفات المنافية كانت منقسمة الى تصرّف متارن لعلم المالك بالعقد

الفضول على ماله و امّا ان يقع[١٢] فى حال عدم الالتفات.

امّا الاوّل فهوردّ، فعليّ للعقد و الدّليل على الحاقه[١٣] بالرّد القولى مضافاً الى صدق الرّد عليه[١٤] فيعّمه[١٥] ما دلّ على انّ للمالك الرّد مثل ما وقع فى نكاح العبد والامة بغير اذن مولاه[١٦] وما ورد فيمن زوجّه امّه وهو غائب من قوله ان شاء قبل و ان شاء ترك[١٧].

الاّ[١٨] ان يقال إنّ الاطلاق مسوق لبيان انّ له التّرك فلا تعرّض فيه[١٩] لكيفيّة[٢٠] انّ المانع من صحّة الاجازة بعد الرّد القولى موجود فى الرّد

➡ الفضولى و تصرّف مقارن لجهل المالك.

(١١) اى امّا ان تقع هذه التّصرفات.

(١٢) اى ان تقع هذه التّصرفات.

(١٣) وهو وقوع التّصرف حال الالتفات الى وقوع العقد من الفضولى.

(١٤) اى على الرّد الفعلى.

(١٥) اى فيشمل مثل هذا الرّد الفعلى كلّ ما دل على انّ للمالك الرّد.

(١٦) راجع الوسائل الجديدة، ٢١، ص ١١٤، ح ٢٦٦٦٦.

(١٧) راجع الوسائل الجديدة ٢٠، ص ٢٨٠، ح ٢٥٦٢٩.

(١٨) الاّ ان يقال لا دلالة لهذه الرّوايات على المقصود وذلك لانّ الاطلاق فيها سوق لبيان انّ للمولى والولد التّرك للنكاح فلا تعرّض فى الاطلاق لكيفيّة وانّ الرّد هل يحصل بمجرّد التعّرض للبيع و لنكاح جديد او يحتاج الى ردّ لفظى.

(١٩) اى فى هذا الاطلاق.

(٢٠) اى لكيفيّة التّرك من كونه قولا او فعلا ثمّ انّ قوله (ان المانع) بفتح الهمزة خبر

الفعلى وهو[١] خروج المجيز بعد الرّد عن كونه بمنزلة احد طرفى العقد مضافاً[٢] الى فحوى الاجماع المدّعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل كالوطوء والبيع والعتق فانّ[٣] الوجه فى حصول الفسخ هو دلالتها[٤] على قصد فسخ البيع[٥] والاّ[٦] فتوقّفها[٧] على الملك لا

← للمبتداء المقدّم وهو قوله فى ص ٤٥٩: (و الدّليل) على الحاق مثل هذا الرّد بـالرّد القولى أنّ المانع من صحّة الاجازة بعد الرّد القولى بنفسه موجود فى الرّد الفعلى هنا و هو خروج المجيز عن كونه احد ركنى العقد و طرفيه بعد الرّد وهذا الملاك بعينه موجود فى الرّد الفعلى فلذا يلحق به.

(١) اى ذلك المانع.

(٢) اقول مراده قده من (فحوى) هى الاولوّية ومفهوم الموافقة ويشترط فـيه ان يكـون السّكوت عنه اولى بالحكم كما فى الضّرب بالنّسبة الى التّافيف فى قوله تعالى (ولا تقل لهما افّ).

(٣) كلمة (فانّ الخ) علّة لانفساخ العقد وبطلانه بالوطوء والبيع والعتق وملخّص التّعليل أنّ العلّة فى كون مثل هذه التّصرفات النّاشئة عن كونها تصّرفا فى الملك ردّا فعليّا ملحقا بالرّدا لقولى وأنّ لفسخ يحصل بها هو دلالة التّصرفات المذكورة على فسخ البيع.

(٤) اى دلالة الافعال المذكورة.

(٥) بمعنى انّ الافعال المذكورة دالّة فى زمان الخيار على قصد فسخ البيع فـاذا قـصد ذوالخيار الفسخ بالافعال المذكورة فسخ البيع وتقع هذه الافعال من الوطى والبيع والعتق فى ملكه.

(٦) اى وان لم تدلّ هذه الافعال على قصد فـسخ البيع لم يحصل الفسخ فاذا لم يحصل الفسخ لم يحصل الملك لذى الخيار.

يوجب[١].

حصول الفسخ بها[٢] بل يوجب بطلانها[٣] لعدم[٤] حصول الملك المتوّقف على الفسخ قبلها[٥] حتّى تصادف[٦] الملك و كيف كان[٧] فاذا صلح الفسخ الفعلى لرفع اثر العقد الثابت الموثّر فلا[٨] صلح لرفع اثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتاثير بطريق اولى[٩] وامّا

---

(٧) اى توقّف الوطى والبيع والعتق.

(١) قوله (لا يوجب) خبر لقوله (فتوقفها).

(٢) اى بالافعال المذكورة من الوطى والبيع والعتق.

(٣) بل يوجب التّوقف بطلان هذه الافعال بان يكون الوطى حراما والبيع والعتق غير نافذين لانّها وردت على غيرالملك.

(٤) قوله للعدم الخ علة لقوله (يوجب بطلانها) اى لعدم حصول الملك المتوقّف على الفسخ اذ انّما يملك البايع الشئ المبيع اذا فسخ العقد فالملك يتوقف على الفسخ.

(٥) اى قبل هذه الافعال.

(٦) اى تصادف هذه الافعال الملك من الفاعل لها.

(٧) يعنى سواء قلنا بأنّ الوجه فى حصول الفسخ بالوطء والبيع والعتق هو دلالة هذه الافعال على قصد فسخ البيع او لتوّقف هذه التّصرفات على الملك.

(٨) كما فى البيع الخيارى فانّ من له الخيار لو تصرّف فى البيع فى زمن الخيار فقد اوجب فسخ البيع وابطاله.

(٩) اقول وجه الاولويّة انّه اذا صلح الفسخ الفعلى لرفع اثرا العقد الثّابت الموثر فعلا صلح لرفع اثر العقد المتزلزل الغير الثابت بطريق اولى.

الثّانى[١] وهو ما يقع فى حال عدم الالتفات[٢] فالظّاهر عدم تحقق الفسخ به[٣] لعدم دلالته[٤] على انشاء الرّد والمفروض عدم منافاته[٥] ايضا للاجازة اللاّحقة ولا يكفى مجردّ رفع اليد[٦] عن الفعل[٧] بانشاء ضدّه[٨] مع عدم صدق عنوان الرّد الموقوف على

---

(١) اى القسم الثّانى من القسمين اللّذين ذكرهما الشّيخ الاعظم فى المقسم و هو التّصرفات غيرالمنافية للملك المشترى.

(٢) كما لو وطئ الجارية وهو لا يعلم ان الفضول قد باعها.

(٣) اى بهذا الفعل.

(٤) اى دلالة الفعل.

(٥) اى عدم منافات الفعل الصّادر بدون الالتفات كتعريض المبيع للبيع لانّه ليس مفوتا لمحلّ الاجازة كالعتق والبيع المنافيان وليس منافيا للاجازة كاستيلاد الجارية واجارة الدّار.

(٦) يعنى لا يكفى فى فسخ عقد الفضولى وابطاله مجرّد رفع اليد عن بقائه رفعاً مشروطا بالالتفات الى وقوعه الحاصل ذاك الرّفع لليد بسبب ايجاد ما يضادّ بقائه كالبيع الفاسد و التّعريض على البيع فانّ البناء على تحققّ بيع آخر مضادّ للبناء على بقاء البيع الفضولى وعدم زواله كما هو ظاهر.

(٧) اى لايكفى فى الرّد مجرّد رفع اليد القهرى وبعبارة اخرى لا يكفى فى فسخ عقد الفضولى وابطاله مجرّد رفع اليد عن بقائه بانشاء ضدّه كالتّصرف فى ماله المبيع وهو لا يعلم بالبيع بل لابدّ ان يكون الرّفع رفعاً مشروطاً بالالتفات الى وقوعه.

(٨) قد عرفت آنفا مثال الضدّ فلا نعيده.

القصد[١] والالتفات الى وقوع المردود[٢] نظير انكار الطّلاق[٣] الّذى جعلوه رجوعاً ولو مع عدم الالتفات[٤] الى وقوع الطّلاق على ما بقتضيه اطلاق كلامهم نعم لو ثبت كفاية ذلك[٥] فى العقود الجايزة كفى

---

(١) اى مع عدم صدق عنوان الرّد الموقوف ذلك العنوان على القصد والالتفات من الفاعل المالك.

(٢) قوله الى وقوع المردود متعلّق بالالتفات.

(٣) قوله نظير انكار الطّلاق مثال للمنفّى وهو عدم امكان جعل ما نحن فيه نظير الّطلاق وملخّص الكلام فى المقام انّه لا يمكن جعل مجرّد رفع اليد عن الفعل بانشاء ضدّه مع عدم صدق عنوان الرّد نظير انكار الّطلاق فيمن انكر الطّلاق حيث انّ مجرّد انكار الطلاق يكون رجوعا الى الزّوجيته و ان لم بكن الزوج ملتفاً الى وقوع الطلاق بخلاف ما نحن فيه فانّه لابدّ فيه من الالتفات الى وقوعه فوجه عدم امكان ما نحن فيه نظير الطلاّق ورود نصّ الخاصّ فى الطلاق وهى صحيحة ابى ولاّد.

قال سألت اباعبدالله عليه السلام عن امرأة ادّعت على زوجها انّه طلّقها تطليقة طلاق عدّة طلاقا صحيحا يعنى على طهرٍ من غيرجماع واشهد لها شهوداً على ذلك ثمّ انكر الزّوج بعد ذلك فقال عليه السلام ان كان انكر الطّلاق بعد انقضاء العدّة فانّ انكاره للطلاق رجعة لها و ان كان الكر الطّلاق بعد انقضاء العدّة فانّ على الامام ان يفرّق بينهما بعد شهادة الشّهود بعدان تخلّف. وسائل الشيعة، الجزء ١٥، ص ٣٧٢، الباب ١٤، الحديث ١.

(٤) اى ولو مع عدم الالتفات حين الانكار الى وقوع الطلاق منه سابقا عل ما يقتضيه اطلاق كلامهم.

(٥) اى لو ثبت كفاية ذلك الفعل المضادّ من غيرالتفات فى العقود الحايزة كما لو وهب ←

هنا بطريق اولى كما عرفت[١] لكن لم يثبت ذلك هنا فالمسئلة[٢] محلّ اشكال بل الاشكال فى كفاية سابقه[٣] ايضاً فانّ بعض المعاصرين[٤] يظهر منهم دعوى الاتفاق على اعتبار اللفظ فى الفسخ كالاجازة ولذا استشكل فى القواعد فى بطلان الوكالة.

بايقاع العقد الفاسد على متعلّقها جاهلا بفساده و قرّره[٥] فى الايضاح

← ماله لشخصٍ هبة جايزة ثمّ تصرّف فيها تصرّفاً مضادّاكما لو باع المال لآخر من دون التفات الى انّه وهبه سابقاً وقلنا بانّ البيع اللاّحق يبطلّ الهبة الجائزة كفى فى باب الفضولى اذا تصرف المالك فى المال تصرّفاً مالكيّا ينافى العقد الفضولى وكان المالك غيرملتفت الى العقد الفضولى اولى وجه الاولويّة انّ العقد الجايز متزلزل من حيث البقاء والفضولى متزلزل من حيث الحدوث فاذا كان تصرّف يوجب فسخ المتزلزل بقاءً مع انّ المالك هو الّذى عقد كان التّصرف موجباً لردّ الفضولى يطرق اولى الّذى هو متزلزل حدوثا.

(١) فى ص ٤٦٢، عند قوله فاذا صلح الفسخ الفعلى لرفع اثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتّاثر بطريق اولى.

(٢) اى مسئلة التّصرفات غيرالمنافية للملك المشترى فى عقد الفضولى وان لم يكن المالك ملتفتا الى وقوع عقد على ملكه محل اشكال هل يكون ردّاً ام لا من جهة صدق الردّ فيعمّه مادل على انّ للمالك الرّد من جهة اعتبار القصد فلا يتحقّق فى صورة عدم الالتفات.

(٣) وهو القسم الاوّل من القسمين الّذين ذكرهما الشيخ بقوله ٤٥٩ لانّه امّا ان يقع حال التفات المالك الى وقوع العقد.

(٤) وهو الشّهيد فى حواشيه حيث قال والرّد ان يقول فسخت.

(٥) اى قرّر واثبت هذا الاستشكال وامضاه.

وجامع المقاصد على الاشكال والحاصل[١] انّ الميتّقن من الرّد هو الفسخ القولى و فى حكمه تقويت محلّ الاجازة[٢] بحيث لا يصحّ وقوعها[٣].

على وجه يؤثّر من حين العقد وامّا الرّد الفعلى[٤] وهو الفعل المنشاء به مفهوم الرّد فقد عرفت[٥] نفى البعد عن حصول الفسخ به[٦] وامّا مجرّد ايقاع ما ينافى مفهومه[٧] قصد بقاء العقد من غير تحقّق مفهوم الرّد لعدم الالتفات الى قوع العقد فالاكتفاء به[٨] مخالف للاصل[٩] وفى حكم ما

---

(١) اى حاصل ما ذكره فى القسم الثّانى من القسمين وهو مسألة التّصرفات غيرالمنافية لملك المشترى و ان لم يكن المالك ملتفتا بوقوع عقد على ملكه من اوّل المسألة الى هنا.

(٢) اقول و ذلك كالعتق والبيع والاستيلاد فانّ كلّ واحد منها مفوّت لمحلّ الاجازة.

(٣) اى الامور لوقوع الاجازة.

(٤) وحاصل الكلام أنّ الفسخ انّما يتحقق بالفعل كما يتحقق بالقول بناء على كون الرّد موجباً لسقوط العقد الفضولى عن قابليّة لحوق الاجازة به وعن صحّة التّاهليّة.

(٥) اى قد عرفت أنّ المانع من صحّة الاجازة بعد الرّد القولى موجود فى الرّد الفعلى و عرفت ايضا فى ص ٤٥١ وكذا يحصل بكلّ فعل مخرج له عن ملكه.

(٦) اى بان اتى المالك بالفعل قاصداً به ردّ العقد الّذى اوقعه الفضولى.

(٧) اى مفهوم المنافى فمفهومه فاعل ينافى مصداق (ما) هو الفعل وقوله قصد الخ مفعول (ينافى).

(٨) اى الاكتفاء بمجرّد ايقاء ما ينافى.

(٩) مراده قده من الاصل اصالة البقاء اى استصحاب بقاء عقد الفضولى الملحق به

ذكرنا[١]. الوكالة والوصاية

ولكنّ الاكتفاء فيهما بالردّ الفعلى اوضح و امّا الفسخ فى العقود الجائزة بالذات[٢] او بالخيار[٣] فهو منحصرٌ باللّفظ او الرّد الفعلى.

وامّا فعل مالا يجامع صحّة العقد كالوط والعتق والبيع فالظّاهر أنّ الفسخ بها من باب تحقّق القصد قبلها[٤] لا لمنافاتها[٥] لبقاء العقد لأنّ[٦] بطلانها[٧] لانفساخ العقد عكس ما نحن فيه[٨] وتمام الكلام فى

⇐ الاجازة عند الشكّ فى زواله بسبب ما ينافى مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقّق مفهوم الرّد.

(١) من العقد الفضولى وانّ الرّد القولى والفعلّى المنشاء بقصد الرّد ببطلانه.

(٢) يعنى الاكتفاء فى الوكالة والوصابة وبطلاتهما بالفعل اوضح من الاكتفاء فى فسخ عقد الفضولى لانهما فى ذاتهما الجواز بخلاف البيع.

(٣) المراد من العقود الجايز الهبة مثلا لاالوكاتة والوصاية.

(٤) اى او فى العقود الجائزة بالخيار كالبيع والاجازة بخيار من احد الّطرفين فهو اى الفسخ منحصر باللّفظ او الرّد الفعلى كان يبيع لزيد ما باعه بيعا خيارّياً لبكر ويكون بيعه الثّانى بقصد فسخ البيع الاوّل.

(٥) اى قبل الوطى والعتق والبيع.

(٦) الى لالمنافات الوط والعتق والبيع لبقاء العقد فى العقود الجايزة بالذّات او بالخيار.

(٧) قوله (لانّ) علّة لعدم كون الفسخ بالوط والبيع والعتق من باب انّها منافية لبقاء العقد فى العقود الجائزة بالّذات او بالخيار وملخصّه انّه لوكان الفسخ بها من باب منافاتها لبقاء

⇐

محلّه[٩].

ثمّ انّ الرّد انّما يثمر فى عدم صحّة الاجازة بعده[١٠] وامّا انتزاع[١١] المال من المشترى لواقبضه الفضولى فلا يتوقّف على الرّد بل يكفى فيه[١٢] عدم الاجازة.

والظّاهر[١٣] انّ الانتزاع بنفسه ردّ[١٤] مع القرائن الدّالة على ارادته[١٥] منه

← العقد لكان مقتضى هذا المنافاة بطلان تلك التّصرفات لانّها تصرّف فى مال الغير لانفساخ العقد.

(٨) اى بطلان الوطء والعتق والبيع.

(٩) حيث انّ قضيّة المنافاة فى ما نحن فيه وهو عقد الفضولى انفساخ عقد الفضولى وصحّة التّصرفات المنافية.

(١٠) اى بعد الرّد فعلى هذا الوردّ المالك عقد الفضولى ثمّ اجاز بعد الرّد لم تكن اجازته مثمرة.

(١١) اى انتزاع المالك ماله من يد المشترى بعد ان اقبض البايع الغاصب المال الى المشترى.

(١٢) اى فى الانتزاع عدم الاجازة فلو انتزعه كان له ان يجيز بعد ذلك وذلك لأنّ الانتزاع ليس ردّا.

(١٣) اى الظّاهر من العرف الّذى هو الميزان فى تطبيق الكليّات على المصاديق.

(١٤) اى ردّ لعقد الفضولى.

(١٥) اى ارادة المالك الرّد من الانتزاع.

لا مطلق الاخذ لانّه[١] اعمّ ولذا[٢] ذكروا انّ الرّجوع فى الهبة لا يتحقّق به.

مسئلة

لولم يجز المالك فان كان المبيع فى يده[٣] فهو والاّ[٤] فله[٥] انتزاعه ممّن وجده فى يده مع بقائه[٦] ويرجع[٧] بمنافعه المستوفاة وغيرها على الخلاف المتقدّم[٨] فى البيع الفاسد ومع التّلف[٩] يرجع[١٠] الى

---

(١) اى لأنّ الاخذ اعمّ من الرّد لامكان ان يكون المالك اخذ المال حتى يعطيه المشترى الثّمن ثم يسلّم المال اليه.

(٢) اى ولاجل أنّ الاخذ اعمّ من الرّد ذكر الفقهاء انّ الرّجوع فى الهبة لايتحقّق باخذ الشّئ المتهّب لامكان ان يكون اخذه بقصد الغصب.

(٣) اى فى يد المالك فلا كلام لنافيه.

(٤) اى وان لم يكن المبيع فى يده بل فى يد المشترى او فى يد ايّ شخص كان.

(٥) اى للمالك انتزاع البيع ممّن وجده فى يده سواء البايع والمشترى الاوّل اوغيره.

(٦) اى مع بقاء البيع وكونه موجودا بذاته.

(٧) ويرجع المالك بمنافع المبيع الّتى استوفاها من كان المبيع فى يده كثمرة البستان ولبن الشّاة ونحوهما.

(٨) تقدّم بقوله وامّا المنفقه الفائته بغير استيفاء فالمشهور فيها ايضا الضّمان.

(٩) اى ومع تلف المبيع كما لو ماتت الشّاة عند المشترى الفضولى.

(١٠) يرجع المالك الى من تلف عنده بمعنى أنّ قرارا الضّمان عليه و ان كان للمالك حقّ الرّجوع الى كلّ من وضع يده على الملك.

من تلف عنده بقيمته يوم التّلف.

او با على القيم من زمان وقع فى يده[١].

ولو كان[٢] قبل ذلك فى ضمان آخر و فرضت زيادة القيمة عنده[٣] ثمّ نقضت عند الاخير[٤] اختص السّابق بالرّجوع[٥] بالزيّادة عليه[٦]

---

(١) اى با على القيم من زمان وقع فى يده مثلا لوكان قيمة المبيع فى يوم وقع فى يد المشترى ماة ثمّ تنزلّت قيمته فى يوم التّلف من الماة الى السّتين ياخذ المالك من المشترى المأة لاالسّتين.

(٢) اى ولو كان المبيع قبل ذلك التّلف فى يد المشترى فى ضمان انسان آخر كما لو كان المبيع فى ضمان البايع الغاصب وفرضت زيادة القيمة عنده بان كانت قيمته ماة حين كان فى يد البايع الغاصب ثمّ نقصت القيمة عند الاخير كما لو صارت ثمانين اختص السّابق و هو البايع الغاصب بالرّجوع بالزيّادة على ذلك السّابق فياخذ المالك العشرين منه و الثمانين من المشترى.

فهذا المشترى الاخير لايضمن الاّ على الستين لانّه لم ياخذ زائداً على ذلك ولم يدخل غيره تحت يده ليكون ضامناً عليه بمقتضى اليد او بالسّيرة.

وعلى هذا فلو سمنت الشّاة ثم هزلت او تعلّم العبد الكتابة ثمّ زالت عنه فيضمنها من حدثت تلك الصّفات فى تحت يده و تلفت عنده ولوانتقلت العين الى غيرمن حدثت الاوصاف عنده وتلفت لديه ضمن العين مع تلك الصّفات من حدثت الاوصاف تحت يده و من تلفت عنده معاً ايضا

وبالجملة نحن نتبع فى الحكم بالضّمان بدليله فبأىّ مقدار اقتضى نتبعه والاّ فلا.

(٣) اى عند الآخر.

(٤) كما لو غصب زيد شاة الغير وكانت قيمته عنده تسعين ثمّ باعه لبكر وتلفت الشّاة

كما صرّح به جماعة فى الايدى المتعاقبة[٧] هذا كلّه حكم المالك مع

← عند بكر و كانت قيمته عند التّلف خمسين ياخذ مالك الشّاة من الغاصب اربعين ومن المشترى الّذى هوبكر خمسين.

(٥) مراده قده من السّابق هو الآخر الّذى فرضت زيادة القيمة عنده.

(٦) اى على السّابق.

(٧) مثلا باع الغاصب شاة المالك لزيد ثمّ باعها زيد لبكر ثم باعها بكر لخالد وهكذا هذا كلّه حكم المالك مع المشترى وامّا حكم المشترى مع الفضولى فيقع الكلام فيه تارة فى الثّمن واخرى فيما يغرمه للمالك زائداً على الثّمن فهناك مسئلتان كما فى المتن امّا الاولى انّ المشترى تارة يكون جاهلاً يكون البايع الفضولى فضوليّاً او غاصباً واخرى يكون عالماً به امّا الاوّل فتارة يعترف المشترى بكونه مالكا بالعين واخرى لا يعترف و على الثّانى فيرجع على الفضولى لثمن سواء كان تالفا او باقيا لغروره ايّاه وعلى الاوّل تارة يكون اعترافه عن علم واعتقاد بانّ البيع مال البايع وعليه فلا شبهة فى عدم رجوعه الى البايع فانّه بمقتضى اعترافه قد يكذّب البيّنة الّتى اقامتها المالك على كونه مالاً له فيكون اعترافه على نفسه فيأخذ المالك المال بعد اقامته تلك البيّنة فلا يرجع المشترى الى المالك على حسب اعترافه.

واخرى يكون اعترافه مستندا الى اليد فهذا الاعتراف لايوجب اخذ المعترف به لزواله بزوال مدركه باقامته المالك البيّنة على انّ المال ماله لكونها مكذّبة لليد وكاشفة فى الظّاهر عن كونها اى اليد يدعدوان وغصب وانّما استملكت مال الغير عن غيرحقّ و ان كان فى الواقع محقّاً ولو تردّد اعترافه بين كونه مستنداً الى الاوّل.

اوالى الثّانى فهل حكمه حكم الاوّل فيلحق به او الثّانى ذكر المضف ذلك ولم يرجّح احد الطّرفين ولكنّ الظّاهر ان يلحق ذلك باليد فانّ الغالب بل الظّاهر من المشترين يشترون ويستندون الى اليد ولذا لوسئلو عن ذلك فيجيو بذلك وانه كان فلان لكونه فى يده.

المشترى وامّا حكم المشترى مع الفضولى فيقع الكلام فيه تارة فى الثّمن واخرى فيما يغرمه[١] للمالك زائداً على الثمن.

فهنا مسئلتان (الاولى) انّه يرجع[٢] عليه بالثّمن ان كان جاهلا بكونه فضوليّا سواء كان با قيام ام تالفاً.

ولا يقدح فى ذلك[٣] اعترافه بكون البايع مالكاً لأنّ[٤] اعترافه مبنىٌّ

---

(١) الضّمير الفاعل المستتر راجع الى المشترى والضّمير المفعول الى (ما) فى قوله (فيما).

(٢) يعنى يرجع المشترى على البايع الفضولى لو كان جاهلا بكون البايع فضوليّا سواء كان المال باقيا او تالفاً فان كان المال باقياً اخذ المالك عين المال وان كان تالفاً اخذ بدله.

(٣) اى لا يقدح فى رجوع المشترى بالثّمن الى الفضول اعتراف المشترى بكون البايع مالكاً اقول قال الاستاد فى هذا المقام ما لفظه «يعنى لا يمنع من الحكم برجوع المشترى الى الفضول اقراره حين الاخذ بمالكيّة البايع فيما اذا كان الاقرار مبنيّاً على ظاهر اليد بملاحظة انّ مقتضى اقراره خروج الثّمن عن ملكه وكونه للبايع فالرّجوع عليه و اخذ الثّمن منه رجوع الى ملك الغير و هو ظلم لا يجوز عقلا لانّ الاقرار بعد العلم بمدركه وهو ظاهر اليد لاعبرة به بل العبرة بالمدرك لكن لامطلقا بل مالم ينكشف الخلاف ولم يعلم انّ يده يدعدوان وامّا اذا علم ذلك ولو بالعلم التّنزيلى كان قامت البّينة على كون المال لغير البايع فلا عبرة به ايضا فيرجع الى قاعدة اليد وقضيتّها الضّمان وجواز الرّجوع انتهى ما افاده الاستاد.

(٤) اى لانّ اعتراف المشترى مبنىٌّ على ظاهر يد البايع فانّ الظاهر انّ يده يد مالكية ومثل هذا الاعتراف لا يوجب ذهاب احترام مال المتصرف لو تبيّن بطلان اعترافه بان ظهر انّ الثمن لم يكن للبايع.

على ظاهر يده.

نعم لو اعترف به[١] على وجه يُعْلم عدم اسناده الى اليد كان يكون اعترافه بذلك بعد قيام البّينة لم يرجع بشى ولو لم يُعلم استناد الاعتراف الى اليد او الى غيرها ففى الاخذ بظاهر الحال من استناده[٢] الى اليد او بظاهر لفظ الاقرار[٣] من دلالته على الواقع وجهان.

وان كان[٤] عالماً بالفضوليّة فان كان الثّمن باقيا استردّه وفاقاً للعلاّمة وولده والشهيدين والمحقّق الثّانى ره اذ لم يحصل منه[٥] ما يوجب انتقاله عنه شرعاً.

ومجرّد[٦] تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال فى البيع

---

(١) اى لو اعترف المشترى بكون الثمن للبايع على وجه يعلم عدم استناده الى اليد كان يكون اعترافه بكون المال للبايع بعد قيام البيّنة بانّ المال للبايع لم يرجع بشئ.

(٢) اى من استناد المشترى الاعتراف بالملك.

(٣) اى باقرار البايع بأنّ هذا ملكى فباعه علىّ المشترى واقرار المشترى لانّه مقرّ بانّ المال للبايع من دلالة اقرار المشترى على الواقع وجهان لتعارض الظّاهرين وجه بالاخذ بظاهر الحال حيث يدلّ على انّ البايع هو المالك و وجه بالاخذ بظاهر لفظ الاقرار لكنّ الظّاهر تقديم وجه الاخذ بظاهر الحال.

(٤) اى وان كان المشترى عالماً بغصبيّة المبيع حين الشّراء.

(٥) اى لم يحصل من المشترى ما يوجب انتقال الثمن عنه الى البايع.

(٦) دفع وهم وهو انّه قد سلّط المشترى البايع على ماله فكيف يرجع الى البايع

←

الفاسد لتسليط كلّ من المتبايعين صاحبه على ماله ولانّ[١] الحكم بصحّة البيع لواجاز المالك هو المشهور يستلزم تملّك المالك للثّمن فانّ[٢] تملكه البايع قبله يلزم فوات محلّ الاجازة لأنّ الثمن انّما ملكه الغير فيمتنع تحقق الاجازة فتامل[٣].

وهل يجوز للبامع التصرّف فيه[٤] وجهان بل قولان اقواهما العدم[٥]

← والجواب انّ مجرّد تسليط المشترى البايع على ماله لو كان موجباً لانتقال المال الى البايع لزم الانتقال فى البيع الفاسد ايضا وذلك لتسليط كلّ من المتبايعين صاحبه على ماله فيه مع انّ الفقهاء لايقولون به.

(١) اقول قوله (ولانّ الخ) جواب ثان عن الوهم المذكور اى الحكم بصّحة بيع الفضولى لو اجاز المالك كما هو المشهور حيث بقول الفقهاء بصحّة بيع الفضولى مع اجازة المالك يستلزم تملّك المالك للثّمن لانّ معنى الصّحة هو تملّك المالك للثّمن وتملّك المشترى للمثمن.

(٢) اى تملّك الثّمن البايع الغاصب قبل المالك يلزم فوات محل الاجازة و ذلك لانّ الثّمن انما ملكه الغير الّذى هو الغاصب فيمتنع تحقق الاجازة ويكون المعوّض عندئذ بدون عوض.

(٣) وجه التّامل انّ القائل بعدم جواز الرّجوع يمكن ان يقال بانتقال الثمن الى الفضولى بتسليط المشترى العالم بالفضوليّة مراعى بعدم الاجازة وعندئذ لايلزم فى صورة اجازة المالك فوات مجلّ الاجازة وانما يلزم لوقال بمالكيّة البايع للثّمن على تقديرى الاجازة والرّد.

(٤) اى فى الثّمن.

(٥) اى عدم جواز التّصرف فى الثمن للبايع الغاصب ولا سيّما لو قلنا بالكشف لانّ المال

لانّه[١] اكل مال بالباطل وامّا لوكان[٢] تالفا فالمعروف عدم رجوع الشترى بل المحكّى عن العلّامة و ولده والمحقّق والشّهيد الثّانين وغيرهم الاتّفاق عليه[٣].

و وجهه[٤] كما صرّح به بعضهم كالحلّى والعلاّمّة وغيرهما ويظهرمن آخرين ايضا انّه[٥] سلّطه على ماله بلاعوض توضيح ذلك[٦] أنّ الضّمان

⇐ عندئذ اصبح ملكا للبايع الاصيل.

(١) قوله لانّه الخ علة لعدم جواز تصرّف البايع فى الثّمن لانّه اكل مال بالباطل وامّا وجه جواز التّصرف فهو تسليط المشترى العالم بالغصب البايع الغاصبت على الثّمن.

(٢) اى لو كان الثّمن تالفاً.

(٣) اى الاتّفاق على عدم رجوع المشترى فى الثّمن على البايع الغاصب فى صورة تلفه.

(٤) اى علّة عدم جواز رجوع المشترى فى الثّمن على البايع الغاصب فى صورة تلفه انّ المشترى.

سلّط البايع على ماله بلاعوض فلامجال فى هذه الصّورة لرجوعه اليه.

(٥) اى المشترى سلّط البايع على ماله مجّانا.

توضيح ذلك.

(٦) اى توضيح وجه عدم رجوع الشترى على البايع الفضولى.

تذكرة واعلم أنّ المستفاد ممّا ذكره الاعاظم انّ «قاعدة مايضمن» ليس له اساس وقد ذكروا تطبيقها على القاعدة من انّ المراد بذلك هو انّ العقد الّذى كان صحيحا مبنياً على الضّمان ففاسده ايضا كذلك بخلاف مثل الهبته ونحوها.

وظهر لك انّ المقام غيرمربوطة بالبيع بلاثمن ليكون هبة فاسدة حتّى يتوّهم أنّ فى صحيح ⇐

امّا لعموم على اليد ما اخذت وامّا لقاعدة الاقدام على الضّمان الّذى استدل به الشّيخ وغيره على الضّمان فى فاسد ما يضمن بصحيحه[١].

والاول[٢] مخصّص بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك

➡ الهبة لاضمان وكذا فى فاسدها ايضا فتحصل انّ قاعدة اليد لم تخصّص فى المقام بما ذكره المصنّف وامّا ما ذكره المصنّف من قاعدة الاقدام بالضّمان فقد ذكروا فيما لا يضمن أنّ الاقدام لا موضوعية له ولا أنّ له دليل فى كونه مضمّناً وانّما الموجب للضّمان هو دليل اليد بل لا يظهر ممّن ذكره فى وجه الضّمان أنّه ذكره للاستقلال بل لبيان موضوعيّة ضمان اليد حيث انّ اليد انّما يوجب الضّمان فيما يكون ذى اليد مقدماً عليه فانّه لاضمان لليد بدون الاقدام عليه كموارد الوديعة والعارية والعين المستاجرة ونحوها والاّ فليس الاقدام على استقلاله من المضّمنات.

(١) فى قولهم كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

(٢) وهو قاعدة على اليد ما اخذت.

اقول انّ الشترى انّما سلّط البايع الفضولى على ماله بانيا على فساد العقد فيكون كسائر العقود الفاسدة فلا وجه لتفريد ذلك عن غيرها من العقود الفاسدة اذن فلا وجه لقياسه بالبيع بلاثمن فانّه ليس الاّ هبته مجانية ولا بالاجازة بلا اجرة وبالعارية وباعطائه لثالث فانّ فى جميعها انّ التّسليط ليس الاّ مجّانيا وهذا بخلاف المقام فانّ التّسليط فيها ليس مجانيّا ولذا لوسئل عنه انّك وهبت مالك او اعررت فيجيب انّى عاملت مع فلانى و يدل على ذلك انّه لو كان التّسليط مجانيّا لم يكن وجه للحكم بكون البايع غيرجائز التّصرف مع انّ المصنف حكم بحرمة التّصرف فى الثمن.

ودفعه[١] اليه لحفظه كما فى الوديعة اوالانتفاء به[٢] كما فى العارية اواستيفاء المنفعة منه[٣] كما فى العين المستاجرة فانّ الدّفع على هذا الوجه[٤] اذا لم يوجب الضّمان فالتّسليط على التّصرف فيه واتلافه ممّا لا يوجب ذلك[٥] بطريق اولى.

و دعوى[٦] انّه انّما سلّطه فى مقابل العوض لامجّاناً حتّى يشبه الهبة الفاسدة التّى تقدّم عدم الضّمان فيها مندفعة[٧] بانّه[٨] انّما سلّطه فى

---

(١) اى دفع المال الى من استامنه لحفظ المال.

(٢) اى ودفع المالك المال اليه للانتفاع به كما فى العارية.

(٣) اى و دفع المالك المال اليه الاستيفاء والمنفعة منه كما فى العين المستاجرة.

(٤) اى على وجه الوديعة او العارية اوالاجازة.

(٥) وجة الاولويّة انّه فى صورة بقاء العين و عدم اعراض صاحب المال عن ماله كما فى الوديعة والعارية والاجازة اذا لم يكن البايع ضامنا ففى صورة فقدان الثّمن وتسليط المشترى البايع على الثّمن تسليطاً مجّاناً وبلاعوض عدم الضّمان يكون بطريق اولى.

(٦) هذه الدّعوى فى ردّ الاوليّة المذكورة وملخصّها انّ التّسليط من الشترى لم يكن مجاناً وبلاعوض حتّى يشبه الهبة الفاسدة فى عدم ضمانها بل التّسليط فى مقابل العوض الّذى هو مال الغير.

(٧) قوله (مندفعة) خبر لمبتداء مقدّم وهو قوله (ودعوى) بانّ الشترى انّما سلّط البايع الغاصب فى مقابل ملك غيره لانّ العوض لم يكن مال البايع فلم يضمن الشترى البايع فى الحقيقة والواقع شيئاً من كيس البايع فالتّسليط للغاصب يشبه الهبة الفاسدة والبيع بلاثمن

←

مقابل ملك غيره فلم يضمنه[٩] فى الحقيقة شيئاً من كيسه فهو[١٠] يشبه الهبة الفاسدة والبيع بلا ثمن ولاجازة بلا اجرة الّتى قد حكم الشّهيد و غيرواحد بعدم الضّمان فيها[١١] و من ذلك[١٢] يعلم عدم جريان الوجه الثّانى للضّمان وهو[١٣] الاقدام على الضّمان هنا[١٤] لانّ البايع لم يقدم على ضمان الثّمن الاّ بما علم المشترى انّه[١٥] ليس ملكاً له[١٦].

← والاجازة بلا اجرة الّتى قد حكم الشهيد وكثير من الفقهاء بعدم الضّمان فى المذكورات اذا تلفت العين فى الهبة والبيع والاجازة.

(٨) اى بانّ المشترى سلّط البايع الفضولى على الثمن.

(٩) اى لم يضمن الشترى البايع الفضولى من كيسه.

(١٠) اى تسليط المشترى للبايع على الثّمن.

(١١) اى فى الهبة الفاسدة والبيع بلا ثمن والاجازة بلا اجرة.

(١٢) اى من انّ قاعدة على اليد ما اخذت مخصّصة بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك فلا تجرى فيما نحن فيه فلاضمان فيه.

(١٣) اى الوجه الثانى.

(١٤) اى فى تسليط المشترى للبايع الفضولى على الثمن.

(١٥) الضّمير راجع الى (ما) فى قوله (الاّ بما).

(١٦) الضّمير راجع الى البايع يعنى لأنّ البايع الفضولى لم يقدم على ضمان الثمن الاّ بمقابل الثمن الّذى علم المشترى انّ هذه المثمن ليس ملكاً له فالبايع لم يقدم على ضمان الثمن حتّى يشمله الوجه الثّانى وهو الاقدام على الضّمان.

فان قلت[١] تسلّطه على الثّمن بازاء مال الغير لبنائه ولو عدواناً على كونه ملكاً له ولولا هذا البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضة كما تقدّم[٢] فى تصحيح بيع الغاصب لنفسه فهو[٣] انّما سلّط على وجه يضمنه[٤] بماله الاّ انّ كلامنهما لمّا قطع النّظرعن حكم الشّارع بعدم ملكيّته البايع للثمن وتعاقدا معرضين عن ذلك[٥] كما هو[٦] الشّان فى المعاوضات الواردة

---

(١) اقول مراد القائل فى ان قلت اثبات الضّمان للبايع فى صورة علم المشترى بكون المبيع منصوباً وملخّص هذا الاشكال انّ المشترى انّما سلّط البايع على الثّمن بناءً على انّ البايع الغاصب مالكاً للمبيع ولو كان التملك ظلما وعلى هذا البناء يتحقّق مفهوم المعاملة ولو لا هذا البناء لما تحقق مفهوم المعاوضة فى الخارج اصلا لانّه اخذ فى مفهوم المبادلة المال لكنّ الشّارع لم يمض هذا الضّمان الخاصّ ولم يعترف به الاّ انّ نفس الضّمان العام موجود فيشمل هذه المعاملة فالتسليط لا يكون مجانا وبلاعوض.

(٢) اى تقدم فى مساله بيع الفضولى لنفسه بقوله «فالمبادلة الحقيقيّة من العاقد لنفسه لا يكون الاّ اذا كان مالكا حقيّا او ادّعائيّا».

(٣) الضّمير راجع الى المشترى.

(٤) الضمير الفاعل المستتر راجع الى المشترى والضّمير المفعول راجع الى البايع.

(٥) اى معرضين عن حكم الشارع بانّ البايع لا يملك الثمن وانّ هذا البناء غيرصحيح فى نظره.

(٦) اى الاعراض عن حكم الشّارع فى عدم تملّك البايع الغاصب وانّ البناء على التملّك غيرصحيح فى نظره هو الشأن فى المعاوضات الواردة على الاموال المسروقة والماخوذة ظلما و عدواناً.

على اموال النّاس بين السُّراق والظّلمة بل بنى المشترى على كون المثمن ملكا للبايع فالتسليط ليس مجّانا و تضمينه البايع.

بمقابل الثّمن من ماله[١] حقيقى الاّ انّ كون الثمن مالاً له ادّعائىّ فهو[٢] كما لو ظهر الثمن المعيّن ملكاً للغير فانّ المشترى يرجع الى البايع بالثّمن مع التّلف اتفاقاً مع انّه[٣] انّما ضمنه[٤] الثّمن بازاء هذا الشى الّذى هو مال الغير فكما انّ التّضمين هنا[٥] حقيقى وكون الثمن مالاً له[٦] اعتقادى[٧] لا يقدح تخلّفه[٨] فى التّضمين[٩] فكذلك بناء

---

(١) اى من مال البايع.

(٢) اى حال ما نحن فيه من رجوع المشترى الى البايع الغاصب بثمنه كما لو ظهر المثمن المعيّن ملكا للغير بان لم يكن المثمن كليّا حتّى يلزم تبديله على صاحب الثمن فانّه اذا ظهر الثمن ملكاً للغير فانّ المشترى يرجع الى البايع بالثمن مع التّلف للثمن اتّفاقا.

(٣) اى المشترى.

(٤) اى جعل البايع ضامناً الثّمن بازاء هذا الشيى المثمن المعيّن.

(٥) اى فيما لو ظهر العين ملكا للغير حقيقى.

(٦) اى للبايع.

(٧) لاعتقاد البايع والمشترى انّ المثمن مال للبايع.

(٨) اى لا يقدح تخلّف كون المثمن مالاً للبايع وظهوره مالاً للغير فى تحقّق التضمين الحقيقى بمال البايع.

(٩) اى فى تضمين المشترى للبايع.

المشترى فيما نحن فيه[١] على ملك المثمن عدواناً لا يقدح[٢] فى التضمين الحقيقى بماله[٣] قلت الضّمان كون الشّى فى عهدة الضّامن وخسارته[٤] عليه واذا كان المضمون به[٥] ملكاً لغير الضّامن واقعاً فلا يتحقّق الضّمان الحقيقى مع علمهما[٦] بذلك.

وما ذكر[٧] من بناء المتعاقدين فى هذا العقد[٨] على كون المثمن ملكاً للبايع الغاصب مع كونه[٩] مال الغير فهو[١٠] انّما يصحّح وقوع عقد

---

(١) اى فى بيع الغاصب مع علم المشترى انّه غاصب.

(٢) اى لا يقدح تخلّف البناء المذكور بمعنى عدم تاثيره فيما بنى عليه من ملكيّته البايع للمثمن فى تحقق التّضمين الحقيقى بمال البايع.

(٣) اى بمال المشترى.

(٤) اى خسارة الشى على الضامن.

(٥) مراده قده من المضمون به هو المثمن يعنى اذا كان الثمن ملكا لغير البايع فلا يتحقّق الضّمان الحقيقى مع علمهما بذلك.

(٦) اى علم البايع الفضولى والمشترى بكون المضون به ملكا لغير الضّامن.

(٧) اى ما ذكره المستدلّ فى قوله فى ص ٤٨٦ لاثبات الضّمان على الغاصب من بناء المتعاقدين فى هذا الواقع بين المشترى العالم والغاصب فيما اذا اتلف الثّمن واخذ المالك المال.

(٨) اى فى هذا العقد الواقع بين المشترى والبايع الفضولى مع علمهما انّ الثمن ملكاً لغير البايع.

(٩) اى مع كون المثمن.

التمّليك والتملّك منهما.

ادّعاءً مع عدم كون البايع[١١] اهلاً لذلك[١٢] فى الواقع والاّ فاصل المعاوضة حقيقة بين المالكين[١٣] والضّمان والتّضمين الحقيقى بالنّسبة اليهما[١٤] ولذا[١٥] ينتقل الثمن الى مالك المبيع ويدخل فى ضمانه بمجرّد الاجازة والحاصل[١٦] انّه لاتضمين حقيقة فى تسليط المشترى البايع على النّمن وامّا[١٧] رجوع المشترى مع اعتقاد المتبايعين لمالكيّة

---

(١٠) اى بناء المتعاقدين.

(١١) اى مع عدم كون البايع مالكاً للمثمن حتّى يكون اهلاً للتمليك فى الواقع.

(١٢) اى اهلا لذلك التّمليك والتّملك واقعاً لانّه لا شى له حتّى يكون طرفاً.

(١٣) مالك المثمن ومالك التثمن.

(١٤) اى الى المالكين احدهما المشترى ثانيهما المالك لا البايع الفضولى.

(١٥) اى ولاجل انّ اصل المعاوضة حقيقة بين المالكين والضّمان والتّضمين الحقيقى بالنّسبة اليهما ينتقل الثمن الى مالك للبيع وهو المالك الاصيل.

(١٦) اى حاصل ما ذكرناه فى صورة تلف الثّمن مع علم المشترى بكون البايع غاصباً.

(١٧) يعنى رجوع المشترى على البايع بالثّمن فيما لوظهر الثمن المعيّن الشّخصى ملكاً للغير ليس لاجل تضمين المشترى ايّاه على الثّمن بازاء مثمن كان ملكا للغير حتّى يقاس ما نحن فيه عليه.

بل جواز الرّجوع لاجل عدم طيب النّفس على تصرّف البايع فيه من دون ضمان بخلاف الاشتراء من الغاصب مع العلم بالغصب فانّ طيب النفّس بالتّصرف والاتلاف من دون ضمان بماله حاصل.

البايع المثمن عند انكشاف الخطاء.

مع انّه انّما ضمنه[١] بمال الغير فلعدم[٢] طيب نفسه على تصرّف البايع فيه من دون ضمان و ان كان ما[٣] ضمنه به غيرملك له ولا يتحقّق به[٤] التّضمين لانّه[٥] انّما طاب نفسه بتصرّف البايع لاعتقاد كون الثمن ملكا له[٦] وصيرورته[٧] مباحاً له بتسليطه[٨] عليه وهذا[٩] مفقود فيما نحن فيه لأنّ طيب النّفس[١٠] بالتّصرف والاتلاف من دون ضمان له بماله

---

(١) اى ضمن المشترى البايع بمال الغير الّذى هو المالك الحقيقى.

(٢) فلعدم طيب نفس المشترى على تصرّف البايع فى الثّمن بل انّما طابت نفسه بتصرّف المالك.

(٣) مراده قده من (ما) هو المثمن يعنى وان كان المثمن الّذى ضمنّ المشترى البايع بـه غير ملك له.

(٤) اى لا يتحقّق بغيرملك للبايع التّضمين.

(٥) قوله (لانّه) علّة لعدم طيب النّفس على التّصرف من دون ضمان.

(٦) اى للبايع.

(٧) اى صيرورة المثمن مباحاً للمشترى.

(٨) اى تسليط البايع المشترى على المثمن فطيب بنفس المشترى فى صـورة الجـهل خيالى و ليس بواقعى.

(٩) اى طيب النّفس من المشترى بتصّرف البايع لاعتقاد كون المثمن ملكاً له.

(١٠) يعنى انّ طيب نفس المشترى بتصرّف البايع فى الثّمن من دون ضمان حاصل.

حاصل[١] وممّا ذكرنا يظهر ايضا فساد نقض ما ذكرنا[٢] بالبيع مع علم المشترى بالفساد حيث انّه ضمن البايع بما[٣] يعلم أنّه[٤] لا يضمن الثّمن به وكذا البايع مع علمه بالفساد ضمن المشترى بما[٥] بعلم انّ المشترى لا يضمن به[٦].

فكانّه[٧] لم يضمنه[٨] بشى وجه الفساد[٩] انّ التّضمين الحقيقى حاصل هنا لأنّ المضمون به[١٠] مال الضّامن غاية الامر انّ فساد العقد مانع عن

---

(١) قوله (حاصل) خبرك (انّ) فى قوله لان طيب النّف.

(٢) اقول قال بعض المحقّقين فى هذا المقام ما لفظه اقول هذا بيان لنقص ما ذكرنا بالبيع الفاسد يعنى انّ المشترى ضمنّ البايع على الثّمن بازاء مبيع يعلم انّه لا يضمن بازائه لفساد البيع وكذا البايع مع علمه بالفساد ضّمن المشترى على المبيع بازاء الثمن الذى يعلم انّ المشترى لا يضمن المبيع بازاء هذا الثّمن فكانهما لم يضّمن احدهما الآخر بشى و مع ذلك كما يجوز رجوع البايع الى المشترى ورجوع المشترى على البايع كذلك ما نحن فيه.

(٣) مراده قده من (ما) فى قوله (بما) هو المثمن الّذى هو المضمون به.

(٤) الضّمير الفاعل المستّتر راجع الى المشترى.

(٥) مراده قده من (ما) هنا هو الثمن.

(٦) اى يعلم البايع انّ المشترى لا يضمن المثمن بالثّمن.

(٧) اى كانّ كلّ واحد من البايع والمشترى.

(٨) اى لم يضمنّه الآخر بشى اصلا.

(٩) اى وجه الفساد لهذا النّقص.

(١٠) اى حاصل فى باب البيع الفاسد.

مضىّ هذا الضّمان[١] والتّضمين[٢] فى نظر الشّارع لانّ المفروض فساده[٣] فاذا لم يمض الشّارع الضّمان الخاصّ[٤] صار اصل اقدام الشّخص[٥] على الضّمان الحقيقى.

اوقاعدة اثبات اليد[٦] على مال من دون تسليط مجانىّ او استيمان[٧][٨] عن مالكه موجباً لضمانه على الخلاف[٩] فى مدرك الضّمان فى فاسد ما

---

(١) اى المثمن مال الضّامن الّذى هو البايع.

(٢) اى التّضمين من المشترى للبايع.

(٣) اى فساد الضّمان والتّضمين المعامليّن.

(٤) وهو ضمان الثّمن بازاء المثمن وضمان المثمن بازاء الثّمن المعبّر عنه بالضّمان المعاوضى.

(٥) اى صار اصل اقدام الشخص كالبايع مثلا على الضّمان الحقيقى لا الاقدام الخيالى كما فى بيع الغاصب مع علم المشترى.

(٦) قوله (اوقاعدة اثبات اليد) معطوف على قوله (اصل اقدام) يعنى اوصار قاعدة اثبات اليد من المتشرى فى البيع الفاسد على الثمن من دون تسليط مجانّى من البايع موجباً لضمانه ان كان المدرك فى الضّمان هو قاعدة على اليد ما اخذت حتّى تودّى.

(٧) اى اومن دون استيمان عن مالكه موجباً لضمان ذلك المال الّذى وضع عليه اليد.

(٨) اى على الخلاف الواقع بين الفقهاء فى مدرك الضّمان فى مسألة «فاسد ما يضمن بصحيحه» اى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» هل مدرك هذه القاعدة الاقلام كما قاله الشّيخ او مدركها قاعدة اثبات اليد.

(٩) اى على الخلاف الواقع بين الفقهاء فى مدرك الضّمان فى مسألة «فاسد ما يضمن

←

يضمن بصحيحه وشى منهما[١] غيرموجود فيما نحن فيه[٢] كما اوضحناه بما لا مزيد عليه وحاصله[٣] انّ[٤] دفع المال الى الغاصب ليس الاّ كدفعه الى ثالث يعلم[٥] عدم كونه مالكا للمبيع وتسليطه[٦] على اتلافه فى انّ ردّ المالك[٧] لايوجب الرّجوع الى هذا الثالث نعم[٨] لوكان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر[٩] والخزير والحرّ

← بصحيحه» اى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» هل مدرك هذه القاعدة الاقدام كما قاله الشّيخ او مدركها قاعدة اثبات اليد.

(١) اى من الاقدام وقاعدة اثبات اليد.

(٢) اى فى بيع الغاصب مع علم المشترى بانّه غاصب اذا الغاصب لم يقدم على الضّمان وانّما اخذ الثّمن فى مقابل ما اعطاه من المثمن الّذى لم يكن ماله حسب.

(٣) اى حاصل وجه عدم ضمان الغاصب مع علم المشترى بالغصب.

(٤) كلمة (انّ) مع اسمها و خبرها خبر لمبتداء مقدّم وهو قوله «حاصله».

(٥) اى كدفعه الى ثالث مجّانا وبدون المعاوضة بمال.

(٦) بالجرّ عطفاً على مجرور الكاف الجّارة فى قوله ليس الاّكدفعه‌اى رفع المال الى الغاصب ليس الاّكتسليط المشترى العالم بالغصب البايع على اتلاف الثمن.

(٧) اى ردّ المالك الحقيقى للمثمن باخذه المثمن من المشترى لا يوجب الرّجوع الى هذا الثّالث فيما لو كان اتلف الثّمن.

(٨) نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كانخمروا الخزير والحرّ فيما لواشترى احد هذه الثلاّثة قوى اطّراد وجريان ما ذكرنا فى بيع الغاصب مع علم المشترى من عدم ضمان عوض الثّلاثة المملوك للمشترى مع علم المالك للثّمن بالحال.

(٩) بمعنى انّ الخمرو الخنزير والحرّليست قابلة للملك حتّى تكون عرضاً فى مقابل

قوي اطرّاد ما ذكرنا[١] فيه من عدم ضمان عوضها[٢] المملوك[٣] مع علم المالك بالحال.

كما صرّح به[٤] شيخ مشايخنا[٥] فى شرحه على القواعد هذا[٦] ولكن[٧] اطلاق قولهم: انّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يقتضى الضّمان فيما نحن فيه (وشبهه)[٨] نظراً الى انّ البيع الصحيح يقضى الضّمان ففاسده كذلك الاّ ان يفسرّ[٩] بما ابطلناه[١٠] من: انّ كلّ

➡ الثمن او الثّمن.

(١) يعنى فيما نحن فيه وهو صورة علم المشترى بفصبيّة المبيع.

(٢) اى عوض الخمر والخنزير والحرّ.

(٣) كلمة (المملوك) صفة للعوض الّذى هو ثمن الخمر والخترير والخر اومثمنها.

(٤) اى بعدم الضّمان.

(٥) المراد به الشّيخ الكبير كاشف الغطاء.

(٦) اى خذما تلونا عليك من عدم ثبوت الضّمان فيما نحن فيه.

(٧) ولكن مع ذلك يمكن القول بضمانه فانّ اطلاق قولهم: أنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يقتضى الضّمان فيما نحن فيه اى ضمان البايع الغاصب للثّمن بالنّسبة الى المشترى العالم بالغصب.

(٨) و شبه ما نحن فيه كبيع الخمرو الخنزير والحرّ مع علم المشترى بانّ هذه الثلاثة لا تملك شرعاً.

(٩) اى يفسرّ قولهم انّ كلّ عقد يضمن بصحيحه بضمن بفاسده.

(١٠) فى بيان معنى ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده عند قوله و ربّما يحتمل فى العبارد

عقد يضمن على فرض صحّته يضمن على فرض فساده ولا ريب انّ العقد فيما نحن فيه وفى مثل البيع بلا ثمن والاجازة بلا اجرة اذا فرض صحيحا لا يكون فيه ضمان فكذلك مع الحكم بالفساد.

فالمتعيّن بمقتضى هذه القاعدة الضّمان فى مسألة البيع لانّ البيع الصحيّح يضمن به.

لكنّك عرفت[١] ضعف هذا المعنى[٢] فيما ذكرناه سابقا فى توضيح هذه القضيّة فانّ معناه[٣] انّ كلّ عقد تحقّق الضّمان فى الفرد الصّحيح منه يثبت الضّمان فى الفرد الفاسد منه فيختصّ موردها[٤] بما اذا كان للعقد

⇐ يعنى فى القاعدة المعروفة كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ان يكون معناه انّ كلّ شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحا يضمن به مع الفساد الى ان قال: ويضعّف بأنّ الموضوع هو العقد الّذى وجد له بالفعل صحيح وفاسد لاما يفرض تارة صحيحاً واخرى فاسدا

(١) اى عرفت فى الجزء ٢ من المكاسب من طبعتنا الحديثة ص ١٧٥ عند قوله يضعّف بانّ الموضوع هو العقد الّذى وجد له بالفعل صحيح وفاسد لا ما يفرض تارة صحيحاً واخرى فاسداً.

(٢) اى معنى كلّ عقد يضمن بصحيحة على فرض صحّته يضمن على فرض فساده.

(٣) اى معنى قولهم كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(٤) اى مورد قاعدة كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده مراده قده من المعنى المختار هو قوله (فانّ معناه انّ كلّ عقد تحقّق الضّمان فى الفرر الصّحيح منه يثبت الضّمان فى الفرد الفاسد.

فردان فعليّان لا الفرد الواحد المفروض تارةً صحيحاواخرى فاسداً.
نعم يمكن تطبيق المعنى المختارده فيما نحن فيه[١] وشبهه[٢] بان لا يكون المراد من العقد فى موضوع القضيّة[٣] خصوص النّوع المتعارف من العقود كالبيع والصلّح بل يراد مطلق[٤] المعاملة الماليّة الّتى يوجد

---

(١) وهو بيع الغاصب مال الغير مع علم المشترى انّه مال الغير.

(٢) كالاجارة بدون اجرة بان لا يكون المراد من العقد خصوص النّوع المتعارف كما ذكره المصنف فى المتن.

(٣) مراده قده من القضّية هو كلّ عقد بضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(٤) اقول لا شبهة انّ المعاملة الماليّة اعمّ من المعاوضة الماليّة فانّها تشمل على المعاملة الواقعة على المال مجّاناً بلا بدل فتشمل النّوع الغير المتعارف مثل البيع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة وتسليط المشترى الثّمن بلاعوض من مال البايع.

فالمهمّ بنظرى القاصربيان الفاظ قاعدة مايضمن بصحيحه بضمن بفاسده ليكون قارء الكريم على بصيرة.

فنقول فلابدّ من التكلّم فيهما فى مقامين الاوّل فى بيان معنى المراد من الفاظ القاعدة والثّانى فى بيان مدركها امّا الاوّل كلمة (ما) فى قولهم رضوان الله تعالى عليهم ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده موصولة يراد بها ما يبنيها الصلة المذكورة بعدها وتكون فى التّوسعة والضّيق تابعة لسقه الصحة وضيقها كما هو اللاّزم من ابهامها و حاجتها فى التّعيين الى الصّلة.

«والضّمان» ماخوذة من دخول شئ فى شيى والمراد به هو تعهدّ الانسان لمال شخص آخر وانّما سمّى ضمانا لدخول المال المضمون فى ذمّته وصيرورته كالجزء منها وكلمة

←

➡ (يضمن) فى قولهم (ما يضمن) يحتمل المعنيين لكنّ الظّاهر منه هو المعنى الاسم المصدرى و ذلك بواسطة التعّبير بكلمة يُضْمَن على صيغة المجهول المتاخّر بالرّتبه عن صيغه المعلوم كما لا يخفى فيكون المراد بالضّمان فى تلك القاعدة مغايرا مع ما اريد منه فى قاعدة الخراج بالضّمان حيث كان المراد منه فيها هو المعنى المصدرى ولذا يحكم بضمان البغل من يوم المخالفة حسبما فى صحيحة ابى ولاّد وقدفهم منه ابوحنيفة المعنى الاسم المصدرى ولذا وقع فيما وقع.

والحاصل انّ المراد بالضّمان نفس التّعهد بالمعنى الاسم المصدرى الّذى هو ملزوم لكون درك المضمون عليه وخسارته من ماله ثمّ انك قد عرفت من انّ الموصول فى العموم والخصوص يتبع الصّلة فعندئذ يجب ان يبيّن المراد من قولهم يضمن بصحيحه لكى يبيّن المرادمن الموصول فنقول المراد به هو العقود المعاوضيّة وما يلحقها من الايقاعات المشتملة على المعاوّضة كالخلع والجعالة امّا الخلع ففيما اذا بطل بحيث لم يسلّم عوض المال المبذول الى الزّوجة وهو تخليص نفسها عن الزّوجيّة وعندئذٍ يدخل تحت تلك القاعدة (عنى ما يضمن بصحيحة بضمن بفاسده فانّ المرئة لم تسلّط الزّوج على مالها مجّاناً بل عوض وهو خلاص نفسها ولم يسلّم اليها فيكون من الموارد الّتى لم يقع التّسليط عن المالك مجّانا وبلاعوض وقد عرفت انّ الغرض من تأسيس هذه القاعدة اصلا وعكساً هو تمييز موارد التّسليط المجّانى عن غيره حتّى يعلم موردٌ بقاء الماخوذ باليد تحت عموم على اليد ومورد الخروج عن عمومه بالتّخصيص او التّخصص وظهر انّ التّسليط فى مورد الخلع ليس مجانيّا لكى يكون خارجاً عن عموم على اليد وهكذا الكلام فى الجعالة.

وامّا كلمة بصحيحه فالمعروف التّعبير بالباء وربّما يبدّل الباء بالغاء ووجه التّبديل هو انّ

⬅

لها فرد ان صحيح و فاسد.

فيقال[١] انّ ما نحن فيه والبيع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة تمليك بلاعوض من مال الآخر.

والفرد الصحيح من هذه المعاملة وهى الهبة غيرالمعوّضته لاضمان فيها ففاسدها[٢] كذلك فتامل[٣] وبالجملة فمستند المشهور[٤] فى مسئلتنا

← السبب الضّمان فى العقد الصحيح هو العقد وفى الفاسد هو القبض فلو عبرّ فى كلتا الفقرتين بالفالصحّ التّعبير لصحّة تحقّق الضمّان فى الصّحيح والفاسد وان كان منشاء الضّمان فى الاوّل هو العقد وفى الثّانى القبض ولو عبرّ بالباء السّببيّة يلزم التفكيك اذ لا يصح التّعبير بالباء فى العقد الفاسد اعنى قولهم يضمن بفاسده وكان منشاء هذا هو توّهم كون المراد من السيّية هو التامته منها ففيه اوّلا انّ المراد بها هو الدّخيل فى الضّمان ولا ريب انّ العقد الفاسد ايضا له دخل فى الضّمان من حيث كونه منشاءً للتسليط المعاوضى فيصحّ التّعبير بالباء والسيّية فى الصّحيح والفاسد.

وامّا مدرك هذه القاعدة فقد بيّناه فى الجزء ٢، من المكاسب من طبعتنا الحديثة، ص ١٧٧ فراجع.

(١) اى فيقال فى تقريب الاستدلال لعدم الضّمان انّ ما نحن فيه وهو بيع الغاصب مال الغير مع علم المشترى انّه مال الغير وكذلك البيع بلاثمن والاجارة بلا اجرة تمليك بلاعوض من مال الآخر كلمة (من) متعلّق ب عوض وكلمة (تمليك) خبرِ (انّ) فى قوله (انّ ما نحن فيه).

(٢) اى فاسد هذه المعاملة مثل ما نحن فيه والبيع بلا ثمن والاجازة بلا اجرة لاضمان فيها.

لا يخلو من غموض[٥] ولذا[٦] لم يصرّح احد بعدم الضّمان فى بعتك بلا ثمن مع اتّفاقهم عليه[٧] هنّا وصرّح بعضهم بضمان المرتشى[٨] مع تلف الرّشوة الّتى هى من قبيل الثّمن فيما نحن فيه[٩] نعم ذكر الشّهيد(ره) وغيره عدم الضّمان فى الاجارة بلا اجرة[١٠] ويويدّ ما ذكرنا[١١].

---

(٣) اقول وجّه الامر بالتّامل السيّد اليزدى رحمه الله فى تعليقته لعلّه اشارة الى بعد هذا المعنى عن تلك العبارة فانّ الظّاهر منها الانواع المتعارفة المشتملة على الصّحيح والفاسد فلا ينفع وجود فرد صحيح من نوع آخر منها كالهبة غيرالمعوّضة بالنّسبة الى البيع بلا ثمن فلايعدّان فردين فعليين للعقد المذكور فى تلك العبارة.

(٤) القائلين بعدم الضّمان للغاصب فى مسألتنا وهى مالو اشترى المشترى من الغاصب وهو يعلم انّ الثمن ليس له.

(٥) قوله (لا يخلوا من غموض) خبر لمبتداء مقدم وهو قوله (مستند المشهور) اى فمستند المشهور لا يخلو من خفاء.

(٦) اى ولاجل الغموض فى مسألتنا.

(٧) اى مع اتّفاق الفقهاء على الضمان البيع بلا ثمن اذا تلف الثّمن كذلك الاجارة بلا اجرة لعدم الفرق بينهما.

(٨) وذلك لأن الرّاشى سلّط المرتشى على ماله بدون عوض فاذا كان المرتشى ضامناً كان اللاّزم ان يكون الغاصب فى مسألتنا ايضا ضامناً.

(٩) وهو بيع الغاصب مال الغير مع علم المشترى أنّه مال الغير.

(١٠) فلو استفاد المستأجر من العين ومنفعة الدّار مدّة مثلا لم يكن عليه ان يعطى الاجرة للموجر.

(١١) وهو ما تقدّم فى ص ٢٩٧ بقوله «ولكن اطلاق قولهم انّ كلّ عقد يضمن بصحيحه

مادلّ من الاخبار على كون ثمن الكلب والخمر سحتاً[١] وان امكن الذّب عنه بانّ المراد التّشبيه[٢] فى التّحريم فلاينا فى عدم الضّمان مع التّلف كاصل السحت ثمّ ان مقتضى ما ذكرناه فى وجه عدم الرّجوع بالثّمن[٣] ثبوت الرّجوع[٤] اذا باع البايع الفضولى[٥] غيربايع لنفسه بل باع عن المالك ودفع المشترى الثّمن اليه لكونه[٦] واسطة فى ايصاله الى المالك فتلف فى يده[٧] اذ لم يسلّطه[٨] عليه ولا اذن له فى التّصرف فيه فضلا

➡ يضمن بفاسده يقتضى الضّمان فيما نحن فيه وشبهه».

(١) راجع الوسائل الجديدة، ج١٧، ص ١١٨-١٢٠، الباب ١٤ من ابواب ما يكتسب به.

(٢) قال بعض المحقّقين فى المقام ما لفظة.

اقول السّحت يطلق على الاشياء المحرّمته بالذّات كالكلب والخمر والعذرة وامثال ذلك فالمراد من قوله ﷺ «ثمن الكلب سحت» او «ثمن الخمر سحت» انّ ثمن الكلب مثل الكلب وثمن الخمر مثل الخمر وهكذا فتشبيه ثمن الكلب بالكلب او ثمن الخمر بالخمر انّما هو فى التّحريم فلا ينافى عدم الضّمان مع التلف كاصل السّحت وهو الكلب او الخمر كما انّ الكلب والخمر حرام و مع ذلك لايكون من اتلفهما ضامنا فكذلك ثمنهما.

(٣) اى عدم رجوع المشترى اى الغاصب بما اعطاه ايّاه ثمناً للمبيع المغضوب.

(٤) قوله (ثبوت الرّجوع) خبرك (انّ) فى قوله «انّ مقتضى».

(٥) اى باع البايع الفضولى المتاع فى حال كونه غيربايع لنفسه بل باع الفضولى المتاع عن طرف المالك ودفع المشترى الثمن الى البايع الفضولى.

(٦) اى لكون الفضولى واسطة فى ايصال الثّمن الى المالك.

(٧) اى فتلف الثّمن فى يدالبايع الفضولى.

عن اتلافه.

ولعلّ كلماتهم[٩] ومعاقد اتفّاقهم تختصّ بالغاصب البايع لنفسه وان كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم[١٠] فى مطلق الفضولى مع علم المشترى وكذا يقوى[١١] الرّجوع لو اخذ البايع الثّمن من دون اذن المشترى بل اخذه[١٢] بناءً على العقد الواقع بينهما فانّه.

لم يحصل هنا[١٣] من المشترى تسليط الأبالعقد والتّسليط العقدى[١٤] مع

---

(٨) اى لم يسلّط المشترى البايع الفضولى على الثمن ولا اذن المشترى للبايع الفضولى فى الّصرف فى الثّمن.

(٩) ان قلت إنّ كلمات الفقهاء بعدم رجوع المشترى على البايع الفضولى مطلقة تشمل صورتى بيع الغاصب لنفسه وبيعه للمالك.

قلت لعلّ كلمات الفقهاء ومعاقد اتّفاقهم بعدم ضمان الغاصب مع علم المشترى تختصّ بالغاصب البايع لنفسه وذلك لانّهم يقولون بأنّ المشترى سلطّه على ماله مجّاناً ومن المعلوم أنّ ذلك انّما ينطبق على البايع لنفسه.

(١٠) اى سواء كان غاصبا او غيرغاصب وسواء باع لنفسه او للمالك.

(١١) اى رجوع المشترى العالم بالغصب.

(١٢) اى بل اخذ المشترى الثّمن بناءً على العقد الواقع بينهما فضوله منه واصالة من المشترى.

(١٣) اى فى صورة اخذ البايع الثمن بنفسه من المشترى.

(١٤) التّسليط العقدى هو التّسليط الالتزامى المقابل للتّسليط الخارجى.

فساده غيرموثّر فى دفع الضّمان ويكشف عن ذلك[١] تصريح غيرواحد منهم باباحة تصرّف البايع الغاصب فيه[٢].

مع اتّفاقهم ظاهرا على عدم تاثير العقد الفاسد فى الاباحة وكذا يقوى الضّمان[٣] لو اشترط على البايع الرّجوع بالثّمن لو اخذ العين صاحبها[٤] ولو كان الثّمن كليّا[٥] فدفع اليه المشترى بعض افراده فالظّاهر عدم الرّجوع لانّه[٦] كالثّمن المعيّن فى تسليطه[٧] عليه مجانًا.

---

(١) اى عن كون التّسليط العقدى غير رافع للضّمان.

(٢) اى فى الثّمن مع اتّفاق الفقهاء ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد فى الاباحة فالعقد ليس موجباً للاباحة وانّما الموجب التّسليط الخارجى فاذا لم يكن تسليط خارجى من المشترى لم تكن اباحة واذا لم يبح المشترى يكون البايع الآخذ للثمن ضامنا له.

(٣) يعنى ضمان البايع الفضولى بالثّمن.

(٤) يعنى صاحب العين وذلك لانّه لم يبح المشترى حين هذا الشّرط الثّمن للغاصب مطلقابل اباحه له فى صورة عدم رجوع المالك فاذا رجع المالك كان للمشترى الرّجوع الى البايع حسب الشّرط.

(٥) اى فى صورة بيع الفضولى للمالك مع علم المشترى بكون البايع غاصبا بان اشترى المشترى المال المغصوب بدينار كلّى لاشخصىّ فدفع المشترى الى البايع بعض افراد الكلّى فالظّاهر عدم رجوع المشترى الى البايع فى الثّمن اذا رجع المالك الى المشترى بالثمن.

(٦) اقول بعض الافراد والفرد المدفوع الى البايع من افراد الثّمن الكلّى فى الذّمة كالثّمن ←

المسألة الثّانية: أنّ المشترى اذا اغترم[٨] للمالك غيرالثّمن[٩] فاما ان

⬅ المعيّن فى الخارج فبناءً على عدم جواز الرّجوع فى الثّمن المعين لايجوز الرّجوع فيه ايضا.

(٧) اى فى تسليط المشترى البايع على الثّمن.

مسأله الغرامات فى حكم ما اغترم المشترى للمالك غيرالثمن وهو المسمّى بمسألة الغرامات وهو على اقسام.

١- ما يكون فى مقابل العين كما اذا كانت قيمة المثل اكثر من قيمة المسمّى بان كان الثّمن الفاً وقيمة المثل الفان «كما هو كذلك غالباً فى بيع الغاصب مع العلم به».

٢- ما يكون فى مقابل الزّيادة العينيّة الّتى حصلت عنده ثمّ زالت بناء على كونه مضموناً.

٣- ما يكون فى مقابل المنافع الّتى استوفاها.

۴- ما يكون فى مقابل المنافع غيرالمستوفاة.

۵- ما يكون فى مقابل المصارف الّتى صرفها فى العين تارة لحفظها من التّلف كعلف الدّابة واخرى لزيادة نمائها كحفرالآبار وثالثه لمسائل رفائيّه كبناء بعض البيوت فيه ممّا لا يمكن قلعها.

وليعلم أنّ محلّ الكلام هنا ما اذا كان المشترى جاهلاً حتّى تجرى فى حقه قاعدة الغرور امّا العالم فلا كلام فى عدم جواز رجوعه الى الغاصب على الضّمان عالماً وعدم كونه مغروراً بعد علمه.

(٨) والغرامة ما يلزم ادائه كالغرم بالضمّ وغرمته الدّية والدّين وغيرذلك و غرم فى تجارته خلاف ربح مجمع البحرين.

اعلم انّ الغرامة الّتى يدفعها المشترى الى المالك على اربعة اقسام.

١- ما يكون فى مقابل العين كزيادة القيمة على الثّمن كما لو اشترى المبيع بعشرة وكانت

⬅

يكون[١٠] فى مقابل العين كزيادة القيمة على الثّمن اذا رجع المالك بها[١١] على المشترى كان كانت القيمة الماخودة منه[١٢] عشرين والثّمن عشرة. وامّا ان يكون[١٣] فى مقابل ما استوفاه المشترى كسكنى الدّار و وطى الجارية واللبّن والصّوف والثّمرة.

وامّا ان يكون[١٤] غرامته لم يحصل له فى مقابلها نفع كالنّفقة[١٥] وما صرفه[١٦] فى العمارة وما تلف منه[١٧] اوضاع من الغرس والحفر[١٨] او

➡ المبيع حين التّلف عشرين واخذ المالك منه عشرين سواء زادت قيمته بعد الاشتراء او كانت عند الاشتراء عشرين.

(٩) ما يكون فى مقابل المنافع المستوفاة.

(١٠) فى مقابل المنافع غيرالمستوفاة وقد ادرج حكم هذا القسم فى القسم الرّابع.

(١١) اى بزيادة القيمة.

(١٢) اى من المشترى بمعنى انّ المالك اخذ من المشترى عشرين والحال انّ الثّمن المدفوع الى البايع الغاصب كان عشرة.

(١٣) اى وامّا ان يكون غيرالثّمن الّذى دفعه المشترى الى المالك وهو الزائد عن الثّمن كالامثلة المذكورة فى المتن بان حسبها المالك واضاف قيمتها على قيمة العين واخذ الجميع من المشترى.

(١٤) اى يكون غيرالثمن وهو الزّائد غرامة لم يحصل للمشترى فى مقابل الغرامة نفع.

(١٥) كالنّفقة الّتى صرفها على الحيوان من العلف وغيره والعبد من اللّباس وغيره.

(١٦) اى ما صرفه للدّار المشترأة مثلا.

(١٧) اى ما تلف من المبيع.

اعطائه[١٩] قيمة للولد المنعقد حرّا او نقص من الصفّات والاجزاء[٢٠].
ثمّ المشترى ان كان[٢١] عالماً فلا رجوع فى شيى من هذه الموارد لعدم الدّليل عليه[٢٢] وان كان[٢٣] جاهلاً.
فامّا الثّالث[٢٤] فالمعروف من مذهب الاصحاب كما فى الرّياض وعن الكفاية[٢٥] رجوع المشترى الجاهل بها[٢٦] على البايع بل فى كلام بعض

---

(١٨) بان صار المحل بسبب السيل او المطر ونحوهما محفوراً.
(١٩) اى اعطاء المشترى بمعنى انّ المشترى اذا استولد الامة المبتاعة فيكون الولد حرّاً لكون المشترى حرّاً ولكن يلزم عليه ان يدفع قيمة الولد الى مالك الامة بان يفرض الولد عندئذ عبدا ويقوّم ويدفع هذه القيمة للمالك.
(٢٠) كما لونسى العبد الكاتب الكتابة عند المشترى او بلى الثوّب فاعطى المشترى للمالك قيمة هذا النّقص وكما لو تلف بعض اجزاء المبيع بان تلف بعض اوراق الكتاب المبتاع واعطى المشترى للمالك التّفاوت.
(٢١) يعنى ان كان المشترى عالماً بكون البايع فضولياً غاصباً فلا رجوع له على البايع فى هذه الموارد المذكورة وذلك لأنّ المشترى هو الّذى اقدم على ضرر نفسه فلا يشمله دليل لا ضرر لعدم الدّليل على الرّجوع فالاصل برائة ذمة البايع.
(٢٢) اى لعدم وجود دليل يدّل على جواز رجوع المشترى على البايع كما عرفت آنفاً.
(٢٣) اى لا دليل على جواز رجوع المشترى على البايع ولو فى حال كونه جاهلا.
(٢٤) مراده قده من الثّالث هو قوله او امّا ان يكون غرامة الخ اى القسم الثالث من الاقسام الثلاثة.
(٢٥) كفاية الاحكام للعلاّمة المحقّق المولى محمّدباقر السّبزوارى المتوفى سنة ١٠٩ هـ
(٢٦) اى بالغرامات الّتى ذكرت فى الثالث.

تبعاً للمحكّى عن فخرالاسلام فى شرح الارشاد دعوى الاجماع على الرّجوع[١] بما لم يحصل فى مقابله[٢] نفع وفى التحريرّ انّه[٣] يرجع قولاً واحداً وفى كلام المحقّق والشهيد الثّانيين فى كتاب الضّمان نفى الاشكال عن ضمان البايع لدرك[٤] ما يحدثه[٥] المشترى اذا قلعه[٦] المالك وبالجملة فالظّاهر.

عدم الخلاف فى المسألة[٧] للغرور[٨] فانّ البايع مضرّر للمشترى وموقع ايّاه فى خطرات الضّمان[٩] ومتلف[١٠] عليه ما يفرمه فهو[١١]

---

(١) اى رجوع المشترى على البايع الفضولى.

(٢) الضّمير راجع الى (ما) فى قوله (بما).

(٣) يعنى انّ المشترى يرجع على البايع بما لم يحصل فى مقابله نفع قولاً واحداً من غيرخلاف بين الفقهاء.

(٤) مراده قده من الدّرك هنا الخسارة كما اذا غرس المشترى فى الارض او حفر البئر وعمرّ فيها بالبناء ونحوها ثمّ اتلف المالك الغرس بقلعه والبئر بطمّها والعمارة بهدمها.

(٥) الضّمير راجع الى (ما) فى قوله (لدرك ما).

(٦) الضّمير المفعول راجع الى (ما) فى قوله (لدرک ما).

(٧) وهى مسألة رجوع المشترى الجاهل على البايع الفضولى.

(٨) اى قاعدة الغرور المدلول عليها بالنبوّى المعمول به بين الفريقين وهو قوله ﷺ المغرور يرجع الى من غرّه.

(٩) اى فانّ البايع موقع للمشترى فى خطرات الضّمان اى فى خطرات يكون ضامناً للمالك بما يفعله فى ماله.

كشاهد الزّور الّذى يُرْجع اليه اذا رجع من شهادته ولقاعدة نفى الضرّر مضافاً الى ظاهر رواية جميل او فحواها[١٢].

عن الرّجل يشترى الجارية من السوّق فيولدها ثمّ يجيى مستحقّ الجارية[١٣] قال[١٤] ياخذ الجارية المستحقّ ويدفع اليه المبتاع[١٥] قيمة الولد يرجع[١٦] على من باع بثمن الجارية[١٧] وقيمة الولد الّتى اخذت منه[١٨].

---

(١٠) اى البايع متلف على المشترى ما يغرمه المشترى للمالك.

(١١) اى البايع كشاهد الكاذب الّذى يُرْجَعُ بصيغة المجهول اليه اذا رجع من شهادته فانّه اذا شهد الشاهدان عن كذب على زيد بانّه سرق مال عمرو فاخذ المال من المشهود عليه الذّى هو زيد ثم رجع الشّاهدان وقالا لم يسرق زيد يجب عليهما تحمّل غرامته المشهود عليه ولقاعدة نفى الضرّر فانّه لا ضرر على المشترى.

(١٢) اى المناط المستفاد من الرّواية.

(١٣) اى مالك الجارية.

(١٤) اى قال الامام عليه السلام.

(١٥) اى يدفع الى المالك المشترى قيمة الولد.

(١٦) اى يرجع المشترى بما دفعه الى صاحب الجارية من قيمة الولد وثمن الجارية على البايع.

(١٧) راجع تهذيب الاحكام، ج٧، ص ٨٢، ح ٣٥٣، استبصار، ج٣، ص ٨٤، ح ٢٨٥، الوسائل، ج ٢١، ص ٢٠٥ ح ٢٦٩٠٤، الباب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء.

(١٨) قوله (بثمن الجارية) متعلق بقوله (يرجع) وقيمة الولد عطف على قوله ثمن الجارية

فانّ[١] حريّة ولدا المشترى امّا ان يعدّ نفعاً عائدا اليه[٢] اولا[٣] وعلى التّقديرين[٤] يثبت المطلوب[٥] مع انّ فى توصيف قيمة الولد[٦] بانّها اخذت منه نوع اشعار لعليّة الحكم فيطرد[٧] فى سائر ما اخذت منه.

← الّتى اخذت من المشترى.

(١) قوله (فانّ الخ تعليل لكيفيّة دلالة فحوى رواية جميل على الضّمان.

(٢) اى الى المشترى.

(٣) بل هدرا مخصا المال المالك.

(٤) اقول امّا على التقدّير الاوّل اى كون الولد نفعاً عائدا الى المشترى فانّه اذا رجع الى البايع بالغرامة التّى حصل للمشترى فى مقابلها نفع فرجوعه الى البايع بالغرامة التّى لم يحصل فى مقابلها نفع.

يكون بطريق اولى فتدل الرّواية على الرّجوع الى الغارّ فى غيرها بطريق اولى قد عبرّعن ذلك بالفحوى.

وامّا على التّقدير الثانى من عدم عدّ الولد الحرّ نفعاً عائدا الى المشترى فالرّواية تدلّ على جواز رجوع المشترى الى البايع بالغرامة التّى لم يحصل فى مقابلها نفع الى المشترى فالرّواية على التقديرين وهما عدّ حريّة الولد نفعا للمشترى وعدم عدّها نفعاً له تدلّ على المطلوب بالاولويّة على التقدير الاوّل وبالمطابقة على التّقدير الثّانى.

(٥) وهو رجوع المشترى على البايع بالغرامة التّى لم يحصل له فى مقابلها نفع كالنّفقة وما صرفه فى العمارة.

(٦) اى توصيف قيمة الولد فى رواية جميل بانّها الّتى اخذت منه اشعاراً لعليّة الحكم.

(٧) واطرّد الامر تبع بعضه بعضاً وجرى القاموس.

وامّا السكوت[۱] عن رجوع المشترى الى البايع فى بعض الاخبار فهو لعدم كونه[۲] مسوقاً لذلك[۳] كرواية زرارة فى رجل اشترى من سوق المسلمين جارية فخرج بها[۴] الى ارضه فولدت منه اولادا ثمّ اتاها[۵] من يزعم[۶] انّها له واقام على ذلك البّينة قال يقبض[۷] ولده ويدفع اليه الجارية ويعوّضه[۸] من قيمة ما اصاب من لبنها وخدمتها.

و رواية زريق قال كنت عند ابى عبدالله عليه السلام يوماً اذ دخل عليه رجلان فقال احدهما إنّه كان علىّ مال لرجل من بنى عمّار.

وله[۹] بذلك[۱۰] ذكر حقّ[۱۱] وشهود فاخذ[۱۲] المال ولم استرجع

---

(۱) وامّا السّكوت الّتى نجدها عن رجوع المشترى الى البايع فى بعض الاخيار كالرّواية الآتية فهو لعدم كون ذلك البعض سوقا لبيان رجوع المشترى فعندئذ لايدلّ السّكوت على عدم الرّجوع.

(۲) اى لعدم كون ذلك البعض.

(۳) اى لبيان رجوع المشترى فلا يدلّ على عدم جوازا لرّجوع وذلك لانّه لم يرد لبيان حكم المشترى مع البايع وانّما ورد فى مقام بيان حكمه مع المالك.

(۴) اى بالجارية.

(۵) اى اتى الجارية.

(۶) اى من يقول.

(۷) اى قال الامام عليه السلام يقبض المشترى ولده ويدفع الى من يزعم الجارية.

(۸) اى يعطى المشترى لصاحب الجارية من قيمة ما اصاب وانتفع من لبنها و خدمتها.

(۹) اى للّدائن وهو رجل بنى عمّار.

عنه[١٣] الذّكر بالحقّ ولا كتبت عليه[١٤] كتاباً ولا اخذت منه برائة بذلك[١٥] وذلك[١٦] لأنّى وثقت به وقلت له[١٧] مزّق الذّكر بالحقّ الذّى عندك فمات وتهاون[١٨] بذلك ولم يمزّقه وعقيب هذا[١٩] طالبنى بالمال ورّاثهُ[٢٠] وحاكمونى[٢١] واخرجوا بذلك[٢٢] ذكر الحقّ واقاموا العدول

---

(١٠) اى بمقابل الدّين.

(١١) يعنى سند وتذكرة وكتابة.

(١٢) اى اخذ الدّائن ورجل بنى عمّار ماله.

(١٣) اى ما اخذت الذّكر بالحقّ والسندّ الذّى دفعته اليه.

(١٤) اى لا كتبتُ عليه كتاباً يدلّ على انّه استوفى واخذ منّى دينه وماله وبعبارة اخرى ولا اخذت منه كتاباً دلّ على انّه اخذ منّى ماله الذّى كان علىّ.

(١٥) اى بذلك المال اى ولم ياخذ الرّجل المديون من الرّجل الدّائن رجل بنى‌عمّار كتابا يكتب فيها بانّى اخذت مالى من المديون وانّ ذمّته المديون برى من مالى.

(١٦) اى أنّى انّما نزكت اخذ البرأته لانّى وثقت به وقلت له.

(١٧) مزّق الذّكر الحقّ والسند الّذى عندك وشقّه فمات الرّجل من بنى‌عمّار.

(١٨) اى استحقره واستخف به وتساهل الرّجل الدّائن فى المزق.

(١٩) اى عقيب الموت لرجل بنى عمّار.

(٢٠) اى وّراث رجل بنى‌عمّار.

(٢١) الى جلبونى الى الحالم.

(٢٢) اى وّراث رجل بنى‌عمّار بمطالبتهم بالمال السّند فَأُخِذتُ بصيغة المجهول بالمال يعنى صرت محكوماً باداء المال الى الورثة.

فشهدوا عند الحاكم فاخَذْتُ بالمال وكان المال كثيراً فتواريت[۱] عن الحاكم فباع علىّ قاضى الكوفة معيشة[۲] لى وقبض القوم المال وهذا رجل من اخواننا ابتلى بشراء معيشتى من القاضى ثمّ انّ ورثة الميّت اقرّوا أنّ اباهم قد قبض المال[۳] و قد سئلوه[۴] ان يرّد علىّ معيشتى ويعطونه[۵] الثّمن فى انجم معلومة فقال[۶] انّى أُحبّ ان اسئل اباعبدالله عليه السلام عن هذا فقال الرّجل يعنى المشترى كيف اصنع جعلت فداك قال[۷] تصنع ان ترجع[۸] بمالك على الورثة وتردُّ المعيشة الى صاحبهما

---

(۱) اى استترتُ عن الحاكم اقول هذا هو الصّحيح لا مافى الوسائل من قوله (فتواريت من الحاكم».

(۲) المعيشة الّتى تعيش بها من المطعم و المشرب و ما تكون به الحياة وما يعاش به من طعام ونحوه ممّا يكسب او يعاش فيه من مكان و زمان ج معايش (اقرب الموارد).

(۳) فى الوسائل «انّ المال كان ابوهم قد قبضه».

(۴) يعنى انّ الورثة قد سألوا عن المشترى ردّ المعيشة علىّ.

(۵) اى يعطيه الوارث ثمن المعيشة فى اوقات معيّنة وكلمة (الثمن). غير مذكورة فى الوسائل.

(۶) يعنى فقال الرّجل الّذى اشترى المعيشة انّى احبّ الخ.

(۷) اى قال ابوعبدالله عليه السلام فى الوسائل «جعلنى الله فداك كيف اصنع فقال تضع...».

(۸) بصيغة المعلوم ان ترجع بمالك على الورثة بان تاخذ الثمن من الورثة وتردُّ المعيشة الى صاحبها وتخرج يدك.

وتخرج يدك عنها قال[١] فاذا فعلت ذلك[٢] له[٣] أن يطالبنى بغير هذا[٤] قال[٥] نعم له[٦] ان يأخذ منك ما اخذت من الغلّة[٧] من ثمن الثّمار وكلّ ما كان مرسوماً[٨] فى المعيشة يوم اشتريتها يجب ان تردّ ذلك الاّ[٩] ما كان من زرع زرعته انت فانّ للزّارع[١٠].

---

(١) يعنى قال المشترى.

(٢) بان ارجعت المعيشة الى صاحبها.

(٣) الباب ٣ من ابواب عقد البيع وشروطه ح ١ رواه عن شيخ الطائفة فى المجالس والاخباره باسناده عن زريق راجع الامالى ص ٧٠٧ اى لصاحب المعيشة.

(٤) من سائر منافع المعيشة.

(٥) قال ابوعبدالله عليه السلام.

(٦) اى لصاحب المعيشة.

(٧) بفتح الغين الدّخل من كراء واجر غلام وفائدة ارض و نحو ذلك «مجمع البحرين، ج ٥، ص ٤٣٧. يعنى يجب ردّ كل ما كان ثابتا و موجوداً فى المعيشة يوم الاشتراء.

(٨) الظّاهر كما عن بعض المحقّقين بناءً على كون الاصل فى الاستثناء الاتّصال استثناءً من (ما) فى قوله عليه السلام «ما اخذت من الغلّة» فالمراد انّ لصاحب المعيشة ان ياخذ منك كلّ ما اخذته من الغلّة الاّ ما كان من زرع زرعته ويحتمل كونه استثناء من (ذلك) فى قوله عليه السلام «يجب ان تردّ ذلك» حتّى يكون استثناءً منقطعا لكنّه بعيد لكونه خلاف الاصل ومحتاجا الى القرينة.

(٩) مراده من الزّارع هو الرّجل المشترى.

(١٠) يعنى امّا ان يعطى صاحب المعيشة قيمة الزّرع للزّارع فيكون الزّرع مالاً له.

الزّرع[۱] وامّا ان يصبر[۲] عليك الى وقعت حصاد الزّرع فان لم يفعل[۳] ذلك كان ذلك له[۴] وردّ عليك القيمة[۵] وكان الزّرع له[۶] قلت جعلت فداك فان كان هذا[۷] قد احدث فيها بناءً او غرساً قال[۸] له قيمة ذلك[۹] يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه وياخذه قلت ارايت[۱۰] ان كان فيها[۱۱] غرس او بناء فقلع المشترى الغرس وهدم البناء فقال[۱۲]

---

(۱) اى وامّا ان يصبر عليك الى وقت حصار الزّرع ثم تاخذ انت الزّرع.

(۲) اى فان لم يفعل مالك المعيشة الصّبر حتّى وقعت الحصاد.

(۳) اى كان عدم الصّبر لمالك المعيشة يعنى كان عدم الصّبر جائز الصاحب معيشة.

(۴) اى ردّ عليك القيمة للزّرع.

(۵) اى لصاحب المعيشة لانّه اشتراه بماله.

۶.اى لصاحب المعيشة لانّه اشتراه بماله.

(۷) اى كان المشترى قد احدث فى المعيشة بناءً او غرساً فماذا يكون مصير ما احدثه.

(۸) قال عليه السلام للرّجل قيمة البناء والفرس الذّين احدثهما المشترى.

(۹) اقول كلمة (او) هنا بمعنى (الاّ) يعنى الاّ ان يكون ذلك المحدث بصيغة المفعول بقلعه المشترى وياخذه.

(۱۰) يعنى قلت ما تقول و ما رأيك ونظرك.

(۱۱) اى فى المعيشة قبل ان ياخذها المشترى غرس اوبناء فقلع المشترى الغرس وهدم البناء فماذا على المشترى بالنّسبة الى المالك.

(۱۲) فقال عليه السلام ببردّ ذلك الّذى قلعه او هدمه الى ما كان.

يردّ ذلك الى ما كان او يغرم[١] القيمة لصاحب الارض فاذا ردّ جميع ما اخذ من غلاّتها على صاحبها وردّ البناء والغرس وكلّ محدث[٢] الى ما كان اوردّ القيمة كذلك[٣] يجب[٤] على صاحب الارض ان يردّ[٥] عليه كلّما خرج منه فی اصلاح المعيشة من قيمة غرس اوبناء او نفقة فی مصلحة المعيشة ودفع النّوائب[٦] كل ذلك[٧] مردود اليه[٨].

---

(١) او يغرم المشترى قيمة الغرس المقلوع والبناء المهدوم لصاحب الارض.

(٢) اى كل ما احدث من هدم او قلع الى ما كان او ردّ القيمة للغرس المقلوع والبناء المهدوم.

(٣) اى قيمة مثل ما كان.

(٤) قوله (يجب) جواب (فاذا) وضمير (عنه) راجع الى المشترى.

(٥) ال يردّ صاحب الارض على الرّجل المشترى كلّ ما خرج من كيس المشترى فی مصرف اصلاح المعيشة.

(٦) النّوائب جمع نائبة بمعنى الحوادث والمراد كلّ ما خرج من المشترى فی دفع الحوادث كدفع الجراد او منع السيّل من الوصول اليها وما اشبه.

(٧) اى كلّ ذلك الّذى صرفه المشترى فی اصلاح المعيشة فهو مردود الى المشترى من جانب صاحب المعيشة الحديث اقول ولكن يتوجّه عليه أنّ الرّواية اجنبيّة عن بطلان بيع الفضولی فانّها ليست مسوقة لبيان بطلان البيع حتّى مع الاجازة اللاّحقة بل هی ناظرة الى بيان حكم الواقعة وانّه بعد كشف الخلاف فلا بدّ وان يكون يرجع المال الماخوذ بلاحقّ الى صاحبه.

(٨) الوسائل ج ١٧، ص ٣٤٠ - ٣٤١، ح ٢٢٧٠٥ الباب ١، من ابواب عقد البيع و شروطه - وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٥٣.

وفيه مع انّا نمنع ورودها[١] الاّ فى مقام حكم المشترى مع المالك انّ[٢] السّكوت فى مقام البيان لا يعارض الدّليل مع انّ رواية زرارة ظاهرها[٣] عدم التّمكن من الرّجوع الى البايع مع انّ[٤] البايع فى قضيّة زريق هو

---

(١) اى انّا نمنع ورود الرّوايات فى مقام بيان حكم المشترى مع البايع حتّى يكون السّكوت بياناً ودالاً على عدم الرّجوع اليه فى غيرالثّمن من الغرامات بل هى فى مقام بيان حكم المشترى المالك.

(٢) اقول ذكر بعض المعاصرين فى هذا المقام ما لفظه.

وجواب آخر عمّا ذكره صاحب الحدائق وحاصل هذا الجواب انّه على فرض التّسليم انّ الرّواية فى مقام بيان حكم المشترى مع البايع ايضاً غايته انّ السّكوت فى مقام البيان لا يعارض الدّليل والمفروض انّ الدّليل على رجوع المشترى على البايع موجود وهو ما تقدّم من رواية جميل وقاعدتى الغرور والضرّر والاجماع.

(٣) اقول هذا الايراد من مختصّات رواية زرارة و وجه الظّهور انّ الرّاوى يقول فخرج بها الى ارضه فولدت منه اولاداً وهذه الجملة تدلّ على انّ مشترى الجارية لم يكن من اهل بلدا البايع ولعلّ ذلك البايع الفضولى لم يكن من اهل سوق ذلك البلد وكان من خارج ذلك القطر فمعرفة البايع بعد هذه الطّويلة مشكلة فعندئذ لم يكن المشترى يعرف بايع الجارية حتّى يرجع اليه.

(٤) اقول هذا من مختصّات رواية زريق ومحصلّ الاشكال كما فى المتن أنّ البايع فى قضيّة زريق هو القاضى اذ فى الرّواية.

«فباع علىّ قاضى الكوفة معيشتى» وعندئذ فان كان قضاء ذلك القاضى صحيحاً اى مطابقا لموازين القضاء لم يتوّجه عليه غرامة بلاشبهة اذا المفروض انّ القاضى حكمه وقع ←

القاضى فان كان قضائه صحيحا لم يتوجّه اليه غرم لأن الحاكم من قبل الشّارع ليس غارّاً من جهة حكمه على طبق البيّنة المامور بالعمل بها و ان كان قضائه باطلا كما هوالظّاهر فالظّاهر علم المشترى ببطلان قضاء المخالف وتصرّفه فى امور المسلمين فهو عالم بفساد البيع فلا[١] رجوع له وامّا الثّانى[٢] وهو ما غرمه فى مقابل النّفع الواصل اليه[٣] من المنافع والنّماء ففى الرّجوع بها[٤] خلاف[٥] اقواها[٦] الرّجوع وفاقاً للمحكّى

➡ على طبق البيّنة الّتى امر شرعاً بالعمل بها فى مسألة القضاء فحينئذ فلا يكون غاراً.
وان كان قضائه باطلا كما هو الظّاهر لانّه من قضاء خلفاء الجور الغاصبين لحقوق الائمة المعصومين صلوات الله عليهم اجمعين.
فالظّاهر انّ المشترى عالم بفساد البيع لبطلان قضا قاضى المخالفين فلا رجوع له على البايع.
(١) اقول هذه نتيجة علم المشترى بفساد البيع اذ مع هذا العلم لاوجه لرجوعه الى البايع الّذى هو شخص القاضى وضميرا (فهو له) راجعان الى المشترى.
(٢) اقول لمّا انتهى بحث القسم الثالث من الغرامات و هو الغرامات الّتى يغترمها المشترى للمالك من دون حصول نفع له فى مقابلها شرع فى بيان حكم القسم الثّانى وهو ما يحصل للمشترى نفع فى مقابل تلك الغرامات كاللّبن وسكنى الدّار والثّمر والنّماء والصّوف وغيرها ففى رجوع المشترى بها الى البايع خلاف بين الفقهاء.
(٣) اى الى المشترى وكلمة (من) بيانيّة وبيان للنّفع الواصل الى المشترى.
(٤) اى ففى رجوع المشترى على البايع الفضولى بالغرامة الّتى غرمها فى مقابل النّفع الواصل اليه خلاف واقوال.

عن المبسوط والمحقّق والعلاّمه فی التّجارة[۷] والشهیدین والمحقّق الثّانی وغیرهم وعن التنقیح انّ علیه[۸] الفتوی لقاعدة الغرور[۹] المتفّق علیها ظاهراً فی مَنْ قدم مال الغیر الی غیره الجاهل فاکله ویؤیده[۱۰] قاعدة نفی الضرّر فانّ تغریم من اقدم علی اتلاف شی من دون عوض مغرورا من آخر بأنّ له ذلك[۱۱] مجّاناً من دون[۱۲] الحکم برجوعه الی من

---

(۵) کلمة (خلاف) مبتداء مؤخّر وخبره «ففی الرّجوع» والجملة جواب الشرط فی قوله «وامّا الثّانی».

(۶) ای اقوی الاقوال المستفادة من قوله خلاف.

(۷) اقول تقییده بالتّجارة لاجل اختلاف نظر العلاّمة - و کذا المحقّق - فی کتابه التّجارة والغصب قال فی غصب القواعد «ویرجع المشتری الجاهل علی الغاصب بما یغرمه ممّا لیس فی مقابلته نفع وفی رجوعه بما یحصل له نفع فی مقابلته نظر ینشاء من ضعف المباشر بالغرور و من اولویّة المباشر.

قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۲۳۸ - ۲۳۹.

(۸) ای انّ علی الرّجوع الفتوی.

(۹) ای قوله ﷺ: المغرور یرجع الی من غرّه فانّ (الغارّ) یصدق علی البایع الفضولی کصدقه علی مقدّم طعام غیره لآخرٍ جاهل بالحال فاکله بعنوان انّه مجانیٌ ثمّ ظهر صاحبه فانّ لصاحبه الحقّ فی الرجوع الی کلّ من المقدم والآکل.

(۱۰) ای و تویّد قاعدةُ الضّرر رجوعَ المشتری علی البایع بما غرمه فی مقابل النّفع الواصل الیه.

(۱۱) ای للمغرور اتلاف هذا الشی.

(۱۲) قوله من دون الخ متعلّق بـ «تغریم» ای تغریم المشتری من دون الحکم بجواز

غرّه فى ذلك ضرر عظيم[١] ومجرّد رجوع عوضه[٢] اليه لايدفع الضّرر وكيف كان فصدق الضّرر و اضرار الفارّ به[٣] ممّا لا يخفى[٤] خصوصا فى بعضى الموارد[٥] فما فى الرياض من انّه لا دليل على قاعدة الغرور اذا لم تنطبق مع قاعدة نفى الضّرر المفقود فى المقام لوصول العوض الى المشترى لا يخلو عن شيى مضافاً الى ما قيل عليه[٦] من منع مدخليّه الضّرر فى قاعدة الغرور بل هى[٧] مبنيّة على قوّة السّبب على المباشر لكّنه[٨] لا يخلو من نظر لانّه[٩] انّما يدّعى

➡ رجوعه.

(١) قوله (ضرر عظيم) خبرك (انّ) فى قوله «فانّ تغريم».

(٢) قوله و مجرّد الخ مبتداء و خبره قوله (لا يدفع الضّرر).

(٣) الضمير المجرور راجع الى (من اقدم).

(٤) اذلو لم يبع البايع الفضول لم يقع المشترى فى الفرامات والخسارات.

(٥) مثاله كما لو كان يركب الدابّة كلّ يوم للتنزّه و استنشاق الهوا السالمة عن القذارات لا فى مهمّات اموره و قضاء حوائجه فان صدق الضرر عندئذ ضرورى لعدم بذل المال غالباً بازا التصرفات غير المقومةٍ للمعاش فيعدّ بذل المال عندئذٍ ضررًا بخلاف اذا استفاد من المبيع فضولاً ما صرفه فى اموال معاشه ككراء الدابة لاجل صرف اجرتها فى ضروريات معاشه فلا يعدّ اخذ عوضها بدون ارجائه الى الفارّ ضرراً.

(٦) القائل هو صاحب الجواهر.

(٧) اى قاعدة الغرور. (جواهر الكلام ج ٣٧ ص ١٨٣).

(٨) الضمير راجع الى (ما) فى قوله (فما) فى الرياض. (رياض المسائل ج ٢ ص ٣٠٧ و

الغرور من النّصوص الخاصّة والاجماع بصورة الضّرر[۱۰] و اما قوّة السبب على المباشر ليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور الاّ اذا كان السّبب بحيث استند التّلف عرفا اليه[۱۱] كما فى المكره[۱۲] و كما فى الريح العاصف الموجب للاحراق و الشمس الموجبّه لا ذابة الدّهن و اراقتها و المتجه فى مثل ذلك[۱۳]

عدم الرّجوع الى المباشر اصلا[۱۴] كمانسب الى ظاهر الاصحاب فى المكرة لكون المباشر بمنزلة الآلة[۱۵] وامّا فى غير ذلك[۱۶] فالضمان[۱۷]

⇒ ۳۰۸).

(۹) الضمير راجع الى صاحب الرياض.

(۱۰) قوله (بصورة الضرر) متعلق بقوله اختصاص.

(۱۱) اى الى السبب.

(۱۲) المكره بالفتح و هذا مثال للمباشر فان المكره بالكسر اذا امر المكره يا لفتح باكل مال الغير يضمن المال المكره بالكسر و ذلك لان التلف يسند اليه لقوّة السّبب قوله كما فى المكره و كما فى الّريح العاصف ففى هذين المثالين يسند التّلف الى الذى جعل النّار فى مقابل الريح الموجب لاحراق مال شخص اوجعل الدهن فى مقابل الشمس الموجبته لاذابة الدهن و اراقتها لا الى الريح والشمس.

(۱۳) الذى كان السّبب اقوى من المباشر.

(۱۴) وذلك لعدم كون الفعل مسندا الى المباشر حتّى يكون عليه ضمان.

(۱۵) اى بمنزلة الآلة فى عدم الارادة والاختيار وذلك كالسّكين فانّه وان كان قاطعاً

⇐

او قرار الضّمان[١٨] فیه[١٩] یحتاج الی دلیل مفقود[٢٠] فلابدّ[٢١] من الرّجوع

➡ ولکنّه لمّا کان بغیر ارادة وشعور لم یسند الفعل الیه.

والناسب الی ظاهر الاصحاب صاحب الجواهر فی شرح قول المحقّق رحمةالله علیه «ولا یضمن المکره المال وان باشر الاتلاف والضّمان علی من اکره لانّ المباشره ضعفت مع الاکراه فکان ذوالسبّب هنا اقوی.

(١٦) ای ما لم یکن المباشرة بمنزلة الآلة وفی غیرموارد استناد التلّف الی السّبب واستناده الی المباشر کسکنی الدّار ورکوب الدّابة والسیّارة ونحوها فضمان البایع الّذی هوسبب لوقوع المشتری فیما اغترمه للمالك لتلك الغرامات محتاج الی دلیل مفقود هنا اذلا دلیل علی ضمان السبّب الّذی لا یستند التلف عرفا الیه.

(١٧) ای بان یکون البایع هو الضّامن دون المشتری المغرور فلا یصحّ رجوع المالك الی المغرور اصلا.

(١٨) او قرار الضّمان علی من صارسببا للاتلاف کالّذی باع الضیعة مثلا للمشرّی فی حال کون الضیّعة مغصوبة فاستفاذه المشتری من نمائها یحتاج الی دلیل مفقود فی المقام.

(١٩) ای فی السبّب الّذی لیس بمتلف کالبایع فانّ تلف المنافع مستند الی المشتری الّذی استوفاها مختاراً ومن غیراکراه.

(٢٠) اذا المفروض عدم کون السبّب الّذی لا یستند الیه التّلف موجبا للّضان فیحتاج الی دلیل غیرقوّة السبّب.

(٢١) ای فلا بدّ من الرّجوع فی ضمان الغارّ فی حال انّ المتلف لم یکن آلة محضة بالاخرة الی قاعدة الضرّر بمعنی انّه مبنیٌ علی صدق الضرّر بمعنی فانّ جعل الضّمان علی التلف ضرر علیه فهو منفی فالضمان علی الغارّ.

بالاخرة الى قاعدة الضرّر اوالاجماع[۱] المدّعى فى الايضاح[۲] على تقديم السبّب اذا كان اقوى او بالاخبار[۳] الواردة فى الموارد المتفرقّة او كون الغارّ سببا فى تفريم المغرور فكان كشاهد الزّور فى ضمان ما يوخذ لشهادته[۴].

لا ريب فى ثبوت هذه الوجوه[۵] فيما نحن فيه امّا الاخير[۶] فواضح وامّا الاوّل[۷] فقد عرفته[۸] وامّا الاجماع والاخبار فهما وان لم يردا فى

---

(۱) يعنى انّ السّبب مقدّم على المباشر بالاجماع المدّعى فى الايضاح اذا كان اقوى وان لم يحصل قوّته الى مرتبة يستند التلّف اليه عرفاً. او بالاخبار الوارده فى الموارد المتفرقه اقول من الاخبار المتفرقه رواية جميل عن الصادق (ع)

(۲) ايضاح القواعد، ج ۲، ص ۱۹.

فى شاهد الزّور قال: ان كان الشى قائماً بعينه ردّ على صاحبه وان لم يكن قائما ضمن قدر ما اتلف من مال الرّجل.

وسائل الشيعة ج ۱۸، ص ۲۳۹، الباب ۱۱ من ابواب الشّهادات، ح ۳.

(۴) وهى قاعدة الضرّر والاجماع والاخبار وكونه كشاهد الزّور.

(۵) وهو كون الغارم سببا فى تفريم المغرور.

(۶) وهو قاعدة الضرّر.

(۷) اى جريان قاعدة الضرّر فقد عرفته فى ص ۵۲۹ عند قوله وتؤيّده قاعدة نفى الضرّر فانّ تفريم من اقدم الخ.

(۸) وهى رجوع المشترى على البايع الفضولى بما اغترمه المشترى للمالك فى مقابل ما استوفاه من منافع البيع فضولا.

خصوص المسألة الاّ ان تحققها[١] فی نظائر المسألة کاف فانّ رجوع آکل طعام الغیر الی[٢] من غرّه.

بدعوی[٣] تملکه واباحته له مورد[٤] الاجماع ظاهرا ورجوع[٥] المحکوم علیه الی شاهد الزّور مورد الاخبار[٦] ولا یوجد (فرق بینهما)[٧] وبین ما نحن فیه[٨] اصلاً وقد ظهر ممّا ذکرنا[٩] فساد منع

---

(١) ای تحقق الاجماع والاخبار فی نظائر المسألة کاف فی الحکم برجوع المشتری.

(٢) جواهر الکلام، ج٣٧، ص ٥٧.

(٣) قوله «بدعوی» متعلّق بـ «غرّه» وضمیرا «تـمّلکه، اباحته» راجعان الی الطّعام وضمیر «له» راجع الی الاکل.

(٤) قوله «مورد الاجماع» خبر قوله «فانّ رجوع».

(٥) قوله «ورجوع» معطوف علی «رجوع» فی قوله «فانّ رجوع».

(٦) الّتی منها روایة جمیل‌بن درّاج عن احدهماعليه السلام «قال فی الشّهود اذا رجعوا عن شهادتهم وقدقضی علی الرّجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموا وان لم یکن قضی طرحت شهادتهم ولم یغرموا الشّهود شیئاً».

وسائل الشّیعة، ج ١٨، ص ٢٣٨، الباب ١٠ من کتاب الشّهادات ح ١ و الباب ١١، ص ٢٣٩، الحدیث ١و٢و٣.

(٧) ای بین رجوع اکل الطّعام ورجوع المحکوم علیه.

(٨) وهو رجوع المشتری علی البایع بما اغترمه للمالك فی مقابل ما استوفاه.

(٩) وهو قوله فیما تقدّم فی ص ٥٣١، بقوله «وامّا قوّة السّبب علی المباشر الخ.

الغرور فيما نحن فيه كما فى كلام بعض[۱] حيث عدل[۲] فى ردّ مستند المشهور عمّا فى الرّياض من منع الكبرى[۳] الى[۴] منع الصّغرى[۵] فانّ[۶] الانصاف انّ مفهوم الغرور الموجب للرّجوع فى باب الاتلاف وان كان غير منقح[۷] الاّ انّ المتقيّن منه[۸] ما كان اتلاف المغرور لمال الغير.

---

(۱) و هو صاحب الجواهر.

جواهرالكلام، ج ۳۷، ص ۱۸۳.

(۲) اى عدل صاحب الجواهر فى ردّ مستند المشهور وهو قاعدة الغرور.

(۳) اقول الكبرى هى «كلّ مغرور يرجع الى من غرّه» فانّ صاحب الرّياض سيدعلى (طباطبائى)ﷺ انكر هذه القاعدة رأساً بقوله.

لا دليل على قاعدة الغرور اذا لم ينطبق مع قاعدة نفى الضّرر.

(۴) كلمه (الى) وقوله (عمّا) متعلّقان بـ«عدل».

(۵) وهو انّ المشترى مغرور من قبل البايع وهذا البعض وهو صاحب الجواهر قائل بوجود الدّليل على قاعدة الغرور الاّ انّه منع من كون المشترى مغروراً من جانب البايع ففى الحقيقة منع تحقّق الصغرى فى القياس فى قولنا المشترى مغرور من قبل البايع وكلّ مغرور يرجع الى من غرّه والحاصل انّ صاحب الرّياض فى ردّ المشهور استند الى منع الكبرى و صاحب الجواهر استند الى منع الصّغرى واعترف بكليّة الكبرى مبنيّة على قوة السبّب على المباشر.

(۶) قوله (فانّ) تعليل لفساد منع الغرور من باب الصّغرى لامن باب منع الكبرى.

(۷) جملة (وان كان غيرمنقح) اى غير مهذّب خبر قوله «انّ مفهوم».

(۸) اى من الغرور.

واثبات يده[١] عليه لابعنوان انّه مال الغير بل قصده[٢] الى اتلافه مال نفسه[٣] او مال من اباح له[٤] الاتلاف فيكون غير قاصدٍ لا تلاف مال الغير فيشبه المكره فى عدم القصد[٥] هذا كلّه مضافاً الى ما قد يقال[٦] من دلالة رواية جميل المتقدّمة[٧] بناءً على انّ حريّة الولد منفعة راجعة الى المشترى وهو الّذى ذكر المحقّق احتمالاً فى الشرايع[٨] فى باب الغصب بناءً على تفسير المالك وفيه تامل[٩].

---

(١) اى يد المغرور وضميرا «عليه» «انّه» راجعال الى المال.

(٢) اى قصد المتلف.

(٣) اقول كما فيما نحن فيه حيث انّ المشترى الجاهل اتلف منافع المبيع بقصد انّه ماله لا بقصد انّه مال الغير.

(٤) اقول كمسألة اكل طعام الغير جاهلا بانّه مال الغير فيما اذا قدّم شخص طعام الغير الى غيره فاكله جاهلا.

(٥) فكما تقولون بانّ المكره يرجع الى من اكرهه كذلك اللاّزم القول هنا بانّ المتلف يرجع الى من غرّه.

(٦) القامل كاشف الغطا.

(٧) اى هذا كلّه تقريب لتحقّق الغرور وثبوته فى المقام.

(٨) المتقدّمة، فى ص ٥١٦. (شرايع الاسلام كتاب الغصب ص ٢٤٢ سطر ٢١).

(٩) وجه التامل كما عن بعض انه من الممكن ان يكون مراد المحقّق قده من الاحتمال الذى اشار اليه بقوله وفيه احتمال آخر احتمال عدم التخيير بل يتعيّن رجوع المالك على البايع ابتداءً بناء على انه الغار.

قوله فانّه لا يرجع بعشرة الثّمن

اقول يعنى بمقدار ما يقابل الثّمن وامّا اصل الثّمن فقد مرّ حكمه وانّه يرجع به عليه اذا دفعه اليه وكان جاهلا مطلقا ومع البقاء لو كان عالماً والحاصل أنّ نفس الثّمن لم ينتقل الى البايع بل هو باق على ملك المشترى فلو لم يدفعه لا يجب دفعه ولو دفعه له استرداده اذا كان باقيا واسترداد عوضه اذا كان تالفا مع جهل المشترى.

ثمّ انّ ممّا ذكرنا فى حكم هذا القسم[١] يظهر حكم ما يغرمه[٢] فى مقابل العين من زيادة القيمة على الثّمن الحاصلة[٣] وقت العقد[٤] كما لو باع مايسوى عشرين بعشرة فتلف[٥] فاخذ منه المالك عشرين فانّه[٦] لا

---

(١) وهو القسم الثّالث الّذى يرجع المشترى الجاهل على البايع بكلّ ما اغترمه المالك.

(٢) اى يغرم المشترى للمالك.

(٣) صفة للقيمة و قوله «على الثّمن» متعلّق بـ«زيادة».

(٤) اقول هذا هو القسم الاوّل الّذى ذكره المصنّف(ره) فى ص ٥١٢ قوله «انّ المشترى اذا اغترم للمالك غيرالثمن فامّا ان يكون فى مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن اذا رجع المالك بها على المشترى.

(٥) ضمير الفاعل راجع الى الموصول فى (مايسوى) المراد به المبيع.

(٦) اى المشترى لا يرجع الى البايع بعشرة اى العشرة الّتى هى الثّمن وقد رفعها الى

يرجع بعشرة الثمن والاّ[١] لزم تلفه من كيس البايع من دون ان يغرّه فى ذلك[٢] لانّه لو فرض صدق البايع فى دعوى الملكيّة لم يزل غرامته المشترى الثّمن بازاء المبيع التّالف فهذه الغرامة للثمن لم تنشاء عن كذب البايع وامّا العشرة الزّائدة[٣] فانّما جاءت غرامتها من كذب البايع فى دعواه فحصل الغرور فوجب الرّجوع.

وممّا ذكرنا[٤] يظهر اندفاع ما ذُكر فى وجه عدم[٥] الرّجوع من[٦] انّ

← البايع.

(١) فلو رجع المشترى الى البايع بعشرة الثّمن لزم تلفه اى المتاع من كيس البايع من دون ان يغرّ البايع المشترى فى عشرة الثّمن.

(٢) اى فى عشرة الثّمن.

(٣) اى التفاوت بين اصل القيمة الواقعى وهى عشرين وبين قيمة المبيع عشرة فانّما جاء غرامتها على المشترى فانّ المالك اخذها منه من جهة كذب البايع فى دعواه حيث انّ المشترى اقدم على ان يشترى المتاع بعشرة ولم يقدم على اشترائه فحصل الغرور من البايع للمشترى فوجب الرّجوع من المشترى على البايع الفضول بالعشرة الزائدة على الثمن المسمّى لانّها مورد الغرور.

(٤) فى وجه خسارة البايع عشرة وهو تحقّق الغرور بالنّسبة الى المشترى الجاهل فيصدق الضّمان على البايع للمشترى بكلّ ما اغترمه للمالك زائداً على الثّمن.

(٥) اى فى وجه عدم رجوع المشترى على البايع فى العشرة الزائدة وانّما يرجع اليه فى العشرة القيمة فقط.

(٦) كلمة (من) بيان لِ «ما» الموصول وقد تقدّم توضيحه آنفاً بقولنا وحاصل الايراد.

المشترى انّما اقدم على ضمان العين وكون[۱] تلفها[۲] منه كما هو شان فاسد كلّ عقد يضمن بصحيحه ومع الاقدام[۳] لاغرور ولذا[۴] لم يُقل به[۵] فى العشرة المقابلة للثّمن.

توضيح[۶] الاندفاع انّ الاقدام[۷] انّما كان على ضمانه[۸] بالثّمن الاّ انّ الشّارع جعل القبض على هذا النّحو من الاقدام مع فساد العقد وعدم امضاء الشّارع له[۹] سبباً[۱۰] لضمان البيع بقيمة الواقعيّة فالمانع من

---

(۱) قوله «وكون» معطوف على «ضمان» يعنى انّ المشترى انّما اقدم على كون تلف العين منه كما هو شأن فاسد كلّ عقد يضمن بصحيحه.

(۲) اى تلف العين من المشترى.

(۳) اى ومع اقدام المشترى على ضمان العين وكون تلفها منه لا غرور.

(۴) اى ولاجل اقدام المشترى على الضمان المعاوضى لم يقل احد بضمان البايع لها اى بضمان العشرة الواقعة فى مقابل ثمن العين والاّ لو قلنا بضمانها على البايع لزم تلفها من كيس البايع.

(۵) اى بالضّمان.

(۶) اى توضيح ما اشار اليه بقوله (وممّا ذكرنا يظهر وجه اندفاع».

(۷) يعنى اقدام المشترى الجاهل بالغصب فانّه كان على ضمانه المعاوضى بالثّمن المسّمى دون غيره.

(۸) اى الاقدام على الضّمان بالمقدار الخاص مع القبض و فساد العقد سببا تامّاً للضّمان بالقيمة الواقعية.

(۹) اى للعقد.

تحقّق الغرور وهو[١١] الاقدام لم يكن الاّ فى مقابل الثّمن والضمان السبّب عن هذا الاقدام لمّا كان لاجل فساد العقد المسبب[١٢] عن تعزير البايع كان[١٣].

المترتّب عليه[١٤] من ضمان العشرة الزّائدة[١٥] مستقرّا[١٦] على الفارّ[١٧] ففرامة[١٨] العشرة الزّائدة وان كانت[١٩] مسببة عن الاقدام الاّ انّها[٢٠] ليست

---

(١٠) قوله (سبباً) هو المفعول الثّانى لكِ (جعل).

(١١) اى المانع.

(١٢) صفة لقوله «فساد العقد».

(١٣) قوله (كان) جواب لكِ «لمّا» فى قوله «لمّا كان» والمجموع خبر «والضمّان».

(١٤) اى على المشترى من ضمانه عشرة بازاء المالك.

(١٥) اى الزّائدة على اصل الثّمن يعنى العشرة الثانية.

(١٦) قوله (مستقرّا) خبرلكِ (كان) يعنى انّ المالك اذا رجع على المشترى فى العشرة الزّائدة فهو يرجع على البايع لانّه غرّه اذباع مال غيره الّذى يسوى بعشرين للمشترى بعشرة.

(١٧) اى البايع فقد عرفت وجهه آنفا فلا نعيده.

(١٨) اقول مراده قده من هذه العبارة انّه لا يتوهّم احد انّ غرامة العشرة الزّائدة على الثّمن المسمّى مسبّبة عن اقدام المشترى على المعاوضى والمعاملى فلا بدّ ان تكون تلك العشرة الزّائدة ايضا على المشترى كعشرة الثمن.

(١٩) اى وان كانت تلك الغرامة الزّائدة مسببة عن اقدام المشترى على الضّمان المعاوضى.

(٢٠) اى الاّ انّ العشرة الزّائدة ليست مُقدَماً عليها بصيغة المفعول بمعنى انّ المشترى

مُقْدَماً عليها هذا كلّه[۱] مع[۲] انّ التّحقيق على ما تقدّم سابقاً[۳] انّ سبب الضّمان فى العقد الفاسد هو القبض الواقع لاعلى وجه الايتمان وان[۴] ليس الاقدام على الضّمان علّة له[۵] مع عدم امضاء الشّارع لذلك الضّمان[۶].

وان استدلّ به[۷] الشّيخ واكثرُ من تاخّر عنه وقد ذكرنا فى محلّه[۸] توجيه

← الجاهل بالغصب لم يُقْدِمْ فى عقد البيع الفضولى على ضمان تمام القيمة وهى العشرون بل اقدم على العشرة المسّماة فى العقد فقط دون غيره.

(۱) هذا كلّه وجه عدم خسارة المشترى العشرة الزّائدة وانّما الخسارة تقع على البايع.

(۲) اقول هذا وجه آخر لاندفاع ما ذكر فى وجه عدم رجوع المشترى على البايع بقوله ص ۵۴۱ «من أنّ المشترى انّما اقدم على ضمان العين وكون تلفها منه الخ.

(۳) حيث قال «وامّا العقد الفاسد فلا يكون علّة تامّة ابداً بل يفتقر فى ثبوت الضّمان الى القبض فقبله لا ضمان و حاصل الكلام فى المقام انّ سبب الضّمان هو اليد وحيث انّ اليد فيما نحن فيه موجب لضمان المشترى بتمام القيمة الاّ أنّه لمكان غروره بالنّسبة الى العشرة الزّائدة يرجع بها على البايع.

هدى الطّالب، ج۳، ص ۹۹ و ۱۰۰.

(۴) معطوف على «انّ سبب الضّمان».

(۵) اى علّة للضّمان.

(۶) اى للضّمان بالعشرة الّتى اقدمها المشترى.

(۷) اى استدلّ بالاقدام على الضّمان الشّيخ الطّوسىﷺ واكثرّ من تاخّر عنه كالمحقّق والشّهيد الثانيين والعلامّة وابن ادريس.

(۸) وهو ما افاده فى مسألة المقبوض بالبيع الفاسد من قوله ثمّ انّه لا يبعد ان يكون مراد

ذلك[١] بما يرجع الى الاستدلال باليد[٢] فراجع[٣] وكيف كان[٤] فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه[٥] اولى منه[٦] فيما حصل فى مقابلت نفع هذا[٧] اذا كانت الزّيادة موجودة وقت العقد ولو تجدّدت[٨] بعده[٩] فالحكم بالرّجوع فيه[١٠] اولى.

➡ الشّيخ قدّه ومن تبعه من الاستدلال على الضّمان بالاقدام والدّخول عليه الخ.

(١) اى توجيه ذلك الكلام من الشّيخ.

(٢) وانّه يشمله على اليد ما اخذت فيما اذا اخذ المقدم المال ووضع اليد عليه.

(٣) اى فراجع ما استدلّ به على قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

(٤) اى سواء كان سبب الضّمان هو القبض له على وجه الائتمان اوالاقدام على الضّمان.

(٥) وهى الغرامة الّتى اغتزمها المشترى للمالك من دون حصول نفع له فى مقابلها كالمال المصروف فى عمارة المبيع او نفقته كتعليف الدّابة ونحوهما.

(٦) اى اولى من جريان القاعدة فيما حصل فى مقابلته نفع للمشترى كما لواكل ثمرة البستان فان فى الاصل والثمرة اذا جرت قاعدة الغرور كان جريانها فى الاصل وحده وان كانت قيمته اكثر من ثمن الجبلى بطريق اولى.

(٧) اى الضّمان الّذى قلناه فى القسم الثّالث وان المشترى الجاهل حقّ الرّجوع على البايع بكلّ ما غترمه للمالك.

(٨) يعنى تجدّدت زيادة قيمة المبيع فضولاً بعد العقد.

(٩) اى بعد العقد كما لو كانت القيمة حال العقد ثلاثين ثمّ ارتفعت بعد العقد فصارت اربعين.

(١٠) اى فالحكم بالرّجوع من المشترى فى الزائد على البايع اولى وجه الاولويّة انّ المشترى لم يقدم الاّ على ما قيمته عشرة فقط فلا وجه لضمانه اكثر من العشرة.

هذا كلّه فيما يعزمه المشترى بازاء نفس العين التّالفة وامّاما يغرمه بازاء اجزائه التّالفة[۱] فالظّاهر أن حكمه[۲] حكم المجموع فى انّه[۳] يرجع فى الزّائد[۴] على ما يقابل ذلك الجزء لافيما[۵] يقابله على ما اخترناه[۶] ويجيئ على القول الآخر[۷] عدم الرّجوع فى تمام ما يغرمه.

---

(۱) مثاله كما اذا كان المبيع كتابين والثّمن اربعين ديناراً وتلف احد الكتابين واخذ المالك من المشترى الكتاب الموجود مع تمام الاربعين.

(۲) اى حكم هذا الجزء التّالف حكم المجموع كما لو اشترى بستانا فيه خمسون نخلة بخمسين دينار وقيمة الواقعية خمسماة ثمّ تلف نخل من نخيلة فاخذ المالك البستان واخذ منه ايضاً دينار او نصفا قيمة التّالف فالظّاهر انّ حكم هذا الجزء التّالف حكم المجموع فى انّه يرجع فى الزّائد على ما يقابل ذلك الجزء الى البايع فياخذ من البايع نصف دينار فقط اذ بمقدار الدّينار اتلفه المشترى فلا حق له فى مقدار الدينار.

(۳) اى فى انّ المشترى.

(۴) يعنى رجع فى الزّائد على مقدار ثمن الجزء التّالف ومراده قده بهذا الثمن هو العشره.

(۵) كلمة لافيما معطوفة على «فى الزائد» وحاصل الكلام انّ المشترى يرجع الى البايع فى الزّائد على الثمن لا فى مقدار الثمن بناءً ما اختاره فى ص ۵۳۹ بقوله «فانّه لا يرجع بعشرة الثّمن والاّ لزم تلفه من كيس البايع».

(۶) اقول المصنّف قدس سره اختار رجوع المشترى على البايع فى القدر الزّائد على الثمن لا فى قدر الثمن كما قال فى ص ۵۳۹ «فانّه لا يرجع بعشرة الثّمن».

(۷) الّذى تعرّض له فى ص ۵۴۱ بقوله «ماذكر فى وجه عدم الرّجوع من انّ المشترى انّما اقدم على ضمان العين الخ.

وامّا ما يغرمه[١] بازاء اوصافه فان كان ممّا لا يقسط عليه الثّمن كما عدا وصف الصّحة[٢] من الاوصاف الّتى يتفاوت بها[٣] القيمة كما لوكان عبداً كاتبافنسى الكتابة عند المشترى فرجع المالك عليه[٤] بالتّفاوت فالظّاهر[٥] رجوع المشترى على البايع لانّه[٦] لم يُقدِمْ على ضمان

---

(١) قوله «وامّا ما يغرمه» معطوف على «وامّا ما يغرمه بازاء اجزائه التّالفة» يعنى وامّا ما يغرمه المشترى للمالك بازاء اوصاف المبيع فان الوصف المفقود وصفا لا يقابل بالمال ولايقسط عليه الثّمن كوصف الكتابة والخياطة ونحوهما وانتفاء ذلك الوصف عند المشترى فالظاهر رجوع المشترى على البايع الفضول بما يغترمه للمالك من التفاوت بين واجد الوصف وفاقده كما اذا كانت قيمة العبد الواجد عشرين وقيمة العبد الفاقد لها عشرة فيرجع المشترى بعشرة التفاوت الى البايع.

(٢) فان كان الوصف ممّا يقسط عليه الثّمن كوصف الصّحة جرى عليه حكم الجزء فيتدارك الوصف الفائت باسترداد ما قابله من الثمن وان كان الوصف مما لا يقسط الثمن رجع المشترى بغرامته الى البايع لعدم اقدامه على ضمان الاوصاف حتى لا يرجع الى البايع.

(٣) اى بسبب الاوصاف.

(٤) اى على المشترى اى فرجع المالك على المشترى بالتّفاوت بين واجد الوصف وفاقده.

(٥) قوله «فالظّاهر» جواب الشرط فى قوله «فان كان».

(٦) قوله «لانّه» علّة لرجوع المشترى على البايع وحاصله انّ المشترى لم يقدم على ضمان ما يغرمه بأزاء الاوصاف لكى لايرجع على البايع وانّما اقدم على ضمان الثّمن الّذى هو بازاء العين دون الاوصاف.

ذلك[۱] ثمّ انّ ما ذكرنا كلّه من رجوع المشترى على البايع بما يغرمه انّما هو اذا كان البيع المذكور[۲] صحيحا من غيرجهة كون البايع غيرمالك.

امّا لو كان فاسداً من جهة اخرى[۳] فلا رجوع على البايع لأنّ[۴] الغرامة لم تجئ من تغرير البايع فى الدعوى الملكيّة وانّما جائت من جهة فساد البيع[۵] فلو فرضنا البايع صادقا فى دعواه لم تزل الغرامة[۶] غاية الامر

---

(۱) اى ما يغرمه بازاء الاوصاف.

(۲) اى جامعاً للّشرائط عدا مالكيّة البايع.

(۳) كأنْ كان احد المتايعين غيربالغ او غيرعاقل اولم يكن البايع قادرا على تسليم المبيع او كان الثّمن ممّا لا يملك كالحرّ والكلب والخنزير ففى هذه الموارد ليس للمشترى حقّ الرّجوع على البايع فيما اغترمه.

(۴) قوله لانّ علّة لعدم رجوع المشترى الى البايع الغرامات وذلك لعدم تسبّب الغرامات عن تعزير البايع كما مرّ آنفاً بقوله «لعدم تسبّب تلك الغرامات عن تغرير».

(۵) من جهة فساد البيع لكون الثمن مجهولاً فلو باع الغاصب الشئ المجهول المشترى بعشرين والحال انّ قيمته خمسة وعشرين ثمّ اخذا المالك من المشترى خمسة وعشرين لم يكن للمشترى ان يرجع الى البايع الاّ بعشرين امّا الخمسة فالمشترى هو الذّى يغرمها.

(۶) حيث انّ اللاّزم ان يدفع المشترى اى المالك خمسة وعشرين لكن هذا فيما اذا كان البايع جاهلا بالفساد امّا اذاكان عالماً فقد اقدم بنفسه على سلب احترام مال نفسه بالنّسبة الى الخمسة.

كون المغروم له[١] هو البايع[٢] على تقدير الصدّق والمالك على تقدير كذبه فحكمه[٣] حكم نفس الثّمن فى التزام المشترى به على تقديرى صدق البايع وكذبه.

ثمّ انّه قد ظهرممّا ذكرنا[٤] انّ كلّما يرجع المشترى به[٥] على البايع اذا رجع[٦] اليه[٧] فلايرجع[٨] البايع به[٩] على المشترى اذا رجع[١٠]

---

(١) مراده قده من المغروم له هو الّذى يدفع اليه الغرامة من البايع ان كان صادقاً فى دعوى ملكيّة البيع او المالك كان البايع كاذباً فى دعوى الملكيّة.

(٢) قوله (هو البايع) خبر «كون» وقوله (المالك» معطوف على البايع.

(٣) اى حكم ما يغرمه.

(٤) اقول مراده قده (مما ذكرنا) هو انّه كلّ ما يغترمه المشترى للمالك سواء كان ازاء العين ام ازاء الاجزاء الفائته ام ازاء الاوصاف وسواء كان ازاء المنافع المستوفاة ام ازاء المنافع غيرالمستوفاة يرجع به على البايع وذلك لانّ المغروض انّ قرار الضمان على البايع.

(٥) الضّمير راجع الى (ما) فى قوله (كلّما).

(٦) اى اذا رجع المالك.

(٧) اى الى المشترى.

(٨) قوله (فلا يرجع) خبر «انّ كلّ» ودخول الفاء عليه لتضمّنه معنى الشّرط.

(٩) الضّمير راجع الى الموصول فى قوله (كلّما).

(١٠) اى اذا رجع المالك.

عليه[١] لأنّ[٢] المفروض قرار الضّمان على البايع وامّا ما لا يرجع المشترى به[٣] على البايع كمساوى الثّمن من القيمة فيرجع البايع به[٤] على المشترى اذا غرمه[٥] للمالك والوجه فى ذلك حصول التلف فى يده[٦].

---

(١) اى على البايع.

(٢) قوله (لانّ) علّة لعدم رجوع البايع على المشترى لانّ تغرير البايع وقاعدة الغرور تقتضى قرار وثبوت الضّمان على الغارّ وهو البايع.

(٣) الضّمير راجع الى (ما) فى قوله (مالا يرجع) اقول قال بعض المحقّقين رحمةالله عليه فى هذا المقام ما هذا لفظه «هذا فى مقابل قوله «انّ كلّ ما يرجع المشترى به على البايع» وحاصله انّ هنا مورداً لايرجع المشترى فيه على البايع بل يرجع البايع فيه على المشترى وهو مااذا باع الفضولى مال غيره بعشرين ديناراً مثلا مع كون قيمته السّوقيّة ثلاثين ديناراً وتلف ذلك المال عند المشترى فرجع المالك واخذ منه ثلاثين ديناراً بدلاً عن المبيع التالف فانّ البايع يرجع حينئذٍ الى المشترى وياخذ منه مقدار الثمن المسمّى وهو العشرون من القيمة الواقعيّة للمبيع ولا ياخذ العشرة الزّائدة على الثمن المسمّى لأنّ هذه الزيّادة ناشئة عن تغرير البايع فضمانها عليه لاعلى المشترى انتهى.

قوله (فيرجع هذا جواب «وامّا»).

(٤) الضّمير راجع الى «ما» الموصول فى قوله وامّا ما لا يرجع.

(٥) الضمير الفاعل المستتر راجع الى البايع والضّمير المفعول راجع الى (ما) فى قوله (مالا يرجع».

(٦) اى فى يد المشترى.

فان قلت[١] انّ كلاً من البايع والمشترى يتساويان فى حصول العين فى يدهما العادية[٢] الّتى هى سبب للضّمان وحصول التّلف[٣] فى يد المشترى لا دليل على كونه[٤] سبباًلرجوع البايع عليه[٥] نعم[٦] لواتلف بفعله رجع[٧] لكونه[٨] سبباً لتنجزّ الضّمان على السّابق[٩] قلت توضيح ذلك[١٠] يحتاج الى الكشف عن كيفية اشتغال ذمتّه[١١]

---

(١) حاصل الاشكال فى المقام انّ علّة الضّمان وهى اليد العدوانيّة مشتركة بين البايع والمشترى ولذا يجوز الرجوع للمالك الى ايّهما شاء ويبقى وجه رجوع البايع الى المشترى فى صورة رجوع المالك الى البايع دون المشترى حيث انّه لا وجه ولا دليل على كون تلف المال بيد المشترى موجبا لرجوع البايع على المشترى فيما اذا رجع المالك على البايع اذا البايع ضامن حب الفرض.

(٢) قوله (العادية) صفة لليد المضاقه.

(٣) قوله (حصول التلف) عطف على قوله (حصول العين) وهو مبتداء وخبره لا دليل.

(٤) اى كون حصول التّلف فى يد المشترى.

(٥) اى على المشترى.

(٦) اى لو اتلف المشترى المال بفعله بأن فعل الاتلاف لا ان يتلف المتاع بنفسه بدون سببيّة المشترى.

(٧) اى رجع البايع الى المشترى فيما اذا رجع المالك الى البايع.

(٨) اى لكون المشترى سببا لتجزّ الضمّان على البايع.

(٩) اى على البايع السّابق.

(١٠) اى توضيح وجه اشتغال ذمتين اوّلا ووجه رجوع السّابق الى اللاّحق ثانيا.

(١١) وفى النّهاية الذمّة والذّمام بمعنى العهد والامان والضّمان والحرمة والحقّ واهل

كلّ من اليدين ببدل التّالف وصيرورته[۱] فى عهدة كلّ منهما[۲] مع انّ الشيّئ الواحد لا يقبل الاستقرار الاّ فى ذمّه واحدة وانّ الموصول[۳] فى قوله على اليد ما اخذت[۴] شيئ واحد[۵].

كيف يكون[۶] على كلّ واحدة من الايادى المتعددة[۷] فنقول[۸] معنى

= الّذمة سمّوا بذلك لانّهم دخلوا فى ضمان المسلمين وعهدهم ومنه سمّى المعاهد ذميّا نسبة الى الذّمة بمعنى العهد مجمع البحرين.

(۱) اى صيرورة التّالف.

(۲) اى فى عهدة كلّ من البايع والمشترى.

(۳) مراده من الموصول هو (ما) فى قوله «على اليد ما اخذت».

(۴) سنن التّرمذى ۵۶۶ ح ۱۲۶۶، المعجم الكبير للطّبرانى، ۲۵۲۷ ح ۲۸۶۲ سنن ابى داود، ۳:۲۹۶ ح ۳۵۶۱ سنن ابن ماجه ۲، ۸۰۲، ح ۲۴۰۰ سنن البيهقى ۶: ۹۰.

(۵) قوله «شئ» خبرك (انّ) و واحد صفة كِ (شيى) كيف يكون ذلك الشى الواحد على كلّ واحد من الايادى المتعدّدة الضمّان كيف يمكن ان يتعلّق بكلّ من اليدين يد المشترى و يدالبايع مع انّ الضّمان شى واحد وبعبارة واضحة المراد بالموصول فى «ما اخذت» هو المبيع الشّخصى الواحد التّالف بيد المشترى مثلا ولا ريب فى اقتضاء وحدة المبدل التالف وحدة البدل اذ ليس للواحد الاّ بدل واحد فكيف يتعدّد هذا الواحد باستقراره فى ذمم متعدّدة مثاله كأن باع الفضولى ثوب المالك للمشترى ثمّ باعه المشترى لثالث ثمّ باعه الثالث لرابع ثمّ باعه الرابع لخامس ثم باعه الخامس لسادس فتلف الثّوب عند السّادس فيكون بدل العين الواحدة فى عهدة كل واحد من الايادى السّادس.

(۶) اسم يكون مستتر راجع الى شيى.

(۷) اى كيف يكون ذلك الشى الواحد على كلّ واحد من الايادى المتعددة.

كون العين الماخوذة على اليد كون عهدتها[٩] ودركها[١٠] بعد التّلف عليه[١١] فاذا فرض ايدى متعددّة تكون العين الواحدة فى عهدة كلّ من الايدى لكن ثبوت الشى الواحد فى العهدات المتعددة معناه لزوم خروج كلّ منها[١٢] عن العهدة.

عند تلفه[١٣] وحيث[١٤] انّ الواجب هو تدارك الفائت الّذى يحصل[١٥] ببدل واحد لا ازيد كان معناه تسلّط المالك على مطالبة كلٍّ منهم

---

(٨) قوله (فنقول) تقريب ضمان الايدى المتعاقبة للبيع التاليف عند بعض الايدى ومحصلّه تعهدّ كلّ واحد منهم بند ارك التالّف ببدله بمجردّ وضع اليد عليه وبعبارة واضحة معنى كون العين الواحدة فى العهدات المتعدّدة لزوم خروج كلّ واحد عن العهدة عند تلفه فهو يملك ما فى ذمّته كلٌ منهم على البدل بمعنى انّه اذا استوفى احدها سقط الباقى لعدم صدق التّدارك عليها فالمالك انّما يملك البدل على سبيل البدليّة و يستحيل اتّصاف شيى منها بالبدليّة بعد صيرورة احدها بدلا عن التّالف.

(٩) اى عهدة العين.

(١٠) اى درك العين وخسارتها.

(١١) اى على اليد.

(١٢) اى من العهدات.

(١٣) عند تلف ذلك الشّى.

(١٤) اقول شرع بقوله هذا فى الجهة الثّالثة وهى حكم المالك مع الضّامنين اغنى به جواز مطالبة المالك كلّ واحدٍ من الضّامنين.

(١٥) اى يحصل ذلك التّدارك.

الخروج[١] عن العهدة عند تلفه[٢] فهو[٣] يملك ما فى ذمّته كلّ منهم على البدل بمعنى[٤] انّه[٥] اذا استوفى احدها سقط الباقى لخروج الباقى عن كونه[٦] تداركاً لأنّ المتدارك لا يُتدارك[٧].

والوجه[٨] فى سقوط حقّه بدفع بعضهم عن الباقى[٩] أنّ[١٠] مطالبته[١١] مادام لم يصل اليه[١٢] المبدل ولا بدله فايّهما[١٣] حصل فى

---

(١) قوله (الخروج) مفعول ثانٍ للمطالبة اى يطالبهم المالك ان يخرجوا عن عهدة المال.

(٢) اى عند تلف الشّى.

(٣) اى المالك.

(٤) اى معنى كونه مالكاً لما فى ذمّتهم على البدل انّه اذا استومى احدها سقط الباقى.

(٥) اى انّ المالك.

(٦) الضّمير راجع الى الباقى.

(٧) يعنى فاذا استوفى المالك احد الابدال يتدارك الفائت بالبدل فلا يتدارك ببدل آخر ايضاً لانّ التّالف المتدارك لا يتدارك.

(٨) حاصل هذا الوجه انتفاء موضوع المطالبة وهو عدم وصول ماله من المبدل والبدل فللمالك استحقاق المطالبة مالم يصل اليه شيى من البدل وبدله فاذا وصل اليه احدهما فلا يبقى موضوع لاستحقاق المطالبة.

(٩) قوله (عن الباقى) متعلّق بقوله (سقوط).

(١٠) (انّ) مع مدخولها خبر لمبتداء مقدّم وهو (الوجه).

(١١) اى مطالبته المالك.

(١٢) اى الى المالك.

(١٣) الضّمير المثّنى راجع الى المبدل والبدل.

يده[١] لم يبق له استحقاق بدله[٢] فلو بقى شى له[٣] فى ذمّة واحدة لم يكن[٤] بعنوان البدليّة والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر[٥] ويتحقق مما ذكرنا أن المالك انّما يملك البدل على سبيل البدليّة ويستحيل اتّصاف شيئ منها[٦] بالبدليّة بعد صيرورة احدها[٧] بدلاً عن التّالف واصلا الى المالك.

ويمكن ان يكون نظير ذلك[٨] ضمان المال على طريقة الجمهور[٩]

---

(١) اى فى يد المالك.

(٢) اى بدل المبدل.

(٣) اقول وقد قال به بعض المحققّين ايضا يعنى لو بقى شئ للمالك فى ذمّته واحدة من الايادى بعد حصول المبدل والبدل فى يد انمالك لم يصدق على ما بقى فى الذّمة عنوان البدل لأنّ الواصل الى المالك ان كان هو المبدل فلا معنى للبدل بعد وصول نفس مال المالك اليه وهو المبدل وان كان هو البدل فلشيى واحد بدل واحد والفرض انّه وصل اليه فلا يعقل ان يصدق على ما بقى فى الذّمة عنوان البدل.

(٤) اى لم يكن الشى بعنوان البدليّة اذا لبدل قد سقط والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

(٥) اى عدم ثبوت شى آخر بعنوان البدليّة فى ذمّته ايّ شخصٍ آخر بعد استيفاء المالك البدل.

(٦) اى شئ من الابدال.

(٧) اى احد الابدال.

(٨) اى نظير ثبوت شيٍ واحدٍ فى ذممٍ وعهداتٍ متعدّدة وقوله «ويمكن» اشارة الى

←

حيث انّه ضمّ ذمّة الى ذمة اخرى[۱۰] وضمان عهدة العوضين لكلٍ من البايع والمشترى عندنا[۱۱] وضمان عهدة العوضين لكلٍ من البايع

← اشكالٍ ودفعه امّا الاشكال فهو انّه لا دليل على شغل ذممٍ عديدة بمالٍ واحدٍ حتّى فى تعاقب الايدى الغاصبة حيث انّ الذّمة المشغولة بالمغصوب واحدة وهى ذمّة من تلف المال بيده وان جاز للمالك الرّجوع الى كلّ واحد من الغاصبين.

والمتشكل صاحب الجواهر هذه عبارة العامّة «من انّه غيرناقل وانّما يفيد اشتراك الذّمتين لأنه حينئذ ضمّ ذمّة الى ذمّة فيتخيّر المضمون له فى المطالبة» فاشكل صاحب الجواهر قده حيث انّه ذهب تارة الى امتناع ضمان ذمّتين لمال واحد ثبوتاً كما فى كتاب الضّمان فى الايراد على كلام الجمهور من كون الضّمان ضمّ ذمّته الى ذمّة اخرى.

جواهر الكلام، ج ۲۶، كتاب الضّمان، ص ۱۱۳، راجع جواهر الكلام، ج ۲۶، ص ۱۳۵، ۷ راجع ايضاح الفوائد، ج ۲، ص ۸۵

الجواهر «اذ لا دليل على شغل ذمم متعدّدة بمال واحد.

جواهرالكلام، ج ۳۷، كتاب الغصب، ص ۳۴.

(۹) اقول من هنا اخذ المصنّف(ره) فى ايتان نظائر لضمان ما نحن فيه فقال يمكن ان يكون نظير ما نحن فيه ۱- ضمان المال الّذى هو الدّين عند اخواننا السُنة حيث عرّفوا الضّمان بأنّه ضمّ ذمه الى ذمة اخرى كما عرفت آنفاً فلعلّهم ارادوا الضمّ على سبيل البدل وانّ ايّا من الضّا من والمضمون عنه دفع المال فقد سقط المال عن ذمّة الآخر.

(۱۰) اى ضمان المال.

(۱۱) معطوف على (ضمان المال) اى وكذلك يمكن ان يكون نظير ما نحن فيه «ضمان عهدة العوضين لكلّ من البايع والمشترى عند الاماميّة» بان يضمن شخص ثالث ←

والمشترى عندنا كما فى الايضاح وضمان[١] الاعيان المضمونة على ما استقر به فى التّذكرة وقوّاه فى الايضاح و ضمان الاثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة و قد حكى فخر الدين والشهيد عن العلاّمه فى درسه. انّه[٢] نفى المنع من ضمان الاثنين على وجه الاستقلال[٣] قال[٤] ونظيره[٥] فى العبادات الواجب الكفائى[٦] وفى الاموال الغاصب من

← غيرالبايع والمشترى الثّمن على المشترى بان يلتزم للبايع ان يدفع الثّمن الى البايع اذا لم يدفعه المشترى وكذلك يضمن الثمن على البايع بان يلتزم للمشترى ان يدفع المثمن للمشترى اذا لم يدفعه البايع فانّه عبارة عن ضمان شى واحد فى ذمّتين ذمّة البايع والمشترى من جهة وذمّة الضّامن من جهة اخرى كما قال به فى الايضاح.

(١) معطوف على «ضمان» وهذا رابع الموارد اى وكذلك نظير ما نحن فيه ضمان الاثنين لواحد كما اذا ضمن شخصان دينَ مديونٍ فانّ ذمتّها تشتغل بدينه فيجوز للدّائن الرّجوع الى ايّ منهما شاء.

(٢) اى العلاّمة.

(٣) بان يضمن كلٌّ من الشخصين للدّائن ماله الّذى فى ذمّة المديون فى عرض الآخر لا فى طوله بان يكون احدهما ضامناً فى ذمّة المديون فى عرض الآخر لا فى طوله بان يكون احدهما ضامناً للمالك والاخر ضامناً للضّامن.

(٤) يعنى قال العلاّمة.

(٥) اى و نظير ضمان الاثنين بنحوا الاستقلال الواجب الكفائى.

(٦) فى العبادات كصلوة الميّت الّتى تجب على اكثر من واحد لكن على سبيل البدل فان قام بها احدهم سقطت على الكلّ والآثم الجميع.

الغاصب[۱] هذا[۲] حال المالك بالنّسبة الى ذوى الايدى وامّا حال بعضهم[۳] بالنّسبة الى بعض فلا ريب فى انّ اللاّحق اذا رجع[۴] اليه[۵] لايرجع[۶] الى السّابق مالم يكن السّابق موجبا لايقاعه[۷].

فى خطر الضّمان[۸] كما لا ريب.

فى انّ السّابق اذا رُجِع[۹] عليه[۱۰] وكان[۱۱] غارّاً للاحقه لم يَرجِع[۱۲] اليه

---

(۱) يعنى اذا غصب الغاصب العين من غاصب آخر يكون كلاهما ضامناً للعين المغصوبة واذا استوفى المالك من احدهما سقط عن الآخر.

(۲) هذا كلّه جواب عن اشكال انّه كيف يمكن اشتغال ذمّة نفرين بشى واحد فانّه لامانع منه عقلاً ولا محذور فيه شرعاً كما عرفت من كلام الفقهاء.

(۳) اى بعض ذوى الايدى.

(۴) اى اذا رجع اليه المالك.

(۵) اى الى اللاّحق.

(۶) اى لا يرجع اللاّحق الى السّابق.

(۷) اى لايقاع اللاحق.

(۸) اى مالم يكن السّابق غارّا للاحق كما لواشترى المشترى المال من البايع وهو يعلم انّ البايع غاصب فانّ المالك اذا رجع الى المشترى لم يرجع المشترى الى الغاصب.

(۹) اى اذا رجع المالك.

(۱۰) اى على السّابق.

(۱۱) اى وكان السّابق غارّا للاحقه.

(۱۲) اى لم يرجع السّابق الى اللاّحق.

اذ لا معنى لرجوعه[١] عليه بما[٢] لودفعه[٣] اللاّحق ضمنه[٤] له فالمقصود بالكلام[٥] ما اذا لم يكن غارًا له.

فنقول[٦] انّ الوجه فى رجوعه[٧] هو انّ السّابق اشتغلت ذمّته بالبدل قبل اللاّحق[٨] فاذا حصل المال فى يد اللاّحق فقد ضمن شيئاً له بدل فهذا الضّمان[٩] يرجع الى ضمان واحد من البدل والمبدل على[١٠]

---

(١) اى لرجوع السّابق على اللاّحق.

(٢) اى شى كالمنافع.

(٣) قال بعض المحققين المعاصر فى هذا المقام ما هذا لفظه قوله (اذ لامعنى) تعليل لعدم رجوع السابق الغار وهو البايع العالم بكونه سابقاً الى اللاّحق المغرور وحاصله انّه لا معنى لرجوع السّابق الى اللاّحق بمال لو دفعه اللاّحق كان السّابق ضامناً كما اذا كانت قيمة المبيع السّوفية ثلاثين ديناراً وكان الثمن المسمّى عشرين ورجع المالك الى البايع واخذ منه الثّلاثين فليس له ان ياخذ مازاد على العشرين وهى العشرة لانّه بقاعدة الغرور ليس على المشترى بل على البايع الغار انتهى.

(٤) ضمن السّابق المال.

(٥) يعنى فالمقصود من كلامنا فى رجوع السّابق اذا رجع عليه المالك الى اللاّحق هو السّابق الّذى لا يكون غارًااللاّحق والاّ فليس له الرّجوع الى اللاّحق اصلا.

(٦) قوله (فنقول) شروع فى توجيه رجوع السّابق الى اللاّحق الّذى تلف المال عنده.

(٧) اى السّبب فى رجوع السّابق على اللاّحق.

(٨) يعنى انّ اللاّحق ضامن للبدل للسّابق وللمبدل للمالك على سبيل البدل بمعنى لوادّى احدهما سقط الاخر.

(٩) اى الضّمان من اللاّحق.

سبيل البدل اذ[١١] لا يعقل ضمان البدل معيّنا من دون البدل والاّ[١٢] خرج بدله عن كونه بدلاً.

فما يدفعه[١٣] الثّانى فانّما هو تدارك لما استقرّ تداركه فى ذمّة الاوّل[١٤] بخلاف يدفعه الاوّل فانّه[١٥] تدارك نفس العين معيّنا اذ لم يحدث له[١٦] تدارك آخر بَعْدُ فان ادّاه[١٧] الى المالك سقط تدارك الاوّل له[١٨] ولا يجوز[١٩] دفعه الى الاوّل قبل دفع الاوّل الى المالك لأنّه[٢٠] من باب

---

(١٠) فانّ اللاّحق ضمن المال ذا البدل فهو ضمان لاحد الآخرين المبدل وبدله الّذى تعلّق بذمّته السّابق.

(١١) قوله (اذ) علّة لكون ضمان اللاّحق لاحد الامرين من المبدل والبدل.

(١٢) اى وان كان اللاّحق ضامناً لخصوص المبدل معيّناً لزم خروج البدل عن كونه بدلاً عن العين وصيرورته اجنبيّا عنه.

(١٣) فما يدفعه الى المالك الثّانى وهو اللاّحق الّذى تلفت العين فى يده فانّما هو تدارك لما استقرّ تداركه فى ذمّة الاوّل.

(١٤) اى الغاصب السّابق الّذى اشتغلت ذمّة قبل اشتغال ذمّة المالك.

(١٥) الضّمير راجع الى (ما) فى قوله «فما يدفعه».

(١٦) اى للمال تدارك آخر غير تدارك السّابق.

(١٧) اى فان ادّى الثّانى البدل الى المالك سقط تدارك الاوّل لما استقرّ فى ذمّته فليس للمالك الرّجوع الى الاوّل واخذ البدل منه.

(١٨) اى سقط تدارك السّابق الاوّل لما استقرّ فى ذمّته.

(١٩) اى ولا يجوز للثّانى ان يدفع البدل الى الاوّل قبل دفع الاوّل البدل الى المالك.

الغرامة والتّدارك فلا اشتغال للذمّة[۲۱] قبل فوات المتدارك وليس[۲۲] من قبيل العوض لما فی ذمّة الاوّل فحال الاوّل مع الثّانی كحال الضّامن مع المضمون عنه[۲۳] فی انّه.

لايستحقّ الدّفع اليه[۲۴] الاّ بعد الاداء[۲۵] والحاصل[۲۶] أنّ من تلف المال فی يده ضامن[۲۷] لاحد الشّخصين على البدل[۲۸] من المالك و من سبقه

---

(۲۰) ای لأنّ ما يدفعه الثّانی الی الاوّل من باب الغرامة والتّدارك لا يكون الاّ بعد فوت المتدارك.

(۲۱) ای لاشتغال لذمّة اللاّحق بالنسبة الی السّابق.

(۲۲) ای ليس المال الّذی يعطيه اللاّحق للسّابق من قبيل العوض لما فی ذمة الضّامن الاوّل حتّی يجب علی اللاّحق دفع البدل اليه بل هو من قبيل تدارك العين الفائته فيجب دفع البدل الی المالك.

(۲۳) يعنی فی انّ الضّامن لاستحقّ الاخذ من المضمون عنه الاّ بعد اداء الدّين الی المضمون له.

(۲۴) ای لايستحقّ الضّامن ان يدفع المضمون عنه المال الی الضّامن الاّ بعد اداء الضّمان الی المضمون له.

(۲۵) ای بعد اداء الضّامن المال الی المصمون له.

(۲۶) ای حاصل ما قلناه فی رجوع السّابق علی اللاّحق اذا لم يكن السّابق غارّا للاحق.

(۲۷) كلمة (ضامن) خبرك (انّ) فی قوله (انّ من).

(۲۸) احد الشيئين تدارك العين وثانيهما تدارك ما يتداركها.

فى اليد وتشتمل ذمّتة[۱] امّا بتدارك العين وامّا بتدارك ما يتداركها[۲] وهذا[۳] اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين[۴] على البدل بشى واحد لشخص واحد وربّما يقال[۵] فى وجه رجوع غير[۶] من تلف المال.

فى يده لو رُجع عليه[۷] إنّ[۸] ذمّة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبدل وان جازله[۹] الزام غيره باعتبار الغصب[۱۰] باداء[۱۱] ما اشتغل

---

(۱) الضّمير فى (ذمّة وفى سبقه) راجعان الى الموصول فى «من تلف».

(۲) اى امّا بتدارك العين بان يعطيها للمالك وامّا بتدارك ما يتداركها و هو ما يعطيه السابق للمالك.

۳.اى و اشتغال ذمّتة امّا بتدارك العين وامّا بتدارك بدلها يكون اشتغال شخص واحد.

(۴) احد الشّخصين المالك وثانيهما السّابق.

(۵) مثاله كما اذا باع الفضولى ثوب زيد على عمرو وباع عمرو ذلك الثّوب على خالدٍ ثمّ باع خالدٌ ذلك الثوّب على حسن و تلف الثّوب عند حسن فهذا الثّوب الواحد قد اجتمعت عليه الايدى الاربع فيملك المالك ما فى ذمّة كلّ واحد على البدل بمعنى انّه اذا استوفى المالك ما فى ذمّة واحد منهم سقط ما فى ذمّة الباقى فاشتغال ذمم عديده بمال واحد على سبيل البدل لشخص واحد ممّا لا مانع منه.

(۶) اقول مراده قده مَنْ تلف المال فى يده هو المشترى ومن غيره هو البايع.

(۷) اى رجع المالك الى غير من تلف المال عنده.

(۸) هذا مقول قوله (يقال) انّ ذمّة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبدل.

(۹) اى وان جازللمالكالزام غير من تلف المال عنده من الغاصبين باداء مااشتغلت ذمّتة

ذمّتة[١٢] به فيملك حينئذ[١٣] من ادّى باداته ماللمالك فى ذمّتة[١٤] بالمعاوضة الشرعيّة القهريّة قال[١٥] وبذلك[١٦] اتضحّ الفرق بين من تلف المال فى يده وبين غيره الّذى خطابه[١٧] بالاداء شرعى[١٨] لاذمّىّ اذ لادليل على شغل ذمم متعدده بمال واحد فحينئذ يُرجَعُ عليه ولا يَرْجع

⇐ من تلف المال عند من بدل مال المالك.

(١٠) كلمة «باعتبار» متعلّقة بـ(جاز) وعلّة (لجاز) يعنى انّ سبب جواز التزام المالك غيرمن تلف المال عنده اعتبار الغصب.

(١١) قوله (باداء ما) متعلّق بـ(الزام) يعنى جاز للمالك الزام الغير باداء ما اشتغل ذمّة من تلف المال بيده به.

(١٢) الضّمير راجع الى (من) فى قوله من تلف.

(١٣) اى حين الاداء.

(١٤) اى ذمّة من تلف بيده وهو المشترى وقوله (بالمعاوضة) متعلّق بـ يملك اى انّ المال فى ذمّة المشترى المتلف ولذا يحقّ للبايع بعد ادائه المال ان يرجع الى المشترى.

(١٥) يعنى صاحب الجواهر.

(١٦) الّذى ذكرنا من كون فى ذمّة اللاّحق فاذا ادّاه السّابق ملك بالمعاوضة القهريّة ما فى ذمّة اللاّحق.

(١٧) الضّمير راجع الى غير من تلف.

(١٨) يعنى تكليف محض لا ذمّى اى لا يثبت شيئاً فى الذّمة حتّى يدل على الوضع ايضاً وبعبارة اخرى انّ خطاب غير من تلف بالأداء تكليف محض لا يستتبع وضعاً نظيره وجوب نفقة الاقارب فانّه تكليف محض لا يستتبع وضعاً ولذا لوعصى ولم ينفق لم تصراالنفقة دينا عليه فالخطاب باداء النّفقة الى الاقارب شرعى كما نحن فيه.

هو انتهى[۱].

وانت[۲] خبير بانّه لاوجه للفرق بين خطاب مَن تلف بيده و خطاب غيرْبانّ[۳] خطابه ذمّيّ وخطاب غيره شرعى مع كون دلالة «على اليد ما اخذت» بالنّسبة اليهما[۴] على السّواء.

والمفروض انّه لاخطاب بالنّسبة اليهما[۵] غيره[۶] مع[۷] انّه لا يكاد يفهم

---

(۱) قوله (اذ) دليل صاحب الجواهر على انّ خطاب الاداء بالنّسبة الى السّابق شرعى لاذمّى يعنى لا دليل لنا على اشتغال ذمم متعدّدة للمالك من جملتها ذمّة السّابق لمال واحد انتهى.

راجع جواهر الكلام، ج ۳۷، ص ۳۴.

(۲) اقول من هنا اخذ المصنّف فى ردّ ما افاده صاحب الجواهر وملخّصه انّ الفرق فى الخطاب بين السّابق واللاّحق بانّ الخطاب بالاداء فى حقّ السّابق شرعى وفى حقّ اللاّحق ذمّى ليس بواضح اذ كلاهما يتوّجه نحوهما الخطاب بالاداء وليس هناك ما يدل على كيفيّة الادا وقال به الاخرون ايضا.

(۳) اى خطاب من تلف بيده المال ذمّى و خطاب غيره اى السّابق الّذى لم يتلف بيده المال شرعى لا وجه للفرق بينهما.

(۴) اى والحال كون دلالة على اليد ما اخذت بالنسبّة الى من تلف المال فى يده وغير من تلف المال فى يده على السّواء وذلك لانّ كلاً منهما اخذ المال فلفظ على اليد شامل لهما.

(۵) اى والمفروض انّه لاخطاب بالنّسبة الى السّابق واللاّحق.

(۶) اى غيرخطاب على اليد لكى يكون فارقاً بين السّابق بانّ خطابه شرعى واللاّحق بانّ خطابه وضعىّ.

الفرق بین ما ذکره[۱] من الخطاب[۲] بالاداء والخطاب[۳] الذّمی مع انّه لا یکاد یعرف خلاف من احد فی کون کلّ[۴] من ذوی‌الایدی مشغول الذّمة بالمال فعلا مالم یسقط[۵] باداء احدهم اوابراء المالك نظیر الاشتغال بغیره[۶] من الدّیون.

فی اجباره[۷] علی الدّفع[۸] اوالدّفع عنه[۹] وتقدیمه[۱۰] علی الوصایا

---

(۷) ای مع انّه لا یکاد یفهم الفرق بین ما ذکره من الخطاب بالاداء بالنسبة الی السّابق یعنی الشرعی والخطاب الذّمی بالنّسبة الی اللاّحق.

(۱) ای ذکر صاحب لجواهر والضّمیر المفعول راجع الی (ما).

(۲) ای خطاب غیرمن تلف بالاداء شرعی.

(۳) ای خطاب من تلف بالاداء ذمّی.

(۴) ای اعمّ ممّن تلف المال بیده وغیره من ذوی الایدی.

(۵) ای مالم یسقط المال عن ذممهم جمیعاً.

(۶) ای بغیر مال المذکور من الدّیون.

(۷) قوله (فی اجباره) متعلّق بـ(نظیر) ای المدیون فهذا اوّل لازم من لوازم هذا الدّین.

(۸) ای علی دفع المال.

(۹) قوله (اوالدّفع) عطف علی «اجباره» یعنی او دفع الحاکم دینه من ماله عن جانب من اشتغلت ذمّتة اذا لم یؤثر الاجبار.

(۱۰) ای وکذا یقدّم هذا الدّین علی الوصایا لو اوصی بها المدین کبقیة الدّیون هذا لازم ثان من لوازم هذا الدیّن.

والضرب فيه[۱] مع الغرما و مصالحة المالك عنه[۲] مع آخر الى غيرذلك من احكام ما فى الذّمة مع انّ تملك غيرمن تلف المال بيده لما[۳] فى ذمّة من تلف المال بيده بمجرّد[۴] دفع البدل لايعلم[۵] له سبب اختيارى ولا قهرىّ بل المتجّه على ما ذكرنا[۶] سقوط حقّ المالك عمّن تلف فى يده بمجرّد اداء غيره[۷] لعدم[۸] نحقّق موضوع التّدارك بعد تحقّق التّدارك مع انّ[۹] اللاّزم ممّا ذكره ان لايبرجع الغارمُ بمن[۱۰] لحقه فى اليد العادية

---

(۱) اى فى المال يعنى وكذا يكون الدّائن فى هذا الدّين شريكامع بقيّة المدينين والغرما فتجعل له حصّة بنسبة طلبه فهو كالمديون من هذه النّاحية هذا لازم ثالث من لوازم هذا الدّين.

(۲) قوله و (مصالحة الخ) معطوف على «اجباره» فللمالك ان يصالح عليه مع الآخر كما يصالح على الدّيون مع الآخرين هذا رابع لازم من لوازم هذا الدّين.

(۳) قوله (لما) متعلّق بـ (تملّك).

(۴) قوله (بمجرد) متعلّق بـ (تملّك).

(۵) قوله (لايعلم) خبر «أنّ تملّك».

(۶) وهو قوله «وحيث انّ الواجب هو تدارك الفائت الذّى يحصل ببدل واحد لازيد».

(۷) والمراد بـ (غيره) هو البايع.

(۸) قوله (لعدم) تعليل للسقّوط ومحصلّه انتفاء موضوع التّدارك عمّن تلف المال بـيده فلا يبقى موضوع لحقّ المالك بعد تحقّق التّدارك ببدل واحد.

(۹) قوله (مع انّ اللاّزم) يكون وجهاً خامساً لردّ قول صاحب الجواهر.

(۱۰) المراد من (الغارم) من دفع البدل الى المالك وقوله (بمن) متعلّق بـ لا يرجع والمراد

الاّ الی من تلف فی یده[١] مع انّ الظاهر خلافه[٢].
فانّه یجوز له[٣] ان یرجع الی کلّ واحدٍ ممّن بعده[٤] نعم لو کان[٥] غیرَ من تلف بیده فهو[٦] یرجع الی احد لواحقه الی ان یستقرّ علی من تلف فی یده.
هذا[٧] کلّه اذا تلف البیع فی ید المشتری وقد عرفت[٨] الحکم ایضاً فی صورة بقاء العین وانّه یرجع المالك بها[٩] علی من[١٠] فی یده او من[١١]

⇐ بمن لحق الشّخص الذّی بعده و ذکر بعض انّ هذا اشکال آخر من المصنّف علی صاحب الجواهر فیما افاده من تملّك السّابق لما فی ذمّة المالك وخلاصته انّ لازم ما ذکره صاحب الجواهر من تملّك السّابق لما فی ذمّة اللاّحق عدم حقّ للّسابق فی الرّجوع علی بقیّة اللاحقین ممّن ترتبّت یده علی العین بل له حقّ الرّجوع علی من تلفت عنده فقط.

(١) ای تلف المال فی یده.

(٢) ای خلاف اللاّزم المزبور.

(٣) ای للغارم.

(٤) ای بعد الغارم.

(٥) ای لو کان من رجع الیه الغارم.

(٦) ای غیر من تلف بیده.

(٧) ای ما قلناه من رجوع المالك علی السّابق وان تلفت العین عند اللاحقّ.

(٨) حیث قال (ولم یجز المالك فان کان المبیع فی یده فهو والاّ فله انتزاعه ممّن وجده فی یده مع بقائه».

(٩) ای بالعین.

(١٠) ای علی من کانت العین فی یده.

(١١) ای او یرجع المالك علی من جرت یده.

جرت يده عليها[۱] فان لم يمكن[۲] انتزاعها ممّن هى فى يده غرم[۳] للمالك بدل الحيلولة وللمالك استردادها[۴] فيردّ بدل الحيلولة ولا يرتفع سلطنة المالك على مطالبة الاوّل[۵] بمجرّد تمكنه[۶].

من الاسترداد من الثّانى[۷] لانّ[۸] عهدتها[۹] على الاوّل فيجب عليه تحصلها[۱۰] وان بذل[۱۱] ما بدل نعم[۱۲] ليس للمالك اخذ مؤنة الاسترداد[۱۳] ليباشر بنفسه ولو لم يقدر على استردادها[۱۴] الاّ المالك

---

(۱) اى على العين لقاعدة على اليد.

(۲) اى لم يمكن انتزاع العين.

(۳) قوله (غرم) جواب كِ (ان) فى قوله (فان لم يمكن).

(۴) اى استرداد العين.

(۵) اى الذى ليس لديه ماله كالبايع.

(۶) اى تمكّن المالك.

(۷) اى من المشترى.

(۸) قوله (لأنّ) تعليل لقوله (ولا ترتفع الخ).

(۹) اى عهدة عين المال وضمانها على المشترى الاوّل.

(۱۰) اى يجب على الاوّل تحصيل العين واعطائها الى المالك.

(۱۱) اى الضّمير الفاعل المستتر راجع الى الضّامن الاوّل و (ما) مفعول كِ (بذل) يعنى وان بذل الاوّل فى تحصيل العين واخذها من الثّانى ما بذل.

(۱۲) نعم ليس للمالك اخذ مؤنة الاسترداد من الاوّل.

(۱۳) اى ليباشر المالك الاسترداد بنفسه اذا لغاصب مكلّف بان يردّ المال لابان يعطى

وطلب من الاوّل عوضاً[١٥] عن الاسترداد فهل يجب عليه[١٦] بذل العوض او ينزّل[١٧] منزلةالتعذّر فيغرم[١٨] بدل الحيلولة او يفرّق بين الاجرة المتعارفة[١٩] للاسترداد وبين الزّائد عليها[٢٠] ممّا يعدّ اجحافاً[٢١] على الغاصب الاوّل وجوه[٢٢].

⇐ اجرة الاسترداد.

(١٤) اى لولم يقدر احد من استرداد العين المغصوبة الاّ المالك الّذى لم ياخذ من احد من الضّامنين بدل الحيلولة وطلب من الضّامن الاوّل اجرة لاسترداد العين ففى حكم هذا البذل وجوه ثلاثة ذكرت فى المتن.

(١٥) اى طلب من الغاصب الاوّل اجرة للاسترداد.

(١٦) اى على الغاصب الاوّل وهذا هو الاحتمال الاوّل.

(١٧) اى ينزّل عدم القدرة على الاسرتداد الاّ للمالك منزلة التعذّر وهذا هو الاحتمال الثّانى.

(١٨) يعنى فيغرم الغاصب الاوّل بدل الحيلولة.

(١٩) اى يفرّق بين احتياج الاسترداد الى الاجرة المتعارفة للاسترداد فتلزم الاجرة على البايع لانّها من شئون الارجاع للمال الّذى هو مامور به وبين الزّائد عليها ممّا يعدّممّا لايطاق على الغاصب الاوّل.

(٢٠) اى الزّائد على الاجرة المتعارفة.

(٢١) اى يعدّ تكليفا مالا يطاق و.

(٢٢) قوله (وجوه) مبتداء مؤخّر خبر (فيه) مقدّراً هذا هو الاحتمال لمدلول عليه بقوله «فهل يجب عليه» والجملة بتمامها جواب الشرط فى قوله «ولو لم يقدّر»

هذا[۱] كلّه مع عدم نغيّر العين وامّا اذا تغيرّت[۲] فيجيئ صور كثيرة لا يناسبُ المقامَ التعرّضُ لها[۳] وان كان كثير ممّا ذكرنا ايضا ممّا لايناسب ذكره الاّ فى باب الغصب الاّ انّ الاهتمام بها[۴] دعانى الى ذكرها[۵] فى هذا المقام بادنى مناسبة[۶] اغتناماً للفرصة وفقنا الله لما يرضيه عنّا من العلم والعمل انّه غفّارالزّلل. شامل له كالغصب فيتجّه البحث عن احكامه.

---

(۱) اى ما قلناه من رجوع المالك على الغاصب الاوّل باخذ العين منه عند التمكّن او باخذ بدل الحيلولة عند عدم التمكّن من اخذها وانتزاعها ممّن هى فى يده مع عدم تغيرّ العين الموجوده.

(۲) وامّا اذا تغيرّت العين الموجودة فيجيى صور كثيرة لانّها امّا الى الزّيادة او النّقيصة ثمّ كلّ واحد امّا الى العينيّة والقيميّة اوالحكميّة فتجيئ صور كثيرة مذكورة.

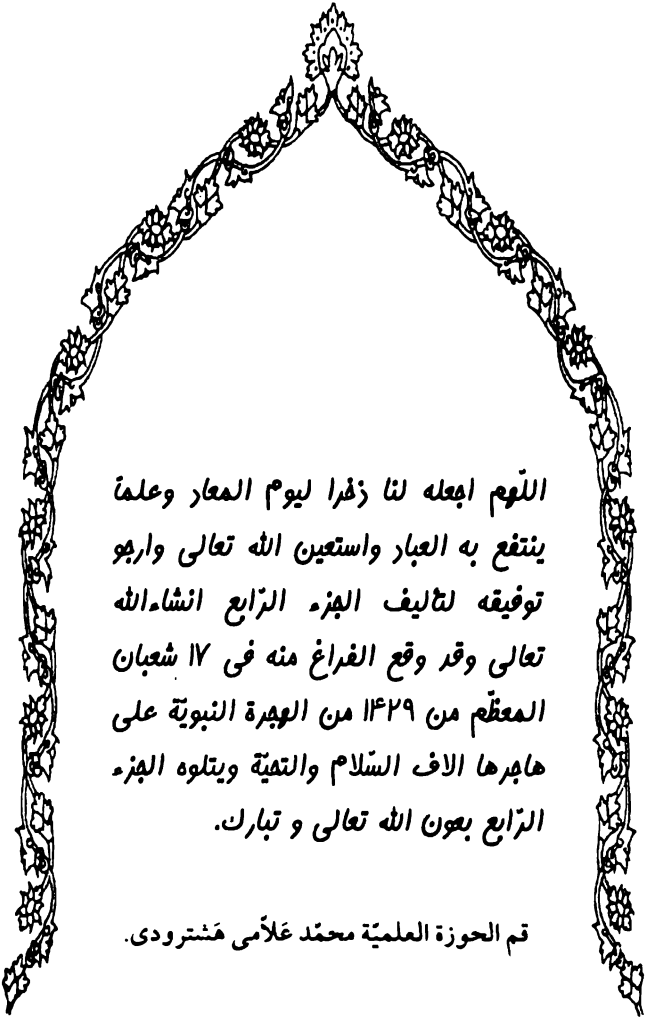
فى كتاب الغصب منها ما ذا باع الفضولى قطعة قماش مملوك لعمرو مثلا وسلّمه لزيد المشترى ففصلّه ثوباً و قد تغيرّت قيمته مخيطا عمّا كان عليه فهل يرجع المالك على الفضولى ام على المشترى منه الّذى حدث التغيير بيده وهل ضمان التّفاوت على البايع او على المشترى ولو فرض كون القماش قيميّا فهل المناط قيمته يوم وقوعه تحت يد البايع ام المشترى ام قيمة يوم التغيير فراجع باب الغصب.

(۳) اى لصور كثيرة.

(۴) اى بتلك الصّور الكثيرة.

(۵) اى ذكر صور كثيرة.

(۶) و هى كما عن آخر ايضاً كون المبيع فضولا محكوماً بحكم الغصب اذا ردّ المالك البيع فانّه وان لم تصدق اليد العد وانيّة بالنّسبة الى المشترى الجاهل الاّ انّ اطلاق «على اليد». شامل له كالغاصب فيتجه البحث عن احكامه



اللّهم اجعله لنا ذخرا ليوم المعاد وعلما ينتفع به العباد واستعين الله تعالى وارجو توفيقه لتأليف الجزء الرّابع انشاءالله تعالى وقد وقع الفراغ منه فى ١٧ شعبان المعظّم من ١۴٢٩ من الهجرة النبويّة على هاجرها الاف السّلام والتحيّة ويتلوه الجزء الرّابع بعون الله تعالى و تبارك.

قم الحوزة العلميّة محمّد عَلاّمى هَشترودى.

ولسامحة المؤلّف (دام ظلّه) تاليفات اخرى.

۱ـ رسالة فى الّتوحيد مخطوط

۲ـ رسالة فى النّبوة

۳ـ رسالة فى الامامة

۴ـ رسالةای فى المعاد

۵ـ كتاب جامع الرّوايات

۶ـ تقريرات درس آيةالله العظمى بروجردى

۷ـ تقريرات درس آية الله العظمى حجّة كوه كمرى

۸ـ تقريرات درس حضرت آية الله العظمى امام خمينى

۹ـ شرح منظومه حكمت

۱۰ـ جواب استفتائات القوّة القضائيّه.

۱۱ـ جلدين سيماى اقتصاد اسلامى

۱۲ـ غايةالايضاح، جلد اول و ثانى و ثالث

۱۳ـ مجمع الاستفتائات الجديده والمسائل المستحدثة

۱۴ـ رساله شريفة توضيح المسائل

۱۵ـ مناسك حجّ.

الموضوع الصّفحة

فيما استدلّ به علىٰ بطلان التّعليق في العقود ١٤٢
فيما افاده الشّهيد ﷺ في صورة الشكّ ١٤٤
ومن جملة شروط العقد التّطابق بين الإيجاب والقبول ١٥٠
في لزوم التّطابق بين الإيجاب والقبول ١٥٢
في اختلاف المتعاقدين اجتهاداً أو تقليداً ١٥٤
الإستدلال بقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ١٦٢
في الإستدلال بقاعدة الضّمان ١٦٤
في بيان معنى قاعدة الضّمان ١٦٦
هل العموم في كلّ عقد يضمن باعتبار الأنواع أو الاصناف أو الإفراد ١٦٨
إعتبار اقتضاء العقد بنفسه للضّمان ١٧٢
مدرك القاعدة ١٧٤
في مدرك الضّمان في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ١٧٦
في مدرك الضّمان في قاعدة الضّمان ١٨٢
هل تضمن العين المستأجرة في الإجارة الفاسدة ١٨٤
الإشكال في اطّراد القاعدة ١٨٨
فيما استدلّ به لقاعدة ما لا يضمن والخدشة فيه ١٩٠
في وجوب ردّ المقبوض بالعقد الفاسد الى مالكه فوراً ١٩٤
في حكم المنافع المستوفاة ١٩٦
في حكم المنافع غير المستوفاة ومختار المصنّف ٢٠٢
اقوال الفقهاء في ضمان المنافع غير المستوفاة ٢٠٦
في تعريف المثلى ٢٠٨
في موارد وقع الخلاف في كونها مثلياً ٢١٦

الموضوع الصّفحة

« م »

متى يجوز امر اليتيم ٣٣٠
المجنون والمعتوه الّذي لا يفيق والصبيّ الّذي لم يبلغ عمدهما خطاء ٣٥٠
إنّما المؤمنون اخوة ولا يحلّ لمومن مال اخيه إلّا عن طيب نفس منه ٤٨٩

« ن »

نهى رسول الله ﷺ عن كسب الإماء ٣٧٧

« و »

وضع عن امّتى تسعة اشياء ..... ٤٩١، ٥٢٤

فایـل تصویر این صفحه وجود ندارد

فایـل تصویر این صفحه وجود ندارد

فایـل تصویر این صفحه وجود ندارد

فایـل تصویر این صفحه وجود ندارد

فایـل تصویر این صفحه وجود ندارد

فایـل تصویر این صفحه وجود ندارد

فایـل تصویر این صفحه وجود ندارد

فایـل تصویر این صفحه وجود ندارد

فایـل تصویر این صفحه وجود ندارد

فایـل تصویر این صفحه وجود ندارد

فایـل تصویر این صفحه وجود ندارد

فایـل تصویر این صفحه وجود ندارد

فایـل تصویر این صفحه وجود ندارد

غايَةُ ايضاحِ المَطالِبِ

فى

شَرْحِ المَكاسِبِ

(اَلْبَيعْ)

اَلجُزْءُ الثّانى

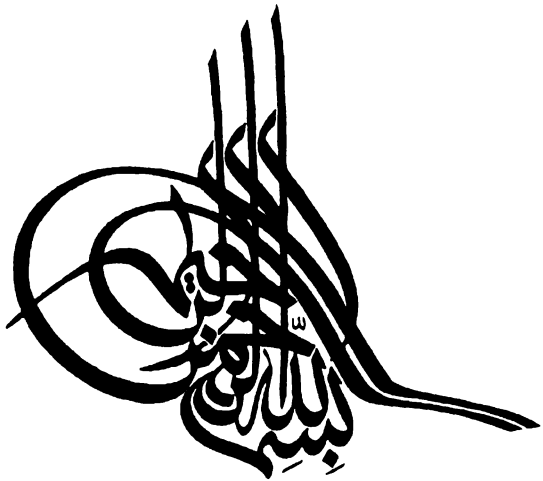
تأليفُ

الأُستاذ العَلاّمه حَضْرَة آيَة الله

مُحَمّد العَلاّمى هَشْتْرودى

مُدَّظِلُّهُ العالى

قم - ايران


بسم الله الرحمن الرحيم

غٰايَةُ ايضاحِ المَطالِبِ
فى
شَرحِ المكاسِبِ
الجَزءُ الثّانى

(كِتٰابُ البيع)
تَاليف
خٰاتَمِ الفُقَهٰاء وَالمُجتهِدين
المُحَقِّق العَلّٰامَة اَلشيخ اَلاَعظَمْ
الْمُرتَضَى الاَنْصٰارى
المتُوَفّىٰ سنة ١٢٨١
صَحّحَهُ وَ عَلّقَ عَلَيه الأُستاذُ
العَلّامَة الحٰاج الميرزا محمّد العَلّامى
المَشْرودىّ مُدّظِلُّهُ العٰالى

قم - ايران

شبكة كتب الشيعة
shiabooks.net
mktba.net < رابط بديل

غلّامی هشترودی، محمد، ۱۳۰۲ -
غایة ایضاح المطالب فی شرح المکاسب / تألیف محمد غلّامی هشترودی.- قم: مهر امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۳۸۵
۶۰۰ ص.
۳۵۰۰۰ ریال
فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیپا
ISBN: 964 - 8173 - 85 - 0 ۰ - ۸۵ - ۸۱۷۳ - ۹۶۴
کتابنامه به صورت زیرنویس
۱. انصاری / مرتضی بن محمد امین، ۱۲۵۴ - ۱۲۸۱ ق. (المکاسب، نقد و تفسیر). ۲. معاملات (فقه) الف. انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۸۴ - ۲۸۱ ق. المکاسب شرح ب. عنوان: ج. عنوان: مکاسب. شرح
BP ۱۹۰ / ۱ الف ۸ م ۷۰ ۴۲ ۲۹۷/۳۷۲

انتشارات مهر امیرالمؤمنین علیه السلام

غایة ایضاح المطالب فی شرح المکاسب (جلد ۲)

مؤلف: حضرت آیة‌الله محمد غلّامی هَشْتْرودی
ناشر: مهر امیرالمؤمنین علیه السلام
نوبت چاپ: اول / بهار ۱۳۸۵
شمارگان: ۱۰۰۰
چاپ: شریعت
قیمت: ۳۵۰۰ تومان
شابک جلد دوم : ۰ - ۸۵ - ۸۱۷۳ - ۹۶۴

کلیه حقوق محفوظ است

مراکز پخش: قم: بلوار شهید منتظری، ساختمان شهاب، واحد یک، انتشارات مهر امیرالمؤمنین علیه السلام،
تلفن: ۷۷۴۶۵۲۶؛ دورنگار: ۷۷۴۲۹۹۷؛ همراه: ۰۹۱۲۲۷۵۲۰۲۹

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد الله الّذي نوّر قلوبنا بنور معرفته و شرح صدورنا بإرشاد من آختاره من بريّته محمد ﷺ و هدانا إلى الإذعان بأطايب عترته سلام اللهُ عليه و عليهم و لعنة اللهُ علىٰ أعدائهم إلىٰ يوم الدّين.

(الثّامن)[١] لا اشكال في تحقّق المعاطاة المصطلحة[٢] الّتي هي معركة[٣] الآراء بين الخاصّة والعامّة بما[٤] إذا تحقّق التّمليك أو الاباحة بالفعل[٥] وهو[٦] قبض العينين أما إذا حصل[٧] بالقول الغير الجامع[٨] لشرائط[٩] اللّزوم فإن قلنا بعدم

---

(١) أي الامر الثامن من الامور الّتي أشار اليها المصنّف بقوله في أول البحث (وينبغي التنبيه على أمور).

(٢) وهو أن يعطى كل من اثنين عوضاً عمّا يأخذه من الآخر.

(٣) الّتي هي مصبّ الأفكار بين الخاصّة والعامّة حيث إنّ في المعاطاة أقوالاً ستّة:

١ ـ اللّزوم مطلقاً كما هو ظاهر المفيد وقد قال العلّامة في التّذكرة: (الأشهر عندنا أنّه لابدّ في البيع من الصّيغة) فيفهم من قوله هٰذا أنّ غير الأشهر عدم لزوم الصّيغة في البيع وهو المطلوب.

٢ ـ واللّزوم بشرط كون الدّال على التّراضي أو المعاملة لفظاً لا فعلاً حكى عن بعض معاصري الشّهيد الثّاني وبعض متأخري المحدّثين لكن في عدّ هٰذا من الأقوال تأمّلاً.

٣ ـ والملك الغير اللّازم ذهب إليه المحقّق الثّاني.

٤ ـ وعدم الملك مع إباحة جميع التّصرفات حتّى المتوقّفة على الملك كما هو ظاهر عبائر كثيرةٍ.

٥ ـ وإباحة ما لا يتوقّف على الملك وهو الظّاهر من الكلام المتقدّم عن حواشي الشّهيد على القواعد.

٦ ـ والقول بعدم إباحة التّصرف مطلقاً وقد تعرّض بها الشّيخ ﷺ فراجع.

(٤) الجارّ والمجرور متعلّق بقوله (تحقّق المعاطاة).

(٥) يعني خارجاً. (٦) أي إنشاء التّمليك... الخ.

(٧) أي أمّا إذا حصل إنشاء التّمليك.

(٨) بأن حصل بصيغة المضارع.

(٩) المراد من شرائط اللزوم الّتي يشترطها المشهور تقدّم الإيجاب على القبول والموالاة والماضويّة وأمثالها الّتي سيأتي ذكرها.

إشتراط اللّزوم[١] بشيء زائد على الانشاء اللّفظي كما قوّيناه[٢] سابقاً بناءاً[٣] على التّخلص[٤] بذلك عن إتّفاقهم على توقّف العقود اللّازمة على اللّفظ[٥] فلا إشكال[٦] في صيرورة المعاملة[٧] بذلك عقداً لازماً وإن قلنا بمقالة المشهور: من إعتبار أمور زائدة على اللّفظ[٨] فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي[٩] الى حكم المعاطاة مطلقاً[١٠] أو بشرط تحقّق قبض العين معه[١١] أو لا يتحقّق به[١٢] مطلقاً[١٣] نعم إذا حصل إنشاء

---

(١) يعني خالفنا مقالة المشهور وقلنا بكفاية مطلق الإنشاء القولي في اللّزوم في البيع من دون اعتبار شيءٍ زائدٍ على الإنشاء اللّفظي.

(٢) أي قوّينا عدم اشتراط اللّزوم في البيع بشيء زائدٍ على الإنشاء اللّفظي.

(٣) قوله (بناءً على التّخلص بذلك) تعليل لقوله (قوّيناه سابقاً).

(٤) أي بمجرّد اعتبار مطلق اللّفظ في اللّزوم من دون اعتبار شيء زائد عليه.

(٥) حتّى أنّه لو لم يكن الاتّفاق المذكور لقلنا بعدم الاحتياج الى اللّفظ مطلقاً.

(٦) قوله (فلا إشكال) جواب لِـ(إنْ) في قوله (فإنْ قلنا بعدم اشتراط اللزوم).

(٧) أي باللّفظ الغير الواجد لجميع الشّرائط.

(٨) أي من اعتبار أمور زائدة على اللّفظ في انعقاد البيع كالماضويّة والموالاة وتقديم الإيجاب على القبول والعربيّة.

(٩) الّذي لم يقارنه التّعاطي و لا شرائط العقد اللّفظي.

(١٠) أي: سواء تحقّق قبض العين معه أم لا.

(١١) أي مع ذلك الإنشاء القولي فإذا كان لفظ وقبض كان في حكم المعاطاة.

(١٢) أي أو لا يتحقّق المعاطاة بالإنشاء القولي الفاقد لشرائط اللّزوم.

(١٣) أي سواء تحقّق قبض العين معه أم لا. فتصير الأقوال ثلاثة:

١ـ القول برجوع ذلك الى المعاطاة مطلقاً.

٢ـ القول برجوعه إليها إذا تعقّبه القبض والإقباض.

٣ـ القول بعدم رجوعه الى المعاطاة مطلقاً بل يكون ذلك من البيوع الفاسدة.

آخر[١] بالقبض المتحقّق بعده[٢] تحقّق المعاطاة[٣] فالإنشاء القولي السّابق كالعدم لا عبرة به[٤] و لا[٥] بوقوع القبض بعده خالياً عن قصد الإنشاء بل بانياً[٦] على كونه حقّاً لازماً لكونه[٧] من آثار الإنشاء القولي[٨] السّابق نظير القبض في العقد الجامع للشّرائط، ظاهر كلام غير واحدٍ من مشايخنا المعاصرين[٩] الأوّل[١٠] تبعاً لما

---

(١) أي لا بمقتضى الإنشاء الأوّل الّذي كان فاقداً لشرائط اللّزوم ناقصاً بل حصل إنشاء آخر بسبب القبض الّذي يتحقّق بعد هٰذا الإنشاء.

(٢) أي بعد هٰذا الإنشاء.

(٣) أي تحقّق المعاطاة بهٰذا الإنشاء الفعليّ المتأخّر الجديد لا بالإنشاء اللّفظي المتقدّم.

(٤) أي ولا عبرة بالإنشاء القولي السّابق لأنّه ليس جامعاً للشّرائط لكي يكون عقداً و لا مقترناً بالتّعاطي حتّى يكون المعاطاة.

(٥) أي و لا عبرة بوقوع القبض بعد الإنشاء القولي خالياً عن قصد الإنشاء.

(٦) قوله (بانياً) عطف على قوله (خالياً) أي بل لا عبرة بوقوع القبض بعد الإنشاء القولي السّابق بانياً على كون القبض حقّاً لازماً لكون القبض من آثار الإنشاء القولي السّابق الفاقد للشّرائط ولعدم قصد الإنشاء بالفعل.

(٧) أي لكون القبض.

(٨) يعني أنّ كلّ واحدٍ من المتعاطيين اعتقد أنّ القبض والإقباض في ذٰلك الإنشاء الفاقد لبعض الشّرائط نظير القبض والإقباض في العقد الجامع للشّرائط أي شرائط اللّزوم كالماضويّة والموالاة وتقدّم الإيجاب والقبول بزعم أنّ هٰذا العقد الواقع الخالي من بعض الشّروط الأخرىٰ لا يحتاج الى إنشاء ثانويّ جديدٍ فالخلاصة أنّه كان يعتقد أنّ الإقباض في هٰذا العقد نظير الإقباض في العقد الصّحيح في أنّه من آثاره.

(٩) كصاحب الجواهر والسّيد المجاهد صاحب المناهل والمفاتيح والفاضل النّراقي: قال في الجواهر: «لكن قد عرفت سابقاً: أنّ قصد التّمليك العقدي غير مشخّصٍ، مع فرض تحقّق البيع بالمعاطاة الّتي منها الصّيغة الملحونة.

(١٠) وهو رجوع ذٰلك الإنشاء القولي الفاقد لبعض الشّرائط الى حكم المعاطاة مطلقاً.

يستفاد من ظاهر كلام المحقّق والشّهيد الثّانيين قال المحقّق[أ] في صيغ عقوده على ما حكي عنه ـ بعد ذكره الشّروط المعتبرة في الصّيغة:

أنّه لو اوقع البيع بغير ما[١] قلناه وعُلم التّراضي منهما[٢] كان معاطاة[٣] انتهىٰ[٤] وفي الرّوضة[ب] في مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على النّطق أنّها[٥] تفيد المعاطاة مع الإفهام الصّريح[٦] انتهىٰ[٧] وظاهر الكلامين[٨] صورة وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض من آثاره[٩]

---

(١) أقول المراد من قوله (ما) هي الشّرائط المقرّرة في العقد اللّازم كالماضويّة والموالاة وتقدّم الإيجاب والقبول ونحوها.

(٢) أي من البايع والمشتري بالتّبادل كان معاطاة.

(٣) و إطلاقه شامل لما إذا اقترن بالتّعاطي أم لا فيستظهر من كلامه أنّ المعاطاة يقع بمجرّد العقد الفاسد سواء حصل التّقابض أم لا.

(٤) انتهىٰ كلام المحقّق الثّاني.

(٥) أي الإشارة.

(٦) أقول دلالة عبارة الرّوضة على إجراء الشّهيد الثاني ﷺ حكم المعاطاة على ما نحن فيه الّذي هو الإنشاء القولي الغير الجامع للشّرائط إنّما هي من جهة أنّه يستفاد منها أنّ المناط في إجراء حكم المعاطاة على الإشارة هو الإفهام الصريح للمقصود ومن الواضح أنّ هذا المناط موجود في الإنشاء القولي الغير الجامع للشّرائط.

(٧) انتهىٰ كلام الشّهيد الثّاني.

(٨) أي كلام المحقّق والشّهيد الثّانيين.

(٩) أي من آثار الإنشاء اللفظي السّابق الواقع بالعقد الفاسد لا بنيّة المعاطاة.

(أ) يعني المحقّق الكركي الملقّب بالمحقّق الثّاني رسالة صيغ العقود والإيقاعات ضمن مجموعة رسائل المحقّق الكركي ﷺ «ج ١ ص ١٧٨».

(ب) راجع كتاب المتاجر ص ٢٣٥ ق، الرّوضة البهيّة في شرح اللّمعة الدّمشقيّة ج ٣ ص ٢٢٥.

وظاهر[١] تصريح جماعة:

منهم المحقّق[أ] والعلّامة بأنّه لو قبض ماابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك وكان[٢] مضموناً[٣] عليه هو الوجه الأخير[٤] لأنّ[٥] مرادهم بالعقد الفاسد إمّا خصوص ما كان فساده من جهة مجرّد اختلال شروط الصّيغة[٦] كما ربّما يشهد به[٧] ذكر هٰذا الكلام[٨] بعد شروط الصّيغة[٩] وقبل شروط العوضين[١٠] والمتعاقدين. وإمّا[١١] ما

---

(١) كلمة (ظاهر) مبتدأ.

(٢) أي كان الشيء المقبوض.

(٣) أي على القابض.

(٤) قوله (هو الوجه الأخير) خبر المبتدأ والمراد من الوجه الأخير عدم تحقّق المعاطاة بالإنشاء القولي مطلقاً وكونه من البيوع الفاسدة.

(٥) كلمة (لأنّ) تعليل لكون ظاهر جماعة هو الوجه الأخير.

(٦) كتقدّم الإيجاب على القبول والماضويّة والعربيّة.

(٧) أي بكون منشأ الفساد مجرّد اختلال شروط الصّيغة.

(٨) أي قولهم (بأنّه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد).

(٩) قد صرّحنا بشروط الصّيغة آنفاً.

(١٠) أي المثمن والثّمن والمراد من شروطهما كون المثمن مملوكاً غير حرّ وكونه طلقاً غير وقف ومقدوراً على تسليمه غير آبقٍ وأمثالها وكون الثّمن معلوم القدر والوصف وقبل شروط المتعاقدين أي البايع والمشتري والمراد من شروط المتعاقدين كما يأتي البلوغ والعقل والاختيار.

(١١) معطوف على (إمّا خصوص).

(أ) شرايع الإسلام ج ٢ ص ١٣، قواعد الأحكام ج ١ ص ١٢٣.

يشمل هٰذا[١] وغيره[٢] كما هو[٣] الظّاهر وكيف[٤] كان فالصّورة الأولىٰ[٥] داخلة ولا يخفىٰ أنّ الحكم فيها[٦] بالضّمان منافٍ لجريان حكم المعاطاة وربّما يجمع بين هٰذا الكلام[٧] و ما تقدّم[٨] من المحقّق والشّهيد الثّانيين فيقال إنّ موضوع المسألة

---

(١) أي كون الفساد من جهة مجرّد اختلال شروط الصّيغة.

(٢) أي غير مجرّد اختلال شروطالصّيغة كاختلال شروط العوضين.

(٣) أي عموم الاختلال وشموله لشروط الصّيغة وغيرها.

(٤) أي سواء كان مرادهم خصوص اختلال شروط الصّيغة أو الأعمّ منه ومن اختلال شروط العوضين والمتعاقدين.

(٥) وهو ما كان فساد العقد من جهة مجرّد اختلال شروط الصّيغة.

(٦) أي في الصّورة الأولىٰ.

(٧) أقول الجامع هو الفاضل المحقّق السّيد محمّد الجواد بن محمّد بن محمّد الحسيني العاملي في كتابه مفتاح الكرامة في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد.
أي بين الحكم بالضّمان في المقبوض بالعقد الفاسد.

(٨) وهو جريان حكم المعاطاة في المقبوض بالعقد الفاسد، والحاصل أنّه ربّما يجمع دفعاً للتّنافي بين الحكم بالضّمان في المقبوض بالعقد الفاسد وبين الحكم بجريان حكم المعاطاة الملازم للحكم بعدم الضّمان فيه.
بأنّ مورد الأوّل صورة العلم بعدم الرّضا بالتّصرف على تقدير البطلان ومورد الثاني صورة العلم بتجدّد الرّضا به بعد العلم بالفساد وبعبارة واضحة ربّما يجمع بين ما هو المسلّم بين الفقهاء من أنّ المقبوض بالعقد الفاسد لا يترتّب عليه شيء من آثار الملكيّة بل يحرم التّصرف فيه ويجب ردّه فوراً الى مالكه ويضمن العين ومنافعها المستوفاة وغير المستوفاة وبين ما يظهر من كلام غير واحد تبعاً للمحقّق والشّهيد الثّانيين أنّه لو أخلّا بالشروط المعتبرة في الصّيغة وأوقعا البيع خالياً عنها يكون معاطاة لو علم التّراضي منهما.

