

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المكاسب

كاتب:

مرتضى انصارى (اعظم انصارى)

نشرت فى الطباعة:

مجمع الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

سرشناسه: انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ق.

عنوان و نام پدیدآور: المكاسب / المؤلف مرتضی الانصاری؛ اعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم.

مشخصات نشر: قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۳ه.ق

مشخصات ظاهری: ۶ج.

فروست: مجمع الفكر الاسلامی؛ ۱۴؛ ۱۵؛ ۱۶؛ ۱۷؛ ۱۸؛ ۱۹.

شابک: دوره ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۷-۶؛ ج. ۱. ۹۶۴ ۵۶۶۲ ۱۱-۷؛ ج. ۲. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۲-۵؛ ج. ۳. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۳-۳؛ ج. ۴. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۴-۱؛ ج. ۵. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۵-X؛ ج. ۶. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۶-۸؛

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی براساس جلد چهارم، ۱۴۱۹ق. = ۱۳۷۷.

یادداشت: کتاب حاضر به مناسبت دویستمین سالگرد تولد شیخ انصاری منتشر شده است.

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ سوم: ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ دهم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ دوم: ۱۴۲۰ق. = ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ هشتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ نهم: ۱۳۸۶).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هفتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هشتم: ۱۳۸۶).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی. لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی

شناسه افزوده : کنگره جهانی بزرگداشت دوستمین سالگرد تولد شیخ انصاری (۱۳۷۴ : قم و دزفول)

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱ / الف م ۸ ۱۳۰۰۷ ای الف

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۸-۱۹۳۷

ص : ۱

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنه الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

ص: ٥

و هو في الأصل كما عن المصباح (١)-:مبادله مالٍ بمال.

و الظاهر اختصاص المعوّض بالعين، فلا يعمّ إبدال المنافع بغيرها، و عليه استقرّ اصطلاح الفقهاء (٢) في البيع (٣).

نعم، ربما يستعمل في كلمات بعضهم (٤) في نقل غيرها، بل يظهر ذلك من كثيرٍ من الأخبار، كالخبر الدالّ على جواز بيع خدمه المدبّر (٥)، و بيع سكنى الدار التي لا يُعلم صاحبها (٦)، و كأخبار بيع الأرض الخراجيه و شرائها (٧)، و الظاهر أنّها مسامحه في التعبير، كما أنّ

ص: ٧

-
- ١-١) المصباح المنير: ٦٩، مادّه: «بيع».
 - ٢-٢) في «ص» و نسخه بدل «ن»، «خ»، «م» و «ع» زياده: في تعين العوض و المعوّض.
 - ٣-٣) لم ترد «في البيع» في «ف».
 - ٤-٤) كالشيخ قدّس سرّه في المبسوط ١٧٢: ٦.
 - ٥-٥) الوسائل ١٦: ٧٤، الباب ٣ من أبواب التدبير، الأحاديث ٣، ١ و ٤.
 - ٦-٦) الوسائل ١٢: ٢٥٠، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٥.
 - ٧-٧) الوسائل ١١: ١١٨، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ١ و ٦، و ١٢: ٢٧٥، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٩ و ١٠.

لفظ الإجاره يستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان، كالثمره على الشجره.

و أما العوض، فلا إشكال في جواز كونها منفعه، كما في غير موضع من القواعد (1)، و عن التذكره (2) و جامع المقاصد (3)، و لا يبعد عدم الخلاف فيه.

نعم، نُسب (4) إلى بعض الأعيان (5) الخلاف فيه؛ و لعلّه لما اشتهر في كلامهم: من أنّ البيع لنقل (6) الأعيان، و الظاهر إرادتهم بيان المبيع (7)، نظير قولهم: إنّ الإجاره لنقل المنافع.

و أما عمل الحرّ، فإن قلنا: إنّّه قبل المعاوضه عليه من الأموال، فلا إشكال، و إلّا ففيه إشكال؛ من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع «مألاً» قبل المعاوضه؛ كما يدلّ عليه ما تقدّم عن المصباح.

و أما الحقوق (8)، فإن لم (9) تقبل المعاوضه بالمال كحقّ الحضانه

ص: ٨

١-١) القواعد ١:١٣٦ و ٢٢٥.

٢-٢) التذكره ١:٥٥٦-٥٥٧ و ٢:٢٩٢.

٣-٣) جامع المقاصد ١٠٣:٧.

٤-٤) نسبه الشيخ الكبير قدّس سرّه في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه ٤٨.

٥-٥) هو الوحيد البهبهاني قدّس سرّه في رسالته العمليه الموسومه بـ «آداب التجاره» (انظر هدايه الطالب: ١٤٩).

٦-٦) في غير «ف»: نقل.

٧-٧) في «ش»: البيع.

٨-٨) في غير «ش» زياده: «الأخر». قال الشهيد في شرحه (الصفحه ١٤٩): الظاهر زياده كلمه «الأخر».

٩-٩) في «ف»: فلو لم.

و الولاية (١) فلا إشكال، وكذا لو لم تقبل النقل (٢)، كحق الشفعة، وحق الخيار؛ لأن البيع تمليك الغير.

ولا ينتقض (٣) بيع الدين على من هو عليه؛ لأنه لا مانع من كونه تمليكاً فيسقط؛ ولذا جعل الشهيد في قواعد «الإبراء» مردداً بين الإسقاط والتملك (٤).

والحاصل: أنه يعقل أن يكون مالكاً لما (٥) في ذمته فيؤثر تمليكه السقوط، ولا يعقل أن يتسلط على نفسه. والسرى: أن هذا (٦) الحق سلطنه فعليه لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد، بخلاف الملك، فإنها نسبة بين المالك والمملوك، ولا يحتاج إلى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه، فافهم.

وأما الحقوق القابلة للانتقال - كحق التحجير ونحوه فهي وإن قبلت النقل وقوبلت بالمال في الصلح، إلا أن في جواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالاً، من أخذ المال في عوضى المبايعه لغه و عرفاً، مع ظهور كلمات الفقهاء - عند التعرض لشروط العوضين ولما يصح أن يكون أجره في الإجاره في حصر الثمن في المال.

ص: ٩

١-١) عبارته «كحق الحضانه و الولاية» من «ش».

٢-٢) كذا في «ف» و «ش» و نسخه بدل «ن»، «خ»، «م» و «ع»، و في غيرها: الانتقال.

٣-٣) النقض من صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٠٩:٢٢.

٤-٤) القواعد و الفوائد ٢٩١:١.

٥-٥) لم ترد «لما» في «ش».

٦-٦) في «ش» و هامش «ن»: مثل هذا.

اشاره

ثمّ الظاهر: أنّ لفظ «البيع» ليس له حقيقه شرعيه و لا متشرعيه (١)، بل هو باقٍ على معناه العرفي، كما سنوضحه إن شاء الله، إلّا أنّ الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه، ففي المبسوط (٢) و السرائر (٣) و التذكره (٤) و غيرها (٥):

«انتقال عينٍ من شخصٍ إلى غيره بعوضٍ مقدّر على وجه التراضي».

و حيث إنّ في هذا التعريف مسامحه واضحه، عدل آخرون (٦) إلى تعريفه ب: «الإيجاب و القبول الدالّين على الانتقال»، و حيث إنّ البيع من مقوله المعنى دون اللفظ مجرّداً أو بشرط قصد المعنى، و إلّا لم يعقل إنشاؤه باللفظ عدل جامع المقاصد إلى تعريفه ب: «نقل العين بالصيغه المخصوصه» (٧).

و يرد عليه مع أنّ النقل ليس مرادفاً للبيع؛ و لذا صرّح في التذكره: بأنّ إيجاب البيع لا يقع بلفظ «نقلت»، و جعله من الكنايات (٨)،

ص: ١٠

١- ١) في «ف»: متشرّعه.

٢- ٢) المبسوط ٧٦:٢.

٣- ٣) لم ترد «السرائر» في غير «ف»، انظر السرائر ٢٤٠:٢.

٤- ٤) التذكره ٤٦٢:١.

٥- ٥) في «ن»، «ع»، «ص»، و «ش»: غيرهما، انظر القواعد ١٢٣:١، و التحرير ١٦٤:١.

٦- ٦) منهم: المحقّق في المختصر النافع: ١١٨، و الشهيد في الدروس ١٩١:٣، و الفاضل المقداد في التنقيح ٢٤:٢.

٧- ٧) جامع المقاصد ٥٥:٤.

٨- ٨) لم نعثر عليه بعينه، نعم فيه -بعد ذكر شرط التصريح-: «عدم انعقاده بمثل: أدخلته في ملكك أو جعلته لك»، انظر التذكره

٤٦٢:١.

و أنّ المعاطاه عنده (١) بيع مع خلّوها عن الصيغه-: أنّ النقل بالصيغه أيضاً لا يعقل إنشاءه بالصيغه.

و لا يندفع هذا: بأنّ المراد أنّ البيع نفس النقل الذى هو مدلول الصيغه، فجعله مدلول الصيغه إشاره إلى تعيين ذلك الفرد من النقل، لا أنّه (٢) مأخوذ فى مفهومه حتى يكون مدلول «بعث»: نقلت بالصيغه؛ لأنّه إن أُريد بالصيغه خصوص «بعث» لزم الدور؛ لأنّ المقصود معرفه ماده «بعث»، و إن أُريد بها ما يشمل (٣) «ملكت» و جب الاقتصار على مجرّد التمليك و النقل.

فالأولى تعريفه بأنّه: «إنشاء تمليك عين بمال»

إشاره

و لا يلزم عليه شيء ممّا تقدّم.

نعم،

يبقى عليه أمور:

منها: أنّه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ «ملكت»

و إلّا لم يكن مرادفاً له (٤).

و يردّه: أنّه الحقّ كما سيجىء (٥).

و منها: أنّه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه؛

لأنّ الإنسان لا يملك مالاً على نفسه.

ص: ١١

١-١) أى عند المحقق الثانى، راجع جامع المقاصد ٤:٥٨.

٢-٢) فى «ف»: لا لأنّه.

٣-٣) فى «ف»: يشتمل.

٤-٤) فى غير «ش» و مصحّحه «ن»: لها.

٥-٥) يجىء فى الصفحه ١٥ و ١٢٠.

و فيه مع ما عرفت (١) و ستعرف من تعقل تملك ما على نفسه (٢) و رجوعه إلى سقوطه عنه، نظير تملك ما هو مساو لما في ذمته، و سقوطه بالتهاتر-: أنه لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع؛ إذ ليس للبيع -لغته و عرفاً- معنى غير المبادله و النقل و التمليك و ما يساويها من الألفاظ؛ و لذا قال فخر الدين: إن معنى «بعت» في لغة العرب:

«ملك غيري» (٣)، فإذا لم يعقل ملكيه (٤) ما في ذمه نفسه لم يعقل شيء مما يساويها، فلا يعقل البيع.

و منها: أنه يشمل التمليك بالمعاطاه،

مع حكم المشهور، بل دعوى الإجماع على أنها ليست بيعاً (٥).

و فيه: ما سيجيء من كون المعاطاه بيعاً (٦)؛ و أن (٧) مراد النافين نفي صحته.

و منها: صدقه على الشراء؛

فإن المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع.

ص: ١٢

١- ١) راجع الصفحه ٩، قوله: «و الحاصل: أنه يعقل...».

٢- ٢) في «ف»: «ما في ذمه نفسه». و في مصححه «ن» و نسخه بدل «ش»: «ما في ذمته».

٣- ٣) قاله في شرح الإرشاد، على ما حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ١٥٢: ٤.

٤- ٤) في «ف»: ملكيته.

٥- ٥) كما ادّعاها ابن زهره في الغنيه: ٢١٤.

٦- ٦) يأتي في الصفحه ٤٠.

٧- ٧) في «ش»: لأنّ.

و فيه: أنّ التملك فيه ضمنى، وإنما حقيقته التملك بعوض؛ ولذا لا يجوز الشراء بلفظ «ملك»، تقدّم على الإيجاب أو تأخر. و به يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين (1)؛ حيث إنّ الاستئجار يتضمّن تملك العين بمال، أعنى: المنفعة.

و منها: انتقاض طرده بالصلح على العين بمال، و بالهبة المعوّضه.

و فيه: أنّ حقيقه الصلح و لو تعلق بالعين ليس هو التملك على وجه المقابله و المعاوضه، بل معناه الأصلي هو التسالم؛ ولذا لا يتعدى بنفسه إلى المال. نعم، هو متضمّن للتملك إذا تعلق بعين، لا أنّه نفسه.

و الذى يدلّك على هذا: أنّ الصلح قد يتعلّق بالمال عيناً أو منفعه، فيفيد التملك. و قد يتعلّق بالانتفاع به (2)، فيفيد فائده العاريه، و هو مجرّد التسليط (3)، و قد يتعلّق بالحقوق، فيفيد الإسقاط أو الانتقال، و قد يتعلّق بتقرير أمر بين المتصالحين كما فى قول أحد الشريكين لصاحبه:

«صالحتك على أن يكون الربح لك و الخسران عليك» فيفيد مجرّد التقرير.

فلو كانت (4) حقيقه الصلح هى عين كلّ من (5) هذه المفاداه الخمسه لزم كونه مشتركاً لفظياً، و هو واضح البطلان، فلم يبقَ إلّا أن يكون مفهومه معنى آخر، و هو التسالم، فيفيد فى كلّ موضع (6) فائده من

ص: ١٣

١-١) لم ترد «بعين» فى «ف».

٢-٢) لم ترد «به» فى غير «ف».

٣-٣) فى «ف»: التسلّط.

٤-٤) فى غير «ش»: كان.

٥-٥) لم ترد «كلّ من» فى «ف».

٦-٦) فى هامش «ف» زياده: من المواضع.

فالصلح على العين بعوض: تسالّم عليه (١)، وهو يتضمّن التمليك، لا- أنّ مفهوم الصلح فى خصوص هذا المقام و حقيقته هو إنشاء التمليك، و من هنا لم يكن طلبه من الخصم إقراراً (٢)، بخلاف طلب التمليك.

و أمّا الهبة المعوّضه و المراد بها هنا: ما اشترط فيها (٣) العوض فليست إنشاء تمليك بعوض على جهه المقابله، و إلّا لم يعقل تملك أحدهما لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر (٤)، مع أنّ ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب الهبه (٥)، بل غايه الأمر أنّ المتّهب لو لم يؤدّ العوض كان للواهب الرجوع فى هبته، فالظاهر أنّ التعويض المشترط فى الهبه كالتعويض الغير المشترط فيها فى كونه تمليكاً (٦) مستقلاً يقصد به وقوعه عوضاً، لا أنّ حقيقه المعاوضه و المقابله مقصوده فى كلّ من العوضين؛ كما يتّضح ذلك بملاحظه التعويض الغير المشترط فى ضمن (٧) الهبه الأولى (٨).

ص: ١٤

١-١ فى «ف» زياده: به.

٢-٢ فى «ش» زياده: له.

٣-٣ فى «ص»: فيه.

٤-٤ لم ترد «للآخر» فى «ف».

٥-٥ فى «ش» و «م» و نسخه بدل «ن»، «خ» و «ع»: بالهبه.

٦-٦ فى «ف»: تملكاً.

٧-٧ فى «ف» بدل «ضمن»: إنشاء.

٨-٨ فى غير «ف» و «ش» زياده ما يلى: «و ممّا ذكرنا تقدّر على إخراج القرض من التعريف؛ إذ ليس المقصود الأصلي منه المعاوضه و المقابله، فتأمل»، لكن شطب عليها فى «م» و كتب عليها فى «ن»: زائد.

فقد تحقّق ممّا ذكرنا: أنّ حقيقته تملك العين بالعوض ليست إلّا البيع، فلو قال: «ملكتك كذا بكذا» كان بيعاً، ولا يصحّ صلحاً ولا هبة معوّضه وإن قصدتهما؛ إذ التملك على جهه المقابله الحقيقته ليس صلحاً، ولا هبة، فلا يقعان به.

نعم، لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصريحه توجه تحقّقهما مع قصدهما، فما قيل من أنّ البيع هو الأصل في تملك الأعيان بالعوض، فيقدّم على الصلح و الهبه المعوّضه (١)، محلّ تأمل، بل منع؛ لما عرفت من أنّ تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير.

نعم، لو اتى بلفظ «التمليك بالعوض» واحتمل إرادته غير حقيقته كان [مقتضى (٢)] الأصل اللفظي حمليه على المعنى الحقيقي، فيحكم بالبيع، لكنّ الظاهر أنّ الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدم، وسيجيء توضيحه في مسأله المعاطاه في غير البيع إن شاء الله (٣).

بقي

بقي (٤) القرض داخلاً في ظاهر الحدّ،

و يمكن إخرجه بأنّ مفهومه ليس نفس المعاوضه، بل هو تملك على وجه ضمان المثل (٥) أو القيمه، لا معاوضه للعين بهما؛ و لذا لا يجري فيه ربا المعاوضه (٦)، ولا الغرر

ص: ١٥

١- ١) انظر الجواهر ٢٤٦: ٢٢.

٢- ٢) لم ترد «مقتضى» في النسخ، إلّا أنّها زيدت في «ن»، «ص» و«ش» تصحيحاً أو استظهاراً.

٣- ٣) يجيء في الصفحه ٩١ عند قوله: الخامس في حكم جريان المعاطاه..

٤- ٤) في «ف» و«ن»: وبقية.

٥- ٥) في «ف»: الضمان للمثل.

٦- ٦) في «ف»: المعاوضات.

المنفى فيها، ولا ذكر العوض، ولا العلم به، فتأمل (١).

ثم إن ما ذكرنا، تعريفٌ للبيع المأخوذ في صيغته «بعت» وغيره (٢) من المشتقات،

و يظهر من بعض من قارب عصرنا

أشاره

و يظهر من بعض من قارب عصرنا (٣) استعماله في معانٍ آخر غير ما ذكر

أشاره

(٤)

:

أحدها: التملك المذكور، لكن

أحدها: التملك المذكور، لكن (٥) بشرط تعقبه بتملك المشتري،

و إليه نظر بعض مشايخنا (٦)، حيث أخذ قيد التعقب (٧) بالقبول (٨) في تعريف البيع المصطلح؛ ولعله لتبادر التملك المقرون بالقبول من اللفظ، بل و صحه السلب عن المجرد؛ ولهذا لا يقال: «باع فلان ماله»، إلا بعد أن يكون قد اشتراه غيره، ويستفاد من قول القائل: «بعت مالي»، أنه اشتراه غيره، لا أنه أوجب (٩) البيع فقط.

ص: ١٦

١ - ١) عبارته «بقي القرض إلى فتأمل» لم ترد في «خ»، و كتب عليها في غير «ف» و «ش»: «زائد»، و قد تقدم (في الصفحة ١٤، الهامش ٨) زيادته عبارته عن بعض النسخ ترتبط بإخراج القرض، و الظاهر أن المؤلف قدس سره كتب أولاً تلك العبارة ثم أعرض عنها و بينها هنا بلفظٍ أوفى، فصار ذلك منشأً لاختلاف النسخ.

٢ - ٢) في «ف»: غيرها.

٣ - ٣) انظر مقابس الأنوار: ١٠٧ (كتاب البيع)، و ٢٧٥ (كتاب النكاح).

٤ - ٤) عبارته «غير ما ذكر» من «ف» و «ش» و مصححه «ن».

٥ - ٥) في «ف»: لكتنه.

٦ - ٦) لم نعثر عليه، و لعله المحقق النراقي، انظر المستند ٢: ٣٦٠.

٧ - ٧) في «ف»: التعقيب.

٨ - ٨) في غير «ش» زيادته: «مأخوذاً»، و شطب عليها في «ن».

الثاني: الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول،

و هو الانتقال، كما يظهر من المبسوط (١) و غيره (٢).

الثالث: نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول،

و إليه ينظر من عرّف البيع بالعقد (٣). قال (٤): بل الظاهر اتّفاقهم على إرادته هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات، حتى الإجاره و شبهها التي ليست هي في الأصل (٥) اسماً لأحد طرفي العقد (٦).

[المناقشه في هذه الاستعمالات]

أقول: أمّا البيع بمعنى الإيجاب المتعقّب للقبول، فالظاهر أنّه ليس مقابلاً للأوّل، و إنّما هو فردٌ انصرف إليه اللفظ في مقام قيام القرينه على إرادته الإيجاب المثمر؛ إذ لا ثمره في الإيجاب المجرد، فقول المخبر:

«بعت»، إنّما أراد الإيجاب المقيّد، فالقيّد مستفاد من الخارج، لا- أنّ البيع مستعمل في الإيجاب المتعقّب للقبول، و كذلك لفظ «النقل» و «الإبدال» و «التمليك» و شبهها، مع أنّه لم يقل (٧) أحد بأنّ تعقّب القبول له دخل في معناها.

نعم، تحقّق القبول شرط للانتقال في الخارج، لا في نظر الناقل؛ إذ

ص: ١٧

١- ١) المبسوط ٧٦:٢.

٢- ٢) السرائر ٢٤٠:٢.

٣- ٣) مثل الحلبي في الكافي: ٣٥٢، و ابن حمزه في الوسيله: ٢٣٦، و اختاره العلّامة في المختلف ٥١:٥.

٤- ٤) أي بعض من قارب عصر المؤلّف قدّس سرّه، المشار إليه آنفاً.

٥- ٥) لم ترد «هي في الأصل» في «ف».

٦- ٦) انظر مقابيس الأنوار: ١٠٧ و ٢٧٥.

٧- ٧) في «ف»: لم ينقل.

لا- ينفك التأثير عن الأثر (١)، فالبيع و ما يساويه معنى من قبيل الإيجاب و الوجوب، لا- الكسر و الانكسار كما تخيله بعض (٢) فتأمل. و منه يظهر ضعف أخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح، فضلاً عن أن يجعل أحد معانيها (٣).

و أمّا البيع بمعنى الأثر و هو الانتقال، فلم يوجد في اللغة و لا في العرف (٤)، و إنّما وقع في تعريف جماعه تبعاً للمبسوط (٥). و قد يوجه (٦): بأنّ المراد بالبيع المحدود المصدر من المبنى للمفعول، أعني: «المبيعيه»، و هو تكلف حسن.

و أمّا البيع بمعنى العقد، فقد صرح الشهيد الثاني رحمه الله: بأنّ إطلاقه عليه مجاز؛ لعلاقه السببيه (٧).

و الظاهر أنّ المسبّب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع؛ لأنّه المسبّب عن العقد، لا النقل الحاصل من فعل الموجب؛ لما عرفت من أنّه حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون توقّف على شيء، كحصول وجوب الضرب في نظر الأمر (٨) بمجرّد الأمر و إن لم يصّر واجباً في

ص: ١٨

-
- ١- ١) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و قد وردت العبارة في سائر النسخ مع اختلاف غير مخلّ في التقديم و التأخير.
 - ١- ٢) المراد به ظاهراً الشيخ أسد الله التستري، راجع مقابس الأنوار: ١٠٧.
 - ٣- ٣) كذا في النسخ، و المناسب: معانيه.
 - ٤- ٤) العبارة في «ف» هكذا: فلم يوجد له أثر في اللغة و لا العرف.
 - ٥- ٥) راجع الصفحه ١٠.
 - ٦- ٦) وجهه المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ٢٧٤.
 - ٧- ٧) المسالك ١٤٤: ٣.
 - ٨- ٨) في «ف»: في نفس الأمر.

الخارج (١) في نظر غيره.

و إلى هذا نظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى من قولهم: «لزم البيع»، أو «وجب»، أو «لا- بيع بينهما»، أو «أقاله في البيع» و نحو ذلك.

و الحاصل: أنّ البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحقّقه فى نظر الشارع، المتوقّف على تحقّق الإيجاب و القبول، فإضافه العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانيه؛ و لذا يقال: «انعقد البيع»، و «لا ينعقد البيع».

[البيع و نحوه من العقود اسم للصحيح أو للأعم]

ثمّ إنّ الشهيد الثانى نصّ فى «كتاب اليمين» من المسالك على أنّ عقد البيع و غيره من العقود حقيقه فى الصحيح، مجاز فى الفاسد؛ لوجود خواصّ الحقيقه و المجاز، كالتبادر و صحّح السلب. قال: و من ثمّ حمل (٢) الإقرار به عليه، حتى لو ادّعى إرادته الفاسد لم يسمع إجماعاً، و لو كان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد لقبلى تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة، و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعتم من الحقيقه (٣)، انتهى.

و قال الشهيد الأول (٤) فى قواعد: الماهيات الجعليه كالصلاه و الصوم و سائر العقود لا تطلق على الفاسد إلّا الحجّ؛ لوجوب المضى فيه (٥)، انتهى. و ظاهره إرادته الإطلاق الحقيقى.

و يشكل ما ذكره بأنّ وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك

ص: ١٩

١-١) لم ترد «فى الخارج» فى «ف»، و شطب عليها فى «ن».

٢-٢) فى غير «ش»: «قبل»، و صحّح فى أكثر النسخ بما فى المتن.

٣-٣) المسالك (الطبعه الحجرية) ١٥٩: ٢.

٤-٤) لم ترد «الأول» فى «ف».

٥-٥) القواعد و الفوائد ١٥٨: ١.

بإطلاق نحو وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (١)، وإطلاقات (٢) أدلّه سائر العقود في مقام الشكّ في اعتبار شيءٍ فيها، مع أنّ سيره علماء الإسلام التمسك بها في هذه المقامات.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ البيع و شبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل (٣): «بعت» عند الإنشاء، لا يستعمل حقيقه إلّا في ما كان صحيحاً مؤثراً و لو في نظر القائل (٤)، ثمّ إذا كان مؤثراً في نظر الشارع كان بيعاً عنده، و إلّا كان صورته بيع، نظير بيع الهازل عند العرف.

فالباع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل: «بعت» عند العرف و الشرع حقيقه في الصحيح المفيد للأثر، و مجاز في غيره، إلّا أنّ الإفادة و ثبوت الفائده مختلف في نظر العرف و الشرع.

و أمّا وجه تسميّة العلماء بإطلاق أدلّه البيع و نحوه؛ فلأنّ الخطابات لمّا وردت على طبق العرف، حمل لفظ «البيع» و شبهه في الخطابات الشرعيّه على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف، أو على المصدر الذي يراد من لفظ «بعت»، فيستدلّ بإطلاق الحكم بحلّه أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثراً في نظر الشارع أيضاً، فتأمل فإنّ للكلام محلاً آخر.

ص: ٢٠

١ - ١) البقره: ٢٧٥.

٢ - ٢) في «ف»: إطلاق.

٣ - ٣) كلمه «القائل» من «ش» و مصحّحه «ن».

٤ - ٤) في «ف»: «نظر الفاعل»، و في «ش»: «نظرهم»، و في سائر النسخ جُمع بين ما أثبتناه و ما في «ش».

[الكلام فى المعاطاه]

ص: ٢١

[البحث في حقيقه المعاطاه صورها]

إعلم أنّ المعاطاه-على ما فسّره جماعه (١)-: أن يعطى كلُّ من اثنين عوضاً عمّا يأخذه من الآخر، وهو يتصوّر على وجهين:

أحدهما: أن يبيح كلُّ منهما للآخر التصرف فيما يعطيه، من دون نظر إلى تملكه.

الثاني: أن يتعاطيا على وجه التملك.

وربما يذكر وجهان آخران (٢):

أحدهما: أن يقع النقل (٣) من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحه المزبوره، بل يعطى شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه (٤) الآخر إليه.

الثاني: أن يقصد الملك المطلق، دون خصوص البيع.

ص: ٢٣

١-١) منهم المحقق الثاني في حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٥، والشهيد الثاني في الروضه البهيّه ٣: ٢٢٢، والسيد الطباطبائي في الرياض ١: ٥١٠.

٢-٢) ذكره صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٢٦ و ٢٢٧.

٣-٣) في «ن»: الفعل.

٤-٤) كذا في النسخ، والمناسب: «فيدفعه»، كما في مصحّحه «ع».

و يردّ الأول: بامتناع خلق الدافع (١) عن قصد عنوان من عناوين البيع، أو الإباحه، أو العاربه، أو الوديعه، أو القرض، أو غير ذلك من العنوانات الخاصه.

و الثانى: بما تقدّم فى تعريف البيع (٢): من أنّ التمليك بالعوض على وجه المبادله هو مفهوم البيع، لا غير.

نعم، يظهر من غير واحدٍ منهم (٣) فى بعض (٤) العقود - كبيع لبن الشاه مدّه، و غير ذلك -: كون التمليك المطلق أعمّ من البيع.

[حكم المعاطاه و أقوال العلماء فى ذلك]

ثمّ إنّ المعروف بين علمائنا فى حكمها: أنّها مفيده لإباحه التصرف (٥)، و يحصل الملك بتلف إحدى العينين، و عن المفيد (٤) و بعض العامه (٧): القول بكونها لازمه كالبيع، و عن العلامه رحمه الله فى النهايه:

ص: ٢٤

١- ١) فى نسخه بدل «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ش»: الواقع.

٢- ٢) تقدّم فى الصفحه ١٥.

٣- ٣) انظر المختلف ٥: ٢٤٩، و الدروس ٣: ١٩٧، و جامع المقاصد ٤: ١١٠.

٤- ٤) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ بدل «فى بعض»: كون بعض.

٥- ٥) كما سيأتى عن الحلبي، و الشيخ، و ابن زهره، و ابن إدريس، و العلامه فى التذكره.

٦- ٦) نقله عنه المحقق الثانى فى حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٦، و فيه: «خلافاً للمفيد رحمه الله فإنّه جعلها كالعقد»، و نسبه فى

جامع المقاصد (٤: ٥٨) إلى ظاهر عباره المفيد، و نحوه فى مجمع الفائده (٨: ١٤٢). و فى الجواهر (٢٢: ٢١٠): «اشتهر نقل هذا عن

المفيد»، و لكن قال بعد أسطر: «و ليس فيما وصل إلينا من كلام المفيد تصريح بما نسب إليه».

٧- ٧) حكاه صاحب الجواهر فى الجواهر (٢٢: ٢١٠) عن أحمد و مالك، و أنظر المغنى لابن قدامه ٣: ٥٦١، و المجموع ٩: ١٩١.

احتمال كونها بيعاً فاسداً في عدم إفادتها لإباحه التصرف (١).

و لا- بدّ- أوّلاً- من ملاحظه أنّ النزاع في المعاطاه المقصود بها الإباحه، أو في المقصود بها التمليك؟ الظاهر من الخاصه و العامه هو المعنى الثانى.

و حيث إنّ الحكم بالإباحه بدون الملك قبل التلف و حصوله بعده لا يجامع ظاهراً قصد التمليك من المتعاطيين، نزل المحقق الكركى الإباحه فى كلامهم على الملك الجائر المترلزل، و أنّه يلزم بذهاب إحدى العينين، و حقّق ذلك فى شرحه على القواعد و تعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه (٢).

لكن بعض المعاصرين لمّا استبعد هذا الوجه التجأ إلى جعل محلّ النزاع هى المعاطاه المقصود بها مجرد الإباحه، و رجّح بقاء الإباحه فى كلامهم على ظاهرها المقابل للملك، و نزل مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحه على هذا الوجه، و طعن على من جعل محلّ النزاع فى المعاطاه بقصد التمليك، قائلاً: إنّ القول بالإباحه الخاليه عن الملك مع قصد الملك ممّا لا ينسب إلى أصاغر الطلبة، فضلاً عن أعظم الأصحاب و كبرائهم (٣).

و الإنصاف: أنّ ما ارتكبه المحقق الثانى فى توجيه الإباحه بالملك المترلزل، بعيد فى الغايه عن مساق كلمات الأصحاب، مثل: الشيخ فى

ص: ٢٥

١- ١) نهاية الأحكام ٢: ٤٤٩.

٢- ٢) جامع المقاصد ٤: ٥٨، حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٦.

٣- ٣) الجواهر ٢٢٤: ٢٢٢-٢٢٥.

المبسوط، و الخلاف (١)، و الحلّى فى السرائر (٢)، و ابن زهره فى الغنيه (٣)، و الحلبي فى الكافى (٤)، و العلامه فى التذكره و غيرها (٥)، بل كلمات بعضهم صريحه فى عدم الملك- كما ستعرف- إلا أنّ جعل محلّ النزاع ما إذا قصد الإباحه دون التمليك أبعد منه، بل لا يكاد يوجد فى كلام أحدٍ منهم ما يقبل (٦) الحمل على هذا المعنى.

و لننقل- أوّلاً- كلمات جماعه ممّن ظفرنا على كلماتهم؛ ليظهر منه بُعد تنزيل الإباحه على الملك المترزّل- كما صنعه المحقّق الكركى (٧)- و أبعديّه جعل محلّ الكلام فى كلمات قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرّد إباحه التصرفات دون التمليك (٨)، فنقول و بالله التوفيق:

قال (٩) فى الخلاف: إذا دفع قطعه إلى البقلى أو الشارب، فقال:

أعطني بها بقلًا- أو ماءً، فأعطاه، فإنّه لا يكون بيعاً- وكذلك سائر المحقّرات- و إنّما يكون إباحه له، فيتصرف كلُّ منهما فى ما أخذه تصرفاً

ص: ٢٦

١- (١) المبسوط ٨٧:٢، الخلاف ٤١:٣، كتاب البيوع، المسأله ٥٩.

٢- (٢) السرائر ٢٥٠:٢.

٣- (٣) الغنيه: ٢١٤.

٤- (٤) الكافى فى الفقه: ٣٥٢-٣٥٣.

٥- (٥) التذكره ٤٦٢:١. و انظر المختلف ٥١:٥، و الإرشاد ٣٥٩:١، و القواعد ١٢٣:١.

٦- (٦) العبارة فى «ف» هكذا: بل لا يكاد يوجد كلام منهم يقبل...

٧- (٧) تقدّم عنه فى الصفحه السابقه.

٨- (٨) فى «ف» زياده: كما صنعه بعض المعاصرين.

٩- (٩) فى «ف»: قال الشيخ.

مباحاً من دون أن يكون ملكه؛ وفائده ذلك: أنّ البقلى إذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعه أن يسترجع قطعه كان لهما ذلك؛ لأنّ الملك لم يحصل لهما؛ و به قال الشافعى.

و قال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً و إن لم يحصل (١) الإيجاب و القبول. و قال ذلك فى المحقّرات، دون غيرها.

دليلنا: إنّ العقد حكم شرعى، و لا دلالة فى الشرع على وجوده هنا (٢)، فيجب أن لا يثبت، و أمّا الإباحه بذلك، فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها (٣)، انتهى.

و لا يخفى صراحه (٤) هذا الكلام فى عدم حصول الملك، و فى أنّ محلّ الخلاف بينه و بين أبى حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحه المجرّده، كما يظهر أيضاً من بعض كتب الحنفية؛ حيث إنّه -بعد تفسير البيع ب:

«مبادله مال بمال» -قال: و ينعقد بالإيجاب و القبول، و بالتعاطى (٥)، (٦) و أيضاً، فتمسّكه بأنّ العقد حكم شرعى، يدلّ على عدم انتفاء قصد البيعه، و إلّا لكان الأولى، بل المتعين: التعليل به؛ إذ مع انتفاء حقيقه

ص: ٢٧

١- ١) فى «ش» و المصدر: لم يوجد.

٢- ٢) فى «ف» و المصدر: ها هنا.

٣- ٣) الخلاف ٣: ٤١، كتاب البيوع، المسأله ٥٩.

٤- ٤) فى «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «ظهور»، و فى نسخه بدلها: صراحه.

٥- ٥) فى «ف»: و التعاطى.

٦- ٦) انظر الفتاوى الهنديه ٣: ٢، و فيه -بعد التعريف المذكور-: و أمّا ركنه، فنوعان: أحدهما الإيجاب و القبول، و الثانى التعاطى و هو الأخذ و الإعطاء.

البيع لغه و عرفاً لا معنى للتمسك بتوقيفیه (١) الأسباب الشرعيه، كما لا يخفى.

و قال فى السرائر- بعد ذكر اعتبار الإيجاب و القبول و اعتبار تقدّم الأوّل على الثانى- ما لفظه: فإذا دفع قطعه إلى البقلى أو إلى الشارب، فقال: «أعطني»، فإنه لا يكون بيعاً و لا عقداً؛ لأنّ الإيجاب و القبول ما حصلوا، و كذلك سائر المحقّرات، و سائر الأشياء محقّراً كان أو غير محقّر، من الثياب و الحيوان أو غير ذلك، و إنّما يكون إباحه له، فيتصرّف كلّ منهما فى ما أخذه تصرّفاً مباحاً، من غير أن يكون ملكه أو دخل فى ملكه، و لكلّ منهما أن يرجع فى ما بذله؛ لأنّ الملك لم يحصل لهما، و ليس ذلك من العقود الفاسده؛ لأنّه لو كان عقداً فاسداً لم يصحّ التصرّف فيما صار إلى كلّ واحدٍ منهما، و إنّما ذلك على جهه الإباحه (٢)، انتهى.

فإنّ تعليله (٣) عدم الملك بعدم حصول الإيجاب و القبول يدلّ على أن ليس المفروض (٤) ما لو لم يقصد التملك، مع أنّ ذكره فى حيز شروط العقد يدلّ على ما ذكرنا، و لا ينافى ذلك (٥) قوله: «و ليس هذا من العقود الفاسده... إلخ (٦)» كما لا يخفى.

ص: ٢٨

١- ١) كذا فى «ف» و «ش»، و فى سائر النسخ: «بتوقّفه على»، إلّا أنّه صحّح فى «ن» و «ع» بما فى المتن.

٢- ٢) السرائر ٢: ٢٥٠.

٣- ٣) فى «ف»: تعليل.

٤- ٤) فى ظاهر «ف»: المقصود.

٥- ٥) لم ترد «ذلك» فى «ف».

٦- ٦) لم ترد «إلخ» فى «ف».

وقال في الغنيه-بعد ذكر الإيجاب و القبول في عداد شروط صحّحه انعقاد البيع، كالتراضى و معلوميه العوضين، و بعد بيان الاحتراز بكلّ (١) من الشروط عن المعامله الفاقد له-ما هذا لفظه:

و اعتبرنا حصول الإيجاب و القبول؛ تحرّزاً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، و الإيجاب من البائع، بأن يقول: «بعنيه بألف»، فيقول: «بعتك بألف»؛ فإنّه لا ينعقد بذلك، بل لا بدّ أن يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت» أو «قبلت» حتى ينعقد، و احترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاه، نحو أن يدفع إلى البقلى قطعه و يقول:

«أعطني بقلّاً»، فيعطيه؛ فإنّ ذلك ليس بيع، و إنّما هو إباحه للتصرّف.

يدلّ على ما قلناه: الإجماع المشار إليه؛ و أيضاً فما اعتبرناه مجمع على صحّحه العقد به، و ليس على صحّته بما عداه دليل، و لما ذكرنا نهى (٢) صلّى الله عليه و آله و سلم عن بيع «المنابذه» و «الملاّمسه»، و عن بيع «الحصاه» على التأويل الآخر، و معنى ذلك: أن يجعل اللمس بشيء (٣)، و النبذ له، و إلقاء الحصاه بيعاً موجباً (٤)، انتهى.

فإنّ دلالة هذا الكلام على أنّ المفروض قصد المتعاطيين التملك (٥)، من وجوه متعدده:

ص: ٢٩

١-١) في غير «ش»: لكلّ.

٢-٢) في «ف»: نهى النبىّ.

٣-٣) كذا في النسخ، و الأصحّ: «للشيء»، كما فى المصدر.

٤-٤) الغنيه: ٢١٤.

٥-٥) فى «ف»: التملك.

منها: ظهور أدلته (١) الثلاثة في ذلك.

و منها: احترازه عن المعاطاه و المعامله بالاستدعاء بنحو واحد.

و قال في الكافي - بعد ذكر أنه يشترط في صحه (٢) البيع أمورٌ ثمانية ما لفظه: و اشتراط (٣) الإيجاب و القبول؛ لخروجه من دونهما عن حكم البيع - إلى أن قال -: فإن اختلف شرط من هذه لم ينعقد البيع، و لم يستحق التسليم و إن جاز التصرف مع إخلال بعضها؛ للتراضى، دون عقد البيع، و يصح معه الرجوع (٤)، انتهى.

و هو في الظهور قريب من عبارته الغنيه.

و قال المحقق رحمه الله في الشرائع: و لا يكفي التقابض من غير لفظٍ و إن حصل من الأمارات ما دلّ على إرادته البيع (٥)، انتهى.

و ذكر كلمه الوصل ليس لتعميم المعاطاه لما لم يقصد (٦) به البيع، بل للتنبيه على أنه لا عبره بقصد البيع من الفعل.

و قال في التذكرة في حكم الصيغه الأشهر عندنا أنه لا بدّ منها، فلا يكفي التعاطى في الجليل و الحقيق، مثل «أعطني بهذا الدينار ثوباً»

ص: ٣٠

١ - ١) كذا في «خ»، «ش» و نسخه بدل «ع» و ظاهر «ف»، و في سائر النسخ: أدلّه.

٢ - ٢) لم ترد «صحّه» في «ف».

٣ - ٣) في غير «ف»: و اشترط.

٤ - ٤) الكافي في الفقه: ٣٥٢-٣٥٣.

٥ - ٥) الشرائع ١٣: ٢.

٦ - ٦) في «ف»: لما يقصد.

فيعطيه ما يرضيه، أو يقول (١): «خذ هذا الثوب بدينار» فيأخذه. و به قال الشافعي مطلقاً؛ لأصالة بقاء الملك، و قصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد. و عن (٢) بعض الحنفيه و ابن شريح في الجليل. و قال أحمد:

ينعقد مطلقاً. و نحوه قال مالك، فإنه قال: ينعقد (٣) بما يعتقده (٤) الناس بيعاً (٥)، انتهى (٦).

و دلالة على قصد المتعاطين للملك لا يخفى من وجوه، أدونها:

جعل مالك موافقاً لأحمد في الانعقاد من جهة أنه قال: ينعقد بما يعتقده (٧) الناس بيعاً.

و قال الشهيد في قواعده - بعد قوله: قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القولي، و ذكر أمثله لذلك - ما لفظه: و أما المعاطاه في المبايعات، فهي تفيد الإباحة لا الملك و إن كان في الحقير عندنا (٨)، انتهى (٩).

و دلالتها على قصد المتعاطين للملك مما لا يخفى.

ص: ٣١

١-١ (١) كذا في «ش» و «ص» و المصدر، و في «ف»: «و بقوله»، و في سائر النسخ: أو بقوله.

٢-٢ (٢) لم ترد «عن» في «ف» و المصدر.

٣-٣ (٣) في «ف» و نسخه بدل «م» و «ع»: يبيع.

٤-٤ (٤) في غير «ش»: يقصده.

٥-٥ (٥) لم ترد «بيعاً» في «ف».

٦-٦ (٦) التذكرة ٤٦٢: ١.

٧-٧ (٧) تقدم آنفاً اختلاف النسخ في هذه العبارة، انظر الهامش ٣ و ٤.

٨-٨ (٨) القواعد و الفوائد ١٧٨: ١، القاعده ٤٧.

٩-٩ (٩) كلمه «انتهى» من «ف».

هذا كله، مع أنّ الواقع فى أيدى الناس هى المعاطاه بقصد التمليك، وبيعد فرض الفقهاء-من العامه و الخاصه-الكلام فى غير ما هو الشائع بين الناس، مع أنّهم صرّحوا بإراداه المعامله المتعارفه بين الناس.

ثمّ إنك قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدمه فى عدم حصول الملك، بل صراحه بعضها، كالخلاف و السرائر و التذكره و القواعد.

و مع ذلك كله فقد قال المحقق الثانى فى جامع المقاصد: إنهم أرادوا بالإباحه الملك المتزلزل؛ فقال: المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاه بيعٌ و إن لم تكن كالعقد فى اللزوم، خلافاً لظاهر عبارهِ المفيد، و لا يقول أحد (١) بأنّها بيع فاسد سوى المصنّف فى النهايه، و قد رجع عنه فى كتبه المتأخره عنها (٢). و قوله تعالى: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (٣) عامٌ إلّا ما أخرجّه الدليل.

و ما يوجد فى عبارهِ جمع من متأخري الأصحاب: من أنّها تفيد الإباحه و تلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به عدم اللزوم فى أوّل الأمر و بالذهاب يتحقّق اللزوم؛ لامتناع إراداه الإباحه المجرّده عن (٤).

ص: ٣٢

١- ١) فى «ش» و المصدر زياده: من الأصحاب. □
٢- ٢) فى «ش» و المصدر زياده: و قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ يتناولها؛ لأنّها بيع بالاتفاق حتى من القائلين بفسادها؛ لأنهم يقولون: هى بيع فاسد.

٣- ٣) النساء: ٢٩.

٤- ٤) فى غير «ف» و «ص»: من.

أصل الملك؛ إذ المقصود للمتعاطين (١) الملك، فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً (٢) و لم يجز التصرف (٣)، و كافة الأصحاب على خلافه.

و أيضاً، فإن الإباحة المحضه لا تقتضى الملك أصلاً و رأساً، فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر فى يده؟ و إنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحه كالقول- لأنها (٤) تدلّ بالقرائن- منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز التراد ما دام ممكناً، و مع (٥) تلف إحدى العينين يمتنع التراد فيتحقق (٦) اللزوم (٧)، و يكفي تلف بعض إحدى العينين؛ لامتناع التراد فى الباقي؛ إذ هو موجب لتبعض الصفقه و الضرر (٨)، انتهى (٩).

و نحوه المحكى عنه فى تعليقه على الإرشاد، و زاد فيه: أن مقصود المتعاطين إباحة مترتبة على ملك الرقبه كسائر البيوع، فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلنا، و إلما لوجب أن لا- تحصل إباحه بالكليه، بل يتعين الحكم بالفساد؛ إذ المقصود غير واقع، فلو وقع غيره لوقع بغير

ص: ٣٣

-
- ١- ١) فى «ش» و المصدر زياده: إنما هو.
 - ٢- ٢) فى «ش» و المصدر: كانت فاسده.
 - ٣- ٣) فى «ش» و المصدر زياده: فى العين.
 - ٤- ٤) العبارة فى «ش» و المصدر هكذا: فى الصراحه كالأقوال، و إنما.
 - ٥- ٥) فى «ش» و المصدر: فمع.
 - ٦- ٦) فى «ش»: و يتحقق.
 - ٧- ٧) فى «ش» و المصدر زياده: لأن إحداهما فى مقابل الأخرى.
 - ٨- ٨) جامع المقاصد ٤: ٥٨.
 - ٩- ٩) لم ترد «انتهى» فى «ف».

قصد، و هو باطل. و عليه يتفرّع النماء، و جواز و طء الجاربه، و من منع فقد أغرب (١)، انتهى.

و الذى يقوى فى النفس: إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، و أنهم يحكمون بالإباحه المجرّده عن الملك فى المعاطاه مع فرض قصد المتعاطيين التمليك، و أنّ الإباحه لم تحصل بإنشائها ابتداءً، بل إنّما حصلت - كما اعترف به فى المسالك (٢) - من استلزام إعطاء كلّ منهما سلطه مسلطاً عليها الإذن فى التصرف فيه بوجه التصرفات، فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدّم فى عبارته المتقدّمه، و حاصله:

أنّ المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحه التصرف؛ إذ الإباحه إن كانت من المالك فالمفروض أنّه لم يصدر منه إلّا التمليك، و إن كانت من الشارع فليس عليها دليل، و لم يشعر كلامهم بالاستناد إلى نصّ فى ذلك، مع أنّ إلغاء الشارع للأثر المقصود و ترتيب غيره بعيداً جداً، مع أنّ التأمل فى كلامهم يعطى إرادته الإباحه المالكه لا الشرعيه.

و يؤيد إرادته الملك: أنّ ظاهر إطلاقهم «إباحه التصرف» شمولها للتصرفات التى لا تصحّ إلّا من المالك، كالوطء و العتق و البيع لنفسه.

و التزامهم حصول الملك مقارناً لهذه التصرفات - كما إذا وقعت هذه التصرفات من ذى الخيار، أو من (٣) الواهب الذى يجوز له الرجوع - بعيد.

ص: ٣٤

١ - ١) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٦.

٢ - ٢) المسالك ٣: ١٤٨.

٣ - ٣) فى «ف»: و من.

و سيجيء (١) ما ذكره بعض الأساطين: من أنّ هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدته.

لكنّ الإنصاف: أنّ القول بالتزامهم لهذه الأمور (٢) أهون من توجيه كلماتهم؛ فإنّ هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكيه، و لم يساعد عليها دليل معتبر، و اقتضى الدليل صحّه التصرفات المذكوره؛ مع أنّ المحكّي (٣) عن حواشى الشهيد على القواعد (٤): المنع عمّا يتوقف على الملك، كإخراجه في خمس، أو زكاه (٥)، و كوطء الجاربه (٦).

و ممّا يشهد على نفى البعد عمّا ذكرنا- من إرادتهم الإباحه المجرّده مع قصد المتعاطين التملك-: أنّه قد صرّح الشيخ في المبسوط (٧)، و الحلّى في السرائر (٨)، كظاهر العلامه في القواعد (٩) بعدم حصول الملك

ص: ٣٥

١- ١) يجيء في الصفحه ٤٤.

٢- ٢) في «ف»: لهذه الوجوه.

٣- ٣) حكاه السيّد العاملى في مفتاح الكرامه ١٥٨:٤.

٤- ٤) لم ترد «على القواعد» في «ف».

٥- ٥) في «ف»: و زكاه.

٦- ٦) في غير «ف» و «ش» زياده ما يلى: «و صرّح الشيخ في المبسوط: بأنّ الجاربه لا تملك بالهديه العاريه عن الإيجاب و القبول، و لا- يحلّ وطؤها»، لكن شطب عليها في «ن»، و قال المامقانى رحمه الله: و هذه العبارة بتمامها قد خطّ- أى شطب- عليها المصنّف قدّس سرّه في نسخته. أنظر غايه الآمال: ١٧٨.

٧- ٧) المبسوط ٣١٥:٣.

٨- ٨) السرائر ١٧٧:٣.

٩- ٩) القواعد ٢٧٤:١.

بإهداء الهدية بدون الإيجاب و القبول و لو من الرسول، نعم يفيد ذلك إباحه التصرف، لكن الشيخ استثنى و طء الجاربه.

ثم إنَّ المعروف بين المتأخرين: أنَّ من قال بالإباحه المجزّده في المعاطاه، قال بأنّها ليست بيعاً حقيقه كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدّمه (١) و معقد إجماع الغنيه (٢)، و ما أبعد ما بينه و بين توجيه المحقّق الثاني من إرادته نفى اللزوم (٣) او كلاهما خلاف الظاهر.

و يدفع الثاني (٤): تصريح بعضهم (٥) بأنّ شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار، فكلّ بيعٍ عنده لازم من غير جهه الخيارات، و تصريح غير واحد (٦) بأنّ الإيجاب و القبول من شرائط صحّه انعقاد البيع بالصيغه (٧).

و أما الأوّل (٨)، فإن قلنا بأنّ البيع عند المتشرّعه حقيقه في الصحيح

ص: ٣٦

١ - ١) تقدّم في الصفحه ٢٦ عباره الشيخ قدّس سرّه في الخلاف: «فإنّه لا يكون بيعاً»، و في الصفحه ٢٨ عباره الحلّي في السرائر: «فإنّه لا يكون بيعاً و لا عقداً».

٢ - ٢) تقدّم في الصفحه ٢٩.

٣ - ٣) تقدّم كلامه في الصفحه ٣٢.

٤ - ٤) أي توجيه المحقّق الثاني.

٥ - ٥) لم نقف على مصرّح بذلك، نعم قال العلّامة قدّس سرّه في القواعد (١٤١: ١-١٤٢): الأصل في البيع اللزوم، و إنّما يخرج عن أصله بأمرين: ثبوت خيار، و ظهور عيب.

٦ - ٦) كالحلبي في الكافي: ٣٥٣، و ابن زهره في الغنيه: ٢١٤، و تقدّم كلامهما في الصفحه ٢٩ و ٣٠، فراجع.

٧ - ٧) قال الشهيدي في شرحه بعد ذكر توجيهه للعباره: فالظاهر بل المتعيّن أنّ كلمه «بالصيغه» من غلط النسخه. (هدايه الطالب: ١٦٠).

٨ - ٨) أي ما هو المعروف بين المتأخرين من أنّ المعاطاه ليست بيعاً حقيقه.

و لو بناءً على ما قدّمناه في آخر تعريف البيع (١): من أنّ البيع في العرف اسمٌ للمؤثر منه في النقل، فإن كان في نظر الشارع أو المتشرّعه، من حيث إنهم متشرّعه و متديّنون بالشرع، صحيحاً مؤثراً في الانتقال كان بيعاً حقيقياً، وإلا كان (٢) صورياً، نظير بيع الهازل في نظر العرف - فيصحّ على ذلك نفي البيعته على وجه الحقيقه في كلام كل من اعتبر في صحته الصيغه، أو فسّره بالعقد؛ لأنهم في مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر في النقل في نظر الشارع.

إذا عرفت ما ذكرنا،

فالأقوال في المعاطاه - على ما يساعده ظواهر كلماتهم - سنّه:

اللزوم مطلقاً،

كما عن ظاهر (٣) المفيد (٤)، و يكفي في وجود القائل به قول العلامة رحمه الله في التذكرة: الأشهر عندنا أنّه لا بدّ من الصيغه (٥).

و اللزوم بشرط كون الدالّ على التراضي أو المعامله لفظاً،

حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني (٦)، و بعض متأخري المحدّثين (٧)، لكن

ص: ٣٧

١- ١) تقدّم في الصفحه ٢٠.

٢- ٢) في «ف» زياده: بيعاً.

٣- ٣) كذا في «ف» و «ن»، و في «م» و «ص»: «كما هو ظاهر المفيد»، و في «خ» و مصحّحه «ع»: «كما هو عن ظاهر المفيد»، و في «ش»: «كما هو ظاهر عن المفيد».

٤- ٤) راجع الصفحه ٢٤، الهامش ٦.

٥- ٥) التذكرة ٤٦٢: ١.

٦- ٦) هو السيّد حسن بن السيّد جعفر، على ما في مفتاح الكرامه ٤: ١٥٦، و قد حكاه الشهيد الثاني عنه بلفظ: و قد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب إلى ذلك، المسالك ٣: ١٤٧.

٧- ٧) و هو المحدّث البحراني في الحدائق ١٨: ٣٥٥.

فى عدّ هذا من الأقوال فى المعاطاه تأمل (١).

و الملك الغير اللزم،

ذهب إليه المحقق الثانى، و نسبه إلى كلّ من قال بالإباحه (٢). و فى النسبه ما عرفت (٣).

و عدم الملك مع إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملك،

كما هو ظاهر عبائر كثير (٤)، بل ذكر فى المسالك: أنّ كلّ من قال بالإباحه يسوّغ جميع التصرفات (٥).

و إباحه ما لا يتوقف على الملك،

و هو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشى الشهيد على القواعد (٦)، و هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ فى إهداء الجاريه من دون إيجاب و قبول (٧).

و القول بعدم إباحه التصرف مطلقاً، نسب إلى ظاهر النهايه (٨)، لكن ثبت رجوعه عنه فى غيرها (٩).

و المشهور بين علمائنا: عدم ثبوت الملك بالمعاطاه

و إن قصد

ص: ٣٨

١- ١) كتب فى «ش» على قوله: «لكن -إلى- تأمل»: هذه حاشيه منه قدّس سرّه.

٢- ٢) جامع المقاصد ٤: ٥٨.

٣- ٣) راجع الصفحه ٢٥-٢٦ و ٣٤.

٤- ٤) تقدّمت عباراتهم فى الصفحه ٢٦-٣١.

٥- ٥) المسالك ٣: ١٤٩، و لفظه: لأنّ من أجاز المعاطاه سوّغ أنواع التصرفات.

٦- ٦) تقدّم فى الصفحه ٣٥.

٧- ٧) راجع الصفحه ٣٥-٣٦.

٨- ٨) نهايه الإحكام ٢: ٤٤٩، حيث قرّب فيها كون حكم المعاطاه حكم المقبوض بالعقود الفاسده.

٩- ٩) كما سيأتى عن التحرير.

المتعاطيان بها التملك (١)، بل لم نجد قائلًا به إلى زمان المحقق الثاني الذي قال به، و لم يقتصر على ذلك حتى نسبه إلى الأصحاب (٢).

نعم، ربما يوهمه ظاهر عبارته التحرير، حيث قال فيه: الأقوى أنّ المعاطاه غير لازمه، بل لكلّ منهما فسخ المعاوضه ما دامت العين باقيه، فإن تلفت لزمته، انتهى. و لذا نسب ذلك إليه في المسالك (٣)، لكنّ قوله بعد ذلك: «و لا يحرم على كلّ منهما الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد» (٤) ظاهر في أنّ مراده مجرد الانتفاع؛ إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك.

[الأقوى حصول الملك]

إشاره

و أمّا قوله: «و الأقوى... إلخ»، فهو إشاره إلى خلاف المفيد رحمه الله و العامّة القائلين باللزوم. و إطلاق «المعاوضه» عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان، و إطلاق «الفسخ» على «الردّ» (٥) بهذا الاعتبار أيضاً، و كذا «اللزوم».

و يؤيد ما ذكرنا- بل يدلّ عليه-: أنّ الظاهر من عبارته التحرير في باب الهبه توقّفها على الإيجاب و القبول، ثمّ قال (٦): و هل يستغنى عن

ص: ٣٩

-
- ١- ١) عبارته «و إن قصد- إلى- التملك» لم ترد في «ف» و «ش»، و شطب عليها في «خ»، و كتب عليها في «ن»: زائد.
 - ٢- ٢) راجع الصفحه ٣٢.
 - ٣- ٣) المسالك ١٤٨: ٣.
 - ٤- ٤) التحرير ١٦٤: ١.
 - ٥- ٥) في «ف»: التراد.
 - ٦- ٦) كذا في النسخ، و العبارة لا تخلو من تأمل، و المعنى واضح.

الإيجاب و القبول في هديه الأُطعمه؟ الأُقرب عدمه، نعم يباح التصرف بشاهد الحال (١)، انتهى. و صرح بذلك أيضاً في الهدية (٢)، فإذا لم يقل في الهبة بصحة المعاطاه فكيف يقول بها في البيع؟

[الاستدلال بالسيره]

و ذهب جماعه (٣)-تبعاً للمحقق الثاني- إلى حصول الملك، و لا يخلو عن قوه؛ للسيره المستمره على معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك في التصرف فيه بالعتق، و البيع، و الوطاء، و الإيصاء، و توريثه، و غير ذلك من آثار الملك.

[الاستدلال بآيه أحل الله البيع]

و يدلّ عليه أيضاً: عموم قوله تعالى: **وَ أَحْلَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ (٤)**؛ حيث إنّه يدلّ على حليه جميع التصرفات المترتبه على البيع، بل قد يقال: بأن الآيه داله عرفاً بالمطابقه (٥) على صحه البيع، لا مجرد الحكم التكليفي. لكنّه محلّ تأمل.

و أمّا منع صدق البيع عليه عرفاً فمكابره.

و أمّا دعوى الإجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاه بيعاً

ص: ٤٠:

١-١) التحرير ١:٢٨١.

٢-٢) التحرير ١:٢٨٤.

٣-٣) منهم: المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ١٣٩:٨-١٤١، و المحدث الكاشاني في المفاتيح ٣:٤٨، و المحدث البحراني في الحدائق ١٨:٣٥٠ و ٣٦١، و المحقق النراقي في المستند ٢:٣٦١-٣٦٢، و نفى عنه البعد المحقق السبزواري في الكفايه: ٨٨.

٤-٤) البقره: ٢٧٥.

٥-٥) في «ف»: داله بالمطابقه عرفاً.

-كابين زهره فى الغنيه (١)-فمرادهم بالبيع:المعامله اللازمه التى هى إحدى (٢)العقود؛و لذا صرّح فى الغنيه بكون الإيجاب و القبول من شرائط صحّه البيع.

و دعوى:أنّ البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً،قد عرفت الحال فيها (٣).

[الاستدلال بأيه التجاره]

و ممّا ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** (٤).

[الاستدلال بحديث السلطنه و المناقشه فيه]

و أمّا قوله صلّى الله عليه و آله و سلم:«الناس مسلطون على أموالهم» (٥)فلا- دلالة فيه على المدعى؛لأنّ عمومه باعتبار أنواع السلطنه،فهو إنّما يجدى فيما إذا شكّ فى أنّ هذا النوع من السلطنه ثابتة للمالك،و ماضيه شرعاً فى حقّه،أم لا؟أمّا إذا قطعنا بأنّ (٦)سلطنه خاصّه-كتمليك ماله للغير-نافذه فى حقّه،ماضيه شرعاً،لكن شكّ فى أنّ هذا التملك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطى مع القصد،أم لا بدّ من القول الدالّ عليه (٧)؟فلا يجوز الاستدلال على سببته المعاطاه فى الشريعة للتمليك

ص: ٤١

١-١) تقدّم كلامه فى الصفحه ٢٩.

٢-٢) فى «ف» و«ش»:أحد.

٣-٣) راجع الصفحه ١٩ و غيرها.

٤-٤) النساء:٢٩.

٥-٥) عوالى اللآلى ٢٢٢:١،الحديث ٩٩.

٦-٦) فى «ف»:بأنّه.

٧-٧) فى «ع» و«ش» زياده:«فلا»استدراكاً.

بعموم تسلط الناس على أموالهم، ومنه يظهر- أيضاً- عدم جواز التمسك به (١) لما سيحىء من شروط الصيغه.

[المناقشه فى دلالة الآيتين]

و كيف كان، ففى الآيتين مع السيره كفايه. اللهم إلاً أن يقال:

إنهما لا- تدلان على الملك، وإنما تدلان على إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملك، كالبيع و الوطاء و العتق و الإيضاء، و إباحه هذه التصرفات إنما تستلزم الملك بالملازمه الشرعيه الحاصله فى سائر المقامات من الإجماع و عدم القول بالانفكاك، دون المقام الذى لا يعلم ذلك منهم، حيث أطلق القائلون بعدم الملك إباحه التصرفات.

و صرح فى المسالك: بأن من أجاز المعاطاه سوغ جميع التصرفات (٢)، غايه الأمر أنه لا بد من التزامهم بأن التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آنأ ما؛ فإن الجمع بين إباحه هذه التصرفات و بين توقفها على الملك يحصل بالترام هذا المقدار.

و لا يتوقف على الالتزام بالملك من أول الأمر (٣) ليقال (٤): إن مرجع هذه الإباحه أيضاً إلى التملك.

[المناقشه فى دلالة السيره]

و أما ثبوت (٥) السيره و استمرارها على التوريث، فهى كسائر سيراتهم الناشئه عن المسامحه و قلّه المبالاه فى الدين مما لا يحصى فى عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم، كما لا يخفى.

ص: ٤٢

١- ١) لم ترد «به» فى «خ»، «م» و «ع».

٢- ٢) المسالك ١٤٩: ٣.

٣- ٣) فى هامش «ف» زياده: كما التزمه المحقق الثانى- صح.

٤- ٤) فى غير «ف» و «ش»: فيقال.

٥- ٥) فى «ف»: و أمّا ترتب.

و دعوى: أنه لم يعلم من القائل بالإباحه جواز مثل هذه التصرفات المتوقفه على الملك- كما يظهر من المحكي عن حواشى الشهيد على القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى الخمس و الزكاه و ثمن الهدى، و عدم جواز و طء الجاريه المأخوذه بها (١)، و قد صرح الشيخ رحمه الله بالأخير فى معاطاه الهدايا (٢)- فيتوجه (٣) التمسك حينئذ بعموم الآيه على جوازها، فيثبت الملك، مدفوعه: بأنّه و إن لم يثبت ذلك، إلما أنه لم يثبت أنّ كلّ من قال بإباحه جميع هذه التصرفات قال بالملك من أوّل الأمر، فيجوز للفقيه حينئذ التزام إباحه جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك، لا من أوّل الأمر.

[الأولى فى الاستدلال على المختار]

إشاره

فالأولى حينئذ: التمسك فى المطلب بأن المتبادر عرفاً من «حلّ البيع» صحته شرعاً.

هذا، مع إمكان إثبات صحه المعاطاه فى الهبه و الإجاره ببعض إطلاقتهما، و تتميمه فى البيع بالإجماع المركب.

هذا، مع أنّ (٤) ما ذكر: من أنّ للفقيه (٥) التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه، لا يليق بالمتفقه فضلاً عن الفقيه! و لذا ذكر

[دعوى كاشف الغطاء أن القول بالإباحه يستلزم تأسيس قواعد جديده]

ص: ٤٣

١- ١) تقدّم فى الصفحه ٣٥.

٢- ٢) المبسوط ٣: ٣١٥.

٣- ٣) فى «ف»: فيوجه.

٤- ٤) فى «ن» شطب على كلمه: أنّ.

٥- ٥) فى «ن» شطب على كلمه: للفقيه.

بعض الأساطين فى شرحه على القواعد فى مقام الاستبعاد:- أن القول بالإباحه المجزّده، مع فرض (1) قصد المتعاطيين التملك و البيع، مستلزم لتأسيس قواعد جديده:

منها: أن العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصور.

و منها: أن يكون إرادته التصرف من المملكات، فتملك (2) العين أو المنفعه بإرادته التصرف بهما (3)، أو معه (4) دفعه و إن لم يخطر ببال المالك الأمل الإذن فى شىء من هذه التصرفات؛ لأنه قاصد للنقل من حين الدفع، و أنه (5) لا سلطان له بعد ذلك، بخلاف من قال: أعتق عبدك عنى، و تصدق بمالى عنك.

و منها: أن الأخماس و الزكوات و الاستطاعه و الديون و النفقات و حقّ المقاسمه (6) و الشفعه و المواريث و الربا و الوصايا تتعلّق بما (7) فى اليد، مع العلم ببقاء مقابله، و عدم التصرف فيه، أو عدم العلم به، فينفى بالأصل، فتكون متعلقه بغير الأملاك، و أن صفه الغنى و الفقر تترتب

ص: ٤٤

١- ١) لم ترد «فرض» فى «ف».

٢- ٢) كذا فى «ص» و مصحّحه «ن»، و فى غيرهما: فيملك.

٣- ٣) كذا فى «ش» و «ص» و المصدر و مصحّحه «ن»، و فى «خ»: «فيها»، و فى سائر النسخ: بها.

٤- ٤) فى أكثر النسخ: «بيعه»، إلّا أنه صحّح بعضها طبقاً لما أثبتناه.

٥- ٥) فى «ش»: لأنه.

٦- ٦) فى «ش» و مصحّحتى «ن» و «ع»: المقاصه.

٧- ٧) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: «بما يتعلّق»، لكنّه صحّح بعضها طبقاً لما أثبتناه.

عليه كذلك، فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك.

و منها: كون التصرف من جانب مملوكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابه استناد الملك إلى التصرف.

و منها: جعل التلف السماوي من جانب مملوكاً للجانب الآخر، و التلف من الجانبين (١) معيّناً للمسمى من الطرفين، و لا رجوع إلى قيمه المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت.

و مع حصوله في يد الغاصب أو تلفه فيها، فالقول بأنه المطالب؛ لأنه تملك (٢) بالغصب أو التلف في يد الغاصب، غريب! و القول بعدم الملك بعيداً جداً، مع أن في التلف القهري إن ملك التالف قبل التلف فهو عجيب (٣)؛ و معه بعيد؛ لعدم قابليته (٤)، و بعده ملك معدوم، و مع عدم الدخول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض، و نفى الملك مخالف للسيره و بناء المتعاطيين.

و منها: أن التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية فلا يتوقف على التيه، فهو بعيد، و إن أوقفناه عليها كان الواطئ للجاريه من غيرها (٥) واطئاً بالشبهه، و الجاني عليه و المتلف (٦) جانياً على مال الغير و متلفاً له.

ص: ٤٥

١-١) في «ش» و هامش «ن» زياده: مع التفريط.

٢-٢) في «ص» و المصدر: يملك.

٣-٣) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ: فعجيب.

٤-٤) في «ص» و المصدر زياده: حينئذ.

٥-٥) في المصدر: من غير علم.

٦-٦) في «ش» زياده: له.

و منها: أنّ النماء الحادث قبل التصرف، إن جعلنا حدوثه مملّكاً له دون العين فبعيد، أو معها فكذلك، و كلاهما منافٍ لظاهر الأكثر، و شمول الإذن له خفى (١).

و منها: قصر التملك (٢) على التصرف مع الاستناد فيه إلى أنّ (٣) إذن المالك فيه إذن في التملك، فيرجع إلى كون المتصرف في تملكه (٤) نفسه موجباً قابلاً، و ذلك جارٍ في القبض، بل هو أولى منه؛ لاقتترانه بقصد التملك، دونه (٥)، انتهى.

[المناقشه فيما ادعاه كاشف الغطاء]

و المقصود من ذلك كلّ استبعاد هذا القول، لا- أنّ الوجوه المذكوره تنهض (٦) في مقابل الأصول و العمومات؛ إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديده لتخالف القواعد المتداوله بين الفقهاء.

أمّا حكاية تبعية العقود و ما قام مقامها للمقصود، ففيها:

أولاً- أنّ المعاطاه ليست عند القائل بالإباحه المجرّده من العقود، و لا- من القائم مقامها شرعاً؛ فإنّ تبعية العقد للمقصود و عدم انفكاكه عنه إنّما هو لأجل دليل صحّه ذلك العقد، بمعنى ترتّب الأثر المقصود عليه، فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحّه مع عدم ترتّب الأثر المقصود عليه،

ص: ٤٦

١- ١) في «ف»: و شمول العين له غير خفى.

٢- ٢) في المصدر: التملك.

٣- ٣) لم ترد «أنّ» في «ش».

٤- ٤) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: في تملك.

٥- ٥) شرح القواعد للشيخ الكبير كاشف الغطاء (مخطوط): الورقه: ٥٠.

٦- ٦) في «ف»: لأنّ الوجوه المذكوره لا تنهض.

أمّا المعاملات الفعلية التي لم يدلّ على صحّتها دليل، فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها، كما تبّه عليه الشهيد في كلامه المتقدّم (١) من أنّ السبب الفعلي لا يقوم مقام السبب القولي في المبيعات (٢)، نعم إذا دلّ الدليل على ترتّب أثر عليه حكم به (٣) وإن لم يكن مقصوداً.

و ثانياً: أنّ تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير، فإنّهم أطبقوا على أنّ عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثّر في ضمان كلّ من العوضين القيمة (٤)؛ لإفاده العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه، مع أنّهما لم يقصدا إلّا ضمان كلّ منهما بالآخر.

و توهم: أنّ دليلهم على ذلك «قاعده اليد»، مدفوع: بأنّه لم يذكر هذا الوجه إلّا بعضهم معطوفاً على الوجه الأوّل، وهو إقدامهما على الضمان، فلاحظ المسالك (٥).

و كذا الشرط الفاسد (٦) لم يقصد معامله إلّا (٧) مقرّونه به غير مفسد عند أكثر القدماء.

ص: ٤٧

١-١) تقدّم في الصفحة ٣١.

٢-٢) في «ن»، «خ»، «م» و«ع»: «المعاملات»، و في نسخه بدلها: المبيعات.

٣-٣) العبارة في «ف» هكذا: على عدم ترتّب الأثر عليه يحكم به.

٤-٤) في مصحّحه «ن»: بالقيمة.

٥-٥) المسالك ٣: ١٥٤.

٦-٦) كذا في النسخ، و صحّحت العبارة في «ص» بزياده: مع أنّه.

٧-٧) لم ترد «إلّا» في «ف».

و بيع ما يملك و ما لا يملك صحيح عند الكل.

و بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير (١).

و ترك ذكر الأجل فى العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً على قولٍ نسبه فى المسالك و كشف اللثام إلى المشهور (٢).

نعم، الفرق بين العقود و ما نحن فيه: أن التخلف عن القصد (٣) يحتاج إلى الدليل المخرج عن أدله صحه العقود، و فيما نحن فيه عدم الترتب مطابق للأصل.

و أمّا ما ذكره من لزوم كون إرادته التصرف مملّكاً، فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز التصرف المطلق، و أدله توقّف بعض التصرفات على الملك، فيكون كتصرف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما بالوطء و البيع و العتق و شبهها (٤).

و أمّا ما ذكره من تعلق الأحماس و الزكوات- إلى آخر ما ذكره- فهو استبعاد محض، و دفعه بمخالفته (٥) للسيرة رجوع إليها، مع أن تعلق الاستطاعه الموجه للحجّ، و تحقّق الغنى المانع عن استحقات الزكاه، لا يتوقّفان على الملك.

ص: ٤٨

١- ١) منهم العلماء فى المختلف ٥:٥٥، و التحرير ٢:١٤٢، و القواعد ١:١٢٤ و غيرها، و المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٤:٦٩، و الفاضل المقداد فى التنقيح ٢:٢٧، و انظر مقابس الأنوار: ١٣٠.

٢- ٢) المسالك ٧:٤٤٧. كشف اللثام ٢:٥٥.

٣- ٣) فى بعض النسخ: المقصود.

٤- ٤) فى «ف»: و شبههما.

٥- ٥) كذا فى «ش» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: و دفعها بمخالفتها.

و أما كون التصرف مملكاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه.

و أما كون التلف مملكاً للجانبين، فإن ثبت بإجماع أو سيره - كما هو الظاهر - كان كلُّ من المالكين مضموناً بعوضه، فيكون تلفه في يد كلِّ منهما من ماله مضموناً بعوضه، نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع؛ لأنَّ هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الإجماع و بين عموم «على اليد ما أخذت» (١) و بين أصاله عدم الملك إلّا في الزمان المتيقن وقوعه (٢) فيه.

توضيحه: أنَّ الإجماع لما دلَّ على عدم ضمانه بمثله أو قيمته، حكم بكون التلف (٣) من مال ذي اليد؛ رعايه لعموم «على اليد ما أخذت»، فذلك الإجماع مع العموم المذكور بمنزله الروايه الوارده في أن: تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه (٤)، فإذا قدر التلف (٥) من مال ذي اليد (٦)، فلا بدَّ من أن يقدر في آخر أزمته إمكان تقديره؛ رعايه لأصاله عدم حدوث الملكيه قبله، كما يقدر ملكيه المبيع للبائع و فسخ البيع من حين التلف؛ استصحاباً لأثر العقد.

و أما ما ذكره من صورته غصب المأخوذ بالمعاطاه، فالظاهر على

ص: ٤٩

-
- ١- ١) مستدرک الوسائل ٨: ١٤، الباب الأول من كتاب الوديعه، الحديث ١٢.
 - ٢- ٢) كذا في «ص»، و في سائر النسخ: بوقوعه.
 - ٣- ٣) في مصححه «ن»: التالف.
 - ٤- ٤) مستدرک الوسائل ٣: ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث الأول، و انظر الوسائل ١٢: ٣٥٨، الباب ١٠ من أبواب الخيار.
 - ٥- ٥) في مصححه «ن»: التالف.
 - ٦- ٦) في غير «ش»: البائع، إلّا أنه صحَّح في «ن»، «ع» و «ص» بما في المتن.

القول بالإباحه أنّ لكلّ منهما المطالبه ما دام باقياً، وإذا تلف، فظاهر إطلاقهم «التملك (1) بالتلف»: تلفه من مال المغصوب منه. نعم، لو [لا] (2) قام إجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

و أما ما ذكره من حكم النماء، فظاهر المحكي عن بعض أنّ القائل بالإباحه لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ (3)، بل حكمه حكم أصله، و يحتمل أن يحدث النماء في ملكه بمجرد الإباحه.

ثمّ إنّك بملاحظه ما ذكرنا (4) تقدر على التخلّص عن سائر ما ذكره، مع أنّه رحمه الله لم يذكرها للاعتماد، و الإنصاف: أنّها استبعادات في محلّها.

و بالجملة، فالخروج عن أصله عدم الملك المعتضد بالشهره المحقّقه إلى زمان المحقّق الثاني، و بالاتّفاق المدعى في الغنيه (5) و القواعد (6) هنا و في المسالك- في مسأله توقّف الهبه على الإيجاب و القبول (7)- مشكل، و رفع اليد عن عموم أدله البيع و الهبه و نحوهما المعتضده بالسيره

ص: ٥٠

١- ١) في «ف»، «م»، «ع» و «ص»: التملك.

٢- ٢) الزيادة من «ش» و مصحّحه «ن»، و في شرح الشهيدى: حكى أنّ نسخه المصنّف رحمه الله صحّحت هكذا (هدايه الطالب: ١٦٩).

٣- ٣) في «ش»: بالأخذ.

٤- ٤) كذا في «ف» و «ص» و مصحّحتى «خ» و «ع»، و في «ن» و «م»: «ثمّ إنّ ممّا ذكرنا»، و في «ش»: «ثمّ إنّك ممّا ذكرنا».

٥- ٥) تقدّم في الصفحه ٢٩.

٦- ٦) أى قواعد الشهيد، كما تقدّم في الصفحه ٣١.

٧- ٧) المسالك ١٠: ٦.

القطعيه المستمره، و بدعوى الاتفاق المتقدم عن المحقق الثاني (١)-بناءً على تأويله لكلمات القائلين بالإباحه-أشكل.

فالقول الثاني لا يخلو عن قوه.

[هل المعاطاه لازمه أم جائزه]

اشاره

و عليه، فهل هي لازمه ابتداءً مطلقاً؟ كما حكى عن ظاهر المفيد رحمه الله (٢)، أو بشرط كون الدال على التراضى لفظاً؟ كما حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني (٣)، و قواه جماعه من متأخري المحدثين (٤)، أو هي غير لازمه مطلقاً فيجوز لكل منهما الرجوع في ماله؟ كما عليه أكثر القائلين بالملك، بل كلهم عدا من عرفت، وجوه:

[مقتضى القاعده اللزوم]

اشاره

أوقفها بالقواعد هو الأول؛ بناءً على أصاله اللزوم في الملك؛ للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي.

و دعوى: أن الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل و المستقر، و المفروض انتفاء الفرد الأول بعد الرجوع، و الفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أول الأمر، فلا ينفع الاستصحاب، بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقه المالك الأول، مدفوعه-مضافاً إلى إمكان دعوى كفايه تحقق القدر المشترك في الاستصحاب، فتأمل-: بأن انقسام الملك إلى المتزلزل و المستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته، و إنما هو باعتبار حكم الشارع عليه في

ص: ٥١

١-١) تقدم في الصفحه ٣٢.

٢-٢) راجع الصفحه ٢٤ و ٣٧.

٣-٣) راجع الصفحه ٣٧.

٤-٤) كالمحدث البحراني في الحدائق ١٨:٣٥٥، و لم نعر على غيره، و قد تقدم في الصفحه ٣٧ عن بعض متأخري المحدثين.

بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي. و منشأ هذا الاختلاف اختلاف حقيقه السبب المملك، لا- اختلاف حقيقه الملك. فجواز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعيه للسبب، لا من الخصوصيات المأخوذه فى المسبب.

و يدلّ عليه-مع أنّه يكفى فى الاستصحاب الشكّ فى أنّ اللزوم من خصوصيات الملك. أو من لوازم السبب المملك، و مع أنّ المحسوس بالوجدان أنّ إنشاء الملك فى الهبه اللازمه و غيرها على نهج (1) واحد:-

أنّ اللزوم و الجواز لو كانا (2) من خصوصيات الملك، فإنّما أن يكون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين بجعل المالك، أو بحكم الشارع.

فإن كان الأوّل، كان اللازم التفصيل بين أقسام التملك المختلفه بحسب (3) قصد الرجوع، و قصد عدمه، أو عدم قصده، و هو بديهى البطلان؛ إذ لا تأثير لقصد المالك فى الرجوع و عدمه.

و إن كان الثانى، لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ، و هو باطل فى العقود؛ لما تقدّم أنّ العقود المصححه (4) عند الشارع تتبع القصد، و إن أمكن القول بالتخلّف هنا فى مسأله المعاطاه؛ بناءً على ما ذكرنا سابقاً انتصاراً للقائل بعدم الملك: من منع و جوب

ص: ٥٢

١-١ فى «ف»: منهج.

٢-٢ كذا فى «ش» و مصححه «ص»، و فى غيرهما: لو كان.

٣-٣ العبارة فى «ف» هكذا: التفصيل فى أقسام التملك بين.

٤-٤ فى «ف»: الصحيحه.

إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطيين (١)، لكنَّ الكلام في قاعده اللزوم في الملك يشمل (٢) العقود أيضاً.

و بالجمله، فلا- إشكال في أصالة اللزوم في كلِّ عقدٍ شكَّ في لزومه شرعاً، وكذا لو شكَّ في أنَّ الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائر، كالصلح من دون عوض، والهبة. نعم، لو تداعيا احتمال التحالف في الجملة.

[ما يدل على اللزوم من الكتاب و السنه]

و يدلُّ على اللزوم-مضافاً إلى ما ذكر-عموم قوله (٣) صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ:

«الناس مسلطون على أموالهم» (٤) فَإِنَّ مقتضى السلطنة أن لا يخرج عن ملكيته (٥) بغير اختياره، فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه منافعٍ للسلطنة المطلقة.

فاندفع ما ربما يتوهم: من أنَّ غايه مدلول الروايه سلطنه الشخص على ملكه، ولا نسلم ملكيته (٤) له بعد رجوع المالك الأصلي.

و لما (٧) ذكرنا تمسك المحقق رحمه الله-في الشرائع-على لزوم القرض

ص: ٥٣

١-١) راجع الصفحة ٤٧.

٢-٢) كذا في «ف» و«ن»، و في غيرهما: تشمل.

٣-٣) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: قولهم.

٤-٤) عوالي اللآلي ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

٥-٥) في «ف»: «عن الملكيه»، و في نسخه بدل «ش»: «عن ملكه».

٦-٦) كذا في «ص»، و في سائر النسخ: ملكيه.

٧-٧) في أكثر النسخ: بما.

بعد القبض: بأنّ فائده الملك السلطنه (١)، و نحوه العلامه رحمه الله في موضع (٢) آخر (٣).

و منه يظهر جواز التمسّك بقوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئٍ إلّا عن طيب نفسه» (٤)؛ حيث دلّ على انحصار سبب حلّ مال الغير أو جزء سببه في رضا المالك، فلا يحلّ بغير رضاه.

و توهم: تعلّق الحلّ بمال الغير، و كونه مال الغير بعد الرجوع أوّل الكلام، مدفوع: بما تقدّم (٥)، مع أنّ (٦) تعلّق الحلّ بالمال يفيد العموم، بحيث يشمل التملك أيضاً، فلا يحلّ التصرف فيه و لا تملكه إلّا بطيب نفس المالك.

و يمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى: [□] لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ [□] (٧)، و لا ريب أنّ الرجوع

ص: ٥٤

١- ١) الشرائع ٢:٤٨.

٢- ٢) في «ف»: مواضع.

٣- ٣) لعله أشار بذلك إلى ما أفاده في التذكرة (١:٤٦٤) بقوله: «يجوز بيع كلّ ما فيه منفعة؛ لأنّ الملك سبب لإطلاق التصرف»، أو إلى ما أفاده في (١:٥٩٥) بقوله: «و فائده الملك استباحه وجوه الانتفاعات».

٤- ٤) عوالم اللآلى ٢:١١٣، الحديث ٣٠٩، و فيه: «لا يحلّ مال امرئٍ مسلم...»، و جاء في تحف العقول مرسلًا عن النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلم: «و لا يحلّ لمؤمنٍ مال أخيه إلّا عن طيب نفسٍ منه»، تحف العقول: ٣٤.

٥- ٥) تقدّم في الصفحة السابقة عند دفع التوهم عن الاستدلال بقوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «الناس مسلّطون...».

٦- ٦) في «ش» و مصحّحه «ن»: من أنّ.

٧- ٧) النساء: ٢٩.

ليست (١) تجارته، ولا عن تراضٍ، فلا يجوز أكل المال.

و التوهم المتقدم في السابق [غير (٢)] جارٍ هنا؛ لأنَّ حصر مجوّز أكل المال في التجاره إنّما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للأكل لا لغيره.

و يمكن التمسّيك أيضاً بالجمله المستثنى منها؛ حيث إنّ أكل المال و نقله عن مالكة بغير رضا المالك، أكل و تصرّف بالباطل عرفاً.

نعم، بعد إذن المالك الحقيقي -و هو الشارع- و حكمه بالتسلّط (٣) على فسخ المعامله من دون رضا المالك يخرج عن (٤) البطلان؛ و لذا كان أكل المارّه من الثمره الممرور بها أكلاً بالباطل لو لا إذن المالك الحقيقي، و كذا الأخذ بالشفعه، و الفسخ بالخيار، و غير ذلك من الأسباب (٥) القهريّه.

[الاستدلال بما يدل على لزوم خصوص البيع]

هذا كله، مضافاً إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع، مثل قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (٦).

ص: ٥٥

١- ١) في «ص» و مصحّحه «ن»: ليس.

٢- ٢) لم ترد «غير» في النسخ، و وردت في هامش نسخ «ن»، «ع» و «ش» استظهاراً، و قد أيد الشهيدى قدّس سرّه ضروره هذه الزياده، انظر هدايه الطالب: ١٧٠.

٣- ٣) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: التسلّط.

٤- ٤) في «ف»: من.

٥- ٥) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: النواقل.

٦- ٦) عوالي اللآلى ٣: ٢٠٩، الحديث ٥١، و انظر الوسائل ١٢: ٣٤٥، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢.

و قد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)؛ بناءً على أن العقد هو مطلق العهد، كما في صحيحه عبد الله بن سنان (٢)، أو العهد المشدد، كما عن بعض أهل اللغة (٣)، و كيف كان، فلا يختص باللفظ فيشمل المعاطاه.

و كذلك قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم» (٤)؛ فإنَّ الشرط لغه مطلق الالتزام (٥)، فيشمل ما كان بغير اللفظ.

[قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاه]

إشارة

و الحاصل: أنَّ الحكم باللزوم في مطلق الملك و في خصوص البيع ممَّا لا ينكر، إلَّا أنَّ الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاه، بل ادَّعاه صريحاً بعض الأساطين في شرح القواعد (٦)، و يعضده الشهره المحقَّقه، بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخري المتأخريين (٧)، فإنَّ عبارته المحكيه عن المفيد رحمه الله (٨) في المقنعه لا تدلُّ

ص: ٥٦

١-١) المائده: ١.

٢-٢) تفسير القمى ١٦٠: ١، و تفسير العياشى ٢٨٩: ١، الحديث ٥. و عنه الوسائل ٢٠٦: ١٦، الباب ٢٥ من كتاب النذر و العهد، الحديث ٣.

٣-٣) انظر لسان العرب ٣٠٩: ٩، و القاموس ٣١٥: ١، مادّه: «عقد»، و مجمع البحرين ١٠٣: ٣.

٤-٤) الوسائل ٣٠: ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث ٤.

٥-٥) قال الفيروز آبادى في القاموس (٣٦٨: ٢): الشرط إلزام الشئ و التزامه في البيع و نحوه.

٦-٦) شرح القواعد (مخطوط): الورقه: ٤٩.

٧-٧) كالمحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ١٤٤: ٨، و المحدث الكاشانى في مفاتيح الشرائع ٤٨: ٣.

٨-٨) عبارته «المحكيه عن المفيد» لم ترد في «ف»، و شطب عليها في «ن».

على هذا القول- كما عن المختلف الاعتراف به (١)- فإنه قال (٢): ينعقد البيع على تراضٍ بين الاثنین فيما يملكان التبایع له إذا عرفاه جميعاً، و تراضیا بالبيع، و تقابضاً، و افتراقاً بالأبدان (٣)، انتهى.

و يقوى إرادته بيان شروط صحه العقد الواقع بين اثنين و تأثيره فى اللزوم؛ و كأنه لذلك (٤) حكى كاشف الرموز عن المفيد و الشيخ رحمهما الله:

أنه لا بدّ فى البيع عندهما من لفظٍ مخصوص (٥).

و قد تقدّم دعوى الإجماع من الغنيه على عدم كونها بيعاً (٦)، و هو نصّ فى عدم اللزوم، و لا يقدر كونه ظاهراً فى عدم الملكيه الذى لا نقول به.

[التشكيك فى انعقاد الإجماع]

و عن جامع المقاصد: يعتبر اللفظ فى العقود اللازمه بالإجماع (٧).

نعم، قول العلامة رحمه الله فى التذكرة: «إنّ الأشهر عندنا أنّه لا بدّ

ص: ٥٧

١- ١) المختلف ٥١: ٥، و فيه بعد نقل عبارته المقنعه:- و ليس فى هذا تصريح بصحته إلّا أنّه موهم.

٢- ٢) كذا فى «ف»، «ش» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: فإنّ المحكى عنه أنّه قال.

٣- ٣) المقنعه: ٥٩١.

٤- ٤) فى «ف»: لذا.

٥- ٥) كشف الرموز ٤٤٥: ١-٤٤٦.

٦- ٦) تقدّم فى الصفحه ٢٩.

٧- ٧) جامع المقاصد ٣٠٩: ٥، و فيه: «لأنّ النطق معتبر فى العقود اللازمه بالإجماع»، و حكاها عنه المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ٢٧٦.

من الصيغه» (١) يدلّ على وجود الخلاف المعتدّ به في المسأله، و لو كان المخالف شاذّاً لعبر بالمشهور، و كذلك نسبته في المختلف إلى الأكثر (٢)، و في التحرير: أنّ الأقوى أنّ المعاطاه غير لازمه (٣).

[عدم كشف هذا الإجماع عن رأي المعصوم على فرض حصوله]

ثمّ لو فرضنا الاتّفاق من العلماء على عدم لزومها- مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أنّها ليست مملّكه، و إنّما تفيده الإباحه- لم يكن هذا الاتّفاق كاشفاً؛ إذ القول باللزوم فرع الملكيه، و لم يقل بها إلّا بعض من تأخّر عن المحقّق الثاني (٤) تبعاً له، و هذا ممّا يوهن حصول القطع- بل الظنّ- من الاتّفاق المذكور؛ لأنّ قول الأكثر بعدم اللزوم سالبه بانتفاء (٥) الموضوع.

نعم، يمكن أن يقال- بعد ثبوت الاتّفاق المذكور:- إنّ أصحابنا بين قائلٍ بالملك الجائر، و بين قائلٍ بعدم الملك رأساً، فالقول بالملك اللازم قولٌ ثالث، فتأمل.

و كيف كان، فتحصيل الإجماع على وجه استكشاف قول الإمام عن قول غيره من العلماء- كما هو طريق (٦) المتأخّرين- مشكل؛

ص: ٥٨

١- (١) التذكرة ٤٦٢: ١.

٢- (٢) المختلف ٥١: ٥.

٣- (٣) التحرير ١٦٤: ١.

٤- (٤) مثل المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة ١٣٩: ٨، و غيره، راجع الصفحه ٤٠، الهامش ٣.

٥- (٥) في «ف»: منتفیه.

٦- (٦) في «ف»: طريقه.

لما ذكرنا (١) وإن كان هذا لا يقدح في الإجماع على طريق القدماء، كما بيّن في الأصول (٢).

و بالجمله، فما ذكره في المسالك من قوله -بعد ذكر قول من اعتبر (٣) مطلق اللفظ في اللزوم-: «ما أحسنه و أمتن (٤) دليله إن لم يكن إجماع (٥) على خلافه» (٦) في غايه الحسن و المتانه.

[ما يدل على عدم لزوم المعاطاه]

اشاره

و الإجماع و إن لم يكن محققاً على وجه يوجب القطع، إلا أنّ المظنون قوياً تحقّقه على عدم اللزوم، مع عدم لفظٍ دالٍّ على إنشاء التملك، سواء لم يوجد لفظ أصلاً أم وجد و لكن لم ينشأ التملك به (٧)، بل كان من جمله القرائن على قصد التملك بالتقابض.

و قد يظهر ذلك من غير واحد من الأخبار (٨)، بل يظهر (٩) منها أنّ إيجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطى كان متعارفاً بين أهل السوق و التجار.

ص: ٥٩

١-١) في الصفحه السابقه.

٢-٢) راجع فرائد الأصول: ٧٩-٨٣.

٣-٣) في «ش»: من لم يعتبر.

٤-٤) كذا في «ف»، و في غيره: و ما أمتن.

٥-٥) في «ش» و المصدر: إن لم ينعقد الإجماع.

٦-٦) المسالك ١٥٢:٣.

٧-٧) في «ف»: به التملك.

٨-٨) انظر الوسائل ١١٤:١٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، و الصفحه ٣٧٥ و ٣٨٥، الباب ٨ و ١٤ من أبواب أحكام العقود.

٩-٩) في «ف»: بل قد يظهر.

بل يمكن دعوى السيره على عدم الاكتفاء فى السبوع الخطيره التى يراد بها عدم الرجوع بمجرّد التراضى. نعم، ربما يكتفون بالمصافقه، فىقول البائع: بارك الله لك، أو ما أدى هذا المعنى بالفارسيه (١). نعم، يكتفون بالتعاطى فى المحقّرات و لا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها، بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين. نعم، الاكتفاء فى اللزوم (٢) بمطلق الإنشاء القولى غير بعيد؛ للسيره و لغير واحدٍ من الأخبار، كما سيجىء إن شاء الله تعالى فى شروط الصيغه.

بقى الكلام فى الخبر الذى تُمسك به فى باب المعاطاه، تارةً على عدم إفاده المعاطاه إباحه التصرف، و أخرى على عدم إفادتها اللزوم؛

جمعاً بينه و بين ما دلّ على صحّحه مطلق البيع - كما صنعه فى الرياض (٣) - و هو قوله عليه السلام: «إنّما يحلّل الكلام و يحرم الكلام».

و توضيح المراد منه يتوقّف على بيان تمام الخبر، و هو ما رواه ثقه الإسلام فى باب «بيع ما ليس عنده»، و الشيخ فى باب «النقد و النسيئه» عن ابن أبى عمير، عن يحيى بن الحجاج، عن خالد بن الحجاج (٤) - أو ابن نجیح (٥) - قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل

ص : ٦٠

١ - ١) وردت عبارته: «نعم - إلى - بالفارسيه» فى أكثر النسخ فى المتن و فى بعضها فى الهامش، لكن شطب عليها فى «ف»، و كُتب عليها فى «ن»: زائد.

٢ - ٢) فى «ف»: باللزوم.

٣ - ٣) الرياض ٥١١: ١.

٤ - ٤) كما فى التهذيب.

٥ - ٥) كما فى الكافى.

يحيثنى و يقول:اشتر لى هذا الثوب و أربحك كذا و كذا.فقال:أ ليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟قلت:بلى.قال:لا بأس،إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام (١)» (٢).

و قد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أخر مجردة عن قوله عليه السلام:

«إنما يحلل...إلخ» (٣)،كلها تدلّ على أنه لا بأس بهذه المواعده و المقاوله ما لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه.

و نقول:إن هذه الفقهه—مع قطع النظر عن صدر الروايه—تحتمل وجوهاً:

الأول:

أن يراد من «الكلام» فى المقامين اللفظ المدالّ على التحليل و التحريم (٤)،بمعنى أنّ تحريم شىء و تحليله لا- يكون إلما بالنطق بهما،فلا يتحقّق بالقصد المجرد عن الكلام،و لا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال.

الثانى:

أن يراد ب«الكلام»اللفظ مع مضمونه،كما فى قولك:

«هذا الكلام صحيح»أو «فاسد»،لا مجرد اللفظ—أعنى الصوت— و يكون المراد:أنّ المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعى جلاً و حرمة (٥)

ص: ٦١

١- ١) فى «ن»،«خ»،«م»و«ع»زياده:«الخبر»،و الظاهر أنه لا وجه له؛لأنّ الخبر مذكور بتمامه.

٢- ٢) انظر الكافى ٥:٢٠١،الحديث ٦،و التهذيب ٧:٥٠،الحديث ٢١٦، و الوسائل ١٢:٣٧٦،الباب ٨ من أبواب أحكام العقود،الحديث ٤.

٣- ٣) انظر الوسائل ١٢:٣٧٥،الباب ٨ من أبواب العقود.

٤- ٤) كذا فى «ف»،و فى غيره:التحريم و التحليل.

٥- ٥) فى «ف»:أو حرمة.

باختلاف المضامين المؤداه بالكلام، مثلاً (١): المقصود الواحد، وهو التسليط على البضع مدّه معينه يتأتى بقولها: «ملكك بضعي» أو «سلطتك عليه» أو «آجرتك نفسي» أو «أحللتها لك»، وبقولها:

«متعتك (٢) نفسي بكذا»، فما عدا الأخير موجب لتحريمه، و الأخير محلل، و بهذا (٣) المعنى ورد قوله عليه السلام: «إنما يحرم الكلام» في عدّه من روايات المزارعه (٤).

منها: ما في التهذيب عن ابن محبوب، عن خالد بن جرير (٥)، عن أبي الربيع الشامي، عن أبي عبد الله عليه السلام: أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر، و ثلثاً للبقر، فقال:

«لا ينبغي له أن يسمّى بذرّاً و لا بقرّاً، و لكن يقول لصاحب الأرض:

أزرع في أرضك و لك منها كذا و كذا: نصف، أو ثلث، أو ما كان من شرط، و لا يسمّى بذرّاً و لا بقرّاً؛ فإنما يحرم الكلام» (٦).

ص: ٦٢

١- ١) كلمه «مثلاً» ساقطه من «خ»، «م»، «ع» و «ص».

٢- ٢) كذا في «ف»، و في غيره: متعت.

٣- ٣) كذا في «ف»، و في غيره: على هذا.

٤- ٤) راجع الوسائل ٢٠٠: ١٣- ٢٠١، الباب ٨ من أبواب المزارعه و المساقاه، الحديث ٤٦، ٤٧ و ١٠.

٥- ٥) عبارته «عن خالد بن جرير» من «ش» و المصدر.

٦- ٦) التهذيب ٧: ١٩٤، الحديث ٨٥٧، و عنه الوسائل ١٣: ٢٠١، الباب ٨ من أبواب المزارعه، الحديث ١٠. و بما أن الحديث ورد مختلفاً في النسخ، و مع تقديم و تأخير في بعضها، فلذلك أثبتناه طبقاً لنسخه «ش» التي هي مطابقه مع المصدر.

الثالث:

أن يراد بـ«الكلام» في الفقرتين الكلام الواحد، و يكون تحليله و تحريمه (١) باعتبار (٢) وجوده و عدمه، فيكون وجوده محللاً و عدمه محرماً، أو بالعكس، أو باعتبار محلّه و غير محلّه، فيحلّ في محلّه و يحرم في غيره؛ و يحتمل هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعه.

الرابع:

أن يراد من الكلام المحلّ خصوص المقاوله و المواعده، و من الكلام المحرّم إيجاب البيع و إيقاعه.

ثم إن الظاهر عدم إرادته المعنى الأول؛ لأنه مع لزوم تخصيص الأكثر- حيث إن ظاهره حصر أسباب التحليل و التحريم في الشريعة في اللفظ- يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور في الخبر جواباً عن السؤال، مع كونه كالتعليل له؛ لأنّ ظاهر-الحكم كما يستفاد من عدّه روايات أخر (٣)- تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء (٤) المتاع من مالكة، و لا دخل لاشتراط النطق في التحليل و التحريم في هذا الحكم أصلاً، فكيف يعلّل به؟ و كذا المعنى الثاني؛ إذ ليس هنا مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللاً، و بآخر محرماً.

ص: ٦٣

١- ١) كذا في «ف»، و في غيرها: تحريمه و تحليله.

٢- ٢) كذا في «م»، «ص» و مصحّحه «ن»، و في غيرها: اعتبار.

٣- ٣) انظر الوسائل ٣٧٠: ١٢، الباب ٥ من أبواب العقود، الحديث ٤، و الصفحة ٣٧٤، الباب ٧ من الأبواب، الحديث ٣، و الصفحة ٣٧٨، الباب ٨ من الأبواب، الحديث ١١ و ١٣.

٤- ٤) في «ف»: اشتراء.

فتعيّن: المعنى الثالث، وهو: أنّ الكلام الدالّ على الالتزام بالبيع لا- يحرم هذه المعامله إلّا وجوده قبل شراء العين التي يريدّها الرجل؛ لأنّه بيع ما ليس عنده، ولا يحلّل إلّا عدمه؛ إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلّا التواعد بالمبايعه، وهو غير مؤثّر.

فحاصل الروايه: أنّ سبب التحليل و التحريم في هذه المعامله منحصر في الكلام عدماً و وجوداً (١).

أو المعنى الرابع، وهو: أنّ المقاوله و المراضاه مع المشتري الثاني قبل اشتراء العين محلّل للمعامله، و إيجاب البيع معه محرّم لها.

و على كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلاله على اعتبار الكلام في التحليل، كما هو المقصود في مسأله المعاطاه.

نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر بعد ما عرفت من أنّ (٢) المراد ب«الكلام» هو إيجاب البيع- بأن يقال: إنّ حصر المحلّ و المحرّم في الكلام لا- يتأتى إلّا مع انحصار إيجاب البيع في الكلام؛ إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلّ و المحرّم في الكلام، إلّا أن يقال: إنّ وجه انحصار إيجاب البيع في الكلام في مورد الروايه هو عدم إمكان المعاطاه في خصوص المورد؛ إذ المفروض أنّ المبيع عند مالكة الأول، فتأمل.

و كيف كان، فلا تخلو الروايه عن إشعار أو ظهور. كما يشعر به قوله عليه السلام في روايه أخرى وارده في هذا الحكم أيضاً، و هي روايه

ص: ٦٤

١- ١) في «ف»: أو وجوداً.

٢- ٢) في «خ»، «م»، «ع»، «ص» و مصحّحه «ن»: بأن.

يحيى بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجلٍ قال لي: اشتر لي هذا الثوب أو هذه الدابة، وبعنيها أربحك (١) فيها كذا وكذا؟ قال:

لا بأس بذلك، اشترها، ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها» (٢)؛ فإنَّ الظاهر أنَّ المراد من مواجهه البيع ليس مجرد إعطاء العين للمشتري (٣).

و يشعر به أيضاً روايه العلاء الوارده في نسبه الربح إلى أصل المال، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يبيع بيعاً فيقول: أبيعك بده دوازده، [أو ده يازده (٤)]؟ فقال: لا - بأس، إنما هذه "المرأوضه" فإذا جمع البيع جعله جمله واحده» (٥)؛ فإنَّ ظاهره - على ما فهمه بعض الشراح (٦) - : أنه لا يكره ذلك في المقاوله التي قبل العقد، و إنما يكره حين العقد.

و في صحيحه ابن سنان: «لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك، تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب، ثم توجهه على نفسك، ثم تبعه منه بعد» (٧).

ص: ٦٥

١ - ١) في «ش»: أربحك.

٢ - ٢) الوسائل ٣٧٨: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣.

٣ - ٣) لم ترد عبارته: «فإنَّ الظاهر - إلى - للمشتري» في «ف».

٤ - ٤) من «ش» و المصدر.

٥ - ٥) الوسائل ٣٨٦: ١٢، الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٥.

٦ - ٦) و هو المحدث الكاشاني قدس سره في الوافي ٦٩٣: ١٨، الحديث ١٨١٣١.

٧ - ٧) الوسائل ٣٧٥: ١٢، الباب ٨ من أبواب العقود، الحديث الأول.

الأول الظاهر

الأول الظاهر (١): أن المعاطاه قبل اللزوم - على القول بإفادتها الملك - بيع،

بل الظاهر من كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد (٢): أنه مما لا كلام فيه حتى عند القائلين بكونها فاسده، كالعلامة في النهايه (٣). و دلّ على ذلك تمسكهم له بقوله تعالى: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (٤).

و أمّا على القول بإفادتها للإباحه (٥)، فالظاهر: أنها (٦) بيع عرفي لم يؤثر شرعاً إلا الإباحه، فنفي البيع عنها في كلامهم (٧) و معاهد إجماعاتهم (٨) هو البيع المفيد شرعاً للزوم زياده على الملك.

هذا على ما اخترناه سابقاً (٩): من أن مقصود المتعاطيين في

ص: ٦٦

١- ١) في «ف»: أن الظاهر.

٢- ٢) جامع المقاصد ٤: ٥٨.

٣- ٣) نهايه الأحكام ٢: ٤٤٩.

٤- ٤) البقره: ٢٧٥.

٥- ٥) في «ف» زياده: دون الملك.

٦- ٦) كذا في «ف» و مصححه «م» و «ص»، و في غيرها: أنه.

٧- ٧) مثل ما تقدّم عن الخلاف في الصفحه ٢٦، و عن السرائر و الغنيه في الصفحه ٢٨ و ٢٩.

٨- ٨) كذا في «ف»، و في غيرها: إجماعهم.

٩- ٩) في الصفحتين ٢٥ و ٣٢.

المعاطاه التملك (١) و البيع (٢)، و أما على ما احتمله بعضهم (٣) - بل استظهره (٤) - من أن محلّ الكلام هو ما إذا قصد (٥) مجرد الإباحه، فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفاً، و لا شرعاً.

و على هذا فلا بدّ عند الشكّ في اعتبار شرط فيها من الرجوع إلى الأدلّه الدالّله على صحّحه هذه الإباحه العوضيّه من خصوص أو عموم، و حيث إنّ المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيتها بعموم:

«الناس مسلّطون على أموالهم» (٦) كان مقتضى القاعده هو نفى شرطيه غير ما ثبت شرطيته، كما أنّه لو تمسك لها بالسيره كان مقتضى القاعده العكس.

و الحاصل: أنّ المرجع - على هذا - عند الشكّ في شروطها، هي أدلّه هذه المعامله، سواء اعتبرت في البيع أم لا.

و أما على المختار: من أنّ الكلام فيما قصد (٧) به البيع، فهل (٨)

ص: ٦٧

١ - ١) في هامش «ص»: التملك ظ، و هكذا أثبتته المامقاني قدّس سرّه في حاشيته، انظر غايه الآمال: ١٨٧.

٢ - ٢) لم ترد «و البيع» في «ف».

٣ - ٣) و هو صاحب الجواهر قدّس سرّه، انظر الجواهر ٢٢٤: ٢٢.

٤ - ٤) في «ف»: استظهر.

٥ - ٥) في «ف»: قصد.

٦ - ٦) عوالي اللآلي ٢٢٢: ١، الحديث ٩٩.

٧ - ٧) في «ف»: يقصد.

٨ - ٨) كذا في «ص» و «ش»، و في غيرهما: هل.

يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يبتنى (١) على القول بإفادتها للملك، والقول بعدم إفادتها إلّا الإباحه (٢)؟ وجوه:

يشهد للأوّل: كونها بيعاً عرفاً، فيشترط (٣) فيها جميع ما دلّ على اشتراطه في البيع.

و يؤيّده: أنّ محلّ النزاع بين العامّه و الخاصّه في المعاطاه هو: أنّ الصيغه معتبره في البيع كسائر الشرائط، أم لا؟- كما يفصح عنه عنوان المسأله في كتب كثيرٍ من الخاصّه و العامّه (٤)- فما انتفى فيه غير الصيغه من شروط البيع، خارج عن هذا العنوان و إن فرض مشاركاً له في الحكم؛ و لذا ادّعى (٥) في الحدائق: أنّ المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاه: صحّه المعاطاه المذكوره إذا استكملت (٦) شروط البيع غير الصيغه المخصوصه، و أنّها تفيد إباحه تصرف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض (٧).

و مقابل المشهور في كلامه، قول العلّامه رحمه الله في النهايه بفساد المعاطاه (٨)- كما صرّح به بعد ذلك- فلا يكون كلامه موهماً لثبوت

ص: ٦٨

١- ١) في «ف»: مبنيّ.

٢- ٢) في «ف»: إلّا للإباحه.

٣- ٣) في «ف»: ليشترط.

٤- ٤) كذا في «ف»، و في غيرها: العامّه و الخاصّه.

٥- ٥) كذا في «ش»، و في «ف» غير مقروءه، و في غيرهما: أفتى.

٦- ٦) كذا في «ف»، و في غيرها: استكمل.

٧- ٧) الحدائق ٣٥٦: ١٨.

٨- ٨) نهايه الإحكام ٤٤٩: ٢.

الخلاف في اشتراط صحه المعاطاه باستجماع شرائط البيع.

و يشهد للثانى: أنّ البيع فى النصّ و الفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم، و ثبت له الخيار فى قولهم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، و نحوه.

أمّا على القول بالإباحه، فواضح؛ لأنّ المعاطاه ليست على هذا القول بيعاً فى نظر الشارع و المتشرّعه؛ إذ لا نقل فيه عند الشارع، فإذا ثبت إطلاق الشارع عليه فى مقام (١)، فنحمله على الجرى على ما هو بيع باعتقاد العرف، لاشتماله على النقل فى نظرهم، و قد تقدّم سابقاً فى تصحيح دعوى الإجماع على عدم كون المعاطاه بيعاً (٢) - بيان ذلك.

و أمّا على القول بالملك، فلأنّ المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم فى قولهم: «البيعان بالخيار»، و قولهم: «إنّ الأصل فى البيع اللزوم، و الخيار إنّما ثبت لدليل»، و «أنّ البيع بقول مطلق (٣) من العقود اللازمه»، و قولهم: «البيع هو العقد الدالّ على كذا»، و نحو ذلك.

و بالجملة، فلا يبقى للمتأمل شكّ فى أنّ إطلاق البيع فى النصّ و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلّا بفسخ عقده بخيار أو بتقاييل (٤).

و وجه الثالث: ما تقدّم للثانى على القول بالإباحه، من سلب

ص: ٦٩

١ - ١) لم ترد «فى مقام» فى «ف».

٢ - ٢) فى الصفحه ٤١ و غيرها.

٣ - ٣) فى «ف»: و أنّ البيع مطلقاً.

٤ - ٤) فى «ف»: لخيار أو لتقاييل.

البيع عنه، وللأول على القول بالملك، من صدق البيع عليه حينئذٍ وإن لم يكن لازماً.

و يمكن الفرق بين الشرط الذى ثبت اعتباره فى البيع من النص، فيحمل على البيع العرفى و إن لم ينفذ عند الشارع إلا الإباحه، و بين ما ثبت بالإجماع على اعتباره فى البيع بناءً على انصراف «البيع» فى كلمات المجمعين إلى العقد اللازم.

و الاحتمال الأول لا يخلو عن قوه؛ لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك - كما عرفت من جامع المقاصد (١) -، و أما على القول بالإباحه؛ فلأنها لم تثبت إلا فى المعامله الفاقده للصيغه فقط، فلا تشمل الفاقده للشرط الآخر أيضاً.

ثم إنه حكى عن الشهيد رحمه الله فى حواشيه على القواعد أنه - بعد ما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى الخمس و الزكاه و ثمن الهدى إلا بعد تلف العين، يعنى العين الأخرى - ذكر: أنه يجوز أن يكون الثمن و المضمن فى المعاطاه مجهولين؛ لأنها ليست عقداً، و كذا جهاله الأجل، و أنه لو اشترى أمه بالمعاطاه لم يجز له (٢) نكاحها قبل تلف الثمن (٣)، انتهى. و حكى عنه فى باب الصرف أيضاً: أنه لا يعتبر التقابض فى المجلس فى معاطاه النقدين (٤).

ص: ٧٠

١-١) راجع الصفحه ٣٢ و غيرها.

٢-٢) لم ترد «له» فى «ف».

٣-٣) حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ١٥٨:٤.

٤-٤) نفس المصدر، الصفحه ٣٩٧.

أقول: حكمه قدس سرّه بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطه في الصدقات الواجبه و عدم جواز نكاح المأخوذ بها، صريح في عدم (١) إفادتها للملك، إلّا أنّ حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكوره (٢) للبيع و الصرف معللاً بأنّ المعاطه ليست عقداً، يحتمل أن يكون باعتبار عدم الملك؛ حيث إنّ المفيد للملك منحصرٌ في العقد، و أن يكون باعتبار عدم اللزوم؛ حيث إنّ الشروط المذكوره شرائطٌ للبيع العقدي اللازم.

و الأقوى: اعتبارها و إن قلنا بالإباحه؛ لأنّها بيع عرفي و إن لم يفد شرعاً إلّا الإباحه، و مورد الأدلّه الدالّه على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لا- خصوص العقدي، بل تقييدها بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب؛ و لما عرفت من أنّ الأصل في المعاطه بعد القول بعدم الملك، الفساد و عدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محلّ الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم، و هو المعامله الجامعه للشروط عدا الصيغه، و بقي الباقي.

و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيها (٣) أيضاً و إن خصصنا الحكم بالبيع، بل الظاهر التحريم حتّى عند من لا يراها (٤) مفيده للملك؛ لأنّها معاوضه عرفيه و إن لم تفد الملك، بل معاوضه شرعيّه، كما (٥) اعترف بها

ص: ٧١

١- ١) في «ف»: صريح في قوله بعدم.

٢- ٢) في «ف»: باعتبار الشرط المذكور.

٣- ٣) كذا في «ف» و «م»، و في غيرهما: فيه.

٤- ٤) في «ف»: عند من يراها.

٥- ٥) كما «ساقطه من «ش».

الشهيد رحمه الله في موضع من الحواشي؛ حيث قال: إنَّ المعاطاه معاوضه مستقله جائزه أو لازمه (١)، انتهى.

و لو قلنا بأنَّ المقصود للمتعاطين (٢) الإباحه لا الملك، فلا يبعد أيضاً جريان الربا؛ لكونها معاوضه عرفاً، فتأمل (٣).

و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم، فيمكن نفيه على المشهور؛ لأنَّها إباحه (٤) عندهم، فلا معنى للخيار (٥).

و إن قلنا بإفاده الملك، فيمكن القول بثبوت الخيار فيه (٦) مطلقاً؛ بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم - كما سيأتي عند تعرّض الملزمات - فالخيار موجود من زمان المعاطاه، إلّا أنّ أثره يظهر بعد اللزوم، و على هذا فيصح إسقاطه و المصالحه عليه قبل اللزوم.

و يحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصه بالبيع، فلا تجرى؛ لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار (٧)، و بين

ص: ٧٢

١-١) حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٥٨.

٢-٢) فى «ف» زياده: إنشاء.

٣-٣) وردت عبارته «و لو قلنا -إلى- فتأمل» فى «ف» و هامش «ن»، «خ» و «م»، و كتب بعدها فى «ن»: «إلحاق منه دام ظلّه»، و فى «خ» و «م»: «إلحاق منه رحمه الله».

٤-٤) كذا فى «ف» و «ش»، و فى غيرهما: «جائزه» بدل «إباحه»، لكن صُحِّحت فى «ع» بما أثبتناه.

٥-٥) فى «ف» زياده: مطلقاً.

٦-٦) لم ترد «فيه» فى «ف».

٧-٧) عبارته «لاختصاص -إلى- الخيار» ساقطه من «ف».

غيرها- كخيار الغبن و العيب بالنسبه إلى الردّ دون الأرش- فتجرى (١)؛ لعموم أدلتها.

و أما حكم الخيار بعد اللزوم، فسيأتي (٢) بعد ذكر الملزمات إن شاء الله (٣).

ص: ٧٣

١-١) كذا في «ص» و مصحّحه «ن»، و في غيرهما: فيجرى.

٢-٢) سيأتي في الأمر السابع، الصفحة ١٠٣.

٣-٣) التعليق على المشيئه من «ف».

الأمر الثاني إنّ المتيقّن من مورد المعاطاه: هو حصول التعاطى فعلاً من الطرفين،

فالملك أو الإباحه في كلّ منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب إباحه الآخر أو ملكيته، فلا يتحقّق المعاوضه و لا الإباحه رأساً؛ لأنّ كلّاً منهما ملكٌ أو مباح في مقابل ملكيه (١) الآخر أو إباحته، إلّا أنّ الظاهر من جماعه من متأخري المتأخّرين (٢) - تبعاً للشهيد في الدروس (٣) - جعله (٤) من المعاطاه، و لا ريب أنّه لا يصدق معنى المعاطاه، لكنّ هذا لا يقدح في جريان حكمها عليه؛ بناءً على عموم الحكم لكلّ بيع فعليّ، فيكون إقباض أحد العوضين من مالكة تملكاً له بعوض، أو مبيعاً (٥) له به، و أخذ الآخر له تملكاً له بالعوض، أو إباحه له بإزائه، فلو كان المعطى هو الثمن كان

ص: ٧٤

١ - ١) كذا في «ش»، و في «ف»: «الملك»، و في «ن»: «ملك»، و في غيرها: ملكه.

٢ - ٢) منهم: المحقّق الثاني في حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٧، و السيد المجاهد في المناهل: ٢٧٠، و الشيخ الكبير في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه: ٥١، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣٨: ٢٢، و يظهر من المحدّث البحراني و السيد العاملي أيضاً، انظر الحدائق ٣٦٤: ١٨، و مفتاح الكرامه ١٥٨: ٤.

٣ - ٣) الدروس ١٩٢: ٣.

٤ - ٤) كذا في «ش»، و في غيرها: «جعلوه»، إلّا أنّه صحّح في «خ»، «ع» و «ص» بما في المتن.

٥ - ٥) في «ص»: إباحه.

دفعه على القول بالملك و البيع (١) اشتراءً، و أخذه بيعاً للمثمن به، فيحصل الإيجاب و القبول الفعليان (٢) بفعلٍ واحدٍ في زمانٍ واحد.

ثمَّ صحَّ هذا على القول بكون المعاطاه بيعاً مملُكاً واضحاً؛ إذ يدلُّ عليها ما دلَّ على صحَّه المعاطاه من الطرفين، و أمَّا على القول بالإباحه، فيشكل بأنَّه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحه، اللهمَّ إلَّا أن يدعى قيام السيره عليها، كقيامها على المعاطاه الحقيقيه.

و ربما يدعى انعقاد المعاطاه بمجرد إيصال الثمن و أخذ المثمن من غير صدق إعطاءٍ أصلاً، فضلاً عن التعاطى، كما تعارف أخذ الماء مع غيبه السقاء، و وضع الفلّس في المكان المعدّ له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، و كذا غير الماء من المحقّرات كالخضروات (٣) و نحوها، و من هذا القبيل الدخول في الحمام و وضع الأجره في كوز صاحب الحمام مع غيبته.

فالمعيار في المعاطاه: وصول العوضين، أو أحدهما (٤) مع الرضا بالتصرّف، و يظهر ذلك من المحقّق الأردبيلي رحمه الله أيضاً في مسأله المعاطاه (٥)، و سيأتي توضيح ذلك في مقامه (٦) إن شاء الله.

ص: ٧٥

١- ١) في «ف»: أو البيع.

٢- ٢) كذا في «ف»، و في غيرها: الفعلين.

٣- ٣) كذا في «ف»، و في غيرها: كالخضريات.

٤- ٤) في «ف» زياده: مقامه.

٥- ٥) انظر مجمع الفائده ٨: ١٤١.

٦- ٦) سيأتي في الصفحه ١١٢-١١٣.

ثمّ إنّه لو قلنا بأنّ اللفظ الغير المعتبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاه، أمكن خلوّ المعاطاه من الإعطاء و الإيصال رأساً، فيتقاولان على مبادله شىء بشىء من غير إيصال، ولا يبعد صحّته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك، و أمّا على القول بالإباحه، فالإشكال المتقدّم هنا آكد.

ص: ٧٤

الأمر (١) الثالث تميّز البائع من المشتري في المعاطاه الفعلية

مع كون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمنًا- كالدراهم و الدينانير و الفلوس المسكوكه- واضح؛ فإنّ صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرّح بالخلاف.

و أمّا مع كون العوضين من غيرها، فالثمن ما قصدنا (٢) قيامه مقام الثمن (٣) في العوضيه، فإذا أعطى الحنطه في مقابل اللحم قاصداً إنّ هذا المقدار (٤) من الحنطه يسوى درهماً هو ثمن اللحم، فيصدق عرفاً (٥) أنّه اشترى اللحم بالحنطه، و إذا انعكس انعكس الصدق، فيكون المدفوع بتّيه البدليه عن الدرهم و الدينار هو الثمن، و صاحبه هو (٦) المشتري.

و لو لم يلاحظ إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون تّيه قيام أحدهما مقام الثمن في العوضيه، أو لوحظ قيمه في كليهما، بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم، و ذلك المقدار (٧) من الحنطه بدرهم،

ص: ٧٧

١-١ من «ص».

٢-٢ في «ف»: ما قصد.

٣-٣ في «ف»، «خ»، «ع» و «ص»: المثلث.

٤-٤ في «ف»: القدر.

٥-٥ لم ترد «عرفاً» في «ف».

٦-٦ لم ترد «هو» في «ف».

٧-٧ في «ف»: القدر.

فتعاطيا من غير سبق مقاوله تدلّ على كون أحدهما بالخصوص بائعاً:

ففى كونه بيعاً و شراءً بالنسبه إلى كلّ منهما؛ بناءً على أنّ البيع لغه - كما عرفت - مبادله مالٍ بمال، و الاشتراء: ترك شىءٍ و الأخذ بغيره - كما عن بعض أهل اللغه (١) - فيصدق على صاحب اللحم أنّه باعه بحنطه، و أنّه اشترى الحنطه، فيحنث لو حلف على عدم بيع اللحم و عدم شراء الحنطه. نعم، لا - يترتب عليهما أحكام البائع و لا - المشتري؛ لانصرافهما فى أدله تلك الأحكام إلى من اختصّ بصفه (٢) البيع أو الشراء، فلا يعمّ من كان فى معامله واحده مصداقاً لهما باعتبارين.

أو كونه بيعاً بالنسبه إلى من يعطى أولاً؛ لصدق الموجب عليه، و شراءً بالنسبه إلى الآخذ؛ لكونه قابلاً عرفاً.

أو كونها (٣) معاطاه مصالحه؛ لأنها بمعنى التسالم على شىء؛ و لذا حملوا الروايه الوارده فى قول أحد الشريكين لصاحبه: «لك ما عندك، و لى ما عندى» (٤) على الصلح (٥).

ص: ٧٨

١ - ١) انظر لسان العرب ٧: ١٠٣، و القاموس ٤: ٣٤٨، مادّه: «شرى».

٢ - ٢) فى «خ»، «ع» و «ص»: «بصيغه»، و فى نسخه بدلها: بصفه.

٣ - ٣) كذا فى «ف»، «ش» و مصحّحه «ن»، و فى غيرها: «كونهما»، و تأنيث الضمير باعتبار الخبر، كما هى طريقه المصنّف قدّس سرّه.

٤ - ٤) الوسائل ١٣: ١٦٦، الباب ٥ من أبواب أحكام الصلح، الحديث الأوّل.

٥ - ٥) فإنّهم استدلّوا بالروايه المذكوره على صحّه المصالحه مع جهاله المصطلحين بما وقعت فيه المنازعه، انظر المسالك

٤: ٢٦٣، و الحدائق ٢١: ٩٢، و الجواهر ٢٦: ٢١٦.

أو كونها معاوضه مستقله لا يدخل تحت العناوين المتعارفه، وجوه.

لا- يخلو ثانيها عن قوه؛ لصدق تعريف «البائع» لغه و عرفاً على الدافع أولاً دون الآخر، و صدق «المشترى» على الآخذ أولاً، دون الآخر، فتدبر.

ص: ٧٩

الأمر (١) [الرابع أن أصل المعاطاه - وهي إعطاء كل منهما الآخر (٢) ماله - يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه:

أحدها: أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر،

فيكون الآخر (٣) في أخذه قابلاً و مملّكاً (٤) بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تملك، بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه، فيكون الإيجاب و القبول (٥) بدفع العين الأولى و قبضها، فدفع العين الثاني (٦) خارج عن حقيقه المعاطاه، فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاه؛ و بهذا الوجه صححنا سابقاً (٧) عدم توقف المعاطاه على قبض كلا العوضين، فيكون إطلاق المعاطاه عليه من حيث حصول المعامله فيه بالعطاء دون القول، لا من حيث كونها متقومه

ص: ٨٠

١-١ (١) من «ص».

