PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

Ilyast

المجلد الثالث

من كتاب :

بيان المطالب في شرح المكاسب

لمؤلفه الحقير المحتاج الى رحمة ربه الخبير عبد الله إلياسي

بخط :

الحاج عبد الرحيم افشار الزنجاني

(حقوق الطبع محفوظة للمؤلف)

2264
.1185
.7385
mujalla
3

تقريظ العلامة آية الله العظمى ابو المعالي السيد شهاب الدين الحسيني المرعشي النجفي مدظله

بسمه تعالى شانه

الحمد لله والشكر لما علم والهم والصلوة والسلام على سيد العرب والعجم و
مفخر بني آدم شرف الكائنات وعز الممكنات سيدنا ابي القاسم
محمد بن عبد الله (ص) وعلى آله سفن النجاة من ورطات الهلكات
والنجوم المشرقة في دياجي الحلكات صلوة دائمة مستمرة ما ذر شارق
وابرق بارق وبعد فقد وفق الله عز وجل العبد الصالح والولي
الفالح ذخر المدرسين وعين الاماثل والافاضل حجة الاسلام والمسلمين
الحاج الشيخ عبد الله الالياسي المراغي دامت بركاته وعمت حسناته.
بالفراغ من الجزء الثالث من كتاب (بيان المطالب في توضيح المكاسب)
لشيخنا استاذ المجتهدين قطب رحى الافادة ومدارها محور اكر العلوم والفضائل
آية الباري شيخنا المرتضى الانصاري قدس سره. ولعمري وبرب
الراقصات وداحي المدحوات ان مؤلفه قد اتعب نفسه النفيسة في
ترصيفها وتنسيقها جاد فأجاد واتى بما هو المؤمل والمراد من حل عوائص
المتن ومعاضلها بقوالب الجزلة وعبائر سهلة. الا وجزاه الباري نعم الجزاء
وهنأه بالكأس الاوفى بشربة لا ظما بعدها ابداً وفي الختام ارجو من
ربي الكريم ان يحشره وايانا في زمرة المحبين لآل الرسول الاكرم وشيعتهم آمين
آمين.

شهاب الدين الحسيني المرعشي النجفي

وانا العبد المستكين الغريب في وطنه خادم علوم اهل البيت عليهم السلام:
ابو المعالي شهاب الدين الحسيني المرعشي النجفي. فقد فرغ من املائه يوم
الاثنين من سلخ شهر رجب المرجب سنة ١٤٠٢ في بلدة قم المشرفة حرم
الائمة الاطهار وعش آل محمد حامداً مصلياً مسلماً مستغفراً.

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY PAIR>
32101 009811710

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين والصّلوة والسّلام على محمّد واله الطاهرين ولعنة الله على اعدائهم الى يوم الدّين **كتاب البيع** (١) وهو في الأصل كما عن المصباح مبادلة مال بمال (٢) والظاهر (٣)...

(١) البيع بذل المثمن واخذ الثمن او اخذ المثمن وبذل الثمن من الاضداد (اقرب الموارد) يعني البيع تارة يطلق على البيع واخرى على الشّراء كلفظة الشّراء حيث انّها ايضا من الاضداد لانّها تارة تطلق على البيع واخرى على الشّراء والمراد من البيع هنا هو بذل المثمن واخذ الثمن وقوله في الأصل اى في اللّغة (٢) قوله مبادلة مال خبر لمبتداء مقدّم وهو قوله (هو) والمراد من قوله (مبادلة مال بمال) هو اقامة كلّ من المالين مقام الآخر (٣) يعني الظاهر اختصاص المعوّض بالعين عند العرف لانّ المتبادر من لفظ البيع عرفا وصحّة سلب البيع عن تمليك المنفعة بعوض فصحّة السّلب علامة المجاز ←

في حقيقة البيع

اختصاص المعوّض بالعين فلا يعمّ (١) ابدال المنافع بغيرها (٢) وعليه (٣) استقرّ اصطلاح الفقهاء في البيع نعم ربّما يستعمل في كلمات بعضهم في نقل غيرها (٤) بل يظهر ذلك (٥) من كثير من الأخبار كالخبر الدالّ (٦) على جواز بيع خدمة المدبّر (٧) ...

← فيكون التبادر وعدم صحّة السلب عند العرف علامتي الحقيقة فيكشف كونه كذلك في اللغة بضميمة اصالة عدم النقل (١) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى البيع يعني فلا يعمّ البيع ابدال المنافع بغير المنافع بان نقول بعتك سكنى الدار سنة بعشرة دنانير وكذلك لا يعمّ ابدال المنافع بالمنافع بان نقول بعتك سكنى الدار سنة بسكنى البيت سنة (٢) الضمير عايد الى المنافع (٣) الضمير يرجع الى اختصاص المعوّض بالعين (٤) اى في نقل غير العين (٥) اشارة الى استعمال البيع في نقل غير العين (٦) في الوسائل ج ٣ الطبعة القديمة ص ٢٤٩ مسندا الى السكوني عن جعفر بن محمّد عن ابيه عليهما السلام عن علي عليه السلام قال باع رسول الله صلّى الله عليه وآله خدمة المدبّر ولم يبع رقبته .

(٧) المُدَبَّر بصيغة اسم المفعول : هو العبد الذي يدبّره مولاه بقوله : انت حرّ بعد وفاتي .

في حقيقة البيع

وبيع سكنى الدار (١) التي لا يعلم صاحبها وكاخبار بيع الارض الخراجيّة (٢) وشرائها والنظر انّها (٣) مسامحة في التعبير كما انّ لفظ الاجارة يستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان ...

---

(١) في الوسائل ج ٢ الطبعة القديمة ص ٥٦٩ باب ١٠ الحديث ٥ مسنداً الى اسحق بن عمّار عن عبد صالح ع قال سئلته عن رجل في يده دار ليست له ولم يزل في يده وبيد آبائه من قبله قد اعلمه من مضى من آبائه انّها ليست لهم ولا يدرون لمن هي فيبيعها ويأخذ ثمنها قال ع ما احبّ ان يبيع ما ليس له قلت فانّه ليس يعرف صاحبها ولا يدري لمن هي ولا اظنّه يجيئ لها ربّ ابداً قال ع ان يبيع ما ليس له قلت فيبيع سكناها او مكانها في يده فيقول: ابيعك سكناي وتكون في يدك كما هي في يدي قال نعم يبيعها على هذا.

(٢) في الوسائل ج ٢ ص ٤٣٨ باب ٧١ الحديث ١ مسنداً الى ابي بردة بن رجا قال قلت لابي عبد الله عليه السلام كيف ترى في شراء ارض الخراج قال ومن يبيع ذلك هي ارض المسلمين قال قلت يبيعها الذي هي في يده قال ويصنع بخراج المسلمين ما ذا ثمّ قال لا بأس يشتري حقّه منها ويحوّل حقّ المسلمين عليه ولعلّه يكون اقوى عليها واملى بخراجهم منه (٣) اي انّ استعمال البيع في كلمات بعض العلماء وكثير من الأخبار مسامحة في التعبير ومجاز لانّ المتبادر من لفظ البيع هو نقل الاعيان لا نقل المنافع والضمير المؤنّث يرجع الى المذكورات.

في حقيقة البيع

كالثمرة على الشجرة (١) واما العوض فلا اشكال في جواز كونها (٢) منفعة كما في غير موضع من عد وعن كره ومع صد ولا يبعد عدم الخلاف فيه (٣) نعم نسب الى بعض الاعيان (٤) (وهو البهبهاني) الخلاف فيه (٥) ولعله (٦) لما اشتهر في كلامهم من ان البيع نقل الأعيان والظاهر ارادتهم بيان المبيع (٧) نظير قولهم ان الاجارة لنقل المنافع (٨) واما عمل الحر (٩) ...

---

(١) اى قد يحتمل ان يكون المراد من العبارة اجارة الشجرة لثمرتها قبل وجودها وقد يحتمل ان يكون المراد منها هو استعمال الاجارة في نقل بعض الاعيان - كتعلقها بالثمرة على الشجرة وهذا الاحتمال الثاني ظاهر لانه الذي يكون فيه استعمال لفظ الاجارة في نقل بعض الاعيان (٢) الضمير عائد الى العوض والتانيث باعتبار الخبر (٣) اى في جواز كون العوض منفعة (٤) (العين) ايضا السيد - وشريف لقوله (اقرب الموارد) جمع اعيان (٥) اى الخلاف في جواز كون العوض منفعة فانه لا يجوز كون العوض منفعة ايضا (٦) اى لعل خلاف بعض الاعيان فيه (٧) يعني ان البيع لنقل الاعيان المبيعة فيكون المراد من الاعيان المثمن لا الثمن (٨) يعني ان الاجارة لنقل المنافع بالمال (٩) حاصل مراده انه لا اشكال في جواز عمل الحر عوضا في البيع اذا كان بعد وقوع المعاوضة عليه كما اذا استأجر زيد شخصا للخياطة في اليوم المعين ثم يشتري زيد كتابا بمقابل عمل خياطة ذاك الشخص الذي ملكه بالاجارة فانه لا اشكال في كونه مالا عرفا فيجعل عوضا في البيع واما عمل الحر قبل وقوع المعاوضة عليه فجواز كونه عوضا وعدمه ←

فی حقیقة البیع

فان قلنا انّه قبل المعاوضة علیه من الاموال فلا اشکال (١) والّا (٢) ففیه اشکال من (٣) حیث احتمال اعتبار کون العوضین فی البیع مالاً قبل المعاوضة کما یدلّ علیه (۴) ما تقدّم عن المصباح واَمّا الحقوق (۵) ...

← مبنیّ علی کونه معدوداً من الاموال او غیر معدود فعلی الاوّل فلا اشکال ایضاً فی جواز کونه عوضاً وعلی الثّانی ففیه اشکال وان کان یعدّ مالاً بعد البیع اذا قلنا بصحّته لاحتمال اعتبار کون العوض مالاً قبل البیع (١) ای فلا اشکال فی جواز کون عمل الحرّ عوضاً فی البیع (٢) ای وان لم نقل انّه قبل المعاوضة علیه من الاموال ففی جواز کون عمل الحرّ عوضا اشکال (٣) بیان لوجه الاشکال فی جعل عمل الانسان عوضاً اذا لم یعدّ مالاً (۴) ای علی اعتبار کون العوضین مالاً فی البیع (۵) لا یخفی انّ الحقوق مختلفة منها ما لا یقبل النّقل مجّاناً ولا معاوضة کحقّ الولایة والوصایة والتّولیة ومنها ما یقبل کلّ ذلک کحقّ التّحجیر فانّه قابل للنّقل بالمعاوضة والهبة وللانتقال بالارث وللسّقوط ومنها ما یقبل الانتقال بالارث والاسقاط دون النّقل الی الغیر کحقّ الخیار والشّفعة ومنها ما یقبل النّقل مجّانا لا معاوضة ویقبل الاسقاط دون الانتقال بالارث کحقّ القسمة فی الزّوجات لانّ اسقاطه صحیح ونقله مجّاناً الی زوجة اخری کذلک ولکنّه لا ینتقل بالارث ومنها ما یقبل الاسقاط فقط ولا یقبل النّقل والانتقال بالموت کحقّ الغیبة .

..

فان لم يقبل المعاوضة بالمال كحقّ الحضانة (١) والولاية فلا اشكال (٢) وكذا لو لم يقبل النقل كحقّ الشفعة (٣) وحقّ الخيار لانّ البيع تمليك لغير ولا ينتقض (٤) ...

