غاية الإيضاح

في شرح المكاسب

تأليف :

الاستاد المحقق

محمد العلامي التبريزي الخراساني

منشورات مكتبة المصطفى - قم

Princeton University Library

This book is due on the latest date stamped below. Please return or renew by this date.

Tabrīzī al-Hashtarūdī

المجلد الأول

من كتاب

غاية الإيضاح

في شرح المكاسب

تأليف :

الاستاد المحقق

محمد العلامي التبريزي الهشتروذي

الحوزة العلمية

قم - چاپخانه اسلام خيابان بهار

2264
.1185
.715
mujallad 1
(RECAP)

حقّ الطّبع محفوظ للمؤلّف

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY PAIR>
82101 023674813

٢٥٩
13479

الاهداء

سيدى ومولاى يابقية الله حجة بن الحسن روحى لك الفداء انى لاستحيى ان اقدم بحضرتك واهدى الى رفيع قدسك هذه الصحائف الوجيزة معترفا بتقصيرى فى اداء ماوجب لى من الخدمة لك بل فى اداء عشر من معشاره ولكن رجائى يا ملاذى ان تمن على وليك بابتياع هذه البضاعة المزجاة الرجل الجراد منه وان تقبله بقبول حسن وان تنظره بعين اللطف والكرم وان تسلك بى فى زمرة خدامكم الذين تمسكوا بذيل عنايتكم واستشفعوا بشفاعتكم فاشفع يا سيدى لهذا المسكين ولوالديه يوم تبلى السرائر .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى نور قلوبنا بنور معرفته وشرح صدورنا بارشاد من اختاره من بريته محمد (ص) وهدانا الى الاذعان باطايب عترته سلام الله عليه وعليهم وعلى الاخذين بشريعته ولعنة الله على اعدائهم المنحرفين عن سنته كتاب البيع قوله (ره)

وهو فى الاصل يعنى اصل اللغة كما عن المصباح (٢) مبادلة مال بمال المراد من المبادلة خصوص التبديل المقتضى لكون احدهما عوضا والاخر معوضا فعندئذ لا يرد ما قد يتخيل او يقال من ان التراضى على كون كل من المالين عوضا ومعوضا بيع اذا عرفت هذا فنقول يقع البحث حول عبارة المصنف قدس الله تعالى اسراره فى امور ثلاثة الاول فى تعريف المال وبيان حقيقه على وجه يكشف الغطاء عن الوجه والثانى فى النسبة بينه وبين الملك والثالث فيما يطلق عليه لفظ البيع اما الاول المال فى اللغة (٥) ما ملكه الانسان من الاشياء وفى العرف ما يبذل بازائه شئى ماخوذ من الميل لميل الناس اليه فالمالية عنده تنتزع من الشئى بملاحظه كونه فى حد ذاته مما يبذل الناس بازائه شيئا ويميلون اليه من النقود وغيرها فالمن من الحنطة او الشعير مثلا تنتزع منهما المالية لرغبته الناس بهما بخلاف المن من الرماد فلا تنتزع منه المالية لعدم الرغبة وفى الشرع ما فيه المنفعة المحللة فمالية كل شى عنده باعتبار وجود المنافع المحللة فيه فعديم المنفعة المحللة كالخمر والخنزير لا يعد مالا بمعنى عدم امضائه ماليته واما الثانى فالنسبة بين المال والملك هى العموم من وجه بداهة انه قد يوجد المال ولا يتحقق الملك وذلك كالمباحات الاصلية قبل حيازتها كالسمك فى البحر مثلا قبل الصيد وغيره فانها اموال وليست بمملوكة لاحد من الناس وقد يوجد الملك ولا يتحقق المال وذلك

(٢) قال فى المصباح باعه يبيعه بيعا ومبيعا فهو بايع وتبيع واباعه بالالف لغة الى قوله والاصل فى البيع مبادلة مال بمال لقولهم بيع رابح وبيع خاسر الخ.

(٥) فى اقرب الموارد المال ما ملكته من جميع الاشياء وعند اهل البادية النعم يذكر ويؤنث يقال هو المال وهى المال ج اموال والمال عند الفقهاء ما يجرى فيه البذل والمنع فيخرج الرماد والتراب والميتة التى ماتت حتف انفها.

كالحبة من الحنطة المملوكة فانها ملك وليست بمال لانهم لا يبذلون بازائه شيئا و قد يجتمعان وهو بين كالمن من الحنطة المملوكة واما الثالث فلفظ البيع قد يطلق على المعاملة الخاصة القائمة بالطرفين بمعنى انه اضيف المبدء وهو البيع الى المال توضيحه اذا بادلنا الفرس بالدنيار مثلا فالدينار بدل والفرس مبدل منه والدينار عوض والفرس معوض عنه وهى نوع من الاضافة اعتبارى محض لا ذات له فى الخارج ولا وجود وموضوعه طرفا المعاوضة وهما الفرس والدينار ومنه قوله تعالى رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله (١) وقوله احل الله البيع (٢) وقوله فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع (٣) ومنه ايضا قوله «ع» البيعان بالخيار حتى يفترقا فاذا افترقا وجب البيع وقول الفقهاء كتاب البيع وقد يطلق على ما يقابل الشراء اعنى تمليك العين بعوض وهذا المعنى هو المقصود منه فى النبوى لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها واكلوا ثمنها وقد يطلق على الشراء فهو من الاضداد كلفظ القرء فكما ان لفظ القرء قد يطلق ويراد منه الحيض كقوله «ع» دعى الصلوة ايام اقرائك وقد يطلق ويراد منه الطهر كقول الاعشى لما ضاع فيها من قروء نسائه * فكذلك لفظ البيع قد يطلق على الشراء كقول الفرزدق ان الشباب لرابح من باعه ـ والشيب ليس لبايعه تجار .

يعنى من اشتراه وفى الحديث لا يبع الرجل على بيع اخيه يعنى لا يشترى وقد يطلق على التمليك المذكور اذا عرفت هذا فنقول قد سامح صاحب المصباح فى تعريفه البيع بالمبادلة لانها قائمه بالطرفين كما هو الشان فى باب المفاعلة فلا يصح التعبير بها عما يقوم بطرف واحد الا ان يقال ان هيئة المفاعلة لا تدل على الاشتراك فى المبدء كما يظهر من الامثلة كقولنا الكتاب طالعته وزيد ساقيته و

شايعته وهاجرت اليه وبادرت اليه ونحوها قوله والظاهر اختصاص المعوض بالعين اقول وجه الاختصاص انه المتبادر عرفا من لفظه كما يصح سلب البيع عن تمليك المنفعة بعوض ولا ينافيه تعريف المصباح انه مبادلة مال بمال بل لا يبعد ظهوره فى خصوص العين كما هو صريح مجمع البحرين حيث قال المال فى الاصل الملك من الذهب والفضة ثم اطلق على كل ما يقتنى ويملك من الاعيان فراجع ومراده قده من العين ما يقابل المنفعة اى الموجود المتعين الخارجى بحيث لو وجد لكان من المتعينات الخارجية فتشمل العين الشخصية كالذهب والفضة والكلى فى المعين كصاع من

---

(١) سورة النور اية ٣٧ (٢) سورة البقرة آيه ٢٧٦ (٣) سورة الجمعة آية ٩

الصبرة المعينة وللكلى المشاع كربع الدار وللكلى فى الذمة كبيع من من الشعير سلما او حالا قوله وعليه الضمير المجرور يرجع الى الاختصاص اى على الاختصاص استقر اصطلاح الفقهاء فى البيع اقول لان الفقهاء جعلوا البيع مقابلا للاجارة فبحثوا عنهما فى بابين والتقابل والبحث المذكور يقضى بذلك والالم يبق فرق بينهما فحاصل العبارة ان الفقهاء رضوان الله عليهم اذا ارادوا تمييز البايع عن المشترى والثمن عن المثمن جعلوا مالك العين بايعا ومالك المنفعة مشتريا قوله نعم ربما استعمل فى كلمات بعضهم فى نقل غيرها اى غير العين والمراد من بعض المستعمل هو الشيخ (قده) حيث اطلق البيع على نقل خدمة المدبر تبعا للنصوص الواردة فى بيع المدبر واجارته قوله كالخبر الدال الخ (٥) اقول فقى خبر السكونى عن على (ع) قال باع رسول الله (ع) خدمة المدبر ولم يبع رقبته ونحوه خبر ابى مريم وغيره ومن المعلوم ان مثل هذه التعبيرات مجاز والمقصود منها الاجارة قوله وبيع سكنى الدار الخ اقول كخبر اسحق بن عمار عن العبد الصالح (ع) قال سالته عن رجل فى يده دار ليست له ولم تزل فى يده ويد اباءه من قبله قد اعلمه من مضى من اباءه انها ليست لهم ولا يدرون لمن هى ولا اظنه يجى لها رب ابداً قال ما احب ان يبيع ما ليس له قلت فيبيع سكناها او مكانها فى يده فيقول ابيعك سكناى وتكون فى يدك كما هى فى يدى قال نعم يبيعها على هذا (٦) قوله كاخبار بيع الارض الخراجية الخ اقول فى رواية ابى برده كيف ترى فى شراء ارض الخراج فقال (ع) من يبيع ذلك وهى ارض المسلين قال قلت يبيعها الذى هى فى يده قال (ع) ويصنع بخراج المسلين ماذا ثم قال (ع) لا باس اشترى حقه منها وتحول حق المسلمين عليه ونحوها صحيحة الحلبى عن السواد ما منزلته فقال (ع) هو لجميع المسلمين فان شاء ولى الامر ان ياخذها اخذها ونحوهما غيرهما من الاخبار وتطبيق هذه الاخبار بما نحن فيه الذى هو استعمال البيع فى غير العين هو ان الاراضى الخراجية ملك للمسلمين فلا يجوز بيعها فيعلم من ذلك ان المقصود من البيع فيها بيع المنافع فافهم قوله كالثمرة على

(٥) وسائل چاپ قديم كتاب العتق باب جواز اجارة المدبر ص ٢٠٩ هذا الخبر ضعيف بالنوفلى :

(٦) وسائل چاپ جديد باب اشتراط كون المبيع مملوكا ص ٢٥٠

الشجرة اقول مراده قده بقرينة التقابل بين الاجارة والبيع ما اذا تعلقت الاجارة بنفس الثمرة فانها التى تكون بيعا قطعا كما فى رواية الحلبى الواردة فى بيع الثمار قال (ع) تقبل الثمار اذا تبين لك بعض حملها سنة وان شئت اكثر وان لم يتبين لك ثمرها فلا تستاجر اى لا تشتر فيعلم ان ما افاده السيد قده من حمل عبارته على اجارة الشجرة لثمرتها كاجارة الشاة للبنها والمرضعة للبنها واجارة الحمام المستلزم لاهراق الماء خلاف الظاهر قوله نعم نسب الى بعض الخ اقول الناسب الشيخ جعفر كاشف الغطاء قده وخلافه فى محله حيث ان البيع قد اخذ فى مفهومه المال فى طرفيه معا وقد مر ان المال لا يصدق على المنفعة بل لا يبعد ظهوره فى خصوص العين كما صرح به مجمع البحرين حيث قال المال فى الاصل الملك من الذهب والفضة ثم اطلق على كل ما يقتنى ويملك من الاعيان فلاحظ قوله والظاهر ارادتهم بيان المبيع اقول بمعنى ان مراد الفقهاء من كون البيع ناقلا للاعيان كونه ناقلا لها بالنسبة الى المبيع اى المعوض لا ما يشمل المعوض والعوض حتى يجعل منشاء الخلاف كما ان المراد من قولهم ان الاجارة لنقل المنافع كونه ناقلا لها بالنسبة الى ما تتعلق به الاجارة لا ما يجعل عوضا له واما عمل الحر اقول غرضه قده من هذا انه لا اشكال فى جواز جعل عمل الحر عوضا اذا كان ذلك الجعل بعد وقوع المعاوضة عليه كما اذا كان الحر اجيرا لغيره فانه يجوز لذلك الغير جعله عوضا فيكون ح كعمل العبد الذى لا اشكال فى كونه مالا ولا فى صحة جعله عوضا اما اذا كان ذلك قبل وقوع المعاوضة عليه فجواز جعله عوضا مبنى على كون عمله مالا يبذل بازائه شئى فان قلنا بكونه مالا قابلا لان يبذل بازائه شئى فلا اشكال فى جعله عوضا وان لم نقل بكونه مالا يجوز جعله عوضا قوله واما الحقوق اقول الكلام فيها يقع فى مقامات ثلثة الاول فى معنى الحق لغة والثانى فى اقسامه والثالث فى الفرق بينه وبين الحكم الذى يعلم منه معناه اصطلاحا اما الاول فنقول الحق فى اللغة هو الثبوت وبهذا الاعتبار يطلق على الله تعالى الحق من جهة ان ثبوته جل شانه من اعلى مراتب الثبوت ويقال للامر الموافق للواقع انه حق وبهذا الاعتبار يطلق على القيامة الحاقة واما الثانى فاعلم ان الحقوق على ثلثة اقسام قسم لا يقبل النقل والاسقاط معا وذلك كحق الحضانة والولاية وقسم يقبلهما معا وذلك كحق التحجير بناء على ان مجرد التحجير لا يحدث به الملك والا فهو خارج عن البحث موضوعا وقسم يقبل الاسقاط دون النقل وذلك كحق الخيار والشفعة فانهما غير قابلين للنقل الاختيارى نعم هما

قابلان للنقل القهرى اذا وجد سببه كالارث كما هو المعروف بين الفقهاء والمحققين وان اشتشكل فيه بعض اجلة المحشين واما الثالث اعنى الفرق بين الحق والحكم فنقول الحق فى الاصطلاح عبارة عن نوع من الملكية التى هى نوع خاص من الاضافة بين المالك والمملوك والاعتبار الخاص بينهما الذى هو معنى لام الملك فى مثل قولك الكتاب لزيد فذ والحق عند العرف والعقلا مالك للشئ فان اللام حاكية عن اضافة بين زيد والكتاب على نحو خاص يرى فيه الكتاب من شئونه ولو احقه يعبر عنها بملكيته للكتاب بخلاف الحكم وذى الحكم فمن جاز له رد الهبة او عقد الفضولى لايقال عند العرف والعقلاء انه مالك للشئ كما يقال فى الحق الفسخ المشترط فى العقد اللازم انه مالك له ولذا يورث ويسقط بالارث قوله الاخر اقول لم يسبق ذكر حقوق منه قده حتى تكون هذه حقوقاً اخر فلعل زيادة كلمة الاخر من طغيان القلم وقد ضرب عليها الخط فى بعض النسخ المصححة فراجع قوله فان لم يقبل المعاوضة الخ اقول اذا عرفت ماذكرناه من كون الحقوق ثلثة فيقع الكلام فى كونها قابلا للمعاوضة وعدمه فنقول مستعينا بالله تعالى اما القسم الاول وهو مالا يقبل النقل والاسقاط معا كحق الولاية للاب والجد وحق الحضانة وامثالهما فلا اشكال فى عدم جواز جعله عوضا فضلا عن كونه معوضا والسر فيه عدم تحقق معنى العوضية فيه لان حق الولاية والحضانة لا تقابل بالمال.

واما القسم الثانى والمراد منه هنا ما يقبل الاسقاط دون النقل كحق الخيار والشفعة ونحوهما فكذلك لايجوز جعله عوضا والسر فيه ان من لوازم البيع النقل لان البيع تمليك الغير كما مر والتمليك مستلزم للنقل والمفروض عدم قابلية هذا القسم له فكيف يجعل عوضاً واما الثالث وهو مايقبل الاسقاط والنقل الى الغير اما بلا عوض كحق القسم على ماذكره جماعة فانه قابل للنقل الى من هو مثله كالضرة ولكن لايجوز اخذ العوض عليه كما بين فى محله واما مع العوض كحق التحجير وغيره فقد يقال انه ايضاً لايجوز جعله عوضا لما تبين فى باب البيع من انه يعتبر ان يكون كل من الثمن والمثمن داخلا فى ملك مالك اخر ولاشبهة ان الحق لايكون قابلا لذلك فانه مباين مع الملك سنخا وان كان من المراتب الضعيفة له ولكن كونه كذلك غير كاف لوقوعه عوضا لانه لابد من حلول الثمن محل المثمن فى الملكية فلابد ان يكون كل منهما من سنخ الاخر هذا ولكن فى النفس منه بعد شئ ولذا استشكل فيه

بعض اجلة المحققين فتامل جيداً بقى الكلام فى انه لو شككنا فى شئ انه من الحق او الحكم فهل هنا اصل يعين كونه من اى منهما حتى يكون مرجعا ومحكما عنده ام لا قيل لا وهو الظاهر فيكون المرجع هو الاصول العملية والاصل يقتضى فى المقام عدم سقوطه لاستصحاب بقاء ما كان قبل الاسقاط قوله لان البيع تمليك الغير اقول يعنى من الطرفين المبيع والعوض والا لم يصح التعليل المذكور فهو من طرف البايع تمليك العين للمشترى ومن طرف المشترى تمليك الثمن للبايع هذا ولكن يمكن منعه لان المتقين فى هذا الباب وجوب العوض وان كان بنحو الاسقاط بمعنى ان يكون العوض هو الدين مثلا على وجه الاسقاط فلو قال بعتك هذا الكتاب او هذه الشاة بدينك على نحو يكون ساقطا كفى لصدق البيع فيشمله عموم احل الله البيع وتجارة عن تراض قوله ولا ينتقض ببيع الدين على من هو عليه توضيحه على وجه يكشف الغطاء عن وجه كلامه ويقرب وجه النقض الى الاذهان هو ان بيع الدين على من هو عليه عبارة عن اسقاطه عن ذمة المديون ومع السقوط لا يبقى شئ حتى يملكه فلا يتم التعليل المذكور وهو ان البيع تمليك الغير ودفعه ان السقوط هنا متفرع على التمليك ولا مانع من اجتماعهما بحيث يتفرع السقوط عليه لانه اثر التمليك

قوله ولذا جعل الشهيد الخ

اقول متن عبارة الشهيد قده التى جعل فيها الابراء مرددا بين الاسقاط والتمليك هكذا (و من المتردد بين الاصلين الابراء هل هو اسقاط او تمليك انتهى) و غرضه الاستشهاد بذلك على تملك الشخص ما فى ذمته لغيره توضيحه على نحو يسهل للمتعلم المتفقه فهمه هو ان الدين كحبل له طرفان احد طرفيه بيد الدائن المالك وطرفه الاخر على ذمة المديون والابراء عبارة عن قطع الربط واخلاء ذمة المديون عنه وهذا الاخلاء كما يتحقق بقطع ربطه بالمديون كذلك يتحقق ويحصل بقطع ربطه بالدائن وجعله للمديون فهو بالنسبة الى القطع بالنحو والطور الاول اسقاط له عن ذمة المديون ولازمه زوال ملكه عنه وبالنسبة الى القطع بالطور الثانى تمليك له للمديون ولازمه سقوطه عن ذمته اذا عرفت هذا وتأملته فنقول و حيث لم يعلم ان حقيقة الابراء هل هى اخلاء ذمة المديون عنه بالطور الاول او الثانى جعل امره مردداً بينهما قوله والحاصل انه اى الشأن يعقل ان يكون اى المديون مالكا لما فى ذمته اى المديون فيوثر تمليكه اى الدائن المالك قوله

ولايعقل ان يتسلط اى من عليه الحق كمن عليه الخيار مثلا قوله والسر ان الحق سلطنة فعلية لايعقل قيام طرفيها بشخص واحد السر فى اللغة الاصل والمراد منه هنا الوجه الفرق بين الحق والملك ملخص الفرق بينهما ان الحق سلطنة من ذى الحق على من عليه الحق قائمة بينهما لايعقل تحققها الا بوجودهما معا بحيث يكون احدهما سلطاناً والاخر مسلطاً عليه فلابد من تغايرهما ويمتنع ان ينتقل الى من عليه الحق لانه يستلزم اتحاد السلطان والمسلط عليه بخلاف الملك فانه اضافة ومجرد ربط بين المالك والمملوك ووجود المالك والمال كاف فى حصول هذا الربط وتحققه فلايحتاج الى من عليه الملك واتحاد المالك ومن عليه الملك غير قادح لما عرفت من عدم اقتضاء الملكية تغايرهما ليكون اتحادهما قادحاً اذا عرفت هذا فلابأس بذكر مراتب الملكية لازدياد البصيرة فنقول بعون الله

ان للملكية اربع مراتب

١ ـ الملكية الحقيقية وهى عبارة عن السلطنة التامة بنحو يكون زمام امر ـ المملوك بيد المالك حدوثاً وبقاء وهذه المرتبة مخصوصة بالله تعالى ٢ ـ الملكية المقولية وهى عبارة عن الهيئة الحاصلة من احاطة جسم بجسم اخر كالهيئة الحاصلة من التقمص والتعمم ونحو هما ٣ ـ الملكية الذاتية والمراد بالذاتى مالايحتاج تحققه الى امر خارجى لاالذاتى فى باب الكليات الخمس ولاالذاتى فى باب ـ البرهان وهى عبارة عن الاضافة الحاصلة بين الشخص ونفسه وعمله وذمته اذا ـ لانسان مالك لعمله ولنفسه ولذمته بالملكية الذاتية والشاهد به السيرة العقلائية و الوجدان بل الضرورة ٤ ـ الملكية الاعتبارية وهى التى يعتبرها العقلاء اوالشارع لشخص خاص من جهة المصلحة الداعية الى ذلك وهذه المرتبة قوامها بالاعتبار وموجودة به وهو من الافعال ومن المعلوم ان كل فعل ترتب عليه اثر يصدر من الحكيم والعاقل والافهو لغو لايصدر منهما فاذا فرضنا ان اعتبار ملكية شئى لشخص خاص لايترتب عليه اثر كملكية الخاتم الملقى فى البحر المعلوم عدم امكان وصوله الى صاحبه فلايعتبرها الشارع والعقلاء قوله فافهم اقول اشارة الى ان انتقال الحق الى من هو عليه مستلزم لقيام طرفى السلطنة بشخص واحد فى ملك الاعيان الخارجية لافى ملك الديون الذمية كما هو محل الكلام فى المقام فان المحذور المذكور

لايأتى فيه لان الانتقال فيه عين الاسقاط الذى هو من اثار التمليك قوله واما الحقوق القابلة للانتقال كحق التحجير اقول قد بينا اقسام الحقوق وما يقبل النقل ومالا يقبله فنشير هنا تسهيلا للطالب فنقول الحق القابل للانتقال كحق التحجير المذكور فى المتن والحق الغير القابل للانتقال كحق الحضانة والولاية وغيرهما قوله ونحوه اى الحق التحجير ومثاله حق المضاجعة فان العلامة قد صرح فى كتابه القواعد بجواز صلح احدى الضرتين حقها للاخرى فهى اى الحقوق قوله فى جواز وقوعها اى الحقوق قوله من اخذ المال فى عوضى المبايعة الخ كلمة من لبيان منشاء الاشكال يعنى منشاء عدم جواز وقوع الحقوق عوضا فى البيع هو اخذ المال فى تعريف المصباح بقوله البيع مبادلة مال بمال ومن المعلوم ان المال غير الحق واما وجه الجواز فهو غير مذكور فى العبارة ولعله كما عن بعض المحشين هو كون المال مثلا لمطلق ما للشخص سلطنة واستيلاء عليه فيشمل السلطنة على الامور الخارجية سلطنة كاملة كسلطنته على امته بان يبيع ويهب وينكح الى اخر التصرفات السائغة يعبر عنها بالملك والسلطنة الناقصة يعبر عنها بالحق قوله مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضين ولما يصح ان يكون اجرة فى الاجارة فى حصر الثمن فى المال كلمة فى فى قوله قده فى حصر الثمن متعلق بكلمة ظهور قوله ليس له اى للفظ البيع حقيقة شرعية بان نقله الشارع من المعنى اللغوى ووضعه بالوضع التخصيصى لهذا المعنى المحدث الجديد **الاقوال** فى مسئلة الحقيقة الشرعية الاقوال فيها **خمسة** احدها ان هذه الالفاظ العبادات و المعاملات لم ينقل عن معانيها اللغوية الاصلية الى معنى جديد اصلا لا فى زمن الشارع ولا فى لسان المتشرعة وليس هنا معانى محدثة بل هى باقية فى معانيها اللغوية نسب هذا القول الى الباقلانى فالصلوة مثلا بمعنى الدعا والزوايد شروط للصحة ثانيها ان هذه الالفاظ نقل عن معانيها الاصلية الى الشرعية فى زمن الشارع وهو المراد من ثبوت الحقيقة الشرعية ثالثها انه لم يثبت النقل فى زمن الشارع بل فى لسان المتشرعة رابعها التفصيل بين الالفاظ الكثيرة الدوران فى لسان الشارع وغيرها بالثبوت فى الاولى لا الثانية خامسها ان هذه الالفاظ كانت حقائق فى هذه المعانى المحدثة قبل شرعنا ايضا كما قال الله حكاية عن عيسى على نبينا و

اله وعليه السلام واوصانى بالصلوة والزكاة (٢) وقوله تعالى فى حق ابراهيم و اذن فى الناس بالحج (٥) **ثمرة** النزاع فى الحقيقة الشرعية وتظهر ثمرة النزاع و الخلاف فيما اذا وقعت هذه الالفاظ مجردة عن القرائن فى كلام الشارع فانها تحمل على المعانى الشرعية بناء على الثبوت وعلى المعنى اللغوى بناء على عدمه قوله ولا متشرعة بان كثر استعماله فى لسان اهل الشرع فى غير معنى اللغوى حتى صارت حقيقة فيه قوله بل هو اى لفظ البيع قوله مسامحة واضحة اقول وجه المسامحة ان الانتقال اثر البيع وانفعاله فلا يصح تعريفه به وبعبارة واضحة ان البيع من قبيل الفعل والانتقال من قبيل الانفعال فيمتنع تعريف احدهما بالاخر هذا ولكن لنا ان نقول فى مقام الدفع بان المعرف والمحدود ليس هو البيع بمعنى المصدر حتى اورد عليه بانه قد سامح بل المحدود هو البيع بمعنى المعاملة الخاصة المقابلة لساير المعاوضات بناء على كونه بهذا المعنى موضوعا للمسبب ومن البين ان المسبب هو الملكية التى هى عبارة عن الانتقال قوله من مقولة المعنى دون اللفظ يعنى ان ظاهر هذا التعريف هو كون المراد من الايجاب والقبول هو الايجاب والقبول اللفظيين من غير ارادة المعنى وهو كما ترى لان البيع ليس من مقولة اللفظ بل هو من مقولة المعنى ومراده قده من المعنى هو النقل الخارجى والمفهوم الحاصل من اللفظ وهو مرآة للمعنى وليس مقصوداً بالاصالة بل المقصود الاصلى هو النقل الخارجى الذى هو من المعانى مقابل الامور الخارجية التى بازائها شئى فى الخارج قوله دون اللفظ مجردا او بشرط قصد المعنى اقول يعنى ليس البيع اللفظ المجرد عن المعنى ولا اللفظ بشرط قصده بل هو عبارة عن النقل الذى هو من مقولة المعنى كما مر انفا قوله والالم يعقل انشائه باللفظ اقول اذ فى هذه الصورة يكون بعت مراة للفظ بعت بالتلفظ به دون المعنى وهذا ينا فى المقصود المطلوب من التلفظ اذ المقصود من التلفظ باللفظ ليس الا ايجاد المعنى به فالتلفظ به انما هو باعتبار قصد المعنى دون قصد اللفظ نفسه وبعبارة اخرى واضحة ليس معنى بعت اوجدت لفظ بعت وانما المقصود ايجاد المعنى **البيع** فى كلام المحقق الكركى قوله عدل جامع المقاصد(١)

٢ ــ سورة مريم آية ٣٢ـ(٥) ــ سورة الحج آية ٢٨

١ ــ جامع المقاصد فى شرح القواعد للشيخ الجليل على بن عبد العالى الكركى العاملى نور الدين الملقب بالمحقق الثانى توفى سنة ٩٤٠ يوم الغدير فى النجف الاشرف

الى تعريفه اى البيع ويرد عليه اى على تعريف جامع المقاصد قوله مع ان النقل ليس مرادفا للبيع اقول بمعنى انهما مفهومان متغايران وليسا من قبيل المترادفين حتى يصح تفسير احدهما بالاخر ولذا صرح فى التذكرة (١) وان المعاطاة عنده اى عند صاحب جامع المقاصد لانه تعليل لقوله ولا يندفع قوله لزم الدور لان المقصود معرفة مادة بعت اقول مراده قده من الدور الصريح لان معرفة البيع يتوقف على معرفة بعت بمادته ومعرفته كذلك يتوقف على معرفة البيع قوله وان اريد بها اى بالصيغة اقول الظاهر تعين ارادة شق الثانى وعدم الاقتصار على النقل او التمليك وجواز انشاء البيع بلفظ بدلت مثلا للاشارة الى عدم كفاية مطلق الصيغة ولو كانت كناية

البيع فى كلام شيخنا الانصارى قده قوله فالاولى تعريفه بانه انشاء تمليك عين بمال اقول ظاهر عبارته قده ان البيع عبارة عن تمليك العين للمشترى بانشائه من البايع لا بمعنى انه تمليك انشائى فى مقابل التمليك الواقعى كما فسر به بعض الاجلة اذ ليس للبيع مقامان مقام الواقعى ومقام الانشائى والمقام الواقعى هو البيع الحقيقى عند الشارع دون المقام الانشائى لما عرفت من انه امر اعتبارى وتحققه بنفس الانشاء من البايع واعتباره اعم من ان يكون هذا المنشاء مورد الانفاذ الشرع ام لا هذا ولكن لا يخفى على المدقق البصير ان التحقيق خلافه بل المراد انه تمليك حاصل بالانشاء قاصداً به ايجاد ملكية العين واعتبارها بالتمليك للمشترى قوله ولا يلزم عليه اى على تعريف انشاء تمليك عين بمال شئى نعم يبقى عليه كلمة على بمعنى فى اى يبقى فى تعريف انشاء تمليك الخ منها انه اى تعريف البيع بانه انشاء تمليك قوله والا لم يكن مراد فالها اى لكلمة البيع والفاعل المستتر فى لم يكن لفظ ملكت قوله ويرده اى الايراد انه اى جواز الايجاب بلفظ ملكت الحق فحاصل المعنى ويرد هذا الامر والايراد ان جواز الايجاب بلفظ ملكت هو الحق قوله لان الانسان لا يملك مالا على نفسه اقول لاستلزامه اتحاد المالك والمملوك عليه

(١) ــ تذكرة الفقهاء للحسن بن يوسف بن على بن المطهر الحلى المعروف بالعلامة الحلى ره والموجود منه خمسة عشر جزءا الى مباحث النكاح وفى النخبة و آية الله بن يوسف الحسن (سبط مطهر فريدة الزمن) علامة الدهر جليل قدره) ولد رحمة ٦٤٨ وعزعمره ٧٨ توفى ره سنة ٧٢٦ ودفن فى النجف

قوله نظير تملك ماهو مساو لما فى ذمته وسقوطه بالتهاتر اقول توضيح هذا الكلام بحيث يسهل على الطالب فهمه انه اذا كان فى ذمة عمرو من حنطة مثلا لزيد فاشترى من زيد منا من حنطة تساوى لذلك الحنطة فى الجنس والوصف من دون زيادة ونقيصة ولم يقبضه فان عمرو ايملك هذا المن بالشراء فان المفروض تمامية العقد ثم يخرج عن ملكه بدلا عن الدين الذى فى ذمته انه اى الشان قوله لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع اقول ملخص كلامه قده ان هذا الاشكال لا يختص بما اذا جعلنا البيع بمعنى التمليك بل يعم على سائر التعاريف ايضا قوله اذ ليس للبيع لغة وعرفا معنى غير المبادلة والنقل والتمليك يستفاد من هذا الكلام انه قده فهم معنى النقل من تعريف المصباح كما عن بعض المحشين قوله و مايساويها اى المبادلة والنقل والتمليك كالتسليط مثلا ولذا قال فخر الدين (١) قوله وفيه ان التمليك فيه ضمنى اقول الظاهر ان مراده قده من التمليك الضمنى التمليك التبعى بمعنى ان البايع يملك ماله للمشترى اولا ويملك المشترى ماله للبايع ثانيا وفيه ان لازم ذلك ان ينعكس الامر فيما اذا تقدم القبول على الايجاب للمشترى بان يكون التمليك من ناحية المشترى اولا والبيع من ناحية البايع ثانيا ولم يرتفع بذلك الاشكال لشمول التعريف لكل من التمليك الاصلى والتبعى ولم يفيد التعريف بالتمليك الاصلى ليخرج منه التمليك التبعى قوله وبه يظهر اندفاع الايراد الخ اى بجوابنا ان التمليك فى الشراء ضمنى الخ يعنى فكما ان تمليك المشترى ضمنى وانما حقيقة الاشتراء التملك فكذلك تمليك المستاجر العين فى الاجارة ضمنى وانما حقيقة الاجارة تملك المنفعة اوتملك العين بلحاظ المنفعة قوله ومنها انتقاض طرده الخ توضيح الانتقاض ان المتصالح يملك العين بمال المتصالح الاخر وهذا هو الذى ذكروه فى الجواهر ايراد اعلى تعريف المصابيح ولايخفى ان هذا كسابقه لايختص بالتعريف المذكور بل يرد على تعريف المبسوط والتذكرة وعلى تعريف جامع المقاصد و على تعريف اخرين حذو النعل بالنعل و فيه اى فى الانتقاض قوله

١ـ محمد ان الحسن ابن يوسف المطهر الحلى المعبر عنه بفخر الدين وفخرا المحققين و فخر الاعلام توفى سنة ٧٧١ ودفن فى النجف قال فى النخبة فخر المحققين نجل الفاضل = ذاع للارتحال بعد ناحل

بل معناه الاصلى هو التسالم اقول معنى الصلح ما يعبرعنه بالفارسية بسازش و سازگارى و عليه فالمدلول المطابقى لكلمة الصلح انما هو انشاء التسالم على امرمعلوم ومن الواضح ان هذاالعنوان يغاير عناوين سائرالعقود اذا المنشاء فيها اولا و بالذات عنوان اخرغير عنوان التسالم بداهةان كل معاملة وان كانت لاتصدر الاعن تسالم بين الطرفين على تلك المعاملة لكنه غيرعقدالصلح الذى يكون المنشاء فيه نفس هذا التسالم فكم من فرق بين انشاء الصلح والتسالم و بين معاملة وقع التسالم عليها من الطرفين فظهران مفهوم الصلح مغايرمع مفهوم البيع قوله ولذا لايتعدى بنفسه الى المال يعنى لايصح ان يقال صالحتك الكتاب كمايصح ان يقال ملكتك الكتاب بل يق صالحتك عن كذا بكذا نعم ان نتيجة الصلح قد تكون تمليك عين بعوض فتتحد مع نتيجة البيع و قد تكون تمليك عين مجانا فتتحد مع نتيجة الهبة وقدتكون تمليك منفعة بعوض فتتحدمع نتيجة الاجارة و قد تكون تمليك منفعة مجانافتتحد مع نتيجة العارية وقدتكون نتيجته غير ذلك من الامور كما اذا كان الصلح على حق غير قابل للبيع اوعلى اسقاط لحق الدعوى وعلى كل حال فلا يكون مصداقا للبيع ولالغيره من العقود قوله وقد يتعلق بالانتفاع اقول الفرق بين المنفعة و الانتفاع من وجهين احدهما ان المنفعة تضاف الى العين فيقال منفعة الدار والانتفاع تنسب وتضاف الى الشخص فيقال انتفاع زيد مثلا والثانى ان المنفعة توجدمع الملك كما اذا استاجر الدار فيملك منفعتها وهى السكنى بخلاف الانتفاع فانه يوجد مع التسلط ولاملك كما اذا استعار ثوبا للبس فيكون مسلطا عليه ولايكون مالكا له ولاللبسه قوله وقد يتعلق بتقرير امر بين المتصالحين اقول المراد من التقرير التثبيت ونظره قده فى ذلك الى حسنة الحلبى عن الصادق عليه السلام فى رجلين اشتركا فى مال فربحا فيه وكان من المال دين وعليهمادين فقال احدهما لصاحبه اعطنى رأس المال ولك الربح وعليك التوى (الهلاك) فقال لاباس اذا اشترطا فاذاكان شرط يخالف كتاب الله فهورد الى كتاب الله (٢) (تذكار) عبارة التهذيب هكذا (وكان المال عيناودينا ولم يقل وعليهمادين) فاعلم ان هذه الرواية لا تخلو عن الاشعار بنفوذ الصلح فى امثال الموارد ويمكن ان

٢ ـ وسائل جديد باب الرابع من ابواب احكام الصلح

يكون نظره قده الى اطلاق مادل على نفوذ الصلح بين المسلمين كرواية حفص البختري الضعيف عن الصادق عليه السلام قال الصلح جائز بين الناس وكمرسلة الفقيه عن رسول الله (ص) الصلح جائز بين المسلين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا (٤) قوله ومن هنا لم يكن طلبه اى الصلح من الخصم اقرارا بخلاف طلب التمليك اى وممابيناه لك من ان مفهوم الصلح وحقيقته هو التسالم لا التمليك لم يكن طلب الصلح من الخصم اقرارا بملكية الخصم للشئ المصالح عنه وهذا بخلاف طلب التمليك فان طلب التمليك من الخصم اقرار بملكية الخصم للشئ الذى يطلب تمليكه قوله واما الهبة المعوضة اقول توضيح العبارة وبيان المراد منها يحتاج الى بيان اقسام الهبة **الهبة** على ثلثة اقسام احدها ان تكون مجانيا من غير ان تقابل بالعوض بل هى صرف تمليك المال فتشمل الهدية والجائزة وبهذه الملاحظة عبر عنها فى الشرايع بكتاب الهبات ثانيها ان لا يشترط الواهب عوضا فى هبته الا ان المتهب يعطى العوض من تلقاء نفسه قضية لمقابلة الاحسان بالاحسان ثالثها ان يشترط الواهب عوضا فى هبته بان يهب شيئا للمتهب و يشترط عليه فعلا من الافعال ويسمى هذه هبة معوضة وقد توهم انتقاض تعريف البيع بذلك واجاب عنه المصنف ره بما حاصله ان حقيقة الهبة متقومة بتمليك الواهب ماله للمتهب تمليكا مجانيا من دون ان يعتبر العوض فى حقيقتها غاية الامر انه قد يشترط فيها العوض فتسمى هبة معوضة ومن الملوم ان اشتراط العوض فيها لا يخرجها عن حقيقتها اذ الشرط ليس عوضا لتمليك ولا بدلا عن المال الموهوب بل شان العوض المشروط فى الهبة شان سائر الشروط المشروطة فى باقى العقود والشاهد على صدق مقالنا انه لو تخلف المتهب عن العمل بالشرط لم تبطل الهبة بل يثبت للواهب خيار تخلف الشرط وهذا بخلاف البيع فانه متقوم بالتبديل بين العوض والمعوض واظهاره بمبرز خارجى فتستحيل تحقق مفهوم البيع بتمليك البايع فقط او بتمليك المشترى كذلك قوله والمراد بها اى بالهبة المعوضة هنا اى فى النقض ما يكون فيه العوض مشروطا لان المقصود نقض تعريف البيع لا ما عوض فيه المتهب من غير شرط فان هذا وان كان من انواع

٤ ـ وسائل باب الثالث من ابواب احكام الصلح

الهبة المعوضة التى لايجوز رجوع الواهب فيها الاانها غير مراد فى المقام لما بيناه انفا من التعليل قوله على جهة المقابلة يعنى ليست حقيقة الهبة المعوضة انشاء تمليك بعوض على جهة المقابلة بين المالين وانما حقيقتها المعاوضة بين الهبتين والتمليكين فهى تمليك فى قبال تمليك وليست تبديل مال بمال فلايتنقض بها التعريف قوله والالم يعقل تملك احدهما لاحد العوضين من دون الخ اقول وجه عدم التعقل انه بدون تملك العوض يمتنع اعتبار المعاوضة بين المالين فان العين الموهوبة قد انتقلت الى الموهوب من دون ان يكون للواهب من مال الموهوب شئى فلامعاوضة بينهما ولا احدهما عوض عن الاخر قوله كان للواهب الرجوع فى هبته اقول لان هبته فى هذه الصورة ليست هبة معوضة فتكون جائزة كما هو الاصل فيها كالتعويض الغير المشترط فيها ايفى الهبة فى كونه اى التعويض يقصد به اى بالتعويض قوله لان حقيقة المعاوضة والمقابلة الخ اقول محصل كلامه قده ان الفقهاء رضوان الله عليهم قد اعتبر والمجانية فى الهبة لانها عبارة عن تمليك الشئى بلاعوض ومن الواضح ان قصد المعاوضة والمقابلة ينافى ذلك التمليك المجانى كما يتضح ذلك اى كون التعويض المشترط كالتعويض الغير المشترط فى كونه تمليكا مستقلا بملاحظه التعويض الغير المشترط فى ضمن الهبة اقول يعنى كما ان من الواضح ان التعويض الغيرا لمشترط لادخل له فى تحقق معنى الهبة و مفهومها بل هو تمليك مستقل فكذلك التعويض المشترط فى ضمن الهبة لادخل له فى تحقق معناها لانك قد عرفت انفا ان حقيقة الهبة تمليك الشئى مجانا و هذا المعنى يتحقق بتمليك الواهب ولايتوقف بتعويض المتهب فتامل اقول اشارة الى انه يمكن ان يقال ان حقيقة القرض ايضا المعاوضة فان التمليك على وجه ضمان المثل او القيمة معناه تقابل تمليك المقرض بعوض فى ذمة المقترض والتعاوض بينهما نعم لوقلنا بوقوعهما اى بوقوع الصلح و الهبة بغير الالفاظ الصريحة كلفظ ملكت واعطيت وغيرهما مما لاصراحة به فيهما فما قيل القائل هو الشيخ الكبير شيخ جعفر كاشف الغطاء فى كتابه كشف الغطاء قوله من ان البيع هو الاصل الخ اقول مراده قده من الاصل اصالة الحقيقة قوله

كان الاصل اللفظى الخ مراده قده من الاصل هنا اصالة الظهور قوله و سيجيى توضيحه فى مسئلة المعاطاة اقول لايفى قده بهذا الوعد قوله ويظهر من بعض من قارب عصرنا اقول الظاهر انه الشيخ المتتبع اسدالله بن اسماعيل الكاظمى صاحب كتاب مقابس الانوار قوله ولذا لايجرى فيه ربا المعاوضة اقول لاختصاص ربا المعاوضة بالمكيل والموزون والربا فى القرض يجرى فى غيرهما وكذا لايعتبر فى ربا القرض كون العوضين من جنس واحد كالحنطة مثلا بل يحرم فيه الزيادة مطلقا وان لم يكونا من جنس واحد قوله ولا الضرر المنفى فيهما اى فى المعاوضة توضيح كلامه قده انه يجوز اقتراض شئ مع الجهل بمقداره واوصافه ومن المعلوم انه لو كان القرض من قبيل المعاملات المعاوضية لاعتبر فيه العلم بالمقدار والاوصاف نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر (٥).

وعليه فلو اخذ المقرض قبضة من الدراهم المصبوبة بين يديه واقرضها الشخص من غير علم بمقدارها صح القرض نعم لابد للمقترض ان يعرف مقدار ذلك ليتمكن من الاداء الا انه اجنبى عن حقيقة القرض وفى هذا المقام كلام للفقهاء ذكره بطوله خارج عن الوضع قوله ولا ذكر العوض ولا العلم به اى بالعوض فيصح القرض ولو مع عدم العلم بكونه مثليا او قيميا

قوله فتامل اشارة الى عدم دلالة ما ذكر على عدم كون القرض من المعاوضات اذ يجوز اختلاف انواع المعاوضات فيمكن ان يقال ان هذه الاحكام تعبدية ثبتت فى خصوص البيع فلا تكون شاهدة على عدم كون القرض معاوضة وقسما من التمليك بالعوض قوله استعماله فاعل لقوله ويظهر من بعض وهو الشيخ الكبير جعفر بن خضر الجناحى نجفى ره واحتمل بعض الاعلام انه صاحب المقابس ره

استعمال البيع فى معان اخر

١ الايجاب المتعقب بالقبول واليه نظر كل من اخذ قيد التعقب بالقبول

٥- سنن البيهقى ج٥ ص٣٣٨ متن الخبر هكذا عن ابى ليلى عن نافع عن ابن عمر نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر

كما قال المصنف قده واليه نظر بعض مشايخنا ولعل هذا هو المتبادر من لفظ البيع ولذا لا يطلق لفظ البائع على من اوجب البيع فقط من غير اقترانه بالقبول

٢ الاثر الحاصل من الايجاب و القبول و هو الانتقال و يظهر هذا من الشيخ قده في كتابه المبسوط و غيره

٣ نفس العقد المركب من الايجاب و القبول واليه اى الى المعنى الثالث ينظر من عرف البيع بالعقد اقول و هو الحلبي الشيخ ابي الصلاح تقي الدين بن نجم قوله على ارادة هذا المعنى اى المعنى الثالث قوله حتى الاجارة اقول لان الاجارة اسم للاجرة المبذولة عوضا بخلاف البيع فانه اسم لما يقوم به البايع قوله و شبهها اى شبه الاجارة وهو الوكالة ثم ان الوجه في الترقي بكلمة حتى ان ما كان اسما لاحد طرفي العقد في الاصل كالبيع والضمان والخلع ونحوها يكون استعماله في العقد اقرب من استعمال ما لم يكن كذلك فيه كالاجارة والوديعة والوكالة وذلك بوجود العلاقة الكل والجزء في الاول دون الثاني قوله ليس مقابلا للاول مراده قده من معنى الاول هو انشاء تمليك عين بمال وانما هو اى الايجاب المتعقب للقبول فردا نصرف اليه اى الى الايجاب والقبول المتعقب للقبول قوله اللفظ اى لفظ البيع قوله فالقيد و هو التعقب للقبول فحاصل مناقشة المصنف قده ان الايجاب المتعقب بالقبول من افراد البيع وانما انصرف اليه اللفظ لقيام القرينة الخارجية على ان المراد من الايجاب انما هو الايجاب المثمر ومن الواضح ان الاثر لا يترتب الا على الايجاب المتعقب بالقبول دون الايجاب الساذج ولولا هذه القرينة لكان المقصود من لفظ البيع الايجاب المحض قوله وكذلك لفظ النقل

والابدال والتمليك وشبهها مع انه لم يقل احد بان تعقب القبول له دخل في معناها اقول مراده قده من هذا التشبيه ان شان البيع شان النقل والابدال والتمليك فكما انه لا يعتبر في صدق مفاهيم تلك الكلمات قيد التعقب بالقبول كذلك لا يعتبر ذلك ايضا في صدق مفهوم البيع هذا ولكن لا يخفى الفرق الواضح بين البيع وبين هذه المفاهيم لان اعتبار القبول في مفهوم البيع امر واضح بل هو كالنور على المنار

وعليه فلاوجه لقياسه بمالايعتبر فى مفهومه قيد التعقب بالقبول اما النقل فهو موضوع لمفهوم عام وهو كل ماصدق عليه عنوان النقل سواء كان نقلا خارجيا كنقل شئى من مكان الى مكان اخر ام كان نقلا اعتباريا ومن هنا تطلق كلمة الناقلة على الة النقل كالسفن والطيارات وغيرهما ومن المعلوم انه لايعتبر قيد التعقب فى هذا المفهوم الوسيع ومن هنا تعرف انه لاوجه لقياس البيع بكلمة الابدال ايضا ضرورة ان المبادلة اعم من المبادلة الخارجية والاعتبارية واما التمليك كما عن بعض اجله الفضلاء فان النسبة بينه وبين البيع هى العموم من وجه اذقد يوجد التمليك ولايصدق عليه مفهوم البيع كما فى الهبة والوصية والارث وتمليك الله الخمس لبنى هاشم وغيرذلك وقد يوجد البيع من دون التمليك كبيع سهم سبيل الله من الزكاة وصرف ثمنه فى سبيل الله فان هذا بيع وليس فيه تمليك من ناحية البأيع وقد يجتمعان وهو كثير فحصل من جميع ماذكرنا ان عدم اعتبار قيد التعقب بالقبول فى مفهوم كل منهما لايلازم عدم اعتباره فى مفهوم البيع الذى هو اخص من مفاهيم تلك الكلمات مطلقا اومن وجه قوله اذالاثر لاينفك عن التاثير هذا تعليل للنفى فى قوله لا فى نظر الناقل ومراده قده من التاثير نقل الناقل والمراد من الاثر الانتقال المترتب على النقل فى نظره فحاصل كلامه ره ان تحقق القبول ليس شرطا للانتقال فى نظر الناقل لانه صدر منه التاثير وهو النقل والاثر الذى هو الانتقال لاينفك عن الموثر فى نظره اذ معنى التاثير احداث الاثر وايجاده والمفروض تحققه فلابد من تحقق الاثر ايضا قوله فالبيع ومايساويه معنى كالمبادلة و النقل و التمليك من قبيل الايجاب والوجوب لاالكسر والانكسار مراده قده من هذه العبارة على نحو يسهل فهمه على المتعلم هو ان البيع مثل الايجاب والوجوب من الامور الاعتبارية التى تختلف بحسب اختلاف الانظار فى اعتبار شئى وعدمه كما ان الايجاب كذلك فان تاثيره الوجوب وحصوله به بحسب الواقع مشروط بكون الموجب عاليا ففى صورة فقدان هذا الشرط كما اذا كان السائل موجبا يحصل الوجوب بالايجاب بحسب نظر الموجب ولايحصل فى الواقع وبحسب نظر غيره وهذا بخلاف الكسر والانكسار فان الكسر من الامور الواقعية لايختلف باختلاف الانظار بل يترتب عليه الانكسار كلما تحقق الكسر قهرا ولايتوقف هذا الترتب على حصول

شرط لان الاثر لا يختلف عن المؤثر والمعلول لا ينفك عن العلة قوله كما تخيله بعض اقول وهو صاحب المقابس المحدث الفقيه الشيخ اسد الله التستري اعلى الله مقامه

قوله فتامل اشارة الى ان الانتقال الخارجي لا ينفك عن النقل الخارجي فلا يتوقف على القبول والموقوف عليه انما هو الانتقال الشرعي الراجع الى حكم من الاحكام فيكون النقل والانتقال من قبيل الكسر والانكسار وكذا الحال في الايجاب والوجوب لاستحالة خلو الفعل الخارجي الذي هو التاثير من الاثر الخارجي

قوله ومنه يظهر ضعف اخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح فضلا عن ان يجعل احد معانيها اقول الانسب ان يقول احد معانيه بتذكير الضمير لان مرجعه البيع يعني و من عدم شرطية القبول للنقل والانتقال في نظر الناقل وكون قيد التعقب للقبول مستفادا من الخارج يظهر ضعف اخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح عند العرف قوله وقد يوجه بان المراد بالبيع المحدود المصدر من المبنى للمفعول اعني المبيعية اقول الموجه السيد الطباطبائي ره في المصابيح (١) وقال بعض اجلة المحشين الاستاد الموجه هو صاحب المقابس الفرق بين المصدر من المبنى للمفعول و المبنى للفاعل ان النسبة الماخوذة في الثاني نسبة الصدور من الفاعل وفي الاول نسبة الوقوع على المفعول ولذا فسره بالمبيعية فان انفعال البايعية هو المبيعية قوله واما البيع بمعنى العقد فقد صرح الشهيد الثاني

(٢) بان اطلاقه اى البيع عليه اى على العقد من انه اى النقل الحاصل في نظر غيره اى غير الامر قوله والى هذا نظر اقول يعني الى هذا المعنى المسبب عن العقد و الوجه فيما ذكره قده ان هذه الاحكام المذكورة من طوارى المعنى المذكور لا من طوارى المعنى الاول الذي ذكره اولا فان ذلك من قبيل الايقاع الذي لا يقبل اللزوم والجواز والفسخ لكن عرفت ان معنى البيع ليس الا هذا وان المعنى الاول

١ـ مهدى ابن المرتضى الحسيني الطباطبائي المعروف ببحر العلوم والمرتضى والده سعيد مات غريبا عمره مجيد ١٢١٢ ـ ٥٧

٢ـ زين الدين ابن احمد صاحب كتاب مسالك ميلاده ٩١١ تاريخ وفاة ذلك الاواه ـ الجنة مستقره والله ٩٦٦

لااصل له بل البيع من نتائج العقود فى جميع الانظار الشرعية والعرفية من دون فرق بين نظر الموجب وغيره قوله والحاصل ان البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحققه فى نظر الشارع المتوقف على تحقق الايجاب والقبول فاضافة العقد الى البيع بهذا المعنى ليست بيانية اقول يعنى ان حاصل كلام الشهيد ان البيع الذى يجعلونه من العقود ويقولون انه عقد مركب من ايجاب وقبول انما يراد به النقل فى نظر الشارع المسبب عن العقد واطلاقه على العقد بعلاقة السببية فاضافة العقد الى البيع عليهذا فى قولهم عقد البيع لامية من اضافة السبب الى المسبب قوله ولذا يقال العقد البيع اى البيع السببى وهو الايجاب والقبول قوله ولاينعقد البيع اى البيع المسبب وهو النقل فى نظر الشارع

فى ان العقد البيع وغيره حقيقة فى الصحيح ام لا

قوله ثم ان الشهيد الثانى اقول متن عبارة الشهيد الثانى ره هكذا (عقد البيع وغيره من العقود حقيقة فى الصحيح مجاز فى الفاسد لوجود خواص الحقيقة والمجاز فيهما كمبادرة المعنى الى الذهن عند اطلاق قولهم باع فلان داره وغيره ومن ثم حمل الاقرار به عليه حتى لو ادعى ارادة الفاسد لم يسمع اجماعا وعدم صحة السلب وغير ذلك من خواصه ولو كان مشتركا بين الصحيح والفاسد ليقبل تفسيره باحدهما كغيره من الالفاظ المشتركة وانقسامه الى الصحيح والفاسد اعم من الحقيقة وحيث كان الاطلاق محمولا على الصحيح لا يبر بالفاسد (٥) انتهى قوله وصحة السلب اقول الظاهر ان هذا من طغيان القلم والموجود فى عبارة المسالك كما عرفت انفا وعدم صحة السلب قوله ومن ثم قيل الاقرار به اى بعقد البيع عليه متعلق بمقدر وهو لفظ يحمل وضمير عليه يرجع الى الصحيح ومقصوده قده هو انه لما كان عقد البيع وغيره حقيقة فى الصحيح مجازا فى الفاسد فيحمل الاقرار بعقد البيع وغيره على العقد الصحيح قوله لم يسمع اجماعا وجه عدم السماع هو ظهور حال المسلم فى ارادة الصحيح واختياره دون الفاسد

٥ـ المجلد الثانى من المسالك كتاب الايمان ص ٢٤٢

قوله و قال الشهيد الاول فى قواعده (٢) اقول متن عبارة الشهيد قده هكذا الماهيات الجعلية كالصلوة والصوم و سايرالعقود لا يطلق على الفاسد الا الحـج الواجب لوجوب المضى فيه فلو حلف على ترك الصلوة والصوم اكتفى بمسمى الصحة و هوالدخول فيهما فلو افسدهمابعد ذلك لم يزل الحنث (٤) قوله لايطلق على الفاسد اقول يعنى على الحقيقة و الافاطلاقها على الفاسد مجاز الم ينكره احد قوله و اطلاقات ادلة سائر العقود كقوله (ع) المسلمون عندشروطهم (٥) قوله فى اعتبار شيى فيها اى فى العقود كالشك فى اعتبار العربية مثلا فى النكاح قوله لتتمسك بهااى الاطلاقات قوله فى هذه المقامات اى الموارد المشكوكة قوله فى الحاصل من المصدر مراده قده من المصدر هوالانتقال ومن الحاصل منه النقل قوله ولو فى نظر القائل اى قائل بعت قوله عنده اى عندالشارع قوله نظير بيع الهازل الهزل المزاح مقابل الجد والفاعل الهازل قوله فتامل فان للكلام محلا اخر اقول لعله اشارة الى ان كلام الشهيدين خصوصاً كلام الشهيد الثاني ناظر الى البيع و سائر العقود المتداولة الان فيمابين المتشرعين و ماهى حقيقه فيه فى عرف هذا الزمان من العقود الصحيحة قوله اعلم ان المعاطاة على ما فسره جماعة ان يعطى كل من اثنين عوض عما ياخذه من الاخر اقول لايخفى على المتامل المتدقق ان لفظ المعاطاة لم يرد فى اية من الايات ولارواية من من الروايات كى يختلف وينازع فى تعيين مفهومه بل المراد بها البيع الذى ابرز بغير الصيغ المتداولة المخصوصة فى السنة الفقهاء من الافعال المقصود بها ابراز ذلك الاعتبار النفسانى ثم ان فيماذكره المصنف قده فى تفسيرها نقلا عن الجماعة مسامحة واضحة لايخفى على اهل الدقة والبصيرة اذالمعاطاة التى وقع النزاع والاختلاف فـى انها بيع صحيح لازم ام لا يكون كلاطرفيها اعطـاء الشئى كما هو واضح

٢ـ راس المحققين محمدبن مكى بن محمدبن حامد العاملى شمس الدين ابو عبدالله الشهيد كانت وفاته ٧٨٦ اليوم التاسع من جمادى الاولى قتل رده بالسيف ثم صلب ثم رجم احرق بدمشق

٤ـ قواعد ص ٧٠ ٥ـ وافى ص ٦٨ ج ١٠

كا ئنور على المنار بل احدهما اعطاء يعوض بمعنى ان احد الشيئين عوض والاخر معوض اذا عرفت ذلك وجعلته فى بالك فنقول ان محل النزاع والاختلاف هو المعاطاه اللتى تتخلف عن البيع المنشاء باللفظ المخصوص فى الصيغة فقط مع اشتمالها على جميع الخصوصيات وعليه فهى لاتتصور الاعلى وجه واحد ونحو فارد وهو مالو قصد بها التمليك واللتى متصور على وجوه متعددة وتنقسم باقسام عديده هى المعاطاة بالمعنى الاوسع من ذلك اعنى اللتى تتخلف عن البيع فى جهات اخر عمدتها القصد للبيع وسياتى الكلام مع بيان الاقوال فيها فانتظر قوله وربما يذكر وجهان اخران اقول ذكرهما صاحب الجواهر ره وعن بعض الاجلة الاستاد انه كاشف الغطاء قده قوله ان يقع النقل اقول عبارة الجواهر ان يقع الفعل بعنى التعاطى لا النقل واليك نص عبارته (ثالثها ان يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد للبيع ولا تصريح بالاباحة المزبورة بل يعطى البقال مثلا شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه اليه

قوله ويرد الاول اى الفعل من غير قصد البيع الخ اقول ولعله من جهة امتناع انشاء الجنس من دون الفصل ضرورة ان الوجود الانشائى كالوجود الخارجى يحتاج الى مشخص ولايمكن ان يوجد بدونه فكما ان الحيوان مثلا اذا تحقق فلابد له ان يوجد فى ضمن احد الفصول كالناطق و الساهل وغيرهما فكذلك الفعل والتسليط لابد له ان يتحقق فى ضمن احد العناوين من البيع والعارية والوديعة وغيرها قوله فى حكمها اى المعاطاة انها اى المعاطاه قوله ان النزاع فى المعاطاة المقصود بها الاباحة اقول كلمة فى المعاطاة خبر ان وقوله المقصود بها الاباحة صفة المعاطاة وقد عرفت ان محل النزاع هو خصوص المعاطاة المقصود بها التمليك و الظاهر بل المعلوم ان صاحب الجواهر قده لاينكر ذلك وانما يدعى ان مورد النفى والاثبات ليس شيئا واحدا بل المعاطاة اللتى نفوا عنها افادة الملكية هى ما قصد بها التمليك والمعاطاة التى اثبتوا لها الافادة للاباحة هى ما قصد بها الاباحة قوله لكن بعض المعاصرين اقول هو صاحب الجواهر (ره) قوله لما استبعد هذا الوجه اقول وجه الاستبعاد هو ان ارادة الملك من الاباحة بعد نفى حصول الملك بعيد

غاية البعد قوله التجاء الى جعل الخ اقول الظاهر بل المعلوم عدم صحة هذه النسبة الى صاحب الجواهر قده لامتناع توارد الاقوال جمع عليه اذ من جملتها القول بكونها بيعا مفيدا للملك اللازم كما عن المفيد ولا طريق لنا الى ذلك بناء على كون النزاع فى المقصود به الاباحة لان مرجعه الى ان التعاطى المقصود به الاباحة يفيد الملك اللازم وبطلانه واضح كالنور على المنار لا يصدر عن الصغار فكيف بالاعلماء الكبار العارفين بالضمار قوله ورجح اى صاحب الجواهر قوله على هذا الوجه اى الاباحة المتداولة المقابله للملك قوله وطعن اى صاحب الجواهر قوله ابعد منه اى مما ارتكبه المحقق قوله على هذا المعنى اى ما اذا قصد الاباحة قوله ليظهر منه اى من النقل قوله بعد فاعل قوله ليظهر قوله وابعدية عطف على قوله بعد فاعل ليظهر ايضا قوله وفى ان محل الخلاف اقول كون محل الخلاف بين الشيخ قده وبين ابى حنيفة ذلك غير نافع فى مقام الاستظهار لما عرفت من احتمال وقوع الخلاف فى ان البيع يقع بالتعاطى ام لا فينكره الشيخ ويثبته ابو حنيفة ولا ربط لذلك فى استظهار فتوى الشيخ بالاباحة فيما اذا قصد البيع الجواز ان لا يقول بالاباحة ايضا وانما يقول بها فيما اذا قصداها ويكون هذا هو المراد بقوله واما الاباحة بذلك فهو مجمع عليه قوله وايضا فتمسكه بان العقد حكم شرعى اقول لا يخفى ان هذا كسابقه لا شهادة فيه على مارامه لجواز ان يكون مراده ان العقد البيعى حكم شرعى لم يثبت بغير الالفاظ واما عقد الاباحة فهو يثبت اجماعا قوله وايضا فتمسكه اى تمسك الشيخ فى الخلاف قوله التعليل به اى بانتفاء البيعية قوله قده فانه لا يكون بيعا ولا عقدا الضمير يرجع الى الدفع ومراده من نفى العقد نفى اللزوم قوله قده من غير ان يكون ملكه اى من غير ان يكون ملكه قبل التصرف بارادة التصرف قوله او دخل فى ملكه يعنى بارادة التصرف مع التصرف لا بها وحدها مع ان ذكره اى الايجاب والقبول يدل على ما ذكرنا يعنى قصد التمليك قوله ولا ينافى ذلك قوله وليس الخ اى لا ينافى قول الحلى قده وليس ذلك من العقود الفاسدة ما ذكرنا من ان مفروض الكلام صورة قصد المتعاطيين البيع والتمليك ووجه عدم المنافاة ان المراد به انه ليس من العقود الفاسدة التى لا يترتب عليها الاثر اصلا يعنى لا تحقق المضمون ولا الاباحة وبعبارة واضحة ان الفساد من حيث الاباحة كما لا يخفى قوله الفاقدة له اى للشرط بالاستدعاء طلب المشترى البيع من

البابع بانعقاده اى البيع يدل على ماقلناه من عدم كون المعاطاة بيعا وكونها مفيدا للاباحة الاجماع المشار اليه وهو ما اشار اليه بقوله فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به قوله ولما ذكرنا اى من اعتبار الايجاب والقبول وعدم انعقاد البيع بالاستدعا وبالمعاطاة نهى صلى الله عليه واله عن بيع المنابذة اقول هى وبيع الحصاة بمعنى واحد كانوا فى الجاهلية يحضر الرجل قطيع الغنم فينبذ الحصاة ويقول لصاحب الغنم ان ما اصاب الحجر فهو لى بكذا وكانوا يدعون هذا البيع بيع المنابذة وبيع الحصاة قوله والملامسة هى ان تقول اذا المست ثوبك او لمست ثوبى فقد وجب البيع بكذا قوله على التاويل الاخر اقول التاويل الاول ماذكره فى الغنية (١) واليك نصه (واشترطنا ان يكون المعقود عليه معلوما لان العقد على المجهول باطل بلاخلاف لانه بيع الغرر الى قوله وللجهالة بالمبيع نهى ص ع عن بيع الحصاة على احد التاويلين وهو ان ينعقد البيع على مايقع عليه الحصاة انتهى والفرق بين التاويلين ان التاويل الاول هو ما يكون تعيين المبيع بالاللمس او القاء الحصاة او النبذ وان كان الايجاب باللفظ اى لايابى عنه مثل ان يقول بعتك الثوب الذى المسه او القى الحصاة اليه او انبذه اليك بخلاف التاويل الاخر فانه يابى عنه ولما احترز عن ذلك فيما مضى انفا فى عبارته باشتراط معلومية العوضين قال هنا على التاويل الاخر ليحترز عنه باشتراط الايجاب والقبول قوله منها اى وجوه ظهور ادلته الثلاثة اقول المراد من دليله الاول الاجماع ومن الثانى الاصل المشار اليه بقوله وليس على صحته بما عداه دليل بمعنى ان المعاطاة من افراد ما عداه ومن الثالث التعليل المصرح به فى كلامه قده ولما ذكرنا نهى صلعم عن بيع المنابذة قوله فى ذلك ايفى قصد المتعاطيين التمليك قوله وقال فى الكافى (٢) قوله لخروجه اى البيع من دونهما اى الايجاب والقبول من هذه اى امور ثمانية

قوله مع اخلال بعضها اى امور ثمانية واخلال بعض كفقد لفظ الايجاب

---

(١) صاحب الغنية هو السيد الجليل حمزة بن على ابى زهرة الحسينى الحلبى عز الدين ابو مكارم قده المتولد فى الشهر المبارك سنة احدى عشر وخمسماة ٥١١ المتوفى سنته خمس وثمانين وخمسماة ٥٨٥

(٢) الكافى للشيخ الجليل عظيم الشأن معاصر شيخ طوسى ره تقى الدين ابن النجم الحلبى ابو الصلاح وله مولفات غير الكافى كالبداية وتقريب المعارف

والقبول مثلاً ويصح معه اى مع اخلال بعض وهو اى قول الحلبى فى الكافى لا بد منها اى
اى من الصيغة فلا يكفى التعاطى فى الجليل كـا لثوب النفيس والحقير كا البقل
وبه قال الشافعى مطلقا ايفى الجليل والحقير وقال احمد ينعقد مطلقا فى الجليل والحقير
قوله ودلالة على قصد المتعاطيين للملك لا يخفى من وجوه ضمير دلالته يرجع الى قوله
العلامة فى التذكرة واما الوجوه احدها قوله فلا يكفى التعاطى فـان معناه بقرينة
وقوعه بعد قوله الاشهر انه لا بد منها هو ان التعاطى لا يكفى فى تاثير الصفة ومعلوم ان
الاستناد الى عدم كفاية التعاطى انما يصح فى المورد الذى لو كان هناك صيغة لاثرت
النقل وليس الاما قصد به التمليك ثانيها التمثيل بقوله اعطنى بهذا الدينار ثـوبا
فيعطيه ما يرضيه او يقول خذ هذا الثوب بدينار فان المثالين صريحان فى قصد التمليك
خصوصا بملاحظة الباء اللتى هى للمقابلة ثالثها قوله لاصالة بقاء الملك لان التمسك
بها لا يتم الامع الشك فى حصول الملك ولا يصح ذلك الا بعد فرض قصد التمليك و
الا فالعلم بعدم حصول الملك متحقق ولا مجرى لاصالة بقاء الملك رابعها قوله وقصور
الافعال عن الدلالة على المقاصد لانه لا ينطبق الا على قصد الملك لان قصد الاباحة هو القدر
المتيقن وهو اقل المراتب اللتى يليق ان يتعلق بها القصد والافعال ليست قاصرة عن افادتها
قوله ادونها جعل مالك موافقا لاحمد فى الانعقاد من جهة انه اى مالك قـال ينعقد
بما يقصده الناس بيعا وجه الدلالة ان العلامة قده قد استند فى الحكم بكون مالك موافقا
لاحمد الى انه قال ينعقد بما يقصده الناس بيعا فيدل ذلك على ان كلام احمد ايضا ناظرا الى
صورة قصد البيع كما هو المعمول المتعارف قوله قد يقوم السبب الفعلى مقام السبب القولى
اقول السبب لغة ما يتوصل به الى غيره واصطلاحا كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل
على كونه معرفا لاثبات حكم شرعى بحيث يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم ويمتنع
وجود الحكم من دونه ويتخلف الحكم عنه لكونه سببا اما بوجود مانع او فقدان شرط

السبب فعلى وقولى

السبب قد يكون فعلا كالالتقاط والاحتياز واحياء الموات ونحوها وقد يكون
قولا كالعقد والايقاع ومنه تكبيرة الاحرام والتلبية قوله ما لفظه اقول متن عبارة
القواعد هكذا والمعاطاة فى السلعة تفيد اباحة التصرف لا الملك وان كان فى الحقير
عندنا قوله ودلالتها ايدالالة عبارة القواعد على قصد المتعاطيين للملك مما لا يخفى

اقول لانه قد قيد المعاطاة بكونها فى السلعة والمبايعات ومعلوم ان المبايعات بدون قصد التمليك مما لا يوجد ولا يتحقق اصلا قوله سوى المصنف وهو الحسن ابن يوسف ابن على ابن المطهر المعروف بالعلامة الحلى فى كتابه نهاية الاحكام قوله وقد رجع عنه اى عن القول بان المعاطاة بيع فاسد قوله لامتناع ارادة الاباحة المجردة اقول نعم ولكن فيما لو ارادوا هذه الاباحة المجردة فى المعاطاة التى قصدا بها التمليك دون المعاطاة المقصودة بها الاباحة فلا امتناع فيه قوله المحكى عنه ايعن المحقق الثانى فى تعليقه ايفى تعليق المحقق الثانى على ارشاد العلامة قده وزاد فيه ايفى التعليق قوله فلو وقع غيره اى لو وقع غير مقصود المتعاطيين والمراد من غير مقصود هما الاباحة المجردة عن الملك كما ان المراد من مقصودهما الاباحة المترتبة على الملك قوله وعليه اى على ملك الرقبة قوله ومن منع فقد اغرب اى من منع عن وطى الجارية فى المعاطاة المقصود بها التمليك فقد اتى امرا غريبا وشيئا عجيبا لان هذا المنع مخالف للسيرة قوله الاذن والتصرف كلمة الاذن مفعول لقوله من استلزام فى ذلك ايفى الاباحة قوله وسيجيى ماذكره بعض الاساطين وهو استاد فقهاء الاجلة وشيخ مشايخ النجف والحلة الشيخ الكبير جعفر بن خضر الحلى الجناحى الاصل النجفى المسكن قوله من ان هذا القول اى القول بالاباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطيين التمليك ـ والبيع قوله بالتزامهم لهذه الامور اى الامور الثمانية اللتى هى لوازم وتوال القول بان المعاطاة تفيد الاباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطيين التمليك والبيع قوله اذا اقتضى الاصل اى الاستصحاب قوله واقتضى الدليل مراده قده من الدليل هو الاجماع كما قال الشيخ قده فى عبارته المتقدمة و اما الاباحة بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها قوله ويدفع الثانى اى قول المحقق الثانى وهو ان المعاطاة بيع غير لازم ووجه الدفع ان البيع لولا الخيار لازم فلو كانت المعاطاة بيعا كما قال به المحقق لكانت لازمة لان المفروض ان لا خيار للمتعاطيين

الاقوال فى المعاطاة

قوله قده اذا عرفت ما ذكرنا فالاقوال فى المعاطاة على ما يساعده ظواهر

كلماتهم ستة اقول بل الاقوال فى المقام سبعة (الاول) اللزوم مطلقا سواء كان الدال على التراضى لفظاً ام كان غيره وقد نسبه غير واحد من اصحابنا الى المفيد ره واختاره المحدث الكاشانى ره (الثانى) اللزوم اذا كان الدال على التراضى او على المعاملة لفظا وقد حكاه الشهيد الثانى ره عن بعض مشايخه وبعض متاخرى المحدثين الثالث ان المعاطاة تفيد الملكية الجائزة اختاره المحقق الكركى فقال المعروف بين الاصحاب ان المعاطاه بيع وان لم تكن كالعقد فى اللزوم وحمل عليه كلمات القائلين بان المعاطاة تفيد الاباحة الرابع انها تفيد اباحة جميع التصرفات حتى التصرفات المتوقفة على الملك مع بقاء كل من العينين على ملك صاحبه الا انه يحصل الملك اللازم بتلف احدى العينين او بما هو بمنزلة التلف بل فى المسالك ان كل من قال بالاباحة قال باباحة جميع التصرفات وهذا هو المنسوب الى المشهور الخامس انها تفيد اباحة جميع التصرفات غير المتوقفة على الملك كالبيع والعتق والوطى وهو الظاهر من حواشى الشهيد ره على القواعد وينطبق عليه ما فى المبسوط من المنع عن وطى الجارية المهداة بالهدية الخالية عن الايجاب والقبول اللفظيين السادس ان المعاطاه معاملة فاسده لا تفيد الاباحة ايضاً نسب هذا الى العلامة قده فى نهايته ولكن حكى رجوعه عن ذلك فى كتبه المتاخرة السابع انها معاملة مستقلة مفيده للملكية اختاره الشيخ الكبير الشيخ جعفر قده و صرح به السيد قده فى حاشيته

بل لم نجد قائلا به اى بالملك الذى قال به اى الملك قوله حتى نسبه الى الاصحاب اقول حيث قال المعروف بين الاصحاب ان المعاطاة بيع وان لم تكن كالعقد فى اللزوم ومن المعلوم ان البيع بدون قصد التمليك والملك مما لا يتحقق اصلا

نعم ربما توهمه اى الملك حيث قال فيه ايفى السرائر قوله و لذا نسب ذلك اى الملك اليه ايالى صاحب السرائر لكن قوله اى صاحب السرائر فى ان مراده اى مراد صاحب السرائر قوله اذ لا معنى لهذه بعد الحكم بالملك اقول بل الامر بالعكس اى لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بان المعاطاة تفيد الاباحة لانها حينئذ تكرار و اعادة لما يستفاد من عبارته السابقة على القول بالاباحة كما هو واضح لاهل الدقة والتحقيق بخلافه على القول با الملك فلا اعادة بل هه من قبيل بيان الحكم بعد تحقق موضوعه فكانه قده قال الاقوى ان المعاطاة تفيد

الملك الغير الازم فيتفرع عليه و يلزمه انه لايحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه لتحقق الملك بخلاف البيع الفاسد فانه يحرم الانتفاع فيه لعدم تحقق الملك الذى هو الموضوع بالنسبة الى هذا الحكم واطلاق المعاوضة عليها اى على المعاطاة قوله بهذا الاعتبار ايضاً اى باعتبار ما قصده المتعاطيان قوله و يويد ما ذكرنا يعنى عدم ثبوت الملك بالمعاطاه الذى نسبه الى العلماء بقوله والمشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك توقفها ايتوقف الهبة يقول بها اى بالصحة

الاستدلال على افادة المعاطاة للملك

قوله وذهب جماعة تبعاً للمحقق الثانى الى حصول الملك ولا يخلو عن قوة اقول يقع البحث هنا فى مقامين المقام الاول فى ان المعاطاة تفيد الملكية والثانى فى ان الملكية الحاصلة بالمعاطاة هل هى ملكية لازمة ام هى ملكية جائزة سيأتى الكلام والبحث فى المقام الثانى اما المقام الاول فيمكن الاستدلال عليه بوجوه الاول السيرة القطعية المستمرة القائمة على معاملة الملك فى التصرف فيه بالبيع والعتق والوطى والايصاء والتوريث وغير ذلك من اثار الملك الثانى قوله تعالى واحل الله البيع(١) الثالث قوله صلى الله عليه وآله ان الناس مسلطون على اموالهم (٥) الرابع قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم(٤) اما الاول وهى السيرة فاجاب عنها المصنف قده بقوله واما ثبوت السيرة واستمرارها على التوريث فهى كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة وقلة المبالات فى الدين مما لايحصى فى عباداتهم ومعاملاتهم و سياساتهم كما لايخفى (سيأتى توضيح هذه العبارة بحيث يكشف الغطاء عن وجهها ويبين للمتفقه المقصود منها و يسهل للطالب الفهم والوجه فى تقسيمها وتشقيقها ويهديك الى قسم رابع لها فانتظر) واما الثانى اعنى قوله احل ره فتقريب الاستدلال به بوجهين الاول انه يدل على صحة البيع المعاطاتى بالدلالة المطابقية لان معنى

(١) سورة البقرة الاية ٢٧٦ (٥) البحار ج١ ص١٥٤

(٤) النساء الاية ٣٣

الحل فى اللغة هو الارسال والاطلاق ويعبر عنه فى لغة الفرس بكلمة باز داشتن و يقابله التحريم فانه بمعنى المنع والحجر ولاريب ان الحل بهذا المعنى يناسب الحلية الوضعية و التكليفية كلتيهما و عليه فكما يصح استعمال لفظ الحلية الوضعية او التكليفة كذلك يصح استعماله فى كلتيهما معاً ومن المعلوم يختلف ذلك حسب اختلاف الموارد والقرائن الثانى ما ذكره المصنف قده وحاصله ان المراد من حلية البيع فى الاية انما هو الحلية التكليفية لمقابلتها مع حرمة الرباء الظاهرة فى الحرمة التكليفية ومن المعلوم ان الحلية التكليفية لايصح تعلقها با البيع لانك قد عرفت انه انشاء تمليك عين بمال و حلية ذلك لانحتاج الى البيان وعليه فلابد من الالتزام بتعلق الحل فى الاية الكريمة باالتصرفات المترتبة على البيع وحينئذ فتدل الاية على حلية التصرفات باالمطابقة وعلى حلية البيع باالالتزام واما الثالث اعنى قوله صلى الله عليه واله ان الناس الخ فتقريب الاستدلال ان الحديث لمزبور قد دل على ان كل احد مسلط على التصرف فى امواله بانحاء التصرفات واقسامها المتشتة سواء فى ذلك التصرفات الخارجية و الاعتبارية و من الاعتبارية البيع المعاطاتى واذن فا المنع عن جواز البيع المعاطاتى مناف لعموم الحديث كمالايخفى واما الرابع اعنى قوله تعالى يا ايها الذين الخ فتقريب الاستدلال ان الاية دلت على انحصار جواز التصرف فى اموال الناس بما يكون تجارة عن تراض عرفاً من دون لحاظ قيد والبيع المعاطاتى من جملة مصاديق تلك التجارة فتشمله توضيح الدلالة ان المراد من الاكل فى الاية ليس هو الازدراد على ماهو معناه الحقيقى بل انما هو كناية عن التملك وان لم يكن ذلك المال من جنس المأكولات كالدكاكين و الاراضى و البساتين و المواشى واشباهها (تذكار) لايخفى ان هذه الوجوه و الادلة قابل للمناقشة والرد ولكنه خارج عن وضع هذا الشرح فلا مجال للنقص والابرام فيها قوله لكنه محل تامل اقول وجه التامل ان الظاهر من الحل فى الاية هو التكليفى فجعل احل بمعنى انفذ حتى يشمل الحل الوضعى بمعنى الصحة خلاف الظاهر قوله واما منع صدق البيع عليه اى على المعاطاة عرفا فمكابرة اقول لان حقيقة البيع كما عرفت هو اعطاء شئى بازاء شئى وهذا المعنى عند العرف يبرز باعطاء شيى خارجا واخذ ما بازائه وان شئت ان تعبر مسامحة بان الفعل الخارجى مصداق لهذا العنوان على هذا المبنى