=

في عدم جواز التّصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرّضا إلّا بزعم صحّة المعاملة فإذا انتفت الصّحة انتفىٰ الإذن لترتّبه[١] على زعم الصّحة فكان التّصرف تصرّفاً بغير إذن[٢] و أكلاً للمال بالباطل لانحصار وجه الحلّ في كون المعاملة بيعاً أو تجارةً عن تراضٍ أو هبةٍ أو نحوها من وجوه الرّضا بأكل المال من غير عوضٍ والأوّلان[٣] قد انتفيا بمقتضىٰ[٤] الفرض وكذا البواقي[٥] للقطع من جهة زعمهما صحّة المعاملة بعدم[٦] الرّضا بالتّصرف مع عدم بذل شيء في المقابل فالرّضا المقدّم كالعدم[٧] فإن تراضيا[٨] بالعوضين بعد العلم بالفساد واستمرّ رضاهما[٩] فلا

= وذكر بعض المحشّين في وجه الجمع أنّ الحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد اقتضائيٌ، بمعنىٰ أنّ قضيّة فساده إنّما هو لكونه عقداً فلا ينافي صحّته بما هو معاطاة ولا يخفىٰ ما فيه.

(١) أي لترتّب الإذن في التّصرف على سببٍ واحدٍ وهو إعتقاد صحّة العقد وحيث كان العقد فاسداً فلا إذن وذٰلك لانتفاء الموقوف بانتفاء الموقوف عليه.

(٢) لأنّ الإذن المعاوضي قد انتفىٰ والإذن الغير المعاوضي ليس بموجود.

(٣) وهما البيع والتّجارة عن تراض.

(٤) لأنّ المفروض فساد المعاملة.

(٥) وهي الهبة والوقف والإذن.

(٦) قوله (بعدم... الخ) متعلّق بقوله (للقطع).

(٧) أقول هٰذا تفريع على ترتّب الرّضا على زعم صحّة المعاملة بمعنىٰ أنّه لمّا كان الرّضا المجرّد حال العقد مترتّباً على زعم الصّحة كان وجوده مع فرض عدم الصّحة بمنزلة العدم لتقوّمه بما يكون منتفياً واقعاً.

(٨) أي فإنّ تراضي المتعاملان على التّصرف في العوضين بعد العلم بالفساد يعني مع علم المتعاملين ببقاء العينين على ملكهما رضياً بالتّصرف واستمرّ رضاهما كانت المعاملة المنشاة بالصّيغة الفاسدة معاطاة.

(٩) أي استمرّ رضا المتعاملين الى زمان القبض.

كلام في صحّة المعاملة ورجعت الى المعاطاة كما إذا علم الرّضا من أوّل الأمر[١] بإباحتهما التّصرف بأيّ وجهٍ اتّفق سواء صحّت المعاملة أو فسدت فإنّ ذلك[٢] ليس من البيع الفاسد في شيءٍ أقول المفروض أنّ الصّيغة الفاقدة لبعض الشّرايط[٣]

---

(١) يعني من حين العقد.

(٢) أقول حاصل الكلام في المقام أنّه إذا علم الرّضا بالتّصرف مطلقاً سواء صحّت المعاملة أو فسدت كانت معاطاة وخرجت عن البيوع الفاسدة فليس من البيع الفاسد حتّىٰ يكون المقبوض به من المقبوض بالعقد الفاسد المحكوم بالحرمة والضّمان.

(٣) أي شرائط اللزوم كتقدّم الإيجاب على القبول والماضويّة مثلاً وغيرهما أقول المستفاد من العبارة أنّ في المقام إشكالات:

أحدها: أنّ هذا الجمع غير منطبق على كلام الجماعة لأنّ ما ذكره من الرّضا بعد العلم بالفساد إنشاء جديد غير ما اشتملت عليه المعاملة بالصّيغة الفاسدة فهو خارج عن محل الكلام لدخوله في الإنشاء بالتّعاطي والتّقابض وصريح كلام المحقّق والشّهيد ﷺ تحقّقه باللّفظ الفاسد أو الإشارة المفهمة فلا يمكن حمل كلامهما عليه.

ثانيهما: ما ذكره المصنّف ﷺ بقوله مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد وحاصل الإشكالات أنّا و لو أغمضنا عن عدم انطباق ما ذكره من تسبّب الصّحة وكونه معاطاة على التّراضي الجديد الحاصل بعد العلم بالفساد على ظاهر كلام الفقهاء لاينطبق على إطلاق كلامهم لاختصاصه بما إذا علما بالفساد بعد الإنشاء بالصّيغة الفاسدة مع أنّ كلام الجميع مطلق.

ثالثها: ما ذكره بقوله أيضاً يرد عليه أنّ هذا التّراضي إنْ كان تراضياً آخر... الخ.

وحاصله أنّ التّراضي الجديد المفروض بعد العلم بالفساد إن كان تراضياً بالمعاوضة لم يكن جديداً لأنّه هو المنشأ بالصّيغة وإن كان غير منطبق على المعاوضة لكونه مجانيّاً لم يكن من المعاطاة فلا ينطبق على قول المحقّق أنّ المعاملة تدخل بالتّراضي الجديد الحاصل حين التّقابض في المعاطاة لأنّه مغاير للمعاطاة على وجه ليس بجديد على آخر.

لا يتضمّن إلّا إنشاءً واحداً هو التّمليك و من المعلوم أنّ هٰذا المقدار[١] لا يوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التّمليك بعد فرض انتفاء التّمليك[٢] والموجود بعده[٣] إنْ كان انشاءً آخر في ضمن التّقابض خرج عن محلّ الكلام[٤] لأنّ المعاطاة حينئذٍ إنّما تحصل به[٥] لا بالعقد الفاقد للشّرائط مع أنّك[٦] عرفت أنّ ظاهر كلام الشّهيد والمحقّق الثّانيين حصول المعاوضة والمراضاة بنفس الإشارة المفهمة[٧] بقصد البيع وبنفس الصّيغة[٨] الخالية عن الشّرائط لا بالتّقابض الحاصل بعدهما[٩] ومنه[١٠] يعلم فساد ما ذكره[١١] من حصول المعاطاة بتراضٍ جديدٍ بعد

---

(١) وهو إنشاء التّمليك الأوّل.

(٢) يعني إذا انتفىٰ التّمليك انتفىٰ الإذن حيث إنّه مقيّد بالتّمليك وبانتفاء القيد ينتفي المقيّد.

(٣) أي بعد التّمليك.

(٤) الّذي هو حصول الإنشاء بالعقد الفاقد للشّرائط.

(٥) أي بإنشاء آخر.

(٦) أقول هٰذا إشكال آخر على حصول المعاوضة بالتّقابض الحادث بعد الإنشاء الملحون.

(٧) وهو مصبّ كلام الشّهيد الثّاني ﷺ.

(٨) وهو مورد كلام المحقّق الكركي.

(٩) أي بعد الإشارة والصّيغة.

(١٠) أي و من ظهور كلام المحقّق والشّهيد الثّانيين في حصول المعاوضة بنفس الإنشاء الملحون والإشارة المفهمة يعلم فساد... الخ.

(١١) أي فساد ما ذكره الجامع و هو الفقيه العاملي في مفتاح الكرامة بين الكلامين من حصول المعاطاة بتراض جديد بعد العقد والحاصل أن ذٰلك الجمع مختص بصورة علم المتعاطين بالفساد حتى يتراضيا بالانشاء ثانياً مع أن كلامهم مطلق حيث أنهم حكموا بالفساد والضّمان مطلقاً سواء علم المتبايعان بالفساد أم لا.

العقد غير[١] مبنيٍّ على صحّة العقد ثمّ إنّ ما ذكره[٢] من التّراضي الجديد بعد العلم بالفساد[٣] مع اختصاصه[٤] بما إذا علما بالفساد دون غيره[٥] من الصّور مع أنّ كلام الجميع مطلق[٦] يرد عليه[٧] أنّ هٰذا التراضي إن كان[٨] تراضياً آخر حادثاً بعد العقد فإن كان لا علىٰ وجه المعاطاة بل كلٌّ منهما رضي بتصرّف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضاء صاحبه بتصرّفه[٩] في ماله[١٠] فهٰذا ليس من المعاطاة بل هي إباحة مجانيّة من الطّرفين[١١] تبقىٰ ما دام العلم بالرّضا[١٢]

---

(١) بالجرّ صفة لقوله بتراضٍ جديدٍ. (٢) أي ما ذكره الجامع.

(٣) أي بعد فساد العقد الفاقد لبعض الشّروط المعتبرة في البيع.

(٤) أي اختصاص ما ذكره الجامع بصورة علمهما بالفساد وعدم شموله لباقي الصّور.

(٥) أقول: مراده ﷺ من غيره من الصّور، صورة عدم علمهما بالفساد، وصورة علمهما بالفساد وعدم تراضيهما بالتّصرف.

(٦) أي شامل لصورة العلم بالفساد، وغيره.

(٧) أي على ما ذكره الجامع.

(٨) أي كان هٰذا التّراضي تراضياً آخر غير التّراضي العقدي.

(٩) أي تصرف كلّ منهما.

(١٠) أي مال الصّاحب كان رضى زيد بتصرّف خالد في الثّوب من دون ملاحظة رضى خالد بتصرّف زيد في الدّراهم، وكذا العكس حتّى يكون الرّضا ابتدائياً لا رضا معاوضياً، فهٰذا ليس من المعاطاة لاختصاصها في كلام الفقهاء بصورة قصداه البيع ولم يقصداه فيما نحن فيه.

(١١) مراده ﷺ من هٰذه العبارة أنّ التّراضي ليس على الوجه المعاوضي بل رضا كلّ منهما بتصرّف الآخر في ماله كان على الوجه المجّاني مثلاً رضى خالد بتصرّف بكر في ثوبه من دون ملاحظة رضا البكر بتصرّف الخالد في دراهمه، وكذا العكس حتّى يكون التّراضي مجّانياً لا معاوضيّاً.

(١٢) أي بالرّضا الجديد.

و لا يكفي[١] فيه عدم العلم بالرّجوع لأنّه[٢] كالإذن الحاصل من شاهد الحال ولا يترتّب عليه[٣] أثر المعاطاة من اللّزوم بتلف احدى العنين أو جواز التصرّف[٤] الى حين العلم بالرّجوع وان كان[٥] على وجه المعاطاة فهذا[٦] ليس إلّا التّراضي السّابق على ملكيّة[٧] كلٍّ منهما لمال الآخر وليس[٨] تراضياً جديداً بناءً[٩] على أنّ

---

(١) أي في جواز التّصرف المستند الى هذه الاباحة المجانيّة عدم العلم بالرّجوع، فاذا شكّ في أنّ صاحبه رجع في اذنه أم لا، لا يجوز له التصرّف بعد ذلك وانما لا يكفي عدم العلم بالرّجوع لانّه كالاذن الحاصل من شاهد الحال لا يحقّ للمأذون أن يتصرّف في المال بعد الشكّ، كما اذا كان صديقاً لمحمّد وعلم من شاهد الحال أن محمّداً راضٍ بأن يتصرّف في داره ثم حدثت بينهما عداوة فانه اذا شكّ في بقاء الاذن وعدمه لا يجوز له أن يتصرّف فإنّه لا يحلّ مال أمرء إلّا بطيب نفسه والمفروض أنّه شكّ في طيب نفس محمّد.

(٢) أي لانّ رضا كلّ من المتعاطين الخ.

(٣) أي على هذا النّحو من الاباحة والاذن والرّضا بالتصرّف على الوجه المجّاني من دون قصدهما البيع.

(٤) تلف احدى العينين أحد أسباب لزوم المعاطاة. وقوله: (أو جواز التصرف) بالجرّ عطفاً على مجرور (الباء الجارّة) في قوله: (بتلف احدى العينين) وهذا ثاني أسباب لزوم المعاطاة.

(٥) أي وان كان التّراضي الجديد الحاصل بعد فساد العقد الّذي أفاده المحقّق الثّاني.

(٦) أي التّراضي الجديد الّذي كان على وجه المعاطاة ليس إلّا التّراضي الاوّل الّذي ذهب شرعاً بفساد العقد. والّذي به أقدما على ملكيّة كلّ منهما ماله للآخر.

(٧) قوله: (على ملكيّته) متعلّق بـ(التّراضي).

(٨) أي ليس كون التّراضي على وجه المعاطاة تراضياً جديداً.

(٩) حاصل الكلام أنه بناءٌ على كون المقصود بالمعاطاة التّمليك لا يكون هنا تراضٍ جديدٍ على التّمليك، بل ذلك التّراضي المتحقّق حال العقد الفاسد.

المقصود بالمعاطاة التّمليك كما عرفته[١] من كلام المشهور خصوصاً المحقّق الثّاني[٢] فلا يجوز له[٣] أن يريد بقوله المتقدّم عن صيغ العقود إنّ الصّيغة الفاقدة للشرائط مع التّراضي يدخل في المعاطاة التّراضي[٤] الجديد الحاصل بعد العقد، لا على وجه المعاوضة[٥]. وتفصيل[٦] الكلام أنّ المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشرائط إمّا أن يقع تقابضهما بغير رضا من كلٍّ منهما في تصرّف الآخر بل حصل

---

(١) أي عرفت سابقاً من المصنّف ﷺ حيث قال: (ولا بدّ أولاً من ملاحظة أن النّزاع في المعاطاة المقصود بها الاباحة أو في المقصود بها التّمليك الظّاهر من الخاصّة والعامّة هو المعنى الثّاني لكن بعض المعاصرين لمّا استبعد هٰذا الوجه التجأ الى جعل محلّ النّزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الاباحة).

(٢) حيث نقل عنه المصنف بعد نقله الاقوال في المعاطاة ما لفظه: (المعروف بين الاصحاب أن المعاطاة بيع، وإن لم يكن كالعقد في اللّزوم الخ.

(٣) أي للمحقّق الثّاني.

أقول: وجه عدم الجواز هو أن المعاطاة عنده هي المقصود بها التّمليك، فالتّراضي الجديد على الاباحة لا يوجب الاندراج في المعاطاة المزبورة، بل تكون هٰذه الاباحة أجنبيّةً عن البيع المنقسم الى القولي والمعاطاتي.

(٤) قوله: (التّراضي) مفعول لقوله (يريد).

ووجه عدم جواز ارادة المحقّق الثّاني من قوله التّراضي الجديد معلوم لأنّه بناءً على الاوّل، أعني ما كان لا على وجه المعاطاة لا يكون معاطاة وعلى الثّاني أعني ما كان على وجه المعاطاة لا يكون تراضياً جديداً، فإذن لا يبقى محلّ لقوله بعده (لا على وجه المعاوضة).

(٥) أقول: الظّاهر زيادة كلمة (لا) وأنهامن طغيان القلم لانّ مفروض الكلام أنّ المعاطاة على وجه المعاوضة وقد عرفت من المصنّف ﷺ انّهما متقوّمة بقصد المعاوضة.

(٦) يعني تفصيل المطلب الّذي عَقَدَ له هٰذا التّنبيه الثّامن وما يصح اختياره فيه.

قهراً عليهما[١] أو على أحدهما[٢] واجباراً على العمل بمقتضى العقل[٣] فلا إشكال في حرمة التّصرف في المقبوض على هٰذا الوجه[٤] وكذا[٥] إن وقع على وجه الرّضا النّاشيء عن بناء كلٍّ منهما على ملكيّة الآخر اعتقاداً[٦] أو تشريعاً[٧] كما في كلّ قبضٍ وقع على هٰذا الوجه[٨] لأنّ[٩] حيثيّة كون القابض مالكاً مستحقاً لما يقبضه جهة تقييديّة[١٠] مأخوذة في الرّضا ينتفي

---

(١) أي على المتعاملين كما لو ندما بعد العقد وودّا لو لم يعقدا ذٰلك العقد.

(٢) أي أو قهراً على أحدالمتعاملين بأن لم يرض أحدهما بالتّقابض لأنّه ندم على مافعل.

(٣) حتّى انه لو لم يكن عقد سابقاً لم يعقد حالاً فيكون تقابضهما عن اكراه فلا إشكال في حرمة تصرّف كلٍّ منهما فيما قبضه وذٰلك لأنّ العقد فاسدٌ والرّضا ليس بحاصل.

(٤) يعني على الوجه الكرهي إذا المفروض أنّ العقد فاسدٌ والرّضا ليس بحاصلٍ فتصرّف كلٍّ منهما فيما قبضه حرام.

(٥) يعني وكذا لا اشكال في حرمة التّصرف إن وقع التّقابض على وجه الرّضا النّاشيء عن بناء كلٍّ منهما على ملكيّة الآخر بأن كان الرّضا مقيّداً والّا لم يكن راضياً.

(٦) أقول: بأن اعتقدا صحة هٰذه المعاملة جهلاً باعتبار بعض الشروط كالماضويّة والموالاة ونحوهما في العقد.

(٧) بأن كانا عالماً باعتبار بعض الشّروط المذكورة فيه وتعاملا لعدم الاكتراث للدّين وعدم المبالات فيه.

(٨) أي وقع على بناء ملكيّة القابض.

(٩) أقول: (وجه كون الحيثيّة المذكورة تقييديّة أن الظّاهر من قوله ﷺ لا يحلّ مالُ امرءٍ مسلمٍ إلّا بطيب نفسه) اعتبار طيب نفس المالك بالتصرّف بما أنه ماله وملكه وهو مالكه ولا يكفي طيب نفس المالك بالتصرّف بما انه أجنبيٌّ عن المال.

(١٠) يعني الرّضا بالقبض من حيث كون القابض مالكاً مستحقّاً لما يقبضه اعتقاداً أو تشريعاً، جهةٌ تقييديّة يقيد الرضا بهٰذه الجهة ويتقوّم الرضا بالقبض مع مالكية القابض، فينتفي الرضا بانتفاء قيده في الواقع وهو مالكيّة القابض.

بانتفائها[١] في الواقع كما في نظائره[٢] وهٰذان الوجهان[٣] مما لا اشكال فيه[٤] في حرمة التصرف في العوضين كما أنه لا إشكال[٥] في الجواز إذا أعرضا عن أثر العقد[٦] وتقابضا بقصد إنشاء التمليك[٧] ليكون معاطاة صحيحة عقيب عقدٍ فاسدٍ وأمّا[٨] إنْ وقع الرّضا بالتّصرف بعد العقد من دون ابتنائه[٩] على استحقاقه بالعقد السّابق، ولا قصدٍ[١٠] لإنشاء التّمليك بل وقع[١١] مقارناً لاعتقاد الملكيّة الحاصلة

---

(١) أي ينتفي الرضا بإنتفاء الجهة التقييدية.

(٢) أي كما في نظائر هٰذا الرضا مثلاً لو اقبض زيد ماله لبكر ورضى بقبضه وتصرّفه من حيث إنّه مالك لهٰذا المال والقابض يعلم أنه ليس بمالك، فلا يجوز له التصرف إستناداً الى أنّ الدّافع أقبضه برضاه، لأنّ رضاه مقيّد بكون القابض مالكاً فاذا لم يكن مالكاً انتفى الرضا بالتصرف بإنتفاء قيده.

(٣) أعني وقوع تقابض المتعاملين بغير رضا من كلٍّ منهما ووقوعه على وجه الرّضا النّاشيء عن بناء كلٍّ منهما على ملكيّة الآخر.

(٤) الضّمير المجرور راجع الى (ما) في قوله: (ممّا لا إشكال فيه).

(٥) أي في جواز التّصرف في العوضين.

(٦) بأن لم يكن التّقابض مستنداً الىٰ أثر العقد الفاقد لبعض الشّرائط.

(٧) أي لاعتبار أثر العقد الفاسد لكي يكون التّقابض باطلاً.

(٨) قوله (وأمّا... الخ) إشارة الى الوجه الرّابع وهو مقارنة الرّضا بالتّصرف لاعتقاد الملكيّة به لا مقيّداً به وكون العقد الفاسد وسيلة للتّصرف بحيث لو سئل كلٌ منهما بعد فساد العقد (هل تكون راضياً بتصرّف صاحبك في مالك) لأجاب بقوله (نَعَمْ).

(٩) أي ابتناء الرّضا بالتّصرف على استحقاق كلٍّ من المتعاملين.

(١٠) أقول وهو القسم الأخير الّذي أشار إليه بقوله (كما أنّه لا إشكال في الجواز إذا أعرضا عن أثر العقد).

(١١) أي وقع الرّضا بالتّصرف.

بحيث لولاها[١] لكان الرّضا أيضاً موجوداً وكان المقصود الأصلي من المعاملة التّصرف واوقعا العقد الفاسد وسيلة له[٢] ويكشف عنه[٣] أنّه لو سئل كل منهما من رضاه بتصرّف صاحبه على تقدير عدم التّمليك أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان[٤] راضياً فادخال هٰذا[٥] في المعاطاة يتوقف على أمرين (الأول) كفاية هٰذا الرّضا المركوز في النّفس بل الرّضا الشّأني[٦] لأنّ الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكاً في نظره وقد صرّح بعض من قارب عصرنا[٧] بكفاية ذٰلك[٨] و لا يبعد رجوع الكلام المتقدّم[٩] ذكره الى هٰذا[١٠] ولعلّه لصدق طيب النّفس على هٰذا الأمر المركوز في النّفس[١١].

---

(١) أي لولا الملكيّة الحاصلة.

(٢) أي للتّصرف.

(٣) أي عن كون إيقاع العقد الفاسد وسيلة للتّصرف.

(٤) قوله (كان راضياً) جواب لـ(لو) في قوله (لو سئل كلٌ... الخ).

(٥) وهو الرّضا المطلق في المعاطاة.

(٦) وهو الّذي ليس ثابتاً في الذّهن بالفعل وإنّما كان بحيث لو التفت ببطلان العقد وبعدم الملكيّة رضى بالتّصرف

(٧) هو الفقيه الشّيخ أسد الله الكاظمي التّستري ﷺ في مقابس الأنوار في أحكام النّبي المختار ص: ١٣٨.

(٨) أي بكفاية رضا المركوز في النّفس.

(٩) أقول يعني لا يبعد رجوع كلام الجامع الّذي تقدّم ذكره في ص٩ عند قوله: كما إذا علم الرّضا من أوّل الأمر بإباحة التّصرف بأيّ وجه اتّفق... الخ.

(١٠) أي الى الرّضا الأرتكازي في النّفس.

(١١) فيشمله المستثنىٰ في قوله ﷺ: لا يحلّ مال امرءٍ إلّا بطيب نفسه.

الثّاني[١] أنّه لا يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التّمليك بالقبض بل ولا بمطلق الفعل[٢] بل يكفي وصول كلٍّ من العوضين الى المالك الآخر و الرّضا بالتّصرف قبله[٣] أو بعده[٤] على الوجه المذكور وفيه[٥] إشكال من أنّ[٦] ظاهر محلّ النّزاع بين العامّة والخاصّة هو العقد الفعلي كما ينبيء عنه[٧] قول العلّامة ﷺ[أ] في ردّ كفاية المعاطاة في البيع إنّ الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد وكذا[٨] استدلال المحقّق الثّاني[ب] على عدم لزومها[٩] بأنّ

---

(١) أي (الأمر الثّاني) من الأمرين الّذين هما شرط في دخول الصّورة الرّابعة في المعاطاة.

(٢) أي بل و لا يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة، أو التّمليك بمطلق الفعل حتّىٰ من جانبٍ واحدٍ.

(٣) أي قبل الوصول. (٤) أي بعد الوصول.

(٥) أي وفي الأمر الثّاني وهو عدم اشتراط إنشاء الإباحة أو التّمليك بالقبض حتّىٰ من طرفٍ واحدٍ إشكال.

(٦) أقول ملخّص هٰذا الوجه: أنّ محلّ النّزاع بين العامّة والخاصّة في المعاطاة هو العقد الفعلي فما لا فعل فيه لا يكون معاطاةً.

(٧) أي عن اعتبار العقد الفعلي في المعاطاة قول العلّامة عن أنّ محلّ النّزاع بين الخاصّة والعامّة هو خصوص العقد الفعلي.

(٨) أي وكذا استدلال المحقّق الثّاني يشعر على أنّ التّقابض بالفعل قد أخذ في مفهوم المعاطاة في تحقّقه الخارجي لأنّه قال (والأفعال لمّا لم تكن دلالتها على المراد بالصّراحة كالأقوال لأنّها تدلّ بالقرائن منعوا لزوم العقد بها).

(٩) أي عدم لزوم المعاطاة.

(أ) تذكرة الفقهاء ج ١، ص ٤٦٢.

(ب) جامع المقاصد ج ٤، ص ٥٨.

الأفعال[١] ليست كالأقوال في صراحة الدّلالة وكذا[٢] ما تقدّم من الشّهيد ﷺ في قواعده[أ]: من أنّ الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول وإنّما يفيد الإباحة الى غير ذلك من كلماتهم الظّاهرة في أنّ محلّ الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتّقابض[٣] وكذا كلمات العامّة فقد ذكر بعضهم أنّ البيع ينعقد بالإيجاب والقبول وبالتّعاطي[٤] ومن[٥] أنّ الظّاهر أنّ عنوان التّعاطي في كلماتهم لمجرّد الدّلالة على الرّضا وأنّ عمدة الدّليل على ذلك[٦] هي السّيرة ولذا[٧] تعدّوا[٨] الى ما إذا لم يحصل إلّا قبض أحد العوضين والسّيرة موجودة في المقام[٩] فإنّ بناءً النّاس على أخذ الماء

---

(١) قوله (بأنّ الأفعال... الخ) متعلّق على قوله (استدلال المحقّق).

(٢) أي وكذا ما أفاده الشّهيد الأوّل يشعر على أنّ التّقابض بالفعل شرط في مفهوم المعاطاة في تحقّقه الخارجي.

(٣) أي بالتّقابض بالفعل من الطّرفين فالثّاني الّذي هو كفاية الوصول والرّضا بدون الفعل غير تامّ.

(٤) ومن البيّن أنّ التّعاطي فعل هذا كلّه وجه الإشكال في صدق المعاطاة بمجرد الرّضا والوصول.

(٥) قوله (ومن... الخ) عطف على قوله (من أنّ ظاهر محلّ النّزاع... الخ).

(٦) أي التّعاطي أقول هذا بناءً على إفادتها الإباحة وأمّا بناءً على إفادتها الملك فعمدة الدّليل عليه صدق التّجارة وقد عرفت أنّ مقتضى اعتبار الرّضا بالتّصرف كون الإباحة أيضاً مالكيّة فلا يحتاج معه الى السّيرة بل يمكن منع قيام السّيرة على مثله حتّى في مثالي الحمّام والبقلي والشّارب لاحتمال كونها من قبيل التّراضي على التّصرف ولذا لا ترىٰ مثله فيما كان مبنيّاً على البقاء.

(٧) يعني: ولأجل كون التّعاطي لمجرّد الدّلالة على الرّضا وعدم خصوصيّة للتّعاطي تعدّوا.

(٨) أي تعدّ الفقهاء. (٩) يعني: في وصول العوضين بدون التّعاطي مع الرّضا بالتّصرف.

(أ) القواعد والفوائد ج ١ ص ١٧٨ رقم القاعدة ص ٤٧.

والبقل وغير ذلك من الجزئيّات من دكاكين أربابها[١] مع عدم حضورهم[٢] ووضعهم الفلوس[٣] في الموضع المعدّ له[٤] وعلى دخول[٥] الحمّام مع عدم حضور صاحبه ووضع الفلوس في كوز الحمّامي فالمعيار[٦] في المعاطاة وصول المالين، أو أحدهما مع التراضي بالتّصرف وهٰذا[٧] ليس ببعيد على القول بالإباحة هٰذا تمام الكلام في المباحث المتعلّقة بالمعاطاة والحمد لله أوّلاً وآخراً.

مقدّمة في خصوص ألفاظ عقد البيع[٨]

قد عرفت[٩] أنّ اعتبار اللفظ في البيع، بل في جميع العقود ممّا نقل عليه

---

(١) أي أرباب هٰذه الجزئيّات.

(٢) أي عدم حضور أرباب الجزئيّات المذكورة.

(٣) الفلس قطعة مضروبة من النّحاس يُتعامل بها وهي من المسكوكات القديمة ج فلوس وافلس (أقرب الموارد).

(٤) أي للفلوس.

(٥) قوله (على دخول) معطوف على قوله (على «أخذ الماء»).

(٦) أقول الفاء تفريع على ما أفاده ﷺ من عدم اشتراط التّقابض من الطّرفين ولا من طرف واحد فى المعاطاة اى الميزان فى المعاطاة هو وصول المال من الطّرفين فهٰذه نتيجة عدم دخل خصوصيّة التّقابض في حصول المعاطاة وعليه تمّ الى هنا إدراج الوجه الرّابع في المعاطاة لٰكنّه مقيّد بالمعاطاة المبيحة لا المملّكة.

(٧) يعني: وحصول المعاطاة بوصول المالين أو أحدهما مع التّراضي بالتّصرف ليس ببعيد على القول بالإباحة.

(٨) يعني خصوصيّات الألفاظ من حيث الهيئة والمادّة.

(٩) يعني أدلّة اللّزوم في المجلّد ٦ ص١٩٥ عند قوله (وعن جامع المقاصد يعتبر اللّفظ في العقود اللّازمة بالإجماع).

الإجماع[١] وتحقّق فيه الشّهرة العظيمة[٢] مع الإشارة إليه[٣] في بعض النّصوص[٤] لكن هٰذا[٥] يختصّ بصورة القدرة[٦] أما مع العجز عنه[٧] كالاخرس فمع عدم

---

(١) وهو الإجماع المدّعى من قبل ابن إدريس في السّرائر الّذي ذكره المصنّف ﷺ في الجزء ٦، ص٧٧. والإجماع المدّعى من قبل السّيد ابن زهرة في الغنية الّذي نقله المصنّف في الجزء ٦، ص٩٧.

(٢) كما في مسالك الأفهام: حيث قال: (هٰذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعاً)[أ] ونحوه عبارته في شرح اللمعة وكذا السّيد ابن زهرة في غنية النّزوع (الجوامع الفقهية) ص ٥٢٤.

(٣) أي الى اعتبار اللّفظ.

(٤) أقول منها ما عن أبي هريرة أنّ رسول الله ﷺ نهى عن بيعين: الملامسة والمنابذة... الخ[ب] وعنه أيضاً أنّ رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة[ج] وجه الاستدلال بهما على المقصور أنّ النّبي ﷺ إنّما نهى عن إنشاء البيع بالنّبذ واللّمس وإلقاء الحصاة لانتفاء اللّفظ فيها ومن البيّن أنّ المعاطاة فاقدة للفظ فتكون مشمولة للنّبويّين المذكورين ولو بتنقيح المناط.

ومنها عن خالد بن الحجّاج قال قلت لأبي عبد الله ﷺ الرّجل يجيء فيقول اشتر هٰذا الثّوب وأربحك كذا وكذا قال أليس إن شاء ترك و إن شاء أخذ قلت بلى قال لابأس به إنّما يحرّم الكلام ويحلّ الكلام[د].

(٥) يعني أنّ اعتبار اللفظ في العقود يختصّ بحال القدرة.

(٦) أي بصورة القدرة على اللّفظ.

(٧) أي مع العجز عن اللّفظ كالاخرس وغيره ممن لا يقدر على التكلّم.

(أ) مسالك ج١، ص١٦٩، الرّوضة البهيّة ج١، ص٢٣٤.

(ب) سنن البيهقي ج ٥، ص ٣٤١.

(ج) سنن البيهقي ج٥، ص ٣٤٢.

(د) الوسائل ج١٢، ص ٣٧٦، الباب ٨، الحديث ٤.

القدرة على التّوكيل لا اشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللّفظ[١] وقيام الاشارة مقامه[٢] وكذا[٣] مع القدرة على التّوكيل لا لأصالة[٤] عدم وجوبه كما قيل[٥] لأنّ الوجوب[٦] بمعنى الاشتراط كما فيما نحن فيه[٧] هو الاصل[٨] بل لفحوى[٩] ما

---

(١) أقول: مستند الحكم أعني عدم اعتبار اللّفظ واكتفاء العاجز مطلقاً بالاشارة عمومات الصحّة والنّفوذ كقوله تعالى (أوفوا بالعقود) وكذا اطلاقات البيع بناءً على صدق عنوان العقد على الفعل وإفادته الالزام والالتزام كالقول.

(٢) أي مقام اللفظ.

(٣) معطوف على (فمع عدم القدرة على التّوكيل) أي وكذا الاخلاف في عدم اعتبار اللّفظ.

(٤) أقول: يعني ليس الدّليل على قيام الاشارة مقام اللّفظ في صورة القدرة على التّوكيل أصالة عدم وجوب التّوكيل كما قيل لأنّ الوجوب بمعنى الاشتراط هو الاصل ولا من ناحية قوله ما غلب الله عليه أولى بالعذر لأنّه ظاهر في العذر في الحكم الشّرعي.

(٥) يعني قيل إنّ الاشارة تقوم مقام اللفظ مع القدرة على التوكيل لأصالة عدم وجوب التوكيل.

(٦) أقول: المراد من قوله: (لأنّ الوجوب بمعنى الاشتراط هو الاصل) أن الاصل في المعاملات الاشتراط لأصالة عدم ترتّب الاثر بدونه.

(٧) وهو البيع.

(٨) قوله: (هو الاصل) خبر لِـ(انّ) في قوله: (لأنّ الوجوب).

(٩) أقول: يعني قد استدلّ لقيام الاشارة مقام اللّفظ مع القدرة على التّوكيل بوجهين، الاوّل أصالة عدم وجوب التّوكيل وأورد عليه المصنف ﷺ بأنّ الاصل في المعاملات الاشتراط كما عرفت، والثّاني فحوى ما ورد من النّص والرّوايات.

أقول: منها ما عن السّكوني عن الصادق ﷺ قال طلاق الاخرس أن يأخذ مقنعتها

=

ورد (ت) من عدم اعتبار اللّفظ في طلاق الاخرس فإنّ حمله[١] على صورة عجزه عن التّوكيل حمل للمطلق على الفرد النّادر مع[٢] أن الظّاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب[٣] ثم لو قلنا[٤] بأنّ الاصل في المعاطاة اللّزوم بعد القول بإفادتها الملكيّة

= فيضعها على رأسها ويعتزلها.

وعن أبان بن عثمان قال سألت أبا عبد الله ﷺ عن طلاق الخرساء قال يلّف قناعها على رأسها ويجذبه[أ].

وعن يونس في رجل أخرس كتب في الارض بطلاق إمرأته قال اذا فعل ذلك في قبل الطّهر بشهود وفهم عنه كما يفهم عن مثله ويريد الطّلاق جاز طلاقه على السنّة[ب].

(١) أقول: يعني حمل ما ورد من الاخبار في عدم اعتبار اللّفظ في طلاق الاخرس على صورة عجز الاخرس عن التّوكيل فلا يشمل صورة القدرة على التّوكيل حمل للمطلق على الفرد النّادر.

(٢) قوله: (مع) إشارة الى دليل آخر على عدم وجوب التّوكيل على العاجز عن التكلّم، وحاصله: أنّ الظّاهر نفي الخلاف عن عدم وجوب التّوكيل.

(٣) أي في عدم وجوب التّوكيل.

(٤) حاصله أنّه لو قلنا بشمول العمومات للمعاملات وأن مقتضاه لزوم المعاملات وغيرها من أفراد المعاملات الفعليّة الّتي منها الاشارة فاللّازم الحكم بكفاية الاشارة ولو مع القدرة على التّوكيل اذ القدر المتيقّن من الخروج عنها بالاجماع إنّما هو صورة القدرة على النّطق، وأمّا مع العجز عنه ولو مع امكان التّوكيل فلا مانع من شمولها، وقد صرّح لما قلنا السيد ﷺ في الحاشية.

(أ) يعني يجذب قناعها طارداً ايّاها عن نفسه ودافعاً لها من قربه (في).

(ب) راجع فروع الكافي ج٦ من ط ٢ باب الطلاق ص١٢٨.

فالقدر المخرج[١] صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللّفظ[٢] والظّاهر أيضاً كفاية الكتابة[٣] مع العجز عن الاشارة لفحوى[٤] ما ورد من النّص[أ] على جوازها[٥] في الطّلاق مع أن الظّاهر عدم الخلاف فيه[٦] وأمّا مع القدرة على

---

(١) مراده ﷺ أن القدر الخارج بالاجماع عن عموم اصالة اللّزوم هو معاطاة القادر على النّطق والتكلّم فهذا الفرد من المعاطاة جائزة. وأمّا معاطاة الاخرس فباقية تحت عموم أصالة اللزوم.

(٢) يعني ففي صورة القدرة على مباشرة اللّفظ لا لزوم، وأمّا إذا لم يقدرا على اللّفظ فهو باقٍ تحت اصالة اللّزوم وإن كانا قادرا على التّوكيل.

(٣) أقول: يعني الظّاهر أيضاً من اطلاق النّص كـ(اوفوا بالعقود، وأحلّ الله البيع) ونحوه الشّامل لكلّ ما يصدق عليه أنه عقد كفاية الكتابة ولكنّها متأخّرة رتبةً عن الاشارة، فعندئذٍ لا تصل النوبة الى الانشاء بالكتابة مع تمكّنه من الاشارة المفهمة لمقصوده.

(٤) فإنّهُ اذا جاز الطّلاق بالكتابة مع أهميّة الطّلاق فبالاولى جازت الكتابة في مثل البيع الّذي هو أقلّ أهميّة من الطّلاق.

(٥) أي جواز الكتابة في الطّلاق.

(٦) أي في جواز الكتابة وكفايتها.

(أ) في صحيح محمد بن أبي نصر البزنطي قال: سألت الرّضا ﷺ عن الرّجل تكون عنده المرأة فيصمت ولا يتكلّم قال ﷺ: أخرس، قلت: نعم، قال ﷺ: يعلم منه بغض لإمرأته وكراهة لها، قلت: نعم يجوز أن يطلق عنه وليّه، قال ﷺ: لا ولكن يكتب ويُشهد على ذلك، قلت: أصلحك الله لا يكتب ولا يسمع كيف يطلّقها، قال: بالّذي يعرف من فعله مثل ما ذكرت من كراهة لها أو بغضه لها. فروع الكافي ج٦ من ط ٢ باب طلاق الاخرس، ١٢٨ والوسائل ج ١٥ ص ٢٩٩ الباب ١٩ الحديث ١.

الاشارة فقد رجّح بعض الاشارة[١] ولعلّه[٢] لأنّها أصرح في الانشاء من الكتابة وفي بعض روايات الطّلاق ما يدل على العكس[٣] واليه[٤] ذهب الحلّي ﷺ هناك[٥] ثم الكلام في الخصوصيات المعتبرة في اللّفظ[٦] تارة يقع في مواد الالفاظ من حيث إفادة المعنى بالصّراحة والظّهور والحقيقة[٧] والمجاز[٨] والكناية[٩]

---

(١) المراد من هٰذا البعض هو كاشف الغطاء شارح كتاب المتاجر من القواعد والحلّي. وكذا صاحب الجواهر في ج٢٢ ص٢٥١ والشّهيد في الدّروس الشّرعيّة ج٣ ص١٩٢.

(٢) أي ولعل وجه التّرجيح هو كون الاشارة أصرح في الانشاء من الكتابة حيث إنّ الكتابة لا تفيد الانشاء إلّا بقرينة بخلاف الاشارة.

(٣) أقول المراد من بعض الرّواية الدّالّة على العكس يعني تقديم الكتابة على الاشارة وترجيحها بها صحيحة البزنطي التي ذكرناها آنفاً. قال في كشف اللّثام بعد ذكر الخبر وفيه تقديم الكتابة على الاشارة.

أقول: حيث إنّهُ قدّم في رواية إبن أبي نصر الكتابة بقوله: (ولكن يكتب) فاللازم تقديم الكتابة على الاشارة.

(٤) أي الى تقديم الكتابة على الاشارة.

(٥) أي في باب الطلاق.

(٦) من العربيّة وتقديم الايجاب على القبول والماضويّة ونحوها.

(٧) وهو استعمال اللفظ فيما وضع له كاستعمال لفظ الاسد في الحيوان المفترس.

(٨) وهو استعمال اللّفظ في غير ما وضع له كاستعمال لفظ الاسد في الرّجل الشّجاع بقرينة يرمي مثلاً.

(٩) أقول: الكناية قسم من المجاز الّذي كانت علاقته التّلازم بذكر اللازم وارادة الملزوم مثل زيد طويل النّجاد، المراد منه طول قامته فإن طول النّجاد كناية عن طول حمائل سيفه الّذي هو لازم طول القامة، ومثل (جبان الكلب، ومهزول الفصيل، وكثير الرّماد) كناية عن الكرم.

ومن حيث اللّغة المستعملة[١] في معنى المعاملة واخرى[٢] في هيئة كل من الايجاب والقبول من حيث إعتبار كونه[٣] بالجملة الفعليّة[٤] وكونه بالماضي[٥] وثالثة[٦] في هيئة تركيب الايجاب والقبول من حيث الترتيب[٧] والموالاة[٨] أمّا الكلام من حيث المادة فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات[٩] قال في التّذكرة[أ] الرّابع من شروط الصّيغة التّصريح[١٠]

---

(١) أي اللّغة الّتي تستعمل في معنى المعاملة هل يشترط أن يكون بلغة العرب أم يكفي سائر اللّغات من الفارسية وغيرها.

(٢) أي ويقع كلامنا تارة أخرى. (٣) أي كون كل واحدٍ من الايجاب والقبول.

(٤) نحو أدخلت هذا الثوب في ملكك فلا اعتبار بكونه بالجملة الاسميّة نحو هذا الثّوب داخل في ملكك.

(٥) كقوله: (بعت) لا (كأبيع). (٦) أي ويقع كلامنا ثالثة.

(٧) وذلك بتقديم الايجاب على القبول.

(٨) وهو اتّباع القبول للايجاب بأن لا يكون فصلٌ معتدّ به بينهما.

(٩) من غير فرق بين أن تكون الكناية قريبة أم بعيدة.

(١٠) أقول توضيح المقام يحتاج الى بسط الكلام فنقول مستعيناً بالله تعالى: اللّفظ الّذي ينشأ به العقد قد يكون صريحاً في مدلوله وموافقاً لما قصده المنشيء بحيث لا يحتمل معنى واحد من دون أن يتطرّف اليه احتمال آخر، وهذا مما لا ريب فيه وذلك كلفظ الطّالق مثلاً فإنّه لا يحتمل غير الطّلاق ولذا قال في المبسوط حكاية عن بعضهم صريح الطّلاق عندنا لفظة واحدة وهو قوله أنت طالق أو هي طالق أو فلانه طالق ويحتاج الى مقارنة النيّة فإن تجرد عنها لم يقع، وقد يكون ظاهراً في مدلوله بحسب الاطلاق ولكن يحتمل أن يراد منه معنى آخر وذلك كانشاء الزوجيّة بلفظ يحتمل =

(أ) تذكرة الفقهاء ج١ ص٤٦٢.

=

فلا يقع[١] بالكناية بيع البتة مثل قوله أدخلته في ملكك أو جعلته لك أو خذه مني أو سلّطتك عليه بكذا عملاً بأصالة بقاء الملك[٢] ولأنّ المخاطب لا يدري بم خوطب[٣] انتهى[٤] وزاد في غاية المراد (ب) على

= الانقطاع والدّوام كمتّعت، فإنّه لا فارق بينهما فيه إلّا بذكر الاجل فإذا أهمله العاقد في مقام الانشاء اقتضى اطلاقه إرادة الزّوجيّة الدّائمة لكونه من الفاظ النكاح وإذا ذكر معه الاجل أفاد الزّوجية الانقطاعيّة، فأصل اللّفظ صالح للنّوعين فيكون حقيقة في القدر المشترك بينهما يتميّزان بذكر الاجل وعدمه، ومن هنا حكم جماعة تبعاً للرواية[أ] بأنّه لو تزوّج متعة ونسي ذكر الاجل انقلب دائماً وذلك فرع صلاحية الصّيغة له. وقد يكون ذلك من الالفاظ الكنائيّة وقد ذكرنا الكناية مع أمثلتها آنفاً فلا نعيد.

(١) أي لا يقع البيع بالكناية مع نيّة البيع، وأمّا بدون النيّة فلا اشكال في عدم الوقوع ولا يحتاج الى البيان.

(٢) مراده ﷺ من هذه الاصالة هو الاستصحاب يعني وجه عدم وقوع العقد والبيع بالكناية العمل باستصحاب بقاء الملك في سلطة مالكه مالم يخرجه بلفظ صريح.

(٣) يعني لما كانت هذه الالفاظ الكنائيّة مجملة لخلوّها عن القرينة الدّالة على ارادة اللّازم أو الملزوم فلا يقع بها بيع لأنّ المخاطب لا يعلم بِمَ خوطب فلا يتمشّى منه القبول الّذي هو أحد ركني العقد إذ مع عدم علم المخاطب بما أراده المتكلّم لا يمكنه القبول حتى يتحقّق عنوان العقد.

(٤) أي انتهى ما أفاده العلّامة ﷺ.

(أ) الوافي الجزء ١٢ منه عن ابن بكير قال قال أبو عبد الله ﷺ ما كان من شرط قبل النّكاح هدمه النّكاح وما كان بعد النكاح فهو جائز، وقال إن سمّى الاجل فهو متعة وإن لم يسمّ الاجل فهو نكاح.

(ب) غاية المراد في شرح (نكت) الارشاد للشهيد الاول ﷺ ص ٨٢.

الامثلة[١] مثل قولك أعطيتكه بكذا، أو تسلّط عليه بكذا وربما يبدّل هٰذا[٢] باشتراط الحقيقة في الصّيغة فلا ينعقد[٣] بالمجازات حتى صرّح بعضهم[أ] بعدم الفرق بين المجاز القريب[٤] والبعيد[٥] والمراد بالصّريح كما يظهر من جماعة من الخاصّة والعامّة في باب الطّلاق وغيره[٦] ما كان موضوعاً بعنوان ذلك العقد لغة[٧] أو شرعاً[٨] ومن الكناية[٩] ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع[١٠] فيفيد ارادة

---

(١) أي على الامثلة المذكورة فيما أفاده العلّامة.

(٢) أي اشتراط عدم كون اللفظ بالكنايات وحاصل كلامه ﷺ أن بعضهم ذكر في مقابل الصّريح الكناية وبعضهم جعل مقابلة المجاز وكلاهما اعتبرا الصّراحة إلّا أنّه يبدّل إشتراط عدم كونه بالكنايات باشتراط كونه بالحقيقة بمعنى أنه يجعل اشتراط عدم كونه بالكنايات مكان اشتراط كونه بالحقيقة.

(٣) أي لا ينعقد البيع بالالفاظ المجازيّة كاستعمال لفظ (خذه منّي).

(٤) مثل أدخلته في ملكك.

(٥) مثل خذه ووجه البعد أن الاخذ يمكن أن يكون بنحو العارية فلا يدل على التّمليك والبيع.

(٦) أي وغير الطّلاق من بقيّة العقود.

(٧) كوضع لفظ (البيع) لمبادلة مال بمال.

(٨) كوضع لفظ (الصلاة) للماهيّة المجعولة من الشارع وهي الاجزاء والشرائط كلّها.

(٩) أي والمراد من الكناية.

(١٠) كقولك أدخلت هٰذا الثّوب في ملكك.

(أ) هو العلامة السيّد بحر العلوم صاحب المصابيح، وجواهر الكلام ج ٢٢ ص ٢٤٩.

نفسه بالقرائن وهي على قسمين عندهم جليّة[١] وخفيّة[٢] والّذي يظهر من النّصوص المتفرّقة[٣] في أبواب العقود اللازمة[٤] والفتاوى[٥] لصيغها[٦] في البيع

---

(١) أي واضحة يحصل الانتقال منه بسهولة لقلّة الواسطة كقولهم كناية عن طول القامة، طويل نجاده، فالانتقال من طول النّجاد الّذي هو طول حمائل سيفه إلى طول القامة يكون بواسطة واحدة ويقال لها (الكناية الجليّة).

(٢) بأن يتوقف الانتقال منها على تأمّل وأعمال رويّة لقولهم كناية عن الابله عريض القفا، فإنّ عرض القفا وعظم الرأس بالافراط مما يستدلّ به على البلاهة فهو ملزوم لها بحسب الاعتقاد لكن في الانتقال منه الى البلاهة نوع خفاء لا يطلّع عليه كل أحد.

(٣) منها ما ورد فيها إنشاء البيع بلفظ الامر، مثل ما رواه عبد الرّحمن بن أبي عبد الله قال: (سألتُ أبا عبد الله ﷺ عن السّمسار أيشتري بالاجر؟ الى أن قال فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت، فقال: لا بأس[أ] ومنها ما رود في بيع الصّرف من إنشاء المعاملة تارةً بلفظ (آخذ منك المئة بمئة وعشرين) كما في صحيحة عبد الرّحمن بن الحجّاج[ب] ويكون بطلان البيع لأجل الرّبا وأخرى من إنشائها بلفظ التّحويل كما في رواية اسحاق بن عمّار عن أبي عبد الله ﷺ من قول المشتري للصرّاف (حوّلها ـ أي الدّراهم الوضح ـ لي دنانير[ج]) الحديث وتقريره ﷺ امضاء لوقوع بيع الصرف بلفظ التحويل.

(٤) كالبيع والرّهن والاجارة والصّلح.

(٥) مجرور معطوف على قوله: (من النّصوص) أي والّذي يظهر من فتاوى العلماء.

(٦) أي لصيغ العقود اللّازمة

(أ) وسائل الشيعة ج١٢ ص٣٩٤ الباب ٢٠ من ابواب احكام العقود الحديث ٢.

(ب) وسائل الشيعة ج١٢ ص٤٦٧ الباب ٦ من ابواب الصّرف الحديث ٣.

(ج) وسائل الشيعة ج١٢ ص٤٦٣ الباب ٤ الحديث ١.

بقول مطلق[١] وفي بعض انواعه[٢] وفي غير البيع من العقود اللاّزمة[٣] هو[٤] الاكتفاء بكلّ لفظٍ له ظهور عرفيّ معتدّ به في المعنى[٥] المقصود فلا فرق بين قوله بعت وملكت وبين قوله نقلت الى ملكك[٦] أو جعلته ملكاً لك بكذا وهذا[٧] هو الّذي قوّاه جماعة من متأخّري المتأخّرين، وحكى عن جماعة ممّن تقدّمهم[٨]

---

(١) أي من دون أنْ تفرّق تلك النّصوص والفتاوى بين أفراد البيع فيشمل البيع (بقول مطلق) جميع أقسام البيع من المرابحة والمواضعة والمساومة والتّولية والنقد والنّسيئة والسّلم.

(٢) أي أنواع البيع كبيع الحصاة والملامسة والمنابذة الّتي قد ذكرنا الأخبار فيها في بحث المعاطاة فلا نعيدها.

(٣) أقول ومن جملة الأخبار الواردة في غير البيع ما في الوسائل[أ] في كتاب المساقاة عن يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله ﷺ في حديثٍ قال سألته عن رجل يعطي الرّجل أرضه وفيها ماء أو نخل أو فاكهة ويقول إسقِ هذا من الماء وأعمره ولك نصف ما أخرج الله عزّ وجلّ منه قال: لا بأس.

(٤) قوله (هو) خبر للمبتدأ المتقدّم في قوله: (والّذي يظهر).

(٥) لدىٰ العاقدين والمتعاملين.

(٦) حيث إنّ قوله (بعت وملّكت) ونحوهما تصريح وقوله (نقلت الى ملكك أو جعلته ملكاً لك بكذا) كناية لكن لمّا كان الظّهور العرفي كافياً في المعنىٰ المقصود لايحتاج معه الى شيء آخر كفىٰ إجراء عقد البيع بكلّ واحد منها.

(٧) يعني الإكتفاء بكلّ لفظٍ له ظهورٌ عرفيٌّ في العقد المقصود هو الّذي قوّاه جماعة.

(٨) الضّمير الفاعل المستتر راجع الى (من) في قوله (ممّن) المراد منه جماعة والضّمير المفعول راجع الى متأخّري المتأخّرين.

(أ) وسائل الشيعة باب ٩ من كتاب المساقاة ص ٢٠٢، الحديث ٢.

كالمحقّق على ما حكى عن تلميذه[١] كاشف الرموز أنّه[٢] حكى عن شيخه المحقّق أنّ عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص وأنّه[٣] اختاره أيضاً وحكى[ب] عن الشّهيد ﷺ في حواشيه أنّه[٤] جوّز البيع بكلّ لفظٍ دلّ عليه مثل أسلمت إليك وعاوضتك وحكاه[٥] في المسالك[ج] عن بعض مشايخه المعاصرين[٦] بل هو[٧] ظاهر العلّامة ﷺ في التّحرير[د] حيث قال: إنّ الإيجاب هو اللّفظ الدّال على

---

(١) أي عن تلميذ المحقّق الّذي هو كاشف الرّموز[أ] وقد صرّحنا باسم كاشف الرّموز وبعض تأليفاته مع شيخه المحقّق في بحث المعاطاة فراجع

(٢) الضّمير راجع الى كاشف الرموز

(٣) وإنّ كاشف الرّموز اختار قول شيخه المحقّق أيضاً وهو أنّ عقد البيع لايلزم فيه لفظ مخصوص.

(٤) قد ذكرنا المراد من حواشي الشّهيد في المجلد الأوّل ص ٦٩ في التّنبيه الأوّل فراجع والضّمير في (أنّه) راجع الى الشّهيد ﷺ.

(٥) أي حكى الإكتفاء في تحقّق البيع بكلّ لفظٍ دالٍّ على الرّضا.

(٦) أقول لعلّ المراد من بعض مشايخه المعاصر عليّ بن عبد العالي العاملي الميسي ﷺ.

(٧) يعني جواز البيع بكلّ لفظٍ دلّ عليه ظاهر كلام العلّامة ﷺ.

(أ) كشف الرّموز للفاضل الآبي ﷺ ج ١، ص ٤٤٦.

(ب) الحاكي هو الفقيه العاملي ﷺ في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٥٠ وحواشي الشّهيد ﷺ على القواعد مخطوط.

(ج) قال في المسالك: (غير أنّ ظاهر كلام المفيد ﷺ يدلّ على الإكتفاء في تحقّق البيع بما دلّ على الرّضا به من المتعاقدين إذا عرفاه وتقابضا وقد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب الى ذلك أيضاً لكن يشترط في الدّال كونه لفظاً. مسالك الافهام ج ١، ص ١٦٩.

(د) تحرير الأحكام ج ١، ص ١٦٤.

النّقل مثل بعتك، أو ملّكتك، أو ما يقوم[١] مقامهما[٢] ونحوه[٣] المحكيّ عن التّبصرة[أ] والإرشاد وشرحه[٤] لفخر الإسلام، فإذا كان الإيجاب هو اللّفظ الدّالُ على النقل فكيف لا ينعقد بمثل نقلته الى ملكك، أو جعلته ملكاً لك بكذا بل ربّما يدّعى[ب] أنّه[٥] ظاهر كلّ من أطلق اعتبار الإيجاب والقبول فيه[٦] من دون ذكر لفظٍ خاصٍّ كالشّيخ وأتباعه[٧] فتأمّل[٨] وقد حكى[ج]

---

(١) أقول المراد من (ما يقوم) كلّ لفظٍ دلّ على البيع والنّقل والانتقال.

(٢) أي مقام بعتك وملّكتك فإنّ المجاز أيضاً يدلّ على النّقل ويقوم مقام اللّفظين.

(٣) أي نحو قول العلّامة.

(٤) أي وشرح الإرشاد لفخر المحقّقين ولد العلّامة.

(٥) أي أنّ جواز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه.

(٦) أي في البيع.

(٧) قد ذكرنا أتباع الشّيخ ﷺ آنفاً فلا نعيد.

(٨) أقول لعلّ قوله (فتأمّل) إشارة الى تضعيف التّمسك بإطلاق قول من أطلق اعتبار الإيجاب والقبول كالشّيخ وأتباعه وذلك لأنّهم في مقام بيان أصل اعتبار اللّفظ لا في مقام بيان الشّرائط المعتبرة في اللّفظ.

(أ) أقول قال ﷺ في كتاب المتاجر من التّبصرة للعلّامة الحلّي ﷺ ما هذا نصّه: (الفصل الثالث في عقد البيع وهو الإيجاب كقوله بعتك والقبول وهو اشتريت. انتهى. التّبصرة: ص٨٨. إرشاد الأذهان ج١، ص٣٥٩.

(ب) راجع مفتاح الكرامة ج٢، ص١٥٠. والمراد من أتباع الشيخ هم: أبو يعلي وأبو القاسم القاصي ومحمّد بن علي الطّوسي والسّيد أبو المكارم الحلبي رحمة الله عليهم.

(ج) الحاكي هو الفقيه العاملي ﷺ في مفتاح الكرامة ج٤، ص١٤٩.

عن الأكثر تجويز البيع حالاً[١] بلفظ السّلم[٢] وصرّح جماعة أيضاً في بيع التّولية[٣] بانعقاده[٤] بقوله ولّيتك العقد أو ولّيتك السّلعة[٥] والتّشريك[٦] في المبيع بلفظ شرّكتك وعن المسالك[أ] في مسألة تقبّل أحد الشّريكين في

---

(١) أقول البيع ينقسم باعتبار التّأخير والتّقديم في العوضين الى أربعة أقسام أحدها بيع الحاضر بالحاضر ويسمّى بالنّقد والحالّ وثانيها بيع المؤجّل بالمؤجّل ويسمّى ببيع الكالي بالكالي وثالثها بيع الحاضر بالثّمن المؤجّل وهي النّسية ورابعها بيع المؤجّل بالحاضر وهو السّلم.

(٢) أقول منهم المحقّق ﷺ في الشّرايع حيث قال وهل ينعقد البيع بلفظ السّلم كأن يقول أسلمت إليك هذا الدّينار في هذا الكتاب الأشبه نعم اعتباراً بقصد المتعاقدين[أ] قال في المسالك وجه الأشبه أنّ البيع يصحّ بكلّ ما ذلك المعنى المخصوص والسّلم نوع من البيع اعتبره الشّارع في نقل الملك فجاز استعماله في الجنس مجازاً تابعاً للقصد وممّن جوّز البيع حالاً بلفظ السّلم أيضاً العلّامة ﷺ في القواعد والتّذكرة والمحقّق الثّاني في جامع المقاصد وحكاه الشّهيد الثّاني عن الأكثر.

(٣) وهي أن يبيع البايع برأس المال مع الإخبار برأس المال.

(٤) أي بانعقاد بيع التّولية.

(٥) السّلعة بكسر السّين وسكون اللّام وفتح العين المتاع وما يتاجر به ج سِلَعْ (المنجد).

(٦) عطف على قوله (بيع التّولية) أي وينعقد البيع بلفظ التّشريك بأن يقول المشتري بعد شراء العين المبيعة لصديقه: شرّكتك في العين المبيعة الّتي اشتريتها فيجعل له نصيباً من الثّمن من الثّلث أو الرّبع أو النّصف مثلاً بشرط علمهما بقدره.

(أ) الفصل العاشر من كتاب تجارة شرايع: ص ١٠٠.

(ب) الفصل العاشر من كتاب تجارة شرايع: ص ١٠٠.

النّخل[١] حصّة صاحبه بشيء معلوم من الثّمرة: أنّ ظاهر الاصحاب جواز ذلك[٢] بلفظ التّقبيل مع أنّه[٣] لا يخرج عن البيع أو الصّلح[٤] أو معاملة ثالثة لازمة عند جماعة[٥] هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع[٦] وأمّا في غيره[٧] فظاهر جماعة في القرض عدم اختصاصه بلفظٍ خاصٍّ[٨] بقوله تصرّف فيه أو انتفع به وعليك ردّ

---

(١) أقول موضوع التّقبيل عبارة عن أن يكون بين اثنين نخل أو زرع أو شجر فيتقبّل أحدهما بحصّة صاحبه بعد خرص المجموع بشيء معلوم على حسب الخرص وتدلّ على صحّته روايات:

منها صحيحة أبي الصباح الكناني: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول إنّ النّبي صلى الله عليه وآله لمّا فتح خيبر تركها في أيديهم على النّصف فلمّا بلغت الثّمرة بعث عبد الله بن رواحة إليهم فخرصها عليهم فجاءوا الى النّبي صلى الله عليه وآله وقالوا إنّه قد زاد علينا فأرسل الى عبد الله بن رواحة فقال ما يقول هؤلاء فقال خرّصتُ عليهم بشيء فإن شاءوا أخذنا فقال رجل من اليهود بهذا قامت السّموات والأرض[أ].

(٢) أي جواز ذلك التّعامل وتقبّل أحد الشّريكين في النّخل.

(٣) أي مع أنّ هذا القسم من التّقبيل.

(٤) مراده قدس سره أنّ لفظ (التّقبل) أجنبيٌّ عن كلّ من البيع والصّلح بحسب الوضع فلو كان ما يلتزمه الإنسان بيعاً أو صلحاً كان إنشاؤه بصيغة (تقبل هذه الأرض بكذا) شاهداً على كفاية مطلق الدّلالة اللّفظيّة.

(٥) راجع للإطّلاع الكامل على الأقوال مفتاح الكرامة ج ٤، ص ٣٩١.

(٦) أي في باب البيع وقد رأيتها دالة على الاكتفاء بكلّ لفظٍ له ظهور عرفي في المعنى المقصود.

(٧) أي في غير البيع.

(٨) أي القرض.

(أ) وسائل الشّيعة ج ١٣، باب ١٠ من أبواب بيع الثّمار ص ١٩.

عوضه أو خذه بمثله وأسلفتُك[١] وغير ذلك[٢] ممّا عدّوا مثله في البيع من الكنايات[٣] مع[٤] أنّ القرض من العقود اللّازمة[٥] على حسب لزوم البيع والاجارة[٦] وحكى عن جماعة[ج] في الرّهن أنّ إيجابه يؤدّى بكلّ لفظ يدلّ عليه مثل قوله (هذه وثيقة عندك) وعن الدّروس[د] تجويزه[٧] بقوله خذه أو أمسكه

---

(١) أسْلَفَ مالاً: أقرضه إيّاه ـ في الشّيء: سلّم[أ].

(٢) مثل قولك: تملكه وكقوله المقرض: (إصرفه وعليك مثله وملّكتك بمثله).

(٣) أقول لأنّ التصرف والانتفاع بالمال والاخذ بمثله من لوازم القرض ومن البيّن أنّ ذكر اللازم وارادة الملزوم من الكنايات.

(٤) فإنشاء القرض بأيّ لفظٍ مع كونه من العقود اللازمة، ولو من طرف الدّائن دالٌّ على عدم اعتبار لفظٍ خاصٍ فيه بل يؤدّي بكل لفظٍ ظاهر فيه عرفاً.

(٥) أقول: كون القرض من العقود اللازمة هو الاقوى ولكن المستفاد من الروضة عكس ذلك لأنّه ﷺ علّل فيها عدم انحصار القرض بلفظٍ خاصٍ بقوله: لأنّه من العقود الجائزة وهي لا تنحصر في لفظ بل تتأدّى بما أفاد معناها[ب].

(٦) فالمستفاد ممّا ذكره أن العقود اللّازمة لا تتوقّف على الالفاظ المخصوصة، بل تتأدّى بما أفاد معناها.

(٧) أي تجويز الرّهن، فجواز ايجاب الرّهن مع كونه لازماً من قبل الرّاهن بالالفاظ الغير الدّالّة عليه بالوضع وبالصّراحة تدلّ على عدم اعتبار الصّراحة في انشاء العقد.

(أ) المنجد.

(ب) كتاب الدين من الروضة ص٢٩٧.

(ج) أقول منهم العلّامة ﷺ في التّذكرة ج٢، ص١٢. والمحقّق الحلّي ﷺ في الشّرايع ج٢، ص٧٥. والشّهيد الأوّل ﷺ في الدّروس. والشّهيد الثّاني ﷺ في المسالك ج١، ص٢٢٥.

(د) راجع دروس الشّرعيّة: ص٣٩٥.

بمالك[١] وحكى عن غير واحد تجويز إيجاب الضّمان الّذي هو من العقود اللّازمة بلفظ (تعهّدتُ المالَ وتقلّدتُهُ) وشبه[٢] ذلك وقد ذكر المحقّق وجماعة ممّن تأخّر عنه جواز الإجارة بلفظ العارية[٣] معلّلين بتحقّق القصد[٤] وتردّد جماعة في انعقاد الإجارة بلفظ بيع المنفعة[٥] وقد ذكر جماعة[ب] جواز المزارعة بكلّ لفظٍ يدل على تسليم الارض للمزارعة[٦] وعن مجمع البرهان [ج]

---

(١) ومن البيّن أنّ هذه الالفاظ لا صراحة فيها في الرّهن كقولك بذمّتي اعطائه[أ].

(٢) من الالفاظ التي ليست صريحة في الضّمان كقولك مثلاً (بذمّتي اعطائه).

(٣) بأن يقول الموجر: أعرتك داري سنتين بمبلغ معلوم مئة دينار.

(٤) يعني علّل المحقّق ومن تأخّر عنه جواز الاجارة بلفظ العارية معلّلين الجواز بتحقّق القصد للاجارة، وقد ثبت في موضعه أنّ العقود تتبع القصود.

(٥) كان يقول: بعتك منفعة داري هذه سنتين بمأتي دينار، ومن البيّن أنّه لو كانت العقود اللّازمة لا بدّ لها من الفاظٍ مخصوصةٍ وضعيّةٍ لم يكن وجه للتردّد.

(٦) المزارعة معاملة على الارض بحصّة من حاصلها وعبارتها أن يقول: (زارَعْتكَ، أو إزْرع هذه الارض أو سلمتها اليك).

(أ) راجع مفتاح الكرامة ج٧ ص٧٤ وشرايع الاسلام ج٢ ص١٧٩ ومراده ﷺ ممّن تأخّر عن المحقّق ﷺ المحقّق الاردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان.

(ب) منهم العلّامة الحلّي في تذكرة الفقهاء ج٢، ص٣٣٧. والمحقّق الحلّي ﷺ في الشّرايع ج٢، ص١٤٩. ومفتاح الكرامة ج٧، ص٢٩٩.

(ج) المراد من مجمع الفائدة والبرهان هو الشّرح الارشاد لاحمد بن محمّد الاردبيلي النّجفي المعروف بمحقق الاردبيلي ج١٠ ص٩٢.

كما في غيره أنّه لا خلاف في جوازها[١] بكل لفظٍ يدلّ على المطلوب مع كونه[٢] ماضياً وعن المشهور[أ] جوازها[٣] بلفظ إزرع[٤] وقد جوّز جماعة[ب] الوقف بلفظ: (حَرّمتُ[٥] وتصدّقتُ) مع القرينة الدّالّة على ارادة الوقف[٦] مثل (أن لا يباع ولا يورث) مع عدم الخلاف كما عن غير واحد على أنهما[٧] من الكنايات[٨] وجوّز جماعة وقوع النّكاح الدّائم بلفظ

---

(١) أي في جواز المزارعة.

(٢) أي مع كون اللفظ الدّال على المطلوب من الافعال الماضية كقوله: سلّمتك الارض أو زارعتُكَ، فلا يصح أن يقول: أُزارعك بلفظ المضارع.

(٣) أي جواز المزارعة.

(٤) أي بلفظ صيغة الامر بأن يقول صاحب الارض للزّارع: (إزرَع هٰذه الارض).

(٥) أي حرّمت عينها.

(٦) كأن يقول بعقب: (حرّمتُ) و (تصدقتُ) أن لا يباع ولا يورث.

(٧) أي أنّ لفظ حرّمتُ وتصدّقتُ.

(٨) أقول: وجه كون (حرّمت وتصدّقتُ) كناية عن الوقف هو اشتراكهما في الاستعمال بين الوقف وبين غيره فيتوقّف على ضمّ قرينة تدلّ على حكم من أحكام الوقف مثل عدم جواز بيعه وهبته.

(أ) راجع مفتاح الكرامة ج ٧ ص ٤٧؛ و شرايع الاسلام ج ٢ ص ١٧٩ ومراده ﷺ ممّن تأخّر عن المحقّق ﷺ المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان.

(ب) منهم العلّامة الحلّي ﷺ في تذكرة الفقهاء ج ٢ ص ٣٣٧ والمحقّق الحلّي ﷺ في الشّرايع ج ٢ ص ١٤٩ ومفتاح الكرامة ج ٧ ص ٢٩٩.

التّمتع[١] مع أنّه ليس صريحاً فيه ومع هذه الكلمات[٢] كيف يجوز أن يسند الى العلماء أو أكثرهم وجوب ايقاع العقد باللّفظ الموضوع له، وأنّه لا يجوز بالالفاظ المجازيّة[٣] خصوصاً مع تعميمها[٤] للقريبة والبعيدة كما تقدّم[٥] عن بعض المحقّقين[أ] ولعلّه[٦] لما عرفت من تنافي ما اشتهر بينهم من عدم جواز التّعبير بالالفاظ المجازيّة في العقود اللازمة مع ما عرفت منهم من الاكتفاء في أكثرها[٧] بالالفاظ الغير الموضوعة لذلك العقد

---

(١) أي مع أنّ لفظ التّمتع ليس صريحاً في النّكاح الدّائم، بل هو كناية عنه.
أقول: لا نسلّم اطلاق الكلام لما عرفت من أنّ المحقّق الثّاني ﷺ جوّز عقد النّكاح بلفظ التّمتع بادعاء أنّه صريح في النكاح الدّائم لا مطلقاً بل كلّ من جوّز عقد النكاح به بنى على صراحته فيه، ومن أنكر الصّراحة منع العقد به فالاشتباه في الصّغرى.

(٢) أي الكلمات والعبارات الّتي نقلنا من العلماء في مختلف أبواب العقود اللّازمة كيف يجوز أن يستند الى العلماء أو أكثرهم وجوب ايقاع العقد باللّفظ الموضوع.

(٣) وكذا بالالفاظ الكنائيّة.

(٤) أي تعميم الفاظ المجازيّة بأن يقال لا يجوز ايقاع العقد بالالفاظ المجازيّة سواء كان المجاز قريباً أو بعيداً.

(٥) في ص ٣٠ بقوله: حتى صرّح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب والبعيد.

(٦) الضّمير للشأن.

(٧) أي أكثر العقود اللّازمة.

(أ) هو العلّامة السّيّد بحر العلوم الطّباطبائي صاحب المصابيح ﷺ.

جمع[١] المحقّق الثاني [أ] على ما حكي عنه في باب السَّلَم والنكاح بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة[٢] وهو[٣] جمعٌ حسنٌ، والاحسن منه[٤]

---

(١) أي جمع المحقق الثاني بين كلمات الفقهاء بما ذكر في المتن.

أقول: لا يخفى على من وقف على كلام المحقق ﷺ في باب السلم والنكاح أنّه بصدد بيان مختاره لا في مقام توجيه كلام الاصحاب وإن كلامه ﷺ قابلٌ بأن يوجّه به كلام من أطلق المنع من المجازات ولا في مقام الجمع بين ما يترائى فيه التناقض، لأنّ التعرّض للجمع بين كلمات العلماء ممّا لا معنى ولا وجه له وذلك لأنّها كلمات مختلفة لا يجمعهم زمان ولا مكان مع اختلاف مشاربهم، بل قد يصدر الكلام من شخصٍ اجتمع مع آخر في زمانٍ واحدٍ من غير وقوفٍ على مذاق الآخر ولا اطّلاع على كلامه كما هو الشّايع في العلماء الّذين جمعهم زمان واحد وعصر فارد من عدم مذهب الآخر، بل عدم الاعتداد وهذا هو المنشأ كثيراً للتّخالف، فيصير الجمع بين الكلمات ممّا لا يرضى به صاحبها.

(٢) كقوله: (خذ هذا المال) ووجه البعد أنّ الاخذ يمكن أن يكون بنحو العارية، فلا يدل على التّمليك والبيع. (٣) أي حمل المحقّق المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة.

(٤) أقول: ذكر بعض المحشين ﷺ أنّ وجه أحسنيّة هذا الجمع أنّ للفقهاء ﷺ عبارتين في عدم كفاية الالفاظ المجازية في العقود، احديهما أنّه لا يجوز التّعبير بالالفاظ المجازيّة، والاخرى أنّه يعتبر كون الفاظ عقود اللّازمة من قبيل الحقيقة والجمع المحكّي عن المحقّق الثاني لا ينطبق على العبارة الاخيرة، إلّا بأن يراد بالحقيقة ما هو أعمّ منها ومن المجاز القريب وهو تكلّف بعيد بخلاف ما ذكره المصنف من وجه الجمع، فإنّ مقتضاه التّوسعة في اعتبار الحقيقة بمعنى كون الدّلالة مستندة الى الحقيقة سواء كانت هي المفيدة لمضمون العقد ابتداءً بأن يقع الانشاء به أم كانت ممّا يستند اليه دلالة اللّفظ الّذي وقع به الإنشاء.

(أ) راجع جامع المقاصد ج ٤ ص ٢٠٧ ـ ٢٠٨، و ج ١٢ ص ٧٠ والحاكي لكلام المحقّق الثاني ﷺ هو الفقيه العالمي في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٤٩.

أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدّلالة اللّفظيّة الوضعية سواء كان اللّفظ الدّال على إنشاء العقد موضوعاً له[١] بنفسه أو مستعملاً فيه مجازاً[٢] بقرينة لفظٍ موضوعٍ آخر ليرجع[٣] الإفادة بالاخرة الى الوضع، إذ[٤] لا يعقل الفرق في الوضوح الّذي هو مناط الصّراحة بين إفادة لفظٍ للمطلب بحكم الرضع[٥] أو إفادته[٦] له بضميمة لفظٍ آخر يدلّ بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللّفظ[٧] وهذا بخلاف اللّفظ الّذي يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال خارج عن العقد[٨]

---

(١) كلفظ (بعت) بالنّسبة الى إنشاء تمليك عين بمالٍ.

(٢) كقوله: (بعت سكنى هذه الدّار) حيث استعمل لفظ البيع في الاجارة بقرينة (سكنى) الّذي هو موضوع، وكقولنا: (رأيت أسداً يرمي) حيث استعمل لفظ الأسد في الرجل الشّجاع بقرينة لفظٍ موضوعٍ آخر الّذي لفظ يرمي.

(٣) قوله: (ليرجع الخ) علّة للاعميّة، يعني إنّما نقول بهذه الاعميّة ليكون مآل أفادة من اللّفظ لا محالة.

(٤) قوله: (اذ) علّة لقوله: (والاحسن منه) أي اذ لا يعقل الفرق بين المجاز الجائز استعماله وبين الحقيقة الخ.

(٥) بأن كان اللّفظ موضوعاً للمطلب بنفسه بأن يكون حقيقة كلفظ (بعت) كما ذكرنا.

(٦) أي افادة اللّفظ للمطلب بضميمة لفظٍ آخر بأن كان مستعملاً فيه مجازاً بقرينة لفظٍ موضوعٍ آخر كما عرفت مثاله آنفاً.

(٧) أي اللّفظ الّذي يستعمل في المطلب مجازاً كلفظ (أسداً) في قولك: (رأيتُ أسَداً يرمي) يدل على الانسان الشّجاع بضميمة (يرمي).

(٨) أقول: كان يقولنّ نقلت مثلاً ويكون دلالته على البيع لمقارنة حال هو كثرة حاجته الى البيع أو لسبق مقالٍ بين النّاقل والمنقول اليه قبل ايقاع العقد يدلّ على إرادة النّاقل البيع من لفظ النقل.

وحاصل كلامه ﷺ أنّ غير اللّفظ قاصر عن إفادة المقاصد كما صرّحوا به في المعاطاة، فلا بدّ في العقد اللّازم من الاقتصار في إفادتها على الألفاظ ولو مجازاً.

فإنّ الاعتماد عليه[١] في متفاهم المتعاقدين وان كان من المجازات القريبة[٢] جداً رجوع[٣] عمّا بنى عليه من عدم العبرة بغير الاقوال في إنشاء المقاصد[٤] ولذا[٥] لم يجوّز العقد بالمعاطاة ولو مع سبق مقالٍ أو اقترانِ حالٍ تدل[٦] على ارادة البيع جزماً، وممّا ذكرنا[٧] يظهر الإشكال في الاقتصار على المشترك

---

(١) أي على الدّال لمقارنة حال أو سبق مقال.

(٢) مثل أدخلت في ملكك.

(٣) كلمة (رجوع) خبر لـ(إنّ) في قوله: (فإنّ الاعتماد).

(٤) أقول: دلالة اللّفظ على معناه المجازي وإنْ كانت القرينة حاليةً أو مقاليّة ليست خارجةً عن الدّلالات اللّفظيّة، بل هي داخلة تحتها، لأنّ الدّلالة اللّفظيّة عبارة عن انفهام المعنى من اللّفظ سواء كانت حيثيّة الدّلالة مكتسبة من القرائن، لفظيّةً كانت أو غيرها، أم كان اللّفظ بنفسه دالاً على المقصود، فإنّه على كلا التّقديرين تنسب الدّلالة الى اللّفظ.

(٥) أي ولأجل عدم العبرة بغير الاقوال منعوا من تحقّق العقد بالمعاطاة حتّى مع سبق مقاولةٍ أو اقتران التّعاطي بقرينةٍ حاليّةٍ دالّةٍ على ارادة التّملّك البيعي.

هٰذا أقول: لا يخفى أنّ بين ما نحن فيه وبين المعاطاة فرقاً واضحاً لا يقاس أحدهما بالآخر وذلك أنّ الإنشاء في المعاطاة إنّما هو بالفعل والمقاولة قرينة بخلاف ما نحن فيه، فإنّه لو استعمل لفظ مجازي في إنشاء العقد مقروناً بقرينة غير لفظيّة كان وقوع الإنشاء باللّفظ والقرينة كاشفة لا أنّها بها وقع الإنشاء.

فعندئذٍ المعاطاة ونحوها ممّا وقع الإنشاء فيه بالفعل على العكس ممّا نحن فيه، فلا يصحّ التّشبيه بها في مقام التّقريب.

(٦) أي تدلّ الحال وهو كثرة حاجته الى البيع على ارادة البيع جزماً.

(٧) من عدم العبرة بغير الاقوال في إنشاء المقاصد.

اللّفظي[١] اتّكالاً على القرينة الحاليّة المعيّنة[٢] وكذا المشترك المعنوي[٣] ويمكن أن ينطبق على ما ذكرنا[٤] الاستدلال المتقدّم في عبارة التّذكرة[أ] بقوله ﷺ: لأنّ المخاطب لا يدري بمَ خوطب إذ ليس المراد أنّ المخاطب لا يفهم منها المطلب ولو بالقرائن الخارجيّة[٥] بل المراد أنّ الخطاب بالكناية لمّا لم يدل على المعنى المنشأ[٦] مالم يقصد الملزوم[٧] لأنّ[٨] اللّازم الاعمّ كما هو الغالب بل المطّرد في

---

(١) وهو كلفظ الشّراء مثلاً. فإنّه مشترك لفظاً بين البيع والإشتراء، ووجه ظهور الإشكال أنّ تعيين معنى المشترك بالقرينة المعيّنة يوجب وجدان العنوان بالقرينة، فلا ينشأ العنوان باللّفظ.

والجواب أنّ العنوان ينشأ بنفس اللّفظ والقرينة كاشفة عن وقوع اللّفظ في مقام إنشاء هذا العنوان.

(٢) أي المعيّنة في افادة المقصود العقدي.

(٣) كلفظ ملّكت بالنّسبة الى البيع والإجارة لكونه مشتركاً بينهما معنى، وكلفظ نقلت الّذي مشترك بين العقود التّمليكيّة وغيرها من النّقل الخارجي.

(٤) من عدم جواز الاتّكال على القرينة المقاليّة السّابقة على الإنشاء أو الحاليّة المقارنة له.

(٥) يعني القرائن الخارجة عن العقد كمقاليّة أو حاليّة.

(٦) وهو عنوان المعاملة كالبيع إذا أُنشِأ بلفظ (نقلت) ونحوه.

(٧) وهو عنوان العقد كالبيع، يعني مالم يقصد المنشي من اللّازم كالنّقل الّذي كنّى به عن البيع النقل الملازم للمعنى المنشأ وهو البيع.

(٨) أي الاعمّ من الملزوم كقوله: (هذا ملكك) لا يدلّ على الملزوم، فإنّ جعل الملك للغير أعمّ من البيع والصّلح والهبة المعوّضة، فإنّه لا يدلّ على الملزوم مالم يقصد خصوص الفرد المجامع مع الملزوم الخاصّ الّذي هو البيع.

(أ) تذكرة الفقهاء ج ١ ص ٤٦٢.

الكنايات[١] لا تدلّ على الملزوم مالم يقصد المتكلّم[٢] خصوص الفرد المجامع مع الملزوم الخاصّ، فالخطاب في نفسه محتمل لا يدري المخاطب بِمَ خوطب وانّما يفهم المراد بالقرائن الخارجيّة الكاشفة عن قصد المتكلّم والمفروض على ما تقرّر في مسألة أنّ النيّة بنفسها أو مع انكشافها بغير الاقوال[٣] لا تؤثّر[٤] في النّقل والانتقال فلم يحصل هنا[٥] عقد لفظيٌّ يقع التّفاهم به لكن هذا الوجه[٦] لا يجري

---

(١) يعني أنّ الغالب والمطرّد كون الكناية تتأدّى باللّازم الاعمّ لا تدلّ بذاته على الملزوم.

(٢) يعني إذا قال البايع: (أدخلته في ملكك) مثلاً فلأجل أنّ إدخال شيء في ملك المخاطب يتحقّق بالبيع والهبة والمصالحة مع العوض أو بدونه فلا يدلّ في نفسه على الملزوم الخاصّ وهو البيع مالم يقصد المتكلّم من أفراد الإدخال خصوص الفرد الّذي يجتمع ويتحقّق بالملزوم الخاصّ وهو البيع.
فخطاب: أدخلته في ملكك في نفسه محتمل لإرادة كلٍّ من الملزومات ولا يدري المخاطب بالنّظر الى نفس اللّفظ مع قطع النّظر عن القرائن الخارجيّة بم خوطب، وبأيّ ملزوم تحقّق الإدخال في الملك وبالقرائن الخارجيّة من الحال أو سبق مقال يفهم المراد.

(٣) أقول: مراده ﷺ من غير الاقوال هو الفعل المجرّد عن اللّفظ كالمعاطاة أو اللّفظ الدّال على العقد المقصود بالقرائن الخارجيّة من حال أو سبق مقال كالكناية.

(٤) قوله: (لا تؤثّر) خبر لِـ(أنّ) في قوله: (أنّ النيّة).

(٥) أي فيما اذا كانت القرينة حاليّةً أو مقاليّة خارجة عن العقد.

(٦) الّذي بيّناه من عدم صحّة الاعتماد على القرينة غير اللّفظيّة، بل يعتبر كون الدّلالة مستندة الى اللّفظ لا يجري في جميع أمثلة الكناية وذلك لكونه أخصّ من المدّعي وهو الغاء مطلق الصّيغ الكنائيّة وذلك لأنّ القرينة في بعضها مثل أدخلته في ملكك لفظيّة لأنّ القرينة فيه هو قوله: (في ملكك) وهو لفظ، فعندئذٍ يصدق عليه العقد اللّفظي.

في جميع ما ذكروه من أمثلة الكناية[١] ثمّ إنّه ربّما يدّعي أنّ العقود المؤثّرة في النّقل[٢] والانتقال أسباب شرعيّة توفيقيّة[٣] كما حكي عن الايضاح[أ] من أنّ كلّ عقد لازم وضع له الشّارع صيغةً مخصوصة بالاستقراء[٤] فلابدّ من الاقتصار على المتيقّن[٥] وهو[٦] كلام لا محصّل له عند من لاحظ فتاوى العلماء[٧] فضلاً عن الرّوايات المتكثرة[٨] الآتية بعضها، وأمّا ما ذكره

---

(١) وذلك لما ذكرناه آنفاً من أنّ بعضها تعتمد على القرينة اللّفظيّة ومع ذلك قالوا بعدم صحّة العقد بها.

(٢) أقول: ظاهر هذا الكلام يعطي أن يكون المراد منه هو أن يضع الشّارع لكلّ عقدٍ لفظاً خاصّاً والالتزام بهذا ظاهر الفساد، بل دونه خرط القتاد بداهة ثبوت البيع والاجارة والصّلح وسائر العقود قبل مبعث النّبي ﷺ ومولده والتّعبير منها بلفظ البيع وبعت والاجارة وآجرت والصّلح وصالحت، بل لا يختصّ شيء من هذه العقود بالعرب فهي سارية بين سائر أهل الالسنة، وهذا من الوضوح كالشّمس على المنار، فكيف تكون الفاظ هذه العقود من موضوعات الشّارع وهي سابقة على الشّرع لها.

(٣) بمعنى أنّها متوقّفة على أن نعلم إذن الشّارع وتقريره.

(٤) يعني التّتبع والتّفحّص في روايات أهل البيت ﷺ.

(٥) أقول: لا تشتبه عليك أنّ قوله: (فلا بدّ الخ) من كلام المدّعي لا الفخر.

والمراد من المتيقّن اللّفظ الموضوع لذلك العقد مثل (أنكحت) في النّكاح و (بعت) في البيع و (وهبت) في الهبة و (وقفت) في الوقف، وهكذا سائر العناوين الاعتباريّة.

(٦) أي قول المدّعي كلام لا محصّل له لما عرفت من ثبوت العقود المذكورة قبل مولد النّبي ﷺ.

(٧) مراده ﷺ أنّ من لاحظ فتاوى العلماء ظهر له أنّ الفاظ العقود ليست توقيفيّة.

(٨) الآتي بعضها ممّا يدلّ على انعقاد العقد بكلّ لفظٍ دالٍّ على المقصود.

(أ) ايضاح الفوائد لفخر المحقّقين ﷺ ج ٣ ص ١٢.

الفخر ﷺ[١] فلعلّ المراد فيه من الخصوصيّة المأخوذة في الصّيغة شرعاً هي اشتمالها[٢] على العنوان[٣] المعبّر عن تلك المعاملة به[٤] في كلام الشّارع، فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرّجل والمرأة معبّراً عنها[٥] في كلام الشّارع بالنّكاح[٦] والزّوجيّة[٧] والمتعة[٨] فلا بدّ من اشتمال عقدها[٩] على هٰذه العناوين[١٠] فلا يجوز بلفظ الهبة أو البيع أو الاجارة أو نحو ذٰلك[١١] وهكذا الكلام في العقود المنشأة

---

(١) أي ما ذكره الفخر المحقّقين ﷺ المؤيّد للإدّعاء المتقدّم وهو قوله: (ربّما يدّعي الخ) والغرض الاصلي من توجيه كلام الفخر بقوله: (فلعلّ الخ) أنّ كلام الفخر ليس مؤيّداً لما ذكره المدّعي بل مؤيّد لما ذكره الشيخ.

(٢) أي الصّيغة.

(٣) كعنوان البيع والشّراء في عقد البيع كما في قوله تعالى: (وأَشْهِدُوا إذا تَبايَعْتُم)(أ).

(٤) أي المعبّر بذٰلك العنوان عن تلك المعاملة في كلام الشّارع.

(٥) أي عن العلاقة.

(٦) كما في قوله تعالى: ﴿فانْكحوا ما طاب لكم من النّساء مثنى وثلاث ورباع﴾(ب).

(٧) كما في قوله تعالى: ﴿وزوّجناهم بحور عين﴾(ج).

(٨) كما في قوله تعالى: ﴿فما استمتعتُم به منهنَّ فآتوهُنَّ أُجورهنَّ فريضةً﴾(د).

(٩) أي عقد العلاقة الحادثة بين الرّجل والمرأة.

(١٠) أي عنوان النّكاح والزّوجيّة والمتعة.

(١١) كلفظ الصّلح.

(أ) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(ب) سورة النّساء: الآية ٣.

(ج) سورة الدّخان: الآية ٥٤.

(د) سورة النّساء: الآية ٢٨.

للمقاصد الأُخر كالبيع والإجارة ونحوهما[١] فخصوصيّة اللّفظ[٢] من حيث اعتبار اشتمالها[٣] على هٰذه العناوين الدّائرة في لسان الشّارع أو ما[٤] يرادفها لغةً أو عرفاً لأنّها[٥] بهٰذه العناوين موارد للأحكام الشّرعيّة الّتي لا تحصى، وعلى هٰذا[٦] فالضّابط وجوب إيقاع العقد[٧] بإنشاء العناوين الدّائرة في لسان الشّارع إذ لو وقع بإنشاء غيرها[٨] فإن كانت لا مع قصد تلك العناوين كما لو لم تقصد المرأة إلّا هبة نفسها[٩] أو إجارة نفسها مدّة الإستمتاع[١٠] لم يترتّب[١١] عليه[١٢] الآثار المحمولة

---

(١) كالوكالة.

(٢) أي لفظ الصّيغة وقوله (من حيث... الخ) خبر (فخصوصيّة).

(٣) أي اشتمال الصّيغة.

(٤) معطوف على (العنوانات الدّائرة) أي ما يرادف العناوين كالشّراء المرادف للبيع شرعاً كقوله تعالىٰ ﴿ومن النّاس مَن يَشري نفسه ابتغاء مرضاتِ الله﴾ مثلاً بعنوان (ب ي ع) مورد (اللّزوم) و (السّلم) و (النّسيئة).

(٥) يعني لأنّ العقود بهٰذه العنوانات من البيع والصّلح والنّكاح وغيرها موضوعات لأحكام شرعيّة كموضوعيّة عنوان (البيع) لخياري المجلس والحيوان وغيرهما من الأحكام.

(٦) أي وبناءً على كون خصوصيّة اللّفظ لأجل اشتمالها على عناوين العقود فالضّابط... الخ.

(٧) أي إيقاع عقد العلاقة بين الرّجل والمرأة أو غيرها بإنشائها بالألفاظ الّتي في لسان الشّارع يعبّر عنها بهٰذه الألفاظ مثل لفظ النّكاح والتّزويج أو بما يرادفهما في لغة العاقد أو في سائر اللّغات.

(٨) أي غير العناوين الدّائرة في لسان الشّارع.

(٩) يعني لم تقصد المرأة النّكاح الدّائم.

(١٠) يعني لم تقصد المرأة النّكاح المنقطع.

(١١) قوله (لم يترتّب... الخ) جواب لـ(لو) في قوله (إذْ لو وقع).

(١٢) أي على إنشاء غير العناوين الدّائرة.

في الشّريعة على الزّوجيّة الدّائمة أو المنقطعة وإن كانت[١] بقصد هٰذه العناوين[٢] دَخَلَتْ في الكناية الّتي عرفت أنّ تجويزها[٣] رجوع[٤] الى عدم اعتبار إفادة المقاصد بالأقوال فما ذكره الفخر ﷺ مؤيّد لما ذكرناه[٥] واستفدناه من كلام والده ﷺ وإليه[٦] يشير أيضاً ما عن جامع المقاصد من أنّ العقود متلقّاة من الشّارع فلا ينعقد عقد بلفظٍ آخر ليس من جنسه[٧] و ما[٨] عن المسالك[أ] من[٩] أنّه يجب الأقتصار على العقود اللاّزمة على الألفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغةً ومراده[١٠] بالمنقولة شرعاً هي المأثورة[١١] في كلام الشّارع وعن كنز

---

(١) أي وإن كانت الصّيغة.

(٢) بأن قالت المرأة وهبتُ وقصدت النّكاح.

(٣) أي تجويز الكناية.

(٤) أقول وذلك لأنّ الكناية تفيد المقصود بقرينة حال أو سبق مقال وهما خارجان عن اللّفظ.

(٥) من توقيفيّة العقود ولا يخفىٰ أنّ التّأييد بعد التّوجيه المذكور الّذي قد عرفته.

(٦) أي والى ما ذكره من الضّابط المزبور وهو وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدّائرة في لسان الشّارع.

(٧) يعني ليس من جنس ذاك العقد المذكور من حيث الوضع اللّغوي والشّرعي والعرفي.

(٨) قوله (وما) معطوف على (ما) في قوله (ما عن جامع المقاصد).

(٩) كلمة (من) بيانيّة بيان لـ(ما) في قوله (وما عن المسالك).

(١٠) يعني مراد صاحب المسالك.

(١١) أي المنقولة.

(أ) مسالك الأفهام ج ٥، ص ٢٧٢. وعبارة المتن منقولة بالمعنىٰ.

العرفان[أ][١] في باب النّكاح أنّه[٢] حكم شرعي حادث فلابدّ له من دليل يدلّ على حصوله[٣] وهو العقد اللّفظي المتلقّى من النّصّ[٤] ثمّ ذكر لإيجاب النّكاح ألفاظاً ثلاثة[٥] وعلّلها[٦] بورودها في القرآن[٧] و لا يخفىٰ أنّ تعليله[٨] هٰذا كالصّريح فيما ذكرناه من تفسير توقيفيّة العقود وأنّها متلقّاة من الشّارع ووجوب الاقتصار على المتيقّن[٩] ومن هٰذا الضّابط[١٠] تقدر على تميز الصّريح المنقول شرعاً المعهود لغةً من الألفاظ المتقدّمة في أبواب العقود المذكورة من[١١] غيره وأنّ الإجارة بلفظ العارية غير جايزة[١٢] وبلفظ بيع المنفقة أو السّكنى مثلاً لا يبعد

---

(١) يأتي شرح الكتاب في (اعلام المكاسب).

(٢) أي أنّ النّكاح حكم شرعي.

(٣) يعني حصول هٰذا الحكم الشّرعي.

(٤) أي من نصّ الشّارع فلابدّ من الاقتصار عليه.

(٥) وهي (النّكاح) و (الزّواج) و (المتعة).

(٦) أي وعلّل صاحب كنز العرفان الاقتصار على الألفاظ الثّلاثة المذكورة بورودها في القرآن الكريم.

(٧) قال الله تعالىٰ: ﴿فانْكِحوا ما طابَ لَكُم مِنَ النّساء﴾، ﴿وزوّجناهُم بحورٍ عِينٍ﴾، ﴿فما اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنهنّ﴾.

(٨) يعني تعليل صاحب كنز العرفان.

(٩) مراده ﷺ من المتيقّن هو ما دار وتداول في لسان الشّارع.

(١٠) وهو وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدّائرة في لسان الشّارع.

(١١) (من غيره) متعلّق بقوله (تمييز الصّريح).

(١٢) أقول وجه عدم الجواز عدم ظهور لفظ العارية عرفاً في مفهوم الإجارة لا كونه خارجاً عن الألفاظ المنقولة شرعاً وهٰذا ممّا لا شبهة فيه.

(أ) كنز العرفان في فقه القرآن للفاضل المقداد ﷺ ج ٢، ص ١٤٦.

جوازه[١] وهكذا[٢] إذا عرفت هٰذا[٣] فنذكر ألفاظ الإيجاب والقبول.

«في ذكر ألفاظ الإيجاب والقبول»

منها[٤] لفظ (بعت)[٥] في الإيجاب و لا خلاف فيه فتوى ونصاً وهو وإن كان

---

(١) أقول لعلّ مبنى الجواز والمنع كون المفهوم المنشأ في الشّريعة عنواناً لمفهوم الإجارة وعدمه فبيع المنفعة أو السّكنىٰ لمّا أمكن دعوى ذٰلك فيه لم يستبعد الوقوع به كما في رواية إسحاق بن عمّار موثق بابن عمّار[أ] وكما في أخبار بيع منفعة الأراضي الخراجيّة الّتي ذكرناها في أوّل البيع فراجع دون العارية فإنّه لم يمكن دعوىٰ ذٰلك فيها فلا تصحّ الإجارة بلفظ العارية.

(٢) أي وهكذا بالنّسبة الى سائر العقود.

(٣) يعني توقيفية العقود والإيقاعات وأنّه لابدّ في صدورها من الشّارع.

(٤) أي من تلك الألفاظ.

(٥) أقول لا ريب في أنّ لفظ (بعت) وإن كان من الأضداد بالنّسبة الى البيع والشّراء وأنّه مشترك لفظيٌّ بينهما كما صرّح به أهل اللّغة كافّة. قال في المصباح: باعه يبيعه بيعاً ومبيعاً فهو بايع وأباعه بالألف لغة. قال ابن القطّاع والبيع من الأضداد مثل الشّراء ويطلق على كلّ واحد من المتعاقدين أنّه بايع لكن إذا أطلق البايع فالمتبادر الى الذّهن باذل السّلعة. انتهى وصرّح بكونه من الأضداد في شرح القاموس أيضاً هٰذا. ولكنّ المتفاهم منه عرفاً كونه موضوعاً للبيع المقابل للشّراء كما يظهر لمن راجع المرتكز في الأذهان فلو سلّم كونه في اللّغة موضوعاً لكلّ من البيع والشّراء لا ينبغي التأمّل في أنّ المتفاهم منه عرفاً هو البيع وهٰذا كافٍ في صحّة إنشاء البيع به من دون حاجة الى تطويل الكلام حوله.

(أ) وسائل الشّيعة، طبعة جديدة، ج ٢، باب ١، اشتراط كون المبيع مملوكاً ص ٢٥٠.

من الأضداد[١] بالنّسبة الى البيع والشّراء لكن كثرة استعماله[٢] في وقوع البيع به تُعيّنه[٣] ومنها[٤] لفظ (شريت)[٥] فلا إشكال في وقوع البيع[٦] به لوضعه[٧] له كما يظهر من المحكيّ عن بعض أهل اللّغة[٨] بل قيل[أ] لم يستعمل في القرآن الكريم إلّا في البيع[٩] وعن القاموس شراه يشريه ملكه بالبيع وباعه كاشتراه[١٠] فهما[١١] ضدّ وعنه[١٢] أيضاً كلّ مَن ترك شيئاً وتمسّك بغيره فقد اشتراه وربّما يستشكل

---

(١) يعني أنّ البيع مشترك لفظيٌّ بين البيع والشّراء كالقرء حيث إنّه مشترك بين الطّهر والحيض.

(٢) أي كثرة استعمال لفظ (بعت) في وقوع البيع به وفي الإيجاب تُعيّنه.

(٣) يعني أنّ كثرة الإستعمال تعيّن البيع وتُغْنيه عن القرينة المعيّنة.

(٤) أي من تلك الألفاظ.

(٥) يعني لفظ (شريت) في الإيجاب.

(٦) كأن يقول الموجب (شريتك هٰذا الكتاب بدراهم) فيقول القابل (قبلت).

(٧) أي لوضع (شريت) للبيع.

(٨) راجع المصباح المنير للفيّومي ج ١، ص ٣٣٤.

(٩) كقوله تعالىٰ: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْري نفسه ابتغاءَ مرضاتِ الله﴾[ب]، ﴿وشروه بثمنٍ بخسٍ﴾ أي باعوه.

(١٠) يعني شراه يشريه مثل اشترىٰ يشتريه ملكه بالبيع وباعه.

(١١) أي الشراء والاشتراء يعني كلّ واحد منهما مشترك لفظيٌّ بين البيع والشّراء وكلّ واحد منهما ضدّ.

(١٢) أي عن القاموس أيضاً.

(أ) راجع جواهر الكلام ج ٢٢، ص ٢٤٤ـ٢٤٥. حكى هٰذا الكلام عن العلّامة السيد بحر العلوم.

(ب) سورة البقرة، الآية ٢٠٣.

فيه[١] بقلّة استعماله[٢] عرفاً في البيع وكونه محتاجاً الى القرينة المعيّنة[٣] وعدم نقل الإيجاب به[٤] في الأخبار وكلام القدماء[٥] و لا يخلو[٦] عن وجهٍ

---

(١) أي في لفظ (شريت) وفي جواز الإنشاء به.

(٢) أي قلّة استعمال لفظ (شريت) عرفاً في البيع أقول بعد اعترافه ﷺ بأنّ لفظ شريت لم يستعمل في القرآن المجيد إلّا في البيع لا معنى لاستشكاله فيه والمناقشة في جواز الإنشاء لأنّا لا نسلّم وقوع الاستعمالات العرفيّة على خلاف الاستعمالات القرآنيّة بل هي المتّبع ولو سلّمنا ذلك ولكن لا نسلّم تقديم الاستعمالات العرفيّة على الاستعمالات القرآنيّة وهذا ممّا لا ريب فيه.

(٣) أقول لا إشكال في صحّة الإنشاء به لأنّ القرينة المعيّنة دائماً تكون لفظيّة والوجه فيه أنّ لفظ الشّراء إذا استعمل في البيع يكون مفعوله الأوّل مال نفسه كقوله (اشتريت كتابي) مثلاً أي بعته غير مُصَدّر بالباء وإذا استعمل في الشّراء يكون مفعوله الأوّل مال الطّرف ومال نفسه يصدّر بالباء كقوله شريت الكتاب بالدّينار مثلاً فالقرينة المعيّنة دائماً تكون هي الهيئة.

(٤) أي بلفظ شريت.

(٥) وقد عرفت سابقاً لزوم أن تكون المادّة مستعملة في الأخبار.

(٦) أي لا يخلو هذا الإشكال من وجه. أقول لعلّ الوجه كما عرفت توقيفيّة ألفاظ العقود فلابدّ من الاقتصار على القدر المتيقّن وهو ليس إلّا (بعت) حيث أنّه لا نصّ و لا إجماع على غيره كما عرفت عن المصابيح هذا.

ولكن يمكن أن يقال إنّ الأوجه صحّته وذلك لأنّ قلّة الاستعمال لا تمنع عن صحّته والاحتياج الى القرينة ليس بمانع بعد كونه حقيقة كاحتياج لفظ (البيع) أيضاً الى القرينة. منتهى الأمر أنّ القرينة في البيع (الشّهرة) وفي الشّراء القرائن الحاليّة أو المقاليّة.

ومنها[١] لفظ ملّكت بالتّشديد والأكثر على وقوع البيع به[٢] بل ظاهر نكت الأرشاد[أ] الاتّفاق[٣] حيث قال إنّه لا يقع البيع بغير اللّفظ المتّفق عليه كـ(بعتُ وملّكتُ) ويدلّ عليه[٤] ما سبق في تعريف البيع من[٥] أنّ التّمليك بالعوض المنحلّ الى مبادلة العين بالمال هو المرادف للبيع عرفاً ولغةً كما صرّح به[٦] فخر الدّين[أ]

---

(١) أي من ألفاظ الإيجاب ملّكت. أقول ليس الكلام فيه في صحّة إنشاء البيع به كما يتوهّم لأنّه ممّا لا ريب فيه والوجه أنّ مفهوم التّمليك بالعوض يتّحد مع مفهوم البيع والفرق بينهما بالبساطة والتّركيب بمعنى أنّ لفظ البيع ببساطته يدلّ على تبديل مالٍ بمالٍ ولفظة التّمليك بالعوض تدلّ مركبة على ذلك والإجمال والتّفصيل بمعنىٰ أنّ لفظ البيع كلفظ الإنسان ولفظة التّمليك بالعوض كلفظي الحيوان والنّاطق في التّفصيل فكما أنّ لفظ الإنسان يدلّ على الجنس والفصل بالإجمال ولفظي الحيوان والنّاطق يدلّان عليهما بالدّلالة التفصيليّة فكذا البيع والتّمليك بالعوض، بل الكلام فيه إنّما هو فيما ذكره المصنّف ﷺ بأنّ صحّة العقد به بإرادة الهبة المعوّضة أو المصالحة منه مبنيّة على صحّة العقد بلفظ غيره مع النيّة فإنّه أورد عليه المحقّق النائيني وكذا السّيد ﷺ بأنّ ما ذكره إنّما يتمّ في الصّلح و لا يتمّ في الهبة المعوّضة فإنّ الهبة المجانية والمعوضيّة من التّمليك حقيقة.

(٢) أي بلفظ ملّكت.

(٣) أي الاتّفاق على وقوع البيع بلفظ (ملّكت).

(٤) أي على وقوع البيع بلفظ (ملّكت).

(٥) كلمة (من) بيان لـ(ما) في قوله (ما سبق).

(٦) أي صرّح فخر المحقّقين بأنّ التّمليك بالعوض مرادف للبيع.

(أ) المراد من نكت الارشاد هو غاية المراد للشّهيد الأوّل ﷺ ص٨١.

حيث قال إنّ معنى (بعت) في لغة العرب ملّكت غيري و ما قيل[١] من أنّ التّمليك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق[٢] غيرها[٣] فيه[٤] أنّ الهبة إنّما يفهم من تجريد اللّفظ[٥] عن العوض لا من مادّة التّمليك[٦] فهي[٧] مشتركة معنىً بين ما يتضمّن المقابلة[٨] وبين المجرّد عنها فإن اتّصل[٩] بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركّب بمقتضىٰ الوضع التّركيبي البيع[١٠]. وإن تجرّد[١١] عن ذكر العوض

---

(١) أقول ولعلّ المراد ما أفاده المحقّق الثّاني ﷺ في بيع السّلف بقوله (لأنّه أي التّمليك ـ شايع في الهبة فإذا انعقد بالأبعد فبالأقرب أولىٰ[ب].

(٢) أي عند إطلاق لفظ التّمليك.

(٣) أي غير الهبة.

(٤) قوله (فيه) خبر و (ماقيل) وهٰذا جواب الإشكال.

(٥) أي من تجريد لفظ التّمليك بالعوض.

(٦) لكي تكون مادّة (التّمليك) موضوعة لحصّة من طبيعة التّمليك وهي خصوص التّمليك المجّاني كي يكون البيع و هو التّمليك بالعوض معنىً مجازياً له.

(٧) يعني مادّة التّمليك.

(٨) أي المقابلة بين المالين.

(٩) أقول قوله (فإن اتّصل... الخ) متفرّع على كون مادّة (التّمليك) مشتركاً معنوياً بين البيع والهبة فيلحقها حكمه وهو توقّف إرادة كلّ واحدة من الحقّين على القرينة فقرينة البيع ذكر العوض وقرينة الهبة التّجرد عن ذكر العوض.

(١٠) قوله (البيع) مفعول لقوله (أفاد).

(١١) أي وإن تجرّد (التّمليك).

(أ) ذكر فخر الدّين هٰذا الكلام في شرحه على كتاب إرشاد الأذهان لوالده العلّامة الحلّي ﷺ. راجع: مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٥٢.

(ب) راجع جامع المقاصد ج ٤، ص ٢٠٧.

اقتضىٰ تجريده الملكيّة المجّانيّة[١] وقد عرفت سابقاً أنّ تعريف البيع بذٰلك[٢] تعريف بمفهومه الحقيقي فلو أراد منه[٣] الهبة المعوّضة أو قصد المصالحة بنىٰ صحّة العقد[٤] به على صحّة عقد بلفظ غيره مع النيّة ويشهد لما ذكرنا[٥] قولُ فخر الدّين في شرح الارشاد أنّ معنىٰ بعت في لغة العرب ملّكتُ غيرى وأمّا الإيجاب باشتريت[٦] ففي مفتاح الكرامة[أ] أنّه قد يقال بصحّته[٧] كما هو[٨] الموجود في بعض نسخ التّذكرة والمنقول[٩] عنها في نسختين من تعليق الارشاد أقول وقد

---

(١) وهي الهبة.

(٢) أي (بالتّمليك المتضمّن للمقابلة على وجه العوض).

(٣) أي من التّمليك.

(٤) أي صحّة عقد الهبة المعوّضة والمصالحة.

(٥) وهو أنّ التّمليك بالعوض مرادف للبيع فيكون التّمليك حقيقة في البيع.

(٦) أقول الظّاهر أنّ محطّ كلام المصنّف ما إذا كان (اشتريت) مستعملاً بمعنى (بعت) فيتعلّق بمال الموجب ويكون هو المعوّض عنه والعوض مال القابل وهو مدخول للمعاوضة بأن يقول (اشتريت مالي بمالك) بمعنىٰ (بعتُ مالي بمالك) ففي شرح القاموس يقال اشتراه إذا ملكه بالبيع ويقال اشتراه إذا باعه. انتهىٰ.
وينبغي عندئذ أن يبتنى جواز الإيجاب به على جواز الإيجاب بالمجاز وذٰلك لأنّ استعمال (اشتريت) بمعنى (بعت) و (شريت) مجاز.

(٧) أي صحّة الإيجاب بلفظ (اشتريت).

(٨) أي الإيجاب باشتريت أقول يستفاد من عبارة المصنّف أو يظهر منها أنّ الفقيه العاملي ظفر ببعض نسخ التّذكرة ونسختين من تعليق الإرشاد للمحقّق الثّاني ﷺ وظفر بتجويز العلّامة ﷺ إيجاب البيع بصيغة (اشتريتُ).

(٩) كلمة (المنقول) عطف على قوله (الموجود).

(أ) راجع مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٥٠. وتعليق الإرشاد للمحقّق الثّاني ﷺ مخطوط.

يستظهر ذلك[١] من عبارة كلّ من عطف على بعت وملّكت شبهَهما[٢] أو ما يقوم مقامهما إذ إرادة خصوص لفظ «شريتُ» من هٰذا[٣] بعيد[٤] جدّاً وحمله[٥] على إرادة ما يقوم مقامهما في الّلغات الأخر[٦] للعاجز عن العربيّة أبعد[٧] فيتعيّن إرادة ما يرادفهما[٨] لغةً أو عرفاً فيشمل[٩] «شريتُ» و «اشتريتُ» لكنّ الإشكال

---

(١) أي صحّة الإيجاب بلفظ (اشتريتُ) من عبارة غير العلّامة في التّذكرة أيضاً لأنّ جمعاً من الفقهاء بعد أن ذكروا صيغتي (بعت وملّكت) عطفوا عليهما (و ما أشبههما أو ما قام مقامهما) ومن جملة ما أشبههما لفظ (اشتريتُ).

(٢) أي بأن قال إيجاب البيع بعتُ وملّكتُ وشبههما.

(٣) أي من (شبههما) و (ما يقوم مقامهما).

(٤) وجه البعد أنّه لو كان لفظ واحد لجيء به و لا داعي للإتيان بلفظ كلّي مثال شبههما وما يقوم مقامهما ممّا لا مصداق له إلّا واحد حيث إنّ المتعارف أن يأتى باللّفظ الكلّي فيما إذا كان هناك أفراد متعدّدة.

(٥) أي حمل لفظ (شبههما) و (مايقوم مقامهما).

(٦) كالهنديّة والفارسيّة والتّركيّة ونحوها.

(٧) أي حمل لفظ (شبههما) أو ما يقوم مقامهما على إرادة لفظ يكون بمعنى (بعتُ) و (ملّكتُ) في اللّغة غير العربيّة نظر: (فروختم) و (تمليك كردم) مكان (بعتُ) و (ملّكتُ) أبعد من الحمل الأوّل وهوالحمل على إرادة خصوص (شريت) وجه الأبعديّة معلوم لأنّ الظّاهر أنّ محلّ كلام الفقهاء هو في لغة العرب مع أنّ القائل لو أراد من لفظ (شبههما) أو (ما يقوم مقامهما) مرادفهما من اللّغة الهنديّة والفارسيّة وغيرهما فكان ينبغي له أن يقول إيجاب البيع (بعتُ) و(ملّكتُ) ومرادفهما من اللّغة الفارسيّة والتّركيّة لا أن يقول (شبههما) أو (مايقوم مقامهما) بدون القيد وهٰذا واضح لمن له بصيرة.

(٨) أي يرادف (بعتُ) و (ملّكتُ) لغةً أو عرفاً.

(٩) أي يشمل شبههما و ما يقوم مقامهما (شريت واشتريت).

المتقدّم[١] في «شريتُ» أولىٰ بالجريان هنا[٢] لأنّ[٣] «شريتُ» استعمل في القرآن الكريم في البيع بل لم يستعمل فيه[٤] إلّا فيه بخلاف اشتريت[٥] ودفع[٦] الإشكال في تعيين المراد منه[٧] بقرينة تقديمه الدّال على كونه إيجاباً إمّا بناءً على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وإمّا لغلبة ذلك[٨] غيرُ صحيح[٩] لأنّ الاعتماد على القرينة غير اللّفظيّة في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه[١٠] إلّا[١١] أنْ يدّعى أنّ ما ذُكِرَ سابقاً من اعتبار الصّراحة مختصّ بصراحة اللّفظ من حيث دلالته

---

(١) أقول المراد من الإشكال المتقدّم ما صرّح المصنّف بقوله (وربّما يستشكل فيه بقلّة استعماله عرفاً في البيع وكونه محتاجاً الى القرينة المعنيّة... الخ).

(٢) أي في لفظ (اشتريت) ووجه الأولويّة هو اشتمال لفظ (اشتريت) على تاء المطاوعة.

(٣) قوله (لأنّ) علّة لأولويّة جريان الإشكال في (اشتريت).

(٤) أي لم تستعمل كلمة (شريت) في القرآن الكريم إلّا في البيع.

(٥) فإنّه لم يستعمل في إنشاء الإيجاب واستعمل في القرآن الكريم في الشّراء.

(٦) قوله (ودفع) مبتدأ خبره (غير صحيح) ومراده بالإشكال هو قوله (لكنّ الإشكال المتقدّم في شريت أولىٰ بالجريان هنا). (٦) أي من لفظ اشتريت.

(٨) أي لغلبة تقديم الإيجاب على القبول فحاصل وجه الدّفع هو أنّ إنشاء الإيجاب فلا بأس به ثمّ اعلم أنّ القرينة عبارة عن لزوم تقديم الإيجاب على القبول أو غلبة ذلك الموجبة لظهور (اشتريت) مع التّقديم في إنشاء الإيجاب.

(٩) أقول قد عرفت في ص٤٩ عند قوله: (وهذا بخلاف اللّفظ الّذي يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال... الخ).

(١٠)

(١١) أقول محصّل الاستثناء أنّ اعتبار صراحة الدّلالة مختصّ بتشخيص عنوان العقد كالبيع وتمييزه عمّا عداه من سائر العقود لا في تمييز الإيجاب عن القبول في عقدٍ قد تميّز عنوانه عن غيره من العقود والمفروض في المقام تميّز العقد وهو البيع عن سائر العقود فلا تعتبر الصّراحة في الدّلالة على الإيجاب بل تكفي الدّلالة عليه بالقرينة المقاميّة.

على خصوص العقد وتميّزه[١] عمّا عداه من العقود وأمّا تميّز إيجاب عقد معيّن عن قبوله الرّاجع الى تميّز البايع عن المشتري فلايعتبر فيه[٢] الصّراحة بل يكفي استفادة المراد و لو بقرينة المقام[٣] أو غلبته أو نحوهما وفيه[٤] إشكال وأمّا القبول[٥] فلا ينبغي الإشكال في وقوعه بلفظ قبلت ورضيت واشتريت وشريت[٦] وابتعت وتملّكت وملكت مخفّفاً وأمّا بعت[٧] فلم ينقل إلّا من الجامع[أ] مع أنّ[٨]

---

(١) أي تميّز العقد عمّا عداه من سائر العقود مثلاً لا يأتي بلفظ الصّلح ويريد البيع.

(٢) أي في تميّز البايع عن المشتري.

(٣) أي مقام تقديم الإيجاب على القبول إذا قلنا بجواز تقديم الإيجاب.

(٤) يعني في عدم اعتبار الصّراحة في لفظ الإيجاب وتردّده بين الإيجاب والقبول وتعيّن أحدهما بالقرينة إشكال وجه الإشكال ظهور كلماتهم في عموم المنع لذلك هذا ولكن فيه مالا يخفى ولذا قال السّيد ﷺ في الحاشية لا إشكال فيه لأنّا إن ساعدنا على ماادّعاه فإنّما نساعده في أصل المادّة وأمّا الخصوصيّات فلا يجب أن يكون تمامها باللّفظ.

(٥) أقول حاصل هذا المبحث على ما أفاده المصنّف ﷺ هو أنّه لا ينبغي الإشكال في وقوع القبول بلفظ (قبلت) الى آخر ما في المتن واشتراك بعضها لفظيّاً أو معنويّاً غير قادح بعد الإحتفاف بالقرينة المقاليّة أو الحاليّة على تعيين المعنىٰ المقصود.

(٦) لفظ اشتريت في المتن مأخوذ من شريت بمعنىٰ بعت ولفظ شريت مأخوذ منه مقابل بعت وبعبارة أخرىٰ الأوّل مأخوذ من (شريت) بمعنى (بعت) فيكون بمعنى (ابتعت) والثّاني مقابل (بعت) لفرض كون (شريت) من الأضداد.

(٧) بأن يقول البايع بعتك هذا الكتاب بدراهم فيقول المشتري أيضاً (بعت) أقول حكىٰ عن جماعة من أهل اللّغة انّ لفظ بعت مشترك بين البيع والشّراء ولذا ذكر في المصباح أنّ البيع في الأصل مبادلة مالٍ بمالٍ وعليه فلامانع عن استعماله في القبول غاية الأمر أنّه يتميّز بين المعنيين بالقرائن الحاليّة أو المقاليّة ولو سلّمنا اختصاص هذا اللّفظ بالإيجاب و لو بالوضع التّعييني لكثرة استعماله فيه لكان استعماله في القبول مجازاً ومن المعلوم أنّه لا مانع عن استعمال الألفاظ المجازيّة فيه كما لا مانع عن استعمالها في الإيجاب.

المحكيّ عن جماعة من أهل اللّغة[١] اشتراكه[٢] بين البيع والشّراء ولعلّ الإشكال[٣] فيه[٤] كإشكال اشتريت في الإيجاب.

واعلم انّ المحكيّ عن نهاية الأحكام[ج] والمسالك أنّ الأصل في القبول قبلت وغيره[٥] بدل لأنّ القبول على الحقيقة ممّا لا يمكن به الإبتداء [د] والإبتداء بنحو اشتريت وابتعت ممكن وسيأتي توضيح ذلك في اشتراط تقديم الإيجاب ثمّ إنّ في انعقاد القبول بلفظ الإمضاء والإجازة والانفاذ وشبهها

---

(٨) قوله (مع أنّ المحكيّ... الخ) تأييدٌ للجامع.

(١) قال في مجمع البحرين (والبيع الإيجاب والقبول) ومراد المصنّف ﷺ أنّه مع قول جماعة من اللّغويّين باشتراك لفظ (البيع) بين البيع والشّراء كيف لم يَذْكُرْ لفظ (بعت) من ألفاظ القبول إلّا يحيىٰ بن سعيد في جامعه على ما حكاه السّيد العاملي من قوله (والقبول: قبلتُ أو شريتُ أو بعتُ... الخ)[ب].

(٢) أي اشتراك لفظ البيع.

(٣) وهو قلّة استعمال لفظ (بعتُ) في القبول كما كان قلّة استعمال لفظ (اشتريت) في الإيجاب.

(٤) أي في لفظ (بعتُ).

(٥) أي غير قبلتُ بدل عنه.

(أ) الجامع للشّرايع في الفقه ليحيىٰ بن سعيد وهو ابن عمّ المحقّق ﷺ وسبط محمّد بن إدريس الحلّي.

(ب) راجع مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٥٢.

(ج) نهاية الأحكام، ج ٢، ص ٤٤٨، مسالك الأفهام، ج ١، ص ١٧١.

(د) راجع مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٢.

وجهين[١] فرع لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة[٢] بين الإيجاب والقبول ثمّ اختلفا في تعيين الموجب والقابل[٣] إمّا بناءً على جواز تقديم القبول وإمّا من جهة

---

(١) أقول أحدهما عدم الصّحة وعدم انعقاد القبول بها وذلك لأنّ عنوان الإمضاء والإجازة والانفاذ لا يتعلّق إلّا بما له مضيّ وجواز ونفوذ ومن المعلوم أنّ ما يترقّب منه ذلك هو السّبب التّام وهو العقد أي الإيجاب والقبول لتقوّم السّبب المترقّب منه التّأثير في الملكيّة بهما معاً فعندئذٍ لا معنىٰ للتّسبيب بقوله أمضيتُ وأجزتُ وأنفذتُ إلّا في مثل العقد الفضولي.

الثّاني الصّحة وانعقاد القبول بها لأنّ هٰذه العناوين بما أنّها من لوازم تحقّق العقد بلحوق القبول للإيجاب ويكون القبول ملزوماً لها فإنشاء القبول بهٰذه الألفاظ من قبيل الاستعمال الكنائي وقد عرفت جواز الإنشاء بالكنايات فلا مانع عن الإنعقاد بل هو الأقوىٰ كما في رضيت لاشتراك جميع هٰذه الألفاظ في إفادة القبول بالإيجاب المقوّم لمفهوم القبول واستعمالها إيقاعاً مستقلّاً في بعض الموارد في قبال جزئي العقد كما في عقد المكره والفضولي غير قادحٍ لإطلاق دليل النّفوذ بهٰذه الألفاظ.

(٢) كلفظ الشّراء مثلاً فإنّه مشترك بين البيع والاشتراء.

(٣) أقول لو كان لفظ مشترك بين الإيجاب والقبول كلفظ الشّراء مثلاً و لم يعلم تقديم أحدهما حتّىٰ تميّز البايع من المشتري أو علم بالتّقارن وقلنا بصحّته و لم يكن هناك جهة مميزّة أخرىٰ فالحكم التّحالف لأنّ كلّاً منهما مدّع ومنكر ولكن هٰذا فيما إذا كان الأثر الشّرعي مترتّباً علىٰ كلّ واحدة من الدّعويين كما لو كان كلٌّ من العوضين حيواناً وبنىٰ على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري كما لو بيع الحمار بالشّاة فادّعىٰ مَن انتقل إليه الحمار أنّه المشتري وأنّ له الخيار وكذا ادّعىٰ مَن انتقلت إليه الشّاة أمّا لو كان الأثر الشّرعي مترتّباً على إحدىٰ الدّعويين دون الأخرىٰ. كما لو كان أحد العوضين حيواناً والآخر ثوباً فادّعىٰ مَن انتقل إليه الحيوان أنّه اشتراه بالثّوب يكون له الخيار وقال مَن انتقل إليه الثّوب إذا اشتريت الثّوب به وأنت بعت الثّوب بالحيوان فالحيوان ثمن لا مبيع فلا خيار لك فالقول عندئذ قول الثّاني وعليه اليمين لأصالة عدم الخيار.

اختلافهما في المتقدّم فلا يبعد الحكم بالتّحالف[١] ثمّ عدم[٢] ترتّب الآثار المختصّة بكلّ من البيع والاشتراء على واحد منهما[٣].

«اعتبار العربيّة في العقد»

«مسألة»: المحكيّ عن جماعة منهم السّيد عميد الدّين والفاضل المقداد والمحقّق والشّهيد الثّانيان[أ] اعتبار العربيّة في العقد[٤] للتّأسّي كما في جامع

---

(١) لأنّ كلّاً منهما مدّعٍ ومنكر حيث إنّه يدّعي كلٌّ منهما أنّه مشتري الحيوان وينكره الآخر.

(٢) قوله (عدم ترتّب الآثار) معطوف على قوله (التّحالف).

(٣) أي من المتعاقدين.

(٤) أقول ذهب جمع كثير من أكابر الأصحاب الى اعتبار العربيّة في صيغ العقود لوجوه ثلاثة:

١ ـ التّأسّي والاقتداء بالنّبي ﷺ فإنّ النّبي ﷺ والأئمة عليهم السلام كانوا يعاملون بالعربيّة وينشئون العقود والإيقاعات بألفاظها ومن المعلوم أنّ فعلهم حجّة كما إنّ قولهم وتقريرهم حجّتان والجواب عنه: أنّ النّبي ﷺ وإن كان عارفاً باللّغات وقادراً على إنشاء العقود والإيقاعات بأيّة لغة إلّا أنّ قومه ﷺ كانوا عربيّ اللّسان ولم يعرفوا سائر اللّغات غالباً وعندئذ فعدم صدور الإنشاءات العربيّة منه ﷺ بغير اللّغة العربيّة إنّما هو لعدم ابتلائه بذلك وعليه فلا يكشف فعله هذا عن عدم جواز الإنشاء بغير

=

(أ) راجع التّنقيح للفاضل المقداد ﷺ ج ٢، ص ١٨٤. و ج ٣، ص ٧. وجامع المقاصد ج ٤، ص ٥٩ ـ ٦٠ و ج ١٢، ص ٧٤. مسالك الأفهام ج ١، ص ٤٤٤. وكلام السّيد عميد الدّين ﷺ مذكور في مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٦٢ نقلاً عن حواشي الشّهيد ﷺ على القواعد.

=

المقاصد[أ] ولأنّ عدم صحّته بالعربي غير الماضي[١] يستلزم عدم صحّته بغير العربي بطريق أولىٰ وفي الوجهين ما لا يخفىٰ[٢] وأضعف منهما[٣] منع صدق العقد

= اللّغة العربيّة غاية الأمر أنّ العربيّة مطلوبة والمطلوبيّة لا تستلزم فساد الإنشاء بغيرها بعد شمول العمومات والإطلاقات له.

٢ ـ أنّ عدم صحّة الإنشاء بالعربي غير الماضي يستلزم عدم صحّته بغير العربي بطريق أولى والجواب أنّ دعوىٰ الأولويّة ممنوعة فيما نحن فيه واعتبار الماضويّة في العقود كما سيأتي لا دليل عليه.

٣ ـ إنّ مفهوم العقد لا يتحقّق في الخارج إلّا بالإنشاء بالألفاظ العربيّة وعليه فالإنشاء بغيرها خارج عن حدود العقد موضوعاً.

والجواب أنّ هٰذا لا يساعده الدّليل عقليّاً كان أو نقليّاً و لا شاهد على اعتبار العربيّة من العرف واللّغة وعليه فيكون الإنشاء بغير ألفاظ العربيّة مشمولاً للعمومات والمطلقات الدّالة على صحّة العقود ولزومها.

(١) أقول قوله (ولأنّ) دليل ثانٍ لاعتبار العربيّة في العقد.

(٢) أقول المراد من الوجهين التّأسّي والأولويّة. أمّا عدم تماميّة التّأسّي فواضح لأنّه لا يصلح لتقييد إطلاقات الصّحة والنّفوذ الشّامل لغير العربي وأمّا عدم تماميّة الأولويّة فهو يظهر من ملاحظة أدلّة الماضويّة وعدم تماميّتها على أنّ الماضويّة ليست من خصوصيّات اللّغة العربيّة لكي يقال إنّ اعتبارها يستلزم اعتبار العربيّة بل هي خصوصيّة في كلّ لغة.

(٣) أي من الوجهين.

(أ) جامع المقاصد ج ٤، ص ٥٩ وما ذكره المصنّف؛ بقوله: لأنّ عدم صحّته.. الخ، هو استدلال المحقّق الثّاني؛ في تعليقه على إرشاد العلّامة. راجع مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٦٤.

على غير العربي[١] مع التّمكن من العربي فالأقوىٰ صحّته[٢] بـغير العـربي وهـل يعتبر عدم اللّحن من حيث المادّة والهيئة[٣] بناءً على اشـتراط العـربي الأقـوىٰ

---

(١) أقول وجه الضّعف أنّ العقد من مقولة المعنىٰ فلا معنىٰ لعدم صدقه على غير العربي وصدقه على العربي على أنّ معنىٰ العقد هو العهد المؤكّد المستوثق ومن المعلوم أنّه لم يؤخذ في مفهومه وقوع العهد بالعربيّة فلم يبق معنىٰ لمنع الصّدوق صدق مفهومه على غير العربي مع التّمكّن منه بعدما عرفت أنّ مفهومه لا يختلف بالتّمكّن وعدمه.

(٢) أي صحّة العقد بغير العربي أقول وجه الصّحة وكونها أقـوىٰ صـدق التّـجارة الدّالة والبيع وعناوين العقود عليه فهو مقتضى العمومات والاطلاقات الدّالة على صـحّة العقود ونفوذ البيع والتّجارة.

(٣) أقول الظّاهر أنّ هٰذا بحث مستقلٌ غير مرتّب على اعتبار العـربيّة كـما يـظهر مـن المصنّف ﷺ وإن كان الفضل له كلّه وهو أنّه هل يعتبر عدم اللّحن في اللّفظ الّذي ينشأ به المعاملة أم لا وقبل الشّروع في البحث والنّقض و الإبرام حوله ينبغي أوّلاً بـيان ضابطٍ ليكون هو المعيار في المقام.

فنقول اللّحن سواء كان في المادّة كما لو قال جوّزتُكَ بدل زوّجتُكَ أو وزّجتُكَ بدله أو الهيئة كما لو قال بَعتُكَ بفتح الباء بدل الكسر إن كان بنحو يضرّ بظهور الكلام عرفاً في إرادة المعاملة الخاصّة ويعدّ غلطاً في نظر أهل العرف وذلك كلفظ بغت بـدل بـعت ولفظ جوّز و وزّج بدل زوّج اعتبر عدمه لما عرفت من لزوم كون الإنشاء بلفظٍ يكون مظهراً لتلك المعاملة عرفاً والألفاظ المذكورة ليست كذلك وإن كان بـنحوٍ لا يـضرّ بظهور الكلام عرفاً كما لو قال بعتُكَ بالفتح صحّ العقد و لا يعتبر فيه عدمه للعمومات ؛ لأنّها شاملة لما كان عقداً ومبرزاً عرفاً نعم على القول بلزوم الاقتصار على المتيقّن من الأسباب لابدّ من العقد الغير الملحون ولكنّك قد عرفت أنّه بمراحل عن الواقـع ولعلّه الى ما ذكرنا نظر كلام فخر الإسلام ﷺ حيث فصّل بين مثال بَعتُكَ وبين قوله جوّزتُكَ فصحّح الأوّلَ دون الثّاني لا ما ذكره المصنّف إذ لازم كلامه صـحّة العـقد بوزّجتُكَ إذ لا معنى صحيح له سوىٰ التّزويج مع أنّه فاسد قطعاً لما عرفته.

ذلك[١] بناءً على أنّ دليل اعتبار العربيّة هو لزوم الاقتصار على المتيقّن[٢] من أسباب النّقل وكذا[٣] اللّحن في الإعراب وحكى[أ] عن فخر الدّين «الفرقُ بين ما لو قال: بَعْتُكَ بفتح الباء، وبين لو قال: جَوَّزتُكَ بدل زَوَّجتُكَ، فَصَحَّح الأوّلَ دونَ الثّاني، إلّا مع العجز عن التعلّم والتّوكيل» ولعلّه[٤] لعدم معنىً صحيح في الأوّل إلّا البيع بخلاف التّجويز[٥] فإنّ له معنىً آخر فاستعماله في التّزويج غير جائز ومنه[٦] يظهر أنّ اللّغات المحرّفة[٧] لا بأس بها إذا لم يتغيّر بها المعنىٰ ثمّ هل المعتبر عربيّة

---

(١) أي اعتبار عدم اللّحن سواء كان في المادّة أو الهيئة.

(٢) وهو العقد الغير الملحون من حيث المادّة والهيئة هٰذا ولكنّك عرفت عدم تماميّة هٰذا البناء.

(٣) بأن يقول في قولنا بعتُكَ هٰذا الكتابُ بضمّ الباء بدل الفتح فيعتبر عدمه أيضاً بناءً على لزوم الاقتصار على المتيقّن من الأسباب.

(٤) أي الفرق المحكيّ عن الفخر المحقّقين.

(٥) أي بخلاف التّجويز في (جوّزتُك).

(٦) أي من الفرق المحكيّ عن الفخر المحقّقين.

(٧) أقول مراده ﷺ باللّغة المحرّفة هي الكلمة الّتي تتغيّر فيها هيئتها بتضعيف حرفٍ مخفّفٍ أو بالعكس أو فتح الحرف المكسور مثل بَعتُكَ بفتح الباء الّذي لا يتغيّر به المعنىٰ لا بأس به لأن يستعمل في العقد ومثل بعض اللّغات وكلمات أعراب عصرنا حيث يحذفون بعض الموادّ والحروف منها ويبدّلونه بخلاف جوّزتك بدل زوّجتُك فاستعماله في التّزويج غير جائز لتغيّر المعنىٰ.

(أ) الحاكي هو الفقيه العاملي ﷺ عن الشّهيد في حواشيه على القواعد عن فخر الدّين. راجع مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٦٣.

جميع أجزاء الإيجاب والقبول كالثّمن و المثمّن[١] أم يكفي عربيّته الصّيغة الدّالة على إنشاء الإيجاب والقبول حتّىٰ لو قال «بعتُكَ اين كتاب را بده درهم» كـفىٰ

---

(١) أقول يقع البحث في المقام في موضعين:

الأوّل: أنّه هل يعتبر ذكر المتعلّقات كالعوضين وغيرهما في عقد البيع بحيث إذا لم يذكر لم ينشأ البيع أم لا ؟

الثاني: أنّه على تقدير اللّزوم هل يعتبر أن يكون بالعربيّة أم لا؟

أمّا الأوّل فقد استظهر بعض المحشّين لزوم ذكر خصوص العوضين وعلّله بأنّ العوضين في البيع نظير الزّوجين في النّكاح إذ المبادلة إنّما تكون بين المالين، فلابدّ من إنشاء هٰذا المعنىٰ فإذا لم يذكر الثّمن والمثمّن لم ينشأ البيع و لو كان من قصده تبديل المالين لأنّ القصد المجرّد لا عبرة به في إنشاء المعاملات. نعم لابأس بحذف المتعلّقات مع قيام القرينة عليها.

وأمّا الثّاني، أعني اعتبار العربيّة في العقود كما عرفت فهو مما يقطع بعدمه كيف لا فلو كانت معتبرة لكان على كلّ مكلّف تعلّم صيغ العقود كوجوب تعلّم الصّلاة لأنّ ابتلاء النّاس بالمعاملات كابتلائهم بالعبادات و لا يمكن توكيل العارف بلغة العرب غالباً فيلزم سدّ باب المعاش فعندئذ كلّ ما صدق عليه عنوان العقد والعهد يصحّ إنشاؤه به سواء كان من العقود أو الإيقاعات متقوّمة بالاعتبار النّفساني المبرز بمبرز خارجي سواء كان هٰذا المبرز فعلاً أم قولاً وسواء كان القول عربيّاً أم كان غير عربيّ وعليه فلابأس بقول القائل (بعتُ اين ساعت را به بيست درهم) ويؤيّد ما ذكرنا بل يدلّ عليه ما عن العلاء[أ] قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرّجل يريد أن يبيع بيعاً يقول أبيعُكَ بده دوازده فقال لابأس إنّما هٰذه المراوضة فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة.

(أ) العلاء بن الفضل بن يسار ثقة والعلاء بن رزين القلاء ثقة والعلاء بن المقعد ثقة والعلاء بن يحيىٰ ثقة صرّح به العلّامة والنّجاشي فراجع.

والأقوىٰ هو الأوّل[١] لأنّ غير العربي كالمعدوم فكأنّه[٢] لم يُذْكَرْ في الكلام[٣] نعم لو لم يعتبر ذكر متعلّقات[٤] الإيجاب كما لا يجب[٥] في القبول واكتفىٰ بانفهامها[٦] و لو من غير اللّفظ[٧] صحّ[٨] الوجه الثّاني لكن الشّهيد ﷺ في غاية المراد[أ] في مسألة تقديم القبول نصّ على وجوب ذكر العوضين في الإيجاب ثمّ انّه هل يعتبر كون المتكلّم عالماً تفصيلاً بمعنىٰ اللّفظ بأنْ يكون فارقاً بين معنى «بعتُ وأبيعُ و أنا بايع» أو يكفي مجرّد علمه[٩] بأنّ هٰذا اللّفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع؟

---

(١) أي اعتبار عربيّة جميع الأجزاء أقول هٰذا بناءً على أنّ ذكر متعلّقات الإيجاب لازم لا مطلقاً.

(٢) أي فكأنّ غير العربي.

(٣) ولعلّ وجهه هو أنّه لا يلزم منه الفصل بين الإيجاب والقبول بالأجنبي لأنّ تلك المتعلّقات مرتبطة معنىً بالصّيغة الّتي أنشأ بها العقد وإنْ لم يكن الكلام جارياً على قانون الاستعمال.

(٤) أقول المراد من المتعلّقات العوص والمعوّض والشّرط والأجل كأن يقول بعتُكَ هٰذا الكتاب بعشرة دراهم الى أجلٍ معلوم بشرط أن تخيط لي ثوباً مثلاً.

(٥) يعني كما لا يجب ذكر المتعلّقات في القبول.

(٦) أي بانفهام المتعلّقات.

(٧) كالقرائن الحاليّة والمقاليّة.

(٨) كلمة (صحّ) جواب لِـ(لو) في قوله (لو لم يعتبر) والمراد بالوجه الثّاني هو كفاية عربيّة الصّيغة فقط أعني بعتُ قبلتُ دون المتعلّقات و ما في بعض النّسخ من لفظ الأوّل بدل الثّاني فهو من طغيان القلم.

(٩) أي علم المتكلّم.

(أ) غاية المراد: ٨١.

الظّاهر هو الأوّل[١] لأنّ عربيّة الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام بل بقصد المتكلّم منه المعنىٰ الّذي وُضِعَ له عند العرب فلا يقال إنّه تكلّم وأدّىٰ المطلب على طبق لسان العرب إلّا ميّز[٢] بين معنى بعتُ وأبيعُ و أوجدتُ البيع وغيرها بل على هٰذا[٣] لا يكفي معرفة أنّ «بعتُ» مرادف لقوله «فروختم» حتّىٰ يعرف أنّ الميم في الفارسي عوض تاء المتكلّم فيميّز بين «بعتُكَ وبعْتُ» بالضمّ و «بعتَ» بفتح التّاء فلا ينبغي ترك الاحتياط وإنْ كان في تعيّنه[٤] نظر ولذا نصّ بعض على عدمه[٥].

---

(١) أي اعتبار كون المتكلّم عالماً تفصيلاً بمعنىٰ اللّفظ.

(٢) بين معنى بعتُ وأبيعُ و أوجدتُ البيع أي الماضي والمضارع والمصدر وغيرها.

(٣) أي هٰذا الّذي ذكرنا من لزوم كونه مميّزاً مفرّقاً وعارفاً باللّغة تفصيلاً.

(٤) أي القول الأوّل أعني اعتبار كون المتكلّم عالماً تفصيلاً بمعنىٰ اللّفظ. أقول بل فيه منع واضح لعدم الدّليل على اعتبار العلم بمضمون الصّيغة على التّفصيل المذكور في المتن بل الاعتبار بهٰذا النّحو مقطوع العدم للسّيرة القطعيّة على خلافه إذ لا يطّلع على خصوصيّة الصّيغة على النّحو المذكور إلّا الأوحدي من النّاس أمّا العوام منهم فلا يلتفتون الى خصوصيّاتها على الكيفيّة المذكورة ومع ذٰلك ينشئون بها العقود والإيقاعات ومن الواضح أنّ هٰذا الأمر متعارف بينهم قديماً وحديثاً والرّدع عنه لم يثبت في الشّريعة وإلّا لاشتهر و بأن ضرورة ابتلاء النّاس بالمعاملات كابتلائهم بالعبادات الضّروريّة الّتي اتّضح حكمها في الشّريعة المقدّسة كالصّلاة والصّوم والحجّ ونحوها. نعم اعتبار كون المتكلّم عالماً بمعنىٰ اللّفظ في الجملة ممّا لا ريب فيه لأنّ استعمال اللّفظ في المعنىٰ يتوقّف على لحاظ اللّفظ والمعنىٰ و إلّا فلا يعقل ذٰلك الإستعمال ويكون التّلفّظ مجرّد لقلقة اللّسان وليس تكلّماً ولكن هٰذا بمراحل عن اعتبار العلم التّفصيلي بالكيفيّة المخصوصة لا يقتضيه.

(٥) أي عدم القول الأوّل وإن استظهر بعض المحشّين رجوعه كقوله (و إن كان في تعيّنه نظر) وكقوله فلا ينبغي ترك الاحتياط) الى الفقرة الأخيرة وهي قوله بل على هٰذا لا يكفي.

«مسألة»[١]: المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضويّة[٢] بل في التّذكرة الإجماع على عدم وقوعه[٣] بلفظ أبيعك أو إشتر منّي ولعلّه[٤] لصراحته[٥] في الإنشاء[٦] إذاً المستقبل أشبه[٧] بالوعد والأمر استدعاء[٨] لا إيجاب مع[٩] أنّ قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف وعن القاضي[أ] في الكامل[١٠] والمهذّب

---

(١) أي هٰذه مسألة متكفّلة لشرط الهيئة الإفراديّة للصّيغة وهي اعتبار الماضويّة وعدمه.

(٢) قوله (اشتراط الماضويّة) خبر لمبتدأ مقدّم وهو قوله (المشهور).

(٣) أي العقد.

(٤) أي ولعلّ اشتراط الماضويّة لأجل صراحة الماضي في الإنشاء.

(٥) أقول المراد بصراحة الماضي صراحته في الإنشاء لا الصّراحة في الوضع اللّغوي ضرورة عدم وضع صيغة الماضي لذٰلك.

(٦) والصّراحة معتبرة في العقد.

(٧) وإذا كان أشبه بالوعد فلا يكون ظاهراً في الإنشاء.

(٨) كقول القائل (إشتر منّي) استدعاء يعني طلب لإيجاب البيع لا إيجاب له.

(٩) أقول فإذا كان خلاف المتعارف يكون غير صحيح وإن أتىٰ بقرينة تدلّ على المراد وهٰذا دليل ثانٍ لعدم كفاية المضارع وبعبارة أخرىٰ أنّ قصد الإنشاء من صيغة المضارع على خلاف المتعارف ولأجل أنّ أدلّة صحّة العقود منصرفة الى العقود المتعارفة فلا تشمل العقد الواقع بصيغة المضارع لكونه على خلاف المتعارف فيقع باطلاً.

(١٠) كتاب الكامل مخطوط.

(أ) عبد العزيز بن أبي كامل الطّرابلسي القاضي ابن البرّاج صاحب كتاب المهذّب والكامل والاشراف والموجز والجواهر. راجع المهذّب ج١، ص٣٥٠ ومفتاح الكرامة ج٤، ص١٦٢.

عدم اعتبارها ولعلّه[١] لاطلاق البيع والتّجارة وعموم العقود[٢] و ما[٣] دلّ في بيع الآبق واللّبن في الضّرع[٤] من الإيجاب بلفظ المضارع وفحوىٰ ما

---

(١) أي لعلّ عدم اعتبار الماضويّة.

(٢) أي عموم العقود في (أوفوا بالعقود) فإنّ كلّاً من قوله سبحانه ﴿أحلّ الله البيع﴾ وقوله ﴿إلّا أن تكون تجارةً عن تراضٍ﴾ وقوله ﴿أوفوا بالعقود﴾ صادق فيما إذا أتىٰ بلفظ المضارع أو ما أشبه.

(٣) قوله (ومادلّ) معطوف على (إطلاق البيع) يعني لعلّ عدم اعتبار الماضويّة لأجل رواية دلّت على صحّة بيع العبد الآبق مع الضّميمة بصيغة المضارع كصحيحة رفاعة النّحاس قال: (سألتُ أبا الحسن عليه السلام قلت له أيصلح لي أنْ أشتري من القوم الجارية الآبقة وأعطيهم الثّمن وأطلبها أنا؛ قال: لا يصلح شراؤها إلّا أنْ تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً فتقولَ لهم: أشتري منكم جاريتكم فلانة وهٰذا المتاع بكذا وكذا درهماً فإنّ ذٰلك جائز)[أ]. وتقريب الإستدلال بها أنّه عليه السلام عَلّمَ رفاعة النّحاس إنشاءَ شراء الجارية الآبقة مع ضميمتها بأن يقول للقوم (أشتري منكم...) وظهور الصّحيحة في انعقاد المعاملة بصيغة المضارع ممّا لا ينكر.

وكموثّقة سماعة الّتي وردت في بيع اللّبن في الضّرع من صحّته بصيغة الأمر قال: (سألته عن اللّبن يُشترىٰ وهو في الضّرع؛ فقال: لا إلّا أنْ يحلب لك منه أُسكُرّجة. فيقول: إشتر منّي هٰذا اللّبن الّذي في الأسكرّجة وما في ضروعها بثمنٍ مسمّى فإنْ لم يكن في الضّرع شيءٌ كان ما في الأسكرجة)[ب].

فإنّ الرّواية الأولىٰ بلفظ المضارع والثّانية بلفظ الأمر.

(٤) قد صرّحنا بأنّ رواية بيع اللّبن متضمّنة لإيجاب البيع بصيغة الأمر لا المضارع ولعلّ المراد عدم خصوصيّته في صيغة الماضي سواء كانت بلفظ المضارع أم الأمر.

(أ) وسائل الشّيعة ج١٢، ص٢٦٢، الباب ١١، الحديث ١.

(ب) وسائل الشّيعة ج١٢، ص٢٥٩، الباب ٨، الحديث ٢.

دلّ[١] عليه[٢] في النّكاح و لا يخلو هذا[٣] من قوة لو فرض صراحة المضارع في الإنشاء علىٰ وجه لا يحتاج الى قرينة المقام فتأمّل[٤].

هل يعتبر تقديم الإيجاب على القبول ؟

«مسألة»: الأشهر كما قيل[ب] لزوم تقديم الإيجاب على القبول[٥]

---

(١) كرواية أبان بن تغلب. قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام كيف أقول لها إذا خلوتُ بها قال: تقول أتزوّجكِ متعةً على كتاب الله وسنّة نبيّه لا وارثةً و لا موروثةً كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً وتسمّي من الأجر (من الأجل) ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً فإذا قالت نعم فقد رضيت وهي إمرأتك وأنت أولىٰ النّاس بها)[أ].

(٢) أي على الإيجاب بلفظ المضارع.

(٣) أي عدم اعتبار الماضويّة في الإيجاب والقبول وصحّة إنشائها بلفظ المضارع.

(٤) أقول الأمر بالتّأمّل إشارة الى أنّ هذا المقدار من الصّراحة غير معتبرة في المضارع وإلّا يلزم فساد العقد بالماضي أيضاً لأنّ قرينة المقام لابدّ من الإعتماد عليها أيضاً في الإيجاب الماضي فكيف يكون قادحاً في صحّة الإيجاب بالمضارع.

(٥) أقول: الاقوال في هذه المسألة ثلاثة:

الأوّل: وهو الاشهر لزوم تقديم الايجاب على القبول مطلقاً، وبه أي بلزوم تقديم الإيجاب على القبول صرّح في الخلاف بقوله (إذا قال بعينه بألف، فقال بعتك) لم يصحّ البيع حتّى يقول المشتري بعد ذلك (إشتريت أو قبلت).

دليلنا أنّ ما اعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به انتهى.

=

(أ) وسائل الشّيعة ج ١٤، ص٤٦٦، الباب ١٨، الحديث ١.

(ب) القائل هو العلّامة الحلّي رحمه الله في كتابه مختلف الشّيعة الجزء الثّاني، ص١٧٨.

=

= وعن الوسيلة، لمحمد بن علي بن حمزة الطّوسي، والسّرائر لمحمّد بن إدريس الحلّي اشتراط تقديم الإيجاب على القبول، وعن التّذكرة والايضاح والتّنقيح: أنّه الاقوى، وعن المختلف أنّه الاشهر، وعن تعليق الإرشاد أنّه الاظهر، بل عن غاية المراد والمسالك حكاية الاجماع على ذلك عن الخلاف، وفي جامع المقصد وصيغ العقود أنّه الاصحّ.

وجه التّقديم امور ثلاثة:

الأوّل: الاجماع.

والثّاني: العمومات كقوله تعالى: (أوفوا بالعقود[أ]، وأحلّ اللهُ البيع[ب]، وقوله: (إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ[ج] لأنّها محمولة على العقود المتعارفة، ومن البيّن أنّه لم يتعارف تقديم القبول بلفظ قبلت أو رضيت على الايجاب.

والثّالث: فرعيّة القبول وكونه تابعاً للإيجاب توضيحه أنّ القبول الّذي هو أحد ركني العقد فرع الايجاب وتابع له فلا يعقل تقدّمه عليه ضرورة أنّ القبول ليس هو مجرّد الرّضا بالإيجاب لكي يلتزم بامكان تعلّق الرّضا بالأمر المتأخّر، بل المراد من القبول انّما هو الرّضا بالايجاب المتضمّن لنقل المال من الموجب الى القابل نقلاً فعليّاً.

ومن المعلوم أنّ هذا المعنى لا يتحقّق إلّا بتأخّر الرّضا عن الايجاب، وإلى ما ذكرنا أشار بقوله: ولعلّه الأصل بعد حمل آية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة كإطلاق البيع والتّجارة في الكتاب والسنّة، وزاد بعضهم أنّ القبول فرع الايجاب فلا يتقدّم =

(أ) سورة المائدة: الآية ١.

(ب) سورة البقرة: الآية ٢٧٦.

(ج) سورة النّساء: الآية ٣٣.

و به[١] صرّح في الخلاف[أ] والوسيلة[ب] والسّرائر[ج] والتّذكرة[د] كما عن

= عليه وأنّه تابع له، فلا يصحّ تقدّمه عليه انتهى، هٰذا تمام الكلام في المقام.

ويرد عليه أوّلاً: أنّه لا وجه لحمله العمومات على العقود المتعارفة، بل هي تشمل جميع العقود من غير فرق فيها بين المتعارف وغير المتعارف.

وثانياً: أنّه لا وجه لما ذكره من قيام الاجماع على توقّف العقد على القبول، لعدم الدّليل على اعتبار القبول في مفهوم العقد ولا في صحّته، ولا في لزومه حيث إنّ الموجب يبني العقد من قبل نفسه ثمّ يبعه القابل، فيتمّ أمر العقد المتوقّف على الطّرفين فليس فعل القابل نحو (شكر الله سعيك) الّذي يقال بعد تمام العمل، بل كلّ من الموجب والقابل (مملك) ومتملّك وطرف للمعاقدة والمعاهدة، لا ينقص احدهما عن الآخر شيئاً، لأنّه مقتضى معنى المعاهدة والمعاقدة، لأنّه أمر بين اثنين كلّ منهما طرف له من دون أيّ تفاوت من هٰذه الجهة.

وثالثاً: أنّه لا وجه لمنعه عن تقديم القبول بناءً على فرض القول بوجوب تركّب العقد من الإيجاب والقبول والقول بفرعيّته، وكونه تابعاً للإيجاب وكون القبول كالمطاوع لفعل الإيجاب حيث إنّه محلّ إشكالٍ بل منعٍ لإمكان تركّب العقد من إنشائين بأن يقول كلّ منهما ملّكتك ملكي هٰذا بإزاء ملكك، أو قالا قبلنا المبادلة بين المالين أو جعلت هٰذا المال بإزاء هٰذا المال ونحوها.

(١) أي بلزوم تقديم الإيجاب على القبول.

(أ) راجع الخلاف ج ٢، ص ١٨ من كتاب البيوع.

(ب) راجع الوسيلة ص ١ من كتاب البيوع.

(ج) راجع السّرائر كتاب المتاجر ص ٢١٣.

(د) راجع التّذكرة ج ١ كتاب البيع ص ٤٦٣.

الإيضاح[أ] وجامع المقاصد[ب] و لعلّه[١] الأصل[٢] بعد حمل آية[ج] وجوب الوفاء على العقود المتعارفة[٣] كاطلاق[٤] البيع والتّجارة في الكتاب والسنّة وزاد بعضهم[٥]: أنّ القبول فرع الإيجاب فلا يتقدّم عليه[٦] وأنّه[٧] تابع له فلا يصحّ تقدّمه[٨] عليه.

وحكى في غاية المراد[٩] عن الخلاف: الإجماع عليه[١٠]

---

(١) أي لعلّ تقديم الإيجاب على القبول.

(٢) الظّاهر أنّ المراد من الأصل الاستصحاب أي استصحاب بقاء كلّ من العوضين في ملك مالكه عند الشّك في سببيّة الإيجاب المتأخّر عن القبول.

(٣) وهي تقدّم الإيجاب على القبول.

(٤) أي كاطلاق (أحلّ الله البيع) و (أن تكون تجارة عن تراضٍ) حيث يحمل البيع والتّجارة على ما هو المتعارف في الخارج، وهو تقديم الإيجاب على القبول.

(٥) أي زاد بعض الفقهاء في الإستدلال على لزوم تقديم الإيجاب على القبول زيادة على الأصل الّذي ذكرناه، وعلى الآيات المذكورة (أنّ القبول فرع الإيجاب).

(٦) أي فلا يتقدّم القبول على الإيجاب.

(٧) أي القبول تابع للإيجاب.

(٨) أي لا يصحّ تقدّم القبول على الإيجاب وذلك لأنّ معنى المتبوع القبليّة كما أنّ معنى التّابع البعديّة.

(٩) غاية المراد في شرح (نكت) الإرشاد للشّهيد الأوّل ﷺ.

(١٠) أي على لزوم تقديم الإيجاب على القبول.

(أ) راجع ج١، إيضاح الفوائد شرح القواعد ص٤١٢.

(ب) راجع ج١، جامع المقاصد ص٢٠٩.

(ج) وهو قوله تعالى: (أوفوا بالعقود) سورة المائدة: الآية ١.

وليس[١] في الخلاف في هٰذه المسألة[٢] إلّا أنّ البيع مع تقديم الإيجاب متّفق عليه، فيؤخذ به، فراجع، خلافاً للشيخ في المبسوط[أ] في باب النّكاح.

بل ظاهر كلامه: عدم الخلاف في صحّته بين الاماميّة حيث إنّه بعد ما ذكر أنّ تقديم القبول بلفظ الامر في النّكاح بأن يقول الرّجل: (زوّجني فلانة) جايز بلا خلاف قال[٣] أمّا البيع إذا قال بِعنيها فقال: بعتكها صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين وقال قوم منهم لا يصحّ حتّى يسبق الإيجاب انتهى[٤] وكيف كان[٥] فنسبته القول الأوّل[٦] الى المبسوط مستندة الى كلامه في باب البيع، وأمّا في باب النّكاح فكلامه[٧] صريح في جواز

---

(١) أقول: قوله: (وليس الخ) اعتراض على الشّهيد ﷺ في غاية المراد من حيث إنّ الإتّفاق على صحّة البيع في صورة تقديم الإيجاب لا يستلزم الإجماع على اشتراط تقديم الايجاب على القبول، وكون البيع باطلاً في صورة تقديم القبول وهٰذا ممّا لا ريب.

(٢) يعني مسألة تقديم الإيجاب على القبول.

(٣) أي قال الشيخ الطّوسي ﷺ.

(٤) أي انتهى كلام الشيخ الطّوسي ﷺ.

(٥) يعني سواء كان تقديم القبول بلفظ الامر والإستيجاب كقول المشتري: (بِعنيها) وقول البايع: (بعتكها).

(٦) وهو لزوم تقديم الإيجاب على القبول وعدم جواز تقديم القبول.

(٧) أي كلام الشّيخ الطّوسي ﷺ.

(أ) راجع المبسوط ج ٤ ص ١٩٤ السّطر ٧ من كتاب النّكاح، وأيضاً ج ٢ ص ٨٧ السّطر ٦ من كتاب البيوع.

التّقديم[١] كالمحقّق ﷺ في الشّرايع والعلّامة في التّحرير والشّهيدين في بعض كتبهما وجماعة ممن تأخّر عنهما[٢] للعمومات[٣] السّلمية ممّا يصلح لتحصيصها وفحوى[٤] جوازه[٥] في النّكاح الثّابت بالأخبار مثل خبر أبان تغلب [ب] الوارد في كيفيّة الصّيغة المشتمل على صحّة تقديم القبول بقوله للمرأة أتزوّج متعة على كتاب الله وسنّة رسول الله ﷺ الى أن قال فإذا قالت نعم فهي امرأتك وأنت أولى النّاس

---

(١) أي جواز تقديم القبول.

اليك نص عبارة الشّيخ في المبسوط: (وأمّا إن تأخّر الإيجاب وسبق القبول فإن كان في النّكاح فقال الزّوج زوّجنيها فقال زوّجتكها صحّ وإن لم يعد الزّوج القبول بلا خلاف لخبر سعد السّاعدي وإن كان هذا في البيع فقال بعتكها صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين[أ].

(٢) أي عن الشّهيدين.

(٣) مراده ﷺ أنّ قوله تعالىٰ «أوفوا بالعقود» وقوله «أحَلَّ اللهُ البيع» وكذا قوله «إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ» شاملة لما كان القبول مقدّماً على الإيجاب و لا مخصّص لهذه العمومات يدلّ على إشتراط تقديم الإيجاب على القبول. هذا ولكن يمكن أنْ يقال إنّ التّمسّك بالإطلاق والعموم إنّما يحسن لو لم نقل بانصرافهما الى العقود المتعارفة بين النّاس وإلّا كما ادّعاه بعضهم فلا تفيد العموم ولكن في دعوىٰ ذلك تأمّل على ما يقتضيه ظاهر الجمع المحلّىٰ باللّام.

(٤) كلمة (فحوىٰ) عطف على العمومات، يعني جواز تقديم القبول في البيع لأولويّة الأخبار الدّالّة على جوازه في النّكاح، لأنّه إذا جاز تقديم القبول في النّكاح، مع كونه أهمّ في نظر الشّارع، كان جائزاً في البيع بطريق أولى.

(٥) أي جواز تقديم القبول.

(أ) المبسوط كتاب النّكاح ص ١٩٤.

(ب) الوسائل كتاب النّكاح ج ١٤ ص٤٦٦ الباب ١٨ الحديث ١.

بها ورواية سهل السّاعدي[١] المشهور في كتب الفريقين كما قيل المشتملة على تقديم القبول من الزّوج بلفظ زوّجنيها والتّحقيق[٢] أنّ القبول إمّا أن يكون بلفظ: قبلتُ ورضيتُ وإمّا أن يكون بطريق الأمر والإستيجاب[٣] نحو: بِعني، فيقول المخاطب: بعتُك، وإمّا أن يكون بلفظ: إشتريتُ وملكتُ مخفّفاً وابتعتُ.

فإن كان بلفظ: قبلتُ، فالظّاهر عدم جواز تقديمه[٤] وفاقاً لما عرفت في

---

(١) عوالي اللّئالي روىٰ سهل بن سعد السّاعدي أنّ امرأة أتت النّبي ﷺ فقالت: إنّي قد وهبت نفسي لك يا رسول الله فقال ﷺ لا أَرَبَةَ[أ] لي فى النّساء فقالت زوّجني بمن شئت من أصحابك فقام رجل فقال يا رسول الله زوّجنيها فقال هل معك شيء تصدّقها فقال والله ما معي إلّا ردائي هذا فقال إن أعطيتها إيّاها تبقىٰ و لا رداء لك هل معك شيء من القرآن فقال سورة كذا فقال زوّجتكها على ما معك من القرآن. راجع عوالي اللّئالي الجزء الثّالث، باب النّكاح، ص٣١٢، حديث ١٤٤ و «مستدرك وسائل الشّيعة»، المجلد٢ ص٥٦٣، أبواب عقد النّكاح. وأولياء العقد، الباب ١، الحديث ٤.

(٢) أقول: حاصل هذا التّحقيق: بيان أنواع ألفاظ القبول وأنّها ثلاثة من حيث المضمون: الأوّل: قبلتُ ورضيتُ ممّا يدلّ على الرّضا بالإيجاب على نحو خاصّ كما سيأتي بيانه. والثّاني: الأمر والاستيجاب، نحو: بِعني. ممّا يدلّ على طلب بالإيجاب. والثّالث: اشتريت وابتعت وملكت مخفّفاً، ممّا يدلّ على إنشاء تملّك المبيع بإزاء الثّمن.

(٣) مراده ﷺ من الإستيجاب هو الأمر و ما يدلّ على طلب بالإيجاب كما إذا قال المشتري (بِعني) فقال البايع (بعتُك).

(٤) أي عدم جواز تقديم القبول وذلك لأنّ القبول عبارة عن تقبّل شيء سابقٍ عليه فهو فرع عليه فكيف يعقل تقديمه على ذاك الشّيء الّذي لم يتحقّق بَعدُ.

(أ) أَرَبَةَ: بفتح الهمزة والرّاء والباء والتّاء مشتقّة من أرب يأرب بمعنىٰ الحاجة. (المنجد).

صدر المسألة[١] بل المحكيّ[أ] عن الميسيّة والمسالك[ب] ومجمع الفائدة[ج]: أنّه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ: قبلتُ، وهو[٢] المحكيّ عن نهاية الأحكام[د] وكشف اللّثام[هـ] في باب النّكاح، وقد اعترف به[٣] غير واحدٍ من متأخّري المتأخّرين أيضاً.

بل المحكيّ هناك[٤] عن ظاهر التّذكرة[و] الإجماع عليه[٥] ويدلّ عليه[٦]

---

(١) يعني مسألة لزوم تقديم الإيجاب على القبول لأنّ القبول كما عرفت آنفاً فرع الإيجاب كما في الأخذ والإعطاء حيث إنّ الأخذ فرع الإعطاء فلا يصحّ تقدّمه عليه.

(٢) أي عدم الخلاف في عدم جواز تقديم لفظ قبلت.

(٣) أي بعدم الخلاف.

(٤) يعني في باب النّكاح.

(٥) أي على عدم جواز تقديم لفظ قبلتُ.

(٦) أي على عدم جواز تقديم لفظ قبلتُ.

(أ) الميسيّة لعلي بن عبد العالي العاملي الميسي أستاذ الشّهيد الثّاني، والحاكي عن الميسيّة هو الفقيه العاملي ﷺ في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٦٥.

(ب) مسالك الإفهام في شرح شرايع الإسلام، تأليف فقيه الأمة زين الدّين بن عليّ العاملي الجَبَعي المعروف بالشّهيد الثّاني ﷺ. راجع ص ١٧١.

(ج) كتاب في الفقه الإمامي للمحقّق الأردبيلي أحمد بن محمّد الغروي النّجفي ﷺ.

(د) ج ٢، ص ٤٤٨.

(هـ) لمحمّد بن الحسن المعروف بالفاضل الهندي.

(و) راجع تذكرة الفقهاء ج ٢، كتاب النّكاح، ص ٥٨٢.

مضافاً الى ما ذكر[١] و الى كونه[٢] خلاف المتعارف من العقد أنّ[٣] القبول الّذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب فلا يعقل تقدّمه[٤] عليه. وليس المراد من هٰذا القبول الّذي هو ركن للعقد مجرّد الرّضا[٥] بالإيجاب حتّىٰ يقال إنّ الرّضا بشيء لا يستلزم تحقّقه[٦] قبله فقد يرضىٰ الإنسان بالأمر المستقبل بل المراد منه[٧] الرّضا بالإيجاب على وجهٍ يتضمّن[٨] إنشاء نقل ماله في الحال الى الموجب على وجه العوضيّة لأنّ المشتري ناقل كالبايع وهٰذا[٩] لا يتحقّق إلّا مع تأخّر الرّضا عن الإيجاب إذ مع تقدّمه[١٠] لا يتحقّق النّقل في الحال فإنّ من رضي بمعاوضة ينشئها[١١] الموجب في المستقبل لم ينقل في الحال ماله الى الموجب بخلاف مَن رضي بالمعاوضة الّتي أنشأها الموجب سابقاً[١٢]

---

(١) أي: من عدم الخلاف في عدم جواز تقديم القبول والإجماع المدّعىٰ على عدم جواز تقديم القبول.

(٢) أي كون تقديم لفظ قبلتُ.

(٣) قوله (أنّ) فاعل لقوله (يدلّ).

(٤) أي تقدّم القبول.

(٥) قوله (مجرّد الرّضا) خبر لِـ(ليس) في قوله (وليس المراد).

(٦) أي تحقّق الشّيء.

(٧) أي من القبول.

(٨) أي يتضمّن هٰذا الرّضا إنشاء نقل ماله في الحال قبل الإيجاب الى الموجب على وجه العوضيّة.

(٩) أي النّقل في الحال.

(١٠) أي تقدّم الرّضا على الإيجاب.

(١١) أي ينشىء المعاوضة.

(١٢) بأن كان القبول بعد الإيجاب.

فإنّه[١] يرفع بهذا الرّضا[٢] يده من ماله، وينقله الى غيره على وجه العوضيّة.

ومن هنا[٣] يتّضح فساد ما حكي عن بعض المحقّقين[أ] في ردّ الدّليل المذكور وهو[٤] كون القبول فرع الإيجاب وتابعاً له وهو[٥] أنّ تبعيّة القبول للإيجاب ليس تبعيّة اللّفظ للّفظ[٦] و لا القصد للقصد[٧] حتّى يمتنع

---

(١) أي فإنّ المشتري.

(٢) أي بالرّضا المتعقّب للإيجاب.

(٣) أي من أنّ القبول يتضمّن إنشاء نقل المال في الحال الى الموجب.

(٤) أي الدّليل المذكور. (٥) أي الدّليل المذكور.

(٦) أقول هذا الكلام ظاهر في التّعرض (لما قد يدّعى من أنّ القبول فرع الإيجاب) من جهة كونه مطاوعة وتابعاً له حيث إنّه قبوله وتسلّمه وهو لا يكون إلّا بعد تحقّقه فدفعه بأنّ تبعيّته ليس من قبيل تبعيّته اللّفظ للّفظ كتبعيّة الحال على ذي الحال، والوصف على الموصوف أو القصد للقصد أي ليست تبعيّة القبول للإيجاب بمعنىٰ أنّ قصد قبول البيع تابع لقصد الإيجاب من البايع كتبعيّة قصد القربة في الفعل على قصد أصل الفعل حتّىٰ يمتنع تقديم القبول على الإيجاب ويتوقّف تحقّقه على وجوده بل هو بمعنى الرّضاء به وصدق القبول المشتمل على معنىٰ المطاوعة لا يتوقّف على أزيد من كون مفهومه تسلّماً لما يعطيه الآخر و لا يحتاج الى تحقّق مصداق المطاوعة خارجاً ولعلّ هذا هو المراد من قوله على سبيل الفرض والتّنزيل يعني لا يحتاج تحقّقه إلّا الى إنشاء ما يكون مطاوعة مصداقاً على تقدير تقدّم الإيجاب وكلام المصنّف ناظر الى أنّ المانع ليس هو هذا الّذي ذكره بل ما أشرنا إليه آنفاً وليس في كلامه ما يدفعه.

(٧) كتبعيّة قصد القربة لقصد الفعل والعمل القربىٰ.

(أ) حكى ذلك السّيد جواد العاملي صاحب مفتاح الكرامة في ج ٤، ص ١٦٥، عن أستاذه السّيد مهدي الطباطبائي المعروف ببحر العلوم صاحب كتاب المصابيح في الفقه وفوائد رجالية.

تقديمه[١] وإنّما هو[٢] على سبيل الفرض والتّنزيل بأن يجعل القابل نفسه متناولاً[٣] لما يُلقى إليه من الموجِب والموجِب مناولاً[٤] كما يقول السّائل في مقام الإنشاء أنا راضٍ بما تعطيني وقابلٌ لما تمنحني[٥] فهو[٦] متناولٌ قدّم إنشاءه أو أُخّر.

فعلى هٰذا[٧] يصحّ تقديم القبول و لو بلفظ: قبلتُ ورضيت إن لم يقم إجماعٌ على خلافه انتهىٰ[٨].

و وجه الفساد: ما عرفت سابقاً من أنّ الرّضا بما يصدر من الموجب في المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه، ليس فيه[٩] إنشاء نقلٍ من القابل في الحال، بل هو[١٠] رضا منه بالإنتقال في الإستقبال وليس

---

(١) أي تقديم القبول على الإيجاب و إلّا لم يكن تابعاً.

(٢) أي كونه تبعاً في باب قبول البيع ونحوه على سبيل الفرض والتّنزيل.

(٣) أي آخذاً لما يلقى إليه من الموجب وهٰذا المعنىٰ يكون قبل الإيجاب وبعده ولا يتوقّف على تقدّم الإيجاب.

(٤) أي معطياً.

(٥) منحه منحاً الشّيء أعطاه إيّاه (المنجد).

(٦) أي السّائل آخذ على كلّ حال قدّم إنشاءه أو أخّر.

(٧) أي فعلىٰ هٰذا الّذي ذكرناه من أنّ تبعيّة القبول للإيجاب ليس تبعيّة اللّفظ للفظ كالتّابع في اصطلاح النّحاة وإنّما هو على سبيل الفرض والتّنزيل بأن يجعل القابل نفسه آخذاً يصحّ تقديم القبول إن لم يقم إجماعٌ على خلاف هٰذه الصّحة.

(٨) أي انتهىٰ ما حكي عن بعض المحقّقين.

(٩) أي في هٰذا الرّضا.

(١٠) أي الرّضا بما يصدر من الموجب.

المراد[١] أنّ أصل الرّضا بشيء تابع لتحقّقه[٢] في الخارج أوّلاً قبل الرّضا به[٣] حتى يحتاج الى توضيحه بما ذكره من المثال[٤] بل المراد الرّضا الّذي يعدّ ركناً[٥]

---

(١) أقول المراد من قوله أصل الرّضا نفس الرّضا وكثيراً ما يعبّر بلفظ الأصل مضافاً الى شيء مراداً به ذات ذلك الشّيء الغير المقرونة بالعوارض ومراده ﷺ من الأصل الثّاني ما يعبّر عنه بالمبدأ وحاصل المعنىٰ أنّه ليس المراد أنّ أصل الرّضا بشيء كالعطاء مثلاً تابع لتحقّق العطاء في الخارج من المعطي، أو تابعٌ لتحقّق أصل الرّضا به أي رضا المعطي بإيجاره في الخارج وبعبارة أخرىٰ واضحة ليس المراد من الإشكال أنّ الرّضا بالشّيء يعني الإيجاب يتوقّف على حصول الإيجاب أو تحقّق رضا الموجب و لو لم يوجب حتّىٰ يدفع بعدم التّوقف لا على تحقّق أصل المرضىٰ و لا رضا الموجب ويحتاج إثبات أنّ الرّضا ليس بتابع لتحقّق الشّيء كالبيع الى توضيحه بما ذكره من المثال بقوله: (كما يقول السّائل في مقام الإنشاء الخ) بل مرادنا من الاشكال في عدم صحّة تقديم القبول معنى ثالث وهو الرّضا الّذي يعدّ قبولاً وركناً له ربط بالإيجاب بحيث لو انضمّ اليه لصار علّة تامّة المشتمل ذلك الرّضا على أمرين الرّضا بفعل البايع وإنشاء نقل المشتري ماله انفعالاً لنقل البايع، وقد عرفت أنّ الانفعال لا يعقل قبل الفعل كما أنّ الانكسار لا يعقل أن يكون قبل الكسر.

(٢) أي لتحقّق ذلك الشّيء.

(٣) أي بذلك الشّيء مثلاً الرّضا من المشتري بالإيجاب تابع لتحقّق الإيجاب من البايع الموجب ولا يستلزم ذلك أن يكون المرضيّ به متحقّقاً فعلاً قبل الرّضا به.

(٤) أي توضيح عدم التّابعيّة للتحقّق بما ذكره من المثال بقوله كما يقول السّائل في مقام الإنشاء: (أنا راض بما تعطيني وقابل لما تمنحني).

(٥) مراده ﷺ أنّ الإنشاء المعتبر في القبول الّذي هو أحد ركني العقد هو المعنى الّذي له ربط بالإيجاب بحيث لو انضمّ اليه لصار علّة تامّة لإمضاء العقد ما يقتضيه من حيث الذّات من التّأثير وتصوّر هذا المعنى الرّبطي لا يتعقّل إلّا عند تقديم إنشاء آخر

=

في العقد وممّا ذكرنا[١] يظهر الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر[٢] كما لو قال بِعني هٰذا بدرهمٍ فقال بعتك لأنّ غاية الأمر[٣] دلالة طلب المعاوضة على الرّضا بها[٤]. لكن لم يتحقّق بمجرّد الرّضا بالمعاوضة المستقبلة نقل في الحال[٥]

= والرّضا به على وجه يتضمّن النّقل الحالي.

أقول: إن أراد المصنّف من هٰذا الكلام اعتبار المطاوعة والتّرتيب في مفهوم القبول فهو متين، ولكن لا خصوصيّة عندئذٍ في القبول بلفظ قبلت ورضيت بل لفظة اشتريت في مقام القبول أيضاً كذٰلك وان أراد منه اعتبار معنى آخر في لفظ قبلت مع قطع النّظر عن المطاوعة أوجب عدم جواز تقدمّه على الإيجاب فهو ممنوع.

(١) من انّ الرضا لا يعقل تقديمه لأنّه مشتمل على الانفعال أي انفعال فعل البايع ومن أنّ القبول فرع الإيجاب.

(٢) كما لو قال المشتري بعني هٰذا الكتاب بدرهم، فقال البايع: بعتك كذٰلك. وجه المنع أنّ غاية المطلب دلالة طلب المشتري المعاوضة بقوله بعني على رضاه بالمعاوضة لكن لم يتحقّق بمجرّد رضاه بالمعاوضة المستقبلة الّتي يجريها البايع نقل من المشتري حال قوله: (بعني الكتاب بالدّرهم) الثمن الى البايع كما لا يخفى. فوجه المنع في تقديم (قبلت) آت هنا في تقديم (بعني) حذو النّعل بالنّعل.

(٣) أقول: لا يخفى أنّ في طلب المعاوضة ليس إنشاء لقبول المعاملة وإن كان يستلزم الرّضا ولا ينبغي الاشكال في عدم تحقّق القبول به بل المراد إنشاء القبول بصيغة الأمر المتقدّم على الإيجاب بحيث يكون معنى (بعني بكذا) عوّضني عن دراهمي بكتابك مثلاً ومثله يكون نظير القبول بلفظ اشتريت أو تملّكت بكذا، وبعبارة واضحة أن اريد من القبول بصيغة الامر الاكتفاء بالرّضا المستكشف بالأمر فهو خارج عن محلّ الكلام ومورد النّقض والإبرام (وان اريد انشاء المعاملة بها) كما ينشأ بصيغة الماضي والمضارع فهي مشتملة على التّمليك والتّملّك الّذي هو وظيفة القابل.

(٤) أي على الرّضا بهٰذه المعاوضة بالإستقبال.

(٥) أي في حال يقول: (بعني بالدّرهم).

للـدّرهم الى البـايع كـما لا يـخفى، وأمّـا مـا يـظهر[١] مـن المبسوط[أ] من الإتّـفاق هـنا[٢] عـلى الصّحة بـه[٣] فـمرهون بـما سـتعرف[٤] مـن مـصير الأكـثر عـلى خـلافه[٥] وأمّـا فـحوى جـوازه[٦] فـي النّكـاح فـفيها[٧] بـعد الاعمـاض عن حكـم الأصل[٨] بنـاءً على منـع دلالة رواية سهل[٩] على كـون

---

(١) يريد المصنّف ﷺ أن يردّ على ما افاده شيخ الطّوسي ﷺ في كتابه المبسوط من اتّفاق الفقهاء على صحّة تقديم القبول على الإيجاب اذا كان بلفظ الأمر كبعني.

(٢) أي في صورة تقديم القبول بلفظ الأمر، والمراد من مورد ظهور الاتّفاق في المبسوط قوله ﷺ ص ١٢١ (صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين).

(٣) أي بالقبول المقدم بلفظ (بعني).

(٤) عند قوله: ثمّ اعلم أنّ في صحّة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافاً كثيراً الخ.

(٥) أي على خلاف ما يظهر من المبسوط وأنهم لا يجوّزون تقديم القبول بلفظ الأمر نحو (بعني).

(٦) أي جواز تقديم القبول بلفظ الأمر في النّكاح لأنّه إذا جاز في النّكاح جاز في البيع.

(٧) أي ففي هٰذه الفحوى.

(٨) وهو جواز تقديم القبول في النّكاح.

(٩) عن عوالي اللّئالي: روى سهل السّاعدي أنّ النّبي ﷺ جاءت إليه امرأة فقالت: يا رسول الله إنّي قد وهبت نفسي لك، فقال ﷺ: لا أَرَبَـةَ لي فـي النّسـاء، فـقالت: زوّجني بمن شئت من أصحابك، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوّجنيها، فقال هل معك شيء تصدّقها؟ فقال: والله ما معي إلّا ردائي هٰذا، فقال ﷺ: إن أعطيتها إيّاه تبقى ولا رداء لك، هل معك شيء مـن القـرآن؟ فـقال: نـعم سـورة كـذا وكـذا، فقال ﷺ: زوّجتكها على ما معك من القرآن، مرسل[ب].

(أ) راجع المبسوط ج ٤، كتاب النكاح، ص ١٩٤.

(ب) راجع المستدرك ج ٢ الباب ٢ من أبواب المهور كتاب النّكاح ص ٦٠٥.

لفظ الأمر[١] هو القبول لاحتمال تحقّق القبول بعد إيجاب[٢] النّبي ﷺ ويؤيّده[٣] أنّه لولاه[٤] يلزم الفصل الطّويل بين الإيجاب والقبول منعُ الفحوى[٥]

---

(١) وهو قول الرّجل الصّحابي حيث قال يا رسول الله (زوّجنيها) وجه المنع أنّه ليس في حديث سهل السّاعدي أثر من قبول الرّجل بعد تزويج رسول الله ﷺ إيّاه وكالةً عن قبل المرأة ولو كان لنقل الينا عادة.

(٢) أي لإحتمال تحقّق القبول من الصحابي بعد ايجاب النّبي ﷺ بقوله: (زوّجتك بما معك من القرآن).

(٣) أي يؤيّد كون القبول كان بعد الإيجاب من النّبي ﷺ.

(٤) أي لو لا وجود قبولٍ متأخّرٍ بأن كان أمر الصّحابي (زوّجنيها) قبولاً يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب وهو قول رسول الله ﷺ: (زوّجتكها) وبين القبول وهو قول الصّحابي: (زوّجنيها) لوجود كلمات بينهما في الرّواية كما هو واضح، وحيث إنّ الفصل الطّويل بين الإيجاب والقبول ضارٌّ كان اللّازم أن نقول إنّ الصّحابي أجرى لفظ القبول بعد إيجاب النّبي ﷺ للزّواج والنّكاح.

(٥) كلمة (منع) بالرّفع مبتدأ مؤخّر وخبره الجارّ والمجرور المتقدّم في قوله: (ففيها) أي منع الأولويّة المستفادة من النّكاح حيث إنّه يمكن أن يكون الشّارع وسّع في باب النّكاح بما لم يوسّع مثله في باب البيع فإنّه لو ضيّق في باب النّكاح لزمت كثرة السّفاح والزّنا الّذي هو من أشدّ المحرّمات ولأنّ الزّواج أمر مرغوب مطلوب جدّاً لكونه باعثاً لبقاء النّسل ولذا حثّ الشّارع لأمر الزّواج حثّاً بالغاً. قال رسول الله ﷺ: (من تزوّج أحرز نصف دينه) وفي حديث آخر (فليتّق الله في النصف الآخر أو الباقي وقال أيضاً رذال موتاكم العزّاب[أ])، بخلاف التّضييق في باب البيع إذ لا يلزم منه إلّا الضّمان الّذي أمره سهل.

(أ) فروع الكافي ج ٥ باب كراهة العزبة كتاب النّكاح ص ٣٢٩.

وقصورُ[١] دلالة رواية ابان[أ] من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة: نعم في الإيجاب[٢] ثم اعلم أنّ في صحّة[٣] تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافاً كثيراً بين كلمات الأصحاب[٤]. فقال في المبسوط: إنْ قال: بعنيها بألف فقال: بعتك، صحّ، والأقوى عندي أنّه لا يصحّ حتى يقول المشتري بعد ذلك: اشتريت[ب] واختار ذلك[ج][٥] في الخلاف وصرّح به[٦] في الغنية[د] فقال: واعتبرنا حصول الإيجاب من البايع والقبول من المشتري حذراً عن القول بانعقاده بالإستدعاء من المشتري وهو أن يقول: بعنيه بألف، فيقول: بعتك، فإنّه لا ينعقد حتّى يقول المشتري بعد

---

(١) كلمة (قصور) بالرّفع مبتدأ ثان مؤخّر خبره (ففيها) المتقدّم.

(٢) من دون أن تقول المرأة أنكحت، أو زوّجت، أو متّعت نفسي.

(٣) أقول: لا يخفى أنّ مسألة تقدّم القبول بلفظ الأمر غير مسألة الإستدعاء والاستيجاب والإيجاب والتّحقيق جواز الأوّل وعدم كفاية الثّاني فإنّ الثّاني لا يكون قبولاً بل مجرّد طلب الإيجاب بخلاف ما لو قال: (بعني) وقصد منه إنشاء القبول. والحاصل أنّ في الإستيجاب ليس انشاء القبول.

(٤) فهل أنّه يعقد به البيع فيصحّ ام لا؟.

(٥) أي اختار الشّيخ الطّوسي ﷺ في كتابه الخلاف عدم صحّة تقديم القبول على الإيجاب.

(٦) أي بعدم جواز تقديم القبول على الإيجاب.

(أ) قد صرّحنا بمتن رواية ابان ص١٢٢ فراجع فلا نعيدها.

(ب) راجع المبسوط الطبعة الجديدة الثانية الجزء ٢ كتاب البيع ص٨٧.

(ج) راجع الخلاف ج٢ كتاب البيوع ص١٨ مسألة ٥٦.

(د) راجع الغنية كتاب البيع ص٥٨٥ في كتاب الجوامع الفقهيّة.

ذلك: اشتريت أو قبلت، وصرّح به[١] أيضاً في السرائر[أ] والوسيلة[ب] وعن جامع المقاصد[ج] أنّ ظاهرهم أنّ هذا الحكم[٢] اتّفاقي، وحُكي الإجماع عن ظاهر الغنية[د] أيضاً، أو صريحها. وعن المسالك[هـ] المشهور. بل قيل[و] إنّ هذا الحكم[٣] ظاهر[٤] كلّ مَنْ اشترط الإيجاب والقبول ومع ذلك[٥] كلّه فقد صرّح الشّيخ في المبسوط[ز] في باب النّكاح بجواز التّقديم بلفظ الأمر بالبيع[٦] ونسبته[٧] مشعر بقرينة السّياق الى عدم الخلاف فيه[٨] بيننا، فقال إذا تعاقدا فإن تقدّم الإيجاب

---

(١) أي صرّح ابن ادريس في السّرائر بعدم جواز التّقديم.

(٢) أي الحكم بعد انعقاد البيع في صورة الإستدعاء والإيجاب.

(٣) أي عدم انعقاد البيع بالإستدعاء.

(٤)

(٥) أي ومع ذلك الّذي ظهر لك من الأقوال ودعاوى الشّهرة والإجماع على عدم انعقاد البيع بالإستدعاء والإيجاب.

(٦) أي تقديم القبول في باب البيع بلفظ الأمر بأن يقول: (بعنيها) فقال: (بعتكها).

(٧) أي نسبة الشّيخ الطّوسي في كتابة المبسوط جواز التّقديم بلفظ الأمر الى الامامية بقوله: (عندنا) الظّاهر في الإتّفاق من الخاصّة مشعر بعدم الخلاف فيه بيننا.

(٨) أي في جواز تقديم القبول بلفظ الأمر.

(أ) السرائر ج ٢ ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

(ب) الوسيلة ص ٢٣٧.

(ج) جامع المقاصد ج ٢ ص ٤٧.

(د) غنية النّزوع (الجوامع الفقهيّة) كتاب البيع ص ٥٨٦.

(هـ) مسالك الافهام ج ١ ص ١٧١.

(و) القائل السّيّد جواد العاملي في كتابه مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٦١.

(ز) راجع المبسوط ج ٤ ص ١٩٤.

على القبول فقال: (زوّجتك، فقال: قبلت التّزويج) صحّ، وكذا إذا تقدّم الإيجاب على القبول في البيع صحّ بلا خلافٍ. وأمّا إن تأخّر الإيجاب وسبق القبول فإن كان في النّكاح فقال الزّوج: زوّجنيها، فقال: زوّجتكها، صحّ وإن لم يعُد الزوج القبول بلا خلاف لخبر السّاعدي[أ] قال الرّجل: زوّجنيها يا رسول الله، فقال: (زوّجتكها بما معك من القرآن) فتقدّم القبول وتأخّر الإيجاب وإن كان هٰذا[١] في البيع فقال بعنيها[٢] فقال بعتكها صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين وقال قوم منهم لا يصحّ حتّى يسبق الإيجاب. انتهى[٣] وحكى[ب] جواز التّقديم بهٰذا اللّفظ[٤] عن القاضي[ج] في الكامل بل يمكن نسبة هٰذا الحكم[٥] إلى كلّ من جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق وتمسك[٦] له في النّكاح برواية سهل السّاعدي المعبّر فيها عن القبول

---

(١) أي تقديم القبول بلفظ الأمر.

(٢) أي فقال المشتري: (بِعْني السِّلْعة) فقال البايع: (بعتك السِّلْعة).

(٣) أي انتهى كلام المبسوط.

(٤) أي بلفظ الأمر.

(٥) أي جواز تقديم القبول بلفظ الأمر.

(٦) أي تمسّك مجوّز تقديم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب برواية سهل السّاعدي المتقدّمة ص ١٣٤ حيث إنّ القبول فيها بلفظ الأمر في قول الرّجل: زوّجنيها يا رسول الله.

(أ) قد صرّحنا بمتن رواية سهل السّاعدي ص ١٣٤ فراجع.

(ب) الحاكي هو السّيّد جواد العاملي صاحب مفتاح الكرامة.

(ج) عبد العزيز بن أبي كامل الطّرابلسي القاضي صاحب كتاب مهذب، والكامل، والاشراف والموجز، والجواهر، يروي عن أبي الصّلاح وابن البرّاج والشّيخ والسّيّد.

بطلب التّزويج، إلّا أنّ المحقّق ﷺ[أ][١] مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستجاب والايجاب صرّح بجواز تقديم القبول على الإيجاب وذكر العلّامة ﷺ[ب] الاستيجاب والإيجاب وجعله[٢] خارجاً عن قيد اعتبار الإيجاب والقبول[٣] كالمعاطاة وجزم[٤] بعدم كفايته مع أنّه تردّد في اعتبار تقديم القبول وكيف كان[٥] فقد عرفت[٦] أنّ

---

(١) قوله: (إلّا أنّ المحقّق الخ) إستثناء عن قوله: (بل يمكن نسبة هذا الحكم الخ) يعني أنّ المحقّق مع أنّه صرّح بجواز تقديم القبول على الإيجاب بقولٍ مطلق صرّح في البيع بعدم كفاية الاستيجاب الّذي هو طلب الايجاب من البايع وبعدم كفاية الإيجاب الّذي هي الصّيغة المتعقّبة للإستيجاب.

(٢) فإنّ العلّامة ﷺ ذكر الإستيجاب والإيجاب وجعله خارجاً عن قيد اعتبار الإيجاب والقبول كالمعاطاة فكما أنّ المعاطاة خارج عن العقد لعدم اشتمالها على الإيجاب والقبول، كذلك الاستيجاب والإيجاب أيضاً لا ايجاب ولا قبول فيه.

(٣) حيث إنّ الإستيجاب ليس بقبول فإنّ البيع مع الاستيجاب والإيجاب يقع بلا قبول، والحال أنّ العقد مركّب من الإيجاب والقبول.

أقول: لا يخفى أنّ هذا الاحتراز يناسب ما مرّ من أنّ مراد القائلين بالمنع أو بعضهم عدم الانعقاد بمجرّد الرّضا المستكشف من طلب البيع بقوله بعنيها دون ما إذا أنشأ القبول به بأن يستعمل الأمر في معنى إنشاء كون الدّار عوضاً مثلاً كما في بعت وأبيع.

(٤) أي قطع العلّامة بعدم كفاية الإستيجاب والإيجاب في العقد.

(٥) أي سواء كانت نسبته جواز التّقديم بصيغة الأمر الى كلّ من جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق صحيحة أم لا؟.

(٦) في ص ١٣٠ عند قوله: وممّا ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر.

(أ) شرايع الإسلام ص ١٥٠.

(ب) قواعد الأحكام كتاب المتاجر ص ١٢٣.

الأقوى المنع[١] في البيع لما عرفت[٢] بل لو قلنا بكفاية التّقديم[٣] بلفظ قبلت يمكن المنع هنا[٤] بناءً على اعتبار الماضويّة[٥] فيما دلّ على القبول، ثمّ إنّ هٰذا كلّه[٦] بناءً على المذهب المشهور بين الأصحاب من عدم كفاية مطلق اللّفظ في اللّـزوم[٧] وعدم القول بكفاية مطلق الصّيغة في الملك[٨].

وأمّا على ما قويّناه سابقاً في مسألة المعاطاة من أنّ البيع العـرفي مـوجب للملك وأنّ الأصل في الملك اللّزوم[٩] فاللّازم الحكم باللّزوم في كلّ موردٍ[١٠] لم

---

(١) أي منع تقديم القبول على الإيجاب في البيع إذا كان بلفظ الأمر.

(٢) من أنّ غاية دلالة طلب المعاوضة الّذي أنشأه بصيغة الأمر على الرّضا بها لكـن لم يتحقّق بمجرّد الرّضا بالمعاوضة المستقبلة نقل في الحال للدّراهم الى البايع في قوله: (بعني هٰذا بدرهم) ولأنّ القبول فرع الإيجاب فلا يعقل تقدّمه عليه.

(٣) أي تقديم القبول.

(٤) أي في القبول إذا كان بلفظ الأمر.

(٥) ومن البيّن أنّ صيغة الأمر ليست من صيغ الماضي وفي الحقيقة هٰذا دليل على عدم انعقاد البيع بلفظ الأمر لا على عدم جواز التقديم.

(٦) أي كلّ ما ذكرناه واخترنا فيه ومنعنا فيه والّذي سنذكره من عدم الإنـعقاد بـتقديم القبول سواء كان بلفظ قبلت أو بلفظ الأمر.

(٧) أي عدم كفاية مطلق اللّفظ في لزوم العقد بل لا بدّ من الفاظ مخصوصة في العـقود بشروط مخصوصة في العقود بشروط أمضاها الشّرع.

(٨) كما في صورة تقديم القبول على الإيجاب. فتحصّل أنّ الأقوى عدم جواز تـقديم القبول مطلقاً بأيّ لفظ كان على الإيجاب مطلقاً في جميع العقود إلّا العقود الإذنيّة حيث إنّ القبول فيها لمّا لم يمكن مطاوعة فعل الإيجاب بل كان محض الرّضا بفعل الموجب فلا مانع عن تقديمه على الإيجاب.

(٩) فالبيع العرفي ملك لازم.

(١٠) يعني في كلّ عقد سواء تقدّم فيه القبول على الإيجاب أم تأخّر.

يقم إجماع على عدم اللّزوم[١] وهو[٢] ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللّفظ رأساً[٣] أو كان اللّفظ المُنْشيء به المعاملة ممّا قام الإجماع على عدم إفادتها اللّزوم[٤] وأمّا في غير ذلك[٥] فالأصل اللّزوم، وقد عرفت[٦] أنّ القبول على وجه طلب البيع.. قد صرّح في المبسوط[أ] بصحّته بل يظهر منه[٧] عدم الخلاف فيه[٨] بيننا وحكى عن الكامل[٩] أيضاً فتأمّل[١٠] وإن كان التقدّم بلفظ اشتريتُ، وابتعتُ،

---

(١) والقبول بلفظ الأمر في العقد من الموارد الّتي لم يقم إجماع على عدم لزومه لأنّ الشّيخ الطّوسي ﷺ صرّح بصحّته بقوله: (وإن كان هٰذا في البيع فقال بعنيها فقال بعتكها صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين) فيكون لازماً.

(٢) أي المورد الّذي قام الإجماع فيه على عدم اللّزوم.

(٣) أي خلت المعاملة عن اللّفظ بالكليّة كما إذا كان الإنشاء بالفعل كالمعاطاة.

(٤) أقول: وذلك كالكنايات والمجازات مثلاً.

(٥) أي غير الموردين الّذين قد عرفت آنفاً، أعني ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللّفظ رأساً أو كان اللّفظ المنشيء به المعاملة ممّا قام الإجماع على عدم إفادتها اللّزوم والمراد من غير الموردين ما كان لفظ ولم يقم إجماع على عدم افادة ذلك اللّفظ اللّزوم.

(٦) في ص ١٤٠ عند قوله: وإن كان هٰذا في البيع فقال: بعنيها، فقال: بعتكها، صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين.

(٧) أي من المبسوط. (٨) أي في جواز القبول على وجه طلب البيع وصحّته.

(٩) قد ذكرنا ص ١٤٠ أنّ كتاب الكامل من جملة كتب عبد العزيز بن القاضي.

(١٠) أقول: لعلّ وجه التّأمّل ما في جامع المقاصد والمحكيّ عن ظاهر الغنية من أنّ ظاهر كلام الفقهاء رضوان الله عليهم كون عدم جواز التّقديم اتّفاقيّاً فكيف يصحّ ما في المبسوط من عدم الخلاف في جواز التّقديم بيننا.

(أ) المبسوط ج ٤ ص ١٩٤.

أو تملكتُ، أو ملكتُ هذا بكذا[١] فالأقوىٰ جوازه[٢] لأنّه[٣] إنشاء ملكية[٤] للبيع بإزاء ماله[٥] عوضاً ففي الحقيقة إنشاء المعاوضة[٦] كالبايع إلّا أنّ البايع ينشيء ملكيّة ماله لصاحبه بازاء مال صاحبه. والمشتري ينشيء[٧] ملكيّة مال صاحبه لنفسه بازاء ماله ففي الحقيقة كلٌّ منهما[٨] يخرج ماله الى صاحبه ويدخل مال صاحبه في ملكه إلّا[٩] أنّ الإدخال في الإيجاب

---

(١) يعني ملكتُ بالتخفيف هذا الثّوب بكذا من الثّمن.

(٢) أي جواز التّقديم. (٣) أي لأنّ المشترى.

(٤) أي ملكيّة المشتري للمبيع.

(٥) أي بازاء ماله الّذي هو الثّمن.

(٦) أقول هذا ليس بصحيح لأنّ الإشتراء من باب الإفتعال وهو للمطاوعة والقبول بخلاف البيع.

(٧) أي المشترى ينشيء ملكيّة مال صاحبه أي البايع لنفسه بازاء مال نفسه الّذي يملكه البايع.

(٨) أي البايع والمشتري.

(٩) يعني مثل بعت كتابي بدرهمك أقول قوله (إلّا أنّ الإدخال... الخ) بيان الفارق بين الإدخالين والإخراجين توضيحه كما ن بعض أنّ بين الإدخالين فرقاً فالإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض لأنّ دخول الثّمن في ملك البايع يفهم من قول البايع (بكذا) بعد قوله (بعتُ) حيث إنّ (بعتُ) يدلّ على خروج المال عن ملك البايع وذكر العوض يدل على دخول الثّمن في ملك البايع بأزاء المبيع، والإدخال في القبول يفهم من نفس لفظ (ملكتُ) فإنّ معناه تملك المبيع بأزاء الثّمن فالمشتري ينشيء بمثل (ملكت، تملّكتُ، اشتريتُ، دخول المال البايع في ملكه.

والبايع ينشيء بقوله (بعت) خروج المبيع عن ملكه وبذكر العوض يتملّك الثّمن بأزائه والحاصل أنّ الإدخال في الإيجاب يفهم من ذكر العوض، وفي القبول من نفس لفظ (تملّكتُ).

مفهوم من ذكر العوض و في القبول مفهوم من نفس الفعل والإخراج[١] بالعكس وحينئذٍ[٢] فليس في حقيقة الإشتراء من حيث هو[٣] معنىٰ القبول[٤]

---

(١) الإخراج بالعكس لأنّه في الإيجاب يكون بنفس اللّفظ الّذي ينشأ به الإيجاب فإنّ معنىٰ (بعتُ) أخرجت المبيع عن ملكي والإخراج في القبول يكون بذكر العوض.فإذا قدّم المشتري القبول وقال اشتريتُ هٰذا الثّوب بدينار فدلالته على إخراج الدّينار عن ملكه يكون بذكر العوض وهو الدّينار.

(٢) يعني وحين أن قلنا: إنّ لكلّ من البايع والمشتري في المبايعة إدخالاً وإخراجاً وإنشاء تمليك، وإنشاء تملّك.

(٣) يعني في نفسه ومع تجرّد الاشتراء عن قيد التأخّر والتّقدم ومع الغضّ عن وقوعه عقيب الإيجاب.

(٤) لكي يلزم تأخّره عن الإيجاب من حيث كونه قبولاً، كما لزم تأخّر لفظ (قبلت) عن الإيجاب، وقد ذكر المصنّف ﷺ أنّ اشتريت ممّا يصحّ الإنشاء الحالي به كـ(بعتُ) خلافاً للسيّد ﷺ في الحاشية حيث قال فيها إنّ الإشتراء بمعنى قبول الشّراء وهكذا ابتعتُ بمعنىٰ قبلتُ البيع وكذا تملّكتُ بمعنىٰ قبول الملكيّة ففي الجميع معنى القبول نعم لفظ ملكتُ مخفّفاً ليس فيه معنى القبول وعلى هٰذا فلا فرق بين المذكورات وبين قبلت ورضيت انتهى.

أقول حاصل كلام السيد ﷺ إنّ التّاء في اشتريتُ وابتعتُ وتملّكتُ ونحوها تدلّ على مطاوعة فاعله لفاعل شريتُ وبعتُ وملكتُ فليس الفرق بين قبلتُ واشتريتُ وابتعتُ ونحوهما إلّا أنّ الأوّل يعني قبلتُ يدلّ على المطاوعة والموافقة بمادّته والثّاني أعني اشتريتُ وأمثالها تدلّ عليها بهيئته، هٰذا محصّل كلامه ﷺ.

ولكن دونه خرط القتاد فإنّ بينهما فرقاً بيّناً وذلك لأنّ تاء المطاوعة لايجب في مدخولها أن يكون صادراً من فاعل غير فاعل الفعل بل يكفي فيه أن يكون ممّا يصحّ فيه ذلك فيقال (رميتُ بكراً، فارتمى) ويصحّ أن يقال (اهتدى واكتسى) وإن لم يكن له هادٍ وكاسٍ ورامٍ بخلاف قبلت فإنّه يدلّ على المطاوعة لا محالة.