٢-٢ (٢) في «ف»: لآخر.

٣-٣ (٣) عبارته «فيكون الآخر» ساقطه من «ش».

٤-٤ (٤) كذا في «ش»، و مصححتي «ن» و «ص»، و في «ف»: «أو مملّكاً»، و في سائر النسخ: و مملّكاً.

٥-٥ (٥) وردت عبارته «إنشاء تملك - إلى - الإيجاب و القبول» في «ف» هكذا: أنشأ نفسه بإزاء ما تملكه، فيكون تملك، بل دفع لما التزمه على الإيجاب و القبول.

٦-٦ (٦) كذا في النسخ، و الصواب: الثانيه، كما في مصححه «ص».

٧-٧ (٧) راجع الصفحه ٧٤-٧٥.

بالعطاء من الطرفين.

و مثله في هذا الإطلاق: لفظ «المصالحة» و«المساقاة» و«المزارعة» و«المؤاجرة» وغيرها، و بهذا الإطلاق يستعمل المعطاء في الرهن و القرض و الهبة، و ربما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل و لو لم يكن عطاء، و في صحته تأمل.

ثانيها

ثانيها (١): أن يقصد كلٌّ منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إيّاه،

فيكون تملكاً (٢) بإزاء تملك، فالمقاوله بين التملكين لا الملكين، و المعاملة متقومه بالعطاء من الطرفين (٣)، فلو مات الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعطاء.

و هذا بعيد عن معنى البيع و قريب إلى الهبة المعوضة؛ لكون كلٍّ من المالين خالياً عن العوض، لكن إجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل؛ إذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التملك من الأول؛ لأنه إنما ملكه بإزاء تملكه، فما لم يتحقق تملك الثاني لم يتحقق تملكه (٤)، إلا أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً عند تملك الأول على نحو الداعي، لا العوض، فلا يقدر تخلفه.

فالأولى أن يقال: إنها مصالحة و تسالم على أمرٍ معينٍ أو معاوضه مستقله.

ص: ٨١

١-١) في «ف»: الثاني.

٢-٢) كذا في «ف»، و في غيرها: تملك.

٣-٣) عبارته «من الطرفين» ساقطه من «ف».

٤-٤) كذا في «ف»، و في «ص» و«ش»: «تملكه»، و في «ن» و«م»: «تملكاً»، و في «خ» و«ع»: «تملك».

ثالثها: أن يقصد الأول إباحه ماله بعوض،

فيقبل الآخر بأخذه إتياءه، فيكون الصادر من الأول الإباحه بالعوض، و من الثاني -بقبوله لها- التملك، كما لو صرح بقوله: أبحث لك كذا بدرهم.

رابعها: أن يقصد كل منهما الإباحه بإزاء إباحه الآخر

(١)

، فيكون إباحه بإزاء إباحه، أو إباحه بداعي (٢) إباحه، على ما تقدّم نظيره في الوجه الثاني من إمكان تصوّره على نحو الداعي، و على نحو العوضيه.

و كيف كان، فالإشكال في حكم القسمين الأخيرين على فرض قصد المتعاطيين لهما، و منشأ الإشكال:

أولاً - الإشكال في صحّه إباحه (٣) جميع التصرفات حتى المتوقّفه على ملكيه المتصرف، بأن يقول: أبحث لك كلّ تصرف، من دون أن يملكه العين.

و ثانياً - الإشكال في صحّه الإباحه بالعوض، الراجعه إلى عقد مرّكب من إباحه و تملك.

فقول: أمّا إباحه جميع التصرفات حتى المتوقّفه على الملك، فالظاهر (٤) أنّها (٥) لا تجوز؛ إذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ

ص: ٨٢

١-١) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: «آخر»، و في مصحّحه «ع» و نسخه بدل «ش»: أخرى.

٢-٢) كذا في «ص»، و في غيرها: لداعي.

٣-٣) لم ترد «إباحه» في «ف».

٤-٤) لم ترد «فالظاهر» في «ف».

٥-٥) كذا في «ش»، و في غيرها: أنّه.

لغير المالك بمجرد إذن المالك؛ فإنّ إذن المالك ليس مشرعاً، وإنما يمضى فيما يجوز شرعاً، فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه- بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره- غير معقول- كما صرح به العلامة في القواعد (١)- فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه؟ نعم، يصحّ ذلك بأحد وجهين، كلاهما في المقام مفقود (٢):

أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله: «أبحت لك أن تباع مالي لنفسك» أن ينشأ (٣) توكيلاً له في بيع ماله له، ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة، أو في نقله أولاً- إلى نفسه ثم بيعه، أو تملكاً له بنفس هذه الإباحة، فيكون إنشاء تملك له، ويكون بيع المخاطب بمنزله قبوله، كما صرح في التذكرة: بأن قول الرجل (٤) لمالك العبد: «أعتق عبدك عنّي بكذا» استدعاءً لتمليكه، وإعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء (٥)، فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب، و يقدر وقوعه قبل العتق آنأ ما، فيكون هذا بيعاً ضمناً لا يحتاج إلى الشروط المقرّره

ص: ٨٣

١- ١) انظر القواعد ١:١٦٦، وفيه: «لأنّه لا يتصوّر أن يبيع ملك غيره لنفسه»،

٢- ٢) في مصحّحه «ن»: مفقودان.

٣- ٣) كذا في «ف»، «ش» و مصحّحه «ن»، و في «ع»، «ص» و نسخه بدل «ش»: «إنشاء توكيل»، و نسبه الشهيدى- فى شرحه- إلى بعض النسخ المصحّحه، انظر هدايه الطالب: ١٨٠.

٤- ٤) وردت عبارته «بمنزله قبوله- إلى قول الرجل» فى «ف» هكذا: بمنزله قبول له، كما صرح به فى التذكرة بأن يقول الرجل.

٥- ٥) التذكرة ١:٤٦٢.

لعقد البيع، ولا - شك أن المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه أولاً، ولا في نقل الثمن إليه ثانياً، ولا قصد التمليك بالإباحة المذكورة، ولا - قصد المخاطب التملك (١) عند البيع حتى يتحقق تمليك (٢) ضمنى مقصود للمتكلم و المخاطب، كما كان مقصوداً و لو إجمالاً في مسأله «أعتق عبدك عنى»؛ و لذا عدّ (٣) العامه و الخاصه من الأصوليين دلاله هذا الكلام على التمليك من دلاله الاقتضاء التي عرفوها: بأنّها دلاله مقصوده للمتكلّم يتوقف صحه الكلام عقلاً أو شرعاً عليه، فمثلاً للعقلى (٤) بقوله تعالى: وَ سَأَلِ الْقَرْيَةَ (٥)، و للشرعى (٦) بهذا المثال (٧)، و من المعلوم - بحكم الفرض - أن المقصود فيما نحن فيه ليس إلّا مجرد الإباحه.

الثانى: أن يدلّ دليل شرعى على حصول الملكيه للمباح له بمجرد الإباحه، فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادته البيع آنأ ما، فيقع البيع فى ملكه (٨)، أو يدلّ دليل شرعى على انتقال الثمن عن المبيع

ص: ٨٤

١ - ١) فى «ف»: التمليك.

٢ - ٢) فى «ف» بدل «تمليك»: قصد.

٣ - ٣) فى «ف»، «خ»، «م» و «ع»: عدّه.

٤ - ٤) فى «ف»: العقلى.

٥ - ٥) يوسف: ٨٢.

٦ - ٦) فى «ف»: و الشرعى.

٧ - ٧) انظر: الإحكام فى أصول الأحكام؛ للآمدى ٣: ٧٢ (طبعه دار الكتاب العربى)، و الوافيه فى أصول الفقه: ٢٢٨.

٨ - ٨) كذا فى «ش»، و فى «ف» و «خ»: «يقع المبيع فى ملكه له»، و هكذا فى سائر النسخ مع اختلافٍ يسير، إلّا أنه صُحِّح فى بعضها بما فى المتن.

بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص آنأ ما لا يقبل غير العتق؛ فإنه حينئذ يقال بالملك المقدر آنأ ما؛ للجمع بين الأدله.

و هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه؛ إذ المفروض أنه لم يدل دليل بالخصوص على صحه هذه الإباحه العامه، وإثبات صحته بعموم مثل «الناس مسلطون على أموالهم» (١) يتوقف على عدم مخالفه مؤداه لقواعد أخر مثل: توقف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثلن مالاً له، و توقف صحه العتق على الملك، و صحه الوطاء على التحليل بصيغه خاصه، لا- بمجرد الإذن في مطلق التصرف.

و لأجل ما ذكرنا صرح المشهور، بل قيل: لم يوجد خلاف (٢)، في أنه لو دفع إلى غيره مالاً و قال: اشتر به لنفسك طعاماً-من غير قصد الإذن في اقتراض المال قبل الشراء، أو اقتراض الطعام، أو استيفاء الدين منه بعد الشراء-لم يصح، كما صرح به في مواضع من القواعد (٣)، و علله في بعضها (٤) بأنه لا يعقل شراء شيء لنفسه

ص: ٨٥

١-١) عوالى اللآلى ٢٢٢:١، الحديث ٩٩.

٢-٢) قاله صاحب الجواهر قدس سره، انظر الجواهر ١٧٤:٢٣.

٣-٣) لم نظفر على التصريح بذلك إلأ في مورد واحد، و هو حكم التسليم و القبض، انظر القواعد ١٥١:١.

٤-٤) لا يوجد هذا التعليل في المورد المتقدم، نعم قال في كتاب الرهن: «و لو قال: بعه لنفسك بطل الإذن؛ لأنه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه»، القواعد ١٦٦:١. و سيأتى نقل المؤلف لهذا المطلب بعينه من كتب العلامه لا خصوص القواعد، في الصفحه

بمال الغير (١). و هو كذلك؛ فإن مقتضى مفهوم المعاوضه و المبادله دخول العوض فى ملك من خرج المعوض (٢) عن ملكه، و إلا لم يكن عوضاً و بدلاً؛ و لما ذكرنا حكم الشيخ (٣) و غيره (٤) بأن الهبه الخاليه عن الصيغه تفيد إباحه التصرف، لكن لا يجوز و طء الجاربه مع أن الإباحه المتحققه من الواهب تعم جميع التصرفات.

و عرفت أيضاً: أن الشهيد فى الحواشى لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطه فى الخمس و الزكاه و ثمن الهدى، و لا و طء الجاربه (٥)، مع أن مقصود المتعاطين الإباحه المطلقه.

و دعوى: أن الملك التقديرى هنا أيضاً لا- يتوقف على دلاله دليل خاص، بل يكفى الدلاله بمجرد (٦) الجمع بين عموم «الناس مسلطون على أموالهم» (٧) الدال على جواز هذه الإباحه المطلقه، و بين أدله توقف مثل العتق و البيع على الملك (٨)، نظير الجمع بين الأدله فى الملك التقديرى،

ص: ٨٦

-
- ١-١ فى «ف»: بمال غيره.
 - ٢-٢ كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: العوض.
 - ٣-٣ المبسوط ٣:٣١٥.
 - ٤-٤ الدروس ٢:٢٩١.
 - ٥-٥ راجع الصفحه ٣٥ و ٧٠.
 - ٦-٦ كذا فى النسخ، و المناسب: يكفى فى الدلاله مجرد...
 - ٧-٧ عوالى اللآلى ١:٢٢٢، الحديث ٩٩.
 - ٨-٨ راجع: الوسائل ٦:١٦، الباب ٥ من أبواب العتق، و ٢٤٨:١٢-٢٥٢، الباب ١ و ٢ من أبواب عقد البيع، و عوالى اللآلى ٢:٢٩٩، الحديث ٤، و الصفحه ٢٤٧، الحديث ١٦.

مدفوعة: بأنّ عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» إنّما يدلّ على تسلّط الناس على أموالهم لا- على أحكامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحه المالك كل تصرّفٍ جائز شرعاً، فالإباحه وإن كانت مطلقة، إلّا أنّه لا يباح بتلك الإباحه المطلقة إلّا ما هو جائز بذاته في الشريعة.

و من المعلوم: أنّ بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل و النقل الدالّ على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوض، فلا- يشمله العموم في «الناس مسلّطون على أموالهم» حتى يثبت التنافى بينه و بين الأدلّه الدالّه على توقّف البيع على الملك، فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى أنّاً ما.

و بالجمله، دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم على عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» الدالّ على إمضاء الإباحه المطلقة من المالك على إطلاقها، نظير حكومه دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم (1) وجوب الوفاء بالندر و العهد إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه، فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهرى للناذر.

نعم، لو كان هناك تعارض و تراحم من (2) الطرفين، بحيث أمكن تخصيص كلّ منهما لأجل الآخر، أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهرى أنّاً ما، فتأمل.

ص: ٨٧

١ - ١) من الكتاب: الآيه ٢٩ من سوره الحجّ، و الآيه ٩١ من سوره النحل، و الآيه ٣٤ من سوره الإسراء، و من السنّه: ما ورد في الوسائل ١٦: ١٨٢، كتاب النذر و العهد.

٢ - ٢) في «ف»: في.

و أمّا حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع و العتق، فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه، فليس ملكاً تقديرياً نظير الملك التقديري في المديه بالنسبه إلى الميت، أو شراء العبد المعتق عليه، بل هو ملك حقيقي حصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله في الآن المتصل؛ بناءً على الاكتفاء بمثل هذا في الرجوع، و ليس كذلك فيما نحن فيه.

و بالجمله، فما نحن فيه لا ينطبق على التملك الضمني المذكور أولاً في «أعتق عبدك عني»؛ لتوقفه على القصد، و لا على الملك المذكور ثانياً في شراء من ينعق عليه؛ لتوقفه على التنافي بين دليل التسلّط و دليل توقّف العتق على الملك، و عدم حكمه الثاني على الأول، و لا على التملك الضمني المذكور (1) ثالثاً في بيع الواهب و ذى الخيار؛ لعدم تحقّق سبب الملك هنا سابقاً بحيث يكشف البيع عنه، فلم يبق إلّا الحكم بطلائح الإذن في بيع ماله لغيره، سواء صرّح بذلك كما لو قال: «بع مالى لنفسك»، أو «اشتر بمالى لنفسك»، أم أدخله في عموم قوله:

«أبحت لك كل تصرف»، فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك إمّا لازماً؛ بناءً على أن قصد (2) البائع البيع (3) لنفسه غير مؤثر (4)، أو موقوفاً على الإجازة؛ بناءً على أن المالك لم ينو تملك الثمن.

ص: ٨٨

١-١) لم ترد «المذكور» في «ف».

٢-٢) في «خ» و نسخه بدل «ع» و «ص»: نيّه.

٣-٣) لم ترد «البيع» في «خ»، «م»، «ع» و «ص».

٤-٤) في «ف» و «خ»: غير مؤثره.

هذا، و لكنّ الذي يظهر من جماعه-منهم قطب الدين (١) والشهيد قدّس سرّهما-في باب بيع الغاصب: أنّ تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن و الإذن في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً، و أنّه يملك الثمن (٢) بدفعه إليه، فليس للمالك إجازه هذا الشراء (٣).

و يظهر أيضاً من محكّي المختلف، حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جاريه بعين مغضوبه أنّ له وطء الجاريه مع علم البائع بغصبيّه الثمن، فراجع (٤). و مقتضى ذلك: أنّ يكون تسليط الشخص لغيره على ماله و إن لم يكن على وجه الملكيه يوجب جواز التصرفات المتوقّفه على الملك، فتأمل. و سيأتي توضيحه في مسأله الفضولي إن شاء الله تعالى.

و أقياً الكلام في صحّحه الإباحه بالعوض-سواء صحّحنا إباحه التصرفات المتوقّفه على الملك أم خصّصنا الإباحه بغيرها- فمحصّله: أنّ هذا النحو من الإباحه المعوّضه ليست معاوضه ماله ليدخل كلّ من العوضين في ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح، إلّا أنّ

ص: ٨٩

١- ١) و هو محمد بن محمد الرازي البويهى، من تلامذه العلّامة الحلّي قدّس سرّّه، و روى عنه الشهيد قدّس سرّّه، و هو من أولاد أبي جعفر ابن بابويه، ذكره الشهيد الثانى فى بعض إجازاته-و غيره. أنظر رياض العلماء ١٦٨: ٥.

٢- ٢) فى «ش»: المضمن.

٣- ٣) يظهر ذلك ممّا قالاه فى حاشيتهما على القواعد، على ما حكاها عنهما السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ١٩٢: ٤.

٤- ٤) راجع المختلف ٢٥٩: ٥.

المباح له يستحق التصرف؛ فيشكل الأمر فيه (١) من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً و عرفاً، مع التأميل في صدق التجاره عليها (٢)، فضلاً عن البيع، إلا أن يكون نوعاً من الصلح، لمناسبه (٣) له لغه؛ لأنه في معنى التسالم على أمر بناءً على أنه لا يشترط فيه لفظ «الصلح»، كما يستفاد من بعض الأخبار الداله على صحته بقول المتصالحين: «لك ما عندك و لى ما عندى» (٤)، و نحوه ما ورد فى مصالحه الزوجين (٥)، و لو كانت معامله مستقله كفى فيها عموم «الناس مسلطون على أموالهم» (٦)، و «المؤمنون عند شروطهم» (٧).

و على تقدير الصحه، ففى لزومها مطلقاً؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم»؛ أو من طرف المباح له؛ حيث إنه يخرج ماله عن ملكه، دون المبيع؛ حيث إن ماله باقٍ على ملكه، فهو مسلط عليه، أو جوازها مطلقاً، وجوه، أقواها أولها، ثم أوسطها.

و أتمياً حكم الإباحه بالإباحه، فالإشكال فيه أيضاً يظهر ممّا ذكرنا فى سابقه، و الأقوى فيها أيضاً الصحه و اللزوم؛ للعموم، أو الجواز من الطرفين؛ لأصالة التسلط.

ص: ٩٠

١-١) كذا، و لعلّ تذكير الضمير باعتبار عوده إلى «هذا النحو».

٢-٢) أى الإباحه المعوضه.

٣-٣) فى «ش»: لمناسبته.

٤-٤) الوسائل ١٦٦:١٣، الباب ٥ من أبواب أحكام الصلح، الحديث الأول.

٥-٥) انظر الوسائل ٩٠:١٥-٩١، الباب ١١ من أبواب القسم و النشوز.

٦-٦) عوالى اللآلى ٢٢٢:١، الحديث ٩٩.

٧-٧) الوسائل ٣٠:١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

الأمر (١) [الخامس في حكم جريان المعاطاه في غير البيع من العقود و عدمه

إعلم أنه ذكر المحقق الثاني رحمه الله في جامع المقاصد-على ما حكى عنه:- أن في كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاه في الإجاره، و كذا في (٢) الهبه؛ و ذلك لأنه (٣) إذا أمره بعملٍ على عوضٍ معيّن فعمله استحقّ (٤) الأجره، و لو كانت هذه إجاره فاسده لم يجز له العمل، و لم يستحقّ أجره مع علمه بالفساد، و ظاهرهم الجواز بذلك، و كذا لو وهب بغير عقد؛ فإنّ ظاهرهم جواز الإتلاف، و لو كانت هبه فاسده لم يجز، بل منع (٥) من مطلق التصرف، و هي ملحظ (٦) وجيه (٧)، انتهى.

و فيه: أن معنى جريان المعاطاه في الإجاره على مذهب المحقق الثاني: الحكم بملك المأمور (٨) الأجر المعيّن على الأمر، و ملك الأمر العمل

ص: ٩١

١- ١) من «ص».

٢- ٢) عبارته «كذا في» من «ش» و المصدر و هامش «ص».

٣- ٣) في غير «ش»: أنه.

٤- ٤) في «خ»، «م»، «ع»، «ص» و المصدر: «عمله، و استحقّ»، و في «ف»: و عمله استحقّ.

٥- ٥) في «ص»: يمنع.

٦- ٦) في المصدر: و هو ملخص.

٧- ٧) جامع المقاصد ٤: ٥٩.

٨- ٨) لم ترد «المأمور» في «ف».

المعین علی المأمور به، و لم نجد من صرح به فی المعاطاه.

و أما قوله: «لو كانت إجاره فاسده لم يجوز له العمل» فموضع (١) نظر؛ لأنّ فساد المعامله لا يوجب منعه عن (٢) العمل، سيما إذا لم يكن العمل تصرفاً (٣) في عين من أموال المستأجر.

و قوله: «لم يستحقّ اجره مع علمه بالفساد»، ممنوع؛ لأنّ الظاهر ثبوت اجره المثل؛ لأنه لم يقصد التبرع و إنّما قصد عوضاً لم يسلم له.

و أمّا مسأله الهبه، فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدلّ على جريان المعاطاه فيها (٤)، إلّا إذا قلنا في المعاطاه بالإباحه؛ فإنّ جماعه - كالشيخ (٥) و الحلّي (٦) و العلّامه (٧) - صرّحوا بأنّ إعطاء الهديه من دون الصيغه يفيد الإباحه دون الملك، لكنّ المحقّق الثاني رحمه الله ممّن لا يرى (٨) كون (٩) المعاطاه عند القائلين بها مفيداً للإباحه المجرّده (١٠).

و توقّف الملك في الهبه على الإيجاب و القبول كاد أن يكون متّفقاً

ص: ٩٢

١-١) كذا في «ش»، و في غيرها: موضع.

٢-٢) في «ف»: من.

٣-٣) لم ترد «تصرفاً» في «ف».

٤-٤) كذا في «ش»، و في غيرها: فيه.

٥-٥) المبسوط ٣: ٣١٥.

٦-٦) السرائر ٣: ١٧٧.

٧-٧) القواعد ١: ٢٧٤.

٨-٨) في «ف» و «خ» و مصحّحه «ن»: لا يرضى.

٩-٩) كذا في «ص»، و في غيرها: بكون.

١٠-١٠) جامع المقاصد ٤: ٥٨.

عليه كما يظهر من المسالك (١).

و ممّا ذكرنا يظهر المنع في قوله: «بل مطلق التصرف».

هذا، ولكن الأظهر بناءً على جريان المعاطاه في البيع جريانها في غيره من الإجاره و الهبه؛ لكون الفعل مفيداً للتمليك فيهما (٢).

و ظاهر المحكي عن التذكرة: عدم القول بالفصل بين البيع و غيره؛ حيث قال في باب الرهن: إنّ الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاه و الاستيجاب و الإيجاب عليه المذكوره (٣) في البيع آت هنا (٤)، انتهى.

لكن استشكله في محكي جامع المقاصد: بأنّ البيع ثبت فيه حكم المعاطاه بالإجماع، بخلاف ما هنا (٥).

و لعلّ وجه الإشكال: عدم تأتّي المعاطاه بالإجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع؛ لأنّها هناك إمّا مفيدة للإباحه أو الملكيه الجائزه-على الخلاف-و الأول غير متصوّر هنا، و أمّا الجواز (٦) فكذلك؛ لأنّه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن، خصوصاً بملاحظه أنّه لا يتصوّر هنا ما يوجب رجوعها إلى اللزوم، ليحصل به الوثيقه في بعض الأحيان.

ص: ٩٣

١-١) المسالك ١٠:٦.

٢-٢) في «ف»: فيها.

٣-٣) في «ش» و مصحّحه «ن»: المذكور.

٤-٤) التذكرة ١٢:٢.

٥-٥) جامع المقاصد ٤٥:٥.

٦-٦) العبارة في «ف» هكذا: هناك أمّا الجواز.

و إن جعلناها مفيدة للزوم، كان مخالفاً لما أطبقوا عليه من توقّف العقود اللازمه على اللفظ، و كأنّ هذا هو الذى دعا المحقّق الثانى إلى الجزم بجريان المعاطاه فى مثل الإجاره و الهبه و القرض (١)، و الاستشكال فى الرهن.

نعم، من لا- يبالى مخالفة ما هو المشهور، بل المتفق عليه بينهم، من توقّف العقود اللازمه على اللفظ، أو حمل تلك العقود على اللازمه من الطرفين، فلا يشمل الرهن- و لذا جوّز بعضهم (٢) الإيجاب بلفظ الأمر كـ «خذه»، و الجملة الخبرية- أمكن أن يقول بإفاده المعاطاه فى الرهن للزوم؛ لإطلاق بعض أدلّه الرهن (٣)، و لم يقم هنا إجماع على عدم اللزوم كما قام فى المعاوضات.

و لأجل ما ذكرنا فى الرهن يمنع من جريان المعاطاه فى الوقف بأن يكتفى فيه بالإقباض؛ لأنّ القول فيه باللزوم منافٍ لما اشتهر بينهم من توقّف اللزوم على اللفظ، و الجواز غير معروف فى الوقف من الشارع، فتأمل.

نعم، احتمال (٤) الاكتفاء بغير اللفظ فى باب وقف المساجد من

ص: ٩٤

-
- ١- ١) تقدّم- منه قدّس سرّه- ما يرتبط بالأوّلين فى الصفحه ٩١، و أمّا بالنسبه إلى القرض فليراجع جامع المقاصد ٥: ٢٠.
 - ٢- ٢) كالشهيد قدّس سرّه فى كتاب الرهن من الدروس ٣: ٣٨٣.
 - ٣- ٣) مثل قوله تعالى: ^قفَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ البقره: ٢٨٣، و مثل ما ورد فى الوسائل ١٣: ١٢١، كتاب الرهن.
 - ٤- ٤) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: «يظهر»، و فى نسخه بدل «خ»، «م» و «ع»: يحتمل.

الذكرى (١) تبعاً للشيخ رحمه الله (٢).

ثم إنَّ الملزم للمعاطاه فيما تجرى فيه من العقود الأخر هو الملزم فى باب البيع، كما سنتبه به بعد هذا الأمر.

ص: ٩٥

١-١) الذكرى: ١٥٨.

٢-٢) المبسوط ١٦٢: ١.

الأمر السادس في ملزمات المعاطاه على كل من القول بالملك و القول بالإباحه

إعلم: أنّ الأصل على القول بالملك اللزوم؛ لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمه (1)، و أمّا على القول بالإباحه فالأصل عدم اللزوم؛ لقاعده تسلط الناس على أموالهم، و أصاله سلطنه المالك الثابته قبل المعاطاه، و هي حاكمه على أصاله بقاء الإباحه الثابته قبل رجوع المالك لو سلّم جريانها.

إذا عرفت هذا فاعلم: أنّ تلف العوضين ملزم إجماعاً -على الظاهر المصرّح به في بعض العبائر (2)- أمّا على القول بالإباحه فواضح؛ لأنّ تلفه من مال مالكة و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه، و توهم جريان قاعده الضمان باليد هنا مندفع بما سيجيء (3).

و أمّا على القول بالملك، فلما عرفت (4) من أصاله اللزوم، و المتيقن

ص: ٩٦

١- ١) المتقدمه في الصفحه ٥١-٥٦.

٢ - ٢) صرّح بعدم الخلاف: المحدث البحراني في الحقائق ١٨: ٣٦٢، و الشيخ الكبير - كاشف الغطاء - في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه: ٥٠، و السيد المجاهد في المناهل: ٢٦٩، و السيد العامل في مفتاح الكرامه ٤: ١٥٧.

٣- ٣) يجيء في الصفحه ٩٨ عند قوله: و التمسك بعموم على اليد هنا في غير محلّه.

٤- ٤) في الصفحه ٥١.

من مخالفتها جواز تراءد العينين (١)، و حيث ارتفع مورد التراءد امتنع، و لم يثبت قبل التلف جواز المعامله على نحو جواز البيع الخيارى حتى يستصحب بعد التلف؛ لأن ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من بقائه، بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما (٢)، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع فى العين، نظير جواز الرجوع فى العين الموهوبه، فلا يبقى بعد التلف متعلق الجواز (٣)، بل الجواز هنا يتعلق (٤) بموضوع التراءد، لا مطلق الرجوع الثابت فى الهبه.

هذا، مع أن الشك فى أن متعلق الجواز هل هو أصل (٥) المعامله أو الرجوع فى العين، أو تراءد العينين؟ يمنع من استصحابه؛ فإن المتيقن تعلقه بالتراءد؛ إذ لا دليل فى مقابله أصاله اللزوم على ثبوت أزيد من جواز تراءد العينين الذى لا يتحقق إلّا مع بقائهما.

و منه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك.

و أما على القول بالإباحه، فقد استوجه بعض مشايخنا (٦) -وفاً

ص: ٩٧

١- ١) كذا فى «ف»، «ش» و نسخه بدل «م»، «ع»، «ص» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: العين.

٢- ٢) كذا فى «ف» و «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: تلفها.

٣- ٣) فى «ف»: للجواز.

٤- ٤) فى «ف»: متعلق.

٥- ٥) لم ترد «أصل» فى «ف».

٦- ٦) و هو السيد المجاهد فى المناهل: ٢٦٩.

لبعض معاصريه (١)، تبعاً للمسالك (٢) -أصالة عدم اللزوم؛ لأصالة بقاء سلطنه مالك العين الموجوده، وملكه لها.

و فيه: أنها معارضه بأصالة براه ذمته عن مثل التالف (٣) أو قيمته، و التمسك بعموم «على اليد» هنا في غير محلّه، بعد القطع بأن هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، بل ولا -بعده إذا بنى مالك العين الموجوده على إمضاء المعاطاه و لم يرد الرجوع، إنما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع، و ليس هذا من مقتضى اليد قطعاً.

هذا، و لكن يمكن أن يقال: إن أصالة بقاء السلطنه حاكمه على أصالة عدم الضمان بالمثل أو قيمه، مع أن ضمان (٤) التالف ببده معلوم، إلا أن الكلام في أن البديل هو البديل الحقيقي، أعنى المثل أو قيمه، أو البديل الجعلي، أعنى العين الموجوده، فلا أصل.

هذا، مضافاً إلى ما قد يقال: من أن عموم «الناس مسلطون على أموالهم» يدلّ على السلطنه على المال الموجود بأخذه، و على المال التالف بأخذ بدله الحقيقي، و هو المثل أو قيمه، فتدبر.

و لو كان أحد العوضين ديناً في ذمه أحد المتعاطيين، فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته، فيسقط عنه، و الظاهر أنه في حكم التالف؛

ص: ٩٨

١ - ١) و هو الفاضل النراقي في المستند ٢: ٣٦٣.

٢ - ٢) المسالك ٣: ١٤٩.

٣ - ٣) في «ش» زياده: عنده.

٤ - ٤) ورد في «ف» بدل عبارته «و لكن يمكن أن يقال -إلى- مع أن ضمان» ما يلي: و لكن يمكن أن يمنع أصالة عدم الضمان بالمثل أو قيمه؛ لأنّ ضمان...

لأن الساقط لا يعود، و يحتمل العود، و هو ضعيف، و الظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحه، فافهم.

و لو نقل العينان (١) أو إحداهما (٢) بعقدٍ لازم، فهو كالتلف على القول بالملك؛ لامتناع التراد، و كذا على القول بالإباحه إذا قلنا بإباحه التصرفات الناقله.

و لو عادت العين بفسخ، ففي جواز التراد على القول بالملك؛ لإمكانه فيستصحب، و عدمه؛ لأن المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكه، و جهان. أجمدهما ذلك؛ إذ لم يثبت في مقابله أصاله اللزوم جواز التراد بقولٍ مطلق، بل المتيقن منه غير ذلك، فالموضوع غير محرز في الاستصحاب.

و كذا على القول بالإباحه؛ لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف، فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني، فلا دليل على زواله، بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك؛ لعدم تحقق جواز التراد في السابق هنا حتى يستصحب، بل المحقق أصاله بقاء سلطنه المالك الأول المقطوع بانتفائها.

نعم، لو قلنا: بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول و إن كان مباحاً لغيره ما لم يسترد عوضه، كان مقتضى قاعده السلطنه جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكه الأول، أو عائداً (٣) إليه بفسخ.

ص: ٩٩

١- ١) كذا في «ش»، و في غيرها: العينين.

٢- ٢) في «ف»: أحدهما.

٣- ٣) في «خ»، «م»، «ع» و «ص»: و عائداً.

و كذا لو قلنا: بأنّ (١) البيع لا- يتوقّف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحه التصرّف و الإنلاف، و يملك الثمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره عن جماعه فى الأمر الرابع (٢).

لكنّ الوجهين (٣) ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع.

و لو كان الناقل عقداً جائزاً لم يكن لمالك العين الباقيه إلزام الناقل بالرجوع فيه، و لا رجوعه بنفسه إلى عينه، فالترادّ غير متحقّق، و تحصيله غير واجب، و كذا على القول بالإباحه؛ لكون المعاوضه كاشفه عن سبق الملك.

نعم، لو كان غير معاوضه كالهبه، و قلنا بأنّ التصرّف فى مثله لا يكشف (٤) عن سبق الملك- إذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض مالاّ لواحد و انتقال المعوّض (٥) إلى الآخر (٦)، بل الهبه ناقله للملك (٧) عن ملك المالك إلى المتّهب فيتحقّق حكم جواز الرجوع بالنسبه إلى المالك لا الواهب- أتجه الحكم بجواز الترادّ مع بقاء العين

ص: ١٠٠

١-١ فى «ف»: أنّ.

٢-٢ تقدّم استظهار ذلك عن قطب الدين و الشهيد قدّس سرّهما فى الصفحه ٨٩.

٣-٣ كذا فى «ش» و مصحّحه «ص»، و فى غيرهما: الوجهان.

٤-٤ كذا فى «ش» و نسخه بدل «م»، «ع»، «ص» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: للكشف.

٥-٥ كذا فى «ف» و «ش»، و أمّا سائر النسخ، ففى بعضها: «لانتقال العين»، و فى بعضها: «انتقال العين».

٦-٦ فى مصحّحه «ن» و «خ»: آخر.

٧-٧ لم ترد «للملك» فى «ف».

الأخرى أو عودها إلى مالِكها (١) بهذا النحو من العود؛ إذ لو عادت (٢) بوجه آخر كان حكمه حكم التلف.

و لو باع العين ثالث فضولاً، فأجاز المالك الأول، على القول بالملك، لم يبعد كون إجازته رجوعاً كبيعته و سائر تصرفاته الناقله.

و لو أجاز المالك الثاني، نفذ بغير إشكال.

و ينعكس الحكم إشكالاً و وضوحاً على القول بالإباحه، و لكل منهما ردّه قبل إجازته الآخر.

و لو رجع الأول فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة كاشفه لغى الرجوع، و يحتمل عدمه؛ لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ (٣) و يلغو الإجازة، و إن جعلناها ناقله لغت الإجازة قطعاً.

و لو امتزجت العينان أو إحداهما، سقط الرجوع على القول بالملك؛ لامتناع التراد، و يحتمل الشركه، و هو ضعيف.

أمّا على القول بالإباحه، فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به، نعم لو كان المزج ملحقاً له بالاتلاف جرى عليه حكم التلف.

و لو تصرف في العين تصرفاً مغتيراً للصوره - كطحن الحنطه و فصل الثوب - فلا لزوم على القول بالإباحه، و على القول بالملك، ففي اللزوم

ص: ١٠١

١- ١) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: عوده إلى مالِكه.

٢- ٢) في غير «ش»: لو عاد.

٣- ٣) كذا في «ف»، «ش» و نسخه بدل «ن»، و في «ص»: و يفسد، و في سائر النسخ: فيفسد.

وجهان مبيتان على جريان استصحاب جواز التراد، و منشأ الإشكال:

أن الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي.

ثم إنك قد عرفت ممّا ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع في مسأله المعاطاه نظير الفسخ في العقود اللازمه حتى يورث بالموت و يسقط بالإسقاط ابتداءً أو في ضمن المعامله، بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبه، و على القول بالإباحه نظير الرجوع في إباحه الطعام، بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني، بحيث لو علم كراهه المالك باطناً لم يجر له التصرف، فلو مات أحد المالكين لم يجر لوارثه الرجوع على القول بالملك للأصل؛ لأنّ مَن له و إليه الرجوع هو المالك الأصلي، و لا يجرى الاستصحاب.

و لو جُنَّ أحدهما، فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين.

ص: ١٠٢

الأمر (١) [السابع أن الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيروره المعاطاه بيعاً بعد التلف أو معاوضه مستقله،

قال: يحتمل الأول؛ لأنّ المعاوضات محصوره و ليست إحداها، و كونها معاوضه برأسها يحتاج إلى دليل.

و يحتمل الثاني؛ لإطباقهم على أنّها ليست بيعاً حال وقوعها، فكيف تصير بيعاً بعد التلف؟ و تظهر الفائده في ترتب الأحكام المختصه بالبيع عليها، كخيار الحيوان، لو كان التالف الثمن أو بعضه. و على تقدير ثبوته، فهل الثلاثه من حين المعاطاه، أو من حين اللزوم؟ كلّ محتمل، و يشكل الأول بقولهم: «إنّها ليست بيعاً»، و الثاني بأنّ التصرف ليس معاوضه بنفسها (٢)، اللهم إلّا أن يجعل المعاطاه جزء السبب و التلف تمامه. و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا؛ بناءً على أنّها ليست لازمه، و إنّما يتمّ على قول المفيد و من تبعه (٣)، و أمّا خيار العيب و الغبن فيثبتان على التقديرين كما أنّ خيار المجلس منتفٍ (٤)، انتهى.

و الظاهر أنّ هذا تفرّيع على القول بالإباحه في المعاطاه، و أمّا على

ص: ١٠٣

١-١ (١) من «ص».

٢-٢ (٢) في المصدر و نسخه بدل «ن»: بنفسه.

٣-٣ (٣) من القائلين بلزوم المعاطاه كما تقدّم عنهم في الصفحه ٣٧ و غيرها.

٤-٤ (٤) المسالك ١٥١: ٣.

القول بكونها (١) مفيدة للملك المترزل، فيلغى (٢) الكلام في كونها معاوضه مستقلة أو بيعاً مترزلاً قبل اللزوم، حتى يتبعه حكمها (٣) بعد اللزوم؛ إذ الظاهر أنه (٤) عند القائلين بالملك المترزل بيع بلا إشكال (٥) في ذلك عندهم - على ما تقدم من المحقق الثاني (٦) - فإذا لم صار بيعاً لازماً، فيلحقه أحكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لو لا الخيار، وقد تقدم (٧) أن الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار.

و كيف كان، فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع و لم يمضه إلّا بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه، و بعد التلف يترتب عليه أحكام البيع عدا ما اختصّ دليله بالبيع الواقع صحيحاً من أول الأمر.

و المحكي عن حواشي الشهيد: أن المعاطاة معاوضه مستقلة جائزه

ص: ١٠٤

١ - ١) في «ف»: بأنها.

٢ - ٢) في «ف» و مصححه «ن»: «فيبقى»، و في «ص»: «فيلغو»، و في نسخه بدل «ش»: «فينبغي»، و جاء في هامش «ن»: «الظاهر أن يقال: فلا ينبغي الكلام»، و في شرح الشهيد (١٨٧): الصحيح «ينبغي» بدل «يلغى».

٣ - ٣) كذا في النسخ، و المناسب: «حكمه»، كما في مصححه «ن».

٤ - ٤) كذا في النسخ، و المناسب: «أنها»، كما في مصححه «ن».

٥ - ٥) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: بل لا إشكال.

٦ - ٦) تقدم في الصفحة ٣٢.

٧ - ٧) تقدم في الصفحة ٩٧.

أو لازمه (١). و الظاهر أنه أراد التفريع على مذهبه من الإباحه و كونها معاوضه قبل لزوم، من جهه كون كل من العينين مباحاً عوضاً عن الأخرى، لكن لزوم (٢) هذه المعاوضه لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفى، فلا بد أن يقول بالإباحه اللازمه، فافهم.

ص: ١٠٥

١-١) حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٥٨.

٢-٢) فى «ف» بدل «لزوم»: رفع.

الأمر (١) الثامن لا إشكال في تحقّق المعاطاه المصطلحه التي هي معركه الآراء بين الخاصّه و العامّه

بما إذا تحقّق إنشاء التمليك أو الإباحه بالفعل، و هو قبض العينين.

أمّا إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم:

فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي - كما قوينا سابقاً (٢) بناءً على التخلّص بذلك عن اتّفاقهم على توقّف العقود اللازمه على اللفظ - فلا إشكال في صيروره المعامله بذلك عقداً لازماً.

و إن قلنا بمقاله المشهور من اعتبار أمور زائده على اللفظ، فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطاه مطلقاً، أو بشرط تحقّق قبض العين معه، أو لا يتحقّق (٣) به مطلقاً؟ نعم، إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقّق بعده تحقّق المعاطاه، فالإنشاء القولي السابق كالعدم، لا - عبره به و لا - بوقوع القبض بعده خالياً عن قصد الإنشاء، بل بانياً على كونه حقاً لازماً لكونه من آثار الإنشاء القولي السابق، نظير القبض في العقد الجامع للشرائط.

ص: ١٠٦

١-١ (١) من «ص».

٢-٢ (٢) في الصفحه ٦٠.

٣-٣ (٣) لم ترد عبارته «أو لا يتحقّق» في «ش».

ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين (١): الأول، تبعاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق و الشهيد الثانيين.

قال المحقق في صيغ عقود-على ما حكى عنه بعد ذكره الشروط المعبره في الصيغه (٢)-:إنه لو أوقع البيع بغير ما قلناه، و علم التراضي منهما كان معاطاه (٣)، انتهى.

و في الروضه-في مقام عدم كفايه الإشاره مع قدره على النطق-:أنها تفيد المعاطاه مع الإفهام الصريح (٤)، انتهى.

و ظاهر الكلامين:صوره وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض من آثاره.

و ظاهر تصريح (٥) جماعه-منهم المحقق (٦) و العلّامه (٧)-:بأنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضموناً عليه، هو الوجه الأخير؛ لأن مرادهم بالعقد الفاسد إما خصوص ما كان فساده من جهه مجرد (٨) اختلال شروط الصيغه-كما ربما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط

ص: ١٠٧

١ - ١) منهم: السيد المجاهد في المناهل: ٢٧٠، و الفاضل النراقي في المستند ٢: ٣٦١ - ٣٦٢، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٥٦: ٢٢-٢٥٧.

٢ - ٢) عبارته «على ما حكى عنه-إلى-في الصيغه» لم ترد في «ف» و «ش».

٣ - ٣) رسائل المحقق الكركي ١: ١٧٨.

٤ - ٤) الروضه البهيه ٣: ٢٢٥.

٥ - ٥) في «ع» و «ص»: و ظاهره كصريح جماعه.

٦ - ٦) الشرائع ١٣: ٢.

٧ - ٧) القواعد ١٢٣: ١.

٨ - ٨) لم ترد «مجرد» في «ف».

الصيغه، وقبل شروط العوضين و المتعاقدين و-إما (١) ما يشمل هذا و غيره كما هو الظاهر.

و كيف كان، فالصوره الأولى داخله قطعاً، و لا يخفى أنّ الحكم فيها بالضمان منافٍ لجريان حكم المعاطاه.

و ربما يجمع (٢) بين هذا الكلام و ما تقدّم من المحقق و الشهيد الثانيين، فيقال: إنّ موضوع المسأله فى عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلّا بزعم صحّحه المعامله، فإذا انتفت الصحّحه انتفى (٣) الإذن؛ لترتبه (٤) على زعم الصحّحه، فكان التصرف تصرفاً بغير إذن و أكلاً- للمال بالباطل؛ لانحصار وجه الجلل فى كون المعامله بيعاً أو تجاره عن تراضٍ أو هبه، أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض. و الأعلان قد انتفيا بمقتضى الفرض، و كذا البواقي؛ للقطع -من جهه زعمهما صحّحه المعامله- بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شىء فى المقابل، فالرضا المقدم كعدم. فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمرّ رضاهما فلا كلام فى صحّحه المعامله، و رجعت إلى المعاطاه، كما إذا علم الرضا من أول الأمر بإباحتهما التصرف بأى وجه اتفق، سواء صحّت المعامله أم فسدت؛ فإنّ ذلك ليس من البيع الفاسد

ص: ١٠٨

١-١) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: أو.

٢-٢) الجامع هو السيد العاملى فى مفتاح الكرامه.

٣-٣) فى «ف»، «خ»، «م» و «ع»: انتفت.

٤-٤) فى «ف»، «خ»، «ع» و «ن»: لترتيبها، و صحّح فى «ن» بما أثبتناه فى المتن.

فى شىء (١)، انتهى (٢).

أقول: المفروض أنّ الصيغه الفاقده لبعض الشرائط لا تتضمن إلّا إنشاءً واحداً هو التملك، و من المعلوم أنّ هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل فى ضمن التملك بعد فرض انتفاء التملك، و الموجود بعده إن كان إنشاءً آخر فى ضمن التقابض خرج عن محلّ الكلام؛ لأنّ المعاطاه حينئذٍ إنّما تحصل به، لا بالعقد الفاقده للشرائط، مع أنّك عرفت أنّ ظاهر كلام الشهيد و المحقّق الثانيين حصول المعاطاه و المراضاه بنفس الإشاره المفهمه بقصد البيع و بنفس الصيغه الخاليه عن الشرائط، لا- بالتقابض الحاصل بعدهما.

و منه يعلم: فساد ما ذكره من حصول المعاطاه بتراضٍ جديد بعد العقد غير مبنيّ على صحّحه العقد.

ثمّ إنّ ما ذكره من التراضى الجديد بعد العلم بالفساد- مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد، دون غيره من الصور، مع أنّ كلام الجميع مطلق- يرد عليه:

أنّ هذا التراضى إن كان تراضياً آخر حادثاً بعد العقد:

فإن كان (٣) لا على وجه المعاطاه، بل كلّ منهما رضى بتصرّف الآخر فى ماله من دون ملاحظه رضا صاحبه بتصرّفه فى ماله، فهذا ليس من المعاطاه، بل هى إباحه مجانيه من الطرفين تبقى ما دام العلم

ص: ١٠٩

١- ١) مفتاح الكرامه ٤: ١٦٨.

٢- ٢) كلمه «انتهى» من «ف» و«خ».

٣- ٣) فى «ف»: و إن كان.

بالرضا، ولا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع (١)؛ لأنه كالإذن الحاصل من شاهد الحال، ولا يترتب عليه أثر المعاطاه: من الزوم بتلف إحدى العينين، أو جواز التصرف إلى حين العلم بالرجوع (٢)؛ وإن كان على وجه المعاطاه فهذا ليس إلا التراضي السابق على ملكيه كل منهما لمالك الآخر (٣)، وليس تراضياً جديداً؛ بناءً (٤) على أن المقصود بالمعاطاه التمليك كما عرفته من كلام المشهور (٥) - خصوصاً المحقق الثاني (٦) - فلا يجوز له أن يريد بقوله - المتقدم عن صيغ العقود - : «إن الصيغه الفاقده للشرائط مع التراضي تدخل في المعاطاه» (٧) التراضي (٨) الجديد الحاصل بعد العقد، لا على وجه المعاوضه.

و تفصيل الكلام: أن المتعاملين بالعقد الفاقده لبعض الشرائط: إما أن يقع تقابضهما بغير رضا من كل منهما في تصرف الآخر - بل حصل قهراً عليهما أو على أحدهما، وإجباراً على العمل بمقتضى العقد - فلا إشكال في حرمه التصرف في المقبوض على هذا الوجه.

ص: ١١٠

١ - ١) في مصححه «ن» و«ش»: عدم العلم به و بالرجوع.

٢ - ٢) في غير «ف» و«ش» زياده: «أو مع ثبوت أحدهما»، إلا أنه شطب عليها في «ن» و«م».

٣ - ٣) في «ص»: لمال الآخر.

٤ - ٤) لم ترد «بناءً» في «ف».

٥ - ٥) راجع الصفحه ٢٥ و ما بعدها.

٦ - ٦) تقدم كلامه في الصفحه ٣٢.

٧ - ٧) تقدم في الصفحه ١٠٧.

٨ - ٨) في «ف» و«ن»: «بالتراضي»، و لكن صُحح في الأخير بما أثبتناه في المتن.

و كذا إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كل منهما على ملكيه الآخر اعتقاداً أو تشريعاً- كما في كل قبض وقع على هذا الوجه-؛ لأنَّ حيثه كون القابض مالكاً مستحقاً لما يقبضه (١) جهه تقييده مأخوذه في الرضا ينتفى بانتفائها في الواقع، كما في نظائره.

و هذان الوجهان ممّا لا إشكال فيه (٢) في حرمة التصرّف في العوضين، كما أنّه لا إشكال في الجواز إذا أعرضا عن أثر العقد و تقابضا بقصد إنشاء التملك ليكون معاطاه صحيحه عقيب عقد فاسد.

و أمّا إن وقع (٣) الرضا بالتصرّف بعد العقد من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السابق و لا قصدٍ لإنشاء التملك (٤)، بل وقع مقارناً لاعتقاد (٥) الملكيه الحاصله، بحيث لولاها لكان الرضا أيضاً موجوداً، و كان المقصود الأصلي من المعامله التصرّف، و أوقعا العقد الفاسد وسيله له- و يكشف عنه أنّه لو سئل كلّ منهما عن رضاه (٦) بتصرّف صاحبه على تقدير عدم التملك، أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضياً- فإدخال هذا في المعاطاه يتوقّف على أمرين

ص: ١١١

١-١) في «ف»: لما يستحقّه.

٢-٢) كلمه «فيه» من «ش» فقط.

٣-٣) في «ف»: أن يقع.

٤-٤) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: تملك.

٥-٥) في «ف»: لاعتقاده.

٦-٦) كذا في «ف» و «ص»، و في غيرهما: من رضاه.

الأول: كفايه هذا الرضا المركوز في النفس، بل الرضا الشأني؛ لأن الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا في نظره، وقد صرح بعض من قارب عصرنا بكفايه ذلك (١)، ولا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره (٢) إلى هذا؛ ولعله لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركوز في النفس.

الثاني: أنه لا يشترط في المعاطاه (٣) إنشاء الإباحه أو التملك بالقبض، بل ولا بمطلق الفعل، بل يكفي وصول كل من العوضين إلى مالك (٤) الآخر، والرضا بالتصرف قبله أو بعده على الوجه المذكور.

و فيه إشكال:

من أن ظاهر محل النزاع بين العامه و الخاصه هو العقد الفعلي كما ينبى عنه قول العلّامة رحمه الله (٥) - في ردّ كفايه المعاطاه في البيع -: إن الأفعال قاصره عن إفاده المقاصد (٦)، وكذا استدلال المحقق الثاني - على عدم لزومها -: بأن الأفعال ليست كالأقوال في صراحه الدلاله (٧)، وكذا

ص: ١١٢:

١- ١) الظاهر هو المحقق التستري، انظر مقابس الأنوار: ١٢٨.

٢- ٢) يعنى به ما أفاده السيد العاملى بقوله: «كما إذا علم الرضا من أول الأمر... إلخ» المتقدم في الصفحه ١٠٨.

٣- ٣) في «ش»: المباحات.

٤- ٤) كذا في «ف» و«ص»، و في غيرهما: المالك.

٥- ٥) في «ف» زياده: «في التذكره»، و لم ترد فيها عباره الترحيم.

٦- ٦) التذكره ٤٦٢: ١.

٧- ٧) جامع المقاصد ٥٨: ٤.

ما تقدّم من الشهيد رحمه الله في قواعده: من أنّ الفعل في المعاطاه لا يقوم مقام القول، وإنّما يفيد الإباحه (1)، إلى غير ذلك من كلماتهم الظاهره في أنّ محلّ الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقابض، وكذا كلمات العامه، فقد ذكر بعضهم أنّ البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى (2).

و من أنّ الظاهر أنّ عنوان التعاطى (3) في كلماتهم لمجرّد الدلاله على الرضا، و أنّ عمده الدليل على ذلك هي (4) السيره؛ و لذا تعدّوا إلى ما إذا لم يحصل إلّا قبض أحد العوضين، و السيره موجوده في المقام -أيضاً (5)- فإنّ بناء الناس على أخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها (6) مع عدم حضورهم و وضعهم (7) الفلوس في الموضع المعدّ له (8)، و على دخول الحّمّام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس في كوز الحمامى.

ص: ١١٣

١- ١) القواعد و الفوائد ١٧٨:١، القاعده ٤٧.

٢- ٢) راجع الصفحه ٢٧.

٣- ٣) في «ف» و نسخه بدل «ن»، «خ»، «م»، «ع»، «ص» و «ش»: التقابض.

٤- ٤) في «ف»: هو.

٥- ٥) كلمه «أيضاً» من «ف» و مصحّحه «ن».

٦- ٦) في «ف»، «خ»، «م»، «ع»، «ص» و نسخه بدل «ن»: «أربابهم»، و في مصحّحه «ن» و «ص»: «أربابها».

٧- ٧) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: «يضعون»، و في نسخه بدل أكثرها ما أثبتناه في المتن.

٨- ٨) في مصحّحه «ص»: «لها».

فالمعيار في المعاطاة: وصول (١) المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف، وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحة.

ص: ١١٤

١ - ١) في «ف»، «خ» و«ع»: «دخول»، و في نسخه بدل «ع»: وصول.

[الكلام فى عقد البيع]

ص: ١١٥

مقدمه في خصوص ألفاظ عقد البيع (١)

[اعتبار اللفظ في العقود و كفايه الإشاره أو الكتابه مع العجز عن التلفظ]

قد عرفت أنّ اعتبار اللفظ في البيع- بل في جميع العقود- ممّا نقل عليه (٢) الإجماع (٣) و تحقّق فيه الشهره العظيمه، مع الإشاره إليه في بعض النصوص (٤)، لكنّ هذا يختصّ (٥) بصوره القدره، أمّا مع العجز عنه كالأخرس، فمع عدم القدره على التوكيل لا إشكال و لا خلاف في عدم اعتبار اللفظ و قيام الإشاره مقامه، و كذا مع القدره على التوكيل، لا لأصالة عدم وجوبه- كما قيل (٦)- لأنّ الوجوب بمعنى الاشتراط

ص: ١١٧

١- ١) سيأتى ذكر ذى المقدمه في الصفحه ١٣٠، و هو قوله: «إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول...».

٢- ٢) في غير «ف» و «ش» زياده: «عقد»، إلّا أنّه شطب عليه في «ن».

٣- ٣) تقدّم عن السيد ابن زهره في الصفحه ٢٩، و عن المحقّق الكركى في الصفحه ٥٧.

٤- ٤) نحو قوله عليه السلام: «إنّما يُحلّل الكلام و يحزّم الكلام»، الوسائل ١٢: ٣٧٦، الباب ٨ من أبواب العقود، الحديث ٤، و غير ذلك، و راجع الصفحه ٦٢-٦٣.

٥- ٥) في «ف»: مختصّ.

٦- ٦) قاله السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٤: ١٦٤.

- كما فيما نحن فيه- هو الأصل، بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس (١)، فإنّ حمله على صورته عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب.

ثمّ لو قلنا: بأنّ الأصل في المعاطاة اللزوم بعد القول بإفادتها الملكيه (٢)، فالقدر المخرج صورته قدره المتبايعين على مباشره اللفظ. و الظاهر أيضاً: كفايه الكتابه مع العجز عن الإشاره؛ لفحوى ما ورد من النصّ على جوازها في الطلاق (٣)، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف فيه. و أمّا مع قدره على الإشاره فقد رجّح بعض (٤) الإشاره؛ و لعلّه لأنّها أصرح في الإنشاء من الكتابه. و في بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس (٥)، و إليه ذهب الحلّي رحمه الله هناك (٦).

ثمّ الكلام في الخصوصيات المعتبره في اللفظ:

إشاره

تارة يقع في موادّ الألفاظ من حيث إفاده المعنى بالصراحه

ص: ١١٨

١- (١) الوسائل ٢٩٩:١٥، الباب ١٩ من أبواب الطلاق.

٢- (٢) كذا في «ف»، و في غيرها: للملكيه.

٣- (٣) الوسائل ٢٩٩:١٥، الباب ١٩ من أبواب الطلاق، الحديث الأوّل.

٤- (٤) كالشيخ الكبير كاشف الغطاء، انظر شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه ٤٩.

٥- (٥) مثل صحيحه البنزلي المشار إليها في الهامش ٣.

٦- (٦) السرائر ٦٧٨:٢.

و الظهور و الحقيقه و المجاز و الكنايه، و من حيث اللغه المستعمله فى معنى المعامله (١).
و أُخرى فى هيئه كلِّ من الإيجاب و القبول، من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعلية، و كونه بالماضى.
و ثالثه فى هيئه تركيب الإيجاب و القبول من حيث الترتيب و الموالاته.

[المشهور عدم جواز الإنشاء بالألفاظ الكنايه و المجازيه]

أمّا الكلام من حيث المادّه، فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات.

قال فى التذكرة: الرابع من شروط الصيغه: التصريح (٢)، فلا يقع بالكنايه بيّع البتّه، مثل قوله: أدخلته فى ملكك، أو جعلته لك، أو خذه منى بكذا (٣)، أو سلّطتك عليه بكذا؛ عملاً بأصالة بقاء الملك، و لأنّ المخاطب لا يدري بِمَ خوطب (٤)، انتهى.
و زاد فى غايه المراد على الأمثله مثل (٥) قوله (٦): «أعطيتك بكذا» أو «تسلّط عليه بكذا» (٧).

ص: ١١٩

-
- ١- ١) لم ترد عبارته «و من حيث اللغه المستعمله فى معنى المعامله» فى «ف».
 - ٢- ٢) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: الصريح.
 - ٣- ٣) من «ش» و المصدر.
 - ٤- ٤) التذكرة ٤٦٢: ١.
 - ٥- ٥) لم ترد «مثل» فى «ف».
 - ٦- ٦) فى «ش»: قولك.
 - ٧- ٧) لم يزد إلّا مثلاً واحداً و هو: «أعطيتك إيّاه بكذا»، انظر غايه المراد: ٨١.

و ربما يبدل هذا باشتراط الحقيقه فى الصيغه، فلا ينعقد بالمجازات، حتى صرح بعضهم: بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد (١).

و المراد بالصريح- كما يظهر من جماعه من الخاصه (٢) و العامه (٣) فى باب الطلاق، و غيره-: ما كان موضوعاً لعنوان (٤) ذلك العقد لغه أو شرعاً، و من الكنايه: ما أفاد لانزم ذلك العقد بحسب الوضع، فيفيد إرادته نفسه بالقرائن، و هى على قسمين عندهم: جليته و خفيته.

[الظاهر جواز الإنشاء بكل لفظ له ظهور عرفى فى المعنى المقصود]

و الذى يظهر من النصوص المتفرقه فى أبواب العقود اللانزمه (٥) و الفتاوى المتعرضه لصيغها فى البيع بقولٍ مطلق و فى بعض أنواعه و فى غير البيع من العقود اللانزمه (٦)، هو: الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفى معتد به فى المعنى المقصود، فلا فرق بين قوله: بعث و ملكت، و بين قوله: نقلت إلى ملكك، أو جعلته ملكاً لك، بكذا، و هذا هو الذى قواه جماعه من متأخري المتأخرين.

ص: ١٢٠

-
- ١ - ١) حكى ذلك السيد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤: ١٤٩) عن أستاذه الشريف السيد الطباطبائى (بحر العلوم)، و صرح بعدم الفرق- أيضاً- صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٢: ٢٤٩.
 - ٢ - ٢) منهم فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٣: ١٢، و الشهيد الثانى فى المسالك ٥: ١٧٢.
 - ٣ - ٣) انظر المغنى ٥: ٥٣٢ (فصل انعقاد النكاح و ألفاظه)، و ٧: ١٢١ (باب ألفاظ الطلاق).
 - ٤ - ٤) فى «خ»، «م»، «ع» و «ص»: بعنوان.
 - ٥ - ٥) منها ما تقدمت الإشارة إليها فى المعاطاه، راجع الصفحه ٥٩، الهامش ٨.
 - ٦ - ٦) سيأتى نص فتاوى بعضهم.

و حكى عن جماعه ممن تقدّمهم - كالمحقّق على ما حكى عن تلميذه كاشف الرموز، أنّه حكى عن شيخه المحقّق -: أنّ عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص، و أنّه اختاره أيضاً (١).

[ظهور كلمات الفقهاء في وقوع البيع بكل لفظ يدل عليه]

و حكى عن الشهيد رحمه الله في حواشيه: أنّه جوّز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه، مثل: «سَلِّمَت (٢) إليك»، و «عاوضتكَ» (٣). و حكاها في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين (٤).

بل هو ظاهر العلّامة رحمه الله في التحرير، حيث قال: إنّ الإيجاب اللفظ الدالّ على النقل، مثل: «بعتك» أو «ملّكتك»، أو ما يقوم مقامهما (٥).

و نحوه المحكّي عن التبصره و الإرشاد (٦) و شرحه لفخر الإسلام (٧).

فإذا كان الإيجاب هو اللفظ الدالّ على النقل، فكيف لا ينعقد بمثل «نقلته إلى ملكك»، أو «جعلته ملكاً لك بكذا»؟! بل ربما

ص: ١٢١

-
- ١- ١) كشف الرموز ٤٤٦: ١.
 - ٢- ٢) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في غيرهما: أسلمت.
 - ٣- ٣) حكاها عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ١٥٠: ٤.
 - ٤- ٤) المسالك ١٤٧: ٣، و قد تقدّمت ترجمه الشخص المذكور في الصفحه ٣٧، الهامش ٦.
 - ٥- ٥) التحرير ١٦٤: ١.
 - ٦- ٦) كذا حكاها عنهما السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ١٥٠: ٤، لكنّ الموجود فيهما لا يوافقهما، انظر التبصره: ٨٨، و الإرشاد ٣٥٩: ١.
 - ٧- ٧) شرح الإرشاد (مخطوط)، لا يوجد لدينا، لكن حكاها عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ١٥٠: ٤.

يدعى (١): أنه ظاهر كل من أطلق اعتبار الإيجاب و القبول فيه من دون ذكر لفظ خاص، كالشيخ (٢) و أتباعه (٣)، فتأمل (٤).

و قد حكى عن الأكثر: تجويز البيع حالاً بلفظ السلم (٥).

و صرح جماعه أيضاً فى بيع «التوليه»: بانعقاده بقوله: «وليتك العقد» (٦) أو «وليتك السلعه» (٧)، و التشرىك فى المبيع بلفظ: «شركتك» (٨).

و عن المسالك- فى مسأله تقبل (٩) أحد الشريكين فى النخل حصه صاحبه بشىء معلوم من الثمره:- أن ظاهر الأصحاب جواز ذلك بلفظ التقييل (١٠)، مع أنه لا يخرج عن البيع أو الصلح أو معامله ثالثه لازمه

ص: ١٢٢

١- ١) كذا فى «ف» و «ش» و مصححه «ن»، و فى غيرهما: قد يدعى.

٢- ٢) انظر الخلاف ٧: ٣، كتاب البيوع، المسأله ٦.

٣- ٣) انظر المراسم: ١٧١، المهذب ٣٥٠: ١، الوسيله: ٢٣٦.

٤- ٤) لم يرد «فتأمل» إلّا فى «ف» و «ش» و نسخه بدل «ن».

٥- ٥) حكاه الشهيد الثانى قدس سره فى المسالك ٤٠٥: ٣.

٦- ٦) ممن صرح بذلك العلّامه قدس سره فى التذكرة ٥٤٥: ١، و الشهيد الأول فى الدروس ٢٢١: ٣، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣١٣: ٣، و الروضه ٤٣٦: ٣.

٧- ٧) لم نقف على من صرح بانعقاده بهذه الصيغه، إلّا أن الشهيدين قالوا: و لو قال: وليتك السلعه، احتمل الجواز، انظر الدروس ٢٢١: ٣، و المسالك ٣١٤: ٣.

٨- ٨) صرح به الشهيدان فى الدروس ٢٢١: ٣، و اللمعه و شرحها (الروضه البهيه) ٤٣٦: ٣-٤٣٧.

٩- ٩) فى غير «ش» و مصححه «ن»: تقييل.

١٠- ١٠) المسالك ٣٧٠: ٣.

عند جماعه (١).

هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع.

[ظهور كلمات الفقهاء في وقوع غير البيع بكل لفظ يدل عليه أيضا]

و أمّا في غيره، فظاهر جماعه (٢) في القرض عدم اختصاصه بلفظٍ خاصّ، فجوّزوه بقوله: «تصرّف فيه-أو انتفع به-و عليك ردّ عوضه»، أو «خُذْه بمثله»، و«أسلفتك»، و غير ذلك ممّا عدّوا مثله في البيع من الكنايات، مع أنّ القرض من العقود اللازمه على حسب لزوم البيع و الإجاره.

و حكى عن جماعه (٣) في الرهن: أنّ إيجابه يؤدّي بكلّ لفظٍ يدلّ عليه، مثل قوله: «هذه وثيقه عندك»، و عن الدروس تجويزه بقوله:

«خذه»، أو «أمسكه بمالك» (٤).

و حكى عن غير واحد (٥): تجويز إيجاب الضمان الذي هو من العقود اللازمه بلفظ «تعهدت المال» و«تقلدته»، و شبه ذلك.

ص: ١٢٣

١-١) منهم الشهيد الثاني في الروضه ٣:٣٦٨، و نسبه في المسالك ٣:٣٧٠ إلى ظاهر الأصحاب، و في مفتاح الكرامه (٤:٣٩١) نسبه إلى صريح جماعه.

٢-٢) منهم المحقّق في الشرائع ٢:٦٧، و العلّامه في القواعد ١:١٥٦، و الشهيدان في الدروس ٣:٣١٨ و المسالك ٣:٤٤٠.

٣-٣) منهم المحقّق في الشرائع ٢:٧٥، و العلّامه في التحرير ١:٢٠١، و الشهيدان في اللمعه و شرحها (الروضه البهيه) ٤:٥٤، و المحقّق السبزواري في الكفايه: ١٠٧.

٤-٤) الدروس ٣:٣٨٣.

٥-٥) مثل العلّامه في التذكره ٢:٨٥، و الفاضل المقداد في التنقيح ٢:١٨٣، و السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٥:٣٥١، و أنظر المناهل: ١١٢.

و قد ذكر المحقق (٢) و جماعه ممن تأخر عنه (٣): جواز الإجاره بلفظ العاربه؛ معللين بتحقق القصد. و تردد جماعه (٤) في انعقاد الإجاره بلفظ بيع المنفعه.

و قد ذكر جماعه (٥): جواز المزارعه بكلّ لفظ يدلّ على تسليم الأرض للمزارعه، و عن مجمع البرهان (٦) - كما في غيره (٧) -: أنّه لا خلاف في جوازها بكلّ لفظ يدلّ على المطلوب، مع كونه ماضياً، و عن المشهور: جوازها بلفظ «ازرع» (٨).

و قد جوّز جماعه (٩): الوقف بلفظ: «حرّمت» و «تصدّقت» مع

ص: ١٢٤

-
- ١-١) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: و لقد.
 - ٢-٢) الشرائع ١٧٩:٢.
 - ٣-٣) منهم المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ٩:١٠، لكن قيده بانضمام شيء يدلّ على الإجاره، و صاحب الروض على ما نقله السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٧:٧٤، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٧:٢٠٥.
 - ٤-٤) منهم المحقق في الشرائع ١٧٩:٢، و الشهيد في اللعه دمشقيه: ١٦٢.
 - ٥-٥) كالمحقق في الشرائع ١٤٩:٢، و العلّامه في التذكره ٣٣٧:٢، و السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٧:٢٩٩، و صاحب الجواهر في الجواهر ٣:٢٧.
 - ٦-٦) مجمع الفائده ٩٦:١٠.
 - ٧-٧) مفتاح الكرامه ٢٩٩:٧.
 - ٨-٨) الروضه البهيه ٢٧٦:٤.
 - ٩-٩) كالمحقق في الشرائع ٢١١:٢، و العلّامه في القواعد ٢٦٦:١، و الشهيدان في اللعه و شرحها (الروضه البهيه) ١٦٤:٣، و المسالك ٣١٠:٥، و انظر مفتاح الكرامه ٥:٩.

القرينه الدالّه على إرادته الوقف، مثل: «أن لا يباع ولا يورث»، مع عدم الخلاف- كما عن غير واحد (١)- على أنّهما من الكنايات.

و جَوَزَ جماعه (٢): وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع أنه ليس صريحاً فيه.

و مع هذه الكلمات، كيف يجوز أن يسند (٣) إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، و أنه لا يجوز بالألفاظ المجازيه؟! خصوصاً مع تعميمها للقريبه (٤) و البعيده (٥) كما تقدّم عن بعض المحققين (٦).

و لعلّه لما عرفت من تنافى ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالألفاظ المجازيه في العقود اللانزمه، مع ما عرفت منهم من الاكتفاء في أكثرها بالألفاظ الغير الموضوعه لذلك العقد، جمع المحقق الثاني- على ما حكى عنه في باب السلم و النكاح- بين كلماتهم بحمل المجازات

ص: ١٢٥

-
- ١- ١) منهم الشهيد الثاني في المسالك ٥:٣١٠، و السيد الطباطبائي في الرياض ٢:١٧، و صاحب الجواهر في الجواهر ٣:٢٨.
 - ٢- ٢) منهم المحقق في المختصر: ١٦٩، و الشرائع ٢:٢٧٣، و فيه بعد التردد: و جوازه أرجح، و العلّامه في القواعد ٢:٤، و الإرشاد ٢:٦، و الشهيد في اللمعه: ١٨٤.
 - ٣- ٣) في غير «ص» و «ش»: «يستند»، و صُحِّح في «ن» بما في المتن.
 - ٤- ٤) في «خ»، «م» و «ع»: للقرينه.
 - ٥- ٥) لم ترد «و البعيده» في «خ»، «م»، «ع» و «ص».
 - ٦- ٦) تقدّمت حكايته عن العلّامه بحر العلوم في الصفحه ١٢٠.

الممنوعه على المجازات البعيده (١)، و هو جمع حسن، و لعلّ الأحسن منه (٢):

أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلاله اللفظيه الوضعيه، سواء كان اللفظ الدالّ على إنشاء العقد موضوعاً له بنفسه أو مستعملاً فيه مجازاً بقرينه لفظ موضوع آخر، ليرجع الإفاده بالأخره إلى الوضع؛ إذ لا يعقل الفرق في الوضوح-الذى هو مناط الصراحه-بين إفاده لفظٍ للمطلب بحكم الوضع، أو إفادته له بضميمه لفظٍ آخر يدلّ بالوضع على إرادته المطلب من ذلك اللفظ.

و هذا بخلاف اللفظ الذى يكون دلالته على المطلب لمقارنه حال أو سبق مقال خارج عن العقد؛ فإنّ الاعتماد عليه فى متفاهم (٣) المتعاقدين-و إن كان من المجازات القريبه جداً-رجوع عمّا بنى عليه من عدم العبره بغير الأقوال فى إنشاء المقاصد؛ و لذا لم يجوّزوا العقد بالمعاطاه و لو مع سبق مقالٍ أو اقتران حالٍ تدلّ (٤) على إرادته البيع جزماً.

و ممّا ذكرنا يظهر الإشكال فى الاقتصار على المشترك اللفظى اتكالاً على القرينه الحالّيه المعينه، و كذا المشترك المعنوى.

ص: ١٢٦

-
- ١-١) حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ١٤٩:٤، و انظر جامع المقاصد ٢٠٧-٢٠٨ و ١٢:٧٠.
 - ٢-٢) كذا فى «ف» و مصحّحه «ن»، و كذا فى «ش» لكن بدون «لعلّ»، و فى سائر النسخ: و لعلّ الأولى أن يراد.
 - ٣-٣) فى «ف»: تفاهم.
 - ٤-٤) فى «ص»: يدلّ.

و يمكن أن ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم في عبارته التذكيره بقوله قدس سره: «لأنّ المخاطب لا يدري بمّ خوطب» (١)؛ إذ ليس المراد: أنّ المخاطب لا يفهم منها المطلوب و لو بالقرائن الخارجيه، بل المراد أنّ الخطاب بالكنايه لَمَّا لم يدلّ على المعنى المنشأ ما لم يقصد الملزوم؛ لأنّ اللازم الأعمّ، كما هو الغالب بل المطرد في الكنايات، لا يدلّ على الملزوم ما لم يقصد المتكلم خصوص الفرد المجامع (٢) مع الملزوم الخاص - فالخطاب في نفسه محتمل، لا يدري المخاطب بمّ خوطب، و إنّما يفهم المراد بالقرائن الخارجيه الكاشفه عن قصد المتكلم.

و المفروض - على ما تقرّر في مسأله المعاطاه (٣) - أنّ التيه بنفسها أو مع انكشافها بغير الأقوال لا - تؤثر في النقل و الانتقال، فلم يحصل هنا عقدٌ لفظيٌّ يقع التفاهم به، لكن هذا الوجه (٤) لا يجرى في جميع ما ذكره من أمثله الكنايه.

[دعوى أن العقود أسباب شرعية توقيفيه]

ثمّ إنّه ربما يدعى: أنّ العقود المؤثره في النقل و الانتقال أسباب شرعيّه توقيفيه، كما حكى عن الإيضاح من أنّ كلّ عقدٍ لازم وضع له الشارع صيغه مخصوصه بالاستقراء (٥)، فلا بدّ من الاقتصار على المتيقن.

ص: ١٢٧

١-١) تقدّم في الصفحه ١١٩.

٢-٢) في «خ»، «م» و «ش»: الجامع.

٣-٣) تقدّم في الوجه الأوّل من الوجوه الأربعة في معنى قوله عليه السلام: «إنّما يحلّل الكلام و يحزّم الكلام» في الصفحه ٦١.

٤-٤) شطب في «ف» على «الوجه» و كتب فوقه: التوجيه.

٥-٥) إيضاح الفوائد ١٢: ٣.

و هو كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء، فضلاً عن الروايات المتكثرة الآتية (١) بعضها.

و أما ما ذكره الفخر قدس سره، فلعل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصيغه شرعاً، هي: اشتغالها على العنوان المعبر عن تلك المعامله به في كلام الشارع، فإذا كانت (٢) العلاقه الحادثه بين الرجل و المرأه معبراً عنها في كلام الشارع بالنكاح، أو الزوجيه، أو المتعه، فلا بد من اشتغال عقدها على هذه العناوين، فلا يجوز بلفظ الهبه أو البيع أو الإجاره أو نحو ذلك، و هكذا الكلام في العقود المنشأه للمقاصد الأخر كالبيع و الإجاره و نحوهما.

فخصوصيه اللفظ من حيث اعتبار اشتغالها على هذه العناوين الدائره في لسان الشارع، أو ما يرادفها (٣) لغه أو عرفاً؛ لأنها بهذه العناوين موارد للأحكام (٤) الشرعيه التي لا تحصى.

و على هذا، فالضابط: وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائره في لسان الشارع؛ إذ لو وقع بإنشاء غيرها، فإن كان (٥) لا مع قصد تلك العناوين - كما لو لم تقصد المرأه إلّا هبه نفسها أو إجاره نفسها مدّه للاستمتاع (٦) - لم يترتب عليه الآثار المحموله في الشريعه على الزوجيه

ص: ١٢٨

١- ١) في «ص» و مصححه «خ»: الآتى.

٢- ٢) في غير «ش»: كان.

٣- ٣) في «ف»: أو بما يرادفها.

٤- ٤) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: الأحكام.

٥- ٥) كذا في «ن»، و في غيرها كانت.

٦- ٦) كذا في «ف»، و في غيرها: مدّه الاستمتاع.

الدائمه أو المنقطعه، و إن كان (١) بقصد هذه العناوين دخلت في الكنايه التي عرفت أنّ تجويزها رجوع إلى عدم اعتبار إفاده المقاصد بالأقوال.

فما ذكره الفخر قدس سرّه (٢) مؤيد لما ذكرناه و استفدناه من كلام والده قدس سرّه (٣).

و إليه يشير-أيضاً- ما عن جامع المقاصد: من أنّ العقود متلقاه من الشارع، فلا ينعقد عقدٌ بلفظٍ آخر ليس من جنسه (٤).

و ما عن المسالك: من أنّه يجب الاقتصار في العقود اللازمه على الألفاظ المنقوله شرعاً المعهوده لغه (٥)، و مراده من «المنقوله (٦) شرعاً»، هي: المأثوره في كلام الشارع.

و عن كنز العرفان في باب النكاح:- أنّه حكم شرعيّ حادث فلا بدّ له من دليل يدلّ على حصوله، و هو العقد اللفظي المتلقّى من النصّ. ثم ذكر لإيجاب النكاح ألفاظاً (٧) ثلاثه، و علّلها بورودها في القرآن (٨).

ص: ١٢٩

١-١) كذا في مصحّحه «ن»، و في النسخ: كانت.

٢-٢) و هو قوله: «كلّ عقد لازم وضع له الشارع صيغه مخصوصه» المتقدّم في الصفحه ١٢٧.

٣-٣) يعنى كلامه في التذكرة: «لأنّ المخاطب لا يدري بيمّ خوطب» المتقدّم في الصفحه ١٢٧.

٤-٤) جامع المقاصد ٨٣: ٧.

٥-٥) المسالك ١٧٢: ٥.

٦-٦) في غير «ف»: بالمنقوله.

٧-٧) كذا في «ش»، و في «ص»: «ثلاثه ألفاظ»، و في سائر النسخ: ألفاظ ثلاثه.

٨-٨) كنز العرفان ١٤٦: ٢.

ولا يخفى أنّ تعليله هذا كالصريح فيما ذكرناه (١): من تفسير (٢) توقيفیه العقود، و أنّها متلقاه من الشارع، و وجوب الاقتصار على المتيقن.

و من هذا الضابط تقدر على تمييز (٣) الصريح المنقول شرعاً المعهود لغه—من الألفاظ المتقدّمه فى أبواب العقود المذكوره—من غيره. و أنّ الإجاره بلفظ العاريه غير جائزه، و بلفظ بيع المنفعه أو السكنى—مثلاً—لا يبعد جوازه، و هكذا.

إذا عرفت هذا، فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول:

[أما الإيجاب]

منها: لفظ «بعت» فى الإيجاب،

و لا خلاف فيه فتوى و نصّاً، و هو و إن كان من الأضداد بالنسبه إلى البيع و الشراء، لكن كثره استعماله فى وقوع البيع تعينه (٤).

و منها

و منها (٥): لفظ «شريت» (٤)

لوضعه له، كما يظهر من المحكى عن بعض أهل اللغه (٧)، بل قيل: لم يستعمل فى القرآن الكريم إلّا فى البيع (٨).

ص: ١٣٠

١-١) انظر الصفحه ١٢٧-١٢٩.

٢-٢) لم ترد «تفسير» فى «خ»، «م»، «ع»، و «ص».

٣-٣) فى «ف»، «خ»، «م»، و «ع»: تميز.

٤-٤) كذا فى «ف» و مصححه «ن»، و كذا فى «ش» مع زياده «به» بعد «البيع»؛ و فى سائر النسخ: لكن كثره استعماله فى البيع وصلت إلى حدّ تغنيها عن القرينه.

٥-٥) كذا فى «ف» و «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: و أمّا.

٦-٦) فى غير «ف» و «ش» زياده: فلا إشكال فى وقوع البيع به.

٧-٧) انظر الصحاح ٢٣٩١:٦، و لسان العرب ١٠٣:٧، و القاموس المحيط ٣٤٧:٤.

٨-٨) قاله السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ١٥٣:٤.

و عن القاموس: شراه يشريه: ملكه (١) بالبيع و باعه، كاشترى (٢) فيهما (٣) ضدّ. و عنه أيضاً: كلّ من ترك شيئاً و تمسّك بغيره فقد اشتراه (٤).

و ربما يستشكل فيه: بقلّه استعماله عرفاً في البيع، و كونه محتاجاً إلى القرينه المعينه، و عدم نقل الإيجاب به في الأخبار و كلام القدماء.

و لا يخلو عن وجه.

و منها: لفظ «ملك» - بالتشديد -

و الأ-كثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الإرشاد الاتّفاق؛ حيث قال: إنّه لا يقع البيع بغير اللفظ المتّفق عليه ك «بعت» و «ملك» (٥).

و يدلّ عليه (٦): ما سبق في تعريف البيع، من أنّ التمليك بالعوض المنحلّ إلى مبادله العين بالمال هو المرادف للبيع عرفاً و لغه، كما صرّح به فخر الدين، حيث قال: إنّ معنى «بعت» في لغة العرب: ملكت غيرى (٧).

و ما قيل (٨): من أنّ التمليك يستعمل في الهبه بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها. فيه: أنّ الهبه إنّما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض،

ص: ١٣١

١-١) في «ف»: إذا ملكه.

٢-٢) كذا في «ن» و المصدر، و في «ش»: «كاشتراه»، و في سائر النسخ: و اشتراه.

٣-٣) كذا في «ن» و المصدر، و في سائر النسخ: فهما.

٤-٤) القاموس المحيط ٣٤٧:٤-٣٤٨، مادّه: «شري».

٥-٥) غايه المراد: ٨٠.

٦-٦) في «ف»: عليها.

٧-٧) قاله في شرح الإرشاد، على ما حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ١٥٢:٤.

٨-٨) قاله الشهيد الثاني في الروضه البهيه ٤١٣:٣.

لا من مادّة التملك، فهى مشتركة معنّى بين ما يتضمّن المقابله و بين المجرد عنها، فإن اتصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركّب -بمقتضى الوضع التركيبى- البيع، وإن تجرّد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكيه المجانيه.

و قد عرفت سابقاً: أنّ تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقى، فلو أراد منه الهبه المعوضه أو قصد المصالحه، بنى صحّه العقد به على صحّه عقد بلفظ غيره مع التيه.

و يشهد لما ذكرنا قول فخر الدين فى شرح الإرشاد: إنّ معنى «بعت» فى لغة العرب ملكت غيرى (١).

و أما الإيجاب بـ «اشريت»

ففى مفتاح الكرامه: أنّه قد يقال بصحّته، كما هو الموجود فى بعض نسخ التذكره، و المنقول عنها فى نسختين من تعليق الإرشاد (٢).

أقول: و قد يستظهر ذلك (٣) من عباره كلّ من عطف على «بعت» و «ملك»، شبههما أو ما يقوم مقامهما (٤)؛ إذ إرادته خصوص لفظ «شريت» من هذا بعيد جداً، و حمله على إرادته ما يقوم مقامهما فى اللغات الأخر للعاجز عن العربية أبعد، فيتعيّن (٥) إرادته ما يرادفهما لغه

ص: ١٣٢

١-١) تقدّم آنفاً.

٢-٢) مفتاح الكرامه ١٥٠:٤.

٣-٣) لم ترد «ذلك» فى «ف».

٤-٤) مثل العلّامه فى التحرير ١٦٤:١، و الشهيد فى غايه المراد: ٨٠.

٥-٥) فى «ف»: فتعيّن.

أو عرفاً، فيشمل «شريت» و«اشترت»، لكنّ الإشكال المتقدّم (1) في «شريت» أولى بالجريان هنا؛ لأنّ «شريت» استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه إلّا فيه، بخلاف «اشترت».

و دفع (2) الإشكال في تعيين المراد منه بقريته تقديمه الدالّ على كونه إيجاباً-إمّا بناءً على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وإمّا لغلبيه ذلك- غير صحيح؛ لأنّ الاعتماد على القرينه الغير اللفظيه في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه (3)، إلّا أن يدعى أنّ ما ذكر سابقاً من اعتبار الصراحه مختصّ بصراحه اللفظ من حيث دلالته على خصوص العقد، وتميّزه عمّا عداه من العقود.

و أقيماً تميّز إيجاب عقد معين عن قبوله الراجع إلى تميّز البائع عن المشتري فلا يعتبر فيه الصراحه، بل يكفي استفاده المراد، ولو بقريته المقام أو غلبته (4) أو نحوهما (5)، وفيه إشكال.

و أمّا القبول،

إشاره

فلا ينبغي الإشكال في وقوعه بلفظ «قبلت» و«رضيت» و«اشترت» و«شريت» و«ابتعت» و«تملكت» و«ملكتم» مخففاً.

ص: ١٣٣

١-١) تقدّم في الصفحه المتقدّمه بقوله: و ربما يستشكل فيه بقله استعماله عرفاً في البيع.

٢-٢) كلمه «دفع» من «ش» و مصحّحه «ن».

٣-٣) أشار بذلك إلى ما ذكره في الصفحه ١٢٦ من قوله: فإنّ الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين رجوع عمّا بنى عليه...

٤-٤) في «ف»: بـغلبته.

٥-٥) في «ف»، «ن» و«ش»: و نحوها.

و أمّا «بعت»، فلم ينقل إلّا من الجامع (١)، مع أنّ المحكّي عن جماعه من أهل اللغة: اشتراكه بين البيع و الشراء (٢)، و لعلّ الإشكال فيه كإشكال «اشترت» في الإيجاب.

و اعلم أنّ المحكّي عن نهايه الأحكام و المسالك: أنّ الأصل في القبول «قبلت»، و غيره بدل؛ لأنّ القبول على الحقيقه ممّا لا يمكن به الابتداء (٣)، و الابتداء بنحو «اشترت» و «ابتعت» ممكن، و سيأتى توضيح ذلك في اشتراط تقديم الإيجاب (٤).

ثمّ إنّ في انعقاد القبول بلفظ الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ و شبهها، وجهين.

«فرع»

لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب و القبول، ثمّ اختلفا في تعيين الموجب و القابل - إمّا بناءً على جواز تقديم القبول، و إمّا من جهه اختلافهما في المتقدّم - فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثمّ عدم ترتّب الآثار المختصّه بكلّ من البيع و الشراء على واحدٍ منهما.

ص: ١٣٤

-
- ١- ١) نقله عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٥٢، لكنّ الموجود في الجامع: «ابتعت»، انظر الجامع للشرائع: ٢٤٦.
 - ٢- ٢) انظر الصحاح ٣:١١٨٩، و المصباح المنير: ٦٩، و القاموس ٣:٨، مادّه: «بيع».
 - ٣- ٣) حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٥٣، و انظر نهايه الأحكام ٢:٤٤٨، و المسالك ٣:١٥٤.
 - ٤- ٤) يأتي في الصفحه ١٤٣ و ١٤٨.

مسأله [في اشتراط العرييه]

المحكّي عن جماعه، منهم: السّيّد عميد الدين (١) و الفاضل المقداد (٢) و المحقّق (٣) و الشهيد (٤) الثانيان: اعتبار العرييه في العقد؛ للتأسي - كما في جامع المقاصد - ولأنّ عدم صحّته بالعربي الغير الماضي يستلزم عدم صحّته بغير العربي بطريقٍ أولى. و في الوجهين ما لا يخفى.

و أضعف منهما: منع صدق العقد على غير العربي (٥).

فالأقوى صحّته بغير العربي.

و هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادّه و الهيئه، بناءً على اشتراط العربي؟ الأقوى ذلك؛ بناءً على أنّ دليل اعتبار العرييه هو لزوم الاقتصار على المتيقّن من أسباب النقل، و كذا اللحن في الإعراب.

ص: ١٣٥

١-١) حكاة عنه الشهيد في حواشيه، على ما في مفتاح الكرامه ١٦٢:٤.

٢-٢) التنقيح الرائع ١٨٤:٢، و كنز العرفان ٧٢:٢.

٣-٣) جامع المقاصد ٥٩:٤.

٤-٤) الروضه البهيّه ٢٢٥:٣.

٥-٥) في غير «ف» زياده: مع التمكن من العربي.

و حكى عن فخر الدين: الفرق بين ما لو قال: «بعتك» - بفتح الباء - وبين ما لو قال: «جوزتك» بدل «زوّجتك»، فصَحّ الأوّل دون الثانى إلّا مع العجز عن التعلّم (١) و التوكيل (٢).

و لعلّه لعدم معنى صحيح فى الأوّل إلّا البيع، بخلاف التجويز (٣)؛ فإنّ له معنى آخر، فاستعماله فى التزويج غير جائز.

و منه يظهر أنّ اللغات المحرّفة لا بأس بها إذا لم يتغيّر بها المعنى.

ثم هل المعتبر (٤) عربيه جميع أجزاء الإيجاب و القبول، كالثمن و المثلن، أم يكفى عربيه الصيغه الدالّه على إنشاء الإيجاب و القبول، حتى لو (٥) قال: «بعتك اين كتاب را به ده درهم» كفى؟ الأقوى (٦) هو الأوّل؛ لأنّ غير العربى كالمعدوم، فكأنه لم يذكر فى الكلام.

نعم، لو لم يعتبر ذكر متعلقات الإيجاب - كما لا - يجب فى القبول - و اكتفى بانفهامها و لو من غير اللفظ، صحّ الوجه الثانى (٧)، لكنّ

ص: ١٣٦

١ - ١) فى «ف»: العلم.

٢ - ٢) حكاه الشهيد عن فخر الدين على ما فى مفتاح الكرامه ١٦٣: ٤.

٣ - ٣) فى «ف»: بخلاف الثانى.

٤ - ٤) فى «ف»: هل يعتبر.

٥ - ٥) لم ترد «لو» فى النسخ، إلّا أنّها زيدت فى «ش» و «ص» تصحيحاً.

٦ - ٦) فى غير «ف»: و الأقوى.

٧ - ٧) فى غير «ش»: «الأوّل»، إلّا أنّه صُحِّح فى بعضها بما فى المتن، و الظاهر أنّ الكلمه وردت فى النسخه الأصليه هكذا: «الأوّل»، فإنّ الفاضل المامقانى قال - بعد أن أثبتها -: الظاهر هو «الثانى» بدل «الأوّل»، و كأنّه سهو من قلم الناسخ. و قال

الشهيدى: أقول: الصواب «الثانى» بدل «الأوّل» كما لا يخفى، انظر غايه الآمال: ٢٣٩، و شرح الشهيدى (هدايه الطالب): ١٩١.

الشهيد رحمه الله-في غاية المراد في مسأله تقديم القبول-نص على وجوب ذكر العوضين في الإيجاب (١).

ثم إنه هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ، بأن يكون فارقاً بين معنى «بعت» و«أبيع» و«أنا بائع»، أو يكفي مجرد علمه بأن هذا اللفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع؟ الظاهر هو الأول؛ لأنَّ عربيه الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد (٢) المتكلم منه المعنى الذى وضع له عند العرب، فلا- يقال: إنه تكلم و أدى المطلب على طبق لسان العرب، إلما إذا ميّز بين معنى «بعت» و«أبيع» و«أوجدت البيع» و غيرها.

بل على هذا لا يكفي (٣) معرفه أن «بعت» مرادف لقوله:

«فروختم»، حتى يعرف أن الميم في الفارسي عوض تاء المتكلم، فيميّز بين «بعتك» و«بعتُ»-بالضمّ-و«بعتَ»-بفتح التاء-فلا ينبغي ترك الاحتياط و إن كان في تعيينه نظر (٤)؛ و لذا نصّ بعض (٥) على عدمه.

ص: ١٣٧

١-١) انظر غايه المراد: ٨٠.

٢-٢) كذا في «ن»، «خ» و«م»، و في سائر النسخ: يقصد.

٣-٣) في غير «ش» و مصحّحه «ص»: يكتفى.

٤-٤) في «ف»: في تعيينه نظراً.

٥-٥) لم نعثر عليه.

المشهور- كما عن غير واحد (١)-: اشتراط الماضويه، بل في التذكرة: الإجماع على عدم وقوعه بلفظ «أبيعك» أو «اشتر مني» (٢) و
لعله لصراحته في الإنشاء؛ إذ المستقبل أشبه بالوعد، والأمر استدعاء لا إيجاب، مع أن قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف.
و عن القاضي في الكامل و المهذب (٣): عدم اعتبارها؛ و لعله لإطلاق البيع و التجاره و عموم العقود، و ما دلّ في بيع الآبق (٤) و
اللبن في الضرع (٥): من الإيجاب بلفظ المضارع، و فحوى ما دلّ عليه

ص: ١٣٨

-
- ١- ١) منهم المحقق الأردبيلي في مجمع الفوائد ٨: ١٤٥، و المحدث الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٣: ٤٩، و السيد العاملي في مفتاح
الكرامه ٤: ١٦٢.
- ٢- ٢) في التذكرة: «أشترى» بدل «اشتر مني»، انظر التذكرة ١: ٤٦٢.
- ٣- ٣) حكاها عنهما العلامة في المختلف ٥: ٥٣. أما الكامل فلا يوجد لدينا. و أما المهذب فلم نقف فيه على ما يدل على المطلوب.
- ٤- ٤) انظر الوسائل ١٢: ٢٦٢، الباب ١١ من أبواب أحكام العقد.
- ٥- ٥) الوسائل ١٢: ٢٥٩، الباب ٨ من أبواب أحكام العقد.

فى النكاح (١).

و لا يخلو هذا من قوّه لو فرض صراحه المضارع فى الإنشاء على وجه لا يحتاح إلى قرينه المقام، فتأمل.

ص: ١٣٩

١ - ١) انظر الوسائل ١٩٧:١٤، الباب الأوّل من أبواب عقد النكاح، الحديث ١٠. و ٤٦٦، الباب ١٨ من أبواب المتعه، وغيرهما من الأبواب.

مسأله فى شرطيه الترتيب بين الإيجاب و القبول

الأشهر- كما قيل (١)-: لزوم تقديم الإيجاب على القبول، و به صرح فى الخلاف (٢) و الوسيله (٣) و السرائر (٤) و التذكرة (٥)، كما عن الإيضاح (٦) و جامع المقاصد (٧)؛ و لعلّه للأصل (٨) بعد حمل آيه وجوب الوفاء (٩) على العقود المتعارفه، كإطلاق «البيع» و «التجاره» فى الكتاب و السنّه.

و زاد بعضهم: أنّ القبول فرع الإيجاب فلا يتقدّم عليه، و أنّه تابع

ص: ١٤٠:

- ١- (١) قاله العلامه فى المختلف ٥٢:٥.
- ٢- (٢) الخلاف ٣:٣٩، كتاب البيوع، المسأله ٥٦.
- ٣- (٣) الوسيله: ٢٣٧.
- ٤- (٤) السرائر ٢:٢٤٣.
- ٥- (٥) التذكرة ١:٤٦٢.
- ٦- (٦) إيضاح الفوائد ١:٤١٣.
- ٧- (٧) جامع المقاصد ٤:٦٠.
- ٨- (٨) كذا فى «ف»، و فى غيرها: الأصل.
- ٩- (٩) و هى قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، المائده: ١.

له فلا يصحّ تقدّمه عليه (١).

و حكى فى (٢) غايه المراد عن الخلاف: الإجماع عليه (٣)، و ليس فى الخلاف فى هذه المسأله إلا أنّ البيع مع تقديم (٤) الإيجاب متّفق عليه فيؤخذ به، فراجع (٥).

خلافًا للشيخ فى المبسوط فى باب النكاح، و إن وافق الخلاف فى البيع (٦) إلاّ أنّه عدل عنه فى باب النكاح، بل ظاهر كلامه عدم الخلاف فى صحّته بين الإماميه؛ حيث إنّه -بعد ما ذكر أنّ تقديم القبول بلفظ الأمر فى النكاح بأن يقول الرجل: «زوّجنى فلان» -جائز بلا خلاف - قال: أمّا البيع، فإنّه إذا قال: «بعنيها» فقال: «بعتكها» صحّ عندنا و عند قومٍ من المخالفين، و قال قومٌ منهم: لا يصحّ حتى يسبق الإيجاب (٧)، انتهى.

و كيف كان، فنسبه القول الأوّل إلى المبسوط مستند إلى كلامه فى باب البيع، و أمّا فى باب النكاح فكلامه صريح فى جواز التقديم،

ص: ١٤١

١-١) ذكره المحقّق الثانى و قال: فإنّ القبول مبنى على الإيجاب، انظر جامع المقاصد ٤:٦٠.

٢-٢) كذا فى «ف» و «ش»، و فى سائر النسخ: «عن»، إلاّ أنّه صحّح فى بعضها بما فى المتن.

٣-٣) غايه المراد: ٨٠.

٤-٤) فى «ف»: تقدّم.

٥-٥) الخلاف ٣:٣٩، كتاب البيوع، المسأله ٥٦.

٦-٦) المبسوط ٢:٨٧.

٧-٧) المبسوط ٤:١٩٤.

كالمحقق رحمه الله في الشرائع (١) و العلامه في التحرير (٢) و الشهيدين في بعض كتبهما (٣) و جماعه مّين تأخر عنهما (٤)؛ للعمومات السليمه عمّا يصلح لتخصيصها، و فحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار، مثل خبر أبان بن تغلب-الوارد في كيفية الصيغه-المشتمل على صحّه تقديم القبول بقوله للمرأة: «أتزوّجك متعهً على كتاب الله و سنّه رسول الله (٥) صلى الله عليه و آله و سلم»-إلى أن قال:-فإذا قالت:«نعم»فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها (٦).

و روايه سهل الساعدي المشهوره في كتب الفريقين-كما قيل (٧)-المشتمله على تقديم القبول من الزوج بلفظ«زوّجنيها» (٨).

ص: ١٤٢

-
- ١-١ الشرائع ١٣:٢.
 - ٢-٢ التحرير ١٦٤:١.
 - ٣-٣ الشهيد الأوّل في الدروس ٣:١٩١، و اللمعه: ١٠٩، و الشهيد الثاني في المسالك ٣:١٥٤، و حاشيه الشرائع (مخطوط): ٢٧١.
 - ٤-٤ منهم المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨:١٤٥، و المحقق السبزواري في الكفايه: ٨٩، و المحدث البحراني في الحدائق ١٨:٣٤٩، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٢٥٤، و غيرهم.
 - ٥-٥ في «ف»:رسوله، و في المصدر:نبئه.
 - ٦-٦ الوسائل ١٤:٤٦٦، الباب ١٨ من أبواب المتعه، الحديث الأوّل.
 - ٧-٧ قاله الشهيد الثاني في المسالك ٧:٨٩، و السيد الطباطبائي في الرياض ٢:٦٩.
 - ٨-٨ عوالي اللآلي ٢:٢٦٣، الحديث ٨، و سنن البيهقي ٧:٢٤٢، باب النكاح على تعليم القرآن، و انظر الكافي ٥:٣٨٠، الحديث ٥، و التهذيب ٧:٣٥٤، الحديث ١٤٤٤.

و التحقيق: أنَّ القبول إمَّا أن يكون بلفظ «قبلت» و«رضيت»، و إمَّا أن يكون بطريق الأمر و الاستيجاب، نحو «بعني» فيقول المخاطب:

«بعتك»، و إمَّا أن يكون بلفظ «اشتريت» و«ملكك» مخفَّفاً و «ابتعت».

فإن كان بلفظ «قبلت» فالظاهر عدم جواز تقديمه، وفاقاً لمن عرفته (١) في صدر المسأله (٢)، بل المحكى عن الميسيه (٣) و المسالك (٤) و مجمع الفائده (٥): أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ «قبلت»، و هو المحكى عن نهايه الإحكام و كشف اللثام في باب النكاح (٦)، و قد اعترف به غير واحدٍ من متأخري المتأخرين (٧) أيضاً، بل المحكى هناك عن ظاهر التذكرة: الإجماع عليه (٨).

و يدلّ عليه -مضافاً إلى ما ذكر، و إلى كونه خلاف المتعارف من

ص: ١٤٣

١- ١) كذا في «ف»، و في «ش»: «لما عرفت»، و في سائر النسخ: لمن عرفت.

٢- ٢) راجع الصفحه ١٤٠-١٤١.

٣- ٣) لا يوجد لدينا، و حكاها السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ١٦٥:٤.

٤- ٤) المسالك ١٥٤:٣.

٥- ٥) مجمع الفائده ١٤٦:٨.

٦- ٦) حكى ذلك عنهما السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ١٦٥:٤، و أنظر نهايه الإحكام ٤٤٨:٢، و كشف اللثام ١٢:٢.

٧- ٧) منهم السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ١٦٥:٤، و السيّد المجاهد في المناهل: ٢٧٢.

٨- ٨) المشار إليه بقوله: «هناك» هو باب النكاح، لكن لم نقف في مسأله تقديم الإيجاب على القبول على ما يظهر منه الإجماع، و الموجود فيه أنه نقل المنع عن أحمد و نفى عنه البأس، انظر التذكرة ٥٨٣:٢.

العقد-: أنّ القبول الذى هو أحد ركنى عقد المعاوضة فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدّمه عليه، وليس المراد من هذا القبول الذى هو ركن للعقد (١) مجرد الرضا بالإيجاب حتى يقال: إنّ الرضا بشىء لا يستلزم تحقّقه قبله (٢)، فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبلي، بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله فى الحال إلى الموجب على وجه العوضيّة؛ لأنّ المشتري ناقل كالبائع، وهذا لا يتحقّق إلّا مع تأخر الرضا عن الإيجاب؛ إذ مع تقدّمه لا يتحقّق النقل فى الحال، فإنّ من رضى بمعاوضه ينشئها الموجب فى المستقبل لم ينقل فى الحال ماله إلى الموجب، بخلاف من رضى بالمعاوضه التى أنشأها الموجب سابقاً؛ فإنّه يرفع بهذا الرضا يده من ماله، وينقله إلى غيره على وجه العوضيه.

و من هنا يتّضح فساد ما حكى عن بعض المحقّقين فى ردّ الدليل المذكور- هو كون القبول فرعاً للإيجاب (٣) و تابعاً له- هو: أنّ تبعيّة القبول للإيجاب ليس تبعيّة اللفظ للفظ، ولا- القصد للقصد حتى يمتنع تقديمه، وإنّما هو على سبيل الفرض و التنزيل، بأن يجعل القابل نفسه متناولاً لما يُلقى إليه من الموجب، و الموجب متناولاً، كما يقول السائل فى

ص: ١٤٤

١- ١) لم ترد عبارته «الذى هو ركن للعقد» فى «ف».

٢- ٢) كذا فى «ف» و «ش»، و العبارة فى سائر النسخ هكذا: «مجرد الرضا بالإيجاب سواء تحقّق قبل ذلك أم لا، حيث إنّ الرضا بشىء لا يستلزم تحقّقه فى الماضى، فقد يرضى الإنسان.. إلخ» إلّا أنّه شطب فى «ن» على بعض الكلمات و صُحّحت العبارة بنحو ما أثبتناه فى المتن.

٣- ٣) كذا فى «ف»، و فى غيرها: فرع الإيجاب.

مقام الإنشاء: «أنا راضٍ بما تعطيني وقابلٌ لما تمنحني» فهو متناول، قدّم إنشاءه أو آخر (1)، فعلى هذا يصحّ تقديم القبول و لو بلفظ «قبلت» و«رضيت» إن لم يجمع على خلافه (2)، انتهى.

و وجه الفساد: ما عرفت سابقاً (3) من أنّ الرضا بما يصدر من الموجب في المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه، ليس فيه إنشاء نقل من القابل في الحال، بل هو رضا منه بالانتقال في الاستقبال، و ليس المراد أنّ أصل الرضا بشيءٍ تابعٌ لتحقيقه في الخارج أو لأصل الرضا به (4) حتى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال، بل المراد الرضا الذي يعدّ قبولاً و (5) ركناً في العقد.

و ممّا ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقديم (6) القبول بلفظ الأمر، كما لو قال: «بمعنى هذا بدرهم» فقال: «بعتك»؛ لأنّ غايه الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن لم يتحقّق بمجرّد الرضا بالمعاوضة المستقبلة نقل في الحال للدّرم إلى البائع، كما لا يخفى.

ص: ١٤٥

١-١) في «ف» زياده: قال.

٢-٢) حكاة السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٦٥، لكن إلى كلمه «أو آخر»، ثمّ قال: و هذا قد ذكره الأستاذ دام ظلّه.

٣-٣) في الصفحه السابقه.

٤-٤) في «ش»: «أولاً- قبل الرضا به»، و يظهر من شرحى المامقانى و الشهيدى أنّ الموجود فى نسختيهما هو ما أثبتناه، انظر غايه الآمال: ٢٤٥، و هدايه الطالب: ١٩٣.

٥-٥) لم ترد «قبولاً و» فى «ف» و«ش»، و شطب عليها فى «ن».

٦-٦) كذا فى «ش»، و فى غيرها: تقدم.

و أما ما يظهر من المبسوط من الاتفاق-هنا-على الصحه به (١)، فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه.

و أما فحوى جوازه فى النكاح، ففيها-بعد الإغماض عن حكم الأصل؛ بناءً على منع دلالة روايه سهل (٢) على كون لفظ الأمر هو القبول؛ لاحتمال تحقق القبول بعد إيجاب النبى صلى الله عليه و آله و سلم، و يؤيده أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول-منع الفحوى، و قصور دلالة روايه أبان (٣)؛ من حيث اشتمالها على كفايه قول المرأه: «نعم» فى الإيجاب.

ثم اعلم: أن فى صحه تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافاً كثيراً بين كلمات الأصحاب، فقال فى المبسوط: إن قال: «بعنيها بألف» فقال:

«بعتك»، صح، و الأقوى عندي أنه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت» (٤)، و اختار ذلك فى الخلاف (٥).

و صرح به فى الغنيه، فقال: و اعتبرنا حصول الإيجاب من البائع و القبول من المشتري، حذراً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، و هو أن يقول: «بعنيها بألف»، فيقول: «بعتك» فإنه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت» أو «قبلت» (٦)، و صرح به

ص: ١٤٦

١-١) المبسوط ١٩٤:٤، و قد تقدّم فى الصفحه ١٤١.

٢-٢) تقدّمت الإشاره إليها فى الصفحه ١٤٢.

٣-٣) تقدّمت فى الصفحه ١٤٢.

٤-٤) المبسوط ٨٧:٢.

٥-٥) الخلاف ٣:٣٩، كتاب البيوع، المسأله ٥٦.

٦-٦) الغنيه: ٢١٤.

أيضاً في السرائر (١) و الوسيله (٢).

و عن جامع المقاصد: أنّ ظاهرهم أنّ هذا الحكم اتّفاقي (٣)، و حكى الإجماع أيضاً (٤) عن ظاهر الغنيه أو صريحها (٥).

و عن المسالك: المشهور (٦)، بل قيل: إنّ هذا الحكم ظاهر كلّ من اشترط الإيجاب و القبول (٧).

و مع ذلك كلّ، فقد صرّح الشيخ في المبسوط- في باب النكاح:-

بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع، و نسبته إلينا مشعر (٨)- بقريته السياق- إلى عدم الخلاف فيه بيننا، فقال:

إذا تعاقدا، فإن تقدّم الإيجاب على القبول فقال: «زوّجتك»

ص: ١٤٧

١-١) السرائر ٢٤٩:٢-٢٥٠.

٢-٢) لم نقف في الوسيله على هذا التفصيل، و لكن عدّ فيها من شرائط الصّحّه: تقديم الإيجاب على القبول، انظر الوسيله: ٢٣٧، نعم صرّح بذلك العلّامه في نهايه الأحكام ٢:٤٤٩، و لعلّ التشابه بين رمز الوسيله «له» و رمز النهايه «يه» صار منشأً لاشتباه النسخ، و يؤيد هذا الاحتمال تأخير ذكرها عن السرائر.

٣-٣) جامع المقاصد ٤:٥٩.

٤-٤) وردت «أيضاً» في «ع»، «ص» و «ش» بعد عبارته «ظاهر الغنيه».

٥-٥) الغنيه: ٢١٤، و الترديد من السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٦١.

٦-٦) المسالك ٣:١٥٣.

٧-٧) قاله السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٦١، و فيه: «...الإيجاب و القبول و الماضويه فيهما».

٨-٨) كذا في «ش»، و في غيرها: «مشعراً»، و في مصحّحه «ص»: «و نسبه إلينا مشعراً».

فقال: «قبلت التزويج» صحّ، وكذا إذا تقدّم الإيجاب على القبول في البيع صحّ بلا- خلاف، وأمّا إن تأخّر الإيجاب و سبّق القبول، فإن كان في النكاح فقال الزوج: «زوّجنيها» فقال: «زوّجتكها» صحّ و إن لم يُعد الزوج القبول، بلا خلاف؛ لخبر الساعدي: «قال (١): زوّجنيها يا رسول الله، فقال: زوّجتكها بما معك من القرآن» (٢)، فتقدّم (٣) القبول و تأخّر الإيجاب، و إن كان هذا في البيع فقال: «بعنيها» فقال: «بعتكها» صحّ عندنا و عند قومٍ من المخالفين؛ و قال قومٌ منهم (٤): لا يصحّ حتى يسبق الإيجاب (٥)، انتهى.

و حكى جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضي في الكامل (٦)، بل يمكن نسبه هذا الحكم إلى كلّ من جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقولٍ مطلق، و تمسّك له في النكاح بروايه سهل الساعدي المعبرّ فيها عن القبول بطلب التزويج، إلّا أنّ المحقّق رحمه الله مع تصريحه في البيع بعدم كفايه الاستيجاب و الإيجاب صرّح بجواز تقديم القبول على الإيجاب (٧).

ص: ١٤٨

١- ١) في «ش»: قال الرجل.

٢- ٢) انظر عوالي اللآلي ٢: ٢٦٣، الحديث ٨، و سنن البيهقي ٧: ٢٤٢، باب النكاح على تعليم القرآن.

٣- ٣) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: فقّدّم.

٤- ٤) انظر المغني؛ لابن قدامة ٣: ٥٦١، و المجموع ٩: ١٩٨.

٥- ٥) المبسوط ٤: ١٩٤.

٦- ٦) حكاه عنه العلّامة في المختلف ٥: ٥٣.

٧- ٧) الشرائع ٢: ١٣.

و ذكر العلامه قدس سره الاستيحاب و الإيجاب، و جعله خارجاً عن قيد اعتبار الإيجاب و القبول كالمعاطاه و جزم بعدم كفايته، مع أنه تردّد في اعتبار تقديم القبول (1).

و كيف كان، فقد عرفت (2) أنّ الأقوى المنع في البيع؛ لما عرفت، بل لو قلنا بكفايه التقديم بلفظ «قبلت» يمكن المنع هنا؛ بناءً على اعتبار الماضيه فيما دلّ على القبول.

ثمّ إنّ هذا كلّ بناءً على المذهب المشهور بين الأصحاب: من عدم كفايه مطلق اللفظ في اللزوم و عدم القول بكفايه مطلق الصيغه في الملك.

و أمّا على ما قوينا (3) سابقاً في مسأله المعاطاه: من أنّ البيع العرفي موجب للملك و أنّ الأصل في الملك اللزوم (4)، فاللازم الحكم باللزوم في كلّ مورد لم يتمّ إجماع على عدم اللزوم، و هو ما إذا خلت المعامله عن الإنشاء باللفظ رأساً، أو كان اللفظ المنشأ به المعامله ممّا قام الإجماع على عدم إفادتها اللزوم (5)، و أمّا في غير ذلك فالأصل اللزوم.

ص: ١٤٩

١-١ (١) القواعد ١٢٣: ١.

٢-٢ (٢) في الصفحه ١٤٥.

٣-٣ (٣) في نسخه بدل «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ش»: اخترناه.

٤-٤ (٤) راجع الصفحه ٤٠ و ٩٦.

٥-٥ (٥) في غير «ف» و «ش» زياده: و هو ما إذا خلت المعامله عن الإنشاء، و في «ن»، «خ»، «م» و «ع» كتب عليها: «نسخه».

وقد عرفت أن القبول على وجه طلب البيع قد صرح في (١) المبسوط بصحته، بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا، وحكى عن الكامل أيضاً (٢)، فتأمل.

وإن كان التقديم بلفظ «اشترت» أو (٣) «ابتعت» أو «تملكت» أو «ملكت هذا بكذا» فالأقوى جوازه؛ لأنه أنشأ ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضاً، ففي الحقيقة أنشأ المعاوضه كالبائع (٤) إلا أن البائع ينشئ ملكيه ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، والمشتري ينشئ ملكيه مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله، ففي الحقيقة كلُّ منهما يُخرج ماله إلى صاحبه و يدخل مال صاحبه في ملكه، إلا أن الإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض و في القبول مفهوم من نفس الفعل، والإخراج بالعكس.

و حينئذٍ فليس في حقيقه الا-شراء-من حيث هو-معنى القبول، لكنّه لَمّا كان الغالب وقوعه عقيب الإيجاب، وإنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله (٥) إليه يوجب تحقّق المطاوعه و مفهوم القبول، أُطلق عليه القبول، وهذا المعنى مفقود في الإيجاب المتأخّر؛ لأنَّ المشتري إنّما ينقل ماله إلى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضاً، و البائع إنّما ينشئ انتقال المثلث (٦) إليه كذلك، لا بمدلول الصيغه.

ص: ١٥٠

- ١-١ (١) لم ترد «في» في غير «ش».
- ٢-٢ (٢) كما تقدّم في الصفحة ١٤٨.
- ٣-٣ (٣) في «ش» بدل «أو».
- ٤-٤ (٤) في «ف»: كالتبايع.
- ٥-٥ (٥) في «ف»، «ن» و «خ» زياده: له.
- ٦-٦ (٦) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: الثمن.

و قد صرّح في النهايه و المسالك-على ما حكى (١)-: بأن «اشترت» ليس قبولاً- حقيقةً، وإنما هو بدل، و أنّ الأصل في القبول «قبلت»؛ لأنّ القبول في الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به، و لفظ «اشترت» يجوز الابتداء به.

و مرادهما (٢): أنّه بنفسه لا- يكون قبولاً- فلا- ينافى ما ذكرنا من تحقّق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تملك البائع، كما أنّ «رضيت بالبيع» ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلّا إذا وقع متأخراً؛ و لذا منعنا عن تقديمه.

فكلّ من «رضيت» و «اشترت» بالنسبه إلى إفاده نقل المال و مطاوعه البيع عند التقدّم و التأخّر متعاكسان.

فإن قلت: إنّ الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله (٣): «اشترت» حتى يقع قبولاً؛ لأنّ إنشاء ملكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تملك الغير له يتحقّق فيه معنى الانتقال و قبول الأثر، فيكون «اشترت» متأخراً التزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدّم؛ فإنّ مجرد إنشاء المالكيه لمال لا يوجب تحقّق مفهوم القبول، كما لو نوى تملك (٤) المباحات أو اللقطه، فإنّه لا قبول فيه رأساً.

ص: ١٥١

١- ١) حكاة السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ١٥٣، و انظر نهايه الأحكام ٢: ٤٤٨، و المسالك ٣: ١٥٤.

٢- ٢) في «ف»: مرادهم.

٣- ٣) في «ف»: «قول»، و في «خ»: قبوله.

٤- ٤) في «ف»: ملك.

قلت: المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأمّا وجوب تحقّق مفهوم القبول المتضمّن للمطاوعه و قبول الأثر، فلا.

فقد (١) تبين من جميع ذلك: أنّ إنشاء القبول لا بدّ أن يكون جامعاً لتضمّن إنشاء النقل و للرضا بإنشاء البائع-تقدّم أو تأخّر- و لا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع.

فقد تحصّل ممّا ذكرناه: صحّحه تقديم القبول إذا كان بلفظ «اشتريت» وفاقاً لمن عرفت (٢)، بل هو ظاهر إطلاق الشيخ في الخلاف؛ حيث إنّه لم يتعرّض إلّا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب و الإيجاب (٣)، و قد عرفت (٤) عدم الملازمه بين المنع عنه و المنع عن تقديم مثل «اشتريت»، و كذا السّيد في الغنيه، حيث أطلق اعتبار الإيجاب و القبول، و احترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاه و بالاستيجاب و الإيجاب (٥)، و كذا ظاهر إطلاق الحلبي في الكافي، حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد (٦).

ص: ١٥٢

١-١) في «ف»: و قد.

٢-٢) في الصفحة السابقه.

٣-٣) الخلاف ٣:٣٩، كتاب البيوع، المسأله ٥٦.

٤-٤) انظر الصفحة ١٤٨-١٤٩.

٥-٥) الغنيه: ٢١٤.

٦-٦) انظر الكافي في الفقه: ٣٥٢ (فصل في عقد البيع).

و الحاصل: أنّ المصرح بذلك- في ما وجدت من القدماء- الحلّي (١) و ابن حمزه (٢)، فمن التعجّب بعد ذلك حكاية الإجماع عن الخلاف (٣) على (٤) تقديم الإيجاب، مع أنّه لم يزد على الاستدلال لعدم (٥) كفاية الاستيجاب و الإيجاب (٦) بأنّ ما عداه مجمع على صحّته، و ليس على صحّته دليل (٧). و لعمري أنّ مثل هذا ممّا يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول، و قد تبّهنا على أمثال ذلك في مواردّها.

نعم، يشكّل الأمر بأنّ المعهود المتعارف من الصيغه تقديم الإيجاب، و لا فرق بين المتعارف هنا و بينه في المسأله الآتية، و هو الوصل بين الإيجاب و القبول، فالحكم لا يخلو عن شوب الإشكال.

ثمّ إنّ ما ذكرنا جارٍ في كلّ قبولٍ يؤدّي بإنشاءٍ مستقلٍّ كالإجاره التي يؤدّي قبولها بلفظ «تملّكت منك منفعه كذا» أو «ملكّت»، و النكاح

ص: ١٥٣

١ - ١) السرائر ٢: ٢٤٣، هكذا وردت الكلمه في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: «الحلبى» بدل «الحلى»، و هو سهوٌ أو تصحيف، فإنّه قد تقدّم آنفاً: أنّ الحلبي أطلق، و لم يذكر تقديم الإيجاب.

٢ - ٢) الوسيله: ٢٣٧.

٣ - ٣) حكاه عنه الشهيد الأوّل في غايه المراد: ٨٠، كما تقدّم في صدر المسأله، و الشهيد الثانى في المسالك ٣: ١٥٣.

٤ - ٤) في «ص» زياده: لزوم.

٥ - ٥) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: بعدم.

٦ - ٦) كذا في النسخ، و الظاهر سقوط كلمه: إلّا.

٧ - ٧) انظر الخلاف ٣: ٤٠، كتاب البيوع، ذيل المسأله ٥٦.

الذی یؤدی قبوله (١) بلفظ «أنکحت» (٢) و «تزوجت».

و أمّا ما لا- إنشاء في قبوله إلما «قبلت» أو ما يتضمّنه ك «ارتهنت» فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه؛ إذ لا التزام في قبوله بشيء (٣) كما كان في قبول البيع التزام (٤) بنقل ماله إلى البائع، بل لا ينشئ به معنى غير الرضا بفعل الموجب، وقد تقدّم (٥) أنّ الرضا يجوز تعلّقه بأمرٍ مترقّب (٦) كما يجوز تعلّقه بأمرٍ محقّق، فيجوز أن يقول:

«رضيت برهنك هذا عندي» فيقول: «رهننت».

و التحقيق: عدم الجواز؛ لأنّ اعتبار القبول فيه من جهة تحقّق عنوان المرتهن، و لا يخفى أنّه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص إلّا بعد تحقّق الرهن؛ لأنّ الإيجاب إنشاءً للفعل، و القبول إنشاءً للانفعال (٧).

و كذا القول (٨) في الهبة و القرض، فإنّه لا يحصل من إنشاء القبول

ص: ١٥٤

١-١) في غير «ش»: قبولها.

٢-٢) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: نكحت.

٣-٣) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: لشيء.

٤-٤) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: التزاماً.

٥-٥) تقدّم في الصفحة ١٤٤.

٦-٦) في «ف»: مستقبل.

٧-٧) في نسخه بدل «خ»، «م»، «ع»، «ش»: لأنّ الإيجاب إنشاءً للنقل، و القبول إنشاءً للانتقال.

٨-٨) في «خ»، «ص» و مصحّحه «ع»: القبول.

فيهما (١) التزام بشيء، وإنما يحصل به الرضا بفعل الموجب، ونحوها (٢) قبول المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التملك بغير عوض.

و أما المصالحة المشتملة على المعاوضة، فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزاً من الطرفين، و كان نسبتها إليهما (٣) على وجه سواء، و ليس الالتزام (٤) الحاصل من أحدهما أمراً مغايراً للالتزام الحاصل من الآخر، كان البادئ منهما موجباً؛ لصدق الموجب عليه لغه و عرفاً. ثم لما انعقد الإجماع على توقّف العقد على القبول، لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول؛ إذ لو قال أيضاً: «صالحتك» كان إيجاباً آخر، فيلزم تركيب العقد من إيجابين.

و تحقّق من جميع ذلك: أنّ تقديم القبول في الصلح أيضاً غير جائز؛ إذ لا قبول فيه بغير لفظ «قبلت» و «رضيت»، و قد عرفت (٥) أنّ «قبلت» و «رضيت» مع التقديم لا يدلّ على إنشاء لنقل العوض في الحال.

فتلخص ممّا ذكرنا: أنّ القبول في العقود على أقسام (٦):

ص: ١٥٥

١- ١) كذا في «ش» و مصحّحه «ن» و «ص»، و في غيرها: فيها.

٢- ٢) في «ص»: نحوهما.

٣- ٣) في «ف»: إليها.

٤- ٤) في «ف»: و كان الالتزام.

٥- ٥) في الصفحة ١٤٣-١٤٤.

٦- ٦) في «خ»، «م»، «ع» و «ص»: «ثلاثة أقسام»، إلّا أنّ «ثلاثة» محيت في «ن» تصحيحاً.

لأنه إما أن يكون التزاماً بشيءٍ من القابل، كنقل مالٍ عنه أو زوجيته، وإما أن لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب.

و الأول على قسمين:

لأن الالتزام الحاصل من القابل، إما أن يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة، أو متغيراً كالاقتراض.

و الثاني أيضاً على قسمين:

لأنه إما أن يعتبر فيه عنوان المطاوعه كالارتهان و الاتهاب و الاقتراض (١)، وإما أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة و العاربه و شبههما.

فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا في القسم الثاني من كلٍّ من القسمين.

ثم إن مغايره الالتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه اعتبار عرفي، فكلٌّ من التزم بنقل ماله على وجه العوضيه لمالٍ آخر يسمى مشترياً، و كلٌّ من نقل ماله على أن يكون عوضه مالاً من آخر يسمى بائعاً.

و بعبارةٍ أخرى: كلٌّ من ملك ماله غيره بعوضٍ فهو البائع، و كلٌّ (٢) من ملك مالٍ غيره بعوض ماله فهو المشتري، و إلا فكلٌّ منهما في الحقيقة يملك ماله غيره بإزاء مالٍ غيره، و يملك مالٍ غيره بإزاء ماله.

ص: ١٥٦

١-١) في «ف»: الإقراض.

٢-٢) في «ش»: فكلٌّ.

الموالاه بين إيجابه و قبوله

ذكره الشيخ في المبسوط في باب الخلع (١)، ثم العلامة (٢) و الشهيدان (٣) و المحقق الثاني (٤)، و الشيخ المقداد (٥).

قال الشهيد في القواعد: الموالاه معتبره في العقد و نحوه، و هي مأخوذه من اعتبار الأتصال بين الاستثناء (٦) و المستثنى منه، و قال (٧) بعض العامه: لا يضرّ قول الزوج بعد الإيجاب: «الحمد لله و الصلاه

ص: ١٥٧

١- (١) المبسوط ٣٦٢:٤.

٢- (٢) القواعد ٢:٤ و ٨٠ في النكاح و الخلع.

٣- (٣) أمّا الشهيد الأوّل فقد صرّح بذلك في كتاب الوقف من الدروس ٢٦٤:٢، و قال في كتاب البيع منه: «و لا يقدر تخلّل آنٍ أو تنفّسٍ أو سعالٍ»، الدروس ١٩١:٣. و أمّا الشهيد الثاني فقد صرّح بذلك في الهبه و الخلع من المسالك، انظر المسالك ٩:٦، و ٩:٣٨٤.