فلامشاحة واما دعوى الغنية الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعا فمراده نفى اللزوم او الصحة لا الحقيقة كما ينساق الى الذهن ابتداء قوله ولذا صرح فى الغنية بكون الايجاب والقبول من شرائط صحة البيع اقول يعنى يدل على كونه مكابرة ان السيد الجليل صاحب الغنية عد الايجاب والقبول من شرائط صحة البيع لا اصل تحققه على ان المعاطاة بيع عنده فيكون المراد من قولهم المعاطاة ليست بيعا انها ليست بيعاً صحيحا اولازما ومن هنا يعلم ان ما افاده السيد قده ردا على المصنف من انه يفيد عكس المدعى ليس فى محله فراجع الى كلامه رفع فى مقامه قوله و دعوى ان البيع الفاسد عندهم ليس بيعا اقول مراده قده انه بناء على وضع لفظ البيع للصحيح لا يكون البيع الفاسد بيعا فلا يمكن التمسك بالاطلاق عند الشك فى الصحة لكونه شكا فى كون المورد مصداقا للبيع قوله قد عرفت الحال فيها ايفى الدعوى لانه قدمر انه يصح التمسك بالاطلاق حتى بناء على الوضع للصحيح قوله ومما ذكرنا يظهر وجه التمسك بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض اقول يعنى مما ذكرنا فى الاية الاولى من انه يستفاد من اطلاق الحل الملك عرفاً يظهر وجه التمسك باية التجارة فانه يستفاد من اطلاق الترخيص فى اكل المأخوذ بالتجارة ملكه لان الترخيص فى التصرفات يشمل التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع والعتق ونحوهما ولا يمكن هذا الترخيص بدون الملك شرعاً فاطلاق الرخصة ملازم للملك الشرعى هذا ولكن يمكن منع دلالتها على الملك بان التجارة اعم من المملكات والاية الشريفة بقرينة المستثنى منه و هو قوله تعالى لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ظاهرة فى حل التصرف الخارجى الذى هو مثل التصرف بالاكل فلا مجال فيها لما سبق فى الاية الاولى من استفادة الملك لان استفادته يتوقف على ثبوت الملازمة بين جواز التصرف و بين الملك قوله لان عمومه باعتبار انواع السلطنة

اقول قد يستشكل فى دلالة الرواية بانها ليست بصدد بيان امضاء المعاملات بل انما هى فى مقام بيان ان الملاك مسلطون على اموالهم غير ممنوعين من التصرف فيها فهذه الرواية بصدد بيان اصل التسلط وانه للمالك لا لغيره وبعبارة اخرى ان المستفاد منها ثبوت السلطنة فى موضوع المال دون السلطنة على اذهاب هذا الموضوع وازالة السلطان نظير ما يقال ان قوله تعالى اقيموا الصلوة

انما هو بصدد بيان اصل الوجوب لا الكيفية فلا دلالة لها على المطلوب هذا ولكن الانصاف تمامية الدلالة فيها لان ظاهر سياقها اثبات سلطنة الملاك بانواعها على النحو المتداول بين العرف فاذا كانت المعاطاة متعارفاً بين الناس فى مقام البيع يشملها الحكم فيستفاد من دليل السلطنة صحة اقسام كل نوع من المعاطاة وما انشاء باللفظ من غير خصوصية باللفظ فلا تغفل فهو اى الناس مسلطون قوله بعموم تسلط الناس الخ متعلق بقوله الاستدلال قوله و منه اقول اى و من عدم جواز الاستدلال على سببية المعاطاة فى الشريعة للتمليك بعموم التسلط يظهر ايضاً عدم جواز التمسك لما سيجى من شروط الصيغة اقول مراده قده من هذه العبارة انه اذا شككنا فى شرطية العربية مثلا فى صيغة البيع فلا يجوز لنا التمسك بعموم تسلط الناس على اموالهم لما تقدم من التعليل قوله اللهم الا ان يقال انهما لا تدلان على الملك اقول يحتمل ان يكون مرجع ضمير التثنية الايتين و السيرة فيكون قوله واما ثبوت السيرة الخ دفعا لما يتوهم ان السيرة كما هى قائمة على التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع والعتق والوطى كذلك قائمة على التوريث والديون من غير حاجة الى اثبات الملازمة بين جواز التصرفات والملك ويحتمل ان يراد من مرجع الضمير الايتين وعليه فيمكن ان يكون قوله واما ثبوت الخ لدفع ما ربما يتوهم انه لو سلمنا عدم تمامية دلالة الايتين لتوقفهما على اثبات الملازمة الا ان السيرة القائمة على التوريث واشباهه كافية فى اثبات المدعى من غير حاجة الى اثبات الملازمة فدفعه بقوله انها ناشئة من عدم المبالاة

قوله عن سبق الملك عليه اى على التصرف وبين توقفها اى التصرفات هذا المقدار يعنى اما نا قوله فى عباداتهم ومعاملاتهم وسياساتهم اقول توضيح المقام بحيث يكشف الغطاء عن وجه الكلام ويذهب به الظلام يحتاج الى ذكر ما يوجب التوجه اليه زيادة بصيرة لاهلها وهو ان الفقهاء رضوان الله عليهم قسموا مسائل الفقه الى اقسام اربعة عبادات وعقود وايقاعات واحكام وقد يعبر عن هذه الاقسام بعبادات وعادات ومعاملات وسياسات اما العبادات فهى تطلق على معان ثلاثة الاول ما يعتبر فيه قصد التقرب كالصلوة والصوم ونحوهما ويسمى بالعبادات بالمعنى الاخص والثانى ما يمكن فيه قصد التقرب كالنكاح وغسل الثوب مع النية ونحوهما ويسمى بالعبادات بالمعنى الاعم والثالث الوظيفة التى شرعت على اشخاص

خاصة ويندرج فى هذا القسم باب الجهاد والامر بالمعروف والنهى عن المنكر و باب الولايات والقضاء والشهادات واما المعاملات فلها ايضا معان ثلاثة اولها مالا يعتبر فيه قصد التقرب كالبيع والاجارة وامثالهما وهذا المعنى عام يشمل ما يتوقف على الانشاء و مالا يتوقف وثانيها خصوص باب العقود اى مايكون قوامه بانشاء طرفين وثالثها المتوسط بين الاولين اى مايحصل بالانشاء سواء كان بين الطرفين كالعقود ام لا كالايقاعات واما العادات فهى جمع العادة وهى مايعتاده الانسان اى يعود اليه مرارا متكررا كباب الاطعمة والاشربة و اما السياسات كالقصاص والحدود والديات

وجه حصر الفقه فى اربعة اقسام

وجه الحصر ان المبحوث عنه فى الفقه اما ان يتعلق بالامور الاخروية او الدنيوية فان كان الاول فهو العبادات وان كان الثانى فلا يخلو فا ما ان يفتقر الى عبارة اولا فان لم يفتقر فهو الاحكام كالديات والقصاص والمواريث وان افتقر فاما من الطرفين او طرف واحد فان كان الثانى فهو الايقاعات كالطلاق والعتق وان كان الاول فهو العقود ويدخل فيه المعاملات والنكاح قوله ودعوى انه لم يعلم الخ اقول حاصل الدعوى ان انكار الملازمة الشرعية بين اباحة جميع التصرفات والملكية الثابتة بالاجماع وغيره فى المقام يبتنى على اختيار المشهور فى المعاطاة اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك وهذا غير ثابت فلا وجه لانكارها وحاصل الدفع ان مجرد عدم المعلومية لايكفى بل لابد من ثبوت الاجماع على الملازمة بين الملكية وجواز التصرفات حتى فى المقام وبعبارة اخرى الملازمة تحتاج الى دليل ومجرد عدم الدليل على عدمها لايكفى فى ثبوتها قوله فيجوز للفقيه ح التزام اباحة جميع التصرفات اقول هذا تفريع على عدم ثبوت الملازمة يعنى بعد ان لم يثبت الملازمة بين جواز التصرفات والملك من اول الامر يدور امر الفقيه بين رفع اليد من حل مطلق التصرفات اومن توقف التصرفات على الملك او من استصحاب عدم الملك الى زمان العلم به لعدم امكان الجمع بين الثلاثة وهذا واضح لامرية فيه لمن له ادنى التامل

هذا مع امكان اثبات صحة المعاطاة فى الهبة والاجارة ببعض اطلاقاتهما اقول حاصل مقصوده قده من هذه العبارة ان اطلاقات البيع والتجارة الشاملة للمعاطاة

وان لم يكن فيها الاحلية التصرفات ولادلالة فيها على النفوذ والصحة لكن الاطلاقات الواردة فى سائر الابواب كالاجارة والهبة يوجد فيها مايكون ظاهرا فى الصحة والنفوذ وتشمل المعاطاة هذا ولكنه بمكان من المنع فان اطلاقات الاجارة والهبة لاتزيد على اطلاقات البيع لو لم تنقص عنها ولا ارى لخصوصية مطلقات الاجارة والهبة وجها تمتاز به عن غيرها فما يرد عليها وارد عليهما ايضا مع انه قد حكى عن المصنف قده انكار وجود الاطلاقات فى الاجارة والهبة

قوله ولذا ذكر بعض الاساطين فى شرحه على القواعد (١) اقول ينبغى ان نبحث حول كلامه قده ليتضح ان القول بالاباحة مع قصد الملك من المتعاطيين هل يستلزم تأسيس قواعد جديدة كما ادعاه قده ام لا وتلك القواعد مايلى منها ان العقود وما قام مقامها تابعة للقصود ومن الواضح ان القول بالاباحة مخالف لهذه القاعدة ايجاباً وسلبا الان ما قصده المتعاطيان لم يحصل فى الخارج وما حصل فيه لم يقصده المتعاطيان واجاب المصنف ره عن ذلك بجوابين الاول الحل الذى ذكره الحلى ره وملخصه ان التبعية المزبورة انما هى فى العقود الصحيحة اذ لا يعقل صحة العقد مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه واما العقد الفاسد فعدم ترتب الاثر المقصود عليه لامحذور فيه بل لامعنى للفساد الا ذلك وبعبارة اخرى قضية التبعية فيما اذا دل الدليل على صحة العقد كالعقد الواجد للصيغة بخلاف ما اذا لم يدل دليل على ذلك كالمعاطاة الثانى النقض وهو ان التخلف فى المعاطاة انما يكون نظير التخلف فى الموارد الخمسة بمعنى انه ليس تخلفاً حقيقة لانه تخلف جائز (الاول) انهم اطبقوا على ان عقد المعاوضة اذا كان فاسداً يوثر فى ضمان كل من العوضين القيمة لافادة العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه مع انهما لم يقصدا الا ضمان كل منهما بالاخرو ويرد عليه ان سبب الضمان فى العقود الفاسدة على ماسيأتى انما هو اليد غاية الامر ان الاقدام يكون منقحا لموضوع ضمان اليد وعن بعض المحققين ان السبب للضمان فى هذا المورد القبض لا العقد فما ترتب عليه الضمان بالقيمة هو القبض فلا يكون نظيراً للمقام (الثانى) ان الشرط الفاسد لايفسد العقد المشروط به عند اكثر القدماء مع انما قصد وهو العقد المقيد بالشرط الفاسد غير واقع و

---

(١) شرح قواعد العلامة ره للشيخ الاكبر الشيخ جعفر النجفى كاشف الغطاء رضوان الله عليه توفى شهر رجب سنة ١٢٠٨ ودفن فى النجف

الواقع الذى هوذات العقد لم يقصد وفيه ان الوجه فى عدم مفسديته عدم تقيد البيع به و كون الشرط التزاماً فى التزام بمعنى ربط الالتزام العقدى بالالتزام الشرطى ولازم ذلك ان تخلفه يوجب الخيار لا البطلان من رأسه فلا يلزم منه تخلف العقد عن القصد (الثالث) انه اذا باع الانسان مايملكه مع مالا يملكه بان ضم مال نفسه الى مال غيره وباعهما من شخص واحد فى صفقة واحدة فانه لا ريب فى صحة هذا البيع عند الفقهاء مع ان ما هو مقصود للمتبايعين لم يقع فى الخارج وما وقع فيه غير مقصود لهما وفيه ان البيع المذكور وان كان واحداً بحسب الصورة والظاهر ولكنه منحل الى بيعين احدهما صحيح منجزا والاخر صحيح مشروطا باجازة المالك و قد عرفت ان حقيقة البيع متقومة بانشاء تبديل شيى من الاعيان بعوض فى جهة الاضافة ومن المعلوم ان هذا المعنى لا ربط له بقصد المالكين وعليه فقصد البائع كون العقد لنفسه او لغيره خارج عن حدود البيع فلا يوجب ذلك تخلف العقد عن القصد (الرابع) بيع الغاصب المال المغصوب لنفسه فقد ذكر جمع كثير من الفقهاء ان البيع يقع عن المالك اذا اجازه مع ان الغاصب قصد وقوعه لنفسه والجواب ماعرفت وماأشرنا اليه انفا من ان البيع انشاء تبديل عين بعوض فى جهة الاضافة ومن المعلوم ان قصد وقوعه عن المالك اوعن البائع خارج عن حدوده لادخل للقصد فيه الخامس اذا قصد بالصيغة فى النكاح الانقطاع وترك ذكر الاجل فان الفقهاء رضوان الله عليهم حكموا بكون ذلك زواجاً دائمياً وقدذكر هذا فى موثقة ابن بكير (١) فما قصد لم يقع وماوقع لم يقصد والجواب ان الفقهاء رضوان الله عليهم التزموا بان النكاح حقيقة واحدة والفرق بين الدوام والانقطاع هو الفرق بين المطلق والمشروط بشى وعليه فحيث ان النكاح من الانشائيات فاذا ترك ذكر الاجل لايتحقق الخصوصية لعدم انشائها وانما يقع المطلق لقصده و انشائه ومنها ان القول بالاباحة يلزمه الالتزام باحد امرين على سبيل مانعة الخلو

---

(١) قال . . . قال ابوعبدالله عليه السلام ماكان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وماكان بعد النكاح فهو جائز وقال ان سمى الاجل فهو متعة وان لم يسم الاجل فهو نكاح بات الكافى ج ٢ ص ٤٥ والوافى ج ١٢ ص٩٦ وسائل چاپ جديد باب (٢٠) ص ٤٦٩

هما الالتزام بان ارادة التصرف في المأخوذ بالمعاطاة مملكة او الالتزام بان التصرف بنفسه من المملكات وكلاهما بعيد جدا بداهة ان المالك لم يقصد الا تمليك ماله من الاول وعليه فالالتزام بحصول الملكية بتصرف غير المالك او بارادته التصرف من دون ان يكون ذلك مقصود المالك بعيد غايته و اجاب المصنف قده عن ذلك بان مقتضى الجمع بين دليل توقف بعض التصرفات على الملك و دليل جواز التصرف المطلق استصحاب بقاء الملك الى ان قبل التصرف هو ذلك اى حصول الملك بعد ارادة التصرف وعليه فيكون شان التصرف في المقام شان تصرف ذى الخيار والواهب فيما انتقل عنهما تصرفا بالعتق والبيع والوطى واشباهها منها تعلق الخمس بما في يد احد المتعاطيين مع انه ليس بمالك له توضيح ذلك انه اذا اعطى احد المتعاطيين ديناراً لصاحبه واخذ منه متاعاً يساوى احد عشر ديناراً فانه قد ربح في هذه المعاملة المعاطاتية عشرة دنانير واذا بقى هذا الربح الى ان مضى عليه حول كامل ولم يحصل مملك في البين كتصرف المشترى في المتاع او تصرف البائع في الثمن او تلف احد العوضين ثبت فيه الخمس فيصير ماليس من الاملاك بحكم الاملاك فان الاخماس والزكوات والاستطاعة و الديون والنفقات وغيرها مما هو مترتب على الاملاك تتعلق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله وعدم التصرف فيه والجواب اما الخمس فهو لايتعلق الا بالملك كماهو الظاهر من الادلة الشرعية وعليه فلامحذور في الالتزام بعدم تعلقه بالمأخوذ بالمعاطاة على القول بكونها مفيدة للاباحة واما الزكاة فلاشبهة في تعلقها بالماخوذ بالمعاطاة مع تمام النصاب ومضى الحول عليه من دون فرق بين ان يكون الماخوذ بالمعاطاة ملكا للاخذ وبين عدمه وذلك لاطلاق الادلة مثلا اذا اشترى احد بالبيع المعاطاتى خمسا من الابل ولم يوجد مملك في البين الى ان مضى عليها حول كامل تعلقت به الزكاة وتكون العين مشتركة بين المالك وبين المستحقين للزكاة بناء على تعلق الزكاه بالعين واما سائر المذكورات كالاستطاعة وحق الديان والنفقات وغيرها فلامانع من تعلقها بغير الاملاك لتحقق الاستطاعة بالبذل والاباحة و الدين يجب ادائه من مال اذن صاحبه في الاداء منه اذا كان حالا والنفقة واجبة من مال يجوز له الانفاق منه والوارث يرث من الميت كل ما تركه من حق او

مال مع امكان الالتزام على هذا الملك بملكية المورث اناما قبل الموت
منها كون التصرف من جانب مملكا للجانب الاخر الخ و قال المصنف قده
في مقام الجواب و اما كون التصرف من جانب فقد ظهر جوابه اقول اى من
انه مقتضى الجمع بين الاصل ودليل جواز التصرف و ادلة التوقف هذا ولكن
بعض المحشين لما لم يرض بهذا الجواب اجاب بما اليك نصه والحق ان يقال
انه يمكن ان يلتزم المشهور بان السبب للملكية هى المعاطاة و انما يكون
التصرف شرطا للملكية نظير القبض الذى هو شرط لحصولها في بيع الصرف
ومنها جعل التلف السماوى من جانب مملكا للجانب الاخر والتلف من الجانبين معينا
للمسمى من الطرفين الخ وقد اجاب المصنف عن ذلك بما حاصله ان دليل ضمان اليد يقتضى
كون كل من العوضين مضمونا لمالكه الاصلى بعوضه الواقعى وهو المثل او القيمة لكن
مقتضى الاجماع والسيرة على عدم الضمان بالعوض الواقعى يكشف عن ان التلف
من مال من تلف عنده وبضميمة اصالة عدم حصول الملكية الا بالمقدار المتيقن
تثبت الملكية قبل زمان التلف بان وعليه فالجمع بين هذه الادلة يقتضى كون
كل من العوضين ملكا لكل من المتعاطيين اناما قبل التلف فيكون التلف موجبا
لتعين المسمى من الجانبين سواء في ذلك كون التلف من جانب واحد او كونه من
جانبين قوله ومع حصوله اى الماخوذ بالمعاطاة او تلفه اى الماخوذ بالذى
يستفاد من سياق الكلام فيهما يد الغاصب قوله فالقول بانه اى القابض بالمعاطاة الذى
يستفاد من سياق الكلام لانه اى القابض بالمعاطاة والمطالب بالكسر لانه اسم فاعل
فتحصل ان مراده قده من هذه العبارة هو ان القول بان القابض بالمعاطاة هو الذى يطالب
المقبوض بالمعاطاة من الغاصب له وذلك لان القابض قد تملك المقبوض بالمعاطاة بغصب
الغاصب اياه او تلفه في يده غريب اذا عرفت هذا وجعلته فى بالك متدبرا المدلولاته فنقول
ملخص كلام بعض الاساطين ان من مبعدات القول بالاباحة امورا اربعه (الاول) كون ارادة
التصرف مملكا للمتصرف (الثانى) كونه مملكا للجانب الاخر (الثالث) جعل التلف مملكا
لمن تلف في يده (الرابع) جعله مملكا للجانب الاخر قوله والقول بعدم الملك بعيد
مراده قده ان القول بان القابض يطالب المقبوض بالمعاطاة من الغاصب له و
لكن مع عدم تملكه بالغصب والتلف بعيد غايته لان الطلب من الغاصب شان المالك
لا غير فكيف يصح مطالبة غيره قوله مع ان فى التلف القهرى اقول لا وجه للتقييد

بصورة التلف القهرى بل الا تلاف كذلك من دون تفاوت قوله ان ملك التالف
كلمة تالف مفعول قوله ملك وفاعله من عنده التلف قوله قبل التلف فعجيب
وجه العجب لزوم تحقق المعلول بدون علته و هو غير معقول فلا يعقل الملك
الذى هو المعلول قبل علته التى هى التلف ومعه بعيد الضمير فى معه يرجع الى التلف
ومراده قده من هذه العبارة انه ان قلنا بحصول الملكية مع التلف فهو بعيد ووجه
البعد انه لا موجب للالتزام بالملكية فى خصوص زمان التلف دون ماقبله على ان
زمان التلف هو زمان انعدام الملكية لا زمان حدوثها ومن هنا يعلم بطلان الالتزام با-
لملكية بعد التلف فان من البين ان تملك المعدوم غير معقول مع انه لغو محض اذ-
لا يترتب عليه اثر من اثار الملكية وان قلنا بعدم كون التالف ملكا للاخذ بالمعاطاة
لزم ان يكون بدله ملكا للجانب الاخر بلا عوض مجانا و اذن فلا مناص عن الالتزام
بحصول الملكية فى البيع المعاطاطى من اول الامر قوله لعدم قابليته اى التالف بمعنى
ان التالف غير قابل للملكية وبعده ملك معدوم الضمير يرجع الى التلف وهذا فيما اذا
كان التلف بالاعدام وهذا واضح واما اذا كان التلف بالاخراج عن المالية فا-
لمحذور هو عدم القابلية الذى قدمر منه قده انفا قوله ونفى الملك مخالف للسيرة و
بناء المتعاطيين اى ونفى الملك الاخر للعوض الاخر ومنها ان التصرف ان جعلناه من النوا
قل القهرية فلا يتوقف على النية فهو بعيد وان اوقفناه الخ قد استشكل فيه بعض ا-
لمحشين بقوله ان التصرف بنفسه شرط التاثير فى الملكية لا مع النية فلا بعد فى عدم
التوقف مع انه لو توقف على النية كان الواطى للجارية من غير نية زانيا لا وا
طئا بالشبهة ومنها ان النماء الحادث قبل التصرف ان جعلنا حدوثه اى النماء
مملكا دون العين فبعيد اقول وجه البعد انه لا وجه للتفكيك فى ذلك بين
النماء واصله خصوصا فى النماء المتصل على انه لم يعهد من الشارع ان يكون حدوث
النماء فى العين من جملة الاسباب لتملك النماء قوله او معها اى مع العين بمعنى انه
لو قلنا بان النماء مملك لاصله الذى هو العين بالاصالة ولنفسه بالتبعية فهو غريب
لان ذلك مناف لظاهر اكثر الفقهاء القائلين بعدم حصول الملكية فى الماخوذ
بالمعاطاة من دون التصرف فيه المتوقف على الملك قوله وكلاهما مناف لظاهر
الاكثر اى كلا الامرين من كون حدوث النماء مملكا فقط وكونه مملكا للنماء وللعين خلاف

ظاهر اكثر الفقهاء لان الظاهر من الفقهاء حصر الملك في امرين وهما التصرف والتلف
قوله وشمول الاذن له اى للنماء خفي وجهه ان الذى صدر من المالك هو التصرف في
العين وشمول هذا الاذن للتصرف في النماء خفي غير معلوم قوله ومنها قصر التمليك على
التصرف مع الاستناد فيه اى في كون التصرف مملكا الى ان الاذن من المالك في التصرف
اذن في التمليك لان الاذن في الشيء اذن فيما يتوقف عليه قوله وذلك جار في القبض اى اذن
المالك في التصرف اذناً في التمليك جار في قبض ما تعلق به المعاطاة قوله بل هو اى القبض
اولى منه اى من التصرف لاقترانه اى القبض بقصد التمليك اى من المعطى دونه اى
دون التصرف لانفصاله عن قصد التمليك فقصر التمليك بالتصرف غير صحيح قوله
والمقصود من ذلك كله استبعاد هذا القول اى القول بالاباحة المجردة مع فرض
قصد المتعاطيين التمليك والبيع وتوضيح مراده قده من هذه العبارة انه ليس مراد
بعض الاساطين وهو الشيخ الكبير الشيخ جعفر قده من ذكر هذه المبعدات انها مما
يقابل الاصول والعمومات فينهدم بها اساس القول بالاباحة المجردة عن الملك
بل مراده قده انها امور غير مانوسة فيتايد بها القول بالملك وبعبارة اوضح ان اساس
القول بالاباحة مبني على عدم الدليل على الملك لقصر دلالة الايتين على الاباحة
المطلقة واطلاق ما دل على توقف بعض التصرفات على الملك كقوله عليه اسلام لا
بيع الا في ملك او لا عتق الا في ملك لمثل ما نحن فيه واستصحاب عدم الملك الى العلم به
وليس فيما بذكر من المبعدات ما يوجب رفع اليد عن احدى هذه الامور المذكورة
قوله لان الوجوه المذكورة اى المبعدات الثمانية قوله تنهض في مقابل الاصول
والعمومات مراده قده من الاصل هو استصحاب عدم الملك وان احتمل بعض الا
كابران المراد منها هو القواعد فيكون قوله والعمومات عطف تفسير لها والمراد من قوله
والعمومات ادلة توقف التصرفات على الملك كقوله عليه السلام لا بيع الا في ملك او
لا عتق الا في ملك قوله اذ ليس فيها اى في الوجوه المذكوره قوله اما حكاية تبعية العقود وما
قام مقامها الخ اقول ملخص هذا الجواب قبول قاعدة تبعية العقود للقصود وادعاء ان
المعاطاة ليست من صغريات هذه القاعدة على مذهب المشهور بتقريب ان موضوع
قاعدة التبعية هو العقود اللفظية المعتبرة الممضاة عند الشارع بواسطه قيام الدليل على
الصحة فيها بمعنى ترتب الاثر المقصود منها عليها فلا تشمل المعاملات الفعلية التي لم
يقم دليل على صحتها بالمعنى المذكور كالمعاطاة على مذهب المشهور لتوهمهم كون

العقد اللفظي ماخوذا في حقيقة المعاملات هذا ولكن يمكن ان يقال كما عن بعض الاجلة ان مناط التبعيه مشترك بين العقود اللفظيه والمعاملات الفعلية اذ بعد صدق البيع على المعاطاة عرفاً فالدليل مشترك بينهما قوله اما المعاملات الفعلية التي لم يدل على صحتها دليل اقول وذلك كالعقد المعاطاتي فانه لم يدل دليل على صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الاثر المقصود منه عليه وانما حكم الشارع في مورده بالاباحة فلا يلزم منه تخلف العقد عن القصد بداهة ان الاباحة المذكورة ليست اباحة عقدية حتى يلزم من ثبوتها المحذور المزبور بل انما هي اباحة شرعية مترتبة على المعاطاة ترتب الحكم على موضوعه وعليه فمنزلة ذلك منزلة حكم الشارع بجواز اكل المارة من ثمرة الشجرة التي تمر بها وبجواز الاكل من اموال الناس في المخمصه والمجاعة وان لم يرض المالك بذلك فلا يحكم بترتب الاثر المقصود عليها اي على المعاملات الفعلية كما نبه عليه اي على عدم ترتب الاثر قوله من ان السبب الفعلي كالمعاطاة لا يقوم مقام السبب القولي كالعقد اللفظي قوله نعم اذا دل الدليل على ترتب اثر عليه اي على السبب حكم به اي بالاثر وان لم يكن مقصوداً اقول وذلك الدليل كموثقة ابن بكير(١) الدالة على ان ترك ذكر الاجل في عقد الانقطاعي يجعله زواجاً دائمياً مع ان المقصود وهو نكاح المتعة لم يقع والواقع وهو نكاح الدائم غير مقصود قوله وتوهم ان دليلهم على ذلك قاعدة اليد اقول كلمة ذلك اشارة الى الضمان والدليل عليه قاعدة اليد فما ذكره المتوهم هو الحق وان لم يوافق نظر المشهور لوضوح ان المتبع ماهو مقتضى الحق فيدور مداره لا مايوافق نظر المشهور بناء على صحة النسبة قوله بانه شان لم يذكر هذا الوجه اي قاعدة اليد اقول يمكن ان يقال كما اشار اليه بعض على فرض كون الوجه في الضمان هو الاقدام ليس ذلك من قبيل ما نحن فيه اذ ليس هذا من امضاء المعاملة على خلاف المقصود بل بعد الحكم بالفساد وعدم الامضاء اصلا حكم بالضمان في صورة الاقدام عليه و بالعدم في صورة العدم. فلاحظ المسالك(٢)

(١) اقول قد مر ذكر الموثقة عند التكلم حول كلام بعض الاساطين فراجع .

(٢) مسالك الافهام في شرح شرايع الاسلام لقدوة الشيعة زين الدين بن علي ابن احمد بن محمد العاملي الجبعي الذي قد صرحنا بميلاده ووفاته فلا نعيد

قوله وكذا الشرط الفاسد لم يقصد المعاملة الا مقرونة به الخ اى بالشرط اقول لايخفى على المتامل الدقيق ان صحة العقد بالنسبته الى ذات المشروط مبنيته على كون الشرط مطلوبا اخروراء المشروط فوجه عدم الافساد انه من باب تعدد المطلوب لالتقييد فلا دخل له بما نحن فيه اذ ليس شيى من التخلف فى المقام الا بالنسبة الى المطلوب الثانوى واما بناء على وحدة المطلوب فلا ينبغى الاشكال فى البطلان بالمرة قوله وبيع مايملك وذلك كالمذكى ومالا يملك وذلك كالميته اقول صحة العقد بالنسبته الى ما يملك فقط مبنية على كون الضميمة مطلوباً اخروراء المنضم اليه ووجه الصحة وعدم الافساد كونه من باب التعدد كما مر انفا فلا دخل لـه بما نحـن فيه

قوله وبيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع اجازته على قول كثير اقول منشاء الصحة على المشهور ان الغاصب يوقع البيع للمالك غاية الامر يبنى على انه المالك بتنزيل نفسه منزلة المالك الواقعى ثم قصد المعاوضة له فالتخلف انما يكون فى هذا الاعتقاد المقارن لا فى العقد قوله وترك ذكر الاجل فى العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائما اقول مبنى الخلاف هو ان الدوام والانقطاع نوعان من النكاح او نوع واحد العلماء رضوان الله عليهم التزموا بالثانى وان النكاح حقيقة واحدة ونوع واحد والفرق بين الدوام و الانقطاع هو الفرق بين المطلق و المشروط بشيى فشانهما شان المطلق والمشروط و عليه فحيث ان النكاح من الانشائيات فاذا ترك ذكر الاجل لايتحقق الخصوصية الـزائدة لعدم انشائها و انما يقـع المطلق لقصده وانشائه فتخلص ان شيئاً مما ذكرناه ليس ايـرادا على المصنف قده وان مال بعض الاجلة فى الاخير اليه فتدبر جيدا قوله على قـول نسبه فـى المسالك وكشف اللثام الى المشهور (١) قوله نعم الفرق بين العقود و ما نحن فيه ان التخلف عن القصود يحتاج الى الدليل المخرج عن ادلة صحة العقود و فيما نحن فيه عدم الترتب مطابق للاصل اقول توضيح العبارة هو ان الفرق بين العقود الفعلية اللتى منها المعاطاة اللتى هى محل الكلام ومورد النقض والابرام للاعلام

(١) كشف اللثام لفخر المدققين والعلماء وتاج المحققين والفقهاء محمد بن حسن ابن محمد الاصفهانى الملقب بفاضل الهندى ره توفى سنه ١١٣٧

وبين مثل الموارد المذكورة اللتى اوردناها نقضا عليه ان التخلف فى موارد النقض يحتاج الى دليل لقيام الدليل على صحة العقد فلو فرض لغوية بعض خصوصياته احتاج ذلك الى دليل على الالغاء وتخلف اثر العقد وبعبارة واضحة مع فرض الدليل على صحة العقد عدم ترتب المقصود يحتاج الى دليل بخلاف مانحن فيه حيث ان المفروض عدم الدليل على صحته فعدم ترتب المقصود هو مقتضى الاصل نعم ترتب غير المقصود يحتاج الى دليل

قوله واما ماذكره من لزوم كون ارادة التصرف مملكا فلا باس بالتزامه اذا كان مقتضى الجمع بين الاصل اى استصحاب عدم الملكية ودلل جواز التصرف المطلق وادلة توقف بعض التصرفات على الملك اقول ملخصه ان مقتضى حل التصرفات جوازها حتى المتوقفة منها على الملك ومقتضى توقف بعض التصرفات على الملك كالبيع والعتق ان يكون المتصرف فيه مملوكا ومقتضى استصحاب عدم الملك بقاء العين فى ملك مالكه ولا يمكن الجمع بينهما فاذا وجب رفع اليد عن احدهما تعين التصرف فى الاستصحاب لان مع الاطلاقات المذكورة ليس رفع اليد عن الملك نقضا بالشك لان الاطلاقات مثبتة لغاية الاستصحاب فيكون شان التصرف فى المقام شان تصرف ذى الخيار والواهب فمما انتقل عنهما تصرفا بالعتق والبيع والوطى

قوله ودفعه الخ اى دفع تعلق الامور المذكورة بغير الملك بمخالفته للسيرة المستمرة على عدم المعاملة مع غير الملك المعلوم كونه كذلك معاملة الملك فى اجراء الامور المذكورة فيه كاجرائها فى الملك رجوع اليها اى الى السيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك وقبول للسيرة فى الاستدلال بافادة الملك مع ان لازم القول بالاباحة المجردة رد هذه السيرة وعدم قبولها بما مر من كونها ناشئة من قلة المبالات قوله واما كون التصرف الى قوله فقد ظهر جوابه قدمر مناشرح هذه العبارة فلا نعيد فتذكر

قوله فان ثبت باجماع او سيرة الخ اقول يحتمل ان يكون فاعل ثبت كلمة عدم فيكون المراد ان ثبت عدم ضمان المثل او القيمة باجماع او سيرة ويحتمل ان يكون الفاعل كلمة كون بمعنى انه اذا ثبت كون التلف مملكا للجانبين بالاجماع

او السيرة وعليه يكون قوله فيكون تلفه الخ جوابا لان الشرطية فى قوله فان ثبت ولكن يبقى فيه ان العبارة لا تخلو من مساهلة لانه على هذا لا معنى لقوله بعد ذلك لان هذا هو مقتضى الجمع الخ اذ بعد تمام الاجماع على كون التلف مملكا للجانبين لا حاجة الى ضم دليل اخر اليه لاثباته فالمراد الاجماع على عدم الضمان بالمثل والقيمة ثم نقول اى فرق بين السيرة فى المقام والسيرة المدعاة سابقا على الملك من اول الامر اللتى استشكل فى حجتيها بانهما ناشئة عن عدم المبالات فى الدين قوله لان هذا هو مقتضى الجمع اى كون التلف من ماله وقوله لان علة له وحاصل مضمونه ان ماذكروه وقام عليه الاجماع من صيرورة كل من المالين ملكا لمن فى يده عوضا عما كان له وتلف فى يد صاحبه هو مقتضى الجمع بين الادلة

قوله بمنزلة الرواية الواردة فى ان تلف المبيع الخ اقول مراده قده انه كما ان رواية كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه تدل على ان تلف المبيع قبل قبضه فى يد البائع يكون من ماله لا من مال المشترى المستلزم هذا المعنى انفساخ العقد قبل التلف ودخوله فى ملك البائع والا لم يكن من ماله ويلزمه ضمان المثل والقيمة لا ضمان الثمن المسمى فكذلك الاجماع المذكور فى المقام بعد ابقاء عموم على انيد ما اخذت على حاله يدل على كون التلف من مال ذى اليد المستلزم لحصول الملكية والانتقال قبل التلف قوله ان لكل منهما المطالبة اقول ضمير التثنية يرجع الى لاخذ والمالك ووجه جواز مطالبته الاخذ و اضح لان الاخذ على القول بالاباحة له السلطنة على جميع التصرفات و المطالبة به من شئون و لوازم تلك السلطنة اذا لغصب تضيق لدائرتها و اما وجه مطالبته المالك الماخوذ بالمعاطاة فلملكه له اذ المفروض انه لم يخرج بذلك عن ملكه نعم اذا كانت تلك المطالبة رجوعاً عن مقتضى المعاطاة امتنع ذلك من المالك الامسح بذل ما فى يده قوله واذا تلف فظاهر اطلاقهم الخ مراده قده ان اطلاق الفقهاء رضوان الله عليهم كون التلف من مال المباح له يشمل صورة التلف بيد الغاصب قوله نعم لو قام اجماع اقول ذهب بعض الاعلام بان الظاهر ان اصل العبارة هكذا نعم لو قام اجماع فهو والا الخ يعنى لو قام اجماع على كون التلف من مال المباح له يشمل صورة التلف بيد الغاصب فهو والا كان مقتضى القاعدة

كون التلف من ملك المالك للاصل اذ الالتزام سابقاً بكون التلف من ملك المباح له كان عملا بمقتضى الجمع بين الادلة حسبما تقدم وليس كذلك هنا اذ لامانع من العمل بعموم على اليد بالنسبة الى يد الغاصب المقتضى للضمان بالمثل أو القيمة هذا اذا لم يتلف العوض الاخر قبل ذلك فى يد المباح له والا كان تلفه موجباً للتملك من الجانبين حين التلف على ماسبق قوله بل حكمه حكم اصله اقول ضمير حكمه يرجع الى النماء ومراده قده ان حكم النماء الحاصل من المأخوذ بالمعاطاة حكم اصله فكما ان الاصل ليس ملكا للاخذ كذلك النماء نعم يجوز للمباح له التصرف فى النماء كما كان له التصرف فى اصله قوله ويحتمل ان يحدث النماء فى ملكه بمجرد الاباحة اقول الضمير فى ملكه يرجع الى المباح له الذى عبر عنه فى المتن بالاخذ بصيغة الفاعل و حاصل المعنى انه يمكن ان يكون النماء حادثاً فى ملك المباح بمجرد اباحة اصله بان يكون اباحة الاصل موضوعاً لحكم الشارع بملكية النماء هذا ماذكره اى الشيخ الكبير الشيخ جعفر قده مع انه اى الشيخ الكبير لم يذكرها اى المبعدات الثمانية والانصاف انها اى الوجوه الثمانية فى محلها الضمير يرجع الى الاستبعادات قوله فالخروج هذا مبتداء خبره قوله مشكل اقول بعد فرض تمامية ادلة البيع الخروج عن اصالة عدم الملك مما لاشكال فيه ولا شبهة تعتريه فلامانع منه فان الكلام فى الاستبعادات انما كان على فرض عدم تمامية ادلة البيع وعدم دلالتها الا على مجرد جواز التصرف قوله والمعتضد بالشهره المحققة الى زمان المحقق الثانى وبالانفاق المدعى فى الغنية والقواعد هنا وفى المسالك اقول الشهرة ممنوعة و على فرضها لاحجية فيها وكذا الانفاق واجماع الغنية وقدحقق فى الاصول فراجع قوله ورفع اليد مبتدء خبره قوله اشكل عن عموم ادلة البيع كعموم قوله تعالى احل الله البيع وقوله الاان تكون تجارة عن تراض ونحوهما و الهبة كالروايات الدالة على جواز الهبته بين المسلمين احدها رواية أبو بصير واليك نصها (١) ونحوهما اى نحو

(١) وباسناده عن يونس بن عبدالرحمن عن ابى المغرى عن ابى بصير قال قال ابوعبدالله عليه السلام الهبة جايزة وسائل چاپ ج دجلد ١٣ ص ٣٣٥ رواية ٤ .

البيع والهبة كالصلح الذى وردت روايات انه جائز بين المسلمين منها محمد بن يعقوب عن على بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابى عمير عن حفص بن البختري عن ابى عبدالله عليه السلام قال الصلح جائز بين الناس ونظائرها وهى كثيرة فراجع

قوله اشكل اقول ذكر بعض الاجلة الاستاد ان الشهيد قده قال بغلطية هذه الصيغة معللا بانه اسم تفضيل من الاشكال من باب الافعال المزيد ولا يجيى منه اسم التفضيل وانما القاعدة فى مورده ان يقال اشد اشكالا ولكنى لم اجد هذا فى كتب

الشهيد قده قوله فالقول الثانى لايخلو عن قوة المراد بالقول الثانى قول المحقق الثانى وهو ان المعاطاة تفيد الملك وتبعه جماعة وهذا هو القول المقابل لقول المشهور القائلين بعدم ثبوت الملك بالمعاطاة ووجه قوة القول الثانى ماصرح قده فى المتن بقوله لليسرة المستمرة على معاملة الملك فى التصرف فيه بالعتق والبيع والوطى والايصاء وتوريثه وغير ذلك من آثار الملك ولصدق اسم البيع على المعاطاة فيشمله قوله تعالى احل الله البيع وقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فان مقتضى الايتين وان كان هو اللزوم الا الملك الغير اللازم لكن مقتضى الجمع بينهما وبين الاجماع المدعى على اشتراط الصيغة هو القول بالملك الغير اللازم الذى ذهب المحقق الكركى به فقال المعروف بين الاصحاب انها اى المعاطاة بيع وان لم تكن كالعقد فى اللزوم خلافاً لظاهر المفيد . **(فى لزوم المعاطاة وعدمه)** قوله وعليه اى على القول الثانى فهل هى اى المعاطاة لازمة ابتداء مطلقاً اى سواء كان الدال على التراضى لفظاً كان يقولا رضينا ونحوه ام لا قوله او هى اى المعاطاة غير لازمة مطلقاً اى سواء كان الدال على التراضى لفظاً ام لا لكل منهما اى من المتعاطيين كما عليه اى على جواز الرجوع

عدا من عرفت من القائلين بافادتها الملك اللازم الذى لايجوز الرجوع فيه كالمفيد والمحقق الكاشانى و الشهيد الثانى فى محكى المسالك و غيرهم وجوه مبتداء خبره الجار والمجرور المقدر والتقدير فيه وجوه قوله او فقها اياو فق الوجوه

بالقواعد هو الاول اى اللزوم مطلقا قوله بناء على اصالة اللزوم اقول مراده قده من الاصل هنا استصحاب بقاء الملك بعد الفسخ للشك فى زوال الملك بمجرد رجوع مالكه الاصلى بعد القطع بوجوده فيستصحب بقائه وليس المراد منه نفس اللزوم حتى

يستشكل ويرد عليه بانه ليس له حالة سابقة فيما نحن فيه هذا ولكن اورد عليه بان هذا الاستصحاب محكوم باستصحاب بقاء علقة المالك الاول قوله ودعوى ان الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل والمستقر اقول حاصل الدعوى والايراد ان ما نحن فيه من قبيل استصحاب الكلى فى القسم الثانى الذى لا يجرى فى هذا المقام لان الفرد القصير وهو الملك المتزلزل مقطوع الارتفاع بعد رجوع المالك الاصلى والملك اللازم المستقر مشكوك الحدوث بمعنى ان مقتضى الاصل عدمه فالفردان اللذان يتردد الامر بينهما احدهما معلوم العدم وجدانا والاخر معلوم العدم تعبداً وبعبارة اخرى الاستصحاب له ركنان احدهما العلم بالحدوث والاخر الشك فى البقاء والفردان فى المقام احدهما فاقد للركنين معا والثانى فاقد للركن الثانى فافهم و اغتنم قوله مضافا الى امكان دعوى الخ اقول حاصل الدفع ان هذا الاشكال لا يجرى ولا يتم فى المقام لان مجرى الاستصحاب فيه الكلى الموجود فى ضمن احد الفردين الذى اجتمع فيه ركنا الاستصحاب اذا الكلى يعلم بحدوثه ويشك فى ارتفاعه نعم يتم الاشكال لو كان مجراه الفرد قوله فتامل اشارة الى بعض الاشكالات اللتى تقرر فى صحة جريان القسم الثانى من استصحاب الكلى المردد وجوده بين فردين احدهما معلوم الارتفاع والاخر مشكوك الحدوث فراجع وقد يجعل اشارة الى انه لا اثر للجامع المشترك بين القسمين قوله بان انقسام الملك الى المتزلزل اقول وذلك كالبيع فى مدة الخيار فان الملك فيهما متزلزل والمستقر وذلك كالبيع فيما لا خيار لاحدهما والهبة لاجبنى بعد بعد التصرف فانهما يقتضيان اللزوم فى الصورتين كما انهما يقتضيان الجواز فى مدة الخيار وقبل التصرف قوله ليس باعتبار اختلاف فى حقيقته اى الملك قوله وانما هو اى الانقسام باعتبار حكم الشارع عليه اى على الملك فى بعض المقامات كمدة الخيار كما مر قوله ومنشاء هذا الاختلاف اختلاف حقيقة السبب المملك لاختلاف حقيقة الملك اقول مراده ان الاستقرار والتزلزل او اللزوم والجواز ليسا من الاثار القهرية او الجعلية للملك حتى يكشفا عن اختلاف حقيقة بل انما هما من الاحكام المجعولة باعتبار الاسباب المحصلة ولذا ربما يختلف افراد حقيقة واحدة بحسب، ما يطرء عليها من الحالات والعوارض فاللزوم والجواز

المتواردان على الملكية الواحدة ينشئان من الخصوصيات فى الاسباب المقتضية للزوم تارة وللجواز اخرى وللزوم والجواز معا فى الوقتين مثلا البيع يقتضى جواز الملك فى مدة الخيار ولزومه فى غيرها وكذا الهبه للاجنبى تقتضى الجواز قبل التصرف واللزوم بعده من دون فرق بين ان تكون استفادتهما من القضية الشرعية التى موضوعها نفس السبب كقول الشارع البيع لازم ولا يجوز فسخه او غير لازم ويجوز فسخه وبين ان تكون من القضية الشرعية التى موضوعها العينان كقوله يجوز تراد العينين قوله فجواز الرجوع وعدمه من الاحكام الشرعية للسبب وهو البيع والهبة مثلا لا من الخصوصيات الماخوذة فى المسبب وهو الملك ويدل عليه اى على كون جواز الرجوع وعدمه من الاحكام الشرعية للسبب قوله مع انه يكفى فى الاستصحاب الشك فى ان اللزوم الخ اقول ليس قوله ره (انه يكفى فى الاستصحاب الخ) من جملة الادلة على المدعى كما هو الظاهر من العبارة بل المراد انه لا حاجة الى اقامة الدليل على المدعى اذ يكفى فى صحة الاستصحاب المذكور الشك فى صحة المدعى وعدم وجدان الدليل على خلافه وبعبارة اخرى يكفى مجرد الشك فى اختلاف حقيقة الملك فى جريان الاستحاب من دون حاجة الى اثبات اتحاده فى الحقيقة قوله ومع ان المحسوس بالوجدان الخ حاصل كلامه رفع فى مقامه ان الملكية امر اعتبارى منتزع من اسباب خاصة كتمليك المالك غيره بعوض او مجانا فمنشاء اعتباره انشاء المالك وجعله فاذا كان على نحو واحد كما نرى ونشاهد بالعيان و الوجدان فى الهبة اللازمة والجائزة فلا يعقل ان يكون المنتزع منه مختلفا فى الحقيقة فيمكن ويصح ان يقال كما هو الحق ان من المحسوس بالوجد ان اتحاد حقيقة الملك هذا ولكن بعض الاجلة وهو السيد قده فى الحاشية فى شرح قول المصنف قده بان انقسام الملك الخ ادعى خلاف ما قلناه وصرح باختلاف حقيقة الملك فى نظر العرف وانهم يرون الملكية الموجودة فى الهبة مغايرة مع الملك الموجود فى البيع بقوله فان الملكية فى انظار العرف قسمان وان كان ذلك من جهة اختلاف السبب فالملكية الحاصلة فى الهبة عندهم غير الملكية الحاصلة فى البيع حيث ان الاول مبنى على الجواز عندهم ويجوزون الرجوع فيه بخلاف الثانى فانه مبنى على اللزوم الخ فراجع ولكنه منه قده لا يخلو عن تامل واشكال كما عن بعض المحققين من الغرائب وان كان هو قده اعظم العلماء شانا واعلاهم برهانا سحاب الفضل الهاطل

وبحر العلم الذى لايساجل قوله كان اللازم التفصيل بين اقسام التمليك المختلفة بحسب قصد الرجوع وقصد عدمه اى عدم الرجوع اوعدم قصده اى الرجوع

اقول قوله بحسب قصد الرجوع متعلق بالتفصيل و مراده قده وان كانت العبارة لاتخلو عن مساهلة و مسامحة انه لوكان منشاء تخصص الملكية بالجواز واللزوم تخصيص المالك كان اللازم التفصيل فى الحكم بالجواز واللزوم بين ان يجعل اللزوم فيحكم به فقط لاغير وبين ان يجعل الجواز فيحكم به كذلك وبين ان لايجعل احدهما فلايكون احدهما وبطلان ذلك فى الوضوح كالنور على المنار اذلا دخل ولاتأثير لقصد المالك فى ذلك اصلا ولذا الوهب المالك للاجنبى عيناً ولذى رحم عينا اخرى غافلا عن الجواز واللزوم كانت الاولى جائزة والثانية لازمة ولوقصد فى الاولى اللزوم لم تصح لازمة بل اما ان تصح جائزة اوتبطل لو كان اللزوم بنحو وحدة المطلوب وكذا لوقصد الجواز فى الثانية فانها لاتصح جائزة بل اما تصح لازمة او تبطل فتلخص ان القصد لادخل له فى الجواز واللزوم قوله وهو بديهى البطلان اى التفصيل المذكور قوله اذ لاتاثير لقصد المالك فى الرجوع وعدمه قوله فى الرجوع وعدمه متعلق بقوله لاتاثير قوله وان كان الثانى اى بحكم الشارع بان يكون تخصيص القدر المشترك باحدى الخصوصيتين بحكم الشارع قوله لزم امضاء الشارع العقد على غيرما قصده المنشى اقول بان حكم الشارع بالملكية اللازمة مع قصد المالك الملكية الجائزة بان قصد المالك مثلا عدم اللزوم فى هبته ذى الرحم وحكم الشارع باللزوم وبالعكس قوله وان امكن القول بالتخلف هنا فى مسئلة المعاطاة اقول حاصل الكلام ان ماذكرنا من وجوب امضاء الشارع عين مقصود المتعاملين من دون تخلف حتى فى الاطلاق والتقييد مختص بالمعاملات اللفظية الصحيحة اللتى دل على صحتها الشرع اذ مقتضى دليل صحتها ان يمضى فيما انشاء المتعاملان وهذا الدليل لايجرى فى المعاطاة اللتى لم يدل دليل على صحتها وهذا الذى ذكرناهو المراد من قول المصنف قده فيما مضى انفا اما حكاية تبعية العقود وماقام مقامها للقصود ففيها اولا ان المعاطاة ليست عند القائل بالاباحة المجردة من العقود ولامن القائم مقامها شرعاً فان تبعية العقد للقصد وعدم انفكاكه عنه انما هـ ولاجل

دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الاثر المقصود عليه فلا يعقل (ح) الحكم بالصحة مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه اما المعاملات الفعلية التى لم يدل على صحتها دليل فلا يحكم بترتب الاثر المقصود عليها فراجع هذا ولا يخفى ان ذلك كله بناء على انها تفيد الاباحة كما هو مفروض كلام المصنف واما بناء على انها تفيد الملك فلا نسلم الفرق بعد شمول دليل التبعية وهو خطاب اوفوا بالعقود بالمقام كما يشمل العقود اللفظية ولو فرضنا عدم الشمول كفى شمول احل الله البيع وتجارة عن تراض فى اثبات التبعية قوله لكن الكلام فى قاعدة اللزوم فى الملك تشمل العقود ايضاً اقول بمعنى ان الكلام فى اصالة اللزوم شامل وسار حتى فى العقود اللفظية التى قد صرحنا بان الدليل دل على صحتها ولا اختصاص لها بالمعاطاة فاذا سلم الشمول للعقود فهو كاف فى اثبات المطلوب اذ به تثبت وحدة حقيقة الملك هناك كما اخترناها سابقاً و بالملازمة تثبت وحدتها فى المقام للقطع بان حقيقة الملك لا تختلف بحسب المقامات قوله وكذا لو شك فى ان الواقع فى الخارج هو العقد اللازم اقول مقصوده قده ان استصحاب الملكية على النحو المتقدم جار بعينه ولا فرق فى الاصل المذكور بين ان تكون الشبهة مصداقية كما اذا شك فى ان الواقع فى الخارج بيع اوهبة اوحكمية كما فى المقام وفيما نحن فيه حيث ان الجهل بما فى الخارج من ناحية الحكم عليه بالزوم والجواز قوله نعم لو تداعيا احتمل التحالف اقول ينبغى لنا التكلم فى مقامين الاول فى تشخيص المدعى والمنكر وبيان المدار فى تشخيصهما والثانى توضيح مراد المصنف قده من هذه العبارة فنقول مستعيناً بالله تعالى اما المقام الاول فالمحكى من الجواهر ان المدار فى تشخيصهما صورة الدعوى فاذا اختلفا فى قدر مال الاجارة فان كانت صورة الدعوى ان قال احدهما اجرتك الدار بعشرين فقال الاخر اجرتنى بعشرة فهما متداعيان وان قال احدهما لى عليك عشرون اجرة وقال الاخر بل عشرة فهما مدع ومنكر ونسب ذلك الى الشيخ فى كتابه المبسوط وبعض المتأخرين وظاهر المشهور المصرح به فى كلام بعضهم خلافه وان المدار هو الغرض المقصود من التداعى فاذا كان الغرض استحقاق الزائد فهما من المدعى والمنكر فى الصورتين وان كان الغرض فى تعيين العقد وانه وارد على عشرين او عشرة لترتب اثر شرعى عليه كانا متداعيين واما الثانى فمراده قده من قوله لو تداعيا

انهما تداعيا فى اللزوم والجواز ومراده قده من قوله احتمل التحالف فى الجملة صورة ما اذا كانت صورة الدعوى تعيين العقد ومقابل هذا الاحتمال احتمال كون اليمين على مدعى الجواز وان كانت صورة الدعوى تعيين العقد كما هو ظاهر المشهور

وقوله فى الجملة اشارة الى اخراج بعض الموارد التى يجرى فيها بعض الاصول الموضوعية كما اذا شك فى كون الواقع هبة او صدقة فان الاصل عدم قصد القربة **فى الاستدلال ببعض الايات** والروايات على لزوم المعاطاة منها دليل السلطنة وهو قوله (ص) ان الناس مسلطون على اموالهم اقول تقريب الاستدلال بذلك على لزوم المعاطاة بوجوه نكتفى منها بوجه واحد حذراً من التطويل الخارج عن وضع هذا الشرح وهو التمسك باطلاق هذا القول الشامل لجميع انحاء التصرفات التى من جملتها دفع مزاحمة الاجانب ومنهم المالك الاول ولازمه عدم تأثير فسخه وبعبارة واضحة خروج المال عن ملكه بغير اختياره مناف لسلطنة المالك على ماله فمقتضى اطلاق دليل السلطنة عدم تأثير رجوع المالك الاول لانك قد عرفت فيما مضى ان المعاطاة تفيد الملكية ومن الظاهر ان الملكية لا تنفك عن السلطنة الفعلية على التصرف فى المملوك بانحاء التصرفات وعليه فسلطنة كل مالك تقتضى بقاء ماله فى ملكه ولا يجوز لغيره ان يزاحمه فى تصرفاته ويخرجه عن ملكه لما تقدم من المنافاة

قوله ان لا يخرج عن ملكية اى ملكية المالك الثانى الذى ملك بالمعاطاة بغير اختياره اى المالك الثانى فجواز تملكه الضمير يرجع الى المالك الاصلى الاول ويحتمل ان يراد منه المال الذى تعاطيا فيه وهو الظاهر عنه اى عن المالك الثانى. بالرجوع فيه ايفى المال من دون رضاه اى رضاء المالك الثانى مناف خبر قوله فجواز تملكه قوله فاندفع ما ربما يتوهم الخ وجهه واضح لان التملك بمعنى رد العين فى الملك تصرف بالعين بل من اوضح انواع التصرفات فلا يجوز ان يكون متحققاً بغير سلطنة المالك لما عرفت من ان السلطنة على المال كما تقتضى نفوذ تصرفات المالك فيما يريد كذلك تقتضى عدم نفوذ تصرفات الغير وعدم جوازها من دون

اجازته قوله ولما ذكرنا تمسك المحقق ره فى بع الخ اقول هذه عبارته قده اليك نصها **الثالث** فى الاحكام وهى مسائل الاولى القرض يملك بالقبض لا بالتصرف لانه فرع الملك فلا يكون مشروطاً به وهل للمقترض ارتجاعه قبل

نعم ولو كره المقترض وقيل لا وهو الاشبه لان قاعدة الملك التسلط انتهى (٥)
اقول يعنى فائدة ملك المقترض السلطنة على العين وهى مانعة من رجوع المقترض
فليس له الرجوع بدون اذن المقترض

الاستدلال على لزوم المعاطاة بحرمة التصرف فى الغير

اقول ومما استدل به المصنف على لزوم المعاطاة قوله عليه السلام لايحل مال امرى الا عن طيب نفسه (٢)
وتقريب الاستدلال به على لزوم المعاطاة ان سبب حليته التصرف فى اموال الناس انما هو منحصر برضى المالك واذنه فلايحل شيىء من التصرفات المالكية فيها الا باذنه ورضاه واورد على هذا الاستدلال بان المستفاد من هذه الروايات انما هو حرمة التصرف فى اموال الناس بدون رضاهم ولاشك فى انه بعد رجوع المالك الاول الى ماأعطاه لصاحبه بالمعاطاة لم يبق موضوع لحرمة التصرف فى مال غيره واجيب عنه بان تعلق عدم الحل بمال غيره يشمل التملك ايضاً ومن البين انه لا معنى لحرمة التملك الا فساده وعدم تأثيره فى الملكية وعليه فمفاد رواية انه

---

٥ ش - ع - ص ١٠٢

(٢) ١ وسائل الجزء الاول من المجلد الثانى باب ٣ من ابواب مكان المصلى عن سماعة عن ابى عبد الله عليه السلام فى حديث ان رسول الله صلى الله عليه واله قال من كانت عنده امانة فليودها الى من ائتمنه عليها فانه لايحل دم امرء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفس منه موثقة زرعة وسماعة الواقفين - وفى المستدرك ج ١ ص ٢٢٢ عن غوالى اللئالى عن رسول الله (ص) ٢ قال المسلم اخو المسلم لا يحل ماله الا عن طيب نفسه ٣ وعنه (ص) لايحلبن احدكم ماشية اخيه الا باذنه كلتاهما مرسلة ٤ وفى فروع الكافى ج ٢ چاپ قديم ص ٤٦٢ عن محمد بن زيد الطبرى قال كتب رجل من تجار فارس من بعض موالى ابى الحسن الرضا يسأله الاذن فى الخمس فكتب اليه بسم الله الرحمن الرحيم ان الله واسع كريم ضمن على العمل الثواب وعلى الضيق اللهم لايحل مال الا من وجه احله الله ٥ عن تحف العقول عن رسو الا (ص) وانه قال فى خطبة حجة الوداع (ص) ٣٤ ايها الناس انما المومنون اخوة ولايحل لمومن مال اخيه الا عن طيب نفس منه مرسلة اقول هذه هى الروايات التى تدل على حرمة التصرف فى مال غيره بدون اذنه نقلناها بطولها تسهيلا للطالب واما ما نقله المصنف فى المتن من انه لايحل مال امرى الا عن طيب نفسه فلم نجده على هذه الكيفية فى كتب الحديث فيحتمل قريبا وقوع السقط كما عن بعض المدققين التصريح به

لايحل التصرف فى مال احد ولا تملكه باى سبب من الاسباب الا بطيب نفسه قوله اوجزء سببه بان يكون الرضا جزء السبب والجزء الاخر هو العقد كما فى موارد التمليك مثل البيع ونحوه والاول وهو ماكان الرضا فيه سبباً تاماً كما فى موارد الاباحة مثل اباحة الكتاب لاستفادة منه بالمطالعة فان الرضا فيها سبب تام ولاحاجة للعقد قوله مع ان تعلق الحل الخ اقول الظاهر بل المقطوع ان لفظة مع من غلط النسخة والنسخة الصحيحة من ان تعلق الخ وذلك لان هذا ليس وجهاً آخر لدفع التوهم بل هو بيان لوجه السابق فتأمل جيداً وحاصل العبارة والمقصود منها ان عموم لايحل يشمل التملك ولا معنى لحرمة التملك الا فساده وعدم تأثيره فى حصول الملك قوله يشمل التملك ايضاً اقول الشمول ليس بمسلم مطلقا بل هو يتوقف على ان يكون المراد من الحلية الحلية الوضعية ليكون موضوعها التصرفات الاعتبارية اللتى منها التملك اما لو كان المراد منها الحلية التكليفية كما هو الظاهر منها اختصت بالتصرفات الحيقيقية مثل اكله ولبسه ونحو هما فلا تشمل التملك

الاستدل على لزوم المعاطاة باية التجارة عن تراض

ومما استدل به المصنف (ره) على لزوم المعاطاة قوله (تعالى) يا ايها الذين امنوا لاتاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم اقول ملخص كلامه (ره) ان الاستدلال بهذه الاية على لزوم البيع المعاطاتى بل على لزوم مطلق التجارة عن تراض تارة بعقد المستثنى اعنى قوله (تعالى) الا ان تكون تجارة عن تراض واخرى بعقد المستثنى منه وهو قوله (تعالى) (لاتاكلوا اموالكم بينكم بالباطل) اما العقد الاول فمفاده انه لايجوز لاحد تملك اموال الناس بسبب من الاسباب الباطلة اللتى لم يمضها الشارع وحكم ببطلانها كالبيع الربوى والقمار وبيع المنابذه والملامسة والحصاة وامثال ذلك الا ان يكون هذا السبب تجارة عن تراض وعلى هذا فالاكل فى الاية كناية عن التملك والتصرف كما هو المتعارف فى كلمات الفصحاء بل فى كل لغة واذن فتدل الاية على ان حلية تملك اموال الناس بالاسباب الصحيحة منحصرة فى التجارة عن تراض وغيرها من اسباب المعاملات اللتى من جملتها التملك بالفسخ فاسدة لا يعبا بها واما العقد الثانى فمفاده ان تملك اموال الناس بغير رضى منهم تملك

تملك بالباطل شرعاً وعرفاً الا أن يأذن به المالك الحقيقى الذى هو الشارع فتملك المال بالفسخ اكل له بالباطل الا ان يثبت جواز الفسخ بتعبد شرعى بان يحكم الشارع بجواز التملك بالفسخ من دون رضى المالك وحينئذ فيكون التملك بالفسخ خارجاً عن الاكل بالباطل فشان التملك بالفسخ الثابت شرعاً شان اكل المارة من ثمرة الشجرة الممرور بها وكذا الاخذ بالشفعة والفسخ بالخيار وغيرهما من الموارد اللتى اذن الشارع فى التصرف فى اموال الناس بدون اذنهم قوله والتوهم المتقدم فى السابق غير جار هنا اقول يعنى ان التوهم المذكور المتقدم فى التكلم على الروايتين وهما دليل السلطنة ودليل حرمة التصرف فى اموال الناس غير جار فيما نحن فيه لكى نحتاج الى جوابه لان مفاد الاية انما هو حصر تملك اموال الناس على الوجه الشرعى فى التجارة عن تراض وان غير ذلك يعد من الاسباب الباطلة و اذن فلا يبقى مجال لتوهم ان كون المأخوذ بالمعاطاة مال الاخذ بعد رجوع المالك الاول اليه اول الكلام وهذا واضح لا ريب ولا خفاء فيه ويشهد له التعليل لان ماذكره من التعليل بقوله (لان حصر الخ يناسب ان يكون علة لعدم الجريان لا للجريان قوله و يمكن التمسك ايضاً بالجملة المستثنى منها اقول اعنى جملة النهى (لا تاكلوا اموالكم) يعنى مع قطع النظر عن الاستثناء بخلاف الاول فانه وان كان تمسكا بالمستثنى منه الا انه بملاحظة الاستثناء

الاستدلال على لزوم المعاطاة

بقوله صلى الله عليه و آله البيعان بالخيار مالم يفترقا(٥) حيث دل على لزوم البيع ووجوبه بعد تفرق المتبايعين وقد مر ان المعاطاة بيع بالحمل الشايع فتكون مشمولة لعموم هذا القول اقول ويمكن الاشكال عليه بانه وان دل على لزوم البيع بعد تفرق المتبايعين عن مجلس العقد الا ان المراد من اللزوم انما هو اللزوم من ناحية خيار المجلس فقط لا من جميع النواحى وبعبارة اخرى الاستدلال به يتوقف على الجمع بينه وبين مادل على ثبوت الخيار فى بيع الحيوان او غيره بالتخصيص اما لو كان بصرفه الى جعل اللزوم من حيث المجلس لا مطلقا فلا يدل على اللزوم من سائر الحيثيات اللتى منها محل الكلام

الاستدلال على لزوم المعاطاة

بدليل وجوب الوفاء بالعقد قوله وقد يستدل ايضاً بعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود (١) اقول مراده قده ان العقد

(٥) الوافى المجلد الثالث منه (ص) ٦٨ عن زرارة عن ابيجعفر (ع) قال سمعته يقول قال رسول الله (ص) البيعان بالخيار حتى يتفرقا ـ عن العلا عن محمد عن ابيعبدالله (ص) قال قال رسول الله (ص) البيعان بالخيار حتى يتفرقا وغيرهما (١) مائدة

اما ان يراد به العهد المطلق كما صرح به بعض اهل اللغة او العهد الوثيق المشدد كما عن بعض آخر من اهلها والمقصود من الامر بالوفاء بالعقد هو الارشاد الى لزومه وعدم انفساخه بالفسخ لا الامر بالوفاء تكليفياً كما ربما يتوهم اذ لو كان كذلك لكان فسخ العقد حراماً وهو بديهي البطلان وعليه فمفاد الاية انه يجب الوفا بكل ما صدق عليه عنوان العقد عرفا ومن المعلوم ان المعاطاة عقد عند العرف كسائر العقود كما عرفت فيما مضى فتكون مشمولة لعموم الاية قوله كما في صحيحة

عبدالله بن سنان (٢) قوله وكيف كان اى سواء كان العقد بمعنى مطلق العهد او العهد المشدد فلا يختص اى العقد فيشمل اى العقد المعاطاة (٢) عبدالله بن سنان ثقة قاله الشيخ في الفهرست ص ١٢٧ والنجاشي ص ١٤٨ وابن شهر آشوب ص ٦٤ فراجعهما.

قوله المؤمنون عند شروطهم (٦) اقول تقريب الاستدلال به هو ان الشرط في اللغة عبارة عن مطلق الالتزام ولا اختصاص له بقسم منه فيشمل الالتزامات المعاملية سواء كانت مبرزة بمظهر قولي ام كانت مبرزة بمظهر فعلي وعليه فمفاد الرواية ومعناها هو ان المؤمن ملزم بشرطه وان شرطه لا يزول بالفسخ هذا وفي المقام ايرادات قد تعرض القوم لها لكن ذكرها والنقض والابرام حولها خارج عن وضع الشرح قوله بل ادعاه اى الاجماع بعض الاساطين (٢) في شرح القواعد

(٢) وسائل چاپ قديم المجلد الثالث منه ص ٢٣١ :

تفسير العياشي ج ١ ص ٢٨٩ اليك نص الصحيحة ومتنها عن النضر بن سويد عن بعض اصحابنا عن عبد الله بن سنان قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود قال العهود :

(٦) تهذيب ج ٢ ص ٢١٩ عنه عن ايوب بن نوح عن صفوان بن يحيى عن منصور برزج عن عبد صالح عليه السلام قال قلت ان رجلا من مواليك تزوج امراة ثم طلقها فبانت منه فاراد ان يراجعها فابت عليه الا ان يجعل الله عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها فاعطاها ذلك ثم بداله في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع قال بئس ما صنع وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار قل له فليف للمراة بشرطها فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال المؤمنون عند شروطهم) الاستبصار ج ٣ ص ٢٣٢ الوافي جزء ١٢ ص ٨٠

وفي عدة من الروايات المسلمون عند شروطهم وفي بعضها فان المسلمون عند شروطهم

قوله ويعضده اى الاجماع بل لم يوجد به اى باللزوم قائل الى زمان بعض متاخرى المتاخرين اقول يعنى به احمدبن اسماعيل الجزائرى النجفى صاحب آيات الاحكام وشرح تهذيب واحمدبن محمدبن الاردبيلى النجفى المعروف بمحقق الاردبيلى والكاشانى قوله لا تدل على هذا القول اى اللزوم قوله كما عن المختلف(٥) الاعتراف به‌اى بعدم الدلالة قال فى المختلف ولا يكفى المعاطاة فى العقد ذهب اليه اكثر علمائنا وللمفيد قول يوهم الجواز فانه قال والبيع ينعقد الخ ثم قال وليس فى هذا تصريح بصحته الا انه موهم انتهى فراجع ومراده قده ان العبارة المذكورة توهم صحة المعاطاة وافادتها للملك الا انها ليست صريحة فى اللزوم قوله ويقوى ارادة بيان اقول مراده قده ان التراضى والعلم بالعوضين من شرائط صحة العقد والافتراق بالابدان من شرائط لزومه وكذلك التقابض اذمع عدمه وامتناع احدهما عن الاقباض يكون للاخر الخيار اذا لم يمكنه اجبار الممتنع عن عن الاقباض فليس هذا الكلام وارداً فى حكم المعاطاة من حيث افادتها للصحة واللزوم بل هو وارد فى مقام شرائط صحة البيع ولزومه الزائدة على مايتحقق به مفهومه وتأثيره اى العقد وكانه اى شأن حكى كاشف الرموز اقول منه الحسن

من صفحة قبل — الوافى ج ١٠ ص ٦٨ عن عبدالله بن سنان عن ابيعبدالله عليه السلام قال المسلمون عند شروطهم) الوافى ج ١٢ ص ٨٠ محمد عن محمد بن حسين عن ابن بزيع عن برزج قال قلت لابى الحسن موسى عليه السلام وانا قائم جعلنى الله فداك ان شريكا لى كانت تحته امراة فطلقها فبانت منه فاراد مراجعتها فقالت المراة لا والله لا اتزوجك ابداً حتى تجعل الله لى عليك ان لا تطلقنى ولا تزوج على قال وقد فعل قلت نعم قد فعل جعلنى الله فداك قال بئس ماصنع وما كان يدريه ما يقع فى قلبه فى جوف الليل والنهار ثم قال اما الان فقل له فليتم للمراة شرطها فان رسول الله (ص) قال المسلمون عند شروطهم .

(٢) المراد منه هو الشيخ الكبير الشيخ جعفر بن الشيخ خضر الخباحى الاصل النجفى المسكن وله شرح على بعض ابواب المكاسب من قواعد العلامة كبير مشتمل على قواعد فقهية وفقاهة اعجازية لم يرمثلها عين الزمان (٥) كتاب المختلف من مصنفات حسن بن على بن المطهر المعروف بالعلامة الحلى وهو آخر ماصنفه قده كما ان المنتهى اول ماصنفه (ره) .

بن ابيطالب اليوسفى المعروف بفاضل آبى تلميذ محقق حلى صاحب كتاب كشف الرموز المشتمل على تنبيهات جيده وفوائد كثيرة قوله عدم كونها اى المعاطاة وهو اى دعوى الاجماع و لا يقدح كونه اى دعوى الاجماع ووجه عدم القدح ان المقصود اثبات تخصيص قاعدة اللزوم فى الملك بالمعاطاة واقامة الدليل عليه وهو يحصل بهذه الدعوى الذى لانقول به اى بعدم الملكية وعن جامع المقاصد فى المسئلة اى مسئلة المعاطاة قوله وكذلك نسبته اى العلامة قده فى المختلف الى الاكثر وفى التحرير(٦) عدم لزومها اى المعاطاة او اكثرهم الى انها اى المعاطاة ولم يقل بها اى بالملكية قوله سالبة بانتفاء الموضوع اقول مراده قده انه لو فرضنا الاتفاق على عدم اللزوم لم ينفع ولم يكن مما يستكشف به عن تحقق الملك بان تكون المعاطاة تفيد الملك الغير اللازم والوجه فيه ان القول باللزوم فرع الملكية ونفى الفرع كما يصح مع بقاء اصله وذلك فيما اذا انتفى بنفسه كذلك يصح بنفى اصله اذا عرفت هذا فنقول ذهاب اكثر العلماء الى ان المعاطاة ليست مملكة يصير دليلا على ان نفى الفرع فى المقام انما هو بنفى اصله بمعنى ان المعاطاة ليست مفيدة للملك حتى تصير لازمة او يبحث فى لزومها وعدمه فانتفاء الفرع وهو اللزوم فى ما نحن فيه مستند الى انتفاء الاصل الذى هو الملكية قوله فتأمل اقول وجهه انه اذا كان المقصود هو نفى القول بالملك اللازم من دون نظر الى اثبات الملك الجائز لاحاجة الى دعوى الاجماع المركب لان الاتفاق المذكور بعد ثبوته كما هو المفروض ان كان كاشفاً عن رأى الامام عليه السلام بنحو من الانحاء المذكورة فى محله فهو فى نفسه حجة كاف فى نفى الملك واف بدفعه فلاحاجة الى ضم مقدمة اخرى قوله لما ذكرنا يعنى ان القول بعدم اللزوم عند الاكثر من جهة بنائهم على عدم الملك فهو من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع كما مر توضيحه منا انفا اقول وينبغى فى هذا المقام التوضيح والاشباع فى الكلام وان كان خارجاً عن وضع هذا الشرح فنقول وبالله التوفيق وعليه التكلان ومما استدل به على عدم اللزوم الاجماع وتقريبه من وجهين **الاول** الاجماع البسيط على عدم اللزوم وقد ادعاه كثير من الفقهاء رضوان الله عليهم ويرد عليه انه غير ثابت كيف وان ظاهر ما عن

(٦) تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الامامية ايضاً للعلامة الحلى (ره)

العلامة (ره) فى التذكرة والمختلف من نسبته اعتبار الصيغة فى اللزوم الى الاشهر وجود قائل معتد به بعدم الاعتبار **والثانى** ان مدرك المجمعين معلوم فلايكون اجماعاً تعبديا كاشفاً عن رأى المعصوم **والثالث** ان اغلب المجمعين بانون على عدم افادة المعاطاة للملكية فيكون الاتفاق تقييدياً فلايفيد **الثانى الاجماع المركب** بتقريب ان الاصحاب بين من يقول بعدم افادة المعاطاة الملك ومن يقول بعدم لزومها فالقول باللزوم احداث للقول الثالث ويرد عليه اولا انه ليس اجماعاً لوجود القائل باللزوم وثانياً ان كون الاصحاب على قولين لايفيد فى الاجماع المركب مالم يكن اجماعاً على عدم الثالث وفيما نحن فيه حيث ان القائلين بعدم افادتها الملك لم يصرحوا بعدم اللزوم على تقدير الملك فلايفيد

قوله فماذكره فى المسالك من قوله بعد ذكر قول من اعتبر مطلق اللفظ فى اللزوم قال فى المسالك والذى اختاره متأخرو الشافعية وجميع المالكية انعقاد البيع بكل مادل على التراضى وعده الناس بيعاً وهو قريب من قول المفيد وشيخنا المتقدم وما احسنه وامتن دليله ان لم ينعقد الاجماع على خلافه انتهى اقول هذه عبارة المسالك نقلناها ليظهر ان عبارة الكتاب لاتخلو من اشكال لمخالفتها للمسالك ولعدم مناسبتها بل لعدم ربطها بالمقام كماهو واضح كالشمس على المنار لاهل الدقة والاختيار وان الصواب من لم يعتبر بدل من اعتبر والا لايكون له ربط بالمقام بل يكون مخالفاً ومنافياً للمرام الذى هو عبارة عن عدم وجود دليل على اعتبار اللفظ فى اللزوم ووجه المنافاة ان عبارة الكتاب حيث يدل على وجود دليل حسن متين على اعتبار اللفظ فى اللزوم مضافاً الى انه يلزم عليه هذا تحقق الاجماع عند الشهيد الثانى رضوان الله عليه على عدم اعتبار اللفظ مطلقا فى اللزوم ومن البين ان الامر ليس كذلك اذ لو لم يكن اجماع على الاعتبار فليس اجماع على عدم الاعتبار جزما قوله فى غاية الحسن والمتانة متعلق بقوله فما ذكره وخبره له تحققه اى الاجماع قوله وقد يظهر ذلك اقول يعنى يظهر اشتراط اللزوم بكون انشاء المعاملة باللفظ فى الجملة وبعبارة اخرى كفاية مطلق اللفظ فى اللزوم من غير واحد من الاخبار اقول نظره قده من هذه الاخبار الى الاخبار الواردة فى بيع المصحف و شرائه والواردة فى بيع اطنان القصب والواردة فى النهى عن بيع الملامسة والمنابذة (٢) بل يظهر منها اى الاخبار يراد بها اى بالبيوع

---

(٢) قد استدل على اعتبار اللفظ فى صحة البيع بوجوه شتى (١) الاخبار

الخطيرة قوله نعم ربما يكتفون بالمضافقه يقال صفقت له بالبيعة صفقاً اى ضربت بيدى على يده و كان العرب اذا وجب البيع ضرب احدهما يده على صاحبه ثم استعملت الصفقة فى العقد فقيل بارك الله لك فى صفقة يدك مجمع قوله ولا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها ايفى المحقرات قوله و لغير واحد من الاخبار اقول مراده قده منها الاخبار الواردة فى بيع الابق مع الضميمة وفى بيع اللبن فى الضرع وفحوى الاخبار الواردة فى النكاح المشتملة على الايجاب بنعم والقبول بالامر وفحوى الاخبار الواردة فى النكاح المشتملة جميعاً على الايجاب بلفظ المضارع (٢)

الكثيرة الظاهرة فى اعتبار اللفظ فى صحة البيع منها ماعن عبدالرحمن بن سليمان عن ابى عبدالله عليه السلام يقول ان المصاحف لن تشترى فاذا اشتريت فقل انما اشترى منك الورق وما فيه من الادم و حليته وما فيه من عمل يدك بكذا وكذا مجهول بعبد الرحمن .

٢ ـ وعن سماعة عن ابى عبدالله عليه السلام قال سألته عن بيع المصاحف وشرائها قال لا تشتر كتاب الله عزوجل ولكن اشتر الحديد والورق والدفتين وقل اشتريت منك هذا بكذا وكذا ضعيف بعثمان بن عيسى الوافى ج ١٠ ص ٣٧ ـ ٣ ومنها ماعن العجلى عن ابى عبدالله (ع) فى رجل اشترى من رجل عشرة الاف طن فى انبار بعضه على بعض من اجمة واحدة والانبار فيه ثلثون طن فقال البايع قد بعتك من هذا القصب عشرة الاف طن فقال المشترى قد قبلت واشتريت و رضيت الخ صحيحة راجع الوافى ج ١٠ ص ٩٢ والتهذيب ج ٢ ص ١٥٢ اقول لا يخفى ما فى الاستدلال بهذه الروايات من عدم الدلالة وعدم وضوح المراد بها ومن جملة الاخبار التى استدل بها على اعتبار اللفظ ٤ ـ ماعن ابى هريرة ان رسول الله (ص) نهى عن بيعتين الملامسة والمنابذة راجع سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٤١ وعنه ايضاً ان رسول الله (ص) نهى عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة راجع سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٤٢ وجه الدلالة ان النبى (ص) انما نهى عن انشاء البيع باللمس والنبذ والقاء الحصاة لانتفاء اللفظ فيها ومن البين ان لمعاطاة فاقدة له فتكون مشمولة للنبويين المزبورين واجيب عن ذلك بوجوه منها انهما ضعيفا السند ولا جابر لهما منها ان النهى عن البيوع المذكورة من ناحية الجهالة والغرر فلا ربط له بالمعاطاة وغيرهما

(٢) ١ عن سماعة عن ابى عبدالله (ع) فى الرجل يشترى العبد وهو ابق عن اهله قال لا يصلح له الا ان يشترى معه شيئاً آخر ويقول اشترى منك هذا الشى وعبدك

[ياورقي] بكذا وكذا فان لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه موثق بزرعه وسماعة ٢ - وعن رفاعة النحاس قال سئلت ابا الحسن يعني موسى بن جعفر (ع) قلت له يصلح لي ان اشترى من القوم الجارية الابقة واعطيهم الثمن واطلبها انا قال لا يصلح شرائها الا ان تشترى معها منهم شيئاً ثوباً او متاعاً فتقول لهم اشترى منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً فان ذلك جائز صحيحة راجع التهذيب ج ٢ باب ٩ الغرر والمجازفة من كتاب التجارات ص ١٥١ وعن سماعة قال سألته عن اللبن يشترى وهو في الضرع قال لا الا ان يحلب لك سكرجة فيقول اشترى منك هذا اللبن الذي في السكرجة وما بقي في ضروعها بثمن مسمى فان لم يكن في الزرع شيء كان ما في السكرجة ايضاً موثق بزرعة وسماعة راجع التهذيب ج ٢ ص ١٥١ والوافي ج ١٠ ص ٩١ اقول السكرجة والسكرجة بضم السين والكاف والراء مشددة وغير مشددة اناء صغير يوكل فيه الشيء القليل من الادم فارسية معربة واكثر ما يوضع فيها الكوامخ ونحوها

قيل والصواب فيها فتح الراء لانه فارسي معرب والراء في الاصل مفتوحة مجمع

١ - عن ابي بصير قال لابد من ان تقول في هذه الشروط اتزوجك متعة بكذا وكذا درهماً الخ هذا الخبر ضعيف بعثمان بن عيسى وموقوف والمراد من الخبر الموقوف ماروى عن مصاحب المعصوم عليه السلام من فعل او قول او تقرير مع الوقوف على ذلك المصاحب من دون وصل السند الى المعصوم (ع) ٢ - وعن ابان بن تغلب قال قلت لابي عبدالله (ع) كيف اقول لها اذا خلوت بها قال تقول اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه (ص) لا وارثة ولا موروثة كذا وكذا يوماً فاذا قالت نعم فقد رضيت فهي امراتك وانت اولى الناس بها الخ ايضاً موقوف - ٣ وعن هشام بن سالم قلت كيف يتزوج المتعة قال تقول يا امة الله اتزوجك كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً الخ راجع الفرع من الكافي الجزء الخامس باب شروط المتعة من كتاب النكاح ص ٤٥٥ (٢) المروى عن خالد بن الحجاج قال قلت لابي عبدالله (ع) الرجل يجيئني فيقول اشتر هذا الثوب واربحك كذا وكذا فقال اليس ان شاء اخذ وان شاء ترك قلت بلى قال لا باس به انما يحلل الكلام ويحرم الكلام وفي نسخة الكافي قد ذكر ابن نجيح بدل ابن الحجاج راجع الوافي ج ١٠ ص ٩٥ وفروع الكافي ج ١ ص ٣٨٦ والمراد من الكلام ايجاب البيع ومراد المصنف من ثقة الاسلام مفتي طوائف الاسلام محمد بن يعقوب بن اسحاق الكليني الرازي .