لكنّه[١] لمّا كان الغالب وقوعه[٢] عقيب الإيجاب وإنشاء[٣] إنتقال مال البايع الى نفسه إذا وقع عقيب نقله[٤] إليه يوجب[٥] تحقّق المطاوعة والقبول أطلق[٦] عليه[٧] القبول وهٰذا المعنىٰ[٨] مفقود في الإيجاب المتأخّر لأنّ المشتري إنّما ينقل ماله الى

---

(١) الضّمير راجع الى الإشتراء. أقول ذكر بعض الشّارحين ﷺ أنّ قوله (لكنّه... الخ) دفع دخل يرد على قوله (فليس في حقيقة الاشتراء معنىٰ القبول) وحاصل الدّخل هو أنّ الإشتراء إن كان دالاً على إدخال مال الغير في ملكه وإخراج مال نفسه الى ملك الموجب كان كالإيجاب الّذي هو إخراج وإدخال وقد دفعه المصنّف بما حاصله أنّ تسمية (اشتريت) قبولاً ليس لأجل اتّحاده مفهوماً مع (قبلت) حتّىٰ يمتنع تقدّمه على الإيجاب بل لأجل أنّ الغالب من العقود والبيوع الخارجيّة ينشأ فيها الإيجاب أوّلاً، ثمّ يتبعها القبول إمّا بلفظ (قبلت) أو رضيت أو اشتريت أو ملكت، فيستفاد من كلّ منها المطاوعة والإنفعال ومن البيّن أنّ هٰذه الغلبة الوجوديّة لا تغيّر مدلول اللّفظ فالمطاوعة والانقياد تستفاد من (قبلت) و (اشتريت) لكنّها في (قبلت) مدلول اللّفظ وفي (اشتريت) مستفادة من القرينة المقاميّة وهي غلبة تأخّر القبول عن الإيجاب.

(٢) كلمة (وقوعه) خبر لِـ(كان) وضميره يرجع الى الإشتراء.

(٣) كلمة (إنشاء... الخ) عطف على كلمة (الغالب) فيكون قوله (يوجب) في محلّ النّصب على الخبريّة لِـ(كان) كما أنّ (وقوعه) بالنّصب خبره في المعطوف عليه أيضاً وقد عرفته آنفاً.

(٤) أي نقل البايع للمال الى المشتري.

(٥) قد عرفت آنفاً أنّ كلمة (يوجب) خبر لِـ(كان) في المعطوف.

(٦) قوله (أطلق) جواب لِـ(لمّا كان). (٧) أي على الإشتراء.

(٨) أقول تحقّق المطاوعة ومفهوم القبول بسبب التّأخّر مفقود في الإيجاب المتأخّر لفقد ما يوجبه وهو إنشاء البايع انتقال الثّمن الى نفسه بالمدلول المطابقي للصّيغة لأنّ الإنتقال يكون بالمدلول الإلتزامي كما أنّ نقل المشتري إيّاه الى البايع وإنْ تقدّم إنّما هو بالدّلالة الإلتزاميّة لا المطابقيّة.

البايع بالإلتزام الحاصل من جعل ماله عوضاً والبايع إنّما ينشأ انتقال الثّمن إليه[١] كذلك[٢] لا بمدلول الصّيغة.

وقد صرّح في النّهاية[أ] والمسالك على ماحُكيَ: بأنّ (اشتريت) ليس قبولاً حقيقة وإنّما هو بدلٌ، وإنّ الأصل في القبول: قبلت، لأنّ القبول في الحقيقة ما لا يمكن الإبتداء به، ولفظ (اشتريتُ) يجوز الإبتداء به ومرادهما[٣] أنّه[٤] بنفسه لا يكون قبولاً، فلاينافي ماذكرنا: من تحقّق مفهوم القبول فيه[٥] إذا وقع عقيب تمليك البايع. كما[٦] أنّ رضيت بالبيع ليس فيه إنشاء لنقل ماله الى البايع إلّا إذا وقع[٧]

---

(١) أي الى نفسه.

(٢) أي بالإلتزام الحاصل من جعل ماله عوضاً عن الثّمن وانتقاله الى المشتري لابمدلول الصّيغة للبيع إذ مدلولها نقل المثمن فلا مطاوعة في طرف البايع و لا نقل صريح في طرف المشتري.

(٣) يعني مراد صاحب النّهاية والمسالك.

(٤) أي أنّ اشتريت بنفسه لا يكون قبولاً حقيقة لعدم كون دلالته على القبول بالمطابقة بل لقرينة مقاميّة وهي وقوعه عقيب الإيجاب.

(٥) أي في اشتريت وحاصل الكلام أنّ (قبلت) نصّ في القبول و (اشتريت) إنّما يكون للقبول إذا كانت هناك قرينة.

(٦) قوله (كما) تنظر لكون (اشتريت) بما هو هو ليس فيه معنى القبول إلّا إذا وقع عقيب الإيجاب ومتأخّراً.

(٧) أي إلّا إذا وقع (رضيت) متأخّراً عن البيع وعقيبه فاشتريت مثل رضيت وليس مثل قبلت.

(أ) راجع نهاية الأحكام في معرفة الأحكام ج٢، ص٤٤٨. ومسالك الأفهام ج١، ص١٧١. والحاكي عنهما هو السّيد جواد العاملي في مفتاح الكرامة ج٤، ص١٥٣.

متأخّراً و لذا[١] منعنا عن تقديمه[٢] فكلّ من رضيت واشتريت بالنّسبة الى إفادة نقل المال ومطاوعة البيع عند التقدّم والتأخّر متعاكسان[٣] فإن قلت[٤]: إنّ الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله: اشتريت حتّىٰ يقع قبولاً لأنّ إنشاء مالكيّة[٥] لمال الغير إذا وقع عقيب تمليك الغير له يتحقّق فيه[٦] معنى

---

(١) أي ولأجل أنّ رضيت بما هو هو مع قطع النّظر عن وقوعه عقيب الإيجاب ليس فيه إنشاء لنقل ماله الى البايع، قلنا: لا يجوز تقديمه على الإيجاب.

(٢) أي من تقديم رضيت على الإيجاب.

(٣) مراده ﷺ من كون (رضيت) و (اشتريت) متعاكسين بالنّسبة الى إفادة نقل المال ومطاوعة البيع عند التّقدم والتأخّر: أن (رضيت) يفيد المطاوعة والموافقة سواء تقدّم على الإيجاب أو تأخّر عنه، و لا يدلّ على نقل ماله في الحال عوضاً عن المبيع إلّا إذا تأخّر عن الإيجاب. و (اشتريت) يدلّ على نقل ماله عوضاً عن المبيع الى البايع في الحال، سواء تقدّم أو تأخّر، و لا يفيد المطاوعة، و لا يتحقّق مفهوم القبول فيه، إلّا إذا تأخّر، فـ(رضيت) و (اشتريت) في الدّلالة على نقل المال ومطاوعة البيع عند التقدّم والتأخّر متعاكسان.

(٤) أقول مراده ﷺ من قوله (إن قلت) الإشكال على ما قوّاه من جواز تقديم القبول إذا كان بلفظ (اشتريت) وحاصل الإشكال: خلوّ عقد البيع عن القبول لأنّ (بعت) المتأخّر ليس قبولاً و (اشتريت) المتقدّم ليس قبولاً أيضاً وانحصار الإنشاء في الإيجاب فيقع العقد بلا قبول والحال أنّ العقد لا يكون إلّا مركّباً من إيجابٍ وقبولٍ.

(٥) أي لأنّ إنشاء مالكيّة المشتري لمال البايع... الخ.

(٦) أي في اشتريت المتأخّر.

الانتقال وقبول الأثر[١] فيكون اشتريت متأخّراً[٢] إلتزاماً بالأثر عقيب إنشاء التّأثير من البايع بخلاف ما لو تقدّم[٣] فإنّ مجرّد إنشاء المالكيّة[٤] لمالٍ لا يوجب

---

(١) أقول اعتبار القبول وكونه أحد ركني العقد ممّا لا شبهة فيه عند العرف وهٰذا هو الفارق بين العقد والإيقاع فإنّ كثيراً من الإيقاعات يتوقّف على الرّضا ممّن بيده جعله وإنشاؤه وبهٰذا لا تسمّى عقوداً لأنّ الرّضا المعتبر فيها ليس بالمعنىٰ الّذي يكون مطابق مفهوم القبول العقدي المتقوّم بالرّضا به على نحو المطاوعة، فلو قال عمرو ملكت كتابي بكراً بدرهم وقال بكر من دون علم بإيجاب عمرو تملّكتُ كتاب عمرو بدرهم لم يكن ذٰلك عقداً وذٰلك لفقد القبول بل كانا إيجابين مستقلّين وبهٰذا يعلم أنّ العقد ليس منتزعاً من مجرّد توارد الإيقاعين على أمر واحد.

(٢) قوله (متأخّراً) حال من (إشتريتُ) وقوله (إلتزاماً) خبر لـ(فيكون).

(٣) أي بخلاف ما لو تقدّم (اشتريت) على (بعت) فلا يتحقّق القبول الّذي هو شرط في العقد إجماعاً فليس في صورة التقدّم الإلتزام بالأثر لأنّ إنشاء التّأثير لم يقع من البايع، فحاصل الكلام في المقام أنّه إذا كان القبول بلفظ (إشتريت) فهو يتضمّن شيئين، أحدهما مطاوعة فعل الإيجاب والآخر تمليك القابل إيّاه ما عنده من الثّمن، فإذا كان متأخّراً عن الإيجاب يتحقّق منه الشّيئان معاً فهو من حيث تضمّنه للمطاوعة قبول فليتمّ العقد بتحقّق ركنيه، أعني الإيجاب والقبول وإذا تقدّم على الإيجاب، فيكون دالاً على محض تمليك البايع لما عنده من غير مطاوعة فعليّة لما فعله البايع فلا يتحقّق منه الشّيئان معاً بل لا مطاوعة فعليّة فلا يتحقّق القبول فلم يتحقّق العقد المركّب منه ومن الإيجاب.

(٤) أي مجرّد إنشاء المشتري المالكيّة لمال البايع لا يوجب تحقّق مفهوم القبول وذٰلك لأنّ التّملك لا يلازم القبول كما لو نوىٰ تملّك المباحات أو اللّقطة فإنّه تملّك ولا قبول فيه رأساً فاللّازم عندئذ أحد الأمرين إمّا رفع اليد عن اشتراط العقد بالقبول وإمّا رفع اليد عن جواز تقدّم (إشتريت) و لا سبيل للأوّل لأنّك قد عرفت آنفاً أنّ القبول أحد ركني العقد فلا عقد من دونه فيتعيّن الثّاني.

تحقّق مفهوم القبول كما[١] لو نوىٰ تملّك المباحات أو اللّقطة[٢]، فإنّه لا قبول فيه[٣] رأساً.

قلت: المسلّم من الإجماع هو اعتبار القبول[٤] من المشتري بالمعنىٰ الشّامل للرّضا بالإيجاب[٥] وأمّا وجوب تحقّق مفهوم القبول المتضمّن للمطاوعة وقبول الأثر فلا[٦] فقد تبيّن من جميع ذٰلك[٧] أن إنشاء القبول لابدّ أن يكون جامعاً لتضمّن إنشاء النّقل[٨] وللرّضا بإنشاء البايع تقدّم[٩] أو تأخّر و لا يعتبر[١٠] إنشاء

---

(١) قوله (كما... الخ) تنظير لكون مجرّد إنشاء المشتري المالكيّة لمال البايع لا يوجب تحقّق مفهوم القبول لأنّ التّملك لا يلازم القبول كما أنّ مجرّد نيّة تملّك المباحات لا يوجب ملكيّتها بل لابدّ في صدق تملّكها من حيازتها بتحجير ما حازه.

(٢) حيث إنّ اللّقطة إذا كانت من المسكوكات وكانت أقلّ من درهم فجواز تملّكها مشروط بأخذها و لا يكفي مجرّد نية التّملك.

(٣) أي لا قبول في تملّك المباحات بل يكفي فيه حيازتها بتحجير كما عرفت آنفاً.

(٤) أقول هٰذا جواب الإشكال المزبور وملخّصه أنّ المتيقّن من الإجماع هو الرّضا بالإيجاب، و لا دليل على اعتبار أزيد من ذٰلك في القبول كالمطاوعة.

(٥) فإذا تحقّق الرّضا تحقّق القبول المجمع على اعتباره في العقد.

(٦) أي فلا إجماع على وجوب تحقّق ذٰلك المعنىٰ.

(٧) أقول كلمة (ذٰلك) إشارة الى ما أفاده في (قلت) من الإجماع على اعتبار القبول الى قوله (فلا).

(٨) أي لتضمّن إنشاء النّقل من المشتري للثّمن الى البايع.

(٩) أي سواء تقدّم هٰذا النّوع من القبول عن إنشاء البايع أو تأخّر.

(١٠) أقول يعني لا يعتبر في قبول البيع إنشاء التّأثير من تأثير البايع وبيعه ونقله، و لا تشترط المطاوعة الحقيقيّة في القبول حتّىٰ يجب تأخيره عن الإيجاب تحقيقاً لمعنىٰ المطاوعة والإنفعال والتأثّر.

انفعال نقل البايع فقد تحصّل ممّاذكرناه[١] صحّة تقديم القبول إذا كان بلفظ اشتريت وفاقاً لمن عرفت[٢] بل هو[٣] ظاهر اطلاق الشّيخ في الخلاف[أ] حيث إنّه لم يتعرّض إلّا للمنع عن الإنعقاد بالإستيجاب والإيجاب. وقد عرفت[٤] عدم الملازمة بين المنع عنه[٥] والمنع عن تقديم مثل إشتريت وكذا[٦] السّيّد في الغنية [ب]

---

(١) من الفرق بين (اشتريت) و (قبلت) صحّة تقديم القبول إذا كان بلفظ (إشتريت) لا ما إذا كان بلفظ (قبلت) لما سيأتي من ذهاب جمع من أعيان الفقه الى جوازه.

(٢) كالمحقّق ﷺ في الشّرايع، والعلّامة في التّحرير والقاضي في الكامل والشّهيدين في بعض كتبهما، وجمع من الفقهاء ممّن تأخّر عنهما الّذين جوّزا تقديم القبول على الإيجاب. راجع ص ١٢١.

(٣) يعني جواز تقديم القبول على الإيجاب ظاهر اطلاق الطّوسي ﷺ في كتابه الخلاف، حيث إنّه مع كونه في مقام بيان شرائط الصحّة منع عن الإنعقاد بالإستيجاب والإيجاب فقط نحو (بِعني، فيقول بعتُكَ) ومن البيّن عدم الملازمة بين المنع عن الإستيجاب والإيجاب وبين المنع عن تقديم مثل (إشتريت) وذلك لقصور (بِعني) عن الدّلالة على القبول المعتبر في العقد من جهة عدم دلالة الأمر على الرّضا الفعلي بالإيجاب حتّى يُملِّكَ القابل ماله بعنوان العوضيّة للموجب وهٰذا بخلاف (اشتريت) و (ابتعت) ونحوهما المتكفّلة لهٰذه الجهة.

(٤) الظّاهر أنّ مراده ﷺ ما تقدّم بقوله: (إلّا أنّ المحقّق مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الإستيجاب والإيجاب صرّح بجواز تقديم القبول على الإيجاب).

(٥) أي الإستيجاب والإيجاب.

(٦) أي وكذا مثل الشيخ الطّائفة السّيّد أبو المكارم: ابن زهرة في كتابه الغنية، حيث أطلق اعتبار الإيجاب والقبول ولم يتعرّض لعدم جواز تقديم القبول على الإيجاب.

(أ) الخلاف ج ٢ ص ١٨ المسألة ٥٦.

(ب) غنية النّزوع ضمن الجوامع الفقهيّة ص ٥٢٤.

حيث اطلق إعتبار الإيجاب والقبول واحترز[١] بذلك[٢] عن انعقاده بالمعاطاة وبالاستيجاب والإيجاب وكذا[٣] ظاهر اطلاق الحلبي في الكافي[٤] حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الإنعقاد والحاصل[٥] أنّ المصرّح بذلك[٦] فيما وجدت من القدماء الحلّي[أ] وابن حمزة[ب] فمن التّعجّب بعد ذلك[٧] حكاية الإجماع[٨]

---

(١) أي واحترز السّيّد ابن زهرة بقوله: (يعتبر الإيجاب والقبول في العقد) عن انعقاده بالمعاطاة فإنّه لا يرى انعقاده بها ولا بصورة الطّلب كقولك: بعني، فيقول البايع: بعتك.

(٢) أي بإعتبار الإيجاب والقبول.

(٣) حيث قال: (واشترطنا الإيجاب والقبول لخروجه من دونهما عن حكم البيع) ولم يشترط تقدّم الإيجاب على القبول.

(٤) الكافي في الفقيه لأبي الصّلاح الحلبي ﷺ ص ٢٥٢.

(٥) أي ملخّص ما قلناه حول القبول: من حيث جواز تقديمه إذا كان بلفظ اشتريت أو عدم جوازه.

(٦) أي بالمنع عن تقديم القبول على الإيجاب.

(٧) يعني بعد ما ذكرنا من انحصار المصرّح بعدم جواز تقديم القبول على الإيجاب في الحلّي وابن حمزة وظهور كلام من عداهما وصريح بعض آخر منهم في الجواز واطلاق الشّيخ في الخلاف واطلاق السّيد والحلبي فإنّه بعد هذه الموافقة تكون دعوى الإجماع على اعتبار تقديم الإيجاب على القبول بعيدة جداً.

(٨) أقول: الحاكي للإجماع عن الخلاف على اشتراط تقديم الإيجاب هو الشّهيد الأوّل ﷺ في كتابه غاية المراد في شرح نكت الارشاد.

(أ) السّرائر كتاب المتاجر ص ٢١٣، إليك بمتن العبارة: (فإن كان القبول متقدّماً على الإيجاب فالبيع غير صحيح.

(ب) الوسيلة (ضمن الجوامع الفقهيّة) ص ٧٠٤، متن العبارة: (والثّامن تقديم الإيجاب على القبول).

عن الخلاف[أ] على تقديم الإيجاب مع انّه[١] لم يزد على الإستدلال بعدم كفاية الإستيجاب والإيجاب بأنّ ما عداه[٢] مجمع على صحّته وليس على صحّته[٣] دليل: وَلَعمري إنّ مثل هٰذا[٤] ممّا يوهن الإعتماد على الإجماع المنقول وقد نبّهنا على أمثال ذٰلك[٥] في مواردها[ب].

---

(١) أي الشّيخ ﷺ.

(٢) أي ما عدا الإستيجاب والإيجاب مجمع على صحّته لأنّ كلمة (ما) في قوله: (ما عداه) كما تعمّ جميع أفراد الصّيغة الّتي تحصل من إختلاف الألفاظ في الهيئة من الماضي والمضارع وغيرهما كذٰلك تعمّ أفراده الّتي تحصل من الإختلاف من حيث تقدّم الإيجاب على القبول والعكس.

(٣) أي صحّة الإستيجاب والإيجاب.

(٤) أقول: يعني ظهور كلام من عدا الحلّي وابن حمزة من العلماء وصريح بعضٍ آخر منهم في جواز تقديم القبول ممّا يوهن الإعتماد على الإجماع المنقول المحكيّ عن الخلاف على تقديم الإيجاب وعدم جواز تقديم القبول.

(٥) يعني أمثال هٰذا الموهن وهو مصير جمعٍ كثيرٍ من العلماء الى ما يخالف الإجماع إذ يستكشف بمخالفة العلماء عدم اتّفاقهم على الحكم لكي يحرز به رأي الإمام ﷺ.

(أ) حكى الشّهيد الأوّل ﷺ الإجماع عن الخلاف في كتابه (غاية المراد ص ٨١ وقد نسب السّيّد جواد العاملي في مفتاح الكرامة ج ٤ ص ١٦٤ انتساب هٰذا الإجماع الى الخلاف الى الوهم قطعاً، راجع الخلاف ج ٢ ص ١٨ ذيل المسألة ٥٦.

(ب) راجع فرائد الأصول للشّيخ الأعظم الأنصاري ﷺ ص ٥٥ ـ ٥٧ في البحث عن حجيّة الإجماع المنقول وعدمها (طبعة رحمة الله).

نعم[١] يشكل الأمر بأنّ المعهود المتعارف من الصّيغة تقديم الإيجاب[٢] ولا فرق بين المتعارف هنا[٣] وبينه[٤] في المسألة الآتية: وهو الوصل[٥] بين الإيجاب والقبول فالحكم[٦] لا يخلو عن شوب الإشكال ثمّ إنّ ما

---

(١) أقول: قوله: (نعم) استدراك على ما قوّاه من جواز تقديم القبول على الإيجاب وحاصل الإشكال أنّ المتعارف من الصّيغة صيغة البيع تقديم الإيجاب على القبول فلازمه حمل اطلاقات (أحلّ اللهُ البيع) و (أن تكون تجارة عن تراض) وعموم (أوفوا بالعقود) على المتعارف فيشكل عندئذٍ أمر تقديم القبول على الإيجاب لأنّه خلاف المتعارف هذا. ويرد عليه أنّ حمل الإطلاقات الواردة في الكتاب والسنّة على المتعارف يوجب سقوطها عن الإعتبار بالمرّة ويستلزم وجوب العربيّة بل والماضويّة هذا مع أنّا نمنع كون المتعارف من الصّيغة تقديم الإيجاب على القبول إذ ليس المدار هو المتعارف عند المتشرّعة بعد نزول الآية (أحلّ الله البيع) بل المدار هو المتعارف عند عامّة النّاس حين النّزول ولم يعلم هناك تعارف مع إمكان المنع عن كون المتعارف عند العامّة حتّى بعد نزول الآية، ذلك كيف وهم يدّعون السّيرة على الإكتفاء بالمعاطاة عندهم فلو كان المتعارف الدّائر عندهم تقديم الإيجاب وتأخير القبول المبني على اجراء الصّيغة كيف كان أمكن استفادة السّيرة العمليّة عند المتشرّعة فضلاً عن غيرهم على المعاملة بالمعاطاة[أ].

(٢) فاللّازم تنزيل اطلاقات حليّة البيع وتجارة عن تراضٍ والوفاء بالعقود عليه.

(٣) أي في باب تقديم الإيجاب على القبول. (٤) وبين المتعارف.

(٥) أي الموالاة بين الإيجاب والقبول فكما أنّ هناك نقول بالموالاة المتعارفة كذلك يلزم أن نقول بتقديم الإيجاب هنا لكونه المتعارف أيضاً.

(٦) أي الحكم بتقديم القبول على الإيجاب إذا كان المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب على القبول لا يخلو عن شوب الإشكال والخديعة.

(أ) مع أنّ المتعارف بمعنى كثرة الوجود في بعض الاضاف والأفراد لا يوجب الغاء الاطلاقات.

ذكرنا[١] جارٍ في كلّ قبولٍ يؤدّى بإنشاءٍ مستقلٍّ[٢] كالإجارة الّتي يؤدّى قبولها بلفظ تملّكت منك منفعة كذا، أو ملّكت والنّكاح الّذي يؤدّى قبولها بلفظ نكحت وتزوّجت وأمّا ما لا إنشاء في قبوله إلّا قبلت، أو ما يتضمّنه[٣] كارتهنتُ[٤] فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه[٥] إذ لا التزام في قبوله[٦] لشيءٍ كما كان في قبول البيع التزامٌ بنقل ماله الى البايع، بل لا يُنْشيء[٧] به معنى غير الرّضا بفعل الموجب وقد تقدّم[٨] أنّ الرّضا يجوز تعلّقه بأمرٍ مترقّبٍ كما يجوز تعلّقه بأمر محقّق فيجوز أن يقول: رضيتُ برهنك هذا عندي، فيقول: رهنتُ. والتّحقيق عدم الجواز لأنّ اعتبار القبول فيه من جهة تحقّق عنوان المرتهن. ولا يخفى أنّه لا يصدق الإرتهان

---

(١) من الإشكال في جواز تقديم القبول إذا كان متضمّناً لإنشاء مستقلّ في نفسه مثل (اشتريت و إبتعت) ونحوهما وإن لم يكن قبولاً بالمعنى الأخصّ.

(٢) بأن كان القبول إنشاءً لأمرٍ كاشتريت حيث إنّ فيه إنشاء انتقال مال البايع الى نفسه عوضاً عمّا ينقله إلى البايع فيجوز تقديمه على الإيجاب لا مجرّد قبول فعل الموجب (كقبلت).

(٣) أي يتضمّن القبول.

(٤) يقول من يأخذ الوثيقة.

(٥) أي فيما لا إنشاء في قبوله كالعقود الّتي لا إنشاء في قبولها مثل الوكالة والرّهن لأنّ قبول الوكالة الّتي هي استنابة في التّصرّف إمّا قوليٌ كقبلت ورضيت أو فعليٌ كفعله ما أمر بفعله ولا إنشاء فيهما وكذا قبول الرّهن قبلت وشبهه من الألفاظ الدّالة على الرّضا بالإيجاب.

(٦) أي قبول ما لا إنشاء فيه.

(٧) أي بالقبول فيما لا إنشاء في قبوله إلّا قبلت.

(٨) تقدّم في ص١٢٦ بقوله: إنّ الرّضا بشيء لا يستلزم تحقّقه قبله فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبل.

على قبول الشّخص إلّا بعد تحقّق الرّهن لأنّ[١] الإيجاب إنشاء للفعل والقبول إنشاء للإنفعال[٢] وكذا[٣] القول في الهبة والقرض فإنّه لا يحصل من إنشاء القبول فيهما إلتزام بشيء وانّما يحصل[٤] به الرّضا بفعل الموجب ونحوها[٥] قبول المصالحة المتضمّنة للإسقاط أو التّمليك[٦] بغير عوض وأمّا المصالحة المشتملة

---

(١) قوله: (لأنّ) علّة لقوله: (لا يصدق).

(٢) فالإنفعال يتوقّف على الفعل والإنكسار يتوقّف على الكسر في قوله: (كسرت الكوزة فإنكسرت) وعليهما يتوقّف العنوان وقد استظهر بعض الأعاظم أنّ قوله: (لأنّ) علّة للمستثنى أعني صدق الإرتهان على قبول الشّخص بعد تحقّق الرّهن بمعنى أنّه بعد تحقّق إنشاء الرّهن يصير قبول الرّهن إنشاءً لإنفعاله فيصدق عليه عندئذٍ عنوان الإرتهان الّذي هو عبارة عن انفعال فعل الرّهن وهٰذا بخلاف ما إذا لم يثبت إنشاء الرّهن بأن يتقدّم القبول على الإيجاب فإنّه لا يصير إنشاء انفعال ح بل يكون مجرّد رضى بفعل الرّاهن الّذي ليس ينطبق عليه عنوان الإرتهان.

(٣) يعني مثل الرّهن القول في الهبة والقرض فإنّهما ليسا كالبيع فإنّه لا يحصل من إنشاء القبول فيهما كقول المقترض قبلت وشبهه في القرض وكلّ لفظ دالّ على الرّضا في الهبة كقبلت ورضيت ونحوهما التزام بشيء زائد على مجرّد الرّضا وإنّما يحصل بالقبول فيهما الرّضا بفعل الموجب فيمكن تقديم القبول فيهما وإن لم نقل بذٰلك في باب البيع.

(٤) أي بالقبول في القرض والهبة.

(٥) أي ونحو القبول في الهبة والرّهن والقرض قبولُ الصّلح المتضمّن لإسقاط ما في الذمّة.

(٦) بالجرّ عطفاً على مجرور اللّام الجارّة في قوله: (للإسقاط أي أو المصالحة المتضمّنة للتّمليك كما في قولك: (صالحتك على تمليك كتابي لك) أو يقول الدّائن للمدين: (صالحتك لما بذمّتك) أو أن يقول مالك العارية للمستعير: (صالحتك عمّا في يدك) إذا كان إسقاطاً وتمليكاً بغير عوض بمعنى أنّه لا يكون القابل في المصالحة ناقلاً ماله الى غيره إذ الصّلح يفيد فائدة جميع العقود.

على المعاوضة[١] فلمّا كان إبتداء الالتزام بها[٢] جايزاً من الطّرفين وكان نسبتها[٣] إليهما على وجهٍ سواء وليس الالتزام الحاصل من احدهما أمراً مغايراً للالتزام الحاصل من الآخر كان[٤] البادي منهما موجباً لصدق الموجب

---

(١) أقول: حاصل كلامه ﷺ ابداء الفرق بين المصالحة المتضمّنة للإسقاط أو التّمليك بغير عوضٍ وبين المصالحة المشتملة على المعاوضة، وملخّص الفرق بينهما هو أنّ الإلتزام القبولي ليس مغائراً للإلتزام الإيجابي. فالبادي منهما لا محالة يتّصف بالإيجاب لصدق الإيجاب وهو إنشاء التّسالم لغةً وعرفاً عليه فلو كان الإنشاء التّسالميّ المتأخّر مثلهُ لتركب العقد من إيجابين والإجماع قام على توقّف العقد على القبول فيتعيّن إنشاء قبول الصّلح بلفظ (قبلت) إذ لو انشاء كلٌ منهما بلفظ (صالحت) لزم خلوّ عقد الصّلح من قبولٍ وتركّبه من إيجابين وهو ممنوع وحيث إنّ لفظ (قبلت) ممّا يلزم تأخّره عن الإيجاب لأنّه ليس مطلق الرّضا بالإيجاب بل هو الرّضا المتضمّن للنّقل في الحال الى الموجب تعيّن تأخّره عن إيجاب الصّلح.

(٢) أي بالمصالحة.

(٣) أي نسبة المصالحة الى الطّرفين على وجهٍ سواءٍ فكلّ من طلب المصالحة كان موجباً وكلّ من رضى بها كان قابلاً فعندئذٍ لا بدّ أن يكون أحد الإنشائين بعنوان القبول وذلك (كبيع الرّمح بالسّيف) مثلاً ولا فرق بينهما إلّا أنّ في البيع يعتبر أحدهما معوّضاً والآخر عوضاً فمالك المعوّض موجب وبايع ولو كان هو القابل ومالك العوض مشتر ولو كان هو الموجب فلو قال المشتري: (اشتريت مالك بمالي) فقال البايع: (قبلت) صحّ على ما عرفت وكان المشتري هو الموجب والبايع هو القابل وهٰذا بخلاف عقد المصالحة فإنّ الموجب هو المصالح بالكسر دائماً والقابل هو المصالح بالفتح دائماً.

(٤) قوله: (كان الخ) جواب قوله: (فلمّا كان...) وقد عرفت وجه تعيّن البادي بالإنشاء في الإيجاب والمتأخّر في القبول.

عليه لغة[١] وعرفاً ثمّ[٢] لمّا انعقد الإجماع على توقّف العقد على القبول... لزم أن يكون الإلتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول[٣] إذ لو قال أيضاً صالحتك كان إيجاباً آخر فيلزم تركيب العقد من إيجابين[٤] وتحقّق من جميع ذلك أنّ تقديم القبول في الصّلح[٥] أيضاً غير جائزٍ إذ لا قبول فيه[٦] بغير لفظ: قبلتُ ورضيتُ، وقد عرفت[٧] أنّ (قبلتُ) و (رضيتُ) مع التّقديم لا يدلّ على إنشاء لنقل العوض في الحال فتلخّص ممّا ذكرنا أنّ القبول في العقد على

---

(١) أي لصدق الموجب على البادي لغة لتصدّيه لإنشاء عنوان الصّلح بقوله: (صالحتك) فهو المصالح بحسب اللّغة لتلبّسه بالعنوان، وكذلك في العرف حيث إنّ المتقدّم عند العرف هو الموجب.

(٢) إن قلت فإذا كان كلّ طرف يصحّ أن يكون مصالحاً فلِمَ لا يصحّ أن يقول كلٌ منهما: (صالحتك) قلت: لمّا انعقد الإجماع على توقّف العقد على القبول بمعنى أنّه لا يجوز إنشاء قبول الصّلح مقدّماً على الإيجاب لعدم دلالته على نقل العوض في الحال مع أنّه لا بدّ في القبول من دلالته عليه لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول هٰذا ولكن لا وجه لتعيّنه لإمكان أن ينشأ الرّضا بصيغة صالحتك بكذا وكذا الحال في البيع إن لم يعتبر فيه كون إحدى العينين عوضاً والآخر معوّضاً.

(٣) كان يقول الأوّل: (صالحتك) ويقول الآخر: (قبلت).

(٤) ومن البيّن عدم كون الإيجابين المنضمّ احدهما الى الآخر عقداً.

(٥) أقول: يعني كما لا يجوز في كلّ عقد معاوضي ينشأ قبوله بلفظ (قبلت ورضيت) كذلك لا يجوز تقديم القبول في الصّلح إذ لا قبول فيه بغير لفظ (قبلتُ ورضيتُ) وشبههما كـ(أمضيتُ و أنفذتُ).

(٦) أي في الصّلح.

(٧) في ص١٢٧ عند قوله: إذ مع تقدّمه لا يتحقّق النّقل في الحال.

أقسام[١] لأنّه إمّا أن يكون إلتزاماً بشيء من القابل كنقل مالٍ عنه أو زوجيّة، وإمّا أن لا يكون فيه سوى الرّضا بالإيجاب والأوّل[٢] على قسمين لأنّ الالتزام الحاصل من القابل إمّا أن يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة[٣] أو متغايراً كالاشتراء[٤] والثّاني[٥] أيضاً على قسمين لأنّه إمّا[٦] أن يعتبر فيه[٧] عنوان المطاوعة كالإرتهان والإتّهاب والإقتراض، وإمّا[٨] أن لا يثبت فيه إعتبار

---

(١) أي على أقسام أربعة: أحدها: القبول في المصالحة على شيء من الطّرفين المشتملة على المعاوضة. وثانيها: القبول بلفظ (اشتريت في البيع). وثالثها: القبول في الإرتهان والإتّهاب والإقتراض. ورابعها: القبول في العارية والوكالة وشبههما.

(٢) وهو ما يكون القبول فيه التزاماً بشيء من القابل في قبال إلتزام الموجب.

(٣) حيث إنّ كلّ طرف يعطي شيئاً في مقابل شيء فكلٌ يصالح شيئاً في مقابل مصالحة طرفه شيئاً فكلّ واحدٍ من الموجب والقابل في المصالحة يلتزم أن يعطي شيئاً في مقابل شيء فليس في التزامهما تغاير.

(٤) حيث إنّ الإلتزام الحاصل من المشتري مخالف للإلتزام الحاصل من البايع لأنّ البايع بقوله: (بعتك هٰذا الثّوب) يُخرِجُ المبيع عن ملكه وبقوله: (بدراهم) يدخل الثّمن في ملكه والمشتري بقوله: أشتريت هذا الثّوب يدخل المبيع في ملكه وبقوله (بدراهم) يخرج الثّمن عن ملكه فعمل المشتري ليس مثل عمل البايع.

(٥) وهو ما يكون القبول فيه مجرّد الرّضا بالإيجاب.

(٦) هٰذا هو القسم الثّالث.

(٧) أي في القبول عنوان المطاوعة وقبول الأثر من المؤثّر والإنفعال عن الفعل كالإرتهان والإتّهاب والإقتراض فإنّ هٰذه العقود معتبر فيها عنوان المطاوعة فلا يصحّ تقديم قبولها على ايجابها.

(٨) أقول: هٰذا هو القسم الرّابع والفرق بين الإرتهان وقبول الوكالة بيّن فإنّ الإرتهان مطاوع للرّهن فلا يكون إلّا بعده كالانكسار الّذي لا يكون إلّا بعد الكسر امّا قبول الوكالة فليس إلّا رضا سواء كانت الوكالة قبلاً أو بعداً.

أزيد من الرّضا بالإيجاب كالوكالة والعارية وشبههما[١] فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلّا في القسم الثّاني[٢] من كلّ من القسمين.

ثمّ[٣] إنّ مغايرة الإلتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه[٤] اعتبار عرفيٌ فكلّ من التزام بنقل ماله على وجه العوضيّة لمالٍ آخر يسمّى مشترياً وكلّ من نقل ماله على أن يكون عوضه مالاً من آخر يسمّى بايعاً، وبعبارة أخرى كلّ من ملّك ماله

---

(١) كالوديعة من العقود الجائزة والمضاربة فإنّها بمجرّد الرّضا الصّادر من العامل يتمّ العقد فيؤثّر أثره.

(٢) أقول: القسم الثّاني من القسم الأوّل كالاشتراء والقسم الثّاني من القسم الثّاني كالوكالة والعارية فإنّ في تقديم القبول على الإيجاب فيها لا يلزم محذور لعدم اعتبار عنوان المطاوعة والإنفعال عن الفعل فيها فليست كالإنكسار الموقوف على الكسر المتأخّر عنه وهذا مع الغضّ عن وجود الإجماع المدّعي على عدم جواز تقديم القبول.

(٣) غرض المصنّف ﷺ من هذه العبارة الى آخر البحث بعد تقسيم العقود بلحاظ جواز تقديم القبول على الإيجاب هو تمييز البايع عن المشتري حتّى يظهر أنّ قبول البيع ان كان بلفظ (قبلت) لم يصحّ تقديمه وإن كان بلفظ (اشتريت) جاز تقديمه.
فحاصل ما أفاده هنا هو أنّ الإلتزام بالنّقل والتّمليك متحقّق في كلٍّ من الإيجاب والقبول فلا فرق بحسب الدّقّة بينهما ولكنّ الفارق بينهما في مقام الإثبات موكول الى العرف بمعنى أنّ المغايرة عرفيٌ لا أنّ المغايرة حقيقيةٌ واقعيّةٌ فمن التزم بنقل ماله إلى الغير على أن يكون عوضاً عمّا ملّكه الغير سمّى مشترياً فإنّ المشترى ينقل الثّمن عوضاً عن المثمن ومن التزم بنقل ماله على أن يكون عوضه مال الآخر سمّي بايعاً فإنّ البايع ينقل المثمن على أن يكون عوضه ثمناً من المشتري وبعبارة أخرى كلّ من ملّك ماله لغيره بعوضٍ فهو البايع بأن ابتدأ في إملاك ماله وكلّ من مَلِكَ مال غيره بعوض ماله فهو المشتري بأن إبتدأ في تملّك مال الغير بعوض مال نفسه.

(٤) بمعنى أنّ مغايرة التزام المشتري لالتزام البايع عرفيٌ وليس بحقيقي كما عرفت آنفاً.

غيره بعوضٍ فهو البايع وكلٌّ من مَلَكَ[١] مال غيره بعوض ماله فهو المشتري وإلّا[٢] فكلٌّ منهما في الحقيقة يُمَلِّكُ[٣] ماله غيره بإزاء مال غيره ويملك[٤] مال غيره بإزاء ماله.

ومن جملة شروط العقد: الموالاة[٥]

بين ايجابه وقبوله ذَكَرَهُ الشّيخ في المبسوط[ب] في باب الخلع ثمّ العلّامة [ج]

---

(١) كلمة (مَلِكَ) مخفّف.

(٢) أي مع الغضّ ومع قطع النّظر عن الإعتبار العرفيّ فلا فرق في الحقيقة بين البايع والمشتري إذ كلٌّ منهما في الحقيقة يُمَلِّكُ بالتّشديد ماله غيره بأزاء مال غيره ويَملِكُ بالتّخفيف مال غيره بأزاء ماله.

(٣) كلمة (يُمَلِّكُ) بالتّشديد.

(٤) كلمة (يملك) بالتّخفيف.

(٥) (والَىَ وِلاءً ومُوالاةً) الشّيء: تابعة[أ] والمراد هنا التّتابع وعدم الفصل الطّويل وعدم الفصل بكلامٍ أجنبيٍّ بين الايجاب والقبول.

(أ) المنجد.

(ب) قال في المبسوط: (إذا طلّقهما بألفٍ أو على ألفٍ فقد طلّقهما طلاقاً بعوض ألف ويقتضي أن يكون جوابه على الفور فإن تراخى لم يصحّ أن يطلّقهما على ما طلبتا، فإن طلّق كان إبتداء طلاقٍ من جهته ويكون رجعيّاً) انتهى، المبسوط في فقه الإماميّة ج ٤ ص ٣٦٢.

(ج) قال العلّامة؛ في بيع النّهاية: (ويشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول ولايتخلّلهما كلامٌ أجنبيٌّ عن العقد إذا خرج بذلك عن القبول عرفاً نهاية الأحكام ج ٢ ص ٤٥٠.

والشّهيدان[أ] والمحقّق الثّاني[ب] والشّيخ المقداد[ج] قال الشّهيد في قواعده[د] الموالاة معتبرة في العقد ونحوه[١] وهي[٢] مأخوذة[٣] من إعتبار الإتّصال بين

---

(١) وهو كلّ ما تعتبر فيه وحدة وموالاة سواء كان من ناحية الشّرع كالصّلاة والوضوء أم من العرف كالمعاملات. (٢) أي الموالاة.

(٣) يعني أن الأصل في اعتبار هذا الشّرط في العقد اعتبار الإتّصال بين المستثنى والمستثنى منه وحيث كان باب الإستثناء أصلاً صار منشأ الإنتقال الى اعتبار الإتّصال في كلّ ما يجمعه عنوان واحد وصار مأخذاً لجميع الموارد الّتي يعتبر فيها الإتّصال ولو لم تكن من أجزاء الكلام كتوبة المرتدّ عن غير فطرة بعد الإستتابة. =

(أ) قال الشّهيد ﷺ في شرائط الوقف: (ورابعها: القبول المقارن للإيجاب إذا كان أي الوقف ـ على من يمكن منه القبول) الدّروس الشّرعيّة ص٢٢٩ عند ذكر شرط الرّابع من شرائط الوقف، ورجّح الشّهيد الثّاني في الرّوضة اشتراط الوقف بالقبول إذا كان الوقف على من يمكن في حقّه القبول ثمّ قال: (فعلى هذا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللّازمة من اتّصاله بالإيجاب عادة) الرّوضة البهيّة كتاب الوقف ص ٢٢٠.

(ب) قال في جامع المقاصد: (ويشترط وقوع القبول على الفور عادةً من غير أن يتخلّل بينهما كلام أجنبيٌّ) جامع المقاصد ج ٤ ص٥٩. وقال في موضع آخر: (وكذا يشترط إتّحاد مجلس الإيجاب والقبول فلو تعدّد كما لو قالت الزّوجة: زوّجت نفسي من فلان وهو غائب فبلغه فَقَبِلَ لم يصحّ لأنّ العقود اللّازمة لا بدّ فيها من وقوع القبول على الفور عادةً بحيث يعدّ جواباً للإيجاب وكذا لو تخلّل بينهما كلام آخر أجنبيّ) جامع المقاصد ج ١٢ ص٧٨.

(ج) التّنقيح الرّائع ج ٢ ص ٢٤.

(د) استند الشّهيد؛ في اعتبار الموالاة إلى فتاوى علمائنا (رضوان الله عليهم) في مسائل خمس، ونقل فتوى بعض العامّة في مسألة تخلّل التّحميد والتّصلية بين إيجاب عقد النّكاح وقبوله. القواعد والفوائد ج ١ ص ٢٣٤ رقم القاعدة ٧٣.

=

= يعني أنّه اذا لم يتب المليّ فوراً بعد الإستتابة يجوز أو يجب قتله.

وحاصل الكلام في المقام: أنّ تبعيّة المستثنى للمستثنى منه وشدّة ارتباطه به لمّا كانت في غاية الوضوح بحيث كان الاستثناء منه من المدح الى الذّم ومن الصّدق الى الكذب ومن الإيمان الى الكفر ولذلك إذا قال أحد: (لا إله) ولم يعقّبه بقوله: (إلّا الله) إلّا بعد مدّة طويلة حكم بكفره لأنّ أهل العرف لا يرونهما كلاماً واحداً ومن الإقرار الى الإنكار وبالعكس كان اعتبار الموالاة بينهما في غاية الوضوح وجُعِلَ مأخذاً واصلاً لإعتبار الموالاة في سائر الأمور المتّصلة كالعقود.

وعلى كلّ حال فغاية ما استدلّ أو يمكن الإستدلال به على هذا الشّرط أمور:

أحدها: وهو العمدة عدم صدق العقد إذا كان هناك فصل مفرط بين الإيجاب والقبول، لأنّ للعقد هيئةً إتّصاليّة في نظر العرف بل هو بطرفيه (الإيجاب والقبول) بمنزلة كلام واحد يرتبط بعضه ببعضٍ، فكما لا يجوز الفصل الطّويل بين أجزاء كلامٍ واحدٍ وإلّا لم يصدق عليه كلامٌ واحد فكذلك العقد.

ثانيها: عموم وجوب الوفاء منصرف الى العقود المتعارفة سلّمنا صدق العقد على المنفصل في الجملة لكنّه خارج عن منصرف العموم لأنّه غير متعارف هذا هو الّذي أشار إليه صاحب الجواهر بقوله: (قلت: المدار في هذه الموالات على العرف فإنّه الحافظ للهيئة المتعارفة سابقاً في العقد الّذي نزّلنا الآية عليه فإنّ الظّاهر عدم تغيّرها) انتهى[أ].

والحقّ أنّه كذلك ينصرف الذهن في هذه الاطلاقات والعمومات بما دارت بين العقلاء من عقودهم وبيوعهم وتجاراتهم إلّا ما خرج بالدّليل والمعمول بينهم هو العقد المتّصل عرفاً، فتحصّل من جميع ما ذكرنا أنّ إعتبار الإتّصال بين المستثنى والمستثنى منه أمر بديهيٌّ وربّما يكون التّأمّل في ذلك سبباً لإعتبار الإتّصال في كلّ أمرٍ تدريجيّ الّذي ثبتت له الصّورة الإتّصاليّة في نظر العرف.

(أ) راجع جواهر الكلام المجلّد ٢٢ ص ٢٥٥.

المستثنى والمستثنى منه وقال بعض العامّة[أ] لا يضرّ قول الزّوج بعد الإيجاب[١] الحمد لله والصّلاة على رسول الله، قبلت نكاحها ومنه[٢] الفوريّة في استتابة المرتدّ

---

(١) أي بعد ايجاب الزّوجة بقولها: (زوّجتك نفسي بألف) فيقول الزّوج: (الحمد لله والصّلاة على رسول الله، قبلت نكاحها) مثلاً فقد فصّل بين الإيجاب والقبول بالتّحميد والتّصلية، فقال بعض العامّة لا يضرّ هٰذا الفصل والحقّ أنّه يضرّ لما سمعته من جامع المقاصد من قوله: (وكذا لو تخلّل بينهما بكلام آخر أجنبيٌّ).

(٢) أي ومن إعتبار الإتّصال والتّوالي فوريّة توبة المرتدّ الملّي فوراً عقيب إستتابة وطلب توبة الحاكم فإذا لم يتب بعد الاستتابة فوراً وبلا فصل يجوز أو يجب قتله، خلافاً لمن قال: إنّه لما يقتل إلّا بعد ثلاثة أيّام، ويدل على فوريّة توبة المرتدّ الملّي بعد استتابة الحاكم عدّة نصوص نذكر بعضها: ـ

منها: ما في معتبرة عليّ بن جعفر عن أخيه ﷺ في حديث قال: قلت: فنصرانيٌّ أسلم ثمّ ارتدّ، قال: يستتاب فإن رجع، وإلّا قتل). وظهورها في وجوب الرّجوع بلا فصل وعدم امهاله واضح غير منكر.

ومنها: ما عن أبي جعفر وأبي عبد الله ﷺ في المرتدّ يستتاب فإن تاب وإلّا قتل الحديث وغيرهما من الأحاديث ٣ و ٤[ب].

وأمّا الرواية الدّالّة على ثلاثة أيّام فهي رواية مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله ﷺ قال: (قال أمير المؤمنين ﷺ المرتدّ عن الإسلام تعزل عنه إمرأته، ولا توكل ذبيحته ويستتاب ثلاثة أيّام فإن تاب وإلّا قتل يوم الرّابع)[ج].

(أ) قاله من الشّافعيّة: أبو حامد الإسفرايني، راجع المهذّب للشيرازي ج ٢ ص ٤١ ـ وفي الفقيه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ٢٤ في شروط عقد النّكاح: (واشترط الشّافعيّة والمالكيّة الفور، واغتفروا الفاصل اليسير الّذي لا يقطع الفور عرفاً.

(ب) وسائل الشّيعة ج ١٨ ص ٥٤٧ الباب ٣ من أبواب حدّ المرتدّ، الحديث ١ و ٢ و ٣ و ٤.

(ج) وسائل الشّيعة ج ١٨ ص ٥٤٨ الباب ٣ من أبواب حدّ المرتدّ، الحديث ٥.

فيعتبر في الحال[١] وقيل[أ] إلى ثلاثة أيام. ومنه[٢] السّكوت في أثناء الأذان[٣] فإن كان كثيراً ابطله ومنه[٤] السّكوت الطّويل في أثناء القراءة أو قراءة غيرها[٥] خلالها[٦] وكذا[٧] التشهّد ومنه[٨] تحريم المأمومين في الجمعة قبل الرّكوع فإن تعمّدوا[٩] أو نسوا[١٠] حتّى ركع[١١] فلا جمعة[١٢] و اعتبر بعض العامّة[أ] تحريمهم

---

(١) يعني أنّه إذا لم يتب المرتدّ الملّي فوراً وآناً بلا فصل عقيب طلب توبة الحاكم يجوز أو يجب قتله فتجب توبته في الحال وفوراً بعد الإستتابة بحيث يظهر أنّ طلب التّوبة أوجبها وكان ذلك إجابة لإستتابة الحاكم فلو أخّرها لم تقبل ولو تاب بعد زمان إذ بالتّأخير يخرج عن كونه إمتثالاً للاستتابة فيعتبر في قبول توبته أن يتوب في الحال.

(٢) يعني ومن اعتبار التّوالي إعتبار الشّرع عدم كثرة السّكوت.

(٣) أي في أثناء فصول الأذان وكلماته فإن كان السّكوت كثيراً كما لو قال: (أشهد أن لا إله إلّا الله) ثمّ بعد خمس ساعة (أشهد أنّ محمّداً رسول الله ﷺ) أبطل الأذان.

(٤) أي ومن اعتبار التّوالي السّكوت الطّويل في أثناء القرائة في الصّلاة.

(٥) أي غير القرائة كالتّسبيحات وإذكار الرّكوع والسّجود ونحوهما.

(٦) أي خلال القرائة.

(٧) يعني مثل القرائة التّشهّد فيبطله طول الفصل في أثنائه بالسّكوت وبقرائة غير التّشهّد.

(٨) يعني ومن أفراد التّوالي الموالات بين تحريم المأمومين في صلاة الجمعة وبين تحريم الإمام بحيث لا يتأخّر تحريمهم عن تحريمه الى الرّكوع.

(٩) أي فإنّ تعمّدوا التّأخير.

(١٠) أي نسوا التّكبير.

(١١) أي ركع الإمام.

(١٢) أي لا جمعة للمأمومين.

(أ) راجع المهذّب الشّيرازي ج ٢ ص ٢٢٢.

معه[١] قبل الفاتحة ومنه[٢] الموالات في التّعريف[٣] بحيث لا ينسى أنّه تكرار والموالات في سنة التعريف[٤] فلو رجع في أثناء المدّة استونفت[٥] ليتوالى[ب] انتهى[٦].

أقول: حاصله[٧] أنّ الأمر المتدرّج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتّصاليّة

---

(١) أي تحريم المأمومين مع الإمام فلا يجوز تأخيرهم حتّى في أثناء الفاتحة، وهٰذا أولى من سابقه لأنّه أمسّ بالموالاة.

(٢) أي ومن اعتبار التّوالي الموالاة في التّعريف للضّالّة سنته بحيث لا ينسى السّامعين أنّ التّعريف الثّاني والثّالث تكرار للتّعريف السّابق فإنّه إذا عرّف متاعاً في هٰذا اليوم ثمّ عرّفه بعد شهرين مثلاً لم يعرف النّاس أنّه تكرار للتّعريف السّابق فلا بدّ عندئذٍ من الموالاة وعدم الفصل الطّويل بين شهور السنة وأيّامها، وكذا بين التّعريفات الواقعة في السّنة والشّهور بحيث لا ينسى السّامعين أنّ هٰذا التّعريف تكرار للتّعريف السّابق.

(٣) أي التّعريف للضّالة سنته.

(٤) أي تعريف اللّقطة في أثناء السّنة.

(٥) أي ترك التّعريف ولم يعرّف اللّقطة في أثناء السّنة مرّة لم يكف تعريف بقيّة السّنة، بل لا بدّ أن يستأنف التّعريف من الأوّل ليتوالى التّعريف في جميع السّنة.

(٦) أي انتهى كلام الشّهيد.

(٧) أي حاصل ما أفاده الشّهيد ﷺ في القواعد.

(أ) أقول اعتبره إمام الحرمين الجويني، راجع المجموع للنووي ج ٤ ص٥٠٦.

(ب) القواعد والفوائد ج ١ ص ٢٣٤ رقم القاعدة: ٧٣.

في العرف[١] فلا بدّ في ترتّب الحكم المعلّق عليه[٢] في الشّرع من اعتبار صورته[٣] الإتّصاليّة، فالعقد المركّب من الإيجاب والقبول القائم[٤] بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحدٍ مرتبط بعضه ببعض فيقدح تخلّل[٥] الفصل المخلّ بهيئة[٦] الإتّصاليّة ولذا[٧] لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل[٨] مفرطاً في الطّول

---

(١) بأن تكون الصّورة الإتّصاليّة مقوّمة له عرفاً بحيث يفوت بفوات تلك الصّورة.
أقول: وفيه أنّ هٰذه الكبرى مسلّمة لا إشكال فيها وإنّما الإشكال في جعل ما نحن فيه وهو العقد من صغريات هٰذه الكبرى وذٰلك لأنّ العقد الموضوع لجملة من الأحكام وإن كان أمراً تدريجيّاً له صورة اتّصاليّة إلّا أنّ العقد لا يتوقّف وجوده على وجود تلك الصّورة لما مرّ من كون المدار في صدق العقد على بقاء الموجب على عهده إلى زمان مجيء القبول لا على الموالات.

(٢) أي على الأمر المتدرّج.

(٣) أي صورة الأمر المتدرّج.

(٤) كلمة (القائم) صفة للعقد، وكلمة (بمنزلة الخ) خبر قوله: (فالعقد المركّب).

(٥) أقول: بل الظّاهر من العرف وديدنه خلافه والإكتفاء في تحقّق العقد ببقاء العهد النّفساني في نفس الموجب فإذا كان باقياً إلى زمان القبول كفى ذٰلك في تحقّق العقد عنده، والفصل لوكان طويلاً ليس مخلّاً بنظره، فإذا قال الموجب بعتك هٰذا الكتاب مثلاً بدينارٍ فلم يقبل القابل وبقي حال السّكوت فصار الموجب يبيّن له أنّه في الشّراء فوائد فلمّا اقتنع المشتري وقبل صدق العقد بنظره والفصل بالكلام الأجنبيّ ليس مضرّاً عنده.

(٦) كلمة (بهيئة) متعلّقة بـ(يقدح) والضّمير المجرور راجع الى العقد أي يقدح ويعيب وقوع الفصل في الوسط المخلّ بهيئة العقد.

(٧) أي ولأجل قدح تخلّل الفصل المزبور لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفرطاً في الطّول بأن جاوز الحدّ من جانب الزّيادة كسنةٍ أو أزيد أو أقلّ من ذٰلك كشهرين.

(٨) أي الفصل بين الإيجاب والقبول. هٰذا ولكن لا يخفى أنّ الفصل بينهما بالسّنة أو أزيد يشكل بل لا يصدق العقد أصلاً في هٰذه الصّورة لأنّه لا يساعده العرف.

كسنته أو أزيد[١] وانضباط ذلك[٢] إنّما يكون بالعرف فهو[٣] في كلّ أمرٍ بحسبه[٤] فيجوز الفصل[٥] بين كلٍّ من الإيجاب والقبول بما[٦] لا يجوز بين كلمات كل واحدٍ منهما[٧] ويجوز بين الكلمات بما[٨] لا يجوز بين الحروف كما في الأذان والقرائة[٩]

---

(١) قد عرفت ما فيه آنفاً من أنّه لا يعترف به العرف، نعم إذا تحقّق الإيجاب والقبول في الخارج مع وجود الفصل بينهما وصدق عليهما العقد وعنوانه عرفاً كان ذلك مشمولاً للعمومات الدّالّة على صحّة العقود ولزومها وذلك لأنّه لا دليل على اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول. ودعوى الإجماع عليه دعوى باطلة، إذ لا علم لنا بوجود إجماع تعبّدي هنا لكي يكون كاشفاً عن رأي المعصوم ﷺ.

(٢) يعني ضبط الفصل المفرط المخلّ بالهيئة الإتّصاليّة موكول بالعرف ولا حدّ معيّن له شرعاً.

(٣) أي التّوالي وعدم الفصل المفرط. (٤) أي بقدر وشأن ذلك الأمر عند العرف.

(٥) أي فيجوز الفصل بين الإيجاب والقبول نحو (بعتك هذا الثّوب بدراهم وقبلت ذلك) مثلاً عشر دقائق.

(٦) أي بمقدار لا يجوز بين كلمات كلّ واحدٍ من الإيجاب والقبول نحو (بعتك والثّوب) فلا يجوز الفصل بيهما بعشر دقائق بل بدقيقتين.

(٧) أي كلمات كلّ واحد من الإيجاب والقبول.

(٨) أي بمقدارٍ لا يجوز بين الحروف فلا يجوز الفصل بين (ب) و (ع) من (بعتك) بدقيقتين بل بمقدار عشر ثانية وهكذا.

(٩) فإنّه يجوز الفصل بين حيّ على الصّلاة الأوّل والثّاني بمقدار لا يصدق الفصل الطّويل المخلّ للهيئة ولكن لا يجوز الفصل بين فصول الأذان وآيات الحمد بأكثر من المتعارف توضيح الكلام في المقام أنّه يجوز الفصل بين كلمات الأذان والقراءة بما هو خارج عن أجزاء كلماتهما سواء كان هذا الفاصل الخارج هو السّكوت أو الكلام الأجنبيّ وذلك لصدق اللّفظ على هذه الكلمات مع وجود هذا الفصل ولا يجوز هذا بين حروف كلماتهما بل تعتبر الموالاة بين حروف الكلمات (ب) و (ع) وذلك لعدم صدق اللّفظ على هذه الحروف إذا تخلّل الفصل بينها.

وما ذكره[١] حسن لو كان حكم الملك[٢] واللّزوم في المعاملة بصدق العقد عرفاً كما هو[٣] مقتضى التّمسّك بآية الوفاء بالعقود وبإطلاق[٤] كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللّزوم بل الملك، أمّا لو كان[٥] منوطاً بصدق البيع

---

(١) أي ما ذكره الشّهيد ﷺ في القواعد من اشتراط الموالاة في العقد حسن.
أقول: بل لا حسن فيه لأنه لو تمّ لزم اعتبار الموالاة في عقد الجايز أيضاً لكونه مثل العقد اللّازم في إناطته على صدق العقد مع أنّه لا بأس بالفصل وعدم الموالاة في العقد الجايز بل لم يعتبر الموالاة أحد فعلي هٰذا لو قال الموكّل: (وكّلتك) وقال المخاطب بعد شهر للموكّل: (قبلتُ تلك الوكالة الصّادرة منك قبل شهر) صحّت وقس على الوكالة سائر العقود الجايزة فإنّ أمرها مبنيٌ على الوسعة ولا يعتبر فيها ما يعتبر في العقود اللّازمة.

(٢) أي الحكم بالملكيّة الّتي تابعة للمعاملة و كذا اللّزوم في المعاملة منوطاً وموقوفاً بصدق العقد عرفاً فإنّه على هٰذا لو لا الموالاة لا يتحقّق ولا يكون عقد ولو لم يكن عقد لم يتحقّق الملكيّة واللّزوم.

(٣) يعني كما أنّ كون الحكم بالملك واللّزوم منوطاً بصدق العقد عرفاً مقتضى التّمسّك بآية (أوفوا بالعقود) الآمرة بالوفاء بالعقود حيث إنّها أناطت ترتّب الملك واللّزوم بعنوان (العقد) ولا يحرز صدقه إذا انفصل القبول عن الإيجاب بما لا يتسامح عرفاً فيه.

(٤) قوله: (بإطلاق الكلمات) عطف على قوله: (بآية الوفاء) أي وبإطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللّزوم حتّى أنّه لو لم يكن عقد لم يكن لزوم بل لم يكن ملك أصلاً.

(٥) أي أمّا لو كان الملك واللّزوم منوطاً بصدق البيع أو التّجارة عن تراض في قوله سبحانه: (أحلّ البيع، و تجارة عن تراض منهم) فلا يضرّه عدم صدق العقد على الإيجاب والقبول المنفصل أحدهما عن الآخر وذلك لكفاية صدق البيع والتّجارة عليه حيث إنّهما موضوعان في آيتي (أحلّ البيع، والتّجارة عن تراض) للصحّة واللّزوم وعليه فلا يوجب عندئذٍ لإعتبار الموالاة فيه لعدم دوران الصحّة واللّزوم مدار عنوان العقد

=

أو التّجارة عن تراضٍ فلا يضرّه عدم صدق العقد[١] وأمّا جعل المأخذ[٢] في

= لكي نلتزم بإعتبار الموالاة فيه، فبناءً عليه إذا قال البايع لزيد: (بعتك الثّوب بدراهم) فقال زيد بعد أشهر: (قبلت) وأعطى البايع وأخذ المشتري صدق أنّه تجارة عن تراض.
أقول: ظاهر العبارة الفرق بين العقد والبيع والتّجارة في الصّدق وهو غير معلوم الوجه بل الظّاهر عدم الفرق بينها في الصّدق مع عدم غياب المعاقدة عن ذهن الموجب بالمرّة (نعم) إذا عرضه النّسيان أو الأغراض لا يصدق شيء منها (والسّر) أنّ المقوّم لصدق العناوين المزبورة هو المعنى القائم بنفس المتعاملين فمع بقاء ما في النّفس لا يرتفع الصّدق وإنْ أخلّ بالموالاة من غير فرق بين العقد والبيع والتّجارة فما دام ذلك المعنىٰ محفوظاً في النّفس يكون العقد والتّجارة صادقاً فيكون قابلاً لإلتحاق القبول بالايجاب (نعم) إذا انتفىٰ ذلك المعنىٰ وغاب لم يصدق شيء منها وهٰذا بخلاف الأذان والإقامة والقراءة فإنّها تتبع ترتّب الأذكار بحيث يعدّ كلّ منها جزءً لعمله ومن المعلوم أنّ بالفصل الطّويل يكون وجوداً مستقلاً (وأمّا الموالاة) بين حروف الكلمات فلعدم صدق اللّفظ عليه إذا تخلّل بين حروفها وقد صرّح بما ذكرنا بعض المحقّقين.

(١) يعني: أنّ عدم صدق العقد لا يضرّ الملك والّلزوم لأنّ صدق العقد كان منوطاً بالتّوالي بين الإيجاب والقبول أمّا صدق التّجارة فلا يناط بالموالاة فإنّه إذا قال البايع لبكر بعتك الثّوب بدراهم فقال بكر بعد شهور قبلت وأعطىٰ البايع وأخذ المشتري صدق أنّه تجارة عن تراضٍ هٰذا ما يستفاد من ظاهر العبارة وحاصله أنّه يمكن صدق البيع أو التّجارة بدون العقد وهٰذا أوّل الكلام بل الظّاهر أنّ البيع عند العرف من أنواع العقد فيعتبر فيه شرائط العقد، فلا يتحقّق بدون شرايطه، نعم التّجارة لا تختصّ بالعقود فإنّ حيازة المباحات نوع من التّجارة وليست عقداً فيمكن تحقّقها بدون شرايطه إلّا أنّ التّجارة على نحو المعاوضة من أنواع العقد وإن أبيته فلا أقلّ من عدم ثبوت خلاف ذلك الموجب للرّجوع الى أصالة عدم جواز الرّجوع الى عموم حلّ التّجارة وذلك لعدم إحراز موضوعه.

(٢) أي وإمّا جعل الشّهيد الدّليل.

ذٰلك[١] إعتبار الإتّصال بين الإستثناء والمستثنى منه فلانّه[٢] منشأ الإنتقال الى هٰذه القاعدة[٣] فإنّ أكثر الكليّات[٤] إنّما يلتفت إليها من التّأمّل في موردٍ خاصٍّ

---

(١) أي في وجوب الموالاة اعتبار الإتّصال بين (الإستثناء) أي المستثنىٰ (والمستثنىٰ منه) حيث قال في كلامه المتقدّم (وهي مأخوذة من اعتبار الإتّصال بين الإستثناء والمستثنىٰ منه).

(٢) أي فلأنّ اعتبار الإتّصال بين المستثنىٰ والمستثنىٰ منه منشأ الإنتقال الى قاعدة الموالاة بين الإيجاب والقبول وأجزائهما وكذا في غيرهما.

(٣) أقول يعني أنّ ظهور اعتبار الإتّصال بين المستثنىٰ منه صار دليلاً ومنشاءً للالتفات الى اعتبار الإتّصال في أجزاء الكلام من الموارد المشابهة له وقاعدة الموالاة بين الإيجاب والقبول هٰذا.

أقول إعتبار الإتّصال بين المستثنىٰ والمستثنىٰ منه ممّا لا ريب فيه لكن البحث والكلام في شرطيّة الإتّصال والموالاة في دائرة واسعة يعني في مطلق المركّبات كالعقد والصّلاة ونحوهما وكذا غير المركّبات كالتّتابع في تعريف اللّقطة في السّنة ومن البيّن والواضح أنّ الإستثناء وبابه جزئيٌّ من جزئيّات مسألة الموالاة ومجرّد إعتبار الموالاة في هٰذا الجزئي لا يكفي في تأسيس قاعدة كليّة في أبواب متشتّتة، وبعنوان شرطيّة الموالاة في أجزاء الكلام الواحد والوجه في عدم الكفاية أنّه إستقراء ناقص لا يعتمد عليه في ضرب القانون.

(٤) أي الكليّات الّتي يعرفها الإنسان كاعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول واجزائهما ورفع كلّ فاعلٍ ونصب كلّ مفعولٍ إنّما يلتفت إليها من التّأمّل في مورد خاصّ كإعتبار الموالاة والإتّصال بين المستثنى والمستثنى منه والرّفع والنّصب في قولنا ضرب زيد عمرواً، والحاصل أنّه لما كان الإتّصال بين المستثنى والمستثنى منه أمراً بديهيّاً، فالتّأمّل في ذٰلك يكون سبباً لإعتبار اتّصال كلّ أمر تدريجيّ الّذي ثبتت له الصّورة الإتّصاليّة في نظر أهل العرف إن قلنا بثبوت ذٰلك في اللّغة العربيّة على نحو الإستقراء التّامّ فمن هنا نستكشف أنّ الشّارع أراد ذٰلك في العقود إذا قيل بوجوب العربيّة فيها بالمعنى الأخصّ.

وقد صرّح[١] في القواعد مكرّراً بكون الأصل[٢] في هٰذه القاعدة كذا ويحتمل بعيداً أن يكون الوجه فيه[٣] أنّ الإستثناء أشدّ ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللّواحق[٤] لخروج المستثنى منه معه[٥] عن حدّ الكذب الى الصّدق[٦] فصدقه[٧] يتوقّف عليه، فلذا[٨] كان طول الفصل هناك[٩] أقبح فصار أصلاً في إعتبار الموالاة بين أجزاء

---

(١) وقد صرّح الشّهيد ﷺ في كتابه القواعد أكثر من مرّة بكون الأصل والمنشأ في قاعدة الموالاة بين الإيجاب والقبول كذا أي إعتبار الإتّصال بين المستثنى والمستثنى منه وغرضه الاستشهاد بخصوص كلمات الشّهيد ﷺ في القواعد على الإلتفات الى الحكم الكلّي من تتبّع بعض جزئيّاته.

(٢) أي منشأ الإنتقال الى الحكم الكلّي.

(٣) أي في كون الإستثناء أصلاً ومنشأً في باب الموالاة أنّ الإستثناء أشدّ ربطاً بالمستثنى منه من سائراً اللّواحق.

(٤) كالتّميّز والمفعول والوصف والحال.

(٥) أي لخروج المستثنى منه كقولنا (لا إله معه) أي مع اتّصال المستثنى عن حدّ الكذب الى الصّدق.

(٦) فإنّه إذا قال أحد: (لا إله) ولم يعقبّه بقوله: (إلّا الله) إلّا بعد مدّة طويلة حكم بكفره لأنّ أهل العرف لا يرونهما كلاماً واحداً فقول: (لا إله) كذب مالم ينضمّ إليه المستثنى، أعني إلّا الله، فإذا ضممنا إليه المستثنى والحقناه به فقد أخرجناه عن حدّ الكذب الى الصّدق. وهٰذا بخلاف باقي اللّواحق فإنّك إذا قلت مثلاً رأيت زيداً ولم تأت جالساً أو قائماً أو راكعاً لم يكن كلامك كاذباً وكذا سائر اللّواحق.

(٧) أي صدق المستثنى منه، أعني لا إله يتوقّف على إتّصال المستثنى أعني إلّا الله.

(٨) أي لكون الإستثناء أشدّ ربطاً بالمستثنى منه.

(٩) أي كان طول الفصل في باب الإستثناء أقبح من سائر اللّواحق.

الكلام ثمّ تعدّى[١] منه الى ساير الأمور المرتبطة بالكلام لفظاً[٢] أو معنىً[٣] أو من[٤] حيث صدق عنوانٍ خاصٍّ عليه[٥] لكونه[٦] عقداً أو قراءةً[٧] أو أذاناً[٨] ونحو ذلك[٩]

---

(١) أي تعدّ الشّهيد ﷺ من باب الإستثناء الى التّوابع ونحوها.

(٢) أقول: وذلك كالمعطوف بالحرف وهو تابع بواسطة الواو أو الفاء أو ثمّ أو حتّى أو أم أو أمّا أو نحو جائني زيد وعمرو، وجمعناكم والأوّلين.

(٣) كالجملة الحاليّة بل نفس الحال وهي الصّفة المبنيّة للهيئة غير نعت نحو بل نَتّبع مِلَّةَ إبراهيمَ حنيفاً أو أعجبني وجه هندٍ راكبةً فإنّ تخلّل زمانٍ معتدّ به بين المعطوف والمعطوف عليه يخرج الكلام عن ضابط العطف اللّفظي والفصل الطّويل بين الحال وذي الحال يمنع عن حصول الرّبط المعنوي بينهما.

(٤) قوله: (ومن الخ) معطوف على قوله: (لفظاً) أي سائر الأمور المرتبطة بالكلام من حيث صدق عنوانٍ خاصٍ عليه.

(٥) أي على سائر الأمور وعلى الإرتباط لكونه.

(٦) أي لكون سائر الأمور عقداً كالبيع والنّكاح فإنّه لا ربط بين الإيجاب والقبول لفظاً ولا معنى وإنّما صدق العقد متوقّف على الموالاة، فيعتبر فيهما الموالاة وعدم الفصل بين الإيجاب والقبول فيهما.

(٧) (كالحمد) فإنّ آياتهما لا يرتبط بعضها ببعضٍ لفظاً أو معنى وإنّما صدق عنوان العقد متوقّف على الموالاة فإنّ الإرتباط بين كلمات القراءة لأجل صدق عنوان القراءة عليها بحيث لولاه لما كان الإرتباط واجباً فوجوب الموالاة لأجل هذا.

(٨) يعني تكون الأمور مرتبطة من حيث صدق عنوانٍ خاصٍ على الكلام كوقوعه أذاناً فإنّ الارتباط بين فصوله لأجل صدق عنوان الأذانيّة بحيث لولاه لما وجب الإرتباط.

(٩) وذلك كما في الإقامة حيث إنّ وجوب الموالاة فيه لأجل صدق عنوان الإقاميّة للصّلاة بحيث لولاه لما وجب الموالاة.

ثمّ في تطبيق بعضها[١] على ما ذكره[٢] خفاء كمسألة توبة المرتدّ[٣] فإنّ غاية ما يمكن أن يقال في توجيهه[٤] أنّ المطلوب في الإسلام الإستمرار فإذا انقطع[٥] فلا بدّ من إعادته[٦] في أقرب الأوقات.

وأمّا مسألة الجمعة[٧] فلأنّ هيئة الإجتماع في جميع أحوال الصّلاة من القيام والرّكوع والسّجود مطلوبة فيقدح الإخلال بها[٨] وللتّأمّل في هٰذه الفروع[٩] وفي صحّة تفريعها على الأصل المذكور مجال[١٠] ثمّ إنّ المعيار في الموالاة موكول الى

---

(١) أي في تطبيق بعض الأمور المرتبطة.

(٢) من الموالاة.

(٣) الّتي جعلها الشّهيد ﷺ من أمثلة الموالاة.

(٤) أي توجيه كون توبة المرتدّ مثالاً للموالاة.

(٥) أي فإذا انقطع الإستمرار بسبب الإرتداد والكفر.

(٦) أي إعادة الإسلام المنقطع في أوّل الأزمنة فليست المسألة من فروع الموالاة.

(٧) أي وأمّا الموالاة في مسألة صلاة الجمعة الّتي ذكرها الشّهيد ﷺ أنّ انعقاد صلاة الجمعة بتحريم المأمومين قبل الرّكوع ليس لأجل اعتبار الإتّصال والموالاة بين تحريم الإمام وتحريمهم بل لأجل مطلوبيّة القدوة في جميع أحوال الصّلاة من القيام والرّكوع والسّجود والتّشهّد وغيرها فالإخلال بها قادح في تحقّق الجماعة ولا تدلّ على اشتراط الجمعة بالموالاة.

(٨) أي بهيئة الإجتماع.

(٩) أي الفروع الّتي ذكرها المصنّف عن الشّهيد ﷺ بقوله: (ومنه الفوريّة في استتابة المرتدّ ومنه تحريم المأمومين في الجمعة الخ).

(١٠) قوله: (مجال) مبتدأ مؤخّر لخبر مقدّم وهو قوله: (للتأمّل) ووجه مجال التّأمّل أنّ اعتبار الإتّصال في باب الإستثناء لشدّته وآكديّته لا يقتضي اعتباره في مطلق التّابع والمتبوع مع عدم وثاقة الرّبط بينهما، والمراد من الأصل المذكور اعتبار الإتّصال بين المستثنى والمستثنى منه.

العرف[١] كما في الصّلاة[٢] والقراءة والأذان ونحوها[٣] ويظهر من رواية[أ] سهل السّاعدي المتقدّمة[٤] في مسألة تقديم القبول جواز الفصل[٥] بين الإيجاب والقبول بكلام طويلٍ أجنبيٍّ على ما فهمه الجماعة من أنّ القبول فيها[٦] قول ذلك الصّحابي زوّجنيها[٧] والإيجاب قوله بعد فصلٍ طويلٍ زوّجتكُها بما معك من القرآن ولعلّ هٰذا[٨] موهن آخر للرّواية[٩] فافهم[١٠].

---

(١) كما أفاده صاحب الجواهر ﷺ أيضاً حيث قال: (قلت المدار في هٰذه الموالاة على العرف فإنّه الحافظ للهيئة المتعارفة سابقاً في العقد الّذي نزّلنا الآية عليه فإنّ الظّاهر عدم تغيّرها).

(٢) حيث إنّ التّتابع فيها لازم وإلّا انمحت صورة الصّلاة.

(٣) كالإقامة وأعمال العمرة ونحوهما.

(٤) في ص١٠٩ يقول: و رواية سهل السّاعدي المشهورة في كتب الفريقين.

(٥) قوله: (جواز الفصل) فاعل لقوله: (ويظهر) والمراد بالاجنبيّ هو الكلام غير المرتبط بالصّيغة ومتعلّقاتها من شرط في ضمن العقد وصداقٍ وشبههما.

(٦) أي في رواية سهل.

(٧) ويحتمل أنّ القبول كان بعد إيجاب النّبي ﷺ لا قول الصّحابي زوّجنيها.

(٨) يعني لزوم الفصل الطّويل بين الإيجاب والقبول ـ بناءً على ما فهمه الأصحاب من كون قول الصّحابي (زوّجنيها) قبولاً بلفظ الأمر مقدّماً على الإيجاب موهن آخر للرّواية مسقط لها عن الإعتبار.

(٩) أقول: والموهن الأوّل إحتمال أن يكون فيها من الصّحابي بعد قوله ﷺ: زوّجتكها بما معك من القرآن.

(١٠) إشارة الى أنّ إعتبار الموالاة إنّما هي في خصوص العقد لا مطلق الأسباب كالبيع والتّجارة لأنّه مناف لعموم نفوذهما.

(أ) راجع عوالي اللّآلي ج ٢ ص٢٦٣ الحديث ٨ السّنن الكبرى للبيهقي ج ٧ ص٢٤٢.

قوله ومن جملة الشّرائط الّتي ذكرها جماعة التّنجيز في العقد[١] بأن لا يكون[٢] معلّقاً على شيء[٣] بأداة الشّرط[٤] بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشّيء[٥] لا في غيرها[٦] وممّن صرّح بذلك[٧] الشّيخ

---

(١) أقول يقع البحث في المقام في أمرين الأوّل أنّ الدليل على اعتبار التّنجيز في العقود وبطلان التّعليق فيها ليس إلّا الإجماع وإلّا فلم ينهض دليل آخر من العقل والنّقل على اعتباره.

الثّاني أنّه لا ينحصر التّعليق في أداة الشّرط مثل إن ـ وإذا ونحوهما بل قد يكون صريحاً وذلك إذا اقترن العقد بما يدلّ على التّوقّف صريحاً بأن يقول البايع بعتك هذا الكتاب إن كان هذا اليوم يوم الخميس أو إن جاء عمرو وقد يكون ضمنيّاً كما إذا لم يذكر في الكلام ما يدلّ بصراحته على الإشتراط ولكن يستفاد ذلك منه ضمناً بأن كان في معنى التّعليق كالتّعليق بالزّمان الّذي يعبّر عنه في كلماتهم بالتّعليق بالوصف كقول الموكّل أنت وكيلي يوم الجمعة.

وكقول البايع بعتك كتابي يوم الجمعة فإنّ الصّيغة وإن كانت خاليةً عن التّعليق ظاهراً ولكنّه مطويٌ فيها ضمناً لأنّ التّقدير أنت وكيلي إذ جاء يوم الجمعة وبعتك كتابي إذا جاء يوم الجمعة فتحصّل أنّه لا ينحصر مورد البحث بما يكون الكلام مشتملاً على أداة الشّرط ونحوها ممّا يدلّ على التّعليق بل كلّ ما كان في معنى التّعليق ولو بغير الأداة يدخل في محلّ النّزاع.

(٢) أي العقد.

(٣) كقدوم المسافر.

(٤) كإن وإذا ونحوهما كقول البايع للمشتري بعتك داري هذا إن قدم المسافر.

(٥) فالمراد من (ذلك الشيء) هو قدوم المسافر في قوله «بعتك داري إن قدم المسافر».

(٦) أي لا في غير هذه الصّورة.

(٧) أي باشتراط التّنجيز وعدم كونه معلّقاً على شيء بأداة الشّرط.

والحلّي والعلّامة وجميع مَن تأخّر عنه[١] كالشّهيدين والمحقّق الثّاني وغيرهم[أ] قدّس الله ارواحهم وعن فخر الدّين في شرح الإرشاد في باب الوكالة أنّ تعليق الوكالة علىٰ الشّرط لا يصحّ عند الإماميّة وكذا غيره[٢] من العقود لازمة[٣] كانت أو جايزة[٤] وعن تمهيد القواعد[ب] دعوىٰ الإجماع عليه[٥] وظاهر المسالك في مسألة اشتراط التّنجيز في الوقف الإتّفاق عليه والظّاهر[٦] عدم الخلاف فيه[٧] كما اعترف به غير واحد وإنْ لم يتعرّض الأكثر في هٰذا المقام[٨] ويدلّ عليه[٩] فحوىٰ[١٠] فتاواهم ومعاقد الإجماعات في اشتراط التّنجيز في الوكالة مع كونه[١١] من العقود

---

(١) أي عن العلّامة.

(٢) أي غير عقد الوكالة.

(٣) كالبيع.

(٤) كالهبة.

(٥) أي علىٰ اشتراط التّنجيز حكاه العاملي في مفتاح الكرامة ج٧ ص٥٢٦.

(٦) أي الظّاهر عند التّتبّع في كلمات الفقهاء عدم الخلاف في اشتراط التّنجيز.

(٧) أي في اشتراط التّنجيز في القعد.

(٨) أي: وإن لم يتعرّض الأكثر لهذا الشّرط في مقام البيع، إلّا أنّ تعرّضهم لشرطيّة التّنجيز في أبواب متفرّقة يدلّ علىٰ أنّ المسألة ممّا لا خلاف فيها.

(٩) أي علىٰ عدم الخلاف في اشتراط التّنجيز.

(١٠) مراده ﷺ من الفحوى هي الأولويّة.

(١١) أي كون عقد الوكالة.

(أ) راجع الدّروس ص٢٢٩، الرّوضة البهيّة ج٢ ص١٦٨ ـ ١٦٩، جامع المقاصد ج٢ ص١٤ ـ ١٥، تذكرة الفقهاء ج٢ ص٤٣٣، المبسوط ج٢ ص٨١، السّرائر ج٣ ص١٥٨، قواعد الأحكام ج٢ ص٤.

(ب) تمهيد القواعد من جملة تأليفات الشّهيد الثّاني.

الجائزة الّتي يكفي فيها[١] كلّما دلّ علىٰ الإذن حتّىٰ أنّ العلّامة ادّعىٰ الإجماع علىٰ ما حكي عنه[أ] علىٰ عدم صحّة أن يقول الموكّل أنت وكيلي في يوم الجمعة أن تبيع عبدي[٢] وعلىٰ صحّة قوله أنت وكيلي ولا تبع عبدي إلّا في يوم الجمعة[٣] مع كون المقصود[٤] واحداً وفرّق بينهما[٥] جماعة بعد الإعتراف بأنّ

---

(١) أي في العقود الجايزة.

(٢) لم أجد من هذه العبارة اثراً فيما حضرني من كتبه ﷺ ولعلّه ممّا هو منقول بالمعنىٰ قال في التذكرة لا يصحّ عقد الوكالة معلّقاً بشرط أو وصف فإن علقت عليهما بطلت مثل أن يقول إنْ قدم زيد أو إذا جاء رأس الشّهر فقد وكّلتك عند علمائنا وهو أظهر مذهب الشّافعي لأنّه عقد يملك به التّصرّف في حال الحياة لم يبن علىٰ التّغليب والسّراية فلم يجز تعليقه بشرط كالبيع، انتهى[ب].

(٣) حيث اطلق الموكّل في هذه العبارة ايجاب الوكالة ونجّزه ولم يعلّقه علىٰ بيع يوم الجمعة وانّما ظرف العمل يوم الجمعة.

(٤) أقول الظاهر أنّ مراده ﷺ من وحدة المقصود وحدة النّتيجة أعني عدم جواز البيع للوكيل إلّا في يوم الجمعة وإلّا فمن البيّن عدم تحقّق معنى التّلعيق في الثّاني لعدم تعليق الوكالة علىٰ الأمر الإستقبالي وتحقّقه في الأوّل وقال بعض وهو الأذن في انشاء البيع يوم الجمعة.

(٥) أي بين القولين قال في المسالك بعد نقل المثالين عن التّذكرة «وهذا وإن كان في معنى التّعليق إلّا انّ العقود لمّا كانت متلّقاة من الشّارع انيطت بهذه الضّوابط.. إلخ».

(أ) راجع تذكرة الفقهاء ج ٢ ص ١١٤.

(ب) المجلّد الثّاني من التّذكرة كتاب الوكالة ص ١١٤.

هٰذا[١] في معنىٰ التّعليق بأنّ العقود لمّا كانت مـتلقّاةً مـن الشّـارع انـيطت بـهٰذه الضّوابط[٢] وبطلت[٣] فيما خرج عنها[٤] وإنْ أفادت[٥].

فائدتها[٦] فإذا كان كذٰلك[٧] عندهم في الوكالة فكيف الحـال فـي البـيع[٨] وبالجملة فلا شبهة في اتّفاقهم علىٰ الحكم[٩] وامّا الكلام في وجه الاشـتراط[١٠]

---

(١) أي المثال الثّاني أعني قوله (أنت وكيلي ولا تبع عبدي إلّا في يوم الجمعة أقول قد منع السيّد ﷺ في الحاشية كون الثّاني في معنى التّعليق وفرّق بين الصّورتين بأنّ في الأولى لا يكون وكيلاً إلّا يوم الجمعة بخلاف الثّانية ففيها يكون وكـيلاً مـن حـين الإنشاء غايته أنّه لا يجوز له التّصرّف إلّا يوم الجمعة قال ﷺ) وتظهر الثّمرة في الآثار الأُخر المترتّبة علىٰ تحقّق الوكالة فإنّها تترتّب قبل الجمعة على الثّانية دون الأولى فراجع.

(٢) أي القواعد التّي كان من جملتها عدم التّعليق.

(٣) أي العقود.

(٤) أي عن الضّوابط.

(٥) وإن أفادت ما خرج عن الضّـوابـط فـائدة مـا إذا كـانت مشـمولة للـضّابطة مـثلاً (أستأجرتك) و(متعتك) يفيدان معنىٰ واحد ومع ذلك جاز الثّاني في باب المـتعة دون الأوّل.

(٦) فائدة الضّوابط حاصل الكلام في المقام أنّ كلّ عقد خرج عن الضّوابط بطل وإن أفاد فائدة ما دخل فيها وقد ذكرنا آنفاً بنحو الإختصار أنّ قول الزّوجة «آجرتك نفسي بالمبلغ المعلوم في المدّة المعلومة» يفيد معنىٰ قولها «متّعتك نفسي بالمبلغ المعلوم في المدّة المعلومة» ومع ذلك جاز الثّاني في العقد المنقطع دون الأوّل.

(٧) يعني عدم جواز التّعليق في الوكالة.

(٨) حيث إنّ البيع أهمّ من الوكالة نظراً إلىٰ أنّه عقد لازم.

(٩) وهو التّنجيز في العقد.

(١٠) يعني اشتراط التّنجيز.

فالّذي صرّح به العلّامة في التّذكرة أنّه[١] مناف للجزم حال الإنشاء بل جعل الشّرط هو الجزم ثمّ فرّع عليه[٢] عدم جواز التّعليق قال الخامس من الشّروط الجزم فلو علّق العقد على شرط لم يصحّ وان كان الشّرط المشيّة[٣] للجهل بثبوتها[٤] حال العقد وبقائها[٥] مدّته[٦] وهو[٧] احد قولي الشّافعي واظهرهما عندهم الصّحة لأنّ هٰذه[٨] صفة[٩] يقتضيها اطلاق العقد[١٠]

---

(١) أي التّعليق على الشّرط مناف للجزم بوجود المنشأ من قبل الموجب لا الجزم بوجوده مطلقاً فإنّه ممّا لا يمكن اعتباره في الإيجاب وذلك لتوقّف الوجود على القبول الّذي هو مشكوك في المقام.

(٢) أي على الجزم.

(٣) يعني مشيّته المخاطب بأن يقول البايع للمشتري المخاطب بعتك إن شئت وغرضه ﷺ بيان إجراء الحكم بعدم صحّة العقد في هذه الصّورة.

(٤) أي ثبوت المشيّة.

(٥) أي بقاء المشيّة.

(٦) أي مدّة العقد بمعنىٰ أنّه لو علم بثبوت المشيّته قبل العقد فيمكن الجهل ببقائها حال العقد فلا يتحقّق شرط التّنجيز.

(٧) أي عدم الصّحّة في صورة تعليق العقد على الشّرط.

(٨) أي المشيّة أقول (لأنّ) تعليل للصحّة يعني المشيّته صفة لو كان العقد مطلقاً وغير معلّق بالنّسبته إليها لاقتضائها إطلاق العقد فالتّعليق بالمشيّته بيان لمقتضى العقد وليس شيئاً آخر.

(٩) مراده من الصّفة هو الأمر المعلوم الحصول ومن الشّرط هو الأمر المجهول الحصول.

(١٠) أقول مراده ﷺ من هذه العبارة هو أنّ مثل التّعليق علىٰ مشيّته المشتري موجود حتّىٰ مع إطلاق الإنشاء فهذا التّعليق يفصح عن التّعليق المطوّي الّذي يقتضيه العقد فعندئذ لا وجه لأن يكون مانعاً عن انعقاده وبعبارة أخرى العقد لو أطلق ولم يقيّد بمشيّته المشتري فهو مقيّد بها ذاتاً.

لأنّه[١] لو لم يشاء لم يشتر انتهىٰ[أ] وتبعه علىٰ ذٰلك[٢] الشّهيد ﷺ في قواعده قال لأنّ الانتقال بحكم الرّضا[٣] ولا رضا إلّا مع الجزم[٤] والجزم لا ينافي التّعليق انتهىٰ[ب] ومقتضىٰ ذٰلك[٥] أنّ المعتبر هو عدم التّعليق علىٰ أمرٍ مجهولٍ الحصول[٦] كما صرّح به[٧] المحقّق في باب الطّلاق[ج] وذكر المحقّق والشّهيد الثّانيان في

---

(١) أي المشتري.

(٢) أي في منافاة التّعليق للجزم.

(٣) أقول الظّاهر من العبارة أنّ الرّضا بشيء يتوقّف على الجزم فبانتفاء الجزم ينتفي الرّضا ولكن التأمّل فيها يقتضي بخلافه وأنّ الرّضا بشيء لا يتوقّف على الجزم بوقوعه بل ولا إمكان حصوله فعندئذ لا مانع من تعلّق الرّضا بمنشأ المعلّق كما يصحّ تعلّقه بالمنشأ المطلق.

(٤) قد بيّنّا المراد من العبارة فلا نعيده.

(٥) أي ومقتضى ذلك الوجه من أنّ التّعليق مناف للجزم: اختصاص اشتراط عدم التّعليق علىٰ أمرٍ مجهول الحصول كالتّعليق علىٰ مجيء (بكر) من السّفر، وأمّا التّعليق علىٰ أمرٍ متيقّن الحصول في الحال أو في الستقبل كالتّعليق علىٰ يوم الخميس فلا بأس به لأنّه لا ينافي الجزم.

(٦) كمجيء بكر في قوله (بعتك إن جاء بكر) حيث إنّ مجيء بكر مجهول الحصول.

(٧) أي صرّح المحقّق بانّ المعتبر هو عدم التّعليق علىٰ أمرٍ مجهول الحصول قال ﷺ في كتاب الطّلاق ويشترط في الصّيغة تجريدها عن الشّرط والصّفة في قولٍ مشهورٍ لم أقف فيه علىٰ مخالفٍ منّا» إلىٰ أن قال: «تفريع: إذا قال أنتِ طالق في هذه السّاعة إن كان الطّلاق يقع بكِ.. إلخ.

(أ) تذكرة الفقهاء ج١ ص٤٦٢.

(ب) القواعد والفوائد ج١ ص٦٥ رقم القاعدة: ٣٥.

(ج) شرايع الإسلام كتاب الطّلاق ص١٨١.

الجامع والمسالك في مسألة إن كان لي فقد بعته: أنّ التّعليق إنّما ينافي الإنشاء في العقود والإيقاعات حيث يكون المعلّق عليه[١] مجهول الحصول[٢] لكنّ الشّهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدّم[٣] أنّ الجزم ينافي التّعليق[٤] لأنّه[٥] بعرضة[٦] عدم الحصول ولو قدّر العلم بحصوله كالتّعليق علىٰ الوصف[٧] لأنّ الإعتبار بجنس الشّرط[٨] دون انواعه، فاعتبر[٩] المعنىٰ العامّ دون خصوصيات الأفراد ثمّ قال فإن

---

(١) أي المعلّق على الإنشاء في العقود.

(٢) كمجيء بكر في قوله «بعتك إن جاء بكر».

(٣) يعني أنّ الشّهيد ﷺ جعل المناط في المنافاة كون التّعليق بصورته معرضاً لعدم الحصول وإن قدر العلم به.

(٤) يعني مطلقاً ولو بأمر معلوم الحصول.

(٥) أي لأنّ الشّرط والتّعليق.

(٦) أي في معرضيّة عدم الحصول.

(٧) أقول التّعليق إمّا على الزّمان الّذي يعبّر عنه في كلماتهم بالتّعليق بالوصف وفي كلمات بعضهم بمعلوم الحصول مثاله كقوله أنت وكيلي في يوم الجمعة أو على الزّماني ويعبّر عنه في كلماتهم التّعليق علىٰ أمر مجهول الحصول والتّعليق على الشّرط كقوله أنت وكيلي إذا قدم السافر.

(٨) أقول المستفاد من ظاهر العبارة أنّ هذا علّة لسببيّة كون التّعليق بعرضة عدم الحصول لمنافاته للجزم فيصير المعنى أنّ الجهل بالحصول المانع من صحّة التّعليق يراد به الجهل بلحاظ ما يقتضيه نفس الشّرط والشّرط في نفسه له وجهان الحصول وعدم الحصول دون أنواعه الّتي منها معلوم الحصول في المستقبل كالتّعليق علىٰ طلوع الشّمس ومنها مجهول الحصول كقوله أنتِ طالق إذا قدم المسافر.

(٩) أي فاعتبر الشّهيد المعنى العامّ في الشّرط وهو كونه ذا وجهين الحصول والعدم دون خصوصيّات الأفراد أي أفراد الشّرط كالفرد الذّي نعلم أنّه يحصل مثلاً.

قلت فعلىٰهٰذا يبطل قوله في صورة انكار التّوكيل إن كان لي فقد بعته منك بكذا[١] قلت[٢] هٰذا تعليق علىٰ واقع، لا متوقّع الحصول فهو[٣] علّة للوقوع أو مصاحب له[٤] لامعلّق عليه[٥] الوقوع[٦] وكذا[٧] نقول لو قال في صورة انكار وكالة التّزويج

---

(١) أقول حاصل السؤال إنكار كون المدار علىٰ جنس الشّرط للزوم بطلان العقد في صورة إنكار التّوكيل في قوله (إن كان لي فقد بعته منك لأنّ التّعليق فيه علىٰ أمرٍ معلوم الوجود في ظرف الإنشاء والحال أنّه لا يلتزمون به فيستكشف منه أنّ الإعتبار بخصوصيّات الشّرط دون جنسه.

(٢) أقول حاصل الجواب: أنّ التّعليق علىٰ أمرٍ متوقّع الحصول في المستقبل إمّا قطعاً كالتّعليق علىٰ طلوع الشّمس، وهو المعبّر عنه بالتّعليق على الوصف كما بيّناه آنفاً أو احتمالاً كمجيء بكرٍ من السّفر مبطل للعقد لاالتّعليق علىٰ أمرٍ يعلمان بوقوعه في حال الإنشاء لأنّ التّعليق هنا صوري محض من حيث أنّه تعليق علىٰ أمر واقع يعلمان بوقوعه حين الإنشاء وكلاهما يعلمان أنّ المال مال للبايع فهو أي كون المال مالاً للبايع إمّا علّة لوقوع البيع عن البايع بأن يكون الدّاعي إلىٰ البيع كون المبيع مالاً له وإمّا مصاحب ومقارن للبيع إذا كان الدّاعي إلىٰ البيع شيء آخر وعلىٰ كلا التّقديرين لا يصدق علىٰ هذا الأمر المعلوم التحقّق عند الإنشاء أنّه أمر قد علّق عليه العقد.

(٣) أي كون المبيع للبايع.

(٤) أي لوقوع البيع مجرّداً عن العليّة بأن تكون العلّة للبيع ووقوعه شيئاً آخر غيره ككون المشتري أخاً للبايع مثلاً ويكون كونه له من المقارنات لها من باب الإتّفاق.

(٥) أي علىٰ كون المبيع للبايع.

(٦) أي وقوع البيع.

(٧) أي وكذا لا تعليق علىٰ متوقّع الحصول بل تعليق علىٰ الواقع كما لو قال زيد لهند «إن كانت زوجتي فهي طالق» في صورة إنكار وكالة التزويج حيث جائت الهند الى الحاكم وقالت إنّ زيداً وكّل في زواجي لنفسه وقد زوّجت نفسي منه فأنكر زيد وكالة التّزويج وقال «إن كانت زوجتي فهي طالق».

وانكار التّزويج حيث تدّعيه[١] المرأة إن كانت زوجتي فهي طالق انتهىٰ كلامه ﷺ[٢].

وعلّل العلّامةُ في القواعد صحّة، إن كان لي فقد بعتُهُ «بأنّه[٣] امر واقع يعلمان وجوده فلا يضرّ جعله شرطاً وكذا كلّ شرط علم وجوده فإنّه[٤] لا يوجب شكّاً في البيع ولا وقوفه[٥]» انتهىٰ[أ].

وتفصيل الكلام[٦] أنّ المعلّق عليه إمّا أن يكون معلوم التّحقّق وإمّا يكون

---

(١) أي تدّعي الهند التّزويج فيما إذا جائت الهند الى الحاكم وقالت إنّ زيداً وكّل في زواجي إلىٰ آخر ما شرحنا آنفاً فإنّ الطّلاق يقع لهند لو كانت زوجة زيد واقعاً إذ الزّوجيّة أمر حاصل واقع وليست أمراً متوقّعاً في المستقبل كقدوم زيد ومجيئه.

(٢) أي انتهى كلام الشهيد في القواعد.

(٣) أقول الظّاهر أنّ هذا نقل بالمعنىٰ وإلّا فعبارة القواعد هكذا «فإن قال إن كانت الجارية لي فقد بعتكها أو قال الموكّل إن كنت أذنت لك في شرائها بالفين فقد بعتكها فالأقرب الصّحّة لأنّه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضرّ جعله شرطاً وكذا كلّ شرطٍ علما وجوده فإنّه لا يوجب شكّاً في البيع ولا وقوفه». راجع كتاب الإجارة من قواعد الأحكام ص ٢٦٠ ـ ٢٦١.

(٤) أي الشّرط المعلوم وجوده.

(٥) بمعنىٰ أنّ إنشاء التّمليك والبيع لا يضرّ بهذا الشّرط مردّداً لأنّهما يعلمان أنّه واقع في ظرف الإنشاء ولا يوجب ترديداً في ترتّب الأثر عليه.

(٦) أي تفصيل الكلام في باب الشّرط أنّ المعلّق عليه إمّا أن يكون معلوم التحقّق وإمّا أن يكون محتمل التحقّق وعلى التّقديرين فإمّا أن يكون تحقّقه المعلوم أو تحقّقه المحتمل في الحال أو المستقبل فمعلوم التحقّق في الحال نحو «إن كان لي فقد بعته» ومعلوم التحقّق في المستقبل نحو «إن طلعت الشّمس فقد بعته» ومحتمل التّحقّق في الحال نحو «إن كان زيد جائياً فقد بعته» ومحتمل التّحقّق في المستقبل نحو «إن جاء زيد فقد بعته».

(أ) قواعد الأحكام ص ٢٦٠ ـ ٢٦١.

محتمل التّحقّق وعلىٰ التّقديرين فإمّا أن يكون تحقّقه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل وعلىٰ التّقادير[١] فإمّا أن يكون الشّرط ممّا يكون مصحّحاً للعقد ككون[٢] الشّيء ممّا يصحّ تملّكه شرعاً أو ممّا[٣] يصحّ إخراجه عن الملك كغير امّ الولد وغير الموقوف ونحوه[٤] وكون[٥] المشتري ممّن يصحّ تملّكه شرعاً كأن لا يكون عبداً وممّن يجوز العقد معه[٦] بأن يكون بالغاً وإمّا[٧] أن لا يكون كذٰلك ثمّ التّعليق إمّا مصرّح به[٨] وإمّا لازم من الكلام كقوله «ملكّتك هٰذا بهٰذا يوم الجمعة» وقوله في القرض والهبة «خذ هٰذا بعوضه»[٩] «أو خذه بلا عوضٍ يوم الجمعة» فإنّ التّمليك[١٠] معلّق على تحقّق الجمعة في الحال أو في الإستقبال ولهٰذا[١١] احتمل العلّامة في النّهاية وولده في الإيضاح

---

(١) أي على التّقادير الأربعة الّتي شرحناها.

(٢) أي ككون الشّرط ممّا يصحّ تملّكه شرعاً كقوله «إن لم يكن خنزيراً فقد بعته».

(٣) بأن كان ملكاً يصحّ إخراجه عن الملك كغير أمّ الولد وغير الموقوف عليه.

(٤) كغير مندور التّصدّق بعينه كما لو قال «إن لم يكن أمّ الولد أو إن لم يكن وقفاً أو إن لم يكن منذور التّصدّق بعينه فقد بعته.

(٥) بأن لا يكون عبداً على القول بعدم ملك العبد فيقول «إن لم تكن عبداً فقد بعتك».

(٦) بأن يكون بالغاً فإنّ غير البالغ لا يصحّ العقد معه وإن صحّ تملّكه فإنّه ليس كالعبد.

(٧) أي لا يكون الشّرط ممّا يصحّح العقد بأن يكون أجنبيّاً عن المصحّح للعقد كان يقول «بعتك هذا المتاع إن صلّيت صلاة الغفيلة».

(٨) بأن صاغه في صورة الشّرط كأن يقول إن كان اليوم يوم الخميس فقد بعتك.

(٩) حيث إنّ يوم الجمعة شرط.

(١٠) مراده ﷺ من هذه العبارة أنّ التمليك بالقرض أو بالهبة وإن كان منجّزاً لعدم التّصريح بأداة الشّرط لكنّه معلّق واقعاً علىٰ تحقّق الجمعة في الحال أو الإستقبال.

(١١) أي ولأجل تعلّق التّمليك علىٰ تحقّق الجمعة في الحال، أو الإستقبال.

بطلان بيع الوارث لمال مورّثه بظنّ موته معلّلاً[١] بأنّ العقد وإن كان منجّزاً في الصّورة الّا أنّه معلّق والتّقدير إن مات مورّثي فقد بعتك[٢](أ) فما كان منها[٣] معلوم الحصول حين العقد فالظّاهر أنّه غير قادح وفاقاً لمن عرفت كلامه كالمحقّق والعلّامة والشّهيدين والمحقّق الثّاني والصّيمري(ب) وحكي ايضاً عن المبسوط والإيضاح في مسألة ما لو قال: إن كان لي فقد بعته: بل لم يوجد في ذلك خلاف صريح(ج) ولذا ادّعىٰ في الرّياض(د) في باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحاً[٤]

---

(١) أي معلّلاً لبطلان البيع.

(٢) أي من أقسام الشّرط.

(٣) نحو قوله إن كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعتك داري والمفروض أنّ يوم البيع يوم الجمعة سواء كان مصحّحاً للعقد أم لا وسواء كان مصرّحاً به بأداة الشّرط أم كان لازم الكلام فهذه أربعة أقسام.

(٤) أقول قال فيها ما هذا لفظه «ويشترط فيه التّنجيز فلو علّقه علىٰ شرط متوقّع أو صفة مترقّبة أو جعل له الخيار في فسخه متى أراده من دون حاجة بطل بلا خلافٍ فيه وفي الصّحّة لو كان المعلّق عليه واقفاً والواقف عالم بوقوعه كقوله «وقفت إن كان اليوم الجمعة وكذا في غيره من العقود وبعدم الخلاف صرّح جماعة».

(أ) نهاية الأحكام ج ٢ ص ٤٧٧، ايضاح الفوائد لفخر المحقّقين ج ١ ص ٤٢٠.

(ب) شرايع الإسلام ج ٣ ص ١٩، نهاية الأحكام ج ٢ ص ٤٥١، جامع المقاصد ج ٨ ص ٣٠٥، القواعد للعلّامة ج ١ ص ٢٦١، مسالك الأفهام ج ٥ ص ٢٧٦، القواعد والفوائد ج ١ ص ٦٥ ـ ٦٦، ذيل القاعدة ص ٣٥، الدّروس الشّرعية ص ٢٢٩، الرّوضة البهيّة ج ٣ ص ١٦٨ ـ ١٦٩.

(ج) المبسوط ج ٢ ص ٣٨٥، ايضاح الفوائد ج ٢ ص ٣٦٠.

(د) رياض المسائل ج ٢ ص ١٨.

وما[١] كان منها معلوم الحصول في المستقبل وهو المعبّر بالصّفة فالظّاهر أنّه داخل في معقد اتّفاقهم على عدم الجواز[٢] وإن كان تعليلهم[٣] للمنع باشتراط الجزم[٤] لايجري فيه[٥] كما اعترف به[٦] الشّهيد فيما تقدّم عنه

---

(١) فاعلم أنّ معلوم الحصول في المستقبل ينقسم إلىٰ قسمين قسم له دخل في صحّة العقد وذلك كقول البايع للمشتري «بعتك إن شئت أو بعتك إن قبلت أو بعتك إن أجاز المالك ومن المعلوم انّ لمشيّة المشتري وقبوله أو لإجازة المالك مدخلاً في صحّة العقد وقسم آخر ليس له دخلاً في صحّته كقوله بعتك إن طلعت الشّمس مثلاً.
إذا عرفت هذا فنقول عبارة المصنّف وتقسيمه الّذي ذكره يقتضي شموله لهما ولكنّ المستفاد من عبارة التّذكرة أنّ التّعليق على الصّفة الّتي لها مدخل في العقد غير قادح في صحّته لأنّه ذكر كون التّعليق على الشّرط موجباً لعدم صحّة العقد وإن كان الشّرط هو المشيّته فعلّله بالجهل بثبوتها حال العقد وبقائها مدّته ومقتضاه أنّه لو علم بقائها لم يكن التّعليق حينئذ قادحاً في صحّة العقد بقي شيء في المقام وهو أنّا لا نعهد التّعبير بالصّفة في موارد التّعليق في مثل «بعتك إن كانت الشّمس طالعة» في العقد اللّهمّ إلّا إن أراد صحّة التّعبير التّعبير بها في موارد التّعليق المستفاد من لوازم الكلام كقولك هذا في يوم الجمعة كما عرفت.

(٢) بمعنىٰ أنّه لا يجوز التّعليق في القسم الثّاني كقوله بعتك إذا طلعت الشّمس فإنّ طلوع الشّمس وصف محقّق الحصول في المستقبل ولا ينافي الجزم الّذي يكون معتبراً في العقد لكن مع ذلك كلّه لا يجوز التّعليق.

(٣) أي تعليل الفقهاء لعدم جواز التّعليق.

(٤) أي الجزم بالعقد.

(٥) أي لايجري فيما كان معلوم الحصول في المستقبل ووجه عدم الجريان حصول الجزم فيه لأنّه بعلم المتبايعين بتحقّق طلوع الشّمس في المستقبل يكون جازماً في الإنشاء.

(٦) أي اعترف الشّهيد بعدم جواز التّعليق على الوصف في ص ١٨٠ بقوله «ولو قدّر العلم بحصوله كالتّعليق على الوصف».

ونحوه[١] الشّهيد الثاني فيما حكىٰ عنه[٢] بل يظهر من عبارة المبسوط في باب الوقف كونه[٣] ممّا لا خلاف فيه بيننا بل بين العامة فإنّه[٤] قال: إذا قال الواقف: إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته لم يصحّ الوقف[٥] بلا خلاف[٦] لأنّه مثل البيع والهبة، وعندنا مثل العتق أيضاً[٧] انتهىٰ[٨] فإنّ ذيله[٩] يدلّ علىٰ انّ مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختصّ بالإماميّة نعم مماثلته للعتق مختصّته بهم[١٠] وما كان منها[١١]

---

(١) يعني نحو كلام الشّهيد الأوّل في الإعتراف بعدم جواز التّعليق في القسم الثّاني كلام الشّهيد الثّاني.

(٢) راجع تمهيد القواعد ص ٧٧.

(٣) أي كون عدم جواز التّعليق علىٰ شرط معلوم الحصول في المستقبل.

(٤) يعني الشّيخ الطّائفة قال.

(٥) مع أنّ مجيء رأس الشّهر وصفٌ محقّق الحصول الوقوع بلا شبهة.

(٦) يعني لا خلاف بين السنّة والشيعة في عدم جواز التّعليق علىٰ وصف محقّق الحصول في المستقبل.

(٧) لأنّ الوقف مثل البيع والهبة فكما لا يصحّ الشّرط فيهما كذلك لا يصحّ في الوقف وعندنا معاشر الشّيعة مثل العتق أيضاً لا يصح أن يقول زيد «إذا جاء رأس الشّهر اعتقتك» بخلافه عند السّنّة حيث انّهم يصححون العتق المشروط.

(٨) أي انتهى كلام الشّيخ في المبسوط.

(٩) يعني ذيل كلام الشّيخ ﷺ وهو قوله «وعندنا مثل العتق».

(١٠) يعني انّ تنظير الشيخ الوقف بالعتق مختصّ بالإماميّة حيث إنّ اخواننا السّنّة يقولون بعدم جواز تعليق العتق على الشّرط المعلوم الحصول في المستقبل.

(١١) يعني أي وما كان من الشّرائط مشكوك الحصول ولم يكن مصحّحاً للعقد كقدوم

مشكوك الحصول وليست صحّة العقد معلّقة عليه في الواقع كقدوم الحاج فهو المتيقّن من معقد اتّفاقهم وما[١] كانت صحّة العقد معلقة عليه كالأمثلة المتقدّمة[٢]

= المسافر سواء كان في الحال أو الإستقبال وسواء كان مصّرحاً به أم لا وهذه أيضاً أربعة أقسام لأنّه إمّا أن لا تكون صحّة العقد معلّقة عليه في الواقع أو تكون صحّته معلّقة عليه وعلى التّقديرين إمّا أن يكون حصوله علىٰ تقدير تحقّقه في حال العقد أو في المستقبل فما كان منها مشكوك الحصول وليست صحّة العقد معلّقة عليه وذلك كقوله بعتك هذا الكتاب إن قدم الحاجّ فهو المتيقّن من معقد اتّفاقهم علىٰ فساد العقد بالتّعليق عليه من غير فرق فيه بين ما كان ظرف حصوله علىٰ تقدير التّحقّق حال العقد او الزّمان المستقبل وما كانت صحّة العقد معلّقة عليه بمعنىٰ انّ ما كان من المعلّق عليه المشكوك الحصول من قبيل ما يتوقّف عليه صحّة العقد وذلك ككون المبيع ما يصحّ تملّكه شرعاً بأن لا يكون خمراً ولا خنزيراً أو ممّا يصحّ إخراجه عن الملك بأن لا يكون وقفاً ولا أمّ ولد وكون المشتري ممّن يصحّ تملّكه شرعاً بأن لا يكون عبداً وممّن يجوز العقد معه بأن لا يكون صبيّاً ولا مجنوناً ولا سفيهاً وهو الّذي يصرف أمواله في المصارف اللاّغية من غير فرق أيضاً بين ما كان ظرف حصوله على تقدير تحقّقه هو حال العقد أو الزّمان المستقبل فهذا القسم مندرج تحت اطلاق قول الفقهاء أنّه إن علّق العقد علىٰ شرط أو صفةٍ لم ينعقد.

(١) أي وما كان من الشّروط صحّة العقد معلّقة عليه في الواقع كالأمثلة المتقدّمة من الملكيّة والإخراج عن الملك وقابليّة المشتري للملك وقابليّة للعقد فظاهر اطلاق كلامهم يشمله.

(٢) وهي كون الشّيء ممّاً يصحّ تملّكه شرعاً نحو «إن لم يكن خمراً فقد بعتك» أو ممّاً يصحّ إخراجه عن الملك نحو «إن لم تكن أمّ ولد فقد بعتك» أو «إن لم يكن وقفاً فقد بعتك» وكون المشتري ممّن يصحّ تملّكه شرعاً نحو «إن لم تكن عبداً فقد بعتك» وأمثالها.

فظاهر اطلاق كلامهم[١] يشمله[٢] إلّا أنّ الشّيخ في المبسوط حكىٰ في مسألة إن كان لي فقد بعته قولاً من بعض النّاس بالصحّة[٣] وأنّ الشّرط[٤] لا يضرّه[٥] مستدلاً[٦] بأنّه[٧] لم يشترط إلّا ما يقتضيه اطلاق العقد لأنّه إنّما يصحّ البيع[٨] لهذه الجارية من الموكّل إذا كان أذن له[٩] في الشّراء[١٠] فإذا اقتضاه[١١] الإطلاق لم يضرّ

---

(١) أي فظاهر إطلاق كلام الفقهاء بعدم جواز التّعليق على الشّرط الّذي هو المعلّق عليه يشمل ما كان صحّة العقد معلّقة عليه.

(٢) الضّمير المفعول راجع إلىٰ (ما) في قوله «وما كان صحّة العقد».

(٣) أقول قال الشّيخ ﷺ في المبسوط ما هذا لفظه «فمن النّاس من قال: لا يصحّ لأنّه علّقه بشرط (والبيع بشرط) لا يصحّ ومنهم من قال يصحّ لأنّه لم يشترط إلّا ما يقتضيه إطلاق العقد لأنّه إنّما يصحّ بيعه لهذه الجارية من الوكيل إن كان قد أذن له في الشّراء بعشرين فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضرّ إظهاره وشرطه كما لو شرط في البيع تسليم الثّمن وتسليم المثمن وما أشبه ذلك انتهى[أ].

(٤) قوله (انّ الشّرط) معطوف على الصّحّة في قوله «بالصّحّة».

(٥) أي هذا الشّرط لا يضرّ العقد.

(٦) قوله (مستدلاً) حال من «بعض النّاس».

(٧) أي بأنّ البايع.

(٨) يعني بيع الوكيل.

(٩) يعني يصحّ البيع للوكيل من قبل الموكّل إذا كان أذن الموكّل للوكيل في بيع الجارية.

(١٠) يعني في البيع.

(١١) أي اقتضى الشّرط والمقصود بالإطلاق هو إطلاق البيع وعدم تعليقه علىٰ «إن كان لي».

(أ) المبسوط ج ٢ كتاب الوكالة ص ٣٨٥.

اظهاره[١] وشرطه كما لو شرط في البيع تسليم الثّمن أو تسليم المثمن أو ما اشبه[٢] ذلك انتهى[٣] وهٰذا الكلام وإن حكاه[٤] عن بعض النّاس[٥] إلّا انّ الظّاهر ارتضائه[٦] له وحاصله[٧] انّه كما لا يضرّ اشتراط بعض لوازم[٨] العقد المترتّبة عليه كذلك لا يضرّ تعليق العقد بما[٩] هو[١٠] معلّق عليه[١١] في الواقع فتعليقه[١٢] ببعض مقدماته[١٣] كالالزام ببعض غاياته[١٤] فكما[١٥] لا يضرّ الإلزام بما يقتضي العقد التزامه

---

(١) أي إظهار الشّرط لفظاً.

(٢) ممّا يقتضيه إطلاق العقد مثل كون تلف المبيع قبل قبضه من مال البايع وكتصرّف المشتري فى المثمن.

(٣) أي انتهى ما حكاه الشّيخ ﷺ في المبسوط من بعض النّاس.

(٤) أي القول بصحّة بيع الجارية في صورة التّعليق وإن حكاه عن بعض النّاس.

(٥) أي عن بعض العامّة.

(٦) أي ارتضاء الشيخ ﷺ لهذا الكلام أعني صحّة بيع الجارية في صورة التّعليق لأنّه لو لم يرض به لتعرّض لردّه والإيراد عليه.

(٧) أي حاصل المحكي في المبسوط.

(٨) أقول وذلك كتسليم الثمن والمثمن فإنّهما من لوازم العقد كذلك لا يضرّ تعليق العقد.

(٩) أي بالشّرط الّذي.

(١٠) أي العقد معلّق عليه.

(١١) نحو إن كان لي فقد بعته.

(١٢) أي تعليق العقد.

(١٣) أي ببعض مقدّمات العقد ككون الوكيل مأذوناً في الشّراء.

(١٤) أي غايات العقد كتسليم الثّمن والمثمن وانتقالهما من ملك أحد المتعاقدين إلى ملك الآخر.

(١٥) أي كما لا يضرّ إلزام البايع للمشتري بتسليم الثّمن الّذي يقتضيه العقد كذلك لا يضرّ تعليق العقد بشرطٍ كان إطلاق العقد معلّقاً عليه نحو قوله «إن كان لي فقد بعته».

كذلك التّعليق بما كان الإطلاق معلّقاً عليه ومقيّداً به وهٰذا الوجه[١] وإن لم ينهض لدفع محذور التّعليق في إنشاء العقد[٢] لأنّ المعلّق علىٰ ذلك الشّرط[٣] في الواقع هو ترتب الأثر الشّرعي علىٰ العقد دون انشاء مدلول الكلام الّذي هو وظيفة المتكلّم فالمعلّق في كلام المتكلّم غير معلّق في الواقع علىٰ شيء والمعلّق علىٰ شيء ليس معلّقاً في كلام المتكلّم علىٰ شيء بل ولا منجزاً بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام إلّا أنّ ظهور ارتضاء الشّيخ له[٤] كافٍ في عدم الظنّ بتحقّق الإجماع عليه[٥] مع أنّ ظاهر هٰذا التّوجيه[٦] لعدم قدح التّعليق

---

(١) يعني تنظيره ﷺ بشرط الغاية وتوجيهه بأنّه افصاح عن واقع التّعليق.

(٢) أقول السّر في عدم نهوض الوجه لدفع المحذور أنّ المعلّق في الشّرع غير المعلّق في ايجاب الموجب لأنّ المعلّق في الأوّل ترتيب الأثر على البيع وكونه صحيحاً مؤثّراً بخلاف المعلّق في الثّاني فإنّه الإنشاء ومن البيّن أنّ المنشأ في البيع لا ينشأ الإيجاب التّصحيح الموضوع للأثر الشّرعي فليس التّعليق في الإنشاء افصاحاً لما هو معلّق عليه شرعاً فتأمّل جيّداً.

(٣) وهو الشّرط المشكوك الحصول.

(٤) أي لهذا النّوع من التّعليق أعني اشتراط ما يقتضيه إطلاق العقد.

(٥) أي علىٰ كون التّعليق مفسداً للعقد وحاصل الكلام هو أنّ ظهور ارتضاء الشّيخ ﷺ لهذا القسم من التّعليق بمعنىٰ صحّته عنده وعدم ردعه عنه كاف في عدم حصول الظنّ بتحقّق الإجماع يعني الإجماع علىٰ كون التّعليق مفسداً للعقد علىٰ هذا القسم من التّعليق.

(٦) قد عرفت آنفاً أنّ المراد من التّوجيه تنظيره بشرط الغاية والتّوجيه بأنّه افصاح عن الواقع فهذا التّنظير والتّوجيه ظاهر في أنّ محلّ الكلام صورة الشكّ في المعلّق عليه فلا وجه لتوهّم اختصاصه بصورة العلم ولكنّك خبير بأنّه لم يعلم وجه الإستظهار ومجرّد التّوجيه بأنّه افصاح عن الواقع وتنظيره بشرط الغاية لا يدلّ عليه ولا يقتضي ظهوره فيها.

يدلّ[١] علىٰ انّ محلّ الكلام[٢] فيما لم يعلم وجود المعلّق عليه وعدمه فلا وجه لتوهّم اختصاصه[٣] بصورة العلم ويؤيّد ذلك[٤] أنّ الشّهيد في قواعده[٥] جعل الأصحّ صحّة تعليق البيع علىٰ ما هو شرطٌ فيه كقول البايع بعتُكَ إن قبلتَ ويظهر منه[٦] ذلك أيضاً في آخر القواعد ثمّ انّك قد عرفت أنّ العمدة في المسألة[٧] هو الإجماع وربّما يتوهّم أنّ الوجه في اعتبار التّنجيز هو عدم قابليّة الإنشاء للتّعليق وبطلانه واضح لأنّ المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول

---

(١) قوله (يدلّ) خبر لـ(أنّ) في قوله (مع أنّ ظاهر .. إلخ).

(٢) أقول ظاهر عبارة المصنّف اختصاص مورد النّزاع بالشّك في وجود المعلّق عليه وعدمه مع أنّ غرضه ﷺ أعمّيّة التّعليل من العلم والشكّ فالأولى أن يقال «إنّ محلّ الكلام أعمّ ممّا لم يعلم وجود المعلّق عليه.

(٣) أي اختصاص محلّ الكلام.

(٤) أقول الظّاهر أنّ المُتأيَّد بكلام الشهيد ﷺ عدم الظّنّ بحصول الإجماع على الفساد وجه التّاييد وجود موافق مثل الشّهيد ﷺ فلا يكون ما ارتضاه الشّيخ ممّا لا قائل به لكي يحتمل فيه التّأويل وكون المراد خلاف ظاهره بناءاً علىٰ أنّ إنفراد القائل شيء ممّا يقرّب إلىٰ كلامه التّأويل وأمّا ما احتمل بعض من أنّ المتأيّد بكلام الشهيد ﷺ هو إرادة صورة الشكّ فلم يعلم وجهه.

(٥) أقول الظاهر أن المتأيّد بكلام الشّهيد ﷺ عدم الظّنّ بحصول الإجماع على الفساد وجه التّأييد وجود موافق مثل الشّهيد فلا يكون ما إرتضاه الشّيخ ممّا لا قائل به لكى يحتمل فيه التّأويل وكون المراد خلاف ظاهره بناءً على أنّ إنفراد القائل شيء ممّا يقرب إلى كلامه التأويل وأما ما إحتمل بعض من أنّ المتأيّد بكلام الشهيد هو إرادة صورة الشّك فلم يعلم وجهه.

(٦) أي من الشّهيد ذلك أي صحّة التّعليق.

(٧) وهو اشتراط التّنجيز وعدم جواز التّعليق.

الكلام[١] فالتّعليق غير متصوّر فيه[٢] إلّا انّ الكلام ليس فيه[٣] وإن كان الكلام في أنّه كما يصحّ إنشاء الملكيّة المتحقّقة علىٰ كلّ تقدير[٤] فهل يصحّ إنشاء الملكيّة المتحقّقه علىٰ تقدير[٥] دون آخر[٦] كقوله هٰذا لك إن جاء زيد غداً وخذ المال قرضاً أو قراضاً[٧] إذا اخذته[٨] من فلان ونحو ذٰلك فلا ريب في أنّه[٩] امر متصوّر

---

(١) أقول مدلول الكلام لو خلّي وطبعه هو نفس المعنى المنشأ كما انّ الأمر كذلك في مدلول الكلام الخبري فإنّه نفس المعنى المخبر به لكنّه في المقام غير مراد للمصنّف ﷺ بل المراد منه بقرينة المقابلة للشقّ الثّاني ممّا ذكره من التّرديد نفس الإنشاء.

(٢) أقول وذلك لأنّ المدلول والمعنىٰ يوجد بوجود الكلام فليس له حالة معلّقة.

(٣) أي ليس كلامنا في صحّة تعليق الإنشاء في مدلول الكلام أقول عدم كون الكلام فيه غير مسلّم بل الظّاهر من كلام المشهور أنّه مورد النّفي والإثبات وإليه يرجع التّعليل بقولهم بأنّ التّعليق ينافي الجزم المعتبر في الإنشائيّات.

(٤) يعني سواء جاء المسافر أمْ لا مثلا أقول العبارة لا تخلو عن مسامحة فيها والمناسب فيها أن يقال وإن كان المراد تعليق المنشأ كالبيع والملكيّة وشبههما.

(٥) أي إذا جاء المسافر.

(٦) أي إذا لم يجي المسافر.

(٧) أقول المراد من القراض هو المضاربة مأخوذة من الضّرب في الأرض والسّير فيها وشرعاً عقد بين اثنين أو أكثر يكون من أحدهما المال ومن الآخر العمل بحصّة من ربح ذلك المال وأهل الحجاز يسمّونها قراضاً مأخوذ من القرض وهو القطع كأنّ صاحب المال اقتطع منه قطعة وسلّمها إلى العامل.

(٨) أي أخذت المال.

(٩) أي انشاء الملكيّة علىٰ تقدير.

واقع في العرف والشّرع كثيراً في الأوامر[١] والمعاملات من العقود[٢] والإيقاعات[٣] ويتلو هٰذا الوجه[٤] في الضّعف ماقيل[٥] من أنّ ظاهر مادلّ[٦] على سببيّة العقد ترتّب مسبّبه[٧] عليه[٨] حال وقوعه[٩] فتعليق أثره[١٠] بشرط من المتعاقدين مخالف لذٰلك[١١] وفيه[١٢] بعد الغضّ عن عدم انحصار ادلّة الصّحة[١٣]

---

(١) كقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً﴾(أ) وأكرم زيداً إن جائك.

(٢) كقولك بعتك إن جاء مسافري.

(٣) كقولك زوجتي طالق إن فعلت كذا.

(٤) يعني عدم قابليّة الإنشاء للتّعليق.

(٥) القائل هو صاحب الجواهر.

(٦) المراد بالدّال هو قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾(ب).

(٧) قوله «ترتّب مسبّبة» خبر لقوله (انّ) في قوله «من انّ ظاهر ما دلّ».

(٨) أي على العقد.

(٩) أي وقوع العقد.

(١٠) مراده ﷺ من العبارة أنّ مقتضي قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ هو انّ كلّ عقد من العقود ملزوم لتنجّز الأمر بالوفاء به فكلّ ما لا يكون كذلك ليس داخلاً في العقود ومن البيّن بأنّ أقلّ مراتب عدم الدّخول فيها عدم صحّته والعقد المعلّق غير ملزوم لتنجّز الأمر بالوفاء منجّزاً لأنّ التّنجيز مناف للتّعليق فيكشف أنّه ليس من العقود الصّحيحة.

(١١) أي لترتّب المسبّب حال وقوع سببه وهو العقد.

(١٢) أي وفيما أفاده صاحب الجواهر اشكال ونظر.

(١٣) قوله هذا إشارة إلىٰ أوّل إيرادات المصنّف علىٰ صاحب الجواهر ﷺ.

(أ) سورة النور: ٣٣.

(ب) سورة المائدة: ١.

واللّزوم في مثل قوله تعالىٰ اوفوا بالعقود[أ] لأنّ[١] دليل حلية البيع[٢][ب] وتسلّط النّاس علىٰ أموالهم[٣] كافٍ[٤] في إثبات ذٰلك[٥] أنّ العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به[٦] علىٰ طبق مدلوله فليس مفاد أوفوا بالعقود إلّا مفاد اوفوا بالعهد في أنّ العقد كالعهد إذا وقع[٧] علىٰ وجه التّعليق فَتَرَقُّب تحقّق المعلّق عليه[٨] في تحقّق المعلّق[٩] لا يوجب[١٠] عدم الوفاء بالعهد والحاصل أنّه ان اريد بالمسبّب مدلول العقد فعدم تخلّفه عن انشاء العقد من البديهيّات[١١] الّتي لا يعقل خلافها[١٢]

---

(١) قوله (لأنّ) تعليل لقوله «عدم انحصار.. إلخ».

(٢) يعني أنّ قوله تعالى ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ مقتض حليّة المعاملة وصحّتها كيف أوقعها المتعاقدان سواء كان منجّزاً أو معلّقاً.

(٣) يعني انّ (النّاس مسلّطون علىٰ أموالهم) مقتضٍ ايقاع المعاملة منجزة أو معلّقة.

(٤) قوله «كافٍ» خبر لـ«إنّ» في قوله «لأنّ دليل حليّة البيع».

(٥) أي اثبات صحّة البيع ولزومه منجّزاً كان أم معلقاً.

(٦) أي بالعقد.

(٧) هذا قيد للعهد.

(٨) مراده ﷺ من المعلّق عليه هو الشّرط.

(٩) ومراده ﷺ من المعلّق هو العهد.

(١٠) قوله (لا يوجب) خبر لمبتدأ مقدّم وهو قوله (فترقب.. إلخ).

(١١) بمعنىٰ أنّه إذا وجد (بعت واشتريت) وجد معناهما.

(١٢) أي خلاف البديهيّات أقول وجه عدم المعقوليّة أنّ المفروض أنّ انشاء العقد سبب للمدلول فلو يترتّب لزم التخلّف.

(أ) سور المائدة: ١.

(ب) ﴿احلّ الله البيع﴾. سورة البقرة: ٢٧٥.

وإن اريد به[١] الاثر الشّرعي وهو ثبوت الملكيّة فيمنع كون اثر مطلق البيع الملكيّة المنجّزة بل هو[٢] مطلق الملك فإن كان البيع غير معلّق كان اثره الشّرعي الملك الغير المعلّق وإن كان معلّقاً فاثره الملكيّة المعلّقة مع أنّ تخلّف الملك عن العقد كثير جدّاً[٣] مع انّ ما ذكره[٤] لا يجري في مثل قوله بعتُك إن شئتَ وإن قبلتَ فقال[٥] قبلت فإنّه لا يلزم هنا تخلّف اثر العقد عنه[٦]

---

(١) يعني وإن أريد بالمسبّب الأثر الشّرعي بمعنى أنّ الملك يثبت بمجرّد التّلفّظ بلفظ العقد بقصد إنشاء الملكيّة فلا يصحّ تأخير الملكيّة بسبب التّعليق فيمنع كون أثر البيع مطلقاً الملكيّة المنجّزة.

(٢) أي بل الأثر مطلق الملك لا الملك الغير المعلّق فقط.

(٣) أقول وذلك التخلّف كما في بيع الصّرف وبيع السّلم حيث يشترط فيهما صحّة زيادة على ما يشترط في مطلق البيع والرّبا التّقابض في المجلس ويبطل لو افترقا قبله على الأشهر بل عليه عامّة من تقدّم ومن تأخّر عدا من شذّ وندر فتتخلّف الملكيّة عن الإنشاء في بيع الصّرف بناءً على أنّ القبض شرط في صحّته فهنا قد تخلّف المسبّب عن السّبب ولم يترتّب عليه ومنها الهبة فإنّ انتقال العين الى المتهّب منوط بالقبض ومنها الوصيّة فالعين الموصي بها تنتقل الى الموصي له بعد موت الموصي ومنها المضاربة فإنّ العامل يتملّك الحصّة بعد ظهور الرّبح لا بنفس العقد.

(٤) أي مع أنّ ما ذكره المستدلّ من لزوم التّخلّف فيما إذا كان البيع معلّقاً والتّخلّف غير ممكن فالتّعليق غير صحيح.

(٥) كما إذا علّقه البايع على قبول المشتري أو على مشيّته فقال: بعتك إن قبلتَ أو إن شئتَ فقال المشتري «قبلت» فإنّ النّقل لا ينفكّ عن هذا الإنشاء كما هو بيّن لا ريب فيه مع انّ مقصود المستدلّ يعني صاحب الجواهر منع التّعليق مطلقاً.

(٦) أي عن العقد وإنشائه ووجه عدم لزوم التّخلّف انّ العقد إنّما يتمّ بالقبول فما لم يأت بالقبول لم يتمّ العقد لكي يلزم التّخلّف نعم يلزم تخلّف أثر الإيجاب عنه ولكن لم يمنعه المستدلّ فلا محذور في تخلّفه.

مع انّ هٰذا[١] لا يجري في الشرط المشكوك المتحقّق في الحال[٢] فإنّ العقد حينئذ يكون مراعىٰ لا[٣] موقوفاً مع أنّ ما ذكره[٤] لا يجري في غيره[٥] من العقود[٦] الّتي قد يتأخّر مقتضاها عنها[٧] كما لا يخفىٰ وليس الكلام[٨] في خصوص البيع وليس علىٰ هٰذا الشّرط[٩] في كلّ عقد دليل

---

(١) أي ما ذكره المستدلّ بقوله (من انّ ظاهر ما دلّ علىٰ سببيّة العقد ترتّب مسببه عليه حال وقوعه لا يجري في الشرط المشكوك التّحقّق في الحال بأن يقول إن كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعتك داري حيث إنّ البايع قد علّق بيع داره علىٰ كون هذا اليوم يوم الجمعة.

(٢) كقول البايع بعتك كتابي هذا إن كان اليوم يوم الخميس مع انّ اليوم يوم الخميس لكن البايع لا يدري بذلك شاكّ فيه فهنا علّق العقد على الشّرط ولكن لم يتخلّف ترتّب المسبّب عليه حيث إنّ البيع قد حصل لتحقّق شرطه في الواقع.

(٣) يعني وليس التّعليق على الشّرط المشكوك المتحقّق في الحال موقوفاً علىٰ تحقّق هذا الشّرط في الخارج حتّىٰ يلزم المحذور المذكور وهو انّ التّعليق مخالف لترتّب المسبّب على السّبب.

(٤) وهو قوله «ما قيل من انّ ظاهر ما دلّ علىٰ سببيّة العقد ترتّب مسببه عليه حال وقوعه.. إلخ.

(٥) يعني في غير البيع.

(٦) وذلك كالعقد الفضولي والوصيّة بناءً علىٰ أنّ الإجازة ناقلة وكذلك الوقف الخاصّ بالنّسبته إلى البطون المتأخّرة.

(٧) أي عن العقود.

(٨) مراده ﷺ أنّ من يريد منع التّعليق في العقد فلابدّ له أن يأتي بدليل عامّ جار في البيع وغيره من العقود لا بدليل خاصّ مخصوص بالبيع.

(٩) قوله (وليس علىٰ هذا الشّرط.. إلخ) جملة حاليّة والمراد بالشّرط شرط التّنجيز في العقود وبطلان التّعليق.

عليحدة[١] ثمّ الاضعف من الوجه المتقدّم[٢] التّمسك في ذلك[٣] بتوقيفيّة الاسباب الشرعيّة[٤] الموجبة لوجوب الاقتصار فيها[٥] علىٰ المتيقّن وليس[٦] إلّا العقد العاري عن التّعليق إذ فيه أنّ اطلاق الأدلّة مثل حليّة البيع وتسلّط النّاس علىٰ أموالهم وحلّ التجارة عن تراض ووجوب الوفاء بالعقود وادلّة سائر العقود[٧] كاف[٨] في التّوقيف وبالجملة فاثبات هٰذا الشّرط[٩] في العقود مع عموم ادلّتها[١٠] ووقوع كثير منها[١١] في العرف علىٰ وجه التّعليق بغير الإجماع محقّقاً[١٢] او منقولاً

---

(١) الجِدَّةُ مصدر يقال «بقي علىٰ جِدَّته» أي متميّزاً عن غيره و«فعله علىٰ ذات حدّته ومن ذات حدّته أي من ذات نفسه» المنجد.

(٢) أي الأضعف في كونه دليلاً علىٰ اشتراط التّنجيز في البيع من الوجه المتقدّم وهو ما ذكره صاحب الجواهر الّذي بيّته بقوله من أنّ ظاهر ما دلّ علىٰ سببيّته العقد ترتّب مسبّبه عليه.. إلخ.

(٣) يعني في بطلان التّعليق.

(٤) أقول قد أشار بتوقيفيّة الأسباب صاحب الجواهر ﷺ في ذيل الوجه السّابق بقوله بل هو شبه اثبات حكم شرعيّ من غير أهله وحاصل الإستدلال كما أنّ العبادات وأحكامها توقيفيّة فكذلك العقود فعندئذ يجب الإقتصار على المتيقّن حيث وقع الشكّ في بعض أفرادها من جهة الكيفيّة أو غيرها وليس ألّا العقد العاري عن التّعليق.

(٥) أي في الأسباب الشّرعيّة كالبيع ونحوه من العقود.

(٦) أي ليس ذلك المتيقّن.

(٧) كالدّليل الدّال علىٰ صحّة المضاربة والمساقاة والمزارعة والرّهن ونحوها.

(٨) أي في انّ الشّارع اجاز ما يسمّىٰ بهذه العقود من غير فرق بين ما كان المسمّى بدون التّعليق أو مع التّعليق.

(٩) أي شرط التّنجيز في العقود.

(١٠) أي أدلّة العقود. (١١) أي من العقود.

(١٢) كلمة (بغير) متعلّق بـ(إثبات) والمراد من المحقّق الإجماع المحصّل.

مشكل[١] ثمّ إنّ القادح[٢] هو تعليق الإنشاء[٣] وأمّا إذا أنشاء من غير تعليق[٤] صحّ العقد وإن كان المُنشِي[٥] متردّداً في ترتّب الاثر عليه شرعاً[٦] أو عرفاً[٧] كمن ينشيء البيع وهو لا يعلم أنّ المال له أو أنّ المبيع[٨] ممّا يتموّل أو أنّ المشتري راض حين الإيجاب أم لا او غير ذلك[٩] ممّا يتوقّف صحّة العقد عليه عرفاً أو شرعاً[١٠].

---

(١) قوله (مشكل) خبر لمبتدأ مقدّم وهو قوله «فإثبات هذا الشرط».

(٢) أقول وجه القدح حينئذ أنّ الإنشاء بأيّ معنىً كان قد فرض وجوده في الخارج فلا يعقل تعليقه علىٰ شيء ما لأنّ الموجود في الخارج يمتنع عدمه فكيف يعقل أن يكون موجوداً علىٰ تقدير مجيء زيد مثلاً ومعدوماً علىٰ تقدير عدم مجيئه فتحصّل ممّا ذكرنا أنّ الإنشاء أمر لا يقبل التّعليق بل هو إمّا موجود وإمّا معدوم.

(٣) كان يقول البايع بعتك إن جاء مسافري.

(٤) هذا بناءً على الإستناد إلى الإجماع وامّا بناءً علىٰ ما حكاه عن العلّامة من اعتبار الجزم في الإنشاء فيبطل في هذ القسم أيضاً كما احتمله العلّامة وولده في بيع مال المورّث بظنّ موته.

(٥) بصيغة اسم الفاعل.

(٦) مثاله كمن ينشي البيع وهو لا يعلم أنّ المال له أو لغيره أو لا يعلم انّ المشتري راض حين الإيجاب أم لا.

(٧) مثاله كمن كان ترديده فيما يتقوّم به عنوان المعاملة كالتّرديد في قابليّة المبيع للتملّك أو زوجيّة المرئة الّتي يريد طلاقها.

(٨) كأن يتردّد في أنّ المبيع ممّا يتموّل أو ليس ممّا يتموّل عرفاً وذلك كبيع الهرّة.

(٩) كمن لا يعلم أنّ المشتري بالغ عاقل أم لا.

(١٠) كشرط من شرائط المتعاقدين والعوضين فالبلوغ شرط تعبّدي وكذا عدم سقوط العوضين عن الماليّة فمبادلة الخمر والخنزير عقد عرفي ولكن نهىٰ الشّرع عنها وذلك لعدم قابليّة العوض للتّملّك شرعاً والعقل وقابليّة الخطاب شرط عرفيّ.

بل الظّاهر أنّه لا يقدح اعتقاد عدم ترتّب الأثر عليه[١] إذا تحقّق القصد إلى التّمليك العرفي[٢] وقد صرّح بما ذكرنا[٣] بعض المحقّقين حيث قال لا يخلّ زعم فساد المعاملة ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد نعم ربّما يشكل الأمر في فقد الشّروط المقوّمه كعدم الزّوجيّة[٤] أو الشكّ فيها في[٥] انشاء الطّلاق فإنّه لا يتحقّق القصد إليه[٦] منجزاً من دون العلم بالزّوجيّة وكذا الرّقيّة في العتق وحينئذ[٧] فإذا

---

(١) أي على العقد أقول المراد من الأثر هو الأثر الشّرعي لا الأثر العرفي لأنّه يمتنع القصد إليه مع العلم بعدم ترتّبه.

(٢) أقول وذلك لأنّ اعتقاد عدم ترتّب الأثر لا يضرّ إذا تحقّق القصد إذ مقوّمات البيع عندئذ موجودة فإنّ المعاملات ليست من الأمور الإعتقاديّة فإذا قال البايع (بعتك) وتحقّق منه القصد الى التمليك صحّ البيع.

(٣) من عدم قدح الإعتقاد بعدم ترتّب الأثر وقد استظهر بعض انّ المراد من بعض المحقّقين صاحب المقابس وهو الحقّ وإليك بعبارة المقابس: «ولا يعتبر أيضاً علمه بصحّة العقد ولا يُخِلُّ زعمُهُ فساده ما لم يتسبّب لارتفاع قصده من الأصل والحاقة باللّعب والهزل»[أ].

(٤) أقول ملخّص الكلام في المقام انّ الإلتزام والقصد الى اخراج المرئة من الزّوجيّة لا يتحقّق إلّا مع العلم بسببها بالزّوجيّة وأمّا مع الشكّ فيها أو الجزم بالعدم فلا يتحقّق منه ذلك وكذا القصد الى المعاوضة لا يتحقّق ولا يتمشّى ممّن يشكّ في قابليّة العين للعوضيّة.

(٥) يعني في الزّوجيّة.

(٦) أي الى الطّلاق.

(٧) أي حين قلنا بأنّ القادح المانع إنّما هو تعليق الإنشاء وأنّ التّردّد لا يضرّ فيما إذا لم يكن تعليق في اللّفظ.

(أ) مقابس الأنوار، كتاب البيع: ص١٢.

مسّت[١] الحاجة إلىٰ شيء من ذٰلك[٢] للإحتياط[٣] وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء[٤] علىٰ ما هو شرط فيه فلا بدّ من ابرازه[٥] بصورة التّنجيز وإن كان في الواقع معلّقاً أو يوكّل غيره الجاهل[٦] بالحال بإيقاعه ولا يقدح فيه[٧] تعليق الوكالة واقعاً علىٰ كون الموكّل مالكاً للفعل[٨] لأنّ فساد الوكالة بالتّعليق لا يوجب ارتفاع الإذن[٩] إلّا أنّ ظاهر الشّهيد في القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوّج امرأة يشكّ في أنّها محرّمة عليه فظهر حلّها وعلّل ذٰلك بعدم الجزم حال العقد قال وكذا

---

(١) المسّ كاللّمس لكن اللّمس قد يقال لطلب الشّيء وإن لم يوجد والمسّ يقال فيما يكون معه إدراك بحاسّة اللّمس وكنّى به عن النّكاح فقيل مسّها وماسّها (مفردات الرّاغب).

(٢) أي من الطّلاق والعتق ثمّ إنّ الظاهر انّ هذا مرتبط بما إذا كان شرط التّأثير مقوّماً لعنوان العمل إذ في غيره لا محذور في الإحتياط لما سبق من أنّه لا ينافي الجزم في الإنشاء.

(٣) مثال الإحتياط كما لو تزوّج زيد امرأة ثمّ شكّ في أنّها أخت الرّضاع له أم لا فأراد أن يطلّقها لكي يتخلّص من الشّبهة وتتمكّن المرأة من الزّواج بلا شبهة فيحطاط ويقول إن كانت هذه المرئة زوجتي فهي طالق.

(٤) بأن يقول زيد «فاطمة طالق» لا أن يعلّق بقوله «إن كانت فاطمة زوجتي فهي طالق».

(٥) أي ابراز الإنشاء.

(٦) كلمة (الجاهل) صفة لقوله (غيره).

(٧) يعني في توكيل الغير.

(٨) يعني الطّلاق أي يكون أمره بيد الزّوج وكذا أمر العتق بيد السّيّد.

(٩) أي لأنّ فساد الوكالة بالتّعليق الواقعي وإن لم يأت بالشّرط في اللّفظ لا يوجب ارتفاع الأذن ومن البيّن أنّ الأذن كاف في صحّة الطّلاق والعتق إذا كانت زوجة الموكّل وكان عبداً له.

الإيقاعات كما لو خالع امرأة أو طلّقها وهو شاكّ في زوجيّتها[١] أو ولّىٰ نائب الإمام عليه السلام قاضياً لا يعلم اهليّة[٢] وإن ظهر أهلاً[٣] ثمّ قال: «ويخرج من هٰذا[٤] بيع مال مورّثه لظنّه حياته فبان[٥] ميّتاً لأنّ الجزم هنا حاصل[٦] لكنّ خصوصيّة البايع[٧] غير معلومة وإن قيل بالبطلان امكن لعدم القصد[٨] إلىٰ نقل ملكه وكذا لو زوّج امة أبيه فظهر ميتاً انتهى[٩] (أ).

---

(١) أي زوجيّة المرأة له.

(٢) إذ تولية القاضي من الايقاعات فلابدّ من إحراز أهليّة فمع الشكّ في أهليّته لا تصح توليته.

(٣) أي وإن ظهر بعد ذلك كون القاضي اهلاً للقضاء.

(٤) أي ثمّ قال الشّهيد ويخرج من هٰذا الّذي ذكرناه من عدم صحّة العقد والإيقاع مع الشكّ.

(٥) أي فبان وظهر انّ المورّث كان حين البيع ميّتاً.

(٦) يعني انّ المورّث إن كان حين البيع حيّاً يكون البيع عنه فضولاً وإن كان ميّتاً يكون البيع عن الوارث وعلى التّقديرين فلا يكون العقد معلّقاً علىٰ شيء مشكوك الحصول حين وقوعه الّا خصوصيّة المالك من أنّه الوارث أو المورّث غير معلومة عند العقد وعدم معرفة الخصوصيّة غير مضرّ بالعقد.

(٧) في أنّه المورّث أو الوارث غير معلومة كما عرفته آنفاً هذا ولكن أقول خصوصيّة البايع معلومة في المقام وانّه الوارث سواء كان بيعه عن نفسه أو عن المورّث فضولاً ومن هنا يعلم أنّ الأنسب أن يقول المالك بدل البايع لأنّه الّذي لم يعلم خصوصيّة هل هو المورّث أو الوارث.

(٨) أي وإن قيل هنا ببطلان البيع أمكن إذ له وجه وذلك لعدم القصد من الوارث إلىٰ نقل ملك نفسه وإنّما قصد نقل ملك مورّثه.

(٩) أي انتهى كلام الشّهيد رحمه الله.

(أ) القواعد والفوائد ج ٢ ص ٢٣٨ رقم القاعدة ٢٣٨.

والظّاهر الفرق بين مثال الطّلاق وطرفيه[١] بإمكان الجزم فيهما[٢] دون مثال الطّلاق فافهم[٣] وقال في موضع آخر ولو طلّق بحضور خنثيين فظهر ارجلين امكن الصحّة[٤] وكذا بحضور من يظنّه فاسقاً فظهر عدلاً ويشكلان في العالم بالحكم[٥] لعدم قصدهما الىٰ طلاق صحيح انتهى[٦](أ).

---

(١) أقول المراد من طرفي الطّلاق مسألة التّزويج ومسألة التّولية ووجه إمكان الجزم فيهما دون مثال الطّلاق كأنّه من جهة انّ الشّرط الغير المحرز مقوّم فيه دون طرفيه وبعبارة واضحة قد اعتبر في تحقّق مفهومه الزّوجيّة فلا يعقل تحقّقه بدونها لأنّ الطّلاق إزالة علقة الزّوجيّة فلا بدّ من الزّوجيّة وليس كذلك في طرفيه إذ حليّته المرأة المتزوّج بها من قبيل الشّرط الشّرعي لترتّب الأثر الشّرعي لا شرط عرفيٌّ وكذلك اعتبار العدالة في القاضي.

(٢) أي في مسألة التّزويج ومسألة التّولية.

(٣) اشارة الى الدّقّة والتّأمّل في الفرق بين مثال الطّلاق وطرفيه ليظهر لك وضوحه.

(٤) أقول وجه الصّحة أنّه جازم بالطّلاق وإنّما الشّك في الشّرط وقد كان الشّرط موجوداً واقعاً.

(٥) أي يشكل صحّة الطّلاق في مورد الشّك في الذّكوريّة ويشكل أيضاً صحّة الطّلاق في مورد الشّك في العدالة.

(٦) بأن علم بأنّه لا يصحّ الطّلاق بحضور غير الرّجل وغير العادل لعدم قصدهما إلىٰ طلاق صحيح فلا يتمشّ منهما الإنشاء ومراده ﷺ من الحكم هو بطلان الطّلاق وعدم صحّته.

(أ) القواعد والفوائد ج ١ ص ٣٦٧ رقم القاعدة ١٤٣.

ومن جملة شروط العقد التّطابق بين الإيجاب والقبول[١].

فلو اختلفا في المضمون بأن أوجب البايع البيع على وجه خاصّ من حيث خصوص المشتري[٢] أو المثمن[٣] أو الثّمن[٤] أو توابع العقد من الشّروط[٥] فقبل المشترى على وجه آخر لم ينعقد ووجه هٰذا الإشتراط[٦] واضح وهو[٧] مأخوذ من اعتبار القبول وهو الرّضا بالإيجاب[٨]

---

(١) أقول لا ريب أنّ اعتبار التّطابق من الأمور الواضحة والقضايا الّتي قياساتها معها لأنّ العقد أمر وحداني متحصّل عن الإيجاب والقبول فلو انشاء أحد المتعاملين البيع وقبل الآخر الهبة لم يرتبط كلام أحدهما بالآخر وكذا لو باع أحدهما العبد والآخر اشترى الجارية لم يتحصّل معنىً واحد منهما لعدم ارتباط كلام أحدهما بالآخر فعندئذٍ لا تتحقّق بينهما معاقدة بل يكون عقد كلّ منهما بعيداً عن عقد الآخر ضرورة أنّ ما أنشأه البايع لم يقبله المشتري وما قبله المشتري لم ينشأه البايع.

(٢) أقول الإختلاف في مضمون العقد من حيث خصوص المشتري كان يقول زيد لعمرو بعتك فرسي بكذا ويقول عمرو قبلت البيع لبكر.

(٣) أقول الإختلاف من حيث خصوص المثمن كان قال البايع بعتك جاريتي بكذا ويقول المشتري قبلت بيع العبد بكذا.

(٤) أقول كَأَنْ يقول البايع بعتك عبدي بالدّنانير فيقول المشتري قَبِلتُ بالدّراهم.

(٥) كان يقول البايع بعتك داري بخمسين ديناراً بشرط أن تخيط لي ثوباً وقبل المشتري بلا شرط.

(٦) يعني اشتراط التّطابق.

(٧) أي التّطابق بين الإيجاب والقبول.

(٨) لأنّ المشتري في صورة عدم التّطابق ليس راضياً بالإيجاب الصّادر من البايع بل رضي بشيء آخر مع أنّ الإيجاب والقبول لم يجريا على شيء واحد فلا معاملة ولا عقد عندئذ.

فحينئذ[١] لو قال بعته من موكّلك بكذا فقال اشتريته لنفسي لم ينعقد ولو قال بعت هذا من موكّلك فقال الموكّل الغير المخاطب قبلت صحّ[٢] وكذا لو قال بعتك فامر المخاطب وكيله بالقبول فقبل[٣] ولو قال بعتك العبد بكذا فقال اشتريت نصفه بتمام الثّمن أو نصفه[٤] لم ينعقد وكذا لو قال بعتك العبد بمأة درهم فقال اشتريته بعشرة دينار[٥] ولو قال الاثنين بعتكما العبد بألف فقال احدهما اشتريت نصفه بنصف الثّمن لم يقع[٦] ولو قال كلٌّ منهما ذلك[٧] لا يبعد الجواز[٨] ونحوه[٩] لو قال البايع بعتك العبد بمأة فقال المشتري اشتريت كلّ نصف منه بخمسين[١٠]

---

(١) أي فحين أن كان مبدء التّطابق بين الإيجاب والقبول مأخوذاً من اعتبار القبول الّذي هو الرّضا بالإيجاب الصّادر من الموجب فاللّازم التّطابق بينهما.

(٢) أقول وجه الصّحّة هو أنّ الوكيل والموكّل بمنزلة شخص واحد ليسا متغايرين لقيام الوكيل مقام الموكّل وصدور القبول عن أمره ومن هنا يعلم أنّ تغاير جهة التّخاطب في الإيجاب في المقام لا ضرر فيه.

(٣) يعني أنّ العقد في هذه الصّورة أيضاً صحيح.

(٤) (أو نصفه) معطوف علىٰ قوله (تمام الثمن) يعني فقال اشتريت نصفه بنصف الثّمن.

(٥) بمعنىٰ أنّ الثّمن في الإيجاب غير الثّمن في القبول.

(٦) أقول وجه عدم الوقوع اختلاف الإيجاب والقبول من حيث الثّمن والمثمن وقال السّيّد ﷺ في حاشيته في المقام يقوىٰ الصّحّة مع قبول أحدهما النّصف بالنّصف وله وجه.

(٧) أقول بأن يقول كلٌّ منهما اشتريت نصفه بنصف الثّمن.

(٨) أقول لأنّ الإختلاف في هذه الصّورة إنّما هو بمجرّد العبارة وهذا المقدار من التّغاير لا بأس فيه.

(٩) أي نحو المثال المذكور في عدم البعد في الجواز.

(١٠) فإنّه لا يبعد الجواز.

وفيه اشكال[١].

ومن جملة الشّروط في العقد أن يقع كلٌّ من ايجابه.

في حالٍ يجوز لكلّ واحدٍ منهما[٢] الإنشاء.

فلو كان المشتري في إيجاب البايع غير قابل للقبول[٣] أو خرج البايع حال القبول عن قابليّة الإيجاب[٤] لم ينعقد[٥] ثمّ إنّ عدم قابليّتهما إن كان لعدم كونهما[٦] قابلين للتّخاطب كالموت والجنون والإغماء بل النّوم فوجه الإعتبار[٧] عدم تحقّق معنىٰ المعاقدة والمعاهدة حينئذ[٨].

---

(١) أقول وجه عدم الصّحّة أنّ الإيجاب وقع على المجموع من حيث المجموع والقبول علىٰ كلّ نصف ونصف فلا يتطابقان ووجه الصّحّة من أنّ بيع المجموع يتضمّن بيع كلّ نصف بنصف الثّمن فيتطابقان إذا عرفت هذا فنقول هذا المثال كمثال الأوّل في أنّ الإختلاف فيه بمجرّد العبارة وقد عرفت آنفاً أنّه لا يضرّ ومن هنا يعلم أنّ اشكال المصنّف ﷺ ضعيف وإن كان الفضل كلّه له.

(٢) أي من البايع والمشتري أقول ملخّص الكلام في المقام أنّ هذا الشّرط أيضاً كشرط التّطابق من القضايا الّتي قياساتها معها لأنّ العقد لا ينعقد إلّا بفعل الموجب والقابل فإذا انتفىٰ شرط من شرائط العقد حين انشاء أحد المتعاقدين بطل العقد ووجه الإعتبار واضح لأنّه يعتبر في تحقّق معنى العقد والعهد فهم كلٌّ من المتعاقدين للمعنى الّذي قصده الآخر ومع الخروج عن قابليّة الخطاب لموت أو جنون أو إغماء ونحوها ينتفي عنه ما به قوام مفهوم التّعاقد.

(٣) لجنون أو موت او نوم وشبهها.

(٤) بأن أوجب فاغمى عليه وفي حال اغمائه قال المشتري قبلت مثلاً.

(٥) لما عرفت من عدم تحقّق معنى المعاقدة حينئذ.

(٦) أي لعدم كون البايع والمشتري قابلين للتّخاطب.

(٧) أي وجه اعتبار هذا الشّرط.

(٨) يعني حين عدم كونهما قابلين للتّخاطب.

وامّا صحّة القبول من الموصي له[١] بعد موت الموصي فهو[٢] شرط حقيقة لا ركن فإنّ حقيقة الوصيّة الإيصاء ولذا[٣] لو مات قبل القبول قام وارثه[٤] مقامه ولو ردّ[٥] جاز له القبول[٦] بعد ذلك[٧] وإن[٨] كان لعدم الإعتبار برضاهما فلخروجه ايضاً عن مفهوم التّعاهد والتّعاقد لأنّ المعتبر فيه عرفاً رضا كلٍّ منهما لما ينشئه

---

(١) أقول هذا دفع لما قد يتوهّم من أنّه لا كلام في صحّة القبول من الموصي له بعد موت الموصي فيستكشف من ذلك أنّ موت الموجب لا يمنع عن تحقّق المعاقدة وحاصل الدّفع كما عن بعض المحقّقين أنّ حقيقة الوصيّة ليست إلّا الايصاء ومن المعلوم أنّه لا يعتبر في تحقّقها القبول بل هي من الإيقاعات وقبولها قبول الوصيّة وردّها ردها لا أنّه جزء للوصيّة لكي يقاس أحدهما على الآخر فبينهما فرق واضح.

(٢) أي القبول.

(٣) أي ولاجل أنّ القبول شرط قام الوارث فيه مقام الموصي له ولو كان ركناً لما قام فلو لم يحصل للإيجاب تأثير وكان حال الإيجاب هنا حاله في سائر العقود لم يكن معنىً للإرث.

(٤) أي وارث الموصي له.

(٥) أقول يعني لو ردّ الموصي له الوصيّة في حال حيوة الموصي جاز له القبول فيستكشف من ذلك بل يدلّ علىٰ أنّ القبول ليس ركنا وإلّا لكان الردّ مانعاً من التئامه مع الإيجاب كما هو شأن عامّة العقود.

(٦) يعني لو ردّ الموصي له جاز لوارثه قبول الوصيّة بعد موت الموصي له مادام الموصي حيّاً وهذا يدلّ علىٰ عدم كون القبول ركناً.

(٧) أي بعد الردّ.

(٨) أقول هذا عطف علىٰ قوله (إن كان لعدم كونهما قابلين لتخاطب.. إلخ. أي وإن كان عدم قابليّتهما لعدم الإعتبار برضاهما فلخروج هذا الرّضا أيضاً عن عموم التّعاقد لأنّ المعتبر من الرّضا ما كان صادراً عمّن يعتبر رضاه حين إنشاء الآخر وهو من لم يكن محجوراً بفلس أو سفهٍ أو رِقٍّ.

الآخر حين انشائه[١] كمن يعرض له الحجر بفلس[٢] أو سفهٍ أو رقٍّ لو فرض أو مرض موت والأصل في جميع ذلك[٣] أنّ الموجب قبل القبول لغي الإيجاب السّابق وكذا[٤] لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راضٍ أو كان ممّن لا يعتبر رضاه كالصّغير فصحّة كلّ من الإيجاب والقبول يكون معناه قائماً في نفس المتكلّم من أوّل العقد إلىٰ أن يتحقّق تمام السّبب[٥] وبه[٦] يتمّ معنىٰ المعاقدة فإذا لم يكن هٰذا المعنىٰ[٧] قائماً في نفس احدهما أو قام ولم يكن قيامه معتبراً لم يتحقّق معنىٰ المعاقدة[٨] ثمّ انّهم صرّحوا بجواز لحوق الرّضا لبيع المكره[٩]

---

(١) أي حين إنشاء الآخر.

(٢) الفلس والسّفه والرّق أمثلة لقوله (لعدم الإعتبار برضاهما).

(٣) يعني أنّ المأخذ ومنشأ الإلتفات إلىٰ وجه اعتبار ما ذكرناه من اعتبار رضا كلّ من المتعاقدين حال إنشاء الآخر في حصول المعاقدة والمعاهدة هو وضوح فساد الإيجاب بفسح الموجب قبل إنشاء القبول مع عدم رضا القابل بهٰذا الفسخ.

(٤) أي وكذا لا يصحّ البيع لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راضٍ بالبيع ثمّ رضي بعد الإيجاب وقبل القبول.

(٥) وهو باجراء القبول من المشتري.

(٦) أي بهذا القيام من الإبتداء الىٰ الإنتهىٰ.

(٧) وهو قيام الإيجاب والقبول بنفس المتكلّم من ابتداء العقد إلىٰ تحقّق تمام السّبب.

(٨) أي لم يتحقّق معنى المعاقدة المصحّحة للمعاملة.

(٩) أقول حاصل ما ذكره ﷺ أنّ ما ذكره الأصحاب من اعتبار أن يكون كلّ من المتعاقدين واجداً للشرائط عند تحقّق الإنشاء من الآخر ينافي ما ذكروه من صحّة معاملة المكره بلحوق الرّضا ويقتضي بطلان عقده حيث أنّ المكره لا يعتبر رضاه فلا يكون قابلاً للحوق الرّضا إلّا أن يكون الحكم فيه من جهة الإجماع القائم علىٰ خلاف الأصل والقاعدة.

ومقتضاه[١] عدم اعتباره[٢] من احدهما حين العقد بل يكفي حصوله[٣] بعده[٤] فضلاً عن حصوله بعد الإيجاب وقبل القبول اللهمّ الّا أن يلتزم بكون الحكم في المكره علىٰ خلاف القاعده[٥].

فرعٌ لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصّيغة[٦] فهل يجوز

---

(١) أي مقتضي جواز لحوق الرّضا لبيع المكره.

(٢) أي عدم اعتبار الرّضا.

(٣) أي حصول الرّضا. (٤) أي بعد العقد.

(٥) بمعنىٰ أنّ مخالفة المكره للقاعدة لأجل الإجماع القائم علىٰ عدم وجود الرّضا فيه من أوّل الأمر.

(٦) أقول بمعنىٰ أنّه إذا اختلف المتعاقدان في شروط الصيغة فهل يصحّ اكتفاء كلّ منهما بما يقتضيه نظره ومذهبه ام لابدّ في الصّحة أن يأتي كلٌّ منهما علىٰ طبق ما يقتضيه مذهب كليهما أم يعتبر في الصّحّة أن لا يكون العقد الصّادر منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً للنّقل والإنتقال مثاله أنّه لو كان البايع لا يشترط العربيّة في العقد والمشتري يشترط فهل يجوز أن يعمل كلٌّ منهما بما يقتضيه مذهبه بأن يوجب البايع بالفارسيّة « فروختم اين ثوب را به يك دينار » وقال المشتري « قبلت » فيصحّ العقد في حقّهما جميعاً فيه وجوه الأوّل أنّه يجوز ذلك فيصحّ العقد في حقّهما جميعاً مطلقا الثّاني أنّه لا يجوز ذلك ولا يصحّ في حقّهما جميعاً مطلقا الثّالث التّفصيل.

والقول بأنّه إن لم يلزم كون العقد المركّب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً للنّقل والإنتقال صحّ وأثر في حقّ المتعاقدين وإن لزم ذلك فلا مثاله كما عن بعض المحقّقين ما لو قال المشتري بجواز تقديم القبول على الإيجاب لكن لم يجوز العقد بالفارسي وقال البايع بجواز العقد بالفارسي فقدّم المشتري القبول باللّفظ العربي عملاً بمذهبه وأوجب البايع بالفارسي عملاً بمذهبه فحصل من ذلك عقد فارسيٌّ مقدّم القبول فالمشتري يحكم بفساده من جهة كونه فاقد العربيّة والبايع يحكم أيضاً بفساده من جهة تقديم القبول الّذي ليس بصحيح بمذهبه.

أن يكتفي كلٌ منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا وجوه[١] ثالثها اشتراط عدم كون العقد المركّب منهما ممّا لا قائل بكونه سبباً في النّقل كما لو[٢] فرضنا أنّه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب وجواز العقد بالفارسي اردئها[٣] اخيرها[٤] والأوّلان[٥] مبنيّان على انّ الأحكام الظّاهريّة المجتهد فيها بمنزلة الواقعيّة الاضطراريّة[٦] فالإيجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحّته[٧] عند من يراه

---

(١) وجوه مبتدأ خبره الجارّ والمجرور المقدّر أي في هذا المقام وجوه.

(٢) حيث إنّ هذا العقد لا قائل بجوازه وباطلٌ بنظر كلّ واحد من البايع والمشتري فإنّ مثل هذا العقد بنظر المفصّل باطل بخلاف العقد الّذي كان المحذور فيه تقديم القبول فقط أو كون المحذور فيه فارسيّاً فقط فإنّهما ليسا ممّا لا قائل بهما.

(٣) أي أردء الوجوه الثّلاثة الوجه الثّالث.

(٤) حيث إنّ هذا التّفصيل ممّا لا وجه له إذ بعد كون العقد مركّباً من الصّحيح بنظر هذا في جزء وبنظر الآخر في جزئه الآخر لم يكن وجهٌ للقول ببطلانه فإنّ هذا العقد باطل برأي كلٍّ منهما لكن كلّ واحدٍ منهما مرجع في جزء من العقد لا في مجموعه لكي يقال إنّ كلّ واحد منهما قائل ببطلانه.

(٥) وهما الصّحّة مطلقا والفساد مطلقا.

(٦) قوله (بمنزلة.. إلخ) خبر قوله «أنّ الأحكام» ومراده ﷺ من الإضطراريّة هي السّببيّة بمعنى أنّ مبنى صحّة العقد وفساده هو الإختلاف في كون الأمارات حجّة على الموضوعيّة أو على الطريقيّة فعلى الأوّل يكون قيام الأمارة على شيء موجباً لحدوث مصلحة في المؤدّي موجبة لتشريع الحكم على طبقها وإن كان مخالفاً للحكم الواقعي الأوّلي فتكون الأمارة من العناوين الثّانويّة المغيّرة لأحكام العناوين الأوّليّة وعلى الثّاني وهو الطّريقيّة تكون مؤدّياتها أحكاماً عذريّة فعلى كون الأمارات حجّة على الموضوعيّة يصحّ العقد وعلى كون الأمارات حجّة على الطّريقيّة لا يصحّ العقد.

(٧) يعني بصحّة الإيجاب بالفارسيّة.

باطلاً منزلة اشارة الأخرس وإيجاب العاجز عن العربيّة وكصلوة المتيمّم بالنّسبة إلىٰ واجد الماء أم هي[١] أحكام عذريّة لا يعذر فيها إلّا من اجتهد أو قلّد فيها والمسألة[٢] محرّرة في الأُصول هٰذا كلّه إذا كان بطلان العقد عند كلّ من المتخالفين مستنداً إلىٰ فعل الآخر كالصّراحة والعربيّة والماضويّة والتّرتيب[٣] وامّا الموالاة[٤] والتّنجيز[٥] وبقاء المتعاقدين علىٰ صفة صحّة الإنشاء[٦] إلىٰ آخر العقد فالظّاهر أنّ اختلافهما[٧] يوجب فساد المجموع[٨] لأنّ بالإخلال بالموالاة، أو التّنجيز، أو البقاء علىٰ صفة صحّة الإنشاء يفسد عبارة من يراها شروطاً فانّ الموجب إذا علّق

---

(١) أي الأحكام الظّاهريّة.

(٢) يعني مسألة أنّ الأحكام الظّاهريّة المجتهد فيها كأحكام الواقعيّة الإضطراريّة محرّرة في علم الأصول في مبحث اجزاء كفاية الأصول.

(٣) أقول لا يخفى عليك أنّ بين القسمين فرقاً وهو أنّ الخلل في الأوّل أعني الصّراحة والعربيّة والماضويّة يكون في أحد الجزئين بخلاف الثّاني أي التّرتيب فإنّ الخلل فيه يكون في جميعهما فإذن المناسب عدّ التّرتيب من القسم الثاني ضرورة أنّ التّرتيب قائم بالجزئين معاً فإذا فات فات منهما معاً ولا يختصّ بأحدهما.

(٤) يعني اتّصال القبول بالإيجاب.

(٥) وهو خلوالعقد عن التّعليق.

(٦) المراد بالبقاء كون المتعاقدين واجدين لجميع الشّرائط المقرّرة إلىٰ انتهاء العقد.

(٧) أي اختلاف المتعاقدين.

(٨) فإذا كان رأي أحد المتعاقدين عدم اشتراط الموالاة مثلاً ورأي الآخر اشتراطها فأجريا بلا موالاة كانت باطلة وذلك لأنّ فساد المجموع عبارة أخرى عن فساده عندهما معاً وهذا الفساد عند كلٍّ منهما ناش عن فعل الآخر مثلاً لو علّق البايع الإيجاب علىٰ شرطٍ فقبوله أيضاً تعليقي فالمشتري الّذي قال بوجوب التّنجيز يعتقد فساد الإيجاب والقبول لا الإيجاب وحده.

مثلاً أو لم يبق علىٰ صفة صحّة الإنشاء إلىٰ زمان القبول باعتقاد[١] مشروعيّة ذٰلك[٢] لم يجز من القائل ببطلان هٰذا[٣] تعقيب هٰذا الإيجاب بالقبول وكذا القابل إذا لم يقبل إلّا بعد فوات الموالات بزعم صحّة ذٰلك فإنّه يجب علىٰ الموجب إعادة ايجابه إذا اعتقد اعتبار الموالات[٤] فتأمّل[٥].

«مسألة»: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد[٦] لم يملكه[٧] وكان مضموناً عليه[٨]

---

(١) كلمة (باعتقاد) متعلّقة بقوله «علّق لم يبق».

(٢) أقول كلمة (ذلك) اشارة إلى التّعليق الحاصل من قوله علّق وعدم البقاء الحاصل من قوله أو لم يبق.

(٣) أي بطلان العقد.

(٤) بمعنىٰ أنّه إن لم يعد البايع الإيجاب كان العقد بنظره باطلاً لأجل بطلان الإيجاب والقبول لفوات الموالاة.

(٥) وجهه كفاية اعتقاد عدم فوات الموالاة من القابل لأنّها فعله وهو الّذي يجب عليه بلا فصل فالتّراخي يكون منه لا من الموجب لكي يجب عليه مع تراخي القبول إعادة الإيجاب.

(٦) أقول الظّاهر كما عن بعض المحقّقين انّ مورد الكلام ومحلّ النقض والإبرام إنّما هو فرض التّلف لا الإتلاف فإنّ فيها لا أظنّ توهّم الخلاف في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد من جهة قاعدة (من أتلف.. إلخ).

(٧) أي لم يملك المقبوض بالعقد الفاسد.

(٨) بمعنىٰ أنّه وجب للقابض ردّ عينه إن كان باقياً وردّ عوضه الواقعي إن كان تالفاً كذا عنون المسألة صاحب الشّرايع[أ] وقريبٌ منه ما في قول العلّامة قال ﷺ «ولو قبض المشتري بالعقد الفاسد لم يملك وضمن»[ب].

(أ) كتاب الشّرايع ج٢ ص٢٧٤.

(ب) كتاب قواعد الأحكام الطّبعة الحجريّة ص٤٧.

امّا عدم الملك فلأنّه مقتضي فرض الفساد وامّا الضّمان[١] بمعنىٰ كون تلفه[٢] عليه وهو[٣] احد الأُمور المتفرّعة علىٰ القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف[٤] وادّعىٰ الشّيخ في باب الرّهن وفي موضع من البيع الإجماع عليه[٥] صريحاً(أ) وتبعه[٦] في ذٰلك فقيه عصره في شرح القواعد(ب) وفي السّرائر(ج).

أنّ البيع الفاسد يجري عند المحصّلين[٧] مجري الغصب في الضّمان وفي موضع آخر نسبه[٨] إلىٰ أصحابنا(د) ويدلّ عليه[٩] النّبوي المشهور «على اليد ما

---

(١) أي ضمان ما أتباعه بالعقد الفاسد.

(٢) أي تلف المقبوض بالعقد الفاسد على القابض.

(٣) أي الضّمان.

(٤) أي الضّمان هو المعروف عند الإماميّة.

(٥) أي علىٰ ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ثمّ إنّه لا نسلّم الإجماع علىٰ جميع صور المسألة بل المتيقّن صورة جهل الدّافع بفساد العقد.

(٦) أي تبع فقيهُ عصرِه وزمانه كاشفُ الغطاء في شرح القواعد شيخَ الطّوسي ﷺ في دعوى الإجماع صريحاً علىٰ ضمان المقبوض بالبيع الفاسد.

(٧) مراده ﷺ من المحصّلين الفقهاء لأنهم محصّلى الأحكام الشّرعيّة.

(٨) أي نسب محمّد بن إدريس في موضعٍ آخر من السّرائر الضّمان إلىٰ أصحابنا الإماميّة.

(٩) أي ويدلّ علىٰ ضمان المقبوض بالبيع الفاسد.

(أ) المبسوط ج٢ ص٢٠٤.

(ب) حكاه صاحب الجواهر عن شيخه كاشف الغطاء في الجواهر ج٢ ص٢٥٩، شرح قواعد الأحكام تأليف كاشف الغطاء ص١١٩ (مخطوط).

(ج) السّرائر ج٢ ص٢٨٥.

(د) السّرائر ج٢ ص٣٢٦.

أخذت حتّىٰ تؤدّي[أ]» والخدشة في دلالته[١] بأنّ كلمة (علىٰ) ظاهرة في الحكم التّكليفي فلا يدلّ علىٰ الضّمان ضعيفة[٢] جدّاً فإنّ[٣] هٰذا الظّهور[٤] إنّما هو إذا اسند الظّرف[٥] إلىٰ فعلٍ من افعال المكلّفين لا إلىٰ مال من

---

(١) أي في دلالة النّبوي المشهور أقول الخدشة في دلالة النّبوي على الضّمان بأنّ كلمة (علىٰ) في قوله ﷺ (على اليد) ظاهرة في الحكم التّكليفي من وجوب الحفظ عن التّلف كما اختاره النّراقي فقال ما لفظه «فالأظهر تقدير الحفظ من الضّياع والتّلف أو نحوه فيكون معنى الحديث يجب علىٰ ذي اليد حفظ ما أخَذَتْ إلىٰ زمان أدائه»[ب]. أو وجوب الردّ إلى المالك كما اختارة الشّيخ قال ما هذا لفظه «وروى عن الحسن عن سمرة أنّ النبي ﷺ قال ل على اليد ما أخذت حتّىٰ تؤدّي[ج] والعلّامة أيضاً قال على اليد ما أخذت حتّىٰ تؤدّيه[د].

(٢) كلمة (ضعيفة) خبر قوله «والخدشة».

(٣) قوله «فإنّ» تقريب ضعف الخدشة.

(٤) يعني ظهور النّبوي المشهور «على اليد ما أخذت.. إلخ» في الحكم التكليفي.

(٥) مراده ﷺ من الظّرف كلمة «على اليد».

(أ) راجع عوالي للئالي ج١ ص٢٢٤ والسنن الكبرى للبيهقي ج٦ ص٩٥ وسنن ابن ماجه ج٢ ص٨٠٢ حديث ٢٤٠٠.

(ب) كما عن عوائد الأيّام للفاضل النّراقي وعن المبسوط للشّيخ الطّائفة و عن المختلف للعلّامة الحلّي ص١١٠ الفائدة الثالثة والثلاثون.

(ج) المبسوط ج٣ ص٥٩ و ٦٠.

(د) مختلف الشّيعة ج٦ ص٨٧ أقول روى سمرة بن جندب النّبوي المعروف عن النّبي ﷺ راجع كنز العمّال ج٥ ص٢٥٧.

الأموال[١] كما يقال[٢] عليه دين فإنّ لفظه «عَلىٰ» حينئذٍ لمجرّد الإستقرار في العهدة[٣] عيناً[٤] كان أو ديناً[٥] ومن هنا[٦] كان المتّجه صحّة الإستدلال به علىٰ

---

(١) مراده ﷺ أنّ ظهور كلمة «علىٰ» في الحكم التّكليفي يختصّ بمورد أسند حرف الإستعلاء أعني كلمة «علىٰ» إلىٰ فعل من أفعال المكلّفين كالصّلاة والصّوم والحجّ نحو عليك بالصّلاة وعليك بالصّوم وعليك حجّ البيت ونحوها ففي هذه الأمثلة كلمة «علىٰ» ظاهرة في الحكم التّكليفي من وجوب الصّلاة والصّوم والحجّ وأمّا إذا أسند إلىٰ مال من الأموال كما في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[أ] وكما في قوله عليه دين فكلمة «علىٰ» فيهما عندئذ لمجرّد استقرار النّفقة علىٰ عهدة الوالد ومجرّد الإستقرار في العهدة في المثال الثّاني وفي النّبوي أيضاً أسند على اليد إلىٰ «ما أخذت» والمراد من الموصول المال المأخوذ باليد فعندئذ يدلّ النّبوي علىٰ استقرار المال المأخوذ في العهدة وهو الضّمان.

(٢) أو عليه ألف درهم لبكرٍ أو نحوه.

(٣) فيصحّ الإستدلال بالنّبوي على الضّمان بناءً علىٰ استقلال الأحكام الوضعيّة في الجعل وعدم انتزاعها من التّكليف كما ذهب المصنّف بالإنتزاع.

(٤) نحو عليه بيع هذا الكتاب.

(٥) نحو عليه ألف درهم.

(٦) أقول يعني من جهة كون دلالة النّبوي المشهور على الحكم الوضعي وهو الضّمان صحّ الإستدلال به والأخذ بعمومه بالنّسبة إلى الطّفل أو المجنون فيدلّ علىٰ ضمانهما وذلك لأنّ الأحكام الوضعيّة لا تختصّ بالمكلّفين كإختصاص الأحكام التّكليفيّة بهم بخلاف ما لو كان مفاده الحكم التّكليفي فإنّه يمتنع شموله لهما لحديث رفع القلم عنهما.

(أ) سورة البقرة: ٢٣٣.

ضمان الصّغير بل المجنون إذا لم تكن يدهما ضعيفةً لعدم[١] التّميز والشّعور ويدلّ علىٰ الحكم المذكور[٢] ايضاً[٣] قوله ﷺ في الامة المبتاعة إذا وُجِدَتْ مسروقةً بعد أنْ أولدها المشتري «إنّه يأخذ الجارية صاحبُها ويأخذ الرّجلُ وَلَدهُ بالقيمة[أ] فإنّ ضمان الولد[٤] بالقيمة مع كونه[٥] نماءً لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأصل[٦] بطريق أولىٰ وليس استيلادها من قبيل اتلاف النّماء[٧] بل من قبيل إحداث نمائها[٨] غير قابل للملك فهو[٩] كالتّالف لا كالمتلَف[١٠]

---

(١) بمعنىٰ أنّه إذا كانت يد الصّغير والمجنون ضعيفة كما في الصبيّ الغير المميّز والمجنون الغير الشّاعر بوجهٍ والوجه فيه أنّ المعتبر في اليد الموجبة للضّمان أن يصدق الأخذ الّذي فيه أقلّ مراتب الإستيلاء امّا لا مع ذلك فلا يصدق عليها اليد فلا تكون موضوعاً للنّبوي.

(٢) وهو ضمان المقبوض بالبيع الفاسد.

(٣) أي ويدلّ على الضّمان بالإضافة إلى الإجماع المدّعي من الشّيخ الطّائفة وغيره وبالإضافة ألى الحديث النّبوي قوله ﷺ في الأمة المبتاعة.

(٤) قوله «فإنّ.. إلخ» تقريب الإستدلال وحاصله أنّ ضمان المنفعة غير المستوفاة للمقبوض بالبيع الفاسد يستلزم بالأولويّة ضمان الجارية لو تلفت بيد المشتري.

(٥) أي مع كون الولد.

(٦) وهي الجارية المسروقة المستولدة.

(٧) بمعنىٰ أنّه ليس من قبيل اتلاف النّماء لكي يدخل في قاعدة «من أتلف».

(٨) يعني نماء الجارية.

(٩) يعني النّماء.

(١٠) كلمة «المُتْلَفْ» يصيغة اسم المفعول.

(أ) وسائل الشيعة ج ١٤ ص ٥٩٢ باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٣. تهذيب الأحكام ج ٧ ص ٦٥ باب ٥ حديث ٢٨٠ من أبواب العيوب الموجبة للرّد.

فافهم[١] ثمّ إنّ هٰذه المسألة[٢] من جزئيّات القاعدة المعروفة[٣] «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»[٤] وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وهٰذه القاعدة[٥] اصلاً[٦] وعكساً[٧] وإن لم اجدها بهٰذه العبارة في كلام من تقدّم على العلّامة إلّا انّها يظهر من كلمات الشّيخ ﷺ في المبسوط فإنّه علّل الضّمان في غير

---

(١) الظّاهر انّ كلمة «فافهم» اشارة إلى الفرق بين ما نحن فيه وبين مورد الرّواية حيث إنّ فيما نحن فيه تسلّط المشتري على المبيع حصل من تسلّط المالك والحال أنّ في مورد الرّواية حصل من تسليط السّارق فالضّمان في مورد الرّواية لا يستلزم الضّمان فيما نحن فيه.

(٢) أي مسألة المقبوض بالعقد الفاسد.

(٣) أقول قال الفقيه الامقاني ﷺ «وَصَفَ القاعدة في الرّياض بالشّهرة وفي كتاب الإجارة منها بكونها متّفقاً عليها وفي شرح القواعد بالشّهرة وبكونها مجمعاً عليها وكونها موافقةً للقواعد الشّرعيّة[أ].

(٤) أقول قد حكى التّصريح عن العلّامة ﷺ بأنّ الباء في «بصحيحة وبفاسدة» بمعنىٰ في وهو بملاحظة أنّه يصح معه المعنىٰ وجيه إلّا أنّه خلاف الظّاهر بل الظّاهر انّها للسّببيّة بملاحظة تضمّنه لما هو جزء العلّة التّامّة للضّمان وهو عدم المانع من تأثير اليد في الضّمان لتركّب علّة الضّمان فيه من أمرين: أحدهما اليد إذ التّحقيق شمولها لليد المأذونة أيضاً والثّاني عدم المانع عن تأثير اليد فيه أعني المجانيّة وحاصل المعنىٰ أنّ كلّ عقد يكون صحيحة سبباً لتحقّق عدم المانع عن حدوث الضّمان لأجل اليد وتأثيرها والقبض فيه ففاسدة أيضاً سبب له.

(٥) أي قاعدة كلّ عقد يضمن بصحيحة يضمن بفاسدة.

(٦) يعني به كلّ عقد يضمن بصحيحة يضمن بفاسدة.

(٧) يعني به وما لا يضمن بصحيحة لا يضمن بفاسدة.

(أ) راجع غاية الآمال ص ٢٧٥.

واحد من العقود الفاسدة بأنّه[١] دخل على أن يكون المال مصوناً عليه[أ] وحاصله[٢] أنّ قبض المال مُقدِماً على ضمانه بعوض واقعي[٣] او جعليّ[٤] موجب للضّمان وهذا المعنى[٥] يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة الّتي تضمن بصحيحها[٦] وذكر[٧] ايضاً في مسألة عدم الضّمان في الرّهن الفاسد «أنّ صحيحه لا يوجب الضّمان[٨]

---

(١) أي بأنّ القابض دخل على المعاملة بعنوان أداء عوض المال.

(٢) أي حاصل تعليل الشيخ ﷺ.

ثمّ اعلم أنّ قاعدة ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسدة بهذه الألفاظ المذكورة لم ترد في آية ولا في رواية ولا انّها جعلت مورداً للإجماع ولذا قال الشيخ ﷺ «لم أجدها بهذه العبارة في كلام من تقدّم على العلّامة» بل هذه القاعدة غير مغروسة بالألفاظ المزبورة فعندئذ لا يهمّنا البحث فيها من حيث الشّرح والتّفسير ومن حيث الاطراد والإنعكاس ومن حيث النّقض والإبرام بل المهمّ بيان ما يمكن أن يجعل مدركاً لهذه القاعدة ودليلاً على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد لكي يتّضح من ذلك ما هو المدرك لقاعدة ضمان اليد فكان المهمّ للشّيخ ﷺ أيضاً أن يصرف عنان قلمه الشّريف إلى ما يمكن أن يجعل مدركاً لهذه القاعدة.

(٣) وهو المثل أو القيمة.

(٤) وهو المسمّى.

(٥) أي الدّخول على الضّمان وقبض المال مقدماً على ضمانه.

(٦) أقول وذلك كالصّلح المتضمّن للمعاوضة وكالهبة المشروط فيها العوض بناءً على عدم اختصاص اقتضاء الضّمان بنفس العقد وشموله للإقتضاء العرضي.

(٧) أي ذكر الشّيخ ﷺ.

(٨) حيث إنّ بكراً إذا أخذ دار عمرو رهناً في مقابل قرضه فإذا تلف الدّار من دون تعدٍّ وتفريطٍ لا يضمن الدّار كذلك لا يضمن إذا كان الرّهن فاسداً.

(أ) راجع المبسوط ج٣ ص٤٥.

فكيف يضمن بفاسده وهٰذا[١] يدلّ علىٰ العكس المذكور ولم أجد من تامّل فيها[٢] عدا الشّهيد في المسالك[٣] فيما لو فَسَدَ عقد السّبق فهل يستحقّ السّابق اجرة المثل ام لا[٤].

وكيف كان فالمهمّ بيان معنىٰ القاعدة اصلاً[٥] وعكسا[٦] ثمّ بيان المدرك فيها ومن الله الإستعانة انّ المراد بالعقد اعمّ من الجايز[٧] واللّازم[٨] بل ممّا كان فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب إليه[٩] فيشمل الجعالة[١٠] والخلع والمراد بالضّمان

---

(١) يعني عدم الضّمان في الرّهن الفاسد لأنّ صحيحه لا يضمن.

(٢) وهو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

(٣) يعني في القاعدة المذكورة أصلاً وعكساً[أ].

(٤) أقول قال الشّهيد في المسالك في أواخر مسألة لو فسد عقد السّبق فهل يستحقّ السّابق أجرة المثل أم لا ما هذا لفظه «وقاعدة أنّ كلّ ما كان صحيحه موجباً للمسمّىٰ ففاسده موجب لأجرة المثل لا دليل عليها كلّيّة[ب].

(٥) وهو كُلُّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(٦) وهو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

(٧) كالعارية والهبة.

(٨) كالبيع.

(٩) أي كان العقد أقرب إلى الإيقاع وذلك كالطّلاق الخلعي حيث إنّ الخلع وهو الطّلاق بالعوض أقرب إلى الإيقاع من قربه إلى العقد.

(١٠) حيث لا يشترط في الجعالة شروط العقد لأنّه لا يشترط فيها معرفة الجاعل الطّرف ولا معرفة الطّرف بمقدار المال والعمل.

(أ) راجع ج اوّل مسالك الأفهام كتاب السّبق والرّماية ص٣٨٦.

(ب) ج أوّل مسالك الإفهام كتاب السّبق والرّماته ص٣٨٦.

في الجملتين هو كون درك[١] المضمون عليه[٢] بمعنىٰ كون خسارته ودركه في ماله الأصلي[٣] فإذا تلف وقع نقصان فيه[٤] لوجوب تداركه[٥] منه[٦] وامّا مجرّد كون تلفه في ملكه[٧] بحيث يتلف مملوكاً له[٨] كما يتوهّم فليس[٩] هٰذا معنىٰ للضّمان اصلاً فلا يقال[١٠] إنّ الإنسان ضامن لأمواله ثمّ[١١] تداركه من ماله تارة[١٢] يكون بأداء عوضه الجعلي[١٣] الّذي تراضىٰ هو[١٤] والمالك علىٰ كونه عوضاً

---

(١) الدَّرَك والدَّرْك اللّحاق التّبعة ومنه قولهم «ما لحقك من دَرَكٍ فَعَلَيّ خلاصه» (المنجد).

(٢) كلمة «عليه خبر لِـ «كون» في قوله «كون درك المضمون» أي والمراد بالضّمان في الجملتين أعني الأصل والعكس هو كون درك المضمون على التالّف.

(٣) مراده ﷺ من «ماله الأصلي» هنا مال الضّامن من غير هذا المال التّالّف.

(٤) يعني في ماله الأصلي.

(٥) أي تدارك المضمون من المال الأصلي.

(٦) فلم تقع الخسارة في مال البايع وإنّما وقعت في مال المشتري.

(٧) أي كون تلف المتاع في ملك المشتري.

(٨) بأن يكون معنى الضّمان أنّ المتاع تلف في ملك المشتري كما يتوهّم من لفظ «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

(٩) قوله «فليس.. إلخ» جواب قوله «وامّا».

(١٠) قوله «فلا يقال» متفرّع علىٰ قوله «فليس» ووجه فساد تعريف الضّمان بأنّه «يتلف مملوكاً له» هو أنّه لو كان هذا المعنىٰ صحيحاً فلازمه صدق ضمان الشّخص لأموال نفسه الّتي قد يتلف منه مع أنّه لا يصدق الصّدق المذكور فيستكشف من عدم صدقه بطلان التّعريف المذكور.

(١١) الّذي يستفاد من يضمن.

(١٢) قوله «تارة» هو القسم الأوّل من أقسام التّدارك.

(١٣) وهو ما عيّنه المتعاقدان فأمضاه الشّارع.

(١٤) يعني الّذي تلف عنده المتاع.

وامضاه الشّارع كما في المضمون بسبب العقد الصّحيح واخرى[١] بأداء عوضه الواقعي وهو المثل[٢] أو القيمة[٣] وإن لم يتراضيا عليه[٤] وثالثةً[٥] بأداء أقلّ الأمرين من العوض الواقعي والجعلي كما ذكره بعضهم[٦] في بعض المقامات مثل تلف الموهوب[٧] بشرط التّعويض قبل دفع العوض[٨] فإذا ثبت هٰذا[٩] فالمراد بالضّمان بقول مطلق[١٠] هو لزوم تداركه[١١] بعوضه

---

(١) قوله «و أخرى» هو القسم الثّاني من التّدارك.

(٢) يعني المثل في المثلى.

(٣) أي القيمة في القيمى.

(٤) أقول وذلك كما في صورة فساد العقد وتلف المال فإنّ الضّمان يكون عندئذ بالبدل الواقعي من المثل أو القيمة.

(٥) قوله «وثالثة» هو القسم الثّالث من أقسام التّدارك.

(٦) وهو الشّهيد الثّاني ﷺ في المسالك في الهبة.

(٧) يعني الهبة المعوّضة.

(٨) حيث إنّ آخذ الهبة يضمن أقلّ الأمرين من العوض الّذي جعلاه ومن قيمة الموهوب واقعاً وذلك لأنّ القيمة إذا كانت أقلّ كان الآخذ إنّما أتلف هذا المقدار من الواهب فيضمنه وإن كان المجعول أقلّ كان الواهب اهدر احترام الزّائد من ماله بتسليمه للآخذ بهذا المقدار فقط ولذا كان الضّمان لأقلّ الأمرين.

(٩) أي إذا ثبت ما ذكرنا من أنّ المراد بالضّمان هو كون تدارك المضمون على الضّامن والتّدارك أيضاً يحصل تارة بأداء عوضه الجعلي كما في العقد الصّحيح وأخرى بأداء عوضه الواقعي من المثل والقيمة وثالثة بأداء أقل الأمرين.

(١٠) بمعنىٰ أنّه لم يقيّد الضّمان بالمسمّى ولا بالواقعي ولا بأقلّ الأمرين بل ورد قوله «فهو ضامن» فإنّه ينصرف إلى الضّمان الواقعي خاصّة.

(١١) يعني تدارك التّالف.

الواقعي[١] لأنّ هٰذا[٢] هو التّدارك حقيقة ولذا[٣] لو اشترط ضمان العارية لزم غرامة مثلها أو قيمتها ولم يرد في أخبار[٤] ضمان المضمونات من المغصوبات وغيرها عدا لفظ الضّمان بقول مطلق[٥] وامّا تداركه بغيره[٦] فلابدّ من ثبوته[٧] من طريق آخر مثل تواطئهما[٨] عليه بعقد صحيح يمضيه الشّارع[٩] فاحتمال أن يكون المراد بالضّمان في قولهم يضمن بفاسده هو وجوب اداء العوض المسمّىٰ

---

(١) أي بعوضه الواقعي لا عوضه الجعلي ولا أقل الأمرين وذلك لأنّ الضّمان عند الإطلاق كما عرفت ينصرف إلىٰ تداركه بعوضه الواقعي.

(٢) أي التّدارك بعوضه الواقعي هو التّدارك حقيقة.

(٣) أي ولأجل أنّ التدارك بعوضه الواقعي هو التّدارك حقيقة.

(٤) مراده ﷺ أنّه لم يفسّر لفظ الضّمان في أخبار المضمونات بشيء من الواقعي والجعلي الّذين عرفت معناهما بل الوارد فيها لفظ «الضّمان» وهو ينصرف إلى المعهود منه الّذي هو الواقعي من المثل هذا ولكن ورد التّعبير بالمثل في قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ﴾[أ].. إلخ.

(٥) يعني لم يقيّد الضّمان بالمسمّى ولا بالواقعي ولا بأقلّ الأمرين بل ورد قوله «فهو ضامن» فإنّه ينصرف إلى الواقعي كما عرفت آنفاً.

(٦) يعني تدارك التّالف بغير عوضه الواقعي.

(٧) أي لابدّ من ثبوته من طريق آخر مثل تباني المتعاقدين.

(٨) أي تواطى المتعاقدين علىٰ ذلك العوض.

(٩) بقوله ﴿أَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[ب] و ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[ج] وغير ذلك من أدلّة الصّحّة.

(أ) سورة البقرة: ١٩٠.

(ب) سورة البقرة: ٢٧٥.

(ج) سورة المائدة: ١.

نظير الضّمان في العقد الصّحيح ضعيف[١] في الغاية لا لأنّ ضمانه بالمسمّىٰ يخرجه من فرض الفساد إذ يكفي في تحقّق فرض الفساد بقاء كلّ من العوضين علىٰ ملك مالكه وإن كان عند تلف احدهما يتعيّن الآخر للعوضيّة[٢] نظير المعاطاة علىٰ القول بالإباحة بل[٣] لأجل ما عرفت من معنىٰ الضّمان وأنّ التّدارك بالمسمّىٰ في الصّحيح لامضاء الشّارع ما تواطئا علىٰ عوضيّة لا لأنّ معنىٰ الضّمان في الصّحيح مغاير لمعناه الفاسد حتّىٰ[٤] يوجب ذلك تفكيكاً في العبارة[٥] فافهم[٦] ثمّ العموم[٧] في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع ليكون افراده[٨] مثل البيع والصّلح

---

(١) كلمة «ضعيف» خبر لقوله «فاحتمال».

(٢) وذلك لأنّ العوضين يبقيان علىٰ ملك مالكها فإذا تلف أحدهما تعيّن الآخر للعوضيّة لو فرض كون عوض التّالّف هو المسمّىٰ وهذا نظير المعاطاة على القول بالإباحة.

(٣) عطف علىٰ قوله «لا لأنّ» وحاصل مراده أنّ الضّمان بقول مطلق يراد به التّدارك بالعوض الواقعي وقد صرّحنا به مراراً.

(٤) أي حتّىٰ يوجب ذلك التّغاير.

(٥) يعني التّفكيك في الضّمان بين جملة «ما يضمن بصحيحه» وجملة «يضمن بفاسده».

(٦) أقول إشارة إلى التّغاير وأنّه الظّاهر بيانه ما ذكره من الإحتمال عبارة عن الضّمان بمقدار العوض المسمّىٰ وما ذكره المصنّف ﷺ هو نفس العوض المسمّى وتغايرهما واضح.

(٧) مراده ﷺ من العموم هو قوله «كلّ عقدٍ» يضمن بصحيحه يضمن بفاسده في الأصل وكلّ عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فى العكس.

(٨) أي أفراد العموم.

والإجارة ونحوها لجواز[١] كون نوع لا يقتضي بنوعه الضّمان وإنّما المقتضي له بعض اصنافه فالفرد الفاسد من ذلك الصّنف يضمن به[٢] دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصّنف[٣] مثلاً الصّلح بنفسه لا يوجب الضّمان لأنّه قد لا يفيد الّا فائدة الهبة[٤] الغير المعوّضة أو الإبراء[٥] فالموجب للضّمان هو[٦] المشتمل على المعاوضة فالفرد الفاسد من هذا[٧] القسم موجب للضّمان ايضاً لو لا يلتفت إلىٰ انّ نوع الصّلح الصّحيح من حيث هو لا يوجب ضماناً فلا يضمن بفاسده وكذا الكلام في الهبة

---

(١) أقول هذا تعليل لمنع كون العموم في كلّ عقد بضمن بصحيحه يضمن بفاسده بلحاظ خصوص الأنواع بيانه كما عن بعض الأعيان أنّه لو كان العموم بلحاظ الأنواع لزم عدم اطراد عكس القضيّة فإنّ الصّلح الجامع بين الصّلح المعاوضي وغيره بما هو جامع بين النّوعين لا يقتضي صحيحه الضّمان فيدخل عندئذ تحت عكس القضيّة أعني ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ومقتضي ذلك انّ الصّلح الفاسد لا يقتضي الضّمان والحال انّه قد يقتضيه إذا كان الفاسد من الصّلح المعاوضي فعندئذ يتعيّن أن يكون المراد من القضيّة أصناف تلك الأنواع كالصّلح المعاوضي الّذي يقتضي صحيحه الضّمان وفاسده كذلك والصّلح غير المعاوض فإنّه لا يقتضي صحيحه الضّمان وكذا فاسده.

(٢) وذلك كالصّلح المشتمل على المعاوضة.

(٣) كالصّلح المفيد فائدة الهبة.

(٤) أقول وذلك لما تحقّق في مورده ومحلّه من أنّ الصّلح يفيد فائدة غالب العقود حسب إختلاف متعلّقاته.

(٥) وذلك كما لو كان لبكرٍ علىٰ خالدٍ دين فقال بكر لخالد صالحتك عن ديني مجّاناً فقال قبلت.

(٦) أي الصّلح الموجب للضّمان الصّلح المشتمل على المعاوضة من غير فرق بين أن يكون صحيحاً أو فاسداً كما لو أريد بالصّلح فائدة البيع أو الإجارة أو الهبة المعوّضة.

(٧) أي القسم المعاوضي.

المعوّضة[١] وكذا عارية الذّهب والفضّة[٢] نعم ذكروا في وجه عدم ضمان الصّيد[٣] الّذي استعاره المُحْرِمُ أنّ صحيح العارية لا يوجب الضّمان فينبغي أن لا يضمن بفاسدها ولعلّ المراد عارية غير الذّهب والفضّة وغير المشروط ضمانها ثمّ المتبادر من اقتضاء الصّحيح للضّمان اقتضائه[٤] له بنفسه فلو اقتضاه[٥] الشرط المتحقّق في ضمن العقد الصّحيح ففي الضّمان بالفاسد من هٰذا الفرد المشروط[٦] فيه الضّمان تمسكاً بهٰذه القاعدة[٧] اشكال[٨] كما لو استأجر اجارة فاسدة واشترط فيها ضمان العين وقلنا بصحة هٰذا الشّرط فهل يضمن بهٰذا الفاسد لأنّ صحيحه يضمن به ولو لأجل الشّرط أم لا[٩] وكذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية

---

(١) بمعنىٰ أنّ الهبة بنفسها لا توجب الضّمان لٰكنّ الصّحيح والفاسد من الهبة المعوّضة يوجب الضّمان.

(٢) فإنّ فاسدها وصحيحها توجب الضّمان وإن كانت العارية بقول مطلق لا توجب الضّمان.

(٣) أي استعاره المحرم فاتلفه فقالوا انّ صحيح العارية لا يوجب الضّمان فينبغي أن لا يضمن بفاسدها فقولهم هٰذا خلاف ما ذكرناه من أنّ اللّازم ملاحظة كلّ صنف صنف لأنّهم لم يلاحظوا عندئذ إلّا العارية بقول مطلق.