٤- (٤) رسائل المحقق الكركي ١:٢٠١، في الخلع، و جامع المقاصد ٤:٥٩، في البيع.

٥- (٥) التنقيح الرائع ٢:٢٤.

٦- (٦) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ: المستثنى.

٧- (٧) في غير «ش»: فقال.

على رسول الله، قبلت نكاحها» (١).

و منه: الفورية في استتابه المرتد، فيعتبر في الحال، وقيل (٢): إلى ثلاثة أيام.

و منه: السكوت في أثناء الأذان، فإن كان كثيراً أبطله.

و منه: السكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءه غيرها (٣)، وكذا التشهد.

و منه: تحريم المأمومين في الجمعه قبل الركوع، فإن تعبدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعه. واعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحه.

و منه: الموالاه في التعريف بحيث لا ينسى (٤) أنه تكرر، و الموالاه في سنه التعريف، فلو رجع في أثناء المده استؤنفت (٥) ليتوالى (٦)، انتهى (٧).

أقول: حاصله أن الأمر المتدرج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورته اتصاليه في العرف، فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصاليه، فالعقد المركب من الإيجاب و القبول القائم

ص: ١٥٨

١- ١) قاله النووي، انظر المجموع ٣٠٧: ١٧.

٢- ٢) قاله العلامة في الإرشاد ١٨٩: ٢.

٣- ٣) في المصدر زياده: خلالها.

٤- ٤) في «ف»: لا يصدق.

٥- ٥) في «ف»: استأنف، و في المصدر: استؤنفت.

٦- ٦) القواعد و الفوائد ٢٣٤: ١، القاعده ٧٣.

٧- ٧) لم ترد «انتهى» في «ف» و «م».

بنفس المتعاقدين بمنزله (١) كلام واحدٍ مرتبطٍ ببعضه ببعض، فيقدح تخلل الفصل المخلّ بهيئته الاتّصاليه؛ و لذا لا يصدق التعاقد (٢) إذا كان الفصل مفرداً في الطول كسنة أو أزيد، وانضباط ذلك إنّما يكون بالعرف، فهو في كلّ أمرٍ بحسبه، فيجوز الفصل بين كلّ من الإيجاب و القبول بما لا- يجوز بين كلمات كلّ واحدٍ (٣) منهما، و يجوز الفصل (٤) بين الكلمات بما لا- يجوز بين الحروف، كما في الأذان و القراءه.

و ما ذكره حسن لو كان حكم الملك و اللزوم في المعامله منوطاً بصدق العقد عرفاً، كما هو مقتضى التمسك بآيه الوفاء بالعقود (٥)، و بإطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم بل الملك، أمّا لو كان منوطاً بصدق «البيع» أو «التجاره» عن تراضٍ فلا يضرّه عدم صدق العقد.

و أمّا جعل المأخذ في ذلك اعتبار الاتّصال بين الاستثناء و المستثنى منه، فلأنه منشأ الانتقال إلى هذه القاعده؛ فإنّ أكثر الكليات إنّما يلتفت إليها من التأمل في موردٍ خاصّ، و قد صرح في القواعد

ص: ١٥٩:

-
- ١-١) لم ترد «بمنزله» في «ف».
 - ٢-٢) كذا في «ف»، و في غيرها: المعاقده.
 - ٣-٣) لم ترد «واحد» في «ف».
 - ٤-٤) لم ترد «الفصل» في «ن»، «م» و «ش»، و وردت في «ص» و نسخه بدل «خ» و «ع» بعد «الكلمات»، و ما أثبتناه مطابق ل «ف».
 - ٥-٥) المائده: ١.
 - ٦-٦) في «ف» بدل «أو»: «و».

مكزراً بكون الأصل في هذه القاعده كذا (١).

و يحتمل بعيداً أن يكون الوجه فيه: أنّ الاستثناء أشدّ ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللواحق؛ لخروج المستثنى منه معه عن حدّ الكذب إلى الصدق، فصدقه يتوقّف عليه؛ فلذا كان طول الفصل هناك أقبح، فصار أصلاً في اعتبار الموالاه بين أجزاء الكلام، ثمّ تُعدّى منه إلى سائر الأمور المرتبطه بالكلام لفظاً أو معنى، أو من حيث صدق عنوانٍ خاصّ عليه؛ لكونه (٢) عقداً أو قراءه أو أذاناً، و نحو ذلك.

ثمّ في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء، كمسأله توبه المرتد؛ فإنّ غايه ما يمكن أن يقال في توجيهه: إنّ المطلوب في الإسلام الاستمرار، فإذا انقطع فلا بدّ من إعادته في أقرب الأوقات.

و أمّا مسأله الجمع، فالأنّ هيئه الاجتماع في جميع أحوال الصلاه من القيام و الركوع و السجود مطلوبه، فيقدح الإخلال بها.

و للتأمل في هذه الفروع، و في صحّه تفرّيعها على الأصل المذكور مجال.

ص: ١٦٠

١- ١) منها ما أفاده في القاعده المشار إليها آنفاً من قوله: «و هي مأخوذه من اعتبار الاتّصال بين الاستثناء و المستثنى منه»، و منها قوله في القاعده ٨٠ (الصفحه ٢٤٣): «و هو مأخوذ من قاعده المقتضى في أصول الفقه»، و منها قوله في القاعده ٨٦ (الصفحه ٢٧٠): «لعلّهما مأخوذان من قاعده جواز النسخ قبل الفعل»، و منها قوله في القاعده ١٠٥ (الصفحه ٣٠٨): «و أصله الأخذ بالاحتياط غالباً».

٢- ٢) في «ص»: ككونه.

ثم إنَّ المعيار في الموالاه موكول إلى العرف، كما في الصلاة و القراءه و الأذان و نحوها.

و يظهر من روايه سهل الساعدي-المتقدمه (1) في مسأله تقديم القبول-جواز الفصل بين الإيجاب و القبول بكلامٍ طويل أجنبيّ؛ بناءً على ما فهمه الجماعه من أنّ القبول فيها قول ذلك الصحابيّ:

«زوّجنيها»، و الإيجاب قوله صَلَّى الله عليه و آله و سلم بعد فصلٍ طويل: «زوّجتكها بما معك من القرآن»؛ و لعلّ هذا موهنٌ آخر للروايه، فافهم.

ص: ١٤١

(١-١) راجع الصفحه ١٤٢ و ١٤٨.

التنجز في العقد

بأن لا يكون معلقاً على شيء بأداه الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعامله في صوره وجود ذلك الشيء، لا في غيرها.

و ممن صرح بذلك: الشيخ (١) و الحلّي (٢) و العلّامه (٣) و جميع من تأخر عنه، كالشهيدين (٤) و المحقّق الثاني (٥) و غيرهم (٦) قدّس الله تعالى أرواحهم.

و عن فخر الدين في شرح الإرشاد في باب الوكاله-: أنّ تعليق (٧) الوكاله على الشرط لا يصحّ عند الإماميه، و كذا غيره من

ص: ١٦٢

١- (١) المبسوط ٣:٣٩٩، و الخلاف ٣:٣٥٤، كتاب الوكاله، المسأله ٢٣.

٢- (٢) السرائر ٢:٩٩.

٣- (٣) التذكره ٢:١١٤ و ٤٣٣، و القواعد ١:٢٥٢ و ٢٦٦، و ٢:٤، و غيرها.

٤- (٤) اللعه دمشقيه و شرحها (الروضه البهيه) ٣:١٦٨، الدروس ٢:٢٦٣، و المسالك ٥:٢٣٩ و ٥:٣٥٧.

٥- (٥) جامع المقاصد ٨:١٨٠، و ٩:١٤-١٥، و ١٢:٧٧.

٦- (٦) كالمحقّق الحلّي في الشرائع ٢:١٩٣ و ٢١٦، و المحقّق السبزواري في الكفايه: ١٢٨ و ١٤٠، و المحدّث الكاشاني في مفاتيح

الشرائع ٣:١٨٩ و ٢٠٧.

٧- (٧) كذا في «ش» و مصحّحتي «ن» و «ص»، و في غيرها: تعلق.

العقود، لازمه كانت أو جائزه (١).

و عن تمهيد القواعد: دعوى الإجماع عليه (٢)، و ظاهر المسالك - في مسأله اشتراط التنجيز في الوقف -: الاتفاق عليه (٣). و الظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد (٤)، و إن لم يتعرّض الأكثر في هذا المقام.

و يدلّ عليه: فحوى فتاويهم و معاهد الإجماعات في اشتراط التنجيز في الوكاله، مع كونه من العقود الجائزه التي يكفى فيها كلّ ما دلّ على الإذن، حتى أنّ العلّامه ادّعى الإجماع - على ما حكى عنه - على عدم صحّحه (٥) أن يقول الموكّل: «أنت وكيلى في يوم الجمعة أن تبيع عبدى» (٦)، و على صحّحه (٧) قوله: «أنت وكيلى، و لا تبع عبدى إلّا في يوم

ص: ١٦٣

١-١) حكاه عنه السيّد العاملى في مفتاح الكرامه ٥٢٦:٧.

٢-٢) تمهيد القواعد: ٥٣٣، القاعده ١٩٨، و فيه: «الاتفاق عليه»، و حكاه السيّد العاملى في مفتاح الكرامه ٦٣٩:٧.

٣-٣) المسالك ٣٥٧:٥.

٤-٤) كالعلّامه في التحرير ٢٨٤:١، و المحقّق السيزوارى في الكفايه: ١٤٠، و المحدث الكاشانى في مفاتيح الشرائع ٢٠٧:٣.

٥-٥) كذا في «ف»، «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: على صحّحه.

٦-٦) كذا في «ف»، «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: أنت وكيلى في أن تبيع عبدى يوم الجمعة.

٧-٧) كذا في «ف» و «ش»، و في سائر النسخ: و على عدم صحّحه، و شطب في «ن» على كلمه «عدم».

الجمعه» (١)، مع كون المقصود واحداً. و فرّق بينهما جماعة (٢) - بعد الاعتراف بأنّ هذا في معنى التعليق - بأنّ العقود لما كانت متلقاةً من الشارع أنيطت (٣) بهذه الضوابط، و بطلت فيما خرج عنها و إن أفادت فائدتها.

فإذا كان الأمر كذلك عندهم في الوكاله فكيف الحال في البيع؟ و بالجمله، فلا شبهه في اتّفاقهم على الحكم.

و أمّا (٤) الكلام في وجه الاشتراط، فالذى صرّح به العلّامه في التذكرة: أنّه منافٍ للجزم حال الإنشاء، بل جعل الشرط هو الجزم ثمّ فرّع عليه عدم جواز التعليق، قال: الخامس من الشروط: الجزم، فلو علّق العقد على شرطٍ لم يصحّ و إن شرط (٥) المشيئه؛ للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها مدّته، و هو أحد قولى الشافعى، و أظهرهما عندهم:

الصحة؛ لأنّ هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد؛ لأنّه لو لم يشأ لم يشتر (٦)، انتهى كلامه.

ص: ١٦٤

-
- ١- (١) التذكرة ١١٤:٢، و العبارة منقوله بالمعنى، كما صرّح بذلك المحقّق المامقانى، انظر غايه الآمال: ٢٢٥.
 - ٢- (٢) منهم الشهيد الثانى فى المسالك ٢٤٠:٥-٢٤١، و تبعه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٥٢٧:٧.
 - ٣- (٣) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و فى غيرها: نيّطت.
 - ٤- (٤) فى «ف» و «ن»: و إنّما.
 - ٥- (٥) فى «ش» و المصدر: و إن كان الشرط.
 - ٦- (٦) التذكرة ٤٦٢:١.

و تبعه على ذلك الشهيد رحمه الله في قواعده، قال: لأنَّ الانتقال بحكم الرضا و لا- رضا إلما مع الجزم، و الجزم ينافى التعليق (١)، انتهى.

و مقتضى ذلك: أنَّ المعبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول، كما صرَّح به المحقِّق في باب الطلاق (٢).

و ذكر المحقِّق و الشهيد الثانيان في الجامع (٣) و المسالك (٤) في مسأله «إن كان لى فقد بعته»-: أنَّ التعليق إنَّما ينافى الإنشاء في العقود و الإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول.

لكنَّ الشهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدم: أنَّ الجزم ينافى التعليق؛ لأنَّه بعرضه عدم الحصول و لو قدَّر العلم بحصوله، كالتعليق على الوصف؛ لأنَّ الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه، فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد. ثمَّ قال: فإن قلت: فعلى هذا (٥) يبطل قوله في صورته إنكار التوكيل (٦): «إن كان لى فقد بعته منك بكذا» (٧). قلت:

هذا تعليق على واقع، لا [على (٨)] متوقَّع الحصول، فهو علَّه للوقوع أو

ص: ١٦٥

١- ١) القواعد و الفوائد ١: ٦٥، القاعده ٣٥.

٢- ٢) الشرائع ٣: ١٩.

٣- ٣) جامع المقاصد ٨: ٣٠٥، و اللفظ له.

٤- ٤) المسالك ٥: ٢٧٦.

٥- ٥) عبارته «فعلى هذا» من «ش» و المصدر.

٦- ٦) فى «ف»: الوكيل.

٧- ٧) عبارته «منك بكذا» من «ش» و المصدر.

٨- ٨) من المصدر.

مصاحبٌ له، لا معلق عليه الوقوع، وكذا (١) لو قال في صورة إنكار وكاله الترويج و إنكار الترويج حيث تدعيه المرأة: «إن كانت زوجتي فهي طالق» (٢)، انتهى كلامه رحمه الله.

و علل العلامة في القواعد صحه «إن كان لي فقد بعته» بأنه أمر واقع يعلمان وجوده، فلا يضّر جعله شرطاً، وكذا كل شرط علم وجوده؛ فإنه لا يوجب شكاً في البيع ولا وقوفه (٣)، انتهى.

و تفصيل الكلام: أن المعلق عليه، إما أن يكون معلوم التحقق، وإما أن يكون محتمل التحقق.

و على الوجهين، فإما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل و على التقادير، فإما أن يكون الشرط ممّا يكون مصححاً للعقد - ككون الشيء ممّا يصحّ تملكه شرعاً، أو ممّا يصحّ إخراجه عن الملك، كغير أمّ الولد، و غير الموقوف (٤) و نحوه، و كون المشتري ممّن يصحّ تملكه شرعاً، كأن لا يكون عبداً، و ممّن يجوز العقد معه بأن يكون بالغاً-، و إما أن لا يكون كذلك.

ثم التعليق، إما مصرح به، و إما لازم من الكلام، كقوله:

«ملكك هذا بهذا يوم الجمعة»، و قوله في القرض و الهبة: «خذ هذا

ص: ١٦٦

١- ١) في «ش» زياده: «نقول»، و في المصدر: و كذا القول.

٢- ٢) القواعد و الفوائد ١: ٦٥، القاعدة ٣٥.

٣- ٣) القواعد ١: ٢٦٠-٢٦١.

٤- ٤) في غير «ش» زياده: عليه.

بعوضه»، أو «خذه بلا عوض يوم الجمعة»، فإن التملك معلق على تحقق الجمعه في الحال أو في الاستقبال، ولهذا احتمل العلامة في النهاية (1) وولده في الإيضاح (2) بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن حياته (3)؛ معللاً بأن العقد وإن كان منجزاً في صورته إلا أنه معلق، و التقدير: إن مات مورثي فقد بعتهك.

فما كان منها معلوم الحصول حين العقد، فالظاهر أنه غير قادح، وفاقاً لمن عرفت كلامه - كالمحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق الثاني (4) و الصيمري (5) - و حكى أيضاً (6) عن المبسوط (7) و الإيضاح (8) في مسأله ما لو قال: «إن كان لي فقد بعته»، بل لم يوجد في ذلك خلاف صريح، و لذا ادعى في الرياض - في باب الوقف - عدم الخلاف فيه صريحاً (9).

و ما كان معلوم الحصول في المستقبل - و هو المعبر عنه بالصفه - فالظاهر أنه داخل في معقد اتفاقهم على عدم الجواز - وإن كان تعليلهم

ص: ١٦٧

١- (١) نهاية الإحكام ٢:٤٧٧.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ١:٤٢٠.

٣- (٣) كذا في «ف» و نسخه بدل «ن»، و في سائر النسخ: موته.

٤- (٤) تقدّم النقل عن هؤلاء الأعلام في الصفحه ١٦٥-١٦٦.

٥- (٥) لم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتابه و لا على الحاكي عنه.

٦- (٦) الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٧:٦٣٩.

٧- (٧) المبسوط ٢:٣٨٥.

٨- (٨) إيضاح الفوائد ٢:٣٦٠.

٩- (٩) الرياض ٢:١٨.

للمنع باسـتراتـ الجـزم لا يـجـرى فـيـه - كما اعترف به الشـهـيد فـيـما تـقـدم عنه (١)، و نحوه الشـهـيد الثـانـي فـيـما حـكى عنه (٢)، بل يـظـهـر من عـبـاره المـبـسـوط فـي باب الـوقـف كـونه مـمـا لا خـلاف فـيـه بـيننا، بل بـين العـامـه؛ فـانـه قال: إذا قال الـواقـف: «إذا جـاء رأس الشـهـر فـقد وقـفـتـه» لم يـصـح الـوقـف بلا - خـلاف؛ لـأنـه مـثـل الـبـيـع و الـهـبـه، و عـنـدنا مـثـل الـعـتـق أـيـضاً (٣)، انـتـهـى (٤)؛ فـانـ ذـيـله يـدلّ عـلى أن مـمـاثـله الـوقـف للـبـيـع و الـهـبـه غـيـر مـخـتـصّ بالإـمـامـيـه، نـعم مـمـاثـلـته للـعـتـق مـخـتـصّ بـهـم.

و ما كان منها مشكوك الحصول و ليست صحه العقد معلقه عليه في الواقع - كقدوم الحاج - فهو المتيقن من معقد اتفاهم.

و ما كان صحه العقد معلقه عليه - كالأمثله المتقدمه - فظاهر إطلاق كلامهم يشمله، إلا أن الشيخ في المبسوط حكى في مسأله «إن كان لى فقد بعته» قولاً من بعض الناس بالصحه، و أن الشرط لا يضره؛ مستدلاً بأنه لم يشترط إلا ما يقتضيه إطلاق العقد؛ لأنه إنما يصح البيع لهذه الجاريه من الموكّل إذا كان أذن له في الشراء، فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره و شرطه، كما لو شرط في البيع تسليم الثمن أو تسليم المثلثن أو ما أشبه ذلك (٥)، انتهى.

ص: ١٦٨

١-١) تقدّم في الصفحه ١٦٥.

٢-٢) انظر المسالك ٥:٢٣٩.

٣-٣) المبسوط ٣:٢٩٩.

٤-٤) لم ترد «انتهى» في «ف».

٥-٥) المبسوط ٢:٣٨٥.

و هذا الكلام و إن حكاه عن بعض الناس، إلا أن الظاهر ارتضاؤه له. و حاصله: أنه كما لا يضّر اشتراط بعض لوازم العقد المترتب عليه، كذلك لا- يضّر تعليق العقد بما هو معلق عليه في الواقع، فتعليقه ببعض مقدماته كالإلزام ببعض (1) غاياته، فكما لا يضّر الإلزام بما يقتضى العقد التزامه (2)، كذلك التعليق بما كان الإطلاق معلقاً عليه و مقيداً به.

و هذا الوجه و إن لم ينهض لدفع محذور التعليق في إنشاء العقد -لأنّ المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الأثر الشرعى على العقد، دون إنشاء مدلول الكلام الذى هو وظيفه المتكلم، فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شىء، و المعلق على شىء ليس معلقاً في كلام المتكلم على شىء، بل و لا- منجزاً، بل هو شىء خارج عن مدلول الكلام- إلا أن ظهور ارتضاء الشيخ له كافٍ في عدم الظنّ بتحقيق الإجماع عليه.

مع أن ظاهر هذا التوجيه لعدم قدح التعليق يدلّ على أن محلّ الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه و عدمه، فلا وجه لتوهم اختصاصه بصوره العلم (3).

و يؤيد ذلك: أن الشهيد في قواعده جعل الأصحّ صحّه تعليق البيع على ما هو شرط فيه، كقول البائع: «بعتك إن قبلت» (4). و يظهر

ص: ١٦٩

١- ١) في «ف»، «ن» و «م»: كإلزام بعض.

٢- ٢) في «ف»: أو التزامه.

٣- ٣) لم ترد عبارته «مع أن الظاهر- إلى- بصوره العلم» في «ف»، و كتب عليها في «ن»: نسخه.

٤- ٤) القواعد و الفوائد ١: ١٥٥-١٥٦، القاعده ٤١.

منه ذلك أيضاً في أواخر (١) القواعد (٢).

ثم إنك قد عرفت أن العمده في المسأله هو الإجماع، وربما يتوهم أن الوجه في اعتبار التنجيز هو عدم قابليه الإنشاء للتعليق، و بطلانه واضح؛ لأن المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام فالتعليق غير متصور فيه، إلا أن الكلام ليس فيه، وإن كان الكلام في أنه كما يصح إنشاء الملكيه المتحققه على كل تقدير، فهل يصح إنشاء الملكيه المتحققه على تقدير دون آخر، كقوله: «هذا لك إن جاء زيد غداً»، أو (٣) «خذ المال قرضاً-أو قراضاً-إذا أخذته من فلان»، و نحو ذلك؟ فلا ريب في أنه أمر متصور واقع في العرف و الشرع كثيراً في الأوامر و المعاملات، من العقود و الإيقاعات.

و يتلو هذا الوجه في الضعف: ما قيل: من أن ظاهر ما دلّ على سببه العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه، فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك (٤).

و فيه-بعد الغض عن عدم انحصار أدله الصحه و اللزوم في مثل قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٥)؛ لأنّ دليل حليه البيع (٦) و تسلط الناس

ص: ١٧٠

١- ١) في «م» و «ش»: «آخر»، و هكذا في «ن» إلا أنها صححت بما أثبتناه.

٢- ٢) انظر القواعد و الفوائد ٢: ٢٣٧، القاعده ٢٣٨، و ٢٥٨، القاعده ٢٥١، و غيرهما.

٣- ٣) كذا في «ف» و «ن»، و في غيرهما: و.

٤- ٤) قاله صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ١٩٨، و ٢٧: ٣٥٢، و ٣٢: ٧٩.

٥- ٥) المائده: ١.

٦- ٦) مثل قوله تعالى: وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ، البقره: ٢٧٥.

على أموالهم (١) كافٍ في إثبات ذلك:- أن العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله، فليس مفاد أوفوا بالعقود إلا مفاد أوفوا بالعهد (٢) في أن العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعليق فترقب تحقق المعلق عليه في تحقق المعلق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد.

و الحاصل: أنه إن أُريد بالمسبب هو مدلول العقد، فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البديهيّات التي لا يعقل خلافها، وإن أُريد به الأثر الشرعى وهو ثبوت الملكيه، فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكيه المنجزه، بل هو مطلق الملك، فإن كان البيع غير معلق كان أثره الشرعى الملك الغير المعلق، وإن كان معلقاً فأثره الملكيه المعلقه، مع أن تخلف الملك عن العقد كثير جداً.

مع أن ما ذكره لا يجرى في مثل قوله: «بعثك إن شئت أو إن (٣) قبلت»، فإنه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه.

مع أن هذا لا يجرى في الشرط المشكوك المتحقق في الحال، فإن العقد حينئذ يكون مراعى لا موقوفاً.

مع أن ما ذكره لا يجرى (٤) في غيره من العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنها كما لا يخفى، وليس الكلام في خصوص البيع، و ليس على

ص: ١٧١

١- ١) مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «الناس مسلطون على أموالهم»، انظر عوالى اللآلى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

٢- ٢) الإسراء: ٣٤.

٣- ٣) في «ف» و«ش»: و إن.

٤- ٤) عبارته «في الشرط المشكوك - إلى - لا يجرى» ساقطه من «ف».

هذا الشرط في كل عقد دليل على حده.

ثم الأضعف من الوجه المتقدم: التمسك في ذلك بتوقيفيه الأسباب الشرعية الموجبه لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن، و ليس إلاً العقد العارى عن التعليق.

إذ فيه: أن إطلاق الأدله مثل حليه البيع، و تسلط الناس على أموالهم، و حلّ تجاره عن تراضٍ، و وجوب الوفاء بالعقود، و أدله سائر العقود كافٍ في التوقيف (١).

و بالجملة، فإنّ ثبات هذا الشرط في العقود مع عموم أدلتها و وقوع كثيرٍ منها في العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محققاً أو منقولاً مشكلاً.

ثم إنّ القادح هو تعليق الإنشاء، و أمّا إذا أنشأ من غير تعليق صحّ العقد و إن كان المنشئ متردداً في ترتب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً، كمن ينشئ البيع و هو لا يعلم أنّ المال له، أو أنّ المبيع ممّياً يتموّل، أو أنّ (٢) المشتري راض حين الإيجاب أم لا، أو غير ذلك ممّياً يتوقف صحّحه العقد عليه عرفاً أو شرعاً، بل الظاهر أنّه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الأثر عليه إذا تحقّق القصد إلى التمليك العرفي.

و قد صرّح بما ذكرنا بعض المحقّقين؛ حيث قال: لا يخلّ زعم فساد المعامله ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد (٣).

ص: ١٧٢

١- ١) في «ف»: بالتوقيف.

٢- ٢) في «ف»: و أنّ.

٣- ٣) صرّح به المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١١٥.

نعم، ربما يشكّل الأمر في فقد الشروط المقومه كعدم الزوجية أو الشكّ فيها في إنشاء الطلاق، فإنّه لا يتحقّق القصد إليه منجزاً من دون العلم بالزوجية، وكذا الرقيّة في العتق، وحينئذٍ فإذا مسّت الحاجة إلى شيءٍ من ذلك للاحتياط، وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه، فلا بدّ من إبرازه بصورة التنجيز (١) وإن كان في الواقع معلقاً، أو يوكل غيره الجاهل بالحال بإيقاعه، ولا يقدح فيه تعليق الوكّال واقعاً على كون الموكل مالكاً للفعل؛ لأنّ فساد الوكّال بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن.

إلّا أنّ ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوّجه (٢) امرأه يشكّ في أنّها محرّمة عليه أو محلّله (٣)، فظهر حلّها، وعلل ذلك بعدم الجزم حال العقد. قال: وكذا الإيقاعات، كما لو خالغ امرأه أو طلقها وهو شاكّ في زوجيتها، أو وليّ نائب الإمام عليه السلام قاضياً لا يعلم أهليته وإن ظهر أهلاً.

ثمّ قال: ويخرج من هذا بيع مال مورّثه لظنّه حياته، فبان ميتاً؛ لأنّ الجزم هنا حاصل، لكن خصوصيّة البائع غير معلومه، وإن قيل بالبطلان أمكن؛ لعدم القصد إلى نقل ملكه. وكذا لو زوّج أمه أبيه (٤) فظهر ميتاً (٥)، انتهى.

ص: ١٧٣

١- ١) كذا في «ف»، «ن»، «خ» و«م»، وفي سائر النسخ: التنجيز.

٢- ٢) كذا في «ف» والمصدر، وفي سائر النسخ: زوّج.

٣- ٣) أو محلّله من «ف» والمصدر.

٤- ٤) في «ف»: أمته ابنه.

٥- ٥) القواعد و الفوائد ٢: ٢٣٨، القاعده ٢٣٨.

و الظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه، بإمكان الجزم فيهما، دون مثال الطلاق، فافهم.

و قال فى موضع آخر: و لو طلق بحضور خنثيين فظهر ارجلين، أمكن الصحه، و كذا بحضور من يظنه فاسقاً فظهر عدلاً، و يشكلان فى العالم بالحكم؛ لعدم قصدهما (١) إلى طلاق صحيح (٢)، انتهى.

ص: ١٧٤

١-١) كذا فى النسخ، و الصواب: «قصده»، كما فى المصدر و مصححه «ص».

٢-٢) القواعد و الفوائد ٣٦٧:١، القاعده ١٤٣.

التطابق بين الإيجاب و القبول

فلو اختلفا في المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجهٍ خاصٍّ من حيث خصوص المشتري أو المثلن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشتري على وجهٍ آخر، لم ينعقد.

و وجه هذا الاشتراط واضح، و هو مأخوذ من اعتبار القبول، و هو الرضا بالإيجاب، فحينئذٍ لو قال: «بعته من موكلك بكذا» فقال:

«اشتريته لنفسى» لم ينعقد، و لو قال: «بعته هذا من موكلك»، فقال الموكل الغير المخاطب: «قبلت» صحَّ، و كذا لو قال: «بعتك» فأمر المخاطب و كيله بالقبول فقبل، و لو قال: «بعتك العبد بكذا»، فقال:

«اشتريت نصفه بتمام الثمن أو نصفه» لم ينعقد، و كذا (١) لو قال:

«بعتك العبد بمائه درهم»، فقال: «اشتريته بعشره دينار» (٢).

و لو قال للثنين: «بعتكما العبد بألف»، فقال أحدهما (٣):

ص: ١٧٥

١ - ١) لم ترد «كذا» في «ف».

٢ - ٢) كذا في النسخ، و الصواب: دنانير.

٣ - ٣) في «ف»: أحد.

«اشتریت نصفه بنصف الثمن» لم يقع، و لو قال كلّ منهما ذلك، لا- يبعد الجواز، و نحوه لو قال البائع: «بعتك العبد بمائه» فقال المشتري:

«اشتریت كلّ نصفٍ منه بخمسين»، و فيه إشكال.

ص: ١٧٤

اشاره

و من جمله الشروط فى العقد (١):

اشاره

أن يقع كل من إيجابه و قبوله فى حالٍ

يجوز لكل واحدٍ (٢) منهما الإنشاء فلو كان المشتري فى حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع حال القبول عن قابليه الإيجاب، لم ينعقد.

ثم إنَّ عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب - كالموت و الجنون و الإغماء بل النوم - فوجه الاعتبار عدم تحقّق معنى المعاقده و المعاهده حينئذٍ.

و أمّا صحّح القبول من الموصى له بعد موت الموصى، فهو شرط حقيقه (٣)، لا ركن؛ فإنَّ حقيقه الوصيه الإيصاء، و لذا (٤) لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه، و لو ردّ جاز له القبول بعد ذلك.

و إن كان لعدم الاعتبار (٥) برضاهما، فلخروجه أيضاً عن مفهوم

ص: ١٧٧

١-١) لم ترد «فى العقد» فى «ف».

٢-٢) لم ترد «واحد» فى «ف».

٣-٣) فى «ص»: شرط تحقّقه.

٤-٤) فى غير «ن» و «ش»: و كذا.

٥-٥) فى «ف»: اعتبار.

التعاهد و التعاقد؛ لأنَّ المعترف فيه عرفاً رضا كلِّ منهما لما ينشئه الآخر حين إنشائه، كمن يعرض له الحجر بفلسٍ أو سيفه أو رِقِّ-
لو-فرض أو مرض موت.

و الأصل في جميع ذلك: أنَّ الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق، وكذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راضٍ، أو كان ممَّن لا يعتبر رضاه-كالصغير-، فصَحَّه كلُّ من الإيجاب و القبول يكون معناه قائماً في نفس المتكلِّم من أوَّل العقد إلى أن يتحقَّق تمام السبب، و به يتمُّ معنى المعاقده، فإذا لم يكن هذا المعنى قائماً في نفس أحدهما، أو قام و لم يكن قيامه معتبراً، لم يتحقَّق معنى المعاقده.

ثمَّ إنَّهم صرَّحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره، و مقتضاه عدم اعتباره من أحدهما حين العقد، بل يكفي حصوله بعده، فضلاً عن حصوله بعد الإيجاب و قبل القبول، اللهمَّ إلا أن يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعده لأجل الإجماع.

«فرع»

لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغه، فهل يجوز أن يكتفى كلُّ منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه، ثالثها:

اشتراط عدم كون العقد المركَّب منهما ممِّياً لا قائل بكونه سبباً في النقل - كما لو فرضنا أنَّه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب و جواز العقد بالفارسي-أردؤها أخيرها.

و الأوَّلان مبنيان على أنَّ الأحكام الظاهرية-المجتهد فيها بمنزله

الواقعيه الاضطراريه، فالإيجاب بالفارسيه من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلاً بمنزله إشاره الأخرس و إيجاب العاجز عن العربيه، و كصلاه المتيّم بالنسيه إلى واجد الماء، أم هي أحكام عذريّه لا يعذر فيها إلّا (١) من اجتهد أو قلّم فيها، والمسأله محزّره في الأصول (٢).

هذا كلّه إذا كان بطلان العقد عند كلّ من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر، كالصراحه و العربيه و الماضويه و الترتيب، و أمّا الموالاه و التنجيز و بقاء المتعاقدين على صفات صحّه الإنشاء إلى آخر العقد، فالظاهر أنّ اختلافها يوجب فساد المجموع؛ لأنّ بالإخلال (٣) بالموالاه أو التنجيز أو البقاء على صفات صحّه الإنشاء، يفسد عبارته من يراها شروطاً؛ فإنّ الموجب إذا علّق مثلاً، أو لم يبقّ على صفه صحّه الإنشاء إلى زمان القبول باعتقاد مشروعيّه ذلك، لم يجز من القائل ببطلان هذا تعقيب هذا الإيجاب بالقبول، و كذا القابل إذا لم يقبل إلّا بعد فوات الموالاه بزعم صحّه ذلك؛ فإنّه يجب على الموجب إعادته إيجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاه، فتأمّل.

ص: ١٧٩

-
- ١-١) لم ترد «إلّا» في «ف».
- ٢-٢) انظر مطارح الأنظار: ٢٢ (هدايه في الأمر الظاهري الشرعي). و راجع غيرها من كتب الأصول في مبحث «إجزاء الأمر الظاهري عن الواقعي».
- ٣-٣) في «ع» و «ص»: «الإخلال»، و الظاهر من «ف» كونها: «بالاختلال».

اشاره

(١)

[الأول]

اشاره

[الأول] (٢) [ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، و كان مضموناً عليه.

أما عدم الملك؛ فلأنه مقتضى فرض الفساد.

و أما الضمان بمعنى كون تلفه عليه و هو أحد الأمور (٣) المتفرّعه على القبض بالعقد الفاسد-فهو المعروف، و ادّعى الشيخ فى باب الرهن (٤)، و فى موضع من البيع: الإجماع عليه صريحاً (٥)، و تبعه فى ذلك (٦) فقيه عصره فى شرح القواعد (٧).

و فى السرائر: أنّ البيع الفاسد يجرى عند المحصّلين مجرى الغصب فى الضمان (٨)، و فى موضع آخر نسبه إلى أصحابنا (٩).

ص: ١٨٠

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) العنوان منّا

٣-٣) كذا فى «ف» و مصحّحه «خ» و «ص»، و فى سائر النسخ: أمور.

٤-٤) المبسوط ٢:٢٠٤.

٥-٥) نفس المصدر ٢:١٥٠.

٦-٦) فى «ف»: على ذلك.

٧-٧) هو الشيخ الكبير كاشف الغطاء فى شرح القواعد (مخطوط): ٥٢.

٨-٨) و (٩) السرائر ٢:٢٨٥ و ٣٢٦.

و يدلّ عليه: النبويّ المشهور: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» (١).

و الخدشه في دلالتها: بأنّ كلمه «على» ظاهره في الحكم التكليفي فلا يدلّ على الضمان، ضعيفه جداً؛ فإنّ هذا الظهور إنّما هو إذا أُسند الظرف إلى فعلٍ من أفعال المكلفين، لا إلى مالٍ من الأموال، كما يقال:

«عليه دين»، فإنّ لفظه «على» حينئذٍ لمجرّد الاستقرار في العهد، عيناً كان أو ديناً؛ و من هنا كان المتّجه صحّحه الاستدلال به على ضمان الصغير، بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفه؛ لعدم التمييز (٢) و الشعور.

و يدلّ على الحكم المذكور أيضاً: قوله عليه السلام في الأمه المبتاعه إذا وُجدت مسروقه بعد أن أولدها المشتري: إنّهُ (٣) «يأخذ الجاربه صاحبها، و يأخذ الرجل ولده بالقيمه» (٤)، فإنّ ضمان الولد بالقيمه -مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري- يستلزم ضمان الأصل بطريقٍ أولى، و ليس (٥) استيلادها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث نمائها (٦) غير قابلٍ للملك، فهو كالتالف لا المتلف (٧)، فافهم.

ص: ١٨١

١-١ (١) عوالي اللآلي ٢٢٤: ١، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

٢-٢ (٢) كذا في «ن»، و في سائر النسخ: التمييز.

٣-٣ (٣) لم ترد «إنّه» في «ف».

٤-٤ (٤) الوسائل ٥٩٢: ١٤، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ٣.

٥-٥ (٥) في «ش»: فليس.

٦-٦ (٦) في «ش»: إنمائها.

٧-٧ (٧) في «ش»: لا كالمتلف.

[البحث فى قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده]

ثم إن هذه المسأله من جزئيات القاعده المعروفه «كلّ عقدٍ يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» و هذه القاعده أصلاً و عكساً و إن لم أجدّها بهذه العبارة فى كلام من تقدّم على العلامة، إلّا أنّها تظهر من كلمات الشيخ رحمه الله فى المبسوط (١)، فإنّه علّل الضمان فى غير واحدٍ من العقود الفاسده: بأنّه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه.

و حاصله: أنّ قبض المال مُقَدِّماً على ضمانه بعوضٍ واقعى أو جعلى موجب للضمان، و هذا المعنى يشمل المقبوض (٢) بالعقود الفاسده التى تضمن بصحيحها.

و ذكر أيضاً فى مسأله عدم الضمان فى الرهن الفاسد: أنّ صحيحه لا يوجب الضمان فكيف يضمن بفاسده (٣)؟ و هذا يدلّ على العكس المذكور.

و لم أجد من تأمّل فيها عدا الشهيد فى المسالك فيما لو فسد عقد السبق فى أنّه (٤) يستحقّ السابق اجره المثل أم لا؟ (٥).

[الكلام فى معنى القاعده]

و كيف كان، فالمهمّ بيان معنى القاعده أصلاً و عكساً، ثمّ بيان المدرك فيها.

ص: ١٨٢

١- ١) راجع المبسوط ٨٥، ٦٨، ٦٥، ٥٨، ٣ و ٨٩.

٢- ٢) فى «ش»: القبوض.

٣- ٣) المبسوط ٢٠٤: ٢.

٤- ٤) كذا فى «ف» و هامش «خ» و «م»، و فى سائر النسخ: بدل «فى أنّه»: فهل.

٥- ٥) المسالك ١١٠: ٦.

فنقول و من الله الاستعانه: إنَّ المراد ب«العقد» أعمّ من الجائز و اللازم، بل ممّا كان فيه شائبه الإيقاع أو كان أقرب إليه، فيشمل الجعالة و الخلع.

و المراد بالضمان فى الجملتين: هو كون دَرَكَ المضمون، عليه، بمعنى كون خسارته و دَرَكَه فى ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه؛ لوجوب تداركه منه، و أمّا مجرد كون تلفه فى ملكه بحيث يتلف مملوكاً له - كما يتوهم (١) - فليس هذا معنى للضمان أصلاً، فلا يقال: إنَّ الإنسان ضامنٌ لأمواله.

ثمّ تداركه من ماله، تارةً يكون بأداء عوضه الجعلى الذى تراضى هو و المالك على كونه عوضاً و أمضاه الشارع، كما فى المضمون بسبب العقد الصحيح.

و أخرى بأداء عوضه الواقعى و هو المثل أو قيمه و إن لم يتراضيا عليه.

و ثالثه بأداء أقلّ الأمرين من العوض الواقعى و الجعلى، كما ذكره بعضهم فى بعض المقامات (٢) مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض.

ص: ١٨٣

-
- ١ - ١) قيل: إنَّه الشيخ على فى حواشى الروضه فى تفسير القاعده. أنظر غايه الآمال: ٢٧٧، و هدايه الطالب: ٢١٠، و لعلّ المراد من الشيخ على المذكور هو صاحب «الدرّ المنثور» حفيد صاحب المعالم، انظر الذريعة ١٢: ٦٧.
- ٢ - ٢) ذكره المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٩: ١٧٨، و الشهيد الثانى فى المسالك ٦: ٦٣.

فإذا ثبت هذا، فالمراد بالضمان بقولٍ مطلق، هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي؛ لأنَّ هذا هو التدارك حقيقه، ولذا (١) لو اشترط (٢) ضمان العاربه لزم غرامه مثلها أو قيمتها. ولم يرد في أخبار ضمان المضمونات (٣) - من المغصوبات و غيرها - عدا لفظ «الضمان» بقولٍ مطلق.

و أما تداركه بغيره فلا بدّ من ثبوته من طريقٍ آخر، مثل تواطئهما عليه بعقدٍ صحيحٍ يُمضيه الشارع.

فاحتمال: أن يكون المراد بالضمان في قولهم: «يضمن بفاسده» هو وجوب أداء العوض المسمّى - نظير الضمان في العقد الصحيح -، ضعيف في الغايه (٤)، لا لأنَّ ضمانه بالمسمّى يخرج من فرض الفساد؛ إذ يكفي في تحقّق فرض الفساد بقاء كلِّ من العوضين على ملك مالكة و إن كان عند تلف أحدهما يتعيّن الآخر للعوضيّة - نظير المعاطاه على القول بالإباحه - بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان، و أنّ التدارك بالمسمّى (٥) في الصحيح لإمضاء الشارع ما تواطئا على عوضيته، لا لأنَّ

ص: ١٨٤

١-١) في «ف»: «و لهذا.

٢-٢) في «ع» و «ص»: «شرط»، و كتب فوق الكلمه في «ص»: «اشترط.

٣-٣) انظر الوسائل ٢٥٧:١٣-٢٥٨، الباب ١٧ من أبواب أحكام الإجاره، الأحاديث ٢-٦، و ٢٧١:١٣ و ٢٧٦، الباب ٢٩ و ٣٠، و ١٧٩:١٩-١٨٢، الباب ٨-١١ من كتاب الديات و غيرها.

٤-٤) قال المحقّق المامقاني - بعد نقل العبارة -: تعريض بما في شرح القواعد، انظر غايه الآمال: ٢٧٩، و شرح القواعد للشيخ الكبير كاشف الغطاء (مخطوط): الورقه ٥٢.

٥-٥) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: المسمّى.

معنى الضمان فى الصحيح مغاير لمعناه فى الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكاً فى العبارة، فافهم.

ثم العموم فى العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع ليكون أفراده مثل البيع و الصلح و الإجاره و نحوها؛ لجواز كون نوع لا يقتضى بنوعه الضمان، و إنما المقتضى له بعض أصنافه، فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصنف، مثلاً- الصلح بنفسه لا- يوجب الضمان؛ لأنه قد لا- يفيد إلّا فائده الهبه الغير المعوّضه أو الإبراء، فالموجب للضمان هو المشتمل على المعاوضه، فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب (١) للضمان أيضاً، و لا يلتفت إلى أنّ نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضماناً فلا يضمن بفاسده، و كذا الكلام فى الهبه المعوّضه، و كذا عاريه الذهب و الفضة.

نعم، ذكروا فى وجه عدم ضمان الصيد الذى استعاره المحرم: أنّ صحيح العاريه لا يوجب الضمان فينبغى أن لا يضمن بفاسدها (٢)، و لعل المراد عاريه غير الذهب و الفضة، و غير المشروط ضمانها.

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقق (٣) فى ضمن العقد الصحيح، ففى الضمان بالفاسد

ص: ١٨٥

١- ١) فى «ف»: يوجب.

٢- ٢) انظر المسالك ٥: ١٣٩، و الحدائق ٢١: ٤٨٩، و مفتاح الكرامه ٦: ٥٦ و غيرها، و سوف يجيء الكلام فى المسأله عند التعرض للإشكال فى أطراد القاعده فى الصفحه ١٩٥.

٣- ٣) فى «ف»: المحقق.

من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكاً بهذه القاعدة إشكال، كما لو استأجر إجاره فاسده و اشترط فيها ضمان العين، و قلنا بصحة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الفاسد لأن صحاحه يضمن به (١) و لو لأجل الشرط، أم لا؟ و كذا الكلام فى الفرد الفاسد من العاربه المضمونه.

و يظهر من الرياض اختيار الضمان بفاسدها مطلقاً (٢)، تبعاً لظاهر المسالك (٣). و يمكن جعل الهبه المعوضه من هذا القبيل؛ بناءً على أنها هبه مشروطه لا معاوضه.

و ربما يحتمل فى العبارة أن يكون معناه: أن كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحاً، يضمن به مع الفساد.

و يترتب (٤) عليه عدم الضمان فيما (٥) لو استأجر بشرط أن لا اجره كما اختاره الشهيدان (٦)، أو باع بلا ثمن، كما هو أحد وجهى العلامة فى القواعد (٧).

و يضعف: بأن الموضوع هو العقد الذى يوجد (٨) له بالفعل صحيح

ص: ١٨٦

-
- ١-١) لم ترد «به» فى «ف».
 - ٢-٢) انظر الرياض ١:٦٢٥.
 - ٣-٣) المسالك ١٣٩:٥-١٤١.
 - ٤-٤) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: و رتب.
 - ٥-٥) لم ترد «فيما» فى «ف».
 - ٦-٦) نقله المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٧:١٢٠، عن حواشى الشهيد، و لكنّها لا توجد لدينا، و نقله الشهيد الثانى أيضاً فى المسالك ١٨٤:٥، و قال: و هو حسن.
 - ٧-٧) القواعد ١:١٣٤.
 - ٨-٨) كذا فى «ف»، و فى غيرها: وجد.

و فاسد، لا ما يفرض تارةً صحيحاً و أخرى فاسداً، فالمتعين بمقتضى هذه القاعده: الضمان فى مسأله البيع؛ لأنّ البيع الصحيح يضمن به.

نعم، ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعده: بأنّه أقدم على العين (١) مضمونه عليه، لا يجرى فى هذا الفرع، لكنّ الكلام فى معنى القاعده، لا فى مدركها.

ثمّ إنّ لفظه «الباء» فى «بصحيحه» و «بفاسده»، إمّا بمعنى «فى»، بأن يراد: كلّ ما تحقّق الضمان فى صحيحه تحقّق فى فاسده، و إمّا لمطلق السببىه الشامل للناقصه لا العله التامه؛ فإنّ العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلّا بعد القبض، كما فى السلم و الصرف، بل مطلق البيع، حيث إنّ المبيع قبل القبض مضمون على البائع، بمعنى أنّ دركّه عليه، و يتداركه برّد الثمن، فتأمّل، و كذا الإجاره و النكاح و الخلع؛ فإنّ المال فى ذلك كلّه مضمون على من انتقل عنه إلى أن يتسلّمه من انتقل إليه.

و أمّا العقد الفاسد، فلا يكون عله تامه أبداً، بل يفترق فى ثبوت الضمان به (٢) إلى القبض فقبله لا ضمان، فجعل الفاسد سبباً: إمّا لأنّه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذى هو سبب للضمان، و إمّا لأنّه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض؛ و لذا علّل الضمان الشيخ (٣) و غيره (٤).

ص: ١٨٧

١- ١) كالشهيد الثانى فى المسالك ٣: ١٥٤.

٢- ٢) لم ترد «به» فى غير «ف».

٣- ٣) تقدّم فى الصفحه ١٨٢.

٤- ٤) مثل الشهيد الثانى فى المسالك ٣: ١٥٤، و ٤: ٥٦.

بدخوله على أن تكون العين مضمونه عليه، ولا ريب أن دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقبضه.

و الغرض من ذلك كله: دفع ما يتوهم أن سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببه الضمان و يقال: كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده؟ وقد ظهر من ذلك أيضاً: فساد توهم أن ظاهر القاعده عدم توقف الضمان في الفاسد على (١) القبض، فلا بد من تخصيص القاعده بإجماع و نحوه.

[الكلام في مدرک القاعده]

ثم إنَّ المدرک لهذه الكليه-على ما ذكره في المسالك في مسأله الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل (٢)- هو: إقدام الآخذ على الضمان، ثم أضاف إلى ذلك قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٣).

و الظاهر أنه تبع في استدلاله بالإقدام الشيخ في المبسوط (٤)، حيث علل الضمان في موارد كثيره-من البيع و الإجاره الفاسدين- بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى، فإذا لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو قيمه.

و هذا الوجه لا يخلو عن (٥) تأمل؛ لأنهما إنما أقدما و تراضيا

ص: ١٨٨

١-١ (١) كذا في «ن»، و في سائر النسخ: إلى.

٢-٢ (٢) المسالك ٥٦: ٤.

٣-٣ (٣) عوالي اللآلي ٢٢٤: ١، الحديث ١٠٦، و ٣٨٩: ١، الحديث ٢٢.

٤-٤ (٤) تقدم في الصفحه ١٨٢.

٥-٥ (٥) في «ف»: من.

و تواطئاً بالعقد الفاسد على ضمانٍ خاصّ، لا الضمان بالمثل أو قيمه (١)، و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاصّ، و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصيه حتى يتقوّم بخصوصيه اخرى، فالضمان بالمثل أو قيمه إن ثبت، فحكم شرعى تابع لدليله و ليس ممّا أقدم عليه المتعاقدان.

هذا كلّه، مع أنّ مورد هذا التعليل أعمّ من وجه من المطلب؛ إذ قد يكون الإقدام موجوداً و لا ضمان، كما (٢) قبل القبض، و قد لا يكون إقدام فى العقد الفاسد مع تحقّق الضمان، كما إذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف فى يد المشتري، و كما إذا قال: «بعتك بلا ثمن» أو «آجرتك بلا اجره».

نعم، قوّى الشهيدان فى الأخير عدم الضمان (٣)، و استشكل العلّامة فى مثال البيع فى باب السلم (٤).

و بالجملة، فدليل الإقدام - مع أنّه مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله - منقوض طرداً و عكساً.

و أمّا خبر اليد (٥) فدلالته و إن كانت ظاهره و سنده منجبراً، إلّا أنّ

ص: ١٨٩

١- ١) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: و قيمه.

٢- ٢) لم ترد «كما» فى «ف».

٣- ٣) تقدّم عنهما فى الصفحه ١٨٦.

٤- ٤) القواعد ١٣٤: ١.

٥- ٥) و هو قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦.

مورده مختص بالأعيان، فلا يشمل المنافع و الأعمال المضمونه فى الإجاره الفاسده.

اللهم إنا أن يستدل على الضمان فيها بما دل على احترام مال المسلم (١)، و أنه لا يحل مال امرئ (٢) إلا عن طيب نفسه (٣)، و أن حرمه ماله كحرمه دمه (٤)، و أنه لا يصلح (٥) ذهاب حق أحد (٦)، مضافاً إلى أدله نفي الضرر (٧)، فكل عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره و تحصيلاً لغرضه، فلا بد من أداء عوضه؛ لقاعدتى الاحترام و نفي الضرر.

ثم إنه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ و من تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام و الدخول عليه: بيان أن العين و المنفعه اللذين (٨) تسلمهما الشخص لم يتسلمهما مجاناً و تبرعاً حتى لا يقضى احترامهما

ص: ١٩٠

١- (١) انظر الوسائل ١٧:٣٠٩، الباب الأول من أبواب الغصب، الحديث ٤، و عوالى اللآلى ٣:٤٧٣، الأحاديث ١-٥.

٢- (٢) لم ترد «مال امرئ» فى غير «ف».

٣- (٣) الوسائل ٣:٤٢٥، الباب ٣ من أبواب مكان المصلّى، الحديث ٣، مع اختلاف فى اللفظ، و عوالى اللآلى ٢:١١٣، الحديث ٣٠٩.

٤- (٤) الوسائل ٨:٥٩٩، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٩، و الصفحه ٦١٠، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٣.

٥- (٥) فى غير «ش»: لا يصح.

٦- (٦) الوسائل ١٣:٣٩٠، الباب ٢٠ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٣.

٧- (٧) منها ما ورد فى الوسائل ١٧:٣٤٠، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات.

٨- (٨) كذا فى النسخ، و المناسب: اللتين.

بتداركهما بالعوض، كما في العمل المتبرع به و العين المدفوعه مجاناً أو أمانه، فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً، بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال و احترام الأعمال.

نعم، في المسالك ذكر كلاً من الإقدام و اليد دليلاً مستقلاً (1)، فيبقى عليه ما ذكر سابقاً من النقص و الاعتراض (2).

[الضمان فيما لا يرجع فيه نفع إلى الضامن]

و يبقى الكلام حينئذ في بعض الأعمال المضمونه التي لا- يرجع نفعها إلى الضامن و لم يقع بأمره، كالسبق في المسابقه الفاسده، حيث حكم الشيخ (3) و المحقق (4) و غيرهما (5) بعدم استحقاق السابق اجره المثل، خلافاً لآخرين (6)، و وجهه: أن عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر، و لم يقع بأمره أيضاً، فاحترام الأموال- التي منها الأعمال- لا يقضى بضمان

ص: ١٩١

١- (١) المسالك ٣: ١٥٤، و ٤: ٥٦.

٢- (٢) أما النقص، فهو ما أفاده في الصفحه السابقه بقوله: «و بالجمله فدليل الإقدام... منقوض طرداً و عكساً». و أما الاعتراض، فهو ما ذكره في الصفحه ١٨٨-١٨٩ بقوله: «لأنهما إنما أقدما و تراضيا و تواطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص لا الضمان بالمثل أو القيمه».

٣- (٣) المبسوط ٦: ٣٠٢، لكنّه نفى فيه استحقاق المسّمى، و أمّا اجره المثل فقد نسب إلى قوم ثبوتّه و إلى آخرين سقوطه.

٤- (٤) الشرائع ٢: ٢٤٠.

٥- (٥) كالشهيد الثاني في المسالك ٦: ١٠٩-١١٠، و السبزواري في الكفايه: ١٣٩.

٦- (٦) منهم العلّامه في القواعد ١: ٢٦٣، و التذكرة ٢: ٣٥٧، و ولده فخر المحققين في الإيضاح ٢: ٣٦٨، و المحقق الثاني في جامع

المقاصد ٨: ٣٣٧.

الشخص له (١) ووجوب (٢) عوضه عليه؛ لأنه ليس كالمستوفى له؛ ولذا كانت شرعيته على خلاف القاعده، حيث إنه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع البازل، وتمام الكلام في بابه.

ثم إنه لا فرق في ما ذكرنا من الضمان في الفاسد، بين جهل الدافع بالفساد و بين علمه مع جهل القابض.

و توهم: أن الدافع في هذه الصوره هو الذى سلّطه عليه و المفروض أن القابض جاهل، مدفوع: بإطلاق النصّ و الفتوى، و ليس الجاهل مغروراً؛ لأنه أقدم على الضمان قاصداً، و تسليط الدافع العالم لا يجعلها (٣) أمانه مالكيه؛ لأنه دفعه على أنه ملك المدفوع إليه، لا- أنه أمانه عنده أو عاريه؛ و لذا لا يجوز له التصرف فيه و الانتفاع به، و سيأتى تتمه ذلك في مسأله بيع الغاصب مع علم المشتري (٤).

هذا كله في أصل الكليه المذكوره.

و أما عكسها، و هو: أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده،

فمعناه: أن كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففساده لا يفيد ضماناً، كما في عقد الرهن و الوكاله و المضاربه و العاريه الغير المضمونه، بل المضمونه- بناءً على أن المراد بإفاده الصحيح للضمان إفادته بنفسه، لا بأمر خارج عنه، كالشرط الواقع في متنه- و غير ذلك من العقود اللازمه و الجائزه.

ص: ١٩٢

١- ١) لم ترد «له» في «ف».

٢- ٢) في «ف»: أو وجوب.

٣- ٣) كذا في النسخ.

٤- ٤) عبارته «ثم إنه لا فرق- إلى- علم المشتري» لم ترد في «ف».

ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجره فاسداً؛ لأنَّ صحيح الإجاره غير مفيدٍ لضمانيها كما صرح به في القواعد (١) و التحرير (٢) و حكى عن التذكرة (٣) و (٤) إطلاق الباقي (٥)، إلّا أنَّ صريح الرياض الحكم بالضمن، و حكى فيها عن بعضٍ نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب (٦)، و الظاهر أنَّ المحكّي عنه هو المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة (٧).

و ما أبعد ما بينه و بين ما عن جامع المقاصد؛ حيث قال في باب الغصب: إنَّ الذي يلوح من كلامهم هو (٨) عدم ضمان العين المستأجره فاسداً باستيفاء المنفعه، و الذي ينساق إليه النظر هو الضمان، لأنَّ التصرّف فيه (٩) حرام؛ لأنَّه غصب فيضمنه، ثم قال: إلّا أنَّ كون الإجاره الفاسده لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها منافٍ لذلك،

ص: ١٩٣

-
- ١-١ (١) القواعد ٢٣٤:١.
 - ٢-٢ (٢) تحرير الأحكام ١:٢٥٢، هذا و قد وردت الكلمه في أكثر النسخ هكذا: «ئر»، و لكننا لم نقف عليه في السرائر، فراجع.
 - ٣-٣ (٣) التذكرة ٣:٣١٨.
 - ٤-٤ (٤) لم ترد «و» في «ف».
 - ٥-٥ (٥) كابن حمزه في الوسيله: ٢٦٧، و المحقّق في الشرائع ٢:١٧٩، و الشهيدان في اللمعه و شرحها (الروضه البهيه) ٤:٣٣١.
 - ٦-٦ (٦) الرياض ٢:٨.
 - ٧-٧ (٧) مجمع الفائدة ٥٠:١٠.
 - ٨-٨ (٨) لم ترد «هو» في «ف».
 - ٩-٩ (٩) كذا في النسخ، و المناسب: فيها.

فيقال: إنّه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و إن لم يكن مستحقاً و الأصل براءة الذمّه من الضمان فلا تكون العين بذلك مضمونه، و لو لا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن؛ لأنّ استيلاءه بغير حقّ و هو باطل (١)، انتهى.

[منشأ الحكم بالضمان]

و لعلّ الحكم بالضمان في المسأله:

إمّا لخروجها عن قاعده «ما لا يضمن»؛ لأنّ المراد بالمضمون مورد العقد، و مورد العقد في الإجاره المنفعه، فالعين يُرجع في حكمها إلى القواعد، و حيث كانت في صحيح الإجاره أمانه مأذوناً فيها شرعاً و من طرف المالك، لم يكن فيه (٢) ضمان، و أمّا في فاسدها، فدفعت المؤجر للعين إنّما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها؛ لحقّ الانتفاع فيه (٣)، و المفروض عدم الاستحقاق، فيده عليه (٤) يد عدوان موجه للضمان.

و إمّا لأنّ (٥) قاعده «ما لا يضمن» معارضه هنا بقاعده اليد.

[الأقوى عدم الضمان]

و الأقوى: عدم الضمان، فالقاعده المذكوره غير مخصّصه بالعين المستأجره، و لا متخصّصه.

ثمّ إنّ يشكل أطراد القاعده في موارد:

منها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحلّ؛

بناءً على فساد العاريه، فإنّهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمه، مع أنّ صحيح العاريه

ص: ١٩٤

١-١) جامع المقاصد ٢١٦:٦.

٢-٢) كذا في النسخ، و المناسب: فيها.

٣-٣) كذا في النسخ، و المناسب: فيها.

٤-٤) كذا، و المناسب: عليها.

٥-٥) كلمه «لأنّ» وردت في غير «ف» مستدركه.

لا يضمن به، ولذا ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقديري الصّحّه و الفساد (١).

إلّا أن يقال: إنّ وجه ضمانه -بعد البناء على أنّه يجب على المحرم إرساله و أداء قيمته-: أنّ المستقرّ عليه قهراً (٢) بعد العاربه هي القيمة لا- العين، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإلتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كلّ عقد، لا بسبب التلف.

[منها المنافع غير المستوفاه من المبيع فاسدا]

و يشكل اطراد القاعده أيضاً في المبيع (٣) فاسداً بالنسبه إلى المنافع التي لم يستوفها؛ فإنّ هذه المنافع غير مضمونه في العقد الصحيح، مع أنّها مضمونه في العقد الفاسد، إلّا أن يقال: إنّ ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح و الفاسد، و فيه نظر؛ لأنّ نفس المنفعة غير مضمونه بشيء في العقد الصحيح؛ لأنّ الثمن إنّما هو بإزاء العين دون المنافع.

[منها حمل المبيع فاسدا]

و يمكن نقض القاعده أيضاً بحمل المبيع فاسداً، على ما صرّح به في المبسوط (٤) و الشرائع (٥) و التذكرة (٦) و التحرير (٧): من كونه مضموناً على

ص: ١٩٥

١- (١) المسالك ١٣٩:٥.

٢- (٢) لم ترد «قهراً» في «ف».

٣- (٣) كذا في «ف» و «ظاهر» ن، و في سائر النسخ: البيع.

٤- (٤) المبسوط ٦٥:٣.

٥- (٥) الشرائع ٢٣٦:٣.

٦- (٦) التذكرة ٤٩٦:١، و ٣٩٧:٢.

٧- (٧) التحرير ١٣٧:٢.

المشترى، خلافاً للشهيدين (١) و المحقق الثاني (٢) و بعض آخر (٣) تبعاً للعلامة في القواعد (٤)، مع أنّ الحمل غير مضمون في البيع الصحيح؛ بناءً على أنه للبائع.

و عن الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع (٥)، و حينئذٍ لا نقض على القاعده.

[منها الشركه الفاسده]

و يمكن النقض أيضاً بالشركه الفاسده؛ بناءً على أنه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذٍ عدواناً موجب للضمان.

[مبنى عدم الضمان في عكس القاعده هي الأولويه و المناقشه فيها]

ثم إنّ مبنى هذه القضيه السالبه-على (٦) ما تقدّم من كلام الشيخ في المبسوط (٧)-هي الأولويه، و حاصلها: أنّ الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده؟ و توضيحه: أنّ الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له، فالفاسد الذي هو بمنزله العدم لا يؤثر في الضمان؛ لأنّ أثر الضمان إمّا من الإقدام على الضمان، و المفروض عدمه، و إلّا لضمن

ص: ١٩٦

١- (١) الدروس ٣:١٠٨، و الروضه البهيه ٧:٢٤ و ٢٥، و المسالك (الطبعه الحجرية) ٢:٢٠٥.

٢- (٢) جامع المقاصد ٦:٢٢٠.

٣- (٣) مثل المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ١٠:٥١١.

٤- (٤) القواعد ١:٢٠٢.

٥- (٥) الدروس ٣:١٠٨، و عبارته في «ف» هكذا: إذا شرط الدخول في المبيع.

٦- (٦) كلمه «على» و عبارته «هي الأولويه» وردت في «ف» في الهامش استدراكاً.

٧- (٧) تقدّمت في الصفحه ١٨٢.

بصحيحه، وإما من (١) حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعامله الفاسده، و المفروض أنها لا تؤثر شيئاً.

و وجه الأولويه: أنّ الصحيح إذا كان مفيداً للضمان أمكن أن يقال: إنّ الضمان من مقتضيات الصحيح، فلا- يجرى (٢) في الفاسد؛ لكونه لغواً غير مؤثر، على ما سبق تقريره: من أنه أقدم على ضمان خاص، و الشارع لم يمضه فيرفع أصل الضمان (٣).

لكن يخدمها: أنه يجوز أن يكون صحه الرهن و الإجاره المستلزمه لتسلط المرتهن و المستأجر على العين شرعاً مؤثره في رفع الضمان، بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلطاً لهما على العين، فلا أولويه.

فإن قلت: إنّ الفاسد و إن لم يكن له دخل في الضمان، إلا أن مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونه على القابض، و بقى الباقي.

قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، و هي (٤) عموم ما دلّ على أنّ من لم يضمّنه المالك -سواء ملكه إياه بغير عوض، أو سلّطه على الانتفاع به، أو استأمنه عليه (٥) لحفظه، أو دفعه إليه لاستيفاء حقه، أو العمل فيه بلا اجره أو

ص: ١٩٧

١-١ (١) كلمه «من» من «ش» و مصحّحه «خ».

٢-٢ (٢) في «ف»: و لا يجرى.

٣-٣ (٣) سبق تقريره في الصفحه ١٨٩.

٤-٤ (٤) كذا في النسخ، و في «ف» غير واضح، و المناسب: هو.

٥-٥ (٥) في «ف»: أو استأمنه به.

معها أو غير ذلك-فهو غير ضامن (١).

أمّا في غير التمليك بلا عوض-أعنى الهبة-فالدليل المخصّص لقاعده الضمان عموم ما دلّ على أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن (٢)، بل ليس لك أن تتّهمه (٣)(٤).

و أمّا في الهبة الفاسده، فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم «اليد»: بفحوى ما دلّ على خروج صور (٥) الاستئمان (٦)؛ فإنّ استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق أولى. و التقييد بالمجانیه لخروج التسليط المطلق بالعوض، كما في المعاوضات؛ فإنّه عين التضمين.

فحاصل أدلّه عدم ضمان المستأمن: أنّ من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمّنه بعوض واقعى-أعنى المثل أو القيمه (٧)-و لا جعلى، فليس عليه ضمان.

ص: ١٩٨

١ - ١) قال الشهيدى فى شرحه: «لم نعر بهذا الدليل»، بل الظاهر من عبارته المصنّف فيما بعد عدم عثوره عليه أيضاً (هدايه الطالب: ٢١٨).

٢ - ٢) راجع الوسائل ١٣: ٢٢٧، الباب ٤ من أبواب أحكام الوديعة، و الصفحه ٢٧٠، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الإجاره، الحديث الأوّل.

٣ - ٣) كما ورد فى الحديث ٩ و ١٠ من الباب ٤ من أبواب أحكام الوديعة.

٤ - ٤) عبارته «بل ليس لك أن تتّهمه» لم ترد فى «ف».

٥ - ٥) كذا فى «ف» و مصحّحه «ن» و نسخه بدل «ش»، و فى سائر النسخ بدل «صور»: مورد.

٦ - ٦) انظر الهامش ٢.

٧ - ٧) فى «ن»، «م» و «ش»: و القيمه.

الثاني من الأمور المتفرّعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد، وجوب ردّه فوراً إلى المالك.

و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح (٢) من مجمع الفائدة (٣)، بل صرح في التذكرة (٤) - كما عن جامع المقاصد -: أنّ مئونه الردّ على المشتري لوجوب ما لا يتمّ الردّ إلّا به (٥)، وإطلاقه يشمل ما لو كان في ردّه مئونه كثيرة، إلّا أن يقيد بغيرها بأدله نفى الضرر.

و يدلّ عليه: أنّ الإمساك أنّما تصرف في مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز؛ لقوله عجل الله فرجه: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلّا بإذنه» (٦).

ص: ١٩٩

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) الضمير في قوله «يلوح» عائذ إلى عدم جواز التصرف، لا- إلى نفى الخلاف، كما صرح به المحقق المامقاني، انظر غايه الآمال: ٢٨٦.

٣-٣) مجمع الفائدة ١٩٢: ٨.

٤-٤) التذكرة ٤٩٥: ١.

٥-٥) جامع المقاصد ٤٣٥: ٤.

٦-٦) الوسائل ٣٠٩: ١٧، الباب الأوّل من أبواب الغصب، الحديث ٤.

و لو نوقش في كون الإمساك تصرفاً، كفى عموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ (١):

«لا يحل مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه» (٢) حيث يدل على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به، التي منها كونه في يده.

و أما توهم: أن هذا بإذنه حيث إنه دفعه باختياره، فمندفع: بأنه إنما ملكه إياه عوضاً، فإذا انتفت صفه العوضيه باعتبار عدم سلامه العوض له شرعاً (٣)، و المفروض أن كونه على وجه الملكيه المجانيه مما لم ينشئها المالك، و كونه مالاً للمالك و (٤) أمانه في يده أيضاً مما لم يؤذن فيه، و لو أذن له فهو استيداع جديد، كما أنه لو ملكه مجاناً كانت هبه جديده.

هذا، و لكن الذي يظهر من المبسوط (٥): عدم الإثم في إمساكه (٦)، و كذا السرائر ناسباً له إلى الأصحاب (٧)، و هو ضعيف، و النسبه غير ثابتة، و لا يبعد إرادته صورته الجهل؛ لأنه لا يعاقب.

ص: ٢٠٠

١- ١) في «ف»، «ن»، «خ» و «ع»: عليه السلام.

٢- ٢) الوسائل ٣: ٤٢٥، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ٣، باختلاف في اللفظ. و رواه في عوالي اللآلي ١١٣: ٢ و ٢٤٠، الحديث ٣٠٩ و ٦.

٣- ٣) الظاهر سقوط جواب الشرط، و هو «انتفى الإذن».

٤- ٤) لم ترد «و» في «ف».

٥- ٥) في غير «ف» و «ش» زياده: «في قبضه معللاً بأنه قبضه بإذن مالكة، و قد تقدم أيضاً من التحرير التصريح بعدم الإثم»، و شطب عليها في «ن»، و لعلها كانت حاشيه خلطت بالمتن، و يشهد لذلك عدم تقدم كلام من التحرير في المسأله، و لم نقف في التحرير أيضاً على التصريح بعدم الإثم في الإمساك.

٦- ٦) المبسوط ٢: ١٤٩.

٧- ٧) السرائر ٢: ٣٢٦.

الثالث أنه لو كان للعين المبتاعه منفعه استوفاهما المشتري قبل الرد، كان عليه عوضها على المشهور،

بل ظاهر ما تقدم من السرائر، من كونه بمنزله المغصوب (١): الاتّفاق على الحكم.

و يدلّ عليه: عموم قوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئ مسلم (٢) إلّا عن طيب نفسه» (٣)، بناءً على صدق المال على المنفعه، و لذا يجعل ثمناً في البيع و صداقاً في النكاح.

خلافاً للوسيله، فنفي الضمان؛ محتجاً بأنّ الخراج بالضمان (٤) كما في النبوي المرسل (٥).

و تفسيره: أنّ من ضمن شيئاً و تقبله لنفسه فخراجه له، فالباء

ص: ٢٠١

١-١) تقدّم في الصفحه ١٨٠.

٢-٢) في «ش» زياده: لأخيه.

٣-٣) عوالي اللآلي ١١٣:٢، الحديث ٣٠٩.

٤-٤) الوسيله: ٢٥٥.

٥-٥) عوالي اللآلي ٢١٩:١، الحديث ٨٩.

للسبب أو المقابله، فالمشترى لما أقدم على ضمان المبيع و تقبله على نفسه بتقيل البائع و تضمينه إياه على أن يكون الخراج له مجاناً، كان اللازم على (١) ذلك أن خراجه له على تقدير الفساد، كما أن الضمان عليه على هذا التقدير أيضاً.

و الحاصل: أن ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، و مرجعه إلى أن الغنيمه و الفائده بإزاء الغرامه، و هذا المعنى مستنبط من أخبار كثيره متفرقه، مثل قوله عليه السلام فى مقام الاستشهاد على كون منفعه المبيع فى زمان الخيار للمشترى: «أ لا ترى أنها لو أحرقت كانت من مال المشترى؟» (٢) و نحوه فى الرهن (٣) و غيره.

و فيه: أن هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بإزائه، و إنما هو أمرٌ قهرىٌ حكم به الشارع كما حكم بضمن المقبوض بالسوم و المغصوب.

فالمراد بالضمن الذى بإزائه الخراج: التزام الشئ على نفسه و تقبله له مع إمضاء الشارع له.

و ربما ينتقض ما ذكرنا فى معنى الروايه بالعاريه المضمونه؛ حيث إنه أقدم على ضمانها، مع أن خراجها ليس له؛ لعدم تملكه للمنفعه، و إنما

ص: ٢٠٢

١-١) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: من.

٢-٢) الوسائل ١٢:٣٥٦، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣، و لفظ الحديث: «أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار، دار المشترى؟!»، و مثله فى الدلاله الحديث الأول من هذا الباب.

٣-٣) الوسائل ١٣:١٢٦، الباب ٥ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ٦، و غيره.

تملك الانتفاع الذي عينه المالك، فتأمل.

و الحاصل: أنّ دلالة الروايه (١) لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك لأجلها قاعده ضمان مال المسلم و احترامه و عدم حله إلاً عن طيب النفس.

و ربما يردّ هذا القول: بما ورد في شراء الجاريه المسروقه، من ضمان قيمه الولد و عوض اللبن، بل عوض كلّ ما انتفع (٢).

و فيه: أنّ الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة أنّ مالك العين جعل خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن، لا ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير.

و أضعف من ذلك ردّه بصحيحه أبي ولاد (٣) المتضمّنه لضمان منفعه المغصوب المستوفاه؛ ردّاً على أبي حنيفه القائل بأنّه إذا تحقّق ضمان العين و لو بالغصب سقط كراها (٤)، كما يظهر من تلك الصحيحه.

نعم، لو كان القول المذكور موافقاً لقول أبي حنيفه في إطلاق القول بأنّ الخراج بالضمان، انتهضت الصحيحه و ما قبلها ردّاً عليه.

هذا كلّه في المنفعه المستوفاه، و أمّا المنفعه الفائته بغير استيفاء،

ص: ٢٠٣

١- ١) أي النبوي المرسل: «الخراج بالضمان»، المتقدّم في الصفحه ٢٠١.

٢- ٢) انظر الوسائل ١٤:٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الأحاديث ٢-٥.

٣- ٣) الوسائل ١٧:٣١٣، الباب ٧ من أبواب الغصب، الحديث الأوّل.

٤- ٤) انظر بدايه المجتهد ٢:٢٣١، و المغنى لابن قدامه ٥:٥٠١.

فالمشهور فيها أيضاً الضمان، وقد عرفت عبارته السرائر المتقدّمة (١)، ولعله لكون المنافع أموالاً - في يد من بيده العين، فهي مقبوضه في يده؛ ولذا يجرى على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين، فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر، ويتحقّق قبض الثمن في السلم بقبض الجارية المجعل خدمتها ثمناً، وكذا الدار المجعل سكنها ثمناً، مضافاً إلى أنّه مقتضى احترام مال المسلم؛ إذ كونه في يد غير مالكة مدّه طويله من غير أجره منافعٍ للاحترام.

لكن يشكّل الحكم - بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقة -:

بأنّ مجرد ذلك لا يكفي في تحقّق الضمان، إلّا أن يندرج في عموم «على اليد ما أخذت» (٢)، ولا إشكال (٣) في عدم شمول صله الموصول للمنافع، و حصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ.

و دعوى: أنّه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض (٤) الأعيان، مشكله.

و أمّا احترام مال المسلم، فإنّما يقتضى عدم حلّ التصرف فيه (٥) وإتلافه بلا عوض، وإنّما يتحقّق ذلك في الاستيفاء.

ص: ٢٠٤

١-١) تقدّمت في الصفحة ١٨٠، وإليك نصّها: إنّ البيع الفاسد يجرى عند المحضّلين مجرى الغصب في الضمان.

٢-٢) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦.

٣-٣) في «ش»: فلا إشكال.

٤-٤) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في «ف»: «لبعض»، و في سائر النسخ: لقبض.

٥-٥) لم ترد «فيه» في «ف».

فالحكم بعدم الضمان مطلقاً- كما عن الإيضاح (١)- أو مع علم البائع بالفساد- كما عن بعضٍ آخر (٢)- موافق للأصل السليم.

مضافاً إلى أنه قد يدعى شمول قاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاსده» [له (٣)]. و من المعلوم (٤) أنّ صحيح البيع لا يوجب ضماناً للمشتري للمنفعه؛ لأنها له مجاناً و لا يتقسط الثمن عليها، و ضمانها مع الاستيفاء لأجل الإتلاف، فلا ينافى القاعده المذكوره؛ لأنها بالنسبه إلى التلف لا الإتلاف.

مضافاً إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاه من الجاربه المسروقه المبيعه (٥)، الساكته من ضمان غيرها في مقام البيان.

و كذا صحيحه محمّد بن قيس الوارده في من باع وليده أبيه بغير إذنه، فقال عليه السلام: «الحكم أن يأخذ الوليده و ابنها» (٦) و سكت عن المنافع الفائته، فإنّ عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريقٍ أولى.

ص: ٢٠٥

١-١) إيضاح الفوائد ١٩٤:٢.

٢-٢) نسبه المؤلف قدّس سرّه إلى بعض من كتب على الشرائع، انظر الصفحه الآتيه.

٣-٣) من مصحّحه «ص».

٤-٤) في «ف»: إذ من المعلوم.

٥-٥) الوسائل ١٤:٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الأحاديث ٢-٥.

٦-٦) نفس المصدر، الحديث الأوّل.

و الإنصاف: أنَّ للتوقُّف في المسأله- كما في المسالك (1) تبعاً للدروس (2) و التنقيح (3)-مجالاً.

و ربما يظهر من القواعد في باب الغصب عند التعرُّض لأحكام البيع الفاسد-:اختصاص الإشكال و التوقُّف بصورة علم البائع (4) على ما استظهره السيّد العميد (5) و المحقّق الثاني (6) من عبارته الكتاب، و عن الفخر: حمل الإشكال في العبارة على مطلق صورته عدم الاستيفاء (7).

فتحصّل (8) من ذلك كلّه: أنَّ الأقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاه خمسّه:

الأوّل:الضمان، و كأنّه للأكثر.

الثاني:عدم الضمان، كما عن الإيضاح.

الثالث:الضمان إلّا مع علم البائع، كما عن بعض من كتب على الشرائع (9).

ص: ٢٠٦

١-١) المسالك ٣:١٥٤.

٢-٢) الدروس ٣:١٩٤.

٣-٣) التنقيح الرائع ٢:٣٢.

٤-٤) القواعد ١:٢٠٨.

٥-٥) كنز الفوائد ١:٦٧٦.

٦-٦) جامع المقاصد ٦:٣٢٤-٣٢٥.

٧-٧) إيضاح الفوائد ٢:١٩٤.

٨-٨) كذا في «ف» و«ص»، و في «ش» و ظاهر «ن»:«فيتحصّل»، و في سائر النسخ:«فيحصل».

٩-٩) لم نقف عليه.

الرابع: التوقّف في هذه الصورة، كما استظهره جامع المقاصد و السيد العميد من عبارته القواعد.

الخامس: التوقّف مطلقاً، كما عن الدروس و التنقيح و المسالك و محتمل القواعد، كما يظهر من فخر الدين.

و قد عرفت أنّ التوقّف أقرب إلى الإنصاف، إلّا أنّ المحكى من التذكرة ما لفظه (١): إنّ منافع الأموال من العبيد (٢) و الثياب و العقار و غيرها مضمونه بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جاريه (٣) أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منفعه -سواء أتلّفها بأن استعملها، أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدّة في يده (٤) لا يستعملها - عند علمائنا أجمع (٥).

و لا يبعد أن يراد ب«اليد العادية» مقابل اليد الحقّة، فيشمل يد المشتري في ما نحن فيه، خصوصاً مع علمه (٦)، سيّما مع جهل البائع به.

و أظهر منه ما في السرائر في آخر باب الإجاره: -من الاتفاق أيضاً على ضمان منافع المغصوب الفائته (٧)، مع قوله في باب البيع: إنّ

ص: ٢٠٧

١-١) لم ترد «ما لفظه» في «ف» و «ش».

٢-٢) كذا في «ف» و «ن»، و في سائر النسخ: العبد.

٣-٣) في المصدر زياده: أو ثوباً.

٤-٤) في «ف»: بأن بقيت تحت يده مدّة.

٥-٥) التذكرة ٣٨١: ٢.

٦-٦) كذا في «ش» و مصحّحه «ن» و «م»، و في سائر النسخ: غلبته.

٧-٧) السرائر ٤٧٩: ٢.

البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزله الشيء المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم عن إمساكه (١)، انتهى.

و على هذا، فالقول بالضمان لا يخلو عن قوّه، وإن كان المتراءى من ظاهر صحيحه أبى ولآد (٢) اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاه من البغل المتجاوز به إلى غير محلّ الرخصه، إلّا أنّا لم نجد بذلك عاملاً في المغصوب الذي هو موردها.

ص: ٢٠٨

١-١) السرائر ٣٢٦:٢.

٢-٢) الوسائل ٣١٣:١٧، الباب ٧ من أبواب الغصب، الحديث الأوّل.

الرابع إذا تلف المبيع، فإن كان مثلًا وجب مثله

بلا خلاف إلّا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي (١).

وقد اختلف كلمات أصحابنا فى تعريف المثلى، فالشيخ (٢) وابن زهره (٣) وابن إدريس (٤) والمحقق (٥) وتلميذه (٦) والعلماء (٧) وغيرهم (٨) قدّس الله أسرارهم، بل المشهور-على ما حكى (٩)-أنّه: ما يتساوى أجزاءه من حيث القيمة.

ص: ٢٠٩

١-١) حكاة العلماه فى المختلف ١٣١:٦، والشهيد فى غايه المراد: ١٣٥، وغيرهما.

٢-٢) المبسوط ٥٩:٣.

٣-٣) الغنيه: ٢٧٨.

٤-٤) السرائر ٤٨٠:٢.

٥-٥) الشرائع ٢٣٩:٣.

٦-٦) وهو الفاضل الآبى فى كشف الرموز ٣٨٢:٢.

٧-٧) القواعد ٢٠٣:١.

٨-٨) مثل أبى العباس فى المهذب البارع ٢٥١:٤، والمقتصر: ٣٤٢.

٩-٩) حكاة الشهيد الثانى فى المسالك (الطبعه الحجريه) ٢٠٨:٢، والمحقق السيزوارى فى الكفايه: ٢٥٧، والسيد الطباطبائى فى

الرياض ٣٠٣:٢.

و المراد بأجزائه: ما يصدق عليه اسم الحقيقة. و المراد بتساويها من حيث القيمة: تساويها بالنسبه، بمعنى كون قيمه كلِّ بعضٍ بالنسبه إلى قيمه البعض الآخر كنسبه نفس البعضين من حيث المقدار؛ و لذا قيل في توضيحه: إنَّ المقدار منه إذا كان يستوى (١) قيمه (٢)، فنصفه يستوى (٣) نصف تلك القيمة (٤).

و من هنا رجَّح الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين قيمياً، قال: إذ لو انفصلت نقصت قيمتها (٥).

قلت: و هذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثلياً؛ إذ لو انكسر نصفين نقص قيمه نصفه عن نصف قيمه المجموع (٦)، إلا أن يقال:

إنَّ الدرهم مثلي بالنسبه إلى نوعه. و هو الصحيح؛ و لذا لا يعدّ الجريش مثلاً للحنطه، و لا الدُّقاهه مثلاً للأرز.

و من هنا يظهر أنَّ كلَّ نوعٍ من أنواع الجنس الواحد، بل كلِّ

ص: ٢١٠

١- ١) كذا في النسخ، و لعلّه مصحّف «يسوى» بمعنى: يساوى، لكن عن الأزهري: أن قولهم «يسوى» ليس عربياً صحيحاً، انظر المصباح المنير، مادّه: «سوى».

٢- ٢) في «م» زياده: معيّنه.

٣- ٣) كذا في النسخ، و لعلّه مصحّف «يسوى» بمعنى: يساوى، لكن عن الأزهري: أن قولهم «يسوى» ليس عربياً صحيحاً، انظر المصباح المنير، مادّه: «سوى».

٤- ٤) قاله الشهيد الثاني في المسالك (الطبعه الحجريه) ٢٠٨:٢، و السيّد الطباطبائي في الرياض ٣٠٣:٢.

٥- ٥) المسالك (الطبعه الحجريه) ٢٠٩:٢.

٦- ٦) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في «ف» و مصحّحه «ص»: «نقص قيمه نصفه عن قيمه المجموع»، و في سائر النسخ: «نقص قيمه نصفه عن قيمه المجموع».

صنّف من أصنافٍ نوعٍ واحدٍ مثليّ بالنسبه إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف.

فلا يرد ما قيل: من أنّه إن أُريد التساوى بالكليه، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرّف؛ إذ ما من مثليّ إلّا و أجزاءه مختلفه في قيمه كالحنطه؛ فإنّ قفيزاً من حنطه (١) يساوى عشره و من اخرى يساوى عشرين. و إن أُريد التساوى في الجملة، فهو في القيمي موجود، كالثوب و الأرض (٢)، انتهى.

و قد لوح هذا المورد في آخر كلامه إلى دفع إيراده بما ذكرنا: من أنّ كون الحنطه مثليه معناه: أنّ كلّ صنّف منها (٣) متماثل الأجزاء (٤) و متساوٍ (٥) في قيمه، لا- بمعنى أنّ جميع أبعاض هذا النوع متساويه في قيمه، فإذا كان المضمون بعضاً من صنف، فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف، لا القيمه و لا بعض من صنف (٤) آخر (٧).

لكنّ الإنصاف: أنّ هذا خلاف ظاهر كلماتهم؛ فإنّهم يطلقون المثلى على جنس الحنطه و الشعير و نحوهما، مع عدم صدق التعريف

ص: ٢١١

١- ١) في «ف»: الحنطه.

٢- ٢) قاله المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائده ٥٢٢: ١٠-٥٢٣.

٣- ٣) في غير «ش»: منه.

٤- ٤) كذا في «ن»، و في «ش»: «الأجزاء»، و في سائر النسخ: للأجزاء.

٥- ٥) في غير «ش»: متساويه.

٦- ٦) في «ف»: الصنف الآخر.

٧- ٧) انظر مجمع الفائده ٥٢٥: ١٠-٥٢٦.

عليه، وإطلاق المثلى على الجنس باعتبار مثليته أنواعه أو أصنافه و إن لم يكن بعيداً، إلّا أنّ انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جداً، إلّا أن يُهملوا خصوصيات الأصناف الموجبه لزياده قيمه و نقصانها، كما التزمه بعضهم (١).

غايه الأمر وجوب رعايه الخصوصيات عند أداء المثل عوضاً عن التالف، أو القرض، و هذا أبعد.

هذا، مضافاً إلى أنّه يشكل أطراد التعريف بناءً على هذا، بأنّه:

إن أُريد تساوى الأجزاء من صنف واحد من حيث قيمه تساويًا حقيقياً، فقلّ ما (٢) يتفق ذلك فى الصنف الواحد من النوع؛ لأنّ أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى فى قيمه؛ لتفاوتها بالخصوصيات الموجبه لزياده الرغبه و نقصانها، كما لا يخفى.

و إن أُريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث قيمه و إن لم يتساو حقيقه، تحقّق ذلك فى أكثر القيميات؛ فإنّ لنوع الجاربه أصنافاً متقاربه فى الصفات الموجبه لتساوى قيمه، و بهذا الاعتبار يصحّ السلم فيها، و لذا اختار العلامه فى باب القرض من التذكّره-على ما حكى عنه (٣)- أنّ ما يصحّ فيه السلم من القيميات مضمون فى القرض بمثله (٤).

ص: ٢١٢

١- ١) لم نقف عليه بعينه، و لعلّه ينظر إلى ما قاله الشهيد الثانى و غيره فى المثلى: من أنّ المثل ما يتساوى قيمه أجزائه، أى أجزاء النوع الواحد منه، انظر المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨، و الكفاية: ٢٥٧ و غيرهما.

٢- ٢) فى مصحّحه «ص»: فإنّه قلّما.

٣- ٣) عبارته «على ما حكى عنه» لم ترد فى «ش»، و شطب عليها فى «ن».

٤- ٤) التذكّره ٥: ٢.

وقد عدَّ الشيخ في المبسوط الرطب و الفواكه من القيمّات (١)، مع أنّ كلّ نوعٍ منها مشتمل على أصنافٍ متقاربه في قيمه، بل متساويه عرفاً.

ثمّ لو فرض أنّ الصنف المتساوى من حيث القيمة في الأنواع القيمّيه عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثلّيه، لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف. نعم، يوجب ذلك الفرق بين النوعين في حكمه الحكم بضمان المثلّى بالمثل، و القيمي بالقيمه.

ثمّ إنّّه قد عُرِّف المثلّى بتعاريفٍ أُخر أعمّ من التعريف المتقدّم أو أخصّ:

فمن التحرير: أنّه ما تماثلت أجزاءه و تقاربت صفاته (٣).

و عن الدروس و الروضه: أنّه المتساوى الأجزاء و المنفعه، المتقارب الصفات (٤)، و عن المسالك و الكفايه: أنّه أقرب التعريفات إلى السلامه (٥).

و عن غايه المراد: ما تساوى أجزاءه في الحقيقه النوعيه (٦).

ص: ٢١٣

١- ١) المبسوط ٩٩:٣.

٢- ٢) لم ترد «قد» في «ف».

٣- ٣) حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٤٢:٦، و انظر التحرير ١٣٩:٢، و فيه: «و يتفاوت صفاته»، و لم نقف على غيره.

٤- ٤) الدروس ١١٣:٣، الروضه البهيه ٣٦:٧.

٥- ٥) المسالك (الطبعه الحجريه) ٢٠٨:٢، الكفايه ٢٥٧:٢، و اللفظ للأخير، و حكاه عنهما السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٤٢:٦.

٦- ٦) غايه المراد: ١٣٥، و فيه: ما تتساوى.

و عن بعض العامه: أنه ما قدر بالكيل أو الوزن (١).

و عن آخر منهم زياده: جواز بيعه سلماً (٢).

و عن ثالث منهم زياده: جواز بيع بعضه ببعض (٣)، إلى غير ذلك ممّا حكاه فى التذكرة عن العامه (٤).

ثمّ (٥) لا- يخفى أنه ليس للفظ «المثلى» حقيقه شرعيه و لا- متشريعيه (٦)، و ليس المراد معناه اللغوى؛ إذ المراد بالمثل لغه: المماثل، فإن أُريد من جميع الجهات فغير منعكس، و إن أُريد من بعضها، فغير مطرد.

و ليس فى النصوص حكم يتعلّق بهذا العنوان حتّى يبحث عنه.

نعم، وقع هذا العنوان فى معقد إجماعهم (٧) على أنّ المثلى يضمن بالمثل، و غيره بالقيمه، و من المعلوم أنه لا يجوز الاتكال فى تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفه الباقيين.

و حيثئذٍ فينبغى أن يقال: كلّ ما كان مثلياً باتّفاق المجمعين فلا إشكال فى ضمّانه بالمثل؛ للإجماع، و يبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم،

ص: ٢١٤

١- ١) بدايه المجتهد ٣١٧:٢، و المغنى؛ لابن قدامه ٢٣٩:٥-٢٤٠، و المحلّى ٦: ٤٣٧.

٢- ٢) انظر مغنى المحتاج ٢٨١:٢.

٣- ٣) لم نقف عليه فى ما بأيدينا من كتب العامه.

٤- ٤) التذكرة ٣٨١:٢.

٥- ٥) فى «ف»: ثمّ إنّه.

٦- ٦) فى النسخ: و لا متشريعه.

٧- ٧) انظر جامع المقاصد ٢٤٥:٦، و الرياض ٣٠٣:٢، و المناهل: ٢٩٩، و مفتاح الكرامه ٢٤١:٦، و الجواهر ٨٥:٣٧.

كالذهب و الفضه الغير المسكوكين، فإن صريح الشيخ في المبسوط كونهما من القيميات (١)، و ظاهر غيره (٢) كونهما مثليين، و كذا الحديد و النحاس و الرصاص؛ فإن ظواهر عبائر المبسوط (٣) و الغنيه (٤) و السرائر (٥) كونها قيميه.

و عبارته التحرير صريحه في كون أصولها مثليه و إن كان المصوغ منها قيمياً (٦).

و قد صرح الشيخ في المبسوط: يكون الرطب و العنب قيمياً (٧)، و التمر و الزبيب مثلياً (٨).

و قال في محكى المختلف: إن في الفرق إشكالاً (٩)، بل صرح بعض

ص: ٢١٥

١-١) المبسوط ٣:٦١.

٢-٢) كالمحقق في الشرائع ٣:٢٤٠، و العلامه في التحرير ٢:١٣٩، و التذكرة ٢:٣٨٤، و المختلف ٦:١٢٢، و الشهيد في الدروس ٣:١١٦، و نسبه الشهيد الثاني إلى المشهور، انظر المسالك ٢:٢٠٩، و مثله في الكفايه: ٢٥٨.

٣-٣) المبسوط ٣:٦٠.

٤-٤) الغنيه: ٢٧٨.

٥-٥) السرائر ٢:٤٨٠.

٦-٦) التحرير ٢:١٣٩.

٧-٧) كذا في النسخ، و المناسب: «قيمين»، كما في مصححه «ص»، و هكذا الكلام في «مثلياً».

٨-٨) انظر المبسوط ٣:٩٩-١٠٠.

٩-٩) المختلف ٦:١٣٥.

من قارب عصرنا بكون الرطب و العنب مثلين (١).

و قد حكى عن موضع من جامع المقاصد: أنّ الثوب مثلئ (٢)، و المشهور خلافه. و أيضاً فقد مثّلوا للمثلى بالحنطه و الشعير (٣)، و لم يعلم أنّ المراد نوعهما أو كلّ صنف؟ و ما المعيار فى الصنف؟ و كذا التمر.

و الحاصل: أنّ موارد عدم تحقّق الإجماع على المثليّه فيها كثيره، فلا بدّ من ملاحظه أنّ الأصل الذى يرجع إليه عند الشكّ هو الضمان بالمثل، أو بالقيمه، أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل و قيمه؟ و لا يبعد أن يقال: إنّ الأصل هو تخيير الضامن؛ لأصالة براءة ذمّته عمّا زاد على ما يختاره، فإنّ فرض إجماع على خلافه فالأصل تخيير المالك؛ لأصالة عدم براءة ذمّته بدفع ما لا يرضى به المالك، مضافاً إلى عموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى» (٤) فإنّ مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين، خرج ما إذا رضى المالك بشيءٍ آخر.

و الأقوى: تخيير المالك من أوّل الأمر؛ لأصالة الاشتغال، و التمسك بأصالة البراءه لا يخلو من منع.

ص: ٢١٦

-
- ١- ١) صرّح به المحقّق القمى فى جامع الشتات (الطبعه الحجريه) ٥٤٣: ٢- ٥٤٤.
 - ٢- ٢) حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٢٤٩: ٦، و انظر جامع المقاصد ٢٥٠: ٦.
 - ٣- ٣) كما فى جامع المقاصد ٢٤٣: ٦، و الروضه البهيه ٣٦: ٧، و مجمع الفائده ٥٢٢: ١٠.
 - ٤- ٤) عوالى اللآلى ٢٢٤: ١، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

نعم، يمكن أن يقال-بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال، و الإجماع على عدم تخيير المالك:-التخيير في الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين، أعنى: تعين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبه القيمه و لا للضامن الامتناع، و تعيين (١)القيمه كذلك، فلا متيقن في البين، و لا يمكن البراءه اليقينيّه عند التشاح، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى، فتأمل.

هذا، و لكن يمكن أن يقال: إنَّ القاعده المستفاده من إطلاقات الضمان في المغصوبات و الأمانات المفرط فيها، و غير ذلك، هو الضمان بالمثل؛ لأنه أقرب إلى التالف من حيث المائيه و الصفات، ثم بعده قيمه التالف من النقدين و شبههما؛ لأنهما (٢)أقرب من حيث المائيه؛ لأنَّ ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما.

و لأجل الاتكال على هذا الظهور لا- تكاد تظفر على موردٍ واحد من هذه الموارد على كثرتها قد نصَّ الشارع فيه على ذكر المضمون به، بل كلّها-إلا ما شدَّ و ندر-قد أطلق فيها الضمان، فلولا الاعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان.

و قد استدلَّ في المبسوط (٣) و الخلاف (٤) على ضمان المثلي بالمثل، و القيمي بالقيمه بقوله تعالى: **فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ**

ص: ٢١٧

١- ١) في غير «ش»: و بين تعيين.

٢- ٢) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: لأنه.

٣- ٣) المبسوط ٣: ٦٠.

٤- ٤) الخلاف ٣: ٤٠٢ و ٤٠٦، كتاب الغصب، المسأله ١١ و ١٨.

بتقريب: أنّ مماثل «ما اعتدى» هو المثل في المثلى، وقيمه في غيره، و اختصاص الحكم بالمتلف عدواناً (٢) لا يقدح بعد عدم القول بالفصل.

و ربما يناقش في الآيه بأنّ مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء لا المعتدى به (٣)، وفيه نظر.

نعم، الإنصاف عدم وفاء الآيه - كالدليل السابق عليه (٤) - بالقول المشهور؛ لأنّ مقتضاهما وجوب المماثلة العرفيه في الحقيقه و المائيه، وهذا يقتضى اعتبار المثل حتّى في القيمات، سواءً وجد المثل فيها أم لا.

أمّا مع وجود المثل فيها، كما لو أتلّف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساويه من جميع الجهات، فإنّ مقتضى العرف و الآيه:

إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك - ولو بأضعاف قيمته - و دفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع أنّ القائل بقيمه الثوب لا يقول به، و كذا لو أتلّف عليه عبداً و له في ذمّه المالك - بسبب القرض أو السلم - عبد موصوف بصفات التالف، فإنّهم لا يحكمون بالتهاتر القهرى، كما يشهد به ملاحظه كلماتهم في بيع عبد من عبيد (٥).

ص: ٢١٨

١- (١) البقره: ١٩٤.

٢- (٢) لم ترد «عدواناً» في «ف».

٣- (٣) المناقشه من السيد الطباطبائي في الرياض ٣: ٣٠٣.

٤- (٤) و هو استظهار الضمان بالمثل عرفاً من إطلاقات أدلّه الضمان - في الصفحه السابقه - بقوله: و لكن يمكن أن يقال... إلخ.

٥- (٥) راجع الخلاف ٣: ٢١٧، كتاب السلم، المسأله ٣٨، و الشرائع ٢: ١٨، و الدروس ٣: ٢٠١، و مفتاح الكرامه ٤: ٣٥٣.

نعم، ذهب جماعة-منهم الشهيدان في الدروس و المسالك (١)- إلى جواز ردّ العين المقترضه إذا كانت قيمته، لكن لعلّه من جهه صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهه ضمان القيمي (٢) بالمثل؛ ولذا اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها و إن كان مماثلاً لها من جميع الجهات.

و أمّا مع عدم وجود المثل للقيميّ التالف، فمقتضى الدليلين (٣) عدم سقوط المثل من الذمّه بالتعدّر، كما لو تعدّر المثل في المثلي، فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلي، و لا يقولون به.

و أيضاً، فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً، فمقتضى ذلك عدم وجوب (٤) إلزام المالك بالمثل؛ لاقتضائهما (٥) اعتبار المماثله في الحقيقه و الماليه، مع أنّ المشهور- كما يظهر من بعض (٦)- إلزامه به و إن قوى خلافه بعض (٧)، بل ربما احتمل جواز دفع

ص: ٢١٩

١- (١) الدروس ٣:٣٢٠، المسالك ٣:٤٤٩.

٢- (٢) كذا في «ش» و «ص» و مصححه «خ»، «م»، «ع» و نسخه بدل «ن»، و في «ف»: المثلي، و في «ن»: القيمي.

٣- (٣) أي: الاستظهار العرفي و الآيه.

٤- (٤) في شرح الشهيدى: الصواب «الجواز» بدل «الوجوب» كما لا يخفى، انظر هدايه الطالب: ٢٣١.

٥- (٥) كذا في «ش» و مصححه «ن» و «خ»، و في سائر النسخ: لاقتضائها.

٦- (٦) انظر مفتاح الكرامه ٦:٢٥٢، و الجواهر ٣٧:٩٩.

٧- (٧) قواه الشهيد قدس سرّه في الدروس ٣:١١٣، و لكنّه فيما لو خرج المثلي عن القيمه.

المثل و لو سقط من قيمه بالكليه (١) و إن كان الحق خلافه.

فتبين: أنّ النسبه بين مذهب المشهور و مقتضى العرف و الآيه عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين و لا يضمن به عند المشهور، كما فى المثالين المتقدمين (٢)، و قد ينعكس الحكم كما فى المثال الثالث (٣)، و قد يجتمعان فى المضمون به كما فى أكثر الأمثله.

ثمّ إنّ الإجماع على ضمان القيمي بالقيمه على تقدير تحقّقه لا- يجدى بالنسبه إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً، ففى موارد الشكّ يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق (٤) و عموم الآيه (٥)؛ بناءً على ما هو الحقّ المحقّق: من أنّ العامّ المخصّص بالمجمل مفهوماً، المتردّد بين الأقلّ و الأكثر لا يخرج عن الحجّيه بالنسبه إلى موارد الشكّ.

فحاصل الكلام: أنّ ما أجمع على كونه مثلياً يضمن بالمثل، مع مراعاة الصفات التى تختلف بها الرغبات و إن فرض نقصان قيمته فى زمان الدفع أو مكانه (٦) عن قيمه التالف؛ بناءً على تحقّق الإجماع على إهمال هذا التفاوت، مضافاً إلى الخبر الوارد فى أنّ الثابت فى ذمّه من

ص: ٢٢٠

١- ١) احتمله العلامة فى القواعد ٢٠٤: ١.

٢- ٢) يعنى: مثالى إتلاف الكرباس و إتلاف العبد، المتقدمين فى الصفحه ٢١٨.

٣- ٣) هو ما لو فرض نقصان قيمه المثل عن قيمه التالف نقصاناً فاحشاً.

٤- ٤) تقدّم فى الصفحه ٢١٧ المشار إليه بقوله: و لكن يمكن أن يقال...

٥- ٥) المتقدمه فى الصفحه ٢١٧-٢١٨.

٦- ٦) لم ترد «مكانه» فى «ف».

اقترض دراهم (١) وأسقطها السلطان و روج غيرها، هي الدراهم الأولى (٢)(٣).

و ما أجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمه-بناءً على ما سيجيء من الاتفاق على ذلك (٤)- وإن وجد مثله أو كان مثله في ذمه الضامن (٥).

و ما شك في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثلي، مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع و التالف، و مع الاختلاف الحق بالقيمي، فتأمل.

ص: ٢٢١

١ - ١) كذا في «ف»، «خ»، «م»، «ع»، «ص» و نسخه بدل «ش»، و في «ن» و «ش» هكذا: «في أن اللازم على مین عليه دراهم»، و قال الشهيد بعد نقل هذه العبارة: هكذا في النسخ المصححة، انظر هدايه الطالب: ٢٣١.

٢ - ٢) الوسائل ١٢: ٤٨٨، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الحديث ٢.

٣ - ٣) في «ن» زياده: «فتأمل» استدراكاً، و يشهد على وجودها في الأصل أن المامقاني و الشهيد قدس سرهما نقلها في شرحهما و علّقا عليها، انظر غايه الآمال: ٣٠٥، و هدايه الطالب: ٢٣١.

٤ - ٤) يجيء في الأمر السابع.

٥ - ٥) في «ش»: في ذمه المالك.

الخامس ذكر في القواعد: أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء تردّد

(١)

، انتهى.

أقول: كثره الثمن إن كانت لزياده قيمه السوقيه للمثل بأن صارت قيمته أضعاف قيمه التالف يوم تلفه، فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء ولا خلاف، كما صرح به في الخلاف، حيث قال: إذا غصب ما له مثل - كالحبوب (٢) والأدهان - فعليه مثل ما تلف في يده، يشتره بأى ثمن كان، بلا خلاف (٣)، انتهى (٤). وفي المبسوط: يشتره بأى ثمن كان إجماعاً (٥)، انتهى (٦).

ص: ٢٢٢

١-١ (١) القواعد ٢٠٤:١.

٢-٢ (٢) كذا في «ش» والمصدر، وفي «ف» ومصححه «ن» ونسخه بدل «ش»: «كاللحم»، وفي سائر النسخ: الحبوب.

٣-٣ (٣) الخلاف ٣:٤١٥، كتاب البيوع، المسألة ٢٩.

٤-٤ (٤) لم ترد «انتهى» في «ش».

٥-٥ (٥) المبسوط ٣:١٠٣.

٦-٦ (٦) عبارته «و في المبسوط: -إلى- انتهى» من «ش» و هامش «ن».

و وجهه: عموم النصّ و الفتوى بوجوب المثل في المثلى، و يؤيّده فحوى حكمهم بأنّ تنزّل قيمه المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى قيمه، بل ربما احتل بعضهم (١) ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المائيه؛ كالماء على الشاطئ و الثلج في الشتاء.

و أمّا إن كان (٢) لأجل تعذّر المثل و عدم وجدانه إلّا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس مع وصف الإعواز، بحيث يعدّ بذل ما يريد (٣) مالكة بإزائه ضرراً عرفاً- و الظاهر أنّ هذا هو المراد بعبارته القواعد (٤)؛ لأنّ الثمن في الصورة الأولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل، و إنّما زاد على ثمن التالف يوم التلف- و حينئذ (٥) فيمكن (٦) التردّد في الصورة الثانيه كما قيل (٧): من أنّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم، كالرقبه في الكفّاره و الهدى، و أنّه يمكن معانده البائع و طلب أضعاف القيمه، و هو ضرر.

ص: ٢٢٣

-
- ١- ١) احتمله العلّامه في القواعد ٢٠٤: ١.
 - ٢- ٢) كذا في النسخ، و المناسب: إن كانت.
 - ٣- ٣) في بعض النسخ: يزيد.
 - ٤- ٤) تقدّمت عبارته في صدر المسأله.
 - ٥- ٥) في مصحّحتي «ن» و «ص»: فحينئذ.
 - ٦- ٦) في مصحّحه «ن»: «و يمكن»، و في مصحّحه «ص»: يمكن.
 - ٧- ٧) قاله العلّامه في التذكرة ٣٨٤: ٢، و السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٦: ٢٥٤.

و (١) لكنّ الأقوى مع ذلك: وجوب الشراء؛ وفاقاً للتحريم (٢) كما عن الإيضاح (٣) و الدروس (٤) و جامع المقاصد (٥)، بل إطلاق السرائر (٦)، و نفى الخلاف المتقدّم عن الخلاف (٧)؛ لعين ما ذكر في الصورة الأولى (٨).

ثمّ إنّ لا- فرق في جواز مطالبه المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره، ولا بين كون قيمته (٩) في مكان المطالبه أزيد من قيمته في مكان التلف، أم لا-؛ وفاقاً لظاهر المحكيّ (١٠) عن السرائر (١١) و التذكرة (١٢) و الإيضاح (١٣) و الدروس (١٤) و جامع المقاصد (١٥).

ص: ٢٢٤

- ١-١ (١) لم ترد «و» في «ف».
- ٢-٢ (٢) التحرير ١٣٩:٢.
- ٣-٣ (٣) إيضاح الفوائد ١٧٨:٢.
- ٤-٤ (٤) الدروس ١١٣:٣.
- ٥-٥ (٥) جامع المقاصد ٢٦٠:٦.
- ٦-٦ (٦) انظر السرائر ٤٨٠:٢.
- ٧-٧ (٧) تقدّم في الصفحة ٢٢٢.
- ٨-٨ (٨) و هو ما أفاده بقوله: و وجهه عموم النصّ و الفتوى بوجوب المثل في المثلى.
- ٩-٩ (٩) في «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص» زياده: «الأولى»، إلّا أنّه شطب عليها في «ن».
- ١٠-١٠ (١٠) حكاه عنهم السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٥٢:٦.
- ١١-١١ (١١) السرائر ٤٩٠:٢.
- ١٢-١٢ (١٢) التذكرة ٣٨٣:٢.
- ١٣-١٣ (١٣) إيضاح الفوائد ١٧٦:٢.
- ١٤-١٤ (١٤) الدروس ١١٤:٣.
- ١٥-١٥ (١٥) جامع المقاصد ٢٥٦:٦.

و فى السرائر: أنه الذى يقتضيه عدل الإسلام و الأدله و أصول المذهب (١)، و هو كذلك؛ لعموم «الناس مسلطون على أموالهم» (٢).

هذا مع وجود المثل فى بلد المطالبه، و أما مع تعذره فسيأتى حكمه فى المسأله السادسه.

ص: ٢٢٥

١-١) انظر السرائر ٢:٤٩٠-٤٩١.

٢-٢) عوالى اللآلى ١:٢٢٢، الحديث ٩٩.

لأن منع المالك ظلم، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر، فوجب قيمه؛ جمعاً بين الحقيين.

مضافاً إلى قوله تعالى: فَأَعْتِدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آغْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ (١) فإن الضامن إذا ألزم بالقيمه مع تعذر المثل لم يعتد عليه أزيد مما اعتدى.

و أما مع عدم مطالبه المالك، فلا دليل على إلزامه بقبول قيمه؛ لأن المتيقن أن دفع قيمه علاج لمطالبه المالك، وجمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبه و حق الضامن بعدم (٢) تكليفه بالمعذور أو المعسور، أما مع عدم المطالبه فلا دليل على سقوط حقه عن المثل.

و ما ذكرناه (٣) يظهر من المحكي عن التذكرة و الإيضاح، حيث ذكرنا

ص: ٢٢٤

١- (١) البقره: ١٩٤.

٢- (٢) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: لعدم.

٣- (٣) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: و ما ذكرنا.

فى ردّ بعض الاحتمالات الآتية فى حكم تعدّر المثل ما لفظه: إنّ المثل لا يسقط بالإعواز، أ لا ترى أنّ المغصوب منه لو صبر إلى زمان وجدان المثل ملك المطالبه به؟ و إنّما المصير إلى القيمه وقت تغريمها (١)، انتهى.

لكن أطلق كثيرٌ منهم الحكم بالقيمه عند تعدّر المثل، و لعلهم يريدون صوره المطالبه، و إلّا فلا دليل على الإطلاق.

و يؤيد ما ذكرنا: أنّ المحكّي عن الأكثر فى باب القرض: أنّ المعتمد فى المثل (٢) المتعدّر قيمته يوم المطالبه (٣)، نعم عبّر بعضهم بيوم الدفع (٤)، فليتأمل.

و كيف كان، فلنرجع إلى حكم المسأله فنقول: المشهور (٥) أنّ العبره فى قيمه المثل المتعدّر بقيمته يوم الدفع (٦)؛ لأنّ المثل (٧) ثابت فى الذمه إلى ذلك الزمان، و لا دليل على سقوطه بتعدّره، كما لا يسقط الدين بتعدّر أدائه.

ص: ٢٢٧

١- ١) التذكرة، ٣٨٣: ٢، إيضاح الفوائد ١٧٥: ٢؛ و قوله: «إنّما المصير... إلخ» ليس فى الإيضاح.

٢- ٢) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: المثلى.

٣- ٣) حكاة السيد المجاهد فى المناهل: ٨، قال بعد نقل أقوال أربعة: لا يبعد أن يقال: إنّ الأحوط هو القول الأوّل؛ لأنّ القائل به أكثر.

٤- ٤) عبّر به العلامة فى المختلف ٣٩٢: ٥.

٥- ٥) فى غير «ف»: إنّ المشهور.

٦- ٦) وردت العبارة فى «ف» هكذا: إنّ العبره بقيمته يوم دفع قيمه المثل المتعدّر.

٧- ٧) كذا فى «ف»، «م» و «ش» و مصحّحه «ن»، و فى غيرها: المثلى.

و قد صرّح بما ذكرنا المحقق الثاني (١)، و قد عرفت من التذكرة و الإيضاح ما يدلّ عليه (٢).

و يحتمل اعتبار وقت تعذّر المثل، و هو للحلّى فى البيع الفاسد (٣)، و للتحريّر فى باب القرض (٤)، و محكّي (٥) عن المسالك (٦)؛ لأنّه وقت الانتقال إلى قيمه.

و يضعفه: أنّه إن أُريد بالانتقال انقلاب ما فى الذمّة إلى قيمه فى ذلك الوقت، فلا دليل عليه، و إن أُريد عدم وجوب إسقاط ما فى الذمّة إلّا بالقيمه، فوجوب الإسقاط بها و إن حدث يوم التعذّر مع المطالبه، إلّا أنّه لو أّخر الإسقاط بقى المثل فى الذمّة إلى تحقّق الإسقاط، و إسقاطه فى كلّ زمانٍ بأداء قيمته فى ذلك الزمان، و ليس فى الزمان الثانى مكلفاً بما صدق عليه الإسقاط فى الزمان الأوّل.

هذا، و لكن لو استندنا فى لزوم قيمه فى المسأله إلى ما تقدّم سابقاً: من الآيه (٧)، و من أنّ المتبادر من إطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذّر المثل، توجه القول

ص: ٢٢٨

١-١) جامع المقاصد ٢٤٥:٦ و ٢٥٥.

٢-٢) راجع الصفحه السابقه.

٣-٣) السرائر ٢٨٥:٢.

٤-٤) تحرير الأحكام ٢٠٠:١.

٥-٥) فى «ف» و «ن»: حكى.

٦-٦) المسالك ١٧٤:٣.

٧-٧) المتقدّمه فى الصفحه ٢٢٦.

بصيروره التالف قيمياً بمجرد تعذر المثل؛ إذ لا فرق في تعذر المثل بين تحققه ابتداء كما في القيميات، وبين طرؤه بعد التمكن، كما في ما نحن فيه.

و دعوى: اختصاص الآيه و إطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر المثل ابتداء، لا يخلو عن تحكّم.

ثم إنّ في المسأله احتمالات أخر، ذكر أكثرها في القواعد (١)، و قوى بعضها في الإيضاح (٢)، و بعضها بعض الشافعيه (٣).

و حاصل جميع الاحتمالات في المسأله مع مبانيها (٤)، أنه:

إمّا أن نقول باستقرار المثل في الذمه إلى أوان الفراغ منه بدفع قيمه، و هو الذى اخترناه تبعاً للأكثر من اعتبار قيمه عند الإقباض، و ذكره في القواعد خامس الاحتمالات.

و إمّا أن نقول بصيرورته قيمياً عند الإعواز، فإذا صار كذلك، فإمّا أن نقول: إنّ المثل المستقرّ في الذمه قيمى، فتكون قيمته صفة للمثل بمعنى أنه لو تلف وجب قيمته.

و إمّا أن نقول: إنّ المغصوب انقلب قيمياً بعد أن كان مثلياً.

فإن قلنا بالأول، فإن جعلنا الاعتبار في القيمى بيوم التلف - كما

ص: ٢٢٩

١- ١) قواعد الأحكام ٢٠٣: ١- ٢٠٤.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ١٧٥: ٢.

٣- ٣) قال النووى: و الأصح أنّ المعبر أقصى قيمه من وقت الغصب إلى تعذر المثل. مغنى المحتاج ٢٨٣: ٢، و انظر التذكره ٢٨٣: ٢.

٤- ٤) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: بيانها.

هو أحد الأقوال- كان المتعين قيمه المثل يوم الإعواز، كما صرح به في السرائر في البيع الفاسد (1)، و التحرير في باب القرض (2)؛ لأنه يوم تلف القيمي.

و إن جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان- كما هو القول الآخر في القيمي- كان المتجه اعتبار زمان تلف العين؛ لأنه أول أزمنه وجوب المثل في الذمه المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه، وهذا مبني على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب كما عن الأكثر (3).

و إن جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف- كما حكى عن جماعه من القدماء في الغصب (4) كان المتجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان الإعواز، و ذكر هذا الوجه في القواعد ثاني الاحتمالات (5).

و إن قلنا: إن الثالف انقلب قيمياً، احتمال الاعتبار بيوم الغصب- كما في القيمي المغصوب و الاعتبار بالأعلى منه إلى (6) يوم التلف، و ذكر هذا أول الاحتمالات في القواعد (7).

ص: ٢٣٠

١-١) السرائر ٢:٢٨٥.

٢-٢) تحرير الأحكام ١:٢٠٠.

٣-٣) نسبه إلى الأكثر المحقق في الشرائع ٣:٢٤٠، و العلامه في التحرير ٢:١٣٩.

٤-٤) منهم: الشيخ في المبسوط ٣:٧٢، و ابن حمزه في الوسيله: ٢٧٦، و ابن زهره في الغنيه: ٢٧٩ و غيرهم، انظر مفتاح الكرامه ٦:٢٤٤.

٥-٥) القواعد ١:٢٠٣.

٦-٦) في «ف» بدل «إلى»: لا.

٧-٧) القواعد ١:٢٠٣-٢٠٤.

و إن قلنا: إنَّ المشترك بين العين و المثل صار قيمياً، جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذّر المثل؛ لاستمرار الضمان فيما قبله من الزمان، إمّا للعين و إمّا للمثل، فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب إلى التلف، و هذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات (١).

و احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب إلى دفع المثل (٢)، و وجهه في محكّي التذكرة و الإيضاح: بأنّ المثل لا يسقط بالإعواز، قالوا: لا ترى أنّه لو صبر المالك إلى وجدان المثل، استحقّه؟ فالمصير إلى القيمة عند تغريمها (٣). و القيمة الواجبه على الغاصب أعلى القيم.

و حاصله: أنّ وجوب دفع قيمه المثل (٤) يعتبر (٥) من زمن وجوبه أو (٦) وجوب مبدله أعنى العين فيجب أعلى القيم منها، فافهم.

ص: ٢٣١

١-١) القواعد ٢٠٣:١-٢٠٤.

٢-٢) في مصحّحه «ن»: إلى دفع قيمه المثل. قال الشهيدى قدّس سرّه: وجعله في القواعد رابع الاحتمالات؛ فإنّه قال: «الرابع: أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة»، انتهى. و منه يُعلم أنّ الصواب في عبارته المصنّف أن يقول: «إلى دفع القيمة» بدل «إلى دفع المثل»، و على تقدير صحّحه نسخه فلا بدّ من الالتزام بتقدير القيمة مضافه إلى المثل، يعنى: دفع قيمه المثل المفروض تعذّره. انظر هدايه الطالب: ٢٣٤.

٣-٣) التذكرة ٣٨٣:١، إيضاح الفوائد ١٧٥:٢.

٤-٤) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في غيرها: «المثلى».

٥-٥) لم ترد «يعتبر» في «ف».

٦-٦) في «ش» بدل «أو»: إلى.

إذا عرفت هذا، فاعلم: أنّ المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل في المثلى هو أنّه مع تعدّر المثل لا يسقط المثل عن الذمّه، غايه الأمر يجب إسقاطه مع مطالبه المالك، فالعبره بما هو إسقاط حين الفعل، فلا عبره بالقيمه إلّا يوم الإسقاط و تفرّغ الذمّه.

و أمّا بناءً على ما ذكرنا (١) - من أنّ المتبادر من أدلّه الضمان التّغريم بالأقرب إلى التالف فالأقرب - كان المثل مقدّمًا مع تيسره، و مع تعدّره ابتداءً كما في القيمي، أو بعد التمكن كما فيما نحن فيه، كان المتعيّن هو القيمه، فالقيمه قيمه للمغصوب من حين (٢) صار قيميًّا، و هو حال الإيعواز، فحال الإيعواز معتبر من حيث أنّه أوّل أزمته صيروره التالف قيميًّا، لا من حيث ملاحظه القيمه قيمه للمثل دون العين، فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيمي توجّه ما اختاره الحلّي رحمه الله (٣).

و لو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من حين الغضب إلى حين التلف - كما عليه جماعه من القدماء (٤) - توجّه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغضب إلى زمان الإيعواز؛ إذ (٥) كما أنّ ارتفاع القيمه مع بقاء العين مضمون بشرط تعدّر أدائه (٦) المتدارك لارتفاع القيم،

ص: ٢٣٢

١- ١) ذكره في الصفحه ٢٢٨.

٢- ٢) في «ف»: من حيث.

٣- ٣) و هو ثمن المثل يوم الإيعواز، راجع السرائر ٢: ٢٨٥.

٤- ٤) تقدّم التّخريج عنهم في الصفحه ٢٣٠، الهامش رقم ٤.

٥- ٥) لم ترد «إذ» في «ف»، و وردت في مصحّحه «ن» و «م».

٦- ٦) في «ص» و مصحّحه «ن»: أدائها.

كذلك (١) بشرط (٢) تعذر المثل في المثلى؛ إذ مع ردّ المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية، وحيث (٣) كانت العين فيما نحن فيه مثليه (٤) كان أداء مثلها عند تلفها كردّ عينها (٥) في إلغاء ارتفاع القيم، فاستقرار ارتفاع القيم إنما يحصل بتلف العين و المثل.

فإن قلنا: إنّ تعذر المثل يسقط المثل (٦) كما أنّ تلف العين يسقط العين توجه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإيعاز، و هو أصحّ الاحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل (٧).

و إن قلنا: إنّ تعذر المثل لا يسقط المثل و ليس كتلف العين، كان ارتفاع القيمة فيما بعد تعذر المثل أيضاً مضموناً، فيتوجه ضمان القيمة من

ص: ٢٣٣

١-١) عبارته «بشرط تعذر أدائه المتدارك لارتفاع القيم كذلك» لم ترد في «ف»، و كتب عليها في «ن»: زائد، و ورد في هامشها تصحيحاً العبارة التالية: «عند التلف في القيمي، كذلك ارتفاع القيمة مع بقاء العين أو المثل مضمون بشرط... نسخه». و وردت هذه العبارة في نسخه بدل «ش» أيضاً.

٢-٢) في «ص»: يشترط.

٣-٣) في «ف»: «فحيث».

٤-٤) كذا في «ص»، و في غيرها: مثلياً.

٥-٥) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: أداء مثله عند تلفه كردّ عينه.

٦-٦) في غير «ف» زياده: «كما إنّ تلف العين يسقط المثل»، و لكن شطب عليها في غير «ش».

٧-٧) قاله العلّامة في التذكرة ٣٨٣:٢، و انظر مغني المحتاج ٢٨٣:٢.

حين الغصب إلى حين دفع قيمه، وهو المحكى عن الإيضاح (1)، وهو أوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع قيمه مراعى بعدم رد العين أو المثل.

ثم اعلم: أنّ العلماء ذكر في عنوان هذه الاحتمالات: أنه لو تلف المثلى و المثل موجود ثم أعوز (2)، و ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ (3) تعذر المثل بعد تيسره (4) في بعض أزمته التلف، لا ما تعذر فيه المثل ابتداءً.

و عن جامع المقاصد: أنه يتعين حينئذ قيمته (5) يوم التلف (6)، و لعله لعدم تنجز التكليف بالمثل عليه في وقت من الأوقات.

و يمكن أن يخدش فيه: بأن التمكّن من المثل ليس بشرط لحدوثه في الذمه ابتداءً، كما لا يشترط في استقراره استدامه (7) -على ما اعترف به (8) - مع طرؤ التعذر بعد التلف؛ و لذا لم يذكر أحد هذا التفصيل في باب القرض.

ص: ٢٣٤

١-١ (١) إيضاح الفوائد ١٧٥:٢.

٢-٢ (٢) انظر القواعد ٢٠٣:١.

٣-٣ (٣) العبارة في «ف» هكذا: «بما طرأ فيه».

٤-٤ (٤) كذا في «ف» و«ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: بعد وجود المثل.

٥-٥ (٥) كذا في «ف»، و في غيرها: قيمه.

٦-٦ (٦) جامع المقاصد ٢٥٢:٦.

٧-٧ (٧) كذا في «ش» و مصحّحه «ن» و«ص»، و في سائر النسخ: استدامته.

٨-٨ (٨) انظر جامع المقاصد ٢٥٥:٦.

و بالجمله، فاشتغال الذمه بالمثل إن قيّد بالتمكّن لزم الحكم بارتفاعه بطرؤ التعذّر، وإلا لزم الحكم بحدوثه مع التعذّر من أوّل الأمر، إلا أن يقول (١): إن أدلّه وجوب المثل ظاهره في صورته التمكّن وإن لم يكن مشروطاً به عقلاً، فلا تعم صورته العجز.

نعم، إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل و انقلابه قيمياً.

و قد يقال على المحقق المذكور: إنّ اللازم ممّا ذكره (٢) أنّه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ قيمه لم يكن له المطالبه، ولا أظنّ أحداً يلتزمه، وفيه تأمل.