---

(١) الحِضانة بالكسر: التربية (اقرب الموارد) فالمراد انّ هذا الحقّ لا يقبل النقل بالمعاوضة وبالهبة (٢) اى فلا اشكال في عدم جواز كون هذا الحقّ عوضاً في البيع (٣) فانّ حقّ الشفعة لا يقبل النقل مطلقا ولكنّه يقبل الاسقاط والانتقال وفي اللمعة والروضة، وهي فُعلة من قولك شفعت كذا بكذا اذا جعلته شُفعا به اى زوجاً كانّ الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب شريكه واصلها التقوية والاعانة ومنه الشفاعة والشفع وشرعاً استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته (٤) نقضٌ ودفعٌ: امّا النقض فانّه اذا لم يصحّ بيع حقّ الخيار على من عليه الخيار فينبغي ان لا يصحّ بيع الدين على من هو عليه والحال انّ بيع الثاني صحيح فلم لم يصحّ بيع الاوّل، واما دفع النقض فانّ السلطنة بحسب مفهومها من المعاني المتعدية بحرف الاستعلاء ولا يتعدّى بنفسها غاية الامر انّ متعلّقها تارة عين من الاعيان كالارض المحجّرة فله السلطنة عليها - باحيائها وتملّكها، واخرى شخص من الاشخاص فلذى الخيار السلطنة على من عليه الحقّ بحلّ عقده بالفسخ بخلاف الملكية فانّها تتعدّى بنفسها سواء كان المملوك عيناً خارجيّاً او كلّيّاً ذمّيّاً فمثل سلطنة ذى الخيار على من عليه الخيار اذا انتقلت اليه لزم كون الشخص مسلّطاً ومسلّطاً عليه فيجتمع فيه ←

بيع الدّين على من هو (١) عليه لانّه لا مانع من كونه (٢) تمليكا فيسقط (٣) ولذا جعل الشّهيد في قواعده الابراء مردّدا بين الاسقاط والتّمليك (٤) و الحاصل انّه يعقل ان يكون مالكا في ذمّته فيؤثّر تمليكه (٥) السّقوط ولا يعقل ان يتسلّط على نفسه والسّر انّ مثل هذا الحقّ سلطنة فعليّة لا يعقل قيام طرفيها (٦) بشخص واحد بخلاف الملك فانّها (٧) نسبة بين المالك و المملوك ولا يحتاج الى من يملك عليه حتّى يستحيل اتّحاد المالك والمملوك عليه ...

← عنوانان متقابلان وهو محال بخلاف ما اذا ملك الانسان لما في ذمّته نفسه فانّ المالك غير المملوك فلا يلزم اتّحاد عنوانين متقابلين والمصنّف دفع النّقض بقوله لانّه لا مانع الخ (١) الضّمير عائد الى الدّين (٢) اى كون بيع الدّين تمليكا على من هو عليه (٣) اى فيسقط الدّين عن ذمّة من هو عليه (٤) يعنى كلام الشّهيد على الاحتمال الثّاني مؤيّد لجواز بيع الدّين للمديون فيكون تمليكا فيسقط (٥) يعنى فيؤثّر تمليك الدّائن الدّين للمديون السّقوط (٦) اى لا يعقل قيام طرفي السّلطنة المسلّط والمسلّط عليه بشخص واحد لانّهما عنوانان متقابلان فانّهما لا يجتمعان في موضوع واحد في آن واحد (٧) اى فانّ الملك نسبة بين المالك الّذى هو المديون بعد بيع الدّائن الدّين مثلا وبين المملوك الّذى هو الدّين بعد البيع .

فی حقیقۃ البیع

فافہم (١) واما الحقوق القابلۃ للانتقال کحق التحجیر ونحوہ (٢) فھی وان قبلت النقل وقوبلت بالمال فی الصلح الا ان فی جواز وقوعھا (٣) عوضا للبیع اشکالا (٤) من اخذ المال فی عوض المبایعۃ لغۃ وعرفا مع ظھور کلمات الفقھاء عند التعرض لشروط العوضین ولما (٥) یصح ان یکون اجرۃ فی الاجارۃ فی حصر الثمن (٦) فی المال ثم اعلم ان لفظ البیع لیس لہ حقیقۃ شرعیۃ ولا متشرعیۃ بل ھو باق علی معناہ العرفی (٧) کما سنوضحہ آنفا الا ان الفقھاء قد اختلفوا فی تعریفہ (٨) ففی ط وکرہ وغیرھما انتقال عین من شخص الی غیرہ بعوض ...

---

(١) لعلہ اشارۃ الی ان ملک الذمۃ ایضا کالحق یستحیل قیام طرفیہ بشخص واحد لان ملک الذمۃ یحتاج الی من علیہ الملک وانما لا یحتاج الیہ ھو ملک العین الخارجیۃ فحینئذ یلزم کون الشخص الواحد مالکا ومملوکا علیہ فیجتمع فیہ عنوانان متقابلان وھو محال (٢) کحق السبق والاولویۃ فی الاماکن العامۃ مثل المساجد والمدارس الدینیۃ (٣) ای وقوع الحقوق (٤) لعل وجہ الاشکال ان الحق لیس مالا عند العرف (٥) قولہ (لما یصح) عطف علی قولہ (لشروط العوضین) یعنی عند التعرض لما یصح ان یکون اجرۃ فی الاجارۃ (٦) قولہ (فی حصر الثمن) متعلق بقولہ (ظھور کلمات الفقھاء) (٧) ای باق علی معناہ العرفی الذی کان متداولا فی زمان الشارع وقبل زمان الشارع (٨) ای فی تعریف البیع .

فی تعریف البیع

مقدّر (١) علی وجه التّراضی حیث انّ فی هذا التّعریف مسامحة (٢) واضحة عدل اخرون الی تعریفه بالایجاب والقبول الدّالّین علی الانتقال وحیث انّ البیع من مقولة المعنی (٣) دون اللّفظ مجرّدًا او بشرط قصد المعنی (٤) والّا (٥) لم یعقل انشائه باللفظ عدل (ع) مع صدالی تعریفه (٧) بنقل العین بالصّیغة المخصوصة (٨) ویرد علیه (٩) مع انّ النّقل لیس مرادفًا للبیع ولذا صرّح فی التّذکرة بانّ ایجاب البیع لا یقع بلفظ نقلت ...

---

(١) ای لا یکون العوض مجهولاً (٢) وذلك لانّ البیع هو النّقل والتّملیك الّذی هو الفعل لا الانتقال الّذی هو الانفعال لانّه اثر للبیع (٣) والمراد من قوله (انّه من مقولة المعنی) هو النّقل الخارجی (٤) یعنی ولیس البیع من مقولة اللّفظ بشرط قصد المعنی (٥) ای وان کان اللّفظ داخلاً فی تعریف البیع لم یعقل انشائه باللّفظ لانّ اللّفظ لا یعقل ان ینشأ باللّفظ والحال انّ البیع ینشأ باللّفظ (ع) قوله : عدل ، جواب لقوله حیث انّ البیع الخ (٧) ای تعریف البیع (٨) ای بعتُ (٩) ای ویرد علی تعریف جامع المقاصد ثلاث اشکالات : احدها ما ذکره المصنّف بقوله انّ النّقل لیس مرادفًا للبیع لانّ النّقل اعمّ من البیع والصّلح والهبة ، ثانیها ما ذکره بقوله انّ المعاطاة عنده بیع مع خلوّه عن الصّیغة ، ثالثها ما ذکره بقوله انّ النّقل بالصّیغة ایضًا لا یعقل انشائه بالصّیغة .

في تعريف البيع

وجعله (١) من الكنايات (٢) وانّ المعاطاة عنده (٣) بيع مع خلوّها عن الصّيغة انّ (٤) النّقل بالصّيغة أيضا لا يعقل انشائه بالصّيغة ولا يندفع هذا (٥) بانّ المراد (٦) انّ البيع نفس النّقل الّذي هو مدلول الصّيغة فجعله (٧) مدلول الصّيغة اشارة الى تعيين ذلك (٨) الفرد من النّقل لانّه (٩) ماخوذ في مفهومه (١٠) حتّى يكون مدلول بعت نقلت بالصّيغة لانّه (١١)

---

(١) الضّمير المفعول يرجع الى ايجاب البيع بلفظ النّقل (٢) فانّ الكناية ذكر اللّازم وارادة الملزوم وانّ قولك زيد كثير الرّماد كناية عن كثرة ضيفه فكما انّ كثرة الرّماد لازم لكثرة الضّيف كذلك النّقل لازم للبيع (٣) اى عند صاحب جامع المقاصد (٤) قوله : أنّ ، مع اسمها وخبرها فاعل لقوله ويرد عليه (٥) اشارة الى الاشكال الثّالث (٦) يعنى انّ مراد جامع المقاصد انّ الصّيغة ليس جزءً مقوّمًا لماهيّة البيع بل حال السّبب الّذي هو الصّيغة حال العوضين الماخوذين في مقام تعريف البيع بانّه تمليك عين بمال فانّه من المعلوم انّ العوضين غير داخلين في مفهوم البيع بل الغرض منه هو النّقل والتّمليك وهذا النّقل قابل للانشاء بالصّيغة الّتي هي غير داخلة في مفهوم البيع (٧) الضّمير عائد الى النّقل (٨) اى تعيين ذلك الفرد الّذي هو مدلول الصّيغة من النّقل (٩) الضّمير عائد الى الصّيغة (١٠) اى في مفهوم البيع (١١) تعليل لقوله: لا يندفع هذا .

في تعريف البيع

ان اريد بالصيغة خصوص بعت لزم الدور (١) لان المقصود معرفة مادة بعت وان اريد بها (٢) ما يشمل ملكت وجب الاقتصار على مجرد التمليك والنقل فالاولى تعريفه (٣) بانه انشاء تمليك عين بمال ولا يلزم عليه (٤) شئ مما تقدم (٥) نعم يبقى عليه امور (٦) منها انه (٧) موقوف على جواز الايجاب بلفظ ملكت والا (٨) لم يكن مرادفا له ويرده (٩) انه الحق كما سيجئ ومنها انه (١٠) لا يشمل بيع الدين على من هو عليه لان الانسان لا يملك مالا على نفسه وفيه (١١) ...

---

(١) لان معرفة البيع متوقفة على معرفة (بعت) ومعرفته متوقفة على معرفة البيع (٢) اى بالصيغة (٣) اى تعريف البيع (٤) الضمير يرجع الى تعريف البيع بانه (انشاء تمليك عين بمال) (٥) اى مما تقدم من الاشكالات الواردة على التعريفات المتقدمة (٦) اى امور من الاشكالات (٧) اى ان هذا التعريف (٨) اى وان لم يجز الايجاب بلفظ ملكت لم يكن التمليك مرادفا للبيع (٩) اى ويرد هذا الاشكال ان جواز ايجاب البيع بلفظ (ملكت) هو الحق (١٠) اى ان هذا التعريف بانه انشاء تمليك عين بمال لا يشمل بيع الدين على من هو عليه (١١) اى وفى هذا الاشكال ما ذكره المصنف من الجوابين : احدهما ما ذكره بقوله ما عرفت من تعقل تملك ما على نفسه ورجوعه الى سقوطه عنه ، وثانيهما ما ذكره بقوله انه لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع .

في تعريف البيع

مع ما عرفت وستعرف من تعقل تملك ما على نفسه في ذمته ورجوعه (١) الى سقوطه (٢) عنه نظير تملك ما هو مساو لما في ذمته وسقوطه بالتهاتر (٣) انه (٤) لو لم يعقل التمليك (٥) لم يعقل البيع اذ ليس للبيع لغة وعرفا معنى غير المبادلة والنقل والتمليك وما يساويها من الالفاظ ولذا (٦) قال فخر الدين ان معنى بعت في لغة العرب ملكت غيري فاذا لم يعقل ملكية ما في ذمة نفسه لم يعقل شئ مما يساويها (٧) فلا يعقل البيع ومنها (٨) انه (٩) يشمل التمليك بالمعاطاة مع حكم المشهور بل دعوى الاجماع على انها ليست بيعا ...