قوله قده بقى الكلام فى الخبر الذى تمسك به فى باب المعاطاة

(٢) و تقريب الاستدلال بهذا الخبر انه عليه السلام حصر المحلل والمحرم فى الكلام اى اللفظ فلا يكون الفعل محللا ومحرماً اقول هذا الخبر مجهول على تقدير وحسن على تقدير آخر اذ لو كان الخبر مرويا عن ابن نجيح فهو مجهول ولو كان عن ابن الحجاج يكون حسناً وعن بعض المتتبعين انه مجهول على التقديرين لان ابن نجيح وابن الحجاج كلاهما مجهولان فمن حيث السند لا يتم الاستدلال به واما من حيث الدلالة فقد ذكر المصنف (ره) للمراد من الفقرة التى ذكرت علة اعنى قوله عليه السلام انما يحلل الكلام ويحرم الكلام احتمالات اربعة

١ ـ ان يراد من الكلام فى المقامين اللفظ الدال على التحريم والتحليل بان يختص التحريم باللفظ والنطق ٢ ـ ان يراد به اللفظ مع مضمونه ويكون المقصود ان المطلب الواحد من حيث الحكم الشرعى يختلف باختلاف المضامين المودات بالكلام كقولنا هذا الكلام صحيح او فاسد ٣ ان يراد من الكلام فى الفقرتين الكلام الواحد ويكون الاختلاف فى التحليل والتحريم باعتبار الوجود والعدم ٤ ـ ان يراد من الكلام المحال خصوص المقاولة والمواعدة ومن الكلام المحرم ايجاب البيع وايقاعه ووجه التحريم انه بيع قبل الشراء وهو ليس بجائز فاللام على هذا المعنى للعهد ويكون الفرق بين هذا المعنى والمعنى الثانى هو العموم والخصوص بمعنى أن هذا لمعنى خاص وذلك عام وهنا احتمال خامس لعله الظاهر من الخبر ذكره صاحب الجواهر (ره) وغيره وحاصله ان المراد به الالتزام البيعى والمراد بالمحللية والمحرمية المنسوبتين اليه محللية الايجاب للبيع على المشترى ولا غرو فى اطلاق الكلام على الالتزام لانه شايع كقوله كلام الليل يمحوه النهار فالمتحصل من الخبر ان المشترى حيث انه ان شاء اخذ وان شاء ترك فيكشف ذلك عن عدم تحقق المعاملة وانما الواقع صرف المواعدة والمقاولة فلا باس لعدم كونه ح من بيع ما ليس عنده وهذا بخلاف ما اذا تحقق ايجاب البيع وانطباق هذه الفقرة على جوابه (ع) على هذا فى غاية الوضوح وعليه فهذا الخبر اجنبى عما استدل به له وهو اعتبار اللفظ فى اللزوم اذا عرفت ذلك فنقول اساس الاستدلال من المحققين المستدلين بهذا الخبر المذكور على عدم لزوم المعاطاة او على عدم افادتها اباحة التصرف او على عدم افادتها الملكية مبنى على الوجه الاول ويدور مداره توضيح ذلك انه يستفاد من ذلك الخبر ان المحلل والمحرم فى الشريعة المقدسة انما هو منحصر فى الالفاظ

المودية للمقاصد وانه لايقع التحليل والتحريم بالقصد الساذج غير المبرز بمبرز ولا بالقصد المدلول عليه بالافعال دون الالفاظ والاقوال **في الايرادات الواردة على الاستدلال بالخبر** ويرد على الوجه الاول ان حصر المحلل والمحرم في الكلام يستلزم التخصيص المستبشع اى التخصيص بالاكثر وذلك لكثرة المحلل والمحرم في الشريعة المقدسة من غير الالفاظ ضرورة ان التذكية محللة وعدمها محرم والجلل محرم لمايوكل لحمه واستبراءه محلل وغليان العصير العنبى محرم وذهاب ثلثيه محلل وخلط المال الحرام بالمال الحلال محرم وتخميسه محلل وايضاً الحيازات تحلل الاموال وموت المورث يحلل المال للورثة وايضاً وطى الحيوان الذى يوكل لحمه محرم والدخول بالمرأة محرم لتزويج بنتها والايقاب في الغلام محرم لتزويج امه وبنته واخته الى غير ذلك من الموارد ومنها ان لازم هذا الحصر عدم افادة المعاطاة الاباحة ولا التمليك وهو خلاف الاجماع ومنها عدم انطباقه على جواب الامام (ع) فانه في صدد بيان ان بيع ماليس عنده فاسد وان مجرد المقاولة لاباس به وعليه فالتعليل المذكور غير مربوط بهذا واما الوجه الثانى وهو ان المضمون الواحد يختلف حكمه باختلاف الالفاظ المفيدة له مثلا التسليط على البضع مدة معينة تتحقق بمتعت نفسى بكذا ويكون هذا محللا ولايتحقق بملكتك بضعى بكذا او يكون هذا محرماً له فيرد عليه انه لاينطبق على المورد فان في المورد مضمونين احدهما المواعدة وثانيهما البيع والامام (ع) في صدد بيان ان الاول لاباس به والثانى فيه باس واما الوجه الثالث وهو ان يكون الكلام الواحد باعتبار وجوده محرماً وباعتبار عدمه محللا او يكون باعتبار محله محللا كعقد النكاح اذا كان العاقد محللا وباعتبار غير محله محرماً كعقد النكاح اذا كان العاقد محرماً فهو وان كان يناسب مانحن فيه وروايات المزارعة ولكن يرد عليه ان الظاهر من قوله عليه السلام انما يحرم الكلام ويحلل الكلام ان المؤثر التام في الحرمة والحلية انما هو وجود الكلام لاان وجوده محرم وعدمه محلل واما الرابع وهو ان يراد بالكلام المحلل خصوص المقاولة ومن الكلام المحرم ايجاب البيع فيرد عليه ان المقاولة لاتكون محللة لشيء كما ان البيع الفاسد لاتحرم شيئاً هذا ولكن يمكن ان يقال ان المستفاد من الرواية ولو بقرينة الروايات اللتى ذكر فيها قوله (ع) انما يحلل الكلام هو ان المعنى الفارد والمضمون الواحد اذا انشاء بكلام كان محللا واذا انشا بكلام آخر كان محرماً توضيحه على نحو يكشف الغطاء عن وجه المرام

ويذهب به الظلام انه ثبت فى الشريعة المقدسة ان ايجاب الطلاق ببعض الالفاظ الدالة على بينونة الزوجة عن الزوج لايكون محرماً و لا محللا كما اذا قال الرجل لزوجته انت برية اوخلية ونحوهما اوطلقتك لم يوثر ذلك فى البينونة ولا يحل للمرأة التزويج بزوج آخر واذا قال الرجل لها انت طالق بانت عنه زوجته ويحل لها التزويج بزوج غيره فالمضمون الواحد وهو بينونة الزوجة عن الزوج اذا انشاء بكلام كان محرماً ومحللا واذا انشاء بكلام آخر لم يكن محرماً ولا محللا وتشهد على ذلك الاخبار الواردة فى المزارعة (٢) فانها تصرح بان جعل اجرة الزرع للبذر والبقر محرم وعدمه محلل قوله فتعين المعنى الثالث اقول لايخفى ان المعنى الثالث منحل الى معنيين ومراده قده هنا الاول منهما و هو كون نسبة التحليل والتحريم الى الكلام بمضمون واحد بملاحظة وجوده وعدمه وانت تعلم ان هذا معنى مستغرب لان الفاظ الماهيات لايعبر بها عن العدم وان عبر بها عن الوجود وهو اى المعنى الثالث الاوجوده اى الكلام يريدها اى العين لانه اى الكلام الدال الخ عنده اى البايع الاعدمه اى الكلام الاالتواعد هم بيمان شدن وهو اى التواعد معه اى مع المشترى الثانى لها اى للمعاملة

قوله وعلى كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة اعنى المعنى الثالث والرابع اقول سقوطه عن الاستدلال به على اعتبار اللفظ لايختص بالحمل على المعنى الثالث والرابع بل هو كذلك لو حمل على المعنى الثانى ايضاً نعم يختص جواز الاستدلال به على ذلك بما لو حمل على المعنى الاول قوله فتأمل اشارة الى مايأتى فى التنبيه

(٢) منها ما فى التهذيب عن ابن محبوب عن ابى الربيع الشامى عن ابيعبدالله (ع) عن الرجل يزرع ارضاً فيشترط عليه للبذر ثلثا وللبقر ثلثاً قال لاينبغى له ان يسمى بذراً ولا بقرا فانما يحرم الكلام ولكن يقول لصاحب الارض ازرع ارضك ولك منها كذا وكذا نصف اوثلث اوما كان من شرط ولايسمى بذراً ولا بقرا وعن سليمان بن خالد قال سالت اباعبدالله (ع) عن الرجل يزرع ارض آخر فيشترط عليه للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً قال لاينبغى ان يسمى بذراً ولا بقرا فانما يحرم الكلام وعن عبدالله سنان انه قال فى الرجل يزارع فيزرع ارض غيره فيقول ثلث للبقر وثلث للارض وثلث للبذر قال لاتم شيئاً من الحب والبقر ولكن تقول ازرع فيها كذا وكذا ان شئت نصفاً وان شئت ثلثاً الوافى ص ١٣٦ باب ١٦٥ .

الثانى من احتمال حصول المعاطاة بالاعطاء من احد المتعاملين والاخذ من الاخر قوله وكيف كان اى سواء كان وجه الانحصار هو عدم الامكان ام غيره قوله واردة فى هذا الحكم اى حكم الاشتراء وصحته وهى اى رواية اخرى رواية يحيى بن الحجاج (٥) قوله ويشعر به اى باعتبار الكلام او اللفظ فى تحقق البيع روايه العلاء (٦)

(تنبيهات المعاطاة التنبيه الاول يعتبر شرائط البيع فيها)

قوله قده الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم الخ اقول توضيح مراد المصنف فى هذا المقام يقتضى التكلم فى موارد **الاول** فى انه هل يعتبر فى المعاطاة شروط البيع مثل معلوميـة المعـوض و العـوض و وجوب التقابض فى الصرف والسلم وغيرهما وهل يلحق بالمعاطاة احكام البيع ككون تلف المبيع قبل قبضه من بايعه ام لا **الثانى** فى انه هل يجرى فيها الربا ام لا **الثالث** فى جريان الخيار فيها اما الاول فان قلنا ان المعاطاة معاملة مستقلة مفيدة للملك ولا تكون بيعاً فان كان دليل امضائها مماله اطلاق كاوفوا بالعقود ونحو ذلك فالاظهر عدم اعتبار شىء من الشرائط فيها اذ تلك شرائط للبيع على الفرض والمعاطاة ليست بيعاً ومقتضى اطلاق ذلك الدليل عدم اعتبارها فيها بناء على على ماعرفت من صحة التمسك باطلاق ادلة المعاملات لنفى اعتبار ماشك فى اعتباره فى الاسباب وان كانت الفاظها اسامى للمسببات و اما ان لم نقل بانها معاوضة مستقلة وقصد بها الملكية فتارة نقول انها تفيد الملك اللازم واخرى نقول انها تفيد الملك الجائز وثالثة نقول انها تفيد الاباحة فان قلنا انه تفيد الملك اللازم فلاظهر اعتبار جميع الشروط

---

(٥) وعن يحيى بن الحجاج قال سالت اباعبدالله (ع) عن رجل قال لى اشتر هذا الثوب او هذا الدابة وبعنيها اربحك فيها كذا وكذا قال لاباس بذلك لتشتريها ولا تواجبه البيع قبل ان تستوجبها او يشتريها ـ (٦) وعن العلا قال قلت لابيعبدالله (ع) الرجل بريدان يبيع بيعاً فيقول ابيعك بده دوازده فقال لاباس انما هى هذه المراوضة فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة **بيان** قال فى قراوضه داراه والمراوضة المكروهة فى الاثران تواصف الرجل بالسلعة ليست عندك وهى بيع المواصفة انتهى راجع الوافى ج ١٠ ص ٩٣ و ٩٤ وعن عبدالله بن سنان عن ابى عبدالله (ع) قال لاباس بان تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه ثم تشترى له نحو الذى طلب ثم توجبه على نفسك ثم تبيعه منه بعد الوافى ج ١٠ ص ٩٥ فروع الكافى ج ١ ص ٣٨٦ .

فيها ولحوق جميع احكامه لها وذلك لان دليل اعتبار ذلك الشرط ان كان له اطلاق يدل على اعتباره في البيع الشرعي مطلقاً فالامر واضح لانها بيع وان لم يكن له اطلاق كما اذا ثبت شرطية شيء للبيع بالاجماع فقد يتوهم انه من جهة ذهاب جمع من المجمعين الى عدم كون المعاطاة بيعاً فلا يكون اجماع على اعتباره في المعاطاة فلا وجه لاعتباره فيها ولكنه توهم فاسد فانه فرق بين موارد التخصيص والتخصص توضيح ذلك انه تارة ينعقد الاجماع على وجوب اكرام العلماء ولكن المجمعين مع بنائهم على ان الصرفيين من العلماء ذهبوا او جمع منهم الى عدم وجوب اكرامهم وفي هذا المورد يوخذ بالمتيقن ويحكم بعدم وجوب اكرام الصرفيين واختصاص الاجماع بغيرهم واخرى ينعقد على وجوب اكرام كل عالم الا ان جماعة منهم ذهبوا الى عدم وجوب اكرام الصرفيين لبنائهم على انهم ليسوا بعلماء فمثل هذا الاجماع لا يوخذ منه بالقدر المتيقن فلو كان الصرفي من العلماء عندنا نحكم بوجوب اكرامه اذا عرفت ذلك وجعلته في بالك فنقول المقام من قبيل الثاني اذ من يقول بعدم اعتبار ذلك الشرط في المعاطاة وانما يقول به لاجل انه لا يراها بيعاً وعليه فلا وجه للاخذ بالمتيقن من الاجماع وبالجملة فتاوى العلماء من قبيل النص انما يرجع اليها في تعيين الحكم الكلي واما صدق الموضوع على فرد وعدمه فلا بد فيه من التماس وجه آخر بافادتها اى المعاطاة انه اى كون المعاطاة بيعاً على ذلك اى على كون المعاطاة بيعاً تمسكهم له اى لكون المعاطاة بيعاً انه بيع عرفي الضمير يرجع الى المعاطاة وتذكيره باعتبار الخبر فنفي البيع عنها اى المعاطاة واضافة النفي الى البيع من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف اى البيع المنفي عنها في كلمات الفقهاء هو البيع المفيد شرعاً للزوم زيادة على الملك قوله هذا على ما اخترناه الخ المشار اليه بهذا هو كون المعاطاة بيعاً فيما اذا قصد المتعاطيان فيها التملك والبيع قوله واما على ما احتمله بعضهم وهو صاحب الجواهر في عدم كونها اى المعاطاة في اعتبار شرط فيها اى في المعاطاة قوله من خصوص الدليل الخاص هو الاجماع الذي استدل به السيد الجليل حمزة ابن علي ابن زهرة على كون المعاطاة مفيدة لاباحة التصرف وكذا الشيخ الطائفة قده او عموم كقوله تعالى اوفوا بالعقود(١) وقوله (ص) ان الناس مسلطون على اموالهم وغيرهما قوله وحيث ان المناسب

(١) سورة المائدة آية (١).

لهذا القول التمسك الخ اى القول بالاباحة فيما اذا قصد المتعاطيان مجرد الاباحة ووجه المناسبة هو عدم كون المعاطاة بيعاً بناءً على هذا القول فلا يناسب بل لا يصح الاستدلال بها **بقوله تعالى احل الله البيع** وانما المناسب الاستدلال بها بقوله تعالى اوفوا بالعقود ونحوه قوله كان مقتضى القاعدة اى قاعدة السلطنة قوله هو نفى شرطية غير ما ثبت شرطيته اقول ما ثبت شرطيته كالعقل والبلوغ فانه للافرق فيهما بين المعاطاة والبيع واما ما لم يثبت شرطيته كالعلم بالعوضين فانه لادليل بثبوته فى المعاطاة فينفى بقاعدة السلطنة لعمومها كما انه يصح التمسك فى نفيه بعموم لايحل وكذا عموم الوفاء بالعقود بناءً على كونها على التقدير المذكور من العقود وحينئذ لوشك فى اعتبار شرط فيها كان المرجع الاطلاق قوله كما انه لو تمسك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة الخ اقول مراده قده من هذه القاعدة قاعدة اصالة عدم تحقق تلك الاباحة واستصحاب عدم تحققها الافى المقدار المتيقن لان السيرة دليل لبى فلابد من الاقتصار فيها بالمقدار المتيقن المعلوم منها وهو ما كان واجد الجميع شرائط البيع عدا الصيغة قوله عند الشك فى شروطها اى المعاطاة قوله هى ادلة هذه المعاملة المراد بالمعاملة هى المعاطاة والمراد من ادلتها قوله ص ان الناس مسلطون على اموالهم وقوله (ع) لايحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه ونحوهما هل يشترط فيه اى فى المعاطاة شروط البيع مطلقاً اى سواء كانت المعاطاة مفيدة للملك ام مفيدة للاباحة ام لا كذلك اى ام لايشترط فى المعاطاة شروط البيع سواء كانت مفيدة للملك ام مفيدة للاباحة قوله على القول بافادتها اى المعاطاة وجوه مبتدأ لخبر مقدر والتقدير فيه وجوه قوله يشهد للاول اقول مرجع الوجوه الثلاثة الى ان ادلة اعتبار الشروط فى البيع هل لها اطلاق بحيث يشمل البيع العرفى والشرعى اللازم والجائز اولا اطلاق لها من هاتين الجهتين اولها الاطلاق من الجهة الثانية دون الجهة الاولى فالاول للاول والثانى للثانى والثالث للثالث فيشترط فيها اى فى المعاطاة ويؤيده اى كون المعاطاة بيعاً عرفاً كما يفصح عنه اى يكشف عن كون المعاطاة بيعاً عرفاً قوله ولذا افتى فى الحدائق (١) اى ولاجل ان مورد

(١) يوسف بن احمد بن ابراهيم البحرانى الحائرى متتبع نبيل ومتبحر جليل صاحب كتاب حدائق الناضرة فى احكام العترة الطاهره وكتاب الدرر النجفية من الملتقطات اليوسفية .

البحث والنقض والابرام فى مسئلة المعاطاة هى المعاطاة المستكملة جميع شروط البيع من البلوغ والعقل والعلم بالعوضين وغيرها ماعدا الصيغة المخصوصة افتى الخ واليك عبارة الحدائق (الثانى ان المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة هو صحة المعاطاة المذكورة اذا استكملت شروط البيع غير الصيغة المخصوصة وانها تفيد اباحة تصرف كل منهما فيما صار اليه من العوض المعين من حيث اذن كل منهما للاخر فى التصرف وتسليطه على مادفعه اليه الا انه لايفيد اللزوم مادامت العين باقية بل لكل منهما الرجوع فيما دفعه للاخر وعن العلامة فى النهاية القول بفساد بيع المعاطاة وانه لايجوز لكل منهما التصرف فيما صار اليه من حيث الاخلال بالصيغة الخ (ص٦٧) ومقابل المشهور فى كلامه اى كلام صاحب الحدائق كما صرح اى صاحب الحدائق به اى بقول العلامة بعد ذلك اى بعد نقل القول المشهور فلايكون كلامه اى صاحب الحدائق ويشهد للثانى المراد من القول الثانى ان لايشترط فى المعاطاة شروط البيع مطلقا قوله اما على القول بالاباحة فواضح اقول كلمة فواضح خبر لمبتداء مقدر والتقدير عدم كون المعاطاة مما حكم فيه باللزوم بعد الافتراق واضح لانها جائزة مطلقاً الى زمان التلف فلاتكون كالبيع ليست على هذا القول اى على القول بالاباحة اذلانقل فيه اى فى المعاطاة قوله فاذا ثبت اطلاق الشارع عليه اى فاذا ثبت اطلاق الشارع البيع على المعاطاة فنحمله اى اطلاق الشارع لاشتماله اى المعاطاة على النقل قوله بيان ذلك كلمة بيان فاعل لقوله وقد تقدم يعنى قد تقدم ان المراد من البيع فى كلام المتشرعة ومعقد اجماعهم على نفى البيع عن المعاطاة هو البيع الصحيح المحكوم عليه شرعاً باللزوم والخيار فراجع كلامه قده فى ذيل بيان الاقوال الستة فيها حيث قال قده واما منع صدق البيع عليه عرفاً فمكابرة واما دعوى الاجماع الخ قوله واما على القول بالملك فلان المطلق ينصرف الى الفرد المحكوم باللزوم الخ اقول احتمال انصرافها الى البيع اللازم لتكون شرائط للزوم لاوجه له بل لايمكن الالتزام به لواريد من اللزوم ما يقابل الخيار ايضاً اذ لاينفك البيع عن الخيار لااقل من خيار المجلس قوله ووجه الثالث المراد من وجه الثالث هو التفصيل بين افادة المعاطاة للملك فيشترط فيها شروط البيع وبين افادتها للاباحة فلايشترط فيها شروطه ولا يخفى على المتامل المنصف ان هذا اوجه الوجوه واحسنها فيشترط فيها شرائط البيع ويلحقها احكامه

بناء على افادتها للملك لصدق كونها بيعاً بخلاف القول بالاباحة فانها بعد فرض ان الشارع حكم على المعاطاة بالاباحة لا با الملك لاتكون بيعاً شرعاً ولاعرفاً وحكم العرف بكون المعاطاة بيعاً انما هو مع قطع النظر عن حكم الشارع والا فلا يصدق عليها البيع اذ ليس الا تمليك عين بعوض وليس لنا بيع يكون اثره الاباحة والعرف بعد الاطلاع على حكم الشارع يقضى بان الشارع لم يمض هذا البيع لانه امضاه وجعل فائدته ونتيجته الاباحة وهذا مما لا مرية فيه ولاشك تعتريه قوله من سلب البيع عنه متعلق بقوله ما تقدم وضمير عنه يرجع الى المعاطاة قوله و للاول اقول كلمة للاول ايضاً متعلق بقوله ماتقدم و حاصله ان وجه القول الثالث ماتقدم للوجه الاول من صدق البيع على المعاطاة بناء على افادتها للملك قوله ويمكن الفرق بين الشرط الذى ثبت اعتباره فى البيع من النص اقول هذا وجه رابع من الوجوه و مثال هذا الشرط اذن السيد فيما اذا كان العاقد عبداً كما صرح به الشيخ الانصارى قده فى شروط المتعاقدين وقال ومن شروط المتعاقدين اذن السيد لو كان العاقد عبداً فلا يجوز للمملوك ان يوقع عقداً الا باذن سيده لعموم ادلة عدم استقلاله فى اموره والنص الدال على هذا الشرط قوله تعالى ضرب الله عبداً مملوكا لايقدر على شيء (١) وعن الفقيه بسنده الى زراره عن ابى جعفر (ع) و ابيعبدالله (ع) قالا المملوك لايجوز نكاحه و لاطلاقه الا باذن سيده قوله وبين ماثبت بالاجماع على اعتباره فى البيع اقول وذلك كالبلوغ فان عقد الصبى باطل كما صرح به المصنف فى شروط المتعاقدين وقال (المشهور كما عن س والكفاية بطلان عقد الصبى بل عن الغنية الاجماع عليه وان اجاز الولى) فتبين انه قد يفصل فى المقام بين الشروط التى ثبت اعتبارها فى البيع بدليل لفظى كاذن السيد الذى ذكرناه انفا وبين الشروط التى ثبت اعتبارها فيه بدليل لبى كالاجماع فان ماهو من القبيل الاول فيعتبر فى المعاطاة ايضاً وماهو من القبيل الثانى فيختص بالبيع اللفظى ثم اعلم ان هذا التفصيل ليس من ناحية ان الاجماع دليل لبى فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن كماهو المنساق الى الاذهان بل من ناحية ان الاجماع متصيد من فتاوى الاصحاب ومن البين ان المتبادر من فتاواهم هو العقد اللفظى اللازم من غير جهة الخيار دون المعاطاة المترتب عليها الملكية الجائزة قوله والاحتمال

(١) سورة النحل آية ٧٧ .

الاول لايخلو عن قوة مراده قده من الاحتمال الاول مايشترط فى المعاطاة شروط البيع مطلقاً بالمعنى الذى بيناه سابقاً لكونها اى المعاطاة ولايخفى ان المناسب فى هذا المقام ان يقول قده اما على القول بالملك فلكونها بيعاً لاتميته بالنسبة الى المقصود كما عرفت من جامع المقاصد للمحقق الثانى قوله واما على القول بالاباحة فلانها الخ مراده قده من هذه العبارة ان مورد الكلام والنقض والابرام المعاملة والمعاطاة المحتوية المستكملة جميع شروط البيع الفاقدة للصيغة فقط فلاتشمل المعاملة الفاقدة للشرط الاخر غير الصيغة وقد عرفت انها بيع عرفاً وان لم يفد شرعاً الا الاباحة وحينئذ فيعتبر فيها ما يعتبر فى البيع من الشروط كلها نعم قد وقع فى بعض الكلمات ان هذا ليس ببيع الاان المراد من ذلك نفى اللزوم لا نفى البيع حقيقة قوله ثم انه حكى عن الشهيد ره فى حواشيه على القواعد انه بعد مامنع من اخراج المأخوذ بالمعاطاة الخ (١) اقول ظاهر هذه العبارة انه لايجوز اداء الزكوة والخمس وثمن الهدى من غير الملك فلاتبرء ذمته باداء مالم يكن ملكا له وان كان ماذونا فى ذلك ومقتضاه عدم جواز تادية الشخص زكوة غيره ولا خمسه ولا ثمن هديه فتمتاز هذه الامور من الديون الشخصية التى يوفى باداء الغير ولكنه مخدوش بل ممنوع اذ لاشبهة فى جواز اداء المكلف ماوجب عليه من الخمس والزكوة بماله الاخر غير ماتعلقاً به فلامانع من جواز اخراج الماخوذ بالمعاطاة فى الخمس والزكوة على القول بالاباحة المجردة عن الملك سواء كان ديناً فى ذمة المكلف لتلف ماتعلقاً به من العين ام لالعدم تلفه الاتوهم فوت قصد القربة وهو كماترى اذلامانع من قصدها مع عدم اعتبار كونها من مال نفس المكلف الا حرمة التصرف فى مال الغير والمفروض هنا عدم حرمته للاذن فيدفعه الى المستحق يقصد القربة والحاصل انه لايعتبر فى قصد القربة فى اتيان المامور الاصدور فعل جائز مباح فى الشرع من المكلف لاجل الامتثال واسقاط امر المولى وهو موجود فى الفرض وبالجملة فلافرق بين الزكوة والخمس وثمن

(١) محمد بن مكى رئيس المذهب والملة المعروف بالشهيد قده والمراد من حواشيه ماكتبه على قواعد الاحكام للعلامة الحلى بعنوان الحاشية قال المولى كمالا فى بياض الكمالى انها موجودة عند مولانا العلامة المجلسى وقال صاحب الرياض قده الحق انها بعينها الحواشى النجارية التى دونها الشيخ جمال الدين احمد بن النجار تلميذ الشهيد .

الهدى فى جواز اداءها من غير الملك وبين الديون الشخصية فكما لاشبهة فى جواز اداء الدين بمال الغير اذا كان ماذونا فيه بل التبرع به فكذا لاشبهة فى جواز اداء المكلف ماوجب عليه من الخمس والزكاة وغيرهما بماله الاخر قوله يعنى العين الاخرى مراده قده من العين الاخرى هو الثمن قوله وحكى عنه فى باب الصرف ايضاً انه لايعتبر التقابض فى المجلس فى معاطاة النقدين اقول هذا من الشهيد قده مبنى على تحقق المعاطاة بالاعطاء من احد الطرفين المتعاطيين والا فاذا لم يتحقق التقابض لم يتحقق المعاطاة وهذا لاخفاء فيه حكمه اى الشهيد قده وعدم جواز نكاح الماخوذ بها اى المعاطاة قوله حيث ان المفيد للملك منحصر فى العقد اقول لايخفى على المتأمل المتدقق ان الانسب ان يكون تعبيره قده معكوساً بان يقول حيث ان العقد منحصر فى المفيد للملك بمعنى انه اذا لم تكن المعاطاة مفيدة للملك لم تكن عقداً والاقوى اعتبارها اى شروط البيع فى المعاطاة وان قلنا انها مفيدة للاباحة لانها بيع عرفى قوله قده ومورد الادلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفى لاخصوص العقدى اقول الانسب مقابلة البيع العرفى بالبيع الشرعى لا العقدى كما تقدم منه ولا سيما مع بنائه قده على كون المعاطاة عقداً كما هو مقتضى تمسكه سابقاً على صحتها بعموم اوفوا بالعقود وعدم افادتها الملك لايلزم منه عدم كون المعاطاة عقداً عرفياً كما لم يلزم عدم كونها بيعاً قوله بل تقييدها بالبيع العقدى اى تقييد الادلة الدالة على شروط البيع وعدم تأثيره اى المعاطاة وهو اى ماهو محل الخلاف.

فى جريان الربوا فى المعاطاة

قوله وبماذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه ايضاً اقول واما الثانى وهو جريان الربوا فى المعاطاة وعدمه فمخلص الكلام فيه انه تارة نقول بجريان الربوا فى كل معاوضة وان لم تكن بيعاً كما هو المشهور لعموم الاية (١) وحرم الربوا فان الربوا هى الزيادة فى احد العوضين المتجانسين ولخصوص الاخبار الدالة على اشتراط المثلية فى المعاوضة مع اتحاد الجنس كقوله (ع) فى صحيح ابن ابى نصر الحنطة والشعير راساً برأس لايزداد واحد منهما على الاخر (٢) الى ان قال والدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلا بمثل لابأس به ونحو قوله (ع) فى صحيحة الحلبى

(١) سورة البقرة آية ٢٧٦ (٢) وسائل چاپ ج د باب ٨ من ابواب الربا ص ٤٣٨

الفضة بالفضة مثلا بمثل ليس فيها زيادة ولا نقصان الزايد والمستزيد فى النار واخرى نقول انه مختص بالبيع لايجرى فى غيره كما اختاره العلامة والحلى رضوان الله عليهما فعلى القول الاول يجرى الربوا فى المعاطاة سواء قلنا انها معاوضة مستقلة ام قلنا انها بيع مفيدة للملك اللازم او الجائز اوالاباحة لانها حينئذ معاوضة شرعية مستقلة سواء كانت لازمة اوجائزه وكذا يمكن الحكم بحرمة الربوا فى المعاطاة اذا قصد منها المتعاطيان الاباحة لا الملك فان ذلك ايضاً معاوضة عرفاً وان كان فيه تأمل لانه مختص بالمعاوضات الناقلة للملك وعلى القول الثانى لايجرى فيها اذا كانت معاوضة مستقلة قوله وان خصصنا الحكم بالبيع اى وان خصصنا حكم حرمة الربوا بالبيع كما هو المحكى عن العلامة و الحلى قده قوله بل الظاهر التحريم اقول هذا الاضراب لايناسب لماقبله لانه مسوق مساق الترقى ولايحصل هذا الترقى بالتحريم بناء على عدم الاختصاص بالبيع كمايقتضيه قوله «ره» لانها معاوضة الظاهر فى ان موضوع حرمة الربوا مطلق المعاوضة من دون اختصاص بالبيع لانها معاوضة عرفية اى المعاطاة وقد عرفت الاشكال فيه انفاً فتذكر قوله بل معاوضة شرعية بمعنى انها معاوضة بين العينين فى الاباحة فى مقابل المعاوضة بينهما فى الملك هذا ولكن قد عرفت الاشكال فى ذلك فى اوائل مبحث المعاطاة عند الكلام فى تبعية العقود للقصود فراجع قوله كما اعترف بها الشهيد اى يكون المعاطاة معاوضة شرعية .

فى جريان الخيار فى المعاطاة

قوله واما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم المراد من قوله قبل اللزوم ماقبل التلف والتقييد به لاجل تعرضه لحكم التلف فيما بعد اللزوم واما الثالث وهو جريان الخيار فيها فنقول ان قلنا ان المعاطاة معاوضة مستقلة فالخيارات المختصة بالبيع كخيارى المجلس والحيوان لاتجرى فيها لعدم كونها بيعاً ومالا يختص بالبيع كسائر الخيارات يجرى فيها وهذا مما لاشبهة فيه قوله فيمكن نفيه اى الخيار على المشهور لانها جائزة عندهم مراده قده من هذه العبارة هوان اثر الخيار انما هو جواز العقد ومن المعلوم ان المعاطاة جائزة بالذات فلامعنى لجوازها بالعرض واذن فجعل الخيار فيها تحصيل للحاصل ولغو محض اقول لو كانت المعاطاة على القول بالاباحة جائزة دائماً كان ثبوت الخيار لغواً لكنها ليست كذلك فحينئذ فلايظهر الوجه فى نفى ثبوت الخيار وامتناعه مع الجواز والمصنف

قده قدالتزم بثبوت الخيار فيهابناء على الملك مع انها جائزة ايضاً ومجرد عدم ترتب اثر عليه قبل اللزوم لايوجب لغوية ثبوته لامكان ترتب اثر عليه بعد اللزوم بطرواحد الملزمات الاتية كتلف العوضين اونقلهما ونحوهما قوله فيمكن القول بثبوت الخيارفيه مطلقا اقول ضميرفيه يرجع الى المعاطاة ومراده قده من الاطلاق مطلق الخيارات سواء كانت ثابتته بدليل خاص كخيارى المجلس والحيوان ام كانت ثابتته بدليل عام كخيار الغبن وتوضيح الكلام فى المقام هو ان المعاطاة المقصود بها الملك التى تترتب عليها الملكية الجائزه هل يثبت فيها الخيار مطلقا بالمعنى الذى ذكرناه انفا ام لا يثبت فيها ذلك مطلقاً ام يفصل بين الخيارات الثابتة بدليل خاص فيحكم بعدم ثبوتها فى المعاطاة كالخيارين المذكورين لان ادلتهما مختصة بالمعاملة التى تكون لازمة من غيرناحية الخيار والمفروض ان المعاطاة ليست كذلك وبين الخيارات الثابته بدليل عام كخيار الغبن ونحوه لان ادلتها غير مختصة بالمعاملات التى تكون لازمة من غيرناحية الخيار اذا عرفت هذا فنقول قدالتزم المصنف بالوجه الاول فى مطلع كلامه وقال بامكان ثبوت الخيارفى المعاطاة وان كان يظهراثره بعد لزومها وعليه فيصح اسقاطه والمصالحة عليه قبل اللزوم واحتمل التفصيل المتقدم ذكره فى آخر كلامه وذهب بعض الفقهاء الى القول الثانى وان الخيارات مطلقا لاتجرى فى المعاطاة ووجهه مابينا انفاً عندشرح قول المصنف (لانهاجائزة عندهم) فراجع قوله دون الارش اقول وجه التقييد ان الارش لاينافيه الجواز فلامانع منه على اى حال كماصرح به السيد رضوان الله عليه فى الحاشية وقال بعض الاجلة الاستاد ان هذا التقييد مبنى على ان الارش خلاف الاصل فيقتصرعلى مورداليقين وهوالبيع وهذا وجه وجيه .

بيان مورد المعاطاة

قوله قده الامر الثانى ان المتيقن من مورد المعاطاة هوحصول التعاطى فعلا من الطرفين **اقول الصور المتصورة فى هذا المقام اربعة الاولى** التعاطى من الطرفين كمايقتضيه مفهوم المفاعلة وهو المتيقن والفرد الواضح المنطبق عليه عنوان المعاطاة ولاشبهة فى صدق البيع على ذلك وكونه مشمولا للعمومات الدالة على صحة البيع ولزومه **الثانية** الاعطاء من جانب واحد والاخذ من الطرف الاخر فهل يصدق عليه مفهوم البيع ام لا وتحقيق ذلك يقع فى جهات شتى الجهة الاولى ان يكون الغرض من الاعطاء والاخذ مجرد الاباحة من

دون التمليك والتملك ولاشبهة فى ان ذلك ليس بيعا وان جاز للاخذ التصرف فى الماخوذ بالمعاطاة الجهة الثانية ان يكون الغرض من التعاطى هو التمليك و التملك وترتب عليه الملكية فى الخارج فلاشبهة فى ان ذلك بيع عرفا فيكون مشمولا للعمومات الدالة على صحة البيع ويحكم بكونه بيعا فى نظر الشارع ايضا وان لم يصدق عليه عنوان المعاطاة حقيقة والوجه فى ذلك ان عنوان المعاطاة لم يرد فى اية ولا فى رواية كى يدور الحكم بالنفوذ وعدمه مدار صدقه وعدمه ولا انه معقد للاجماع لكى يحفظ على هذا العنوان ويوخذ منه بالمقدار المتيقن بل محور البحث ومداره فيما نحن فيه هو ان البيع يتحقق بالانشاء الفعلى كما انه يتحقق بالانشاء القولى وعليه فلابد من ملاحظة الفعل الذى ينشاء به البيع فان صدق عليه مفهوم البيع حكم بكونه بيعا والافلا ومن المعلوم ان الاعطاء من احدا لمتعاطيين مع قصد التمليك يعد ايجابا للبيع عرفا ويكون الاخذ الخارجى من الطرف الاخر قبولا له و ولذا تريهم يعنونون جريان المعاطاة فى الهبة مع انه ليس فى ذلك الباب الا الاعطاء والاخذ وقد عرفت انه فى موارد التعاطى ايضا يكون انشاء البيع بالاعطاء من جانب والاخذ من جانب اخر ويكون اعطاء الاخذ وفاء الما التزم به فنقس ماهو موضوع للحكم فى الموردين واحد **الثالثة** ماذا لم يكن هناك اعطاء اصلا بل كان ايصال ووصول وقد مثل المصنف قده لهذه الصورة بامور الاول ان يرتوى الظامى من قربة السقاء مع غيبته ويجعل الفلس فى المكان المعد له اذا علم من حال السقاء الرضا بذلك الثانى ان يلتقط شخص شيئا حقيرا من مخازن البقالين او الخضارين او العطارين وغيرهم عن دكاكينهم مع غيبتهم ويجعل عوض ما ياخذه فى صندوقهم مع العلم او الاطمينان العادى برضى الملاك بذلك الثالث ان يرد شخص الحمام ولايجد فيه صاحبه ويغسل فيه ويضع اجرته فى المكان المعد لها مع علم الوارد بان الحمامى راض بذلك **الصورة الرابعة** ماذا لم يكن ايصال ايضا بل كانت نتيجة الايصال كما اذا كان المالان عندهما بسبق امانة مثلا فقصد البيع والتبديل بلافعل من كل منهما بل قصده بالبقا والظاهر انه لايتحقق البيع لعدم

وجود قول او فعل كاشف عن قصد المعاملة ومجرد القصد لايكفى قوله تبعا للشهيد فى الدروس اقول قد عرفت ان كلامه فى حاشيته القواعد المتقدم وحكى عنه فى باب الصرف ايضا انه لايعتبر التقابض فى المجلس فى معاطاة النقدين فى عدم وجوب

التقابض فى معاطاة النقدين يقتضى ذلك ايضا قوله ولا ريب انه لا يصدق معنى المعاطاة اقول وجه عدم الصدق لدعوى ان هيئته المفاعلة دالة على الاشتراك فى المبدء لكنه غير ظاهر فى موارد كثيرة مثل الكتاب طالعته» وزيد ساقيته» وزارعته» وشايعته» وهاجرت اليه» وبادرت اليه وكابرته» وعاندته» وزاحمته» وغيرها من الامثلة قوله قده لكن هذا لا يقدح اى عدم صدق المعاطاة ليس بقادح فى جريان حكمها اى المعاطاة عليه اى على الاعطاء من جانب واحد اقوله بناء اعلى عموم الحكم اى اى عموم حكم ادلة الدالة على صحة المعاطاة بناء اعلى انها مصداق للبيع وبعبارة اخرى ذكر المعاطاة من باب انها بيع فعلى لا لخصوصية فى التعاطى من الطرفين عند الاصحاب فيكون اقباض احد العوضين من مالكه تمليكا له او مبيحا له اقول الضمير فى قوله مالكه وكذا فى له يرجع الى احد العوضين به اى العوض واخذ الاخر له اياحد العوضين تمليكا له او اباحة له ضمير له فى قوله تمليكا له وكذا بعده يرجع الى احد العوضين بازائه اى العوض قوله فلو كان المعطى بصيغة اسم المفعول كان دفعه اى الثمن واخذه اى الثمن ثم صحة هذا اى الاعطاء من جانب واحد اذ يدل عليها اى صحة الاعطاء من جانب واحد قوله واما على القول بالاباحة فيشكل يعنى يشكل الاستدلال فيما نحن فيه بالادلة اللفظية السابقة لان مقتضاها والمستفاد منها التمليك والمفروض عدم حصوله هذا وانت تعلم ان هذا لا يقتضى فسادها راسا اذ لا مانع من تاثيرها فى الملك بالتلف ولا ينافيه عدم جواز التصرف قبل التلف نظير المبيع فى الصرف والسلم هذا مراد المصنف قده اذا عرفت ذلك فنقول وجعلته فى بالك فنقول فعمدة الاشكال فى المقام للاعلام فى جريان حكم المعاطاة فى الاعطاء من طرف واحد ان الاعطاء كذلك ليس مصداقا لخصوص تبديل احد طرفى الاضافة بمثله وان قصد به التعويض بالثمن الكلى او الشخصى واخذ الاخر الثمن بقصد القبول واعطاء الثمن بعد ذلك بعنوان الوفا لان نسبته هذين الاعطائين الى البيع والهبة المعوضة متساوية ومجرد مقاولتهما على كونه بيعا وقصدهما البيع من ايجاد الفعل لا يفيد بعد عدم كونه مصداقا له وبالجملة حيث انهما فى مقاولتهما عينا عوضا معينا كليا كان او شخصيا فيخرج هذا الاعطاء عن عنوان القرض لان العوض فيه هو المثل او القيمة الا انه لا وجه لخروجه عن الهبة المعوضة لانهما ليست الا هبتان مستقلتان وتمليكان مجانيان وفى المقام يمكن ذلك فجعله مصداقا للتبديل الملكى فى غاية الاشكال ولا يقاس

الاعطاء من طرف واحد بالاعطاء من الطرفين و يقال كيف يستفاد البيع من اعطاء الطرفين مع انه يمكن ان يكون هبته معوضة وذلك للفرق بينهما فانه لو كان فى البين تعاط فنفس هذا التبديل المكانى بطبعه الاصلى تبديل لاحد طرفى الاضافة الاعتبارى بطرف اضافة اخرى والمفروض انهما قصدا به التبديل البيعى واوجدا، ماهو مصداق له فاخراجه عن البيع وادخاله فى الهبته المعوضة يحتاج الى مؤنة زائدة وهذا بخلاف ما اذا كان الاعطاء من طرف واحد فانه ليس هنا تبديل خارجى حتى يكون قصد انشاء التبديل الاعتبارى منه كافيا ولكنه يمكن ان يقال لا فرق بين التعاطى والاعطاء من طرف واحد فى ان مشخص الفعل مع كونه ذا وجوه هو القصد ودعوى عدم كون الفعل الواحد مصداقا لتبديل احد طرفى الاضافيات لا وجه لها لانه لو لم يتعقبه الاخذ لكان كالايجاب اللفظى بلا قبول واما مع تعقبه فاعطاء المبيع ايجاب للبيع واخذ المثزى قبول منه ثم تسليمه الثمن وفاء المعاملة كتسليمه فى المعاملات القولية وبالجملة لو قصد البايع من اعطائه المثمن تبديلا بالثمن فى ذمة المشترى او بالثمن المشخص الخارجى فعدم كون هذا الاعطاء مصداقا لتبديل احد طرفى الاضافة الاعتبارى لا وجه له قوله بانه اى الشأن بعد عدم حصول الملك بها اى بالمعاطاة التى وقع مورد النزاع وهى ما حصل الاعطاء من جانب واحد لا دليل على تاثيرها اى المعاطاة المذكورة الان يدعى قيام السيره عليها اى على المعاطاة المذكورة وعلى تاثيرها فى الاباحة كقيامها اى السيرة قوله بمجرد ايصال الثمن واخذ المثمن اقول الانسب ان يقول قده بمجرد ايصال الثمن الى محل اعده له حتى ينطبق على الامثله فانه لو توقف على الايصال الى مالك المثن لتحقق المعاطاة بعد التلف والتصرف وهو فاسد المعدله اى للفلس الرضا بذلك اى باخذ الماء ووضع الفلس الخ قوله ومن هذا القبيل اى من قبيل ايصال الثمن واخذا المثمن مع غيبته اى صاحب الحمام قوله فالمعيار فى المعاطاة وصول العوضين بمعنى ان المناط فى صحة المعاطاة هو ذلك مع ظهور ما يكشف عن رضا الطرفين بالتمليك والتملك هذا ولكن الانصاف عدم الدليل على هذه الاناطة وعدم صدق البيع عليه وقيام السيرة عليه اول الكلام بل هو ممنوع فلا يبعد ان يدعى انه تصرف بالرضا واذن فى الاتلاف بالعوض المسمى فى مثلها من المحقرات ويظهر ذلك اى المعيار المذكور و هو وصول العوضين الخ من المحقق الاردبيلى(١) قوله قده ثم انه لو قلنا

(١) العالم الربانى والمحقق الصمدانى احمد بن محمد المعروف بالمحقق الاردبيلى استاد صاحب معالم وصاحب مدارك

بان اللفظ الغير المعتبر فى العقد الخ اقول مراده قده من اللفظ الغير المعتبر اللفظ الغير الجامع لبعض الامور التى يشترطها المشهور فى اللزوم كالماضوية كما ياتى من المصنف قده التصريح باشتراطها بقوله المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية بل فى التذكرة الاجماع على عدم وقوعه بلفظ ابيعك او اشترمنى ولعله لصراحته فى الانشاء اذا المستقبل اشبه بالوعد والامر استدعاء لا ايجاب وكتقدم الايجاب على القبول كما ياتى منه قده ايضا التصريح به بقوله الاشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول الخ وكالصريح لما ياتى منه قده من قوله فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات قال فى التذكرة الرابع من شروط الصيغة الصريح فلا يقع بالكناية بيع البتة مثل قوله ادخلته فى ملك او جعلته لك او خذه منى الخ وغيرها كالموالاة ونحوها قوله فيتقاولان اقول ليس المراد من المقاولة مايقابل الانشاء باللفظ كما قد يتوهم بل المراد مايقابل الصيغة الصحيحة كما عرفت انفا ولا يبعد صحته اى التقاول مع صدق البيع عليه اى التقاول قوله فالاشكال المتقدم هنا اكد اقول وجه الاكدية ظهور عدم انعقاد السيرة على مثله وان كان صدق البيع على مثله اوضح لكنه لا ينفع بناء على الاباحة كما عرفت

تمييز البايع عن المشترى فى البيع المعاطاتى

التنبيه الخامس انه بماذا تميز البايع عن المشترى فى البيع المعاطاتى قوله الثالث تميز البايع من المشترى اقول قد ذكر فى هذا المقام اعنى تميز البايع من المشترى **امور لا باس بذكرها الاول** مباشرة الايجاب والقبول بمعنى ان الموجب بايع والقابل مشترو هذا يتضح غالبا فى غير المعاطاة **الثانى** صاحب المتاع بمعنى ان صاحب المتاع بايع وصاحب النقد مشتر **الثالث** المقدم بمعنى ان المقدم فى المعاملة بايع والتابع له مشتر وان فقدت هذه الثلثة فان فقد المميز واقعا كأن كانا متاعين او نقدين ولم يبلغ الخصوصيته من احدهما ولا اعطى الخصوصيه به وتحقق العطاء منهما دفعة من غير ترتيب لم يكن هناك بائع ولا مشتر بل لم تكن هذه المعاملة بيعا لما عرفت من انه يعتبر فى صدق البيع اعتبار العوضيته والمعوضيته والمفروض ليس هناك عوض ولا معوض فكانت معاملة مستقلة دل على صحتها ايتى الوفاء والتجارة فى غير ما علم عدم لزوم الوفاء به وان كان هناك ميز من احدى الجهات ولم يعلم واحتيج الى التشخيص

فان ادعى ذلك احدهما وانكره الاخر جرت قو اعد المدعى والمنكر والا كان الفاصل هو القرعة هذا ولكن الا ولى ان يقال فى هذا المقام بتعا لبعض الاجلة انه لدينبغى التامل فى ان البايع والمشترى مفهومان متمايزان ابينا تمايز فالبايع عند العرف مالك المعوض و المشترى مالك العوض فاذا لو خط كون الدرهم مثلا عوض الثوب فمالك الثوب بايع ومالك الدرهم مشتر واذا لوخط كون الثوب عـوض الدرهم كان الامر بالعكس واما الايجاب والقبول فليساً بمتمايزين كما تخيله بعض اذ قد يكون الموجب الا هـو المشـترى والقابل هو البايع كما لو قال مالك العوض اشتريت منك الكتاب بدرهم فقال مالك الكتاب قبلت فان ايقاع المعاملة انما كان من المشترى والبايع لم يقع منه الاقبول ما اوقعه المشترى هذا كله فى التمايز بينهما فى مقام الثبوت و اما فى مقام الاثبات فان كان احد العوضين من العروض والاخر من النقود فغلبته كون الثانى ملحوظاً عوضاً والاول معوضاً قرينته على كون مالك الاول بايعاً و مالك الثانى مشترياً ولو كاناً مما من قبيل النقود أ ومن قبيل العروض فلا يبعد كون تقدم احدهما قرينته على كونه بايعاً والاخر مشتريا جـريا على اصالة التطابق بين التقدم الـزمانى والـرتبى ولو تساويا لم يبعد الحكم بان الطالب المساوم هـو المشترى والاخر هو البايع للغلبته وقد يتفق وجود قرائن مميزه فيعـول عليها والا فلا تميز بينهما فى الظاهر وان علم اجمالا بان احدهما بايع والاخر مشتر فيرجع فى ترتيب الاحكام عليهما الى الاصول الجارية ومما ذكرنا يعلم ان عبارات المصنف (ره) لاتخلو من اضطراب لان بعضها ظاهر فى كونه فى مقام التميز بين المفهومين ثبوتا وبعضها ظاهر فى كونه فى مقام التميز بينهما اثباتا اذا عـرفت هذا فنقول هذا المقام يقيضى زيادة التدقيق و التحقيق لكنها خارجة عن الوضع واضح خبر قوله تميز البايع مالم يصرح بالخلاف بان يقول صاحب الدراهم والدنانير والفلوس ابيعك هذه فانها فى هذه الصوره تكون مثمنا من غيرها اى غير الدراهم والدنانير والفلوس هو الثمن اى المدفوع وصاحبه اى المدفوع الذى هو الثمن قوله و لولم يلاحظ الاكون احدهما اى احد العوضين اقول لم يعلم المراد من هذه العبارة فانه قد ان اراد كون احد العوضين بعينه لوحظ بدلا والاخر مبدلا فقد عرفت ان مالك الاول مشتر ومالك الثانى بايع والاشكال انما يكون فى الطريق الى معـرفة ذلك ليتميز البايع عن المشترى فى مقام الاثبات ولا وجه للاحتمالات الاتيته فانها احتمالات فى الشبهة المفهوميته لا المصداقيته التى هى محل الكلام و ان اراد كما هو الظاهر

كون كل منهما ملحوظا بدلا عن الاخر من دون أن يكون احدهما بعينه ملحوظا بدلا والاخر مبدلا عنه بل الملحوظ المبادلة بينهما فلا ينبغي التأمل في كون المعاملة ليست بيعاً فلا بايع فيها ولا مشترى والاحتمالان الاولان لاوجه لهما قيام احدهما اى احد العوضين في كليهما اى كلا العوضين كاللحم والحنطة كون احدهما اى احد المتعاملين ففي كونه اى التعاطي والتعويض كل منهما اى المتعاملين قوله بناء اعلى ان البيع لغة اقول لايخفى انه مع هذا البناء لايختص صدق البايع و المشترى معا على كل من المالكين في المقام بل يطرد في كل بيع لصدق العنوانين المذكورين على كل من المتعاملين وهذا معنى اخر للبيع والشراء والبحث في صدق المعنى المعروف وعدمه ومن المعلوم عدم امكان اجتماع الوصفين عليه اى على المعنى المعروف في مورد واحد لانه ان كان مملكا ماله بعوض فلا يمكن ان يكون متملكا ايضاً وبالعكس وهذا بين لاشك فيه قوله كما عرفت مبادلة مال بمال كما في المصباح والاشتراء ترك شيى والاخذ بغيره كما عن بعض اهل اللغة وهو صاحب القاموس انه صاحب اللحم باعه اى اللحم فيحنث اى صاحب اللحم بسبب بيعه اللحم واشترائه الحنطة لو حلف على عدم بيع اللحم وعدم شراء الحنطة والمراد بالحنث عدم الوفاء بموجب اليمين يقال فلان حنث في يمينه اى لم يف بموجبها وبالفارسى شكستن سوگند نعم لايترتب عليهما اى على البايع والمشترى باعتبارين يعنى لايترتب على من كان في معاملة واحدة مصداقا لهما باعتبارين قوله لانصرافهما الخ اى لانصراف البايع والمشترى في ادلة تلك الاحكام الى من كان بايعاً محضاً ومشترياً محضاً فلا تثبت تلك الاحكام لمن كان في معاملة واحدة مصداقا لهما باعتبارين هذا و لكن الانصاف ان لامنشاء لهذا الانصراف لما قد عرفت انه ليس لنا مورد اختصاص على هذا المبنى فان كان فهو انصراف بدوى فلا اعتداد به في قوله قده في ادلة تلك الاحكام كالرواية الدالة على ان المبيع اذا تلف قبل القبض تلف من مال البايع قوله او كونه اى التعاطي و تبديل المالين بيعاً بالنسبة الى من يعطى متاعه اولا لصدق الموجب عليه اى من يعطى قوله او كونها معاطاة مصالحة اى صلحاً معاطاتياً اقول تأنيث الضمير هنا وفي قوله او كونها معاوضته على تقدير صحة النسخة انما هو باعتبار الخبر كما ذكره الاستادره لانها اى المصالحة

قوله ولذا حملوا الرواية الـواردة (١) قوله وجوه مبتدا موخر خيره قوله ففى كونه بيعاً وشراء الخ

الوجوه التى ذكرها المصنف قده

ثم لايخفى عليك ان الوجوه التى ذكرها المصنف اربعة ١ـ ففى كـونه بيعاً وشراء الخ ـ٢ اوكونه بيعاً بالنسبته الى من يعطى الخ ـ٣ اوكونها معاطاة الخ ـ٤ اوكونها معاوضته مستقلة بان يكون ذلك معاوضته مستقلة من غيران يدخل تحت احد العناوين المتعارفة وهذا كما عن بعض المدققين هو الصحيح وتدل على صحته آية التجارة عن تراض ولاشبهة ان امثال هذه المعاملة كثيرة فى العرف لايخلو ثانيها عن قوة اقول الوجه فى كون المقدم بايعاً ان المبيع هو المعوض والثمن هوالعوض والغالب الموافق لطبع العوضيته والمعوضيته تأخير الثانى عن الاول لعدم تحقق وصف العوضيته قبل اخذ المعوض وملكه **اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين** التبينه الرابع فى اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين وينبغى لنا قبل التعرض لحكم تلك الوجوه ان تذكرما يوجب زيادة بصيرة للطالب بل لايستغنى عنه وهوبيان الفارق بين الامر الثانى و بين هذا الامر فنقول ملخصه ان جهة البحث فى الامر الثانى انما هى منحصرة فى بيان مورد المعطاة وبيان ما هو المظهر الخارجى لما قصده المتعاطيان و لذا ذكر المصنف (ان المتيقن من مورد المعاطـاة حصـول التعاطى فعلا مـن الطرفين) وجهة البحث فى هذا الامر الرابع انما هى بيان ما قصده المتعاطيان ولذا ذكر المصنف فى طليعة بحثه وكلامه هنا ان اصل المعاطاة يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه شتى وحينئذ فمرجع البحث فى الامر الثانى غير ما هو مرجع البحث فى الامر الرابع فلا منافاة بينهما قوله يتصـور بحسب قصـد المتعاطيين على وجوه اقول اورد عليه السيد قده فى الحاشيته بقوله (لايخفـى

(١) عن محمدبن مسلم عن احدهما (ع) انه قال فى رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولايدرى كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصـاحبه لك ما عندك ولى ما عندى قال لابأس بذلك اذا تراضياً وطابت انفسهما حسنة بابـراهيم بن هاشم القمـى ثقة قاله ابنه على بـن ابراهيم فى تفسيره راجع الوافى ج١٠ ص١٢١ وفروع الكافى ج١ ص٤٠٣

ان الوجوه و الاقسام ازيد مما ذكره الخ) وحاصله ان المصنف قده قد اخل ببعض الوجوه وهو ما اذا كانت المعاوضته بين المالين على وجه الاباحة وتوضيحه ان الاقسام المتصورة فى المقام اربعة لان المقابلة قد تكون بين العينين وقد تكون بين الفعلين وعلى كل تقدير اما ان يكون الملحوظ الاباحة او الملكيته و المصنف لم يذكر المعاوضته بين العينين الا على وجه الملكيته و اخل بما اذا كانت المعاوضته بينهما على وجه الاباحة نعم ذكر صورة المقابلة بين الفعلين بقسميهما وهما ما كانت المقابلة بين التمليكين وبين الاباحتين وملخصه ان المتصور فى كل من العوض والمعوض وجوه اربعة ملاحظة الفعل بوجهيه و ملاحظة العين كذلك ويحصل من ضرب الاربعة فى الاربعة سته عشرا هذا ما اورده السيد قده ويمكن الجواب عنه بان الوجوه المتصورة فى المقام وان كانت كثيرة كما اوضحها غير السيد من المحشين ولكن يتضح حكمها من الاقسام التى ذكرها المصنف و لعله الوجه فى تركه بعض الوجوه و اخلاله

قوله فلو مات الاخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة مراده قده انه لو مات القابل بعد المطاوعة وقبل دفعه العوض لم تبطل المعاطاة لان المفروض انه مات بعد تحققها فى نظام الوجود قوله و بهذا الوجه صححنا سابقاً اى بكون الايجاب والقبول بدفع العين الاولى وقبضها حيث قال قده (فيكون اقباض احد العوضين من مالكه تمليكا له الى قوله فيحصل الايجاب و القبول الفعليين بفعل واحد فى زمان واحد) فيكون اطلاق المعاطاة عليه اى على هذا القسم اعنى تمليك ماله بمال الاخر فيه اى فى تمليك ماله الخ لا من حيث كونها اى المعاملة قوله ومثله فى هذا الاطلاق لفظ المصالحة والمساقاة اى مثل التمليك فيما نحن فيه فى اطلاق المعاطاة عليه وقيام المبدء به لفظ المصالحة والمساقاة الخ فكما ان المبدء وهو المعاطاة يقوم فيما نحن فيه بالتمليك وباحد المتعاقدين كذلك فى الامثله المذكورة فان المبدء انما يقوم فى الامثلة باحد المتعاقدين لا غير قوله وبهذا الاطلاق اى اطلاق المبدء على فعل احد المتعاقدين والمتعاطيين قوله وربما يستعمل فى المعاملة الحاصلة بالفعل اقول اشارة الى ما تقدم فى ذيل التنبيه الثانى من انعقاد المعاطاة بالفعل كما صرح بقوله وربما يدعى انعقاد المعاطاة الى قوله كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الفلس فى المكان المعد له اذا علم من حال السقاء الرضا بذلك قوله وفى صحته تامل اقول

وجه التأمل عدم الدليل عليه اذ المفروض عدم وجود انشاء رأسا لانه لم يوجد منهما الا التباني ولم يصدر منهما انشاء تمليك قولا وفعلا بازاء تمليك ماله الضمير يرجع الى الاخر اياه اى كل منهما قوله متقومة بالعطاء من الطرفين مراده قده ان فى المقام فروضا وهذا ايضا احدهما فان المعاطاة قد تتقوم بالعطاء من احدهما والاخذ من الاخر وبالعطاء والاخذ والعطاء معا من الاخر قوله فلو مات الثانى قبل الدفع لم يتحقق المعاطاة وجه عدم التحقق انه كالموت بين الايجاب والقبول ثم لا يخفى عليك ان هذا فيما اذا كان انشاء القبول بالتمليك الثانى لا فيما اذا كان القبول بالاخذ فوجوب التمليك على الثانى حينئذ من باب الوفاء قوله وهذا بعيد عن معنى البيع اقول اى تمليك الاخر ماله بازاء تمليك ماله اياه بعيد عن معناه اقول وهو كذلك بل لا ربط له بالبيع لما عرفت من تعريف المصباح انه مبادلة مال بمال فالبيع هو البدلية بين الاموال التى تكون موضوعا للتمليك لا بين تمليك شيى وتمليك اخر وبعبارة اخرى عرفت فى اول الكتاب انه يعتبر فى مفهوم البيع ان يكون المبيع من الاعيان ومن المعلوم ان نفس التمليك من الافعال فلا يقع مبيعا قوله وقريب الى الهبة المعوضة وجه القرب ان الهبة ايضا عبارة عن تمليك الشى فاذا كانت معوضته كما هو المفروض يصدق ان احد التمليكين بازاء الاخر وبعبارة اخرى ان وجه القرب هو كون كل من المالين خاليا عن العوض اذ المفروض ان المقابلة قد وقعت بين التمليكين لا بين الملكين فتكون كالهبة المعوضة قوله اذ لو لم يملكه الثانى هنا لم يتحقق التمليك مراده قده ان الامر فى الهبة ليس كذلك بل يتحقق التمليك المعوض فيها بالايجاب والقبول وان لم يتحقق التمليك العوض وحاصل الفرق بين الصورة المفروضة اعنى ما نحن فيه والهبة المعوضة ان الصورة المفروضة قد جعل فيها احد التمليكين بازاء الاخر فالايجاب الذى ينشاء به التمليك المعوض ينشاء به التمليك العوض ايضا وبقبول الاخر سواء كان بالاعطاء ام بالاخذ يتم العقد فلا يمكن انفكاك احد التمليكين فيها عن الاخر اما الهبة المعوضة فايجاب الواهب انما يتضمن انشاء تمليكه فقط وبقبول المتهب يتم العقد فيتحقق التمليك المعوض واما التمليك يتضمن العوض فتحققه يتوقف على انشاء اخر من المتهب وقبول من الواهب فاذا لم يتحقق لم يتحقق مع تحقق التمليك المعوض فتلخص انه يمكن التفكيك بين التمليكين فى الهبة ولا يمكن هنا اى فيما نحن فيه لانه اى الاول بازاء تمليكه اى الثانى قوله الا ان يكون تمليك الاخر له ملحوظا عند تمليك الاول

على نحو الداعى(١) مراده قده من هذه العبارة ان التمليك الاخر يلاحظ على وجه المقابلة حتى يكون منشاء ابايجاب التمليك المعوض ولا يحتاج الى انشاء ابتدائى من المالك كما عرفت انفا بل لوحظ على وجه الشرطية والداعى كما ان الامر فى الهبة كذلك فان العوض فيها ملحوظ على وجه الداعى و الشرطية فيصير نظير الهبة المعوضة فلا يكون منشاء ابايجاب التمليك المعوض بل يحتاج الى انشاء ابتدائى من المالك فلا يقدح تخلفه اى التمليك الاخر قوله انها مصالحة الضمير يرجع الى تمليك ماله والتانيث باعتبار المعاملة او باعتبار الخبر قوله او معاوضة مستقلة اقول بان تكون معاوضة براسها و بالاستقلال من غير ان تدخل تحت احد العناوين المتعارفة و هذا كما ذكرنا فى التنبيه السابق هو المتعين وتدل على صحته اية التجارة عن تراض (٢)

اللهم الا ان يقال ان المعاوضة بحسب الصورة وان كانت بين التمليكين الا ان النظر اليهما آلى وفى الحقيقة واللب تكون المعاوضة بين المالين و بهذا الاعتبار يمكن دخوله فى البيع قوله ثالثها اى الوجوه ان يقصد الاول اباحة ماله بعوض اقول بمعنى ان يقصد الباذل اولا اباحة ماله للاخذ بازاء ان يملك الاخذ ماله اياه فيكون العوض ملكا للمبيح فى قبال اباحته لا فى قبال العين المباحة كما فى الوجه الاول فتقع المبادلة بين الاباحة والتمليك فيقبل الاخر باخذه اياه اى المال قوله ومن الثانى يقبوله لها التمليك اقول اى بقبول الثانى الاباحة و لفظ التمليك خبر قوله فيكون الصادر اى فيكون الصادر من الثانى تمليك العوض فى قبال الاباحة تمليكا ضمنيا قوله او اباحة لداعى اباحة بمعنى ان تكون الاباحة الاولى بداعى الاباحة الثانية قوله من امكان تصوره اى الوجه الثانى و هو ان يقصد كل منهما تمليك الاخر ماله بازاء تمليك ماله اياه قوله وكيف كان اى سواء كانت اباحة بازاء اباحة او اباحة لداعى اباحة قوله فالاشكال مبتدا خبره قوله فى حكم القسمين الاخيرين الخ والمراد من القسمين القسم الثالث والرابع قوله قصد المتعاطيين لهما اى القسمين الاخيرين قوله الاشكال فى صحة اباحة الخ اقول بمعنى ان الاباحة من حيث هى اباحة لا

(١) بمعنى ان يكون التمليك الاول بداعى التمليك الاخر

(٢) سورة النساء الاية ٣٣

تسوغ التصرفات المتوقفة على الملك الا على نحو التشريع بل يمكن ان يقال كما صرح به الاستاد قده ان ماذكره المصنف (ره) من الاشكال فيهما لا يختص بما اذا وقعا بالمعاطاة بل يجرى فيما اذا وقعا باللفظ و كذا لا يختص بالقسمين الاخيرين بل يجرى فى كل مورد يكون احد الطرفين اباحة لجميع التصرفات فان مناط الاشكال كما صرح به بعض الاجلة هو اباحة التصرفات الموقوفة على الملك كالعتق والوطى ونحوهما باى وجه كان ولو كانت بلا عوض قوله فى صحة الاباحة بالعوض اقول هذا الاشكال مختص بالقسم الاول من القسمين الذى هو ثالث الوجوه فى المتن (ثالثها ان يقصد الاول اباحة مالة بعوض الخ) قوله الراجعة الى عقد مركب من اباحة وتمليك اقول اى اباحة من المبيع و تمليكا من المباح له وحاصل الاشكال ان الاباحة بازاء التمليك التى ترجع الى عقد مركب من اباحة و تمليك خارجة عن المعاوضات المعهودة شرعاً و عرفاً ولا شك فى ان صدق التجارة على هذه المعاوضة محل تأمل فضلا عن صدق البيع عليها و اذن لا تكون مشمولة لاية التجارة ولا غيرها قوله لا يسوغ بصيغة اسم المفعول اى لا يجوز

قوله و انما يمضى اى ينفذ قوله فاذا كان بيع الانسان مال غيره لنفسه الى قوله غير معقول اقول كلمة غير معقول خبر كان ووجه كون هذا البيع غير معقول، ما مرت اليه الاشارة فى اوائل البيع من انه عبارة عن التبديل والتعويض و من المعلوم انه لا يراد من كون شيى بدلا وعوضا الا كونه كذلك فى الملكية ولا يكادان يتحقق هذا العنوان الا بصيرورته ملكا لمن خرج من ملكه المعوض اذ لو لم يملكه لم يتحقق لما خرج من ملكه بدل وعوض فى الملكية قوله كما صرح به العلامة اى بكون البيع المذكور غير معقول قوله ان يأذن فيه اى فى بيع الانسان مال غيره لنفسه قوله نعم يصح ذلك اى الاذن فى بيع الانسان مال غيره لنفسه قوله كلاهما اى الوجهين قوله احدهما اى الوجهين قوله انشاء توكيل له اى المباح له قوله فى بيع ماله اى مال المبيع له الضمير المجرور ايضا يرجع الى لمبيع قوله ونقل الثمن اقول كلمة النقل مكسور لانه معطوف على بيع ماله والمراد نقل الثمن من المبيع الى نفس المباح له قوله او فى نقله اقول هذا عطف على قوله فى بيع ماله والضمير يرجع الى مال المبيع قوله اولا الى نفسه الضمير يرجع الى المباح له قوله ثم بيعه الضمير يرجع الى مال

المبيح و حاصل المعنى او ينشاء توكيلا للمباح له فى نقل مال المبيح اولا الى المباح له ثم بيع مال المبيح لنفس المباح له قوله او تمليكا له اقول هذا عطف على قوله انشاء توكيل يعنى او يقصد من قوله ابحت لك الخ انشاء تمليكه بنفس هذه الصيغة فما يترائى فى عبارة الاستاد من عطفه على تمليكا فمن طغيان القلم قوله ويكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله اى المخاطب اقول ولا يبعد ان يكون نفس اخذ المخاطب بمنزلة القبول من دون انتظار فى حصول الملكية الى بيع المخاطب كما عن الاستاد الجزم به قوله كما صرح فى التذكرة متن عبارة التذكرة (٢) هكذا فروع الاول انما يفتقر الى الايجاب و القبول فيما ليس الضمنى من البيوع واما الضمنى كاعتق عبدك عنى بكذا فيكفى فيه الالتماس والجواب و لا تعتبر الصيغ المتقدمة اجماعا انتهى قوله استدعاء لتمليكه اقول الاستدعاء هنا بمعنى الطلب وضمير تمليكه يرجع الى العبد قوله واعتاق المولى عنه اى عن الرجل قوله ويقدر وقوعه اقول اى وقوع النقل والانتقال قوله فيكون هذا اقول اى الاستدعاء والجواب قوله ولا شك ان المقصود اه اقول هذا شروع فى بيان فقدان الوجه الاول المشتمل على توكيله فى البيع للمالك ثم نقل الثمن الى نفسه و حاصله ان الامور المذكورة كلها انشائيات موقوفة على القصد من المبيح و المباح له والمفروض انه منتف فلا يمكن الالتزام بواحد منها قوله فى نقل المال الى نفسه اى نفس المباح له قوله ولا فى نقل الثمن اليه اى الى المباح له قوله ولو اجمالا فى مسئلة اعتق عبدك عنى اقول الفرق بين مسئلة اعتق عبدك عنى وما نحن فيه هو ان قول القائل اعتق عبدك عنى قبول مقدم وعتق المالك ايجاب مؤخر عكس ما نحن فيه فان قبول المالك ايجاب للتمليك وشروع المباح له فى البيع قبول لذلك الايجاب فبالشروع يملك ويتمامه ينتقل العين منه الى المشترى فيملك الثمن.