(٤) أي العقد.

(٥) أي الضّمان أقول حاصل كلامه ﷺ أنّ الإختلاف بالشّرط وعدمه التزام خارجيّ أجنبي عن مركز البحث لا ربط له بإقتضاء العقد وعدمه داخل في الإختلاف الصّنفي.

(٦)

(٧) يعني قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(٨) كلمة (إشكال) مبتدأ لخبر مقدّم وهو قوله «ففي الضّمان».

(٩) أي أم لا يضمن وذٰلك لأنّ أصل الإجارة لا ضمان فيها فيه إحتمالان.

المضمونة[١] ويظهر من الرّياض[أ] اختيار الضّمان بفاسدها مطلقاً[٢] تبعاً لظاهر المسالك ويمكن جعل الهبة المعوّضة من هٰذا القبيل[٣] بناءً علىٰ أنّها هبة مشروطة لا معاوضة وربّما يحتمل في العبارة[٤] أن يكون معناه[٥] أنّ كلّ شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحاً يضمن به مع الفساد[٦] ورتّب عليه[٧] عدم الضّمان فيما لو استأجر بشرط أن لا اجرة كما اختاره[٨] الشّهيدان أو باع بلا ثمن[٩] كما هو أحد وجهي العلّامة في القواعد ويضعّف[١٠] بانّ الموضوع هو العقد الّذي وجد له بالفعل

---

(١) أقول في هٰذه العارية المضمونة إحتمالان أحدهما الضّمان وذٰلك لأنّ صحيحها مع الشرط مضمونة وكذا الفاسد وثانيهما عدم الضّمان وذٰلك لأنّ أصل العارية لا ضمان في صحيحها بدون الشّرط كذٰلك في فاسدها.

(٢) سواء كان الضّمان في العارية بالشّرط كالعارية المشروط فيها الضّمان في غير الذّهب والفضّة أو بغير الشّرط كعارية الذهب والفضّة.

(٣) يعني من قبيل العارية المضمونة في انّها موجبة للضّمان.

(٤) يعني في عبارة كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(٥) أي معنىٰ العموم الظّاهر من قوله كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(٦) بأن قلنا انّ مقتضىٰ الضّمان في الهبة هو الشرط لا العقد بنفسه.

(٧) أي رتّب علىٰ هٰذا المعنىٰ الثّاني للقاعدة.

(٨) أي عدم الضّمان.

(٩) فإنّ هٰذا البيع باطل لٰكنّه لا ضمان فيه إذ لو فرض هٰذا الفرد صحيحاً لم يكن ضمان فكذٰلك حالة فساده.

(١٠) أي يضعّف احتمال ارادة الاستغراق بلحاظ الأشخاص والأفراد بانّ الموضوع لقاعدة ما يضمن هو العقد الّذي وجد له بالفعل صحيح وفاسد لا العقد الّذي يفرض تارة صحيحاً وأُخرىٰ فاسداً بأن كان له فرد واحد.

(أ) كتاب رياض المسائل المعروف بالشّرح الكبير ج١ ص٦٢٥.

صحيح وفاسد لا ما[١] يفرض تارة صحيحاً وأُخرىٰ فاسداً فالمتعيّن بمقتضي هٰذه القاعدة[٢] الضّمان في مسألة البيع[٣] لأنّ البيع الصّحيح يضمن به نعم ما ذكره بعضهم[٤] من التّعليل لهٰذه القاعدة بأنّه[٥] علىٰ العين مضمونة عليه لا يجري[٦] في هٰذا الفرع لٰكنّ الكلام في معنىٰ القاعدة لا في مدركها[٧] ثمّ انّ لفظة الباء في بصحيحه وبفاسده إمّا بمعنىٰ في بأن يراد كلّما تحقّق الضّمان في صحيحه تحقّق في فاسده وامّا لمطلق السببيّة[٨] الشّامل للنّاقصة[٩] لاالعلّة التّامة فإنّ[١٠] العقدالصّحيح قد لا يوجب الضّمان إلّا بعد القبض كما في السّلم[١١] والصّرف بل مطلق البيع[١٢]

---

(١) أي لا أنّ الموضوع هو العقد الواحد الّذي يفرض تارةً صحيحاً وأُخرىٰ فاسداً.

(٢) أي قاعدة كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(٣) يعني البيع بلا ثمن.

(٤) وهو الشّيخ الطّوسي بقوله: لانّه ادخل (أي أقدم) علىٰ الضّمان.

(٥) أي بأنّ القابض أقدم علىٰ العين مضمونة عليه.

(٦) أي لا يجري هٰذا التعليل.

(٧) سنبيّن مدرك القاعدة فانتظر.

(٨) أي سواء كانت السّببية تامّة كما في غير السّلم والصّرف أو ناقصة كما فيهما حيث إنّ العقد الصّحيح لا يوجب الضّمان فيهما بنفسه بل يوجبه بعد القبض.

(٩) أي توجب الضّمان بعد التّقابض فهو جزء السّبب فتكون الباء سببيّة ناقصة.

(١٠) كلمة (فإنّ) علّة لعدم كون الباء علّةً تامّة.

(١١) أقول السّلم مقابل النسيئة بأن يعطي الثّمن مقدّماً ويؤخّر المثمن والحال انّ النّسيئة أن يعطي المثمن حالّاً ويكون الثّمن مؤجّلاً والصّرف وهو بيع النّقدين فإنّ فيه يشترط القبض في المجلس وإلّا بطل البيع.

(١٢) أي بل الضّمان في مطلق البيع سواء كان بيع الصّرف والسّلم أم غيرهما متوقّف علىٰ القبض حيث إنّ المبيع قبل القبض مضمون علىٰ البايع لما ثبت في محلّه انّ المبيع إذا تلف قبل القبض من مال بايعه.

حيث إنّ المبيع قبل القبض مضمون علىٰ البايع بمعنىٰ أنّ دركه[١] عليه ويتداركه بردّ الثمن[٢] فتأمّل[٣].

---

(١) أي تدارك المبيع وخسارته علىٰ البايع.

(٢) يعني انّ البايع يتدارك المبيع التّالف بردّ الثّمن إلىٰ المشتري.

(٣) أقول الظّاهر انّه اشارة إلىٰ أنّ عدم ضمان المبيع قبل قبضه ليس لنقص في سببيّة العقد بل العقد ينفسخ قبل تلف المبيع آناً ما وينتقل المبيع إلىٰ مالكه الأوّل وينتقل الثّمن إلىٰ المشتري ثمّ يتلف من ماله عندئذٍ لا ما قد يتوهّم من أنّ البيع باقٍ الاّ أنّه لا يؤثر في الضّمان حتّىٰ يتحقّق القبض.

مدرك القاعدة

أقول هٰذه القاعدة بألفاظها المزبورة لم ترد في آية ولا في رواية ولا انّها جعلت مورداً للإجماع لكي يبحث عنها وعن مفردات الفاظها وعن سعة دلالتها بل هٰذه القاعدة غير مغروسة بألفاظها المزبورة في كلمات القدماء فنصرف عنان البحث إلىٰ ما يمكن أن يجعل دليلاً علىٰ ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ومدركاً لهٰذه القاعدة.

فنقول ما استدلّ علىٰ الضّمان في المقام اعمّ ممّا ذكره المصنّف ﷺ وغيره بوجوه.

١ـ الرّوايات الدّالّة علىٰ أنّ الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري أخذها صاحبها وأخذ المشتري ولده بالقيمة مرسلة حيث إنّ ضمان الولد بالقيمة مع كونه نماءاً لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأصل بالأولويّة قد ذكرنا ص٢٢٣ انّ هٰذه الرّواية في ج١٤ وسائل الشيعة فراجع فلا نعيده.

٢ـ الرّوايات الدّالّة علىٰ عدم حليّة مال امرءٍ مسلم إلّا طيب نفسه فإنّها تشمل ما نحن فيه ايضاً منها ما عن سماعة عن أبي عبد الله ﷺ في حديث إنّ رسول الله ﷺ قال من كانت عنده امانة فليؤدّها إلىٰ من ائتمنه عليها فإنّه لا يحلّ دم امرء مسلم ولا له إلّا بطيب نفسه[أ].

(أ) وسائل الشّيعه ج ٣ ص ٤٢٤ الباب ٣ من الواب مكان المصلّى الحديث ١.

وكذا الإجارة[١] والنّكاح والخلع فإنّ المال في ذلك كلّه مضمون على من انتقل عنه[٢] إلىٰ أن يتسلّمه[٣] من انتقل اليه[٤] وامّا العقد الفاسد فلايكون علّة تامّة أبداً بل يفتقر في ثبوت الضّمان الى القبض فقبله لا ضمان فجعل الفاسد سبباً إمّا لأنّه المنشأ للقبض علىٰ[٥] وجه الضّمان الّذي هو سبب للضّمان وامّا لأنّه[٦] سبب الحكم بالضّمان بشرط القبض ولذا[٧] علّل الضّمان الشيخ وغيره بدخوله[٨] علىٰ أن يكون العين مضمونة عليه ولا ريب أنّ دخوله على الضمان انّما هو بانشاء العقد الفاسد فهو[٩] سبب لضمان ما يقبضه والفرض

---

(١) يعني وكذا العقد والايقاع علّة ناقصة لا تامّة كما أنّ في مطلق البيع خصوصاً الصّرف والسّلم العقد علّة ناقصة في باب الإجارة والنّكاح والخلع بمعنىٰ انّ الاجارة والنّكاح والخلع مثل مطلق البيع في أنّ المبيع إذ تلف قبل القبض مضمون على البايع حيث إنّ الاجرة في الإجارة مضمون على المستاجر اذا تلف قبل القبض والمهر في النكاح مضمون على الزّوج اذا تلف قبل القبض وعوض الخلع في الخلع مضمون على الزّوجة اذا تلف قبل القبض.

(٢) ومن انتقل عنه هو المستأجر في الإجارة والزّوج في النكاح والزّوجة في الخلع.

(٣) أي المال.

(٤) ومن انتقل اليه هو الموجر في الإجارة والزّوجة في النّكاح والزّوج في الخلع.

(٥) كلمة (علىٰ) متعلّقة علىٰ قوله (القبض).

(٦) أي العقد الفاسد سبب للحكم بالضّمان إذا قبض المتاع وتلف.

(٧) أي ولأجل ما ذكرنا من أنّ العقد الفاسد علّة تامّة باعتبار كونه سبباً للقبض الذي هو علّة الضمان.

(٨) أي دخول القابض بالعقد الفاسد.

(٩) أي العقد الفاسد.

من ذلك[١] كلّه دفع ما يتوهّم أنّ سبب الضّمان في الفاسد هو القبض لا العقد الفاسد فكيف يقاس الفاسد على الصّحيح في سببيّة الضّمان ويقال كلّما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وقد ظهر من ذلك[٢] أيضاً فساد توهّم أنّ ظاهر القاعدة[٣] عدم توقّف الضّمان في الفاسد إلى القبض[٤] فلابدّ من تخصيص القاعدة[٥] بإجماع ونحوه[٦] ثمّ انّ المدرك لهذه الكلّيّة[٧] على ما ذكره في المسالك[ب] في مسألة الرّهن المشروط بكون المرهون مبيعاً[٨] بعد انقضاء الأجل هو أقدام الآخذ[٩] على

---

(١) أي والغرض من أنّ الباء سبب للضّمان في العقد الصحيح والفاسد بنحو الإقتضاء لا انّها علّة تامّة له وأنّ العقد الفاسد كلاهما يكونان دخيلين في الضّمان طوليّاً لا عرضيّاً فقبل القبض لا ضمان.

(٢) أي من أنّ العقد الفاسد سبب تامّ للضّمان.

(٣) وهو كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(٤) وذلك لأنّ الضّمان في الصّحيح غير متوقّف على القبض.

(٥) بمعنى أنّه لابدّ من تخصيص القاعدة في العقود الفاسدة وإخراج صورة عدم القبض عن القاعدة بالإجماع واختصاصها بصورة القبض.

(٦) من الإتّفاق أو الشّهرة أو عدم وجود الخلاف.

(٧) أي ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسدة.[أ]

(٨) يعني شرط المرتهن إن لم يؤدّ الرّاهن الدّين في الأجل المعيّن يكون المرهون مبيعاً بالدّين بعد إنقضاء الأجل.

(٩) بمعنى أنّ الآخذ للمتاع بالعقد الفاسد أخذه بمقابل المال لا مجّاناً.

(أ) ج ١ مسالك الإفهام كتاب الرّهن ص ٢٢٨.

(ب) راجع ج ٤ مسالك الافهام كتاب الرّهن ص ٥٦.

الضّمان ثمّ أضاف[١] إلىٰ ذلك قوله ﷺ علىٰ اليد ما أخذت حتّىٰ تؤدّي[٢] والظّاهر أنّه تبع في إستدلاله بالاقدام الشّيخَ في المبسوط حيث علّل الضّمان في موارد كثيرة من البيع والإجارة الفاسدين بدخوله علىٰ أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمّى فإذا لم يسلّم له المسمّىٰ رجع إلىٰ المثل[٣] أو القيمة وهذا[٤] الوجه لا يخلو عن تأمّل لأنّهما إنّما اقد ما وتراضيا وتواطئا[٥] بالعقد الفاسد علىٰ ضمان خاصّ[٦] لا الضّمان بالمثل والقيمة والمفروض عدم امضاء الشّارع لذلك الضّمان الخاصّ ومطلق الضّمان[٧] لايبقى بعد انتفاء الخصوصيّة[أ] حتّىٰ يتقوّم بخصوصيّة

---

(١) أي أضاف الشهيد الثّاني في المسالك وقال ﷺ والسّر في ذلك يعني في الضّمان أنّهما تراضيا على لوازم العقد فحيث كان مضموناً فقد دخل القابض على الضّمان ودفع المالك عليه مضافاً إلىٰ قوله ﷺ علىٰ اليد ما أخذت حتّىٰ تؤدّي

(٢) عوالي للئالي ج ١ ص ٢٢٤ ح ١٠٦ وكذا ص ٣٨٩ ح ٢٢ ورواه سمرة بن جندب عن النبي ﷺ ج ٤ سنن البيهقي.

(٣) يعني رجع إلى المثل في المثلي او القيمة في القيمي.

(٤) وهو قوله: «فإذا لم يسلّم له المسمّى رجع إلىٰ المثل او القيمة.

(٥) أي توافقا.

(٦) وهو ضمان المسمّىٰ.

(٧) يعني مطلق الضّمان الشّامل للمثل والقيمة لا يبقى بعد انتفاء المسمّىٰ حتّىٰ يتقوّم بالمثل أو القيمة إذ الجنس يرتفع بارتفاع فصله المقوّم له.

(أ) لا موضوعاً ولا حكماً امّا موضوعاً فلأن تراضيهما على الضّمان بشيءٍ خاصٍّ لا ينحلّ إلىٰ أمرين التّراخي بمطلق الضّمان وكونه بشيء خاصٍّ فلبس اقدامهما علىٰ الضّمان بالمسمّى اقداماً منهما بمطلق البدل وامّا حكماً فلأنّ فساد العقد يقتضي فساده مطلقاً وإلّا كان تأثيره في غير المقصود.

أخرى فالضّمان بالمثل او القيمة إن ثبت فحكم شرعي[١] تابع لدليله وليس[٢] ممّا أقدم عليه المتعاقدان هذا[٣] كلّه مع[٤] أنّ مورد هذا التّعليل[٥] أعمّ من وجه من المطلب إذ قد يكون الإقدام موجوداً ولا ضمان كما قبل القبض[٦] وقد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقّق الضّمان كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البايع إذا تلف[٧] في يد المشتري وكما إذا قال بعتك بلا ثمن[٨] أو آجرتك بلا اجرة[٩] نعم قوّى الشّهيد انّ في الأخير[١٠] عدم الضّمان واستشكل العلّامة في مثال البيع في باب السّلم وبالجملة فدليل الإقدام مع أنّه مطلب يحتاج إلى

---

(١) إن كان هناك دليل يدلّ على أنّه عند انتفاء المسمّى يبقى المثل أو القيمة.

(٢) وليس الضّمان الجديد ممّا أقدم عليه المتعاقدان وحاصل الكلام انّ ما أقدما عليه انتفى وما يريد اثباته ليس ممّا أقدما عليه فعندئذٍ الإستدلال بالاقدام على إثبات المثل أو القيمة محلّ إشكال.

(٣) أي الإشكال الأوّل على دليل الشّيخ والمسالك.

(٤) أقول قوله «مع أنّ مورد هذا التّعليل.. إلخ» إشكال ثانٍ على دليلهما.

(٥) وهو الاقدام على الضّمان كما أفاده الشيخ ﷺ.

(٦) أقول لا يخفى على أهل التّأمّل والدّقّة أنّ موضوع كلام الفقهاء ما بعد القبض فمرادهم من كون الاقدام موجباً للضّمان أنّه موجب له في المقبوض فعندئذٍ لا يتوجّه النقض المذكور.

(٧) أي الضّمان الّذي يتضمّنه العقد الصّحيح.

(٨) فإنّ البيع عندئذٍ باطل أيضاً وذلك لأنّه لا يتحقّق بدون الثّمن وإذا تلف المبيع كان المشتري ضامناً والحال أنّه لم يقدم على الضّمان.

(٩) فإن الإجارة حينئذ فاسدة وذلك لأنّها لا تتحقّق بدون الأجرة وإذا عمل الأجير للموجر ضمن للأجير أجرة المثل.

(١٠) وهي الإجارة بلا أجرة.

دليل لم نحصّله[١] منقوض طرداً وعكساً وأمّا خبر اليد[أ] فدلالته وان كانت ظاهرة وسنده منجبراً الاّ أنّ مورده[٢] مختصّ بالأعيان فلا يشمل المنافع[٣] والأعمال[٤] المضونة في الإجارة الفاسدة اللّهمّ الاّ أنْ يستدلّ علىٰ الضّمان فيها[٥] بما دلّ علىٰ احترام مال المسلم[ب] وانّه لما يحلّ إلاّ

---

(١) أي الدّليل منقوض طردا يعني ما ذكره الشيخ ﷺ من التّعليل وهو «دخول القابض علىٰ أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمىٰ ليس بمطرّد إذ قد يتحقّق الاقدام ولا يترتّب عيه الضّمان كما في صورة تلف المبيع قبل القبض في البيع الصّحيح فإنّ المشتري قد أقدم على الضّمان هنا ولكن لا ضمان عليه وعكسا يعني ما ذكره ﷺ من التّعليل منقوض عكساً لأنّه قد لا يكون اقدام في العقد الفاسد ومع ذلك يتحقّق فيه الضّمان كما إذا اشترط المشتري في عقد البيع أن يكون ضمان المبيع مع تلفه في يده علىٰ البايع أو قال البايع للمشتري بعتك متاعي هذا بلا ثمنٍ فقد تحقّق الضّمان في المثالين ولا اقدام.

(٢) يعني سنده منجز بعمل المشهور وإرسالهم ايّاه إرسال المسلمات هذا مراده ﷺ ولكن لا يخفىٰ علىٰ أهل التّحقيق أنّ عمل المشهور برواية ضعيفة لا يوجب اعتبارها كما انّ إعراضهم عن العمل بالرّواية الصّحيحة لا يوجب وهنا لأنّك قد عرفت انّ الشّهرة في نفسها ليست بحجّة فلا تكون موجبة لحجّيّة الخبر وجابرة لضعف سنده.

(٣) كما لو استأجر بإجارة فاسدة دارا للسّكنىٰ إلىٰ سنتين فعليه كراء السّنتين بعدهما وإن لم يسكن فيها.

(٤) كما لو استأجر رجلاً لخياطة ثوبه وجه عدم شمول خبر اليد المنافع والاعمال أنّ ظاهر قوله ﷺ «ما أخذت» هي العين حيث إنّ المنفعة والعمل ليسا بمأخوذين.

(٥) أي في المنافع والأعمال المضمونة.

(أ) عوال اللئالي ج ١ ص ٢٢٤ حديث ١٠٦.

(ب) عوالي اللئالي ج ٣ ص ٤٧٣ حديث ٢، دعائم الاسلام ج ٢ ص ٤٨٤ ح ١٧٢٩ كتاب الغصب.

عن طيب نفسه[أ] وأنّ حرمة ماله كحرمة دمه[١] وأنه لا يصلح ذهاب حقّ أحد مضافاً إلىٰ ادلّة نفى الضّرر[٢] فكلّ عملٍ وقع من عاملٍ لأحد بحيث يقع بأمره[٣] وتحصيلاً لغرضه[٤] فلابدّ من أداء عوضه[٥] لقاعدتي الإحترام ونفى الضّرر[٦] ثمّ انّه لا يبعد أن يكون مراد الشّيخ ومن تبعه[٧] من الإستدلال علىٰ الضّمان بالاقدام والدّخول عليه[٨] بيان[٩] انّ العين[١٠]

---

(١) أقول دلالة خبر اليد علىٰ الضّمان تستفاد من تشبيه حرمة ماله بحرمة دمه فكما انّ احترام دمه يقتضي أن لا يكون دمه هدراً ولازمه الضّمان فكذلك احترام ماله.

(٢) أقول يمكن ان يقال إنّ دليل قاعدة نفي الضّرر ناظر إلىٰ رفع الأحكام المجعولة في الشّريعة وانّه ليس فيها حكم ضرري فلا يشمل العدميّات لأنّها ليست بمجعولة فلا تدخل فيما كان لأدلّه الضّرر حكومة عليه.

(٣) أي يقع العمل بأمر ذلك الأحد.

(٤) كما لو أمر شخصاً للكتابة.

(٥) يعني عوض العمل.

(٦) فقاعدة كلّ عقد يضمن بصحيحة يضمن بفاسده في جميع الموارد تشمل الأعيان والمنافع كلّها لخبر اليد ولقاعدتي الإحترام ونفي الضّرر.

(٧) كابن إدريس حيث قال في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد «لأنّ البايع دخل علىٰ أن يسلم له الثّمن المسمّىٰ في مقابلة ملكه فإذا لم يسلم له المسمّىٰ اقتضىٰ الرجوع الىٰ عين ماله.. إلخ[ب].

(٨) أي على الضّمان.

(٩) كلمة «بيان» خبر لـ«يكون».

(١٠) وذلك كتسلّم المشتري للمبيع فإنّه مبني علىٰ دفع الثّمن الىٰ البايع.

(أ) عوالي للنالي ج ٢ ص ١١٣ حديث ٣٠٩.

(ب) السّرائر ج ٢ ص ٤٨٨.

والمنفعة[١] الذّين تسلّمهما الشّخص لم يتسلمهما مجاناً وتبرّعاً حتّىٰ[٢] لا يقضي احترامهما بتداركهما بالعوض كما في العمل المتبرّع به والعين المدفوعة مجّانا[٣] أو أمانة[٤] فليس[٥] دليل الأقدام[٦] دليلاً مستقلّاً بل هو بيان لعدم المانع[٧] عن مقتضى اليد في الأموال[٨] واحترام الأعمال نعم في المسالك ذكر كلّاً من الإقدام واليد دليلاً مستقلاً[٩] فيبقىٰ عليه ما ذكر سابقاً من النّقض[١٠]

---

(١) وذلك كتسلّم منفعة الدّار وهي السّكنىٰ فيها فإنّ المستأجر أقدم علىٰ تسلّمها في قبال الأجرة في إجارة الأعيان وفي إجارة الأعمال المحترمة.

(٢) أقول هذا مترتّب على المنفيّ أعني التّسلّم مجّاناً وتبرعاً إذ لو كان تسليمهما من قبل مالك العين والمنفعة تبرّعيا لم يكن لهما احترام حتّىٰ يلزم تداركهما بالعوض وقوله لا يقضي أي لا يحكم احترامهما بتداركهما بالعوض وكلمة «العين» مجرور عطفاً علىٰ «العمل».

(٣) وذلك كالهبة فإنّ تسليم العين مبنيٌ على المجانيّة فلا يضمن المتسلّم وهو المتّهب العوض.

(٤) كما في العارية والوديعة.

(٥) أقول قوله «فليس» نتيجة توجيه ما أفاده شيخ الطّوسي ﷺ من جعل الاقدام دليلاً على الضّمان.

(٦) يعني دليل الاقدام الّذي ذكره الشّيخ الطّائفة وصاحب المسالك.

(٧) وهو الاقدام علىٰ المجانيّة حيث إنّه يمنع عن تأثير اليد المستولية علىٰ الأعيان في الضّمان.

(٨) مراده ﷺ من الأموال في هذا المقام هو خصوص الأعيان المتموّلة لتصريحه ﷺ باختصاص القاعدة بالأعيان.

(٩)

(١٠) مراده من النّقض هو قول المصنّف «فدليل الاقدام منقوض طردا وعكسا».

والإعتراض[١] ويبقى الكلام حينئذ[٢] في بعض الأعمال المضمونة الّتي لا يرجع نفعها إلى الضّامن ولم يقع بأمره[٣] كالسّبق في المسابقة الفاسدة[٤] حيث حكم الشيخ[أ] والمحقّق[ب] وغيرهما[ج] بعدم استحقاق السّابق أجرة المثل[٥] خلافاً للآخرين[٦]

---

(١) مراده ﷺ من الإعتراض ما ذكره سابقاً من أنّهما اقدما بالعقد الفاسد على ضمان خاصّ وهو الضّمان بالمسمّىٰ لا المثل والقيمة والمفروض إنّ الضّمان بالمسمّىٰ منتف لعدم إمضاء الشّارع هذه المعاملة وبعد إنتفاء الخصوصيّة لا يبقىٰ مطلق الضّمان حتّىٰ يتقوّم بخصوصيّة أخرىٰ وهي المثل والقيمة.

(٢) يعني حين أن قلنا: إنّ قاعدة الاقدام منقوضة طرداً وعكساً وإنّه لا دليل على أنّ الاقدام سبب للضّمان.

(٣) أي بأمر الضّامن.

(٤) حيث إنّ نفع عمل السّابق في المسابقة لا يعود إلى الآخر ولم يقع عمله بأمر الآخر وإنّما قرّر كلٌّ منهما علىٰ نفسه إعطاء المال للسّابق منهما.

(٥) وجه عدم استحقاق السّبق المسمّىٰ فساد العقد.

(٦) كالعلّامة وولده فخر المحقّقين والمحقّق الكركي فمن جامع المقاصد أنّه له أجرة المثل لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وكذا عن التّذكرة والقواعد ولا ينافي هذا عدم حصول النّفع فإنّ القراض الفاسد يجب فيه أجرة المثل وإن لم يحصل للمالك نفع بالعمل وفي المسالك تنظّر فيه بأنّ الفرق بين عقد المسابقة وغيره من العقود الّتي يضمن بفاسدها ليس من جهة رجوع النفع وعدمه بل لأنّ تلك العقود اقتضت الأمر بالعمل بخلاف هذا العقد فإنّه لم يقتض ذلك فإنّ قوله سابقتك علىٰ معنىٰ أنّ من سبق منافله كذا وقاعدة ما يضمن لا دليل عليها كلّية.

(أ) المبسوط ج٦ ص٣٠٢.

(ب) شرايع الإسلام ج٢ ص٢٤٠.

(ج) مسالك الافهام ج٦ ص١٠٩ و ١١٠.

ووجهه[١] أنّ عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر[٢] ولم يقع بأمره[٣] أيضاً فاحترام الأموال الّتي منها الأعمال[٤] لا يقضي بضمان الشّخص[٥] ووجوب عوضه[٦] عليه لأنّه[٧] ليس كالمستوفي له ولذا[٨] كانت شرعيّة[٩] على خلاف القاعده حيث إنّه[١٠] بذل مال في مقابل عمل لا ينفع الباذل[١١] وتمام الكلام في بابه[١٢] ثمّ إنّه لا فرق فيما ذكرنا من الضّمان في الفاسد بين جهل الدّافع بالفساد وبين علمه مع جهل القابض[١٣]

---

(١) أي وجه عدم الإستحقاق.

(٢) المراد من الآخر من يجب عليه بذل السّبق.

(٣) أي بأمر الآخر.

(٤) يعني أعمال السّابق في المسابقة الفاسدة.

(٥) يعني بضمان الشّخص الآخر للعمل.

(٦) يعني وجوب عوض عمل العامل على الشّخص الآخر.

(٧) أي لأنّ هذا العمل ليس كالعمل الّذي استوفاه الآمر واستفاد منه لأنّه ليس فيه نفع يعود إلى باذل المال.

(٨) أي ولأجل عدم المقتضي للضّمان في مثل المسابقة الفاسدة كانت مشروعيّتها على خلاف القاعدة لعدم بذل مالٍ في مقابل عملٍ ينتفع الباذل.

(٩) يعني شرعيّة المسابقة.

(١٠) يعني المال المبذول في المسابقة الفاسدة.

(١١) فلازمه خروج المال من كيس من لا يعود منفعة العمل إليه.

(١٢) يعني في باب السّبق والرّماية.

(١٣) أقول الدّليل على عموم الضّمان ما سيأتي في كلامه من إطلاق النّص والفتوى وعدم مقيّدٍ له في البين فالصّورة المتصوّرة في المقام أربع علم الدّافع والقابض بالفساد وجهلهما به وعلم الدّافع مع جهل القابض والعكس وجه الضّمان ما ذكرنا من قيام الدّليل على وجه الإطلاق وهو السّيرة العقلائيّة القائمة على ضمان اليد مع الاقدام.

وتوهّم[١] أنّ الدّافع في هذه الصّورة هو الّذي سلّطه[٢] عليه والمفروض أنّ القابض جاهل مدفوع[٣] باطلاق النصّ[٤] والفتوىٰ[٥] وليس الجاهل مغروراً[٦] لأنّه اقدم على الضّمان قاصداً وتسليط الدّافع العالم لا يجعلها[٧] أمانة مالكيّة لأنّه[٨] دفعه علىٰ أنّه[٩] ملك المدفوع إليه لا أنّه[١٠] أمانة عنده أو عارية

---

(١) أي في صورة علم الدّافع بالفساد. أقول وجه الإشكال والتّوهّم أنّ الدّافع ماله العالم بفساد العقد لا محالة يكون دفعه تسليطاً مجّانيّاً وأمانة مالكيّة عند القابض وعندئذ فإذا تلف عنده لم يحكم بضمانه لما عرفت من الرّوايات(أ) الدّالّة علىٰ عدم ضمان الأمين في صورة عدم التّفريط.

(٢) يعني أنّ الدّافع سلّط القابض علىٰ ماله.

(٣) خبر قوله «وتوهّم».

(٤) مراده من النّصّ حديث على اليد ما أخذت حتّىٰ تؤدّيه فإنّه مطلقٌ وليس فيه تقييد الضّمان بصورة علم القابض.

(٥) أي فتوىٰ علماء الإماميّة فإنّهم في مقام الفتوىٰ يفتون بالضّمان مطلقاً سواء كان القابض عالماً أو جاهلاً.

(٦) يعني وليس القابض الجاهل مغروراً لكي يرجع إلىٰ من غرّه فليس من قبيل من قدّم طعام الغير إلىٰ زيد بعنوان المجّانيّة فأكله فعندئذ يرجع المغرور إلىٰ من غرّه.

(٧) أي لا يجعل العين والمال.

(٨) علّة لعدم الأمانة المالكيّة وحاصله أنّ المالك لم يدفع المال بعنوان الأمانة بل دفعه إليه بعنوان كونه ملكاً له.

(٩) أي المقبوض المستفاد من سياق الكلام.

(١٠) يعني لم يكن دفع المال إلىٰ المدفوع إليه مبنيّاً على الأمانة والعارية حتّىٰ يسقط الضّمان.

(أ) راجع الوافي ج ١٠ ص١١٨ و١٢٥.

ولذا[١] لا يجوز التصرّف فيه والإنتفاع به وسياتي تتمّة ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري هذا كلّه في اصل الكليّة المذكورة[٢] وامّا عكسها وهو أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فمعناه أنّ كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده[٣] ففاسده لا يفيد ضماناً كما في عقد الرّهن[٤] والوكالة[٥] والمضاربة[٦] والعاريّة غير المضونة[٧] بل المضمونه[٨] بناء علىٰ أنّ المراد بافادة الصّحيح للضّمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج[٩] عنه كالشّرط الواقع في متنه[١٠] وغير ذلك من العقود اللّازمة والجائزة[١١] ثمّ أنّ مقتضي ذلك[١٢] عدم ضمان العين المستأجرة

---

(١) يعني ولأجل كون دفع المال مبنيّاً علىٰ كونه ملكاً للمدفوع إليه لا بعنوان الأمانة لا يجوز للمدفوع إليه التّصرّف في المال ولا الإنتفاع به ولو كان عارية لجاز الإنتفاع به.

(٢) أقول يعني في بيان المراد من أصل الكلّيّة المذكورة أعني كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(٣) أقول وذلك لعدم كونه متضمّناً لمعاوضة ففاسده أيضاً لا يقتضي ضمان المقبوض.

(٤) أقول حيث إنّ المرتهن لا يضمن الوثيقة إذا تلفت إذا لم يكن بتعدٍ أو تفريط.

(٥) حيث إنّ الوكيل لا يضمن ما في يده إذا تلف عنده إذا لم يكن بتعدّ.

(٦) حيث إنّ العامل لا يضمن المال إذا تلف عنده إذا لم يكن بتعدٍ.

(٧) أقول حيث إنّ المستعير لا يضمن العارية غير المشروطة ولا الذّهب والفضّة إذا تلفت عنده إذا لم يكن بتعدٍ وتفريط.

(٨) بل العارية المضمونة أيضاً لا توجب الضّمان عند التّلف.

(٩) حيث انّ شرط الضّمان الموجب للضّمان في صحيحها أمر خارج عن طبيعة العارية.

(١٠) حيث انّ الضّمان في العارية جاء من ناحية الشّرط لا من طبيعة العقد فإنّ طبيعة العارية بنفسها لا تفيد الضّمان لو لا الشّرط.

(١١) يعني من العقود الّتي لا تتضمّن معاوضة.

(١٢) يعني مقتضي عكس القاعدة الّذي هو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

فاسداً لانّ صحيح الإجارة غير مفيد لضمانها كما صرّح به[١] في القواعد والتحرير وحكى عن التّذكرة وإطلاق الباقي[٢] إلّا أنّ صريح الرّياض[أ] الحكم بالضّمان[٣] وحكى[٤] فيها[٥] عن بعض نسبته[٦] إلى المفهوم من كلمات الأصحاب والظّاهر انّ المحكّى عنه[٧] هو المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة وما ابعد ما بينه[٨] وبين ما عن جامع المقاصد حيث قال في باب الغصب إنّ الذّي يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء المنفعة[٩] والذّي[١٠] ينساق إليه النّظر هو الضّمان[١١] لأنّ التصرّف فيه حرام لانّه غصب فيضمنه ثمّ قال ﷺ[١٢] إلّا أنّ كون

---

(١) أي بعدم الضّمان.

(٢) يعني باقي الفقهاء.

(٣) يعني بضمان الإجارة بالفاسدة.

(٤) يعني وحكىٰ صاحب الرّياض فيه نسبته الضّمان إلىٰ ما فهمه بعض من كلمات الأصحاب والنّاسب هو المحقّق الأردبيلي.

(٥) أي في الرّياض.

(٦) يعني نسبته الضّمان.

(٧) مراده ﷺ من المحكيّ عنه هو «البعض».

(٨) أي وما أبعد ما بين ما أفاده المحقّق الأردبيلي ﷺ من أنّ المفهوم من كلمات الأصحاب ضمان العين في الإجارة الفاسدة وبين ما أفاده المحقّق الكركي ﷺ من أنّه يلوح من كلامهم عدم الضّمان.

(٩) أقول ذكر صاحب هداية الطالب ﷺ انّ الجارّ متعلّق بالتّلف المستفاد من الضّمان.

(١٠) قوله «الّذي ينساق.. إلخ» معطوف علىٰ «الّذي» في قوله «إنّ الّذي يلوح».

(١١) يعني الضّمان للعين المستأجرة إذا كانت الإجارة فاسدة.

(١٢) أي المحقّق الثاني.

(أ) رياض المسائل ج ٢ ص ٨.

الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها مناف لذلك[١] فيقال[٢] إنّه[٣] دخل علىٰ عدم الضّمان بهذا الإستيلاء وإن لم يكن مستحقّاً والأصل براثة الذّمّة من الضّمان فلا يكون العين بذلك[٤] مضمونة ولو لا ذلك[٥] لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرّهن لانّ إستيلائه بغير حق وهو[٦] باطل انتهى[٧].

ولعلّ الحكم بالضّمان في المسألة[٨] أمّا لخروجها[٩] عن قاعدة ما لا يضمن[١٠] لأنّ[١١] المراد بالمضمون مورد العقد، ومورد العقد في الإجارة المنفعة[١٢] فالعين

---

(١) أي للضّمان الّذي تقتضيه قاعدة اليد.

(٢) يعني فيقال في وجه عدم ضمان العين المستأجرة.

(٣) أي انّ المستأجر.

(٤) أي بالإستيلاء بالعقد الفاسد.

(٥) أي ولو لا أصل البراءة من الضّمان.

(٦) أي ضمان المرتهن مع فساد الرّهن.

(٧) أي إنتهى كلام المحقّق الكركي.

(٨) أي ولعلّ حكم الأصحاب بالضّمان في مسألة الإجارة الفاسدة علىٰ ما نسبه المحقّق الأردبيلي إليهم.

(٩) أي لخروج مسألة الإجارة الفاسدة أقول لعلّ ذلك يستظهر من الرّياض حيث لم يتعرّض للقاعدة بل استدلّ على الضّمان بالخبر فراجع.

(١٠) أي ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

(١١) قوله «لأنّ.. ألخ» علّة لخروج ضمان الإجارة الفاسدة عن قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

(١٢) أقول لا نسلّم هذا بل العين هي مورد الإجارة يقال آجرت الدّار ولا يقال آجرت المنفعة نعم لو أريد من العبارة أنّ المنفعة موضوع للمعاوضة فلا بأس لأنّ إجارة الدّار راجعة إلىٰ ايقاع المعاوضة بين منفعتها وبين الأجرة.

يرجع في حكمها إلى القواعد[١] وحيث كانت في صحيح الإجارة أمانة مأذوناً فيها شرعاً ومن طرف المالك لم يكن فيه[٢] ضمان وأمّا في فاسدها فدفع الموجر للعين إنّما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحقّ الإنتفاع فيه والمفروض عدم الإستحقاق فيده عليه[٣] يد عدوان موجبة للضّمان وامّا[٤] لأنّ قاعدة ما لا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد والاقوىٰ عدم الضّمان فالقاعدة المذكورة[٥] غير مُخَصَّصَة[٦] بالعين المستأجرة ولا متخصّصة[٧] ثمّ إنّه يشكل اطراد القاعدة[٨] في مواردة منها[٩] الصّيد الّذي استعاره المُحْرِم من المُحِلّ بناءً علىٰ فساد العارية[١٠]

---

(١) غير قاعدة ما لا يضمن والقاعدة هي الضّمان حيث كانت العين في صحيح الإجارة أمانة مأذوناً فيها شرعاً.

(٢) أي في صحيح الإجارة.

(٣) الضّمير في «عليه» راجع إلى العين فالمناسب تانيثه.

(٤) قوله «وامّا» عطف علىٰ قوله «امّا لخروجها».

(٥) وهو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

(٦) كلمة مخصّصة بصيغة اسم المفعول أي غير مخصّصةٍ بقاعدة اليد حتّىٰ يثبت الضّمان فهذا إشارة إلىٰ ردّ الوجه الثّاني.

(٧) بمعنىٰ أنّها غير متخصّصة بخروج العين عن مورد العقد خروجاً موضوعيّاً فيكون هذا إشارة إلىٰ ردّ الوجه الأوّل.

(٨) وهو ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده لا تكون مخصّصة بالعين المستأجرة بالإجارة الفاسدة وكذلك لا تكون متخصّصة يعني ليس لها خروج موضوعي كما عرفت.

(٩) أي من تلك الموارد الّتي لا تأتي القاعدة المذكورة فيها.

(١٠) أقول قوله هذا ظاهر في أنّ فساد استعارة المُحْرِمْ مسألة خلافيّة كماستأتي في عبارة الشّهيد الثّاني وعلىٰ كلّ حال فمنشأ الفساد هو النّصوص النّاهية عن إمساك الصّيد والآمرة بتخلية سبيله ومن البيّن اشتراط صحّه العارية بحلّية الإنتفاع بالعين المعارة.

فإنّهم[١] حكموا بضمان المُحْرِم له بالقيمة مع أنّ صحيح العارية لا يضمن به ولذا ناقش الشّهيد[أ] الثّاني[٢] في الضّمان على تقديري الصّحّة والفساد إلّا أن يقال[٣] انّ وجه ضمانه[٤] بعد البناء على أنّه يجب على المُحرِم إرساله وأداء قيمته انّ المستقر عليه[٥] قهراً بعد العارية هي القيمة لا العين فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التّلف[٦] بسبب وجوب الإتلاف الّذي هو سبب لضمان ملك الغير في كلّ عقد لابسبب التّلف ويشكل اطراد القاعدة أيضاً في البيع فاسداً بالنّسبة إلى المنافع الّتي لم يستوفها[٧] فإنّ هذه المنافع[٨] غير مضمونة في العقد الصّحيح[٩] مع

---

(١) أي فإنّ الفقهاء حكموا بضمان المُحرِم للصّيد الّذي استعاره من المُحِلّ.

(٢) أقول يعني لأجل ذهاب المشهور إلى الضّمان من غير إبتناء لهم ذلك على فساد العارية استشكل الشّهيد الثّاني في الضّمان حتّى على تقدير صحّة العارية.

(٣) محصّل قوله «إلّا أن يقال.. إلخ» أنّ هذه المسألة خارجة عن مورد القاعدة لأنّ موردها صورة التّلف لا الإتلاف فيكون ما نحن فيه من أفراد الإتلاف وذلك لأنّه لا يجوز للمحرم أن يستعير من المحلّ صيداً لأنّه ليس له إمساكه فلو أمسكه ثمّ أرسله فيكون عندئذٍ من أفراد من أتلف فلا يكون نقضاً على القاعدة.

(٤) يعني ضمان المحرم.

(٥) أي على المُحرِم.

(٦) يعني قبل تلف الصّيد.

(٧) أقول قيّد بهذا لأنّ المنافع المستوفاة غير مضمونة باليد بل هي مضمونة بالإستيفاء فلا تكون مورداً للنّقض.

(٨) أي المنافع المستوفاة.

(٩) أي العقد الصّحيح لعدم الضّمان في العقد الفاسد أيضاً.

(أ) مسالك الافهام ج ٥ ص ١٣٩.

انّها[١] مضمونة في العقد الفاسد ألّا أن يقال[٢] إنّ ضمان العين يستتبع ضمان المنافع[٣] في العقد الصّحيح والفاسد وفيه[٤] نظر لأنّ نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في العقد الصّحيح[٥] لأنّ الثّمن إنّما هو بإزاء العين دون المنافع ويمكن نقض القاعدة أيضاً بحمل المبيع[٦] فاسداً علىٰ ماصرّح به في المبسوط والشّرايع والتّذكرة من[٧] كونه مضموناً على المشتري[أ] خلافاً للشّهيدين[٨] والمحقّق الثّاني[ب]

---

(١) أي مع أنّ المنافع الغير المستوفاة مضمونة في العقد الفاسد لأنّه تلف الحليب الّذي هو ملك للبايع علىٰ يده فيشمله علىٰ اليد ما أخذت.

(٢) أقول حاصل قوله «إلّا أن يقال.. إلخ» أنّ المنافع وإن لم تكن مقابلة بالمال إلّا أنّها ملحوظة في زيادة الثّمن وهذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونة.

(٣) أقول يعني فتصير المنافع ممّا يضمن بالصّحيح فيضمن بالفاسد.

(٤) أي وفيما أفاده من أنّ ضمان العين يستتبع ضمان المنافع نظر.

(٥) يعني أنّ الثمن في العقد الصّحيح لا يقع بإزاء العين والمنافع معاً بل يقع بمقابل نفس العين فقط.

(٦) يعني حمل الحيوان المبيع الّذي في بطنه فيما كان البيع فاسداً فانّه مضمون علىٰ المشتري فعندئذ يلزم عليه عوض الحمل لو تلف.

(٧) قوله «من كونه مضموناً» توضيح وبيان لـ«ما» في قوله «على ما صرّح».

(٨) قال الشّهيد ﷺ «وغصب الحامل غصب الحمل» أمّا حمل المبيع فاسداً أو المستام فلا ضمان فيه وقال الشّهيد الثّاني ﷺ في المسالك بعد حكمه بضمان حمل الأمة المغصوبة ما لفظه وأمّا ضمان حمل الأمة المبتاعة بالبيع الفاسد فإنّما يتمّ مع دخوله معها في البيع إمّا تبعاً كما يقوله الشيخ أو مع الشّرط.. إلخ فراجع.

(أ) راجع المبسوط ج٣ ص٦٥، شرايع الإسلام ج٣ ص٢٣٦، التّذكرة ج١٠ ص٤٩٥، تحرير الأحكام ج٢ ص١٣٧ إرشاد الأذهان ج١ ص٣٦٢.

(ب) جامع المقاصد ج٦ ص٢٢٠.

وبعض آخر[١] تبعاً للعلّامة في القواعد مع أنّ الحمل غير مضمون في البيع الصّحيح[٢] بناءً علىٰ أنّه للبايع وعن الدّروس توجيه كلام العلّامة[٣] بما إذا اشترط الدّخول في المبيع وحينئذٍ[٤] لا نقض على القاعدة ويمكن النّقض[٥] أيضاً بالشّركة الفاسدة بناءً علىٰ أنّه لا يجوز التّصرّف بها فأخذ المال المشترك حينئذٍ[٦] عدواناً[٧] موجب للضّمان ثمّ انّ مبنىٰ هذه القضيّة السّالبة[٨] علىٰ ما تقدّم من كلام الشيخ في المبسوط هي الأولويّة[٩] وحاصلها[١٠] أنّ الرّهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده وتوضيحه[١١] أنّ الصّحيح من العقد إذا لم يقتض الضّمان مع امضاء الشارع فالفاسد الّذي هو بمنزلة العدم لا يؤثّر في الضّمان[١٢] لأنّ أثر الضّمان[١٣]

---

(١) كالمحقّق الأردبيلي ﷺ.

(٢) وذلك لأنّ الثّمن بازاء الأم لا بازاء الشّاة والحمل معاً.

(٣) يعني توجيه كلامه في التّذكرة المقتضي ضمان الحمل في البيع الفاسد لا كلامه في القواعد فإنّه موافق لكلام الشهيد في عدم الضّمان.

(٤) أي وحين الإشتراط من قبل المشتري يكون الحمل له.

(٥) يعني نقض قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده بالشّركة وهي عبارة عن اختلاط النّصيبين فصاعدا بحيث لا يتميّز أحدهما عن الآخر.

(٦) يعني حين بطلان الشّركة.

(٧) بمعنى انّه ليس امانة شرعيّة ولا أمانة مالكيّة فعندئذ أنّ الأخذ يوجب الضّمان.

(٨) أقول أعني بها ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

(٩) أي الأولويّة في عدم الضّمان.

(١٠) أي وحاصل الأولويّة.

(١١) يعني توضيح مبنى هذه القضيّة السّالبة.

(١٢) يعني لا يؤثّر في الضّمان بطريق اولى.

(١٣) أقول اضافة كلمة «الأثر» إلىٰ «الضّمان» بيانيّة أي الأثر الذي هو الضّمان.

إمّا من الاقدام على الضّمان والمفروض عدمه وإلّا لضمن بصحيحه وإمّا من حكم الشّارع بالضّمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة والمفروض انّها[١] لا تؤثّر شيئاً ووجه الأولويّة أنّ الصّحيح إذا كان مفيداً للضّمان أمكن أن يقال إنّ الضّمان من مقتضيات الصّحيح فلا يجري في الفاسد لكونه[٢] لغواً غير مؤثّر على ما سبق تقريبه[٣] من[٤] أنّه أقدم على ضمان خاصّ[٥] والشّارع لم يمضه[٦] فيرتفع أصل الضّمان[٧] لكن يخدشها[٨] أنّه يجوز أن تكون صحّة الرّهن والإجارة المستلزمة[٩] لتسلّط المرتهن والمستأجر على العين شرعاً مؤثّره[١٠] في رفع الضّمان بخلاف الفاسد الّذي لا يوجب تسلّطا لهما[١١] على العين فلا أولويّة فإن قلت[١٢] إنّ الفاسد

---

(١) يعني أنّ المعاملة الفاسدة.

(٢) أي لكون الفاسد.

(٣) أي تقريب عدم الضّمان في الفاسد.

(٤) كلمة «من» بيان لـ«وما» في قوله «على ما سبق».

(٥) وهو الضّمان بالبدل المسمّى في العقد المعاوضي كضمان الثّوب بدراهم في بيعه به.

(٦) أي لم يمض الضّمان الخاصّ وذلك لفرض فساد العقد.

(٧) يعني فيرتفع أصل الضّمان في العقد الفاسد الّذي يضمن بصحيحه فكيف حال العقد الفاسد الّذي لا يضمن بصحيحه فإنّه أحرى بعدم الضّمان.

(٨) أي يخدش الأولويّة الّتي كانت مستندة لعدم الضّمان في الفاسد فيما إذا كان الصّحيح غير موجب للضّمان.

(٩) كلمة «المستلزمة» صفة لقوله «صحّة الرّهن والإجارة».

(١٠) قوله «مؤثّرة» خبر لقوله «صحّة الرّهن».

(١١) أي للمرتهن والمستأجر.

(١٢) أقول ليس هذا ايراداً على الخدشة الّتي ذكرها المصنّف بقوله «لكن يخدشها. إلخ» بل هو ايراد على ما ذكره الشّيخ ﷺ في استدلاله على عدم الضّمان.

وإن لم يكن له[١] دخل في الضّمان إلّا أنّ مقتضي عموم على اليد هو الضّمان خرج منه[٢] المقبوض بصحاح العقود الّتي يكون مواردها غير مضمونة على القابض[٣] وبقي الباقي[٤] قلت[٥] ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها وهي عموم ما دلّ علىٰ انّ من لم يضمنه المالك سواء ملّكه[٦] ايّاه بغير عوض[٧] أو سلّطه على الإنتفاع به[٨] أو استأمنه[٩] عليه لحفظه أو دفعه إليه لاستيفاء حقّه[١٠] أو العمل فيه[١١] بلا أجرة[١٢] أو معها او غير ذلك فهو[١٣] غير ضامن إمّا في غير القليل بلا عوض أعني الهبة فالدّليل المخصّص لقاعدة الضّمان عموم ما دلّ علىٰ من استأمنه المالك علىٰ ملكه غير ضامن بل ليس لك أن تتّهمه

---

(١) أي للفاسد.

(٢) يعني من العموم

(٣) وذلك كالعارية والهبة غير المعوّضة.

(٤) أي بقي الباقي تحت عموم على اليد ما أخذت حتّىٰ تؤدّيه.

(٥) أي الدليل الّذي خرج بسبب ذلك الدّليل المقبوض بفاسدها.

(٦) أي ملّكه المالك المال.

(٧) وذلك كالهبة.

(٨) وذلك كالعارية

(٩) أي استأمن المالك عليه لحفظه وذلك كالوديعة فإنّها استيمان لحفظ المال عن الضّياع.

(١٠) وذلك كالإجارة.

(١١) قوله «العمل فيه» معطوف على قوله «استيفاء حقّه».

(١٢) وذلك كما لو دفع المالك ثوبه إلى الخيّاط للخياطة مجّاناً فتبرّع الخيّاط بالخياطة.

(١٣) قوله «فهو» خبر لقوله «أنّ من لم يضمّنه المالك».

امّا في الهبة الفاسدة فيمكن الإستدلال علىٰ خروجها من عموم اليد بفحوى[١] ما دلّ علىٰ خروج مورد الإستيمان فإنّ استيمان المالك لغيره علىٰ ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له اقتضى التّسليط المطلق عليه[٢] مجّاناً عدم ضمانه بطريق أولى والتّقييد بالمجانيّة لخروج التّسليط المطلق بالعوض كما في المعاوضات فإنّه[٣] عين التّضمين فحاصل أدلّة عدم ضمان المستأمن انّ من دفع المالك إليه ملكه علىٰ وجه لا يضمنه بعوض واقعي أعني المثل والقيمة ولا جعليّ فليس عليه ضمان.

الثاني[٤] من الأمور المتفرّعة علىٰ عدم تملّك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب ردّة[٥] فوراً إلى المالك والظّاهر أنّه[٦] ممّا لا خلاف فيه[٧] كما يلوح من مجمع الفائدة[٨] بل صرّح في التّذكرة كما عن جامع القاصد أنّ مؤنة الردّ على المشتري لوجوب ما لا يتمّ الردّ ألّا به[٩] واطلاقه[١٠] يشمل ما لو كان في ردّه[١١]

---

(١) مراده ﷺ من الفحوى هي الأولويّة.

(٢) يعني على المالك.

(٣) أي فإنّ التّسليط المطلق.

(٤) أي الأمر الثاني.

(٥) أي ردّ المأخوذ بالعقد الفاسد فوراً وقوله «وجوب ردّه» خبر لمبتدأ مقدّم وهو قوله «الثاني».

(٦) انّ وجوب الردّ.

(٧) أي لا خلاف في وجوب الردّ.

(٨) يعني يظهر من مجمع الفائدة للمحقّق الأردبيلي عدم الخلاف في حرمة التّصرّف في المقبوض بالبيع الفاسد ووجوب ردّه فوراً إلىٰ مالكه.

(٩) أقول لوجوب مقدّمة الواجب الّذي هو الردّ.

(١٠) أي اطلاق كلام التّذكرة.

(١١) يعني في ردّ المال المقبوض بالبيع الفاسد.

مؤنة كثيرة إلّا أن يقيد بغيرها[١] بأدلّة نفي الضّرر ويدلّ عليه[٢] انّ الإمساك آناً ما تصرّف في مال الغير بغير إذنه فلا يجوز[٣] لقوله عجل الله تعالى فرجه لا يجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره إلّا بإذنه ولو نوقش في كون الإمساك تصرّفاً[٤] كفى عموم[أ] قوله ﷺ لا يحلّ مال أمرء مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه حيث يدلّ علىٰ تحريم جميع الأفعال المتعلّقة به[٥] الّتي منها[٦] كونه[٧] في يده وأمّا توهّم أنّ هذا[٨] بإذنه حيث إنّه[٩] دفعه باختياره فمندفع[١٠] بأنّه[١١] إنّما ملّكه ايّاه عوضاً فإذا انتفت صفة العوضيّة باعتبار[١٢] عدم سلامة العوض له شرعاً والمفروض أنّ

---

(١) أي بغير المؤنة الكثيرة.

(٢) أي علىٰ وجوب الردّ فوراً مطلقا سواء احتاج الى المال أم لا.

(٣) أي فلا يجوز التّصرّف.

(٤) بدعوى أنّ التّصرّف منصرف إلى الحمل والتّقليب لا الإمساك.

(٥) أي بالمال.

(٦) أي من الأفعال.

(٧) أي كون المال في يد الآخ ولو بدون تقليب وعمل فيه.

(٨) أي الإمساك.

(٩) أي حيث إنّ المالك دفع المال باختياره.

(١٠) كمة «فمندفع» خبر لمبتدأ مقدّم وهو قوله «توهّم».

(١١) أي بأنّ المالك أذن أذناً معاوضيّاً فإذا انتفت المعاوضة بفسادها انتفى الاذن.

(١٢) كلمة «باعتبار» متعلّقة بقوله «انتفت».

(أ) وسائل الشّيعة ج٦ ص٣٧٧ الباب ٣ من أبواب الانفال الحديث ٦ وفيه بدل «فلا يجوز» «فلا يحلّ». وسائل الشّيعة ج ١٩ ص٣ الباب ١ من ابواب قصاص النّفس الحديث ٣.

كونه علىٰ وجه الملكيّة المجانيّة ممّا لم يُنشأها[١] المالك وكونه مالاً للمالك وأمانة في يده[٢] أيضاً ممّا لم يؤذن فيه ولو أذن له[٣] فهو استيداع جديد كما أنّه لو ملّكه مجّانا كانت هبة جديدة[٤] هذا ولكنّ الّذي يظهر من المبسوط[أ] عدم الإثم في إمساكه وكذا السّرائر ناسباً له[٥] إلى الأصحاب[٦] وهو ضعيف والنّسبته[٧] غير ثابتة ولا يبعد إرادة صورة الجهل[٨] لانّه لا يعاقب.

الثّالث[٩] انّه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاها المشتري قبل الرّد[١٠] كان

---

(١) أي لم ينشئ المالك الملكيّة المجّانيّة حتّىٰ يكون الإذن في الإمساك باقياً مع فساد البيع.

(٢) أي في يد القابض حتّىٰ يكون أمانة مالكيّة.

(٣) أي ولو اذن المالك للقابض كون المال أمانةً في يده بعد فساد العقد والحال أنّ الاذن الجديد لم يحصل ولم يثبت.

(٤) يعني تكون خارجة عن محلّ الكلام.

(٥) أي ناسباً لعدم الإثم.

(٦) أقول قال إبن إدريس ﷺ في المقبوض بالبيع الفاسد «فهو عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم بإمساكه»[ب] وهو أي القول الثّاني وهو عدم الإثم الكاشف عن عدم الحرمة ضعيف لما تقدّم من دلالة النّبوي علىٰ حرمة كلّ فعل يتعلّق بمال الغير بدون إذنه ولو لم يصدق التّصرّف عليه.

(٧) يعني: ما نسبه إبن إدريس إلى الأصحاب من عدم الإثم في الإمساك غير ثابت.

(٨) أي جهل القابض بالفساد.

(٩) أي الأمر الثّالث من الأمور المتفرّعة علىٰ عدم تملّك المقبوض بالبيع الفاسد.

(١٠) كما لو شرب لبن الشّاة المبتاعة بالعقد الفاسد قبل ردّ العين.

(أ) المبسوط في فقه الإماميّة ج ٢ ص ١٤٩.

(ب) السّرائر الحاوي ج ٢ ص ٣٢٦.

عليه[١] عوضها[٢] على المشهور بل ظاهر ما تقدّم من السّرائر[٣] من كونه[٤] بمنزلة المغصوب الإتّفاق على الحكم[٥] ويدلّ عليه[٦] عموم قوله لا يحلّ مال امرء مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه بناءً على صدق المال على المنفعة[٧] ولذا[٨] يجعل ثمناً في البيع وصداقاً في النّكاح خلافاً للوسيلة[أ] فنفي الضّمان محتجاً بأنّ الخراج بالضّمان كما في النّبوى المرسل وتفسيره[٩] أنّ من ضمن شيئاً وتقبّله لنفسه فخراجه له فالباء للسّببيّة[١٠] أو المقابلة فالمشتري لمّا اقدم على ضمان

---

(١) أي على المشتري.

(٢) يعني عوض المنفعة المستوفاة.

(٣) في نقل الشّيخ عنه بقوله «وفي السّرائر أنّ البيع الفاسد يجري عند المحصّلين مجرى الغصب في الضّمان».

(٤) أي من كون المبيع بالبيع الفاسد.

(٥) يعني ضمان المنفعة المستوفاه.

(٦) يعني ويدلّ على الحكم الّذي هو ضمان المنفعة المستوفاة.

(٧) حيث أنّ الحليب المستوفي من البقرة مال لمالك البقرة ولا طيب نفسٍ للمالك في استيفاء الآخذ له ولا يخفى أنّ مثل الحليب مال قطعاً.

(٨) أي لأجل أنّه يصدق المال على المنفعة.

(٩) يعني معنى الخراج بالضّمان.

(١٠) أقول: المراد منها هي الدّاخلة على الأسباب كقوله تعالى: ﴿ادْخُلُوا الْجَنَّةَ بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ﴾[ب] والمراد من باء المقابلة هي الدّاخلة على الاعراض وذلك كقولنا اشتريته بمأة.

(أ) الوسيلة «ضمن الجوامع الفقهيّة» ص ٧٤٤ السّطر ٣٣.

(ب) سورة النّحل: ٣٤.

المبيع[١] وتقبّله[٢] على نفسه بتقبيل البايع وتضمينه ايّاه على أن يكون الخراج له[٣] مجّانا كان[٤] اللّازم من ذلك[٥] أنّ خراجه[٦] له على تقدير الفساد كما انّ الضّمان عليه[٧] على هذا التّقدير أيضاً والحاصل أنّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج[٨] ومرجعه إلى أنّ الغنيمة والفائدة بازاء الغرامة وهذا المعنى[٩] مستنبط من أخبار كثيرة مثل قوله في مقام الإستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري ألا ترى انّها[١٠] لو احرقت كانت من مال المشتري ونحوه في الرّهن[١١]

---

(١) حيث إنّ معنى اعطاء المشتري الثّمن في عوض المبيع انّه ضمنه بعوض.

(٢) أي تقبّل الضّمان على نفسه.

(٣) أي يكون الخراج للمشتري مجّاناً.

(٤) قوله «كان اللّازم» جواب لِـ«لمّا» في قوله «لمّا أقدم».

(٥) أي من ذلك الاقدام.

(٦) يعني أنّ خراج المبيع والجزية للمشتري.

(٧) أي أنّ ضمان المبيع على المشتري على تقدير الفساد.

(٨) أقول إذ المفروض كون ضمان العين سبباً لملكيّة المنافع للضّامن فلا يجتمع الضّمانان يعني ضمان العين والمنافع على ضامن العين كالمشتري فلابدّ أن يكون ضامناً للعين فقط وذلك لأنّ ضمان العين عوض المنافع.

(٩) أي فائدة كلّ شيء بإزاء ضمانه.

(١٠) الضّمير المؤنّث يرجع إلى الدّار المذكورة في الرّواية فإنّ ظاهر الرّواية أن فائدة الدّار في زمان الخيار للمشتري حيث انّ خسارة الدّار في صورة احتراقها عليه.

(١١) أقول اشار ﷺ بقوله هذا إلى رواية اسحاق بن عمّار[أ].

[أ] وسائل الشّيعة ج ١٣ ص ١٢٦ الباب ٥ من أبواب الرّهن الحديث ٦.

وغيره وفيه[١] أنّ هذا الضّمان[٢] ليس هو ما[٣] أقدم عليه المتبايعان حتّىٰ يكون الخراج بازائه وإنّما هو أمر قهري حكم به الشّارع كما حكم بضمان المقبوض بالسّوم[٤] والمغصوب فالمراد بالضّمان[٥] الذّي بازائه الخراج التزام الشّيء علىٰ نفسه وتقبّله له[٦] مع امضاء الشّارع له[٧] وربّما ينتقض ماذكرناه[٨] في معنى الرّواية[٩]

---

(١) أي في استدلال ابن حمزة في الوسيلة.

(٢) أي أنّ هذا الضّمان للخراج.

(٣) يعني أنّ الضّمان الّذي كان بإزائه الخراج هو المسمّىٰ الّذي أقدم عليه المتبايعان والحال أنّ ضمان ما ابتاعه بالعقد الفاسد أمر قهريّ حكم به الشّارع وليس ممّا أقدم عليه المتبايعان.

(٤) أي كما حكم بضمان المقبوض بالسّوم والمراد بالسّوم ما يأخذه المشتري من المتاع لإرادة اشترائه فيتلف في يده فإنّ المشتري لم يقدم على الضّمان فيه وإنّما حكم الشّارع بالضّمان.

(٥) في مرسلة الخراج بالضّمان.

(٦) أي للشّيء.

(٧) أقول وذلك كالبيع حيث انّ خراجه في مقابل ضمانه الّذي حصل ذلك الضّمان بسبب تقبّل المشتري للمبيع وقد أمضى الشّارع لهذا التّقبّل فلا تشمل القاعدة ما نحن فيه ممّا قبضه بظنّ صحّة المعاملة فظهر فسادها إذا تقبّل من المشتري وإن كان موجوداً لكن الشّارع لم يمضه.

(٨) أقول يمكن دفع النّقض بأنّ المراد بالضّمان على المعنى الّذي اختاره المصنّف ﷺ في مضمون الخبر وفاقاً للمشهور وقوّيناه هو ثبوته في الذّمة دون كون العين في العهدة ومن الواضح أنّ المعنى المذكور لا يكون في العارية المضمونة بل يختصّ بالعقود المعاوضيّة الصّحيحة.

(٩) أي قولنا فالمراد بالضّمان الّذي بإزائه الخراج.. إلخ في ذيل ردّ ابن حمزة «بالعارية المضمونة» بأنّ استعار شيئاً وضمن أن يكون تلفها عليه.

بالعارية المضمونة حيث انّه[١] اقدم علىٰ ضمانها مع أنّ خراجها[٢] ليس له لعدم تملّكه للمنفعة وانّما تملّك الإنتفاع[٣] الّذي عيّنه المالك فتأمّل[٤].

والحاصل[٥] انّ دلالة الرّواية[٦] لا تقصر عن سندها في الوهن[٧] فلا يترك لاجلها[٨] قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه وعدم حلّه إلّا عن طيب النّفس وربّما يردّ هذا القول[٩] بما ورد في شراء الجارية المسروقة[١٠] من ضمان قيمة الولد

---

(١) أي أنّ المستعير أقدم علىٰ ضمان العين ولم يتملّك الخراج.

(٢) يعني خراج العارية.

(٣) حيث إنّ الشّاة العارية إذا ولدت لم يكن الولد للمستعير وإنّما هو للمعير وإنّما تملّك المستعير بأخذ العارية الإنتفاع الّذي عيّنه المالك له فإنّ المعروف في باب العارية انّها تملّك الإنتفاع نظير اباحة أعيان الطّعام للضّيف فإنّ المستعير تملك الإنتفاع من العين المستعارة لا تملّك المنفعة.

(٤) أقول الظّاهر أنّه إشارة إلىٰ أنّه لا فرق بين تملّك المنفعة والإنتفاع فإنّ المراد من كون الخراج له أنّه ينتفع بمنافعه مجّاناً سواء كان ذلك لملكيّة المنفعة أو الإنتفاع.

(٥) أي الحاصل من هذه المعاني المختلفة في رواية الخراج بالضّمان.

(٦) وهو الخراج بالضّمان.

(٧) أقول محصّل الكلام في المقام انّ «الخراج بالضّمان» موهون سنداً ودلالة امّا سنداً فلانّه مرويّ بطرقنا مرسلاً ولا عبرة بالمراسيل ما لم تنجبر بعمل المشهور وقد عرفت أعراض المشهور عن المدلول الّذي استظهره ابن حمزة.

(٨) أي لأجل رواية الخراج بالضّمان الّتي هي قاصرة سنداً ودلالة لا ترفع اليد عن القواعد المسلّمة في الفقه.

(٩) أي قول صاحب الوسيلة بعدم ضمان المنافع المستوفاة[أ].

(١٠)

(أ) راجع وسائل الشيعة ج ١٤ ص ٥٩٢ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء الحديث ٤.

وعوض اللّبن[١] بل عوض كلّما انتفع وفيه[٢] انّ الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة أنّ مالك العين جعل خراجها[٣] له بازاء ضمانها[٤] بالثّمن لاماكان فساده من جهة التّصرف في مال الغير واضعف من ذلك[٥] ردّه[٦] بصحيحة أبي ولاد[أ] المتضمّنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاة[٧] ردّا علىٰ أبي حنيفة القائل بأنّه إذا تحقّق ضمان العين ولو بالغصب سقط كراها[٨] كما يظهر[٩] من تلك

---

(١) فإنّ الولد حيث يصبح حرّاً يكون ذلك تفويتاً علىٰ مالك الجارية وكذا لبن الجارية الّذي شربه الولد بل قيمة البضع الّذي استعمله.

(٢) أي في هذا الخبر انّه لا يصلح ردّاً على قول صاحب الوسيلة لأنّ صاحب الوسيلة يقول بعدم الضّمان للمنفعة المستوفاة إذا جعل مالك العين خراجها للمشتري بإزاء ضمانها بالثّمن والرّاد يقول بالضّمان للمنفعة إذا جعل الغاصب الغير المالك خراجها للمشتري بإزاء ضمانها بالثّمن.

(٣) يعني خراج العين للمشتري.

(٤) يعني ضمان العين.

(٥) أي من الرّدّ بما ورد في شراء الجارية المسروقة.

(٦) أي ردّ قول الوسيلة ووجه كونه أضعف أنّه ليس في موردها عقد فاسد حيث إنّ موردها الغصب فلا ربط لها حينئذ بالمقبوض بالبيع الفاسد بخلاف رواية شراء الجارية فإنّ فيها عقداً بين غير مالكين.

(٧) كلمة «المستوفاة» صفة للمنفعة ومراده ﷺ بالمنفعة المستوفاة في هذا الصّحيحة هو الرّكوب على الدّابّة والسّير بها.

(٨) أي كرى العين.

(٩) أي كما يظهر قول أبي حنيفة بسقوط ضمان الأجرة بسبب ضمان العين من تلك الصحيحة.

(أ) الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ و ٢٩١ وسائل الشّيعة كتاب الإجارة الباب ١٧ الحديث ١.

الصّحيحة[١] نعم لو كان القول المذكور[٢] موافقاً لقول أبي حنيفة في إطلاق القول[٣] بأنّ الخراج بالضّمان انتهضت الصّحيحة وما قبلها[٤] ردّا عليه[٥] هذا كلّه في المنفعة المستوفاة[٦].

«في حكم المنافع غير المستوفاة»: وامّا المنفعة الفائتة[٧] بغير استيفاء فالمشهور فيها[٨] أيضاً الضّمان وقد عرفت عبارة السّرائر المتقدّمة[٩] ولعلّه[١٠] لكون المنافع أموالاً في يد من بيده العين فهي[١١] مقبوضة في يده ولذا[١٢] يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين فتدخل المنفعة في ضمان

---

(١) أقول يعنى يظهر من صحيحة أبي ولّاد قول أبي حنيفة بسقوط الكراء.

(٢) يعني قول صاحب الوسيلة.

(٣) سواء كان بالعقد الصّحيح كما يقول به أصحابنا عدا ابن حمزة أم أعمّ منه ومن العقد الفاسد كما هو رأي ابن حمزة أم أعمّ منهما ومن الأعيان المغصوبة كما يقول به أبو حنيفة.

(٤) وهو نصوص الجارية المسروقة فإنّها أيضاً صالحة لردّ مقالة أبي حنيفة.

(٥) أي علىٰ قول صاحب الوسيلة.

(٦) يعني المنفعة المستوفاة من العين المبتاعة بالبيع الفاسد.

(٧) كما لو لم يحلب الشّاة المشتراة شراءً فاسداً ولم يستعمل الدّار فذهبت منفعتها هباءً.

(٨) أي في المنفعة الفائتة أيضاً الضّمان أي ضمان المشتري.

(٩) في قوله «وفي السّرائر أنّ البيع الفاسد يجري عند المحصّلين مجرى الغصب في الضّمان».

(١٠) يعني ولعلّ ضمان المنافع غير المستوفاة لأجل صدق المال عليها فهي تحت يده وتصرّفه فكما تكون العين مضمونة كذلك المنافع.

(١١) أي المنافع مقبوضة في يد من بيده العين فتشمل قاعدة على اليد ما أخذت على المنافع.

(١٢) أي ولأجل صدق المنافع غير المستوفاة وإنّها في يده وتحت تصرّفه.

المستأجر[١] ويتحقّق قبضُ الثّمن في السّلم[٢] بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمناً[٣] وكذا الدّار المجعول سكناها ثمناً مضافاً[٤] إلى أنّه[٥] مقتضي احترام مال المسلم إذ كونه[٦] في يد غير مالكه مدّة طويلةً[٧] من غير أجرة مناف للإحترام لكن يشكل الحكم[٨] بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقةً بأنّ مجرّد ذلك[٩] لا يكفي في تحقّق الضّمان إلّا أن يندرج في عموم على اليد ما أخذت فلا إشكال في عدم شمول الموصول[١٠] للمنافع وحصولها في اليد بقبض العين

---

(١) فلو لم تكن المنافع مقبوضة لم يكن وجه لدخولها في ضمان المستأجر.

(٢) السّلم عبارة عن كون الثّمن حالاً والمثمن مؤجّلاً.

(٣) فإذا اشترى بكر وزنة من الحنطة عن زيد ليسلّمها له بعد سبعة أشهر وجعل ثمنها خدمة جاريته هند ثمّ سلّم زيد البايع هندا ليستوفي خدمتها صحّ سلما لأنّ الثّمن قد قبضه البايع ولو لم تكن المنفعة قابلة لقبض لزم فساد البيع لأنّ السّلم يحتاج إلى القبض في المجلس وإلّا فلا وهذا ممّا قرّر في محلّه.

(٤) قوله «مضافاً.. إلخ» دليل آخر لإثبات الضّمان للمنفعة الفائتة بغير استيفاء.

(٥) أي ضمان المنافع غير المستوفاة.

(٦) أي كون المبيع بالبيع الفاسد.

(٧) أقول الظّاهر أنّه لا خصوصيّة لطول المدّة كما عن بعض المعاضرين وذلك لأنّ المناط في الضّمان فوت المنفعة الّتي يبذل بإزائها المال سواء كانت المدّة قصيرة أو طويلة.

(٨) يعني يشكل الضّمان الّذي ذهب إليه المشهور.

(٩) أي مجرّد كون المنافع أموالاً حقيقيّة.

(١٠) مراده ﷺ من الموصول كلمة «ما» في قوله ﷺ على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي.

لا يوجب[١] صدق الأخذ ودعوى أنّه[٢] كناية عن مطلق الإستيلاء الحاصل في المنافع بقبض الاعيان مشكلة[٣] وأمّا احترام مال المسلم فإنّما يقتضي عدم حلّ التّصرّف فيه[٤] وإتلافه بلا عوض وإنّما يتحقّق ذلك[٥] في الإستيفاء[٦] فالحكم بعدم الضّمان مطلقا[٧] كما عن الإيضاح أو مع علم البايع بالفساد كما عن

---

(١) قوله «لا يوجب.. إلخ» خبر لمبتدأ مقدّم وهو قوله «وحصولها» أقول لا يخفىٰ أنّ المنافع يراد منها الحكميّة تارة كسكنى الدّار ونحوه والعينيّة أخرى سواء كانت متّصلة كالصّوف أو منفصلة كاللّبن فمورد البحث هو القسم الأوّل وأمّا القسم الثّاني فلا إشكال في شمول الموصول له وصدق الأخذ عليها إذ لا يراد منه القبض باليد وبعبارة أخرى لا يراد منه الأخذ الحسّي بل يعمّ إثبات اليد علىٰ ملك الغير والإستيلاء عليه وذلك حاصل.

(٢) أي الأخذ.

(٣) قوله «مشكلة» خبر لمبتدأ مقدّم وهو قوله «ودعوى» وجه الإشكال أنّ الإستيلاء علىٰ شيء موقوف علىٰ كونه موجوداً خارجيّاً حقيقيّاً ولا يصحّ بالنّسبة إلى المنافع لأنّها أموراً إعتبارية ولا وجود لها حال الإستيلاء على العين هذا ولكن السّيّد ﷺ في الحاشية نفى الإشكال بقوله «لا إشكال فيه» أصلاً إذ من المعلوم أنّ الأخذ ليس بمعنى القبض باليد وإلّا لزم عدم الحكم بالضّمان في كثير من الموارد فراجع.

(٤) أي في المال.

(٥) أي الإتلاف في الإستيفاء أقول الحصر غير مسلّم والإتلاف أعمّ فيمكن تحقّقه بدون الإستيفاء.

(٦) فلا إستيفاء في المنفعة الفائتة.

(٧) أي مع علم البايع بالفساد وجهله به فالإطلاق في قبال تفصيل بعض بين صورتي العلم والجهل.

بعض آخر[١] موافق للأصل[٢] السّليم مضافاً إلىٰ أنّه قد يدّعي شمول قاعدةٍ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده[٣] ومن المعلوم أنّ صحيح البيع لا يوجب ضماناً للمشتري للمنفعة لأنّها له[٤] مجّاناً ولا يتقسّط الثّمن عليها وضمانها[٥] مع الإستيفاء لأجل الإتلاف فلا ينافي[٦] القاعدة المذكورة لأنّها بالنّسبة إلى التّلف لا الإتلاف مضافاً[٧] الى الأخبار الواردة[أ] في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبيعة السّاكتة من ضمان غيرها[٨] في مقام البيان وكذا[٩]

---

(١) مراده من البعض هو العلّامة في القواعد حيث استشكل في ضمان المنافع الفائته فقال «ولا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد ويضمنه وما يتجدّد من منافعه الأعيان أو غيرها مع جهل البايع أو علمه مع الإستيلاء وبدونه اشكال».

(٢) قوله «موافق للأصل» خبر قوله «فالحكم».

(٣) أقول الشّمول والإندراج ممنوع بأنّ المنافع ليست داخلة في مورد عقد البيع لكي يقال إنّ صحيح البيع لا يقتضي ضمانها فلا يقتضي فاسده فالبيع بالنّسبة إلى المنافع لا اقتضاء فيه فعندئذ الإستدلال بالقاعدة في غير مورده.

(٤) أي لأنّ المنفعة تكون للمشتري مجّاناً لكون تمام الثّمن بإزاء نفس العين.

(٥) قوله «وضمانها» مبتدأ خبره قوله «لأجل.. إلخ».

(٦) أي لا ينافي الضّمان مع الإستيفاء قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

(٧) أي ولنا دليل آخر علىٰ عدم ضمان المنافع غير المستوفاة.

(٨) كلمة «السّاكتة» صفة لِـ«الاخبار» وضمير «غيرها» راجع إلى المنافع أي غير المنافع المستوفاة وهذا الغير هو المنافع الفائتة.

(٩) قوله «وكذا» معطوف علىٰ «الاخبار» ومراده أنّ الأمرين المتقدّمين في تلك الأخبار من السّكوت والاولويّة جاريان في صحيحة محمّد بن قيس أيضاً.

(أ) وسائل الشيعة ج ١٤ ص ٥٩٢ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٤.

صحيحة محمّد بن قيس الواردة فيمن باع وليدة[أ] أبيه بغير إذنه فقال ﷺ الحكم أن يأخذ الوليدة وابنها وسكت عن المنافع الفائتة فإنّ عدم الضّمان في هذه الموارد[١] مع كون العين لغير البايع يوجب عدم الضّمان هنا بطر[٢] يق أولى[٣] والإنصاف أنّ للتوقّف في المسألة[٤] كما في المسالك تبعاً للدّروس والتّنقيح[ب] مجالاً[٥] وربّما يظهر من القواعد في باب الغصب عند التّعرّض لأحكام البيع الفاسد اختصاص الاشكال[٦] والتّوقّف بصورة علم البايع علىٰ ما استظهره السّيّد العميد والمحقّق الثاني[ج] من عبارة الكتاب[٧] وعن الفخر حمل

---

(١) وهي الجارية المسروقة والجارية المباعة بغير إذن الأب.

(٢) يعني في المقبوض بالبيع الفاسد.

(٣) أقول وجه الاولويّة انّ محلّ البحث في ضمان المنافع للعين المبيعة مفروض فيما إذا كان البايع هو مالك العين ومورد الخبرين مفروض فيما إذا كانت العين لغير البايع فلو فرضنا عدم الضّمان في مورد لم يكن الدّافع للعين هو المالك فعدمه فيما كان الدّافع هو المالك اولى.

(٤) يعني في مسألة ضمان المشتري للمنفعة الفائتة بغير استيفاء أقول لم يذكر في كلامه ﷺ وجه رفع اليد عن الأصل أو التّوقّف ليكون التّوقّف في المسألة مقتضي الإنصاف.

(٥) كلمة «مجالاً» اسم مؤخّر لـ«انّ» في قوله «انّ للتّوقّف».

(٦) قوله «اختصاص الاشكال» فاعل لقوله «يظهر من القواعد».

(٧) مراده ﷺ من الكتاب هو قواعد العلّامة.

(أ) وسائل الشيعة ج ١٤ ص ٥٩١ الحديث ١.

(ب) التّنقيح الرّائع ج ٢ ص ٣٢.

(ج) جامع المقاصد ج ٦ ص ٣٢٤.

الإشكال[١] في العبارة علىٰ مطلق صورة عدم الإستيفاء فيتحصّل من ذلك كلّه أنّ الأقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة.

الأوّل:[٢] الضّمان وكأنّه للأكثر.

الثاني: عدم الضّمان كما عن الإيضاح[٣].

الثّالث: الضّمان إلّا مع علم البايع[٤] كما عن بعض من كتب[٥] على الشّرايع.

الرابع: التوقّف[٦] في هذه الصّورة[٧] كما استظهره جامع المقاصد والسّيّد العميد من عبارة القواعد.

الخامس: التّوقّف مطلقا[٨] كما عن الدّروس والتّنقيح والمسالك ومحتمل القواعد[أ] كما يظهر[٩] من فخر الدّين وقد عرفت أنّ التّوقّف[١٠] أقرب إلى الانصاف

---

(١) يعني انّ الفخر حمل اشكال العلّامة في الضّمان وعدمه في عباره القواعد علىٰ مطلق صورة عدم الإستيفاء أي سواء علم البايع بالفساد أم لا.

(٢) أقول الأقوال في المسألة ثلاثة وعدّ التّوقّف في الحكم مع العلم بالفساد أو مطلقاً لايخفى ما فيه.

(٣) واستدلّ عليه في عبارته المتقدّمة بقوله ولأنّ مال الغير يجدّد في يده بغير فعلهما.

(٤) أقول لعلّ وجهه كما عن بعض المعاصرين أنّ البايع مع علمه بفساد البيع هو المُقْدِمُ علىٰ تسليط المشتري على المنافع مجّاناً فعندئذ لا وجه لضمان المشتري للمنافع.

(٥) أي كتب حاشية. (٦) أي التّوقّف بأنّه هل يضمن أم لا.

(٧) أي صورة علم البايع.

(٨) حتّىٰ في صورة جهل البايع بالفساد.

(٩) أي كما يظهر محتمل القواعد.

(١٠) يعني التّوقّف مطلقا سواء علم البايع بفساد العقد أم لا.

(أ) راجع قواعد الأحكام ج ١ ص ٢٠٨.

إلاّ أنّ المحكيّ عن التّذكرة أنّ منافع الأموال من العبد والثّياب والعقار[١] وغيرها مضمونة بالتّفويت والفوات[٢] تحت اليد العارية فلو غصب عبداً أو جارية أو ثوباً أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منافعه[٣] سواءٌ أتلفها بأن استعملها أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدّة في يده لايستعملها عند علمائنا أجمع[٤] ولا يبعد أن يراد باليد العارية[٥] مقابل اليد الحقّة فيشمل يد المشتري فيما نحن فيه خصوصاً مع علمه[٦] سيّما مع جهل البايع به[٧] وأظهر منه[٨] ما في السّرائر في آخر باب الإجارة من[٩] الإتّفاق أيضاً علىٰ ضمان منافع المغصوب الفائتة مع قوله في باب البيع انّ البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلاّ في ارتفاع الإثم عن امساكه، انتهى[١٠].

---

(١) العقار مصدر متاع البيت. الضّيعة كلّ ما له أصل وقرار كالأرض والدّار الصبغ الأحمر ج عقارات «المنجد»

(٢) يعني سواء فوّتها أو فاتت هي بدون التّفويت.

(٣) أي ضمن منافع كلّ واحد منها.

(٤) قوله «عند» متعلّق بقوله «مضمونة بالتّفويت والفوات» بمعنىٰ انّ ضمان مطلق المنافع اتّفاقي ثمّ قال العلّامة ﷺ وبه قال الشّافعيّ وأحمد بن حنبل وذلك لأنّ المنافع مضمونة بالعقد الفاسد فتضمن بالغصب كالأعيان.. إلخ.

(٥) يعني ان يراد باليدالعارية فيعبارةالتذكرة «والفوات تحت يد العارية» مقابل الحقّة.

(٦) يعني مع علم المشتري بالعقد الفاسد.

(٧) أي مع جهل البايع بالعقد الفاسد.

(٨) يعني وأظهر من كلام التّذكرة في دعوى الاجماع على ضمان المنافع مطلقاً استوفيت أو فاتت.

(٩) كلمة «من» بيان لـ«ما» في قوله «ما في السّرائر».

(١٠) أي انتهى ما في السّرائر.

وعلىٰ هذا[١] فالقول بالضّمان[٢] لا يخلو عن قوّة وإن كان المتراءي من ظاهر صحيحة أبي ولّاد اختصاص الضّمان في المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به إلىٰ غير محلّ الرّخصة إلّا انّا لم نجد بذلك[٣] عاملاً في المغصوب الّذي هو موردها[٤].

في تعريف المثلي والقيمي

الرّابع[٥] إذا تلف المبيع فإن كان مثليّاً وجب مثله[٦] بلا خلاف إلّا ما يحكي عن ظاهر الاسكافي[٧] وقد اختلف كلمات اصحابنا في تعريف المثلي فـالشّيخ[أ]

---

(١) أقول أشار بهذا الى الاجماع والإتّفاق المنقول في التّذكرة والسّرائر.

(٢) يعني ضمان المشتري للمنفعة الفائتة بغير استيفاء.

(٣) أقول ملخّص كلامه انّ مدلول الرّواية اختصاص الضّمان بـالمنفعة المستوفاة من البغل المتجاوز به إلىٰ غير محلّ الرّخصة فلا يتعدّىٰ عن موردها إلىٰ غيره وهو المقبوض بالعقد الفاسد.

(٤) أي مورد صحيحة أبي ولّاد.

(٥) أي الأمر الرّابع من الأمور المتفرّعة على القبض بالعقد الفاسد.

(٦) أقول هذا هو الدّليل الأوّل على أنّ المثلي يضمن بـالمثل ونـقل الإجـماع تـمهيد للبحث المبسوط عن تعريف المثلي.

(٧) قال الفقيه العاملي بعد عدّ كتب الجماعة المصرّح بأسمائها فـي المتن والمهذّب البارع والمقتصر والتّنقيح.

(أ) المبسوط ج٣ ص٥٩ و٦٠.

وابن زهرة[أ] وابن إدريس[ب] والمحقّق[ج] وتلميذه والعلّامة[د] وغيرهم[١] بل المشهور على ما حكى أنّه ما يتساوى اجزائه من حيث القيمة[٢] والمراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة والمراد بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنّسبة مع قيمة كلّ بعض بالنّسبة بمعنى كون قيمة كلّ بعض بالنّسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين[٣] من حيث المقدار ولذا قيل في توضيحه انّ المقدار منه[٤] إذا كان يسوّى قيمة فنصفه يساوي نصف تلك القيمة ومن هنا[٥] رجّح الشّهيد الثّاني كون المصوغ[٦] من النّقدين قيميا قال إذ لو انفصلت نقصت

---

(١) قال الفقيه العاملى بعد عدّ كتب الجماعة المصرّح باسمائها فى المتن والمهذّب البارع والمقتصر والتنقيح.

(٢) بمعنى إذا كانت قيمة نصف المنّ من الحنطة درهمين مثلاً فكانت قيمة ربع المنّ منها درهماً واحداً.

(٣) فتكون نسبة قيمة ربع المنّ إلى قيمة المنّ كنسبة الرّبع إلى المنّ ويكون قيمة نصف المنّ إلى قيمة المنّ كنسبة النّصف إلى المنّ.

(٤) أي من المثلى.

(٥) أي ممّا عرفت في توضيح التّساوي الّذي قد أخذ في تعريف المثلى يعني عدم صدق هذا التّعريف.

(٦) الذهب والفضّة قيميّا لا مثليّا.

(أ) غنية النّزوع «ضمن الجوامع الفقهيّة» ص ٥٣٧.

(ب) السّرائر ج ٢ ص ٤٨٠.

(ج) شرايع الإسلام ج ٣ ص ٢٣٩ والمراد من تلميذه هو الفاضل الآبي في شرحه على المختصر النّافع راجع كشف الرّموز ج ٢ ص ٣٨٢.

(د) تذكرة الفقهاء ج ٢ ص ٣٨٣.

قيمتها قلت وهذا[١] يوجب أن لا يكون الدّرهم الواحد مثليّاً إذ لو أنكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع[٢] إلّا أن يقال إنّ الدّرهم مثلي بالنّسبة إلى نوعه[٣] وهو الصّحيح ولذا[٤] لا يعدّ الجريش[٥] مثلاً للحنطة ولا الدّقاقة للارز[٦] ومن هنا[٧] يظهر أنّ كلّ نوع من أنواع الجنس الواحد بل كلّ صف من أصناف نوع واحد مثلي بالنّسبة إلى أفراد ذلك النّوع أو الصّنف فلا يرد ما قيل[٨] من أنّه إن أريد التّساوي بالكليّة فالظّاهر عدم صدقه على شيء من المعرّف[٩] إذ ما من مثلي إلّا وأجزائه مختلفة في القيمة كالحنطة[١٠] فإنّ قفيزاً من حنطة تساوي

---

(١) أي هذا المعيار وهو نقص القيمة إذا انكسر.

(٢) حين الاتّصال.

(٣) أقول احترز به عن جنسه الأعمّ من الصحيح والمكسور.

(٤) يعني ولكون المثليّة ملحوظ بالنّسبة إلى النّوع كما وجّهه بقوله إلّا أن يقال لا يعدّ الجريش وهو الحنطة المطحونة بطحن غير «ناعم» «نرم نشده» بحيث تبقى قِطَعاً صغارا أي لا يعد الجريش مِثلاً للحنطة فالحنطة جنس لها أنواع منها الحبّات غير المطحونة ومنها الجريش ومنها الطحين فإذا اشتغلت الذّمة بحقة أي وعاء صغير حنطةٍ لم تفرغ بدفع حقّة من نوع آخر كالجريش.

(٥) قد بيّنّا المراد من الجَريش.

(٦) فحاصل الكلام أنّه يمكن أن يكون شيء واحد مثليّا بالنّسبة إلى مثله وقيميّا بالنّسبة إلى أجزائه فالآنية النّقديّة مثليّة بالنسبة إلى سائر الأواني وقيميّة بالنسبة إلى أجزائها.

(٧) أي ومن انّ الدّرهم إذا أضيف إلى نوعه يعدّ مثليّا.

(٨) أقول القائل هو المحقّق الأردبيلي في كتابه مجمع البرهان.

(٩) بصيغة اسم المفعول.

(١٠) حيث إنّ الحنطة مثليّ مع عدم صدق التّعريف المذكور.

عشرة[١] ومن أخرى تساوي عشرين وإن أريد التّساوي في الجملة فهو في القيمي موجود كالثّوب والأرض، انتهى[٢].

وقد لوّح[٣] هذا المورد في آخر كلامه إلىٰ دفع ايراده بما ذكرنا من[٤] أنّ كون الحنطة مثليّة معناه انّ كلّ صنف منها متماثل الأجزاء ومتساوٍ في القيمة لا بمعنىٰ أنّ جميع أبعاض هذا النّوع متساوية في القيمة فإذا كان المضمون بعضاً من صنف[٥] فالواجب دفع مساويه من هذا الصّنف لا القيمة ولا بعض من صنف آخر لكنّ الانصاف انّ هذا[٦] خلاف ظاهر كلماتهم فإنّهم يطلقون المثلي علىٰ جنس الحنطة والشّعير ونحوهما مع عدم صدق التّعريف[٧] عليه[٨] وإطلاق المثلي على الجنس باعتبار مثليّة أنواعه أو اضافة وإن لم يكن بعيداً إلّا انّ انطباق التّعريف على الجنس بهذا الإعتبار[٩] بعيد جدّا[١٠] إلّا ان يهملوا خصوصيّات

---

(١) فإنّ قفيزاً من الحنطة الكربلائيّة أو الربيعيّة تساوي عشرة وقفيز أخرى أيضاً منها تساوي عشرة فهو أي التّساوي في الجملة موجود في بعض القيميّات أيضاً كالأرض وبعض أصناف الثوب.

(٢) أي انتهى كلام المورد.

(٣) أي أشار هذا المورد.

(٤) كلمة «من» بيان لِـ«ما» في قوله «بما ذكرنا».

(٥) يعني فإذا كان المضمون بعضاً من صنف حنطة الكربلائيّة فالواجب حين الأداء الدّفع من الكربلائيّة لا دفع بعضٍ صنف الحنطة الأخرى.

(٦) وهو كون الحنطة مثليّة معناه أنّ كلّ صنفٍ منها متماثل الأجزاء ومتساوٍ في القيمة.

(٧) وهو ما يتساوى أجزائه من حيث القيمة.

(٨) يعني على جنس الحنطة والشّعير.

(٩) أي باعتبار مثليّة الأنواع أو الأصناف.

(١٠) أقول للزوم المسامحة في التعريف لأنّه يحتاج إلى الأضمار أي ما يتساوي أجزاء أنواعه او أصنافه ومن المعلوم أنّ البناء فيه ليس على المسامحة بل البناء على العدم.

الأصناف[١] الموجبة لزيادة القيمة ونقصانها كما التزمه بعضهم[٢] غاية الأمر وجوب رعاية الخصوصيّات عند أداء المثل عوضاً عن التّألّف أو القرض وهذا[٣] ابعد هذا[٤] مضافاً إلىٰ أنّه يشكل اطراد التّعريف بناءً علىٰ هذا[٥] بأنّه إن أريد تساوي الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساوياً حقيقياً فقلّ ما يتّفق ذلك[٦] في الصّنف الواحد من النّوع لأنّ اشخاص ذلك الصّنف لا يكاد يتساوي في القيمة لتفاتها بالخصوصيّات الموجبة لزيادة الرّغبة ونقصانها كما لا يخفى وإن أريد تقارب أجزاء ذلك الصّنف من حيث القيمة وإن لم يتساو حقيقة[٧] تحقّق ذلك[٨] في أكثر القيميات فإنّ لِنوع الجارية اصنافاً متقاربة ولذا[٩] اختار العلّامة في باب القرض من التّذكرة علىٰ أنّ «ما» يصحّ فيه السّلم من القيميات مضمون

---

(١) أقول بأن يراد من المثلي مطلق الحنطة والشّعير وهذا وإن كان يقتضي حصول البراءة بأداء التّالف من أيّ صنف إلّا أنّه يجب مراعاة الخصوصيّة المتموّلة عند إرادة تفريغ الذّمّة.

(٢) وهو اهمال الخصوصيّات في الاصناف.

(٣) أي الإلتزام بإهمال الخصوصيّات.

(٤) أي خذ ما ذكر من اشكالات الواردة على التّعريف.

(٥) أي بناءً على تقدير إرادة الصنف من الجنس في التّعريف بأنّه لا يصحّ أن يراد من التّساوي التّساوي الحقيقي لاستلزامه خروج أكثر المثليّات.

(٦) أي التّساوي الحقيقي.

(٧) بمعنىٰ أن يراد من التّساوي التّساوي العرفي المسامحي.

(٨) أي تحقّق ذلك التّساوي القيمي وإن لم يتساو حقيقة.

(٩) يعني لأجل التّقارب وتحقّقه الّذي يوجب التّساوي العرفي في القيميّات.

في القرض بمثله[١] وقد عدّ الشّيخ في المبسوط[٢] الرّطب والفواكه من القيميات مع انّ كل نوع منها مشتمل علىٰ أصناف متقاربة في القيمة بل متساوية عرفا ثمّ لوفرض انّ الصّنف المتساوي من حيث القيمة في الأنواع القيميّة عزيز الوجود[٣] بخلاف الأنواع المثليّة لم يوجب ذلك[٤] اصلاح طرد التّعريف نعم يوجب ذلك[٥] الفرق بين النّوعين في حكمة الحكم بضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة ثمّ انّه قد عرّف المثلى بتعاريف اخر أعمّ من التّعريف المتقدّم[٦] أو

---

(١) قال ﷺ في التّذكرة مال القراض إن كان مثليّاً وجب ردّ مثله اجماعاً إلى قوله وإن لم يكن مثليّا فإن كان ممّا ينضبط بالوصف وهو ما يصحّ السّلف فيه كالحيوان والثّياب فالأقرب أنّه يضمنه بمثله من حيث الصّورة لأنّ النبيّ ﷺ استقرض بكرا وردّ بازلاً.. إلخ والمقصود من نقل قوله ﷺ الإستشهاد على أنّ القيميّات أيضاً من ذوات الامثال بحيث تشتغل ذمّة النّاس في ضمانها بالمثل.

(٢) غرضه ﷺ من ذلك أيضاً الإستشهاد على تحقّق التّقارب الموجب للتّساوي العرفي في القيميّات.

(٣) يعني نادر الوجود وذلك لأنّ الغالب تفاوت أفراد القيميّات.

(٤) يوجب ذلك الفرق بندرة التساوي في القيمي وكثرة التّساوي في المثلى بين النّوعين المثلى والقيمى في حكمة الحكم بضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة فعندئذ يقال انّ المثل لمّا كان نادراً في القيميّات أوجب الشّارع القيمة ولمّا كان كثيراً في المثليّات أوجب الشّارع المثل وحاصل الكلام أنّ عزّة وجود الصّنف المتساوي الأجزاء من حيث القيمة في الأنواع القيميّة لا تكون موجبة لخرق تعريف المثلي بأنّه ما تساوت أجزائه بعدم كونه مانعاً للأغيار بل يشمل القيميّات المتساوية للأجزاء.

(٥) أقول أشار بذلك إلى عزة الوجود وندرته.

(٦) أقول كتعريف غاية المراد بأنّه ما تساوى اجزائه في الحقيقية النّوعيّة فإنّه أعمّ من التّعريف المتقدّم وهو تعريف المشهور بأن المثلى ما يتساوى أجزائه من حيث القيمة.

اخصّ[١] فمن التّحرير[أ] أنّه ما تماثلت أجزائه وتقاربت صفاته[٢] وعن الدّروس والرّوضة البهيّة أنّه المتساوي الاجزاء والمنفعة[٣] المتقارب الصّفات[٤][ب] وعن المسالك[ج] والكفاية[د] أنّه[٥] أقرب التّعريفات الى السّلامة[٦] وعن غاية المراد ما

---

(١) أقول كتعريف الدّروس والرّوضة انّه المتساوي الأجزاء والمنفعة المتقارب الصّفات فإنّه أخصّ من تعريف المشهور لاعتبار التّساوي الأجزاء والمنفعة المتفاوت الصّفات فإنّه أخصّ من تعريف المشهور لاعتبار التّساوي في المنفعة والتّقارب في الصّفات هنا بعد اعتبار المساواة في القيمة المعتبرة في تعريف المشهور ومن البيّن أنّه إذا كانت صبرة بكر بحيث يحصل من مقدار منها الخبز أكثر ممّا يحصل من ذلك المقدار من صبرة زيد ولكن كان خبز صبرة زيد الذّ من خبز صبرة بكرٍ فتساوى من هذه الجهة في القيمة صدق تعريف المشهور عليهما دون تعريف الدّروس والرّوضة لعدم اعتبار التّساوي في المنفعة هناك على خلاف هذا التّعريف.

(٢) أقول فالحنطة أو الشّعير كذلك بخلاف الجارية والعبد مثلا.

(٣) قال المحقّق القمي ﷺ في ما حكى عنه «ولعلّ المنفعة في كلامه عطف على القيمة المقدّرة يعني المتساوي الأجزاء في القيمة والمنفعة».

(٤) أقول حيث إنّ منفعة بعض أجزاء الحنطة أو الشّعير كمنفعة بعض أجزائها الآخر وليست منفعة هذه الجارية أو العبد متساوية لمنفعة جارية أخرى أو عبد آخر كما عرفته آنفاً.

(٥) أي التّعريف السّابق عن الدّروس والرّوضة.

(٦) أي السّالم عن الإشكال بطرده أو عكسه.

(أ) تحرير الأحكام ج ٢ ص ١٣٩.

(ب) الدّروس الشّرعيّة ج ٣ ص ١١٣.

(ج) مسالك الافهام ج ١٢ ص ١٨٣.

(د) كفاية الأحكام للمولى محمّد الباقر السّبزواري ص ٢٥٧.

تساوي أجزائه في الحقيقة النّوعيّة[١] وعن بعض العامّة أنّه ما قدّر بالكيل أو الوزن[٢] وعن آخر منهم زيادة جواز بيعه سلماً وعن ثالث منهم زيادة جواز بيع بعضه ببعضٍ[٣] إلىٰ غير ذلك ممّا حكاه في التّذكرة عن العامّة ثمّ لا يخفى أنّه ليس للفظ المثلي حقيقة شرعيّة[٤] ولا متشرّعة[٥] وليس المراد معناه اللّغوي إذ المراد بالمثل لغةً المماثل فإن أريد[٦] من جميع الجهات فغير منعكس[٧] وإن أريد من بعضها[٨] فغير مطرّد[٩] وليس في النّصوص حكم يتعلّق بهذا العنوان[١٠] حتّىٰ يبحث عنه نعم وقع هذا العنوان[١١] في معقد اجماعهم علىٰ أنّ المثلى يضمن بالمثل وغيره بالقيمة ومن المعلوم انّه لا يجوز الإتّكال في تعيين معقد الإجماع علىٰ قول بعض

---

(١) مقابل ما تختلف أجزائه في الحقيقة النوعيّة كالجارية والعبد بخلاف القسمين من الحنطة والشّعير.

(٢) كاللبن والحنطة والشّعير ونحوها.

(٣) كجواز بيع قسم من الحنطة بمثلها كيلاً أو وزناً وكذا الشّعير والتّمر.

(٤) بأن يكون الشّارع نقله من معناه اللّغوي الى معنىٰ آخر.

(٥) بأن يكون المتشرّعة نقلوه من معناه اللّغوي إلى معنىٰ خاصّ.

(٦) يعني فإن أريد المماثل من جميع الجهات فالتّعريف غير جامع للافردا حيث انّ الحنطة مثلى عندهم والحال انّ بعض أفراد الحنطة ليس مماثلاً لبعض الآخر من جميع الجهات للفرق الواضح بين الاقسام والأجزاء.

(٧) يعني غير شامل للأفراد وغير مانع عن دخول أفراد القيمي في التعريف.

(٨) أي وإن أريد المماثل من بعض الجهات.

(٩) أي غير مانع للاغيار وذلك لأنّ الجارية الّتي ليست مثليّته في عرف الفقهاء بعض أفرادها تماثل بعضها الآخر في بعض الجهات.

(١٠) يعني بعنوان انّ المثلي حكمه كذا عند الفقهاء.

(١١) يعني عنوان المثلي.

المجمعين مع مخالفة الباقين وحينئذ[١] فينبغي أن يقال كلّما كان مثليّاً باتّفاق المجمعين فلا اشكال في ضمانه[٢] بالمثل ويبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم كالذّهب والفضّة الغير المسكوكين فإنّ صريح الشّيخ في المبسوط كونهما من القيميّات وظاهر غيره كونهما مثليين وكذا الحديد والنّحاس والرّصاص[٣] فإنّ ظواهر عبائر المبسوط(أ) والغنية(ب) والسّرائر(ج) كونها قيميّة وعبارة التّحرير(د) صريحة في كون أصولها[٤] مثليّة وإن كان المصوغ منها قيميّاً وقد صرّح الشّيخ في المبسوط بكون الرّطب والعنب قيميّاً والتّمر والزّبيب[٥] مثليّاً وقال في محكيّ المختلف إنّ في الفرق[٦] اشكالاً بل[٧] صرّح بعض من قارب

---

(١) أي حين إذ لم يكن للفظ المثلي حقيقة شرعيّه ولا متشرّعة ولم يكن المراد معناه اللغوي.

(٢) أي في ضمان المثلي بالمثل.

(٣) ارزيز.

(٤) يعني أصول الحديد والنّحاس والرّصاص قبل أن يصوغ منها الأواني وغيرها.

(٥) الزّبيب ما جفّ من العنب أو التّين.

(٦) أقول قال بعد نقل كلام الشّيخ ﷺ «وفي الفرق اشكال».

(٧) أقول وجه الاضراب انّ العلّامة لم يجزم بمثليّة الرّطب والعنب وإنّما استشكل في الفرق بين العنب والزّبيب بجعل العنب قيميّا والزّبيب مثليّا وامّا المحقّق القمّي ﷺ فلم يتردّد في مثليّة الرّطب والعنب فيكون مخالفاً للشّيخ الطّوسي.

(أ) ج ٣ ص ٦٠ و ٦١.

(ب) غنية النّزوع ص ٥٣٧.

(ج) السّرائر ج ٢ ص ٤٨٠.

(د) تحرير الأحكام ج ٢ ص ١٣٩.

عصرنا[أ] بكون الرّطب والعنب مثليين وقد حكى[١] عن موضع من جامع المقاصد انّ التّوب مثليّ والمشهور خلافه[٢] وأيضاً وقد مثّلوا للمثلي بالحنطة والشّعير ولم يعلم أنّ المراد نوعهما أو كلّ صنفٍ وما المعيار في الصّنف وكذا التّمر[٣] والحاصل أنّ موارد عدم تحقّق الإجماع على المثليّة فيها كثيرة فلابدّ من ملاحظة انّ الأصل الّذي يرجع إليه[٤] عند الشكّ هو الضّمان بالمثل أو بالقيمة أو تخيير المالك[٥] أو الضّامن[٦] بين المثل والقيمة ولا يبعد أن يقال إنّ الأصل[٧] هو تخيير الضّامن

---

(١) أقول هذا مورد رابع ممّا اختلف الفقهاء في كونه مثليّاً أو قيميّاً قال المحقّق الثّاني ﷺ بعد نقل تعريف المبسوط «ونقض بالثّوب ونحوه فإنّ قيمة أجزائه متساوية وليس بمثلي[ب] ولم يظهر انّ النّقض بالثّوب منه أو من غيره من الفقهاء.

(٢) بمعنىٰ أنّ الثّوب قيمي عند المشهور.

(٣) يعني أنّ المشهور مثّلوا للمثلي بالتّمر ولم يعلم أنّ المراد نوعه او كلّ صنف.

(٤) المراد بهذا الأصل أعمّ من الأصل العملي من البرائة والإشتغال ومن الأصل اللّفظي لمّا سيأتي من الإستدلال بحديث «على اليد» على تخيير المالك أقول حاصل الكلام في المقام أنّه لو شكّ في كون الشّيء مثليّا أو قيميّا فهل الأصل اللفظي يقتضي فيه الضّمان بالمثل أو القيمة أو تخيير الضّامن أو تخيير المالك أو الرّجوع الى القرعة أو الصّلح القهري فيه وجوه وأقوال تعرّض بها الفقهاء في مورده.

(٥) بين أن يأخذ المثل أو القيمة.

(٦) بين أن يعطي المثل أو القيمة ويمكن أن يقال انّ الأصل هو تخيير الضّامن لإصالة برائة ذمّته عمّا زاد على ما يختاره.

(٧) يعني الأصل الّذي كان من الأصول العمليّة.

(أ) وهو المحقّق القمّي في كتابه جامع الشّتاب ج ٢ ص ٥٤٣ و ٥٤٤.

(ب) جامع المقاصد ج ٦ ص ٢٤٣ و ٢٤٤ والحاكي عنه هو السّيد العاملي في كتابه مفتاح الكرامة ج ٦.

لِاَصالةِ برائة ذمّته عمّا زاد علىٰ ما يختاره[١] فإن فرض اجماع علىٰ خلافه[٢] فالأصل[٣] تخيير المالك لإصالة عدم برائة ذمّته[٤] بدفع «ما» لا يرضى به المالك مضافاً إلىٰ عموم[٥] على اليد ما أخذت حتّىٰ تؤدّي فإنّ مقتضاه[٦] عدم ارتفاع الضّمان بغير أداء العين خرج ما إذا رضى المالك بشيء آخر[٧] والأقوى تخيير المالك[٨] من اوّل الأمر[٩] لإصالة الإشتغال والتّمسّك بإصالة البرائة لا يخلو من منع[١٠] نعم يمكن أن يقال بعد عدم الدّليل لِترجيح أحد الأقوال والإجماع علىٰ عدم تخيير المالك التّخيير[١١] في الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين

---

(١) فإن اختار الضّامن أن يعطي المثل وأردا المالك أن يأخذ القيمة فالأصل برائة ذمّة الضّامن عن القيمة الّتي زادت على المثل الّذي اختاره الضّامن.

(٢) يعني خلاف تخيير الضّامن.

(٣) يعني الأصل الّذي هو من الأصول العمليّة.

(٤) يعني ذمّة الضّامن.

(٥) حيث إنّ عموم على اليد يدل أيضاً على تخيير المالك.

(٦) يعني مقتضي عموم على اليد.

(٧) يعني بشيء آخر من المثل أو القيمة فإذا لم يرض المالك كان مقتضى عموم على اليد بقاء الضّمان في ذمّة الضّامن.

(٨) أقول يعني من غير النّظر إلى الإجماع على عدم تخيير الضّامن بل مع قطع النّظر عنه لإصالة الإشتغال.

(٩) حيث انّ ذمّة الضّامن مشغولة ما لم يرض المالك بما يريد من المثل أو القيمة.

(١٠) أقول وذلك لأنّ المقام من المتباينين لا الأقلّ والأكثر ومن البيّن انّ المرجع في المتباينين الإشتغال.

(١١) يعني تخيير الضّامن في الاداء.

أعني تعيّن المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة ولا للضّامن الإمتناع[١] و تعيين القيمة[٢] كذلك[٣] فلا متيقّن في البين[٤] ولا يمكن البرائة اليقينيّة عند التّشاح[٥] فهو[٦] من باب تخيير المجتهد في الفتوى فتأمّل[٧].

هذا ولكن يمكن أن يقال[٨] انّ القاعدة المستفادة من اطلاقات[٩] الضّمان

---

(١) أي ولا يكون للضّامن الإمتناع عن اعطاء المثل.

(٢) يعني تعيين اعطاء القيمة.

(٣) يعني بحيث لا يكون للمالك مطالبة المثل ولا للضّامن الإمتناع عن اعطاء القيمة.

(٤) بمعنىٰ أنّه ليس المثلي والقيمي من قبيل الأقلّ والأكثر لكي يكون الأقلّ هو المتيقّن بل هما كما عرفت متباينان فلا تجري البرائة عندئذ في المثليّة.

(٥) بأن لا يأذن الضّامن إلّا بقبض ما عليه واقعاً ولا يرضى المالك أيضاً إلّا بماله واقعاً والمفروض جهلهما بالواقع فلا يمكن عندئذٍ تحصيل اليقين بالبرائة.

(٦) يعني ما نحن فيه أعني تشاح المالك والضّامن على المثل أو القيمة من قبيل تخيير المجتهد في الفتوى.

(٧) إشارة إلى أنّه لا دليل في المقام على التّخيير بالخصوص بعد إمكان الجمع والبناء على التّخيير عند تعارض الخبرين مع فقد التّرجيح والمرجّح امّا للأدلّة الخاصّة الدّالّة عليه بناء على اصالة التّساقط في المتعارضين أو لكونه مقتضي قاعدة التّزاحم وعلى أيّ التّقدير ليس المقام منه.

(٨) مراده ﷺ أن يبيّن بيان الحال على مقتضى القواعد الشّرعيّة بعد ذكره الأصل العملي.

(٩) أقول كقوله من أتلف مال الغير فهو له ضامن وعلى اليد ما أخذت[أ].

(أ) راجع عوالي للنالي ج١ ص٢٢٤. الحديث ١٠٦.

في المغصوبات[١] والامانات المفرّط فيها[٢] وغير ذلك هو الضّمان[٣] بالمثل لأنّه[٤] أقرب الى التّالّف من حيث الماليّة والصّفات ثمّ بعده[٥] قيمة التّالّف من النّقدين[٦] وشبههما لأنّهما أقرب من حيث الماليّة لأنّ ما عداهما[٧] يلاحظ مساواته للتالّف بعد إرجاعه إليهما ولأجل الإتّكال على هذا الظّهور[٨] لاتكاد

---

(١) أقول كرسلة حمّاد بن عيسى عن العبد الصّالح عليه السلام «لأنّ الغصب كلّه مردود»[أ].

(٢) أقول منها ما ورد في ضمان الدّابّة كمعتبرة عليّ بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال «سألته عن رجل استأجر دابّة فأعطاها غيره فنفقت ما عليه قال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها وإن لم يسمّ فليس عليه شيء»[ب] حيث أنّ الدّابّة أمانة بيد المستأجر فرّط فيها بمخالفته للشّرط فضمنها ولم يذكُر عليه السلام انّ ضمانها بالمثل أو بالقيمة وغير ذلك أي غير المغصوب وغير الأمانة المفرّط فيها كعارية الذّهب والفضّة أو العارية المشروط فيها الضّمان فإنّ المستعير ضامن إن لم يكن مفرّطاً كما ورد في صحيحة عبدالله بن سنان قال قال أبو عبدالله لا تضمن العارية إلّا أن يكون قد اشترط فيها ضمان إلّا الدّنانير فإنّها مضمونة وإن لم يشترط ضمانا.

(٣) قوله «هو الضّمان بالمثل» خبر قوله «إنّ القاعدة المستفادة».

(٤) أي لأنّ المثل العرفي أقرب إلى التّالّف.

(٥) يعني بعد الضّمان بالمثل أي تأخّر جواز دفع القيمة عن تعذّر المماثل العرفيّ.

(٦) أي من الدّرهم والدّينار.

(٧) أي ما عدا النّقدين.

(٨) وهو إمكان استفادة ضمان الضّامن بالمثل من الإطلاقات الواردة في ضمان المغصوبات.

(أ) وسائل الشيعة ج١٧ ص٣٠٩ الباب ١ من أبواب الغصب الحديث ٣.

(ب) وسائل الشيعة ج١٣ ص٢٥٥ الباب ١٦ من أبواب الإجارة الحديث ١.

تظفر علىٰ مورد من هذه الموارد[١] علىٰ كثرتها[٢] قد نصّ المشهور علىٰ ذكر المضمون به[٣] بل كلّها إلّا ما شذّ وندر[٤] قد أطلق فيها[٥] الضّمان فلولا الإعتماد علىٰ ما هو المتعارف لم يحسن من الشّارع اهماله[٦] في موارد البيان وقد استدلّ في المبسوط والخلاف علىٰ ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[٧] بتقريب أنّ مماثل ما اعتدى هو المثل في المثلي والقيمة في غيره واختصاص الحكم بالتّلف[٨] عدواناً لا يقدح بعد عدم القول بالفصل وربّما يناقش في الآية بأنّ مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الإعتداء[٩] لا المعتدي

---

(١) أي الموارد الّتي قد حكم الشّارع فيها بالضّمان من الأمانة المفرّط فيها والغصب وغيرهما.

(٢) أي على كثرة الموارد.

(٣) أي المال الّذي يقع في مقابل التّالف.

(٤) أقول وذلك كجز اسحاق المتقدّم في بيع الجارية المسروقة وصحيح أبي ولّاد ونحوهما فراجع.

(٥) أي أطلق في هذه الموارد الضّمان للإعتماد على ما هو المتعارف الّذي هو الضّمان بالمثل.

(٦) يعني إهمال المضمون به.

(٧) سورة البقرة: الآية ٩١.

(٨) وهو وجوب المثل في المثلي والقيمة في القيمي.

(٩) أقول هذا هو الوجه الثّاني من المناقشة والمناقش هو السّيد العلّامة الطّباطبائي ﷺ حيث قال في انكار تعلّق الحكم بعنوان المثلي ما لفظه «وفيه نظر لاحتمال كون المراد بالمثل فيه مثل أصل الإعتداء لا مثل المعتدي فيه الّذي هو ما نحن فيه فإنّ كلامنا هنا في تلف المقبوض بالعقد الفاسد لا في إتلافه عدواناً.

به[١] وفيه نظر[٢] نعم الانصاف عدم وفاء الآية كالدّليل السّابق[٣] عليه[٤] بالقول المشهور[٥] لأنّ مقتضاهما[٦] وجوب المماثلة العرفيّة في الحقيقة والماليّة وهذا يقتضي اعتبار المثل حتّىٰ في القيميّات سواء وجد المثل فيها أم لا أمّا مع وجود المثل فيها[٧] كما لو اتلف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات فإنّ مقتضى العرف والآية الزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك ولو بأضعاف[٨] قيمته ودفعه إلى مالك الذّراع المتلف[٩] مع انّ القائل بقيمة الثّوب لا يقول به[١٠] وكذا لو أتلف عليه[١١] عبداً

---

(١) مراده ﷺ من «المعتدي به» هو الشّعير بإزاء الشّعير مثلا.

(٢) وجه النّظر أنّ ظاهر الآية اعتبار المماثلة من جميع الجهات بمعنىٰ أنّ الآية تدلّ على الكميّة فإذا أضرّ بك بمقدار درهم جاز التّقابل بمقدار درهم وتدلّ أيضاً على التّقابل بكيفيّة المعتدي به كما لو كان اضراراً بسلب الملح مثلاً كان لك أخذ الملح.

(٣) أقول مراده ﷺ من الدّليل السّابق عليها هو الإتّكال على ظهور إطلاقات أدلّة الضّمان والإعتماد على ماهو المتعارف الّذي أفاده المصنّف ﷺ بقوله ولكن يمكن أن يقال.. إلخ.

(٤) أي على قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ﴾.. إلخ.

(٥) قوله «بالقول» متعلّق بـ«وفاء» والمراد من القول المشهور هو ضمان المثل في المثلي والقيمة في القمي.

(٦) أي مقتضي الآية والدّليل السّابق.

(٧) يعني في القيميّات.

(٨) ضعف الشّيء مثله في المقدار أو مثله وزيادة فقولهم «لك ضعفه» يعني لك مثلاه أو ثلاثه أمثاله أو أكثر «أضعاف».

(٩) لأنّه مثله حقيقة وقيمة.

(١٠) يعني لا يقول بتحصيل ذراع آخر من ذلك الكرباس لأنّهم يقولون بوجوب القيمة في القيميّات وإن وجد المثل.

(١١) أي أتلف المتلف على المالك.

وله[١] في ذمّة المالك بسبب القرض أو السّلم عبد موصوف بصفات التّالف[٢] فإنّهم لا يحكمون بالتّهاتر القهري كما يشهد به[٣] ملاحظة كلماتهم في بيع عبد من عبدين نعم ذهب جماعة منهم الشّهيدان في الدّروس والمسالك إلى جواز ردّ العين المقترضة[٤] إذا كانت قيميّة لكن لعلّه[٥] من جهة صدق أداء القرض بأداء العين لا من جهة ضمان القيمي بالمثل ولذا اتّفقوا على عدم وجوب قبول غيرها وإن كان[٦] مماثلاً لها[٧] من جميع الجهات وامّا[٨] مع عدم وجود المثل للقيمي التّالف فمقتضي الدّليلين[٩] عدم سقوط المثل من الذّمّة بالتعذّر كما لو تعذّر المثل

---

(١) أي للمتلف.

(٢) بمعنىٰ إذا اقترض مالك العبد التّالف من الشّخص المُتلِف قبل التّلف عبدا موصوفا بصفات العبد التّالف فإنّهم لا يحكمون بالتّهاتر القهري الّذي هو عبارة عن ثبوت طلبٍ لِشَخْصٍ بذمّة بكر قدره مأة دينا فباع زيد للدّائن مأة طن من الحنطة بمبلغ قدره مأة دينار فاشتغلت ذمّة كلّ واحد من الدّائن والمدين الّذي هو البايع بمثل ما اشتغلت ذمّة الآخر وهي مأة دينار فإنّ الدّائن اشتغلت ذمّته بثمن الحنطة والمدين اشتغلت ذمّته بالدّين الّذي جاء من قبل الدّائن فتسقط ذمّة كلّ واحد منهما سقوطا قهرياً يسمّى «بالتّهاتر».

(٣) أي بعدم حكم الفقهاء بالتّهاتر القهري.

(٤) بمعنىٰ أنّ جواز ردّ العين المقترضة يدلّ على تقديم الشّهيدين وغيرهما المثل على القيمة في القيمي إذا وجد المثل له.

(٥) أي لعلّ ذهاب جماعة إلى جواز ردّ العين المقترضة.

(٦) أي وإن كان غير العين المقترضة مماثلاً للعين المقترضة.

(٧) أي للعين المقترضة.

(٨) قوله «امّا مع عدم المثل للقيمي التّالف» هو شق آخر لمقتضى الدّليلين اعتبار المثل حتّىٰ في القيميّات والشقّ الأوّل هو قوله «امّا مع وجود المثل فيها.. إلخ.

(٩) قد عرفت إنّ المراد منهما الآية والعرف.

في المثلى فيضمن بقيمته[١] يوم الدّفع كالمثلي ولا يقولون به[٢] وأيضاً فلو فرض نقصان المثل عن التّالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً[٣] فمقتضي ذلك[٤] عدم وجوب إلتزام المالك بالمثل لاقتضائهما[٥] اعتبار المماثلة في الحقيقة والماليّة مع انّ المشهور كما يظهر من بعض إلزامه[٦] به وإن قوّى خلافه بعض[٧] بل ربّما احتمل جواز دفع المثل ولو سقط من القيمة[٨] بالكليّه وإن كان الحقّ خلافه[٩] فتبيّن أنّ النّسبة بين مذهب المشهور ومقتضي العرف[١٠] والآية عموم من وجه فقد يضمن بالمثل بمقتضي الدّليلين[١١] ولا يضمن به عند المشهور كما في المثالين المتقدّمين[١٢] وقد ينعكس الحكم[١٣] كما في المثال الثّالث[١٤] وقد

---

(١) أي بقيمة التّالف وهذه نتيجة بقاء المثل في الذّمّة سواء في المثلى والقيمي.

(٢) يعني والحال أنّ المشهور لا يقولون بضمان قيمة يوم الأداء في القيمي.

(٣) بأن كان التّالف من الحنطة يسوي مثلاً ألف دينار ثمّ رخصت فصارت خمسمأة دينار.

(٤) يعني مقتضي اعتبار المماثلة جنسا وقيمة لأنّه المثل حقيقة.

(٥) أي لاقتضاء الدّليلين السّابقين.

(٦) أي إلزام المالك بالمثل.

(٧) يعني بعض الفقهاء.

(٨) أقول مثّلوا به الثّلج في الشّتاء.

(٩) يعني خلاف دفع المثل.

(١٠) يعني مقتضي اطلاقات الضّمان الّذي استفاده العرف.

(١١) أحدهما مقتضي اطلاقات الضّمان وثانيهما آية الإعتداء.

(١٢) وهما مثال الثّوب والعبد.

(١٣) أقول يعني يحكم بضمان القيمة في المثلى بمقتضى الدّليلين وبضمان المثل عند المشهور.

(١٤) وهو نقصان قيمة المثل عن قيمة التّالف نقصاناً فاحشاً.

يجتمعان في المضمون به كما في أكثر الأمثلة[١] ثمّ انّ الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة على تقدير تحقّقه[٢] لا يجدى بالنّسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه[٣] قيميّا ففي موارد الشكّ يجب الرّجوع إلى المثل بمقتضي الدّليل السّابق[٤] وعموم الآية[٥] بناءً على ما هو الحقّ المحقّق من[٦] العام المخصّص[٧] بالمجمل مفهوماً المتردّد[٨] بين الأقلّ[٩] والأكثر[١٠]

---

(١) أقول مراده من أكثر الأمثلة أكثر الأمثلة الواقعيّة للضّمان كما لو اتلف حنطة كانت قيمته عند الدّفع مساوية لقيمة وقت التّلف لأنّ المشهور يقولون بوجوب دفع المثل وكذلك هو مقتضى إطلاقات الضّمان وآية الإعتداء.

(٢) يعني تحقّق الإجماع.

(٣) الضّمير المذكّر راجع إلى «ما» في قوله بالنّسبة إلى «ما».

(٤) وهو مقتضي إطلاقات الضّمان الظاهرة في المثل بحسب فهم العرف.

(٥) يعني آية الإعتداء.

(٦) كلمة «من» بيان لِـ«ما» في قوله «بناءً على ما».

(٧) أقول مراده من العامّ آية الإعتداء فإنّ عمومها يقتضي الضّمان بالمثل حتّىٰ في القيمي والمراد من المجمل هنا القيمي لتردّدد مفهومه بين الأقلّ وهو الأشياء الّتي أجمع الفقهاء على كونها قيميّة كالعقار وهو مورد الإجماع المحقّق وبين الأكثر والمراد به هو ما يشكّ في مثليّته وقيميّته فيقتصر في التّخصيص على المتيقّن من القيمي ويرجع في مورد الشكّ إلى عموم الآية.

(٨) كلمة «المتردّد» صفة لقوله «المجمل».

(٩) قد عرفت انّ المراد من الأقل هو الأشياء الّتي أجمع الفقهاء على كونها قيميّا.

(١٠) وهو ما يشكّ في مثليّة وقيميّة.

لايخرج[١] عن الحجيّة بالنّسبة إلى موارد الشكّ فحاصل الكلام انّ ما أجمع على كونه مثليّاً يضمن بالمثل مع مراعات الصّفات الّتي يختلف بها[٢] الرّغبات[٣] وإن فرض نقصان قيمته[٤] في زمان الدّفع أو مكانه عن قيمة التّالف بناءً على تحقّق الإجماع على اهمال هذا التّفاوت[٥] مضافاً إلى الخبر الوارد[٦] في أنّ اللّازم على من عليه دراهم الثّابت في ذمّة من إقترض دراهم وأسقطها السّلطان وروّج غيرها هي الدّراهم الأولى و«ما» أجمع على كونه قيميّا يضمن بالقيمة بناءً على ما

---

(١) مثلا لو قال أكرم الفقهاء ثمّ قال لا تكرم الفسّاق منهم وفرض لفظ الفاسق مجملاً مفهوماً ولا يعلم هل المراد مرتكب الكبيرة فقط أولأعمّ من مرتكب الكبيرة والصّغيرة فإنّ حجيّة العامّ بالنّسبة إلى مرتكب الصّغيرة باقية وذلك لأنّ مرتكب الصّغيرة داخل في العام ولم يعلم بخروجه منه والمقام هكذا فإنّ المثل عامّ شامل للمثلي والقيمي خرج منه القيمي فإذا شكّ في شيء انّه قيمي أم لا كان اللاّزم التّمسّك بعموم الآية.

(٢) أي بالصّفات.

(٣) ففي هذه الصّورة كان اللاّزم ضمان البغداديّة بالبغداديّة والكربلائيّة بالكربلائيّة.

(٤) يعني قيمة المثل.

(٥) أي تفاوت نقصان قيمة المثل فإنّ الفقهاء أجمعوا على أنّه لا اعتبار بالتّفاوت القيمي في الامثال فالمثل مضمون بمثله سواء كان أكثر قيمة أو أقلّ أو مساوياً.

(٦) أقول المراد منه مكاتبة يونس الى أبي الحسن الرّضا عليه السلام «انّه كان لي على رجل عشرة دراهم وأنّ السّلطان اسقط تلك الدّراهم وجاءت دراهم «بدراهم» أعلى من تلك الدّراهم الأولى ولها اليوم وضيعة فأيّ شيء لي عليه الأولى الّتي أسقطها السّلطان أو الدّراهم الّتي أجازها السّلطان فكتب لك الدّراهم الاولى[أ].

(أ) وسائل الشيعة ج١٢ ص٤٨٨ الباب ٢٠ من أبواب الصّرف الحديث ٢.

سيجيء من الإتّفاق على ذلك[١] وإن وجد مثله[٢] أو كان مثله في ذمّة المالك[٣] وما شكّ في كونه قيميّاً أو مثليّاً يلحق بالمثلي مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتّالف ومع الإختلاف ألْحِقَ بالقيمي، فتأمّل[٤].

الخامس[٥] ذكر في القواعد انّه لو لم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشّراء تردّد، انتهى[٦] أقول كثرة الثّمن إن كانت لزيادة القيمة السّوقيّة للمثل بأن صارت قيمته أضعاف قيمة التّالف يوم تلفه فالظّاهر انّه لا إشكال في وجوب الشّراء ولا خلاف كما صرّح به[٧] في الخلاف حيث قال «إذا غصب ماله كالحبوب والأدهان فعليه مثل ما تلف في يده يشتريه بأيّ ثمنٍ كان بلاخلاف[أ]» وفي المبسوط «يشتريه بأيّ ثمنٍ كان إجماعاً»[٨][ب]، انتهى.

---

(١) أي ضمان القيمي بالقيمة.

(٢) كالكرباس في المثال المتقدّم.

(٣) بأن أتلف بكر متراً من كرباسِ خالدٍ وكان لبكرٍ في ذمّة خالدٍ كرباساً مثله فإنّه لا يتهاتر المتران تهاترا قهريّاً كما في المثلي الّذي نقول بالتّهاتر فيه.

(٤) إشارة إلى أنّ الفرق بعدم اختلاف قيمتي المدفوع والتّالف واختلافهما فيما شكّ في كونه قيّميا أو مثليّا لا وجه له.

(٥) أي من الأمور المتفرّعة على المقبوض بالعقد الفاسد.

(٦) أقول قال ﷺ في كتابه التّذكرة في بيان منشأ التّردّد والإشكال من أن المأخوذ بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرّقبة في الكفّارة والهدي ومن أنّ المثل كالعين وردّ العين واجب وإن لزم في مؤنته أضعاف قيمته وللشّافعيّة وجهان أظهرهما الأخير، انتهى.

(٧) أي بوجوب شراء المثل وإن ترقّت قيمته.

(أ) راجع الخلاف ج ٢ ص ٤١٥ المسألة ٢٩ من كتاب الغصب.

(ب) المبسوط ج ٣ ص ١٠٣.

ووجهه[١] عموم النّص والفتوى[أ] بوجوب المثل في المثليّ ويؤيده[٢] فحوى[٣] حكمهم بأنّ تنزّل قيمة المثل حين الدّفع عن يوم التّلف لا يوجب الإنتقال إلى القيمة بل ربّما احتمل بعضهم[٤] ذلك[٥] مع سقوط المثل في زمان الدّفع عن الماليّة كالماء على الشّاطئ والثّلج في الشّتاء وأمّا إن[٦] كان لأجل تعذّر المثل وعدم وجدانه إلّا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه النّاس[٧] مع وصف الاعواز بحيث يعدّ بذل ما يريد مالكه[٨] بإزائه[٩] ضرراً عرفاً والظّاهر انّ هذا[١٠] هو المراد بعبارة القواعد[١١] لأنّ الثّمن في الصّورة الأولى[١٢] ليس بأزيد من ثمن

---

(١) أي وجه وجوب الشّراء.

(٢) أي ويؤيّد وجوب شراء المثل.

(٣) أقول وجه الأولويّة أنّ التّحفّظ من ضرر المضمون المالك أولى من التّحفّظ من ضرر الضّامن لأنّه من جهة أنّه أقدم على تضرّره قابل لأنّ لا يعمل فيه بقاعدة نفي الضّرر بخلاف المضمون له فإنّه لم يقدم على ضرره.

(٤) أقول هذا الإحتمال ذكره صاحب القواعد فيه ولم يرجّح له ولا لخلافه.

(٥) يعني عدم الإنتقال إلى القيمة.

(٦) أقول هذا شقّ آخر لقوله «كثرة الثمن» والشّق الأوّل هو قوله «إن انت لزيادة القيمة السّوقيّة».

(٧) بمعنىٰ أنّه يرغب النّاس في الصّيف بدينار والّذي عنده الثّلج يعطيه بدينارين.

(٨) الضّمير المجرور راجع إلى «ما» في قوله «بذل ما».

(٩) يعني بإزاء المثل.

(١٠) أي هذ المعنىٰ وهو زيادة القيمة لأجل تعذّر المثل في مقابل زيادة القيمة السّوقيّة.

(١١) المذكورة في أوّل «الخامس».

(١٢) وهي صورة زيادة القيمة السّوقيّة.

(أ) الظّاهر أنّ المراد بعموم النّصّ عموم آية الإعتداء والمراد بالعموم هو الإطلاق الأحوالي.

المثل بل هو[١] ثمن المثل وإنّما زاد[٢] على ثمن التّألّف يوم التّلف فحينئذ[٣] يمكن التّردّد في الصّورة الثّانية[٤] كما قيل من انّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرّقبة[٥] في الكفّارة والهدي[٦] وإنّه يمكن معاندة البايع[٧] وطلب أضعاف القيمة وهو[٨] ضرر ولكنّ الأقوى مع ذلك[٩] وجوب الشّراء وفاقاً للتّحرير كما عن الإيضاح[أ] والدّروس وجامع المقاصد[ب] بل إطلاق السّرائر[ج] ونفي الخلاف

---

(١) أي الثّمن في الصّورة الأولى.

(٢) أي زاد الثّمن في الصّورة الأولى.

(٣) أي فحين أن لم يكن الثّمن بأزيد من ثمن المثل.

(٤) وهي ما كانت كثرة الثّمن لأجل تعذّر المثل وعدم وجدانه إلّا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه النّاس.

(٥) حيث إنّ كفّارة الظّهار وقتل الخطأ مرتّبة وكذلك كفّارة الإفطار في شهر رمضان على أحد القولين فكفّاراتهنّ العتق أوّلا فالشّهران مع عدم إمكان العتق فإطعام السّتين مع تعذّر الصّيام فالموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم عند هذا القائل.

(٦) كما لو تعذّر الهدي أو عجز عن الثّمن صام بدله عشرة أيّام ثلاثة في الحجّ وسبعة إذا رجع إلى أهله فإنّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم عند هذا القائل.

(٧) أي يمكن معاندة البايع للمثل والمراد من المعاندة مخالفته الحقّ وهو عارف به.

(٨) يعني إمكان معاندة البايع ومطالبته بأضعاف قيمة المثل.

(٩) أي مع إمكان معاندة البايع ومطالبته بأضعا قيمة المثل.

(أ) ايضاح الفوائد ج ٢ ص ١٧٨ الدّروس الشّرعيّة ج ٣ ص ١١٣.

(ب) جامع المقاصد ج ٦ ص ٢٦٠.

(ج) السّرائر ج ٢ ص ٤٨٠.

المتقدّم عن الخلاف لعين ما ذكر في الصّورة الأولى[١] ثمّ انّه لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه[٢] في مكان التّلف أو غيره ولا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التّلف أم لا وفاقاً لظاهر المحكيّ عن التّحرير والتّذكرة والإيضاح والدّروس وجامع المقاصد وفي السّرائر أنّه[٣] الّذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلّة وأصول المذهب وهو[٤] كذلك لعموم النّاس مسلّطون على أموالهم[٥] هذا[٦] مع وجود المثل في بلد المطالبة وأمّا مع تعذّره فيأتي حكمه في المسألة السّادسة[٧]. السادس[٨] لو تعذّر المثل في المثلى فمقتضي القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك[٩] لأنّ منع المالك

---

(١) يعني عموم النّصّ والفتوى السّالم عن معارضة قاعدة نفي الضّرر لأنّها مخصّصة بأدلّة الضّمان فلا يعمل بها في المقام والمراد من الصّورة الأولى هو كون كثرة الثّمن لزيادة القيمة السّوقيّة للمثل.

(٢) أي بين كون المثل.

(٣) يعني حقّ المطالبة مطلقاً.

(٤) أي ما أفاده ابن إدريس في السّرائر من أنّ عدم الفرق في جواز مطالبة المالك أنّه الّذي يقتضيه عدل الإسلام والأدلّة وأصول المذهب.

(٥) فإنّ عمومه غير مقيّد بزمان ولا بمكان فيقتضي جواز المطالبة في كلّ مكان وفي كلّ زمان والضّامن ليس له حبسه عنه.

(٦) يعني وجوب دفع المثل في بلد المطالبة.

(٧) أي الأمر السّادس الّذي يأتي ذكره.

(٨) أي الأمر السّادس من الأمور المتفرّعة على المقبوض بالعقد الفاسد.

(٩) أمّا مع عدم مطالبة المالك فلا اشكال في جواز بقاء الضّمان.

ظلم[١] والزام الضامن بالمثل منفّى بالتعذّر فوجب القيمة جمعاً بين الحقّين[٢] مضافاً[٣] إلى قوله تعالى﴿ فَاعتدوا عليه بِمِثلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ﴾ فانّ الضّامن إذا الزم بالقيمة مع تعذّر المثل لم يعتدّ عليه[٤] ازيد ممّا اعتدى وأمّا[٥] مع عدم مطالبة فلا دليل على الزامه[٦] بقبول القيمة لأنّ المتيّقن أنّ دفع القيمة علاج[٧] لمطالبة المالك وجمع بين حقّ المالك بتسليطه على المطالبة وحقّ الضّامن بعدم تكليفه بالمعذور أو المعسور امّا مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقّه عن المثل وما ذكرنا يظهر من المحكّي[أ] عن التذكرة والايضاح حيث ذكرا في ردّ بعض الإحتمالات الآتية[ب] في حكم تعذّر المثل ما لفظه انّ المثل لا يسقط

---

(١) بمعنىٰ أنّ منع المالك عن القيمة في صورة تعذّر المثل ظلم كما أنّ منعه عن المثل والقيمة كليهما في صورة تلف العين كذلك لأنّ تعذّر الشيء إنّما يمنع عن مطالبة نفسه المفروض كونه متعذّراً وأمّا منعه عن القائم مقامه وما هو أقرب إليه وعن بدله فلم نجد له وجهاً.

(٢) حقّ المالك وحقّ الغاصب.

(٣) أقول هذا دليل آخر لوجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك.

(٤) يعني على الضّامن.

(٥) قوله «امّا مع عدم المطالبة» قسم آخر لقوله لو تعذّر المثل في المثلي، والقسم الأوّل هو مطالبة المالك.

(٦) أي إلزام المالك.

(٧) أي دفاع لمطالبة المالك.

(أ) الحاكي هو السّيّد الفقيه العاملي ﷺ في مفتاح الكرامة ج٦ ص٢٥٢.

(ب) ستأتي بقوله «ثمّ انّ في المسألة احتمالات أُخر ذكر أكثرها في القواعد».

بالأعواز[١] ألا ترى أنّ المغصوب منه[٢] لو صبر إلى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به[٣] وإنّما المصير إلى القيمة وقت تغريمه[٤] انتهى لكن اطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذّر المثل ولعلّهم يريدون صورة المطالبة وإلّا فلا دليل على الإطلاق ويؤيّد ما ذكرنا[٥] أنّ المحكيّ عن الأكثر في باب القرض أنّ المعتبر في المثل المتعذّر قيمته يوم المطالبة[٦] نعم اعتبر بعضهم بيوم الدّفع فليتأمّل[٧] وكيف كان[٨] فلنرجع إلى حكم المسألة[٩] فنقول إنّ المشهور أنّ العبرة في قيمة المثل المتعذّر بقيمته يوم الدّفع لأنّ المثل ثابت في الذّمّة إلى ذلك[١٠] الزّمان ولا دليل على سقوطه[١١] بتعذّره كما لا يسقط الدّين بتعذّر أدائه[١٢] وقد صرّح بما ذكرنا[١٣]

---

(١) أي بالتعذّر.

(٢) يعنى المالك.

(٣) أي المطالبة بالمثل.

(٤) يعني وقت تغريم المثل وهو يوم الدّفع المعبّر عنه بيوم المطالبة.

(٥) وهو أنّ الفقهاء يريدون من اطلاق الحكم بالقيمة صورة المطالبة.

(٦) فالتحوّل إلى القيمة إنّما هو لدى المطالبة ولو كان التّحوّل عند التّعذّر لكان اللّازم أن يقول الفقهاء قيمة يوم التّعذّر.

(٧) أقول وجه التّأمّل أنّ هذا التّأييد موقوف على مساواة القرض لما نحن فيه في الحكم.

(٨) يعني سواء كان المراد من تعذّر المثل يوم المطالبة أم لا.

(٩) وهي لو تعذّر المثل في المثلى.

(١٠) أي زمان يوم الدّفع.

(١١) يعني سقوط المثل.

(١٢) أي بتعذّر أداء الدّين إذ لا وجه للسّقوط مع إمكان أدائه بعداً.

(١٣) وهو عدم السّقوط بالتّعذّر.

المحقّق الثاني[أ] وقد عرفت[ب] من التّذكرة والايضاح ما يدلّ عليه[١] ويحتمل اعتبار وقت تعذّر المثل وهو[٢] للحلّي[٣] في البيع الفاسد وللتّحرير في باب القرض ومحكيّ عن المالك لأنّه[٤] وقت الانتقال إلى القيمة ويضعّفه[٥] انّه[٦] ان أريد بالإنتقال انقلاب ما في الذّمة إلى القيمة في ذلك[٧] الوقت فلا دليل عليه[٨] وإن أريد عدم وجوب اسقاط ما في الذّمة إلّا بالقيمة فوجوب الإسقاط بها[٩] وإن حدث يوم التعذّر مع المطالبة إلّا أنّه لو أخّر[١٠] الإسقاط بقى المثل في الذّمة إلى تحقّق الإسقاط وإسقاطه في كلّ زمان بأداء قيمة في ذلك[١١] الزّمان وليس في

---

(١) أي ما يدلّ على اعتبار قيمته يوم الدّفع.

(٢) أي هذا الإحتمال.

(٣) أي لابن إدريس.

(٤) أي لأنّ وقت تعذّر المثل.

(٥) أي يضعّف احتمال اعتبار وقت تعذّر المثل.

(٦) ضمير شأن.

(٧) أي وقت تعذّر المثل.

(٨) أي فلا دليل على انقلاب ما في الذّمّة الى القيمة في وقت تعذّر المثل.

(٩) أي بالقيمة.

(١٠) يعني لو أخّر الضّامن الإسقاط عصياناً كما لو لم يعطه مع المطالبة أو من دون عصيان.

(١١) أي في زمان أداء قيمة المثل.

(أ) جامع المقاصد ج٦ ص٢٥٤.

(ب) تذكرة الفقهاء ج٢ ص٣٨٣، ايضاح الفوائد ج٢ ص١٧٥.

الزّمان الثاني[١] مكلّفاً بما صدق عليه الإسقاط في الزّمان الأوّل[٢] هـذا ولكـن لواستندنا في لزوم القيمة في المسألة[٣] إلي ما تقدّم سابقاً من الآيـة[٤] ومـن أنّ المتبادر من إطلاقات الضّمان هو وجوب الرّجوع إلى أقرب الأموال إلى التّالف[٥] بعد تعذّر المثل توجّه[٦] القول بصيرورة التّالف قيميّا بمجرّد تعذّر المثل إذ لا فرق في تعذّر المثل بين تحقّقه إبتداءً كما في القيميات[٧] وبين طروّه[٨] بعد التمكّن كما فيما نحن فيه[٩] ودعوى[١٠] اختصاص الآية وإطلاقات الضّمان بالحكم بـالقيمة

---

(١) مراده ﷺ من الزّمان الثّاني هو زمان أداء قيمة المثل.

(٢) فلو كان في الزّمان الأوّل عشرون مثلاً وفي الزّمان الثّـاني عشـرة لم يكـن مكـلّفاً بعشرين وذلك لأنّ المثل لم ينقلب إلى القيمة في الزّمان الأوّل وإنّما ينقلب حـين الأداء والإعطاء.

(٣) يعني في مسـألة تعذّر المثل.

(٤) يعني آية الإعتداء.

(٥) وأقرب الأموال إلى التّالف المثل حين وجوده.

(٦) قوله «توجّه القول» جواب لِـ «لو» في قوله «لو استندنا».

(٧) حيث أنّه بمجرّد التّلف تجب قيمته إذ لا مثل له.

(٨) أي عروض التعذّر.

(٩) حيث كان المثل موجوداً حين التّلف وإنما تعذّر المثل بعد ذلك.

(١٠) ودعوى الفرق بين التّعذّر الإبتدائي والتّعذّر الطّاري العارضي بسبب الآية: فاعتدوا عليه «وإطلاقات الضّمان» المنصرف إلى ما يفهم العرف من المثل في المثلي والقيمة في القيمي بالحكم بالقيمة بسبب تعذّر المثل إبتداءا لا طـرّوا وعـروضاً بـعد ذلك لايخلو عن تصرّف فيه مشيّته من غير أن يبرز وجهاً للحكم.

بتعذّر المثل ابتداءً لا يخلو عن تحكّم[١] ثمّ انّ في المسألة إحتمالات أُخر ذكر اكثرها في القواعد وقوّى بعضها في الإيضاح وبعضها بعضُ الشّافعيّة وحاصل جميع الإحتمالات في المسألة مع مبانيها[٢] أنّه إمّا أن نقول باستقرار المثل في الذّمة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة[٣] وهو الذّي اخترناه تبعاً للأكثر من[٤] اعتبار القيمة عند الاقباض[٥] وذكره في القواعد خامس الإحتمالات وإمّا أن نقول بصيرورته قيميّا عند الاعواز فاذا صار كذلك[٦] فإمّا أن نقول انّ المثل المستقرّ في الذّمة قيميٌّ فيكون القيمة صفة للمثل بمعنىٰ أنّه لو تلف وجب قيمته[٧] وإمّا أن نقول انّ المغصوب انقلب قيميّا بعد أن كان مثليّاً فان قلنا بالأوّل[٨] فان جعلنا الإعتبار في القيمي بيوم التّلف[٩] كما هو أحد الأقوال كان[١٠] المتعيّن قيمة المثل يوم

---

(١) أقول ذكر بعض الأعاظم في وجه الفرق بين التّعذّر الإبتدائي والطّاري انّه في القيميّات لا يرجى إمكان المثل الّذي به يكون الشّيء مثليّاً فلا معنىٰ لاعتبار وجود المثل في الذّمّة فيه إذ لا يترتّب على اعتباره أثر بخلاف المثلي المتعذّر مثله فإنّه يرجى وجود المثل له فلا مانع من اعتبار بقاء المثل في الذّمّة فيه.

(٢) يعني مباني الإحتمالات.

(٣) يعني دفع الضّامن قيمة يوم الدّفع.

(٤) كلمة «من بيان لِـ «الّذي» في قوله: «الّذي اخترناه».

(٥) أي عند اقباض الضّامن.

(٦) بمعنىٰ أنّه صار قيمياً عند الأعواز.

(٧) يعني قيمة المثل.

(٨) أعني أنّ المثل المستقرّ في الذّمّة قيمي.

(٩) بمعنىٰ انّ الشّيء القيمي إذا تلف لزم على الضّامن دفع قيمة يوم التّلف.

(١٠) كلمة «كان جواب الشّرط» في «فإن جعلنا» وجملة الشّرط والجزاء جواب لقوله «فإن قلنا».

الأعواز كما صرّح به[١] في السرائر في البيع الفاسد والتّحرير في باب القرض لانّه[٢] يوم تلف القيمي وان جعلنا الأعتبار فيه[٣] بزمان الضّمان كما هو[٤] القول الآخر في القيمي كان المتّجه[٥] اعتبار زمان تلف العين[٦] لأنّه[٧] أوّل أزمنة وجوب المثل في الذّمّة المستلزم[٨] لضمانه بقيمته[٩] عند تلفه[١٠] وهذا[١١] مبنيّ على القول بالإعتبار في القيمي بوقت الغصب كما عن الأكثر وإن جعلنا الإعتبار فيه[١٢] بأعلى القيم من زمان الضّمان إلى زمان التّلف[١٣] كما حكى عن جماعة من القدماء في الغصب كان المتّجه[١٤] الإعتبار بأعلى القيم من يوم تلف إلى زمان الأعواز

---

(١) أي كما صرّح ابن إدريس والعلّامة ﷺ في بعض المواضع بتعيّن قيمة المثل يوم أعوازه.

(٢) يعني لأنّ يوم أعوازالمثل هو يوم تلف القيمي فلابدّ من رعاية قيمة المثل يوم أعوازه.

(٣) أي وإن جعلنا الإعتبار في القيمي بزمان الضّمان لا يوم التّلف اتّجه القول بضمان قيمة زمان تلف العين.

(٤) أي زمان الضّمان.

(٥) قوله «كان المتّجه» جواب الشّرط في قوله «وإن جعلنا».

(٦) أي زمان تلف العين في المثلي.

(٧) أي لأنّ زمان تلف العين.

(٨) كلمة «المستلزم» صفة لقوله «وجوب المثل».

(٩) أي بقيمة المثل.

(١٠) أي عند تلف المثلى.

(١١) وهو انّ الإعتبار في القيمي من زمان الضّمان الّذي هو يوم الغصب مبنيّ على القول بالإعتبار في القيمي بوقت الغصب لأنّ الضّمان من حين الغصب.

(١٢) أي في القيمي.

(١٣) أي سواء كان أعلى القيم في وقت الضّمان أو في وقت التّلف أو في الوسط.

(١٤) أي كان المتّجه في المثلى.

وذكر هذا الوجه[١] في القواعد ثاني الإحتمالات وإن قلنا[٢] انّ التّالف انقلب قيميّاً إحتمل الإعتبار بيوم الغصب كما في القيمي المغصوب والإعتبار بالأعلى منه إلى يوم التّلف وذكر هذا أوّل الإحتمالات في القواعد[أ] وإن قلنا إنّ المشترك[٣] بين العين والمثل صار قيميّاً جاء احتمال الإعتبار بالأعلى من يوم الضّمان إلى يوم تعذّر المثل لاستمرار الضّمان في ما قبله[٤] من[٥] الزّمان إمّا للعين وإمّا للمثل فهو مناسب لضمان الاعلى من حين الغصب الى التّلف وهذا ذكره في القواعد ثالث الإحتمالات واحتمل الإعتبار بالأعلى من يوم الغصب الى دفع المثل ووجّهه[٦] في محكيّ التّذكرة والإيضاح بأنّ المثل لا يسقط بالاعواز قالا ألا ترى أنّه[٧] لو صبر المالك الى وجدان المثل استحقّه فالمصير الى القيمة عند تغريمها[٨] والقيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم وحاصله[٩] انّ وجوب دفع

---

(١) وهو أعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان التّعذّر.

(٢) قوله «إن قلنا انّ التّالف.. إلخ» هو الشّقّ الثّاني من شقّي قوله «وأمّا إن نقول لصيرورته قيميّا عند الاعواز».

(٣) أقول مراده ﷺ من القدر المشترك بينهما هو الصّفات الكليّة والجهات النّوعيّة والصّنفيّة الموجبة لماليّة الشّيء لأنّها الأمر المشترك الموجود في العين المثلي.

(٤) أي قبل يوم تعذّر المثل.

(٥) كلمة «من» بيان لـ «ما» في قوله «فيما قبله ومراده انّ الضّمان مستمرّ من زمان الضّمان إلى زمان تعذّر المثل.

(٦) أي وجّه الإعتبار بالاعلى من يوم الغصب إلى دفع المثل.

(٧) ضمير شأن.

(٨) أي تغريم القيمة.

(٩) أي حاصل التّوجيه المحكي في التّذكرة والإيضاح.

(أ) قواعد الأحكام ج ١ ص ٢٠٣.

قيمة المثل يعتبر من زمن وجوبه[١] الى وجوب مبدله[٢] أعني العين فيجب أعلى القيم منها[٣] فافهم[٤] إذا عرفت هذا فاعلم أنّ المناسب لاطلاق كلماتهم لضمان المثل في المثلي هو أنّه مع تعذّر المثل لا يسقط المثل عن الذّمّة غاية الأمر يجب اسقاطه[٥] مع مطالبة المالك فالعبرة بما هو اسقاط حين الفعل فلا عبرة بالقيمة إلّا يوم الإسقاط[٦] وتفريغ الذّمّة وامّا بناءً على ما ذكرناه من[٧] المتبادر من أدلّة[٨] الضّمان التّغريم بالأقرب الى التّالف فالاقرب كان المثل مقدّماً مع تيسّره ومع تعذّره ابتداءً كما في القيمي أو بعد التّمكّن[٩] كما فيما نحن فيه[١٠] كان المتعيّن هو القيمة فالقيمة فيمة للمغصوب من حين صار قيّميا وهو حال الأعواز فحال الأعواز معتبر من حيث إنّه أوّل أزمنة صيرورة التّالف قيّميا لا من حيث ملاحظة

---

(١) أي وجوب دفع قيمة المثل.

(٢) أي وجوب مبدل المثل وقوله «العين» تفسير للمبدل ومراده ﷺ من هذه العبارة أنّه يعتبر أعلى القيم من زمان وجوب دفع القيمة إلى زمان وجوب العين على وجه قهري.

(٣) أي من القِيَم.

(٤) إشارة إلى الإشكال في القول بصيرورة الجامع قيميّاً كيف والجامع بينهما ليس موضوعاً للآثار فكيف يكون موضوعاً للقيمة.

(٥) أي اسقاط المثل.

(٦) مراده ﷺ من يوم الإسقاط هو يوم الدّفع.

(٧) كلمة «من بيان لـ «ما» في قوله «ما ذكرنا».

(٨) مراده ﷺ من أدلّة الضّمان هي آية الإعتداء وإطلاقات الضّمان في المغصوبات وفي الأمانات.

(٩) قوله «بعد التّمكّن» معطوف على قوله «ابتداءً» أي ومع تعذّر المثل بعد التّمكّن.

(١٠) وهو صيرورة المثل متعذّراً.

القيمية قيمة للمثل دون العين فعلى القول باعتبار يوم التّلف في القيمي توجّه ما اختاره الحلّي ﷺ[١] ولو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من حيث الغصب إلى حين التّلف كما عليه جماعة من القدماء توجّه ضمانه[٢] فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب الى زمان الأعواز إذ[٣] كما أنّ ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذّر أدائه المتدارك[٤] لارتفاع القيم كذلك[٥] بشرط تعذّر المثل في المثليّ إذ مع ردّ المثل يرتفع[٦] ضمان القيمة السّوقيّة وحيث كانت العين فيما نحن فيه مثليّاً كان أداء مثلها[٧] عند تلفها كردّ عينها في الغاء ارتفاع القيم فاستقرار ارتفاع القيم إنّما يحصل بتلف العين والمثل[٨] فإن قلنا إنّ تعذّر المثل يُسقط المثل كما انّ تلف العين يُسقط العين توجّه القول بضمان القيمة[٩] من زمان الغصب إلى زمان الاعواز وهو[١٠] اصحّ الإحتمالات في المسألة عند الشّافعيّة على ما قيل وإن قلنا

---

(١) وهو القول باعتبار وقت تعذّر المثل ويوم الأعواز.

(٢) أي ضمان المثلي.

(٣) قوله «إذ كما انّ ارتفاع القيمة مع بقاء العين.. إلخ» تعليل لقوله «توجّه ضمانه فيما نحن فيه باعلى القيم من حين الغصب الى زمان الأعواز.

(٤) قوله «المتدارك» صِفَةٌ للأداء في قوله «أدائه» بمعنىٰ انّ الغاصب لَوْ ادّي العين الّتي ترقّت قيمتها لم يكن عليه ضمان ارتفاع القيم فإنّ ارتفاع القيم ثابت بشرط عدم أداء العين.

(٥) يعني ارتفاع القيمة مع بقاء المثل مضمون بشرط تعذّر المثل.

(٦) يعني ينتفي ضمان القيمة السّوقيّة.

(٧) يعني مثل العين.

(٨) يعني فاستقرار ارتفاع القيم يحصل بتلف العين في القيم ويتعذّر المثل في المثلي.

(٩) أي بضمان أعلى القيمة.

(١٠) أي ضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الأعواز.

إنّ تعذّر المثل لا يسقط المثل وليس كتلف العين كان[١] إرتفاع القيمة فيما بعد تعذّر المثل أيضاً مضموناً فيتوجّه ضمان القيمة[٢] من حين الغصب إلى حين دفع القيمة وهو المحكيّ عن الإيضاح[أ] وهو[٣] أوجه الإحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعي بعدم ردّ العين أو المثل[٤] ثمّ اعلم انّ العلّامة ذكر في عنوان هذه الإحتمالات انّه لو تلف المِثلي والمثلُ موجود ثمّ أعوز وظاهره[٥] اختصاص هذه الإحتمالات بما إذا طرء تعذّر المثل بعد تيسّره في بعض[٦] أزمنة التّلف لا ما تعذّر فيه المثل ابتداءً وعن جامع المقاصد انّه يتعيّن حينئذ[٧] قيمة يوم التّلف ولعلّه[٨] لعدم تنجّز التكليف بالمثل عليه[٩] في وقت من الأوقات ويمكن أن يخدش فيه[١٠] بأنّ التّمكّن[١١] من المثلي ليس بشرط لحدوثه

---

(١) قوله «كان» جوابٌ لـ «إن» في قوله «وإن قلنا».

(٢) أي ضمان أعلى القيمة.

(٣) أي ضمان القيمة من حين الغصب إلى حين دفع القيمة.

(٤) أي بعدم ردّ العين في القيمي أو بعدم ردّ المثل في المثلي.

(٥) أي ظاهر كلام العلّامة اختصاص هذه الإحتمالات المذكورة بما إذا وجد المثل بعد تلف العين ثمّ تعذر لا ما لم يوجد المثل فيه من حين تلف العين.

(٦) قوله «في بعض» متعلّق بقوله «تيسّره».

(٧) أي حين تعذّر المثل ابتداءً.

(٨) أي ولعلّ قول جامع المقاصد بتعيّن قيمة يوم التّلف.

(٩) أي على الغاصب.

(١٠) أي في قول جامع المقاصد.

(١١) بمعنىٰ أنّ المثل يحدث في ذمّة الغاصب بتلف العين سواء كان المثل حين التّلف موجوداً أم لا فلم يكن التّمكّن من المثل شرطاً لحدوثه في الذّمّة ابتداءً.

(أ) حكاه عنه العاملي في مفتاح الكرامة ج٦ ص٢٥٢ راجع ايضاً الفوائد ج٢ ص١٧٥.

ابتداءً كما لا يشترط في استقراره[١] استدامة على ما اعترف به[٢] مع طروّ التّعذّر بعد التّلف ولذا[٣] لم يذكر أحد هذا التّفصيل[٤] في باب القرض وبالجملة[٥] فاشتغال الذّمّة بالمثل إنقيّد بالتّمكّن[٦] لزم الحكم بارتفاعه[٧] بطروّ التعذّر والاّ[٨] لزم الحُكْمُ بحدوثه مع التعذّر من أوّل الأمر إلاّ أن يقال[٩] انّ أدلّة وجوب

---

(١) أي في استقرار المثل.

(٢) يعني صاحب جامع المقاصد اعترف بعدم اشتراط التّمكّن من المثل في استقراره في الذّمّة استدامة وعدم سقوطه لأنّ مذهبه في الأداء هو يوم الاقباض.

(٣) أي ولأجل عدم مدخليّة التّمكّن من المثل في تعلّقه بالذّمّة.

(٤) يعني التّفصيل بين وجود المثل وعدمه في اقراض المثلي وبعبارة أخرى أنّه لم يذهب أحدٌ بأنّه مع التّمكّن من المثل في المثلى يثبت في ذمّة المقرض مثله ومع عدم التّمكّن منه يثبت قيمة العين المقترضة بل قالوا وذهبوا إلى أنّ العين المقترضة إن كانت مثليّة يثبت مثلها في ذمّة المقرض وإن كانت قيميّة تثبت قيمتها.

(٥) فنقول في ردّ التّفصيل بين التّعذّر الطّاري للمثل والتّعذّر الإبتدائي حيث يقول جامع المقاصد بالمثل في التّعذّر الطّاري ولا يقول بالمثل في الإبتدائي.

(٦) بأن يقال إنّ الغاصب إنّما تشتغل ذمّته بالمثل إذا كان متمكّناً من المثل.

(٧) أي إرتفاع المثل بطرو التعذّر وذلك لأنّه لا تمكّن حال التّعذّر وإن كان التّعذّر طارئا فلو كان التّمكّن من المثل شرطاً لإشتغال الذّمّة بالمثل لزم الحكم بارتفاع المثل عن الذّمّة وسقوطه بطرو التّعذّر مع ان المحقّق الثّاني معترف بأنّ طرو التّعذّر بعد التّمكّن لا يسقط المثل عن الذّمّة.

(٨) أي وإلاّ يقيّد المثل بالتّمكّن بل قلنا المثلي يضمن بالمثل من غير فرق بين أن يكون المثل موجوداً أم لا لزم الحكم بحدوث المثل مع التّعذّر عن المثل حال التّلف للمغصوب المثلي.

المثل ظاهرة في صورة التّمكّن وإن لم يكن[١] مشروطاً به عقلاً فلا تعمّ[٢] صورة العجز نعم إذا طرء العجز[٣] فلا دليل على سقوط المثل وانقلابه قيّميا وقد يقال[٤] على المحقّق المذكور أنّ اللّازم ممّا ذكره أنّه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمة لم يكن له[٥] المطالبة ولا أظنّ أحد يلتزمه[٦] وفيه تأمّل[٧] ثمّ انّ المحكيّ عن

---

(٩) القائل هو المحقّق الثّاني في الفرق بين التّعذّر الطّاري والتّعذّر الابتدائي أنّ أدلّة وجوب المثل وهي آية الإعتداء وإطلاقات الضّمان في المغصوبات وفي الأمانات ظاهرة في صورة التّمكّن.

(١) أي وإن لم يكن وجوب المثل مشروطاً بالتمكّن عقلا.

(٢) أي فلا تعمّ أدلّة وجوب المثل صورة العجز وعدم التّمكّن من المثل هذا ولكن يمكن أن يقال إنّ ظهورها في صورة التّمكّن غير كافٍ في البناء على ثبوت القيمة بل لابدّ من دلالتها على اشتراط التّمكّن في ثبوت المثل على وجه ينتفي بانتفائه وإلّا دار الأمر بين المثل والقيمة ولا دليل على الأخير.

(٣) أي إذا طرء العجز عن المثل فلا دليل على سقوط المثل لاستصحابه فعندئذ نرجع إلى الإستصحاب في بقاء المثل فنحكم به.

(٤) أقول مراده ﷺ انّه قيل عليه يعني على المحقّق الثّاني المفرّق بين التّعذّر الطّاري فيقول بوجوب المثل فيه وبين التّعذّر الابتدائي للمثل فيقول بعدم وجوب المثل فيه انّ مقتضي اشتغال الذّمّة بالقيمة عدم جواز أخذ المثل وإن وجد بعد التّعذّر.

(٥) أي للمالك.

(٦) أي لا أظنّ أحداً من الفقهاء يلتزم بعدم مطالبة المالك للمثل فيما كان المثل حين التّلف متعذّراً.

(٧) أي وفي هذا الإيراد على المحقّق الكركي ﷺ تأمّل وجه التّأمّل أنّ بدليّة القيمة الثّابتة في ذمّة الضّامن ليست مطلقة بل هي مقيّدة بتعذّر المثل فمع إمكان دفعه ترتفع هذه البدليّة ويكون المثل هو البدل.

التّذكرة ان المراد بأعواز المثل ان لا يوجد في البلد وما حوله[١][أ] وزاد في المسالك قوله[٢] ممّا ينقل عادة منه[٣] إليه كما ذكروا في انقطاع[٤] المسلم فيه[ب] وعن جامع المقاصد الرّجوع فيه[٥] الى العرف[ج] ويمكن أن يقال[٦] إنّ مقتضي عموم وجوب أداء مال النّاس وتسليطهم على أموالهم أعياناً كانت أم في الذّمّة وجوب تحصيل المثل كما كان يجب ردّ العين أينما كانت ولو كانت في تحصيله مؤنة كثيرة ولذا[٧] كان يجب تحصيل المثل بأيّ ثمن كان وليس هنا[٨]

---

(١) بمعنىٰ أنّه لا يعتبر في انتقال المثل الى القيمة التّعذّر والتّعسّر بل إذا لم يوجد في البلد وماحول البلد انتقل الى القيمة ولو وجد في سائر البلاد ولم تكن في تحصيله ونقله عسر.

(٢) يعني قال في المسالك أنّ المراد من أعواز المثل أن لا يوجد في البلد ممّا ينقل عادة منه إليه.

(٣) الضّمير راجع إلى قوله «ما حوله» أي ممّا ينقل عادة من حول البلد إلى البلد.

(٤) يعني في أعواز المثمن في بيع السّلم الّذي هو كون المثمن مؤجلاً والثّمن حالاً فإنّ المراد بأعزاز المثمن أن لا يوجد في البلد وما حوله.

(٥) يعني في أعواز المثل.

(٦) أي ويمكن أن يقال ليس المعيار والميزان ما حول البلد ولا العرف بل الميزان عدم وجدان المثل حتّىٰ في البلاد البعيدة فإنّ مقتضي عموم وجوب أداء مال النّاس وتسليطهم على أموالهم أعياناً كانت أم في الذّمّة وجوب تحصيل المثل ولو كانت في تحصيله مؤنة كثيرة.

(٧) أي ولأجل اقتضاء الأدلّة العامّة وجوب تحصيل المثل كان تحصيله واجباً بأيّ ثمنٍ كان.

(أ) تذكرة الفقهاء ج ٢ ص ٣٨٣.

(ب) مسالك الافهام ج ٢ ص ٢٥٩.

(ج) جامع المقاصد ج ٦ ص ٢٤٥ السطر ١٦.

تحديد التّكليف بما عن التّذكرة نعم لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند الأعواز تعيّن ما عن جامع المقاصد[١] كما أنّ المجمعين أذا كانوا بين معبّر بالأعواز ومعبّر بالتّعذّر كان المتيقّن الرّجوع إلى الأخصّ[٢] وهو المتعذّر لانّه[٣] المجمع عليه نعم[٤] ورد في بعض[أ] أخبار السّلم أنّه إذا لم يقدر المسلم

---

(٨) أقول يحتمل أن يكون ما في التّذكرة تحديداً لجواز مطالبة المالك للضّامن بالقيمة لا لانقلاب المثل بهاوإن كان يجب على الضّامن تحصيل المثل وقد احتمل بعض الأعاظم أن يكون ما في التّذكرة تحديداً وعلّله بجواز مطالبة المالك للضّامن بالقيمة.

(١) وهو الرّجوع إلى العرف في صدق الأعواز فحيثما صدق الأعواز عرفاً لزمت القيمة وحيثما لم يصدق الأعواز وجب تحصيل المثل لأنّ الأعواز الواقع في معقد الإجماع كغيره من الألفاظ الواقعة في الكتاب والسّنة ومعاقد الإجماعات في الرّجوع في مفاهيمها إلى العرف.

(٢) أقول بمعنىٰ أنّ المتيقّن في رفع اليد عن عموم دليل السّلطنة المقتضي لوجوب احضار المثل الرّجوع إلى الأخصّ وهو المتعذّر لأنّه المجمع عليه هذا ولكن يشكل بأنّ الأعمّ أيضاً مذكور في بعض معاقد الاجماع.

(٣) بمعنى أنّ انتقال المثل إلى القيمة عند التّعذّر مجمع عليه فإنّ كلّ من يقول بالأعواز يقول بالتّعذّر وليس كلّ من يقول بالتّعذّر يقول بالأعواز ومثّل بعض المحقّقين من المعاصرين مثالاً في المقام وهو أنّه لو أجمعوا بين وجود الإنسان في الدّار ووجود الحيوان كان المجمع عليه وجود الإنسان.

(٤) قوله «نعم» استدراك على ما تقدّم من تعيّن الإقتصار على عنوان التّعذّر لكونه أخصّ من الأعواز فما تقدّم من قوله «كان المتيقّن الرّجوع الى الأخصّ» ممنوع إذ لا أخصّيّة ولا أعمّيّة بين عنواني التّعذّر والأعواز بل هما متساويان في الصّدق وذلك لأنّ المراد بالتّعذّر ليس هو فقد جميع أفراد الكلّي حقيقةً لكي يكون الأخصّ ويكون مجمعاً عليه بل المراد به التّعذّر العرفي المساوق للأعواز.

(أ) وسائل الشيعة ج١٣ ص٦٩ الباب ١١ من أبواب السّلف الحديث: ٧.

إليه[١] على ايفاء المسلم فيه[٢] تخيّر المشتري[٣][أ] ومن المعلوم انّ المراد بعدم القدرة ليس التعذّر العقلي المتوقّف على استحالة النّقل من بلد آخر بل الظّاهر منه[٤] عرفاً ما عن التّذكرة[٥] وهذا[٦] يستأنس به[٧] للحكم فيما نحن فيه ثمّ انّ في معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه[٨] اشكالاً من حيث إنّ العبرة بفرض وجوده ولو في غاية العزّة[٩] كالفاكهة في اوّل زمانها[١٠] أو آخره أو وجود[١١]

---

(١) مراده ﷺ من «المسلم إليه» هو البايع.

(٢) مراده ﷺ من «المسلم فيه» هو المثمن.

(٣) يعني تخيّر المشتري بين الفسخ والصّبر الى ايفاء المسلم فيه.

(٤) أي من عدم القدرة.

(٥) وهو عدم وجدان المثل في البلاد وما حوله.

(٦) أي التّخيير بين الصّبر والفسخ المترتّب على التّعذّر في باب السّلم يستأنس به للحكم فيما نحن فيه وإن كان المترتّب على التّعذّر في المقام التّخيير بين الصّبر وجواز مطالبة القيمة وفي باب السّلم قد علّق على عدم القدرة المنزّلة على الموضوع العرفي فناسب أن يكون كذلك في المقام.

(٧) أي بعدم القدرة في باب السّلم المنزلة على الموضوع العرفي دون العقلي استونس به للحكم فيما نحن فيه وهو تعذّر المثلي.

(٨) يعني عدم المثل.

(٩) أي في غاية القلّة.

(١٠) بمعنىٰ أنّ العبرة بقلّة وجود الفاكهة سواء في أوّل أوانها أم آخرها.

(١١) معطوفة على «في غاية العزّة» بمعنىٰ أنّ العبرة بقيمةٍ متوسّطةٍ بين زماني عزّةالفاكهة وهو أوان وفورها وفي أوّل زمانها أو العبرة بـ آخره أو بوجوده المتوسّط بين الأوّل والأخير حيثأنالفاكهةفيأوّلها غاليةوفيوسطها رخيصةوفيآخرها متوسّط القيمة.

(أ) الكافي ج ٥ ص ٢٢١ الحديث ٨ كتاب المعيشة باب السّلم في الدّقيق وغيره.

الوسط الظّاهر هو الأوّل[١] لكن مع فرض وجوده[٢] بحيث يرغب في بيعه وشرائه فلا عبرة بفرض وجوده[٣] عند من يستغني عن بيعه بحيث لا يبيعه[٤] إلّاإذا بذل له عوض لا يبذله[٥] الرّاغبون في هذا الجنس بمقتضى رغبتهم[٦] نعم لو ألجاء[٧] إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك[٨] كما لو فرض الجَمَدُ في الصّيف عند ملك العراق بحيث لا يعطيه[٩] إلّا أن يبذله[١٠] بازاء عتاق الخيل[١١] وشبهها[١٢] فإنّ الرّاغب في

---

(١) وهو أنّ العبرة بفرض وجود المثل من دون اعتبار خصوص وجود العزيز ولا الأعزّ بل هو أعمّ من ذلك ووجه الثّاني وهو اختيار وجود المتوسّط انّ المعيار هو الوجود المتعارف كما هو الحال في سائر الشّرعيّات.

(٢) أي وجود المثل.

(٣) الضّمائر من «وجوده» الى «بيعه» ترجع الى المثل المتعذّر.

(٤) قوله «بحيث لا يبيعه.. إلخ» بيان للإستغناء عن بيع المثلي بمعنىٰ أنّ وجود هذا المثل لا يقدح في صدق التّعذّر.

(٥) الضّمير المفعول راجع إلى العوض.

(٦) كما لوكان الرّمان مثلاً في أوان وفوره وفي أوّل زمانه بنصف دينار فكان عند شخصٍ لا يعطيه إلّابخمسة دنانير فإنّ من اعتاد أكل الفاكهة في أوّلها لا يرغب فيه بهذه القيمة.

(٧) أي لو اضطرّ الى شرائه لغرض آخر بذل ذلك الثّمن الكثير فإنّ مثل هذا الإضطرار لا يكون معياراً وميزاناً لكونه قيمة للفاكهة فعندئذ لا تكون هذه القيمة المرتفعة الكثيرة عادة ميزاناً لأخذ القيمة من الغاصب فيما إذا لم يوجد المثل.

(٨) أي بذل ذلك الثّمن الكثير الّذي لا يبذله الرّاغبون في هذا الجنس بمقتضى رغبتهم.

(٩) أي لا يعطي الملك العراق الماء الجامد والثّلج بازاء عوض متعارف.

(١٠) أي يبذل الملك الماء الجامد والثّلج بإزاء جياد جماعة الأفراس الّتي تعجب النّاس بحسنها وجمالها.

(١١) مراده ﷺ من عتاق الخيل هي جماعة الأفراس كما عرفت آنفاً.

(١٢) وذلك كالأحجار الكريمة الّتي بالثّمن الكثير.

الجَمَدِ في العراق من حيث إنّه راغب لا يبذل هذا العوض بازائه[١] وإنّما يبذله[٢] من يحتاج إليه[٣] لغرضٍ آخر كالاهداء إلى سلطانٍ قادم إلى العراق مثلاً أو معالجة[٤] مشرفٍ على الهلاك به[٥] ونحو ذلك من الإغراض ولذا[٦] لو وجد هذا الفرد[٧] من المثل لم يقدح في صدق التعذّر كما ذكرنا في المسألة الخامسة[٨] فكلّ موجود لا يقدح وجوده في صدق التعذّر فلا عبرة بفرض وجوده في التّقويم[٩] عند عدمه ثمّ انّك قد عرفت انّ للمالك مطالبة الضّا من بالمثل عند تمكّنه[١٠] ولو كان[١١] في غير بلد الضّمان وكان قيمة المثل هناك[١٢] ازيد وامّا مع

---

(١) يعني بإزاء الجمد.

(٢) أي يبذل العوض.

(٣) أي إلى العوض.

(٤) كلمة «معالجة» عطف على الأهداء.

(٥) كلمة «به» متعلّقة بـ«معالجة» وضميره راجع إلى الجمد.

(٦) أي ولأجل إناطة فرض وجود المثل في كلمات الفقهاء بغرض غير نادر الوقوع فلو وجد هذا الفرد النّادر الوقوع لم يقدح في صدق التّعذّر ولا يوجب جريان حكم وجود المثل عليه.

(٧) وجه عدم القدح أنّ العرف يرى أنّ المثل متعذّر وانّ هذا الفرد الموجود عند الملك لا يوجب صدق التّمكّن من المثل.

(٨) بقوله وأمّا إن كانت لأجل تعذّر المثل وعدم وجدانه إلّا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه النّاس.. إلخ.

(٩) أقول الضّمير في وجوده وعدمه راجعان إلى المثل بمعنىٰ أنّ وجود المثل عند الملك ليس ميزاناً للتّقويم عند فقد المثل في الظروف المتعارفة.

(١٠) يعني عند تمكّن الضّامن من المثل.

(١١) أي ولو كان المثل في غير بلد الضّمان.

(١٢) يعني في غير بلد الضّمان.

تعذّره[١] وكون قيمة المثل في بلد التّلف مخالفاً لها[٢] في بلد المطالبة فهل له[٣] المطالبة با على القيمين[٤] ام يتعيّن قيمة بلد المطالبة ام بلد التّلف وجوه[٥] وفصّل الشّيخ[أ] في المبسوط[٦] في باب الغصب بانّه ان لم يكن في نقله[٧] مؤنة كالنّقدين فله المطالبة بالمثل سواء كانت القيمتان[٨] مختلفتين أم لا وان كان في نقله[٩] مؤنة

---

(١) أي مع تعذّر المثل.

(٢) أي للقيمة.

(٣) يعني للمالك.

(٤) يعني قيمة بلد التّلف وقيمة بلد المطالبة.

(٥) يعني وجوه ثلاثة وجه الأوّل انّه ضامن فلا تبرء ذمّته إلّا بارضاء المالك ووجه الثّاني انّ المثل الّذي هو القيمة الآن هو قيمة بلد المطالبة وذلك لأنّ الطّلب وقع هناك ووجه الثّالث أنّ القيمة الّتي هي بدل المثل تعلّقت بذمّة الغاصب في بلد التّلف.

(٦) أقول محصّل تفصيله ﷺ أنّ للمالك مطالبة القيمة في مكان له مطالبة المثل عند وجوده فإن كان المثل ممّا لا مؤنة في نقله كان له المطالبة بالقيمة مطلقا فكما أنّ المثل لو كان موجوداً كان له المطالبة به في بلد التّلف وغيره لعدم ضرر على الضّامن كذلك له المطالبة بقيمته وإن كان في نقله مؤنةٌ وكانت القيمتان متساويتين فله المطالبة بالقيمة أيضاً مطلقا وإن كان في نقله مؤنة وكانت القيمتان مختلفتين فليس له إلّا مطالبة قيمة بلد التّلف.

(٧) يعني في نقل المغصوب وهذا هو الشّقّ الأوّل في عبارة صاحب المبسوط.

(٨) يعني سواء كانت القيمتان في بلد التّلف وبلد المطالبة مختلفتين أم لا.

(٩) أي في نقل المغصوب.

(أ) راجع المبسوط ج ٣ ص ٧٦.

فإن كانت[١] القيمتان متساويتين كان له[٢] المطالبة أيضاً لأنّه لا ضرر عليه[٣] في ذلك وإلّا[٤] فالحكم أن ياخذ قيمة بلد التّلف أو يصبر حتّىٰ يوفّيه[٥] بذلك البلد[٦] ثمّ قال[٧] إنّ الحكم في القرض[٨] كالكلام في الغصب[٩] وحكى نحو هذا[١٠]

---

(١) أقول هذا هو الشّقّ الثّاني وهو تساوي قيمة بلد الغصب والمطالبة مع توقّف النّقل على مؤنة والحكم فيه جواز المطالبة في غير بلد الضّمان.

(٢) أي للمالك المطالبة أيضاً يعني كالشّقّ الأوّل الّذي لم يتوقّف نقل المثل من بلد الغصب إلى بلد المطالبة على نفقة.

(٣) الضّمير في «لأنّه» للشّأن والتّعليل به لجواز المطالبة بالمثل في غير بلد الغصب وحاصل الكلام انّ الضّامن لا يتضرّر بأداء المثل إلى المالك وذلك لفرض تساوي قيمته في بلد الغصب والمطالبة.

(٤) أي وإن لم تكن القيمتان متساويتين وكان في النّقل مؤنةٌ صار المثلي كالقيمي في أنّ المالك يتخيّر بين أخذ قيمة المثل في بلد التّلف وبين الصّبر حتّىٰ الرّجوع إلى بلد التّلف وأداء المثل في بلد التّلف إلى المالك.

(٥) أي حتّىٰ يوفّي الغاصب المثل.

(٦) أي بلد التّلف.

(٧) أي قال الشّيخ الطّوسي ﷺ في كتابه المبسوط.

(٨) فإذا إقترض بكرٌ من خالدٍ كتاباً أو ثوباً ثمّ أراد إعطاء قيمة مثلهما واختلفت قيمتها في بلد القرض وبلد المطالبة كان الحكم فيهما ما تقدّم من التّفصيل.

(٩) أي كالكلام في الغصب من التّفصيل الّذي عرفته فلا نعيده.

(١٠) أي حكى نحو هذا التّفصيل عن القاضي.

عن القاضي[أ] أيضاً فتدبّر[١] ويمكن أن يقال إنّ الحكم باعتبار بلد القرض أو السّلم على القول به[٢] مع الإطلاق[٣] لإنصراف العقد[٤] إليه[٥] وليس في باب الضّمان[٦] ما يوجب هذا الإنصراف بقى الكلام في انّه هل يعدّ من تعذّر المثل خروجه[٧] عن القيمة كالماء على الشّاطئ[٨] إذا تلفه في مَفازة[٩] والجَمَدِ[١٠] في الشّتاء إذا تلفه[١١] في الصّيف أم لا[١٢] الأقوى بل المتعيّن

---

(١) قوله «فتدبّر» إشارة إلى أنّ تفصيل الشّيخ الطّوسي في كتابه المبسوط لا ربط له بما نحن فيه لأنّ التّفصيل والشّقوق الثّلاثة تختصّ بصورة وجود المثل في بلد التّلف وبلد المطالبة والحال أنّ ما نحن فيه في تعذّر المثل.

(٢) أي على القول باعتبار بلد القرض أو السّلم.

(٣) أي مع الإطلاق لعقد القرض والسّلم بأن لم يقيّدوا الأداء ببلد مخصوص.

(٤) قوله «لانصراف.. إلخ» خبر «لأنّ» في قوله «انّ الحكم» يعني لانصراف اطلاق عقد القرض بالنّسبة إلى إمكان أداء مال القرض وإطلاق عقد السّلم بالنّسبة إلى إمكان تسليم المبيع المسلم فيه إلى بلد القرض وبلد بيع السّلم يحكم باعتبار بلد القرض أو السّلم والحال أنّه ليس في باب الضّمان ما يوجب هذا الإنصراف ليحكم فيه باعتبار بلد التّلف.

(٥) أي إلى بلد القرض والسّلم.

(٦) يعني الغصب.

(٧) يعني خروج المثل.

(٨) أي كالماء جانب النّهر أو ساحل البحر.

(٩) أي في فلاة لا ماء فيها.

(١٠) أي إذا أتلف الغاصب الجَمَدَ في الصّيف.

(١١) كلمة «الجَمَدِ» بالكسر عطف على قوله «الماء».

(١٢) أي أم لا يعدّ ذلك من تعذّر المثل لوجوده وإن لم يكن له قيمة.

(أ) راجع المهذب للقاضي بن البرّاج ج١ ص٤٤٣.

هوالأوّل[١] بل حكى عن بعض نسبته[٢] إلى الأصحاب وغيرهم[٣] والمصرّح به في محكّى التّذكرة والإيضاح والدّروس قيمة المثل في تلك المفارة[٤] ويحتمل آخر مكان[٥] او زمان سقط المثل فيه[٦] عن الماليّة فرع[٧] لو دفع القيمة في المثل المتعذّر[٨] مثله ثمّ تمكّن من المثل فالظّاهر عدم عود المثل في ذمّته[٩] وفاقاً للعلاّمة ﷺ(أ)

---

(١) وهو كون خروج المثل عن القيمة معدود من تعذّره ووجه كونه أقوى أنّ المماثلة المعتبرة في ضمان المثل يراد بها المماثلة في الحقيقة والماليّة ومن الواضح أنّ المراد من المماثلة في الماليّة دخولهما تحت عنوان المال بحيث يكون كلٌّ منهما مالاً فإذا خرج عن الماليّة فقد خرج عن كونه مثلاً.

(٢) أي نسبة القول الأوّل والحاكي صاحب الجواهر حكاه عن جامع المقاصد ثمّ قال ﷺ لم نعثر على من تعرّض له بالخصوص غير من عرفت، انتهى.

(٣) من العامّة.

(٤) أي قيمة المثل في المكان الّذي اتلفه فيه.

(٥) أقول هذا الإحتمال فيما إذا كان السّقوط عن الماليّة تدريجيّاً كما لو تنزّلت القيمة يوماً فيوماً حتّىٰ سقطت بالمرّة فحينئذ كان آخر زمان التنزّل ووجهه انّه وقت الإنتقال إلى القيمة.

(٦) أقول كما إذا أتلف الجَمَدَ في الصّيف وهو زمان إرتفاع قيمته وتنزّل ماليّة في فصل الخريف شيئاً فشيئاً كلّما قرب الشّتاء فالمدار عندئذ على قيمته النّازلة الّتي تسقط عنها بعد ذلك الزّمان كآخر أيّام الخريف وأوّل أيّام الشّتاء.

(٧) أي هذا فرع آخر ممّا تعرّض له المصنّف من المباحث المتعلّقة بأعواز المثل.

(٨) بمعنىٰ أن تعذّر المثل ثمّ دفع الضّامن القيمة ثمّ تمكّن من المثل.

(٩) يعني في ذمّة الدّافع الّذي كان ضامناً قبل الدّفع.

(أ) قواعد الأحكام ج ١ كتاب الغصب ص ٢٠٤ الدّروس الشّرعيّة كتاب الغصب ص ٣٠٩ مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٢٤٣.

ومن تأخّر عنه ممّن تعرّض للمسألة لأنّ المثل لو كان ديناً في الذّمة سقط باداء عوضه[١] مع التّراضي فلا يعود كما لو تراضيا بعوضه[٢] مع وجوده هـذا[٣] عـلى المختار[٤] من عدم سقوط المثل عن الذّمة بالاعواز وامّا على القول بسـقوطه[٥] وانقلابه قيميّاً فإن قلنا بأنّ المغصوب انقلب قيميّاً عند تعذّر مثله فاولى بالسّقوط لأنّ المدفوع[٦] نفس ما في الذّمة وان قلنا إنّ المثل بتعذّره النّازل[٧] منزلة التّلف صار قيميّاً احتمل وجوب المثل عند وجوده لأنّ القيمة حينئذٍ بدل الحيلولة[٨].

عن المثل وسيأتي أنّ حكمه[٩] عود المبدل عند انتفاء الحيلولة[١٠].

---

(١) يعني عوض الدّين.

(٢) أي بعوض المثل.

(٣) يعني أنّ عدم عود المثل إلى عهدة الضّامن مبنيٌ على المختار.

(٤) أي على مختار المصنّف وهو انّ المثل يبقى في الذّمّة إلى زمان دفع القيمة.

(٥) يعني بسقوط المثل وانقلابه قيميّاً بمجرّد الأعواز.

(٦) مراده ﷺ من «المدفوع» هو القيمة.

(٧) كلمة «النّازل» وصف لقوله «تعذّره».

(٨) بمعنىٰ انّ انقلاب المثل وصيرورته قيميّاً إنّما هو لأجل تعذّر الوصول إلى المثل كما في نظائره بأن غرق مال المالك أو سرق أو ضاع فإنّ القيمة في جميع هذه الموارد بدل الحيلولة عن مال المالك وليس بعوضه.

(٩) أي وسيأتي في بحث وجوب ردّ العين إذا ارتفع التّعذّر عند قوله «ثمّ انّه لا إشكال في أنّه إذا ارتفع تعذّر ردّ العين، وصار ممكناً وجب ردّها على مالكها» انّ حكمه أي حكم بدل الحيلولة.

(١٠) مثاله أنّ بكراً سرق ماله في يد الضّامن أو غرق أو ضاع فيدفعه بدل الحيلولة الّذي هو القيمة فإذا أخرج المال الّذي هو المبدل أو أخذ من يد السّارق يعود المبدل إلى مالكه والبدل إلى الضّامن.

السّابع[١] لوكان التّألف المبيع فاسداً قيميّاً[٢] فقدحكى[أ] الإتفّاق على كونه[٣] مضموناً بالقيمة ويدلّ عليه[٤] الأخبار المتفرّقة[٥] في كثير من القيميّات فلاحاجة[٦]

---

(١) أقول غرض المصنّف ﷺ من عقد هذا الأمر على نحو الإختصار بيان جهةٍ أخرى ممّا يتعلّق بالمبيع بالبيع الفاسد إذا تلف بيد المشتري.

(٢) أقول القيمي ما يكون مدار ماليّته على الجهات الشّخصيّة كالعبد والبغل والشّاة ونحوها.

(٣) أي كون التّألّف المبيع.

(٤) أي يدلّ على كون التّالف مضموناً بالقيمة.

(٥) منها رواية علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر ﷺ قال: سألته عن رجلٍ أصاب شاة في الصّحراء هل تحلّ له قال: قال رسول الله ﷺ هي لك أو لأخيك أو للذّئب فخذها وعرّفها حيث أصبتها فإن عرفت فردّها إلى صاحبها وإن لم تعرف فكلها وأنت ضامن لها إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّها عليه[ب] ومنها رواية عليّ بن جعفر عن أخيه ﷺ قال: «وسألته عن الرّجل يصيب اللّقطة فيعرّفها سنةً ثمّ يتصدّق بها فيأتي صاحبها ما حال الّذي تصدّق بها وَلِمَن الأجر هل عليه أنّ يردّ على صاحبها أو قيمتها قال: هو ضامن لها والأجر له إلّا أن يرضى صاحبها فيدعها والأجر له»[ج] وغيرهما من الرّوايات.

(٦) أي فلا حاجة إلى التّمسّك بصحيحة أبي ولّاد لكي يستشكل بأنّها ظاهرة في الضّمان بالمثل في القيمي لأجل تنكير «بغل» في قوله ﷺ «نعم قيمة بغل يوم خالفته» تدلّ على أنّ الثّابت في الذّمّه بغلٌ غير معيّنه وتعطي القيمة بدلاً عنه لا انّ الثّابت في الذّمة قيمة البغل التّالف فعندئذ لا تدلّ على ضمان القيمة في القيمي.

(أ)

(ب) وسائل الشّيعة ج١٧ ص٣٦٥ الباب ١٣ من أبواب اللّقطة الحديث ٧.

(ج) وسائل الشّيعة ج١٧ ص٣٥٢ الباب ٢ من أبواب اللّقطة الحديث ١٤.

إلى التّمسك بصحيحة أبي ولّاد الآتية في ضمان البغل ولا بقوله ﷺ من اعتق شقصاً من عبدٍ قوّم[أ][١] عليه بل الأخبار كثيرة[٢] بل قد عرفت أنّ مقتضى اطلاق[٣] ادلّة الضّمان في القيميّات هو ذلك[٤] بحسب المتعارف[٥] إلّا أنّ المتيقّن من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذّراً بل يمكن دعوى انصراف الإطلاقات الواردة في خصوص بعض القيميّات كالبغل والعبد ونحوهما.

لصورة[٦] تعذّر المثل كما هو الغالب[٧] فالمرجع[٨] في وجوب القيمة في

---

(١) أي قوّم العبد على من اعتق.

(٢) أي الأخبار الكثيرة ظاهرة في ضمان القيمي بالقيمة وهذه الأخبار سليمة عن المناقشة ومعها لا حاجة إلى الصّحيحة ونصوص العتق اللّتين استند إليها صاحب الجواهر ﷺ مع ما فيهما من الخدشة الّتي عرفتها آنفاً.

(٣) أقول المراد من الإطلاق الإطلاق المقامي لأدلّة الضّمانات الوارده في مقام البيان ومع ذلك لم يتعرّض فيها لكيفيّة الضّمان فيسكشف من ذلك أنّ المتكلّم قد اتكّل في بيانها على الكيفيّة العرفيّة.

(٤) أي كون التّالّف مضموناً بالقيمة.

(٥) حيث أنّ الضّمان إذا ألقى إلى العرف فهم ضمان القيمي بالقيمة.

(٦) قوله «لصورة» متعلّق بـ«لانصراف».

(٧) يعني أنّ الغالب في بعض القيميّات تعذّر المثل العرفي.

(٨) قوله «فالمرجع» مبتدأ خبره قوله هو الإجماع.

(أ) أورده الشّيخ الطّوسي ﷺ في الخلاف ج ٣ ص ٣٨٩ ذيل المسألة ٢ كتاب أمّهات الأولاد.

القيمي وان[١] فرض تيسّر المثل له[٢] كما في من اتلف عبداً[٣] من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه وكما لو اتلف عليه ذراعاً من ماة دراع كرباسٍ منسوجٍ على طريقة واحدة لاتفاوت في اجزائه اصلاً هو الإجماع[٤] كما يستظهر[٥] وعلى تقديره[٦] ففي شموله[٧] لصورة تيسّر المثل من جميع الجهات تأمّل[٨] خصوصاً مع الإستدلال عليه[٩] كما في الخلاف وغيره بقوله تعالى ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ بناءً على أنّ القيمة مماثل للتّألف في الماليّة فإنّ ظاهر

---

(١) قوله «ان» في قوله «وإن فرض» وصليّة.

(٢) أي للقيمي.

(٣) كما لو كان لبكرٍ عبدان متقاربا الصّفات بحيث عُدّا مثلين عرفا فباع أحدهما من خالد ولم يسلّمه بعد فأتلف خالد أحد العبدين فإنّ مقتضي إطلاق أدلّة الضّمان أن يأخذ بكر العبد الّذي باعه لخالد في مقابل إتلاف خالد العبد الّذي لبكر وكما لو أتلف عليه ذراعاً من مأته ذراع كرباس منسوج على طريقة واحدة ممّا يعدّ عند العلماء قيميّا لا مثليّاً ولاتفاوت في أجزائه أصلاً فإنّ مقتضي القاعدة ضمانه بمثل ذلك الكرباس لا بقيمته.

(٤) قوله «هو الإجماع» خبر لقوله «فالمرجع».

(٥) يعني كما يستظهر الإجماع من كلمات الفقهاء على وجوب القيمة في القيمي وإن فرض تيسّر المثل له.

(٦) أي وعلى تقدير تحقّق الإجماع.

(٧) أي ففي شمول الإجماع.

(٨) وجه التّأمّل انّ القدر المتيقّن من الإجماع هو القيميّ الّذي لا مثل له وأمّا شموله على فرض ثبوته للمثل الموجود المماثل للتألّف القيمي من جميع الجهات فالإجماع على ثبوت القيمة في هذه الصّورة غير ثابت لأنّه دليلٌ لبيٌّ والمتيقّن منه غير هذه الصّورة.

(٩) أي على الضّمان.

ذلك[١] جعلها[٢] من باب الأقرب إلى التّألف بعد تعذّر المثل وكيف كان[٣] فقد حُكِيَ الخلافُ في ذلك[٤] عن الإسكافي[٥] وعن الشّيخ والمحقّق في الخلاف[٦] والشّرايع في باب القرض[٧][أ] فإنْ ارادوا[٨] ذلك مطلقاً[٩] حتّىٰ مع تعذّر المثل فيكون القيمة عندهم بدلاً عن المثل حتّىٰ يترتّب عليه[١٠] وجوب قيمة يوم دفعها[١١] كما ذكر

---

(١) أي ظاهر الإستدلال على الضّمان بآية الإعتداء.

(٢) يعني جعل القيمة.

(٣) يعني سواء كان مقتضي اطلاق أدلّة الضّمان في القيميّات هو الضّمان ما بالقيمة مطلقا أو بعد تعذّر المثل.

(٤) يعني وجوب القيمة في القيمي.

(٥) راجع مفتاح الكرامة ج٦ ص٢٤٣. إذا عرفت هذا فأقول المحكيّ عن الإسكافي أنّه «إن تلف المغصوب دفع قيمته أو مثله إن رضى به صاحبه» وأنت خبير بأنّ هذه العبارة لا يظهر منه الخلاف المزبور.

(٦) على طريق اللّف والنّشر المرتّب يعني عن الشّيخ في الخلاف وعن المحقّق في الشّرايع.

(٧) قال في الشّرايع في قرض القيمي أنّه «يثبت في الذّمّة قيمته وقت التّسليم ولو قيل يثبت مثله أيضاً كان حسناً، انتهى.

(٨) يعني فإن أراد الإسكافي والشّيخ والمحقّق ﷺ.

(٩) أي سواء تعذّر المثل أم لم يتعذّر.

(١٠) أي على وجوب المثل.

(١١) أي يوم دفع القيمة فإذا كانت الأمة في يوم التّلف يسوى مثلاً ألفاً وفي يوم الدّفع مأتين أو ألفين وجب على المتلف اعطاء المأتين أو الألفين لأنّه يوم تحوّل المثل الى القيمة.

(أ) كتاب التّجارة باب القرض ص١٠٢.

وذلك[١] احتمالاً في مسألة تعيّن القيمة متفّرعاً على ذلك القول[٢] فيردّه[٣] إطلاقات الرّوايات الكثيرة[٤] في موارد كثيرة منها صحيحة أبي ولّاد الآتية ومنها رواية تقويم العبد[٥] ومنها[٦] ما دلّ على انّه إذا تلف الرّهن بتفريط المرتهن سقط من دينه[٧]

---

(١) يعني وجوب دفع قيمة يوم الدّفع.

(٢) يعني القول بوجوب دفع القيمة فإنّ القائل بوجوب دفع قيمة الأمة لا مثلها احتمل وجوب قيمة يوم التّلف وقيمة يوم الدّفع.

(٣) قوله «فيردّه» جوابٌ وجزاء قوله «فإن أرادوا» وجملة «كما ذكروا» معترضه وضمير «يردّه» راجع إلى القول أي يردّ القول باعتبار قيمة يوم الدّفع الّذي متفرع على القول بضمان القيمي بالمثل مطلقاً ولو مع تعذّر فإنّ مقتضاه عندئذ قيمة يوم الدّفع.

(٤) لم أجد هذه الإطلاقات في باب القرض الّذي هو مورد خلاف الجماعة فالتّعدّي منها إلى القرض غير ظاهر ولم يثبت اجماع على الفصل.

(٥) وعن عوالي للئالي قال النّبي ﷺ من أعتق شقصاً له من مملوك وله مال قوم عليه الباقي[أ].

(٦) أي ومن بعض تلك الإطلاقات الواردة في المقام ما دلّ على أنّه إذا تلف الرّهن بتفريط المرتهن.. إلخ[ب].

(٧) أي سقط من دين الرّاهن الّذي أخذ المال من المرتهن.

(أ) الكافي ج ٥ ص ٢٣٤ حديث ٩.

(ب) مستدرك وسائل الشيعة المجلد الثالث ص ٤٠ الباب ١٦ حديث ٦.

بحساب ذلك[١] فلولا ضمان التّالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الّدين بمجرّد ضمان التّألف ومنها غير ذلك[٢] من الأخبار الكثرة وان ارادوا[٣] انّه مع تيسّر المثل يجب المثل لم يكن بعيداً نظراً إلى ظاهر الإعتِداء[٤] ونفى الضّرر[٥] لأنّ خصوصيات الحقايق قد تقصد[٦] اللّهمّ إلّا ان يحقّق اجماع على خلافه[٧] ولو من جهة أنّ ظاهر كلمات هولاء[٨] اطلاق القول بضمان

---

(١) أي بحساب ذلك الرّهن مثلاً إنّ بكراً إذا رهن داره عند خالدٍ في مقابل ألفي دينار وأتلف خالدٌ داره الّتي تساوي ألف دينار سقط من ذمّة بكر ألف دينار ووجب عليه أن يعطي لخالد ألف دينار فقط فهذا السّقوط من الدّين بحسابه يدلّ على أنّ الرّهن إنّما يقوّم لا انّه يجب اعطاء مثله وإلّا كان اللّازم على خالد أن يعطي لبكر مثل داره ويأخذ من بكر الألفين الّذين دفعهما إليه فلولا ضمان التّالف بالقيمة لا بالمثل لم يكن وجه لسقوط الدّين بمجرّد ضمان التّالف.

(٢) كرواية السّفرة المطروحة في الطّريق[أ].