---

(١) الضمير يرجع الى تملك ما والمراد من قوله ما هو الشئ (٢) اى سقوط الشئ عن نفس الانسان (٣) يعني انه اذا كان لزيد في ذمة بكر الف من من الحنطة فاشترى بكر من زيد الف من من الحنطة المساوية لتلك الحنطة في الجنس والوصف من دون زيادة ونقيصة فان بكرا يملك بالشراء ويسقط لانه يكون بدلا عن الدين الذى في ذمته (٤) قوله (انه) مع اسمها وخبرها مبتداء مؤخر لخبر مقدم وهو قوله (فيه) (٥) اى لو لم يعقل التمليك للدين الذى في ذمته لم يعقل البيع فيعقل البيع ويعقل التمليك ايضا (٦) اى ولأجل التلازم بين التمليك والبيع قال فخر الدين الخ .
(٧) الضمير المفعول يرجع الى الملكية (٨) اى من الامور التى ذكرها المصنف بقوله (نعم يبقى عليه امور) . (٩) اى ان التعريف ←

فی تعریف البیع

وفیه ما سیجیئ من کون المعاطاة بیعًا لان مراد النافین نفی صحته (١) ومنها صدقه (٢) علی الشراء فان المشتری بقبوله للبیع یملك ماله بعوض المبیع وفیه ان التملیك فیه ضمنی (٣) وانما حقیقة التملك بعوض ولذا لا یجوز الشراء بلفظ ملکت تقدم علی الایجاب او تاخر وبه (٤) یظهر اندفاع الایراد (٥) بانتقاضه (٦) بمستاجر العین بعین حیث (٧) ان الاستیجار یتضمن تملیك العین بمال اعنی المنفعة ومنها انتقاض

الذی ذکره المصنف رحمه الله بقوله : انشاء تملیك عین بمال (١) ای نفی صحة المعاطاة فیما لو کان مقصود المتعاطیین التملیك لا نفی اصل البیعیة وهذا النفی لا ینافی صحته اباحةً (٢) ای صدق هذا التعریف علی الشراء (٣) ای المراد من التملیك الضمنی هو التملیك التبعی یعنی ان التملیك فی البیع استقلالی وفی الشراء تبعی وبعبارة اخری ان التملیك من البایع استقلالی ومن المشتری تبعی (٤) ای بالجواب المذکور ان التملیك فیه ضمنی یظهر اندفاع الایراد (٥) نقضٌ ودفعٌ : اما النقض فان التعریف منتقض بالاستیجار لانه تملیك عین بمنفعة فان مستأجر الدار یملك مأة دینار بمقابلة منفعتها فیصدق له انه تملیك عین بمال ، اما الدفع فان تملیك العین التی هی مأة دینار فی الاستیجار تبعی وتملیك المنفعة استقلالی والمصنف بیّن دفع النقض بقوله (حیث ان الاستیجار الخ (٦) ای بانتقاض التعریف المذکور . (٧) قوله (حیث ان الاستیجار) وجه لاندفاع الایراد

فى تعريف البيع

طرده (١) بالصّلح (٢) على العين بمال وبالهبة المعوّضة وفيه انّ حقيقة الصّلح ولو تعلّق بالعين ليس هو التّمليك على وجه المقابلة و المعاوضة بل معناه الاصلى هو التّسالم ولذا لا يتعدّى (٣) بنفسه الى المال نعم هو (٤) متضمّن للتّمليك اذا تعلّق بعين لانّه (٥) نفسه والّذى يدلّك على هذا (٦) انّ (٧) الصّلح قد يتعلّق بالمال عينًا او منفعة فيفيد التّمليك ...

---

(١) اى انتقاض كون التّعريف مانعًا للاغيار بالصّلح على العين بمال فالتّعريف ليس مانعًا للاغيار لدخول الصّلح المذكور فيه (٢) نقضٌ ودفعٌ امّا النّقض فانّ تعريف المذكور ليس مانعًا للاغيار لانّ الصّلح على العين بمال داخل فى هذا التّعريف والحال انّ الصّلح ليس بيعًا ، وامّا الدّفع فانّ حقيقة الصّلح هو التّسالم والموافقة لا التّمليك فان كان التّسالم على ملكيّة شيء بعوض يفيد نتيجة البيع وهى ملكيّة عين بعوض فالصّلح ليس تمليكًا بل - حقيقته التّسالم والموافقة وهو يتضمّن التّمليك اذا تعلّق بالعين (٣) اى لا يتعدّى الصّلح بنفسه الى المصالح عليه الّذى هو بمنزلة المبيع بل يتعدّى بحرف الاستعلاء يعنى لا يقال صالحتك الدّار بكذا كما يقال ملكت الدّار بكذا بل يقال صالحتك على كذا بكذا وصالحتك عن كذا بكذا (٤) اى الصّلح (٥) اى لانّ الصّلح نفس التّمليك (٦) اشارة الى انّ الصّلح ليس تمليكًا (٧) قوله : (انّ) مع اسمها وخبرها فاعل (يدلّك) .

في تعريف البيع

وقد يتعلّق بالانتفاع (١) فيفيد فايدة العارية وهو (٢) مجرّد التسليط وقد يتعلّق (٣) بالحقوق فيفيد (٤) الاسقاط او الانتقال وقد يتعلّق بتقرير امر بين المتصالحين كما في قول احد الشريكين لصاحبه صالحتك على ان يكون الربح لك والخسران عليك (٥) ...

---

(١) الفرق بين ملكيّة المنفعة وملكيّة الانتفاع انّ مستاجر الدّار يملك منفعتها فاذا غصبها غاصب يكون ضامنا للمستأجر لا للموجر المالك وكذلك اذا كان الصّلح يتعلّق بالمنفعة بخلاف ملكيّة الانتفاع فانّ مستعير الدّار لا يملك منفعتها فاذا غصبها غاصب يكون ضامنا للمالك المعير لا للمستعير وكذلك اذا كان الصّلح يتعلّق بالانتفاع (٢) اى تعلّق الصّلح بالانتفاع هو مجرّد التّسليط من دون ان تكون منفعة الدّار مثلا ملكا له (٣) اى قد يتعلّق الصّلح بالحقوق (٤) اى فيفيد تعلّق الصّلح بالحقوق فائدة الاسقاط كما لو قالت الزّوجة لزوجها صالحتك على اسقاط حقّي المضاجعة وقد يفيد فائدة الانتقال كما لو قالت المرئة لضرّتها صالحتك على ان يكون حقّ مضاجعتي لك (٥) ويدلّ على صحّة ذلك الصّلح ، في الوسائل ج ٢ الطّبعة القديمة ص ٤٣٢ الباب (٤) الحديث (١) رواية الحلبي عن ابي عبد الله ع في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه وكان من المال دين وعين فقال احدهما لصاحبه اعطني رأس المال ولك الرّبح وعليك النّوى فقال ع لا بأس اذا اشترطا فاذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو ردّ الى كتاب الله عزّ وجلّ فالظّاهر انّ المراد من النّوى الدّين ←

فى تعريف البيع

فيفيد مجرّد التّقرير (١) فلو كانت حقيقة الصّلح هى عين كلّ من هذه المفادات الخمسة (٢) لزم كونه مشتركًا لفظيًّا (٣) وهو واضح البطلان فلم يبق الّا ان يكون مفهومه (٤) معنًى اخر وهو التّسالم فيفيد فى كلّ موضع فائدة من الفوائد المذكورة (٥) بحسب ما يقتضيه متعلّقه (٦) فالصّلح على العين بعوض تسالم عليه وهو (٧) يتضمّن التّمليك لا انّ مفهوم الصّلح فى خصوص هذا المقام وحقيقته هو انشاء التّمليك ومن هنا (٨) لم يكن طلبه من الخصم اقرارًا له (٩) ...

← هو بمعنى الخسارة هى الخسارة المترقّبة لا كون المال دينًا يحتمل عدم وصوله والمراد من الرّبح هو الرّبح الموجود بقرينة قوله (فربحا) (١) اى التّثبيت (٢) احدها افادة تمليك العين وثانيها افادة تمليك المنفعة وثالثها افادة فايدة العارية ورابعها افادة الاسقاط او الانتقال وخامسها افادة التّقرير (٣) وهو ان يكون لفظ الصّلح موضوعًا لكلّ واحد من المعانى الخمسة ابتداءً بوضع على حدة (٤) اى ان يكون مفهوم الصّلح هو التّسالم الّذى هو المعنى الكلّى الّذى يصدق على تلك الافراد الخمسة فيكون مشتركًا معنويًّا (٥) اى المذكورة الخمسة (٦) الضّمير عائد الى الصّلح (٧) الضّمير عائد الى الصّلح على العين (٨) اشارة الى انّ مفهوم الصّلح و حقيقته ليس انشاء التّمليك (٩) كما لو تخاصم زيد وبكر فى دار فقال زيد لبكر انّى اطلب منك الصّلح على هذه الدّار لم يكن هذا الطّلب اقرارًا منه ←

فی تعریف البیع

بخلاف طلب التّملیك (١) واما الهبة المعوّضة (٢) والمراد بها هنا ما اشترط فیها العوض فلیست انشاء تملیك بعوض علی جهة المقابلة والّا (٣)...

← بانّ الدّار لبكر (١) كما لو تخاصم زید وبكر فی دار فقال زید له ملكنی هذه الدّار فیكون هذا طلب التّملیك اقرارا منه بانّ الدّار لبكر (٢) وحاصل المراد انّه تارة تكون المقابلة بین المالین كأن یقول ملّكت هذا المال بهذا المال فیكون المبادلة بین المالین بانشاء البایع فكانّه قال ملّكتك هذا الكتاب كائنا فی مقابلة هذا الدّینار وهذا یكون بیعا واخری ان لا یكون فی البین مقابلة بل تملیك وشرط وهو علی الوجهین: احدهما ان یهب مالا علی ان یعوّضه شیئا وثانیهما ان یهبه مالا علی ان یكون الشّیء الفلانی ملكا له، فالاوّل بنحو شرط الفعل والثّانی بنحو شرط النّتیجة وهذا یكون هبة علی كلا الوجهین فالشّرط فی الهبة لیس عوضا ولذا لا یضرّ تخلّفه فی ملكیّة الموهوب بل انّما یؤدّی ذلك ان یرجع الواهب فی هبته ان اختاره وثالثة ان تكون المقابلة بین التّملیكین كان یقول ملّكتك هذا بتملیكك ایّای كذا وهذا بعید عن معنی البیع واجراء حكم الهبة المعوّضة علیه مشكل ایضا اذ لو لم یملّك الثّانی هنا لم یتحقّق التّملیك من الاوّل فالاولی ان یقال انّه مصالحة وتسالم علی امر معیّن كما سیأتی من المصنّف ره فی المعاملات

(٣) ای وان كانت الهبة المعوّضة انشاء تملیك بعوض علی جهة المقابلة كالبیع لم یعقل تملّك المنهب للموهوب من دون تملك الواهب للعوض والحال انّ ←

فى تعريف البيع

لم يعقل تملّك احدهما لاحد العوضين من دون تملّك الآخر للآخر مع انّ ظاهرهم (١) عدم تملّك العوض بمجرّد تملّك الموهوب بالهبة بل غاية الامر انّ المتّهب لولم يؤدّ العوض كان للواهب الرّجوع فى هبته فالظاهر انّ التّعويض المشترط (٢) فى الهبة كالتّعويض الغير المشترط فيها فى كونه (٣) تمليكًا مستقلًا يقصد به وقوعه عوضًا لا انّ حقيقة المعاوضة والمقابلة مقصودة فى كلّ من العوضين كما يتّضح ذلك بملاحظة التّعويض (٤) الغير المشترط فى ضمن الهبة الاولى (٥) فقد تحقّق ممّا ذكرنا (٦) انّ حقيقة تمليك العين - بالعوض ليست الّا البيع فلو قال ملّكتك كذا بكذا كان بيعًا ولا يصحّ صلحًا ولا هبة معوّضة وان قصدهما (٧) اذ التّمليك على جهة المقابلة الحقيقيّة ليس صلحًا ولا هبةً فلا يفعلان به (٨) ...

← المتّهب يتملّك الموهوب من دون ان يتملّك الواهب العوض (١) اى ظاهر الفقهاء عدم تملّك الواهب للعوض بمجرّد تملّك المتّهب للموهوب (٢) كأن يهب زيد مالا لبكر على ان يعوّضه كتابًا (٣) اى فى كون التّعويض (٤) اى كما انّ المال لا يقابل بالمال فى غير المشترط كذلك لا يقابل المال بالمال فى التّعويض المشترط (٥) وهى الصّادرة من الواهب الاوّل (٦) والمراد (ممّا ذكرنا) هو دفع الاشكالات والانتقاضات (٧) يعنى وان قصد الصّلح والهبة المعوّضة (٨) الضّمير يرجع الى قوله ملّكتك كذا بكذا .

فى تعريف البيع

نعم لو قلنا بوقوعهما بغير الالفاظ الصريحة توجه تحققهما مع قصدهما (١) فما قيل (٢) من ان البيع هو الاصل (٣) فى تمليك الاعيان بالعوض فيقدم على الصلح والهبة المعوضة محل تامل (٤) ...