قوله الثانى ان يدل دليل شرعى على حصول الملكية اقول يعنى ملكية الثمن للمباح له بمجرد بيعه من دون تخلل ملك المبيح والفرق بين هذا الوجه والوجه الاول المذكور بقوله احدهما ان يقصد المبيح الخ) هو ان الملكية فى الوجه الاول تحصل بجعل من المالك او نائبه وفى الوجه الثانى تحصل بجعل من الشارع قوله فيكون كاشفا

(٢) المجلد الاول من التذكرة كتاب البيع

عن ثبوت الملك له اقول يعنى تكون اباحة المالك كاشفة عن ثبوت الملك للمباح له ولا ينتظر فى كشف ثبوت الملك له لارادة المباح له البيع هذا ويمكن الجواب عنه وحاصله انه لادليل على بثوب الملكية المذكورة للمباح له اذ ليس مايحتمل ان يكون صالحا للد لالة على ذلك الثبوت الا قوله (ص) ان الناس مسلطون على اموالهم وهو انما يدل على ثيوت سلطنته المالك على الاسباب المشروعة و بعبارة اخرى ان المقصود من ا لنبوى المذكور بيان استقلال المالك فى التصرف فى امواله فى الجهات المشروعة وعدم كونه محجور اعن التصرف فى تلك الجهات وليس لغيره الى يزاحمه فى ذلك ولايدل على ازيد من ذلك فاذا كان مقتضى عموم قوله عليه السلام لا بيع الا فى ملك توقف تصرف المباح له على ملكه للعين فلا تصلح قاعدة السلطنته لاثبات مشروعيته اذن المالك للمباح له فى التصرف الموقوف على الملك فى حال عدم الملك فكمالا تصلح قاعدة السلطنته لاثبات اباحة البيع مع الجهل بالعوضين فكذلك لا تصلح لاثبات صحته اباحة البيع مع عدم الملك كماهو المفروض فى المقام قوله فيقع البيع فى ملكه اى فى ملك المباح له قوله اويدل دليل شرعى على انتقال الثمن عن المبيح اقول هذا معطوف على يدل السابق المذكور بقوله (ان يدل دليل على حصول الملكيته انح) فيكون المعنى اويدل دليل على انتقال الثمن عن المبيح الى المباح له وخروجه عن ملك المبيح ودخوله فى ملك المباح له بعد البيع بلافصل فيقع البيع الصادر عن المباح له ح فى ملك المبيح بخلافه على المعطوف عليه فانه فيه واقع فى ملك المباح له كماعرفته ففيما نحن فيه يلتزم بملكيته المبيح بعد بيع المباح له حتى يتحقق النقل من المبيح الى المباح له بخلافه على المعطوف عليه فانه يجب الالتزام بملكيته العين للمباح له قبل البيع انا ما ليصح نقل ثمنه اليه قوله فيكون ذلك شبه دخول العمودين اقول المشار اليه بقوله ذلك هو دخول ثمن المباح فى ملك المبيح انا ما وحاصل التشبيه ان مانحن فيه كدخول العمودين فى ملك الشخص فكما ان ملكيته الشخص للعمودين ليس الا بمقدار يقبل العتق فقط الذى يعبر عنه بانا ما ولايقبل غير العتق فكذلك فيما نحن فيه يكون دخول ثمن المباح فى ملك المبيح بعد البيع الصادر من المباح له انا ما اى مقدار الايقبل الا خروج

المباح عن المبيح بعد ذلك و دخوله فى ملك المباح له فانه اى الشان قوله للجمع بين الادلة اقول المراد من الادلة الدليل الدال على صحة شراء العمودين وجواز شرائهما والدليل الدال على ان الابن لا يملك عموديه توضيحه على نحو يسهل للطالب فهمه انه قد ورد فى الشريعة المقدسة ان الانسان لا يملك عمودية (٢) وورد فيها ايضا انه يجوز للاين ان يشترى عموديه ومن الواضح ان الجمع بين هذين الامرين يقتضى الالتزام بدخول العمودين فى ملك الابن اناً ماثم انعتاقهما عليه من غير ان يكون لهذا الملكية دوام و ثبات بل حصولها مقدمة لزوالها و اذن فالالتزام بهذه الملكيته يقتضى تخصيص مادل على ان الانسان لا يملك عموديه فيحمل الدليل الدال على عدم ملكيته الشخص للعمودين على معنى نفى الملك انا ما على نحو يتعقبه العقق وكذلك فى المقام يبنى على دخول العوض فى ملك المبيح اناً ما على نحو ينتقل الى المباح له بعده و اما دليل توقف العتق على الملك (٥) فلا دخل له فى المقام كما صرح به السيد قره فى الحاشية قوله وهذا الوجه اقول اى دليل شرعى يدل على انتقال الثمن عن المبح مفقود فيما نحن فيه اذ المفروض انه اى الشان قوله و اثبات صحته اى الا باحة العامته بعموم مثل الناس مسلطون على اموالهم يتوقف على عدم مخالفة مؤداها الخ اى قاعدة السلطنة ووجه التوقف ماذكرنا سابقا فى توضيح المراد من قاعدة السلطنته من انها ناظرة الى جواز التصرفات التى هى مشروعة للمالك مع قطع النظر عن دليل السلطنته وان هذا الدليل يثبت عدم كون المالك ممنوعا عن تلك التصرفات واما التصرفات التى نشك فى مشروعيتها او نعلم بعدم مشروعيتها فلا تكون مشمولة لدليل السطنته لعدم كونه مشرعا فحصل مما ذكرنا ان اباحة المالك و اذنه لا حد فى التصرف فى ماله تصرفا متوقفا على الملك لا يمكن اثبات مشروعيته بدليل السلطنة على كون الثمن مالا له اى الشخص قوله بصيغة خاصة اقول يعنى الايجاب و القبول بالالفاظ المجمع عليها الاكتفاء كلفظ زوجتك وانكحتك هذا ولكن لا يخفى عليك

٢ـ المجلد الثانى من الوافى ج٦ ص٩٦ (٥) ايضا المجلد الثانى من الوافى ج٦ ص٨٣ عن سهل عن الثلثة عن ابيعبدالله (ع) قال قال رسول الله (ص) لا عتق الا بعد ملك تذكره سهل بن الهرمزان ثقة قاله النجاشى ص١٣٢ والعلامة ص٨١ ـ سهل بن اليسع ثقة قاله النجاشى ص١٣٣ والعلامة ص٨١ سهل بن اليسع ايضا ثقة قاله النجاشى ص ١٣٢ والعلامته ص٨١ فراجع

انه على هذا لا يحسن اطلاق توقف الوطى على الملك بل اللازم ان يقال بتوقفه اما على الملك او التحليل بصيغة خاصة على سبيل منع الخلو قوله ولاجل ماذكرنا اى لاجل انه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الاباحة العامة صرح المشهور الى قوله لم يصح بل قيل لم يوجد خلاف فى انه اى الشان قبل الشراء اى قبل شراء الطعام قوله او استيفاء الدين منه اقول مراده قده من الاستيفاء وفاء الدين منه فحاصل المعنى ان يشترى الطعام فى الذمة ثم يودى دينه من هذا المال المدفوع قوله كما صرح به اقول اى بعدم الصحة وفاعل لفظ صرح العلامة الحلى قده لا الشهيد كما يتر اى من بعض المحشين الغير المتتبع فننقل متن عبارة قواعد العلامة حسن بن يوسف بن على بن المطهر الحلى دفعا للاشتباه هذه عبارته او كذا لو دفع اليه مالا و امره بشراء طعام له لم يصح الشراء ولا يتعين له بالقبض امالو قال اشتر به طعاما و اقبضه لى ثم اقبضه لنفسك صح الشراء وفى القبض قولان انتهى(١) قوله و علله(٢) اقول اى عدم الصحة فى بعضها اى مواضع بانه اى الشان قوله و هو كذلك يعنى ان التعليل بعدم معقوليته شراء شيى لنفسه بمال الغير صحيح فى محله قوله فان مقتضى مفهوم المعاوضة انح اقول هذا مما لا ينبغى الشك فيه بالنسبته الى مفهوم المعاوضة من الطرفين لكن كون البيع منها محل تامل لما عرفت من ان احدى العينين فى البيع معوض وهو المبيع ومالكه البايع و الاخرى عوض و هو الثمن و مالكه المشترى و اختصاص الثانى بباء العوض فلا يصح ان تدخل على الاول شاهد على كون الاول لم تلحظ فيه العوضية عن الثانى وعلى هذا لا يصح ان يقول المالك لغيره بع مالى لك و يصح ان يقول اشتر بمالى لك طعاما فيكون الثمن نظير المهر يجوز بدله من الزوج وغيره و بالجملة عاوضت هذا بهذا ليس بمعنى عاوضت بين هذا وهذا فان الثانى حاك عن المعاوضته بين العينين على نحو واحد والاول حاك عن عوضيته احداهما بعينها عن الاخرى فمدخول الباء عوض لا غير والاخر معوض عنه لا غير

(١) المجلد الاول من كتاب قواعد الاحكام ص ١٥١ (٢) المجلد الاول منه ايضا كتاب الدين وفيه الرهن ص ١٦٦ متن عبارته قده هكذا او لو قال بعه لنفسك بطل الاذن لانه لا يتصور ان يبيع ملك غيره لنفسه انتهى حيث تطلق يراد منها شيخ الرئيس استاد البشر امام الحكماء حسين بن عبدالله بن حسن بن على بن سينا

قوله ولما ذكرنا حكم الشيخ الخ (٢)

اقول اى ولاجل انه ليس للمالك السلطنة المطلقة على الاذن حتى فى التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع و العتق والوطى حكم الشيخ بان الهبة الخالية عن الصيغة تفيد اباحة مطلق التصرفات الا الوطى لتوقفه على الملك مع ان اذن الواهب عام شامل للجميع قوله ودعوى ان الملك التقديرى هنا الخ اقول هذه الدعوى مع ما دفعها به عين ما ذكره بقوله واثبات صحته بعموم مثل الناس مسلطون على اموالهم الخ فتكون تكرار الماضى ولو كانت الفاء بدل الواو وكانت العبارة فدعوى الخ لم يتوجه التكرار كما لا يخفى على الفطن المتامل قوله مدفوعة اقول كلمة مدفوعة خبر قوله ودعوى قوله فمقتضاه اى عموم الناس الخ الا انه اى الشان قوله فلا يشمله اى بيع الانسان مال غيره لنفسه قوله العموم اقول هو فاعل فلا يشمله حتى يثبت التنافى بينه اى عموم الناس مسلطون قوله فيجمع بينهما اقول يعنى بين عموم الناس مسلطون على اموالهم وبين ادلة الدالة على توقف البيع على الملك قوله وبالجملة دليل عدم جواز بيع ملك الغير او عتقه لنفسه حاكم الخ

توضيح معنى الحكومة والحاكم

اقول و ينبغى توضيح معنى الحكومة والحاكم و كشف الغطاء عن وجههما بحيث لا يخرج عن الوضع فنقول وبالله التوفيق الحكومة عبارة عن كون دليل ناظرا الى حال دليل اخر و شارحا و مفسر المضمونه سواء كان النظر بنحو التوسعة ام التضييق ويطلق على الدليل الناظر اسم الحاكم وعلى المنظور اليه اسم المحكوم **ثم ان للحكومة بهذا المعنى مصاديق كثيرة وامثلة مختلفة لا باس بالاشارة الى بعضها لايضاح معنى الحكومة** منها ان يكون دليل نافيا لموضوع دليل اخر تعبدا لا حقيقة ووجدانا كما اذا ورد اذا شككت

(٢) هو ابو جعفر عماد الشيعة وشيخ الطائفة على الاطلاق ورئيسها الذى تلوى اليه الاعناق محمد بن الحسن بن على الطوسى صاحب كتاب التهذيب والاستبصار ولد قده فى شهر رمضان سنة ٣٨٥ و توفى سنة ٤٦٠ وكان مدة عمره الشريف خمسا و سبعين سنة وهو المراد من كلمة الشيخ حيث تطلق فى الفقه ويراد منها فى الاصول مرتضى بن محمد امين التسترى المعروف بالشيخ الانصارى كما ان فى الحكمة والكلام

فابن على الاكثر وورد لاشك للماموم مع حفظ الامام فاذا شك الماموم بين الثلث والاربع مثلا وكان الامام حافظا للثلث ومتيقنا له فالدليل الثانى ينفى حكم الشك عن شك الماموم بلسان نفى الموضوع و يبين انه ليس له البناء على الاكثر وايتان صلوة الاحتياط فرجع هذا المعنى الى ناظرية الدليل الثانى على الاول وتضييق دائرة موضوعه و انه لايشمل شك الماموم مع علم الامام ومثله قوله لاشك لكثير الشك فكثير الشك شكه ليس بمبطل فى موارد الابطال وليس عليه صلوة الاحتياط ولعل بالنظر الى هذا المثال و نحوه قال الشيخ قده فى رسائله الحكومة هى الناظرية بحيث لولا دليل المحكوم لكان دليل اتحاكم لغوا اذلولم يجعل الشارع حكما للشك بين الثلث و الاربع لكان قوله لاشك للماموم لغوا اذ لو اراد نفى الموضوع حقيقة لزم الكذب ولو اراد نفى الحكم فالمفروض انه لاحكم له مجعول من قبله وهذا المثال من قبيل النظر الى الموضوع بنحو التضييق ومنها ان يكون دليل مثبتاً لموضوع دليل آخر تعبدا او وجدانا بملاحظة اثبات الحكم فاذا ورد لاصلوة الا بطهور و قوله كل مشكوك لك طاهر فبناء اعلى كون المراد من الطهور فى الدليل الاول هو الواقعى كان الثانى حاكما على الاول لتنزيله المشكوك منزلة الوقع فى ترتيب الاحكام و هذا من قبيل النظر الى الموضوع بنحو التوسعة اذا عرفت ذلك و جعلته فى بالك فنقول فى توضيح المقام فكما ان ما دل على حرمة ترك الصلوة و عدم جواز عتق عبد الغير مثلا ناظر الى ما دل على وجوب الوفاء بالنذر فيخرج الموردين عن وجوب الوفاء بالنذر اذا نذر ترك الصلوة او عتق عبد الغير بالحكومة ويخصص دليل النذر بغير المحرمات الشرعية فكذلك ما دل على توقف العتق على الملك و انه لاعتق الا فى ملك ناظر الى دليل سلطنة الانسان على امواله قوله الدال على امضاء الاباحة المطلقة من المالك على اطلاقها اقول قوله على اطلاقها متعلق بقوله امضاء الاباحة والضمير المؤنث يرجع الى كلمة الاباحة قوله نظير حكومة الدليل الدال على عدم الخ اقول فان ذلك الدليل لما كان دالا على عدم نفوذ عتق عبد الغير فقد اقتضى سلب القدرة على العتق ومن الواضح ان القدرة شرط فى صحة النذر لان الممتنع لايعقل ان يكون موضوعا لاضافة الملكية التى يتضمنها النذر قوله اذا نذر عتق عبد غيره له اى للغير اولنفسه اى الناذر قوله فلايتوهم الجمع بينهما

حيث تطلق يراد منها شيخ الرئيس استاد البشر حسين بن عبد الله بن حسن بن على بن سينا

اقول اى بين الدليل الدال على عدم جواز عتق مال الغير و بين عموم وجوب الوفاء بالنذر والعهد **بيان الضابط فى التعارض والتزاحم والفارق بينهما**

قوله نعم لو كان هناك تعارض وتزاحم

اقول وينبغى فى هذا المقام التنبيه على ماهو الضابط فى التعارض والتزاحم والفارق بينهما ليكون للطالب زيادة بصيرة فنقول مستعينا بالله تعالى التزاحم يشترك مع التعارض فى عدم امكان اجتماع الحكمين الا ان عدم امكان الاجتماع فى التعارض كقوله (ع) ثمن العذرة سحت (٢) وقوله ع لا باس ببيع العذرة (٥) انما يكون فى مرحلة الجعل والتشريع بمعنى انه يمتنع تشريع حكم حرمة ثمن العذرة وجواز بيعها ثبوتا لانه يلزم من تشريعهما اجتماع الضدين او النقيضين فى نفس الامر واما التزاحم فعدم امكان اجتماع الحكمين كقوله انقذ زيدا وانقذ عمروا فيه انما يكون فى مرحلة الامتثال و فى الخارج بعد تشريعهما وانشائهما على موضوعهما المقدر وجوده فبين الحكمين فى عالم التشريع والجعل كمال الملائمة من دون ان يكون بينهما مزاحمة فى المقامين وانما وقع بينهما المزاحمة فى مقام الفعلية بعد تحقق الموضوع خارجا لعدم قدرة المكلف على الجمع بينهما فى الامتثال فتحصل ان التعارض انما يكون باعتبار تنافى مدلولى الدليلين فى مقام الجعل والتشريع و التزاحم انما يكون باعتبار تنافى الحكمين فى مقام الامتثال اما لعدم القدرة على الجمع بينهما فيه كانقاذ زيد و عمرو واما لقيام الدليل من الخارج على عدم وجوب الجمع بينهما كما لو كان المكلف مالكا لخمس وعشرين من الابل فى ستة اشهر ثم ملك واحدا من الابل فصارت ستة وعشرين فمقتضى ادلة الزكاة هو وجوب خمس شياة عند انقضاء حول الخمس و العشرين و وجوب بنت مخاض عند انقضاء حول الستة والعشرين ولكن قام الدليل على ان المال لا يزكى فى العام الواحد مرتين فيقع التزاحم بينهما لانه لابد من سقوط ستة اشهر اما من حول الخمس و العشرين واما من حول الستة والشعرين فانه لولا السقوط يلزم تزكية المال فى ظرف ستة اشهر مرتين كما لا يخفى

(٢) يعقوب بن شعيب عن ابيعبدالله عليه السلام قال ثمن العذرة سحت چاپ جديد وسائل كتاب التجارة ص ١٢٦

(٥) محمد بن مضارب عن ابيعبدالله عليه السلام قال لا باس ببيع العذرة ايضا كتاب التجارة ص ١٢٧

قوله قده امكن الجمع بينهما اى بين الدليل الخاص الدال على صحة هذه الاباحة المطلقة و بين دليل توقف العتق مثلا على الملك قوله فتامل اقول وجه التامل انه على تقدير التعارض بينهما بالعموم والخصوص من وجه يتعين الرجوع فى مورد التعارض الى دليل اخر وهو فيما نحن فيه اصالة عدم ترتب الاثر لانه يستكشف الملكية القهرية قوله نظير الملك التقديرى فى الدية بالنسبة الى الميت اقول فانه يقال ان الدية بحكم مال الميت و تقدر ملكا له حال الحيوة و لاجل ذلك تجرى عليها احكام امواله حال الحيوه فيرثها ورثته و تنفذ منها وصاياه و توفى منها ديونه لانه يملكها بعد الموت قوله او شراء العبد المعتق عليه اى على المشترى ومراده قدس سره من هذه العبارة ان الملك فى شراء من يعتق عليه ايضا تقديرى كالدية وليس بحقيقى واستشكل السيد قده فى الحاشية فيه و ذهب الى كون الملك فى شراء من يعتق عليه حقيقياً و قال قد عرفت انه مقتضى القاعدة فان الاخبار دلت على جواز الشراء و صحته و مقتضاه حصول الملكية حقيقة واخبار الانعتاق دلت على حصوله بالملك ولازم المجموع حصولها انا ما حقيقة فمعنى لا يملك الرجل عمودية لا يملك ملكا تاما مستقرا فلا وجه للقول بالملك الحكمى انتهى ما افاده ره قوله بل هو اى الملك الحاصل فى الان المتعقب بالبيع والعتق ملك حقيقى حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله اى قبل البيع قوله بناء على الاكتفاء بمثل هذا اى بمثل البيع والعتق وغيرهما من الافعال بان يقال بكفاية الفعل فى الرجوع و تحققه بالفعل من دون حاجة فى تحقق الرجوع الى القول قوله وليس كذلك فيما نحن فيه اقول يعنى لا يحصل الملك فيما نحن فيه كما كان حاصلا فيما اذا باع الواهب عبده الموهوب او اعتقه و المراد من ما نحن فيه الوجهان الاخران من الوجوه الاربعة اعنى القسم الثالث الذى يقصد الاول فيه اباحة ماله بعوض فيقبل الاخر باخذه اياه والقسم الرابع الذى يقصد كل منهما فيه الاباحة بازاء اباحة اخر ووجه عدم كون ما نحن فيه كذلك واضح اذا لمفروض عدم قصد المالك التمليك و عدم قصد المباح له التملك عند التصرف فى البيع و نحوه قوله لتوقفه اى التمليك الضمنى على القصد قوله لتوقفه اى لتوقف انطباق ما نحن فيه على الملك التقديرى على التنافى المذكور وعدم حكومة دليل توقف التصرف الخاص على الملك على دليل السلطنة وحاصل الكلام انه لا يتحقق التنافى بين دليل توقف التصرف الخاص على الملك و بين دليل السلطنة كما يتحقق بين دليل صحة شراء من يعتق عليه

دليل عدم ملكيته فيحتاج الى تقدير الملك بمقدار ان يتحقق الانعتاق على المشترى اذ قدمر حكومة دليل توقف العتق على الملك على دليل السلطنة فلا موجب لتقدير الملك كتقديره فى شراء من يتعتق عليه قوله ولا على التمليك الضمنى المذكور ثالثا فى بيع الواهب و ذى الخيار لعدم تحقق سبب الملك هنا سابقا يعنى ان سبب الملك المتحقق سابقا على البيع اعنى ارادة حصول الملك قبل التصرف بالبيع المستكشف بالبيع موجودة فى بيع الواهب وذى الخيار مفقودة فيما نحن فيه حسب الفرض اذ المفروض كما مر انفاعدم قصد المالك التمليك وعدم قصد المباح له التملك عند التصرف فى البيع ونحوه قوله بحيث يكشف البيع عنه اى عن سبب الملك و المراد من السبب ارادة المالك حصول الملك قوله سواء صرح ذلك اى الاذن فى بيع ماله لغيره قوله ام ادخله اى الاذن فى بيع ماله لغيره قوله فاذا باع المباح له على هذا الوجه يعنى على الاذن الصادر من المالك فى بيع ماله لغيره قوله اما لازما بناء اعلى ان قصد البايع لنفسه غير مؤثر اقول والذى يناسب وينبغى ان يراد من هذه العبارة هو ان نية البايع لنفسه ان كانت مقومة وموثرة فاللازم بطلان العقد ولو مع اجازة المالك لما مر من امتناع المعاوضة لان مقتضى مفهوم المعاوضة والمبادلة دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه والالم يكن عوضا وبدلا والمفروض ان البايع فى المقام غير مالك و قد عرفت تعليل العلامة قده بانه لا يعقل شراء شيى لنفسه بمال الغير وان كانت غير موثره ولا مقومة صح بلا اجازة بناء اعلى الاكتفاء بالاباحة الصادرة من المالك قبل البيع او بشرط الاجازة بناء اعلى عدم الاكتفاء بها كما هو الظاهر لاختصاصها بالبيع للمباح له وهو لا يمكن وقوعه ولا تشمل البيع للمالك قوله ولكن الذى يظهر من جماعة منهم قطب الدين والشهيد ره فى باب بيع الغاصب ان تسليط المشترى للبايع الغاصب على الثمن والاذن فى اتلافه الضمير فى اتلافه يرجع الى الثمن فيكون اضافة الاتلاف الى الضمير من اضافة المصدر الى المفعول و فاعله هو الغاصب قوله يوجب جواز شراء الغاصب به اى بالثمن قوله وانه اى الغاصب يملك الثمن بدفعه اى المشترى فيكون من اضافة المصدر الى الفاعل اليه اى الى الغاصب اقول لا يخفى على المتامل انه اذا كان ملك الغاصب للثمن المدفوع يتحقق بمجرد دفع المشترى اليه فلا يكون هذا مما نحن فيه حتى يحسن جعل ما يظهر من

الجماعة مخالفا لما ذكره قده في هذا المبحث وانما يحسن ذلك لو كان بناءهم على ان التسليط انما يوجب اباحة التصرف لكن ذلك خلاف ما صرح به هنا وخلاف ما يظهر منه في بحث الفضولي بل خلاف ما يظهر من بعض كلماتهم المنقولة في ذلك المبحث و لعله لذلك امر بالتامل

قوله على الملك فتامل اقول لعل الامر بالتامل اشارة الى الفرق بين المقامين اعني تسليط المشترى للبايع الغاصب على الثمن وتسليط الشخص غيره على ماله على وجه الاباحة الذي هو مورد الكلام للاعلام ومحل النقض والابرام وحاصله انه يمكن ان يكون نظر الجماعة الى كون الغاصب مالكا للثمن مع علم المشترى بكون البايع غاصبا لان المشترى قد سلطه على الثمن مجانا فهذا التسليط يفيد الاباحة بل يفيد الملكية لشهادة الحال فاذا اشترى بهذا الثمن شيأ فقد اشترى بماله لا بمال الغير المباح له فتلخص ان التسليط على وجه الملكية يوجب حصول الملك به دون التسليط على وجه الاباحة كما فيما نحن فيه قوله وسياتي توضيحه اى كون تسليط الشخص موجبا لجواز التصرفات المتوقفة على الملك

اقسام الاباحة المعوضة

قوله و اما الكلام في صحة الاباحة بالعوض الخ اقول محصل كلامه قده في هذا المقام هو ان البحث هنا يقع في ناحيتين الناحية الاولى في صحة الاباحة بالعوض وقد نوقش في ذلك بان هذه الاباحة خارجة عن المعاوضات المعهودة شرعا مع التامل في صدق التجارة عليها فضلا عن البيع نعم يمكن الاستدلال على صحتها بدليل وجوب الوفاء بالشرط ودليل السلطنة وعن بعض المحققين احتمال كون ذلك نوعا من الصلح لان الصلح هو التسالم ومن الواضح ان ما نحن فيه مصداق للتسالم وسيجيء بيان ناحية الثانية قوله ام خصصنا الاباحة بغيرها اى بغير التصرفات المتوقفة على الملك قوله فمحصله اى الكلام بل كلاهما اى العوضين قوله فيشكل الامر الفاء جزاء لشرط مقدر وهو انه اذا قلنا بعدم كون هذه الاباحة معاوضة ماليه وعدم كونها مفيدة للملك فيشكل الامر في هذا القسم من الاباحة قوله من جهة خروجه اى هذا الخ من الاباحة عن المعاوضات المعهودة اقول وهي كالبيع و والاجارة والصلح وامثالها ووجه الخروج واضح لان البيع تبديل مال بمال لا تبديل الاباحة بالمال وكذا الاجارة فانها تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم ومن البين

انه غير تبديل الاباحة بالمال ومن هنا يعلم انه غير الصلح لانه ايضا ليس تبديل الاباحة بالمال بل هو مسالمة عقدية وانشاء للتسالم كما سياتي قوله مع التامل في صدق التجارة عليها اي الاباحة بالعوض قوله فضلا عن البيع اقول البيع من جملة مصاديق المعاوضات كما صرحنا به انفا فاذن لا مورد لهذه العبارة اذا عرفت هذا فنقول لا ينبغي التامل في صدق التجارة بالاضافة الى المبيح لتحقق الاكتساب بالنسبة اليه نعم يبعد جدا صدق التجارة بالاضافة الى المباح له لكن لا يخفى انه اذا دلت اية التجارة على الصحة بالاضافة الى المبيح فقد دلت عليها بالاضافة الى المباح له للملازمة كما ان من البين عدم صدق البيع على هذه الاباحة فلا يشملها قوله تعالى احل الله البيع قوله الا ان يكون صلحا لمناسبته اي الصلح له اي هذا النحو من الاباحة بناء على انه اي الشان لا يشترط فيه اي التسالم فتلخص مما ذكرنا انه يمنع من خروج هذه الاباحة بالعوض عن المعاوضات المعهودة بدعوى دخولها في الصلح فانها نوع منه فتعمها ادلته فيحكم بلزومها ايضا من دون اشكال فيه بناء على انه لا يشترط في اللزوم لفظ الصلح هذا مراد المصنف قده ولكن لا يخفى ما فيه لان الصلح ليس هو التسالم على امر كما افاده قده والا لزم كون جميع المعاملات صلحا بل الصلح المقابل لسائر العقود مسالمة عقدية وانشاء للتسالم ومن المعلوم ان هذا لا ينطبق على المقام واما الصحيحان فليس فيهما ما يدل على ان تلك المعاملة التي نفى البأس عنها صلحا بل من الممكن ان تكون معاملة مستقلة فتعين ان تكون معاملة مستقلة قوله كما يستفاد من بعض الاخبار (١) اقول بمعنى انه يستفاد من بعض الاخبار عدم اشتراط انشاء حقيقة المصالحة بلفظ الصلح ولذلك قال المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد ما لفظه ولكن ليس فيهما صراحة بالصلح قوله الدالة على صحته اي التسالم ونحوه ما ورد (٥) اي قول المتصالحين في عدم التصريح بلفظ الصلح كفى فيها اي معاملة مستقلة قوله وعلى تقدير الصحة ففي لزومها اي الاباحة بالعوض اقول هذه هي الناحية الثانية التي قد صرحنا في اول هذا البحث بقولنا وسيجيء بيان ناحية الثانية وملخص الكلام فيها انه اذا قلنا بكون الاباحة بالعوض معاملة مستقلة غير داخلة

(١) نظره قده في ذلك الى ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر (ع) قد نقلنا متن الرواية في ذيل التنبيه الثالث فراجع (٥) راجع الوافي جزء ١٢ ص ١٤٧

تحت المعاوضات المعهودة فهل يحكم بلزومها مطلقا سواء كان من طرف المبيح ام من طرف المباح له لعموم المومنون عند شروطهم الدال على اللزوم من الطرفين بناء على شموله للشروط الابتدائية الحاكم على قاعدة السلطنة ام من طرف المباح له فقط حيث انه يخرج ماله عن ملكه دون المبيح حيث ان ماله باق على ملكه فهو مسلط على ماله ام يحكم بجواز هذه الاباحه مطلقا سواء كان من طرف المبيح ام من طرف المباح له وجوه مبتداء موخر خبرها قوله ففي لزومها الخ قوله اقواها اى الوجوه ووجه كونه اقوى ماعرفت من عموم المومنون الحاكم على قاعدة السلطنة قوله ثم اوسطها والمراد من اوسط الوجوه كما عرفت الحكم بلزوم هذه الاباحة من طرف المباح له فقط والوجه فى كونه اقوى بالنسبة الى الوجه الاخير ماعرفت انفا من ان المباح له قد اخرج ماله عن ملكه دون المبيح قوله واما حكم الاباحة بالاباحة فالاشكال فيه اى حكم الاباحة المذكورة ايضا يظهر مما ذكرنا فى سابقه اقول يعنى من خروجها عن المعاوضات المعهودة كالبيع والاجارة والصلح والظاهر هنا وضوح عدم صدق التجارة فضلا عن البيع بخلاف الاباحة بالعوض فانه لا ينبغى التامل فى صدق التجارة فيها بالاضافة الى المبيح كما عرفت بل عن بعض الاجلة مطلقا فالمراد من سابقه فى عبارة المصنف هو الاباحة بالعوض قوله والاقوى فيها اى الاباحة بالاباحة الصحة واللزوم للعموم اى عموم المومنون عند شروطهم قوله او الجواز من الطرفين يعنى من طرف المبيح والمباح له قوله لاصالة التسلط اقول قد عرفت ضعف التمسك بقاعدة السلطنة فى قبال المومنون عند شروطهم الحاكم عليها فيكون اللزوم اقوى ثم لا يعلم الفرق بين الصورة الاولى اعنى الاباحة بالعوض وبين الصورة الثانية وهى الاباحة بالاباحة كى يكون اللزوم فى الاولى اقوى من دون الترديد ولا يكون فى الصورة الثانية كذلك قوله الخامس فى حكم جريان المعاطاة فى غير البيع

اقول ملخص الكلام فى المقام بحيث يناسب وضع هذا الشرح ولا يخرج بطوله عنه هو ان المعاطاة هل تجرى فى غير البيع من العقود والايقاعات ام لا والتحقيق انه اذا قلنا بان القاعدة تقتضى انحصار العقود والايقاعات بالالفاظ بمعنى ان للفظ دخلا فى تحققهما لم تجر المعاطاة الا فى مورد خاص قام فيه دليل خاص من اجماع او سيرة او نص على جريانها فيه والوجه فيه ان المعاطاة حينئذ على خلاف

القاعدة فيقتصر في مخالفتها على مورد الدليل وان قلنا بان القاعدة تقتضي صحة انشاء العقود والايقاعات بكل ما هو صالح لابراز الاعتبار النفساني واظهاره جرت المعاطاة في الجميع الا اذا قام دليل خاص على عدم جريانها في فرد خاص او قام دليل خاص على انحصار مظهره ومبروه بشي خاص ولكنك قد عرفت انه لم يرد في اية ولا في رواية ولا في معقد اجماع انحصار المبرز في جميع العقود والايقاعات بمبرز معين وعليه فلا باس بجريان المعاطاة في جميع العقود و الايقاعات الا ما خرج بالدليل واذن فيكون ما هو المنشاء بالافعال من المعاملات للاطلاقات والعمومات الدالة على صحة العقود والايقاعات ولزومهما قوله اعلم انه اى الشان ذكر المحقق الثاني في جامع المقاصد (١) اقول ذكر قده ذلك في ذيل كلامه في المعاطاة من كتاب البيع وكذا ذكر في المسالك (٩) فانه قال العاشر ذكر بعض الاصحاب ورود المعاطاة في الاجارة والهبة بان يامره بعمل معين ويعين له عوضا فيستحق الاجرة بالعمل ولو كان اجارة فاسدة لم يستحق شيئا مع علمه بالفساد بل لم يجز له العمل والتصرف في ملك المستاجر مع اطباقهم على جواز ذلك واستحقاق الاجر (انتهى) على ما حكي عنه اى المحقق الثاني قوله وذلك اى اعتبار المعاطاة وكيفيته انه اى الشان بعمل على عوض معين فعمله استحق الاجرة اى الاجرة المسماة اقول يمكن ان يتوجه على المحقق الثاني قده ان المفروض ليس من المعاطاة بل هو من العقد الفاسد وسيجيى انه غير ملحق بالمعاطاة بل يمكن ان يدعى كونه من الاجارة الصحيحة لاكتفاء الاصحاب في ايجابها بالامر في قبولها بالشروع في العمل فلا دلالة فيما ذكروه على انهم يجرون المعاطاة في الاجارة قوله لم يجز له العمل اقول بمعنى انه لا يجوز للاجير العمل بعنوان الاجارة لان المفروض فسادها او مطلقا لكن فيما اذا كان عمله مستلزما للتصرف في عين من اعيان اموال المستاجر مع علمه اى المامور قوله وظاهرهم الجواز بذلك اى ظاهر الاصحاب والعلماء رضوان الله عليهم جواز العمل بالامر بعمل على عوض معين قوله وهو اى ما في كلام بعضهم المقتضي اعتبار المعاطاة في الاجارة والهبة قوله ملحظ وجيه الملحظ ههنا مصدر ميمي بمعنى اللحظ ج ملاحظ قوله وفيه اى ما ذكره المحقق الثاني قوله وملك الامر بصيغة اسم الفاعل قوله ولم

(١) جامع المقاصد كتاب المتاجر منه ص ٨ (٩) مسالك الافهام كتاب التجارة ص ٧

نجد من صرح به اقول اى بهذا المعنى وهو الحكم بملك المامور الاجر المعين الخ ومنه يعلم ما فى اسناده قدده اليهم بقوله ان فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة فى الاجارة والهبته ثم ان هذا الاشكال لا يختص بجريان المعاطاة فى الاجارة لما مضى من ان المعاطاة فى البيع عند الاصحاب لا تفيد الملك وانما توجب الاباحة واما قوله اى المحقق الثانى لم يجزله قد بينا ان الضمير المجرور يرجع للاجير لا يوجب منعه اى الاجير قوله سيما اذا لم يكن العمل تصرفا فى عين من اموال المستاجر مثاله كما اذا امره بكنس المدرسة والمسجد والطريق وامثالها مما ليس ملكا للمستاجر وقوله ايقول المحقق الثانى لم يسلم له اى للاجير قوله واما مسئلة الهبته فالحكم فيها بجواز اتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاة فيه اى الهبته اقول وجه عدم دلالة جواز الاتلاف على جريانها فى الهبته اعميته بالنسبة الى الملك فحاصل الاشكال ان جواز الاتلاف لا يدل على جريان المعاطاة فى الهبة على مذهب المحقق الثانى فيها لانه قائل بانها مفيدة للملك ومن المعلوم ان جواز الاتلاف اعم من الملك والاعم لا دلالة فيه على الاخص كما بين فى محله قوله فان جماعة كالشيخ والحلى والعلامة (٢) قوله بان اعطاء الهدية من دون الصيغة اى صيغة الهدية كان يقول المهدى اهديت اليك هذا المتاع فيقول المهدى اليه قبلت الهدية عند القائلين بها اى المعاطاة قوله ومما ذكرنا يظهر المنع اقول اى مما ذكرنا فى منع عدم جواز الاتلاف لو كانت هبة فاسدة من امكان استناد جوازه الى افادة المعاطاة الاباحة لا الملك يظهر المنع فى قول المحقق الثانى بل منع عن مطلق التصرف لجواز التصرف على القول بافادتها الاباحة فان الفساد الذى هو بمعنى عدم ترتب الملك لا يقتضى المنع من سائر التصرفات لامكان الحكم بعدم الملك وبجواز التصرف كما مضى فى الاستدلال على صحة المعاطاة بقوله تعالى احل الله البيع فراجع فى قوله اى المحقق الثانى قوله ولكن الاظهر بناء على

٢ــ قدمر التصريح باسم الشيخ والعلامة رضوان الله عليهما والمراد من الحلى محمد بن احمد بن ادريس الحلى فخر الدين ابو عبدالله العجلى فخر الاجلة وشيخ فقهاء الحلة صاحب كتاب السرائر الحاوى لتحرير الفتاوى ومختصر تبيان الشيخ الطوسى

جريان المعاطاة فى البيع فى غيره اى غير البيع من الاجارة والهبة لكون الفعل مفيد التمليك فيهما اى الاجارة والهبة قوله وظاهر المحكى عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع وغيره كالرهن مثلا اقول فظاهر العبارة يعطى ان يكون المراد منها ان كل من قال بجريان المعاطاة فى البيع قال بجريانها فى الرهن ولكن ذكر بعض المحشين فى توجيه العبارة فى المقام ماهذا لفظه (جريان الخلاف الواقع فى البيع فى الرهن وان كان اعم من ان يكون كل من قال به فى البيع قال به فى الرهن لان جريان الخلاف فى الرهن قد يتصور بان يكون القائل بالمعاطاة فى البيع يقول بها فى الرهن والمانع عنها فى البيع يمنع عنها فيه وقد يتصور بان يقع الخلاف فى جريان المعاطاة فى البيع فتقول جماعة بجريانها فيه واخرى بعدم جريانها فيه ثم تختلف الجماعة الاولى فتقول طائفة منهم بجريان المعاطاة فى الرهن واخرى بعدم جريانها فيه فعلى التصوير الاول وان كان يتحقق عدم القول بالفصل الا انه على التصوير الثانى لا يصح ان يقال ان كل من قال بجريان المعاطاة فى البيع قال بجريانها فى الرهن لمصير الجماعة الاخرى من القائلين بجريانها فى البيع الى عدم جريانها فى الرهن فالحاصل ان كلام العلامة قده مسوق لبيان جريان الخلاف فى المقامين لا لبيان ان القائل بالجريان فى البيع هو القائل بجريانها فى الرهن وان المانع منه فيه هو المانع فى الرهن والذى يجدى فى ثبوت عدم القول بالفصل انما هو الثانى دون الاول انتهى كلامه ره

قوله حيث قال فى باب الرهن ان الخلاف فى الاكتفاء فيه اى الرهن والاستيجاب (٢) كان يقول ارهنه قوله والايجاب عليه اى على الاستيجاب كان يقول ارهنتك المذكورة صفة للاستيجاب والايجاب والمعاطاة جمع وتصوير الاستيجاب والايجاب فى البيع كان يقول بعنيه فيقول بعتك قوله اتى هنا اى الرهن قوله لكن

(٢) متن عبارة التذكرة (البحث الاول فى الصيغة الرهن كالبيع فى افتقاره الى صيغة تدل عليه والاصل فيه ان المعاملات لابد فيها من التراضى بين المتعاملين والرضا من الامور الباطنة الخفية عنا ولا يمكن التوصل الى معرفته الا بالصيغ الدالة عليه والخلاف فى الاكتفاء فيه بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب عليه المذكورة فى البيع بجملتها هنا جلد دوم تذكره كتاب الرهن ص (١١)

استشكله اى فى جريان المعاطاة فى محكى جامع المقاصد اقول وينبغى فى المقام اشباع الكلام بحيث يكشف به الظلام ويرفع به القناع عن وجه كلمات الاعلام فنقول مستعينا بالله تعالى قد نوقش فى جريان المعاطاة على القول بكونها مفيدة للملك فى امور منها الوقف ومنها القرض وسيجيى البحث فيهما ومنها الرهن وجه المناقشة فى جريانها فيه هو ان المعاطاة اما تفيد الاباحة المجردة او الملكية الجائزة ومن الواضح ان كليتهما لا تلائم الرهان بداهة ان العين المرهونة وثيقة للمرتهن ومن البين ان جواز الرهن نيافى الاستيثاق هذا ويمكن الجواب عنه بان القول بالاباحة او الملكية الجائزة انما هو من ناحية توهم الاجماع على ان المعاطاة لا تفيد الملكية اصلا او الملكية اللازمة من اول الامر والا لكانت المعاطاة مشمولة للادله الدالة على صحة العقود والايقاعات ولزومهما ومن الواضح ان الاجماع دليل لبى فلا يوخذ منه الا بالمقدار المتيقن وهو العقود التى تتصف باللزوم تارة وبالجواز اخرى واما العقود التى هى لازمة فى ذاتها كالرهن فهى خارجة عن معقد الاجماع ولا اقل من الشك فى ذلك فهو كاف فى اثبات مقصودنا والذى يدلنا على هذه النكته ان كلمات اغلب المجمعين ظاهرة بل صريحة فى ان المعاطاة مفيدة للاباحة او الملك الجائز وليس معقد الاجماع فى كلماتهم ان ما ليس فيه لفظ من العقود والايقاعات فهو غير لازم واذن فلا مانع منه ولا باس بجريان المعاطاة فى الرهن ويكون لازما من اول الامر اذ لا نطمئن بدخوله فى معقد الاجماع المتقدم بخلاف ماهنا اى الرهن اقول قال المحقق قدء فى جامع المقاصد بعدما حكى عن التذكرة ماذكر (ويشكل بان باب البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع بخلاف ماهنا اما الاستيجاب والايجاب فنعم الخ وظاهره ان جريان المعاطاة فى البيع على خلاف القواعد للاجماع على جريانها ولا اجماع على جريانها فى الرهن فلا موجب للخروج عن القواعد واشكال ما ذكره ظاهر مما تقدم ومنه يظهر الاشكال فى قول المصنف (ره) ولعل وجه الاشكال فانه ان اراد بيان الوجه لاشكال جامع المقاصد فقد صرح بان وجهه قيام الاجماع فى البيع دون الرهن كما عرفت انفا وان اراد وجه اشكال المخالفين فى الرهن حيث لم يجر والمعاطاة فيه كالبيع فلا باس به و يمكن ان يكون مراد المحقق بقوله بان البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع ان ما هو معنى المعاطاة بالاجماع يتاتى فى البيع ويثبت دون الرهن فيكون لقول المصنف قده (ولعل

وجه الاشكال) مورد اذا لمراد ح بين عدم تاتى معنى المعاطاة فى الرهن على نحو مايتاتى فى البيع هناك اى فى البيع قوله والاول اى كون المعاطاة مفيده للاباحة غير متصور هنا اى فى الرهن بل المتصور ثبوت الرهن على وجه الجواز او اللزوم والاول ينافى الوثوق المقوم لمفهوم الرهن وبعبارة اخرى ان العين المرهونة وثيقة للمرتهن ومن البين ان جواز الرهن ينافى الاستيثاق والثانى خلاف الاجماع على اعتبار اللفظ فى اللزوم قوله واما الجواز المراد من الجواز هنا جواز الرهن لا جواز الملكية فكذلك يعنى غير متصور هنا كالاباحة لما قد عرفت انفا الذى به اى الوثوق قوله خصوصا بملاحظة انه اى الشان لايتصور هنا اى فى الرهن مايوجب رجوعها اى المعاطاة الى اللزوم ليحصل به اى اللزوم قوله وكان هذا اقول اى كل من المحاذير الثلثة اعنى كون الاباحة غير متصورة فى الرهن و كون الجواز منافيا للوثوق الذى به قوام مفهوم الرهن وكون جعل لمعاطاة مفيدة للزوم مخالفا لما اطبقوا عليه من توقف العقود اللازمة على اللفظ هو الذى دعى المحقق الخ قوله نعم من كلمة من شرطية وجوابه قوله فيما بعد (امكن ان يقول الخ كما فى قوله تعالى من يعمل سوء يجز به (١) قوله واذا اى لاجل حمل العقود على اللازمة واشتراط المشهور الماضوية جوز بعضهم اقول المراد من هذا البعض محمد بن مكى المعروف بالشهيد الاول قال فى كتابه الدروس فى باب الرهن منه (وايجابه رهنت ووثقت وهذا رهن عندك او وثيقة والقبول قبلت او ارتهنت وشبهه ولو قال خذه على مالك او بمالك فهو رهن انتهى قوله والجملة الخبرية كقوله هذا رهن قوله لاطلاق بعض ادلة الرهن كقوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة حيث لم يقيد باللفظ بل اطلق الرهان (٢) قوله ولم يقم هنا اى فى الرهن اجماع على عدم اللزوم اقول هذا هو العمدة فى هذا الباب لما عرفت من ان الاصل اللزوم والخروج عنه يحتاج الى دليل ومما يبين انتفاء الاجماع فى الرهن ثبوت القول بجريان المعاطاة فيه مع عدم احتمال كون المراد جريانها فيه على وجه الجواز لما سمعت وكذا الكلام فى الوقف

(١) سورة النساء آية ١٢٢

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٣

المبنى على الدوام والتابيد ولاسيما بملاحظة الصيرة المستمرة على جريان المعاطاة على وجه اللزوم فى جملة من موارده كالمشاهد والمساجد ومنازل المسافرين و مايتعلق بها من فرش ونحوها وغيرذلك والمتحصل انه بعدما كان مقتضى الاصل الصحة واللزوم وان الخروج عنه انما كان بالاجماع يجب الاقتصار فيه على القدر المتيقن ولما لم يثبت الاجماع على البطلان فى الموردين المذكورين تعين القول بالصحة فيهما على وجه اللزوم للاصل الذى لم يثبت مايوجب الخروج عنه قوله ولاجل ماذكرنا فى الرهن اقول الحاصل مماذكره قده وجعله مانعا من جريان المعاطاة فى الرهن هوان المعاطاة امانفيد الاباحة المجردة اوالملكية الجائزة ومن الواضح ان كليتهما لاتلائم الرهان بداهة ان العين المرهونة وثيقة للمرتهن وبديهى ان جواز الرهن نيافى الاستيثاق وان قلنا بافادتها اللزوم كان هذا مخالفا لما اطبقوا عليه من توقف العقود اللازمة على اللفظ قوله يمنع من جريان المعاطاة فى الوقف وجه المنع هوان الوقف صدقة فى سبيل الله فيكون لازما لانه لو كان جائزا لامكن رجوعه وما كان لله لايرجع فيه وعليه فلاتجرى فيه المعاطاة التى هى جائزة فى نفسها قوله بان يكفى فيه اى فى الوقف قوله لان القول فيه اى فى المعاطاة قوله والجواز غير معروف فى الوقف من الشارع اقول يمكن منع ذلك فى استدامته كما عن بعض المحققين نظرا الى ان موارد جواز بيع الوقف من موارد جوازه اذلايبطل الوقف بمجرد تحقق المجوز لبيعه الا ان يدعى وقفية البدل كالاصل فليس فى بيعه ايضا ابطالاله نعم من يقول بجواز تقسيم البدل الى الطبقة الموجودة كان ذلك عنده ابطالا للوقف بل لو كان ذلك من جواز الوقف فقد يتحقق المجوز فى ابتدائه ايضا كان يحدث الخلف المجوز للبيع بمجرد اقباضه اوكان البيع لهم اعود ان قلنا بالجواز بذلك ايضا قوله فتامل وجه التامل هوان مجرد عدم معروفية الجواز فى الوقف غير مانع من جريان المعاطاة فيه ولاينهض دليلا على كون بناء الوقف شرعا على اللزوم مع ان القبض عند بعض الفقهاء شرط فى اللزوم فيكون الوقف قبله صحيحا جائزا قوله نعم يظهر الاكتفاء بغير اللفظ فى باب وقف المساجد من الذكرى اقول قال الشهيد قده فى الذكرى فى باب وقف المساجد نقلا عن الشيخ قده ماهذا لفظه (اذابنى مسجدا خارج داره فى ملكه فان نوى به ان يكون مسجدا يصلى فيه

كل من اراده زال ملكه عنه وان لم ينو ذلك فملكه باق عليه سواء صلى اولم يصل وظاهره الاكتفاء بالنية واولى منه اذا صلى فيه وليس فى كلامه دلالة على التلفظ ولعله الاقرب انتهى من العقود الاخر هو الضمير يرجع الى كلمة الملزم الملزم فى باب البيع يعنى هو الملزم فى المعاطاة التى تكون فى البيع لاطراد وجه اللزوم فى المعاطاة فى البيع وغيره على نحو واحد قوله كما سنبه به اى بكون ملزم معاطاة فى العقود الاخر هو الملزم فى باب البيع واتحاده فيهما

الامر السادس فى ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالاباحة اقول حاصل الاصل الذى اسسه المصنف قده امام البحث عن ملزمات المعاطاة هوانه بناء على افادة المعاطاة الملك فالاصل فيها اللزوم لما اسلفناه من الوجوه الثمانية الدالة على لزوم جميع العقود التى منها المعاطاة و على هذا فالاصل فى المعاطاة هو اللزوم واما بناء على القول بالاباحة فمقتضى الاصل فيها هو عدم اللزوم لانه يجوز للمبيح ان يرجع عن اباحته لان الناس مسلطون على اموالهم قوله اعلم ان الاصل على القول بالملك اللزوم اقول ان بنينا على لزوم المعاطاة كما هو الحق وصرح به بعض المحققين ومر تفصيله فيسقط هذا الامر ولامورد له وان بنينا على جوازها فحيث ان فى بعض الموارد الجواز متيقن كما فى صورة بقاء العينين وعدم تحقق شيى من الملزمات وفى بعض الموارد اللزوم متيقن كصورة تلف العينين كما ستقف عليه وفى بعض الموارد يشك فى اللزوم والجواز كصورة بقاء احدى العينين اوالامتزاج اونحو ذلك فينبغى اولا تاسيس الاصل فى المقام كى يرجع اليه عند الشك وعدم وجود الدليل على اللزوم والجواز وقد عرفت انفا ان المنصف قده ذهب الى ان الاصل هو اللزوم على القول بالملك واستند فى ذلك الى الوجوه الثمانية المتقدمة من العمومات واستصحاب بقاء الملكية التى ستقف عليها واما على القول بالاباحة فقد ذهب المصنف ره الى ان الاصل عدم اللزوم واستدل له بوجهين احدهما قاعدة تسلط الناس على اموالهم التى قدمر التصريح بها فى اول البحث والثانى اصالة بقاء سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة الحاكمه على اصالة بقاء الاباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها قوله لما عرفت من الوجوه الثمانية اقول وهى الاستصحاب ـ وقوله «ص» ان الناس مسلطون على اموالهم ـ وقوله «ع» لا يحل

مال امرى الاعن طيب نفسه - وقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا كلوا اموالكم بينكم بالباطل - وقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض - وقوله (ص) البيعان بالخيار - وقوله تعالى اوفوا بالعقود - وقوله المومنون عند شروطهم قوله

واصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة اقول لانسلم جريان اصالة السلطنة فى المقام لان مادل على الاباحة الشرعية ناقص لتلك السلطنة فلامجال لاستصحاب بقائها نعم يحين الرجوع الى استصحاب بقاء السلطنة الثابتة حال العلم بالجواز لكن يغنى عنه عموم قاعدة تسلط الناس على اموالهم اذلامجرى لهذا الاصل مع وجود عموم تلك القاعدة فلايحسن الجمع بينهما كمالايخفى قوله وهى اى اصالة السلطنة حاكمة على اصالة بقاء الاباحة وجه الحكومة ان اصالة سلطنة المالك اصل سببى واستصحاب الاباحة اصل مسببى وتقدمه عليه مما لامرية فيه ولاشبهة تعيرية

قوله لو سلم جريانها اى جريان اصالة الاباحة ووجه عدم التسلم والمنع من جريانها ماعرفت من ان مرجع الشك فى الجواز واللزوم هو الشك فى ان الثابت هو الجواز مطلقا اى سواء منع المالك عن التصرف ام لا اوهو بشرط عدم منع المالك عن التصرف اورجوعه عن المعاملة فيكون الشك فى نحو الاباحة الثابتة وانة مغيى بمنع المالك ورجوعه ام لا فيرجع الى الشك فى المقتضى الممنوع جريان الاستصحاب فيه عند المصنف نعم لوارید من الاباحة المالكية المسببة عن التسليط الخارجى على العين اوانشائها بالمعاملة فلاوجه للمنع عن استصحابها لعدم كون الشك من المقتضى لانه المفروض انشاء الاباحة مطلقا ومادام العين

قوله على الظاهر المصرح به فى بعض العبائر اقول لعل المراد من هذا البعض صاحب الجواهر وصاحب الحدائق وصاحب مفتاح الكرامة حيث قال الاول فى هذا المقام ماهذا لفظه بقى الكلام فيما ذكره غير واحد من الاصحاب بل قيل انه لاخلاف فيه ولااشكال من لزوم المعاطاة بتلف العين من الجانبين بل قال الاستاد فى شرحه لاريب ولاخلاف فى ان المعاطاة تنتهى الى اللزوم وان التلف الحقيقى اوالشرعى بالنقل بالوجه اللازم للعوضين معاباعث على اللزوم انتهى (٢) وقال الثانى فى كتابه الحدائق الرابع لااشكال ولاخلاف عندهم فى انه لوتلفت العينان فى بيع المعاطاة فانه يصير لازما انتهى (٣) وقال الثالث وهو العلامة السيد محمد

(٢) جواهر الكلام كتاب المتاجر منه ص ٤٨ (٣) تجارة حدائق ص ٦٩

الجوادبن محمد بن محمد الحسينى فى كتاب المتاجر من كتابه المفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة ماهذانصه وليعلم انه لااشكال ولا خلاف عندهم فى انه لو تلفت العينان من الجانين صارلازما انتهى(٤)قوله اماعلى القول بالاباحة فواضح يعنى اماكون التلف ملزما اجماعاً على القول بافادة المعاطاة الاباحة دون الملك فواضح ووجه الوضوح ان الرجوع على هذا القول ان كان بالعين فالمفروض انه ممتنع لانها تالفة وليست بباقية حتى يرجع اليه وان كان ببدل العين فهو يتوقف على ضمانها ولادليل عليه اذ لامنشاء لتوهم الضمان الاعموم على اليد وسيجيى الاشكال عليه والتكلم فيه فالمرجع اصل البراءة لان تلفه اى تلف كل واحدمن العوضين وهذامنه قده تعليل لكون التلف ملزما ووجه له ومحصله ماذكرناه انفا فلانعيد من مال مالكه اى مالك كل واحد من العوضين ولم يحصل مايوجب ضمان كل منهما اى من المتعاطيين مال صاحبه قوله وتوهم مبتداء خبره قوله مندفع بماسيجيى جريان قاعدة الضمان باليدهنا مندفع بماسيجيى اقول مراده قده مما سيجيى ماذكره بعداسطر بقوله (بان هذه اليدقبل تلف العين لم يكن يدضمان بل ولايعده اذابنى مالك العين الموجودة على امضاء المعاطاة ولم يرد الرجوع انما الكلام فى الضمان اذاراد الرجوع وليس هذامن مقتضى اليدقطعا) هذا ولكن يردعليه ان هذاالبيان انمايتم على القول بكون الاباحة المترتبة على المعاطاة المقصود بها الملك اباحة مالكية ولكنك قدعرفت سابقا انها اباحة شرعية وعليه فيجرى هنا ماافاده المصنف عندالتكلم على كلام بعض الاساطين من الالتزام بحصول الملكية انماقبل التلف وانما التزم هناك بذلك من ناحية الجمع بين الادلة واذن فاللازم عليه ان يحكم هنا بكون التلف فى ملك المالك الثانى وكونه ضامنا بالمسمى بداهة ان الاجماع يقتضى عدم ثبوت الضمان بالمثل او القيمة اذالمفروض ان المعاطاة لم تفد الاالاباحة وقاعدة ضمان اليد تقتضى كون التلف من ذى اليدواصالة بقاء المال فى ملك مالكه الاول يقتضى عدم تحقق الملكية الا انماقبل التلف واذا احصلت الملكية فلامناص عن الحكم بالضمان بالمسمى

٤ـ كتاب المتاجر من مفتاح الكرامة ص ١٥٧

وهذا مما لاشبهة فيه قوله اما على القول بالملك فلما عرفت من اصالة اللزوم المراد من هذه العبارة هو ان كون تلف العوضين ملزما اجماعا على القول بافادة المعاطاة الملك دون الاباحة ماعرفت من اصالة اللزوم بمعنى ان كل من العينين وان كان مضمونا بضمان المعاوضة ولذا الو تقايل المتعاطيان رجع كل منهما على الاخر بالبدل فيمالو تلف العوضان لكن المانع من رجوعهما اصالة اللزوم التي قدتقدمت الموسسة بالعمومات والاستصحاب فان مقتضى العمومات بقاء المتعاطيين على شرطهما من التمليك والتملك وعدم سلطنة احدهما لاخراج ماملكه لصاحبه عن ملكه اذلايحل مال امرء الابطيب نفسه ولايحل الاكل بالباطل وبغير التجارة

قوله والمتيقن من مخالفتها اى مخالفة اصالة اللزوم جواز ترادالعينين الجواز هنا بمعنى الامكان ومراده قده من مورد التراد صورة بقاء العينين فيصير المعنى ان المتيقن من مخالفة اصالة اللزوم وعدم اجرائها هو صورة امكان ترادالعينين و هى فيما اذاكانت العينان باقيتان قوله وحيث ارتفع مورد التراد امتنع اقول المراد من مورد التراد متعلق الجواز اعنى العوضين وحيث ان المفروض فيمانحن فيه تلفهما وعدم بقائهما فيمتنع جواز التراد والمقصود من هذا كله بيان الفارق بين جواز المعاطاة فى المقام وبين جواز البيع الخيارى بمعنى ان متعلق الجواز فى المعاطاة انما هو العين بحيث ان لكل من المتعاطيين أن يسترد ما اعطاه لصاحبه نظير الجواز فى الهبة المتعلق برد العين الموهوبة فان هذا هو المتيقن من جواز المعاطاة الثابت بالاجماع ولم يثبت جواز المعاطاة على نحو جواز العقد الخيارى لكى نستصحبه بعد التلف وهذا بخلاف متعلق الجواز فى البيع الخيارى فانه نفس العقد وعلى هذا فلاموضوع لجواز التراد فى المعاطاة بعد تلف العينين بخلاف جواز الفسخ فى البيع الخيارى فانه باق بعد تلف العينين ايضا اذ المفروض بقاء متعلقه وهو العقد قوله لان ذلك الجواز اى جواز البيع الخيارى من عوارض العقد مقصوده قدمن هذه العبارة هو ان الجواز فى البيع الخيارى بمعنى الانحلال بالفسخ والانحلال قائم بالعقد بخلاف الجواز فيما نحن فيه فانه بمعنى التملك بالاخذ والرجوع والتملك قائم بالعوضين قوله فلامانع من بقائه اى بقاء جواز البيع الخيارى بل لادليل على ارتفاعه اى ارتفاع جواز البيع الخيارى بعد تلفهما اى بعد تلف العينين بخلاف مانحن فيه وهو المعاطاة وجوازه فان الجواز فيه

اى فيمانحن فيه هنا بمعنى جواز الرجوع فى العين نظير جواز الرجوع فى العين الموهوبة فلايبقى بعد التلف متعلق الجواز المراد من متعلق الجواز كمامر العين وقدعرفت شرح العبارة فلانعيد قوله بل الجواز هنا اى فيما نحن فيه اعنى المعاطاة يتعلق بموضوع التراد موضوع التراد مجموع العينين قوله لامطلق الرجوع يعنى ليس المراد من امكان الرجوع والتراد فى المقام مطلق الرجوع بالعين ولومع تلف الاخرى كما ان الامر كذلك فى الهبة فان موضوع الرجوع فيها نفس العين الموهوبة اذلاعين اخرى مع العين الموهوبة حتى يتوهم قيام الرجوع بالعينين معافظهر الفرق بين الرجوع فى الهبة وبين التراد فى المقام فان موضوعه لما كان مجموع العينين كما عرفت انفا امتنع بتلف احداهماولو كان الجواز بمعنى الرجوع فى العين لامكن تحققه بالاضافة الى العين الموجودة ولومع تلف الاخرى قوله مع ان الشك فى ان متعلق الجواز هل هو اصل المعاملة اوالرجوع فى العين او تراد العينين يمنع من استصحابه اى استصحاب جواز الرجوع و مقصوده ان المنع عن جريان استصحاب جواز الرجوع فى المقام لايتوقف على العلم بكون متعلق الجواز خصوص العين بل يكفى فى المانعيته الشك فى ذلك و ان كانت العبارة لاتفى بهذا المرام لان مرجع التقريبين بظاهر العبارة هو كون الاصل اللزوم والثابت من الجواز ليس الاالمقدار المتيقن قوله فان المتيقن تعلقه اى تعلق جواز الرجوع قوله اذلادليل فى مقابلة اصالة اللزوم على ثبوت ازيد من جواز تراد العينين الذى لايتحقق اى التراد الامع بقائهما اى بقاء العينين قوله ومنه يعلم اى مما ذكرنا فان المتيقن من جواز المعاطاة صورة امكان تراد العينين الذى لايتحقق الامع بقائهما حكم مالو تلف احدى العينين يعنى يبنى على اللزوم لما عرفت من انه لامعنى لجواز التراد فى صورة تلف احدى العينين فمحصل الكلام انه لاريب فى لزوم العقد فى هذه الصورة على القول بالملك لان جواز المعاطاة انمايبقى مع امكان تراد العينين والمفروض فى المقام ان احداهما قد تلفت فلم يبق موضوع للتراد فتصير المعاطاة لازمة قوله اوبعضها اى بعض احدى العينين اقول قدذكر الاستاد (ره) فى هذا المقام ماهذا لفظه (اقول قدينا قش فيماذكره فى صورة تلف البعض بان التسليط على الكل متضمن للتسليط على البعض بعض فبالقياس

الى التسليط على الكل وان كان يمتنع التراد الا انه بالقياس الى التسليط الضمنى المتعلق بالبعض ممكن فموضوع الجواز بالقياس اليه باق كما اذا باع ماله ومال غيره بالمعاطاة فانه يجوز رده فى ماله مع انه بعض متعلق المعاطاة ومجرد الفرق بين المقيس وبين المقيس عليه بحصول التبعض فى الملك فى الاول وعدمه فى الثانى لان الملك فيه تام لا يتبعض فيه وانما التبعيض فيه فى تاثير العقد لا فى الاثر الحاصل به غير فارق انتهى قوله واما على القول بالاباحة فقد استوجه اقول يعنى اذا تلفت احدى العينين او بعضها بعض مشايخنا اقول المشايخ جمع الشيوخ وهو جمع الشيخ الذى من استبانت فيه السن وظهر عليه الشيب ومراده من بعض مشايخ هو السيد الاجل الاعظم محمد بن على بن محمد على الطباطبائى المعروف بالسيد المجاهد صاحب كتاب المناهل وقد استوجه وذكر فيها ماهذا لفظه (منها ما اذا تلف احد العوضين وقد صرح بعدم جواز الفسخ وتحقق اللزوم خ فى التحرير والدروس و جامع المقاصد وحاشية الارشاد والمسالك والروضة وحكاه فى المسالك عن صريح جماعة وصرح فى حاشية الارشاد بانه الاظهر من عامة المتاخرين ولكن فى المسالك احتمل عدم تحقق اللزوم التفاتا الى اصالة بقاء الملك لمالكه وعموم الناس مسلطون على اموالهم وفيه نظر لان الوجهين المذكورين انما يتجهان ان قلنا ان المعاطاة لا تفيد الملك واما على تقدير افادتها الملك كما هو المختار فلا انتهى كلامه رفع مقامه (٥) اذا عرفت هذا فاعلم ان مشايخ المصنف قده واساتيده ستته اللتى هى المراد من كلمة المشايخ فى المتن

مشايخ المصنف واساتيده

١ـ شيخ حسين انصارى دزفولى توفى بعد سنته ١٢٥٣ فى دزفول ٢ـ محمد شريف بن حسن على آملى مازندرانى توفى سنة ١٢٤٥ بمرض طاعون فى كربلا ٣ـ شيخ موسى بن شيخ جعفر المعروف بكاشف العظاء توفى سنة ١٢٤١ بمرض بواسير ودفن فى النجف ٤ـ شيخ على بن جعفر توفى سنة ١٢٥٤ فى كربلا ودفن فى النجف ٥ـ السيد محمد بن على المعروف بالسيد المجاهد توفى سنته ١٢٤٢ ودفن بكربلا ٦ـ احمد بن مهدى المعروف بالنراقى توفى سنته ١٢٤٥ بمرض وباء ودفن فى النجف

(٥) كتاب مناهل البيع ص ٦

ومن ذلك التفصيل تعرف عدة من معاصري السيد المجاهد قوله تبعا للمسالك اقول قال فيهما (لو تلفت احداهما خاصة فقد صرح جماعة بالاكتفاء به في تحقق ملك الاخرى نظرا الى ماقدمناه من جعل الباقي عوضا عن التالف لتراضيهما على ذلك ويحتمل هنا العدم التفاتا الى اصالة بقاء الملك لمالكه وعموم الناس مسلطون على اموالهم والاول اقوى فان .... الخ وهذا كما ترى صريح في اختيار اللزوم بتلف احدى العينين قوله لاصالة بقاء سلطنة مالك العين الخ اقول يعني وجه عدم اللزوم هو ان الاصل والاستصحاب ان سلطنة مالك العين الموجودة باقية على حالها هذا ولكن قد يقال لامجال لاستصحاب السلطنة مع وجود قاعدة تسلط الناس على اموالهم فمقتضى ماذكره سابقا من الاستدلال على عدم اللزوم على تقدير القول بالاباحة بقاعدة السلطنة الاستدلال بها هنا كما صنع في المسالك وملكه اى المالك لها اى للعين قوله وفيه اى في الاستيجاه وجعل بعض المشايخ اصالة عدم اللزوم وجيهة انها اى اصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة معارضة باصالة براءة ذمته اى ذمة المالك المزبور عن مثل التالف او قيمته اى قيمة التالف اذلو رجع المالك الى ماله لزمه اداء مثل ماتلفه او قيمته ولايجوز له اخذ ماله الباقي مجانا لانه جمع بين العوضين وموجب للضرر على صاحبه واكل للمال بالباطل عرفا لان هذه الاباحة معاوضة لامجانية فلاسبيل له الى الرجوع فيه وان كان ماله الا انه مسلوب المنفعة بالنسبة اليه على نحو العارية اللازمة وشبهها بل ربما قيل بان الرجوع به مناف لمقتضى المعاوضة فان مقتضاها ضمانه عليه بالعوض المسمى قوله والتمسك بعموم على اليد هنا في غير محله اقول هذا دفع لما يمكن ان يقال في المقام وهو انه لايتوهم عدم المجال للبراءة مع وجود الدليل على اشتغال ذمة صاحب العين الموجودة بالمثل او القيمة وهو عموم على اليد فيعاضد هذا العموم استصحاب السلطنة لتوافق مقتضاهما وهو الاشتغال بالمثل او القيمة وتقريب الدفع ما ذكره في المتن بقوله بعد القطع بان هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان لكونها باذن المالك وتسليطه فلا نصير يد ضمان بعد التلف وارادة الرجوع لان الواقع لاينقلب عما هو عليه قوله بل لابعده اى بعد التلف اذا بنى مالك العين الموجودة الخ بمعنى انه لايجوز لصاحب العين التالفة المطالبته بالبدل اذا لم يرد صاحب العين الموجودة الرجوع لعدم اشتغال ذمته بالبدل ح قوله انما الكلام في الضمان اى في ضمان

مالك العين الموجودة بمثل العين التالفة اوقيمتها اذا اراد الرجوح الى العين الموجودة اذا اراد الرجوع وليس هذا اى الضمان المشروط بارادة رجوع المالك من مقتضى اليد قطعا اقول حاصل الكلام ان قاعدة اليد لاتصلح لاثبات الضمان المقيد بارادة رجوع المالك لوجهين احدهما ان مقتضى هذه القاعدة الضمان المطلق لا الضمان المشروط وبعبارة اخرى مبسوطة مقتضى قاعدة اليد العلية التامة للضمان لا العليته الناقصة بمعنى كون قاعدة اليد جزء العلة وجزئها الاخر رجوع مالك العين الموجودة ثانيهما ان المال الماخوذ بما انه خرج عن تحت عموم على اليد فى زمان وهو قبل التلف وبعده قبل الرجوع فلا يرجع اليه بعد الرجوع لان المورد من موارد الرجوع الى استصحاب الحكم الخاص لا الى عموم العام لعدم كون الزمان مفرد اللعام كما بين فى الاصول ولكن يمكن ان يقال ان اصالة بقاء السلطنة المراد من بقاء السلطنة بقاء سلطنة المالك العين الموجودة حاكمة على اصالة عدم الضمان المراد بالضمان ضمان مالك العين الموجودة بمثل العين التالفة اوقيمتها ووجه الحكومة ان الشك فى ضمان المالك العين الموجودة ناش عن الشك فى بقاء سلطنته اذلو كانت باقية ورجع الى العين لامحالة يكون ضامنا بالمثل اوالقيمة قوله مع ان ضمان التالف ببدله معلوم بمعنى ان الضمان المطلق واصله معلوم لاريب ولاشك فيه انما الشك فى ان البدل المضمون هل هو البدل الحقيقى اعنى المثل او القيمة اوالبدل الجعلى اعنى العين الموجودة قوله فلا اصل يعنى لاتجرى اصالة عدم الضمان بالمثل اوالقيمة ولا اصالة عدم الضمان بالمسمى اعنى البدل الجعلى الذى هو عبارة عن العين الموجودة للمعارضة بينهما فتبقى اصالة بقاء السلطنة سليمة عن المعارض قوله مضافا الى ماقد يقال من ان عموم الناس مسلطون على اموالهم يدل الخ اقول مراده قده من هذه العبارة انه كما ان عموم الناس مسلطون يدل على سلطنة مالك العين الموجودة على ماله الموجود باخذه فكذلك يدل على سلطنة مالك العين التالفة عليها باخذ بدلها وهو المثل اوالقيمة و مع وجود الدليل الاجتهادى لامورد لاصل البراءة قوله ولو كان احد العوضين دينا فى ذمة احد المتعاطيين فعلى القول بالملك اى فعلى القول بافادة المعاطاة الملك يملكه اى يملك احد العوضين الذى هو دين فى ذمته من فى ذمته فيسقط يعنى فيسقط الدين عنه اى عن احد المتعاطيين وذمته والظاهر انه اى السقوط فى حكم التلف

اى فى حكم تلف احدى العينين وحاصل ماذكره المصنف فى هذا المقام انه لو كان احد العوضين دينا فالكلام يقع تارة بناء على القول بافادة المعاطاة الملك واخرى بناء على القول بافادتها الاباحة اما على الاول فقد استظهر المصنف ره كون السقوط بمنزله التلف وفى حكمه بمعنى ان سقوط ما فى الذمة تلف له فيكون المقام من موارد عدم امكان التراد لتوقفه على وجود العينين وبقائهما وظاهر العبارة انه لو قلنا بالعود بعد السقوط كان من موارد امكان التراد فيجوز الرجوع للاجماع على جواز المعاطاة مع امكان التراد وفيه انه بعد سقوط ما فى الذمة لابد من البناء على اللزوم لو قلنا بان تلف احدى العينين من الملزمات عاد الساقط ام لم يعد واما على الثانى فسياتى الكلام فيه لان الساقط لايعود بمعنى ان نفس الساقط لايعود حقيقة لامتناع اعادة المعدوم لان المفروض انه مع سقوط ما فى الذمة انعدم ذلك الشخص فاعادته اعادة المعدوم الممتنعة قوله ويحتمل العود وهو اى احتمال العود ضعيف اقول وجه الضعف انه ان عاد الساقط ليس هو شخص الذمة الساقطة على الفرض فمع سقوط ما فى الذمة انعدم ذلك الشخص فاعادته ليس بممكن وانما العائد مثله لانفسه حقيقة كما ان الكلام فى الملكية الزائلة عن العين الموجودة كذلك بمعنى انه يمتنع عود شخص الملكية الزائلة ونفسها وانما الممكن اعادة مثلها فاعادة المثل فى المقام وفى الملكيته الزائلة بمكان من الامكان دون الشخص قوله والظاهر ان الحكم كذلك على القول بالاباحة فافهم اقول لعله اشارة الى ان الظاهر ان اباحة الدين على من عليه الدين لايعقل لها معنى محصل الا سقوطه عن ذمته فيعود الكلام بان الساقط لايعود قوله ولو نقل العينان او احديهما بعقد لازم وهو كالبيع فهو اى النقل كالتلف يعنى كما ان تلف العينين او احديهما من جملة ملزمات المعاطاة فكذلك النقل من الملزمات على القولين اما على القول بافادة المعاطاة الملك فواضح لخروج العوضين او احدهما عن ملكه والمفروض ان جواز المعاطاة انما ثبت بدليل لبى وهو الاجماع والمتيقن منه ما اذا بقيت العين على صفة الملكية لمن انتقلت اليه مع انه اذا كان الناقل من العقود اللازمة امتنع التراد ومعه لامعنى لفسخ المعاملة لما تقدم من ان الجواز الثابت فى المعاطاة انما هو فى صورة امكان التراد الذى لايمكن فى المقام لعدم بقاء موضوعه بنقل العينين او احديهما واما على القول بافادتها الاباحة فكذلك ان كان النقل بالتصرف المتوقف على الملك وان كان بغير التصرف فلامتناع التراد لامعنى لبقاء الجواز قوله لامتناع التراد يعنى فيجئى فى المقام

الذى هو النقل مانقدم فى التلف من القول باصالة اللزوم لان المتيقن من مخالفتها صورة امكان تراد العينين وحيث ارتفع مورد التراد بالنقل امتنع قوله ولو عادت العين بفسخ ففى جواز التراد على القول بالملك لامكانه اى امكان جواز التراد اذا عادت العين بالتفاسخ لاستصحاب الجواز الذى موضوعه مايملكه المتعاطيان وهذا الموضوع موجود محفوظ قبل نقل العينين وبعد الفسخ فلامانع من استصحابه اذا احتملنا كون تخلل النقل رافعا لحكم الجواز عن موضوعه عند ثبوته ويحتمل عدم جواز التراد والوجه فيه ان دليل جواز التراد انما هو دليل لبى وهو الاجماع فيمكن ان يكون موضوعه مايملكه المتعاطيان قبل النقل فلايجرى الاستصحاب بعد النقل ولو عادت العين بالفسخ لعدم احراز الموضوع بنحو يمكن ابقاء حكمه وحيث ان المتيقن ذلك اى كون الموضوع مايملكه المتعاطيان قبل النقل فلابد فى غير ذلك من الرجوع الى اصالة اللزوم وعدمه اى عدم جواز التراد ووجهه ماعرفت انفا فلانعيد قوله ووجهان اجودهما ذلك اى اجود الوجهين عدم جواز التراد اذلم يثبت فى مقابلة اصالة اللزوم جواز التراد بقول مطلق يعنى ولو بعد خروج العين عن ملك من انتقلت اليه بل الثابت منه صورة بقاء العين فى ملك من انتقلت اليه وقبل خروجها عن ملكه بل المتيقن منه اى من جواز التراد غير ذلك اقول المشار اليه بكلمة ذلك جواز التراد بعد خروج العين عن ملك من انتقلت اليه الذى منعناعنه والمراد من غير هذا جواز التراد قبل خروج العين فالموضوع اعنى العوضين قبل خروجهما عن ملك من انتقلا اليه غير محرز فى الاستصحاب قوله وكذا على القول بالاباحة اى على القول بافادة المعاطاة الاباحة قوله لان التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف اقول مراده قده من التصرف الناقل التصرف المتوقف على الملك كالبيع والعتق ونحوهما كماسيجيى الاشارة الى ذلك فهذا التصرف الخاص هو الذى يكشف عن سبق الملك للمتصرف اما فى غيره فلاوجه لكشفه عن الملك الا اذا قلنا بالكشف فى التلف لان التلف نظير التصرف قوله فيرجع اى العين المباحة بالفسخ الى ملك الثانى اى المباح له الذى تصرف فى المباح بالنقل لانه ثان بالنسبة الى المالك المبيح فلادليل على زواله اى زوال الملك فيحكم حينئذ باصالة اللزوم وتكون هى المرجع قوله بل الحكم اى الحكم بلزوم المعاطاة وعدم جواز التراد

هنا اى فيما قلنا بافادة المعاطاة الاباحة اولى منه اى من الحكم باللزوم على القول بالملك لعدم تحقق جواز التراد السابق هنا اقول قوله لعدم تحقق جواز الخ وجه نلاولوية ومحصلها ان منشاء جواز التراد على القول بافاة المعاطاة الملك تسلط المالك الاول على اخراج ماكان ملكاله عن تحت ملكيته الغير الثابته لهذا الغير بالمعاطاة فاذا فسخ المالك بالمعاطاة المعاملة فعادت العين الى ملكه فقد تحققت اركان الاستصحاب من اليقين بتحقق السلطنة للمالك الاول على ازالة ملك من انتقلب اليه العين بالمعاطاة والشك فى زوال هذه السلطنة ومنشاء الشك احتمال مدخلية عدم طرو التصرف الناقل فى بقائها وهذا بخلافه على القول بالاباحة فانه لم يتحقق هنا جواز تراد الملك فان الثابت فى السابق سلطنة الشخص على ملكه لاجواز رد ملك الغير فلا مورد للاستصحاب فى المقام قوله بل المحقق اصالة بقاء سلطنة المالك الاول المقطوع بانتفائها اى انتفاء سلطنة المالك الاول لانتفاء موضوعها لصيرورة العين المباحة ملكا للمباح له بالتصرف الناقل قوله نعم لو قلنا بان الكاشف عن الملك هو العقد الناقل لا التصرف الناقل فاذا فرضنا ارتفاعه اى العقد بالفسخ عاد الملك الى المالك الاول وهو المالك قبل المعاطاة اى المبيح وان كان اى الملك مباحا لغيره الضمير يرجع الى المالك الاول قبل المعاطاة والمراد من الغير هو المباح له البايع وكلمة ان وصلية فتحصل ان المعنى وان كان ملك المالك الاول المبيح مباحا للمباح له مالم يسترد اى المباح له عوضه اى عوض ملك المالك الاول ثم لايخفى عليك ان مراد المصنف ره من كاسفية العقد كونه علة لحصول الملك للبايع المباح له وخروجه عن ملكه فتكون ملكيته المباح له باقتضاء العقد فاذا ارتفع العقد بالفسخ ارتفع معلوله اعنى حصول الملكية فيدخل بالفسخ فى ملك المبيح فيكون مقتضى قاعدة ان الناس مسلطون على اموالهم جواز التراد لعدم المانع منه حينئذ والى هذا اشار بقوله كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد هذا جواب قوله لو قلنا الخ وجزاءله لو فرض كون العوض الاخر باقيا على ملك مالكه الاول اقول قيد البقاء مبنى على عدم كفاية بقاء احدى العينين على ملك مالكه الاول فى جواز الرجوع بناء على الاباحة و اما بناء على مامر من كفاية بقاء احدى العينين على ملك مالكه فى جواز الرجوع

فلاوجه لقيد البقاء بل الاوجه ان يقال ملطقا بقى العوض الاخر فى ملك مالكه ام لم يبق وعائدا اليه اى الى مالكه الاول قوله وكذا لو قلنا بان البيع لايتوقف على سبق الملك اى للبايع اباحة التصرف يعنى للبايع والاتلاف ويملك اى البايع الثمن بالبيع قوله كما تقدم استظهاره اى استظهار عدم توقف البيع على سبق الملك عن جماعة فى الامر الرابع اقول هذا متن مانقدم استظهاره عن جماعة (ولكن الذى يظهر من جماعة منهم قطب الدين والشهيد ره فى باب بيع الغاصب ان تسليط المشترى للبايع الغاصب على الثمن والاذن فى اتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئا وانه يملك الثمن بدفعه اليه فليس للمالك اجازة هذا الشراء انتهى قوله لكن الوجهان ضعيفان اقول اما وجه الضعف فى الاول فلان فرض المعاملة من حين الفسخ كان لم يكن لايقتضى الا ابطال اثارها الشرعية وليس الانتقال الى البايع والمالك الاول قبل النقل الى المشترى من الاثار الشرعية للنقل بل هو من اثاره العقلية فلايكفى رفع المعاوضة وفسخها فى رفع هذا الاثر وابطاله بل يرجع بالفسخ الى ملك المباح له واما الاخير فلما مر من عدم كفاية اباحة التصرف المتوقف على الملك لنفوذه من المباح له مالم نقل بانتقاله قبل التصرف اليه قوله بل الاقوى رجوعه اى المال بالفسخ الى البايع اى البايع الثانى الذى هو المباح له لا المالك الاول المبيح قوله ولو كان الناقل عقدا جائزا و اقول مراده قده من العقد الجائز العقد المعاوضى الجائز وذلك كالبيع فى زمن الخيار لم يكن لمالك العين الباقية الزام الناقل بالرجوع فيه اى فى النقل ولا رجوعه اى رجوع مالك العين ومرجع الضمير فى قوله بنفسه والى عينه ايضا مالك العين والوجه فى عدم جواز الزام مالك العين الباقية الناقل بالرجوع فى النقل هو ان جواز التراد من الاحكام المجعولة من الشرع لكل من المتعاطيين لا لاحدهما فمع ثبوت موضوعه اعنى بقاء العينين يثبت ومع ارتفاعه يرتفع كما فيما نحن فيه لان النقل كالتلف فى عدم جواز الاسترجاع لمالك الباقى لعدم امكان التراد والى هذا اشار بقوله ره فالتراد غير متحقق وتحصيله اى تحصيل التراد بتحصيل موضوعه برجوع الناقل الى العين المنقولة لكى يتحقق موضوعه غير واجب قوله وكذا على القول بالاباحة اقول بمعنى انه كما لو قلنا بان المعاة تفيد الملك تصير المعاوضة لازمة لعدم تحقق التراد فليس لمالك العين الباقية الزام الناقل بالرجوع فيه فكذلك الكلام على القول بافادة المعاطاة الاباحة لكون المعاوضة كاشفة

عن سبق الملك للبايع الثانى اى المباح له الناقل فلا يجوز للمالك المبيح الرجوع الى العين هذا واما لو لم تكن المعاوضة كاشفة عن ملك الناقل والبايع لجاز الرجوع الى العين من المالك المبيح لانتقالها من ملكه الى المشترى بالنقل الجائز من دون توسيط ملك البايع المباح له فيكون كالهبة التى لم يكن لها عوض حيث يجوز الرجوع فيها للمالك قوله نعم لو كان يعنى الناقل غير معاوضة كالهبة الجائزة وقلنا بان التصرف فى مثله اى مثل هذا الناقل الغير المعاوضى لا يكشف عن سبق الملك بمعنى ان التصرف بالهبة لا يتوقف على المالك لصحتها من المباح له الغير المالك اذ لم يرد فى مثلها من الشرع لا هبته الا فى ملك كما ورد لا بيع ولا عتق الا فى ملك اذ لا عوض فيه اى فى الهبة حتى لا يعقل الخ يعنى لا مانع عقلا من صحة هذه الهبة للوجه المذكور بل الهبة ناقله للملك عن ملك المالك بمعنى ان الهبة ناقلة للملك عن ملك مالكه المبيح للواهب الى المتهب فللمالك الرجوع لخروج المال عن ملكه دون الواهب فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة الى المالك يعنى يجوز الرجوع فى العين الموهوبة للمالك خاصة قبال كون الرجوع للواهب لا الواهب لان الواهب انما ابيح له التصرف فى مال الغير شرعا على خلاف الاصل فيقتصر فيه على القدر المتيقن وهو اصل التصرف دون الرجوع فيه قوله اتجه الحكم بجواز الترادّ الخ جواب لقوله نعم لو كان الخ وجزاء لو الشرطية قوله او عودها الى مالكها اقول الظاهر ان هذا من طغيان القلم ووقوع الغلط فى النسخة كما عن الاستاد ره التصريح به والمناسب بدل قوله او عودها او نقلها فيصير المعنى ان الحكم بجواز الترادّ متجه فى الصورتين الاولى بقاء العين الاخرى والثانية نقل العين الى الغير بهذا النحو من النقل اى النقل بالهبة اذ لو نقل بوجه اخر بان نقل بالمعاوضة قبال الهبة الجائزه كان حكمه اى حكم النقل بوجه اخر حكم التلف فى عدم جواز الترادّ قوله ولو باع العين ثالث فضولا فاجاز المالك الاول على القول بالملك اى على القول بافادة المعاطاة الملك لم يبعد كون اجازته رجوعا كبيعه اى بيع المالك الاول وساير تصرفاته اى المالك الاول الناقلة كالعتق ونحوه قوله ولو اجاز المالك الثانى نفذ بغير اشكال اى نفذت اجازته ولزمت المعاطاة بغير اشكال لان الناس مسلطون على اموالهم

والمفروض انه مالك فله الاجازة كما ان له البيع بنفسه وهذا واضح لاشبهة فيه و انما الاشكال والشبهة فى اجازة المالك الاول على القول بالملك وسياتى قوله وينعكس الحكم اشكالا و وضوحا على القول بالاباحة اقول بمعنى انه تنفذ اجازة المالك المبيح بغير شبهة ولكن يتردد ويشكل فى نفوذ اجازة المباح له فاذا اجاز المالك المبيح العقد الواقع على العين فضولا نفذت اجازته واذا اجاز المباح له العقد الفضولى الواقع على العين لم تنفذ اجازته لانه اجنبى بالنسبة الى العين كغيره من الاجانب ومما ذكرنا تعرف وجه الاشكال فى نفوذ اجازة المالك الاول على القول بالملك فانه حينئذ ليس بمالك فلا معنى لنفوذ اجازته قوله ولكل منهما اى من المتعاطيين رده اى رد البيع الفضولى اقول توضيح العبارة انه ان قلنا بافادة المعاطاة الملك كان لكل منهما رد البيع الفضولى اما المالك الفعلى فواضح لكونه مختارا فى تصرفاته فكما ان له الاجازة فكذلك له الرد واما المالك الاول فان قصد برده البيع الفضولى الرجوع فى المعاطاة وردها كان له ذلك ايضا فانه رجوع واما لو لم يقصد به رد المعاطاة فليس له ذلك لكونه اجنبيا بالنسبة الى العين كما عرفت والرد حق للمالك وان قلنا بافادة المعاطاة الاباحة فللمالك المبيح الرد بلا اشكال وفى ثبوته للمباح له تامل بل منع من جهة عدم كونه مالكا وليس الرد من التصرفات الناقلة كى يكشف عن سبق الملك وقصده التملك به لا يفيد فان قصد التملك بل وانشائه لا يفيد فى الملكية كما بين فى محله قوله ولو رجع الاول يعنى لو رجع المالك الاول عن المعاطاة وردها فاجاز الثانى اى اجاز المالك الثانى البيع الفضولى قوله فان جعلنا الاجازة كاشفة عن سبق الملك لغى الرجوع وجه كونه لغوا انه رجوع بعد التصرف الملزم فيقع فى غير محله ويحتمل عدمه اى عدم كون الرجوع لغوا لانه رجوع قبل تصرف الاخر فينفذ ويلغو الاجازة وجه كون الاجازة لغوا ان رجوع المالك الاول ورده المعاطاة اوجب خروج المال الواقع عليه البيع فضولا عن ملك المجيز فلا محل للاجازة لتكون كاشفة او ناقلة فاحتمال صحة الرجوع وعدم كونه لغوا هو المتعين قوله وان جعلناها اى الاجازة ناقلة لغت الاجازة لكون الرجوع قبل تصرف الاخر فينفذ ويلغو الاجازة لصدورها ح ممن ليس له الاهلية اعنى غير