(٣) قوله «وإن.. إلخ» عطف على قوله «فإن أرادوا ذلك مطلقاً» وهذا هو الشّقّ الثّاني من المنفصلة.

(٤) حيث إنّ آية الإعتداء تدلّ على وجوب المثل إلّا ما خرج من القيميّات الّتي لم يكن لها مثل.

(٥) فإنّ دفع القيمة في القيمي مع تيسّر المثل ضرر على المالك.

(٦) فقصد المالك وإرادته أن يكون له عبد أو بغل أو شاة وغيرها لا أن يكون له قيمتها إذ اشترائها بالقيمة شاق عليه.

(٧) أي خلاف القول بوجوب المثل في صورة تيسّره.

(٨) يعني الإسكافي والشّيخ والمحقّق.

(أ) وسائل الشيعة ج١٧ ص٣٧٢ الباب ٢٣ من أبواب اللقطة الحديث ١.

المثل[١] فيكون الفصل[٢] بين التيسّر و عدمه قولاً ثالثاً في المسألة.

ثمّ انّهم اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد[٣] فالمحكيّ في غاية المراد[٤] عن الشّيخين واتباعهما تعين قيمة يوم التّلف وعن الدّروس والرّوضة[٥] نسبته[٦] إلى الأكثر والوجه فيه[٧] على ما نبّه عليه جماعة منهم العلّامة في التّحرير أنّ الإنتقال[٨] إلى البدل إنّما هو يوم التّلف[٩] إذا لواجب قبله[١٠] هو ردّ

---

(١) فإنّهم يقولون إنّ القيمي مطلقا بمعنىٰ أنّ ظاهر كلام الإسكافي والشّيخ والمحقّق ﷺ عدم الفرق بين تيسّر المثل وتعذّره بل ظاهر غيرهم ممّن أفتىٰ بثبوت القيمة أيضاً ذلك فالفرق بين صورة تيسّر المثل وتعذّره خلاف الإجماع.

(٢) أي فيكون الفصل بضمان المثل في صورة التيسّر والقيمة في صورة التّعذّر قولا ثالثاً خارقا للإجماع علىٰ ضمان القيمي بالقيمة من غير فرق بين تيسّر المثل وتعذّره.

(٣) أقول الأقوال في المقام ستّةٌ «أحدها» كون المدار على القبض نسب إلى الأكثر «الثّاني» يوم التّلف نسب إلى الشّيخين وأتباعهما بل إلى الأكثر أيضاً كما عن دروس الشّهيد والرّوضة «الثّالث» يوم الدّفع «الرّابع» أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التّلف «الخامس» أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم الدّفع «السّادس» أنّ العبرة في ذلك بأعلى القيم من يوم التّلف إلى زمان الأداء.

(٤) لِـمحمّد بن مكّي بن محمّد بن حامد العاملي المعروف بالشّهيد الأوّل.

(٥) الرّوضة البهيّة في شرح اللّمعة الدّمشقيّة لِـزين الدّين بن عليّ بن أحمد بن محمّد بن جمال الدّين بن مشرف العاملي الجبعي المعروف بالشّهيد الثّاني.

(٦) أي نسبة تعيّن قيمة يوم التّلف.

(٧) أي في كون المعيار قيمة يوم التّلف.

(٨) لا بعده ولا قبله وكلمة «أنّ» مع اسمها وخبرها خبرُ لمبتدأ مقدّم وهو قوله «الوجه».

(٩) بمعنى أنّ الضّمان قبل التّلف أمر معلّق لا تنجّز له وإنّما التّنجّز بالتّلف.

(١٠) أي قبل التّلف.

العين وربّما يورد عليه[١] انّ يوم التّلف يوم الإنتقال إلى القيمة امّا كون المنتقل إليها قيمة يوم التّلف فلا ويدفع[٢] بأنّ معنىٰ ضمان العين عند قبضه كونه[٣] في عهدته ومعنىٰ ذلك[٤] وجوب تداركه ببدله[٥] عند التّلف حتّىٰ يكون[٦] عند التّلف كأنّه لم يتلف وتداركه على هذا النّحو[٧] بالتزام مال معادلٍ له قائم مقامه[٨] وممّا ذكرنا ظهر أنّ الأصل[٩] في ضمان التّالف ضمانه بقيمته يوم التّلف فان خرج المغصوب من ذلك[١٠] مثلاً فبدليل خارج[١١] نعم لو تمّ ما تقدّم عن الحلّي في هذا المقام من دعوى الإتّفاق على كون المبيع فاسداً بمنزلة المغصوب إلّا في ارتفاع الاثم الحقناة[١٢] بالمغصوب إن ثبت فيه[١٣] حكم مخالف

---

(١) أي علىٰ هذا القول أعني القول بتعين قيمته يوم التّلف.

(٢) أي ويدفع الإيراد المذكور.

(٣) بأنّ معنى ضمان العين عند قبضه الّذي يستفاد من قوله «على اليد ما أخذت» كون الشّيء المغصوب في عهدة القابض وذمّته.

(٤) أي كونه في العهدة.

(٥) أي وجوب تدارك العين ببدل العين.

(٦) أي بكون العين كأنّ العين التّالف لم يتلف.

(٧) أي تدارك العين على هذا النّحو أي كأنّه لم يتلف.

(٨) أي الجبران يتحقّق بأداء مال معادلٍ في الماليّة للعين التّالفة قائمٍ مقام العين.

(٩) أي القاعدة في ضمان التّالف ضمانه بقيمته يوم التّلف.

(١٠) أي من الأصل المقتضي لضمان التّالف كليّة بقيمة يوم التّلف.

(١١) أي فإن خرج المغصوب من ذلك الأصل بأن قلنا المغصوب يضمن بقيمة يوم الغصب أو أعلى القيم أو ما نحوه فبدليل خارج سبب ذلك الدّليل.

(١٢) أي ألحقنا المبيع بالبيع الفاسد بالمغصوب.

(١٣) أي في المغصوب.

لهذا الأصل[١] بل يمكن ان يقال: إذا ثبت في المغصوب الإعتبار بقيمة يوم الغصب كما هو ظاهر صحيحة أبي ولّاد[٢] كشف[٣] ذلك عن عدم اقتضاء اطلاقات الضّمان[٤] لإعتبار قيمة يوم التّلف إذ[٥] يلزم حينئذ أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التّلف اضعاف ما كانت[٦] يوم الغصب غير واجب التّدارك لما[٧] ذكرنا من انّ معنىٰ التّدارك التزام بقيمته[٨] يوم وجوب التّدارك[٩] نعم لو فرض دلالة الصّحيحة على وجوب اعلى القِيَمْ امكن جعل التزام الغاصب

---

(١) أي الأصل المقتضي للضّمان بقيمة يوم التّلف.

(٢) حيث قال ﷺ فيها «نعم قيمة بغلٍ يوم خالفته».

(٣) قوله «كشف ذلك» جواب لـ «إذا» في قوله «إذا ثبت» أي كشف ذلك الإعتبار بقيمة يوم الغصب.

(٤) يعني اطلاقات الضّمان في المغصوبات وفي الأمانات المفرّط فيها.

(٥) قوله «إذ يلزم.. إلخ» علّة للكشف المزبور وحاصله لزوم التّالي الفاسد أي حين لو قلنا إنّ معنى التّدارك إقامة البدل مقام الشّيء يوم وجوبه أعني يوم التّلف وقلنا في باب الغصب بخلاف ذلك وأنّ المدار فيه على يوم وجوبه أعني يوم التّلف وقلنا في باب الغصب بخلاف ذلك وأنّ المدار فيه على يوم الغصب يلزم أن لا يكون المغصوب في هذه الصّورة واجب التّدارك فيلزم أن يكون الغاصب أحسن حالاً من غيره وأخفّ حكماً وهو بديهيّ البطلان لأنّه إمّا مساوٍ لغيره أو أشقّ.

(٦) أي أضعاف ما كانت قيمته يوم الغصب كما لو كان يوم الغصب بثمانين ويوم التّلف بعشرة.

(٧) قوله «لما ذكرنا» تعليل لقوله «يلزم» وبيان لوجه اللّزوم يعني يترتّب اللّازم الباطل المزبور على كون ما ذكر من معنى التّدارك.

(٨) أي بقيمة التّالف.

(٩) وهو يوم الدّفع ويوم الاقباض.

بالزّائد على[١] مقتضى التّدارك مؤاخذة له[٢] بأشقّ الاحوال[٣] فالمهمّ حينئذ[٤] صرف الكلام الى معنى الصحيحة بعد ذكرها ليلحق به البيع الفاسد إمّا لِما ادّعاه الحلّيّ[٥] وإمّا لكشف الصحيحة عن معنى التّدارك والغرامة في المضمونات وكون العبرة في جميعها بيوم الضّمان كما هو[٦] احد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد وحيث انّ الصّحيحة مشتملة على احكام كثيرة[٧] وفوائد خطيرة[٨] فلا بأس بذكرها جميعاً وان كان الفرض[٩] متعلّقاً ببعضها

---

(١) كلمة «على» متعلّقة بـ«الزّائد» ومراده ﷺ من مقتضى التّدارك هو يوم التّلف.

(٢) أي للغاصب.

(٣) بمعنى أنّه يختصّ بالغاصب فلا يتعدّى منه إلى غيره في حكمه.

(٤) أي حين لو قلنا إنّ مقتضى الأصل في باب الضّمانات يتفاوت بتفاوت مفاد الصّحيحة الّتي ستعرف المراد منها.

(٥) من الإتّفاق على كون المبيع الفاسد بمنزلة المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم.

(٦) أي كون العبرة في جميعها بيوم الضّمان.

(٧) فاعلم أنّه قد استدلّ فيما نحن فيه بصحيحة أبي ولّاد الّذي رواه الشّيخ باسناده عن أحمد بن محمّد بن محبوب عن أبي ولّاد الحنّاط.

(٨) وحيث انّها مشتملةٌ على أحكامٍ كثيرةٍ فينبغي التّعرّض بالكلمات والجملات والفقرات الواقعة فيها وقبل الشّروع والتّكلّم حولها فلابدّ من ذكر مقدّمة وهي أنّ الصّحيحة تختصّ بالمغصوب واستدلّ للتّعدّي منه إلى المقبوض بالبيع الفاسد على فرض الدّلالة بما مرّ من دعوى الحلّي الإتّفاق علىٰ كون البيع فاسداً بمنزلة المغصوب إلّا في ارتفاع الاثم وفيه أنّ الثّبوت محلّ منع وبما أفاده المصنّف ﷺ وملخّصه أنّه لو فرض دلالة الصّحيحة على وجوب أعلى القيم أمكن تخصيصها بالغاصب وعدم التّعدّي عنه وأمّا لو كان ظاهرها أنّ الإعتبار بيوم الغصب.

(٩) في مقامنا هذا.

فروى[أ] الشّيخ في الصّحيح[١] عن أبي ولّاد قال اكتريت بغلاً إلى قصر بني

---

(١) أقول صحيحة أبي ولّاد وإن كانت مشتملة على أحكام كثيرة نافعة ولكن محلّ الإستشهاد بها قوله «نعم قيمة بغلٍ يوم خالفته» في جواب سؤال أبي ولّاد «أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني» واستدلّ القائلون باعتبار قيمة يوم الضّمان بهذه الفقرة وطريق الإستدلال بها من وجوه خمسة قابلة للمناقشة بل للإيراد «أحدها» أنّ «القيمة» مضافةٌ الى «البغل» ثمّ اضيفت ثانياً الى «اليوم» وحاصله وجوب قيمة البغل يوم المخالفة «كأنّه قال: نعم قيمة بغلٍ، قيمة يوم خالفته» ويرد عليه انّ النّفس لا تطمئنّ به لأنّ اضافة شيء مرّتين غير معروف في كلمات الأدباء لا تصلح للإستدلال ولا ثبات حكم من الأحكام «وثانيها» أنّ «اليوم» ظرف وقيد للإختصاص الّذي يفهم من اضافة «القيمة» الى «البغل» أي القيمة المختصّة للبغل يوم المخالفة ويردّ عليه أنّ ذكر البغل بصورة النّكرة ممّا لا يفهم له وجه لأنّ المفروض ان البغل كان موجوداً يوم المخالفة ولم يكن معدوماً لكي يفرض له مثلٌ بل يستفاد منها كون القيمي مضموناً بالمثل الّذي هو خلاف القاعدة وهذا الوجه كسابقه أيضاً كما ترى غير تامّ «ثالثها» أنّ القيمة مضافة إلى البغل والمجموع مضاف الى اليوم فحذف اللّام في البغل للإضافة فيكون عندئذ كقولنا خاتم فضّة عمرو فليس لعمرو فضّة بل «خاتم فضّة» ويرد عليه أنّه وإن كان ممكناً بحسب قواعد اللّغة ولكنّه تركيب لا يأنس به الذّهن فيشكل حمل الرّواية على هذه الوجه الغير المأنوس «رابعها» اليوم ظرف للقيمة بأن يكون للقيمة معنى حديثاً ومعناه أنّه يقوّم البغل يوم =

(أ) راجع الكافي ج ٥ ص ٢٩٠ من ط ٢ وتهذيب الأحكام للشّيخ الطّوسى ﷺ ج ٧ ص ٢١٥ ـ ٢١٦ حديث ٢٥ باب الإجارات، وسائل الشّيعة الباب ١٧ من كتاب الإجارة الحديث ١ إلّا انّه أسقط ذيله بخلاف الكافي والتّهذيب فإنّهما ذكرا تمامه.

=

هبيرة[١] ذاهباً وجايئاً بكذا وكذا[٢] وخرجتُ في طلب غريم لي[٣] فلمّا صِرْتُ قربَ قنطرة الكوفة خُبِّرتُ أنّ صاحبي[٤] توجّه إلى النّيل[٥] فتوجّهت نحو النّيل فلمّا أتيتُ النيلَ خُبِّرتُ أنّه[٦] توجّه إلى بغداد فأتبعتُهُ وظفرتُ به وفرغتُ[٧] ممّا بيني وبينه[٨] ورجعتُ إلى الكوفة وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً

= المخالفة ويرد عليه أنّ استفادة معنى الحَدَثِيّة من القيمة بعيد جدّا لا يساعده الذّوق السّليم «خامسها» أن يكون القيمة مضافاً الى البغل والبغل مضافاً الى اليوم فيكون من تتابع الإضافات يعني تعتبر قيمة البغل في يوم المخالفة ويرد عليه انّ اضافة البغل الى اليوم بأن يقال بغلُ هذا اليومِ خلاف الظّاهر غير مأنوس فتحصّل من جميع ما ذكرنا أنّ الإستدلال بها لهذا القول لا يساعده ظاهر الصّحيحة بأي احتمال من احتمالات الخمسة.

(١) أقول: هبيرة كان من عمّال بني أميّة في أواخر حكومتهم، وقال بعض إنّ ذلك القصر واقع في غربيّ الحلّة في مكان يسمّىٰ بالجربوعيّة سابقاً وبالهاشميّة فعلاً ولم يبق فعلاً أثر منه بل صار تلّاً وعلى قول ذلك البعض إنّه بعيد عن الكوفة بأحد عشر فرسخاً عن طريق البرّ.

(٢) أي بكذا كذا من الدّراهم.

(٣) أي في طلب مديون لي كنت أطلبه شيئاً.

(٤) مراده ﷺ من الغريم والصّاحب هو المديون.

(٥) في القاموس النّيل بالكسر نهر مصر وقرية بالكوفة وأخرى ببزد وبلد بين بغداد وواسط، انتهى.

(٦) أي المديون.

(٧) يعني أخذت من المديون طلبي.

(٨) أي بين المديون.

فأخْبِرتُ[١] صاحب البغل بعذرى[٢] واردتُ أن أتحلّل منه فيما ضعتُ وأُرضيه فبذلتُ له خمسةَ عشر درهماً فأبىٰ أن يقبل[٣] فتراضينا بابى حنيفة وأخبرتُهُ بالقصّة وأخبره الرّجلُ فقال[٤] لي ما صنعت بالبغل فقلتُ قد رجّعته سليما قال[٥] نعم بعد خمسة عشر يوماً قال[٦] فما تريد من الرّجل قال[٧] أُريدُ كِراء بغلي فقد حَبَّسَهُ عليّ خمسة عشر يوماً فقال[٨] إنّي ما ارى لك حقّاً لانّه[٩] اكتراه إلى قصر هبيرة فخالف[١٠] فَرَكِبَهُ الى النّيل والى بغداد فضمن قيمة البغل وسقط الكراء فلمّا ردّ البغل

---

(١) الوجه في اخبار صاحب البغل هو مخالفة أبي ولّاد لعقد الإجارة وذلك لانّ السير من الكوفة الى قصر بني هبيرة ذاهباً وجائيا يقلّ عن عشر أيّام فتصرّفه وركوبه على البغل كان مخالفاً لمقتضى اجارة البغل فأراد أبو الولّاد الإستحلال من صاحب البغل واسترضائه.

(٢) حيث انّ صاحب البغل قد اكراه البغل من الكوفة الى الهاشميّة لا الى بغداد ومنها الى الكوفة فالمستأجر قد تصرّف في مال النّاس بلا اجازة من صاحب البغل.

(٣) بمعنى أنّ صاحب البغل لم يرض ولم يقنع بخمسة عشر درهماً زعماً منه استحقاقه أجرة أزيد منها.

(٤) أي فقال لي أبو حنيفة ما صنعت بالبغل هل ارجعته أم لا.

(٥) أي فقال صاحب البغل: إنّ أبا ولّاد وإن رجّع البغل سليماً لكنّه رجّعه بعد خمسة عشر يوماً وهو أكثر من مدّة الإجارة المتعارفة للذّهاب من الكوفة إلى قصر ابن هبيرة والرّجوع منها الكوفة وهو خلاف الموعود المقرّر بيني وبينه.

(٦) يعني قال أبو حنيفة لصاحب البغل فما تريد من الرّجل الّذي اكترى بغلك.

(٧) يعني قال صاحب البغل أُريد كراء البغل في مدّة خمسة عشر يوماً.

(٨) يعني فقال أبو حنيفة لصاحب البغل ما أرى لك حقّاً على أبي ولّاد أصلاً غير الدّراهم الّتي تراضيتما عليها أوّلا.

(٩) أي لأنّ أبي ولّاد.

(١٠) أي فخالف أبو ولّاد.

سليماً وقبضتَه لم يلزمه[١] الكراء قال[٢] فخرجنا من عنده[٣] وأخذ صاحب البغل يسترجع[٤] فرحمته ممّا أفتى[٥] به أبو حنيفة وأعطيته[٦] شيئاً وتحلّلت منه وحججتُ تلك السّنة فأخبرت أبا عبدالله عليه السلام بما أفتىٰ به أبو حنيفة فقال[٧] في مثل هذا القضاو وشبهه تحبس السّماء ماءها وتحبس الأرض بركاتها قال فقلت[٨] لأبي عبدالله عليه السلام[٩] فَما ترىٰ أنت قال أرىٰ له عليك مثل كراء[١٠] بغل ذاهباً من الكوفة الى النّيل ومثل كراء البغل راكباً من النّيل إلى بغداد ومثل كراء بغلٍ من بغداد إلى الكوفة تُوَفّيه[١١] ايّاه قال[١٢] فقلت جعلت فداك قد علّفته بدراهم فلي عليه

---

(١) أي لم يلزم لأبي الوّلاد الكراء لأنّ الخراج بالضّمان فالمنافع المستوفاة من البغل في قبال ضمان العين وهو البغل هذا ما توهّمه أبو حنيفة من «الخراج بالضّمان».

(٢) أي قال المكتري يعني أبو الولّاد.

(٣) أي من عند «أبي حنيفة».

(٤) يعني يقول صاحب البغل إنّا لله وإنّا إليه راجعون.

(٥) أي كسر قلبي وشفقت عليه وأعطيته شيئاً مجّاناً.

(٦) أي أعطيت لصاحب البغل مقداراً من المال.

(٧) يعني فقال أبو عبدالله عليه السلام في مثل هذا القضاء المخالف لما أنزله الله تحبس.. إلخ.

(٨) أي قال أبو ولّاد فقلت لأبي عبدالله عليه السلام ما هو حكم الله تعالى في هذه المسألة.

(٩) قال الإمام عليه السلام أرىٰ لصاحب البغل عليك مثل كراء.. إلخ

(١٠) أي أرىٰ لصاحب البغل عليك مثل أُجرة بغل ذاهباً من الكوفة الى النّيل ومثل كراء بغل راكباً من النّيل إلىٰ بغداد ومثل كراء بغلٍ من بغداد إلىٰ لكوفة.

(١١) يعني تُعطي صاحبَ البغلِ هذا الكراء تامّاً.

(١٢) يعني قال أبو ولّاد قد علّفت البغل بدراهم في مدّة ركوبي عليه.

علفه فقال[١] لا لأنّك غاصب فقلت أرأيت لو عَطَبَ[٢] البغل أو نفق[٣] أليس كان يلزمني[٤] قال[٥] «نعم قيمة بغلٍ يوم خالفته» قلتُ[٦] فـان أصـاب البـغل كسـرٌ أودبرٌ[٧] أو عقر[٨] فقال[٩] عليك قيمة ما بين الصّحة والعيب[١٠] يوم تردّه[١١] عليه

---

(١) يعني قال الصادق عليه السلام لا تستحقّ على صاحب البـغل مـؤنة التّـعليف وذلك لأنّك غاصب وتصرفّك في البغل ليس مستنداً إلى أذن مالكيّ أو شرعيٍ حتّىٰ يكون مؤنته على صاحب البغل.

(٢) يعني قال أبو ولّاد فقلت للإمام عليه السلام أرأيت لو عطب أي لو هلك كما في المصباح.

(٣) عطف تفسير وفرّق بعض الأعاظم بينهما بأنّ المراد من النّفوق هـو المـوت بـحتف الأنف بخلاف العطب فلإنّه الموت بسبب الكسر ونحوه.

(٤) كلمة «يلزمني» بالتّخفيف فيكون المعنى هل تكون القيمة لازمة عليّ ومضمونةً لو هلك البغل.

(٥) يعني قال الإمام عليه السلام لو هلك البغلُ لزمك قيمة يوم خالفت عقد الإجارة.

(٦) قوله «قلت» قول أبي ولّاد وهو أيضاً سؤال عن ضمان البغل والفرق بين هذا السّؤال والسّؤال السّابق أنّ الأوّل كان عن ضمان الرّقبة لو مات البغل وهذا سؤال عن ضمان الطّرف والأعضاء من قرحةٍ أو كسر فأجاب عليه السلام بضمانها أيضاً كالرّقبة.

(٧) قوله «دَبَر» بفتحتين قرحة الدّابّة.

(٨) قوله «عَقَرْ» بفتح العين والقاف بمعنى الجرح.

(٩) يعني قال الإمام عليه السلام للمستأجر أبي ولّاد.

(١٠) فإذا كانت قيمة الصّحيح مأتين والمعيوب مأة وتسعين لزمه اعطاء عشرة بالإضافة إلى ردّ الدّابّة.

(١١) أي يوم تردّ البغل على صاحبه فإن كان في البغل أحد المذكورات من الكسر والدّبر والعقر عليك ما بين القيمة الصّحيحة والمعيبة.

قلت[١] فمن يعرف ذلك[٢] قال[٣] أنت وهو[٤] إمّا أن يحلف هو[٥] على القيمة فيلزمك فإن ردّ[٦] اليمينَ عليك فحلفتَ على القيمة[٧] لزمك ذلك[٨] أو[٩] يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون[١٠] انّ قيمة البغل حين أُكرِيَ كذا وكذا فيلزمك فقلت[١١] إنّي كنت أعطيته دراهم ورضى بها[١٢] وحلّلني فقال ﷺ إنّما رضى بها وحلّلك حين قضىٰ أبو حنيفة بالجور[١٣] والظّلم ولكن إرجع إليه[١٤] فأخبره بما

---

(١) أي قال أبو ولّاد للإمام الصّادق ﷺ.

(٢) يعني قيمة ما بين الصّحيحة والمعيبة.

(٣) أي قال الإمام ﷺ لأبي ولّاد أنت.

(٤) أي صاحب البغل.

(٥) يعني صاحب البغل.

(٦) أي ردّ صاحب البغل اليمين عليك.

(٧) أي فحلفتَ أنتَ علىٰ القيمة لزمك.

(٨) ذلك المقدار الّذي أنت اعترفتَ به مثلاً قال صاحب البغل هو مأة وقلتَ أنتَ هو ثمانين فإن حلف هو لزمك المأة وإن ردّ الحلف وحلفتَ أنت لزمك الثّمانون.

(٩) قوله «أو» عِدلٌ لقوله «امّا أن يحلف» يعني انّ لصاحب البغل اثبات دعواه بأحدى طريقين الحلف والبيّنة.

(١٠) أي يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكترى كانت مأة مثلاً فيلزمك ويقوم الشّهود مقام الحلف.

(١١) قوله «فقلت» قول أبي ولّاد والغرض من هذا السؤال حطُّ مقدارٍ من أجرة المثل الّتي حكم الإمام الصّادق ﷺ باستقرارها في ذمّته.

(١٢) أي رضى صاحب البغل بالدّراهم.

(١٣) أي بالظّلم.

(١٤) يعني ارجع إلى صاحب البغل.

أَفْتَيْتُكَ به فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك الخبر[١] ومحلّ الإستشهاد فيه[٢] فقرتان الاولى: قوله «نعم قيمة بغلٍ يوم خالفته» إلى ما بعد فإنّ الظّاهر[٣] أنّ «اليوم» قيد للقيمة إمّا باضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه[٤] ثانياً يعني قيمة يوم المخالفة للبغل فيكون اسقاط حرف التّعريف[٥] من البغل للإضافة لا[٦] لأنّ ذا القيمة بغلٌ غير معيّن حتّىٰ توهِمَ الرّواية مذهب من جعل القيميّ

---

(١) ذيل الصّحيحة «فلمّا انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكاري فأخبرته بما أفتاني به أبو عبدالله عليه السلام وقلت له: قل: ما شئتَ حتّىٰ أُعطيكه فقال: قد حَبَّبَ إليّ جعفر بن محمّد عليهما السلام ووقع له في قلبي التّفضيل وأنت في حلّ وإن أحببتَ أن أردّ عليك الّذي أخذته منك فعلت.

(٢) أي في الخبر.

(٣) أي الظّاهر عند العرف.

(٤) أي إلى اليوم أقول في هذه الإضافة احتمالان أحدهما اضافة القيمة مرّتين مرّة إلى البغل وأخرى إلى يوم والثّاني إضافة المضاف والمضاف إليه إلىٰ يوم فتكون القيمة مضافةً إلى البغل منفرداً وإلى اليوم مع ما أضيف إليه فيكون مثل قولنا «ماء ورد زيد» أو «خاتم فضّة عمرو» وفيه أنّه وإن كان ممكناً بحسب قواعد اللّغة ولكنّه تركيب غير مأنوس يشكل حمل الرّواية عليه لأنّ اضافة الأسم مرّتين غير معهود في الإستعمال بل قيل إنّه ممتنع من غير فرق بين ما كانت الإضافة في رتبةٍ واحدةٍ أم في رتبتين إذ في الأوّل يلزم كون الأمر الواحد في حين واحد منظوراً إليه بنظرين متباينين وفي الثّاني يلزم كون الإضافة الواقعة في الرّتبة الأولى.

(٥) ملحوظ باللّحاظ الآلي كما هو مقتضي كونها اضافة خاصّة واقعة بين المضاف والمضاف الموجبة للرّبط بينهما وباللّحاظ الإستقلالي كما هو مقتضي كونها مقوّمة للمضاف.

(٦) يعني ليس منشأ اسقاط حرف التّعريف هو كون البغل الّذي يجب دفع قيمته كلياً غير معيّن حتّىٰ يكون المضمون هو البغل المماثل للتّالف الّذي اكراه أبو ولّاد وتكون القيمة بدل البدل.

مضموناً بالمثل[١] والقيمة إنّما هي قيمة المثل وإمّا بجعل اليوم قيداً للإختصاص[٢] الحاصل من اضافة القيمة إلى البغل وأمّا ما احتمله جماعة من تعلّق الظّرف[٣] بقوله نعم[٤] القائم مقام قوله ﷺ يلزمك يعني يلزمك يوم المخالفةقيمة بغلٍ فبعيد[٥] جدّاً بل غير ممكنٍ لأنّ السّائل إنّما سئل عمّا يلزمه بعد التّلف[٦] بسبب المخالفة[٧] بعد العلم[٨] بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضّمان[٩] كما يدلّ عليه أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني فقوله نعم يعني يلزمك بعد التّلف بسبب المخالفة قيمة بغلٍ يوم خالفته وقد أطنب بعض من جعل الفقرة[١٠] ظاهرة في تعلّق الظّرف[١١] بلزوم القيمة عليه ولم

---

(١) كالإسكافي ومن وافقه وتابعة من كون المضمون مضموناً بمثله ولا تستقر القيمة في ذمّة الضّامن إلّا بتعذّر المثل.

(٢) أي قيدا للمعنى لا أنّه قيدٌ للقيمة.

(٣) أي يوم.

(٤) أي إذا قال أبو ولّاد في مقام السؤال أليس يلزمني: قال الصّادق ﷺ: نَعَم «يلزمك».

(٥) قوله «فبعيد» جواب لـ«أمّا» وخبر لـ«ما» في قوله «وأمّا ما احتمله جماعة».

(٦) حاصل كلامه ﷺ في المقام أنّ ملاحظة السؤال تقتضي علم المتكلّم الّذي هو السّائل بأنّ اللّزوم كان بعد التّلف فإذا كان ظرف اللّزوم التّلف امتنع أن يكون يوم المخالفة قيداً له لأنّه يستلزم أن يكون ظرفه يوم المخالفة أيضاً وذلك متنافٍ فعندئذ فلابدّ أن يجعل يوم المخالفة قيداً لأمر آخر غير اللّزوم لئلّا يلزم التّنافي.

(٧) قوله «بسبب المخالفة» متعلّق بـ«يلزمه».

(٨) يعني بعد علم السّائل.

(٩) فجواب إمام الصّادق ﷺ بأنّ الضّمان في يوم المخالفة لا فائدة فيه أصلاً.

(١٠) وهو قوله ﷺ «نعم قيمة بغلٍ يوم خالفته».

(١١) أي في تعلّق «اليوم» في قوله «يوم خالفته».

يأت[١] بشيء يساعده التّركيب اللّغوي ولا المتفاهم العرفي الثّانية[٢] قوله «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم أكترى كذا وكذا» فإنّ إثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث[٣] هو يوم الاكتراء لا جدوي فيه[٤] لعدم[٥] الإعتبار به فلابدّ[٦] أن يكون الغرض منه[٧] إثبات قيمة يوم المخالفة[٨] بناءً على أنّه[٩] يوم الاكتراء لأنّ الظّاهر من صدر الرّواية[١٠] أنّه[١١] خالف المالك بمجرّد

---

(١) أي لم يأت هذا البعض بشيء يساعده التّركيب اللّغوي.

(٢) يعني الفقرة الثّانية: من صحيحة أبي ولّاد الظّاهرة في ضمان المغصوب بقيمته يوم الغصب لا يوم التّلف ولا أعلى القيم وهي قوله ﷺ «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكتري كذا وكذا».

(٣) أي لا من حيث إنّ قيمة يوم الإكتراء متّحدة مع قيمة يوم المخالفة حيث إنّ الجدوي والنّفع في القيمة بلحاظ الإتّحاد موجودة.

(٤) يعني في يوم الإكتراء.

(٥) أي بيوم الإكتراء وذلك لأنّ يوم الإكتراء ليس يوم الضّمان.

(٦) قوله «فلابدّ» متفرّعٌ على عدم العبرة بقيمة يوم الإكتراً لو لم تكن متّحدة مع قيمة يوم المخالفة.

(٧) أي من يوم الإكتراء.

(٨) وهو يوم الغصب.

(٩) أي أنّ يوم المخالفة يوم الإكتراء أيضاً.

(١٠) قوله «لأنّ» علّة لكون يوم المخالفة هو يوم الإكتراء والمراد من صدر الرّواية هو قول أبي ولّاد «فلمّا صرتُ قربَ قنطرةِ الكوفةِ خُبِّرتُ أنّ صاحبي توجّه الى النّيل فتوجّهت نحو النّيل» فقوله «توجّهت نحو النّيل» ظاهرٌ في أنّ مخالفة أبي ولّاد بعدوله عن طريق قصر أبي هبيرة إلى طريق النّيل كانت من يوم الإكتراء أو بعده بيوم واحد لا أكثر من ذلك.

(١١) يعني أنّ أبي ولّاد.

خروجه من الكوفة ومن المعلوم أنّ اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة[١] إنّما يكون يوم الخروج[٢] أو في عصر اليوم السّابق[٣] ومعلوم أيضاً عدم اختلاف القيمة في هذه المدّة القليلة وأمّا قوله ﷺ في جواب السؤال عن اصابة العيب عليك قيمة ما بين الصّحّة والعيب يوم تردّه فالظّرف متعلّق بعليك لا قيد للقيمة إذ لا عبرة في ارش العيب بيوم الردّ[٤] اجماعاً[٥] لأنّ النّقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل[٦] العين فالمعنى عليك أداء الأرش يوم ردّ البغلة ويحتمل أن يكون[٧] قيداً للعيب والمراد العيب الموجود في يوم الرّدّ[٨] لاحتمال إزدياد العيب إلي يوم الرّدّ فهو[٩] المضمون دون العيب القليل الحادث أوّلا

---

(١) يعني بين الكوفة وبين قنطرتها.

(٢) بمعنى أنّه يكون الإكتراء والمخالفة في يوم واحد مثلاً أنّه اكترى أوّل يوم الخميس وخرج وخالف في هذا اليوم أيضاً فعندئذٍ لا يكون اختلاف القيمة بين يوم الإكتراء وبين يوم المخالفة في هذه المدّة القليلة.

(٣) بأن اكترى البغل صباحاً وخرج عصراً.

(٤) يعني يوم ردّ العين.

(٥) أقول لعدم مساسٍ بينهما لو أريد يوم ردّ البغل فإنّ المدار في ملاحظة الأرش والتّفاوت بين الصّحيح والمعيب هو تقويم الصّحيح يوم ضمان النّقص لا يوم الرّد فيقرض النّقص غير موجود ويقوّم صحيحاً ثمّ يقوّم معيباً إلىٰ آخر ما ذكر في محلّه.

(٦) الجارّ في كلمة «أصل» متعلّق لكلمة «تابع».

(٧) يعني يحتمل أن يكون الظّرف الّذي هو لفظ «اليوم» قيداً للعيب.

(٨) بمعنىٰ أنّه إذا كان «يوم» متعلّقاً بـ«العيب» كان المردا من القيمة قيمة العيب في يوم ردّ العين لا قيمة العيب في زمان حدوثه.

(٩) أي العيب الموجود في يوم ردّ العين.

لكن[١] يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الرّدّ والعبرة حينئذ[٢] بالعيب الموجود حال حدوثه لأنّ المعيب لو ردّ إلى الصّحّة أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه وارتفع[٣] على[٤] مقتضى الفتوى فهذا[٥] الإحتمال من هذه الجهة[٦] ضعيف أيضاً فتعيّن تعلّقه بقوله عليك والمراد بقيمة ما بين الصّحّة والعيب قيمة التّفاوت بين الصّحّة والعيب ولا تعرّض في الرّواية ليوم هذه[٧] القيمة فيحتمل[٨]

---

(١) مراده ﷺ انّه كما يحتمل إزدياد العيب في مورد الرّواية كما عرفته كذلك يحتمل نقصانه فيه إلى يوم الرّدّ فيعارض احتمال الإزدياد.

(٢) أي حين تناقصِ العيب وزواله تدريجاً.

(٣) أقول وجه عدم السّقوط انّ التّالّف مضمون والحادث إنّما حدث في ملك المالك فلا وجه لرفع الضّمان الثّابت به ويتفرّع عليه انّه لو كان البغل سميناً مثلاً فهزل ضمن الغاصب سمنه فلو عاد السّمن لا يتدارك به المضمون لأنّ التّغيّر إنّما وقع في ملكه.

(٤) كلمة «على» متعلّقة بـ«لم يسقط» يعني انّ الدّليل على استقرار أرش العيب حال حدوثه على عهدة ضامن العين هو مقتضي اطلاق فتوىٰ جماعة من الفقهاء رضوان الله عليهم والمصرّح به في كلام آخرين هو السّقوط.

(٥) أي احتمال كونه قيداً للعيب.

(٦) يعني من جهة احتمال النّقصان الّذي تدلّ الرّواية على كون النّاقص هو المضمون فقط ضعيف أيضاً يعني كما أنّ احتمال كونه قيداً للعيب ضعيفٌ من جهة كون العبرة في الأرش بيوم الردّ مخالفاً للإجماع كذلك ضعيف من جهة احتمال النّقصان الّذي تدلّ الرّواية على ضمان هذا النّاقص فقط وقال بعض المحشّين يعني احتمال كون قوله ﷺ يوم تردّه قيداً للعيب ضعيف كضعف احتمال كونه قيداً للقيمة.

(٧) يعني قيمة التّفاوت وانّه تلاحظ الأيّام لأخذ التّفاوت.

(٨) وذلك لتبعيّة ضمان الأجزاء الّتي منها وصف الصّحة لضمان يوم الغصب.

يوم الغصب ويحتمل يوم حدوث العيب[١] الّذي هو يوم تلف وصف الصّحّة الّذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضّمانات والمعاوضات وحيث عرفت ظهور الفقرة السّابقة عليه[٢] واللّاحقة[٣] له في اعتبار يوم الغصب تعيّن[٤] حمل هذا[٥] أيضاً على ذلك[٦] نعم يمكن أن يوهن ما استظهرناه[٧] من الصّحيحة بأنّه[٨] لا يبعد أن يكون مبني الحكم[٩] في الرّواية على ما هو الغالب في مثل مورد الرّواية من عدم

---

(١) بمعنى أنّه إذا قلنا بضمان العين المضمونة التّالفة بقيمة يوم التّلف ترتّب عليه ضمان العيب بقيمة يوم حدوثه لأنّه زمان تلف وصف الصّحّة الّذي هو كالجزء الخارجي في الضّمان.

(٢) المراد من الفقرة السّابقة قوله ﷺ «نعم قيمة بغل يوم خالفته».

(٣) المراد من الفقرة اللّاحقة قوله ﷺ «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا».

(٤) قوله «تعيّن» جواب لـ«حيث».

(٥) يعني جملة «عليك قيمة ما بين الصّحّة والعيب يوم تردّه».

(٦) أي على يوم الغصب وحاصل كلامه ﷺ انّه حيث عرفت ظهور الفقرة اللّاحقة بواسطة القرينة الخارجيّة التّي هي مسلميّة عدم اعتبار قيمة يوم الاكتراء والقرينة الدّاخلة الّتي هي انضمام صدر الرّواية إليها في اعتبار يوم الغصب تعيّن من هذا حمل يوم قيمة التّفاوت على يوم الغصب أيضاً.

(٧) أقول المراد ممّا استظهره ﷺ كون المناط هو قيمة يوم المخالفة يعني يوم الغصب.

(٨) قوله «بأنّه» متعلّق بـ«يوهن».

(٩) أقول المراد من الحكم حكمه ﷺ باعتبار قيمة يوم الاكتراء وحاصل الكلام والتّوهين أنّه يمكن دعوى كون الحكم بضمان قيمة خصوص يوم المخالفة لأجل البناء على ما هو الغالب في مورد الصّحيحة من عدم اختلاف قيمة البغل في هذه المدّة القليلة أعني خمسة عشر يوماً لا لأجل خصوصيّة فيه.

اختلاف قيمة البغل في مدّة خمسة عشر يوماً[١] ويكون السّر في التّعبير بيوم المخالفة دفع ما ربّما يتوهّمه أمثال صاحب البغل من العوام انّ العبرة[٢] بقيمة ما اشترى به البغل وإن نقص بعد ذلك لأنّه[٣] خسره[٤] المبلغ الّذي اشترى به البغلة ويؤيّده التّعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرّواية بيوم الاكتراء[٥] فإنّ فيه[٦] اشعاراً بعدم عناية المتكلّم بيوم المخالفة من حيث إنّه يوم المخالفة[٧] إلّا أن يقال إنّ الوجه في التّعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التّنبيه على سهولة إقامة الشّهود على قيمته[٨] في زمان الاكتراء لكون البغل فيه[٩] غالباً بمشهد من النّاس وجماعة من المكارين[١٠] بخلاف زمان المخالفة من حيث إنّه زمان

---

(١) يعني فبناءً على هذا الإحتمال في الرّواية لا يبقى ظهور في الإعتبار بيوم الغصب.

(٢) جملة «انّ العبرة.. إلخ» في محلّ نصب على انّها بيان للضّمير المنصوب في قوله «يتوهّمه» أو انّها مجرورة بـ«من» البيانيّة المبيّنة للموصول في «ما ربّما».

(٣) أي لأنّ الغاصب.

(٤) الضّمير المنصوب على المفعوليّة راجع إلى المشتري وقوله «لأنّه» علّة للتوهّم المذكور وقوله «خسّره» بمعنى أهلكه فيصير المعنى لأنّ الغاصب أهلك على المشتري.. إلخ.

(٥) في قوله عليه السلام: حين اكترى كذا وكذا.

(٦) أي في هذا التّعبير.

(٧) أقول يعني لا خصوصيّة في التّعبير بيوم المخالفة كما ربّما يتوهّم بل التّعبير بها من حيث إنّ القيمة في هذا اليوم مساوية لها في يوم الاكتراء إلى يوم الرّدّ.

(٨) أي على قيمة البغل.

(٩) يعني في يوم الإكتراء.

(١٠) أي وجماعة من المكارين الّذين هم خُبَراء بثمن البغال والدّوابّ أقول لا نسلم هذه الغلبة ولم يتّضح وجه هذه الدّعوى ولو سلّم هذه التّنبيه لا يحسن لو كان الخطاب للغاصب وإنّما يحسن لو كان الخطاب لصاحب البغل.

المخالفة فتغيير التّعبير[١] ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة بل للتّنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبيّنة كاليمين[٢] في مقابل[٣] قول السّائل ومن يعرف ذلك فتأمّل[٤].

ويؤيّده[٥] أيضاً قوله ﷺ فيما بعد[٦] في جواب قول السّائل ومن يعرف ذلك[٧] قال أنت وهو إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك فإن ردّ اليمين عليكَ فحلفتَ على القيمة لزمه أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون على أنّ قيمة البغل يوم أكترى كذا وكذا فيلزمك «الخبر» فإنّ العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه[٨] لكون القول قول المالك مع كونه[٩] مخالفاً للاصل[١٠] ثمّ لاوجه لقبول

---

(١) يعني تغيير التّعبير بيوم الإكتراء عن يوم المخالفة.

(٢) يعني كمعرفة القيمة باليمين في السّهولة.

(٣) قوله «في مقابل» متعلّق بقوله «للتّنبيه».

(٤) أقول وجهه ما عرفت من اتّحاد يوم الإكتراء مع يوم المخالفة فلا فرق بين التّعبير بيوم الإكتراء والتّعبير بيوم المخالفة في هذا التّنبيه فعندئذ لا وجه في التّعبير بيوم الإكتراً فلابدّ من الإلتزام بعدم العناية بيوم المخالفة من حيث يوم المخالفة بل التّعبير به من حيث عدم التّفاوت في هذه المدّة القليلة في القيمة.

(٥) أي ويؤيّد كون الحكم في الرّواية مبنيّاً على الغالب وعدم الأنـاطة بـيوم المـخالفة أيضاً أي كما في التّأييد الأوّل.

(٦) يعني بعد الفقرة الأولى.

(٧) يعني قيمة البغل وهي قوله ﷺ «نعم قيمة بغل يوم خالفته».

(٨) أي لم يكن وجه قوى وإلّا سيأتي أنّ له أيضاً وجهاً.

(٩) أي مع كون القول قول المالك.

(١٠) أقول وذلك لأنّ الأصل عدم الزّيادة عمّا يدّعيه الغاصب فالمالك لأجل كون قوله مخالفاً للأصل يكون مدّعياً ومن المعلوم أنّه لا وجه لكون القول قول المدّعي مع يمينه.

بيّنة[١] لأن من كان القول قوله فالبيّنة بيّنة صاحبه وحمل الحلف[٢] هنا على الحلف المتعارف الّذي يرضى به المحلوف له ويصدقه[٣] من دون[٤] محاكمة والتّعبير[٥] بردّه اليمين على الغاصب من جهة أنّ المالك أعرف بقيمة بغله فكان الحلف حقّاً ابتداءً خلاف[٦] الظّاهر وهذا[٧] بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التّلف فإنّه يمكن أن يحمل توجّه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا في تنزّل القيمة[٨] يوم التّلف

---

(١) يعني بيّنة المالك ومن البيّن أنّ قبول بيّنة مخالف لما ثبت من أنّ من يقبل قوله لا تقبل بيّنته وإنّما تُقبل من صاحبه وهو الغاصب.

(٢) قوله «وحمل الحلف» مبتدأ خبره قوله «خلاف الظّاهر» يعني حمل الحلف على الحلف المتعارف الّذي يرضى به المنكر ويصدّقه بحلفه من دون محاكمة شرعيّة خلاف الظّاهر لأنّ الأئمّة عليهم السلام يحكمون بالأحكام الشّرعيّة لا بالأمور العرفيّة الّتي لا تنطبق بالموازين الشّرعيّة وبعبارة أخرى انّ الظّاهر من قول الإمام عليه السلام أنّه في مقام بيان حكم الشّرع في رفع الإختلاف بين المالك والغاصب كما هو شأن الإمام عليه السلام لا في صدد بيان الأمور المتعارفة بين النّاس في رفع اختلافهم فإنّ الظّاهر من الحلف الحلف الشرعي لا العرفي.

(٣) أي يصدّق المحلوف له وهو أبو ولّاد الحالف وهو المكاري في قوله.

(٤) قوله «من دون» متعلّق بقوله «يرضى» بمعنى انّ الطّرف الآخر يرضى بما يحلفه الحالف ولا حاجة الى مراجعة مجلس الحكم للحلف فيه.

(٥) قوله «والتّعبير» مبتدأ وقوله «من جهة» خبره.

(٦) قوله «خلاف الظّاهر» خبر لقوله «وحمل الحلف» كما عرفته.

(٧) يعني هذا الإشكال وارد على اعتبار يوم المخالفة بناءً على اعتبار يوم الغصب ويوم المخالفة وانّه المناط والمعيار والميزان كما ذكره المصنّف وأمّا لو اعتبرنا الضّمان في يوم التّلف وانّه المعيار والمناط في ضمان القيميّات فإنّه يستقيم توجّه البيّنة على المالك والحلف عليه والرّدّ الى الغاصب كما في الرّواية.

(٨) أي في تنزّل القيمة الّذي يدّعيه الغاصب وينكره المالك.

مع اتّفاقهما[١] أو الإطّلاع[٢] من الخارج على قيمته[٣] سابقاً[٤] ولا شكّ حينئذ[٥] أنّ القول قول المالك ويكون سماع البيّنة[٦] في صورة اختلافهما[٧] في قيمة البغل سابقاً مع اتّفاقهما[٨] على بقائه[٩] عليها إلى يوم التّلف فتكون الرّواية قد تكفّلت بحكم صورتين[١٠] من صوره

---

(١) أي اتّفاق المالك والغاصب.

(٢) بمعنى أنّ اتّفاق المالك والغاصب على القيمة السّابقة امّا لعلمهما بها وإمّا لاستعلام القيمة من المقوّمين والخُبَراء.

(٣) أي قيمة البغل وعلى قيمة يوم المخالفة.

(٤) كما لو اطّلعا وعلما بأنّ قيمة البغل يوم الإكتراء كانت أربعين ثمّ قال الغاصب انّها يوم التّلف عشرين وقال المالك بل الأربعون باق على حاله فإنّ الغاصب عندئذ مدّع ويتوجّه اليه البيّنة فإذا لم تكن له بيّنة كان الحلف على المالك فإذا لم يحلف كان ردّا إلى الغاصب.

(٥) يعني حين أن كان المالك والغاصب مختلفين على تنزّل القيمة في يوم التّلف ومتّفقين على ثبوت القيمة في يوم التّسليم.

(٦) يعني تكون وظيفة المالك اقامة البيّنة ولا مورد ليمينه ولا ليمين الغاصب.

(٧) أي اختلاف المالك والغاصب. (٨) أي اتّفاق المالك والغاصب.

(٩) يعني على بقاء البغل على القيمة السّابقة.

(١٠) أقول وهما ما إذا اتّفقا في السّابق على قيمة البغل وادّعى الغاصب نقصانها في يوم التّلف عن قيمته في السّابق وما إذا اتّفقا على أنّه لم يتفاوت قيمة البغل وإنّما اختلفا في السّابقة من حيث الزّيادة والنّقصان فإنّه في المورد الأوّل يكون وظيفة المالك اليمين لموافقة قوله للأصل وفي المورد الثّاني يكون وظيفته البيّنة لمخالفة قوله للأصل وهذا بخلاف ما لو قلنا إنّ المدار على المخالفة فإنّ فرض صورة يكون قول المالك موافقاً للأصل ووظيفته الحلف على هذا إنّما يكون فرضاً نادراً وهو ما إذا اتّفقا على قيمة اليوم السّابق على يوم المخالفة أو اللّاحق له وادّعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة ومعلوم أنّه لا يصحّ حمل الصّحيح على هذا الفرض النّادر.

تنازعهما[١] ويبقى بعض الصّور مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التّلف عن يوم المخالفة ولعلّ حكمها[٢] أعني حلف الغاصب يعلم من حكم عكسها[٣] المذكور في الرّواية وامّا على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة فلابدّ من حمل الرّواية على ما إذا اتّفقا على قيمة اليوم السّابق[٤] على يوم المخالفة أو اللّاحق[٥] له[٦] وادّعى الغاصب نقصانه[٧] عن تلك يوم المخالفة ولا يخفى بعده[٨] وأبعد منه[٩] حمل النّص[١٠] عل التّعبّد وجعل حكم خصوص الدّابّة أو مطلقاً[١١] مخالفاً

---

(١) أي تنازع المالك والغاصب.

(٢) أي حكم الصّورة الثّانية.

(٣) يعني الصّورة الأولى وهي اختلاف المالك والغاصب في تنزّل القيمة يوم التّلف عن قيمتها السّابقة المتّفق عليها.

(٤) بأن قالا كانت القيمة أربعين ثمّ ادّعى الغاصب انّها تنزّلت إلى عشرين.

(٥) أقول يعني إذا توافقا على القيمة في اليوم اللّاحق وادّعى الغاصب تغيّرها من يوم المخالفة إلى الزّيادة وكونها يوم المخالفة انقص والمالك عدم الإختلاف بين القيمتين كان المالك منكراً لانّه منكرٌ للتّغيير والغاصب يدّعيه.

(٦) أي ليوم المخالفة.

(٧) أي نقصان البغل عن يوم المخالفة.

(٨) أقول وجه البعد ما عرفت آنفاً من لزوم حمل الصحيحة على الفرد النّادر.

(٩) أي أبعد من هذا الحمل المذكور.

(١٠) أي حمل النّصّ الّذي الزم المالك البيّنة والحلف وهي صحيحة أبي ولّاد على التّعبّد بأن نقول إنّ توجّه اليمين نحو المالك مع أنّه مدّع ووظيفته إقامة البيّنة تعبّد محض ٣

(١١) أي جعل الحكم وهو حلف المالك وإتيانه البيّنة مخصوصاً في الدّابّة المغصوبة أو في كلّ غصب دابّة أو غيرها مخالفاً للقاعدة المتّفق عليها وهي «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر».

للقاعدة المتّفق عليها نصّاً وفتوىً من كون[١] «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر» كما حكى[٢] عن الشّيخ في بابي الإجارة[أ] والغصب وأضعف من ذلك[٣] الإستشهاد بالرّواية[٤] على اعتبار أعلى القيم من حين الغصب إلى التّلف كما حكى[٥] عن الشّهيد الثّاني إذ[٦] لم يعلم لذلك[٧] وجه صحيح ولم أظفر بمن وجّه دلالتها[٨] على هذا المطلب[٩] نعم استدلّوا على هذا القول[١٠] بأنّ

---

(١) كلمة «من بيانيّة للقاعدة».

(٢) يعني حكى هذا الحمل عن الشّيخ.

(٣) أي أضعف من حمل الصّحيحة على التّعبّد.

(٤) يعني بصحيحة أبي ولّاد.

(٥) يعني حكى اعتبار أعلى القيم أقول الحاكي صاحب الجواهر حكاه فيه عن كتاب المسالك قال في المسالك «إنّ في خبر أبي ولّاد ما يدلّ على وجوب أعلى القيم بين الوقتين».

(٦) علّة لقوله «أضعف».

(٧) أي للقول بأعلى القيم.

(٨) أي دلالة صحيحة أبي ولّاد.

(٩) أي علىٰ أنّ الإعتبار بأعلى القيم من حين الغصب إلى يوم التّلف أقول يمكن توجيه دلالتها على ضمان أعلى القيم بناءً على ما عرفت من احتمال كون المراد من يوم المخالفة زمان المخالفة لا خصوص يوم حدوثها فإنّها لو دلّت على انّ اللّازم على الغاصب قيمة العين في زمان المخالفة يحمل على ضمان قيمتها في جميع أيّام المخالفة وحينئذ يدخل الأقلّ من القيم تحت الأكثر على حسب ما ذكره بقوله نعم استدلّوا على هذا القول بأنّ العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة.

(١٠) أي على ضمان أعلى القيم.

(أ) راجع المبسوط ج ٣ ص ٩٧.

العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة[١] الّتي منها زمان ارتفاع قيمته وفيه[٢] أنّ ضمانها في تلك الحال[٣] إن أريد به[٤] وجوب قيمة ذلك الزّمان[٥] لو تلف فيه مسلّمٌ إذ تداركه[٦] لا يكون إلّا بذلك[٧] لكن المفروض انّها[٨] لم تتلف فيه[٩] وإن أُريد به[١٠] استقرار قيمة ذلك الزّمان عليه[١١] فعلا وإن[١٢] تنزّلت بعد ذلك[١٣] فهو[١٤] مخالف لما تسالموا عليه من[١٥] عدم ضمان ارتفاع

---

(١) يعني الأزمنة الّتي كانت العين تحت تصرّف الغاصب من يوم الغصب إلى يوم التّلف.

(٢) أي في الإستدلال المذكور.

(٣) أي أنّ ضمان العين حال ارتفاع القيمة.

(٤) أي بضمان العين في زمان ارتفاع القيمة.

(٥) أي زمان ارتفاع القيمة لو تلف المغصوب في ذلك الزّمان فمسلّم لأنّ تدارك المغصوب لا يكون ألّا بذلك الضّمان فدليل على اليد يقول بوجوب التّدارك لو تلف.

(٦) أي تدارك العين.

(٧) أي بضمان العين في زمان ارتفاع القيمة.

(٨) يعني أنّ العين لم تتلف في زمان ارتفاع قيمتها حتّى تُضمن بتلك القيمة المرتفعة.

(٩) يعني في زمان الإرتفاع.

(١٠) أي بضمان أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التّلف.

(١١) أي استقرار قيمة زمان أعلى القيم على الغاصب.

(١٢) كلمة «ان» وصليّة.

(١٣) أي وإن تنزّلت القيمة بعد زمان ارتفاع القيمة.

(١٤) قوله «فهو» جواب لـ «ان» فيى قوله «وإن اريد به» أي فاستقررا القيمة العليا وإن لم يخالف الإتّفاق إذ معقد الإتّفاق على عدم ضمان ارتفاع القيمة إنّما هو مع ردّ العين وامّا مع التّلف فلا اتّفاق على عدم ضمانه ألّا انّ وجوب أعلى القيم مخالف لاصالة البرائة.

(١٥) كلمة «من» بيان لـ «ما» في قوله «لما تسالموا».

القيمة مع ردّ العين[١] وإن أريد استقرارها[٢] عليه[٣] بمجرّد الإرتفاع مراعي بالتّلف فهو[٤] وإن لم يخالف الإتّفاق إلّا أنّه[٥] مخالف لإصالة البرائة من غير دليل شاغل[٦] عدا ما حكاه في الرّياض[أ] عن خاله العلّامة ﷺ من[٧] قاعدة نفي الضّرر الحاصل على المالك وفيه[٨] نظر كما اعترف

---

(١) مثلاً إذا ارتفعت قيمة المغصوب في زمانٍ إلى ألفٍ ثمّ تنزّلت وصارت خمسماة فإذا أراد الغاصب أن يردّ العين لم يكن عليه ردّ خمسماة الّتي هي مقدار الإرتفاع مع ردّ العين.

(٢) أي استقرار القيمة المرتفعة على الضّامن لمجرّد الإرتفاع لكنّها منوطة بالشّرط المتأخّر وهو التّلف في زمان تنزّل القيمة.

(٣) أي على الغاصب.

(٤) قوله «فهو» جواب لـ«ان» في قوله «وإن أريد استقرارها».

(٥) أي أنّ استقرار إرتفاع القيمة مخالف لإصالة البرائة المقتضية لعدم اشتغال الذّمّة بالقيمة العليا.

(٦) أي من دون دليل جعل الغاصب مشغولاً بضمان ارتفاع القيمة لكي يكون ذلك الدّليل مقدّماً على اصالة البرائة.

(٧) كلمة «من» بيان لـ«ما» في قوله «عدا ما حكاه».

(٨) أقول قال السّيّد ﷺ في الحاشيته لعلّ وجه النّظر من جهة تساوي القاعدة إلى صورة تلف العين وردّها فلا وجه لعدم العمل بها في الثّانية والإتّفاق لا يكون فارقاً لأنّ ظاهرهم عدم العمل بقاعدة الضّرر في المقام أصلاً لا الفرق بين الصّورتين، انتهى.

(أ) رياض المسائل ج٢ ص٣٠٤.

به[١] بعض من تأخّر[أ] نعم يمكن توجيه الإستدلال المتقدّم من[٢] كون العين مضمونة في جميع الأزمنة بأنّ[٣] العين إذا ارتفعت قيمتها في زمانٍ وصار ماليّتها مقوّمته بتلك القيمة فكما أنّه إذا تلفت حينئذٍ[٤] يجب تداركها بتلك القيمة فكذا إذا حيل بينها[٥] وبين المالك حتّى تلفت[٦] إذ لا فرق مع عدم التّمكن منها[٧] بين أن تتلف[٨] أو تبقى[٩] نعم[١٠] لوردّت

---

(١) الضّمير المجرور راجع إلى قوله «وفيه نظر» والمراد من بعض من تأخّر هو الفقيه المتبحّر صاحب الجواهر ﷺ استدلّ على ما نحن فيه بقاعدة نفي الضّرر ثمّ قال ومن هنا كان خيرة العلّامة الأكبر الآقا محمّد باقر البهبهاني ﷺ فيما حكى عنه إلّا أنّك قد عرفت فيما تقدّم اقتضاء القاعدة المزبورة فوات الاعلى مع فواته وإن ردّ العين نفسها وهو مخالف للإجماع بقسميه، انتهى.

(٢) كلمة «من» بيان للإستدلال المتقدّم.

(٣) قوله «بأنّ.. إلخ» متعلّق بـ«توجيه».

(٤) أي حين إذا ارتفعت قيمتها. (٥) أي بين العين.

(٦) أقول لأنّ ضمان ارتفاع قيمة العين حدث على الغاصب فيجب تدارك تلك القيمة.

(٧) أقول لا نسلّم عدم الفرق بين التّلف والبقاء في صورة عدم التّمكّن من العين بل الفرق بينهما واضح إذ في التّلف يكون المضمون القيمة والذّمّة مشغولة بها بخلاف صورة البقاء فإنّ المضمون فيها نفس العين وهذا هو الفارق بين الصّورتين في المقام.

(٨) بمعنى أن تتلف العين في الزّمان الّذي ارتفعت القيمة.

(٩) بمعنى أن تبقى العين وتتلف بعد تنزّل قيمتها.

(١٠) قوله «نعم» استدراك على ضمان القيمة العليا بمعنى أن مناط ضمان أعلى القيم وإن كان موجوداً في صورة بقاء العين عند الغاصب إلّا أنّ ردّ العين في زمان تنزّل القيمة جابر لتلك القيمه العليا.

(أ) راجع ج ٣٧ جواهر الكلام ص ١٠٥.

تُدارَكُ[١] تلك الماليةُ[٢] بنفس العين وارتفاع[٣] القيمة السّوقيّة امرٌ اعتباريٌ لايُضْمَنُ بنفسه لعدم كونه مالاً وإنّما هو[٤] مقوّم لماليّة المال وبه تمايز الأموال كثرةً وقلّةً والحاصل[٥] أنّ للعين في كلّ زمان من أزمنة تفاوت قيمة مرتبة[٦] من الماليّة ازيلت يد المالك منها[٧] وانقطعت سلطنته عنها[٨] فإن ردّت العين فلا مال سواها[٩] يضمن[١٠] وإن تلفت استقرّت عليها تلك المراتبُ لدخول الأدنىٰ تحت

---

(١) يعني لو ردّت العين بعد تنزّل القيمة لم يجب تدارك التّفاوت كما لو ردّها حال كونها تسوي خمسمأة لم يجب على الغاصب تدارك الألف وكلمة «تدارك» بصيغة المجهول أي تدارك تلك الماليّة الفائتة وهي خمسمأة من الألف بنفس العين إذ يصدق أنّه أدّىٰ ما ضمنه فلا يجب عليه تدارك التّفاوت وهي خمسمأة.

(٢) أي الماليّة الفائتة أقول لا يخفى أنّه مع وجود العين وعدم نقص فيها فلا معنى للتّدارك لعدم موجبه وإن فرضت ناقصة فلا وجه للإكتفاء في التّدارك بردّها وكون ارتفاع القيمة أمراً اعتبارياً مسلّم إلّا أنّه لا ينافي ضمانه بعد وجود سببه من الحيلولة الموجبة له بالفرض.

(٣) دفع دخل كأنّ قائلاً يقول كيف يتدارك تلك الماليّة بردّ نفس العين مع ارتفاع القيمة السّوقيّة قبل الردّ.

(٤) يعني إرتفاع القيمة السّوقيّة.

(٥) أي حاصل الكلام في وجه ضمان ارتفاع القيمة السّوقيّة.

(٦) كلمة «مرتبةً» اسم لِـ«انّ» في قوله «إنّ للعين».

(٧) أي من تلك المرتبة بواسطة غصب الغاصب.

(٨) أي عن تلك المرتبة.

(٩) يعني سوى العين.

(١٠) لما عرفت كراراً من أنّ ارتفاع القيمة وإن كان مقوّماً لماليّة المال إلّا انّ المضمون هو المال لا الماليّة فعندئذ لا يضمن أعلى القيم لو ردّ العين إلى مالكها.

الأعلىٰ[١] نظير ما لوفرض للعين منافع متفاوتة متضادّة[٢] حيث إنه يضمن الأعلى منها[٣] ولأجل ذلك[٤] استدلّ العلّامة في التّحرير[أ] للقول باعتبار يوم الغصب بقوله لأنّه[٥] زمان إزالة يدالمالك[٦] ونقول في توضيحه[٧] أنّ كلّ زمانٍ من أزمنة الغصب قد أزيلت فيه[٨] يد المالك من العين على حَسَبِ ماليّته[٩] ففي زمان أُزيلت[١٠] من

---

(١) أي لدخول الأدنى من المراتب تحت الأعلى من المراتب مثال ما لو فرض للدّابّة الّتي غصبها منافع متفاوتة ولها منفعة الرّكوب بعشرين ديناراً ومنفعة الإستقاء بعشرة دنانير ومنفعة المدار والحمل بخمسة فيضمن الأعلى منها فيلزم على الغاصب اعطاء عشرين في المثال.

(٢) قد ذكرنا مثالاً للمنافع المتفاوته المتضادّة آنفاً فلا نعيدها.

(٣) كما لو غصب دابّة له منفعة ركوب بعشرين ومنفعة حمل المتاع بعشرة ومنفعة الاستقاء بأربعين فإنّ الغاصب يضمن أربعين.

(٤) أي لأجل كون الحيلولة سبباً للضّمان استدلّ حيث إنّ العلّامة ﷺ علّل القول باعتبار يوم الغصب بقوله لأنّه زمان إزالة يد المالك ومن البيّن أنّ الإزالة عبارة أخرى عن الحيلولة.

(٥) أي لأنّ يوم الغصب.

(٦) قال في التّحرير ما هذا لفظه «فالأكثر على ضمان القيمة يوم الغصب لأنّه الوقت الّذي أزال يده عنه والوجه عندي ضمان القيمة يوم التّلف لأنّ الواجب بالذّمّة مع بقاء العين ردّها».

(٧) أي في توضيح الإستدلال.

(٨) أي في كلّ زمانٍ.

(٩) يعني ماليّة العين في كلّ زمان من أزمنة الغصب وتذكير الضّمير باعتبار اللّفظ.

(١٠) أي ازيلت يد المالك.

(أ) تحرير الأحكام ج٢ ص١٣٩.

مقدار درهم وفي آخر عن درهمين وفي ثالث عن ثلثة فإذا استمرّت الإزالة إلى زمان التّلف وجبت غرامة اكثرها[١] فتأمل[٢].

واستدلّ في السّرائر وغيرها على هذا القول[٣] بإصالة الإشتغال لإشتغالِ ذمّته[٤] بحقّ المالك ولا يحصل البرائة إلّا بالأعلى وقد يجاب بأنّ الأصل في المقام البرائة حيث انّ الشّك في التّكليف[٥] بالزّائد نعم لا بأس[٦] بالتّمسك باستصحاب الضّمان المستفاد[٧] من حديث اليد[أ] ثمّ انّه حكى عن المفيد والقاضي[٨] والحلبي[٩] الاعتبار[١٠] بيوم البيع فيما كان فساده من جهة

---

(١) يعني أكثر الماليّات.

(٢) أقول وجه التّأمّل المنع من كون الواجب غرامة جميع تلك القيم بل الواجب غرامة قيمة وقت التّلف ونمنع دخول الأدنىٰ في الأعلىٰ لعدم الموجب للأشتغال بالأعلى ما دامت العين موجودة.

(٣) أي القول بضمان أعلى القيم.

(٤) أي ذمّة الغاصب.

(٥) أقول ليس الشكّ هنا في التّكليف كما هو واضح بل الشّك إنّما هو فيما اشتغلت به الذّمّة من المال.

(٦) أي لا بأس ولا مانع للقول بأعلى القيم.

(٧) كلمة «المستفاد» صفة للضّمان.

(٨) قاضي عبد العزيز بن برّاج صاحب كتاب كامل.

(٩) وهو أبو الصّلاح صاحب كتاب كافي وكافية.

(١٠) أي اعتبار ضمان القيمة بيوم البيع.

(أ) وهو قوله ﷺ «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي» عوالي للئالي ج٣ باب المضاربة ص٢٤٦ حديث ٢.

التّفويض[١] الى حكم المشترى[٢] ولم يعلم له[٣] وجه ولعلّهم[٤] يريدون به[٥] يوم القبض لغلبه اتّحاد زمان البيع والقبض فافهم[٦] ثمّ انّه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التّلف على جميع الأقوال[٧] إلّا أنّه[٨] تردّد فيه[٩] في الشّرايع[أ] ولعلّه[١٠] كما

---

(١) أي تفويض تعيين الثّمن إلى حكم المشتري بأن قال البايع بعتك هذا الكتاب بما حكمت به من الثّمن فالبيع بحكم المشتري باطل وذلك لأجل اعتبار معلوميّة العوضين في صحّة البيع.

(٢) أي قضاوته.

(٣) أي ولم يعلم لاعتبار قيمة يوم البيع وجه ودليل بل المناط في ضمان المبيع فاسداً بيوم القبض.

(٤) أي ولعلّ المفيد والقاضي والحلبي يريدون.

(٥) أي بيوم البيع يوم القبض وهذا له وجه على القاعدة لأنّ يوم القبض هو يوم ضمان المشتري وإنّما عبّروا عن يوم القبض بيوم البيع لغلبة اتّحاد زمان البيع والقبض فقالوا أحد المتلازمين «يوم البيع» وأرادو الاخر «يوم القبض».

(٦) أشار بقوله «فافهم» الى تضعيف هذا التوجيه وذلك لأنّه يبعد أن يريد الفقهاء بيوم البيع يوم القبض مع كثرة الفصل بين زمانيهما كما في بيع السّلم.

(٧) أقول الظّاهر أنّ المصنّف ﷺ أراد من جميع الأقوال خصوص الأقوال الثّلاثة وهي اعتبار قيمة يوم الغصب واعتبار قيمة يوم التّلف والأعلى بينهما دون قيمة يوم الأداء فإنّ القول باعتبار قيمة يوم الأداء ينافيه لكونها قيمة للتالّف بعد مراعاة قيمته في أزمنة تلفه.

(٨) أي المحقّق تردّد.

(٩) أي في عدم العبرة بزيادة القيمة.

(١٠) أي ولعلّ تردّ المحقّق ﷺ.

(أ) شرايع الإسلام ج ٣ ص ٢٤٠.

قيل[١][أ] من جهة احتمال كون القيمي[٢] مضموناً بمثله ودفع القيمة إنّما هو لإسقاط المثل وقد تقدّم أنّه[٣] مخالف لإطلاق النّصوص والفتاوى ثمّ إنّ ما ذكرنا من[٤] الخلاف إنّما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمنة وأمّا إذا كان بسبب الأمكنة كما إذا كان في محلّ الضّمان بعشرة وفي مكان التّلف بعشرين وفي مكان المطالبة بثلاثين فالظّاهر اعتبار محل التّلف[٥] لأنّ ماليّة الشّيء تختلف بحسب الأماكن وتداركه بحسب ماليّته[٦] ثمّ إنّ جميع ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو في ارتفاع القيمة

---

(١) هذه عبارة صاحب الجواهر «وهو كما ترى مع ضعف المبنيّ عليه ينبغي تقييده بما اذا تعذّر المثل وحينئذٍ يتّجه ضمان المثل يوم الأقباض كما عرفته في المثلي على أنّه لا يتمّ بالنسبة إلى ضمان العليا حال وجود العين».

(٢) بمعنى انّ القيمي كالمثلي مضمون بمثله فإذا تلف البغل كان اللّازم على الغاصب دفع مثل البغل التّالف ودفع القيمة انّما هو لإسقاط المثل الّذي تعلّق بذمّته فإذا أراد الغاصب البرائة عمّا في ذمّته وجب دفع أعلى القيم إلى حال الاقباض.

(٣) يعني تقدّم أنّ كون القيمي مضموناً بمثله مخالف لإطلاق النّصوص الّتي ظاهرة في أنّ القيمي مضمون بقيمته لا بمثله.

(٤) كلمة «من» بيان لـ «ما» في قوله «ما ذكرنا» والمراد من الخلاف الإختلاف في أنّ القيمي مضمون بقيمته يوم الغصب أو يوم التّلف أو اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التّلف أو أعلى القيم إلى يوم الدّفع.

(٥) وذلك لأنّه هو الوقت الّذي إنقلب المغصوب الى القيمة في ذلك المكان لا في سائر الأماكن.

(٦) ولذا لو أتلف مال بكرٍ في النّجف لم يجب عليه أن يعطي ما يقوّم ذلك المال في الكاظمين فيما كانت ماليّته في الكاظمين أكثر.

(أ) القائل هو صاحب الجواهر ﷺ راجع جواهر الكلام ج ٣٧ ص ١٠٥.

السّوقيّة النّاشئة من تفاوت رغبة النّاس[١] وأمّا إذا كان حاصلاً من زيادة في العين[٢] فالظّاهر كما قيل[أ] عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم[٣] وفي الحقيقة ليست قيم التّألّف مختلفة وإنّما زيادتها[٤] في بعض أوقات الضّمان[٥] لأجل الزّيادة العينيّة الحاصلة فيه[٦] النّازلة[٧] منزلة الجزء الفائت نعم يجري الخلاف المتقدّم في قيمة هذه الزّيادة الفائتة فإنّ العبرة بيوم فواتها[٨] أو يوم ضمانها أو أعلى القيم[٩] ثمّ إنّ في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذّر الوصول[١٠] إليه[١١] وإن لم يهلك كما لو سُرِقَ أو غرق أو ضاع

---

(١) في الأوقات المختلفة كالفاكهة الّتي تتفاوت قيمتها بحسب الأوقات حيث إنّ الرّغبة في أوّل وقتها أكثر من الآخر كما انّ في الآخر أكثر من الوسط واذا تكون في الأوّل أعلىٰ من الآخر وفي الأخر أعلىٰ من الوسط.

(٢) كما إذا سمنت الشّاة ثمّ هزلت.

(٣) يعني ضمان القيمة في حال السمن.

(٤) يعني زياده القيمة.

(٥) وهو في حال السّمن.

(٦) يعني في التّألف.

(٧) كلمة «النازلة» صفة للزّيادة العينيّة.

(٨) يعني فوات الزّيادة.

(٩) بمعنى أنّ الغاصب مثلاً غصب الشّاة الّتي كان لحمها منيّن ثمّ هزلت فصار لحمه منّا فإنّ الإعتبار في ضمان هذا المنّ الفائت بقيمة يوم الفوت أو يوم ضمانه أو أعلى القيم.

(١٠) قوله «حكم تعذّر الوصول» اسم لـ«انّ» في قوله «ثمّ انّ».

(١١) يعني أي إلى الشّيء المضمون.

(أ) القائل هو الشّهيد الثّاني ﷺ في مسالك الافهام ج ٢ ص ٢٦٠.

أو أبق لما[١] دلّ على الضّمان بهذه الأمور[٢] في باب الأمانات المضمونة[أ] وهل يقيّد ذلك[٣] بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه[٤] أو بعدم رجاء وجدانه[٥] أو يشمل ما علم وجدانه في مدّة طويلة يتضرّر المالك من انتظارها أو ولو كانت قصيرة وجوه[٦] ظاهر أدلّة ما ذكر من الأمور الإختصاص بأحد الأولين[٧] لكن ظاهر اطلاق الفتاوى الأخير[٨] كما يظهر من إطلاقهم[٩] انّ

---

(١) أقول يعني للأدلّة الّتي تدلّ على الضّمان بهذه الأمور وهي أخبار كثيرة واردة في ضمان الأجير والأمين والودعي والمستعير والمستأجر الدّالّة بمفهومها أو منطوقها على ضمان العين إذا لم يتمكّن من ردّها الى المالك.

(٢) أي السّرقة والغرق والضّياع والاباق.

(٣) أي التّعذّر وغرضه ﷺ أنّه هل يختصّ التّعذّر المبحوث عنه بصورة اليأس من الوصول إليه أو بعدم رجاء وجدانه أو يشمل ما لو علم وجدانه إلى آخر ما ذكره المصنّف.

(٤) أي الشّيء المضمون.

(٥) يعني وجدان العين.

(٦) كلمة «وجوه» مبتدأ موخّر لمحذوف وهو «فيه».

(٧) أقول وهما حصول اليأس من الوصول إلى العين أو بعدم وجدانه.

(٨) أقول والمراد به ما أفاده بقوله «أو يشمل ما لو علم وجدانه ولو كانت في مدّة قصيرة.

(٩) حيث انّ الفقهاء اطلقوا الحكم بالإنتقال إلى قيمة اللّوح المتعذّر أخذه فعلاً من جهة الخوف من ايجابه لغرق مال غير الغاصب مع كونه معلوم الوصول والوجدان ولم يفرّقوا بين أن يكون مدّة الوصول إلى السّاحل طويلة أو قصيرةً.

(أ) كتاب الوديعة الباب ٥ ص ٢٢٩ كتاب العارية الباب ٤ ص ٢٤٠ جواهر الكلام ج ٣٧ ص ٧٦.

اللّوح[١] المغصوب في السّفينة إذا خيف من نزعه[٢] غرق مالٍ لغير الغاصب انتقل[٣] إلى قيمته إلى أن يبلغ السّاحل ويؤيّده[٤] أنّ فيه جمعاً بين الحقّين[٥] بعد فرض رجوع القيمة[٦] إلى ملك الضّامن عند التّمكّن من العين فإنّ تسلّط النّاس على مالهم الّذي فرض كونه في عهدته[٧] يقتضي[٨] جواز مطالبة الخروج[٩] عن عهدته عند تعذّر نفسه[١٠] نظير ما تقدّم في تسلّطه[١١] على مطالبة القيمة للمثل

---

(١) أقول لإطلاق الفقهاء الحكم بالإنتقال إلى قيمة المتعذّر أخذه فعلاً من جهة الخوف من ايجابه لتلف مال غير الغاصب وغرقه والمفروض انّه معلوم الوصول والوجدان ولو في مدّة قصيرة لأنّهم لم يفرّقوا بينها وبين ما يكون مدّة الوصول إلى السّاحل طويلة فمنه يظهر انّ التّعذّر المعتبر في ثبوت بدل الحيلولة يعمّ التعذّر الشّرعي.

(٢) أي من نزع اللّوح.

(٣) يعني قيمة اللّوح.

(٤) أي الوجه الأخير والإنتقال إلى القيمة وأخذ البدل قهراً عليه.

(٥) أحدهما حقّ المغصوب منه الّذي يتضرّر ببقاء اللّوح في السّفينة مع عدم أداء قيمته وثانيهما حقّ النّاس الّذين لهم أموال في السّفينة ومنهم صاحب السّفينة الغاصب حيث إنّ نزع اللّوح يوجب غرق أموالهم أقول مقتضي الجمع بين الحقّين الزام الضّامن بالشّراء لا أخذ البدل قهراً عليه من دون عوضٍ لأنّه ضرر عليه مع عدم تلف المال عنده وقد اعترف به السّيّد في الحاشيته.

(٦) يعني قيمة اللّوح.

(٧) أي كون المال في عهدة الغاصب.

(٨) كلمة «يقتضي» خبر لـ«انّ» في قوله «فإنّ تسلّط النّاس».

(٩) أي يقتضي ذلك التّسلّط من صاحب اللّوح جواز مطالبة الخروج بأن يطلب صاحب اللّوح خروج الضّامن عن عهدة المال باعطاء قيمة اللّوح.

(١٠) أي عند تعذّر نفس اللّوح وذلك لأنّه لا يقدر على مطالبة اللّوح في وسط البحر.

(١١) أي نظير ما تقدّم في الأمر السّادس في تسلّط المالك على مطالبة القيمة للمثل.

المتعذّر في المثلي نعم لو كان زمان التّعذّر قصيراً جدّاً بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة والتّدارك على أداء القيمة اشكل الحكم[١] ثمّ الظّاهر عدم اعتبار التّعذّر[٢] المسقط للتّكليف بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه[٣] السّعي في مقدّماته لم تسقط القيمة زمان[٤] السّعي لكن ظاهر كلمات بعضهم التّعبير بالتّعذّر[٥] وهو الأوفق[٦] باصالة عدم تسلّط المالك على أزيد من الزامه[٧] بردّ العين فتأمّل[٨].

---

(١) أي اشكل الحكم بوجوب أداء القيمة حتّى يتمكّن من العين منشأ الإشكال أنّ قاعدة السّلطنة تقتضي جواز المطالبة حين التّعذّر الموجب للإنتقال الى القيمة حتّى في المدّة القصيرة وصدق التّمكّن عرفاً من ردّ العين لقصر الزّمان يقتضي عدم الإنتقال الى القيمة.

(٢) أقول مراده ﷺ انّ ثبوت البدل لا يختصّ بما إذا لم يتمكّن من التّحصيل حتّى يسقط عنه التّكليف بالرّدّ بل يشمل به وما إذا كان متمكّناً على ذلك فيومر بالتّحصيل والرّدّ ودفع بدل الحيلولة في زمان السّعي لو كان المالك متضرّراً فيه فتكون هذه الفقرة بياناً لأنّ المراد بالوصول في العبارة السّابقة ما يعمّ التّحصيل والوصول.

(٣) أي على الغاصب.

(٤) يعني يجوز دفع القيمة الى المالك في مدّة السّعي إذ لافرق بين زمان السّعي وبين زمان التّعذّر المطلق.

(٥) أي التّعذّر المسقط للتّكليف بردّ العين.

(٦) أي التّعذّر المسقط أوفق باصالة عدم تسلّط المالك على أزيد من إلزامه بردّ العين والوجه فيه أنّ ما يدلّ على وجوب دفع البدل في موارده انّما يدلّ عليه بعد سقوط التّكليف بردّ العين وامّا مع فرض التّكليف به فلا محلّ للتّكليف بالبدل.

(٧) بمعنى أنّه إذا كانت العين ممكنة الوصول فانّ للمالك الزام الغاصب بردّ العين لا أزيد منه.

(٨) أقول وجهه أنّ عموم النّاس مسلّطون المقتضي لجواز مطالبة الماليّة بأخذ البدل قبل زمان امكان الوصول محكّم والأصل المذكور لا يعارضه.

ولعلّ المراد به[١] التعذّر في الحال وإن كان لتوقّفه على مقدّمات زمانيّة يتأخّر لأجلها[٢] ذو المقدّمة ثمّ إنّ ثبوت القيمه مع تعذّر العين ليس كثبوتها مع تلفها[٣] في كون دفعها[٤] حقّاً للضّامن فلا يجوز للمالك الإمتناع[٥] بل له[٦] أن يمتنع من أخذها[٧] ويصبر إلى زوال العذر كما صرّح به[٨] الشّيخ في المبسوط[أ] ويدلّ عليه[٩] قاعدة تسلّط النّاس على أموالهم[١٠] وكما انّ تعذّر ردّ العين في حكم التّلف فكذا خروجه[١١] عن التّقويم ثمّ إنّ المال المبذول[١٢] يملكه المالك بلا خلاف

---

(١) أي بالتّعذّر في كلام الفقهاء رضوان الله عليهم.

(٢) أي لأجل مقدّمات زمانيّة.

(٣) يعني أنّ ثبوت القيمة على الضّامن مع تعذّر اعطائه العين ليس هذا الثّبوت كثبوت القيمة مع تلف العين.

(٤) أي دفع القيمة.

(٥) أي الإمتناع عن قبول حقّه فيما إذا تلفت العين.

(٦) أي بل للمالك منعه من أخذ القيمة في تعذّر العين ويصبر الى زوال العذر.

(٧) أي أخذ القيمة.

(٨) أي بأنّ للمالك حقّ الإمتناع من أخذ القيمة في صورة تعذّر العين.

(٩) أي على أنّ للمالك الإمتناع من أخذ القيمة والصّبر إلى زوال العذر في صورة تعذّر العين.

(١٠) لاقتضائها جواز كلّ من مطالبة البدل الموقّت ومن الإمتناع عنه بأن يصبر حتّى الظّفر بالعين أو إحراز تلفها فيأخذ بدلها الدّائمي المستقرّ على عهدة الضّامن.

(١١) أي خروج العين عن الماليّة كما إذا أخذ الغاصب جمد زيد في الصّيف فصار شتاءاً.

(١٢) أقول المراد من المال المبذول القيمة الّتي تكون بدلاً عن العين المتعذّر الوصول إليها.

(أ) راجع المبسوط ج٣ ص٩٥.

كما في المبسوط والخلاف والغنية والسّرائر[أ] وظاهرهم[١] إرادة نفي الخلاف بين المسلمين[٢] ولعلّ الوجه فيه[٣] أنّ التّدارك لا يتحقّق إلّا بذلك[٤] ولو لا ظهور الإجماع وأدلّة الغرامة[٥] في الملكيّة لاحتملنا أن يكون[٦] مباحاً له إباحةً مطلقة وإن لم يدخل في ملكه نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها[٧]

---

(١) أي ظاهر صاحب المبسوط والخلاف والغنية والسّرائر.

(٢) يعني أنّ الحكم ليس مجمعاً عليه بين الإماميّة والخاصّة فقط بل هو متّفق عليه بين الخاصّة والعامّة.

(٣) أي في كون المبذول ملكاً للمالك أقول قد ادّعى السّيد ﷺ في الحاشية أنّه يكفي في اثبات ملكيّة المالك له أدلّة الغرامات فلا يحتاج الى هذا الوجه العليل والظّاهر انّه ليس كذلك لأنّ أدلّة الغرامات لا تدلّ على أزيد من وجوب التّدارك وأمّا انّ التّدارك لا يتحقّق إلّا بالملك فلا تعرّض فيها له بوجه فمراد المصنّف من هذا الكلام بيان ما به يتحقّق التّدارك ليتحقّق موضوع أدلّة الغرامات.

(٤) أي إلّا بتملّكه للمال المبذول بدلاً عن العين المتعذّر الوصول إليها.

(٥) نحو على اليد ما أخذت.

(٦) أي لاحتملنا أن يكون البدل مباحاً للملك إباحة مطلقة يتصرّف فيه جميع انحاء التّصرّف حتّى المتلفة والنّاقلة هذا ولكن لا يخفى أنّ الإباحة المطلقة من أوّل الأمر حتّى بالنّسبة الى التّصرّفات المتوقّفة على الملك لا يكاد يكون إلّا إذا كان موردها ملكا للمباح له ولا يفيد التّمليك آناً ما قبل التّصرّف فإنّه مستلزم للتقييد فلا يكون اباحة جميع التّصرّفات مطلقة بل مقيّدة بالنّسبة الى الموقوف منها على التّصرّف لتعذّر التّملّك قبله آناً ما فيباح فافهم[ب].

(٧) أي بالإباحة المطلقة.

(أ) المبسوط ج ٣ ص ٩٥ الخلاف ج ٢ ص ١٧٤ كتاب الغصب المسألة ٢٦.

(ب) راجع حاشية المحقّق الفقيه الأصوليّ المدقّق المولىٰ محمّد كاظم الآخوند الخراساني ﷺ.

فيها[١] ويكون دخوله[٢] في ملكه[٣] مشروطاً بتلف العين وحكى الجزم بهذا الإحتمال[٤] عن المحقّق القمّي ﷺ في أجوبة مسائله[٥] وعلى أيّ حال[٦] فلا تنقل العين إلى الضّامن[٧] فهي[٨] غرامة لا تَلازُمَ فيها[٩] بين خروج المبذول عن

---

(١) أي في المعاطاة.

(٢) يعني دخول البدل المبذول.

(٣) أي في ملك المالك.

(٤) يعني احتمال الإباحة المطلقة.

(٥) أقول الموجود في جامع الشّتاب كون بدل الحيلولة نوعاً من الملك وهذه عبارته «فلا مانع من أن يكون ذلك نوعاً من التّملك[ب] ولم يرد في كلامه التّصريح بالإباحة بل الموجود في جامع الشّتات «الّذي هو أجوبة مسائله» خلاف ذلك حيث صرّح بأنّ البدل ملك محض له من جميع الجهات وإن كان ملكاً متزلزلاً ومراعي بظهور العين المغصوبة، انتهى ملخّص كلامه[أ].

(٦) أقول لما ذكره المصنّف من أنّه ليست معاوضة بمعنى أنّه ليس معاوضة قهريّة واقعيّة ولا معاوضة مطلقا لما ذكر من أنّ المبدل المتدارك ليس ممّا يكون قابلا للضّمان وقال الأصولي المدقّق المولى الآخوند الخراساني ﷺ في المقام ما هذا لفظه «لا عوض كي يلزم الجمع بين العوض والمعوّض وإنّما يلزم الضّامن بغرامة العين بلا عوض لأجل ما فات على المالك من نفس العين المضمونة أو سلطنتها أو قيمتها أو ماليّتها.. إلخ.

(٧) يعني سواء قلنا بأنّ المال المبذول صار ملكاً للمالك أو كان مباحاً له اباحة مطلقة فلا تنتقل العين المتعذّرة الّتي كانت للمالك الى الضّامن.

(٨) يعني العين الّتي أعطاها الضّامن للمالك.

(٩) أي في هذه الغرامة.

(أ) جامع الشّتّات ج١ ص١٥٢ السّطر ٦.

(ب) جامع الشّتاه ج٢ ص٥٤٠.

ملكه[١] ودخول العين في ملكه[٢] وليست[٣] معاوضةً ليلزم الجمع بين العوض والمعوّض فالمبذول هنا[٤] كالمبذول مع تلف العين في عدم البدل له[٥] وقد استتكل في ذلك[٦] المحقّق والشّهيد الثّانيان قال الأوّل في محكيّ جامعه[٧] إنّ هنا[٨] اشكالاً فانّه كيف تجب القيمة ويملكها الآخذ وتبقى العين على ملكه[٩] وجعلها[١٠] في مقابلة الحيلولة لايكاد يتضح معناه انتهى[١١] وقال الثّاني[١٢] إنّ

---

(١) يعني ملك الضّامن.

(٢) أي دخول العين الّتي كانت للمالك في ملك الضّامن.

(٣) أي القيمة الّتي أعطاها الضّامن للمالك ليست معاوضة لكي يلزم الجمع بين العوض والمعوّض بل كانت غرامته.

(٤) يعني في بدل الحيلولة وفي صورة تعذّر العين.

(٥) أي للمال المبذول مع تلف العين فكما أنّ المال المبذول مع التّلف وبذله غرامة وليست العين بدلاً فكذلك اذا حال بين المالك وماله كما لو أسقطه في البحر فإنّه يجب عليه أن يعطي المالك بدل ماله.

(٦) أي في مالكيّة الآخذ للمبذول.

(٧) أي قال عليّ بن عبد العالي الكركي العاملي نور الدّين المعروف بالمحقّق الثّاني في كتابه جامع المقاصد[أ].

(٨) أي في عدم دخول العين في ملك الضّامن اشكالاً.

(٩) أي على ملك الآخذ الّذي هو المالك ولا تدخل في ملك الضّامن.

(١٠) كلمة «جعلها» مبتدأ خبره «لا يكاد» أي جعل العين.

(١١) أي انتهى ما أفاده المحقّق الثّاني.

(١٢) أي قال فقيه الأمّة الشّهيد السّعيد زين الدّين بن عليّ العاملي الجبعي.

(أ) راجع ج ١ جامع المقاصد كتاب الغصب ص ٣٧٠ السّطر ٢٦.

هذا[١] لايخلو من اشكالٍ من حيث اجتماع العوض والمعوّض[٢] على ملك المالك[٣] من دون دليل واضح ولو قيل بحصول الملك منهما[٤] متزلزلاً وتوقّف تملك المغصوب منه[٥] للبدل على اليأس من العين وإن جاز له[٦] التصّرف كان[٧] وجهاً في المسألة[أ] انتهى[٨] واستحسنه[٩] في محكيّ الكفاية[ب] اقول الّذى ينبغي أن يقال هنا[١٠] انّ معنى ضمان العين ذهابها من مال الضّامن ولازم ذلك[١١]

---

(١) وهو عدم انتقال العين إلى الضّامن وانّها غرامة.

(٢) أقول لأنّ المالك ملك البدل وبقي العين على ملكه أيضاً.

(٣) بمعنى أنّ المالك كما عرفت آنفاً يملك البدل المبذول وتبقى العين المتعذّرة أيضاً في ملكه.

(٤) بمعنى أنّ المالك يملك البدل المبذول متزلزلاً والضّامن يملك العين المتعذّرة متزلزلاً والتّزلزل مستمرٌ إلى اليأس وبه يستقرّ الملك.

(٥) وهو المالك.

(٦) أي للمالك التّصرّف في البدل.

(٧) كلمة «كان» جواب لـ«لو» في قوله «ولو قيل.. إلخ».

(٨) أي انتهى ما أفاده الشّهيد الثّاني.

(٩) يعني استحسن الفاضل السّبزواري المولى محمّد باقر بن محمّد مؤمن ﷺ القولَ بالملك المتزلزل لحلّ اشكال الجمع بين العوض والمعوّض.

(١٠) يعني في باب بدل الحيلولة.

(١١) أي لازم ذلك الذّهاب.

(أ) راجع ج٢ مسالك الافهام مسائل الغصب ص٢٦٢ السّطر ٣ ـ ٤.

(ب) راجع كفايه الأحكام كتاب الغصب ص٢٥٩ السّطر ٢ فإنّه ﷺ بعد نقل كلام المسالك قال «وهو حسن» والحاكي عن المحقّق الكركي والمسالك والكفاية هو صاحب الجواهر ﷺ في جواهر الكلام ج٣٧ ص١٣٠ السّطر ٢٢.

اقامة مقابله[١] من ماله[٢] مقامه ليصدق ذهابه من كيسه[٣] ثمّ إنّ الذّهاب إن كان على وجه التّلف الحقيقي أو العرفي[٤] المُخرِجُ للعين عن قابليّة الملكيّة عرفاً وجب قيام مقابله من ماله[٥] مقامه في الملكيّة وإن كان الذّهاب بمعنى انقطاع سلطنته[٦] عنه وفوات الإنتفاع به[٧] في الوجوه[٨] الّتي بها قوام الملكيّة وجب[٩] قيام مقابله مقامه في السّلطنة لا في الملكيّة ليكون[١٠] مقابلاً وتداركاً للسّلطنة الفائتة فالتّدارك[١١] لا يقتضي ملكيّة المتدارك[١٢] في هذه الصّورة[١٣] نعم لمّا كانت السّلطنة المطلقة المتدارِكة للسّلطنة الفائتة متوقفةً على الملك لتوقّف بعض

---

(١) أي اقامة ذلك المال أي العين.

(٢) أي من مال الضّامن مقام العين فيكون البدل الدّائمي ملكاً لمالك العين التّالفة.

(٣) أي ليصدق ذهاب المال والعين من كيس الضّامن.

(٤) كالماء على قرب البحر حيث إنّ كون الماء المغصوب على قرب النّهر أو البحر ليس تلفاً حقيقيّاً بل هو تلف عرفي وذلك لأنّ الماء المغصوب ليس له قيمة في قرب البحر.

(٥) أي من مال الضّامن.

(٦) أي انقطاع سلطنة المالك حيث انّ المالك لا سلطنة للمال الّذي غرق في البحر.

(٧) كلمة «به» متعلّقة «بالإنتفاع».

(٨) كالإجارة والإستعمال والأكل ونحوها أقول الأنسب تبديل الملكيّة بالماليّة لما سيأتي من كلامه ﷺ من أنّ بقاء الملكيّة غير مانع عن وجوب تدارك السّلطنة بعد فوات جلّ الإنتفاعات.

(٩) قوله «وجب» جواب لـ«ان» في قوله «وإن كان».

(١٠) يعني ليكون هذا المقابل مقابلاً للسّلطنة الفائتة وتداركاً لها.

(١١) أي تدارك السّلطنة الفائتة.

(١٢) بكسر الرّاء يعني البدل الموجب للتّدارك.

(١٣) يعني في صورة تدارك السّلطنة الفائتة.

التّصرفات[١] عليها وجب[٢] ملكيّة[٣] للمبذول تحقيقاً لمعنى التّدارك والخروج عن العهدة[٤] وعلى ايّ تقدير[٥] فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين[٦] المغصوبة على ملك مالكها[٧] انّما الكلام في البدل المبذول[٨] ولا كلام ايضاً في وجوب الحكم بالإباحة وبالسّلطنة المطلقة عليها[٩] وبعد ذلك[١٠] فيرجع محصّل الكلام حينئذ إلى أنّ اباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك هل يستلزم الملك من حين الإباحة أو يكفي فيه[١١] حصوله[١٢] من حين التّصرّف وقد تقدّم في المعاطاة بيان ذلك[١٣] ثمّ

---

(١) كالبيع والعتق والوطي والوقف فإنّها متوقّفةٌ على الملك.

(٢) قوله «وجب ملكيّته» جواب لـ«لمّا» في قوله «نعم لمّا».

(٣) يعني ملكيّة المغصوب منه.

(٤) حيث انّ الضّامن لا يخرج عن العهدة إلّا بالسّلطنة المطلقة المتوقّفة على الملك.

(٥) أي سواء قلنا بمقالة من يرى الملكيّة في بدل الحيلولة أو يرى السّلطنة فقط بدون الملك.

(٦) أي فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المغصوبة الّتي ضمنها الضّامن باغراقه في البحر مثلاً وذلك لعدم موجب لخروجها عن ملك مالكها.

(٧) يعني مالك العين المغصوبة.

(٨) أي إنّما الكلام في البدل المبذول الّذي أعطاه الضّامن للمالك للحيلولة.

(٩) أي بالسّلطنة المطلقة للمالك على العين المبذولة بدلاً.

(١٠) أي وبعد الحكم بالإباحة في المال المبذول بالسّلطنة المطلقة على العين.

(١١) يعني الملك.

(١٢) أي حصول الملك.

(١٣) وهو أنّ اباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك في المعاطاة دليل على أنّها تفيد الملكيّة من أوّل الأمر ومن حين التّصرّف.

انّه قد تحصل ممّا ذكرنا[١] أن تحقيق ملكيّة البدل[٢] أو السّلطنة المطلقة[٣] عليه مع بقاء العين على ملك مالكها[٤] انّما هو مع فوات معظّم الإنتفاعات به[٥] بحيث يعدّ بذل البدل غرامة وتداركاً امّا لو لم يفت إلّا بعض ما ليس به قوام الملكيّة[٦] فالتّدارك[٧] لا يقتضي ملكه ولا السّلطنة المطلقة على البدل ولو فرض حكم الشّارع بوجوب غرامة قيمته[٨] حينئذ[٩] لم يبعد كشف ذلك[١٠] عن انتقال العين الى الغارم ولذا استظهر غير واحد[١١] أنّ الغارم لقيمة الحيوان الّذي وطئه

---

(١) أي ممّا ذكرنا من بقاء العين على ملك مالكها وكون دفع البدل غرامةً عمّا فات من سلطنة المالك.

(٢) بناءً على دخوله في ملك المضمون له.

(٣) هذا بناءً على اباحته له.

(٤) أي مالك العين المتعذّرة.

(٥) أي بالعين لأنّ هذا البدل في مقابل الإنتفاع.

(٦) وذلك كما في وطي الجاني البقرة حيث أسقطه عن قابليّة الأكل والإنتفاع بلبنه وكما في وطيه الحمار حيث أسقطه عن قابليّة البيع في بلد الوطي لكنّه صالح للتّحميل والحرث والسّقي وغيرها.

(٧) أقول مراده ﷺ أنّه مع عدم زوال ما به قوام ماليّة المال لا يقتضي التّدارك ملك البدل كما ذهب به المشهور وبه ظاهر أدلّة الغرامات وقال بعض المحقّقين في تفسير العبارة أنّ التّدارك لا يقتضي ملك الضّامن للمبدل ولا السّلطنة المطلقة للمالك على البدل وجعل ذكر البدل شاهداً عليه.

(٨) كقيمة الحمار الموطوء في المثال المذكور.

(٩) أي حين عدم فوات معظم المنافع الّتي تدور الماليّة مدارها.

(١٠) أي حكم الشّارع بوجوب الغرامة.

(١١) يعني ولأجل كشف حكم الشّارع بوجوب دفع الغرامة عن انتقال العين الى الغارم استظهر كثير من الفقهاء.. إلخ.

يملكه[١] نفيه[٢] هذا[٣] لا يعدّ فواتاً هذا[٤] كلّه مع انقطاع السّلطنة[٥] مع بقائها على مقدار ملكيّتها[٦] السّابقه امّا لو خرج عن التّقويم مع بقائها[٧] على صفة الملكيّة

---

(١) أي يملك الغارم الحيوان.

(٢) أي نفي الحيوان وإخراجه من بلد الوطي.

(٣) يعني الوطي فالواطي يملك الحيوان الموطوء.

(٤) أي الّذي ذكرناه من حال بدل الحيلولة في أنّه ملك أو سلطة فقط وأنّه ينتقل المبدل الى ملك الضّامن أم لا إنّما هو في صورة بقاء العين علىٰ ماليّتها وعلىٰ مقدار ملكيّتها السّابقة فإنّ الشّيء الّذي يغرق في البحر باقٍ علىٰ ملكيّة ففي مثله يقال بملكيّة البدل أو بالسّلطنة المطلقة عليه وامّا لو خرجت العين عن التّقويم مع كونها باقية على ملك مالكها كما في الدّهن المراق على الأرض الّذي لم يبق منه إلّا الدّسومة فإنّ العين وإن كانت باقية بالدّقة العقليّة إلّا أنّ صفة الإجتماع الّتي بها مناط ماليّة العين قد زالت وكذا الماء المغسول به الثّوب فإنّ مقداراً منه تلف حقيقةً ومقداراً منه باق في الثّوب وهذا الباقي فيه وإن لم يتلف حقيقة إلّا أنّه تلف بعض أوصافه الّتي بها قوام ماليّته فمقتضى القاعدة في هذه الصّورة ضمان الغاصب تمام القيمة لأنّ الغاصب فوّت ماليّتها علىٰ مالكها.

(٥) أي انقطاع سلطنة مالك العين.

(٦) أقول والصّواب على مقدار ماليّتها وذلك لعدم انسجام الملكيّة مع قوله «امّا لو خرجت العين عن التّقويم» لأنّ المراد من خروج العين عن التّقويم خروج العين عن الماليّة لا الملكيّة فإنّ الشّيء الّذي يغرق في البحر بقي مقدار من ماليّته.

(٧) أي لو خرج الملك عن التّقويم فلا قيمة له عند العرف مع بقاء العين علىٰ صفة الملكيّة كالظّروف المكسورة والدّهن الّذي تنجّس بالقاء القذر فيه فيجب علىٰ الكاسر والملقى دفعُ تمامِ القيمة مع بقاء الظّرف والدّهن المتنجّس على ملك المالك.

فمقتضى قاعدة الضّمان وجوب كمال القيمة[١] مع بقاء العين على ملك المالك لأنّ القيمة عوض الأوصاف والأجزاء الّتي خرجت العين لفواتها[٢] عن التّقويم لاعوض العين نفسها كمافي الرّطوبة الباقية بعدالوضوء بالماءالمغضوب[٣] فانّ بقائها[٤] على ملك مالكها لا ينافي معنى الغرامة لفوات معظم الإنتفاعات به[٥] فيقوى[٦] عدم جواز المسح بها[٧] إلّا بإذن المالك ولو بذل القيمة قال في شرح القواعد فيما لو خاط[٨] ثوبه بخيوط مغصوبة ولو طلب[٩] المالك نزعها[١٠] وان

---

(١) أقول يستفاد من هذه العبارة بل هي صريحة في أنّه مع خروج العين عن القيمة لا محلّ لبدل الحيلولة وإن شاركه في بقاء ملك المالك على العين والقيمة لمّا صرّح به من أنّ البدل ليس بدلاً عن العين بل عن الاجزاء الفائتة.

(٢) أي لفوات الأوصاف والأجزاء.

(٣) قوله «كما.. إلخ» تنظير لكون القيمة في العين الّتي خرجت عن الماليّة رأساً بدلاً عن الأوصاف أو الاجزاء الفائتة الّتي بسببها خرجت العين عن الماليّة.

(٤) أي بقاء الرّطوبة.

(٥) أي بهذا الماء الّذي بقى بعض أجزائه حيث إنّ الذّرات النّديّة لا تصلح للشّرب والسّقي والغسل فيه فأشار بقوله «معظّم الإنتفاعات» إلى أنّه يبقى لها بعض الإنتفاعات كمسح من في بدنه تلك الرّطوبة وكالصاق جسم يحتاج الى الرّطوبة به.

(٦) يعني فعلى ما قلنا من بقاء الرّطوبة على ملك المالك يقوي عدم جواز المسح فيما إذا علم بالغصبيّة.

(٧) بالرّطوبة المذكورة.

(٨) أي لو خاط زيد ثوبه.

(٩) قوله «ولو طلب المالك.. إلخ» مقول «قال» في قوله «قال في شرح القواعد».

(١٠) يعني نزع الخيوط.

افضىٰ[١] إلى التّلف وجب[٢] ثمّ يضمن الغاصب النّقص[٣] ولو لم يبق لها[٤] قيمة غرم جميع القيمة انتهى[٥] وعَطَفَ[٦] على ذلك في محكّي جامع المقاصد قوله: ولا يوجب ذلك[٧] خروجها[٨] عن ملك المالك كما سبق من[٩] انّ جناية الغاصب توجب أكثر الأمرين[١٠] ولو استوعبت[١١] القيمة أخذها[١٢] ولم يدفع العين انتهى[١٣].

---

(١) أي أفضى النّزع.

(٢) كلمة «وجب» جواب لـ«لو» في قوله «ولو طلب المالك».

(٣) يعني النّقص الحاصل في الخيوط بسبب النّزع.

(٤) أي للخيوط المغصوبة.

(٥) انتهى ما أفاده في شرح القواعد.

(٦) أي عطف المحقّق الثّاني على مسألة خياطة الثّوب بالخيوط المغصوبة قوله.. إلخ.

(٧) أي عدم القيمة للخيوط والغرامة.

(٨) أي خروج الخيوط المغصوبة كما سبق في صورة النّزع.

(٩) كلمة «من» بيان لقوله «ما سبق».

(١٠) أقول وهما المقدّر الشّرعي ونقص القيمة مثلاً لو جنى الغاصب على العبد فقطع يده مثلاً فالمقدّر الشّرعي في قطع اليد نصف القيمة فلو نقصت قيمة العبد أكثر من النّصف يجب عليه الأكثر من النّصف فلو كان المقدّر الشّرعي أكثر من نقص القيمة يجب عليه المقدّر الشّرعي.

(١١) أي لو استوعبت الجناية جميع القيمة أخذ المالك القيمة كلّها ولم يدفع العين الى الغاصب.

(١٢) أي أخذ المالك القيمة.

(١٣) أي انتهى ما أفاده في شرح القواعد.

وعن المسالك في هذه المسألة[١] أنّه إنْ لم يبق له[٢] قيمة ضمن[٣] جميع القيمة ولا يخرج[٤] بذلك[٥] عن ملك مالكه كما سبق فيجمع[٦] بين العين والقيمة لكن عن مجمع البرهان[أ] في هذه المسألة[٧] اختيار عدم وجوب النّزع بل قال يمكن أن لا يجوز[٨] وتتعيّن القيمة لكونه[٩] بمنزلة التّلف وحينئذ[١٠] يمكن جواز الصّلوة في هذه الثّوب المخيط إذ لا غصب[١١] فيه يجب ردّه كماقيل بجواز المسح بالرّطوبة الباقية من الماء المغصوب الّذي حصل

---

(١) يعني مسألة خياطة الثّوب بخيوط مغصوبة.

(٢) أي للخيط.

(٣) أي إن لم يبق للخيط قيمة بسبب تقطّعه بالخياطة ضمن الغاصب جميع القيمة.

(٤) أي لا يخرج الخيط.

(٥) أي بذلك الوجوب على الغاصب لتمام القيمة.

(٦) بمعنى أنّه لا تدخل العين في ملك الضّامن بدفع البدل بل كلٌّ من المبدّل والبدل ملك للمالك.

(٧) أي مسألة خياطة الثّوب بخيوط مغصوبة.

(٨) أي لا يجوز النّزع لما ذكره ﷺ من الإنتقال إلى القيمة الّذي يستلزم دخول الخيط في ملك الغاصب بمقتضي البدليّة لأنّه اتلاف للمال بلا وجه شرعيٍّ.

(٩) أي لكون الخياطة بمنزلة التّلف عرفاً والشّيء التّالف ليس مالاً وملكاً للمالك الأوّل.

(١٠) أي حين كان الخيط تالفاً عرفاً ودخلت الخيوط في ملك الغاصب يمكن جواز الصّلاة في هذا الثّوب.

(١١) أي لا شيء مغصوباً في الثّوب المخيط في صورة ردّ القيمة لكي يجب ردّه.

(أ) للمحقّق الأردبيلي.

العلم به[١] بعد إكمال الغَسْل[٢] وقبل المسح انتهى[٣] واستجوده[٤] بعضُ المعاصرين[٥] ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج[٦] المضمون عن ملكه لصيرورته[٧] عوضاً شرعاً وفيه[٨] أنّه لا منشاء لهذا الإقتضاء[٩] وأدلّة الضّمان[١٠] قد عرفت أنّ محصّلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك سواء كان الذّاهب نفس العين كما في التّلف الحقيقي أو كان الذّاهب السّلطنة عليها[١١] التّي بها[١٢] قوام ماليّتها كفرق المال أو كان الذاهب الاجزاء أو الأوصاف التّي يخرج

---

(١) يعني بالغصب.

(٢) بفتح الغين إذ المراد منه معناه المصدري.

(٣) أي انتهى ما حكى عن مجمع البرهان المحقّق الأردبيلي.

(٤) أي استجود مختارَ صاحب مجمع البرهان.

(٥) وهو صاحب الجواهر ﷺ(أ).

(٦) أي ترجيحاً لإقتضاء ملك المالك للقيمة على استصحاب ملك المالك للمضمون.

(٧) أي لصيرورة المضمون وهو علّة للإقتضاء والمراد من المعوّض هو القيمة.

(٨) أي في ترجيح صاحب الجواهر وتعليله.

(٩) يعني اقتضاً ملك المالك للقيمة خروجَ العين المضمونة عن ملكه ودخولها في ملك الضّامن.

(١٠) أي محصّل أدلّة الضّمان راجع الى وجوب تدارك ما ذهب من المالك سواء كان الذّاهب نفس العين كما في التّلف الحقيقي بأن فاتت ذات العين بالإحتراق وكالقاء الملح في البحر فتلف.

(١١) أي على العين.

(١٢) أي بتلك السّلطنة قوام ماليّة العين.

(أ) راجع جواهر الكلام ج ٣٧ ص ٨٠.

بذهابها[١] العين عن التّقويم مع بقاء ملكية[٢] ولا يخفى أنّ العين على التّقدير الأوّل[٣] خارج عن الملكيّة عرفاً وعلى الثّاني[٤] السّلطنة المطلقة على البدل بدل عن السّلطنة المنقطعة عن العين[٥] وهذا[٦] معنى بدل الحيلولة وعلى الثّالث[٧] فالمبذول عوض عمّاخرج المال بذهابه[٨] عن التّقويم لاعن نفس العين فالمضمون في الحقيقة هي تلك الأوصاف الّتي تقابَل بجميع القيمة لانفس العين الباقيه كيف[٩]

---

(١) أي بذهاب الأجزاء والأوصاف وذلك كالدّهن المراق على الأرض الّذي لم يبق منه إلّا الدّسومة فإنّ العين وإن كانت باقية عقلاً إلّا انّ صفة الإجتماع الّتي بها مناط ماليّة العين قد زالت ومثله الماء المغسول به الثّوب فإنّ مقدارا منه تلف حقيقة ومقدارا منه باق في الثّوب وهذا الباقي فيه وإن لم يتلف حقيقة إلّا أنّه تلف بعض أوصافه الّتي بها قوام ماليّته.

(٢) أي ملكيّة الشّيء المغصوب.

(٣) وهو ما كان الذّاهب نفس العين.

(٤) وهو ما كان الذّاهب السّلطنة على العين.

(٥) أقول قد مضى أنّ الذّاهب في جميع الصّور هو العين الخاصّة أعني ذات الماليّة وعرفت أنّ ذلك هو موضوع الضّمان فيجب تداركها بعين أخرى مثل أو قيمة تقوم مقامها فحينئذ المراد من قوله ﷺ «بدل عن السّلطنة» انّه بدل عن العين من حيث قطع سلطنة المالك عنها لا أنّه بدل عن السّلطنة حقيقة.

(٦) أي السّلطنة المطلقة على البدل.

(٧) وهو ما كان الذّاهب الأجزاء والأوصاف ولم تتلف.

(٨) الضّمير المجرور راجع إلىٰ «ما» في «عمّا» الّذي هو عبارة عن الاجزاء والأوصاف نحو الخيوط في الثّوب المخيط الّتي ذهبت أوصافها فإنّ ملكيّة المالك باقية وإن ذهبت الاجزاء والأوصاف.

(٩) يعني كيف يمكن أن تكون القيمة ازاء العين والحال أن العين باقية ولم تتلف.

ولم تتلف هي[١] وليس لها[٢] على تقدير التّلف أيضاً عهدة ماليّة بل الأمر بردّها[٣] مجرّدَ تكليف لا يقابل بالمال[٤] بل لو استلزم ردّه ضرراً ماليّا على الغاصب أمكن سقوطه[٥] فتأمّل[٦].

ولعلّ ما عن المسالك من[٧] أنّ ظاهرهم[٨] عدم وجوب اخراج الخيط

---

(١) يعني العين.

(٢) أي العين.

(٣) يعني بردّ العين التّالفة أوصافها أو أجزائها مجرّد تكليف صوريٍّ وليس بحقيّ أقول هذا فيما إذا قلنا بشمول حديث اليد له وهو أوّل الكلام لأنّه لم يتعرّض إلّا بثبوت عهدة العين.

(٤) لكي يقال إنّ بدل الحيلولة بدلٌ عن العين فملك المالك للبدل يقتضي خروج المبدل عن ملكه ودخولَه في ملك الضّامن لئلّا يجمع بين البدل والمبدل بل الحكم بوجوب ردّ العين عندئذٍ تكليف صوري محض وليس بحقيقي فلا يستتبع الوضع بل لو استلزم ردّ الشّيء المغصوب والعين ضرراً ماليّاً على الغاصب بصرف المؤنة أو بفساد الثّوب.

(٥) يعني سقوط التّكليف أو سقوط الردّ ووجه سقوطه حكومة قاعدة نفي الضّرر عليه.

(٦) اشارة الى عدم جريان قاعدة «لا ضرر» لأنّه ضرر أوجبه عليه بغصبه مع علمه بكون الغصب مستتبعاً لوجوب الردّ هذا ولكن استشكل فيه بعض الأعاظم وعلّله بأنّ الاقدام على الضّرر لا يتحقّق عرفاً بمثل ذلك.

(٧) كلمة «من» بيان لـ «ما» في قوله «ما عن المسالك».

(٨) أي ظاهر الفقهاء أقول ذكر هذا في مسألة الخشبة المغصوبة الّتي استدخلت في البناء قال صاحب المسالك ﷺ ولو بلغت حدّ الفساد علىٰ تقدير الاخراج بحيث لا تبقىٰ لها قيمة فالواجب تمام قيمتها وهل يجبر علىٰ اخراجها حينئذ نظر من فوات الماليّة وبقاء حقّ المالك في العين وظاهرهم عدم الوجوب وأنّها تنزل منزلة المعدومة ولو قيل بوجوب اعطائها المالك إذا طلبها كان حسناً، انتهى.

المغصوب عن الثّوب بعد خروجه[١] عن القيمة بالاخراج فتعيّن القيمة فقط محمول[٢] على صورة تضرّر المالك[٣] بفساد الثّوب المخيط[٤] أو البناء[٥] المستدخل فيه الخشبة[٦] كما لا يأبى عنه[٧] عنوان المسألة[٨] فلاحظ وحينئذ[٩] فلا ينافي[١٠] ما تقدّم سابقا من بقاء الخيط على ملك مالكه وإن وجب بذل قيمته ثمّ إنّ هنا[١١] قسماً

---

(١) أي الخيط.

(٢) كلمة «محمول» خبر لـ «لعلّ» في قوله «ولعلّ ما عن المسالك».

(٣) أي مالك الثّوب وهو الغاصب أقول هذا ينافي ما عرفت آنفاً في المسالك من قوله «ولو قيل بوجوب اعطائها المالك إذا طلبها كان حسناً» فالأولى أن يحمل على صورة عدم مطالبة المالك.

(٤) يعني بفساد ثوب المخيط بترع الخيوط.

(٥) كلمة «البناء» معطوف على قوله «الثّوب» يعني تضرّر المالك بفساد البناء.

(٦) أي الخشبة المغصوبة ولذا يجب على الغاصب قيمتها ولا يجب عليه اعطاء الخشبة إلى مالكها.

(٧) أي عن الحمل على صورة تضرّر المالك.

(٨) أي مسألة البناء المستدخل فيه الخشبة المغصوبة.

(٩) يعني وحين حمل فتواهم بتعيّن القيمة في مسألتي الخيط والخشبة المغصوبين على صورة تضرّر المالك.

(١٠) أقول وجه عدم المنافاة أنّ عدم وجوب الاخراج عندئذٍ لأجل تضرّر الضّامن المانع عنه لا لخروجه عن ملك مالكه ودخوله في ملك الضّامن.

(١١) إليك بالأقسام الأربعة في مسألة ضمان القيمي بالقيمة الأوّل ما كان الذّاهب فيه نفس العين كما في التّلف الحقيقي والثّاني ما كان الذّاهب فيه السّلطنة على العين المتعذّرة والثّالث ما كان الذّاهب الاجزاء والأوصاف الّتي تخرج العين بذهابها عن التّقويم مع بقاء ملكيّتها والرّابع ما كان المغصوب فيه خارجاً عن الملكيّة مع بقاء حقّ الأولويّة فيه.

رابعاً: وهو ما لو خرج المضمون[١] عن المـلكيّة مـع بـقاء حـقّ الأولويّـة فـيه[٢] كما لو صار الخلّ المغصوب خمراً فاستشكل في القواعد وجـوب ردّهـا[٣] مـع القيمة ولعـلّه[٤] مـن اسـتصحاب وجـوب ردّهـا[٥] ومـن أنّ المـوضوع[٦] فـي المسـتصحب مـلك المـالك إذ لم يـجب إلّا ردّه[٧] ولم يكـن المـالك إلّا اولى بـه إلّا أن يـقال[٨] إنّ المـوضوع فـي الإسـتصحاب عـرفي[٩] ولذا[١٠] كـان

---

(١) أقول بل هو خارج عن الماليّة أيضاً.

(٢) أقول ظاهر العبارة المفروغيّه عن ثبوت الحقّ وحينئذ فلا مجال لاشكال القواعد في وجوب الرّدّ لانّه من أحكام الحقّ المذكور.

(٣) أي ردّ عين الخمر مع القيمة[أ].

(٤) أي ولعلّ وجه الإشكال.

(٥) أقول قوله «من استصحاب وجوب ردّها دليل جواز ردّ الخمر الى مالكها ببيان أنّ الخلّ قبل صيرورته خمراً كان جـائز الرّدّ فـنشكّ فـي الجـواز بـعد انـقلابه خـمراً فنستصحب الجواز لاتّحاد الموضوع في الإستصحاب.

(٦) قوله «ومن انّ الموضوع.. إلخ» دليل لعدم جواز الرّد.

(٧) أي ردّ الملك.

(٨) غرضه من قوله «إلّا أن يقال.. إلخ» ترجيح وجوب الرّدّ.

(٩) أقول ومن المعلوم يرى العرف المائع الخارجي موضوعاً لوجوب الرّدّ فـي الزّمـان السّابق ويقول إنّ هذا المائع كان يجب ردّه والأصل بقائه كما عرفت آنفاً.

(١٠) يعني ولأجل جريان الإستصحاب لاتّحاد الموضوع عرفا كان الوجوب مختار جماعة.

(أ) قال في القواعد «ولو غصب عصيراً فصار خمراً ضمن المثل وفي وجوب دفع تلك الخمر الى المالك اشكال فإن أوجبناه فصار خلّاً في يد المالك ففي وجوب ردّ المثل اشكال فإن صار خلّاً في يد الغاصب ردّه مع ارش النّقصان ان قصرت قيمة الخلّ» قواعد الأحكام ج ١ ص٢٠٦ سطر ١١.

الوجوب[١] مذهب جماعة منهم الشّهيدان والمحقّق الثّاني[أ] ويؤيّده[٢] أنه لو عاد خلاًّ ردّت إلى المالك بلاخلاف ظاهر ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع[٣] خروج الغارم عن عهدة العين وضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدّفع[٤] سواء كان[٥] للسّوق أو للزّيادة المتّصلة[٦] بل[٧] المنفصلة كالثّمرة ولا يضمن منافعه[٨] فلا يُطالب الغارمُ بالمنفعة بعد ذلك وعن التّذكرة[ب] وبعض آخر[ج]

---

(١) يعني وجوب الرّدّ.

(٢) يعني يؤيّد وجوب الرّدّ.

(٣) أقول مراده ﷺ أنّ مقتضي التّغريم عدم بقاء شيء في العين به لأنّ مفاد العهدة الإلتزام بكلّ ما يتعلّق بالعين للمالك فالخروج عنه مقتضاه عدم بقاء شيء له فيه فلا مجال معه لضمان المنافع أو ارتفاع القيمة الوقتيّة والنّمائات متّصلة كالسّمن في الحيوان وتعلّم الصّنعه في العبيد والاماء ومنفصلة كالثّمرة وبعبارة أخرىٰ الخروج من عهدة العين وتدارك خسارتها يقتضي عدم بقاء حقّ للمالك فيه وإلّا لزم تداركه مرّتين.

(٤) أي دفع بدل الحيلولة.

(٥) أي سواء كان إرتفاع القيمة.

(٦) قد عرفت مثال زياد المتّصلة آنفاً فلا نعيده.

(٧) وهذا فيما إذا فرضنا حيلولة الغاصب بين الشّجرة وبين المالك.

(٨) أقول للفقهاء في ضمان المنافع بعد دفع بدل الحيلولة قولان أحدهما الضّمان والآخر عدم الضّمان.

(أ) الدّروس الشّرعيّة كتاب الغصب ص٣٠٩، مسالك الافهام ج٢ ص٢٦٧، جامع المقاصد ج٦ ص٢٩٢.

(ب) تذكرة الفقهاء ج٢ ص٣٨٢.

(ج) المبسوط ج٣ ص٩٦.

ضمان المنافع[١] وقوّاه[٢] في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه[٣][أ] وفي موضع من جامع المقاصد أنّه[٤] موضع توقّف وفي موضع آخر رجّح الوجوب.

ثمّ انّ ظاهر عطف التعذّر على التّلف في كلام بعضهم عند التّعرض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة يقتضي عدم ضمان ارتفاع القيمة السّوقيّة الحاصل بعد التعذّر وقبل الدّفع[٥] كالحاصل بعد التّلف لكن مقتضى القاعدة ضمانه[٦] له لأنّ مع التّلف يتعيّن القيمة ولذا[٧] ليس له[٨] الإمتناع من أخذها[٩] بخلاف تعذّر العين فإنّ القيمة غير متعيّنة فلو صبر المالك حتّى يتمكّن من العين كان له[١٠] ذلك وتبقى العين في عهدة الضّامن في هذه المدّة[١١] فلو

---

(١) أي المنافع غير المستوفاة وإن أعطى الغرامة.

(٢) أي قوّى ضمان المنافع.

(٣) أي خلاف ضمان المنافع وهو عدم الضّمان.

(٤) أي الضّمان للمنافع.

(٥) أي قبل دفع القيمة.

(٦) أي مقتضى القاعدة أي قاعدة كون بدل الحيلولة غرامة لا بدلاً عن العين المتعذّرة ضمان الغاصب لارتفاع القيمة.

(٧) أي ولأجل أنّه بعد تلف العين تتعيّن القيمة على الغاصب.

(٨) أي للمالك.

(٩) أي الإمتناع من أخذ القيمة.

(١٠) أي كان للمالك الصّبر حتّى تمكّن من أخذ العين المتعذّر الوصول إليها.

(١١) يعني في المدّة الّتي صبر فيها المالك إلى أن يتمكّن من العين.

(أ) البسوط ج٣ ص٩٦.

تلفت[١] كان له[٢] قيمتها من حين التّلف أو أعلى القيم إليه[٣] أو يوم الغصب على الخلاف والحاصل أنّ قبل رفع القيمة تكون العين الموجودة في عهدة الضّامن فلاعبرة بيوم التعذّر[٤] والحكم بكون يوم التعذّر بمنزلة يوم التّلف مع الحكم بضمان الأجرة[٥] والنّماء إلى دفع البدل وان تراخى عن التعذّر ممّا لا يجتمعان[٦] ظاهراً فمقتضى القاعدة ضمان الإرتفاع[٧] إلى يوم دفع البدل نظير دفع القيمة عن المثل المتعذّر في المثلي[٨] ثمّ انّه لا اشكال في أنّه إذا ارتفع تعذّر ردّ العين وصار[٩] ممكناً وجب ردّها إلى مالكها كما صرّح

---

(١) أي فلو تلفت العين.

(٢) أي للمالك.

(٣) يعني أعلى القيم إلى التّلف من زمان الغصب.

(٤) فإذا كانت قيمة العين في يوم التّعذّر خمسين وصارت قيمتها الى يوم الدّفع ستّين ضمن الغاصب الستّين.

(٥) فلو أبَقَ العبد المغصوب مثلاً فالغاصب ضامن أجرة الردّ والإرجاع.

(٦) قوله «ممّا لا يجتمعان» خبر قوله «والحكم» أقول أشار بقوله «ظاهراً» إلى أن عدم الإجتماع بينهما مبني على عموم التّنزيل وهو غير ظاهر من كلامهم لسوقه مساق مجرّد وجوب ردّ البدل وانّه لا يختصّ بالتّلف الحقيقي وامّا بناءً على عدم العموم فلا تنافي بين الحكمين لأنّ المراد منه حينئذ كونه منزلته في جواز المطالبة بعده.

(٧) أي الإرتفاع قيمة وأجرة ونماءً.

(٨) بمعنى أنّه إذا تعذّر المثل في المثلى ضمن الغاصب ارتفاع القيمة الى يوم دفع القيمة.

(٩) أي صار ردّ العين ممكناً.

به[١] في جامع المقاصد[أ] فوراً وإن[٢] كان في إحضارها[٣] مؤنة كما كان[٤] قبل التعذّر لعموم على اليد ما اخذت حتّى تودّى ودفع[٥] البدل لأجل الحيلولة انّما افاد خروج الغاصب عن الضّمان بمعنى أنّه[٦] لو تلف لم يكن عليه[٧] قيمته[٨] بعد ذلك[٩]

---

(١) يعني بوجوب ردّ العين المغصوبة أقول قد استدلّ على وجوب ردّ العين بعد ارتفاع التّعذّر بوجوه الأوّل ما صرّح به المصنّف ﷺ وهو انّ مقتضي عموم على اليد ما أخذت المُغَيّىٰ بالأداء هو ذلك الثّاني ما صرّح به المصنّف ﷺ أيضاً وهو استصحاب وجوب الرّد الثّالث ما أفاده المحقّق النّائيني ﷺ والسّيّد ﷺ من أنّ البدليّة المفهومة من الأدلّة إنّما هي بدليّة مادام التّعذّر فإذا ارتفع التّعذّر يعود الرّابع الإجماع إذا عرفت هذا فنقول هذه الوجوه كلّها مخدوشة ولكن التّعرّض لا يرادها والنّقض والإبرام حوله موجب للإطالة ويمكن أن يستدلّ له ببناء العقلاء بدعوى أنّ بنائهم على العود في أمثال المقام.

(٢) كلمة و«ان» في قوله «وإن كان» وصليّة.

(٣) يعني احضار العين عند المالك.

(٤) أي كما كان وجوب ردّ العين الى المالك قبل التّعذّر وإن كان في احضارها مؤنة.

(٥) قوله «ودفع البدل» مبتدأ خبره قوله «إنّما أفاد» ودفع وهم حاصل الوهم انّه إذا كان ردّ العين واجباً بعد ارتفاع التّعذّر فلماذا يعطي البدل للمالك والجواب أنّ دفع البدل لأجل خروج الضّامن الغاصب عن قيد الضّمان المتوجّه نحوه.

(٦) أي انّ المال المغصوب المتعذّر الوصول.

(٧) يعني على الغاصب.

(٨) يعني قيمة المال المغصوب الّذي تعذّر وصوله.

(٩) أي بعد التّلف.

(أ)

واستلزم ذلك[١] على ما خترناه[٢] عدم ضمان المنافع[٣] والنّماء المنفصل[٤] والمتصل[٥] بعد دفع الغرامة وسقوط[٦] وجوب الرّد حين التعذّر للعذر العقلي فلا يجوز استصحابه[٧].

بل مقتضى الإستصحاب[٨] والعموم[٩] هو الضّمان المدلول عليه بقوله ﷺ على

---

(١) أي خروج الغاصب عن الضّمان.

(٢) من قوله «ثمّ إنّ مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين وضمانها».

(٣) قوله «عدم ضمان المنافع» مفعول لقوله «استلزم».

(٤) كالثّمرة.

(٥) كالسّمن.

(٦) كلمة و«سقوط» مبتدأ خبره قوله «للعذر العقلي» ودفع وهم آخر حاصله انّه لو كان دفع القيمة لا فائدة فيه ولا يستلزم سوى خروج الغاصب عن عهدة الضّمان فلماذا يسقط وجوب ردّ العين عند تعذّر الوصول إليها فأجاب أنّ سقوط وجوب الرّدّ لأجل العذر العقلي وهو عدم امكان الوصول الى العين فبارتفاع العذر العقلي بواسطة الوصول الى العين يعيد وجوب الرّدّ فعندئذ لا مجال لاستصحاب ذاك السّقوط عند ارتفاع العذر.

(٧) لأنّ ارتفاع علّة الحكم وهي عدم إمكان الوصول إلى العين موجب لارتفاع الحكم وهو سقوط وجوب ردّ العين.

(٨) أي استصحاب أصل الضّمان الى حال التّمكّن من ردّالعين فيترتّب عليه حكمه وهو وجوب ردّ العين وذلك لوجود المقتضي وهو الضّمان وعدم المانع وهو تعذّر العين.

(٩) أقول وذلك لانّه يشكّ في أنّه بدفع بدل الحيلولة ارتفع الضّمان مطلقاً أو مادام بقاء التّعذّر فبعد ارتفاع التّعذّر يشكّ في بقاء الضّمان وارتفاعه فالأصل بقائه وعموم «على اليد ما أخذت» أيضاً تقتضي الضّمان وذلك لأنّ الضّمان فيه مُغيّىٰ بغاية أداء العين.

اليد ما اخذت المغيّى بقوله حتّى تودّى وهل الغرامة المدفوعة[١] يعود ملكها إلى الغارم بمجرّد طروّ التمكّن فيضمن العين من يوم التمكّن ضماناً جديداً بمثله أو قيمته يوم حدوث الضّمان أو يوم التّلف أو أعلى القيم أو أنّها[٢] باقية على ملك مالك العين وكون العين مضمونة بها[٣] لا بشيء آخر في ذمّة الغاصب فلو تلفت[٤] استقرّ ملك المالك على الغرامة فلم يحدث في العين إلّا حكم تكليفيّ[٥] بوجوب ردّه وامّا الضّمان[٦] وعهدة جديدة فلا وجهان أظهرهما الثّاني[٧] لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة وعدم طروّ ما يزيل ملكيّته[٨] عن الغرامة أو يحدث[٩] ضماناً جديداً

---

(١) أي الغرامة المدفوعة الى المالك.

(٢) قوله «انّها.. إلخ» معطوف على قوله «تعود ملكه الى الغارم» أي أو انّ الغرامة المدفوعة باقية على ملك مالك العين.

(٣) الواو بمعنى مع وليست بعاطفة كما عن البعض.

(٤) أي فلو تلفت العين.

(٥) أقول قد حقّق في محلّه أنّ مفاد حديث على اليد ليس إلّا بيان الحكم الوضعي الّذي هو ثبوت الضّمان والخروج عن عهدة المال المأخوذ بسبب الأخذ إلى أن يردّه إلى صاحبه والحكم التّكليفي الّذي هو وجوب الرّدّ تابع له.

(٦) وهو ضمان العين بعد التّلف ثانياً وبعد ارتفاع التّعذّر عنها.

(٧) أقول قد استظهر المصنّف ﷺ الوجه الثّاني وذهب بالوجه الأوّل بعض الأعاظم واختاره بقوله «بل الأوّل» والأولى أن يقال انّهما مبنيّان على أنّ التّعذّر الموجب لبدل الحيلولة سبب لثبوته حدوثاً وبقاءً فبارتفاعه ينقطع البدليّة ويرجع البدل إلى ملك باذله او انّه علّة له حدوثاً لا بقاءً ومن البيّن أنّ الوظيفة في نظيره عند الشّكّ الرّجوع الى الإستصحاب لو لم يكن دليل مثبت لأحدهما.

(٨) يعني ملكيّة مالك العين.

(٩) قوله «يحدث» معطوف على قوله «يزيل».

ومجرّد عود التّمكن[١] لا يوجب عود سلطنة المالك حتّى يلزم من بقاء ملكيّة على الغرامة الجمع بين العوض والمفوّض غاية ما في الباب قدرة الغاصب على اعادة السّلطنة الفائتة المبدلة عنها بالغرامة ووجوبها[٢] عليه[٣] وحينئذ[٤] فان دفع العين[٥] فلا إشكال في زوال ملكته المالك للغرامة[٦] وتوهّم انّ المدفوع[٧] كان بدلاً عن القدر الفائت من السّلطنة في زمان التعذّر[٨] فلا يعود[٩] لعدم عود مبدله[١٠] ضعيف[١١] في الغاية بل كان[١٢] عن اصل السّلطنة يرتفع[١٣] بعودها فيجب دفعه[١٤] أو دفع بدله[١٥] مع

---

(١) يعني أنّ مجرّد عود تمكّن الغاصب من العين المغصوبة لا يوجب عود سلطنة مالكها لكي يلزم من بقاء مالكيّة مالك العين على الغرامة الجمع بين العوض وهو الغرامة والمعوّض الّذي هو سلطنة مالكها.

(٢) أي وجوب الغرامة.

(٣) أي على الغاصب.

(٤) أي حين إذ كان ثاني الوجهين أظهر.

(٥) يعني دفع الضّامن العين.

(٦) كلمة «للغرامة» متعلّقة بقوله «ملكيّة المالك».

(٧) وهي القيمة الّتي تعطي بدلاً عن العين المتعذّر الوصول إليها.

(٨) مثلاً تعذّرت العين من الجمعة الى الثّلاثاء فكانت الغرامة بدلاً عن هذا المقدار من التّعذّر وليست بدلاً عن العين.

(٩) أي فلا يعود البدل المدفوع الى ملك الغاصب.

(١٠) فإنّ مبدله كان التّعذّر من الجمعة إلى الثّلاثاء.

(١١) كلمة «ضعيف» خبر لقوله «وتوهّم أنّ المدفوع.. إلخ».

(١٢) أي كان المدفوع بدلاً.. إلخ.

(١٣) يعني يرتفع البدل بعود سلطنة المالك على العين.

(١٤) أي فيجب على المالك دفع المدفوع في صورة كونه باقياً.

(١٥) يعني بدل المدفوع.

تلفه[١] أو خروجه[٢] عن ملكه بناقل[٣] لازم بل جائز[٤] ولا يجب ردّ نمائه[٥] المنفصل ولو لم يدفعها[٦] لم يكن له مطالبة الغرامة اوّلا إذ[٧] ما لم تتحقّق السّلطنة[٨] لم يعد الملك[٩] إلى الغارم[١٠] فانّ الغرامة عوض عن السّلطنة لا عوض قدرة الغاصب علىٰ تحصيلها[١١] للمالك فتأمّل[١٢].

نعم للمالك مطالبة عين ماله لعموم النّاس مسلّطون على أموالهم وليس

---

(١) أي ومع تلف المدفوع.

(٢) يعني وكذا يجب دفع بدل المدفوع إذا خرج عن ملك المالك.

(٣) وذلك كالبيع.

(٤) كالهبة الغير اللازمة.

(٥) أي ولا يجب على المالك ردّ نماء البدل المنفصل والوجه في عدم الوجوب انّ النّماء حصل في زمان ملك المالك للبدل.

(٦) قوله «ولو لم يدفعها» معطوف على قوله «فإن دفع العين» وحاصل الكلام أنّه لو لم يدفع الغاصب العين لم يستحق مطالبة الغرامة قبل دفع العين وجه عدم الإستحقاق أنّ الغرامة بدل عن السّلطنة الّتي انتزعها الغاصب من مالك العين وما لم يتحقّق المبدل منه لم يرتفع ملك مالك العين عن البدل.

(٧) كلمة «إذ» تعليل لعدم حقّ مطالبة الغاصب الغرامة مالم يدفع العين إلى المالك بعد ارتفاع التّعذّر.

(٨) يعني السّلطنة على العين للمالك.

(٩) يعني ملك الغرامة.

(١٠) وهو الغاصب.

(١١) يعني تحصيل السّلطنة «للمالك».

(١٢) وجه التّأمّل انّ الغرامة بدل من العين نفسها لأمن أصل السّلطنة.

ماعنده[١] من المال عوضاً من مطلق السّطنة المطالبة[٢] بل سلطنة الإنتفاع بها[٣] على الوجه المقصود من الأملاك ولذا[٤] لاتباح لغيره بمجرّد بذل الغرامة ومـمّا ذكرنا يظهر [٥]ايضاً أنه ليس للغاصب حبس العين الى أن يدفع المالك القيمة كما اختاره[٦] في التّذكره[أ] والايضاح[ب] وجامع المقاصد[ج] وعن التّحرير[د] الجزم بأنّ له[٧] ذلك ولعلّه[٨] لانّ القيمة[٩] عوض إمّا عن العين وإمّا عن السّلطنة عـليه

---

(١) يعني ما عند المالك من الغرامة.

(٢) لكي لا يجوز للمالك المطالبة بعين ماله.

(٣) كلمة «بها» متعلّقة بالإنتفاع والضمير المجرور راجع إلى العين.

(٤) أي لأجل عدم كون الغرامة المبذولة من المالك للغاصب عوضاً عن مطلق سـلطنة المالك لا تباح العين للغاصب بمجرّد بذل الغرامة بأن قال المالك للغاصب ما أريـد منك الغرامة.

(٥) أي من عدم عود الغرامة المدفوعة إلى ملك الغارم إلّا بعد ارجاع السّلطنة على العين إلى المالك.

(٦) أي اختار عدم جواز الحبس للغاصب في الكتب الثّلاثة.

(٧) يعني للغاصب حبس العين حتّى يدفع المالك الغرامة له.

(٨) أي الجزم المذكور عن تحرير العلّامة.

(٩) وهي الّتي دفعت بعنوان الغرامة.

(أ) تذكرة الفقهاء ج ٢ كتاب الغصب ص ٣٨٥.

(ب) ايضاح الفوائد ج ٢ ص ١٧٨.

(ج) جامع المقاصد ج ٦ ص ٢٦١.

(د) تحرير الأحكام ج ٢ ص ١٤٠.

وعلى أيّ تقدير فيتحقّق التّراد[١] وحينئذ[٢] فلكلّ من صاحبي العوضين حبسُ ما بيده حتّى يتسلّم مابيدالآخر وفيه[٣] أنّ العين بنفسها ليست عوضاً ولامعوّضاً ولذا تحقّق للمالك الجمع بينها[٤] وبين الغرامة فالمالك مسلّط عليها[٥] والمعوّض لغرامة السّلطنة الفائتة التّي هي في معرض العود بالتّراد اللهمّ إلّا ان يقال له[٦] حبس العين من حيث تضمنّه[٧] لحبس مبدل الغرامة وهي[٨] السّلطنة الفائتة والأقوى الأوّل[٩] ثمّ لو قلنا بجواز الحبس[١٠] لو حبسها فتلفت العين محبوسة فالظّاهر انّه لا يجري عليه[١١] حكم المغصوب لانّه[١٢] حبسه بحقّ نعم يضمنه[١٣] لانّه[١٤] قبضه

---

(١) فللغارم أن يقول ردّ عليّ الغرامة حتّى أردّ عليك العين.

(٢) أي حين تحقّق العوضيّة.

(٣) أي وفي تعليله بأنّ القيمة عوض إمّا عن العين وإمّا عن السّلطنة عليه اشكال.

(٤) يعني بين العين.

(٥) أي على العين.

(٦) يعني للغاصب حبس العين التّي هي للمالك.

(٧) يعني تضّمن حبس العين.

(٨) أي مبدّل الغرامة وتأنيث الضّمير باعتبار الخبر أعني «السلطنة».

(٩) وهو أنّه ليس للغاصب حبس العين إلى ان يدفع المالك القيمة.

(١٠) يعني جواز حبس الضّامن للعين لأجل أن يعطيه مالكها الغرامة.

(١١) أي على حبس الضّامن العين ليأخذ الغرامة.

(١٢) أي لأنّ الغاصب حبسه بحقّ بمعنى أنّ الغصب انّما يتحقّق بالقبض عدواناً بغير حقٍّ وما نحن فيه ليس كذلك لأنّ الحبس فيه في مقابل حقٍّ.

(١٣) مراده ﷺ أنّه وإن لم يحرم على الغاصب حبس العين لما عرفت من انّه حقّه لكن يبقىٰ عليه الضّان للإستصحاب ولعموم على اليد.

(١٤) أي الغاصب.

لمصلحة نفسه[١] والظّاهر أنّه[٢] بقيمة يوم التّلف على ما هو الأصل[٣] في كلّ مضمون ومن قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا[٤] من زمان الحبس إلى زمان التّلف وذكر العلّامة[أ] في القواعد أنّه[٥] لو حبس فتلف محبوساً فالأقرب ضمان قيمة الآن واسترجاع القيمة الاولى[٦] أنّ مراده[٧] بقيمة الآن مقابل القيمة السّابقة بناءً على زوال حكم الغصب عن العين لكونه محبوساً بغير عدوان لا خصوص حين التّلف وكلمات كثير منهم لا تخلو عن اضطراب[٨] ثمّ أنّ اكثر ما ذكرناه[٩] مذكور في كلماتهم في باب الغصب لكنّ الظّاهر أنّ أكثرها بل جميعها حكم المغصوب من حيث كونه مضمونا[١٠] إذ ليس في الغصب خصوصيةٌ

---

(١) بمعنى أنّ الغاصب ليس محسناً للمالك لكي يدخل يده في الأيادي الخارجة عن عموم على اليد فيضمن لأنّه لمصلحة نفسه.

(٢) أي الضّمان.

(٣) أقول وذلك لأنّ انتقال العين إلى البدل انّما هو يوم التّلف إذ الواجب قبله ردّ العين فعندئذ يكون الأصل في ضمان العين ضمانه بقيمتها يوم التّلف.

(٤) أي يقول بأعلى القيم في قبض الغارم عين المالك.

(٥) أي انّ الغاصب.

(٦) يعني استرجاع الغاصب من المالك القيمة الأولى التّي دفعها إلى المالك غرامة لأجل تعذّر العين كما هو مذهب جماعةٍ من القدماء.

(٧) يعنى مراد العلّامة.

(٨) يظهر لك الأضطراب بمراجعة كلام السيّد العميد في كنز الفوائد والمحقّق الثّاني في جامع المقاصد وفي تعليق صاحب الجواهر عليه.

(٩) أي ذكرناه في المقبوض بالعقد الفاسد.

(١٠) لا من حيث كونه مغصوباً.

(أ) قواعد الأحكام كتاب الغصب ج١ ص٢٠٤ سطر ١٠.

زائدة[١] نعم[٢] ربّما يفرّق من جهة نصٍّ في المغصوب مخالفٍ لقاعدة الضّمان[٣] كما احتمل[٤] في الحكم بوجوب قيمة يوم الضّمان من جهة صحيحة أبي ولّاد[٥] أو أعلىٰ القيم علىٰ ما تقدّم من الشهيد الثّاني[أ] دعوى دلالة الصّحيحه عليه[٦] وامّا ما اشتهر من أنّ الغاصب مأخوذ بأشقّ الأحوال فلم نعرف له مأخذا واضحاً ولنختم بذلك[٧] أحكام المبيع بالبيع الفاسد وأن بقي منه[٨] أحكام أُخر أكثر ممّا ذكر ولعلّ بعضها يجيء في بيع الفضولي انشاء الله.

(الكلام في شروط المتعاقدين)

«مسئلة»: المشهور كما عن الدّروس[٩] والكفاية[١٠] بطلان

---

(١) لكي لا تشمل كلماتهم المقبوض بالعقد الفاسد.

(٢) أي ربّما يفرّق بين الغصب وغيره.

(٣) حيث انّ القاعدة تقتضي الضّمان بقيمة يوم التّلف وذلك لأنّ الإنتقال إلى البدل إنّما هو يوم التّلف إذ الواجب قبل التّلف ردّ العين.

(٤) أي احتمل الفرق.

(٥) التّي تقدّمت.

(٦) أي علىٰ أعلى القيم.

(٧) أي بهذا الكلام. (٨) أي من المبيع بالبيع الفاسد.

(٩) كتاب الدّروس الشرعيّة في فقه الإماميّة للشّيخ الامام محمّد بن مكّي المعروف بالشّهيد الأوّل ص ٣٣٥.

(١٠) كتاب الكفاية في الفقه للمحقّق الحكيم محمّد باقر بن محمّد مؤمن الخراساني السّبزواري ص ٨٩.

(أ) مسالك الأفهام ج ٢ كتاب الغصب ص ٢٦٠.

عقد الصّبي بل عن الغنية(ت) الاجماع عليه(١) و إن جاز الوليّ و في كنز العرفان

---

(١) أي الإجماع علىٰ بطلان عقد الصّبي، أقول يقع البحث والكلام في معاملات الصّبي سواء كانت من العقود أو الإيقاعات في جهات أربعة نكتفي بواحدة منها لئلّا نخرج عن وضع الشّرح و هي جواز تصرّفاته في أمواله مستقلّاً من دون إذن الولي، الظّاهر أنّه لا خلاف و لا إشكال في أنّه لا يجوز للصّبي الاستقلال في التّصرفات في أمواله من دون إذن الولي.

بل في الحدائق «إنّ ظاهر كلام جمهور الأصحاب أنّه لا يصحّ بيع الصّبي و لا شرائه من غير فرق بين الصّبي المميّز وغيره و من غير فرق أيضاً بين كون المال له أو للولي أو لغيرهما أَذِنَ مالكه أو لم يأذنْ، و عن العلّامة أنّ الصّغير محجور عليه بالإجماع سواء كان مميّزاً أو لا في جميع التّصرفات إلّا ما استثنىٰ كعباداته وإسلامه وإحرامه وتدبيره ووصيّته و إيصال الهديّة هذا رأي علمائنا الإماميّة.

و أمّا العامّة فعن الشّافعيّة بطلان عقده مطلقاً وعن الحنابلة الحكم بفساد تصرّف غير المميّز مطلقاً وفي المميّز أيضاً إلّا إذا أَذِنَ الوليّ ويقرب منه ما من المالكيّة وأمّا الحنفيّة فقد قالوا بفساد عقد غير المميّز مطلقاً وأمّا المميّز فقد ذكروا أنّه علىٰ ثلاثة أقسام:

إن كان تصرّفه ضارّاً فلا شبهة في عدم نفوذه وان كان نافعاً كقبول الهديّة ودخول الاسلام يكون صحيحاً قطعاً وان تردّد أمره فهو موقوف على اجازة الوليّ(أ).

ويدل على بطلان معاملاته قوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتّى اذا بلغوا النّكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم(ب). =

(أ) الفقه على المذاهب الاربعة المجلّد ٢ الصفحة ٣٦٦ ـ ٣٦٣.

(ب) سورة النّساء الآية ٦.

(ت) غنية النّزوع ص ٥٢٣.

= وجه الدلالة انّ الله سجّل اعتبار الرّشد في جواز تصرفات الصبيّ في امواله مستقلّاً بعد تسجيله اعتبار البلوغ فيه ولا ريب انّه لو كان الرّشد بوحدته كافياً في جوازها من دون اذن الوليّ لكان اعتبار البلوغ في ذلك قبل الرّشد لغوا محضا فيعلم من ذلك أنّ نفوذ تصرّفات الصبيّ يتوقّف على امرين البلوغ والرّشد، والمراد من الابتلاء اختبار حاله في أنّه هل له تصرّف صالح ام لا فيرى كيف يكون تصرّفه فان أحسن فيه كان راشداً وإلّا كان على سفهه وللبحث في دلالة الآية والنّقص والابرام حولها مجال لكنّه خارج عن وضع الشرح.

الشرط والبحث حوله

اقول لا يخفى انّ من مهمّات المسائل وهامّة الابحاث مسئلة الشّرط في العقد الذي قد تداول ذكره وترتيب احكام كثيرة عليه كثبوت الخيار او اسقاطه به ونحوهما فيبغي الاشارة إليه اجمالاً روما للاختصار وايكال التّحقيق والتّفصيل الى باب الشّروط فنكتفي بذكر امور ثلاثة:

الاوّل بيان معنى الشّرط والثّاني بيان حكمه في ضمن العقد والثّالث بيان ما يجوز منه وما لا يجوز امّا الاوّل فاعلم انّ له اطلاقاتٍ ثلاثةٍ الاوّل الشّرط النّحوي وهو ما يدخله احد ادواته كقولنا ان ضربتني اضربك والثّاني الشّرط الاصولي وهو ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجوده وهو ما يكون مضافاً الى شيء لا محالة، كشرط الصّلوة الّذي هو الوضوء وشرط الوجوب ونحوهما والثالث الشّرط اللّغوي الفقهي وهو كما عن القاموس الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه كالشريطة جمع شروط وعن المجمع والشّريطة في معنى الشرط وجمعها شرايط وامّا الثّاني فالمستفاد من بعض الاخبار وجوب الوفاء بكلّ ما التزم به المسلم إلّا ما استثنى وانّ معنى قول رسول الله ﷺ المؤمنون عند شروطهم انشاء لوجوب الثّبوت عند الشّرط وانّ الجملة انشائيّة لا خبريّة للزوم الكذب او خروج الاكثر.

=

نسبته عدم صحّة عقد الصّبي الىٰ أصحابنا وظاهره[١] إرادة التّعميم لصورة إذن الولي وعن التذكرة[أ] انّ الصغير محجور عليه[٢] بالنصّ[٣] والاجماع سواء كان

= والمراد بالالتزام هنا هو المعنى الاعمّ لا الشّرعي بدليل الاستثناء فدلالة هذه الكلام على وجوب الوفاء بالتزام شيء في ضمن العقد الّذي هو مقصودنا ممّا لا اشكال فيه، وامّا الثالث فجملة العبارات في المقام اربعة:

الشّرط المخالف للكتاب والسنّة، والشّرط الذي احلّ حراماً او حرّم حلالاً والشّرط المنافي لمقتضى العقد، والشّرط المؤدّي الى جهالة احد العوضين امّا الاوّل فعدم الاعتداد عليه مجمع عليه وتأتي الاخبار الدّالة عليه والثّاني ايضاً كذلك، يعني عدم الاعتداد به منصوص وسيجيء البحث فيه وفي الاخيرين إنشاء الله تعالى.

(١) اي ظاهر كلام صاحب كنز العرفان في نسبة عدم صحّة عقد الصّبي الىٰ اصحابنا.

(٢) تحقيق الحال في المقام يقتضي ان يتكلّم في جهات (الجهة الاولى) تعيين محلّ البحث اوّلاً في معاملات الصبيّ ثمّ بيان الوجوه المتصوّرة فيها.

فنقول الظّاهر كما عن بعض المحقّقين انّ محلّ الكلام فعلاً بطلان انشائه وكون قصده كلاً قصد وانشائه كلاً انشاء فهو كالنّائم والهازل وبيعه كبيعهما فعندئذٍ لا شكّ في بطلان عقد الصبيّ وان لم يشتمل على تصرّف في الاموال كما اذا وكّله الولي في اجراء الصّيغة على امواله وكانت المعاملة مستندة الى نفس الوليّ او وكّل شخصاً في عقد نكاح، كما أنّ موزد النّفي والاثبات هو الصّبي المميّز وان استفيد من بعض العبارات التّعميم، وامّا غير المميّز فلا اشكال في بطلان معاملاته حتّى فيما كان آلة محضة والوجه فيه عدم قصده لمدلول العقد ومن البيّن انّ من جملة شرائط المتعاقدين قصده لمدلول العقد.

وامّا الوجوه المتصوّرة في معاملاته فثلاثة الاوّل ان يكون مستقلّاً فيها سواء كان في امواله او في غيره فيما اذا اذن الولي ام لم يأذن.

الثّاني اذا اذن الوليّ معكون المعاملة مستندة اليه ويكون كالوكيل المفوّض إليه الامور.

=

= الثالث أن يكون آلة محضة والمعاملة مستندة الى الوليّ ان كانت في امواله والى الموكّل ان كانت في اموال غيره.

نظر الاصحاب في المسئلة

(الجهة الثّانية) نظر الاصحاب والخاصّة رضوان الله عليهم في المسئلة ما نصّ به الشيخ ﷺ في المبسوط (ولا يصحّ بيع الصبيّ ولا شرائه اذن الولي ام لم يأذن).

وفي الخلاف ما لفظه (لا يصحّ بيع الصبي وشرائه سواء أذن الوليّ أو لم يأذن).

وقال العلّامة ﷺ في التذكرة (يشترط فيها البلوغ فلا تصحّ عبارة الصبيّ سواء كان مميّزاً او لا اذن له الوليّ أولاً)، (وقال في الرياض بعد حكاية القول بالجوار عن الشيخ ﷺ اذا بلغ عشراً).

ولم أقف على مستند سوى القياس بجواز وصيّته وعتقه وطلاقه، وفيه منع القياس اوّلاً ثمّ المقيس عليه ثانياً الّاماقام الدّليل المعتّد به عليه انتهى مانصّ به في الشّرايع.

وامّا الشّروط فمنها ما يتعلّق بالمتعاقدين وهو البلوغ والعقل والاختيار فلا يصحّ بيع الصبيّ ولا شرائه ولو اذن له الوليّ وكذا لو بلغ عشراً عاقلاً على الاظهر انتهى.

(الجهة الثالثة) نظر العامّة وتفصيل المذاهب في جواز تصرّفه

(المالكية) قالوا اذا تصرّف الصبيّ المميّز ببيع وشراء ونحوهما من كلّ عقد فيه معاوضة فانّ تصرّفه يقع موقوفاً ثم ان كانت المصلحة في اجازته تعيّن على الوليّ ان يجيزه وان كانت المصلحة في ردّه تعيّن على الوليّ أن يردّه ويلزم القاصر برد الثّمن ان كان باقياً فان كان قد أنفقه فانه يؤخذ من ماله الموجود(أ).

(الحنفية) قالوا انّ الصبي اذا كان غير مميّز لا ينعقد شيء من تصرفه امّا اذا كان مميّزاً فتصرفه على ثلاثة أقسام: =

(أ) كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ص ٣٦٤ من ج ٢.

= الاوّل ان يتصرّف تصرّفاً ضارّاً بماله ضرراً بيّناً كالطّلاق والعتاق والقرض والصّدقة وهذا لا ينعقد أصلاً فلا ينفذ ولو اجازه الولي.

الثّاني ان يتصرّف تصرّفاً نافعاً كقبول الهبة والدّخول في الاسلام وهذا ينعقد وينفذ ولو لم يجزه الوليّ.

الثّالث ان يتردّد بين النفع والضّرر كالبيع والشّراء فانّ الاصل فيه احتمال كون الصّفقة رابحة او خاسرة فلا ينافي أنّه قد تكون الصّفقة بنيّة الربح فتكون من القسم الثّاني لانّ البيع والشّراء في ذاته محتمل للامرين وهذا القسم ينعقد موقوفاً على اجازة الوليّ وليس للوليّ أن يجيزه اذا كان فيه غبن فاحش[أ] (الشافعيّة) قالوا لا يصحّ تصرّف الصبيّ سواء كان مميّزاً أو غير مميّز فلا تنعقد منه عبارة ولا تصحّ له ولاية لانّه مسلوب العبارة والولاية فاذا نطق الصبيّ الذي ابواه كافران بالاسلام لا ينفع اسلامه ولو تولّى نكاحاً لا ينعقد إلاّ أنّ الصبيّ المميّز تصح عبادته كما يصحّ اذنه للغير بدخول الدّار بخلاف المجنون فانّه لا تصحّ منه عبادة ولا غيرها[ب].

(الحنابلة) قالوا تصرّف الصبيّ الّذي لا يميّز باطل مطلقاً امّا الصبيّ المميّز فإنّه يصحّ اذا اذنه الوليّ فينفّك عنه الحجر فيما اذن له فيه من تجارة وغيرها ويصحّ اقراره فيما اذن له فيه[ج].

(٣) عن ابن ظبيان قال اتى عمر بامرأة مجنونه قد زنت فامر برجمها فقال علي ﷺ اما علمت انّ القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبيّ حتى يحتلم وعن المجنون حتّى يفيق وعن النّائم حتّى يستيقظ، مجهول بحمّد بن عبد الله الحضرمي، الوسائل الجزء (١) ص ٣٢ الباب ٤.

(أ) كتاب الفقه على المذاهب ج ٢ ص ٣٦٣.

(ب) كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ج ٢ ص ٣٦٥.

(ج) فقه المذاهب ج ٢ ص ٣٦٦.

مميّزاً[١] اولاً في جمع التّصرفات[٢] الاّ ما استثنى كعباداته[٣] واسلامه[٤] واحرامه[٥] وتدبيره[٦] ووصيّته[٧] وايصال الهدية واذنه في الدّخول على خلاف في ذلك[٨] انتهى.

واستثناء ايصال الهدية[٩] واذنه في دخول الدّار يكشف

---

(١) بان يميّز الاشياء بعضها عن بعض حسناً وقبحاً ونفعاً وضراً ورجلاً وامرأة.

(٢) سواء كان تصرّفاً ماليّاً بان يبيع ماله او يوجره او بدنيّاً بان يوجر نفسه وسواء كان في الاشياء اليسيرة والمحقرات او الاشياء الكثيرة الخطيرة وسواء كان تصرّفاً فعليّاً او قوليّاً.

(٣) فانّ الصّبي ليس محجوراً في العبادات.

(٤) الظّاهر انّه يقبل اسلام الصّبي ويخرج به عن تبعة العمودين الكافرين والوجه فيه انّ الكفر والاسلام امران واقعيّان يصدر ان من كلّ مميّز وان لم يكن بالغاً.

(٥) بمعنى انّ احرام الصبيّ يصحّ في الحجّ.

(٦) بمعنى انّ تدبيره لعبده صحيح.

(٧) بمعنى انّ وصيّة الصبيّ نافذة اذا بلغ عشراً.

(٨) أي في اذن الصبيّ لدخول الاخرين في الدّار فانّه محلّ الخلاف بين الفقهاء الاماميّة في الجواز والعدم بل الخلاف وقع في امور منها الوصيّة فانّها محل الخلاف أيضاً

(٩) اقول قوله هذا دفع لما يمكن أن يقال وهو انّ عبارة العلّامة لا دلالة فيها على بطلان عقد الصبيّ بمعنى انّه محجور عليه رأساً ويكون مسلوب العبارة بقول مطلق كما هو المدّعى، بل تدلّ على بطلان تصرّفه وعدم ترتّب الاثر على فعله فعندئذٍ لا تدلّ على عدم ترتّب الاثر على عبارته فيما لا يصدق عليه التّصرف كما اذا ساوم وليّه متاعاً وعيّن قيمته وامر الصبيّ باجراء العقد مع الطّرف الآخر اذ لا يصدق التصرّف على العقد في المثال وحاصل الدّفع انّ المراد من التصرّفات في عبارته مطلق الافعال وان لم يصدق عليها التّصرف والشّاهد على هذا استثناء الايصال والاذن الّذين ليسا من التّصرفات القوليّة والفعليّة فيشمل المستثنى منه وهي محجوريّة الصبيّ في جميع التصرّفات صرف اجراء العقد ايضاً.

بفحواه[١] عن شمول المستثنى منه[٢] لمطلق أفعاله لانّ الايصال والاذن ليسا من التّصرفات القوليّة والفعليّة[٣] وانّما هو[٤] في الأوّل آلة في ايصال الملك كما لو حملها على حيوان وارسلها والثّاني[٥] كاشف عن موضوع تعلّق عليه اباحة الدّخول وهو رضى المالك.

واحتجّ على الحكم[٦] في الغنية بقوله ﷺ رفع القلم عن ثلاثة عن الصبيّ حتّى يحتلم وعن المجنون حتّى يفيق وعن النائم حتّى يستيقظ[٧].

---

(١) فحوى الكلام معناه ومفاده والمراد هنا المماثلة وعدم الفرق بين الاذن والايصال وبين سائر الافعال.

(٢) وهي محجوريّة الصبيّ بالنّص والاجماع في جميع التّصرفات.

(٣) مراده ﷺ من قوله (لانّ الايصال) الخ انّه لا وجه لاستثناء ايصال الهدية والاذن لدخول الدّار من الادلّة المانعة عن نفوذ أمر الصبيّ لانّهما ليسا من التصرّفات القوليّة والفعليّة بمعنى انّهما ليسا تصرّفاً اصلاً وانّما الاوّل أي الايصال آلة في ايصال الملك الى المهدى إليه كما لو حمل المالك الهدية على حيوان وارسلها والثّاني أي الاذن كاشف عن موضوع تعلّق عليه اباحة الدّخول وهو رضاء المالك فجواز الدّخول في الدّار موقوف على رضى المالك ودائر مداره فالجواز مع اذنه من جهة حصول الاطمينان به فعندئذٍ لا ربط للايصال والاذن بما نحن فيه الّذي هو اعتبار قول الصبيّ فهما خارجان عن العمومات المانعة عن نفوذ امر الصبيّ خروجاً تَخَصُّصِياً لا تَخْصيصيّاً.

(٤) يعني أنّ الصبيّ في ايصال الهدية بمنزلة الآلة.

(٥) وهو اذن الصبيّ في دخول الدّار.

(٦) وهو عدم الجواز.

(٧) قد صرّحنا بمتن هذه الرّواية وما خذها وانّها مجهولة آنفاً فراجع.

وقد سبقه[١] في ذلك[٢] الشّيخ في المبسوط في مسئلة الاقرار[٣] وقال انّ مقتضى رفع القلم[٤] ان لايكون لكلامه حكم[٥] ونحوه الحلّي في السّرائر في مسئلة عدم جواز وصيّة البالغ عشراً وتبعهم في الإستدلال[٦] به جماعة كالعلّامة وغيره.

واستدلّوا أيضاً بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقر عليه السلام انّ الجارية اذا زوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع اليها مالها وجاز أمرها في الشّراء والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء ولا يخرج عن اليتم حتّى يبلغ خمس عشر سنة الحديث[٧].

وفي رواية ابن سنان متى يجوز امر اليتيم قال حتّى يبلغ اشدّه قال ما اشدّه قال احتلامه[٨].

---

(١) الضمير المفعول يرجع الى صاحب الغنية يعنى سبق صاحبَ الغنيةِ الشيخُ في الحكم ببطلان عقد الصبيّ وتصرفاته ولم يكن صاحب الغنية اوّل من تكلّم فيه او مستقلّاً بهذا الحكم.

(٢) أي في الاحتجاج على الحكم بعدم الجواز.

(٣) أي في مسئلة اقرار الصبيّ وانّه لو اقرّ الصبيّ بشيء لم يلزمه لانّه مرفوع عنه القلم.

(٤) يعني قال الشيخ مقتضى رفع القلم عن الصبيّ في قوله صلى الله عليه وآله رفع القلم عن ثلاثة عن الصبيّ حتّى يحتلم.

(٥) أي اثر بمعنى انّ كلامه ككلام النائم والهازل لا يترتب عليه اثر.

(٦) أي بقوله صلى الله عليه وآله رفع القلم عن ثلاثة عن الصبيّ حتّى يحتلم.

(٧) هذا الخبر ضعيف بعبد العزيز العبدي وغيره.

الوسائل الجزء ١٣ كتاب الحجر باب (٢) ص١٤٢ ـ الحديث ١ فروع الكافي باب حدّ الغلام والجارية ج٧ من ط ٢ ص١٩٧ والوافي ابواب الحدود ج٩ ص٤٦ وأيضاً الوسائل باب ٤ من ابواب مقدّمات العبادات وباب ١٤ من أبواب عقد البيع.

(٨) البحار ج٢٣ ص٣٩.

وفي معناهما[١] روايات أُخر[٢] لكنّ الانصاف انّ جواز الامر[٣] في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التّصرف لانّ الجواز مرادف للمضيّ فلا ينافي عدمه[٤] ثبوت الوقوف على الاجازة[٥] كما يقال البيع

---

(١) الضمير التثنية يرجع الى خبر حمزة بن حمران ورواية ابن سنان.

(٢) الوسائل الجزء ١ ص ٣٠ باب ٤ الاحاديث الوسائل الجزء ١٣ ص١٤٣ بباب ٢ من أحكام الحجر الحديث ٣ اليك بنصّه.

محمّد بن علي بن الحسين قال قال أبو عبد الله ﷺ اذا بلغت الجارية تسع سنين دفع اليها مالها وجاز أمرها في مالها واقيمت الحدود التّامة لها وعليها، مرسل.

(٣) يعني في قول السّائل متى يجوز أمره، وفي قوله لا يجوز أمره، وفي قوله ﷺ وجاز أمرها، ومراد الشيخ ﷺ انّ الجواز المذكور في هذه الرّوايات يراد منهُ النّفوذ والاستقلال في التّصرف بمعنى انّ الصبيّ لا يجوز ان يتصرّف في أمواله وفي عقوده وايقاعاته بالاستقلال فيكون المراد من قوله ﷺ متى يجوز أمر اليتيم متى يستقلّ اليتيم في أموراته ويكون كالبالغ، وامّا اذا كانت باذن الوليّ فلا بأس بها لانّ الجواز بمعنى المضيّ أي لا تكون تصرّفاته ماضية بالاستقلال.

(٤) الفاء تفريع على ما أفاده من أنّ الانصاف الخ.

والضمير راجع الى جوار الامر ولفظ (عدمه) فاعل لقوله (ينافي) و (ثبوته) مفعوله أي لاينافي عدم جواز أمر الغلام ثبوت توقف تصرّفات الصبيّ على اجازة الوليّ كما يقال بيع الفضوليّ غير ماضٍ بل موقوف على اجازة المالك فان أجاز مضى البيع والّافلا.

(٥) أي على اجازة الوليّ.

الفضولي غير ماض بل موقوف ويشهد له[١] الاستثناء في بعض تلك الاخبار[٢] بقوله إلّا أن يكون سفيهاً فلا دلالة لها[٣] حينئذ[٤] على سلب

---

(١) أي لكون المراد من قوله ﷺ لا يجوز أمره في البيع والشّراء، نفي صحّة استقلال الصبيّ في التصرّفات بدون اذن الوليّ لا النّفي مطلقاً بحيث يشمل حتّى صورة اجازة الوليّ الاستثناء في بعض تلك الاخبار بقوله (إلّا أن يكون سفيهاً) فانّ السّفيه مطلقاً لايصحّ أمره سواء كان باجازة الوليّ أم لا بخلاف الغلام الّذي لا يصحّ امره بدون الاجازة لانّ الظّاهر من الإضافة في (أمر الغلام) الامر المستند إليه أمّا الامر المستند الى الغلام والى وليّه معاً فلم ينف في الرّواية فعندئذٍ لا منافات بين عدم صحة الاوّل وصحة الثّاني.

(٢) وهي رواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله ﷺ قال اذا بلغ الغلام اشدّه ثلاث عشر سنة ودخل في الاربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتلمين احتلم او لم يحتلم وكتبت عليه السيئات وكتبت له الحسنات وجاز له كلّ شيء إلّا أن يكون ضعيفاً أو سفيهاً.

حسن بالحسن بن علي المعروف بابن بنت الياس.

الوسائل الجزء ١٣ باب ٤٤ من أحكام الوصايا ص ٤٣١، والمستدرك ج ١ باب ٤ من مقدمات العبادة ص ٧، البحار ط ق ج ٢٣ ص ٣٩:، ووجه الشهادة انّ استثناء السّفيه انّما هو من الاستقلال بداهة انّ السّفيه ليس مسلوب العبارة فيعلم من الاستثناء انّ المراد عدم استقلاله في تصرّفاته.

(٣) أي لهذه الرّواية الّتي فيها الاستثناء بقوله ﷺ إلّا أن يكون سفيهاً وشبهها.

(٤) أي حين عدم المنافات على سلب عبارة الصبيّ بأن يقال لا أثر لكلامه وكان النّفي للاستقلال.

عبارته[١] وانّه اذا ساوم وليّه[٢] متاعاً وعيّن له قيمته وامر الصبيّ بمجرّد ايقاع العقد مع الطّرف الآخر كان باطلاً وكذا لو أوقع ايجاب النّكاح أو قبوله لغيره باذن وليّه وأما حديث رفع القلم ففيه أوّلاً أنّ الظّاهر منه قلم المواخذة[٣] لا قلم جعل

---

(١) قوله (وانّه) معطوف على قوله (سلب عبارته) و (وليّه) فاعل لقوله (ساوم) والضمير الفاعل المستتر في قوله (أمر) راجع الى الوليّ وقوله (كان باطلاً) جواب لقوله (اذا ساوم) فيكون المعنى وكذا لا دلالة لهذه الاخبار على انّ الصبي لو اوقع ايجاب النكاح أو قبوله لغيره باذن الولي كان باطلاً لما عرفت من أنّ الامر المستند الى الصّبي وإلى وليّه معاً لم ينف في الرّوايات فلا يكون هذا الايقاع باطلاً لأنّ الصّبي ليس مسلوب العبارة كما زعم صاحب المقابس.

(٢) أي عرض وليّ الصّبي متاع الصّبي للبيع في القاموس ساومت واسْتَمْتُ بالسّلعة وعليها غالَيتُ وفي المنجد ساوم سَواماً ومساومة بالسّلعة غالى بها أي عرضها بثمن دفع المشتري أقل منه وهكذا الى أن يتّفقا على الثّمن.

وفي المجمع المساومة المجاذبة بين البايع والمشتري على السّلعة وفصل ثمنها.

(٣) مراده ﷺ من (قلم المواخذة) هو الحكم التكليفي الّذي هي العقوبة الاخرويّة ووجه هذا الظّهور انّه لولاه لزمت كثرة الاستثناءات منه اذ عبادات الصّبي وكثير من غير العبادات كجواز عتقه وصدقته ووصيّته وتدبيره وغيرها محكومة باحكام شرعيّة هذا:ولكن قد ناقش الشيخ قدْ في حديث رفع القلم المستدلّ به، على عدم نفوذ تصرّفات من جهات:

الجهة الاولى قوله (انّ الظّاهر منه) الخ، ومراده من هذا القلم قلم كتاب جزاء الحسنات والسيّئات مقابل قلم التّكليف الذي هو المقصود من قوله تعالى (كتب عليكم الصّيام كما كتب على الّذين من قبلكم) الخ، سورة البقرة آية ١٨٠، هذا ويرد عليه أنّه لا شاهد لهذا الحمل وهو خلاف التّحقيق بل الظّاهر منه قلم جعل الاحكام فالحديث يدلّ على رفع الاحكام الالزاميّة وهذا هو الموافق للامتنان، ولمّا انجرّ بنا

=

الاحكام[١] ولذا[٢] بيننا كالمشهور على شرعيّة عبادات الصّبي وثانياً انّ المشهور على الالسنة انّ الاحكام الوضعيّة[٣] ليست مختصّة بالبالغين[٤] فلا مانع من ان يكون عقده[٥] سبباً لوجوب الوفاء به بعد البلوغ أو على الولي اذا وقع باذنه أو

= البحث الى حديث الرّفع المشتهر بين اعلام الطّائفة وحملة الحديث رأينا من المناسب أن أشير اجمالاً الى جانبٍ من جوانب فقه الحديث ليكون القارئ النّبيل محيطاً بها خبيراً وهو الفرق بين الرّفع والدّفع، اعلم أنّ الرّفع يستعمل عرفاً في ازالة شيء موجود مع وجود المقتضي لبقائه، والدّفع يستعمل عرفاً في شيء لم يوجد بعدُ مع وجود المقتفى لوجوده ويفترقان فى مورد آخر وهو أنّ الرّفع لايرد الّا في مورد اثر المقتفى بالكسر اثره فصار المقتضى بالفتح موجوداً بخلاف الدّفع حيث انّه يرد بعد وجود المقتضي بالكسر ولم يوجد المقتضي بالفتح بعدُ وان شئت قلت الرّفع مانع عن تأثير المقتضى بقاءً والدّفع مانع عن تأثيره حدوثاً.

(١) مراده ﷺ انّه لم توضع لهم أحكام في الواقع بل لهم أحكام مجعولة كبقيّة المكلّفين.

(٢) أي ولأجل أنّ المراد برفع القلم هو رفع قلم المؤاخذة لا قلم جعل الاحكام بنيناً كالمشهور على أنّ عبادات الصّبي شرعيّة لا تمرينيّة.

(٣) الاحكام الوضعيّة هي السببيّة والشّرطيّة والمانعيّة والصّحة والبطلان وهذه هي الجهة الثّانية.

(٤) عدم اختصاصها بالبالغين لا نسلّم منه لانّ ما هو المشهور انّما هو ثبوت الوضع في حقّ الصّبي في الجملة قبال عدم ثبوت التّكليف اللّزومي بقول مطلق لا ثبوت الاحكام الوضعيّة في حقّه مطلقاً كيف وقد اشتهر بينهم بطلان عقد الصّبي فهذا النّسبة منه ﷺ عجيب وأعجب منه مَشْيُهُ على خلاف مبناه لانّه بنى في الاصول بانّ الاحكام الوضعيّة منتزعة من الاحكام التّكليفيّة واذا فرضنا انتفاء الحكم التّكليفي عن الصّبي فلا منشأ هنا لانتزاع الحكم الوضعي.

(٥) أي عقد الصّبي.

اجازته كما تكون جنابته سبباً لوجوب غُسله بعد البلوغ وحرمة تمكينه[١] من مسّ المصحف وثالثاً[٢] لو سلّمنا اختصاص الاحكام حتّى الوضعيّة بالبالغين[٣] لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للاحكام المجعولة[٤] في حقّ البالغين فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم الى وقت البلوغ.

وبالجملة فالتمسّك بالرّواية[٥] ينافي ما اشتهر بينهم من شرعيّة عبادة الصبي وما اشتهر[٦] بينهم من عدم اختصاص الاحكام الوضعيّة بالبالغين فالعمدة في

---

(١) قوله (وحرمة الخ) عطف على قوله (وجوب غسله).

(٢) هذه هي الجهة الثّالثة.

(٣) وقلنا بخروج الصّبي عن تلك الاحكام الوضعيّة الّتي هي السببيّة والشرطيّة والمانعيّة والصّحة والبطلان كما ذكرناها آنفاً وعن التّكليفيّة أيضاً.

(٤) الاحكام المجعولة كوجوب النّقل والانتقال أقول حاصل كلامه ﷺ من أوّل العبارة الى هنا أنّه لو قلنا إنّ فعل غير البالغ لا يؤثّر بالنّسبة الى نفسه وماله لا يُلْزَم بالوفاء بالعقد فعلاً فيكون خارجاً عن الحكم وامّا بالنّسبة الى الغير فيؤثّر فاذا عقد بين البالغين يجب عليهما الوفاء بمقتضاه فعندئذ لا مانع من كون عقد الصّبي سبباً فعليّاً للوجوب التّعليقي أي وجوب الوفاء بعد البلوغ فيكون جزء السّبب للملكيّة بعد البلوغ والجزء الآخر البلوغ.

(٥) أي التمسّك بحديث (رفع القلم عن الصّبي حتّى يحتلم) الذي قد اشبعنا الكلام حوله على عدم نفوذ تصرّفات الصّبي، وملخّص كلامه ﷺ انّ حديث الرّفع لا يدلّ على سلب عبارته وكونه كالبهيمة كما يستفاد من عبارة صاحب المقابس حيث اختار البطلان واستند فيه مضافاً الى الاصل والاجماع الى حديث رفع القلم وقال انّ مقتضاه رفع الاحكام الشرعيّة باسرها وكون عبارته مسلوبة وهذا لا ينافي ثبوت السببيّة في حقّ العاقد الصّبي معلّقاً على البلوغ كما عرفت آنفاً فيما اذا عقد على ماله بحيث اذا بلغ يكون المملّك هو عقده قبل البلوغ.

(٦) أي بين الفقهاء.

سلب عبارة الصبيّ هو الاجماع المحكيّ[١] المعتضد بالشّهرة العظيمة وإلّا[٢] فالمسئلة محل اشكال ولذا[٣] تردّد المحقّق في الشّرايع في اجازة المميّز باذن

---

(١) أي عن صاحب الغنية بنقل الشّيخ عنه بقوله بل عن الغنية الاجماع عليه، وإليك بنصّ عبارة الغنية (ويخرج عن ذلك أيضاً بيع من ليس بكامل العقل وشرائه فإنّه لا ينعقد وان أجازه الولي بدليل ما قدّمناه من الاجماع ونفى الدّليل الشّرعي على انعقاده انتهى: الغنية كتاب البيع ص ١).

أقول مورد الاجماع عدم صحّة تصرّفات الصّبي وان كان باذن الولي كما هو مقتضى عمومه فلا دلالة على سلب عبارته وكونه كالبهيمة بحيث يبطل عقده فيما اذا كان الصّبي هو المجري للصّيغة والمتصرّف هو الوليّ الّذي هو محلّ البحث هذا مع أنّه منقول لا يصلح للحجيّة وقد وقع الخلاف فيه مع قوّة احتمال استناد مدّعيه الى الاخبار الواردة في المقام لا الى شيء آخر وصل إليهم ولم يصل إلينا فحصل انّ شمول معقد اجماع الغنية لمورد البحث في غاية الاشكال.

(٢) أي ولولا وجود الاجماع المعتضد بالشّهرة العظيمة لكان الحكم بسلب عبارة الصبيّ وعدم نفوذ تصرّفاته محلّ اشكال.

(٣) أي ولأجل وجود الاشكال تردّد المحقّق الخ.

قال ﷺ فلا تصحّ اعارة الصّبي ولا المجنون ولو اذن الوليّ جاز للصّبي مع مراعاة المصلحة. انتهى: شرايع كتاب العارية ص ١).

وقال فلو آجر المجنون لم تنعقد اجارته وكذا الصّبي غير المميّز وكذا المميّز إلّا بإذن وليّه وفيه تردّد. انتهى: شرايع كتاب الاجارة ص ١).

قال ﷺ فلا تصحّ اعارة الصّبي ولا المجنون ولو اذن الوليّ جاز للصبيّ مع مراعاة المصلحة. انتهى: شرايع كتاب العارية ص ١).

قال ﷺ فلا تصحّ اعارة الصّبي ولا المجنون ولو اذن الوليّ جاز للصبيّ مع مراعاة المصلحة. انتهى: شرايع كتاب العارية ص ١).

=

الولي بعد ما جزم بالصّحة في العارية. واستشكل فيها[١] في القواعد والتّحرير وقال في القواعد وفي صحّة بيع المميّز باذن الولي[٢] نظر بل عن الفخر في شرحه[٣] ان الاقوى الصّحة[٤] مستدلاً بانّ العقد اذا وقع باذن الولي كان كما لو صدر عنه[٥] ولكن لم أجده[٦] فيه وقوّاه[٧] المحقّق الاردبيلي على ما حكى عنه ويظهر من التّذكرة عدم ثبوت الاجماع عنده حيث[٨] قال وهل يصحّ بيع المميّز وشرائه الوجه عندي انّه لا يصحّ.

= وقال فلو آجر المجنون لم تنعقد اجارته وكذا الصبيّ غير المميّز وكذا المميّز إلّا باذن وليّه وفيه تردّد. انتهى: شرايع كتاب الاجارة ص ١).

(١) أي في اجارة الصبي.

(٢) بمعنى أنّ العلّامة ﷺ لم يجزم ببطلان بيع المميّز باذن الولي.

(٣) يعني في شرح القواعد.

(٤) يعني صحّة بيع المميّز.

(٥) أي عن الولي.

(٦) يعني لم أجد هذا الحكم والاستدلال وهو قوله (انّ الاقوى الصّحة) في شرح قواعد الفخر واليك بنصّ عبارة الفخر ﷺ (ويشترط في المتعاقدين البلوغ والاختيار والقصد فلا عبرة بعقد الصبيّ وان بلغ عشراً ولا المجنون سواء اذن لهما الولي أو لا).

(٧) أي قوّى وقوعَ العقد من الصبيّ باذن الولي كما لو صدر عنه المحقّقُ الاردبيليُّ

(٨) أي الاجماع على بطلان عقد الصبيّ مع اذن الولي وعدم نفوذ تصرّفاته عند صاحب التّذكرة واحتمل الاستاذ ﷺ بانّ وجه الظّهور تعبير العلّامة بلفظ عندي لا بلفظ عندنا فكلمة عندي قرينة على عدم ثبوت الاجماع عنده اذ لو كان غير ثابت عند الاصحاب لكان المناسب أن يقول عندنا.

واختار في التّحرير بيع الصبيّ في مقام اختبار[١] رشده وذكر المحقّق الثّاني انّه لا يبعد بناء المسئلة[٢] على أنّ أفعال الصبيّ واقواله شرعيّة أم لا[٣] ثمّ حكم[٤] بانّها غير شرعيّة وانّ الاصحّ بطلان العقد.

وعن المختلف[٥] أنّه حكى في باب المزارعة عن القاضي[٦] كلاماً يدلّ على

---

(١) أقول قال العلّامة ﷺ في باب الحجر من تحرير الاحكام ص٢١٨ ما هذا لفظه (وقت الاختبار قبل البلوغ مع التّميز ومع اذن الولي يصحّ تصرّفه وبيعه انتهى، وقال في كتاب البيع منه ص ١٦٤ يشترط في المتعاقدين البلوغ فلا يصحّ بيع الصبي ولا شرائه وان اذن له الولي وسواء كان مميّزاً أو غير مميّز ورواية لنا صحّة بيعه اذا بلغ عشر سنين رشيداً ولا فرق بين اليسير والكثير).

والظاهر أنّ مراده ﷺ من الاختبار هي الآية الكريمة في قوله تعالى:

«وَابْتَلُوا الْيَتَامىٰ حَتّىٰ إِذا بَلَغُوا النِّكاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِم أَمْوالَهُمْ» سورة النساء آيه ٥.

(٢) أي مسئلة بطلان عقد الصبي وعدم نفوذ تصرّفاته.

(٣) بمعنى أنّه ان قلنا انّ أقوال الصبي و أفعاله شرعيّة نقول بصحّة معاملاته وإلّا فلا.

(٤) أي المحقّق الثّاني.

(٥) مختلف الشيعة في أحكام الشريعة للحسن بن يوسف المعروف بالعلّامة الحلّي ﷺ والضمير المنصوب راجع الى العلّامة.

(٦) هو عبد العزيز بن نحرير بن عبد العزيز بن البرّاج الطرابلسي الشّامي وهو من غلمان المرتضى وكان خصيصاً بالشيخ وتتلمذ عليه وصار خليفته في البلاد الشّاميّة وله كتب منها المهذب والجواهر وشرح جمل المرتضى والكامل وروضة النّفس والمعالم والمقرب والمعتمد والمنهاج وعماد المحتاج في مناسك الحاج والموجز، توفي ﷺ ليلة الجمعة تاسع شعبان سنة ٤٨١.

صحّة بيع الصبي[١] وبالجملة فالمسئلة[٢] لا تخلو عن اشكال وإن أطنب بعض المعاصرين[٣] في توضيحه حتّى ألحقه بالبديهيات في ظاهر كلامه فالانصاف أنّ الحجّة[٤] في المسئلة هي الشّهرة المحقّقة والاجماع المحكى عن التذكرة[٥] بناءً على انّ استثناء الاحرام الّذي لا يجوز إلّا بإذن الولي شاهد على أنّ مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة لا نفي الإستقلال في التصرف وكذا اجماع الغنية[٦] بناءً

---

(١) متن عبارة المختلف: مزارعة الصبي باطلة على الاشهر وقال ابن البرّاج اذا اشترى الصّبي التّاجر ارضاً وحجر أبوه فدفعها مزارعة بالنّصف الى غيره يزرعها ببذر وعمله فعمل على ذلك كان الخارج للعامل وعليه نقصان الارض فان لم يكن في الارض نقصان كان الخارج بينهما على شرطها فان كان البذر من جهة الدّافع كان الخارج للعامل وعليه غرم البذر في جميع الوجهين ويغرم نقصان الارض الخ: كتاب الاجارة والمزارعة ص ١٢.

(٢) أي مسألة عدم نفوذ تصرّفات الصّبي وانّه مسلوب العبارة.

(٣) وهو صاحب الجواهر والضمير في (توضيحه والحقه) يرجع الى عدم النّفوذ وسلب عبارة الصبي.

(٤) يعني الدّليل على بطلان عقد الصبيّ وعدم نفوذ تصرّفاته.

(٥) الذي نقله الشيخ عن التذكرة بقوله: انّ الصّغير محجور عليه بالنّص والاجماع. أقول قد بيّنّا آنفاً انّ الاجماع لا يصلح للحجيّة في المقام لوجهين الاوّل انّه منقول والثّاني انّ معقده هو تصرّفات الصّبي سواء كان باذن الوليّ او بغير اذنه لا كونه مسلوب العبارة كالبهيمة فهو أجنبيٌّ عن المقام وعن انشائه ونفوذ قصده ولو لم يستلزم التّصرّف المالي الّذي هو محلّ النقض والابرام وكذا الشّهرة حذو النّعل بالنّعل.

(٦) الّذي نقله الشيخ عن الغنية بقوله: بل عن الغنية الاجماع عليه يعني حجة في المسئلة الّتي هي بطلان عقد الصّبي.

على انّ استدلاله بعد الاجماع بحديث رفع القلم دليل على شمول[١] عقده للبيع باذن الولي وليس المراد[٢] نفي صحّة البيع المتعقّب بالاجازة حتّى يقال: انّ الإجازة عند[٣] السّيّد غير مجدية في تصحيح مطلق العقد[٤] الصّادر من غير المستقلّ ولو كان غير مسلوب العبارة كالبايع الفضولي ويؤيّد الاجماعين[٥] ما تقدم[٦] عن كنز

---

(١) يعني استدلال السّيّد ابن زهره في الغنية بعد دعواه الاجماع على عدم نفوذ تصرّفات الصبيّ بحديث رفع القلم عن الصبيّ حتّى يحتلم دليل على شمول معقد اجماعه حتّى التصرّفات الصّادره من الصبيّ باذن الولي في انّها غير نافذة.

(٢) أي مراد صاحب الغنية السّيّد ابن زهرة اقول هذا دفع دخل كأنّ قائلاً يقول انّ اجماع الغنية لا يدلّ على عدم صحة بيع الصّبي اذا كان مع اذن الولي الّذي قبل البيع فأجاب ﷺ بقوله (وليس الخ) فحاصل الكلام انّ استدلال السّيّد ﷺ يدلّ على معقد الاجماع عقد الصبي مع اذن الولي أيضاً فيدلّ على بطلانه اذ مع صحّته يكون قلم الوضع غير مرفوع عنه وهو خلاف فرض رفع قلم الوضع وامّا منع السّيّد الصّحّة مع الاجازة بقوله (وان أجاز الولي) فهو من جهة بطلان الفضولي عنده لا من جهة اختصاص البطلان لخصوص الاجازة المصطلحة حتّى يقال انّ معقد اجماعه لا يعمّ البيع المقرون بالاذن فلا يدلّ عندئذٍ على سلب العبارة هذا ولكنّك قد عرفت غير مرّة انّ معقد اجماعه خارج عن مورد الكلام ومحلّ النّقض والابرام.

(٣) وهو ابن زهرة صاحب الغنية.

(٤) سواء كان العقد من الصّغير أو الفضولي أو الكبير.

(٥) وهما اجماع العلّامة، وإجماع السّيّد ابن زهرة.

(٦) أي ما تقدم في نقل الشيخ عنه بقوله (وفي كنز العرفان نسبة عدم صحّة عقد الصبي الى اصحابنا).

العرفان نعم[١] لقائل ان يقول انّ ما عرفت من المحقّق والعلّامة وولده والقاضي وغيرهم خصوصاً، المحقّق الثّاني الّذي بنى المسئلة على شرعيّة أفعال الصّبي يدلّ على عدم تحقّق الاجماع وكيف، كان[٢] فالعمل على المشهور[٣] ويمكن ان يستانس له ﷺ أيضاً بما ورد في الاخبار المستفيضة من أنّ عمد الصبي وخطائه واحد[٤]. كما في صحيحة ابن مسلم[٥] وغيرها[٦] والأصحاب وإن

---

(١) هذا استدراك عمّا أفاده ﷺ من وجود الاجماع على عدم نفوذ تصرّفات الصبيّ وانّ ما تقدّم عن كنز العرفان مؤيّد للاجماعين المذكورين عن العلّامة وابن زهرة وحاصل الاستدراك انّ ما عرفت من المحقّق والعلّامة وولده فخر المحقّقين والقاضي وغيرهم خصوصاً المحقّق الثّاني الذي بنى المسئلة) أي صحّة بيع الصّبي وعدمها (على شرعية أفعال الصّبي) يدلّ على عدم تحقّق الاجماع على بطلان عقد الصّبي فقوله (يدلّ) خبر لـ(أنّ) في قوله (إنّ ما عرفت).

(٢) يعني سواء كان الاجماع موجوداً ومحقّقاً في هذه المسألة ام لا.

(٣) وهو عدم نفوذ تصرّفات الصبيّ إلّا ما استثنى كعباداته.

(٤) أي للقول المشهور وهو عدم نفوذ تصرّفات الصبي.

(٥) عن محمّد بن مسلم عن ابي عبد الله ﷺ قال عمد الصّبي وخطائه واحد: الوافي ج ٩ ص٩٨ التهذيب ج ٢ ص٥١١ الوسائل الجزء ١٩ ص٣٠٧ الباب ١١.

(٦) كرواية محمّد بن مسلم عن) أبي جعفر ﷺ قال كان أمير المؤمنين ﷺ يجعل جناية المعتوه على عاقلته خطأ كان أو عمداً، الوسائل الجزء ١٩ ص٣٠٧ الباب ١١.

ولمّا انجرّ بنا الكلام الى هنا لا بأس بالاشارة اجمالاً الى (أقسام الخبر) كي يكون القارئ الكريم بصيراً بالاخبار فنقول ينقسم الخبر الى (متواتر) و (آحاد) و (مستفيض)

(فالمتواتر) خبر جماعة يفيد بنفسه العلم بصدقه وبعبارة أخرى خبر جماعة يمتنع تواطئهم على الكذب بان تتكثّر الاخبار في الوقايع ولكن يشتمل كلّ واحد منها على

=

ذكروها[١] في باب الجنايات إلّا أنّه[٢] لا اشعار في نفس الصّحيحة بل وغيرها[٣]

= معنى مشترك بينها لجهةالتضمّن والالتزام ويحصل العلم بذلك القدر المشترك ويسمّى المتواتر من جهة المعنى كوقايع أمير المؤمنين ﷺ في حروبه من قتله في غزاة بدر كذا وفعله في أُحُدْ كذا الى غير ذلك فانّه يدل بالالتزام على شجاعته وامّا (التّواتر اللّفظي) فلم يوجد لانّه لم ينقل حديث بلفظ واحد بالتّواتر نعم ذهب فريق الى كون (من كذّب عليّ متعمّداً فليتبوّء معقده من النار) متواتراً لفظيّاً و (خبر الواحد) ما لم يبلغ حدّ التواتر سوا كثرت رواته ام قلّت وليس من شانه أفادة العلم بنفسه نعم قد يفيده بانضمام القرائن إليه (والمستفيض) حديث يرويه أكثر من اثنين من الرواة.

(أقسام الحديث والخبر أيضاً)

(الاوّل الصحيح) وهو ما كان جميع رواة سنده امامييين ممدوحين بالتّوثيق الى أن يصل سند الحديث الى الامام ﷺ (والثّاني الحسن) وهو ما كان جميع رواته امامييّن ممدوحين بغير التّوثيق كلّاً أو بعضاً مع توثيق الباقي.

(الثالث الموثّق) وهو ما كان كلّهم أو بعضهم غير امامييّن مع توثيق الكلّ وقد يسمّى بالقوي أيضاً (الرّابع الضعيف) وهو ما كان راوي الحديث غير موثوقٍ به من جهة كذبه، أو جهالته، أو رميه، أو ارساله، أو غير ذلك.

(الخامس الموقوف) وهو الخبر المجهول الرّاوي، أو مقطوع السّند.

(السادس المرسل) وهو خبر محذوف السند.

(١) يعني صحيحة محمد بن مسلم.

(٢) هذا الضّمير للشّان.

(٣) كرواية ابي البختري الّتي ذكرناها أوّل البحث: وقد اعترض على قول المصنّف (لا اشعار في نفس الصّحيحة الخ) بعض المحشّين وقال انّ قوله ﷺ عمدهما خطاء تحمله العاقلة في رواية ابي البختري يدلّ على الاختصاص بالجنايات وعلّله بعدم جريان حمل العاقلة إلّا فيها.

بالاختصاص بالجنايات ولذا[١] تمسّك بها الشّيخ في المبسوط، والحلّي في السّرائر على أنّ اخلال الصبيّ المحرم بمحظورات[٢] الاحرام الّتي يختصّ حرمتها بحال التعمّد لا يوجب كفّارة على الصبيّ ولا على الولي لانّ عمده خطاء وحينئذٍ[٣] فكلّ حكمٍ شرعيٍ تعلّق بالافعال الّتي يعتبر في ترتّب الحكم الشّرعي عليها القصد بحيث لا عبرة بها اذا وقعت بغير القصد فما يصدر منها[٤] عن الصبيّ قصداً بمنزلة الصّادر عن غيره[٥] بلا قصد فعقد الصبيّ وايقاعه مع القصد كعقد الهازل[٦] والغالط[٧] والخاطئ[٨] وايقاعاتهم[٩] بل يمكن بملاحظة ماورد من هذه الاخبار في قتل المجنون والصبيّ استظهار[١٠] المطلب من حديث رفع القلم، وهو

---

(١) أي ولأجل عدم الاشعار في نفس الصّحيحة بل وغيرها بالاختصاص بالجنايات.

(٢) المحظور لغة بمعنى الممنوع والمحرّم يقال الضّرورات تبيح المحظورات والمراد منها المحرّمات الّتي يجب على المحرم الاجتناب عنها وهي أربعة وعشرون شيئاً أو أكثر أو أقلّ على الاختلاف.

(٣) أي حين اذ كان عمد الصّبي خطاء.

(٤) أي من هذه الافعال المعتبر فيها القصد في ترتّب أحكام شرعيّة.

(٥) أي غير الصبي كالنّائم والهازل والسّاهي والغالط.

(٦) هزل هزلاً في كلامه مزح وهذى، الهزل نقيض الجدّ، المزاح وكذا الهازل المنجد.

(٧) مراده ﷺ من الغلط هنا هو اللّحن في الهيئة كان يقول العاقد مكان (بِعتُ) بكسر الباء (بَعت) بفتح الباء لا ما ذكره بعض المعاصرين من استعمال اللّفظ في ما لا يناسب ما وضع له نعم يشمل الغلط اللّحن في الاعراب كان يقول بعت هذا الثّوبُ بضمّ باء الثوب.

(٨) وهو الّذي يقول لفظاً مكان لفظ آخر كان يقول مكان (بعت) (أعطيت).

(٩) بمعنى أنّ ايقاع الصبيّ بمنزلة ايقاع الهازل والغالط والخاطئ.

(١٠) وهو بطلان ما يصدر من الصبي من العقود والايقاعات مع القصد فهو كالصّادر بغير قصد كعقد النّائم والهازل.

ما عن قرب الاسناد[١] بسند أبي البختري عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أنّه كان يقول:

المجنون والمعتوه[٢] الّذي لا يفيق، والصبيّ الّذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع عنهما[٣] القلم فانّ ذكر رفع القلم في الذّيل[٤] ليس له وجه ارتباط إلّا ان يكون[٥] علّة لاصل الحكم وهو ثبوت الديّة على العاقلة. أو ان يكون[٦] معلولاً لقوله عمدهما خطاء يعني انّه لمّا كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشّارع وفي الواقع رفع القلم عنهما[٧] ولا يخفى أنّ

---

(١) لعبد الله بن جعفر الحميري.

(٢) المعتوه النّاقص العقل، وفي الحديث المعتوه الاحمق الذّاهب العقل وقد عتهَ عتهاً من باب تعب وعتاها بالفتح نقص عقله من غير جنون أو دهش، المجمع عُتِهَ كعُنِيَ عَتْهاً وعُتَهاً وعُتاهاً بضمّهما فهو معتوه نقص عقله أو فقد أو دهش قاموس اللّغة) عتيه من لا عقل له وكذلك المعتوه منتخب اللّغة.

(٣) ضعيفة بأبي البختري فانّه غير موثوق به قرب الاسناد، طباعة (ايران). ص(٧٢) الحديث ٥ والوسائل باب ٣٦ من كتاب القصاص (ص ٦٦).

(٤) يعني في ذيل خبر ابي البختري.

(٥) أي بأن يكون رفع القلم علّة لثبوت الديّة على العاقلة.

(٦) أي بأن يكون رفع القلم في الخبر معلولة لقوله: عمدهما خطاء بان يقال لِمَ رفع القلم عن الصبيّ والمجنون فيجاب لانّ عمدهما خطاء وقصدهما كلا قصد في نظر الشّارع.

(٧) لا بأس ان نشير الى تفسير هذه العبارة واستظهار المصنّف رحمه الله منهما فنقول قد استظهر المصنّف رحمه الله من هذه الجملة دلالتها على كون الصبيّ مسلوب العبارة، وكون عقده وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل والغالط والخاطئ وايقاعاتهم.

وحاصل كلامه: انّ هذه القطعة من الرّواية لا تتّصل بسابقتها إلّا بأخذها علّة لثبوت

=

= الديّة على العاقلة، أو معلولاً لقوله ﷺ عمدهما خطاء بمعنى: أنّ علّة رفع القلم عن الصبي والمجنون هو كون قصدهما بمنزلة عدم القصد في نظر الشارع، ومن البيّن الّذي لا ستار فيه انّ اتّخاذها علّة لثبوت الديّة على العاقلة أو معلولاً لتنزيل عمد الصبي منزلة الخطاء لا يستقيم إلّا بأن يراد من رفع القلم رفع المؤاخذه عن الصبي والمجنون سواء كانت المؤاخذة دنيويّة أم كانت أخرويّة وسواء تعلّقت المؤاخذة الدّنيويّة بالنّفس، كالقصاص أم تعلّقت بالمال، كغرامة الديّة، وعليه فلا يؤخذ الصّبيان والمجانين بأفعالهم وأقوالهم الصّادرة حال الصّبوة والجنون بعد البلوغ والافاقة، سواء كان صدور الاقوال والافعال منهم في تلك الحال بإذن الولي أم لم يكن كذلك.