---

(١) اى مع قصد الصلح والهبة المعوضة بلفظ ملكتك . (٢) لايخفى ان المراد بالاصل هنا احد الامرين اما اصالة الحقيقة واما الراجح الشايع ومورد الاول ما اذا كان التمليك بعوض حقيقة فى البيع وارادة غيره منه لا يكون الا مجازا فاذا شك فى ارادة المعنى الحقيقى فالاصل هو ارادة المعنى الحقيقى كما هو مقتضى اصالة الحقيقة ، ومورد الثانى ما اذا كان المعنى طبيعيا له اصناف فاذا شك فى انه اراد الصنف الشايع او غيره وهو الصلح والهبة المعوضة فالراجح هو البيع وبعد ما عرفت ان طبيعى التمليك بعوض منحصر فى البيع فلا مجال للاصل بهذا المعنى الذى هو الراجح ومما ذكرنا تبين ان مراد القائل من الاصل بقوله (ان البيع هو الاصل) ان كان هو الثانى فلا محل له بعد انحصار طبيعى التمليك فى البيع وان كان هو الاول مع انعقاد العقود بالالفاظ المجازية فلجريان الاصل محل لحمل لفظ التمليك بعوض على معناه الحقيقى الذى هو البيع والمصنف (ره) يدعى ان غرض القائل من الأصل هو الراجح ولذا رده بقوله (محل تامل بل منع) لان التمليك بعوض حقيقة فى البيع ومنحصر فيه فلا مجال لجريان الاصل بمعنى الراجح (٣) المراد بالاصل هنا هو الراجح الشايع بناء على ما ادعاه المصنف (٤) قوله (محل تامل) خبر لمبتداء مقدم وهو قوله (فما قيل).

بل منع (١) لما عرفت من ان تمليك الاعيان بالعوض هو البيع لا غير نعم لو اتى بلفظ التمليك بالعوض واحتمل ارادة غير حقيقته كان مقتضى الاصل اللفظي (٢) حمله على المعنى الحقيقي فيحكم بالبيع لكن انظر ان الاصل بهذا المعنى (٣) ليس مرادا لقائل المقدم وسيجيء توضيحه في مسئلة المعاطاة في غير البيع آنفا بقي القرض داخلا في ظاهر الحد ويمكن اخراجه (٤) بان مفهومه (٥) ليس نفس المعاوضة ...

---

(١) وخلاصة جواب المصنف ره على ما قيل الخ) ان تمليك العين بالعوض حقيقة في البيع ومنحصر فيه فلا مجال لان يكون له اصناف فيقدم بعضها الشايع الراجح الذي هو البيع على غيره نعم لو احتمل ارادة غيره من هذا اللفظ كان مقتضى الاصل اللفظي حمله على معناه الحقيقي الذي هو البيع (٢) فالمراد من الاصل اللفظي هنا هي اصالة الحقيقة (٣) يعني ان الاصل بمعنى اصالة الحقيقة ليس مراد القائل المقدم لعل مراده منه هو الاصل الراجح الشايع (٤) اي اخراج القرض عن الحد الذي بينه المصنف ره (٥) يعني ان مفهوم القرض ليس تمليك عين بالمثل او بالقيمة حتى يكون مبادلة مال بمال بل هو تمليك مال له بدل واقعا، توضيح ذلك ان الشخص تارة في مقام تمليك ماله بشئ يقال له البدل المسمى فهو البيع واخرى يكون في مقام تمليك ماله وله بدل واقعي يقال له المثل او القيمة فيقصد بتمليكه عدم المجانية فهو قرض فهو في الحقيقة تمليك على وجه تضمين البدل الواقعي .

فی تعریف البیع

بل هو تملیك علی وجه ضمان المثل او القیمة لا معاوضة للعین بهما ولذا لا یجری فیه (١) ربا المعاوضة ولا الغرر المنفی فیها (٢) ولا ذکر العوض (٣) ولا العلم به (٤) فتامّل (٥) ...

---

(١) ای لا یجری فی القرض ما اشترط فی ربا المعاوضة من کون العوضین من المکیل والموزون بل یجری فیه الرّبا بشرط الزّیادة وان لم یکن ما اقرضه وبدله من المکیل والموزون (٢) ای لا یجری فی القرض الغرر المنفیّ فی المعاوضة یعنی انّ الفقهاء یستدلّون علی اشتراط العلم بالعوضین فی البیع بقوله ﷺ نهی النّبیّ ﷺ عن بیع الغرر فلا بدّ ان یکون المراد من قوله (لا یجری فیه الغرر المنفیّ فیها) انّه لا یشترط العلم بالمال الّذی یقرضه المقرض، فلو اقرض قبضتین من الدّنانیر من دون عدّ ولا وزن صحّ القرض غایة الامر انّ المقترض یعرف قدرها بعد ذلك لاجل اداء مثل المال الّذی اقترضه (٣) ای ولا یجری فی القرض ذکر العوض فالمراد انّ الشّخص اذا ملّك ماله وکان له بدل وافیّ لم یلزم علیه ذکر البدل فالمقرض اذا قال اقرضتك هذه الدّراهم من دون ذکر العوض صحّ هذا القرض لانّه یملّك دراهمه الّتی کان لها بدل وافیّ یقال له المثل او القیمة (٤) ای ولا العلم تفصیلاً بالعوض الّذی هو المثل او القیمة (٥) لعلّه اشارة الی انّ المستفاد من جماعة اعتبار التّعیین فی القرض کما فی البیع والی انّ عدم ذکر العوض فی القرض انّما هو من جهة عدم التّفاوت بین ما اقرضه ومثله والی انّ عدم العلم بالعوض انّما هو ←

في تعريف البيع

ثمّ انّ ما ذكرنا (١) تعريف للبيع الماخوذ (٢) في صيغة بعت وغيره من المشتقّات (٣) ويظهر من بعض (٤) من قارب عصرنا استعماله في معانٍ اُخر غير ما ذكر احدها التّمليك المذكور (٥) لكن بشرط تعقّبه بتملّك المشترى واليه نظر بعض مشايخنا حيث اخذ (٦) قيد التّعقّب بالقبول في تعريف البيع المصطلح (٧) ولعلّه لتبادر التّمليك (٨) المقرون بالقبول من اللّفظ ...

← من جهة العلم بما اقرضه يستلزم العلم بمثله (١) وهو قوله بانّه انشاء تمليك عين بمال (٢) قوله المأخوذ وصف للبيع (٣) المشتقات هي كباع ويبيع وبع وبايع (٤) حكى عن بعض انّه صاحب المقابيس وحكى عن بعض اخر انّه الشّيخ الكبير الشّيخ جعفر (٥) وهو انشاء تمليك عين بمال (٦) الضّمير الفاعل المستتر يرجع الى بعض مشايخنا (٧) المراد من المصطلح هو المصطلح عند الفقهاء فانّهم اصطلحوا فيه معنيين اخرين احدهما هو العقد المركّب من الايجاب والقبول ولذا نسب الى المشهور تعريفه بالعقد ثانيهما انّه معاملة خاصّة قائمة بين الطّرفين كما في قوله ثمّ فَاسْعَوْا اِلٰى ذِكْرِ اللّٰهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ، وقوله تعالى: رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر اللّٰهِ، وقوله تعالى احلّ اللّٰه البيع، فالظّاهر انّ المراد منه هنا هو الثّاني ولا يخفى انّ الفرق بين قول بعض من قارب عصره وبين قول بعض مشايخنا انّ الاوّل اخذ القيد المذكور في احد معنى البيع والثّاني اخذه في معنى البيع المصطلح (٨) ←

فی تعریف البیع

بل وصحّة السّلب عن المجرّد (١) ولهذا لایقال باع فلان ماله الّا بعد ان یکون قد اشتراه (٢) غیره ویستفاد من قول القائل بعت ماله انّه اشتراه غیره (٣) لا انّه اوجب البیع فقط الثّانی (٤) الاثر الحاصل من الایجاب والقبول وهو الانتقال (٥) کما یظهر من ط وغیره الثّالث (٦) نفس العقد المرکّب من الایجاب والقبول والیه ینظر من عرّف البیع بالعقد قال بل الظّاهر اتّفاقهم علی ارادة هذا المعنی فی عناوین ابواب المعاملات حتّی الاجارة وشبهها (٧) الّتی لیست هی فی الاصل اسمًا لاحد طرفی العقد (٨) ...

← قوله (لتبادر التّملیک الخ) تعلیل لاخذ القید المذکور فی تعریف البیع المصطلح لا تعلیل لقول بعض من قارب عصره (١) ای التّملیک المجرّد عن القبول (٢) الضّمیر المفعول فی قوله (اشتراه) یرجع الی المال والضّمیر فی قوله (غیره) یرجع الی (فلان) (٣) وهذه شواهد علی انّ تعقّب القبول شرط فی صدق البیع المصطلح (٤) ای المعنی الثّانی من معانی البیع (٥) لعلّ المراد من الانتقال الشّرعی لا الانتقال الّذی هو اثر الایجاب (٦) ای المعنی الثّالث من معانی البیع (٧) وهو مثل الودیعة والعاریة والصّدقة فانّها نفس المال وقد تستعمل فی معنی الایداع والاعارة والتّصدّق ومثلها لفظ الاجارة فانّها لغة نفس الاجرة (٨) حکی عن صاحب المقابیس انّ عناوین المعاملات علی ثلاثة اقسام احدها ما کان اسمًا لاحد طرفی العقد مثل البیع والضّمان والخلع فانّها اسماء للایجاب وثانیها ما کان اسما لکلیهما مثل الشّرکة والقراض ←

فی تعریف البیع

اقول (١) اما البیع بمعنی الایجاب المتعقب للقبول فالظاهر انه لیس مقابلاً للاول (٢) وانما هو فرد انصرف الیه (٣) اللفظ فی مقام قیام القرینة (٤) علی ارادة الایجاب المثمر اذ لا ثمرة فی الایجاب المجرد فقول المخبر بعت انما اراد الایجاب المقید فالقید (٥) مستفاد من الخارج لا ان البیع مستعمل فی الایجاب المتعقب للقبول ...

← والمزارعة والمساقات وثالثها ما لم یکن کذلک بل هو اسم عین کان عنواناً للعقد وذلک مثل الودیعة والصدقة والعاریة فانها لغة وعرفاً وشرعاً نفس المال وقد تستعمل فی معنی الایداع والاعارة والتصدق ومثلها لفظ الاجارة فانها فی اللغة نفس الاجرة انتهی ما حکی قال فی اقرب الموارد (الاجرة والاجارة) الکراء ج اُجَر (١) من هنا یرید المصنف ره ان یرد المعانی الثلاثة التی ذکرها من قارب عصره للبیع (٢) فالمراد من قوله للاول هو تعریف المصنف ره البیع بقوله انشاء تملیک عین بمال (٣) ای الی الایجاب المتعقب للقبول (٤) الظاهر ان مراد المصنف ره ان البیع حقیقة فی الایجاب وهو انشاء تملیک عین بمال وانصراف لفظ البیع الی الایجاب المتعقب للقبول کان فی مقام قیام القرینة علی ارادة الایجاب المثمر (٥) ای القید المذکور الذی هو تعقب القبول لیس داخلاً فی معنی البیع وهو مستفاد من الخارج الذی هو قرینة علی ان المتکلم اراد المثمر .

فی تعریف البیع

وکک (١) لفظ النّقل والابدال والتّملیک وشبهها (٢) مع انّه لم یقل احد بانّ تعقّب القبول له دخل فی معناها (٣) نعم تحقّق القبول شرط للانتقال فی الخارج لا فی نظر النّاقل (٤) اذ التّاثیر (٥) ...

---

(١) ای مثل لفظ البیع لفظ النّقل والابدال والتّملیک فی کون معنی کلّ منها انشاء نقل عین بمال وانشاء ابدال عین بمال وانشاء تملیک عین بمال مع انّ تعقّب القبول لم یکن داخلاً فی معناها (٢) وهو کالتّعویض والتّبدیل (٣) الضّمیر عائد الی النّقل والابدال والتّملیک وشبهها (٤) توضیح المراد انّ الانتقال علی قسمین : انتقال انشائیّ وانتقال خارجیّ والمقصود من الانتقال فی نظر النّاقل هو الانتقال الانشائی وتعقّب القبول شرط للانتقال الخارجیّ فالبیع وما یساویه من جهة حصول النّقل فی نظر النّاقل بنفس الانشاء من دون توقّف علی تعقّب القبول یکون مثل الایجاب والوجوب من جهة حصول الوجوب فی نظر الآمر بمجرّد الامر وان لم یصر واجباً فی نظر غیره لاجل اشتراط علوّ الآمر فی معنی الامر فیکونان من الامور الاعتباریّة فیختلفان بحسب اختلاف الانظار (٥) قوله اذ التّاثیر لا ینفکّ عن الاثر قید للمنفیّ فی قوله لا فی نظر النّاقل ای تحقّق القبول لیس شرطاً للانتقال فی نظر النّاقل لانّه صدر منه النّقل بحسب نظره وهو التّاثیر ، والانتقال فی نظره اثر ولا ینفکّ التّاثیر عن الاثر لانّ معنی التّاثیر هو احداث الأثر .