من الملزمات الامتزاج والتغيير

قوله ولو امتزجت العينان او احديهما اقول كما لو مزج منا من الدهن المشترى بالمعاطاة بمن اخر منه سقط الرجوع على القول بالملك اى على القول بافادة المعاطاة الملك قوله لامتناع التراد اقول وجه الامتناع كون الامتزاج موجبا للاشاعة توضيحه ان الماخوذ بالمعاطاة كان معينا خالصا وبالامتزاج بمال الغير صار مشاعا فقد تبدلت الملكية الاستقلالية الى الاشاعية فلا يمكن حينئذ رد العين قوله ويحتمل الشركة بان يكون المالك الاخذ بالمعاطاة شريكا مع مالك الممتزج به وهو اى احتمال الشركة ضعيف اقول وجه الضعف ان احتمال الشركة مبنىء على القول باتحاد العين حال الامتزاج لها حال الانفراز وهو خلاف التحقيق اذا لظاهر ان ملك المشاع مغاير للملك الخالص بحسب الحقيقة فتلخص انه لاقصور فى شمول العمومات الماضية الدالة على لزوم المعاطاة المقصود بها الملك لما نحن فيه غاية الامر انه يحكم بجواز المعاطاة للاجماع ومن الواضح ان الاجماع على تقدير تحققه دليل لبى فلابد من الاقتصار فيه على المقدار المتيقن وهو ما كان الماخوذ بالمعاطاة موجودا عند الاخذ بالمعاطاة ومتميزا عن غيره من جميع الجهات مفروزا وعليه فاذا امتزج ذلك بغيره لم نطمئن بوجود الاجماع على الجواز واذن فلابد من الحكم بلزوم المعاطاة فى هذه الصورة مضافا الى قيام السيرة القطعية على عدم جواز الرجوع مع امتزاج الماخوذ بالمعاطاة بغيره اذلو اخذ احد حنطة من حناط اودهنا من بقال بالبيع المعاطاتى فمزجه بدهن اخر فانه لايشك احد فى انه ليس للاخذ ان يرده الى البايع قوله اما على القول بالاباحة اى على القول بافادة المعاطاة الاباحة فالاصل بقاء التسلط اقول مراده قده من الاصل استصحاب جواز الرجوع الثابت قبل الامتزاج على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك الاخذ بالمعاطاة شريكا مع مالك الممتزج به قوله نعم لو كان المزج ملحقا له اى المال الماخوذ بالمعاطاة بالاتلاف جرى عليه اى على الماخوذ بالمعاطاة حكم التلف اقول توضيح الكلام فى المقام هو ان المزج قسمان قسم لايلحق الماخوذ بالمعاطاة للتلف والاتلاف وذلك كما اذا مزج منا من الدهن المشترى بالمعاطاة بمن اخر منه او منا من الحنطة المشترى بها

بمن اخرمنه فهذا لايجرى عليه حكم التلف وقسم اخر يلحقه بالاتلاف حقيقة اوعرفا كمالوصبغ شيى باللون المشترى بالمعاطاة فيجرى عليه حكم التلف قوله ولو تصرف فى العين تصرفا مغيرا للصورة كطحن الحنطة وفصل الثوب فلالزوم على القول بالاباحة اقول التحقيق فى المقام ان يقال ان التصرف المغير ان صار موجبا لنقص القيمة فلااشكال فى اللزوم اذا تلف وصف موجب لنقص القيمة كصبغ الثوب وخياطته وطحن الحنطة ونحوها بناء اعلى انها تنقص القيمة ولكن عن المسالك احتمال جواز الرجوع لاصالة بقاء الملك واحتمال اللزوم وبه جزم بعض الاصحاب لماتقدم من امتناع التراد بسبب الاثر المتجدد وان لم تصر موجباً لنقص القيمة فيمكن ان يقال ان المتيقن تعلق الجواز بتراد شخص العين المنتقلة عنه بمالها من الصورة والاوصاف التى يتفاوت بها الرغبات اذلادليل فى مقابل اصالة اللزوم على ازيد من ذلك قوله وعلى القول بالملك ففى اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد ومنشاء الاشكال ان الموضوع فى الاستصحاب عرفى اوحقيقى اقول وجه اللزوم ان يقال ان الموضوع فى الاستصحاب حقيقى بمعنى ان الجواز يتعلق بتراد شخص العين المنتقلة عنه بمالها من الصورة والاوصاف التى يتفاوت بها الرغبات فحيث تغيرت صورة الماخوذ بالمعاطاة بالطحن والفصل فلايجرى الاستصحاب لعدم احراز الموضوع فيحكم باللزوم ووجه الجواز وعدم اللزوم ان الموضوع فى الاستصحاب عرفى بمعنى ان حكم العرف ببقاء الموضوع كاف فى جريانه وان لم يبق حقيقة بماله من الاوصاف والخصوصيات ولذا لو كانت الحنطة اوالثوب نجسين ثم طحنت الحنطة وفصل الثوب جرى استصحاب النجاسة ولامجال لاصالة الطهارة ففيمانحن فيه يحكم العرف ببقاء الماخوذ بالمعاطاة وان تغيرت صورته بالطحن والفصل فيجرى الاستصحاب لاحراز الموضوع قوله ثم انك قدعرفت مماذكرنا انه ليس جواز الرجوع فى مسئلة المعاطاة نظير الفسخ فى العقود اللازمة حتى يورث بالموت ويسقط بالاسقاط ابتداء اوفى ضمن المعاملة اقول مراده قده من هذه العبارة الفرق بين الجواز الثابت فى المعاطاة والجواز الثابت فى العقود اللازمة وان الجواز الثابت فى المعاطاة ليس من قبيل الجواز الثابت فى العقود اللازمة من الحقوق حتى ينتقل بالموت الى الوارث ويسقط بالاسقاط ويصالح عليها بل هو مجرد حكم شرعى ثابت للشخص ومن الواضح

ان مثله لايورث على ماعرفت فيما سبق من المائز بين الحق والحكم فتبين ان جواز الفسخ فى العقود اللازمة من الحقوق فيورث ويسقط بالاسقاط والجواز فى المعاطاة ليس كذلك بل هو من الاحكام فلايسقط بالاسقاط ولايورث قوله بل هو اى جواز الرجوع فى مسئلة المعاطاة على القول بالملك اى على القول بافادة المعاطاة الملك نظير الرجوع فى الهبة يعنى كما ان الرجوع فى الهبة من الاحكام فكذلك جواز الرجوع فى مسئلة المعاطاة كما يقتضيه الاصل قوله وعلى القول بالاباحة اى على القول بافادة المعاطاة الاباحة نظير الرجوع فى اباحة الطعام بحيث يناط الحكم فيه اى فى الاباحة وجواز التصرف بالرضا الباطنى بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف اقول ظاهر العبارة والمستفاد منها ان الاباحة على تقدير القول بها مالكيه وقد علمت عدم تماميته والاشكال فيه لما قلنا من عدم انشاء المالك لها بل الظاهر ان الاباحة تعبدية شرعية فلاتكون كما ذكره المصنف ره منوطا بالرضا الباطنى بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف فحينئذ لامانع من القول بثبوتها مع كراهة المالك باطنا الا ان يقال ان هذه الاباحة على خلاف الاصل فيقتصر فيها على القدر المتيقن وهو غير حال الكراهة ولكن مع ذلك لاتكون هى ثابتة للوارث اذ المتيقن من دليلها ثبوتها للمورث وهى حكم لايورث كما عرفت انفا وهذا هو المراد من قوله نظير الرجوع فى اباحة الطعام يعنى كما ان الرجوع فى اباحة الطعام حكم شرعى مختص لشخص المالك لاينتقل بالموت الى الوارث و لايسقط بالاسقاط فكذلك جواز الرجوع فيما نحن فيه فلو مات احد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك للاصل اى لاستصحاب عدم جواز رجوع الوارث ثم اعلم ان قوله هذا تفريع على الحقية والحكمية بمعنى انه لما كان الجواز حكما لم ينتقل الى الوارث بناء على افادة المعاطاة الملك فليس للوارث الرجوع بدليل الارث بل يرجع الى اصالة اللزوم اذ لااستصحاب يحكم عليه لان الثابت هو المتراد من ملك المالك الاصلى الغير الممكن من الوارث ولايجرى الاستصحاب اى لايجرى استصحاب جواز الرجوع بالنسبة الى الوارث لعدم اجتماع اركانه اذ لايقين بحدوث جواز الرجوع بالاضافة الى الوارث وانما كان الحدوث بالاضافة الى الميت فالمرجع بالنسبة الى الوارث اصالة اللزوم ولو جن احدهما اى احد المالكين فالظاهر قيام وليه مقامه اى مقام احد المالكين فى الرجوع على القولين

اى على القول بافادة المعاطاة الملك وافادتها الاباحة اقول ذكر بعض المحققين فى هذا المقام ماهذا لفظه غاية ما يمكن ان يذكر فى وجه ذلك ان كل مايقبل النيابة يقوم فيه الولى مقام المولى عليه وحيث ان مباشرة المالك فى الرد غير معتبرة فيقوم مقامه اذا جن ولكن يرد عليه ان الثابت بالدليل ولاية الولى فى امواله و حقوقه وحيث عرفت ان جواز الرجوع حكم لاحق فلادليل على ولايته فيه انتهى

جريان الخيارات فى المعاطاة

السابع اقول هذا ما اوكل المصنف قده فى الامر الاول البحث عن ذلك الى ماسياتى وهنا موعده وقبل الشروع ببيان كلام الشهيد الثانى ره نقول تجديد البحث فى ذلك مع ماسبق منه فى التنبيه الاول لاجل ان البحث هناك مسوق لبيان ان ما يشترط فى البيع يشترط فى المعاطاة ام لا وهو يتوقف على كون المعاطاة بيعا حين انعقادها بخلاف المقام فان الكلام فيه مسوق لبيان الوجهين فى ترتيب مايترتب على البيع عليها من الخيار وذكر مبدئه هل هو من حين المعاطاة او من حين اللزوم ومن المعلوم ان هذا لايتوقف على صدق البيع عليها حين الوقوع بل على اعم منه ومن صدق البيع عليه بعد التصرف والتلف ان الشهيد الثانى ذكر فى المسالك اقول ذكر الشهيد الثانى فى كتاب التجارة من المسالك ماهذا لفظه (الثامن على تقدير لزومها باحد الوجوه المذكورة فهل تصير بيعا او معاوضة برأسها يحتمل الاول لان المعاوضات محصورة وليست احديها وكونها معاوضته برأسها يحتاج الى دليل ويحتمل الثانى لاطباقهم على انها لست بيعا حال وقوعها فكيف تصير بيعا بعد التلف وتظهر الفائدة فى ترتب الاحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن او بعضه وعلى تقدير ثبوته فهل الثلثة من حين المعاطاة ام من حين اللزوم كل محتمل ويشكل الاول بقولهم انها ليست بيعا والثانى بان التصرف ليس معاوضة بنفسه اللهم الا ان يجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه والاقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا بناء على انها ليست لازمة وانما يتم على قول المفيد ومن تبعه اما خيار العيب والغبن فينتفيان على التقديرين كما ان خيار المجلس منتف انتهى قال يحتمل الاول يعنى صيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف لان المعاوضات محصورة اى المعاوضات المتعارفة المنطبقة

على العقود الشرعيه وليست اى المعاطاة احديها اى احدى المعاوضات وكونها اى كون المعاطاة معاوضة براسها يحتاج الى دليل حاصل مراده قده ان المعاوضات المتعارفة المتداولة التى تنصرف اليها الاطلاقات محصورة وصحة غير المتداول منها يحتاج الى دليل خاص هذا ولا يخفى عليك ان التعليل بكون المعاوضات محصورة غير واف بالمعلول اعنى بيعية المعاطاة اذ مجرد عدم الدليل على كون المعاطاة معاوضة لا يكفى فى كونها بيعا كما هو الظاهر من العبارة بل لابد فيه ايضا من قيام دليل عليه وهو منتف ويحتمل الثانى وهو كون المعاطاة معاوضة مستقلة لاطباقهم اى الفقهاء على انها اى المعاطاة ليست بيعا حال وقوعها فكيف تصير بيعا بعد التلف اقول لعل الوجه فى صيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف انها مقتضى عموم صحة البيع ونفوذه خرج عنه ما هو المتيقن اعنى ما قبل التلف وبقى الباقى وتظهر الفائدة اى فائدة الاختلاف فى صيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف او معاوضة مستقلة فى ترتب الاحكام المختصة بالبيع عليها اى على المعاطاة كخيار الحيوان بمعنى انه ان قلنا بصيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف فتترتب عليها الاحكام المختصة بالبيع كخيار الحيوان ونحوه وان قلنا بكونها معاوضة مستقلة فلا تترتب لو كان التالف الثمن او بعضه اقول وجه التقييد بكون التالف الثمن او بعض الثمن هو اختصاص خيار الحيوان بصورة بقاء الحيوان اذ مع تلفه ينفسخ البيع لقاعدة كل مبيع تلف فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له واذا انفسخ البيع فلا موضوع للخيار لكى يكون حكما مختصا بة قوله وعلى تقدير ثبوته اى ثبوت خيار الحيوان وهذا الثبوت فيما اذا اخترنا كون المعاطاة بيعا بعد التلف فهل الثلثة اى ثلثة ايام الواقعة فى الروايات منها رواية (٥) على ابن اسباط عن ابى الحسن الرضا «ع» قال الخيار فى الحيوان ثلثة ايام للمشترى من حين المعاطاة او من حين اللزوم كل محتمل اقول منشاء الاحتمال الاول اعنى كون مبدء خيار الحيوان وهو ثلثة ايام من حين المعاطاة هو احتمال كون موضوع الخيار البيع الشرعى الشانى اعنى البيع بالمال وهذا موجود فيما نحن فيه قبل التلف ومنشاء الاحتمال الثانى وهو كون مبدء خيار الحيوان من حين اللزوم احتمال كون موضوع الخيار البيع الفعلى عرفا و شرعا وقد عرفت اطباق

(٥) على ابن اسباط ابن سالم ثقة قال العلامة انا اعتمد على روايته وقال النجاشى كان اصدق الناس لهجة واوثقهم

الفقهآء على عدم كون المعاطاة بيعا حال وقوعها فتيعين كون الثلثة من حين اللزوم ومن هنا يعلم ضعف مااختاره بعض الا سايتدره من ان الا قوى هو الاول ويشكل الاول اقول المراد من الاول احتمال كون مبدء الخيار من حين المعاطاة ووجه الاشكال ماعرفت انفامن اطباقهم على ان المعاطاة ليست بيعا قبل التلف و الخيار من احكام البيع فلا يثبت قبله الا مايظهر من صاحب الجواهر قده من احتمال كون المراد من الاول احتمال كون المعاطاة بيعا بعد التلف والثانى بان التصرف الخ أقول اى و يشكل الثانى اعنى احتمال كون مبدء الخيار من حين اللزوم بان التصرف والتلف ليس بيعا و معاوضة بنفسها و المفروض ان المعاطاة ايضا ليست بيعا حين وقوعها فح لا بيع بعد التلف ولا موضوع للخيار حتى يثبت فيه اللهم الا ان يجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه اى تمام السبب اقول هذا توجيه من المصنف قده بالاحتمال الثانى ولكن لا يخفى عدم تماميته لما قد عرفت سابقا من ان مقتضى الجمع بين الادلة كون التلف شرطا للحكم بتحقق البيع من اول الامر لا جزء اله فراجع والا قوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا اى فى المعاطاة بناء على انها اى المعاطاة ليست لازمة اقول وجه عدم ثبوت الخيار فى المقام دعوى عدم معنى للخيار فى العقود الجائزة و يرد عليه انه لو تم لمنع من خيار العيب والغبن ايضا هذا مع ان الكلام فى ثبوت الخيار من حين صيرورته بيعا وهو حين ذاك لازم نعم دليل هذا الخيار يختص بالبيع فثبوته فى المقام يتوقف على كون المعاطاة بيعا قوله و انما يتم يعنى القول بثبوت خيار الحيوان فى المعاطاة على قول المفيد ومن تبعه من لزوم المعاطاة سواء كان الدال على التراضى لفظا ام لا قوله واما خيار العيب والغبن فيثبتان على التقديرين يعنى تقديرى صيرورة المعاطاة بيعا او معاوضة مستقلة لعموم دليل خيار العيب وخيار الغبن للبيع والمعاوضة المستقلة كليهما وعدم اختصاصهما بالبيع العقدى قوله كما ان خيار المجلس منتف اقول ظاهر سياق العبارة انتفاء خيار المجلس على التقديرين سواء كان المراد منهما صيرورة المعاطاة بيعا ومعاوضة كما اخترناه او مقالة المفيد و مقالة غيره كما احتمله الاستاد قده وعلى كلا الاحتمالين يشكل الانتفاء اما على المختار فلاستلزامه عدم ثبوت خيار المجلس فى البيع مع انه من مختصاته واما

على ما احتمله الاستاد فلاستلزامة انتفاء خيار المجلس على تقدير القول باللزوم ايضا ولايمكن الالتزام به اذلايبقى مورد ح لخيار المجلس اللهم الاان يقال ان الوجه فى الانتفاء انصراف اخباره اوظهورها فى البيع العقدى اواللازم من حين وقوعة قوله والظاهر ان هذا اى البحث فى كون المعاطاة معاوضة مستقلة اوبيعا حتى يتبعه اى البيع حكمها اى المعاطاة عداما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدى وذلك كخيار الحيوان والمجلس لظهور دليلهما فى اختصاصهما بالبيع العقدى الذى مبناه على اللزوم لولا الخيار قوله وقدتقدم ان الجواز هنا اى فى المعاطاة اقول هذا دفع لما قديتوهم وحاصله ان المعاطاة ايضا على القول بالملك بيع مبناه على اللزوم لولا الخيار فيجرى فيها ايضا حكم بيع العقدى وحاصل الدفع ان هذا يتم لوكان الجواز فى المعاطاة حقا من قبيل الخيار لاحكما وقد تقدم انه فيها من قبيل الاحكام فلايسقط بالاسقاط ولايورث بالموت فالاقوى انها على القول بالاباحة بيع عرفى لم يصححه الشارع ولم يمضه الابعد تلف احدى العينين اقول كون المعاطاة بيعا بعد التلف غير مسلم بل لاوجه له لان المفروض انها لم تكن بيعا من حين وقوعها فكيف تصير بيعا بعد التلف والسيرة المدعى ساكتة عن هذا فلادليل على ذلك اوما فى حكمه اى فى حكم التلف كالسقوط بمعنى ان سقوط ما فى الذمة تلف له وفى حكمه فى عدم امكان التراد معه لتوقفه على وجود العينين وبقائهما والظاهر انه اى الشهيد قده اراد التفريع على مذهبه من الاباحة وكونها معاوضة فافهم اقول هذا اشارة الى دفع توهم وهو ان جواز المعاطاة مما اجمع عليه الاصحاب ومعه كيف يحتمل القول باللزوم وحاصل دفعه ان هذا التوهم و الاشكال انما يرد لوكانت اوفى قول الشهيد (جائزة اولازمة) للترديد ليخالف المجمع عليه والامر ليس كذلك وانما هو للتنويع بمعنى ان المعاطاة جائزة تارة كما فى صورة بقاء العينين ولازمة اخرى كما فى صورة تلف العينين

التنبيه الثامن

قوله اما اذا حصل يعنى اما اذا حصل انشاء التمليك بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم المراد من شرائط اللزوم التى يشترطها المشهور تقدم الايجاب على القبول والموالاة والماضوية وامثالها التى سياتى ذكرها والمراد من

قول الغير الجامع القول الفاقد لهذه الشرائط فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الانشاء اللفظي يعني خالفنا مقالة المشهور وقلنا بكفاية مطلق الانشاء القولي في اللزوم من دون اعتبار شيء زائد على الانشاء اللفظي فيه كما قويناه يعني عدم اشتراط اللزوم سابقا بناء على التخلص بذلك اي بمجرد اعتبار مطلق اللفظ في اللزوم من دون اعتبار شيء زائد عليه عن اتفاقهم اي عن محذور مخالفة اتفاق الفقهاء على توقف العقود اللازمة على اللفظ فلا اشكال في صيرورة المعاملة بذلك اي بالقول الغير الجامع عقد الازما يعني لا يحكم عليها بحكم المعاطاة من افادتها الاباحة او الملك الغير اللازم وان قلنا بمقالة المشهور من اعتبار امور زائدة كالماضوية ونحوها كما عرفت انفا على اللفظ فهل يرجع ذلك الانشاء القولي الى حكم المعاطاة مطلقا اي سواء تعقبه القبض والاقباض ام لا او بشرط تحقق قبض العين معه اي مع الانشاء القولي او لا يتحقق اي المعاطاة به اي بالانشاء القولي الفاقد لشرائط اللزوم مطلقا اي سواء تعقبه القبض والاقباض ام لا فتصير الاقوال في المقام ثلثه ١ـ القول برجوع ذلك الى المعاطاة مطلقا ٢ـ القول برجوعه اليها اذا تعقبه القبض والاقباض ٣ـ القول بعدم رجوعه الى المعاطاة مطلقا بل يكون ذلك من البيوع الفاسدة نعم اذا حصل انشاء اخر بالقبض المتحقق بعده اي بعد الانشاء بل بانيا على كونه اي القبض حقا لازما لكونه اي القبض من آثار الخ نظير القبض في العقد الجامع للشرائط اي شرائط اللزوم كالماضوية والموالاة وتقدم الايجاب على القبول ونحوها قوله ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين الاول اعني رجوع الانشاء القولي الى حكم المعاطاة مطلقا قال المحقق يعني المحقق الكركي الملقب بالمحقق الثاني في صيغ عقوده قوله وفي الروضة في مقام عدم كفاية الاشارة مع القدرة على النطق انها اي الاشارة تفيد المعاطاة مع الافهام التصريح انتهى اقول دلالة عبارة الروضة على اجراء الشهيد الثاني قده حكم المعاطاة على ما نحن فيه الذي هو الانشاء القولي الغير الجامع للشرائط انما هي من جهة انه يستفاد منها ان المناط في اجراء حكم المعاطاة على الاشارة هو الافهام التصريح للمقصود ومن الواضح ان هذا المناط موجود

فى الانشاء القولى الغير الجامع للشرائط قوله وظاهر الكلامين اى كلام المحقق والشهيد الثانيين بل يكون القبض من آثاره اى آثار الانشاء قوله وظاهر تصريح جماعة هذا مبتداء منهم المحقق (٥) والعلامة بانه اى الشان لو قبض المشترى ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه وكان مضمونا عليه هو الوجه الاخير هذا خبر المبتداء والمراد من وجه الاخير عدم تحقق المعاطاة بالانشاء القولى مطلقا وكونه من البيوع الفاسدة لان مرادهم اى الجماعة بالعقد الفاسد اما خصوص ماكان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة كالماضوية وتقديم الايجاب على القبول ونحوهما كما ربما يشهد به اى بهذا الاحتمال اعنى خصوص ماكان فساده من جهة مجرد الخ ذكر هذا الكلام اعنى قوله لو قبض المشترى ما ابتاعه الخ بعد شروط الصيغة قد عرفت امثلتها انفا فلا نعيد وقبل شروط العوضين اى المثمن والثمن والمراد من شروطهما كون المثمن مملوكا غير حرو كونه طلقا غير وقف ومقدورا على تسليمه غير ابق وامثالها و كون الثمن معلوم القدر والجنس والوصف ونحوها والمتعاقدين يعنى وقبل شروط المتعاقدين اى البايع والمشترى والمراد من شروط المتعاقدين كما ياتى البلوغ والعقل والاختيار

قوله وما يشمل هذا اى كون الفساد من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة وغيره اى غير مجرد اختلال شروط الصيغة والمراد من الغير اختلال شرط العوضين والمتعاقدين كما هو اى عموم الاختلال وشموله لشروط الصيغة وغيرها الظاهر وجه الظهور اطلاق الفساد فى عبارة المحقق والعلامة (لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد) فيشمل ماكان الفاسد من جهة اختلال شروط الصيغة وغيرها فالصورة الاولى وهو ماكان فساد العقد من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة داخلة قطعا ولا يخفى ان الحكم فيها اى فى الصورة الاولى بالضمان مناف لجريان حكم

(٥) جعفر بن الحسن بن يحيى الحلى الفقيه الاكبر الاعظم ابو القاسم نجم الدين الحلى الملقب بالمحقق على الاطلاق صاحب كتاب شرايع الاسلام وكتاب النافع مختصر شرايع وكتاب المعتبر شرح المختصر توفى سنة ٦٧٦ و دفن فى الحلة

المعاطاة اقول وجه التنافى ان الحكم بجريان حكم المعاطاة ملازم للحكم بعدم الضمان فيه فينافى الحكم بالضمان فيه قوله وربما يجمع اقول الجامع هو الفاضل المحقق السيد محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسينى العاملى فى كتابه مفتاح الكرامة فى مبحث المقبوض بالعقد الفاسد منه بين هذا الكلام اى بين الحكم بالضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد وما تقدم من المحقق والشهيد الثانيين اقول وهو جريان حكم المعاطاة فى المقبوض بالعقد الفاسد والحاصل انه ربما يجمع دفعا للتنافى بين الحكم بالضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد و بين الحكم بجريان حكم المعاطاة الملازم للحكم بعدم الضمان فيه بان مورد الاول صورة العلم بعدم الرضا بالتصرف على تقدير البطلان ومورد الثانى صورة العلم بتجدد الرضاء به بعد العلم بالفساد وبعبارة واضحة ربما يجمع بين ما هو المسلم بين الفقهاء من ان المقبوض بالعقد الفاسد لا يترتب عليه شى من اثار الملكية بل يحرم التصرف فيه ويجب رده فوراً الى مالكه ويضمن العين ومنافعها المستوفاة وغير المستوفاة وبين ما يظهر من كلام غير واحد تبعا للمحقق والشهيد الثانيين انه لو اخلا بالشروط المعتبره فى الصيغة واوقعا البيع خاليا عنها يكون معاطاة لو علم التراضى منهما وذكر بعض المحشين فى وجه الجمع ان الحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد اقتضائى بمعنى ان قضية فساده انما هو لكونه عقدا فلا ينافى صحته بما هو معاطاة ولا يخفى ما فيه قوله فالرضاء المقدم كالعدم هذا تفريع على ترتب الرضا على زعم صحة المعاملة بمعنى انه لما كان الرضا المجرد حال العقد مترتبا على زعم الصحة كان وجوده مع فرض عدم الصحة بمنزلة العدم قوله فان تراضيا اى المتعاملين على التصرف فى العوضين بعد العلم بالفساد يعنى مع علم المتعاملين ببقاء العينين على ملكهما رضيا بالتصرف واستمر رضاهما كانت المعاملة المنشاة بالصيغة الفاسدة معاطاة قوله فلا كلام فى صحة المعاملة اقول فاعلم ان فى الصحة تفاسير مختلفة واصطلاحات متعددة فعند المتكلمين هى عبارة عن موافقة الماتى به مع المامور به او موافقة الماتى به الشريعة وعند الفقهاء عبارة عما يسقط به القضاء والاعادة فى العبادات واما فى المعاملات فهى عندهم عبارة عما له تاثير فى النقل والانتقال والمقصود منها فيما نحن فيه الذى هو بيع المعاطاة هو الاخير فان ذلك ليس من البيع الفاسد فى شى اقول حاصل الكلام فى المقام انه اذا علم الرضا

بالتصرف مطلقا سواء صحت المعاملة اوفسدت كانت معاطاة وخرجت عن البيوع الفاسدة

قوله المفروض ان الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط اى شرائط اللزوم كتقدم الايجاب على القبول والماضوية مثلا وغيرهما كما عرفت انفا اقول المستفاد من العبارة ان في المقام اشكالات احدها ان هذا الجمع غير منطبق على كلام الجماعة لان ماذكره من الرضا بعد العلم بالفساد انشاء جديد غير ما اشتملت عليه المعاملة بالصيغة الفاسدة فهو خارج عن محل الكلام لدخوله في الانشاء بالتعاطي والتقابض وصريح كلام المحقق والشهيد ره تحققه باللفظ الفاسد اوالاشارة المفهمة فلا يمكن حمل كلامهما عليه ثانيها ماذكره المصنف قده بقوله مع اختصاصه بما اذا علما بالفساد وحاصل الاشكال انا لو اغمضنا عن عدم انطباق ماذكره من تسبب الصحة وكونه معاطاة على التراضي الجديد الحاصل بعد العلم بالفساد على ظاهر كلام الفقهاء لا ينطبق على اطلاق كلامهم لاختصاصه بما اذا علما بالفساد بعد الانشاء بالصيغة الفاسدة مع ان كلام الجميع مطلق ثالثها ماذكره بقوله ايضا يرد عليه ان هذا التراضي ان كان تراضيا اخر الخ وحاصله ان التراضي الجديد المفروض بعد العلم بالفساد ان كان تراضيا بالمعاوضة لم يكن جديدا لانه هو المنشاء بالصيغة وان كان غير منطبق على المعاوضة لكونه مجانيا لم يكن من المعاطاة فلا ينطبق على قول المحقق ان المعاملة تدخل بالتراضي الجديد الحاصل حين التقابض في المعاطاة لانه مغاير للمعاطاة على وجه ليس بجديد على اخر قوله

ومنه يعلم فساد الخ اى من ان ظهور كلام المحقق والشهيد الثانيين حصول المعاوضة والمراضاة بنفس الصيغة الخالية عن الشرائط وبنفس الاشارة المفهمة بقصد البيع يعلم فساد ماذكره الجامع بين الكلامين من حصول المعاطاة بتراض جديد بعد العقد قوله غير مبني على صحة العقد صفة لقوله بتراض جديد بعد العقد قوله

ثم ان ماذكره اى ماذكره الجامع مع اختصاصه اى اختصاص ماذكره الجامع بصورة علمها بالفساد وعدم شموله لباقي الصور يرد عليه اى على ماذكره الجامع قوله فهذا ليس من المعاطاة اقول وجه عدم كونه معاطاة ماعرفت من اختصاص المعاطاة في كلام الفقهاء بصورة قصداه المتعاطيين البيع ولم يقصداه فيما نحن فيه بل هي اباحة مجانية

اى رضاء كل من المتعاطيين بتصرف الاخر فى ما له الخ وتانيث الضمير باعتبار الخبر قوله ولايكفى فيه ايفى هذه الاباحة التى هى نتيجة الرضا عدم العلم بالرجوع بل يحتاج الى العلم بالرضا لانه اى رضا كل من المتعاطيين الخ كالاذن الحاصل من شهادة الحال اقول مراده قده من هذه العبارة ان الاباحة الثابتة فى المقام ليست اباحة شرعية بل هى اباحة مالكية وهى تدور مدار الرضا فى كل فرد من الافراد العرضية والطولية للتصرف فما احرز به رضا المالك فهو والا لم يجز لعموم مادل على عدم جوازه ولايترتب عليه اى على رضا كل من المتعاطيين من دون قصدهما البيع فلايجوز له اى للمحقق الثانى قوله التراضى الجديد مفعول لقوله ان يريد ووجه عدم جواز ارادة المحقق الثانى من قوله التراضى الجديد معلوم لانه بناء على الاول اعنى ماكان لاعلى وجه المعاطاة لايكون معاطاة وعلى الثانى اعنى ماكان على وجه المعاطاة لايكون تراضيا جديدا فاذن لايبقى محل لقوله بعده لاعلى وجه المعاوضة قوله لاعلى وجه المعاوضة الظاهر زيادة كلمة لا وانها من طغيان القلم لان مفروض الكلام ان المعاطاة على وجه المعاوضة وقد عرفت من المصنف قده انها متقومة بقصد المعاوضة قوله فلااشكال فى حرمة التصرف الخ وجه حرمة التصرف وعدم الاشكال فيها انتفاء طيب النفس المشروط جواز التصرف به قوله اعتقادا اقول بان اعتقدا صحة هذه المعاملة جهلا باعتبار بعض الشروط كالماضوية والموالاة ونحوهما فى العقد او تشريعا بان كانا عالما باعتبار بعض الشروط المذكورة فيه وتعاملا لعدم الاكتراث للدين وعدم المبالات فيه قوله لان حيثة كون القابض مالكا مستحقا لمايقبضه جهة تقييدية وجه كون الحيثية المذكورة تقييدية ان الظاهر من قوله عليه السلام لايحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه اعتبار طيب نفس المالك بالتصرف بما انه ماله وملكه وهو مالكه ولايكفى طيب نفس المالك بالتصرف بما انه اجنبى عن المال ينتفى اى الرضا بانتفائها اى بانتفاء الجهة التقييدية قوله وهذان الوجهان اعنى وقوع تقابض المتعاملين بغير رضا من كل منهما ووقوعه على وجه الرضا الناشى عن بناء كل منهما على ملكية الاخر الخ كما انه لااشكال فى الجواز اى فى جواز التصرف فى

العوضين قوله من دون ابتنائه اى الرضا بالتصرف على استحقاقه اى استحقاق كل من المتعاملين بحيث لولاها اى الملكية الحاصلة وسيلة له اى للتصرف ويكشف عنه اى عن كون ايقاع العقد الفاسد وسيلة للتصرف انه اى الشان قوله وقد صرح بعض من قارب عصرنا المراد من بعض من قارب فقيه نبيه محقق مدقق اسد الله بن اسمعيل الكاظمى التسترى ره صاحب كتاب مقابس الانوار فى احكام النبى المختار وكتاب كشف القناع عن وجوه حجية الاجماع وكتاب منهج التحقيق وغيرها قوله ولا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره المراد من الكلام المتقدم ذكره قوله (فان تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد استمر رضاهما فلا كلام فى صحة المعاملة ورجعت الى المعاطاة قوله على هذا اى على هذا الرضا المركوز فى النفس قوله ولعله لصدق طيب النفس اقول صدق طيب النفس على هذا الرضا المذكور فى النفس اول الكلام بل هو غير ظاهر من الحديث التشريف وجه عدم الظهور ان طيب النفس كغيره من افعال النفس يتوقف على حضور الصورة كالارادة والكراهة فكما ان الارادة والكراهة تتوقفان على حضور الصورة كذلك طيب النفس نعم لا يبعد ان يقال بان ظاهر الحديث ونحوه اعتبار مقارنة التصرف للرضى قوله والرضا بالتصرف قبله اى قبل وصول كل من العوضين الخ قوله على الوجه المذكور اقول يعنى الرضا الشانى قوله كما ينبئى عنه اى عن كون محل النزاع بينهما هو العقد الفعلى لا القولى قوله وان عمدة الدليل على ذلك هى السيرة اقول هذا بناء على افادتها الاباحة واما بناء على افادتها الملك فعمدة الدليل عليه صدق التجارة وقد عرفت ان مقتضى اعتبار الرضا بالتصرف كون الاباحة ايضا مالكية فلا يحتاج معه الى السيرة بل يمكن منع قيام السيرة على مثله حتى فى مثالى الحمام والبقلى والشارب للاحتمال كونها من قبيل التراضى على التصرف ولذا لا ترى مثله فيما كان مبنيا على البقاء هذا تمام الكلام فى المباحث المتعلقة بالمعاطاة والحمد لله اولا واخراً .

قوله مقدمة فى خصوص الفاظ عقد البيع

اقول محصل كلام المصنف ره فى هذا المقام ان اعتبار اللفظ فى البيع بل فى جميع العقود من الامور الواضحة التى لا مرية فيها ولا شبهة تعتريها وذلك

للشهرة العظيمة وللاجماع المنقول مع الاشارة اليه فى بعض النصوص (٢) ثم اعلم ان البيع فى صورة الاضافة بمعنى المصدر وعند الافراد اسم كالعقد مثل الفقه وعلم الفقه والنحو وعلم النحو والمراد من لفظ العقد المضاف الى البيع هو الايجاب والقبول الدالان على نقل الملك بعوض معلوم فالاضافة من قبيل اضافة السبب الى المسبب بيانية وان احتمل بل استظهر بعض المحققين من العبارة كون الاضافة لامية قوله لكن هذا اقول يعنى اعتبار اللفظ امامع العجز عنه اى عن اللفظ والتلفظ قوله لااشكال ولاخلاف فى عدم اعتبار اللفظ اقول مستند الحكم اعنى عدم اعتبار اللفظ واكتفاء العاجز مطلقا بالاشارة عمومات الصحة والنفوذ كقوله تعالى او فوا بالعقود وكذا اطلاقات البيع بناء على صدق عنوان العقد على الفعل وافادته الالزام والالتزام كالقول وقيام الاشارة مقامه اى مقام اللفظ قوله لالاصالة عدم وجوبه يعنى ان تعميم الحكم باعتبار القدرة على التوكيل وعدمها ليس من ناحية ان الاصل هو عدم وجوب التوكيل كما قيل لان الوجوب بمعنى الاشتراط هو الاصل ولامن ناحية قوله ماغلب الله عليه اولى بالعذر لانه ظاهر فى العذر فى الحكم الشرعى قوله لان الوجوب بمعنى الاشتراط هو الاصل المراد من قوله لان الوجوب بمعنى الاشتراط هو الاصل) ان الاصل فى المعاملات الاشتراط لاصالة عدم ترتب الاثر بدونه قوله بل لفحوى ماورد اقول يعنى قداستدل لقيام الاشارة مقام اللفظ مع القدرة على التوكيل بوجهين الاول اصالة عدم وجوب التوكيل واورد عليه المصنف قده بان الاصل فى المعاملات الاشتراط كماعرفت والثانى فحوى ماورد من النص والروايات (٢) الدالة على عدم اعتبار اللفظ فى

(٢) اقول منها ماعن ابى هريرة ان رسول الله «ص» نهى عن بيعين الملامة والمنابذة الخ سنن البيهقى جلد ٥ ص ٣٤١ وعنه ايضا ان رسول الله «ص» نهى عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٤٢ وجه الاستدلال بهما على المقصود ان النبى «ص» انما نهى عن انشاء البيع بالنبذ واللمس والقاء الحصاة لانتفاع اللفظ فيها ومن الواضح ان المعاطاة فاقدة للفظ فتكون مشمولة للنبويين المذكورين ولو بتنقيح المناط .

(٢) عن السكونى عن الصادق «ع» قال طلاق الاخرس ان ياخذ مقنعتها فيضعها على راسها ويعتزلها ـ وعن ابان بن عثمان قال سالت اباعبدالله «ع» ←

طلاق الاخرس فان اهتمام الشارع فى الفروج اشد منه فى الاموال فاذا صح الطلاق بالاشارة مع القدرة على التوكيل صح بيعه بها ايضا حينئذ قوله فان حمله اى حمل ماورد من النص على صورة عجزه اى عجز المتعاقد قوله عدم الخلاف فى عدم الوجوب اى عدم وجوب التوكيل قوله لفحوى ماورد من النص (٥) على جوازها اى جواز الكتابة فى الطلاق واذا ثبت ذلك فى الطلاق ثبت فى غيره بالاولوية للاهتمام المذكور مع ان الظاهر عدم الخلاف فيه اى فى جواز الكتابة وكفايتها قوله فقد رجح بعض المراد من هذا البعض هو شارح كتاب المتاجر من القواعد قوله وفى بعض روايات الطلاق مايدل على العكس اقول المراد من بعض الرواية الدالة على العكس يعنى تقديم الكتابة على الاشارة وترجيحها بها صحيحة البزنطى التى ذكرناها قال فى كشف اللثام بعد ذكر الخبر وفيه تقديم الكتابة على الاشارة قوله واليه اى الى تقديم الكتابة على الاشارة ذهب الحلى قال قده فى كتاب الطلاق ومن لم يتمكن من الكلام مثل ان يكون اخرس فليكتب الطلاق بيده ان كان ممن يحسن الكتابة فان لم يحسن فليؤم الى الطلاق كمايؤمى الى بعض ما يحتاج اليه فمتى فهم من ايمائه ذلك وقع طلاقه انتهى (١) ذهب الحلى هناك اى فى باب الطلاق قوله قده فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات قال فى التذكرة الرابع من شروط الصيغة الصريح اقول توضيح المقام يحتاج الى

← عن طلاق الخرساء قال يلف قناعها على راسها ويجذبه ـ وعن يونس فى رجل اخرس كتب فى الارض بطلاق امراته قال اذا فعل ذلك فى قبل الطهر بشهود وفهم عنه كما يفهم عن مثله ويريد الطلاق جاز طلاقه على السنه وغيرها كصحيح ابى نصر راجع فروع الكافى ج ٦ من ط ٢ باب الطلاق ص ١٢٨

(٥) فى صحيح البزنطى انه سال ابا الحسن الرضا «ع» عن الرجل تكون عنده المراة يصمت ولايتكلم قال «ع» اخرس هو قلت نعم ويعلم منه بغض لامراته و كراهة لها ايجوز ان يطلق عنه وليه قال «ع» لا ولكن يكتبه ويشهد على ذلك قلت فانه لايكتب ولايسمع كيف يطلقها قال «ع» بالذى يعرف به من افعاله مثل ماذكرت من كراهته وبغضه لها فروع الكافى ج ٦ من ط ٢ باب الطلاق ص ١٢٨

(١) كتاب السرائر بحث الطلاق منه ص ٥

بسط الكلام بحيث يكشف الغطاء عن وجه المرام ويذهب به الظلام فنقول مستعينا بالله تعالى اللفظ الذى ينشاء به العقد قد يكون صريحا فى مدلوله وموافقا لما قصده المنشى بحيث لايحتمل الامعنى واحد من دون ان يتطرق اليه احتمال اخر وهذا مما لاريب فيه ولاشبهة تعتريه وذلك كلفظ الطالق مثلا فانه لايحتمل غير الطلاق ولذا قال فى المبسوط حكاية عن بعضهم صريح الطلاق عندنا لفظة واحدة وهو قوله انت طالق او هى طالق اوفلانة طالق ويحتاج الى مقارنة النية له فان تجرد عنها لم يقع وقد يكون ظاهرا فى مدلوله بحسب الاطلاق ولكن يحتمل ان يراد منه معنى اخر وذلك كانشاء الزوجية بلفظ يحتمل الانقطاع والدوام كمتعت فانه لافارق بينهما فيه الابذكر الاجل فاذا اهمله العاقد فى مقام الانشاء اقتضى اطلاقه ارادة الزوجية الدائمة لكونه من الفاظ النكاح واذا ذكر معه الاجل افاد الزوجية الانقطاعية فاصل اللفظ صالح للنوعين فيكون حقيقة فى القدر المشترك بينهما ويتميزان بذكر الاجل وعدمه ومن هنا حكم جماعة تبعا للرواية (٢) بانه لوتزوج متعة ونسى ذكر الاجل انقلب دائما وذلك فرع صلاحية الصيغة له وقد يكون ذلك من الالفاظ الكنائية والمراد من الكناية هو استعمال اللفظ فى الملزوم للانتقال منه الى لازمه وحينئذ فيراد منه الملزوم بالارادة الاستعمالية كما انه يراد منه اللازم بالارارة الجدية اوان المراد من الكناية هو استعمال اللفظ فى اللازم للانتقال منه الى ملزومه وحينئذ فيراد منه اللازم بالارادة الاستعمالية كما انه يراد منه الملزوم بالارادة الجدية وعلى كلا التقديرين فقد استعمل اللفظ فى معناه الحقيقى اعنى به الملزوم اواللازم ولكن قصد منه المتكلم تفهيم معنى اخر ومثال المقام قولنا زيد طويل النجاد او كثير الرماد او مهزول الفصيل حيث انها استعملت فى معناها الحقيقى ولكن مقصود المتكلم شجاعة زيد وسخائه من دون ان يكون استعمال اللفظ فيه مجازا والمراد من المجاز ماكان الكشف عن ارادة المتكلم محوجا الى القرينة سواء كانت حالية او مقالية صارفة كانت او معينة مثاله قول القائل بعتك الدار ويريد منه الاجارة بقرينة ذكر المنفعة والمدة المعلومتين

(٢) الوافى الجزء ١٢ منه عن ابن بكير قال قال ابوعبدالله «ع» ماكان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وماكان بعد النكاح فهو جايز وقال ان سمى الاجل فهو متعة وان لم يسم الاجل فهو نكاح

قوله عملا باصالة بقاء الملك اى ملك البايع المالك قوله ولان المخاطب لايدرى بم خوطب يعنى لما كانت هذه الالفاظ الكنائية مجملة لخلوها عن القرينة الدالة على ارادة اللازم او الملزوم فلايقع بها بيع لان المخاطب لايعلم بم خوطب فيلغو قبوله بل والايجاب للاجمال المذكور قوله وزاد فى غاية المراد (١) قوله وربما يبدل هذا اى اشتراط عدم كون اللفظ بالكنايات وحاصل كلامه قده ان بعضهم ذكر فى مقابل الصريح الكناية وبعضهم جعل مقابله المجاز وكلاهما اعتبرا الصراحة الانه يبدل اشتراط عدم كونه بالكنايات باشتراط كونه بالحقيقة بمعنى انه يجعل اشتراط عدم كونه بالكنايات مكان اشتراط كونه بالحقيقة بعدم الفرق بين المجاز القريب مثل ادخلت فى الملك والبعيد مثل خذه ووجه البعد ان الاخذ يمكن ان يكون بنحو العارية فلايدل على التمليك والبيع قوله اراده نفسه اى نفس العقد وهى اى الكناية على قسمين عندهم جلية اى واضحة يحصل الانتقال منه بسهولة كقولهم كناية عن طول القامة طويل نجاده وطويل النجاد والاولى اعنى طويل نجاده كناية ساذجة لايشوبها شيى من التصريح وفى الثانية وهو طويل النجاد تصريح مالتضمن الصفة يعنى طويل الضمير الراجع الى الموصوف ضرورة احتياجها الى مرفوع مسند اليه فيشمل على نوع تصريح بثبوت الطول وخفية بان يتوقف الانتقال منها على تامل واعمال روية كقولهم كناية عن الابله عريض القفا فان عريض القفا وعظم الراس بالافراط مما يستدل به على البلاهة فهو ملزوم لها بحسب الاعتقاد لكن فى الانتقال منه الى البلاهة نوع خفاء لايطلع عليه كل احد والفتاوى المتعرضة لصيغها اى صيغ العقود قوله وفى بعض انواعه اى انواع البيع كبيع الحصاة والملامسة والمنابذة اللتى قد ذكرنا الاخبار فيها فى بحث المعاطاة فلانعيد وفى غير البيع الخ اقول ومن جملة الاخبار الواردة فى غير البيع مافى الوسائل (٢) فى كتاب المساقاة عن يعقوب بن شعيب عن ابيعبد الله «ع» فى حديث (قال سالته عن رجل يعطى الرجل ارضه وفيها ماء او نخل او فاكهة ويقول اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما اخرج الله عزوجل منه

(١) غاية المراد فى شرح نكت الارشاد من جملة مولفات الشهيد الاول والشهيد المطلق

(٢) وسائل باب ـ ٩ من كتاب المساقاة ص ٢٠٢

قال لاباس)واما الاخبار الواردة فى البيع فقد ذكرناها فراجع حيث حكى عن تلميذه كاشف الرموز انه حكى عن شيخه المحقق (٥) قوله وانه اى كاشف الرموز اختاره اى اختار عدم لزوم لفظ مخصوص فى البيع ايضا وحكى عن الشهيد فى حواشيه (٦) قوله وحكاه اى حكى الاكتفاء فى تحقق البيع بكل لفظ دل على الرضا فى المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين اقول لعل المراد من بعض مشايخه المعاصر هو علامة العلماء ومرجع الفضلاء على بن عبد العالى العاملى الميسى متن محكى مسالك هكذا (قال ره عند قول المحقق ولا يكفى التقابض من غير لفظ هذا هو المشهور بين الاصحاب بل كاد ان يكون اجماعا غير ان ظاهر كلام المفيد قده يدل على الاكتفاء فى تحقق البيع بما دل على الرضا به من المتعاقدين اذا عرفاه تقابضا انتهى) قوله بل هو ظاهر العلامة اقول قال قده فى كتاب البيع من التحرير ماهذا نصه (ولا بد فيه من عقد يشتمل على ايجاب وقبول فالايجاب اللفظ الدال على النقل مثل بعتك اوملكتك اوما يقوم مقامهما والقبول اللفظ الدال على الرضا مثل قبلت اواشتريت ونحوهما انتهى (٧) قوله ونحوه المحكى عن التبصرة (٢) اقول قال قده فى كتاب المتاجر من التبصرة ماهذا نصه (الفصل الثالث فى عقد البيع وهو الايجاب كقوله بعتك والقبول وهو اشتريت انتهى)والارشاد (٦) بل قد يدعى انه اى الانعقاد بمثل نقلته الى الملك اوجعلته الخ ظاهر كل من اطلق اعتبار الايجاب والقبول فيه اى فى البيع قوله وقد حكى عن الاكثر تجويز البيع حالا بلفظ السلم اقول منهم المحقق قده فى الشرايع حيث قال وهل ينعقد البيع بالفظ السلم كان يقول اسلمت اليك هذا الدينار فى هذا الكتاب الاشبه نعم اعتبارا بقصد المتعاقدين (٢) قال فى المسالك وجه الاشبه ان البيع يصح بكل ما ادى ذلك المعنى المخصوص والسلم نوع من البيع اعتبره الشارع فى نقل الملك

(٥) قد صرحنا باسم كاشف الرموز وبعض تاليفاته مع شيخه المحقق فى بحث المعاطاة فراجع

(٦) قد ذكرنا المراد من حواشى الشهيد فى التنبيه الاول

(٧) كتاب البيع من التحرير ص ٢٦٤ (٢) تبصرة المتعالمين فى احكام الدين من جملة مصنفات علامة الحلى قده (٦) ارشادا لاذهان الى احكام الايمان ايضا من تاليفات العلامة قده (٢) الفصل العاشر من كتاب تجارة شرايع ص ١٠٠

فجاز استعماله فى الجنس مجازا تابعا للقصد وممن جوز البيع حالاً بلفظ السلم ايضا العلامة ره فى القواعد والتذكرة والمحقق الثانى فى جامع المقاصد وحكاه الشهيد الثانى عن الاكثر قوله وصرح جماعة ايضا فى بيع التولية الخ اقول ينقسم البيع بالنسبة الى الاخبار بالثمن وعدمه الى اربعة اقسام احدها المساومة وهى البيع بما يتفق عليه المتبايعان من غير تعرض للاخبار بالثمن سواء علمه المشترى ام لا وهى افضل الاقسام ووجهه انها ابعد من التدليس والكذب والتغرير وغيرها من الضرر الاخروى وهذا واضح ثانيها المرابحة اعنى البيع الذى يخبر البايع براس المال فيقول بعتك او ملكتك بربح كذا ولابد ان يكون راس ماله معلوما وقدر الربح ايضا معلوما ثالثها المواضعة اعنى البيع بنقيصة معلومة فيقول بعتك بما اشتريته اوتقوم على و وضيعة كذا اوحط كذا فلو كان قد اشتراه بمأة فقال بعتك بمأة ووضيعة درهم من كل عشرة فالثمن تسعون و رابعها التولية وهو الاعطاء براس المال فيقول بعد علمهما بالثمن وماتبعه وليتك هذا العقد فاذا قبل لزمه مثله جنسا وقدرا وصفة ولو قال بعتك اكمله بالثمن اوبما قام عليه ونحوه اووليتك السلعة بكسر السين وسكون اللام وفتح العين المتاع ومايتاجر به ج سلع قوله وعن المسالك فى مسئلة تقبيل احد الشريكين فى النخل حصة صاحبه بشيى معلوم من الثمرة ان ظاهر الاصحاب جواز ذلك بلفظ التقبيل مع انه اى التقبيل لايخرج عن البيع او الصلح او معاملة ثالثة عند جماعة اقول موضوع التقبيل عبارة عن ان يكون بين اثنين نخل اوزرع اوشجر فيتقبل احدهما بحصة صاحبه بعد خرص المجموع بشيى معلوم على حسب الخرص وتدل على صحته شرعا روايات منها صحيحة ابى الصباح الكنانى (١) سمعت اباعبدالله «ع» يقول ان النبى «ص» لما فتح خيبر تركها فى ايديهم على النصف فلما بلغت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة اليهم فخرصها عليهم فجاء واالى النبى «ص» وقالوا انه قد زاد علينا فارسل الى عبدالله بن رواحة فقال مايقول هولاء فقال خرصت عليهم بشى فان شاءوا اخذنا فقال رجل من اليهود بهذا قامت السموات والارض وغيرها من الاخبار واما غيره اى غير البيع فجوزوه اى القرض بقوله اى قول القائل والمقرض تصرف فيه اى فى هذا المال والمتاع وهو المرجع ايضا فى قوله به و عوضه وخذه بمثله

(١) وسائل ج ١٣ باب ١٠ من ابواب بيع الثمار باب انه اذا كان بين اثنين نخل

قوله مع ان القرض من العقود اللازمة اقول كون القرض من العقود اللازمة هو الاقوى ولكن المستفاد من الروضة عكس ذلك لانه قده علل فيها عدم انحصار القرض بلفظ خاص بقوله لانه من العقود الجائزة وهي لاتنحصر في لفظ بل تتادى بما افاد معناها (٥) وعن الدروس تجوزه اى الرهن وتقلدته اى المال يقال تقلد فلان الامر او العمل تولاه والزمه نفسه قوله معللين بتحقق القصد يعني علل المحقق ومن تاخر عنه جواز الاجارة بلفظ العارية بان القصد متحقق وعن مجمع البرهان (١) اقول قال المحقق الاردبيلي في كتاب المزارعة والمساقات من كتاب اجارة المجمع ماهذا نصه (والظاهر ان لاخلاف في الجواز بكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه ماضيا والظاهر جوازها بالامر ايضا (٢) وعن المشهور جوازها اى جواز المزارعة قوله مع عدم الخلاف كما عن غير واحد على انهما اى لفظ حرمت وتصدقت من الكنايات قوله وجوز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع انه اى لفظ التمتع ليس صريحا فيه اى في النكاح الدائم اقول لانسلم اطلاق هذا الكلام لما عرفت من ان المحقق الثاني قد جوز عقد النكاح بلفظ التمتع بادعاء انه صريح في النكاح الدائم لامطلقا بل كل من جوز عقد النكاح به بنى على صراحته فيه ومن انكر الصراحة منع العقد به فالاشتباه في الصغرى قوله خصوصا مع تعميمها اى تعميم الفاظ المجازية بان يقال لايجوز ايقاع العقد بالالفاظ المجازية سواء كان المجاز قريبا او بعيدا للعربية والبعيدة من الاكتفاء في اكثرها اى اكثر العقود اللازمة جمع المحقق الثاني اقول لايخفى على من وقف على كلام المحقق قده في باب السلم والنكاح انه بصدد بيان مختاره لافي مقام توجيه كلام الاصحاب وان كان كلامه قده قابلا بان يوجه به كلام من اطلق المنع من المجازات ولافي مقام الجمع بين مايترائى فيه التناقض لان التعرض للجمع بين كلمات العلماء مما لامعنى ولاوجه له وذلك لانها كلمات مختلفة لايجمعهم زمان ولامكان مع

(٥) كتاب الدين من الروضة ص ٢٩٧ اوزرع جازان يتقبل احدهما بحصة صاحبه من الثمرة بوزن معلوم

(١) المراد من مجمع البرهان هو الشرح الارشاد لاحمد بن محمد الاردبيلي النجفي المعروف بمحقق الاردبيلي ره (٢) الصفحة الثانية من كتاب مزارعة ومساقات المجمع

اختلاف مشاربهم بل قد يصدر الكلام من شخص اجتمع مع اخر فى زمان واحد من غير وقوف على مذاق الاخر ولا اطلاع على كلامه كما هو الشايع فى العلماء الذين جمعهم زمان واحد وعصر فارد من عدم فحص عن مذهب الاخر بل عدم الاعتداد وهذا هو المنشاء كثيرا للتخالف فيصير الجمع بين الكلمات ممالا يرضى به صاحبها على المجازات البعيدة كقوله خذ هذا المال وقد عرفت انفا وجه البعد فلا نعيد وهو اى حمل المحقق المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة جمع حسن قوله ولعل الاحسن منه اقول ذكر بعض المحشين ره ان وجه احسنية هذا الجمع المحكى عن المحقق الثانى ان للفقهاء رضوان الله عليهم عبارتين فى عدم كفاية الالفاظ المجازية فى العقود احديهما انه لا يجوز التعبير بالالفاظ المجازية والاخرى انه يعتبر كون الفاظ العقود اللازمة من قبيل الحقيقة والجمع المحكى عن المحقق الثانى لا ينطبق على العبارة الاخيرة الا بان يراد بالحقيقة ما هو اعم منها ومن المجاز القريب وهو تكلف بعيد بخلاف ماذكره المصنف من وجه الجمع فان مقتضاه التوسعه فى اعتبار الحقيقة بمعنى كون الدلالة مستندة الى الحقيقة سواء كانت هى المفيدة لمضمون العقد ابتداء بان يقع الانشاء به ام كانت مما يستند اليه دلالة اللفظ الذى وقع به الانشاء قوله سواء كان اللفظ الدال على انشاء العقد موضوعا له بنفسه كلفظ بعت بالنسبة الى انشاء تمليك عين بمال او مستعملا فيه مجازا بقرينة لفظ موضوع اخر كقوله بعت سكنى هذه الدار حيث استعمل لفظ البيع فى الاجارة بقرينة لفظ سكنى الذى هو موضوع وكقولنا رايت اسدا يرمى حيث استعمل لفظ الاسد فى الرجل الشجاع بقرينة لفظ موضوع اخر الذى هو لفظ يرمى قوله بحكم الوضع بان كان اللفظ موضوعا للمطلب بنفسه كما ذكرنا او افادته اى اللفظ له اى للمطلب بضميمة لفظ اخر بان كان مستعملا فيه مجازا بقرينته لفظ موضوع اخر كما عرفت مثاله انفا قوله بخلاف اللفظ الذى يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال او سبق خارج عن العقد اقول كان يقول نقلت مثلا ويكون دلالته على البيع لمقارنه حال هو كثره حاجته الى البيع اولسبق مقال بين الناقل والمنقول اليه قبل ايقاع العقد يدل على ارادة الناقل البيع من لفظ النقل وحاصل كلامه قده ان غير اللفظ قاصر عن افادة المقاصد كما صرح به فى المعاطاة فلا بد فى العقد اللازم من الاقتصار فى افادتها على الالفاظ ولو مجازا قوله فان الاعتماد عليه اى على

الدال لمقارنة حال او سبق مقال فى متفاهم المتعاقدين وان كان من المجازات القريبة مثل ادخلت فى ملكك رجوع خبران فى قوله فان الاعتماد عما بنى عليه من عدم العبرة بغير الاقوال فى انشاء المقاصد اقول دلالة اللفظ على معناه المجازى وان كانت القرينة حالية اومقالية ليست خارجة عن الدلالات اللفظية بل هى داخلة تحتها لان الدلالة اللفظية عبارة عن انفهام المعنى من اللفظ سواء كانت حيثية الدلالة مكتسبة من القرائن لفظية كانت او غيرها ام كان اللفظ بنفسه دالا على المقصود فانه على كلا التقديرين تنسب الدلالة الى اللفظ ولذا لم يجوز والعقد بالمعاطاة الخ اقول لايخفى ان بين مانحن فيه وبين المعاطاة فرقا واضحا لايقاس احدهما بالاخر وذلك ان الانشاء فى المعاطاة انما هو بالفعل والمقاولة قرينته بخلاف مانحن فيه فانه لو استعمل لفظ مجازى فى انشاء العقد مقرونا بقرينة غير لفظية كان وقوع الانشاء باللفظ والقرينة كاشفة لانها بها وقع الانشاء فحينئذ المعاطاة ونحوها مما وقع الانشاء فيه بالفعل على العكس مما نحن فيه فلا يصح التشبيه بها فى مقام التقريب قوله ومما ذكرنا من عدم العبرة بغير الاقوال فى انشاء المقاصد يظهر الاشكال فى الاقتصار على المشترك اللفظى وهو كلفظ الشراء مثلا فانه مشترك لفظا بين البيع والاشتراء ووجه ظهور الاشكال ان تعيين معنى المشترك بالقرينة المعينية يوجب وجدان العنوان بالقرينة فلا ينشاء العنوان باللفظ والجواب ان العنوان ينشاء بنفس اللفظ والقرينة كاشفة عن وقوع اللفظ فى مقام انشاء هذا العنوان وكذا المشترك المعنوى كلفظ ملكت بالنسبة الى البيع والاجارة لكونه مشتركا بينهما معنى وكلفظ نقلت الذى مشترك بين العقود التمليكية وغيرها من النقل الخارجى قوله ثم انه ربما يدعى ان العقود الموثرة فى النقل الخ اقول ظاهر هذا الكلام يعطى ان يكون المراد منه هو ان يضع الشارع لكل عقد لفظا خاصا والالتزام بهذا ظاهر الفساد بل دونه خرط القتاد بداهة ثبوت البيع والاجارة والصلح وسائر العقود قبل مبعث النبى «ص» ومولده والتعبير منها بلفظ البيع وبعت والاجارة واجرت والصلح وصالحت بل لايختص شيى من هذه القود بالعرب فهى سارية بين سائر اهل الالسنة وهذا من الوضوح كالشمس على المنار فكيف تكون الفاظ هذه العقود من موضوعات الشارع وهى سابقة على الشرع فلابد من الاقتصار على المتيقن اقول لاتشتبه عليك ان قوله فلابد الخ من كلام المدعى لافخر الاسلام وهو

اى قول المدعى كلام لامحصل له لماعرفت من ثبوت العقود المذكورة قبل مولد النبى «ص» اشتمالها اى الصيغة على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به اى بالعنوان معبرا عنها اى عن العلاقة فلابد من اشتمال عقدها اى العلاقة على هذه العناوين اى عنوان النكاح والزوجية والمتعة كالبيع والاجارة ونحوهما كالوكالة فخصوصية اللفظ اى لفظ الصيغة من حيث اشتمالها اى اشتمال الصيغة والمراد من اشتمال الصيغة على عنوان البيع والاجارة والوكالة الدائرة فى لسان الشارع فى مقام التعبير عن المعاملات الخاصة فى ضمن الصيغة المقصود بها تحققها سواء نشاءت المعاملة بهذا اللفظ اونشات بلفظ اخر وجعل هذا اللفظ قرينة على المراد منه قوله اوما يراد فهما الضمير فى قوله يراد فهما و قوله لانها ايضا يرجع الى الصيغة قوله فالضابط وجوب ايقاع العقد اى ايقاع عقد العلاقة بين الرجل والمرئة اوغيرهما بانشائها بالالفاظ التى فى لسان الشارع يعبر عنها بهذه الالفاظ مثل لفظ النكاح والتزويج اوبما يراد فهما فى لغة العاقد اوفى سائر اللغات قوله اذلو وقع اى عقد تلك العلاقة بانشاء غيرها اى غير العناوين الدائرة فى لسان الشارع لم يترتب عليه اى على انشاء غير العناوين الدائرة ان تجويزها اى الكناية فما ذكره الفخر ره من ان كل عقد لازم وضع الشارع له صيغة مخصوصة بالاستقراء مويد لما ذكرنا من توقيفية العقود ولايخفى ان التاييد بعد التوجيه المذكور الذى قد عرفته واستفدناه اى ما ذكرناه من كلام والده اى والد فخر المحققين وهو العلامة الحلى قد واليه اى الى ماذكرنا ليس من جنسه يعنى ليس من جنس ذاك العقد المذكور من حيث الوضع اللغوى والشرعى والعرفى وعن كنز العرفان (١) اقول ذكر صاحب كنز العرفان فيه ما هذا نصه (وحيث ان الزواج حكم شرعى حادث فلابد له من دليل يدل على حصوله وهو العقد اللفظى المتلقى من النص وهو ايجاب من المراة اومن قام مقامها وقبول من الزوج اومن قام مقامه والفاظ الايجاب ثلثة الاول انحكتك لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره الثانى زوجتك لقوله زوجناكها

(١) كنز العرفان فى فقه القران من جملة تاليفات مقداد بن عبدالله بن محمد بن الحسين بن محمد السيورى الحلى الاسدى المعروف بفاضل المقداد

الثالث متعتك لقوله فما استمتعتم به منهن والقبول كل لفظ دال عليه انتهى (٥) قوله من غيره اى غير الصريح والجار متعلق بالتمييز يعنى تقدر على تميز الصريح من غيره قوله وبلفظ بيع المنفعة او السكنى مثلا لا يبعد جوازه اقول لعل مبنى الجواز والمنع كون المفهوم المنشاء فى الشريعة عنوانا لمفهوم الاجارة وعدمه فبيع المنفعة او السكنى لما امكن دعوى ذلك فيه لم يستبعد الوقوع به كما فى رواية اسحق التى ذكرناها فى اول البيع وكما فى اخبار بيع منفقة الاراضى الخراجية التى ذكرناها فيه ايضا فراجع دون العارية فانه لم يمكن دعوى ذلك فيها فلا تصح الاجارة بلفظ العارية **فى ذكر الفاظ الايجاب والقبول** قوله منها لفظ بعت فى الايجاب اقول لا ريب فى ان لفظ بعت وان كان من الاضداد بالنسبة الى البيع والشراء وانه مشترك لفظى بينهما كما صرح به اهل اللغة كافة قال فى المصباح باعه يبيعه بيعا ومبيعا فهو بايع وبيع واباعه بالالف لغة قال ابن القطاع والبيع من الاضداد مثل الشراء ويطلق على كل واحد من المتعاقدين انه بايع لكن اذا اطلق البايع فالمتبادر الى الذهن باذل السلعة انتهى وصرح بكونه من الاضداد فى شرح القاموس ايضا هذا ولكن المتفاهم منه عرفا كونه موضوعا للبيع المقابل للشراء كما يظهر لمن راجع المرتكز فى الاذهان فلو سلم كونه فى اللغة موضوعا لكل من البيع والشراء لا ينبغى التامل فى ان المتفاهم منه عرفا هو البيع وهذا كاف فى صحة انشاء البيع به من دون حاجة الى تطويل الكلام حوله وهو اى لفظ بعت وان كان من الاضداد لكن كثرة استعماله فى البيع وصلت الى حد تعينها اى كلمة بعت عن القرينة **فى جواز انشاء البيع بلفظ شريت** قوله واما لفظ شريت الخ اقول لا شبهة فى جواز انشاء البيع بلفظ شريت وذلك لتصريح اهل اللغة بانه من الاضداد وانه موضوع للبيع تارة وللشراء اخرى (قال فى المصباح شريت الطعام اشريه اذا اخذته بثمن او اعطيته بثمن فهو من الاضداد انتهى وفى القاموس وغيره (شراه ويشريه ملكه بالبيع وباعه كاشتراه وهما ضدان) فلا اشكال فى وقوع البيع به اى بلفظ شريت لوضعه اى لفظ شريت له اى للبيع قوله بل قيل لم يستعمل فى القران الكريم الا فى البيع اقول هذا الكلام محكى عن المصابيح للعلامة الطباطبائى وغيرها **موارد استعمال لفظ شريت فى القرآن الكريم فى البيع** وشروه بثمن بخس

(٥) كتاب النكاح منه ص ٢٨٨

اى باعوه (١) - ولبئس ماشروا به انفسهم اى باعوا به انفسهم (٤) ومن الناس من يشرى نفسه ابتغاء مرضات الله اى يبيع (٥) فليقاتل فى سبيل الله الذين يشرون الحيوة الدنيا بالاخرة اى يبيعونها (٦) وعنه اى عن القاموس ايضا قوله وربما يستشكل فيه اى فى لفظ شريت وفى جواز الانشاء به بقلة استعماله اى لفظ شريت عرفا فى البيع اقول بعد اعترافه قده بان لفظ شريت لم يستعمل فى القران المجيد الا فى البيع لامعنى لاستشكاله فيه والمناقشة فى جواز الانشاء به لانا لانسلم وقوع الاستعمالات العرفية على خلاف الاستعمالات القرانية بل هى المتبع ولو سلمنا ذلك ولكن لانسلم تقديم الاستعمالات العرفية على الاستعمالات القرانية وهذا مما لاريب فيه وكونه اى لفظ شريت وجواز الانشاء به محتاجا الى القرينة المعينة اقول لااشكال فى صحة الانشاء به لان القرينة المعينة دائما تكون لفظية والوجه فيه ان لفظ الشراء اذا استعمل فى البيع يكون مفعوله الاول مال نفسه كقوله شريت كتابى مثلا اى بعته غير مصدر بالباء واذا استعمل فى الشراء يكون مفعوله الاول مال الطرف ومال نفسه يصدر بالباء كقوله شريت الكتاب بالدينار مثلا فالقرينة المعينة دائما تكون هى الهيئة وعدم نقل الايجاب به اى بلفظ شريت فى الاخبار **فى جواز انشاء البيع بملكت** قوله ومنها لفظ ملكت بالتشديد اقول ليس الكلام فيه فى صحة انشاء البيع به كما يتوهم لانه مما لاريب فيه والوجه ان مفهوم التملك بالعوض يتحد مع مفهوم البيع والفرق بينهما بالبساطة والتركيب بمعنى ان لفظ البيع ببساطته يدل على تبديل مال بمال ولفظة التمليك بالعوض تدل مركبة على ذلك والاجمال والتفصيل بمعنى ان لفظ البيع كلفظ الانسان ولفظة التمليك بالعوض كلفظى الحيوان والناطق فى التفصيل فكما ان لفظ الانسان يدل على الجنس والفصل بالاجمال ولفظى الحيوان والناطق يدلان عليهما بالدلالة التفصيلية فكذا البيع والتمليك بالعوض بل الكلام فيه انما هو فيما ذكره المصنف قده بان صحة العقد به بارادة الهبة المعوضة او المصالحة منه مبنية على صحة عقد بلفظ غيره مع النية فانه اورد عليه المحقق النائينى وكذا السيد قده بان ماذكره انما يتم فى الصلح ولايتم فى الهبة المعوضة فان الهبة المجانية والمعوضية من التمليك حقيقة

(١) سورة ١٢ اية ٢٠ (٤) سورة ٢ اية ٩٦
(٥) سورة ٢ اية ٢٠٣ (٦) سورة ٤ اية ٧٦

بل ظاهر نكت الارشاد (٢) قوله بحيث لايتبادر عند الاطلاق غيرها اى غير الهبة فيه اى ماقيل ان الهبة يفهم من تجريد اللفظ اى لفظ التملك وملكت عن العوض لامن ماده التمليك فهى يعنى مادة التمليك مشتركة وبين المجرد عنهما اى عن المقابلة اقتضى تجريده اى تجريد لفظ التمليك قوله وقد عرفت سابقا ان تعريف البيع بذلك اى بالتمليك فلو اراد منه اى من التمليك الهبة المعوضة او قصد المصالحة بنى صحة العقد به اى بالتمليك على صحة عقد كعقد الهبة فيما نحن فيه بلفظ غيره اى غير العقد كلفظ التمليك فانه غير لفظ الهبة مع النية اقول ذكر بعض المحققين فى المقام ماهذا نصه (هذا يتم بالنسبة الى انشاء المصالحة به لان الصلح ليس تمليكا اما بالنسبة الى انشاء الهبة به ففى ظاهر لان الهبة ايضا تمليك غاية الامر انها تمليك مجانى يعنى مالو حظ فيها شيى عوضا عن العين حتى لو كانت الهبة معوضة فان العوض فيها انما لوحظ عوضا عن التمليك لاعن العين المملكة فانشاء الهبة بلفظ التمليك ليس من قبيل انشاء عقد بلفظ غيره بل هو بلفظ نفسه اللهم الان يكون نظره الى قيد التملك اعنى مدخول باء العوض فانه ظاهر فى كونه عوضا عن العين والمقصود منه فى انشاء الهبة كونه عوضا عن نفس الهبة قوله واما الايجاب باشتريت اقول الظاهر ان محط كلام المصنف ما اذا كان اشتريت مستعمل بمعنى بعت فيتعلق بمال الموجب ويكون هو المعوض عنه والعوض مال القابل وهو مدخول باء المعاوضة بان يقول (اشتريت مالى بمالك) بمعنى بعت مالى بمالك ففى شرح القاموس يقال اشتراه اذا ملكه بالبيع ويقال اشتراه اذا باعه انتهى وينبغى حينئذ ان يبتنى جواز الايجاب به على جواز الايجاب بالمجاز وذلك لان استعمال (اشتريت) بمعنى (بعت) وشريت) مجاز قوله ففى مفتاح الكرامة (٢) انه اى الشان قد يقال بصحته اى صحة الايجاب بلفظ اشتريت كما هو الموجود فى بعض نسخ التذكرة والمنقول عنها اى عن التذكرة فى نسختين

(٢) المراد من النكت هو غاية المراد وقد ذكرنا انه من جملة تاليفات الشهيد الاول ره

(٢) مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة من جملة تاليفات جواد بن محمد الحسنى الحسينى السيد السند والعالم المعتمد الذى سبق فى ميدان الفضل اقرانه وهو من جملة تلامدة الاستاد الاكبر وحيد بهبهانى والعلامة الطباطبائى

من تعليق الارشاد قوله وقد يستظهر ذلك اى القول بصحة الايجاب باشتريت من عبارة كل من عطف على بعت وملكت شبههما اوما يقوم مقامهما بدعوى ان المعطوف يعم شريت كليهما بداهة ان ارادة خصوص شريت من المعطوف المذكور بعيد جدا لعدم الاختصاص كما ان ارادة مايقوم مقامهما فى سائر اللغات للعاجز عن العربية ابعد لان البحث فى المقام ليس مربوطا بالعاجز اذا عرفت هذا فنقول فمن من عطف على بعت وملكت لفظ مايقوم مقامهما العلامة الحلى قده فى كتابه التحرير حيث قال فيه (و لابد فيه من عقد يشتمل على ايجاب وقبول فالايجاب اللفظ الدال على النقل مثل بعتك اوملكتك اوما يقوم مقامهما (١) انتهى قوله فيتعين ارادة مايرادفهما اى يرادف بعت وملكت قوله لكن الاشكال المتقدم فى شريت اقول المراد من الاشكال المتقدم ماصرح المصنف بقوله (و ربما يستشكل فيه بقلة استعماله عرفا فى البيع وكونه محتاجا الى القرينة المعينة الخ) الافيه اى فى البيع وقد عرفت موارد استعمال لفظ شريت فى القران فيه فراجع بخلاف اشتريت اقول قدناقش بعض فى هذا الكلام بان عدة كثيرة من المفسرين قد صرحوا باستعمال لفظ الاشتراء فى البيع فى قوله (تعالى) بئسما اشتروا به انفسهم ان يكفروا بما انزل الله (٢) بادعاء ان البيع والشراء ازالة الملك الى غيره بعوض يعتاضه منه ثم استعمل ذلك فى كل معتاض من عمله عوضا خيرا كان ذلك العوض ام شرا وعليه فاليهود لما اوبقوا انفسهم واهلكوها بكفرهم بالنبى محمد (ص) سجل الله عليهم الذم والتوبيخ فقال بئسما اشتروا به انفسهم اى بئس شيئا باعوا به انفسهم حيث القوها فى المهلكة الابدية وتندفع هذه المناقشة بان الازراء والتوبيخ فى الاية الكريمة ليس على كل واحد من اليهود مع قطع النظر عن غيره لكى يتوهم انه لامعنى لنسبة الاشتراء اليهم الا بارادة البيع وان كل واحد منهم باع نفسه بالالحاد والكفر والزندقة بل التوبيخ راجع الى جميعهم بلحاظ معاملة بعضهم مع بعض حيث اشترى جمع منهم دين جمع اخر منهم بثمن بخس فصار كل واحد منهم بايعا من جهة ومشتريا من جهة اخرى وحينئذ فلادلالة فى الاية الكريمة على ارادة البيع من الاشتراء بل يمكن ان يراد من لفظ الاشتراء فيها معناه المتعارف قوله ورفع الاشكال مبتداء خبره قوله بعد سطر غير صحيح فى تعيين المراد منه اى من لفظ اشتريت

(١) كتاب التحرير ص ١٦٤ (٢) سورة البقره الاية ٨٩

واما العلبة ذلك اى تقديم الايجاب على القبول غير صحيح لان الاعتماد على القرينة الغير اللفظية فى تعيين المراد من الفاظ العقود قد عرفت مافيه اقول حيث قال قده فى مقام الاشكال (فان الاعتماد عليه فى متفاهم المتعاقدين وان كان من المجازات القريبة جدا رجوع عما بنى عليه من عدم العبرة بغير الاقوال فى انشاء المقاصد ولذا لم يجوز والعقد بالمعاطاة ولو مع سبق مقال اواقتران حال تدل على ارادة البيع جزما هذا ولكن يرد عليه ما عرفت سابقا من صحة الانشاء بكل مايصح ان يكون مبرزا لما فى نفس المتكلم من الاعتبار وان كانت مبرزيته بما يقترن به من القرائن الحالية والمقالية والمتيقن من دعوى الاجماع على اعتبار اللفظ الصريح فى صحة الانشاء على تقدير تسليمه انما هو اعتبار الصراحة فى اللفظ لاجل دلالته على تعين عقد خاص وتميزه عما عداه من العقود لامن حيث تميز ايجاب كل عقد عن قبوله والى هذا اشار بقوله قده الان يدعى الخ قوله وفيه اشكال اقول وجه الاشكال ظهور معاقد اجماعاتهم على اعتبار الصراحة فى الفاظ الايجاب والقبول فى كونها صريحة فى ايجاب المعاملة وقبولها بما هو ايجاب وقبول و بعبارة اخرى ظهور كلماتهم فى عموم المنع لذلك هذا ولكن فيه ما لايخفى ولذا قال السيد قده فى الحاشية لااشكال فيه لانا ان ساعدنا على ما ادعاه فانما نساعده فى اصل المادة واما الخصوصيات فلايجب ان يكون تمامها باللفظ قوله واما القبول فلاينبغى الاشكال فى وقوعه بلفظ قبلت ورضيت واشتريت وشريت لفظ اشتريت فى المتن ماخوذ من شريت بمعنى بعت ولفظ شريت ماخوذ منه مقابل بعت وابتعت وتملكت وملكت مخففا اقول جواز القبول بهذه الالفاظ مما لاريب فيه والمانع المتوهم وهو الاشتراك اللفظى فى بعضها لايضر لقيام القرينة المقالية اوالحالية على تعيين المراد قوله واما بعت فلم ينقل الا من الجامع (١) اقول حكى عن جماعة من اهل اللغة ان لفظ بعت مشترك بين البيع والشراء ولذا ذكر فى المصباح ان البيع فى الاصل مبادلة مال بمال وعليه فلامانع عن استعماله فى القبول غاية الامر انه يتميز بين المعنيين بالقرائن الحالية اوالمقالية ولو سلمنا اختصاص

(١) الجامع من جملة مولفات الفقيه الاديب النحوى يحيى ابن سعيد المعروف بالشيخ نجيب الدين بن سعيد الحلى وهو ابن عم المحقق ره وسبط محمد بن ادريس الحلى قده

هذا اللفظ بالايجاب ولو بالوضع التعيني لكثرة استعماله فيه لكان استعماله في القبول مجازا ومن المعلوم انه لامانع عن استعمال الالفاظ المجازية فيه كما لامانع عن استعمالها في الايجاب ولعل الاشكال فيه اي في لفظ بعت كاشكال اشتريت في الايجاب اقول قد عرفت انه لااشكال فيهما بعد تميز المعنيين بالقرائن الحالية و المقالية واعلم ان المحكي عن نهاية الاحكام (٢) والمسالك للشهيد الثاني قوله ثم ان في انعقاد القبول بلفظ الامضاء والاجازة والانفاذ وشبهها وجهان اقول احدهما عدم الصحة وعدم انعقاد القبول بها و ذلك لان عنوان الامضاء و الاجازة والانفاذ لايتعلق الا بماله مضى وجواز ونفوذ ومن المعلوم ان مايترقب منه ذلك هو السبب التام وهو العقد اي الايجاب والقبول لتقوم السبب المترقب منه التاثير في الملكية بهما معا فحينئذ لامعنى للتسبيب بقوله امضيت واجزت و انفذت الا في مثل العقد الفضولي الثاني الصحة وانعقاد القبول بها لان هذه العناوين بما انها من لوازم تحقق العقد بلحوق القبول للايجاب ويكون القبول ملزوما لها فانشاء القبول بهذه الالفاظ من قبيل الاستعمال الكنائي وقد عرفت جواز الانشاء بالكنايات فلامانع عن الانعقاد بل هو الاقوى كما في رضيت لاشتراك جميع هذه الالفاظ في افادة القبول بالايجاب المقوم لمفهوم القبول واستعمالها ايقاعا مستقلا في بعض الموارد في قبال جزئي العقد كما في عقد المكره والفضولي غير قادح لاطلاق دليل النفوذ بهذه الالفاظ فرع لوا وقعا العقد بالالفاظ المشتركه كلفظ الشراء مثلا فانه مشترك بين البيع والاشتراء بين الايجاب والقبول ثم اختلفا الخ اقول لو كان لفظ مشترك بين الايجاب والقبول كلفظ الشراء مثلا ولم يعلم تقديم احدهما حتى تميز البايع من المشري او علم بالتقارن وقلنا بصحته ولم يكن هناك جهة مميزة اخرى فالحكم التحالف لان كلا منهما مدع ومنكر ولكن هذا فيما اذا كان الاثر الشرعي مترتبا على كل واحدة من الدعويين كما لو كان كل من العوضين حيوانا وبنى على اختصاص خيار الحيوان بالمشتري كما لو بيع الحمار بالشاة فادعى من انتقل اليه الحمار انه المشتري وان له الخيار وكذا ادعى من انتقلت اليه الشاة اما لو كان الاثر الشرعي مترتبا على احدى الدعويين دون الاخرى كما لو كان احد العوضين حيوانا والاخر ثوبا فادعى من انتقل اليه الحيوان

(٢) نهاية الاحكام في معرفة الاحكام للعلامة الحلي قده

انه اشتراه بالثوب فيكون له الخيار وقال من انتقل اليه الثوب انا اشتريت الثوب به وانت بعت الثوب بالحيوان فالحيوان ثمن لامبيع فلاخيار لك فالقول حينئذ قول الثانى وعليه اليمين لاصالة عدم الخيار

فى عدم اعتبار العربيته فى صحة العقد

مسئلة المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين والفاضل المقدادو المحقق والشهيد الثانيان اعتبار العربيته فى العقد اقول وينبغى بسط الكلام فى المقام بحيث يكشف الغطاء عن وجه المرام فنقول مستعينا بالله تعالى ذهب جمع كثير من اكابر الاصحاب رضوان الله عليهم الى اعتبار العربيته فى صيغ العقود لوجوه ثلثة ١ـ التاسى والاقتداء بالنبى «ص» فان النبى «ص» والائمة عليهم السلام كانوا يعاملون بالعربية وينشئون العقود والايقاعات بالفاظها ومن المعلوم ان فعلهم حجة كما ان قولهم وتقريرهم حجتان والجواب عنه ان النبى «ص» وان كان عارفا باللغات وقادرا على انشاء العقود والايقاعات بباية لغة الاان قومه ص كانوا عربى اللسان ولم يعرفوا سائر اللغات غالبا وعندئذ فعدم صدور الانشاءات العربيته منه «ص» بغير اللغة العربية انما هو لعدم ابتلائه بذلك وعليه فلا يكشف فعله هذا عن عدم جواز الانشاء بغير اللغة العربيته غاية الامر أن العربية مطلوبة و المطلوبية لاتستلزم فساد الانشاء بغيرها بعد شمول العمومات والاطلاقات له

٢ـ ان عدم صحة الانشاء بالعربى غير الماضى يستلزم عدم صحته بغير العربى بطريق اولى والجواب ان دعوى الاولوية ممنوعة فيما نحن فيه واعتبار الماضوية فى العقود كما سياتى لادليل عليه قوله وفى الوجهين مالايخفى اقول المراد من الوجهين التاسى والاولوية اما عدم تمامية التاسى فواضح لانه لايصلح لتقييدا طلاقات الصحة والنفوذ الشامل لغير العربى واما عدم تمامية الاولوية فهو يظهر من ملاحظة ادلة الماضوية وعدم تماميتها على ان الماضوية ليست من خصوصيات اللغة العربية لكى يقال ان اعتبارها يستلزم اعتبار العربية بل هى خصوصية فى كل لغة ٣ـ ان مفهوم العقد لايتحقق فى الخارج الا بالانشاء بالالفاظ العربية و عليه فالانشاء بغيرها خارج عن حدود العقد موضوعا والجواب ان هذا لايساعده الدليل عقليا كان او نقليا ولاشاهد على اعتبار العربية من العرف واللغة وعليه فيكون الانشاء بغير الفاظ العربية مشمولا للعمومات والمطلقات الدالة على

صحة العقود ولزومها قوله واضعف منهما اى من الوجهين منع الصدوق العقد على غير العربى مع التمكن من العربى اقول وجه الضعف ان العقد من مقولة المعنى فلا معنى لعدم صدقه على غير العربى وصدقه على العربى على ان معنى العقد هو العهد الموكد المستوثق ومن المعلوم انه لم يوخذ فى مفهومه وقوع العهد بالعربية فلم يبق معنى لمنع الصدوق صدق مفهومه على غير العربى مع التمكن منه بعد ما عرفت ان مفهومه لا يختلف بالتمكن وعدمه قوله فالاقوى صحته اى العقد بغير العربى اقول وجه الصحة وكونها اقوى صدق التجارة والبيع وعناوين العقود عليه فهو مقتضى العمومات والاطلاقات الدالة على صحة العقود ونفوذ البيع والتجارة.