ثمّ إنّ المحكي عن التذكرة: أنّ المراد بإعواز المثل: أن لا يوجد في البلد و ما (٣) حوله (٤).

و زاد في المسالك قوله: ممّا ينقل عادة منه إليه، كما ذكروا في انقطاع المشلم فيه (٥).

و عن جامع المقاصد: الرجوع فيه إلى العرف (٦).

و يمكن أن يقال: إنّ مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس (٧).

ص: ٢٣٥

١-١) في «ش»: أن يقال.

٢-٢) في «ف»: ممّا ذكر.

٣-٣) في «ف»: ولا ما.

٤-٤) التذكرة ٣٨٣:٢.

٥-٥) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢٠٨:٢.

٦-٦) جامع المقاصد ٢٤٥:٦.

٧-٧) يدلّ عليه ما في الوسائل ٣٠٨:١٧، الباب الأوّل من أبواب الغضب، و مستدرک الوسائل ٨٧:١٧، الباب الأوّل من أبواب الغضب.

و تسليطهم على أموالهم (١)- أعياناً كانت أم في الذمه (٢)-: وجوب تحصيل المثل- كما كان يجب ردّ العين أينما كانت- و لو كانت في تحصيله مئونه كثيره، و لذا كان يجب تحصيل المثل بأى ثمن كان، و ليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة (٣).

نعم، لو انعقد الإجماع على ثبوت قيمه عند الإعواز تعين ما عن جامع المقاصد، كما أنّ المجمعين إذا كانوا بين معبرٍ بالإعواز و معبرٍ بالتعذر، كان المتيقن الرجوع إلى الأخصّ و هو التعذر (٤)؛ لأنّه المجمع عليه.

نعم، وورد في بعض أخبار السلم: أنّه إذا لم يقدر المسلم إليه على إيفاء المسلم فيه تخير المشتري (٥).

و من المعلوم: أنّ المراد بعدم قدره ليس التعذر العقلي المتوقف على استحاله النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفاً ما عن التذكرة، و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

ثم، إنّ في معرفه قيمه المثل مع فرض عدمه إشكالاً؛ من حيث إنّ العبره بفرض وجوده و لو في غايه العزّه- كالفياكهه في أوّل زمانها أو آخره- أو وجود المتوسط؟ الظاهر هو الأوّل، لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب في بيعه و شرائه، فلا عبره بفرض وجوده عند من

ص: ٢٣٦

١- ١) عوالي اللآلى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

٢- ٢) في «ف»: الذمم.

٣- ٣) التذكرة ٢: ٣٨٣.

٤- ٤) كذا في «ف» ظاهراً، و في سائر النسخ: المتعذر.

٥- ٥) راجع الوسائل ١٣: ٦٩، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ٧ و غيره.

يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه إلا إذا بذل له عوض لا يبذله (١) الراغبون في هذا الجنس بمقتضى (٢) رغبته. نعم (٣)، لو الجئ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك، كما لو فرض الجمد في الصيف عند ملك العراق، بحيث لا يعطيه إلا أن يبذله بإزاء عتاق الخيل و شبيها، فإن الراغب في الجمد في العراق من حيث إنه راغب لا يبذل هذا العوض بإزائه، وإنما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلاً، أو معالجه مشرف على الهلاك به، ونحو ذلك من الأغراض؛ ولذا لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدح في صدق التعذر كما ذكرنا في المسألة الخامسة (٤).

فكل موجود لا يقدح وجوده في صدق التعذر فلا عبره بفرض وجوده في التقويم عند عدمه.

ثم إنك قد عرفت أن للمالك مطالبه الضامن بالمثل عند تمكنه و لو كان في غير بلد الضمان و كان قيمه المثل هناك أزيد (٥)، و أمّا مع تعدّره و كون قيمه المثل في بلد التلف مخالفاً لها في بلد المطالبه، فهل له المطالبه بأعلى القيمتين، أم يتعين قيمه بلد المطالبه، أم بلد التلف؟ وجوه.

و فضل الشيخ في المبسوط في باب الغصب:- بأنه إن لم يكن في نقله مثونه كالنقدين-فله المطالبه بالمثل، سواء أ كانت القيمتان

ص: ٢٣٧

١- ١) في «ش»: لا يبذل.

٢- ٢) في «ف» بدل «بمقتضى»: بمقدار.

٣- ٣) كذا في «ف»، «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: ثم.

٤- ٤) راجع الصفحة ٢٢٣.

٥- ٥) راجع الصفحة ٢٢٤.

مختلفين أم لا- وإن كان في نقله مؤونه، فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبه أيضاً؛ لأنه لا ضرر عليه في ذلك، وإلا فالحكم أن يأخذ قيمه بلد التلف أو يصبر حتى يوفيه بذلك البلد، ثم قال: إن الكلام في القرض كالكلام في الغصب (١).

و حكى نحو هذا عن القاضي أيضاً (٢)، فتدبر.

و يمكن أن يقال: إن الحكم باعتبار بلد القرض أو السلم- على القول به- مع الإطلاق لانصراف العقد إليه، وليس في باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف.

بقي الكلام في أنه هل يعدّ من تعدّر المثل خروجه عن القيمة - كالماء على الشاطئ إذا أتلفه في مفازه، والجمد في الشتاء إذا أتلفه في الصيف - أم لا؟ الأقوى بل المتعين هو الأول، بل حكى عن بعض نسبه إلى الأصحاب وغيرهم (٣).

و المصرّح به في محكيّ التذكرة (٤) و الإيضاح (٥) و الدروس (٦): قيمة المثل في تلك المفازه، و يحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه (٧) عن المالیه.

ص: ٢٣٨

١- ١) المبسوط ٣:٧٦.

٢- ٢) المهذب ١:٤٤٣.

٣- ٣) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٦:٢٥٢ عن جامع المقاصد ٦:٢٥٨.

٤- ٤) التذكرة ٢:٣٨٤.

٥- ٥) إيضاح الفوائد ٢:١٧٧.

٦- ٦) الدروس ٣:١١٣.

٧- ٧) في «ش»: به.

لو دفع القيمة في المثلى (١) المتعذر مثله ثم تمكن من المثل، فالظاهر عدم عود المثل في ذمته؛ وفاقاً للعلامة رحمه الله (٢) و من تأخر عنه (٣) ممن تعرض للمسألة؛ لأن المثل كان ديناً في الذمه سقط بأداء عوضه مع التراضي فلا يعود، كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده.

هذا على المختار، من عدم سقوط المثل عن الذمه بالإعواز، وأما على القول بسقوطه و انقلابه قيمياً، فإن قلنا: بأن المغصوب انقلب قيمياً عند تعذر مثله، فأولى بالسقوط؛ لأن المدفوع نفس ما في الذمه.

و إن قلنا: بأن (٤) المثل بتعذره-النازل منزله التلف-صار قيمياً، احتمال وجوب المثل عند وجوده؛ لأن القيمة حينئذٍ بدل الحيلولة عن المثل، و سيأتي أن حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة (٥).

ص: ٢٣٩

-
- ١- ١) كذا في «ف» و«ن»، و في سائر النسخ: المثل.
- ٢- ٢) القواعد ٢٠٤: ١، و التذكرة ٣٨٤: ٢.
- ٣- ٣) مثل الشهيد في الدروس ١١٣: ٣، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٢٥٥: ٦- ٢٥٦، و الشهيد الثاني في المسالك (الطبعة الحجرية) ٢٠٨: ٢ و غيرهم.
- ٤- ٤) كذا في «ف»، و في غيرها: إن.
- ٥- ٥) يأتي في الصفحة ٢٦٧، عند قوله: «ثم إنه لا إشكال في أنه إذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكناً وجب ردّها إلى مالکها».

السابع لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً، فقد حكى: الاتّفاق على كونه

[ضمان القيمي بالقيمه في المقبوض بالعقد الفاسد، والدليل عليه]

مضموناً بالقيمه (١)، و يدلّ عليه: الأخبار المتفرّقه في كثير من القيميّات (٢)، فلا حاجة إلى التمسّك بصحيحه أبي ولاد الآتيه في ضمان البغل (٣)، و لا بقوله عليه السلام: «مَنْ أعتق شقْصاً من عبدِ قَوْمٍ عليه» (٤) بل الأخبار

ص: ٢٤٠:

- ١- ١) لم نعثر على حكاية الاتّفاق، نعم استظهر السيد المجاهد عدم الخلاف بين الأصحاب، راجع المناهل: ٢٩٨.
- ٢ - ٢) انظر الوسائل ١٧:٣٧٢، الباب ٢٣ من أبواب اللقطه، الحديث الأوّل، و ١٨:٥٣٨، الباب ٣ من أبواب الحدود و التعزيرات، الحديث الأوّل.
- ٣- ٣) تأتي في الصفحه ٢٤٦-٢٤٧.
- ٤- ٤) رواه ابن أبي جمهور في عوالي اللآلي عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلم مع اختلافٍ في اللفظ، انظر عوالي اللآلي ٣:٤٢٧، الحديث ٢٤، و عنه في مستدرک الوسائل ١٥:٤٦١، الباب ١٦ من أبواب العتق، الحديث ٥، و لفظ الحديث موجود في الغنيه: ٢٧٩.

كثيره (١)، بل قد عرفت (٢) أن مقتضى إطلاق أدله الضمان في القيميات هو ذلك بحسب المتعارف، إلا أن المتيقن من هذا المتعارف (٣) ما كان المثل فيه متعذراً، بل يمكن دعوى انصراف الإطلاقات الواردة في خصوص بعض القيميات - كالبلغل و العبد و نحوهما (٤) - لصوره تعذر المثل، كما هو الغالب.

فالمرجع في وجوب القيمة في القيمي و إن فرض تيسير المثل له - كما في من أتلف عبداً من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه، و كما لو أتلف عليه ذراعاً من مائة ذراع كرباس منسوج على طريقه واحده لا تفاوت في أجزائه أصلاً - هو الإجماع، كما يستظهر.

و على تقديره، ففي شموله لصوره تيسير المثل من جميع الجهات تأمل، خصوصاً مع الاستدلال عليه - كما (٥) في الخلاف (٦) و غيره (٧) - بقوله تعالى: فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ (٨)؛ بناءً على أن القيمه

ص: ٢٤١

١- (١) انظر الوسائل ١٦:٢٠، الباب ١٨ من أبواب العتق، الأحاديث ٤، ١، ٩، ٥، و ١٠ و غيرها.

٢- (٢) في الصفحة ٢٢٨.

٣- (٣) في «ف»: من التعارف.

٤- (٤) تقدّمت الإشارة إلى مواردها في الصفحة السابقة.

٥- (٥) لم ترد «كما» في «ف».

٦- (٦) الخلاف ٣:٤٠٢، كتاب الغصب، المسألة ١١، و ٤٠٦، المسألة ١٨.

٧- (٧) مثل السرائر ٢:٤٨٠، و التذكرة ٢:٣٨٣.

٨- (٨) البقرة: ١٩٤.

مماثله (١) للتالف في الماليه، فإنّ ظاهر ذلك جعلها من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل.

و كيف كان، فقد حكى الخلاف في ذلك عن الإسكافي (٢)، و عن الشيخ و المحقّق في الخلاف و الشرائع في باب القرض (٣).

فإن أرادوا ذلك مطلقاً حتّى مع تعذر المثل فيكون قيمه عندهم بدلاً عن المثل حتّى يترتب عليه وجوب قيمه يوم دفعها- كما ذكروا ذلك احتمالاً في مسأله تعيين قيمه (٤) متفرّعاً على هذا القول- فيردّه إطلاقات (٥) الروايات الكثيره في موارد كثيره:

منها: صحيحه أبي ولاد الآتيه (٦).

و منها: روايه تقويم العبد (٧).

و منها: ما دلّ على أنّه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من ذمته (٨).

ص: ٢٤٢

١- ١) كذا في مصحّحه «ص»، و في غيرها: مماثل.

٢- ٢) حكى عنه و عن ظاهر الشيخ و المحقّق، السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٤٣: ٦.

٣- ٣) الخلاف ٣: ١٧٥، كتاب البيوع، المسأله ٢٨٧. و الشرائع ٢: ٦٨، لكنّه استحسن ضمان المثل بعد أن أفتى بضمان قيمه.

٤- ٤) انظر مفتاح الكرامه ٢٤٣: ٦، و الجواهر ٢٥: ٢٠.

٥- ٥) في «ف»، «ن»، «خ» و «م»: إطلاق.

٦- ٦) يأتي في الصفحه ٢٤٦-٢٤٧.

٧- ٧) المراد بها ظاهراً ما تقدّم في الصفحه ٢٤٠ من قوله عليه السلام: «من أعتق شقصاً من عبد قوم عليه».

٨- ٨) في «ن» و «ش»: دينه.

بحساب ذلك (١)، فلولا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف.

و منها: غير ذلك من الأخبار الكثيره (٢).

و إن أرادوا أنه مع تيسير المثل يجب المثل لم يكن بعيداً؛ نظراً إلى ظاهر آية الاعتداء (٣) و نفي الضرر (٤)؛ لأن خصوصيات الحقائق قد تقصد، اللهم إلا أن يحقق إجماع على خلافه و لو من جهة أن ظاهر كلمات هؤلاء (٥) إطلاق القول بضمن المثل، فيكون الفصل بين التيسر و عدمه قولاً ثالثاً في المسألة.

[ما هو المعيار في تعيين القيمة في المقبوض بالعقد الفاسد؟]

ثم إنهم اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد.

فالمحكى في غايه المراد (٦) عن الشيخين و أتباعهما: تعين قيمه يوم التلف، و عن الدروس (٧) و الروضه (٨) نسبته إلى الأكثر.

و الوجه فيه -على ما تبه عليه جماعه، منهم العلامة في التحرير (٩)-: أن الانتقال إلى البدل إنما هو يوم التلف؛ إذ الواجب قبله

ص: ٢٤٣

١-١) انظر الوسائل ١٢٩:١٣، الباب ٧ من أبواب أحكام الرهن.

٢-٢) المشار إليها في هامش الصفحة ٢٤١.

٣-٣) البقره: ١٩٤.

٤-٤) انظر الوسائل ٣٤٠:١٧، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات.

٥-٥) يعني الإسكافي و الشيخ و المحقق قدس سرهم.

٦-٦) غايه المراد: ٨٥.

٧-٧) الدروس ١١٣:٣.

٨-٨) الروضه البهيه ٧:٤١، و انظر الجواهر ١٠٥:٣٧.

٩-٩) التحرير ١٣٩:٢.

هو ردّ العين.

و ربما يورد (١) عليه: أنّ يوم التلف يوم الانتقال إلى قيمه، أمّا كون المنتقل إليها قيمه يوم التلف فلا.

و يدفع: بأنّ معنى ضمان العين عند قبضه: كونه في عهده، و معنى ذلك وجوب تداركه ببدله عند التلف، حتّى يكون عند التلف (٢) كأنه لم يتلف، و تداركه (٣) على هذا النحو بالتزام مال معادل له [قائم] (٤) مقامه.

[الأصل في ضمان التالف: ضمانه بقيمته يوم التلف]

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ الأصل في ضمان التالف: ضمانه بقيمته يوم التلف، فإن خرج المغصوب من ذلك (٥) -مثلاً- فبدليل من (٦) خارج.

[الاستدلال بصحيحه أبي ولاد على أن العبره بقيمته يوم الضمان]

نعم، لو تمّ ما تقدّم عن الحلّي في هذا المقام: من دعوى الاتفاق على كون البيع (٧) فاسداً بمنزله المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم (٨)، ألحقناه بالمغصوب إن ثبت فيه حكم مخالف لهذا الأصل، بل يمكن أن يقال: إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمته يوم الغصب - كما هو ظاهر صحيحه

ص: ٢٤٤

١- ١) لم نعثر على المورد، نعم أوردته في المناهل: ٢٩٨ بلفظ: «و لا يقال».

٢- ٢) عبارته «حتّى يكون عند التلف» لم ترد في «ف».

٣- ٣) في «ن»، «م»، «ع»، «و» «ص» و نسخه بدل «خ» زياده: «ببدله»، و لكن شطب عليها في «ن».

٤- ٤) من «ش» فقط.

٥- ٥) لم يرد «من ذلك» في «ف».

٦- ٦) كلمه «من» لم ترد في غير «ف».

٧- ٧) في «ص» و مصحّحه «ن»: المبيع.

٨- ٨) تقدّم في الصفحه ٢٠٧-٢٠٨.

أبى ولآد الآتيه-كشفت ذلك عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قيمه يوم التلف؛ إذ يلزم حينئذ أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغصب غير واجب التدارك عند التلف؛ لما ذكرنا من أن معنى التدارك التزام (١) بقيمته يوم وجوب التدارك.

نعم، لو فرض دلالة الصحيحه على وجوب أعلى القيم، أمكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى التدارك مؤاخذه له بأشق الأحوال.

فالمهم-حينئذ-صرف الكلام إلى معنى الصحيحه بعد ذكرها؛ ليلحق به البيع الفاسد، إمّا لما ادّعاه الحلّي (٢)، وإمّا لكشف الصحيحه عن معنى التدارك و الغرامه فى المضمونات، و كون العبره فى جميعها بيوم الضمان، كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد.

و حيث إنّ الصحيحه مشتمله على أحكام كثيره و فوائد خطيره، فلا بأس بذكرها جميعاً و إن كان الغرض متعلقاً ببعضها.

فروى (٣) الشيخ فى الصحيح عن أبى ولآد، قال: اكرتيت بغلاً إلى قصر بنى هبيره (٤) ذاهباً و جائياً بكذا و كذا، و خرجت فى طلب غريمٍ

ص: ٢٤٥

١- ١) كذا فى النسخ، و المناسب: «الالتزام»، كما فى مصححه (ص).

٢- ٢) راجع الصفحه السابقه.

٣- ٣) لما كانت النسخ مختلفه اختلافاً كثيراً فى نقل الروايه، آثرنا نقلها من التهذيب.

٤- ٤) الوسائل: «قصر ابن هبيره»، و هو الموافق لما فى معجم البلدان ٣٦٥: ٤.

لى، فلَمَّا صرت إلى قرب فنظره الكوفه خُبرت أن صاحبي توجّه إلى النيل (١)، فتوجّهت نحو النيل، فلَمَّا أتيت النيل خُبرت أنه توجّه إلى بغداد، فأتبعته فظفرت به و فرغت فيما بيني وبينه، و رجعت إلى الكوفه، و كان ذهابي و مجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري، و أردت أن أتحمّل منه فيما صنعت و أرضيه، فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل، فتراضينا بأبي حنيفة، و أخبرته بالقصّه و أخبره الرجل، فقال لي: ما صنعت بالبغل؟ فقلت: قد رجعت سليماً. قال: نعم، بعد خمسة عشر يوماً! قال: فما تريد من الرجل؟ قال: أريد كرى بغلي فقد حبسه عليّ خمسة عشر يوماً. فقال: إنني ما أرى لك حقاً؛ لأنه اكتراه إلى قصر بني هبيرة فخالف فركبه إلى النيل و إلى بغداد، فضمن قيمه البغل و سقط الكرى، فلَمَّا ردّ البغل سليماً و قبضته لم يلزمه الكرى.

قال: فخرجنا من عنده و جعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته ممّا أفتى به أبو حنيفة، و أعطيته شيئاً و تحلّلت منه، و حججت تلك السنه فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة، فقال: في مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركتها. قال: فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت؟ قال: أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفه إلى النيل و مثل كرى البغل من النيل إلى بغداد، و مثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفه، و توفيه إياه. قال: قلت:

جُعلت فداك، قد علفته بدراهم، فلي عليه علفه؟ قال: لا؛ لأنك غاصب. فقلت: أ رأيت لو عطب البغل أو أنفق، أ ليس كان يلزمني؟

ص: ٢٤٦

قال: نعم، قيمه بغل يوم خالفته. قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال: عليك قيمه ما بين الصّحّه و العيب يوم تردّه عليه.

قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمه فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمه لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمك. قلت: إني أعطيته دراهم و رضى بها و حلّلتني. قال: إنّما رضى فأحلّك حين قضى عليه أبو حنيفه بالجور و الظلم، و لكن ارجع إليه و أخبره بما أفطيتك به، فإن جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك... الخبر» (١).

و محلّ الاستشهاد فيه فُقرتان:

الأولى: قوله: «نعم، قيمه بغل يوم خالفته» إلى ما بعد،

فإنّ الظاهر أنّ اليوم قيد للقيمه، إمّا بإضافه القيمه المضافه إلى البغل إليه ثانياً، يعنى قيمه يوم المخالفه للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافه، لا- لأنّ ذا القيمه بغل غير معيّن، حتّى توهم الروايه مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل، و القيمه إنّما هي قيمه المثل.

و إمّا بجعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من إضافه القيمه إلى البغل.

و أمّا ما احتمله جماعه (٢) من تعلق الظرف بقوله: «نعم» القائم

ص: ٢٤٧

١- ١) التهذيب ٧: ٢١٥، الحديث ٩٤٣، و أورده في الوسائل ١٣: ٢٥٥، الباب ١٧ من أبواب الإجاره، الحديث الأوّل، عن الكافي.
٢- ٢) منهم: السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٦: ٢٤٤، و المحقّق النراقي في المستند ٢: ٣٦٨، و صاحب الجواهر في الجواهر ١٠١: ٣٧-١٠٢.

مقام قوله عليه السلام: «يلزمك» يعني يلزمك يوم المخالفه قيمه بغل-فبعيد جداً، بل غير ممكن؛ لأنّ السائل إنّما سأل عمّا يلزمه بعد التلف بسبب المخالفه بعد العلم بكون زمان المخالفه زمان حدوث الضمان، كما يدلّ عليه: «أ رأيت لو عطب البغل، أو نفق أ ليس كان يلزمني؟»، فقوله:

«نعم» يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفه قيمه بغل يوم خالفته.

و قد أظنّب بعضٌ في (١) جعل الفِقْرَه ظاهره في تعلّق الظرف بلزوم القيمه عليه (٢)، و لم يأتِ بشيءٍ يساعده التركيب اللغوى، و لا المتفاهم العرفى.

الثانيه: قوله: «أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل يوم اكرى كذا و كذا»،

فإنّ إثبات قيمه يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه؛ لعدم الاعتبار به (٣)، فلا بدّ أن يكون الغرض منه إثبات قيمه يوم المخالفه؛ بناءً على أنّه يوم الا-كتراء؛ لأنّ الظاهر من صدر الروايه أنّه خالف المالك بمجرد خروجه من (٤) الكوفه، و من المعلوم أنّ اكتراء البغل لمثل تلك (٥) المسافه القليله إنّما يكون يوم

ص: ٢٤٨

١- ١) في «ش» بدل «في»: من.

٢- ٢) الظاهر أنّه قدس سرّه أشار بهذا الكلام إلى ما حكاه صاحب الجواهر رحمه الله في كتاب الغصب بقوله: «نعم، ربما قيل: إنّّه ظاهر فيه، يعني في تعلّق الظرف بالفعل المدلول عليه بقوله عليه السلام: نعم»، كذا أفاده العلّامه المامقانى في غايه الآمال: ٣١٥، و انظر الجواهر ١٠٢: ٣٧.

٣- ٣) في «ف» زياده: قطعاً.

٤- ٤) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: إلى.

٥- ٥) لم ترد «تلك» في «ف».

الخروج، أو في عصر اليوم السابق. و معلوم أيضاً عدم اختلاف قيمه في هذه المدّة القليله.

و أمّا قوله عليه السلام في جواب السؤال عن إصابه العيب: «عليك قيمه ما بين الصّحّه و العيب يوم تردّه» فالظرف متعلّق بـ «عليك» لا- قيد للقيمه؛ إذ لا- عبره في أرش العيب بيوم الردّ إجماعاً؛ لأنّ النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين، فالمعنى: عليك أداء الأرش يوم ردّ البغله.

و يحتمل أن يكون قيماً لـ «العيب»، و المراد: العيب الموجود في يوم الردّ؛ لاحتمال ازدياد العيب إلى يوم الردّ فهو المضمون، دون العيب القليل الحادث أولاً، لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الردّ، و العبره حينئذٍ بالعيب الموجود حال حدوثه؛ لأنّ المعيب لو ردّ إلى الصّحّه أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع على مقتضى الفتوى (1)، فهذا الاحتمال من هذه الجبهه ضعيف أيضاً، فتعيّن تعلقه بقوله عليه السلام: «عليك».

و المراد بـ «قيمه ما بين الصّحّه (2) و العيب» قيمه التفاوت بين الصّحّه و العيب، و لا تعرّض في الروايه ليوم هذه القيمه، فيحتمل يوم الغصب، و يحتمل يوم حدوث العيب الذي هو يوم تلف وصف الصّحّه الذي هو بمنزله جزء العين في باب الضمانات و المعاوضات، و حيث عرفت ظهور الفقره السابقه عليه و اللاحقه له في اعتبار يوم الغصب، تعيّن حمل هذا أيضاً على ذلك.

ص: ٢٤٩

١- ١) عبارته «على مقتضى الفتوى» لم ترد في «ف».

٢- ٢) في «ف»: قيمه يوم الصّحّه.

نعم، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحيحه بأنه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم فى الروايه على ما هو الغالب فى مثل مورد الروايه من عدم اختلاف قيمه البغل فى مدّه خمسّه عشر يوماً، و يكون السّرّ فى التعبير بـ «يوم المخالفه» دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوامّ: أنّ العبره بقيمه ما اشترى به البغل و إن نقص بعد ذلك؛ لأنّه خسره (١) المبلغ الذى اشترى به البغله.

و يؤيّدّه: التعبير عن يوم المخالفه فى ذيل الروايه بـ «يوم الاكتراء» (٢) فإنّ فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلّم بيوم المخالفه من حيث إنّه يوم المخالفه.

إلّا أن يقال: إنّ الوجه فى التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفه هو التنبيه على سهوله إقامه الشهود على قيمته فى زمان الاكتراء؛ لكون البغل فيه غالباً بمشهد من الناس و جماعه من المُكاريين، بخلاف زمان المخالفه من حيث إنّه زمان المخالفه، فتغيير التعبير ليس لعدم العبره بزمان المخالفه، بل للتنبيه على سهوله معرفه قيمه بالبينه كاليمين (٣)، فى مقابل قول السائل: «و من يعرف ذلك؟»، فتأمل.

ص: ٢٥٠

-
- ١ - ١) فى «ع» و «خ»: «خسره»، قال فى شرح الشهيدى - بعد أن أثبت «خسره» و شرح معناها -: هذا بناءً على «خسره» بالضمير، و أمّا بناء على عدمه كما فى بعض النسخ المصحّحه من جهه حك الضمير فيه، فالمعنى واضح. انظر هدايه الطالب: ٢٣٩.
- ٢ - ٢) التعبير الموجود فى ذيل الروايه هو: «حين اكرتري»، و لعلّ المؤلّف قدّس سرّه نقل ذلك بالمعنى.
- ٣ - ٣) لم ترد «كاليمين» فى «ف».

و يؤيده أيضاً: قوله عليه السلام في ما بعد، في جواب قول السائل:

«و مَن يعرف ذلك؟» قال: «أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك (١) فحلفت على القيمة (٢) لزمه، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون على (٣) أنّ قيمة البغل يوم اكترى كذا و كذا، فيلزمك... الخبر»، فإنّ العبره لو كان (٤) بخصوص يوم المخالفه لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفاً للأصل، ثم لا وجه لقبول بينته؛ لأنّ من كان القول قوله فالبينه بينه صاحبه.

و حمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له و يصدّقه فيه من دون محاكمه -و التعبير برّدّه (٥) اليمين على الغاصب من جهه أنّ المالك أعرف بقيمه بغله، فكأنّ الحلف حقّ (٦) له ابتداءً -خلاف الظاهر.

و هذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف؛ فإنّه يمكن أن يحمل توجه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا في تنزّل القيمة يوم التلف مع اتّفاقهما أو الاطلاع من الخارج على قيمته سابقاً، و لا شكّ حينئذٍ أنّ القول قول المالك، و يكون سماع البينه في صورته اختلافاً في قيمة البغل

ص: ٢٥١

١- ١) كلمه «عليك» من «ش» و المصدر.

٢- ٢) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ بدل على القيمة: له.

٣- ٣) لم ترد «على» في المصدر، و شطب عليها في «ص».

٤- ٤) كذا، و المناسب: «كانت»، كما في مصحّحه «ص».

٥- ٥) في «ف»: برّد.

٦- ٦) في «ش»: فكان الحلف حقاً.

سابقاً مع اتفاقهما على بقائه عليها إلى يوم التلف، فتكون الرواية قد تكفلت بحكم صورتين من صور تنازعهما، و يبقى بعض الصور، مثل دعوى المالك زياده قيمه يوم التلف عن يوم المخالفه، و لعلّ حكمها-أعنى حلف الغاصب-يعلم من حكم عكسها المذكور في الروايه.

و أمّا على تقدير كون العبره في قيمه بيوم المخالفه، فلا-بدّ من حمل الروايه على ما إذا اتّفقا على قيمه اليوم السابق على يوم المخالفه، أو اللاحق له و ادّعى الغاصب نقصانه عن تلك (١) يوم المخالفه، و لا يخفى بعده.

و أبعد منه: حمل النصّ على التعيّد، و جعل الحكم في خصوص الدابّه المغصوبه أو مطلقاً (٢) مخالفاً للقاعده المتّفق عليها نصّاً (٣) و فتوى:

من كون البيّنه على المدّعى و اليمين على من أنكر (٤)، كما حكى عن الشيخ في بابي الإجاره و الغصب (٥).

[الاستشهاد بالصحيحه على ضمان أعلى القيم و المناقشه فيه]

و أضعف من ذلك: الاستشهاد بالروايه على اعتبار أعلى القيم من

ص: ٢٥٢

-
- ١-١) في «ف» بدل «تلك»: الملك.
 - ٢-٢) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في «ش»: «و جعل حكم خصوص الدابه أو مطلقاً»، و في سائر النسخ: «و جعل الحكم مخصوصاً في الدابه المغصوبه أو مطلقاً».
 - ٣-٣) انظر الوسائل ١٧٠:١٨، الباب ٣ من أبواب كيفيه الحكم و الدعوى و غيره.
 - ٤-٤) في «ف»: على المنكر.
 - ٥-٥) انظر النهايه: ٤٤٦، هذا في الإجاره، و لم نعثر عليه في الغصب.

حين الغضب إلى التلف- كما حكى عن الشهيد الثاني (١)- إذ لم يعلم لذلك وجهٌ صحيح، و لم أظفر بمن وجه دالته على هذا المطلب.

[الاستدلال على أعلى القيم بوجه آخر، و المناقشه فيه]

نعم، استدلوا على هذا القول بأن العين مضمونه في جميع تلك الأزمنه التي منها زمان ارتفاع قيمته (٢).

و فيه: إن ضمانها في تلك الحال، إن أُريد به وجوب قيمه ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلم؛ إذ تداركه لا يكون إلا بذلك، لكن المفروض أنها لم تتلف فيه.

و إن أُريد به استقرار قيمه ذلك الزمان عليه فعلاً و إن تنزلت بعد ذلك، فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمه مع رد العين.

و إن أُريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف، فهو و إن لم يخالف الاتفاق إلا أنه مخالف لأصالة البراءه من غير دليل شاغل، عدا ما حكاه في الرياض عن خاله العلامه قدس الله تعالى روحهما من قاعده نفي الضرر الحاصل على المالك (٣).

ص: ٢٥٣

١- ١) المسالك ٢:٢٠٩، و الروضه البهيه ٧:٤٣-٤٤، و حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٦:٢٤٤.

٢- ٢) ممن استدل بذلك: الفاضل المقداد في التنقيح ٤:٧٠، و ابن فهد الحلّي في المهذب البارع ٤:٢٥٢، و الشهيد الثاني في المسالك ٢:٢٠٩، و انظر مفتاح الكرامه ٦:٢٤٤.

٣- ٣) الرياض ٢:٣٠٤، و المراد ب«خاله العلامه» هو العلامه الأكبر الآقا محمد باقر الوحيد البهبهاني قدس سرّه.

و فيه نظر، كما اعترف به بعض من تأخر (١).

نعم، يمكن توجيه الاستدلال المتقدم-من كون العين مضمونه في جميع الأزمنه-: بأن العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان و صار مالتها مقومه بتلك القيمة، فكما أنه إذا تلفت حينئذٍ يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها و بين المالك حتى تلفت؛ إذ لا فرق مع عدم التمكّن منها بين أن تلف أو تبقى.

نعم، لو ردت تدارك تلك المائيه بنفس العين، و ارتفاع القيمة السوقية أمر اعتباري لا يضمن بنفسه؛ لعدم كونه مالاً، و إنما هو مقوم لماليه المال، و به تمايز (٢) الأموال كثره و قلّه.

و الحاصل: أنّ للعين في كلّ زمانٍ من أزمنه تفاوت قيمته مرتبه من المائيه، أزيلت يد المالك منها و انقطعت سلطنته عنها، فإن ردت العين فلا مال سواها يضمن، و إن تلفت استقرت عليا (٣) تلك المراتب (٤)؛ لدخول الأدنى تحت الأعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضاده، حيث إنه يضمن الأعلى منها.

و لأجل ذلك استدلل العلماء في التحرير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله: لأنه زمان إزاله يد المالك (٥).

و نقول في توضيحه: إنّ كلّ زمانٍ من أزمنه الغصب قد أزيلت

ص: ٢٥٤

١- ١) المراد به صاحب الجواهر قدس سره في الجواهر ١٠٥: ٣٧.

٢- ٢) في «ف»: تميز.

٣- ٣) في «ف» و «ن»: أعلى.

٤- ٤) في «ف»: زياده عليه.

٥- ٥) التحرير ١٣٩: ٢.

فيه يد المالك من العين على حسب ماليتها، ففي زمانٍ أزيلت من مقدار درهم، وفي آخر عن درهمين، وفي ثالث عن ثلاثة، فإذا استمرت الإزالة إلى زمان التلف وجبت غرامه أكثرها، فتأمل.

[الاستدلال ثالث على أعلى القيم و توجيهه]

و استدلل في السرائر وغيرها على هذا القول بأصالة الاشتغال (١)؛ لاشتغال ذمته بحق المالك (٢)، ولا يحصل البراءة إلا بالأعلى. وقد يجاب بأن الأصل في المقام البراءة؛ حيث إن الشك في التكليف بالزائد (٣). نعم، لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد (٤).

[المحكى عن جماعه أن الاعتبار بيوم البيع، و توجيهه]

ثم إنّه حكى عن المفيد والقاضى والحلبى: الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض (٥) إلى حكم المشتري (٦)، ولم يعلم له وجه، ولعلهم يريدون به يوم القبض؛ لغلبيه اتحاد زمان البيع والقبض، فافهم.

ص: ٢٥٥

١- (١) السرائر ٢: ٤٨١، الرياض ٢: ٣٠٤، المناهل: ٢٩٩.

٢- (٢) في «ف»: لاشتغال ذمته المالك.

٣- (٣) أجاب عنها بذلك في الجواهر ١٠٦: ٣٧.

٤- (٤) وهو ما ورد عنه صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، عوالى اللآلى ٣: ٢٤٦، الحديث ٢.

٥- (٥) في غير «ش»: تفويض.

٦- (٦) المقنعه: ٥٩٣، ولم نعثر عليه في الكافي والمهذب، والظاهر أنّ المؤلف قدس سرّه أخذ ذلك عن العلامة قدس سرّه في المختلف ٥: ٢٤٣ و ٢٤٤، حيث نقل عن الشيخ في النهايه ما نصّه: من اشترى شيئاً بحكم نفسه و لم يذكر الثمن بعينه كان البيع باطلاً، فإن هلك في يد المبتاع كان عليه قيمته يوم ابتياعه إلى أن قال و كذا قال المفيد و ابن البرّاج و أبو الصلاح.

ثم إنه لا عبره بزياده قيمه بعد التلف على جميع الأقوال،

إلا أنه تردّد فيه في الشرائع (١)، و لعله - كما قيل (٢) - من جهة احتمال كون القيمي مضموناً بمثله، و دفع قيمه إنّما هو لإسقاط المثل.

و قد تقدّم أنه مخالف لإطلاق النصوص و الفتاوى (٣).

[ارتفاع قيمه بسبب الأمكنه]

ثم إن ما ذكرنا (٤) من الخلاف إنّما هو في ارتفاع قيمه بحسب الأزمه، و أمّا إذا كان بسبب الأمكنه، كما إذا كان في محلّ الضمان بعشره، و في مكان التلف بعشرين، و في مكان المطالبه بثلاثين، فالظاهر اعتبار محلّ التلف؛ لأنّ ماليه الشيء تختلف بحسب الأماكن، و تداركه بحسب ماليته.

[ارتفاع قيمه بسبب الزيادة العينه]

ثم إن جميع ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو في ارتفاع قيمه السوقيه الناشئه من تفاوت رغبه الناس، و أمّا إذا كان حاصلًا من زياده في العين، فالظاهر - كما قيل (٥) - عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم، و في الحقيقه ليست قيم التالف مختلفه، و إنّما زيادتها في بعض أوقات الضمان لأجل الزيادة العينه الحاصله فيه النازله منزله الجزء الفائت.

ص: ٢٥٦

١ - ١) الشرائع ٣:٢٤٠.

٢ - ٢) قاله الشهيد الثاني في الروضه البهيّه ٧:٤٠.

٣ - ٣) راجع الصفحه ٢٤٠-٢٤٢.

٤ - ٤) في «ف»: ما ذكره.

٥ - ٥) قاله الشهيد الثاني قدّس سرّه في عكس المسأله، و هو ما إذا استند نقص قيمه إلى نقص في العين، انظر المسالك ٢:٢٠٩، و الروضه البهيّه ٧:٤٤، و قرّره في الجواهر ٣٧:١٠٧. و الظاهر أنّ المؤلّف قدّس سرّه أراد من الزيادة: الزيادة الفائتة، بدليل قوله فيما سيأتي: «النازله منزله الجزء الفائت»، و قوله: «نعم يجرى الخلاف المتقدّم في قيمه هذه الزيادة الفائتة».

نعم، يجرى الخلاف المتقدم في قيمه هذه الزيادة الفائته، وأن (١) العبره بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم.

[تعذر الوصول إلى العين في حكم التلف]

ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر - من ضمان المثل أو القيمة - حكم تعذر الوصول إليه وإن لم يهلك، كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق؛ لما دل على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونه (٢).

و هل يقتيد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه، أو بعدم رجاء وجدانه، أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدّه طويله (٣) يتضرر المالك من انتظارها، أو (٤) لو كانت قصيره؟ وجوه.

ظاهر أدله ما ذكر من الأمور (٥): الاختصاص بأحد الأولين، لكن ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير، كما يظهر من إطلاقهم أن اللوح المغصوب في السفينه إذا خيف من نزع غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل (٦).

ص: ٢٥٧

١- ١) في «ش»: فإن.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٣: ١٢٧، الباب ٥ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ٨، والصفحة ٢٢٩، الباب ٥، الحديث الأول.

٣- ٣) كلمه «طويله» مشطوب عليها في «خ» و«ص».

٤- ٤) لم ترد «أو» في «خ»، «م»، «ع» و«ص».

٥- ٥) يعنى: السرقة و الغرق و الضياع و الإباق.

٦- ٦) صرح بذلك العلّامة في القواعد ١: ٢٠٧، و التذكرة ٢: ٣٩٦، و نسبه السيّد العاملى إلى صريح جامع المقاصد و المسالك و الروضه و ظاهر غيرها، راجع مفتاح الكرامه ٦: ٢٨٤.

و يؤيدّه: أنّ فيه جمعاً بين الحقّين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين؛ فإنّ تسلّط الناس على مالهم الذى فرض كونه فى عهده يقتضى جواز مطالبه الخروج عن عهده عند تعذّر نفسه، نظير ما تقدّم فى تسلّطه على مطالبه القيمة للمثل المتعذّر فى المثلى (١). نعم، لو كان زمان التعذّر قصيراً جداً، بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامه و التدارك على أداء القيمة، أشكل الحكم.

ثمّ الظاهر عدم اعتبار التعذّر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعى فى مقدّماته لم يسقط القيمة زمان السعى، لكن ظاهر كلمات بعضهم (٢): التعبير بالتعذّر، وهو الأوفق بأصالة عدم تسلّط المالك على أزيد من إزمائه برّد العين، فتأمل، ولعلّ المراد به التعذّر فى الحال و إن كان لتوقّفه على مقدّمات زمانيه يتأخّر لأجلها ذو المقدّمه.

[هل يلزم المالك بأخذ البدل؟]

ثمّ إنّ ثبوت القيمة مع تعذّر العين ليس كثبوتها مع تلفها فى كون دفعها حقّاً للضامن، فلا يجوز للمالك الامتناع (٣)، بل له أن يمتنع (٤) من

ص: ٢٥٨

-
- ١- ١) تقدّم فى الأمر السادس، الصفحه ٢٢٦.
 - ٢- ٢) كالمحقّق فى الشرائع ٣:٢٣٩ و ٢٤١، و العلامه فى القواعد ١:٢٠٥ و التحرير ٢:١٣٩ و ١٤٠ و غيرهما، و الشهيد فى الدروس ٣:١١٢، و المحقّق السبزوارى فى الكفايه: ٢٥٨.
 - ٣- ٣) عبارته «فلا يجوز للمالك الامتناع» وردت فى «ف» قبل قوله: ثمّ إنّ ثبوت...
 - ٤- ٤) كذا فى «ص» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: أن يمنع.

أخذها و يصبر إلى زوال العذر، كما صرّح به الشيخ في المبسوط (١)، و يدلّ عليه قاعده تسلّط الناس على أموالهم.
و كما أنّ تعذّر ردّ العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم.

ثمّ إنّ المال المبدول يملكه المالك بلا خلاف،

- كما في المبسوط (٢) و الخلاف (٣) و الغنيه (٤) و السرائر (٥)- و ظاهرهم إرادته نفي الخلاف بين المسلمين، و لعلّ الوجه فيه: أنّ التدارك لا يتحقّق إلّا بذلك.

و لو لا ظهور الإجماع و أدلّه الغرامه (٦) في المملكه لاحتملنا أن يكون مباحاً له إباحةً مطلقه و إن لم يدخل في ملكه، نظير الإباحه المطلقه في المعاطاه على القول بها فيها، و يكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين، و حكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقّق القمّي رحمه الله في أجوبه مسائله (٧).

[هل تنقل العين إلى الضامن بإعطاء البدل]

و على أيّ حال، فلا ينتقل العين إلى الضامن، فهي غرامه لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه و دخول العين في ملكه،

ص: ٢٥٩

١-١) المبسوط ٨٧:٣.

٢-٢) المبسوط ٩٥:٣.

٣-٣) الخلاف ٤١٢:٣، كتاب الغصب، المسأله ٢٦.

٤-٤) الغنيه: ٢٨٢.

٥-٥) السرائر ٤٨٦:٢.

٦-٦) مثل قاعده «على اليد» و آيه «الاعتداء»، و قاعده «الإقدام»، و الروايات الوارده في الموارد الخاصه، المتقدّمه في الصفحات السابقه.

٧-٧) لم نعثر عليه.

و ليست معاوضه ليلزم الجمع بين العوض و المعوض، فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين في عدم البديل له.

و قد استشكل في ذلك المحقق و الشهيد الثانيان:

قال الأول في محكيّ جامعه: إنّ هنا إشكالاً؛ فإنّه كيف يجب قيمه و يملكها الآخذ و يبقى العين على ملكه؟ و جعلها في مقابله الحيلولة لا يكاد يتّضح معناه (١)، انتهى.

و قال الثاني: إنّ هذا لا يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض و المعوّض على ملك المالك من دون دليل واضح، و لو قيل بحصول الملك لكلّ منهما متزلزلاً، و (٢) توقّف تملكك المغصوب منه للبديل على اليأس من العين و إن جاز له التصرف، كان وجهاً في المسأله (٣)، انتهى. و استحسنته في محكيّ الكفايه (٤).

أقول: الذي ينبغي أن يقال هنا: إنّ معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، و لازم ذلك إقامه مقابله من ماله مقامه (٥)؛ ليصدق ذهابها من كيسه.

ص: ٢٦٠

١-١) جامع المقاصد ٦:٢٦١، و فيه: إنّ هنا إشكالاً؛ فإنّه كيف تجب قيمه و يملكها بالآخذ و يبقى العبد على ملكه...

٢-٢) في مصحّحه «ن» و المصدر: أو.

٣-٣) المسالك (الطبعه الحجريه) ٢:٢١٠.

٤-٤) كفايه الأحكام: ٢٥٩.

٥-٥) كذا في النسخ، و المناسب: إقامه مقابله من ماله مقامها، لرجوع الضمير إلى العين، و كذا الكلام في الضمائر في فقره الآتيه.

ثم إنَّ الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقي، أو العرفي المُخرج للعين عن قابليته الملكيه (١) عرفاً، ووجب قيام مقابله من ماله مقامه في الملكيه، وإن كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكيه، ووجب قيام مقابله مقامه في السلطنه، لا في الملكيه؛ ليكون مقابلاً و تداركاً للسلطنه الفائته، فالتدارك لا يقتضى ملكيه المتدارك في هذه الصوره.

نعم، لما كانت السلطنه المطلقه المتداركه للسلطنه الفائته متوقّفه على الملك؛ لتوقّف بعض التصرفات عليها، ووجب ملكيته للمبدول تحقيقاً لمعنى التدارك و الخروج عن العهده.

و على أيّ تقدير: فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونه على ملك مالکها، إنّما الكلام في البديل المبدول، و لا كلام أيضاً في وجوب الحكم بالإباحه و بالسلطنه المطلقه عليها (٢)، و بعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذٍ إلى أنّ إباحه جميع التصرفات حتّى المتوقّفه على الملك هل تستلزم الملك من حين الإباحه، أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف؟ و قد تقدّم في المعاطاه بيان ذلك.

[التفصيل بين فوات معظم المنافع أو بعضها]

ثمّ إنّه قد تحصّل ممّا ذكرنا: أنّ تحقّق (٣) ملكيه البديل أو السلطنه المطلقه عليه مع بقاء العين على ملك مالکها، إنّما هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحيث يعدّ بذل البديل غرامه و تداركاً، أمّا لو لم يفت إلّا

ص: ٢٤١

١- ١) في «ف»: الملك.

٢- ٢) كذا في النسخ، و المناسب: «عليه»، كما في مصحّحه «ن».

٣- ٣) كذا في «ن» و مصحّحه «م»، و في غيرهما: تحقيق.

بعض ما ليس به قوام الملكيه، فالندارك لا يقتضى ملكه و لا السلطنه المطلقه على البدل.

و لو فرض حكم الشارع بوجوب غرامه قيمته حينئذ لم يبعد انكشاف (١) ذلك عن انتقال العين إلى الغارم؛ و لذا استظهر غير واحد (٢) أنّ الغارم لقيمه الحيوان الذى وطأه يملكه؛ لأنّه و إن وجب بالوطء نفيه عن البلد و بيعه فى بلدٍ آخر، لكن هذا لا يعدّ فواتاً لما به قوام المائيه.

[خروج العين عن التقويم]

هذا كلّه مع انقطاع السلطنه عن العين مع بقائها على مقدار ملكيتها (٣) السابقه.

أمّا لو خرج (٤) عن التقويم مع بقائها على صفه الملكيه، فمقتضى قاعده الضمان وجوب كمال القيمه، مع بقاء العين على ملك المالك (٥)؛ لأنّ القيمه عوض الأوصاف أو الأجزاء (٦) التى خرجت العين لفواتها عن التقويم، لا- عوض العين نفسها، كما فى الرطوبه الباقيه بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإنّ بقاءها على ملك مالكها لا ينافى معنى الغرامه؛

ص: ٢٦٢

١- ١) كذا فى النسخ، و الصواب: «كشف»، كما فى مصححه «ن» و استظهر فى «ص» و «ش».

٢- ٢) منهم الشهيد الثانى فى الروضه البهيه ٩: ٣١١، و السيّد الطباطبائى فى الرياض ٢: ٤٩٩.

٣- ٣) كذا، و الأولى التعبير ب«مائيتها» كما فى مصححه «ن».

٤- ٤) كذا، و المناسب: خرجت.

٥- ٥) فى ما عدا «ش» زياده: «به»، إلّا أنّه شطب عليها فى «ن».

٦- ٦) فى «م» و «ش»: و الأجزاء.

لفوات معظم الانتفاعات به (١)، فيقوى عدم جواز المسح بها إلّا بإذن المالك و لو بذل قيمه.

قال في القواعد (٢)- في ما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبه- و لو طلب المالك نزعها و إن أفضى إلى التلف و جب، ثمّ يضمن الغاصب النقص، و لو لم يبق لها قيمه غرم جميع قيمه، انتهى.

و عطف على ذلك في محكيّ جامع المقاصد (٣) قوله: و لا- يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من أنّ جنايه الغاصب توجب أكثر الأمرين، و لو استوعبت (٤) قيمه أخذها و لم تدفع العين (٥)، انتهى.

و عن المسالك في هذه المسألة: أنّه إن لم يبق له قيمه ضمن جميع قيمه، و لا يخرج بذلك عن ملك مالكة كما سبق، فيجمع بين العين و قيمه (٦).

لكن عن مجمع البرهان- في هذه المسألة-: اختيار عدم وجوب النزع، بل قال: يمكن أن لا- يجوز و يتعين قيمه؛ لكونه بمنزله التلف، و حينئذٍ يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط؛ إذ لا غصب فيه يجب

ص: ٢٦٣

١- ١) لم ترد «به» في «ش».

٢- ٢) في «ش»: «شرح القواعد»، و المظنون بل المقطوع أنّ ما صدر عن قلمه الشريف هو «القواعد»، كما ورد في سائر النسخ؛ بدليل قوله فيما سيأتي: «و عطف على ذلك في محكيّ جامع المقاصد»، لكن مصحح «ش» لم يأت رأياً أنّ المنقول لم يكن بتمامه في القواعد، أضاف إليه كلمة: «شرح».

٣- ٣) عبارته «في محكيّ جامع المقاصد» لم ترد في «ش».

٤- ٤) في غير «ف»: استوعب.

٥- ٥) جامع المقاصد ٣٠٤: ٦- ٣٠٥، و انظر القواعد ٢٠٧: ١.

٦- ٦) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢٠٧: ٢- ٢٠٨.

ردّه، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد إكمال الغسل و قبل المسح (١)، انتهى.

و استجوده بعض المعاصرين (٢)؛ ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه؛ لصيرورته عوضاً شرعاً.

و فيه: أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء، و أدلّه الضمان قد عرفت أنّ محصّيها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك، سواء كان الذاهب نفس العين كما فى التلف الحقيقى، أو كان الذاهب السلطنة عليها التى بها قوام ماليتها كغرق المال، أو كان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التى يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته (٣).

و لا يخفى أنّ العين على التقدير الأوّل خارج (٤) عن الملكيه عرفاً.

و على الثانى: السلطنة المطلقة على البدل بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين، و هذا معنى بدل الحيلولة.

و على الثالث: فالمبذول عوض عمّا خرج المال بذهابه عن التقويم، لا عن نفس العين، فالمضمون فى الحقيقه هى تلك الأوصاف التى تقابل بجميع قيمه، لا نفس العين الباقية، كيف! و لم تتلف هى، و ليس لها على تقدير التلف أيضاً عهده مالىه؟ بل الأمر بردها مجزّد تكليف لا يقابل بالمال، بل لو استلزم ردّه (٥) ضرراً مالياً على الغاصب

ص: ٢٦٤

١-١) مجمع الفائدة ٥٢١: ١٠.

٢-٢) هو صاحب الجواهر فى الجواهر ٣٧: ٨٠.

٣-٣) كذا، و المناسب: ملكيتها.

٤-٤) كذا، و المناسب: خارجه.

٥-٥) كذا فى النسخ، و المناسب: ردها.

[خروج العين عن الملكيه مع بقاء حق الأولويه]

و لعلّ ما عن المسالك: من أنّ ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن قيمه بالإخراج، فتعيّن قيمه فقط (١)، محمول على صورته تضرّر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء المستدخل فيه الخشب، كما لا يابى عنه عنوان المسأله، فلاحظ، و حينئذٍ فلا تنافى ما تقدّم عنه (٢) سابقاً: من بقاء الخيط على ملك مالكة و إن وجب بذل قيمته (٣).

ثمّ إنّ هنا قسمًا رابعاً، وهو ما لو خرج المضمون عن الملكيه مع بقاء حقّ الأولويه فيه، كما لو صار الخلّ المغصوب خمراً، فاستشكل فى القواعد وجوب ردّها مع قيمه (٤)؛ ولعلّه من استصحاب وجوب ردّها، و من أنّ الموضوع فى المستصحب ملك المالك؛ إذ لم يجب إلّا ردّه و لم يكن المالك إلّا أولى به (٥).

إلّا أن يقال: إنّ الموضوع فى الاستصحاب عرفى، و لذا كان الوجوب مذهب جماعه، منهم الشهيدان (٦) و المحقّق الثانى (٧)، و يؤيّدونه أنّه لو عاد خلّاً ردّت إلى المالك بلا خلافٍ ظاهر.

ص: ٢٤٥

١- ١) انظر المسالك (الطبعة الحجرية) ٢٠٧:٢، و العبارة منقوله بالمعنى.

٢- ٢) كلمه «عنه» من «ف» و «ش».

٣- ٣) راجع الصفحه ٢٤٣.

٤- ٤) القواعد ٢٠٦:١.

٥- ٥) فى «ف»: و لم يكن المالك أولى إلّا به.

٦- ٦) الدروس ١١٢:٣، المسالك (الطبعة الحجرية) ٢١٤:٢.

٧- ٧) جامع المقاصد ٢٩٢:٦.

[حكم ارتفاع قيمة العين بعد دفع بدلها]

ثم إن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهده العين و ضمانها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع، سواءً كان للسوق أو للزيادة المتصلة، بل المنفصلة - كالثمره - ولا يضمن منافعه، فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك.

و عن التذكرة (١) و بعض آخر (٢): ضمان المنافع، و قواه في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه (٣).

و في موضع من جامع المقاصد: أنه موضع توقّف. و في موضع آخر رجّح الوجوب (٤).

[حكم ارتفاع قيمه بعد التعذر و قبل الدفع]

ثم إن ظاهر عطف التعذر على التلف في كلام بعضهم (٥) - عند التعرّض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة - يقتضى عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر و قبل الدفع، كالحاصل بعد التلف، لكن مقتضى القاعدة ضمانه له؛ لأن (٦) مع التلف يتعين القيمة؛ و لذا ليس له الامتناع من أخذها، بخلاف تعذر العين؛ فإن القيمة غير متعيّنه، فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك و يبقى العين في عهده

ص: ٢٤٤

١ - ١) التذكرة ٣٨٢: ٢.

٢ - ٢) و قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة (٦: ٢٤٩): «و هو الأصح»، و فيه أيضاً: «و مال إليه في المسالك»، انظر المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢١٠.

٣ - ٣) المبسوط ٩٦: ٣.

٤ - ٤) جامع المقاصد ٢٥١: ٦ و ٢٧٣.

٥ - ٥) مثل المحقق في المختصر ٢٥٦: ٢، و العلامة في التحرير ١٣٩: ٢.

٦ - ٦) في «ف» بدل «لأن»: إذ.

الضامن في هذه المدّة، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف، أو أعلى القيم إليه، أو يوم الغصب، على الخلاف.

و الحاصل: أنّ قبل دفع القيمة يكون العين الموجوده في عهده الضامن، فلا عبره بيوم التعذر، والحكم يكون يوم التعذر بمنزله يوم التلف مع الحكم بضمان الأجره و النماء إلى دفع البدل و إن تراخى عن التعذر، ممّا لا يجتمعان ظاهراً، فمقتضى القاعده ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر في المثلي.

[إذا ارتفع التعذر وجب رد العين]

ثمّ إنّه لا إشكال في أنّه إذا ارتفع تعذر ردّ العين و صار ممكناً، وجب ردّها إلى مالكيها (١) - كما صرح به في جامع المقاصد (٢) - فوراً، و إن كان في إحضارها (٣) مثونه، كما كان قبل التعذر؛ لعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدى» (٤)، و دفع البدل لأجل الحيلولة إنّما أفاد خروج الغاصب عن الضمان، بمعنى أنّه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك، و استلزم (٥) ذلك - على ما اخترناه (٦) - عدم (٧) ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتصل بعد دفع الغرامه.

ص: ٢٦٧

١ - ١) في غير «ش»: ردّه إلى مالكيه.

٢ - ٢) جامع المقاصد ٢٦١: ٦.

٣ - ٣) في غير «ش»: إحضاره.

٤ - ٤) عوالي اللآلى ٢٢٤: ١، الحديث ١٠٦، و الصفحه ٣٨٩، الحديث ٢٢.

٥ - ٥) في «ش» كتب فوق الكلمه: و لازم ظ.

٦ - ٦) تقدّم في الصفحه ٢٦٦.

٧ - ٧) في غير «ف» و «ش»: «من عدم»، إلّا أنّه شطب على «من» في «ن» و «خ».

و سقوط وجوب الردّ حين التّعذر للعذر العقلي، فلا يجوز استصحابه، بل مقتضى الاستصحاب و العموم هو الضمان المدلول عليه بقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» المغنياً بقوله: «حتى تؤدى».

و هل الغرامه المدفوعه تعود ملكه

و هل الغرامه المدفوعه تعود ملكه (١) إلى الغارم بمجرد طرؤ التمكن،

فيضمن العين من يوم التمكن ضماناً جديداً بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم، أو أنّها باقيه على ملك مالك العين، و كون (٢) العين مضمونه بها لا بشيءٍ آخر في ذمه الغاصب، فلو تلفت استقرّ ملك المالك على الغرامه، فلم يحدث في العين إلّا حكم تكليفي بوجوب رده، و أمّا الضمان و عهده جديده فلا؟ وجهان:

أظهرهما الثاني؛ لاستصحاب كون العين مضمونه بالغرامه، و عدم طرؤ ما يزيل ملكيته عن الغرامه أو يحدث ضماناً جديداً، و مجرد عود التمكن لا- يوجب عود سلطنه المالك حتى يلزم من بقاء ملكيته (٣) على الغرامه الجمع بين العوض و المعوض، غايه ما في الباب قدره الغاصب على إعاده السلطنه الفائته المبدله (٤) عنها بالغرامه و وجوبها عليه.

و حينئذٍ، فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكيه (٥) المالك

ص: ٢٦٨

١-١) كذا، و الصحيح: ملكها.

٢-٢) شطب على كلمه «كون» في «ن»، و صُحّح في «ص» ب«تكون».

٣-٣) في «ش»: مالكيته.

٤-٤) كذا، و المناسب: «المبدل»، كما في مصححه «ن».

٥-٥) في نسخه بدل «ش»: مالكيه.

للغرامه، و توهم: أن المدفوع كان بدلاً (١) عن القدر الفائت من السلطنه فى زمان التعذر فلا يعود لعدم عود مبدله، ضعيف فى الغايه، بل كان بدلاً عن أصل السلطنه يرتفع بعودها، فيجب دفعه، أو دفع بدله مع تلفه، أو خروجه عن ملكه بناقل لازم بل جائز، ولا يجب رد نمائه المنفصل.

و لو لم يدفعها (٢) لم يكن له مطالبه الغرامه أولاً؛ إذ ما لم يتحقق السلطنه لم يعد الملك إلى الغارم؛ فإن الغرامه عوض السلطنه لا عوض قدره الغاصب على تحصيلها للمالك، فتأمل.

نعم، للمالك مطالبه عين ماله؛ لعموم «الناس مسلطون على أموالهم» (٣)، و ليس ما عنده من المال عوضاً من مطلق السلطنه حتى سلطنه المطالبه، بل سلطنه الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك؛ و لذا لا يباح (٤) لغيره بمجرد بذل الغرامه.

و ممّا ذكرنا (٥) يظهر أنه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع

[ليس للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل]

ص: ٢٦٩

-
- ١-١) لم ترد «بدلاً» فى «ف».
- ٢-٢) كذا فى «ش» و مصحّحه «خ»، و فى سائر النسخ: «يدفعه»، و الصحيح ما أثبتناه كما أثبتته المامقانى و قال: هذه الجملة عطف على قوله: «فإن دفع العين»، و الضمير المنصوب بقوله: «لم يدفع»، عائد إلى العين، غايه الآمال: ٣١٩. و أثبتتها الشهيدى كما فى سائر النسخ، لكنّه قال: الصواب: «يدفعها»؛ لأنّ الضمير راجع إلى العين، هدايه الطالب: ٢٤٥.
- ٣-٣) عوالى اللآلى ٢٢٢: ١، الحديث ٩٩.
- ٤-٤) كذا، و المناسب: «لا تباح»، كما فى مصحّحه «خ».
- ٥-٥) فى «خ»، «ع» و «ص» زياده: أيضاً.

المالك القيمة، كما اختاره في التذكرة (١) والإيضاح (٢) وجامع المقاصد (٣).

و عن التحرير: الجزم بأن له ذلك (٤)؛ ولعله لأن القيمة عوض إِمَّا عن العين، وإِمَّا عن السلطنة عليه (٥)، و على أى تقدير فيتحقق التراد، و حينئذٍ فلكل من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتى يتسلم ما بيد الآخر.

و فيه: أن العين بنفسها ليست عوضاً و لا معوضاً؛ و لذا تحقّق للمالك الجمع بينها و بين الغرامه، فالمالك مسلطٌ عليها، و المعوض للغرامه (٦) السلطنة الفائته التي هي في معرض العود بالتراد.

اللهم إلاً أن يقال: له حبس العين من حيث تضمّنه لحبس مبدل الغرامه و هي السلطنة الفائته.

و الأقوى: الأول.

[لو حبس العين فتلفت]

ثم لو قلنا بجواز الحبس، لو حبسه (٧) فتلفت العين محبوساً، فالظاهر أنه لا يجرى عليه حكم المغصوب؛ لأنه حبسه بحق، نعم

ص: ٢٧٠

١-١) التذكرة ٣٨٥:٢.

٢-٢) إيضاح الفوائد ١٧٨:٢.

٣-٣) جامع المقاصد ٢٦١:٦.

٤-٤) التحرير ١٤٠:٢، و حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٥٦:٦.

٥-٥) كذا في النسخ، و المناسب: «عليها»، كما استظهر في «ص».

٦-٦) في «ش»: لغرامه.

٧-٧) كذا، و المناسب: «حبسها»؛ لعود الضمير إلى العين، و كذا الكلام فيما يأتي من الضمائر.

يضمنه؛ لأنَّه قبضه لمصلحه نفسه، و الظاهر أنَّه بقيمه يوم التلف على ما هو الأصل في كلِّ مضمون و من قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس إلى زمان التلف.

و ذكر العلامه في القواعد: أنَّه لو حبس فتلف محبوساً، فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع قيمه الأولى (١).

و الظاهر أنَّ مراده ب«قيمه (٢) الآن»: مقابل القيمه السابقه؛ بناءً على زوال حكم الغصب عن العين، لكونه محبوساً بغير عدوان، لا خصوص حين التلف. و كلمات كثيرٍ منهم لا يخلو عن اضطراب.

ثمَّ إنَّ أكثر ما ذكرناه مذكور في كلماتهم في باب الغصب، لكنَّ الظاهر أنَّ أكثرها بل جميعها حكم المغصوب من حيث كونه مضموناً؛ إذ ليس في الغصب خصوصيته زائده.

نعم، ربما يفرّق من جهه نصٍّ في المغصوب مخالفٍ لقاعده الضمان، كما احتمل في الحكم بوجود قيمه يوم الضمان من جهه صحيحه أبي ولاد (٣) أو أعلى القيم على ما تقدّم من الشهيد الثاني دعوى دلاله الصحيحه عليه (٤)، و أمّا ما اشتهر من أنَّ الغاصب مأخوذ بأشقِّ الأحوال، فلم نعرف له مأخذاً واضحاً.

ص: ٢٧١

١-١) القواعد ٢٠٤: ١.

٢-٢) في «ف»: بقيمته.

٣-٣) تقدّمت في الصفحه ٢٤٦-٢٤٧.

٤-٤) تقدّم في الصفحه ٢٥٢.

و لنختم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد و إن بقي منه أحكام (١) آخر أكثر ممّا ذكر، و لعلّ بعضها يجيء في بيع الفضولى إن شاء الله تعالى (٢).

ص: ٢٧٢

١-١) لم ترد «أحكام» في «ش».

٢-٢) يجيء في الصفحة ٣٤٥.

المشهور- كما عن الدروس (١) والكفايه (٢)-: بطلان عقد الصبى، بل عن الغنيه: الإجماع عليه و إن أجاز الولى (٣).

و فى كتر العرفان: نسبه عدم صحه عقد الصبى إلى أصحابنا (٤)، و ظاهره إرادته التعميم لصوره إذن الولى.

و عن التذكرة: أنّ الصغير محجور عليه بالنصّ و الإجماع- سواء كان مميزاً أو لا- فى جميع التصرفات إلّا ما استثنى، كعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبيره و وصيته و إيصال الهدية و إذنه فى الدخول، على خلافٍ فى ذلك (٥)، انتهى.

و استثناء إيصال الهدية و إذنه فى دخول الدار، يكشف بفحواه عن

ص: ٢٧٥

١- (١) الدروس ١٩٢: ٣، لكنّه نسبه إلى الأشهر.

٢- (٢) الكفايه: ٨٩، و حكاه عنه و عن الدروس السيد المجاهد فى المناهل: ٢٨٦.

٣- (٣) الغنيه: ٢١٠.

٤- (٤) انظر كتر العرفان ١٠٢: ٢.

٥- (٥) التذكرة ٧٣: ٢.

شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله؛ لأنَّ الإيصال و الإذن ليسا من التصرفات القوليَّة و الفعلية، و إنما الأوَّل آله في إيصال الملك كما لو حملها على حيوان و أرسلها، و الثاني كاشف عن موضوع تعلق عليه إباحه الدخول، و هو رضا المالك.

[الاستدلال على البطلان بحديث رفع القلم]

و احتجَّ على الحكم في الغنيه (١) بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «رفع القلم عن ثلاثه: عن الصبيِّ حتَّى يحتلم، و عن المجنون حتَّى يفيق، و عن النائم حتَّى يستيقظ» (٢)، و قد سبقه في ذلك الشيخ في المبسوط في مسأله الإقرار- و قال: إنَّ مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم (٣).

و نحوه الحلِّي في السرائر في مسأله عدم جواز وصيِّه البالغ عشرًا (٤)، و تبعهم في الاستدلال به جماعه، كالعلَّامه (٥) و غيره (٦).

[الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصبي]

و استدلُّوا (٧) أيضاً بخبر حمزه بن حرمان عن مولانا الباقر عليه السلام:

«إنَّ الجارِيه إذا زوّجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم،

ص: ٢٧٦

١- (١) الغنيه: ٢١٠.

٢- (٢) عوالي اللآلي ٢٠٩: ١، الحديث ٤٨.

٣- (٣) المبسوط ٣: ٣.

٤- (٤) السرائر ٢٠٧: ٣.

٥- (٥) التذكرة ١٤٥: ٢.

٦- (٦) كالمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٧: ٨٢، و المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٠٨.

٧- (٧) كما في الحدائق ٣٦٩: ١٨، و الرياض ٥١١: ١، و مقابس الأنوار: ١٠٨، و الجواهر ٢٦١: ٢٢ و غيرها.

و دفع إليها مالها، و جاز أمرها في الشراء (١)، و الغلام لا يجوز أمره في البيع و الشراء و لا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة... الحديث» (٢).

و في روايه ابن سنان: «متى يجوز أمر اليتيم؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: ما أشده؟ قال: احتلامه» (٣)، و في معناها روايات أخر (٤).

[المناقشه في دلاله هذه الروايات]

لكنّ الإنصاف: أنّ جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف؛ لأنّ الجواز مرادف للمضي، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال: بيع الفضولي غير ماضٍ، بل موقوف.

و يشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: «إلا أن يكون سفيهاً» (٥)، فلا دلالة لها حينئذٍ على سلب عبارته، و أنه إذا ساوم وليه متاعاً (٦) و عين له قيمته (٧) و أمر الصبي بمجرّد إيقاع العقد مع الطرف

ص: ٢٧٧

١- ١) في المصدر زياده: و البيع.

٢- ٢) الوسائل ١٢: ٢٦٨، الباب ١٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأول، و ذيله.

٣- ٣) الخصال ٢: ٤٩٥، الحديث ٣، و عنه في الوسائل ١٣: ١٤٣، الباب ٢ من أبواب كتاب الحجر، الحديث ٥.

٤- ٤) انظر الوسائل ١٢: ٢٦٧، الباب ١٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، و ١٣: ١٤١ و ١٤٢، الباب ١ و ٢ من أبواب كتاب الحجر، و الصفحة ٤٢٨ و ٤٣٢، الباب ٤٤ و ٤٥ من أبواب كتاب الوصايا و غيرها.

٥- ٥) مثل روايه ابن سنان المتقدمه و الروايتين الأخرين عنه أيضاً في الوسائل ١٣: ٤٣٠ و ٤٣١، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٨ و ١١.

٦- ٦) كذا في «ف»، «خ» و «ش» و نسخه بدل «ن»، و في سائر النسخ: متاعه.

٧- ٧) في «ف»: قيمه.

الآخر كان باطلاً، وكذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليه.

و أما حديث رفع القلم، ففيه:

أولاً: أن الظاهر منه قلم المؤاخذه، لا قلم جعل الأحكام؛ ولذا بنينا - كالمشهور - على شرعيته عبادات الصبي.

و ثانياً: أن المشهور على الألسنة أن الأحكام الوضعيه ليست مختصه بالبالغين، فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ و حرمة تمكينه من مس المصحف.

و ثالثاً: لو سلمنا اختصاص الأحكام حتى الوضعيه بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعوله في حق البالغين، فيكون الفاعل - كسائر غير البالغين - خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ.

و بالجمله، فالتمسك بالروايه ينافي ما اشتهر بينهم من شرعيته عباده الصبي، و ما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعيه بالبالغين.

فالعمده في سلب عباره الصبي هو الإجماع المحكي (١)، المعتضد بالشهره العظيمه، و إنما فالمسأله محل إشكال؛ و لذا تردّد المحقق في الشرائع في إجاره المميّز بإذن الولي (٢) بعد ما جزم بالصحه في العاريه (٣)،

ص: ٢٧٨

١- ١) تقدّم حكايته عن الغنيه و التذكره في أول المسأله.

٢- ٢) الشرائع ١٨٠: ٢.

٣- ٣) الشرائع ١٧١: ٢.

و استشكل فيها في القواعد (١) و التحرير (٢).

و قال في القواعد: و في صحّحه بيع المميّز بإذن الوليّ نظر (٣)، بل عن الفخر في شرحه: أنّ الأقوى الصحّحه؛ مستدلاً بأنّ العقد إذا وقع بإذن الوليّ كان كما لو صدر عنه (٤) - و لكن لم أجده فيه - و قوّاه المحقّق الأردبيلي على ما حكى عنه (٥).

و يظهر من التذكرة عدم ثبوت الإجماع عنده، حيث قال: و هل يصحّ بيع المميّز و شراؤه؟ الوجه عندي: أنّه لا يصحّ (٦).

و اختار في التحرير: صحّحه بيع الصبي في مقام اختبار رشده (٧).

و ذكر المحقّق الثاني: أنّه لا يبعد بناء المسألة على أنّ أفعال الصبيّ و أقواله شرعيّه أم لا، ثمّ حكم بأنّها غير شرعيّه، و أنّ الأصحّ بطلان العقد (٨).

ص: ٢٧٩

١-١) القواعد ٢٢٤:١.

١-٢) التحرير ٢٤٤:١.

١-٣) القواعد ١٦٩:١.

١-٤) حكاها عنه المحقّق التستري في مقابس الأنوار (الصفحة ١١٠)، و لكنّ الموجود في الإيضاح (٢:٥٥) ذيل عبارته والده هكذا: «و الأقوى عدم الصحّحه»، و لم نعثر فيه على غيره.

١-٥) لم نعثر على الحاكي عنه بهذا النحو، نعم في المقابس (الصفحة ١١٠): و مال المقدّس الأردبيلي في كتابه إلى جواز بيعه مع الرشد و إذن الوليّ، انظر مجمع الفائدة ١٥٢:٨-١٥٣.

١-٦) التذكرة ٢:٨٠، و فيه: و شراؤه بإذن الوليّ.

١-٧) التحرير ٢١٨:١.

١-٨) جامع المقاصد ١٩٤:٥.

و عن المختلف أنه حكى- فى باب المزارعه- عن القاضى كلاماً يدلّ على صحّ بيع الصبى (١).

و بالجمله، فالمسأله لا تخلو عن إشكال، و إن أطب بعض المعاصرين (٢) فى توضيحه حتّى أحقه بالبديهيات فى ظاهر كلامه.

[الحجه فى المسأله هى الشهره و الإجماع المحكى]

فالإنصاف: أنّ الحجّه فى المسأله هى الشهره المحقّقه و الإجماع المحكى عن التذكره (٣)؛ بناءً على أنّ استثناء الإحرام-الذى لا يجوز إلّا بإذن الوليّ- شاهد على أنّ مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة، لا نفى الاستقلال فى التصرف؛ و كذا إجماع الغنيه (٤)؛ بناءً على أنّ استدلاله بعد الإجماع بحديث «رفع القلم» دليل على شمول معقده للبيع بإذن الوليّ.

و ليس المراد نفى صحّ البيع المتعقّب بالإجازه، حتّى يقال: إنّ الإجازه عند السيّد (٥) غير مجديه فى تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقلّ و لو كان غير مسلوب العبارة، كالبائع الفضولى.

و يؤيد الإجماعين ما تقدّم عن كنز العرفان (٦).

[المناقشه فى تحقق الإجماع]

نعم لقائل أن يقول: إنّ ما عرفت من المحقّق و العلامه و ولده

ص: ٢٨٠

١- ١) حكى المحقّق التستري فى مقابس الأنوار (الصفحة ١١٠) ما نقله العلامه عن القاضى، و قال: «و مقتضاه صحّ شراء الصبى و بيعه»، انظر المختلف ١٨٨:٦، و المهذب ٢٠:٢.

٢- ٢) الظاهر أنّ المراد هو صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٦١:٢٢، و انظر مقابس الأنوار: ١١١-١١٢ أيضاً.

٣- ٣) التذكره ٧٣:٢.

٤- ٤) الغنيه: ٢١٠.

٥- ٥) يعنى السيّد ابن زهره.

٦- ٦) تقدّم فى أوّل المسأله.

و القاضى و غيرهم خصوصاً (١) المحقق الثانى (٢) - الذى بنى المسأله على شرعيه أفعال الصبى - يدل على عدم تحقق الإجماع.

و كيف كان، فالعمل على المشهور (٣).

[ما يستأنس به للبطلان]

و يمكن (٤) أن يستأنس له أيضاً بما ورد فى الأخبار المستفيضه من أن «عمد الصبى و خطأه واحد» كما فى صحيحه ابن مسلم (٥) و غيرها (٦)، و الأصحاب و إن ذكروها فى باب الجنائيات، إلما أنه لا إشعار فى نفس الصحيحه - بل و غيرها - بالاختصاص بالجنائيات؛ و لذا تمسك بها الشيخ فى المبسوط (٧) و الحلّى فى السرائر (٨)، على أن إخلال الصبى المُحرّم بمحظورات الإحرام - التى تختص الكفاره فيها (٩) بحال التعمد - لا يوجب كفاره على الصبى، و لا على الولي؛ لأن عمده خطأ.

ص: ٢٨١

١ - ١) لم ترد «غيرهم خصوصاً» إلّا فى «ف»، «ش» و مصحّحه «ن».

٢ - ٢) تقدّم كلامهم فى الصفحه ٢٧٨ - ٢٨٠.

٣ - ٣) لم ترد «فالعمل على المشهور» فى «ف».

٤ - ٤) فى «ف»: فيمكن.

٥ - ٥) فى «ف»: محمد بن مسلم.

٦ - ٦) الوسائل ٣٠٧: ١٩، الباب ١١ من أبواب العاقله، الحديث ٢ و ٣، و الصفحه ٦٦، الباب ٣٦ من أبواب كتاب القصاص فى النفس، الحديث ٢.

٧ - ٧) المبسوط ٣٢٩: ١.

٨ - ٨) السرائر ٦٣٦: ١ - ٦٣٧.

٩ - ٩) كذا فى «ف»، و فى «ص» بدل «الكفاره فيها»: «حرمتها»، و فى غيرهما جمع بينهما بجعل أحدهما أصلاً و الآخر بدلاً، و فى «ش» جمع بينهما مع عدم الإشاره إلى ذلك.

و حينئذٍ فكلّ حكمٍ شرعيّ تعلّق بالأفعال التي يعتبر في ترتّب الحكم الشرعي عليها القصد-بحيث لا- عبره بها إذا وقعت بغير القصد- فما يصدر منها عن الصبيّ قصداً بمنزله الصادر عن غيره بلا قصد، فعقد الصبي وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل و الغالط و الخاطئ و إيقاعاتهم.

[استظهار البطلان من حديث رفع القلم]

بل يمكن بملاحظه بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون و الصبي استظهار المطلب من حديث «رفع القلم» و هو ما عن قرب الإسناد بسنده عن أبي البختری، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام، أنّه كان يقول [في (١)] المجنون و المعتوه الذي لا يفيق، و الصبي الذي لم يبلغ: «عمدهما خطأ تحمله العاقله و قد رفع عنهما القلم (٢)» (٣)؛ فإنّ ذكر «رفع القلم» في الذيل ليس له وجه ارتباط إلّا بأن تكون علّه لأصل الحكم، و هو ثبوت الديه على العاقله، أو بأن تكون معلوله (٤) لقوله: «عمدهما خطأ»، يعني أنّه لَمَّا كان قصدهما بمنزله العدم في نظر الشارع و في الواقع رفع القلم عنهما.

و لا يخفى أنّ ارتباطها (٥) بالكلام على وجه العليّه أو المعلوئيه (٦)

ص: ٢٨٢

١-١ من المصدر.

٢-٢ في «ف» زياده: «إلخ»، و في سائر النسخ: «اه»، لكنّ المذكور هنا هو المذكور في المصدر بتمامه.

٣-٣ قرب الإسناد: ١٥٥، الحديث ٥٦٩، و عنه في الوسائل ١٩:٦٦، الباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس، الحديث ٢.

٤-٤ كذا، و المناسب: بأن يكون معلولاً.

٥-٥ كذا، و المناسب تذكير الضمير؛ لرجوعه إلى «رفع القلم».

٦-٦ في «ش»: و المعلوئيه.

للحكم المذكور في الروايه-أعنى عدم مؤاخذه الصبي و المجنون-بمقتضى جنايه العمد و هو القصاص، و لا بمقتضى شبه العمد-و هو الديه في مالهما-لا- يستقيم إلّا بأن يراد من «رفع القلم» ارتفاع المؤاخذه عنهما شرعاً من حيث العقوبه الأخرويه و الدنيويه المتعلقه بالنفس -كالقصاص-، أو المال-كغرامه الديه-و عدم ترتّب ذلك على أفعالهما المقصوده المتعمّد إليها ممّا (١) لو وقع من غيرهما مع القصد و التعمّد لترتبت عليه غرامه أخرويه أو دنيويه.

و على هذا، فإذا التزم على نفسه مالاً- بإقرارٍ أو معاوضه و لو بإذن الولي، فلا أثر له (٢) في إلزامه بالمال و مؤاخذته به و لو بعد البلوغ (٣). فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته و لو كانت بإذن الولي، فليس ذلك إلّا لسلب قصده و عدم العبره بإنشائه؛ إذ لو كان ذلك لأجل عدم (٤) استقلاله و حجّره عن الالتزامات على نفسه، لم يكن عدم المؤاخذه شاملاً لصوره إذن الولي، و قد فرضنا الحكم مطلقاً، فيدلّ بالالتزام على كون قصده في إنشائه و إخباراته مسلوب الأثر.

ثم إن مقتضى عموم هذه الفقره-بناءً على كونها على للحكم:-

عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكى عن بعض

ص: ٢٨٣

١- ١) في «م» و «ع»: «بما»، و في نسخه بدلها: «مما».

٢- ٢) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: «لها»، و في مصححه «ص»: «لها».

٣- ٣) عبارته «و لو بعد البلوغ» وردت في «ف» قبل قوله: «فلا أثر له».

٤- ٤) في «ف» بدل «لأجل عدم»: «لعدم».

إلا أن يلتزم بخروج ذلك من (١) عموم رفع القلم، ولا يخلو عن (٢) بُعد.

لكن (٣) هذا غير واردٍ على الاستدلال؛ لأنَّه ليس مبيَّناً على كون «رفع القلم» عله للحكم؛ لما عرفت (٤) من احتمال كونه معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبيِّ و المجنون، فيختصُّ رفع قلم المؤاخذه بالأفعال التي يعتبر في المؤاخذه عليها قصد الفاعل فيخرج مثل الإلتلاف، فافهم و اغتنم.

ثمَّ إنَّ القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبيِّ، كالتعزير.

[رأى المؤلف في المسألة و دليله]

و الحاصل: أنَّ مقتضى ما تقدّم (٥) من الإجماع المحكى في البيع و غيره من العقود، و الأخبار المتقدّمة (٦) -بعد انضمام بعضها إلى بعض -:

عدم الاعتبار بما يصدر من الصبيِّ من الأفعال المعتر فيهما القصد إلى مقتضاها، كإنشاء العقود أصالةً و وكالةً، و القبض و الإقباض، و كلّ التزام على نفسه من ضمانٍ أو إقرارٍ أو نذرٍ أو إيجار.

ص: ٢٨٤

١-١) في غير «ف»: عن.

٢-٢) في غير «ف»: من.

٣-٣) في «ش»: و لكن.

٤-٤) في الصفحة السابقة.

٥-٥) في أول المسألة.

٦-٦) راجع الصفحة ٢٧٦-٢٧٧ و ٢٨١.

قال (١) في التذكرة (٢): و كما لا- يصح تصرفاته اللفظية، كذا لا يصح قبضه، ولا يفيد حصول الملك في الهبة و إن اتهب له الولي، ولا- لغيره و إن أذن الموهوب له بالقبض، و لو قال مستحق الدين للمديون: سلّم حقّي إلى هذا (٣) الصبي، فسلم مقدار (٤) حقه إليه، لم يبرأ عن الدين و بقي المقبوض على ملكه، و لا- ضمان على الصبي؛ لأنّ المال ك ضيعة حيث دفعه إليه، و بقي الدين لأنّه في الذمّه و لا- يتعيّن إلّا بقبض صحيح، كما لو قال: ارم حقّي في البحر، فرمى مقدار حقه، بخلاف ما لو قال للمستودع: سلّم مالي إلى الصبي أو ألقه في البحر؛ لأنّه امتثل أمره في حقه المعين، و لو كانت الوديعة للصبي فسلمها إليه ضمن و إن كان بإذن الولي؛ إذ ليس له تضييعها بإذن الولي.

و قال أيضاً: لو عرض الصبي ديناراً على الناقد لينقده أو متاعاً إلى مقوم ليقومه فأخذه، لم يجز له ردّه إلى (٥) الصبي، بل على (٦) وليّه إن كان. فلو أمره الولي بالدفع إليه فدفعه إليه، برئ من ضمانه إن كان المال للولي (٧)، و إن كان للصبي فلا، كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في

ص: ٢٨٥

-
- ١- ١) في «ش»: و قال.
 - ٢- ٢) نقل السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ١٧٢ عدّه فروع من التذكرة و نهايه الأحكام، و لم يفرزها، و لكنّ المؤلّف قدّس سرّه نسبها جميعاً إلى التذكرة.
 - ٣- ٣) كلمه «هذا» من «ش» و المصدر.
 - ٤- ٤) في المصدر و نسخه بدل «ش»: قدر.
 - ٥- ٥) في المصدر: على.
 - ٦- ٦) في «ش» و مصححه «م»: إلى.
 - ٧- ٧) كذا في «ص»، «ش» و المصدر و مصححه «ن»، و في غيرها: للمولى.

البحر، فإنه يلزمه ضمانه. وإذا تباع الصبيان و تقابضا و أتلّف كلّ واحدٍ منهما ما قبضه، فإن جرى بإذن الوليّين فالضمان عليهما، و إلا فلا ضمان عليهما، بل على الصبيّين. و يأتي في باب الحجر تمام الكلام (١).

و لو فتح (٢) الصبي الباب و أذن في الدخول على أهل الدار، أو أدخل (٣) الهدية إلى إنسان عن (٤) إذن المهدي، فالأقرب الاعتماد؛ لتسامح السلف فيه (٥)، انتهى كلامه رفع مقامه.

[لا فرق في معاملة الصبي بين الأشياء اليسيره و الخطيره]

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا: أنّه لا فرق في معاملة الصبي بين أن تكون في الأشياء اليسيره أو الخطيره؛ لما عرفت من عموم النصّ و الفتوى حتّى أنّ العلامة في التذكرة لمّا ذكر حكاية «أنّ أبا الدرداء اشترى عصفوراً من صبيّ فأرسله»، ردّها بعدم الثبوت و عدم الحجّيه، و توجيهه بما يخرجها عن محلّ الكلام (٦).

و به يظهر ضعف ما عن المحدّث الكاشاني: من أنّ الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما (٧) جرت العاده به من الأشياء اليسيره؛ دفعاً للخرج (٨)، انتهى.

ص: ٢٨٦

١-١) هذه العبارة للسيد العاملي في مفتاح الكرامه.

٢-٢) هذا الفرع ذكره العلامة في النهايه، و نقله السيد العاملي بتصريف.

٣-٣) في المصدر: أوصل.

٤-٤) في غير «ف» و «ش»: من.

٥-٥) انظر التذكرة ١: ٤٦٢، و نهايه الإحكام ٢: ٤٥٤-٤٥٥، و مفتاح الكرامه ٤: ١٧٢.

٦-٦) التذكرة ٢: ٨٠.

٧-٧) في «ف»: لما.

٨-٨) مفاتيح الشرائع ٣: ٤٦.

فإنَّ الحرج ممنوع، سواء أراد أنَّ الحرج يلزم من منعهم عن المعامله فى المحقَّرات و التترام مباشره البالغين لشرائها، أم أراد أنه يلزم من التجنُّب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع و الشراء فى الأشياء الحقيه.

ثمَّ لو (١) أراد استقلاله فى البيع و الشراء لنفسه بماله من دون إذن الوليِّ ليكون حاصله أنه غير محجورٍ عليه فى الأشياء اليسيره، فالظاهر كونه مخالفاً للإجماع.

و أمَّا ما ورد فى روايه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال:

و نهى النبى صلَّى الله عليه و آله و سلم عن كسب الغلام الصغير الذى لا يحسن صناعه بيده»؛ معللاً بأنَّه «إن لم يجد سرق» (٢)، فمحمولٌ على عوض كسبه من التقاط، أو اجره عن (٣) إجاره أو قعها الولي أو الصبي بغير إذن الولي، أو عن عمل أمر به من دون إجاره فأعطاه المستأجر أو الأمر اجره المثل، فإنَّ هذه كلها ممَّا يملكه الصبي، لكن يستحبُّ للولي و غيره اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبي فيها؛ لاحتمال كونها من الوجوه المحرَّمه، نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممَّن لا يبالى بالمحرَّمات.

و كيف كان، فالقول المذكور فى غايه الضعف.

[تصحيح المعامله لو كان الصبي بمنزله الآله]

نعم، ربما صحَّح سيّد مشايخنا- فى الرياض - هذه المعاملات إذا

ص: ٢٨٧

١- ١) فى «ع» و «ص»: «إن»، و فى نسخه بدلها: لو.

٢- ٢) الوسائل ١١٨: ١٢، الباب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.

٣- ٣) فى «ف» بدل «عن»: أو.

كان الصبي بمنزله الآله لمن له أهليته التصرف؛ من جهة استقرار السيره و استمرارها على ذلك (١).

و فيه إشكال، من جهة قوه احتمال كون السيره ناشئه من (٢) عدم المبالاه فى الدين، كما فى كثيرٍ من (٣) سيرهم الفاسده.

و يؤيد ذلك: ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين و غيرهم، و لا بينهم و بين المجانين، و لا بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الولي أصلاً، و معاملتهم لأوليائهم على سبيل الآليه، مع أنّ هذه (٤) ممّا (٥) لا ينبغى الشكّ فى فسادها (٦)، خصوصاً الأخير.

مع أنّ الإحاله على ما جرت العاده به كالإحاله على المجهول؛ فإنّ الذى جرت عليه السيره هو الوكول إلى كلّ صبى ما هو (٧) فطنٌ فيه، بحيث لا يغلب فى المساومه عليه، فيكّلون إلى من بلغ ستّ سنين (٨) شراءً باقه بقلٍ، أو بيع بيضه دجاج بفلسٍ، و إلى من بلغ

ص: ٢٨٨

١-١ (١) الرياض ٥١١:١.

٢-٢ (٢) فى غير «ف»: عن.

٣-٣ (٣) لم ترد «كثير من» فى «ش».

٤-٤ (٤) فى «م»، «ع»، «ص» و «ش»: هذا.

٥-٥ (٥) لم ترد «ممّا» فى «ف».

٦-٦ (٦) فى «ش»: فساد.

٧-٧ (٧) فى «ن»، «خ»، «م» و «ص»: «ماهر»، لكنّ صُحّح فى «ن» بما أثبتناه فى المتن.

٨-٨ (٨) كذا فى «ش» و مصحّحه «ص»، و فى سائر النسخ: من بلغ سنتين.

ثمانية (١) سنين اشتراء اللحم و الخبز و نحوهما، و إلى من بلغ أربع عشره سنه شراء الثياب، بل الحيوان، بل يكلون إليه أمور التجاره فى الأسواق و البلدان، و لا يفترقون بينه و بين من أكمل خمس عشره سنه، و لا يكلون إليه شراء مثل القرى و البساتين و بيعها إلّا بعد أن يحصل له التجارب، و لا أظنّ أنّ القائل بالصّحّه يلتزم العمل بالسيره على هذا التفصيل.

و كيف كان، فالظاهر أنّ هذا القول أيضاً مخالف لما يظهر منهم.

و قد عرفت حكم العلّامه فى التذكرة بعدم جواز ردّ المال إلى الصبىّ إذا دفعه إلى الناقد لينقده، أو المتاع الذى دفعه إلى المقوم ليقومه (٢)، مع كونه غالباً فى هذه المقامات بمنزله الآله للولى، و كذا حكمه بالمنع من ردّ مال الطفل إليه بإذن الولى، مع أنّه بمنزله الآله فى ذلك غالباً.

[دعوى كاشف الغطاء إفاده معامله الصبى الإباحه لو كان مأذونا و المناقشات فيه]

و قال كاشف الغطاء رحمه الله- بعد المنع عن (٣) صحّحه عقد الصبى أصاله و وكاله- ما لفظه: نعم، ثبت الإباحه فى معامله المميّزين (٤) إذا جلسوا مقام أوليائهم، أو تظاهروا على رؤوس الأشهاد حتى يظنّ أنّ ذلك من إذن الأولياء خصوصاً فى المحقرات. ثمّ قال: و لو قيل بتملك الآخذ منهم لدلاله مأذونيته فى جميع التصرفات فيكون موجباً قابلاً، لم يكن بعيداً (٥)، انتهى.

ص: ٢٨٩

١-١) كذا فى النسخ، و المناسب: «ثمانى»، كما فى مصحّحه «ص».

٢-٢) راجع الصفحه ٢٨٥.

٣-٣) فى «ف»: من.

٤-٤) كذا فى «ن» و «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: المميّزين.

٥-٥) كشف الغطاء: ٤٩-٥٠.

أقول (١): أمّا التصرّف و المعامله بإذن الأولياء-سواء كان على وجه البيع أو المعاطاه (٢)-فهو الذى قد عرفت (٣)أنه خلاف المشهور و المعروف حتى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع فى المعاطاه؛لأنها تصرّف لا محاله و إن لم تكن بيعاً،بل و لا معاوضه. و إن أراد بذلك أنّ إذن الولى و رضاه المنكشف بمعامله الصبى هو المفيد للإباحه،لا نفس المعامله-كما ذكره بعضهم فى إذن الولى فى إعاره الصبى (٤)-فتوضيحه ما ذكره بعض المحقّقين من تلامذته (٥)،و هو:

أنه لئما كان بناء المعاطاه على حصول المراضاه كيف اتفق،و كانت مفيدة للإباحه التصرّف خاصّه-كما هو المشهور-و جرت عادته الناس بالتسامح فى الأشياء اليسيره و الرضا باعتماد غيرهم فى التصرّف فيها على الأمارات المفيده للظنّ بالرضا فى المعاوضات،و كان الغالب فى الأشياء التى يعتمد فيها على قول الصبى تعيين (٦)القيمه،أو الاختلاف الذى يتسامح به فى العاده،فلاجل ذلك صحّ القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبى من صورته البيع و الشراء مع الشروط المذكوره،كما يعتمد عليه فى الإذن فى دخول الدار و فى إيصال الهديه إذا ظهرت أمارات

ص: ٢٩٠

١-١) لم ترد «أقول» فى غير «ف».

٢-٢) لم ترد «سواء كان-إلى-أو المعاطاه» فى «ف».

٣-٣) راجع أوّل المسأله.

٤-٤) انظر جامع المقاصد ٦:٦٥،و المسالك ١٣٦:٥.

٥-٥) هو المحقّق التستري قدّس سرّه.

٦-٦) كذا فى أكثر النسخ و المصدر،و فى «ش» و مصحّحه «ن»: تعين.

الصدق، بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوه، وقد استند فيه في التذكرة إلى تسامح السلف (١).

و بالجمله، فالاعتماد في الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ والإعطاء، مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف، لا على قول الصبي و معاملته من حيث إنه كذلك، وكثيراً ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد، من غير وجود ذى يد أصلاً، مع شهادته الحال بذلك، كما في دخول الحمام و وضع الأجره و (٢) عوض الماء التالف في الصندوق، و كما (٣) في أخذ الخضر الموضوعه للبيع، و شرب ماء السقائين و وضع القيمة المتعارفه في الموضوع المعد لها (٤)، و غير ذلك من الأمور التي جرت العاده بها، كما يعتمد على مثل ذلك في غير المعاوزات من أنواع التصرفات.

فالتحقيق: أن هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب و لا منافياً له، و لا يعتمد على ذلك أيضاً في مقام الدعوى و لا فيما إذا طالب المالك بحقه و أظهر عدم الرضا (٥)، انتهى.

و حاصله: أن مناط الإباحه و مدارها في المعاطاه ليس على وجود تعاطٍ قائم بشخصين، أو بشخصٍ منزّل منزله شخصين، بل على تحقق

ص: ٢٩١

١- ١) التذكرة ١: ٤٦٢، و تقدّم عنه في الصفحة ٢٨٦.

٢- ٢) كلمه «و» من «ف» و المصدر.

٣- ٣) في «ش»: و كذا.

٤- ٤) كذا في «ف» و «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: لهما.

٥- ٥) مقابس الأنوار: ١١٣.

الرضا من كل منهما بتصرف صاحبه في ماله، حتى لو فرضنا أنه حصل مال كل منهما عند صاحبه باتفاق -إطاره الريح و نحوها- فتراضيا على التصرف بإخبار صبي أو بغيره من الأمارات -كالكتابة و نحوها- كان هذه (١) معاطاه أيضاً؛ ولذا يكون (٢) وصول الهدية إلى المهدى إليه على يد الطفل -الكاشف إيصاله عن رضا المهدى بالتصرف بل التملك -كافياً في إباحه الهدية، بل في تملكها.

و فيه (٣): أن ذلك حسن، إلا أنه موقوف أولاً على ثبوت حكم المعاطاه من دون إنشاء إباحه و تملك، و الاكتفاء (٤) فيها بمجرد الرضا.

و دعوى حصول الإنشاء بدفع الولي المال إلى الصبي، مدفوعه:

بأنه إنشاء إباحه لشخص غير معلوم، و مثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطاه، مع العلم بخروجه عن موضوعها.

و به يفرق بين ما نحن فيه و مسأله إيصال الهدية بيد الطفل؛ فإنه يمكن فيه دعوى كون دفعها (٥) إليه للإيصال إباحه أو تملكاً (٦)، كما ذكر أن إذن الولي للصبي في الإعارة إذن في انتفاع المستعير، و أمّا دخول

ص: ٢٩٢

١- ١) كذا في النسخ، و المناسب: «هذا»، كما في مصححه «ص».

٢- ٢) في «ش»: كان.

٣- ٣) في «ف»: ففيه.

٤- ٤) كذا في «ش» و نسخه بدل «ن»، و في «ف»: «يكفى»، و في مصححه «ص»: «أن يكتفى»، و في سائر النسخ: يكتفى.

٥- ٥) كذا في «ص»، و في غيرها: دفعه.

٦- ٦) كذا في «ن»، «ش» و مصححه «ص»، و في سائر النسخ: تملكاً.

الحَمِيمَ و شرب الماء و وضع الأجره و القيمه، فلو حكم بصحتهما (١)-بناءً على ما ذكرنا من حصول المعاطاه بمجرّد المرضاه الخاليه عن الإنشاء- انحصرت صحّه وساطه الصبى فيما يكتفى (٢)فيه بمجرّد (٣)وصول العوضين، دون ما لا يكتفى (٤)فيه.

و الحاصل: أنّ دفع الصبى و قبضه بحكم العدم، فكلّ ما يكتفى فيه بوصول كلّ من العوضين إلى صاحب الآخر بأى وجه اتّفق فلا يضرّ مباشره الصبى لمقدّمات الوصول.

ثمّ إنّ ما ذكر (٥)مختصّ بما إذا علم إذن شخص بالغ عاقل للصبى وليّاً كان أم غيره.

و أمّا ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً (٦): من صيروره الشخص (٧)موجباً قابلاً (٨)، ففيه:

أولاً: أنّ تولّى وظيفه الغائب-و هو من أذن للصغير-إن كان

ص: ٢٩٣

١-١) فى غير «ش»: بصحّتها.

٢-٢) و فى «ش»: «يكتفى».

٣-٣) كذا فى «ص»، و فى غيرها: مجرّد.

٤-٤) كذا فى «ص»، و فى غيرها: مجرّد.

٥-٥) يعنى ما ذكره كاشف الغطاء و تلميذه المحقّق التستري قدّس سرّهما فى تصحيح معاملات الصبى.

٦-٦) تقدّم نصّ كلامه فى الصفحه ٢٨٩.

٧-٧) كذا فى «ش»، «ص» و مصحّحه «ن»، و فى مصحّحه «خ»: «أحد الشخصين»، و فى سائر النسخ: الشخصين.

٨-٨) فى غير «ف»: و قابلاً.

يأذن منه، فالمفروض انتفاؤه، وإن كان بمجرد (١) العلم برضاه، فالإكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل، بل ممنوع.

و ثانياً: أنّ المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيا به عمّن أذن للصبى.

ثمّ إنّه لا وجه لاختصاص ما ذكره من الآليه بالصبى، ولا بالأشياء الحقيقه، بل هو جارٍ في المجنون و السكران بل البهائم، و (٢) في الأمور الخطيره؛ إذ المعامله إذا كانت في الحقيقه بين الكبار و كان الصغير آله، فلا فرق في الآليه بينه و بين غيره.

نعم، من تمسّك في ذلك بالسيره من غير أن يتجسّم لإدخال ذلك تحت القاعده، فله تخصيص ذلك بالصبى؛ لأنّه المتيقّن من موردها، كما أنّ ذلك مختصّ بالمحقّرات.

ص: ٢٩٤

١- ١) كذا في «ش»، و في غيره: مجرد.

٢- ٢) الواو «من ف».

اشاره

و اشتراط القصد بهذا المعنى فى صحه العقد بل فى تحقّق مفهومه ممّا لا خلاف فيه و لا إشكال، فلا يقع من دون قصدٍ إلى اللفظ كما فى الغالط. أو إلى المعنى -لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه، بل بمعنى عدم تعلق إرادته (١) و إن (٢) أوجد مدلوله بالإنشاء، كما فى الأمر الصورى فهو (٣) شبيه الكذب فى الإخبار - كما فى الهازل. أو قصد معنى يغير مدلول العقد، بأن قصد الإخبار أو الاستفهام. أو أنشأ معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً، فلا يقع البيع لعدم القصد إليه، و لا المقصود إذا اشترط فيه عبارته خاصّه.

ثمّ إنّه ربما يقال بعدم تحقّق القصد فى عقد الفضولى و المكره كما صرح به فى المسالك، حيث قال: إنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله (٤).

ص: ٢٩٥

-
- ١- ١) فى «ص» زياده «به» تصحيحاً.
 - ٢- ٢) فى مصححه «ن»: بأن.
 - ٣- ٣) لم ترد «فهو» فى «ف».
 - ٤- ٤) المسالك ١٥٦: ٣، نقلاً بالمعنى.

وفيه: أنه لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد؛ مضافاً إلى ما سيجيء في أدله الفصولي (١)، وأما معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار (٢).

[كلام صاحب المقابس في اعتبار تعيين المالكين و المناقشات فيه]

واعلم أنه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه (٣) كلاماً في هذا المقام، في أنه هل يعتبر تعيين المالكين اللذين يتحقق النقل و الانتقال (٤) بالنسبة إليهما، أم لا؟ وذكر، أن في المسألة أوجهاً وأقوالاً، وأن المسألة في غاية الإشكال، وأنه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب قدس الله أرواحهم في تضاعيف أبواب الفقه. ثم قال:

و تحقيق المسألة: أنه إن توقّف تعيين المالك على التعيين حال العقد؛ لتعدد وجه وقوعه الممكن شرعاً، اعتبر تعيينه في التيه، أو مع اللفظ (٥) به أيضاً كبيع الوكيل و الولي العاقد عن اثنين في بيع واحد، و الوكيل عنهما (٦) و الولي عليهما في البيوع المتعدّده، فيجب أن يعين من يقع له البيع أو الشراء، من نفسه أو غيره، و أن يميّز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كلّ منهما.

ص: ٢٩٦

١-١) يجيء في الصفحة ٣٧٢.

٢-٢) يجيء في الصفحة ٣٠٧.

٣-٣) هو المحقق التستري.

٤-٤) في غير «ش»: أو الانتقال.

٥-٥) في المصدر: التلّفظ.

٦-٦) كذا في «ش» و المصدر، و في مصحّحه «ن»: «منهما»، و في سائر النسخ: فيهما.

فإذا عيّن جهه خاصه تعيّنت، و إن أطلق: فإن كان هناك جهه يصرف إليها الإطلاق كان كالتعيين - كما لو دار الأمر بين نفسه و غيره إذا لم يقصد الإبهام و التعيين بعد العقد - وإلا وقع لاغياً، و هذا جارٍ في سائر العقود من النكاح و غيره.

و الدليل على اشتراط التعيين و لزوم متابعتة في هذا القسم: أنه لو لا - ذلك لزم بقاء الملك بلا مالكٍ معيّنٍ (١) في نفس الأمر، و أن لا يحصل الجزم بشيءٍ من العقود التي لم يتعيّن فيها (٢) العوضان، و لا بشيءٍ من الأحكام و الآثار المترتبة على ذلك، و فساد ذلك ظاهر.

و لا - دليل على تأثير التعيين المتعقب، و لا - على صحه العقد المبهم؛ لانصراف الأدلّه إلى الشائع المعهود (٣) من الشريعة و العاده، فوجب الحكم بعدمه (٤).

و على هذا، فلو شرى (٥) الفضولي لغيره في الذمه، فإن عيّن ذلك الغير تعيّن و وقف على إجازته، سواء تلفّظ بذلك أم نواه، و إن أبهم مع قصد الغير بطل، و لا يوقف إلى أن يوجد له مجيز - إلى أن قال -: و إن لم يتوقّف تعيّن (٦) المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان

ص: ٢٩٧

١ - ١) كلمه «معين» من «ش» و المصدر.

٢ - ٢) في «ش»: فيه.

٣ - ٣) في «ش»: «المعروف»، طبقاً للمصدر.

٤ - ٤) عبارته «من الشريعة إلى بعدمه» من «ش» و المصدر.

٥ - ٥) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ: اشترى.

٦ - ٦) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: «تعيين»، إلا أنه صُحّح في «ن» و «ص» بما أثبتناه.

معينين، و لا يقع العقد فيهما على وجه يصح إلبا لمالكهما، ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل، أو عدمه فيصح، أو وجه، أقواها (١) الأخير، و أوسطها الوسط، و أشبهها للأصول الأول.

و في حكم التعيين ما إذا (٢) عين المال بكونه في ذمه زيد مثلاً.

و على الأوسط:

لو باع مال نفسه عن الغير، وقع عنه و لغى قصد كونه عن الغير.

و لو باع مال زيد عن عمرو، فإن كان و كلاً عن زيد صح عنه، و إلا وقف على إجازته.

و لو اشترى لنفسه بمال في ذمه زيد، فإن لم يكن و كلاً عن زيد وقع عنه و تعلق المال بذمته، لا عن زيد؛ ليقف على إجازته، و إن كان و كلاً. فالمقتضى لكل من العقدين منفرداً موجود، و الجمع بينهما يقتضى إلغاء أحدهما، و لَمَّا لم يتعين احتمال البطلان؛ للتدافع، و صحته عن نفسه؛ لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء و ترجيح جانب الأصالة، و عن الموكل؛ لتعين العوض في ذمه الموكل، فقصد كون الشراء لنفسه لغو كما في المعين.

و لو اشترى عن زيد بشيء في ذمته فضولاً و لم يجز، فأجاز عمرو، لم يصح عن أحدهما.

ص: ٢٩٨

١- ١) في المصدر: أحوطها.

٢- ٢) في «ش»: المعين إذا ما.

وقس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب، ولا فرق على الأوسط-في الأحكام المذكوره-بين التيه المخالفه و التسميه، و يفرق بينهما على الأخير، و يبطل الجميع على الأول (1)، انتهى كلامه رحمه الله (2).

أقول: مقتضى المعاوضه و المبادله دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر، وإلا لم يكن كل منهما عوضاً و بدلاً.

و على هذا، فالقصد إلى العوض و تعيينه يغنى عن تعيين المالك، إلا أن ملكيه العوض و ترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك؛ فإن من الأعواض ما يكون متشخصاً بنفسه في الخارج كالأعيان.

و منها ما لا- يتشخص إلا بإضافته إلى مالك ك«ما في الذمم»؛ لأن (3) ملكيه الكلى لا- يكون (4) إلا مضافاً إلى ذمه، و إجراء أحكام الملك على ما في ذمه الواحد المراد بين شخصين فصاعداً غير معهود.

فتعين (5) الشخص في الكلى إنما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكيه ما في الذمم على تعيين (6) صاحب الذمه.

فصح على ما ذكرنا أن تعيين المالك مطلقاً غير معتبر سواء في

ص: ٢٩٩

١-١ (١) مقابس الأنوار: ١١٥-١١٦.

٢-٢ (٢) الترحيم من «ف».

٣-٣ (٣) في «ف»، «خ»، «ع»، و«ص»: و لأن.

٤-٤ (٤) كذا، و المناسب: لا تكون.

٥-٥ (٥) كذا في «ف»، «ن» و«ص»، و في سائر النسخ: فتعين.

٦-٦ (٦) في «ف» بدل «على تعيين»: على اعتبار.

العوض المعين أو في (١) الكلى، و أن اعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة في الشق الأول من تفصيله (٢) إنما هو لتصحيح ملكيه العوض بتعيين من يضاف الملك إليه، لا لتوقف المعامله على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا، فإن من اشترى لغيره في الذمه إذا لم يعين الغير لم يكن الثمن ملكا؛ لأن ما في الذمه ما لم يصف إلى شخص معين لم يترتب عليه أحكام المال: من جعله ثمنا أو مثننا، وكذا الوكيل أو الولي العاقد عن اثنين؛ فإنه إذا جعل العوضين في الذمه بأن قال:

«بعت عبداً بألف»، ثم قال: «قبلت» فلا يصير العبد قابلاً للبيع، ولا الألف قابلاً للاشتراء به حتى يسند كلا منهما إلى معين، أو إلى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعين، فيقول: «بعت عبداً من مال فلان بألف من مال فلان» فيمتاز البائع عن المشتري.

و أمّا ما ذكره من الوجوه الثلاثة (٣) فيما إذا كان العوضان معينين، فالمقصود إذا كان هي المعاوضه الحقيقيه التي قد عرفت أن من لوازمها العقليه دخول العوض في ملك مالك المعوض تحقيقاً لمفهوم العوضيه و البدليه، فلا حاجة إلى تعيين من ينقل عنهما و إليهما العوضان، و إذا

ص: ٣٠٠

١-١) في «ف»: و في.

٢-٢) يعني تفصيل صاحب المقابس، و المراد من الشق الأول هو ما أفاده بقوله: «إن توقف تعيين المالك على التعيين»، راجع الصفحه ٢٩٦.

٣-٣) إشاره إلى ما ذكره صاحب المقابس في الشق الثاني من تفصيله، و هو قوله: «ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل، و عدمه فيصح...»، راجع الصفحه ٢٩٨.

لم يقصد المعاوضه الحقيقيه فالبيع غير منعقد؛ فإن جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذى ملكه المعوض (١) فقال: «ملكك فرسى هذا بحمار عمرو»، فقال المخاطب: «قبلت»، لم يقع البيع لخصوص المخاطب؛ لعدم مفهوم المعاوضه معه، و فى وقوعه اشتراءً فضولياً لعمره وكلامً يأتي.

و أمّا ما ذكره من مثال «من باع مال نفسه عن غيره» (٢) فلا- إشكال فى عدم وقوعه عن غيره، و الظاهر وقوعه عن البائع و لغويه قصده عن الغير؛ لأنه أمر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقه، و هو معنى لغويته؛ و لذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته- كما سيجيء- و لا يقع عن نفسه أبداً.

نعم، لو ملكه فأجاز، قيل بوقوعه له (٣)، لكن لا- من حيث إيقاعه أوّلاً لنفسه؛ فإنّ القائل به لا يفرّق حينئذٍ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكه، فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً و وجوده كعدمه.

إلّا أن يقال: إنّ وقوع بيع مال نفسه لغيره (٤) إنّما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضه الحقيقيه، لم لا يجعل هذا قرينه على عدم إرادته

ص: ٣٠١

١- ١) فى «ف» و «خ»: العوض.

٢- ٢) راجع الصفحه ٢٩٨.

٣- ٣) الظاهر أنّ القائل به كثير، منهم: المحقق القمى فى الغنائم: ٥٥٤ ناسباً إلى الأ- كثر، و منهم: كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد، حيث قال- فى ذيل كلام العلماء: «و كذا لو باع مال غيره ثمّ ملكه»: «و الأقوى عدم الاشتراط»، راجع شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٦١.

٤- ٤) فى «ف»: بيع مال الغير لغيره.

من البيع المبادله الحقيقيه، أو على تنزيل الغير منزله نفسه فى مالكيه المبيع - كما سيأتى أن المعاوضه الحقيقيه (1) فى بيع (2) الغاصب لنفسه لا- يتصور إلما على هذا الوجه-؟ و حينئذٍ فيحكم بىطلان المعامله؛ لعدم قصد المعاوضه الحقيقيه مع المالك الحقيقي.

و من هنا ذكر العلامه (3) و غيرهه (4) فى عكس المثل المذكور: أنه لو قال المالك للمرتهن: «بعه لنفسك» بطل، و كذا لو دفع مالاً إلى من يطلبه الطعام و قال: اشتر به لنفسك طعاماً.

هذا، و لكنّ الأقوى صحّه المعامله المذكوره و لغويه القصد المذكور؛ لأنه راجع إلى إرادته إرجاع فائده البيع إلى الغير، لا جعله أحد ركنى المعاوضه.

و أمّا حكمهم بىطلان البيع فى مثال الرهن و اشتراء الطعام، فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب، لا- أن المخاطب إذا قال: «بعته لنفسى»، أو «اشتريته لنفسى» لم يقع لمالكة إذا أجازته.

و بالجملة، فحكمهم بصحّه بيع الفضولى و شرائه لنفسه، و وقوعه للمالك، يدلّ على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك.

ثمّ إنّ ما ذكرنا كلّه حكم و جوب تعيين كلّ من البائع و المشتري من يبيع له و يشتري له.

ص: ٣٠٢

١- ١) لم ترد «أو على تنزيل الغير إلى المعاوضه الحقيقيه» فى «ف».

٢- ٢) فى «ف»: فيبيع.

٣- ٣) القواعد ١:١٥١ و ١٦٦.

٤- ٤) مثل الشهيد فى الدروس ٣:٢١١ و ٤٠٩.

إشارة

و أمّا تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب (1)، والقابل لخصوص البائع، فيحتمل اعتباره، إلّا فيما علم من الخارج عدم إرادته خصوص المخاطب لكلّ من المتخاطبين - كما في غالب البيوع والإجازات - فحينئذٍ يراد من ضمير المخاطب (2) في قوله: «ملكك كذا - أو منفعه (3) كذا بكذا» هو المخاطب بالاعتبار الأعمّ من كونه مالكاً حقيقياً أو جعلياً - كالمشتري الغاصب - أو من هو بمنزله المالك بإذن أو ولاية.

و يحتمل عدم اعتباره (4) إلّا فيما (5) علم من الخارج إرادته خصوص الطرفين، كما في النكاح، والوقف الخاص، والهبة، والوكالة، والوصية.

[مختار المؤلف و دليله]

و الأقوى (6) هو الأوّل؛ عملاً بظاهر الكلام الدالّ على قصد الخصوصية، و تبعيّة العقود للقصد.

و على فرض القول بالثاني (7)، فلو صرح بإرادته خصوص المخاطب أتبع قصده، فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره.

ص: ٣٠٣

١ - ١) كلمه «المخاطب» من «ف» و «ش» و مصحّحه «ن».

٢ - ٢) في «ف»: الخطاب.

٣ - ٣) في «ف» بدل «منفعه»: بعته.

٤ - ٤) العبارة في «ف» هكذا: و يحتمل اعتباره.

٥ - ٥) كلمه «فيما» من «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، نعم ورد في مصحّحه «خ» و «ص» بدل «فيما»: إذا.

٦ - ٦) في «ن»، «م»، «ع» و «ش»: الأقوى.

٧ - ٧) كذا في «ف»، و في غيرها: الثاني.

قال في التذكرة: لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر، فإشكال، ينشأ من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد (١).

و هذا الإشكال و إن كان ضعيفاً مخالفاً للإجماع و السيره إلّا أنه مبني (٢) على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام.

[كلام العلامة في الفرق بين البيع و شبهه و بين النكاح و المناقشه فيه]

و قد يقال في الفرق بين البيع و شبهه و بين النكاح: إن الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود، و يختلف الأغراض باختلافهما (٣)، فلا بدّ من التعيين و توارد الإيجاب و القبول على أمر واحد، و لأنّ (٤) معنى قوله: «بعتك كذا بكذا» رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع، و المشتري يطلق على المالك و وكيله، و معنى قولها: «زوّجتك نفسى» رضاها بكونه زوجاً، و الزوج لا يطلق على الوكيل (٥)، انتهى.

و يرد على الوجه الأوّل من وجهي الفرق: أنّ كون الزوجين كالعوضين إنّما يصحّ (٦) وجهاً (٧) لوجوب التعيين في النكاح، لا لعدم وجوبه في البيع؛ مع أنّ الظاهر أنّ ما ذكرنا من الوقف و إخوته (٨)

ص: ٣٠٤

١- ١) التذكرة ٤٦٣: ١.

٢- ٢) كذا في «خ»، «ع» و «ص»، و في سائر النسخ: «مبتيه»، و لا يبعد أن تكون مصحّفه «متبته» كما في نسخه بدل «ش».

٣- ٣) كذا في «ص» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: باختلافها.

٤- ٤) في «ن»: و أنّ.

٥- ٥) قاله المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١١٥.

٦- ٦) في مصحّحه «ص»: يصلح.

٧- ٧) كلمه «وجهاً» من «ش» و مصحّحه «ن».

٨- ٨) أى الهبه و الوكاله و الوصيه، على ما تقدّم في الصفحه السابقه.

كالنكاح فى عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيايه أو الفضولى، فلا بدّ من وجهٍ مطردٍ فى الكلّ.

و على الوجه الثانى: أنّ معنى «بعتك» فى لغه العرب- كما نصّ عليه فخر المحقّقين و غيره- هو ملكتك بعوض (1)، و معناه جعل المخاطب مالكاً، و من المعلوم أنّ المالك لا يصدق على الوليّ و الوكيل و الفضولى.

[الأولى فى الفرق بين النكاح و البيع]

فالأولى فى الفرق ما ذكرنا من أنّ الغالب فى البيع و الإجاره هو قصد المخاطب لا من حيث هو، بل بالاعتبار الأعمّ من كونه أصاله أو عن الغير، و لا ينافى ذلك عدم سماع قول المشتري فى دعوى كونه غير أصيل- فتأمّل- بخلاف النكاح و ما أشبهه؛ فإنّ الغالب قصد المتكلّم للمخاطب من حيث إنّه ركن للعقد، بل ربما يستشكل فى صحّته أن يرد من (2) القرينه المخاطب من حيث قيامه مقام الأصيل (3)، كما لو قال:

«زوّجتك» مريداً له (4) باعتبار كونه و كياً عن الزوج، و كذا قوله:

«وقفت عليك» و «أوصيت لك» و «وكتتك»، و لعلّ الوجه عدم تعارف صدق هذه العنونات على الوكيل فيها، فلا- يقال للوكيل: الزوج،

ص: ٣٠٥

١- ١) لم نعثر عليه بعينه، نعم حكى السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤:١٥٢) عن شرح الإرشاد لفخر المحقّقين: «أنّ بعث فى لغه العرب بمعنى ملكت غيرى»، كما تقدّم فى الصفحه ١٢ و غيرها.

٢- ٢) فى مصحّحه «ن»: مع.

٣- ٣) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: الأصل.

٤- ٤) لم ترد «له» فى «ن» و «م».

و لا- الموقوف عليه، و لا- الموصى له، و لا الوكيل (١)، بخلاف البائع و المستأجر، فتأمل؛ حتى لا يتوهم رجوعه (٢) إلى ما ذكرنا سابقاً (٣) و اعترضنا عليه (٤).

ص: ٣٠٦

١- ١) في «ش»: الموكل.

٢- ٢) ضمير «رجوعه» راجع إلى ما ذكره بقوله: فالأولى في الفرق ما ذكرنا من أن الغالب... إلخ.

٣- ٣) إشاره إلى ما تقدم في الصفحة ٣٠٤ بقوله: «و قد يقال في الفرق بين البيع و شبهه... إلخ»، و المراد من الاعتراض عليه ما تقدم في الصفحة السابقة من قوله: «و على الوجه الثاني: إن معنى بعثك... إلخ».

٤- ٤) جملة «و اعترضنا عليه» لم ترد في «ف».

اشاره

و المراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس، في مقابل الكراهه و عدم طيب النفس، لا الاختيار في مقابل الجبر.

[ما يدل على اشتراط الاختيار]

و يدل عليه قبل الإجماع قوله تعالى: **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (١)**.

و قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه» (٢).

و قوله صلى الله عليه و آله و سلم في الخبر المتفق عليه بين المسلمين: «رُفِعَ - أو وُضِعَ - عن أمتي تسعه أشياء - أو ستّه -... و منها: ما اكرهوا عليه» (٣).

ص: ٣٠٧

١- (١) النساء: ٢٩.

٢- (٢) عوالي اللآلى ١١٣: ٢، الحديث ٣٠٩.

٣- (٣) انظر الوسائل ٣٤٥: ٥، الباب ٣٠ من أبواب الخلل، الحديث ٢، و ١١: ٢٩٥، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث الأول، و ١٤٤: ١٦، الباب ١٦ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ٣.

و ظاهره و إن كان رفع المؤاخذه، إلّا أنّ استشهاد الإمام عليه السلام به فى رفع بعض الأحكام الوضعيّه يشهد لعموم (١) المؤاخذه فيه لمطلق الإلزام عليه بشىء.

ففى صحيحه البنظى، عن أبى الحسن عليه السلام: «فى الرجل يستكره على اليمين» فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقه ما يملك، أ يلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: وضع عن أمتى ما اكرهوا عليه، و ما لم يطيقوا، و ما أخطأوا» (٢).

و الحلف بالطلاق و العتاق و إن لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه أيضاً، إلّا أنّ مجرد استشهاد الإمام عليه السلام فى عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما اكرهوا عليه، يدلّ على أنّ المراد بالنبوى (٣) ليس رفع (٤) خصوص المؤاخذه و العقاب الأخرى. هذا كلّه، مضافاً إلى الأخبار الواردة فى طلاق المكره (٥) بضميمه عدم الفرق.

[المراد من قولهم المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله]

ثمّ إنّه يظهر من جماعه -منهم الشهيدان (٦)-: أنّ المكره قاصد

ص: ٣٠٨

١- ١) فى «ف»: بعموم.

٢- ٢) الوسائل ١٣٦: ١٦، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ١٢.

٣- ٣) لم ترد «بالنبوى» فى «ف».

٤- ٤) كلمه «رفع» من «ف» فقط.

٥- ٥) انظر الوسائل ٣٣١: ١٥، الباب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق، و الصفحه ٢٩٩، الباب ١٨ من نفس الأبواب، الحديث ٦.

٦- ٦) انظر الدروس ١٩٢: ٣، و المسالك ١٥٦: ٣، و الروضه البهيه ٢٢٦: ٣-٢٢٧.

إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله، بل يظهر ذلك من بعض كلمات العلامة.

و ليس مرادهم أنه لا- قصد له إلما إلى مجرد التكلم، كيف! و الهازل-الذى هو دونه فى القصد-قاصد للمعنى قصداً صورياً، و الخالى عن القصد إلى غير التكلم هو من يتكلم تقليداً أو تلقيناً، كالطفل الجاهل بالمعانى.

فالمراد بعدم قصد المكروه:عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد فى الخارج،و أن الداعى له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه فى الخارج (١)،لا أن كلامه الإنشائى مجرد عن المدلول، كيف!و هو معلول للكلام (٢)الإنشائى إذا كان مستعملاً غير مهمل.

و هذا الذى ذكرنا لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل فى معنى الإكراه لغه و عرفاً و أدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب فى فروع الإكراه -التي لا تستقيم (٣)مع ما توهمه (٤)،من خلو المكروه عن قصد مفهوم اللفظ (٥)-و جعله مقابلاً للقصد،و حكمهم بعدم وجوب التوريه فى التفصي

ص: ٣٠٩

١- ١) وردت العبارة فى «ف» مختصره هكذا:فالمراد عدم وقوع مضمونه فى الخارج.

٢- ٢) كذا فى «ف»،و فى غيرها:الكلام.

٣- ٣) فى «م» و«ش»:لا يستقيم.

٤- ٤) أى توهمه عبارة الجماعه،منهم:العلامة و الشهيدان،و فى مصححه «ن»: توهم.

٥- ٥) لم ترد «التي لا تستقيم-إلى-مفهوم اللفظ» فى «ف».

عن الإكراه (١) و صحّحه بيعه (٢) بعد الرضا (٣)، و استدلالهم (٤) له بالأخبار الواردة في طلاق المكره و أنّه لا طلاق إلّا مع إرادته الطلاق (٥)، حيث إنّ المنفّي صحّحه الطلاق، لا تحقّق مفهومه لغه و عرفاً، و في ما ورد فيمن طلق مداراه بأهله (٦)، إلى غير ذلك، و في أنّ مخالفته بعض العامّة في وقوع الطلاق إكراهاً (٧)، لا- ينبغي أن تحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم، الذي لا يسمّى خبراً و لا- إنشاءً و غير ذلك، ممّا يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكره هو: القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع و عدم طيب النفس به، لا عدم إرادته المعنى من الكلام.

و يكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني: من أنّ المكره و الفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله (٨)، نعم ذكر في التحرير و المسالك في

ص: ٣١٠

-
- ١- ١) انظر الروضه البهيّه ٢١:٦، و المسالك ٢٢:٩، و نهايه المرام: ١٢:٢، و الجواهر ١٥:٣٢.
- ٢- ٢) كما ادّعى الاتّفاق ظاهراً في الحدائق ٣٧٣:١٨، و الرياض ٥١١:١. و في مفتاح الكرامه ١٧٣:٤، و الجواهر ٢٦٧:٢٢ نسبتها إلى المشهور.
- ٣- ٣) في «ف» زياده: به.
- ٤- ٤) كما استدلّ به المحقّق النراقي في المستند ٣٦٤:٢.
- ٥- ٥) راجع الوسائل ٣٣١:١٥، الباب ٣٧ من أبواب مقدّمات الطلاق.
- ٦- ٦) الوسائل ٣٣٢:١٥، الباب ٣٨ من أبواب مقدّمات الطلاق.
- ٧- ٧) خالف في ذلك أبو حنيفه و أصحابه، انظر بدايه المجتهد ٨١:٢، و المغنى لابن قدامه ١١٨:٧.
- ٨- ٨) كما تقدّم عنه في الصفحه ٢٩٥ و ٣٠٨.

فروع المسأله ما يوهم ذلك (١)، قال فى التحرير: لو اكره على الطلاق فطلق ناوياً، فالأقرب وقوع الطلاق، إذ لا إكراه على القصد (٢)، انتهى.

و بعض المعاصرين (٣) بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهم كلامهم، فردّ عليهم بفساد المبنى، و عدم وقوع الطلاق فى الفرض المزبور، لكنّ المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك، و سيأتى ما يمكن توجيه الفرع المزبور به (٤).

[حقيقه الإكراه]

ثم إن حقيقه الإكراه لغه و عرفاً: حمل الغير على ما يكرهه، و يعتبر فى وقوع الفعل عن (٥) ذلك الحمل: اقتترانه بوعيد منه (٦) مطنون الترتب على ترك (٧) ذلك الفعل، مضرّ بحال الفاعل أو متعلّقه نفساً أو عرضاً أو مالاً.

فظهر من ذلك: أنّ مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يُدخّله فى «المكره عليه»، كيف! أو الأفعال الصادره من العقلاء كلّها أو جلّها ناشئه عن دفع الضرر، و ليس دفع مطلق الضرر الحاصل من

ص: ٣١١

١- ١) انظر المسالك ٩: ٢٢.

٢- ٢) التحرير ٢: ٥١.

٣- ٣) انظر الجواهر ٣٢: ١٥.

٤- ٤) يأتى فى الصفحه ٣٢٥.

٥- ٥) فى غير «ف» و «ن»: من.

٦- ٦) كذا فى «ف» و «ش»، و فى غيرهما: «بتوعيد»، و صُحّح فى «ن» بما أثبتناه، إلّا أنّه شطب فيها على «منه».

٧- ٧) لم ترد «ترك» فى «ف».

إيعاد شخص يوجب صدق «المكره» عليه، فإن من اكره على دفع مالٍ و توقّف على بيع بعض أمواله، فالبيع الواقع منه لبعض أمواله وإن كان لدفع الضرر المتوعد به على عدم دفع ذلك المال- ولذا يرتفع التحريم عنه لو فرض حرمة عليه لحلف أو شبهه-، إلّا أنّه ليس مُكرهاً عليه (١).

فالمعيار في وقوع الفعل مُكرهاً عليه: سقوط الفاعل- من أجل الإكراه المقترن بإيعاد الضرر- عن الاستقلال في التصرف؛ بحيث لا تطيب نفسه بما يصدر منه ولا يتعمد (٢) إليه عن رضا وإن كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره؛ دفعا للضرر أو ترجيحاً لأقلّ الضررين، إلّا أنّ هذا المقدار لا يوجب طيب نفسه به؛ فإنّ النفس مجبولة على كراهه ما يحمله غيره عليه مع الإيعاد عليه بما يشقّ (٣) تحمله.

و الحاصل: أنّ الفاعل قد يفعل لدفع الضرر، لكنّه مستقلّ في فعله و محلّي و طبعه فيه بحيث يطيب نفسه بفعله و إن كان من باب علاج الضرر، و قد يفعل لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه، و هذا ممّا لا يطيب النفس به، و ذلك معلوم بالوجدان.

[هل يعتبر عدم إمكان التفضي عن الضرر بما لا ضرر فيه]

إشاره

ثمّ إنّ هل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفضي

ص: ٣١٢

١- ١) عليه «من» «ف» فقط.

٢- ٢) في «خ»، «ع» و «ص»: يعتمد.

٣- ٣) كذا في «ف» و «ش»، و في «م» و «ع»: «لا يشقّ»، و في «ن»، «خ» و «ص» محلّ كلمه «لا» بياض.

عن الضرر المتوعد به بما لا يوجب (١) ضرراً آخر- كما حكى عن جماعه (٢)- أم لا؟

[عدم اعتبار العجز عن التوريه]

الذى يظهر من النصوص (٣) و الفتاوى عدم اعتبار العجز عن التوريه؛ لأنّ حمل عموم رفع الإكراه و خصوص النصوص الوارده فى طلاق المكره و عتقه (٤) و معاقد الإجماعات و الشهرة المدّعاء فى حكم المكره على صوره العجز عن التوريه لجهل أو دهشه، بعيد جداً، بل غير صحيح فى بعضها من جهه المورد، كما لا يخفى على من راجعها، مع أنّ القدره على التوريه لا يخرج الكلام عن حيز الإكراه عرفاً.

[هل يعتبر العجز عن التخلص بغير التوريه]

هذا، و ربما يستظهر من بعض الأخبار عدم اعتبار العجز عن التفضى بوجه آخر غير التوريه أيضاً فى صدق الإكراه، مثل روايه ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا يمين (٥) فى قطيعه رحم، و لا فى جبر، و لا فى إكراه، قلت: أصلحك الله! و ما الفرق بين الجبر و الإكراه؟ قال: الجبر من السلطان، و يكون الإكراه من الزوجه و الأمّ

ص: ٣١٣

-
- ١- ١) فى غير «ف» و «ن» زياده: «به»، و شطب عليه فى «ص».
- ٢- ٢) منهم الشهيد الثانى فى المسالك ١٨: ٩-١٩ و المحدّث البحرانى فى الحقائق ١٥٩: ٢٥، و المحقّق النراقى فى المستند ٢: ٣٦٤.
- ٣- ٣) منها حديث الرفع المتقدّم فى الصفحه ٣٠٧.
- ٤- ٤) انظر الوسائل ٣٢٧: ١٥، الباب ٣٤ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٣. و الصفحه ٣٣١، الباب ٣٧ من نفس الأبواب. و ١٦: ٢٤، الباب ١٩ من أبواب كتاب العتق.
- ٥- ٥) فى المصدر: «لا يمين فى غضب و لا فى قطيعه رحم».

و الأب، وليس ذلك بشيء (١)» (٢).

و يؤيده: أنه لو خرج عن الإكراه عرفاً بالقدره على التفصيى بغير التوريه خرج عنه بالقدره عليها؛ لأنَّ المناط حينئذٍ انحصار التخلّص عن الضرر المتوعّد به (٣) في فعل المكره عليه، فلا فرق بين أن يتخلّص عنه (٤) بكلامٍ آخر أو فعلٍ آخر، أو (٥) بهذا الكلام مع قصد معنى آخر.

و دعوى: أن جريان حكم الإكراه مع القدره على التوريه تعبدى لا من جهه صدق حقيقه الإكراه، كما ترى.

[اعتبار العجز عن التخلص بغير التوريه]

لكنَّ الإنصاف: أن وقوع الفعل عن (٤) الإكراه لا يتحقّق إلّا مع العجز عن التفصيى بغير التوريه؛ لأنّه يعتبر فيه أن يكون الداعى عليه هو خوف ترتّب الضرر المتوعّد به على الترك، و مع القدره على التفصيى لا يكون الضرر مترتباً على ترك المكره عليه، بل على تركه و ترك التفصيى معاً، فمدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين: من فعل المُكره عليه، و التفصيى، فهو مختار فى كلّ منهما، و لا يصدر كلّ منهما إلّا باختياره، فلا إكراه.

ص: ٣١٤

١-١) فى غير «ص» زياده: «الخبر»، و الظاهر أنّه لا وجه له؛ لأنّ الحديث المذكور بتمامه.

٢-٢) الوسائل ١٤٣:١٦، الباب ١٦ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث الأوّل.

٣-٣) لم ترد «به» فى «ش».

٤-٤) لم ترد «عنه» فى «ش».

٥-٥) فى «ف» بدل «أو».

٦-٦) فى «ف»: من.

و ليس التفصيلى من الضرر أحد فردى المكره عليه، حتى لا- يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الإكراه عنهما، كما لو أكرهه على أحد الأمرين (١)، حيث يقع كل منهما حينئذٍ مكرهاً (٢)؛ لأن الفعل المتفصى به مسقط عن المكره عليه، لا بدل له؛ و لذا لا يجرى أحكام المكره عليه إجماعاً، فلا يفسد إذا كان عقداً.

و ما ذكرناه و إن كان جارياً فى التوريه، إلا أنّ الشارع رخص فى ترك التوريه بعد عدم إمكان التفصيلى بوجه آخر؛ لما ذكرنا من ظهور النصوص و الفتاوى، و بُعد حملها على صوره العجز عن التوريه، مع أنّ العجز عنها لو كان معتبراً لأشير إليها فى تلك الأخبار الكثيره المجوّزه للحلف كاذباً عند الخوف و الإكراه (٣)، خصوصاً فى قضيه عمّار و أبويه، حيث اكرهوا على الكفر، فأبى أبواه فقتلوا، و أظهر لهم عمّار ما أرادوا، فجاء باكياً إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فنزلت الآيه: مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ (٤) فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «إن عادوا عليك فعد» (٥). و لم يتبّه على التوريه، فإنّ التنبيه فى المقام و إن لم يكن واجباً، إلا أنّه لا شكّ فى رجحانه،

ص: ٣١٥

١- ١) فى «ف»: أمرين.

٢- ٢) فى «ص» زياده: «عليه»- استدراكاً-.

٣- ٣) انظر الوسائل ١٣٤: ١٦ و ١٤٣، الباب ١٢ و ١٦ من أبواب كتاب الأيمان.

٤- ٤) النحل: ١٠٦.

٥- ٥) مجمع البيان ٣: ٣٨٨، و الوسائل ١١: ٤٧٦، الباب ٢٩ من أبواب الأمر و النهى، الحديث ٢.

خصوصاً من النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ باعتبار شفقتة على عمّار، وعلمه بكراهة تكلم عمّار بألفاظ الكفر من دون توريه، كما لا يخفى.

[الفرق بين إمكان التفصي بالتوريه و إمكانه بغيرها]

هذا (١) و لكنّ الأولى: أن يفرّق بين إمكان التفصي بالتوريه و إمكانه بغيرها، بتحقيق الموضوع في الأوّل دون الثاني؛ لأنّ الأصحاب (٢) -وفقاً للشيخ في المبسوط (٣) -ذكروا من شروط تحقيق الإكراه: أن يعلم أو يظنّ المكروه -بالفتح -أنه لو امتنع ممّا أكره عليه وقع فيما توعد عليه، و معلوم أنّ المراد ليس امتناعه عنه في الواقع و لو مع اعتقاد المكروه -بالكسر -عدم الامتناع، بل المعيار في وقوع الضرر: اعتقاد المكروه لامتناع المكروه، و هذا المعنى يصدق مع إمكان التوريه، و لا يصدق مع التمكن من التفصي بغيرها؛ لأنّ المفروض تمكّنه من الامتناع مع اطلاع المكروه عليه و عدم وقوع الضرر عليه.

و الحاصل: أنّ التلازم بين امتناعه و وقوع الضرر الذي هو المعبر في صدق الإكراه موجود مع التمكن بالتوريه، لا مع التمكن بغيرها، فافهم (٥).

ص: ٣١٦

- ١ - ١) لم ترد «هذا» في «ص».
- ٢ - ٢) مثل المحقّق في الشرائع ٣: ١٣، و العلّامة في التحرير ٢: ٥١، و الشهيد الثاني في الروضة ٦: ٢٠، و السيّد السند في نهاية المرام ٢: ١١، و المحقّق السبزواري في الكفاية: ١٩٨.
- ٣ - ٣) المبسوط ٥: ٥١.
- ٤ - ٤) في «م» و «ع»: ما.
- ٥ - ٥) لم ترد: «هذا و لكن -إلى -فافهم» في «ف».

ثم إن ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصيى إنما هو في الإكراه المسوّغ للمحرّمات، و مناطه توقّف دفع ضرر المكره على ارتكاب المكره عليه، و أمّا الإكراه الرافع لأثر المعاملات، فالظاهر أنّ المناط فيه عدم طيب النفس بالمعامله، و قد يتحقّق مع إمكان التفصيى، مثلاً من كان قاعداً في مكان خاصّ خالٍ عن الغير متفرّغاً لعباده أو مطالعته، فجاءه من أكرهه على بيع شيءٍ ممّا عنده و هو في هذه الحال غير قادرٍ على دفع ضرره و هو كارهٌ للخروج عن ذلك المكان لكن لو خرج كان له في الخارج خدّمٌ يكفونه شرّ المكره، فالظاهر صدق الإكراه حينئذٍ، بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء، بخلاف من كان خدّمه حاضرين عنده، و توقّف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خدّمه بدفعه و طرده؛ فإنّ هذا لا يتحقّق في حقّه الإكراه، و يكذب لو ادّعاه، بخلاف الأوّل إذا اعتذر بکراهه الخروج عن ذلك المنزل.

و لو فرض في ذلك المثل إكراهه على محرّمٍ لم يعذر فيه بمجرّد كراهه الخروج عن ذلك المنزل، و قد (1) تقدّم الفرق بين الجبر و الإكراه في روايه ابن سنان (2).

[المراد من الإكراه الرافع لأثر المعاملات]

فالإكراه المعتبر في تسويغ المحظورات، هو: الإكراه بمعنى الجبر المذكور في الروايه (3)، و الرافع لأثر المعاملات هو (4): الإكراه الذي ذكر

ص: ٣١٧

١-١) في «ش»: فقد.

٢-٢) تقدّمت في الصفحه ٣١٣.

٣-٣) عبارته «في الروايه» من «ف» و مصحّحتي «ن» و «خ».

٤-٤) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «و هو»، و محلّ «و» في «ص» بياض.

فيها (١) أنه قد يكون من الأب و الولد و المرأة، و المعيار فيه: عدم طيب النفس فيها (٢)، لا- الضروره و الإلجاء و إن كان هو المتبادر من لفظ الإكراه؛ و لذا يحمل (٣) الإكراه في حديث الرفع (٤) عليه، فيكون الفرق بينه و بين الاضطراب-المعطوف عليه في ذلك الحديث-اختصاص الاضطراب بالحاصل لا من فعل الغير كالجوع و العطش و المرض، لكنّ الداعي على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو أنّ العبره فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس؛ حيث استدلّوا (٥) على ذلك بقوله تعالى: تَجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ (٦)، و«لا يحلّ مال امرئ مسلم (٧) إلّا عن طيب نفسه» (٨)، و عموم اعتبار الإراده في صحّحه الطلاق (٩)، و خصوص ما ورد في فساد (١٠) طلاق من طلق للمداراه مع عياله (١١).

ص: ٣١٨

١- ١) كذا في «ف» و«ش» و«مصنّحه» «ن»، و في سائر النسخ: ذكر في تلك الروايه.

٢- ٢) لم ترد «فيها» في «ف».

٣- ٣) كذا في «ن»، «ص» و«ش»، و في «ف»: «نحمل»، و في سائر النسخ: تحمل.

٤- ٤) المتقدّم في الصفحه ٣٠٧.

٥- ٥) انظر مقابس الأنوار: ١١٤، و الجواهر ٢٦٥: ٢٢.

٦- ٦) النساء: ٢٩.

٧- ٧) لم ترد «مسلم» في «ف».

٨- ٨) عوالي اللآلي ١١٣: ٢، الحديث ٣٠٩.

٩- ٩) انظر الوسائل ٢٨٥: ١٥، الباب ١١ من أبواب مقدّمات الطلاق.

١٠- ١٠) في «ف» بدل «في فساد»: في خصوص.

١١- ١١) انظر الوسائل ٣٣٢: ١٥، الباب ٣٨ من أبواب مقدّمات الطلاق.

فقد تلخّص ممّا ذكرنا: أنّ الإكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي أخصّ من الرافع لأثر الحكم الوضعي.

[الفرق بين الأحكام التكليفية و الأحكام الوضعيه]

و لو لوحظ ما هو المناط في رفع كلّ منهما، من دون ملاحظه عنوان الإكراه كانت النسبه بينهما (١)العموم من وجه؛ لأنّ المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع (٢)الضرر، و في رفع الحكم الوضعي هو عدم الإراده و طيب النفس، و من هنا لم يتأمل أحدٌ في أنّه إذا أكره الشخص

[لو أكره الشخص على أحد الأمرين]

على أحد الأمرين المحرّمين لا بعينه، فكلّ منهما وقع في الخارج لا يتّصف بالتحريم؛ لأنّ المعيار في رفع (٣)الحرمة دفع (٤)الضرر المتوقّف على فعل أحدهما، أمّا لو كانا عقدين أو إيقاعين كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه، فقد استشكل غير واحد (٥)في أنّ ما يختاره من الخصوصيّتين (٦)بطيب نفسه و يرجّحه على الآخر (٧)بدواعيه النفسانيه الخارجيه عن الإكراه (٨)، مكره عليه باعتبار جنسه، أم لا؟ بل

ص: ٣١٩

١-١ (١) كلمه «بينهما» من «ش».

٢-٢ (٢) في «ف»: رفع.

٣-٣ (٣) كذا في «ف»، و في غيرها: دفع.

٤-٤ (٤) في «ف»: رفع.

٥-٥ (٥) استشكل فيه العلّامه في التحرير ٥١:٢، و لم نعثر على مستشكلٍ غيره، نعم في المسالك ٢١:٩ و الحدائق ١٦٢:٢٥-١٦٣ ما يفيد هذا.

٦-٦ (٦) في «خ»، «م»، «ع»، و «ش»: الخصوصيّتين.

٧-٧ (٧) عبارته «على الآخر» وردت في «ف» و «ص» و «هامش ع» و مصحّحتي «ن» و «خ»، و لم ترد في غيرها.

٨-٨ (٨) في «ف»: من الإكراه.

أفتى فى القواعد بوقوع الطلاق و عدم الإكراه (١) و إن حملة بعضهم (٢) على ما إذا قنع المكره بطلاق إحداهما مبهمه.

لكنّ المسأله عندهم غير صافيه عن الإشكال؛ من جهه مدخلية طيب النفس فى اختيار الخصوصية و إن كان الأقوى -وفاقاً لكلّ من تعرّض للمسأله (٣) -تحقّق الإكراه لغه و عرفاً، مع أنّه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقّق الإكراه أصلاً؛ إذ الموجود فى الخارج دائماً إحدى خصوصيات المكره عليه؛ إذ لا يكاد يتفق الإكراه بجزئى حقيقى من جميع الجهات.

نعم، هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية، و إن كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك، بمعنى أنّ وجوده الخارجى ناشٍ عن إكراه و اختيار؛ و لذا لا يستحقّ المدح أو الذمّ باعتبار أصل الفعل، و يستحقّه باعتبار الخصوصية.

و تظهر الثمره فيما لو ترتّب أثر على خصوصية المعامله الموجوده؛ فإنّه لا يرتفع بالإكراه على القدر المشترك، مثلاً لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر، لم يرتفع تحريم الخمر؛ لأنّه مختار فيه، و إن كان مكرهاً فى أصل الشرب (٤)، و كذا لو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد،

ص: ٣٢٠

١- (١) القواعد ٢:٦٠.

٢- (٢) نقله المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١١٨ عن بعض الأجله، و لكن لم نتحقّقه من هو.

٣- (٣) كالشهيد الثانى فى المسالك ٩:٢١، و الروضه البهية ٦:٢١، و سبطه فى نهايه المرام ٢:١٢، و المحدّث البحرانى فى الحدائق ٢٥:١٦٣ و غيرهم.

٤- (٤) فى «ف»: فى جنس الشرب.

فإنه لا يرتفع أثر الصحيح؛ لأنه مختار فيه و إن كان مكرهاً في جنس البيع (١)، لكنه (٢) لا يترتب على الجنس أثر يرتفع بالإكراه.

و من هنا يعلم أنه لو اكره على بيع مالٍ أو إيفاء مالٍ مستحق لم يكن إكراهاً؛ لأنَّ القدر المشترك بين الحقّ و غيره إذا أُكره عليه لم يقع باطلاً و إنما لوقع الإيفاء أيضاً باطلاً، فإذا اختار البيع صحَّ؛ لأنَّ الخصوصية غير مكره عليها، و المكره عليه - و (٣) هو القدر المشترك - غير مرتفع الأثر.

و لو أكرهه على بيع مالٍ أو أداء مالٍ غير مستحقّ، كان إكراهاً؛ لأنه لا يفعل البيع إلّا فراراً من بدله أو وعيده المضرّين، كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر؛ فإنّ ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الأخرى ببده أو التضرّر الدنيوى بوعيده.

[لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد]

ثمّ إنّ إكراه أحد الشخصين على فعلٍ واحد - بمعنى إلزامه عليهما كفايةً و إيعادهما على تركه - كما إكراه شخصٍ واحدٍ على أحد الفعلين، في كون كلّ منهما مكرهاً.

[صور تعلق الإكراه]

و اعلم أنّ الإكراه قد يتعلّق بالمالك و العاقد، كما تقدّم، و قد يتعلّق بالمالك دون العاقد، كما لو اكره على التوكيل في بيع ماله؛ فإنّ العاقد قاصد مختار، و المالك مجبور، و هو داخل في عقد (٤) الفضولى بعد

ص: ٣٢١

١-١) لم ترد «و كذا لو أكرهه إلى جنس البيع» في «ف».

٢-٢) في «ف»: لكن.

٣-٣) الواو من «ف» و «خ» فقط.

٤-٤) في «م»، «ع»، «ص» و «ش»: العقد.

ملاحظه عدم تحقق الوكاله مع الإكراه، وقد ينعكس، كما لو قال: «بيع مالي - أو طلق زوجتي - و إنما قتلتك»، والأقوى هنا الصحه؛ لأن العقد هنا (1) من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في (2) المكره إذا كان عاقداً، والرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض، فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضى لاحقاً.

و احتمال في المسالك عدم الصحه؛ نظراً إلى أن الإكراه يُسقط حكم اللفظ، كما لو أمر المجنون بالطلاق فطلقها، ثم قال: والفرق بينهما أن عبارته المجنون مسلوبه، بخلاف المكره فإن عبارته مسلوبه لعارض تخلف القصد، فإذا كان الأمر قاصداً لم يقدح إكراه المأمور (3)، انتهى.

و هو حسن.

و قال (4) أيضاً: لو أكره الوكيل على الطلاق، دون الموكل، ففي صحته وجهان أيضاً (5): من تحقق الاختيار في الموكل المالك، و من سلب عبارته المباشر (6)، انتهى.

و ربما يستدل على فساد العقد في هذين الفرعين بما دل على رفع حكم الإكراه.

ص: ٣٢٢

١- ١) لم ترد «هنا» في «ف».

٢- ٢) في غير «ش» زياده: المالك، إلا أنه شطب عليها في «م».

٣- ٣) المسالك ٩: ٢٢.

٤- ٤) لم ترد «قال» في «ف».

٥- ٥) لم ترد «أيضاً» في «ف».

٦- ٦) المسالك ٩: ٢٣.

و فيه: ما سيجيء (١) من أنه إنما يرفع حكماً ثابتاً على المكره لو لا الإكراه، ولا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلم به لو لا الإكراه.

و مما يؤيد ما ذكرنا: حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا، و من المعلوم أنه إنما يتعلق بحاصل العقد الذي هو أمر مستمر، و هو النقل و الانتقال (٢)، و أما التلفظ بالكلام الذي صدر مكرهاً فلا معنى للحقوق الرضا به؛ لأن ما مضى و انقطع لا يتغير عما وقع عليه و لا ينقلب.

نعم (٣)، ربما يستشكل هنا في الحكم المذكور: بأن القصد إلى المعنى - و لو على وجه الإكراه - شرط في الاعتناء بعبارته العقد، و لا يعرف إلا من قبل العاقد، فإذا كان مختاراً أمكن إحرازه بأصالة القصد في أفعال العقلاء الاختيارية، دون المكره عليها.

اللهم إلا أن يقال: إن الكلام بعد إحراز القصد و عدم تكلم العاقد لاغياً أو مؤزياً (٤) و لو كان مكرهاً، مع أنه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً، فتأمل.

ص: ٣٢٣

١- ١) يجيء في الصفحة ٣٣٢ عند قوله: «و ثانياً».

٢- ٢) في «ف»: مستمر بالنقل و الانتقال.

٣- ٣) في «ف» بدل «نعم»: ثم.

٤- ٤) لم ترد «أو مؤزياً» في «ف».

[الإكراه على بيع عبد من عبيدين]

لو (٢) أكرهه على بيع واحدٍ غير معيّن من عبيدين فباعهما أو باع نصف أحدهما، ففي التذكرة (٣) إشكال.

أقول: أمّا بيع العبيدين، فإن كان تدريجاً، فالظاهر وقوع الأوّل مكرهاً دون الثاني، مع احتمال الرجوع إليه في التعيين، سواء ادعى العكس، أم لا.

و لو باعهما دفعه، احتمل صحّحه الجميع؛ لأنّه خلاف المكره عليه، و الظاهر أنّه لم يقع شيء منهما عن إكراه، و بطلان الجميع؛ لوقوع أحدهما مكرهاً عليه و لا ترجيح، و الأوّل أقوى.

[الإكراه على معين فضم غيره إليه]

و لو اكره على بيع معيّن فضمّ إليه غيره و باعهما (٤) دفعه، فالأقوى الصحّحه في غير ما اكره عليه.

و أمّا مسأله النصف، فإن باع النصف (٥) بقصد بيع (٦) النصف الآخر

ص: ٣٢٤

١- ١) في «ش»: فرع.

٢- ٢) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: و لو.

٣- ٣) التذكرة ٤٦٢: ١.

٤- ٤) في «ف»: فباعهما.

٥- ٥) في غير «ف» و «ش» زياده: «بعد الإكراه على الكل»، إلّا أنّه أشير في «ن» إلى زيادتها.

٦- ٦) كلمه «بيع» من «ف» و «ش» و مصحّحه «م» و «ن»، و لم ترد في غيرها، و في «ص» بدلها: أن يبيع.

امثالاً- للمُكرِه بناءً على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعتين فلا إشكال في وقوعه مكرهاً عليه، وإن كان لرجاء أن يقنع المكرِه بالنصف كان أيضاً إكراهاً، لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر.

[الإكراه على الطلاق]

بقي الكلام فيما وعدنا ذكره (١) من الفرع المذكور في التحرير، قال في التحرير: لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً، فالأقرب وقوع الطلاق (٢)، انتهى.

و نحوه في المسالك بزياده احتمال عدم الوقوع؛ لأنَّ الإكراه أسقط أثر اللفظ، و مجرد التيه لا حكم لها (٣).

و حكى عن سبطه في نهايه المرام: أنه نقله قولاً، و استدللَّ عليه بعموم ما دلَّ من النصِّ و الإجماع على بطلان عقد المكره- و الإكراه يتحقَّق (٤) هنا؛ إذ المفروض أنه لولاه لما فعله- ثمَّ قال: و المسأله محلَّ إشكال (٥)، انتهى.

و عن بعض الأجله: أنه لو علم أنه لا- يلزمه إلما اللفظ و له تجريده عن القصد، فلا- شبهه في عدم الإ- كراه (٦) و إنما يحتمل (٧) الإكراه مع

ص: ٣٢٥

١- ١) في الصفحه ٣١١.

٢- ٢) التحرير ٥١: ٢.

٣- ٣) المسالك ٢٢: ٩.

٤- ٤) في مصححه «ص» و مقابس الأنوار: متحقَّق.

٥- ٥) نهايه المرام ١٢: ٢، و حكاه المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١١٧.

٦- ٦) إلى هنا تمَّ ما أفاده بعض الأجله، و هو الفاضل الأصبهاني قدس سرّه في كشف اللثام ١١٩: ٢، و باقى الكلمات من الحاكي.

٧- ٧) كذا في أكثر النسخ و المصدر، و في «ف»: «تحمل على الإكراه»، و في مصححه «ن»: «يحمل على الإكراه».

عدم العلم بذلك، سواء ظن لزوم القصد و إن لم يرد المکره، أم لا (١)، انتهى.

ثم إن بعض المعاصرين (٢) ذكر الفرع عن المسالك (٣)، و بناه على أن المکره لا قصد له أصلاً، فردّه بثبوت القصد للمکره، و جزم بوقوع الطلاق المذكور مكرهاً عليه.

و فيه: ما عرفت سابقاً: من أنه لم يقل أحدٌ بخلو المکره عن قصد معنى اللفظ، و ليس هذا مراداً من قولهم: إن المکره غير قاصدٍ إلى مدلول اللفظ؛ و لذا شرک الشهيد الثاني بين المکره و الفضولي في ذلك - كما عرفت سابقاً (٤) -، فبناءً هذا الحكم في هذا الفرع على ما ذكر ضعيف جداً.

و كذا ما تقدّم عن بعض الأجله: من أنه إن علم بكفايه مجرد (٥) اللفظ المجرد عن التيه فنوى اختياراً صحح؛ لأن مرجع ذلك إلى وجوب التوريه على العارف بها المتفطن لها؛ إذ لا فرق بين التلخص بالتوريه و بين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغياً، و قد عرفت أن ظاهر الأدله و الأخبار الوارده في طلاق المکره و عتقه: عدم اعتبار العجز عن التوريه (٦).

ص: ٣٢٦

١-١) حكاة المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١١٧.

٢-٢) هو صاحب الجواهر قدس سره في الجواهر ٣٢: ١٥.

٣-٣) تقدّم الفرع عن المسالك في الصفحه السابقه.

٤-٤) راجع الصفحه ٣١٠.

٥-٥) لم ترد «مجرد» في «ص»، و شطب عليها في «ع».

٦-٦) راجع الصفحه ٣١٣، قوله: الذي يظهر من النصوص و الفتاوى...

و توضيح الأقسام المتصوّره فى الفرع المذكور:

أنّ الإكراه الملحق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به، إمّا أن لا يكون له دخل فى الفعل أصلاً، بأن يوقع الطلاق قصداً إليه عن طيب النفس، بحيث لا يكون الداعى إليه هو الإكراه؛ لبنائه على تحمّل الضرر المتوعّد به، ولا يخفى بداهه وقوع الطلاق هنا، وعدم جواز حمل الفرع المذكور (1) عليه، فلا معنى لجعله فى التحرير أقرب، وذكر احتمال عدم الوقوع فى المسالك، وجعله قولاً فى نهايه المرام واستشكاله فيه؛ لعموم النصّ والإجماع.

و كذا لا ينبغى التأمّل فى وقوع الطلاق لو لم يكن الإكراه مستقلاً فى داعى الوقوع، بل هو بضميمه شىء اختياريّ للفاعل.

و إن كان الداعى هو الإكراه، فإمّا أن يكون الفعل لا من جهه التخلّص عن الضرر المتوعّد به، بل من جهه دفع الضرر اللاحق للمكروه-بالكسر- كمن قال له ولده: «طلق زوجتك و إلّا قتلتك أو قتلت نفسك» فطلق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه، أو قتل الغير له إذا تعرّض لقتل والده، أو كان الداعى على الفعل شفقةً دينيّةً على المكروه-بالكسر- أو على المطلّقه، أو على غيرهما ممّن يريد نكاح الزوجه لثلاً يقع الناس فى محرّم.

و الحكم فى الصورتين لا يخلو عن إشكال.

و إن كان الفعل لداعى التخلّص من الضرر، فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكروه أنّ الحذر لا يتحقّق إلّا بإيقاع الطلاق حقيقة؛ لغفلته عن أنّ التخلّص غير متوقّف على القصد إلى وقوع أثر الطلاق

ص: ٣٢٧

و حصول البينونه، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجه و الإعراض عنها، فيوقع الطلاق قاصداً، و هذا كثيراً ما يتفق للعوام.

و قد يكون هذا التوطن و الإعراض من جهة جهله بالحكم الشرعى أو كونه رأى (1) مذهب بعض العامه (2) فزعم أن الطلاق يقع مع (3) الإكراه، فإذا أكره على الطلاق طلق قاصداً لوقوعه؛ لأنّ القصد إلى اللفظ المكره عليه بعد اعتقاد كونه سبباً مستقلاً في وقوع البينونه يستلزم القصد إلى وقوعها، فيرضى نفسه (4) بذلك و يوطنها عليه، و هذا أيضاً كثيراً ما يتفق للعوام.

و الحكم في هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال، إلا أن تحقّق الإكراه أقرب.

[عقد المكره لو تعبه الرضا]

ثمّ (5) المشهور بين المتأخّرين (6): أنه لو رضى المكره بما فعله صحّ العقد، بل عن الرياض (7) تبعاً للحدائق (8) أن عليه اتّفاقهم؛ لأنه عقد

ص: ٣٢٨

١- ١) قال الشهيدى فى شرحه: (رأى) بصيغه الماضى، لا المصدر، هدايه الطالب: ٢٦١.

٢- ٢) مثل ما تقدّم عن أبى حنيفه و أصحابه فى هامش الصفحه ٣١٠.

٣- ٣) فى «ف»: على.

٤- ٤) كذا فى «ف» و «ش» و نسخه بدل «ص»، و فى سائر النسخ: نفسها.

٥- ٥) فى «م»، «ع» و «ص» زياده: «إن»، لكن شطب عليها فى «م».

٦- ٦) كالمحقّق فى الشرائع ١٤: ٢. و العلّامه فى القواعد ١٢٤: ١، و التحرير ١: ١٦٤ و غيرهما. و الشهيد فى الدروس ١٩٢: ٣، و

اللمعه: ١١٠. و الشهيد الثانى فى المسالك ١٥٥: ٣-١٥٦، و الروضه البهيه ٢٢٦: ٣. و غيرهم.

٧- ٧) الرياض ٥١١: ١، و فيه: إنّ ظاهرهم الاتّفاق...

٨- ٨) الحدائق ٣٧٣: ١٨، و فيه: و ظاهرهم - أيضاً - الاتّفاق...

حقيقى، فيؤثر أثره مع اجتماع باقى شرائط البيع، و هو طيب النفس.

و دعوى (١) اعتبار مقارنه طيب النفس للعقد، خاليه عن الشاهد، مدفوعه بالإطلاقات.

و أضعف منها: دعوى اعتبارها فى مفهوم العقد، اللازم منه عدم كون عقد (٢) الفضولى عقداً حقيقه.

و أضعف من الكل: دعوى اعتبار طيب نفس العاقد فى تأثير عقده، اللازم منه عدم صحه بيع المُكره بحق، و كون إكراهه على العقد تعدياً لا لتأثير فيه (٣).

و يؤيده: فحوى صحه عقد الفضولى؛ حيث إن المالك طيب النفس بوقوع أثر العقد و غير منشئ للنقل بكلامه، و إمضاء إنشاء الغير ليس إلّا طيب النفس بمضمونه، و ليس إنشاءً مستأنفاً، مع أنه لو كان فهو موجود هنا، فلم يصدر من المالك هنالك إلّا طيب النفس بانتقاله متأخراً عن إنشاء العقد، و هذا موجود فيما نحن فيه مع زائد، و هو إنشاؤه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد؛ لما عرفت (٤) من أن عقده إنشاء حقيقى.

و توهم: أن عقد الفضولى واجد لما هو (٥) مفقود هنا- و هو طيب نفس العاقد بما ينشئه-، مدفوع: بالقطع بأن طيب النفس لا اثر له،

ص: ٣٢٩

١- ١) ادعى ذلك صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٦٧: ٢٢- ٢٦٨.

٢- ٢) فى «ف»: العقد.

٣- ٣) فى «ف»: فى عقده.

٤- ٤) راجع الصفحه ٣٠٩ و ما بعدها.

٥- ٥) فى «م» و «ش» زياده: به.

لا (١) في صدق العقديهِ؛ إذ يكفي فيه مجرد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه، ولا في النقل و الانتقال؛ لعدم مدخلية غير المالك فيه.

نعم، لو صح ما ذكر سابقاً (٢) من توهم أنّ المكره لا قصد له إلى مدلول اللفظ أصلاً، وأنه قاصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت - كما صرح به بعض (٣) - صح أنه لا يجدي تعقب الرضا، إذ لا عقد حينئذٍ، لكن عرفت سابقاً أنه خلاف المقطوع من النصوص و الفتاوى، فراجع (٤).

فظهر ممّا ذكرنا ضعف وجه التأمل في المسألة - كما عن الكفاية (٥) و مجمع الفائدة (٦) تبعاً للمحقق الثاني في جامع المقاصد (٧) - و إن انتصر لهم بعض من تأخر عنهم (٨) بقوله تعالى: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (٩) الدال على اعتبار كون العقد عن التراضي مضافاً إلى النبوي

ص: ٣٣٠

١-١) لم ترد «لا» في «ف».

٢-٢) راجع الصفحة ٣٠٨ و ما بعدها.

٣-٣) لم ترد «كما صرح به بعض» في «ف»، و المصرح بذلك هو صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٢:٢٦٧.

٤-٤) راجع الصفحة ٣٠٨-٣٠٩.

٥-٥) الكفاية: ٨٩، و فيها: فالمسألة محل إشكال.

٦-٦) مجمع الفائدة ٨:١٥٦، و فيه - بعد نقل الصحه عن المشهور - و ما نعرف لها دليلاً.

٧-٧) جامع المقاصد ٤:٦٢، و فيه: فلنظر فيها مجال.

٨-٨) لم ترد «عنهم» في «ف»، و لم نعر على هذا البعض.

٩-٩) النساء: ٢٩.

المشهور الدالّ على رفع حكم الإكراه (١)، مؤيداً بالنقض بالهازل، مع أنهم لم يقولوا بصحّته بعد لحوق الرضا.

و الكلّ كما ترى؛ لأنّ دلالة الآيه على اعتبار وقوع العقد عن التراضى إمّا بمفهوم الحصر و إمّا بمفهوم الوصف، و لا حصر كما لا يخفى؛ لأنّ الاستثناء منقطع غير مفرّغ، و مفهوم الوصف -على القول به- مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما فى ربّائِكُم اللّاتى فى حُجُورِكُم (٢)، و دعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعه، و سيجىء زياده توضيح لعدم دلالة الآيه على اعتبار سبق التراضى فى بيع الفضولى (٣).

و أمّا حديث الرفع، ففيه:

أولاً: أنّ المرفوع فيه هى المؤاخذه و الأحكام المتضمّنه لمؤاخذه المكروه و إلزامه بشىء، و الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أنّ له أن يرضى بذلك، و هذا حقّ له لا عليه.

نعم، قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتّى يرضى المكروه أو يفسخ، و هذا إلزامٌ لغيره، و الحديث لا يرفع المؤاخذه و الإلزام عن غير المكروه كما تقدّم (٤)، و أمّا إلزامه بعد طول المدّة باختيار البيع أو فسخه، فهو من توابع الحقّ الثابت له بالإكراه، لا من أحكام الفعل المتحقّق

ص: ٣٣١

١-١) المتقدّم فى الصفحه ٣٠٧.

٢-٢) النساء: ٢٣.

٣-٣) ستأتى مسأله بيع الفضولى فى الصفحه ٣٤٥.

٤-٤) لم نقف على التصريح به فيما تقدّم.

ثم إن ما ذكرنا واضح على القول بكون الرضا ناقلاً، وكذلك على القول بالكشف بعد التأمل.

و ثانياً: أنه يدل على أن الحكم الثابت للفعل المُكره عليه لو لا الإكراه يرتفع عنه إذا وقع مكرهاً عليه- كما هو معنى رفع الخطأ و النسيان أيضاً- وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه؛ لأن أثر (١) العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم (٢) الإكراه، السبب المستقل (٣) لنقل المال، و من المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه، وهذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الإكراه حيث إنه جزء العلة التامة للملكية، لم يكن ثابتاً للفعل مع قطع النظر عن الإكراه ليرتفع به؛ إذ المفروض أن الجزئية ثابتة له بوصف الإكراه، فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه (٤)؟ و بعبارة أخرى: اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار (٥) عدم (٦) الإكراه هو اللزوم المنفي بهذا الحديث، و المدعى بثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه على رضا المالك، و هذا غير مرتفع

ص: ٣٣٢

١- ١) شطب في «ن» و «م» على كلمه «أثر».

٢- ٢) شطب في «ن» على «اعتبار عدم»، و شطب في «م» على كلمه «عدم».

٣- ٣) كذا في «ف» و «ش» و مصححه «خ»، و في سائر النسخ: سبب مستقل.

٤- ٤) لم ترد عبارته «إذ المفروض -إلى- بالإكراه» في «ف».

٥- ٥) شطب في «ن» على كلمه «اعتبار».

٦- ٦) كلمه «عدم» من «ش» فقط.

لكن يرد على هذا: أنّ مقتضى حكمه الحديث على الإطلاقات هو تقيدها بالمسبوقيه بطيب النفس، فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المكره ووقوفه على الرضا اللاحق، فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره، فيرجع إلى أصله الفساد.

و بعبارة أخرى: أدلّه صحّحه البيع تدلّ (٢) على سببته مستقلّه (٣)، فإذا قيدت بغير المكره لم يبق لها دلالة على حكم المكره، بل لو كان هنا ما يدلّ على صحّحه البيع بالمعنى الأعمّ من السببته المستقلّه كان دليل الإكراه حاكماً عليه مقيداً له فلا ينفع (٤).

اللهم إلّا أن يقال: إنّ الإطلاقات المفيدة (٥) للسببته المستقلّه (٦) مقيدهٌ بحكم الأدلّه الأربعة - المقتضيه لحرمة أكل المال بالباطل و مع عدم طيب النفس - بالبيع المرضي به، سيقه الرضا أو لحقه، و مع ذلك فلا حكمه للحديث عليها؛ إذ البيع المرضي به سابقاً لا يعقل عروض الإكراه له.

ص: ٣٣٣

١- ١) لم ترد «و هذا غير مرتفع بالإكراه» في «ف».

٢- ٢) في «ف»: إنّما يدلّ.

٣- ٣) في «ف» و «ن»: سببته المستقلّه.

٤- ٤) وردت عبارته «بل لو كان - إلى - فلا ينفع» في «ف» و «ش»، و هامش «ن» تصحيحاً.

٥- ٥) في «خ»، «ع» و «ش»: المقيده.

٦- ٦) لم ترد «المفيدة للسببته المستقلّه» في «ف».

و أما المرضي به بالرضا اللاحق، فإنما يعرضه الإكراه من حيث ذات الموصوف، وهو أصل البيع (1)، ولا نقول بتأثيره، بل مقتضى الأدلة الأربعة مدخلية الرضا (2) في تأثيره و وجوب الوفاء به.

فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكروه عليه و الرضا به لاحقاً، و لازمه بحكم العقل كون العقد المكروه عليه (3) بعض المؤثر التام، و هذا أمر عقلي غير مجعول (4) لا يرتفع بالإكراه؛ لأن الإكراه مأخوذ فيه بالفرض، إلا أن يقال: إن أدله الإكراه كما ترفع السببه المستقله التي أفادتها الإطلاقات قبل التقييد، ترفع مطلق الأثر عن العقد المكروه عليه؛ لأن التأثير الناقص أيضاً استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرضا الأعم من اللاحق (5)، و هذا لا يفرق فيه أيضاً بين جعل الرضا ناقلاً أو كاشفاً؛ إذ على الأول يكون تمام المؤثر نفسه، و على الثاني يكون الأمر المتزع منه العارض للعقد و هو تعقبه للرضا.

ص: ٣٣٤

-
- ١- ١) في «ص» زياده: «قبل الرضا»، و وردت في «خ» و «ع» - أيضاً - استدراكاً.
- ٢- ٢) كذا في «ش» و العبارة في «ف» هكذا: «بل مقتضى الأدلة الأربعة بمدخليته للرضا»، و في سائر النسخ: «بل تقتضى الأدلة الأربعة مدخلية للرضا».
- ٣- ٣) لم ترد «المكروه عليه» في «ف».
- ٤- ٤) عبارة «أمر عقلي غير مجعول» من «ف» و نسخه بدل «ش».
- ٥- ٥) من قوله: «لأن الإكراه.. إلى هنا لم يرد في «ف»، و من قوله: «إلا أن يقال... إلى هنا كتب عليه في «ن»: زائد، و هذا المقدار لم يرد أيضاً في «ش» باستثناء عبارة «كما ترفع السببه المستقله».

و كيف كان، فذات العقد المكره عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له لا- يترتب عليه إلما كونه جزء المؤثر التام، و هذا أمرٌ عقليّ قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه و من الرضا أو وصف تعقبه له، فتأمل.

بقي الكلام في أنّ الرضا المتأخر ناقلٌ أو كاشفٌ؟

مقتضى الأصل و عدم حدوث حِلِّ مال الغير إلما عن طيب نفسه هو الأول، إلما أنّ الأقوى بحسب الأدلّه النقلية هو الثاني، كما سيجيء في مسأله الفضولي (١).

و ربما يدعى (٢): أنّ مقتضى الأصل هنا و في الفضولي هو (٣)الكشف؛ لأنّ مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره، فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى -و هو النقل من حين العقد- و ترتب الآثار عليه لا يكون إلما بالحكم بحصول الملك في زمان النقل.

و فيه: أنّ مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه، بل نفس النقل، إلما أنّ إنشاءه لما كان في زمان التكلم، فإن كان ذلك الإنشاء مؤثراً في نظر الشارع في زمان التكلم حدث الأثر فيه، و إن كان مؤثراً بعد حصول أمرٍ حدث الأثر بعده.

ص: ٣٣٥

١- ١) يجيء في الصفحة ٤٠٨-٤٠٩.

٢- ٢) لم نعثر على من ادعى ذلك صريحاً، نعم في الرياض ١:٥١٣ بعد اختياره ذلك في الفضولي و جعله موافقاً للأشهر، قال: عملاً بمقتضى الإجازة.

٣- ٣) لم ترد «هو» في «ف».

فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما يعتبر في الحكم؛ و لذلك كان الحكم بتحقق الملك بعد القبول أو بعد القبض في الصرف و السلم و الهبة، أو بعد انقضاء زمان الخيار -على مذهب الشيخ (١)- غير منافٍ لمقتضى الإيجاب، و لم يكن تبعيضاً في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة.

فإن قلت: حكم الشارع بثبوت الملك و إن كان بعد الرضا، إلا أنّ حكمه بذلك لما كان من جهة إمضائه للرضا بما وقع فكأنه (٢) حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله.

قلت: المراد هو الملك شرعاً، و لا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعى بالملك، و سيأتى توضيح ذلك في بيع الفضولى إن شاء الله (٣).

و إن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد؛ فإنّه و إن كان حلاً للعقد السابق و جعله كأن لم يكن، إلا أنّه لا يرتفع به الملكيه السابقه على الفسخ؛ لأنّ العبره بزمان حدوثه لا بزمان متعلّقه.

ثمّ على القول بالكشف، هل للطرف الغير المُكره أن يفسخ قبل رضا المُكره، أم لا؟ يأتي بيانه في الفضولى إن شاء الله (٤).

ص: ٣٣٦

١- (١) الخلاف ٣: ٢٢، كتاب البيوع، المسأله ٢٩.

٢- (٢) في «ف»: فكان.

٣- (٣) يأتي في الصفحه ٣٩٩ في بحث «القول في الإجازة و الرد»، و ٤١٢، في بحث الثمره بين النقل و الكشف.

٤- (٤) يأتي في الصفحه ٣٩٩ في بحث «القول في الإجازة و الرد»، و ٤١٢، في بحث الثمره بين النقل و الكشف.

اشاره

فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلا بإذن سيده، سواء كان لنفسه في ذمته أو بما في يده، أم لغيره؛ لعموم أدله عدم استقلاله في أموره، قال الله تعالى: ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ (١).

و عن الفقيه بسنده إلى زراره عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام، قال: «المملوك لا يجوز نكاحه و لا طلاقه إلا بإذن سيده. قلت: فإن كان السيد زوجته، بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ، أ فشيء (٢) الطلاق؟» (٣).

و الظاهر من القدره-خصوصاً بقريته الروايه-هو الاستقلال؛ إذ

ص: ٣٣٧

١-١) النحل: ٧٥.

٢-٢) كذا في «ف» و مصححه «ن»-كما في بعض نسخ الفقيه-، و في سائر النسخ: فشيء.

٣-٣) الفقيه ٣: ٥٤١، الحديث ٤٨٦٠، و الوسائل ١٥: ٣٤٣، الباب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق.

المحتاج إلى غيره في فعلٍ غير قادر عليه، فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق عليه أنه شيء، فكل ما صدر عنه من دون مدخلية المولى فهو شرعاً (1) بمنزلة العدم، لا يترتب عليه الأثر المقصود منه، لا أنه لا يترتب عليه حكم شرعي أصلاً، كيف؟! وأفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار.

[هل ينفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيد؟]

و كيف كان، فإنشاءات العبد لا يترتب عليها آثارها من دون إذن المولى، أمّا مع الإذن السابق فلا إشكال، و أمّا مع الإجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع؛ لأن المنع فيه ليس من جهة العوضين اللذين يتعلّق بهما حقّ المجيز، فله أن يرضى بما وقع على ماله (2) من التصرف في السابق و أن لا يرضى، بل المنع من جهة راجعه إلى نفس الإنشاء الصادر، و ما صدر على وجه لا يتغيّر منه بعده.

و بتقرير آخر: إن الإجازة إنّما تتعلّق بمضمون العقد و خاصّته - أعني: انتقال المال بعوض - و هذا فيما نحن فيه ليس منوطاً برضا المولى قطعاً؛ إذ المفروض أنه أجنبي عن العوضين، و إنّما له حقّ في كون إنشاء هذا المضمون قائماً بعبده، فإذا وقع على وجه يستقلّ به العبد فلحوق الإجازة لا يخرج عن الاستقلال الواقع عليه قطعاً.

إلّا أنّ الأقوى هو لحوق إجازة المولى؛ لعموم أدلّه الوفاء بالعقود (3)، و المخصّص إنّما دلّ على عدم ترتّب الأثر على عقد العبد من

ص: ٣٣٨

١- ١) في «ف» زياده: لا شيء.

٢- ٢) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: بما وقع له.

٣- ٣) كما في قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»، المائدة: ١.

دون مدخلية المولى أصلاً-سابقاً و لاحقاً-لا مدخلية إذنه السابق، و لو شك أيضاً وجب الأخذ بالعموم في مورد الشك.

و يؤيد إرادته الأعم من الإجازة:الصحيحة السابقة؛فإن جواز النكاح يكفيه لحوق الإجازة،فالمراد بالإذن هو الأعم،إلا أنه خرج الطلاق بالدليل،و لا يلزم تأخير البيان؛لأن الكلام المذكور مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق بحيث لا يحتاج إلى رضا المولى أصلاً،بل و مع كراهه المولى كما يرشد إليه (١)التعبير عن السؤال بقوله:

«بيد من الطلاق؟» (٢).

و يؤيد المختار-بل يدل عليه-:ما ورد في صححه نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى إذا أجازته،معللاً ب:«أنه لم يعص الله تعالى و إنما عصى سيده،فإذا أجاز جاز» (٣)،بتقريب:أن الرواية تشمل (٤)ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه،و حمله على ما إذا عقد الغير له منافٍ لترك الاستفصال،مع أن تعليل الصحه بأنه:لم يعص الله تعالى...إلخ،في قوه أن يقال:«إنه إذا عصى الله بعقد كالعقد على ما حرم الله تعالى-على ما مثل به الإمام عليه السلام في رواياتٍ أخر

ص: ٣٣٩

١- ١) كلمه «إليه» من «ش» و مصححه «ن».

٢- ٢) المتقدم في الصفحة ٣٣٧.

٣- ٣) الوسائل ٥٢٣:١٤،الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء،الحديث الأول،و لفظه:«فإذا أجازة فهو له جائز».

٤- ٤) كذا في «ص» و مصححه «ن»،و في «ع» و «ش»:«يشتمل»،و في سائر النسخ:تشتمل.

وارده في هذه المسأله (١)- كان العقد باطلاً؛ لعدم تصوّر رضا الله تعالى بما سبق من معصيته، أمّا إذا لم يعص الله و عصى سيده أمكن رضا سيده فيما بعد بما لم يرض به سابقاً، فإذا رضى به و أجاز صحّ.

فيكون الحاصل: أنّ معيار الصحّ في معامله العبد- بعد كون معامله في نفسها ممّا لم ينه عنه الشارع- هو رضا سيده بوقوعه، سابقاً أو لاحقاً، و أنّه إذا عصى سيده بمعامله ثمّ رضى السيّد بها صحّ، و أنّ ما قاله المخالف: من أنّ معصيه السيّد لا يزول حكمها برضاه بعده، و أنّه لا ينفع الرضا اللاحق- كما نقله السائل عن طائفه من العامّه (٢)- غير صحيح، فانهم و اغتتم.

و من ذلك يعرف: أنّ استشهاد بعض (٣) بهذه الروايات على صحّ عقد العبد و إن لم يسبقه إذن و لم يلحقه إجازة، بل و مع سبق النهي أيضاً- لأنّ غايه الأمر هو عصيان العبد و إثمه في إيقاع العقد و التصرف في لسانه الذي هو ملك للمولى، لكنّ النهي مطلقاً لا يوجب الفساد خصوصاً النهي الناشئ عن معصيه السيّد كما يومئ إليه هذه الأخبار الدالّه على أنّ معصيه السيّد لا يقدر بصحّ العقد- في غير محلّه، بل الروايات ناطقه- كما عرفت- بأنّ الصحّ من جهه ارتفاع كراهه

ص: ٣٤٠

-
- ١- ١) انظر الوسائل ١٤:٥٢٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء، الحديث ٢.
- ٢- ٢) الوسائل ١٤:٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء، الحديث الأوّل. و انظر- أيضاً- المغنى؛ لابن قدامه ٦:٥١٥، و المجموع ١٧:٢٤٩.
- ٣- ٣) انظر الجواهر ٢٢:٢٧١، و ٢٥:٧٠.

المولى و تبدّله بالرضا بما فعله العبد، و ليس ككراهه الله عزّ و جلّ بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه السابق، فكأنه قال: «لم يعص الله حتّى يستحيل تعقّبه للإجازة و الرضا و إنّما عصى سيّده، فإذا أجاز جاز» فقد علّق الجواز صريحاً على الإجازة.

و دعوى: أنّ تعليق الصّحّه على الإجازة من جهه مضمون العقد و هو التزويج المحتاج إلى إجازة السيّد إجماعاً، لا نفس إنشاء العقد حتّى لو فرضناه للغير يكون محتاجاً إلى إجازة مولى العاقد، مدفوعه: بأنّ المنساق من الروايه إعطاء قاعده كليّه: بأنّ (1) رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفى فى كلّ ما يتوقّف على مراجعه السيّد و كان فعله من دون مراجعه (2) أو مع النهى عنه معصية له، و المفروض أنّ نفس العقد من هذا القبيل.

ثمّ إنّ ما ذكره (3) من عصيان العبد بتصرّفه فى لسانه و أنّه لا يقتضى الفساد، يشعر بزعم أنّ المستند فى بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفّظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى.

و فيه:

أولاً: منع حرمة هذه التصرفات الجزئية؛ للسيرة المستمّره على مكالمه العبيد (4)، و نحو ذلك من المشاغل الجزئية.

ص: ٣٤١

١-١) فى «ف»: فى أنّ.

٢-٢) كذا فى النسخ، و الأصحّ: مراجعته.

٣-٣) فاعله «بعض» فى قوله: «و من ذلك يعرف أنّ استشهاد بعض...»، راجع الصفحه السابقه.

٤-٤) فى «ف»: العبد.

و ثانياً: بداهه أنّ الحرمة فى مثل هذه لا توجب الفساد، فلا يظنّ استناد العلماء فى الفساد إلى الحرمة.

و ثالثاً: أنّ الاستشهاد بالرواية لعدم كون معصية السيد بالتكلم بألفاظ العقد و التصرف فى لسانه قادحاً (١) فى صحّة العقد، غير صحيح؛ لأنّ مقتضاه أنّ التكلم إن كان معصية لله تعالى يكون مفسداً، مع أنّه لا يقول به أحد؛ فإنّ حرمة العقد من حيث إنّه تحريك اللسان - كما فى الصلاة و القراءة المضيّقة و نحوهما - لا يوجب فساد العقد إجماعاً.

فالتحقيق: أنّ المستند فى الفساد هو الآيه المتقدّمة (٢)، و الروايات الواردة فى عدم جواز أمر العبد و مضيّته مستقلاً، و أنّه ليس له من الأمر شيء (٣).

«فرع» لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه صحّ و لزم؛

بناءً على كفايه رضا المولى -الحاصل من تعريضه للبيع- من إذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجباً للإذن الضمنى.

ص: ٣٤٢

١- ١) كذا، و المناسب: قاده.

٢- ٢) المتقدّمة فى الصفحة ٣٣٧.

٣- ٣) انظر الوسائل ٥٢٢: ١٤، الباب ٢٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء، و الصفحة ٥٧٥، الباب ٦٤ من نفس الأبواب، الحديث ٨.

و لا يقدر عدم قابليته المشتري للقبول في زمان الإيجاب؛ لأنّ هذا الشرط ليس على حدّ غيره من الشروط المعتبره في كلّ من المتعاقدين من أوّل الإيجاب إلى آخر القبول، بل هو نظير إذن مالك الثمن في الاثراء، حيث يكفي تحقّقه بعد الإيجاب و قبل القبول الذي بنى المشتري على إنشائه فضولاً.

و عن القاضي: البطلان في المسأله؛ مستدلاً عليه باتّحاد عبارته مع عباره السيّد فيّتحّد الموجب و القابل (١).

و فيه- مع اقتضائه المنع لو أذن له السيّد سابقاً- منع الاتّحاد أوّلاً، و منع قدحه ثانياً.

هذا إذا أمره (٢) الأمر بالاشتراء من مولاه، فإن أمره بالاشتراء من وكيل المولى، فعن جماعه- منهم المحقّق و الشهيد الثانيان (٣)- أنه لا يصحّ لعدم الإذن من المولى.

و ربما قيل بالجواز (٤) حينئذٍ أيضاً؛ بناءً على ما سبق منه من أنّ المنع لأجل النهي و هو لا يستلزم الفساد.

ص: ٣٤٣

١ - ١) حكاه عنه الصيمري في غايه المرام (مخطوط) ٢٧٣، و صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٧١: ٢٢، و لكن لم نعر عليه فيما بأيدينا من كتب القاضي قدّس سرّه.

٢ - ٢) في «ف»: أمر.

٣ - ٣) انظر جامع المقاصد ٤: ٦٨، و المسالك ٣: ١٥٨، و حكاه عنهما و عن غيرهما صاحب الجواهر في الجواهر ٢٧٢: ٢٢.

٤ - ٤) قاله صاحب الجواهر في الجواهر ٢٧١: ٢٢.

وفيه: ما عرفت من أنّ وجه المنع أدلّه عدم استقلال العبد في شيء، لا منعه عن التصرف في لسانه، فراجع ما تقدّم (1)، والله أعلم.

ص: ٣٤٤

١-١) في الصفحة ٣٤٠.

مسأله و من شروط المتعاقدين: أن يكونا مالِكين أو مأذونين من المالك أو الشارع.

اشاره

فعقد الفضولى لا يصح، أى لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من الزوم.

و هذا مراد من جعل الملك و ما فى حكمه شرطاً، ثم فرّع عليه أن (١) بيع الفضولى موقوف على الإجازة كما فى القواعد (٢)، فاعتراض جامع المقاصد: عليه بأنّ التفريع فى غير محلّه (٣)، لعلّه فى غير محلّه.

[الكلام فى عقد الفضولى]

اشاره

و كيف كان، فالمهمّ التعرّض لمسأله عقد الفضولى التى هى من أهمّ المسائل، فنقول:

اختلف الأصحاب و غيرهم فى بيع الفضولى

، بل مطلق عقده - بعد

ص: ٣٤٥

١- ١) كذا فى «ن» - و هكذا نقله المامقانى فى شرحه (غايه الآمال: ٣٥٠) - و فى سائر النسخ: بأن.

٢- ٢) القواعد ١: ١٢٤.

٣- ٣) جامع المقاصد ٤: ٦٨.

اتَّفاهم على بطلان إيقاعه كما فى غاية المراد (١)-على أقوال.

و المراد بالفضولى- كما ذكره الشهيد قدس سرّه (٢)-: هو الكامل الغير المالك للتصرّف و لو كان غاصباً. و فى كلام بعض العامّة: أنّه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه (٣). و قد يوصف به نفس العقد (٤)، و لعلّه تسامح.

و كيف كان، فىشمل العقد الصادر من الباكره (٥) الرشيدّه بدون إذن الولى، و من المالك إذا لم يملك التصرّف؛ لتعلّق حقّ الغير بالمال، كما يومئ إليه استدلالهم لفساد (٦) الفضولى بما دلّ على المنع من نكاح الباكره بغير إذن وليها (٧)، و حينئذٍ فىشمل بيع الراهن و السفينه و نحوهما، و بيع العبد بدون إذن السيد.

و كيف كان، فالظاهر شموله لما إذا تحقّق رضا المالك للتصرّف باطناً، و طيب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحاً أو فحوى؛

ص: ٣٤٦

١- ١) فى غير «ن» و «ش»: غاية المرام، و الاتّفاق المدعى موجود فيما أثبتناه، انظر غاية المراد: ١٧٧.

٢- ٢) غاية المراد: ١٧٧.

٣- ٣) لم نقف عليه.

٤- ٤) يعنى يقال: «البيع الفضولى»، كما عبّر به الشهيد فى غاية المراد: ١٧٧.

٥- ٥) قال المامقانى قدس سرّه: الأولى التعبير بالبكر- بكسر الباء و سكون الكاف- فإنّه الذى ضبطه أهل اللغه مرادفاً للعذراء، و قد صرّح فى شرح القاموس بأنّ التعبير عن هذا المعنى بلفظ «الباكره» غلط، غاية الآمال: ٣٥٢.

٦- ٦) كذا فى «ص» و «ش»، و فى سائر النسخ: بفساد.

٧- ٧) انظر الوسائل ٢٠٥: ١٤، الباب ٤ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٢. و الصفحه ٢١٣، الباب ٩ من نفس الأبواب. و الصفحه ٤٥٨-٤٥٩، الباب ١١ من أبواب المتعه، الحديث ٥ و ١٢.

لأنَّ العاقد لا يصير مالكاً للتصرف و مسلطاً عليه بمجرد علمه برضا المالك.

و يؤيده: اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكاً أو مأذوناً أو ولياً، و فرعوا عليه بيع الفضولى.

و يؤيده- أيضاً-: استدلالهم على صحه الفضولى بحديث عروه البارقى (١) مع أنّ الظاهر علمه برضا النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلم بما يفعله. و إن كان الذى يقوى فى النفس- لو لا خروجه عن ظاهر الأصحاب- عدم توقفه على الإجازة اللاحقه، بل يكفى فيه رضا المالك المقرون بالعقد، سواء علم به العاقد، أو انكشف بعد العقد حصوله حينه، أو لم ينكشف أصلاً؛ فيجب على المالك فيما بينه و بين الله تعالى إمضاء ما رضى به و ترتيب (٢) الآثار عليه؛ للعموم و جوب الوفاء بالعقود (٣)، و قوله تعالى:

إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

(٤)

و«لا- يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه» (٥)، و ما دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه (٦)، و روايه عروه البارقى الآتية (٧)، حيث أقبض المبيع و قبض

ص: ٣٤٧

١- ١) عوالى اللآلى ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٦، و مستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٢- ٢) كذا فى «ف» و مصححه «ن» و «خ»، و فى «ش»: بترتيب، و فى سائر النسخ: يترتب.

٣- ٣) فى قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، المائدة: ١.

٤- ٤) النساء: ٢٩.

٥- ٥) عوالى اللآلى ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩.

٦- ٦) راجع الوسائل ١٤: ٥٢٥، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٧- ٧) فى الصفحه ٣٥١.

الدينار؛ لعلمه برضا النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، ولو كان فضولياً موقوفاً على الإجازة لم يجز التصرف في المعوض و العوض بالقبض و الإقباض، و تقريرُ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ له على ما فعل دليلٌ على جوازه.

هذا، مع أنّ كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منها (1) خروج هذا الفرض عن الفضولي و عدم وقوفه على الإجازة، مثل قولهم في الاستدلال على الصحّة: إنّ الشرائط كلّها حاصله إلّا رضا المالك، و قولهم: إنّ الإجازة لا يكفي فيها السكوت؛ لأنّه أعمّ من الرضا، و نحو ذلك.

ثمّ لو سلّم كونه فضولياً، لكن ليس كلّ فضولي يتوقّف لزومه على الإجازة؛ لأنّه (2) لا- دليل على توقّفه مطلقاً على الإجازة اللاحقه، كما هو أحد الاحتمالات في من باع ملك غيره ثمّ ملكه.

مع أنّه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آنفاً؛ إذ وقوعه برضاه لا ينفكّ عن ذلك مع الالتفات.

ثمّ إنّّه لو أشكل في عقود غير المالك، فلا- ينبغي الإشكال في عقد العبد-نكاحاً أو بيعاً- مع العلم برضا السيّد و لو لم يأذن له؛ لعدم تحقّق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار، و عدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف.

[صور بيع الفضولي]

ثمّ اعلم: أنّ الفضولي قد يبيع للمالك، و قد يبيع لنفسه، و على الأول فقد لا يسبقه منع من المالك، و قد يسبقه المنع؛ فهنا مسائل ثلاث:

ص: ٣٤٨

١-١) كذا في «ص» و هامش «خ»، و في سائر النسخ: منه.

٢-٢) في «ف»: ولأنّه.

الأولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك،

و هذا هو المتيقن من عقد الفضولي.

و المشهور: الصّحّه

بل في التذكرة نسبه إلى علمائنا، تاره صريحاً، و أخرى ظاهراً بقوله: «عندنا»، إلا أنه ذكر عقيب ذلك: أن لنا فيه قولاً بالطلان (١).
و في غايه المراد (٢): حكى الصّحّه عن العماني و المفيد (٣) و المرتضى (٤) و الشيخ في النهايه (٥) - و سلّار (٦) و الحلبي (٧) و القاضي (٨) و ابن حمزه (٩). و حكى عن الإسكافي (١٠)، و استقرّ عليه رأى من

ص: ٣٤٩

-
- ١ - ١) تعرّض للفضولي في موضعين من التذكرة حسب ما تتبعناه، و لم نعر على نسبه ذلك إلى علمائنا، انظر التذكرة ١:٤٦٢ و ٤٨٦.
 - ٢ - ٢) غايه المراد: ١٧٨.
 - ٣ - ٣) راجع المقنعه: ٦٠٦.
 - ٤ - ٤) راجع الناصريات (الجوامع الفقيهه): ٢٤٧، المسأله ١٥٤.
 - ٥ - ٥) انظر النهايه: ٣٨٥.
 - ٦ - ٦) المراسم: ١٥٠.
 - ٧ - ٧) الكافي في الفقه: ٢٩٢.
 - ٨ - ٨) المهذب ١٩٤: ٢-٢١٦، ١٩٥.
 - ٩ - ٩) الوسيله: ٢٤٩.
 - ١٠ - ١٠) حكاه العلامه في المختلف ٥: ٥٣، و ولده في الإيضاح ١: ٤١٦، و ابن فهد في المقتصر: ١٦٦.

تأخر (١) عدا فخر الدين (٢) و بعض متأخري المتأخرين، كالأردبيلي (٣) و السيد الداماد (٤) و بعض متأخري المحدثين (٥)؛ لعموم أدله البيع و العقود؛ لأنّ خلوه عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد و البيع عنه، و اشتراط ترتب الأثر بالرضا و توقفه عليه أيضاً لا مجال لإنكاره، فلم يبق الكلام إلّا في اشتراط سبق الإذن، و حيث لا دليل عليه فمقتضى الإطلاقات عدمه، و مرجع ذلك كلّه إلى عموم «حلّ البيع» و «وجوب الوفاء بالعقد»، خرج منه العارى عن الإذن و الإجازة معاً، و لم يعلم خروج ما فقد الإذن و لحقه الإجاره.

و إلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم: بأنّه عقد صدر عن أهله في محله (٦).

فما ذكره في غايه المراد: من أنّه من باب المصادرات (٧)، لم أتحقّق وجهه؛ لأنّ كون العاقد أهلاً للعقد من حيث إنّه بالغ عاقل لا كلام

ص: ٣٥٠

-
- ١- ١) مثل المحقّق في الشرائع ٢: ١٤ و غيره، و ابن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع: ٢٤٦، و العلّامة في كتبه و- تقدّم آنفاً عن التذكرة- و الشهيد في الدروس ٣: ١٩٢ و غيره.
 - ٢- ٢) الإيضاح ١: ٤١٧.
 - ٣- ٣) مجمع الفائده ٨: ١٥٨، و زبده البيان: ٤٢٨.
 - ٤- ٤) انظر ضوابط الرضاع (كلمات المحقّقين): ٥٦.
 - ٥- ٥) و هو المحدث البحراني في الحدائق ١٨: ٣٧٨.
 - ٦- ٦) كما في المختلف ٥: ٥٤، و الرياض ١: ٥١٢، و انظر المهذب البارع ٢: ٣٥٦، و المناهل: ٢٨٧.
 - ٧- ٧) غايه المراد: ١٧٨.

فيه، وكذا كون المبيع قابلاً للبيع، فليس محلّ الكلام إلّا خلوّ العقد عن مقارنه إذن المالك، وهو مدفوع بالأصل، ولعلّ مراد الشهيد: أنّ الكلام في أهليّة العاقد، ويكفي (١) في إثباتها العموم المتقدّم.

وقد اشتهر الاستدلال عليه بقضيّه عروه البارقي

، حيث دفع إليه النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم ديناراً، وقال له: «اشتر لنا به شاه للأضحيه» فاشتري به شاتين، ثمّ باع أحدهما في الطريق بدينار، فأتى النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم بالشاه والدينار، فقال له رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم: «بارك الله لك في صفقه يمينك» (٢)، فإنّ بيعه وقع فضولاً وإنّ وجّهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضوليّ.

[المناقشه في الاستدلال بقضيّه عروه البارقي]

هذا، ولكن لا يخفى (٣) أنّ الاستدلال بها يتوقّف على دخول المعامله المقرونه برضا المالك في بيع الفضوليّ. توضيح ذلك: أنّ الظاهر (٤) علم عروه برضا النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم بما يفعل، وقد أقبض المبيع وقبض الثمن، ولا ريب أنّ الإقباض والقبض في بيع الفضوليّ حرام؛ لكونه تصرّفاً في مال الغير، فلا بدّ: إمّا من التزام أنّ عروه فعل الحرام في القبض والإقباض، وهو

ص: ٣٥١

-
- ١- ١) كذا في «ش»، وفي غيرها: يكتفى، إلّا أنّها صحّحت في «ن» بما أثبتناه، واستظهرها مصحح «ص» كذلك.
 - ٢- ٢) انظر السنن الكبرى للبيهقي ١١٢: ٦، وعوالي اللآلي ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٦، ومستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه.
 - ٣- ٣) في «ف» زياده: عليك.
 - ٤- ٤) لم ترد «الظاهر» في «ف».

منافٍ لتقرير النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ.

وإثباتاً من القول بأن البيع الذي يعلم بتعاقبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة؛ بناءً على كون الإجازة كاشفة، وسيجيء ضعفه.

فيدور الأمر بين ثالث، وهو جعل هذا الفرد (١) من البيع - وهو المقرون برضا المالك - خارجاً عن الفضولي، كما قلناه (٢).

ورابع، وهو علم عرّوه برضا النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن، وعلم المشتري بكون البيع فضولياً حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة، وإلا فالفضولي ليس مالكاً ولا وكيلًا، فلا يستحق قبض المال، فلو كان المشتري عالماً فله أن يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال، بخلاف ما لو كان جاهلاً.

ولكن الظاهر هو أول الوجهين، كما لا يخفى، خصوصاً بملاحظه أن الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة، وقد تقدم أن المناط فيها مجرد المراضاة ووصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر وحصوله عنده بإقباض المالك أو غيره ولو كان صبيّاً أو حيواناً (٣)، فإذا حصل التقابض بين فضوليين (٤) أو فضولي وغيره مقروناً برضا المالكين،

ص: ٣٥٢

١- ١) في «م» و«ع» و«ص»: الفروض، إلا أنها صححت في «ع» و«ص» بما أثبتناه.

٢- ٢) انظر الصفحة ٣٤٦-٣٤٧.

٣- ٣) راجع الصفحة ٧٥ و ١١٢.

٤- ٤) كذا في «ف»، «خ» و«ن»، وفي سائر النسخ: الفضوليين.

ثم وصل (١) كل من العوضين إلى صاحب الآخر و علم برضا صاحبه، كفى في صحه التصرف.

و ليس هذا من معامله الفضولى؛ لأن الفضولى صار آله فى الإيصال، و العبره برضا المالك المقرون به.

[الاستدلال للصححه بصحيحه محمد بن قيس]

و استدلل له (٢) أيضاً- تبعاً للشهيد فى الدروس - بصحيحه محمّد ابن قيس عن أبى جعفر الباقر عليه السلام، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب، فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتى باعها ابنى بغير إذنى. فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها. فناشده الذى اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذى باعك الوليده حتى ينفذ البيع لك. فلما رآه أبوه قال له: أرسل ابنى. قال: لا و الله! إلا أرسل ابنك حتى ترسل ابنى؛ فلما رأى ذلك سيد الوليده أجاز بيع ابنه...

الحديث» (٣).

قال فى الدروس: و فيها دلالة على صحه الفضولى و أنّ الإجازة كاشفه (٤).

ص: ٣٥٣

-
- ١- ١) كذا فى «ش» و مصححه «ن» و «ص»، و فى سائر النسخ: دخل.
 - ٢- ٢) كما فى الرياض ٥١٢: ١-٥١٣، و مقابس الأنوار: ١٢٣، و غيرهما.
 - ٣- ٣) الوسائل ١٤: ٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء، الحديث الأوّل، و الحديث منقول فى الكتب الأربعة. و ما نقله المؤلف قدس سرّه أوفق بما فى الكافى ٥: ٢١١، الحديث ١٢.
 - ٤- ٤) الدروس ٣: ٢٣٣.

و لا يرد عليها شىءٌ ممّا يوهن الاستدلال بها، فضلاً عن أن يسقطه. و جميع ما ذكر فيها من الموهنات (١) موهونه، إلّا ظهور الروايه فى تأثير الإجازة المسبوقه بالردّ، من جهه ظهور المخاصمه فى ذلك، و إطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعيين (٢) أخذ الجاربه و أنّها (٣) من المالك -بناء على أنه لو لم يردّ البيع و جب تقييد الأخذ بصوره اختيار الردّ- و مناشده المشتري للإمام عليه السلام و إلحاحه عليه فى علاج فكاك ولده، و قوله: «حتّى ترسل ابني» الظاهر فى أنه حبس الولد و لو على قيمته يوم الولاده.

و حمل إمساكه الوليده على حبسها لأجل ثمنها- كحبس ولدها على القيمه- ينافيه قوله عليه السلام: «فلما رأى ذلك سيّد الوليده أجاز بيع الولد (٤)».

و الحاصل: أنّ ظهور الروايه فى ردّ البيع أولاً ممّا لا ينكره المنصف، إلّا أنّ الإنصاف أنّ ظهور الروايه فى أنّ أصل الإجازة مجديه فى الفضولى- مع قطع النظر عن الإجازة الشخصيه فى مورد الروايه- غير قابل للإنكار، فلا بدّ من تأويل ذلك الظاهر؛ لقيام القرينه- و هى الإجماع- على اشتراط الإجازة بعدم سبق الردّ.

ص: ٣٥٤

١- ١) و هى على ما ذكرها المحقق المامقانى قدّس سرّه- فى غايه الآمال: ٣٥٧-: أربعه.

٢- ٢) فى «ش»: بتعيين.

٣- ٣) فى «ف» و «ن» و مصحّحه «ص»: و ابنها.

٤- ٤) كذا فى «ف» و «خ» و مصحّحه «ن» و نسخه بدل «ص»، و فى غيرها: الوليد، و فى «ص»: الوليده.

و الحاصل: أنّ مناط الاستدلال لو كان نفس القضية الشخصية من جهة اشتغالها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة-بناءً على قاعده اشتراك جميع القضايا المتحدده نوعاً في الحكم الشرعي- كان ظهورها في كون الإجازة الشخصية في تلك القضية مسبوقة بالردّ مانعاً عن الاستدلال بها، موجباً للاقتصار على موردها؛ لوجه عِلْمه الإمام عليه السلام، مثل: كون مالك الوليد كاذباً في دعوى عدم الإذن للولد، فاحتال عليه السلام حيله يصل بها الحقّ إلى صاحبه.

[توجيه الاستدلال بصحيحه محمد بن قيس]

أمّا لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الأمير عليه السلام في قوله: «خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع»، و قول الباقر عليه السلام في مقام الحكاية: «فلما رأى ذلك سيّد الوليد أجاز بيع ابنه» في أنّ للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه و ينفذه، لم يقدح في ذلك ظهور الإجازة الشخصية في وقوعها بعد الردّ، فيؤوّل ما يظهر منه الردّ بإرادته عدم الجزم بالإجازة و الردّ، أو كون حبس الوليد على الثمن، أو نحو ذلك.

و كأنّه قد اشتبه مناط الاستدلال على من لم يستدلّ بها في مسأله الفضولي، أو يكون الوجه في الإغماض عنها ضعف الدلاله المذكوره، فإنّها لا- تزيد على الإشعار؛ و لذا لم يذكرها في الدروس في مسأله الفضولي، بل ذكرها في موضع آخر (1)، لكنّ الفقيه في غنى عنه (2) بعد العمومات المتقدّمه.

ص: ٣٥٥

١-١) ذكرها في بيع الحيوان كما تقدّم التخرّيج في الصفحة ٣٥٣.

٢-٢) كذا في مصحّحه «ن» و «ص»، و في النسخ: منه.

و ربما يستدل أيضاً (١): بفحوى صحه عقد النكاح من الفضولي في الحرّ و العبد، الثابتة بالنصّ (٢) و الإجماعات المحكيه (٣)؛ فإنّ تملك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تملك ماله أولى بذلك، مضافاً إلى ما علم من شدّه الاهتمام في عقد النكاح؛ لأنّه يكون منه الولد، كما في بعض الأخبار (٤).

[المناقشه في الاستدلال المذكور]

و قد أشار إلى هذه الفحوى في غايه المراد (٥)، و استدللّ بها في الرياض، بل قال: إنّه لولاها أشكل الحكم من جهه الإجماعات المحكيه على المنع (٦). و هو حسن، إلّا أنّها ربما توهن بالنصّ الوارد في الردّ على العامه الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه، بالصحه في الثاني؛ لأنّ المال له (٧) عوض، و البطلان في الأوّل؛ لأنّ البضع ليس له عوض، حيث قال الإمام عليه السلام- في مقام ردّهم

ص: ٣٥٦

-
- ١- (١) كما في المناهل: ٢٨٧، و مقابيس الأنوار: ١٢١، و الجواهر ٢٧٦: ٢٢.
 - ٢- (٢) انظر الوسائل ١٤: ٢١١، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٣. و الصفحه ٢٢١، الباب ١٣ من الأبواب، الحديث ٣. و الصفحه ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء، الحديث ١ و ٢ و غيرها.
 - ٣- (٣) كما في الناصريات (الجوامع الفقهيّه): ٢٤٧، المسأله ١٥٤. و السرائر ٢: ٥٦٥. و انظر كشف اللثام ٢: ٢٢، و الرياض ٢: ٨١.
 - ٤- (٤) انظر الوسائل ١٤: ١٩٣، الباب ١٥٧ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ١ و ٣.
 - ٥- (٥) انظر غايه المراد: ١٧٨.
 - ٦- (٦) انظر الرياض ١: ٥١٢.
 - ٧- (٧) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في غيرهما: منه.

و اشتباههم فى وجه الفرق-«سبحان الله! ما أجور هذا الحكم و أفسده؛ فإنّ النكاح أولى و أجدر أن يحتاط فيه؛ لأنه الفرج، و منه يكون الولد...الخبر» (١).

و حاصله: أنّ مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع؛ من حيث الاحتياط المتأكد فى النكاح دون غيره، فدلّ على أنّ صحّة البيع تستلزم صحّة النكاح بطريق أولى، خلافاً للعامّة حيث عكسوا و حكموا بصحّة البيع دون النكاح، فمقتضى حكم الإمام عليه السلام:

أنّ صحّة المعامله الماليه الواقعه فى كلّ مقام؛ تستلزم صحّة النكاح الواقع بطريق أولى، و حينئذٍ فلا يجوز التعدّى من صحّة النكاح فى مسأله الفضولى إلى صحّة البيع؛ لأنّ الحكم فى الفرع لا- يستلزم الحكم فى الأصل فى (٢) باب الأولويه، و إلّا لم يتحقّق الأولويه، كما لا يخفى.

فالاستدلال بصحّة النكاح على صحّة البيع مطابق لحكم العامّة من كون النكاح أولى بالبطلان؛ من جهه أنّ البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

بقى الكلام فى وجه جعل الإمام عليه السلام الاحتياط فى النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله؛ مستدلاً بأنّه يكون منه الولد، مع أنّ الأمر فى الفروج كالأموال دائر بين محذورين، و لا احتياط فى البين.

ص: ٣٥٧

١- ١) انظر الوسائل ٢٨٦: ١٣- ٢٨٧، الباب ٢ من أبواب الوكاله، الحديث ٢.

٢- ٢) شطب فى «ص» على «فى» و كتب فوقه «من»، و كذا أثبتته العلّامه المامقانى قدّس سرّه فى شرحه (غايه الآمال: ٣٦٠).

و يمكن أن يكون الوجه في ذلك: أنّ إبطال النكاح في مقام الإشكال و الاشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير صحّحه واقعاً، فتتزوج المرأة و يحصل الزنا بذات البعل، بخلاف إبقائه؛ فإنّه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلّا وطء المرأة الخاليه عن المانع، و هذا أهون من وطء ذات البعل.

فالمراد بالأحوط هو الأشدّ احتياطاً.

و كيف كان، فمقتضى هذه الصحيحه: أنّه إذا حكم بصحّحه النكاح الواقع من الفضولي، لم يوجب (1) ذلك التعدّي إلى الحكم بصحّحه بيع الفضولي. نعم، لو ورد الحكم بصحّحه البيع أمكن الحكم بصحّحه النكاح؛ لأنّ النكاح أولى بعدم الإبطال، كما هو نصّ الروايه.

ثمّ إنّ الروايه و إن لم يكن لها دخل بمسأله الفضولي، إلّا أنّ المستفاد منها قاعده كليّه، هي: أنّ إمضاء العقود الماليّه يستلزم إمضاء النكاح، من دون العكس الذي هو مبني الاستدلال في مسأله الفضولي.

[ما يؤيد لصحه بيع الفضولي]

[ما ورد في المضاربه]

هذا، ثمّ إنّّه ربما يؤيد صحّحه الفضولي، بل يستدلّ عليها: بروايات كثيره وردت في مقامات خاصّه، مثل موثقه جميل عن أبي عبد الله عليه السلام:

«في رجل دفع إلى رجلٍ مالاً ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربه، فاشترى غير الذي أمره، قال: هو ضامن، و الربح بينهما على ما شرطه» (2).

و نحوها غيرها الوارده في هذا الباب.

ص: ٣٥٨

١-١) في «ن»، «خ» و «م» و نسخه بدل «ص»: «لا يوجب»، و صحّح في «ن» بما أثبتناه في المتن.

٢-٢) الوسائل ١٨٢: ١٣، الباب الأوّل من كتاب المضاربه، الحديث ٩.

فإنها إن أقيمت على ظاهرها من عدم توقّف ملك (١) الربح على الإجازة- كما نسب إلى ظاهر الأصحاب (٢)، و عدّ هذا خارجاً عن بيع الفضولي بالنصّ، كما في المسالك (٣) وغيره (٤)- كان فيها استثناس لحكم المسأله؛ من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك إلى غيره.

و إن حملناها على صوره رضا المالك بالمعامله بعد ظهور الربح - كما هو الغالب، و مقتضى (٥) الجمع بين هذه الأخبار، و بين ما دلّ على اعتبار رضا المالك في نقل ماله (٦) و النهي عن أكل المال بالباطل (٧)- اندرجت المعامله في الفضولي. و صحّتها في خصوص

ص: ٣٥٩

١- ١) في «ن»، «خ»، «م»، «ع»: تلك، و صحّح في «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) لم نقف عليه بعينه، نعم قال السيّد الطباطبائي قدّس سرّه في الرياض ١: ٦٠٧، -بعد أن ذكر النصوص-: «و هذه النصوص مع اعتبار أسانيدھا و استفاضتها و اعتضاها بعمل الأصحاب...» و قال ولده السيّد المجاهد في المناهل (الصفحة ٢٠٧): «و لهم وجوه منها: ظهور الاتّفاق عليه.

٣- ٣) انظر المسالك ٤: ٣٤٥ و ٣٥٢-٣٥٣.

٤- ٤) انظر الحدائق ٢٠٧: ٢١، و المناهل: ٢٠٧.

٥- ٥) كذا في مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: و بمقتضى.

٦- ٦) مثل قوله تعالى: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ، و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه»، و غيرهما ممّا تقدّم في الصفحه ٣٠٧ و ما بعدها.

٧- ٧) يدلّ عليه قوله تعالى: لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ البقره: ١٨٨، و النساء: ٢٩.

المورد و إن احتمل كونها للنصّ الخاصّ، إلّا أنّها لا تخلو عن تأييدٍ للمطلب.

[ما ورد في اتجار غير الولي في مال اليتيم]

و من هذا القبيل: الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم، و أنّ الربح لليتيم (١)، فإنّها إن حملت على صورته إجازته الولي - كما هو صريح جماعه (٢) تبعاً للشهيد (٣) - كان من أفراد المسأله، و إن عمل بإطلاقها - كما عن جماعه (٤) ممّن تقدّمهم - خرجت عن مسأله الفضولي، لكن يستأنس بها لها (٥) بالتقريب المتقدّم. و ربما احتمل دخولها في المسأله من حيث إنّ الحكم بالمضى إجازته إلهيه لاحقه للمعامله، فتأمل.

ص: ٣٦٠

- ١ - ١) انظر الوسائل ٥٧: ٥٨-٦، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه، الحديث ٢ و ٧ و ٨ و ١٢: ١٩١، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢ و ٣.
- ٢ - ٢) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد ٥: ٣، و الشهيد الثاني في المسالك ٣٥٧: ١، و السيد العاملي في المدارك ٥: ٢٠، و المحدّث البحراني في الحدائق ١٢: ٢٦.
- ٣ - ٣) راجع الدروس ١: ٢٢٩.
- ٤ - ٤) مثل الشيخ في النهايه: ١٧٥، و المحقق في الشرائع ١٤٠: ١ و غيرها، و العلّامه في القواعد ١: ٥١ و غيرها، و قال السيد الطباطبائي في الرياض (٥: ٣٨): و أطلق الماتن و كثير أنّ الربح لليتيم.
- ٥ - ٥) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في «ش»: «يستأنس لها»، و في مصحّحه «ص»: «يستأنس بها للمسأله»، و في سائر النسخ: يستأنس بها المسأله.

و ربما يؤيد المطلب- أيضاً:- بروايه ابن أشيم الوارده فى العبد المأذون الذى دفع إليه مال ليشتري به نسمة و يعتقها، و يُحجّه عن أبيه (١)، فاشترى أباه و أعتقه، ثم تنازع مولى المأذون و مولى الأب و ورثه الدافع، و ادعى كلّ منهم أنّه اشتراه بماله، فقال أبو جعفر عليه السلام:

«يُردّ المملوك رقماً لمولاه، و أىّ الفريقين أقاموا البيّنه بعد ذلك على أنّه اشتراه بماله كان رقماً له... الخبر» (٢)؛ بناءً على أنّه لولا كفايه الاشتراء بعين المال فى تملك المبيع بعد مطالبته المتضمّنه لإجازة البيع، لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال و لا إقامة البيّنه عليها كافيّه فى تملك المبيع.

و ممّا يؤيد المطلب أيضاً: صحيحه الحلبي عن الرجل يشتري ثوباً و لم يشترط على صاحبه شيئاً، فكرهه ثمّ ردّه على صاحبه، فأبى أن يقبله إلّا بوضيعة، قال: لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه، ردّ (٣) على صاحبه الأوّل ما زاد» (٤)؛

١- ١) كذا فى النسخ، لكنّ الموجود فى الروايه- و هى عن أبى جعفر عليه السلام:- «عن عبدٍ لقوم، مأذون له فى التجاره، دفع إليه رجل ألف درهم، فقال: اشتر بها نسمة و أعتقها عنيّ و حجّ عنيّ بالباقي، ثمّ مات صاحب الألف، فأنطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميّت و دفع إليه الباقي يحجّ عن الميّت، فحجّ عنه، فبلغ ذلك موالى أبيه و مواليه و ورثه الميّت، فاختصموا جميعاً فى الألف...».

٢- ٢) الوسائل ١٣: ٥٣، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان.

٣- ٣) فى «ص» و «ش»: يردّ.

٤- ٤) الوسائل ١٢: ٣٩٢، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود.

فإنَّ الحكم بردُّ ما زاد لا ينطبق بظاهره إلَّا على صحِّه بيع الفضولى لنفسه.

[موثقه عبد الله]

و يمكن التأييد له -أيضاً- بموثقه عبد الله (١) عن أبي عبد الله عليه السلام:

«عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق، فيشترط عليه أنك تأنى بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته، فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع (٢)، فيقول: خذ ما رضيت و دع ما كرهت. قال: لا بأس...»

الخبر» (٣).

بناء على أن الاشتراء من السمسار (٤) يحتمل أن يكون لنفسه، ليكون الورق عليه قرضاً فيبيع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعه، و يوفيه (٥) دينه.

ولا ينافي هذا الاحتمال فرض السمسار فى الروايه ممن يشتري بالأجر؛ لأنَّ توصيفه بذلك باعتبار أصل حرفته و شغله، لا بملاحظه هذه القضية الشخصيه.

ص: ٣٦٢

١- ١) كذا فى النسخ، و الصواب: روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله -الموثقه بابن سماعه- عن أبى عبد الله عليه السلام.
٢- ٢) كذا فى «ص» و المصدر، و فى «ش» بدل «فيشتري»: «ليشتري»، و العبارة فى سائر النسخ هكذا: «فذهب ليشتري المتاع»، و صححت فى بعضها بما أثبتناه.

٣- ٣) الوسائل ٣٩٤: ١٢، الباب ٢٠ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

٤- ٤) أى: الاشتراء الصادر من السمسار، و صححت فى «ن» ب: اشتراء السمسار.

٥- ٥) فى «ف»: فيوفيه.

و يحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعه، فيلتزم بالبيع فيما رضى و يفسخه فيما كره.

و يحتمل أن يكون فضولياً عن صاحب الورق، فيتخير ما يريد و يرد ما يكره.

و ليس فى مورد الروايه ظهور فى إذن صاحب الورق للسمسار على وجه ينافى كونه فضولياً، كما لا يخفى، فإذا احتتمل مورد السؤال لهذه الوجوه، و حكم الإمام عليه السلام بعدم البأس -من دون استفعال عن المحتملات- أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات.

[أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه]

و ربما يؤيد المطلب بالأخبار الداله على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه، معللاً بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده (١). و حاصله: أن المانع من صحه العقد إذا كان لا يرجى زواله (٢) فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً و هو عصيان الله تعالى، و أما المانع الذى يرجى زواله -كعصيان السيد- فزواله يصح العقد، و رضا المالك من هذا القبيل، فإنه لا يرضى أولاً و يرضى ثانياً، بخلاف سخط الله عزّ و جلّ بفعل؛ فإنه يستحيل رضاه.

[مختار المؤلف الصحه]

هذا غايه ما يمكن أن يحتجّ و يستشهد به للقول بالصحه، و بعضها و إن كان ممّا يمكن الخدشه فيه، إلا أن فى بعضها الآخر غنى و كفايه.

ص: ٣٦٣

١- ١) راجع الوسائل ٥٢٣: ١٤-٥٢٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ١ و ٢.

٢- ٢) العبارة فى «ف» هكذا: إن المانع الذى لا يرجى زواله.

فقوله تعالى:

لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

(١)

دلّ بمفهوم الحصر (٢) أو سياق التحديد على أنّ غير التجاره عن تراض أو التجاره لا عن تراض غير مبيح لأكل مال الغير و إن لحقها الرضا، و من المعلوم أنّ الفضولي غير داخل في المستثنى.

و فيه: أنّ دلالته على الحصر ممنوعه؛ لانقطاع الاستثناء- كما هو ظاهر اللفظ و صريح المحكى عن جماعه من المفسرين (٣)- ضروره عدم كون التجاره عن تراض فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه.

و أمّا سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد، فهو- مع تسليمه- مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائده أخرى، ككونه (٤) وارداً مورد الغالب، كما فيما نحن فيه و في قوله تعالى: وَ رَبَّائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ (٥)، مع احتمال أن يكون «عن تراض» خبراً بعد خبر ل «تكون» (٦) على قراءة نصب «التجاره» لا قيدها- و إن كان غلبه توصيف النكره تؤيد التقييد- فيكون المعنى: إلّا أن يكون سبب الأكل

ص: ٣٦٤

١-١ (١) النساء: ٢٩.

٢-٢ (٢) لم ترد «الحصر» في «ف».

٣-٣ (٣) راجع التبيان ٣: ١٧٨، و مجمع البيان ٢: ٣٦، و الكشف ٥٠٢: ١.

٤-٤ (٤) كذا في «ف» و «م» و مصححه «ص»، و في سائر النسخ: لكونه.

٥-٥ (٥) النساء: ٢٣.

٦-٦ (٦) في غير «ص»: ليكون، و هو سهو.

«تجاره»، و تكون (١) «عن تراضٍ».

و من المعلوم: أنّ السبب الموجب لِجَلِّ الأكل في الفضولي إنّما نشأ عن التراضى، مع أنّ الخطاب لمُلاك الأموال، و التجاره في الفضولي إنّما تصير (٢) تجاره المالك بعد الإجازة، فتجارته عن تراضٍ.

و قد حكى عن المجمع: أنّ مذهب الإماميه و الشافعيه و غيرهم أنّ معنى التراضى بالتجاره إمضاء البيع بالتفرّق (٣) أو التخيير بعد العقد (٤).

و لعله يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خبراً بعد خبر.

و أما السنّه، فهي أخبار:

منها: النبوى المستفيض، و هو قوله صلى الله عليه و آله و سلم لحكيم بن حزام:

«لا- تبع ما ليس عندك» (٥) فإنّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه؛ لعدم تملكه، فيكون مساوقاً للنبوى الآخر: «لا يبيع إلّا فى ما يملك» بعد قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «لا طلاق إلّا فى ما يملك، و لا عتق إلّا فى ما يملك» (٦)، و لما ورد فى توقيع العسكرى صلوات الله عليه إلى الصفّار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك» (٧).

ص: ٣٦٥

١-١) فى غير «ف»: يكون.

٢-٢) فى غير «ص»: يصير.

٣-٣) كذا فى «ف» و المصدر، و فى سائر النسخ: بالتصرّف.

٤-٤) مجمع البيان ٣٧: ٢.

٥-٥) راجع سنن البيهقى ٣١٧، ٢٦٧، ٥: ٣٣٩.

٦-٦) كنز العمال ٩: ٦٤١، الحديث ٢٧٧٧٩، و راجع المستدرک ١٣: ٢٣٠، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٣ و ٤.

٧-٧) الوسائل ١٢: ٢٥٢، الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه.

و ما عن الحميرى أنّ مولانا عَجَل الله فرجه كتب فى جواب بعض مسائله:

«أنّ الضيعه لا يجوز ابتياعها إلّا عن مالكها أو بأمره أو رضاً منه» (١).

و ما فى الصحيح عن محمّد بن مسلم الوارد فى أرض بقم النيل (٢) اشتراها رجل، و أهل الأرض يقولون: هى أرضنا (٣)، و أهل [الأسياف] (٤) يقولون: هى من أرضنا. فقال: «لا تشتريها إلّا برضا أهلها» (٥).

و ما فى الصحيح عن محمّد بن القاسم بن الفضل (٦) فى رجل اشترى من امرأه من آل فلان بعض قطائعهم، فكتب عليها (٧) كتاباً

ص: ٣٦٦

١- ١) الوسائل ١٢: ٢٥١، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٨.

٢- ٢) النيل «بليده فى سواد الكوفه يخرقها خليج كبير يتخلّج من الفرات الكبير، حفره الحجاج بن يوسف و سمّاه بنيل مصر، معجم البلدان ٣٣٤: ٥ «نيل».

٣- ٣) فى مصحّحه «ن» و المصدر: أرضهم.

٤- ٤) فى النسخ: «الأسناف»، و فى الكافى و التهذيب و مصحّحه بعض النسخ: «الأسنان»، و ما أثبتناه مطابق لما نقله الشهيد عن بعض النسخ المصحّحه فى شرحه (هداياه الطالب: ٢٧٤)، و لعلّ ما نقله الشهيدى أقرب إلى الصواب؛ لأنّ الأسياف- كما فى القاموس- جمع سيف- بالكسر- و هو ساحل البحر و ساحل الوادى، أو كلّ ساحل، فأصحاب السيف هم أصحاب ساحل النيل- الذى تقدّم تفسيره- و يؤيّد قول السائل: «أرض بقم النيل» أى فم الخليج.

٥- ٥) الوسائل ١٢: ٢٤٩، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٣ بتفاوت يسير.

٦- ٦) فى مصحّحه «ص» و المصادر الحديثيه: الفضيل.

٧- ٧) كذا فى «ف» و «ن» و المصدر، و فى سائر النسخ: «إليها»، إلّا أنّه صحّح فى بعضها بما أثبتناه.

أنها (١) قد قبضت المال و لم تقبضه (٢)، فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال:

قل له (٣): يمنعها أشد المنع، فإنها باعت ما لم تملكه» (٤).

[المناقشه في الاستدلال بالروايات]

و الجواب عن النبوى:

أولاً: أن الظاهر من الموصول هي العين الشخصيّه؛ للإجماع و النصّ على جواز بيع الكلّي (٥)، و من البيع لنفسه، لا عن مالك العين، و حينئذٍ فإمّا أن يراد بالبيع مجرّد الإنشاء، فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولى لنفسه، فلا يقع له و لا للمالك بعد إجازته. و إمّا أن يراد ما عن التذكرة من أن يبيع عن نفسه ثم يمضى ليشتريه من مالكه، قال:

لأنه صلّى الله عليه و آله و سلم ذكره جواباً لحكيم بن حزام، حيث سأله عن أن يبيع الشىء فيمضى و يشتريه و يسلمه، فإنّ هذا البيع غير جائز، و لا نعلم فيه خلافاً؛ للنهي المذكور و للغرر؛ لأنّ صاحبها قد لا يبيعها (٦)، انتهى.

و هذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتى خالد و يحيى الآتيتين فى بيع الفضولى لنفسه (٧)، و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرّد انتقاله إليه بالشراء، فلا ينافى أهليته لتعقّب الإجازة من المالك.

ص: ٣٦٧

١-١) لم ترد «أنها» فى غير «ف»، لكنّها استدركت فى «م» و «ص» بلفظ: «بأنها»، و فى «ن» كما أثبتناه.

٢-٢) فى «ف»: قد قبضت المال و لم تقبضه.

٣-٣) كلمه «له» من «ن»، «م» و «ص» و المصدر.

٤-٤) الوسائل ١٢: ٢٤٩، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.

٥-٥) انظر الوسائل ١٣: ٦٠، الباب ٥ من أبواب السلف.

٦-٦) التذكرة ١: ٤٦٣، و حكاها عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ١٨٦.

٧-٧) تأتيان فى الصفحه ٤٤٧.

و بعبارة اخرى: نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثراً في حقه، فلا يدل على الغايه بالنسبه إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة (١) المالك في وقوعه له، وهذا المعنى أظهر من الأول و نحن نقول به، كما سيجيء (٢).

و ثانياً: سلمنا دلالة النبوى على المنع، لكنّها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدّم (٣) من الأدلّة الدالّة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكه إذا أجاز.

و بما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب عن دلاله قوله: «لا- بيع إلّا في ملك»؛ فإنّ الظاهر منه كون المنفى هو البيع لنفسه، و أنّ النفي راجع إلى نفي الصحّة في حقه لا في حقّ المالك، مع أنّ العموم- لو سلّم- وجب تخصيصه بما دلّ على وقوع البيع للمالك إذا أجاز.

و أمّا الروايتان (٤)، فدالتهما على ما حملنا عليه السابقين (٥) أوضح،

ص: ٣٦٨

١- ١) كذا في «ف» و«ن»، و في غيرهما: بإجازة.

٢- ٢) سيجيء في الصفحة ٤٤٧ و ٤٥٢.

٣- ٣) راجع الصفحة ٣٥٠ و ما بعدها.

٤- ٤) قال المامقاني قدس سرّه: الروايتان عبارته عن توقيع العسكري عليه السلام إلى الصفّار، و ما عن الحميري. (غايه الآمال: ٣٦٤) و استظهر السيد اليزدي قدس سرّه أنّ المراد بهما روايتا خالد و يحيى الآتين في بيع الفضولي لنفسه، ثمّ قال: و أمّا دعوى أنّ المراد بهما التوقيعان، فهي كما ترى. (حاشيه المكاسب: ١٤٠) و قال الشهيدى قدس سرّه أيضاً: يعنى بهما روايتى خالد و يحيى الآتين. (هدايه الطالب: ٢٧٥).

٥- ٥) المراد بهما: النبويان السابقان، كما قاله المامقاني قدس سرّه في غايه الآمال: ٣٦٤.

و ليس فيهما ما يدلّ -و لو بالعموم- على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز.

و أمّا الحصر في صحيحه ابن مسلم و التوقيع، فإنّما هو في مقابله عدم رضا أهل الأرض و الضيعة رأساً، على ما يقتضيه السؤال فيهما.

و توضيحه: أنّ النهي في مثل المقام و إن كان يقتضى الفساد، إلّا أنّه بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود من معامله عليه.

و من المعلوم: أنّ عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه (1) الملك المقصود منه؛ و لذا يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيراً، و لذا عدّ في الشرائع (2) و القواعد (3) من شروط المتعاقدين -أعنى شروط الصحّة-:

كون العاقد مالكاً أو قائماً مقامه، و إن أبيت إلّا عن ظهور الروايتين في لغويّه عقد الفضولي رأساً، و يجب تخصيصهما (4) بما تقدّم من أدلّه الصحّة.

و أمّا روايه القاسم بن فضل (5)، فلا دلالة فيها إلّا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي؛ لأنّه باع ما لا يملك، و هذا حقّ لا ينافي صحّة الفضولي.

و أمّا توقيع الصفار، فالظاهر منه نفى جواز البيع في ما لا يملك بمعنى وقوعه للبائع على جهه الوجوب و اللزوم، و يؤيّدّه (6) تصريحه عليه السلام

ص: ٣٦٩

١- ١) لم ترد «بنفسه» في «ف».

٢- ٢) الشرائع ١٤: ٢.

٣- ٣) القواعد ١٢٤: ١.

٤- ٤) كذا في ظاهر «ف» و مصحّحه «ن»، و في غيرهما: تخصيصها.

٥- ٥) تقدّم أنّه في المصادر الحديثية: الفضيل.

٦- ٦) كذا في «ف» و «ص» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: يؤيّد.

بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك (١)، فلا دلالة على عدم وقوعه لمالكة إذا أجاز.

و بالجمله، فالإنصاف أنه لا دلالة في تلك الأخبار بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز، ولا تعرّض فيها إلّا لنفى وقوعه للعاقد.

الثالث: الإجماع على البطلان،

ادّعاه الشيخ في الخلاف معترفاً بأنّ الصحّح مذهب قوم من أصحابنا، معتذراً عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم (٢)، و ادّعاه ابن زهره أيضاً في الغنيه (٣)، و ادّعى الحلّي في باب المضاربه عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب (٤).

و الجواب: عدم الظنّ بالإجماع، بل الظنّ بعدمه، بعد ذهاب معظم القدماء - كالقديمين و المفيد و المرتضى و الشيخ بنفسه في النهايه التي هي آخر مصنّفاته على ما قيل و أتباعهم - على الصحّح، و إطباق (٥) المتأخّرين عليه، عدا فخر الدين و بعض متأخري المتأخّرين (٦).

ص: ٣٧٠

١- ١) و هو قوله عليه السلام: «و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك»، راجع الوسائل ١٢: ٢٥٢، الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأوّل.

٢- ٢) الخلاف ١٦٨: ٣، كتاب البيوع، المسأله ٢٧٥.

٣- ٣) الغنيه: ٢٠٧.

٤- ٤) السرائر ٢: ٤١٥.

٥- ٥) كذا في «ف» و نسخه بدل «خ» و «ع»، و في سائر النسخ: «أتباع»، إلّا أنّه صحّح في «ن» بما أثبتناه.

٦- ٦) تقدّم التخرّيج عنهم جميعاً في الصفحه ٣٤٩-٣٥٠.

على عدم جواز التصرف في مال الغير إلّا بإذنه، فإنّ الرضا اللاحق لا ينفع في رفع القبح الثابت حال التصرف، ففي التوقيع المروى في الاحتجاج: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلّا بإذنه» (١)، ولا ريب أنّ بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً.

و الجواب: أنّ العقد على مال الغير متوقّفاً لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرفاً فيه.

نعم، لو فرض كون العقد علّه تامّه و لو عرفاً لحصول الآثار كما في بيع المالك أو الغاصب المستقلّ كان حكم العقد جوازاً و منعاً حكم معلوله المترتب عليه.

ثمّ لو فرض كونه تصرفاً، فمما استقلّ العقل بجوازه مثل الاستضاءه و الاصطلاء بنور الغير و ناره، مع أنّه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن في هذا من المقال أو الحال؛ بناءً على أنّ ذلك لا يخرج عن الفضولي، مع أنّ تحريمه لا يدلّ على الفساد، مع أنّه لو دلّ لدلّ على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الأثر عليه و عدم استقلاله في ذلك، و لا ينكره القائل بالصحة، خصوصاً إذا كانت الإجازة ناقله.

و ممّا ذكرنا ظهر الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولي قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعته المشتري؛ بناءً على أنّ العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرّم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد.

ص: ٣٧١

أقواها: أنّ القدره على التسليم معتبره فى صحّه البيع، و الفضولى غير قادر (١)، و أنّ الفضولى غير قاصد حقيقه إلى مدلول اللفظ كالمكره، كما صرح فى المسالك (٢).

و يضعف الأؤل-مضافاً إلى أنّ الفضولى قد يكون قادراً على إرضاء المالك (٣)- بأنّ (٤) هذا الشرط غير معتبر فى العاقد قطعاً، بل يكفى تحقّقه فى المالك، فحينئذٍ يشترط فى صحّه العقد مع الإجازة قدره المجيز على تسليمه أو (٥) قدره المشترى على تسلّمه على ما سيحىء (٦).

و يضعف الثانى بأنّ (٧) المعتبر فى العقد هو هذا القدر من القصد الموجود فى الفضولى و المكره، لا أزيد منه، بدليل الإجماع على صحّه نكاح الفضولى و بيع المكره بحق؛ فإنّ دعوى عدم اعتبار القصد فى ذلك للإجماع، كما ترى!

ص: ٣٧٢

١- ١) انظر الإيضاح ١:٤١٧، و المناهل: ٢٨٨، و مقابس الأنوار: ١٢٨.

٢- ٢) المسالك ٣:١٥٦.

٣- ٣) كذا فى «ف» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: رضا المالك.

٤- ٤) فى «ف»: أنّ.

٥- ٥) فى «م» و «ش» بدل «أو»: و.

٦- ٦) يجىء إن شاء الله فى الجزء الرابع من طبعتنا هذه عند قول المؤلف قدّس سرّه: «الثالث من شروط العوضين القدره على التسليم».

٧- ٧) فى «ف»: أنّ.

و المشهور أيضاً صحته، و حكي عن فخر الدين: أن بعض المجوزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهى المالك (١).

و يلوح إليه ما عن التذكرة في باب النكاح-من حمل النبوي: «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر» (٢)-بعد تضعيف السند- على أنه (٣)نكح بعد منع مولاه و كراهته؛ فإنه يقع باطلاً (٤). و الظاهر أنه لا- يفرق بين النكاح و غيره (٥)، و يظهر من المحقق الثاني، حيث احتمل (٦)فساد بيع الغاصب؛ نظراً إلى القرينه الداله (٧)على عدم الرضا و هي الغصب (٨).

و كيف كان، فهذا القول لا وجه له ظاهراً، عدا تخيل: أن المستند في عقد الفضولي هي روايه عروه (٩)المختصه بغير المقام، و أن العقد إذا

ص: ٣٧٣

١- (١) إيضاح الفوائد ٤١٧: ١.

٢- (٢) سنن البيهقي ١٢٧: ٧.

٣- (٣) في غير «ف» زياده «إن»، و شطب عليها في «م».

٤- (٤) التذكرة ٥٨٨: ٢.

٥- (٥) انظر مقابس الأنوار: ١٢١.

٦- (٦) في النسخ: «حمل»، و الصواب ما أثبتناه، كما في مصححه «ن».

٧- (٧) لم ترد «الداله» في «ص».

٨- (٨) جامع المقاصد ٤٦٩: ٤.

٩- (٩) تقدمت في الصفحه ٣٥١.

وقع منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد-و لو آنأ ما-كافٍ في الردّ، فلا ينفع الإجازة اللاحقه؛بناءً على أنه لا يعتبر في الردّ سوى عدم الرضا الباطنى بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم (١)بأنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد؛لأنّ الحلف عليه أماره عدم الرضا.

هذا،و لكنّ الأقوى عدم الفرق؛لعدم انحصار المستند حينئذٍ (٢)في روايه عروه،و كفايه العمومات،مضافاً إلى ترك الاستفصال فى صحيحه محمد بن قيس (٣)،و جريان فحوى أدلّه نكاح العبد بدون إذن مولاه (٤)، مع ظهور المنع فيها و لو بشاهد الحال بين الموالى و العبيد،مع أنّ روايه إجازته صريحه فى عدم قرح معصيه السيّد (٥)،مع جريان المؤيّدات المتقدّمه له:من بيع مال اليتيم (٦)و المغصوب (٧)،و مخالفه العامل لما اشترط عليه ربّ المال (٨)،الصريح فى منعه عمّا عداه.

ص: ٣٧٤

١-١) انظر جامع المقاصد ٢٩٣:٨،و المسالك ٣٠٠:٥،و مفتاح الكرامه ٦:٦٣٢.

٢-٢) لم ترد «حينئذ»فى «ف».

٣-٣) المتقدّمه فى الصفحه ٣٥٣.

٤-٤) انظر الوسائل ٥٢٣:١٤ و ٥٢٥،الباب ٢٤ و ٢٥ من أبواب نكاح العبيد و الإماء و غيرهما.

٥-٥) فى «م»،«ص»و«ش»زياده:حينئذٍ.

٦-٦) المتقدّمه فى الصفحه ٣٦٠.

٧-٧) راجع الصفحه ٣٥٨-٣٦٠.

٨-٨) كما فى موثقه جميل المتقدّمه فى الصفحه ٣٥٨.

و أما ما ذكر (١) من المنع الباقي بعد العقد و لو آناً ما، فلم يدلّ دليل على كونه فسخاً لا ينفع بعده الإجازة.

و ما ذكره في حلف الموكل غير مسلم، و لو سُلم فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره في ردّ البيع و عدم تسليمه له.

و ممّا ذكرنا يظهر وجه صحّحه عقد المكره بعد الرضا، و أنّ كراهه المالك حال العقد و بعد العقد لا تقدح في صحّته إذا لحقه الإجازة.

ص: ٣٧٥

١ - ١) في «م» و «ش»: ما ذكره.

المسأله الثالثه أن يبيع الفضولى لنفسه،

و هذا غالباً يكون فى بيع الغاصب، و قد يتفق من غيره بزعم ملكيه المبيع، كما فى مورد صحيحه الحلبي المتقدمه فى الإقاله بوضيعة (١).

[الأقوى الصحه و الدليل عليه]

و الأقوى فيه: الصحه وفاقاً للمشهور؛ للعمومات المتقدمه (٢) بالتقريب المتقدم، و فحوى الصحه فى النكاح (٣)، و أكثر ما تقدم من المؤيدات (٤)، مع ظهور صحيحه ابن قيس المتقدمه (٥).

[الإشكال على صحه هذا البيع من وجوه]

و لا وجه للفرق بينه و بين ما تقدم من بيع الفضولى للمالك إلّا ووجه تظهر من كلمات جماعه، بعضها مختصّ ببيع (٤) الغاصب، و بعضها مشترك بين جميع صور المسأله:

[الوجه الأول و جوابه]

منها: إطلاق ما تقدم من النويين (٧): «لا- تبع ما ليس عندك» و «لا- يبيع إلّا فى ملك» [و غيرهما (٨)]؛ بناءً على اختصاص مورد الجميع

ص: ٣٧٤

-
- ١- ١) المتقدمه فى الصفحه ٣٦١.
 - ٢- ٢) تقدمت فى المسأله الأولى و الثانيه.
 - ٣- ٣) تقدمت فى الصفحه ٣٥٦.
 - ٤- ٤) راجع الصفحه ٣٥٨-٣٦٣.
 - ٥- ٥) المتقدمه فى الصفحه ٣٥٣.
 - ٦- ٦) كذا فى «ف» و مصححه «ن» و «ص»، و فى سائر النسخ: على بيع.
 - ٧- ٧) تقدمتا فى الصفحه ٣٦٥.
 - ٨- ٨) كلمه «و غيرهما» من مصححه «ن»، و قد أثبتتها المامقانى قدس سرّه فى متن شرحه (غايه الآمال: ٣٦٧) و يقتضيها السياق أيضاً.

بيع الفضولي لنفسه.

و الجواب عنها يعرف ممّا تقدّم، من أنّ مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه الغير المالك، بلا تعرّضٍ فيها لوقوعه و عدمه بالنسبه إلى المالك إذا أجاز.

[الوجه الثاني و جوابه]

و منها: بناء المسأله على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك، و هذا غالباً مفقود في المغصوب، و قد تقدّم عن المحقّق الكركي أنّ الغصب قرينه عدم الرضا (1).

و فيه:

أولاً: أنّ الكلام في الأعم من بيع الغاصب.

و ثانياً: أنّ الغصب أماره عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً، فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة و تملك الثمن، فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع، بل الغاصب و غيره من هذه الجهة سواء.

و ثالثاً: قد عرفت أنّ سبق منع المالك غير مؤثّر.

[الوجه الثالث و جوابه]

و منها: أنّ الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه، لم (2) يقصد حقيقه المعاوضه؛ إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر، فالمعاوضه الحقيقيه غير متصوّره، فحقيقته يرجع إلى إعطاء المبيع و أخذ الثمن لنفسه، و هذا ليس بيعاً.

و الجواب من ذلك- مع اختصاصه ببيع الغاصب-: أنّ قصد

ص: ٣٧٧

١- ١) تقدّم في الصفحه ٣٧٣.

٢- ٢) كذا في «ص»، و في غيرها: فلم.

المعاوضه الحقيقيه مبنئ على جعل الغاصب نفسه مالكاً حقيقياً و إن كان هذا الجعل لا حقيقه له، لكنّ المعاوضه المبيته على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقته، نظير المجاز الادعائي في الأصول.

نعم، لو باع لنفسه من دون بناء على ملكيه المثلث و لا اعتقاد له، كانت المعامله باطله غير واقعه له و لا للمالك؛ لعدم تحقق معنى المعاوضه؛ و لذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئاً بطل، و لم يقع له و لا لغيره، و المراد ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه.

و قد تخيل بعض المحققين (١): أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام، و هو ما لو باع مال غيره لنفسه؛ لأنه عكسه، و قد عرفت أن عكسه هو ما إذا قصد تملك الثمن من دون بناء و لا اعتقاد لتملك المثلث؛ لأن المفروض الكلام في وقوع المعامله للمالك إذا أجاز.

[الوجه الرابع و المناقشات فيه و الجواب عنها]

و منها: أن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافياً لصحة العقد؛ لأن معناها هو صيروره الثمن لمالك المثلث بإجازته، و إن تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف، لا إمضاءً لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، و المجاز غير منشأ.

و قد أجاب المحقق القمي رحمه الله عن هذا (٢) - في بعض أجوبه مسائله - بأن الإجازة في هذه الصوره مصححه للبيع، لا بمعنى لحوق الإجازة لنفس العقد - كما في الفضولي المعهود - بل بمعنى تبديل رضا

ص: ٣٧٨

١ - ١) لم نعثر عليه.

٢ - ٢) كذا في «ف»، و العبارة في غيرها هكذا: و قد أجاب عن هذا المحقق القمي رحمه الله.

الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك و وقوع البيع عنه (١)، و قال نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه (٢).

و قد صرح في موضع آخر: بأن حاصل الإجازة يرجع إلى أنّ العقد الذي قصد إلى كونه واقعاً على المال المعين لنفس البائع الغاصب و المشتري العالم قد بدّله على كونه (٣) على هذا الملك بعينه لنفسه، فيكون عقداً جديداً، كما هو أحد الأقوال في الإجازة (٤).

و فيه: أنّ الإجازة على هذا تصوير - كما اعترف - معاوضه جديده من طرف المجيز و المشتري؛ لأنّ المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالتبديل المذكور؛ لأنّ قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره في مغايره العقد الواقع للعقد المجاز، فالمشتري إنّما رضى (٥) بذلك الإيجاب المغاير لمؤدّي الإجازة، فإذا التزم بكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد، و بعدم الحاجه إلى قبول (٦) المشتري ثانياً، فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه و قبول المشتري، و هذا خلاف الإجماع و العقل.

ص: ٣٧٩

١-١) جامع الشتات ٣١٩:٢، و غنائم الأيام: ٥٥٤.

٢-٢) انظر جامع الشتات ٣٢٠:٢ و ما بعدها، و غنائم الأيام: ٥٥٥.

٣-٣) في «ش»: بكونه.

٤-٤) راجع جامع الشتات ٢٧٦:٢، و في الصفحة ٣١٨ منه نقل هذا القول عن صاحب كشف الرموز وفاقاً لشيخه المحقق، و انظر أيضاً غنائم الأيام: ٥٤١ و ٥٥٤ أيضاً.

٥-٥) في مصححه «ن» زياده: في قبوله.

٦-٦) في غير «ش» و «ص»: «قول»، و صحّح في هامش «ن» بما أثبتناه.

و أمّا القول بكون الإجازة عقداً مستأنفاً، فلم يعهد من أحد من العلماء وغيرهم، وإنما حكى كاشف الرموز عن شيخه (١): أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقلّ فهو بيع بغير لفظ البيع قائم (٢) مقام إيجاب البائع، وينضمّ إليه القبول المتقدّم (٣) من المشتري (٤).

و هذا لا يجرى فيما نحن فيه؛ لأنه إذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشتري تمليك الثمن للبائع و تملك المبيع منه، فإذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع، فلا بدّ له (٥) من قبول آخر، فلاكتفاء عنه بمجرد إجازة البائع الرجعة إلى تبادل البيع للغاصب بالبيع لنفسه، التزام بكفايه رضا البائع و إنشائه عن رضا المشتري و إنشائه، وهذا ما ذكرنا أنه خلاف الإجماع و العقل.

فالأولى في الجواب: منع مغايره ما وقع لما أُجيز، و توضيحه:

أنّ البائع الفضولي إنّما قصد تمليك المثلث للمشتري بإزاء الثمن، و أمّا كون الثمن مالاً - له أو لغيره، فإيجاب البيع ساكت عنه، فيرجع فيه

ص: ٣٨٠

١- ١) لم يحك ذلك عن شيخه - وهو المحقق الحلّي قدّس سرّه - بل حكم نفسه بالملازمة بين القول بعدم لزوم اللفظ في البيع و كون الإجازة بمثابة عقد ثانٍ فقط.

٢- ٢) العبارة في «ش» هكذا: «بيع مستقلّ بغير لفظ البيع و هو قائم...»، و هكذا في مصحّحه «ن» إلّا أنّها بلفظ «فهو قائم».

٣- ٣) في غير «ف»: المقدم.

٤- ٤) انظر كشف الرموز ١: ٤٤٥-٤٤٦.

٥- ٥) كذا في «ص» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ بدل «فلا بدّ له»: «فكذا بدله»، و في مصحّحه «م»: «فكذا لا بدّ من».

إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضه من دخول العوض في ملك مالك المعوض؛ تحقيقاً لمعنى المعاوضه و المبادله، و حيث إنَّ البائع يملك الثمن بانياً على تملكه له و تسلطه عليه عدواناً أو اعتقاداً، لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن و التسلط عليه، و هذا معنى قصد بيعه لنفسه، و حيث إنَّ المثلن ملك لمالكة واقعاً فإذا أجاز المعاوضه انتقل عوضه إليه، فعلم من ذلك أنَّ قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتى يتردد (١) الأمر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين، بل مفهوم الإيجاب هو تملك المثلن بعوض من دون تعرضٍ فيه لمن يرجع إليه العوض، إلا باقتضاء المعاوضه لذلك.

و لكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير فقال للبائع الأصيل: تملك منك - أو ملكت - هذا الثوب بهذه الدراهم؛ فإنَّ مفهوم هذا الإنشاء هو تملك (٢) الفضولي للثوب، فلا مورد لإجازه مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، فلا بدَّ من التزام كون الإجازة نقلاً مستأنفاً غير ما أنشأه الفضولي الغاصب.

و بالجملة، فنسبه (٣) المتكلم الفضولي ملك (٤) المثلن إلى نفسه بقوله:

ملك أو تملك، كإيقاع المتكلم الأصيل التملك على المخاطب الفضولي

ص: ٣٨١

١ - ١) كذا في «ص»، و في غيرها: تردّد.

٢ - ٢) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، «ع» و «ص»، و في سائر النسخ: تملك.

٣ - ٣) في «ف»: نسبه.

٤ - ٤) كذا في «ف» و مصحّحه «م» و «ن»، و في «ش» و مصحّحه «ع»: بتملك، و في «خ» و مصحّحه «ص»: تملك.

بقوله:مَلَكتك هذا الثوب بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك.