وبالجملة انّ الرّواية وان وردت في باب الجناية، ولكن مقتضى التّعليل هو تنزيل قصد الصبي والمجنون منزلة عدمه وانّه لا اعتبار بشيء ممّا يصدر منهما قولاً وفعلاً بل هما مسلوبان في عالم الاعتبار، من جهة الفعل والعبارة ضرورة انّ ذكر العلّة في مورد خاصّ لا يقتضي اختصاصها به بل هو من باب تطبيق الكبرى على الصغرى واذن فلا محذور لنا في الاخذ بعموم العلّة في سائر الموارد أيضاً، هذا ولكن يتوجّه عليه ايرادان الاوّل انّه لا وجه لجعل رفع القلم علّة لكون الديّة على العاقلة لعدم العليّة بينهما لا شرعاً، ولا عرفاً، ولا عقلاً كما هو واضح لا ستار فيه والعجب كلّه من المصنّف ﷺ فانّه قد التزم بثبوت العليّة والمعلوليّة بين رفع القلم عن الصبي وبين ثبوت الديّة على العاقلة ولكن لم يبيّن المناسبة والسّنخية بينهما، وليت شعري أيُّ نسبة والسِنْخِيَّةُ بين رفع القلم عن الصبيّ وبين ثبوت الديّة على العاقلة لكي يجعل أحدهما علّة والآخر معلولاً فنسبة أحدهما الى الآخر بنظري القاصر كوضع الحجر في جنب الانسان.

غاية الامر: أنّه ثبت في الشّريعة المقدّسة: انّ دم المسلم لا يذهب هدراً، ومن البيّن

=

ارتباطها[١] بالكلام[٢] على وجه العليّة[٣] أو المعلوليّة[٤] للحكم المذكور في

=أنّ هذا الحكم مع ما دلّ على انّ عمد الصبيّ خطاء يلازم ثبوت ديّة الجناية الصّادرة من الصبيّ على عاقلته.

ولكنّ الصحيح انّه لاملازمة بينهما أيضاً لأنّ الحكمين المذكورين لايدلّان على ثبوت الديّة على خصوص العاقلة اذ يمكن أن تكون الديّة على جميع المسلمين أو من بيت المال، أو غير ذلك فلا اختصاص بها كما أنّه لا وجه لجعل رفع القلم معلولاً لقوله ﷺ عمدهما خطاء فانّ رفع القلم مقوّم لتنزيل العمد بمنزلة الخطاء لا انّه معلول له.

إذا عرفت ذلك فنقول: التّحقيق انّ وجه المناسبة بين قوله ﷺ رفع عنهما القلم، وبين قوله ﷺ عمدهما خطاء هو أنّ تنزيل عمد الصبيّ منزلة خطائه متقوّم بأمرين: أحدهما حكم سلبيّ، وهو أنّه لا يترتّب عليه أحكام العمد ولا يلزم الصبيّ بشيء من أفعاله، ثانيهما حكم ايجابي وهو أنّه يترتّب عليه أحكام الفعل الخطائي وقد بيّن ﷺ الامر الثّاني بقوله تحمله العاقلة، وبيّن الامر الاوّل بقوله ﷺ رفع عنهما القلم، واذن فلا دلالة في هذه الجملة على أزيد ممّا دلّ عليه قوله ﷺ رفع القلم عن الصبيّ حتّى يحتلم.

ويضاف الى ذلك أنّ الرّواية ضعيفة السند بأبي البختري فلا يعتمد عليها ولا يصحّ الاستدلال بها على شيء من المسائل الفقهية فتحصّل ممّا ذكرناه أنّه لا دليل على أنّ عبارة الصبي مسلوبة بحيث لا يترتّب على ما انشاءه من العقود والايقاعات أثر أصلاً(أ).

(١) أي ارتباط جملة، وقد رفع عنهما القلم.

(٢) وهو قوله تحمله العاقلة.

(٣) كما صرّح بها الشيخ ﷺ بقوله: إلّا أنّ يكون علّة لأصل الحكم.

(٤) كما صرّح بها الشيخ ﷺ بقوله: أو ان يكون معلولاً.

(أ) مصباح الفقاهة.

الروايّة[١] أعني عدم مؤاخذة الصبي والمجنون بمقتضى جناية العمد[٢] وهو القصاص، ولا بمقتضى شبه العمد وهي الديّة في مالهما لا يستقيم[٣] إلّا بأن يراد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعاً، من حيث العقوبة الاخرويّة[٤] والدّنيويّة[٥] المتعلّقة بالنّفس كالقصاص، أو المال كغر[٦]امة الديّة وعدم[٧] ترتّب ذلك[٨] على أفعالهما[٩] المقصودة المتعمّد إليها ممّا[١٠] لو وقع من غيرهما[١١] مع

---

(١) أعني بذلك الحكم المذكور عدم مؤاخذة الصبي والمجنون الخ.

(٢) يعني لا يحكم على الصبيّ والمجنون بالشّيء الّذي يقتضيه جناية العمد فانّ جناية العمد تقتضي القصاص.

(٣) خبر لِـ(أن) في قوله (انّ ارتباطها الخ) ووجه عدم استقامة ارتباط رفع القلم بالكلام على الوجه المذكور واصح لأنّ شبه عمد المجنون والصبيّ يقتضي الديّة في مالهما فيكونان مثل البالغ العاقل في شبه العمد فلم يرفع عنهما شيء فيه.

(٤) أي الحكم التكليفي والعقاب.

(٥) أي الحكم الوضعيّ المتعلّق بالنّفس كالقصاص فلا يقتصّ منهما.

(٦) بمعنى أنّهما لا يغرمان الديّة في شبه العمد.

(٧) قوله (وعدم ترتّب) بالرّفع عطف على قوله (ارتفاع المؤاخذة).

(٨) أي العقوبة الاخرويّة الّتي يراد منها الحكم التّكليفي والعقوبة الدّنيويّة من القصاص والديّة يعني بأن يراد من رفع القلم عدم ترتّبهما.

(٩) يعني على أفعال الصّبي والمجنون.

(١٠) كلمة (من) بيانيّة والمراد من (ما) الافعال والضّمير الفاعل المستتر يرجع الى (ما) في قوله (ممّا) فيكون المعنى، الافعال الّتي لو وقعت من غير الصبيّ والمجنون مع القصد والتعمّد لترتّبت عليها غرامة أخرويّة أو دنيويّة.

(١١) أي غير الصّبي والمجنون.

القصد والتعمّد لترتّبت عليه[١] غرامة أخرويّة[٢] أو دنيويّة[٣] وعلى هذا[٤] فإذا التزم[٥] على نفسه مالاً بإقرار. او معاوضة[٦] ولو بإذن الوليّ[٧] فلا اثر له[٨] في الزامه بالمال ومؤاخذته به ولو بعد البلوغ فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته ولو كانت بإذن الوليّ فليس ذلك[٩] إلّا لسلب قصده[١٠] وعدم العبرة بإنشائه إذ لو كان ذلك[١١] لاجل عدم استقلاله وحجره عن الالتزامات على نفسه لم يكن عدم المؤاخذة شاملاً لصورة اذن الولي وقد فرضنا الحكم مطلقاً[١٢] فيدلّ[١٣]

---

(١) الضّمير يرجع الى (ما) في قوله (ممّا).

(٢) وهي العقوبة والعذاب الالٰهي ومراده ﷺ منها الحكم التكليفي.

(٣) وهي العقوبة الدّنيويّة من القصاص والديّة والتّعزير.

(٤) المشار إليه بكلمة هذا قوله (وعدم ترتّب ذلك) يعني بناءً على ان يراد من رفع القلم عدم ترتّب العقاب الاخروي والدّنيوي على أفعال الصبيّ والمجنون.

(٥) أي التزم الصبيّ على نفسه بإقرار وقال لزيد عليّ درهم مثلاً.

(٦) بإن اشترى كتاباً والتزم بأن يعطي ثمنه.

(٧) (لو) وصليّة أي ولو كان ذلك الالتزام باذن الوليّ فالتزام الصبيّ لا أثر له سواء كان ذلك الالتزام باذن الولي أم لا.

(٨) يعني لا أثر لإلتزام الصبيّ في الزامه بالمال فالضّمير يرجع الى التزام الصّبي المستفاد من قوله فإذا التزم لا الى كلمة معاوضة والاقرار معاً كما احتمله البعض ولا الى كلمة معاوضة فقط كما عن بعض آخر لعدم المناسبة من حيث المعنى وذلك واضح لمن له أدنى تأمّل.

(٩) أي عدم لزوم الشّيء على الصبيّ وعدم الأثر بإلزاماته.

(١٠) أي لسلب قصد الصّبي وعدم العبرة بإنشائه للبيع ونحوه من العقود والايقاعات.

(١١) أي عدم لزوم الشّيء على الصّبي وعدم الأثر بالزاماته.

(١٢) يعني قد فرضنا الحكم بعدم اعتبار التزامات الصبيّ مطلقاً سواء أذن له الوليّ أم لا.

(١٣) يعني يدل رفع القلم.

بالالتزام[١] على كون قصده[٢] في إنشاءاته وإخباراته مسلوب الاثر ثمّ انّ عموم هذه الفقرة[٣] بناءاً على كونها[٤] علّة للحكم عدم

---

(١) أي بدلالة الالتزاميّة فإعلم انّ الدّلالة هي كون الشّيء بحيث يلزم من العلم به العلم بشيء آخر فالاوّل هو الدّال والثّاني هو المدلول والدّال ان كان لفظاً فالدّلالة لفظيّة وإلّا فغير لفظيّة وكلّ منهما إن كان بسبب وضع الواضع كدلالة لفظ زيد على ذاته دلالة الدّوال الاربع يعني الخطوط والعقود والنّصب والاشارات على مدلولاتها وان كان بسبب اقتضاء الطّبع كحدوث الدّال عند عروض المدلول فطبعيّة كدلالة أُح أُح على وجع الصّدر الّتي هي دلالة لفظيّة طبعيّة، ودلالة سرعة النّبض على الحمّى الّتي هي دلالة غير لفظيّة طبعيّة وإن كان بسبب أمر غير الوضع والطّبع فدلالة عقليّة كدلالة لفظ (ديز) المسموع من وراء الجدار على وجود اللّافظ وكدلالة (الدّخان) على النّار.
والمقصود بالبحث ههنا منها هي الدّلالة الوضعيّة اذ عليها مدار الافاده والاستفادة وهي تنقسم الى مطابقة وتضمّن والتزام لأنّ دلالة اللّفظ امّا على تمام ما وضع له كدلالة لفظ الانسان على الحيوان النّاطق أو جزئه كدلالة لفظ الانسان على الحيوان وحده أو على ما هو خارج عنه كالبصر بالنّسبة الى العمىٰ فإنّ بينهما لزوماً عقليّاً لأنّ العمىٰ عدم البصر لا العدم والبصر لكي يتصوّر انّ البصر جزء مفهوم العمىٰ فلا يكون دلالة بالالتزام بل بالتضمّن بل العدم مضاف الى البصر فيكون البصر خارجاً عنه وكالشّمس على مذهب من يقول انّها وضعت للجرم فقط والضّوء لازم له لا على مذهب من يقول وضع الشّمس للجرم والضّوء معاً وكالجود بالنّسة الى حاتم للملازمة بينهما عرفاً فإنّه يستحيل تصوّر الحاتم من دون الجود لأنّه لازم له بحسب العرف لا بحسب العقل لانّه لا يستحيل تصوّر حاتم من دون الجود عقلاً

(٢) أي قصد الصبي.

(٣) يعني قوله ﷺ وقد رفع عنهما القلم، في حديث قرب الاسناد.

(٤) أي كون فقرة (وقد رفع عنهما القلم).

مؤاخذتهما[١] بالاتلاف الحاصل منهما كما هو ظاهر المحكيّ عن البعض إلّا أن يلتزم بخروج ذلك[٢] عن عموم رفع القلم ولا يخلو[٣] عن بعد ولكن هذا[٤] غير وارد على الاستدلال[٥] لأنّه ليس مبنيّاً على كون رفع القلم علّة للحكم[٦] لما

---

(١) يعني عدم مؤاخذة المجنون والصبيّ، أقول مراده ﷺ انّ مقتضى عموم رفع القلم عدم ضمان الصبيّ في صورة الاتلاف أيضاً هذا، ولكنّ الحقّ عندي كما اختاره السّيّد ﷺ في الحاشية عدم شمول الرّفع للجنايات الموجبة للمال ولا الاتلاف الموجب للغرامة الماليّة ولا غيرها بل المستفاد منه رفع قلم المؤاخذة بمعنى العقوبة الاخرويّة والدّنيويّة كالحدود والقصاص اذ هو الظّاهر منه.

(٢) أي بخروج الاتلاف الحاصل من المجنون والصّبي عن تحت عموم رفع قلم المؤاخذة عن الصبيّ والمجنون وهو الحقّ عندي كما عرفت آنفاً فعندئذٍ يكونان ضامنين بالاتلاف لخروجهما عن تحت عموم حديث الرفع.

(٣) يعني أنّ الالتزام بخروج مؤاخذة الصبيّ والمجنون بالاتلاف عن عموم رفع القلم لا يخلو عن بعد وجه البعد انّ رفع القلم علّة ولسان العلّة يأبىٰ عن التّخصيص وفيه ما عرفت من الظّهور ووجه آخر للبعد هو انّ حديث الرّفع في مقام الامتنان بمعنى أنّه وضع وشرع الامتنان على العباد فلا يكون قابلاً للتّخصيص بخروج صورة الاتلاف لكي يفرّق بينه وبين التّلف هذا، لكن فيه انّ حديث الرّفع الموضوع للامتنان يختصّ بما اذا لم يكن فيه خلاف الامتنان في حقّ الآخرين وامّا اذا التزم ذلك كما فيما نحن فيه حيث انّ إتلافهما ضرر في حقّ الغير فلا نلتزم به فالحقّ خروج الجنايات الموجبة للمال والاتلاف الموجب للغرامة الماليّة عن تحت الحديث كما قويناه سابقاً.

(٤) أي الايراد بأنّ مقتضى عموم وقد رفع عنهما القلم عدم مؤاخذتهما بالاتلاف والحال أنّهما مؤاخذان في صورة الاتلاف.

(٥) أي على الاستدلال بالعلّة وهو قوله ﷺ (وقد رفع عنهما القلم) السلب عبارة الصبي في باب المعاملات الّذي هو مورد البحث ومحلّ الكلام.

(٦) أي الحكم بثبوت الديّة على العاقلة.

عرفت من احتمال كونه[١] معلولاً لسلب اعتبار قصد الصّبيّ والمجنون فيختصّ رفع القلم المؤاخذة بالافعال الّتي يعتبر في المؤاخذة عليها[٢] قصد الفاعل فيخرج مثل الاتلاف[٣] فافهم[٤] واغتنم.

ثمّ أنّ القلم المرفوع[٥] هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين فلا ينافي

---

(١) أي كون قوله ﷺ (وقد رفع عنهما القلم) معلولاً لسلب اعتبار قصد الصّبيّ والمجنون كما صرّح به الشيخ ﷺ بقوله (أو ان يكون معلولاً لقوله) عمدهما خطاء) فعندئذٍ يخرج مثل الاتلاف لبداهة أنّ الضّمان فيه ليس مربوطاً بالقصد.

(٢) أي في المؤاخذة على الافعال.

(٣) أي يخرج مثل الاتلاف الحاصل من المجنون والصّبي عن تحت عموم رفع قلم المؤاخذة عن الصّبي والمجنون فإذا خرج عن العموم يكونان ضامنين بالاتلاف لأنّ الضّمان حكم وضعيّ فكما ينجس بدن الصّبي اذا لاقى النجاسة كذلك يضمن الصّبي اذا أتلف مال الغير وقد صرّحنا بكون الخروج حقّاً عندنا.

(٤) أشارةً الى الدّقة لكي لا يختلط المقصود بما هو غير مراد.

(٥) ينبغي بيان الغرض المسوق لأجله حديث الرّفع فنقول ان كان الغرض من حديث رفع القلم عن الصّبي هو رفع التّكاليف الالزاميّة الثّابتة في حقّ البالغين بمعنى انّ نهاية مدّة رفع المؤاخذة في حقّ الصبي والمجنون هو عدم وصول الصّبي الى البلوغ الشّرعي الّذي عرّف في الكتب الفقهيّة، وعدم افاقة المجنون فالتّعزيرات الثّابتة في حق الصّبيان خارجة عن ذلك موضوعاً فانّ تلك التّعزيرات لم تثبت في حقّ البالغين وانّما هي ثابتة في حقّ الصّبيان لحكمة خاصّة وهي تأديبهم على عدم ارتكاب القبائح، وصيانتهم من أغواء المضلّين، وسوقهم الى تهذيب الاخلاق فانّ تعوّد الافعال الشّنيعة داء عضال وان كان الغرض من الحديث رفع مطلق الاحكام الالزاميّة فيشمل عمومه لتعزيرات الصّبيان أيضاً ولأجل ذلك توهّم بعضهم أنّها ترتفع عنهم بدليل رفع القلم.

=

ثبوت بعض العقوبات للصّبي كالتّعزير[١] والحاصل انّ مقتضى ما تقدّم من الاجماع المحكيّ في البيع وغيره من العقود[٢] والاخبار المتقدّمة[٣] بعد انضمام بعضها الى بعض عدم الاعتبار[٤] بما يصدر من الصّبي من الافعال المعتبر فيها

= وبعبارة أخرى التّعزيرات الثّابتة في الشّرع المقدّس ان أخذ في موضوعها البلوغ فهي ترتفع عن الصّبيان وذلك لعدم موضوعه وان أخذ في موضوعها الصّباء فهي غير قابلة للارتفاع عن الصّبيان لأنّ المصلحة الملزمة قد اقتضت بثوتها في حقّهم بعنوان الصّبوة فلا يعقل ارتفاعها عنهم بحديث الرّفع.

(١) أي التّأديب الثّابت في حقّ البالغين أيضاً، عزّره لامه، أدّبه ضربه أشدّ الضّرب فخّمه وعظّمه ضدّ أعانه ونصره (المنجد).

(٢) قوله (من العقود) بيان لكلمة (غيره) والضّمير فيه يرجع الى البيع والمعنى انّ الاجماع المحكيّ في البيع وغير البيع من العقود هو عدم الاعتبار بما يصدر من الصّبي وسلب عبارته.

(٣) كحديث رفع القلم عن ثلاثة الخ.

وخبر حمزة بن حمران وغيرهما الواردة في شأن الصّبي ممّا يكون بعضها شاهداً لبعضها الآخر.

(٤) قوله (عدم الاعتبار) خبر (انّ) في قوله (انّ مقتضى ما تقدم).

وملخّص كلامه ﷺ انّ المتحصّل من الادلّة المتقدّمة ـ من الاجماع وغيره هو عدم الاعتبار بما يصدر من الصّبي من الافعال الّتي يعتبر فيها قصد الفاعل الى مقتضاها كالامثلة الّتي ذكرها في المتن ثمّ ساق عبارة العلّامة تأييداً لمرامه لكن يرد عليه ما ذكرناه تكراراً من أنّه لا دليل على سقوط فعل الصّبي وقوله عن الاعتبار بل الدّليل انّما دلّ على عدم جواز استقلاله في التّصرّف في أمواله وعليه فايّ فعل من أفعاله لا يعدّ في العرف تصرّفاً في أمواله استقلالاً لا مانع عن جوازه فيحكم بصحّة التقاطه وحيازته وتحجيره وصيده واحيائه الموات وماشاكلها.

القصد الى مقتضاها[١] كأنشاء العقود اصالة[٢] ووكالة[٣] والقبض والاقباض[٤] وكلّ

---

(١) أقول توضيح عبارة المصنّف ﷺ يحتاج الى مقدّمة وهي أنّ الافعال تنقسم الى قسمين:

قسم يعتبر فيه القصد الى مقتضاه وذلك كإنشاء العقود من البيع والنّكاح وغيرهما، وقسم لا يعتبر فيه القصد الى مقتضاه وذلك كالاتلاف ونحوه من الافعال التّكوينيّة فمراده ﷺ انّه لا اعتبار بما يصدر من الصّبي في القسم الاوّل لأنّه محجور عن التّصرّف كحجر الجنون لا كحجر السّفيه والفرق بينهما بعد اشتراكهما في كون الحجر ناشئاً عن قصور فيهما أنّ السّفيه محجور عن التّصرّف في ماله بالاستقلال وامّا مع انضمامه الى وليّه فلا منع عنه بل يصحّ بإذن وليّه بخلاف المجنون حيث لا عبرة بعبارته مطلقاً لا بالاستقلال ولا بالانضمام بل تكون عبارته كصوت الحيوان الصّامت اذا، عرفت هذا فنقول حجر الصّبي انّما هو كحجر المجنون لا كحجر السّفيه والرّاهن والمفلس امّا عدم كونه من قبيل الآخرين فواضح حيث انّ حجره ليس لأجل تعلّق حقّ الغير بماله بل انّما هو القصور فيه وانّما الكلام في أنّه هل هو من قبيل حجر السّفيه أو حجر المجنون والتّحقيق هو الاخير كما عرفت.

(٢) بأنّ انشاء العقد دون الاذن من الوليّ والمالك.

(٣) بأن يكون وكيلاً عن المالك والوليّ.

(٤) أي القبض والاقباض الّذين يعتبر في صحّتهما القصد كقبض الثّمن في المجلس قبل التفرّق في السّلف (وهو بيعُ مضمونٍ في الذمّة مضبوط بمال معلوم مقبوض في المجلس الى أجل معلوم بصيغة خاصّة) وكالتّقابض في المجلس في الصّرف (وهو بيع الاثمان وهي الذّهب والفضّة بمثلهما ويشترط فيه التّقابض في المجلس الّذي وقع فيه العقد) فإنّ قبض الصّبي فيهما كلا قبض، فاعلم انّ القبض تارة يكون معيّناً للكلّي في الذمّة وذلك كما في بيع الكلّي (كالكرّ) من طعام وهو مكيال للعراق وستّة أوقار حمار وهو ستّون قفيزاً وقيل أربعون أردبّاج اكرار (أقرب الموارد) وفي الدّين

=

التزام على نفسه من ضمان[١] أو اقرار[٢] أو نذر[٣] أو ايجار[٤].

وقال في التذكرة:[٥] وكما لا يصحّ تصرفاته اللّفظيّة[٦] كذا لا يصحّ قبضه[٧] ولا يفيد[٨] حصول الملك في الهبة وان اتّهب[٩] له الولي ولا

= حيث أنّه بالقبض يتشخّص الكلّي فيهما، وأخرى يكون قبضاً لمال معيّن كالدّرهم الخارجي وعلى التّقديرين ربّما يكون جزء السّبب المملّك كما في بيع الصّرف والسّلم وفي الهبة ضرورة كون القبض جزء السّبب المملّك وجزئه الآخر نفس البيع والهبة وثالثة يكون موجباً للخروج عن ضمان المقبوض كما في البيع حيث أنّ التّلف قبل القبض يوجب انّه من البايع لقاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه فانّ الاقباض بعد العقد يوجب خروج البايع عن ضمان المبيع.

(١) بأن قال ضمنت هذا الكتاب مثلاً.

(٢) بأن قال له عليّ دراهم.

(٣) بأن قال نذرت أنْ أحج.

(٤) بأن قال آجرت داري بألف.

(٥) من هنا يريد الشّيخ ﷺ ان يستشهد بكلمات الاصحاب على اثبات مدّعاه الّذي هو عدم اعتبار أيّ شيء يصدر من الصّبي من العقد والايقاع والاقرار والايجار والنذر والقبض وكل التزام ألزمه على نفسه.

(٦) بأن قال ضمنت هذا الشيء مثلاً.

(٧) أي لا يصحّ قبض الصّبي ولا يترتّب عليه أثر.

(٨) أي لا يفيد قبض الصّبي حصول الملك في الهبة له وذلك فإنّ الهبة لا يملكها الموهوب له إلّا بعد القبض فعندئذٍ لو وهب واهب صبيّاً ديناراً وقبضه الصّبي كان كلّا قبض لا يحصل الملك له.

(٩) يعني وان قَبِلَ الولي للصّبي لفظاً وقال قبلت فإنّ قبول الوليّ لا يجعل قبضه صحيحاً.

لغيره[١] وان أذن الموهوب له بالقبض ولو قال مستحقّ الدّين للمديون سلّم حقّي الى هذا الصّبي فسلّم[٢] مقدار حقّه إليه لم يبرء[٣] عن الدّين وبقي المقبوض على ملكه ولا ضمان على الصّبي[٤] لأنّ المالك ضيّعه حيث دفع إليه[٥] وبقي الدّين

---

(١) عطف على (له) المستفاد من سياق الكلام والتّقدير فكما أنّ قبض الصّبي لا يفيد حصول الملك لنفسه كذلك لا يفيد قبضه حصول الملك في الهبة لغيره كما لو وهب زيد عمروا البالغ ديناراً فأمر عمرو البالغ الصّبي بأن يقبض الدّينار عن قِبَلِهِ فلا يفيد قبضه حصول الملك لعمرو.

(٢) يعني فسلّم المديون الى الصّبي مقدار حقّ الدّائن.

(٣) يعني لم يبرء المديون عن دين الدّائن وذلك لأنّ الكلّي لا يتشخّص إلّا بالقبض الصّحيح وقد فرضنا انّ قبض الصّبي ليس بصحيح حتّى يوجب تشخيص الكلّي في الذّمّة فيبقىٰ المقبوض علىٰ ملك المديون.

أقول يظهر من المصنّف ﷺ انّه لا يصحّ قبض الصّبي ولا يفيد حصول الملك في الهبة حيث انّه نقل كلام العلّامة تأييداً لمرامه ولم يناقش فيه أصلاً ولكنّه لا يخلو عن مناقشة بل الظاهر أنّ قبض الصّبي يفيد الملكيّة في الهبة وغيرها لقيام سيرة المسلمين على ذلك بل مقتضى جملة من الرّوايات الواردة في جواز اعطاء الصّدقة والكفّارة للصّبيان صيرورتهما ملكاً بمجرّد القبض.

منها رواية يونس بن يعقوب قال: قلت لأبي عبد الله ﷺ: عيال المسلمين أعطيهم من الزّكاة فاشتري لهم منها ثياباً وطعاماً وأرىٰ انّ ذلك خير لهم، قال: فقال: لا بأس، موثّق بإبن الوليد.

الوسائل باب ٦ من أبواب المستحقّين للزّكاة.

(٤) أي لا ضمان على الصّبي لهذا المال المقبوض بإذن المالك لو تلف.

(٥) أي حيث دفع المديون مقدار حقّ مستحقّ الدّين الى الصّبي.

لأنّه[١] في الذّمة ولا يتعيّن إلّا بقبض صحيح كما لو قال[٢] ارم حقّي في البحر فرمىٰ مقدار حقّه بخلاف ما لو قال للمستودع[٣] سلّم مالي الى الصّبي أو ألقه في البحر لأنّه[٤] امتثل أمره في حقّه المعيّن ولو كانت الوديعة للصّبي[٥] فسلّمها[٦] إليه ضمن وإن كان[٧] بإذن الولي اذ ليس له[٨] تضييعها[٩] بإذن الوليّ وقال[١٠] أيضاً لو

---

(١) أي بقي الدّين في ذمّة المديون المسلّم الى الصّبي ولا يتشخّص هذا الدّين على الآخرين إلّا بقبض صحيح، والمفروض انّ قبض الصّبي غير صحيح.

(٢) يعني كما لا يتشخّص هذا الدّين لو قال مستحقّ الدّين للمديون ارم حقّي في البحر فرمىٰ المديون مقدار حقّه في البحر اذ لا حقّ للمديون ان يتلف المال ولو كان بأمر المالك.

(٣) يعني بخلاف ما لو قال صاحب المال للمستودع وهو الودعي الّذي كان مال المالك المودع وديعة وأمانة عنده سلّم مالي الى الصّبي أو ألقه في البحر فانّه يبرء المستودع من المال.

(٤) أي لأنّ الودعي امتثل أمر المالك المودع في حقّه المعيّن الخارجي حيث انّ المال المتسودع مال مشخّص يشار إليه فليس للمستودع ضمان لو سلّم المال الى الصّبي.

(٥) بمعنى انّه اودع الوليّ مال الصّبي عند الودعي.

(٦) بمعنى انّه لو سلّم المستودع الوديعة الّتي عنده الى الصّبي ضمن المستودع الوديعة وإن كان التّسليم بإذن الوليّ وجه الضّمان انّ تسليم المال المودع الى الصّبي تضييع وتفويت له وهو غير جائز وإن أذن الوليّ.

(٧) اسم كان مستتر يرجع الى التّسليم بمعنى انّ هذا التّسليم وإن كان بإذن الوليّ كالإتلاف فحاله حال ما أمر الوليّ أن يلقي بمال الصّبي في البحر فكما أنّ هذا الالقاء اتلاف ليس بجائز، فكذلك تسليم المتسودع وليس للولي هذا لإذن.

(٨) أي ليس للمستودع تضييع المال المودع عنده اذ أعطائه المال المودع إلى الصّبي اتلاف له.

(٩) أي الوديعة.

(١٠) وقال العلّامة في كتابه التذكرة أيضاً.

عرض[١] الصّبي ديناراً على النّاقد[٢] لينقده أو متاعاً الى مقوّم ليقوّمه فأخذه[٣] لم يجز له[٤] ردّه الى الصّبي بل[٥] الى وليّه ان كان فلو أمره[٦] الولي بالدّفع إليه فدفعه إليه برء من ضمانه ان كان المال للوليّ وإن كان للصّبي فلا كما لو أمره بإلقاء مال الصّبي في البحر فإنّه يلزمه[٧] ضمانه واذا تبايع الصّبيان وتقابضا[٨] وأتلف كلّ واحد منهما ما قبضه[٩] فإن جرى[١٠] بإذن الوليّين فالضّمان عليهما[١١]

---

(١) في القاموس: عَرَضَتْ له وعَرَضَ أتَىٰ العَروضَ والشَيء لَه وَعَلَيه أراهُ إيّاه، وفي (المنجد) عَرَضَ عَرْضاً) الشَّيء لفلان أظهره ـ الشَّيء عليه، أراه ايّاه ـ المتاع للبيع أظهره لذوي الرّغبة فيه ليشتروا.

(٢) وفي (المنجد) نقد نقداً وتنقاداً) الدّراهم وغيرها) من باب نصر) ميّزها ونظرها ليعرف جيّدها من ردّيئها، پول وغيره را خوب برسى كرد وسنجيد وخوب وبد آنها را از هم جدا كرد.

نقد الكلام: اظهر ما به من العيوب أو المحاسن: معايب ومحاسن كلام را بررسى كرد.

(النّاقد) برسى كننده، فا، ج نَقَدَة ونُقّاد.

(٣) أي أخذ الناقد أو المقوّم كل واحد من الدّينار والمتاع.

(٤) أي للآخذ الّذي هو النّاقد والمقوّم.

(٥) بل يجب رد الدّينار والمتاع الى وليّ الصّبي.

(٦) اي فلو أمر الولي كلّ واحد من النّاقد والمقوّم بالدّفع الى الصّبي فدفعه الى الصّبي برء كل واحد منهما من ضمانه لأنّه حصل بإذن الولي ومالك المال.

(٧) يعني يلزم الملقي ضمان مال الصّبي اذ لا يحقّ اطاعة الوليّ فيما لا يجوز.

(٨) بمعنى أنّه قبض كل واحد منهما مال الآخر.

(٩) أي قبض كلّ واحد من الصّبيان.

(١٠) أي جرى البيع والقبض.

(١١) أي على الوليّين لأنهما سبب التّلف بالاذن.

وإلّا[١] فلا ضمان عليهما بل[٢] على الصّبيين ويأتي في باب الحجر تمام الكلام، ولو فتح الصّبي الباب وأذن الدّخول على أهل الدّار أو أدخل الهديّة الى انسان عن أذن المهدى[٣] فالأقرب الاعتماد لتسامح السّلف فيه[٤] انتهى كلامه[٥] رفع مقامه.

ثمّ أنّه ظهر ممّا ذكرنا أنّه لا فرق في معاملة الصّبي بين ان يكون في الاشياء اليسيرة[٦] أوالخطيرة[٧] لماعرفت من عموم النّص والفتوىٰ[٨] حتّىٰ انّ العلّامة في

---

(١) يعني وإن لم يجر القبض بإذن الوليّين فلا ضمان على الوليّين لأنّهما ليسا بسبب التّلف إن لم يقدرا على منعهما.

(٢) يعني بل الضّمان على الصّبيين لأنّ تبايعهما وتقابضهما لم يكن بإذن الوليّين فيتّبع بعد البلوغ.

(٣) بصيغة الفاعل.

(٤) يعني لتسامح السّلف في اذن الصّبي في دخول الدّار وفي ادخاله الهديّة الى انسان هذا ولكن في (مصباح الفقاهة) لا وجه لاستثناء هذين الأمرين من الأدلّة المانعة عن نفوذ أمر الصّبي، أمّا الاوّل فلأنّ جواز الدّخول في الدّار مع اذن الصّبي من جهة حصول الاطمينان به نوعاً، فلا صلة له باعتبار قول الصّبي في ذلك والشّاهد على هذا انّه، لو أذن البالغ في ذلك ولم يحصل منه الاطمينان به حرم الدّخول فيهما، أمّا الثّاني فلأنّ ايصال الهديّة الى المهدىٰ إليه لا ربط له أيضاً بما نحن فيه فإنّ الصّبي آلة في إيصالها إليه، كأيصال الهدية الى المهدىٰ إليه بواسطة حيوان معلم وعلى الاجمال انّ أمثال هذه الموارد خارجة عن العمومات المانعة عن نفوذ أمر الصّبي، خروجاً تَخَصُصِيّاً لا تخصيصيّاً، انتهىٰ، وهذا صحيح بنظري القاصر لا مريّة فيه.

(٥) انتهىٰ كلام العلّامة ﷺ.

(٦) وذلك كشربة ماء أو بيع بقل ونحوهما من الشّيء الدّون.

(٧) وذلك كالدّار والبستان والضّيعة ونحوها.

(٨) بمعنى انّ كلّ واحد من النّص والفتوىٰ على عدم جواز معاملة الصّبي لا يفرّق بين الاشياء اليسيرة والخطيرة.

التّذكرة لمّاذكر حكاية انّ أباالدّرداء[١] اشترىٰ عصفوراً من صبيّ فأرسله[٢] ردّها[٣]

---

(١) ينبغي بيان حال أبي الدرداء ليظهر لك ضعفه فأقول: أسمه عويمر بن عامر بن زيد أبو الدرداء وكان الرّجل من أصحاب النّبي ﷺ ومات قبل قتل عثمان بسنة وكانّها سنة أربع وثلاثين على ما قاله البخاري (المجلّد الثّاني من تنقيح المقال ص ٣٥٥) اذا عرفت هذا قال نصر بن مزاحم في كتاب صفّين خرج أبو امامة الباهلي وأبو الدّرداء فدخلا على معاوية عليه اللّعنة وكانا معه فقالا على م تقاتل هذا الرّجل هو واللّة أقدم منك سلما وأقرب من رسول الله ﷺ وأحقّ بهذا الامر، فقال: أقاتل على دم عثمان وانّه أوى قتله فقولوا له: فليقدنا منه أي يعطينا القود يعني القصاص وأنـا أوّل مـن يبايعه من أهل الشّام فانطلقا الى عليّ عليه السلام وأخبراه بمقالة معاوية فقال لهما: انّه يطلب الّذين ترون فخرج عشرون الفاً متسرّون بالحديد لا يرى منهم إلّا الحدق فقالوا كلّنا قتلة فرجع أبو امامة وأبو الدّرداء فلم يشهدا شيئاً من القتال انتهى، فإنّه كالنّص في انّهما لم يقنعهما قول علي عليه السلام انّه لم يقتله وانّه لا يسوغ له دفع قتلته الى معاوية كما انّه ظاهر في انّ رجوعهما عن علي عليه السلام كان من تلقاء انفسهما وكذلك عدم قتالهما مع أحد الفريقين ولو كانا يعتقدان امامته عليه السلام لم يكن لهما مساغ من مفارقته ولا عن ترك الحرب معه، المجلّد الثاني من تنقيح المقال للمامقاني ﷺ ـ ٩٨ ـ.

(٢) يعني ارسل أبو الدّرداء العصفور في الهواء، أقول: وجه التّمسك بحكاية أبي الدّرداء انّها تدلّ على صحّة تصرّفات الصّبي وجواز معاملته وانّها نـافذه، لأنّ أبـا الدّرداء اشترى عصفوراً من الصّبي ثم ارسله فلو كانت تصرّفاته غير نافذة لمـا أقـدم أبـو الدّرداء الّذي هو من أصحاب النّبي ﷺ على الشّراء.

(٣) بمعنى انّ العلّامة ﷺ بعد ذكر حكاية ابي الدّرداء ردّها بعدم ثبوتها من طرقنا الاماميّة حتّى يصحّ التّمسّك بها.

بعدم الثّبوت وعدم الحجيّة[١] وتوجيهه[٢] بما يخرجه من محلّ الكلام. وبه[٣] يظهر ضعف ما عن المحدّث الكاشاني[٤] من[٥] انّ الأظهر جواز بيعه وشرائه فما جرت

---

(١) أقول وجه عدم الحجيّة اثنان: الاوّل ضعف أبي الدّرداء وعدم اعتقاده بامامة عليّ عليه السلام كما اشبعنا الكلام فيه آنفاً، والثّاني انّ أبا الدّرداء ليس بمعصوم فلا يكون فعله حجّة لبداهة انّ فعل المعصوم وقوله وتقريره حجّة بمعنى انّ الحجيّة فيها من مختّصات المعصوم لا يشمل غيره.

(٢) بالرّفع جملة مستأنفة مستقلّة يعني توجيه العلّامة رحمه الله الحكاية بانّ أبا الدّرداء كان وليّاً على الصّبي أو كان مأذوناً منه قد أخرجها عن محلّ النّزاع لبداهة انّ الكلام في تصرّفات الصّبي مباشرة ومستقلاً لا ما إذا كان شخص وليّاً عليه أو مأذوناً من قبله فانّ هذا بحث آخر خارج عن محل الكلام والنّزاع واحتمل بعض بأنّه يمكن أن يقال بانّ أبا الدّرداء عرف أنّه ليس ملكاً للصبي فاستنقذه.

(٣) أي بما ذكرنا آنفاً من أنّه لا فرق في معاملة الصّبي بين أن يكون في الاشياء اليسيرة كبيع البقل والماء ونحوهما والخطيرة كبيع الدّار والضّيعة ونحوهما لعموم النّص والفتوى.

(٤) الشيخ المحدّث الأديب المفسّر الباهر الحكيم المتبحّر الجامع لشتات المفاخر والمآثر المولى محمّد بن مرتضى المدعوّ بمحسن عامله الله بلطفه واحسانه وهو صاحب المفاتيح، والمعتصم، والوافي، والنخبة، والصّافي وغيرها من الكتب والرّسائل والفوائد.

توفي سنة ١٠٩١ في بلدة كاشان ودفن في القبة المعروفة بالكرامات.

(٥) هذا بيان لِـ(ما) في قوله (ضعف ما).

العادة من الأشياء اليسيرة دفعاً للحرج[1] انتهى.

---

(١) أقول: مراد المحدّث الكاشاني ﷺ من هذه العبارة انّ القول بجواز تعامل الصّبيان في الاشياء الزّهيدة، والأمتعةالمحقّرة لدفع الحرج عن مجتمع النّاس وذلك لانّه لو منعناهم عن التّعامل في تلك الاشياء اليسيرة وقلنا بلزوم مباشرة الكبار فيها لاستلزم العسر اذ المباشرة منهم في جميع حاجاتهم في اللّيل والنّهار غير متحققه عادة فندفع هذا المحذور بقولنا بجواز تعامل الصّبي فيها، هذا وقال المحقّق التّستري بعد نقل عبارة لمحدّث الكاشاني: ويمكن أن يستانس لجواز بيع الصّبي وشرائه في الاشياء اليسيرة مضافاً الى السيرة المستمرّة وقضاء الحاجة والضرورة في كلّ من المعاملة ودفع العوض وأخذه منه بما رواه الشيخ في الموثّق كالصّحيح واليك نصّه:

(الحسين بن سعيد عن صفوان عن أبن بكير عن عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبدالله ﷺ عن شهادة الصّبي والمملوك فقال: على قدرها يوم اشهد تجوز في الأمر الدّون، ولا تجوز في الأمر الكثير)، راجع التّهذيب ج٦ باب البيّنات ص ٢٥٢.

وأجاب المصباح عن ذلك: انّ استقرار السّيرة على معاملات الصّبي في الأمور الحقيرة وان كان غير قابل للانكار ولكنّه لا يكشف عن نفوذ معاملاتهم في ذلك استقلالاً بل انّما هو من جهة ما ذكرناه في البيع المعاطاتي من جريان المعاطاة بين النّاس في المحقّرات بوضع الثّمن في الموضع المعدّ له وأخذ المتاع بإزائه ومقامنا من القبيل المذكور واذن فلا وجه لجعل ذلك من المستثنيات من عدم نفوذ أمر الصّبي اذ لا صلة بينهما بوجه.

وأمّا الرّواية المذكورة فهي غريبة عمّا نحن فيه وانّما هي راجعةالى الشّهادة ومن الظّاهر انّه لا ملازمة بين قبول شهادته في المحقّرات وبين نفوذ معاملاته فيها ولو سلّمنا قيام السّيرة على نفوذ معاملات الصّبي في الامور اليسيرة وسلّمنا دلالة الرّواية على ذلك فلا بدّ من الالتزام بتخصيص العمومات المانعة عن معاملات الصّبي انتهى.

فانّ الحرج ممنوع[١] سواء أراد[٢] انّ الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقّرات والتزام مباشرة البالغين لشرائها[٣] أم أراد[٤] انّه يلزم من التّجنّب عن معاملتهم[٥] بعد بناء النّاس على نصب الصّبيان للبيع والشّراء فى الاشياء الحقيرة ثمّ لو اراد[٦] استقلاله فى البيع والشّراء لنفسه بماله من دون اذن الوالى ليكون حاصله[٧] انّه غير محجور عليه في الاشياء اليسيرة فالظّاهر كونه[٨] مخالفاً للاجماع وامّا ما

---

(١) يعنى الحرج المدّعي فى كلام (المحقق الكاشانى) وهذا علّة وبيان لوجه ضعف ما عن المحدّث من أنّ الاظهر جواز بيع الصّبي وشرائه في المحقّرات دفعاً للحرج فان الحرج، قد يكون علّة لرفع الحكم شرعاً مثل عدم أمر الشّارع بوجوب السوّاك لكونه شقّاً وحرجاً وقد يكون شخصيّاً كالتّيمّم لمن يضرّه الماء والقسم الأوّل محتاج الى الدّليل، والقسم الثّاني قاصر عن افادة حكم كلّي.

(٢) أي المحدّث الكاشاني.

(٣) يعني شراء المحقّرات.

(٤) أي أراد الكاشاني.

(٥) أي من التّجنّب عن معاملة الصّبيان.

(٦) بمعنى أنّه ان أراد المحدّث الكاشاني بجواز بيع الصّبي وشرائه في الاشياء الزّهيدة والأمتعة المحقّرة دفعاً للحرج انّ الصّبي مستقلّ في المعاملة في الاشياء الحقيرة لأنّه لو لم يكن مستقلّاً واحتاج كلّ معاملة حقيرة الى اذن وليّه لزم الحرج فهذا مخالف للاجماع اذ لا يقول أحد باستقلال الصّبي في المعاملات إطلاقاً وانّما من قال بالجواز قال به مع الاذن.

(٧) أي ليكون حاصل ما قصد المحدّث الكاشاني.

(٨) أي كون استقلال الصّبي في البيع والشّراء مخالفاً للإجماع الّذي عرفت من صاحب الغنية من ادّعائه الاجماع على بطلان عقد الصّبي مطلقاً، ومن العلّامة في التّذكرة فوجه كونه مخالفاً له أنّه مما لم يقل به أحد.

ورد في رواية السّكوني[١] عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ونهى النبيّ صلى الله عليه وآله عن كسب الغلام الصّغير الّذي لا يحسن صناعة[٢] بيده معلّلاً بأنّه[٣] ان لم يجد سرق فمحمولٌ[٤]

---

(١) عن السّكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الاماء فانّها ان لم تجد زنت إلّا أمة قد عرفت بِصَنْعَةِ يد ونهى عن كسب الغلام الصّغير الّذي لا يحسن صناعة بيده فانّه ان لم يجد سرق، ضعيفة السّند بالنّوفلي

وسائل باب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به ص١١٨: الحديث ١ الجزء ١٢.

(٢) الصّناعة ككتابة حرفة الصّانع وعمله الصنعة ج صائع (القاموس).

الصِنّاعة والصَنّاعة: العلم الحاصل بمزاولة العمل كالخياطة والحياكة.

العلم المتعلّق بكيفيّة العمل كالمنطق، وقيل الصّناعة تستعمل في المحسوسات، والصِناعة في المعاني: الصّانع فامن يعمل بيديه ج صُنّاع (المنجد).

(٣) يعني بانّ الصّغير ان لم يجد الكسب سرق هذا التّعليل راجع الى مفهوم قوله عليه السلام: الّذي لا يحسن صناعة بيده) أعني جواز الكسب اذا عرف الصّناعة فيدلّ على نفوذ معاملات الصّبي لا على فسادها هذا نظري القاصر، وقال في المصباح: انّ المراد من النّهي في الرّواية هو النّهي التّنزيهي فيدل على نفوذ معاملات الصّبي أيضاً، وقال بعض: تعليل النّهي بهذه العلّة يدل على انّ المراد من النّهي هو الكراهة لا الحرمة فح يكون المعنى انّه يكره معاملة الغلام الصّغير الخ.

فح تدلّ الرّواية على جواز بيع الصّبي انتهى.

(٤) كلمة (فمحمول) خبر لمبتدأ قد تقدّم وهو (ما) في قوله: (ما ورد).

أقول هذا ردٌّ من الشيخ عليه السلام على الاستدلال بالرّواية السّكوني والمراد من كلمة عوض في قوله: (على عوض كسبه) هي الارباح والنّتائج والفوائد، وحاصل الرّد وملخّصه انّه لا بدّ من حمل (الكسب) على معنى الاسم المصدري الّذي هي نتيجة الكسب لا على المعنى المصدري وهو الاكتساب فالنّبي صلى الله عليه وآله انّما نهى عن الفوائد والارباح لا عن نفس الكسب الّذي هو الاكتساب لكي يستدلّ بالرّواية على صحّة تصرّفات الصّبي ونفوذ معاملاته بمفهوم الرّواية ثم تؤخذ النّتيجة الّتي هي اعتبار قصد الصّبي بهذه التّصرّفات.

على عوض كسبه من التقاط[١]، أو أجرة عن اجارة أوقعها الوليّ[٢]، أو الصّبي بغير إذن الوليّ[٣]، أو عن عمل أُمِرَ به[٤] من دون اجارة فأعطاه[٥] المستأجر أو الآمِرُ[٦] أجرة المثل فإنّ هذه كلّها ممّا يملكه الصّبي[٧] لكن يستحبّ للوليّ

---

(١) هذا بيان لـ(عوض كسبه) فيكون المراد من الالتقاط هو الملتقط من الحطب والحشيش بقرينة عطف الاجرة عليه.

(٢) وذلك كما لو آجر الوليُّ الصّبي لأجل عمل.

ثم جاء الصّبي بمال قائلاً انّه عوض اجارته، فانّه لا يجوز للانسان ان يأخذ هذا المال بل اللّازم الاجتناب عنه لاحتمال كونه سرقة، وانّما يقول الصّبي كذبا انّه عوض اجارته.

(٣) وذلك كما لو آجر الصّبي نفسه لاجل عمل كالزّراعة مثلاً بغير اذن الوليّ.

(٤) قوله: (أُمِرَ) بصيغة المجهول والضّمير المجرور في قوله: (به) عائد الى العمل أي أمر به الصّبي من دون اجارة كما لو قال زيد للصبيّ اعمل هذه الخياطة وأعطيك كذا فأعطاه بعد العمل أجرة المثل ثم جاء الصّبي بهذا الاجرة زاعماً انّ ما بيده من المال عوض عمله فيستحبّ للوليّ وغيره الاجتناب عن هذه الاجرة لاحتمال كونها من الوجوه المحرّمة نظير رجحان الاجتناب عن أموال غير الصّبي ممّن لا يبالي بالمحرّمات فانّه وإن جاز التّناول لاصالة الصّحّة لكن يستحبّ الاجتناب كإستحباب الاجتناب عن سؤر الحائض المتهمة.

(٥) أي فأعطا الصّبي المستأجر الّذي أجر الصّبي للخياطة.

(٦) أي فأعطاه الصّبي الآمِرُ بالعمل من دون إجارة أُجرة المثل.

(٧) أي يملك الصّبي الملتقط أو أجرة المثل أو العمل الّذي أمره به الآمِرُ. أقول: هذا الكلام منه ﷺ نقض لما تقدّم من عدم كفاية قبض الصّبي واقباضه وعدم تعيّن الحقّ بقبضه حيث قال ﷺ لا يتعيّن الحقّ إلّا بقبض صحيح ولا يصحّ قبضه. فمقتضى ما تقدّم منه ﷺ عدم تملّكه لشيء من ذلك اذ غاية ما يمكن أن يقال انّه يستحقّ الاجرة لكن لا يملكها ولا يتعيّن ذلك فيما أقبضه المالك بل يبقى على ملكه فعندئذٍ لا يجوز للوليّ التّصرّف فيه هذا ولكن ظاهر رواية السّكوني كما عرفت آنفاً جواز تصرّفه في مثل ذلك.

وغيره[١] اجتنابها[٢] اذا لم يعلم صدق دعوى الصّبي فيها[٣] لاحتمال كونها[٤] من الوجوه المحرّمة نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره[٥] ممّن[٦] لا يبالي بالمحرّمات وكيف كان[٧] فالقول المذكور[٨] في غاية الضّعف، نعم ربّما صحّح سيّد مشايخنا في الرّياض[٩] هذه المعاملات[١٠] إذا كان الصّبي بمنزلة الآلة لمن له[١١]

---

(١) أقول: الحكم بالاستحباب فيما إذا أذن له الوليُّ في الاكتساب وأمّا إذا لم يأذن فمقتضى الشّهرة والإجماع على بطلان عقده حرمة الأخذ ووجوب الإجتناب عنها.

(٢) أي الاجتناب عن الملتقط وأجرة الاجارة وأجرة المثل.

(٣) أي في الملتقط وأجرة الاجارة وأجرة المثل.

(٤) أي كون الاموال المذكورة.

(٥) يعني غير الصّبي.

(٦) هذا بيان لِـ(غير) في قوله: (غيره) يبيّن المراد منه.

(٧) يعني سواء كان النّهي في الرّواية يدل على حرمة الكسب بمعناه المصدري أم بمعنى الاسم المصدري.

(٨) وهو قول المحقّق الكاشاني بجواز بيع الصّبي وشرائه.

(٩) كتاب رياض المسائل في بيان أحكام الشّرع بالدّلائل المعروف بالشّرح الكبير مقابل المختصر لمؤلّفه علي بن محمّد بن علي بن أبي المعالي، قد عاش سبعون سنة كما في نخبة المقال،

وصاحب الرياض سيّد الاجلّ ... محقّق عن خاله الاقا نقل
قد عاش سبعين بعلم وعمل ... مقبضه (مؤلّف الرّياض حلّ)

تولّد في الكاظمين، وتوفّي في كربلاء ودفن فيها.

(١٠) يعني معاملات الصّبي على الاشياء اليسيرة، وإليك متن عبارة الرّياض:

(نعم الأظهر جوازه فيما كان فيه بمنزلة الآلة لمن له الأهليّة لتداوله في الاعصار والامصار السّابقة واللّاحقة من غير نكير بحيث يعدّ مثله إجماعاً من المسلمين كافّةً).

(١١) الضّمير يرجع الى (من) في قوله: (لمن).

أهليّة التّصرّف من جهة استقرار السّيرة واستمرارها على ذلك[١] وفيه[٢] اشكال من جهة قوّة احتمال كون السّيرة ناشئة عن عدم المبالات[٣] في الدّين كما في سيرهم الفاسدة ويؤيّد ذلك[٤] ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميّزين

---

(١) أي على صحّة معاملات الصّبي اذا كان بمنزلة الآلة بمعنى أنّ الصّبي آلة الايصال كما لو باع زيد عمرواً متاعاً ثمّ أرسل المتاع بواسطة آلة أو حيوان.

(٢) أي فيما أفاده صاحب الرّياض اشكال.

(٣) بالَيَ مبالاةً، وبِلاءً وبالةً وبالاً) الأمرَ وبه اهتمّ به واكترث له) بسيار أهميّت بكار داد (المنجد).

(٤) أي إحتمال كون السّيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدّين.

أقول: ذكر شيخنا الاستاذ في هذا المقام ما لفظه: (لا يخفى انّ السيرة المدّعاة في مقام الاستدلال على شرعيّة أمر لا بدّ أن يراد منها سيرة العلماء والمتديّنين لأنّ الّذي يصحّ الاستناد إليه ليس إلّا هذا وعندئذٍ يتّجه الايراد على دعوى السّيرة بأنّه كيف يجتمع تحقّقها كما اعترف به المصنّف مع فتوى المعظم على المنع مطلقاً ولو مع اذن الوليّ حتّى انّ صاحب الجواهر ﷺ جعل القول بالمنع من الضّروريات عندهم اذ كيف يظنّ بمعظم العلماء وحملة الشّرع الّذين هم من الورع والتّقوى بمكان فضلاً عن ان يقطع به كون عملهم على خلاف مجتهديهم ولا يمكن دفع ذلك إلّا بجعل مورد كلّ منهما غير مورد الآخر وإلّا حسنُ في ذلك حمل مورد السّيرة على الاشياء اليسيرة ومورد الفتوىٰ بالمنع على الخطيرة، انتهى كلامه رفع مقامه.

أقول: لا يخفى لأهل الدّقّة والبصيرة أنّ ثبوت السّيرة ليست مورداً للتّشكيك إذ لا يحتمل أحد من النّاس عدم مداخلة الصّبيان المميّزين في أمر المعاملات وكونهم كالبهائم في عصر المعصومين ﷺ، كيف وقد استقرّت على ذلك سيرة العقلاء إذ لا يفرّقون في جواز المعاملة بين من بلغ الخمس عشرة سنة ومن لم يبلغها إلّا بعد أيّام أو ساعات وغاية ما ثبت الرّدع عن بنائهم على استقلالهم في التّصرّف فيبقى جواز

=

وغيرهم ولا بينهم[١] وبين المجانين ولا بين معاملتهم[٢] لانفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الوليّ أصلاً، وبين معاملاتهم لأوليائهم على سبيل الآليّة مع أنّ[٣] هذه ممّا لا ينبغي الشّك في فسادها خصوصاً الاخير[٤] مع انّ الإحالة على ما

= التّصرّف بإذن الوليّ بحالة بلا رادع وبالجملة لا ينبغي التّأمّل في ثبوت سيرة العقلاء على ذلك في جميع الاعصار على نحو غيرها من سيرهم الّتي لم يثبت الرّدع عنها والظّاهر أنّ سيرة المتشرّعة جارية عليها، ودعوى أنّ ما عليه السّيرة هو المعاطاة الّتي يكفي فيها الإذن بالتّصرّف والرّضاء به، أو أنّ ذلك من إذن الوليّ في تولّي البالغ طرفي العقد ممنوعة.

(١) أي بين المميّزين أقول: عدم الفرق بين الصّبي المميّز والمجنون من المسلمين غير معلوم بل المعلوم خلافه حيث يفرّقون بينهما وقد بيّنا آنفاً انّ المسلمين لا يفرّقون في جواز المعاملة مع المميّزين بين من بلغ الخمس عشرة سنة ومن لم يبلغها إلّا بعد أيّام أو ساعات فما ذكره ﷺ خلاف الحسّ والعيان، فإنّهم يفرّقون بين المميّز وغيره وبين الصّبي والمجنون بالوجدان.

(٢) أي معاملة المميّزين.

(٣) أي سيرة المسلمين واستمرارها على عدم الفرق بين المميّزين وغيرهم الخ.
لا يشكّ في فسادها خصوصاً الأخير أعني عدم الفرق بين معاملاتهم لأنفسهم بالاستقلال وبين معاملاتهم لأوليائهم على سبيل الآليّة حيث انّ استمرار السّيرة الشّرعيّة وقيامها على كون الصّبي آلة ممّا لا ريب فيه ولا شبهة تعتريه لقضاء الحاجة والضّرورة في كلّ من المعاملة ودفع العوض وأخذه منه وهذا بخلاف مالو كانت معاملاتهم لأنفسهم بالاستقلال فانّ صحّة معاملاتهم فيها بالسّيرة مردوعة وهذا في الوضوح كالنّور على المنار.

(٤) مراده ﷺ من الأخير مالو عامل على ماله مستقلّاً ولا يعلم به الوليّ.

جرت العادة به[١] كالاحالة على المجهول فانّ الّذي جرت عليه السّيرة هو الوكول[٢] الى كلّ صبيّ ما هو[٣] فطن[٤] فيه بحيث لا يغلب في المساومة[٥] عليه[٦] فيكلون الى من بلغ ستة سنين شراء باقة بقل[٧] أو بيع بيضة دجاج[٨] بفلس والى من بلغ ثمانية سنين اشتراء اللّحم والخبز ونحوهما والى من بلغ أربعة عشر سنة شراء الثّياب بل الحيوان بل يكلون[٩] إليه أمور التّجارة في

---

(١) الضّمير المجرور يرجع الى (ما) في قوله: (ما جرت) وهذا اشارة الى ما صنعه المحدّث الكاشاني في عبارته المتقدّمة وهي قوله: (الأظهر جواز بيعه وشرائه فيما جرت العادة به من الاشياء اليسيرة دفعاً للحرج) واعترض عليه المصنّف ﷺ بقوله: انّ الإحالة على ما جرت العادة به كالإحالة على المجهول وذلك لاختلاف ما جرت العادة به والسّيرة فلذلك علّله بقوله: فإنّ الّذي جرت عليه السيرة الخ.

(٢) وكول الأمر الى زيد مثلاً تسليمه وتركه وتفويضه إليه والإكتفاء به.

(٣) أي الصّبي.

(٤) الفطنة الحذاقة الفهم ج فِطَنٌ والفَطِنٌ والفطين والفطون صاحب الفطنة ج فُطْنٌ وفُطُنٌ (المنجد).

(٥) ساوَمَ سِواماً ومُساوَمَة بالسّلعة، غالى بها أي عرضها بثمن دفع المشتري أقلّ منه وهكذا الى ان يتّفقا على الثّمن (المنجد).

(٦) على الصّبي.

(٧) الباقة الحزمة من الزّهر أو البَقْل، ج باقات (المنجد).

(٨) (الدّجاج) بتثليث الدّال والفتح أعلى، طائر معروف منه أهلي ومنة برّي (المنجد)،

(٩) أي الى من بلغ أربعة عشر.

الاسواق والبلدان ولا يفرّقون بينه[١] وبين من أكمل خمس عشر سنة. ولا يكلون إليه[٢] شراء مثل القرى، والبساتين وبيعها إلّا بعد أن يحصل له التّجارب ولا أظنّ أنّ القائل[٣] بالصّحة يلتزم العمل بالسّيرة على هذا التّفصيل[٤] وكيف

---

(١) أي لا يفرّقون بين من بلغ أربعة عشر وبين من أكمل خمسة عشر سنة.

أقول: هذا مخالف لما تقتضيه الأدلّة السّابقة من النّص والإجماع على بطلان عقد الصّبي مطلقاً فلا بدّ امّا من القول بخروج هذه الأمور المذكورة في المتن عن معاملات الصّبي بالتّخصيص بأن يقال: قد خصّصت هذه الأشياء بالسّيرة من كلّ ملّة ونحلة الايكال الى الصّبي بإختلاف المعاملات، ولكنّ الالتزام بهذا مشكل كما أفاده بقوله: (ولا أظنّ أنّ القائل بالصّحة يلتزم العمل بالسّيرة على هذا التفصيل) وجه الاشكال ما تقدّم من إختلاف السّيرة باختلاف الأشياء وثبوت السّيرة من عصرنا هذا الى عصر الأئمّة ﷺ من المتّقين المتديّنين بهذا التّفصيل مشكل وإن قلنا بثبوت أصل السّيرة آنفاً، بل يمكن أن يقال إنّ المعلوم عدم ثبوت السّيرة المدّعاة بالكيفيّة المذكورة فإنّا نرى بالحسّ والعيان تحرّز أكثر المتديّنين عن المعاملة مع الصّبيان في مثل الخبز، واللّحم فضلاً عن الثّياب والحيوان وأمور التّجارة، وامّا من القول بأنّ السيرة جارية.

(٢) أي الى من أكمل خمس عشر سنة.

(٣) وهو السّيّد على (طباطبائي) صاحب الرّياض حيث صحّح ﷺ تعامل الصّبي على الاشياء اليسيرة اذا كان الصّبي بمنزلة الآلة لمن له أهليّة التّصرّف، من جهة استقرار السّيرة واستمرارها على ذلك.

(٤) وهو وكول من بلغ من الصّبيان ستّ سنين الى شراء باقة بقل، أو بيع بيضة دجاج بفلس وعدم وكولهم إليه شراء مثل القرى والبساتين، وبيعها.

أقول: ذهب السّيّد ﷺ في الحاشية إلى الالتزام بالصّحة وقربه ثم استظهر التزام القائل بالصّحة به ولكن قد عرفت آنفاً الاشكال فيه ووجهه فلا يفيد فعندئذٍ لا بدّ من أن يريد القائل بالصّحة ممّا جرت العادة والسّيرة به ما جرت به في الجملة وهي الاحالة على ما لم يعلم.

كان[١] فالظّاهر أنّ هذا القول[٢] أيضاً مخالف لما يظهر منهم[٣] وقد عرفت[٤] حكم العلّامة في التّذكرة بعدم جواز ردّ المال إلى الصّبي اذا دفعه الى النّاقد لينقده، أو المتاع الّذي دفعه الى المقوّم ليقوّمه، مع كونه[٥] غالباً في هذه المقامات بمنزلة الآلة للوليّ وكذ[٦]ا حكمه بالمنع من ردّ مال الطفل ا[٧]ليه بإذن الوليّ[٨] مع أنّه بمنزلة الآلة في ذلك غالباً، وقال كاشف الغطاء[٩] بعد المنع عن صحّة عقد الصّبي أصالة ووكالة[١٠] ما لفظه نعم ثبتت الاباحة في معاملة المميّزين[١١] اذا جلسوا مقام

---

(١) أي سواء كان النّاس يكلون الصّبي في شراء ما ذكر في المتن على التّفصيل المذكر أم لا يكلون.

(٢) وهو ما أفاده صاحب الرّياض الّذي صرّحنا به آنفاً.

(٣) أي من الفقهاء من بطلان معاملات الصّبي وبطلان قبضه وإقباضه.

(٤) حيث قال ﷺ لو عرض الصّبي ديناراً على النّاقد الخ.

(٥) أي كون الصّبي المميّز في مثل دفع النّقد الى النّاقد، أو دفع المتاع الى المقوّم.

(٦) أي حكم العلّامة في التّذكرة عند نقل الشّيخ عنه بقوله: (فلو أمره الوليّ بالدّفع إليه فدفعه إليه برأ من ضمانه ان كان المال للوليّ).

(٧) أي الى الطّفل.

(٨) يعني بإذن الوليّ من حيث كون الصّبي آلة لا من جهة تصرّفه وإلّا فلا فرق بين تمليكه وإباحته، ومن ذلك يظهر أنّه لا وجه للتّرديد في كلامه بقوله: (وإن أراد بذلك انّ إذن الوليّ الخ)، إذ هو المتعيّن على ما عرفت.

(٩) وهو النّقاد الخبير الشّيخ الكبير صاحب كشف الغطاء عن خفيّات مبهمات الشّريعة الغرّاء جعفر بن خضر الجناحي النّجفي، راجع الى ص٤٩ من كتابه المذكور.

(١٠) المراد بالاصالة عقد الصّبي عن نفسه والمراد بالوكالة عقده عن غيره.

(١١) من الصّبيان الّذين لهم قوّة الدّرك والتّميز بين الضّرر والنّفع والرّبح والحسن والقبح والجميل والمشوه وغيرها.

أوليائهم، أو تظاهروا على رؤوس الاشهاد[١] حتّى يظن أنّ ذلك[٢] من اذن الأولياء خصوصا في المحقّرات. ثمّ قال[٣] ولو قيل بتملّك الآخذ منهم[٤]

---

(١) جمع شاهد مقابل الخفيّة والاختلاس ولفظة (الاشهاد) كناية عن غاية الظّهور وذلك لأنّ ما كان في طرف الرأس يراه كلّ أحد من النّاس.

(٢) أي التّظاهر بالتّعامل على رؤوس الأشهاد.

أقول: قال بعض المحقّقين من المحشّين في هذا المقام ما هذا ملخّصه: انّ وليّ الطّفل الّذي أجلسه في مقام نفسه اباح لمن يشتري من الطّفل ماله بعوض وجلوس الأطفال مقام الأولياء دليل على هذه الاباحة فالآخذ من الطّفل يأخذ بْظنّ انّ المالك أباح له المال بعوض ثمّ قال ﷺ وهذا مبنيٌّ على أن يكون المراد بالاباحة في صدر العبارة اباحة الاولياء أو يكون المراد بقوله حتّى يظنّ الخ.

حصول الظّن من جلوسهم وتظاهرهم بانّ اقامة الاولياء ايّاهم مقام أنفسهم اذن منهم للآخذ في الأخذ وهذا هو الّذي أوضحه بعض المحقّقين بانّه ينطبق على القاعدة من جهة دخول مثل ذلك في المعاطاة وانّه يكفي فيها مجرّد وصول عوض كل من المالين الى صاحب الآخر، كما في كوز الحمّامي، والموضع الّذي اعدّه السّقاء لوضع الفلوس فيه، فالصّبي هنا بمنزلة كوز الحمّامي مثلاً هذا ولكنّ الظّاهر انّ المراد بالاباحة هي الاباحة الشّرعيّة وانّ لفظة (ذلك) اشارة الى قيامهم مقام الاولياء وتظاهرهم، وانّ لفظة (من) نشويّة، فيصير المحصّل اعتبار معاملة المميّز بإذن الوليّ غاية ما في الباب انّ الإذن هنا غير معلوم وانّما قامت عليه الامارة الظّنيّة، انتهى كلامه رفع مقامه.

(٣) أي كاشف الغطاء.

(٤) أي من الصّبيان المميّزين بمعنىٰ أنّ الآخذ كما يصحّ ان يملّك شيئاً لوليّ الطّفل كذلك يصحّ ان يتملّك عن قبل وليّ الطّفل فالآخذ عندئذٍ يجري طرفي العقد وانّما الصبيّ آلة فقط.

لدلالة[١] ماذونيّة[٢] في جميع التّصرّفات فيكون[٣] موجباً قابلاً لم يكن بعيداً، انتهى.

أمّا التّصرّف[٤] والمعاملة بإذن الاولياء سواء كان على وجه البيع، أم المعاطاة فهو الّذي قد عرفت انّه خلا[٥]ف المشهور والمعروف حتّى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع[٦] في المعاطاة لأنّها[٧] تصرّف لا محالة وإن لم تكن بيعاً ولا معاوضة

---

(١) هذا تعليل لتملّك الآخذ من الصّبيان أي لدلالة مأذونيّة الآخذ في جميع تصرّفاته حتّى التّملّك بعوض على مالكيّة الاخذ حين ما يأخذ من الصّبي فإنّ وضع الوليّ الصّبيّ مكانه دليل على أنّه أذن للآخذان يتملّك من قبل الوليّ كما إنّ الآخذ يملك من قبل نفسه.

(٢) أي الآخذ.

(٣) مراده ﷺ من هذه العبارة انّ الاخذ من الطّفل يكون موجباً وكالة من قبل الوليّ، وقابلاً من قبل نفسه فيكون فعل الصّبي من قبيل فتحة باب الدّار والاذن في دخول الاغيار من كونه كاشفاً عن رضا الوليّ، هذا ولكن استشكل فيه بعض المدقّقين بأنّ دخول عمل طرف الصّبي في عنوان الوكالة مشكل لأنّ الوليّ لم يعيّنه لها ومجرّد رضاء المالك لا يدخله في هذا العنوان، هذا أوّلاً.

وثانياً: انّ ما هو الواقع في الخارج ليس إلّا المعاملة مع الصّبي للعلم بعدم انشاء التّوكيل من الوليّ وعدم قصد الطّرف الوكالة عنه.

وثالثاً: مقتضى ذلك اختصاص الصّحة بما اذا كان المال من غير الصّبي وأمّا اذا كان منه ولم يعلم له وليٌّ اجباري فلا يجوز مع انّ بناء النّاس ليس على التّفحّص.

(٤) هذا كلام شيخنا الأنصاري والايراد منه ﷺ على قول كاشف الغطاء: (نعم ثبتت الاباحة في معاملة المميّزين) فكان الأنسب تبديل قوله (أمّا التّصرّف) بقوله (ان كان المراد من ثبوت الإباحة).

(٥) فإنّ المشهور عدم جواز تصرّف الصّبي مطلقاً فلا يجوز بيع الصّبيان وشرائه عنده.

(٦) كالبلوغ والعقل والاختيار وغيرها في المتعاقدين.

(٧) أي لأنّ معاطاة الصّبي تصرّف وإن قلنا بعدم كونها بيعاً ولا معاوضة.

وإن أراد[١] بذلك[٢] أنّ إذن الوليّ ورضاه المنكشف بمعاملة الصّبي هو[٣] المفيد للاباحة، لا نفس المعاملة[٤] كما ذكره بعضهم في اذن الوليّ في اعارة الصّبي[٥] فتوضيحه[٦] ما ذكره بعض المحقّقين[٧] من تلامذته[٨] وهو انّه لمّا كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتّفقت وكانت مفيدة لاباحة التّصرّف خاصّة[٩] كما هو المشهور، وجرت عادة النّاس بالتّسامح في الاشياء اليسيرة والرّضا[١٠]

---

(١) هذا اشكال آخر أورده المصنّف ﷺ على ما أفاده كاشف الغطاء: (من ثبوت الاباحة في تعامل الصّبيان المميّزين) انّ اذن الوليّ هو المفيد للاباحة لا نفس معاملة الصّبي.

(٢) أي ان اراد كاشف الغطاء بذلك الكلام الّذي ذكره من جواز تعاملهم بإذن الوليّ... الخ.

(٣) أي اذن الوليّ.

(٤) أي ذكر ثبوت الاباحة من إذن الوليّ ومربوط به لا من نفس تعامل الصّبيان.

(٥) يعني ذكر بعض الفقهاء في إذن الوليّ في إعارة الصّبي فإنّ الصّبي اذا أعطي شيئاً اعارة كشف ذلك الإعطاء عن اذن الوليّ وهو يكفي في تحقّق الاعارة وإن كان المباشر للاعطاء في الظاهر هو الصّبي.

(٦) أي توضيح كلام كاشف الغطاء وهو انّ الاباحة تثبت بإذن الوليّ لا بنفس تعامل الصّبيان.

(٧) وهو العالم المتتبّع أسد الله بن اسماعيل الكاظمي التّستري صاحب كتاب مقابس الانوار، وكشف القناع، ومنهج التّحقيق، ونظم زبدة الاصول.

(٨) أي تلامذة كاشف الغطاء فإنّ صاحب المقابس ﷺ تتلمّذ للشيخ جعفر كاشف الغطاء، وللبهبهاني استاذ الكلّ، وللعلّامة بحر العلوم، وللمحقّق القمّي، وللشيخ مهدي شهرستاني (قدّس الله أسرارهم.

(٩) لا الملكيّة كما هو قول آخر

(١٠) كلمة (الرّضا) معطوفة على قوله (بالتّسامح).

باعتماد غيرهم في التّصرّف فيها[١] على الامارات المفيدة للظّن بالرّضا في المعاوضات وكان الغالب في الأشياء الّتي يعتمد فيها[٢] على قول الصّبي تعيّن القيمة[٣] والاختلاف الّذي يتسامح[٤] به في العادة فلأجل[٥] ذلك صحّ القول بالاعتماد على ما يصدر من الصّبي من صورة البيع والشّراء مع الشّروط المذكورة[٦] كما يعتمد عليه[٧] في الإذن في دخول الدّار، وفي ايصال الهديّة إذا ظهرت امارات[٨] الصّدق، بل ما ذكرنا[٩] أولىٰ بالجواز من الهديّة من

---

(١) أي في الأشياء اليسيرة.

(٢) أي في الأشياء.

(٣) قوله (تعيّن القيمة) خبر لقوله (وكان) مراده ﷺ أنّه لو قال الصّبي الجالس مكان وليّه، أو المتظاهر بذلك على رؤوس الاشهاد: إنّ قيمة هذا المتاع مثلاً ثلاثة دنانير لصدق قوله عند العقلاء وقبلوا منه.

(٤) بمعنى أنّه لو قال الصّبي: قيمة هذا المتاع سبعون فلساً وقال المتعامل معه الآخذ ثمانية وستين فلساً فهذا الاختلاف اليسير يتسامح عند النّاس عادة، فالفارق بين السّعرين وهما الفلسان لا يعتني ولا يعبا به جدّاً فيعتمد على قول الصّبي في الغالب.

(٥) والفاء وما بعده تفريع لما ذكره صاحب المقابس ﷺ.

(٦) وهي الّتي ذكرت في عبارة كاشف الغطاء من كون الصّبيان متميّزين، وجلوسهم مقام الأولياء، وتظاهرهم على رؤوس الاشهاد، وكون الاشياء من المحقّرات.

(٧) أي على الصّبي.

(٨) الامارة العلامة، الدّليل ج امارات: المنجد.

(٩) المراد من ما ذكرنا الاعتماد على ما يصدر من الصّبي من صورة البيع والشّراء والتّسامح في الاشياء اليسيرة عند تصدّي الصّبيان بها كما هو ديدن النّاس.

وجوه[١] وقد استند فيه[٢] في التذكرة الى تسامح السّلف[٣] وبالجملة فالإعتماد في الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ[٤] مع البناء على ما هو الغالب من[٥] كونه[٦] صحيح التّصرّف لا على قول الصّبي ومعاملته من حيث إنّه

---

(١) وهي أربعة:

الأوّل: انّ تعامل الصّبيان يفيد الاباحة المجرّدة بخلاف الهدية فإنّها تفيد الملك ومن البيّن انّه يتسامح في الاباحة بما لا يتسامح في الملك.

الثّاني: انّ في تعامل الصّبيان العوض بمعنى انّ تعاملهم يقع على نحو المعاوضة، بخلاف الهديّة فانّه لا عوض فيها وكم من فرق بينهما.

الثّالث: الظّاهر من اطلاق الفقهاء انّ المال في الهديّة لا يختصّ باليسير بل يعمّه وللخطير بخلاف المقام أعني تعامل الصّبيان فإنّه فيه مخصوص باليسير.

الرّابع: انّ الظّن الحاصل في المقام بكون تصرّف الصّبي من اذن الوليّ ورضاه أقوىٰ لوجود الامارات الكثيرة الّتي يحصل الظّن منها انّ ذلك من اذن الاولياء كجلوسهم مقام أوليائهم وتظاهرهم علىٰ رؤوس الاشهاد وبمرءىً ومنظر من النّاس.

(٢) أي في ايصال الهديّة وجواز تصرّفات الصّبي من حيث البيع والشّراء.

(٣) هذه عبارة التّذكرة: (ولو فتح الصّبيّ الباب وأذن في الدّخول عن اذن أهل الدّار واوصل هديّة الى انسان عن إذن المهدى فالأقرب الاعتماد لتسامح السّلف فيه) ج د أوّل تذكرة كتاب البيع ص١، فهذا دليل على أنّه من باب الرّضاء لأنّه الّذي يصحّ الاستناد فيه الى التّسامح دون المعاملة فلا تستند فيها الى التّسامح.

(٤) أي على الإذن المستفاد من حال الملّاك من نصبهم الصّبيان في مقامهم في الأخذ من الصّبي والاعطاء للصّبي فحال المُلّاك يؤذن بنصب الصّبيان مقام أنفسهم.

(٥) كلمة من بيانية تبيّن لِما في قوله: (على ما).

(٦) أي كون المالك.

كذلك[١] وكـثيراً ما[٢] يعتمد النّاس على الإذن المسـتفاد من غير وجود ذي يـد أصلاً مع شهادة الحال بذلك[٣] كما في دخول الحمّام، ووضع الاجرة عوض الماء التّالف في الصندوق، وكما في أخذ الخضر[٤] الموضوعة[٥] للبيع، وشـرب مـاء السّقّائين[٦] ووضع القيمة المتعارفة في الموضع المعدّ لهما[٧] وغير ذلك من الامور

---

(١) أي لا من حيث انّ الصّبي مستقلّ كالرّجل في تصرّفاته بحيث لا يحتاج الى الغـير ولا علاقة له مع أوليائه.

(٢) كأنّ سائلاً يسئل فهل يعتمد النّاس على الإذن المستفاد ممّا يعمله الصّبي من صورة البيع والشراء أولاً فيجاب فكيف لا يعتمد النّاس على الإذن المستفاد مـمّا يـعمله الصّبي والحال انّ النّاس يعتمدون على الإذن المستفاد من غير وجود ذي اليد كما في شرب الماء ووضع الفلوس في كوز الحمّامي والمصنّف ﷺ أجاب عن السئوال بقوله: (وكثيراً ما يعتمد النّاس الخ).

(٣) كأنّ سائلاً يسئل فهل يعتمد النّاس على الإذن المستفاد ممّا يعمله الصّبي من صورة البيع والشراء أولاً فيجاب فكيف لا يعتمد النّاس على الإذن المستفاد مـمّا يـعمله الصّبي والحال انّ النّاس يعتمدون على الإذن المستفاد من غير وجود ذي اليد كما في شرب الماء ووضع الفلوس في كوز الحمّامي والمصنّف ﷺ أجاب عن السئوال بقوله: (وكثيراً ما يعتمد النّاس الخ).

(٤) (الخُضرَة) اللّون الأخضر: البقل: النُعومة يقال: (غُصنٌ فيه خـضرة) أي نـعومة، ج خُضر وخُضَر (المنجد).

(٥) كلمة (الموضوعة) صِفة لقوله: (الخُضر).

(٦) معطوف على قوله: (أخذ الخُضر).

(٧) أي للخضر والماء.

الّتي جرت العادة بها[١] كما يعتمد على مثل ذلك[٢] في غير المعاوضات من أنواع التّصرّفات[٣] فالتّحقيق انّ هذا[٤] ليس مستثنىً من كلام الأصحاب ولا منافياً له[٥]

---

(١) أي بالامور.

(٢) أي على مثل وضع الاجرة عوض الماء في الصّندوق، وكأخذ الخضر الموضوعة في مكان معيّن للأخذ وشرب ماء السّقّائين ووضع القيمة المتعارفة في الموضع المدّ لها.

(٣) كما في اذن الصّبي في التّصرف في أراضي النّاس وبساتينهم بالصّلوة وغيرها مع شهادة الحال بذلك، وكتصرّف الصّديق في مال صديقه لوجود شاهد الحال بالرّضا.

(٤) يعني انّ الاعتماد على الاذن المستفاد من نصب المالك الصّبي في مقامه في الاخذ والاعطاء والمنكشف من معاملة الصّبي ليس داخلاً في موضوع كلام الاصحاب من منعهم عن صحّة معاملة الصّبي وتصرّفاته بقولهم: (لا يجوز تصرّفات الصّبي ولا تكون نافذة) حتّى يكون الحكم بالصّحة فيه منافياً له فيستثنى منه ويخصّص به اذ الاصحاب انّما يمنعون عن صحّة معاملات الصّبي وتصرّفاته فيما إذا كان أحد طرفي المعاملة ومستقلّاً ولا يمنعون الاعتماد على اذن المالك ورضاه المنكشف من الامارات المفيدة للظّن بهما كالقعود في الحانوت والمعاملة بمر أى من النّاس، ووجه عدم المنع انّ المعاملة في هذه الصورة انّما وقعت بين الكبيرين والصّبي آلة صرفة وطريق الى استكشاف رضا المالك فيكون متخصّصة لا مخصّصة.

(٥) أي الاعتماد على اذن المالك في تصرّفات الصّبي ليس منافياً لكلام الاصحاب القائلين (بعدم نفوذ تصرّفات الصّبي) ووجه عدم المنافاة ما عرفت آنفاً من انّ المعاملة في هذه الصّورة وقعت في الواقع بين المالك والمشتري، وانّما الصّبي طريق محض الى استكشاف رضا المالك.

و لا يعتمد على ذلك[١] أيضاً في مقام الدّعوى، و لا فيما[٢] اذا طالب المالك بحقّه وأظهر الرّضاء، انتهى[٣] وحاصله[٤] أنّ مناط الاباحة ومدارها في المعاطاة ليس

---

(١) أي على الظّن بإذن المالك ورضاه بتصرّفات الصّبي في البيع والشّراء المنكشف من جلوس الصّبيان مقام الاولياء بمعنى انّه لا يكون هذا الظّن والظّهور موجباً لتقديم قول المشتري لو تنازع مع المالك وادّعى انّ الصّبى مأذون من قبل المالك بحُجَّة انّ قوله موافق لهذا الظّن والظّهور فيقدّم.

وإنّ قول المالك الّذي يدّعي انّي ما رضيت ولا كان بإذني موافق للأصل الّذي هو عدم الإذن، ووجه عدم الاعتماد وجود دليل على حجيّة هذا الظّن والظّهور وعدم كفاية مجرّد الظّهور والظّن برضاء المالك في جواز التّصرّف وعدم ثبوت جريان العادة على حجيّة هذا الظهور فيما نحن فيه.

(٢) عطف على قوله (في مقام الدّعوى) وتفسير له والمراد من اظهار الوليّ عدم الرّضاء ان يقول: انّي ما رضيت بمعاملة الصّبي حين وقوعها.

وفرّق شيخنا الاستاذ ﷺ بين المعطوف عليه وهو ادّعاء المشتري اذن الوليّ للصّبي في المعاملة، وانكار المالك ذلك وبين المعطوف وهو طلب المالك حقّه واظهاره عدم رضاه بالمعاملة بانّ المشتري في المعطوف عليه يدّعي اذن المالك ورضاه بالمعاملة قبال دعواه عدمهما بخلاف المعطوف، فانّه فيه يسكت أو يدّعي الجهل بالحال.

وتظهر ثمرة النّزاع في ضمان المبيع بعد التّلف فعلى القول بتقديم قول المالك يكون المشتري ضامناً للمبيع المأخوذ بالمعاطاة المفيدة للاباحة المجرّدة، إمّا بالبدل الواقعي وهو المثل، أو القيمة، أو الجعلي وهو المسمّى، وأمّا قبل التلف فلا ثمرة مترتّبة على النّزاع لأنّ العين الموجودة ترجع الى صاحبها لتحقّق موضوع التّراد.

(٣) يعني انّه انتهى توضيح ما أفاده كاشف الغطاء ﷺ في هذا المقام بناءً على ما ذكره تلميذه صاحب المقابس.

(٤) أي وحاصل توضيح بعض المحقّقين تلميذ كاشف الغطاء ﷺ.

على وجود تعاط قائم بشخصين، أو بشخص منزّل منزلة شخصين[١] بل على تحقّق الرّضا من كلّ منهما يتصرّف صاحبه في ماله حتّى لو فرضنا أنّه حصل مال كلّ منهما عند صاحبه باتّفاق كإطارة الريح ونحوها[٢] فتراضيا على التّصرّف بأخبار صبّي أو بغيره من الامارات كالكتابة ونحوها، كان هذا معاطاة أيضاً ولذا[٣] يكون وصول الهديّة الى المهدى إليه على يد الطّفل الكاشف ايصاله عن رضى المهدى بالتّصرّف بل التّملّك كافياً في إباحة الهديّة بل في تملّكها وفيه[٤] أنّ ذلك[٥] حسن إلّا أنّه[٦] موقوف أوّلاً على ثبوت حكم المعاطاة من دون انشاء إباحة[٧]

---

(١) وذلك كالمشتري الآخذ اذا كان موجباً وكالة من قبل الوليّ وقابلاً من قبل نفسه لما ذكرنا من انّ المعيار في المعاطاة وصول المالين أو أحدهما مع التّراضي والرّضا من كلّ منهما بتصرّف صاحبه في ماله.

(٢) وذلك كوصول مال أحدهما الى الآخر بفعل حيوان.

(٣) أي ولأجل انّ مدار الاباحة على تحقّق الرّضا من كلّ منهما بتصرّف صاحبه في ماله.

(٤) أي وفيما أفاده (المحقّق التّستري) في توضيح ما أفاده استاذه (كاشف الغطاء) نظر ووجهه أنّ ما أفاده (التّستري) حسن لكنّه متوقّف على أمرين:

أحدهما: ثبوت حكم المعاطاة وهي الإباحة المجرّدة من دون وجود انشاء إباحة أو تمليك أصلاً.

ثانيهما: أنّه يكتفي في حصول المعاطاة بمجرّد الرّضا من الطّرفين.

(٥) أي ما ذكره المحقّق التّستري في تصحيح انّ تصرّف الصّبي يفيد الإباحة.

(٦) أي ما ذكره المحقّق التّستري.

(٧) أقول: قد نفى المصنّف ﷺ البعد عن ثبوت الموقوف عليه وهو انّ مناط الإباحة ومدارها في المعاطاة على تحقّق الرّضا من كلّ من المتعاطين بتصرّف صاحبه في ماله في آخر تنبيهات المعاطاة بل اختار بقوله: (فالمعيار في المعاطاة وصول المالين أو أحدهما مع التّراضي بالتّصرّف وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحة.

وتمليك ويكتفي فيها[١] بمجرّدالرّضا ودعوى حصول الانشاء بدفع الوليّ المال الى الصّبي مدفوعة[٢] بأنّه[٣] انشاء إباحة شخص غير معلوم[٤] ومثله[٥] غير معلوم الدّخول في حكم المعاطاة[٦] مع العلم بخروجه[٧] عن موضوعها وبه[٨] يفرّق بين ما نحن فيه[٩] ومسئلة ايصال الهديّة بيد الطّفل فانّه يمكن فيه[١٠] دعوى كون دفعه[١١] إليه للإيصال إباحة، أو تمليكاً، كما ذكر[١٢] انّ اذن الوليّ للصّبي في الاعارة إذن في انتفاع المستعير، وأمّا دخول الحمّام وشرب الماء ووضع الاجرة والقيمة فلو حكم بصحّتهما[١٣] بناء على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرّد المراضاة

---

(١) أي في المعاطاة.

(٢) كلمة (مدفوعة) خبر لقوله: (ودعوى).

(٣) أي بأنّ حصول الانشاء بدفع الوليّ المال الى الصّبي.

(٤) أقول: لا نسلّم جريان هذا في جميع المعاملات بل يختصّ ببعضها اذ قد يكون طرف المعاملة شخصاً خاصّاً معلوماً عند الولي كما اذا أذن الوليّ للصّبي في البيع والشّراء من شخص معيّن فلا تدفع الدّعوى به.

(٥) أي مثل انشاء إباحة لشخص غير معلوم.

(٦) أقول: هذا ممّا قامت السّيرة وجرت عادة النّاس على ذلك فيكفي في العلم بدخوله في حكم المعاطاة ولا يحتاج الى شيء آخر يفيد العلم وهذا بيّن لا ريب فيه.

(٧) أي بخروج هذا الإنشاء غير معيّن عن المعاطاة.

(٨) أي بعدم حصول الإباحة بدفع الوليّ لأنّه انشاء إباحة لشخص غير معلوم.

(٩) أعني ثبوت الإباحة في تعامل الصّبيان في البيع والشّراء في الاشياء اليسيرة.

(١٠) أي في ايصال الهديّة بيد الطّفل.

(١١) أي كون دفع الهديّة الى الطّفل لايصالها الى المهدى له على نحو الإباحة أو التّمليك.

(١٢) بصيغة المجهول.

(١٣) أي بصحّة وضع الاجرة في دخول الحمّام ووضع القيمة في شرب الماء.

الخالية عن الإنشاء انحصرت صحّة وساطة الصّبي بما يكتفي فيه مجرّد وصول العوضين[١] دون ما لا يكتفي فيه[٢] والحاصل انّ دفع الصّبي[٣] وقبضه[٤] يحكم العدم، فكلّ ما يكتفي فيه بوصول كلّ من العوضين الى صاحب الآخر[٥] بأي وجه اتّفق فلا تضرّ فيه مباشرة الصّبي لمقدّمات الوصول[٦] ثمّ انّ ما ذكره[٧] مختصّ بما إذا علم اذن شخص بالغ عاقل للصّبي وليّاً[٨] كان أو غيره وأمّا ما ذكره

---

(١) وذلك كما في الاشياء اليسيرة الزّهيدة لوجود السّيرة كالسّيرة في الحمّام وشرب الماء.

(٢) وذلك كما في الأشياء الخطيرة والصّادرة ممّا لم تجد السّيرة فعندئذٍ فلا يمكن ان نقول بصحّة معاملات الصّبي مطلقاً وننظّرها بشرب الماء والحمّام والحاصل انّ دفع الصّبي وقبضه في الأشياء الخطيرة بحكم العدم لعدم ترتيب الشّارع الأثر عليه.

(٣) وذلك كبيعه ودفعه المبيع الى المشتري.

(٤) وذلك كشرائه وقبضه الثمن من المشتري.

(٥) أي الى صاحب العوض الآخر وذلك كأخذ الخضر الموضوعة للبيع ووضع القيمة في الموضع المعدّ لها وكدخول الحمّام ووضع الاجرة في الصّندوق وكشرب الماء ووضع القيمة في الموضع المعدّ لها ونحوها فلا تضرّ مباشرة الصّبي فيها لمقدّمات الوصول لانّه من دون الصّبى صحيحٌ أيضاً.

(٦) وأمّا غير هذه الّذي يتوقّف على الدّفع والقبض فتضرّ مباشرة الصّبي فيه بالبداهة.

(٧) أي ما ذكره المحقّق التّستري في تصحيح معاملة الصّبي وهو كون المناط في الاباحة هو التّراضي من المالكين والإذن منهما.

(٨) حاصل الاشكال انّ ماذكره بعض المحقّقين من المناط المذكور آنفاً أخصّ من المدّعي لاختصاصه بصورة علم المشتري بانّ الصّبي مأذون من البالغ العاقل الّذي له تسلّط على ما بيده سواء كان وليّاً أو غيره والمدّعي أعمّ من هذه الصّورة هذا ولكن الظّاهر انّ هذا الاختصاص ممنوع بل ماذكره ﷺ يجري في كلّ ما كان هناك أمارة على رضا الطّرفين وانّ معاملة الصّبي اذا جلس مقام الوليّ أو تظاهر على رؤوس الأشهاد حتّى يظنّ انّ ذلك من اذن الأولياء أمارة عليه لأجل قيام اليسيره الّتي لم يردع عنها الشّرع.

كاشف الغطاء أخيراً من صيرورة الشّخص[١] موجباً قابلاً ففيه أوّلاً انّ تولّي وظيفة[٢] الغائب وهو من إذن للصّغيران كان بإذن منه فالمفروض انتفائه وإن كان[٣] بمجرّد العلم برضاه، فالاكتفاء به[٤] في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل بل ممنوع، وثانياً انّ المحسوس بالوجدان انّ عدم قصد من يعامل مع الاطفال النّيابة عمّن أذن للصّبي. ثمّ أنّه لا وجه لاختصاص ما ذكروه من الآلية بالصّبي[٥] ولابالاشياء

---

(١) وهو الآخذ من الصّبي موجباً قابلاً عند نقل الشّيخ عن كاشف الغطاء بقوله: (ولو قيل بتملّك الآخذ منهم لدلالة مأذونيّته في جميع التّصرّفات فيكون موجباً قابلاً لم يكن بعيداً).

(٢) يعني يرد عليه أوّلاً انّ تولّي الآخذ وهو المشتري في ايقاع الايجاب عن الوليّ الغائب الآذن للصّغير في البيع والشّراء في الاشياء الزهيدة ان كان بإذن منه فالمفروض انّ هذا الاذن منتف لأن الوليّ لم يأذن المشتري ان يتولّى الايجاب من قبله وإن كان تولّي المشتري بمجرّد علمه برضا الوليّ فيكون من الفضولي الّذي يتوقّف على اجازته.

(٣) أي وإن كان تولّي الآخذ في الايجاب والقبول بمجرّد علمه برضا وليّ الصّغير فالاكتفاء بمثل هذا العلم وانّه سبب لخروج هذا المشتري عن موضوع البيع الفضولي مشكل بل هو أحد أفراد البيع الفضولي فعلى هذا لا يصحّ ان يكون الآخذ المشتري موجباً وقابلاً بالاضافة الى لزوم اتّحاد الموجب والقابل.

(٤) أي الاكتفاء بمجرّد العلم برضاه.

(٥) مراده ﷺ انّه لو كان المناط في صحّة معاملات الصّبي كونه آلة وانّ الايجاب والقبول يقعان بين الوليّ والمشتري فلا وجه لاختصاص ما ذكره الفقهاء من الآليّة بالصّبي بل هو جار في السّكران والمجنون والبهائم أيضاً، ولا وجه أيضاً لإختصاص ما ذكروه من الآلية بالأشياء الحقيرة اليسيرة بل و جار في الأشياء الخطيرة أيضاً، هذا ولكنّ الحقّ بنظري القاصر هو الإختصاص بالصّبي وذلك لأنّ بيع الصّبي هو المتيقّن من مورد السّيرة كما انّها مختصّة بالاشياء اليسيرة الحقيرة فما ذكروه لا يجري في المجنون والسّكران والبهائم ولا في الإمور الخطيرة.

الحقيرة بل هو[١] جار في المجنون والسّكران، بل البهائم وفي الأمور الخطيرة اذ المعاملة اذا كانت في الحقيقة بين الكبار وكان الصّغير آلة فلا فرق في الآلية بينه[٢] وبين غيره.

نعم[٣] من تمسّك في ذلك[٤] بالسّيرة من غير أن يتجشّم[٥] لإدخال ذلك تحت القاعدة فله تخصيص ذلك بالصّبي لأنّه[٦] المتيقّن من موردها[٧] كما انّ ذلك[٨] مختصّ بالمحقّرات.

---

(١) أي ما ذكره الفقهاء.

(٢) أي بين الصّبي وبين غيره من السّكران والمجنون والبهائم.

(٣) هذا استدراك عمّا أفاده من عدم وجه لاختصاص ما ذكروه وهي الآليّة بالصّبي، وبالاشياء الزّهيدة، وهذا الاستدراك قريب ممّا ذكرنا آنفاً من انّ الحقّ هو الاختصاص بل يرجع بتقريرٍ آخر الى ما ذكرنا وخلاصة الاستدراك انّ الّذي يتمسّك في صحّة تصرّفات الصّبي في البيع والشّراء اليسيرة بالسّيرة المستمرّة ولا يتكلّف في إدخال هذه التّصرّفات تحت قاعدة فقهيّة معيّنة فله ان يخصّص هذه التّصرّفات بالصّبي المميّز لأنّه المتيقّن من جواز التّصرّف فلا تشمل هذه التصرّفات المجنون والسّكران كما انّ هذه التّصرّفات تختصّ بالمحقّرات فلا تشمل الأشياء الخطيرة.

(٤) يعني في جواز إباحة التّصرّف بمعاملة الصّبي.

(٥) (جَشِمَ جَشْماً وجشامة وتَجَشّم) الأمر تكلّفه على مشقّة.
الجَشَم والجُشْم الثّقل والأمر الثقيل ألجِشَمْ والجُشْم الغليظ الثقيل (المنجد).

(٦) أي لأنّ الصّبي.

(٧) يعني من مورد السّيرة.

(٨) يعني جواز التّصرّف بمعاملة الصّبي مختصّ بالمحقّرات لأنّ السيرة فيها فقط.

(شروط المتعاقدين)

«مسئلة»: ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما[1] لمدلول العقد الّذي

---

(١) أقول: تنقيح الكلام في هذا المقام يحتاج الى البحث في أمور:

(الاوّل): انّ اعتبار القصد المذكور في ترتّب الأثر على العقد ممّا قد اتّفقت كلمات الأصحاب من المتقدّمين والمتأخّرين عليه ولم ينقل الخلاف هنا عن أحد بل عن العلّامة ﷺ في التذكرة ادّعاء الإجماع عليه.

والوجه فيه أنّ عنوان العقد من البيع والاجارة ونحوهما قصديٌ لا يصحّ اعتباره عند العقلاء في غير ظرف قصده بل يصحّ اعتباره في دائرة القصد وهذا هو المراد من قولنا: (العقود تابعة للقصود) بمعنى انّها تنتفي بانتفاء القصود، فأصابوا في أصل الاعتبار، ولكنّهم قد أخطأوا في عدّ ذلك من شرائط العقد أو المتعاقدين لأنّ القصد من مقوّمات العقد الّتي يتنفي بانتفائها.

(الثاني): أنّه لا ريب في انّ مراد الفقهاء (رضوان الله عليهم) من قصد مدلول العقد قصد ايجاده وارادة إيقاعه في مقابل عدم قصد إيجاده سواء كان لعدم قصد اللّفظ بأن يكون صادراً عنه من غير إرادة كاللّفظ الصّادر من النّائم والغالط والغافل فإنّ اللّفظ إذا صدر في حال النّوم والغفلة بأن سبق اللّسان إليه فلا أثر فهو غير منظور فيه، أم لعدم قصد المعنى أصلاً بل يكون اللّفظ مقصوداً له، كما اذا قيل: الإجارة المهملة على وزن الاجازة بالزّاء المعجمة، أو قيل: بعت على وزن خفت، أم لعدم قصده الايقاع بأن يكون المعنى مقصوداً له لإرادة الاستعماليّة دون الإرادة الجديّة، كما إذا أخبر عن قيام زيد وحكى عنه بداعي الهزل بأن يكون داعية على استعمال اللّفظ في المعنى الحكاية عن وقوع هذا المدلول في موطنه من ذهن أو خارج.

يتلفّظان به[١] واشتراط القصد بهذا المعنى[٢] في صحّة العقد، بل في تحقّق مفهومه[٣] ممّا لا خلاف فيه ولا إشكال فلا يقع من دون قصد الى اللّفظ كما في الغالط[٤] أو إلى ا[٥]لمعنى لا بمعنى عدم استعمال اللّفظ فيه[٦] بل بمعنى

= (الثالث): ما أفاده الشّهيد ﷺ في المسالك[أ] من انّ المكره والفضوليّ غير قاصدين لمدلول العقد فالظّاهر انّه خلط قصد بقصد اذ من البيّن انّ المكره لا طيب نفس له بمضمون العقد لا أنّه غير قاصد لمدلوله وكم من فرق بينهما.

(١) أي بالعقد.

(٢) وهو قصد المتعاقدين لمدلول العقد الّذي يتلفّظان به والمقصود من مدلول العقد هو تمليك العين أو المنفعة.

(٣) يعني في تحقّق مفهوم العقد خارجاً وذلك لأنّ العقد لا يتحقّق في الخارج إذا لم يقصد المتعاقدان مدلوله الّذي يتلفّظان به كما هو واضح.

(٤) وهو الّذي يريد التّكلّم بلفظ (بِعتُ) مثلاً فيسبق لسانه ويقوله: بَعْتُ بالفتح.

(٥) عطف على قوله: (الى اللّفظ) بمعنى أنّه لا يقع العقد من دون قصد الى المعنى المنشأ الّذي يتحقّق في الخارج.

(٦) أي عدم استعمال اللّفظ في المعنى.

(أ) متن عبارة المسالك (ويمكن أن يقال انّ القصد من المكره حاصل دون من سبق لأنّ غير العاقل لا يقصد الى اللّفظ ولا الى مدلوله بخلاف المكره فانّه باعتبار كونه عاقلاً قاصد الى ما يتلفّظ به ويفعله بشعوره لكنّه بالاكراه غير قاصد الى مدلوله وذلك كافٍ في صلاحيّته وقبوله: للصحّة إذا لحقه القصد الى مدلوله بإجازته، ومثله القول في عقد الفضولي الخ. ج د أوّل مسالك كتاب التّجارة ص ١٧١ منه.

عدم تعلّق إرادته[١] وإن أوجد مدلوله[٢] بالإنشاء كما في الأمر الصّوري[٣] فهو شبيه الكذب في الاخبار كما في الهازل[٤] أو قصد معنى يغاير مدلول العقد بإن قصد الاخبار[٥] أو الاستفهام[٦] أو إنشاء معنى غير البيع مجازاً[٧] أو

---

(١) أقول: فإنّ عدم قصد المعنى يتصوّر على وجهين:

أحدهما: ان لا يستعمل اللّفظ في المعنى الموضوع له بل إسْتَعْمَلَ في غيره.

وثانيهما: ان يستعمل اللّفظ في معناه الموضوع له إلّا أنّه لم يقصد من اللّفظ حصول مدلوله الّذي هو تمليك العين أو المنفعة به وإن استعمله في مدلوله وهو الإنشاء قبال الأخبار لكن بداعي المزاح لا بداعي تحقّق المنشأ به في الخارج.

فالهازل واللّاعب باللّفظ على سبيل اللّعب خارج عن حريم المسئلة لعدم وجود إرادة منهما لإيجاد المنشأ في الخارج حقيقة وجداً.

(٢) أي وإن أوجد الهازل مدلول اللّفظ.

(٣) بمعنى الارشادي كقول الطّبيب للمريض: لا تأكل الرّمّان الحامض لأنّه ضارٌ، فإنّ الغرض منه الإنتقال الى أنّ في الأكل ضرراً والإرشاد، إلى أنّ في الفعل مفسدة لا عدم وقوعه في الخارج فليس أمراً حقيقيّاً لعدم وجود إرادة جديّة فيه فيشبه الامر الصّادر من الآخر على سبيل المزاح، وهذا بخلاف الأمر الامتحاني، كأمر المولىٰ لعبده: إذبح ولدي فإنّه أمرٌ حقيقي لا صوريٌ.

(٤) هَزَلَ هَزلاً في كلامه مزح وهذي، ضدّ جدّ (المنجد) والهازل هو الّذي ينشأ العقد مزاحاً لا جدّ له فيه.

(٥) بأنّ قصد المتكلّم بقوله: (بعت) أو (اشتريت) الأخبار عن وقوعهما لا إنشائهما.

(٦) بأنّ قصد المتكلّم من قوله: (بعت) هل بعت.

(٧) بأنّ قصد من لفظ (بعت) معنى أنكحت مثلاً، مجازاً أو غلطاً أو أراد من لفظ (بعت) في قوله: بعت الاجارة بناءاً على جواز استعمال لفظه الموضوع لنقل الاعيان في نقل المنافع مجازاً، حيث انّ البيع يفيد نقل المنافع بالتّبع.

غلطاً[١] فلا يقع البيع[٢] لعدم القصد إليه[٣] ولا المقصود[٤] إذا اشترط فيه[٥] عبارة خاصّة.

ثمّ انّه ربّما يقال بعدم تحقّق القصد في عقد الفضوليّ[٦]

---

(١) (غَلِطَ غَلَطاً) في الأمر لم يعرف وجه الصّواب فيه فهو غالط والأمر المغلوط فيه (المنجد).

والمراد منه هنا أنّ إنشاء معنى غير البيع من لفظ بعت غلطاً كما لو عبّر عن البيع بالإعارة أو الهبة بأن أراد أن يقول: أعرت أو وهبت، فقال: بعت.

(٢) هذه الفاء تفريع على ما ذكره في قوله: أو قصد معنى يغاير مدلول العقد.

أي فعلى ما بيّناه لا يقع البيع لو قصد منه الاخبار، أو الاستفهام أو معنى يغاير مدلول العقد وذلك لعدم القصد الى البيع فيلزم منه أن يقال: انّ ما قُصِدَ لم يقع وما وَقَعَ لم يُقْصَدْ حيث انّه لم يقع البيع منه وذلك ممّا لا ريب فيه.

(٣) الضمير يرجع الى البيع.

(٤) أي ولا يقع المقصود وهو النّكاح، أو الاخبار، أو الاستفهام، إذا اشترط في المقصود عبارة خاصّة بمعنى انّ كلّ عقد لازم وضع الشّارع له صيغة خاصّة بالاستقراء كما اتّفق الكلّ على صيغتَي (زوَّجَ، وأنْكَحَ) في عقد النّكاح هذا.

وقال السّيّد في الحاشية في هذا المقام ما هذا لفظه: (أقول: لكن هذا ليس من فروع المقام كما هو واضح، فإنّ القصد متحقّق والمفقود هو الشّرط الآخر الّذي هو الصّيغة الخاصّة).

(٥) أي في المقصود.

(٦) لا يخفى على أهل الدّقّة والبصيرة انّ المكره والفضولي ليسا في وزان واحد، فقياس المكره على الفضولي لا وجه له بل هو خلط قصد بقصد اذ المكره لا طيب نفس له بمضمون العقد لا انّه غير قاصد لمدلوله، فما أفاده الشهيد ﷺ في المسالك من أنّهما قاصدان الى اللّفظ دون مدلوله أيضاً لا وجه له لانّهما قاصدان للمدلول أيضاً

=

والمكره[١] كما صرّح به[٢] في المسالك حيث قال: انّهما قاصدان الى اللّفظ دون

= وانّما الفرق بينهما انّ قصد وقوع مضمون العقد في المكره ليس عن داع اختياريّ وقصد نفسانيّ بل عن وعيد المكره بالكسر، وفي الفضولي هذا المعنى موجود وانّما المفقود قصد وقوع المضمون عن نفسه، نعم قد يقال انّ الفضولي مع علمه بكون العقد المؤثّر شرعاً هو الصّادر عن المالك لا عن الأجنبيّ لا أثر لعقده لعدم تحقّق القصد منه الى حقيقة العقد فإنشائه انشاء صوريٌ لا يترتّب عليه أيّ أثر.

والجواب عن هذا الاشكال: انّه يمكن أن يقال: انّ عقد الفضولي وان لم يكن علّة تامّة في التّأثير الّذي هو النّقل والانتقال لكنّه مقتض لهما فيتمّ بالاجازة الّتي هو أحد جزئي وقوع العقد والجزء الآخر العقد، فعندئذٍ إن صدرت الاجازة صحّ عقد الفضولي ووقع للمالك وإن لم تصدر وردّ العقد لم يقع للمالك ولا للعاقد فيحصل انّ المانع من نفوذ عقد الفضولي هو عدم صدور الاجازة ممّن له حقّ النّقل والانتقال لا عدم تحقّق القصد من الفضولي كما يظهر من المسالك، لأنّه قاصد عند انشاء اللّفظ وايجاده في عالم الخارج الى حقيقة العقد.

(١) علّلوا عدم قصد المكره بالفتح بأنّه لا يريد ايجاد النّقل والانتقال في الخارج بإختياره، وانّما الخوف ألجأه الى الانشاء فلولا التّهديد من المكره بالكسر وتخويفه للمكره بالفتح لما أنشأ أبداً فإنشائه انشاء ساذج فارغ عن القصد.

والحاصل أنّ الدّاعي لإنشائه ليس قصد المنشأ في عالم الخارج حتّى يترتّب عليه الأثر وهو النّقل والإنتقال.

وجوابه يعلم ممّا بيّنّاه آنفاً: وهو انّه يمكن أن يقال إنّ المكره بالفتح قاصد لتحقّق النّقل والانتقال في الخارج إلّا أنّه ليس هناك طيب النّفس منه حالة إيجاده العقد ومن البيّن انّ طيب النّفس صفة أجنبيّة عن مقولة القصد لا ربط لها بحقيقته، ففقدانها ليس موجباً لعدم تحقّق القصد.

(٢) أي بعدم تحقّق القصد من الفضولي والمكره وقد عرفت عدم صحّته وانّهما قاصدان لمدلول القعد.

مدلوله وفيه[١] انّه لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقّق في صدق مفهوم[٢] العقد مضافاً الى ما سيجيء في أدلّة الفضولي[٣] وأمّا معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار، واعلم أنّه ذكر بعض المحقّقين[٤] ممّن عاصرناه كلاماً في هذا المقام[٥] في أنّه هل يعتبر تعيين المالكين[٦] الّذين يتحقّق النّقل أو الانتقال

---

(١) أي وفيما أفاده صاحب المسالك من أنّ الفضولي والمكره قاصدان الى اللّفظ دون مدلوله نظر وإشكال، وقد بيّنّا وجه الإشكال واخترنا ما هو الحقّ فلا نعيده.

(٢) الجارّ متعلّق بالاشتراط كما ذكره شيخنا الاستاذ ﷺ لا بكلمة المتحقّق كما ذهب به بعض الاجلّة فيكون المراد لا دليل على أنّه يشترط في صدق مفهوم العقد أزيد من قصد مدلول العقد بالقصد الجدّي.

(٣) من قيام الأدلّة على كفاية قصد مدلول العقد بالقصد الجدّي في صدق مفهوم العقد.

(٤) وهو صاحب المقابس الشيخ أسد الله التّستري ﷺ.

(٥) يعني في شروط المتعاقدين في مقام قصدهما لمدلول العقد الّذي يتلفّظان به وقد كشفنا الغطاء عن وجهه.

(٦) أقول: ينبغي أن نذكر متن عبارة صاحب المقابس ﷺ أوّلاً لازدياد البصيرة ثم بيان المراد منها.

إليك نصّ العبارة: (وهل يعتبر تعيين المالكين الّذين يتحقّق النّقل والانتقال بالنّسبة اليهما أم لا؟ فيه أوجه وأقوال والمسئلة في غاية الإشكال، وقد اضطربت فيها كلمات الاصحاب (قدّس الله أرواحهم) في تضاعيف أبواب الفقه) كتاب البيع من المقابس ص١٢.

ومراده ﷺ من هذه العبارة، أنّه هل يعتبر في صحّة العقد والمعاملة تعيين البايع المباشر للايجاب للمالك الأصلي، أي صاحب المثمن الّذي يبيع البايع المباشر له، وينقل ماله وكذا تعيين المشتري المباشر للقبول مالك الثّمن الّذي يشتري له سواء كانت المعاملة بالأعيان الشّخصيّة أو الامور الكليّة هذا، والتّحقيق أن يقال لا شبهة

=

بالنّسبة اليهما أم لا؟

وذكر[١] انّ في المسألة[٢] أوجهاً وأقوالاً وانّ المسألة في غاية الإشكال، وانّه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب (قدّس الله أرواحهم) في تضاعيف أبواب الفقه، ثمّ قال:[٣] وتحقيق المسألة أنّه[٤] أنّ توقّف تعيّن المالك على التّعيين حال العقد[٥] لتعدّد[٦] وجه وقوعه الممكن شرعاً[٧] اعتبر تعيينه[٨] في النيّة، أو مع التّلفّظ

= في أنّ تعيين المالك ليس من مقوّمات البيع ولا من شرائطه، ضرورة أنّ البيع اعتبار تبديل شيء بشيء في أفق النّفس وإظهاره بمبرز خارجي من اللّفظ وغيره، ولا ريب في أنّ هذا المعنى يتحقّق بدخول العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوّض وبالعكس بلا احتياج الى تعيين مالك الثمن أو تعيين مالك المثمن، ولم يقم دليل تعبّديٌّ على ذلك، ولا فرق فيما ذكرناه بين صدور العقد من نفس المالكين، وبين صدوره من غيرهما كالفضولي والوكيل والوليّ.

(١) أي ذكر صاحب المقابس.

(٢) يعني مسئلة اعتبار تعيين المالكين الّذين يتحقّق النّقل والانتقال بالنّسبة اليهما كما بيّنّا المراد منه آنفاً.

(٣) أي قال المحقّق التّستري في كتابه المقابس.

(٤) أي الشأن.

(٥) قوله حال العقد متعلّق بكلّ من التّعيّن والتّعيين بنحو باب التنازع لا بالتّعيين فقط. وحاصل كلام المحقّق التّستري: أنّ البايع والمشتري امّا ان يكونا متعيّنين حال العقد أو لا، فعلى الأوّل لا تحتاج المعاملة إلى تعيينهما لتعيّنهما في الواقع وانصراف المعاملة إليهما، وعلى الثاني تحتاج المعاملة الى التعيين لعدم تعيّن البايع والمشتري في عالم الواقع بداهة صلاحيّة كلّ واحد منهما أن يكون بايعاً ومشتريّاً.

(٦) هذا علّة للتّوقّف في قوله: (انّ توقّف تعيّن المالك على التّعيين حال العقد).

(٧) هذا صفة للوقوع ويحتمل أن يكون وصفاً للوجه.

(٨) يعني تعيين المالك.

به[١] أيضاً كبيع الوكيل والوليّ العاقد عن اثنين في بيع واحد[٢] والوكيل عنهما[٣] والوليّ عليهما[٤] في البيوع المتعدّدة[٥] فيجب أن يعيّن مَن يقع له البيع، أو

---

(١) أي بالمالك، أقول مثال ذلك: كما إذا كان العوضان كليّين فإنّ مالك الكلّي لا يتعيّن حال العقد إلّا بالتّعيين حاله بالنيّة أو مع التّلفّظ به.

والوجه فيه انّ الكلّي بما هو كلّي لا يمكن بيعه في مقام الثّبوت إلّا بإضافته الى ذمّة خاصّة، من ذمّة زيد وعمرو وغيرهما، اذ البيع تبديل شيء بشيء في جهة الإضافة، ومن الواضح أنّ الكلّي بما هو كلّي غير مضاف الى أحد لكي يكون تبديله بشيء من قبيل تبديل شيء بشيء في جهة الإضافة، ونضيف الى ذلك أنّ الكلّي مالم يضف الى ذمّة زيد مثلاً لا يكون مالاً ولا ملكاً وعندئذٍ لا تقع المبادلة بين المالين إذ البيع كما عرفته عند البحث عن تعريفه مبادلة مال بمال.

(٢) الظّرف وهو قوله (في بيع واحد) متعلّق بالعاقد بلحاظ كونه عن اثنين مثاله بأن يكون زيد وعمرو شريكان في شيء واحد كقطعة من الأرض مثلاً، مشاعاً ووكلّ كلّ واحد منهما بكراً في بيع حصّة، فحينئذٍ يجب على البكر تعيين البايع اذا باع نصفه، أو قال كلّ منهما له اشتر لي هذه الحنطة الموجودة، هذا إذا كانت الوكالة عنهما في شراء مبيع شخصي، وأمّا الوكالة عنهما في شراء جنس غير مشخّص كما لو قال كلّ منهما له: اشتر لي منّا من الحنطة.

(٣) يعني عن اثنين.

(٤) يعني على الاثنين.

(٥) أقول: الظّرف هنا أيضاً متعلّق بالعاقد عن اثنين مثاله كما لو كان زيد وكيلاً عن عمرو، أو وليّاً عليه في الشّراء له والبيع عنه وكان وكيلاً أيضاً عن بكر ووليّاً عليه في الشّراء له والبيع عنه ففي هاتين الصّورتين يجب على زيد تعيين البايع أو المشتري عند صدور العقد منه.

هذا وقال السّيّد ﷺ في الحاشية الظّاهر انّ المراد من كونه وكيلاً عن اثنين في بيع =

الشّرا[١]ء من نفسه، أو غيره وإن يميّز البايع من المشتري[٢] إذا أمكن الوصفان[٣] في كلّ منهما[٤] فإذا عيّن[٥] جهة خاصّة تعيّنت وإن أطلق[٦] فإن كان هناك جهة

= واحد فإذا كان المبيع واحداً كان يقول كلّ منهما: اشتر لي هذا الكتاب بعشرة دراهم، فإشتراه من غير تعيين أحدهما، والمراد من البيوع المتعدّدة ما إذا قال كلّ واحد منهما: اشتر لي كتاباً، فإشترى كتاباً واحداً ولم يعيّن كونه لأحدهما، انتهى.

(١) كلمة (من) بيان لِـ(من يقع له).

(٢) بصيغة الفاعل، أي على الوكيل عن زيد، أو الوليّ عليه أن يميّز البايع عن المشتري حال صدور العقد منه.

(٣) يعني وصف البايعيّة والمشترئيّة.

(٤) أي في كلّ من الموكّلين وذلك فيما إذا لم يكن أحد العوضين من قبيل النّقود، بل غيرها كالدّار مثلاً، فإذا أراد الوكيل بيع دار موكّله زيد بدار لموكّله الآخر عمرو، فقال: دار موكّلي زيد في مقابل دار موكّلي عمرو بيعا لم يتميّزان أيّهما بايع، وأيّهما المشتري لصلاحيّة كلّ من الموكّلين، لأن يكون بايعاً ومشترياً، فإذا لم يتميّز البايع عن المشتري لم يعلم انّ الخيار لأيّ منهما، فلا بدّ أن يميّز البايع من المشتري لفظاً، أو نيّةً حتّى ينتج أنّ خيار الحيوان للمشتري فقط على المشهور.

(٥) يعني فإذا عيّن الوكيل أو الوليّ من يقع له البيع وجهة خاصّة بأن يقول: اشتريت لعمرو وكالة عنه أو ولاية عليه، وبعت عن زيد وكالة عنه أو ولاية عليه، فعندئذٍ تعيّنت الجهة الخاصّة عند صدور العقد من الوكيل أو الوليّ، ووقع العقد صحيحاً.

(٦) بأن لم يعيّن من يقع له البيع، وبعبارة واضحة بأن لا يقول اشتريت لبكر، فإن كانت في هذه الحالة جهة ينصرف إليها الإطلاق كان كالتّعيين كما لو دار الأمر بين نفسه وبين غيره، فإنّ الإطلاق فيه منصرف الى نفسه، وذلك ممّا لا شبهة فيه لأنّه لا ريب في اضافة الكلّي الى البايع وانتساب البيع إليه بمجرّد تكلّمه بصيغة بعت، لإنصراف الإطلاق الى المنشئ انصرافاً عقلائيّاً لأنّ فعل كلّ ينتسب إليه ويحكم بوقوعه عنه، =

يصرف إليها الإطلاق كان[١] كالتّعيين، كما لو دار الأمر بين نفسه وبين غيره إذا لم يقصد الإبهام[٢] والتّعيين بعد العقد وإلّا وقع[٣] لاغياً[٤] وهذا[٥] جار في سائر العقود من النّكاح وغيره، والدّليل على اشتراط التّعيين[٦] ولزوم متابعته في هذا القسم[٧] أنّه لولا ذلك[٨] لزم بقاء الملك بلا مالك معيّن في نفس

= فالقرينة الحاليّة الدّالة على أنّ المعاملة الصّادرة منه قد وقعت لنفسه تغنينا عن كونها صادرة منه لموكّله لاحتياج الوكالة الى مؤنة زائدة، والأصل عدمها ما لم ينصب قرينة حاليّة أو مقاليّة على خلافه.

(١) يعني كان الاطلاق كالتّعيين وقد أشبعنا الكلام فيه آنفاً فراجع.

(٢) يعني أنّ ما قلناه من أنّ الإطلاق كالتّعيين فيما إذا لم يقصد العاقد من العقد الإبهام والتّرديد بين نفسه وبين غيره حال الإنشاء ثمّ التّعيين بعد العقد، وأمّا لو قصد الإبهام والتّرديد بينهما فيقع العقد لاغياً.

(٣) أي العقد.

(٤) أي وإن لم يكن هناك جهة خاصّة ينصرف إليها الإطلاق، كما إذا اشترى لغيره في الذّمّة وأطلق ذاك الغير، وقصد الإبهام في حال الإنشاء أو قصد التّعيين بعد العقد، فلا تنصرف المعاملة إليه فيقع هذا الإنشاء والعقد لاغياً.

(٥) يعني ما ذكرنا من لزوم التّعيين في البيع جار في جميع العقود من النّكاح وغيره ولا يختصّ بالبيع.

(٦) أي تعيين من له العقد.

(٧) من البيع القابل الإنطباق على المتعدّد المتوقّف تعيّن المالك، ومن له العقد على التّعيين حال الإنشاء.

(٨) أي لو لا التّعيين لَلَزِمَ بقاء الملك بلا مالك لأنّ الوكيل حين لم يقصد هذا الموكّل ولا ذاك الموكّل، فعندئذٍ إن خرج الملك من البايع لم يكن لهذا ولا ذاك، إذ المفروض لم يقصد أحدهما ولا لكليهما فيبقىٰ بلا مالك.

الامر[١] وإن لا يحصل الجزم بشيء من العقود الّتي لم يتعيّن فيه العوضان[٢]

---

(١) أشار بقوله هذا الى دليل عقلي وهو: عدم معقوليّة تحقّق الملك بلا مالك معيّن في نفس الأمر.

تقريبه أنّ حقيقة البيع تمليك عين بعوض، والتّمليك موقوف على تعيين المالك إذْ لولاه لزم تحقّق الملك المفروض حصوله بالبيع والتّمليك بلا مالك معيّن في نفس الأمر وهو غير معقول.

والوجه فيه أنّ الملكيّة علاقة خاصّة بين المالك والمملوك، فيستحيل قيامها بطرف واحد وهو المملوك، وبعبارة واصحة، أنّ المملوكيّة والمالكيّة بينهما تضاعف، فلا يعقل اعتبار الأوّل دون الثّاني.

(٢) أقول: أشار بقوله هذا الى دليل شرعيّ، وهو الاجماع يعني لو أغمضْنا عن عدم معقوليّة تحقّق الملك بلا مالك معيّن في نفس الأمر وسلّمْنا إمكانه نقول: أنّه لو لا تعيين من له العقد لزم التّردّد والتّعليق من حيث المالك في جميع العقود الّتي كان العوضان فيها كلّيين بيعاً كان أو غيره، مع عدم وجود جهة ينصرف إليها الإطلاق.

مثاله بأن اشترى زيد حنطة لغيره في الذّمّة ولم يعيّن ذاك الغير وفساد التّردّد وعدم الجزم من جهة ابطاله للعقد أمر بيّن لا شبهة فيه.

ولمّا أنْجرَّ بنا الكلام الى هنا فلابأس بالإشارة الى ماذكره صاحب مصباح الفقاهة قال ﷺ فيه بعد الاعتراض على المصنّف بأنّه قد أغفل التّعرّض لبعض جهات المسألة ماهذا نصّه: (الجهة الاولى: في أنّه إذا كان من له العقد مقصوداً للمتعاقدين ولم يتعيّن في مقام العقد للآخر فالظّاهر أن يحكم بصحّة العقد، لأنّ قصد المالك لبّاً وإن كان ركناً في العقد، كما هو المفروض ولكن تعيينه للطّرف في المعاملة ليس بركن فيه لحصول الغرض الاقصى مع إبهامة أيضاً في مقام الاثبات.

وعليه فيصحّ أن يتوجّه الموجب الى القابل، ويخاطبه بقوله: بعتك منّاً من الحنطة، بلا تصريح بإسم من تكون الحنطة في ذمّته، وإنّما يصرّح بإسمه بعد تماميّة العقد، أو

=

ولابشيء من الأحكام والآثار المترتّبة على ذلك[١] وفساد ذلك[٢] ظاهر، و لادليل على تأثير التّعيين المتعقّب[٣] ولا على صحّة العقد المبهم

= يقول: وهبت هذا المال لمن قصدته، ثمّ يبيّن الموهوب له، أو يقول: زوّجتك المرأة المعهودة عندي، ويعيّنها بعد تماميّة عقد الزّواج.

وهكذا الكلام في ناحية القبول.

والوجه في ذلك هو أنّ حقيقة البيع عبارة عن اعتبار التّبديل بين شيئين، وحقيقة الهبة عبارة عن اعتبار ملكيّة العين الموهوبة للواهب، وحقيقة الزّواج عبارة عن اعتبار عدليّة أحد الزّوجين للآخر، ولا شبهة في تحقّق تلك الحقايق بالصيّغ المذكورة، ولا يعتبر فيها معرفة الموجب لمن هو مقصود القابل ولا معرفة القابل لمن هو مقصود الموجب، بديهة أنّ خصوصيّات الأشخاص وإن كانت دخيلاً في الأغراض الشّخصيّة ولكنّها غير دخيل في حقيقة العقود، ولا في صحّتها، انتهى، وممّا ذكرنا آنفاً يعرف ضعف ما في كلامه لا حاجة للاعادة في الإستفادة.

(١) أي التّعيين فمثلاً لا يحصل الجزم بأنّ أيّهما له الخيار في بيع الحيوان.

(٢) أي المحذور الّذي يلزم من عدم التّعيين وهو لزوم بقاء الملك بلا مالك معيّن في نفس الأمر، وعدم حصول الجزم بشيء من العقود، ولا بشيء من الأحكام.

(٣) أقول: أشار بقوله هذا الى أصل مسلّم، أعني أصالة الفساد، تقريبه أنّه لو أغمضنا عمّا ذكرنا من الدّليلين.

نقول: أنّه لا دليل على صحّة العقد بدون التّعيين لأنّ الأدلّة المستفاد منها صحّة المعاملة منصرفة الى المعاملة الّتي عيّن فيها المالك شيوعها، فعند عدم تعيين المالك لا تأتي تلك الأدلّة فيرجع في غير صورة التّعيين الى الأصل المتقضي للفساد.

إنْ قلت: لا بأس بأن يعيّن بعد تمام العقد فلا يضرّ الإبهام والإهمال والإجمال حال العقد، قلت: لا دليل على تأثير التّعيين المتعقّب، فالأصل عدمه، كما أنّه لا دليل على صحّة العقد المبهم، لإنصراف الأدلّة الدّالة على الوفاء بالعقد وعلى أصالة صحّة العقد الى الشايع المعروف.

لإنصراف[١] الأدلّة الى ما هو الشّايع المعروف من الشّريعة والعادة[٢] فوجب الحكم بعدمه[٣] وعلى هذا[٤] فلو اشترىٰ الفضولي لغيره في الذّمّة[٥] فإنْ عيّن ذلك الغير تعيّن، ووقف على اجازته سواء تلفّظ بذلك[٦] أم نواه[٧].

---

(١) هذا تعليل لعدم صحّة العقد المبهم لما ذكرنا من انصراف أدلّة صحّة العقد الى العقد الشّايع المعروف عند الشّريعة، وهي المعاملة المحدودِ من جهات عديدة: (منها) تحديدها من ناحية المميّزات، وذلك كتعيين المالك والعوضين، ومنها تحديدها من ناحية النّوع من كونها بيعاً أو مزارعة، أو مساقاة وغيرها، فالتّرديد في احدىٰ الجَهتين موجب لبطلان العقد لقيام الإجماع عليه.

(٢) أي لإنصراف أدلّة صحّة العقد (كأوفوا بالعقود، وأحلّ الله البيع) وغيرهما الى العقد الشّايع المعروف، من العادة، بمعنى أنّ العادة تحكم بتأثير المعاملة الّتي عيّن فيها المالك حال صدور العقد وتحكم بعدم تأثير المعاملة الّتي عيّن المالك عقيب العقد وبعد صدوره، وهذا بيّن لا ريب فيه.

(٣) أي بعدم وجود الإبهام في العقد، وانّه لو أبهم مع قصد الغير بطل العقد كما لو باع زيد مثلاً سلعته فضولاً من انسان، ثمّ إذا جاء شخصٌ قال له: هل أنت تقبل هذا البيع، وهكذا.

(٤) أي بناء على أنّه لو لا التّعيين لزم بقاء الملك بلا مالك في نفس الأمر يشترط تعيين البايع والمشتري في العقد.

(٥) المراد من قوله: في الذمّة، ذمّة الغير، بمعنى أنّه اشترىٰ للغير شيئاً بمال الغير بأن يقول القابل: اشتريت بالمبلغ المعلوم على ذمّة الغير.

(٦) أي بالتّعيين، بأن صرّح بإسم الغير فقال: اشتريت هذا الكتاب بعشرة دراهم في ذمّة خالد.

(٧) أي لم يصرّح بإسم الغير بل ينويه في قلبه.

وإن أبهم مع قصد الغير بطل[١] ولا يوقف الى أن يوجد له[٢] مجيز، إلى أن قال[٣] وإن لم يتوقّف[٤] تعيّن المالك على التّعيين حال العقد بأن يكون العوضان معيّنين[٥] ولا يقع العقد فيهما[٦] على وجه يصحّ إلّا لمالكهما ففي وجوب التّعيين[٧]

---

(١) يعنى أنّه لو أبهم العاقد عند إجراء العقد مع قصده الشّراء للغير بطل العقد والبيع ولا يتوقّف الى أن يوجد له مجيز.

وجه البطلان أنّه إذا لم يكن العوضان خارجيّين اعتبر القصد الى من له العقد لأنّ الذّميّات لا تصحّ أن تكون موضوعاً للمعاوضة إذا لم تكن مضافة الى ذمّة معيّنة، سواء لم تكن مضافة الى ذمّة أصلاً، كما لو قال: بعت فرساً بدينار، أم كانت مضافة الى غير معيّن، كما لو قال: بعت فرساً في ذمّة زيد أو عمرو بدينار في ذمّة أحدهما مع عدم قصد واحد بعينه، فلا بدّ من تعيين من له العقد ليصحّ جعل المعوّض عوضاً.

(٢) أي للعقد.

(٣) أي المحقّق التّستري في كتابه المقابس.

(٤) حاصل كلامه ﷺ أنّه ان لم يتوقّف تعيّن المالك على تعيين البايع والمشتري بأن كان العوضان معيّنين، كما إذا كان الثّمن لخالد، والمثمن لزيد، فوكّلا عمراً للمعاملة فباع المثمن بالثّمن من دون تعيين المالكين فهل هذه المعاملة تقع صحيحة؟ أمْ تتوقّف على تعيين البايع والمشتري؟ فيه أقوال، سنذكرها تفصيلاً إنشاء الله تعالى فانتظر.

(٥) بأن يكون أحد العوضين وهو الثّمن لزيد وكان ديناراً خارجيّاً معيّناً، وثانيهما وهو المثمن لعمرو وكان كتاباً خارجيّاً معيّناً، فوكّلا خالداً مثلاً للمعاملة فباع خالدٌ الكتاب بدينار وقع العقد لمالكهما.

(٦) يعني في العوضين.

(٧) أي تعيين مالكي المثمن المعيّنين بأن قال خالد: بعت هذا الكتاب الّذي لعمرو عن عمرو بهذا الدّينار لزيد.

أو الإطلاق[١] المنصرف إليه[٢] أو عدمه[٣] مطلقاً[٤] أو التّفصيل بين التّصريح بالخلاف[٥] فيبطل، وعدمه[٦] فيصحّ أوجه[٧] أقواها

---

(١) وقوله: أو الإطلاق عطف على التّعيين المضاف إليه لا على الوجوب المضاف، فيكون أحد طرفي الواجب التخيّري، مثاله أن يبيع زيد مال نفسه من دون تقييد بكونه عن نفسه أو غيره فإنّه ينصرف الى كونه عن نفسه، بأن لم يعيّن الوكيل المالكين وأطلق فقال: بعت هذا الكتاب بهذا الدّينار.

(٢) أي المنصرف الى تعيين مالك الثّمن والمثمن.

(٣) أي عدم كلّ من التّعيين والإطلاق بمعنى أنّه لا حاجة الى التّعيين ولا إلى الإطلاق المنصرف، بل يكفي الإطلاق وإن لم يكن منصرفاً.

(٤) أي سواء صرّح بالخلاف أم لم يصرّح.

(٥) كأنْ يقول: بعت هذا الكتاب الّذي لزيد عن خالد فيبطل العقد، وجه البطلان أنّ من يصحّ عنه لم يقصده، ومن قصده لا يصحّ عنه.

(٦) أي عدم التّصريح بالخلاف.

(٧) كلمة (أوجه) بالرّفع مبتدأ مؤخّر خبره قوله: (ففي وجوب التّعيين الخ).

(الوجه) ج وُجُوه وأوْجُهٌ وأُجْوه (المنجد).

إذا عرفت هذا فأقول بل في المقام أقوالٌ ثلاثة:

أحدها: وجوب التّعيين، أي تعيين البايع والمشتري أو الإطلاق المنصرف الى التّعيين.

الثّاني: عدم وجوب التّعيين مطلقاً سواء صرّح بالخلاف، أي خلاف مقتضى المعاوضة من كون البيع لمالك المبيع، والشّراء لمالك الثّمن، أم لم يصرّح لتعيّنه في الواقع، فتصحّ المعاملة، وإن صرّح بالخلاف فضلاً عن قصده.

الثّالث: التّفصيل بين التّصريح بالخلاف وعدمه، فإن صرّح بالخلاف كما إذا كان الثّمن لعمرو فقال: بعته عن خالد، بطلت المعاملة، لأنّه خلاف مقتضاها لو خلّيت ونفسها وأن لم يصرّح بالخلاف فالمعاملة صحيحة، وبعبارة أخرىٰ أنّه لو صرّح بعد العقد بعدم تعيينه حال العقد بطل وإلّا فلا.

الاخير[١] وأوسطها الوسط[٢] واشبهها للاصول الأوّل[٣] وفي حكم التّعيين ما إذا عيّن المال بكونه في ذمّة زيد مثلاً[٤] وعلى الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير

---

(١) وهو التّفصيل بين التّصريح بالخلاف وعدمه.

أقول: وجه كون التّفصيل أقوى هو أنّ عدم التّعيين مقتض لبطلان العقد، فيحكم بالبطلان فيما لو صرّح بعد العقد بعدم تعيينه وامّا إذا لم يصرّح بالخلاف بعد العقد بقي على إطلاقه ومن الواضح انّ الإطلاق ينصرف الى تعيّن المالك فيكون في حكم تعيينه فيصحّ.

(٢) المراد من الأوسط هو قوله: (أو عدمه مطلقا).

أقول: الوجه فيه أنّ الإنصراف النّاشيء عن شيوع فرد، وندرة فرد آخر لا يصلح لتقييد الإطلاق الّذي هو مقدّم على أصالة الفساد وأصالة عدم ترتّب الأثر، ثمّ اعلم أنّ المراد من الأوسط الأوسط في القوّة والضّعف، فوجه الصّحّة أنّه لا يشترط المالكان في العقد وانّما المهمّ العوضان لأنّهما ركنا العقد ووجه الفساد انّ العقود تتبع القصود وحيث لا قصد، وأمكن كلّ من الصّحّة عن المالك والبطلان عن غير المالك لم يكن وجه للصّحّة.

(٣) مراده ﷺ من الأوّل هو (وجوب التّعيين او الإطلاق المنصرف إليه) وهو القول الأوّل، والمراد من الإصول هي الاصول الثّلاثة، أعني أصالة عدم تحقّق النّقل والإنتقال، وأصالة عدم ترتّب الأثر الّذي هو النّقل والإنتقال، وأصالة الفساد ووجه كونه أشبه للإصول أنّ الأصل الفساد وعدم النّقل والإنتقال وذلك لأنّ العمومات نحو (أحلّ الله البيع)، (وأوفوا بالعقود) ونحوهما منصرفة الى الشّايع المتعارف، وهو التّعيين أو الإطلاق المنصرف إليه.

(٤) أي وفي حكم تعيّن العوض وتشخّصه في الخارج، إضافة العوض الى شخص معيّن، كما لو قال: بعت كتاب عمرو بدينار في ذمّة زيد، وإن لم يكن العوض معيّناً فيكون الكتاب مال زيد، والدّينار مال عمرو فعندئذٍ لا تختصّ الأقوال الثّلاثة بالعوض المعيّن الخارجي الشّخصي، بل تأتي في هذا العوض أيضاً.

وقع عنه[١] ولغى قصد كونه عن الغير، ولو باع مال زيد عن عمرو[٢] فإن كان وكيلاً عن زيد صحّ عنه[٣] وإلّا وقف على اجازته[٤] ولو اشترى لنفسه بمال في ذمّة

---

(١) حاصل كلامه ﷺ أنّه بناءً على الأوسط وهو عدم اشتراط تعيين المالك مطلقاً، لا لفظاً، ولا انصرافاً وسواء صرّح بالخلاف أم لم يصرّح، والأخذ بمقضى المعاوضة لو باع مال نفسه عن الغير مثلاً لو كانت الدّار لزيد فقال لعمرو: بعتك هذه الدّار عن خالد، وقع البيع عن العاقد الّذي هو المالك، لا عن الخالد لأنّ قصد كون البيع عنه لغو لا يترتّب عليه أثر.

أقول: ملخّص ما أفاده المصنّف ﷺ في حكمة بالصّحّة ووقوع البيع عن البايع هو الحكم بلغويّة قصده عن الغير لأنّه غير معقول، والحمل على تنزيل الغير منزلة نفسه أو الحمل على إرادة ارجاع فائدة البيع الى الغير لا جعله أحد ركني المعاوضة.

ولا يخفى أنّ الّذي دعاه الى الحكم بالصّحّة ووقوعه عن البايع والحمل على أحد الوجهين هو حكمهم بصحّة بيع الفضولي وشرائه لنفسه ووقوعه للمالك كما سيأتي التّصريح به منه أخيراً، هذا ولكنّا نقول إنّ الحمل على كلا الوجهين خلاف الفرض، فإنّ المفروض هو عدم قصد المعاوضة الحقيقيّة فيحكم معه بالبطلان وذلك لعدم قصده المعاوضة الحقيقيّة مع المالك الحقيقي فينتفي ركن العقد من حيث انّ إضافة العوض الى غير مالكه توجب خروج المضاف عمّا هو عليه وأمّا صحّة بيع الغاصب لنفسه لتنزيله نفسه منزلة المالك الحقيقي إدّعاء فهو في محلّه ولكنّه لا يمكن في المقام لما علم من عدم القصد للمعاوضة الحقيقيّة.

(٢) كما لو قال خالد: بعت دار زيد عن عمرو بألف دينار لتدخل الدّنانير في كيس عمرو فإن كان خالد وكيلاً عن زيد صحّ البيع عن زيد لا عن عمرو، وإن لم يكن البايع وكيلاً عن زيد وقف البيع على اجازة زيد فإن أجاز صحّ لأنّ البيع وقع فضوليّاً.

(٣) أي صحّ البيع عن زيد الموكّل.

(٤) أي وقف البيع على اجازة زيد الموكّل.

زيد فإن لم يكن وكيلاً عن زيد وقع عنه[١] وتعلّق المال بذمّته[٢] لا عن زيد ليقف[٣] على اجازته وإن كان[٤] وكيلاً فالمقتضى لكلّ من العقدين منفرداً موجود

---

(١) كما لو قال خالد: اشتريت هذه الدّار لنفسي بألف دينار في ذمّة زيد فإن لم يكن وكيلاً عن زيد وقع البيع عن نفس خالد الّذي هو المشتري العاقد وتعلّق ثمن هذا الشّراء بذمّته ولا يقع البيع عن زيد لكي يتوقّف على اجازته فالبيع منجّز لا فضوليٌّ. هذا ولكن بنظري القاصر لا وجه لوقوعه عن نفس العاقد مع فرض كون الثّمن في ذمّة زيد كما لا يخفى لأهل الدّقّة والبصيرة، بل مقتضى الوجه الوسط كما عرفت آنفاً وقوعه عن زيد مع اجازته وبطلان العقد مع عدمها وذلك لأنّ مقتضاه عدم وجوب التّعيين والأخذ بمقتضى المعاوضة والمشي على طبقه.

(٢) يعني بذمّة العاقد.

(٣) اللّام للغاية بمعنى حتّى، أي لا يقع البيع عن زيد حتّى يقف على اجازته.

(٤) أي المشتري لنفسه بمال في ذمّة خالد لو كان وكيلاً عن خالد في الشّراء، فقال: اشتريت هذه الدّار لنفسي بألف دينار في ذمّة خالد، فالمقتضى لكلّ من العقدين المستفادين من قوله: (اشتريت الخ) فإنّ قوله اشتريت هذه الدّار لنفسي بألف دينار في ذمّة خالد بمنزلة عقدين، عقد نفسه، وعقد على ذمّة خالد، والأوّل أصالة والثّاني وكالة والمقتضى لكل من العقدين منفرداً موجود.

مراده ﷺ من المقتضى، لوقوع العقد عن نفس الوكيل اشترائه لنفسه، وإضافته الى نفسه في قوله: اشتريته لنفسي لا لموكّله، حيث انّ مقتضاه بلحاظ ما تقتضيه المعاوضة كون الثّمن في ذمّة نفسه، فيكون الشّراء له بعوض في ذمّته.

ومراده من المقتضى لوقوعه عن الموكّل، هو جعل المال والثّمن على ذمّته وبعبارة واضحة اضافة ثمن الشّراء الى ذمّة خالد الّذي هو الموكّل، وقضيّة ذلك بلحاظ مقتضى المعاوضة كون الشّراء لخالد الموكّل، فالحاصل أنّ المقتضى لوقوع العقد لكلّ منهما منفرداً عن الآخر، موجود، ولكنّ المقتضى لوقوع العقد لكلّ من الوكيل

=

والجمع بينهما[١] يقتضي الغاء أحدهما ولمّا لم يتعيّن[٢] أُحتُمِل البطلان[٣] للتّدافع وصحّته[٤] عن نفسه، لعدم تعلّق الوكالة بمثل هذا الشّراء وترجيح[٥]

= والموكّل مانع عن المقتضى لوقوعه للآخر، للتّضاد بين المقتضيين، والجمع بينهما لا يمكن، فلا بدّ من الغاء أحدهما والأخذ بالآخر، ولمّا لم يتعيّن الاحد الملغى لعدم التّرجيح فإحتمل البطلان وعدم صحّة هذه المعاملة للتّدافع.

وممّا ذكرنا يعلم أنّ العبارة قاصرة عن أداء معنى المراد فالأنسب أن يقول: فالمقتضى لوقوع العقد عن كلّ واحد من الوكيل والموكّل منفرداً عن الآخر مع قطع النّظر عن وقوعه للآخر موجود.

(١) أي بين العقدين في صيغة الإشتراء، وهما امكان وقوع العقد للمشتري ووقوعه للموكّل.

(٢) يعني لم يتعيّن أحد العقدين، وذلك لعدم أولويّة هذا العقد من ذاك.

(٣) أي بطلان المعاملة للتّدافع كما صرّحنا به آنفاً.

وجه التّدافع أنّ اضافة الشّراء لنفسه في قوله: اشتريته لنفسي تدفع الشّراء للخالد الموكّل، وإضافة الثّمن الى ذمّة خالد الموكّل في قوله: اشتريته لنفسي في ذمّة زيد تدفع لشّراء لنفسه فعندئذٍ كلّ إضافة تدافع الأخرى، فهذا التّدافع يوجب البطلان.

(٤) قوله وصحّته عطف على قوله: (احتمل البطلان) يعني احتملت صحّة هذه المعاملة عن نفس العاقد وبطلان قوله: (على مال زيد)، وذلك لعدم تعلّق الوكالة بمثل هذا الشّراء الّذي جمع العاقد نفسه الى موكّله في الاشتراء، ولترجيح جانب الاصالة يعني الاصل عدم تعلّق الوكالة به فإنّ النّفس مقدّم على الغير إذ الاصالة حاصلة تكويناً، والوكالة طارئة.

(٥) بالجرّ معطوف على قوله لعدم تعلّق الوكالة، أي ولترجيح جانب الاصالة.

جـانب الاصـالة وعـن المـوكّل[١] لتـعيّن العـوض فـي ذمّـة المـوكّل

(١) عطف على قوله: (عن نفسه) أي ويحتمل وقوع العقد والمعاملة عن الموكّل الّـذي أضاف المشتري ثمن الشّراء الى ذمّته، فالبيع له دون نفس العـاقد وذلك للـقاعدة المعروفة، وهو (دخول المثمن في ملك من خرج عنه الثّمن) ولتعيّن العوض في ذمّة الموكّل لأنّ العاقد قال في ذمّة خالد، فقصد كون الشّراء لنفسه لغو، وذلك كما فـي المعيّن يعني غير الذمّي، كما لو قال: اشتريت هذه السّلعة بهذه العين الخارجيّة الّتي هي لخالد لنفسي فكما انّ لفظة لنفسي باطلة، كذلك فيما اذا كان المال في ذمّة زيد.
هذا ولكن يبقى في المقام اشكال وهو انّه لا فرق بين صورة الوكالة وغيرها في أنّ التّصريح بالخلاف لا يضرّ بالعقد ولا يقاس على مثل (بعتك بلا ثمن) مع أنّ احتمال البطلان يجري في غير صورة الوكالة أيضاً، فإنّ مجرّد قابليّة وقوع العقد عن الموكّل لو كان منشأ للتدافع بين قوله: اشتريت لنفسي، وقوله: في ذمّة زيد، فقابليّة وقوعه عن زيد فضولاً أيضاً يوجب التّدافع لأنّ كلّما صحّ عن قبل الموكّل في صورة الوكالة صحّ عن المالك فى صورة الفضولى، فالتّفضيل بينهما لا وجه له، نعم يعبتر فى قابليّة وقوع العقد عن قبل الموكّل أو المالك أن يكون العقد جامعاً لشرائط الصّحّة من جميع الجّهات، إلّا أنّه في صورة الوكالة لا يحتاج استناده الى الموكّل الى الاجازة منه بعد وقوع العقد، وهذا بخلاف عقد الفضولي فـإنّ اسـتناده الى المـالك يـتوقّف عـلى الاجازة، فالإحتمالات في المقام ثلاثة:
(الأوّل) بطلان المعاملة وفسادها للتّدافع.
(الثّاني) صحّة المعاملة عن نفس العاقد لما بيّنّاه من أنّ في مثل هذه الحالة يدور الأمر بَيْنَ وقوع المعاملة لنفسه أصالة ووقوعها عن خالد وكالة بإضافة الثّمن الى ذمّة خالد لكن وقوعها عن نفسه أصالة أولى من وقوعها عن خالد وكـالة للـتعليلين الّـذين ذكرناهما.
(الثّالث) وقوع المعاملة عن خالد الموكّل للقاعدة المعروفة، وهو دخول المثمن في ملك من خرج عنه الثّمن.

فقصد[١] كون الشّراء لنفسه لغو كما في المعيّن[٢] ولو اشترى عن زيد بشيء في ذمّته فضولاً، ولم يُجز، فأجاز عمرو لم يصحّ عن أحدهما[٣].

وقس على ما ذكر[٤] حال ما يرد من هذا الباب[٥] ولا فرق على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النيّة المخالفة[٦] والتّسمية[٧] ويفرّق

---

(١) ألفاءُ تفريع على ما أفاده المحقّق التّستري من احتمال وقوع المعاملة عن الموكّل. أي فعلى ما فصلّنا وذكرنا من الاحتمال الثّالث، أعني وقوع المعاملة عن الموكّل للقاعدة المعروفة يكون قصد المشتري شراء السّلعة لغواً وباطلاً.

(٢) قد اسهبنا الكلام في بيانه آنفاً، فراجع.

(٣) توضيح العباره أنّه قصد الموجب وقوع العقد لزيد، وقصد القابل وهو عمرو وقوعه لنفسه وقد قال المصنّف ﷺ: لم يصحّ عن أحدهما لا عن زيد ولا عن عمرو.

أقول: بُطلان هذه المعاملة بنظري القاصر ممّا لا ريب فيه ولا شبهة تعتريه لأنّ ما أنشأه الموجب لم يتعلّق به القبول، وما تعلّق به القبول لم ينشأه الموجب سواء في ذلك أن يكون من له العقد ركناً فيه كالنّكاح، وما حذا حذوه، وما لم يكن كذلك كالبيع وما تلا تلوه.

والسّر في ذلك أنّ العقود عبارة عن الاعتبار النّفساني المقرون بالمظهر الخارجي من اللّفظ وغيره، فبإنعدام أحد الأمرين تنعدم حقيقة العقد.

(٤) المراد من ما ذكر الفروع الّتي ذكر المحقّق التّستري بقوله: (وإن لم يتوقّف تعيّن المالك على التّعيين حال العقد الى قوله: ولو اشترى عن زيد بشيء، الخ.

(٥) يعني باب توقّف تعيّن المالك على تعيين البايع والمشتري أو عدمه.

(٦) أي لا فرق على الأوسط وهو عدم وجوب تعيين المالك مطلقاً بين كون العاقد ينوي مخالفة ما أوقعه كأن يبيع مال نفسه بقصد كونه عن خالد.

(٧) بأن تلفّظ بالمخالفة كما لو قال: أبيع مال نفسي عن خالد حيث صرّح بمخالفة مقتضى المعاوضة الذّي هو معنى التّسمية.

بينهما[١] على الاخير ويبطل الجميع[٢] على الأوّل، انتهى كلامه[٣].

أقول: مقتضى المعاوضة[٤] والمبادلة[٥] دخول كلّ من العوضين في ملك مالك الآخر[٦]

---

(١) أي يفرّق بين نيّة الخلاف والتّسمية على القول الأخير وهو التّفصيل بين التّصريح بالخلاف فيبطل وعدمه فيصحّ، وذلك لأنّ التّصريح بالخلاف سبب لفساد المعاملة بخلاف ما اذا نوى، فإنّه لا يبطل العقد ولا يفسده.

(٢) وهو التّصريح بالخلاف أو نيّة الخلاف على القول الأوّل وهو وجوب التّعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، لوجوب تعيين البايع والمشتري أو الإطلاق المنصرف إليه لأنّه اذا نوى الخلاف أو صرّح بالخلاف لا تعيين ولا إنصراف، وذلك واضح.

(٣) أي انتهى كلام بعض المحقّقين ممّن عاصرناه، فيما أفاده في كتابه المقابس.

(٤) يعني مقتضى كون شيء عوضاً من شيء آخر.

(٥) يعني مقتضى كون الشّيء بدلاً عن شيء آخر.

(٦) أي في ملك مالك العوض الآخر هذا من كلام شيخنا الأنصاري يريد النّقاش مع المحقّق التّستري.

أقول: حاصل كلامه ﷺ أنّ حقيقة البيع اعتبار تبديل شيء بشيء في أفق النّفس واظهاره بمبرز خارجي من اللّفظ وغيره.

ولا ريب في أنّ هذا المعنى يتحقّق بدخول العوض في ملك من خرج عن ملكه المعوّض، وبالعكس بلا احتياج الى تعيين مالك الثّمن أو تعيين مالك المثمن ولم يقم دليل تعبّدي على ذلك.

ولا يفرّق فيما ذكرناه بين صدور العقد من نفس المالكين، وبين صدروه من غيرهما كالوكيل، والوليّ، والفضولي.

وعلى هذا الضّوء فالقصد الى العوض وتعيينه يغني عن القصد الى المالك وتعيينه، وبعبارة أخرى حقيقة البيع هو انشاء المعاوضة والمبادلة وليس مقتضاها أزيد من ملاحظة العوض والمعوّض وتعيينهما وليس التّمليك مأخوذاً في حقيقته، حتّى يقال

=

وإلّا[١] لم يكن كلّ منهما عوضاً وبدلاً، وعلى هذا[٢] فالقصد الى العوض وتعيينه يغني عن تعيين المالك إلّا أنّ ملكيّة العوض، وترتّب آثار الملك عليه[٣] قد يتوقّف على تعيين المالك[٤] فإنّ من الاعواض[٥] ما يكون متشخّصاً بنفسه في الخارج

= بلزوم تعيين المالك أيضاً، بل هو من أحكامه، وقد أشرنا بهذا في أوائل البحث وذكرناه هنا لإزدياد البصيرة في فهم المراد من العبارة.

بقي هنا شيء، وهو الفرق بين ما ذكره المصنّف وصاحب المقابس، فنقول: ما ذكره المصنّف والصّاحب يشتركان في النّتيجة وهي بطلان المعاملة مع عدم تعيين المالك ويفترقان بأنّ المصنّف انّما يقول بالبطلان من جهة عدم تحقّق معنى المعاوضة والمبادلة، اذ هو موقوف على تحقّق العوض وهو فرع كونه مملوكاً ولا يكون إلّا اذا كان شخصيّاً أو كليّاً مضافاً الى ذمّة زيد مثلاً، بخلاف الصّاحب فانّه يعترف بتحقّق معنى المبادلة وانّما يقول بالبطلان من جهة عدم شمول العمومات، كقوله تعالىٰ: (أوْفوا بالعقود) وكذا عموم قولهم، النّاس مسلّطون على أموالهم، ونحوها، لإنصرافها الى الشّايع المعهود وهو ما كان المالك فيه معيّناً.

(١) أي وإن لم يدخل كلّ واحد من العوضين في ملك مالك العوض الآخر، وبقيا في ملك مالكهما الأوّل لم يكن أيٌّ واحد منهما عوضاً وبدلاً.

(٢) يعني وعلى هذا الاقتضاء والمعيار الّذي ذكرناه.

(٣) الضّمير المجرور يرجع الى العوض.

(٤) أقول: الظّاهر أنّه من طغيان القلم.

والصّواب بنظري أن يقول: قد يتوقّف على اضافة العوض الى شخص معيّن كأنْ يقول البايع: بعت هذا الكتاب بالمبلغ المعلوم، ويقول القابل: اشتريت بالمبلغ المعلوم على ذمّة زيد.

(٥) جمع عوض.

كالأعيان[١] ومنها[٢] ما لا يتشخّص إلّا بإضافته الى مالك كما في الذّمم؛ لأنّ ملكيّة الكلّي لا تكون إلّا مضافاً الى ذمّته[٣] واجراء الملك على ما في ذمّة الواحد المردّد بين شخصين فصاعداً، غير معهود[٤] فتعيّن الشّخص[٥] في الكلّي انّما يحتاج إليه لتوقّف اعتبار ملكيّة ما في الذّمم على تعيين صاحب الذمّة[٦] فصحّ على

---

(١) يعني كالأعيان الخارجيّة المعلومة، كالذّهب والفضّة والحنطة الموجودة في الخارج.

(٢) يعني أنّ من الاعواض ما لا يتشخّص إلّا بإضافته الى مالك ما توضيحه انّ هذا الدّرهم الخارجي له مالك خاصّ، هو زيد مثلاً، وأمّا درهم كلّي ليس له مالك خاصّ، إلّا إذا أضف الى ذمّة شخص خاصّ بمعنى أنّ تحقّق الملكيّة في الكلّي لا تكون إلّا مضافاً الى ذمّة خارجيّة، فالكلّي بما هو كلّي لا يمكن بيعه في مقام الثّبوت، إلّا بإضافته الى ذمّة خاصّة من الذّمم، اذ البيع تبديل شيء بشيء في جهة الإضافة ومن الواضح انّ الكلّي بما هو كلّي غير مضاف الى أحد، لكي يكون تبديله بشيء من قبيل تبديل شيء بشيء في جهة الإضافة.

(٣) لما قرّر في محلّه وذكرناه آنفاً من أنّ الكلّي لا يتشخّص ولا يتعيّن في الخارج إلّا بإضافته الى الذمّة.

(٤) كان يقول المشتري الفضولي اشتريت الكتاب بالمبلغ المعلوم على ذمّة رجل مردّد بين زيد وعمرو وبكر، ولم يُضِف المال الى ذمّة شخص معيّن، فإنّ (رجل) مجهول مردّد بين شخصين فصاعداً، فلا يجري أحكام الملك عليه لأنّه غير معروف من الشّرع فعندئذٍ لا يشمله إطلاق (أوفوا بالعقود).

(٥) يعني تعيّن الشّخص في العوض الكلّي المضاف إليه.

(٦) وذلك لما ذكرناه من عدم معروفيّة إجراء أحكام الملك على ذمّة الواحد المردّد بين شخصين فصاعداً.

ماذكرنا[١] انّ تعيين المالك مطلقاً[٢] غير معتبر سواء في العوض المعيّن[٣] أم في الكلّي[٤] وانّ[٥] اعتبار التّعيين فيما ذكره من الأمثلة في الشّق الأوّل[٦] من تفصيله انّما هو لتصحيح ملكيّة العوض[٧] بتعيين من يضاف الملك إليه لا لتوقّف المعاملة على تعيين ذلك الشّخص بعد فرض كونه مالكاً، فإنّ من[٨] اشترى لغيره في الذمّة

---

(١) وهو ما صرّحنا به من أنّ مقتضى المعاوضة والمبادلة دخول كلّ من العوضين في ملك مالك الآخر.

(٢) المراد بالإطلاق ما صرّح به المصنّف من قوله: (سواء في العوض أو في الكلّي).

(٣) المراد من العوض المعيّن كما عرفت آنفاً الاعيان الخارجيّة من الذّهب والفضّة والحنطة الموجودة في الخارج.

(٤) المراد من الكلّي الاعيان المتعلّقة بالذّمم، كأنْ يقول: اشتريت الكتاب بِمَنٍّ من الحنطة على ذمّة زيد.

(٥) هذا ردّ على ما أفاده صاحب المقابس ﷺ بقوله: اعتبر تعيينه في النيّة، أو مع التّلفّظ به أيضاً كبيع الوكيل، والوليّ العاقد عن اثنين والمراد من الأمثلة ما ذكره بقوله: كبيع الوكيل والوليّ العاقد عن اثنين في بيع واحد والوكيل عنهما والوليّ عليهما في البيوع المتعدّدة.

(٦) وهو قوله ﷺ انّه إن توقّف تعيّن المالك على التّعيين حال العقد لتعدّد وجه وقوعه الممكن شرعاً.

أعني ما كان العوضان كليّين، والمراد من الشقّ الثّاني هو ما ذكره بقوله: (وإن لم يتوقّف تعيّن المالك على التّعيين).

(٧) يعني العوض الكلّي ومراده انّ اعتبار التّعيين انّما هو لتصحيح كون العوض مملوكاً بتعيين من يضاف إليه، اذ لو لا إضافته إليه لا ملك ولا مالك.

(٨) هذا تعليل لكون اعتبار التّعيين انّما هو لتصحيح ملكيّة العوض لا لتوقّف المعاملة على ذلك الشّخص، والمراد من العبارة ان يقول: اشتريت بالمبلغ المعلوم على ذمّة الغير.

إذا لم يعيّن[١] الغير لم يكن الثّمن ملكاً[٢]؛ لأنّ ما في الذّمّة[٣] إذا لم يُضَف الى

---

(١) مراده ﷺ انّه لو قال: اشتريت هذا الثّوب بدينار لشخص فلم يعيّنه لم يكن الثّوب الّذي هو الثّمن ملكاً، فإذا لم يكن الثّمن ملكاً لم يتحقّق معنى المعاوضة فعندئذٍ لا يحصل الاشتراء أصلاً لما عرفت من أنّ ما في الذمّة اذا لم يضف الى شخص معيّن لم يترتّب عليه أحكام المال من جعله ثمناً أو مثمناً، فكما لا يصحّ بيع ثوبه بدينار في ذمّة ما، كذلك لا يصحّ اشتراء ثوب ما موصوف بدينار عنده، ووجه عدم الصّحّة أنّ الدّينار في الأوّل والثّوب في الثّاني ليسا بمالين، ما لم يكن لهما مالك معيّن.

(٢) لأنّ الكليّ كما عرفت آنفاً ما لم يُضَفْ الى ذمّة شخص لا يكون مالاً ولا ملكاً فإنّه وإن لم يعتبر الملكيّة والماليّة قبل العقد ويكفي تحقّقهما بنفس العقد، كما في السّلم، إلّا أنّ تحقّقهما به يتوقّف على تعيين ذمّة شخص، فإنّ منّاً من الحنطة بدون تعيين ذلك مفهوم، والمفهوم بما هو مفهوم لا ماليّة له، وإنّما ماليّته باعتبار إنطباقه على المصاديق الخارجيّة، وما لم يعيّنه في ذمّة شخص لا ينطبق على مصداق، وهذا من الوضوح كالنّور على المنار، وهذا بخلاف ما إذا كان العوضان شخصيّين فلا يعتبر تعيين مالكهما، سواء كان العقد من المالكين، أم من غيرهما، وكيلاً كان أم لم يكن عقّبه بما ينافيه أم لم يعقّبه، فإنّه بعدما عرفت من أنّ المعاوضة تقتضي دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوّض وبالعكس، فلو بدّل المبيع الشّخصي بالثّمن الشّخصي، وقال: بعت هذا الفرس بهذه الدّراهم الموجودة، صار المثمن لمالك الثّمن والثّمن لمالك المثمن، ولا يعتبر تعيين المالكين لكونهما معيّنَين في الواقع، ولا يضرّ تعقيب العقد بما ينافيه، بأن يقول: بعتك هذا بهذا لبكر مع عدم كون بكر مالكاً لأحد العوضين، بل ولا يضرّ المنافي بين الايجاب والقبول بأن يقول: بعت هذا الّذي لبكر بهذا الثّمن الّذي لزيد، فإنّه يقع التّبديل بين الثّمن والمثمن، وقصد كونه لبكر أو ذكره لغو لا يوجب البطلان.

(٣) يعني الكلّي، كالمنّ من الحنطة من دون اضافته الى شخص معيّن.

شخص معيّن ولم يترتّب عليه[١] أحكام المال من جعله ثمناً، أو مثمناً، وكذا[٢] الوكيل أو الوليّ العاقد عن اثنين، فإنّه اذا جعل العوضين في الذمّة بأن قال: بعت عبداً بألف، ثمّ قال: قبلت، فلا يصير العبد قابلاً للبيع، ولاالألف قابلاً للاشتراءبه[٣] حتّى يُسْنِدَ كلّاً منهما[٤] الى معيّن أو إلى نفسه[٥] من حيث أنّه نائب عن ذلك المعيّن فيقول: بعت عبداً من مال فلان بألف من مال فلان، فيمتاز البايع عن المشتري، وأمّا ما ذكره من الوجوه الثّلاثة[٦] فيما إذا كان العوضان معيّنين فالمقصود[٧] إذا

---

(١) يعني على ما في الذمّة.

(٢) بأن وكّله كلّ واحد من اثنين، بأن يشتري ثوباً له بمئه يبيع ثوباً له بمءة، فإنّه اذا جعل الوكيل والوليّ العوضين في الذمّة بأن قال: بعت ثوباً بمأة ولم يعيّن، هل المراد ثوب خالد ومأة بكر أو بالعكس؟ ثمّ قال: قبلت، لا يتحقّق العقد، ولا يصير المثمن قابلاً للبيع، ولا الثّمن قابلاً للإشتراء، لأنّ كلّ واحد من الثوب والماة لم يكونا ملكاً، ما لم يضافا الى ذمّة شخص معيّن.

(٣) أي بالألف، فليس الألف قابلاً بكونه ثمناً.

(٤) أي من العبد والألف الى معيّن، بأن يقول أو ينوي عبد خالد بألف بكر أو عبد بكر بألف خالد.

(٥) بأن يقول عبدي بألف خالد أو عبد خالد بألف عن نفسي.

(٦) وهي وجوب التّعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التّفصيل بين التّصريح بالخلاف، فيبطل وعدمه فيصحّ أوجُهٌ فيما اذا كان العوضان معيّنين لا كلّيين.

(٧) أقول: لا يخفى على أهل الدّقّة والبصيرة، أنّ الأحسن في التّعبير أن يقول ﷺ بدل هذه العبارة (ففيه أنّه ان كان المقصود المعاوضة الحقيقيّة الخ) لكي يناسب للإيراد على صاحب المقابس.

وحاصل إيراده ﷺ أنّ تثليث الوجوه في الصّورة المفروضة كما عرفت آنفاً لا مورد

=

كان هي المعاوضة الحقيقيّة الّتي قد عرفت[١] انّ من لوازمها العقليّة دخول العوض في ملك مالك المعوّض تحقيقاً لمفهوم العوضيّة والبدليّة فلا حاجة الى تعيين من[٢] ينقل عنهما وإليهما العوضان، وإذا لم يقصد المعاوضة الحقيقيّة[٣] فالبيع غير منعقد، فإن جَعَل العوض[٤] من عين مال غير المخاطب الّذي ملّكه المعوّض فقال:

= له، لأنّه إن قصد المعاوضة الحقيقيّة الّتي لازمها دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر فقد عيّن المالك قهراً ولو كان هذا التّعيين بالملازمة ومعه لا معنى لترديده بين الوجوه الثلاثة، وإن لم يقصد المعاوضة الحقيقيّة، فالجميع باطل، لأنّ اشتراط قصد المتعاقدين لمدلول العقد في صحّته ممّا لا خلاف فيه، ومعه لا معنى لترديده أيضاً، فعلى كلا التقديرين لا مورد للوجوه الثلاثة.

(١) يعني عرفت في قول الشيخ الأنصاري عند النقّاش، والردّ على صاحب المقابس في ص١٢٧.

أقول: مقتضى المعاوضة والمبادلة دخول كلّ من العوضين في ملك مالك الآخر.

(٢) أي لا حاجة الى تعيين البايع والمشتري، وذلك لما عرفت من أنّ تعيين المالكين في المعاوضة ليس ركناً، وإنّما الرّكن تعيين العوضين، نعم في النّكاح الرّكن تعيين المالكين، أي الزوجين.

(٣) وهي المعاوضة الّتي تقتضي دخول كلّ من العوضين في ملك الآخر.

(٤) أقول: يعني فإن جعل البايع العوض من عين مال غير المخاطب، المراد من غير المخاطب مثلاً عمرو والمراد من المخاطب الّذي ملّكه البايع المعوّض زيد، فقال لزيد المخاطب: ملّكتك فرسي هذا بحمار عمرو، فقال زيد: قبلت، لم يقع البيع لزيد لعدم مفهوم المعاوضة عندئذٍ، لأنّه يعتبر في مفهومها قصد المتبايعين دخول العوض في ملك من خرج المعوّض على ملكه، وبالعكس، يعني دخول المعوّض في ملك من خرج العوض عن ملكه.

فعلى هذا الضّوء فلو اشترط على البايع دخول الثّمن في ملك الأجنبي أو اشترط على =

ملّكتك فرسي هذا بحمار عمرو، فقال المخاطب: قبلت، لم يقع البيع لخصوص المخاطب[١] لعدم مفهوم المعاوضة معه[٢] وفي وقوعه[٣] اشتراء فضوليّاً[٤] لعمرو

= المشتري دخول المبيع في ملك غيره، كان ذلك موجباً لبطلان المعاملة، لكونه على خلاف مقتضى العقد.

ثمّ اعلم انّ قوله: فإن جعل الخ، ليس تفريعاً على قوله: وإذا لم يقصد المعاوضة الحقيقيّة، فالبيع غير منعقد، كما يظهر من عبارة السّيّد ﷺ: بل هو تفريع على خصوص قوله، إذا كان هي المعاوضة الحقيقيّة، يعني إذا عرفت أنّ المباشر للبيع أن قصد المعاوضة الحقيقيّة تصحّ، ولا يكون حاجة الى تعيين من ينقل إليه وعنه العوضان، فإعلم أنّه إن قصد المعاوضة الحقيقيّة، ولكن مع ذلك، جعل العوض من عين مال غير المخاطب الّذي ملّكه المعوّض، لم يقع البيع لخصوص المخاطب، لإنتفاء مفهوم المعاوضة الحقيقيّة.

(١) لما عرفت آنفاً من أنّ المخاطب وهو زيد مثلاً لم يخرج عن ملكه الحمار حتّى يدخل الفرس في ملكه.

(٢) أي مع المخاطب.

(٣) أي البيع والتّمليك.

(٤) ينبغي بيان المراد من عبارة المصنّف ﷺ أوّلاً، ثمّ بيان ما هو الحقّ بنظري القاصر، فنقول: مراده ﷺ من الإشتراء فضوليّاً، هو أن يكون الخطاب لزيد في قوله: (ملّكتك) لغو أو انّما يبدّل الفرس بالحمار فضولاً، فإذا خرج الحمار من ملك عمرو ودخل الفرس في ملكه فيتوقّف على اجازته.

هذا ولكن بنظري القاصر لا وجه لوقوع البيع اشتراء فضوليّاً لعمرو بعد التّصريح بعدم انعقاده، فإنّ العقد الفضولي لا بدّ أن يكون المقصود منه المعاوضة الحقيقيّة حتّى في بيع الغاصب لنفسه، وامّا مع عدم قصد البيع أصلاً فلا يصحّ رأساً.

كلام يأتي[١].

وأمّا ما ذكره[٢] من مثال، من باع مال نفسه عن غيره[٣] فلا إشكال في عدم وقوعه[٤] عن غيره، والظّاهر وقوعه[٥] عن البايع، ولغويّة قصده عن الغير[٦] لأنّه[٧]

---

(١) المراد من (كلام) الاحتمالان الآتيان:

احتمال عدم الفضوليّة لأنّ عمروا ليس مقصوداً بالمعاملة، واحتمال الفضوليّة لأنّ مقتضى التّبديل بماله كونه طرف المعاملة فضوليّاً.

(٢) أي ما ذكره صاحب المقابس بقوله: (وعلى الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير لزم عنه ولغى قصد كونه عن الغير) ص١٣ من كتاب مقابس الأنوار.

(٣) كما لو قال: بعتك غنمي هذا عن زيد مقابل دينارك حتّى يدخل الدّينار في ملك زيد لا في ملك صاحب الغنم، لا يقع هذا البيع عن زيد ويقع عن صاحب الغنم البايع لأنّ قصده عن الغير لغو.

(٤) أي في عدم وقوع البيع.

(٥) أي وقوع البيع.

فحاصل ما أفاده ﷺ في هذا المقام، أنّه بعد تحقّق المعاوضة وتبديل مال معيّن بمال آخر كذلك، فذكر ما ينافي ذلك وهو قصد كونه عن الغير لا يضرّ، لأنّ مقتضى المعاوضة ان ينتقل كلّ من العوضين الى مكان العوض الآخر، فلو قصد بيع مال نفسه للغير يقع لنفسه، ولو قصد بيع مال غيره لنفسه، كالغاصب فيقع للغير، وهذا لا مرية فيه، لأنّ بعد قصد المعاوضة لا أثر لقصد ما ينافيها.

(٦) يعني لغويّة قصد وقوع البيع عن الغير كزيد، والضّمير في قصده يرجع الى البايع.

(٧) أي لأنّ قصد البايع وقوع البيع عن الغير أمر غير معقول مع قصد المعاوضة الحقيقيّة على ما يقتضيه ظاهر لفظ بعت، ووجه عدم المعقوليّة واضح، لأنّ قصد وقوعه عن الغير من قبيل الدّاعي الى البيع وحقيقة المعاوضة المناقض للبيع، فمع قصد المعاوضة الحقيقيّة كما هو ظاهر اللّفظ لا يقصد الى وقوعه عن الغير حقيقة، إذ لا يعقل أنْ يدعوا الشّيء الى نقيضه الّذي لا يترتّب عليه هذا الدّاعي.

أمر غير معقول لا يتحقّق القصد إليه[١] حقيقة، وهو[٢] معنى لغويّته، ولذا[٣] لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير[٤] مع اجازته، كما يسجيء، ولا يقع عن نفسه[٥] أبداً.

نعم[٦] لو ملّكه فأجاز[٧] قيل بوقوعه[٨] له لكن لا من حيث ايقاعه أوّلاً

---

(١) أي الى وقوعه عن الغير، ووجه عدم تحقّق القصد ما عرفت سابقاً من أنّ المعاوضة الحقيقيّة هو دخول المثمن في ملك من خرج عنه الثمن، ومن البيّن أنّ البايع مال نفسه للغير قد أدخل ثمن المبيع في ملك من لم يخرج المثمن من ملكه.

(٢) الضّمير راجع الى عدم تحقّق القصد، يعني عدم تحقّق القصد الى الغير هو المقصود من لغويّة قصد الغير، لو قصد البايع وقوع البيع للغير.

(٣) أي ولأجل عدم معقوليّة المبادلة إذا خرج المعوّض من كيس غير من دخل العوض في كيسه.

(٤) كما لو قال: بعتك عبد زيد عن نفسي حتّى يدخل ثمن العبد في كيس البايع، لا في كيس زيد، وقع البيع للغير مع إجازة ذلك الغير، فالعبد يخرج عن ملك زيد ليدخل الثّمن في ملكه.

(٥) أي لا يقع البيع عن نفس البايع قطعاً، وذلك لعدم تحقّق مفهوم المعاوضة الحقيقيّة.

(٦) أقول: هذا الاستدراك عمّا أفاده ﷺ من أنّه لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير، لا لنفسه، وحاصله أنّه لو ملّك الغير الّذي هو المالك ماله المبيع للبايع بعد أن باع البايع عن نفسه بهبة أو غيرها، ثمّ أجاز البايع بعد تملّكه للمال البيعَ، قيل بوقوع البيع للبايع عندئذٍ، ولكن وقوع البيع له لا من حيث ايقاعه أوّلاً البيع لنفسه، بل هو من قبيل من باع ثمّ ملك، فإنّ القائل بوقوع البيع بعد تمليك المالك البايع المتاع المباع لا يفرّق حين تمليك المالك البايع السّلْعة بين بيعه عن نفسه، بأن باع أوّلاً عبد زيد عن نفسه أو عن مالكه فضولة.

(٧) يعني أجاز البايع الفضوليّ الّذي باع مال غيره عن نفسه بعد تملّكه مال الغير.

(٨) أي بوقوع البيع لنفس البايع الفضوليّ لصيرورته مالكاً بتمليك الغير.

لنفسه، فإنّ القائل به[١] لا يفرّق حينئذٍ[٢] بين بيعه[٣] عن نفسه أو عن مالكه فقصد وقوعه[٤] عن نفسه دائماً، ووجوده[٥] كعدمه، إلّا أن يقال[٦] انّ وقوع بيع مال نفسه

---

(١) أي بوقوع البيع بعد تمليك المالك المتاع المباع للبايع واجازته.

(٢) أي حين تمليك الغير الّذي هو المالك ماله للبايع الفضوليّ كما بيّناه آنفاً.

(٣) أي بيع الفضوليّ مال الغير، وحاصل الكلام أنّ وقوع البيع للبايع الفضوليّ ليس لأجل ايقاع البايع الفضوليّ البيع أوّلاً لنفسه، بل لأجل تمليك المالك وإجازة البايع الفضوليّ وتملّكه بعد البيع.

(٤) ألفاء تفريع على ما أفاده ﷺ من أنّ من باع مال الغير عن نفسه بطل قصد البيع عن نفسه، فالمعنى أنّ قصد البايع الفضوليّ الغير المالك وقوع البيع عن نفسه لغو دائماً، سواء أجاز المالك البيع، فعندئذٍ يكون البيع للمالك أو ملّك البايع المبيع ثمّ أجاز ما باعه فضولاً، وحينئذٍ يكون البيع للبايع، لكن بعد تحقّق تملّكه.

(٥) يعني وجود قصد البايع الفضوليّ وقوع البيع عن نفسه كعدمه لا ينفع في الصّورتين المذكورتين آنفاً.

(٦) أقول: هذا استثناء واستدراك عمّا أفاده ﷺ من صحّة وقوع البيع لنفس المالك البايع وعدم صحّة وقوعه عن الغير في مثال، من باع مال نفسه عن غيره، بقوله: (والظّاهر وقوعه عن البايع ولغويّة قصده عن الغير) وحاصله أنّه انّما نقول بعدم وقوع البيع للغير، فيما اذا باع زيد الّذي هو المالك ماله عن الغير لو قصد زيد المعاوضة الحقيقيّة الّتي هي دخول المثمن في ملك من خرج عنه الثمن، ولكن يحتمل أن يريد زيد غير المعاوضة الحقيقيّة، بأن يقول للمخاطب: أعطيتك عبدي لتعطي فرسك لعمرو، وهذا ليس بيعاً، أو يريد تنزيل الغير كعمرو، في المثال منزلة نفسه حقيقة في مالكيّة المبيع، كالعبد في المثال كما في الحقيقة الادّعائيّة في قول السّكاكي: زيد أسد، حيث ادّعى زيد أسد حقيقة، وهذا أيضاً باطل، اذ ليس غير المالك مالكاً، وإن نزّل منزلة المالك.

لغيره انّما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقيّة لِمَ لا يُجعَل[١] هذا قرينة على عدم ارادته من البيع المبادلة الحقيقيّة أو على تنزيل الغير[٢] منزلة نفسه في مالكيّة المبيع كما سيأتي[٣] أنّ المعاوضة الحقيقيّة في بيع الغاصب لنفسه لا يتصوّر إلّا على هذا الوجه[٤] وحينئذٍ[٥] فيحكم ببطلان المعاملة لعدم[٦] قصد المعاوضة الحقيقيّة مع

---

(١) أي قوله عن زيد، ووقوع بيع مال نفسه عنه، قرينة على عدم ارادة البايع من بيعه المبادلة الحقيقيّة حتّى يحكم أنّ هذا ليس بيعاً.

(٢) هذا عطف على قوله: (على عدم إرادته) يعني لِمَ لا يُجْعَلْ وقوع بيع مال نفسه عن الغير قرينة على تنزيل البايع غيره منزلة نفسه في مالكيّة المبيع، فيكون المعنى أو يحمل على تنزيل الغير، كعمرو في المثال منزلة نفسه في مالكيّة المبيع، كالعبد في المثال وهذا أيضاً باطل، إذ ليس غير المالك مالكاً، وإن نزّل هذا الغير منزلة المالك، وجه البطلان أنّ قصد بيع مال نفسه للغير كاشف عن عدم قصد المعاوضة، فلا موجب للصحّة، كما أنّه لا موجب لها، أيضاً لو نزّل الغير منزلة نفسه فأوقع المعاملة بين ذلك الغير والمشتري، فإنّه بهذا التّنزيل أخرج نفسه عن الطّرفية، فلا تقع له ولا يمكن أيضاً أن تقع للغير بإجازته، لأنّه غير مالك، ولا إضافة بينه وبين المبيع، فهذا التّنزيل موجب للبطلان.

(٣) في باب بيع الفضوليّ انشاء الله مثل هذا التّنزيل في عكس ما نحن فيه، أنّ المعاوضة الحقيقيّة في بيع الغاصب لنفسه لا يتصوّر إلّا على تنزيل الغاصب نفسه منزلة المالك، ففيما نحن فيه ينزّل المالك نفس عمرو منزلة المالك، وفي بيع الغاصب ينزّل الغاصب نفسه منزلة المالك، ففيما نحن فيه يجعل مال نفسه كأنّه مال غيره، وفي عكسه يجعل مال غير كأنّه مال نفسه.

(٤) يعني تنزيل الغاصب نفسه منزلة المالك.

(٥) أي حين عدم إرادة البايع من البيع المبادلة الحقيقيّة أو تنزيل الغير منزلة نفسه في في مالكيّة المبيع، نحكم ببطلان هذه المعاملة الّتي باع المالك مال نفسه عن الغير.

(٦) هذا تعليل للحكم ببطلان البيع المذكور آنفاً.

المالك الحقيقيّ، ومن هنا[١] ذكر العلّامة وغيره في عكس المثال المذكور[٢] أنّه لو قال المالك[٣] للمرْتهن بعه لنفسك بطل[٤] وكذا[٥] لو دفع مالاً إلى من يطلب الطّعام، وقال: اشتر به لنفسك طعاماً هذا[٦]، ولكن الأقوى صحّة المعاملة المذكورة[٧]

---

(١) أي من عدم قصد المعاوضة الحقيقيّة مع المالك الحقيقي.

(٢) مراده ﷺ من المثال المذكور هو بيع المالك مال نفسه عن الغير وهو الّذي ذكره صاحب المقابس ﷺ ومثّل بقوله: (وعلى الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير لزم عنه ولغى قصد كونه عن الغير) ص١٣ من بيع كتاب مقابس الأنوار، وعكسه هو بيع مال الغير عن نفسه، كما لو باع المرتهن مال الرّاهن عن نفسه بعد قوله: (بعه لنفسك) وكما لو باع الغاصب مال المالك عن نفسه، وعندئذٍ فالبايع ينزّل نفسه منزلة المالك في ملكيّة المبيع.

(٣) يعني الرّاهن.

(٤) جواب لقوله: (لو قال)، ووجه البطلان انّ المالك الرّاهن نزّل الغير وهو المرْتهن منزلة نفسه، فأوقع المعاملة بين ذلك الغير والمشتري، وأخرج بهذا التنزيل نفسه عن الطّرفية، فلا تقع له ولا يمكن أن يقع أيضاً للغير بإجازته، لأنّه غير مالك، ولا إضافة بينه وبين المبيع، فهذا التّنزيل موجب للبطلان لعدم قصد المعاوضة الحقيقيّة، مع المالك الحقيقيّ.

(٥) أي وكذا يبطل اشتراء طالب الطّعام بمال الدّافع، مثاله كما لو طلب المسكين من عمرو خبزاً، فدفع الى المسكين خمسة وقال: (اشتريها لنفسك طعاماً) وجه البطلان عدم تحقّق مفهوم المعاوضة الحقيقيّة، لأنّه لا يمكن أن يخرج الخمسة من كيس المعطى ليدخل الخبز في كيس المسكين.

(٦) يعني خذ ما تلوناه عليك في وجه البطلان.

(٧) وهي مالو باع زيد مال نفسه عن عمرو.

ولغـويّة القـصد المـذكور[١] لأنّـه[٢] راجـع الى إرادة إرجـاع فـائدة البـيع الى الغير، لاجعله[٣] أحد ركني المعاوضة، وأمّـا حكـمهم بـبطلان البـيع فـي مـثال الرّهن[٤] واشتراء الطّعام فمرادهم عدم وقوعه[٥] للـمخاطب[٦] لا أنّ المـخاطب إذا قـال: بعـته لنفسي أو اشـتريتـه لنفسي لـم يـقع لمـالكه[٧] إذا أجـازه[٨]

---

(١) يعني لو باع زيد مال نفسه عن عمرو ولزم عن زيد ولغى قصد كونه عن عمرو

(٢) أي لأنّ قصد كون البيع للغير يرجع الى قصد وقوع فائدة البيع للغير، لا جعل الغير أحد ركني المعاوضة، حتّى يقال بعدم صحّة المعاملة لعدم قصد المعاوضة الحقيقيّة مع المالك الحقيقي، فلا ينافي القصد الى وقوع حقيقة البيع للمالك فعندئذٍ يقع البيع للمالك ويتبع أثره له، فيلغو القصد المذكور، وهذا ممّا لا مرية فيه.

(٣) أي الغير أحد ركني المعاوضة، ليدخل الثمن في كيسه ابتداء بعد خروج المثمن من كيس البايع.

(٤) أقول: كما أفاده العلّامة الحلّي ﷺ بقوله: إنّه لو قال المـالك الرّاهـن للـمرتهن (بِـعْهُ لنفسك) فقال: بعته لنفسي، بطل، مع إنّه لو صحّ، بعت عبدي عن عمرو، لصحّ فـي الرّهن أيضاً لأنّ كليهما من واد واحد، ومثال اشتراء الطّعام فيما لو قال الدّافع لمن يطلب الطّعام اشتر بهذه الخمسة لنفسك طعاماً، فقال: اشتريته لنفسي.

(٥) يعني مراد الفقهاء ببطلان البيع عدم وقوعه للمخاطب، فلا يدخل بدل الرّهـن فـي كيس المرتهن، ولا الطّعام في كيس المسكين.

(٦) مراده ﷺ من المخاطب في مثال الرّهن هو المرتهن، وفي مثال اشتراء الطّعام هو من يطلب الطّعام.

(٧) أي ليس مراد الفقهاء البطلان حقيقة، فليس مرادهم أنّ المرتهن إذا قـال فـي بـاب الرّهن: (بعته لنفسي) أو في باب الطّعام (اشتريته لنفسي) لم يقع البيع لمالكه، وهو صاحب الوثيقة، أي الرّاهن في مثال الرّهن، وصاحب الخمسة، أي الدّافع للثمن في مثال اشتراء الطّعام.

(٨) أي إذا أجاز المالك البيع أوالشّراء.

وبالجملة[١] فحكمهم[٢] بصحّة بيع الفضوليّ[٣] وشرائه[٤] لنفسه، ووقوعه[٥] للمالك يدلّ على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك ثمّ ان ما ذكرنا[٦] كلّه حكم وجوب تعيين كلّ من البايع والمشتري[٧]

---

(١) أي حاصل الكلام وملخّصه في هذا المقام.

(٢) أي حكم الفقهاء.

(٣) أي بصحّة بيع الفضوليّ لنفسه، فيما إذا أخذ الغاصب كتاب زيد ثمّ باعه لنفسه

(٤) هذا عطف على قوله: (بيع الفضوليّ) يعني حكم الفقهاء بصحّة شراء الفضوليّ لنفسه، كما لو غصب الغاصب دراهم زيد واشترى بها طعاماً وسلعة لنفسه.

(٥) يعني وقوع كلّ من البيع والشّراء للمالك إن أجاز بيع الغاصب الفضولي، يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع والشّراء لغير المالك، لا أنّه يوجب البطلان حتّى بالنسبة الى المالك أيضاً.

هذا ولكن أقول: لا نسلّم لحكمهم بالصحّة في هذا الفرض، بل نمنعه، إلّا في بيع الغاصب، وهو من باب التّنزيل، أي تنزيل الغاصب نفسه منزلة المالك، ففي الحقيقة يقصد الشّراء عن المالك، لكنّه يرى أنّه المالك فعندئذٍ لو فرض عدمه نمنع الصحّة فيه أيضاً.

(٦) مراده ﷺ من (ما ذكرنا) ما نقله عن صاحب المقابس بقوله: (وتحقيق المسئلة أنّه ان توقّف تعيّن المالك على التّعيين حال العقد، الى قوله: وإن يميّز البايع من المشتري الخ).

(٧) المراد من البايع والمشتري هنا المتعاقدان لا المالكان، يعني أنّ البحث والكلام الى الآن كان راجعاً الى حكم تعيين البايع من له العقد، ومن يكون البيع له، وهو مالك المبيع النّاقل له، وحكم تعيين المتشري من يكون الشّراء له، وهو مالك الثّمن النّاقل له من غير نظر الى تعيين كلّ منهما للطّرف الآخر.

وكلامنا الآن في أنّه هل يعتبر أن يكون البايع عالماً بأنّ القابل يشتري لنفسه أو لغيره،

=

من[1] يبيع له ويشتري له، وأمّا تعيين الموجب لخصوص المخاطب والقابل

= ومع اشترائه لغيره أنّ ذلك الغير من هو؟ ثمّ بعد العلم بذلك فهل يعتبر أن يكون عالماً بأنّه وكيل أو وليّ عن ذلك الغير في البيع والشّراء؟ وهل يجوز الخطاب في مقام إجراء الصّيغة بأن يتوجّه الموجب الى القابل ويخاطبه بقوله: بعتك منّاً من الحنطة بلا تصريح بإسم من تكون الحنطة في ذمّته، وإنّما يصرّح بإسمه بعد تماميّة العقد، أو يقول: زوّجتك المرأة المعهودة عندي، ويعيّنها بعد تماميّة عقد الزّواج، أو يقول: وهبت هذا المال لمن قصدته، ثمّ يبيّن الموهوب له، وهكذا الكلام في ناحية القبول. إذا عرفت ذلك فنقول الحقّ جواز ذلك الخطاب وصحّته في مقام الإجراء، والوجه في ذلك ما عرفته سابقاً من أنّ حقيقة البيع عبارة عن اعتبار التّبديل بين شيئين وحقيقة الزّواج عبارة عن اعتبار عدليّة أحد الزّوجين للآخر، وحقيقة الهبة عبارة عن اعتبار ملكيّة العين الموهوبة للواهب ولا شبهة في تحقّق تلك الحقايق بالصّيغ المذكورة، ولا يعتبر فيها معرفة الموجب لمن هو مقصود القابل، ولا معرفة القابل لمن هو مقصود الموجب ضرورة أنّ خصوصيّات الأشخاص وإن كانت دخيلاً في الاغراض الشّخصيّة، ولكنّها غير دخيل في حقيقة العقود، ولا في صحّتها.

(١) كلمة (من) في كلا الموضعين منصوبة بناءاً على أنّها مفعول لكلمة (تعيين) الّذي أُضيف إلى فاعله في قوله: (تعيين كلّ من البايع والمشتري) والمراد أنّه يجب على البايع تعيين من يبيع له، ويجب على المشتري تعيين من يشتري له، لكي لا يعيّن البايع نفسه عوض المالك للمثمن، أو لا يعيّن المشتري نفسه عوض المالك للثّمن، فلا يقول: بعت كتاب زيد لنفسي، أو اشتريت عبدك بمال عمرو.

لخصوص البايع، فيحتمل اعتباره[1] إلّا[2] فيما علم من الخارج عدم إرادة

---

(١) أي اعتبار تعيين الموجب لخصوص المتشري المخاطب، وتعيين القابل لخصوص البايع، يعني أمّا علم القابل بأنّ الموجب يوجب لنفسه، أو لغيره وإنّ ذلك الغير من هو زيد او عمرو او بكر و كذا علم القابل بأنّ الموجب يوجب لنفسه او لغيره وأنّ الغير من هو حتّى أنّ الرّجل اذا ذهب الى دكّان الخبّاز ليشتري الخبز عرف الخبّاز أنّ القابل مالك الثّمن أو هو وكيل عن الغير، وعرف القابل أنّ الخبّاز هو المالك للخبز أو وكيل عنه، فيحتمل اعتباره، فيجب أن يعرف كلّ منهما المالك للمثمن والثمن، فيما إذا كانت هناك خصوصيّة، كما إذا أراد البايع البيع لمن كان رحماً له أو لمن كان من أهل العلم والفضيلة أو لمن كان من أهل التّقوى والورع أو غير ذلك من الخصوصيّات المطلوبة، وكذا المشتري أراد من الشّراء الشراء للمتّصفين بتلك الخصوصيّات المذكورة.

إذا عرفت ذلك فنقول: الظّاهر أنّه لا يجب معرفة من له العقد، فلا يلزم معرفة الموجب من له الابتياع ولا معرفة المبتاع من له البيع، فيصحّ أن يقول الموجب: بعت هذا الكتاب بهذا الدّينار، فيقول المتشري: قبلت، من دون أن يعرّف البايع من له الدّينار، وأن يعرّف المشتري من له الكتاب، لعدم الدّليل على قدح الجهالة المذكورة، فليست معرفة المالك إلّا كمعرفة مكان المبيع حين البيع، ومعرفة السّبب الباعث على البيع، ونحوهما ممّا لا يرتبط بالرّغبة، نعم فيما إذا كان العنوان ممّا يتقوّم بمن له العقد، فلا بدّ من تعيينه، فلا يصحّ، ملّكت فرسي، ولا زوّجت ابنتي، مع عدم تعيين من له التّمليك، إذ لا اعتبار للتّزويج والتّمليك، مع عدم اضافتهما الى معيّن.

(٢) كلمة (إلّا) استثناء عمّا أفاده من وجوب تعيين البايع وتمييزه عن المشتري، فيما إذا كانت هناك خصوصيّة، وحاصله أنّه اذا كانت هناك قرينة خارجية على عدم خصوصيّة للمخاطب حيث انّ البايع أو المؤجر لا يريدان من ضمير المخاطب في قولهما: ملّكتك فرسي، أو آجرتك داري المخاطب المخصوص بل يقصد أن أيّ شخص كان المشتري سواء كان مالكاً حقيقيّاً أم جعليّاً، وذلك لأنّ البايع غرضه من البيع بيع سلعته، وجلب الثّمن إليه ولا يريد من المخاطب مخاطباً مخصوصاً وذلك ممّا لا شبهة فيه، فعندئذٍ لا يعتبر تعيين البايع والمشتري وتمييز كلّ واحد منهما عن الآخر.

خصوص المخاطب لكلّ من المتخاطبين[١] كما في غالب البيوع والاجارات[٢] فحينئذٍ[٣] يراد من ضمير المخاطب في قوله: ملّكتك كذا[٤] أو منفعة بكذا هو المخاطب بالإعتبار الأعمّ من كونه[٥] مالكاً حقيقيّاً أو جعليّاً[٦] كالمشتري الغاصب، أو من هو بمنزلة المالك بإذن[٧] أو ولاية[٨] ويحتمل عدم

---

(١) أي المتبايعين، وهما البايع والمشتري، لأنّ المتشري يكون مخاطباً للبايع عند الايجاب، والبايع يكون مخاطباً للمشتري عند القبول.

(٢) قد عرفت آنفاً أنّ مقصود البايع بيع سلْعته من غير نظر الى كون القابل أصيلاً أو وكيلاً، وكذلك الأمر في المشتري، وهكذا في باب الاجارة، فحينئذٍ لا يعتبر علم كلّ من الطّرفين لمن يقع له العقد واقعاً، فلو قال: بعتك هذه الدّار بكذا، ثم انكشف أنّ المشتري كان وكيلاً، لم يضرّ ذلك بالتّطابق وبصحّة العقد، لأنّ تمام النّظر فيها الى ذات الثّمن والمثمن، ولا نظر فيها الى خصوصيّة مالكهما، فلا يختلف الغرض بإختلاف المالك بل الرّكن فيه العوضان، وعليه فلا يجب فيه التّعيين.

(٣) أي حين إذا علم من الخارج أنّ لا خصوصيّة للموجب والقابل، وانّ تمام النّظر فيها الى ذات الثّمن والمثمن.

(٤) يعني يراد من ضمير المخاطب في قول البايع ملّكتك أو بعتك هذه الدّار في البيع أو ملّكتك منفعتها بكذا في الاجارة، هو المخاطب، لا بإعتبار أنّه المشتري الأصيل المالك أو الّذي يريد اجارة الدّار لنفسه.

(٥) أي من كون المخاطب يعني يراد الأعمّ من كونه مالكاً حقيقيّاً أو لا.

(٦) مراده ﷺ من المالك الجعلي من يجعل نفسه مالكاً ادّعاءاً، والحال أنّه ليس بمالك واقعاً، وذلك كالمشتري الغاصب.

(٧) كما لو وكّل زيد عبده في أن يشتري الطّعام فيقول صاحب الطّعام للعبد: بعتك الطّعام، يراد بالكاف أنّ العبد مخاطب، وطرف للكلام لا أنّه مالك للثّمن.

(٨) كمن له ولاية على الصّغير والمجنون وما أشبه، كالأب والجد والحاكم.

اعتباره[١] إلّا فيما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكلّ من المتخاطبين كما في غالب البيوع والإجارات فحينئذ يراد من ضمير المخاطب في قوله ملّكتك كذا او منفعتة كذا بكذا هو المخاطب بالاعتبار الاعمّ من كونه مالكاً حقيقياً او جعليّاً كالمشترى الغاصب او من هو بمنزلة المالك باذن او ولاية ويحتمل عدم اعتباره إلّا فيما علم من الخارج إرادة خصوص الطّرفين، كما في النّكاح والوقف[٢] الخاصّ والهبة[٣] والوكالة والوصيّة[٤] الأقوى هو الأوّل[٥] عملاً[٦] بظاهر الكلام الدّال على قصد الخصوصيّة وتبعيّة العقود للقصود وعلى فرض

---

(١) هذا عطف على قوله: (يحتمل اعتباره) يعني ويحتمل عدم اعتبار تعيين البايع والمشتري وعدم تميّز كل واحد عن الآخر.

(٢) كما فيما لو علمنا أنّ البايع انّما يريد بيع سلعته لأهل الفضل والتّقوى، أو يريد الموجر ايجار داره للسّادات مثلاً، وكما في النّكاح ففي مثله لا بدّ من اعتبار التّعيين فإنّه في النّكاح تختلف الرّغبات بإختلاف الطّرفين فلو قال: زوّجتك فلانة وقبل المخاطب لغيره، بطل النّكاح، بلا إشكال لعدم المطابقة بين الإيجاب والقبول كما أنّه في الوقف يختلف الاغراض بإختلاف الموقوف عليهم، فيلزم التّعيين، والمراد بالوقف الخاصّ أن يقول الواقف لزيد مثلاً: وقّفت هذا البستان لك ولذرّيّتك.

(٣) بأن يريد الواهب الهبة لزيد المخاطب بقوله: وهبتك لا لكلّ أحد.

(٤) بأن يريد الموكّل الوكيل الخاص كالفرد المتقي والأمين ويريد الموصّي الوصيّ الخاصّ كالفرد العالم ويريد الوصيّة بالمال لشخص خاصّ.

(٥) وهو اعتبار التّعيين بمعنى أنّه يعتبر تعيين الموجب لخصوص المشتري والقابل لخصوص البايع فيما إذا كانت هناك خصوصيّة ملحوظة، إلّا فيما علم من الخارج عدم إرادة الخصوصيّة.

(٦) هذا تعليل لا قوائيّة القول الأوّل، أي للعمل بظاهر الكلام، يعني كاف الخطاب في وهبتك ونحوه، حيث يدلّ هذا الظّاهر على قصد الخصوصيّة بالإضافة الى أنّ العقود تابعة للقصود فإنّ البايع لمّا قصد من ضمير المخاطب خصوصيّة، فلا بدّ من وقوعها كذلك حتّى يكون العقد تابعاً للقصود وإلّا انخرمت قاعدة تبعيّة العقود للقصود.

القول الثّاني[١] فلو صرّح بإرادة خصوص المخاطب[٢] اتّبع قصده فلا يجوز[٣] للقابل أن يقبل عن غيره قال في التّذكرة لو باع الفضوليّ أو اشترى مع جهل الآخر فإشكال[٤] ينشأ من أنّ الآخر انّما قصد تمليك العاقد[٥] وهذا الإشكال[٦] وإن كان

---

(١) وهو عدم اعتبار التّعيين، أي عدم اعتبار تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب وعدم تعيين القابل لخصوص البايع، إلّا فيما خرج كما عرفت.

(٢) يعني لو قال الموجب للمخاطب انّما أريد أن أبيع هذا الثّوب لك فقط لا لغيرك.

(٣) متن عبارة التّذكرة هكذا: (النّامن لو باع الفضوليّ أو اشترى مع جهل الآخر فإشكال ينشأ من أنّ الآخر انّما قصد تمليك العاقد امّا مع العلم فالأقوى ما تقدّم، وفي الغاصب مع علم المشتري اشكل اذ ليس له الرّجوع بما دفعه الى الغاصب هنا (ج ل د أوّل تذكرة كتاب البيع ص ٢.

(٤) وأمّا منشأ الإشكال فهو عدم احراز التّطابق المعتبر في صحّة العقد فيما اذا قصد المخاطب شخصاً آخر مع عدم اعلام ذلك الطّرف العقد فإذا لم يعلم أنّ الموجب مثلاً قصد تمليك ماله للأعمّ من المخاطب وغيره لم يجز للمخاطب قبول التّمليك لغيره لأنّ ظاهر كلام البايع أو المشتري الموجّه الى الطّرف هو كون شخص المخاطب طرفاً للمعاملة بالأصالة فليس له أن يقبل عن غيره.