قوله وهل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة والهيئة

اقول الظاهر ان هذا بحث مستقل غير مرتب على اعتبار العربية كما يظهر من المصنف قده وان كان الفضل له كله وهو انه هل يعتبر عدم اللحن فى اللفظ الذى ينشاء به المعاملة ام لا وقبل الشروع فى البحث والنقض والابرام حوله ينبغى اولا بيان ضابط ليكون هو المعيار فى المقام فنقول اللحن سواء كان فى المادة كما لو قال جوزتك بدل زوجتك اووزجتك بدله او الهيئة كما لو قال بعتك بفتح الباء بدل الكسر ان كان بنحو يضر بظهور الكلام عرفا فى ارادة المعاملة الخاصة ويعد غلطا فى نظر اهل العرف وذلك كلفظ بغت بدل بعت ولفظ جوز ووزج بدل زوج اعتبر عدمه لما عرفت من لزوم كون الانشاء بلفظ يكون مظهر التلك المعاملة عرفا والالفاظ المذكورة ليست كذلك وان كان بنحو لا يضر بظهور الكلام عرفا كما لو قال بعتك بالفتح صح العقد ولا يعتبر فيه عدمه للعمومات لانها شاملة لما كان عقدا ومبرزا عرفا نعم على القول بلزوم الاقتصار على المتيقن من الاسباب لابد من العقد الغير الملحون ولكنك قد عرفت انه بمراحل عن الواقع ولعله الى ما ذكرنا نظر كلام فخر الاسلام قده حيث فصل بين مثال بعتك وبين قوله جوزتك فصحح الاول دون الثانى لما ذكره المصنف ره اذ لازم كلامه صحة العقد بوزجتك اذ لا معنى صحيح له سوى التزويج مع انه فاسد قطعا لما عرفته قوله الاقوى ذلك اى اعتبار عدم اللحن سواء كان فى الماده او الهيته قوله بناء على ان دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من اسباب النقل وهو العقد الغير الملحون هذا ولكنك عرفت عدم تماميته هذا البناء قوله وكذا اللحن فى الاعراب بان

يقول فى قولنا بعتك هذا الكتاب مثلا الكتاب بضم الباء بدل الفتح فيعتبر عدمه ايضا بناء على لزوم الاقتصار على المتيقن من الاسباب ولعله اى الفرق المحكى عن الفخر المحققيق قوله ومنه اى من الفرق المحكى عن الفخر المحققين يظهر ان اللغات المحرفة مثل بعتك بفتح الباء الذى لايتغير به المعنى لاباس به لان يستعمل فى العقد ومثل بعض اللغات وكلمات اعراب عصرنا حيث يخذفون بعض المواد والحروف منها ويبدلونه بخلاف جوزتك بدل زوجتك فاستعماله فى التزويج غير جائز لتغير المعنى به قوله ثم هل المعتبر عربيته جميع اجزاء الايجاب والقبول الخ اقول يقع البحث فى المقام فى موضعين الاول انه هل يعتبر ذكر المتعلقات كالعوضين وغيرهما فى عقد البيع بحيث اذا لم يذكر لم ينشاء البيع ام لا الثانى انه على تقدير اللزوم هل يعتبر ان يكون بالعربية ام لا اما الاول فقد استظهر بعض المحشين لزوم ذكر خصوص العوضين وعلله بان العوضين فى البيع نظير الزوجين فى النكاح اذ المبادلة انما تكون بين المالين فلابد من انشاء هذا المعنى فاذا لم يذكر الثمن والمثمن لم ينشاء البيع ولو كان من قصده تبديل المالين لان القصد المجرد لاعبرة به فى انشاء المعاملات نعم لاباس بحذف المتعلقات مع قيام القرينة عليه واما الثانى اعنى اعتبار العربية فى العقود كما عرفت فهو مما يقطع بعدمه كيف لا فلو كانت معتبرة لكان على كل مكلف تعلم صيغ العقود كوجوب تعلم الصلوة لان ابتلاء الناس بالمعاملات كابتلائهم بالعبادات ولايمكن توكيل العارف بلغة العرب غالبا فيلزم سد باب المعاش فحينئذ كل ما صدق عليه عنوان العقد والعهد يصح انشائه بسواء كان عربيا ام غيره وبعبارة اخرى حقيقة كل امر انشائى سواء كان من العقود او الايقاعات متقومة بالاعتبار النفسانى المبرز بمبرز خارجى سواء كان هذا المبرز فعلا ام كان قولا وسواء كان القول عربيا ام كان غير عربى وعليه فلاباس بقول القائل بعت ابن ساعترابه بيست درهم ويويد ماذكرنا بل يدل عليه ماعن العلاء(٢) قال قلت لابيعبدالله «ع» الرجل يريد ان يبيع بيعا يقول ابيعك بده دوازده فقال

(٢) العلاء بن الفضل بن يسار ثقة والعلاء بن رزين القلاء ثقة والعلاء بن المقعد ثقة والعلاء بن يحيى ثقة صرح به العلامة والنجاشى فراجع

لاباس انماهذه المراوضة فاذا جمع البيع جعله جملة واحدة (١) اللهم الا ان يقال ان هذه الرواية اجنبية لاربط لها بالمقام لانها وردت فى المقاولة قبل البيع قوله والاقوى هو الاول اى اعتبار عربية جميع الاجزاء اقول هذا بناء على ان ذكر متعلقات الايجاب لازم لامطلقا لان غير العربى كالمعدوم يعنى ذكر متعلقات الصيغة من العوض والشرط والاجل بغير الالفاظ العربية كحذفها فقول القائل بعت (اين ساعترا به بيست درهم) كقوله بعت من دون ذكر العوض والمعوض هذا ولكن لايخفى عليك ان هذا التعليل يتم فيما اذا فرضنا قيام الاجماع على اعتبار العربية واعتبرنا ذكر المتعلق فى تحقق الايجاب فعندئذ لايكفى ذكر بعض المتعلقات بغير العربى ولكنك قد عرفت ان المقدمتين كلتيهما فى مورد المنع فكانه اى غير العربى نعم لولم يعتبر ذكر متعلقات الايجاب اقول المراد من المتعلقات العوض والمعوض والشرط والاجل كان يقول بعتك هذا الكتاب بعشره دراهم الى اجل معلوم بشرط ان تخيط لى ثوبا مثلا واكتفى بانفهامها اى المتعلقات ولو من غير اللفظ كالقرائن الحاليته والمقاليته صح الوجه الثانى وهو كفاية عربيته الصيغة فقط اعنى بعت وقبلت دون المتعلقات وما فى بعض النسخ من لفظ الاول بدل الثانى فهو من طغيان القلم فى اعتبار علم المتكلم بمعنى الصيغة قوله ثم انه هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا اقول مورد الكلام فى المقام الشخص الغير العربى المجرى للعقد باللفظ العربى قوله بان يكون فارقا بين معنى بعت وابيع وانا بايع اقول ملخص الفرق بينهما ان صيغة الماضى وضعت للتحقق والثبوت ولذا يستلزم المضى ووقوعه سابقا اذا كان المتكلم فى مقام الاخبار عن تحقق المبدء عن الفاعل فاذا كان فى مقام ايجاد المبدء بالهيئة كقوله بعت كان صريحا فى تحقق الامر الاعتبارى بما هو اله واما صيغة المضارع فهى موضوعة لتلبس الفاعل بالمبدء وهذا ملازم للتحقق والثبوت وليس بصريح فيه فاستعماله وقصد الانشاء به دائر مدار القول بصحة الانشاء بالكنايات هذا ولكن المستفاد من كلام بعض الاكابر خلافه لانه قال واما الفعل المضارع فهو مشترك بين الحال والاستقبال

(١) قدمرت الرواية فى بحث المعاطاة عند الاستدلال بفسادها بقوله ع انما يحلل الكلام الخ فراجع

فاستعماله فى انشاء المادة فى الحال حقيقة فهو من هذه الجهة اولى بالصحة من الفعل الماضى انتهى واما اسم الفاعل كقوله انا بايع فهو موضوع للدلالة على انتساب البيع الى البايع فيكون قريبا من معنى المضارع بل متحدا فى المعنى معه وان كان بينهما ترتب فى النسبة بمعنى ان المضارع وضع لنسبة الفعل الى الفاعل وبعد تحقق هذه النسبة يتصف الفاعل بانه صدر عنه الفعل ولذا يقال باع يبيع فهو بايع قوله او يكفى مجرد علمه اى المتكلم الظاهر هو الاول اى اعتبار كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ قوله بل بقصد المتكلم منه المعنى الخ بان استعمل المتكلم بذلك القول اياه فى معنى الموضوع له عند العرب فلا يقال انه اى المتكلم قوله وان كان فى تعينه اى القول الاول اعنى اعتبار كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ نظر اقول بل فيه منع واضح لعدم الدليل على اعتبار العلم بمضمون الصيغة على التفصيل المذكور فى المتن بل الاعتبار بهذا النحو مقطوع العدم للسيرة القطعية على خلافه اذ لا يطلع على خصوصيات الصيغة على النحو المذكور الا الاوحدى من الناس اما العوام منهم فلا يلتفتون الى خصوصياتها على الكيفية المذكورة ومع ذلك ينشئون بها العقود والايقاعات ومن الواضح ان هذا الامر متعارف بينهم قديما وحديثا والردع عنه لم يثبت فى الشريعة والا لاشتهر وبان ضرورة ابتلاء الناس بالمعاملات كابتلائهم بالعبادات الضرورية التى اتضح حكمها فى الشريعة المقدسة كالصلوة والصوم والحج ونحوها نعم اعتبار كون المتكلم عالما بمعنى اللفظ فى الجملة مما لا ريب فيه لان استعمال اللفظ فى المعنى يتوقف على لحاظ اللفظ والمعنى والا فلا يعقل ذلك الاستعمال ويكون التلفظ مجرد لقلقة اللسان وليس تكلما ولكن هذا بمراحل عن اعتبار العلم التفصيلى بالكيفية المخصوصة لا يقتضيه قوله ولذا نص بعض على عدمه اى عدم القول الاول وان استظهر بعض المحشين رجوعه كقوله (وان كان فى تعينه نظر) و كقوله فلا ينبغى ترك الاحتياط) الى الفقرة الاخيرة و هى قوله بل على هذا لا يكفى الخ .

هل تعتبر الماضوية فى الايجاب والقبول

قوله المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية بل فى التذكرة الاجماع

على عدم وقوعه اى العقد بلفظ ابيعك او اشتر منى اقول اشتراط الماضوية فى العقد اعنى الايجاب والقبول محكى عن غير واحد من الفقهاء رضوان الله عليهم منهم المحقق ره فى الشرايع قال فيه ما هذا لفظه (ولا ينعقد الا بلفظ الماضى فلو قال اشتر او ابتع او ابيعك لم يصح وان حصل القبول وكذا فى طرف القبول مثل ان يقول بعنى او تبيعنى لان ذلك اشبه بالاستدعا او الاستعلام انتهى كلامه رفع مقامه (١) ومنهم العلامة ره فى التذكرة قال فيه ما اليك نصه (الثانى اى من شروط الايجاب والقبول الاتيان بهما بلفظ الماضى فلو قال ابيعك او اشترى لم يقع اجماعا لانصرافه الى الوعد ولو تقدم القبول بلفظ الطلب بان قال بعنى بدل قوله اشتريت فقال البايع بعتك لم ينعقد لانه ليس صريحا فى الايجاب فقد يقصد ان يعرف ان البايع هل يرغب فى البيع نعم لو قال المشترى بعد ذلك اشتريت او قبلت صح اجماعا ولو تقدم بلفظ الاستفهام فيقول اتبيعنى فيقول بعتك لم يصح اجماعا لانه ليس بقبول ولا استدعاء انتهى ولعله اى اشتراط الماضوية لصراحته اى الماضى والامر استدعاء طلب كردن وعن القاضى (٢) فى الكامل والمهذب عدم اعتبارها اى الماضوية اقول عدم اعتبار الماضوية هو التحقيق لانه يصدق عنوان العقد على المنشاء بالمضارع والامر فيكون مشمولا للعمومات والى هذا اشار بقوله ولعله اى عدم اعتبار الماضوية لاطلاق البيع والتجارة وعموم العقود ومادل فى بيع الابق واللبن فى الضرع من الايجاب بلفظ المضارع وفحوى مادل عليه اى على الايجاب بلفظ المضارع فى النكاح قد ذكرنا جميع هذه الروايات عند الاستدلال بقوله (المومنون عند شروطهم) على صحة المعاطاة فلا نعيدها قوله ولا يخلو هذا ايعدم اعتبار الماضوية فى الايجاب والقبول وصحة انشائهما بلفظ المضارع لا يخلو من قوة لدلالة عموم قوله تع (اوفوا بالعقود) عليه لانه يشمل الماضى وغيره بعد فرض تحقق معنى العقد والانشاء لو فرض صراحة المضارع

(١) شرايع صفحة ٨٥ من كتاب التجارة .

(٢) عبدالعزيز بن ابى كامل الطرابلسى القاضى شيخ عزالدين العالم المحقق والفقيه المدقق صاحب كتاب المهذب والكامل والاشراف والموجز والجواهر طرابلس بفتح طاء مهملة وضم موحدة ولام شهريست بساحل شام نزديك بعلبك

فى الانشاء على وجه لايحتاج الى قرينة المقام فتامل اقول الامر بالتامل اشارة الى ان هذا المقدار من الصراحة غير معتبرة فى المضارع والايلزم فساد العقد بالماضى ايضاً لان قرينة المقام لابدمن الاعتماد عليها ايضافى الايجاب الماضى فكيف يكون ذلك قادحافى صحة الايجاب بالمضارع .

فى لزوم تقديم الايجاب على القبول

قوله الاشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول اقول الاقوال فى هذه المسئلة ثلاثة الاول وهو الاشهر كماقيل لزوم تقديم الايجاب على القبول مطلقا ويه صرح فى الخلاف بقوله (اذا قال بعنيه بالف فقال بعتك لم يصح البيع حتى يقول المشترى بعد ذلك اشتريت اوقبلت دليلنا انما اعتبرناه مجمع على ثبوت العقد به (٤) والوسيلة لمحمد بن على بن حمزة الطوسى والسرائر لمحمد بن ادريس الحلى وجه التقديم امور ثلاثة الاول الاجماع والثانى العمومات كقوله تعالى اوفوا بالعقود واحل الله البيع وقوله الاان تكون تجارة عن تراض لانها محمولة على العقود المتعارفة ومن الواضح انه لم يتعارف تقديم القبول بلفظ قبلت اورضيت على الايجاب والثالث فرعيته القبول وكونه تابعا للايجاب توضحيه ان القبول الذى هو احد ركنى العقد فرع الايجاب وتابع له فلايعقل تقدمه عليه ضرورة ان القبول ليس هو مجرد الرضاء بالايجاب لكى يلتزم بامكان تعلق الرضاء بالامر المتأخر بل المراد من القبول انما هو الرضاء بالايجاب المتضمن لنقل المال من الموجب الى القابل نقلا فعليا ومن المعلوم ان هذا المعنى لايتحقق الا بتاخر الرضاء عن الايجاب والى ما ذكرنا اشار بقوله ولعله الاصل بعد حمل اية وجوب الوفاء على العقود المتعارفة كاطلاق البيع والتجارة فى الكتاب والسنة وزاد بعضهم ان القبول فرع الايجاب فلايتقدم عليه وانه تابع له فلايصح تقدمه عليه انتهى والثانى جواز التقديم مطلقا وهو المستفاد من الشيخ قده فى بيع المبسوط حيث قال عقد النكاح ينعقد بالايجاب والقبول سواء تقدم الايجاب كقوله زوجتك بنتى فقال قبلت النكاح اوتاخر كقوله زوجنى بنتك بلا خلاف فاما البيع فان تقدم الايجاب صح بلاخلاف وان تقدم القبول صح والاقوى

(٤) الخلاف ج ٢ ص ١٨

عندى انه لايصح انتهى ومن المحقق ره فى الشرايع حيث قال: وهل يشترط تقديم الايجاب على القبول فيه تردد والاشبه عدم الاشتراط انتهى ومن العلامة فى التحرير حيث قال ره فيه (لابد فى اللفظ ان يكون بصيغة الماضى فى الايجاب والقبول دون المستقبل والامر والاقرب عدم اشتراط تقديم الايجاب والثالث التفصيل بين الصيغ التى ينشاء بها القبول كلفظ قبلت ورضيت وبين غيرها كصيغة الامر والاستيجاب نحو بعنى فيقول المخاطب بعتك وكلفظ اشتريت وملكت مخففا وابتعت وهو الذى اختاره المصنف قده بقوله والتحقيق ان القبول اما ان يكون بلفظ قبلت ورضيت الى قوله فان كان بلفظ قبلت فالظاهر عدم جواز تقديمه الخ وربما ينسب الى بعض التفصيل بين البيع والنكاح بجواز التقديم فى النكاح بلفظ الامر دون البيع ولكن استظهر بعض المحققين عدم صحة النسبة اذا عرفت هذا فنقول ان القبول قد يقع بلفظ قبلت ورضيت وامثالهما وقد يقع بلفظ الامر بان يقول المشترى بعنى المتاع الفلانى بماة ويقول البايع بعته اياك بكذا وقد يقع بلفظ اشتريت وابتعت وملكت مخففا فاذا وقع القبول بالقسم الاول لم يجز تقديمه على الايجاب للوجوه المذكورة انفا واذا وقع بالقسم الثانى لم يجز تقديمه على الايجاب ايضاً والوجه فيه انه لايعد قبولا للايجاب المتاخر وانما هو استدعاء واستيجاب واذا وقع بالقسم الثالث اعنى به اشتريت و ابتعت و ملكت مخففا جاز تقديمه على الايجاب والوجه فيه انه حينئذ لم يوخذ فيه عنوان المطاوعة لكى يستحيل تقديمه عليه وبه اى بلزوم تقديم الايجاب على القبول ولعله اى تقديم الايجاب على القبول فلايتقدم اى القبول عليه اى على الايجاب وانه اى القبول تابع له اى للايجاب وحكى عن غاية المراد للشهيد الاول ره عن الخلاف الاجماع عليه اى على تقديم الايجاب وليس فى الخلاف فى هذه المسئلة الا ان البيع مع تقديم الايجاب متفق عليه فيوخذ به اى بالمتفق عليه بل ظاهر كلامه اى الشيخ عدم الخلاف فى صحته ايصحة تقديم القبول قوله وكيف كان يعنى سواء كان تقديم القبول بلفظ الامر والاستيجاب كقول المشترى بعنيها وقول البايع بعتكها صحيحا او فاسدا فنسبة القول الاول وهو لزوم تقديم الايجاب على القبول وعدم جواز تقديم القبول الى المبسوط مستند الى كلامه الى الشيخ فى باب البيع واما فى باب النكاح فكلامه صريح فى جواز التقديم اى جواز تقديم القبول قوله للعمومات السليمة عما

يصلح لتخصيصها اقول مراده قده ان قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله احل الله البيع وكذا قوله الا ان تكون تجارة عن تراض لا تختص بالعقد والبيع والتجارة التى تقدم - الايجاب فيها على القبول بل هى عام شامل لما اذا كان القبول فيه مقدماً على الايجاب هذا ولكن يمكن ان يقال ان التمسك بالاطلاق والعموم انما يحسن لو لم نقل بانصرافهما الى العقود المتعارفة بين الناس والا كما ادعاه بعضهم حتى بالنسبة الى العمومات مع ان من شأنها شمولها للافراد النادرة مدعياً ذلك فى مدخول ادوات العموم وهو العقد فانه قبل دخولها منصرف الى المتعارف اعنى ما تقدم فيه الايجاب على القبول فحينئذ فلا تفيد العموم الا بمقدار استعداد المدخول فلا وجه للتمسك بهما ولكن فى دعوى ذلك تأمل على ما يقتضيه ظاهر الجمع المحلى باللام قوله وفحوى جوازه اى جواز تقديم القبول فى النكاح الثابت بالاخبار مثل خبر ابان بن تغلب (٢) قوله ورواية سهل الساعدى الخ (٥) بل المحكى عن الميسية لعلى بن عبد العالى العاملى الميسى و كشف اللثام لمحمد بن الحسن المعروف بفاضل هندى وقد اعترف به اى بعدم جواز تقديم لفظ قبلت غير واحد من متأخرى المتأخرين ايضاً بل المحكى هناك ايباب النكاح عن ظاهر التذكرة الاجماع عليه اى على عدم جواز تقديم لفظ قبلت ويدل عليه اى على عدم جواز تقديم الخ مضافاً الى ماذكر يعنى الاجماع والى كونه

(٢) وسائل چاپ جديد المجلد السابع كتاب النكاح ص ٤٦٦ عن ابان بن تغلب قال قلت لابى عبد الله (ع) كيف اقول لها اذا خلوت بها قال تقول اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لا وارثة ولا موروثة كذا وكذا يوماً وان شئت كذا وكذا سنة بكذا وكذا درهما وتسمى من الاجر ما تراضيتما عليه قليلا كان او كثيراً فاذا قالت نعم فقد رضيت وهى امرأتك وانت اولى الناس بها ضعيف بابراهيم بن الفضل .

(٥) عن عوالى اللئالى روى سهل الساعدى ان النبى (ص) جاءت اليه امرأة فقالت يا رسول الله انى قد وهبت نفسى لك فقال (ص) لا اربة لى فى النساء فقالت زوجنى بمن شئت من اصحابك فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها فقال هل معك شىء تصدقها فقال والله ما معى الا ردائى هذا فقال (ص) ان اعطيتها اياه تبقى ولا رداء لك هل معك شىء من القرآن فقال نعم سورة كذا وكذا فقال (ص) زوجتكها على ما معك من القرآن مرسل (المستدرك ج ٢ فى باب ٢ من ابواب المهر ص ٦٠٥ .

اى كون تقديم لفظ قبلت خلاف المتعارف فلا يعقل تقدمه اى القبول قوله ومن هنا اى من بياننا المراد من القبول يتضح فساد ماحكى عن بعض المحققين اقول حكى ذلك السيد فى مفتاح الكرامة عن استاده بحر العلوم ره فى رد الدليل المذكور وهو اى الدليل المذكور كون القبول فرع الايجاب وتابعاً له وهو اى ماحكى عن بعض المحققين ان تبعيته القبول للايجاب ليس تبعية اللفظ للفظ ولا القصد للقصد اقول هذا الكلام ظاهر فى التعرض (لما قد يدعى من ان القبول فرع الايجاب) من جهة كونه مطاوعة وتابعاً له حيث انه قبوله وتسلمه وهو لا يكون الا بعد تحققه فدفعه بان تبعيته ليس من قبيل تبعية اللفظ للفظ او القصد للقصد حتى يتوقف تحققه على وجوده بل هو بمعنى الرضا به وصدق القبول المشتمل على معنى المطاوعة لا يتوقف على ازيد من كون مفهومه تسلماً لما يعطيه الاخر ولا يحتاج الى تحقق مصداق المطاوعة خارجاً ولعل هذا هو المراد من قوله على سبيل الفرض والتنزيل يعنى لا يحتاج تحققه الا الى انشاء مايكون مطاوعة مصداقاً على تقدير تقدم الايجاب وكلام المصنف ناظر الى ان المانع ليس هو هذا الذى ذكره بل ما اشرنا اليه انفاً وليس فى كلامه مايدفعه حتى يمتنع تقديمه اى تقديم القبول قوله وانما هو اى تبعية القبول على سبيل الفرض والتنزيل بان يجعل القابل نفسه متناولا اى اخذاً بصيغة اسم الفاعل لما يلقى اليه اى الى القابل من الموجب والموجب مناولا اى معطياً وقابل لما تمنحنى اى تعطينى فهو اى القابل متناول ان لم يقم اجماع على خلافه اى خلاف تقديم القبول بلفظ قبلت ورضيت قوله وليس المراد ان اصل الرضاء اقول المراد من قوله اصل الرضا نفس الرضا وكثيراً مايعبر بلفظ الاصل مضافاً الى شيء مراداً به ذات ذلك الشيء الغير المقرونة بالعوارض بشيء تابع لتحققه فى الخارج اولا صل الرضاء به ومراده قده من هذا الاصل الثانى مايعبر عنه بالمبدء وحاصل المعنى انه ليس المراد ان نفس الرضاء بشيء تابع لتحقق ذلك الشيء فى الخارج اولمبدء الرضاء به ومنشائه فى الذهن حتى يحتاج فى توضيح كونه تابعاً لمبدئه دون تحققه الخارجى الى ماذكره من المثال اعنى قوله انا راض بما تعطينى الخ ولفظة اولا حد الامرين بمعنى ان المراد بكون القبول فرعاً ليس احد هذين المعنيين المذكور احدهما قبل لفظة او والاخر بعدها حتى يحتاج الى توضيح الثانى منهما بالمثال بعد الاختيار بل المراد منه معنى ثالث الذى هو ركن العقد قوله واما ما يظهر من المبسوط من الاتفاق هنا اى فى صورة كون القبول المتقدم امراً على الصحة

به فموهون بما ستعرف من مصير الاكثر على خلافه والمراد من مورد ظهور الاتفاق المذكور من كلامه فى المبسوط قوله ره فى العبارة التى تقدم نقلها من المبسوط (صح عندنا وعند قوم من المخالفين) قوله واما فحوى جوازه اى جواز تقديم القبول بلفظ الامر فى النكاح بان يقول الرجل زوجنى فلانة ففيها ايفى هذه الفحوى بعد الاغماض عن حكم الاصل يعنى بعد الاغماض عن فرعية القبول وكونه تابعاً للايجاب وبعد الاغماض عن عدم معقولية تقدم قبلت ورضيت بناء على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الامر هو القبول لاحتمال تحقق القبول الخ اقول محصل كلامه قده فى هذا المقام ان هذه قضية مجملة وذلك لامكان كون قول النبى (ص) زوجتك ايجاباً لاقبولا وقبوله باللفظ بعد قول النبى (ص) فعندئذ فلا ظهور له فى جواز انشاء العقد بلفظ الامر قوله ويؤيده اى يؤيد هذا الاحتمال انه اى الشأن لولاه اى لولا هذا الاحتمال يلزم الفصل الطويل اقول محصل كلامه ره ان تقديم القبول فى هذه القضية مستلزم لتخلل الفصل الطويل لوقوع جمل متعددة من النبى (ص) ومن الرجل بين قوله زوجنيها وبين قول النبى (ص) قد زوجتكها قوله ومنع الفحوى اقول قال بعض المحققين فى هذا المقام ما هذا لفظه (الوجه فى المنع هو ما تقدم اليه الاشارة فى كلام الشهيد قده فى غاية المراد نقلا عن العلامة قده من الفرق بين النكاح وغيره بان الايجاب هناك من المرأة وهى تستحيى من الابتداء بالايجاب فيشق عليها ذلك فالمناسب بفضل الله سبحانه على عباده هو ان يوسع فى امر عقد النكاح فيرخص فى ابتداء الزوج بخلاف غير النكاح قوله ثم اعلم ان فى صحة تقديم القبول بلفظ الامر اختلافاً كثيراً بين كلمات الاصحاب فقال فى المبسوط ان قال الخ اقول قال فى المبسوط فى هذا المقام ما هذا لفظه (عقد النكاح ينعقد بالايجاب والقبول سواء تقدم الايجاب كقوله زوجتك بنتى فقال قبلت التزويج او تأخر الايجاب كقوله زوجنى بنتك فقال زوجتك بلاخلاف فاما البيع فان تقدم الايجاب فقال بعتك فقال قبلت صح بلاخلاف وان تقدم القبول فقال بعنيه بالف فقال بعتك صح والاقوى عندى انه لا يصح حتى يقول المشترى بعد ذلك اشتريت انتهى (١) قوله وعن جامع المقاصد ان ظاهرهم ان هذا الحكم اتفاقى اقول قال قده بعد حكم العلامة ره فى القواعد بعدم انعقاد عقد البيع بالاستيجاب والايجاب ظاهرهم ان هذا الحكم اتفاقى وما قيل بجوازه فى النكاح مستند الى

(١) كتاب البيع الصفحة الثالثة منه .

رواية ضعيفة انتهى هذا ولكن يمكن ان يقال كما عن السيد ره فى الحاشية التصريح بان مسئلة تقدم القبول بلفظ الامر غير مسئلة الاستدعاء والاستيجاب والايجاب والتحقيق جواز الاول وعدم كفاية الثانى فان الثانى لايكون قبولا بل مجرد طلب الايجاب بخلاف ما لو قال بعنى وقصد منه انشاء القبول والحاصل ان فى الاستيجاب ليس انشاء القبول قوله فقد صرح الشيخ فى المبسوط فى باب النكاح بجواز التقديم اى تقديم القبول بلفظ الامر بالبيع ونسبته اى نسبة جواز التقديم بلفظ بعنيها الينا يعنى فى قوله الاتى (صح عندنا) مشعر بقرينة السياق الى عدم الخلاف فيه اى فى جواز التقديم بيننا قوله بل يمكن نسبته هذا الحكم اى حكم جواز تقديم القبول بلفظ بعينها الى كل من جوز تقديم القبول على الايجاب بقول مطلق اقول يعنى سواء كان التقديم فى النكاح كما فى قول الرجل فى رواية سهل زوجنيها يارسول الله (ص) او فى البيع كما فى قوله يعنى هذا بدرهم او سواء كان قبولا بمعناه الحقيقى الذى هو القبول بغير صيغة الامر وما كان بصيغة الامر قوله وتمسكه اى لجواز التقديم بلفظ الامر فى النكاح برواية سهل الساعدى اقول قد ذكرنا الرواية فلا نعيدها المعبر فيها اى فى الرواية قوله الا ان المحقق مع تصريحه فى البيع الخ اقول الظاهر ان ذلك استدراك عن لكليته التى ادعاها بقوله (بل يمكن نسبته هذا الحكم الى كل من جوز تقديم القبول الخ) وانت خبير بعدم منافات هذا لتلك الكلية اذ لم يستند لجواز التقديم برواية سهل والكلية المدعاة لم تكن الا بالنسبة الى من اقر بجواز التقديم مستنداً الى الرواية المذكورة وجزم بعدم كفايته اى الاستيجاب والايجاب قوله فقد عرفت ان الاقوى المنع فى البيع لما عرفت من ان القبول فرع الايجاب فلا يعقل تقدمه عليه ومن ان غاية الامر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلة نقل فى الحال للدرهم الى البايع قوله لم يقم اجماع على عدم اللزوم و هواى المورد الذى قام الاجماع فيه على عدم اللزوم قوله واما فى غير ذلك اى غير الموردين اللذين قد عرفت انفا اعنى ما اذا خلت المعاملة الخ او كان اللفظ المنشاء به المعاملة الخ بل يظهر منه اى من المبسوط عدم الخلاف فيه ايضا فى جواز القبول على وجه طلب البيع وصحته وحكى عن الكامل لعبد العزيزين ابى كامل القاضى فتامل اقول لعل وجه التامل ما فى جامع المقاصد والمحكى عن ظاهر الغنية من ان ظاهر كلام الفقهاء

رضوان الله عليهم كون عدم جواز التقديم اتفاقيا فكيف يصح مافى المبسوط من عدم الخلاف فى جواز التقديم بنينا قوله فالاقوى جوازه اى التقديم ومحصل كلامه رفع مقامه هو التفصيل بين لفظ قبلت وغيره من الالفاظ بعدم الجواز فى الاول والجواز فى الثانى بناء على كون النزاع فيما هو اعم من قبلت وغيره قوله لانه اى المشترى انشاء ملكية للمبيع بازاء ماله اى مال المشترى قوله الا ان الادخال فى الايجاب يعنى مثل بعت كتابى بدرهمك) قوله وفى القبول يعنى مثل اشتريت كتابك بدرهمى) فان تعليق الفعل بالكتاب يقتضى دخوله فى ملك المشترى وجعل الدرهم عوضا بادخال باء العوض عليه يقتضى خروج ماله الى الغير وح فليس فى حقيقة الاشتراء من حيث هو معنى القبول اقول وذلك لماذكره قده من ان اشتريت مما يصح الانشاء الحالى به كبعت والفرق بينهما فيما ذكره خلافا للسيد قده فى الحاشية حيث قال فيها ان الاشتراء بمعنى قبول الشراء وهكذا ابتعت بمعنى قبلت البيع وكذا تملكت بمعنى قبول الملكية ففى الجميع معنى القبول نعم لفظ ملكت مخففا ليس فيه معنى القبول وعلى هذا فلا فرق بين المذكورات وبين قبلت و رضيت انتهى اقول حاصل كلام السيد قده ان التاء فى اشتريت وابتعت وتملكت ونحوها تدل على مطاوعة فاعله لفاعل شريت وبعت وملكت فليس الفرق بين قبلت واشتريت وابتعت ونحوهما الا ان الاول يعنى قبلت يدل على المطاوعة بمادته والثانى اعنى اشتريت وامثالها تدل عليها بهيئة هذا محصل كلامه قده ولكن دونه خرط القتاد فان بينهما فرقا بينا وذلك لان تاء المطاوعة لايجب فى مدخولها ان يكون صادرا من فاعل غير فاعل الفعل بل يكفى فيه ان يكون مما يصح فيه ذلك فيقال (رميت بكرا فارتمى) و يصح ان يقال (ارتمى بكر) كما يصح ان يقال (اهتدى واكتسى) وان لم يكن له هاد وكاس ورام بخلاف قبلت فانه يدل على المطاوعة لامحالة ثم المراد من قوله من حيث هو تجرد الاشتراء عن قيد التأخر والتقدم قوله لكنه اى الشأن لما كان الغالب وقوعه اى الاشتراء عقيب الايجاب وانشاء انتقال مال البايع الى نفسه اقول قوله وانشاء الخ عطف على قوله الغالب اذا وقع عقيب نقله اى البايع يوجب تحقق المطاوعة اقول هذا فى محل النصب على الخبرية لكان قوله اطلق عليه اى على الاشتراء القبول اقول قوله اطلق الخ جواب لما قوله وهذا المعنى اعنى تحقق المطاوعة ومفهوم القبول بواسطة مجرد

التأخر مفقود فى الايجاب المتأخر و ذلك لعدم مايوجبه اعنى انشاء البايع انتقال الثمن الى نفسه بالمدلول المطابقى فلايتوهم ان مقيضى ماذكره ان يكون فى الايجاب المتأخر ايضا معنى القبول و المطاوعة كما فى الاشتراء المتأخر .

قوله لان القبول فى الحقيقة مالا يمكن الابتداء به اقول هذا هو المراد من كون الاصل فى القبول قبلت و منه يظهر عدم تمامية ماذكره بعض المتأخرين من انالانفهم معنى كون الاصل فى القبول قبلت قوله ومرادهما اى مراد النهاية والمسالك انه اى لفظ اشتريت بنفسه يعنى مع قطع النظر عن وقوع اشتريت عقيب تمليك البايع من تحقق مفهوم القبول فيه اى فى لفظ اشريت قوله فكل من رضيت واشتريت بالنسبة الى افادة نقل المال ومطاوعة البيع عند التقدم والتأخر متعاكسان اقول مراده قده من هذه العبارة هو ان رضيت اذا وقعت بعد الايجاب اشتملت على انشاء النقل دون ما اذا تقدمت وهذا عكس اشتريت فانها اذا وقعت بعده اشتملت على مفهوم المطاوعة دون ما اذا تقدمت فكل منهما عكس الاخر فى خصوص ما يستفاد منه من المطاوعة وانشاء النقل وان شئت زيادة توضيح فنقول فان رضيت انما تفيد المطاوعة وبها يكون انشاء لنقل مال المشترى الى البايع ولاجل ان المطاوعة تمتنع مع التقدم امتنع تقدم رضيت واشتريت يفيد الانشاء بنفسه ولايفيد المطاوعة الا اذا تأخر ولاجل انه يفيد الانشاء جاز تقدمه فتحصل ان رضيت يفيد معنى المطاوعة بخلاف اشتريت فانه لايفيدها الا اذا تأخر واشتريت يفيد الانشاء لنقل ماله ورضيت لايفيده الا اذا تأخر

قوله وقبول الاثر اقول اعتبار القبول وكونه احد ركنيه مما لا شبهة فيه عند العرف و هذا هو الفارق بين العقد والايقاع فان كثيرا من الايقاعات يتوقف على الرضى ممن بيده جعله وانشاءه وبهذا لاتسمى عقودا لان الرضى المعتبر فيها ليس بالمعنى الذى يكون مطابق مفهوم القبول العقدى المتقوم بالرضاء به على نحو المطاوعة فلو قال عمرو ملكت كتابى بكرا بدرهم وقال بكر من دون علم بايجاب عمرو تملكت كتاب عمرو بدرهم لم يكن ذلك عقدا وذلك لفقد القبول بل كانا ايجابين مستقلين و بهذا يعلم ان العقد ليس منتزعا من مجرد توارد الايقاعين على امر واحد

قوله بل هو اى تقديم القبول بلفظ اشتريت وصحته ظاهر اطلاق الشيخ فى الخلاف حيث انه لم يتعرض الا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب والايجاب وقد

عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه اى عن الانعقاد بالاستيجاب الخ وكذا السيد فى الغنية اقول بمعنى انه يظهر من كلام السيد قده ايضا صحة تقديم القبول بلفظ اشتريت . قوله والحاصل ان المصرح بذلك اى بتقديم الايجاب على القبول فيما وجدت الحلى حيث قال ره فى السرائر (فان كان القبول متقدما على الايجاب فالبيع غير صحيح) وابن حمزة حيث قال قده فى الوسيلة (الثامن يعنى من شروط البيع تقديم الايجاب على القبول) قوله فمن التعجب بعد ذلك اقول يعنى بعد ماذكرنا من انحصار المصرح بعدم جواز تقدم القبول على الايجاب فى الحلى وابن حمزة و ظهور كلام من عداهما من الفقهاء وصريح بعض آخر منهم فى الجواز حكاية الاجماع عن الخلاف على تقديم الايجاب اقول ومع ذلك لادلالة فى كلامه على دعويه الاجماع على تقديم الايجاب بل المستفاد من كلامه ره دعوى الاجماع على صحة العقد بغير الاستيجاب والايجاب ومن البين ان هذا لاربط له بالمقام من دعوى الاجماع على اعتبار تقديم الايجاب مع انه اى الشيخ لم يزد على الاستدلال بعدم كفاية الاستيجاب والايجاب بان ماعداه اى ماعدا الاستيجاب والايجاب مجمع على صحته اقول لان كلمة ما فى قوله ماعداه كما تعم جميع افراد الصيغة التى تحصل من اختلاف الالفاظ فى الهيئة من الماضى والمضارع وغيرهما كذلك تعم افراده التى تحصل من الاختلاف من حيث تقدم الايجاب على القبول والعكس قوله وليس على صحته اى الاستيجاب والايجاب قوله ولعمرى ان مثل هذا اقول يعنى ظهور كلام من عدا الحلى وابن حمزه من العلماء وصريح بعض آخر منهم فى جواز تقديم القبول مما يوهن الاعتماد على الاجماع المنقول المحكى عن الخلاف على تقديم الايجاب وعدم جواز تقديم القبول قوله نعم يشكل الامر يعنى امر تقديم القبول على الايجاب بان المعهود المتعارف الخ اقول حمل الاطلاقات الواردة فى الكتاب والسنة على المتعارف يوجب سقوطها عن الاعتبار بالمرة ويستلزم وجوب العربية بل والماضويه هذا مع انا نمنع كون المتعارف من الصيغة تقديم الايجاب على القبول اذ ليس المدار هو المتعارف عند المتشرعة بعد نزول الاية (احل الله البيع) بل المدار هو المتعارف عند العامة حين النزول ولم يعلم هناك تعارف مع امكان المنع عن كون المتعارف عند العامة حتى بعد نزول الاية ذلك كيف وهم يدعون

السيرة على الاكتفاء بالمعاطاة عندهم فلو كان المتعارف الدائر عندهم تقديم الايجاب وتاخير القبول المبنى على اجراء الصيغة كيف كان امكن استفادة السيرة العملية عند المتشرعة فضلا عن غيرهم على المعاملة بالمعاطاة قوله ولافرق بين المتعارف هنا وبينه اى المتعارف فى المسئلة الاتية اقول ذكر بعض الاكابر فى مقام امكان الفرق بين المتعارف هنا وبينه فى المسئلة الاتية ما هذا لفظه (قد يمكن الفرق بان التعارف هنا من قبيل الغالب المتخلف فى بعض الموارد بشهادة ماورد فى بعض نصوص عقد النكاح من قول الزوج اتزوجك وقول الزوجة نعم بخلاف التعارف فى المسئلة الاتية فانه لم يعرف تخلف له والتعارف على النحو الاول لايقيد الاطلاق بخلاف التعارف على النحو الثانى) قوله فالحكم اى الحكم بتقديم القبول على الايجاب اذا كان المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الايجاب قوله ثم ان ماذكرنا اقول يعنى جواز تقديم القبول اذا كان متضمنا لانشاء مستقل فى نفسه وان لم يكن قبولا بالمعنى الاخص جار فى كل قبول الخ قوله واما مالا انشاء فى قبوله الا قبلت اوما يتضمنه كارتهنت اقول مراده قده من هذه العبارة العقود الغير المشتمله على المعاوضة المستلزمة لان يكون القابل فيه باذلا لشى من عمل او منفعة او عين او تسليط مثل الموجب ثم انه لما لم يعتبر فى هذا القسم انشاء نقل من القابل لم يعتبر فيه تاخر القبول ولذا قال المصنف ره فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه اى فى مالا انشاء فيه اذ لا التزام فى قبوله اى فى قبول مالا انشاء فيه التزاما بنقل ماله اى مال القابل المشترى قوله بل لاينشئى به اى بالقبول فيجوز ان يقول يعنى المرتهن قوله من جهة تحقق عنوان الرهن اقول يعنى ان القبول المزبور انما يسمى قبولا ويتحقق فيه هذا العنوان لتحقق معنى المطاوعة فيه الذى يطابق لعنوان الارتهان وهو مما يمتنع تحققه بدون تحقق عنوان الرهن قوله لان الايجاب انشاء للفعل والقبول انشاء للانفعال اقول قد استظهر بعض الاعاظم ان قوله هذا علة للمستثنى اعنى صدق الارتهان على قبول الشخص بعد تحقق الرهن بمعنى انه بعد تحقق انشاء الرهن يصير قبول الرهن انشاء لانفعاله فيصدق عليه ح عنوان الارتهان الذى هو عبارة عن انفعال فعل الرهن وهذا بخلاف ما اذا لم يثبت انشاء الرهن بان تقدم القبول على الايجاب فانه لايصير انشاء انفعال ح بل يكون مجرد رضى بفعل الراهن الذى ليس ينطبق عليه

عنوان الارتهان قوله فانه اى الشأن لايحصل من انشاء القبول فيها اى فى القرض والهبة والرهن ونحوها التزام بشيء اقول يعنى لايحصل من انشاء القبول فى القرض والهبة والرهن نقل مال القابل الى غيره كما فى عقود المعاوضات وانما يحصل به اى بانشاء القبول قوله ونحوها اى نحو الرهن والقرض والهبة وشبهها قبول المصالحة المتضمنة للاسقاط او التمليك بغير عوض بمعنى انه لايكون القابل فى المصالحة ناقلا ماله الى غيره قوله فلما كان ابتداء الالتزام بها اى بالمصالحة وكان نسبتها الى المصالحة اليهما اى الى الطرفين على وجه سواء وليس الالتزام الحاصل من احدهما الخ اقول فكل من طلب المصالحة كان موجبا وكل من رضى بها كان قابلا فحينئذ لابد ان يكون احد الانشائين بعنوان القبول وذلك كبيع الرمح بالسيف مثلا ولا فرق بينهما الا ان فى البيع يعتبر احدهما معوضا والاخر عوضا فمالك المعوض موجب وبايع ولو كان هو القابل ومالك العوض مشتر ولو كان هو الموجب فلو قال الثانى اشتريت مالك بمالى فقال الاخر قبلت صح على ماعرفت وكان المشترى هو الموجب والبايع هو القابل وهذا بخلاف عقد المصالحة فان الموجب هو المصالح بالكسر دائما والقابل هو المصالح بالفتح دائما قوله كان ايجابا آخر اقول لان المفروض انه ليس فيه انشاء عنوان القبول بالمعنى المتقوم بالمطاوعة على ما عرفت من كونه جزءا من العقد قوله بغير لفظة قبلت ورضيت اقول ذهب بعض الاعاظم من المحشين فى المقام الى امكان ان يكون القبول بمادة الصلح المتضمنة للافعال مثل اصطلحت فحينئذ لا مانع من تقدمه على القبول كما فى (ابتعت) قوله وتقديم القبول على الايجاب لايكون الا فى القسم الثانى من القسمين اقول ينبغى فى المقام التصريح بالاقسام المتصورة ليتضح المراد من الثانى والاول فنقول المراد من الثانى فى التقسيم الاول هو الالتزام المغاير للالتزام الحاصل من الموجب كالاشتراء والمراد من الاول فيه هو الالتزام المماثل للالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة والثانى فى التقسيم الثانى هو مالا يثبت فيه اعتبار ازيد من الرضا بالايجاب كالوكالة والعارية وشبههما والاول فيه ما يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان والاتهاب والاقتراض والوجه فى عدم جواز التقديم فى الاول من الاخيرين هو انه لما كان التزام القابل مماثلا فلا يستعمل فى قبوله الا قبلت او رضيت كما فى الصلح فانه لا يقول القابل صالحت بعد قول الموجب صالحت وقد علمت ان القبول الذى هو ركن

فى العقد لايتقدم لانه تابع وفى الثانى منهما هو انه يتضمن المطاوعة فلا يعقل تقدمه وذلك لامتناع معنى المطاوعة .

فى ان من شروط العقد الموالاة بين الايجاب والقبول

قوله ومن جملة شروط العقد الموالاة بين ايجابه وقبوله اقول يقع الكلام فى المقام فى امور (الاول) فى بيان اقسام العقود ليتميز ما تعتبر الموالاة فيه عما يستشكل اولا تعتبر فيه (الثانى) هل الاعتبار اعنى اعتبار الموالاة فى باب الاستثناء اصل بان يكون اعتبار الاتصال فيه الزم واقوى من غيره ام هو منشاء للانتقال الى اعتبار الاتصال بين كل امرين او امور يجمعها عنوان واحد (الثالث) فيما يدل على عدم اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول فنقول مستعينا بالله تعالى (اما الاول) فاعلم ان من العقود ما تعتبر فيه الموالاة قطعا وذلك كالعقود المعاوضية كالبيع وما يلحق بها كالنكاح وشبههما ووجه اعتبارها فيها امران الاول ان اعتبار كونها عقدا يقتضى ان يرتبط انشاء احدهما بانشاء الاخر بان يصيرا بمنزلة كلام واحد بل كل امرين او امور يجمعها عنوان واحد كالصلوة والاذان وشبههما يجب ان لا يفصل بينهما فاصل مخل بالجهة الجامعة والا يصير كل واحد عنوانا مستقلا الثانى

انه لما كان فيها ايجاد علقة او خلع ولبس فلابد ان يكون مقارنا لايجاد العلقة قبول وهكذا مقارنا للخلع لبس والا تقع العلقة او الاضافة بلا محل ومضاف اليه ومنها ما هو محل التأمل والاشكال وذلك كالعقود العهدية الغير المشتملة على المعاوضة كالرهن والهبة ومنشاء الاشكال فيها كونها من العقود والعقد امر وحدانى يتحصل من كلامين فلابد ان يكون بينهما اتصال ومن قيام السيرة القطعية على عدم اعتبار الموالاة فى موارد المعاطاة منها فانه قد يرسل الهبات والهدايا من البلاد البعيدة و يتحقق القبول من القابل بعد زمان طويل (ومنها) ما لا تعتبر الموالاة فيه قطعا وذلك كالعقود الاذنية من العارية والوكالة والوديعة والوجه فى عدم اعتبارها فيها ما سمعت من ان اطلاق العقد عليها مسامحة كيف ويكفى فيها كل ما يدل على الرضا فلا وجه لاعتبار الاتصال بين مظهر الاذن والتصرف بمعنى عدم اعتبار اتصال مظهر الرضا مع رضا المتصرف بالتصرف مضافا الى ان هذه العقود ليس فيها الخلع واللبس و

اما الثانى فنقول لاريب فى اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه بداهة ان الاستثناء من النفى يفيد الاثبات كما ان الاستثناء من الاثبات يفيد النفى وعليه فاذا اتصل احدهما بالاخر كان لهما ظهور واحد واذا انفصل احدهما عن الاخر كان لكل منهما مضمون مستقل ومن هنا لو اعترف احد لصاحبه باربعين دينارا مثلا ثم استثنى منه بعد مدة طويلة اربعة دنانير لم يسمع منه هذا الاستثناء لانه ح لا يعد المستثنى والمستثنى منه كلاماً واحدا فى نظر اهل العرف وكذلك اذا قال احد لا اله ولم يعقبه بقوله الا الله الا بعد مدة طويلة حكم بكفره لانهما ح لا يعدا كلاما واحدا والحاصل ان اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه امر واضح لاريب فيه والموالاة المعتبرة فى المقام ماخوذة منه بلحاظ ان باب الاستثناء والمستثنى منشاء للانتقال الى اعتبار الاتصال بين كل امرين او امور يجمعها عنوان واحد وبعبارة اخرى التأمل فى باب المستثنى ربما يكون سببا لاعتبار الاتصال فى كل امر تدريجى ثبتت له الصورة الاتصالية فى نظر اهل العرف لان باب الاستثناء اصل وساير الابواب فرع له بان يكون اعتبار الاتصال فيه الزم واقوى من غيره والوجه فى عدم كونه اصلا هو ان اعتبار الاتصال فى المقام اكد منه فى باب الاستثناء فان فى باب الاقرار كل من المستثنى والمستثنى منه يصدر من متكلم واحد وفيما نحن فيه يصدر من متكلمين فارتباط كلام احدهما بالاخر موقوف على اتصالهما لان المعنى الواحد والمضمون الفارد لا يتحصل من كلامهما الا اذا اتصلا عرفا واما الثالث اعنى ما يدل على عدم اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول فمنه قصة مارية القبطية الموهوبة للنبى (ص) (٥) حيث انه وقع فى تلك القصة فصل طويل بين ايجاب الهبة وقبولها ومعه لم يحكم النبى (ص) بفسادها فيكشف منه عدم اعتبار الموالاة بينهما واذا جاز ذلك فى الهبة جاز فى غيرها لعدم القول بالفصل قوله قال الشهيد فى القواعد الموالاة معتبرة فى العقد ونحوه اقول المراد من قوله نحو العقد كل ما تعتبر فيه وحدة و موالاة سواء كان من ناحية الشرع كالصلوة والوضوء ام من العرف كالمعاملات وهى اى الموالاة مأخوذة من اعتبار الاتصال الخ اقول بمعنى ان ظهور اعتبار الاتصال بين المستثنى

(٥) روى ان النجاشى ملك الحبشة بعد ما تشرف بالاسلام بعث الى النبى (ص) بهدايا وبعث اليه (ص) بثياب وطيب كثير وفرس وبعث اليه، مارية القبطية ام ابراهيم عليهما السلام البحار ج ٦ باب ٣٤ ص ٤٠١

والمستثنى منه صار منشاء للانتقال الى اعتباره فى اجزاء الكلام كما عرفت قوله ومنه اى من التوالى و الاتصال الفورية فى استتابة المرتد

اى فورية توبته قوله ومنه السكوت فى اثناء الاذان يعنى من التوالى اعتبار الشرع عدم كثرة السكوت فى اثناء فصول الاذان وكلماته ان كان كثيرا ابطله وقال ره بعد قوله هذا من غير فصل وكذا الكلام عند طول الفصل (١) قوله ومنه اى من طول الفصل السكوت الطويل فى اثناء القرائة او قرائة غيرها اقول قوله او قرائة الخ معطوف على السكوت الطويل فيكون المراد ان من طول الفصل قرائة غير القرائة فى اثناء القرائة وكذا التشهد يعنى ان التشهد مثل القرائة متحد معها فى هذا الحكم فيبطله طول الفصل فى اثنائه بالسكوت و بقرائة غير التشهد قوله ومنه تحريم المأمومين فى الجمعة اقول يعنى من التوالى وافراده الموالات بين تحريم المأمومين فى صلوة الجمعة بمعنى ان ظاهر مادل على اعتبار اشتمال العدد فى الجمعة دخولهم فى الصلوة على وجه يعد المجموع فعلا لهم بحيث ينتسب اقامة الجمعة بتمامها الى هذا الجمع وتعد عملا صادرا عنهم ولا يكون هذا الا بدخولهم فى الصلوة متوالين والا فلا يتحقق قوله و منه الموالات فى التعريف اقول يعنى ومن التوالى الموالاة فى تعريف اللقطة اى الموالاة بين شهور السنة وايامها وكذا بين التعريفات الواقعة فى السنة والشهود بحيث لا ينسى انه اى التعريف تكرار للتعريف السابق قوله حاصله اى حاصل ما افاده الشهيد ره ان الامر المتدرج شيئا فشيئا اذا كان له صورة اتصالية فى العرف اقول بان تكون الصورة الاتصالية مقومة له عرفا بحيث يفوت بفوات تلك الصورة فلا بد فى ترتب الحكم المعلق عليه .

اى على الامر المتدرج قوله فيقدح تخلل الفصل المخل الخ اقول بل الظاهر من العرف وديدنه خلافه والاكتفاء فى تحقق العقد ببقاء العهد النفسانى فى نفس الموجب فاذا كان باقيا الى زمان القبول كفى ذلك فى تحقق العقد عنده والفصل ولو كان طويلا ليس مخلا بنظره فاذا قال الموجب بعتك هذا الكتاب مثلا بدينار فلم يقبل القابل وبقى حال السكوت فصار الموجب يبين له ان له فى الشراء فوائد فلما اقتنع المشترى وقبل صدق العقد بنظره والفصل بالكلام الاجنبى ليس مضرا

(١) قواعد شهيد ص ١٠٤ قاعدة ٧٥

عنده قوله وانضباط ذلك اى الفصل وكونه مخلا انما يكون بالعرف فهو اى الفصل فى كل امر بحسبه اى بقدره وشانه قوله بما لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما اى من الايجاب والقبول قوله ويجوز بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف كما فى الاذان والقراءة اقول يعنى يجوز الفصل بين كلمات الاذان والقراءة بما هو خارج عن اجزاء كلماتهما سواء كان هذا الفاصل الخارج هو السكوت او الكلام الاجنبى وذلك لصدق اللفظ على هذه الكلمات مع وجود هذا الفصل ولا يجوز هذا بين حروف كلماتهما بل تعتبر الموالاة بين حروف الكلمات وذلك لعدم صدق اللفظ على هذه الحروف اذا تخلل بينها قوله وما ذكره اى ما ذكر الشهيد ره فى القواعد حسن لو كان حكم الملك واللزوم فى المعاملة اقول المستفاد من ظاهر العبارة الفرق بين العقد والبيع والتجارة وتوضيحه كما عن بعض المحققين ان العقد عبارة عن الربط الذى يتحقق فى الامور القارة كالاجسام الخارجية كالحجر ونحوه بعدم تخلل العدم المقابل للوجود القار وفى الامور الغير القارة كاجزاء الكلام بعدم تخلل العدم المقابل للوجود التدريجى لا مطلق العدم كيف و الوجود التدريجى متشابك مع العدم لتقومه بالاخذ والترك وكل ذلك انما يكون بين اجزاء موجود واحد قارا او غير قار واما الكلامان القائمان بشخصين فهما منفصل الوجود قهرا فلا معنى لاتصالهما الا عدم تخلل زمان بينهما اما حقيقة او عرفا وحيث ان المدار على صدق العقد العرفى فلا محالة لا بد ان لا يتخلف العقد المعنوى او العقد اللفظى احد جزئيه عن الاخر بزمان معتد به عرفا واما البيع والتجارة بما هما بيع و تجارة فليس مفهومهما كمفهوم العقد مقتضيا للربط والوصل حتى يجرى فيهما البيان المتقدم هذا ملخص ما ذكره بعض المحققين فى بيان الفرق بين العقد والبيع والتجارة ولكن التحقيق عدم الفرق بينها فى الصدق مع عدم الموالاة والوجه ان المقوم لصدق العناوين المذكورة هو المعنى القائم بنفس المتعاملين فمع بقاء ما فى النفس لا يرتفع الصدق وان اخل بالموالاة من دون فرق بين القصد والبيع والتجارة فما دام هذا المعنى باقيا محفوظا فى النفس يكون العقد والتجارة صادقا فيكون قابلا لالتحاق القبول بالايجاب نعم اذا انتفى و غاب ذلك المعنى والمعاقدة عن ذهن الموجب بالمرة لم يصدق شى ء منها من دون فرق فيه بين العقد والبيع والتجارة على انه لو تم الفرق لزم اعتبار الموالاة فى العقد الجائز ايضا

لكونه مثل العقد اللازم فى اناطته على صدق العقد مع انه لا مانع بالفصل و تأخر القبول بمدة وعدم الموالاة فيه كما هو اى حكم الملك واللزوم منوطا بصدق القصد عرفا مقتضى التمسك بآية الوفاء بالعقود قوله اما لو كان اى حكم الملك واللزوم فى المعاملة منوطا بصدق البيع او التجارة عن تراض فلا يضره اى لا يضر صدق البيع او التجارة الخ عدم صدق العقد اقول ظاهر هذه العبارة انه يمكن صدق البيع او التجارة بدون العقد وهذا اول الكلام بل الظاهر ان البيع عند العرف من انواع العقد فيعتبر فيه شرائط العقد فلا يتحقق بدون شرائطه نعم التجارة لا تختص بالعقود فان حيازة المباحات نوع من التجارة وليست عقدا فيمكن تحققها بدون شرائطه الا ان التجارة على نحو المعاوضة من انواع العقد وان ابيته فلا اقل من عدم ثبوت خلاف ذلك الموجب للرجوع الى اصالة عدم جواز الرجوع الى عموم حل التجارة وذلك لعدم احراز موضوعه واما جعل المأخذ فى ذلك اى الموالات اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه فلانه اى الاستثناء وبابه منشاء الانتقال الى هذه القاعدة اقول يعنى ان ظهور اعتبار الاتصال بين الاستثناء و المستثنى منه صار منشاء للالتفات الى اعتباره فى اجزاء الكلام من الموارد المشابهة له قوله ويحتمل بعيدا ان يكون الوجه فيه اقول يعنى فى اخذ الموالات من اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه ان الاستثناء اشد ربطا بالمستثنى منه من سائر اللواحق لخروج المستثنى منه كقولنا لا اله معه اى مع المستثنى عن حد الكذب اعنى نفى الاله على نحو الاطلاق والكلية من دون اخراج واجب الوجود فهذا القول كذب ما لم ينضم اليه المستثنى اعنى الا الله فاذا ضممنا اليه المستثنى والحقناه به فقد اخرجناه عن حد الكذب الى الصدق فلذا قال المصنف ره فصدقه اى المستثنى منه يتوقف عليه اى على المستثنى والحاقه قوله فلذا اى لكون الاستثناء اشد ربطا بالمستثنى منه كان طول الفصل هناك اى فى باب الاستثناء اقبح ثم تعدى منه اى من الاستثناء الى سائر الامور المرتبة بالكلام لفظا اقول وذلك كالمعطوف المرتبط بالمعطوف عليه لفظا او معنى اقول المراد منه الامور المرتبطة بالكلام من حيث المعنى ولو لم تكن هذه الامور من اجزاء الكلام .

او من حيث صدق اقول هذا عطف على قوله لفظا يعنى من حيث اللفظ

عنوان خاص عليه اى على سائر الامور لكونه سائر الامور عقداً كالبيع والنكاح فيعتبر فيهما الموالاة وعدم الفصل بين الايجاب والقبول فيهما ووجه اعتبارها فيهما ما كما عرفت سابقا انه لما كان فيهما خلع ولبس فلابد ان يكون مقارنا للخلع لبس او ايجاد علقة فلابد ان يكون مقارنا لايجاد العلقة والافاصالة البرائة هى المرجع قوله فان غاية مايمكن ان يقال فى توجيهه اى فى توجيه هذا الفرع اعنى مسئلة توبة المرتد قوله فاذا انقطع اقول يعنى بالكفر فلابد من اعادته اى الاسلام المنقطع فيقدح الاخلال بها اى بهيئة الاجتماع وفى صحة تفريعها اى الفروع على الاصل المذكور مجال اقول قد عرفت ان المراد من الاصل المستثنى والمستثنى منه كما فى الصلوة والاذان والقرائة ونحوها كالتشهد مثلا من ان القبول فيها اى فى رواية سهل قوله ولعل هذا يعنى لزوم الفصل الطويل بين الايجاب والقبول فيها موهن آخر للرواية اقول و الموهن الاول احتمال ان يكون القبول فيها من الصحابى بعد قوله ص زوجتكها بما معك من القرآن فافهم اقول اشارة الى ان اعتبار الموالاة انما هى فى خصوص العقد لا مطلق الاسباب كالبيع والتجارة لانه مناف لعموم نفوذهما

ومن الشرائط التنجيز فى العقد

قوله ومن جملة الشرائط التى ذكرها جماعة التنجيز فى العقد اقول يقع البحث فى المقام فى امور الاول ان الدليل على اعتبار التنجير فى العقود وبطلان التعليق فيها ليس الا الاجماع والا فلم ينهض دليل اخر من العقل والنقل على اعتباره الثانى انه لا ينحصر التعليق فى اداة الشرط مثل ان- واذا و نحوهما بل قد يكون صريحا وذلك اذا اقترن العقد بما يدل على التوقف صريحا بان يقول البايع بعتك هذا الكتاب ان كان هذا اليوم يوم الخميس او ان جاء عمرو وقد يكون ضمنيا كما اذا لم يذكر فى الكلام مايدل بصراحته على الاشتراط ولكن يستفاد ذلك منه ضمناً بان كان فى معنى التعليق كالتعليق بالزمان الذى يعبر عنه فى كلماتهم بالتعليق بالوصف كقول الموكل انت وكيلى يوم الجمعة وكقول البايع بعتك كتابى يوم الجمعة فان الصيغة وان كانت خالية عن التعليق ظاهراً ولكنه مطوى فيها ضمناً لان التقدير انت وكيلى اذا جاء يوم الجمعة

بعتك كتابى اذا جاء يوم الجمعة فتحصل انه لاينحصر مورد البحث بما يكون الكلام مشتملا على اداة الشرط ونحوها مما يدل على التعليق بل كل ما كان فى معنى التعليق ولو بغير الاداة يدخل فى محل النزاع الثالث ان المعلق بحسب التصوير العقلى احد امور ثلاثة الاول الانشاء الثانى المنشاء الثالث متعلق المنشاء اما الاول فالتعليق فيه غير معقول فانه كما لايمكن ان يعلق وقوع الضرب على احد على كونه عدواً فكذلك يستحيل ان يكون انشائه شيئا معلقا على شىء فان ايجاد المعنى المقصود باللفظ اما لايحصل راساً واما يحصل مطلقاً فوقوع الايجاد معلقاً مرجعه الى التناقض واما الثالث اعنى التعليق فى متعلق المنشاء فهو انما يصح فيما اذا كان من الاعراض من جهة تصوير التعدد فيها بلحاظ التقييد بالزمان والزمانى كمنفعة الدار مثلا فى هذه السنة فانها غير منفعته فى السنة الاتية فيمكن التعليق فيها ولا مانع منه بخلاف ما كان من الجواهر كالدار فلايتصور فيها التعليق من جهة ان الوجود الجوهرى لايتعدد بتعدد الزمان والزمانى مثلا الدار فى هذه السنة ليس غير الدار فى السنة الاتية فتحصل انه اذا كان متعلق المنشاء جوهراً خارجياً لايعقل التعليق فيه فان كان هناك شرط وتعليق فلابد وان يرجع الى المنشاء واما الثانى وهو التعليق فى المنشاء الذى هو مركز البحث فى المقام فلاشبهة فى انه متصور وواقع فى العرف والشرع كثيراً فى الاوامر والمعاملات من العقود والايقاعات كقول الموكل للوكيل انت وكيلى فى بيع كتابى ان قدم عمر ومن سفره حيث ان الوكالة متعلقة على قدوم عمرو من سفره وقد تصدى المصنف ره لذكر اقسام التعليق وصوره على ماذكره المصنف فى المنشاء ثمان لان المعلق عليه اما ان يكون معلوم الحصول او محتمل الحصول وعلى التقديرين فاما ان يكون ظرف الحصول هو الحال او الاستقبال وعلى كل من التقادير الاربعة فاما ان يكون الشرط الذى يذكر فى العقد تصريحاً اوتلويحاً مما لاتوقف عليه صحة العقد وذلك كالتعليق على الصفة التى لادخل لها فى تحقق عنوان العقد واما ان يكون الشرط مما تتوقف على صحة العقد كان يكون المبيع مما يصح تملكه شرعاً بان لايكون خمراً ولاخنزيرا اويكون المشترى ممن يصح تملكه بان لايكون عبداً اويكون مما يمكن ويصح اخراجه عن الملك بان لايكون ام ولد ولاوقفاً اويكون البايع اوالمشترى ممن يجوز معه العقد بان لايكون مجنوناً ولاصبياً ولاسفيها فتحصل ان صور التعليق فى المنشاء على ماذكره المصنف قده ثمان ولكن الظاهر انها اثنى عشر وذلك لان

المعلق عليه اما ان يكون معلوم التحقق او يكون محتمل التحقق وعلى كلا التقديرين فاما ان يكون المعلق عليه امرا حاليا او امرا استقباليا وعلى التقادير الاربعة فاما ان يكون الشرط الذى ٠

علق عليه العقد دخيلا فى مفهوم العقد او فى صحته اولا يكون دخيلا فى شىء منهما الذى يعبر عنه بالتعليق بالصفة قوله بان لا يكون اى العقد معلقاً على شىء كقدوم المسافر باداة الشرط كان واذا ونحوهما كقول البايع للمشترى بعتك دارى هذا ان قدم المسافر لا فى غيرها اى لا فى غير صورة وجود ذلك الشىء وممن صرح بذلك اى باشتراط التنجيز وكذا غيره اى غير عقد الوكالة وعن تمهيد القواعد (٢) دعوى الاجماع عليه اى على اشتراط التنجيز وظاهر المسالك الخ اقول قال فيها واشتراط تنجيزه مطلقاً موضع وفاق كالبيع وغيره من العقود انتهى (٥) وهو كما ترى صريح فى دعوى الاتفاق قوله والظاهر عدم الخلاف فيه اى فى اشتراط التنجيز ويدل عليه اى على اشتراط التنجيز مع كونه اى عقد الوكالة من العقود الجائزة التى يكفى فيها اى فى العقود الجائزه حتى ان العلامة ادعى الاجماع على ما حكى عنه على عدم صحة ان يقول الموكل الخ لم اجد من هذه العبارة اثرا فيما حضرنى من كتبه ره ولعله مما هو منقول بالمعنى قال فى التذكره لا يصح عقد الوكالة معلقا بشرط او وصف فان علقت عليهما بطلت مثل ان يقول ان قدم زيدا واذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك عند علمائنا وهو اظهر مذهب الشافعى لانه عقد يملك به التصرف فى حال الحيوة لم يبن على التغليب والسراية فلم يجز تعليقه بشرط كالبيع انتهى (٦) قوله مع كون المقصود واحدا اقول الظاهر ان مراده قده من وحدة المقصود وحدة النتيجه اعنى عدم جواز البيع للوكيل الا فى يوم الجمعة والا فمن البين عدم تحقق معنى التعليق فى الثانى لعدم تعليق الوكالة على الامر الاستقبالى وتحققه فى الاول قوله وفرق بينهما اى بين القولين جماعة اقول منهم الشهيد الثانى قده قال فى المسالك عند قول المحقق نعم لو نجز الوكالة وشرط تأخير التصرف جاز كان يقول وكلتك فى كذا ولا

(٢) تمهيد القواعد من جملة مولفات زين الدين بن على بن احمد المعروف بشيخنا الشهيد الثانى ره (٥) مسالك كتاب الوقوف والصدقات ص ٣٥٣ـ
(٦) المجلد الثانى من التذكرة كتاب الوكالة

تتصرف الا بعد شهر مثلا فانه يجوز بلاخلاف نقله فى التذكرة و الوجه ان منعه من التصرف فى الوقت المعين شرط زائد على اصل الوكالة المنجزة وهى قابلة للشروط السائغة وهذا وان كان فى معنى التعليق الا ان العقود لما كانت متلقاة من الشارع انيطت بهذه الضوابط وبطلت فيما خرج عنها وان افادفائدتها انتهى(١)

بعد الاعتراف بان هذا اى المثال الثانى اعنى قوله انت وكيلى ولاتبع عبدى الا فى يوم الجمعة فى معنى التعليق اقول قدمنع السيد قده فى الحاشية كون الثانى فى فى معنى التعليق وفرق بين الصورتين بان فى الاولى لايكون وكيلا الا يوم الجمعة بخلاف الثانية ففيها يكون وكيلا من حين الانشاء غايته انه لايجوز له التصرف الا يوم الجمعة قال ره ويظهر الثمره فى الاثار الاخر المترتبة على تحقق الوكالة فانها تترتب قبل الجمعة على الثانية دون الاولى بهذه الظوابط وبطلت العقود فيما خرج عنها اى عن الضوابط وان افادت اى العقود فائدتها اى الضوابط قوله واما الكلام فى وجه الاشتراط اقول يعنى اشتراط التخيير فالذى صرح به العلامة فى التذكرة انه اى التعليق على الشرط مناف للجزم اى الجزم بوجود المنشاء من قبل الموجب لا الجزم بوجوده مطلقاً فانه مما لا يمكن اعتباره فى الايجاب وذلك لتوقف الوجود على القبول الذى هو مشكوك فى المقام بل جعل الشرط هو الجزم ثم فرع عليه اى على الجزم عدم جواز التعليق الخ قوله وان شرط المشية يعنى مشية المخاطب بان يقول البايع للمشترى المخاطب بعتك ان شئت وغرضه ره بيان اجراء الحكم بعدم صحة العقد فى هذه الصورة ايضاً للجهل بثبوتها اى ثبوت المشية حال العقد وبقائها اى المشية مدته اى مدة العقد بمعنى انه لو علم بثبوت المشية قبل العقد فيمكن الجهل ببقائها حال العقد فلا يتحقق شرط التخيير وهو اى عدم الصحة فى صورة تعليق العقد على الشرط احد قولى الشافعى واظهر هما اى القولين عندهم اى الشافعى الصحة لان هذه اى المشيته صفة يقتفيها اطلاق العقد اقول مراده قده من هذه العبارة هو ان مثل التعليق على مشية المشرى موجود حتى مع اطلاق الانشاء فهذا التعليق يفصح عن التعليق المطوى الذى يقتضيه العقد فحينئذ لا وجه لان يكون مانعا عن انعقاده وبعبارة اخرى العقد لو اطلق

١ــ كتاب الوكالة من مسالك الافهام ص٣٣٣

و لم يقيد بمشية المشترى فهو مقيد بها ذاتا لانه اى المشترى لولم يشاء لم يشتر توضيحه ان فرض كون العقد عقدا يقتضى توقفه على القبول الناشى من مشيته المشترى فبدون هذه المشيته لا قبول فلا عقد فلا بيع لان العقد مركب من الايجاب والقبول وكذا البيع والاكسان ايقاعا وهو خلف قوله و تبعه اى تبع العلامة ره على ذلك اى فى منافاة التعليق للجزم الشهيد ره فى قواعده قال لان الانتقال بحكم الرضا ولا رضا الا مع الجزم اقول الظاهر من العبارة ان الرضا بشيء يتوقف على الجزم فبانتفاء الجزم ينتفى الرضا ولكن التأمل فيها يقضى بخلافه وان الرضا بشيء لا يتوقف على الجزم بوقوعه بل ولا على امكان حصوله فحينئذ لا مانع من تعلق الرضا بالمنشاء المعلق كما يصح تعلقه بالمنشاء المطلق قوله ومقتضى ذلك اى مقتضى تعليل مانعية التعليق بعدم الجزم عدم مانعيته فيما اذا لم ينف الجزم لكن الشهيد فى قواعده ذكر الخ يعنى ان الشهيد ره جعل المناط فى المنافاة كون التعليق بصورته معرضا لعدم الحصول وان قدر العلم به والى هذا اشار بقوله لانه اى التعليق بعرضة عدم الحصول ولو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف اقول التعليق اما على الزمان الذى يعبر عنه فى كلماتهم بالتعليق بالوصف وفى كلمات بعضهم بمعلوم الحصول مثاله كقوله انت وكيلى فى يوم الجمعة اوعلى الزمانى و يعبر عنه فى كلماتهم التعليق على امر مجهول الحصول والتعليق على الشرط كقوله انت وكيلى اذا قدم المسافر قوله لان الاعتبار بجنس الشرط اقول المستفاد من ظاهر العبارة ان هذا علة لسببية كون التعليق بعرضة عدم الحصول لمنافاته للجزم فيصير المعنى ان الجهل بالحصول المانع من صحة التعليق يراد به الجهل بلحاظ ما يقتضيه الاشتراط لو خلى ونفسه وبلحاظ نفس مضمون الكلام دون ما يقتضيه الشرط بلحاظ ما هو خارج عن حاق مدلول اللفظ من الخصوصيات الخارجية الموجب لاعتبار انواع التعليق من التعليق بالشرط والوصف الذين قد عرفت مثالهما انفا فتحصل ان المراد الجهل بلحاظ نفس مدلول اللفظ فلا ينافى ذلك العلم به من جهة امر خارج عن المدلول ثم قال يعنى الشهيد ره فان قلت يبطل

قوله الخ اقول حاصل السؤال انكار كون المدار على جنس الشرط للزوم بطلان العقد فى صورة انكار التوكيل فى قوله ان كان لى فقد بعته منك لان التعليق فيه

على امر معلوم الوجود فى ظرف الانشاء والحال انه لا يلتزمون به فيستكشف منه ان الاعتبار بخصوصيات الشرط دون جنسه قلت هذا اى التعليق فى قوله ان كان لى فقد بعته تعليق على واقع اقول بمعنى انه تعليق على امر يعلم البايع والمشترى انه واقع فى ظرف الانشاء بداهة ان مجرد وقوعه فيه فى الواقع من دون علمهما لا يمنع عن الترديد ومعه يبقى التنافى بين التعليق عليه وبين الجزم على حاله لا متوقع الحصول اقول ظاهر هذا الكلام يقتضى اختصاص المنع بالتعليق فى المقام على الامر الاستقبالى فهواى كون المبيع للبايع علة للوقوع اى لوقوع البيع وصدوره عن البايع بمعنى ان كونه للبايع علة داعية له الى البيع فيئول قوله ان كان لى الى قوله لما كان لى فقد بعته منك او مصاحب له اى لوقوع البيع مجردا عن العلية بان تكون العلة للبيع و وقوعه شيئا آخر غيره ككون المشترى اخا للبايع مثلا ويكون كونه له من المقارنات لهما من باب الاتفاق لا معلق عليه اى على كون المبيع للبايع الوقوع اى وقوع البيع قوله وكذا لو قال فى صورة انكار وكالة التزويج وانكار التزويج حيث تدعيه المراة ان كانت زوجتى فهى طالق اقول يعنى كما ان التعليق فى قوله ان كانت زوجتى الخ ليس فيه معنى التعليق لان مدخول الشرط اعنى كون المرئة زوجة علة لوقوع الطلاق او ملازم له فيصير التعليق عليه مثل التعليق على الواقع فى انه لا يوجب الترديد فى وقوع الطلاق لانه اوقعه فى ظرف وجود علته او ملازمه قوله وعلل العلامة فى القواعد صحة ان كان لى فقد بعته بانه اى بان الشرط المذكور امر واقع الخ قوله وكذا كل شرط علم وجوده فانه اى الشرط المعلوم وجوده لا يوجب شكا فى البيع ولا وقوعه بمعنى ان انشاء التمليك والبيع لا يصير بهذه الشرط مرددا لانهما يعلمان انه واقع فى ظرف الانشاء ولا يوجب ترديدا فى ترتب الاثر عليه او المستقبل اقول كلمة او فى العبارة لمنع الخلو فحينئذ الاقسام المتصوره بعد اسقاط المتداخل والمكرر منها تكون ثمانية قوله ككون الشى عما يصح تملكه شرعا اقول بان لا يكون خمرا ولا خنزيرا قوله ولهذا اقول يعنى ولاجل ان التعليق لازم من الكلام احتمل العلامة فى نهاية الاحكام و ولده فخر المحققين فى الايضاح بطلان بيع الوارث الخ قوله فما كان منها اى من الشروط معلوم الحصول حين العقد كقوله ان كان لى فقد بعته فالظاهر انه غير قادح الخ وحكى ايضا عن المبسوط اقول المحكى عدم القدح بمعنى انه حكى عدم القدح فى التعليق

على معلوم الحصول حين العقد ايضا عن الشيخ ره فى كتابه المبسوط بل لم يوجد فى ذلك يعنى فى عدم القدح فيما كان الشرط معلوم الحصول حين العقد خلاف صريح و لذا اى ولاجل عدم وجدان خلاف صريح ادعى فى الرياض فى باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحا اقول قال فيها ماهذا لفظه (ويشترط فيه التخيير فلو علقه على شرط متوقع او صفة مترقبة او جعل له الخيار فى فسخه متى اراده من دون حاجة بطل بلا خلاف فيه وفى الصحة لو كان المعلق عليه واقفا والواقف عالم بوقوعه كقوله وقفت ان كان اليوم الجمعة وكذا فى غيره من العقود وبعدم الخلاف صرح جماعة (٥) قوله وما كان معلوم الحصول فى المستقبل وهو المعبر عنه بالصفة فالظاهر.