و بهذا استشكل العلامه رحمه الله في التذكرة، حيث قال: لو باع الفضولى مع جهل الآخر فإشكال، من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد (١)، و لا يتنقض بما لو جهل الآخر وكاله العاقد أو ولايته؛ لأنه حينئذٍ إنما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصلياً أو نائباً، و لذا يجوز مخاطبته و إسناد الملك (٢) إليه مع علمه بكونه نائباً، و ليس إلّا بملاحظه المخاطب باعتبار كونه نائباً، فإذا صحّ اعتباره نائباً صحّ اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائباً أو أصلياً، أمّا الفضولى فهو أجنبي عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار.

و قد تفتّن بعض المعاصرين (٣) لهذا الإشكال فى بعض كلماته، فالتزم تاره ببطان شراء الغاصب لنفسه، مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى و أكثر النصوص المتقدمه فى المسأله كما اعترف به أخيراً، و أخرى بأن الإجازة إنما تتعلق بنفس مبادله العوضين و إن كانت خصوصيته ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذه فيها.

و فيه: أن حقيقه العقد فى العبارة التى ذكرناها فى الإشكال-أعنى قول المشتري الغاصب: تملكّت أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم- ليس إلّا إنشاء تملكه للمبيع، فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك

ص: ٣٨٢

١- (١) التذكرة ٤٦٣: ١.

٢- (٢) فى «ف»: التمليك.

٣- (٣) انظر مقابس الأنوار: ١٣١-١٣٢.

الأصلي له، بل يتوقف (١) على نقل مستأنف.

فالأنسب في التفصيلى أن يقال: إنَّ نسبه الملك (٢) إلى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله: «تملكت منك»، أو قول غيره له: «ملكتك» ليس من حيث هو، بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقاداً أو عدواناً؛ ولذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن (٣) التزمنا بلغويته؛ ضروره عدم تحقق مفهوم المبادله بتملك شخص المال بإزاء مال غيره، فالمبادله الحقيقيه من العاقد لنفسه لا يكون إلما إذا كان مالكا حقيقياً أو ادعائياً، فلو لم يكن أحدهما و عقد لنفسه لم يتحقق المعاوضه و المبادله حقيقه، فإذا قال الفضولى الغاصب المشترى لنفسه:

«تملكت منك كذا بكذا» فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم لا - من حيث هو، بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقاداً أو عدواناً، و حيث إنَّ الثابت للشىء من حيثيه تقييده ثابت لنفس تلك الحيثيه، فالمسند إليه التملك حقيقه هو المالك للثمن (٤)، إلما أن الفضولى لما بنى على أنه (٥) المالك المسلط على الثمن (٦) أسند ملك المثلث الذى هو بدل الثمن إلى

ص: ٣٨٣

١- ١) كذا فى «ف» و«ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: توقّف.

٢- ٢) فى «ع» و نسخه بدل «ن»، «خ» و«م»: «المالك»، و فى نسخه بدل «ع»: «الملك».

٣- ٣) فى «ف» و«خ» و مصححه «ع»: للمثلث.

٤- ٤) فى «ف»، «خ» و«ع»: للمثلث.

٥- ٥) فى «ف» زياده: هو.

٦- ٦) فى «ف»، «خ» و«ع»: المثلث.

نفسه، فالإجازة الحاصلة من المالك متعلّقة بإنشاء الفضولي و هو التملك المسند إلى مالك الثمن (١)، و هو حقيقه نفس المجيز، فيلزم من ذلك انتقال المثلث (٢) إليه.

هذا، مع أنّه ربما يلتزم صحّه أن يكون الإجازة لعقد الفضولي موجه لصيروره العوض ملكاً للفضولي، ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد (٣)، و تبعه غير واحد من أجلاء تلامذته (٤).

و ذكر بعضهم (٥) في ذلك وجهين:

أحدهما: أنّ قضيه بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه، جعل ذلك المال له ضمناً، حتّى أنّه على فرض صحّه ذلك البيع أو (٦) الشراء تملكه (٧) قبل أن (٨) انتقاله إلى غيره، ليكون انتقاله إليه عن ملكه، نظير ما إذا قال: «أعتق عبدك عنّي» أو قال: «بيع مالي عنك» أو «اشتر ليك بمالي كذا» فهو تملك ضمّن حاصل بيعه أو الشراء.

و نقول في المقام أيضاً: إذا أجاز المالك صحّ البيع أو (٩) الشراء، و صحّته تتضمّن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء، فكما أنّ الإجازة

ص: ٣٨٤

١-١) في «ف»، «خ» و «ع»: المثلث.

٢-٢) كذا في «ص» و مصحّحتي «م» و «ن»، و في سائر النسخ: الثمن.

٣-٣) انظر شرح القواعد (مخطوط): الورقة ٦٠.

٤-٤) منهم المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٢.

٥-٥) لم نعثر عليه.

٦-٦ و ٩) في «ش» بدل «أو»: و.

٧-٧) في «ن»: يملكه.

٨-٨) لم ترد «آن» في «ش»، و شطب عليها في «م».

-٩

المذكوره تصحح البيع أو الشراء، كذلك تقضى بحصول الانتقال الذى يتضمّنه البيع الصحيح، فتلك الإجازة اللاحقه قائمه مقام الإذن السابق، قاضيه بتمليكه (1) المبيع؛ ليقع البيع فى ملكه، ولا مانع منه.

الثانى: أنّه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقده فى انتقال بدله إليه، بل يكفى أن يكون مأذوناً فى بيعه لنفسه أو الشراء به، فلو قال: «بيع هذا لنفسك» أو «اشتر لك بهذا» ملك الثمن فى الصورة الأولى بانتقال المبيع عن مالكه إلى المشتري، وكذا ملك الثمن (2) فى الصورة الثانية، ويتفرّع عليه: أنّه لو اتّفق بعد ذلك فسخ المعاوضه رجع الملك إلى مالكه، دون العاقده.

أقول: و فى كلا الوجهين نظر:

أما (3) الأول، فلأنّ صحّه الإذن فى بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعه، كما تقدّم فى بعض فروع المعاطاه (4)، مع أنّ قياس الإجازة على الإذن قياس مع الفارق؛ لأنّ الإذن فى البيع يحتمل فيه أن يوجب -من باب الاقتضاء- تقدير الملك آنأ ما قبل البيع، بخلاف الإجازة؛ فإنّها لا تتعلّق إلّا بما وقع (5) سابقاً، والمفروض أنّه لم يقع إلّا مبادله مال الغير بمال آخر.

ص: ٣٨٥

١- ١) فى «ع» و «ص»: بتملكه.

٢- ٢) فى «ف»، «خ» و «ع»: الثمن.

٣- ٣) فى «ف» زياده: فى.

٤- ٤) تقدّم فى الصفحه ٨٣ و ٨٥.

٥- ٥) كذا فى «ص» و «ش» و مصحّحه «ع»، و فى سائر النسخ: يقع.

نعم، لَمَّا بنى هو على ملكيه ذلك المال عدواناً أو اعتقاداً قصد (١) بالمعاوضه (٢) رجوع البدل (٣) إليه، فالإجازة من المالك إن رجعت إلى نفس المبادله أفادت دخول البدل في ملك المجيز، وإن رجعت إلى المبادله منضمه إلى بناء العاقد على تملك المال، فهي وإن أفادت دخول البدل في ملك العاقد، إلا أن مرجع هذا إلى إجازة ما بنى عليه العاقد من التملك وإمضائه له؛ إذ بعد إمضائه يقع البيع في ملك العاقد فيملك البدل، إلا أن من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة في تأثير (٤) ذلك البناء في تحقق متعلقه شرعاً، بل الدليل على عدمه؛ لأن هذا مما لا يؤثر فيه الإذن؛ لأن الإذن في التملك لا يؤثر التملك، فكيف إجازته؟ وأمّا الثاني، فلما عرفت من منافاته لحقيقه البيع التي هي المبادله؛ ولذا صرح العلامة رحمه الله - في غير موضع من كتبه (٥) - تارة بأنه لا يتصور، وأخرى بأنه لا يعقل أن يشتري الإنسان لنفسه بمال غيره شيئاً، بل ادعى بعضهم (٦) في مسأله قبض المبيع: عدم (٧) الخلاف في بطلان قول مالك الثمن:

ص: ٣٨٦

- ١- ١) كلمه «قصد» من «ش» و مصححه «ن».
- ٢- ٢) في «ف»: المعاوضه.
- ٣- ٣) في «ف»: ظاهراً: المبدل.
- ٤- ٤) لم ترد «تأثير» في «ف».
- ٥- ٥) انظر القواعد ١: ١٥١ و ١٦٦، و التذكرة ١: ٤٧٣.
- ٦- ٦) ادعاه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ١٧٤.
- ٧- ٧) كذا في «ف» و «ش» و مصححه «ن»، و في غيرها: بعدم.

«اشترى لنفسك به طعاماً» وقد صرح به الشيخ (١) و المحقق (٢) و غيرهما (٣).

نعم، سيأتى فى مسأله جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب (٤)، أن ظاهر جماعه - كقطب الدين و الشهيد و غيرهما - أن الغاصب مسلط على الثمن و إن لم يملكه، فإذا اشترى به شيئاً ملكه، و ظاهر هذا إمكان أن لا يملك الثمن و يملك المثلن المشتري، إلا أن يحمل (٥) ذلك منهم على التزام تملك (٦) البائع الغاصب للمثلن (٧) مطلقاً كما نسبه الفخر رحمه الله إلى الأصحاب (٨)، أو أنا ما قبل أن يشتري به شيئاً؛ تصحيحاً للشراء.

و كيف كان، فالأولى فى التفصلى عن الإشكال المذكور فى البيع لنفسه ما ذكرنا (٩).

ص: ٣٨٧

-
- ١-١) راجع المبسوط ٢:١٢١.
 - ٢-٢) الشرائع ٢:٣٢.
 - ٣-٣) كالقاضى فى المهذب ١:٣٨٧، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣:٢٥٢، و انظر مفتاح الكرامه ٤:٧١٥.
 - ٤-٤) يأتى فى الصفحه ٤٧١.
 - ٥-٥) كذا فى «ف» و «ش»، و فى غيرهما: «يجعل»، إلا أنه صحح فى أكثر النسخ بما أثبتناه.
 - ٦-٦) كذا فى «ش»، و فى غيرها: «تمليك»، لكن صحح فى «ن»، «م» و «ص» بما أثبتناه.
 - ٧-٧) فى «ش» و مصححه «ع»: للمثلن.
 - ٨-٨) إيضاح الفوائد ١:٤١٧.
 - ٩-٩) راجع الصفحه ٣٨٣.

ثم إن ممياً ذكرنا-من أن نسبه ملك العوض حقيقه إنما هو إلى مالك المعوض، لكنه بحسب بناء الطرفين على مالكيه الغاصب للعوض منسوب إليه- يظهر اندفاع إشكال آخر في صحه البيع لنفسه، مختصاً بصوره علم المشتري، وهو: أن المشتري الأصيل إذا كان عالماً بكون البائع لنفسه غاصباً فقد حكم الأصحاب-على ما حكى عنهم (١)- بأن المالك لو ردّ فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن، وهذا كاشف عن عدم تحقق المعاوضه الحقيقيه، وإلا لكان ردّها موجباً لرجوع كلّ عوضٍ إلى مالكيه، وحينئذٍ فإذا أجاز المالك لم يملك الثمن؛ لسبق اختصاص الغاصب به، فيكون البيع بلا ثمن (٢).

و لعلّ هذا هو الوجه في إشكال العلّامه في التذكرة، حيث قال -بعد الإشكال في صحه بيع الفضولي مع جهل المشتري-: إن الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل (٣)، انتهى.

أقول: هذا الإشكال-بناءً على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع ردّ المالك و بقائه (٤)، و بعد تسليم أن الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقديرى الردّ و الإجازة، لا (٥) التسليط المراعى بعدم إجازة البيع- إنما يتوجّه على القول بالنقل،

ص: ٣٨٨

١- ١) حكى ذلك عنهم الفخر في الإيضاح كما تقدّم آنفاً، و أنظر مفتاح الكرامه ١٩٣: ٤.

٢- ٢) لم ترد (به فيكون البيع بلا ثمن) في «ف».

٣- ٣) التذكرة ٤٦٣: ١.

٤- ٤) و بقائه «من «ف» و «ش» و مصحّحه «ن».

٥- ٥) في غير «ش»: «لأن»، لكنّه صحّح في أكثر النسخ بما أثبتناه.

حيث إنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.

و أما على القول بالكشف، فلا يتوجّه إشكال أصلاً؛ لأنّ الرّد كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطاً له على مال نفسه، والإجازة كاشفه عن كونه تسليطاً له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض؛ ولذا لو لم يقبضه الثمن حتّى أجاز المالك أو ردّه، لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري أو المالك، وسيأتى فى مسأله جواز تتبّع العقود للمالك (1) تتمه لذلك، فانتظر.

ثمّ اعلم: أنّ الكلام فى صحّحه بيع الفضولى لنفسه -غاصباً كان أو غيره- إنّما هو فى وقوعه للمالك إذا أجاز، وهو الذى لم يفرّق المشهور بينه وبين الفضولى للبائع للمالك، لا لنفسه.

و أما الكلام فى صحّحه بيع الفضولى و وقوعه لنفسه إذا صار مالكا للمبيع و أجاز -سواء باع لنفسه أو المالك (2)- فلا دخل له بما نحن فيه؛ لأنّ الكلام هنا فى وقوع البيع للمالك، و هناك فى وقوعه للعاقده إذا ملك.

و من هنا يعلم: أنّ ما ذكره فى الرياض من أنّ بيع الفضولى لنفسه باطل (3) و نسب إلى التذكرة نفى الخلاف فيه (4) فى غير محلّه، إلّا أن يريد ما ذكرناه، و هو خلاف ظاهر كلامه.

ص: ٣٨٩

١-١) يأتى فى الصفحة ٤٦٩ و ما بعدها.

٢-٢) فى مصحّحه «ن»: للمالك.

٣-٣) فى «ف»: فاسد.

٤-٤) الرياض ٥١٢: ١، و التذكرة ٤٦٣: ١، و تقدّمت عبارته التذكرة فى الصفحة ٣٦٧.

الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عيناً أو ديناً

الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عيناً أو ديناً (١) في ذمه الغير،

و منه جعل العوض ثمناً أو مثنماً في ذمه الغير.

ثم إن تشخيص (٢) ما في الذمه -الذي يعقد عليه الفضولي- إما بإضافه الذمه إلى الغير، بأن يقول: «بعت كراً من طعام في ذمه فلان بكذا» أو «بعت هذا بكذا في ذمه فلان» و حكمه: أنه لو أجاز فلان يقع العقد له، وإن ردّ بطل رأساً.

و إما بقصده العقد له؛ فإنه إذا قصد في العقد تعيين كونه صاحب الذمه؛ لما عرفت من استحاله دخول أحد العوضين في ملك غير من خرج عنه الآخر، إلا على احتمال ضعيف تقدّم عن بعض (٣).

فكما أن تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقد، فكذا قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الثمن الكلي بإضافته إلى ذمه شخص خاص، و حينئذٍ فإن أجاز من قصد ملكيته (٤) وقع العقد (٥)، وإن ردّ فمقتضى القاعده بطلان العقد واقعاً؛ لأن مقتضى ردّ العقد بقاء كل عوض على ملك صاحبه، إذ المال مردّد في باب الفضولي

ص: ٣٩٠

١- ١) كلمه «ديناً» من «ف» و «ش».

٢- ٢) في غير «ش» زياده «كون»، لكن شطب عليها في «ن».

٣- ٣) تقدّم في الصفحه ٣٨٤.

٤- ٤) كذا في «ف»، «خ» و «ش»، و في سائر النسخ: ملكيته.

٥- ٥) في «ف»، «ن» و «خ» زياده: له.

بين مالكة الأصلي و من وقع له العقد، فلا- معنى لخروجه عن ملك مالكة و تردده بين الفضولى و من وقع له العقد؛ إذ لو صح وقوعه للفضولى لم يحتج إلى إجازته و وقع له، إلا أن الطرف الآخر لو لم يصدقه على هذا القصد (١) و حلف على نفي العلم حكم له على الفضولى؛ لوقوع (٢) العقد له ظاهراً، كما عن المحقق (٣) و فخر الإسلام (٤) و المحقق الكركى (٥) و السيورى (٦) و الشهيد الثانى (٧).

و قد يظهر من إطلاق بعض الكلمات- كالقواعد (٨) و المبسوط (٩)- وقوع العقد له واقعاً، و قد نسب ذلك إلى جماعه (١٠) فى بعض فروع المضاربه.

و حيث عرفت أن (١١) قصد البيع للغير أو إضافته إليه فى اللفظ

ص: ٣٩١

-
- ١- ١) فى «ف»، «ن»، «ع»: العقد.
 - ٢- ٢) فى مصححه «ن»: بوقوع.
 - ٣- ٣) الشرائع ٢٠٥: ٢.
 - ٤- ٤) إيضاح الفوائد ٣٤٧: ٢.
 - ٥- ٥) جامع المقاصد ٢٥١: ٨ و ٢٥٢.
 - ٦- ٦) لم نقف عليه فى التنقيح.
 - ٧- ٧) المسالك ٣٠٠: ٥، و انظر المسالك ٣٧٩: ٤ أيضاً، و حكاه عنهم المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٣٧.
 - ٨- ٨) انظر القواعد ٢٤٧: ١.
 - ٩- ٩) انظر المبسوط ٣٨٦: ٢ و غيره من المواضع.
 - ١٠- ١٠) لم نقف على المناسب، انظر الشرائع ١٤٢: ٢، و القواعد ٢٤٧: ١، و الرياض ٦٠٧: ١، و الجواهر ٣٨٤: ٢٦.
 - ١١- ١١) فى غير «ش» زياده: «لازم»، إلا أنه شطب عليها فى «ن»، «خ» و «م».

يوجب صرف الكلّي إلى ذمّه ذلك الغير، كما أنّ إضافه الكلّي إليه يوجب صرف البيع أو الشراء إليه وإن لم يقصده أو لم يضيفه إليه، ظهر من ذلك التنافي بين إضافه البيع إلى غيره وإضافه الكلّي إلى نفسه أو قصده من غير إضافه، وكذا بين إضافه البيع إلى نفسه وإضافه الكلّي إلى غيره.

فلو جمع بين المتنافيين، بأن قال: «اشترت هذا لفلان بدرهم في ذمتي» أو «اشترت هذا لنفسى بدرهم في ذمّه فلان» ففي الأوّل يحتمل البطلان؛ لأنّه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله، ويحتمل إلغاء أحد القيدتين وتصحيح المعامله لنفسه أو للغير (1)، وفي الثاني يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير، فيقع للغير بعد إجازته، لكن بعد تصحيح المعاوضه بالبناء على التملك في ذمّه الغير اعتقاداً، ويحتمل الصحّه بإلغاء قيد «ذمّه الغير»؛ لأنّ تقييد الشراء أولاً بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من إضافه الذمّه إلى الغير، والمسأله تحتاج إلى تأمل.

ثمّ إنّه قال في التذكرة: لو اشترى فضولياً، فإن كان بعين مال الغير، فالخلاف في البطلان والوقف على الإجازة، إلّا أنّ أبا حنيفه قال: يقع (2) للمشتري بكلّ (3) حال (4). وإن كان في الذمّه لغيره وأطلق

ص: ٣٩٢

١-١) في «ص»: لغيره.

٢-٢) لم ترد «يقع» في غير «ش»، إلّا أنّها استدركت في «ن»، «م»، و«ص».

٣-٣) كذا في «ص» و«مصححه» «ن» و«م»، وفي سائر النسخ: لكلّ.

٤-٤) راجع المغنى؛ لابن قدامة ٤: ٢٢٧.

اللفظ، قال علماؤنا: يقف على الإجازة، فإن أجاز صحّ و لزمه أداء الثمن، و إن ردّ نفذ عن المباشر، و به قال الشافعي في القديم (١) و أحمد (٢).

و إنما يصحّ الشراء؛ لأنه تصرّف في ذمّته لا في مال غيره، و إنما وقف على الإجازة لأنه عقد الشراء له، فإن أجاز له لزمه، و إن ردّه لزم من اشتراه، و لا فرق بين أن ينقد (٣) من مال الغير أو لا.

و قال أبو حنيفة: يقع عن المباشر، و هو جديد للشافعي (٤)، انتهى.

و ظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الردّ للمشتري واقعاً، كما يشعر به تعليقه بقوله: «لأنه تصرّف في ذمّته لا في مال الغير»، لكن أشرنا سابقاً (٥) إجمالاً. إلى أنّ تطبيق هذا على القواعد مشكل؛ لأنه إن جعل المال في ذمّته بالأصل، فيكون ما في ذمّته كعين (٦) ماله، فيكون كما لو باع عين ماله لغيره. و الأوفق بالقواعد في مثل هذا: إمّا البطلان لو عمل بالتيه؛ بناءً على أنّه لا يعقل في المعاوضة دخول عوض مال

ص: ٣٩٣

١- ١) انظر فتح العزيز (المطبوع ضمن المجموع) ٨: ١٢٢، و المجموع ٩: ٢٦٠.

٢- ٢) انظر المجموع ٩: ٢٦٠، و فتح العزيز ٨: ١٢٢ و ١٢٣، و حليه العلماء ٤: ٧٧.

٣- ٣) في «خ»، «ع» و «ص»: «ينفذ»، لكن صحّح في «ع» بما في المتن.

٤- ٤) التذكرة ١: ٤٦٣.

٥- ٥) انظر الصفحة ٣٨١.

٦- ٦) كذا في «ش» و «ص»، و في غيرهما: «كغير»، إلّا أنّها صحّحت في أكثر النسخ بما في المتن.

الغير فى ملك غيره قهراً، وإما صحته و وقوعه لنفسه لو ألقى التيه؛ بناءً على انصراف المعامله إلى مالك العين قهراً (١) وإن نوى خلافه.

و إن جعل المال فى ذمته، لا من حيث الأصله، بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً، ففيه- مع (٢) الإشكال فى صحه هذا لو لم يرجع إلى الشراء فى ذمه الغير:- أن اللازم من هذا أن الغير إذا رد هذه المعامله و هذه النيايه تقع فاسده من أصلها، لا أنها تقع للمباشر.

نعم، إذا عجز المباشر من إثبات ذلك على البائع لزمه ذلك فى ظاهر الشريعه، كما ذكرنا سابقاً (٣) و نصّ عليه جماعه فى باب التوكيل (٤).

و كيف كان، فوقوع المعامله فى الواقع مردده بين المباشر و المنوى، دون التزامه خرط القتاد! و يمكن تنزيل العبارة (٥) على الوقوع للمباشر ظاهراً، لكنّه بعيد.

الثانى: الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولى بين البيع العقدى و المعاطاه؛

بناءً على إفادتها للملك؛ إذ لا- فارق بينها و بين العقد؛ فإنّ التقابض بين الفضوليين أو فضولى و أصيل إذا وقع بتيه التمليك و التملك فأجازه المالك، فلا مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة، فعموم مثل قوله تعالى: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (٦) شامل له.

ص: ٣٩٤

١- ١) لم ترد «قهراً» فى «ف».

٢- ٢) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ بدل: «ففيه مع» فمع.

٣- ٣) تقدّم فى الصفحه ٣٩١.

٤- ٤) تقدّم فى الصفحه ٣٩١.

٥- ٥) يعنى ما نقله العلامة عن علمائنا فى الصفحه السابقه، بقوله: «و إن ردّ نفذ عن المباشر».

٦- ٦) البقره: ٢٧٥.

و يؤيده: روايه عروه البارقي (١)؛ حيث إنّ الظاهر وقوع المعامله بالمعاطاه.

و توهم الإشكال فيه: من حيث إنّ الإقباض الذى يحصل به التمليك محرّم؛ لكونه تصرفاً فى مال الغير فلا يترتب عليه أثر، فى غير محلّه؛ إذ قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير، كما لو اشترى الفضولى لغيره فى الذمّه.

مع أنّه قد يقع الإقباض مقروناً برضا المالك؛ بناءً على ظاهر كلامهم من أنّ العلم بالرضا لا يخرج المعامله عن معامله الفضولى.

مع أنّ النهى لا يدلّ على الفساد، مع أنّه لو دلّ لدلّ على عدم ترتّب الأثر المقصود و هو استقلال الإقباض فى السببيه، فلا ينافى كونه جزء سبب.

و ربما يستدلّ على ذلك (٢) بأنّ المعاطاه منوطه بالتراضى و قصد الإباحه أو التمليك، و هما من وظائف المالك، و لا يتصور صدورهما من غيره— و لذا ذكر الشهيد الثانى: أنّ المكره و الفضولى قاصدان للفظ دون المدلول، و ذكر: أنّ قصد المدلول لا يتحقّق من غير المالك (٣)— و مشروطه أيضاً بالقبض و الإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارناً للأمرين، و لا أثر له إلّا إذا صدر من المالك أو بإذنه.

و فيه: أنّ اعتبار الإقباض و القبض فى المعاطاه عند من اعتبره

ص: ٣٩٥

١-١) تقدّمت فى الصفحه ٣٥١.

٢-٢) استدلّ على ذلك المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٣٨.

٣-٣) ذكره فى المسالك ١٥٦: ٣.

فيها إنما هو لحصول إنشاء التمليك أو الإباحه، فهو عندهم من الأسباب الفعلية- كما صرح الشهيد في قواعده (١)-و المعاطاه عندهم عقد فعلى، ولذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها: أن البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى (٢)، و حينئذٍ فلا مانع من أن يقصد الفضولى بإقباضه:

المعنى القائم بنفسه، المقصود من قوله: «ملكته».

و اعتبار مقارنه الرضا من المالك للإنشاء الفعلى دون القولى مع اتحاد أدله اعتبار الرضا و طيب النفس فى حل مال الغير-لا يخلو عن تحكّم.

و ما ذكره من (٣) الشهيد الثانى لا يجدى فيما نحن فيه؛ لأننا لا نعتبر فى فعل الفضولى أزيد من القصد الموجود فى قوله؛ لعدم الدليل، و لو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنه فى العقد القولى أيضاً، إلا أن يقال: إن مقتضى الدليل ذلك، خرج عنه بالدليل معامله الفضولى إذا وقعت بالقول، لكنك قد عرفت أن عقد (٤) الفضولى ليس على خلاف القاعده (٥).

نعم، لو قلنا: إن المعاطاه لا- يعتبر فيها قبض و لو اتفق معها، بل السبب المستقل هو تراضى المالكين بملكه (٦) كلٌّ منهما لمال صاحبه مطلقاً

ص: ٣٩٦

١- ١) انظر القواعد و الفوائد ٥٠: ١، القاعده ١٧، و ١٧٨، القاعده ٤٧.

٢- ٢) راجع الفتاوى الهنديه ٣: ٢.

٣- ٣) لم ترد «من» فى «ش»، و شطب عليها فى «ص».

٤- ٤) فى «ش»: العقد.

٥- ٥) تقدّم تحقيق ذلك فى أوائل المسأله فى الصفحه ٣٤٩ و ما بعدها.

٦- ٦) فى نسخه بدل «ن»: بملكه.

أو مع وصولهما (١) أو وصول أحدهما، لم يعقل وقوعها من الفضولي.

نعم، الواقع منه إيصال المال، والمفروض أنه لا مدخل له في معامله، فإذا رضى المالك بمالكيه من وصل إليه المال تحققت المعاطاه من حين الرضا ولم يكن إجازة لمعاطاه سابقه، لكن الإنصاف أنّ هذا المعنى غير مقصود للعلماء في عنوان المعاطاه وإنما قصدهم إلى العقد الفعلى.

هذا كله على القول بالملك، وأما على القول بالإباحه، فيمكن القول ببطلان الفضولى؛ لأنّ إفاده معامله المقصود بها الملك للإباحه خلاف القاعده، فيقتصر فيها على صورته تعاطى المالكين، مع أنّ حصول الإباحه قبل الإجازة غير ممكن، والآثار الأخرى- مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف- إذا وقعت في غير زمان الإباحه الفعلية، لم تؤثر أثراً، فإذا أجاز حدث الإباحه من حين الإجازة، اللهم إلا أن يقال بكفايه وقوعها مع الإباحه الواقعيه إذا كشف (٢) عنها الإجازة، فافهم.

ص: ٣٩٧

١- ١) في غير «ش» ووصولها، إلا أنه صحّح في «ن»، «ع» و«ص» بما في المتن.

٢- ٢) في غير «ش»: انكشف، ولكن صحّح في «ن».

أمّا الكلام فى الإجازة:

فيقع تارةً فى حكمها و شروطها، و أخرى فى المجيز، و ثالثه فى المجاز.

[هل الإجازة كاشفه أم ناقله]

أمّا حكمها،

فقد اختلف القائلون بصحّهُ الفضولى -بعد اتّفاقهم على توقّفها على الإجازة- فى كونها كاشفه بمعنى أنّه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتّى كأنّ الإجازة وقعت مقارنة للعقد، أو ناقله بمعنى ترتّب آثار العقد من حينها حتّى كأنّ العقد وقع حال الإجازة، على قولين:

[الأكثر على الكشف]

[الكلام فى أدله القائلين بالكشف و المناقشات فيها]

فالأكثر على الأوّل، و استدللّ عليه -كما عن جامع المقاصد (١) و الروضة (٢)- بأنّ العقد سبب تامّ فى الملك؛ لعموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣)، و تمامه فى الفضولى إنّما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبين كونه تامّاً يوجب (٤) ترتّب الملك عليه، و إلّا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد

ص: ٣٩٩

١- ١) جامع المقاصد ٧٤: ٤-٧٥.

٢- ٢) الروضة البهية ٢٢٩: ٣، و حكاها عنهما السيّد المجاهد فى المناهل: ٢٩٠.

٣- ٣) المائدة: ١.

٤- ٤) فى «ش»: فوجب.

خاصه، بل به مع شيء آخر.

و بأن الإجازة متعلقه بالعقد، فهي (١) رضا بمضمونه، وليس إلّا نقل العوضين من حينه (٢).

و عن فخر الدين في الإيضاح: الاحتجاج لهم بأنّها لو لم تكن كاشفه لزم تأثير المعدوم في الموجود؛ لأنّ العقد حالها عدم (٣)، انتهى.

و يرد على الوجه الأول: أنّه إن أريد بكون العقد سبباً تاماً كونه (٤) علّه تامه للنقل إذا صدر عن رضا المالك، فهو مسلّم، إلّا أنّ بالإجازة لا يعلم تمام ذلك السبب، ولا يتبين كونه تاماً؛ إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنه الرضا، غايه الأمر: أنّ لازم صحّه عقد الفضولي كونها قائمه مقام الرضا المقارن، فيكون لها (٥) مدخل في تماميّه السبب كالرضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها (٦).

و منه يظهر فساد تقرير الدليل (٧) بأنّ العقد الواقع جامع (٨) لجميع

ص: ٤٠٠

١-١) في غير «ش»: فهو.

٢-٢) استدلل بهذا السيد الطباطبائي في الرياض ٥١٣:١، و المحقق القمي في جامع الشتات ٢٧٩:٢، و غنائم الأيام: ٥٤٢.

٣-٣) إيضاح الفوائد ٤١٩:١.

٤-٤) في غير «ش»: كونها.

٥-٥) في غير «ش»: له.

٦-٦) في غير «ش»: قبله.

٧-٧) قرره الشهيد في الروضة البهيه ٢٢٩:٣.

٨-٨) في غير «ش» و «ص»: «جامعه»، إلّا أنّها صححت في «ن» بما أثبتناه.

الشروط، و (١) كلُّها حاصله إلَّا رضا المالك، فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله.

فإنه إذا اعترف أنّ رضا المالك من جملة الشروط، فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله؟ و دعوى: أنّ الشروط الشرعية ليست كالعقلية، بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبب على السبب - كغسل الجمعة يوم الخميس و إعطاء الفطره قبل وقته - فضلاً عن تقدّم المشروط على الشرط - كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضه الصائمه، و كغسل العشاءين لصوم اليوم الماضى على القول به (٢) -، مدفوعه: بأنّه لا فرق فيما فرض شرطاً أو سبباً بين الشرعى و غيره، و تكثير الأمثله لا يوجب وقوع المحال العقلى، فهى كدعوى أنّ التناقض الشرعى بين الشئين لا يمنع عن اجتماعهما؛ لأنّ النقيض الشرعى غير العقلى.

فجميع ما ورد ممّا يوهم ذلك (٣) لا - بدّ فيه من التزام أنّ المتأخّر ليس سبباً أو شرطاً، بل السبب و الشرط: الأمر المنتزع من ذلك، لكن ذلك لا يمكن فى ما نحن فيه، بأن يقال: إنّ الشرط تعقّب الإجازة و لحوقها بالعقد، و هذا أمر مقارن للعقد على تقدير الإجازة؛ لمخالفته الأدلّه (٤)، اللهم إلّا أن يكون مراده بالشرط ما يتوقّف تأثير السبب

ص: ٤٠١

١ - ١) لم ترد «الواو» فى «ف».

٢ - ٢) كما قوّاه النراقى فى المستند ٣:٣٨.

٣ - ٣) فى «ش» زياده: أنّه.

٤ - ٤) فى «ف»: للأدلّه.

المتقدّم في زمانه على لحوقه، وهذا مع أنّه لا يستحقّ إطلاق الشرط عليه، غير صادق على الرضا؛ لأنّ المستفاد من العقل و النقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، و أنّه (١) لا يحلّ لغيره بدون طيب النفس (٢)، و أنّه لا- ينفع لحوقه في حلّ تصرّف الغير و انقطاع سلطنه المالك.

و ممّا ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام (٣)- بل التزم به غير واحد من المعاصرين (٤)- من أنّ معنى شرطيه الإجازة مع كونها كاشفه: شرطيه الوصف المنتزع منها، و هو كونها لا-حقه للعقد في المستقبل، فالعلّة التامة: العقد الملحوق بالإجازة، و هذه صفة مقارنه للعقد و إن كان نفس الإجازة متأخره عنه.

و قد التزم بعضهم (٥) بما (٦) يتفرّع على هذا، من أنّه إذا علم المشتري أنّ المالك للمبيع سيجيز العقد، حلّ له التصرف فيه بمجرد العقد، و فيه ما لا يخفى من المخالفة للأدلّة.

ص: ٤٠٢

١- ١) في «ش»: لأنّه.

٢- ٢) وردت عبارته «اعتبار رضا إلى طيب النفس» في «ف» هكذا: اعتبار رضا المالك في زمان التصرف و أنّه لا يحلّ بدون طيب النفس.

٣- ٣) احتمله صاحب الجواهر على ما ذكره السيّد اليزدي في حاشيته على المكاسب: ١٤٨، و انظر الجواهر ٢٢: ٢٨٦-٢٨٧.

٤- ٤) انظر الفصول الغرويه: ٨٠، و مفتاح الكرامه ٤: ١٩٠، و المستند ٢: ٣٦٧.

٥- ٥) انظر الجواهر ٢٢: ٢٨٨.

٦- ٦) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: «ممّا»، و قد صحّح في «ن» و «ص» بما أثبتناه.

و يرد على الوجه الثاني (١):

أولاً: أنّ الإجازة و إن كانت رضاً بمضمون العقد، إلّا أنّ مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتّى يتعلّق الإجازة و الرضا بذلك النقل المقيّد بكونه فى ذلك الحال، بل هو نفس النقل مجرداً عن ملاحظته وقوعه فى زمان، و إنّما الزمان من ضروريات إنشائه؛ فإنّ قول العاقد:

«بعت» ليس «نقلت من هذا الحين» و إن كان النقل المنشأ به واقعاً فى ذلك الحين، فالزمان ظرف للنقل لا قيد له، فكما أنّ إنشاء مجرد النقل الذى هو مضمون العقد فى زمان يوجب وقوعه من المنشئ فى ذلك الزمان، فكذلك إجازة ذلك النقل فى زمان يوجب وقوعه من المجيز فى زمان الإجازة، و كما أنّ الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه، فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان (٢) الإجازة.

و لأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب، مع أنّه ليس إلّا رضاً بمضمون الإيجاب، فلو كان مضمون الإيجاب النقل من حينه و كان القبول رضاً بذلك، كان معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب؛ لأنّ الموجب ينقل من حينه، و القابل يتقبّل ذلك و يرضى به.

و دعوى: أنّ العقد سبب للملك فلا يتقدّم عليه، مدفوعه: بأنّ سببته للملك ليست إلّا بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه، فإذا فرض

ص: ٤٠٣

١ - (١) أى الوجه الثانى من وجوه الاستدلال على كون الإجازة كاشفه، و هو ما ذكره بقوله: «و بأنّ الإجازة متعلّقه بالعقد... إلخ»، راجع الصفحه ٤٠٠.

٢ - (٢) فى «ف» زياده: إمضاء.

مقتضاه مركباً من نقل في زمانٍ و رضا بذلك النقل، كان مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب.

و لأجل ما ذكرنا-أيضاً-لا يكون فسخ العقد إلّا انحلاله من زمانه، لا من زمان العقد؛ فإنّ الفسخ نظير الإجازة و الردّ لا يتعلّق إلّا بمضمون العقد و هو النقل من حينه، فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذاً في العقد على وجه القيدية لكان ردّه و حلّه موجباً للحكم بعدم الآثار من حين العقد.

و السرّ في جميع ذلك ما ذكرنا: من عدم كون زمان النقل إلّا ظرفاً، فجميع ما يتعلّق بالعقد من الإمضاء و الردّ و الفسخ، إنّما يتعلّق بنفس المضمون، دون المقيّد بذلك الزمان.

و الحاصل: أنّه لا إشكال في حصول الإجازة بقول المالك:

«رضيت بكون مالى لزيد بإزاء ماله» أو «رضيت بانتقال مالى إلى زيد» و غير ذلك من الألفاظ التى لا تعرّض فيها لإنشاء الفضولى فضلاً عن زمانه. كيف! و قد جعلوا تمكين الزوجه بالدخول عليها إجازة منها، و نحو ذلك، و من المعلوم: أنّ الرضا يتعلّق بنفس نتيجة العقد، من غير ملاحظه زمان نقل الفضولى.

و بتقرير آخر: أنّ الإجازة من المالك قائمه مقام رضاه و إذنه المقرون بإنشاء الفضولى أو مقام نفس إنشائه، فلا يصير المالك بمنزله العاقد إلّا بعد الإجازة، فهى إمّا شرط أو جزء سبب للملك.

و بعبارة أخرى: المؤثّر هو العقد المرضي به، و المقيّد من حيث أنّه مقيّد لا يوجد إلّا بعد القيد، و لا يكفى في التأثير وجود ذات المقيّد

و ثانياً: أنا (2) لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً ليؤخذ فيه تقدّمه على المشروط، ولا جزء سبب، وإنما هي من المالك محدثه للتأثير في العقد السابق و جاعله له (3) سبباً تاماً حتى كأنه وقع مؤثراً، فيتفرع عليه أن مجرد رضا المالك بنتيجة العقد - أعني محض الملكيه من غير التفات إلى وقوع عقد سابق - ليس (4) بإجازة؛ لأنّ معنى «إجازة العقد»: جعله جائزاً نافذاً ماضياً، لكن نقول: لم يدلّ دليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه؛ لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجّه إلى العاقدين - كوجوب الوفاء بالعهد والنذر - من المعلوم: أنّ المالك لا يصير عاقداً أو بمنزلة إلا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء إلا بعدها، و من المعلوم: أنّ الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي، فما لم يجب الوفاء فلا ملك.

و ممّا ذكرنا يعلم: عدم صحّحه الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود، بدعوى: أنّ الوفاء بالعقد و العمل بمقتضاه هو الالتزام (5)

ص: ٤٠٥

١-١) في «ف»: المجزّد.

٢-٢) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في غيرهما: و أمّا ثانياً فلأننا.

٣-٣) كذا في «ش» و مصحّحتي «ن» و «ص»، و في غيرها بدل «جاعله له»: جاعله.

٤-٤) كذا في «ش» و مصحّحتي «ن» و «ص»، و في غيرها: ليست.

٥-٥) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: «الإلزام»، إلا أنّها صحّحت في أكثر النسخ بما أثبتناه.

بالنقل من حين العقد، وقس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم أحلّ الله البيع (١) فإن الملك ملزوم لحليّه التصرف (٢)، وقبل (٣) الإجازة لا يحلّ التصرف، خصوصاً إذا علم عدم رضا المالك باطناً أو تردّده في الفسخ و الإمضاء.

و ثالثاً: سلّمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوي و العرفي - أعنى جعل العقد السابق جائزاً ماضياً - بتقريب أن يقال: إن معنى الوفاء بالعقد: العمل بمقتضاه و مؤداه العرفي، فإذا صار العقد بالإجازة (٤) كأنه (٥) وقع مؤثراً ماضياً (٦)، كان مقتضى العقد المُجاز عرفاً ترتّب الآثار من حينه، فيجب شرعاً العمل به على هذا الوجه.

لكن نقول بعد الإغماض عن أنّ مجرّد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزاً نافذاً، لا يوجب كون مقتضى العقد و مؤداه العرفي ترتّب الأثر من حين العقد، كما أنّ كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الإيجاب و إمضاء (٧) له لا يوجب ذلك، حتّى يكون مقتضى الوفاء بالعقد

ص: ٤٠٦

١- (١) البقره: ٢٧٥.

٢- (٢) في «ف»: لحليّه الإجازة.

٣- (٣) في «ع»، «ص» و «ش»: فقبل.

٤- (٤) في «م» و «ع» زياده: ماضياً - ظ.

٥- (٥) في غير «ف» و «ش»: «فكأنه»، و لكن صحّح في «خ» و «ن» بما أثبتناه.

٦- (٦) العبارة في مصحّحه «ص» هكذا: فإذا صار العقد بالإجازة مؤثراً ماضياً...

٧- (٧) كذا في «ش» و مصحّحتي «ن» و «ص»، و في سائر النسخ: إمضائه.

ترتيب الآثار من حين الإيجاب، فتأمل:-

إنَّ (١) هذا المعنى على حقيقته غير معقول؛ لأنَّ العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له؛ لاستحاله خروج الشيء عمّا وقع عليه، فإذا دلّ الدليل الشرعى على إمضاء الإجازة على هذا الوجه الغير المعقول، فلا بدّ من صرفه بدلاله الاقتضاء إلى إرادته معامله العقد بعد الإجازة معامله العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتب الآثار الممكنة، فإذا أجاز المالك حكماً بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري و إن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك و وقع النماء فى ملكه.

و الحاصل: أنه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار، و هذا نقل حقيقى فى حكم الكشف من بعض الجهات، و سيأتى الثمره بينه و بين الكشف الحقيقى (٢).

و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلّا الأستاذ شريف العلماء قدّس سرّه فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته، و إلّا فظاهر كلام القائلين بالكشف أنّ الانتقال فى زمان العقد؛ و لذا عنون العلامة رحمه الله فى القواعد مسأله الكشف و النقل بقوله: «و فى زمان الانتقال إشكال» (٣).

فجعل النزاع فى هذه المسأله نزاعاً فى زمان الانتقال.

ص: ٤٠٧

١- ١) فى «ش» و «ص» بدل «أن»: إذ.

٢- ٢) يأتى فى الصفحه ٤١٠ و ما بعدها.

٣- ٣) القواعد ١٢٤: ١.

و قد تحصل ممّا ذكرنا: أنّ كاشفيه الإجازة على وجوه ثلاثه، قال بكلّ (١) منها قائل:

أحدها- و هو المشهور-: الكشف الحقيقى و التزام كون الإجازة فيها شرطاً متأخراً؛ و لذا اعترضهم (٢) جمال المحققين فى حاشيته على الروضه (٣) بأنّ الشرط لا يتأخر (٤).

و الثانى: الكشف الحقيقى و التزام كون الشرط تعقّب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة؛ فراراً عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط، و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحقّقها فيما بعد (٥).

الثالث: الكشف الحكيمى، و هو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقّق الملك فى الواقع إلّا بعد الإجازة.

و قد تبين من تضاعيف كلماتنا: أنّ الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل، ثمّ بعده الكشف الحكيمى، و أمّا الكشف الحقيقى مع كون نفس الإجازة من الشروط، فإتمامه بالقواعد فى غايه الإشكال؛ و لذا استشكل فيه العلامة فى القواعد (٦) و لم يرجّحه المحقق الثانى فى حاشيه الإرشاد (٧)،

ص: ٤٠٨

١-١) فى غير «ص» و «ش»: لكلّ.

٢-٢) فى «ص» كتب فوق الكلمه: اعترض عليهم-ظ.

٣-٣) فى «ف»: حاشيه الروضه.

٤-٤) انظر حاشيه الروضه: ٣٥٨.

٥-٥) تقدّم فى الصفحه ٤٠٢.

٦-٦) القواعد ١:٢٢٤.

٧-٧) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٩.

بل عن الإيضاح اختيار خلافه (١)، تبعاً للمحكي عن كاشف الرموز (٢) وقواه في مجمع البرهان (٣)، و تبعهم كاشف اللثام في النكاح (٤).

هذا بحسب القواعد و العمومات، و أما الأخبار، فالظاهر من صحيحه محمد بن قيس (٥): الكشف - كما صرح به في الدروس (٦) - و كذا الأخبار التي بعدها (٧)، لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور، فتحتمل الكشف الحكيمى.

نعم، صحيحه أبى عبيده - الوارده فى تزويج الصغيرين فضولاً، الأمره بعزل الميراث من الزوج المدرك الذى أجاز فمات، للزوجه الغير المدركه حتى تدرك و تحلف (٨) - ظاهره فى قول الكشف؛ إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجه باقيه (٩) على ملك سائر الورثه، كان العزل

ص: ٤٠٩

١-١) الإيضاح ١:٤٢٠، و حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٨٩، و قال: و هو الظاهر من الفخر فى الإيضاح.

٢-٢) انظر كشف الرموز ١:٤٤٥-٤٤٦.

٣-٣) مجمع الفائده ٨:١٥٩.

٤-٤) لم نعر على التصريح بذلك فيه، لكن قال السيد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤:١٨٩): و إليه مال صاحب كشف اللثام فى باب النكاح، (انظر كشف اللثام ٢:٢٢).

٥-٥) المتقدمه فى الصفحه ٣٥٣.

٦-٦) الدروس ٣:٢٣٣.

٧-٧) و هى روايات تقدمت فى الصفحات ٣٥٨-٣٦٣. هذا، و فى «ش» شطب على عبارته: «التي بعدها».

٨-٨) الوسائل ١٧:٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث الأول.

٩-٩) كذا فى النسخ، و المناسب: باقياً.

مخالفاً لقاعده «تسلط الناس على أموالهم»، بإطلاق الحكم بالعزل منضمّاً إلى عموم «الناس مسلطون على أموالهم» (١) يفيد أنّ العزل لاحتمال كون الزوجه الغير المدركه وارثه في الواقع، فكأنه احتياط في الأموال قد غلبه الشارع على أصاله عدم الإجازة، كعزل نصيب الحمل و جعله أكثر ما يُحتمل.

بقى الكلام في بيان الثمره بين الكشف-باحتمالاته-و النقل.

فنقول: أمّا الثمره على الكشف الحقيقي، بين كون نفس الإجازة شرطاً، و كون الشرط تعقّب العقد بها و لحوقها له، فقد يظهر في جواز تصرف كلّ منهما فيما انتقل إليه بإنشاء الفضولى إذا علم إجازة المالك فيما بعد.

و أمّا الثمره بين الكشف الحقيقي و الحكمى مع كون نفس الإجازة شرطاً، يظهر (٢) في مثل ما إذا وطئ المشتري الجاريه قبل إجازة مالكة فأجاز، فإنّ الوطاء على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً؛ لأصاله عدم الإجازة، حلال واقعاً؛ لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه.

و لو أولدها صارت أمّ ولد على الكشف الحقيقي و الحكمى؛ لأنّ مقتضى جعل العقد الواقع ماضياً: ترتّب حكم وقوع الوطاء في الملك، و يحتمل عدم تحقّق الاستيلاد على الحكمى؛ لعدم تحقّق حدوث الولد في الملك و إن حكم بملكيتها للمشتري بعد ذلك.

ص: ٤١٠

١-١) عوالى اللآلى ٢٠٨:٣، الحديث ٤٩.

٢-٢) في «ص»: فإنه يظهر.

و لو نقل المالك [أم (١)] الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز، بطل النقل على الكشف الحقيقي؛ لانكشاف وقوعه في ملك الغير - مع احتمال كون النقل بمنزلة الردّ - وبقي صحيحاً على الكشف الحكمي، وعلى المجيز قيمتها (٢)؛ لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه ومقتضى صحه النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلقه بنقل لازم.

و ضابط الكشف الحكمي: الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكيه المشتري من حين العقد، فإن ترتب شيء من آثار ملكيه المالك قبل إجازته - كإتلاف النماء و نقله - ولم يناف الإجازة، جمع بينه و بين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل، وإن نافي الإجازة كإتلاف العين عقلاً أو شرعاً - كالتق - فات محلها، مع احتمال الرجوع إلى البدل، و سيجىء.

ثم، إنهم ذكروا للثمره بين الكشف و النقل مواضع:

منها: النماء،

فإنه على الكشف بقولٍ مطلق لمن انتقل إليه العين، و على النقل لمن انتقلت عنه، و للشهيد الثاني في الروضه عبارة (٣)، توجيه

ص: ٤١١

١ - ١) لم يرد في «ف»، و الظاهر عدم وروده في النسخه الأصلية، حيث كتب فوقه في «ن»، «خ»، «م»، و «ع» العلامه: «ظ».

٢ - ٢) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: قيمته.

٣ - ٣) و العبارة هي: «و تظهر الفائده في النماء، فإن جعلناها كاشفه، فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد و الإجازة الحاصل من المبيع للمشتري، و نماء الثمن المعين للبائع، و لو جعلناها ناقله فهما للمالك المجيز» الروضه البهيه ٢٢٩: ٣ - ٢٣٠.

المراد منها كما-فعله بعض (١)أولى من توجيه حكم ظاهرها، كما تكلفه آخر (٢).

و منها: أن فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل، دون الكشف،

بمعنى أنه لو جعلناها ناقلة كان فسخ الأصيل كفسخ الموجب قبل قبول القابل (٣) في كونه ملغياً لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفه؛ فإن العقد تام من طرف الأصيل، غايه الأمر تسلط الآخر على فسخه، وهذا مبني على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه، بل قبل تحقق شرط صحه العقد-كالقبض في الهبه و الوقف و الصدقه-فلا يرد ما اعترضه بعض: من منع جواز الإبطال على القول بالنقل؛ معللاً- بأن ترتب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع لا مدخل لاختيار المشتري فيه (٤).

و فيه: أن الكلام في أن عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب

ص: ٤١٢

١- (١) كما وجهه جمال الدين في حاشيه الروضه: ٣٥٨ يكون العقد فضولياً من الطرفين.

٢- (٢) المراد منه ظاهراً صاحب مفتاح الكرامه و بعض من تبعه- كما في غايه الآمال: ٣٨٠- و راجع مفتاح الكرامه ٤: ١٩٠، و غنائم الأيام: ٥٤٢-٥٤٣، و جامع الشتات ٢: ٢٨١.

٣- (٣) في «م»، «ع»، و«ش»: القائل.

٤- (٤) أورد الاعتراض المحقق القمي في غنائم الأيام: ٥٤٣، و جامع الشتات ٢: ٢٨٢.

شرط، فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجدٍ في وجود المسبب؛ فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ بإطلاقات صحه العقود و لزومها، و لا يخلو عن إشكال.

و منها: جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناءً على النقل،

و إن قلنا بأن فسخه غير مبطل لإنشائه، فلو باع جاريه من فضولياً جاز له وطؤها، و إن استولدها صارت أم ولد؛ لأنها ملكه، و كذا لو زوجت نفسها من فضولياً جاز لها التزويج من الغير، فلو حصل الإجازة في المثالين لغت؛ لعدم بقاء المحل قابلاً.

و الحاصل: أن الفسخ القولي و إن قلنا: إنه غير مبطل لإنشاء الأصيل، إلا أن له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محل الإجازة، فيفسخ العقد بنفسه بذلك.

و ربما احتُمل عدم جواز التصرف على هذا القول أيضاً؛ ولعله لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حق الأصيل و إن لم يجب في الطرف الآخر، و هو الذي يظهر من المحقق الثاني في مسأله شراء الغاصب بعين المال المغصوب؛ حيث قال: لا يجوز للبائع و لا للغاصب التصرف في العين لإمكان الإجازة، سيما على القول بالكشف (١)، انتهى.

و فيه: أن الإجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطاً أو شرطاً، فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من

(٢)

ص: ٤١٣

١-١ (١) جامع المقاصد ٣٣١:٤.

٢-٢ (٢) لم ترد «من» في «ش».

المتعاقدين؛ لأنّ المأمور بالوفاء به (١) هو العقد المقيّد الذي لا يوجد إلّا بعد القيد.

هذا (٢) كلّه على النقل، و أمّا على القول بالكشف، فلا يجوز التصرّف فيه، على ما يستفاد من كلمات جماعه، كالعلامة و السيّد العميدى (٣) و المحقّق الثانى (٤) و ظاهر غيرهم.

و ربما اعترض عليه بعدم المانع له (٥) من التصرّف؛ لأنّ مجرّد احتمال انتقال المال عنه فى الواقع، لا يقدح فى السلطنة الثابته له؛ و لذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرّف مطلقاً. نعم، إذا حصلت (٦) الإجازة كشفت عن بطلان كلّ تصرّف منافعٍ لانتقال المال إلى المجيز، فيأخذ المال مع بقاءه و بدله مع تلفه. قال: نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرّف (٧)، انتهى.

أقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء: وجوبه على الأصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه، و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك، بل مقتضى العموم وجوبه حتّى مع العلم بعدم إجازة

ص: ٤١٤

١- ١) لم ترد «به» فى «ش».

٢- ٢) فى غير «ف»: و هذا.

٣- ٣) انظر كتر الفوائد ٣٨٥: ١.

٤- ٤) راجع الصفحة السابقة.

٥- ٥) لم ترد «له» فى «ف».

٦- ٦) فى غير «ف»: حصل.

٧- ٧) لم نعثر عليه.

المالك، و من هنا يظهر أنه لا فائده في أصالة عدم الإجازة.

لكن ما ذكره البعض (١) المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف:

من كون العقد مشروطاً بتعقبه بالإجازة؛ لعدم إحراز الشرط مع الشك، فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين: و أما على المشهور في معنى الكشف: من كون نفس الإجازة المتأخره شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد، و قد تحققت، فيجب على الأصيل الالتزام به و عدم نقضه إلى أن ينقض؛ فإن ردّ المالك فسخ للعقد (٢) من طرف الأصيل، كما أنّ إجازته إمضاء له من طرف الفضولي.

و الحاصل: أنه إذا تحققت العقد، فمقتضى العموم - على القول بالكشف، المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضميمه شيء شرطاً أو شرطاً - حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً، فكلّ تصرّف يعدّ نقضاً لعقد المبادله - بمعنى عدم اجتماعه مع صحه العقد - فهو غير جائز.

و من هنا تبين فساد توهم: أنّ العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرّف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك يوجب جواز تصرّفه فيما انتقل إليه؛ لأنّ مقتضى العقد مبادله المالكين، فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه ينافي (٣) مقتضى العقد، أعني المبادله.

ص: ٤١٥

١ - ١) في «ف»: بعض.

٢ - ٢) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: العقد.

٣ - ٣) في «ص»: تنافي.

توضيح الفساد: أن الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادله: حرمة نقضه و التخطي عنه، وهذا لا يدل إلا على حرمة التصرف في ماله؛ حيث التزم بخروجه عن ملكه و لو بالبدل، و أما دخول البدل في ملكه فليس مما التزمه على نفسه، بل مما جعله لنفسه، و مقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عمياً التزم على نفسه، و أمياً قيد «كونه بإزاء مال» فهو خارج عن الالتزام على نفسه و إن كان داخلاً في مفهوم المبادله، فلو لم يتصرف في مال صاحبه لم يكن ذلك نقضاً للمبادله، فالمرجع في هذا التصرف فعلاً و تركاً (١) إلى ما يقتضيه الأصل، و هي أصالة عدم الانتقال.

و دعوى: أن الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة و دخول البدل في ملكه، فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم بتحقيقه، فهو كالنذر المعلق على شرط؛ حيث حكم جماعه (٢) بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه، فكما أن التصرف حينئذ لا يعدّ حثاً، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الإجازة لا يعدّ نقضاً لما التزمه؛ إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقاً.

مدفوعه - بعد تسليم جواز التصرف في مسأله النذر المشهوره بالإشكال - بأن (٣) الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير معلق على الإجازة،

ص: ٤١٦

-
- ١- ١) في «ن»، «خ» و «م»: أو تركاً.
٢- ٢) منهم المحقق في الشرائع ٣: ١٠٨، و الشهيد الأول في الدروس ٢: ٢٠٥، و الشهيد الثاني في الروضة البهية ٦: ٢٩٤-٢٩٦ و المسالك ١٠: ٣٠٦، و التستري في مقابس الأنوار: ١٩٢-١٩٣.
٣- ٣) في غير «ص»: أن.

وإنما التزم بالمبادله متوقعاً للإجازه، فيجب عليه الوفاء به، و يحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازه، أو ينتقض التزامه برد المالك.

و لأجل ما ذكرنا- من اختصاص حرمه النقض بما يعدّ من التصرفات منافياً لما التزمه الأصيل على نفسه، دون غيرها- قال في القواعد في باب النكاح: و لو تولى الفضولى أحد طرفى العقد ثبت فى حقّ المباشر تحريم المصاهره، فإن كان زوجاً حرمت عليه الخامسه و الأخت و الأمّ و البنت، إلّا إذا فسخت، على إشكال فى الأمّ، و فى الطلاق نظر؛ لترتبه على عقد لازم، فلا- يبيح (1) المصاهره، و إن كانت زوجته لم يحلّ لها نكاح غيره إلّا إذا فسح، و الطلاق هنا (2) معتبر (3)، انتهى.

و عن كشف اللثام نفى الإشكال (4)، و قد صرح أيضاً جماعه بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصيل، و فرّعوا عليه تحريم المصاهره (5).

و أمّا مثل النظر إلى المزوّجه فضولاً- و إلى أمّها- مثلاً- و غيره ممّا لا يعدّ تركه نقضاً لما التزم العاقد على نفسه، فهو باقٍ تحت الأصول؛

ص: ٤١٧

١- ١) كذا فى «ش» و مصحّحه «ن» و المصدر، و فى سائر النسخ: فلا يقع.

٢- ٢) لم ترد «هنا» فى غير «ف» و «ش»، و زيدت فى «ن» تصحيحاً.

٣- ٣) القواعد ٧: ٢.

٤- ٤) كشف اللثام ٢٣: ٢.

٥- ٥) كما فرّع عليه المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ١٥٩: ١٢، و البحرانى فى الحدائق ٢٨٨: ٢٣- ٢٨٩.

لأنّ ذلك من لوازم علاقه الزوجيه الغير الثابته، بل المنفيّه بالأصل، فحرمه نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقّف على ثبوت نتيجته العقد -أعنى علاقه الملك أو الزوجيه- بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمه النقض من الطرفين.

ثم إن بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات أخر لا بأس بذكرها للنتبه بها

(١)

و بما يمكن أن يقال عليها:

منها: ما لو انسلخت قابليته الملك عن أحد المتبايعين بموته قبل إجازة الآخر أو بعروض كفر بارتداد فطريّ أو غيره مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مُصحفاً، فيصح حينئذٍ على الكشف دون النقل.

و كذا لو انسلخت قابليته المنقول بتلف أو عروض نجاسه له مع ميعانه... إلى غير ذلك.

و في مقابله ما لو تجددت القابليه قبل الإجازة بعد انعدامها حال العقد، كما لو تجددت الثمره و بدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة، و فيما قارن العقد فقد الشروط (٢) ثم حصلت (٣) و بالعكس (٤).

و ربما يعترض (٥) على الأول: بإمكان دعوى ظهور الأدله في

ص: ٤١٨

١- ١) لم ترد «للتنبه بها» في «ف».

٢- ٢) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: الشرط.

٣- ٣) في مصححتي «ن» و «ص»: حصل.

٤- ٤) إلى هنا ينتهي ما ذكره بعض متأخري المتأخرين - و هو كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): ٦٢- مع تغيير في العبارة.

٥- ٥) اعترض عليه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٩١.

اعتبار استمرار القابليه إلى حين الإجازة على الكشف، فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمراً إلى حين الإجازة.

و فيه: أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابليه، و لا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها، كما لو وقعت بيع متعده على ماله (1)، فإنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحه الجميع (2)، مع عدم بقاء مالكيه الأول مستمراً، و كما يشعر بعض أخبار المسأله المتقدمه؛ حيث إن ظاهر بعضها و صريح الآخر (3) عدم اعتبار حياه المتعاقدين حال الإجازة، مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين (4) الذي يصلح ردّاً (5) لما ذكر في الثمره الثانيه - أعنى: خروج المنقول عن قابليه تعلق إنشاء عقد أو إجازة به؛ لتلف و شبهه - فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد، مضافاً إلى إطلاق روايه عروه (6)، حيث لم يستفصل النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن موت الشاه أو ذبحه و إتلافه (7).

ص: ٤١٩

١-١) في «ص»: مال.

٢-٢) راجع المسالك ٣:١٥٨، و غنائم الأيام: ٥٤٣، و جامع الشتات ٢:٢٨٢-٢٨٣، و مفتاح الكرامه ٤:١٩١، و الجواهر ٢٢:٢٩٢.

٣-٣) مثل روايه ابن أشيم، المتقدمه في الصفحه ٣٦١.

٤-٤) المتقدم في الصفحه ٤٠٩.

٥-٥) كلمه «ردّاً» من «ش» و مصححه «ن».

٦-٦) المتقدمه في الصفحه ٣٥١.

٧-٧) كذا في النسخ، و المناسب: ذبحها و إتلافها.

نعم، ما ذكره أخيراً من تجدد القابليته بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمره للمسألة؛ لبطلان العقد ظاهراً على القولين، وكذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط.

و بالجمله، فباب المناقشه و إن كان واسعاً، إلا أن الأرجح في النظر ما ذكرناه.

و ربما يقال (1) بظهور الثمره في تعلق الخيارات و حق الشفعه و احتساب مبدأ الخيارات و معرفه مجلس الصرف و السلم و الايمان و النذور المتعلقه بمال البائع أو المشتري، و تظهر الثمره أيضاً في العقود المترتبة على الثمن أو المثلث، و سيأتي إن شاء الله.

ص: ٤٢٠

١-١) قاله كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط)، الورقه ٦٢.

و ينبغي التنبيه على أمور:

الأول أن الخلاف في كون الإجازة كاشفه أو ناقله ليس في مفهومها اللغوي

و معنى الإجازة وضعاً أو انصرافاً، بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظته اعتبار رضا المالك و أدلّه وجوب الوفاء بالعقود و غيرهما من الأدلّه الخارجيه، فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف، أو (١) الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل، ففي صحتها وجهان.

الثاني أنه يشترط في الإجازة أن يكون باللفظ الدالّ عليه

الثاني أنه يشترط في الإجازة أن يكون باللفظ الدالّ عليه (٢) على وجه الصراحة العرفيه،

كقوله: «أمضيت» و «أجزت» و «أنفذت» و «رضيت»، و شبه ذلك.

و ظاهر روايه البارقي (٣) وقوعها بالكنايه، و ليس ببعيد إذا اتّكل

ص: ٤٢١

١- ١) في «م» بدل «أو»: و.

٢- ٢) كذا في النسخ، و المناسب: «أن تكون باللفظ الدالّ عليها» كما في مصّححه «ص».

٣- ٣) تقدّمت في الصفحه ٣٥١.

[كفايه الفعل الكاشف عن الرضا في الإجازة]

و الظاهر أنّ الفعل الكاشف عرفاً عن الرضا بالعقد كافٍ، كالتصرّف في الثمن، و منه إجازة البيع الواقع عليه - كما سيجيء (٢) - و كتمكين الزوجه من الدخول بها إذا زوّجت فضولاً، كما صرّح به العلّامة قدّس سرّه (٣).

و ربما يحكى عن بعض اعتبار اللفظ (٤)، بل نسب إلى صريح جماعه و ظاهر آخرين (٥)، و في النسبه نظر.

و استدللّ عليه بعضهم (٦): من أنّه (٧) كالبيع في استقرار الملك، و هو يشبه المصادره.

و يمكن أن يوجّه: بأنّ الاستقراء في النواقل الاختياريه اللازمه - كالبيع و شبهه - يقتضى اعتبار اللفظ، و من المعلوم أنّ النقل الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الإجازة.

و فيه نظر، بل لو لا شبهه الإجماع الحاصله من عباره جماعه من المعاصرين (٨) تعين القول بكفايه نفس الرضا إذا علم حصوله من أيّ

ص: ٤٢٢

١-١) كذا في النسخ، و المناسب: «عليها»، كما استظهره مصحّح «ص».

٢-٢) يجيء في الصفحه ٤٦٩ في الأمر الثالث «الكلام في المجاز».

٣-٣) انظر القواعد ٢:٨.

٤-٤) اعتبره الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢:٢٧.

٥-٥) نسبة السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٩٨.

٦-٦) استدللّ عليه الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢:٢٧.

٧-٧) في مصحّحه «ص»: بأنّها.

٨-٨) انظر مفتاح الكرامه ٤:١٩٨، و الجواهر ٢٩٣:٢٢-٢٩٤.

طريق، كما يستظهر من كثير من الفتاوى (١) والنصوص (٢).

فقد علل جماعة (٣) عدم كفايه السكوت في الإجازة بكونه أعم من الرضا فلا يدلّ عليه، فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا.

و حكي عن آخرين (٤) أنه إذا أنكر الموكّل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت؛ لأنّ الحلف يدلّ على كراهتها.

و ذكر بعض: أنه يكفي في إجازة البكر للعقد الواقع عليها فضلاً سكوتها (٥).

و من المعلوم: أن ليس المراد من ذلك أنه لا- يحتاج إلى إجازتها، بل المراد كفايه السكوت الظاهر في الرضا و إن لم يفد القطع؛ دفعاً

ص: ٤٢٣

١ - ١) منها ما ذكره المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨:١٦٠، والسيد المجاهد في المناهل: ٢٨٩، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٢٩٤.

٢ - ٢) كالنصوص الآتية في إجازة البكر و إجازة المولى و غيرهما.

٣ - ٣) منهم العلامة في نهاية الأحكام ٢:٤٧٥-٤٧٦، والشهيد الثاني في الروضة ٣:٢٣٤، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٢٩٣.

٤ - ٤) حكاها السيد المجاهد في المناهل: ٤٦٦ عن الغنية و المختصر النافع و الشرائع و الإرشاد و القواعد و غيرها، و انظر الغنية: ٢٦٩، و المختصر النافع: ١٥٥، و الشرائع ٢:٢٠٥، و الإرشاد ١:٤١٩، و القواعد ١:٢٥٩-٢٦٠، و الرياض ٢:١٢، و الجواهر ٢٧:٤٠٣.

٥ - ٥) هذا هو المشهور بين الأصحاب كما صرح به الشهيد الثاني في المسالك ٧:١٦٤، و المحدث البحراني في الحقائق ٢٣:٢٦٣، و الأشهر الأظهر، كما قال في الرياض ٢:٨٢، و نسب الخلاف فيها إلى الحلّي فقط.

[كفايه الرضا الباطني، والاستدلال عليه]

ثم إنَّ الظاهر أنَّ كلَّ من قال بكفايه الفعل الكاشف عن الرضا - كأكل الثمن و تمكين الزوجه - اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به، لا من جهة سببِ الفعل تعبدًا.

و قد صرَّح غير واحد (١) بأنَّه لو رضى المكره بما فعله صحَّ، ولم يعبروا بالإجازه.

و قد ورد فيمن زوّجت نفسها في حال السكر: أنَّها إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فذلك رضاً منها (٢).

و عرفت (٣) أيضاً استدلالهم على كون الإجازة كاشفه بأنَّ العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك، فإذا حصل عمل السبب التام عمله.

و بالجمله، فدعوى الإجماع في المسأله دونها خرط القتاد! و حيثئذٍ فالعمومات المتمسك بها لصحَّه الفضولي (٤) - السالمه عن ورود مخيَّص عليها، عدا ما دلَّ على اعتبار رضا المالك في حلِّ ماله و انتقاله إلى الغير و رفع سلطنته عنه (٥) - أقوى حججه في المقام.

مضافاً إلى ما ورد في عدّه أخبار من أنَّ سكوت المولى بعد

ص: ٤٢٤

١- ١) منهم المحقق في الشرائع ٢: ١٤، و العلّامه في القواعد ١: ١٢٤ و غيره، و الشهيد في الدروس ٣: ١٩٢ و اللمعه: ١١٠.

٢- ٢) الوسائل ١٤: ٢٢١، الباب ١٤ من أبواب عقد النكاح.

٣- ٣) راجع الصفحه ٤٠٠ و ٤٠١.

٤- ٤) راجع الصفحات ٣٥١-٣٦٢.

٥- ٥) راجع الصفحه ٣٦٤ و ما بعدها.

علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه (١)، و ما دلّ على أنّ قول المولى -لعبده المتزوج بغير إذنه-: «طلق»، يدلّ على الرضا بالنكاح فيصير إجازته (٢)، و على أنّ المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصية المولى التي ترتفع بالرضا (٣)، و ما دلّ على أنّ التصرف من ذى الخيار رضاً منه (٤)، و غير ذلك.

[هل يكفى الرضا مقارناً للعقد أو سابقاً عليه؟]

بقى فى المقام: أنّه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ، و كفايه مطلق الرضا أو الفعل الدالّ عليه، فينبغى أن يقال بكفايه وقوع مثل ذلك مقارناً للعقد أو سابقاً، فإذا فرضنا أنّه علم رضا (٥) المالك بقول أو فعل يدلّ على رضاه ببيع ماله كفى فى اللزوم؛ لأنّ ما يؤثّر بلحوقه يؤثّر بمقارنته بطريق أولى. و الظاهر أنّ الأصحاب لا يلتزمون بذلك، فمقتضى ذلك: أن لا يصحّ الإجازة إلّا بما لو وقع قبل العقد كان إذناً مخرجاً للبيع عن بيع الفضولى.

و يؤيد ذلك: أنّه لو كان مجرد الرضا ملزماً، كان مجرد الكراهة فسخاً (٦)، فيلزم عدم وقوع بيع الفضولى مع نهى المالك؛ لأنّ الكراهة

ص: ٤٢٥

-
- ١-١) راجع الوسائل ١٤:٥٢٥، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.
 - ٢-٢) راجع الوسائل ١٤:٥٢٦، الباب ٢٧ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.
 - ٣-٣) يدلّ عليه ما فى الوسائل ١٤:٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث ١ و ٢ و غيرهما.
 - ٤-٤) انظر الوسائل ١٢:٣٥١-٣٥٢، الباب ٤ من أبواب الخيار.
 - ٥-٥) فى «ف»: و رضى.
 - ٦-٦) فى «ف»: فاسخاً.

الحاصله حينه و بعده و لو آنأ ما تكفى فى الفسخ، بل يلزم عدم وقوع بيع المكره أصلاً، إلا أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهه فسخاً و إن كان مجرد الرضا إجازة.

الثالث من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد؛

إذ مع الرد يفسخ العقد، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة (١).

و الدليل عليه- بعد ظهور الإجماع، بل التصريح به فى كلام بعض مشايخنا (٢)-: أن الإجازة إنما تجعل المميز أحد طرفى العقد، و إلا لم يكن مكلفاً بالوفاء بالعقد؛ لما عرفت من أن وجوب الوفاء إنما هو فى حقّ العاقدين أو من قام (٣) مقامهما، و قد تقرّر: أن من (٤) شروط الصيغه أن لا يحصل بين طرفى العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذى هو فى معنى المعاهده.

هذا، مع أن مقتضى سلطنه الناس على أموالهم تأثير الردّ فى قطع علاقه الطرف الآخر عن ملكه، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة، فتأمل.

نعم، الصحيحه الوارده فى بيع الوليده (٥) ظاهره فى صحه الإجازة

ص: ٤٢٦

١- ١) فى «ف» بدل «فلا يبقى ما يلحقه الإجازة»: فلا تقع قابلاً.

٢- ٢) صرّح به صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٧٨: ٢٢.

٣- ٣) فى «ف»: يقوم.

٤- ٤) فى «ف»: و قد تقرّر فى شروط.

٥- ٥) تقدّمت فى الصفحه ٣٥٣.

بعد الردّ، اللهم إلّا أن يقال: إنّ الردّ الفعلي - كأخذ المبيع مثلاً - غير كافٍ، بل لا بدّ من إنشاء الفسخ.

و دعوى: أنّ الفسخ هنا ليس بأولى من العقود اللازمه و قد صرّحوا بحصوله بالفعل.

يدفعها: أنّ الفعل الذي يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطء و العتق و نحوهما، لا مثل أخذ المبيع.

و بالجمله، فالظاهر (1) هنا و في جميع الالتزامات: عدم الاعتبار بالإجازة الواقعة عقيب الفسخ، فإن سلّم ظهور الروايه في خلافه فليطرح أو يؤوّل (2).

الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنه المالك على ماله،

فموضوعها المالك، فقولنا: «له أن يجيز» مثل قولنا: «له أن يبيع»، و الكلّ راجع إلى أنّ له أن يتصرّف. فلو مات المالك لم يورث الإجازة، و إنّما يورث المال الذي عقد عليه الفضولي، فله الإجازة؛ بناءً على ما سيجيء من جواز مغايره المجيز و المالك حال العقد - في من باع مال أبيه فبان ميتاً - و الفرق بين إرث الإجازة و إرث المال يظهر بالتأمل (3).

ص: ٤٢٧

١- ١) في «ف» زياده: من الأصحاب.

٢- ٢) كذا، و الأنسب: «فلتطرح أو تؤوّل»، كما في مصحّحه «ص».

٣- ٣) قالوا: الفرق بينهما يظهر في إرث الزوجه، و تعدّد الورثه، انظر هدايه الطالب (شرح الشهيدى): ٢٩٦.

الخامس إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن، ولا لإقباض المبيع،

و لو أجازهما صريحاً أو فهم إجازتهما من إجازة البيع مضت الإجازة؛ لأنّ مرجع إجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهده المشتري، و مرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع، فيترتب عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع.

لكن ما ذكرنا إنّما يصحّ في قبض الثمن المعين، و أمّا قبض الكلّي و تشخّصه به فوقوعه من الفضولي على وجه تصحّحه الإجازة يحتاج إلى دليلٍ معمّمٍ لحكم عقد الفضولي لمثل القبض و الإقباض، و إتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن (١) صعوبه.

و عن المختلف: أنّه حكى عن الشيخ: أنّه لو أجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب المشتري بالثمن، ثمّ ضعّفه بعدم استلزام إجازة العقد لإجازة القبض (٢).

و على أيّ حال، فلو كان إجازة العقد دون القبض لغواً- كما في الصرف و السلم بعد قبض الفضولي و التفرّق- كان إجازة العقد إجازةً للقبض؛ صوناً للإجازة عن اللغويه.

ص: ٤٢٨

(١-١) في «ف»: من.

(٢-٢) المختلف ٥٧:٥، المقام السادس من مقامات بيع المغصوب، و انظر النهايه: ٤٠٢.

و لو قال:أجزت العقد دون القبض،ففى بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض وجهان.

السادس الإجازة ليست على الفور؛

للعومات و لصحيحه محمد بن قيس (١) و أكثر المؤيّدات المذكوره بعدها (٢)،و لو لم يجز المالك و لم يردّ حتىّ لزم تضرّر الأصيل بعدم تصرّفه فيما انتقل عنه و إليه-على القول بالكشف- فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين (٣).

السابع هل يعتبر فى صحّه الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو

السابع هل يعتبر فى صحّه الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو (٤) خصوصاً، أم لا؟

وجهان:

الأقوى:التفصيل،فلو أوقع العقد على صفقه فأجاز المالك بيع بعضها،فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقه بين مالكين فأجاز أحدهما، و ضررُ التبعض (٥) على المشتري يجبر بالخيار.

ص: ٤٢٩

١-١) المتقدّمه فى الصفحه ٣٥٣.

٢-٢) راجع الصفحه ٣٥٤ و ما بعدها.

٣-٣) لم ترد«على أحد الأمرين»فى «ف».

٤-٤) فى «ف»بدل «أو»:و.

٥-٥) فى «ف»،«م»،«خ»و«ع»:«البعض»،و فى نسخه بدل الأخيرين مثل ما أثبتناه.

و لو أوقع العقد على شرط فأجازه المالك مجرداً عن الشرط، فالأقوى عدم الجواز؛ بناءً على عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط و إن كان قابلاً للتبعض من حيث الجزء؛ و لذا لا يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط.

و لو انعكس الأمر، بأن عقد الفضولي مجرداً عن الشرط (1) و أجاز المالك مشروطاً، ففي صحّحه الإجازة مع الشرط إذا رضى به الأصيل فيكون نظير الشرط الواقع في ضمن القبول إذا رضى به الموجب- أو بدون الشرط؛ لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلّا إذا وقع في حيز العقد، -فلا- يجدى وقوعه في حيز القبول إلّا إذا تقدّم على الإيجاب، ليرد الإيجاب عليه أيضاً- أو بطلانها؛ لأنّه إذا لغي الشرط لغي المشروط؛ لكون المجموع التزاماً واحداً، وجوه، أقواها الأخير.

ص : ٤٣٠

١- ١) عبارته «مجرداً عن الشرط» من «ش»، و استدركت في هامش «م» و «ن».

فاستقصاؤه يتمّ بيان أمور:

الأول: يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ والعقل والرشد،

و لو أجاز المريض بُنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض، و لا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف و النقل.

الثاني: هل يشترط في صحه عقد الفضولي وجود مجيز حين العقد،

فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحه و لا ينفعه إجازته إذا بلغ أو إجازته و لئيه إذا حدثت المصلحه بعد البيع، أم لا يشترط؟ قولان:

أولهما للعلامة في ظاهر القواعد (١)، و استدلل (٢) له بأن صحه العقد و الحال هذه ممتنعه، فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً، و بلزوم الضرر على المشتري؛ لا امتناع تصرفه في العين - لإمكان عدم الإجازة، و لعدم تحقق المقتضى - لا - في الثمن؛ لإمكان تحقق الإجازة، فيكون قد خرج عن ملكه.

و يضعف الأول - مضافاً إلى ما قيل: من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول إليه عادة - منع ما ذكره (٣) من أن امتناع صحه العقد في زمانٍ يقتضى امتناعه دائماً، سواء قلنا بالنقل أم بالكشف، و أمّا الضرر فيتدارك (٤) بما يتدارك به صورته النقض المذكوره.

ص: ٤٣١

١- (١) القواعد ١٢٤: ١.

٢- (٢) المستدلّ هو المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٧٢.

٣- (٣) في غير «ن» و «ش»: ما ذكرناه.

٤- (٤) في «ف»: فتداركه.

هذا كله، مضافاً إلى الأخبار الواردة في تزويج الصغار (١) فضولاً (٢) الشامله لصوره وجود ولئى النكاح و إهماله الإجازة إلى بلوغهم، و صوره عدم وجود الولئى؛ بناءً على عدم ولائيه الحاكم على الصغير فى النكاح، و انحصار الولئى فى الأب و الجدّ و الوصئى، على خلافٍ فيه.

و كيف كان، فالأقوى عدم الاشتراط؛ وفاقاً للمحكئى عن ابن المتوّج البحرانى (٣) و الشهيد (٤) و المحقّق الثانئ (٥) و غيرهم (٦)، بل لم يرجّحه غير العلامه.

ثمّ اعلم أنّ العلامه فى القواعد مثّل لعدم وجود المجيز: بيع مال الئيم (٧).

و حكئ عن بعض العامه - و هو البيضاوى على ما قيل (٨) - الإيراد

ص: ٤٣٢

-
- ١- (١) راجع الوسائل ٢٠٧:١٤، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٢، و ١٧:٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج. و الظاهر أنّ المراد من الولئى فى الروايه غير الأب و الجدّ كما قاله الشهيد الثانئ فى المسالك ١٦٠:٧ و ١٧٩.
 - ٢- (٢) لم ترد «فضولاً» فى «ف».
 - ٣- (٣) لا يوجد عندنا كتابه، و لم نعثر على الحاكى، نعم حكاه السئد العاملى فى مفتاح الكرامه ١٩٥:٤ عن غيره.
 - ٤- (٤) الدروس ١٩٣:٣.
 - ٥- (٥) جامع المقاصد ٧٣:٤.
 - ٦- (٦) مثل الفاضل المقداد فى التنقيح ٢٦:٢، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٩٩:٢٢.
 - ٧- (٧) القواعد ١٢٤:١.
 - ٨- (٨) لم نعثر على القائل.

عليه: بأنه لا يتم على مذهب الإماميه من وجود الإمام عليه السلام في كل عصر.

و عن المصنّف قدس سرّه: أنه أجاب بأنّ الإمام غير متمكّن من الوصول إليه (1).

و انتصر للمورد بأنّ نائب الإمام عليه السلام -و هو المجتهد الجامع للشرائط- موجود، بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود، بل للفساق الولايه على الطفل في مصالحه مع عدم العدول (2).

لكنّ الانتصار في غير محلّه؛ إذ كما يمكن فرض عدم التمكّن من الإمام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد و العدول أيضاً، فإن أُريد وجود ذات المجيز، فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض بعدم (3) التمكّن من الإمام عليه السلام، و إن أُريد وجوده مع تمكّنه من الإجازة، فيمكن فرض عدمه في المجتهد و العدول إذا لم يطلعوا على العقد.

فالأولى: ما فعله فخر الدين (4) و المحقّق الثاني (5) من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحه، فيرجع الكلام أيضاً إلى اشتراط إمكان فعلية الإجازة من المجيز، لا وجود ذات من شأنه (6).

ص: ٤٣٣

١- ١) حكاة السيد العاملی فی مفتاح الكرامه ٤: ١٩٥، عن حواشی الشهيد.

٢- ٢) لم نعثر على هذا الانتصار بتمامه، نعم انتصر المحقّق القمي للمعترض في جامع الشتات ٢: ٣١٤ و غنائم الأيام: ٥٥٣ بوجود النائب.

٣- ٣) في «ف»، «خ»، «م» و «ع»: لعدم.

٤- ٤) إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

٥- ٥) جامع المقاصد ٤: ٧٢.

٦- ٦) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: من شأنه.

الإجازة؛ فإنه فرض غير واقع في الأموال.

الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد،

سواء كان عدم جواز (١) التصرف لأجل عدم المقتضى أو للمانع. و عدم المقتضى قد يكون لأجل عدم كونه مالكا و لا مأذونا حال العقد، و قد يكون لأجل كونه محجورا عليه لسفه أو جنون أو غيرهما. و المانع كما لو باع الراهن بدون إذن المرتهن ثم فكّ الرهن.

فالكلام يقع في مسائل:

المسألة الأولى أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة،

لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر (٢).

و الأقوى (٣): صحه الإجازة، بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير، كما لو باع الراهن ففكّ الرهن قبل مراجعه المرتهن، فإنه لا حاجة إلى الإجازة كما صرح به في التذكرة (٤).

ص: ٤٣٤

١- ١) كلمه «جواز» من «ف».

٢- ٢) لم ترد «لحجر» في «ف».

٣- ٣) في «ف»: فلا ينبغي الإشكال في صحه الإجازة.

٤- ٤) التذكرة ١: ٤٦٥ و ٢: ٥٠.

المسألة الثانية أن يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره.

لكنّ عنوان المسألة في كلمات (١) القوم هو الأوّل، وهو ما لو باع شيئاً ثمّ ملكه (٢)، وهذه تتصوّر على صور؛ لأنّ غير المالك إمّا أن يبيع لنفسه أو للمالك (٣). والملك إمّا أن ينتقل إليه باختياره كالشراء، أو بغير اختياره كالإرث. ثمّ البائع الذي يشتري الملك إمّا أن يجيز العقد الأوّل و إمّا أن لا يجيزه، فيقع الكلام في وقوعه للمشتري الأوّل بمجرد شراء البائع له.

[لو باع لنفسه ثم اشتراه و أجاز]

و المهمّ هنا التعرّض لبيان ما لو باع لنفسه ثمّ اشتراه من المالك و أجاز، و ما لو باع و اشترى و لم يجز؛ إذ يعلم (٤) حكم غيرهما منهما.

أمّا المسألة الأولى: فقد اختلفوا فيها، فظاهر المحقّق في باب الزكاه من المعتبر-فيما إذا باع المالك النصاب (٥) قبل إخراج الزكاه أو رهنه:-

أنّه صحّ (٦) البيع و الرهن فيما عدا الزكاه، فإن اغترم حصّه الفقراء قال

ص: ٤٣٥

١- ١) في «ف»: كلام.

٢- ٢) كما في القواعد ١: ١٢٤، و الدروس ٣: ١٩٣، و التنقيح ٢: ٢٦.

٣- ٣) في «ف»: أو المالك.

٤- ٤) في «ش»: و يعلم.

٥- ٥) في «ف»: نصابه.

٦- ٦) في «ف»: يصحّ.

الشيخ رحمه الله: صحَّ البيع و الرهن (١). و فيه إشكال؛ لأنَّ العين مملوكة (٢)، و إذا أدى العوض ملكها ملكاً مستأنفاً، فافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفه، كما لو باع مال غيره ثمَّ اشتراه (٣)، انتهى.

بل يظهر ممَّا حكاه عن الشيخ: عدم الحاجة إلى الإجازة، إلّا أن يقول الشيخ بتعلّق الزكاة بالعين كتعلّق (٤) الدين بالرهن، فإنَّ الرهن إذا باع فكك الرهن قبل مراجعته المرتهن لزم و لم يحتج إلى إجازة مستأنفه.

و بهذا القول صرّح الشهيد رحمه الله في الدروس (٥)، و هو ظاهر المحكّي عن الصيمري (٦).

و المحكّي عن المحقّق الثاني في تعليق الإرشاد: هو البطلان (٧)، و مال إليه بعض المعاصرين (٨)، تبعاً لبعض معاصريه (٩).

ص: ٤٣٦

-
- ١-١) انظر المبسوط ١:٢٠٨.
 - ٢-٢) في المصدر: غير مملوكة له.
 - ٣-٣) المعتبر ٢:٥٦٣.
 - ٤-٤) في «ف»: تعلّق الزكاة بالعين تعلّق.
 - ٥-٥) الدروس ٣:١٩٣.
 - ٦-٦) حكاه المحقّق التنستري في مقابس الأنوار: ١٣٤، و راجع غايه المرام (مخطوط): ٢٧٥.
 - ٧-٧) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٩، و حكى عنه ذلك المحقّق التنستري في مقابس الأنوار: ١٣٤.
 - ٨-٨) انظر الجواهر ٢٢:٢٩٨.
 - ٩-٩) انظر مقابس الأنوار: ١٣٤.

و الأقوى هو الأول؛ للأصل و العمومات السليمه عمّا يرد عليه (١)،

[ما أورده المحقق التستري على الصحه و الجواب عنه]

ما عدا أمور لفقها بعض من قارب عصرنا (٢) ممّا يرجع أكثرها إلى ما ذكر في الإيضاح (٣) و جامع المقاصد (٤):

الأول: أنه

الأول: أنه (٥) باع مال الغير لنفسه،

و قد مرّ الإشكال فيه، و ربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك.

و فيه: أنه قد سبق أنّ الأقوى صحّته، و ربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجاربه هناك مثل مخالفه الإجازة لما قصده المتعاقدان.

الثاني: إنا حيث جوّزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك و رضا المالك و القدره على التسليم اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز؛

لأنّ البائع حقيقه، و الفرض هنا عدم إجازته، و عدم وقوع البيع عنه.

و فيه: أنّ الثابت هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرضا، سواء ملك حال العقد أم لا؛ لأنّ الداعي على اعتبار الرضا سلطنه الناس على أموالهم و عدم حلّها لغير ملاكها بغير طيب أنفسهم و قبح التصرف فيها بغير رضاهم، و هذا المعنى لا يقتضى أزيد ممّا ذكرنا.

و أمّا القدره على التسليم فلا نضايق من اعتبارها في المالك حين العقد،

ص: ٤٣٧

١-١) في مصحّحه «ن»: عليها.

٢-٢) و هو المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٤-١٣٥.

٣-٣) إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

٤-٤) جامع المقاصد ٧٣: ٤-٧٤.

٥-٥) في «ش» زياده: «قد»، و لم ترد في سائر النسخ، نعم في بعض النسخ زياده: «لو»، و في بعضها الآخر زياده: «إذا»، استظهاراً أو

و لا يكتفى بحصولها (١) فيمن هو مالك حين الإجازة، و هذا كلام آخر لا يقدر التزاه في صحه البيع المذكور؛ لأن الكلام بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها.

الثالث: أنّ الإجازة حيث صحّت كاشفه - على الأصح - مطلقاً؛

لعموم الدليل الدالّ عليه، و يلزم حينئذٍ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه (٢).

و فيه: منع كون الإجازة كاشفه مطلقاً عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد حتّى فيما لو كان المجيز غير مالك حين العقد، فإنّ مقدار كشف الإجازة تابع لصحّ البيع، فإذا ثبت بمقتضى العمومات أنّ العقد الذى أوقعه البائع لنفسه (٣) عقد صدر من أهل العقد فى المحلّ القابل للعقد عليه، و لا مانع من وقوعه إلّا عدم رضا مالكة، فكما أنّ مالكة الأوّل إذا رضى يقع البيع له، فكذلك مالكة الثانى إذا رضى يقع البيع له (٤)، و لا - دليل على اعتبار كون الرضا المتأخّر ممّن هو مالك حال العقد، و حينئذٍ فإذا ثبت صحّته بالدليل فلا محيص عن القول بأنّ الإجازة كاشفه عن خروج المال عن ملك المجيز فى أوّل أزمنه قابليته؛

ص: ٤٣٨

-
- ١ - ١) كذا فى «ش»، و فى أكثر النسخ: «و لا - يكتفى بحصولها»، و فى «ص»: «و لا - يكتفى بحصولها»، و الأصحّ: «و لا - نكتفى بحصولها»، بقرينه «فلا نضايق» كما احتمله مصحح «ن».
- ٢ - ٢) لم ترد «فيه» فى «ف».
- ٣ - ٣) فى «ف»: نفسه.
- ٤ - ٤) لم ترد «له» فى «ف».

إذ لا- يمكن الكشف فيه على وجه آخر، ولا (1) يلزم من الترام هذا المعنى على الكشف محال عقلي و لا شرعى حتى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة، فإن كان لا بدّ من الكلام فينبغي فى المقتضى للصحة، أو فى القول بأنّ الواجب فى الكشف-عقلاً أو شرعاً- أن يكون عن خروج المال عن ملك المميز وقت العقد.

وقد عرفت أن لا- كلام فى مقتضى الصحة؛ ولذا لم يصدر من المستدلّ على البطلان، وأنّه لا مانع عقلاً و لا شرعاً من كون الإجازة كاشفه من زمان قابليته تأثيرها.

و لا يتوهم أنّ هذا نظير ما لو خصّص المالك الإجازة بزمان متأخّر عن العقد؛ إذ التخصيص إنّما يقدر مع القابلية، كما أنّ تعميم الإجازة لما قبل ملك المميز-بناءً على ما سبق فى دليل الكشف من أنّ معنى الإجازة إمضاء العقد من حين الوقوع أو إمضاء العقد الذى مقتضاه النقل من حين الوقوع-غير قادح مع عدم قابليته تأثيرها إلّا من زمان ملك المميز للمبيع.

الرابع: أنّ العقد الأوّل إنّما صحّ و ترتّب عليه أثره بإجازة الفضولى،

و هى متوقّفه على صحّ العقد الثانى المتوقّفه على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي، فيكون صحّ الأوّل مستلزماً (2) لكون المال المعين ملكاً للمالك و (3) المشتري معاً فى زمان واحد، و هو محال؛

ص: ٤٣٩

١- ١) فى غير «ف»: فلا.

٢- ٢) كذا، و المناسب: مستلزمه، كما فى مصحّحه «ص».

٣- ٣) فى غير «ش» زياده: ملك.

لتضادّهما، فوجود الثاني يقتضى عدم الأوّل، وهو موجب لعدم الثاني أيضاً، فيلزم وجوده و عدمه فى آن واحد، وهو محال.

فإن قلت (١): مثل هذا لا يزم فى كلّ عقد فضولى، لأنّ صحّته موقوفه على الإجازة المتأخّره المتوقّفه على بقاء ملك المالك و مستلزمه (٢) لملك المشتري كذلك، فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك و المشتري معاً فى آن واحد، فيلزم إمّا بطلان عقد الفضولى مطلقاً أو بطلان القول بالكشف، فلا اختصاص لهذا الإيراد بما نحن فيه.

قلنا: يكفى فى الإجازة ملك المالك ظاهراً، وهو الحاصل من استصحاب ملكه السابق؛ لأنّها فى الحقيقة رفع اليد (٣) و إسقاط للحقّ، و لا يكفى الملك الصورى فى العقد الثانى (٤).

أقول: قد عرفت أنّ القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأوّل بعد إجازة العاقد له هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد، لا من حين العقد، و حينئذ فتوقف إجازة العاقد (٥) الأوّل على صحّة العقد الثانى مسلّم، و توقف صحّة العقد الثانى على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي إلى زمان العقد مسلّم أيضاً، فقوله: «صحّ

ص: ٤٤٠:

١- ١) إدامه كلام المحقّق التستري قدّس سرّه.

٢- ٢) فى «ش»: و المستلزمه.

٣- ٣) فى «ص»: لليد.

٤- ٤) إلى هنا ينتهى كلام المحقّق التستري، و سوف تأتى تتمّته فى الصفحة ٤٤٣، عند قوله: «الخامس».

٥- ٥) فى «ش» و مصحّحه «خ»: العقد.

الأول تستلزم كون المال ملكاً للمالك و المشتري في زمان» ممنوع (1)، بل صحته تستلزم خروج العين عن ملكيه المالك الأصلي (2).

نعم، إنما يلزم ما ذكره من المحال إذا ادعى وجوب كون الإجازة كاشفه عن الملك حين العقد، و لكن هذا أمر تقدم دعواه في الوجه الثالث و قد تقدم منعه (3)، فلا وجه لإعادته بتقرير آخر، كما لا يخفى.

نعم، يبقى في المقام الإشكال الوارد في مطلق الفضولي على القول بالكشف، و هو كون الملك حال الإجازة للمجيز و المشتري معاً، و هذا إشكال آخر تعرض لاندفاعه (4) أخيراً، غير الإشكال الذي استنتجه من المقدمات المذكورة، و هو لزوم كون الملك للمالك الأصلي و للمشتري (5).

نعم، يلزم من ضم هذا الإشكال العام إلى ما يلزم في المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثاني؛ لوجوب الترام مالكيه المالك الأصلي حتى يصح العقد الثاني، و مالكيه (6) المشتري له لأن الإجازة تكشف عن ذلك، و مالكيه (7) العاقد له لأن ملك المشتري لا بد أن يكون عن ملكه، و إلا لم ينفع

ص: ٤٤١

-
- ١- ١) في غير «ص» و «ش»: ممنوعه.
 - ٢- ٢) في مصححه «خ»: الفعلى.
 - ٣- ٣) تقدم في الصفحة ٤٣٨.
 - ٤- ٤) كذا في النسخ، و المناسب: «لدفعه»، كما استظهره مصحح «ص».
 - ٥- ٥) في «ف»: و المشتري.
 - ٦- ٦) في غير «ش»: ملكيه.
 - ٧- ٧) في النسخ: ملكيه.

إجازته في ملكه من حين العقد؛ لأن إجازته غير المالك لا يخرج ملك الغير إلى غيره.

ثم إن ما أجاب به عن الإشكال الوارد في مطلق الفضولي لا- يُسمن و لا- يغنى؛ لأن الإجازة إذا وقعت، فإن كشفت عن ملك (1) المشتري قبلها كشفت عما يبطلها؛ لأن الإجازة لا تكون إلّا من المالك الواقعي، و المالك الظاهري إنّما يجدي إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكاً حين الإجازة؛ و لذا لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته (2)؛ لأن المالكه من الشرائط الواقعيه دون العلميه.

ثم إن ما ذكره في الفرق بين الإجازة و العقد الثاني- من كفايه الملك الصوري (3) في الأول دون الثاني- تحكّم صرف، خصوصاً مع تعليقه بأن الإجازة رفع لليد و إسقاط للحق، فليت شعري! أن إسقاط الحق كيف (4) يجدي و ينفع مع عدم الحق واقعا؟! مع أن الإجازة رفع لليد (5) عن (6) الملك أيضاً بالبديهه.

و التحقيق: أن الإشكال إنّما نشأ من الإشكال الذي ذكرناه سابقاً في كاشفيه الإجازة على الوجه المشهور (7) من كونها شرطاً متأخراً

ص: ٤٤٢

١- ١) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «ذلك»، و صححت فيما عدا الأخير ب «ملك».

٢- ٢) في «ف»: «لم ينفع»، بدون كلمه «إجازته».

٣- ٣) في «ش»: الظاهري.

٤- ٤) كلمه «كيف» من «ش» و هامش «م».

٥- ٥) في غير «ش»: اليد.

٦- ٦) في غير «ف»: من.

٧- ٧) راجع الصفحه ٤٠٨.

يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه.

الخامس

الخامس (1): أن الإجازة المتأخره لما كشفت عن صحه العقد الأول و عن كون المال ملك المشتري الأول، فقد وقع العقد الثاني على ماله،

فلا بد من إجازته له (2) كما لو بيع المبيع من شخص آخر فأجاز المالك البيع الأول، فلا بد من إجازة المشتري البيع الثاني حتى يصحح و يلزم، فعلى هذا يلزم توقّف إجازة كل من الشخصين على إجازة الآخر، و توقّف صحه كل من العقدين (3) على إجازة المشتري الغير الفضولي، و هو من الأعاجيب! بل من المستحيل؛ لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصلي (4) شيئاً من الثمن و المثلث، و تملك المشتري الأول المبيع بلا عوض إن اتحد الثمنان، و دون تمامه إن زاد الأول، و مع زياده إن نقص (5)؛ لانكشاف وقوعه في ملكه (6) فالثمن له، و قد كان المبيع له أيضاً بما بذله من الثمن، و هو ظاهر.

و الجواب عن ذلك: ما تقدّم في سابقه من ابتائه على وجوب

ص: ٤٤٣

١- ١) هذه تتمه كلام المحقق التستري في المقابس.

٢- ٢) كلمه «له» من «ف».

٣- ٣) كذا في «ش» و المصدر و هامش «ن»، و في «ف»: العقد، و في سائر النسخ: العقد و الإجازة.

٤- ٤) كذا في «ف» و المصدر و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: الأصيل.

٥- ٥) العبارة في «ف» هكذا: أو زاد الأول مع زياده؛ لانكشاف...

٦- ٦) لم ترد «في ملكه» في غير «ش»، إلّا أنّها استدركت في «ن»، «خ» و «م».

كون الإجازة كاشفه عن الملك من حين العقد، و هو ممنوع.

و الحاصل: أنّ منشأ الوجوه الثلاثة (١) الأخيره شيء واحد، و المحال على تقديره مسلّم بتقريرات مختلفه قد نبه عليه فى الإيضاح (٢) و جامع المقاصد (٣).

السادس: أنّ من المعلوم أنّه يكفى فى إجازة المالك و فسخه فعل

السادس: أنّ من المعلوم أنّه يكفى فى إجازة المالك و فسخه فعل (٤) ما هو من لوازمها

(٥)

و لمّا (٤) باع المالك ماله من الفضولى بالعقد الثانى فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن، و هو لا يجمع صحّه العقد الأول، فإنّها تقتضى تملك (٧) المالك للثمن الأول، و حيث وقع الثانى يكون فسخاً له و إن لم يعلم بوقوعه، فلا يجدى الإجازة المتأخره.

و بالجملة، حكم عقد الفضولى قبل الإجازة كسائر العقود الجائزه بل أولى منها، فكما أنّ التصرف المنافى مبطل لها فكذلك (٨) عقد الفضولى.

و الجواب: أنّ فسخ عقد الفضولى هو إنشاء رده، و أمّا الفعل

ص: ٤٤٤

١- ١) لم ترد «الثلاثة» فى «ش».

٢- ٢) انظر إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

٣- ٣) انظر جامع المقاصد ٤: ٧٣-٧٤.

٤- ٤) فى «ف»: نقل.

٥- ٥) فى «ف» و «ش»: لوازمها.

٦- ٦) كذا فى أكثر النسخ و المصدر، و فى «خ» و «ش» و نسخه بدل «ع»: «و لو»، و فى «ص»: فلما.

٧- ٧) فى غير «ش»: ملك.

٨- ٨) فى غير «ف»: كذلك.

المنافى لمضيئه-كترويج المعقوده فضولاً نفسها من آخر و بيع المالك ماله (١)المبيع فضولاً من آخر-فليس فسخاً له،خصوصاً مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولى،غايه ما فى الباب أنّ الفعل المنافى لمضى العقد مفوّت لمحلّ الإجازة،فإذا فرض وقوعه صحيحاً فات محلّ الإجازة و يخرج العقد عن قابليته الإجازة،إما مطلقاً كما فى مثال الترويج،أو بالنسبه إلى من فات محلّ الإجازة بالنسبه إليه كما فى مثال البيع،فإنّ محلّ الإجازة إنّما فات بالنسبه إلى الأوّل،فللمالك الثانى أن يجيز.

نعم،لو فسخ المالك الأوّل نفس العقد بإنشاء الفسخ بطل العقد من حينه إجماعاً،و لعموم تسلّط الناس على أموالهم بقطع علاقته الغير عنها.

فالحاصل:أنّه إن أُريد من كون البيع الثانى فسخاً:أنّه إبطال لأثر العقد فى الجملة،فهو مسلّم،و لا يمنع ذلك من بقاء العقد متزلزلاً بالنسبه إلى المالك الثانى،فيكون له الإجازة،و إن أُريد أنّه إبطال للعقد رأساً،فهو ممنوع؛إذ لا دليل على كونه كذلك،و تسميه مثل ذلك الفعل ردّاً فى بعض الأحيان؛من حيث أنّه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبه إلى فاعله بحيث يكون الإجازة منه بعده لغواً.

نعم،لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل (٢)فسخّ العقد بحيث يعدّ فسخاً فعلياً،لم يبعد كونه كالإنشاء بالقول،لكنّ الالتزام بذلك لا يقدر فى المطلب؛إذ المقصود أنّ مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان

ص: ٤٤٥

١- ١) فى غير «ش» بدل «ماله»:«له»،و شطب على «له»فى «ص».

٢- ٢) لم ترد «الفعل»فى «ف».

العقد؛ و لذا لو فرضنا انكشاف فساد هذا البيع بقى العقد على حاله من قابليته لحوق الإجازة.

و أما الالتزام فى مثل الهبة و البيع فى زمان الخيار بانفساخ العقد من ذى الخيار بمجرّد الفعل المنافى؛ فلأنّ صحّه التصرف المنافى يتوقّف على فسخ العقد، و إلّا وقع فى ملك الغير، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنّ تصرف المالك فى ماله المبيع فضولاً صحيح فى نفسه لوقوعه فى ملكه، فلا يتوقّف على فسخه، غايه الأمر أنّه إذا تصرف فات محلّ الإجازة.

و من ذلك يظهر ما فى قوله رحمه الله أخيراً: «و بالجمله حكم عقد الفضولى حكم سائر العقود الجائزه، بل أولى»؛ فإنّ قياس العقد المتزلزل من حيث الحدود، على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق، فضلاً عن دعوى الأولويّه، و سيجىء (١) مزيد بيان لذلك فى بيان ما يتحقّق به الردّ.

السابع

السابع (٢): الأخبار المستفيضه الحاكيه لنهى النبى صلّى الله عليه و آله عن بيع ما ليس عندك

(٣)

، فإنّ النهى فيها إمّا لفساد البيع المذكور مطلقاً

ص: ٤٤٦

(١-١) يجىء فى الصفحه ٤٧٧.

(٢-٢) الوجوه التى ذكرها المحقّق التستري هى السنّه المتقدمه، و ما نقله عنه المؤلف قدّس سرّه بعنوان «السابع» ليس فى عداد الوجوه المذكوره، بل هو استدلال من المحقّق التستري قدّس سرّه على ما اختاره، راجع مقابيس الأنوار: ١٣٤-١٣٥. ثمّ إنّ العبارات الآتية أيضاً تغاير عباره صاحب المقابيس بنحو يشكل إطلاق النقل بالمعنى عليه أيضاً.

(٣-٣) انظر الوسائل ٣٧٤:١٢-٣٧٥، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ و ٥.

بالنسبة إلى المخاطب و إلى المالك، فيكون دليلاً على فساد العقد الفضولي، و إما لبيان فساده بالنسبة إلى المخاطب خاصه - كما استظهرناه سابقاً (١) - فيكون دالاً على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقاً و لو ملكه فأجاز، بل الظاهر إرادته حكم خصوص صورته تملكه بعد البيع، و إلّا فعدم وقوعه له قبل تملكه ممّا لا يحتاج إلى البيان.

و خصوص روايه يحيى بن الحجّاج المصحّحه إليه (٢)، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لى: اشتر لى هذا الثوب و هذه الدابّه و بعنيها، أربحك كذا و كذا. قال: لا بأس بذلك، اشترها و لا تواجهه البيع (٣) قبل أن تستوجبها أو تشتريها» (٤).

و روايه خالد بن الحجّاج، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

الرجل يجيئنى و يقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا. قال: أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس به، إنّما يحلّل

ص: ٤٤٧

١-١) راجع الصفحه ٣٦٨.

٢-٢) قال المامقانى قدّس سرّه: هذه العبارة من المصنّف، و ليست عبارة المقابس هكذا - إلى أن قال: - و لا يظهر وجه لتغيير المصنّف رحمه الله عبارته إلى قوله: «المصحّحه إليه»، و ليس بين يحيى بن الحجّاج و بين أبى عبد الله عليه السلام واسطه أصلاً فكيف بالواسطه الغير المعتمده! و ليس مؤدّاهما إلّا كون الواسطه بينهما ممّن لا يوصف روايته بالصحّه (غايه الآمال: ٣٩٣).

٣-٣) فى غير «ش» بدل «و لا تواجهه البيع»: «و لا تواجهها»، و لكن صحّح فى «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٤-٤) الوسائل ٣٧٨: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣.

الكلام و يحرم الكلام» (١) بناءً على أن المراد بالكلام عقد البيع، فيحلل نفيًا و يحرم إثباتًا، كما فهمه في الوافي (٢)، أو يحلل إذا وقع بعد الاشتراء و يحرم إذا وقع قبله، أو أن الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم و يحلل إذا كان على وجه المساومه و المراضاه.

و صحيحه ابن مسلم، قال: «سألته عن رجل أتاه رجل، فقال له: ابتع لى متاعاً لعلى أشتريه منك بنقد أو نسيئه، فابتاعه الرجل من أجله، قال: ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه» (٣).

و صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «فى رجل أمر رجلاً ليشتري له متاعاً فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما يشتريه» (٤).

و صحيحه معاوية بن عمار، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام:

يجئنى الرجل فيطلب (٥) بيع الحرير، و ليس عندى شىء فيقاولنى عليه و أقاوله فى الربح و الأجل حتى نجتمع (٦) على شىء، ثم أذهب لأشتري الحرير فأدعوه إليه، فقال: أ رأيت إن وجد مبيعاً هو (٧) أحب إليه مما

ص: ٤٤٨

١- ١) الوسائل ٣٧٦: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

٢- ٢) الوافي ٧٠٠: ١٨، ذيل الحديث ١٨١٤٤-٧.

٣- ٣) الوسائل ٣٧٧: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٨.

٤- ٤) الوسائل ٣٧٦: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

٥- ٥) فى «ش» زياده: منى.

٦- ٦) كذا فى «ن» و «ص»، و الظاهر أنهما مصححتان، و فى سائر النسخ: يجتمع.

٧- ٧) فى غير «ش»: «هو مبيعاً»، و فى الوسائل: إن وجد بيعاً هو.

عندك، أ يستطيع أن ينصرف إليه و يدعك؟ أو وجدت أنت ذلك أ تستطيع أن تنصرف عنه (١) و تدعه؟ قلت: نعم. قال: لا بأس» (٢)، و غيرها من الروايات.

و لا- يخفى ظهور هذه الأخبار- من حيث المورد في بعضها و من حيث التعليل في بعضها الآخر- في عدم صحه البيع قبل الا-شراء، و أنه يشترط في البيع الثاني تملكك البائع له و استقلاله فيه، و لا يكون قد سبق منه و من المشتري إلزام و التزام سابق بذلك المال.

و الجواب عن العمومات (٣): أنها إنما تدلّ على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع، و هو النقل و الانتقال المنجز على بيع ما ليس عنده، فلا- يجوز ترتب الأثر على هذا البيع، لا- من طرف البائع بأن يتصرف في الثمن، و لا من طرف المشتري بأن يطالب البائع بتسليم المبيع.

و منه يظهر الجواب عن الأخبار؛ فإنها لا تدلّ- خصوصاً بملاحظه قوله عليه السلام: «و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها» (٤)- إلّا على أنّ الممنوع منه هو الإلزام و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الا-شراء، فكذا بعده من دون حاجه إلى إجازة، و هي المسأله الآتية، أعنى لزوم البيع بنفس الا-شراء من البائع من دون حاجه إلى الإجازة،

ص: ٤٤٩

١- ١) العبارة من قوله: «أ يستطيع» إلى هنا مختلفه في النسخ، و ما أثبتناه من مصححه «ن»، طبقاً للوسائل.

٢- ٢) الوسائل ٣٧٧: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٧.

٣- ٣) المشار إليها في الصفحه ٤٤٦ و ما بعدها.

٤- ٤) في روايه يحيى بن الحجّاج، المتقدّمه في الصفحه ٤٤٧.

و سيأتي أن الأقوى فيها البطلان (١).

و ما قيل: من أن تسليم البائع للمبيع بعد اشتراؤه إلى المشتري الأول مفروض في مورد الروايات (٢) و هي إجازة فعلية (٣)، مدفوع: بأن التسليم إذا وقع باعتقاد لزوم البيع السابق و كونه من مقتضيات لزوم العقد و أنه مما لا اختيار للبائع فيه بل يجبر عليه إذا امتنع، فهذا لا يعد إجازة (٤) و لا - يترتب عليه أحكام الإجازة في باب الفضولي؛ لأنّ المعتبر في الإجازة قولاً و فعلاً ما يكون عن سلطنه و استقلال؛ لأنّ ما يدل على اعتبار طيب النفس في صيروره مال الغير حلالاً لغيره، يدل على عدم كفايه ذلك.

نعم، يمكن أن يقال: إن مقتضى تعليل نفي البأس في روايه خالد المتقدمه بأن المشتري إن شاء أخذ و إن شاء ترك (٥): ثبوت البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الأصيل، و هذا محقق فيما نحن فيه؛ بناءً على ما تقدّم: من أنه ليس للأصيل في عقد الفضولي فسخ المعامله قبل

ص: ٤٥٠

١-١) يأتي في الصفحه ٤٥٣.

٢-٢) كما في مورد روايه ابن سنان: قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتيني يريد مني طعاماً أو بيعاً نسيّاً و ليس عندي، أ يصلح أن أبيعهُ إياه و أقطع له سعره ثم أشتريه من مكان آخر فأدفعه إليه؟ قال: لا بأس به، الوسائل ٣٧٥: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

٣-٣) لم نقف على القائل.

٤-٤) في «ص»: الإجازة.

٥-٥) تقدّمت في الصفحه ٤٤٧.

إجازة المالك أو ردّه (١)، لكنّ الظاهر-بقرينه النهى عن مواجهه البيع فى الخبر المتقدّم (٢)-إرادته اللزوم من الطرفين.

و الحاصل: أنّ دلالة الروايات عمومًا و خصوصًا على النهى عن البيع قبل الملك ممّا لا مساغ لإنكاره، و دلالة النهى على الفساد أيضًا ممّا لم يقع فيها المناقشه فى هذه المسأله، إلّا أنا نقول: إنّ المراد بفساد البيع عدم ترتّب ما يقصد منه عرفًا من الآثار، فى مقابل الصحّه التى هى إمضاء الشارع لما يقصد عرفًا من إنشاء البيع، مثلًا لو فرض حكم الشارع بصحّه بيع الشىء قبل تملكه على الوجه الذى يقصده أهل المعامله، كأن يترتّب عليه بعد البيع النقل و الانتقال، و جواز تصرف البائع فى الثمن، و جواز مطالبه المشتري البائع بتحصيل المبيع من مالكة و تسليمه، و عدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه، ففساد البيع بمعنى عدم ترتّب جميع ذلك عليه، و هو لا ينافى قابليه العقد للحقوق الإجازة من مالكة حين العقد أو ممّن يملكه بعد العقد.

و لا- يجب على (٣) القول بدلاله النهى على الفساد وقوع المنهى عنه لغوًا غير مؤثّر أصلًا، كما يستفاد من وجه دلالة النهى على الفساد، فإنّ حاصله: دعوى دلالة النهى على إرشاد المخاطب و بيان أنّ مقصوده من الفعل المنهى عنه- و هو الملك و السلطنه من الطرفين- لا يترتّب عليه، فهو غير مؤثّر فى مقصود المتبايعين، لا أنّه لغوٌ من جميع الجهات، فافهم.

ص: ٤٥١

١-١) راجع الصفحه ٤١٣-٤١٤.

٢-٢) و هو خبر يحيى بن الحجّاج، المتقدّم فى الصفحه ٤٤٧.

٣-٣) فى «ف» بدل «على»: فى.

اللهم إلا أن يقال: إن عدم ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقدٍ بمجرد إنشائه مع وقوع (١) مدلول ذلك العقد في نظر الشارع مقيداً بانضمام بعض الأمور اللاحقه - كالقبض في الهبه ونحوها والإجازة في الفضولي - لا يقتضى النهى عنها بقولٍ مطلق؛ إذ معنى صحه المعامله شرعاً أن يترتب عليها شرعاً المدلول المقصود من إنشائه و لو مع شرط لاحق، وعدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط لا يوجب النهى عنه إلا مقيداً بتجرده عن حقوق ذلك الشرط، فقصدتهم ترتب الملك المنجز على البيع قبل التملك بحيث يسلمون الثمن و يطالبون المبيع لا يوجب الحكم عليه بالفساد.

فالإنصاف: أن ظاهر النهى في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع و عدم ترتب أثر الإنشاء المقصود منه عليه مطلقاً حتى مع الإجازة، و أما صحته بالنسبه إلى المالك إذا أجاز؛ فلأن النهى راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع، فلا تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز، فيرجع فيه إلى مسأله الفضولي.

نعم، قد يחדش (٢) فيها (٣): أن ظاهر كثير من الأخبار المتقدمه (٤)، ورودها في بيع الكلئ، و أنه لا يجوز بيع الكلئ في الذمه ثم اشتراء

ص: ٤٥٢

١-١) في «ف»: مع عدم وقوع.

٢-٢) لم نقف على الخدشه بعينها، نعم في جامع الشتات ٢:٣٣١ و غنائم الأيام: ٥٥٨، ما يلي: و المراد من تلك الأخبار البيع في الذمه، و هو كلئ.

٣-٣) أى فى دلالة الروايات على عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع.

٤-٤) أى الأخبار المتقدمه فى الصفحه ٤٤٦-٤٤٩.

بعض أفرادها و تسليمه إلى المشتري الأول، و المذهب جواز ذلك و إن نسب الخلاف فيه إلى بعض العبائر (١)، فيقوى في النفس: أنها و ما ورد في سياقها (٢) في بيع الشخصي أيضاً- كروايتي يحيى و خالد المتقدمين (٣)- أريد بها الكراهه، أو وردت في مقام التقيّه؛ لأن المنع عن بيع الكلّي حالاً مع عدم وجوده عند البائع (٤) حال البيع مذهب جماعه من العامّه - كما صرح به في بعض الأخبار (٥)- مستنديّن في ذلك إلى النهى النبوى عن بيع ما ليس عندك، لكنّ الاعتماد على هذا التوهين في رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين في بيع الشخصي، و عموم مفهوم التعليل في الأخبار الواردة في بيع الكلّي (٦)، خلاف الإنصاف؛ إذ غايه الأمر حمل الحكم في مورد تلك الأخبار- هو بيع الكلّي قبل التملك- على التقيّه، و هو لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأساً، فتدبر.

فالأقوى: العمل بالروايات و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور.

و ممّا يؤيد المنع- مضافاً إلى ما سيأتى عن التذكرة و المختلف

ص: ٤٥٣

١- ١) انظر مقابس الأنوار: ١٣٥.

٢- ٢) في «ف»: بسياقها.

٣- ٣) تقدّمتا في الصفحة ٤٤٧.

٤- ٤) في غير «ش»: المشتري.

٥- ٥) انظر الوسائل ٣٧٤: ١٢، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ و ٣.

٦- ٦) مثل قوله عليه السلام في ذيل صحيحه ابن مسلم: «إنّما يشتره منه بعد ما يملكه»، و قوله عليه السلام في صحيحه منصور بن

حازم: «إنّما البيع بعد ما يشتره»، راجع الصفحة ٤٤٨.

من دعوى الاتفاق-روايه الحسن بن زياد الطائي الوارده فى نكاح العبد بغير إذن مولاه،قال:«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:إنى كنت رجلاً-مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي ثم أعتقنى (١)بعد،فأجدد النكاح؟فقال:علموا أنك تزوجت؟قلت:نعم،قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لى شيئاً.قال:ذلك إقرار منهم،أنت على نكاحك...

الخبر» (٢)فإنها ظاهره بل صريحه فى أن عله البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته،فلو كان صيرورته حراً مالكا لنفسه مسوغه للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج إلى الاستفصال عن أن المولى سكت أم لا؛للزوم العقد حينئذ (٣)على كل تقدير.

[مورد الروايات ما لو باع لنفسه غير مترقب للإجازه]

ثم إن الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات، و هو ما لو باع البائع لنفسه و اشترى المشتري غير مترقب للإجازه المالك و لا لإجازه البائع إذا صار مالكا،و هذا هو الذى ذكره العلامة رحمه الله فى التذكرة نافياً للخلاف فى فساد،قال:لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها و يمضى ليشتريها و يسلمها،و به قال الشافعى و أحمد، و لا نعلم فيه خلافاً؛لقول النبى صلى الله عليه و آله و سلم:«لا تبع ما ليس عندك» و لاشتمالها على الغرر،فإن صاحبها قد لا يبيعها،و هو غير مالك لها و لا قادر على تسليمها،أما لو اشترى موصوفاً فى الذمه-سواء كان

ص: ٤٥٤

١- ١) فى المصدر:أعتقنى الله.

٢- ٢) الوسائل ٥٢٦:١٤،الباب ٢٦ من أبواب أحكام العبيد و الإمام،الحديث ٣.

٣- ٣) لم ترد«حينئذ»فى«ش».

حالاً- أو مؤجلاً- فإنه جائز إجماعاً (١)، انتهى، و حكى عن المختلف أيضاً الإجماع على المنع (٢) أيضاً (٣)، واستدلالة بالغرر و عدم القدره على التسليم ظاهر، بل صريح فى وقوع الاشرء غير مترقب لإجازه مجيز، بل وقع على وجه يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع و تسليمه.

فحيث لو تباعا على أن يكون العقد موقوفاً على الإجازة، فاتفقت الإجازة من المالك أو من البائع بعد تملكه، لم يدخل فى مورد الأخبار و لا فى معقد الاتفاق.

و لو تباعا على أن يكون اللزوم موقوفاً على تملك البائع دون إجازته، فظاهر عباره الدروس: أنه من البيع المنهى عنه فى الأخبار المذكوره؛ حيث قال: و كذا لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجاز، و لو أراد (٤) لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده، و قد نهى عنه (٥)، انتهى.

لكن الإنصاف: ظهورها فى الصورة الأولى، و هى ما لو تباعا

ص: ٤٥٥

١- ١) التذكرة ١:٤٦٣، و فيه: «...سواء كان حالاً أو مؤجلاً؛ فإنه جائز و كذا لو اشترى عيناً شخصيه غائبه مملوكه للبائع موصوفه بما ترفع الجهاله فإنه جائز إجماعاً».

٢- ٢) لم نقف عليه بعينه، نعم فى مقابس الأنوار: ١٣٤، بعد نقل عباره التذكرة، و نسبه البطلان إلى ظاهر التحرير هكذا: و هو الظاهر من المختلف.

٣- ٣) كذا فى النسخ، لكن شطب فى مصححه «ن» على كلمه «أيضاً».

٤- ٤) فى مصححه «ن»: أراد.

٥- ٥) الدروس ٣:١٩٣.

قاصدين لتنجز النقل و الانتقال و عدم الوقوف على شىء.

و ما ذكره فى التذكرة كالصريح فى ذلك؛ حيث علل المنع بالغرر و عدم القدره على التسليم. و أصرح منه كلامه المحكى عن المختلف فى فصل النقد و النسيه (١).

و لو باع عن (٢) المالك فاتفق انتقاله إلى البائع فأجازه (٣) فالظاهر أيضاً الصحه؛ لخروجه عن مورد الأخبار.

نعم، قد يشكل فيه من حيث إن الإجازة لا متعلق لها (٤)؛ لأن العقد السابق كان إنشاءً للبيع عن (٥) المالك الأصلي، و لا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه.

و يمكن دفعه بما اندفع به سابقاً الإشكال فى عكس المسألة و هى ما لو باعه الفضولى لنفسه فأجازه المالك لنفسه (٦)، فتأمل.

و لو باع لثالثٍ معتقداً لتملكه أو بانياً عليه عدواناً، فإن أجاز المالك فلا كلام فى الصحه؛ بناءً على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك، و إن ملكه الثالث و أجازته، أو ملكه البائع فأجازه، فالظاهر أنه داخل فى المسألة السابقة.

ص: ٤٥٦

١-١) حكاة المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٣٤، و راجع المختلف ١٣٢: ٥.

٢-٢) فى «ف»: من.

٣-٣) فى «ف»: فأجاز.

٤-٤) فى «ف»: «لا تعلق لها»، و فى مصححه «ن»: «لا يتعلق بها».

٥-٥) فى «ف»: من.

٦-٦) راجع الصفحات ٣٧٨-٣٨٠.

ثم إنّه قد ظهر ممّا ذكرنا فى المسأله المذكوره حال المسأله الأخرى، وهى: ما لو لم يجز البائع (١) بعد تملكه؛ فإنّ الظاهر بطلان البيع الأوّل لدخوله تحت الأخبار المذكوره يقيناً، مضافاً إلى قاعده تسلّط الناس على أموالهم، وعدم صيرورتها حلالاً من دون طيب النفس؛ فإنّ المفروض أنّ البائع بعد ما صار مالكاً لم تطب نفسه بكون ماله (٢) للمشتري الأوّل، والتزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشتري ليس التزاماً إلّا بكون مال غيره له.

اللهم إلما أن يقال: إنّ مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود و الشروط على كلّ عاقد و شارط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال المال إليه و إن كان قبل ذلك أجنياً لا حكم لوفائه و نقضه، و لعله لأجل ما ذكرنا رجح فخر الدين فى الإيضاح-بناءً على صحّه الفضولى-صحّه العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقّف على الإجازة (٣).

قيل (٤): و يلوح هذا من الشهيد الثانى فى هبه المسالك (٥)، و قد سبق استظهاره من عبارته الشيخ المحكيه فى المعبر (٦).