فی تعریف البیع

لا ینفکّ عن الاثر فالبیع (١) وما یساویه معنی من قبیل الایجاب والوجوب لا الکسر والانکسار کما تخیّله (٢) بعض فتامّل (٣) ومنه (٤) ...

---

(١) ای فالبیع وما یساویه معنیً یکون مثل الایجاب والوجوب من الامور الاعتباریّة المختلفة بحسب الانظار لا مثل الکسر والانکسار الّذی کان من الامور الواقعیّة (٢) ای تخیّل بعض الفقهاء انّه من قبیل الکسر والانکسار وتوضیح ذلک التّخیّل انّ معنی البیع هو انشاء تملیک عین بمال بشرط تعقّب القبول فاذا حصل هذا المعنی حصل الانتقال الخارجی الواقعی الّذی لا یختلف بحسب الانظار (٣) لعلّه اشارة الی انّه لو کان معنی البیع هو انشاء تملیک عین بمال بشرط تعقّبه بالقبول لم یکن ایضًا مثل الکسر والانکسار حتّی لا یختلف بحسب الأنظار لانّ المعنی المذکور للبیع یختلف بحسب الانظار کما اذا قال زید لبکر بعتک هذا المثقال من التّراب بدرهم وقال بکر قبلت یکون هذا بیعًا حقیقة وواقعیًّا عند المتعاقدین ولم یکن بیعًا عند العرف والشّرع واذا قال بعت هذا الخمر بهذه الدّراهم وقال بکر قبلت یکون هذا بیعًا حقیقةً وواقعیًّا عند العرف ایضًا ولم یکن بیعًا عند الشّرع واذا قال بعت هذا الکتاب بهذا الدّرهم وقال بکر قبلت یکون هذا بیعًا حقیقةً وواقعیًّا عند الشّرع ایضًا لو کان واجدًا لجمیع شرایط الصّحة فلیس المعنی المذکور للبیع مثل الکسر والانکسار حتّی لا یختلف بحسب الانظار (٤) ای ممّا ذکرناه من انّ التّعقّب بالقبول لیس له دخل فی معنی البیع ←

فی تعریف البیع

یظهر ضعف اخذ القید المذکور فی معنی البیع المصطلح (١) فضلاً عن ان یجعل (٢) احد معانیه واما البیع بمعنی الاثر وهو الانتقال فلم یوجد (٣) فی اللغة ولا فی العرف وانما وقع (٤) فی تعریف جماعة تبعاً للمبسوط وقد یوجّه (٥) بان المراد بالبیع المحدود المصدر من المبنی للمفعول اعنی المبیعیّة (٦) وهو تکلّف (٧) حسن واما البیع بمعنی العقد (٨) - فقد صرّح الشهید الثانی بانّ اطلاقه (٩) علیه مجاز ...

← وما یساویه یظهر ضعف اخذ القید الخ (١) یعنی بعض من قارب عصره اخذ قید التعقّب بالقبول فی احد معانی البیع واما بعض مشایخه اخذه فی معناه المصطلح والاوّل اضعف من الثانی فلذا عبّر بقوله فضلاً (٢) یعنی فضلاً عن ان یجعل اخذ القید المذکور فی احد معانیه (٣) ای فلم یوجد البیع بمعنی الانتقال فی اللغة ولا فی العرف (٤) ای وقع البیع بمعنی الانتقال (٥) ای یوجّه هذا التعریف (٦) ای المراد من البیع المحدود المبیعیّة (٧) فلِمَ کان هذا التوجیه تکلّفاً لانّه لا یقال فی مقام الحمل انّ البیع انتقال بل یقال انّ البیع ما یفید الانتقال فلابدّ ان یراد من البیع المحدود المبیعیّة لتصحیح هذا التعریف (٨) قوله البیع بمعنی العقد هو ثالث معانی البیع التی ذکرها من قارب عصره (٩) ای اطلاق البیع علی العقد .

في تعريف البيع

لعلاقة السببية (١) والظاهر انّ المسبّب هو الاثر الحاصل في نظر الشارع لانه المسبّب عن العقد (٢) لا النقل (٣) الحاصل من فعل الموجب لما عرفت من انّه (٤) حاصل بنفس انشاء الموجب من دون توقف على شيء كحصول وجوب الضرب في نظر الآمر بمجرّد الأمر وان لم يصر (٥) واجبا في الخارج في نظر غيره والى هذا (٦) نظر جميع ما ورد في النصوص والفتاوى من قولهم لزم البيع (٧) اووجب اولا بيع بينهما اواقاله (٨) في البيع ونحو ذلك و الحاصل (٩) انّ البيع الذي يجعلونه من العقود ...

---

(١) يعني انّ البيع وضع على المسبّب الذي هو الاثر الشرعي فاطلاقه على السبب الذي هو العقد يكون مجازا بناءً على ما حكاه المصنف ره من الشهيد الثاني (٢) اي عن العقد اذا وجد جميع شرايط الصحة عند الشرع (٣) اي لا النقل الا نشائي الحاصل من فعل الموجب (٤) يعني انّ النقل الانشائي حاصل بنفس انشاء الناقل وان لم يحصل في نظر غيره من العرف والشرع (٥) لِمَ قد لا يكون الضرب واجبا في نظر غير الآمر لانّ علوّ الآمر شرط في معنى الامر فاذا لم يكن الآمر عاليا لم يكن طلبه في نظر غيره واجبا (٦) اشارة الى الأثر الحاصل في نظر الشارع (٧) اي لزم الاثر الحاصل في نظر الشارع (٨) اي اقال المشتري البايع في الاثر الحاصل في نظر الشارع (٩) اي حاصل كلام الشهيد الثاني .

في تعريف البيع

يراد به النّقل بمعنى اسم المصدر (١) مع اعتبار تحقّقه (٢) في نظر الشّارع المتوقّف (٣) على تحقّق الايجاب والقبول فاضافة العقد الى البيع بهذا المعنى ليست بيانيّة (٤) . . .

---

(١) اى النّقل الّذى بمعنى اسم المصدر الّذى هو اسم للحدث الحاصل من المصدر كالوضوء الحاصل من التّوضوء والغسل الحاصل من الاغتسال (٢) اى مع تحقّق النّقل فى نظر الشّارع لا فى نظر النّاقل او العرف (٣) قوله المتوقّف وصف لقوله (تحقّقه) (٤) لا يخفى انّ الاضافة المعنويّة على اقسام ثلاثة احدها بمعنى اللّام كغلام زيد وثانيها بمعنى (من) كخاتم فضّة وثالثها بمعنى (فى) كقوله تعالى : بل مكر اللّيل والنّهار . فاضافة العقد الى البيع الّذى هو بمعنى تحقّق النّقل فى نظر الشّارع ليست بيانيّة حتّى تكون بمعنى (من) لانّ العقد غير البيع ولذا يقال انعقد البيع فلو كان العقد عين البيع لم يصحّ ان يقال انعقد البيع ولا ينعقد البيع والحاصل انّ النّقل بحسب اختلاف الانظار على اقسام النّقل فى نظر النّاقل والنّقل فى نظر العرف والنّقل فى نظر الشّرع والاوّل حاصل بنفس انشاء الموجب من دون توقّف على قبول وعجز والثّانى حاصل بالايجاب والقبول وكان واجدا لجميع الشّرائط العرفيّة مع فقد بعض الشّرائط الشّرعيّة كبيع المكيل والموزون بدون الكيل والوزن والثّالث حاصل بالايجاب والقبول حيث وجد جميع الشّرائط الشّرعيّة ايضا .

في انّ البيع حقيقة في الصّحيح امّ لا

ولذا بقي انعقد البيع (١) ولا ينعقد البيع ثمّ انّ الشّهيد الثّاني نصّ في كتاب اليمين من مسالك على انّ عقد البيع وغيره من العقود حقيقة في الصّحيح (٢) مجاز في الفاسد لوجود خواصّ الحقيقة والمجاز كالتّبادر (٣) وصحّة السّلب (٤) قال ومن ثمّ حمل الاقرار به (٥) عليه (٦) حتّى لو ادّعى (٧) ارادة الفاسد لم يسمع اجماعًا ولو كان (٨) مشتركًا بين الصّحيح والفاسد لقبل تفسيره (٩) باحدهما (١٠) كغيره من الالفاظ المشتركة وانقسامه (١١) الى الصّحيح والفاسد ...

---

(١) لعلّ وجه ربطه بالمقام دلالته على انّ المراد بالمسبّب هو الاثر الحاصل في نظر الشّارع (٢) اى في الصّحيح عند الشّرع (٣) وهو علامة الحقيقة (٤) وهو علامة المجاز يعني صحّة السّلب عن الفاسد علامة للمجاز (٥) اى الاقرار بالبيع (٦) اى على الصّحيح (٧) اى لو ادّعى المقرّ (٨) اى لو كان عقد البيع وسائر العقود مشتركًا لفظيًّا (٩) تفسير الاقرار بالبيع (١٠) الضّمير المثنّى يرجع الى الصّحيح والفاسد (١١) وهم ودفع : امّا الوهم فانّ عقد البيع ينقسم الى الصّحيح والفاسد فيقال : العقد امّا صحيح او فاسد ، ومن البيّن انّ الانقسام علامة كون المقسم حقيقة في كلّ الاقسام كما يقال انّ الحيوان امّا ناطق او ناهق فالتّقسيم علامة الحقيقة ، وامّا الدّفع فان الانقسام الى الصّحيح والفاسد اعمّ من الحقيقة لانّ اللّفظ قد ينقسم الى المعنى الحقيقي والمجازي فيقال : الاسد امّا مفترس او رجل شجاع نعم ←

هل البيع حقيقة في الصحيح

اعمّ من الحقيقة انتهى (١) وقال الشهيد الاوّل في قواعده الماهيات (٢) الجعليّة كالصلوة والصوم وسائر العقود (٣) لا تطلق على الفاسد الا الحجّ (٤) لوجوب المضيّ فيه وظاهره (٥) ارادة الاطلاق الحقيقي ...

← يحتاج هذا الى القرينة والقرينة فيما نحن فيه هو صحة السلب من الفاسد (١) انتهى كلام الشهيد الثاني في المسالك (٢) الماهيات الجعليّة هي الّتي جعلها الشارع في مقابل الماهيات العرفيّة الّتي امضاها الشارع كالمعاملات (٣) (السُّؤر) ما يبقى في الاناء من الماء . البقيّة مطلقا ج اَسْآر (السُّور) حائط يطوف بالمدينة ج اسوار وسيران (المنجد) فالسائر في قوله (سائر العقود) بمعنى الجميع والكلّ لانّه مشتق من (السُّور) لا من (السُّؤر) لانّ الجميع والكلّ يحيط تمام افراد العقود مثل الحائط الّذي يحيط بالمدينة وقوله (وسائر العقود) عطف على قوله (الماهيات) لا على (الصلوة) اذ العقود ليست من الماهيات الجعليّة فانّها عرفيّة امضاها الشارع (٤) فانّ فاسد الحجّ ايضا يسمّى حجّا لوجوب المضيّ فيه اذ لو لم يكن الفاسد حجّا لم يجب المضيّ فيه فوجوب المضيّ علامة انّه حجّ حقيقة وان كان فاسدا (٥) اى ظاهر الشهيد الاوّل في القواعد من قوله (لا تطلق) ارادة الاطلاق الحقيقي يعني انّ الماهيات الجعليّة وجميع العقود لا تطلق على سبيل الحقيقة على الفاسد .

فی انّ البیع حقیقة فی الصّحیح امرا

ویشکل ما ذکراه (١) بانّ وضعها (٢) للصّحیح یوجب عدم جواز التّمسّک باطلاق نحو احلّ الله البیع واطلاقات ادلّة سایر العقود (٣) فی مقام الشّکّ فی اعتبار شیء فیها (٤) مع انّ سیرة علماء الأسلام التّمسّک بها (٥) فی هذه (٦) المقامات نعم یمکن (٧) ان یقال انّ البیع وشبهه فی العرف اذا استعمل فی الحاصل (٨) من المصدر الّذی یراد من قول القابل بعت عند الانشاء لا یستعمل حقیقة الّا فیما کان صحیحا مؤثّرا (٩) ولو فی نظرهم ثمّ اذا کان (١٠) مؤثّرا فی نظر الشّارع کان بیعا عنده ...