انه داخل فى معقد اتفاقهم على عدم الجواز فاعلم ان معلوم الحصول فى المستقبل ينقسم الى قسمين قسم له دخل فى صحة العقد وذلك كقول البايع للمشترى بعتك ان شئت او بعتك ان قبلت او بعتك ان اجاز المالك ومن المعلوم ان لمشية المشترى وقبوله اولاجازة المالك مدخلا فى صحة العقد وقسم آخر ليس له دخل فى صحته كقوله بعتك ان طلعت الشمس مثلا اذا عرفت هذا فنقول اطلاق عبارة المصنف كعبارات الاصحاب و تقسيمه الذى ذكره يقتضى شموله لهما ولكن المستفاد من عبارة التذكرة ان التعليق على الصفة التى لها مدخل فى العقد غير قادح فى صحته لانه ذكر كون التعليق على الشرط موجبا لعدم صحة العقد وان كان الشرط هو المشية فعلله بالجهل بثبوتها حال العقد وبقائها مدته ومقتضاه انه لو علم بقائها لم يكن التعليق حينئذ قادحا فى صحة العقد بقى شى فى المقام وهو انا لانعهد التعبير بالصفة فى موارد التعليق فى مثل بعتك ان كانت الشمس طالعة فى العقد اللهم الا ان اراد صحة التعبير بها فيموارد التعليق المستفاد من لوازم الكلام كقولك هذا فى يوم الجمعة كما عرفت سابقا قوله وان كان تعليلهم للمنع باشتراط الجزم لايجرى فيه اى فيما كان معلوم الحصول فى المستقبل و وجه عدم الجريان حصول الجزم فيه لان المفروض علم المتبايعين بالحصول قوله كما اعترف به اى بعدم الجريان الشهيد فيما تقدم عنه اقول المراد مما تقدم عن الشهيد ره قوله فى السابق لان الاعتبار بجنس الشرط دون انواعه اذ لو لم يحصل الجزم ح لما كان معنى لهذا التعليل قوله بل يظهر من عبارة المبسوط فى باب الوقف كونه اى كون عدم جواز التعليق على شرط معلوم الحصول

(٥) كتاب الوقف ص ٣ منه

فى المستقبل لانه اى الوقف قوله وماكان منهما اى من الشروط مشكوك الحصول و ليس صحة العقد معلقة عليه فى الواقع الخ اقول لايخفى ان مشكوك الحصول له اقسام اربعة لانه اما ان لا تكون صحة العقد معلقة عليه فى الواقع او تكون صحته معلقة عليه وعلى التقديرين اما ان يكون حصوله على تقدتر تحققه فى حال العقد او فى المستقبل فما كان منهما مشكوك الحصول وليست صحة العقد معلقه عليه وذلك كقوله بعتك هذا الكتاب ان قدم الحاج فهو المتيقن من معقد اتفاقهم على فساد العقد بالتعليق عليه من غير فرق فيه بين ما كان ظرف حصوله على تقدير التحقق حال العقد او الزمان المستقبل وماكان صحة العقد معلقة عليه بمعنى ان ماكان من المعلق عليه المشكوك الحصول من قبيل مايتوقف عليه صحة العقد وذلك ككون المبيع مايصح تملكه شرعا بان لايكون خمرا ولا خنزيرا او ممايصح اخراجه عن الملك بان لايكون وقفا ولا ام ولد وكون المشترى ممن يصح تملكه شرعا بان لايكون عبدا وممن يجوز العقد معه بان لا يكون صبيا ولا مجنونا ولا سفيها وهو الذى يصرف امواله فى المصارف اللاغية من غير فرق ايضا بين ماكان ظرف حصوله على تقدير تحققه هو حال العقد او الزمان المستقبل فهذا القسم مندرج تحت اطلاق قول الفقهاء انه ان علق العقد على شرط او صفة لم ينعقد و الى هذا اشاره بقوله فظاهر اطلاق كلامهم يشمله قوله الا ان الشيخ فى المبسوط حكى فى مسئلة ان كان لى فقد بعته قولا من بعض الناس (٢)

اقول قال الشيخ ره فى المبسوط ما هذا لفظه فمن الناس من قال لايصح لانه علقه بشرط لايصح ومنهم من قال يصح لانه لم يشترط الا مايقتضيه اطلاق العقد لانه انما يصح بيعه لهذه الجارية من الوكيل ان كان قد اذن له فى الشراء بعشرين فاذا اقتضاه الاطلاق لم يضر اظهاره وشرطه كما لو شرط فى البيع تسليم الثمن و تسليم المثمن وما اشبه ذلك انتهى قوله الا ان الظاهر ارتضائه اى ارتضاء الشيخ قده له اى لهذا الكلام اعنى صحة بيع الجارية فى صورة التعليق لانه قده لو لم يرض به لتعرض لرده و الايراد عليه .

قوله وحاصله اى حاصل المحكى فى المبسوط كما انه اى الشان لايضر اشتراط بعض لوازم العقد المترتبه عليه اقول وذلك كتسليم الثمن والمثمن فانهما من لوازم -

(٢) مبسوط كتاب الوكالة ص٧ منه

العقد كذلك لا يضر تعليق العقد بما اى بالاذن الذى هو اى البيع معلق عليه اى على الاذن لان الوكيل لو لم يكن ماذونا لم يصح البيع من الموكل فتعليقه اى تعليق العقد ببعض مقدماته اى ببعض مقدمات العقد ككون الوكيل ماذونا فى الشراء كالزام ببعض غاياته اى غايات العقد وذلك كتسليم الثمن والمثمن وانتقالهما من ملك احد المتعاقدين الى ملك الاخر قوله وهذا الوجه يعنى تنظيره بشرط الغاية وتوجيهه بانه افصاح عن واقع التعليق وان لم ينهض لدفع محذور التعليق اقول السر فى عدم نهوض الوجه لدفع المحذور ان المعلق فى الشرع غير المعلق فى ايجاب الموجب لان المعلق فى الاول ترتيب الاثر على البيع وكونه صحيحا مؤثرا بخلاف المعلق فى الثانى فانه الانشاء ومن البين ان المنشىء فى البيع لانشاء الايجاب التصحيح الموضوع الاثر الشرعى فليس التعليق فى الانشاء افصاحا لما هو معلق عليه شرعا فتامل جيدا

قوله فالمعلق فى كلام المتكلم يعنى فى قوله ان كان لى فقد بعته بل هو اى ترتب الاثر الشرعى شىء خارج عن مدلول الكلام اقول المراد من مدلول الكلام ما يكشف عنه هيئة بعت اعنى الالتزام بالمعاوضة فاذا رجع التعليق اليه دون ترتب الاثر كان كل واحد اجنبيا عن الاخر فان المعلق فى كلام المنشى الموجب لم يعلق فى الواقع على شىء وما هو معلق فى الواقع ليس معلقا فى كلام الموجب بمعنى ان ترتب الاثر الشرعى غير مذكور فى كلام المتكلم حتى منجزا قوله الا ان ظهور ارتضاء الشيخ له اى لهذا النوع من التعليق اعنى اشتراطا ما يقتضيه اطلاق العقد كاف فى عدم الظن بتحقق الاجماع عليه اى على كون التعليق مفسدا للعقد وحاصل الكلام هو ان ظهور ارتضاء الشيخ ره لهذا القسم من التعليق بمعنى صحته عنده و عدم ردعه عنه كاف فى عدم حصول الظن بتحقق الاجماع يعنى الاجماع على كون التعليق مفسدا للعقد على هذا القسم من التعليق قوله مع ان ظاهر هذا التوجيه اقول قد عرفت انما ان المراد من التوجيه تنظيره بشرط الغاية والتوجيه بانه افصاح عن الواقع فهذا التنظير والتوجيه ظاهر فى ان محل الكلام صورة الشك فى حصول المعلق عليه فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم هذا ولكنك خبير بانه لم يعلم وجه الاستظهار ومجرد التوجيه بانه افصاح عن الواقع وتنظيره بشرط الغاية لا يدل عليه ولا يقتضى ظهوره فيها قوله ويؤيد ذلك اقول الظاهر ان المتايد بكلام الشهيد ره عدم الظن بحصول -

الاجماع على الفساد وجه التأييد وجود موافق مثل الشهيد ره فلايكون ما ارتضاه الشيخ ره مما لاقائل به لكى يحتمل فيه التأويل وكون المراد خلاف ظاهره بناءا على ان انفراد القائل بشىء مما يقرب الى كلامه التأويل واما ما احتمل بعض من ان المتايد بكلام الشهيد ره هو ارادة صورة الشك فلم يعلم وجهه ان الشهيد فى قواعده جعل الاصح صحة تعليق البيع على على ما اى القبول الذى هو اى القبول شرط فيه ايفى البيع ويظهر منه اى من الشهيد ره ذلك اى صحة التعليق قوله ثم انك قد عرفت ان العمدة فى المسئلة هو الاجماع اقول يمكن الخدشة فيه ايضا والقول بعدم تمامية الاستدلال به على بطلان التعليق فى العقود وذلك لان الاجماع انما يكون حجة مع القطع بكونه مستندا الى راى المعصوم (ع) كما حقق فى محله وفى المقام يحتمل قريبا ان المجمعين قد استندوا فى دعواهم الاجماع الى الوجوه التى استدل بها الفقهاء رضوان الله عليهم على بطلان التعليق فلاينفع قوله وبطلانه اى بطلان الوجه واضح لان المراد بالانشاء ان كان هو مدلول الكلام اقول مدلول الكلام لو خلى وطبعه هو نفس المعنى المنشاء كما ان الامر كذلك فى مدلول الكلام الخبرى فانه نفس المعنى المخبر به لكنه فى المقام غير مراد للمصنف ره بل المراد منه بقرينة المقابلة للشق الثانى مما ذكره من الترديد نفس الانشاء فالتعليق غير متصور فيه اى فى مدلول الكلام اقول وجه عدم تصور التعليق فيه هو ان مداليل الانشاءات سواء كانت العقود والايقاعات او الاوامر والنواهى والتمنى والترجى ونظائرها من فعل النفس الذى يدور امره بين الوجود والعدم من غير ان يتصور فيه التعليق وبعبارة واضحة الانشاء من قبيل الايجاد فكما ان الايجاد الحقيقى لايقبل الاناطة والتعليق لان ذلك يستدعى الفرض الذى هو غير التحقيق كذلك الانشاء الا ترى للقيام مثلا بشرط كون الجائى عمرو ا معنى سوى انه اما قام واما لا هذا ولكن قد استشكل فى هذا بعض الاجلة بقوله (قد يشكل ذلك بان الانشاء للامور الاعتبارية غير الانشاء للامور الحقيقية اذا الثانى عين الوجود والاختلاف بينهما اعتبارى والوجود عين التحقق المنافى للفرض والتعليق بخلاف الثانى فانه متقوم بقصد حصول المنشاء انتهى قوله الا ان الكلام ليس فيه اى فى مدلول الكلام اقول عدم كون الكلام فيه غير مسلم بل الظاهر من كلام المشهور انه مورد النفى والاثبات واليه يرجع التعليل بقولهم بان التعليق ينافى الجزم المعتبر فى الانشائيات

قوله وان كان الكلام فى انه اى الشان كما يصح اقول العبارة لا تخلو عن مسامحة فيها والمناسب فيها ان يقال وان كان المراد تعليق المنشاء كالبيع والملكية وشبههما قوله قرضاً او قراضا اقول المراد من القراض هو المضاربة ماخوذة من الضرب فى الارض والسير فيها وشرعا عقد بين اثنين او اكثر يكون من احدهما المال ومن الاخر العمل بحصة من ربح ذلك المال واهل الحجاز يسمونها قراضا ماخوذ من القرض وهو القطع كان صاحب المال اقتطع منه قطعة وسلمها الى العامل فلا ريب فى انه اى انشاء الماكية على تقدير الخ امر متصور واقع فى العرف والشرع كثيرا فى الاوامر والمعاملات من العقود والايقاعات اقول وذلك كالواجب المشروط فانه من هذا القبيل عند المصنف ره بمعنى انه يرجع القيد فيه الى المادة دون الهيئة وكذا الوصية والنذر المعلق فانهما ايضا عنده من تقييد المادة كما فيما نحن فيه فان الالتزام بكون الفرس مثلا للمشترى بعد مجيء بكر على تحو يرجع التقييد الى كونه له لا الى الالتزام امر متصور معقول شرعا وعرفا وهذا يكون منشاء لاعتبار ملكية المشترى له عند مجيئه فان حقيقة التمليك ليس الا ايجادما يكون منشاء لاعتبار الملكية عند الشرع والعرف وتسليط المالك غيره على ماله عند الفقهاء منشاء لذلك قوله ويتلو هذا الوجه يعنى عدم قابلية الانشاء للتعليق فى الضعف ما قيل من ان ظاهر ما دل اقول يعنى قوله تعالى اوفوا بالعقود على سببية العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه فتعليق اثره الخ اقول الضمائر كلها ترجع الى العقد والمراد من العبارة ان مقتضى قوله تعالى اوفوا بالعقود هو ان كل عقد من العقود ملزوم لتنجز الامر بالوفاء به فكل ما لا يكون كذلك ليس داخلا فى العقود ومن البين بان اقل مراتب عدم الدخول فيها عدم صحته والعقد المعلق غير ملزوم لتنجز الامر بالوفاء منجز الان التنجيز مناف للتعليق فيكشف انه ليس من العقود الصحيحه وفيه اى فى قوله ما قيل اذا وقع اقول هذا قيد للعهد قوله والحاصل انه اى الشأن ان اريد بالمسبب هو مدلول العقد يعنى مضمونه عرفا قوله لا يعقل خلافها اى خلاف البديهيات اقول وجه عدم المعقولية ان المفروض ان انشاء العقد سبب للمدلول فلو لم يترتب لزم التخلف قوله مع ان تخلف الملك عن العقد كثير جدا اقول وذلك التخلف كما فى الموارد المعتبرة فيها القبض منها الهبة فان انتقال الموهوب الى الموهوب له فيها بالقبض المتراخى عن العقد على ما هو المعروف من مذهب الاصحاب من توقف الملك وغيره من احكام الهبة عليه فاذا تراخى القبض

عن العقد ثم اقبض حكم بانتقال الملك من حين القبض ومنها بيع الصرف وبيع السلم حيث يشترط فيهما صحة زيادة على ما يشترط فى مطلق البيع والربا التقابض فى المجلس ويبطل لو افترقا قبله على الاشهر بل عليه عامة من تقدم ومن تأخر عدا من شذ وندر ومنها انتقال العين الموقوفة على صنف خاص كالفقراء مثلا الى البطون المتأخرة فانه متراخ عن زمان العقد وغيرها من الموارد المذكورة فى كلامهم قوله مع ان ماذكره المستدل من بطلان التعليق لا يجرى فى مثل قوله بعتك ان شئت او ان قبلت فقال قبلت اقول ورود هذا الايراد على المستدل مطلقا غير مسلم بل هو مبنى على كون مدعاه بطلان مطلق التعليق ولو كان من قبيل المثالين المذكورين فى المتن وهو غير ثابت لاحتمال عدم بطلانهما عنده لا يلزم هنا تخلف اثر العقد عنه اى عن العقد و انشائه ووجه عدم لزوم التخلف ان العقد انما يتم بالقبول فما لم يات بالقبول لم يتم العقد لكى يلزم التخلف نعم يلزم تخلف اثر الايجاب عنه ولكن لم يمنعه المستدل فلا مخدور فى تخلفه قوله مع ان هذا اى ماذكره المستدل بقوله من ان ظاهر ما دل على سببية العقد تربت مسببه عليه حال وقوعه الخ لا يجرى فى الشرط المشكوك التحقق فى الحال بان يقول ان كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعتك دارى حيث ان البايع قد علق بيع داره على كون هذا اليوم يوم الجمعة عنها اى عن العقود تلك العقود كالوصية والجعالة والسبق والرماية فانها بحسب وضعها العرفى تقتضى تأخير اثرها عنها وليس على هذا الشرط يعنى شرط التنجيز قوله ثم الاضعف من الوجه المتقدم التمسك فى ذلك يعنى فى بطلان التعليق بتوقيفية الاسباب الشرعية اقول قد اشار بتوقيفية الاسباب صاحب الجواهر ره فى ذيل الوجه السابق بقوله بل هو شبه اثبات حكم شرعى من غير اهله وحاصل الاستدلال كما ان العبادات واحكامها توقيفية فكذلك العقود فعندئذ يجب الاقتصار على المتيقين حيث وقع الشك فى بعض افرادها من جهة الكيفية او غيرها وليس الا العقد العارى عن التعليق الموجبة لوجوب الاقتصار فيها اى فى الاسباب الشرعية كالبيع ونحوه من العقود قوله اذ فيه اى فى التمسك بتوقيفية الاسباب ان اطلاق الادلة مثل حلية البيع وتسلط الناس على اموالهم وحل التجارة عن تراض ووجوب الوفاء بالعقود وادلة سائر العقود كاف فى التوقيف اقول الاطلاق فى هذه الادلة اول الكلام لان الخصم يمنعه توضيحه ان من جملتها قوله تعالى اوفوا

بالعقود وعمومه مما اصابه الوهن بكثرة التخصيص مع انه قد اعرض الاصحاب عنه فى العقد المعلق فاذن الدليل الموهون الغير الصالح لاثبات الحكم الشرعى كيف يصح ان يصير رافعا لقاعدة التوقيفية قوله فاثبات هذا الشرط اقول يعنى شرط التنجيز فى العقود مع عموم ادلتها اى ادلة العقود ووقوع كثير منها اى من العقود على وجه التعليق بغير الاجماع محققا او منقولا مشكل اقول بل الاثبات بالاجماع ايضا مشكل اذا احتملنا ان استناده الى وجوه لا ينبغى الاعتماد والاستناد اليها وبعبارة اخرى ان الاجماع انما يكون حجة مع القطع بكونه مستندا الى رأى الامام (ع) ومن المحتمل قريبا ان المجمعين قد استندوا فى دعواهم الاجماع فى المقام الى الوجوه الاعتبارية التى استدل بها الفقهاء على بطلان التعليق والوجه فى منع شرط التنجيز وكون اثباته مشكلا جريان العادة والعرف على التعليق عليه حيث نرى وقوعه كثيرا بين عامة الناس كتعليق البيع على اجازة الاب او الاخ او العم او الصديق وغيرهم فحاصل البحث ونتيجته انه لا دليل على بطلان التعليق فى العقود ليكون مخصصا لادلة صحتها وعليه فالعمدة فى المقام هو الاجماع فان تم فهو والا فالمرجع هو الاطلاقات والعمومات ثم ان القادح هو تعليق الانشاء اقول وجه القدح بداهة ان الانشاء بأى معنى كان قد فرض وجوده فى الخارج وحينئذ فلا يعقل تعليقه على شىء مالان الموجود وفى الخارج يمتنع عدمه فكيف يعقل ان يكون موجودا على تقدير مجى زيد مثلا ومعدما على تقدير عدم مجيه فتحصل مما ذكرنا ان الانشاء امر لا يقبل التعليق بل هو اما موجود واما معدوم قوله واما اذا انشاء من غير تعليق يعنى فى الانشاء صح العقد وان كان المنشى اى العاقد مترددا فى ترتب الاثر عليه اى على العقد شرعا اقول مثال المتردد فى ترتب الاثر على العقد شرعا كمن ينشى البيع وهو لا يعلم ان المال له او لغيره او لا يعلم ان المشترى راض حين الايجاب ام لا او عرفا مثال المتردد فى ترتب الاثر على العقد عرفا كمن كان ترديده فيما يتقوم به عنوان المعاملة كالترديد فى قابلية المبيع للتملك او زوجية المرئة التى يريد طلاقها وغيرهما لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الاثر اقول المراد من الاثر هو الاثر الشرعى لا الاثر العرفى لانه يمتنع القصد اليه مع العلم بعدم ترتبه .

قوله وقد صرح بما ذكرنا بعض المحققين اقول قد استظهر بعض انه صاحب

المصابيح السيد الجليل بحر العلوم .

قوله نعم ربما يشكل الامر فى فقد الشروط المقومة كعدم الزوجية اقول ملخص الكلام فى المقام ان الالتزام والقصد الى اخراج المرئة من الزوجية لا يتحقق الا مع العلم بسبقها بالزوجية واما مع الشك فيهما او الجزم بالعدم فلا يتحقق منه ذلك و كذلك انشاء العتق الذى هو عبارة عن فك علاقة الرقية لا يمكن تحققه من الشك فيها وكذا القصد الى المعاوضة لا يتحقق ولا يتمشى ممن يشك فى قابلية العين للعوضية

قوله او الشك فيهما يعنى فى الزوجية اقول قد عرفت المراد من العبارة انفا ونعيدها لزيادة البصيرة والالتفات الى ان الكلام فيما اذا لم تكن الحالة السابقة هو الزوجية والا فالاستصحاب محكم ومحرز لوجود الشرط لا يتحقق القصد اليه اى الى الطلاق وح فاذا مست الحاجة الى شىء اى حين قلنا بان القادح المانع انما هو تعليق الانشاء وان التردد لا يضر فيما اذا لم يكن تعليق فى اللفظ من ذلك اى من الطلاق والعتق ثم ان الظاهر ان هذا مرتبط بما اذا كان شرط لتأثير مقوما لعنوان العمل اذ فى غيره لا محذور فى الاحتياط لما سبق من انه لا ينافى الجزم فى الانشاء هو يعنى الزوجية التى هى شرط فيه اى فى الطلاق فلا بد من ابرازه اى الانشاء بصورة التنجيز كان يقول بعت او هى طالق قوله لان فساد الوكالة الخ اقول ظاهر كلامه قده يعطى ان كون الموكل فيه غير ممكن الصدور من الوكيل مانع عن الجزم فى انشاء التوكيل فكون المرئة مشكوك الزوجية كما انه مانع عن الجزم فى انشاء الطلاق كذلك مانع عن الجزم فى انشاء التوكيل فيه فح لا محالة يكون التوكيل ايضاً معلقا عليه هذا ويمكن ان يقال ان التعليل المذكور غير ظاهر من جهة ان التعليق الواقعى لا يقتضى فساد العقد لما سبق من جواز الايقاع بصورة التنجيز وان كان فى الواقع معلقا ولما ذكر من ان بقاء الاذن مع فساد الوكالة محل اشكال بل استظهر بعض الاعلام عدمه وعلله بان الاذن مبنية على الوكالة فلا تبقى بارتفاعها قوله لكن خصوصية البايع غير معلومة اقول خصوصية البايع معلومة فى المقام وانه الوارث سواء كان بيعه عن نفسه او عن المورث فضولا ومن هنا يعلم ان الانسب ان يقول المالك بدل البايع لانه الذى لم يعلم خصوصية هل هو المورث او الوارث قوله والظاهر الفرق بين مثال الطلاق وطرفيه اقول المراد من طرفى الطلاق مسئلة التزويج ومسئلة التولية ووجه امكان الجزم فيهما دون مثال الطلاق كانه من جهة ان الشرط الغير المحرز مقوم فيه دون طرفيه وبعبارة واضحة قد

اعتبر فى تحقق مفهومه الزوجية فلا يعقل تحققه بدونها لان الطلاق ازالة علقة الزوجية فلا بد من الزوجية وليس كذلك فى طرفيه اذ حليته المراة المتزوج بها من قبيل الشرط الشرعى لترتب الاثر الشرعى لا شرط عرفى وكذلك اعتبار العدالة فى القاضى قوله بامكان الجزم فيهما اى فى مسئلة التزويج ومسئلة التولية فافهم اشارة الى الدقة والتامل فى الفرق بين مثال الطلاق وطرفيه ليظهر لك وضوحه قوله.

ومن جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب والقبول

اقول لاريب ان اعتبار التطابق من الامور الواضحة والقضايا التى قياساتها معها لان العقد امر وحدانى متحصل عن الايجاب والقبول فلو انشاء احد المتعاملين البيع وقبل الاخر البهة لم يرتبط كلام احدهما بالاخر وكذا لو باع احدهما العبد والاخر اشترى الجارية لم يتحصل معنى واحد منهما لعدم ارتباط كلام احدهما بالاخر فحينئذ لا تتحقق بينهما معاقدة بل يكون عقد كل منهما بعيدا عن عقد الاخر ضرورة ان ، ما انشاه البايع لم يقبله المشترى وما قبله المشترى لم ينشئه البايع قوله على وجه خاص من حيث خصوص المشترى اقول الاختلاف فى مضمون العقد من حيث خصوص المشترى كان يقول زيد لعمرو بعتك فرسى بكذا ويقول عمرو قبلت البيع لبكر قوله او الثمن اقول الاختلاف من حيث خصوص المثمن كان قال البايع بعتك جاريتى بكذا ويقول المشترى قبلت بيع العبد بكذا قوله او الثمن اقول كان يقول البايع بعتك عبدى بالدنانير فيقول المشترى قبلت بالدراهم قوله او توابع العقد من الشروط كان يقول البايع بعتك دارى بخمسين دينارا بشرط ان تخيط لى ثوبا وقبل المشترى بلا شرط قوله ووجه هذا الاشتراط اقول يعنى اشتراط التطابق واضح .

اقول الوجه فيه ما عرفت انفا من ان العقد امر وحدانى مركب من الايجاب والقبول فاذا انشاء البايع البيع وقبل الاخر البهة لم يرتبط كلام احدهما بالاخر فلا تتحقق بينهما معاهدة بل يكون عهد كل منهما اجنبيا عن عهد الاخر بداهة ان ما انشاه البايع لم يقبله المشترى وما قبله المشترى لم ينشئه البايع قوله لم ينعقد اقول الوجه فيه ان الايجاب والقبول مختلفان من حيث المشترى لعدم ورودهما على مورد واحد قوله ولو قال بعت هذا من موكلك فقال الموكل الغير المخاطب قبلت صح وكذا لو قال بعتك فامر المخاطب وكيله بالقبول فقبل اقول وجه الصحة هو ان الوكيل و

الموكل بمنزلة شخص واحد وليسا متغائرين لقيام الوكيل مقام الموكل وصدور القبول عن امره و من هنا يعلم ان تغاير جهة التخاطب فى الايجاب فى المقام لاضرر فيه قوله ولو قال بعتك العبد بكذا فقال اشتريت نصفه بتمام الثمن او نصفه لم ينعقدا قول وجه عدم الانعقاد اختلاف الايجاب والقبول من حيث خصوص المثمن فى الفرض الاول ومن حيث الثمن والمثمن فى الفرض الثانى .

قوله وكذا لو قال بعتك العبد بماة درهم فقال اشتريته بعشره دينار اقول يعنى لم ينعقد لاختلاف الايجاب والقبول من حيث الثمن قوله ولو قال للاثنين بعتكما العبد بالف فقال احدهما اشتريت نصفه بنصف الثمن لم يقع اقول وجه عدم الوقوع اختلاف الايجاب والقبول من حيث الثمن والمثمن وقال السيد قده فى الحاشية فى المقام يقوى الصحة مع قبول احدهما النصف بالنصف وله وجه قوله و لو قال كل منهما ذلك اقول بان يقول كل منهما اشتريت نصفه بنصف الثمن قوله لا يبعد الجواز اقول لان الاختلاف فى هذه الصورة انما هو بمجرد العبارة وهذا المقدار من التغاير لا باس فيه قوله وفيه اشكال اقول هذا المثال كمثال الاول فى ان الاختلاف فيه بمجرد العبارة وقد عرفت انفا انه لا يضر ومن هنا يعلم ان اشكال المصنف قده ضعيف وان كان الفضل كله له ومن جملة الشروط فى العقد ان يقع كل من ايجابه وقبوله فى حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء اقول ملخص الكلام فى المقام ان هذا الشرط ايضا كشرط التطابق من القضايا التى قياساتها معها لان العقد لا ينعقد الا بفعل الموجب والقابل فاذا انتفى شرط من شرائط العقد حين انشاء احد المتعاقدين بطل العقد و وجه الاعتبار واضح لانه يعتبر فى تحقق معنى العقد والعهد فهم كل من المتعاقدين للمعنى الذى قصده الاخر ومع الخروج عن قابلية الخطاب لموت او جنون او اغماء و نحوها ينتفى عنه ما به قوام مفهوم التعاقد قوله غير قابل للقبول لجنون او نوم او موت وشبهها قوله لم ينعقد لما عرفت انفا من عدم تحقق معنى المعاقده حينئذ قوله واما صحة القبول من الموصى له الخ اقول هذا دفع لما قد يتوهم من انه لا كلام فى صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فيستكشف من ذلك ان موت الموجب لا يمنع عن تحقق المعاقده و حاصل الدفع كما عن بعض المحققين ان حقيقة الوصية ليست الا الايصا ومن المعلوم انه لا يعتبر فى تحققها القبول بل هى من الايقاعات و قبولها قبول الوصية ورد ها رد ها

لانه جزء للوصية لكى يقاس احدهما على الاخر فبينهما فرق واضح قوله ولذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه اقول يعنى لما كان القبول شرطا قام الوارث فيه مقام الموصى له ولو كان ركنا لما قام فلو لم يحصل للايجاب تأثير وكان حال الايجاب هنا حاله فى سائر العقود لم يكن معنى للارث قوله ولورد جاز له القبول اقول يعنى لورد الموصى له الوصية فى حال حيوة الموصى جاز له القبول فيستكشف من ذلك بل يدل على ان القبول ليس ركنا والا لكان الرد مانعا من التئامه مع الايجاب كما هو شان عامة العقود قوله وان كان لعدم الاعتبار برضاهما فلخروجه الخ اقول هذا عطف على قوله ان كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب الخ اى وان كان عدم قابليتهما لعدم الاعتبار برضاهما فلخروج هذا الرضا ايضاً عن مفهوم التعاقد لان المعتبر من الرضا ما كان صادرا عمن يعتبر رضاه حين انشاء الاخر وهو من لم يكن محجورا بفلس او سفه او رق قوله والاصل فى جميع ذلك اى الامثلة المذكورة قوله ان الموجب لو فسخ اقول المراد من الفسخ الرد اذ الفسخ انما يكون للعقد لا للايجاب قبل القبول لغى الايجاب السابق اقول مراده قده من هذه العبارة ان الوجه فى اعتبار رضا كل من المتعاقدين حال انشاء الاخر فى تحقق المعاقده وضوح فساد الايجاب بفسخ الموجب ورده وعدم رضا القابل به فيستكشف من ذلك مدخلية رضا كل منهما فى تحقق معنى المعاقدة قوله ثم انهم صرحوا بجواز لحوق الرضا البيع المكره اقول حاصل كلامه قده ان ما ذكره الاصحاب من اعتبار ان يكون كل من المتعاقدين واجدا للشرائط عند تحقق الانشاء من الاخر ينافى ما ذكروه من صحة معاملة المكره بلحوق الرضا او يقتضى بطلان عقده حيث ان المكره لا يعتبر رضاه فلا يكون قابلا للحوق الرضا الا ان يكون الحكم فيه من جهة الاجماع القائم على خلاف الاصل والقاعده قوله لو اختلف المتعاقدان اجتهادا او تقليدا فى شروط الصيغة اقول بمعنى انه اذا اختلف المتعاقدان فى شروط الصيغة فهل يصح اكتفاء كل منهما بما يقتضيه نظره ومذهبه ام لا بد فى الصحة ان يأتى كل منهما على طبق ما يقتضيه مذهب كليهما ام يعتبر فى الصحة ان لا يكون العقد الصادر منهما مما لا قائل بكونه سببا للنقل والانتقال مثاله انه لو كان البايع لا يشترط العربية فى العقد والمشترى يشترطه فهل يجوز ان يعمل كل منهما بما يقتضيه مذهبه بان يوجب البايع البيع بالفارسية ويقبل المشترى باللفظ العربى فيصح العقد فى حقهما جميعا فيه وجوه الاول انه يجوز ذلك فيصح العقد فى حقهما جميعا مطلقا الثانى انه

لايجوز ذلك ولا يصح فى حقهما جميعا مطلقا الثالث التفصيل والقول بانه ان لم يلزم كون العقد المركب منهما ممالا قائل بكونه سببا للنقل والانتقال صح واثر فى حق المتعاقدين وان لزم ذلك فلا مثاله كما عن بعض المحققين مالو قال المشترى بجواز تقديم القبول على الايجاب لكن لم يجوز العقد بالفارسى وقال البايع بجواز العقد بالفارسى فقدم المشترى القبول باللفظ العربى عملا بمذهبه واوجب البايع بالفارسى عملا بمذهبه فحصل من ذلك عقد فارسى مقدم القبول فالمشترى يحكم بفساده من جهة كونه فاقد العربية والبايع يحكم ايضا بفساده من جهة تقديم القبول الذى ليس بصحيح بمذهبه قوله وجوه مبتداء خبره الجار والمجرور المقدر اى فى هذا المقام وجوه قوله ثالثها اى وجوه قوله وجواز العقد اقول الواو للمعية ومراده قده التمثيل للوجه الثالث الذى لا قائل بكونه سببا قوله اردئها اى وجوه قوله والاولان اقول وهما اكتفاء كل من المتعاقدين بما يقتضيه مذهبه واتيان كل منهما على طبق ما يقتضيه مذهب كليهما قوله امهى اى الاحكام الظاهرية احكام عذرية اقول ليس المراد بانها احكام حقيقية قبال الاحكام الواقعية بل المقصود ان العامل بها يكون معذورا فى عمله قوله واما الموالات اقول لايخفى عليك ان بين القسمين فرقا وهو ان الخلل فى الاول اعنى الصراحة والعربية والماضوية يكون فى احد الجزئين بخلاف الثانى فانه فيه يكون فى جميعهما فاذن المناسب عد الترتيب من القسم الثانى ضرورة ان الترتيب قائم بالجزئين معا فاذا فات فات منهما معا ولا يختص باحدهما قوله فان الموجب اذا علق مثلا اقول بمعنى ان الموجب الذى لا يرى التعليق مخلا اذا علق يسرى تعليقه الى القبول لانه ايضا يصير معلقا والا لم يكن مطابقا للايجاب فيصير القبول ح مخلا للتعليق ايضا والفرض انه فاسد على مذهب القابل وكذا العكس مثلا اذا فرضنا الموجب يرى التعليق مخلا فاوجب منجزا وح فان لم يكن فى القبول تعليق فلا بحث والا فلا يطابق الايجاب المنجز وهذا واضح لامرية فيه قوله اولم يبق على صفة صحة الانشاء اقول بمعنى انه لو اوجب الموجب الذى لا يعتبر البقاء على صفة صحة الانشاء حين عدم اجتماع صاحبه للشرائط لا يصح القبول من القابل الذى يراه شرطا ولو عند اجتماع الموجب للشرائط حال القبول لعدم حصول الصفة للقابل حال الايجاب قوله باعتقاد مشروعية ذلك اقول كلمة ذلك اشارة الى التعليق الحاصل من قوله علق وعدم البقاء الحاصل من قوله اولم يبق وقوله باعتقاد الخ متعلق بعلق وبلم يبق وحاصل المعنى ان الموجب اذا علق اولم يبق الخ باعتقاده

مشروعية ذاك الايجاب الذى انشاءه واوجده .

قوله فتأمل وجهه كفاية اعتقاد عدم فوات الموالاة من القابل لانها فعله وهو الذى يجب عليه بلا فصل فالتراخى يكون منه لا من الموجب لكى يجب عليه مع تراخى القبول اعادة الايجاب قوله لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد اقول الظاهر كما عن بعض المحققين ان مورد الكلام ومحل النقض والابرام انما هو فرض التلف لا الاتلاف فان فيها لا اظن توهم الخلاف فى ضمان المقبوض بالعقد الفاسد من جهة قاعدة من اتلف قوله لم يملكه اى المقبوض بالعقد الفاسد قوله بمعنى تلفه اى المقبوض بالعقد الفاسد عليه اى على القابض قوله الاجماع عليه اى على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ثم انه لا تسلم الاجماع على جميع صور المسئلة بل المتيقن منه صورة جهل الدافع بفساد العقد .

قوله فان هذا الظهور انما هو اذا اسند الظرف الى فعل من افعال المكلفين كان يقال عليه الاكرام او عليه الاطعام ومن هذا القبيل قوله تعالى ولله على الناس حج البيت (٢) واما اذا اسند الى عين كلى او جزئى فلا يراد حفظ هذا الاستعلاء وجب ارتكاب المجاز فى الحذف بان يكون المراد عليه حفظ العين اورده ونحو ذلك ومن المعلوم انه ابعد .

قوله ومن هنا كان المتجه اقول يعنى من جهة كون مفاد الرواية الحكم الوضعى وظهورها فيه امكن الاخذ بعمومها بالنسبة الى الطفل بخلاف ، لو كان مفادها الحكم التكليفى . فانه يمتنع شمولها له لحديث رفع القلم عن الطفل قوله اذا لم تكن يدهما اى الصغير والمجنون ضعيفة اقول كما فى الصبى الغير المميز والمجنون الغير الشاعر بوجه والوجه فيه ان المعتبر فى اليد الموجبة للضمان ان يصدق الاخذ الذى فيه اقل مراتب الاستيلا اما لا مع ذلك فلا يصدق عليها اليد فلا تكون موضوعا للحديث قوله بطريق اولى اقول وجه الاولوية ان اليد على المنفعة بتبع اليد على العين فاذا كانت اليد التابعة موجبة للضمان فالمتاصلة بطريق اولى قوله لا المتلف فافهم اقول احتمل بعض الاعاظم انه اشارة الى ان الوطى اذا كان سببا لحدوث المال غير قابل للملك فاذا كان ذلك مانعا من كون الضمان بالاتلاف يكون ايضا مانعا من الضمان

---

(٢) سوره ال عمران آية ٩١

باليد لان التلف تحت اليد انما يكون موجبا للضمان باليد اذا كان التالف ملكا للمضمون له والولد ليس كذلك فلا تصلح الرواية شاهد المانحن فيه بل تدل على ضمان الولد بسبب تعدى غير الاسباب المعروفة بل عدم تعرض الرواية لضمان منافع الامة من حين الشراء الى زمان الرد يومى الى عدم ضمان الرد بالنسبة الى المنافع قوله ثم ان هذه المسئلة يعنى بها مسئلة المقبوض بالعقد الفاسد قوله اصلا .

يعنى به كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وعكسا يعنى به ومالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ثم اعلم انه قد حكى التصريح عن العلامة قده بان الباء فى بصحيحه وبفاسده بمعنى فى و هو بملاحظة انه يصح معه المعنى وجيه الا انه خلاف الظاهر بل الظاهر انها للسببية بملاحظة تضمنه لما هو جزء العلة التامة للضمان وهو عدم المانع من تأثير اليد فى الضمان لتركب علة الضمان فيه من امرين احدهما اليد اذا التحقيق شمولها لليد المأذونة ايضا والثانى عدم المانع عن تأثير اليد فيه اعنى المجانية وحاصل المعنى ان كل عقد يكون صحيحه سببا لتحقق عدم المانع عن حدوث الضمان لاجل اليد وتأثيرها والقبض فيه ففاسده ايضا سبب له قوله فيشمل الجعالة اقول لوقوع الخلاف فى كونها عقدا او ايقاعا وقد استظهر بعض المحققين انها ايقاع وهى عبارة عن الالتزام بعوض على عمل قوله والمراد بالضمان فى الجملتين اقول توضيحه ان الضمان مأخوذ من التضمين وجعل شىء متضمنا للاخر وحافظا له وملتزما به تقول ضمنته الاناء يعنى جعلته اى الماء مثلا فيه فمعنى ان العقد مضمن انه موجب لصيرورة مال احد فى ضمان اخر اى صيرورته بحيث لا تقع خسارته الحاصلة من تلفه عليه وهذا يتحقق بان يجعل له بدلا يقوم مقامه حين ما تلف فوله كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان اقول ذكر بعض الاعاظم ان المتوهم صاحب الرياض قده .

وحاصل الكلام ان المراد من الضمان ما فسرناه بقولنا والمراد بالضمان فى الجملتين الخ لا مجرد كون تلف الشىء فى ملك الضامن لكى يقال انه غير متحقق فى العقد الفاسد فيختلف الضمان فى الجملتين و بعبارة اخرى قد توهم ره ان الضمان فى المقبوض بالعقد الصحيح يراد بمعنى وقوع التلف فى ملك الضامن وهذا المعنى غير موجود فى العقد الفاسد فان الغاصب اذا تلف المغصوب فى يده لا يكون تلفه فى ملكه فعند ئذ هذا يجب ان يراد منه معنى آخر فلا يتحد معنى الضمان فى الجملتين ظاهر السياق الاتحاد وحاصل دفع التوهم ان المراد من الضمان وقوع النقص الحاصل من تلفه فى امواله الاصلية وهذا المعنى موجود فى العقد الفاسد ايضا

قوله كما ذكره بعضهم الخ وهو الشهيد الثانى ره فى المسالك فى الهبة قوله ولم يرد فى اخبار ضمان المضمونات الخ اقول ورد التعبير بالمثل فى قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل الخ (١) وبالقيمه فى رواية ابى ولاد الاتية لزوم تداركه اى الفائت واما تداركه بغيره اى بغير العوض الواقعى قوله فافهم اقول اشارة الى - التغاير وانه الظاهر بيانه ان ماذكره من الاحتمال عبارة عن الضمان بمقدار العوض المسمى وما ذكره المصنف قده هو نفس العوض المسمى وتغايرهما واضح قوله لجواز كون نوع لايقتضى بنوعه الضمان اقول هذا تعليل لمنع كون العموم فى كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده بلحاظ خصوص الانواع وبيانه كما عن بعض الاعيان انه لو كان العموم بلحاظ الانواع لزم عدم اطراد عكس القضية فان الصلح الجامع بين الصلح المعاوضى وغيره بما هو جامع بين النوعين لايقتضى صحيحه الضمان فيد خل تحت عكس القضية اعنى مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده ومقتضى ذلك ان الصلح الفاسد لايقتضى الضمان والحال انه قد يقتضيه اذا كان الفاسد من الصلح المعاوضى فعندئذ فيتعين ان يكون المراد من القضية اصناف تلك الانواع كالصلح المعاوضى الذى يقتضى صحيحه الضمان وفاسده كذلك والصلح غير المعاوضى فانه لايقتضى صحيحه الضمان وكذا فاسده قوله ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه اى العقد فلو اقتضاه اى الضمان اقول حاصل كلامه ره ان الاختلاف بالشرط وعدمه التزام خارجى اجنبى عن مركز البحث لاربط له باقتضاء العقد وعدمه داخل فى الاختلاف الصنفى قوله تمسكا بهذه القاعدة .

يعنى قاعدة مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده قوله اشكال اقول قد تقدم وجهه انفا فلانعيد قوله كما لو استاجر اجارة فاسدة اقول سيأتى من المصنف ره ان المثال المذكور خارج عن حريم البحث لان المقصود من الضمان فى القاعدة ضمان متعلق العقد ومن المعلوم ان العين فى الاجاره ليس متعلقه قوله ويظهر من الرياض (١) اختيار الضمان بفاسدها اى العارية مطلقا اقول يعنى سواء كان الضمان فيه باقتضاء العقد

(١) سورة البقره آية ١٩٠

(١) كتاب رياض المسائل فى بيان احكام الشرع بالدلائل المعروف بالشرح الكبير مقابل شرح المختصر لمؤلفه على بن محمد بن على بن ابى المعالى تولد فى - الكاظمين وتوفى فى كربلا ودفن فيه .

او باقتضاء الشرط الذى هو محل الكلام ومورد النقض والابرام من حيث اندراجه تحت القاعدة وعدمه فيكشف من هذا ان صاحب الرياض يذهب بشمول الاقتضاء للاقتضاء الشرطى ايضا اذ لا دليل فيه للضمان عدا هذه القاعدة اذا عرفت هذا فنقول قال صاحب الرياض) لم يرجع يعنى الغاصب على المستعير الا مع علمه او كون العين مضمونة فيرجع عليه فيهما لاستقرار الضمان عليه فى الاول واقدامه فى الثانى على الضمان مع صحة العارية فكذا عليه الضمان مع الفساد للقاعدة الكلية ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده انتهى (١) قوله تبعا لظاهر المسالك اقول قال ره فيه فان رجع على المستعير يرجع على الغاصب ان لم تكن العارية مضمونة والا رجع عليه بغير ما اقدم على ضمان الى ان قال لانا لم نضمنه من حيث الغصب بل من حيث كونها عارية مضمونة ودخوله على ذلك فاذا تبين فسادها الحق حكم الفاسد بالصحيح كما سلف من القاعده وان رجع المالك على الغاصب لم يرجع على المستعير ان لم تكن مضونة والا رجع عليه بما كان يضمنه ولو كانت صحيحة انتهى قوله فتامل اقول الظاهر انه اشاره الى ان عدم ضمان المبيع قبل قبضه ليس لنقص فى سببية العقد بل العقد ينفسخ قبل تلف المبيع انا ما وينتقل المبيع الى مالكه الاول وينتقل الثمن الى المشترى ثم يتلف من ماله فعندئذ لا بيع لا ما قد يتوهم من ان البيع باق لانه لا يؤثر فى الضمان حتى يتحقق القبض .

مدرك القاعدة

اقول هذه القاعدة بالفاظها المزبوره لم ترد فى آية ولا فى رواية ولا جعلت مورد الاجماع فلا يهمنا اشباع الكلام والبحث عن سعة دلالتها فنصرف عنان البحث الى ما يمكن ان يجعل دليلا على ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ومدرك لهذه القاعدة فنقول ما استدل به على الضمان فى المقام اعم مما ذكره المصنف قده وغيره بوجوه ١ ـ الروايات الدالة على ان الامة المتباعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشترى اخذها صاحبها واخذ المشترى ولده بالقيمة حيث ان ضمان الولد بالقيمة مع كونه نماء الم يستوفه المشترى يستلزم ضمان الاصل بالاولوية ٢ ـ الروايات الدالة على عدم حلية مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فانها تشمل ما نحن فيه ايضاً منها ما عن «١» .

سماعة عن ابى عبد الله (ع) فى حديث ان رسول الله (ص) قال من كانت عنده امانة فليودها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرء مسلم ولا له الا بطيب نفسه ٣ ـ

«١» ج ١ اول باب العارية ص ٣ .

قوله (ع) حرمة ماله - يعنى المؤمن - كحرمة دمه (٢) حيث ان الظاهر من هذه الجملة هو ان اتلاف مال المؤمن موجب للضمان وانه لايذهب هدرا كما ان دمه ليس بهدر ويتوجه عليه ان الدليل اخص من المدعى لان هذه الجملة لو دلت على الضمان فانما تدل عليه فى فرض الاتلاف دون التلف اذ لايتوهم ذو مسكة انه اذا تلف مال مومن بآفة سماوية ضمن به سائر الناس ٤ - قاعدة الاقدام التى ذكرها الشيخ فى المبسوط وجه الدلالة انه ره علل الضمان فى مواضع كثيره من البيع والاجارة الفاسدين - بدخول القابض على ان يكون المال مضمونا عليه بالمسمى فاذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل او القيمه ٥ - النبوى المشهور وهو قوله (ص) على اليد ما اخذت حتى توديه

قوله ره ثم اضاف الى ذلك قال ره والسر فى ذلك - يعنى فى الضمان انهما تراضيا على لوازم العقد فحيث كان مضمونا فقد دخل القابض على الضمان ودفع المالك عليه مضافا الى قوله «ص» على اليد ما اخذت حتى تودى «٦» وهو واضح انتهى قوله ومطلق الضمان لايبقى بعد انتفاء الخصوصية اقول .

لاموضوعا ولا حكما اما موضوعا فلان تراضيهما على الضمان بشىء خاص لاينحل الى امرين التراضى بمطلق الضمان وكونه بشىء خاص فليس اقدامهما على الضمان بالمسمى اقداما منهما بمطلق البدل واما حكما فلان فساد العقد يقتضى فساده مطلقا والا كان تأثيره فى غير المقصود قوله كما قبل القبض اقول لايخفى على اهل التأمل والدقة ان موضوع كلام الفقهاء ما بعد القبض فمرادهم من كون الاقدام موجبا للضمان انه موجب له فى المقبوض فعندئذ لايتوجه النقض المذكور قوله ضمان المبيع على البايع اى الضمان الذى يتضمنه العقد الصحيح قوله قوى الشهيد ان فى الاخير اقول مراده قده من الاخير مثال الاجارة .

قوله واستشكل العلامة ره اقول قال ره فى القواعد ماهذا لفظه (وهل يكون مضمونا على القابض فيه اشكال ينشاء من كون البيع الفاسد مضمونا ودلالة لفظه على اسقاطه انتهى قوله فى مثال البيع اقول مراده قده من مثال البيع قوله يعتك بلا

(١) راجع الوسائل ج اباب ٣ من ابواب مكان المصلى .
(٢) راجع اصول الكافى باب السباب من كتاب الايمان والكفر
(٦) رواه سمرة بن جندب عن النبى «ص» ج ٤ سنن البيهقى .

ثمن قوله لم نحصله اى الدليل منقوض طردا اقول يعنى ماذكره الشيخ ره من التعليل وهو دخول القابض على ان يكون المال مضمونا عليه بالمسمى ليس بمطرد اذ قد يتحقق الاقدام ولا يترتب عليه الضمان كما فى صوره تلف المبيع قبل القبض فى البيع الصحيح فان المشترى قد اقدم على الضمان هنا ولكن لا ضمان عليه وعكسا اقول يعنى ماذكره قده من التعليل منقوض عكسا لانه قد لا يكون اقدام فى العقد الفاسد ومع ذلك يتحقق فيه الضمان كما اذا اشترط المشترى فى عقد البيع ان يكون ضمان المبيع مع تلفه فى يده على البايع او قال البايع للمشترى بعتك متاعى هذا بلا ثمن فقد تحقق الضمان فى المثالين ولا اقدام قوله وسنده منجبرا قول .

يعنى سنده منجبر بعمل المشهور به وارسالهم اياه ارسال المسلمات هذا مراده ره ولكن لا يخفى على اهل التحقيق ان عمل المشهور برواية ضعيفة لا يوجب اعتبارها كما ان اعراضهم عن العمل بالرواية الصحيحه لا يوجب وهنها لانك قد عرفت ان الشهره فى نفسها ليست بحجة فلا تكون موجبة لحجية الخبر وجابرة لضعف سنده قوله الا ان مورده اى خبر اليد مختص بالاعيان اقول وجه الاختصاص ان الظاهر من الموصول الواقع عليه الاخذ خصوص الاعيان لعدم صدق الاخذ بالنسبة الى المنافع والاعمال المضمونة فى الاجارة الفاسده ولا ينافيه كون المراد من الاخذ الاستيلاء فان الاستيلا انما يكون على الامور الخارجية ولا يجرى فى الامور الاعتبارية قوله اللهم الا ان يستدل على الضمان فيها اى فى المنافع والاعمال المضمونة بما اقول قد ذكرنا الروايات الدالة على عدم حلية مال امرء مسلم الا بطيب نفسه وحرمة ماله كحرمة دمه انفا فراجع وتذكر على احترام مال المسلم اقول قد عرفت فى اول الكتاب ان الاستدلال بالروايات وغيرها يتوقف على صدق المال والحق على غير الاعيان وعرفت الاشكال فى صدق المال على غيرها فالتمسك بمثل لا يحل مال امرى مسلم غير ظاهر .

قوله مضافا الى ادلة نفى الضرر اقول يمكن ان يقال ان دليل قاعده نفى الضرر ناظر الى رفع الاحكام المجعولة فى الشريعة وانه ليس فيهما حكم ضررى فلا يشمل العدميات لانها ليست بمجعولة فلا تدخل فيما كان لادلة الضرر حكومة عليه قوله خلافا للاخرين اقول فعن جامع المقاصد انه له اجرة المثل لقاعدة ما يضمن بصحيحه وكذا عن التذكرة والقواعد ولا ينافى هذا عدم حصول النفع فان القراض الفاسد

يجب فيه اجرة المثل وان لم يحصل للمالك نفع بالعمل وفى المسالك تنظر فيه بان الفرق بين عقد المسابقة وغيره من العقود التى يضمن بفاسدها ليس من جهة رجوع النفع وعدمه بل لان تلك العقود اقتضت الامر بالعمل بخلاف هذا العقد فانه لم يقتض ذلك فان قوله سابقتك على معنى ان من سبق منافله كذا وقاعدة مايضمن لادليل عليها كلية فراجع ووجهه اى عدم الاستحقاق ان عمل العامل الخ اقول ظاهر هذه العبارة ان المناط فى الضمان احد الامرين اما صدور العمل بامر من الضامن او رجوع نفع وعوده اليه حتى يكون كالمستوفى وان لم يكن بامر منه وهو قريب وان كان مخالفا لظاهر المشهور قوله ثم انه لافرق فيما ذكرنا من الضمان الخ اقول الصور المتصوره فى المقام اربع علم الدافع والقابض بالفساد وجهلهما به وعلم الدافع مع جهل القابض والعكس وجه الضمان ماذكرناه من قيام الدليل على وجه الاطلاق وهو السيرة العقلائية القائمة على ضمان اليد مع الاقدام قوله وتوهم ان الدافع فى هذه الصورة اى فى صورة علم الدافع بالفساد اقول وجه الاشكال والتوهم ان الدافع ماله العالم بفساد العقد لامحالة يكون دفعه تسليطا مجانيا وامانة مالكية عند القابض وحينئذ فاذا تلف عنده لم يحكم بضمانه لماعرفت من الروايات (٢) الدالة على عدم ضمان الامين فى صورة عدم التفريط قوله مدفوع خبر قوله وتوهم قوله قده باطلاق النص اقول مراده منه حديث على اليد وتسليط الدافع العالم لايجعلها اى العين والمال .

قوله قده هذا كله فى اصل الكلية المذكوره اقول يعنى فى بيان المراد من اصل الكلية المذكورة اعنى كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده قوله فمعناه ان كل عقد لايفيد صحيحه ضمان مورده اقول وذلك لعدم كونه متضمنا لمعاوضة ففاسدة ايضا لايقتضى ضمان المقبوض قوله وغير ذلك من العقود اللازمة والجائزه يعنى من العقود التى لاتتضمن معاوضة قوله كما صرح به اى بعدم الضمان فى القواعد والتحرير اقول حكى عن تذكرة العلامة قده وقواعده وتحريره ان صحيح الاجارة غير مقتض لضمان العين المستأجره ومقتضاه ان فاسدها ايضا لايفيد الضمان قوله وحكى فيها اى فى الرياض عن بعض نسبته الى المفهوم الخ اقول وفى الرياض العين مضمونة فى يد المستأجر مطلقا كما نسب الى المفهوم من كلمات الاصحاب قوله وما ابعد مابينه اى المحكى عن المحقق الاردبيلى وهو الضمان قوله باستيفاء المنفعة اقول

(٢) راجع الوافى ج ١٠ ص ١١٨ و ١٢٥ .

ذكر الاستاد قده في هداية الطالب ان الجار متعلق بالتلف المستفاد من الضمان فراجع قوله اما الخروجها اقول لعل ذلك يستظهر من الرياض حيث لم يتعرض للقاعده بل استدل على الضمان بالخبر فراجع قوله ومورد العقد في الاجارة المنفعة اقول لانسلم هذا بل العين هي مورد الاجارة يقال اجرت الدار ولا يقال اجرت المنفعة نعم لو اريد من العبارة ان المنفعة موضوع للمعاوضة فلا باس لان اجارة الدار راجعة الى ايقاع المعاوضة بين منفعتها و بين الاجرة قوله لم يكن فيه اى في صحيح الاجاره ضمان اقول كما اذا فرضنا ان المكاري مثلا قد فوض حمل المتاع الى المستأجر فان الدابة حينئذ تكون امانة عند المستاجر فلا يضمن فانه امين فيلحقها حكمها قوله واما لان قاعدة ما لا يضمن الخ عطف على قوله اما لخروجها الخ قوله و الاقوى عدم الضمان .

اقول وجهه عدم تمامية شيء من الوجهين الذين قد استدلوا بهما على الضمان اما الوجه الاول وهو القول بان مورد العقد في الاجارة المنفعة فقد عرفت الاشكال فيه وان العين هي مورد الاجارة واما الثاني وهو معارضة قاعدة ما لا يضمن بقاعدة اليد وتخصيص الاولى بالثانية فالجواب عنه ان قاعدة ما لا يضمن وارده في مورد قاعدة اليد فلا وجه لتوهم المعارضة بذا ولو سلمنا المعارضة فنقول هي ثابتة في جميع موارد القاعدة فالاشكال غير مختص بالمقام والرافع مشترك وقد صرح بهذا بعض الاعاظم نقلا عن استاده قوله فالقاعدة المذكوره اقول يعني قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده قوله غير مخصصة بقاعدة اليد حتى يثبت الضمان فهذا اشارة الى رد الوجه الثاني ولا متخصصة بمعنى انها غير متخصصه بخروج العين عن مورد العقد خروجا موضوعيا فيكون هذا اشارة الى رد الوجه الاول قوله فانهم حكموا بضمان المحرم اقول توضيح النقض انه ذهب غير واحد من الاصحاب الى ضمان الشخص المحرم بقيمة الصيد الذي استعاره من المحل ووجهه فساد العارية مع ان العارية الصحيحه لا ضمان فيها فيكون هذا نقضا لاطراد القاعده قوله ولذا ناقش الشهيد الثاني اقول يعني لاجل ذهاب المشهور الى الضمان من غير ابتناء لهم ذلك على فساد العارية استشكل الشهيد في الضمان حتى على تقدير صحة العارية قال ره في المسالك في شرح عبارة الشرايع مقتضى عبارة المصنف ره وجماعة انه يضمنه مع التلف للمالك ايضاً بالقيمة لانهم جعلوه من العواري المضمونة وان لم

يشترط فيها الضمان ودليله غير واضح اذ مجرد تحريم استعارته لايدل على الضمان سواء قلنا بفساد العقد ام بصحته اما مع صحته فالاصل فى العارية عندنا ان تكون غير مضمونة الا ان يدل دليل عليه ولم يذكروا هنا دليلا يعتمد عليه واما مع فسادها فلان حكم العقد الفاسد حكم الصحيح فى الضمان وعدمه كما اسلفناه فى مواضع قاعدة كلية انتهى قوله ان وجه ضمانه اى المحرم قوله بعد البناء على انه يجب على المحرم ارساله اقول حاصل كلامه ره انه ان قلنا بوجوب ارسال المحرم الصيد فانما هو لبنائنا على خروج الصيد عن ملك مالكه باستيلاء المحرم عليه وذلك بمنزلة الاتلاف له لان بوقوعه فى يد المستعير خرج الصيد عن المالية فصار نظير العبد المرتد عن فطرة الذى يجب قتله حيث قيل انه لايجوز بيعه لخروجه بثبوت وجوب القتل عليه من المالية فاذن يكون الضمان بالاتلاف كما لو جعل خله خمراً لا بالتلف وعليه فلايكون ذلك نقضا لاطراد القاعدة قوله التى لم يستوفها اقول قيد بهذا لان المنافع المستوفاة غير مضمونة باليد بل هى مضمونة بالاستيفا فلاتكون موردا للنقض قوله يستتبع ضمان المنافع الخ اقول يعنى فتصير المنافع مما يضمن بالصحيح فيضمن بالفاسد قوله لان الثمن انما هو بازاء العين اقول حاصل كلامه قده ان المنافع خارجة عن حريم العقد فالقاعده ليست متعرضة لها بل يرجع فى ضمانها الى دليل آخر من قاعدة الاحترام واليد فلا يتوجه النقض بها قوله بحمل المبيع فاسداً اقول ومما اورد به على القاعدة حمل المبيع فاسداً فانه غير مضمون فى الصحيح مع انه مضمون فى البيع الفاسد اقول لايخفى ان محل البحث تارة فيما اذا اشترط دخول الحمل فى المبيع واخرى فيما اذا كان خارجا ففى الصورة الاولى يضمنه المشترى اذا قبض الحامل الذى قبضه يتحقق قبض الحمل فى الصحيح والفاسد ووجهه ان الثمن جعل بازاء كليهما وفى الثانية فلايضمنه فى امانة مالكية واذن فلاتنتقض القاعده بذلك قوله بناء على انه اى الحمل للبايع اقول وجه التقييد بهذا انه لو كان الحمل للمشترى فهو مضمون فى البيع الصحيح لانه بعض المبيع فيكون مضمونا ببعض الثمن فلاينتقض به القاعده

قوله وعن الدروس توجيه كلام العلامة اقول يعنى توجيه كلامه فى التذكره المقتضى ضمان الحمل فى البيع الفاسد لا كلامه فى القواعد فانه موافق لكلام الشهيد فى عدم الضمان قوله وحينئذ لانقض على القاعده اقول وجه عدم النقض ان فى صحيحه ايضاً الضمان قوله ويمكن

النقض ايضاً بالشركة الفاسدة اقول لايخفى على المتامل البصير والمتفكر الخبير انه لم يعلم المراد من النقض المذكور لانه لافرق بين الشركة الصحيحة والفاسده في الضمان وعدمه فانه لو قلنا بان اثر عقد الشركة واقتضائه بعد مزج المالين هو جواز تصرف كل واحد من الشريكين في جميع المال فلو تلف المال فلاضمان في الصورتين لان كلا منهما قد فوض زمام ماله الى شفيعه و جعله امينا في ذلك و من البين انه لاضمان على الامين من غير فرق في ذلك بين الشركة الصحيحه و الشركة الفاسده و حينئذ فلا وجه لتوهم انتقاض القاعده بذلك قوله ثم ان مبنى هذه القضيته السالبته اقول اعنى بها ما لايضمن بصحيه لا يضن بفاسده قوله على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط تقدم كلامه قده في صدر المسالة فراجع قوله فان قلت ان الفاسد و ان لم يكن له دخل في الضمان اقول ليس هذا ايرادا على الخدشته التي ذكرها المصنف ره بقوله لكن يخدشها الخ بل هو ايراد على ما ذكر الشيخ ره في استدلاله على عدم الضمان قوله و هو اى ما خرج به المقبوص الخ عموم مادل على ان من لم يضمنه المالك الخ اقول يستفاد هذا العموم من النصوص الوارده في الودعي والمستعير وغيرهما كصحيح الحلبي عنه (ع) صاحب الوديعة و البضاعة موتمنان و قال ليس على مستعير عارية ضمان و صاحب العارية و الوديعة موتمن (١) وجه دلالته على العموم ظاهر لان الظاهر من قوله (ع) مؤتمنان الاشارة الى قاعدة عدم ضمان المؤتمن و مقتضى ترك الاستفصال عموم الحكم لصورتي صحة العقد وفساده فتدل النصوص الوارده على ان المالك اذا استا من غيره على ماله فدفعه اليه لم يكن له ضامنا من غير فرق بين ما كان الاستيمان ثابتا شرعاً لصحة القصدام غير ثابت لفساده قوله سواء ملكه اياه بغير عوض و ذلك كالهبة اوسلطه على الانتفاع به و ذلك كالعارية اواستا منه عليه لحفظه وذلك كالوديعة او دفعه اليه لاستيفاء حقه وذلك كالارجارة قوله فهو اى من لم يضمنه المالك غير ضامن اقول جملة قوله فهو غير ضامن خبر لقوله ان من لم يضمنه المالك الخ قوله بل ليس لك ان تتهمه اى من استامنه اقول هذ اصريح رواية مسعدة بن صدقة عن

١ ــ الجلد الثاني من وسائل الشيعه (ص ٦٤٢)

ابيعبدالله «ع» ليس لك ان تتهم من قد ائتمنته ولا تأتمن الخائن وقد جربته «٣»

قوله اما فى غير التمليك بلا عوض الخ اقول حاصل كلامه قده الاستدلال لهذه الكلية فى غير الهبة بعموم ما دل ان من استامنه المالك على ملكه غير ضامن و لكن قد استشكل بعض المتحققين بانه انما يكون دليلا على تلك الكلية بناء على ان يكون المراد من الاستيمان هو التسليط عن رضا بلا جعل عوض لوضوح ان ليس فى ابواب الامانات التى يستدل فيها بعدم الضمان بادلة الاستيمان ازيد من التسليط التاشى عن الرضا من غير التفات الى التامين بمعنى الاستنابة فى الحفظ هذا قوله بطريق اولى اقول لانسلم هذه الاولوية نعم يمكن ان يقال او يدعى انصراف عموم المذكور صورة ما قدم طعامه الى ضيفه كذلك لايشمل صورة تمليكه له مجانا كما لو وهبه المال ودفعه اليه فان الوجه فيه احترام المال لاحترام مالكه قوله وجوب رده اى المقبوض و الظاهر انه اى وجوب الرد مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه اى المقبوض يعنى بين القائلين بعدم جواز التصرف فقوله هذا اشارة الى خروج من منع عن حرمة التصرف فيه كما سينقله من المبسوط والتحرير والسرائر ناسبا له الى الاصحاب قوله كما يلوح من مجمع الفائده

(٢) اقول يعنى يلوح عدم الخلاف فى وجوب الرد منه قال المحقق الاردبيلى ره ثم الذى يظهر من كلامهم عدم الخلاف فى ان المقبوض بالسوم اى المال الذى اخذ للبيع او الشراء مضمون مثل العضب فلو تلف مطلقا فالقابض ضامن الى قوله و مع علمه بالفساد بعدم جواز تصرفه وحفظه ووجوب رده الى مالكه معجلا كالمغصوب و ذلك قد يكون بعجلة يطلب من المالك على تقدير الفساد و عدم رضاه بكونه عنده وفتوى العلماء له بذلك فهو ضامن للاصل انتهى موضع الحاجة (٥)

قوله الا ان يقيد بغيرها اى مونة كثيره اقول حاصل كلامه قده ان وجوب الرد و ان كان تقتضى وجوب تحمل المونة لكونها من لوازمه العادية ولكن مقتضى اطلاق الدليل وجوب تحمل المونة الكثيرة التى ليست من اللوازم العادية للرد

٣ـ المجلد الثانى من وسائل الشيعه كتاب الوديعة «ص ٦٤٢»

(٢) المراد من مجمع الفائده هو شرح ارشاد للمحقق الاردبيلى

(٥) راجع كتاب المتاجر منه الى شرح قوله و المقبوض بالسوم او البيع الفاسد الخ

ايضا الا ان يقيد بغير مؤنة كثيرة بادلة نفى الضرر هذا وانت خبير بانه لو قام دليل على وجوب الرد فلا يفرق بين المؤنة الكثيرة والقليلة بعد تسليم الاطلاق اللهم الا ان يراد بالكثيرة ما يشمل بالاجحاف فلا يبعد التقييد حينئذ قوله ويدل عليه اى على الرد الفورى قوله لقوله عجل الله تعالى راجع الى احتجاج الطبرسى فان التوقيع مروى عنه قوله كفى عموم قوله (ع) فى موثق سماعة عن ابيعبدالله (ع) فى حديث قال رسول (ص) من كانت عنده امانة فليودها الى من ائتمنه عليها فانه لايحل دم امرى مسلم ولامال الابطيب نفسه قوله و لايبعد ارادة صورة الجهل اى جهل القابض بالفساد قوله الاتفاق على الحكم اقول لان المغصوب كما انه مضمون على قابضه بذاته كذلك مضمون بمنافعه المستوفاه قوله ويدل عليه اى على الضمان وعلى كون عوض المنفعة المستوفاه على المشرى قوله بناء على صدق المال على المنفعة اقول قدعرفت صدق المال على المنفعة فلا نعيد و لذا تقع صداقا فى النكاح و ثمنا فى البيع و عوضا فى الخلع قوله خلافا للوسيلة اقول قد خالف فى الضمان ابن حمزه قده و حكم بعدمه محتجا بان الخراج بالضمان (٢) قال فيها فاذا باع احدبيعا فاسدا وانتفع به المبتاع ولم يعلما بفساده ثم عرفا واسترد البايع المبيع لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به او استرداد الولدان حملت الام عنده وولدت لانه لو تلف لكان من ماله و الخراج بالضمان بتقريب انه يدل على ان من ضمن شيئا وتقبله لنفسه فخراجه اى منافعه له مجانا انتهى كلامه ره قوله فالباء للسببية اقول المرادمنها هى لداخلة على الاسباب كقوله تعالى ادخلوا الجنة بما كنتم تعملون (١) قوله و المقابلة اقول المرادمن باء المقابلة هى الداخلة على الاعواض وذلك كقولنا اشتريته بمأة

قوله مثل قوله فى مقام الاشتهاد على كون منفعة المبيع فى زمان الخيار (الخ) اقول اشار «ره» بقوله هذا الى مافى رواية اسحق بن عمار قال حدثنى من سمع ابا عبدالله «ع» وسئله رجل وانا عنده فقال رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى اخيه فقال ابيعك دارى وتكون لك احب الى من ان تكون لغيرك على ان تشترط لى ان انا جئتك بثمنها الى سنة ان تردها على قلت فانها كانت فيها غلة كثيرة فاخذ الغلة لمن

---

(٢) فى سنن البيهقى ج٥ ص٣٢١ عن عائشة قالت قال رسول الله ص) الخراج بالضمان وفى ص٣٢٢ عن عائشة عن رسول الله ص الغلة بالضمان ١ـ سورة النحل آيه «٣٤» ٥» راجع الى ص ٥ من بيع كتاب وسيلة لمحمدبن على بن حمزة الطوسى ره

تكون الغلة فقال الغلة للمشترى الاترى انهما لو احترقت لكانت من ماله قوله ونحوه فى الرهن اقول اشاره بقوله هذا الى رواية اسحق بن عمار قال قلت لابى ابراهيم «ع» الرجل يرهن الغلام والدار فتصيبه الافة على من تكون قال على مولاه ثم قال ارأيت لو قتل قتيلا على من يكون قلت هو فى عنق العبد قال الاترى فلم يذهب مال هذا ثم قال ارأيت لو كان ثمنه مأة دينار فزاد وبلغ مأتى دينار لمن كان قلت يكون لمولاه قال كذلك يكون عليه مايكون له قوله وربما ينتقض ماذكرنا فى معنى الرواية الخ اقول يمكن دفع النقض بان المراد بالضمان على المعنى الذى اختاره المصنف ره فى مضمون الخبر وفاقاً للمشهور وقويناه هو ثبوته فى الذمة دون كون العين فى العهده ومن الواضح ان المنى المذكور لايكون فى العارية المضونة بل يختص بالعقود المعاوضية الصحيحة قوله فتامل اقول الظاهر انه اشارة الى انه لافرق بين تملك المنفعه والانتفاع فان المراد من كون الخراج له انه ينتفع بمنافعه مجانا سواء كان ذلك لملكيته المنفعة اوالانتفاع قوله وربما يرد هذا القول ايقول صاحب الوسيله قوله فى شراء الجارية المسروقة اعنى خبر زراره قلت لا بيعبدالله ع رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى ارضه فولدت منه اولا داثم ان اباها يزعم انها له واقام على ذلك البينة قال (ع) يقبض ولده ويدفع اليه الجارية ويعوضه فى قيمتة ما اصاب من لبنها وخدمتها قوله واضعف من ذلك اى من الرد بما ورد فى شراء الجارية المسروقة الخ رده اى رد قول الوسيلة ووجه كونه اضعف انه ليس فى مورد ها عقد فاسد حيث ان مورد ها الغصب فلا ربط لها حينئذ بالمقبوض بالبيع الفاسد بخلاف رواية شراء الجارية فان فيها عقدا بين غير مالكين قوله كما يظهر من تلك لصحيحة اقول يعنى يظهر منها قول ابى حنيفة بسقوط الكراء

فى حكم المنافع غير المستوفاه

قوله فالمشهور فيها الضمان اقول يدل على الضمان فيها حديث على اليد بناء على ماتقدم فى بيان مدرك قاعدة مايضمن بصحيحه يصمن بفاسده من شمول الحديث للمنافع وان استشكل بعض المحققين بان التمسك بدليل اليد لوصح فانما يصح بالنسبة الى المستوفاه فلا يصدق القبض بل ولا الاستيلاء بالنسبة اليه واما غير المستوفاه فلا يصدق القبض بل و لا الاستيلاء بالنسبة اليه ويمكن الاستدلال عليه بقاعدة الاتلاف بتقريب ان حبس العين ومنع

مالكها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا قوله و قد عرفت عباره السرائر المتقدمة اقول و هى قوله ره ان البيع الفاسد - يجرى عند المحصلين مجرى الغصب فى الضمان و من البين ان منافع المغضوب مضمونة و لولم تكن مستوفاه قوله و لااشكال فى عدم شمول الموصول للمنافع اقول يعنى لايشمل ماء الموصولة الواقعة فى الحديث بلحاظ صلته و هو الاخذ للمنافع لانها غير قابلة للاخذ وحصولها اى المنافع فى اليد بقبض العين لايوجب صدق الاخذ اقول لايخفى ان المنافع يرادمنها الحكمية تارة كسكنى الدار ونحوه والعينية اخرى سواء كانت متصلة كالصوف او منفصلة كاللبن فمورد البحث هو القسم الاول و اما القسم الثانى فلااشكال فى شمول الموصول له وصدق الاخذ عليه اذلا يراد منه القبض باليد و بعبارة اخرى لايراد منه الاخذ الحسى بل يعم اثبات اليد على ملك الغير والاستيلاء عليه وذاك حاصل قوله ودعوى انه اى الاخذ قوله بقبض الاعيان مشكله اقول وجه الاشكال ان الاستيلاء على شى موقوف على كونه موجود اخارجيا حقيقيا و لايصح بالنسبة الى المنافع لانها اموراعتبارية ولاوجود لهاحال الاستيلاء على العين هنداولكن السيد قده فى الحاشية نفى الاشكال بقوله لااشكال فيه اصلا اذ من المعلوم ان الاخذليس بمعنى القبض باليدو الالزم عدم الحكم بالضمان فى كثيرمن الموارد فراجع قوله وانما يتحقق ذلك اى الاتلاف فى الاستيفاء اقول الحصر غير مسلم والاتلاف اعم فمكين تحققه بدون الاستيفاء قوله مضافا الى انه قديدعى شمول الخ اقول الشمول والاندراج ممنوع بان المنافع ليست داخلة فى مورر عقد البيع لكى يقال ان صحيح البيع لايقتضى ضمانها فلا يقتضيه فاسده فالبيع بالنسبة الى المنافع لااقتضاء فيه فح الاستدلال بالقاعده فى غيرمورده قوله لانها اى القاعده بالنسبة الى التلف لاالاتلاف مراده قده ان القاعده لاتشمل لضمان الاتلاف لان مفادها ثبوت الضمان بمجرد العقد والقبض بخلاف ضمان الاتلاف فانه لا يحصل الا بنفس الاتلاف قوله الساكتته من ضمان غيرها اى غير المنافع المستوه فى مقام البيان اقول كونها فى مقام البيان غير معلوم بل معلون العدم والتعرض لحكم الولد لامر اخر وهو دفع توهم كون الولد رقا لمالك الجارية والشاهد على هذا انه لم يتعرض لحكم المنافع المستوفاء المضمونة بلااشكال قوله يوجب عدم الضمان هنا بطريق اولى اقول وجه الاولوية ان محل البحث فى ضمان المنافع للعين المبيعة مفروض فيما اذا كان البايع هو مالك العين و مورد الخبرين مفروض

فيما اذا كانت العين لغير البايع فلو فرضنا عدم الضمان فى مورد لم يكن الدافع للعين هو المالك فعدمه فيما كان الدافع هو المالك اولى والانصاف ان للتوقف الخ لم يذكر فى كلامه قده وجه رفع اليد عن الاصل او التوقف ليكون التوقف فى المسئلة مقتضى الانصاف قوله خمسة الاول الخ اقول الاقوال فى المسئلة ثلاثة و عدا التوقف فى الحكم مع العلم بالفساد او مطلقا لا يخفى ما فيه التوقف فى هذه الصورة اعنى صوره علم البايع بالفساد التوقف مطلقا اى سواء كان البايع عالما بالفساد اوجاهلا به والتنقيح(١) قوله وعلى هذا اقول اشار بهذا الى الاجماع والاتفاق المنقول فى التذكرة و السرائر قوله الا انا لم نجد بذلك عاملا فى المغصوب اقول ملخص كلامه ان مدلول الرواية اختصاص الضمان بالمنفقه المستوفاة من البغل المتجاوز به الى غير محل الرخصة فلا يتعدى عن موردها الى غيره وهو المقبوض بالعقد الفاسد .

فى تعريف المثلى والقيمى

اقول يقع الكلام فى هذا المقام فى امور الاول فى تعريف المثلى والقيمى والمراد منهما الثانى الشك فى وجوب الرد بمعنى انه لو شككنا فى مورد فى انه يجب رد المثل او القيمة فمقتضى الاصول العملية ردايهما الثالث فيما تقتضيه الادلة الاجتهادية وقد اختلفت كلمات الفقهاء رض فى هذا المقام يأتى بند منها قوله ما يتساوى اجزائه اقول قد اختلفت كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم فيما هو الفارق بين المثلى والقيمى فعن الدروس والروضة ان المثلى ما تتساوى اجزائه وعن التحرير ما تماثلت اجزائه وتقاربت صفاته وعن غاية المراد ايضاً انه ما تتساوى اجزائه زيادة فى الحقيقة النوعية وعن الشيخ وابن زهرة والمحقق والعلامة وابن ادريس ما تتساوى اجزائه من حيث القيمة بل هذا هو المحكى عن المشهور وعرفوا القيمى بعكس ما عرفوا به المثلى قوله ومن هنا اى مما عرفت فى توضيح التساوى الذى قد اخذ فى تعريف المثلى رجح الخ قوله قلت وهذا اى قول الشهيد الثانى ره (اذ لو انفصلت قوله بالنسبة الى نوعه اقول احترز به عن جنسه الاعم من الصحيح والمكسور قوله ومن هنا يظهر اقول يعنى من قوله الا ان يقال ان الدرهم مثلى الخ قوله فلا يرد ما قيل اقول القائل هو المحقق الاردبيلى فى كتابه مجمع البرهان قوله بهذا الاعتبار اى باعتبار مثلية الانواع او الاصناف قوله

(١) التنقح الرايع فى شرح مختصر الشرايع لمقداد بن عبدالله بن محمد بن الحسين بن محمد السيورى الحلى الاسدى ره .