ص: ٤٥٧

١- ١) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: المالك.

٢- ٢) فى «ف» بدل «بكون ماله»: بكونه.

٣- ٣) انظر إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

٤- ٤) قاله المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٣٤.

٥- ٥) انظر المسالك ٦: ٤٩.

٦- ٦) راجع الصفحه ٤٣٦.

لكن يَضَعُفه: أنَّ البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب، و المقام مقام استصحاب حكم الخاص، لا مقام الرجوع إلى حكم العام، فتأمل. مضافاً إلى معارضة العموم المذكور بعموم سلطنه الناس على أموالهم و عدم حلّها لغيرهم إلّا عن طيب النفس، و فحوى الحكم المذكور في روايه الحسن بن زياد المتقدّمه (١) في نكاح العبد بدون إذن مولاه (٢) و أنّ عتقه لا يجدى في لزوم النكاح لو لا سكوت المولى الذى هو بمنزله الإجازة.

ثمّ لو سئل عن التوقّف على الإجازة فإنّما هو فيما إذا باع الفضولى لنفسه، أمّا لو باع فضولاً للمالك أو لثالثٍ ثمّ ملك هو، فجزريان عموم الوفاء بالعقود و الشروط بالنسبه إلى البائع أشكال.

و لو باع وكالة عن المالك (٣) فإن انزاله بموت الموكل، فلا إشكال في عدم وقوع البيع له بدون الإجازة و لا معها، نعم يقع للوارث مع إجازته.

المسألة الثالثة ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف فإن كونه جائز التصرف.

و عدم جواز التصرف المُنكشَف خلافه، إمّا لعدم الولاية فانكشف

ص: ٤٥٨

١- ١) تقدّمت في الصفحة ٤٥٤.

٢- ٢) في «ف»: المولى.

٣- ٣) كذا في «ش» و مصحّحه «ن» و نسخه بدل «خ»، و في غيرها: عن البائع.

كونه ولياً، وإما لعدم الملك فانكشف كونه مالكاً.

و على كلّ منهما، فإمّا أن يبيع عن المالك، وإمّا أن يبيع لنفسه، فالصور أربع:

الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف

الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف (١) كونه ولياً على البيع.

فلا ينبغي الإشكال في اللزوم حتّى على القول ببطلان الفضولى.

لكنّ الظاهر من المحكى عن القاضى: أنّه إذا أذن السيّد لعبده في التجاره فباع و اشترى و هو لا- يعلم بإذن سيّده و لا علم به أحد، لم يكن مأذوناً في التجاره، و لا يجوز شيء ممّا فعله، فإن علم بعد ذلك و اشترى و باع جاز ما فعله بعد الإذن، و لم يجر ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيّد قوماً أن يبيعوا العبد و العبد لا يعلم بإذنه له كان يبعه و شراؤه منهم جائزاً، و جرى ذلك مجرى الإذن الظاهر، فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم و باع جاز (٢)، انتهى.

و عن المختلف الإيراد عليه: بأنّه لو أذن المولى (٣) و لا- يعلم العبد، ثم باع العبد صحّ؛ لأنّه صادف الإذن، و لا يؤثّر فيه إعلام المولى بعض المعاملين (٤)، انتهى.

و هو حسن.

ص: ٤٥٩

١- ١) في «ف»: و انكشف.

٢- ٢) حكاة العلامة في المختلف ٥:٤٣٥، و لم نعر عليه في المهدّب و غيره من كتب القاضى.

٣- ٣) في غير «ش» و مصحّحه «ن»: الولى.

٤- ٤) المختلف ٥:٤٣٧.

الثانيه: أن يبيع لنفسه فانكشف كونه ولياً.

فالظاهر أيضاً صحّحه العقد، لما عرفت من أنّ قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع و لا يقدرح (١)، و في توقّفه على إجازته للمولّى عليه وجه؛ لأنّ قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون، فتأمل.

الثالثه: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكاً.

و قد مثله الأكثر بما لو باع مال أبيه بظنّ حياته فبان ميّتاً، و المشهور الصحّحه، بل ربما استفيد من كلام العلامه في القواعد (٢) و الإرشاد (٣) في باب الهبه الإجماع، و لم نعثر على مخالف صريح، إلّا أنّ الشهيد رحمه الله ذكر في قواعده: أنّه لو قيل بالبطلان أمكن (٤)، و قد سبقه في احتمال ذلك العلامه و ولده في النهايه (٥) و الإيضاح؛ لأنّه إنّما قصد نقل المال عن الأب، لا عنه، و لأنّه و إن كان منجزاً في الصورة إلّا أنّه معلق، و التقدير: إن مات مورثي فقد بعثك، و لأنّه كالعابث عند مباشره العقد؛ لاعتقاده أنّ المبيع لغيره (٦)، انتهى.

أقول: أمّا قصد نقل الملك عن الأب فلا يقدرح في وقوعه؛ لأنّه إنّما قصد نقل الملك عن الأب من حيث إنّّه مالك باعتقاده، ففي الحقيقه

ص: ٤٦٠

١- (١) راجع الصفحه ٣٧٧-٣٨٣.

٢- (٢) القواعد ٢٧٥:١.

٣- (٣) الإرشاد ٤٥٠:١.

٤- (٤) القواعد و الفوائد ٢٣٨:٢، ذيل القاعده: ٢٣٨.

٥- (٥) نهايه الأحكام ٤٧٧:٢.

٦- (٦) إيضاح الفوائد ٤٢٠:١.

إنّما قصد النقل عن المالك لكن أخطأ في اعتقاده أنّ المالك أبوه، وقد تقدّم توضيح ذلك في عكس المسأله، أى: ما لو باع ملك غيره باعتقاد أنّه ملكه (١).

نعم، من أبطل عقد الفضولي لأجل اعتبار مقارنه طيب نفس المالك للعقد قوى البطلان عنده هنا؛ لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه؛ ولذا نقول نحن - كما سيجيء (٢) - باشتراط الإجازة من المالك بعد العقد؛ لعدم حصول طيب النفس حال العقد.

و أمّا ما ذكر: من أنّه في معنى التعليق، ففيه - مع مخالفته لمقتضى الدليل الأوّل، كما لا يخفى - منع كونه في معنى التعليق؛ لأنّه إذا فرض أنّه يبيع مال أبيه لنفسه، كما هو ظاهر هذا الدليل، فهو إنّما يبيعه مع وصف كونه لأبيه في علمه، فبيعه كبيع الغاصب مبنى على دعوى السلطنه و الاستقلال على المال، لا على تعليق للنقل (٣) بكونه منتقلاً إليه بالإرث عن (٤) مورثه؛ لأنّ ذلك لا يجمع مع ظنّ الحياه.

اللهم إلّا أن يراد أنّ القصد الحقيقي إلى النقل معلق على تملك الناقل، وبدونه فالقصد صوري، على ما تقدّم من المسالك من أنّ الفضولي و المكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله (٥).

ص: ٤٦١

١-١) راجع الصفحه ٣٧٦ و ٣٨٠.

٢-٢) يجيء في الصفحه الآتية.

٣-٣) في «ف»: النقل.

٤-٤) في «ف»، «خ» و «ن»: من.

٥-٥) تقدّم في الصفحه ٣٧٢.

لكن فيه حينئذٍ: أنّ هذا القصد الصوري كافٍ؛ ولذا قلنا بصحّه عقد الفضولي.

و من ذلك يظهر ضعف ما ذكره أخيراً من كونه كالعابث عند مباشره العقد، معللاً بعلمه بكون المبيع لغيره.

و كيف كان، فلا ينبغي الإشكال في صحّه العقد، إلّا أنّ ظاهر المحكّي من غير واحد (1) لزوم العقد و عدم الحاجه إلى إجازة مستأنفه؛ لأنّ المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لإجازة فعل نفسه، ولأنّ قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد إلى نقل المال المعين الذي هو في الواقع ملكك نفسه-و إن لم يشعر به-فهو أولى من الإذن في ذلك فضلاً عن إجازته، و إلّا توجّه عدم وقوع العقد له.

لكنّ الأقوى-وفاقاً للمحقّق و الشهيد الثانيين (2)-: وقوفه على الإجازة، لا لما ذكره في جامع المقاصد من أنّه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن، بل مع إجازة المالك؛ لاندفاعه بما ذكره بقوله: إلّا أن يقال: إنّ قصده إلى أصل البيع كافٍ (3).

و توضيحه: أنّ انتقال المبيع شرعاً بمجرد العقد أو بعد إجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتّى يعتبر قصده أو يقدر قصده خلافه، و إنّما هو من الأحكام الشرعيّة العارضة للعقود بحسب اختلافها في التوقّف على الأمور المتأخّره و عدمه، مع أنّ عدم (4) القصد المذكور

ص: ٤٦٢

١-١) حكاة المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٦، عن ظاهر الشهيد و غيره.

٢-٢) جامع المقاصد ٤:٧٦، و المسالك ٥١:٦.

٣-٣) جامع المقاصد ٤:٧٦.

٤-٤) لم ترد «عدم» في «ف».

لا يقدر بناءً على الكشف، بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدحه، فالدليل على اشتراط تعقب الإجازة في اللزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم، وعدم حلها لغيرهم إلا بطيب أنفسهم، وحرمة أكل المال إلا بالتجاره عن تراض.

و بالجمله، فأكثر أدله اشتراط الإجازة في الفضولي جاريه هنا.

و أما ما ذكرناه من أن قصد نقل ملك نفسه إن حصل أغنى عن الإجازة، وإلا فسد العقد.

ففيه: أنه يكفي في تحقق صورته العقد القابل للزوم (١) القصد إلى نقل المال المعين. و قصد كونه ماله (٢) أو مال غيره مع خطائه (٣) في قصده أو صوابه (٤) في الواقع لا يقدر ولا ينفذ؛ ولذا بنينا على صحه العقد بقصد (٥) مال نفسه مع كونه مالا لغيره.

و أقرباً أدله اعتبار التراضي و طيب النفس، فهي داله على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنه ماله، لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكاً له في الواقع، فإن حكم طيب النفس و الرضا لا يترتب على ذلك، فلو أذن في التصرف في مال معتقداً أنه لغيره، و المأذون يعلم أنه له، لم يجز له التصرف بذلك الإذن. و لو فرضنا أنه أعتق

ص: ٤٦٣

١-١) العبارة في «ف» هكذا: القابل للزوم القصد.

٢-٢) في مصححه «ص» و نسخه بدل «ش»: مال نفسه.

٣-٣) في بعض النسخ: خطأ.

٤-٤) في مصححه «ص»: و صوابه.

٥-٥) في «ص» زياده: نقل.

عبدًا عن غيره فبان أنه له لم ينعق، وكذا لو طلق امرأة وكاله عن غيره فبان زوجته؛ لأن القصد المقارن إلى طلاق زوجته وعتق مملوكه معتبر فيهما، فلا تنفع الإجازة.

و لو غرّه الغاصب فقال: «هذا عبدي أعتقه عنك» فأعتقه عن نفسه، فبان كونه له، فالأقوى أيضاً عدم النفوذ، وفاقاً للمحكّي عن التحرير (١) و حواشى الشهيد (٢) و جامع المقاصد (٣) مع حكمه بصحّ البيع هنا و وقوفه على الإجازة (٤)؛ لأنّ العتق لا يقبل الوقوف، فإذا لم يحصل القصد إلى فكّ ماله مقارناً للصيغه وقعت باطله، بخلاف البيع؛ فلا تناقض بين حكمه بطلان العتق و صحّ البيع مع الإجازة، كما يتوهم.

نعم، ينبغي إيراد التناقض على من حكم هناك بعدم النفوذ، و حكم فى البيع باللزوم و عدم الحاجة إلى الإجازة؛ فإنّ القصد إلى إنشاء يتعلّق بمعيّن هو مال المنشئ فى الواقع من غير علمه به، إن كان يكفى فى طيب النفس و الرضا المعتبر فى جميع إنشاءات الناس المتعلّقه بأموالهم و جب الحكم بوقوع العتق، و إن اعتبر فى طيب النفس المتعلّق بإخراج الأموال عن الملك، العلم بكونه مالاً له و لم يكف مجرد مصادفه الواقع، و جب الحكم بعدم لزوم البيع.

ص: ٤٤٤

١-١) التحرير ١٤١:٢.

٢-٢) لا يوجد لدينا «حواشى الشهيد»، نعم حكاة عنه المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٢٣٣:٦.

٣-٣) جامع المقاصد ٢٣٣:٦.

٤-٤) جامع المقاصد ٧٦:٤.

فالحق: أنَّ القصد إلى الإنشاء المتعلق، بمال معيّن مصحّح للعقد، بمعنى قابليته للتأثير، ولا يحتاج إلى العلم بكونه مالاً له، لكن لا يكفي ذلك في تحقّق الخروج عن ماله بمجرد الإنشاء، ثمّ إن كان ذلك الإنشاء ممّا يقبل اللزوم بلحوق الرضا كفت الإجازة كما في العقود، وإلّا وقع الإنشاء باطلاً كما في الإيقاعات.

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا في وجه الوقوف على الإجازة: أنّ هذا الحقّ للمالك من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ، فعقده متزلزل من حيث الحدوث، لا- البقاء كما قوّاه بعض من قارب عصرنا (1)، و تبعه بعض من عاصرناه (2)؛ معللاً بقاعده نفي الضرر؛ إذ فيه: أنّ الخيار فرع الانتقال، وقد تقدّم توقّفه على طيب النفس.

و ما ذكرناه من الضرر المترتب على لزوم البيع، ليس لأمرٍ راجع إلى العوض و المعوّض، وإنّما هو لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه و رضاه؛ إذ لا- فرق في الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال كما يتفق في الفضولي، أو يعلمه و يجهل تعلقه بماله.

و من المعلوم: أنّ هذا الضرر هو المثبت لتوقّف عقد الفضولي على الإجازة؛ إذ لا يلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر.

ثمّ، إنّ الحكم بالصحّح (3) في هذه الصورة غير متوقّفه (4) على القول

ص: ٤٦٥

١- ١) قوّاه المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٧.

٢- ٢) و هو صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٩٨.

٣- ٣) لم ترد «بالصحّح» في «ف».

٤- ٤) كذا في النسخ، و المناسب: «غير متوقّف»، كما في مصحّحه «ص».

بصحّه عقد الفضولي، بل يجيء على القول بالبطان، إلّا أن يستند في بطلانه بما تقدّم من قبح التصرف في مال الغير (١)، فيتّجه عنده حينئذٍ البطلان، ثمّ يغرم المثلث وإن كان جاهلاً (٢).

الرابعه: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فانكشف أنه له،

و الأقوى هنا أيضاً الصحّه و لو على القول ببطلان الفضولي و الوقوف على الإجازة؛ بمثل ما مرّ في الثالثه، و في عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثه؛ و لذا قوى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار في الثالثه (٣).

ص: ٤٤٤

١-١) تقدّم في الصفحه ٣٧١.

٢-٢) عبارته «ثمّ يغرم المثلث و إن كان جاهلاً» لم ترد في «ف» و «ش»، و شطب عليها في «ن».

٣-٣) قاله المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٦، في الخامس من موارد بيع الفضولي.

فاستقصاؤه يكون بيان أمور:

الأول: يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا المالك،

فلا يكفي اتّصاف المتعاقدين بصحّته الإنشاء، ولا إحراز سائر الشروط بالنسبة إلى الأصيل فقط على الكشف؛ للزومه عليه حينئذٍ (١)، بل مطلقاً؛ لتوقّف تأثيره الثابت - ولو على القول بالنقل - عليها؛ وذلك لأنّ العقد إمّا تمام السبب أو جزؤه، وعلى أيّ حال فيعتبر اجتماع الشروط عنده؛ ولهذا لا يجوز الإيجاب في حال جهل القابل بالعوضين، بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا؛ لأنّ الإجازة على القول بالنقل أشبه بالشرط، ولو سلّم كونها جزءاً فهو جزءٌ للمؤثّر لا للعقد، فيكون جميع ما دلّ من النصّ و الإجماع على اعتبار الشروط في البيع ظاهره في اعتبارها في إنشاء النقل و الانتقال بالعقد.

نعم، لو دلّ دليل على اعتبار شرطٍ في ترتّب الأثر الشرعي على العقد من غير ظهور في اعتباره في أصل الإنشاء، أمكن القول بكفايه وجوده حين الإجازة، ولعلّ من هذا القبيل: القدره على التسليم، و إسلام مشتري المصحف و العبد (٢) المسلم.

ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعتبرة حين العقد إلى زمان الإجازة، أم لا؟ لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين

ص: ٤٦٧

١ - ١) لم ترد «حينئذٍ» في «ف» و «ش».

٢ - ٢) كلمه «العبد» من «ش» فقط.

على شروطهما (١) حتى على القول بالنقل. نعم، على القول بكونها بيعاً مستأنفاً يقوى الاشتراط.

و أما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناءً على النقل، و أمّا بناءً على الكشف فوجهان، و اعتبارها عليه أيضاً غير بعيد.

الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل

-من تعيين العوضين، و تعيين نوع العقد من كونه بيعاً أو صلحاً، فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً لجاريته أو بيعاً لها- أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقد قابل للإجازة؟ ووجهان: من كون الإجازة كالإذن السابق فيجوز تعلقه بغير المعين إلّا إذا بلغ حدّاً لا يجوز معه التوكيل، و من أنّ الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد؛ لأنّ المعاهدة الحقيقية إنّما تحصل بين المالكين (٢) بعد الإجازة، فيشبهه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل.

و من هنا يظهر قوّه احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد، و لا يكفي مجرد احتمال فيجيزه على تقدير وقوعه إذا انكشف وقوعه؛ لأنّ الإجازة و إن لم تكن من العقود حتى يشملها معاهد إجماعهم (٣) على عدم جواز التعليق فيها (٤)، إلّا أنّها في معناها (٥)؛ و لذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء

ص: ٤٦٨

١-١) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: شروطها.

٢-٢) في «ش»: من المالكين.

٣-٣) كذا، و المناسب: إجماعاتهم، كما استظهره مصحّح «ص».

٤-٤) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: فيه.

٥-٥) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: معناه.

بالعقد السابق، مع أنّ الوفاء بالعقد السابق (١) لا يكون إلّا في حقّ العاقد، فتأمل.

الثالث: المجاز، إمّا العقد الواقع على نفس مال الغير، وإمّا العقد الواقع على عوضه،

و على كلّ منهما إمّا أن يكون المجاز أوّل عقد وقع على المال أو عوضه، أو آخره، أو عقداً بين سابق و لاحق واقعين على مورده، أو بدله، أو بالاختلاف.

و يجمع (٢) الكلّ: فيما إذا باع عبداً لملك بفرس، ثمّ باعه المشتري بكتاب، ثمّ باعه الثالث بدينار، و باع البائع الفرس بدرهم، و باع الثالث الدينار بجاريه، و باع بائع الفرس الدرهم برغيف، ثمّ بيع الدرهم بحمار، و بيع الرغيف بعسل.

أمّا إجازة العقد الواقع على مال المالك - أعني العبد بالكتاب - فهي ملزمة له و لما بعده ممّا وقع على مورده - أعني العبد بالدينار - بناءً على الكشف، و أمّا بناءً على النقل، فيبنى على ما تقدّم من اعتبار ملك المجيز حين العقد و عدمه، و هي فسخ بالنسبة إلى ما قبله ممّا ورد على مورده، أعني بيع العبد بفرس بالنسبة إلى المجيز.

أمّا بالنسبة إلى من ملك بالإجازة - هو المشتري بالكتاب - فقابليته للإجازة مبنيّة على مسأله اشتراط ملك المجيز حين العقد.

هذا حال العقود السابقة و اللاحقة على مورده، أعني مال المجيز.

ص: ٤٦٩

١- ١) لم ترد «السابق» في «ف».

٢- ٢) كذا، و الأنسب: يجتمع، كما استظهره مصحح «ص».

و أما العقود الواقعة على عوض مال المجيز: فالسابقه على هذا العقد-و هو بيع الفرس بالدرهم-يتوقف لزومها على إجازة المالك الأصلي للعوض و هو الفرس (1)، واللاحقه له-أعنى بيع الدينار بجاريه- تلزم بلزوم هذا العقد.

و أما إجازة العقد الواقع على العوض (2)-أعنى بيع الدرهم برغيف- فهي ملزمه للعقود السابقه عليه، سواء وقعت على نفس مال المالك -أعنى بيع العبد بالفرس- أو على (3)عوضه و هو بيع الفرس بالدرهم، و للعقود اللاحقه له إذا وقعت على المعوض (4)، و هو بيع الدرهم بالحمار.

أما الواقعة على هذا البديل المجاز-أعنى بيع الرغيف بالعلس- فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداءً.

و ملخص ما ذكرنا: أنه لو ترتبت عقود متعدده (5) مترتبه (6) على مال المجيز، فإن وقعت من أشخاص متعدده كان إجازة وسط منها فسخاً لما قبله و إجازة لما بعده على الكشف، و إن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر.

ص: ٤٧٠

١- ١) عبارته «يتوقف لزومها-إلى-و هو الفرس» ساقطه من «ف».

٢- ٢) في «ف» و«ع» و نسخه بدل «ن» و فيما يلوح من «ص»: المعوض.

٣- ٣) لم ترد «على» في «ف».

٤- ٤) في «م» و«ن»: «العوض»، و في نسخه بدل الأخير: المعوض.

٥- ٥) لم ترد «متعدده» في «خ».

٦- ٦) لم ترد «مترتبه» في «ف».

و لعلّ هذا هو المراد من المحكى عن الإيضاح (١) و الدروس (٢) في حكم ترتب العقود: من أنّه إذا أجاز عقداً على المبيع صحّ و ما بعده، و في الثمن ينعكس؛ فإنّ العقود المترتبة على المبيع لا يكون إلماً من أشخاص متعدّده، و أمّا العقود المترتبة على الثمن، فليس مرادهما أن يعقد على الثمن الشخصى مراراً؛ لأنّ حكم ذلك حكم العقود المترتبة على المبيع، على ما سمعت سابقاً من (٣) قولنا: أمّا الواقعه على هذا البديل المجاز... إلخ، بل مرادهما ترمى الأثمان في العقود المتعدّده، كما صرّح بذلك المحقّق و الشهيد الثانيان (٤).

و قد علم من ذلك أنّ مرادنا بما ذكرنا في المقسم من العقد المجاز على عوض مال الغير، ليس العوض الشخصى الأوّل له، بل العوض و لو بواسطة.

ثمّ إنّ هنا (٥) إشكالاً في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصوره علم المشتري بالغصب، أشار إليه العلّامة رحمه الله في القواعد (٦)، و أوضحه قطب الدين و الشهيد في الحواشى المنسوبه إليه.

ص: ٤٧١

١-١ (١) الإيضاح ٤١٨:١.

٢-٢ (٢) الدروس ١٩٣:٣، و حكى ذلك عنهما المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٧٠:٤، و السيّد العاملى في مفتاح الكرامه ١٩١:٤، و غيرهما.

٣-٣ (٣) في غير «ش» زياده «أنّ»، و لكن شطب عليها في «ن».

٤-٤ (٤) انظر جامع المقاصد ٧٠:٤، و المسالك ١٥٩:٣، و الروضه البهيه ٢٣٣:٣.

٥-٥ (٥) في «ف»: ها هنا.

٦-٦ (٦) القواعد ١٢٤:١.

فقال الأوّل فيما حكى عنه: إنّ وجه الإشكال أنّ المشتري مع العلم يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن؛ و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع، و لو بقي ففيه الوجهان، فلا- ينفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمناً عن مبيع اشتراه، و من أنّ الثمن عوض عن العين المملوكة و لم يمنع من نفوذ الملك فيه إلّا عدم صدوره عن المالك، فإذا أجاز جرى مجرى الصادر عنه (١)، انتهى.

و قال في محكيّ الحواشي: إنّ المشتري مع علمه بالغصب يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، فلا- يدخل في ملك ربّ العين، فحينئذٍ إذا اشترى به البائع متاعاً فقد اشتراه لنفسه و أتلّفه عند الدفع إلى البائع فيتحقّق ملكيته للمبيع، فلا يتصوّر نفوذ الإجازة هنا (٢) لصيرورته ملكاً للبائع و إن أمكن إجازة البيع (٣)، مع احتمال عدم نفوذها أيضاً؛ لأنّ ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه فلا يكون ثمناً، فلا تؤثر الإجازة في جعله ثمناً، فصار الإشكال في صحّة البيع و في التسبّع، ثم قال: إنّه يلزم من القول ببطلان التسبّع (٤) بطلان إجازة البيع في المبيع؛ لاستحاله كون المبيع بلا ثمن، فإذا قيل: إنّ الإشكال في صحّة

ص: ٤٧٢

١- ١) لا يوجد لدينا كتابه، و حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ١٩٢.

٢- ٢) كذا في «ش» و نسخه بدل «ن»، و في «ف»: بها، و في سائر النسخ: فيها.

٣- ٣) كذا في «م» و نسخه بدل «خ» و «ع»؛ وفاقاً للمحكي عن المصدر، و في سائر النسخ: المبيع.

٤- ٤) كذا في «ش» و نسخه بدل «ص»، و في سائر النسخ: البيع؛ وفاقاً للمحكي عن المصدر.

العقد كان صحيحاً أيضاً (١)، انتهى.

و اقتصر في جامع المقاصد (٢) على ما ذكره الشهيد أخيراً في وجه سرايه هذا الإشكال إلى صحه عقد الفضولي مع علم المشتري بالغصب.

و المحكي عن الإيضاح: ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري على كون الإجازة ناقلة، فيكون منشأ الإشكال في الجواز و العدم: الإشكال في الكشف و النقل.

قال في محكي الإيضاح: إذا كان المشتري جاهلاً فللمالك تتبع العقود و رعايه مصلحته و الربح في سلسلتى الثمن و المثلث، و أما إذا كان عالماً بالغصب فعلى قول الأصحاب من أن المشتري إذا رجع عليه بالسلعة لا- يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه، فيكون قد ملك الغاصب مجاناً؛ لأنه بالتسليم إلى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنص الأصحاب، و المالك قبل الإجازة لم يملك الثمن؛ لأن الحق أن الإجازة شرط أو سبب، فلو لم يكن للغاصب فيكون (٣) الملك بغير مالك، و هو محال، فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له- أى الإجازة- فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله، و يكون ما يشتري الغاصب بالثمن و ربحه له، و ليس للمالك أخذه لأنه ملك الغاصب. و على القول بأن إجازة المالك كاشفه، فإذا أجاز العقد كان له، و يحتمل أن يقال: للمالك العين حق تعلق بالثمن، فإن

ص: ٤٧٣

١- ١) حكى عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٩٢.

٢- ٢) جامع المقاصد ٤: ٧١.

٣- ٣) كذا، و المناسب: «لكن» كما في المصدر، و استظهر مصحح «ص»: يكون.

له إجازة البيع و أخذ الثمن، و حقه مقدّم على حق الغاصب، لأنّ الغاصب يؤخذ بأخسّ أحواله و أشقّها عليه (1)، و المالك بأجود (2) الأحوال، ثمّ قال: و الأصحّ عندى [أنّه (3)] مع وجود عين الثمن، للمشتري العالم أخذه، و مع التلف ليس له الرجوع به (4). انتهى كلامه رحمه الله.

و ظاهر كلامه رحمه الله: أنّه لا وقع للإشكال على تقدير الكشف، و هذا هو المتّجه؛ إذ حينئذٍ يندفع ما استشكله القطب و الشهيد رحمهما الله:

بأنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن على تقدير الكشف تسليطاً على ما ملكه (5) الغير بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض، فإذا انكشف ذلك بالإجازة عمل مقتضاه (6)، و إذا تحقّق الردّ انكشف كون ذلك تسليطاً من المشتري على ماله، فليس له أن يسترده؛ بناءً على ما نقل من الأصحاب.

نعم، على القول بالنقل يقع الإشكال فى جواز إجازة العقد الواقع على الثمن؛ لأنّ إجازة مالك (7) المبيع له موقفه على تملكه للثمن؛ لأنّه

ص: ٤٧٤

١- ١) عبارته «و أشقّها عليه» وردت فى «ش» و هامش «ن» فقط.

٢- ٢) كذا فى «ش» و «ن» و المصدر، و فى سائر النسخ: «مأخوذ»- و لعله مصحّف «بأجود»- و صحّح فى «ص» هكذا: «مأخوذ بأحسن».

٣- ٣) أثبتناه من المصدر.

٤- ٤) الإيضاح ٤١٧: ١-٤١٨.

٥- ٥) فى «م» و «ص»: «على ملك»، و فى «ع»: «على مالكة».

٦- ٦) فى «ص» و مصحّحه «ن»: «بمقتضاه».

٧- ٧) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحه «خ»، و فى سائر النسخ: «المالك».

قبلها أجنبي عنه، والمفروض أنّ تملكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل. وكذا الإشكال في إجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض البائع الثمن أو بعد إتلافه إياه على الخلاف في اختصاص عدم رجوع المشتري على (١) الثمن بصوره التلف و عدمه؛ لأنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى (٢) مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.

و ما ذكره في الإيضاح: من احتمال تقديم حقّ المجيز لأنّه أسبق و أنّه أولى من الغاصب المأخوذ بأشقّ الأحوال (٣)، فلم يعلم له (٤) وجه بناءً على النقل؛ لأنّ العقد جزء سبب لتملك المجيز، والتسليط (٥) المتأخّر عنه علّه تامّه لتملك الغاصب، فكيف يكون حقّ المجيز أسبق؟ نعم، يمكن أن يقال: إنّ حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن، لعلّه لأجل التسليط (٦) المراعى بعدم إجازة مالك المبيع، لا- لأنّ نفس التسليط (٧) علّمه تامّه لاستحقاق الغاصب على تقديرى الردّ والإجازة، و حيث إنّ حكمهم هذا مخالف للقواعد الدالّة على عدم حصول الانتقال

ص: ٤٧٥

- ١- ١) في مصحّحه «م»: إلى.
- ٢- ٢) كذا في «ص» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: على.
- ٣- ٣) تقدّم نصّ عبارته في الصفحة السابقة.
- ٤- ٤) لم ترد «له» في غير «ش»، لكنّها استدركت في «م» و «خ»، و في «ن» صحّحت العبارة بتبديل «وجه» ب «وجهه».
- ٥- ٥) في غير «ف» و «ش»: «التسلّط»، لكنّه صحّح في «م» و «ن» بما أثبتناه.
- ٦- ٦) في غير «ش»: «التسلّط»، لكن صحّح في «م» و «ن» بما أثبتناه.
- ٧- ٧) في غير «ش»: «التسلّط»، لكن صحّح في «م» و «ن» بما أثبتناه.

بمجرد التسليط المتفرع على عقد فاسد، ووجب الاقتصار فيه على المتيقن، وهو التسليط على تقدير عدم الاجازه، فافهم.

ص: ٤٧٤

[ما يتحقق به الردّ]

لا يتحقق الردّ قولاً إلّا بقوله: «فسخت» و«رددت» و شبه ذلك ممّا هو صريح فى الردّ؛ لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل و قابليته من طرف المجيز، و كذا يحصل بكلّ فعل مخرج (١) له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف و شبههما، كالعتق و البيع و الهبه و التزويج و نحو ذلك، و الوجه فى ذلك: أنّ تصرفه بعد فرض صحّته مفوّت لمحلّ الإجازة؛ لفرض خروجه عن ملكه.

[هل يتحقق الردّ بالتصرف غير المخرج عن الملك؟]

و أمّا التصرف الغير المخرج عن الملك - كاستيلاء الجارىه و إجاره الدار (٢) و تزويج الأمه - فهو و إن لم يخرج الملك عن قابليته وقوع الإجازة عليه، إلّا أنّه مخرج له عن قابليته وقوع الإجازة من زمان العقد؛ لأنّ صحّحه الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطله، و إذا فرض وقوعها صحيحه منعت عن وقوع الإجازة.

و الحاصل: أنّ وقوع هذه الأمور صحيحه، مناقض (٣) لوقوع

ص: ٤٧٧

١- ١) فى غير «ن» و«ش»: «يخرج»، و صحّح فى «ص» بما أثبتناه.

٢- ٢) فى «ع» و«ص»: «الدائنه»، و فى نسخه بدل «ص»: «الدار».

٣- ٣) كذا فى «ش»، و فى «ف»: «متناقض»، و فى سائر النسخ: «مناقضه»، إلّا أنّها صحّحت فى «ن» بما أثبتناه.

الإجازة لأصل العقد، فإذا وقع أحد المتنافيين صحيحاً فلا بدّ من امتناع وقوع الآخر (١)، أو إبطال صاحبه، أو إيقاعه على غير وجهه (٢)، وحيث لا سبيل إلى الأخيرين تعين الأول.

و بالجمله، كلّ ما يكون باطلاً على تقدير لحوق الإجازة المؤثر (٣) من حين العقد، فوقوعه صحيحاً مانع من لحوق الإجازة؛ لامتناع اجتماع المتنافيين.

نعم، لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكنى و اللبس، كان عليه اجره المثل إذا أجاز، فتأمل.

و منه يعلم: أنّه لا فرق بين وقوع هذه مع الاطلاع على وقوع العقد، و وقوعها (٤) بدونه؛ لأنّ التنافى بينهما واقعى (٥).

و دعوى: أنّه لا دليل على اشتراط قابليته التأثير من حين العقد فى (٦) الإجازة؛ و لذا صحّح جماعه كما تقدّم (٧) إجازة المالك الجديد فى من باع شيئاً ثم ملكه.

مدفوعه: بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد

ص: ٤٧٨

١- ١) فى غير «ش»: «الأخير»، لكن صحّح فى «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) كذا فى «ص» و «ش» و مصّححه «ن»، و فى سائر النسخ: وجه.

٣- ٣) فى «ن»: «المؤثره»، و الظاهر أنّها مصّححه.

٤- ٤) فى غير «ش»: «وقوعه»، لكن صحّح فى «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٥- ٥) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: «واقع»، إلّا أنّ فى هامش «ن»: واقعى -خ.

٦- ٦) فى غير «ش» و مصّححه «ن» بدل «فى»: و.

٧- ٧) تقدّم فى الصفحه ٤٣٥-٤٣٦.

مؤثره من حينه.

نعم، لو قلنا بأن الإجازة كاشفه بالكشف الحقيقي-الراجع إلى كون المؤثر التام هو العقد الملحق بالإجازة- كانت التصرفات مبنيّة على الظاهر، وبالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك، فتبطل هي و تصحّ الإجازة.

[التصرفات الغير المنافيه لملك المشتري]

بقى الكلام فى التصرفات الغير المنافيه لملك المشتري من حين العقد، كتعريض المبيع للبيع، و البيع الفاسد (1)، و هذا أيضاً على قسمين:

لأنه إما أن يقع حال التفتات المالك إلى وقوع العقد من الفضولى على ماله (2)، و إما أن يقع فى حال عدم الالتفات.

أمّا الأول، فهو ردّ فعلى للعقد، و الدليل على إلحاقه بالردّ القولى مضافاً إلى صدق الردّ عليه، فيعمّه ما دلّ على أنّ للمالك الردّ، مثل:

ما وقع فى نكاح العبد و الأمه بغير إذن مولاه (3)، و ما ورد فى من زوّجته امّه و هو غائب، من قوله عليه السلام: «إن شاء قبل (4) و إن شاء ترك» (5)، إلّا أن يقال: إنّ الإطلاق مسوق لبيان أنّ له الترك، فلا

ص: ٤٧٩

١ - ١) كذا فى «ف» و «ص»، و فى «ش»: «كتعريض المبيع و البيع الفاسد»، و فى سائر النسخ: «كتعريض المبيع للبيع الفاسد»، لكن صحّح فى هامش «م» و «ن» بما أثبتناه.

٢ - ٢) فى «ف» و «خ» و نسخه بدل «ع»: فى ماله.

٣ - ٣) راجع الوسائل ١٤: ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٤ - ٤) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: فعل.

٥ - ٥) الوسائل ١٤: ٢١١، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٣.

تعرّض فيه لكيفيته (١)-: أنّ المانع من صحّته الإجازة بعد الردّ القولى موجود فى الردّ الفعلى، و هو خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزله أحد طرفى العقد، مضافاً إلى فحوى الإجماع المدعى (٢) على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل، كالوطء و البيع و العتق؛ فإنّ الوجه فى حصول الفسخ هى دلالتها على قصد فسخ البيع، و إلّا فتوقّفها (٣) على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها، بل يوجب بطلانها؛ لعدم حصول الملك المتوقّف على الفسخ قبلها (٤) حتّى تصادف الملك.

و كيف كان، فإذا صلح الفسخ الفعلى لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلاً، صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير، بطريق أولى.

و أمّا الثانى -و هو ما يقع فى حال عدم الالتفات - فالظاهر عدم تحقّق الفسخ به؛ لعدم دلالة على إنشاء الردّ، و المفروض عدم منافاته أيضاً للإجازة اللاحقه، و لا يكفى مجرد رفع اليد عن الفعل (٥) بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الردّ (٦) الموقوف على القصد و الالتفات إلى

ص: ٤٨٠

١- ١) فى غير «ش»: «لكيفيته»، لكن صحّحت فى «م»، «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٢- ٢) ادّعه الشيخ فى المبسوط ٢: ٨٣، و الحلّى فى السرائر ٢: ٢٤٨.

٣- ٣) فى «ش»: فتوقّفهما.

٤- ٤) فى «ف» زياده: فيها -خ.

٥- ٥) فى نسخه بدل «ن»: عن العقد.

٦- ٦) العبارة فى «ف» هكذا: مع عدم اعتبار صدق الردّ.

وقوع المردود، نظير إنكار الطلاق (١) الذي جعلوه رجوعاً و لو مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق، على ما يقتضيه إطلاق كلامهم.

نعم، لو ثبت كفايه ذلك في العقود الجائزه كفى هنا بطريق أولى، كما عرفت (٢)، لكن لم يثبت ذلك هناك (٣)، فالمسأله محل إشكال، بل الإشكال في كفايه سابقه أيضاً؛ فإنّ بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتّفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ كالإجازة (٤)؛ ولذا استشكل في القواعد في بطلان الوكاله بإيقاع العقد الفاسد على متعلّقها جاهلاً بفساده (٥)، وقّرره في الإيضاح (٦) و جامع المقاصد (٧) على الإشكال.

و الحاصل: أنّ المتيقّن من الرّد هو الفسخ القولي، و في حكمه تفويت محلّ الإجازة بحيث لا- يصحّ وقوعها على وجه يؤثّر من حين العقد.

و أما الرّد الفعلي - و هو الفعل المنشأ به مفهوم (٨) الرّد - فقد عرفت نفى البعد عن حصول الفسخ به.

ص: ٤٨١

-
- ١- ١) هذا مثال للمنفى، لا النفي.
 - ٢- ٢) عرفت الأولويه في الصفحه السابقه.
 - ٣- ٣) في «م» و «ش»: هنا.
 - ٤- ٤) انظر مفتاح الكرامه ٤: ١٩٨.
 - ٥- ٥) القواعد ١: ٢٥٩.
 - ٦- ٦) إيضاح الفوائد ٢: ٣٥٤.
 - ٧- ٧) جامع المقاصد ٨: ٢٨٢.
 - ٨- ٨) كذا في «ش»، و في غيرها: المنشئ لمفهوم.

و أمّا مجرد إيقاع ما ينافى مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقّق مفهوم الردّ- لعدم الالتفات إلى وقوع العقد- فالإكتفاء به مخالف للأصل.

و فى حكم ما ذكرنا: الوكّال و الوصايه، و لكنّ الإكتفاء فيهما بالردّ الفعلى أوضح.

و أمّا الفسخ فى العقود الجائزه بالذات أو الخيار، فهو منحصر باللفظ أو الردّ الفعلى.

و أمّا فعل ما لا يجمع صحّه العقد- كالوطء و العتق و البيع (1)- فالظاهر أنّ الفسخ بها من باب تحقّق القصد قبلها، لا لمنافاتها لبقاء العقد؛ لأنّ مقتضى المنافاه بطلانها، لا انفساخ العقد، عكس ما نحن فيه، و تمام الكلام فى محلّه.

ثمّ إنّ الردّ إنّما يثمر فى عدم صحّه الإجازة بعده، و أمّا انتزاع المال من المشتري لو أقبضه الفضولى فلا- يتوقّف على الردّ، بل يكفى فيه عدم الإجازة، و الظاهر أنّ الانتزاع بنفسه ردّ مع القرائن الدالّه على إرادته منه، لا مطلق الأخذ؛ لأنّه أعمّ، و لذا ذكروا أنّ الرجوع فى الهبه لا يتحقّق به.

ص: ٤٨٢

(١-١) «و البيع» من «ش» فقط.

مسأله لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده فهو، وإلا فله انتزاعه

ممن وجده في يده مع بقاءه، و يرجع بمنافعه المستوفاه و غيرها-على الخلاف المتقدم (1) في البيع الفاسد (2)-و مع التلف يرجع إلى من تلف عنده بقيمته يوم التلف أو بأعلى القيم من زمان وقع في يده.

و لو كان قبل ذلك في ضمان آخر، و فرض زياده قيمه عنده، ثم نقصت عند الأخير، اختص السابق بالرجوع بالزياده عليه، كما صرح به جماعه في الأيدي المتعاقبه (3).

هذا كله حكم المالك مع المشتري، و أمّا حكم المشتري مع الفضولي، فيقع الكلام فيه (4) تارة في الثمن، و أخرى في ما يغرمه للمالك

ص: ٤٨٣

١-١ (١) كذا في «ص» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: المقدم.

٢-٢ (٢) راجع الصفحه ٢٠١-٢٠٨ (الثالث من الأمور المتفرّعه على المقبوض بالعقد الفاسد).

٣-٣ (٣) منهم العلماء في القواعد ١:٢٠٢ و التذكرة ٢:٣٧٧، و الشهيد الثاني في المسالك (الطبعة الحجرية) ٢:٢٠٥، و المحقق السبزواري في الكفاية: ٢٥٩.

٤-٤ (٤) لم ترد «فيه» في «ف».

فهنا مسألتان:

الأولى أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلاً بكونه فضولياً،

سواء كان باقياً أو تالفاً، ولا يقدر في ذلك اعترافه بكون البائع مالكا؛ لأن اعترافه مبنى على ظاهر يده، نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد - كأن يكون اعترافه (١) بذلك بعد قيام البينة - لم يرجع بشيء. ولو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيره، ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ «الإقرار» من دلالة على الواقع وجهان.

و إن كان عالماً بالفضوليه، فإن كان الثمن باقياً استردّه وفاقاً للعلامة (٢) و ولده (٣) و الشهيدين (٤) و المحقق الثاني (٥) رحمهم الله؛ إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعاً، و مجرد تسليطه عليه لو كان موجباً لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد؛ لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله، و لأن الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك - كما هو المشهور -

ص: ٤٨٤

-
- ١- (١) في «ف»: كأن اعترف.
 - ٢- (٢) القواعد ١:١٢٤ و التذكرة ١:٤٦٣.
 - ٣- (٣) إيضاح الفوائد ١:٤١٨ و ٤٢١.
 - ٤- (٤) الدروس ٣:١٩٣، و اللمعة الدمشقيه: ١١٠، و الروضة البهيه ٣:٢٣٤ - ٢٣٥، و المسالك ٣:١٦٠ - ١٦١.
 - ٥- (٥) جامع المقاصد ٤:٧٧.

يستلزم تملك المالك للثمن، فإن تملكه البائع قبله يلزم فوات محل الإجازة؛ لأن الثمن إنما ملكه الغير، فيمتنع تحقق الإجازة، فتأمل.

و هل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان، بل قولان، أقواهما عدم؛ لأنه أكل مالٍ بالباطل.

هذا كله إذا كان باقياً، وأما لو كان تالفاً، فالمعروف عدم رجوع المشتري، بل المحكى (١) عن العلامة (٢) و ولده (٣) و المحقق (٤) و الشهيد (٥) الثانيين و غيرهم (٦) الاتفاق عليه، و وجهه - كما صرح به بعضهم كالحلى (٧) و العلامة (٨) و غيرهما (٩) و يظهر من آخرين (١٠) أيضاً (١١) - أنه سلطه على ماله

ص: ٤٨٥

١- ١) لم نثر على الحاكي بعينه، نعم حكى السيد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤: ١٩٣-١٩٤) ما يظهر منه هذا، و راجع الجواهر ٣٠٥: ٢٢-٣٠٦.

٢- ٢) انظر التذكرة ١: ٤٦٣، و المختلف ٥: ٥٥.

٣- ٣) إيضاح الفوائد ١: ٤٢١.

٤- ٤) انظر جامع المقاصد ٤: ٧٧ و ٦: ٣٢٦.

٥- ٥) انظر المسالك ٣: ١٦٠، و الروضة البهية ٣: ٢٣٥.

٦- ٦) مثل المحدث البحراني فى الحقائق ١٨: ٣٩٢، و كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد (مخطوط): ٦٤ و غيرهما.

٧- ٧) راجع السرائر ٢: ٢٢٦ و ٣: ٢٢٥.

٨- ٨) انظر التذكرة ١: ٤٦٣ و نهايه الأحكام ٢: ٤٧٨.

٩- ٩) مثل الشهيد الثانى فى المسالك ٣: ١٦٠ و الروضة البهية ٣: ٢٣٥، و السيد الطباطبائى فى الرياض ١: ٥١٣، و انظر الجواهر ٢٢: ٣٠٥.

١٠- ١٠) فى «ش»: من آخر.

١١- ١١) كلمه «أيضاً» من «ش» و مصححه «ن».

توضيح ذلك: أنّ الضمان إمّا لعموم «على اليد ما أخذت» (١)، وإمّا لقاعده الإقدام على الضمان الذي استدللّ به الشيخ (٢) وغيره (٣) على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه.

و الأوّل مخصّص بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه إليه لحفظه كما في الوديعة (٤)، أو الانتفاع به كما في العاربه (٥) (٦)، أو استيفاء المنفعة منه كما في العين المستأجره (٧)، فإنّ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرف فيه و إتلافه له ممّا لا يوجب ذلك بطريق أولى.

و دعوى: أنّه إنّما سلّطه في مقابل العوض، لا مجاناً حتّى يشبه الهبه الفاسده التي تقدّم عدم الضمان فيها.

مندفعه: بأنّه إنّما سلّطه في مقابل ملك غيره، فلم يُضمّنه في الحقيقه شيئاً من كيسه، فهو يشبه الهبه الفاسده و البيع بلا ثمن

١-١) عوالمى اللآلى ١:٣٨٩، الحديث ٢٢.

٢-٢) راجع المبسوط ٣:٨٥ و ٨٩، و تقدّم في الصفحه ١٨٢ من هذا الكتاب.

٣-٣) كالمحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٤:٦١ و ٦:٣٢٤، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣:١٥٤.

٤-٤) انظر الوسائل ١٣:٢٢٧، الباب ٤ من أبواب كتاب الوديعة.

٥-٥) فى «ف»: كالعاريه.

٦-٦) انظر الوسائل ١٣:٢٣٥ و ٢٣٩، الباب ١ و ٣ من أبواب كتاب العاريه.

٧-٧) انظر الوسائل ١٣:٢٨١، الباب ٣٢ من أبواب الإجاره و غيره من الأبواب.

و الإجاره بلا أجره، التي قد حكم الشهيد و غير واحد (١) بعدم الضمان فيها.

و من ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثاني للضمان - و هو الإقدام على الضمان - هنا؛ لأنّ البائع لم يُقدم على ضمان الثمن إلّا بما علم المشتري أنّه ليس ملكاً له.

فإن قلت: تسلّطه (٢) على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه و لو عدواناً على كونه ملكاً له، و لو لا هذا البناء لم يتحقّق مفهوم المعاوضه (٣) - كما تقدّم في تصحيح بيع الغاصب لنفسه (٤) - فهو إنّما سلّطه على وجه يضمّنه بماله، إلّا أنّ كلّاً منهما لمّا قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكيه البائع للمثمن (٥)، و تعاقداً مُعرضين عن ذلك - كما هو الشأن في المعاوضات الواردة على أموال الناس بين السراق و الظلمه - بل بنى المشتري على كون المثمن ملكاً للبائع، فالتسليط ليس مجاناً، و تضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقي، إلّا أنّ كون المثمن مالاً له ادّعائي،

ص: ٤٨٧

١ - ١) لم نعثر في الهبه الفاسده على شيء من الشهيد و لا من غيره، و أمّا في البيع بلا ثمن و في الإجاره بلا أجره فقد تقدّم في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد عن الشهيدين و العلّامه عدم الضمان، راجع الصفحه ١٨٦.

٢ - ٢) في مصحّحه «م»: تسليطه.

٣ - ٣) في «ف» زياده: «و المبادله»، و في هامش «ن»: «و المبادله - خ».

٤ - ٤) تقدّم في الصفحه ٣٨١ و ما بعدها.

٥ - ٥) في غير «ص» و «ش»: «للمثمن»، لكن صحّح في «ن» بما أثبتناه، و اختلفت النسخ في هذه الكلمه في السطور الآتيه أيضاً، أعرضنا عن الإشاره إليها اعتماداً على صحّحه ما أثبتناه.

فهو كما لو ظهر المثلث المعين ملكاً للغير، فإن المشتري يرجع إلى البائع بالثلث مع التلف اتفاقاً، مع أنه إنما ضمّنه الثلث بإزاء هذا الشيء الذي هو مال الغير، فكما أن التضمين هنا حقيقي، وكون المثلث مالاً له اعتقاداً لا يقدح تخلفه في التضمين، فكذلك بناء المشتري في ما نحن فيه على ملك المثلث عدواناً لا يقدح في التضمين الحقيقي بماله.

قلت: الضمان كون الشيء في عهده الضامن و خسارته عليه، وإذا كان المضمون به ملكاً لغير الضامن واقعاً فلا يتحقق الضمان الحقيقي مع علمهما بذلك.

و ما ذكر: من بناء المتعاقدين في هذا العقد على كون المثلث ملكاً للبائع الغاصب مع كونه مال الغير، فهو إنما يُصحح وقوع عقد التمليك و التملك منهما ادعاءً مع عدم كون البائع أهلاً لذلك في الواقع، وإلا فأصل المعاوضة حقيقه بين المالكين و الضمان و التضمين الحقيقي بالنسبة إليهما؛ ولذا ينتقل الثلث إلى مالك المبيع و يدخل في ضمانه بمجرد الإجازة.

و الحاصل: أنه لا تضمين حقيقه في تسليط المشتري البائع على الثلث، و أما رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لمالكيه (1) البائع للمثلث عند انكشاف الخطأ- مع أنه إنما ضمّنه بمال الغير- فلعدم طيب نفسه على تصرف البائع فيه من دون ضمان، وإن كان ما ضمّنه به غير ملك له و لا يتحقق به التضمين؛ لأنه إنما طاب نفسه بتصرف البائع لاعتقاد كون المثلث ملكاً له و صيرورته مباحاً له بتسليطه عليه، و هذا مفقود فيما

ص: ٤٨٨

١- ١) كذا في «ش» و نسخه بدل «ن»، و في سائر النسخ: لملكه.

نحن فيه؛ لأنّ طيب النفس بالتصرّف و الإلتلاف من دون ضمان له بماله حاصل.

و ممّا ذكرنا يظهر- أيضاً- فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد، حيث إنّ ضمّن البائع بما يعلم أنّه لا يضمن الثمن به، و كذا البائع مع علمه بالفساد ضمّن المشتري بما يعلم أنّ (١) المشتري لا يضمن به، فكأنه لم يضمنه بشيء.

وجه الفساد: أنّ التضمين الحقيقي حاصل هنا؛ لأنّ المضمون به مال الضامن، غايه الأمر أنّ فساد العقد مانع عن مضيّ هذا الضمان و التضمين في نظر الشارع؛ لأنّ المفروض فساده، فإذا لم يمضِ الشارع الضمان الخاصّ صار أصل إقدام الشخص على الضمان الحقيقي، أو قاعده إثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني أو استئمان عن مالكة، موجباً لضمانه- على الخلاف في مدرك الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه (٢)- و شيء منهما غير موجود فيما نحن فيه، كما أوضحناه بما لا- مزيد عليه (٣)، و حاصله: أنّ دفع المال إلى الغاصب ليس إلّا كدفعه إلى [] ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع و تسليطه على إلتلافه، في أنّ ردّ المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث (٤).

نعم، لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك- كالخمر

ص: ٤٨٩

١- ١) في «ع» و ظاهر «ن» بدل «أن»: «إذ»، و في مصحّحتي «م» و «ن»: «أنّ».

٢- ٢) راجع الصفحه ١٨٨-١٩١.

٣- ٣) راجع الصفحه ٤٨٦-٤٨٧.

٤- ٤) في «ف» زياده: أو السلطنه على إلتلافه.

و الخنزير و الحرّ قوى اطراد ما ذكرنا فيه: من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال، كما صرح به شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد (١).

هذا، و لكن (٢) إطلاق قولهم: «إنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده» يقتضى الضمان فيما نحن فيه و شبهه؛ نظراً إلى أنّ البيع الصحيح يقتضى الضمان بفساده كذلك، إلّا أن يفسر بما أبطلناه سابقاً: من أنّ كلّ عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساد (٣)، و لا- ريب أنّ العقد فيما نحن فيه- و فى مثل المبيع (٤) بلا ثمن و الإجاره بلا اجره- إذا فرض صحيحاً لا يكون فيه (٥) ضمان، فكذلك مع الحكم بالفساد، لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقاً فى توضيح هذه القضية؛ فإنّ معناها: أنّ كلّ عقد تحقّق الضمان فى الفرد الصحيح منه يثبت الضمان فى الفرد الفاسد منه، فيختصّ موردها بما إذا كان للعقد فردان فعليان، لا الفرد الواحد المفروض تاره صحيحاً و أخرى فاسداً.

نعم، يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه و شبهه، بأن لا يكون المراد من العقد فى موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود- كالبيع و الصلح- بل يراد مطلق المعامله المائيه التى يوجد لها

ص: ٤٩٠

١- ١) شرح القواعد (مخطوط): ٦٨.

٢- ٢) فى «ف» زياده: مقتضى.

٣- ٣) سبق إبطاله فى مسأله المقبوض بالعقد الفاسد، راجع الصفحه ١٨٦.

٤- ٤) فى مصححه «م»: البيع.

٥- ٥) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: فيها.

فردان صحيح و فاسد، فيقال: إن ما نحن فيه و البيع بلا ثمن و الإجاره بلا اجره، تمليك بلا عوض من مال الآخر، و الفرد الصحيح من هذه المعامله- و هي الهبه الغير المعوضه- لا ضمان فيها، ففاسدها كذلك، فتأمل.

و بالجمله، فمستند المشهور في مسألتنا لا يخلو من غموض؛ و لذا لم يصرح أحد بعدم الضمان في «بعتك بلا ثمن» مع اتفاقهم عليه هنا (١)، و صرح بعضهم (٢) بضمان المرتشى مع تلف الرشوه التي هي من قبيل الثمن فيما نحن فيه. نعم، ذكر الشهيد رحمه الله و غيره عدم الضمان في الإجاره بلا اجره (٣).

و يؤيد ما ذكرنا: ما دلّ من الأخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سحتاً (٤)، و إن أمكن الذبّ عنه بأن المراد التشبيه في التحريم، فلا ينافي عدم الضمان مع التلف كأصل السحت.

ثم إن مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن: ثبوت

ص: ٤٩١

١- ١) لم ترد «هنا» في غير «ف» و «ش»، و استدركت في «ن».

٢- ٢) صرح به المحقق في الشرائع ٤: ٧٨، و العلامه في القواعد ٢: ٢٠٥، و في المستند (٢: ٥٢٧) هكذا: على المصرح به في كلام الأصحاب بل نفى الخلاف بيننا عليه.

٣- ٣) تقدّم عن الشهيد في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد (راجع الصفحه ١٨٦)، و استحسنة السيد الطباطبائي في الرياض ٢: ٨ فيما لو اشترط عدم الأجره.

٤- ٤) انظر الوسائل ١٢: ٦١ و ٨٣، الباب ٥ و ١٤ من أبواب ما يكتسب به، و غيرهما من الأبواب.

الرجوع إذا باع البائع الفضولي غير بائع لنفسه، بل باع عن المالك و دفع المشتري الثمن إليه لكونه واسطه في إيصاله إلى المالك فتلف في يده؛ إذ لم يسلطه عليه ولا أذن له في التصرف فيه، فضلاً عن إتلافه، و لعل كلماتهم و معاهد اتّفاقهم تختصّ بالغاصب البائع لنفسه، و إن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضوليته.

و كذا يقوى الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري، بل أخذه بناءً على العقد الواقع بينهما؛ فإنه لم يحصل هنا من المشتري تسليط (١) إلّا بالعقد، و التسليط العقدي مع فساد غير مؤثّر في دفع (٢) الضمان، و يكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم (٣) بإباحه تصرف البائع الغاصب (٤) فيه مع اتّفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحه.

و كذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العين صاحبها.

و لو كان الثمن كلياً فدفع إليه المشتري بعض أفراده، فالظاهر عدم الرجوع؛ لأنّه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجاناً.

ص: ٤٩٢

١- ١) في غير «ص» و «ش»: «تسلط»، لكن صحّح في «ن» و «م» بما أثبتناه.

٢- ٢) في «ص»: رفع.

٣- ٣) لم نقف على المصرّح بهذا، نعم نسبه في جامع المقاصد ٤:٧١ إلى الأصحاب، و في الجواهر ٢٢:٣٠٧ نسبه جواز التصرف إلى ظاهر المحقق الكركي و غيره.

٤- ٤) كلمه «الغاصب» من «ش» و مصحّحه «ن».

المسأله الثانيه أن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن:

فإمّا أن يكون في (١)مقابل العين، كزياده قيمه على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كانت قيمه المأخوذه منه عشرين و الثمن عشره.

و إمّا أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري، كسكنى الدار و وطء الجاريه و اللبن و الصوف و الثمره.و إمّا أن يكون غرامه لم يحصل له في مقابلها نفع، كالنفقه و ما صرفه في العماره، و ما تلف منه أو ضاع من الغرس و الحفر، أو إعطائه قيمه للولد المنعقد حرًا و نحو ذلك، أو نقص من الصفات و الأجزاء.

ثم المشتري، إن كان عالمًا فلا رجوع في شيء من هذه الموارد؛ لعدم الدليل عليه.

و إن كان جاهلاً، فأما الثالث فالمعروف من مذهب الأصحاب - كما في الرياض (٢) و عن الكفايه (٣) -: رجوع المشتري الجاهل بها على البائع، بل في كلام بعض (٤) - تبعاً للمحكي عن فخر الإسلام في

ص: ٤٩٣

١- ١) كذا في «ف» و «ص» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: من.

٢- ٢) الرياض ٣٠٧: ٢.

٣- ٣) الكفايه: ٢٦٠، و فيه: «و ذكر الأصحاب... إلخ»، كما نقله عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ١٩٩: ٤.

٤- ٤) مفتاح الكرامه ١٩٩: ٤.

شرح الإرشاد (١) - دعوى الإجماع على الرجوع بما (٢) لم يحصل في مقابله نفع.

و في السرائر (٣): أنه يرجع قولاً واحداً (٤)، و (٥) في كلام المحقق (٦) و الشهيد (٧) الثانيين - في كتاب الضمان - نفي الإشكال عن ضمان البائع لدرك ما يُحدثه المشتري إذا قلعه (٨) المالك.

و بالجمله، فالظاهر عدم الخلاف في المسألة؛ للغرور - فإنَّ البائع مغرّر للمشتري و موقع إياه في خطرات الضمان و متلف عليه ما يغرمه، فهو كشاهد الزور الذي يُرجع إليه إذا رجع عن (٩) شهادته - و لقاعده نفي الضرر، مضافاً إلى ظاهر روايه جميل أو فحواها: «عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثمَّ يجيء مستحقَّ الجارية، قال:

يأخذ الجارية المستحقَّ، و يدفع إليه المبتاع قيمه الولد و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمه الولد التي أخذت منه» (١٠) فإنَّ حرَّيه ولد

ص: ٤٩٤

١ - ١) لا يوجد لدينا، لكن حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ١٩٩.

٢ - ٢) في غير «ف» و «ش» بدل «بما»: ما.

٣ - ٣) في «ش»: ير (رمز التحرير)، و انظر التحرير ٢: ١٤٢.

٤ - ٤) السرائر ٢: ٤٩٣.

٥ - ٥) الواو من «ف» و «ش».

٦ - ٦) جامع المقاصد ٥: ٣٤٠.

٧ - ٧) المسالك ٤: ٢٠٥.

٨ - ٨) في «خ» و «ع» كتب على «قلعه»: تلفه - خ، و في «ص»: أتلفه - خ.

٩ - ٩) كذا في «م»، و في سائر النسخ: من.

١٠ - ١٠) الوسائل ١٤: ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ٥.

المشترى إما أن يعدّ نفعاً عائداً إليه أو لا، وعلى التقديرين يثبت المطلوب، مع أنّ في توصيف قيمه الولد بأنها «أخذت منه» نوع إشعار بعليه (١) الحكم، فيطرد في سائر ما أخذت (٢) منه.

و أما السكوت عن رجوع المشتري إلى البائع في بعض الأخبار، فهو لعدم كونه مسوقاً لذلك.

كروايه زراره: «في رجل اشترى من سوق المسلمين جاريه فخرج بها إلى أرضه فولدت منه (٣) أولاداً، ثم أتاها من يزعم أنّها له و أقام على ذلك البئنه، قال: يقبض ولده و يدفع إليه الجاريه، و يعوّضه من قيمه ما أصاب من لبنها و خدمتها» (٤).

□
و روايه زريق، قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام يوماً إذ دخل عليه رجلان، فقال أحدهما: إنّه كان علىّ مالٌ لرجل من بنى عمّار، و له بذلك ذكر حقّ (٥) و شهود، فأخذ المال و لم أسترجع عنه (٦) الذكر بالحقّ، و لا كتبت عليه كتاباً، و لا أخذت منه براءه بذلك؛ و ذلك لأنى وثقت به، و قلت له: مزّق الذكر بالحقّ الذى عندك، فمات و تهاون

ص: ٤٩٥

١-١ (١) كذا في «ن»، و استظهر في «ص»، و في سائر النسخ: لعليه.

٢-٢ (٢) كذا، و المناسب: ما أخذ.

٣-٣ (٣) في «ف»: فولد منها.

٤-٤ (٤) الوسائل ١٤: ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ٤.

٥-٥ (٥) ذكر الحقّ: الوثيقه التى يُذكر فيها الدين، انظر لسان العرب ٧: ٣٧٩، و الإفصاح: ١٢٠٨.

٦-٦ (٦) في الوسائل: منه.

بذلك و لم يمزقه، و عقيب هذا طالبني بالمال ورأته و حاكموني و أخرجوا بذلك ذكر الحق (١)، و أقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم، فأخذت بالمال، و كان المال كثيراً، فتواريت عن الحاكم، فباع علي قاضي الكوفه معيشه لي و قبض القوم المال، و هذا رجل من إخواننا ابتلى بشراء معيشتي من القاضي.

ثم إن ورثه الميت أقروا أنّ أباهم قد قبض المال، و قد سألوه أن يردّ عليّ معيشتي و يعطونه الثمن في أنجم معلومه، فقال: إني أحبّ أن أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن هذا.

فقال الرجل -يعني المشتري-: كيف أصنع جعلت فداك؟ قال:

تصنع أن ترجع بمالك على الورثه، و تردّ المعيشه إلى صاحبها و تخرج يدك عنها.

قال: فإذا فعلت ذلك، له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغله من ثمن الثمار، و كلّ ما كان مرسوماً في المعيشه يوم اشتريتها يجب أن تردّ ذلك، إلّا ما كان من زرع زرعته أنت، فإنّ للزارع إمّا قيمه الزرع، و إمّا أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل ذلك (٢) كان ذلك له، و ردّ عليك قيمه الزرع و كان الزرع له.

قلت: جعلت فداك! فإن كان هذا قد أحدث فيها بناءً أو غرساً (٣)؟

ص: ٤٩٦

١-١) في الوسائل: الذكر بالحقّ.

٢-٢) لم تردّ «ذلك» في الوسائل، و شطب عليها في «ص».

٣-٣) في الوسائل: قد أحدث فيها بناءً و غرس.

قال: له قيمة ذلك، أو يكون ذلك المحدث بعينه (١) يقلعه و يأخذه.

قلت: أ رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس و هُدم البناء؟ فقال: يردّ (٢) ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا ردّ جميع ما أخذ من غلاتها على (٣) صاحبها و ردّ البناء و الغرس و كلّ محدث إلى ما كان، أو ردّ القيمة كذلك، يجب على صاحب الأرض أن يردّ عليه (٤) كلّ ما خرج عنه (٥) في إصلاح المعيشه، من قيمة غرسٍ أو بناءٍ أو نفقهٍ في مصلحة المعيشه، و دفع النوائب عنها (٦)، كلّ ذلك فهو (٧) مردود إليه (٨).

و فيه- مع أنّا نمنع وروودها (٩) إلّا في مقام حكم المشتري مع المالك-: أنّ السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل، مع أنّ (١٠)

ص: ٤٩٧

١- ١) في «ف» و«خ» و نسخه بدل «ن»، «م»، «ع» و«ش»: نفسه.

٢- ٢) في «ف»، «م» و«ع»: ترد.

٣- ٣) في الوسائل و مصحّحه «م» و«ص»: إلى.

٤- ٤) عبارته «أن يردّ عليه» من الوسائل، و قد استدركت في هامش «خ»، «م»، «ص» و«ش».

٥- ٥) كذا في الوسائل و مصحّحه «ص»، و في النسخ: منه.

٦- ٦) كلمه «عنها» من الوسائل، و استدركت في «م» و«ص».

٧- ٧) كلمه «فهو» من الوسائل، و استدركت في «م» و«ص».

٨- ٨) في النسخ زياده: «إلخ»، و الظاهر أنّه لا وجه له، لأنّ الحديث المذكور بتمامه، انظر الوسائل ١٢: ٢٥٣، الباب ٣ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٩- ٩) كذا في النسخ، و الظاهر أنّ الصواب: «ورودهما» كما في مصحّحه «ن».

١٠- ١٠) في «ش»: أنّه.

روايه زراره ظاهرها عدم التمكّن من الرجوع إلى البائع، مع أنّ البائع في قضيه زريق هو القاضى، فإن كان قضاؤه صحيحاً لم يتوجه إليه غرم؛ لأنّ الحاكم من قبل الشارع ليس غاراً (١) من جهة حكمه على طبق البيئه المأمور بالعمل بها، وإن كان قضاؤه باطلاً- كما هو الظاهر- فالظاهر علم المشتري ببطان قضاء المخالف و تصرّفه في أمور المسلمين، فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له.

و أمّا الثانى، و هو ما غرمه فى مقابل النفع الواصل إليه من المنافع و النماء، ففى الرجوع بها خلاف، أقواها (٢) الرجوع؛ وفاقاً للمحكّي عن المبسوط (٣) و المحقّق (٤) و العلامه فى التجاره (٥) و الشهيدين (٦) و المحقّق

ص: ٤٩٨

- ١- ١) فى «ع» و «ص»: غارماً.
- ٢- ٢) كذا، و لعلّ الأولى: أقواهما.
- ٣- ٣) حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ١٩٩ و ٦: ٣٠١ عن موضع من المبسوط، و لم نعثر عليه فيه، و فى الإيضاح (٢: ١٩١) و التنقيح (٤: ٧٥) أنّ للشيخ قولين، و لكنّ الشهيد الثانى فى المسالك (٢: ٢١٣) الطبعه الحجرية حكى عن الشيخ فى المبسوط: العدم، و مثله المحقّق السبزوارى فى الكفايه: ٢٦٠ و السيّد الطباطبائى فى الرياض ٢: ٣٠٧.
- ٤- ٤) حكاه الشهيد الثانى فى المسالك (الطبعه الحجرية) ٢: ٢١٣، و السيّد الطباطبائى فى الرياض ٢: ٣٠٧ و غيرهما عن متاجر الشرائع، انظر الشرائع ٢: ١٤.
- ٥- ٥) حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٦: ٣٠١، عن ظاهر القواعد فى المتاجر، و انظر القواعد ١: ١٢٤.
- ٦- ٦) الدروس ٣: ١١٥، و الروضه البهيّه ٣: ٢٣٨، و المسالك ٣: ١٦٠.

الثانى (١) وغيرهم (٢)، و عن التنقيح: أن عليه الفتوى (٣)؛ لقاعده الغرور المتفق عليها ظاهراً فى من قدّم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله.

و يؤيده: قاعده نفي الضرر؛ فإنّ تغريم من أقدم على إتلاف شيء من دون عوض مغروراً من آخر بأنّ له ذلك مجاناً، من دون الحكم برجوعه إلى من غرّه، فى ذلك ضرر عظيم، و مجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر.

و كيف كان، فصدق الضرر و إضرار الغارّ به ممّا لا يخفى، خصوصاً فى بعض الموارد.

فما فى الرياض: من أنّه لا- دليل على قاعده الغرور إذا لم ينطبق مع قاعده نفي الضرر المفقود فى المقام؛ لوصول العوض إلى المشتري (٤)، لا يخلو عن شيء.

مضافاً إلى ما قيل عليه: من منع مدخلية الضرر فى قاعده الغرور، بل هى مبنيّة على قوّه السبب على المباشر (٥).

لكنّه لا يخلو من نظر؛ لأنّه إنّما يدعى اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصّه و الإجماع بصوره الضرر.

ص: ٤٩٩

١-١) جامع المقاصد ٣٢٦:٦.

٢-٢) كفخر المحققين فى إيضاح الفوائد ١٩١:٢، و المحقق الأردبيلي فى مجمع الفائدة ١٦٤:٨، و غيرهما.

٣-٣) التنقيح ٧٥:٤.

٤-٤) الرياض ٣٠٧:٢.

٥-٥) قاله صاحب الجواهر فى الجواهر ١٨٣:٣٧.

و أما قوّه السبب على المباشر، فليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور، إلا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه، كما في المُكْرَه و كما في الريح العاصف الموجب للإحراق، و الشمس الموجبه لإذابه الدهن و إراقتها.

و المتّجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً، كما تُسب إلى ظاهر الأصحاب في المكروه (1)؛ لكون المباشر بمنزله الآله، و أما في غير ذلك فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج إلى دليل مفقود، فلا بدّ من الرجوع بالأخره إلى قاعده الضرر، أو الإجماع المدعى في الإيضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى (2)، أو بالأخبار الوارده في الموارد المتفرّقه (3)، أو كون الغاز سبباً في تغريم المغرور، فكان كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ بشهادته (4).

و لا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه، أما الأخير فواضح، و أما الأوّل فقد (5) عرفته، و أما الإجماع و الأخبار فهما و إن لم يردا في خصوص المسأله، إلا أنّ تحقّقهما (6) في نظائر المسأله كافٍ، فإنّ

ص: ٥٠٠

١-١) نسبه صاحب الجواهر في الجواهر ٥٧:٣٧.

٢-٢) الإيضاح ١٩١:٢.

٣-٣) منها ما تقدّم في الصفحه ٤٩٤ و ما بعدها.

٤-٤) في غير «ف» و «ن»: «لشهادته»، راجع الوسائل ١٨:٢٣٨ و ٢٤٢، الباب ١١ و ١٤ من أبواب الشهادات.

٥-٥) في «ف»، «ن» و «خ»: قد.

٦-٦) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: «تحقّقها»، لكن صحّحت في «ن»، «م» و «ص» بما أثبتناه.

رجوع آكل طعام الغير إلى من غرّه بدعوى تملكه وإباحته له مورد الإجماع ظاهراً، و رجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزور مورد الأخبار، و لا يوجد فرق بينهما و بين ما نحن فيه أصلاً.

و قد ظهر ممّا ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه، كما في كلام بعض (1)، حيث عدل في ردّ مستند المشهور عمّا في الرياض (2) من منع الكبرى، إلى منع الصغرى، فإنّ الإنصاف أنّ مفهوم الغرور الموجب للرجوع في باب الإلتلاف و إن كان غير منقّح، إلّا أنّ المتيقّن منه ما كان إلتلاف المغرور لمال الغير و إثبات يده عليه لا بعنوان أنّه مال الغير، بل قصده إلى إلتلافه (3) مال نفسه أو مال من أباح له الإلتلاف، فيكون غير قاصد لإلتلاف مال الغير، فيشبهه المُكرّه في عدم القصد.

هذا كلّه، مضافاً إلى ما قد يقال: من دلاله روايه جميل -المتقدّمه (4)- بناءً على أنّ حرّيه الولد منفعه راجعه إلى المشتري، و هو الذي ذكره المحقّق احتمالاً في الشرائع في باب الغصب (5)، بناءً على تفسير المسالك (6)، و فيه تأمّل.

ص: ٥٠١

١- ١) و هو صاحب الجواهر في الجواهر ١٨٣: ٣٧.

٢- ٢) الرياض ٣٠٧: ٢.

٣- ٣) في «م»: إلتلاف.

٤- ٤) تقدّمت في الصفحه ٤٩٤.

٥- ٥) الشرائع ٢٤٦: ٣.

٦- ٦) المسالك (الطبعه الحجريه) ٢١٣: ٢.

ثم إنَّ ممَّا ذكرنا في حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه في مقابل العين من زياده قيمه على الثمن الحاصله وقت العقد، كما لو باع ما يسوى (١) عشرين بعشره، فتلف فأخذ منه المالك عشرين (٢)، فإنَّه لا يرجع بعشره الثمن، وإلاَّ لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغزّه (٣) في ذلك؛ لأنَّه لو فرض صدق البائع في دعوى الملكيه لم يزل غرامه المشتري (٤) للثمن بإزاء المبيع التالف، فهذه الغرامه للثمن (٥) لم تنشأ عن كذب البائع، وأمَّا العشره الزائده فإنَّما جاء غرامتها من كذب البائع في دعواه، فحصل الغرور فوجب الرجوع.

و ممَّا ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر (٦) في وجه عدم الرجوع: من أنَّ المشتري إنَّما أقدم على ضمان العين و كون تلفه منه، كما هو شأن فاسد كلِّ عقد يُضمن بصحيحه، و مع الإقدام لا غرور؛ و لذا لم يقل به في العشره المقابله للثمن.

توضيح (٧) الاندفاع: أنَّ الإقدام إنَّما كان على ضمانه بالثمن، إلاَّ أنَّ

ص: ٥٠٢

١- ١) في «خ»، «م»، «ع»، و «ص»: «سوى»، و في الأخيره مکتوب فوقها: ساوى-ظ.

٢- ٢) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في غيرهما: بعشرين.

٣- ٣) في «ع»: يغرمه.

٤- ٤) في غير «ش» بدل المشتري: «البائع»، لكن صححت في «خ»، «م»، «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٥- ٥) لم ترد «للمن» في «ف».

٦- ٦) انظر المسالك (الطبعه الحجريه) ٢١٣: ٢، و الجواهر ١٧٩: ٣٧.

٧- ٧) في «ف»: و توضيح.

الشارع جعل القبض على هذا النحو من الإقدام-مع فساد العقد و عدم إمضاء الشارع له-سبباً لضمان المبيع بقيمته الواقعيه،فالمانع من تحقّق الغرور-و هو الإقدام-لم يكن إلماً في مقابل الثمن،و الضمان المسبّب عن هذا الإقدام لَمّا كان لأجل فساد العقد المسبّب عن تغرير البائع كان المرتبّ عليه من ضمان العشره الزائده مستقرّاً على الغارّ، فغرامه العشره الزائده و إن كانت مسبّبه عن الإقدام،إلّا أنّها ليست مقدماً عليها.

هذا كلّه،مع أنّ التحقيق-على ما تقدّم سابقاً (١)-: أنّ سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الائتمان،و أن ليس الإقدام على الضمان علّه له مع عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان و إن استدلّ به الشيخ (٢)و أكثر من تأخّر عنه (٣)،و قد ذكرنا في محلّه توجيه ذلك بما يرجع إلى الاستدلال باليد،فراجع (٤).و كيف كان، فجريان قاعده الغرور فيما نحن فيه أولى منه فيما حصل في مقابلته نفع.

هذا إذا كانت الزيادة موجوده وقت العقد،و لو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه أولى.

هذا كلّه فيما يغرمه المشتري بإزاء نفس العين التالفه،و أمّا ما يغرمه بإزاء أجزائه التالفه،فالظاهر أنّ حكمه حكم المجموع في

ص: ٥٠٣

١-١) تقدّم في الصفحه ١٩٠-١٩١ و ٤٨٩.

٢-٢) كما تقدّم في الصفحه ٤٨٦،و راجع الصفحه ١٨٢ و ١٨٨،أيضاً،في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد.

٣-٣) كما تقدّم في الصفحه ٤٨٦،و راجع الصفحه ١٨٢ و ١٨٨،أيضاً،في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد.

٤-٤) راجع الصفحه ١٩٠-١٩١.

أنه يرجع في الزائد على ما يقابل ذلك الجزء لا فيما يقابله -على ما اخترناه- ويجيء على القول الآخر عدم الرجوع في تمام ما يغرمه.

و أما ما يغرمه بإزاء أوصافه، فإن كان ممّا لا يقسّط عليه الثمن -كماعدا وصف الصّحّه من الأوصاف التي يتفاوت بها قيمه، كما لو كان عبداً كاتباً فنسى الكتابه عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت- فالظاهر رجوع المشتري على البائع؛ لأنه لم يُقدم على ضمان ذلك.

ثم إن ما ذكرنا كلّه -من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه- إنّما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهه كون البائع غير مالك، أمّا لو كان فاسداً من جهه أخرى فلا رجوع على البائع؛ لأنّ الغرامه لم تجيء من تغيير البائع في دعوى المملكه، وإنّما جاءت من جهه فساد البيع، فلو فرضنا البائع صادقاً في دعواه لم تزل الغرامه، غايه الأمر كون المغروم له هو البائع على تقدير الصدق، والمالك على تقدير كذبه، فحكمه حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على تقدير صدق البائع و كذبه.

ثمّ إنّه قد ظهر (1) ممّا ذكرنا: أنّ كلّ ما يرجع المشتري به على البائع إذا رُجع عليه (2)، فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رُجع عليه؛ لأنّ المفروض قرار الضمان على البائع، وأمّا ما لا يرجع المشتري

ص: ٥٠٤

١- ١) في «ف»: قد تلخص.

٢- ٢) كذا في «ف» ونسخه بدل «ن»، وفي سائر النسخ: إليه.

به على البائع - كمساوى الثمن من قيمه - فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك، و الوجه في ذلك حصول التلف في يده.

فإن قلت: إن كلاً من البائع و المشتري يتساويان في حصول العين في يدهما العاديه التي هي سبب للضمان (١)، و حصول التلف في يد المشتري (٢) لا دليل على كونه سبباً لرجوع البائع عليه. نعم، لو أُلّف بفعله رجع؛ لكونه سبباً لتنجز الضمان على السابق.

قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمّه كل من اليدين ببدل التالف و صيرورته في عهده كل منهما، مع أنّ الشئ الواحد لا يقبل الاستقرار (٣) إلّا في ذمّه واحده، و أنّ الموصول في قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» (٤) شئ واحد، كيف يكون على كل واحده من الأيدى المتعدّده؟ فنقول: معنى كون العين المأخوذه على اليد: كون عهدها و دركها بعد التلف عليه، فإذا فرض أيدي متعدّده يكون العين الواحده في عهده كل من الأيدى، لكن ثبوت الشئ الواحد في العهدهات المتعدّده معناه:

لزوم خروج كل منها عن العهده عند تلفه، و حيث إنّ الواجب هو

ص: ٥٠٥

١ - ١) في «ف»: الضمان.

٢ - ٢) في غير «ف» و «ش» زياده: «لا وجه له، و»، و قد شطب عليها في «ن».

٣ - ٣) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: «لا يعقل الاستقرار»، لكن صحّح في «خ» و «ص» ب «لا يعقل استقراره».

٤ - ٤) عوالى اللآلى ٢٢٤: ١، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

تدارك التالف الذى يحصل ببدل واحد لا أزيد، كان معناه: تسلط المالك على مطالبه كل منهم بالخروج (١) عن العهد عند تلفه (٢)، فهو يملك ما فى ذمه كل منهم على البديل، بمعنى أنه إذا استوفى أحدها (٣) سقط (٤) الباقي؛ لخروج الباقي عن كونه (٥) تداركاً، لأن المتدارك لا يتدارك.

و الوجه فى سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي: أن مطالبته ما دام لم يصل إليه المبدل ولا بدله، فأيتها (٦) حصل فى يده لم يبق له استحقاق بدله (٧)، فلو بقى شيء له فى ذمه واحده (٨) لم يكن بعنوان

ص: ٥٠٦

١- ١) فى غير «ف» و«ن»: الخروج.

٢- ٢) عند تلفه «ساقطه من «ف».

٣- ٣) كذا فى «ش» و مصححتى «ن» و«م»، و فى مصححتى «خ» و«ص»: أحدهم، و فى نسختى «ف» و«ع»: «أحدهما»، و الظاهر أنها كانت فى أصل النسخ مثناه، ثم أضيف إليها فى بعض النسخ كلمه «من» قبلها تصحيحاً أو استظهاراً.

٤- ٤) فى «ص» زياده: من-خ.

٥- ٥) كذا فى «ع» و«ص» و مصححه «خ»، و فى سائر النسخ: «كونها»، قال الشهيدى: ضمير «كونها» على تقدير صحه النسخه راجع إلى «الباقي» بلحاظ المعنى، فإن المراد منه الأبدال، و الصواب «كونه» بدل «كونها». (هدايه الطالب: ٣١١).

٦- ٦) كذا فى «ف»، و فى «ن» و«خ» قبل التصحيح، و فى سائر النسخ: «فأيهما»، و الصواب ما أثبتناه، و الضمير راجع إلى «الأبدال» المستفاد من الكلام.

٧- ٧) فى «خ» شطب على «بدله».

٨- ٨) فى «ف» و«ن»: واحد.

البديئيه، و المفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

و يتحقق ممّا ذكرنا: أنّ المالك إنّما يملك البدل على سبيل البديئيه، و (١) يستحيل اتّصاف شيء منها بالبديئيه بعد صيروره أحدها بدلاً عن التالف واصلًا إلى المالك.

و يمكن أن يكون نظير ذلك: ضمان المال على طريقه الجمهور؛ حيث إنّه ضمّ ذمّه إلى ذمّه أُخرى (٢)، و ضمان عهده العوضين لكلّ من البائع و المشتري عندنا- كما في الإيضاح (٣)- و ضمان الأعيان المضمونه على ما استقر به في التذكرة (٤) و قوّاه في الإيضاح (٥)، و ضمان الاثني لواحد كما اختاره ابن حمزه (٦).

و قد حكى فخر الدين (٧) و الشهيد (٨) عن العلامة رحمه الله في درسه (٩):

أنّه نفى المنع عن (١٠) ضمان الاثني على وجه الاستقلال، قال: و نظيره في

ص: ٥٠٧.

١- ١) في غير «ش» بدل «و»: «إذ»، لكن صحّح في «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) انظر المغنى؛ لابن قدامه ٤: ٥٩٠.

٣- ٣) لم نقف عليه.

٤- ٤) التذكرة ٢: ٩٢، و فيه: و في ضمان الأعيان المضمونه و العهده إشكال، أقربه عندي جواز مطالبه كلّ من الضامن و المضمون عنه بالعين المغصوبه.

٥- ٥) لم نقف عليه.

٦- ٦) راجع الوسيله: ٢٨١.

٧- ٧) الإيضاح ٢: ٨٩.

٨- ٨) لم نقف عليه في كتبه و لا على من حكى عنه.

٩- ٩) في «ش»: دروسه.

١٠- ١٠) في غير «ف»: من.

العبادات: الواجب الكفائي، و في الأموال: الغاصب من الغاصب.

هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوى الأيدي.

و أمّا حال بعضهم بالنسبة إلى بعض، فلا ريب في أنّ اللاحق إذا رُجع عليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجباً لإيقاعه في خطر الضمان، كما لا ريب في أنّ السابق إذا رُجع عليه و كان غاراً لللاحق لم يرجع إليه، إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له؛ فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غاراً له.

فنقول: إنّ الوجه في رجوعه هو أنّ السابق اشتغلت ذمته (١) بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدلاً، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل و المبدل على سبيل البدل؛ إذ لا يُعقل ضمان المبدل معيّناً من دون البدل، و إلّا خرج بدله عن كونه بدلاً، فما يدفعه الثاني فإنّما هو تدارك لما استقرّ تداركه في ذمّه الأوّل، بخلاف ما يدفعه الأوّل؛ فإنّ تدارك نفس العين معيّناً؛ إذ (٢) لم يحدث له تدارك آخر بعد؛ فإنّ أداءه إلى المالك سقط تدارك الأوّل له. و لا يجوز دفعه إلى الأوّل قبل دفع الأوّل إلى المالك؛ لأنّه من باب الغرامه و التدارك، فلا اشتغال للذمّه قبل حصول التدارك (٣)، و ليس من قبيل العوض لما في ذمّه الأوّل.

فحال الأوّل مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنّه

ص: ٥٠٨

١- ١) في غير «ف» و «ش» زياده: «له»، لكن شطب عليها في «ن».

٢- ٢) في «خ» و «ع»: إذا.

٣- ٣) كذا في «ش» و مصحّحه «ص»، و في سائر النسخ: قبل فوات المتدارك.

لا يستحقّ الدفع إليه إلّا بعد الأداء.

و الحاصل: أنّ من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البديل من المالك و من سبقه في اليد، فيشتغل (1) ذمّته إمّا بتدارك العين، و إمّا بتدارك ما تداركها (2)، و هذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البديل، كما كان في الأيدي المتعاقبة اشتغال ذمّه أشخاص على البديل بشيء (3) واحد لشخص واحد.

و ربما يقال (4) في وجه رجوع غير من تلف المال في يده إلى من تلف في يده (5) لو رجع عليه: إنّ ذمّه من تلف بيده مشغوله للمالك بالبديل و إن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغل ذمّته به، فيملك حينئذٍ من أدّى بأدائه ما للمالك في ذمّته بالمعاوضه الشرعيّه القهريّه، قال: و بذلك اتّضح الفرق بين من تلف المال في يده، و بين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمي؛ إذ لا دليل على شغل ذمّم متعدّد به مال واحد، فحينئذٍ يُرجع عليه و لا يرجع هو (6)، انتهى.

و أنت خير بأنّه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده و خطاب غيره بأنّ خطابه ذمي و خطاب غيره شرعي؛ مع كون دلاله

ص: ٥٠٩

١- ١) في «ف»: «فيستقل»، و في «ش»: «و يشتغل».

٢- ٢) في «ف»: «تداركه».

٣- ٣) في غير «ن» و «ش»: «لشيء».

٤- ٤) قاله صاحب الجواهر في الجواهر ٣٧:٣٤.

٥- ٥) عبارته «إلى من تلف في يده» ساقطه من «ش».

٦- ٦) انتهى ما قاله صاحب الجواهر.

«على اليد ما أخذت» بالنسبة إليهما على السواء، والمفروض أنه (1) لا خطاب بالنسبة إليهما غيره، مع أنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء و الخطاب الذمى.

مع أنه لا يكاد يعرف خلاف من أحد في كون كل من ذوى الأيدي مشغول الذمه بالمال فعلاً ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك، نظير الاشتغال بغيره من الديون في إجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله، وتقديمه على الوصايا و الضرب فيه مع الغرماء، و مصالحه المالك عنه مع آخر، إلى غير ذلك من أحكام ما فى الذمه.

مع أن تملكك غير من تلف المال بيده لما فى ذمه (2) من تلف المال بيده بمجرد دفع البدل، لا- يعلم له سبب اختيارى و لا قهرى، بل المتجه على ما ذكرنا سقوط حق المالك عمّن تلف فى يده بمجرد أداء غيره؛ لعدم تحقق موضوع التدارك بعد تحقق التدارك.

مع أن اللازم ممّا ذكره أن لا يرجع الغارم فيمن (3) لحقه فى اليد (4) العاديه إلّا إلى (5) من تلف فى يده، مع أن الظاهر خلافه؛ فإنّه يجوز له أن يرجع إلى كل واحد ممّن بعده.

نعم، لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى

ص: ٥١٠

١- ١) فى «ف»: أن.

٢- ٢) فى غير «ش»: ذمته، لكن صححت فى «ص» و ظاهر «ن» بما أثبتناه.

٣- ٣) فى «ش»: بمن.

٤- ٤) فى مصححه «ص»: الأيدى.

٥- ٥) كلمه «إلى» من «ش» و مصححه «ن»، و العبارة فى «ص»: إلّا بمن.

أن يستقرّ على من تلف في يده.

هذا كلّه إذا تلف المبيع في يد المشتري. وقد عرفت الحكم أيضاً في صورته بقاء العين (1) وأنه يرجع المالك بها على من في يده أو (2) من جرت يده عليها، فإن لم يمكن انتزاعها ممن هي في يده غرم للمالك بدل الحيلولة، و للمالك استرداده (3) فيردّ بدل الحيلولة.

ولا يرتفع سلطنه المالك على مطالبه الأوّل بمجرد تمكّنه من الاسترداد من الثاني، لأنّ عهدها (4) على الأوّل فيجب عليه (5) تحصيلها وإن بذل ما بذل. نعم، ليس للمالك أخذ مثونه الاسترداد، لياشتر (6) بنفسه.

ولو لم يقدر على استردادها إلّا المالك، و طلب من الأوّل عوضاً عن الاسترداد، فهل يجب عليه بذل العوض، أو ينزل منزله التعذّر فيغرم بدل الحيلولة، أو يفرّق بين الأجره المتعارفه للاسترداد و بين الزائد عليها ممّا يعدّ إجحافاً على الغاصب الأوّل؟ وجوه.

هذا كلّه مع عدم تغيّر العين، و أمّا إذا تغيّرت فيجىء صور كثيره

ص: ٥١١

١-١) في الصفحة ٤٨٣.

٢-٢) في «ف» زياده: على.

٣-٣) في «ش»: «استردادها»؛ قال الشهيدى قدّس سرّه: و ضمير «استرداده» راجع إلى «من» في قوله: ممّين هي في يده. (هدايه الطالب: ٣١١).

٤-٤) في غير «ش»: عهده.

٥-٥) في غير «ش»: «عليها»، لكن صححت في «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٦-٦) في «ف»: لياشتره.

لا- يناسب المقام التعرّض لها و إن كان كثير ممّا ذكرنا أيضاً ممّا لا يناسب ذكره إلّا في باب الغضب، إلّا أنّ الاهتمام بها دعانى إلى ذكرها في هذا المقام بأدنى مناسبه؛ اغتناماً للفرصه.

وفّقنا الله لما يرضيه عنّا من العلم و العمل، إنّه غفّار الزلل.

ص: ٥١٢

فعلى القول ببطلان الفضولى فالظاهر أنّ حكمه حكم بيع (١) ما يقبل الملك مع ما لا يقبله، والحكم فيه: الصحه؛ لظهور الإجماع، بل دعواه عن غير واحد (٢)، مضافاً إلى صحیحه الصفار المتقدمه فى أدله بطلان الفضولى من قوله عليه السلام: «لا يجوز بيع ما لا يملك، وقد وجب الشراء فى ما يملك» (٣).

و لما ذكرنا قال به من قال ببطلان الفضولى كالشيخ (٤) وابن

ص: ٥١٣

-
- ١- ١) كلمه «بيع» لم ترد فى «ص»، و وردت فى «ن»، «خ»، «م»، و «ع» استدراكاً أو كنسخه بدل.
 - ٢- ٢) منهم السيد ابن زهره فى الغنيه: ٢٠٩، و كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد (مخطوط): ٦٥، و فى الرياض (٥١٣: ١)، و الجواهر (٣٠٩: ٢٢): بل ظاهرهم الإجماع عليه.
 - ٣- ٣) الوسائل ١٢: ٢٥٢، الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، و قد تقدمت فى الصفحه ٣٦٥.
 - ٤- ٤) راجع المبسوط ٢: ١٤٥، و الخلاف ٣: ١٤٤، كتاب البيوع، المسأله ٢٣٢.

زهره (١) و الحلبي (٢) وغيرهم (٣). نعم، لولا النصّ و الإجماع أمكن الخدشه فيه بما سيجيء في بيع ما يملك و ما لا يملك (٤).

و أمّا على القول بصحة الفضولي، فلا- ينبغي الريب في الصحة مع الإجازة، بل و كذا مع الردّ؛ فإنّه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك، غايه الأمر ثبوت الخيار حينئذٍ للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا كما عن التذكرة (٥)، و سيجيء في أقسام الخيار بل عن الشيخ في الخلاف تقوية ثبوت الخيار للبائع (٦)، لكن عن الغنيه الجزم بعدمه (٧)، و يؤيده صحيحه الصفار (٨).

و ربما حُمل كلام الشيخ على ما إذا ادّعى البائع الجهل أو الإذن، و كلام الغنيه على العالم (٩).

ص: ٥١٤

١- (١) الغنيه: ٢٠٩ و ٢٣٠.

٢- (٢) السرائر ٢: ٢٧٥.

٣- (٣) لم نقف على من صرح بهذا من القائلين بالبطلان في الفضولي، نعم يظهر من المحدث البحراني في الحدائق ١٨: ٣٩٩-٤٠٠ و ١٩: ٣١٥.

٤- (٤) يجيء في الصفحة ٥٣١.

٥- (٥) التذكرة ١: ٥٦٦.

٦- (٦) لم نعثر عليه في الخلاف و لا على من حكاه عنه، بل أنكره الشيخ في الخلاف، راجع الخلاف ٣: ١٤٦، المسأله ٢٣٥، نعم قواه في المبسوط كما هو المحكى في الجواهر، راجع المبسوط ٢: ١٤٥، و الجواهر ٢٢: ٣١٦.

٧- (٧) الغنيه: ٢٣٠.

٨- (٨) المشار إليها آنفاً.

٩- (٩) راجع مفتاح الكرامه ٤: ٢٠٧، و الجواهر ٢٢: ٣١٦.

ثم إن صحَّ البيع فيما يملكه مع الردِّ مقيداً في بعض الكلمات بما إذا لم يتولَّد من عدم الإجازة مانع شرعي، كلزوم ربا، وبيع آبقٍ من دون ضميمه (١)، وسيجيء الكلام في محلها (٢).

ثم إن البيع المذكور صحيح بالنسبة إلى المملوك بحصته من الثمن، و موقوف في غيره بحصته.

و طريق معرفه حصه كل منهما من الثمن في غير المثلى: أن يقوم كلُّ منهما منفرداً، فيؤخذ لكل واحدٍ جزءٌ من الثمن نسبته إليه كنسبه قيمته إلى مجموع القيمتين، مثاله - كما عن السرائر (٣) - ما إذا كان ثمنهما (٤) ثلاثة (٥) دنانير، وقيل: «إنَّ قيمه المملوك قيراط و قيمه غيره قيراطان» فيرجع المشتري بثالثي الثمن.

و ما ذكرنا من الطريق هو المصرَّح به في الإرشاد، حيث قال:

و يقسِّط المسمَّى (٦) على القيمتين (٧). و لعله أيضاً مرجع (٨) ما في الشرائع (٩)

ص: ٥١٥

١-١) قيده صاحب الجواهر في الجواهر ٣٠٩:٢٢.

٢-٢) كذا في النسخ، و الظاهر أن الصحيح: «في محلّه» كما استُظهر في «ص».

٣-٣) السرائر ٢٧٦:٢.

٤-٤) كذا في «ص» و مصحَّحه «ن»، و في سائر النسخ: ثمنها.

٥-٥) كذا في «ف» و مصحَّحه «ص»، و في سائر النسخ: ثلاث.

٦-٦) في «ف»: «الثمن»، و في هامش «م» زياده: الثمن - خ ل.

٧-٧) الإرشاد ٣٦٠:١.

٨-٨) في «ف»: يرجع إلى.

٩-٩) الشرائع ١٥:٢.

و القواعد (١) و اللعه (٢): من أنهما يقومان جميعاً ثم يقوم أحدهما؛ و لهذا (٣) فسير بهذه العبارة المحقق الثاني عبارته الإرشاد، حيث قال:

طريق تقسيط المسمى (٤) على القيمتين... إلخ (٥).

لكنّ الإنصاف: أنّ هذه العبارة الموجوده في هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارته الإرشاد التي اخترناها في طريق التقسيط و استظهرناه من السرائر؛ إذ لو كان المراد من «تقويمهما معاً»: تقويم كلّ منهما- لا تقويم المجموع- لم يحتج إلى قولهم: «ثمّ يقوم أحدهما، ثمّ تنسب قيمته» إذ ليس هنا إلماً أمران: تقويم كلّ منهما، و نسبه قيمته إلى مجموع القيمتين؛ فالظاهر إرادته قيمتهما مجتمعين، ثمّ تقويم أحدهما بنفسه، ثمّ ملاحظه نسبه قيمه أحدهما إلى قيمه المجموع.

و من هنا أنكر عليهم جماعه (٦)- تبعاً لجامع المقاصد (٧)- إطلاق القول بذلك؛ إذ لا- يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زياده القيمه، كما في مصراعى باب و زوج خفّ إذا فرض تقويم

ص: ٥١٦

-
- ١-١) القواعد ١:١٢٥.
 - ٢-٢) اللعه الدمشقيه: ١١٠.
 - ٣-٣) كذا في «ف»، «ع» و «ص»، و في سائر النسخ: و لذا.
 - ٤-٤) في «ف»: «الثلث»، و في هامش «م» زياده: «الثلث» - خ ل.
 - ٥-٥) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٩.
 - ٦-٦) مثل الشهيد الثاني في المسالك ٣:١٦٢ و الروضه ٣:٢٣٩، و المحدّث البحراني في الحدائق ١٨:٤٠٢، و السيّد الطباطبائي في الرياض ١:٥١٤، و انظر مفتاح الكرامه ٤:٢٠٤.
 - ٧-٧) جامع المقاصد ٤:٧٨.

المجموع بعشره و تقويم أحدهما بدرهمين و كان الثمن خمسه، فإنه إذا رجع المشتري بجزء من الثمن نسبته إليه كنسبه الاثنين إلى العشره استحقّ من البائع واحداً من الخمسه فيبقى للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد، مع أنه لم يستحقّ من الثمن إلاّ مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر أعني درهمين و نصفاً (١).

و الحاصل: أنّ البيع إنّما يبطل في ملك الغير بحصّه من الثمن يستحقّها الغير مع الإجازة، و يصحّ في نصيب المالك بحصّه كان يأخذها مع إجازة مالك (٢) الجزء الآخر.

هذا، و لكنّ الظاهر أنّ كلام الجماعه إمّا محمول على الغالب:

من عدم زياده قيمه و لا- نقصانها بالاجتماع، أو مرادهم من «تقويمهما» تقويم كلّ منهما منفرداً، و يراد (٣) من «تقويم أحدهما ثانياً» ملاحظه قيمته مع مجموع القيمتين، و إلاّ ففساد الضابط المذكور في كلامهم لا يحتاج إلى النقض بصوره مدخليه الاجتماع في الزياده التي يمكن القول فيها- و إن كان ضعيفاً- بأخذ النسبه للمشتري بين قيمه أحدهما المنفرد و بين قيمه المجموع، بل ينتقض بصوره مدخليه الاجتماع في نقصان قيمه بحيث يكون قيمه أحدهما منفرداً مثل قيمه المجموع أو أزيد، فإنّ هذا فرض ممكن كما صرح به في رهن جامع المقاصد (٤).

ص: ٥١٧

١- ١) في غير «ش» و مصحّحه «ص»: نصف.

٢- ٢) في «ش»: المالك.

٣- ٣) شطب في «ن» على «يراد».

٤- ٤) جامع المقاصد ٥٦: ٥.

و غيره (١)-فإن الالتزام هنا بالنسبه المذكوره يوجب الجمع بين الثمن و المثلن، كما لو باع جاريه مع أمها قيمتهما مجتمعين عشره، و قيمه كل واحد منهما منفرده عشره، بثمانيه؛ فإن نسبه قيمه إحداهما المنفرده إلى مجموع القيمتين (٢)نسبه الشيء إلى مماثله، فرجع (٣)بكل الثمانيه (٤).و كأن من أورد عليهم ذلك غفل عن هذا، أو كان عنده غير ممكن.

فالتحقيق في جميع الموارد: ما ذكرنا، من ملاحظه قيمه كل منهما منفرداً، و نسبه قيمه أحدهما إلى مجموع القيمتين.

فإن قلت: إن المشتري إنما (٥)بذل الثمن في مقابل كل منهما مقيداً باجتماعه مع الآخر، و هذا الوصف لم يبق له مع رد مالك أحدهما، فالبائع إنما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفرداً، فله من الثمن جزءً نسبتته إليه كنسبه الدرهمين إلى العشره، و هو درهم واحد، فالزياده ظلم على المشتري، و إن كان ما أوهمه عبارته الشرائع و شبهها (٦)-من أخذ البائع أربعة، و المشتري واحداً- أشد ظلماً، كما نبه عليه في

ص: ٥١٨

١-١) انظر الجواهر ١٤٠:٢٥.

٢-٢) الأصح في العبارة أن يقال: «إلى قيمتهما مجتمعين» كما نبه عليه بعض المحشّين، انظر هدايه الطالب: ٣١٣.

٣-٣) كذا في النسخ، و الظاهر: «فيرجع» كما في مصححه «ن» و «ص».

٤-٤) كذا في «ص» و «ش» و نسخه بدل «ن»، و في سائر النسخ: العشره.

٥-٥) في «ش»: إذا.

٦-٦) تقدّمت العبارة في الصفحه: ٥١٥-٥١٦.

بعض حواشى الروضه (١)، فاللازم أن يقسّم الثمن على قيمه كل من المالكين منفرداً و على الهيئه (٢) الاجتماعيه، و يُعطى البائع من الثمن بنسبه قيمه ملكه منفرداً، و يبقى للمشتري بنسبه قيمه ملك (٣) الآخر منفرداً و قيمه هيئه الاجتماع (٤).

قلت: فوات وصف الانضمام-كسائر الأوصاف الموجهه لزياده القيمه-ليس مضموناً فى باب المعاوضات و إن كان مضموناً فى باب العدوان، غايه الأمر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفه.

و لا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع و ملك غيره متعددين (٥) فى الوجود كعبد و جاريه، أو متحداً كعبد ثلثه للبائع و ثلثاه لغيره، فإنه لا يوزع الثمن على قيمه المجموع أثلاثاً؛ لأنّ الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان؛ لكونه أقلّ رغبه منه، بل يلاحظ قيمه الثلث و قيمه الثلثين و يؤخذ النسبه منهما (٦) ليؤخذ (٧) من الثمن بتلك النسبه.

ص: ٥١٩

١ - ١) نيه عليه سلطان العلماء فى حاشيته على الروضه البهيه ذيل قول الشارح: «و إنّما يعتبر قيمتهما»، و حكاها عنه المحقق الخوانسارى فى حواشيه على الروضه، انظر حاشيه سلطان العلماء على الروضه: ٦٥، و حاشيه الروضه: ٣٥٩.

٢ - ٢) فى غير «ف»: هيئته.

٣ - ٣) فى «ص» كتب فوق ملك: ملكه-ظ.

٤ - ٤) فى غير «ف»: هيئته الاجتماعيه.

٥ - ٥) فى مصححه «ص»: متعدداً.

٦ - ٦) كذا فى «ش»، و استظهره مصحح «ص»، و فى «ف»: «بينها»، و فى سائر النسخ: منها.

٧ - ٧) فى «ف»: و يؤخذ.

هذا كله في القيمي. أمّا المبيع المثلي: فإن كانت الحصّة مشاعه قُسيط الثمن على نفس المبيع، فيقابل كلّ من حصّتي البائع و الأجنبيّ بما يخصّه، وإن كانت حصّه كلّ منهما معيّنه كان الحكم كما في القيمي: من ملاحظه قيمتي الحصّتين و تقسيط الثمن على المجموع، فافهم.

ص: ٥٢٠

مسألة لو باع من له نصف الدار نصف ملك (١)الدار،

فإن علم أنه أراد نصفه أو نصف الغير عمل به، وإلا فإن علم أنه لم يقصد بقوله: «بعتك نصف الدار» إلا مفهوم هذا اللفظ، ففيه احتمالان: حملة على نصفه المملوك له، وحملة على النصف المشاع بينه وبين الأجنبي.

و منشأ الاحتمالين: إمّا تعارض ظاهر النصف-أعنى الحصّة المشاعه في مجموع النصفين-مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف إلى نصفه المختصّ و إن لم يكن له هذا الظهور في غير (٢)المقام، ولذا يحمل الإقرار على الإشاعه-كما سيجيء (٣)-أو مع ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه؛ لأنّ بيع مال الغير لا بدّ فيه: إمّا من تبه الغير، أو اعتقاد كون المال لنفسه، وإمّا من بنائه على تملكه للمال

ص: ٥٢١

١ - ١) في «ش»: «تلك». قال الشهيدى قدّس سرّه: إضافة «الملك» إلى «الدار» بيانيه، ولو ترك المضاف لكان أولى. (هدايه الطالب: ٣١٣).

٢- ٢) لم ترد «غير» في «ف».

٣- ٣) يجيء في الصفحه ٥٢٥.

عدواناً- كما فى بيع الغاصب- و الكلّ خلاف المفروض هنا.

و ممّا ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه، و بين قول البائع:

«بعث غانماً» مع كون الاسم مشتركاً بين عبده و عبده غيره، حيث ادعى فخر الدين قدّس سرّه الإجماع على انصرافه إلى عبده، فقاس عليه ما نحن فيه (١)؛ إذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور فى عبد الغير فيبقى (٢) ظهور البيع فى وقوعه لنفس البائع، و انصراف لفظ المبيع فى مقام التصرف إلى مال المتصرف، سليمين عن المعارض، فيفسر بهما (٣) إجمال لفظ المبيع.

ثمّ إنّه لو كان البائع وكيلاً فى بيع النصف أو ولياً عن مالكة، فهل هو كالأجنبى؟ وجهان، مبتيان على أنّ المعارض لظهور النصف فى المشاع هو انصراف لفظ «المبيع» إلى مال البائع فى مقام التصرف، أو ظهور التملك فى الأصله الأقوى هو الأوّل؛ لأنّ ظهور التملك فى الأصله من باب الإطلاق، و ظهور النصف فى المشاع و إن كان كذلك أيضاً، إلّا أنّ ظهور المقيّد وارد على ظهور المطلق.

و ما ذكره الشهيد الثانى: من عدم قصد الفضولى إلى مدلول اللفظ (٤)، و إن كان مرجعه إلى ظهور وارد على ظهور المقيّد، إلّا أنّه مختصّ بالفضولى؛ لأنّ القصد الحقيقى موجود فى الوكيل و الوليّ، فالأقوى

ص: ٥٢٢

١-١ (١) الإيضاح ٤٢١:١.

٢-٢ (٢) كذا فى «ف» و «ص»، و فى سائر النسخ: فبقى.

٣-٣ (٣) كذا فى «ش» و مصحّحه «ن» و «ص»، و فى غيرها: بها.

٤-٤ (٤) المسالك ١٥٦:٣.

فيهما (١) الاشتراك في البيع (٢)؛ تحكيمياً لظاهر النصف، إلّا أن يمنع ظهور «النصف» إلّا في النصف المشاع في المجموع، و أمّا ملاحظه حقّي المالكيين و إرادته الإشاعه في الكلّ من حيث إنّه مجموعهما فغير معلومه، بل معلوم (٣) العدم بالفرض.

و من المعلوم: أنّ النصف المشاع بالمعنى المذكور يصدق على نصفه المختصّ، فقد ملك كلياً يملك مصداقه، فهو كما لو باع كلياً سلفاً، مع كونه مأذوناً في بيع ذلك من (٤) غيره أيضاً، لكنّه لم يقصد إلّا مدلول اللفظ من غير ملاحظه وقوعه عنه أو عن غيره، فإنّ الظاهر وقوعه لنفسه؛ لأنّه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له.

و لعلّه لما ذكرنا ذكر جماعه - كالفاضلين (٥) و الشهيدين (٦) و غيرهم (٧) -:

أنّه لو أصدق المرأه عيناً، فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق، استحقّ الزوج بالطلاق النصف الباقي، لا نصف الباقي و قيمه نصف الموهوب و إن

ص: ٥٢٣

١ - ١) في «ف»: فيها.

٢ - ٢) في «ف»: «المنع»، و في «ش»: المبيع، و استظهره مصحّح «ص» أيضاً.

٣ - ٣) كذا في النسخ، و المناسب: معلومه، كما في مصحّحه «ص».

٤ - ٤) في سوى «م» و «ش»: عن.

٥ - ٥) الشرائع ٢: ٣٣٠، المسأله العاشره، و لم نعثر عليه في كتب العلّامه، نعم ذكره في القواعد ٢: ٤٣ على أحد الاحتمالين.

٦ - ٦) اللعهه الدمشقيه: ١٩٧، و الروضه البهيه ٥: ٣٦٧، و المسالك ٨: ٢٥٥.

٧ - ٧) مثل فخر المحقّقين في الإيضاح ٣: ٢٣٣، و المحقّق السبزواري في الكفايه: ١٨٢. و السيّد الطباطبائي في الرياض ٢: ١٤٦.

ذكروا ذلك احتمالاً (١)(٢)، وليس إلّا من جهة صدق «النصف» على الباقي، فيدخل في قوله تعالى: فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (٣) وإن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم: بأنه لما كان الربع الباقي للمرأة من الموجود مثلاً للربع التالف من الزوج، و مساوياً (٤) له من جميع الجهات، بل لا- تغاير بينهما إلّا بالاعتبار، فلا وجه لاعتبار القيمة، نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضه مع كونها قيمته.

لكنّ الظاهر أنّهم لم يريدوا هذا الوجه، وإنما (٥) عللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقّه، فلا يخلو عن منافاه لهذا المقام.

و نظيره في ظهور المنافاه لما هنا: ما ذكروه (٦) في باب الصلح: من أنّه إذا أقرّ من بيده المال لأحد المدّعين للمال بسبب موجب للشركه - كالإرث- فصالحه المقرّ له على ذلك النصف كان النصف مشاعاً في نصبيهما، فإن أجاز شريكه نفذ في المجموع و إلّا نفذ في الربع؛ فإنّ مقتضى ما ذكروه هنا اختصاص المصالح (٧) بنصف المقرّ له؛ لأنّه إن أوقع

ص: ٥٢٤

١- ١) في «ن»، «م» و «ع»: إجمالاً.

٢- ٢) ذكره العلّامة في القواعد ٢: ٤٣، و الشهيد الثاني في المسالك ٨: ٢٥٥، و الروضه البهيه ٥: ٣٦٨.

٣- ٣) البقره: ٢٣٧.

٤- ٤) في غير «ش»: متساوياً.

٥- ٥) في «ش»: و إنّهم.

٦- ٦) ذكره المحقّق في الشرائع ٢: ١٢٢، و العلّامة في القواعد ١: ١٨٦، و راجع لتفصيل الأقوال مفتاح الكرامه ٥: ٤٩٢.

٧- ٧) في «ص»: «المصالحه»، و كتب فوقه: المصالح-خ ل.

الصلح على نصفه الذى أقر له به فهو كما لو صالح نصفه قبل الإقرار مع غير المقرّ أو معه، وإن أوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف أيضاً إلى حصّته، فلا وجه لاشتراكه بينه وبين شريكه؛ ولذا اختار سيّد مشايخنا قدّس الله أسرارهم اختصاصه بالمقرّ له (١).

و فضل في المسالك بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف، وبين ما إذا وقع على النصف الذى أقر به ذو اليد، فاختر مذهب المشهور في الثالث؛ لأنّ الإقرار منزّل على الإشاعه، وحكم بالاختصاص في الأولين؛ لاختصاص النصف وضعاً في الأوّل و انصرافاً في الثانی إلى النصف المختصّ (٢).

و اعترضه في مجمع الفائده: بأنّ هذا ليس تفصيلاً، بل مورد كلام المشهور هو الثالث؛ لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقرّ به (٣)، و تمام الكلام في محلّه.

و على كلّ حال، فلا إشكال في أنّ لفظ «النصف» المقرّ به إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع مجرداً عن حالٍ أو مقالٍ يقتضى صرفه إلى نصفه، يحمل على المشاع في نصيبه و نصيب شريكه؛ و لهذا أفتوا ظاهراً على أنّه لو أقرّ أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كلّ منهما على نصف العين، بأنّ ثلث العين لفلان، حمل على الثلث المشاع في النصيبين، فلو كدّب به الشريك الآخر، دفع المقرّ إلى المقرّ له نصف ما في يده؛ لأنّ

ص: ٥٢٥

١-١) اختاره السيّد المجاهد في المناهل: ٣٥٨.

٢-٢) المسالك ٢٧٢: ٤.

٣-٣) راجع مجمع الفائده ٣٤٩: ٩.

المنكر بزعم المقرّ ظالم للسدس بتصرفه في النصف؛ لأنه باعتقاده إنّما يستحقّ الثلث، فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبتته إلى المقرّ و المقرّ له على حدّ سواء؛ فإنّه قدر تالف من العين المشتركة، فيوزع (١) على الاستحقاق.

و دعوى: أنّ مقتضى الإشاعه تنزيل المقرّ به على ما في يد كلّ منهما، فيكون في يد المقرّ سدس، و في يد المنكر سدس، كما لو صرّح بذلك، و قال: «إنّ له في يد كلّ منهما (٢) سدساً»، و إقراره بالنسبه إلى ما في يد الغير غير مسموع، فلا يجب إلّا أن يدفع إليه ثلث ما في يده، و هو السدس المقرّ به، و قد تلف السدس الآخر بزعم المقرّ على المقرّ له بتكذيب المنكر.

مدفوعه: بأنّ ما في يد الغير ليس عين ماله، فيكون كما لو أقرّ شخص بنصف كلّ من داره و دار غيره، بل هو (٣) مقدار حصّته المشاعه، كحصّته المقرّ و حصّته المقرّ له بزعم المقرّ، إلّا أنّه لمّا لم يجبر المكذب على دفع شيء ممّا في يده فقد تلف سدس مشاع يوزع على المقرّ و المقرّ له، فلا معنى لحسابه على المقرّ له وحده، إلّا على احتمالٍ ضعيف، و هو تعلق الغصب بالمشاع و صحّحه تقسيم الغاصب مع الشريك، فيتمخض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه و ما يأخذه

ص: ٥٢٦

١-١) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «فوزع»، لكن صحّح في «خ» و «ع» بما أثبتناه.

٢-٢) في هامش «ن»: الظاهر: منّا، بدل منهما.

٣-٣) في «ش»: و هو.

الشريك لنفسه، لكنّه احتمال مضعّف في محلّه و إن قال به أو مال إليه بعض -على ما حكى (١)- للخرج أو السيره.

نعم، يمكن أن يقال (٢): بأنّ التلف في هذا المقام حاصل بإذن الشارع للمنكر الغاصب لحقّ المقرّ له باعتقاد المقرّ، و الشارع إنّما أذن له في أخذ ما يأخذه على أنّه من مال المقرّ له، فالشارع إنّما حسب السدس في يد المنكر على المقرّ له، فلا يحسب منه على المقرّ شيء، و ليس هذا كأخذ الغاصب جزءاً معيّناً من المال عدواناً بدون إذن الشارع حتّى يحسب على كلا الشريكين.

و الحاصل: أنّ أخذ الجزء لما (٣) كان بإذن الشارع و إنّما (٤) أذن له على أن يكون من مال المقرّ له؛ و لعلّه لذا ذكر الأ-كثر بل نسبه في الإيضاح إلى الأصحاب في مسأله الإقرار بالنسب: أنّ أحد الأخوين إذا أقرّ بثالث، دفع إليه الزائد عمّا يستحقّه باعتقاده، و هو الثلث، و لا- يدفع إليه نصف ما في يده؛ نظراً إلى أنّه أقرّ بتساويهما في مال المورث، فكلّ ما حصل كان لهما، و كلّ ما توى (٥) كان كذلك (٦).

ص: ٥٢٧

-
- ١- (١) لم نعثر عليه.
 - ٢- (٢) في غير «ش» زياده: في هذا المقام.
 - ٣- (٣) لم ترد «لما» في «ش»، و شطب عليها في «ص»، و الظاهر زيادتها؛ لعدم وجود جواب لها في العبارة.
 - ٤- (٤) في مصحّحه «ن»: فإنّما.
 - ٥- (٥) أي: هلك و تلف.
 - ٦- (٦) إيضاح الفوائد ٢: ٤٦٨.

هذا، ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال؛ من جهة أنّ الشارع ألزم -بمقتضى الإقرار- معامله المقرّ مع المقرّ له بما يقتضيه الواقع الذي أقرّ به، و من المعلوم: أنّ مقتضى الواقع -لو فرض العلم بصدق المقرّ- هو كون ما فى يده على حسب إقراره بالمنصفه، و أمّا المنكر (١) عالماً، فيكون ما فى يده مالاً مشتركاً لا يحلّ له منه إلّا ما قابل حقه (٢) ممّا (٣) فى يدهما، و الزائد حقّ لهما عليه.

و أمّا مسألة الإقرار بالنسب، فالمشهور و إن صاروا إلى ما ذكر، و حكاه الكليني عن الفضل بن شاذان (٤) على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته (٥)، إلّا أنّه صرح جماعه ممّن تأخّر عنهم (٦) بمخالفته للقاعده حتّى قوى فى المسالك الحمل على الإشاعه (٧)، و تبعه سبطه (٨) و سيد الرياض (٩) فى شرحى (١٠) النافع.

ص: ٥٢٨

- ١- ١) فى مصحّحه «ص» زياده: فإن كان.
- ٢- ٢) فى «ش» و مصحّحه «ن»: حصّته.
- ٣- ٣) كذا فى «ف» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: عمّا.
- ٤- ٤) حكاه الشيخ الكليني فى الكافى ٧: ١٦٦، فى باب الإقرار بوارث آخر.
- ٥- ٥) فى غير «ش»: كروايه، لكن صحّحت فى أكثرها بما أثبتناه.
- ٦- ٦) منهم المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٩: ٣٥٦، و المحقّق الخراسانى فى الكفايه: ٢٣٢.
- ٧- ٧) المسالك (الطبعه الحجرية) ٢: ١٤٥.
- ٨- ٨) لا يوجد لدينا ما يتعلّق بهذا المبحث من نهايه المرام.
- ٩- ٩) الرياض ٢: ٢٤٦.
- ١٠- ١٠) فى «ف»: شرح.

و الظاهر: أن مستند المشهور بعض الروايات الضعيفه المنجبر بعمل أصحاب الحديث، كالفضل و الكليني، بل و غيرهما.

فروى الصدوق مرسلًا و الشيخ مسنداً عن أبي البختری وهب ابن وهب (1)، عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام - في رجل مات و ترك ورثه فأقر أحد الورثه بدين علي أبيه -: أنه يلزم ذلك في حصته (2) بقدر ما ورث، و لا يكون ذلك في ماله كله، و (3) إن أقر اثنان من الورثه و كانا عدلين أُجيز ذلك على الورثه (4)، و إن لم يكونا عدلين أُلزما في حصتيهما (5) بقدر ما ورثا (6)، و كذلك إن أقر أحد الورثه بأخ أو أخت فإثما (7) يلزمه ذلك في حصته.

و بالإسناد، قال: «قال علي عليه السلام: من أقر لأخيه فهو شريك في المال، و لا يثبت نسبه، فإن أقر اثنان فكذلك، إلا أن يكونا عدلين، فيثبت نسبه و يضرب في الميراث معهم» (8).

ص: ٥٢٩

١- ١) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: عن وهب بن وهب أبي البختری.

٢- ٢) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: حقه.

٣- ٣) في غير «ف» و «ش» زياده: كذلك، و شطب عليها في «ن».

٤- ٤) عبارته «أجيز ذلك على الورثه» لم ترد في غير «ش»، لكنها استدركت في هامش «ن»، «خ» و «ص».

٥- ٥) في «ف»، «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: حقهما.

٦- ٦) عبارته «بقدر ما ورثا» وردت في «ش» فقط.

٧- ٧) كلمه «فإثما» من «ش» و مصححه «ن».

٨- ٨) الفقيه ١٨٩: ٣، الحديث ٣٧١٤، و التهذيب ١٩٨: ٦-١٩٩، الحديث ٤٤٢، و عنهما الوسائل ٤٠٢: ١٣، الباب ٢٦ من أبواب الوصايا، الحديث ٥ و ٦.

و عن قرب الإسناد روايه الخبرين عن السندي بن محمد (1)؛ و تمام الكلام في محلّه من كتاب الإقرار أو الميراث (2) إن شاء الله.

ص: ٥٣٠

١-١) قرب الإسناد: ٥٢، الحديث ١٧١.

٢-٢) في «ش»: و الميراث.

مسأله لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير - صفة بئمن واحد، صح في المملوك عندنا،

كما في جامع المقاصد (١)، و إجماعاً، كما عن الغنيه (٢)، و يدل عليه إطلاق مكاتبه الصفار المتقدمه (٣).

و دعوى: انصرافه إلى صورته كون بعض القرية المذكوره فيها مال الغير، ممنوعه، بل لا مانع من جريان قاعده الصحه، بل اللزوم في العقود، عدا ما يقال: من أن التراضي و التعاقد إنما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعاً، فالحكم بالإمضاء في البعض مع عدم كونه مقصوداً إلماً في ضمن المركب يحتاج إلى دليل آخر غير ما دل على حكم العقود و الشروط و التجاره عن تراضٍ؛ و لذا حكموا بفساد العقد

ص: ٥٣١

١- ١) لم نقف عليه صريحاً، و لعله يستفاد ممّا قاله في مسأله ما لو باع المملوك و غير المملوك، حيث قال: فلا سبيل إلى القول بالبطلان في الأخير عندنا. أنظر جامع المقاصد ٤: ٤٣٢.

٢- ٢) الغنيه: ٢٠٩.

٣- ٣) تقدّمت في الصفحه ٣٦٥ و ٥١٣.

بفساد شرطه، وقد تبه عليه في جامع المقاصد في باب فساد الشرط، و ذكر: أن في الفرق بين فساد الشرط و الجزء عسراً (١)، و تمام الكلام في باب الشروط، و يكفي هنا الفرق بالنص (٢) و الإجماع.

نعم، ربما يقيّد الحكم بصورة جهل المشتري، لما ذكره في المسالك -وفاً للمحكّي في التذكرة عن الشافعي-: من جهه إفضائه إلى الجهل بثمر المبيع (٣)، قال في التذكرة بعد ذلك: و ليس عندي بعيداً من (٤) الصواب الحكم بالبطلان فيما إذا علم المشتري حرّيه (٥) الآخر، أو كونه ممّا لا ينقل إليه (٦)، انتهى.

و يمكن دفعه بأنّ اللازم هو العلم بثمر المجموع الذي قصد إلى نقله عرفاً و إن علم الناقل بعدم إمضاء الشارع له، فإنّ هذا العلم غير منافٍ لقصد النقل (٧) حقيقة، فيبيع الغرر المتعلّق لنهي الشارع و حكمه عليه بالفساد، هو ما كان غرراً في نفسه مع قطع النظر عمّا يحكم عليه من (٨) الشارع، مع أنّه لو تمّ ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن إلى

ص: ٥٣٢

١-١) جامع المقاصد ٤:٤٣٢.

٢-٢) المراد به -ظاهراً- مكاتبه الصّفار المشار إليها آنفاً.

٣-٣) المسالك ٣:١٦٣.

٤-٤) في «ف»: عن.

٥-٥) في «ش»: حرّمه.