---

(١) أمّا ذکره الشّهید الثّانی والشّهید الاوّل من انّ عقد البیع وغیره من العقود حقیقة فی الصّحیح ومجاز فی الفاسد وانّ الماهیّات الجعلیّة کالصّلوة والصّوم وسائر العقود لا تطلق علی الفاسد (٢) الضّمیر یرجع الی الماهیّات الجعلیّة والعقود (٣) کاطلاق دلیل الاجارة والرّهن (٤) ای فی العقود (٥) الضّمیر یرجع الی الاطلاقات (٦) اشارة الی مقامات الشّکّ فی اعتبار شیء فی العقود (٧) ومن هنا یرید المصنّف ان یصحّح کلام الشّهیدین (٨) ویقال للحاصل من المصدر اسم المصدر (٩) فانّ الانسان اذا قال: (بعت الکتاب بدرهم) لا یستعمل استعمالا حقیقیّا الّا فیما کان صحیحا مؤثّرا فی نظر العرف سواء وافقه نظر الشّرع امرا ثمّ اذا کان مؤثّرا فی نظر الشّرع کان بیعا عند الشّرع والعرف ایضا (١٠) اسم (کان) یرجع الی البیع.

فی انّ البیع حقیقة فی الصّحیح امرا

والّا (١) کان صورة بیع نظیر بیع الهازل (٢) عند العرف فالبیع الّذی یراد منه ما حصل عقیب قول القائل بعت عند العُرف والشّرع حقیقة فی الصّحیح المفید للأثر ومجاز فی غیره الّا انّ الافادة (٣) وثبوت الفائدة (٤) مختلف فی نظر العُرف والشّرع (٥) واما (ع) وجه تمسّک العلماء باطلاق ادلّة البیع ...

---

(١) یعنی وان لم یؤثّر فی نظر الشّارع کان صورة بیع عند الشّارع نظیر بیع الهازل عند العُرف (٢) فاعلم انّ البیع بحسب اختلاف الأنظار علی اقسام احدها ما یکون بیعًا فی نظر المتعاقدین ولم یکن بیعًا فی نظر العُرف کما اذا قال بعتک هذا المثقال من التّراب بدرهم وهذا بیع عند المتعاقدین ولیس بیعًا عند العُرف الثّانی ما یکون بیعًا فی نظر العرف ولم یکن بیعًا فی نظر الشّرع کما اذا قال بعتک هذا الخمر بدینار وهذا صحیح عرفیّ وفاسد شرعیّ الثّالث ما یکون بیعًا فی نظر الشّرع ایضًا کما اذا قال بعتک هذا الکتاب بدرهم وهذا صحیح عند الشّرع والعرف والمتعاقدین ایضًا (٣) ای افادة البیع للأثر (٤) ای ترتّب النّقل والانتقال (٥) فالعرف یری الصّحة احیانًا فیما لا یراه الشّرع کبیع الخمر والخنزیر والبیع الرّبوی الّتی یراها العُرف صحیحة ولا یراها الشّرع صحیحة (ع) سؤال وجواب ، اما السّؤال : فانّه کیف یتمسّک العلماء باطلاق ادلّة البیع فیما شکّ فی شرط او جزء مع انّ مقتضی وضع البیع للصّحیح عدم امکان التّمسّک باطلاقات ادلّة البیع ، واما الجواب : فهو ما ذکره المصنّف ؒ بقوله (واما وجه تمسّک العلماء الخ) .

فى المعاطاة

ونحوه (١) فلان الخطابات لمّا وردت على طبق العرف (٢) حمل لفظ البيع وشبهه فى الخطابات الشرعيّة على ما هو الصحيح (٣) المؤثر عند العرف او على المصدر الذى يراد من لفظ بعت فيستدلّ باطلاق الحكم بحلّه (٤) او بوجوب الوفاء (٥) على كونه (٦) مؤثّرا فى نظر الشارع ايضا فتأمّل للكلام محلّا آخر **الكلام فى المعاطاة** (٧) اعلم انّ المعاطاة على ما فسّره (٨) جماعة ان يعطى كلّ من اثنين عوضا عمّا باخذه من الآخر وهو (٩) يتصوّر ...

---

(١) كالرّهن والاجارة (٢) لانّ المخاطب هو العرف (٣) فالمراد من قوله (الصحيح المؤثّر) اسم المصدر ومن قوله (او على المصدر) هو المصدر يعنى انّ المراد من البيع فى الآية امّا اسم المصدر كالغسل او المصدر كالاغتسال (٤) اى حلّ البيع المستفاد من قوله تعالى «اَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ» (٥) اى وجوب الوفاء بالعقد المستفاد من قوله تعالى «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٦) اى كون البيع (٧) (عاطاه) شيئا معاطاةً وعطاءً : ناوله اياه (اقرب الموارد) فتكون مصدرا من باب المفاعلة (٨) اى فسّره جماعة من الفقهاء فمرادهم من المعاطاة هو كلّ معاملة لم تكن بالصيغة المشتملة على شرائط الايجاب والقبول (٩) الضمير عائد الى قوله (ما) فى قوله (على ما فسّره) فالمراد منه هو المعاطاة .

فى المعاطاة

على وجهين (١) احدهما ان يبيح كلّ منهما للآخر التصرّف فيما يعطيه من دون نظر الى تمليكه (٢) الثانى ان يتعاطيا على وجه التمليك وربما يذكر (٣) وجهان اخران احدهما ان يقع النقل (٤) من غير قصد البيع (٥) ولا تصريح بالاباحة المزبورة بل يعطى شيئًا ليتناول شيئًا فدفعه (٦) الآخر اليه والثانى ان يقصد الملك المطلق (٧) دون خصوص البيع (٨) ...

---

(١) اى المراد من قوله (وهو يتصوّر على وجهين) هو تصوّر المعاطاة التى ذكرت فى خصوص البيع التى حكى عن بعض الخاصّة والعامّة كونها بيعًا مفيدًا للملك مثل البيع بالصيغة لا مطلق المعاطاة والّا فلا اشكال فى تصوّرها على نحو ليس فيه قصد الاباحة والتمليك كما فى الوديعة (٢) الضمير عائد الى (ما) فى قوله (فيما يعطيه) (٣) اى ربما يذكر تصوّر وجهين اخرين فى المعاطاة (٤) المراد من النقل فى قوله (ان يقع النقل) هو النقل الحسّى لا النقل التملكى (٥) اى من غير قصد التمليك البيعى (٦) الضمير يرجع الى الشئ فى قوله (ليتناول شيئًا) (٧) اى الاعمّ من الهبة المعوّضة وغيرها (٨) فهنا وجوه اربع احدها قصد الاباحة بالتعاطى وثانيها قصد التمليك البيعى بالتعاطى وثالثها وقوع النقل الحسّى من دون قصد التمليك والاباحة ورابعها قصد الملك المطلق باعطاء كلّ منهما فلا يخفى انّه حكى انّ كاشف الغطاء حيث جعل المعاطاة معاملة مستقلّة فى مقابل البيع وسائر العقود استنبط هذين الوجهين الاخيرين .

فى المعاطاة

ويردّ الاوّل بامتناع خلوّ الدّافع (١) عن قصد عنوان من عناوين البيع او الاباحة او العارية او الوديعة او القرض او غير ذلك من العنوانات الخاصّة والثّانى (٢) بما تقدّم فى تعريف البيع من (٣) انّ التّمليك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع لا غير نعم يظهر من غير واحد منهم فى بعض العقود كبيع لبن شاة مدّة وغير ذلك كون التّمليك المطلق اعمّ من البيع (٤) ثمّ انّ المعروف بين علمائنا فى حكمها (٥) انّها مفيدة لاباحة التّصرّف ...

---

(١) اى يمتنع ان لا يقصد الدّافع من دفع ماله الى الغير عنوانا من العناوين المذكورة من البيع والاباحة والعارية وغير ذلك من العنوانات الخاصّة (٢) عطف على قوله الاوّل اى يردّ الثّانى وهو قصد الملك المطلق (٣) بيان لِما فى قوله بما تقدّم (٤) قوله (كون التّمليك المطلق اعمّ من البيع) فاعل لقوله (يظهر) وتوضيح ذلك انّ تمليك لبن الشّاة مدّة ليس بيعا حقيقة لانّ شرطا من شرائط العوضين فيه ان يكون كلّ منهما معلوم المقدار اذا كانا من المكيل والموزون والحال انّ لبن الشّاة مدّة فى العقد المذكور لا يعلم مقداره فلا يكون بيعا فيكون التّمليك اعمّ من البيع وانّه نافذ بدليل قوله تعالى : اَوْفُوا بِالْعُقُودِ وقوله تعالى اِلّا اَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ (٥) اى فى حكم المعاطاة .

فى المعاطاة

ويحصل الملك (١) بتلف احدى العينين وعن (٢) المفيد وبعض العامة القول بكونها (٣) لازمة كالبيع (٤) وعن العلامة فى النهاية احتمال كونها (٥) بيعا فاسدا فى عدم افادتها لاباحة التصرف ولابد اولا من ملاحظة ان النزاع فى المعاطاة (٦) المقصود بها الاباحة او فى المقصود بها التمليك الظاهر من الخاصة والعامة هو المعنى الثانى (٧) وحيث ان الحكم بالاباحة بدون الملك قبل التلف وحصوله (٨) ...

---

(١) اى ويحصل الملك للجانبين بتلف احدى العينين فهنا اشكال وجواب ، اما الاشكال فان الثمن التالف لا يقبل الملك فكيف يكون البايع بتلف الثمن مالكا له والحال انه لم يكن مالكا له قبل التلف ، واما الجواب فلابد من ان يقدر الثمن ملكا للبايع قبل التلف انما حتى يتلف فى ملكه حذرا من الاشكال المذكور (٢) اى حكى عن المفيد وبعض العامة ، (٣) اى بكون المعاطاة (٤) اى كالبيع بالصيغة (٥) اى كون المعاطاة (٦) قوله (فى المعاطاة) متعلق على فعل من افعال العموم كحصل وثبت فتكون مع متعلقها خبرا لـ (ان) فى قوله (ان النزاع) وقوله (المقصود بهما الاباحة) صفة لقوله (المعاطاة) (٧) وهو المقصود بالمعاطاة التمليك يعنى اذا قصد المتعاطيان التمليك فيقول المشهور انها مفيدة للاباحة ويقول بعض انها لازمة ويقول بعض انها بيع فاسد (٨) اى حصول الملك بعد التلف.

فى المعاطاة

بعده لا يجامع ظاهرا قصد التمليك من المتعاطيين نزّل (١) المحقق الكركى الاباحة فى كلامهم على الملك الجائز المتزلزل (٢) وانه (٣) يلزم بذهاب احد العينين وحقق ذلك (٤) فى شرحه على القواعد وتعليقه على الارشاد بما لا مزيد عليه لكن بعض المعاصرين (٥) لما استبعد هذا الوجه (٦) التجأ الى جعل محل النزاع (٧) هى المعاطات المقصود بها مجرد الاباحة ورجح بقاء الاباحة فى كلامهم على ظاهرها (٨) المقابل للملك ونزّل (٩) مورد حكم قدماء الاصحاب بالاباحة على هذا الوجه (١٠) ...

---

(١) قوله : (نزّل المحقق الكركى) جواب لما (حيث) فى قوله وحيث ان (٢) خلاصة قول المحقق ان المراد من الاباحة فى كلام المشهور هو الملك الجائز لو قصد المتعاطيان التمليك وان لزوم الملك يحصل بتلف احد العينين (٣) اى ان الملك الجائز (٤) اشارة الى ان مرادهم من الاباحة هو الملك الجائز المتزلزل (٥) وهو صاحب الجواهر (٦) اشارة الى ارادة المشهور من الاباحة الملك الجائز المتزلزل (٧) خلاصة قول صاحب الجواهر انه استبعد هذا الوجه الذى هو ان يريد الفقهاء من الاباحة الملك الجائز وجعل محل النزاع هو المعاطاة المقصود بها مجرد الاباحة ولم ينزّل الاباحة فى كلامهم على الملك الجائز بل رجح بقاء الاباحة فى كلامهم على ظاهرها (٨) الضمير عائد الى الاباحة (٩) الضمير المستتر يرجع الى بعض المعاصرين (١٠) اشارة الى ان محل النزاع هو المعاطاة المقصود بها مجرد الاباحة .