خذ لذلك مثالاً فلو باع زيد ثوبه لعمرو في مقابل خمسة دنانير، وقال: (بعتك هذا الثّوب بخمسة دنانير) والحال أنّ عمروا اشترى فضولاً لخالد، ففيه إشكال وجهه أنّ البايع الّذي هو زيد قصد تمليك المخاطب الّذي هو عمرو ولم يعلم أنّه فضول لا يملك الخسمة، وإنّما أخذ الخمسة من مال خالد فلزيدٍ الحقّ في أن يأخذ ويستردّ ثوبه لأنّه باعه لعمرو ولم يعلم بأنّه فضول يتوقّف بيعه على اجازة غيره.

(٥) لأنّ البايع كما عرفت آنفاً انّما قصد تمليك شخص المخاطب الظّاهر كونه طرفاً للمعاملة بالأصالة لا الفضول الّذي يقبل عن غيره، فظهر خلاف ما قصده وانّ العاقد فضوليّ.

(٦) أي إشكال العلّامة ﷺ وهو أنّ البايع انّما قصد تمليك العاقد الأصيل لا الفضوليّ، وهذا كلام الشيخ الأنصاري ﷺ يريد به الإيراد على إشكال العلّامة.

ضعيفاً مخالفاً للإجماع والسيرة[١] إلّا أنّه[٢] مبنيّ على ما ذكرناه من[٣] مراعاة ظاهر الكلام، وقد يقال في الفرق بين البيع وشبهه وبين النّكاح أنّ الزّوجين في النّكاح كالعوضين في سائر العقود وتختلف الاغراض بإختلافهما[٤] فلا بدّ من

---

(١) أقول: وجه الضّعف، أنّ الإجماع والسّيرة قاما على صحّة بيع الفضوليّ وشرائه بعد الاجازة، وذلك لأنّ العقد مركّب من الايجاب والقبول، وقد حصلا، ومن الاجارة والمفروض انها قد وقعت.

(٢) يعني إشكال العلّامة.

(٣) كلمة من بيان لما ذكرناه وهو مراعاة ظاهر الكلام الدّال على أنّ المقصود هو المخاطب لا غيره فإنّ ظاهر ملّكتك مثلاً يدلّ على قصد تمليك المخاطب، والعاقد الأصيل.

(٤) يعني بإختلاف الزّوجين.

أقول الحقّ في هذا المقام كما بيّناه سابقاً هو التّفضيل بين البيع والإجارة، ونحوهما وبين النّكاح وشبهه فإنّه في النّكاح تختلف الرّغبات بإختلاف الطّرفين، إذ ليس كل انسان يقدم على زواج أيّة أمرأة، بل يلاحظ في الزّواج معها الخصوصيّات البينيّة وسائر الخصوصيّات الّتي كانت دخيلة في الرّغبة إليها، وكذا ليست كلّ أمرأة تقدّم على الزّواج مع أيّ رجل، وذلك لإختلاف الأغراض بإختلاف الزّوجين فيلزم التّعيين، وإلّا يبطل العقد بعرائه عن ذلك، فإنّ الزّوجين في عقد الزّواج بمنزلة العوضين في البيع ضرورة عدم حصول الغرض بصيرورة المرأة زوجة لرجل مبهم وعدم صيرورة الرّجل زوجاً لإمرأة مبهمة، وأمّا في البيع وما حذا حذوه، فلا يختلف الغرض بإختلاف المالك بديهة أنّ خصوصيّات الأشخاص وان كانت دخيلة في الأغراض الشّخصيّة، ولكنّها غير دخيلة في حقيقة العقود ولا في صحّتها بل الرّكن فيه العوضان وعليه فلا يجب التّعيين.

التّعيين[١] وتوارد الايجاب والقبول على أمر واحد[٢] ولأنّ[٣] معنى قوله بعتك كذا بكذا رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع والمشتري يطلق على المالك ووكيله، ومعنى قولها: زوّجتك نفسي رضاها[٤] بكونه[٥] زوجاً والزّوج لا يطلق على الوكيل، انتهىٰ[٦].

---

(١) أي تعيين الزّوجين في باب النّكاح فلا يجوز أن يزوّج ابنته من انسان ما أي انسان كلّي، والمردّد كان يقول زيد لعمرو: زوّجتك ابنتي، ولا يعلم أنّ المخاطب هو الزّوج أو وكيله، ومن لم يعلم صحّة النّكاح بالنّسبة إليه كان تقول المرأة: زوّجت نفسي للخضر عليه السلام وجه عدم الجواز انصراف الأدلّة عن مثله وتعيين العوضين في سائر العقود والعلم بقدر الثّمن والمثمن لأنّ العلم بقدر المثمن كالثّمن شرط بإجماع علمائنا، كما عن التّذكرة وعن الغنية، العقد على المجهول باطل بلا خلاف، وعن الخلاف ما يباع كيلا، فلا يصحّ بيعه جزافاً وإن شوهد إجماعاً.

(٢) يعني بأن يتوارد ايجاب الموجب وقبول القابل في النّكاح والبيع على أمر واحد فلو قال الموجب: زوّجت نفسي ابنك، فلا بدّ أن يقول القابل: قبلت التّزويج لابني، لكي توارد الايجاب والقبول على أمر واحد فعلي هذا الضّوء لا يجوز أن يقول: قبلت التّزويج لنفسي، وكذا لو باع المالك ماله لزيد، فلا بدّ من أن يقبل زيد المال لنفسه، فلو قبل لعمرو لم يرد الايجاب، والقبول على أمر واحد.

(٣) هذا وجه آخر في الفرق بين البيع والنّكاح في كلام القائل بالفرق، يعني ويقال أيضاً في الفرق بين البيع والنّكاح أنّ معنى قوله: بعتك كذا بكذا، رضاه، أي (رضى) البايع (بكونه) أي كون طرفه القابل والمخاطب (مشترياً للمال المبيع والمشتري يطلق على المالك) الّذي يخرج من كيسه الثمن (ووكيله) أي وكذا يطلق على وكيله أو وليّه، وغيرهما ممّن أشبه.

(٤) أي رضاء الزّوجة.

(٥) أي بكون المخاطب.

(٦) أي انتهىٰ كلام القائل بالفرق بين البيع وبين النّكاح.

ويرد على الوجه الأوّل[١] من وجهي الفرق[٢] أنّ كون الزّوجين كالعوضين انّما يصحّ وجهاً لوجوب التّعيين[٣] في النّكاح لا لعدم وجوبه[٤] في البيع مع أنّ الظّاهر[٥]

---

(١) وهو أنّ الزّوجين في النّكاح كالعوضين في سائر العقود.

أقول: أورد المصنّف ﷺ على من فرّق بين البيع ونحوه وبين النّكاح بأنّ الزّوجين في النّكاح كالعوضين في سائر العقود بقوله: أنّ هذا انّما يصحّ ويصلح دليلاً لوجوب تعيين الزّوجين في النّكاح فقط، ولا يصلح دليلاً لعدم وجوب التّعيين في البيع وسائر العقو لأنّ اثبات الشّيء لا ينفي ما عداه، وبعبارة واضحة كلام هذا القائل انّما يدلّ على أنّ الزّوجين في النّكاح ركن كالعوضين في البيع، وأمّا أنّ البايع والمشتري ليسا بركنين حتّى يترتّب عليه عدم وجوب التّعيين فلا دلالة فيه عليه ولا يستفاد من كلامه هذا ولكن بنظري القاصر، أنّ الايراد ليس بتامّ، إذ كلامه ينادي بإعلى صوته على أنّ المدار في ركنيّة شيء، وعدمه على اختلاف الأغراض بإختلافه وعدمه، ولا ريب أنّ البايع والمشتري لا تختلف الاغراض بإختلافهما فليسا بركنين في البيع.

(٢) أي الفرق بين الزّواج وبين البيع.

(٣) بمعنى أنّ كون الزّوجين كالعوضين انّما يصحّ دليلاً لوجوب التّعيين في النّكاح حتّى إذا لم يعيّنا بطل النّكاح، وقد أشبعنا الكلام فيه آنفاً فلا نعيد.

(٤) أي لا لعدم وجوب تعيين البايع والمشتري.

(٥) أقول: هذا ايراد آخر على الدّليل الأوّل للفرق بين البيع والزّواج وملخّصه أنّ الدّليل الّذي ذكره المستدلّ ليس بتام لأنّه يختصّ بالنّكاح فقط، ولا يشمل الوقف وأخواته من الوصيّة والهبة والوكالة مع أنّ هذه كالنّكاح في وجوب التّعيين وأنّها لا تقبل الوكالة وأنّه كما تختلف الرّغبات بإختلاف الطّرفين في النّكاح، فكذلك في الوقف تختلف الاغراض بإختلاف الموقوف عليهم، فيلزم التّعيين فلا يجوز قصد القابل القبول فيه على وجه النّيابة أو الفضوليّ وبالجملة يعتبر العلم بالطّرف في غير باب =

أنّ ما ذكرنا من الوقف واخوته[١] كالنّكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها[٢] على وجه النّيابة أو الفضولي، فلا بدّ من وجه مطرّد[٣] في الكلّ.

وعلى الوجه الثّاني[٤] أنّ معنى بعتك في لغة العرب كما نصّ عليه فخر المحقّقين وغيره هو ملّكتك بعوض[٥] ومعناه[٦] جعل المخاطب مالكاً، ومن المعلوم أنّ المالك لا يصدق[٧] على الوليّ والوكيل والفضوليّ، فالأولى في

= المعاوضات كعقد النّكاح والهبة والوقف والوصيّة، ونحو ذلك كالضّمان والحوالة فإنّ خصوصيّات الأشخاص لها ركنيّة ودخل تامّ في نظر العرف، فما ذكر دليلاً للفرق بين البيع والنّكاح لا يكون جامعاً ومطّرداً في أخوات النّكاح، فلا بدّ من الاتيان بدليل يكون جامعاً ومطّرداً في الكلّ بأن يشمل الوقف والوصيّة والوكالة ولا يختصّ بالنّكاح.

(١) المراد من أخوة الوقف، الوصيّة والهبة والوكالة، ونحوها كالحوالة والضّمان.

(٢) اي في الوقف والوصيّة والهبة والوكالة ونحوها.

(٣) المطّرد، حكم كلّي عامّ بدون الاستثناء عامّ الشّمول (المنجد).

يعني لا بدّ من الفرق بين الزّواج وبين البيع من ذكر دليل عامّ شامل لجميع الأفراد من النّكاح والوقف والوصيّة والهبة والوكالة، ونحوها.

(٤) قوله: (وعلى الوجه الثّاني) عطف على قوله: (على الوجه الأوّل) وهذا إشكال من المصنّف ﷺ على الدّليل الثّاني للفرق بين البيع ونحوه والزّواج وشبهه يعني ويرد على الوجه الثّاني لبيان الفرق، وهو أنّ معنى قوله: بعتك كذا بكذا رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع، الخ.

(٥) لا نسلّم بهذا، بل هو أوّل الكلام ولا تساعد عليه اللّغة فلقائل أن يقول معنى البيع جعل الطّرف المقابل متملّكاً له بالأعمّ من أن يكون متملّكاً له لنفسه أو لغيره.

(٦) الضّمير يرجع الى (ملّكتك).

(٧) أقول: علّلوا عدم الصّدق بصحّة سلب معنى المالكيّة عن الوليّ والوكيل والفضوليّ، فقالوا: أنّهم ليسوا مالكين وقد عرفت ما فيه آنفاً، فلا نعيده.

الفرق[١] ما ذكرنا من أنّ الغالب في البيع والاجارة هو قصد المخاطب لا من حيث هو[٢] بل بالإعتبار الاعمّ من كونه أصالة، أو عن الغير[٣] ولا ينافي[٤] ذلك

---

(١) حاصل ما أفاده المصنّف ﷺ في وجه الفرق أنّ في البيع ونحوه قرينة نوعيّة صارفة عن ظهور الكلام في كون المخاطب به هو طرف المعاملة بالأصالة، ومن حيث هو بل بالاعتبار الأعمّ بما هو هو، أو بما هو موكّله، وبعبارة واضحة إنّهُ أعمّ من كونه أصالة أو عن الغير كالمالك الجعلي والوليّ والمأذون وتلك القرينة هي أنّ الغرض في البيع وشبهه متعلّق بالمبادلة ووصول كل منهما الى عوض ماله، إذ هذا الغرض يكشف عن طور العقد القصدي، ولا يبقى معه ظهور في ذلك، وأمّا في الزّواج ونحوه، فلا صارف عن الظّهور الذّاتي للكلام، بل اختلاف الرّغبات بإختلاف طرفي العقد يؤكّد ذلك الظّهور، وهذا هو الحقّ والأقرب الى الصّواب

(٢) أي لا من حيث كون المخاطب طرف المعاملة ومشترياً بالأصالة.

(٣) يعني أعمّ من أن يكون المشتري أصيلاً كمالك الثّمن أو غير أصيل كالوليّ والوكيل والمأذون والفضوليّ الّذي يشتري عن المالك.

(٤) دفع وهم حاصل الوهم أنّه اذا كان الغالب في البيع والاجارة ونحوهما هو قصد المخاطب بالمعنى الأعمّ من كونه أصالة أو عن الغير كالوليّ والمأذون، فَلِماذا لا يُسْمَعُ الى قول المشتري، لو ادّعى أنّه ليس أصيلاً في الشّراء، وجه توهّم المنافاة أنّه لو كان قصد المخاطب أعمّ من الأصيل والوكيل لزم سماع قوله، لأنّ قوله عندئذٍ ليس مخالفاً للأصل حتّى يحتاج الى البيّنة، فينافي هذا عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير أصيل. وحاصل الدّفع أنّه لا منافاة بين كون الغالب في البيع والاجارة هو قصد المخاطب بالمعنى الأعمّ، وبين عدم سماع قول المشتري عدم الشّراء لنفسه أصالة، ووجه عدم المنافاة هو أنّ الظّاهر من قول المشتري، اشتريت، هو اسناد الشّراء لنفسه، لا للغير، فهذا الظّهور كافٍ في عدم سماع دعواه فعندئذٍ تكون دعوى المشتري عدم الأصالة، وأنّه اشترى لزيد خلاف الظّاهر النّاشيء من غلبة قصد المتكلّم فيه، بكونه أصيلاً، فلا تسمع منه.

عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير أصيل فتأمّل[١] بخلاف النّكاح، وما[٢] أشبهه[٣] فإنّ الغالب قصد المتكلّم للمخاطب من حيث أنّه ركن للعقد[٤] بل ربّما[٥] يستشكل في صحّة أن يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام

---

(١) وجه التّأمّل، أنّه إذا كان الغالب والمتعارف في مثل البيع توجيه الكلام الى المخاطب بعنوانه الأعمّ، من كونه أصيلاً أو وكيلاً عن الغير، بحيث يفهم العرف المراد منه مع عدم نصب قرينة، فلا محالة لا يكون للكلام ظهور في إرادة الخصوصيّة، فظهور إرادة الخصوصيّة يكون ملغى، وعليه فلا وجه لعدم سماع قوله في دعوى كونه غير أصيل، فالمنافاة بين هذا الوجه، وعدم سماع قول المشتري حاصلة، فلا وجه لمنعها.

(٢) المراد من قوله (ما أشبهه) هو الوقف الخاصّ، والهبة، والوكالة، والوصيّة، ونحوها كالضّمان والحوالة.

(٣) الضّمير المفعول يرجع الى النّكاح، أي وما أشبه بالنّكاح.

(٤) مراده ﷺ أنّ الغالب قصد المتكلّم للمخاطب الخاصّ، من حيث إنّه أي المخاطب ركن للعقد فلو قالت هند مثلاً: زوّجتك، قصد الزّوج أنّ المتكلّمة هي الزّوجة، من حيث هي هي، وبالأصالة لا أنّها وكيلة عن أمرءته أخرىٰ.

(٥) هذا ترقّ من المصنّف ﷺ ومنع لما يستفاد من عبارته، أعني صحّة قصد المتكلّم المخاطب، باعتبار عنوان كون المخاطب وكيلاً عن الزّوج، ولو نادراً كما هو المستفاد والمفهوم من لفظ (الغالب)، وملخّصه أنّه لربّما يستشكل في صدق عنوان الزّوج على الوكيل، ولو مجازاً، وانّه لا يطلق اسم الزّوج عرفاً على الوكيل أصلاً، حتّى مجازاً، فحينئذٍ لا مجال للقبول، بأنّ الغالب في النّكاح، وما أشبهه من الوقف واخوته، الخ.

بل الصّواب أن يقال بعدم وجود استعمال الزّوج في الوكيل أبداً ولو مجازاً حتّى في مورد واحد.

الأصيل، كما لو قال: زوّجتك مريداً له[١] بإعتبار كونه[٢] وكيلاً عن الزّوج، وكذا قوله: وقفت عليك وأوصيت لك، ووكّلتك، ولعلّ الوجه[٣] عدم تعارف صدق هذه العناوين على الوكيل فيها[٤] فلا يقال للوكيل الزّوج، ولا[٥] الموقوف عليه، ولا لموصى له[٦] ولا لموكّل[٧] بخلاف البايع والمستأجر[٨] فتأمّل[٩] حتّى لا يتوهّم

---

(١) أي للمخاطب.

(٢) يعني كون المخاطب.

(٣) يعني ولعلّ السّر في عدم إطلاق الزّوج على الوكيل، وعلى ما ذكر من الوقف والوصيّة والوكالة عدم تعارف صدق عنوان الزّوج مثلاً على الوكيل، ولو بالتّجوز وعدم استعمال أهل العرف الزّوج في الوكيل، ولو مجازاً، وهذا ممّا لا ريب فيه، وتوضيح ذلك كما عن بعض المحقّقين أنّه وإن كان من المسلّمات عندنا أنّ حقيقة قيام الفعل بالفاعل، هو قيامه بالأصيل دون الوكيل فتعليقه بالثّاني تعليق مجازيّ، إلّا أنّه تعارف في البيع اسناد الفعل الى الوكيل وتعليقه به ولم يتعارف في النّكاح وشبهه، ولمّا كان أقل ما يعتبر في العقود كونها جارية على الإستعمال المتعارف، فكذلك صحّ في القسم الأوّل، يعني البيع من دون لزوم تعيين كون من قام به العقد أصيلاً دون القسم الثّاني، أعني النّكاح وشبهه، فيعتبر فيه تعيين كونه أصيلاً.

(٤) يعني في قوله: (زوّجتك، ووقفت عليك، وأوصيت لك، ووكّلتك) بخلاف البيع.

(٥) يعني ولا يقال للوكيل الموقوف عليه.

(٦) يعني ولا يقال للوكيل الموصى له.

(٧) يعني ولا يقال للوكيل الموكّل وتوضيحه، أنّه لو قال زيد الموجب لعمرو الّذي هو المخاطب: وكّلتك، وكان لعمرو موكّل، وهو خالد، فعندئذٍ لا يكون موكّل عمرو الّذي هو خالد وكيلاً عن زيد الموجب.

(٨) حيث أنّه يطلق الوكيل على البايع والمستأجر، فيقال انّهما وكيلان عن المالك

(٩) أي تأمّل في هذا الجواب.

رجوعه[١] الى ما ذكرناه سابقاً، واعترضنا عليه[٢].

«مسألة»: ومن شرائط المتعاقدين الاختيار[٣] والمراد به القصد الى وقوع

---

(١) أي رجوع ما ذكره المصنّف بقوله: (فالأولى في الفرق ما ذكرنا من أنّ الغالب في البيع والإجارة، الى قوله: بل بالإعتبار الأعمّ من كونه أصالة أو عن الغير).

(الى ما) أي الى الوجه الثّاني من وجهي الفرق بين البيع والنّكاح وهو قوله: (ولأنّ معنى قوله بعتك كذا بكذا رضاه، بكونه مشرياً للمال المبيع والمشتري يطلق على المالك ووكيله) ووجه عدم الرّجوع كما عن السّيّد ﷺ في تعليقة هو أنّ القائل المذكور أوّلاً ادّعى أنّ عنوان المشتري صادق على الوكيل حقيقة، والمصنّف ﷺ أنكر عليه ذلك هناك والشّيخ ﷺ انّما يدّعي أنّ المشتري يصدق على الوكيل مجازاً متعارفاً، وهذا المقدار يكفي في جواز الاستعمال المذكور، وكم من فرق بينهما.

وملخّص الفرق بين جواب قد يقال وجواب الشّيخ، أنّ جواب ذلك القائل مبنيٌّ على كون الإطلاق على الوكيل حقيقة، وجواب الشّيخ مبنيٌّ على إطلاق البايع والمستأجر على الوكيل تسامحاً عرفيّاً.

(٢) أي على ما ذكرناه سابقاً بقولنا، ويرد على الوجه الأوّل، الخ.

(٣) تنقيح القول في هذه المسألة انّما يكون بالبحث في أمور الأوّل بيان الفرق بين هذه المسألة، والمسألة السّابقة الّتي ذكرها المصنّف ﷺ بقول: (ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلون العقد) الثّاني بيان المراد من الاختيار الثّالث. بيان المراد من الكراهة، فنقول: أمّا الأوّل فهو أنّ الكلام هناك مسوق لإعتبار قصد المعنى في العقود، بمعنى أنّ عنوان العقد من البيع والإجارة، ونحوهما، قصدي لا يصحّ اعتباره عند العقلاء في غير ظرف قصده، بل يصحّ اعتباره في دائرة القصد، وهذا هو المراد من قولنا: (العقود تابعة للقصود) بمعنى انّها تنتفي بانتفاء القصود واشتراط القصد بهذا المعنى في تحقّق العقد ممّا قد اتّفقت كلمات الأصحاب (رضوان الله عليهم) عليه حتّى أنّه أرسلوه إرسال المسلّمات، ولذا لم يُنقل الخلاف من أحد بخلاف المقام، فإنّ

=

مضمون العقد عن طيب نفس في مقابل الكراهة، وعدم طيب النّفس لاالاختيار في

= البحث هنا في لزوم كون القصد ناشئاً من الاختيار، وكم من فرق بينهما، فما يظهر من جماعة منهم الشّهيدان، حيث قالوا أنّ المكره قاصد الى اللّفظ غير قاصد الى مدلوله من إرجاع هذا البحث الى البحث السّابق، وجعل المكره من مصاديق غير القاصد في غير محلّه، وأمّا الثاني، فالمراد من الاختيار هو صدور الفعل من العاقد عن الرّضا وميل النّفس إليه الموجب، لتعلّق الإرادة والقصد به وهذا الميل هو المعبّر عنه بطيب النّفس مقابل الكراهة وعدم الرّضا لا الاختيار مقابل الجبر والالجاء، كحركة المرتعش، وسيمرّ عليك البحث في هذا المقام تفصيلاً، بحيث يكشف الغطاء عن وجهه، فانتظر، وأمّا الثالث، فالمراد من الكراهة في حديث الرّفع عدم طيب النّفس لا الجبر الّذي هو الالجاء، وفقد الاختيار كما عرفت آنفاً.

إذا عرفت ذلك وجعلته في بالك متدبّراً لمدلولاته فنقول أنّه انّما يشترط ذلك الشّرط أي (الاختيار) فيما إذا كان الاكراه عدواناً كأنْ يكرهه على طلاق زوجته بغير حقّ فإنّه لا يقع الطّلاق، وامّا فيما لو كان الاكراه بحقّ فلا يشترط الاختيار قطعاً بل يصحّ بيعه مع عدم الرّضاء من المالك، وذلك كما في بيع المحتكر إذا أمره الحاكم الشّرعي، وكما في بيع الطّعام وغيره على من هو مشرف على الهلاك لعدم وجود الطّعام عنده عند اجبار الحاكم وغيرهما، نعم الظّاهر أنّ الحكم بصحّة المعاملة المذكورة في المثالين كما عن السّيّد ﷺ انّما هو إذا كان واجداً لسائر الشّرائط المعتبرة في الصحّة من قصد اللّفظ، والمعنى الانشائي وكونه مريداً لوقوع العقد في الخارج وغيرها، ممّا يعتبر فيها، وكان فاقداً للرّضا وطيب النّفس فقط فلو علم منه عدم القصد الى اللّفظ أو المدلول، أو عدم قصد الإنشاء بطل، واللّازم عندئذٍ قيام الحاكم مقامه في إجراء الصّيغة لأنّه وليّ الممتنع.

مقابل الجبر[١] ويدلّ عليه[٢] قبل الإجماع قوله تعالى: إلّا أن تكون تجارة عن تراض.

---

(١) يعني ليس معنى الإختيار المقصود منه ما يكون في مقابل الجبر.

أقول: توضيح المسألة في المقام بحيث يكشف الغطاء عن وجه الكلام ويذهب به الظّلام، يحتاج الى بيان أمور:

الأوّل أنّ هنا عناوين عديدة أحدها الاضطرار في الشّيء، بمعنى المجبوريّة وصدور الفعل عن غير إرادة كمن وُجِرَ في حلقه مفطر، أو كُتِّفَ وأُلقي في السّفينة ونظير حركة المرتعش.

والثّاني: الاضطرار الى الشّيء، بأن صدر الفعل عن إرادة ونشأت هذه الإرادة عن داع نفسانيّ، إلّا أنّ الدّاعي على هذا الدّاعي غير الرّضاء والاختيار كمن كان جايعاً فباع ثوبه ليشتري بثمنه خبزاً بحيث لو لم يكن مضطرّاً لما باعه، وهذان القسمان ليسا محلّاً للكلام في المقام، خارجان عن عنوان الاكراه والمكره واسطة بين هذين الشّخصين، فإنّه مختار في الفعل، إلّا أنّ هذا الاختيار نشاء عن أمر غير اختياري مثلاً لو أُكرِهَ زيد على بيع ماله، فإنّ الإرادة منه، وإن كانت موجودة، إلّا أنّها مغلوبة في جنب إرادة المُكْرِه، فإنّه قاصد للّفظ والمعنى، وترتّب الأثر، إلّا أنّه لم يطب نفسه، وأمّا الجايع ونحوه كمن أُكْرِهَ على اعطاء مئة دينار فباع داره لإعطاء الدّنانير، فإرادة الفعل أيضاً نشأت عن الإختيار، إلّا أنّ هذا الاختيار نشأ عن أمر غير اختياريّ.

(٢) أي على اعتبار الاختيار المذكور في المتعاقدين.

(في الأدلّة الّتي استدلّ بها على بطلان بيع المكره)

قد عرفت أنّ محلّ الكلام ومورد النّقض والإبرام في هذا الشّرط، يعني (الاختيار) هو العقد الجامع لجميع الشّرائط من القصد والرّضا وطيب النّفس عدا الاختيار بالمعنى المقابل للاكراه، بأن لا يكون مكرهاً عليه، وظهر لك ممّا ذكرنا أنّ مقتضى القاعدة هو

=

= صحّة بيع المُكْرَه، فإنّه عقد عرفيّ، فيشمله ما دلّ على وجوب الوفاء بالعقد ولكن استدلّ على فساده وبطلانه في مقابل العمومات المقتضية لصحّته بوجوه:

(الوجه الأوّل): الاجماع، وهو العمدة ان تمّ، لكن قد يناقش في تمامه بأنّ الإجماع، وإن كان مسلّماً، ولكنّا لا نطمئنّ بكونه إجماعاً تعبّديّاً، إذ من المحتمل القريب أن يكون مدرك المجمعين الوجوه الّتي استدلّ بها على فساد بيع المُكْرَهِ وبطلانه، مع أنّ دعوى الاجماع مع مخالفة نفس المدّعي أو مخالفة من في عصره أو من كان قبله لا تستقيم.

(الوجه الثّاني): قوله تعالى: (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلّا أن تكون تجارة عن تراض)(أ)، ينبغي تقديم أمور ليتّضح بها وجه دلالة الآية على بطلان بيع المُكْرَهِ وفساده، (الأوّل) أنّ دخول الباء المفيدة للسّببيّة في كلمة الباطل ومقابلتها في الآية مع التّجارة عن تراض قرينتان على أنّ الآية الشّريفة في مقام تميز الأسباب الصّحيحة عن الفاسدة، (الثّاني) أنّ المراد من الأكل في الآية الشّريفة ليس هو الازدراد على ما هو المعنى الحقيقي، وانّما هو كناية عن تملّك مال النّاس من غير استحقاق شرعيّ وقد تعارف استعمال كلمة الأكل في التّملّك في الكتاب الكريم، ومن ذلك قوله تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكّام لتأكلوا فريقاً من أموال النّاس بالإثم وأنتم تعلمون)(ب)، (الثّالث) أنّ الاستثناء في الآية المباركة سواء كان متّصلاً بأن كان مخرَّجاً، وهو الظّاهر، أم كان منقطعاً بأن كان غير مخرِّج يفيد حصر الاسباب الصّحيحة للمعاملات بالتّجارة عن تراض، أمّا على =

(أ) سورة النّساء، الآية: ٢٩.

(ب) سورة البقرة، الآية: ١٨٨.

= الأوّل فالإفادة واضحة، وأمّا على الثّاني فلإنّ الاستثناء المنفصل وإن كان لا يفيد الحصر بنفسه، ولكنّ الله تعالى حيث كان في مقام بيان الاسباب المشروعة للمعاملات وفصّل صحيحها عن فاسدها وكان الاهمال مخلّاً بالمقصود، فلا محالة يستفاد الحصر بالقرينة المقاميّة.

إذا عرفت ذلك، فنقول الاستدلال بهذه الآية على فساد بيع المكره تارة بعقد المستثنى، وهو قوله تعالى: (إلّا أن تكون تجارة عن تراض) واخرى بعقد المستثنى منه وهو قوله تعالى: (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) أمّا العقد الأوّل فالمستفاد منه أنّه لا يجوز لأحد أن يتملّك أموال النّاس بسبب من الأسباب الباطلة الّتي لم يمضها الشّارع كالبيع الرّبوي، وبيع الملامسة، والمنابذة، والحصاة، والقمار، وبيع المكره واشباهها، إلّا أن يكون هذا السّبب تجارة عن تراض، وعلى هذا الضّوء فالأكل كما عرفت آنفاً في الآية الكريمة كناية عن التّملّك، والتّصرّف، قال في (تفسير الميزان) ويقال أيضاً: أكل فلان المال، أي تصرّف فيه بالتّسلّط عليه لكن لا كلّ تصرّف بل التّصرّف عن تسلّط يقطع تسلّط الغير على المال بالتّملّك ونحوه كأنّه ينفذه ببسط سلطته عليه والتّصرّف عليه والتّصرّف فيه كما ينفذ الآكل الغذاء بالأكل، انتهى كلامه رفع مقامه.

فتدلّ الآية على أنّ حلّيّة تملّك أموال النّاس بالأسباب الصّحيحة منحصرة في التّجارة عن تراض، فإنّ غيرها من أسباب المعاملات الّتي منها بيع المكره فاسدة، وأمّا العقد الثّاني فالمستفاد منه أنّ تملّك أموال النّاس بغير رضى منهم تملّك بالباطل شرعاً، ألّا أن يأذن به الشّارع الّذي هو المالك الحقيقي، وعليه فيكون تملّك المال بالبيع المكره أكلاً له بالباطل، إلّا أن يثبت جوازه بتعبّد شرعيّ بأن يحكم الشّارع بجواز التّملّك ببيع المكره ونحوه، وعليه فشأن التّملّك بالبيع المكره شأن أكل المارّة من ثمرة الشّجرة الممرور بها والأخذ بالشّفعة وغيرهما من الموارد الّتي قد أذن =

وقوله عليه السلام: لا يحلّ مال أمرء مسلم إلّا عن طيب نفسه[1] وقوله صلى الله عليه وآله في الخبر:

= الشّارع في التّصرّف في أموال النّاس بدون اذنهم.

هذا ولكن أورد على هذا بعض المحقّقين، واستظهر عدم دلالة الآية على اعتبار الرّضا، فقال: الأظهر عدم دلالة الآية على اعتبار الرّضا لأنّه إذا كان الاستدلال بالمتثنى منه، وهو (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) بدعوى أنّ عقد المكره، أي الصّادر عن غير الرّضا من مصاديق الباطل فيرد عليه أنّه مع إذن المالك الحقيقي الموجب لخروجه عن كونه باطلاً المستكشف في المقام من العمومات، لا مجال للإستدلال به، وإن كان الإستدلال بالمستثنى، وهو (إلّا أن تكون تجارة عن تراض) فيرد عليه أنّ الاستثناء منقطع لأنّ التّجارة عن تراض ليس من أكل المال بالباطل فهو نظير قول القائل: ما جائني القوم إلّا حماراً، وغير مفرّغ، لأنّه ذكر معه المستثنى منه وهو لا يفيد لحصر.

(والوجه الثّالث) ممّا استدلّ به على فساد بيع المكره الرّوايات الدّالّة على حرمة التّصرّف في مال غيره إلّا بطيب نفسه.

أقول: ينبغي أوّلاً التّصريح بذكر الرّوايات الواردة في المقام ثمّ بيان وجه الإستدلال بها.

(١) في الوسائل الجزء الأوّل من المجلّد الثّاني باب ٣ من أبواب مكان المصلّي.

عن سماعة، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من كانت عنده أمانة فليؤدّها الى من أئتمنه عليها فإنّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله، إلّا بطيبة نفس منه، موثّقة لأنّه دخل في طريقها من ليس بإماميّ، ولكنّه منصوص على توثيقه بين الأصحاب، أعني زرعة وسماعة وهما واقفيّان.

وفي المستدرك ج ١ ص ٢٢٢ عن عوالي اللّئالي عن رسول الله صلى الله عليه وآله قال المسلم أخو المسلم لا يحلّ ماله إلّا عن طيب نفسه، وذكر الحديث الشّريف أيضاً في (المستدرك) الجزء ٣ ص ١٤٦ من دون تفاوت، مرسله.

=

المتّفق عليه بين المسلمين، رفع أو وضع عن أمّتي تسعة أشياء أو

= وفي تحف العقول ص ٣٣ عن رسول الله ﷺ أنّه قال في خطبة حجّة الوداع: أيّها النّاس انّما المؤمنون أخوة، ولا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلّا عن طيب نفس منه، مرسله.

أقول: هذه هي الرّوايات الّتي تدلّ على حرمة التّصرّف في مال غيره بدون إذنه فراجعنا الى كتب الاحاديث المعتبرة الّتي بأيدينا، ولم نجد فيها ما نقله المصنّف ﷺ في المتن من أنّه (لا يحلّ مال أمرئ إلّا عن طيب نفسه) على هذه الكيفيّة فيحتمل قريباً وقوع السّقط فيه، كما عن بعض المحقّقين ووجه الاستدلال بها على ذلك أنّها تدلّ على أنّ سبب حليّة التّصرّف في أموال النّاس انّما هو منحصر برضى المالك، فلا يحلّ شيء من التّصرّفات المالكيّة فيها، إلّا بإذنه ورضاه، وحيث لا رضى في عقد المكره فلا يكون سبباً لحليّة ماله للمشتري.

هذا وقد أورد على هذا الاستدلال بأنّ ظاهر الحليّة من جهة استنادها الى المال لا الى المعاملات الحليّة التّكليفيّة، وقد تبيّن في موضعه أنّ الحرمة التكليفيّة لا تستلزم الفساد فهذه الرّواية إمّا لا تشمل عقد المكره لعدم حرمته تكليفاً أو تشمله، ولا تدلّ على عدم نفوذه.

وقال المحقّق الإيرواني في هذا المقام ما هذا لفظه: (الرّواية أجنبيّة عن بيان سببيّة الأسباب النّاقلة، وما هو سبب منها في نظر الشّارع عمّا ليس بسبب، وانّما هي في مقام بيان مجرّد الحكم التّكليفي، أعني حرمة التّصرّف فيما هو مفروغ كونه مال الغير، إلّا بطيب نفس صاحبه، وهذا في المقام أوّل البحث فلعلّ المال بعقد المكره منتقل الى ملك المتصرّف فتصرّفه واقع في ملك نفسه، لا في ملك الغير الخ.

(والوجه الرّابع): ممّا استدلّ به على فساد بيع المكره، حديث الرّفع.

ستّة[١] ومنها ما أكرهوا عليه، وظاهره[٢] وإن كان رفع المؤاخذة[٣] إلّا أنّ استشهاد

---

(١) محمّد بن علي بن الحسين قال: قال النّبي ﷺ: وضع عن أمّتي تسعة أشياء: «السّهو، والخطاء، والنّسيان، وما أُكرهوا عليه، وما لا يعلمون، وما لا يطيقون، والطيرة، والحسد، والتّفكّر في الوسوسة في الخلق مالم ينطق بشفته»[أ].

وجه الاستدلال بهذا الحديث الشّريف على بطلان عقد المكره يتوقّف على أمور ثلاثة:

الأوّل: أنّ الرّفع فيه تكوينيّ لا تشريعيّ.

الثّاني: أنّ المرفوع بالرّفع التّكوينيّ ليس نفس هذه الفقرات التّسعة المذكورة في الحديث لتحقّق تلك الفقرات وجداناً، فلا بدّ من أن يجعل المرفوع مقدّراً فيدور بين رفع أظهر الآثار أو جميعها لكنّ المستظهر هو رفع أظهر الآثار، وهو عبارة عن المؤاخذة، فيكون المرفوع هو المؤاخذة على تلك الفقرات.

الثّالث: انّ ظاهر الحديث، وإن كان رفع المؤاخذة لدلالة الاقتضاء على ذلك والمراد بدلالة الاقتضاء هو دلالة الكلام على معنى التزامي يتوقّف صحّة الكلام على ارادته صوناً للكلام عن الكذب نظير «واسئل القرية أي أهلها» فإنّ هذه الأشياء بوجودها التّكويني ليست مرفوعة كما عرفت آنفاً، والظّاهر من المؤاخذة وإن كان هو الاخرويّة منها، إلّا أنّ استشهاد الامام ٧ بهذا الحديث في رفع بعض الأحكام الوضعيّة كما يأتي عن قريب يشهد لعموم المؤاخذة المرفوعة فيه لمطلق الالزام على الاكراه بشى كما ذكرْ المصّنف (ره) فالالتزام البيعى عند صدور البيع عن المكره مؤاخذة فتكون مرفوعة عنه ومن هذا الضّوء يظهر جواب ما قد يقال فَلِمَ قدّر في الحديث المذكور المؤاخذة مع أنّ الأصل عدم التّقدير، حيث قلنا أنّ الفقرات التّسعة متحقّقة وجداناً، فلا بدّ من باب الإقتضاء تقدير رفع الآثار.

(٢) أي ظاهر حديث الرّفع.

(٣) أي رفع الحكم التّكليفي، أعني العقاب الاخروي.

(أ) الوسائل: باب ٣٧ من قواطع الصّلاة ص ١٢٨٤، وباب ٣٠ من أبواب الخلل في الصّلاة ص ٣٤٥.

الامام عليه السلام به[١] في رفع بعض الأحكام الوضعيّة يشهد لعموم المؤاخذة فيه[٢] لمطلق الالزام عليه[٣] بشيء[٤]، ففي صحيحة البزنطي[٥] عن أبي الحسن عليه السلام[٦] في الرّجل يستكره على اليمين فيحلف[٧] بالطّلاق والعتاق وصدقة ما يملك

---

(١) أي بهذا الحديث الرّفع في رفع بعض الاحكام الوضعيّة، وهو الطّلاق، والعتاق وصدقة ما يملك في صحيحة البزنطي الّتي سيأتي التّصريح بها تفصيلاً.

(٢) أي في حديث الرّفع.

(٣) يعني على المكره.

(٤) بمعنى أنّ كلّ شيء يأتي من قبل الشّارع سواء كان حكماً تكليفيّاً كالوجوب ونحوه، أو وضعيّاً كالكفّارة من الاعتاق والصّيام والإطعام وشبههما، أو أخرويّاً كالعقاب والعذاب كلّها مرفوع عن المكره، فلا يختصّ الرّفع بالحكم التّكليفي.

(٥) وسائل الشيعة الجزء ١٦ ص١٧٣ ـ ١٧٤، الحديث ٦ ـ أبواب الإيمان ١٦.

وجه الاستدلال بها أنّها وإن وردت في الطّلاق والعتاق فتدلّ على بطلانهما إذا أكره عليهما، ولكنّها بضميمة عدم القول بالفصل بينهما وبين غيرهما من العقود والايقاعات تدلّ على المقصود هذا.

أقول: ولكنّ عدم الفصل لم يثبت بنحو يكون في مقابل الإجماع المتقدّم الّذي هو العمدة ليكون دليلاً مستقلاً.

(٦) يعني موسى بن جعفر عليه السلام وأبو الحسن، بلا قيد منصرف الى موسى بن جعفر عليه السلام وإذا قيّد بـ(الثّاني) كان المراد (الرّضا «ع») وإذا قيّد بـ(الثّالث) كان المراد (الهادي «ع»).

(٧) والمراد بالحلف بالطّلاق هو الحلف بأنّ كلّ امرأة يتزوّجها تكون مطلّقة بنفس تزويجها، وبالحلف بالعتاق هو الحلف بأنّ كلّ عبد يملكه يكون حرّاً بنفس تملّكه، وبالحلف بصَدَقَة ما يملك هو الحلف بأن يكون كلّما يملكه صَدَقَة بنفس تملّكه، وهذا الحلف باطل عندنا معاشر الشّيعة، كما سيتعرّض له المصنّف عليه السلام له ويأتي التّفصيل حوله منّا إنشاء الله، غير مؤثّر في شيء ولكنّه يصحّ عند العامّة، وقد استشهد الإمام عليه السلام في بطلانه عند الاستكراه عليه بحديث الرّفع مع بطلانه لولا الاكراه أيضاً.

أيلزمه[١] ذلك فقال عليه السلام لا[٢] قال رسول الله صلى الله عليه وآله وضع عن أمّتي ما أُكرِهوا عليه و مالم يطيقوا[٣] وماأخطأوا والحلف بالطّلاق والعتاق، وإن لم يكن صحيحاً عندنا[٤] من دون الاكراه أيضاً، إلّاأنّ مجرّد استشهاد الامام عليه السلام في عدم وقوع آثار ماحلف

---

(١) يعني أيلزم الرّجلَ المكرهَ الطّلاقُ والعتاقُ وصدقةُ مايملكه، بأن تكون زوجته مطلّقة وعبده عتقاً وما يملكه صدقة، إن كان كذا أو فعل كذا، والحال أنّ الحلف مكره عليه.

(٢) أي لا يلزم الرّجلَ المكرهَ الطّلاقُ والعتاقُ وصدقةُ ما يملك، لأنّه قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن أمّتي ما أُكرِهوا عليه.

ثمّ اعلم أنّه قد جرت عادة الفقهاء (رضوان الله عليهم) على البحث عن عقد المكره في كتاب الطّلاق، ولعلّه لورود الرّوايات الكثيرة على بطلان طلاق المكره، وإلّا فلا اختصاص لذلك بالطّلاق.

(٣) الطّاقة: القدرة على الشّيء، يقال (هذا في طَوْقي) أي في وسعي و (لا تحمّلْنا ما لا طاقة لنا به) أي ما يصعب علينا الطّاقة (المنجد).

فالمراد من قوله صلى الله عليه وآله (مالم يطيقوا) ما كان عسراً شديداً لا عدم القدرة إطلاقاً بداهة أنّه لا إشكال في أنّ التّكليف الإبتدائي بما لا يطاق وعدم القدرة على الإطلاق ليس خاصّا بالامّة، إذ العقل لا يجوّزه أبداً، بل الموضوع التّكليف الشّاق الّذي لا يتحمّل عادة.

قال في تفسير (الميزان) ما هذا لفظه: قوله تعالى: (ربّنا ولا تحمّلْنا ما لا طاقة لنا به) ليس هو التّكليف الإبتدائي بما لا يطاق، إذ قد عرفت أنّ العقل لا يجوّزه أبداً، بل المراد به جزاء السّيّئات الواصلة إليهم من تكليف شاقّ لا يتحمّل عادة، أو عذاب نازل، أو رجز مصيب كالمسخ ونحوه، انتهى كلامه رفع مقامه.

(٤) أي عند معاشر الشّيعة من دون الاكراه أيضاً، إذ هذا الحلف باطل عند الإماميّة ومذهب الشّيعة، فإنّ الطّلاق لا يقع إلّا بالصّيغة الخاصّة، كقول المطلّق: (أنتِ أو هذه أو فلانة أو زوجتي مثلاً طالق) والعتق لا يكون إلّا بلفظ خاصّ كقول المعتق: (أنتَ وهذا أو فلان حرٌّ).

بوضع ما أُكرِهوا عليه يدلّ[١] على أنّ المراد بالنّبوي[٢] ليس خصوص المؤاخذة والعقاب الاخروى[٣] هٰذا[٤] كلّه مضافاً الىٰ الأخبار الواردة في طلاق

---

(١) كلمة (يدل) خبر لِـ(انّ) في قول المصنّف (إلّا أنّ).

(٢) يعني الحديث النّبوي (وضع عن أمّتي تسعة أشياء الخ) ليس خصوص المؤاخذة والعقاب الاخروي الّذي هو الحكم التّكليفي بمعنى أنّ المؤاخذة المرفوعة ليست مختصّة بخصوص الاخروي منها، بل تعمّ تلك، والمؤاخذة الدّنيويّة، فالالتزام البيعي عند صدور البيع عن المكره مؤاخذة فتكون مرفوعة عنه، والظّاهر من المؤاخذة وإن كانت هي الاخرويّة منها لكن التّعميم مستفاد من قيام القرينة، وهو استشهاد الإمام عليه السلام في رفع بعض الأحكام الوضعيّة بحديث الرّفع وهو قرينة على إرادة المعنى العموم من المؤاخذة حيث استشهد الامام في بطلان الحلف عند الاستكراه عليه بحديث الرّفع، مع بطلانه لو لا الإكراه أيضاً.

فلا محالة قد اعمل في المقام تقيّة إمّا في الصّغرى، أي في تطبيق حديث الرّفع على مورد الاكراه على الطّلاق مع أنّ المورد ليس مورداً له لبطلانه من دون الاكراه أيضاً، وأمّا في الكبرى، أي في كون مدلول حديث الرّفع هو البطلان فيما أكره عليه، فعلى الأوّل فيكون الصحيح المذكور دالّاً على بطلان ما أُكرِهَ عليه دون الثّاني.

(٣) يعني ليس المراد بالحديث النبوي خصوص العقاب الاخروي الّذي هو الحكم التكليفي بل يشمل رفع الحكم الوضعي أيضاً.

(٤) أي خذ ما تلوناه عليك من الإستدلال بالآيات والرّوايات لأجل شرطيّة الإختيار وطيب النّفس في المعاملة.

المكـره[١] بـضميمة عـدم الفـرق[٢] ثـمّ إنّـه يـظهر من جـماعة مـنهم الشّـهيدان أنّ المكـره قـاصد الى اللّـفظ غـير قـاصد الىٰ مـدلوله[٣] بـل يـظهر

---

(١) مراده ﷺ أنّ الأخبار الواردة في طلاق المكره يدلّ على اعتبار الإختيار في المتعاقدين أيضاً من دون فرق بين البيع والطّلاق إليك نصّ الأخبار:

١ ـ عن زرارة عن أبي جعفر ﷺ قال سألته عن طلاق المكره وعتقه فقال ﷺ ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق: حسن بابراهيم بن هاشم.

٢ ـ عن عبد الله بن سنان عن ابى عبد الله ﷺ قال سمعته يقول: لو أنّ رجلاً مسلماً مرّ بقوم ليسوا بسلطانٍ فقهروه حتّى يتخوّف على نفسه أنْ يعتق أو يطلّق ففعل لم يكن عليه شيء مرسل.

٣ ـ عن يحيى بن عبد الله بن الحسن عن ابى عبد الله ﷺ قال سمعته يقول: لا يجوز طلاقٌ في استكراه ولا يجوز يمين فى قطيعة رحم «إلىٰ أن قال» وإنّما الطّلاق ما أُريد به الطّلاق من غير استكراه ولا اضرار: ضعيف بيحيى.

«الوسائل» الجزء ١٥ ص٣٣١: الباب ٣٧: الكافى ج٦ من ط ٢ باب طلاق المكره ص١٢٦ ـ ١٢٧: الوافى ج٣ باب طلاق المضطرّ والمكره ص١٦٧ ـ ١٦٨.

(٢) أي عدم الفرق بين الطّلاق وغيره من البيع والعتق وغيرهما من العقود في اعتبار الإختيار فيهما وذلك لوحدة المناطق إذ لا يدرك ولا يفهم العرف خصوصيّة للطّلاق يمتاز بها عن غيره.

(٣) يعني غير قاصدٍ مدلول اللّفظ الّذي هو النّقل والإنتقال في البيع والبينونة بين الزّوجل والمرأة في الطّلاق هٰذا ولٰكن من البيّن أنّه ليس مراد الشّهيدين والعلّامة قدّس اسرارهم ما يعطى ظاهر عباراتهم من أنّه لا قصد للمكره إلّا الى مجرّد التكلّم واللّفظ. أمّا مراد الشّهيدين فبالنّظر الىٰ قياسهما المكره على الفضولي يظهر أنّ مرادهما هو أنّ المكره لم يقصد ما هو ظاهر إنشاء كلّ منشى من رضائه بوقوع المدلول في الخارج كما أنّ الفضولي لم يقصد ما هو ظاهر المعاملة من وقوعها لنفسه وأمّا العلّامة

=

ذلك[١] من بعض كلمات العلّامة وليس مرادهم[٢] انّه لا قصد له الّا الىٰ مجرّد التكلّم كيف والهازل الّذي هو دونه[٣] في القصد قاصد للمعنىٰ صورياً[٤] والخالي عن القصد الىٰ غير التكلّم[٥] هو

= فمقصوده من قوله في التّحرير «ولو اكره على الطّلاق فطلّق ناوياً له فالأقرب أنّه غير مكره إذ لا اكراه علىٰ القصد».

هو التّفصيل بين اقسام المكره وهو أنّ كلّ من لم يتمكّن من التّورية فهو مكره وأمّا من أمكن له التّورية فإذا لم يورّوا وقع المعاملة فليس مكرهاً بل صدرت المعاملة عنه عن طيب قال السيّد ﷺ في شرح العبارة المتأمّل في عبارة المسالك في باب بيع المكره يكاد يقطع بأنّ مراده من عدم قصد المدلول عدم الرّضا به فمراده من القصد القصد مع الرّضا لا ظاهر ما ينسب إليه ولا ما وجّهه به المصنّف ﷺ من عدم قصد وقوعه في الخارج فهو موافق لما ذكره فراجع وتأمّل انتهىٰ كلامه رفع مقامه.

(١) أي عدم قصد المكره إلىٰ مدلول اللّفظ الّذي هو النّقل والإنتقال في البيع.

اليد نصّ بعض كلمات العلّامة ﷺ قال في التّحرير «لو اكره على الطّلاق فطلّق ناوياً فالأقرب وقوع الطّلاق إذ لا اكراه على القصد انتهى فقول العلّامة فالأقرب وقوع الطّلاق صريحٌ في أنّ المطلّق قاصد الىٰ مدلول اللّفظ وهو وقوع الطّلاق في الخارج فيكون قوله مخالفاً لما أفاده الشّهيد الثّاني من أنّ المكره والفضولي قاصدان الىٰ اللّفظ دون مدلوله.

(٢) اي ليس مراد هؤلاء الاعلام الّذي منهم الشّهيدان والعلّامة أنّه لا قصد للمكره. الخ.

(٣) أي دون المكره في القصد وذلك لأنّ المكره قاصد في الجملة لٰكن قصده اكراهيٌّ لا طيب له وهٰذا بخلاف الهازل فإنّه لا قصد له إلّا الهزل.

(٤) يعني ليس بقاصد عن اعماق نفسه.

(٥) «إلىٰ» متعلّق بالقصد يعني لا قصد له إلّا مجرّد التكلّم والتلفّظ فقصده منحصر في اللّفظ لا يتجاوز عن دائرته وهٰذا بخلاف المكره فإنّه قاصد في الجملة لٰكن قصده اكراهي وذلك لأنّ معنى الإكراه على الشّيء وقوعه في الخارج علىٰ وجه الكره فلابدّ من قصد المدلول وإلّا لم يكن الفعل واقعاً في الخارج.

من يتكلّم تقليداً[١] أو تلقيناً كالطّفل[٢] الجاهل بالمعاني فالمراد[٣] بعدم قصد المكره عدم القصد الىٰ وقوع مضمون العقد في الخارج وأنّ الدّاعي له[٤] إلىٰ الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه[٥] في الخارج لا أنّ كلامه[٦] الانشائي مجرّد عن المدلول كيف وهو[٧] معلول الكلام الإنشائي إذا كان مستعملاً غير مهمل وهٰذا[٨] الّذي ذكرنا لا يكاد يخفي علىٰ من له أدنىٰ تأمّل في معنىٰ الإكراه لغةً

---

(١) وذٰلك كالببغاء (طوطى) فإنّه لا يعرف معنى الكلام وإنّما همّه اللّفظ فقط.

(٢) هٰذا مثال منه ﷺ للتلقين فإنّ الطّفل يتلفّظ ويتكلّم بكلّ ما يلقّنونه ولٰكن تكلّمه به خال عن قصد المعنىٰ والمدلول.

(٣) أي مراد هؤلاء الأعلام الّذين منهم الشّهيدان من عدم قصد المكره في كلامهم عدم القصد الىٰ وقوع مضمون العقد الّذي هو النّقل والإنتقال أو مضمون الطّلاق الّذي هو البينونة في الخارج لا عدم القصد الىٰ مفهوم اللّفظ.

(٤) أي للمكره.

(٥) أي مضمون العقد ومدلوله الّذي هو النّقل والإنتقال.

(٦) أي ليس كلام المكره كلفظ «بعت وطلّقت» مجرّداً عن المدلول لكي يكون مثل «بعت» الصّادر عن الببغاء.

(٧) الضّمير راجع الىٰ المدلول يعني كيف يمكن أن يكون كلام المكره خالياً ومجرّداً عن المدلول الّذي هو النّقل والإنتقال في البيع والبينونة في الطّلاق والحال أنّ المدلول هو معلول الكلام الإنشائي الّذي هي العلّة في إيجاد المدلول فالكلام علّة والمعنىٰ معلول ومن البيّن أنّ المعلول لا ينفكّ عن العلّة.

(٨) أي قولنا فالمراد بعدم قصد المكره عدم القصد الىٰ وقوع مضمون القصد في الخارج عن طيب النّفس والرّغبة لا عدم القصد الىٰ مفهوم اللّفظ ومدلوله.

وعرفاً[١] وأدنىٰ تتبّع فيماذكره الأصحاب في فروع الإكراه[٢] الّتي لاتستقيم مع ما توهّمه[٣] من[٤] خلوّ المكره عن قصد مفهوم اللّفظ وجعله[٥] مقابلاً للقصد وحكمهم[٦]

---

(١) إذ معنىٰ الإكراه لغة وقوع الشّيء في الخارج علىٰ وجه الإكراه وعدم طيب النّفس والرّغبة في «المنجد» اكره فلاناً على الامر حمله عليه قهراً: الرّجلُ حمله على امرٍ يكرهه» لا عدم القصد الى مضمون اللّفظ ومدلوله وكذلك معناه عرفاً هو وقوع الشّيء في الخارج علىٰ وجه الكره وعدم الرّغبة قال السّيد ١ في تعليقه (الاكراه علىٰ البيع كالاكراه علىٰ شرب الماء فكما أنّه لا يصدق الّا مع وجود الشّرب في الخارج فكذا في البيع انتهىٰ.

(٢) حيث ذكر الفقهاء في هٰذه الفروع أنّ المكره لا يقصد وقوع مضمون العقد في الخارج كما صرّحنا به كراراً لا أنّه لا يقصد مفهوم اللّفظ ومدلوله كيف وقصد المكره مفهوم اللّفظ ومدلوله ممّا لا ريب فيه عندهم فما ذكره الأصحاب يدلّ علىٰ كون المكره قاصداً الىٰ المعنىٰ في الجملة. اى لا تستقيم تلك الفروع ولا تعتدل.

(٣) الضّمير الفاعل المستتر يرجع الىٰ العبارة والضّمير المفعول يرجع الىٰ (ما) يعني توهّم عبارة المتقدّم نقلها عن جماعة منهم الشّهيدان والعلّامة في بعض كلماته حيث قالا: إنّ المكره قاصد الىٰ اللّفظ لا الىٰ مفهومه ومدلوله وجه عدم الإستقامة والإعتدال أنّ ما ذكره الأصحاب يدلّ علىٰ كون المكره قاصداً الىٰ المعنىٰ وعبارة الجماعة والشّهيدين تدلّ علىٰ خلوّ المكره عن قصده.

(٤) لفظ (من) بيان لِـ(ما) في قوله (مع توهّمه).

(٥) كلمة «وجعله» بالجرّ عطف علىٰ (معنىٰ الإكراه) في قوله (ادنىٰ تأمّل في معنىٰ الإكراه» يعني لا يكاد يخفي علىٰ من له أدنىٰ تأمّل في جعل الإكراه مقابلاً للقصد فإنّك قد عرفت أنّ الفقهاء ذكروا القصد من جملة شروط المتعاقدين ثمّ ذكروا الإختيار بعد ذكر القصد فيظهر من كلامهم أنّ القصد الىٰ المدلول معتبر فضمير (جعله) راجع الىٰ الإكراه.

(٦) بالجرّ عطف أيضاً علىٰ (معنىٰ الإكراه) يعني لا يكاد يخفي علىٰ من له أدنىٰ تأمّل في حكم الفقهاء.

بعدم وجوب التّورية[١] في التفصّي[٢] عن الإكراه وصحّة بيعه[٣] بعد الرّضا

---

(١) هي في اللّغة بمعني السّتر والإخفاء وإلقاء كلام ظاهر في معني وإرادة خلاف ظاهره مع إخفاء القرينة علىٰ المراد فكانّ المتكلّم وارىٰ مراده عن المخاطب بإظهار غيره وخيّل إليه أنّه أراد ظاهر كلامه، وقد ذكر الطّريحي في مجمع البحرين ورّيت الخبر بالتّشديد توريةً سترته واظهرت غيره حيث يكون للّفظ معنيان احدهما اشيع من الآخر وتنطق به وتريد الخفيّ الخ. وفي تلخيص المفتاح: ومنه التّورية وتسمّىٰ الإيهام أيضاً وهو أن يطلق لفظ له معنيان قريب وبعيد ويراد البعيد الخ وفي القاموس ورّاه توريةً اخفاه ومن قبيل التورية ما أراد الشّيعي من سبّ الإمام امام جماعة واظهر سبّ الإمام المعصوم ومن هٰذا القبيل ما اذا أراد أحد أن ينكر مقالته الصّادرة منه فيقول علم الله ما قلته حيث يظهر كلمة الموصول علىٰ صورة اداة النّفي ويخيّل الىٰ السّامع أنّه ينكر كلامه الصّادر منه ومنه قول عقيل عليه السلام أمرني معاوية أنْ ألعن عليّاً ألا فالعنوه ومن هٰذا القبيل أيضاً ما سئل بعض الشّيعة عن عدد الخلفاء فقال اربعة أربعة أربعة وقصد من ذٰلك الأئمّة الإثني عشر وزعم السّائل أنّه أراد الخلفاء الأربع ومن هٰذا القبيل ما سئل أحد العلماء عن عليّ عليه السلام وأبي‌بكر بأنّه أيّهما خليفة الرّسول صلى الله عليه وآله فقال من بنته في بيته وأمّا التّورية في الأفعال كان يأمر أحد عمّاله أن يضرب مظلوماً فيورّى العامل في فعله بضرب سوطه علىٰ الجدار ويأمر المظلوم بالنّياحة.

(٢) في المجمع يقال تفصّيت من الدّيوان إذا خرجت منها وتخلّصت وتفصّىٰ الإنسان إذا تخلّص من المضيّق والبليّة والاسم الفصية وفصيت الشّيء عن الشّيء فصياً من باب رمي ازلته. انتهىٰ.

(٣) بالجرّ عطف علىٰ عدم وجوب التّورية اي ومن حكمهم بصحّة بيعه بعد الرّضا فإنّه لو لم يكن للفظ المكره معنىً لم يكن عندئذ معنىً لصحّة بيعه إذ البيع لا يحصل بمجرّد اللّفظ بل لابدّ في حصوله وتحقّقه من قصد المعنىٰ.

واستدلالهم[١] له[٢] بالأخبار الواردة في طلاق المكره وأنّه[٣] لا طلاق إلّا مع إرادة الطّلاق حيث إنّ المنفيّ[٤] صحّة الطّلاق لا تحقّق مفهومه لغةً وعرفاً وفيما[٥] ورد في مَنْ طلّق مداراة[٦] بأهله الىٰ غير

---

(١) قوله (واستدلالهم) عطف على (حكمهم).

(٢) يعني لعدم صحّة بيع المكره.

(٣) قوله (وأنّه) عطف تفسير للأخبار وإشارة الىٰ مضمونها ومدلولها يعني واستدلال الفقهاء بالأخبار الواردة في عدم وقوع الطّلاق ممّن لا إرادة له في الطّلاق إليك نصّ هٰذه الأخبار:

١ ـ عن زرارة عن اليسع قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول في حديث: ولو أنّ رجلاً طلّق علىٰ سُنّة وعلىٰ طهرٍ من غير جماعٍ وأشهد ولم ينو الطّلاق لم يكن طلاقه طلاقاً.

٢ ـ عن زرارة عن اليسع عن ابى عبد الله عليه السلام وعن عبد الواحد بن المختار عن ابى جعفر عليه السلام انّهما قالا: لا طلاق إلّا لمن أراد الطّلاق.

٣ ـ عن زرارة عن أبى عبد الله عليه السلام قال: لا طلاق إلّا ما اريد به الطّلاق.

٤ ـ عن هشام بن سالم عن ابى عبد الله عليه السلام قال: لا طلاق إلّا لمن أراد الطّلاق «وسائل الشّيعة» ج ١٥ ص ٢٨٥ ـ ٢٨٦ الباب ١١.

(٤) يعني المنفيّ في قوله عليه السلام لم يكن طلاقاً، حيث إنّه يراد من النّفى نفي الصحّة شرعاً لا نفي تحقّق مفهوم الطّلاق لغةً وعرفاً لأنّ بيان تحقّق مفهوم الطّلاق ليس وظيفة الإمام عليه السلام.

(٥) قوله (وفيما) عطف علىٰ معنىٰ الإكراه أي لا يكاد يحفي علي من له أدنىٰ تأمّل في الحديث الوارد في الرّجل الّذي طلّق زوجته مداراه لأهله.

(٦) دارىٰ مداراةً لاطفه وخاتله (لاطفه) ملاطفه بارّه ورفق به اَلاٰنَ لَهُ القولَ (خاتله) مخاتلة خدعه يقال «خاتل الصيّاد» أي مشىٰ قليلاً قليلاً لئلّا يحسّ الصّيد به «فهو خاتل وختول».

ذٰلك[١] وفي[٢] أنّ مخالفة بعض العامّة في وقوع الطّلاق اكراهاً لا ينبغي أن تحمل علىٰ الكلام المجرّد عن قصد المفهوم الّذي لا يسمّىٰ خبراً ولا إنشاء وغير ذٰلك[٣] ممّا يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلىٰ وقوع اثر العقد[٤] ومضمونه في الواقع وعدم طيب النّفس به[٥] لا عدم إرادة المعنىٰ من الكلام

---

(١) من الأخبار الكثيرة الواردة في طلاق المكره ومن لا قصد له فحاصل الكلام أنّ الطّلاق مداراة لا يصحّ وذٰلك لأنّه لم يقصد وقوع الطّلاق خارجاً لا أنّه لا يقع لأنّه لم يقصد المعنىٰ وباب المداراة وباب الإكراه واحد في أنّهما لم يقصدا وقوع الطّلاق خارجاً.

(٢) قوله (وفي ايضاً عطف علي معني الإكراه يعني أنّ مخالفة بعض العامّة للشّيعة في طلاق المكره حيث إنّ بعض «علماء اخواننا السنّة» يقول بوقوع طلاق المكره وانّه بمنزلة طلاق المختار لا ينبغي أن تحمل مخالفتهم علىٰ الكلام المجرّد عن قصد المفهوم وبعبارة أُخرىٰ أنّ هٰذا البعض لا يريد من كلام المكره الكلام الّذي خال عن قصد المفهوم بل يريد من الكلام الكلام المشتمل علىٰ قصد المفهوم.

(٣) قوله (وغير ذٰلك) عطف علىٰ قوله ادنىٰ تأمّل أي لا يكاد يخفي علي من له أدنىٰ تأمّل في غيره هٰذه الموارد من الشّواهد الّتي يوجب القطع واليقين بأنّ المكره قاصد الىٰ مدلول اللّفظ.

(٤) وهو النّقل والإنتقال في البيع والبينونة في الطّلاق في الخارج ومضمون العقد في الواقع اي الخارج وطيب النّفس بالعقد فمعنىٰ قولهم المكره لا قصد له انّه لا يريد الأثر ولا يطيب نفسه به لا أنّ مرادهم عدم إرادة المكره المعنىٰ من الكلام لكي يكون كالبغاء وهٰذا واضح لا ستار فيه.

(٥) أي بالعقد.

ويكفي في ذٰلك[١] ماذكره الشّهيد الثّاني من أنّ المكره والفضولي قاصدان الىٰ اللّفظ دون مدلوله نعم ذكر في التحرير والمسالك في فروع المسألة[٢] مايوهم ذٰلك قال في التحرير لو اكره علىٰ الطّلاق فطلّق ناوياً[٣] فالأقرب وقوع الطّلاق إذ لا إكراه علىٰ القصد[٤] انتهىٰ[٥]. وبعض المعاصرين[٦] بنىٰ هٰذا الفرع[٧] علىٰ تفسير القصد[٨]

---

(١) أي يكفي في أنّ المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد الىٰ وقوع اثر العقد ومضمونه في الواقع لا نفي قصد المعنىٰ من الكلام وعدم استعماله فيه ما ذكره الشّهيد الثّاني ﷺ من أنّ المكره والفضولي قاصدان (الخ) وجه الكفاية أنّ الشّهيد جعل المكره والفضولي من باب واحدٍ علىٰ حدّ سواء في القصد ومن البيّن أنّ الفضولي قاصد للمدلول ومريد له من اللّفظ بمعنىٰ استعماله فيه وعدم اهماله فعندئذٍ لابدّ أن يراد من عدم القصد ماذكرناه من عدم القصد الىٰ وقوع العقد في الخارج فكذٰلك المكره.

(٢) يعني مسألة المكره.

(٣) يعني ناوياً مدلول اللّفظ ومعناه.

(٤) فحاصل الكلام أنّ قول العلّامة «فالأقرب وقوع الطّلاق» يدلّ علىٰ أنّ المُطلِّق قاصد الىٰ مدلول اللّفظ. وهو وقوع الطّلاق في الخارج لقوله «لا إكراه علىٰ القصد» فعندئذ يكون قوله مخالفاً لما أفاده الشّهيد الثّاني من أنّ المكره والفضولي قاصدان الىٰ اللّفظ دون مدلوله.

(٥) يعني انتهىٰ ما ذكره العلّامة ﷺ في التّحرير.

(٦) يعني به صاحب الجواهر في كتاب الطّلاق.

(٧) وهو قول العلّامة في التّحرير «لو اكره علىٰ الطّلاق فطلّق ناوياً فالأقرب وقوع الطّلاق.

(٨) أقول في عبارة المصنّف ١ أعني قوله «بني هٰذا الفرع علىٰ تفسير القصد» مسامحة واضحة لا ستار فيها لأهل الدقّة والبصيرة وحقّ العبارة أن يقول وبنىٰ الفرع المذكور «أي وقوع الطّلاق فيه» علىٰ انتفاء القصد للمكره بما ذكرنا من متوهّم كلامهم أي بالمعنىٰ الّذي يتوهّم من كلامهم وهو القصد الىٰ مدلول الكلام وانشائه وحينئذ فالمراد من القصد في تفسير القصد هو القصد المنفيّ في المكره لا القصد المثبت كما يعطيه ظاهر العبارة.

بما ذكرنا من متوهّم كلامهم فردٌّ[١] عليهم بفساد المبني وعدم وقوع الطلاق في الفرض المزبور[٢] لٰكنّ المتأمّل يقطع بعدم إرادتهم[٣] لذٰلك[٤] وسيأتي ما يمكن توجيه الفرع[٥] المزبور به[٦].

---

(١) أي ردّ صاحب الجواهر علىٰ الفقهاء الّذين ذهبوا بصحّة طلاق المكره إذا قصد المعنىٰ وأفاده ﷺ أنّ مبناهم فاسد لأنّ المراد من عدم القصد عندهم هو عدم القصد الىٰ وقوع مفهوم اللّفظ في الخارج فيكون الطّلاق باطلاً إذ لا قصد للمكره بوقوع مضمون العقد أو الإيقاع في الخارج.

(٢) أي ما إذا قصد المعنىٰ من دون قصد الوقوع لأنّ قصد المعنىٰ لا يلازم قصد الوقوع والأثر الّذي هو يوجب وقوع الطّلاق في الخارج لا مجرّد قصد المعنىٰ.

(٣) أي عدم إرادة الفقهاء.

(٤) يعني يحصل الإطمينان للتأمّل ويقطع بعدم إرادة العلماء لذٰلك الّذي ذكره الجواهر من انتفاء قصد المكره إلىٰ مدلول اللّفظ بل وإنّما يريدون به عدم قصد الأثر أي النّقل والإنتقال الخارجي كما هو مبنى المصنّف ﷺ.

(٥) المراد من الفرع المزبور قول العلّامة في كتابه التّحرير «لو اكره علىٰ الطّلاق فطلّق ناوياً فالأقرب وقوع الطّلاق».

(٦) الضّمير المجرور في (به) راجع الىٰ (ما) في قوله «وسيأتي ما» والمراد بـ(ما) التّوجيه الّذي يأتي في قوله الآتي «بقى الكلام فيما وعدنا ذكره» فيصير حاصل الكلام أنّه سيأتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور بذٰلك التّوجيه وهو أنّ مراد الفقهاء أنّه لو قصد المكره الطّلاق واقعاً لِسوء خلق المرئة فسوء خلق المرئة داعٍ للطّلاق في الحقيقة فعندئذ يقع الطّلاق وإنْ صدق الإكراه في الجملة.

ثـمّ انّ حـقيقة الاكـراه لغـة وعـرفاً حـمل الغـير عـلى مـا يكـرهه[١] ويـعتبر فـي وقـوع الفـعل مـن ذلك الحَـمْلُ اقـترانـه[٢] بـوعيد مـنه[٣]

---

(١) أقول: هل يعتبر في مفهوم الاكراه وجود شخص حامل على الفعل المكره عليه كالبيع والطّلاق ونحوهما بحيث لولاه لما كان هناك اكراه كما هو الظّاهر من المصنّف أم لا يعتبر ذلك في مفهومه، بل يكفي فيه مجرّد الاعتقاد بوجود المكره «بالكسر» وإن كان الاعتقاد المزبور مخالفاً للواقع.

وينبغي في المقام تقديم أمور لكي يتّضح ما هو المقصود الاوّل بيان حقيقة الاكراه والثّاني بيان النّسبة بين عنوان الكراهة وعدم طيب النّفس والثّالث بيان ما يعتبر في حقيقة الاكراه أمّا الاوّل فقد عرفت ممّا قدّمناه انّ الكراهة المبحوث عنها بين الاعلام هي الواسطة بين مثل حركة المرتعش والاضطرار فحقيقة حمل الغير على ما يكرهه يعني حمل البايع على البيع الّذي يكرهه البايع هذا البيع وامّا الثّاني فـالنّسبة بـين عنوان الكراهة وعدم طيب النّفس هي العموم المطلق بداهة أنّه كلّما تحقّق هنا كره تحقّق عدم طيب النّفس بخلاف العكس فانّه قد لا يوجد الكره ولكن يتحقّق عدم الرّضا وعدم طيب النّفس كما اذا تخيّل أحد انّ الجائر أجبره على بيع داره ففعل ذلك ثمّ انكشف انّه ليس هنا مكره (بالكسر) فانّ عنوان الاكراه وان كان غير متحقّق في المقام ولكن لم يوجد هنا أيضاً رضاء وطيب نفس بالمعاملة وأمّا الثّـالث فـالقيود المعتبرة في الكراهة أمور خمسة سيأتي ذكرها فانتظر.

(٢) يعني اقتران وقوع ذلك الفعل.

(٣) يعني من المكره بالكسر.

مظنونِ[١] التّرتّب على ترك ذلك الفعل مضرٍّ[٢] بحال الفاعل[٣] أو متعلّقه[٤]

---

(١) بالجرّ صفة لقوله (بوعيد).

فحاصل الكلام في المقام أنّه هل يعتبر في تحقّق الاكراه الوعيد من الآمر، أم يكفي في ذلك توجّه الضّرر على المكره (بالفتح) ولو من ناحية غير الآمِرْ التّحقيق ان يحكم بفساد العقد والايقاع كالبيع والطلاق اذا ترتّب على تركه الضّرر ولو من ناحية غير الآمر كما اذا أمره ابن السّلطان أو أخوه ببيع داره فباعه خوفاً من الضّرر المتوجّه إليه من ناحية السّلطان الغير الآمر أذا علم بمخالفة أمر والده أو أخيه سواء كان مدرك بطلان عقد المكره، هو حديث الرّفع أو عدم طيب النّفس والرّضا أمّا على الثّاني فواضح لعدم حلّ مال امره مسلم إلّا عن طيب نفسه ورضاه وأمّا على الاوّل فلما عرفته كراراً من أنّ حقيقة الاكراه حمل الغير على فعلٍ، مع الايعاد على تركه بالضرر من غير فرق بين ان يتوجّه إليه الضّرر من الآمر أو من غيره، هذا وقال المحقّق النّائيني ﷺ: (يعتبر الظّن أو الاحتمال العقلائي على ترتّب ذلك الوعيد على الترك فمجرّد أمر الغير مع عدم اقترانه بتوعيد منه لا يدخل في موضوع البحث وان خاف من تركه ضرراً سماويّاً أو الضّرر من شخص غير الآمر).

وقال في المصباح: نعم إذا كان الوعيد بالضّرر السّماوي، كما اذا أمر أحد من أولياء الله شخصاً خاصّاً ببيع داره، وإلّا طلب من الله تعالى أن يمطر عليه حجارة من السّماء أو يرسل عليه ريحاً عاصفة فباعها خوفاً من الغضب الإلٰهي، فإنّ البيع المذكور يحكم بصحّته، لما عرفته قريباً من أنّ المرفوع بحديث الرّفع انّما هو الاكراه من ناحية العباد لا الاكراه من ناحية الله سبحانه وهذا ظاهر، انتهىٰ.

(٢) بالجّر صفة لقوله (بوعيد).

(٣) وهو المكره بالفتح.

(٤) المُرادُ من (متعلّقه) عشيرته الاقربين وقبيلته والاصدقاء ممّن يعدّ في العرف الاضرار به اضراراً بهذا الشّخص دون غيره من اخوانه المؤمنين غير المربوطين به.

نفساً[١] أو عرضاً أو مالاً فظهر من ذلك[٢] انّ مجرّد الفعل لدفع الضّرر المترتّب على تركه[٣] لا يُدخله[٤] في المكره عليه كيف[٥] والافعال الصّادره من العقلاء أو جلّها ناشئة عن دفع الضّرر وليس دفع مطلق الضّرر الحاصل من ايعاد شخص يوجب صدق المكره عليه فانّ[٦] من أكره على دفع مال وتوقّف[٧] على بيع بعض أمواله

---

(١) كلمة نفساً، أو عرضاً، أو مالاً كلّها بيان لكلمة مضرّ يعني سواء كان الضّرر نفسيّاً كما لو أمره السّلطان ببيع داره فباعها خوفاً من الضّرر من السّلطان، أم عرضيّاً أم مالياً والمراد بالعِرض هو النّاموس.

(٢) أي من التّعريف المذكور وهو اقتران وقوع ذلك الفعل بوعيد من المكره بالكسر فحاصل الكلام في المقام أنّ مجرّد دفع الضّرر لا يكون موجباً لصدق الاكراه بل لا بدّ في صدقه من ترتّب ذلك الوعيد على ترك الفعل من المكره بالفتح وان كان حصول ذلك الوعيد بالظّن لا بالقطع.

(٣) أي ترك الفعل كبيع الدّار مثلاً.

(٤) أي لا يدخل الفعل في المكره عليه فلا يقال لمن يبيع داره خوفاً من تلف النّفس أو من عدم إمكان أداء الدّين أو من عدم إمكان الانفاق على عياله من غير ترتّب وعيد من المكره بالكسر أنّه مكره عليه وهذا لا مرية فيه.

(٥) هذا استشهاد لعدم كفاية مجرّد دفع الضّرر في المقام بل لا بدّ من ترتّب الضّرر المتوعّد به على ترك الفعل فيصير المعنى انّه كيف يدخل مجرّد الفعل لدفع الضّرر في المكره عليه والحال انّ من يبني الدّار انّما هو لدفع ضرر البقاء بلا مأوىٰ، ومن يشتري الثّوب انّما لدفع ضرر البرد، ومن يشتري الخُبز انّما هو لدفع ضرر الجوع، وهكذا.

(٦) هذا تعليل لكون مطلق الضّرر الحالصل من ايعاد شخص لا يوجب صدق الاكراه ولا يكون فعله مكرَهاً والفاعل مكرِهاً عليه.

(٧) يعني توقّف دفع المال.

فالبيع الواقع منه[١] لبعض أمواله وإن كان لدفع الضّرر المتوعّد به على[٢] عدم دفع ذلك المال ولذا[٣] يرتفع التّحريم عنه لو فرض حرمته[٤] عليه لحلف أو شبهه[٥] إلّا أنّه[٦] ليس مكرهاً فالمعيار[٧] في وقوع الفعل مكرهاً عليه سقوط الفاعل[٨] من أجل الاكراه المقترن بايعاد الضّرر عن الاستقلال[٩] في التّصرف بحيث لا يطيب نفسه[١٠] بما يصدر منه[١١] ولا يتعمّد إليه[١٢] عن رضاء وان كان[١٣] يختاره[١٤]

---

(١) الضمير المجرور يرجع الى (من) في قوله (من أكره).

(٢) متعلّق بـ(المتوعد).

(٣) أي ولأجل أنّه مضطرّ لبيع المال يرتفع التّحريم في بيع المال عنه لو فرض حرمة بيع المال عليه لحلف وذلك لأنّ بيع المال داخل في ما اضطرّوا إليه وقد ثبت في موضعه أنّه رفع ما اضطرّوا إليه.

(٤) أي حرمة بيع المال.

(٥) كالنّذر والعهد.

(٦) الضّمير المنصوب يرجع الى (من) في قوله (من اكره) أي المكره بالفتح وجملة (ليس مكرهاً) مرفوعة محلّاً خبرٌ للمبتدأ المتقدّم الواقع في قوله «فالبيع» ووجه عدم كونه مكرهاً واضح لأنّ الظّالم لا يكرهه على بيع المال وانّما اكرهه على دفع المال.

(٧) مقياس، ميزان ج معايز: «فرهنگ كبير».

(٨) يعني المكره بالفتح.

(٩) كلمة (عن الاستقلال) متعلّقة بقوله «سقوط الفاعل».

(١٠) أي يسقط الفاعل عن الاستقلال في التصرّف بحيث لا يطيب نفس المكره بالفتح بالفعل الّذي يصدر منه.

(١١) أي من الفاعل.

(١٢) أي الى الفعل بمعنى أنّه لا يقصد الفعل راضياً به وبطيب النّفس والرّغبة.

(١٣) يعني وان كان المكره بالفتح يختار وقوع الفعل.

(١٤) أي الفعل.

لاستقلال العقل بوجوب اختياره[١] دفعاً[٢] للضّرر أو ترجيحاً لأقلّ الضررين[٣] إلّا أنّ هذا المقدار[٤] لا يوجب طيب نفسه به فانّ النّفس مجبولة[٥] على كراهة مايحمله[٦] غيره[٧] عليه مع الايعاد[٨] عليه بما يشقّ تحمّله والحاصل انّ

---

(١) يعني أنّ العقل يستقلّ بوجوب اختيار الفعل وعدم تركه.

(٢) هذا تعليل لاستقلال العقل بوجوب اختيار وقوع الفعل ونصبه على المفعول لأجله.

(٣) أحدهما وقوع الفعل وثانيهما الضّرر المتوعّد به.

(٤) وهو أنّ العقل يستقلّ بوجوب اختيار وقوع الفعل وعدم تركه دفعاً للضّرر المتوعّد به كما عرفت آنفاً والحاصل انّ طيب النفس الّذي يحصل للفاعل من أجل دفع الضّرر فيما لم يكن في الفعل ضررًا ومن أجل ترجيح اقلّ الضّررين واخفّ المحذورين فيما كان فيه ضرر الاّ انّه اقلّ من ضرر الوعيد فهذا المقدار من طيب النّفس لا يوجب طيب نفس الفاعل بالفعل فالرّضاء العقلي الّذى يوجب اختيار الفعل لا يوجب الرّضا الطّبيعى الفطرى الّذى هو العمدة فى الفعل

(٥) الجِبْلَةُ مُثَلَّثَةً ومحرّكة وكطِمرّة الخِلْقَةُ والطّبيعةُ والفطرةُ وجَبَلَهم الله يَجْبُلُ ويَجْبِلُ خلقهم وعلى الشيء طبعه (قاموس) فتكون المجبولة بمعنى المخلوقة والمطبوعة والمفطورة.

(٦) الضمير المفعول يرجع الى (ما) في قوله (كراهة ما) الّذي هو الفعل المكره عليه كبيع الدار وطلاق الزّوجة ونحوهما.

(٧) الضمير يرجع الى النّفس الّذي هو المكره بالفتح.

(٨) الى الايعاد من ذلك الغير.

الفاعل[١] قد يفعل لدفع الضّرر لكنّه مستقلّ فى فعله ومخلّى وطبعه فيه بحيث يطيب نفسه بفعله[٢] وان كان من باب علاج الضّرر وقد يفعل لدفع ضرر ايعاد الغير على تركه[٣] وهذا[٤] ممّا لا يطيب النّفس به وذلك[٥] معلوم بالوجدان.

(هل يعتبر في الاكراه عدم امكان التّفصّي عن الضرر)

ثـمّ انّه هل يعتبر في موضوع الاكراه[٦] أو حكمه[٧] عدم امكان التّفصّي

---

(١) حاصل الكلام في المقام انّ ايقاع العقد المكروه إذا لم يكن ناشئاً عن حمل غيره بل يكون بداع آخر لا يكون اكراهاً كالمريض المحتاج الى المال فيلتجئ الى بيع داره مع كراهته لذلك وكذا لو كان بحمل غيره بتوسّط وعده بالنّفع كما لو وعده بأن ينصبه والياً إذا باع داره وكذا لو توعّده بالضّرر المستحقّ كما لو قال الدّائن للمديون إن بعت دارك أبرأت ذمّتك من الدّين بل في الحقيقة ذلك من الوعد بالنّفع بخلاف ما كان ايقاع العقد المكروه ناشئاً عن حمل غيره كما لو أجبره السّلطان الجائر أن يبيع داره فإنّ هذا اكراه لا يطيب النّفس به ومعلوم بالوجدان.

(٢) كما لو باع ثوبه لأجل اشتراء الدّواء لولده المريض.

(٣) كما لو اكرهه الجائر على طلاق زوجته مع الايعاد على ترك الطّلاق.

(٤) أي اجراء الطّلاق مثلاً لدفع ضرر ايعاد الغير على تركه.

(٥) يعني عدم وجود طيب النّفس في الثّاني ووجوده في الاوّل واضح وجداناً.

(٦) وهو حمل الغير على ما يكرهه.

(٧) وهو الأثر المترتّب على الاكراه من بطلان المعاملة وغيره.

أقول: يعني هَلْ يعتبر في موضوع الاكراه وفي أصل تحقّق مفهومه عدم امكان التّفصي بنحو من الانحاء بتورية أو غيرها بحيث لو تمكّن منه لما تحقّق مفهوم الاكراه حقيقة أم لا يعتبر ذلك في موضوعه فيتحقّق فيه الاكراه في الفرض المذكور فيه خمسة أقوال: أحدها اعتبار العجز عن التّفصي بالتّورية أو غيرها في صدق

=

عن الضّرر المتوعّد به[1] بما لا يوجب به ضرراً آخر كما حكى عن

= موضوعه.

الثّاني: عدم اعتباره، الثّالث: التّفصيل بين التّورية وغيرها كالتّوصّل الى شخص مقتدر مثلاً ليدفع ضرر المكره، الرّابع التّفصيل بينهما حكماً فيلتزم في تحقّق مفهوم الاكراه باعتبار العجز عن غير التّورية دونها بمعنى أنّ الحكم مترتّب على مطلق الاكراه أو على الاكراه المقيّد بالعجز عن التفصّي فيفصّل بين التّورية فيكون مكرهاً أمّا غيرها فلا، لا موضوعاً، الخامس: انّه يعتبر في الاكراه الرّافع للحكم التّكليفي العجز عن التفصّي بالتّورية أو الشّخص المقتدر وأمّا في الإكراه الرّافع لأثر المعاملة فلا يعتر ذلك بل يكفي العجز الفعلي المتحقّق مع امكان التفصّي.

قال المحقّق النائيني ﷺ في هذا المقام ما هذا لفظه.

والمراد من التفصّي بغير التّورية هو أن يفعل ما يرفع به الإكراه امّا بانعدام صفة الإكراه عن المكره كان يبعث إليه شفيع ينصرفه عن ارادة وقوع المكره عليه أو بانعدام المكره عليه كما اذا أخرج عن ملكه ما أكره على بيعه والمراد من التفصّي بالتّورية هو أنّ يتكلّم بصيغة البيع لا بلحاظ فنائها في المعنى الّذي هو عبارة عن استعمالها بل بلحاظ استقلالها وبما هو لفظ كتكلّم الهازل الّذي ليس معه قصد المعنى وأمّا ذكر اللّفظ وارادة معنى مجازيّ مع عدم نصب قرينة عليها فهو ليس من التّورية في شيء فما في بعض الكلمات من تفسير التّورية به ليس بصحيح بل هو استعمال مجازيٌّ فقوام التّورية هو بقصد اللّفظ بالاستقلال في مقابل استعماله في المعنى من غير فرق بين ارادة معنى مع ارادة اللّفظ بالاستقلال أم لا الخ.

(١) مراده ﷺ انّه لو أمكن في اكراه السّلطان الجائر التّخلّص عن الضّرر المتوعّد به لايسمّى اكراهاً موضوعاً بمعنى انّه لو تمكّن المكره بالفتح من التفصّي عن الضّرر المتوعّد به ولو بالتّوصّل الى شخص مقتدر ليدفع ضرر المكره أو الفرار حتّى لايجري صيغة البيع ولم يفعل وأتىٰ به، هل يصدق عليه الاكراه موضوعاً أولا يتحقّق الاكراه وضعاً أو يتحقّق الموضوع لكن لا يجزي عليه حكم الاكراه.

جماعة[١] أم لا[٢] الّذي يظهر من النّصوص والفتاوى عدم اعتبار العجز عن التّورية[٣] لأنّ[٤] حمل عموم رفع الاكراه[٥] وخصوص النّصوص الواردة[٦] في طلاق المكره

---

(١) يعني حكى اعتبار عدم امكان التفصّي فانّهم اعتبروا في صدق الاكراه موضوعاً أو رفع الاكراه للحكم عدم امكان التفصّي والتّخلّص حتّى انّه اذا أمكن التفصّي والتّخلّص بنحو من الانحاء لا يسمّى اكراهاً أو لا يكون له حكم الاكراه، أعني الاثر المترتّب على الاكراه من بطلان المعاملة وغيره وهو الحقّ بنظرى القاصر وفيه قوّة يعنى ام لا يعتبر عدم الامكان بل يصدق ويتحقّق الاكراه موضوعاً او يرتّب حكم الاكراه وإن لم يسمّ بالاكراه فيما أمكن التفصّي وبعبارة أخرىٰ يتحقّق الاكراه سواء أمكن التّورية أم لا والتّحقيق كما عرفت آنفاً اعتبار عدم امكان التفصّي والتخلّص من غير فرق بين التّورية ونحوها.

(٢)

(٣) يعني لا يعتبر العجز عن التّورية في صدق الاكراه ووجود حكمه فعندئذٍ لو قدر على التقصي بالتّورية ولم يورّ كان اكراهاً والوجه فيه انّ الظّاهر من النّصوص والفتاوىٰ عدم اعتبار العجز عن التّورية فلو أكره على طلاق زوجته فامكنه ان يقصد بلفظ الطّلاق الانطلاق مثلاً لا الطّلاق المصطلح أو أمكنه أن يفرّ لكي لا يجري صيغة الطّلاق ولم يفعل بل قصد الطّلاق المصطلح أو لم يفرّ وأجرىٰ صيغة الطّلاق كان مكرهاً موضوعاً أو حكماً ولم يتحقّق الطلاق.

(٤) كلمة (لأنّ) تعليل لعدم اعتبار العجز عن التّورية.

(٥) والمراد به حديث رفع عن امتّي تسعة أشياء وهذا أحد النّصوص فقوله ﷺ فيه (رفع ما أكرهوا عليهما شامل للطّلاق ولغيره.

(٦) أقول قد ذكرنا هذه النّصوص فلا نعيدها.

وعتقه ومعاقد الاجماعات[١] والشّهرات المدّعاة في حكم المكره على صورة العجز[٢] عن التّورية لجهل أو دهشة[٣] بعيد[٤] جداً، بل[٥] غير صحيح في بعضها[٦]

---

(١) جمع مَعقِد وهو موضوع الانعقاد والمراد بمعقد الاجماع لفظ الجملة الّتي ادّعىٰ الاجماع عليها فانّ الاجماع قد يكون بلا معقد فيما اذا قال المدّعي مثلاً (على المسألة إجماع) وقد يكون له معقد كما لو قال (يحرم العصير إجماعاً) فجملة يحرم العصير معقد[أ].

(٢) قوله: (على صورة العجز عن التّورية) متعلّق بقوله: لأنّ حمل عموم، الخ.
وحاصل المعنى انّ حمل هذه النّصوص على صورة العجز بعيد جداً لعدم الشاهد عليه.

(٣) دَهِشَ دَهَشاً ودُهِشَ، بَهُتَ وتحيّر، فهو دَهِشٌ ومَدْهوش ودَهْشان[ب].
والمراد منها هنا الخوف من توعّد المكره بالكسر وتهديده.

(٤) كلمة (بعيد) خبر لقوله (لانّ حمل عموم رفع الاكراه).

(٥) يعني بل هذا الحمل ليس بصحيح لما عرفته آنفاً.

(٦) أي في بعض النّصوص الواردة، والمراد من بعض النّصوص، هي روايات الطّلاق والعتق، واستظهر السّيّد ﷺ أنّ مراده من ذلك البعض ما ورد في قضيّة عمار الآتيه، ووجه عدم الصّحّة أنّ الطّلاق والعتق ليس من الامور الموجبة للدهشة والخوف حتّى لايتمكّن المكره من التّورية، نعم لو كان المورد من الامور المدهشة كالتّعذيب والقتل، أمكن عدم التّورية للخوف.

(أ) فراجع الوسائل الجزء ١٥ ص٣٣١، الباب ٣٧، الكافي ج٦ من ط ٢ باب طلاق المكره ص١٢٦ ـ ١٢٧.

(ب) المنجد.

من جهة المورد[١] كما لا يخفىٰ على من راجعها[٢] مع أنّ القدرة على التّورية لا يخرج الكلام عن حيّز الاكراه عرفاً[٣] هذا[٤] وربّما يستظهر من بعض الاخبار عدم اعتبار العجز عن التفصّي بوجهٍ آخر[٥] غير التّورية أيضاً في صدق الاكراه[٦] مثل رواية ابن سنان عن أبي عبد الله ﷺ قال: لا يمين في قطيعة رحم، ولا في جبر، ولا في اكراه، قلت: أصلحك الله وما الفرق بين الجبر والاكراه؟ قال: الجبر

---

(١) مراده ﷺ من المورد قوله ﷺ: انّما الطّلاق ما أريد به الطّلاق من غير استكراه ولا اضرار في خبر يحيى بن عبد الله بن أبي عبد الله ﷺ قال: سمعت يقول لا يجوز طلاق في استكراه ولا يمين في قطيعة رحم، الى أن قال: وانّما اطّلاق ما أريد به الطّلاق من غير استكراه ولا اضرار، فالمراد ارادة الطّلاق واقعاً، والظّاهر أنّ المكره هنا قادر على التّورية وعلى عدم ارادة الطّلاق فالمستفاد من هذا الخبر أنّ العجز عن التّورية غير معتبر في صدق الاكراه

(٢) أي راجع النّصوص الواردة في الطّلاق والعتق، وقد صرّحنا بها آنفاً فراجع.

(٣) يعنى أنّه يصدق الاكراه وان قدر على التّورية فيكون هذا إشكالاً آخر على بعد حمل حديث رفع عن أمّتي الخ، وخصوص النّصوص الواردة على صورة العجز عن التّورية.

(٤) أي خذ ما تلوناه عليك.

(٥) كالتّوصل الى شخص مقتدر ليدفع ضرر المكره وكالفرار من المكره، فكما يصدق الاكراه وإن قدر على التّورية كذلك يصدق الاكراه وإن قدر على التوصل الى شخص مقتدر أو على الفرار.

(٦) متعلّق بـ(عدم اعتبار العجز).

من السّلطان[1] ويكون الاكراه من الزّوجة والام والأب وليس ذلك بشيء[أ] الخبر.

---

(١) أشار بقوله ﷺ (الجبر من السّلطان) الى الفرق بين مراتب الضّرر الّذي يخاف عند عدم فعل المكره عليه فإن كان ممّا يتوقّع وقوعه من السّلطان فالحمل على الفعل جبر، فالسّلطان في الخبر مثال لمن لا يمكن التفصّي من حمله على الفعل وإن كان ممّا يتوقّع من غيره فهو اكراه، فالزّوجة والاب والامّ أمثلة لمن يمكن التفصّي من حمله على الفعل، فإنّ التفصّي عن هؤلاء بغير التّورية أمر ممكن من حيث الرّأفة، أو انتفاء كمال السّلطنة.

فمعنى الخبر عندئذٍ أنّ الجبر يكون من حامل لا يمكن التفصّي منه عادة كالسّلطان والاكراه يكون من حامل يمكن التفصّي منه عادةً كالأب والأمّ والزّوجة.

أقول: قد سقطت كلمة (في غضب) من نسخة الكتاب، متن الخبر في الوسائل والفقيه وفروع الكافي ووافي هكذا.

قال أبو عبد الله ﷺ لا يمين في غضب، ولا في قطيعة رحم، ولا في جبر، ولا في اكراه الخ.

ووجه الاستظهار هو قوله ﷺ في آخر الحديث، ويكون الاكراه من الزّوجة والامّ والأب، فإنّ التفصّي عن هؤلاء بغير التّورية أمر ممكن كما عرفت.

هذا ولكن يرد على هذا الاستدلال بأنّ مورد صحيحة ابن سنان في اليمين وعدم اعتبار خوف الضّرر في اليمين لا يدلّ على عدم اعتباره في المعاملات، وذلك لاعتبار عدم المرجوحيّة في اليمين دون المعاملات واليمين تصير مرجوحاً بسبب صيرورتها مكرهاً عليه.

(أ) الوسائل: الجزء ١٦ ص ١٧٢: الباب ١٦ الحديث ١ من لا يحضره الفقيه كتاب النّذر واليمين ص ٤٠٦ فروع الكافي ج ٧ كتاب الايمان والنّذور والكفّارات: باب ما لا يلزم من الايمان والنّذور: ٤٤٢ الوافي ج ٢: أبواب النّذور والايمان ص ٩٢.

ويؤيّده[١] أنّه لو خرج[٢] عن الاكراه عرفاً بالقدرة على التفصّي بغير التّورية خرج عنه[٣] بالقدرة عليها[٤] لأنّ المناط حينئذٍ[٥] انحصار التّخلّص عن الضّرر المتوعّد به في فعل المكره عليه، فلا فرق[٦] بين أن يتخلّص عنه لكلام آخر أو فعل آخر أو بهذا الكلام مع قصد معنى آخر.

---

(١) يعني ويؤيّد هذا الاستظهار، أعني عدم اعتبار العجز عن التفصّي بوجه آخر في صدق الاكراه.

(٢) أي الشّخص المكره بالفتح.

(٣) يعني عن الاكراه.

(٤) يعني على التّورية بمعنى أنّه لو خرج المكره عن الاكراه عرفاً بالقدرة على التفصّي بغير التّورية كالتوصّل الى شخص مقتدر ليدفع ضرر المكره أو الفرار منه، خرج عنه بالقدرة على التّورية أيضاً، والوجه فيه أنّ عدم التفصّي إن كان معتبراً في صدق الاكراه لزم عدم امكان التّورية أيضاً، وإن لم يعبتر عدم امكان التفصّي في باب التّورية لم يعتبر في سائر الابواب أيضاً.

(٥) يعني حين خروج المكره بالفتح عن الاكراه عرفاً بواسطة القدرة على التفصّي بغير التّورية.

(٦) يعني فلا فرق في عدم صدق الاكراه، وعدم الانحصار بين أن يتخلّص عن الضّرر المتوعّد به بكلام آخر، كما لو قال المكره: بعت فرسي عوض (طلّقت زوجتي)، أو فعل آخر كما لو فرّ المكره عن إجراء صيغة بيع داره، أو بهذا الكلام، كما لو قال: طلّقت زوجتي فأراد من الزّوجة، الزّوجة الّتي طلّقها سابقاً بالرّضا والاختيار لاالزّوجة الّتي يريد المكره بالكسر طلاقها.

ودعوى[١] أنّ جريان حكم الاكراه مع القدرة على التّورية تعبّدي، لامن جهة صدق حقيقة الاكراه كما ترىٰ[٢] لكن الانصاف أنّ وقوع الفعل عن الاكراه لا يتحقّق[٣]

---

(١) ان قلت: هناك فرق بين التفصّي بالتّورية كان يأمر الأمير عمّا له أن يضرب مظلوماً في اللّيل المظلم، فيورّى العامل في فعله بضرب سوطه على الجدار ويأمر المظلوم بالنّياحة والبكاء لكي يفهم الظّالم أنّه يضر به وبين التفصّي بفعل آخر لتوسّل الى شخص مقتدر، حيث أنّ الشّارع حكم بحكم الاكراه وإن أمكن التّورية ولم يحكم بحكم الاكراه فيما إذا أمكن التفصّي بغير التّورية.

قلت: دعوى جريان حكم الاكراه مع القدرة على التّورية تعبّدي، والمراد من التعبّد هي النّصوص الواردة في طلاق المكره وعتقه الّتي صرّحنا بها، وليس من باب صدق حقيقة الاكراه، حيث أنّ حقيقته هو حمل الغير على ما يكرهه حتّى يقال أنّ هذه الحقيقة بعينها صادقة أيضاً فيما لو كان المكره متمكّناً على التفصّي بغير التّورية.

(٢) قوله: (كما ترىٰ) خبر لقوله: (ودعوى) وملخّص الكلام في المقام أنّ ترتيب أثر الاكراه انّما هو لأجل تحقّق موضوع الاكراه لالأجل التّعبّد إذ لم نجد مورداً حكم الشّارع بأنّه مع امكان التّورية يتحقّق حكم الاكراه دون موضوعه، بل الظّاهر من الأدلّة هو عدم تحقّق موضوع الاكراه مطلقاً، الشّامل لصورة امكان التّورية أيضاً فإذا كان ترتيب الأثر لأجل تحقّق نفس الاكراه لا للتعبّد فهو بعينه موجود فيما إذا كان متمكّناً عن التفصّي بغير التّورية، ولم يتفصّ فهو مكره في هذه الصّورة أيضاً، فحينئذٍ لا فرق بين التّفصّيين.

(٣) أقول: يمكن أن يدّعي صدق وقوع الفعل كرهاً فيما إذا وقع بسبب الاكراه بحيث لو لاه لما وقع، وإن كان التفصّي ممكناً ولكن لا يتفصّى لعدم داعي عقلائي إليه كالتّورية أو لوجود داعي كذلك الى عدمه، ولكنّه خلاف التّحقيق، والحقّ ما ذكره المصنّف ﷺ من توقّف تحقّق الاكراه على عدم إمكان التّخلّص بغير التّورية فلو قدر على الفرار ولم يفرّ، وأجرى صيغة الطّلاق مثلاً، لا يصدق الاكراه، والوجه فيه أنّ التّخلّص عن الاكراه عبارة عن فعل ما ينافي غرض المكره بالكسر، وحيث انّ الاكراه قد وقع على =

إلّا مع العجز عن التفصّي بغير التّورية لأنّه يعتبر فيه[١] ان يكون الدّاعي[٢] هو خوف ترتّب الضّرر المتوعّد به على التّرك[٣] ومع القدرة على التفصّي[٤] لا يكون الضّرر مترتّباً على ترك المكره عليه[٥] بل على تركه وترك التفصّي معاً فدفع الضّرر يحصل بأحد الأمرين من فعل المكره عليه والتفصّي[٦] فهو[٧] مختار في كلّ منهما، ولا يصدر

= جنس العقد فلو تمكّن عن عدم ايقاعه ولو بالفرار، بحيث لا يصدر منه العقد رأساً فأوقعه، لا يقال أنّه ملجأ في فعله لما عرفت أنّ من شرائط الاكراه قدرة المكره على ايجاد ما أوعده، وهو مع امكان التقصي ليس بقادر على الايذاء، فإختيار المكره عليه حينئذٍ بإختياره، وهذا واضح لا ريب فيه.

(١) يعني في الاكراه وبابه. (٢) أي على الفعل ووقوعه.

(٣) يعني ترك الفعل المكره عليه كالطّلاق والبيع ونحوهما.

(٤) يعني على التّفصّي من المكره عليه بواسطة القدرة على غير التّورية، كالفرار مثلاً.

(٥) بمعنى أنّه مع القدرة على التوسّل الى شخص مقتدر، أو على الفرار عن إجراء صيغة البيع أو الطّلاق لا يكون الضّرر المتوعّد به مترتّباً على ترك إجراء الصّيغة، بل على تركه وترك التّوسّل والفرار معاً فدفع الضّرر يحصل بأحد الأمرين من اجراء الصّيغة، ومن التوسّل والفرار فهو مختار في كلّ واحد منهما، فلا إكراه في البين وهو واضح لإخفاء فيه، فحينئذٍ ينتفي شرط وقوع الفعل عن الاكراه، وهو كون الدّاعي إليه خوف ترتّب الضّرر في خصوص تركه لأنّ الدّاعي عندئذٍ ليس منحصراً بخصوص خوف ترتّب الضّرر على تركه، بل على تركه وترك الفرار، كما عرفت آنفاً.

(٦) يعني دفع الضّرر عن المكره بالفتح يحصل بأحد الأمرين من فعل المكره عليه واتيانه في الخارج بأن يطلّق زوجته أو يبيع داره ومن التفصّي بغير التّورية بأن يفرّ لكي لا يطلّق ولا يبيع.

(٧) أي المكره بالفتح مختار في اتيان الفعل المكره عليه الّذي هو طلاق زوجته أو بيع داره، وفي اتيان التفصّي بغير التّورية، والوجه فيه أنّه بإتيان أحد الأمرين وايجاد كلّ واحد منهما يدفع الضّرر عن نفسه، ومتعلّقيه فلا إكراه.

كلّ منهما إلّا بإختياره، فلا اكراه وليس التفصّي من الضّرر[١] أحد فردي المكره عليه حتّى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما[٢] سلب الاكراه عنهما، كما لو أكره على أحد الأمرين[٣]

---

(١) وهم ودفع أمّا الوهم، فهو أنّ الاكراه على أحد شيئين كالاكراه على طلاق زوجته أو اعتاق عبده اكراه على كلّ منهما، فكما أنّ المكره بالكسر لو قال لزيد مثلاً: طلّق زوجتك أو اعتق عبدك، كان وقوع أحدهما منه اكراهاً كذلك، إذا أكره على الطّلاق أو الفرار، فإذا طلّق والحال هذا كان هذا طلاقاً اكراهيّاً، فقد أصبح التفصّي أحد فرديّ المكره عليه فيحصل الاكراه، فلا يكون الفاعل مختاراً حينئذٍ، بل يكون مكرهاً على اتيان التفصّي، وأمّا الدّفع فهو أنّ التفصّي من الضّرر ليس أحد فرديّ المكره عليه حتّى يوجب الفاعل في الامرين المذكورين سلب الاكراه عنهما، بل التفصّي أحد فرديّ رفع الضّرر عن نفسه لأنّ المكره بإرتكاب أحد الامرين يرتفع الضّرر عن نفسه، فتخيّر الفاعل يوجب سلب الاكراه لأنّ الفعل المتفصّي به مسقط عن المكره عليه، لا بدل له.

(٢) أي في الفردين المذكورين، وهما اتيان المكره عليه من طلاق زوجته أو بيع داره، وإتيان التفصّي بغير التّورية كالفرار مثلاً، فإذا لم يكن التفصّي أحد فردي المكره عليه فيوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الاكراه عنهما، وهذا واضح لا سترة فيه.

(٣) مراده ﷺ انّه لو أمر زيد عمرواً بإرتكاب أحد المحرّمين، كالزّنا أو شرب الخمر فإرتكب أحدهما بإختياره فلا شكّ في أنّ وقوع أحدهما بإختياره قد وقع مكرهاً عليه حين الاكراه بإرتكاب أحدهما إن قلنا بأنّ الوجوب التّخييري نوع آخر من الوجوب متعلّق بنفس الابدال التخييريّة على نحو خاصّ، بحيث يقتضي وجود كلّ واحد منها في ظرف عدم الآخر، كما هو التّحقيق فكلّ واحد وقع في حال عدم الآخر كان مكرهاً عليه، وحينئذٍ لو كان كلّ منهما موضوعاً لأثر شرعي ارتفع أثره كما لو أكره على طلاق احدىٰ زوجتيه، فقال له: طلّق زينب أو هند فأيّهما اختار طلاقها كان باطلاً، وهذا بخلاف أن يقول: طلّق زوجتك، فيفرّ المكره عليه ببيع داره، والانتقال منها لكيلا يعرف المكره فيجبره على الطّلاق.

حيث يقع كلّ منهما[١] حينئذٍ[٢] مكرهاً، لأنّ[٣] الفعل المتفضّي به مسقط عن المكره عليه لا بدل[٤] له، ولذا[٥] لا يجري عليه أحكام المكره عليه اجماعاً فلا يفسد إذا كان عقداً وما ذكرناه[٦] وإن كان جارياً في

---

(١) يعني كلّاً من الأمرين.

(٢) يعني حين كان الاكراه على أحدهما.

(٣) تعليل لقوله: وليس التّفضّي، الخ.

(٤) يعني أنّ الفعل المتفضّي به كالتوسّل الى شخص مقتدر، أو كالفرار ليس بدلاً للمكره عليه لكي يتّصف الفعل المتفضّي به بالاكراه.

(٥) هذا تعليل لقوله: (لأنّ الفعل المتفضّي به مسقط عن المكره عليه لا بدل عنه) يعني ولأجل ما ذكرناه من أنّ الفعل المتفضّي به ليس أحد فرديّ المكره عليه لا تجري أحكام المكره عليه على المتفضّي به إجماعاً بمعنى عدم فساد المتفضّي به إذا كان عقداً كما لو أمر زيد عمرواً ببيع ثوبه، فباع عوضه كتابه متفضّياً عن بيع الثّوب فبيع الكتاب هنا صحيح لوقوعه اختياراً من دون صدق الاكراه عليه.

(٦) وهي العبارة الّتي ذكرها بقوله في ص ٧١.

لكن الإنصاف الخ الّتي تستفاد منها أنّ إمكان الفرار مثلاً يوجب عدم تحقّق الاكراه إذا لم يفرّ وأوقع المكره عليه، فكما انّ الامكان من غير التّورية كالفرار يوجب عدم تحقّق الاكراه كذلك امكان التّورية يوجب عدم صدق الاكراه على اللّفظ إذا لم يورّ. وتفصيل الكلام في المقام بحيث يذهب به الظّلام أن يقال: إنّ غرض المصنّف ﷺ من هذه العبارة بيان وجه الفرق بين امكان التفضّي بالتّورية وبين امكانه بغيرها كالفرار وغيره، وحاصل وجهه أنّ موضوع الاكراه وإن كان ينتفي بإمكان كلّ واحد منهما، إلّا أنّ الشّارع رتّب على غير الاكراه أثر الاكراه وحكم عليه بحكمه تعبّداً ورخّص في ترك التّورية، حيث اطلق الاكراه، وإن أمكن من التّورية ولم يقل: أنّ الاكراه انّما هو إذا لم يتمكّن من التّورية، والحاصل أنّه ان دار الأمر بين الفعل والفرار، لم يكن

=

التّـورية إلّا أنّ الشّـارع رخّـص[١] فـي تـرك التّـورية بـعد عـدم امكـان التـفصّي بـوجه آخـر[٢] لمـا ذكـرنا مـن ظـهور النّـصوص[٣] والفـتاوىٰ وبـعد

= اكراه على الفعل وإن دار الأمر بين اللّفظ والتّورية كان اكراه على اللّفظ، وإن أمكـن التّورية ولم يورّ على ما يستفاد من ظاهر النّصوص خـصوصاً فـي قـضيّة عـمّار، وبعبارة واضحة انّ وقوع المعاملة مثلاً، وإن كان اختياريّاً مع امكان التـفصّي عـن التّورية، إلّا أنّ الشّارع رتّب عليها آثار الاكراه تعبّداً، فيكون الفعل مكـرهاً عـليه حكماً لا حقيقة بخلاف غير التّورية.

هذا ولكن يرد عليه أنّ المستفاد من النّصوص أنّ ترتيب أثر الاكراه انّما هو لأجل تحقّق نفس الاكراه لا لأجل التعبّد مع انتفائه، ولذا قال بعد انهاء ذيل الكـلام: أنّ الأولىٰ أن يفرّق بين إمكان التفصّي بالتّورية وإمكانه بغيرها بتحقّق الموضوع، يعني موضوع الاكراه في التّورية دون غيرها.

(١) هذا التّرخيص هو المراد من دليل التعبّد في عبارة الخصم (ودعوىٰ أنّ جريان حكم الاكراه مع القدرة على التّورية تعبّديٌ).

(٢) مراده ﷺ من هذه العبارة كما عرفت أنّه ان دار الأمر بين المكره عليه الّذي هو اجراء صيغة الطّلاق أو بيع الدّار وبين التوسّل الى شخص مقتدر مثلاً لم يصدق الاكراه على الفعل ان أوقعه ولم يتوسّل الى المقتدر وإن دار الامر بين إجراء الصّيغة وبين التّورية يصدق الاكراه ان أجرىٰ صيغة الطّلاق ولم يورّ، وذلك لما ذكرنا من ظهور النّصوص والفتاوي في تحقّق الاكراه وإن أمكن التّورية.

(٣) إليك بمتن النّصوص: ١ ـ محمّد بن علي بن الحسين قال: قال النّبي ﷺ: وضع عن أمّتي تسعة أشياء السّهو، والخطاء، والنّسيان، وما أكرهوا عليه، وما لا يعلمون، وما لا يطيقون، والطيرة، والحسد، والتّفكّر في الوسوسة في الخلق مالم ينطق الإنسان بشفة[أ].

(أ) الوسائل: الجزء ٥ ص ٣٤٥، الباب ٣٠ الحديث ٢.

حملها[١] على صورة العجز عن التّورية مع أنّ العجز عنها[٢] لو كان معتبراً[٣] لأشيرَ إليها[٤] في تلك الأخبار الكثيرة المجوّزة للحلف كاذباً عند الخوف والاكراه خصوصاً في قضيّة عمّار وأبويه[٥] حيث أكرهوا على الكفر[٦] فأبى[٧]

= ٢ ـ عن زرارة، عن أبي جعفر ﷺ قال سألته عن عتق المكره، فقال: ليس عتقه بعتق.

٣ ـ عن زرارة، عن أبي جعفر ﷺ قال: سألته عن طلاق المكره، وعتقه، فقال: ليس طلاقه بطلاق، ولا عتقه بعتق[ب].

(١) أي حمل النّصوص والفتاوىٰ.

(٢) أي عن التّورية.

(٣) أي لو كان العجز عن التّورية معتبراً في تحقّق الاكراه لأشير إليها.

(٤) يعني لأشير إلى صورة العجز عن التّورية، قال في المصباح في هذا المقام ما هذا لفظه: وحاصل كلامه أنّ الظّاهر من النّصوص والفتاوي هو عدم اعتبار العجز عن التّورية في موضوع الاكراه أو حكمه، إذ من البعيد جزماً ان يحمل عموم حديث الرّفع وخصوص النّصوص الواردة في طلاق المكره وعتقه والشّهرات المدّعات في حكم المكره على صورة العجز عن التّورية لجهل أو دهشة، بل مورد بعضها يأبى عن الحمل المذكور كما يتّضح ذلك لمن يراجعها، انتهىٰ.

(٥) يعني ياسر والده وسميّة والدته.

(٦) حيث أكره عمّار وابواه من جانب كفّار مكّة على إظهار الكفر والارتداد وهو التّبري عن رسول الله ﷺ إذ التّبري من الله سبحانه وتعالى ورسوله ﷺ والأئمّة الهدىٰ ﷺ حرام وكفر.

(٧) يعني فأبىٰ ياسر وسميّة من إظهار الكفر والارتداد، فقتلوهما، وهما أوّل شهيدين في الإسلام.

(ب) الوسائل: الجزء ١٦ ص ٢٩، الباب ١٩، الحديث ١ ـ ٢.

أبواه فقتلا وأظهر لهم[١] عمّار ما أرادوا[٢] فجاء باكياً الى رسول الله ﷺ[٣] فنزلت الآية: ﴿مَنْ كَفَرَ باللهِ مِنْ بَعْدِ إيمانِهِ إلّا مَنْ أُكْرِهَ وقَلْبُهُ مُطمَئِنٌ بالإيمانِ﴾ فقال له رسول الله ﷺ إن عادوا عليك فعد[٤] ولم ينبّهه[٥] على التّورية،

---

(١) يعني لكفّار مكّة.

(٢) أي وأعطاهم عمّار بلسانه ما أرادوا وهو التّبري عن الرّسول ﷺ مكرهاً.

(٣) يعني فجاء خائفاً من تلفّظه بالكفر والإرتداد(أ).

(٤) يعني وإن عاد عليك كفّار مكّة وطلبوا منك التّلفّظ بلفظ الكفر والإرتداد والتّبري، فعد وقل ما شاءوا فإنّه لا يضرّك(ب).

(٥) أي لم ينبّه الرّسول ﷺ لعمّار على التّورية.

أقول: عدم تنبيه النّبي ﷺ عمّاراً على التّورية من جهة عدم مشروعيّتها في أمثال المقام، فإنّ السّب والتّبرّي حرام حتّى مع عدم قصد المعنىٰ، وقصد معنى آخر لأنّ مناط حرمة السّب هو انهتاك المسبوب عند الغير، وهذا المناط موجود مع عدم القصد =

(أ) * النّزول * قصّة عمار على ما رواها الطّبرسي في المجمع في شأن نزول قوله تعالىٰ: (إلّا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان): سورة النّحل، الآية ١٠٦، قيل نزل قوله (إلّا من أكره الخ في جماعة أكرهوا وهم عمّار وياسر أبوه، وسميّة أمّه، وصهيب وبلال وخبّاب عذّبوا وقتل أبو عمّار وأمّه، وأعطاهم عمّار بلسانه ما أرادوا منه ثمّ أخبر سبحانه بذلك رسول الله ﷺ فقال قوم كفر عمّار، فقال ﷺ كلّا انّ عمّاراً مليء ايماناً من قرنه الى قدمه، واختلط الإيمان بلحمه ودمه، وجاء عمّار الى رسول الله ﷺ وهو يبكي فقال ﷺ: ما وراءك، فقال: شرٌ يا رسول الله، ما تركت حتّى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير، فَجَعَلَ رسول الله ﷺ يمسح عينيه ويقول ان عادوا لك فعد لهم بما قلت، فنزلت الآية.

(ب) وسائل الشّيعة: الجزء ١١ ص٤٧٦، الباب ٢٩، الحديث ٢.

فإنّ[١] التّنبيه في المقام، وإن لم يكن واجباً الاّ انّه لا شكّ في رجحانه[٢] خصوصا من النبيّ ﷺ باعتبار شفقته على عمّار وعلمه بكراهة تكلّم عمّار بالفاظ الكفر من دون تورية كما لا يخفى هذا[٣] ولكنّ الاولى ان يفرّق بين امكان التّقصّي

= ايضا، وبعبارة اخرى اظهار الكفر والارتداد محرّم في نفسه ولو مع التّورية، وذلك لانّه هتك لله تبارك وتعالى، وتجاسر على عظمته وكبريائه، فإستدلاله ﷺ بما ذكره، من انّ العجز عن التّورية لوكان معتبراً في رفع الأثر عن الفعل المكره عليه، لأُشير إليها في قضيّة عمّار و ابويه من جهة شفقة النبيّ ﷺ عليه محل نظر و غير تامّ.

(١) هذا تعليل لقوله ﷺ: (مع انّ العجز عن التّورية لو كان معتبرا)، وحاصله انّ تنبيه الرّسول الاكرم ﷺ عمّارا بالتّقصّي عن الكفر بالتّورية، بان يقول ﷺ: لو تمكّنت من التوسّل الى شخص مقتدر، أو من الفرار عن الكفر بالتّورية، فافعل و لا تكفر وان لم يكن واجباً لأنّ الارشاد الى الموضوعات ليس وظيفة الشّارع، فلا يجب له اعلام الجاهل بالموضوع، وبالجملة من عدم احتياط عمّار في القضيّة بالتّورية يعلم انّه كان غافلاً عن التّورية و غير قادر عليها، وهذا النّحو من الغافل وان كان لا يجب تنبيهه إلّا أنّه لا شبهة في رجحانه واستحباب ازالة جهله بالتّورية وتعليم كيفيّتها خصوصاً من النبيّ ﷺ الذّي كان شأنه ارشاد النّاس حتّى الى امور دنياهم بالأخصّ باعتبار شفقته على عمّار وعلمه بكراهة تكلّم عمّار بألفاظ الكفر و الارتداد من دون تورية، فاستفادة عدم اعتبار العجز عن التّورية في جواز المكره عليه من عدم تنبيهه ﷺ عليها لا تبتنى على وجوبه عليه ﷺ، بل يكفي فيها رجحانه عليه ﷺ ايضا.

(٢) يعني رجحان التّنبيه.

(٣) يعني خذ ما ذُكر، وقُرِء من المباحث.

بالتورية وامكانه بغيرها[١] بتحقّق الموضوع في الاوّل دون الثّاني لأنّ الأصحاب وفاقاً للشّيخ في المبسوط ذكروا من شروط تحقّق الاكراه أن يعلم أو يظنّ المكره بالفتح[٢] أنّه لو امتنع[٣] ما أكره عليه[٤] وقع فيما تُوعِدَ عليه[٥] ومعلوم أنّ المراد

---

(١) من الفرار والتّوسّل الى شخص مقتدر بتحقّق الموضوع، وهو الإكراه في الأوّل، أعنّي التّورية دون الثّاني، أي الى التفصّي بغير التّورية، فعلى هذا لو تمكّن المكره بالفتح من التّورية ولم يورّ، صدق الاكراه بخلاف ما لو تمكّن من الفرار ونحوه، ولم يفرّ، فإنّه لايصدق الاكراه، فالفرق بينهما في تحقّق موضوع الاكراه وعدم تحقّقه.

هذا بيان المراد من العبارة:

ويرد عليه كما عرفت أنّه لم يتّضح لنا الفارق بين إمكان التفصّي بالتّورية وغيرها، فكما لا يتحقّق مفهوم الاكراه في غير التّورية، كذلك لا يتحقّق مفهومه فيها أيضاً، فلا أولويّة، ويضاف الى ذلك أنّ المناط في بطلان معاملة المكره انّما هو انتفاء طيب النّفس والرّضا، ومن البيّن أنّ طيب النّفس متحقّق فيمن تمكّن من التفصّي بالتّورية، ومعه كيف يتحقّق الاكراه، والحاصل أنّه لا فرق بين التفصّي بالتّورية وبين غيرها، لأنّ الاكراه متوقّف على عدم امكان التفصّي بأيّ وجهٍ كان، فلو أمكن التفصّي ولو مع التّورية لم يصدق الاكراه.

(٢) مراده ﷺ أنّ المستفاد من ذكر الأصحاب وفاقاً للشّيخ في كتابه المبسوط أنّ المناط والميزان في تحقّق الاكراه موضوعاً علم المكره بالفتح، أو ظنّه أنّه لو امتنع ماأكره عليه من بيع داره أو طلاق زوجته وقع فيما توعد عليه من المحذور، وهو قتله أو قتل ابنه مثلاً، ومعلوم أنّ هذا الميزان يصدق وإن تمكّن من التّورية ولا يصدق فيها إذا تمكّن من التفصّي بغيرها، ولكن هذا الفرق ليس بتمام بنظري القاصر ولا شاهد له.

(٣) يعني المكره بالفتح.

(٤) وهو طلاق الزّوجة مثلاً.

(٥) من قتله أو ضربه أو نهب أمواله ونحوها ممّا يؤذيه من غير فرق بين ما كان، ما ذكر متعلّقاً بشخص المكره بالفتح أم بأحد متعلّقيه.

ليس امتناعه[١] عنه في الواقع ولو مع اعتقاد المكره بالكسر عدم الامتناع، بل المعيار في وقوع الضّرر اعتقاد المكره[٢] لامتناع المكره[٣] وهذا المعنى[٤] يصدق مع إمكان التّورية ولا يصدق مع التّمكّن من التفصّي بغيرها، لأنّ المفروض تمكّنه[٥] من الامتناع مع إطّلاع المكره[٦] عليه[٧] وعدم[٨] وقوع الضّرر عليه[٩] والحاصل أنّ التّلازم بين امتناعه[١٠] ووقوع الضّرر الّذي هو المعتبر في صدق الاكراه موجود[١١] مع التّمكّن بالتّورية لا مع التّمكّن بغيرها،

---

(١) يعني ليس امتناع المكره بالفتح عمّا أكره عليه ولو مع اعتقاد المكره بالكسر العدم، لأنّ في هذه الصّورة ليس العلم أو الظّن في الضّرر.

(٢) يعني اعتقاد المكره بالكسر.

(٣) يعني لامتناع المكره بالفتح.

(٤) يعني اعتقاد المكره بالكسر امتناع المكره بالفتح، هذا وقال بعض المحقّقين، المناسب للفقرات والاجزاء اللّاحقة في العبارة هو أن يكون هذا المعنى عبارة عن الاكراه المعتبر فيه أنّه مع اعتقاد الآمر تخلف المأمور وامتناعه يترتّب عليه المتوعّد به فإنّه الّذي يصدق مع امكان التّورية، ولا يصدق مع التفصّي بغيرها ويناسبه ساير ما ذكره في ذيل الكلام، انتهى.

(٥) أي يمكّن المكره بالفتح من إيقاع الفعل.

(٦) يعني إطّلاع المكره بالكسر.

(٧) يعني على هذا الامتناع، لأنّه أمر جلّي وليس أمراً خفياً كالتّورية حتّى لا يطلع عليها المكره.

(٨) كلمة (وعدم) معطوفة على إطّلاع المكره.

(٩) يعني على المكره بالفتح، فإنّه لو فرّ مثلاً علم الظّالم بإمتناعه ولم يتمكّن من وقوع الضّرر عليه، فعندئذٍ لا يتحقّق الإكراه وموضوعه في صورة التّمكّن.

(١٠) أي امتناع المكره بالفتح من ايقاع الفعل في الخارج.

(١١) قوله: (موجود) خبر لِـ(أنّ التّلازم الخ).

فافهم[١] ثمّ أنّ ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصّي انّما هو في الاكراه المسوّغ للمحرّمات[٢] ومناطه[٣] توقّف دفع ضرر المكره[٤] على ارتكاب المكره عليه،

---

(١) إشارة الى عدم الفرق بين التفصّي بالتورية، وبين غيرها، وانّ التّفكيك بين التفصّيين مشكل لا شاهد له، كما صرّحنا به كراراً، والوجه فيه أنّ الاكراه متوقّف على عدم إمكان التفصّي سواء كان بالتّورية أو بغيرها، فحينئذٍ لو أمكن التفصّي ولو مع التّورية لم يصدق الاكراه.

(٢) أقول: ذكر العلماء (رضوان الله عليهم) في بيان هذه العبارة أنّ غرض المصنّف ﷺ منها بيان الفرق بين الاكراه في الأحكام التّكليفيّة كالزّنا وشرب الخمر وإفطار الصائم وقبول الولاية من قبل السّلطان الجائر، ونحوها وبين الاكراه في الأحكا الوضعيّة، كفساد المعاملة مثلاً لو أكره الشّخص عليها بأنّ الأوّل يعتبر فيه العجز عن التفصّي، وإنّ الثّاني يعتبر فيه عدم طيب النّفس، وإن أمكن له التفصّي، ولكنّه بنظري القاصر ليس كذلك، بل غرضه ﷺ بعد اعتبار عدم إمكان التفصّي في حقيقته في الجملة الإشارة الى أنّ ما يمكن به التفصّي يختلف بإختلاف الحالات والأشخاص والأمكنة، والأزمنة، فربّما يكون التّمكّن على إيجاد بعض ما أمكن منافياً للإكراه ومزيلاً له كالتّمكّن على أمر الخدم الحاضر عنده، وربّما لا يكون كذلك، كمن كان قاعداً في محلٍّ فارغ للعبادة، فجاءه من يكرهه على بيع داره وهو في هذا الحال لا يقدر على دفع ضرره وله خدم في الخارج، لو خرج إليهم يكفونه شرّ المكره، ولكن يكره الخروج، وسيمرّ عليك ما اخترناه من عبارة المصنّف ﷺ، فإنتظر.

(٣) من هنا شرع في بيان الفرق بين الاكراهين، وهو أنّ مناط الاكراه في الأحكام التّكليفيّة دفع المكره بالفتح الضّرر المتوجّه نحوه من المكره بالكسر عن نفسه بإرتكاب الفعل المكره عليه، كبيع داره مثلاً، بحيث لو لم يأتِ المكره والمجبور بما أكره، وأجبر تضرّر من الجابر.

(٤) يعني المكره بالفتح.

وأمّا[١] الاكراه الرّافع لأثر المعاملات، فالظّاهر أنّ المناط فيه[٢] عدم طيب النّفس بالمعاملة، وقد يتحقّق[٣] مع إمكان التفصّي مثلاً من كان قاعداً في مكان خاصّ خال عن الغير متفرّغاً لعبادة أو مطالعة، فجاءه من أكرهه على بيع شيء ممّا عنده، وهو في هذا الحال غير قادرٍ على دفع ضرره، وهو كاره للخروج عن ذلك المكان، لكن لو خرج له في الخارج خدمٌ يكفونه[٤] شرّ المكره، فالظّاهر صدق الاكراه حينئذٍ[٥] بمعنى عدم طيب النّفس، لو باع ذلك الشّيء بخلاف من كان

---

(١) يعني وأمّا مناط الاكراه في الأحكام الوضعيّة الّذي يرفع أثر المعاملة الواقعيّة في الخارج بالاكراه هو عدم طيب النّفس من المكره بوقوع المعاملة في الخارج، وإن أمكن التفصّي فتحقّق الفرق بين الاكراه على المعاملة، وانّه يتحقّق بكراهة الخروج لعدم طيب النّفس عندئذٍ، بمعنى عدم طيب النّفس، لو باع ذلك الشّيء، فالبيع باطل وإن أمكن التفصّي وبين الإكراه على المحرّم كشرب الخمر مثلاً، وأنّه يتوقّف على عدم إمكان التفصّي.

(٢) يعني في الاكراه الرّافع لأثر المعاملة.

(٣) يعني يتحقّق عدم طيب النّفس.

(٤) «كفىٰ يكفي كِفاية» الشّيء حصل به الإستغناء عن سواه فهو كاف، كفيته شرّ عدوّه، أي منعت ذاك الشرّ عنه، وتزاد الباء على فاعل كفىٰ نحو «كفىٰ بالله شهيداً» أي شهادة الله تغني عن سواها، فموضع اسم الجلالة رفع على الفاعليّة وشهيداً تمييزٌ (المنجد) الأوْلىٰ انّه حال لأنّه مشتق والتّميز جامد ووجه كونه مشتقّاً انّه إسم فاعل «شاهد» علىٰ وزن فاعل فعُوِّل الىٰ فعيل كخاطب الذي حُوِّل الىٰ خطيب فالمعنى أنّه كان له في الخارج خدم يمنعون شرّ المكره.

(٥) أي حين تمكّنه من الخروج ولم يخرج.

خدمه[١] حاضرين عنده، وتوقّف دفع الضّرر إكراه الشّخص على أمر خدمه بدفعه وطرده، فإنّ هذا[٢] لا يتحقّق في حقّه الاكراه ويكذّب لو ادّعاه بخلاف الأوّل[٣]. إذا اعتذر بكراهة الخروج عن ذلك المنزل ولو فرض في ذلك المثال[٤] اكراهه على محرّم لم يُعذَر فيه بمجرّد كراهة الخروج عن ذلك المنزل[٥] وقد تقدّم الفرق بين الجبر والاكراه في رواية ابن سنان[٦] فالاكراه المعتبر في

---

(١) في حديث فاطمة عليها السلام مع علي عليه السلام لو سألتِ أباك خادماً يقيك حرّ ما أنت فيه، الخادم واحد الخدم وهو الّذي يخدم القوم، ويخرج معهم يقع على الذّكر والأنثى، قال في المغرب إلّا أنّه كثر في كلامهم بمعنى الجارية يقال خدمه يخدمه خدمته، بالضّم والكسر خدمه وأخدمه بالألف، أعطاه خادماً، وكذا أخدمتها بالألف، وقوم مخدومون، يراد به كثرة الخدم[أ].

(٢) يعني فإنّ هذا الشّخص الّذي كان خدمه عنده لا يتحقّق الاكراه في حقّه ويكذّب لو إدّعاه، بأن قال: إنّي كنت مكرهاً ولا طيب لنفسي في هذه المعاملة الّتي أجريتها، فهي باطلة.

(٣) أي الّذي كان خدمه خارجاً، وهو لا يريد الخروج، بمعنى أنّه كارهٌ للخروج عن ذلك المكان.

(٤) هو ما صرّح المصنّف عليه السلام بقوله: (من كان قاعداً في مكان خاصّ خال عن الغير متفرّغاً لعبادة أو مطالعة، فجائه من أكرهه على بيع شيء الخ).

(٥) والوجه في عدم العذر عدم جواز ارتكاب المحرّمات التّكليفيّة بمحض الاكراه، وذلك بيّن لا ستار فيه، وقد عرفت أنّ مناط تحقّق الاكراه في الأحكام التّكليفيّة شيئان: أحدهما العجز عن التفصّي، والثّاني دفع الضّرر عن نفسه بإرتكاب المكره عليه والمفروض هنا تمكّنه من التفصّي عن إرتكاب المحرّم بخروجه عن محلّ العبادة، وأمر خدمه بدفع الضّرر عن نفسه ولم يتفصّ عن ذلك.

(٦) تقدّم في ص٢٠٨ في قوله عليه السلام: الجبر من السّلطان، ويكون الاكراه من الزّوجة والأم، والأب وليس ذلك بشيء، حيث أنّ الأوّل لا يمكن التفصّي عنه، والثّاني يمكن التفصّي عنه.

(أ) مجمع البحرين.

تسويغ[١] المحظورات[٢] هو الاكراه بمعنى الجبر المذكور[٣] والرّافع لأثر المعاملات[٤] هو الاكراه الّذي ذكر فيها[٥] أنّه قد يكون من الأب والوالد والمرأة، والمعيار فيه[٦] عدم طيب النّفس فيها[٧] لا الضّرورة والالجاء[٨] وإن كان هو[٩] المتبادر من لفظ الاكراه، ولذا[١٠] يحمل الاكراه في حديث الرّفع عليه[١١]

---

(١) في قوله تعالىٰ: (ولا يكاد يسيغه) أي يجيزه من قولهم ساغ له ما فعل، أي جاز له ذلك، وسوّغت له ذلك، أي جوّزته له[أ].

(٢) في قوله تعالىٰ: (وما كان عطاء ربّك محظوراً) أي ممنوعاً عن الحظر، أي المنع، والمحظور المحرّم والحظر الحجر، وهو خلاف الاباحة في حديث المعيشة من آجر نفسه فقد أحظر على نفسه الرّزق، أي منع[ب].

(٣) أي المذكور في رواية ابن سنان، حيث قال عليه السلام: الجبر من السّلطان، أي لا يمكن الفرار عنه.

(٤) وهي الأحكام الوضعيّة، كالبطلان مثلاً.

(٥) أي في رواية ابن سنان.

(٦) أي في الاكراه الرّافع لأثر المعاملات.

(٧) أي في المعاملات.

(٨) والجاء فلان، اضطرّه وأكرهه[ج]، فالمراد منه هنا بقرينة المقام الاضطرار.

(٩) أي الالجاء والضّرورة هو المتبادر من لفظ الاكراه عند الاطلاق.

(١٠) أي ولأجل تبادر الالجاء من لفظ الاكراه، الخ.

(١١) أي على الالجاء، فعندئذٍ لا يدلّ حديث الرّفع على فساد العقد المكره عليه، إلّا في صورة الالجاء، ومن بياننا هذا يكشف ويعلم أنّ مراده قدس سره من الاستدلال بحديث الرّفع على اعتبار الاختيار في صدر المسألة انّما هو بالنّسبة الى بعض مراتب الاكراه، وهو الالجاء لا مطلقاً.

(أ) مجمع البحرين.

(ب) مجمع البحرين.

(ج) المنجد.

فـيكون الفـرق بـينه[١] وبـين الاضـطرار المـعطوف عـليه فـي ذلك الحـديث اختصاص الاضطرار بالحاصل، لا من فعل الغير كالجوع والعطش والمـرض[٢]

---

(١) أي بين الاكراه دفع وهم، حاصل الوهم أنّه لو يحمل الاكراه الوارد في حديث الرّفع في قوله ﷺ: (وما استكرهوا عليه) على الالجاء والاضطرار، فما الفرق إذاً بين الاكراه والاضطرار الواقعين في نفس الحديث، فأجاب ﷺ انّ الفرق بين هذا الاكراه الوارد في الحديث وبين الاضطرار المعطوف على هذا الاكراه في قوله ﷺ: (وما اضطرّوا إليه) هو اختصاص الاضطرار بالالجاء الحاصل من قبل الجوع والعطش والمرض، الّتي هي من الأمور الاضطراريّة الصّادرة عن شخص الإنسان ونفسه، لا من فعل الغير، واختصاص الاكراه بالالجاء الحاصل من فعل الغير كجبر السّلطان وحمله على الفعل وتوعيده على التّرك، فعلم ممّا ذكرنا أنّ الجوع والعطش والمرض أمثلة للاضطرار الحاصل من فعل الإنسان نفسه، وليست أمثلة لما يحصل من فعل الغير.

(٢) يعني أنّ السّبب الباعث الوحيد الّذي حثّنا على اعتبار الإختيار في صدر المسألة بقولنا: (ومن جملة شروط المتعاقدين الاختيار) وقلنا أنّ المراد من الاختيار ما كان مقابلاً لمطلق الاكراه دون الاختيار المقابل للجبر والالجاء مع أنّ قضيّة حديث الرّفع هو خصوص الثّاني، انّما هو شيئان: أحدهما: الإجماع من الفقهاء على ذلك، حيث أنّ العبرة في المعاملات عندهم بالقصد الى المعاملة، الحاصل عن طيب النّفس المنتفئ في جميع أقسام الاكراه، بمعنى أنّ مع الاكراه لا طيب للنّفس.

وثانيهما: الاخبار الواردة في طلاق المكره، وهذه الأخبار على قسمين:

أحدهما: ما يدلّ على عدم وقوع الطّلاق، فإنّ عدم إرادة الطّلاق المراد بها الإرادة عن طيب النّفس، يعمّ بإطلاقه لغير البالغ حدّ الالجاء.

ثانيهما: ما يدلّ على عدم صحّة طلاق المكره الغير البالغ على حدّ الالجاء، بالخصوص، وذلك كرواية من طلّق زوجته مداراة لأهله حيث أنّ المنتفى فيه ليس إلّا صرف طيب النّفس، وذلك لإمكان التفصّي فيه غالباً، ومن البيّن عدم الفرق بين الطّلاق وساير المعاملات، فيتمّ المطلب.

لكنّ الدّاعي على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو أنّ العبرة فيها[١] بالقصد الحاصل عن طيب النّفس، حيث استدلّوا على ذلك[٢] بقوله تعالى: «تجارة عن تراض»[٣] ولا يحلّ مال امرء مسلم إلّا عن طيب نفسه[٤]

---

(١) يعني في المعاملات.

(٢) أي على أنّ الاعتبار في المعاملات وصحّتها هو القصد الحاصل من طيب النّفس ومع الكره لا طيب للنّفس.

(٣) وجه الاستدلال أنّ معنى تجارة عن تراض هو طيب النّفس الصّادر من كلّ واحد من المتعاقدين المتعاملين، ومن البيّن أنّ المكره في المعاملات ليس له تلك الصّفة والحالة، فعندئذٍ يرتفع أثر المعاملات، وهي الصّحّة، فتقع فاسدة عند الاكراه، وذلك ممّا لا ستار فيه.

(٤) يعني واستدلّوا على أنّ الاعتبار في المعاملات هو القصد الحاصل عن طيب النّفس بحديث «ولا يحلّ» الخ.

هذا ثمّ اعلم أيّها القارئ الكريم انّنا راجعنا كتب الاحاديث المعتبرة الّتي بأيدينا مع الدّقّة والتّأمّل، فلم نجد فيها نصّاً لهذا الحديث بعباراته الموجودة في المتن «لا يحل مال أمرء إلّا عن طيب نفسه» بل الموجود هكذا:

وعن الشّيخ أبي جعفر محمّد بن عثمان العمري (قدّس الله روحه) في جواب مسائله الى صاحب الدّار عليه السلام فلا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه[أ] هذه إحدىٰ الرّوايات الّتي تغاير متناً مع ما في المتن، وقد ذكرنا بقيّة الرّوايات عند الإستدلال على بطلان بيع المكره فراجع.

(أ) وسائل الشّيعة: كتاب الخمس، الجزء ٤، باب ٣ من أبواب الانفال وما يختصّ بالامام عليه السلام، حديث ٦ ص٣٧٦ ـ ٣٧٧.

وعموم[١] اعتبار الارادة في صحّة الطّلاق وخصوص ماورد[٢] في فساد طلاق من طلّق للمداراة[٣] مع عياله، فقد تلخّص ممّا ذكرنا أنّ الاكراه الرّافع لأثر الحكم

---

(١) قد صرّحنا بالرّواية الواردة في هذا المقام عند الاستدلال على بطلان بيع المكره، وهي رواية ابن محبوب عن يحيى بن عبد الله، وقلنا هذه الرّواية ضعيفة ببحيىٰ، فلا نعيدها فراجع، فاستدلّوا على أنّ الاعتبار في المعاملات هو القصد الحاصل عن طيب النّفس بعموم اعتبار الإرادة الواردة في أخبار الطّلاق.

(٢) يعني استدلّوا على أنّ الاعتبار في المعاملات هو القصد الحاصل من طيب النّفس بخصوص الرّواية الواردة في من طلّق زوجته مداراة لأهله، وإليك بمتن الرّواية: محمّد بن يعقوب، عن حميد بن زياد، عن ابن سماعة، عن عبيس ابن هشام وصالح بن خالد جميعاً، عن منصور بن يونس، قال: سألت العبد الصالح ﷺ وهو بالعريض، فقلت له: جعلت فداك إنّي تزوّجت امرأة وكانت تُحِبّني، فتزوّجت عليها ابنة خالي، وقد كان لي من المرأة ولد فرجعت إلى بغداد، فطلّقتها واحدة، ثمّ راجعتها، ثمّ طلّقتها الثّانية، ثمّ راجعتها، ثمّ خرجت من عندها أريد سفري هذا حتّى إذا كنت بالكوفة أردت النّظر الى ابنة خالي، فقالت اختي وخالتي: لا تنظر إليها والله أبداً، حتّى تطلّق فلانة، فقلت: ويحكم والله مالي إلى طلاقها من سبيل، فقال لي هو: ما شأنك ليس لك إلى طلاقها من سبيل، فقلت: إنّه كانت لي منها ابنة وكانت ببغداد، وكانت هذه بالكوفة وخرجت من عندها قبل ذلك بأربع، فأبوا عليّ إلّا تطليقها ثلاثاً ولا والله جعلت فداك ما أردت الله ولا أردت إلّا أن أُداريهم عن نفسي وقد امتلاء قلبي من ذلك، فمكث طويلاً مطرقاً ثمّ رفع رأسه وهو متبسّم فقال: أمّا بينك وبين الله فليس بشيء، ولكن ان قدّموك الى السّلطان أبانها منك[أ].

(٣) قد فسّرنا هذه الكلمة وقلنا انّها بمعنى الملاينة والملاطفة والمخادعة.

(أ) وسائل الشّيعة الجزء ١٥ باب ٣٨ من كتاب الطّلاق ص ٣٣٢.

التّكليفي أخصّ[١] من الرّافع لأثر الحكم الوضعي ولو لوحظ[٢] ما هو المناط في

---

(١) أقول: المراد برفع الأثرالحكم التّكليفي أن يسقط الحرام عن حرمته، والواجب عن وجوبه، والمراد برفع الأثر الحكم الوضعي أن يوجب الاكراه بطلان البيع والطّلاق وما أشبه.
ووجه الأخصيّة أنّ الرّافع للحكم التّكليفي هو الاكراه بدون مناص والرّافع للحكم الوضعي هوالاكراه مطلقاً، يعني ولو كان هناك مناط وذلك لأنّ أثر الحكم الوضعي كما يرتفع بعدم إمكان التفصّي من المعاملة المكره عليها كذلك يرتفع بعدم طيب النّفس بخلاف الاكراه الرّافع لأثر الحكم التّكليفي، فإنّه مقيّد بعدم إمكان التفصّي بأيّ نحوٍ من الأنحاء، مثلاً لو أكره خالد بكراً على شراء العنب وجعله خمراً، وبعد التّخمير يشربها، والمفروض أنّه ليس لبكر التفصّي عن ذلك أصلاً، فها هنا حكمان، تكليفي وهو حرمة شرب الخمر، ووضعي وهو حرمة المعاملة شراء العنب للتّخمير، أمّا الحكم التّكليفي فقد ارتفع أثره الّذي هو حرمة شرب الخمر لأنّه لا يمكن التفصّي عنه، فلايحرم شربه، وأمّا الحكم الوضعي فكذلك ارتفع أثره، وهو نفوذ صحّة المعاملة بعدم إمكان التفصّي عنه أيضاً وستعرف زيادة توضيح في هذا المقام، فانتظر.

(٢) يريد المصنّف ﷺ أن يذكرالنّسبة بين المناطين يعني مناط الاكراه في الحكم التّكليفي، ومناط الاكراه في الحكم الوضعي والمناط في الاوّل هو دفع الضّرر عن نفسه، وذلك متوقّف على ارتكاب الفعل المكره عليه، والمناط في الثّاني هو عدم طيب النّفس الّذي يرتفع به أثر المعاملة، وهي صحّة نفوذها، والنّسبة بين المناطين هو العموم والخصوص من وجه لهما مادة اجتماع، ومادتا افتراق، أمّا مادة الاجتماع فكما إذا أكره زيد عمروا على بيع القران للكافر وهدّده على ترك البيع وليس له طريق الى التفصّي عن دفع الضّرر عن نفسه ونفسه لا تطيب على بيع القران، فهنا قد أجتمع مناطان، مناط اكراه الحكم التّكليفي، وهو دفع الضّرر عن نفسه بإرتكاب المكره عليه لتوقّفه عليه، ومناط الحكم الوضعي وهو عدم طيب النّفس منه على بيع القران، وأمّا مادة الافتراق من جانب مناط الحكم التّكليفي بأن يكون مناط الاكراه الوضعي موجوداً، ومناط الاكراه

=

رفع كلّ منهما[١] من دون ملاحظة عنوان الاكراه[٢] كانت النّسبة بينهما[٣] العموم من وجه[٤] لأنّ المناط في رفع الحكم التّكليفي هو دفع الضّرر، وفي رفع الحكم الوضعي هو عدم الإرادة وطيب النّفس و من هنا[٥] لم يتأمّل أحد في أنّه إذا أُكره الشّخص على أحد الأمرين المحرّمين[٦] لابعينه، فكل منهما وقع في الخارج

= التّكليفي غير موجود، كما لو أكره خالد بكراً على بيع فرسه لكنّه قادر على التفصّي عنه، فهنا يوجد مناط الحكم الوضعي، وهو عدم طيب النّفس دون مناط الحكم التّكليفي وهو دفع الضّرر عن نفسه لأنّ المفروض أنّه قادر على التفصّي عنه ولم يستعمل قدرته في ذلك فأوجد المكره عليه مع عدم طيب النّفس، وأمّا مادة الافتراق من جانب المناط في الحكم الوضعي بأن يكون مناط الحكم التّكليفي موجوداً، ومناط الحكم الوضعي غير موجود، كما إذا أكره خالد بكراً على شرب الخمر فهنا يوجد مناط الحكم التّكليفي الّذي هو دفع الضّرر عن نفسه والضّرر هو التّهديد بالقتل والدّفع لا يتحقّق إلّا بإرتكاب الحرام، وهو الشّرب، وأمّا مناط الحكم الوضعي الّذي هو عدم طيب النّفس فغير موجود لطيب النّفس بالشّرب لأنّه لو لم يقدم عليه لقتل.

(١) يعني من الحكم التّكليفي والحكم الوضعي.

(٢) يعني الاكراه في الحكم التّكليفي، والاكراه في الحكم الوضعي.

(٣) أي بين المناطين مناط الاكراه في الحكم التّكليفي، ومناط الاكراه في الحكم الوضعي.

(٤) قد بيّنّا النّسبة بينهما آنفاً، وذكرنا الأمثلة في المقام لكمال الإيضاح بما لامزيد عليه.

(٥) أي من كون المناط في رفع الحكم التّكليفي هو دفع الضّرر وفي رفع الحكم الوضعي هو عدم الطّيب، ومن اختلاف مناطهما ووجود الفرق بينهما.

(٦) كما لو أكرهه على شرب أحد الإنائين، وهما خمراً ونجس، فكلّ من المحرّمين وقع في الخارج لا يتّصف بالتّحريم والوجه فيه أنّ المناط والمعيار في رفع الحرمة دفع الضّرر المتوقّف على فعل أحدهما، حيث أنّ طبيعة الاكراه لا يمكن تحقّقها إلّا في ضمن أحد الفردين المحرّمين، وقد أوجدها المكره بالفتح في ضمن أحدهما، وذلك يكفي في اتّصاف كلّ منهما بالاكراه، فإنّه لو لم يفعل أحدهما تضرّر.

لا يتّصف بالتّحريم، لأنّ المعيار في دفع الحرمة دفع الضّرر المتوقّف على فعل أحدهما أمّا لو كانا[1] عقدين[2] أو إيقاعين[3] كما لو أكره على طلاق أحدىٰ زوجتيه، فقد استشكل غير واحد في أنّ ما يختاره[4] من الخصوصيّتين[5] بطيب

---

(١) يعني أمّا لو كان الامران اللّذان أكره الجائر على أحدهما.

(٢) كما إذا أكره الجائر زيداً إمّا على بيع داره أو بيع فرسه) أو على بيع داره أو دار صاحبه فضولاً، وكذا لو أكره الرّاهن عند حلول أجل الدّين على بيع العين المرهونة أو بيع غيرها ممّا لا يستحقّه المرتهن المكره بالكسر فاختار غيرها، فيقع صحيحاً، والسّر في ذلك أنّ بيع العين المرهونة ليس عدلاً لبيع غيرها لأنّ رضا الرّاهن ساقط، ويشترط في رفع الاكراه أثر المعاملة أن يكون رضا الفاعل معتبراً فيها، ولذا لو أكره من عليه الدّين مع كونه مليّاً وممّا طلا ببيع ماله فهذا البيع ليس اكراهيّاً.

(٣) كما لو أمره أمّا بطلاق زوجته فاطمة أو بطلاق زوجته هند، لا إشكال في صدق الاكراه بالنّسبة الى أصل الطّبيعة الّتي يعبّر عنها بالقدر المشترك، وهي نفس الطّلاق انّما الكلام والاشكال بالنّسبة الى الخصوصيّة المنتخبة كطلاق هند مثلاً، إذ الاختيار لهذه على تلك، بطيب النّفس وانّما الاكراه على الجامع حيث إنّه يرجّح فاطمة على هند ولذا إذا دار الامر بينهما يرجّح بقاء فاطمة، فهذا الفرد من الطّلاق مختار فيه من حيث الخصوصيّة وإن كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك بمعنى أنّ وجوده الخارجي ناشٍ عن اكراه وإختيار، ولذا لا يستحقّ المدح أو الذّم بإعتبار أصل الفعل، أعني نفس الطّلاق ويستحقّه بإعتبار الخصوصيّة.

فاتّضح لك الفارق بين الاكراه على بيع الدّار وبين الاكراه على تطليق إحدىٰ الزّوجتين، أو اعتاق أحد العبدين بداهة أنّ الأوّل بنفسه مورد للاكراه دون الثّاني ضرورة أنّ مورد الاكراه فيه هو الجامع، وأمّا كلّ من الخصوصيّتين فهو غير واقع تحت الاكراه، وهذا ممّا لا ريب فيه.

(٤) أي المكره بالفتح.

(٥) يعني خصوص طلاق زينب أو خصوص طلاق هند.

نفسه، ويرجّحه بدواعيه النّفسانيّة الخارجة عن الاكراه مكره عليه[١] بإعتبار جنسه[٢] أم لا بل أفتى في القواعد[٣] بوقوع الطّلاق وعدم الاكراه وإن حمله[٤] بعضهم على ما إذا قنع المكره بطلاق إحداهما[٥] مبهمة لكنّ المسألة[٦] عندهم[٧]

---

(١) قوله: (مكره عليه) خبر لِـ(انّ) في قوله: (ان ما يختاره).

(٢) يعني جنس الطّلاق.

(٣) إليك بنصّ عبارة القواعد: «ولا اكراه مع الضّرر اليسير كاخذ درهم من موسر والاكراه يمنع سائر التّصرّفات إلّا إسلام الحربيّ ولو ظهرت دلالة اختياره صحّ طلاقه بأن يخالف المكره مثل أن يأمره بطلقة فيطلّق اثنين أو بطلاق زوجة فيطلّق غيرها أو هي مع غيرها أو بطلاق إحدىٰ زوجتين لا بعينها فطلّق معيّنة الخ[أ].

(٤) يعني حمل كلام العلّامة وفتواه في كتابه القواعد بوقوع الطّلاق الخ.

(٥) أقول: توضيح العبارة أنّه تارة يكون الاكراه على اختيار إحدى المعيّنين بأن يقول المكره: طلّق فاطمة أو الزّينب، وقد يكون الاكراه بإحديهما لا بعينه بأن يقول المكره: طلّق بإحديهما لا بعينه، فالمكره بالفتح عندئذٍ مخيّر بين طلاق الصّحيح وهو طلاق احدى المعيّنين والفاسد وهو طلاق إحديهما لا بعينه، فهذا الطّلاق باطل عند الشّرع ليس بصحيح لأنّه يعتبر تعيين المطلّقة لفظاً أو نيّةً، فلو طلّق إحدى زوجتيه لا بعينها بطل على الأقوى لإصالة بقاء النّكاح فلا يزول إلّا بسبب محقّق السّببيّة، فلو إختار الزّوج طلاق زوجته هند على التّعيين فقال: زوجتي هند طالق، فيقع الطّلاق كما اختاره العلّامة لأنّه لم يكن مكرهاً في إجراء الطّلاق الصّحيح، بل كان مكرهاً في ايقاع الطّلاق الفاسد وإجرائه.

(٦) يعني مسألة أكراه الشّخص على ارتكاب أحد الأمرين سواء كان أحد الأمرين في ضمن عقدين أم في ضمن إيقاعين.

(٧) أي عند الفقهاء.

(أ) قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام، كتاب الفراق ص ٦٠.

غير صافية عن الإشكال من جهة مدخليّة طيب النّفس في اختيار الخصوصيّة وإن كان الأقوىٰ وفاقاً لكلّ من تعرّض للمسألة تحقّق الاكراه[١] لغة وعرفاً مع أنّه لو لم يكن هذا[٢] مكرهاً عليه لم يتحقّق الاكراه أصلاً إذا الموجود في الخارج دائماً

---

(١) قوله: (تحقّق الاكراه الخ) جواب لِـ(ان) في قوله (وإن كان الأقوى) ووجه التّحقّق أنّ حقيقة الاكراه لغةً وعرفاً، حمل الغير على ما يكرهه فيتحقّق الطّلاق في الفرع المذكور كما أفتى به العلّامة بداهة أنّ الفاعل مخيّر في اختيار أيّهما من طلاق زينب أو هند، فيكون صدوره منه بطيب نفسه ورضاه، فيحكم بصحّته لأنّ المفروض عدم الإكراه.

(٢) يعني مثل هذا الطّلاق وما يشابهه من العتق وغيره.

(الاكراه على الجامع)

أقول: تحقيق البحث في المقام يقع في أمور:

الأمر الأوّل: في الاكراه على الجامع، إذا أكره على إيجاد جامع بين فردين أو أفراد كأصل الشرب فيما إذا أكرهه على شرب الخمر أو الماء أو عليهما وعلى مايع آخر، فأمّا أن يكون الأثر الشّرعي ثابتاً لذلك الجامع، كما إذا أنذر أن لا يشرب شيئاً مثلاً، وأمّا أن يكون ثابتاً لبعض أنواعه كشرب الخمر دون بعض، كشرب الماء، ففي الأوّل لو فعل فرداً من أفراد الجامع كان ذلك الفرد مكرهاً عليه بلحاظ الجامع وعندئذٍ لا يترتّب أثر الجامع عليه، فلو كان ناذراً أن لا يشرب شيئاً مثلاً لا يتعلّق به حكم الحنث، وفي الثّاني لو فعل الفرد الّذي له الأثر لم يرتفع ذلك الأثر، فيعاقب على شرب الخمر لأنّ موضوع الأثر وهو النّوع لم يكن مكرهاً عليه والجامع المكره عليه لا أثر له وبعبارة واضحة أنّه مختار فيه من حيث أنّه مختار في عنوان مع ارتكاب المحرّم وكذا لو اكرهه على طلاق زوجة ليتزوّجها فطلّقها بطل الطّلاق ولو أكرهه على طلاقها ولو فاسداً فطلّقها صحيحاً صحّ الطّلاق لما عرفت من عدم كونه مكرهاً على

=

= ما هو موضوع الأثر فلا موجب لإرتفاع أثره، والإكراه على الجامع بين موضوع الأثر وغيره ليس إكراهاً على الفرد إلّا بلحاظ الجامع والمفروض أنّه لا أثر له هذا كلّه لو كان الاكراه على الجامع أمّا لو أكرهه على ايجاد أحد أمرين أو أمور فتارة يكرهه على الافراد الطّوليّة.

(الاكراه على الافراد الطّوليّة)

والظّاهر في هذه الصّورة الفرق بين المحرّمات والمعاملات، فلو كان مكرَهاً ومضطَرّاً الى شرب الخمر موسّعاً، فلا يجوز له المبادرة إليه في أوّل الوقت سواء احتمل التّخلّص منه لو أخّره أم لم يحتمل إذ لا بدّ في ارتكاب المحرّم من المسوّغ له حين الإرتكاب، فإذا لم يكن حين الشّرب ملزماً فاختياره فعلاً لا مجوّز له، وأمّا لو كان مكرهاً في بيع داره موسّعاً فلو كان مأيوساً من التّخلّص عنه فإقدامه على البيع في أوّل الوقت لا يخرجه عن الإكراه، وأمّا لو احتمل التّخلّص فلو باع أوّل الوقت فهو مختار، والفرق واضح.

هذا ولكن يرد عليه أنّه بعدما عرفت من أنّ الرّافع لأثر المعاملات بعينه هو المسوّغ للمحرّمات لوحدة الدّليل لم يظهر لنا الفرق بين البابين، كما أفاده المحقّق النّائيني، فما ذكره ﷺ من التّفصيل بين المعاملات وغيرها، فلا يرجع الى معنى محصّل بداهة أنّ الاتيان بالفرد المتقدّم مع سعة الوقت لا ينطبق عليه عنوان المكره عليه ولا المضطرّ اليه لكي يرتفع حكمه سواء كان ذلك من قبيل المعاملات أم كان من قبيل الأمور المحرّمة، فإنّ الّذي يترتّب عليه الضّرر انّما هو ترك المجموع لا ترك خصوص الفرد الأوّل، وعليه فلا ملزم له في فعله، وعلى هذا فلو أكره أحد على بيع داره إمّا يوم الخميس، أو يوم الجمعة فبادر الى بيعها يوم الجمعة، فإنّه يحكم بصحّة هذا البيع لصدوره عن الرّضا وطيب النّفس، وكذا إذا أكره على فعل المحرّم إمّا يوم =

إحدى خصوصيّات المكره عليه إذ لا يكاد يتّفق الاكراه بجزئي حقيقي من جميع

= الجمعة أو يوم السّبت فإنّه لا تجوز المبادرة الى فعل ذلك يوم الجمعة إذ لا مانع عن توجّه النّهي الى المكره عندئذٍ، وعليه فمتعلّق الإضطرار في الأفراد الطّوليّة انّما هو الفرد المتأخّر فقط سواء في ذلك، المعاملات وغيرها

(الاكراه على الافراد العرضيّة)

وهو كالإكراه على شرب الخمر أو الماء مثلاً، فلو اختار شرب الخمر فلا يكون مكرهاً، وهكذا لو أكره، أمّا على البيع الصّحيح أو الفاسد واختار المكره بالفتح انشاء البيع الصّحيح حكم بصحّته لأنّه لم يصدر من المكره كرهاً، بل انّما صدر منه بإختياره وطيب نفسه، فلا وجه لبطلانه وإن اختلفت الأفراد ولم تكن متساوية الاقدام في ملاك التّحريم، فإنّه حينئذٍ لا بدّ وان يختار ما كان أقلّ مبغوضيّة، كما إذا أكره شخص على شرب أحد الإنائين، وكان أحدهما نجساً، والآخر نجساً ومغصوباً معاً، فإنّ الاكراه هنا انّما يتعلّق بشرب النّجس فلا يجوز للمكره (بالفتح) أنّ يشرب ما هو نجس ومغصوب، وكذا لو أكره شخص على شرب أحد المايعين وكان أحدهما خمراً والآخر متنجّساً فإنّه لا يسوّغ له أن يختار شرب الخمر لعدم كونه بالخصوص مورد الاكراه، بل لا بدّ له من اختيار ما يكون ملاك المبغوضيّة فيه أقلّ وأخفّ.

وقد انجلىٰ لك ممّا ذكرناه أنّه إذا أكره شخص على أحد الفعلين وكان أحدهما مباحاً والآخر حراماً لم يكن المكره عليه مخيّراً في الإتيان بأيٍّ منهما، بل لا بدّ من اختيار المباح كما إذا أكره شخص على شرب أحد الكأسين وكان أحدهما ماءً والآخر خمراً لم يجز له شرب الخمر عندئذٍ، بزعم تعلّق الاكراه به بواسطة تعلّقه بالقدر المشترك بينهما.

الجهات[١] نعم هذا الفرد مختار فيه[٢] من حيث الخصوصيّة وإن كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك[٣] بمعنى أنّ وجوده[٤] الخارجي ناشٍء عن اكراه واختيار[٥]

---

(١) وهو ما امتنع فرض صدقه على كثيرين مثلاً لو أكرهه على طلاق زوجته هند، فالزّوج مكره في أصل الطّلاق، وأمّا خصوصيّات الزّمان كيوم الجمعة والمكان كالمسجد مثلاً، وكيفيّة اجراء الصّيغة تفصيلاً، أو اختصار أو ما أشبه، كلّها تكون بإختياره فلا يتعلّق الاكراه في المقام بزمان معيّن ومكان معيّن وصيغة معيّنة فليس بمكره بالنّسبة إليها.

(٢) يعني طلاق زوجته هند على التّعيين أمر اختياريٌ من حيث الخصوصيّة الموجودة في الطّلاق، وإن كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك، فحينئذٍ يجتمع في هذا الفرد الخارجي، الاكراه والاختيار، بمعنى أنّ وجوده الخارجي ناش عن اكراه بالجامع وهو أصل الطّلاق واختيار للخصوصيّة وهو انتخاب طلاق هند دون زينب، فلا يتحقّق الاكراه لغةً وعرفاً، وهذا بيّن لا خفاء فيه.

(٣) يعني طلاق زوجته هند على التّعيين أمر اختياريٌ من حيث الخصوصيّة الموجودة في الطّلاق، وإن كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك، فحينئذٍ يجتمع في هذا الفرد الخارجي، الاكراه والاختيار، بمعنى أنّ وجوده الخارجي ناش عن اكراه بالجامع وهو أصل الطّلاق واختيار للخصوصيّة وهو انتخاب طلاق هند دون زينب، فلا يتحقّق الاكراه لغةً وعرفاً، وهذا بيّن لا خفاء فيه.

(٤) أي وجود الفرد الّذي يختاره المكره بالفتح كطلاق زوجته هند.

(٥) بمعنى أنّه مكره بإعتبار أصل الطّلاق ومختار بإعتبار الخصوصيّة المختارة، هذا مراد المصنّف ﷺ ولكنّا لا نسلّم بهذا، بل نقول: أنّه غير معقول فإنّ الوجود الواحد الخارجي كيف يعقل أن يكون ناشياً عن اكراه واختيار مجتمعين، فالعلّة التّامة المحرّكة نحو الفعل ان كان هو الاكراه كان الفعل وهو الطّلاق مثلاً، صادراً عن اكراه، وإلّا كان الفعل صادراً عن اختيار، فيكفي في الاختياريّة اختياريّة جزء واحد من أجزاء العلّة، كما يعتبر في الاكراه اكراه جميع أجزاء العلّة، وهذا ممّا لا ريب فيه ولا شبهة تعتريه.

ولذا[١] لا يستحقّ المدح أو الذّم بإعتبار أصل الفعل[٢] ويستحقّه بإعتبار الخصوصيّة[٣] وتظهر الثمرة[٤] فيما لو ترتّب أثر على خصوصيّة المعاملة الموجودة[٥] فإنّه[٦] لا يرتفع بالاكراه على القدر المشترك مثلاً لو اكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر لم يرتفع تحريم الخمر[٧] لأنّه مختار فيه[٨] وإن كان مكرهاً

---

(١) أي ولأجل أنّ وجوده الخارجي ناشٍ عن اكراه واختيار معاً، وكان هذا الفرد جامعاً للأمرين.

(٢) وهو نفس الطّلاق وطبيعته.

أقول: والوجه في عدم استحقاق المدح والذّم بالنّسبة الى أصل الفعل، صدق الاكراه فيه.

(٣) والمراد بالخصوصيّة اختيار خصوص طلاق هند، فقد يكون ذلك لأجل انطباق الكلّي، وقد يكون ترجيح في طلاقها، ومن البيّن أنّ المدح والذّم انّما هما في صورة التّرجيح لا مجرّد وجود الكلّي فيها، والوجه في الاستحقاق هو أنّ الخصوصيّات الموجودة في طلاق هند عوارض فرديّة خارجة عن مورد الاكراه، فإذا أكره على الطّلاق الصّحيح أو الفاسد واختار المكره (بالفتح) انشاء الطّلاق الصّحيح حكم بصحّته لأنّه لم يصدر من المكره كرهاً، بل انّما صدر منه بإختياره وطيب نفسه فلا وجه لبطلانه فيستحقّه.

(٤) يعني وتظهر ثمرة النّزاع في أنّ الخصوصيّة المنتخبة هل تتّصف بالاكراه أم لا.

(٥) مثلاً لو أكره على الجامع بين البيع الصّحيح والبيع الفاسد فإنّ ما تعلّق به الاكراه أعني به الجامع لا أثر له لكي يرتفع بالاكراه وماله الأثر وهو الصّحيح لا اكراه عليه، حتّى يوجب ارتفاع أثره فإختيار الفرد الصّحيح انّما نشأ من الرّضا وطيب النّفس فيحكم بصحّته.

(٦) أي الأثر.

(٧) أقول: وجه عدم ارتفاع التّحريم انّه مختار في شربه كما علّله به المصنّف ﷺ لا اكراه عليه حتّى يوجب ارتفاع أثره وانّما الاكراه في أصل الشّرب دون خصوصيّاته.

(٨) يعني مختار في شرب خصوص الخمر.

في أصل الشّرب وكذا لو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد، فإنّه لا يرتفع أثر الصحيح[١] لأنّه مختار فيه وإن كان مكرهاً في جنس البيع[٢] لكنّه لا يترتّب على الجنس أثر يرتفع[٣] بالاكراه، ومن هنا[٤] يعلم أنّه لو اكره على بيع مال أو ايفاء مال مستحقّ لم يكن اكراهاً لأنّ القدر المشترك[٥] بين الحقّ وغيره إذا أكره عليه لم يقع[٦]

---

(١) أقول: بأن أكره على البيع الصّحيح أو الفاسد واختار المكره (بالفتح) انشاء البيع الصّحيح حكم بصحّته لأنّه لم يصدر من المكره كرهاً، بل انّما صدر منه بإختياره وطيب نفسه، وما تعلّق به الاكراه، أعني به الجامع لا أثر له لكي يرتفع بالاكراه وما له الأثر، وهو الصّحيح لا اكراه عليه كما عرفت آنفاً.

(٢) مثلاً إذا خيّره المكره بالكسر بين بيع داره أو بيع دار زيد مع امكان التفصّي بإجراء صورة صيغة بيع دار زيد فاختار المكره (بالفتح) الصّحيح وبيع داره فإنّه لا يرتفع أثر البيع الصّحيح، فيكون بيعه صحيحاً لأنّه مختار فيه ليس بمكره، وإن كان مكرهاً في جنس البيع وهو أصل البيع وطبيعته والجامع بين الصّحيح والفاسد الّذي لا يترتّب عليه الأثر لكي يرتفع بالاكراه.

(٣) كلمة (يرتفع) صفة قوله (أثر).

(٤) يعني وممّا ذكرنا من أنّه لا يترتّب على جنس البيع أثر لكي يرتفع بالاكره بل الأثر انّما يترتّب على البيع المنتخب وهو البيع النّافذ يتّضح لك أنّه لو اكره شخص على إيجاد أحد الأمرين امّا بيع شيء من أمواله أو اداء مال مستحقّ عليه، كالفرض فإختار المكره (بالفتح) لما حكم ببطلانه.

(٥) وهو أصل الفعل المكره عليه بيعاً كان أم إيفاء، الحقّ ومراده ﷺ من الحقّ هو إيفاء مال مستحقّ كأداء القرض ومن غيره هو البيع.

(٦) مراده ﷺ أنّه لو أكره على بيع شيء أو أداء مال مستحقّ عليه، فإذا اختار البيع لم يكن مكرهاً، كما لو أكره إمّا على شرب الخمر أو فعل الصّلاة الواجبة عليه فإنّ اختيار شرب الخمر يقع عن غير كره، والسّر في ذلك أنّ القدر المشترك لا أثر له والخصوصيّة غير مكره عليها وإلّا لوقع الإيفاء أو الصلاة أيضاً باطلاً.

باطلاً وإلّا[١] لوقع الإيفاء أيضاً باطلاً، فإذا اختار البيع صحّ[٢] لأنّ الخصوصية[٣] غير مكره عليها والمكرَه عليه وهو القدر المشترك غير مرتفع الأثر[٤] ولو أكرهه على بيع مال أو أداء مال غير مستحقّ[٥] كان اكراهاً لأنّه لا يفعل البيع إلّا فراراً من بدله أو وعيده المضرّين[٦] كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر، فإنّ ارتكاب البيع للفرار عن الضّرر الاخروي[٧] ببدله، أو التّضرّر الدّنيوي[٨] بوعيده،

---

(١) يعني وإلّا يكن كذلك بل كان اكراه الجامع اكراهاً لكلّ من الفردين بأن وقع غير الحقّ الّذي هو بيع المال باطلاً لوقع الإيفاء الّذي هو الحقّ أيضاً باطلاً لأنّ المفروض أنّ الإيفاء من نفس المال المبيع الّذي أكره عليه المدين، ففي المثال السّابق ان اختار البيع صحّ لأنّ الخصوصيّة الموجودة في البيع غير مكره عليها، والمكره عليه أعني القدر المشترك بين البيع والإيفاء غير مرتفع الأثر.

(٢) يعني صحّ البيع في المثال السّابق وهو قوله: (لو أكره على بيع مال أو إيفاء مال مستحقّ الخ).

(٣) وهي انتخاب المكره (بالفتح) ببيع ماله لإيفاء دينه، يعني هذا الانتخاب لا يكون مكرّهاً عليه لأنّ المفروض أنّه كان مختاراً غير مجبور في البيع، لكي يكون مكرهاً، والجبر هو الملاك في الاكراه.

(٤) وذلك لعدم أثر للجنس وأصل البيع وطبيعته، لكي يرتفع بالاكراه فيكون من قبيل السّالبة بإنتفاء الموضوع، كانتفاء الخِتان بإنتفاء الولد في قول القائل: (ان رزقت ولداً فأختنه).

(٥) أقول: وذلك كالجريمة فيكون كلّ واحد من الفردين مكرهاً عليه، فإذا باع كان باطلاً.

(٦) كلمة (المضرين) صفة لقوله: (بدله أو وعيده) فهذا المثال حاله (كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر) فاختار بيع الدّار، كان البيع باطلاً للتّعليل الّذي ذكره في المتن.

(٧) وهي العقوبة الالٰهيّة آجلا بإرتكاب بدل البيع وهو شرب الخمر.

(٨) وهو أخذ المال منه أو الحدّ الشّرعي وهو ثمانون سوطاً.

ثمّ إنّ اكراه أحد الشّخصين على فعل واحد بمعنى الزامه[1] عليهما كفاية

---

(١) يعني إلزام الفعل الواحد على أحد الشّخصين المكرَهين يكون على نحو الوجوب الكفائي، كما لو قال المكرِه (بالكسر) لزيد وعمرو لا بدّ وأن يشرب أحدكما الخمر من اناء معيّن، فأيّهما أقدم في ظرف عدم إقدام الآخر، كان مكرهاً فيجري عليه حكم المكره، وذلك لما قد قرّر في محلّه من أنّ المخاطبين بالواجب الكفائي بمنزلة أفراد الواجب التّخييري، فكما انّ كلّ واحد يجب في ظرف عدم الآخر كذلك كلّ واحد من المخاطبين بالوجوب لكفائي يجب عليه الفعل في ظرف عدم فعل الآخر، فلو علم أحدهما إقدام صاحبه على الفعل المكره عليه على كلّ حالٍ لم يكن العالم مكرهاً، فلو أكره كلّاً منهما على شرب الخمر، على نحو الوجوب الكفائي، فشرب أحدهما مع علمه بإقدام الآخر على الشّرب، كان آثماً.
هذا مثال المحرّمات، ومثال المعاملات كاكراه المكره أحداً من الأب والجدّ على بيع مال اليتيم أو أحد الوكلاء المفوّض إليهم أمر بيع شخصيّ.

« أقوال الخمسة في المسألة »

في المسألة وجوه وأقوال:
أحدهما: ما في المتن، وهو أنّ فعل كلّ منهما يقع مكرهاً عليه، وإن علم أنّ صاحبه يفعله، والوجه فيه أنّ مناط صدق الاكراه هو إيجاد الفعل لا عن استقلال وطيب نفس، بل كان سبب إيجاده دفع شرّ المكره، وهو موجود في المقام.
ثانيهما: ما اختاره السّيّد الفقيه وهو أنّه إن علم أنّ صاحبه يفعله وإن فعل هذا لا يقع فعله مكرهاً عليه، وإلّا فيقع كذلك وإن علم أنّه يفعله أن لم يبادر هذا الى الفعل.
ثالثها: ما اختاره المحقّق النّائيني ﷺ وهو أنّه لو علم أنّ صاحبه يصدر عنه الفعل لغير داع الاكراه لا يقع فعله مكرهاً عليه، وإلّا فيقع كذلك وإن علم أنّ صاحبه يفعله لدفع الاكراه.

=

وإيعادهما[١] على تركه[٢] كاكراه شخص واحد على أحد الفعلين في كون كلّ

= رابعها: ما اختاره المحقّق الإيرواني ﷺ وهو أنّ اكراه كلّ مختصّ بصورة عدم اتيان الآخر، فإذا احتمل كلّ اتيان صاحبه لم يكن فعله عن اكراه.

خامسها: ما اختاره بعض المعاصرين من أنّ المكره عليه ان كان فعلاً واحد ولم يكن ترتّب الأثر، أو الحكم بلحاظ حيثيّة الصّدور، كما لو أكره أحد الوليّين على بيع مال الصّبي كلّ منهما فعل يقع فعله مكرهاً عليه وإن علم أنّ صاحبه يفعله، فإنّ ما هو موضوع الأثر وهو البيع على مال الصّبي لا يمكن التّفصّي عنه، والمفروض وقوع الاكراه عليه وإن كان المكره عليه فعلاً واحداً، أو كانت حيثيّة الصّدور دخيلة في الحكم، كما لو أكره أحد الشّخصين على شرب إناء من الخمر معيّن على نحو الكفاية فإن علم أنّ صاحبه شربه لا يجوز له الشّرب ولو شرب لا يكون مكرهاً عليه لفرض إمكان التّفصّي والتّخلّص، بمعنى أنّه لو لم يفعل لما وقع في الضّرر ولو علم أنّ صاحبه لا يفعله، يجوز له الشّرب ويقع فعله مصداقاً للمكره عليه.

(١) أي ايعاد الشّخصين، قال الجوهري الوعد يستعمل في الخير والشّر، فإن أسقطوا الخير والشّرّ قالوا في الخير الوعد والعدة، وفي الشّر الإيعاد والوعيد[أ] أوعده إيعاداً وعده، تهدّده[ب].

(٢) يعني ترك الفعل من غير فرق بين أن يكون الايعاد لهما، كما لو قال المكره (بالكسر)، فإن لم تشربا الخمر قتلتكما، أو الإيعاد لأحدهما، كما لو قال: قتلت أحدكما، والوجه فيه أنّ العقاب المردّد أيضاً محلّ خوف الضّرر الموجب لجواز الإرتكاب للحرام وإرتفاع الأثر كاكراه شخص واحد على أحد الفعلين، كشرب الخمر أو الزّنا في كون كلّ منهما مكرهاً، يجوز ارتكاب الحرام معه.

(أ) المجمع.

(ب) المنجد.

منهما[١] مكرهاً، واعلم أنّ الاكراه قد يتعلّق بالمالك والعاقد كما تقدّم[٢].

وقد يتعلّق بالمالك دون العاقد[٣] كما لو أكره[٤] على التّوكيل في

---

(١) يعني كلّ واحد من الشّخصين.

(٢) يعني تقدّم في قول المصنّف: (ومن هنا يعلم أنّه لو أكره على بيع مال) حيث أنّ البايع هنا مالك وعاقد.

(٣) أقول: تحقيق الكلام في المقام وتفصيله أنّه قد يتعلّق الاكراه بالمالك والعاقد، كأنْ يقول المكره (بالكسر) لزيد مثلاً: بع دارك، فزيد البايع مالك وعاقد و قد يتعلّق بالمالك دون العاقد كان يقول المكره لزيد: وَكّل عمروا في بيع دارك، فزيد الموكّل المالك مكره بخلاف العاقد الوكيل الّذي هو عمرو، وقد يتعلّق بالعاقد دون المالك بأن يكون الاكراه من المالك، كما لو قال زيد المالك لبكر: بع داري، وإلّا قتلتك، فبكر العاقد مكره بخلاف المالك.

أمّا الأوّل فقد تقدّم حكمه تفصيلاً، وعرفت أنّه يحكم ببطلان العقد الاكراهي لحديث الرّفع فلا كلام فيه، وإنّما الكلام في المقام في الصّورتين.

الأولىٰ: ما لو تعلّق الاكراه بالمالك دون العاقد وهو يتصوّر تارة في العقود، كما لو أكره على التّوكيل في بيع ماله، وأخرىٰ في الايقاعات، كما لو أكره على التّوكيل بطلاق زوجته ووقع الطّلاق من الوكيل من غير اكراه.

الثّانية: عكسه، وهو ما لو أكره العاقد دون المالك أمّا الصّورة الأولىٰ، فلا شبهة في فساد التّوكيل في البيع، فالعاقد يكون فضوليّاً في بيعه، فلو تعقّبته الاجازة صحّ، وإلّا فلا، وهذا ممّا لا كلام فيه انّما الكلام في أنّه إذا كان مورد الوكالة إيقاعات دون العقد، كما في مثال الاكراه على التّوكيل بطلاق زوجته، ولم يجز الطّلاق، بل أجاز الوكالة، فإنّه لا ريب في عدم استناد الطّلاق عندئذٍ الى الزّوج لحديث الرّفع، وعليه فيكون التّوكيل بمنزلة العدم لتحقّقه من دون رضا الموكّل، وعلى هذا فإن لم تلحق الاجازة بالطّلاق حكم بفساده قطعاً، وإن لحقت به الاجازة، فإن قلنا

=

بيع ماله، فإنّ العاقد قاصد مختار، والمالك مجبور وهو داخل في عقد الفضوليّ[٥] بعد ملاحظة عدم تحقّق الوكالة مع الاكراه، وقد

= بصحّة الإيقاعات الفضوليّة حكم بصحّة الطّلاق، وإلّا فلا، من غير فرق في ذلك بين لحوق الرّضا والإجازة بالتّوكيل الاكراهي وعدمه، أمّا بناءاً على كون الإجازة ناقلة فلا يصحّ في المقام ضرورة أنّ التّصرّفات الصّادرة من الوكيل قبل إجازة الموكّل بمنزلة التّصرّفات الصّاردة من الأجانب، وأمّا بناءاً على كون الاجازة كاشفة، فإنّ الطّلاق قد صدر ممّن تتوقّف وكالته على الإجازة، وقد فرضنا أنّ الايقاع لا يصحّ بالإجازة.

وأمّا الصّورة الثّانية وهي مالو تعلّق الاكره بالعاقد دون المالك فقد يكون المكره (بالكسر) هو المالك، كما لو قال للعاقد: بع داري أو طلّق زوجتي، وقد يكون الاكراه من الأجنبي، كما لو أكره الوكيل على بيع دار موكّله أو طلاق زوجته، فقد اختار المصنّف ﷺ أنّ الأقوىٰ هنا الصحّة، وعلّله بقوله: لأنّ العقد هنا من حيث أنّه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في الاكراه، إذا كان عاقداً والرّضا المعتبر من المالك موجود بالفرض، فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضي لاحقاً، والتّحقيق أنّ هنا أقوالاً:

أحدها: الصحّة في الفرعين، ذهب إليه المصنّف وغيره، ثانيها: البطلان فيهما، ثالثها: التّفصيل بين الفرعين بالبناء على الصّحّة في الفرع الأوّل والبطلان في الثّاني، اختاره المحقّق النّائيني ﷺ.

(٤) بأن يكون العاقد مكرهاً (بالكسر) فأكره المالك على أن يوكّله في بيع ماله، وفي إعطاء الوكالة له.

(٥) وجه دخوله في عقد الفضولي أنّه بيع لم يأذن المالك، به فالعقد في هذه الصّورة فضوليّ، فتتوقّف صحّته على الرّضا والاجازة.

يـنعكس كـما لو قـال: بـع مـالي أو طـلّق زوجـتي، وإلّا قـتلتك، والأقـوىٰ هنا[١] الصّحّة لأنّ العقد هنا من حـيث إنّـه عـقد لا يـعتبر فـيه سـوى القـصد[٢] الموجود في المكره إذا كـان عـاقداً والرّضـا المـعتبر مـن المكـره[٣] مـوجود بـالفرض، فـهذا[٤] أولىٰ مـن المـالك المكـره عـلى العـقد، إذا رضـي لاحـقاً،

---

(١) يعني في صورة اكراه المالك العاقد، فإذا كان المكره (بالكسر) هو المالك، فلو أكرهه على الطّلاق فلا إشكال في الصّحّة، لأنّ المفروض أنّ الإيقاع الصّادر من المكره من حيث جهة الإيقاعيّة لا يقصر عن إيقاع غيره، فليس عبارة المكره (بالفتح) كالعدم، ورضا الزّوج حاصل بالفرض، لفرض كونه راضياً، فهذا العقد أولىٰ بالصّحّة من عقد المالك المكره على العقد إذا رضي لاحقاً بعد العقد، إذ في المالك المكره لا رضىٰ بالمضمون ولا بإجراء العقد، والحال أنّ هنا يوجد الرّضا بالمضمون، وإنّما لا يوجد الرّضا بالاجراء.

(٢) يعني قصد مدلول العقد الموجود في المكره (بالفتح) إذا كان عاقداً.

(٣) يعني الرّضا المعتبر منه في البيع وإن لم يكن عاقداً موجود بالفرض، حيث إنّ المالك أمره بإجراء العقد، أو الإيقاع فهو كان راضياً بأصلهما.

(٤) أي هذا الفرض، أعني قول المالك بع مالي، فيبيعه الوكيل، فإذا علم رضـا المـالك حكم بصحّة العقد لأنّ رضا الوكيل، انّما يعتبر بما أنّه طريق وكاشف عن رضا الموكّل من جهة توكيله فلو علم رضا الموكّل مع صدور العقد من الوكيل حكـم بـصحّته، ووجه الأولويّة بيّن، لأنّ لحوق الرّضا بعد الاكراه، إذا صحّح البيع فوجود الرّضا حين العقد يصحّحه بطريق أولىٰ، ولأنّ في المالك المكره لا رضى بالمضمون ولا بإجراء العقد، وهنا يوجد الرّضا بالمضمون، وانّما لا يوجد الرّضا بالاجراء فقط.

واحتمل في المسالك عدم الصّحّة[١] نظراً الى أنّ الاكراه يسقط حكم اللّفظ[أ] كما لو أُمِرَ[٢] المجنون بالطّلاق فطلّقها، ثمّ قال[٣] والفرق

---

(١) يعني احتمل الشهيد الثّاني ﷺ في كتابه (مسالك الأفهام في شرح شرايع الاسلام) عدم صحّة العقد فيما إذا كان العاقد مكرهاً في اجراء العقد والمالك راضياً غير مكره، نظراً الى أنّ الاكراه يسقط حكم اللّفظ لا طلاق دليل رفع ما استكرهوا عليه، فلا قصد للعاقد المكره الى مدلول العقد في صورة الاكراه، فليس بصحيح.
هذا ولكنّ الظّاهر بنظري القاصر صحّة البيع لعموم أدلّة الصّحّة وقصور أدلّة نفي الاكراه عن شمول المقام، أمّا الإجماع فلإنتفائه، وأمّا حديث رفع الإكراه فلظهوره بقرينة وروده مورد الامتنان في اكراه السّلطان، فلا عموم له يشمل المقام.
ومن هنا اتّضح لك أنّه لا وجه لقياس ما نحن فيه، وتشبيهه بالمجنون لأنّ المجنون مسلوب العبارة، فلا تأثير في عقده، وهذا بخلاف المكره، فإنّه ليس بمسلوب العبارة.

(٢) بأن أمر المجنونَ شخصٌ عاقلٌ في اجراء الطّلاق، فأجرى المجنون صيغة الطّلاق فلا يقع طلاقه لعدم تأثير في اللّفظ الصّادر منه.

(٣) أي الشّهيد الثّاني قال في كتابه المسالك في الفرق بين العاقد المكره (بالفتح) والمجنون المأمور في اجراء صيغة الطّلاق، وليعلم أنّ فرقة هذا مبنيٌ على صحّة عقد المكره أو إيقاعه الصّادر منه كما صرّح بها الشّهيد ﷺ بقوله (فإن كان الآمر قاصداً لم يقدح اكراه المأمور) لا على صورة عدم الصّحّة، فإنّه لا فرق عندئذٍ كما هو واضح لا يخفى، ومراده من (الآمر) المالك الّذي اكره العاقد في اجراء الصّيغة.

(أ) متن عبارة المسالك هكذا: الخامس لوقال طلّق زوجتي وإلّا قتلتك، أو غير ذلك ممّا يتحقّق به الاكراه فطلّق، ففي وقوع الطّلاق وجهان، أصحّهما الوقوع لأنّه أبلغ في الاذن، ووجه المنع أنّ الإكراه يسقط حكم اللّفظ، فصار كما لو قال المجنون طلّقها فطلّق والفرق بينهما أنّ عبارة المجنون مسلوبة اصلاً بخلاف عبارة المكره، فإنّها مسلوبة لعارض تخلّف القصد، فإذا كان الآمر قاصداً لم يقدح في اكراه المأمور: المجلّد الثّاني من كتاب المسالك، كتاب الطّلاق ص ٤.

بينهما[١] أنّ عبارة المجنون مسلوبة بخلاف المكره، فإنّ عبارته مسلوبة لعارض تخلّف القصد، فإذا كان الآمر قاصداً لم يقدح اكراه المأمور، انتهى[٢] وهو حسن[٣] وقال[٤] أيضاً لو أكره الوكيل[٥] على الطّلاق دون الموكّل، ففي صحّته وجهان أيضاً[٦] من[٧] تحقّق الاختيار في الموكّل المالك، ومن[٨] سلب عبارة المباشر،

---

(١) اي بين العاقد المكره بالفتح والمجنون المأمور في اجراء صيغة الطّلاق.

(٢) أي ما احتمله وما قاله في المسالك.

(٣) يعني احتمال الشّهيد وتفريقه بين العاقد المكره والمجنون، حسن هذا ولكنّك خبير بأنّه لا حسنَ فيه لما ذكرناه آنفاً.

(٤) أي قال صاحب المسالك.

(٥) بأن كان زيد وكيلاً عن الزّوج في اجراء صيغة طلاق زوجته هند فجائه عمرو وقال له طلّقها يوم الخميس، والوكيل يريد اجراء الصّيغة يوم الجمعة مثلاً، ففي صحّة الطّلاق في هذه الصّورة أيضاً وجهان، كما كان الوجهان وهما صحّة الطّلاق وعدمها في صورة اكراه المالك العاقد

(٦) متن عبارة المسالك: السّادس لو اكره الوكيل على الطّلاق دون الموكّل ففي صحّته وجهان أيضاً من تحقّق اختيار الموكّل المالك للتّصرّف، ومن سلب عبارة المباشر: المجلّد الثّاني من كتاب المسالك، كتاب الطّلاق ص٣.

(٧) يعني تحقّق الاختيار في الموكّل المالك للفرج، فهذا وجه صحّة طلاق الوكيل المباشر لأنّ المفروض أنّ الزوج الموكّل المالك جعله بالاختيار وكيلاً على اجراء الطّلاق.

(٨) وهذا دليل على عدم صحّة طلاق الوكيل المباشر، ولكنّ الأقوى عند المصنّف ﷺ في هذا الفرع أيضاً هو الصّحّة لوجود العلّة الّتي ذكرها في الفرع السّابق، أعني ما إذا كان المكره بالطّلاق والعقد نفس المالك.

انتهى[١] وربّما يستدلّ على فساد العقد في هذين الفرعين[٢] بما[٣] دلّ على رفع حكم الاكراه وفيه[٤] ما سيجيء من أنّه انّما يرفع حكماً ثابتاً على المكرَه

---

(١) أي انتهى قول المسالك وكلامه.

(٢) أحدهما صورة اكراه المالك العاقد على اجراء الصّيغة، والثّاني صورة اكراه شخصٍ وكيلَ المالك في اجراء صيغة الطّلاق على إجراء الصّيغة دون الموكّل.

(٣) أي بحديث الرّفع وخبر عبد الله بن الحسن، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: لا يجوز الطّلاق في استكراه الخ.
حيث أنّ حديث رفعَ عن أمّتي تسعة، وكذا خبر (عبد الله) يدلّان على أنّ الفعل الواقع عن الاكراه في الفرعين المشار إليهما آنفاً مرفوع الأثر، بمعنى أنّ بيع العاقد المكره أو طلاقه لا يقع لأنّ فيهما اكراها.

(٤) أي في استدلال المستدلّ بحديث الرّفع على الفساد اشكال وحاصله أنّ حديث الرّفع انّما يرفع حكماً ثابتاً للفعل المكره عليه لو لا الإكراه مثلاً لو أكره زيد على بيع داره رفع أثر الانتقال لو لا الإكراه ولا أثر للعقد هنا بالنّسبة الى المتكلّم به الّذي هو الوكيل المكره (بالفتح) لو لا الإكراه.
فالتّصرّف الصّادر من الوكيل بمنزلة التّصرّفات الصّادرة من الأجانب، فلا أثر للعقد سواء كان مجري اللّفظ مكرهاً أم لا، وقال المحقّق النّائيني في توضيح المقام، فإذا كان المكره هو الموكّل، فلو أكرهه على الطّلاق فلا إشكال في الصّحّة لأنّ المفروض أنّ الإيقاع الصّادر من المكره من حيث جهة الإيقاعيّة لا يقصر عن إيقاع غيره فليس عبارة المكره كالعدم، ورضاء الزّوج حاصل بالفرض، ولا أثر يترتّب على فعل الموقع من حيث أنّه فعله حتّى يرتفع بالإكراه، لأنّ حديث الرّفع حيث أنّه ورد في مقام الامتنان، فلا بدّ من أن يرفع الأثر الثابت على المكره (بالفتح) لو لا الإكراه والوكيل لو لا الإكراه لا يرتبط وقوع الطّلاق به، فلا يرجع أثره بالإكراه، وهذا هو مقصود المصنّف، انتهى كلامه رفع مقامه.

لو لاالإكراه، ولا أثر للعقد هنا بالنّسبة الى المتكلّم به[١] لو لا الإكراه وممّا يؤيّد ما ذكرنا[٢] حكم المشهور بصحّة بيع المكره بعد لحوق الرّضا، ومن المعلوم أنّه[٣] انّما يتعلّق بحاصل العقد الّذي هو أمر مستمرّ، وهو النّقل والإنتقال[٤] وأمّا التّلفّظ بالكلام الّذي صدر مكرهاً فلا معنى للحوق الرّضا به، لأنّ[٥] ما مضى وانقطع لا يتغيّر، عمّا وقع عليه، ولا ينقلب نعم ربّما يستشكل هنا[٦] في الحكم[٧] المذكور بأنّ القصد[٨] الى المعنى ولو على وجه الإكراه شرط[٩] في الاعتناء بعبارة العقد ولا يعرف[١٠] إلّا

---

(١) يعني الوكيل المتكلّم بالعقد.

(٢) وهو صحّة البيع أو الطّلاق في الفرعين المذكورين، وانّ اكراه الوكيل غير ضارّ بصحّتهما، ووجه التّأييد أنّ الرّضا اللّاحق بعد الاكراه إذا صحّح البيع فوجود الرّضا حين العقد يصحّحه بطريق أولىٰ.

(٣) يعني لحوق الرّضا.

(٤) بمعنى أنّ الرّضا يتعلّق بالنّقل والإنتقال الذّي هو حاصل العقد وهو الأمر الاعتباري الّذي له استمرار من حين العقد الى وقت الرّضا.

(٥) وهي الالفاظ الصّادرة من المتكلّم مكرهاً عليها، ولا خفاء في أنّ التّلفّظ بها غير قارّ، فلا بقاء له حتّى يلحقه الرّضا لانّه انقطع، فما مضى وانقطع لا يتغيّر عمّا وقع عليه ولا ينقلب.

(٦) أي في بيع المكره، بمعنى أنّه يحكم بعدم صحّة بيع المكره بعد لحوق الرّضا.

(٧) وهو حكم المشهور بصحّة بيع المكره.

(٨) أي قصد المعنى حين العقد ولو على وجه الإكراه، فقوله: (بأنّ القصد) متعلّق على قوله: (يستشكل).

(٩) أقول لأنّ اللّفظ من دون المعنى لا يعتنىٰ به، فقوله: (شرط) خبر لـ(أنّ) في قوله (بأنّ القصد).

(١٠) أي لا يعرف القصد الى المعنى ولو على وجه الاكراه.

من قبل العاقد، فإذا كان[١] مختاراً أمكن احرازه بأصالة القصد في أفعال العقلاء الاختياريّة[٢] دون المكره عليها، اللّهمّ[٣] إلّا إن يقال، إنّ الكلام بعد احراز القصد[٤] وعدم تكلّم العاقد لاغياً أو مورّياً، ولو كان مكرهاً مع أنّه يمكن اجراء أصالة القصد[٥] هنا أيضاً فتأمّل[٦].

---

(١) أي العاقد إذا كان مختاراً في اجراء العقد أمكن احراز القصد الى المعنى بإجراء أصالة القصد.

(٢) وذلك لأنّ العقلاء بما هم عقلاء إذا أقدموا على الأفعال الاختياريّة يقصدونها، فصدورها منهم لا يكون بلا قصد، بخلاف المكره على اتيان الأفعال، فإنّه لا يحرز فيه القصد.

(٣) هذا استثناء عمّا أفاده من الفرق وعدم اجراء أصالة القصد في أفعال المكره، وملخّصه أنّ القصد من الامور المفروغ عنها من غير فرق في الصّدور بين المختار والمكره، وأنّ القصد ممّا لا بدّ منه فلا كلام من هذه الجهة حيث لا يكون العاقد لاغياً أو مورّياً.

(٤) يعني بعد احراز قصد العاقد.

(٥) أي يمكن اجراء أصالة القصد هنا، يعني في أفعال المكره عليها أيضاً، وهذا جواب آخر لوجود القصد في الأفعال الإختياريّة الصّادرة من المكره، وملخّصه عدم اختصاص اجراء الأصالة من قبل العقلاء في أفعالهم الاختياريّة، بل تجري حتّى في الأفعال المكره عليها، إذ شكّ في صدورها بقصد من المكره.

(٦) الأمر بالتّأمّل اشارة الى أنّ مدرك اعتبار أصالة القصد أمران، الإجماع وبناء العقلاء على ذلك، ولا خفاء في أنّهما انّما اعتبرا في الأفعال العقلاء الاختياريّة، بمعنى أنّهما يختصّان عند العقلاء بما إذا كان مختاراً دون المكره عليه.

في الاكراه على بيع عبد من عبدين (فرع)

ولو أكرهه على بيع واحد غير معيّن من عبدين، فباعهما أو باع نصف أحدهما[١]

---

(١) أقول: لو أكره على بيع عبد غير معيّن من عبدين فهنا صورتان:

الأولىٰ: أن يبيعهما تدريجاً، كما إذا أكرهه على بيع أحد عبديه فباع أحدهما ثمّ باع الآخر، فلا شبهة في بطلان البيع الواقع أوّلاً لأنّه مكره عليه لإجتماع شروط الاكراه فيه من كونه مكروهاً صدر عن أمر المكره (بالكسر) بداعي الفرار عن الضّرر بداهة أنّ المكره عليه انّما هو عنوان أحدهما، ومن البيّن أنّ انطباقه على البيع الأوّل أمر قهري، فالأقوىٰ وقوع البيع الأوّل اكراهيّاً، لإنطباق عنوان أحدهما عليه فيبطل، وأمّا البيع الثّاني فيحكم بصحّته قطعاً، والوجه فيه أنّ الإكراه قد ارتفع بالبيع الأوّل، فيقع الثّاني برضا المالك وطيب نفسه لعدم صدوره عن أمر المكره لسقوطه بفعل الأوّل، فلا يدعو الى غيره.

الثّانية: أن يبيع المكره عليه وغيره دفعة، كما إذا باع العبدين مرّة واحدة فإن كان البيع من جهة الاكراه ففي بطلانه مطلقاً أو صحّته كذلك، أو الصحّة في غير المقدار المكره عليه وجوه واحتمالات:

الأوّل: بطلان البيعين توضيحه أنّه إذا كان كارهاً لبيع كلّ منهما لو لا اكراه المكره فلابدّ أن يكون بيع مجموعهما ناشئاً عن غرض آخر زائد على الاكراه كسهولة بيع مجموعهما، بالإضافة الى بيع أحدهما منفرداً أو لأنّه يشقّ عليه التّفرق بينهما لكونهما والداً وولداً، أو لعدم وجود من يشتري أحدهما منفرداً أو نحوها، فعندئذٍ

=

=

= يكون بيع كلّ منهما مكروهاً، قد حمل عليه أمر المكره (بالكسر) فيبطل البيعان لأنّ المكره عليه لا يتعيّن له في الواقع، وانّ نسبته الى كلّ من الفردين على حدّ سواء، والحكم بصحّة أحدهما معيّناً دون الآخر ترجيح بلا مرجّح، فتعين البناء على بطلانهما معاً.

والثّاني: صحّتهما جميعاً وعدم كون كلّ منهما اكراهيّاً، ذهب المصنّف ﷺ إليه بدعوى أنّ ما يتعلّق به الاكراه لم يقع في الخارج، وما وقع فيه لم يتعلّق به الاكراه.

أقول: ومجرّد اشتمال المجموع على أحدهما لا يوجب صدق الاكراه على أحدهما فضلاً عن كليهما، هذا الاحتمال هو الحقّ عندي ولكن قد دفعه بعض المحقّقين بأنّ بيع المجموع وإن لم يقع عن اكراه، إلّا أنّ بيع أحدهما وقع عن اكراه لا محالة، ولولاه لم يقدم على البيع أصلاً، كما هو المفروض، فلا وجه لصحّة البيع في الجميع.