بعيد جدا اقول للزوم المسامحة فى التعريف لانه يحتاج الى الاضمار اى ما يتساوى اجزاء انواعه او اصنافه ومن المعلوم ان البناء فيه ليس على المسامحة بل البناء على العدم مادام الامكان قوله الا ان يهملوا خصوصيات الاصناف اقول بان يراد من المثلى مطلق الحنطة والشعير وهذا وان كان يقتضى حصول البراءة باداء التالف من اى صنف الا انه يجب مراعاة الخصوصية المتمولة عند ارادة تفريغ الذمة قوله وهذا اى الالتزام باهمال الخصوصيات ابعد وجهه ان تفريغ الذمة فى ضمان المثلى عند الفقهاء «رض» لا يحصل الا بدفع المثل ومن البين ان الاهمال ينافى هذا قوله مضافا الى انه يشكل اطراد التعريف بناء على هذا اقول الانسب اضافة كلمة ايضا عليه وحاصل كلامه ره أن مجرد ارادة الصنف غير كاف فى رفع الاشكال وقلعه لان افراد الصنف الواحد ايضا لا تتساوى فى المالية والرغبات غالبا هذا ولكن يمكن دفعه بان دعوى اختلاف افراد الصنف الواحد فى المالية مجازفة قوله ولذا يعنى لاجل التقارب وتحققه الذى يوجب التساوى العرفى فى القيميات اختار العلامة ره الخ اختار العلامة فى باب القرض قال ره فى التذكرة مال القرض ان كان مثليا وجب رد مثله اجماعا الى قوله وان لم يكن مثليا فان كان مما ينضبط بالوصف وهو ما يصح السلف فيه كالحيوان والثياب فالاقرب انه

من يحصل الا بدفع المثل ومن البين ان الاهمال ينافى هذا قوله مضافا الى انه يشكل اطراد التعريف بناء على هذا اقول الانسب اضافة كلمة ايضا عليه وحاصل كلامه ره أن مجرد ارادة الصنف غير كاف فى رفع الاشكال وقلعه لان افراد الصنف الواحد ايضا لا تتساوى فى المالية والرغبات غالبا هذا ولكن يمكن دفعه بان دعوى اختلاف افراد الصنف الواحد فى المالية مجازفة قوله ولذا يعنى لاجل التقارب وتحققه الذى يوجب التساوى العرفى فى القيميات اختار العلامة ره الخ اختار العلامة فى باب القرض قال ره فى التذكرة مال القرض ان كان مثليا وجب رد مثله اجماعا الى قوله وان لم يكن مثليا فان كان مما ينضبط بالوصف وهو ما يصح السلف فيه كالحيوان والثياب فالاقرب

لان الغالب فيها التساوى وذلك لان مجرد الغرر لا يضر ولا يصلح به طردا التعريف لان الافراد النادر كافية فى نقض التعريف نعم ينفع هذا فى حكمة الحكم بضمان المثل فى المثلى والقيمة فى القيمى قوله نعم يوجب ذلك اقول اشار بذلك الى عزة الوجود وقلته قوله اعم من التعريف المتقدم اقول كتعريف غاية المراد بانه ما تساوى اجزائه

فى الحقيقة النوعية فانه اعم من التعريف المتقدم وهو تعريف المشهور بان المثلى ما يتساوى اجزائه من حيث القيمة . او اخص اقول كتعريف الدروس و الروضة انه المتساوى الاجزاء و المنفعة المتقارب الصفات فانه اخص من تعريف المشهور لاعتبار التساوى فى المنفعة والتقارب فى الصفات هنا بعد اعتبار المساواه فى القيمة المعتبره فى تعريف المشهور و من البين انه اذا كانت صبرة بكر بحيث يحصل من مقدار منها الخبز اكثر مما يحصل من ذلك المقدار من صبرة زيد ولكن كان خبز صبرة زيد الذمن خبز صبرة بكر فتساوى من هذه الجهة فى القيمة صدق تعريف المشهور عليهما دون تعريف الدروس والروضه لعدم اعتبار التساوى فى المنفعة هناك على خلاف هذا التعريف قوله فلا بد من ملاحظة ان الاصل الذى يرجع اليه الخ اقول بمعنى انه لو شك فى كون الشيى مثليا او قيميا فهل الاصل اللفظى يقتضى فيه الضمان بالمثل او القيمة او تخيير الضامن او تخيير المالك او الرجوع الى القرعة او الصلح القهرى فيه وجوه واقوال ١ ـ القول بضمان المثل والوجه فيه ان مقتضى عموم على اليد هو تعين دفع المثل حتى فى القيميات لكونه اقرب الى التالف من غيره خرجت عنه القيميات بالاجماع ومن البين ان الاجماع انما يكون حجة فيما ثبت قيمته فيرجع عند الشك الى عموم العام ٢ ـ القول بضمان القيمة والوجه فيه احتمال كون المراد من النبوى على اليد الخ كون خسارة الماخوذ على ذى اليد بقيمته خرج منه المثلى بالاجماع فالمرجع فى صورة الشك هو عموم العام وبعبارة اخرى مقتضى النبوى هو لزوم دفع القيمة مطلقا خرج منه المثلى الخ او احتمال كون المراد من المماثلة فى آية الاعتداء المماثلة فى مقدار الاعتداء فى المالية مع الدلالة على الضمان هذا ولا يخفى عليك فى هذا الاستدلال بعد ما قرر فى محله انه عند الشك فى كون شيى مثليا بالشبهة الموضوعية لا يرجع الى عموم العام ٣ ـ القول بتخيير الضامن والوجه فيه ان الاصل برائة ذمته عن الزائد عما يختاره من المثل والقيمة واورد عليه بايرادات منها ان الاجماع قائم على عدم تخييره بين المثل او القيمة فانه اما يتعين المثل او القيمة وهذا كما ترى ٤ ـ القول بتخيير المالك بين مطالبة المثل ومطالبة القيمة والوجه فيه ان ذمة الضامن مشغولة اما بالمثل او بالقيمة واصالة البرائة لم تجر بالنسبة اليه وتعين عليه دفعهما فاذا اختار المالك احدهما يكون ذلك مسقطا لما فى ذمة الضامن لان ما يختاره اما هو البدل الواقعى او انه بدل البدل من جهة رضا المالك بغير الجنس فى

مقام الوفاء وعلى كلا التقديرين فقد حصل المسقط قطعا ٥ ـ القول بالرجوع الى القرعة والوجه فيه عموم ادلة القرعة بناء على جريانها فى كل امر مشكل ولو كان فى الشبهات الحكمية ولكن دونه خرط القتاد لظهور التسالم على عدم جريانها فيها ٦ ـ القول بالصلح القهرى والوجه فيه ان الامر دائر بين المتباينين وكما يجب على الضامن دفعهما قضاء للعلم الاجمالى كذلك لا يجوز على المالك اخذهما للعلم الاجمالى بحرمة اخذ احدهما وعليه فلا مناص عن الرجوع الى الحاكم فيلزمهما بالصلح قوله فان فرض اجماع على خلافه اى خلاف تخيير الضامن قوله من اول الامر اقول يعنى من غير النظر الى الاجماع على عدم تخيير الضامن بل مع قطع النظر عنه لاصالة الاشتغال قوله ولا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح اقول لا يخفى ان المفروض صورة الجهل بالواقع وعدم امكان حصول اليقين بالبراءة فالامر عندئذ ينتهى الى التشاح بان لا يرضى الضامن الا بقبض ما هو عليه واقعا وكذلك المالك لا يأذن الا بقبض ما هو عليه واقعا قوله فتامل اشارة الى انه لا دليل فى المقام على التخيير بالخصوص بعد امكان الجمع والبناء على التخيير عند تعارض الخبرين مع فقد المرجح اما للادلة الخاصة الدالة عليه بناء على اصالة التساقط فى المتعارضين او لكونه مقتضى قاعدة التزاحم وعلى اى التقدير ليس المقام منه قوله ولكن يمكن ان يقال اقول حاصل كلامه ره ان الرجوع الى الاصل لا يصح مع وجود دليل اجتهادى بل انما يصح اذا لم يكن هناك دليل اجتهادى دال على ثبوت المثلية اذ معه لا مجال للرجوع اليه ان القاعدة المستفاده من اطلاقات اقول كقوله من اتلف مال غيره فهو له ضامن وعلى اليد ما اخذت ونحوهما قوله من هذه الموارد اى الموارد التى قد حكم الشارع فيها بالضمان من الامانة المفرط فيها والغصب وغيرهما قوله الا ما شذ وندر اقول وذلك كخبر اسحق المتقدم فى بيع الجارية المسروقة وصحيح ابى ولاد ونحوهما فراجع قوله لا المعتدى به وهو مدخول الباء فى قولنا اعتدى عليه بقطع يده مثلا قوله وفيه نظر اقول وجه النظر انه خلاف المتبادر من اطلاق المماثلة والمتبادر منه اعتبار المماثلة فى الاعتداء والمعتدى به قوله نعم الانصاف عدم وفاء الاية اقول حاصله ان مقتضى ظاهر القاعدة الحاكمة بالتضمين بالاقرب والاية التضمين بالمثل مطلقا حتى فى القيمى لانه اقرب الى التالف من القيمة قوله فمقتضى الدليلين قد عرفت ان المراد منهما الاية والعرف قوله كما فى المثالين المتقدمين وهما مثال الثوب والعبد قوله وقد ينعكس الحكم اقول يعنى

يحكم بضمان القيمة في المثلي بمقتضى الدليلين وبضمان المثل عند المشهور قوله كما في المثل الثالث وهو نقصان قيمة المثل عن قيمة التالف نقصانا فاحشا قوله كما في اكثر الامثلة اقول مراده من اكثر الامثلة اكثر الامثلة الواقعية للضمان قوله من ان العام المخصص الخ اقول مراده من العام الاية فان عمومها يقتضي الضمان بالمثل حتى في القيمي والمراد من المجمل هنا القيمي لتردد مفهومه بين الاقل وهو مورد الاجماع المحقق وبين الاكثر وهو مطلق ما قيل بكونه قيميا وان كان مورد الاختلاف فيقتصر في التخصيص على المتيقن من القيمي ويرجع في مورد الشك الى عموم الاية قوله بناء على تحقق الاجماع على اهمال الخ اقول لا يختص هذا بالاجماع وتحققه بل علمت انه مقتضى الدليلين ايضا فراجع قوله مضافا الى الخبر الوارد اقول المراد منه هو الصحيح سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم او تغيرت ولا يباع بها شيء الصاحب الدراهم الدراهم الاولى او الجائزة التي تجوز بين الناس فقال (ع) لصاحب الدراهم الدراهم الاولى قوله فتامل اشاره الى ان الفرق بعدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف واختلافهما فيما شك في كونه قيميا او مثليا لا وجه له .

حكم عدم وجدان المثل الا باكثر

من قيمة المثل قوله ففي وجوب الشراء تردد اقول قال ره في كتابه التذكره في بيان منشاء التردد والاشكال من ان الماخوذ باكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة والهدي ومن ان المثل كالعين ورد العين واجب وان لزم في مؤنته اضعاف قيمته وللشافعية وجهان اظهرهما الاخير انتهى قوله ووجهه اي وجه وجوب الشراء عموم النص والفتوى اقول مراده من عموم النص عموم آية الاعتداء بالمثل فان عمومها شامل لجواز الاعتداء به حتى لو زاد قيمته السوقية هذا ولكن الانسب بدل العموم التعبير بالاطلاق لانك تعلم بانه لا لفظ في الاية يدل بعمومه على ذلك قوله ويؤيده فحوى حكمهم اقول وجه الاولوية ان التحفظ من ضرر المضمون له المالك اولى من التحفظ من ضرر الضامن لانه من جهة انه اقدم على ضرره قابل لان لا يعمل فيه بقاعده نفي الضرر بخلاف المضمون له فانه لم يقدم على ضرره قوله بل ربما احتمل بعضهم اقول هذا الاحتمال ذكره صاحب القواعد فيه ولم يرجح له ولا لخلافه ذلك يعني عدم الانتقال الى القيمة قوله لعين ما ذكر الخ يعني عموم النص والفتوى السالم عن معارضة قاعدة نفي الضرر

لانها مخصصة بادلة الضمان فلا يعمل بها فى المقام قوله لعموم الناس مسلطون الخ فان عمومه غير مقيد بزمان ولا بمكان فيقتضى جواز المطالبة فى كل مكان وفى كل زمان والضامن ليس له حبسه عنه قوله لان منع المالك ظلم بمعنى ان منع المالك عن القيمة فى صور تعذر المثل ظلم كما ان منعه عن المثل والقيمة كليهما فى صورة تلف العين كذلك لان تعذر الشئى انما يمنع عن مطالبته نفسه المفروض كونه متعذرا واما منعه عن القائم مقامه وما هو اقرب اليه وعن بدله فلم نجد له وجها قوله فليتامل اقول وجه التامل ان هذا التابيد موقوف على مساواة القرض لما نحن فيه فى الحكم قوله لا يخلو عن تحكم اقول ذكر بعض الاكابر فى وجه الفرق بين التعذر الابتدائى والطارى انه فى القيميات لا يرجى امكان المثل الذى به يكون الشيئى مثليا فلا معنى لاعتبار وجود المثل فى الذمة فيه اذ لا يترتب على اعتباره اثر بخلاف المثلى المتعذر مثله فانه يرجى وجود المثل له فلا مانع من اعتبار بقاء المثل فى الذمة فيه قوله فان قلنا بالاول اعنى ان المثل المستقر فى الذمة قيمى قوله وهذا مبنى على القول بالاعتبار فى القيمى بوقت الغصب اقول لان الضمان من حين الغصب قوله من يوم تلف العين الخ لانه حين ضمان المثل قوله احتمل الاعتبار بيوم الغصب قد عرفت ان الوجه فيه انه يوم الضمان قوله فافهم اقول اشارة الى الاشكال فى القول بصيرورة الجامع قيميا كيف والجامع بينهما ليس موضوعا للاثار فكيف يكون موضوعا للقيمة قوله توجه ما اختاره الحلى وهو القول باعتبار وقت تعذر المثل ويوم الاعواز قوله ولذا اى ولاجل عدم مدخلية التمكن من المثل فى تعلقه بالذمة لم يذكر احد هذا التفصيل يعنى التفصيل بين وجود المثل وعدمه فى اقراض المثلى وبعبارة اخرى انه لم يذهب احد بانه مع التمكن من المثل فى المثلى يثبت فى ذمة المقترض مثله ومع عدم التمكن منه يثبت قيمة العين المقترضة بل قالوا وذهبوا الى ان العين المقترضة ان كانت مثلية يثبت مثلها فى ذمة المقرض وان كانت قيميته تثبت قيمتها قوله فلا تعم يعنى ادلة وجوب المثل صورة العجز وعدم التمكن من المثل هذا ولكن يمكن ان يقال ان ظهورها فى صورة التمكن غير كاف فى البناء على ثبوت القيمة بل لا بد من دلالتها على اشتراط التمكن فى ثبوت المثل على وجه ينتفى بانتفائه والا دار الامر بين المثل والقيمة ولا دليل على تعين الاخير قوله فلا دليل على سقوط المثل فحينئذ نرجع الى الاستصحاب فى بقاء المثل فنحكم به قوله

وقد يقال على المحقق المذكور.

مراده قده انه قيل عليه ان مقتضى اشتغال الذمة بالقيمة عدم جواز اخذ المثل وان وجد بعد التعذر قوله لم يكن له المطالبته اى لم يكن له المطالبته بالمثل ووجهه انه غير مايملكه فى ذمة الضامن وهو القيمه وهذا بين لاريب فيه قوله و فيه تامل اقول وجه التامل ان بدليته القيمه الثابتة فى ذمة الضامن ليست مطلقة بل هى مقيده بتعذر المثل فمع امكان دفعه ترتفع هذه البديته ويكون المثل هو البدل قوله وليس هنا تحديد التكليف اقول قد احتمل بعض الاكابر انه يمكن ان يكون مافى التذكره تحديد اوعلله بجواز مطالبته المالك للضامن بالقيمه قوله كان المتيقن الرجوع الى الاخص اقول بمعنى ان المتيقن فى رفع اليد عن عموم دليل السلطنة المقتضى لوجوب احضار المثل الرجوع الى الاخص لكونه مجمعاً عليه هذا ولكن يشكل بان الاعم ايضاً مذكور فى بعض معاقد الاجماع بل الظاهر منه اى من عدم القدره عرفا ماعن التذكره وهو عدم وجدان المثل فى البلاد وماحوله قوله وهذا اى التخيير بين الصبر والفسخ المترتب على التعذر فى باب السلم يستانس به للحكم فيما نحن فيه وان كان المترتب على التعذر فى المقام التخيير بين الصبر وجواز مطالبته القيمه وفى باب السلم التخيير كما عرفت انفا فتحصل مما ذكرنا ان حكم التخيير فى باب السلم قد علق على عدم القدره المنزلة على الموضوع العرفى فناسب ان يكون كذلك فى المقام قوله من حيث ان العبرة اى العبره فى تقويم المثل قوله الظاهر هو الاول وهو ان العبره بفرض وجود المثل من دون اعتبار خصوص وجود العزيز ولا الاعز بل، هو اعم من ذلك ووجه الثانى وهو اختيار الوجود المتوسط ان المعيار هو الوجود المتعارف كما هو الحال فى سائر الشرعيات لكن مع فرض وجوده اى وجود المثل وكذا الضمائر الاخر فيما بعد راجعة الى المثل مخالفا لها اى القيمه قوله وفصل الشيخ فى المبسوط اقول محصل تفصيله قده ان للمالك مطالبته القيه فى كل مكان له مطالبته المثل عند وجوده فان كان المثل مما لامؤنه فى نقله كان له المطالبته بالقيمه مطلقا فكما ان المثل لو كان موجودا كان له المطالبته به فى بلد التلف وغيره لعدم ضرر على الضامن كذلك له المطالبته بقيمته وان كان فى نقله مؤنة وكانت القيمتان

متساويتين فله المطالبته بالقيمته ايضاً مطلقاً وان كان فى نقله مؤنة وكانت القيمتان مختلفتين فليس له الا مطالبته قيمة بلد التالف ان لم يكن فى نقله اى نقل المثل قوله الاقوى بل المتعين هو الاول وهو كون خروج المثل عن القيمه معدود من تعذره ووجه كونه اقوى ان المماثلة المعتبره فى ضمان المثل يراد بها المماثلة فى الحقيقة والماليته ومن الواضح ان المراد من المماثلة فى الماليته دخولهما تحت عنوان المال بحيث يكون كل منهما مالا فاذا خرج عن الماليته فقد خرج عن كونه مثلا هذا بل حكى عن بعض نسبته اى نسبته القول الاول والحاكى صاحب الجواهر حكاه عن جامع المقاصد ثم قال ره لم نعثر على من تعرض له بالخصوص غير من عرفت انتهى قوله ويحتمل اخر مكان الخ اقول هذا الاحتمال فيما اذا كان السقوط عن المالية تدريجيا كما لو تنزلت القيمه يوما فيوما حتى سقطت بالمره فحينئذ كان المتيقن اخر زمان التنزل ووجهه انه وقت الانتقال الى القيمة قوله السابع لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة اقول وجه وجوب دفع القيمة عند التلف هو ان المرتكز فى الاذهان لزوم رد القيمه فى القيمى التالف كلزوم رد المثل فى المثلى التالف وقد مر ان القيمى عبارة عن مايكون مدار ماليته على الجهات الشخصية فاذا كان اداء القيمة فى القيميات ارتكازياً فلو لم يقم دليل على خلافه فلا بد من الالتزام به والادلة العامة تحمل عليه والاخبار الخاصة الدالة على وجوب رد القيمة فى العبد ونحوه شاهدة على المدعى و يدل عليه اى على كون التالف القيمى مضمونا بالقيمة قوله بل قد عرفت ان مقتضى اطلاق ادلة الضمان الخ اقول المراد من الاطلاق الاطلاق المقامى لادلة الضمانات الوارده فى مقام البيان ومع ذلك لم يتعرض فيها لكيفيه الضمان فيستكشف من ذلك ان المتكلم قد اتكل فى بيانها على الكيفيه العرفية قوله فالمرجع مبتداء خبره قوله هو الاجماع قوله وعلى تقديره يعنى على تقدير كون المرجع فى صوره تيسر المثل هو الاجماع لانسلم شمول الاجماع لصورة التيسر من جميع الجهات وان شئت قلت ان مراده ره انه على تقدير قيام الاجماع على وجوب القيمة مع تيسر المثل ففى شموله لصورة تيسره من جميع الجهات تامل فحينئذ لاحزازة فى كلامه لكن دونه خرط القتاد لاستواء الادلة بالنسبته الى صورة التعذر والتيسر وكون التفصيل خرقا للاجماع قوله فقد حكى الخلاف فى ذلك اى فى وجوب رد القيمه فى القيمى عن الاسكافى

اقول المحكى عن الاسكافى هو انه (ان تلف المغصوب دفع قيمته او مثله ان رضى به صاحبه) وانت خبير بان هذه العبارة لا تظهر منها الخلاف المزبور قوله وفى الشرايع فى باب القرض (١) قال فى الشرايع فى قرض القيمى انه يثبت فى الذمة قيمته وقت التسليم ولو قيل يثبت مثله ايضا كان حسنا انتهى قوله فان ارادوا ذلك يعنى فان اراد الاسكافى والشيخ والمحقق ره وجوب رد المثل فى التالف القيمى الخ قوله فيرده اى هذا القول اطلاق الروايات الكثيره لم اجد هذه الاطلاقات فى باب القرض الذى هو مورد خلاف الجماعة فالتعدى منها الى القرض غير ظاهر ولم يثبت اجماع على عدم الفصل قوله ومنها رواية تقويم العبد اقول ومن جملة الروايات التى تضمنت المضمون المذكور صحيح الحلبى عن ابى عبدالله (ع) سالته عن مملوك بين الشركا فيعتق احدهما نصيبه فقال (ع) ان ذلك فساد على اصحابه فلا يستطيعون بيعه ولا مواجرته فقال (ع) يقوم قيمته فيجعل على الذى اعتقه عقوبة وانما جعل ذلك عليه عقوبة لما افسد قوله ومنها غير ذلك كرواية السفره المطروحة فى الطريق وما ورد فى اللقطة فراجع على خلافه اى خلاف القول بوجوب المثل فى صورة تيسره قوله ولو من جهة ان ظاهر كلمات هولاء يعنى ان ظاهر كلام الاسكافى والشيخ والمحقق قده عدم الفرق بين تيسر المثل وتعذره بل ظاهر غيرهم ممن افتى بثبوت القيمة ايضا ذلك فالفرق بين صورة التيسر والتعذر خلاف الاجماع قوله ثم انهم اختلفوا فى تعيين القيمة فى المقبوض بالبيع الفاسد اقول الاقوال فى المقام ستته (احدها) كون المدار على القبض نسب الى الاكثر (الثانى) يوم التلف نسب الى الشيخين واتباعهما بل الى الاكثر ايضا كما عن الدروس والروضة (الثالث) يوم الدفع «الرابع» اعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف (الخامس) اعلى القيم من يوم القبض الى يوم الدفع (السادس) ان العبرة فى ذلك باعلى القيم من يوم التلف الى زمان الاداء قوله والوجه فيه اى فى تعين قيمة يوم التلف قوله انما هو يوم التلف بمعنى ان الضمان قبل التلف امر معلق لا تنجز له وانما التنجز بالتلف اذا الواجب قبله اى قبل التلف قوله وربما يورد عليه اى على هذا القول اعنى القول بتعين قيمة يوم التلف قوله اذ يلزم حينئذ اى حين لو قلنا ان معنى التدارك اقامه البدل مقام الشى يوم وجوبه اعنى يوم التلف وقلنا فى

(١) باب القرض ص ١٠٢ من كتاب التجاره

باب الغصب بخلاف ذلك وان المدار فيه على يوم الغصب يلزم ان لا يكون المغصوب فى هذه الصوره واجب التدارك فيلزم ان يكون الغاصب اخف حكما من غيره وهو بديهى البطلان لانه اما مساو لغيره او اشق قوله مواخذه له باشق الاحوال بمعنى انه يختص بالغاصب فلا يتعدى منه الى غيره فى حكمه فالمهم حينئذ اى حين لو قلنا ان مقتضى الاصل فى باب الضمانات يتفاوت بتفاوت مفاد الصحيحه التى ستعرف المراد منها اما لما ادعاه الحلى من الاتفاق على كون البيع الفاسد بمنزلة المغصوب الا فى ارتفاع الاثم قوله وحيث ان الصحيحة مشتملة على احكام كثيرة فاعلم انه قد استدل فى ما نحن فيه بصحيحة ابى ولاد الذى رواه الشيخ باسناده عن احمد بن محمد ابن محبوب عن ابى ولاد الحناط (٢) وحيث انها مشتملة على احكام كثيرة فينبغى التعرض بالكلمات والجملات والفقرات الواقعة فيها وقبل الشروع والتكلم حولها فلد يدمن ذكر مقدمة وهى ان الصحيحة تختص بالمغصوب واستدل للتعدى منه الى المقبوض بالبيع الفاسد على فرض الدلالة بما مر من دعوى الحلى الاتفاق على كون البيع فاسدا بمنزلة المغصوب الا فى ارتفاع الاثم وفيه ان الثبوت محل منع وبما افاده المصنف ره وملخصه انه لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب اعلى القيم امكن تخصيصها بالغاصب وعدم التعدى عنه واما لو كان ظاهرها ان الاعتبار بيوم الغصب وجب التعدى عنه الخ قوله الى قصر بنى هبيره (١) قوله ان صاحبى يعنى به الغريم قوله فتوجهت الى نحو النيل (٢) قوله فتراضينا بابى حنيفه يعنى بقضائه بيننا قوله ارى له عليك مثل كرى البغل اقول الانسب ان يقول كرى مثل البغل (١) قال المجلسى ره فى مرات العقول ج ٣ ص ٤٣٣ نقلا عن المغرب قصر ابن هبيرة على ليلتين من الكوفة وبغداد منه على ليلتين انتهى اقول هبيرة من جملة عمال بنى امية (٢) فى القاموس النيل بالكسر نهر مصر وقرية بالكوفة واخرى بيزد و بلد بين بغداد وواسط انتهى ارايت لوعطب (١) اونفق (٢) عطف تفسير والمراد من كلمة عطب هنا الموت والهلاك وفرق الاستاد بينهما بان المراد من النفوق هو الموت بحتف الانف بخلاف العطب فانه الموت بسبب الكسر ونحوه ومحل الاستشهاد فيه اى فى الخبر قوله اما باضافة القيمة المضافة الى البغل اليه

(٢) راجع التهذيب ص ١٧٤ من ج ٢ والكافى ص ٢٩٠ ج ٥ من ط ٢

اى الى اليوم اقول فى هذه الاضافة احتمالان احدهما اضافة القيمه مرتين مرة الى البغل واخرى الى يوم والثانى اضافة المضاف والمضاف اليه الى يوم فتكون القيمة مضافا الى البغل منفردا والى اليوم مع ما اضيف اليه ولا يخفى فى الصورتين بعد هذا التركيب لان اضافة الاسم مرتين غير معهود فى الاستعمال بل قيل انه ممتنع من غير فرق بين ما كانت الاضافتان فى رتبته واحده ام فى رتبتين اذ فى الاول يلزم كون الامر الواحد فى حين واحد منظورا اليه بنظرين متباينين وفى الثانى يلزم كون الاضافة الواقعة فى الرتبه الاولى ملحوظة باللحاظ الالى كما هو مقتضى كونها اضافة خاصة واقعة بين المضاف والمضافة الموجبة للربط بينهما وباللحاظ الاستقلالى كما هو مقتضى كونها مقومة للمضاف وقد استشكل فى هذا المقام بما ذكره موجب للاطالة قوله فيكون اسقاط حرف التعريف الخ اقول قد استشكل بعض الاكابر فى المقام بان حرف التعريف انما يسقط من المضاف لا من المضاف اليه والبغل ليس مضافا الى اليوم وانما المضاف اليه القيمه ولو اراد كون المجموع يعنى القيمه والبغل هو المضاف فلا ينفع ايضا لانه ح يكون من قبيل المركب واضافته لا تقتضى الحذف انتهى قوله حتى يوهم الرواية مذهب من يعنى الاسكافى اقول لا يخفى على اهل الدقة والبصيرة انه غير منطبق على مذهب الاسكافى اذ ليس مذهبه ثبوت بغل ما غير معين بل مراده قده البغل المماثل للبغل التالف وكم من فرق بينهما قوله واما بجعل اليوم قيدا للاختصاص اقول يشكل فى هذا بان الاختصاص معنى حرفى سواء كان مدلولا عليه بالهيئة التى عليها المضاف والمضاف اليه او باللام الظاهره او المقدرة فعلى كل تقدير غير قابل للتقييد لان التقييد لا بد فيه من ملاحظة المقيد على نحو الاستقلال وملاحظة الاضافة تبعا له قوله لان السائل انما سئل عما يلزمه الخ حاصل كلامه ره فى المقام ان ملاحظة السؤال تقتضى علم المتكلم الذى هو السائل بان اللزوم كان بعد التلف فاذا كان ظرف اللزوم التلف امتنع ان يكون يوم المخالفة قيدا له لانه يستلزم ان يكون ظرفه يوم المخالفة ايضا وذلك متناف فحينئذ فلا بد ان يجعل يوم المخالفة قيد الامر اخر غير اللزوم لئلا يلزم التنافى قوله فالظرف متعلق بعليك الخ اقول المذكور فى الجواهر ان نسخة التهذيب الصحيحة المحشاه التى قد حضرتنى سقط منها لفظ اليوم وان المذكور فيها قوله ع ترده عليه بمعنى انك ترد الارش عليه مع البغل فلا توقيت فيه لى مفاده وجوب رد الارش لا غير قوله اذ لا عبرة فى ارش العيب بيوم الرد يعنى يوم

ردالعين اجماعا اقول لعدم مساس بينهما لواريد يوم ردالبغل فان المدار فى ملاحظة الارش والتفاوت بين الصحيح والمعيب هو تقويم الصحيح يوم ضمان النقص لا يوم الرد فيفرض النقص غير موجود ويقوم صحيحا ثم يقوم معيبا الى اخر ماذكر فى محله قوله لاصل العين اقول الجار فى كلمة اصل العين متعلق بكلمة تابع قوله ويحتمل ان يكون الخ اقول يعنى يحتمل ان يكون الظرف الذى هو لفظ اليوم قيد اللعيب فهو اى العيب الموجود فى يوم الرد قوله دون العيب القليل اقول لايخفى لاهل الدقة و البصيرة ان المراد دون العيب القليل بشرط لا يعنى بشرط عدم عيب الزائد الى يوم الرد والا فالعيب القليل مضمون فى ضمن الزياده الحادثه قوله لكن يحتمل ان يكون العيب قد تناقص الخ اقول مراده قد انه كما يحتمل ازدياد العيب فى مورد الرواية كما عرفته كذلك يحتمل نقصانه فيه الى يوم الرد فيعارض احتمال الازدياد قوله لم يسقط ضمان ماحدث منه وارتفع اقول وجه عدم السقوط ان التالف مضمون والحادث انما حدث فى ملك المالك فلاوجه لرفع الضمان الثابت به ويتفرع عليه انه لو كان البغل سمينا مثلا فهزل ضمن الغاصب سمنه فلو عاد السمن لايتدارك به المضمون لان التغير انما وقع فى ملكه قوله على مقتضى الفتوى اقول يعنى مقتضى اطلاق فتوى جماعة من الفقهاء رضوان الله عليهم والمصرح به فى كلام اخرين هو السقوط فراجع الى الجواهر قال فى المقام فكل صفة ذاهبة يمكن تقديرها مع المتجددة و تزد القيمة بذلك هى لاتنجبر بالمتجددة وكل صفة لايمكن تقديرها مع المتجددة او امكن ولكن لاتزيد بها القيمة عن المجددة بل هى هى او تنقص لاتضمن وتنجبر بالثانيه انتهى وقال فى الشرايع فرعان الاول لوزادت القيمة لزياده صفة ثم زالت الصفة ثم عادت الصفة والقيمة لم يضمن قيمة الزيادة التالفة لانها انجبرت بالثانية انتهى قوله فهذا الاحتمال اى احتمال كونه قيد اللعيب من هذه الجهة يعنى من جهة احتمال النقصان الذى تدل الرواية على كون الناقص هو المضمون فقط ضعيف ايضا يعنى كما ان احتمال كونه قيد اللعيب ضعيف من جهة كون العبرة فى الارش بيوم الرد مخالفا للاجماع كذلك ضعيف من جهة احتمال النقصان الذى تدل الرواية على ضمان هذا الناقص فقط وقال بعض المحشين يعنى احتمال كون قوله ع يوم ترده قيد اللعيب ضعيف كضعف احتمال كونه قيد اللقيمة قوله فتعين تعلقه اى تعلق الظرف وهو لفظ اليوم قوله وحيث عرفت ظهور الفقرة

السابقة عليه المراد بالفقرة السابقة قوله ع نعم قيمة بغل يوم خالفته واللاحقة له والمراد بالفقرة اللاحقة قوله ع او ياتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا قوله تعين حمل هذا يعنى يوم قيمة التفاوت بين الصحة والعيب ايضا يعنى كما عرفت ظهور الفقرة السابقة على هذا القول واللاحقة له فى اعتبار يوم الغصب كذلك تعين حمل يوم قيمة التفاوت على ذلك اى على يوم الغصب وحاصل كلامه ره انه حيث عرفت ظهور الفقرة اللاحقة بواسطة القرينة الخارجية التى هى مسلميته عدم اعتبار قيمة يوم الاكتراء والقرينة الداخلة التى هى انضمام صدر الرواية اليها فى اعتبار يوم الغصب تعين من هذا حمل يوم قيمة التفاوت على يوم الغصب ايضا قوله نعم يمكن ان يوهن ما استظهرناه من الصحيحة اقول المراد مما استظهره ره كون المناط هو قيمة يوم المخالفة يعنى يوم الغصب بانه شان لا يبعد ان يكون مبنى الحكم المراد من الحكم حكمه ع باعتبار قيمة يوم الاكتراء وحاصل الكلام والتوهين انه يمكن دعوى كون الحكم بضمان قيمة خصوص يوم المخالفة لاجل البناء على ما هو الغالب فى مورد الصحيحه من عدم اختلاف قيمة البغل فى هذه المدة القليلة اعنى خمسة عشر يوما لا لاجل خصوصية فيه كما ربما يتوهم قوله لانه اى الغاصب خسره الضمير المنصوب على المفعولية راجع الى المشترى وقوله لانه علة للتوهم المذكور وقوله خسره بمعنى اهلكه فيصير المعنى لان الغاصب اهلك على المشترى الخ قوله ويويده اى يؤيد كون الحكم فى الصحيحه مبنيا على الغالب فان فيه اى فى هذا التعبير قوله من حيث انه يوم المخالفة اقول يعنى لا خصوصية فى التعبير بيوم المخالفة كما ربما يتوهم بل التعبير بها من حيث ان القيمة فى هذا اليوم مساوية لها فى يوم الاكتراء الى يوم الرد قوله لكون البغل فيه غالبا بمشهد من الناس اقول لا نسلم هذه الغلبته ولم يتضح وجه هذه الدعوى ولو سلم فهذا التنبيه لا يحسن لو كان الخطاب للغاصب وانما يحسن لو كان الخطاب لصاحب البغل قوله فتامل اقول وجهه ما عرفت من اتحاد يوم الاكتراء مع يوم المخالفة فلا فرق بين التعبير بيوم الاكتراء والتعبير بيوم المخالفة فى هذا التنبيه فحينئذ لا وجه فى التعبير بيوم الاكتراء فلا بد من الالتزام بعدم العناية بيوم المخالفة من حيث يوم المخالفة بل التعبير به من حيث عدم التفاوت فى هذه المدة القليلة فى القيمة قوله ويويده اى كون الحكم فى الرواية مبنيا على الغالب وعدم الاناطة بيوم المخالفة ايضا اى كما فى التاييد الاول قوله ع فيما بعد اقول حاصل-

الكلام ان توجيه الحلف الى المالك كما فى الرواية حيث قال: (اما ان يحلف هو) و قبول بينة كما فى الرواية حيث قال: (او ياتى صاحب البغل بشهود يشهدون الخ) مويدان لعدم الاناطة بيوم المخالفة قوله لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه ايقول المالك مخالفا للاصل اقول حاصل الكلام والاشكال ان المالك يدعى الزياده دائما فقوله مخالف للاصل فيكون هو مدعيا ووظيفته اقامة البينة والغاصب منكرا ووظيفته الحلف اورد الحلف فكيف حكم ع فى المقام بانه يحلف المالك مع انه ليس بمنكر و حكم ان له رد الحلف على الغاصب والحال ان الحلف ليس من وظيفته فكيف يرده على الغاصب ثم على فرض كونه منكرا فما معنى جعل اقامة البينة وظيفة واجيب عن الاشكال بوجوه ذكرها جمع خارج عن وضع الشرح فنكتفى بواحد منها وهو انه ع فى مقام بيان طريق معرفة القيمة من دون فرض مخاصمة ومن البين ان قضية البينة على المدعى واليمين على من انكر انما هى فى المخاصمات وذلك من جهة ظهور السؤال والجواب فى ذلك حيث ان السؤال انما يكون عن العارف فاجاب ع بانه انما يحلف المالك لمعرفته بقيمة غلته او ان تحلف انت من جهة كونه عندك فى مدة الخ فعند ئذ الصحيحة غير مربوطه بموازين القضا قوله ان القول قول المالك اقول لان قوله موافق للاصل فانه لا بد ان يدعى عدم التنزل بخلاف الغاصب فانه يدعى التنزل فقوله مخالف للاصل قوله فى صورة اختلافهما اى المالك والغاصب مع اتفاقهما اى المالك والغاصب على بقائه اى البغل عليها اى على القيمة قوله فيكون الرواية قد تكلفلت بحكم صورتين اقول وهما ما اذا اتفقا فى السابق على قيمة البغل و ادعى الغاصب نقصانها فى يوم التلف عن قيمته فى السابق وما اذا اتفقا على انه لم يتفاوت قيمة البغل و انما اختلفا فى السابقة من حيث الزيادة و النقصان فانه فى المورد الاول يكون وظيفة المالك اليمين لموافقة

قوله للاصل وفى المورد الثانى يكون وظيفته البينة لمخالفة قوله للاصل وهذا بخلاف ما لو قلنا ان المدار على المخالفة فان فرض صورة يكون قول المالك موافقا للاصل ووظيفته الحلف على هذا انما يكون فرضا نادرا وهو ما اذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة او اللا حق له وادعى الغاصب نقصانه عن ذلك يوم المخالفة ومعلوم انه لا يصح حمل الصحيح على هذا الفرض النادر قوله عن يوم المخالفة اقول يعنى قيمة يوم

لمخالفة التى لم يكن اختلاف فيها بينهما بل كانت متفقا عليها قوله ولعل حكمها اى حكم صورة دعوى المالك زيادة الخ قوله يعلم من حكم عكسها اقول الضمير المجرور يرجع الى صورة دعوى المالك الزياده والمراد من عكسها صورة اختلافهما فى تنزل القيمة يوم التلف عنها فى اليوم السابق عليه المتفق عليها قوله او للاحق له اقول يعنى اذا توافقا على القيمة فى اليوم اللاحق وادعى الغاصب تغيرها من يوم المخالفة الى الزيادة وكونها يوم المخالفة انقص و المالك عدم الاختلاف بين القيمتين كان المالك منكر الانه منكر للتغيير والغاصب يدعيه قوله ولا يخفى بعده اقول وجهه ما عرفت انفا من لزوم حمل الصحيحه على الفرد النادر قوله و ابعد منه حمل النص الخ اقول ذهب بعض المحققين الى انه يعنى حمل النص على التعبد فى غاية القوة حتى مع الاطباق على العمل بالاصل العام واطراح الرواية وعلل بان عموم قوله البينة على المدعى واليمين على من انكر كسائر العمومات قابل للتخصيص والرواية صحيحة كالصريحة مع ان الحكم المذكور مناسب لاخذ الغاصب باشق الاحوال انتهى ولكن يمكن ان يقال انه لا وجه لقوته حتى مع قطع النظر عن طرح المتاخرين الرواية اذ مجرد قابلية القاعده للتخصيص لا يوجب تقدم الصحة عليها مع كون النسبة بينهما عموما من وجه قوله و اضعف من ذلك اى من الاستشهاد بالصحيحة على كون العبرة بقيمة يوم الغصب قوله كما حكى عن الشهيد الثانى اقول الحاكى صاحب الجواهر حكاه فيه عن كتابيه الروضة والمسالك فقال فى الروضة انه قوى لامكان هذا الخبر الصحيح وقال فى المسالك ان فى خبر ابى ولاد مايدل على وجوب اعلى القيم بين الوقتين اذلم يعلم لذلك اى لاستشهاد المذكور قوله ولم اظفر بمن وجه دلالتها اى دلالة الرواية على هذا المطلب اى على ضمان اعلى القيم اقول يمكن توجيه دلالتها على ضمان اعلى القيم بناء على ماعرفت من احتمال كون المراد من يوم المخالفة زمان المخالفة لاخصوص يوم حدوثها فانها لو دلت على ان اللازم على الغاصب قيمة العين فى زمان المخالفة يحمل على ضمان قيمتها فى جميع ايام المخالفة وحينئذ يدخل الاقل من القيم تحت الاكثر على حسب ماذكره بقوله نعم استدلوا على هذا القول بان العين مضمونة فى جميع تلك الازمنه قوله نعم استدلو على هذا القول اى ضمان اعلى القيم قوله وفيه نظر اقول قال السيد قده فى الحاشيه لعل وجه النظر من جهة تساوى نسبته القاعده الى صورة تلف العين

وردها فلا وجه لعدم العمل بها فى الثانيته والاتفاق لايكون فارقا لان ظاهرهم عدم العمل بقاعده الضرر فى المقام اصلا لا الفرق بين الصورتين انتهى قوله كما اعترف به بعض من تاخر هو صاحب الجواهر فانه قده استدل على ما نحن فيه بقاعده نفى الضرر ثم قال ومن هنا كان خيرة العلامة الاكبر الاقا محمد باقر البهبهانى رحمه الله فيما حكى عنه الانك قد عرفت فيما تقدم اقتضاء القاعدة المزبوره فوات الاعلى مع فوائه وان رد العين نفسها وهو مخالف للاجماع بقسميه انتهى قوله اذ لا فرق مع عدم التمكن منها اقول لانسلم عدم الفرق بين التلف والبقاء فى صوره عدم التمكن من العين بل الفرق بينهما واضح اذ فى التلف يكون المضمون القيمة والذمة مشغولة بها بخلاف صوره البقاء فان المضمون فيها نفس العين وهذا هو الفارق بين الصورتين فى المقام قوله تدارك تلك الماليته بنفس العين اقول لا يخفى انه مع وجود العين وعدم نقص فيها فلا معنى للتدارك لعدم موجبه وان فرضت ناقصة فلا وجه للاكتفاء فى التدارك بردها و كون ارتفاع القيمة امرا اعتبار يا مسلم الا انه لاينافى ضمانه بعد وجود سببه من الحيلولة الموجبه له بالفرض قوله ولاجل ذلك اى لاجل كون الحيلولة سببا للضمان استدل حيث انه رحمه الله علل القول باعتبار يوم الغصب بقوله لانه زمان ازالة يد المالك ومن البين ان الازالة عباره اخرى عن الحيلولة لانه اى لان يوم الغصب قوله ونقول فى توضيحه اى الاستدلال قوله وجبت غرامة اكثرها اى اكثر القيم و جميعها قوله فتامل اقول وجهه المنع من كون الواجب غرامة جميع تلك القيم بل الواجب غرامة قيمة وقت التلف ونمنع دخول الادنى فى الاعلى لعدم الموجب للاشتغال بالاعلى مادامت العين موجوده قوله واستدل فى السرائر وغيرها على هذا اقول اى القول بضمان اعلى القيم لاشتغال ذمته اى الغاصب قوله حيث ان الشك فى التكليف اقول ليس الشك هنا فى التكليف كما هو واضح بل الشك انما هو فيما اشتغلت به الذمة من المال قوله لغلبة اتحاد زمان البيع والقبض فافهم اقول اشار بهذا الى الاشكال فى التخصيص بالمورد المذكور قوله ولعله كما قيل اقول ذكر هذا صاحب الجواهر ثم قال فيه وهو كما ترى مع ضعف المبنى عليه ينبغى تقييده بما اذا تعذر المثل حكم تعذر الوصول اليه اى الى العين قوله لما دل على الضمان اقول يعنى للادلة التى تدل على الضمان بهذه الامور وهى اخبار كثيره وارده فى ضمان الاجير والامين والمستعير

فراجع الى الوسائل فى هذه الابواب وغيرها قوله وهل يقيد ذلك اقول اى التعذر و غرضه ره انه هل يختص التعذر المبحوث عنه بصورة الياس من الوصول اليه او بعدم رجاء وجدانه او يشمل مالو علم وجدانه الى اخر ماذكره المصنف ره قوله ظاهر ادلة ما ذكر من الامور اقول وهى السرقة والاباق والغرق ونحوها قوله الاختصاص باحد الاولين اقول وهما حصول الياس من الوصول الى العين او بعدم رجاء وجدانه هذا ولكن يمكن ان يقال كما عن الاستاد (ره) انه لاظهور للادلة فى الاختصاص وذلك لان الموجود فيها من الالفاظ هو الاباق او السرقة او الضياع او الغرق ومن البين صدق هذه المفاهيم مع العلم بالوجدان والوصول فضلا عن رجائهما مع الجهل بهما قوله لكن ظاهر اطلاق الفتاوى الاخير اقول والمراد به ما افاد بقوله او يشمل مالو علم وجدانه ولو كانت فى مدة قصيرة قوله كما يظهر اى الوجه الاخير وهو شمول التعذر مالو علم وجدانه ولو فى مدة قصيرة من اطلاقهم ان اللوح المغصوب الخ اقول لاطلاقهم الحكم بالانتقال الى قيمة اللوح المتعذر اخذه فعلا من جهة الخوف من ايجابه لتلف مال غير الغاصب و غرقه والمفروض انه معلوم الوصول والوجدان ولو فى مدة قصيرة لانهم لم يفرقوا بينها وبين مايكون مدة الوصول الى الساحل طويلة فمنه يظهر ان التعذر المعتبر فى ثبوت بدل الحيلولة يعم التعذر الشرعى اذا خيف من نزعه اى اللوح انتقل الى قيمته اى اللوح قوله ويؤيده اى الوجه الاخير والانتقال الى القيمة واخذ البدل قهرا عليه ان فيه اى فى اخذ البدل والانتقال جمعا بين الحقين اقول مقتضى الجمع بين الحقين الزام الضامن بالشراء لا اخذ البدل قهرا عليه من دون عوض لانه ضرر عليه مع عدم تلف المال عنده وقد اعترف به السيد قده فى الحاشية فراجع قوله ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف اقول مراده قده ان ثبوت البدل لايختص بما اذا لم يتمكن من التحصيل حتى يسقط عنه التكليف بالرد بل يشمل به وما اذا كان متمكنا على ذلك فيؤمر بالتحصيل والرد ودفع بدل الحيلولة فى زمان السعى لو كان المالك متضررا فيه فيكون هذه الفقرة بيانا لان المراد بالوصول فى العباره السابقة مايعم التحصيل والحصول قوله التعبير بالتعذر اى التعذر المسقط للتكليف برد العين قوله وهو الاوفق الخ اى التعذر المسقط اوفق باصاله عدم تسلط المالك على ازيد من الزامه برد العين والوجه فيه ان ما يدل على وجوب دفع البدل فى موارده انما يدل عليه بعد

سقوط التكليف بردالعين وامامع فرض التكليف به فلامحل للتكليف بالبدل قوله من الزامه بردالعين فتامل اقول وجهه ان عموم الناس مسلطون المقتضى لجواز مطالبته المالية باخذ البدل قبل زمان امكان الوصول محكم والاصل المذكور لا يعارضه قوله ولعل المراد به اى بالتعذر فى كلام الفقهاء رضوان الله عليهم التعذر فى الحال اقول لاشاهد له فى كلامهم بل الظاهر التعذر المطلق قوله وان كان لتوقفه اى ردالعين قوله فلا يجوز للمالك لايخفى ان هذا تفريع على المنفى لاعلى النفى بل له اى للمالك ان يمنع من اخذها اى القيمة قوله ولعل الوجه فيه اى فى كون المبذول ملكا للمالك اقول قد ادعى السيد ره فى الحاشية انه يكفى فى اثبات ملكية المالك له ادلة الغرامات فلا يحتاج الى هذا الوجه العليل والظاهر انه ليس كذلك لان ادلة الغرامات لاتدل على ازيد من وجوب التدارك واما ان التدارك لا يتحقق الا بالملك فلا تعرض فيها له بوجه فمراد المصنف من هذا الكلام بيان ما به يتحقق التدارك ليتحقق موضوع ادلة الغرامات قوله وعلى اى حال فلا ينتقل العين الى الضامن اقول لما ذكره المصنف من انه ليست معاوضة بمعنى انه ليس معاوضة قهرية واقعية ولا معاوضة مطلقا لما ذكر من ان المبدل المتدارك ليس مما يكون قابلا للضمان قوله فالمبذول هنا اى فى بدل الحيلولة كالمبذول مع تلف العين فى عدم البدل له اى للمال المبذول مع تلف العين فكما ان المال المبذول مع التلف وبذله غرامة وليست العين بدلا له فكذلك المبذول فى المقام قوله وقد استشكل فى ذلك اى فى مالكية الاخذ للمبذول قوله لايكاد يتضح معناه اقول وجه عدم الوضوح ان الظاهر من كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم ان البدل فى مقابل نفس العين لا فى مقابل الحيلولة قوله فى الوجوه التى بها قوام الملكية اقول الانسب تبديلها بالمالية لما سيأتى من كلامه قده من ان بقاء الملكية غير مانع عن وجوب تدارك السلطنة بعد فوات جل الانتفاعات قوله ثم انه قد تحصل مما ذكرنا يعنى مما قلنا من ان البدل غرامة وتدارك يستفاد انه لايجب البدل حيث لايصدق التدارك ومن البين انه لايصدق مع بقاء ما به قوام ماليته العين قوله فالتدارك لايقتضى ملكه ولا السلطنة المطلقة على البدل اقول مراده قده انه مع عدم زوال ما به قوام ماليته المال لايقتضى التدارك ملك البدل كما ذهب به المشهور وبه ظاهر ادلة الغرامات وقال بعض المحققين فى تفسير العبارة ان التدارك لا يقتضى ملك الضامن للمبدل ولا السلطنة المطلقة للمالك

على البدل وجعل ذكر لفظ البدل شاهدا عليه قوله لم يبعد انكشاف ذلك اى حكم الشارع ثم الظاهر ان الصحيح من العبارة ان يقول (لم يبعد كشف ذلك) كما هو واضح قوله هذا اى كون البدل عن السلطنة دون العين كله مع انقطاع السلطنة الخ يعنى ما عرفت من كون البدل الخ انما هو مع فرض بقاء العين على مقدار ماليتها واما مع خروجها عن الماليته الخ اذا عرفت ذلك وجعلته فى بالك فينبغى توضيح المقام على وجه يذهب به الظلام وينضح منه المرام فنقول ان الخروج عن الماليته الاولية قد يكون بذهاب بعض ما عليه العين من الاوصاف كما فى الدهن المراق على الارض الذى لم يبق منه الا الدسومة فان العين وان كانت باقية بالدقة العقليته الا ان صفة الاجتماع التى بها مناط ماليته العين قد زالت وكذا الماء المغسول به الثوب فان مقدارا منه تلف حقيقة ومقدارا منه باق فى الثوب وهذا الباقى فيه وان لم يتلف حقيقة الا انه تلف بعض اوصافه التى بها قوام ماليته وقد يكون مع زوال الاوصاف ماليته باقية كالخيط المخيط به الثوب والجص المطلى على الجدار وقد يكون الخروج عن التقويم بكثرة الامثال المسقط له عن الماليته كما اذا حمل الماء المغصوب الى الشاطى فان كان من قبيل الاول اعنى الرطوبة الباقية فى المغسول او الجص الميت الساقط عن حيطان البيت فلا اشكال فى ضمان الغاصب قيمته نعم يقع الكلام فى ان القيمة بدل عن الاوصاف والاجزاء التالفة ام بدل العين الا ان البحث عنه خارج عن الوضع هذا كله مع خروج الباقى عن الماليته واما مع بقائها عليها الذى هو القسم الثانى كالخيط المخيط به الثوب والخشبته المستدخلة فى الجدران والماء المستعمل فى الوضوء قبل المسح ونحوها فهل يكون باقيا على ملك المالك فيشترك مع الضامن فى الموجود قيمة بان يقوم بدونه ومعه ويعطى الزائد مضافا الى ماله من النقص الحاصل فى العين من ذلك وبالجملة فيعطى الارش ويشترك مع الضامن فى ماليته العين او له بدل الحيلولة لتعذر وصوله الى العين ضروره عدم الفرق فى ذلك بين الخيط المخيط به الثوب واللوح المغصوب فى السفينته الذى ظاهرهم كونه من موارد بدل الحيلولة للمالك فيكون الخيط الذى يتلف باخراجه من الثوب ونزعه عنه كذلك اوله بدل العين بتمامه لعدذلك عرفا من التلف فان السكر المخلوط بالماء معدود عرفا من التلف ولا ينافى ذلك ترقى قيمة العين بتلفه فيه ومثله الجلاب المخلوط بالماء التحقيق كما عن بعض المحققين الفرق بين الموارد قال ره فالخيط والجص والدهن المطلى به الحائط والسفن من موارد بدل الحيلولة عن الباقى الموجود منه فى عين

الضامن وبعد التلف يصير المدفوع بعنوان بدل الحيلولة بدلا حقيقيا واما القسم الثالث وهو ما كان خروجه عن القيمة بكثرة الامثال فلا ينبغي الاشكال فى كونه من التلف و ثبوت البدل فى ذمة الضامن لان المراد من التلف اعم من تلف ذات العين اووصف ماليته وان كان هذا التعميم لا يخلو من تامل قوله مع بقائها على مقدار ملكيتها اى العين اقول الانسب مقدار ماليتها بدل مقدار ملكيتها اذ ليست الملكية ذات مقادير و ليعلم ان مراده ره من بقائها على مقدار ماليتها بقاء العين على ذلك بالنسبة الى نفسها وان كانت قد فاتت الماليته لاجل الحيلولة وهذا فى مقابل القسم الثالث الذى تفوت الماليته فيه بالاضافة الى نفس العين لتفرق الاجزاء قوله وجوب كمال القيمة مع بقاء العين اقول يستفاد من هذه العبارة بل هى صريحة فى انه مع خروج العين عن القيمة لا محل لبدل الحيلولة وان شاركه فى بقاء ملك المالك على العين والقيمة لما صرح به من ان البدل ليس بدلا عن العين بل عن الاجزاء الفائته لفواتها اى لفوات الاوصاف والاجزاء قوله فان بقائها اى الرطوبة قوله لفوات معظم الانتفاعات به اقول اشار (ره) بقوله معظم الانتفاعات الى انه يبقى لها بعض الانتفاعات كمسح من فى بدنه تلك الرطوبة الا انه لا ينافى وجوب الغرامة للعين لمنع قابلية مثل هذه المنفعة ح للمالية لاختصاصها بمستعمل الماء قوله فيقوى عدم جواز المسح بها اى بالرطوبة اقول قد استشكل فى قوة عدم جواز المسح بالرطوبة الباقية بعض الاعاظم وقال (هذا غير ظاهر) وعلله بان الادلة العامة الدالة على حرمة التصرف فى مال الغير مختصة بما هو مال فلا يشمل ما هو ملك وليس بمال وكونه ظلما حراما عقلا غير ظاهر بنحو يستتبع حرمة شرعية انتهى ولو طلب المالك نزعها اى الخيوط المغصوبة ولو لم يبق لها اى للخيوط المغصوبة ولم يدفع العين اقول يعنى لم يدفع المالك العين الى الغاصب قوله وعن المسالك فى هذه المسئلة يعنى مسئلة خياطة الثوب بخيوط مغصوبة وكذا المراد فى قوله ره لكن عن مجمع البرهان فى هذه المسئلة قوله بل قال يعنى صاحب مجمع البرهان المحقق الاردبيلى ره يمكن ان لا يجوز يعنى النزع لما ذكره ره من الانتقال الى القيمة الذى يستلزم دخول الخيط فى ملك الغاصب بمقتضى البدليته لانه اتلاف للمال بلا وجه شرعى قوله ره اذ لا غصب فيه يجب رده اقول يعنى لا غصب فى الثوب المخاط بخيوط مغصوبة حتى يجب رد الثوب او الخيط وبعبارة اخرى لا يبقى بعد ذلك حكم الغصب بالنسبة الى الخيط لما عرفت انفا من تبدله بالقيمة و

اشتغال ذمة الغاصب به قوله واستجوده يعنى مختار صاحب مجمع البرهان بعض المعاصرين و هو صاحب الجواهر ره وعلله ره فيه بقوله لكونه كالمعدوم باعتبار تعذر رده قوله ترجيحا اقول يعنى ترجيحا لاقتضاء ملك المالك للقيمة على استصحاب ملك المالك للمضمون قوله لصيرورته اى المضمون وهو علة للاقتضاء والمراد من المعوض هو القيمه قوله وفيه اى فى ترجيح صاحب الجواهر وتعليله قوله كما فى التالف الحقيقى بان فاتت ذات العين بالاحتراق مثلا قوله السلطنة عليها اى على العين التى بها اى بالسلطنة قوله اوكان الذاهب الاجزاء اوالاوصاف التى يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته اقول و ذلك كالدهن المراق على الارض الذى لم يبق منه الا الدسومة فان العين و ان كانت باقية عقلا الا ان صفة الاجتماع التى بها مناط ماليته العين قد زالت ومثله الماء المغسول به الثوب فان مقدارا منه تلف حقيقة ومقدارا منه باق فى الثوب وهذا الباقى فيه وان لم يتلف حقيقة الا انه تلف بعض اوصافه التى بها قوام ماليته قوله على التقدير الاول وهو ما كان الذاهب نفس العين قوله وعلى الثانى وهو ما كان الذاهب السلطنة على العين قوله بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين اقول قد مضى ان الذاهب فى جميع الصور هو العين الخاصة اعنى ذات الماليته وعرفت ان ذلك هو موضوع الضمان فيجب تداركها بعين اخرى مثل اوقيمة تقوم مقامها فحينئذ المراد من قوله ره (بدل عن السلطنة) انه بدل عن العين من حيث قطع سلطنة المالك عنها لا انه بدل عن السلطنة حقيقة قوله وعلى الثالث وهو ما كان الذاهب الاجزاء والاوصاف ولم تتلف هى اى العين قوله وليس لها اى للعين قوله بل الامر بردها اى رد العين مجرد تكليف اقول هذا فيما اذا قلنا بشمول حديث اليد له وهو اول الكلام لانه لم يتعرض الا لثبوت عهدة العين بل لو استلزم رده اى رد العين ضررا ماليا على الغاصب بصرف المؤنة او بفساد الثوب مثلا قوله امكن سقوطه اى الرد قوله فتامل اشارة الى عدم جريان القاعدة لانه ضرر اوجبه عليه بغصبه مع علمه بكون الغصب مستتبعا لوجوب الرد هذا ولكن استشكل فيه بعض الاكابر وعلله بان الاقدام على الضرر لا يتحقق عرفا بمثل ذلك قوله من ان ظاهرهم الخ اقول ذكر هذا فى مسئلة الخشبة المغصوبة التى استدخلت فى البناء قال صاحب المسالك ره ولو بالغت حد الفساد على تقدير الاخراج بحيث لا يبقى

لها قيمة فالواجب تمام قيمتها وهل يجبر على اخراجها حينئذ نظر من فوات الماليته وبقاء حق المالك فى العين وظاهرهم عدم الوجوب وانها تنزل منزلة المعدومة ولو قيل بوجوب اعطائها المالك اذا طلبها كان حسنا انتهى بعد خروجه اى الخيط قوله محمول على صورة تضرر المالك اى مالك الثوب وهو الغاصب اقول هذا ينافى ماعرفت انفا فى المسالك من قوله ولو قيل بوجوب اعطائها المالك اذا طلبها كان حسنا فالاولى ان يحمل على صورة عدم مطالبته المالك قوله كما لا يابى عنه اى الحمل عنوان المسئلة اى مسئلة البناء المستدخل فيه الخشبته المغصوبة قوله وحينئذ اى حين اذ حملنا حكم صاحب المسالك بعدم وجوب الاخراج على صورة تضرر مالك الثوب وهو الغاصب فلا ينافى بقائه على ملك مالكه لان بقائه فى ملكه انما يقتضى وجوب الرد لو لم يلزم منه ضرر على الرادوالا فلا وهذا بخلاف مالو حملناه على اطلاقه فان عدم وجوب الاخراج حتى مع عدم التضرر ايضا كاشف عن عدم بقائه على ملك مالكه بذل قيمته اى الخيط قوله وهو مالو خرج المضمون عن الملكيته اقول بل هو خارج عن الماليته ايضا قوله مع بقاء حق الاولوية فيه اقول ظاهر العبارة المفروغيته عن ثبوت الحق وح فلا مجال لاشكال القواعد فى وجوب الرد لانه من احكام الحق المذكور فالاستشكال فيه اما للاشكال فى ثبوت اصل الحق كما يلوح من محكى المسالك فانه تبع القواعد فى الاستشكال واما للبناء على كون مقتضى الضمان العوضيته من الطرفين قوله فاستشكل فى القواعد وجوب ردها اى رد الخمر اقول قال ره فيها ولو غصب عصيرا فصار خمرا ضمن المثل وفى وجوب الدفع اشكال فان اوجبناه فصار خلا فى يد المالك ففى وجوب رد المثل اشكال فان صار خلا فى يد الغاصب رده مع ارش النقصان ان قصرت قيمة الخل انتهى قوله ويويده اى المدعى قوله ثم ان مقتضى صدق الغرامة على المدفوع الخ اقول مراده قده ان مقتضى التغريم عدم بقاء شيى فى العين به لان مفاد العهدة الالتزام بكل ما يتعلق بالعين للمالك فالخروج عنه مقتضاه عدم بقاء شيى له فيه فلا مجال معه لضمان المنافع او ارتفاع القيمه الوقتيه والنماآت متصلة ومنفصلة كالثمرة وبعبارة اخرى الخروج من عهدة العين وتدارك خسارتها يقتضى عدم بقاء حق للمالك فيه والالزم تداركه مرتين قوله فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك اى بعد اداء الضامن ماليته العين اقول وجه عدم المطالبته اما على ما اخترناه من صيرورة العين المتعذرة ملكا للضامن فواضح

واما على المسلك الاخر فلانه قد خرج الضامن عن عهدة العين وادى ماليتها فليس له بعد ادائها عهدة العين الثابتة بعلى اليد وغيره من ادلة الضمان فلا مقتضى للضمان قوله وعن التذكرة وبعض اخر ضمان المنافع اقول وجه الضمان ان المال حيث يكون باقيا على ملك المالك كما هو المفروض وارتفعت ماليته وقيمته فالضامن كما يكون سببا للحيلولة بين المال وصاحبه يكون سببا للحيلولة بين تلك الزيادة والمالك واما الغرامة المدفوعة فهى تدارك للمالية قبلا لا المالية فعلا فيجب تداركها هذا ولكن يمكن ان يقال ان هذا الوجه غير وجيه ولا يكفى فى الضمان لان الحيلولة المذكورة ليست حيلولة اخرى بل بقاء لتلك الحيلولة وقد فرضنا ان الضامن خرج عن عهدة العين وخسارتها وقواه اى الضمان انه اى الضمان موضع توقف لما عرفته الحاصل بعد التعذر وقبل الدفع يعنى دفع القيمة قوله لكن مقتضى القاعدة ضمانه اى الضامن الغارم له اى لارتفاع القيمة السوقية اقول مراده قده من العبارة انه لو بقى الارتفاع الى يوم الدفع ولم تنقص اما لو نقصت القيمة يوم الدفع فالمتعين قيمة يوم الدفع لانه زمان الانتقال الى القيمة ليس له اى للمالك الامتناع من اخذها اى اخذ القيمة قوله مما لا يجتمعان ظاهرا اقول اشار بقوله ظاهرا الى ان عدم الاجتماع بينهما مبنى على عموم التنزيل وهو غير ظاهر من كلامهم لسوقه مساق مجرد وجوب رد البدل وانه لا يختص بالتلف الحقيقى واما بناء على عدم العموم فلا تنافى بين الحكمين لان المراد منه حينئذ كونه منزلته فى جواز المطالبته بعده قوله ثم انه لا اشكال فى انه اذا ارتفع تعذر رد العين وصار ممكنا وجب رده على مالكه اقول قد استدل على وجوب رد العين بعد ارتفاع التعذر بوجوه الاول ما صرح به المصنف ره وهو ان مقتضى عموم على اليد ما اخذت المغيى بالاداء هو ذلك الثانى ما صرح به المصنف ره ايضا وهو استصحاب وجوب الرد الثالث ما افاده المحقق النائينى ره والسيد قده من ان البدليته المفهومة من الادلة انما هى بدليته مادام التعذر وموقتته فاذا ارتفع التعذر يعود الرابع الاجماع اذا عرفت هذا فنقول هذه الوجوه كلها مخدوشة ولكن التعرض لايرادها والنقض والابرام حوله موجب للاطالة ويمكن ان يستدل له ببناء العقلاء بدعوى ان بنائهم على العود فى امثال المقام قوله او انها اى الغرامة قوله وكون العين مضمونة الخ الواو بمعنى مع وليست بعاطفة كما عن البعض الاحكم تكليفى اقول قد

حقق فى محله ان مفاد حديث على اليد ليس الا بيان الحكم الوضعى الذى هو ثبوت الضمان والخروج عن عهدة المال المأخوذ بسبب الاخذ الى ان يرده الى صاحبه والحكم التكليفى الذى هو وجوب الرد تابع له قوله وجهان اظهرهما الثانى اقول قد استظهر المصنف ره الوجه الثانى وذهب بالوجه الاول الاستاذ قده واختاره بقوله بل (الاول) والاولى ان يقال انهما مبنيان على ان التعذر الموجب لبدل الحيلولة سبب لثبوته حدوثا وبقاءا فبارتفاعه ينقطع البدلية ويرجع البدل الى ملك باذله او انه علة له حدوثا لا بقاءا ومن البين ان الوظيفة فى نظيره عند الشك الرجوع الى الاستصحاب لو لم يكن دليل مثبت لاحدهما قوله ومجرد عود التمكن لا يوجب عود سلطنة المالك حتى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العوض والمعوض يعنى ان مجرد عود تمكن الغاصب من العين المغصوبة لا يوجب عود سلطنة مالكها لكى يلزم من بقاء مالكية مالك العين على الغرامة انجمع بين العوض وهو الغرامة والمعوض الذى هو سلطنة مالكها قوله ووجوبها اى الاعادة ثم انه معطوف على القدرة عليه اى على الغاصب قوله ملكية المالك اى مالك العين

قوله فلا يعود اى المدفوع لعدم عود مبدله وهو القدر الفائت من السلطنة فى زمان التعذر قوله ضعيف فى الغاية اقول وجه الضعف انه لو كان الامر كذلك لم يستحقه الا بعد فوت السلطنة وقد عرفت انه يستحقه بمجرد التعذر فيجب اى على المالك دفعه اى المدفوع اليه وهو المرجع للضمائر ايضا فى بدله وتلفه وخروجه فيما بعد قوله ولو لم يدفعه اقول الضمير المنصوب بقوله لم يدفع راجع الى العين فكان الانسب ان يقول يدفعها ثم ان هذه الجملة معطوفة على قوله فان دفع العين وحاصل الكلام انه لو لم يدفع الغاصب العين لم يستحق مطالبته الغرامة قبل دفع العين وجه عدم الاستحقاق ان الغرامة بدل عن السلطنة التى انتزعها الغاصب من مالك العين ومالم يتحقق المبدل منه لم يرتفع ملك مالك العين عن البدل قوله فتامل اقول وجهه انه لو كان الامر على ماذكرت لاستحقها بمجرد منع الغاصب لها قبل التعذر ولا يقولون به فيكشف ان للتعذر خصوصية هذا ويمكن دفعه بانا لا نمنع خصوصية وصف التعذر وانما نمنع دخلها حدوثا وبقاء على ماسمعت قوله ولذا اى لاجل عدم كون الغرامة المبذولة من المالك للغاصب عوضا عن مطلق سلطنة المالك لاتباح العين للغاصب بمجرد بذل

الغرامة بان قال المالك للغاصب ما اريد منك الغرامة قوله ومما ذكرنا اى من عدم عود الغرامة المدفوعة الى ملك الغارم الا بعد ارجاع السلطنة على العين الى المالك قوله الى ان يدفع المالك يعنى مالك العين القيمة وهى التى دفعت بعنوان الغرامة قوله وعن التحرير الجزم بان له اى للغاصب ذلك اى حبس العين قوله والاقوى الاول وهو انه ليس للغاصب حبس العين الى ان يدفع المالك القيمة قوله فالظاهر انه لا يجرى عليه اى على حبس الضامن العين ليأخذ الغرامة قوله لانه اى الغاصب حبسه بحق مراده قده ان الغصب انما يتحقق بالقبض عدوانا بغير حق ومانحن فيه ليس كذلك لان الحبس فيه فى مقابل حق قوله نعم يضمنه مراده قده انه وان لم يحرم على الغاصب حبس العين لما عرفت من انه حقه لكن يبقى عليه الضمان للاستصحاب و لعموم على اليد قوله لانه اى الغاصب قبضه لمصلحة نفسه بمعنى ان الغاصب ليس محسنا للمالك لكى يدخل يده فى الايادى الخارجة عن عموم على اليد فيضمن لانه لمصلحة نفسه والظاهر انه اى الضمان قوله من حيث كونه مضمونا اى لا من حيث كونه مغصوبا قوله كما احتمل اى الفرق يوم الضمان وهو يوم المخالفة **هذا تمام الكلام فى البحث عن الغرامة المدفوعة**

الى هنا انتهى الجزء الاول من **كتاب غاية الايضاح** بحمد الله ومنه وقد بذلنا الجهد غايته فى تصحيحه ومقابلته للنسخة الاصلية وقد خرج بعون الله خالياً عن الاغلاط والسقطات الا نزرا زهيدا زاغ عنه البصر ويتلوه الجزء الثانى والثالث انشاء الله تعالى وقد وقع الفراغ من تحريره هذه الاوراق الشريفة فى اليوم الرابع عشر من شهر صفر من شهور سنة ثلثة و تسعين و ثلاثمائة بعد الالف من الهجرة النبوية ١٣٩٣ على هاجرها الاف الثناء والتحية .

الحمد لله اولا و آخراً والصلوة والسلام على سيد الانبياء وعلى آله الطاهرين الذين هم ادلاء على الايمان سيما ناموس الدهر وولى العصر الحجة بن الحسن العسكرى عجل الله تعالى فرجه.

وقد طبع الكتاب متناوشرحا بالسعى واهتمام **الرجل الخير الشريف الحاج محمد قليچى صانه الله من كل سوء و وفقه لكل خير والمامول من الاساتيذ العظام والمستفيدين القارئين الكرام الاستغفار والدعا له ولوالدية حياتا وموتا .**

العنوان	الصفحة
تعريف البيع و بيان حقيقته	٤
تحقيق فى معنى البيع	٤
النسبة بين المال والملك	٤
مايطلق عليه لفظ البيع	٥
وجه اختصاص المعوض بالعين	٥
جعل عمل الحر عوضا	٧
معنى الحق	٧
اقسام الحق	٧
الفرق بين الحق والحكم	٧
نقل الحق	٧
جعل الحق عوضا	٨
مراتب الملكية وانها اربعة	١٠
الحقوق القابلة للانتقال	١١
الاقوال فى مسئلة الحقيقة الشرعية وانها خمسة	١١
ثمرة النزاع فى الحقيقة الشرعية	١٢
تعريف البيع و كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم حوله	١٢
المناقشات فى كلمات الفقهاء	١٢
الهبة على ثلثة اقسام	١٦
استعمال البيع فى معان اخر	١٨
فى ان العقد البيع و غيره حقيقة فى الصحيح ام لا	٢٢
السبب فعلى وقولى	٢٧
الاقوال فى المعاطاة	٢٨
الاستدلال على افادة المعاطاة للملك	٣٠
وجه حصر الفقه فى اربعة اقسام	٣٤
فى ازوم المعاطاة وعدمه	٤٦
فى الاستدلال ببعض الايات والروايات	٥١
على لزوم المعاطاة	٥١
الاستدلال على لزوم المعاطاة بحرمة	٥٢
التصرف فى الغير	٥٢
الاستدلال على لزوم المعاطاة بآية	٥٣
التجارة عن تراض	٥٣
الاستدلال على لزوم المعاطاة بقوله	٥٣
ص البيعان بالخيار مالم يفترقا	٥٣
الاستدلال على لزوم المعاطاة بدليل و	٥٤
جوب الوفاء بالعقد	٥٤
ومما استدل به على عدم اللزوم الاجماع	٧
الاستدلال بقوله ع انما يحلل الكلام و	٦١
يحرم الكلام والاحتمالات الاربعة حوله	٦١
فى الايرادات الواردة على الاستدلال بالخبر	٦٢
تنبيهات المعاطاة و اعتبار شروط البيع فيها	٦٤
التنبيه الاول	٦٤
فى جريان الربوا فى المعاطاه	٧٠
فى جريان الخيار فى المعاطاة	٧١
بيان مورد المعاطاة	٧٢
تميز البايع عن المشترى فى البيع	٧٦
المعاطاتى	٧٦
الوجوه التى ذكرها المصنف قده	٧٩
اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين	٧٩
التنبية الثانى	٨٠
التنبيه الرابع	٨١

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
فى عدم اعتبار العربية فى صحة العقد	١٤٥	توضيح معنى الحكومة والحاكم	٨٨
وهل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة والهيئة	١٤٦	بيان الضابط فى التعارض و التزاحم والفارق بينهما	٩٠
فى اعتبار علم المتكلم بمعنى الصيغة	١٤٨	اقسام الاباحة المعوضة	٩٣
هل تعتبر الماضوية فى الايجاب و القبول	١٤٩	التنبيه الخامس	٩٥
فى لزوم تقديم الايجاب على القبول	١٥١	التنبيه السادس	١٠٢
فى ان من شروط العقد الموالات بين الايجاب والقبول	١٦٢	مشايخ المصنف واساتيده	١٠٧
ومن الشرائط التنجيز فى العقد	١٦٧	من الملزمات الامتزاج والتغيير	١١٦
و من جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب والقبول	١٨١	جريان الخيارات فى المعاطاة	١١٩
مدرك القاعدة	١٨٨	التنبيه السابع	١١٩
فى حكم المنافع غير المستوفاة	١٩٧	التنبيه الثامن	١٢٢
فى تعريف المثلى والقيمى	١٩٩	مقدمة فى خصوص الفاظ عقد البيع	١٢٨
حكم عدم وجدانه المثل الا باكثر	٢٠٣	فى ذكر الفاظ الايجاب والقبول	١٣٩
		فى جواز انشاء البيع بلفظ شريت	١٣٩
		موارد استعمال لفظ شريت فى القران الكريم	١٣٩
		فى جواز انشاء البيع بملكت	١٤٠

وقد وجدت فيه اغلاط طفيفة كالف الزائدة فى قوله كالاجارة و كالبيع مثلا ونحوهما لاتخفى على القارى الكريم

جدول الخطاء والصواب

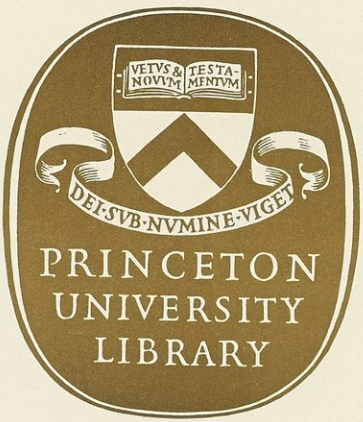
صفحه	سطر	خطاء	صواب
٢١	٢٤	ابن احمد	ابن علی بن احمد
٢٣	١٥	عوض	عوضا
٢٣	١٦	من من الروايات	من الروايات
٢٣	٢٤	احرق	ثم احرق
٢٤	٨	الاجللة	الاجلة
٢٥	١٣	الجواز	لجـواز
٢٦	٢٢	ابـی	ابن
٢٧	٤	ودلالة	ودلالته
٢٧	٦	الصفة	الصيغة
٢٧	٢٥	ايدالالة	ايدلالـة
٣٠	١	الغيرالازم	الغيراللازم
٣٠	١	فينفرع	فيتفرع
٣٠	٢٠	للمعفقه	للمتفقه
٣١	٤	التكليفة	التكليفية
٤٠	٥	ای اذن	ای کون اذن
٤٢	١٢	نقسه	نفسه
٤٥	٢٤	المعـزی	المعزاء
٤٧	١٨	بعد بعدالتصرف	بعدالتصرف
٤٩	٧	احدها	احدهما
٥٢	٦	الماطاه	المعاطاة
٥٢	١٦	زرعة	بزرعة
٥٤	٢٧	مائدة	سورة المائدة الاية (١)
٥٥	٢٤	يضع	يصنع
٥٦	٢	يدعلی	علی يد
٦٣	١٤	البصع	البضع
٦٣	٢٦	لاتم	لاتسم
٦٦	٦	للا	لا

جدول الخطاء والصواب

صفحه	سطر	خطاء	صواب
٦٦	٢٣	فـى المعاطة	فـى المعاطاة
٧٠	٢٠	فمخلص	فملخص
٧٤	٥	المعاطاه	المعاطاة
٧٤	١٢	بصفة	بصيغة
٧٤	١٨	مصراد	مـراد
٧٤	١٨	لك فنقول	ذلك
٧٧	٣	ابينا تمايز	تمايـز ابينا
٧٧	٧	الاهو	هو
٧٧	٢٠	زيافه	زيـادة
٧٩	١٣	المعاطاة	المعاطاة
٨٠	٢٦	العاطاة	المعاطاة
٨٢	٢٠	منها	منهما
٨٧	٩	او	و
٨٧	١١	لفك	لنفسك
٨٧	٢٥	حيث تطلق الخ تتمة صفحة ٨٨	
٩٦	٤	مبروه	مبرزه
١٠٣	٦	يحين	يحسن
١٠٣	١١	والمنح	والمنع
١٠٦	١٩	فن	من
١٠٦	٢٦	بعض	
١٠٨	٢٥	الين	العين
١٠٩	١٩	بينهمان	بينهما
١١٣	٢٥	المعاه	المعاطة
١٢٣	٢٢	التصريح	الصريح

جدول الخطاء والصلواب

صفحه	سطر	خطاء	صواب
١٢٣	٢٥	التصريح	الصريح
١٢٥	١٠	بالسفاد	بالفساد
١٢٩	٢٠	الملامة	الملامسة
١٢٣	١٨	بالفظ	بلفظ
١٢٣	٢٤	٢٦٤	١٦٤
١٣٣	٢٤	تبصرة المتعالمين	تبصرة المتعلمين
١٣٥	١٧	للعربية	للقريبة
١٣٧	٢٤	القود	العقود
١٤٠	١٨	مركتة	مركبة
١٤١	١٦	مستعمل	مستعملا
١٥٢	٢٦	الى الشيخ	اى الشيخ


VETVS & NOVVM TESTAMENTVM
DEI·SVB·NVMINE·VIGET
PRINCETON
UNIVERSITY
LIBRARY

2264
.1185
.715
mujallad
1

Princeton University Library
32101 059045193

RECAP

قیمت [redacted] ریال