في المعاطاة

وطعن على من جعل محلّ النّزاع في المعاطاة بقصد التّمليك قائلاً (١) انّ القول بالاباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك ممّا لا ينسب الى اصاغر (٢) الطّلبة فضلاً عن اعاظم (٣) الاصحاب وكبرائهم (٤) والانصاف (٥) انّ ما ارتكبه المحقّق الثّاني في توجيه الاباحة ...

---

(١) قوله (قائلاً) حال عن فاعل طعن وهو بعض المعاصرين (٢) (الصّغير) ضدّ الكبير والعظيم ج صِغار وصغراء (الاصغر) اسم التّفضيل ج أصاغر واصاغرة واصغرون (المنجد) (٣) (العظيم) ضدّ الصّغير وربّما اطلق على ما يقابل الحقير ج عظام وعُظماء (العظيمة) ايضاً الكبيرة والنّازلة الشّديدة ج عظائم (الاعظم) ج الاعظمون والاعاظم (الكبير) ذو الكِبَر ج كبار وكبراء (الكبيرة) مؤنّث الكبير والاثم الكبير ويقابلها الصّغيرة ج كبيرات وكبائر (الاكبر) اسم تفضيل ج اكبرون واكابر (اقرب الموارد) (٤) والحاصل انّ المشهور قالوا انّ المعاطاة تفيد الاباحة فالمحقّق الكركي قال انّ مرادهم من الاباحة هو الملك الجائز المتزلزل في المعاطاة الّتي قصد المتعاطيان فيها التّمليك وصاحب الجواهر قال انّ محلّ النّزاع هي المعاطاة الّتي قصد المتعاطيان الاباحة وابقى الاباحة في كلامهم على ظاهرها في المعاطاة المقصود بها الاباحة (٥) ومن هنا يأخذ المصنّف ان يردّ قول المحقّق الكركي من جهة تنزيله الاباحة في كلامهم على الملك الجائز لا من جهة جعله محلّ النّزاع المعاطاة المقصود بها التّمليك ولذا قال (والانصاف انّ الخ) .

فى المعاطاة

بالملك المتزلزل بعيد فى الغاية عن مساق كلمات الاصحاب مثل الشيخ فى طـ وف والحلّى فى سـ ر وابن زهرة فى الغنية والحلبى فى (١) والعلّامة فى كرة وغيرها بل كلمات بعضهم صريحة فى عدم الملك كما ستعرف الّا انّ جعل محلّ النّزاع (٢) ما اذا قصد الاباحة دون التّمليك ابعد منه (٣) بل لا يكاد يوجد فى كلام احد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى (٤) ولننقل اوّلا كلمات جماعة ممّن ظفرنا على كلماتهم ليظهر منه (٥) بُعد (ع) تنزيل الاباحة على الملك المتزلزل كما صنعه المحقّق الكركى وابعديّة جعل محلّ الكلام فى كلمات قدمائنا الاعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرّد اباحة التّصرّفات (٧) دون التّمليك فنقول ـــ وبالله التّوفيق قال فى الخلاف اذا دفع قطعة (٨) ...

---

(١) اى ابى الصّلاح الحلبى فى الكافى (٢) ومن هنا يشرع المصنّف ره ان يردّ قول صاحب الجواهر من جهة جعله محلّ النّزاع المعاطاة المقصود بها الاباحة لا من جهة ابقائه الاباحة فى كلام الفقهاء على ظاهرها ولذا ذكر بقوله (الّا انّ جعل محلّ النّزاع الخ) (٣) اى ممّا ارتكبه المحقّق الثّانى (٤) اشارة الى جعل محلّ النّزاع ما اذا قصد المتعاطيان الاباحة (٥) الضّمير عائد الى نقلنا المستفاد من قوله (ولننقل) (ع) قوله (بُعد) بضمّ الباء ضدّ القرب فاعل لِـ (يظهر) (٧) كما ذكره صاحب الجواهر (٨) (القطعة) الحصّة من الشّئ ج قِطَع (القِطَع) الدّراهم (المنجد)، فيكون المراد من القطعة الدّرهم والمراد من البَقّلى بايع البقل ومن الشّاروب بايع الماء وصاحبه فانّ ابن مالك قال ←

فى المعاطاة

الى البقلىّ او الشّارب فقال اعطنى بها بقلًا او ماءً فاعطاه فانّه لا يكون بيعًا وكذلك سائر المحقّرات وانّما يكون اباحة له (١) فيتصرّف كلّ منهما فيما اخذه تصرّفًا مباحًا من دون ان يكون ملكه وفائدة ذلك (٢) انّ البقلىّ اذا اراد ان يسترجع البقل (٣) او اراد صاحب القطعة ان يسترجع قطعته كان لهما ذلك لانّ الملك لم يحصل لهما وبه (٤) قال الشّافعىّ قال ابو حنيفة يكون بيعًا صحيحًا وان لم يوجد الايجاب والقبول (٥) وقال ذلك (٦) فى المحقّرات دون غيرها دليلنا (٧) انّ العقد حكم شرعىّ ...

← فى الألفيّة فى ص ٢٢٩ (ومع فاعل وفعّال فعَل) بفتحة وكسرة ، (فى نسَب اغنى عن الياء فقُبِل) (١) اى اباحة للاخذ (٢) اى فائدة الاباحة من دون الملك (٣) (البقل) هو ما ينبت فى بزره لا فى اصل ثابت ج بُقول وابقال (المنجد) (٤) اى بعدم حصول الملك بل الاباحة (٥) اى الايجاب والقبول اللّفظيّان (٦) اى قال ابو حنيفة يكون بيعًا صحيحًا فى المحقّرات (٧) قوله (دليلنا) قول صاحب الخلاف يعنى قال الشّيخ ره فى الخلاف انّ دليلنا على انّ التّعاطى يفيد الاباحة لا الملك انّ العقد الّذى هو الاعمّ من العقد اللّفظىّ والعقد الفعلى حكم شرعىّ ولم يثبت فى الشّرع انّ العقد الفعلى سبب للملك والحاصل انّ الدّليل على عدم الملك فى التّعاطى انّ العقد اللّفظى سببيّته للملكيّة حكم وضعىّ شرعىّ ثبت سببيّته للملكيّة شرعًا ولا دليل شرعًا على وجود سببيّة العقد الفعلى الّذى هو المعاطاة على الملك فيجب ان لا يثبت ←

فى المعاطاة

ولا دلالة فى الشرع على وجوده هنا فيجب ان لا يثبت واما الاباحة بذلك (١) فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها (٢) انتهى (٣) ولا يخفى صراحة هذا الكلام فى عدم حصول الملك وفى (٤) ان محل الخلاف بينه (٥) وبين ابى حنيفة ما لو قصد البيع لا الاباحة المجردة كما يظهر (٦) ايضا من بعض كتب الحنفية حيث انه (٧) بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال قال (٨) وينعقد بالايجاب والقبول (٩) وبالتعاطى ايضا فتمسكه (١٠) بان العقد حكم شرعى يدل على عدم انتفاء قصد البيعية والا (١١) لكان الاولى بل المتعين التعليل به (١٢) اذ مع انتفاء حقيقة البيع لغة وعرفا لا معنى للتمسك بتوقيفية الاسباب الشرعية (١٣) كما لا يخفى ...

← لاصالة العدم ولان عدم الدليل دليل على العدم واما الدليل على اباحة التصرف فى التعاطى فهو الاجماع (١) اى بسبب المعاطاة المذكورة (٢) اى فى الاباحة (٣) اى انتهى كلام الشيخ ره فى الخلاف (٤) عطف على قوله فى عدم حصول (٥) اى بين الشيخ وبين ابى حنيفة (٦) يعنى كما يظهر مما لو قصد البيع لا الاباحة (٧) اى حيث ان ابى حنيفة (٨) قال ابو حنيفة (٩) اى بالايجاب والقبول اللفظيين (١٠) اى تمسك الشيخ ره فى الخلاف (١١) اى وان كان قصد البيعية منتفيا فى المعاطاة لكان الاولى بل المتعين التعليل بانتفاء قصد البيعية (١٢) الضمير عائد الى انتفاء قصد البيعية (١٣) حتى يقال بعدم الدليل شرعا على كون التعاطى سببا للملك .

فى المعاطاة

وقال فى السرائر بعد ذكر اعتبار الايجاب والقبول واعتبار تقدم الاول على الثانى مالفظه فاذا دفع قطعة الى البقلى او الى الشارب فقال اعطنى فانه (١) لايكون بيعا ولا عقدا لان الايجاب والقبول (٢) ما حصلا وكذلك سائر المحقرات وسائر الاشياء محقرا كان او غير محقر من الثياب والحيوان او غير ذلك وانما يكون اباحة له (٣) فيتصرف كل منهما فيما اخذه تصرفا مباحا من غير ان يكون ملكه (٤) او دخل فى ملكه ولكل منهما ان يرجع فيما بذله لان الملك لم يحصل لهما وليس ذلك (٥) من العقود الفاسدة لانه لو كان عقدا فاسدا لم يصح التصرف فيما صار الى كل واحد منهما وانما ذلك (٦) على جهة الاباحة انتهى (٧) فان تعليله عدم الملك بعدم حصول الايجاب والقبول يدل على ان ليس المفروض مالو لم يقصد التمليك مع ان ذكره (٨) فى جنس شروط العقد يدل على ما ذكرنا (٩) ...

---

(١) يعنى فان هذا التعاطى لايكون بيعا حتى يشمله قوله تعالى : اَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ ولا عقدا حتى يشمله قوله تعالى : اَوْفُوا بِالْعُقُوْدِ (٢) اى الايجاب والقبول اللفظيين (٣) الضمير عائد الى الآخذ المعلوم بالمقام (٤) من غير ان يكون ملك الآخذ بالتعاطى او يدخل فى ملكه بارادة التصرف بعد التعاطى (٥) اشارة الى المعاطاة المذكورة (٦) اشارة الى التصرف، (٧) انتهى ما ذكره فى السرائر (٨) اى ذكر اعتبار الايجاب والقبول (٩) وهو مالو قصد المتعاطيان التمليك .

ولا ينافي ذلك (١) قوله وليس هذا من العقود الفاسدة (٢) الخ كما لا يخفى وقال في الغنية بعد ذكر الايجاب والقبول في عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضي ومعلومية العوضين وبعد (٣) بيان الاحتراز بكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة له (٤) ما هذا (٥) لفظه واعتبرنا حصول الايجاب والقبول تحرزاً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري والايجاب من البايع بان يقول بعنيه بالف فيقول بعتك بالف فانه (٦) لا ينعقد بذلك (٧) بل لابد ان يقول المشتري بعد ذلك (٨) اشتريت او قبلت حتى ينعقد واحترازاً (٩) ايضاً عن القول بانعقاده (١٠) بالمعاطاة ...

---

(١) اشارة الى كون كلامه في صورة قصد المتعاطيين التمليك (٢) وهم ودفع، اما الوهم: فانه لو كان مراد ابن ادريس في السرائر مما ذكره هو صورة قصد البيع والتمليك لم يكن وجه بقوله: (ليس ذلك من العقود الفاسدة) بل اللازم عليه ان يقول على فساد العقد اذا لم يكن عقداً صحيحاً يترتب عليه الملك واما الدفع: فان الامر فيما نحن فيه دائر بين عقد صحيح او عقد فاسد او الاباحة وصاحب السرائر يثبت الاباحة بقوله (وليس هذا من العقود الفاسدة) (٣) عطف على قوله بعد ذكر الايجاب (٤) اى الفاقدة لكل من الشروط (٥) قوله ما هذا لفظه مقول (قال في الغنية) (٦) الضمير عائد الى البيع (٧) اشارة الى الاستدعاء والايجاب (٨) اى بعد ايجاب البايع (٩) عطف على قوله: (تحرزاً) (١٠) اى بانعقاد البيع.

نحو ان يدفع الى البقلي قطعة ويقول اعطني بقلاً فيعطيه فان ذلك ليس ببيع وانما هو اباحة للتصرف يدل على ما قلناه الاجماع (١) المشار اليه وايضاً فما اعتبرناه (٢) مجمع على صحة العقد به وليس على صحة ما عداه (٣) دليل ولما ذكرنا (٤) فهي عن بيع المنابذة (٥) والملامسة (٦) وعن بيع الحصاة (٧) على التاويل الآخر (٨) ...