٦-٦) التذكرة ٥٦٥:١، و راجع قول الشافعي في المجموع ٩:٤٦٩ و ٩:٤٧٣.

٧-٧) في «ف» و نسختي بدل «ن» و «ش»: البيع.

٨-٨) في «م» و «ش»: عن.

المملوك، لا البطلان؛ لأنَّ المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامه البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن، كما صرَّح به الشهيد في محكَّتَي الحواشي المنسوبة إليه، حيث قال: إنَّ هذا الحكم مقتيدٌ بجهل المشتري بعين المبيع أو حكمه (١) وإلَّا لكان البذل بإزاء المملوك؛ ضروره أنَّ القصد إلى الممتنع كقصد (٢)، انتهى.

لكن ما ذكره قدس سرّه مخالفٌ لظاهر المشهور، حيث حكموا بالتقسيط وإن كان مناسباً لما ذكروه في بيع مال الغير من العالم: من عدم رجوعه بالثمن إلى البائع؛ لأنَّه سلَّطه عليه مجاناً، فإنَّ مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك، إمَّا لوقوع المجموع في مقابل المملوك - كما عرفت من الحواشي - وإمَّا لبقاء ذلك القسط له مجاناً - كما قد يلوح من جامع المقاصد (٣) والمسالك (٤) - إلَّا أنَّك قد عرفت أنَّ الحكم هناك (٥) لا يكاد ينطبق على القواعد.

ثمَّ إنَّ طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره يعرف ممَّا تقدّم في بيع ماله مع (٦) مال الغير (٧): من أنَّ العبره بتقويم كلِّ منهما منفرداً،

ص: ٥٣٣

١- ١) لم ترد «أو حكمه» في «ف» و«ش»، و شطب عليها في «ن».

٢- ٢) حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٠٩: ٤- ٢١٠.

٣- ٣) انظر جامع المقاصد ٨٢: ٤- ٨٣.

٤- ٤) انظر المسالك ١٦٤: ٣.

٥- ٥) في «ف»: هنا.

٦- ٦) في «ن»، «خ»، «م» و«ع» بدل «مع»: من.

٧- ٧) في «ف» بدل «الغير»: غيره.

و نسبه قيمه المملوك إلى مجموع القيمتين.

لكنّ الكلام هنا في طريق معرفه قيمه غير المملوك، وقد ذكروا (١): أنّ الحرّ يُفرض عبداً بصفاته و يقوّم، و الخمر و الخنزير (٢) يقوّمان بقيمتهم عند من يراهما مالاً، و يعرف تلك القيمه بشهاده عدلين مّطلعين على ذلك؛ لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفار.

و يشكل تقويم الخمر و الخنزير بقيمتهم إذا باع الخنزير بعنوان أنّها (٣) شاه. و الخمر بعنوان أنّها خلّ فبان الخلاف، بل جزم بعضّ هنا بوجوب تقويمهما قيمه الخلّ و الشاه، كالحرّ (٤).

ص: ٥٣٤

-
- ١-١) راجع جامع المقاصد ٤:٨٣، و المسالك ٣:١٦٣، و مجمع الفائده ٨:١٦٣، و مفتاح الكرامه ٤:٢١٠، و الجواهر ٢٢:٣٢١.
 - ٢-٢) في «ف»: أو الخنزير.
 - ٣-٣) في مصحّحه «ص»: أنّه.
 - ٤-٤) لم ترد «كالحرّ» في «ف» و «ش».

(١)

يجوز للأب و الجدّ أن يتصرّفا فى مال الطفل بالبيع و الشراء.

و يدلّ عليه-قبل الإجماع-:الأخبار المستفيضه المصرّحه فى موارد كثيره (٢)، و فحوى سلطنتهما على بُضع البنت فى باب النكاح (٣).

و المشهور عدم اعتبار العداله؛ للأصل، و الإطلاقات، و فحوى الإجماع المحكى عن التذكرة على ولاية الفاسق فى التزويج (٤).

خلافاً للمحكى عن الوسيله (٥) و الإيضاح (٦) فاعتبراها فيهما؛

ص: ٥٣٥

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) منها ما فى الوسائل ١٢:١٩٤ و ١٩٨، الباب ٧٨ و ٧٩ من أبواب ما يكتسب به.

٣-٣) راجع الوسائل ١٤:٢٠٧ و ٢١٧، الباب ٦ و ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

٤-٤) التذكرة ٢:٥٩٩، و حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٥:٢٥٧.

٥-٥) لم نعثر عليه فى الوسيله، و لا على من حكى عنه، نعم اشترط فى تصرّف الوليّ كونه ثقة و فى الوصى أن يكون عادلاً. راجع الوسيله: ٣٧٣، ٢٧٩.

٦-٦) إيضاح الفوائد ٢:٦٢٨.

مستدلاً في الأخير: بأنّها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يصرف عن ماله، ويستحيل من حكمه الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته (١) وإخباراته عن (٢) غيره مع نصّ القرآن على خلافه، انتهى (٣).

ولعلّه أراد بنصّ القرآن آية الركون إلى الظالم (٤) التي أشار إليها في جامع المقاصد (٥)، وفي دلالة الآية نظر.

وأضعف منها ما ذكره في الإيضاح من الاستحالة؛ إذ المحذور يندفع - كما في جامع المقاصد -: بأنّ الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال (٦) حال (٧) الطفل عزله ومنعه من التصرف في ماله وإثبات اليد عليه، وإن لم يظهر خلافه فولايته ثابتة، وإن لم يعلم استعلم حاله بالاجتهاد وتتبع سلوكه وشواهد أحواله (٨)، انتهى.

وهل يشترط في تصرفه (٩) المصلحه، أو يكفي عدم المفسده،

ص: ٥٣٦

١- ١) في «ن»، «م»، «ع» و«ص» زياده: «عن غيره»، لكن شطب عليها في «ن».

٢- ٢) في المصدر: على.

٣- ٣) لم ترد «انتهى» في «م»، «ن» و«ص».

٤- ٤) هود: ١١٣.

٥- ٥) جامع المقاصد ٢٧٥: ١١.

٦- ٦) كذا في «ف» و«ص» و«ن» بدل «ن»، وفي سائر النسخ و نسخه بدل «ص»: اختلاف.

٧- ٧) في «ش» زياده: أبو.

٨- ٨) جامع المقاصد ٢٧٦: ١١، مع تفاوت في بعض الكلمات.

٩- ٩) في «ف»: «تصرفها»، ولعلّه مصحّف «تصرفهما» وهذا هو الأصحّ؛ لرجوع الضمير إلى الأب و الجدّ.

أم لا- يعتبر شيء؟ وجوه، يشهد للأخير: إطلاق ما دلّ على أنّ مال الولد للوالد، كما في روايه سعد بن يسار (١)، وأنه و ماله لأبيه، كما في النبوي المشهور (٢)، وصحيحه ابن مسلم: «أنّ الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء» (٣)، وما في العلل عن (٤) محمد بن سنان عن الرضا صلوات الله عليه:

من أنّ عله تحليل مال الولد لوالده؛ أنّ الولد موهوب للوالد في قوله تعالى: يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِثَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (٥). ويؤيده أخبار (٦) جواز تقويم جاريه الابن على نفسه.

لكن الظاهر منها تقييدها بصوره حاجه الأب، كما يشهد له قوله عليه السلام في روايه الحسين بن أبي العلاء، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إذا اضطرّ إليه. قال: فقلت له: فقول (٧) رسول الله صلى الله عليه وآله للرجل الذي أتاه فقدّم أباه، فقال له: أنت و مالك لأبيك؟ فقال: إنّما جاء بأبيه

ص: ٥٣٧

١- (١) الوسائل ١٩٦:١٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.

٢- (٢) الوسائل ١٩٥:١٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ و ٢.

٣- (٣) الوسائل ١٩٥:١٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

٤- (٤) في غير «ش»: و ما في علل محمد بن سنان.

٥- (٥) علل الشرائع: ٥٢٤، الباب ٣٠٢، و عنه الوسائل ١٩٧:١٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩، والآيه من سوره الشورى: ٤٩.

٦- (٦) راجع الوسائل ١٩٥:١٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣، و ١٩٨، الباب ٧٩ من الأبواب، الحديث ١ و ٢، و

٥٤٣:١٤، الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء، الأحاديث ٣، ١، و ٤.

٧- (٧) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: قول.

إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، فقال: يا رسول الله هذا أبي و قد (١) ظلمنى ميراثى من أمى، فأخبره الأب أنه قد أنفق عليه و على نفسه، فقال (٢) صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ:

أنت و مالك لأبيك. و لم يكن عند الرجل شىء، أ فكان (٣) رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ يحبس الأب للابن؟! (٤).

و نحوها صحيحه أبى حمزه الشمالى عن أبى جعفر عليه السلام: «قال:

قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ لرجل (٥): أنت و مالك لأبيك، ثم قال:

لا نحب (٦) أن يأخذ من مال ابنه إلّا ما يحتاج إليه ممّا لا بدّ منه؛ إنّ الله لا يحبُّ الفسّادَ» (٧).

فإنّ الاستشهاد بالآيه يدلّ على إرادته الحرمة من عدم الحبّ دون الكراهة، و أنّه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسده للطفل.

هذا كلّهُ، مضافاً إلى عموم قوله تعالى: وَ لا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ (٨) فإنّ إطلاقه يشمل الجدّ، و يتمّ فى الأب (٩) بعدم الفصل.

ص: ٥٣٨

١- ١) كلمه «و قد» من «ص» و المصدر.

٢- ٢) فى غير «ف»: فقال النبيّ.

٣- ٣) كذا فى «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: أو كان.

٤- ٤) الوسائل ١٩٦: ١٢- ١٩٧، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨.

٥- ٥) كلمه «لرجل» من «ص» و المصدر.

٦- ٦) فى «ص»: «ما أحبّ»، و فى نسخه بدلها: لا نحبّ.

٧- ٧) الوسائل ١٩٥: ١٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢، و الآيه من سوره البقره: ٢٠٥.

٨- ٨) الأنعام: ١٥٢، و الإسراء: ٣٤.

٩- ٩) فى «ف» و مصحّحه «ن»: و فى الأب يتمّ.

و مضافاً إلى ظهور الإجماع على اعتبار عدم المفسده، بل في مفتاح الكرامه (١) استظهر الإجماع-تبعاً لشيخه في شرح القواعد (٢)-على إناطه جواز تصرف الولي بالمصلحه، و ليس بعيد؛ فقد صرح به في محكي المبسوط، حيث قال: و من يلي أمر الصغير و المجنون خمسه:

الأب، و الجد (٣)، و وصي الأب و الجد، و الحاكم، و من يأمره، ثم قال:

و كل هؤلاء الخمسه لا يصح تصرفهم إلا على وجه الاحتياط و الحظ للصغير؛ لأنهم إنما نصبوا لذلك، فإذا تصرف فيه على وجه لا حظ فيه كان باطلاً؛ لأنه خلاف ما نصب له (٤)، انتهى.

و قال الحلبي في السرائر: لا يجوز للولي التصرف في مال الطفل إلا بما يكون فيه صلاح المال و يعود نفعه إلى الطفل، دون المتصرف فيه، و هذا الذي يقتضيه أصول المذهب (٥)، انتهى.

و قد صرح بذلك أيضاً المحقق (٦) و العلامة (٧) و الشهيدان (٨) و المحقق

ص: ٥٣٩

١-١) مفتاح الكرامه ٢١٧:٤، و فيه: و هذا الحكم إجماعي على الظاهر.

٢-٢) حاشيه القواعد (مخطوط): الورقه ٧١-ذيل قول العلامة: مع المصلحه للموئى عليه- و فيه: و ظاهرهم الإجماع على ذلك.

٣-٣) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ زياده: للأب.

٤-٤) المبسوط ٢٠٠:٢.

٥-٥) السرائر ١:٤٤١.

٦-٦) انظر الشرائع ٧٨:٢-٧٩ و ١٧١.

٧-٧) القواعد ١٢٥:١، و الإرشاد ٣٦٠:١.

٨-٨) انظر اللمعه دمشقيه: ١٣٨، و الدروس ٣١٨:٣ و ٤٠٣، و المسالك ١٦٦:٣، و ٣٣:٤ و ٣٥، و ١٣٦:٥.

الثانى (1) وغيرهم (2)، بل فى شرح الروضه للفاضل الهنـدى: أنّ المتقدّمين عمّموا الحكم باعتبار المصلحه من غير استثناء (3). و
استظهر فى مفتاح الكرامه (4) من عبارته التذكره- فى باب الحجر- نفى الخلاف فى ذلك بين المسلمين (5).

وقد حكى عن الشهيد فى حواشى القواعد: أنّ قطب الدين قدّس سرّه نقل عن العلامه قدّس سرّه: أنّه لو باع الوليّ بدون ثمن
المثل، لم لا- يُنزّل منزله الإِتلاف بالاقتراض؟ لأننا قائلون بجواز اقتراض ماله و هو يستلزم جواز إِتلافه، قال: و توقّف زاعماً أنّه لا
يقدر على مخالفة الأصحاب (6).

هذا، و لكن الأقوى كفايه عدم المفسده، وفاقاً لغير واحد من الأساطين الذين عاصرناهم (7)؛ لمنع دلاله الروايات (8) على أكثر من

ص: ٥٤٠

١- (١) انظر جامع المقاصد ٤:٨٧، و ٥:٧٢.

٢- (٢) مثل المحقّق الأردبيلى فى مجمع الفائده ٤:١٤، و ٦:٧٧، و المحقّق السبزوارى فى الكفايه: ١٠٨، ٨٩، و ٢٢٠.

٣- (٣) المناهج السويّه (مخطوط): ٦، فى ذيل قول الشارح: و كذا لو اتجر الولى أو مأذونه للطفل.

٤- (٤) مفتاح الكرامه ٥:٢٦٠.

٥- (٥) انظر التذكره ٢:٨٠.

٦- (٦) حكاة السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٢١٧.

٧- (٧) منهم كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد (مخطوط): ٧١، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢:٣٣٢ و ٢٨:٢٩٧، و غيرهما.

٨- (٨) تقدّم تخريجها فى الصفحه ٥٣٥.

النهى عن الفساد، فلا تنهض لدفع دلاله المطلقات المتقدّمة (١) الظاهره فى سلطنه الوالد على الولد و ماله.

و أما الآيه الشريفه (٢)، فلو سلّم دلالتها، فهى مخصّصه بما دلّ على ولايه الجدّ و سلطنته، الظاهره فى أنّ له أن يتصرّف فى مال طفله (٣) بما ليس فيه (٤) مفسده له؛ فإنّ ما دلّ على ولايه الجدّ فى النكاح معللاً بأنّ البنت و أباهما للجدّ (٥)، و قوله صلّى الله عليه و آله: «أنت و مالك لأبيك» (٦)، خصوصاً مع استشهاد الإمام عليه السلام به فى مضى نكاح الجدّ بدون إذن الأب؛ ردّاً على من أنكرو ذلك و حكم ببطلان ذلك من العامّه فى مجلس بعض الأمراء (٧) - و غير ذلك (٨) - يدلّ على ذلك.

مع أنّه لو سلّمنا عدم التخصيص، و جب الاقتصار عليه فى حكم الجدّ، دون الأب.

ص: ٥٤١

١-١) تقدّمت فى الصفحه ٥٣٧.

٢-٢) و هى قوله تعالى: **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ** الإسراء: ٣٤.

٣-٣) فى «ن»، «م» و «ص»: «طفل»، و فى الأخير كتب فوقه: الطفل - ظ.

٤-٤) فى «ف» بدل «فيه»: له.

٥-٥) الوسائل ١٩٥: ٢١٩، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٨.

٦-٦) الوسائل ١٩٥: ١٢-١٩٧، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الأحاديث ١، ٢، ٨، ٩.

٧-٧) الوسائل ٢١٨: ١٤، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٥.

٨-٨) كما فى الأحاديث المتقدّمه آنفاً.

و دعوى عدم القول بالفصل ممنوعه؛ فقد حكى عن بعض متأخري المتأخرين القول بالفصل بينهما فى الاقتراض مع عدم اليسر (١).

ثم لا خلاف ظاهراً- كما ادعى (٢)- فى أن الجدّ وإن علا يشارك الأب فى الحكم، ويدلّ عليه ما دلّ على أن الشخص و ماله- الذى منه مال ابنه- لأبيه (٣)، و ما دلّ (٤) على أن الولد و والده لجدّه (٥).

و لو فقد الأب و بقى الجدّ، فهل أبوه أو (٦) جدّه يقوم مقامه فى المشاركة أو يخصّ هو بالولاية؟ قولان: من ظاهر أن الولد و والده لجدّه، و هو المحكى عن ظاهر جماعه (٧)، و من أن مقتضى قوله تعالى:

وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ

(٨)

كون القريب أولى بقريبه من البعيد، فنفى (٩) ولاية البعيد خرج (١٠) منه الجدّ مع الأب و بقى الباقي.

و ليس المراد من لفظ «الأولى» التفضيل مع الاشتراك فى المبدأ،

ص: ٥٤٢

- ١- ١) لم نعثر عليه.
- ٢- ٢) انظر المناهل: ١٠٥، و الجواهر ١٠٢: ٢٦.
- ٣- ٣) كما تقدّم آنفاً.
- ٤- ٤) لم ترد «و ما دلّ» فى غير «ف» و «ش»، لكنّه استدرك فى «ن» و «ص».
- ٥- ٥) مثل ما تقدّم فى الصفحة السابقه.
- ٦- ٦) فى «ع» و «ش» بدل «أو»: «و».
- ٧- ٧) حكاة السيّد المجاهد فى المناهل: ١٠٥، و فيه: و يظهر الأوّل من إطلاق الشرائع و النافع.
- ٨- ٨) الأنفال: ٧٥، و الأحزاب: ٦.
- ٩- ٩) فى «ص»: فينفى.
- ١٠- ١٠) فى غير «ف»: و خرج.

بل هو نظير قولك: «هو أحقّ بالأمر (١) من فلان» ونحوه، وهذا محكيّ (٢) عن جامع المقاصد (٣) والمسالك (٤) والكفايه (٥)، و
للمسأله مواضع أُخر (٦) تأتي إن شاء الله.

ص: ٥٤٣

١-١) كذا في «ف» و«ش»، وفي سائر النسخ: بالأجر.

٢-٢) حكاة السيد المجاهد في المناهل: ١٠٥.

٣-٣) لم نقف عليه بعينه، نعم في جامع المقاصد ٥:١٨٧ هكذا: و هل يكون للجدّ الأعلى مع وجود الأولى ولايه؟ فيه نظر.

٤-٤) المسالك ٧:١٧١.

٥-٥) لم نعثر عليه في الكفايه.

٦-٦) مثل كتاب النكاح و كتاب الحجر.

(١)

من جمله أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله: الحاكم، والمراد منه: الفقيه الجامع لشرائط الفتوى، وقد رأينا هنا (٢) ذكر مناصب الفقيه، امثالاً لأمر أكثر حضار مجلس المذاكرة، فنقول مستعيناً بالله

للفقيه الجامع لشرائط مناصب ثلاثه:

أحدها: الإفتاء فيما يحتاج إليها العامي في عمله،

و مورده المسائل الفرعيه، و الموضوعات الاستنباطيه من حيث ترتب حكم فرعي عليها.
و لا إشكال و لا خلاف في ثبوت هذا المنصب للفقيه، إلا ممن لا يرى جواز التقليد للعامي.
و تفصيل الكلام في هذا المقام موكول إلى مباحث الاجتهاد و التقليد.

الثاني: الحكومه،

فله الحكم بما يراه حقاً في المرافعات و غيرها في الجملة. و هذا المنصب أيضاً ثابت له بلا خلاف فتوى و نصاً، و تفصيل الكلام فيه من حيث شرائط الحاكم و المحكوم به و المحكوم عليه موكول إلى كتاب القضاء.

ص: ٥٤٥

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) لم ترد «هنا» في «ف».

الثالث: ولايه التصرف في الأموال و الأنفس،

و هو المقصود بالتفصيل هنا،

فنقول:الولاية تتصور على وجهين:

الأول:استقلال الولي بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطاً بإذنه أو غير منوطٍ به،

و مرجع هذا إلى كون نظره سبباً في جواز تصرفه.

الثاني:عدم استقلال غيره بالتصرف،و كون تصرف الغير منوطاً بإذنه و إن لم يكن هو مستقلاً بالتصرف،

و مرجع هذا إلى كون نظره شرطاً في جواز تصرف غيره.و بين موارد الوجهين عموم من وجه.

ثمّ إذنه المعتبر في تصرف الغير:

إمّا أن يكون على وجه الاستنابه، كوكيل الحاكم.

و إمّا أن يكون على وجه التفويض و التولية، كمتولّى الأوقاف من قبل الحاكم.

و إمّا أن يكون على وجه الرضا كإذن الحاكم لغيره في الصلاة على ميتٍ لا وليّ له.

[ثبوت الولاية بالمعنى الأول للنبي و الأئمة عليهم السلام]

إذا عرفت هذا، فنقول:مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد بشيء (١) من الوجوه (٢) المذكورة، خرجنا عن هذا الأصل في خصوص النبيّ و الأئمة صلوات الله عليهم أجمعين بالأدلة الأربعة، قال الله تعالى:

[الاستدلال بالكتاب]

النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ

ص: ٥٤٦

أثبتناه في الهامش، و صحّحها مصحح «ص» هكذا: لأحد على أحد في شيء.
٢-٢) في «ش»: الأمور.

(١)

وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ (٢)، فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ (٣)، وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ (٤)، وَإِنَّمَا وَثِقُكُمْ اللَّهُ وَرَسُولُهُ... الْآيَةَ (٥)، إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ.

[الاستدلال بالروايات]

وقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ - كما في روايه أئوب بن عطيه - «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه» (٦)، وقال في يوم غدير خم: «أ لست أولى بكم من أنفسكم؟ قالوا: بلى. قال: من كنت مولاه فهذا عليّ مولاه» (٧).

والأخبار في افتراض طاعتهم وكون معصيتهم كمعصيه الله كثيره، يكفي في ذلك منها مقبوله عمر بن حنظله (٨)، و مشهوره أبي خديجه (٩)، و التوقيع الآتي (١٠)، حيث علل فيها حكمه الفقيه و تسلطه على الناس:

بأنى قد جعلته كذلك، و أنه حجتي عليكم.

ص: ٥٤٧

١-١) الأحزاب: ٦.

٢-٢) الأحزاب: ٣٦.

٣-٣) النور: ٦٣.

٤-٤) النساء: ٥٩.

٥-٥) المائدة: ٥٥.

٦-٦) الوسائل ١٧: ٥٥١، الباب ٣ من أبواب ولاء ضمان الجريه و الإمامه، الحديث ١٤.

٧-٧) الحديث من المتواترات بين الخاصه و العامه، انظر كتاب الغدير ١٤: ١٥٨-١٥٨.

٨-٨) الوسائل ١٨: ٩٨-٩٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث الأول.

٩-٩) الوسائل ١٨: ١٠٠، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٦.

١٠-١٠) الآتي في الصفحه ٥٥٥.

و أمّا الإجماع فغير خفيّ.

و أمّا العقل القطعيّ، فالمستقلّ منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفه أنّهم أولياء النعم، و الغير المستقلّ حكمه بأنّ الأبوه إذا اقتضت وجوب طاعه الأب على الابن في الجملة، كانت الإمامه مقتضيه لوجوب طاعه الإمام على الرعيه بطريق أولى؛ لأنّ الحقّ هنا أعظم بمراتب، فتأمل.

و المقصود من جميع ذلك: دفع ما يتوهم من أنّ وجوب طاعه الإمام مختصّ بالأوامر الشرعيّه، و أنّه لا دليل على وجوب إطاعته (1) في أوامره العرفيه أو سلطنته على الأموال و الأنفس.

و بالجملة، فالمستفاد من الأدلّه الأربعة بعد التتبع و التأمل: أنّ للإمام عليه السلام سلطنه مطلقه على الرعيه من قبل الله تعالى، و أنّ تصرفهم نافذ على الرعيه ماضٍ مطلقاً.

هذا كلّه في ولايتهم بالمعنى الأوّل.

[الاستدلال بالروايات بالمعنى الثاني و الاستدلال عليه]

و أمّا بالمعنى الثاني - أعنى اشتراط تصرف الغير بإذنتهم - فهو و إن كان مخالفاً للأصل، إلما أنّه قد ورد أخبار خاصّه بوجوب الرجوع إليهم (2)، و عدم جواز الاستقلال لغيرهم بالنسبه إلى المصالح المطلوبه للشارع الغير المأخوذه على شخص معين من الرعيه، كالحدود و التعزيرات، و التصرف في أموال القاصرين، و إلزام الناس بالخروج عن الحقوق، و نحو ذلك.

ص: ٥٤٨

١ - ١) في «ش»: طاعته.

٢ - ٢) انظر الكافي ١: ١٨٥، باب فرض طاعه الأئمه، و ٢١٠، باب أنّ أهل الذكر الذين أمر الله الخلق بسؤالهم هم الأئمه، و البحار ٢٣: ١٧٢، الباب ٩ من كتاب الإمامه، و ٢٨٣، و كذا الباب ١٧ منه.

و يكفى فى ذلك ما دلّ على أنّهم أولو الأمر و ولاته (١)؛ فإنّ الظاهر من هذا العنوان عرفاً: من يجب الرجوع إليه فى الأمور العامّة التى لم تحمل فى الشرع على شخص خاصّ.

و كذا ما دلّ على وجوب الرجوع فى الوقائع الحادثه إلى رواه الحديث معلّلاً بـ «أنّهم حجّتى عليكم و أنا حجّجه الله» (٢)؛ فإنّه دلّ على أنّ الإمام هو المرجع الأصليّ.

و ما عن العلل بسنده إلى الفضل بن شاذان عن مولانا أبى الحسن الرضا عليه السلام فى علل حاجه الناس إلى الإمام عليه السلام، حيث قال-بعد ذكر جملة من العلل-: «و منها: أنّا لا نجد فرقه من الفرق، و لا ملّه من الملل عاشوا و بقوا (٣) إلّا بقيّم و رئيس؛ لما لا بدّ لهم منه فى (٤) أمر الدين و الدنيا، فلم يجز فى حكمه الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم (٥) أنّه (٦) لا بدّ لهم منه (٧) و لا قوام لهم إلّا به» (٨).

ص: ٥٤٩

-
- ١- ١) راجع الكافى ٢٠٥: ١، باب أنّ الأئمة عليهم السلام و لاه الأمر، و البحار ٢٣: ٢٨٣، الباب ١٧ من كتاب الإمامه.
 - ٢- ٢) كما فى التوقيع الآتى فى الصفحة ٥٥٥.
 - ٣- ٣) فى «ف»: «عاشوا و لا بقوا»، و فى «ش» و المصدر: بقوا و عاشوا.
 - ٤- ٤) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: لما لا بدّ لهم من أمر.
 - ٥- ٥) فى «ف» و «خ» و نسخه بدل «ع»: «و هو يعلم»، و فى المصدر: «مما يعلم»، و فى مصحّحه «ص»: بلا رئيس و هو يعلم.
 - ٦- ٦) فى «ف»: أنّهم.
 - ٧- ٧) لم ترد «منه» فى غير «ش».
 - ٨- ٨) علل الشرائع: ٢٥٣، الباب ١٨٢، ذيل الحديث ٩.

هذا، مضافاً إلى ما ورد في خصوص الحدود و التعزيرات و الحكومات، و أنّها لإمام المسلمين (١)، و في الصلاة على الجنائز من: أنّ سلطان الله أحقّ بها من كلّ أحد (٢)، و غير ذلك ممّا يعثر عليه المتتبع.

و كيف كان، فلا إشكال في عدم جواز التصرف في كثير من الأمور العامّة بدون إذنه و رضاهم، لكن لا عموم يقتضى أصاله توقّف كلّ تصرفٍ على الإذن.

نعم، الأمور التي يرجع فيها كلّ قوم إلى رئيسهم، لا يبعد الأطراد فيها بمقتضى كونهم أولى الأمر و ولايته و المرجع الأصلي في الحوادث الواقعة، و المرجع في غير ذلك من موارد الشكّ إلى إطلاقات أدلّه تلك التصرفات إن وجدت على الجواز أو المنع، و إلّا فيألى الأصول العمليّة، لكن حيث كان الكلام في اعتبار إذن الإمام عليه السلام أو نائبه الخاصّ مع التمكن منه لم يجز إجراء الأصول؛ لأنّها لا تنفع مع التمكن (٣) من الرجوع إلى الحجّه، و إنّما تنفع (٤) مع عدم التمكن من الرجوع إليها

ص: ٥٥٠

١-١) راجع الوسائل ١٨:٦، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، و ٢٢١، الباب ٣٢ من أبواب كيفية الحكم و الدعوى، الحديث ٣، و ٣٣٠، الباب ١٧ من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ٣، و ٣٤٣، الباب ٣٢ من الأبواب، و ٥٣٢، الباب الأوّل من أبواب حدّ المحارب، و المستدرک ١٧:٢٤١، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، و ١٨:٢٩، الباب ٢٥ من أبواب مقدّمات الحدود، و غيرها.

٢-٢) الوسائل ٢:٨٠١، الباب ٢٣ من أبواب صلاة الجنائز، الحديث ٤.

٣-٣) العبارة في «ف» هكذا: لأنّها إنّما تنفع مع عدم التمكن...

٤-٤) في غير «ش» زياده: «ذلك»، لكن شطب عليها في «ن».

[الكلام في ولاية الفقيه بالمعنى الأول]

و بالجمله، فلا يهْمنا التعرّض لذلك، إنّما المهمّ التعرّض لحكم ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدّمين، فنقول:

[الاستدلال عليها بالروايات]

أمّا الولاية على الوجه الأوّل - أعنى استقلاله في التصرف - فلم يثبت بعموم عدا ما ربما يتخيّل من أخبار وارده في شأن العلماء مثل:

«أنّ العلماء ورثه الأنبياء، و[ذاك] (٢) أنّ الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً و لكن ورثوا أحاديث من أحاديثهم، فمن أخذ بشيءٍ منها أخذ بحظّ وافر» (٣).

و«أنّ العلماء أمناء الرسل» (٤).

و قوله عليه السلام: «مجارى الأمور بيد العلماء بالله، الأمناء على حلاله و حرامه» (٥).

و قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «علماء أمتى كأَنْبياء بنى إسرائيل» (٦).

ص: ٥٥١

١- ١) في «ف» و «خ»: «في بعض الموارد»، لكن صحّح في الأخير بما أثبتناه.

٢- ٢) من المصدر.

٣- ٣) الوسائل ١٨: ٥٣، الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢.

٤- ٤) لم نقف عليه بهذا اللفظ في مجاميعنا الحديثية، بل ورد في الكافي (١: ٣٣)، الحديث (٥): «العلماء أمناء»، و في (٤٦)، الحديث

(٥): «الفقهاء أمناء الرسل»، نعم ورد بهذا اللفظ في كنز العمال ١٨٣: ١٠، و ٢٠٤، الحديث ٢٨٩٥٢ و ٢٩٠٨٣.

٥- ٥) تحف العقول: ٢٣٨، و عنه في البحار ٨٠: ١٠٠، الحديث ٣٧.

٦- ٦) عوالي اللآلي ٤: ٧٧، الحديث ٦٧، و عنه البحار ٢: ٢٢، الحديث ٦٧، و نقله في المستدرک ١٧: ٣٢٠، الحديث ٣٠ عن العلامة

في التحرير.

و فى المرسله (١) المرويّه فى الفقه الرضوى: «إِنَّ مَنْزِلَهُ الْفَقِيهَ فِى هَذَا الْوَقْتِ كَمَنْزِلِهِ الْأَنْبِيَاءِ فِى بَنِي إِسْرَائِيلَ» (٢).

و قوله عليه السلام (٣) فى نهج البلاغه: «أَوْلَى النَّاسِ بِالْأَنْبِيَاءِ: أَعْلَمُهُمْ بِمَا جَاؤُوا بِهِ إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ لِلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ الْآيَةَ» (٤).

و قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ثَلَاثًا: «اللَّهُمَّ ارْحَمْ خَلْفَائِي. قِيلَ: وَ مِنْ خَلْفَاؤِكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: الَّذِينَ يَأْتُونَ بَعْدِي، وَ يَرَوْنَ حَدِيثِي وَ سُنَّتِي» (٥).

و قوله عليه السلام فى مقبوله ابن حنظله: «قَدْ جَعَلْتَهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا» (٦).

و فى مشهوره أبى خديجه: «جَعَلْتَهُ عَلَيْكُمْ قَاضِيًا» (٧).

و قوله عَجَّلَ اللَّهُ فَرَجَهُ: «هُمْ حَبَّتِي عَلَيْكُمْ وَ أَنَا حَجَّةُ اللَّهِ» (٨).

ص: ٥٥٢

١-١) لم ترد هذه الروايه فى «ف».

٢-٢) الفقه المنسوب إلى الإمام الرضا عليه السلام: ٣٣٨. و عنه فى البحار ٧٨: ٣٤٦، ذيل الحديث ٤.

٣-٣) لم يرد هذا النص فى «ف».

٤-٤) نهج البلاغه: ٤٨٤، باب المختار من حِكْمِ أمير المؤمنين عليه السلام، الحكمه ٩٦، و الآيه من سوره آل عمران: ٦٨.

٥-٥) الوسائل ١٠٠: ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٧.

٦-٦) الوسائل ٩٨: ١٨-٩٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث الأول.

٧-٧) الوسائل ١٠٠: ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٦.

٨-٨) ستأتى مصادره فى الصفحه ٥٥٥.

إلى غير ذلك مما يظفر به المتتبع.

[المناقشه فى الاستدلال]

لكنّ الإنصاف-بعد ملاحظه سياقها أو صدرها أو ذيلها-يقتضى الجزم بأنّها فى مقام بيان وظيفتهم من حيث الأحكام الشرعيه، لا كونهم كالنبيّ و الأئمه صلوات الله عليهم فى كونهم أولى بالناس (١) فى أموالهم، فلو طلب الفقيه الزكاه و الخمس من المكلف فلا- دليل على وجوب الدفع إليه شرعاً. نعم، لو ثبت شرعاً اشتراط صحّه أدائهما بدفعه إلى الفقيه مطلقاً أو بعد المطالبه، و أفتى بذلك الفقيه، ووجب اتّباعه إن كان ممّن يتعيّن تقليده ابتداءً أو بعد الاختيار، فيخرج عن محلّ الكلام.

هذا، مع أنّه لو فرض العموم فيما ذكر من الأخبار، ووجب حملها على إرادته الجهه (٢) المعهوده المتعارفه من وظيفته، من حيث كونه رسولاً- مبلّغاً، و إلّا لزم تخصيص أكثر أفراد العامّ؛ لعدم سلطنه الفقيه على أموال الناس و أنفسهم إلّا فى موارد قليله بالنسبه إلى موارد عدم سلطنته.

و بالجمله، فأقامه الدليل على وجوب طاعه الفقيه كالإمام عليه السلام -إلّا ما خرج بالدليل-دونه خرط القتاد!

بقي الكلام فى ولايته على الوجه الثانى -أعنى توقّف تصرف الغير على إذنه،

فيما كان متوقّفاً على إذن الإمام عليه السلام-و حيث إنّ موارد التوقّف على إذن الإمام عليه السلام غير مضبوته فلا بدّ من ذكر ما يكون كالضابط لها، فنقول:

[الضابطه لما يجب استئذان الفقيه فيه]

كلّ معروف علم من الشارع إرادته وجوده فى الخارج، إن علم

ص: ٥٥٣

١- ١) فى «ع» و «ش»: أولى الناس.

٢- ٢) كذا فى «ف» و «ش»، و فى سائر النسخ: على إرادته العامّ من الجهه.

كونه وظيفه شخص خاص، كنظر الأب في مال ولده الصغير، أو صنفٍ خاص، كالإفتاء والقضاء، أو كل من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف، فلا- إشكال في شيء من ذلك. وإن لم يُعلم ذلك و احتمال كونه مشروطاً في وجوده أو وجوبه بنظر الفقيه، وجب الرجوع فيه إليه.

ثم إن علم الفقيه من الأدلة جواز توليه (١)؛ لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاص، تولاه مباشرة أو استتابه إن كان ممن يرى الاستتابه فيه، وإنما عطله؛ فإن كونه معروفاً لا ينافي إناطته بنظر الإمام عليه السلام و الحرمان عنه عند فقده، كسائر البركات التي حُرمانها بفقده عجل الله فرجه.

و مرجع هذا إلى الشك في كون المطلوب مطلق وجوده، أو وجوده من موجد خاص.

[ما يدل على وجوب استئذان الفقيه في الأمور المذكوره]

أما وجوب الرجوع إلى الفقيه في الأمور المذكوره، فيدل عليه -مضافاً إلى ما يستفاد من جعله حاكماً، كما في مقبوله ابن حنظله، الظاهره في كونه كسائر الحكام المنصوبه في زمان النبي صلى الله عليه وآله وسلم و الصحابه في إلزام الناس بإرجاع الأمور المذكوره إليه، و الانتهاء فيها إلى نظره، بل المتبادر عرفاً من نصب السلطان حاكماً وجوب الرجوع في الأمور العامه المطلوبه للسلطان إليه، و إلى ما تقدم من قوله عليه السلام:

«مجارى الأمور بيد العلماء بالله الأمانة على حلاله و حرامه» (٢)-:

ص: ٥٥٤

١- ١) في غير «ف» و «ش»: «توليته»، و لكن صحح في «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) تقدم في الصفحه ٥٥١.

التوقيع (١) المروى فى إكمال الدين (٢) وكتاب الغيبه (٣) و احتجاج الطبرسى (٤) الوارد فى جواب مسائل إسحاق بن يعقوب، التى ذكر أنى (٥) سألت العمري رضى الله عنه أن يوصل لى (٦) إلى الصاحب عجل الله فرجه كتاباً (٧) فيه تلك المسائل التى قد أشكلت علىّ، فورد الجواب (٨) بخطه عليه آلاف الصلاة والسلام فى أجوبتها، و فيها: «و أمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا؛ فإنهم حجّتى عليكم و أنا حجّه الله».

فإنّ المراد ب«الحوادث» ظاهراً: مطلق الأمور التى لا بدّ من الرجوع فيها عرفاً أو عقلاً أو شرعاً إلى الرئيس، مثل النظر فى أموال القاصرين لغيبه أو موتٍ أو صغرٍ أو سفهٍ.

و أمّا تخصيصها بخصوص المسائل الشرعيّه، فبعيد من وجوه:

منها: أنّ الظاهر وكول نفس الحادثه إليه لىباشر أمرها مباشرة أو استنباه، لا الرجوع فى حكمها إليه.

ص: ٥٥٥

١- ١) فى «خ»، «م»، «ع» و«ص»: «و التوقيع»، و فى مصحّحه «خ» و«م» شطب على الواو.

٢- ٢) إكمال الدين: ٤٨٤، الباب ٤٥، الحديث ٤.

٣- ٣) كتاب الغيبه: ٢٩، الفصل ٤، الحديث ٢٤٧.

٤- ٤) الاحتجاج ٢: ٢٨٣، و عن المصادر المتقدّمه الوسائل ١٠١: ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٩.

٥- ٥) فى «م» و«ش» بدل «أنى»: أبى.

٦- ٦) لم ترد «لى» فى «ش».

٧- ٧) فى «ف» و«ن» زياده: «يذكر»، و لكن شطب عليها فى «ن».

٨- ٨) فى «ش»: فورد التوقيع.

و منها: التعليل بكونهم «حجّتي عليكم و أنا حجّجه الله»؛ فإنّه إنّما يناسب الأمور التي يكون المرجع فيها هو الرأى و النظر، فكان هذا منصب و لاه الإمام عليه السلام من قبل نفسه، لا أنّه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبه الإمام عليه السلام، و إلّا كان المناسب أن يقول:

«إنّهم حُجج الله عليكم» كما وصفهم في مقام آخر بـ «أنّهم أمناء الله على الحلال و الحرام» (١).

و منها: أنّ وجوب الرجوع في المسائل الشرعيه إلى العلماء-الذى هو من بديهيّات الإسلام من السلف إلى الخلف- ممّا لم يكن يخفى على مثل إسحاق بن يعقوب، حتّى يكتبه في عداد مسائل أشكلت عليه، بخلاف وجوب الرجوع في المصالح العامه إلى رأى أحدٍ و نظره؛ فإنّه يحتمل أن يكون الإمام عليه السلام قد وّكله في غيبته إلى شخص أو أشخاص من ثقاته في ذلك الزمان.

و الحاصل: أنّ الظاهر أنّ لفظ «الحوادث» ليس مختصّاً بما اشتبه حكمه و لا بالمنازعات.

ثمّ إنّ النسبه بين مثل هذا التوقيع و بين العمومات الظاهره في إذن الشارع في كلّ معروف لكلّ أحد، مثل قوله عليه السلام: «كلّ معروف صدقه» (٢)، و قوله عليه السلام: «عون الضعيف من أفضل الصدقه» (٣) - و أمثال

ص: ٥٥٦

١-١) راجع الصفحه ٥٥١.

٢-٢) الوسائل ١١:٥٢١، الباب الأوّل من أبواب فعل المعروف، الحديث ٥.

٣-٣) الوسائل ١١:١٠٨، الباب ٥٩ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢، و فيه: عونك.

ذلك - وإن كانت عموماً من وجه، إلا أن الظاهر حكومه هذا التوقيع عليها و كونها بمنزلة المفسر الدال على وجوب الرجوع إلى الإمام عليه السلام أو نائبه في الأمور العامّة التي يفهم عرفاً دخولها تحت «الحوادث الواقعة»، و تحت عنوان «الأمر» في قوله: أولى الأمر (١).

و على تسليم التنزل عن ذلك، فالمرجع بعد تعارض العمومين إلى أصاله عدم مشروعيتّه ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأى ولي الأمر (٢).

هذا، لكن المسأله لا تخلو عن إشكال، وإن كان الحكم به مشهورياً.

و على أى تقدير، فقد ظهر ممّا ذكرنا: أن ما دلّ عليه هذه الأدلّه هو ثبوت الولاية للفقيه في الأمور التي يكون مشروعيتّه إيجابها في الخارج مفروغاً عنها، بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفايه. و أمّا ما يُشكك في مشروعيتّه كالحدود لغير الإمام، و تزويج الصغيره لغير الأب و الجدّ، و ولاية المعامله على مال الغائب بالعقد عليه و فسخ العقد الخيارى عنه، و غير ذلك، فلا يثبت من تلك الأدلّه مشروعيتها للفقيه، بل لا بدّ للفقيه من استنباط مشروعيتها من دليل آخر.

نعم، الولاية على هذه و غيرها ثابتة للإمام عليه السلام بالأدلّه المتقدّمه المختصّه به، مثل آيه أولي بالمؤمنين من أنفسهم (٣).

ص: ٥٥٧

١-١) الوارد في قوله تعالى: أطيعوا الله، و تقدّم في الصفحه ٥٤٧.

٢-٢) في «ف»: أولى الأمر.

٣-٣) الأحزاب: ٦.

و قد تقدّم (١): أنّ إثبات عموم نيابه الفقيه (٢) عنه عليه السلام في هذا النحو من الولاية على الناس -ليقتصر في الخروج عنه على ما خرج بالدليل -دونه خرط القتاد.

و بالجمله، فهنا هنا مقامان:

أحدهما: وجوب إيكال المعروف المأذون فيه إليه؛ ليقع خصوصياته عن نظره ورائه، كتجهيز الميت الذي لا ولي له، فإنّه يجب أن يقع خصوصياته -من تعيين الغاسل و المغسل و تعيين شيء من تركته للكفن و تعيين المدفن -عن رأى الفقيه.

الثاني: مشروعية تصرف خاص في نفس أو مال أو عرض.

و الثابت بالتوقيع و شبهه هو الأوّل دون الثاني، و إن كان الإفتاء في المقام الثاني بالمشروعية و عدمها أيضاً من وظيفته، إلّا أنّ المقصود عدم دلاله الأدلّة السابقة على المشروعية.

نعم، لو ثبتت أدلّة نيابه عموماً تمّ ما ذكر.

ثمّ إنّّه قد اشتهر في الألسن و تداول في بعض الكتب (٣) روايه (٤) أنّ «السلطان وليّ من لا وليّ له» و هذا أيضاً بعد الانجبار سنداً أو

ص: ٥٥٨

١ - ١) تقدّم في الصفحة ٥٥٣.

٢ - ٢) في غير «ش»: «نيابته للفقيه»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٣ - ٣) كما في المسالك ٧: ١٤٧، و عوائد الأيام: ٥٦٣، ذيل العائده: ٥٤، و الجواهر ٢٩: ١٨٨، و راجع الحديث في كنز العمّال ١٦: ٣٠٩، الحديث ٤٤٦٤٣ و ٤٤٦٤٤.

٤ - ٤) لم ترد «روايه» في «ف».

مضموناً (١)-يحتاج إلى أدلّه عموم النيايه، وقد عرفت ما يصلح أن يكون دليلاً عليه (٢)، وأنه لا- يخلو عن وهن في دلالته، مع قطع النظر عن السند، كما اعترف به جمال المحققين في باب الخمس بعد الاعتراف بأنّ المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نواب الإمام عليه السلام (٣)، ويظهر من المحقق الثاني أيضاً في رسالته الموسومه ب«قاطع اللجاج» (٤) في مسأله جواز أخذ الفقيه اجره أراضى الأنفال من المخالفين كما يكون ذلك للإمام عليه السلام إذا ظهر-الشك (٥) في عموم النيايه (٦)، وهو في محلّه.

ثم إنّ قوله (٧): «من ولا وليّ له»- في المرسله المذكوره- ليس مطلق من لا وليّ له، بل المراد عدم الملكه، يعنى: أنّه وليّ من من شأنه أن يكون له وليّ بحسب شخصه أو صنفه أو نوعه أو جنسه، فيشمل الصغير الذى مات أبوه، والمجنون بعد البلوغ، والغائب، والممتنع، والمريض، والمغمى عليه، والميت الذى لا- وليّ له، وقاطبه المسلمين إذا كان لهم ملك، كالمفتوح عنوه، والموقوف عليهم فى الأوقاف العامه، ونحو ذلك.

ص: ٥٥٩

١- ١) قال الشهيد قدس سرّه: منشأ التردد هو الشكّ فى أنّ المتداول فى الألسنه متن الروايه و نقلت باللفظ، أو مضمونها و نقلت بالمعنى (هدايه الطالب: ٣٣٢).

٢- ٢) راجع الصفحه ٥٥١-٥٥٣.

٣- ٣) حاشيه الروضه: ٣٢٠، ذيل عبارته: أو إلى نوابه و هم الفقهاء.

٤- ٤) كذا فى النسخ، والمعروف تسميتها ب«قاطع اللجاج».

٥- ٥) كذا فى «ف»، «خ» و«ص»، و فى سائر النسخ: للشكّ.

٦- ٦) قاطعه اللجاج فى تحقيق حلّ الخراج (رسائل المحقق الكركى) ٢٥٧: ١.

٧- ٧) فى «ف» زياده: عليه السلام.

لكن يستفاد منه ما لم يمكن (١) يستفاد من التوقيع المذكور، وهو الإذن في فعل كلّ مصلحه لهم، فثبت (٢) به مشروعيتّه ما لم يثبت مشروعيتّه بالتوقيع المتقدّم، فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين.

نعم، ليس له فعل شيء لا يعود مصلحته إليهم، وإن كان ظاهر «الوليّ» يوهم ذلك؛ إذ بعد ما ذكرنا: من أنّ المراد ب«من لا وليّ له» من شأنه أن يكون له وليّ، يراد به كونه ممّن ينبغي أن يكون له من يقوم بمصالحه، لا بمعنى: أنّه ينبغي أن يكون عليه وليّ، له عليه (٣) ولا يه الإيجاب، بحيث يكون تصرّفه ماضياً عليه.

و الحاصل: أنّ الوليّ المنفَى هو الوليّ للشخص لا عليه، فيكون المراد بالوليّ المثبت، ذلك أيضاً، فمحصله: إنّ الله جعل الوليّ الذي (٤) يحتاج إليه الشخص و ينبغي أن يكون له، هو (٥) السلطان، فافهم.

ص: ٥٦٠

١-١) كذا في «ف»، وفي سائر النسخ: يكن.

٢-٢) في «ص»: فثبتت.

٣-٣) عبارته «وليّ، له عليه» لم ترد في «م»، واستدركت في «ع» و«ص».

٤-٤) كذا في «ش» و«مصّحه» «ن»، وفي سائر النسخ: للذي.

٥-٥) الضمير في «ص» مشطوب عليه.

مسأله في ولاية عدول (١) المؤمنين

[حدود ولاية المؤمنين]

اعلم أن ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه—و هو ما كان تصرفاً مطلوب الوجود للشارع—إذا كان الفقيه متعذر الوصول، فالظاهر جواز توليه (٢) لأحد المؤمنين؛ لأن المفروض كونه مطلوباً للشارع غير مضاف إلى شخص، واعتبار نظاره الفقيه فيه ساقط (٣) بفرض التعذر، و كونه شرطاً مطلقاً له لا شرطاً اختيارياً مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشرط؛ لكونه من المعروف الذي أمر بإقامته في الشريعة (٤).

نعم، لو احتمل كون مطلوبيته مختصه بالفقيه أو (٥) الإمام، صح

ص: ٥٦١

١- ١) في غير «ش» و«ص»: العدول.

٢- ٢) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: توليته.

٣- ٣) في غير «ش» زياده: «له»، لكن شطب عليها في «ن».

٤- ٤) كما في الآيه: وَ لَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ آل عمران: ١٠٤، و غيرها من الآيات، و راجع الوسائل ٣٩٣: ١١، الباب الأول من أبواب الأمر و النهي.

٥- ٥) في «ف»: و الإمام.

الرجوع إلى أصله عدم المشروعية، كبعض مراتب النهي عن المنكر؛ حيث إن إطلاقاته لا تعمّ ما إذا بلغ حدّ الجرح (١).

قال الشهيد قدّس سرّه في قواعد: يجوز للأحاد مع تعدّد الحكام توليه آحاد التصرفات الحكيمية على الأصحّ، كدفع ضروره اليتيم، لعموم:

وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى

(٢)

و قوله عليه (٣) السلام: «و الله تعالى في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه» (٤)، و قوله صلّى الله عليه و آله: «كلّ معروف صدقه» (٥). و هل يجوز أخذ الزكوات و الأحماس من الممتنع و تفريقها في أربابها، و كذا بقيه وظائف الحكام غير ما يتعلّق بالدعوى؟ فيه وجهان: وجه الجواز ما ذكرنا، و لأنه لو مُنع من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الأموال، و هى مطلوبه لله تعالى.

و قال بعض متأخري العامة: لا شك أنّ القيام بهذه المصالح أهمّ من ترك تلك الأموال بأيدي الظلمه يأكلونها بغير حقّها و يصرفونها إلى غير مستحقّها. فإن تُوّجّع إمامٌ يصرف ذلك في وجهه، حفظ المتمكّن تلك الأموال إلى حين تمكّنه من صرفها إليه، و إن يئس من ذلك - كما

ص: ٥٦٢

١-١) في «خ»، «ع» و «ص»: الحرج.

٢-٢) القواعد و الفوائد ٤٠٦: ١، القاعده ١٤٨، و الآيه من سوره المائده: ٢.

٣-٣) في «ف»: عليه الصلاه و السلام.

٤-٤) المستدرک ١٢: ٤٢٩، الباب ٣٤ من أبواب فعل المعروف، الحديث ١٠، و انظر الوسائل ٥٨٦: ١١، الباب ٢٩ من أبواب فعل المعروف، الحديث ٢، و فيه: عون المؤمن... عون أخيه.

٥-٥) الوسائل ٥٢٢: ١١، الباب الأوّل من أبواب فعل المعروف، الحديث ٥.

فى هذا الزمان-تعين صرفه على الفور فى مصارفه؛لما فى إبقائه من التغيرير و حرمان مستحقه (١)من تعجيل أخذه مع مسيس حاجتهم إليه.

و لو ظفر بأموال مغصوبه حفظها لأربابها حتى يصل إليهم،و مع اليأس يتصدق بها عنهم (٢)،و عند العامه تصرف فى المصارف (٣)العامه (٤).انتهى.

و الظاهر أنّ قوله:«فإن توقع...إلى آخره»من كلام الشهيد قدس سرّه، و لقد أجاد فيما أفاد إلّا أنّه قدس سرّه لم يبين وجه عدم الجواز،و لعلّ وجهه:أنّ مجرد كون هذه الأمور من المعروف لا-ينافى اشتراطها بوجود الإمام أو نائبه كما فى قطع الدعاوى و إقامة الحدود،و كما فى التجاره بمال الصغير الذى له أب و جد؛فإنّ كونها من المعروف لا ينافى و كوله إلى شخص خاصّ.

نعم،لو فرض المعروف على وجه يستقلّ العقل بحسنه مطلقاً-كحفظ اليتيم من الهلاك الذى يعلم رجحانه على مفسده التصرف فى مال الغير بغير إذنه-صحّ المباشرة بمقدار يندفع به الضروره،أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديّه لكلّ أحدٍ إلّا أنّه خرج ما لو تُمكن من الحاكم،حيث دلت الأدلّه على وجوب إرجاع الأمور إليه،و هذا كتجهيز الميت،و إلّا فمجرد كون التصرف معروفاً لا ينهض فى تقييد ما دلّ على عدم ولايه أحد على مال أحد أو نفسه،

ص: ٥٦٣

١-١ فى «ف»:مستحقّه.

٢-٢ فى المصدر زياده:«و يضمن»،و استدركها مصحح «ص».

٣-٣ فى المصدر و نسخه بدل «ص»:المصالح.

٤-٤ القواعد و الفوائد ٤٠٦:١،القاعده ١٤٨.

ولهذا لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له بمجرد كونه معروفاً و مصلحه، و لا يفهم من أدله المعروف ولايه للفضولي على المعقود عليه؛ لأن المعروف هو التصرف في المال أو النفس على الوجه المأذون فيه من المالك أو العقل أو الشارع من غير جهة نفس أدله المعروف.

و بالجمله، تصرف غير الحاكم يحتاج إلى نصّ عقلي، أو عموم شرعي، أو خصوص في مورد جزئي، فافهم.

بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولى المصلحه عند فقد الحاكم،

كما هو ظاهر أكثر الفتاوى؛ حيث يعبرون بعدول المؤمنين (١)، و هو مقتضى الأصل، و يمكن أن يستدلّ عليه ببعض الأخبار أيضاً: ففي صحيحه محمد بن إسماعيل: «رجل مات من أصحابنا بغير وصيه، فرفع أمره إلى قاضي الكوفه، فصير عبد الحميد القيم بماله، و كان الرجل خلف ورثه صغاراً و متاعاً و جوارى، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهنّ، إذ لم يكن الميت صير إليه وصيه، و كان قيامه فيها (٢) بأمر القاضي؛ لأنهنّ فروج، قال:

فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام، و قلت له: يموت الرجل من أصحابنا، و لا يوصى إلى أحد، و يخلف جوارى (٣)، فيقيم القاضي رجلاً منّا لبيعهنّ

ص: ٥٦٤

١- ١) كما في المسالك ٦: ٢٥٩، و الحدائق ١٨: ٣٢٣ و ٤٠٣ و ٤٤٤، و الرياض ٢: ٣١ و ٥٩، و الجواهر ٢٢: ٢٢٧٢.

٢- ٢) في «ش» بدل «فيها»: بهذا.

٣- ٣) في «ش»: الجوارى.

-أو قال: يقوم بذلك رجلٌ منّا- فيضعف قلبه؛ لأنّهنَّ فروج (١)، فما ترى في ذلك؟ قال: إذا كان القيّم (٢) مثلك و (٣) مثل عبد الحميد فلا بأس» (٤).

بناء على أنّ المراد من المماثلة: أمّا المماثلة في التشيع، أو في الوثاقه و ملاحظه مصلحه اليتيم و إن لم يكن شيعياً، أو في الفقاهه- بأن يكون من نواب الإمام عليه السلام عموماً في القضاء بين المسلمين- أو في العدالة.

و الاحتمال (٥) الثالث منافٍ لإطلاق المفهوم الدالّ على ثبوت البأس مع عدم الفقيه و لو مع تعدّره. و هذا بخلاف الاحتمالات الأخرى؛ فإنّ البأس ثابت للفاسق أو الخائن أو المخالف و إن تعدّر غيرهم، فتعيّن أحدها (٦) الدائر بينها، فيجب الأخذ في مخالفه الأصل بالأخصّ منها، و هو العدل.

لكن الظاهر من بعض الروايات كفايه الأمانه و ملاحظه مصلحه اليتيم، فيكون مفسراً للاحتمال الثاني في وجه المماثلة المذكوره في الصحيحه.

ص: ٥٦٥

١- ١) عبارته «قال فذكرت- إلى- فروج» لم ترد في غير «ش»، و استدركت في هامش «ص».

٢- ٢) في «ص» و «ش» زياده: به.

٣- ٣) في «ص»: أو.

٤- ٤) الوسائل ١٢: ٢٧٠، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢، و في غير «ش» زياده: الخبر.

٥- ٥) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: و احتمال.

٦- ٦) في «ف»: أحدهما.

ففى صحيحه على بن رثاب: «رجل مات و بينى و بينه قرابه و ترك أولاداً صغاراً و مماليك- غلماناً (١) و جوارى- و لم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها (٢) أم ولد؟ و ما ترى فى بيعهم؟ قال (٣): إن كان لهم ولئى يقوم بأمرهم، باع عليهم و نظر لهم و (٤) كان مأجوراً فيهم (٥). قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية و يتخذها (٦) أم ولد؟ فقال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم، و ليس لهم أن يرجعوا فيما فعله القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم» (٧).

و موثقه زرعه، عن سماعه: «فى رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار، من غير وصيته، و له خدم و مماليك و عقد (٨) كيف يصنع

ص: ٥٦٦

-
- ١- ١) لم ترد «غلماناً» فى غير «ش» و «ص».
 - ٢- ٢) فى «ص» و مصححه «ن»: «و يتخذها»، و فى «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «و يجدها»، و فى «ش»: يتخذها.
 - ٣- ٣) فى «ص» و «ش» زياده: فقال.
 - ٤- ٤) فى «ن» شطب على الواو.
 - ٥- ٥) لم ترد «فيهم» فى غير «ش»، و استدركت فى «ص».
 - ٦- ٦) فى غير «ص» و «ش»: «و يجدها، و لكن صححت فى «ن» بما أثبتناه.
 - ٧- ٧) فى غير «ش» زياده: الخبر، و شطب عليها فى «ص»، و لا وجه لها إذ الحديث المذكور بتمامه، راجع الوسائل ١٢: ٢٦٩، الباب ١٥ من أبواب عقد البيع و شروطه.
 - ٨- ٨) كذا استدركت فى «ص» طبقاً للمصادر الحديثيه، و فى «ش»: «و عقر»، و لم ترد الكلمه فى سائر النسخ.

الورثه بقسمه ذلك (١)؟ قال: إن قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله فلا بأس (٢)؛ بناءً على أن المراد من يوثق به ويطمئن بفعله عرفاً وإن لم يكن فيه ملكه العداله.

لكن في صحيحه إسماعيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العداله: «قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغير وصيّه، وله ولد صغار و كبار، أ يحلّ شراء شيء من خدمه و متاعه (٣) من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلك؟ فإن تولاه قاضٍ قد تراضوا به و لم يستخلفه (٤) الخليفه، أ يطيب الشراء منه أم لا؟ قال عليه السلام: إذا كان الأكبر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثه بالبيع و قام عدل فى ذلك» (٥).

هذا، و الذى ينبغى أن يقال: إنك قد عرفت أن ولايه غير الحاكم لا تثبت إلما فى مقام يكون عموم عقلى أو نقلى يدل على رجحان التصدى لذلك المعروف، أو يكون هناك دليل خاص يدل عليه، فما ورد فيه نصّ خاص على الولايه اتبع ذلك النصّ عموماً أو (٦) خصوصاً فقد يشمل الفاسق و قد لا يشمل.

ص: ٥٦٧

١-١) فى المصادر الحديثيه زياده: «الميراث»، و استدركت فى مصححه «ص».

٢-٢) الوسائل ٤٧٤:١٣، الباب ٨٨ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٢.

٣-٣) فى نسخه بدل «ن» و «م» و «ع»: متاعهم، و فى نسخه بدل «ص»: خدمهم و متاعهم.

٤-٤) فى الكافى: «لم يستأمره»، و فى التهذيب و الوسائل: لم يستعمله.

٥-٥) الوسائل ٢٦٩:١٢-٢٧٠، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع، الحديث الأوّل.

٦-٦) فى «ف» بدل «أو»: «و».

و أما ما ورد فيه العموم، فالكلام فيه قد يقع في جواز مباشره الفاسق و تكليفه بالنسبه إلى نفسه، و أنه هل يكون مأذوناً من الشرع في المباشره، أم لا؟ و قد يكون بالنسبه إلى ما يتعلّق من فعله بفعل غيره إذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحه، كالشراء منه مثلاً.

[الظاهر عدم اعتبار العدالة في المباشره]

أمّا الأول: فالظاهر جوازه، و أنّ العدالة ليست معتبره في منصب المباشره؛ لعموم أدلّه فعّل ذلك المعروف، و لو مثل قوله عليه السلام: «عون الضعيف من أفضل الصدقه» (١)، و عموم قوله تعالى: «و لا تقربوا مال اليتيم إلاّ بالتي هي أحسن» (٢) و نحو ذلك.

و صحيحه محمد بن إسماعيل -السابقه-، قد عرفت أنّها محموله على صحيحه على بن رئاب -المتقدمه-، بل و موثقه زرعه (٣) و غير ذلك ممّا سيأتي. و لو ترتّب حكم الغير على الفعل الصحيح منه، كما إذا صلّى فاسق على ميت لا ولي له، فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه و شكّ في صحته، و لو شكّ في حدوث الفعل منه و أخبر به، ففي قبوله إشكال.

[الظاهر اشتراط العدالة فيما يتعلّق بفعل الغير]

و أمّا الثاني: فالظاهر اشتراط العدالة فيه، فلا يجوز الشراء منه و إن ادّعى كون البيع مصلحه، بل يجب أخذ المال من يده.

و يدلّ عليه -بعد صحيحه إسماعيل بن سعد المتقدمه، بل و موثقه زرعه، بناء على إرادته العدالة من الوثاقه-: أنّ عموم أدلّه القيام بذلك

ص: ٥٦٨

١-١) الوسائل ١٠٨: ١١، الباب ٥٩ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢، و فيه: «عونك للضعيف...».

٢-٢) الأنعام: ١٥٢، و الإسراء: ٣٤.

٣-٣) راجع الصفحه ٥٦٤-٥٦٦.

المعروف لا- يرفع اليد عنها بمجرد تصرّف الفاسق؛ فإنّ وجوب إصلاح مال اليتيم و مراعاة غبطته، لا يرتفع (١) عن الغير بمجرد تصرّف الفاسق.

و لا يجدى هنا حمل فعل المسلم على الصحيح، كما فى مثال الصلاه المتقدم؛ لأنّ الواجب هناك هى صلاه صحيحه، و قد علم صدور أصل الصلاه من الفاسق، و إذا شكّ فى صحّتها أحرزت بأصله الصحّه. و أمّا الحكم فيما نحن فيه، فلم يحمل على التصرّف الصحيح، و إنّما حمل على موضوع هو «إصلاح المال و مراعاة الحال» و الشكّ فى أصل تحقّق ذلك، فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاه مع الشكّ فيها.

و إن شئت قلت: إنّ شراء مال اليتيم لا بدّ أن يكون مصلحه له، و لا يحرز (٢) ذلك بأصله صحّه البيع من البائع، كما لو شكّ المشتري فى بلوغ البائع، فتأمل.

نعم، لو وجد فى يد الفاسق ثمن من (٣) مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري و أخذ الثمن من الفاسق؛ لأنّ مال اليتيم الذى يجب إصلاحه و حفظه من التلف لا يعلم أنّه الثمن أو المثل، و أصله صحّه معامله من الطرفين يحكم بالأوّل، فتدبّر.

[هل يجوز مزاحمه من تصدى من المؤمنين]

ثمّ إنّ حيث ثبت جواز تصرّف المؤمنين، فالظاهر أنّه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى، لا على وجه النيايه من حاكم الشرع، فضلاً عن كونه على وجه النصب من الإمام عليه السلام، فمجرد وضع العدل

ص: ٥٦٩

١- ١) فى غير «ص»: لا ترتفع.

٢- ٢) كذا فى «ف» و نسخه بدل «خ»، و استظهره مصحّح «ص» أيضاً، و فى سائر النسخ: و لا يجوز.

٣- ٣) لم ترد «من» فى «ف».

يده على مال يتيم لا يوجب منع الآخر و مزاحمته بالبيع و نحوه.

و لو نقله بعقد جائز، فوجد الآخر المصلحه في استرداده، جاز الفسخ إذا كان الخيار ثابتاً بأصل الشرع أو بجعلهما مع جعله للصغير (١) أو مطلق وليه من غير تخصيص بالعاقده. و أمّا لو (٢) أراد بيعه من شخص (٣) و عرضة لذلك جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحه و إن كان في يد الأول.

و بالجمله، فالظاهر أنّ حكم عدول (٤) المؤمنين لا يزيد عن (٥) حكم الألب و الجدد من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر.

[مزاحمه فقيه لفقيره آخر]

و أمّا حكّام الشرع، فهل هم كذلك؟ فلو عيّن فقيه من يصلّى على الميت الذي لا وليّ له، أو من يلي أمواله، أو وضع اليد على مال يتيم، فهل يجوز للآخر مزاحمته، أم لا؟ الذي ينبغي أن يقال: إنّه إن استندنا في ولايته الفقيه إلى مثل التوقيع المتقدم (٦)، جاز المزاحمه قبل وقوع التصرف اللازم؛ لأنّ المخاطب بوجوب إرجاع الأمور إلى الحكّام هم العوامّ، فالنهي عن المزاحمه

ص: ٥٧٠

-
- ١- ١) في «ن»، «م»، «ع» و «ص» و نسخه بدل «خ»: لليتيم، و في نسخه بدل «ع»: للصغير.
 - ٢- ٢) لم ترد «و أمّا» في «ش»، و في «ف»: «أمّا»، و شطب على «أمّا» في «ن».
 - ٣- ٣) في غير «ف» و «ش»: شخصه، و صحّحت في «ن» و «ص» بما أثبتناه.
 - ٤- ٤) في غير «ش»: «العدول»، و صحّحت في «ص» بما أثبتناه.
 - ٥- ٥) كذا، و المناسب «على»، كما في مصحّحه «ن».
 - ٦- ٦) تقدّم في الصفحه ٥٥٥.

يختصّ بهم، و أمّا الحكام فكلّ منهم حجّيه من الإمام عليه السلام، فلا- يجب على واحد منهم إرجاع الأمر الحادث إلى الآخر، فيجوز له مباشرته و إن كان الآخر دخل فيه و وضع يده عليه، فحال كلّ منهم حال كلّ من الأب و الجدّ في أنّ النافذ تصرّف السابق، و لا عبره بدخول الآخر في مقدّمات ذلك و بناءه على ما يغاير تصرّف الآخر، كما يجوز لأحد الحاكمين تصدّي المرافعه قبل حكم الآخر و إن حضر المترافعان عنده و أحضر الشهود و بنى على الحكم.

و أمّا لو استندنا في ذلك إلى (1) عمومات النيابة (2)، و أنّ فعل الفقيه كفعل الإمام، و نظره كنظره الذي لا يجوز التعدّي عنه- لا من حيث ثبوت الولاية له على الأنفس و الأموال حتّى يقال: إنّه قد تقدّم عدم ثبوت عموم يدلّ على النيابة في ذلك (3)، بل من حيث وجوب إرجاع الأمور الحادثه إليه؛ المستفاد من تعليل الرجوع فيها إلى الفقيه بكونه حجّيه منه عليه السلام على الناس- فالظاهر عدم جواز مزاحمه الفقيه الذي دخل في أمر و وضع يده عليه و بنى فيه بحسب نظره على تصرّف و إن لم يفعل نفس ذلك التصرّف؛ لأنّ دخوله فيه كدخول الإمام، فدخول الثاني فيه و بناؤه على تصرّف آخر مزاحمه (4) له، فهو (5) كمزاحمه

ص: ٥٧١

١- ١) كذا في «ف»، «ن» و «خ» و نسخه بدل «ص»، و في سائر النسخ: على.

٢- ٢) المتقدّمه في الصفحه ٥٥١-٥٥٢.

٣- ٣) راجع الصفحه ٥٥٣.

٤- ٤) في «ف»، «خ»، «م» و «ع»: يزاحمه.

٥- ٥) لم ترد «فهو» في «ف».

الإمام عليه السلام، فأدله النيابة عن الإمام عليه السلام لا تشمل ما كان فيه مزاحمه الإمام (١) عليه السلام.

فقد ظهر ممّا ذكرنا: الفرق بين الحكّام، وبين الأب و الجدّ؛ لأجل الفرق بين كون كلّ واحد منهم حجّه و بين كون كلّ واحد منهم نائباً.

و ربما يتوهم: كونهم حينئذٍ كالوكلاء المتعدّدين، في أنّ بناء واحد منهم على (٢) أمر مأذون فيه لا يمنع الآخر عن تصرّف مغايرٍ لما بنى عليه الأوّل.

و يندفع بأنّ الوكلاء إذا فرضوا وكلاء في نفس التصرّف لا في مقدّماته، فما لم يتحقّق التصرّف من أحدهم كان الآخر مأذوناً في تصرّف مغايرٍ و إن بنى عليه الأوّل و دخل فيه، أمّا إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون إلزامهم كإلزامه و دخولهم في الأمر كدخوله، و فرضنا أيضاً عدم دلالة دليل و كالتهم على الإذن في مخالفه نفس الموكل، و التعدّي عمّا بنى هو عليه مباشرةً أو استنباهً، كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زياده و لا نقيصه.

و الوهم إنّما نشأ من ملاحظه التوكيلات المتعارفه للوكلاء المتعدّدين المتعلّقه بنفس ذى المقدّمه، فتأمل.

هذا كلّّه مضافاً إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطه إلى الحكّام سيّما في مثل هذا الزمان (٣) الذى شاع فيه القيام بوظائف الحكّام ممّن

ص: ٥٧٢

١- ١) في «ف»: للإمام.

٢- ٢) في «ف» بدل «على»: في.

٣- ٣) كذا في «ش»، و في «خ» و «ص»: «هذه الأزمان»، و في سائر النسخ: هذا الأزمان.

يَدْعَى الْحُكُومَهُ.

و كيف كان، فقد تبين ممّا ذكرنا عدم جواز مزاحمه فقيهٍ لمثله في كلّ إلزام قوليّ أو فعليّ يجب الرجوع فيه إلى الحاكم، فإذا قبض (١) مال اليتيم من شخص أو عتّن شخصاً لقبضه أو جعله ناظراً عليه، فليس لغيره من الحكّام مخالفة نظره؛ لأنّ نظره كنظر الإمام.

و أمّا جواز (٢) تصدّي مجتهدٍ لمرافعه تصدّاتها مجتهد آخر قبل الحكم فيها إذا لم يعرض عنها بل بنى على الحكم فيها؛ فلأنّ وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم.

[هل يشترط في ولاية غير الأب و الجد ملاحظه الغبطه لليتيم؟]

ثمّ إنّه هل يشترط في ولاية (٣) غير الأب و الجدّ ملاحظه الغبطه لليتيم، أم لا؟.

ذكر الشهيد في قواعده: أنّ فيه وجهين (٤)، و لكن ظاهر (٥) كثير (٦) من كلماتهم: أنّه لا- يصحّ إلّا مع المصلحه، بل في مفتاح الكرامه: أنّه إجماعي (٧)، و أنّ الظاهر من التذكرة في باب الحجر كونه اتّفاقياً بين

ص: ٥٧٣

١- ١) في غير «ف» و «ش»: أقبض.

٢- ٢) في «ف»: عدم جواز.

٣- ٣) كذا، و في التعبير ما لا يخفى.

٤- ٤) راجع القواعد و الفوائد ١: ٣٥٢، القاعدة ١٣٣، و سيأتي نصّ كلامه في الصفحة ٥٧٩.

٥- ٥) في «خ» و «ص»: ظهر.

٦- ٦) كلمه «كثير» وردت في «ف» و «ش»، و استدركت في هامش «ن».

٧- ٧) مفتاح الكرامه ٢١٧: ٤.

المسلمين (١)، و عن شيخه في شرح القواعد: أنه ظاهر الأصحاب (٢)، وقد عرفت تصريح الشيخ و الحلّي بذلك حتّى في الأب و الجدّ (٣).

[الاستدلال بقوله تعالى: وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ]

و يدلّ عليه-بعد ما عرفت من أصاله عدم الولاية لأحد على أحد-:عموم قوله تعالى: وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ (٤)، و حيث إنّ توضيح معنى الآية على ما ينبغي لم أجده في كلام أحد من المتعرضين لبيان آيات الأحكام، فلا بأس بتوضيح ذلك في هذا المقام، فنقول: إنّ «القرب» في الآية يحتمل معاني (٥) أربعة:

الأول: مطلق التقلب (٦) و التحريك حتّى من مكان إلى آخر، فلا يشمل مثل إبقائه (٧) على حال أو عند (٨) أحد.

الثاني: وضع اليد عليه بعد أن كان بعيداً عنه و مجتنباً، فالمعنى:

تجنّبوا عنه، و لا تقربوه إلّا إذا كان القرب أحسن، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع (٩).

الثالث: ما يعدّ تصرفاً عرفاً-كالافتراض و البيع و الإجاره و ما أشبهه

ص: ٥٧٤

١- ١) استظهره السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٥:٢٦٠، و انظر التذكرة ٢:٨٠.

٢- ٢) شرح القواعد (مخطوط): الورقة ٧١.

٣- ٣) راجع الصفحة ٥٣٩.

٤- ٤) الأنعام: ١٥٢، و الإسراء: ٣٤.

٥- ٥) في «ف»: معان.

٦- ٦) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: التقلّب.

٧- ٧) في «ف»: البقاء.

٨- ٨) في مصحّحه «ص»: على حاله و عند.

٩- ٩) في «ف» و «خ» و نسخة بدل «ش»: بعد الارتكاب.

ذلك-فلا يدلّ على تحريم إبقائه بحاله تحت يده إذا كان التصرف فيه أحسن منه، إلّا بتنقيح المناط.

الرابع: مطلق الأمر الاختياري المتعلّق بمال اليتيم، أعمّ من الفعل و الترك، والمعنى: لا تختاروا في مال اليتيم فعلاً أو تركاً إلّا ما كان أحسن من غيره، فيدلّ على حرمة الإبقاء في الفرض المذكور؛ لأنّ إبقائه قربٌ له بما ليس أحسن.

و أمّا لفظ «الأحسن» في الآية، فيحتمل أن يراد به ظاهره من التفضيل، و يحتمل أن يراد به الحسن. و على الأوّل، فيحتمل التصرف الأحسن من تركه- كما يظهر من بعض- و يحتمل أن يراد به ظاهره و هو الأحسن مطلقاً من تركه و من غيره من التصرفات. و على الثاني، فيحتمل أن يراد ما فيه مصلحه، و يحتمل أن يراد به ما لا مفسده فيه، على ما قيل: من أنّ أحد معاني الحسن ما لا حرج في فعله (١).

ثم إنّ الظاهر من احتمالات «القرب» هو الثالث، و من احتمالات «الأحسن» هو الاحتمال الثاني، أعنى التفضيل المطلق.

و حينئذٍ فإذا فرضنا أنّ المصلحه اقتضت بيع مال اليتيم، فبعناه بعشره دراهم، ثم (٢) فرضنا أنّه لا يتفاوت لليتيم إبقاء الدراهم أو جعلها ديناراً، فأراد الولي جعلها ديناراً، فلا يجوز؛ لأنّ هذا التصرف ليس أصلح من تركه، و إن كان يجوز لنا من أوّل الأمر بيع المال بالدينار؛ لفرض عدم التفاوت بين الدراهم و الدينار بعد تعلّق المصلحه بجعل المال نقداً.

ص: ٥٧٥

١- ١) لم نعثر على قائله.

٢- ٢) في «ف» زياده: لو.

أما لو جعلنا «الحسن» بمعنى ما لا مفسده فيه، فيجوز.

و كذا لو جعلنا «القرب» بالمعنى الرابع؛ لأننا إذا فرضنا أنّ القرب يعمّ إبقاء مال اليتيم على حاله - كما هو الاحتمال الرابع - فيجوز التصرف المذكور؛ إذ بعد كون الأحسن هو جعل مال اليتيم نقداً، فكما أنّه مخير في الابتداء بين جعله دراهم أو ديناراً - لأنّ القدر المشترك أحسن من غيره، و أحد الفردين فيه لا مزيه لأحدهما (1) على الآخر فيخير - فكذلك بعد جعله دراهم إذا كان كلٌّ من إبقاء الدراهم على حالها و جعلها ديناراً قريباً، و القدر المشترك أحسن من غيره، و أحد (2) الفردين لا - مزيه فيه على الآخر فهو مخير بينهما.

و الحاصل: أنّه كلما يفرض التخيير بين تصرفين في الابتداء - لكون القدر المشترك بينهما أحسن (3)، و عدم مزيه لأحد الفردين - تحقّق التخيير لأجل ذلك استدامه، فيجوز العدول من (4) أحدهما بعد فعله إلى الآخر إذا كان العدول مساوياً للبقاء بالنسبة إلى حال اليتيم و إن كان فيه نفع يعود إلى المتصرف.

لكن الإنصاف: أنّ المعنى الرابع لـ «القرب» مرجوح في نظر العرف بالنسبة إلى المعنى الثالث، و إن كان الذي يقتضيه التدبّر في

ص: ٥٧٦

١ - ١) كذا في النسخ، و كان الأولى الإتيان بكلمه «له» مكان «لأحدهما»، كما أشار إليه مصحح «ص».

٢ - ٢) في غير «ف»: فأحد.

٣ - ٣) في غير «ف» و «ش»: «حسن»، و كتب في «ص» فوقه: حسناً.

٤ - ٤) في «ص»: عن.

غرض الشارع و مقصوده من مثل هذا الكلام: أن لا يختاروا في أمر مال اليتيم إلّا ما كان أحسن من غيره.

[ظاهر بعض الروايات كفايه عدم المفسده]

نعم، ربما يظهر من بعض الروايات أنّ مناط حرمة التصرف هو الضرر، لا أنّ مناط الجواز هو النفع.

□
ففي حسنه (١) الكاهلي: «قيل (٢) لأبي عبد الله عليه السلام: إنّنا ندخل (٣) على أخ لنا في بيت أيتام و معهم (٤) خادم لهم، فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم، و يخدمنا خادمهم، و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا و فيه من طعامهم، فما ترى في ذلك؟ قال: إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، و إن كان فيه ضرر فلا» (٥).

بناءً على أنّ المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون (٦) من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الذيل: أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك، فلا تنافي بين الصدر و الذيل على ما زعمه بعض المعاصرين (٧): من أنّ الصدر دالّ على إناطه الجواز

ص: ٥٧٧

-
- ١- ١) في «ف» و «خ» و نسخه بدل «ع» و «ش»: روايه.
 - ٢- ٢) في غير «ف» و «خ»: «قال»، و في مصححه «ص»: «قال: قيل».
 - ٣- ٣) في غير «ف»: لندخل.
 - ٤- ٤) كذا في «ص» و «ش»، و في سائر النسخ: معه.
 - ٥- ٥) الوسائل ١٨٣: ١٢-١٨٤، الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.
 - ٦- ٦) كذا، و الأولى: «بصرفون»، كما تبه عليه مصحح «ص».
 - ٧- ٧) لم نعثر عليه.

بالنفع، و الذيل دالّ على إناطه الحرمة بالضرر، فيتعارضان في مورد يكون التصرف غير نافع و لا مضرّ. و هذا منه مبنى على أنّ المراد بمنفعه الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما يزاء مال اليتيم إليه، بمعنى أن تكون المنفعة في معاوضه ما يتصرف (1) من مال اليتيم بما يتوصّل (2) إليهم من ماله، كأن يشرب ماءً فيعطى (3) فلساً يازائه، و هكذا... و أنت خير بأنّه لا ظهور للروايه حتّى يحصل التنافي.

□
و في روايه ابن المغيره: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إنّ لى ابنه أخ يتيمة، فربما اهدى لها الشىء فأكل منه ثمّ أطعمها بعد ذلك الشىء من مالى، فأقول: يا ربّ هذا بهذا (4)؟ قال: لا بأس» (5).

فإنّ ترك الاستفصال عن (6) مساواه العوض و زيادته يدلّ على عدم اعتبار الزيادة، إلّا أن يحمل على الغالب: من كون التصرف فى الطعام المهدي إليها (7) و إعطاء العوض بعد ذلك أصلح؛ إذ الظاهر من (8) «الطعام المهدي إليها» (9) هو المطبوخ و شبهه.

ص: ٥٧٨

١-١) كذا، و الأولى: «ما يصرف»، كما فى مصحّحه «ص».

٢-٢) كذا، و الظاهر: «بما يوصل»، كما استظهره مصحّح «ص».

٣-٣) فى «ف»: و يعطى.

٤-٤) فى «ف» و «خ» و نسخه بدل «ن» و «م» و «ع» بدل «بهذا»: بذا.

٥-٥) الوسائل ١٨٤: ١٢، الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٦-٦) فى «ش»: من.

٧-٧) فى «ف»: المهدي إليه.

٨-٨) فى «ش» بدل «من»: أنّ.

٩-٩) فى «ف»، «ن» و «م»: المهدي إليه.

□
وجهان (١). قال الشهيد رحمه الله في القواعد: هل يجب على الولي مراعاة المصلحه في مال المولى عليه، أو يكفي نفى المفسده؟ يحتمل الأول؛ لأنه منصوب لها، ولأصالة بقاء الملك على حاله، ولأن النقل و الانتقال لا بدّ لهما من غايه، و العدميات لا تكاد تقع غايه. و على هذا، هل يتحرى الأصلح أم يكتفى بمطلق المصلحه؟ فيه وجهان: نعم، لمثل ما قلنا، لا؛ لأن ذلك لا يتناهى.

و على كلّ تقدير: لو ظهر في الحال الأصلح و المصلحه، لم يجز العدول عن الأصلح، و يترتب على ذلك: أخذ الولي بالشفعه للمولى عليه حيث لا مصلحه و لا مفسده، و تزويج المجنون حيث لا مفسده؛ و غير ذلك (٢)، انتهى.

الظاهر أنّ فعل الأصلح في مقابل ترك التصرف رأساً غير لازم؛ لعدم الدليل عليه، فلو كان مال اليتيم موضوعاً عنده و كان الاتجار به أصلح منه، لم (٣) يجب إلّا إذا قلنا بالمعنى الرابع من معانى القرب فى الآيه، بأن يراد: لا تختاروا فى مال اليتيم أمراً من الأفعال أو التروك إلّا أن يكون أحسن من غيره، و قد عرفت الإشكال فى استفاده هذا المعنى، بل الظاهر التصرفات الوجوديه فهى المنهى عن جميعها، إلّا (٤).

ص: ٥٧٩

١-١) عبارته: «و هل يجب مراعاة الأصلح، أم لا؟ وجهان»، لم ترد فى «ف».

٢-٢) القواعد و الفوائد ١: ٣٥٢، القاعده ١٣٣.

٣-٣) حرف النفى لم يرد فى غير «ش»، و فى نسخه بدل «ش» و مصححه «ن»، «خ» و «ص»: لا.

٤-٤) فى «ش» بدل «إلّا»: لا.

ما كان أحسن من غيره و من الترك، فلا يشمل ما إذا كان (1) فعلاً أحسن من الترك.

نعم، ثبت بدليل خارج حرمه الترك إذا كان فيه مفسده، و أما إذا كان فى الترك مفسده و دار الأمر بين أفعالٍ بعضها أصلح من بعض، فظاهر الآيه عدم جواز العدول عنه، بل ربما يعدّ العدول فى بعض المقامات إفساداً، كما إذا اشترى فى موضع بعشره، و فى موضع آخر قريب منه بعشرين، فإنه يعدّ بيعه فى الأوّل إفساداً للمال، لو (2) ارتكبه عاقل عدّ سفيهاً ليس فيه ملكه إصلاح المال، و هذا هو الذى أرادته الشهيد بقوله: و لو ظهر فى الحال... إلخ (3).

نعم، قد لا يعدّ العدول من السفاهه، كما لو كان بيعه مصلحه، و كان بيعه فى بلد آخر أصلح (4) مع إعطاء الأجره منه أن ينقله إليه و العلم بعدم الخساره (5)؛ فإنه قد (6) لا يعدّ ذلك سفاهه، لكن ظاهر الآيه وجوبه.

ص: ٥٨٠

١-١) فى «ف» و «ن» زياده: «الترك»، و لكن شطب عليها فى «ن».

٢-٢) فى «ش» و مصححه «خ»: و لو.

٣-٣) راجع الصفحه السابقه.

٤-٤) كذا فى «ش» و مصححه «ن» و «خ»، و العبارة فى سائر النسخ هكذا: أو كان بيعه فى بلد آخر مع إعطاء...

٥-٥) فى «ص» بعد كلمه «الخساره» زياده «أصلح» تصحيحاً.

٦-٦) لم ترد «قد» فى «ص».

مسأله يشترط في من ينتقل إليه العبد المسلم—ثمناً أو مثنماً—أن يكون مسلماً،

فلا يصح نقله إلى الكافر عند أكثر علمائنا، كما في التذكرة (١)، بل

[المشهور عدم صحة نقل العبد المسلم إلى الكافر]

عن الغنيه: عليه الإجماع (٢)، خلافاً للمحكي في التذكرة عن بعض علمائنا (٣)، و سيأتي عبارته الإسكافي في المصحف (٤).

و استدلل (٥) للمشهور تارة: بأن الكافر يمنع من استدامته؛ لأنه لو ملكه قهراً يارث أو أسلم في ملكه بيع عليه، فيمنع من ابتدائه كالنكاح.

و أخرى: بأن الاسترقاق سبيل على المؤمن، فينتفى بقوله (٦) تعالى:

ص: ٥٨١

١-١) التذكرة ١:٤٦٣.

٢-٢) الغنيه: ٢١٠.

٣-٣) التذكرة ١:٤٦٣.

٤-٤) سيأتي في الصفحة ٦٠١.

٥-٥) انظر التذكرة ١:٤٦٣، و مفتاح الكرامه ٤:١٧٥.

٦-٦) في غير «ش» و مصححه «ن»: لقوله.

وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا

(١)

و، بالنبوي المرسل في كتب أصحابنا-المنجبر بعملهم و استدلالهم به (٢) في موارد متعدده (٣)، حتى في عدم جواز علو بناء الكافر على بناء المسلم، بل عدم جواز مساواته (٤) -و هو قوله صلى الله عليه وآله: «الإسلام يعلو ولا يُعلَى عليه» (٥)، و من المعلوم: أن ما نحن فيه أولى بالاستدلال عليه به.

لكن الإنصاف: أنه لو أغمض النظر عن دعوى الإجماع (٦) المعتضد (٧) بالشهره و (٨) اشتهاار التمسك بالآيه-حتى أسند في كنز العرفان إلى الفقهاء (٩)، و في غيره إلى أصحابنا (١٠)-لم يكن ما ذكروه من الأدله خالياً عن الإشكال في الدلاله.

أما حكاية قياس الابتداء على الاستداه (١١)، فغايه توجيهه: أن

ص: ٥٨٢

١-١) النساء: ١٤١.

٢-٢) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: عليه.

٣-٣) منها عدم جواز إعاره العبد المسلم للكافر، و منها عدم ولايه الكافر على المسلم، و غيرهما مما يقف عليها المتتبع. أنظر جامع المقاصد ٤: ٥٦، و ١٢: ١٠٧.

٤-٤) كما في المبسوط ٢: ٤٦، و جامع المقاصد ٣: ٤٦٣.

٥-٥) الوسائل ١٧: ٣٧٦، الباب الأول من أبواب موانع الإرث، الحديث ١١.

٦-٦) المتقدم عن الغنيه في الصفحه السابقه.

٧-٧) في «ص»: المعتضده.

٨-٨) كذا في «خ» و مصححه «ص»، و في سائر النسخ بدل «واو»: أو.

٩-٩) كنز العرفان ٢: ٤٤.

١٠-١٠) كما في زبده البيان: ٤٣٩، و فيه: و احتج به أصحابنا.

١١-١١) يعنى الدليل الأول مما استدلل به للمشهور.

المستفاد من منع الشارع عن استدامته عدم رضاه بأصل وجوده حدوثاً وبقاءً، من غير مدخلية لخصوص البقاء، كما لو أمر المولى بإخراج أحد من الدار أو بإزاله النجاسة عن المسجد؛ فإنه يفهم من ذلك عدم جواز الإدخال.

لكن يرد عليه: أنّ هذا إنّما يقتضى كون عدم (1) الرضا بالحدوث على نهج عدم الرضا بالبقاء، و من المعلوم: أنّ عدم رضاه بالبقاء مجرد تكليفٍ بعدم إبقائه و بإخراجه عن ملكه، و ليس معناه: عدم إمضاء الشارع بقاءه، حتّى يكون العبد المسلم خارجاً بنفسه شرعاً عن ملك الكافر، فيكون عدم رضاه بالإدخال على هذا الوجه، فلا يدلّ على عدم إمضائه لدخوله فى ملكه ليثبت بذلك الفساد.

و الحاصل: أنّ دلالة النهى عن الإدخال فى الملك، تابعه لدلالة النهى عن الإبقاء، فى الدلالة على إمضاء الشارع لآثار المنهى عنه و عدمه، و المفروض انتفاء الدلالة فى المتبوع.

و ممّا ذكرنا يندفع التمسك للمطلب بالنصّ الوارد فى عبد كافر أسلم، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: «أذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه إلى صاحبه و لا تقرّوه عنده» (2)؛ بناء على أنّ تخصيص البيع بالمسلمين - فى مقام البيان و الاحتراز - يدلّ على المنع من بيعه من الكافر، فيفسد.

توضيح الاندفاع: أنّ التخصيص بالمسلمين إنّما هو من جهة أنّ

ص: ٥٨٣

١- ١) كذا فى «ش» و مصحّحه «ن» و «خ»، و فى سائر النسخ: عدم كون.

٢- ٢) الوسائل ١٢: ٢٨٢، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع، الحديث الأوّل.

الداعى على الأمر بالبيع هى إزالة ملك الكافر و النهى عن إبقائه عنده (١)، و هى لا تحصل بنقله إلى كافر آخر، فليس تخصيص المأمور به لاختصاص مورد الصحه به، بل لأن الغرض من الأمر لا يحصل إلّا به، فافهم.

و أما الآية: فباب الخدشه فيها واسع:

تارة: من جهه دلالتها فى نفسها و لو بقربنه سياقها الآبى عن التخصيص، فلا بدّ من حملها (٢) على معنى لا يتحقّق فيه تخصيص، أو بقربنه ما قبلها (٣) الدالّه على إرادته أنّ (٤) نفى الجعل فى الآخره.

و أخرى: من حيث تفسيرها فى بعض الأخبار بنفى الحجّه للكفّار على المؤمنين، و هو ما روى فى العيون، عن أبى الحسن عليه السلام، ردّاً على من زعم أنّ المراد بها نفى تقدير الله سبحانه بمقتضى الأسباب العاديه (٥) تسلط الكفّار على المؤمنين، حتّى أنكروا-لهذا المعنى الفاسد الذى لا يتوهّمه ذو مسكه- أنّ الحسين بن على عليهما السلام (٦) لم يقتل، بل

ص: ٥٨٤

١- ١) عبارته «و النهى عن إبقائه عنده» لم ترد فى «ف»، و الظاهر زيادتها، لأنّه لا معنى لأن يكون النهى عن الإبقاء داعياً على الأمر بالبيع، قال الشهيدى: المناسب تقديم هذه الجملة على قوله «هى إزالة ملك الكافر»، و لعلّها مقدّمه فى أصل النسخه و الاشتباه من النسخ (هدايه الطالب: ٣٣٧).

٢- ٢) فى غير «ش»: «حملة»، و صححت فى «ن» بما أثبتناه.

٣- ٣) و هو قوله تعالى: فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، النساء: ١٤١.

٤- ٤) لم ترد «أنّ» فى «ش».

٥- ٥) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٢٠٣، الباب ٤٦، الحديث ٥، و عنه البحار ٤٤: ٢٧١، الحديث ٤.

٦- ٦) فى «ف»: صلوات الله على رسوله و عليهما و على أولادهما.

شبه لهم و رُفِع كعيسى - على نبينا و آله و عليه السلام -.

و تعميم الحجّه على معنى يشمل الملكيه، و (١) تعميم السبيل (٢) على وجه يشمل الاحتجاج و الاستيلاء لا يخلو عن تكلف.

و ثالثه: من حيث تعارض عموم الآيه مع عموم ما دلّ على صحّحه البيع (٣)، و وجوب الوفاء بالعقود (٤)، و حلّ أكل المال بالتجاره (٥)، و تسلّط الناس على أموالهم (٦)، و حكومه الآيه عليها غير معلومه.

و إباء سياق الآيه عن التخصيص مع وجوب الالتزام به فى طرف الاستداده، و فى كثير من الفروع فى الابتداء (٧)، يقرب تفسير السبيل بما لا - يشمل الملكيه، بأن يراد من السبيل السلطنه، فيحكم بتحقيق الملك و عدم تحقّق السلطنه، بل يكون محجوراً عليه مجبوراً على بيعه.

و هذا و إن اقتضى (٨) التقييد فى إطلاق ما دلّ على استقلال الناس

ص: ٥٨٥

١ - ١) فى «ش» بدل «واو»: أو.

٢ - ٢) فى غير «ش»: «الجعل»، و لكن صحّحت فى «ن» و «خ» بما أثبتناه.

٣ - ٣) مثل أحلّ الله البيع، البقره: ٢٧٥.

٤ - ٤) المائده: ١.

٥ - ٥) النساء: ٢٩.

٦ - ٦) راجع عوالى اللآلى ٢٢٢: ١، الحديث ٩٩.

٧ - ٧) قال المامقانى قدّس سرّه: الظاهر أنّه أشار بذلك إلى الملك القهرى كالإرث، و من غير القهرى مثل بيعه على من ينعق عليه، و مثل ما لو قال الكافر للمسلم: أعتق عبدك عنّى، و مثل ما لو اشترط عند بيعه على الكافر عتقه. (غايه الآمال: ٤٢٣).

٨ - ٨) كذا فى «ش»، و فى غيرها: «اقتضت»، و صحّحت فى «ن» و «خ» بما أثبتناه.

فى أموالهم و عدم حجرهم بها، لكنّه مع ملاحظه وقوع مثله كثيراً فى موارد الحجر على المالك أهون من ارتكاب التخصيص فى الآيه المسوقه لبيان أنّ جعل شىء لم يكن و لن يكون، و أنّ نفى الجعل ناشٍ عن احترام المؤمن الذى لا يقيد بحال دون حال.

هذا، مضافاً إلى أنّ استصحاب الصحه فى بعض المقامات يقتضى الصحه، كما إذا كان الكافر مسبقاً بالإسلام-بناءً على شمول الحكم لمن كفر عن الإسلام-أو كان العبد مسبقاً بالكفر، فيثبت فى غيره بعدم الفصل، و لا يعارضه أصاله الفساد فى غير هذه الموارد؛ لأنّ استصحاب الصحه مقدّم عليها، فتأمل.

ثمّ إنّ الظاهر أنّه لا فرق بين البيع و أنواع التمليكات كالهبة و الوصيه.

[تمليك منافع المسلم من الكافر]

و أما تمليك المنافع، ففي الجواز مطلقاً كما يظهر من التذكرة (١)، و مقرب النهايه (٢)، بل ظاهر المحكى عن الخلاف (٣)، أو مع وقوع الإجاره على الذمه كما عن الحواشى (٤) و جامع المقاصد (٥) و المسالك (٦)، أو مع كون

ص: ٥٨٦

١-١) راجع التذكرة ١:٤٦٣، الفرع الخامس.

٢-٢) نهايه الإحكام ٢:٤٥٧.

٣-٣) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٧٨، و راجع الخلاف ٣:١٩٠، كتاب البيوع، المسأله ٣١٩.

٤-٤) لا يوجد لدينا، و لكن حكاة عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٧٨.

٥-٥) جامع المقاصد ٤:٦٣.

٦-٦) المسالك ٣:١٦٧.

المسلم الأجير حرًا كما عن ظاهر الدروس (١)، أو المنع مطلقاً كما هو ظاهر القواعد (٢) و محكيّ الإيضاح (٣)، أقوال:

أظهرها الثاني، فإنه كالدين ليس ذلك سبيلاً، فيجوز.

ولا فرق بين الحرّ والعبد، كما هو ظاهر إطلاق كثير: كالتذكرة (٤) و حواشى الشهيد (٥) و جامع المقاصد (٦)، بل ظاهر المحكيّ عن الخلاف: نفى الخلاف فيه، حيث قال فيه: إذا استأجر كافر مسلماً لعمل في الذمه صحّ بلا خلاف، وإذا استأجره مدّه من الزمان شهراً أو سنه ليعمل عملاً صحّ أيضاً عندنا (٧)، انتهى.

و ادعى في الإيضاح: أنه لم ينقل من الأئمة فرق بين الدين و بين الثابت في الذمه بالاستئجار (٨).

خلافاً للقواعد (٩) و ظاهر الإيضاح (١٠)، فالمنع مطلقاً؛ لكونه سبيلاً.

ص: ٥٨٧

١-١) عبارته «كما عن ظاهر الدروس» لم ترد في «ف»، و شطب عليها في «ن»، انظر الدروس ١٩٩:٣.

٢-٢) القواعد ١٢٤:١.

٣-٣) عبارته «كما هو ظاهر القواعد و محكيّ الإيضاح» لم ترد في «ف»، و شطب عليها في «ن»، راجع إيضاح الفوائد ٤١٣:١.

٤-٤) راجع الصفحة السابقة.

٥-٥) تقدّم نقله عن مفتاح الكرامه في الصفحة السابقة.

٦-٦) جامع المقاصد ٦٣:٤.

٧-٧) تقدّم عنه في الصفحة السابقة.

٨-٨) إيضاح الفوائد ٤١٣:١.

٩-٩) القواعد ١٢٤:١.

١٠-١٠) إيضاح الفوائد ٤١٣:١.

و ظاهر الدروس: التفصيل (١) بين العبد و الحرّ، فيجوز في الثاني دون الأوّل، حيث ذكر بعد أن منع إجاره العبد المسلم الكافر مطلقاً، قال: و جَوّزها الفاضل، و الظاهر أنّه أراد إجاره الحرّ المسلم (٢)، انتهى.

و فيه نظر؛ لأنّ ظاهر الفاضل في التذكرة: جواز إجاره العبد المسلم مطلقاً و لو كانت على العين.

نعم، يمكن توجيه الفرق بأنّ يد المستأجر على الملك الذي مَلَكَ منفعته، بخلاف الحرّ؛ فإنّه لا يثبت للمستأجر يد عليه و لا على منفعته، خصوصاً لو قلنا بأنّ إجاره الحرّ تملك الانتفاع لا المنفعة، فتأمل.

[ارتهان العبد المسلم عند الكافر]

و أمّا الارتهان عند الكافر، ففي جوازه مطلقاً، كما عن ظاهر نهايه الأحكام (٣)، أو المنع، كما في القواعد (٤) و الإيضاح (٥)، أو التفصيل بين ما لم يكن تحت يد الكافر - كما إذا وضعه عند مسلم - كما عن ظاهر المبسوط (٦) و القواعد (٧) و الإيضاح في كتاب الرهن (٨) و الدروس (٩) و جامع

ص: ٥٨٨

١- ١) في غير «ش»: «تفصيل»، لكن صحّحت في «خ» بما أثبتناه.

٢- ٢) الدروس ١٩٩: ٣.

٣- ٣) حكاة السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ١٧٩: ٤.

٤- ٤) القواعد ١٢٤: ١.

٥- ٥) إيضاح الفوائد ٤١٣: ١.

٦- ٦) المبسوط ٢٣٢: ٢.

٧- ٧) القواعد ١٥٨-١: ١٥٩.

٨- ٨) إيضاح الفوائد ١١: ٢.

٩- ٩) الدروس ٣٩٠: ٣.

المقاصد (١) و المسالك (٢)، أو التردّد كما عن (٣) التذكرة (٤)، وجوه:

أقواها الثالث؛ لأنّ استحقاق الكافر لكون المسلم في يده سبيل، بخلاف استحقاقه لأخذ حقّه من ثمنه.

[إعارة العبد المسلم وإيداعه من الكافر]

و أمّا إعارته من كافر، فلا يبعد المنع، وفاقاً لعاريه القواعد (٥) و جامع المقاصد (٦) و المسالك (٧)، بل عن حواشى الشهيد رحمه الله: أنّ الإعاره و الإيداع أقوى منعاً من الارتهان (٨).

و هو حسن في العاريه؛ لأنّها تسليط على الانتفاع، فيكون سبباً - و علوّاً، و محلّ نظر في الوديعة؛ لأنّ التسليط على الحفظ و جعل نظره إليه مشترك بين الرهن و الوديعة، مع زياده في الرهن - التي قيل من أجلها بالمنع (٩) - و هي التسلّط على منع المالك عن التصرف فيه إلّا بإذنه و تسلّطه على إلزام المالك ببيعه.

ص: ٥٨٩

-
- ١-١) جامع المقاصد ٤:٦٣، و ٥:٥١.
 - ٢-٢) المسالك ٤:٢٤.
 - ٣-٣) في «ش» بدل «عن»: في.
 - ٤-٤) لم نقف على من حكاه عن التذكرة، بل المحكى عنه في مفتاح الكرامه (٤:١٧٩) و (٥:٨٣) هو المنع، نعم جاء في مفتاح الكرامه (٤:١٧٩): في التذكرة: «فيه وجهان للشافعي»، انظر التذكرة ٢:١٩، الشرط الثالث.
 - ٥-٥) القواعد ١:١٩١.
 - ٦-٦) جامع المقاصد ٤:٦٥.
 - ٧-٧) المسالك ٣:١٦٧.
 - ٨-٨) حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٨٠.
 - ٩-٩) لم نقف على القائل.

و قد صرّح في التذكرة بالجواز في كليهما (١).

و ممّا ذكرنا يظهر عدم صحّحه وقف الكافر عبده المسلم على أهل ملّته.

[الظاهر من الكافر]

ثمّ إنّ الظاهر من الكافر: كلّ من حكم بنجاسته و لو انتحل الإسلام- كالنواصب و الغلاة و المرتدّ غايه الأمر عدم وجود هذه الأفراد في زمان نزول الآية؛ و لذا استدللّ الحنفيّ (٢)- على ما حكى عنهم (٣)- على حصول (٤) البيّنونه بارتداد الزوج (٥).

و هل يلحق بذلك أطفال الكفّار؟ فيه إشكال، و يعتم «المسلم» المخالف؛ لأنّه مسلم فيعلو و لا يُعلى عليه.

و المؤمن في زمان نزول آيه «نفى السبيل» لم يُردّ به إلّا المقرّ بالشهادتين، و نفيه عن الأعراب الذين قالوا: «آمنّا» بقوله تعالى (٦):

وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ

(٧)

إنّما كان لعدم اعتقادهم بما أقروا، فالمراد بالإسلام هنا: أن يُسلم نفسه لله و رسوله في الظاهر لا الباطن،

ص: ٥٩٠

١- (١) التذكرة ٤٦٣: ١.

٢- (٢) في مصحّحه «ص» زياده «بالآيه».

٣- (٣) في هامش «ن» زياده: ب لن يجعل .

٤- (٤) كذا في «ش» و مصحّحه «خ»، و في سائر النسخ: «بحصول»، إلّا أنّها صحّحت في بعض النسخ بما أثبتناه، و في بعضها ب «لحصول».

٥- (٥) انظر الفقه على المذاهب الأربعة ٢٢٣: ٤.

٦- (٦) عبارته «بقوله تعالى» من «ش»، و استدركت في هامش «ن» أيضاً.

٧- (٧) الحجرات: ١٤.

بل قوله تعالى: **وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ دَلٌّ عَلَىٰ أَنْ مَا جرى على ألسنتهم من الإقرار بالشهادتين كان إيماناً في خارج القلب.**

و الحاصل: أنّ الإسلام و الإيمان في زمان الآيه كانا بمعنى واحد، و أمّا ما دلّ على كفر المخالف بواسطه إنكار الولايه (١)، فهو لا- يقاوم بظاهره، لما دلّ على جريان جميع أحكام الإسلام عليهم: من التناكح و التوارث، و حقن الدماء، و عصمه الأموال، و أنّ الإسلام ما عليه جمهور الناس (٢).

ففي روايه حمران بن أعين: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:

«الإيمان ما استقرّ في القلب، و أفضى به إلى الله تعالى و صدّقه العمل بالطاعه لله و التسليم لأمر الله، و الإسلام ما ظهر من قول أو (٣) فعل، و هو الذي عليه جماعه الناس من الفرق كلّها، و به حقنت الدماء، و عليه جرت الموارث، و جاز (٤) النكاح، و اجتمعوا على الصلاه و الزكاه و الصوم و الحجّ فخرجوا بذلك من الكفر و أضيفوا إلى الإيمان... إلى أن

ص: ٥٩١

١ - ١) يدلّ عليه ما في الوسائل ١: ١٥٨، الباب ١١ من أبواب الماء المضاف، و ما ورد في كتاب الحجّه من الكافي، انظر الكافي ١: ١٨٧، الحديث ١١، و ٤٢٦، الحديث ٧٤، و ٤٣٧، الحديث ٧.

٢ - ٢) يدلّ عليه ما في الكافي ٢: ٢٥-٢٦، الحديث ١ و ٣، و الوسائل ١٤: ٤٣٣، الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه، الحديث الأوّل.

٣ - ٣) كذا في «ص» و الكافي، و في سائر النسخ: «و».

٤ - ٤) في النسخ: «جازت»، و الصواب ما أثبتناه من الكافي و مصحّحه «ص».

قال: فهل للمؤمن فضل على المسلم فى شىء من الفضائل و الأحكام و الحدود و غير ذلك؟ قال: لا، إنهما (١) يجريان فى ذلك مجرى واحد، و لكن للمؤمن فضل على المسلم فى إعمالهما، و ما يتقرّبان به إلى الله تعالى» (٢).

[بيع العبد المؤمن من المخالف]

و من جميع ما ذكرنا ظهر: أنه لا بأس ببيع المسلم من المخالف و لو كان جاريه، إلما إذا قلنا بحرمه تزويج المؤمنه من المخالف؛ لأخبار دلت على ذلك (٣)، فإن فحواها يدل على المنع من بيع الجاريه المؤمنه، لكن الأقوى عدم التحريم.

[موارد جواز تملك الكافر للعبد المسلم]

ثم إنه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع:

[منها: ما إذا كان الشراء مستعقباً للانعتاق،

بأن يكون ممن يعتق على الكافر قهراً واقعاً كالأقارب، أو ظاهراً كمن أقرّ بحريه مسلم ثم اشتراه، أو بأن يقول الكافر للمسلم: أعتق عبدك عني بكذا، فأعتقه.

ذكر ذلك العلامة فى التذكرة (٤)، و تبعه (٥) جامع المقاصد (٦) و المسالك (٧).

ص: ٥٩٢

١-١) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: «لا، بل هما»، و فى الكافى: لا هما.

٢-٢) الكافى ٢: ٢٦، الحديث ٥.

٣-٣) راجع الوسائل ٤٢٣: ١٤، الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه.

٤-٤) التذكرة ١: ٤٦٣.

٥-٥) فى «ف» بدل «و تبعه»: و المحقق فى.

٦-٦) جامع المقاصد ٤: ٦٢-٦٣.

٧-٧) المسالك ١٦٧: ٣.

و الوجه فى الأوّل واضح، وفاقاً للمحكى عن الفقيه (١) و النهاية (٢) و السرائر-مدعى عليه الإجماع (٣)- و المتأخرين كآفه (٤)؛ فإن مجرد الملكيه الغير المستقره لا يعدّ سبباً، بل لم يعتبر الملكيه إلّا مقدّمه للاعتاق.

خلافاً للمحكى عن المبسوط (٥) و القاضى (٦)، فمنعاه؛ لأنّ الكافر لا يملك حتى ينعق؛ لأنّ التملك بمجرد سبيل، و السيادة علوّ. إلّا أنّ الإنصاف: أنّ السلطنه غير متحقّقه فى الخارج، و مجرد الإقدام على شرائه لينعتق، منه من الكافر على المسلم، لكنّها غير منفيّه (٧).

و أمّا الثانى، فيشكل بالعلم بفساد البيع على تقديرى الصدق و الكذب؛ لثبوت الخلل: إمّا فى المبيع لكونه حرّاً، أو فى المشترى لكونه

ص: ٥٩٣

١- ١) لم نقف على من حكاه عن الفقيه، نعم حكى ذلك عن المقنعه صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢:٣٤٠، و السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٧٧، و انظر المقنعه: ٥٩٩.

٢- ٢) حكى ذلك فى مفتاح الكرامه ٤:١٧٧، و الجواهر ٢٢:٣٤٠، و انظر النهايه: ٤٠٨ و ٥٤٠.

٣- ٣) حكى ذلك فى مفتاح الكرامه ٤:١٧٧، و الجواهر ٢٢:٣٤٠، و انظر السرائر ٢:٣٤٣، و ٣:٧.

٤- ٤) حكى ذلك فى مفتاح الكرامه ٤:١٧٧، و الجواهر ٢٢:٣٤٠.

٥- ٥) المبسوط ٢:١٦٨، و حكاه عنه و عن القاضى، العلّامه فى المختلف ٥:٥٩.

٦- ٦) راجع جواهر الفقه: ٦٠، المسأله ٢٢٢.

٧- ٧) عبارته «إلّا أنّ الإنصاف-إلى-غير منفيّه» لم ترد فى «ف».

كافراً، فلا يُتصوّر صورته صحيحه لشراء من أقرّ بانهتاقه، إلّا أن نمنع (١) اعتبار مثل هذا العلم الإجمالى، فتأمل.

و أما الثالث، فالمحكى عن المبسوط و الخلاف التصريح بالمنع (٢)؛ لما ذكر فى الأوّل.

و منها: ما لو اشترط البائع عتقه،

فإنّ الجواز هنا محكى عن الدروس (٣) و الروضه (٤)، و فيه نظر؛ فإنّ ملكيته قبل الإعتاق سبيل و علوّ، بل التحقيق: أنّه لا فرق بين هذا، و بين إجباره على بيعه، فى عدم انتفاء السبيل بمجرد ذلك.

و الحاصل: أنّ «السبيل» فيه ثلاثه احتمالات - كما عن حواشى الشهيد (٥) -:

مجرّد الملك (٦)، و يترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورته الإقرار بالحرية.

و الملك المستقرّ و لو بالقابليه، كمشروط العتق، و يترتب عليه استثناء ما عدا صورته اشتراط العتق.

٩

ص: ٥٩٤

-
- ١ - ١) فى «ش» و «خ»: يمنع.
 - ٢ - ٢) المبسوط ٢: ١٦٨، و الخلاف ٣: ١٩٠، كتاب البيوع، المسأله ٣١٧، و حكى ذلك عنهما السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ١٧٧.
 - ٣ - ٣) الدروس ٣: ١٩٩.
 - ٤ - ٤) الروضه البهيه ٣: ٢٤٤.
 - ٥ - ٥) لا يوجد لدينا، نعم حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ١٧٨.
 - ٦ - ٦) فى «ش»: الملكيه.

و المستقرّ فعلاً، و يترتب عليه استثناء الجميع.

و خير الأمور أوسطها.

[حكم تملك الكافر للمسلم قهراً]

ثم إن ما ذكرنا كلفه حكم ابتداء تملك الكافر للمسلم (١) اختياراً، أما التملك القهري فيجوز ابتداءً، كما لو ورثه الكافر (٢) من كافر اجبر على البيع، فمات قبله، فإنه لا ينعق عليه و لا على الكافر الميت؛ لأصاله بقاء رقيته، بعد تعارض دليل نفي السبيل و عموم أدله الإرث.

لكن لا يثبت بهذا الأصل (٣) تملك الكافر، فيحتمل أن ينتقل إلى الإمام عليه السلام، بل هو مقتضى الجمع بين الأدله؛ ضرورة أنه إذا نفى إرث الكافر بآيه نفي السبيل، كان الميت بالنسبه إلى هذا المال ممن لا وارث له فيرثه الإمام عليه السلام.

و بهذا التقرير يندفع ما يقال: إن إرث الإمام عليه السلام منافٍ لعموم أدله ترتيب طبقات الإرث.

توضيح الاندفاع: أنه إذا كان مقتضى نفي السبيل عدم إرث الكافر، يتحقق نفي الوارث الذي هو مورد إرث الإمام عليه السلام، فإن الممنوع من الإرث كغير الوارث.

ص: ٥٩٥

١-١) في «ش»: المسلم.

٢-٢) في النسخ زياده: «أو»، و لكن شطب عليها في «ن»، «خ» و «ص».

٣-٣) كذا في «ش»، و العبارة في «ف» هكذا: «لكن لَمَّا ثبت في الأصل»، و في سائر النسخ: «لكن لا- يثبت بها لأصل»، إلما أنها صححت في «ن» و «خ» بما أثبتناه، و في «ص»: «لا يثبت بها أصل».

فالعمده في المسأله: ظهور الاتفاق المدعى صريحاً في جامع المقاصد (١).

ثم هل يلحق بالإرث كل ملك قهري، أو لا يلحق، أو يفرق بين ما كان سببه اختيارياً و (٢) غيره؟ وجوه، خيرها: أوسطها، ثم أخيرها.

[عدم استقرار المسلم على ملك الكافر و وجوب بيعه عليه]

ثم إنّه لا- إشكال و لا- خلاف في أنّه لا- يقَرّ المسلم على ملك الكافر، بل يجب بيعه عليه؛ لقوله عليه السلام في عبد كافر أسلم: «أذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا إليه ثمنه و لا تقزوه عنده» (٣).

و منه يعلم: أنّه لو لم يبعه باعه الحاكم، و يحتمل أن يكون ولايه البيع للحاكم مطلقاً؛ لكون المالك غير قابل للسلطنه على هذا المال -غايه الأمر أنّه دلّ النصّ و الفتوى على تملكه له- و لذا ذكر فيها (٤):

أنّه يباع عليه (٥)، بل صرح فخر الدين قدس سرّه في الإيضاح بزوال ملك السيّد عنه، و يبقى له حقّ استيفاء الثمن منه (٦). و هو مخالف لظاهر النصّ و الفتوى، كما عرفت.

ص: ٥٩٦

١- ١) جامع المقاصد ٤:٦٣.

٢- ٢) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في غيرهما: أو.

٣- ٣) الوسائل ١٢:٢٨٢، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع.

٤- ٤) كلمه «فيها» من «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و لم ترد في سائر النسخ، و الأنسب: فيهما.

٥- ٥) انظر المختلف ٥:٥٩، و الدروس ٣:١٩٩، و الروضه البهيّه ٣:٢٤٥، و غيرها.

٦- ٦) إيضاح الفوائد ١:٤١٤.

و كيف كان، فإذا تولاه المالك بنفسه (١)، فالظاهر أنه لا- خيار له ولا- عليه، وفاقاً للمحكى عن الحواشى فى خيار المجلس و الشرط (٢)؛ لأنه إحداث ملك فينتفى؛ لعموم (٣) نفى السبيل؛ لتقديره على أدله الخيار كما يقدم على أدله البيع.

و يمكن أن يبتنى على أنّ الزائل العائد كالذى لم يزل، أو كالذى لم يعد؟ فإن قلنا بالأول، ثبت الخيار؛ لأنّ فسخ العقد يجعل الملكيه السابقه كأن لم تزل، وقد أمضاها الشارع و أمر بإزالتها، بخلاف ما لو كان الملكيه الحاصله غير (٤) السابقه، فإنّ الشارع لم يمضها. لكن هذا المبني ليس بشيء؛ لوجوب الاقتصار فى تخصيص نفى السبيل على المتيقن.

نعم، يحكم بالأرش لو كان العبد أو ثمنه معيباً.

و يشكل فى الخيارات الناشئه عن الضرر؛ من جهة قوّه أدله نفى الضرر، فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع، بخلاف ما لو تضرر الكافر، فإنّ هذا الضرر إنّما حصل من كفره الموجب لعدم قابليته تملك المسلم إلّا فيما خرج بالنص.

و يظهر ممّا ذكرنا، حكم الرجوع فى العقد الجائز، كالهبه.

ص: ٥٩٧

١-١) عبارته «فإذا تولاه المالك بنفسه» لم ترد فى «ف».

٢-٢) حواشى الشهيد (مخطوط) ولا يوجد لدينا، نعم حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٨٠.

٣-٣) فى مصححه «ن»: بعموم.

٤-٤) لم ترد «غير» فى «ش».

و خالف في ذلك كله جامع المقاصد، فحكم بثبوت الخيار و الردّ بالعيب - تبعاً للدروس (١) - قال: لأنّ العقد لا يخرج عن مقتضاه يكون المبيع عبداً مسلماً لكافر؛ لانتفاء المقتضى؛ لأنّ نفي السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه، فعلى هذا، لو كان البيع معاطاه فهي على حكمها، و لو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيه أحكامها.

نعم لا- يبعد أن يقال: للحاكم إلزامه بإسقاط نحو خيار المجلس أو مطالبته بسبب ناقلٍ يمنع الرجوع إذا (٢) لم يلزم منه تخسير للمال (٣)، انتهى.

و فيما ذكره (٤) نظر؛ لأنّ نفي السبيل لا- يخرج منه إلّا الملك الابتدائي، و خروجه لا يستلزم خروج عود الملك إليه بالفسخ، و استلزام البيع للخيارات ليس عقلياً، بل تابع لدليله الذي هو أضعف من دليل صحّحه العقد الذي خصّ بنفي السبيل، فهذا (٥) أولى بالتخصيص به، مع أنّه على تقدير مقاومه يرجع إلى أصله الملك و عدم زواله بالفسخ و الرجوع، فتأمل.

و أمّا ما ذكره أخيراً بقوله: «لا يبعد» ففيه: أنّ إلزامه بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع، فيكون (٦) خروج المسلم من

ص: ٥٩٨

١- ١) الدروس ١٩٩: ٣.

٢- ٢) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ بدل «إذا»: «و».

٣- ٣) جامع المقاصد ٤٥: ٤.

٤- ٤) في «ص»: ذكرها.

٥- ٥) في «ف»: فهو.

٦- ٦) في «ف»: ليكون.

ملك الكافر إلى ملك المسلم (١) بمنزله التصرف (٢) المانع من الفسخ و الرجوع.

و مما ذكرنا يظهر: أنّ ما ذكره في القواعد-من قوله قدّس سرّه: و لو باعه من مسلم (٣) بثوب ثمّ وجد في الثمن (٤) عيباً، جاز ردّ الثمن (٥)، و هل يستردّ العبد أو القيمة؟ فيه نظر ينشأ من كون الاسترداد تملكاً للمسلم اختياراً، و (٦) من كون الردّ بالعيب موضوعاً على القهر كالإيرث (٧)، انتهى-محلّ تأمّل، إلما أن يقال: إنّ مقتضى الجمع بين أدلّه الخيار، و نفي السبيل: ثبوت الخيار و الحكم بالقيمة، فيكون نفي السبيل مانعاً شرعياً من استرداد المثلث (٨)، كنقل المبيع في زمن الخيار، و كالتلف الذي هو مانع عقليّ.

و هو حسن إن لم يحصل السبيل بمجرد استحقاق الكافر للمسلم

ص: ٥٩٩

١-١) في «ف»: مسلم.

٢-٢) في غير «ف» و مصحّحه «ن»، «م» و «ص» زياده: التصرف.

٣-٣) كذا في «ش» و مصحّحه «ن» و المصدر، و في سائر النسخ: «و لو باعه المسلم»، و في مصحّحه «ص»: و لو باعه لمسلم.

٤-٤) في نسخه بدل «ش»: الثوب.

٥-٥) في نسخه بدل «ن» و «ش»: الثوب.

٦-٦) عبارته «ينشأ من كون الاسترداد تملكاً للمسلم اختياراً و «من «ش» و المصدر، و لم ترد في سائر النسخ، و استدركه مصحّح «ن» في الهامش، و قال: كذا في نسخه من القواعد.

٧-٧) القواعد ١٢٤: ١.

٨-٨) في غير «ش» و مصحّحه «ن»: الثمن.

المنكشف باستحقاق بدله؛ ولذا حكموا بسقوط الخيار في من ينعق على المشتري (١)، فتأمل.

ص: ٦٠٠

١-١) راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٤٨، والجواهر ٢٣:١٨، ونسب في الحقائق ١٩:١٦ سقوط خيار المشتري إلى المشهور.

ذكره الشيخ (١) و المحقق (٢) في الجهاد، و العلامه في كتبه (٣) و جمهور من تأخر عنه (٤).

و عن الإسكافي أنه قال: و لا- أختار أن يرهن الكافر مصحفاً، و ما يجب (٥) على المسلم تعظيمه، و لا- صغيراً من الأطفال (٦)، انتهى.

و استدلوا (٧) عليه بوجوب احترام المصحف، و فحوى المنع من بيع

ص: ٦٠١

-
- ١- (١) المبسوط ٢:٦٢.
 - ٢- (٢) الشرائع ١:٣٣٤.
 - ٣- (٣) التذكرة ١:٤٦٣، و القواعد ١:١٢٤، و نهايه الإحكام ٢:٤٥٦، و الإرشاد ١:٣٦٠.
 - ٤- (٤) منهم الشهيدان في الدروس ٣:١٩٩، و المسالك ٣:١٦٦، و اللمعه دمشقيه و شرحها (الروضه البهيه) ٣:٢٤٣، و المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ٨:١٦١، و انظر مفتاح الكرامه ٤:٨٣ و ١٧٦.
 - ٥- (٥) في غير «ش»: أو ما يجب.
 - ٦- (٦) حكاه عنه العلامه في المختلف ٥:٤٢٢.
 - ٧- (٧) فقد استدلل بالأوّل الشيخ في المبسوط ٢:٦٢، و المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ٨:١٦١، و استدلل بالثاني صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٣٣٨-٣٣٩.

العبد المسلم من الكافر.

و ما ذكروه حسن و إن كان وجهه لا يخلو عن تأمل أو منع.

و فى إلحاق الأحاديث النبويّه بالمصحف - كما صرّح به فى المبسوط (١) - و الكراهه كما هو صريح الشرائع (٢)، و نسبه الصيمرى إلى المشهور (٣)، قولان، تردّد بينهما العلامه فى التذكره (٤).

و لا يبعد أن يكون الأحاديث المنسوبه إلى النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم من طرق الآحاد، حكمها حكم ما علم صدوره منه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم، و إن كان ظاهر ما ألحقوه بالمصحف هو أقوال النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم المعلوم صدورها عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم.

و كيف كان، فحكم أحاديث الأئمه صلوات الله عليهم حكم أحاديث النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم.

ص: ٦٠٢

١-١) المبسوط ٢:٦٢.

٢-٢) الشرائع ١:٣٣٥.

٣-٣) غايه المرام (مخطوط): ٢٦٨، و فيه - بعد نقل المنع عن الشيخ - و المشهور الكراهيه؛ لأصالة الجواز، و لأنّ حرمتها أقلّ من حرمة المصاحف فلا يتعدّى حكم المصاحف إليها.

٤-٤) التذكره ١:٤٦٣.

تمّ الجزء الثالث و يليه الجزء الرابع و أوله القول في شرائط العوضين

ص: ٦٠٣