والثّالث: بطلان أحدهما وتعيينه بالقرعة توضيحه أن يحكم بفساد البيع بالنّسبة الى المقدار المكره عليه، ويحكم بصحّته بالنّسبة الى المقدار الزّائد عليه، ويتعيّن الفاسد بالقرعة.

قيل أنّ القرعة انّما يرجع إليها فيما إذا كان المطلوب متعيّناً واقعاً ومجهولاً ظاهراً، ومن البيّن أنّ المكره عليه مردّد بين الأمرين ظاهراً وواقعاً من غير أن يكون له تعيّن، والجواب عنه أنّ مورد القرعة غير منحصر فيما ذكر، بل هي تجري في كلّ أمر مشكل أو مشتبه لإطلاق أدلّتها.

ومن هنا أطبق الفقهاء (رض) على الرّجوع الى القرعة فيما إذا طلّق شخص إحدىٰ زوجاته من غير تعيين مع أنّ المطلّقة لا تعيّن لها لا واقعاً ولا ظاهراً.

ففي التّذكرة اشكال[١].

أقول: أمّا بيع العبدين فإن كان تدريجاً فالظّاهر وقوع الأوّل مكـرَهاً دون الثّاني[٢] مع احتمال الرّجوع إليه[٣] في التّعيين سواء ادّعى العكس[٤] أم لا، ولو

---

(١) يعني اشكال في صحّة البيع وعدم صحّته، وجه الصحّة انّه لم يفعل المكـره عـليه الّذي هو بيع الواحد الغير المعيّن، لأنّ ما يتعلّق به الاكراه لم يتحقّق في الخارج، وما يتحقّق فيه ليس بمكره عليه، وذلك كما إذا أكرهه على بيع ثوبه، فباع كتابه فلا وجه للبطلان، ووجه عدم الصحّة أنّ البيع صدر عن المكره (بالفتح) عن اكراه، بحيث أنّه لو لم يبع لوقع في الضّرر المتوعّد به، وانّه لو لم يكره لم يبع، وفي هذا المقام تفصيل خارج عن وضع الشّرح.

(٢) يعني دون بيع العبد الثّاني، حيث وقع البيع عن اختياره، فيحكم بصحّته قطعاً، إذ الاكراه قد ارتفع بالبيع الأوّل فيقع الثّاني برضا المالك وطيب نفسه، وهذا ممّا لا ريب فيه.

(٣) بمعنى أنّه يرجع الى البايع المكره (بالفتح) في استيضاح المكره عليه وتعيينه وميزه عن غيره سواء ادّعى البايع العكس أم لا.

أقول: لا نسلّم بهذا، بل نمنعه فإنّه لا يحتمل وقوع العقد الثّاني عن كره، لكي يحتمل الرّجوع الى البايع في تعيين المكره عليه، إذ لا يبقى بعد تحقّق العقد الأوّل موضوع الاكراه إذ العقد الأوّل سواء وقع عن اكراه أو عن طيب نفس، مفوّت لموضوع الاكراه ورافع له، فكأنّه لم يكن في البين اكراه أصلاً.

(٤) بأن قـال كـنت مكـرَهاً فـي بـيع العـبد الثّـاني ومـختاراً فـي بـيع العـبد الأوّل.

باعهما دفعة احتمل صحّة الجميع لأنّه[١] خلاف المكره عليه، والظّاهر أنّه لم يقع شيء منهما عن اكراه، وبطلان الجميع[٢] لوقوع أحدهما مكرهاً عليه[٣] والأوّل[٤] أقوى ولو أكره على بيع معيّن[٥] فضمّ إليه غيره وباعهما دفعة، فالأقوى الصحّة في غير ما أكره

---

(١) أي بيع العبدين دفعة، توضح المقام أنّه لو باع المكره (بالفتح) العبدين دفعة حال كون الاكراه كان على أحدهما احتمل صحّة الجميع، يعني صحّة بيع العبدين جميعاً، وجه الصحّة أنّ بيعهما دفعة خلاف المكره عليه، فإنّ الاكراه على أحدهما لا على كليهما.

(٢) يعني ويحتمل بطلان بيع العبدين جميعاً، وجه البطلان أنّه أراد بيع أحدهما دون الاكراه ولا ترجيح، حتّى نقول أنّ البيع يصحّ في أحدهما دون الآخر.

(٣) من دون تعيين في البين، فيحتمل أن يكون البيع الثّاني اكراهيّاً كما يحتمل عكسه.

(٤) يعني احتمال صحّة بيع العبدين جميعاً أقوى، ووجهه أنّ ما صدر عنه خارجاً غير ما أكره عليه وما أكره عليه لم يصدر، ومجرّد اشتمال المجموع على أحدهما لا يوجب صدق الإكراه على أحدهما فضلاً عن كليهما، نعم إنّما يكون أقوى إذا كان بيع الجميع بداعي غير الإكراه، وأمّا إذا لم يكن إلّا بداعي الإكراه، كما إذا كانت هناك ملازمة بحسب غرضه بين بيع أحدهما وبيع الآخر، حيث إنّ الاكراه ح على بيع أحدهما يكون اكراهاً على بيع الآخر.

(٥) أقول: لا ينبغي التّأمّل في صحّة بيع ما لم يكره على بيعه لوجود المقتضي، وعدم المانع لإنتفاء الإكراه بالنّسبة إليه، وإن كان لولا الإكراه على بيع المعيّن لما باعه، لكن هذا المقدار غير كافٍ في صدق الإكراه، إذ لم تتعلّق به إرادة المكره، ولم يتخوّف من الضّرر المتوعّد به على تقدير تركه، ومن هنا يعلم الوجه في كون هذه الصّورة أقوى، كما لا ينبغي التّأمّل في بطلان بيع ما أكره على بيعه، وذلك لصدق الاكراه بالنّسبة إليه لإجتماع شرائطه، وهذا واضح ممّا لا ريب فيه.

عليه وأمّا مسألة النّصف[١] فإن باع النّصف بقصد بيع النّصف الآخر امتثالاً للمكره[٢] بناءاً على شمول الاكراه لبيع المجموع دفعتين[٣] فلا إشكال في وقوعه[٤] مكرهاً

---

(١) أي المسألة المذكورة في قول العلّامة في كتابه التّذكرة أو باع نصف أحدهما، يعني لو أكره زيد عمرواً على بيع واحد غير معيّن من عبدين، فباع نصف أحدهما توضيح المقام أن يقال: ولو أكرهه على بيع دار واحدة فباع نصف تلك الدّار، فإن كان الإكراه شاملاً لبيع كل نصف، ولو تدريجاً بطل بيع النّصف، وذلك لصدق الإكراه، بمعنى أنّ الاكراه شامل لبيع كل جزء من أجزاء الدّار على سبيل الاستغراق، وعليه فيكون الإكراه على بيع مجموع الدّار اكراهاً على بيع نصفها سواء كان المكره (بالفتح) ناوياً بيع النّصف الثّاني بعد ذلك أم لا، بأن كان يحتمل اقتناع المكره (بالكسر) بيع ذلك النّصف وحده، وذلك لعدم الفرق في صدق الإكراه على بيع النّصف المذكور، وإن لم يكن الإكراه شاملاً لبيع النّصف وحده لإختصاصه ببيع مجموع النّصفين دفعة، صحّ بيع النّصف لعدم كونه مكرهاً عليه، وإن كان الحامل له عليه الإكراه، بمعنى أنّه لولاه لما وقع لعدم كفاية ذلك في صدقه، كما بيّناه، فمقامنا هذا نظير مالو أكره على بيع عبده فباع غنمه لإحتمال عدول المكره (بالكسر) عن اكراهه على بيع العبد، فإنّ ذلك لا يستوجب صدق الإكراه على بيع الغنم، وهذا ممّا لا شبهة فيه.

(٢) يعني المكره (بالكسر).

(٣) بمعنى أنّه يشمل الإكراه لبيع مجموع العبدين ببيع أحد النّصفين تارة، وببيع النّصف الآخر أخرى، فيكون بيع النّصف صادراً عن الاكراه.

(٤) يعني في وقوع بيع النّصف.

عليه، وإن كان[١] لرجاء أن يقنع المكرِه بالنّصف كان[٢] أيضاً اكراهاً، لكن في سماع دعوى البايع ذلك[٣] مع عدم الامارات نظر[٤] بقى الكلام فيما وعدنا ذكره[٥]

---

(١) يعني بيع نصف أحد العبدين، فيبيع البايع النّصف لرجاء أن يقنع المكره (بالكسر) بالنّصف، فعندئذٍ يكون بيع النّصف أيضاً مكرهاً عليه.

(٢) أي كان بيع النّصف أيضاً مكرهاً.

(٣) يعني بيع نصف العبد لرجاء اكتفاء المكره (بالكسر) بالنّصف فقط، وانّه انّما باع النّصف لأجل رجائه رضا المكره بذلك.

(٤) وجه النّظر هو أنّ ما نحن فيه من قبيل ما لا يعلم إلّا من قبل المدّعي، فتسمع دعواه، ومن أنّ الظّاهر أنّ هذا العقد واقع بإختياره، فلا تسمع دعواه الإكراه.
هذا ولكنّك خبير بأنّ الإكراه على المجموع اكراه على البعض خارجاً، والإكراه بنفسه امارة على عدم وقوع البيع عن طيب النّفس، ونظير ما نحن فيه ما إذا أكره الجائر أحداً على شرب كميّة خاصّة من الخمر، فشرب نصفه برجاء أن يقتنع المكره، ويرفع اليد عن اكراهه.

(٥) أقول: يقع البحث والكلام في هذا المقام في الموردين، الأوّل في بيان وجه فتوى العلّامة ﷺ بالصحّة، الثّاني في بيان الإحتمالات المتصوّرة في كلامه ﷺ.
أمّا الأوّل، فالظّاهر أنّ نظر العلّامة ﷺ الى أنّه لو أكره على الطّلاق وإن لم يقصد المعنى الّذي يكون عند العامّة طلاقاً شرعيّاً مع النّطق بالتّصريح، فطلّق ناوياً، فالأقرب وقوع الطّلاق، فإنّه غير مكره عليه.
وأمّا الثّاني فالإحتمالات المتصوّرة خمسة:

=

= ١ ـ أن يكون الطّلاق الصّادر من المكره (بالفتح) مقترناً بالرّضا وطيب النّفس من دون أن يكون لإكراه المكره (بالكسر) دخل في الطّلاق، بل يوقعه المكره (بالفتح) عن طيب نفسه ورضاه، والمكره لجهله بحاله أكرهه عليه، مثاله كما إذا بنى الزّوج على طلاق زوجته وأكرهه الجائر عليه مع جهله بحاله، فإنّه لا شبهة عندئذٍ في صحّة طلاقه لوقوعه عن طيب نفسه ورضاه.

٢ ـ أن يكون الإكراه مقتضياً لوقوع الطّلاق، وجزء سبب لتحقّقه في الخارج ويكون جزئه الآخر الرّضا، بحيث لولا إجتماعهما لا يؤثّر كلّ منهما، وقد حكم المصنّف ﷺ بالصحّة في هذه الصّورة بقوله: (وكذا لا ينبغي التأمّل في وقوع الطّلاق لو لم يكن الإكراه مستقلاً في داعي الوقوع، بل هو بضميمة شيء اختياريّ للفاعل).

٣ ـ أن يستند الطّلاق وصدوره الى الكره وأوقعه المكره (بالفتح) خوفاً من الضّرر المتوعّد عليه، ولكن مع ذلك ليس قصد المكره إلّا إيقاع الطّلاق حقيقة، أمّا من جهة الإعتقاد بصحّة طلاقه كما عن الحنفيّة فإنّهم قالوا: طلاق المكره يقع خلافاً للأئمّة الثّلاثة (المالكيّة ـ والشّافعيّة ـ والحنابلة) فلو أكره شخص آخر على تطليق زوجته بالسّجن أو الضّرب أو أخذ المال، وقع طلاقه، أو من ناحية الجهل بطلان طلاق المكره، وقد استشكل المصنّف في الحكم بصحّته وفساده بقوله: (والحكم في هاتين الصّورتين لا يخلو عن إشكال) ثمّ قال: إلّا أن تحقّق الاكراه أقرب.

٤ ـ أن يكون كلّ واحد من الرّضا والاكراه علّة تامّة وسبباً مستقلاً في نفسه لوقوع الطّلاق، بحيث لولا الاكراه كان يوقعه، والظّاهر أنّه لا شبهة في صحّة الطّلاق في هذه الصّورة لوجود المقتضي، وهو الرّضا وطيب النّفس، ولكن حكم المحقّق النّائيني ﷺ بالبطلان والفساد، فقال: وحيث لا يمكن توارد علّتين مستقلّتين إذا وردتا على معلول واحد فيصير كلّ واحدة إذا اجتمعتا جزء السّبب، والفعل يستند إليهما معاً، وهذه الصّورة يحتمل فيها وجهان، ولكن الأقوىٰ فيها الفساد، الخ.

=

من الفرع المذكور في التّحرير، قال في التّحرير: لو أكره على الطّلاق فطلّق ناوياً، فالأقرب وقوع الطّلاق، انتهى[أ]. ونحوه[1] في المسالك[2] بزيادة احتمال عدم الوقوع لأنّ[3] الإكراه أسقط أثر اللّفظ ومجرّد النيّة[4] لاحكم لها، وحكى عن

= وقد عرفت ممّا ذكرنا آنفاً فساد ما ذكره، فلا نعيده.

٥ ـ أن يكون الإكراه داعياً الى وقوع الطّلاق لا علّة تامّة لذلك ولا جزء سبب له، كما إذا أكره على الطّلاق ولكن وطّن نفسه عليه ورضى به من جهة الإكراه، فيحتمل البطلان في هذه الصّورة، وجهه أنّ الشيء يستند الى أسبق علله، فالطّلاق مستند الى الإكراه في اخره ويحتمل الصحّة لأنّ الطّلاق وقع عن إرادة ورضاءٍ.

(١) يعني نحو قول العلاّمة في كتابه التّحرير قول الشّهيد الثّاني في كتابه المسالك مع زيادة احتمال عدم وقوع الطّلاق.

(٢) متن عبارة المسالك، الرّابع لو قصد المكره إيقاع الطّلاق، ففي وقوعه وجهان، من أنّ الاكراه أسقط أثر اللّفظ، ومجرّد النيّة لا يعمل، ومن حصول اللّفظ والقصد، وهذا هو الأصحّ[ب].

(٣) هذا تعليل لاحتمال عدم وقوع الطّلاق، وانّ الإكراه أسقط أثر اللّفظ فكأنه لا لفظ.

(٤) يعني مجرّد نيّة الطّلاق مع الاكراه لا أثرلها في وقوع الطّلاق والتّفرقة بين الزّوجين.

(أ) متن عبارة التّحرير هكذا: ولو أكره على الطّلاق فطلّق ناوياً، فالأقرب أنّه غير مكره إذ لا اكراه على القصد، كتاب الفراق من التّحرير ص ٥١.

(ب) كتاب الطّلاق من المسالك ص ٤.

سبطه[١] في نهاية المرام أنّه[٢] نقله قولاً واستدلّ[٣] عليه[٤] بعموم ما دلّ من النّص والإجماع على بطلان عقد المكره والإكراه يتحقّق هنا إذ المفروض أنّه لولاه لما فعله ثمّ قال[٥] والمسألة محلّ إشكال، انتهى[٦].

---

(١) وهو محمّد بن عليّ بن أبي الحسن الحسيني الإبراهيمي الموسوي العاملي سبط الشّهيد الثّاني، صاحب مدارك الأحكام في شرح شرايع الإسلام، ونهاية المرام، وتعليقات الالفيّة الشّهيديّة، والإستبصار وغيرها، وخاله الشّيخ حسن من طرف الأب صاحب المعالم، وكان شريكه في الدّرس والضّمير راجع الى صاحب المسالك و (والسّبط) ولد الولد، وعن ابن الاعرابي الأسباط خاصّة الأولاد، وفي الحديث الحسن والحسين سبطا رسول الله، وفي الخبر الحسين سبط من الأسباط[أ].

(٢) أي السّبط، نقل احتمال عدم وقوع الطّلاق لو أكره عليه قولاً.

(٣) يعني استدلّ سبط الشّهيد الثّاني في كتابه نهاية المرام على وقوع الطّلاق مكرهاً عليه.

(٤) يعني على عدم الوقوع.

(٥) يعني قال سبط الشّهيد الثّاني: أنّ المسألة الّتي هي طلاق المكره ناوياً للطّلاق مورد إشكال عند العلماء والفقهاء.

(٦) كلام السّبط.

(أ) مجمع البّحرين.

وعن بعض الأجلّة[١] أنّه لو علم[٢] أنّه لا يلزمه إلّا اللّفظ وله[٣] تجريده عن القصد فلا شبهة في عدم الإكراه[٤] وإنّما يحتمل الإكراه مع عدم العلم

---

(١) المراد من بعض الأجلّة هو العالم الربّاني محمّد بن الحسن الأصبهاني الشّهير بالفاضل الهندي، صاحب كشف اللّثام، قال ﷺ فيه نقلاً عن تحرير العلّامة ﷺ ما هذا لفظه (ولو أكره على الطّلاق أو دفع مال غير مستحقّ يتمكّن من دفعه، فالأقرب أنّه اكراه، ولعلّ المراد ما يتضرّر بدفعه ولو بكونه جزيلاً عرفاً، قال: أمّا لو أكره على الطّلاق أو فعل ما تستحقّ المرأة فعله، فليس بإكراه سواء كان بذل مال أو غيره، يعني ليس من الإكراه المسقط لاعتبار الطّلاق، إذا يمكن من أدا حقّها وكذا في كلّ ما يقال أنّ للحاكم الاجبار على الطّلاق، قال: ولو أكره على الطّلاق فلطلّق ناوياً، فالأقرب أنّه غير مكره، إذ لا اكراه على القصد يعني وإن ظنّ أنّه يلزمه الطّلاق لامجرّد لفظه بالإجبار، وإن كان لا يريده، أمّا لو علم أنّه لا يلزمه إلّا اللّفظ وله تجريده عن القصد، فلا شبهة في عدم الاكراه)[أ].

(٢) يعني المكره (بالفتح).

(٣) يعني وللمكرَه أن يجرّد اللّفظ عن القصد بأن لا يقصد الطّلاق منه.

(٤) أقول: مراده ﷺ من ذلك الشّرح بيان مورد حكم العلّامة بكون وقوع الطّلاق أقرب، فنقول ففي المقام ثلاث صور:

أحدها: صورة قصد المكرَه المعني مع علمه بأنّه لا يلزمه إلّا اللّفظ، فهذه الصّورة خارجة عن مورد كلام العلّامة لعدم الشّبهة فيها في عدم الإكراه ووقوع الطّلاق، فلا يكون وجه للتّعبير بالأقرب.

ثانيها: صورة قصده للمعنى مع علمه بلزوم القصد، وأنّه ليس له تجريد اللّفظ عن المعنى، فهذه الصّورة أيضاً خارجة عنه لعدم الشّبهة فيها في الاكراه، وعدم وقوع الطّلاق، فلا يصحّ التّعبير بما ذكر، فتبقى صورة الشّك، فهي المراد من قوله أم لا، فمورد كلامه خصوص صورة الشّك.

(أ) المجلّد الأوّل، كشف اللّثام، كتاب الطّلاق ص ١١٤.

بذلك[١] سواء ظنّ لزوم القصد وإن لم يرده[٢] المكره أم لا[٣] انتهى[٤] ثمّ أنّ بعض المعاصرين[٥] ذكر الفرع[٦] عن المسالك وبناه[٧] على أنّ المكره لا قصد له اصلاً

---

(١) يعني مع عدم علم المكرَه بأنّه لا يلزمه إلّا اللّفظ.

أقول: وجه إحتمال الاكراه أنّ قصده بوقوع العقد والرّضا به هنا ناشٍ عن الإكراه وعدم علمه بإكتفاء اللّفظ المجرّد عن القصد، وكذا يحتمل عدم الإكراه، لأنّ المكره من لا قصد له بوقوع أثر العقد ولا رضا به، وبعبارة أخرى من لا يقصد الوقوع عن طيب نفس، وهذا الشّخص قصده كذلك، فيحتمل حمل كلام التّحرير بهذه الصّورة، فلذا قال: الأقرب وقوع الطّلاق، ولم يقل المتعيّن هو ولم يجزم بالصحّة.

(٢) أي وإن لم يرد المكره (بالكسر) القصد.

(٣) يعني ام لم يظن لزوم القصد.

(٤) أي انتهى ما أفاده بعض الأجلّة وهو صاحب كشف اللّثام.

(٥) وهو صاحب الجواهر واليك صريح عبارته (ولو قصد المكره ايقاع الطّلاق ففي المسالك وغيرها في وقوعه وجهان من أنّ الاكراه اسقط أثر اللّفظ ومجرد النيّة لا تعمل ومن حصول اللّفظ والقصد، وهذا هو الاصحّ)[أ].

(٦) يعني فرع الاكراه على التلفّظ بلفظ الطّلاق.

(٧) أي وبنى صاحب الجواهر كلام المسالك وهو احتمال عدم وقوع الطّلاق على أنّ المكره لا قصد له الى مفهوم اللّفظ اصلاً.

(أ) جواهر الكلام، كتاب الطّلاق ص١٥.

فردّه[١] بثبوت القصد للمكره وجزم[٢] بوقوع الطّلاق المذكور مكرها عليه وفيه[٣] ما عرفت سابقا من[٤] انّه لم يقل احد بخلّو المكره عن قصد معنى اللّفظ و ليس هذا[٥] مرادا من قولهم انّ المكره غير قاصد الى مدلول اللّفظ ولذا[٦] شرّك الشّهيد

---

(١) الضّمير الفاعل المستتر يرجع الى صاحب الجواهر الذّي عبّر عنه ببعض المعاصرين والضّمير المفعول الى صاحب المسالك و المعنى انّه زعم صاحب الجواهر انّ الشّهيد الثّاني صاحب كتاب المسالك، يريد انّ المكره بالفتح لا قصد له فردّه بانّ المكره له قصد الى مفهوم اللفّظ و انّ الطّلاق الصّادر منه واقع في الخارج.

(٢) أي وجزم صاحب الجواهر بوقوع الطّلاق المذكور مكرها عليه فيبطل لكون مجريه مكرهاً في الاجراء، فعندئذٍ لا وجه لاحتمال صحّته.

(٣) أي في كلام بعض المعاصرين إشكال.

اقول: كأنّ المصنّف ﷺ يورد على صاحب الجواهر بانّكم لم تعلموا مراد العلماء فانّهم لم يقولوا انّ المكره لا قصد له الى مدلول العقد أصلاً، بل يقولون انّ المكره له قصد الى وقوع مدلول العقد.

(٤) كلمة (من) توضيح وبيان لقوله: ما عرفت سابقا، يعني ما عرفته سابقا عبارة من انّه لم يقل احد بخلوّ المكره، الخ.

(٥) أي خلوّ المكره عن قصد معنى اللّفظ وعدم قصده ليس مراد الفقهاء.

(٦) أي ولأجل ان ليس المراد من قولهم انّ المكرّه غير قاصد خلوّه عن القصد وعدم قصده مفهوم اللّفظ أصلاًبل المراد عدم القصد الى وقوع المضمون في الخارج.

الثّاني بين المكره و الفضولي في ذلك[١] كما عرفت سابقا فبناء هذا الحكم[٢] في هـذا الفرع[٣] على ما ذكـر[٤] ضعيف[٥] جدّاً، وكذا[٦] ما تقدّم عن بعـض الاجلّـة من[٧] أنّه ان علم[٨] بكفاية مجرّد اللّفظ المجرّد عن النيّة فنـوى[٩] اختياراً صـحّ، لأنّ[١٠] مـرجع ذلك الى وجـوب التّورية على العارف بها[١١] المتفطّن لها[١٢] إذ

---

(١) أي في أنّ المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد الى وقوع اثر العقد ومضمونه في الواقع لا نفي قصد المعنى من الكلام وعدم استعماله فيه، حيث انّ الفضولي له قصد الى مدلول العقد فيعلم أنّ المكره أيضاً كذلك للتّشريك، فلو كان المكره غـير قاصد الى مفهوم اللّفظ لما كان لتشريك الشّهيد الثّاني المكره مع الفضولي مناسبة.

(٢) أي بطلان الطّلاق وعدم وقوعه من المكرَه.

(٣) أي فرع إجراء الطّلاق مكرَهاً.

(٤) وهو أنّ المكره لا قصد له أصلاً حتّى قصد المعنى من اللّفظ.

(٥) كلمة (ضعيف) خبر لقوله: (فبناء هذا الحكم) ووجه الضّعف ما عرفت آنفاً مـن أنّ قصد المعنى من اللّفظ موجود من غير فرق بين الصحّة والبطلان.

(٦) وكذا ما تقدّم عن بعض الأجلّة، وهو صاحب كشف اللّثام في قوله أنّه لو علم أنّه لا يلزمه إلّا اللّفظ ضعيف أيضاً.

(٧) كلمة (من) توضيح وبيان لِـ(ما) في قوله: (ما تقدّم عن بعض الأجلّة).

(٨) يعني علم المكره (بالفتح).

(٩) أي فنوى المكره (بالفتح) الطّلاق اختياراً.

(١٠) تعليل لضعف ما تقدّم عن بعض الاجلّة وكلمة (ذلك) اشارة الى قوله يعني مَآلَ قول صاحب كشف اللّثام.

(١١) أي بالتّورية.

(١٢) أي للتّورية.

لافرق[١] بين التّخلّص بالتّورية وبين تجريد اللّفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلّم[٢] به لاغياً، وقد عرفت أنّ ظاهر الأدلّة والأخبار الواردة في طلاق المكره وعـتقه عدم اعتبار العجز عن التّورية وتوضيح الأقسام[٣] المتصوّرة في الفرع المذكور[٤]

---

(١) هذا علّة لرجوع قول كاشف اللّثام الى وجوب التّورية بمعنى أنّه لا فرق في الاضرار بالاكراه موضوعاً أو حكماً بين هذين الامرين، فإعتبار العجز عن تجريد اللّفظ عن قصد المعنى فيه يدلّ بواسطة عدم الفرق على اعتبار العجز عن التّورية، وقد عرفت أنّ مقتضى الاطلاقات عدم اعتبار العجز عن التّورية، فمحصّل الجواب عمّا ذكـره كاشف اللّثام قيام الأدلّة والأخبار الواردة في طلاق المكره على خلافه.

(٢) أي يتكلّم المكره (بالفتح) باللّفظ.

(٣) لا يخفى أنّ الإحتمالات المتصوّرة في كلام العلّامة على وجوه وأقسام، إلّا أنّه لا بدّ أن يؤخذ بما يمكن أن يتصوّر فيه الصّحّة والفساد، ونحن نذكر الاحتمالات حتّى يتّضح أنّ المتعيّن منها في كلامه ما هو

(الأوّل): أن لا يكون الاكراه مؤثّراً في إرادة الفاعل أصلاً، بل كان بانياً على الطّلاق لكن لمّا كان الآمر جاهلاً بحاله أكرهه عليه، وهذا لا يتطرّق فيه الوجهان، بل لا شبهة في صحّته.

(الثّاني): أن يكون كلّ من الاكراه والرّضا سبباً مستقلّاً، بحيث لو لا الاكراه لأوْقعه، ولو لا الرّضا لأوْقعه أيضاً دفعاً للاكراه، وحيث لا يمكن توارد علّتين مستقلّتين على معلول واحد، فتصير كلّ واحدة إذا اجتمعتا جزء السّبب والفعل يستند إليهما معاً، وهذه الصّورة يحتمل فيها وجهان، ولكنّ الأقوى فيها الفسـاد لأنّـها وإن لم تكـن اكراهيّاً، إلّا أنّها لا تكون تجارة عن تراض أو أنّها وإن كانت عن رضا الّا أنّها عن اكراه ايضاً وكلّ علتين مستقلّتين اذا وردتا على معلول واحد وكان بينهما تدافع فلا يؤثّر كلّ منهما كاجتماع الرّيا وقصد الأمر في العبادات، بل كاجتماع التّبريد وقصد الأمر، نعم لو كان التّبريد ضميمة لا داعياً مستقلّاً صحّت العبادة، وفي المقام لو كان الاكراه =

= ضميمة لصحّت المعاملة، كما أنّه لو كان الرّضا ضميمة لفسدت، وبالجملة لو كان كلّ من السّببين مستقلّاً فلا يؤثّر كلّ منهما، إلّا أن يقال ليس المقام من تعارض المقتضيين، بل من قبيل تعارض المقتضي واللّا مقتضي، فإنّ الاكراه غايته أن لا يقتضي الصحّة، لا أنّه يقتضي الفساد فيؤثّر الرّضا.

(الثّالث): أن يكون كلّ منهما جزء السّبب، بحيث انّه لو لا اجتماعهما لا يؤثّر كلّ منهما، وهذه الصّورة أيضاً يحتمل فيها الوجهان ولكن قد يقال بأنّ الاقوى فيها الصّحّة لأنّه وإن انضمّ الاكراه الى الرّضا، إلّا أنّ الاكراه لا يقتضي الفساد حتّى يعارض ما يقتضي الصّحّة ولكنّ الأقوى فيها الفساد، لأنّ قوله عزّ من قائل إلّا أن تكون تجارة عن تراض، وقوله ﷺ لا يحلّ مال أمرء مسلم إلّا بطيب نفسه ظاهر ان في اعتبار الرّضا والطّيب مستقلّاً، فإذا كان جزء السّبب بأن ورد مع الاكراه دفعة على المسبب فالفعل مستند اليهما والاكراه وان لم يقتض الفساد إلّا أنّ المقتضي للصحّة أيضاً لم يتحقّق لعدم صدق التّجارة عن تراض، وبالجملة فإذا ورد الجزءان في عرض واحد لم يتحقّق مقتضى الصّحّة، نعم إذا كان أحدهما في طول الآخر فالفعل يستند الى الجزء الأخير للعلّة التّامّة، فإذا صار الاكراه منشأ لتحقّق الرّضا فالفعل يستند الى الرّضا كما أنّه إذا صار الأمر بالعكس فحكمه العكس.

(الرابع): أن يطلّق من غير تورية مع علمه بأنّه يمكن التّلفّظ بلا قصد المعنى أو إرادة خلاف الظّاهر، ولا يخفى أنّ هذا الإحتمال ليس مراده لأنّ عدم إمكان التّفصّي بالتّورية لا دليل على اعتباره أوّلاً، ثمّ بناء عليه لا وجه لإحتمال فساده ثانياً مع أنّه يرجع الى الوجه الأوّل لأنّه طلّق زوجته راضياً بالطّلاق، فلاوجه لعدّه وجهاً آخر ثالثاً.

(الخامس): أن يكون الاكراه داعياً للدّاعي على الطّلاق، فالفعل مستند إليهما طوليّاً، وهذا يتّفق كثيراً، فإذا أكره على بيع الدّار يوطّن نفسه على بيعها ويصير الاكراه داعياً على الرّضا بنتيجة الفعل، أي بإسم المصدر وهذه الصّورة أيضاً يتطرّق فيها الوجهان

=

انّ الاكـراه المـلحوق بـوقوع الطّـلاق قـصداً إليـه[٥] راضـياً بـه، إمّـا ان لا يكون[٦] دخل في الفعـل أصلاً بأن يوقع الطّلاق قصداً إليه عن طيب النّفس بحيث لا يكون الدّاعي إليه[٧] هو الاكراه لبنائه[٨] على تحمّل الضّرر المـتوعّد بـه، ولا يخفى بداهة وقوع الطّلاق هنا[٩] وعدم جواز حمل الفرع المذكور[١٠] عليه[١١] فلا

= والأقرب هو الصّحّة لانّه طلّق ناوياً ومريداً للطّلاق، ويحتمل البطلان، إمّـا لأنّ الاكراه صار علّة لإرادة اسم المصدر فالفعل بالاخرة يستند إليه، وإن كان الدّاعـي الثّانوي اختياريّاً، وإمّا لأنّ الاكراه أسقط أثر اللّفظ لأنّ اللّفظ وقع تبعاً لاكراه المكره، والنيّة المجرّدة عن اللّفظ لا أثر له الخ[أ].

(٤) وهو لو طلّق مكرهاً ناوياً، أي مكرهاً على اجراء لفظ الطّلاق.

(٥) أي الى الطّلاق.

(٦) هذا هو القسم الأوّل من الأقسام المتصوّرة بمعنى أنّه لا دخل للاكراه فـي الطّـلاق أصلاً.

(٧) أي الى الطّلاق.

(٨) أي لبناء المكره (بالفتح) الّذي هو مجرى لفظ الطّلاق بمعنى أنّه يوطّن نـفسه عـلى تحمّل الضّرر من قبل المكره (بالكسر) فعندئذ لا يكون طلاقه عن خوف، إذ لا يبالي ولا يعتدّ بالضّرر أصلاً.

(٩) أي في هذا القسم الأوّل ووجه الصّحّة والوقوع وبداهته هو عدم تأثير الاكراه فـي إرادة الفاعل أصلاً لبنائه على الطّلاق.

(١٠) يعني فرع بطلان الطّلاق وعدم صحّته بسبب الاكراه.

(١١) أي على القسم الأوّل المذكور، ووجه عدم جواز الحمل أنّ الاكراه لا خل له في وقوع الطّلاق في القسم الأوّل كما عرفت آنفاً بخلاف الفرع المذكور، فإنّ الاكراه فيه دخيل في وقوعه.

(أ) تقريرات النّائيني ص١٩٦ ـ ١٩٧.

معنى لجعله[١] في التّحرير أقرب، وذكر احتمال عدم الوقوع في المسالك[٢] وجعله[٣] قولاً في نهاية المرام، واستشكاله[٤] فيه لعموم[٥] النّص والإجماع، وكذا[٦] لا ينبغي التّأمّل في وقوع الطّلاق لو لم يكن الإكراه مستقلّاً في داعي الوقوع، بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل وإن كان[٧] الدّاعي هو الاكراه، فامّا[٨] أن يكون الفعل لا من جهة التّخلّص عن الضّرر المتوعّد به بل من جهة دفع الضّرر اللّاحق للمكره بالكسر، كمن قال له ولده: طلّق زوجتك وإلّا قَتَلْتُكَ، أو قَتَلْتُ نفسي، فطلّق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه، أو قتل الغير له إذا تعرّض لقتل

---

(١) أي جعل وقوع الطّلاق أقرب، كما أفاده العلّامة ﷺ بقوله: (لو أكره على الطّلاق فطلّق ناوياً، فالأقرب وقوعه) إذ لا وجه لعدم وقوع الطّلاق في القسم الأوّل أصلاً حتّى يكون وقوعه أقرب، بل يجب على العلّامة أن يقول، فالمتعيّن وقوع الطّلاق لعدم تأثير الإكراه وعدم دخالته.

(٢) بجرّ كلمة (وذكر) عطفاً على قوله: (لجعله) يعني فلا معنى لذكر عدم وقوع الطّلاق من المحتملات كما أفاد هذا المعنى الشّهيد الثّاني في كتابه المسالك.

(٣) بالجرّ معطوف على مجرور (اللّام الجارة) في قوله: (لجعله) يعني فلا معنى لجعل عدم وقوع الطّلاق من المحتملات، كما أفاد هذا المعنى صاحب المدارك، سبط الشّهيد الثّاني في كتابه نهاية المرام.

(٤) يعني ولا معنى لإشكال صاحب المدارك في وقوع الطّلاق في الفرع المذكور.

(٥) علّة للإستشكال في وقوع الطّلاق، لا في احتمال عدم الوقوع بمعنى أنّ السّبط استشكل في وقوع طلاق المكره، لأنّ عموم النّصّ والإجماع يدلّان على بطلان ما أكره عليه.

(٦) هذا هو القسم الثّاني من الأقسام المتصوّرة في الفرع المذكور.

(٧) هذا هو القسم الثّالث من الأقسام المتصورة، وله فردان.

(٨) هذا هو الفرد الأوّل من القسم الثّالث.

والده، أو كان[١] الدّاعي على الفعل شفّقه[٢] دينيّة على المكره بالكسر أو على المطلّقة، أو على غيرهما ممّن يريد نكاح الزّوجة لئلّا يقع النّاس في محرّم، والحكم في الصّورتين[٣] لا يخلو عن إشكال وإن كان[٤] الفعل لداعي التّخلّص من الضّرر فقد يكون[٥] قصد الفعل لأجل اعتقاد المكرَه أنّ الحذر[٦] لا يتحقّق إلّا بإيقاع الطّلاق حقيقة لغفلته[٧] عن أنّ التّخلّص غير متوقّف على القصد الى وقوع أثر الطّلاق وحصول البينونة[٨] فيوطّن[٩] نفسه على رفع اليد عن الزّوجة

---

(١) أقول: الظّاهر كما عن بعض، أنّ قوله هذا عطف على دفع الضّرر، فالمناسب أن يقول: أو من جهة شفقته، والمراد من قوله: (على الفعل) هو الطّلاق.

(٢) قوله تعالىٰ: (مشفقون) أي خائفون، وفي الحديث أشفقت من كذا وأشفقت ممّا كان منّي، أي خفت، وحذرت وأشفقت على الصّغير حنوت عليه وعطفت، والإسم الشّفقة (المجمع).

(٣) والمراد من الصّورتين مالو كان الدّاعي هو الاكراه، ولكن مع كون الضّرر عايداً الى المكره (بالكسر) فيريد المكره (بالفتح) رفعه عنه، ومالو كان الدّاعي شفقة دينيّة بأن لا يقع النّاس في الحرام فالحكم بصحّة الطّلاق من جهة أنّه لا ضرر على المكره (بالفتح) والحكم ببطلانه من جهة صدق الإكراه في الجملة.

(٤) هذا هو القسم الرّابع من الأقسام المتصوّرة في الفرع المذكور، وله فردان.

(٥) هذا هو الفرد الأوّل من القسم الرّابع.

(٦) أي الحذر من المكره بالكسر.

(٧) أي لغفلة المكره (بالفتح) عن أنّ التّخلّص عن الحذر غير متوقّف، الخ.

(٨) قوله: حصول البينونة معطوف على قوله: (وقوع أثر الطّلاق).

(٩) وطّن نفسه على الامر وللامر هيّأها لفعله وحملها عليه، توطّنت نفسُهُ على كذا، حُمِلَتْ عليه (المنجد) فالمراد من التّوطين في المقام تمهيد نفسه وتهيّؤها وحملها على رفع اليد عن الزّوجة.

والاعراض عنها[١] فيوقع الطّلاق قاصداً[٢] وهذا كثيراً ما يتّفق للعوام، وقد يكون هذا التّوطين والاعراض[٣] من جهة جهله[٤] بالحكم الشّرعي أو كونه[٥] رأىٰ مذهب بعض العامّة فزعم أنّ الطّلاق يقع مع الإكراه، فإذا أكره على الطّلاق طلّق قاصداً لوقوعه، لأنّ القصد الى اللّفظ المكرَه عليه بعد اعتقاد كونه[٦] سبباً مستقلّاً في وقوع البينونة يستلزم القصد الى وقوعها[٧] فَيُرضي[٨] نفسه بذلك ويوطّنها عليه وهذا[٩] أيضاً كثيراً ما يتّفق للعوام والحكم في هاتين

---

(١) أي عن الزّوجة.

(٢) يعني قاصداً الى وقوع أثر الطّلاق وحصول البينونة حقيقة، وهذا الزّعم كثيراً ما يتّفق للعوام.

(٣) يعني الإعراض عن الزّوجة.

(٤) أي جهل المكره (بالفتح) بحكم الشّارع برفع حكم الفعل المكره عليه وأثره بأن لا يعلم أنّ طلاق المكره لا يصحّ، بل زعم أنّه وإن لم يقصد يحكم الشّارع بوقوع الطّلاق

(٥) أي كون المكره (بالفتح).

أقول: كلمة رأى بصيغة الماضي لا المصدر، يعني أو من جهة أنّ المكره على الطّلاق اطّلع على مذهب بعض العامّة، أعني الحنفيّة والحنابلة، فزعم من ذلك أنّ الطّلاق يقع ويصحّ مع الإكراه في مذهب الشّيعة أيضاً.

(٦) أي كون اللّفظ.

(٧) أي وقوع البينونة فعندئذٍ يُرْضي المكره (بالفتح) نفسه ويهيّؤها على البينونة بينه وبين زوجته.

(٨) أي على وقوع البينونة.

(٩) يعني الجهل بالحكم الشّرعي أو كونه رأىٰ مذهب بعض العامّة وزعمه أنّ الطّلاق يقع مع الإكراه.

الصّورتين[١] لا يخلو من إشكال، إلّا أنّ تحقّق الإكراه أقرب[٢].

هل يصحّ عقد المكره بالرّضا المتأخّر

ثمّ المشهور بين المتأخّرين أنّه لو رضيَ المكره[٣] بما فعله صحّ العقد[٤] بل عن الرّياض[أ] تبعاً للحدائق[ب] انّ

---

(١) أي الحكم بالصحّة وعدمها، والمراد من الصّورتين صورة اعتقاده أنّ الحذر من الضّرر لا يتحقّق إلّا بإيقاع الطّلاق حقيقة وصورة جهله بالحكم الشّرعي فزعم أنّ الطّلاق يقع مع الإكراه.

(٢) أقول: وجه أقربيّته تحقّق الاكراه في الصّورة الثانية أنّ التوطين بالحكم لجهله به غير التّوطين على الفعل، أعني الطّلاق وهو لا يطيب بالفعل لو علم بالحكم بأن علم أنّ طلاق المكره لا يصحّ، فالطّلاق صدر عن طيب واستقلال، وكذا الصّورة الأولىٰ فإنّه لا يطيب أيضاً لو علم بأنّ التّخلّص يحصل بدون القصد أيضاً.

(٣) أي المكره (بالفتح).

(٤) أقول قد وقع الخلاف بين الأعلام في أنّ الرضاء اللّاحق بالعقد الاكراهي يوجب صحّته أم لا؟ فذهب بعضهم الىٰ الصّحة لأنّ عقد المكره عقد حقيقي فيؤثّر أثره مع اجتماع باقي شرائط البيع وهو طيب النّفس فتشمله العمومات الدّالة علىٰ صحّة المعاملات من العقود والإيقاعات بدعوىٰ أنّ المتيقّن من الخارج عن هذه العمومات هو العقود الإكراهية الّتي لم يلحقها الرّضا فيبقىٰ ما يلحقه الرّضا مشكوكاً يتمسّك لصحّته بالعمومات وذهب بعض آخر الىٰ الثّاني أي البطلان واستدلّوا عليه بوجوه غير سليمته عن الإيراد.

(أ) رياض المسائل المعروف بالشّرح الكبير لعلي بن محمّد بن عليّ بن أبي المعالي، المتوفّي سنة ١٢٣١.

(ب) الحدائق النّاضرة في أحكام العترة الطّاهرة، للعالم البارع الفقيه المحدّث الشّيخ يوسف البحراني ﷺ المتوفّي سنة ١١٨٦ هـ.

عليه[١] اتّفاقهم لأنّه[٢] عقد حقيقيّ فيؤثّر أثره مع اجتماع باقي شرائط البيع وهو طيب النّفس، ودعوى[٣] اعتبار مقارنة طيب النّفس للعقد

---

(١) أي صحّة عقد المكره بالرّضا المتأخّر.

(٢) أي لأنّ عقد المكره عقد حقيقيّ، وإنّما كان فاقداً لشرط الرّضا فإذا لحقه تمّت الأركان والشّرائط، فصحّ العقد.

أقول: لا نعرف لهم دليلاً ونصّاً غير الإستناد الى تعليلات اعتباريّة، وذهب بعضهم الى بطلان ذلك، قال في مجمع البرهان: الظّاهر بطلان عقد المكره لعدم حصول القصد، بل وعدم صدور العقد عن تراض، على ما هو ظاهر الآية، ولإنّه لا اعتبار بذلك الإيجاب في نظر الشّارع، فهو بمنزلة العدم، ثمّ قال: وبالجملة لا إجماع فيه ولا نصّ، والأصل والإستصحاب وعدم الأكل بالباطل، إلّا أن تكون تجارة عن تراض يدلّ على عدم الإنعقاد، إلّا أنّ المشهور الصحّة، وما نعرف لهم دليلاً، وفي الجواهر ان لم تكن المسألة إجماعيّة، فلنظر فيها مجال، كما اعترف به في جامع المقاصد ضرورة عدم اندراجه في العقود بعد فرض فقدان قصد العقديّة، وانّ صدور اللّفظ كصدوره من الهازل والمجنون، ونحوهما، وفي الكفاية بعد نسبته الى الأصحاب قال استناداً الى تعليلات اعتبارية من غير نصّ، انتهى.

(٣) (وهم ودفع) أمّا (الوهم) فإنّ مقارنة طيب النّفس للعقد شرط لصحّة العقد بمعنى أنّ الرّضا بالعقد مأخوذ في مفهومه، فإذا فقد الرّضا حين العقد ووقع العقد اكراهاً، ثمّ لحقه الرّضا لا تحصل المقارنة، فلم يكن هنا عقد ليحكم بصحّته، وأمّا (الدّفع) فهو أنّه لا شاهد لهذه الدّعوى من العرف واللّغة على أنّ لازم ذلك أن لا يكون العقد الفضوليّ وعقد المكره بحقّ من العقود بالحمل الشّايع.

خالية[١] عن الشّاهد مدفوعة[٢] بالإطلاقات وأضعف منها[٣] دعوى اعتبارها[٤] في مفهوم العقد اللّازم منه[٥] عدم كون عقد الفضوليّ عقداً حقيقةً[٦] وأضعف من الكلّ دعوى اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده[٧] اللّازم منه عدم صحّة بيع

---

(١) قوله: (خالية) منصوب على الحاليّة لقوله (ودعوى) أي حال كون الدّعوى خالية عن الشّاهد.

أقول: توضيح المقام أنّ هذه الدّعوى مدفوعة بالإطلاقات الواردة، فإنّها مطلقة ليس فيها اعتبار مقارنة الطّيب للعقد، وغاية ما يتوهّم لإعتبار مقارنة طيب النّفس للعقد أمران، أحدهما شمول المطلقات، مثل «أوْفوا بالعُقُودِ، وأحلَّ اللهُ البَيْعَ» والصّلح جايز، ونحوها له لأنّ عناوين العقود موضوعة للمسبّبات، والمكره في إرادته المسبّب مقهور، فلا يندرج عقده تحت الإطلاقات، وثانيهما تخصيص المطلقات بالأدلّة الدّالّة على اعتبار الرّضا المقارن، كقوله تعالىٰ «تجارة عن تراض» وقوله «لا يحلّ مال أمرءٍ مسلم إلّا بطيب نفسه» وقوله ﷺ (رفع عن أمّتي تسعة) وكلاهما ضعيفان.

(٢) قوله: (مدفوعة) خبر للمبتدأ المقدّم وهو قوله (ودعوى) أي الدّعوى المذكورة مردودة بالإطلاقات الواردة، وهي «أوْفوا بالعُقُودِ، وتجاة عن تراض» فإنّها كما عرفت آنفاً مطلقة ليس فيها اعتبار مقارنة طيب النّفس للعقد.

(٣) أي من الدّعوى المذكورة.

(٤) يعني اعتبار مقارنة النّفس في مفهوم العقد، بمعنى أنّه إذا لم يقارن طيب النّفس للعقد لم يتحقّق مفهومه.

(٥) أي من اعتبار مقارنة طيب النّفس في مفهوم العقد.

(٦) إذ لا طيب لنفس المالك حين العقد، بل ربّما لا يعرف بالعقد أصلاً، وكلّ عقد لا يقارنه الرّضا وطيب النّفس لا يكون عقداً حقيقة، فعندئذٍ لا يكون العقد الفضوليّ عقداً حقيقة.

(٧) أي من اعتبار طيب نفس العاقد.

المكره بحقّ[١] وكون اكراهه[٢] على العقد تعبّديّاً لا لتأثير فيه[٣] ويؤيّده[٤] فحوى صحّة عقد الفضوليّ، حيث[٥] انّ المالك طيّب النّفس بوقوع أثر العقد، وغير منشيء للنّقل بكلامه[٦] وامضاء[٧] انشاء الغير ليس إلّا طيب النّفس بمضمونه، وليس[٨]

---

(١) وهو كإكراه حاكم الشّرع الكافر لبيع عبده المسلم، وما أشبه ذلك.

(٢) بالرّفع خبر ثان للمبتدأ الّذي هو قوله (اللّازم) معطوف على قوله (عدم صحّة بيع المكره بحقّ) الّذي خبرٌ أوّلٌ لقوله (اللّازم) فيكون المعنى أنّ اللّازم من هذه الدّعوى أن يكون الإكراه بحقّ لأجل التّعبّد، بمعنى أنّ الشّارع أمَرَنا بأنّ المكره بحقّ يكون عقده نافذاً.

(٣) أي في عقده.

(٤) أي ويؤيّد قول المشهور، وهو أنّه لو رضي المكره بما فعله بعد العقد، صحّ العقد، أولويّة صحّة عقد الفضوليّ.

(٥) قوله (حيث) تعليل لكون فحوى صحّة عقد الفضوليّ يؤيّد صحّة عقد المكرَه لو رضي بعد العقد، وجه الفحوى والأولويّة أنّ العقد الفضوليّ إذا كان صحيحاً بإمضاء المالك بعد العقد مع أنّ الفضوليّ ليس مالكاً حقيقيّاً، فعقد المكره بعد رضائه وإمضائه يكون صحيحاً، بطريق أولىٰ، لأنّ المكره مالك حقيقي في بيع ماله بنفسه، غاية الأمر ليس له الرّضا قبل العقد وحينه، وقد حصل بعده.

(٦) الضّمير المجرور يرجع الى المالك، ووجه عدم انشائه أنّ المالك ليس له كلام، لأنّه ليس ببايع، بل يمضي انشاء الغير.

(٧) أي امضاء المالك الحقيقي انشاء الفضولي انشاءً جديداً مستأنفاً، بل هو طيب النّفس بمضمون انشائه.

(٨) أي ليس المالك ينشيء انشاءً مستأنفاً وعقداً جديداً، وغير منشيء لنقل ماله بكلامه، بخلاف المكره.

انشاءً مستأنفاً مع أنّه لو كان[١] فهو موجود هنا[٢] فلم يصدر من المالك هنالك[٣] إلّاطيب النّفس بإنتقاله متأخّراً[٤] عن إنشاء العقد، وهذا[٥] موجود فيما نحن فيه[٦] معزائد وهو[٧] انشائه[٨] للنّقل المدلول عليه بلفظ العقد لما عرفت من أنّ عقده انشاء حقيقيّ[٩] وتوهّم[١٠] أنّ عقد الفضوليّ واجد لما هو مفقود

---

(١) أي مع أنّ امضاء المالك لو كان انشاءً مستأنفاً وعقداً جديداً في الفضوليّ فهو أي الامضاء بهذا المعنى موجود في عقد المكره إذا رضى به، وامضاء بعد العقد.

(٢) أي في عقد المكره إذا رضى به وأمضاه بعد العقد، فلا يختصّ بالمالك في عقد الفضوليّ.

(٣) أي في عقد الفضولي، يعني لم يصدر من المالك الحقيقيّ في عقد الفضوليّ سوىٰ طيب النّفس بإمضائه للعقد.

(٤) حال عن طيب النّفس، أي حال كون طيب نفس المالك الحقيقيّ في عقد الفضولي متأخّراً عن إنشاء عقد الفضوليّ.

(٥) أي لطيب النّفس المتأخر عن الإنشاء موجود فيما نحن فيه.

(٦) أي في عقد المكره، فيما لو رضى بعد اجرائه العقد.

(٧) أي الشّيء الزّائد.

(٨) يعني انشاء المالك المكره في إجراء العقد.

(٩) بمعنى أنّ عقد المكره انشاء حقيقيّ، لأنّه قاصد للإنشاء، إذ لا يشترط في الإنشاء الرّضا النّفسي.

(١٠) يعني توهّم الفرق بين عقد الفضوليّ وبين عقد المكره، بأنّ طيب نفس العاقد موجود في الفضوليّ دون عقد المكره، حتّى إذا قلنا بالصّحّة في الأوّل لا يلزم منه الصحّة في الثّاني، لأنّ عقد الفضوليّ واجد لما هو مفقود في المكره، وهو طيب نفس العاقد المجري للفظ العقد مدفوع بأنّ طيب نفس العاقد لا أثر له مطلقاً لا في صدق العقديّة عرفاً إذ يكفي في صدق العقد عرفاً مجرّد قصد إنشاء المدلول عليه باللّفظ المستعمل في الإنشاء، ولا في النّقل والإنتقال، لعدم مدخليّة غير المالك في النّقل والإنتقال، والمفروض أنّ المالك راض بعد إجراء العقد، فعندئذٍ لا فرق بين عقد الفضوليّ وبين عقد المكره.

هنا[١] وهو طيب نفس العاقد بما ينشئه مدفوع[٢] بالقطع، بأنّ طيب النّفس لا أثر له لا في صدق العقديّة، إذ يكفي فيه[٣] مجرّد قصد الإنشاء المدلول عليه باللّفظ المستعمل فيه، ولا في النّقل والإنتقال لعدم مدخليّة غير المالك فيه[٤] نعم لو صحّ ما ذكرنا سابقاً من توهّم أنّ المكره لا قصد له الى مدلول اللّفظ أصلاً، وأنّه[٥] قاصد نفس اللّفظ الّذي هو بمعنى الصّوت، كما صرّح به[٦] بعض صحّ[٧] أنّه لا يجدي تعقّب الرّضا، إذ لا عقد حينئذٍ[٨] لكن عرفت سابقاً أنّه[٩] خلاف المقطوع من النّص والفتاوىٰ فراجع، فظهر ممّا[١٠] ذكرنا ضعف وجه التّأمّل في المسألة[١١] كما عن الكفاية[١٢]

---

(١) أي في عقد المكره.

(٢) قوله (مدفوع) خبر لميتدأ قد تقدّم، وهو قوله (وتوهّم).

(٣) يعني في صدق العقديّة.

(٤) بمعنى أنّه لا مدخليّة لطيب نفس غير المالك في النّقل والإنتقال.

(٥) يعني المكره (بالفتح).

(٦) أي صرّح بأنّ المكره (بالفتح) قاصد الى اللّفظ الّذي هو الصّوت.

(٧) قوله (صحّ) جواب لـ(لو) في قوله (نعم لو صحّ ما ذكرنا الخ).

(٨) أي حين إذ كان المكره قاصداً الى نفس اللّفظ الّذي هو الصّوت المجرّد من دون قصد الى وقوع مدلوله ومضمونه في الخارج.

(٩) يعني عرفت عند قوله (فالمراد بعدم القصد في المكرَه عدم قصده الى وقوع مضمون العقد في الخارج لا عدم قصده الى مفهوم اللّفظ أصلاً) أنّ توهّم أنّ المكره لا قصد له الى مدلول اللّفظ أصلاً، خلاف المقطوع من النّصوص والفتاوي.

(١٠) وهو أنّ فحوى صحّة عقد الفضوليّ يؤيّد عقد المكره وصحّته لوجود طيب النّفس إذا رضي به وأمضاه بعد إجراء العقد مع زيادة، وهو انشائه للنّقل بلفظ العقد وإن كان مكرهاً.

(١١) وهي أنّ المكره إذا رضي وأمضى ما فعله، صحّ العقد.

(١٢) يعني كما حكي التّأمّل عن كتاب الكفاية للمولى محمّد الباقر السّبزواري ﷺ وعن كتاب مجمع الفائدة للمحقّق الأردبيلي ﷺ.

ومجمع الفائدة تبعاً للمحقّق الثّاني في جامع المقاصد. وان انتصر لهم بعض من[١] تأخّر عنهم بقوله تعالى «إلّا أن تكون تجارة عن تراض» الدّال على اعتبار كون العقد عن التّراضي مضافاً[٢] الى النّبوي المشهور الدّال على رفع حكم الإكراه مؤيّداً[٣] بالنّقض بالهازل مع أنّهم لم يقولوا بصحّته بعد لحوق الرّضا، والكلّ[٤] كما ترى لأنّ دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التّراضي أمّا بمفهوم الحصر[٥]

---

(١) يعني انتصر بعض من تأخّر عن صاحب الكفاية، وصاحب مجمع الفائدة، والمحقّق الثّاني لهم، واستدلّ بقوله تعالىٰ «إلّا أن تكون تجارة عن تراض» حيث انّ الآية الكريمة تصرّح بكون التّجارة الواقعة بين المتعاقدين لا بدّ أن تكون عن تراض، وتدلّ على اعتبار مقارنة الرّضا للعقد، ومن المعلوم أنّ عقد المكره ليس فيه تراض، ولحوق الرّضا متأخّر عنه لا يفيده.

(٢) يعني لنا بالإضافة على آية (التّجارة) دليل آخر على عدم صحّة عقد المكره وإن لحقه الرّضا، وهو النّبوي المعروف (رفع عن أمّتي تسعة) الدّالّ على رفع حكم الإكراه، فالعقد المبني على الإكراه لا يترتّب عليه حكم سائر العقود.

(٣) يعني أيّد بعض من تأخّر عنهم عدم صحّة عقد المكره وإن لحقه الرّضا بالنّقض بالهازل، وملخّصه أنّ الهازل إذا أجرى صيغة العقد هزلاً ثمّ رضى به جدّاً لم ينفع مِنْ دون إشكال، ولم يذهب أحد من الفقهاء الى صحّة عقده لو لحقه الرّضا مع أنّه قاصد الى مفهوم اللّفظ وما نحن فيه أعني عقد المكره كلفظ الهازل.

(٤) يعني كلّ واحد ممّا استدلّ به بعض من تأخّر عنهم لا دلالة فيه على بطلان العقد الّذي لحقه الرّضا.

(٥) لا يخفى أنّ ما كان من أدوات الحصر دالّاً على ثبوت شيء بشيء ونفيه عن غيره بنفس اللّفظ، كما هو الحال في كلمة (انّما) فهو خارج عن محلّ الكلام وداخل في الدّلالات المنطوقيّة، وأمّا كلمة (إلّا) فهي إذا استعملت استثنائيّة لا وصفيّة فهي لامحالة تدلّ على المفهوم وعلى نفي الحكم السّابق الثابت للمستثنىٰ منه عن المستثنىٰ =

= لأنّ الإستثناء لا يكون إلّا عن الجملة، فتفيد ثبوت نقيض الحكم المذكور في القضيّة للمستثنىٰ، ومن هنا أنّه ربّما يستدلّ على دلالة الإستثناء على المفهوم بإتّفاق الكلمة على قبول إسلام من أظهر الإعتراف بكلمة التّوحيد «لا إله إلّا الله» حيث أنّه تستفاد من هذه الكلمة انحصار واجب الوجود لذاته فيه تعالىٰ ونفي الامكان عن غيره.

إذا عرفت هذا فنقول: لا بأس بذكر جملة من الفروع المتعلّقة بالمقام، المذكورة في كتاب الشّرايع.

منها مالو قال المقرّ عليّ لزيد عشرة إلّا درهماً فإنّه يثبت في ذمّته التسعة لأنّ كلمة إلّا في هذا الكلام لا تكون إلّا استثنائيّة، لا وصفيّة، ومنها مالو قال لزيد عليّ خمسة إلّا إثنين وإلّا واحداً، كان إقراراً بإثنين[أ].

فمفهوم الحصر بـ(إلّا) فيما نحن فيه عند المستدلّ هو انتفاء حكم المستثنىٰ منه، وهي الأسباب الباطلة للتّجارة عن المستثنىٰ، لأنّ (إلّا) كما عرفت موضوعة للإخراج، ولازم هذا الاخراج أن يكون المستثنىٰ وهي التّجارة عن تراض محكوماً بنقيض حكم المستثنىٰ منه، فآية التّجارة تدلّ على أنّ أكل أموال النّاس منحصر في التّجارة عن تراض مقارن، ففي صورة عدم التّقارن لا يجوز الأكل، فعندئذٍ لا يصحّ عقد المكره وإن لحقه الرّضا، لأنّ الرّضا ليس بمقارن.

هذا ولكن هذا الإستدلال بنظري القاصر غير تامّ، لأنّ مفهوم الحصر منفيّ في المقام بداهة أنّ الدلالة على الحصر إنّما يكون إذا كان الاستثناء في تلك الآية متّصلاً بأن كان المستثنىٰ داخلاً تحت المستثنىٰ منه، كقوله: (جائني القوم إلّا زيداً) حيث انّ المستثنىٰ وهو زيد داخل تحت المستثنىٰ منه، وهو القوم، ومن البيّن أنّ الإستثناء في الآية منقطع، إذ التّجارة عن تراض ليست داخلة تحت الأسباب الباطلة للتّجارة لكي يكون خروجها عنها بعنوان الإستثناء المتّصل.

(أ) الشّرايع كتاب الإقرار ص٢١٦.

وأمّا بمفهوم الوصف[١] ولا حصر[٢] كما لا يخفى لأنّ الإستثناء منقطع غير

---

(١) أقول: مراد بعض من تأخّر عنهم من مفهوم الوصف أنّ آية التّجارة بمنزلة أن يقال انّ العقد المنشيء عن تراض والمقرون به صحيح نافذ، فيكون مفهومه أنّ العقد غير المنشيء عن تراض لم يكن صحيحاً، وليعلم أنّ محلّ الكلام في المقام هو الوصف المعتمد على موصوفه، كقوله في الغنم السّائمة زكاة، وأمّا غير المعتمد عليه فلا إشكال في عدم دلالته على المفهوم، فهو حينئذٍ خارج عن محلّ النّزاع.

إذا عرفت هذا فنقول الحقّ هو عدم دلالة الوصف على المفهوم، لأنّ القيد إذا كان راجعاً الى المفهوم الافرادي فغاية ما يترتّب على التّقييد هو ثبوت الحكم على المقيّد، ومن البيّن أنّ ثبوت شيء بشيء لا يستلزم نفيه عن غيره، وإلّا لكان كلّ قضيّة مشتملة على ثبوت حكم على شيء دالّا على المفهوم، وذلك واضح البطلان، كما هو الحال في اللّقب، فكما قولنا (أكرم رجلاً) لا دلالة له على عدم وجوب اكرام المرأة أو الصّبيّ، كذلك قولنا (أكرم الإنسان البالغ الذّكر) لا دلالة له على نفي الوجوب عن غير الرّجل من أفراد الإنسان.

إليك متن عبارة الكفاية (الظّاهر أنّه لا مفهوم للوصف وما بحكمه مطلقاً لعدم ثبوت الوضع، وعدم لزوم اللّغويّة بدونه لعدم انحصار الفائدة به)[أ].

(٢) أقول: إذ الحصر يتوقّف على كون الاستثناء متّصلاً، مثل أن يقول (ما جائني أحد إلّا خالد) وآية التّجارة ليست كذلك، لأنّها نهت عن الأكل بالباطل، ومن البيّن أنّ التّجارة عن تراض ليست أكلاً بالباطل، لأنّ الإستثناء منقطع غير مفرّغ، فالآية بمنزلة (ما جائني إنسان إلّا حماراً).

وحاصل الكلام أنّه لا مفهوم للحصر في المقام لكي يدلّ على أنّ كلّ ما ليس تجارة عن تراض فهو باطل، بل الآية تدلّ على أنّ الأكل بالباطل حرام، والتّجارة عن تراض صحيحة.

(أ) المجلّد الأوّل من كتاب كفاية الاصول ص ٣٢٠.

مفرّغ[١] ومفهوم الوصف على القول به مقيّد بعدم ورود الوصف مورد الغالب[٢] كما في «ربائبكم اللّاتي في حجورِكم» ودعوىٰ وقوعه[٣] هنا مقام الاحتراز

---

(١) أقول: الإستثناء المفرّغ ما يكون بعد، إلّا في كلام غير موجب، والمستثنىٰ منه غير مذكور، وإعرابه بحسب العوامل، نحو (ما جائني إلّا زيد، وما رأيت إلّا زيداً، وما مررت إلّا بزيد).

إذا عرفت هذا فنقول: لا وجه لإشكال المصنّف ﷺ في الحصر، إلّا كون المستثنىٰ منقطعاً، وأمّا كونه غير مفرّغ فلا دخل له في الإشكال، مضافاً الى أنّه قيد توضيحي، لأنّ الاستثناء المنقطع لا ينقسم الى قسمين، مفرّغ وغير مفرّغ، لأنّ كلّ مفرّغ لا محالة الإستثناء فيه متّصل كما عرفت من الأمثلة، وبعبارة أُخرىٰ المتّصل ينقسم الى قسمين: مفرّغ وغيره، والمفرّغ مفيد للحصر قطعاً، والمنقطع لا يكون إلّا غير مفرّغ.

(٢) يعني أنّ الجواب عن مفهوم الوصف على القول، أنّ للوصف مفهوماً، ومفهومه حجّة، فهو مقيّد بعدم ورود الوصف مورد الغالب، فإنّ الوصف إذا ورد مورد الغالب فلا مفهوم له لكي يكون حجّة كما في قوله تعالىٰ «ربائبكم اللّاتي في حجورِكم»[*] حيث إنّه ليس معنى الآية الرّبائب الّتي ليست في حجوركم، يجوز للرّجل أخذهنّ والزّواج بهنّ، والّتي في حجوركم لا يجوز للمرء أخذهنّ والزّواج بهنّ، فآية التّجارة أيضاً كذلك، إذ الغالب في التّجارات كونها عن تراض، فلا تدلّ كلمة (عن تراض) على اعتبار الرّضا السّابق في صحّة المعاملة، فلا مفهوم لها حتّىٰ تكون حجّة فتستدلّ بها.

(٣) أي وقوع الوصف، وهو قوله تعالىٰ «تجارة عن تراض» (هنا) أي في الآية للإحتراز عن تجارة ليس فيها تراض فيصحّ عندئذٍ الإستدلال على المدّعي، وهو كون عقد المكره بعد لحوق الرّضا به ليس بصحيح، فعلىٰ هذا يكون القيد قيداً إحترازيّاً (ممنوعة) وجه المنع أنّه لا ظهور للوصف في الإحتراز، بل يحمل على الغالب.

(*) سورة النّساء: آية ٢٧.

ممنوعة[١] وسيجيء زيادة توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التّراضي في بيع الفضوليّ.

وأمّا حديث الرّفع[٢] ففيه أوّلاً أنّ المرفوع فيه هي المؤاخذة والأحكام

---

(١) قوله ﷺ: (ممنوعة) خبر لقوله (ودعوىٰ وقوعه الخ).

(٢) يعني أمّا الجواب عن حديث الرّفع فإنّه لا دلالة على عدم صحّة عقد المكره إذا لحقه الرّضا.

ينبغي أوّلاً بيان تقريب الإستدلال بهذا الحديث، ثمّ ذكر الأجوبة الّتي ذكروها في المقام، ليكون القاريء الكريم على ذكر منه.

فنقول تقريب الإستدلال أنّ الحديث يدلّ على رفع أثر ما استكرهوا عليه، تكليفاً كان أم وضعاً فإثبات التأثير للعقد الصّادر عن اكراه، ولو كان على سبيل جزء العلّة كما يقول القائل بصحّة عقد المكره إذا تعقّبه الرّضا خلاف مقتضى الحديث، وأجاب عنه المصنّف ﷺ بأجوبة، منها أنّ حديث الرّفع حيث ورد في مقام الامتنان، فلا يدلّ إلّا على رفع حكم يكون جعله مخالفاً للإمتنان، ويكون رفعه موافقاً له، أمّا إذا كان رفع الحكم مخالفاً للإمتنان وكان جعله موافقاً له وذلك كصحّة البيع عند الإضطرار، فإنّ أثر البيع عندئذٍ مخالف للإمتنان ووضعه موافق له، فهو لا يكون مشمولاً لحديث الرّفع، وأورد عليه السّيّد الفقيه ﷺ والمحقّق النّائيني ﷺ بأنّ المرفوع لا يختصّ بالآثار المتعلّقة بالمكره، بل المرفوع مطلق الآثار، وفيه أنّ الآثار المتعلّقة بغير المكره على قسمين، قسم منها مترتّب على الآثار المتعلّقة بالمكره، نظير مالو أكره على النّكاح، فأوقع النّكاح عن كره، فإنّه يكون عدم جواز تزويج الغير لتلك المرأة، وكون الزّنا معها زناً بذات البعل ونحو ذلك مترتّبة على زوجيّة تلك المرأة، وقسم منها يكون مترتّباً على ذلك الفعل مستقلّاً نظير وجوب وفاء الطّرف بالعقد الواقع بينه وبين المكره، حيث انّه مترتّب على العقد مستقلّاً، وما ذكره يتمّ في القسم الأوّل دون الثّاني.

المتضمّنة[١] لمؤاخذة المكره والزامه[٢] بشيء والحكم بوقوف عقده[٣] على رضاه راجع الى أنّ له أن يرضى بذلك، وهذا حقّ له لا عليه، نعم قد يُلزم الطّرف الآخر[٤] بعدم الفسخ حتّى يرضى المكره أو يفسخ

---

(١) برفع قوله (والأحكام المتضمّنة) عطف تفسير على قوله (المؤاخذة) والمراد بالأحكام الأحكام الوضعيّة كسببيّة العقد للنّقل، وكتسليم المبيع في البيع الاكراهي، وكالنّفقة في النّكاح الإكراهي ونحوها، فحاصل المعنى أنّه لا مؤاخذة في الآخرة على المكره إذا فعل حراماً اكراهاً، كما لا حكم عليه من جهة العمل المكروه فيه، كالامثلة المذكورة.

(٢) أي الزام المكره عطف على قوله (مؤاخذة المكره) أيضاً.

(٣) أي عقد المكره.

أقول: مراده ﷺ أنّه لا يدخل تحت الأحكام المرفوعة توقّف عقده الإكراهي على رضاه لكي يقال بأنّ هذا الحكم أيضاً مرفوع إذ الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع الى أنّ له، أي للمكره أن يرضى بذلك العقد الاكراهي، وهذا أي الرّضا بالعقد حقّ له أي لمنفعة المكره (لا عليه) أي لا على ضرره، فعندئذٍ لا يشمله حديث الرّفع لبداهة أنّ الحديث يرفع الأحكام الّتي على ضرر المكره ولا يرفع الأحكام الّتي لمنفعته.

(٤) وهو المشتري لو كان المكره بايعاً فيما لو باع زيد داره اكراهاً.

أقول: قوله (نعم) استدراك من أنّ حديث الرّفع ان رفع الأحكام المتضمّنة للمؤاخذة والإلزام فكيف يُلزم المشتري بعدم الفسخ، فيما إذا أكره الظّالم زيداً على بيع داره من بكر، فقال كيف يلزم على بكر أن لا يفسخ البيع حتّى يظهر أنّ زيداً يرضى بهذا البيع أم لا؟ فهذا الحكم الإلزامي الّذي لزم على بكر لم يرفعه الحديث، ومحصّل الجواب أنّ حديث الرّفع يرفع الأحكام الإلزاميّة والمؤاخذة عن المكره كالبايع في المثال، ولا يرفعهما عن غير المكره كالمشتري فيه حتّى يستشكل بأنّه كيف لم يرفع الحديث الزام الطّرف الآخر.

وهذا[١] الزام لغيره، والحديث لا يرفع المؤاخذة والإلزام عن غير المكره كما تقدّم، وأمّا الزامه[٢] بعد طول المدّة بإختيار البيع أو فسخه فهو من توابع الحقّ الثّابت له[٣] بالاكراه لا من أحكام الفعل[٤] المتحقّق على وجه الإكراه.

« في أنّ الرّضا المتأخّر كاشف أو ناقل »

ثمّ أنّ ما ذكرنا[٥] واضح على القول بكون الرّضا ناقلاً[٦] وكذلك على

---

(١) يعني الزام الآخر الّذي هو المشتري بعدم الفسخ، فيما إذا كان البايع مكرهاً الزام الغير المكره لا يرفعه الحديث كما عرفته آنفاً.

(٢) أقول: يعني الزام المكره ودليل الزامه بعد طول المدّة بإختيار البيع أو فسخه حديث نفي الضّرر، إذ بعدم الزامه بأحدهما يتضرّر الطّرف الآخر، وهو المشتري في فرض طول المدّة في الصّبر دون معلوميّة أنّ المال انتقل إليه أصلاً، فعندئذٍ لو أثّر الالزام فهو، وإلّا يجوز للمشتري فسخه لسقوط حقّ المكره الّذي كان متعلّقاً بالعقد، وكان مانعاً من فسخ الطّرف الآخر.

(٣) أي للمكره.

(٤) أقول: المراد من الفعل، العقد الواقع على وجه الاكراه، يعني ليس الزام المكره بإختيار البيع أو فسخه من أحكام ذات العقد المتحقّق على وجه الإكراه لكي يندرج تحت حديث (رفع عن أمّتي تسعة) فيرفع بالإكراه، ثمّ يحكم ببطلان عقد المكره لوقوع التّعارض في هذا الحكم بين الحديثين، أعني حديث رفع الإكراه وحديث نفي الضّرر الموجب لتساقطهما، والرّجوع الى الأصل الّذي هو استصحاب بطلان عقد المكره، وذلك لأنّ عقد المكره قبل لحوق الرّضا كان باطلاً، وبعد لحوق الرّضا نشكّ في صحّته، فنستصحب عدم الصحّة.

(٥) أقول: الظّاهر أنّ مراده ممّا ذكرنا ارتفاع الزام المكره بشيء ومؤاخذته عنه مع الحكم بوقوف عقده على رضاه، لا ما ذكره من التّفصيل بين الأحكام الثلاثة، ولا ما ذكره في خصوص الحكم الأخير، كما يظهر من المحقّق الايرواني ﷺ.

(٦) وجه الوضوح أنّه على القول بالنّقل لا ملكيّة للتّصرّف الآخر قبل الرّضا، فلامؤاخذة ولا الزام على المكره.

القول بالكشف بعد التّأمّل[١] وثانياً[٢] أنّه[٣] يدلّ على أنّ الحكم الثّابت

---

(١) أقول: ينبغي أوّلاً تقديم جملة، ثمّ بيان المراد من العبارة، وهي أنّه بعد البناء على أنّ الرّضا المتأخّر يوجب صحّة بيع المكره، قد وقع الكلام بين الأعلام والفقهاء في أنّه كاشف عن صحّة العقد من أوّل الأمر، أو ناقل من حين تحقّق الرّضا، مقتضى الأصل هو القول بالنّقل بتقريب أنّه يشكّ في حصول الملكيّة الى زمان الرّضا، فالأصل يقتضي عدمه، ولكن مقتضى العمومات كما سيأتي انشاء الله في مبحث الفضوليّ هو القول بالكشف بتقريب أنّه بعد الرّضا يحكم بثبوت المضمون من حين العقد، فإنّ المجعول بالعقد هو المضمون حاله فإذا حكم الشّارع بنفوذه بعد الرّضا كان مقتضاه ثبوته كذلك على حسب جعل المتعاقدين.

إذا عرفت هذا فنقول: وجه الوضوح على القول بالكشف أنّ الكشف عن تحقّق الملكيّة من حين العقد في صورة الرّضا إذ مالم يحتقّق منه الرّضا به فلا كاشف عن تحقّق الملكيّة، وإذ لا كشف فلا الزام ولا مؤاخذة، ولكن مع القول بدخله بنحو الشّرط المتأخّر في التّأثير، وامّا على القول بعدم الدّخل فيه أصلاً، بل انّما يكون له الكشف عمّا هو المؤثّر بدعوى أنّ مضمون العقد مجرّد النّقل أو الملك مثلاً من دون ملاحظة زمان العقد أو غيره فمشكل، فإنّ الرّضا حينئذٍ يكشف عن نفوذ عقده الصّادر عنه كرهاً، فتأمّل جيّداً، ووجه التّأمّل لأنّه ربّما يتوهّم أنّ الكشف يقتضي الملكيّة السّابقة على الرّضا، فالمكره ملزم من حين العقد، والجواب أنّ الالزام الفعلي تابع للعلم، ولا علم قبل الرّضا حتّى يكون ملزماً من حين العقد.

(٢) قوله (ثانياً) عطف على (أوّلاً) في قوله (وامّا حديث الرّفع ففيه أوّلاً) وحاصله أنّ أثر العقد وهو النّقل مرفوع بالاكراه، فإنّ حديث رفع الاكراه يدلّ على أنّ الحكم الّذي هو النّقل والإنتقال ثابت للعقد (لولا الاكراه) بمعنى أنّه لو لم يكن مكرهاً ثبت النّقل والإنتقال.

(٣) حديث الرّفع.

للفعل المكره عليه لولا الاكراه يرتفع[١] عنه إذا وقع مكرهاً عليه[٢] كما هو[٣] معنى رفع الخطأ والنّسيان أيضاً، وهذا[٤] المعنى موجود فيما نحن فيه[٥] لأنّ[٦] أثر العقد الصّادر من المالك مع قطع النّظر عن اعتبار عدم الإكراه

---

(١) أي يرتفع ذلك الحكم وهو النّقل والإنتقال إذا وقع العقد مكرهاً عليه.

(٢) حاصل هذه العبارة كما أشرنا إليه آنفاً أنّ حديث الرّفع إنّما يدلّ على رفع الحكم الّذي كان ثابتاً في العقد الإختياري عن العقد الواقع مكرهاً عليه مثلاً نفوذ العقد الّذي كان هي الصحّة في العقد الإختياري والنّقل والإنتقال الثّابت فيه، حيث انّ العقد مع قطع النّظر عن كونه مكرهاً عليه سبب مستقلّ لنقل المال الى المشتري يرتفع هذا الحكم، والأثر عن العقد الواقع مكرهاً عليه بسبب الاكراه، أمّا بعض الأثر، أعني قابليّة العقد لأن يلحقه الرّضا، إذ لصحّة وقوع المعاملة جزآن، العقد ولحوق الرّضا، فلم يكن ثابتاً للعقد حتّى يرفع بالإكراه، إذ المفروض جزئيّة لحوق الرّضا للعقد الواقع مكرهاً عليه بوصف الإكراه.

(٣) أي ارتفاع الحكم الثّابت للفعل إذا وقع مكرهاً عليه هو المقصود أيضاً من رفع الخطأ، والنّسيان والإضطرار في قوله ﷺ (رفع عن أمّتي تسعة) ما أكرهوا عليه، والخطأ والنّسيان، فإنّ الحدّ الثّابت على الشّرب العمدي مثلاً لا يثيب على الشّرب الخطائي، وكذا أثر القتل العمدي، وهو القتل قصاصاً لا يثبت على القتل الخطائي، بل يثبت الديّة المقرّرة عند الشّرع، وهي أحد الأمور الستّة المصرّحة بها في الرّسائل العمليّة، ولا ينتفي بسبب الخطأ.

(٤) يعني ارتفاع الحكم الثّابت للفعل إذا وقع مكرهاً عليه.

(٥) وهو وقوع العقد مكرهاً عليه.

(٦) قوله (لأنّ) تعليل لوجود معنى المذكور، وهو ارتفاع الحكم الثّابت.

السببيّة[١] المتسقلّة لنقل المال، ومن المعلوم انتفاء هذا الأثر[٢] بسبب الإكراه، وهذا الأثر[٣] النّاقص المترتّب عليه[٤] مع الإكراه، حيث أنّه[٥] جزء العلّة التّامّة للملكيّة لم يكن[٦] ثابتاً للفعل مع قطع النّظر عن الإكراه ليرتفع[٧] به[٨] إذ

---

(١) قوله (السّببيّة المستقلّة) خبر لِـ(أنّ) في قوله (لأنّ أثر العقد) ولا يخفى أنّه لو قال المصنّف: لأنّ العقد سبب بدل (لأنّ أثر العقد الخ) كان أولى وأحسن، لأنّك خبير بأنّ الأثر ليس سبباً، وانّما السّبب هو العقد.

إذا عرفت هذا فنقول: قال السّيّد الفقيه في توضيح العبارة وبيان المراد منها ما هذا لفظه: حاصله أنّ ما كان من الأثر ثابتاً للعقد لولا الإكراه مرفوع بحكم الحديث وهو النّقل والإنتقال وغيره لم يكن متحقّقاً لولاه يرتفع به، بل انّما يأتي من قبل تبدّل العقد الى عقد آخر يكون هذا العقد الواقع جزءاً له، وهو المجموع من هذا العقد والرّضا اللّاحق، فالمرتفع هو التّأثير التّام والباقي هو التّأثير النّاقص، وهذا إنّما يتحقّق بعد الإكراه وبوصفه ولم يكن ثابتاً قبله، ذلك لأنّ العقد لم يكن جزءاً لولا الإكراه، بل كان تمام السّبب وإنّما يصير جزءاً بشرط تحقّق الاكراه، ومثل هذا لا يمكن رفعه، إمّا لأنّه لم يكن ثابتاً، وإمّا لما ذكره المصنّف ﷺ من كونه بشرط الإكراه الخ.

(٢) أي الأثر التّامّ الّذي هو نقل المال.

(٣) وهو لحوق الرّضا بالعقد المكره بعد صدور العقد مكرهاً عليه.

(٤) يعني على العقد المكره عليه.

(٥) أي إنّ الأثر النّاقص وهو لحوق الرّضا جزء العلّة، فالعلّة التّامّة مجموع العقد والرّضا معاً.

(٦) قوله (لم يكن ثابتاً) خبر لقوله (وهذا الأثر النّاقص) ومراده ﷺ من الفعل هو العقد.

(٧) أي ليرتفع الأثر النّاقص.

(٨) أي بالإكراه لما عرفت من أنّ الاكراه انّما يرفع الآثار الّتي هي للفعل، وليس الأثر النّاقص أثر للفعل.

المفروض[١] أنّ الجزئيّة ثابتة له[٢] بوصف الإكراه، فكيف يعقل ارتفاعه[٣] بالإكراه، وبعبارة أخرى[٤] اللّزوم الثّابت للعقد مع قطع النّظر عن اعتبار عدم الإكراه هو[٥] اللّزوم المنفيّ بهذا الحديث، والمدّعي[٦] ثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه[٧] على رضا المالك، وهذا[٨] غير مرتفع بالإكراه[٩] لكن

---

(١) قوله (إذ المفروض) تعليل لكون لحوق الرّضا لم يكن ثابتاً للفعل المكره عليه.

(٢) أي للعقد، بمعنى أنّ جزئيّة العقد للنّقل وجزئه الآخر الرّضا ثابتة للعقد بوصف الإكراه.

(٣) أي ارتفاع الأثر النّاقص بالاكراه، فإنّ الشّيء المترتّب على الإكراه لا يرتفع بالإكراه، وذلك لبداهة أنّه لا يعقل أن يكون الشّيء موجباً لإزالة أثر نفسه.

(٤) لبيان أنّ حديث الرّفع لا يبقي مجالاً لتأثير عقد المكره، ولو كان الأثر أثراً جزئيّاً، والحاصل أنّ اللّزوم الثّابت الّذي هو النّقل والإنتقال للعقد هو المنفيّ بحديث الرّفع، إذا وقع العقد مكرهاً عليه مع قطع النّظر عن اعتبار عدم الإكراه في العقد، أمّا ثبوت هذا اللّزوم للعقد بعد توقّفه على رضا المكره فغير مرتفع بحديث (رفع عن أمّتي ما أكرهوا عليه).

(٥) لزوم الثّابت.

(٦) أي اللّزوم المدّعى ثبوته.

(٧) أي وقوف العقد في إعطاء الأثر.

(٨) أي اللّزوم المدّعى ثبوته للعقد بوصف الإكراه.

(٩) وجه عدم ارتفاعه بالإكراه أنّه أثر نفس الإكراه، وحاصل كلامه ﷺ أنّ المرفوع بالإكراه هو الأثر الثّابت على فعل المكره، لولا الإكراه، أي الأثر المترتّب على الفعل المجرّد عن عنوان الإكراه والإختيار، كما أنّ المرفوع بالخطأ والنّسيان أيضاً كذلك، فمعنى رفع الخطأ والنّسيان أنّ الحكم الثّابت للفعل لولا الخطأ يرتفع عنه إذا وقع خطأ لا حكم الخطأ، لأنّ الحكم الثّابت للفعل لولا الخطأ يرتفع عنه إذا وقع خطأ لا حكم الخطأ لأنّ الأثر المترتّب على الفعل بعنوان العمد يرفع بمجرّد فقد نفس القيد، لا بحديث الرّفع، كما أنّ الأثر المترتّب على الفعل بعنوان الخطأ يستحيل أن يرتفع بالحديث، فإنّ ما كان علّة الوضع لا يمكن أن يكون علّة للرّفع.

يرد[١] على هذا[٢] أنّ مقتضى حكومة الحديث[٣] على الإطلاقات[٤] هو تقيّدها[٥] بالمسبوقيّة بطيب النّفس، فلا يجوز الاستناد إليها[٦] لصحّة بيع المكره ووقوفه[٧] على الرّضا اللّاحق، فلا يبقى دليل على صحّة بيع المكره فيرجع الى أصالة الفساد، وبعبارة أخرىٰ أدلّة[٨] صحّة البيع تدلّ على سببيّة مستقلّة[٩] فإذا قيّدت[١٠]

---

(١) حاصل الإيراد أنّه يقع التّعارض بين حديث الرّفع، أي رفع ما أكرهوا عليه، وبين الإطلاقات الواردة في المعاملات، مثل «أوفوا بالعقود، وأحلَّ اللهُ البيعَ، وتجارة عن تراض» حيث أنّها مطلقة تدلّ على صحّة العقد، سواء كان الرّضا مقارناً له أم ملحقاً به، فقوله «أحلَّ اللهُ البيع» يدلّ على أنّ العقد الصّادر من المالك مع قطع النّظر عن اعتبار عدم الإكراه سبب مستقلّ لنقل المال من غير تقييد بكون الرّضا مقارناً له أم ملحقاً به، وكذا سائر الإطلاقات، فإذا وقع التّعارض يقدّم دليل الرّفع على تلك المطلقات لحكومته عليها فيقيّد المطلقات ويخصّصها بالرّضا المقارن، أي يكون العقد مقارناً بطيب النّفس، فلا يشمل بيع المكره لكي يجوز الإستناد إليها، لصحّة بيعه، لأنّ طيب النّفس فيه ليس بمقارن، بل لاحق فعندئذٍ لا يبقى دليل على صحّة بيع المكره، فيرجع فيه الى أصالة الفساد.

(٢) أي على قول المشهور، وهو أنّه لو رضى المكره بما فعله صحّ العقد.

(٣) حديث رفع ما أكرهوا عليه.

(٤) كـ«أوفوا بالعقود، وأحلَّ اللهُ البيع، وتجارة عن تراض» ونحوها.

(٥) يعني تقيّد الاطلاقات الّتي ذكرت آنفاً.

(٦) أي الى الإطلاقات لإختصاصها بالرّضا المقارن دون اللّاحق.

(٧) أي وقوف أثر بيع المكره هو النّقل.

(٨) المراد بالأدلّة قوله تعالىٰ «أحلَّ اللهُ البيع، وأوفوا بالعقود، وتجارة عن تراض».

(٩) أي أدلّة صحّة البيع تدلّ على أنّ البيع سبب مستقلّ لإفادة الأثر والنّقل.

(١٠) أي أدلّة صحّة البيع وهي الآيات المذكورة آنفاً بما إذا صدر العقد من غير اكراه.

بغير المكره لم يبق[١] لها[٢] دلالة على حكم المكره بل[٣] لو كان هنا ما يدلّ على صحّة البيع بالمعنى الأعمّ[٤] من السّببيّة المستقلّة كان[٥] دليل الإكراه[٦] حاكماً عليه[٧] مقيّداً له[٨] فلا ينفع[٩]، اللّهم الا ان

---

(١) قوله (لم يبق الخ) جواب لِـ(إذا) في قوله (فإذا قيّدت الخ).

(٢) يعني لأدلّة البيع دلالة على حكم المكره وهو نفوذ صحّة عقد المكره، وإن لحقه الرّضا لإختصاصها بالمختار.

هذا ولكن لا نسلّم عَدَمَ البقاء، بل يبقى لها دلالة على حكم المكره بتقريب أنّ مقتضى الإطلاقات هو سببيّة العقد مطلقاً لترتّب الأثر عليه، لكن حديث الرّفع اقتضى عدمه فيما إذا لم يكن العاقد راضياً به لا سابقاً ولا لاحقاً، فيبقىٰ ما لحقه الرّضا تحت الإطلاقات، لا أنّ المرجع هو الأصل الّذي يقتضي الفساد، كما يدّعيه المصنّف ﷺ.

(٣) بمعنى أنّه لو كان هنا دليل يدلّ على صحّة البيع مطلقاً، سواء كان البيع سبباً مستقلاً، كالعقد مع الرّضا المقارن أم جزء السّبب كالبيع مع الرّضا اللّاحق كان حديث الرّفع حاكماً على هذا الدّليل ومقيّداً له، فيرجع الى أصالة الفساد وهو الإستصحاب إذ العقد لمّا وقع مكرهاً كان فاسداً لم يؤثّر أثره الصّحيح الّذي هو وقوع العقد عن اختيار، وبعد لحوق الرّضا به نشكّ في رفع الفساد فنستصحب ذلك.

(٤) يعني سواء كان العقد سبباً مستقلاً للنّقل والإنتقال أم جزء السّبب كما عرفت آنفاً.

(٥) جواب لِـ(لو) في قول المصنّف (بل لو كان الخ).

(٦) مراده ﷺ من دليل الإكراه حديث رفع ما أكرهوا عليه.

(٧) أي على الدّليل الدّال على صحّة البيع بالمعنى الأعمّ

(٨) أي مقيّد للدّليل الدّال على صحّة البيع بالمعنى الأعمّ.

(٩) أي فلا ينفع الدّليل الدّال على صحّة البيع بالمعنى الأعمّ في صحّة عقد المكره إذا لحقه الرّضا، فيرجع عندئذٍ الى أصالة الفساد، أي الإستصحاب.

يقال[١] أنّ الاطلاقات المقيّدة للسببيّة المستقلّة مقيّدة[٢] بحكم الادلّة الاربعة[٣] المقتضية لحرمة اكل المال بالباطل ومع عدم طيب النّفس[٤] بالبيع[٥] المرضيّ به

---

(١) اقول: حاصل كلامه ﷺ أنّ دليل الاكراه لايمكن أن يكون حاكماً في المقام لأنّه حاكم على الحكم الثّابت في الشّريعة والمطلقات باطلاقها ليست احكاماً ثابتة في الشّريعة حتّى ترتفع بالاكراه، وبعبارة واضحة أنّ حديث رفع ما اكرهوا عليه مورده الاحكام التّكليفيّة، لا الأحكام الوضعيّة، فليس للحديث حكومة للاطلاقات الواردة في المعاملة مثل «أوْفُوا بالعقُودِ، وأحلَّ اللهُ البيعَ، وتجارة عن تراض» الّتي هي أدلّة البيع فتشمل الاطلاقات بيع المكره ببيان أنّ الاطلاقات تقول البيع المرضّى به صحيح ولو كان الرّضا لاحقاً به، وعلى هذا فدليل الاكراه لا يشمل البيع المرضّى به إذ لا اكراه بعد الرّضا فيكون عقد المكره بعد الرّضا صحيحاً، وبالجملة جميع هذه الادلّة تدلّ على اعتبار الرّضا سواء كان سابقاً او لاحقاً، فالعقد المقيّد بالرّضا لا يمكن أن يلحقه الاكراه.

(٢) كلمة (مقيّدة) خبر لِـ(انّ) في قول المصنّف (أنّ الاطلاقات الخ) وملخّص الكلام أنّ الاطلاقات المقيّدة للسببيّة المستقلّة، أي سببيّة البيع للنّقل من دون احتياج الى شيء آخر قد قيّدت تلك المطلقات بالأدلّة الأربعة المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل بما إذا كان العقد مرضيّا به سابقاً أو لاحقاً، وإلّا كان المال أكلاً بالباطل وح، فيستحيل حكومة حديث الرّفع عليهما لعدم إمكان عروض الإكراه على العقد المتعقّب بالرّضا بعد الحكم بالصحّة، فلا يشمله حديث الرّفع.

(٣) أي الكتاب، والسنّة، والإجماع، والعقل

(٤) قوله (ومع عدم طيب النّفس الخ) عطف على بالباطل.

(٥) قوله (بالبيع الخ) متعلّق بمقيّدة.

سبقه الرّضا أو لحقه، ومع ذلك[١] فلا حكومه للحديث عليها[٢] إذ البيع المرضيّ به سابقاً لا يعقل عروض الإكراه له، وأمّا المرضيّ به بالرّضا اللّاحق فإنّما يعرضه[٣] الإكراه من حيث ذات الموصوف وهو أصل البيع[٤] ولا نقول بتأثيره[٥] بل مقتضى الأدلّة الأربعة[٦] مدخليّة الرّضا في تأثيره[٧] ووجوب الوفاء به[٨]

---

(١) أي مع تقييد الإطلاقات كـ «أوفوا بالعقود، وأحلَّ اللهُ البيعَ، وتجارة عن تراض» بالبيع المرضيّ به سبقه الرّضا أم لحقه فلا حكومة لحديث الرّفع على الإطلاقات، وجه عدم الحكومة أنّ بيع المكره عندئذٍ غير باطل، فإذا لحقه الرّضا فلا يكون المال أكلاً بالباطل.

(٢) أي على تلك الإطلاقات، إذ البيع المرضيّ به سابقاً، أي ما كان الرّضا سابقاً على العقد غير معقول عروض الإكراه له، فلا حكومة لحديث الإكراه على الإطلاق في هذا القسم من البيع.

(٣) أي يعرض الإكراهُ البيعَ.

(٤) يعني بيع المكره قبل الرّضا، فإنّ البيع قبل الرّضا مكره عليه، ولا تأثير لأصل البيع، لأنّ مقتضى الأدلّة مدخليّة الرّضا في تأثيره.

(٥) يعني لا نقول بتأثير ذات البيع قبل لحوق الرّضا به، بل نقول بعدم تأثيره قبله.

(٦) أقول: الأولى والأحسن أن يقول إذ مقتضى الأدلّة لأنّ قوله هذا بمنزلة العلّة لعدم القول بعدم تأثير أصل البيع منفرداً لولا الإكراه كي يرفع بالاكراه.

(٧) يعني في تأثير العقد الواقع مكرهاً بعد لحوق الرّضا به.

(٨) بالجرّ معطوف على مجرور، في قوله (في تأثيره) يعني ومقتضى الأدلّة الأربعة تأثير الرّضى في وجوب الوفاء بالعقد، وإن كان الرّضا ملحقاً به.

فالإطلاقات[١] بعد التّقييد تثبت التّأثير التّام لمجموع العقد المكره عليه والرّضا به لاحقاً ولازمه[٢] بحكم العقل، كون العقد المكره عليه بعض المؤثّر التّام[٣]، وهذا[٤] لا يُرتفع بالإكراه لأنّ[٥] الإكراه مأخوذ فيه[٦] بالفرض، إلّا[٧] أن يقال أنّ ادلّة[٨]

---

(١) الفاء تفريع على ما أفاده المصنّف ﷺ من أنّ مقتضى الأدلّة الأربعة مدخليّة الرّضا في تأثير العقد الواقع مكرهاً، وملخّصه أنّ المطلقات مثل «أوفوا بالعقود، وأحلّ اللهُ البيع، وتجارة عن تراض» بعد تقييدها بالرّضا اللّاحق بالعقد الواقع مكرهاً عليه يثبت التأثير التّام لمجموع العقد المكره عليه والرّضا اللّاحق به وذلك لنقصان تاثير العقد قبل لحوق الرّضا لوقوعه مكرهاً عليه فبلحوق لرّضا بالعقد يتمّ تأثيره ويعمل العقد عمله وهو نفوذ صحّته.

(٢) يعني ولازم اثبات التّأثير التّام لمجموع العقد المكره عليه والرّضا اللّاحق به دون العقد وحده.

(٣) بنصب كملة (بعض) خبر لقوله (كون العقد الخ) وبعضه الآخر الرّضا الملحق بالعقد المكرَه بعد وقوعه، فالمؤثّر التّام العقد والرّضا كما عرفت آنفاً.

(٤) أي الأثر النّاقص، أعني كون العقد المكره بعض المؤثّر لا يُرْفع بالإكراه.

(٥) هذا تعليل لعدم ارتفاع عقد المكره، وملخّص التّعليل أنّ المفروض أخذ الإكراه في مفهوم العقد المكره عليه، بمعنى انّا فرضنا العقد المكره عليه، فكيف يمكن أن يكون الإكراه جزءاً من الموضوع، ويكون حكماً للموضوع، فإذاً يبقى هذا البعض على تأثيره بعد لحوق الرّضا به.

(٦) ضمير (فيه) راجع الى كلمة (الكون) في قوله (كون العقد المكره عليه).

(٧) خلاصة الإستثناء أنّ حديث الرّفع كما يرفع المؤثّر التّام عن عقد المكره، كذلك يرفع بعض المؤثّر عنه، والوجه فيه أنّ كليهما أثران للعقد ومرتفعان بالإكراه، فعندئذٍ لا يصحّ عقد المكره وإن لحقه الرّضا.

(٨) مراده ﷺ من أدلّة الإكراه هو حديث الرّفع ونحوه.

الاكراه كما ترفع السببيّة المستقلّة الّتي أفادتها[١] الإطلاقات قبل التّقييد ترفع مطلق[٢] الأثر عن العقد المكره عليه لأنّ التّأثير النّاقص أيضاً استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها[٣] بالرّضا الأعمّ من اللّاحق، وهذا[٤] لا يفرّق فيه أيضاً بين جعل الرّضا ناقلاً أو كاشفاً، إذ على الأوّل[٥] يكون تمام المؤثّر نفسه[٦] وعلى الثّاني[٧] يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد، وهو[٨] تعقّبه للرّضا، وكيف كان[٩] فذات العقد المكره عليه مع قطع النّظر عن الرّضا أو تعقّبه[١٠] له لا يترتّب عليه إلّا كونه جزء المؤثّر التّام[١١]

---

(١) الضّمير في (افادتها) يرجع الى السّببيّة المستقلّة.

(٢) بمعنى أنّ أدلّة الإكراه ترفع مطلق الأثر عن العقد المكره عليه، حتّى الأثر الجزئي الصّادر عن الرّضا اللّاحق المعبّر عنه بالأثر النّاقص.

(٣) أي بعد تقييد الإطلاقات.

(٤) أي ارتفاع مطلق الأثر حتّى التّأثير النّاقص عن العقد المكره عليه، لا نفرّق الخ

(٥) يعني بناءاً على جعل الرّضا ناقلاً يكون تمام المؤثّر نفس الرّضا.

(٦) كلمة (نفسه) بالنّصب خبر لقوله (يكون).

(٧) اسم يكون في هذه العبارة كلمة (تمام)، وكلمة (الأمر) بالنّصب خبره، وضمير منه راجع الى الرّضا والعارض بالنّصب صفة المنتزع، يعني بناءاً على جعل الرّضا كاشفاً يكون تمام المؤثّر، الأمر المنتزع من الرّضا الّذي يعرض للعقد.

(٨) أي الأمر المنتزع.

(٩) يعني سواء كان الرّضا اللّاحق مؤثّراً في العقد المكره عليه أم لا؟.

(١٠) أي تعقّب العقد للرّضا.

(١١) أقول: الضّمير في (كونه) يرجع الى العقد المكره عليه، فعقد المكره عليه جزء المؤثّر التّامّ في النّقل والإنتقال، والجزء الآخر هو الرّضا اللّاحق، فالمؤثّر التّام مجموع العقد والرّضا اللّاحق.

وهذا[١] أمر عقلي قهريٌ يحصل له[٢] بعد حكم الشّارع بكون المؤثّر التّام هو المجموع منه[٣] ومن الرّضا أو وصف تعقّبه[٤] له فتأمّل[٥].

« بحث في أنّ الرّضا المتأخّر كاشف أو ناقل »

بقي الكلام في أنّ الرضا المتأخر ناقل[٦] أو كاشف[٧] مقتضى الأصل[٨] و

---

(١) أي الجزئيّة للعقد أمر عقليّ يحصل للعقد بعد حكم الشّارع بأنّ المؤثّر التّام هو المجموع المركّب من العقد المكره، ومن الرّضا اللّاحق، فعندئذٍ كيف يمكن دفعه بأدلّة الإكراه من غير فرق بين أن يكون دخل الرّضا بنحو الشّرط المتقدّم أو المتأخّر، وأمّا لو لم نقل بدخله أصلاً بل به الكشف عمّا له تمام الدّخل سابقاً، فقد قرّر في محلّه أنّه مشكل.

(٢) يعني هذا الأمر العقلي يحصل للعقل الخ.

(٣) أي من العقد.

(٤) أي تعقّب العقد للرّضا.

(٥) وجه التّأمّل أنّ كون العقد المكره عليه جزء المؤثّر التّام وإن كان أمراً عقليّاً غير مجعول بالأصالة حتّى يصحّ رفعه تشريعاً بالأصالة، لكنّه مجعول بتبع جعل الكلّ، فعندئذٍ قابل للرّفع برفع ذلك الكلّ بأن يقول الشّارع العقد المكره عليه المتعقّب بالرّضا لم أجعله مؤثّرا.

(٦) أقول لا بأس بتوضيح المقام بالتكلّم في أنّ مقتضى الدّليل أنّ الرضا كاشف عن صحّة العقد من أوّل الأمر بحيث يحكم بعد الرّضا بحصول آثار العقد من وقوعه حتّىٰ كأنّ الرّضا وقع مقارناً للعقد أو ناقلٌ من حين تحقّق الرّضا بحيث يحكم بترتّب آثار العقد من حين الرّضا حتّى كأنّ العقد وقع حين الرّضا وهذا يتمّ برسم أمور الأوّل بيان الفرق بين الشّروط المتأخّرة التي تصلح لأن تكون كاشفة أو ناقلة وبين ما لا يكون إلّا ناقلاً فقط وضابط الفرق أنّ كلّ شرط كان ناظراً الىٰ ما وقع من سائر أجزاء العقد

=

عدم[٩] حدوث حل مال الغير إلّا عن طيب نفسه هو الأوّل[١٠] إلّا أنّ الأقوىٰ بحسب

= وأركانه فهو ممّا وقع فيه هذا النّزاع مثاله الإجازة فإنّها ناظرة الىٰ ما وقع من العقد وبعبارة واضحة كلّ ما يرجع الى تنفيذ ما سبق وإمضائه فهو مورد هذا النّزاع وكلّ ما كان متمّماً وهو بنفسه من الأجزاء وممّا له دخل في تأثير البقية فهو ناقل لا يجري فيه هذا النّزاع مثاله القبول مطلقاً والقبض في التّصرف والسّلم ونحوهما، الثّاني هل الأصل أن تكون الإجازة ناقلة أو كاشفةً فنقول مقتضاه هو القول بالنّقل فإنّه يشكّ في حصول الملكيّةالى زمان الرّضا فالأصل يقتضي عدمه بل هذا هو الأقوىٰ لأنّ لازم دخلها بوجودها الخارجي كما هو ظاهر الأدلّة عدم تحقّق النّقل إلّا بعد تحقّقها وقد ذكر امور أُخر في هذا المقام ذكرها تفصيلاً موجب للإطناب.

(٧) قد بيّنا المراد من كاشفيّة الرّضا آنفاً فلا نعيده.

(٨) المراد بالأصل العمومات الواردد في البيع كقوله تعالىٰ «تجارة عن تراض» ونحوه حيثّ أنّها تدلّ على حصول الملك من حين صدور الرّضا لا من حين صدور العقد فيقال عند الشكّ الأصل عدم النّقل والانتقال وعدم حصول الملكيّة إلّا حين اليقين بهما وهو حين صدور الرّضا.

(٩) بالجرّ معطوف على المضاف إليه وهي كلمة (الأصل) في قوله: (مقتضى الأصل) أي ومقتضى عدم حدوث حلّ مال الغير إلّا عن طيب نفسه لأنّه شيء لم يكن سابقاً فعند الشكّ فيه وأنّه هل هذا الطّيب المتأخّر أثّر في السّابق أم لا كان الأصل العدم؟

(١٠) وهو النّقل بمعنى أنّ الرضا المتأخر ناقل.

الأدلّة النّقلية هو الثاني[١] كما سيجيء في مسألة الفضولي، وربّما يدّعى أنّ مقتضىٰ الأصل[٢] هنا[٣] وفي الفضولي هو الكشف[٤] لأنّ مقتضى الرّضا بالعقد السّابق هو الرّضا بما أفاده[٥] من نقل الملك حين صدوره[٦] فإمضاء الشّارع للرّضا بهذا المعنى وهو النّقل من حين العقد وترتّب الآثار عليه لا يكون[٧] إلّا بالحكم

---

(١) وهو الكشف بحسب الأدلّة الظّاهرة في أنّ المالك إنّما يحدث بالعقد أقول ومن جملة الأدلّة ما ورد في تزويج الصّغيرين: عن أبي عبيدة الحذاء قال: سألت أبا جعفر ﷺ عن غلام و جارية زوّجهما وليّان لهما وهما غير مدركين فقال النّكاح جائز وأيّهما أدرك كان له الخيار قلت فإن كان الرّجل الّذي أدرك قبل الجارية ورضي بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أترثه؟ قال نعم يعزل ميراثها حتّىٰ تدرك فتحلف بالله ما دعاها الى أخذ الميراث إلّا رضاها بالتّزويج ثمّ يدفع إليها الميراث ونصف المهر[أ] حيث حكم الإمام ﷺ بالتوارث بينهما إذا مات أحدهما ولكن بعد إحلاف الحيّ على أنّ إمضائه لعقد النّكاح ليس من ناحية الطّمع في المال بل من جهة رغبته في النّكاح.

(٢) مراده ﷺ من هذا الأصل هي الأصول اللّفظيّة والقواعد الأوليّة والعمومات الواردة في البيع، مثل «أحلَّ اللهُ البَيعَ» الشّامل بإطلاقه لعقد المكره الّذي لحقه الرّضا ونحوه ممّا يدلّ على حصول الملك من حين صدور العقد حيث، إنّ مفاد كونه عقداً هو النّقل من حين الصّدور لا من حين الرّضا.

(٣) أي في عقد المكره المتعقّب بالرّضا.

(٤) بمعنى أنّه إذا أجاز المالك الكاره كشف ذلك عن تقدّم النّقل والإنتقال.

(٥) أي أفاده العقد السّابق والضّمير المفعول يرجع الى (ما) في قوله (بما).

(٦) أي حين صدور العقد ووقوعه.

(٧) قوله (لا يكون) الى قوله (في زمان النّقل) خبر لقوله (فإمضاء الشّارع).

(أ) الكافي ج ٥، ط ٢، باب تزويج الصّبيان، ص ٤٠١. والوافي ج ٣، باب ٦٨ وليّ العقد على الصغار ص ٦٥.

بحصول الملك في زمان النّقل[١] وفيه[٢] أنّ مفاد العقد السّابق ليس النّقل من حينه[٣] بل نفس النّقل، إلّا أنّ انشائه[٤] لمّا كان في زمان التّكلّم فإن كان ذلك الإنشاء مؤثّراً في نظر الشّارع في زمان التّكلّم حدث الأثر[٥] فيه[٦] وإن كان مؤثّراً بعد حصول أمر[٧] حدث الأثر بعده[٨] فحصول النّقل[٩] في نظر الشّارع يتّبع زمان حكمه[١٠]

---

(١) المراد من زمان النّقل زمان العقد.

(٢) أي في قوله (وربّما يدّعي الى قوله هو الكشف) نظر وإشكال.

(٣) أي ليس النّقل من حين العقد، بل مفاد العقد نفس النّقل وطبيعته من دون اقتران بزمان صدور العقد، فالزّمان لا دخل له في العقد، فهو مجرّد عنه.
هذا أقول وجه عدم النّقل من حين العقد ما قد اشتهر من أنّ الإنشاءات مجرّدة عن الزّمان لا يؤخذ فيها، ولكن لا نسلّم بهذا، بل نقول فيه منع واضح، ولذا ذهب جماعة كثيرة الى أنّ الأمر للفور بل الكلّ على أنّ النّهي للفور، بل القائلون بالتّراخي في الأمر أيضاً قائلون بأنّه يدلّ على وجوب الإتيان من حين الصّدور مع جواز تأخيره، فيأخذون الزّمان فيه وفي البيع، فظهر لك أنّ الإنشاءات ليست مجرّدة عن الزّمان.

(٤) يعني إنشاء العقد لمّا كان في زمان التّكلّم باللّفظ.

(٥) المراد بالأثر هو النّقل في زمان التّكلّم باللّفظ.

(٦) أي في زمان التّكلّم.

(٧) المراد بالأمر هو الرّضا في المكره في الفضوليّ.

(٨) يعني بعد حصول الأمر.

(٩) (الفاء) تفريع على ما أفاده من أنّ الإنشاء إذا كان مؤثّراً الى قوله حدث النّقل بعده.

(١٠) أي حكم الشّارع، بمعنى أنّ حصول الأثر، أعني النّقل في نظر الشّارع تابع زمان حكمه لذاك الأثر، ومن البيّن أنّ حكم الشّارع بحصول الأثر إنّما هو عند اجتماع شرائطه الّتي من جملتها حصول الرّضا، فالملكيّة عندئذٍ انّما تحصل عند حصول الرّضا لا من حين صدور العقد لكي يكون الرّضا كاشفاً عن سبق الملك للمشتري.

النّاشيء من اجتماع ما[١] يعتبر في الحكم، ولذلك[٢] كان الحكم بتحقّق الملك بعد القبول[٣] أو بعد القبض[٤] في الصّرف[٥] والسّلم[٦] والهبة[٧] أو بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشّيخ[٨] غير مناف[٩] لمقتضى الإيجاب ولم

---

(١) المراد من ما يعتبر في الحكم هو العقد والرّضا اللّاحق بالعقد المكره.

(٢) يعني لأجل أنّ حصول النّقل في نظر الشّارع يتبع زمان حكمه الخ.

(٣) بعد القبول من المشتري لا بمجرّد وقوع الإيجاب من البايع فقط.

هذا أقول فرق بين القبول والإجازة فقياس أحدهما بالآخر في غير محلّه، إذ القبول هو الرّضا بمضمون الإيجاب بخلاف الإجازة، فإنّه انفاذ للعقد السّابق، ومعنى الانفاذ امضائه على ماعليه، فليست الإجازة مجرّد الرّضا بمضمون العقد لكي يكون كالقبول، وأمّا الفرق بين القبض والإجازة واضح من أن يخفىٰ على متّفقه فضلاً عن فقيه.

(٤) قوله (بعد القبض) وكذا قوله (بعد انقضاء زمان الخيار) كلاهما معطوفان على قوله (بعد القبول).

(٥) وهو بيع الأثمان، أي الذّهب والفضّة.

(٦) وهو ما كان الثّمن حالاً، والمثمن مؤجّلاً عكس النّسيئة.

(٧) حيثّ أنّ الموهوب لا يملك الهبة إلّا بعد قبضها.

(٨) فإنّه يرى أنّ الملك لا يحصل إلّا بعد انقضاء زمان الخيار، فالمتبايعان ما داما في المجلس الّذي هو زمان الخيار لا يملكان، فإذا افترقا ملكا العوضين، وهذا المذهب كما ترى خلاف نظر المشهور، حيث انّهم قائلون بالملك في زمان الخيار، فالخيار فائدته التّمكّن من فسخ العقد.

(٩) قوله (غيرَ مناف) منصوب خبر لكان في قوله (ولذلك كان الحكم) يعني الحكم بتحقّق الملك في الأزمنة الثّلاثة، وهي زمان بعد القبول كما في العقود، وزمان بعد القبض كما في بيع الصّرف والسّلف والسّلم والهبة، وزمان انقضاء الخيار كما في البيع الخياري، وحاصل الكلام أنّ حكم الشّارع بذلك يتوقّف على اجتماع جميع الشّرائط، لا أنّه بمجرّد العقد، ففيما نحن فيه حكم الشّارع بالملك في عقد المكره انّما هو بعد الرّضا لا من حين العقد.

يكن[١] تبعيضاً في مقتضاه بالنّسبة الى الأزمنة، فإن قلت[٢] حكم الشّارع بثبوت الملك وإن كان بعد الرّضا، إلّا أنّ حكمه بذلك[٣] لمّا كان من جهة امضائه للرّضا بما وقع فكأنّه[٤] حكم بعد الرّضا بثبوت الملك قبله قلت المراد[٥] هو الملك شرعاً

---

(١) يعني لم يكن الحكم بتحقّق الملك بعد القبول تبعيضاً في مقتضى الإيجاب الّذي هو ظاهر في الملك حين الإيجاب.

وحاصل التّوهّم أنّه بناءاً على تحقّق الملك في الأزمنة الثّلاثة المذكورة آنفاً لأزمه القول بتبعيض مقتضى الإيجاب، حيث انّ مقتضاه وقوع النّقل من حين صدور الإيجاب فيلزم عندئذٍ وقوع بعض العقد في زمان، وبعضه الآخر في زمان آخر، فأجاب عن هذا التّوهّم بأنّه لا يلزم التّبعيض المذكور لأنّ الزّمان منسلخ عن العقد، والعقد عبارة عن نفس النّقل فقط، فهو يدلّ على طبيعة النّقل حال كونه مجرّدة عن الزّمان، فالزّمان لا مدخليّة له في مقتضى العقد أصلاً.

(٢) يعني ان قلت لبيان أنّ الرّضا من المكره كاشف، وليس بناقل حكم الشّارع بثبوت الملك وإن كان ذلك الحكم بعد الرّضا من المكره، إلّا أنّ حكمه.

(٣) بثبوت الملك لمّا كان من جهة امضاء الشّارع لِرضا المكره بما وقع حيث انّ الشّارع قال: أيّها المكره إنّ رضاك بما وقع عن العقد نافذ وممضي لديّ.

(٤) فكأنّ الشّارع حكم بعد رضا المكره بثبوت ملك المكره قبل رضاه، فعندئذٍ اللّازم القول بالكشف لا النّقل.

(٥) بمعنى أنّ المراد من ثبوت الملك الشّرعي الّذي اعتبره الشّارع لا الملك الّذي قصده العاقد، فلا معنى لتخلّف زمان الملك الشّرعي عن زمان حكم الشّارع بثبوت الملك هذا ولكن.

ولامعنى لتخلّف زمانه عن زمان الحكم الشّرعي بالملك، وسيأتي توضيح ذلك[١] في بيع الفضوليّ انشاء الله تعالى وإن شئت توضيح ما ذكرنا[٢] فلاحظ مقتضى فسخ العقد فإنّه[٣] وإن كان حلّاً للعقد السّابق وجعله كان لم يكن إلّا انّه[٤] لا يرتفع به[٥] الملكيّة السّابقة على الفسخ لأنّ العبرة بزمان حدوثه[٦] لا بزمان

---

(١) أقول: زمان الحكم بالملكيّة واعتبارها قد يتّحد مع زمان الملكيّة المعتبرة، كما إذا اعتبر فعلاً والآن ملكيّة فعليّة وقد يتعدّد كما إذا اعتبر فعلاً ملكيّة سابقة أو لاحقة، فعندئذٍ يكون الإعتبار فعليّاً بخلاف ظرف الملكيّة المعتبرة، فإنّه يكون سابقاً أو لاحقاً، فيترتّب الآن آثار الملكيّة السّابقة أو اللاّحقة، فظهر أنّه يمكن تخلّف زمانه عن زمان الحكم الشّرعي.

يعني توضيح اتّحاد ثبوت الملك الشّرعي مع زمان الحكم الشّرعي.

(٢) مراده (قده (ممّا ذكرنا هو الإتّحاد والتّلازم بين زمان ثبوت الملك الشّرعي وبين زمان الحكم الشّرعي، وعدم تخلّف زمان الملك الشّرعي عن زمان الحكم الشّارع بثبوت الملك، وبعبارة واضحة حكم الشّارع بالملك من حين الرّضا لامن حين العقد.

(٣) أي فإنّ فسخ العقد وإن كان حلّاً للعقد السّابق، (وجعله) أي العقد السّابق نسياً منسيّاً كان لم يكن شيئاً مذكوراً، إلّا أنّ الفسخ لا يرتفع به الملكيّة السّابقة على الفسخ، بل ترتفع الملكيّة من حين الفسخ. هذا ولكن قد اعترض لِقوله هذا السّيّد الفقيه في حاشيته، وقال: انّ الفسخ ليس مثل الإجازة، بل هو مماثل للرّضا بالمضون، فمماثل الإجازة انّما هو ردّ العقد من أصله، فتحصّل أنّ الإجازة كالردّ، والفسخ كالقبول، والرّضا بالمضون، فكون الفسخ مؤثّراً من حينه لا يكون دليلاً على كون الإجازة كذلك فراجع.

(٤) ضمير شأن.

(٥) أي بالفسخ.

(٦) يعني حدوث الفسخ.

متعلّقه[١] ثمّ على القول بالكشف هل للطّرف غير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره أم لا؟[٢] يأتي بيانه في الفضوليّ[٣] انشاء الله تعالى.

« في صحّة معاملة العبد بغير إذن سيّده »

«مسألة»: ومن شروط المتعاقدين إذن السّيّد لو كان العاقد عبداً فلا يجوز

---

(١) يعني وليس الاعتبار بزمان متعلّق الفسخ الّذي هو العقد السّابق لكي يقال أنّ زمان العقد متقدّم على زمان الفسخ، فلازم ذلك ارتفاع الملكيّة السّابقة على الفسخ قبل الفسخ.

(٢) أقول: لا مانع من فسخه وله أن يفسخ قبل رضا المكره هنا وفي الفضوليّ وجه الجواز أنّ المفروض عدم تماميّة العقد قبل رضا المكره، فلا مانع من رفع اليد عنه بالنّسبة إليه أيضاً.

(٣) قال المصنّف ﷺ في بحث الفضوليّ في ص١٣٥ (وأمّا على المشهور في معنى الكشف من كون نفس الإجازة المتأخّرة شرطاً لكون العقد السّابق بنفسه مؤثّراً تامّاً، فالّذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد، وقد تحقّق فيجب على الأصيل الإلتزام به وعدم نقضه الى أن ينقض، فإنّ ردّ المالك فسخٌ العقد من طرف الأصيل كما أنّ اجازته امضاء له من طرف الفضوليّ) فظاهر كلامه أنّ لا يجوز للطّرف الغير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره، كما انّه لا يجوز للأصيل الغير المالك وغير الفضوليّ أن يفسخ العقد الفضوليّ قبل اجازة المالك. هذا ظاهر كلامه ولكن قد عرفت آنفاً أنّه لا مانع من فسخه، وذلك لعدم تماميّة العقد قبل رضا المكره.

للمملوك أن يوقع عقداً إلّا بإذن سيّده[١] سواء كان[٢] لنفسه في ذمّته[٣] أو بما في يده[٤] أم لغيره لعموم أدلّة عدم استقلاله[٥] في اموره، قال الله تعالى ﴿ضرب الله

---

(١) أقول: لا شبهة في أنّ العبد ليس كالمجانين، بحيث لا يترتّب على فعله وعبارته أثر بوجه، وبعبارة أخرى ليس كالصّبي والمجنون، بحيث لا يؤثّر إذن المولى في قوله وفعله، ولا أنّه مثل الحرّ العاقل، بحيث يكون مستقلّاً في التّصرّف، بل هو برزخ بينهم وبين الحرّ العاقل، فمحلّ البحث ومحوره بعد الفراغ منه.

ثمّ انّ الأقوال في المسألة بين افراط وتفريط واعتدال:

١ ـ فقيل إنّه محجور عن كلّ تصرّف إلّا الضّروريّات الّتي بها قوام عيشه، فلا يجوز له التّمدّد والمشي ونحو ذلك.

٢ ـ وقيل بنفوذ جميع تصرّفاته إلّا ما يرجع الى التّصرّف في سلطان مولاه، وعندئذٍ لا بأس في نفوذ تصرّفاته بما لا ينافي حقّ المولى كان يتوكّل عن غيره في معاملة أو ايقاع أو يضمن دَين شخص، بشرط أن يؤدّيه لصاحب الدّين بعد انعتاقه.

٣ ـ وقيل بأنّه لا يجوز تصرّفه في كلّما يعدّ شيئاً معتدّاً بحسب العرف والعادة من غير فرق بين عناوين المسبّبات من النّكاح والطّلاق والوكالة والتّوكيل وما يتعلّق بأموال سيّده وما يتعلّق بأمواله، بناءاً على كونه مالكاً شرعاً، فإنّ صحّة جميع ذلك يتوقّف على إذن المالك وإجازته، فيحكم بلغويّة كلّ تصرّف يستقلّ العبد فيه من دون أن يتقيّد بقسم خاصّ مالم يكن ذلك بإذن سيّده.

إذا عرفت هذا فنقول: الأقوىٰ هو الأخير، كما ذهب المصنّف؛ إليه، حيث حكم بأنّه لا يجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلّا بإذن سيّده، سواء كان لنفسه في ذمّته أو بما في يده أم كان لغيره.

(٢) أي العقد.

(٣) يعني نسية بأن اشترى بمقابل الثّمن الكلّي أو باع المثمن الكلّي.

(٤) كفاضل ضريبة، بأن اشترى بمقابل الثّمن الشّخصي الخارجي أو باع المثمن الشّخصي الخارجي.

(٥) يعني عدم استقلال العبد في اموره واحتياجه الى إذن المولى.

مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء»[أ] وعن الفقيه بسنده الى زرارة عن أبـي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قالا: المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه، إلّا بإذن سيّده، قلت: فإن كان السّيّد زوّجه بيد من الطّلاق، قال عليه السلام: بيد السّيّد ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء، فشيء الطّلاق[1][ب] والظّاهر مـن القـدرة خـصوصاً

---

(١) أقول: المراد من قولهما عليهما السلام (لا يجوز نكاحه ولا طلاقه) انّه كما أنّ أفعال الحرّ قـد تكون واجباً، وقد تكون مستحبّاً، وقد يكون حراماً، فكذلك أفعال العبد أيضاً قـد تكون واجباً، وقد تكون حراماً وغيرهما، وأمّا قوله تعالىٰ «لا يقدر عـلى شـيء» فصورة قياسه هكذا: والعبد لا يقدر على شيء، فالصّغرى الطّلاق شيء، والكبرىٰ العبد لا يقدر على شيء، فالنّتيجة العبد لا يقدر على الطّلاق، وحينئذٍ يقع الكلام في المراد من كلمة (شي) فإنّ فيه أيضاً احتمالين كما عن النّائيني التّصريح به:

الأوّل: أن يكون بمعناه العامّ المساوق للوجود، وعلى هذا الإحتمال تدلّ الآية على منع العبد عن كلّ تصرّف سواء كان معتدّاً به أو لا فبمقدار ما ثبت جوازه يلتزم به من باب التّخصيص، وبالنّسبة الى مالم يثبت جوازه تكون الآية هي المرجع، وهذا مدرك القول بمهجوريّته عن كلّ تصرّف، إلّا ما ثبت بالدّليل.

الثّاني: أن يكون الشّيء بمعنى ما يعدّ شيئاً عرفاً ويكون أمراً معتدّاً به، وعلى هـذا الإحتمال يتمّ المختار.

أقول: قال في المصباح في هذا المقام ما لفظه: ووجه الإستدلال بهما أنّه كلّما صدق عليه أنّه شيء معتدّ به فلا يقدر العبد على التّصرّف فيه شرعاً من دون إذن مـولاه، وعليه فلا يجوز للعبد أن يكون وكيلاً عن غيره في إجراء الصّيغة فضلاً عـن كـونه وكيلاً مفوّضاً، ولا على إيجاد الملكيّة أو الزّوجيّة لنفسه، ولا على طلاق زوجته، ولا على الالتزام بشيء والتّعهّد بدين، وإنّ اشتراط أدائه بعد حريّته لأنّ كلّ ذلك يصدق عليه عنوان الشّيء، فلا يقدر عليه العبد شرعاً بدون إذن سيّده، انتهى كلامه قدس سره.

(أ) سورة النّحل، الآية: ٧٧. (ب) من لا يحضره الفقيه، باب طلاق العبد، باب ٧٥.

بقرينة الرّواية هو الإستقلال[١] إذ المحتاج على غيره في فعل غير قادر عليه[٢] فيعلم عدم استقلاله[٣] فيما يصدق عليه[٤] أنّه شيء، فكلّ ما صدر عنه[٥] من دون مدخليّة المولىٰ فهو[٦] شرعاً بمنزلة العدم لا يترتّب عليه الأثر المقصود منه، لا أنّه لا يترتّب عليه[٧] حكم شرعيٌّ أصلاً، كيف وأفعال العبيد موضوعات لأحكام

---

(١) أقول: لا نسلّم بهذا، بل الظّاهر منها عدم نفوذ تصرّفات العبد فيما يرجع الى نفسه، فلا اشعار فيها، بكون مطلق تصرّفاته متوقّفاً على إذن سيّده ضرورة أنّ ما هو مباح للأحرار في الشّريعة المقدّسة الإسلاميّة من المأكولات والملبوسات والمشروبات مباح للعبيد أيضاً وليس لإذن المولى دخل في ذلك بوجه.

(٢) مراده ﷺ أنّ المحتاج الى الغير في فعل من الأفعال غير قادر على هذا الفعل بالإستقلال.

أقول: ليس ظاهر القدرة ولا ظاهر الآية هو الإستقلال لمنع كون من يقدر على شيء بإعانة الغير، غير قادر على ذلك الشيء، بل هو قادر على سبيل جزء العلّة، وإلّا لم يكن البايع قادراً على البيع لإحتياجه الى المشتري.

(٣) يعني يعلم ويفهم من الآية عدم استقلال العبد في اموره.

(٤) الضّمير المجرور يرجع الى (ما) في قوله (فيما).

(٥) يعني كلّ ما صدر عن العبد من دون إذن المولىٰ.

(٦) أي ما صدر عن العبد من دون إذن المولىٰ فهو بمنزلة العدم، من حيث عدم ترتّب الأثر المطلوب منه، كالحليّة في باب النّكاح، فيما إذا أجرىٰ صيغة النّكاح والحرمة في باب الطّلاق، فيما إذا أجرىٰ صيغة الطّلاق، ونحوهما كالنّقل والإنتقال، فيما إذا أجرىٰ صيغة البيع فهذه الآثار، أعني الحليّة والحرمة والنّقل والإنتقال لا تترتّب على انشاء العبد من دون إذن مولاه.

(٧) على ما صدر عن العبد.

كثيرة كالأحرار[١] وكيف كان فإنشاءات العبد لا يترتّب عليها آثارها من دون إذن المولىٰ، أمّا مع الإذن السّابق فلا إشكال[٢] وأمّا مع الإجازة اللّاحقة فيحتمل عدم الوقوع[٣] لأنّ المنع فيه ليس من جهة العوضين[٤] اللّذين يتعلّق بهما حقّ المجيز[٥]

---

(١) يعني كيف يمكن أن يقال أنّ كلّ ما صدر عن العبد لا يترتّب عليه حكم شرعي، والحال أنّ أفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة، كأفعال الحرّ، فكما أنّ أفعال الحرّ قد تكون واجباً وقد تكون مستحبّاً وحراماً، فكذا افعال العبد أيضاً، قد تكون واجباً وقد يكون مستحبّاً وقد يكون حرماً، وكما أنّ اتلاف الحرّ موجب للضّمان، كذلك العبد، وكذا جناياته كجنايات الحرّ موجبة للضّمان وعباداته تسقط القضاء والكفّارة، وجنابته توجب الغسل الى غيرها من الأحكام الكثيره المشتركة.

(٢) يعني فلا إشكال في الصحّة وترتّب الآثار على انشاءات العبد وما صدر عنه.

(٣) أقول: قال المحقّق المامقاني ﷺ في توضيح العبارة ما هذا لفظه: يقع البحث فيه عن الحكم الوضعي بعقد المملوك من بيعه وغيره، فإذا باع ما يملكه كفاضل الضّريبة أو ديّة الجناية عليه كما قيل أو أوقع العقد على وجه يستتبع التّصرّف في ملك مولاه أو صار وكيلاً في ايقاع العقد بين المتبايعين أو الزّوجين أو غيرهم من أطراف العقد بدون إذن سابق من مولاه، أي حكم عليه بالصحّة بلحوق الإجازة منه أم لا؟ فنقول قد وقع الخلاف في مسألة نكاح المملوك على أقوال، وقد ورد النّص ببعض تلك الأقوال، فالحقّ بالنّكاح غيره من العقود بعدم القول بالفصل وحكم بصحّة سائر عقوده إذا لحقها الإجازة، فعلى هذا يجري عليه حكم عقد الفضوليّ إذا لحقه الرّضا الخ.

(٤) يعني أنّ المنع في العقد الّذي أوقعه العبد على ما يملكه كفاضل الضّريبة ليس راجعاً الى العوضين اللّذين يتعلّق بهما حقّ المجيز كالفضوليّ إذ المنع في الفضوليّ من جهة تعلّق حقّ المالك المجيز بالمعوّض بخلاف ما نحن فيه، فإنّ المعوّض، أعني فاضل الضّريبة ملك العبد ليس مربوطاً بالمولىٰ المالك.

(٥) أي المالك الّذي باع ماله الفضوليّ.

فله[١] أن يرضىٰ بما وقع على ماله من التّصرّف في السّابق وأن لا يرضى بل المنع من جهة راجعة الى نفس الإنشاء الصّادر وما[٢] صدر على وجه لا يتغيّر منه بعده، وبتقرير آخر أنّ الإجازة انّما تتعلّق بمضون العقد وحاصله[٣] أعني انتقال المال بعوض، وهذا[٤] فيما نحن فيه ليس منوطاً برضىٰ المولىٰ قطعاً إذ المفروض[٥] أنّه

---

(١) أي للمالك وصاحب المال في الفضولي أن يرضىٰ بتصرّف الفضوليّ وبيعه السّابق وان لا يرضى، فلا يؤثّر العقد الفضوليّ من دون رضاه، وهذا بخلاف المقام، أعني عقد العبد بدون إجازة السّيّد، فإنّ منع الشّارع فيه راجع الى نفس الإنشاء الصّادر، فكأنّ الإنشاء لا إنشاء.

(٢) يعني أنّ الإنشاء الّذي صدر على وجه الإستقلال وعلى وجه البطلان من العبد لا يتغيّر ولا ينقلب من وجه الإستقلال والبطلان الى عدم الإستقلال والصحّة لأنّه من قبيل انقلاب الموجود الى موجود آخر، وهذا غير ممكن توضيحه أنّ الإجازة اللّاحقة انّما تتعلّق بمضمون العقد، أعني به انتقال المال بعوض، ومن المعلوم أنّ هذا المعنى فيما نحن فيه ليس منوطاً برضا المولى لكونه أجنبيّاً عن العوضين، لأنّ عقد العبد كما عرفت آنفاً وقع على ماله الّذي هو فاضل الضّريبة، ولم يقع على مال المولىٰ أو على رقبته، بل حقّ المولى من جهة كون إنشاء هذا المضمون قائماً بعبده، ومن الواضح أنّ الإنشاء إذا صدر من العبد على وجه الإستقلال لم يخرج عن استقلاله، لأنّ الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه، وبعبارة أخرىٰ أنّ ما ترتبط به إجازة المولى، أعني به الإنشاء لا يعقل أن تلحقه الإجازة حتّى يكون صادراً من قِبل المولىٰ لإستلزامه الإنقلاب المحال.

(٣) كلمة (وحاصله) مجرور لأنّه معطوف على قوله (مضمون العقد) أي وحاصل العقد.

(٤) أي انتقال المال بعوض.

(٥) وجه كون المولىٰ أجنبيّاً عن العوضين ما عرفت من أنّ المال المبيع ليس للمولىٰ، لأنّ المفروض أنّ العبد باع فاضل ضريبته.

أجنبيٌ عن العوضين، وإنّما له[١] حقّ في كون انشاء هذا المضمون[٢] قائماً بعبده، فإذا وقع[٣] على وجه يستقلّ به العبد، فلحوق الإجازة لا يخرجه[٤] عن الإستقلال الواقع عليه قطعاً إلّا أنّ الأقوى هو لحوق إجازة المولى[٥] لعموم أدلّة الوفاء بالعقود والمخصّص انّما دلّ على عدم ترتّب الأثر على عقد العبد

---

(١) ألي للمولىٰ.

(٢) أي انشاء النّقل وإنتقال المال بعوض.

(٣) هذا الإنشاء والإنتقال.

(٤) أي الإنشاء والإنتقال، فما بيّناه في توضيح عبارة المصنّف ﷺ كان وجه عدم تصحيح الإجازة اللّاحقة لعمل العبد، فمعنى قول المصنّف (فلحوق الإجازة لا يخرجه عن الإستقلال) أي لا يصحّحه، بل يبطله.

(٥) أقول: حاصل كلامه ﷺ أنّ عموم قوله تعالى «أوْفوا بالعقود» قد دلّ على صحّة العقود والإيقاعات مطلقاً، سواء كانت صادرة من الاحرار أم كانت صادرة من المماليك، وقد خرج منها العقد الصّادر من العبد من دون استناده الى إذن المولىٰ أصلاً، لا سابقاً ولا لاحقاً، ويبقى الباقي تحت عموم «أوْفوا بالعقود»، وبعبارة واضحة أنّ مفاد المخصّص، أعني قوله تعالى «ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدرُ على شيء» انّما هو عدم ترتّب الأثر على العقد الصّادر من العبد من دون إذن سيّده سابقاً، أو إجازته لاحقاً، ولم يدلّ على مدخليّة إذن السّابق في الصحّة دون الإذن اللّاحق، يعني ليس مفاد المخصّص اعتبار الإذن السّابق فقط في تصرّفات العبد ولو أغمضنا عن ذلك وشككنا في أنّ مفاد المخصّص هل هو المعنى الأوّل أو المعنى الثّاني؟ وجب الأخذ بالمعنى الأوّل، والوجه فيه أنّ المخصّص المنفصل إذا كان مجملا بأن كان مردّداً بين الأقلّ والأكثر أخذ بالقدر المتيقّن منه، كما قرّر في محلّه وهو في المقام العقد الصّادر من العبد بلا إذن سابق ولا إجازة لاحقة، وفي ذلك نتمسّك بالعموم.

من دون مدخليّة المولى أصلاً سابقاً ولاحقاً لا مدخليّة إذنه[١] السّابق ولو شكّ[٢] أيضاً وجب الأخذ بالعموم في مورد الشّك ويؤيّد[٣] إرادة الأعمّ من الإجازة الصّحيحة السّابقة[٤] فإنّ جواز النّكاح يكفيه لحوق الإجازة، فالمراد بالإذن هو الأعمّ[٥] إلّا أنّه خرج الطّلاق[٦] بالدّليل، ولا يلزم تأخير

---

(١) يعني إذن المولىٰ.

(٢) يعني ولو شكّ في الإذن اللّاحق وفي كفاية الإجازة اللّاحقة هل تكفي أم لا؟ وجب الأخذ بعموم «أوْفوا بالعقود» فحكم بترتّب الأثر على عقد العبد لشمول العامّ والخارج هو دون الإذن كما عرفت.

(٣) أي ويؤيّد كفاية الإذن اللّاحق بأن تشمل الإجازة اللّاحقة الأعمّ من الإذن السّابق والاجازة اللّاحقة.

(٤) أقول: قوله (الصّحيحة السّابقة) فاعل يؤيّد، وقوله (إرادة الأعمّ) مفعوله، وحاصل الكلام أنّ صحيحة زرارة المتقدّمة في ص ٣٤١ قد دلّت على صحّة النّكاح والطّلاق بالإذن، وحيث ثبت بالأخبار الخاصّة صحّة النّكاح بالإجازة اللّاحقة، فيستكشف من ذلك أنّ المراد من الإذن في الصّحيحة أعمّ من الإذن السّابق والإجازة اللّاحقة، فعندئذٍ نلتزم بصحّة سائر العقود أيضاً بالإجازة اللّاحقة، وذلك لعدم الفرق بين النّكاح وبين بقيّة العقود.

(٥) أي الأعمّ من الإذن السّابق واللّاحق.

(٦) يعني لو قال قائل أنّه كما ثبت أنّ في النّكاح يصحّ لحوق الإجازة كذلك ثبت في الطّلاق أيضاً عدم الصحّة بالإجازة، فلا يمكن إرادة الأعمّ منها، قلنا عدم الصحّة في الطّلاق خرج بالدّليل الخارجي.

البيان[١] لأنّ الكلام المذكور[٢] مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الطّلاق بحيث لا يحتاج الى رضىٰ المولىٰ أصلاً، بل ومع كراهة المولى كما يرشد إليه[٣] التّعبير عن السؤال بقوله[٤] بيد من الطّلاق، ويؤيّد المختار[٥] بل يدلّ عليه[٦] ما رود في صحّة نكاح

---

(١) أقول: قوله ﷺ (ولا يلزم الخ) جواب عن سؤال مقدّر، وهو أنّه إذا كان في صحيحة زرارة المتقدّمة في قول أبي جعفر وأبي عبد الله ﷺ المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلّا بإذن سيّده أعمّ من الإذن السّابق والإجازة اللّاحقة، والمفروض أنّ الإجازة اللّاحقة لا تفيد في الطّلاق، فَلِمَ لَمْ يبيّن الإمام ﷺ في هذه الصّحيحة عدم كفايتها فيه، فعندئذٍ يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، والجواب أنّ المقصود من الصّحيحة هو نفي استقلال العبد في الطّلاق وأنّه يبطل بدون إذن سيّده، لا بيان جميع الخصوصيّات المعتبرة في حكم طلاق العبد، بل مجرّد أنّه يبطل إذا لم يكن إذن من السّيّد، وأمّا أنّه لو كان الإذن اللّاحق موجوداً يكفي أو لا، فليس المقام مقام بيانه، فعلم أنّ كفاية الإذن اللّاحق فيه وعدمها أمر خارج عن مقام البيان وقت الحاجة.

(٢) أي الخبر المذكور، أعني قول أبي جعفر وأبي عبد الله ﷺ المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلّا بإذن سيّده.

(٣) أي الى كون الكلام المذكور مسوقاً لبيان نفي الإستقلال لأنّ التّعبير عن السؤال بقوله (بيد من الطّلاق) يرشد بل ينادي بأعلى صوته أنّ الكلام مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الطّلاق، وذلك لأنّ الظّاهر من التّعبير المذكور أنّ محطّ نظر السّائل أنّ العبد هل هو مستقلّ في الطّلاق بحيث لا يحتاج الى المولى أصلاً أولا فيكشف هذا عن أنّ النّظر ومحطّه في أصل المطلب أيضاً هو الإستقلال وعدمه، وهذا مؤيّد لما ذكرناه آنفاً من أنّ المقصود من الصحيحة هو نفي استقلال العبد في الطّلاق في الجملة وانّه يبطل بدون إذن سيّده لابيان جميع الخصوصيّات.

(٤) يعني بقول السّائل: قلت فإن كان السّيّد زوّجه بيد من الطّلاق.

(٥) وهو أنّ عقد العبد يصحّ مع الإجازة اللّاحقة، حيث قال ﷺ إلّا أنّ الأقوى هو لحوق إجازة المولى.

(٦) يعني على المختار.

العبد الواقع بغير إذن المولى إذا أجاز معلّلاً بأنّه لم يعص الله تعالى، وإنّما عصى سيّده[١]

---

(١) موسى بن بكر، عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخل بها ثمّ اطّلع على ذلك مولاه، فقال ذلك الى مولاه إن شاء فرّق بينهما وإنْ شاء أجاز نكاحهما، فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها إلّا أن يكون اعتدىٰ فأصدقها صداقاً كثيراً فإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأوّل، فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإنّه في أصل النّكاح كان عاصياً، فقال أبو جعفر عليه السلام: انّما أتى شيئاً حلالاً وليس بعاص الله، وإنّما عصى سيّده، ولم يعص الله، إنّ ذلك ليس كإتيانه ما حرّم الله تعالى عليه من نكاح في عدّة وأشباهه، هذا الخبر ضعيف بموسى بن بكر لأنّه مجهول.

وعنه، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده، فقال: ذاك الى سيّده ان شاء أجازه وإن شاء فرّق بينهما، قلت: أصلحك الله إنّ الحكم بن عتيبة وإبراهيم النّخعي وأصحابهما يقولون: أن أصل النّكاح فاسد، ولا تحلّ له إجازة السّيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام إنّه لم يعص الله انّما عصى سيّده فإذا أجازه فهو له جائز، هذا الخبر حسن بإبراهيم بن هاشم لأنّه ممّن لم تثبت عدالته[أ]، المجلّد الثّالث من الوافي باب ٩٣ تزويج الإماء والعبيد ص٨٨، الكافي ج ٥ من ط ٢ ص٤٧٨، الرّوايتان في مقام بيان الضابطة الكليّة وهي كلّ عقد كان فيه عصيان الله فهو فاسد باطل، وذلك كالعقد على الأمّ والأخت ونحوهما، وبيع الخمر والخنزير والميتة وكلّ عقد لم يكن فيه عصيان الله فهو صحيح، غاية الأمر يحتاج الى إجازة السّيّد.

إذا عرفت هذا فنقول: قوله عليه السلام: انّه لم يعص الله انّما عصى سيّده علّة لصحّة العقد الصّادر من العبد ومفاد هذه العلّة هو أنّ المعيار والميزان في صحّة معاملات العبيد بعد عدم كونها مخالفة لله، انّما هو وقوعها برضا المولى، فإذا أوقع العبد عقداً بدون رضا سيّده ثمّ رضى به السّيّد صحّ العقد، وجه الصحّة انّ معاملة العبد حينئذٍ ليست معصية لله حتّى يحكم بفسادها، بل هي معصية لسيّده، فإذا أجازها صحّت ونفذت.

(أ) المجلّد الثّالث من الوافي باب ٩٣ تزويج الإماء والعبيد ص٨٨، الكافي ج ٥ من ط ٢ ص٤٧٨.

فإذا أجاز جاز[١] بتقريب[٢] أنّ الرّواية تشتمل مالو كان العبد هو العاقد على نفسه وحمله[٣] على ما إذا عقد الغير له[٤] مناف لترك الاستفصال مع أنّ تعليل الصحّة

---

(١) بمعنى أنّه إذا أجاز السّيّد عقد النّكاح صحّ ونفذ، أجاز إجازَةَ الشّيء جعله جائزاً، الرّأيَ أنفذه[أ].

(٢) أقول: مراده ﷺ من هذا الكلام الإشارة الى أنّ لفظ صيغة النّكاح الّذي صدر من العبد بغير إذن مولاه إذا لحقته إجازة السّيّد افادته تأثيراً، والوجه في ذلك أنّه إذا أوقع المملوك صيغة النّكاح بنفسه اجتمع هناك جهتان أحديهما التّلفّظ بصيغة النّكاح بدون إذن المولىٰ والأخرىٰ حرمة التّصرّف في ملك المولى بالوطئ، فالإجازة اللّاحقة تفيد الصحّة من الجهة الأولى، فإنّ لحوقها يجعل الصّيغة بمنزلة المأذون فيها ابتداء، وكذا من الجهة الثّانية فتترتّب الآثار على صيغته فإذا صحّ لحوق الإجازة بعقد العبد على نفسه، فصحّة لحوقها بعقد العبد على غيره بطريق أولى، فالخبر يدلّ على أنّ نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى يصحّ مع الإجازة اللّاحقة، سواء كان عاقداً لنفسه أو عاقداً لغيره.

(٣) أي حمل الخبر على ما إذا عقد الغير له، بأن يقال إنّ الخبر يدلّ على صحّة نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى مع إجازة اللّاحقة، إذا عقد الغير للعبد مناف لترك الإستفصال، فإنّه لو كان المراد من الخبر هذه الصّورة فقط لكان اللّازم أن يخصّصها الإمام بالذّكر بأن يقول الإمام ﷺ الحكم مخصوص بما إذا عقد الغير للعبد، وحيث لم يخصّصها، فمقتضى الخبر صحّة ما عقده العبد لنفسه للعموم المستفاد من ترك الإستفصال.

(٤) بمعنى أنّ الرّواية تدلّ على أنّ نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى يصحّ مع الإجازة اللّاحقة سواء كان العبد هو العاقد والمباشر للصيغة أم عقد الغير له، وذلك من جهة ترك الإستفصال المفيد للتّعميم كما عرفت آنفاً، ولو حمل على ما إذا عقد الغير له يخرج بذلك عن عنوان عقد المملوك، ويدخل تحت عنوان عقد الفضوليّ الّذي لا ربط لصحّته بالإجازة اللّاحقة بصحّة عقد العبد بإجازة المولى، وإذا صحّ نكاح العبد صحّت بقيّة العقود الصّادرة منه بالأولويّة.

(أ) المنجد.

بأنّه[١] لم يعص الله تعالى الى آخره في قوّة أن يقال انّه إذا عصى الله بعقد كالعقد على ما حرّم الله تعالى على ما مثّل به الإمام ﷺ في روايات أُخر[٢] واردة في هذه المسألة[٣] كان العقد[٤] باطلاً لعدم تصوّر رضا الله بما سبق[٥] من[٦] معصية، امّا إذا لم يعص الله وعصى سيّده أمكن رضا سيّده[٧] فيما بعد بما لم يرض به[٨] سابقاً فإذا رضى[٩] به وأجاز صحّ فيكون الحاصل أنّ معيار الصحّة في معاملة العبد بعد كون

---

(١) أي بأنّ العبد.

(٢) قد مرّت بعض الرّوايات الّتي هي العمدة في الباب ص ٣٥٠ ـ ٣٥١، فراجع.

(٣) يعني مسألة عقد العبد لنفسه بدون إذن السّيّد.

(٤) جملة (كان العقد باطلاً) جواب لِـ(إذا) في قوله (إذا عصى الله).

(٥) كان يسرق الشّخص أو يزني أو يشرب الخمر مثلاً ثـمّ رضـى الله تـعالى سـبحانه بالسّرقة أو الزّنا أو الشّرب، فإنّه لا يتصوّر رضا الله تعالى بها.

(٦) كلمة (من) بيانيّة توضيح وبيان لِـ(ما) في قوله (بما سبق).

(٧) بمعنى أنّ الإنسان يمكن أن يرضى فيما بعد بما كرهه فيما قبل، فإذا أوقع العبد عقداً بدون رضا سيّده الّذي هو معنى عصيانه ثمّ رضى به سيّده صحّ العقد ونفذ، والوجه فيه أنّ معاملة العبد حينئذٍ ليست معصية الله تعالى ليحكم بفسادها، بل هي معصية لسيّده فيحتاج الى رضاه، وقد تحقّق بخلاف سبحانه وتعالى، فإنّ رضاه فيما بعد بما كرهه، فيما قبل محال، هذا مراده ﷺ ولكن يرد عليه أنّ المعصية الواقعة لا تـرتفع بالإجازة سواء كانت معصية الله تعالى أو معصية السّيّد، فإنّ معصية السّيّد أيضاً بما هي معصية لا ترتفع بهما، وإنّما يرتفع أثرها وهو معقول بالنّسبة الى الله تعالى، ولذا قال السّيّد الفقيه في الحاشية: (الأولىٰ أن يقال أنّ رضا الله مفروض العدم بـخلاف رضا السّيّد، وإلّا فالإجازة من الله أيضاً معقولة) فراجع.

(٨) الضّمير المجرور يرجع الى (ما) في قوله (بما لم يرض).

(٩) أي السّيّد.

المعاملة في نفسها ممّا لم ينه عنه[١] الشّارع هو[٢] رضى سيّده بوقوعه[٣] سابقاً أو لاحقاً وانّه إذا عصى سيّده بمعاملة ثمّ رضى السّيّد بها صحّ، وإنّ ما قاله[٤] المخالف من[٥] أنّ معصية السّيّد لا يزول حكمها برضاه[٦] بعده[٧] وإنّه[٨] لا ينفع الرّضا اللّاحق كما نقله[٩] السّائل عن طائفة من العامّة غير صحيح[١٠] فافهم[١١] واغتنم.

---

(١) لأنّه ليس كبيع الخمر ونحوه، لكي ينهي عنه الشّارع.

(٢) أي المعيار.

(٣) أي بوقوع العقد لا الرّضا، كما توهّمه بعض، لأنّه لا محصّل له.

(٤) الضّمير المنصوب راجع الى (ما).

(٥) كلمة (من) بيانيّة تبيّن المراد من (ما) في قوله: (ما قاله).

(٦) الضّمير المجرور راجع الى (السّيّد) يعني برضا السّيّد بعد مخالفة العبدوعصيانه باجزاء عقد النّكاح لنفسه من دون إذن مولاه.

(٧) أي بعد عصيان العبد للمولى ومخالفته.

(٨) أي الشأن.

(٩) يعني كما نقل السّائل قول المخالف بقوله: (قلت أصلحك الله إنّ الحكم بن عتيبة وإبراهيم النّخعي وأصحابهما يقولون انّ أصل النّكاح فاسد، ولا تحلّ له إجازة السّيّد له) والحكم بن عتيبة وإبراهيم النّخعي وأصحابهما طائفة من العامّة.

(١٠) قوله (غير صحيح) خبر لِـ(أنّ) في قوله: (وإن ما قاله المخالف الخ).

(١١) لما في هذا الكلام من الفائدة.

ومن ذلك[١] يعرف أنّ استشهاد بعض[٢] بهذه الرّوايات[٣] على صحّة عقد العبد ولم يسبقه إذن ولم يلحقه إجازة، بل ومع سبق النّهي[٤] أيضاً لأنّ غاية الأمر هو عصيان العبد، وإثمه في إيقاع العقد والتّصرّف في لسانه الّذي هو ملك للمولى لكن النّهي مطلقاً[٥] لا يوجب الفساد خصوصاً النّهي النّاشيء عن معصية السّيّد كما يومي إليه[٦] هذه الأخبار الدّالّة على أنّ معصية السّيّد لا يقدح بصحّة العقد في غير محلّه[٧] بل الرّوايات ناطقة كما عرفت بأنّ الصّحّة[٨] من جهة ارتفاع كراهة

---

(١) يعني من كون المعيار في صحّة معاملة العبد رضا السّيّد، بحيث لا يصحّ بدونه لاسابقاً ولا لاحقاً، لأنّها تصرّف في حقّه، فتتوقّف على إجازته.

(٢) أقول: المراد من هذه البعض صاحب الجواهر ﷺ، وإليك متن كلامه، قال في الجواهر: (إنّ القول بالصحّة وإن لم يأذن المولى بل مع نهيه لا يخلو من قوّة، وإن أثم العبد الخ)[أ].

(٣) أي الرّوايات الواردة في تزويج العبد نفسه فضولاً الّتي قد صرّحنا بمتن اثنتان منها ص ٣٥٠ ـ ٣٥١.

(٤) يعني من السّيّد كما هو الظّاهر من لفظ العصيان، لأنّه ظاهر في المخالفة فعندئذٍ لايتحقّق في المورد إلّا مع سبق النّهي أيضاً.

(٥) أي قسم من أقسام النّهي سواء من الله تعالى كالنّهي عن البيع وقت النّداء، فإنّه لايوجب الفساد، أو من السّيّد فيما نحن فيه فإنّ نهيه لا يوجب الفساد أيضاً.

(٦) أي الى أنّ العصيان من العبد لا يوجب الفساد.

(٧) خبر (انّ) في قوله: (انّ استشهاد بعض الخ).

(٨) يعني صحّة عقد العبد.

(أ) كتاب التّجارة، ج ٢٢، ص ٢٧١.

المولى وتبدّله بالرّضا بما[١] فعله العبد وليس[٢] ككراهة الله عزّ وجلّ، بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك[٣] بوقوعه[٤] السّابق، فكأنّه قال[٥] لم يعص الله حتّى يستحيل تعقّبه[٦] للإجازة والرّضا، إنّما عصى سيّده، فإذا أجاز[٧] جاز فقد علّق[٨] الجواز صريحاً على الإجازة ودعوى[٩] تعليق الصّحّة على الإجازة من جهة مضمون العقد هو[١٠] التّزويج المحتاج الى إجازةالسّيّد اجماعاً لانفس إنشاء

---

(١) قوله: (بما) متعلّق بقوله: (الرّضا).

(٢) يعني وليس كراهة المولى والسّيّد ككراهة الله لكي يستحيل رضاه بعد الكراهة بل يمكن ارتفاع كراهة السّيّد وتبدّله برضاه.

(٣) يعني بعد الكراهة.

(٤) قوله: (بوقوعه) متعلّق بقوله: (رضاه) وحاصل الكلام أنّه ليس كره السّيّد ككراهة الله بشيء كالعقد على المحارم، بحيث يستحيل رضاه بعد الكره بوقوع العمل المكروه السّابق.

(٥) أي قال الامام أبو جعفر عليه السلام.

(٦) أي تعقّب العقد.

(٧) يعني فإذا أجاز المولى والسّيّد نفذ العقد.

(٨) أي علّق الامام أبو جعفر عليه السلام الجواز تعليقاً صريحاً على الإجازة.

(٩) كلمة (ودعوى) مبتدأ وخبره قوله (مرفوعة) وحاصل الدّعوى أنّ صريح الخبر وإن كان هو التّعليق على الإجازة إلّا أنّ الإجازة لمكان عدم تعلّقها إلّا بمضمون العقد، وهو التّزويج تختصّ بما إذا كان العقد واقعاً على ما يتعلّق بالمولى، كما إذا عقد العبد لنفسه دون ما إذا انشاء العبد عقداً لإنسان آخر فإنّه لا يمكن تعلّق الإجازة له لعدم كون مضمونه للمولىٰ، وحاصل الجواب أنّ ظاهر الخبر انّ كلّ ما كان وقوعه بلا إذن من المولىٰ معصية له يكون أمره بيده، والعقد للغير أيضاً كذلك، فلا بدّ أن يتوقّف على إجازته.

(١٠) أي المضمون.

العقد حتّى لوفرضناه[١] للغير يكون محتاجاً الى إجازة مولى العاقد مدفوعة[٢] بأنّ المنساق من الرّواية إعطاء قاعدة كليّة بأنّ رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه[٣] يكفي[٤] في كلّ ما يتوقّف على مراجعة السّيّد وكان فعله من دون مراجعة أو مع النّهي عنه[٥] معصية[٦] له والمفروض أنّ نفس العقد من هذا القبيل[٧] ثمّ إنّ ماذكره[٨] من[٩] عصيان العبد بتصرّفه في لسانه وانّه لا يقتضي الفساد يشعر[١٠] بزعم[١١] أنّ

---

(١) يعني الإنشاء.

(٢) أقول: وحاصل الدّفع كما عن المصنّف ﷺ أنّ المنساق والمستفاد من الرّواية إعطاء ضابطة وقاعدة كليّة بأنّ رضى المولىٰ بفعل العبد بعد وقوعه يكفي في كلّ ما يتوقّف على مراجعة السّيّد، سواء كان المباشر للصيغة هو العبد أم غيره، وسواء كانت العقود للعبد أم كانت لغيره، وسواء كان إنشاءاً للعقد أو مضموناً له، فإنّ إجراء العبد عقداً للغير من قبيل ما يتوقّف على مراجعة السّيّد وكلّ ما يتوقّف على مراجعة السّيّد يتوقّف على إجازته، إن صدر بدون المراجعة للسّيّد.

(٣) أي بعد وقوع فعل العبد.

(٤) أي يكفي رضا المولىٰ.

(٥) يعني مع نهي المولىٰ عن فعل العبد.

(٦) قوله: (معصية له) خبر قوله: (كان فعله).

(٧) يعني من قبيل كلّ ما يتوقّف علىٰ مراجعة المولىٰ وكان فعله من دون مراجعة، أو مع نهيه عنه معصية.

(٨) أي ما ذكره صاحب الجواهر.

(٩) بيانيّة تبيّن المراد ممّا ذكره صاحب الجواهر.

(١٠) قوله: (يشعر) خبر لقوله: (انّ ما ذكره الخ).

(١١) أي بزعم صاحب الجواهر.

المستند[١] في بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفّظه بألفاظ العقد من دون رضا المولىٰ، وفيه[٢] أوّلاً منع حرمة هذه التّصرّفات الجزئيّة للسّيرة المستمرّة علىٰ مكالمة العبيد[٣] ونحو ذلك من المشاغل الجزئيّة[٤] وثانياً بداهة أنّ الحرمة[٥] في مثل هذه[٦] لا توجب الفساد[٧] فلا يظنّ استناد العلماء في الفساد الىٰ الحرمة،

---

(١) بمعنى أنّ صاحب الجواهر زعم أنّ مستند الفقهاء وإعتمادهم في بطلان إجراء العبد عقداً للغير هو حرمة تلفّظه بألفاظ العقد من دون رضا المولىٰ بهذا التّصرّف، وليس كذلك للوجوه الّتي ذكرها المصنّف.

(٢) أي في زعم صاحب الجواهر أنّ سبب التّحريم ليس تلفّظ العبد بألفاظ العقد من دون رضا المولىٰ بهذا التّصرّف للوجوه والإيرادات الثّلاثة التّي ذكرها المصنّف بقوله (أوّلاً وثانياً وثالثاً).

(٣) يعني قد استمرّت السّيرة علىٰ مكالمة العبيد بدون إذن السّيّد من السّلف الى الخلف.

(٤) كشرب الماء وحركة الأعضاء ونحوها من المشاغل الجزئيّة.

(٥) أي حرمة شرب الماء وحركة الأعضاء ونحوهما كتصرّف العبد في لسانه بإجراء العقد للغير لو فرضنا حرمة هذه التّصرّفات الجزئيّة فلا توجب فساد العقد، وذلك لأنّ متعلّق النّهي عنوان مغاير لعنوان المعاملة مقارن له في الوجود، فليس من قبيل النّهي عن البيع الرّبوي، بل من قبيل النّهي عن البيع وقت النّداء.

(٦) أي في مثل هذه المكالمة ممّا كان متعلّق النّهي عنواناً مغايراً لعنوان المعاملة مقارناً له في الوجود.

(٧) قد صرّحنا آنفاً بوجه عدم فساد العقد، فما أفاده صاحب الجواهر من صحّة عقد العبد للغير وإن لم يسبقه إذن ولم تلحقه إجازة، إستدلالاً بهذه الأخبار الدّالّة علىٰ أنّ معصية السّيّد لا تقدح بصحّة العقد، وإنّما تدلّ علىٰ التّوقّف علىٰ الإجازة فيما يرجع مضمونه الىٰ السّيّد دون مالا يرجع إليه، غاية الأمر أنّه عصى السّيّد في التّصرّف في =

وثالثاً انّ الإستشهاد بالرّواية[١] لعدم كون معصية السّيّد بالتّكلّم بألفاظ العقد والتّصرّف في لسانه[٢] قادحاً[٣] في صحّة العقد غير صحيح[٤] لأنّ مقتضاه[٥] أنّ التّكلّم[٦] إن كان معصية لله تعالىٰ يكون مفسداً مع انّه لا يقول به[٧] أحد، فإنّ حرمة العقد من حيث انّه[٨] تحريك اللّسان كما في الصّلاة[٩] والقرائة المضيّقة[١٠]

= لسانه والنّهي إذا كان راجعاً الىٰ المعاملة من حيث السّبب لا يدلّ علىٰ الفساد، ففيه انّه كما يتوقّف المضمون الىٰ الإذن أو الإجازة إذا رجع الىٰ المولىٰ، فكذلك يتوقّف المعنىٰ المصدري الىٰ الإذن أو الإجازة ولو لم يرجع مضمونه الىٰ المولىٰ لأنّه شيء لا يقدر عليه العبد، فوجه بطلان عقد العبد لغيره إذا لم يكن مأذوناً ولا مجازاً هو هذا لا لكونه تصرّفاً في لسانه الّذي هو ملك السّيّد فإنّه لا دليل علىٰ حرمته أوّلاً وحرمته لا يوجب الفساد ثانياً، فلا يكون حرمته منشأ لإلتزام المشهور بفساد عقد العبد للغير بلا إذن ولا إجازة.

(١) أي الرّواية الواردة في تزويج العبد نفسه فضولاً.

(٢) يعني في لسان العبد.

(٣) قوله: (قادحاً) خبر لِـ(كون) في قوله (لعدم كون الخ).

(٤) قوله (غير صحيح) خبر لِـ(أنّ) في قوله (انّ الإستشهاد).

(٥) أي مقتضى الإستشهاد بالرّواية بأنّ عصيان السّيّد لا يضرّ، فمفهومه أنّ عصيان الله يضرّ.

(٦) حاصل الإيراد أنّ الإستشهاد بالرّواية لعدم كون معصية السّيّد مُضِرّاً في صحّة العقد غير صحيح، لأنّ مفهومه أنّ معصية الله قادحة ومضرّة بصحّة العقد وموجبة لفساده مع انّه لا قائل به.

(٧) أي بفساد العقد بمعصية الله تعالىٰ.

(٨) أي إنّ العقد.

(٩) يعني كما لو عقد وأجرىٰ عقداً في حال الصّلاة وأثنائها، حيث انّ إجراء العقد في أثنائها حرام، لأنّه موجب لبطلان الصّلاة مع انّ العقد المذكور ليس بباطل.

(١٠) كان نذر قرائة قبل ظهر يوم الخميس وحان الظّهر حتّى كانت القرائة مضيّقة، فعندئذٍ أجرىٰ العقد، فتكلّمه بإجراء العقد حرام، لضيق وقت القرائة مع أنّ العقد المذكور ليس بباطل.

ونحوهما[١] لا يوجب[٢] فساد العقد إجماعاً، فالتّحقيق انّ المستند في الفساد[٣] هو الآية المتقدّمه[٤] والرّوايات الواردة في عدم جواز العبد ومضيّه[٥] مستقلاً وانّه[٦] ليس له[٧] من الأمر شيءٌ فرع[٨] لو أمر العبدَ

---

(١) كالتّلبية، حيث ضاق وقتها.

(٢) قوله: (لا يوجب) خبر لِـ(انّ) في قول المصنّف (فإنّ حرمة العقد الخ).

(٣) أي في فساد عقد العبد إذا أجرى العقد بدون إذن السّيّد وإجازته.

(٤) وهي قوله تعالىٰ «ضرب الله مثلاً عبداً لا يقدر علىٰ شيء»[أ].

(٥) يعني عدم نفوذ قول العبد وفعله، وعدم جوازهما بدون إذن السّيّد وإجازته.

(٦) الضّمير للشأن وقوله (انّه ليس) معطوف علىٰ قوله (عدم جواز أمر العبد).

(٧) أي ليس للعبد استقلال.

(٨) أقول: قد تعرّض لهذا الفرع في هذا المقام المحقّق ﷺ وقال: (ولو أمره أن يبتاع له نفسه من مولاه، قيل لا يجوز، والجواز أشبه)[ب] واختلف أنظار الفقهاء رضوان الله عليهم) فقيل انّ الغرض منه التّنبيه علىٰ التّوسعة في إذن المولىٰ، حيث كان المقام مقام البحث عنه، فالمقصود من هذا الفرع وذكره هو الإشارة الىٰ أنّ إذن المولىٰ المصحّح شامل لمثل هذا الإذن الحاصل منه في ضمن البيع، وقيل انّ الغرض منه هو الإشارة الىٰ دفع ما قد يتوهّم في هذا المقام من ثبوت شرط آخر له وهو مغائرة المشتري للمال الّذي اشتراه، فالمقصود بالفرع هو التّنبيه علىٰ أنّه لا مانع من كون المشتري بصيغة الفاعل عين المشترىٰ بصيغة المفعول وهو العبد، وقيل أنّ الغرض منه الإشارة الىٰ أنّه لا مانع من اتّحاد الموجب والقابل، وهو المولىٰ، بمعنى اتّحاد عبارة العبد مع عبارة السّيّد، فيتّحد الموجب والقابل وهو الّذي حكاه المصنّف ﷺ بقوله (وعن القاضي البطلان).

(أ) سورة النّحل، الآية: ٧٧.

(ب) الشّرايع، كتاب التّجارة ص: ٨٥.

آمـرٌ[١] أنْ يشـتري نـفسه من مولاه، فباعه مولاه[٢] صحّ[٣] ولزم بناء علىٰ كفاية رضى المولىٰ الحاصل من تعريضه[٤] للبيع من إذنه[٥] الصّريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجباً للإذن الضّمني[٦]

---

(١) قوله (آمر) فاعل لقوله (أمَرَ).

(٢) بمعنى أن يكون المولىٰ موجباً وعبده قابلاً عن قبل ذلك الآمر الّذي أمر بإشتراء نفسه من مولاه.

(٣) قوله (صحّ) جواب لِـ(لو) في قوله (لو أمر العبد آمر) وقوله (لزم) معطوف علىٰ قوله (صحّ) وحاصل المعنىٰ أنّه صحّ ولزم هذا البيع والإشتراء وإن لم يوجد إذن من المولى صريحاً في كون العبد قابلاً من طرف الآمر، وذلك لوجود رضا المولىٰ المستفاد من تعريضه العبد للبيع الّذي يكفي من إذنه الصّريح

(٤) أي من تعريض المولىٰ عبده للبيع وجعله عَرَضاً له وفي معرض البيع الّذي قبل إيقاع الإيجاب لأنّ قصد البيع يكون قبل البيع قهراً، والحاصل من هذا التّعريض وهو الرّضا يكون قبل الإيجاب، وهذا الرّضا كاف من إعطائه الإذن الصّريح في بيع نفسه.

(٥) قوله (من إذنه) متعلّق بقوله (كفاية) في قوله (كفاية رضى المولىٰ) يعني يكفي الرّضا عن الإذن الصّريح فلا يحتاج الىٰ تصريحه بالإذن بإيقاع العبد وكالة.

(٦) بمعنى أن يكون قول المولىٰ (بعتك من مُوَكِّلِكَ) موجباً للإذن الضّمني، بكون عبده قابلاً من طرف موكّله، فإنّه لولا إجازة السّيّد ورضاه بالعقد الّذي يجريه العبد لم يوجب البيع.

أقول: بل يمكن جعل نفس الإيجاب كاشفاً عن سبق الرّضا، فيكون المشتري وهو العبد قابلاً في زمان الإيجاب أيضاً.

ولا يقدح[١] عدم قابليّة المشتري للقبول في زمان الإيجاب لأنّ هذا الشّرط[٢] ليس على حدّ غيره من[٣] الشّروط المعتبرة في كلّ من المتعاقدين من أوّل الإيجاب الى آخر القبول، بل هو نظير إذن مالك الثمن في الإشتراء حيث يكفي تحقّقه[٤] بعد الإيجاب وقبل القبول الّذي بنى المشتري على إنشائه[٥] فضولاً وعن القاضي البطلان في المسألة[٦] مستدلاً

---

(١) غرضه ﷺ انّه لا أساس صحيح لهذا الشّرط، أعني شرط إذن المولى في صحّة معاملة العبد لأنّ المناط في تحقّق العقد إنّما هو ارتباط التزام البايع بالتزام المشتري، وعليه فإذا تحقّق انشاء البايع حال كون المشتري نائماً ثمّ التفت الى هذا الإنشاء فقبله قبل صدور ناسخه من البايع، صدق عليه العقد جزماً، وحكم بصحّته ولزومه، للأدلّة الدّالّة على نفوذ العقود ولزومه، فظهر منه أنّ الإشكال بتوقّف وكالة العبد الى إذن المولى، وهو حين إيجاب المولى غير مأذون منه، وإنّما يصير وكيلاً بعد الإيجاب فيجب إعادة الإيجاب ثانياً غير وارد لعدم الدّليل على إعتبار الإذن حين الإيجاب فإنّ الشّروط المعتبرة في العقد على أنحاء منها ما يعتبر في مجموع العقد، كشرط البلوغ والعقل والحياة، ومنها ما يعتبر حين صدور الإنشاء ممّن بيده صدوره، فيكفي للصحّة وكالة العبد حين إنشائه القبول للمشتري الآمر له، كما انّه لو لم يكن القابل مأذوناً حين الإيجاب وصار مأذوناً بعده قبل القبول، لكفى لصحّته.

(٢) يعني شرط إذن المولى في صحّة معاملة العبد.

(٣) بيانيّة تبيّن المراد من (غير) في قوله (على حدّ غيره) أعني الشّروط المعتبرة، كالعقل والقصد والإختيار.

(٤) يعني تحقّق إذن مالك الثّمن.

(٥) يعني بنى المشتري الفضوليّ على إنشاء القبول.

(٦) يعني في مسألة أمر الآمر العبد في شراء نفسه من مولاه واستدلّ ﷺ على بطلان البيع في هذه المسألة بإتّحاد عبارة العبد مع عبارة السّيّد فإنّ لسان العبد لسان المولى فيتّحد الموجب والقابل، وهذا يوجب بطلان العقد.

عليه[١] بإتّحاد عبارته[٢] مع عبارة السّيّد[٣] فيتّحد الموجب والقابل، وفيه[٤] مع اقتضائه[٥] المنع لو أذن له السّيّد سابقاً منع الإتّحاد[٦] أوّلاً ومنع

---

(١) يعني علىٰ البطلان بسبب إتّحاد عبارة العبد مع عبارة السّيّد حيث انّ العبد ملك للمولىٰ، فالقبول الصّادر منه صادر عن مولاه، فعندئذٍ يكون المولىٰ موجباً وقابلاً، فيتّحد الإيجاب والقبول.

(٢) يعني عبارة العبد.

(٣) بمعنى أنّ لسان العبد لسان المولىٰ فيتّحد الموجب، أي المولىٰ والقابل وهو العبد كما عرفت آنفاً.

(٤) قوله (وفيه) خبر مقدّم، وقوله (منع الإتّحاد) مبتدأ مؤخّر والضّمير المجرور يرجع الىٰ ما أفاده القاضي، واستدلاله يعني وفيما أفاده القاضي واستدلاله علىٰ البطلان بإتّحاد الموجب والقابل نظر وإشكال من جهات ثلاثة ذكرها المصنّف ﷺ:

(الأولىٰ) قوله: (مع اقتضائه المنع الخ)، وحاصل هذا الإشكال أنّ الإلتزام بذلك يقتضي المنع أيضاً عن نفوذ عقد العبد لو أذن له سيّده سابقاً لوجود العلّة فيه وهو اتّحاد الموجب والقابل.

(الثّانية) قوله: (منع الإتّحاد) وحاصله أنّا نمنع الإتّحاد، وذلك لأنّ المولىٰ بإعتبار أنّه بايع يكون موجباً، والعبد بإعتبار أنّه مشترٍ يكون قابلاً، فلا إتّحاد لوجود الإثنينيّة.

(الثّالثة) قوله: (ومنع قدحه ثانياً) بمعنى أنّه نمنع قدح الإتّحاد ثانياً، وجه عدم القدح أنّه لا دليل علىٰ اعتبار التّغاير بين الإيجاب والقبول، بل يكفي التّغاير بينهما إعتباراً وبعبارة أُخرىٰ التّغاير الإعتباري كاف في الصحّة، وهنا موجود، لأنّ المولىٰ موجب أصالة وقابل وكالة.

(٥) يعني بالإضافة الىٰ اقتضاء هذا الدّليل والإستدلال المنع عن صحّة بيع العبد الخ.

(٦) قد ذكرنا سابقاً أنّ هذا المورد ليس من أقسام اتّحاد الموجب والقابل ضرورة تعدّد الموجب والقابل، فالمولى موجب والعبد قابل، لأنّ الإتّحاد تنزيلاً غير الإتّحاد خارجاً، ويكفي التّغائر الخارجي في إعتبار التّغائر بين الموجب والقابل كما أنّه يكفي الإتّحاد خارجاً مع التّغائر إعتباراً.

قدحه[١] ثانياً هذا إذا أمره[٢] الآمر بالإشتراء من مولاه فإن أمره بالإشتراء من وكيل المولىٰ فمن جماعة منهم المحقّق والشّهيد الثّانيان أنّه[٣] لا يصحّ لعدم الإذن من المولىٰ[٤] وربّما قيل بالجواز حينئذٍ أيضاً بناءاً علىٰ ما سبق منه[٥] من أنّ المنع لأجل النّهي[٦] وهو[٧] لا يستلزم الفساد، وفيه[٨] ما عرفت من[٩] أنّ وجه المنع أدلّة

---

(١) قد صرّحنا بوجه عدم قدح الإتّحاد آنفاً فراجع.

(٢) أي أمر العبد.

(٣) يعني أنّ الإشتراء لا يصحّ.

(٤) بمعنى أنّ المفروض في المقام عدم الإذن من المولىٰ للعبد في شراء نفسه، فحينئذٍ يكون بيعه كالفضوليّ.

(٥) أقول: ضمير (منه) راجع الىٰ القائل المستفاد من (قيل) والمراد منه صاحب الجواهر ﷺ وقد تقدّم منه قوله (لكن النّهي مطلقاً لا يوجب الفساد خصوصاً النّهي النّاشيء عن معصية السّيّد) فهذا الإشتراء صحيح علىٰ مذهبه.

(٦) حيث أنّ الله تعالىٰ نهى العبد من عصيان المولىٰ.

(٧) أي النّهي في مثل المقام لا يفيد الفساد.

أقول: وجه عدم الفساد ما ذكرناه سابقاً من أنّ متعلّق النّهي عنوان مغاير لعنوان المعاملة مقارن له في الوجود، فليس من قبيل النّهي عن البيع الرّبوي، بل من قبيل النّهي عن البيع وقت النّداء، فالحرمة التّكليفيّة في تصرّف العبد في لسانه بإجراء العقد للغير لا توجب فساد العقد الّذي هو الحرمة الوضعيّة.

(٨) أي في القول بالجواز الّذي أفاده صاحب الجواهر نظر.

(٩) بيانيّة تبيّن المراد من (ما) في قوله (ما عرفت).

عدم استقلال العبد[١] في شيء لا منعه عن التّصرّف في لسانه[٢] فراجع ما تقدّم[٣] والله أعلم.

هذا تمام الكلام في البحث عن معاملات العبد.

الىٰ هنا تمّ الجزء الثّاني من كتابنا «غاية الإيضاح» وسيليه الجزء الثّالث والرّابع والخامس الىٰ آخر الكتاب إن شاء الله تعالىٰ وأوّله مبحث الفضوليّ.

والحمد لله ربّ العالمين والصّلاة والسّلام علىٰ مؤسّس قواعد الدّين محمّد ﷺ وآله الطّاهرين واللّعن الدّائم علىٰ أعدائهم أجمعين، وقد وقع الفراغ من ذلك سنة ١٤٠٧ هجري، وقد مضى من ذي القعدة خمس وعشرون يوماً.

---

(١) أقول: مراده ﷺ من أدلّة عدم استقلاله هي الآية الكريمة «ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر علىٰ شيء»[أ] والرّوايات الواردة في المقام منها صحيح زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله ﷺ قالا: المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلّا بإذن سيّده، قلت: فإن كان السّيّد زوّجه بيد من الطّلاق، قال بيد السّيّد: (ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر علىٰ شيء، فشيء الطّلاق)[ب] ومنها ما عن أبي عبد الله ﷺ قال: لا يجوز للعبد تحرير ولا تزويج ولا إعطاء من ماله إلّا بإذن مولاه[ج].

(٢) يعني في لسان العبد بإجراء لفظ العقد.

(٣) يعني تقدّم في ص٣٥٩ ـ ٣٦٠، قوله: (وفيه أوّلاً منع هذه التّصرّفات الجزئيّة، ثانياً بداهة أنّ الحرمة في مثل هذه لا توجب الفساد).

(أ) سورة النّحل، الآية: ٧٧.

(ب) الفقيه باب طلاق العبد، باب ٧٥، ص٤٥٣.

(ج) الكافي، ج٥ من ط ٢، ص٤٧٧.



فهرس الموضوعات والابحاث

الموضوع	الصّفحة
في حكم إنشاء التّمليك بالقول غير الجامع للشرائط	٢
في التّقابض الواقع بعد العقد الفاسد	٦
في تفصيل المصنّف ﷺ في التّقابض الواقع بعد العقد الفاسد	١٤
في التّقابض الواقع بعد العقد الفاسد	١٦
الإستدلال على كفاية اشارة الاخرس وكفاية الكتابة مع العجز	٢٢
البحث في مادّة الصّيغة وهيئتها	٢٤
كفاية ظهور المادّة في المنشأ	٢٨
في الإكتفاء بكلّ لفظٍ له ظهور عرفيّ في البيع	٣٠
في نقل الاقوال في ألفاظ سائر العقود	٣٤
في كفاية مطلق اللّفظ الدّال على المعاملة	٣٦
في كفاية مطلق اللّفظ الدّال على المعاملة صريحاً	٣٨
في بيان مراد العلّامة ﷺ لأنّ المخاطب لا يدرى بم خوطب	٤٢
في توقيفيّة الأسباب الشّرعيّة وبيان الضّابط في كيفيّة ايقاع العقد	٤٤
في توقيفيّة الأسباب الشّرعيّة	٤٦
في ألفاظ الإيجاب	٤٨
في الفاظ القبول	٥٦
هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادّة والهيئة	٦٠
في إشتراطالماضويّة في العقد	٦٦
في لزوم تقديم الإيجاب على القبول	٦٨

الموضوع الصّفحة

القول في لزوم تقديم الإيجاب على القبول ٧٠
التّفصيل في الفاظ القبول في صحّة تقديمه على الإيجاب وعدم صحّتها ٧٢
في الإختلاف الواقع في تقديم القبول على الإيجاب بلفظ الأمر ٨٠
في عدم إنعقاد البيع بالإستدعاء ٨٢
من جوّز تقديم القبول على الإيجاب جوّز تقديمه بلفظ الأمر ٨٤
في اعتبار تقديم الإيجاب في البيع ٨٦
في جواز تقديم القبول بلفظ إشتريت ٨٨
في القول بأنّ إشتريت ليس قبولاً وإنّما هو بدل ٩٢
في صحّة تقديم القبول إذا كان بلفظ اشتريت ٩٤
هل يجوز تقديم القبول إذا لم يكن في إنشائه الإلتزام بشيءٍ أم لا ٩٦
في أقسام القبول في العقود والفرق بينها ١٠٠
هل تعتبر الموالاة بين الإيجاب والقبول ١٠٤
بيان المأخذ لإعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول عند الشهيد ﷺ ١٠٦
الموالاة موكول الى العرف ١١٠
الموالاة بين الإيجاب والقبول ١١٤
إشكال المصنّف على ما أفاده الشّهيد ﷺ ١١٦
الموالاة موكول الى العرف ١١٨
ومن الشّرائط التّنجيز في العقد ١٢٠
في وجه اشتراط التّنجيز في العقد ١٢٢
في بيان أقسام المعلّق ١٣٠
في بيان أقسام المعلّق عليه ١٣٤
في قادحيّة بعض أقسام التعلّيق وعدم قادحيّة بعضٍ آخر ١٣٦

الموضوع الصّفحة

فيما استدلّ به على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة ٢١٨
حاصل الكلام في الضّمان بالمثل في المثلي وبالقيمة في القيمي ٢٢٤
حكم عدم وجدانه المثل إلّا بأكثر ٢٢٦
لو لم يوجد المثل إلّا بأكثر من ثمن المثل ٢٢٨
في عدم الفرق في جواز مطالبته المثل في مكان التّلف وغيره ٢٣٠
هل العبرة في قيمة المثل المتعذّر بقيمة يوم الدّفع أو يوم تعذّر المثل ٢٣٢
الوجوه المحتملة في قيمة المثل المتعذّر ٢٣٤
استظهار بعض الوجوه من ادلّة الضّمان ٢٣٨
فيما هو المناط في صدق الأعواز والتعذّر ٢٤٢
مناط تعذّر المثل فقده في البلد وحواليه ٢٤٤
المعيار في قيمة المثل المتعذّر ٢٤٦
هل العبرة بقيمة بلد التّلف المثل أو غيره ٢٤٨
القدرة على المثل بعد دفع القيمة ٢٥٠
ضمان القيمي بقيمته ٢٥٢
هل العبرة في تعيين القيمة بقيمة يوم التّلف أو يوم الضّمان أو غيرهما ٢٥٨
اعتبار قيمة وقت الضّمان ٢٦٠
الإستدلال بصحيحة أبي ولّاد على اعتبار قيمة يوم الغصب ٢٦٢
البحث حول صحيحة أبي ولّاد ٢٦٤
فيما استظهره المصنّف ﷺ من الصّحيحة ٢٦٦
تقريب دلالة الصحيحة على اعتبار قيمة يوم الغصب ٢٧٠
تضعيف استظهار قيمة يوم الغصب ٢٧٤
الإستدلال على ضمان اعلى القيم ٢٧٨

الموضوع الصّفحة

في ضمان ارتفاع القيمة بسبب الزّيادة العينيّة ٢٨٦
الكلام في بدل الحيلولة ٢٨٨
هل البدل ملك له أو مباح له ٢٩٠
في أنّ المال المبذول هل يصير ملكاً للمالك أو يكون مباحاً اباحة مطلقة ٢٩٤
فيما افاده المصنّف ﷺ في البدل المبذول والعين المتعذّر الوصول ٢٩٦
اشتراط وجوب البدل بفوات معظم المنافع ٢٩٨
فيما تقتضيه ادلّة الضّمان ٣٠٢
في القسم الرّابع لما ذهب عن المالك ٣٠٦
في وجوب ردّ العين إذا ارتفع التعذّر ٣١٠
هل ينتقل البدل الى الغارم بتمكّن دفع العين ٣١٤
لو حبس العين فتلفت ٣١٨
الكلام في شروط المتعاقدين ٣١٩
الشّرط والبحث حوله ٣٢٠
تعيين محلّ البحث في معاملات الصبيّ ٣٢٣
في تصرّفات الصبيّ ٣٢٥
هل تجوز مباشرة الصبيّ اجراء العقد ٣٣٦
في أنّ العمدة في سلب عبارة الصبيّ الإجماع المحكيّ المعتضد بالشّهرة ٣٣٨
الإجماع المعتضد بالشّهرة هو الدّليل على عدم نفوذ تصرّفات الصبيّ ٣٤٠
الحجّة على سلب عبارات الصبيّ هي الشّهرة والإجماع المحكيّ ٣٤٢
الإستيناس بالأخبار المستفيضة لسلب عبارة الصبيّ ٣٤٦
ما هو حكم فعل الصبيّ المعتبر فيه قصد الفاعل ٣٤٨
بحث وتحقيق حول رفع القلم ٣٥٨

الموضوع الصّفحة

هل يصحّ قبض الصبيّ ٣٦٤
في نقل كلام العلّامة ﷺ في عدم نفوذ تصرّفات الصبيّ ٣٦٦
لا فرق في معاملة الصبيّ بين اليسير والكثير ٣٧٢
في ردّ ما استدلّ به المحدّث الكاشاني ٣٧٤
هل تنفذ معاملات الصبيّ في المحقّرات ٣٧٦
عدم تماميّة الإستدلال برواية السّكوني ٣٨٠
في الفرق بين الصبيّ المميّز وغيره ٣٨٦
فيما افاده كاشف الغطاء ﷺ من القول بإباحة التصرّف في معاملة المميّزين ٣٨٨
في توضيح ما أفاده كاشف الغطاء ﷺ ٣٩٢
في تصرّف الأطفال بإذن الأولياء ٤٠٠
في نقد المصنّف ﷺ على توضيح ما أفاه كاشف الغطاء ﷺ ٤٠٤
في تصرّف الأطفال بإذن الأولياء ٤٠٦
اعتبار قصد المتعاقدين ٤١٢
هل يعتبر في البيع تعيين المالكين ٤١٨
هل يعتبر تعيين المالك في صحّة البيع ٤٢٢
هل يعتبر في العقود تعيين من له العقد ٤٢٤
ما أفاده المحقّق التّستري في تعيين المتعاقدين ٤٢٦
نقل الأقوال في وجوب التّعيين أو عدمه ٤٢٨
وقوع بيع نفسه عن الغير عنه لا عن الغير ٤٣٢
هل تبطل المعاملة الواقعة عن نفسه أم تصحّ ٤٣٥
في الفروع المترتّبة على عدم اعتبار التّعيين ٤٣٧
عدم الفرق على الأوسط بين النيّة المخالفة والتّسمية ٤٣٩

الموضوع الصّفحة

ما لا يتشخّص إلّا بإضافته إلى مالكٍ ٤٤١
مختار المصنّف ﷺ في اعتبار التّعيين أو عدمه ٤٤٥
اعتبار قصد المتعاقدين ٤٤٩
في تعيين من يشتري له ومن يبيع له ٤٥٥
في تعيين المشتري والقابل ٤٥٩
في تعيين الموجب لخصوص المشتري والقابل لخصوص البايع ٤٦٣
هل فرق بين البيع والنّكاح في تعيين الموجب القابل والقابل الموجب أم لا ٤٧١
فيما هو الفرق بين البيع والنّكاح عند المصنّف ﷺ ٤٧٥
السرّ في عدم اطلاق الزّوج على الوكيل وشبهه ٤٨١
من شرائط المتعاقدين الإختيار ٤٨٣
في الأدلّة الّتي استدلّ بها على بطلان بيع المكره ٤٨٧
الإستدلال على بطلان بيع المكره بحرمة التصرّف في مال الغير ٤٨٩
الإستدلال على بطلان بيع المكره بحديث الرّفع ٤٩١
الإستدلال علىٰ بطلان بيع المكره بالنّصوص الواردة في طلاق المكره وعتقه ٤٩٥
هل يعتبر في الإكراه وجود حامل على المكره عليه ٤٩٩
هل يعتبر في تحقّق الإكراه الوعيد من الآخر ٥٠١
صدق عنوان الإكراه عرفيٌّ ٥٠٣
في حقيقة الإكراه ٥٠٥
قد يفعل المكرَه لدفع الضّرر عن الغير ٥٠٧
هل يعتبر في الإكراه عدم امكان التقصّي عن الضّرر ٥٠٩
في عدم نفوذ عقد المكره ٥١٩
التفصّي بالتّورية وغيرها ٥٢٥

الموضوع	الصّفحة
التّفصيل بين العجز عن التفصّي بالتّورية وغيرها	٥٢٩
في الإكراه الرّافع لأثر المعاملات	٥٣٣
في انّ الإكراه رافع لأثر المعاملات	٥٣٥
في الإكراه على أحد الأمرين	٥٤٩
في أنّ النّسبة بين مناط رفع الأحكام التكليفيّة والوضعيّة عموم و خصوص من وجه	٥٥١
الإكراه على الجامع	٥٥٣
الإكراه على الأفراد العرضيّة	٥٥٥
إكراه أحد الشّخصين على فعلٍ واحدٍ	٥٦٣
في بيان متعلّق الإكراه	٥٦٧
صورة تعلّق الإكراه	٥٧١
في الإكراه على بيع عبد من عبدين	٥٨١
الإكراه على الطّلاق	٥٨٧
فيما أفاده العلّامة ﷺ في التّحرير من قوله ولو اكره على الطّلاق فطلّق ناويا	٥٨٩
الإكراه على الطّلاق	٥٩١
في الاقسام المتصوّرة في الفرع المذكور	٥٩٩
هل يصحّ عقد المكره بالرّضاء المتأخّر	٦٠٧
في انّ الرّضا المتأخّر كاشف أو ناقل	٦٤١
في أنّه يعتبر إذن المولى لو كان العاقد عبداً	٦٥٣
في أنّ صحّة عقد العبد منوط بإذن المولى	٦٦١
عدم صحّة عقد العبد بدون اذن المولىٰ	٦٦٧

فهارس شرح المكاسب

١ ـ الآيات الكريمة
٢ ـ الأحاديث النبويّة الشّريفة
٣ ـ الأعلام
٤ ـ الكتب

١ ـ الآيات الكريمة

الموضوع	الصفحة
« أ »	
أَحَلَّ اللهُ البيعَ	٢٣، ٦٦، ٦٨، ٧٠، ٧٢، ٩٧، ١١٣، ١٣٩، ١٦٧، ٤٢٧
أُدْخُلُوا الجَنَّةَ بما كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ	١٩٦
وَأَشْهِدُوا إِذا تبايَعْتُمْ	٤٣
إِلّاأَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَن تراضٍ	٤٨٧
إِلّا من أُكرِهَوقلبه مطمئنٌّ بالإِيمان	٥٢٦
« ت »	
تجارةً عن تراضٍ	٦٦، ٦٨، ٧٠، ٩٧، ١١٣، ١١٤، ١٤٣، ٦١٩
« ر »	
رَبَّنا ولاتحمّلنا ما لاطاقة لنا	٤٩٦
رَبائِبكُمُ اللّاتي في حجوركُمْ	٦١٩
« ض »	
ضَرَبَ اللهُ مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء	٦٥٥، ٦٨٠، ٦٨٧
« ف »	
فما استَمْتَعْتُمْ به منهنّ فآتوهنّ اجورهنّ فريضة	٤٣، ٤٦
فانحوا ما طاب لكُمْ من النّساء مثنى وثلاث ورباع	٤٣، ٤٦
فكاتبوهم انْ عَلِمتُمْ فيهم خيراً	١٣٨
فمن اعتدىٰ عَلَيْكُمْ فَاعتَدُوا عَلَيه بمثل	١٦٧، ٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٤، ٢٢٦، ٢٢٩، ٢٥٤
فادفعوا إليهم اموالهم	٣٢٠

الموضوع الصّفحة

« ل »

لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ..... ٤٨٦، ٤٨٧

« و »

وابتلوا اليتامىٰ حتّى إذا بلغوا النّكاح فإنْ آنستُمْ منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم .. ٣٤١
وزوّجناهم بحورٍ عينٍ ..... ٤٣، ٤٦
وشروه بثمنٍ بخسٍ ٤٨
وعَلَى المولودِ له رزقهنّ كسوتهنَّ بالمعروف ١٥٩
ومن النّاسِ مَنْ يشرى نفسه ابتغاء مرضات الله ..... ٤٤، ٤٨

٢ ـ الأحاديث النبوّية

الموضوع	الصّفحة
« أ »	
انّ الجارية إذازوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم	٣٢٩
إذا بلغ الغلام اشدّه ثلاث عشر سنته	٣٣٠، ٣٣٢
إنّ رسول الله ﷺ قال من كانت عنده امانة فليؤدّها الى من ائتمنه عليها	٤٨٩
الجبر من السّلطان	٥٣٩
إن عادوا عليك فعد	٥٢٧
الرّجل يجيئني فيقول إشتر هٰذا الثّوب واربح كذا وكذا	٢١
الرّجل يريد أن يبيع بيعاً يقولُ أبيعك بده دوازده فقال لا بأس	٦٣
إذا بلغ الغلامُ أشدّه ثلاث عشر سنة	٣٣٢
اكتريت بغلاً الى قصر بنى هبيرة ذاهباً وجابياً بكذا وكذا	٢٦١
إلىٰ ابى الحسن الرّضا عليه السلام انّه كان لى على رجل عشرة دراهم	٢٢٥
انّ رسول الله ﷺ نهى عن بيعين الملامسة والمنابذة	٢٠
انّ امرأة أتت النّبىّ ﷺ فقالت إنّي قد وهبت نفسي لك يا رسول الله ﷺ	٧٢، ٨٠
انّ النّبي ﷺ لمّا فتح خيبر تركها في أيديهم على النّصف	٣٢
« ر »	
رفع القلم عن ثلاثة	٣٢٧، ٣٢٨
« س »	
سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق الخرساء قال يلفّ قناعها على رأسها ويجذبه	٢٢

الموضوع الصّفحة

سألت الرّضا ﷺ عن الرّجل تكون عنده المرأة فيصمت ولا يتكلّم ٢٣
سألت أبا عبد الله ﷺ عن السّمسار ايشتري بالأجر ٢٨
سألته عن رجلٍ يعطى الرّجل ارضه وفيها نخل أو فاكهة ٢٩
سألت أبا الحسن ﷺ قلت له أيصلح لي أنْ أشتري من القوم الجارية الآبقة ٦٦
سألته عن اللّبن يشتري وهو في الضّرع فقال لا ٦٦
سألته عن رجلٍ اصاب شاةً في الصّحرا وهل تحلّ له ٢٥١
سألته عن الرّجل يصيب اللّقطة فيعرّفها سنته ٢٥٢

« ع »

على اليد ما أخذت حتّى تودّى ..... ١٥٨، ١٧٥، ١٨٢، ٢٠٢، ٢١٧

« ف »

فقال ﷺ الحكم أنْ يأخذ الوليدة وابنها ٢٠٤

« ك »

كيف أقول لها إذا خلوت بها ٦٧
كتب في الأرض بطلاق امرأته ٢٢

« ل »

لا يحلّ مال امرءٍ مسلمٍ إلّا بطيب نفسه ..... ١٤، ١٧، ١٧٣، ١٧٨، ١٩٣، ٥٤٢، ٥٤٣
لا يمين في قطيعة رحم ولا في حيرٍ ولا في إكراه ٥١٤
عمد الصبيّ وخطائه واحد ٣٤٦
عيال المسلمين اعطيهم من الزّكاة ٣٦٧
على قدرها يوم اشهد تجوز في الأمر الدّون ٣٧٥

« ف »

في الرّجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والفناق ٤٩٥

٣ـ الأعلام

الموضوع	الصّفحة
« ر »	
الرّسول الأعظم ﷺ	٢٥١، ٢٥٥
« ح »	
الحلّي	٢٤، ١٢٠
حمزة بن حمران	٣٢٩
حمّاد بن عيسى	٢١٨
« أ »	
الائمّة عليهم السلام	٥٩
ابن إدريس	٢٠
ابو المكارم الحلبى، ابو يعلى، بان زهرة، ابو القاسم القاضي، ابى الصباح الكنانى	٣٢
ابو حامد الإسفراييني	١٠٧
احمد بن حنبل	٢٠٦
ابن مسلم	٣٤٦
ابو البختري	٣٥٠
اسكافي	٢٥٤
اسد الله الكاظمي التّستري	١٦
« س »	

الموضوع الصّفحة

« ش »

الشّهيد الأوّل .. ١٨، ٢٤، ٢٧، ٣٠، ٣٤، ٥٠، ٥٩، ١٢٥، ١٣٧، ١٤٦، ١٤٧، ١٨٩، ٣٠٧، ٣١٩
الشّهيد الثّاني ٥، ٧، ١٠، ٣٢، ٣٤، ٥٩، ٧٤، ١٠٥، ١٢٥، ١٦٣، ١٨٧، ٢٧٨، ٢٨٦، ٢٩٤، ٣٠٧، ٤١١

« ص »

صاحب الجواهر ..... ٢٤، ١١٨، ٣٠٢
صاحب الرّياض ..... ١٨٤، ٣٨١، ٣٨٢، ٣٨٧
صاحب كنز العرفان ٤٦
صاحب كشف الغطاء ٣٨٨
صاحب المسالك ٤٦
صاحب المصابيح بحر العلوم ..... ٢٧، ٣٦
صاحب المقابس ٤١٧

« ع »

العلّامة الحلّي .. ١٧، ٢٧، ٣٠، ٣١، ٣٢، ٣٥، ٣٦، ١٠٥، ١٢٠، ١٥٧، ٢٠٦، ٢٠٨، ٢٥٠، ٢٥٧، ٢٨٣، ٣٢٢، ٣٤٥
علي بن عبد العالي العاملي الميسي ..... ٧٤، ٢٩٤
عبد العزيز بن أبي كامل الطّرابلسي القاضي ٨٤
العاملي ٩٦
عبد الله بن سنان ٢١٩
العلاء بن الفضل بن يسار ٦٣

« م »

المحقّق الأوّل ..... ٢٩، ٣٠، ٣٢، ٣٤، ٣٥، ٩٥، ١٢٥، ٢٠٨، ٣٣٨

الموضوع الصّفحة

المحقّق الثّاني ٥، ٧، ١٠، ١٣، ١٧، ٣٢، ٣٦، ٣٧، ٥٢، ٥٩، ١٠٥، ١٢٥، ٢٩٤، ٣٠٧، ٣٤٥
المحقّق النّائيني ٥٠٨
المحقّق الأردبيلي ..... ٣٤، ٣٤٠
محمّد باقر السّبزواري ٣١٩
المفيد ٣٠
محمّد بن عليّ الطوسي ٣١
المحقّق الأربيلي ..... ٣٥، ٧٤
محمّد بن أبي نصر البزنطي ٢٣
محمّد باقر البهبهاني ٢٨٠
محمّد كاظم الآخوند الخراساني ٢٩٢
المحدّث الكاشاني ..... ٣٧٤، ٣٧٦
محمّد بن الحسن المعروف بالفاضل الهندي ٧٤

« ف »

الفخر المحقّقين ..... ٤٢، ٥١، ٦١
الفقيه العاملي ..... ٣٧، ٦١، ٧٤
الفاضل الآبي ..... ٣٠، ٢٠٨
الفاضل السّبزواري ٢٩٥
فاضل المقداد ٥٩

« ق »

القاضي ..... ٣٤٢، ٣٤٥

« ن »

النّجاشي ٦٣

« ي »

يحيى بن سعيد ٥٦

٤ ـ الكتب

الموضوع	الصّفحة

«أ»

إرشاد الأذهان ..... ٣١، ١٨٩

الإشراف ٨٤

إيضاح الفوائد ..... ٤٢، ٧٠، ١٣٠، ٢٣٦، ٢٤٩

«ت»

تذكرة الفقهاء ١٧، ٢٥، ١٢١، ١٨٩، ٢١١، ٢١٢، ٢٣١، ٢٣٦، ٢٤١، ٣٠٨، ٣٢٣، ٣٤٣، ٣٦٩، ٣٧٢، ٣٩٦، ٤٧٠

تحرير الأحكام ..... ٢١٣، ٢١٥، ٢٨٣، ٣٤١

تهذيب ٣٧٥

تقريرات النّائيني ٥٩٨

«ج»

الجوامع الفقهيّة ٢٠

جواهر الكلام ..... ٢٧، ٤٨، ٨٤، ١٠٧، ٢٨٧، ٣٠٢

جامع المقاصد ٣٢، ٣٥، ٣٧، ٤٥، ٥١، ٥٩، ٦٠، ٦١، ٧٠، ٧١، ١٨٩، ٢١٦، ٢٣١، ٢٣٧، ٢٣٩، ٢٤٢

«ح»

الموضوع الصّفحة

«خ»

الخلاف ..... ٨٢، ٢٢٦، ٢٩١

«د»

الدّروس ..... ٣٤، ١٢١، ٢١٣، ٢٤٩، ٢٥٠، ٣٠٧، ٣١٩
دعائم الإسلام ١٧٨