---

(١) اى الاجماع الذى ذكره صاحب الغنية سابقاً في كلامه (٢) اى فما اعتبرناه من شروط صحة البيع (٣) الضمير عائد الى العقد الذى اعتبرت فيه الشرائط (٤) وهو اعتبار حصول الايجاب والقبول في البيع (٥) المراد من بيع المنابذة ان ينبذ البايع ثوباً الى المشترى وينبذ المشترى ثوباً الى البايع ويكون هذا ايجاب البيع وقبوله (٦) المراد من بيع الملامسة ان يلمس البايع ثوباً ان يكون ملكاً للمشترى ويقول هذا بهذا فيكون ذلك اللمس ايجاباً وبالعكس ويحتمل ان يكون المراد منه ان يلمس البايع ثوب المشترى وبالعكس (٧) المراد من بيع الحصاة ان يرمى البايع الحصاة الى ثوب ان يكون ملكاً للمشترى ويرمى المشترى الحصاة الى ثوب ان يكون ملكاً للبايع ويكون هذا ايجاب البيع وقبوله (٨) اى في هذا التاويل الآخر لم يقع ايجاب وقبول بخلاف التاويل الاول لان وجود الايجاب والقبول اللفظيين في التاويل الاول كان في البين ويكون تعيين المبيع والثمن بالنبذ واللمس والقاء الحصاة كأن يقول بعتك هذا الثوب المسه او انبذه او القي الحصاة اليه .

ومعنى ذلك (١) ان يجعل اللمس بشئ والنبذ له والقاء الحصاة بيعًا موجبًا انتهى (٢) فان دلالة هذا الكلام (٣) على ان المفروض قصد المتعاطيين التمليك (٤) من وجوه متعددة منها ظهور ادلته الثلاثة (٥) في ذلك (ع) ومنها احترازه (٧) عن المعاطاة والمعاملة بالاستدعاء بنحو واحد قال في (٨)...

(١) اشارة الى التأويل الآخر في بيع المنابذة وما بعدها (٢) اى انتهى كلام ابن زهرة في الغنية (٣) اى كلام ابن زهرة في الغنية (٤) لان المفروض قصدهما الاباحة كما قاله صاحب الجواهر (٥) احدها الاجماع وثانيها عدم الدليل دليل العدم الذى اشار اليه المصنف بقوله: (و ليس على صحة ما عداه دليل) وثالثها ما افاده بقوله (ولما ذكرنا نهى ص الخ) ووجه كون الأخير دليلًا على قصد التمليك ان نهى النبى ص عن بيع المنابذة والملامسة وبيع الحصاة كان لاجل ان لا يكون ايجاب البيع باحد هذه الافعال الثلاثة فلا وجه للنهى الا فقد الايجاب والقبول اللفظيين مع تحقق قصد التمليك وكذلك المعاطاة ايضًا (ع) اى فيما كان قصد المتعاطيين التمليك (٧) أو من الوجوه المتعددة احترازا ابن زهرة بقيد الايجاب والقبول عن المعاطاة وعن المعاملة بالاستدعاء بنحو واحد ومن المعلوم ان المعاملة بالاستدعاء انما كانت في صورة قصد المتعاملين التمليك وكذلك المعاطاة ايضًا (٨) اى قال التقى ابو الصلاح في الكافي.

كلمات العلماء في المعاطاة

بعد ذكرانه يشترط في صحة البيع امور ثمانية: ما لفظه واشترط الايجاب والقبول لخروجه (١) من دونهما عن حكم البيع الى ان قال (٢) فان اختل شرط من هذه (٣) لم ينعقد البيع ولم يستحق التسليم (٤) وان جاز التصرف مع اخلال بعضها (٥) للتراضي دون عقد البيع (٦) ويصح معه (٧) الرجوع انتهى (٨) وهو (٩) في الظهور قريب من عبارة الغنية وقال المحقق في الشرايع ولا يكفي (١٠) التقابض من غير لفظ وان حصل من الامارات ما دل على ارادة البيع انتهى وذكر كلمة الوصل (١١) ...

---

(١) اى ما ذكر من المعاملة (٢) اى قال ابو الصلاح في الكافي (٣) اى من هذه الامور الثمانية (٤) اى ولم يستحق كل من البايع والمشترى التسليم للثمن والمثمن (٥) اى بعض الامور الثمانية (٦) اى جاز التصرف للتراضي الذى كان غير البيع لانه اعم من البيع ويصح مع التراضي الرجوع بخلاف البيع لانه اذا تحقق لم يصح الرجوع الا بالخيار (٧) اى مع التراضي (٨) اى انتهى ما ذكره في الكافي (٩) اى ما ذكره في الكافي في الظهور في صورة قصد المتعاملين التمليك قريب من عبارة الغنية (١٠) اى ولا يكفي في حصول الملك التقابض من غير الصيغة (١١) اى ذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد به التمليك حتى يحصل المعاطاة بقصد التمليك وبعدم قصد التمليك بل ذكرها للتنبيه على انه لا عبرة بقصد التمليك من الفعل من غير اللفظ في صحة البيع ولا يخفى ان كلمة الوصل قد تستعمل للتعميم كما لو قلت اكرم زيدا ←

كلمات لعلمائنا في المعاطاة

ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد به البيع بل للتنبيه على انه لا عبرة بقصد البيع من الفعل وقال في التذكرة في حكم الصيغة الاشهر عندنا انه (١) لابد منها (٢) فلا يكفي التعاطي في الجليل والحقير مثل اعطني بهذا الدينار ثوبا فيعطيه ما يرضيه او يقول (٣) خذ هذا الثوب بدينار فياخذه (٤) وبه (٥) قال الشافعي مط لاصالة (٦) بقاء الملك وقصور الافعال (٧) عن الدلالة على المقاصد وعن (٨) بعض الحنفية وابن شريح في الجليل وقال احمد ينعقد مط (٩) ونحوه (١٠) قال مالك ...

← ولو اهانك يعني سواء اهانك ام لا وقد تستعمل للتنبيه المجرد كما لو قلت لا تكرم زيدا ولو امرك فانها للتنبيه على انه لا عبرة باكرامه اياك (١) اى ان البيع (٢) اى من الصيغة (٣) اى او يقول البايع للمشترى (٤) اى فياخذ المشترى الثوب (٥) اى بعدم كفاية التعاطي في حصول الملك قال الشافعي (٦) تعليل لقوله (فلا يكفي التعاطي) فانا نشك في انه خرج الثمن والمثمن عن ملك مالكهما بمجرد التعاطي والتراضي ام لا فالاصل بقاء كل ملك على ملك مالكه الاول والمراد من هذا الاصل هو الاستصحاب (٧) عطف على قوله اصالة بقاء الملك ولم قصرت الافعال عن الدلالة على المقاصد لان الفعل في دلالته ذو وجوه: التمليك مجانا والتمليك بالعوض واباحة التصرف والوديعة (٨) اى حكى عن بعض الحنفية وابن شريح عدم كفاية التعاطي في حصول الملك فيه في الجليل اما الحقير فيحصل الملك فيه بالتعاطي (٩) اى قال احمد بن حنبل ينعقد البيع بالتعاطي في الجليل والحقير (١٠) اى نحو احمد قال مالك ابن انس.

كلمات العلماء في المعاطاة

فانّه (١) قال ينعقد بما يقصده النّاس بيعًا انتهى (٢) ودلالته (٣) على قصد المتعاطيين للملك لا يخفى من وجوه (٤) ادونها جعل مالك موافقًا لاحمد في الانعقاد من جهة انّه (٥) قال ينعقد بما يقصده النّاس (٦) بيعًا وقال الشّهيد في قواعده بعد قوله قد يقوم السّبب الفعلي مقام السّبب القولي وذكر (٧) امثلة لذلك ما لفظه (٨) واما المعاطاة في المبايعات فهي تفيد الاباحة لا الملك وان كان في الحقير عندنا ...

---

(١) اى فانّ مالك قال ينعقد الخ (٢) اى انتهى كلام العلّامة (٣) اى ودلالة كلام العلّامة (٤) فلا يخفى انّ الوجوه احدها قوله (فلا يكفي التّعاطي في الجليل والحقير) فانّ المستفاد من ذلك انّ ما عدا الصّيغة من الشّروط في المعاطاة حاصل ومن عدّها قصد التّمليك وثانيها التّمثيل بقوله (اعطني بهذا الدّينار ثوبًا الخ) فانّ المثالين ظاهران بل صريحان في قصد التّمليك وثالثها تمسّكه باصالة بقاء ملك المالك الاوّل فلو لم يكن قصد التّمليك متحقّقًا لم يكن بقاء ملك المالك مشكوكًا ليحتاج الى الاستصحاب (٥) الضّمير عائد الى مالك (٦) يعني انّ ما يقصده النّاس هو التّمليك لا اباحة التّصرّف (٧) قوله: (ذكر امثلة) عطف على مضاف اليه (بعد) في قوله (بعد قوله) ومن الامثلة تسليم الهديّة الى المهدى اليه وان لم يحصل الايجاب والقبول اللّفظيّان ومنها تقديم الطّعام الى الضّيف فانّه مغن عن الاذن القولي ومنها الوطي في العدّة الرّجعيّة بقصد الرّجوع وان لم يحصل الرّجوع القولي (٨) قوله (ما لفظه) مقول ←

كلمات الفقهاء في المعاطاة

انتهى (١) ودلالتها (٢) على قصد المتعاطيين للملك ممّا لا يخفى (٣) هذا كلّه مع انّ الواقع في ايدي النّاس هي المعاطاة بقصد التّمليك وبعد فرض الفقهاء من العامّة والخاصّة الكلام في غيرها هو الشّايع بين النّاس (٤) مع انّهم صرّحوا بارادة المعاملة المتعارفة بين النّاس ثمّ (٥) انّك قد عرفت ظهور اكثر العبارات المتقدّمة في عدم حصول الملك بل صراحة بعضها (٦) كالخلاف وغنية وكره وعد ومع ذلك (٧) كلّه ...

← (قال الشّهيد) (١) اى انتهى عبارة الشّهيد في قواعده (٢) اى دلالة عبارة الشّهيد ره (٣) يعنى انّ الشّهيد قال (واما المعاطاة في المبايعات) ومن المعلوم انّ المبايعة بدون قصد التّمليك ممّا لا يتحقّق (٤) ولا يخفى انّ المصنّف ره شرع الى ذكر اقوال الفقهاء من صدر المبحث الى هنا لأن يثبت ابعديّة كلام صاحب الجواهر الّذى هو انّ محلّ النّزاع بين الفقهاء هي المعاطاة المقصود بها الاباحة وقد عرفت من ظاهر كلامهم انّ محلّ النّزاع بينهم هي المعاطاة المقصود بها التّمليك (٥) ومن هنا يريد المصنّف ره ان يذكر انّ اقوال الفقهاء المذكورة تثبت بُعديّة قول المحقّق وهو انّ الفقهاء ارادوا بالاباحة الملك المتزلزل (٦) اى صراحة بعض العبارات (٧) - اشارة الى ظهور اكثر عبارات بل صراحة بعضها في عدم حصول الملك في المعاطاة .

كلمات الفقهاء في المعاطاة

فقد قال المحقق الثاني في جامع المقاصد انهم ارادوا بالاباحة الملك المتزلزل فقال (١) المعروف بين الاصحاب ان المعاطاة بيع وان لم يكن كالعقد في اللزوم خلافا لظاهر عبارة المفيد (٢) ولا يقول احد من الاصحاب بانها بيع فاسد سوى المصنف (٣) في النهاية وقد رجع عنه (٤) في كتبه المتأخرة عنها و(٥) قوله تعالى: أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ يتناولها لانها بيع بالاتفاق حتى من القائلين بفسادها لانهم يقولون هي بيع فاسد وقوله تعالى: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ فانه عام الا ما اخرجه الدليل (٦) وما يوجد في عبارة جمع من متاخري الاصحاب من (٧) انها تفيد الاباحة وتلزم بذهاب احد العينين ...

---

(١) اي فقال المحقق الثاني (٢) فان ظاهر عبارة المفيد يفيد ان المعاطاة بيع لازم (٣) المراد من المصنف هو العلامة لان جامع المقاصد شرح للقواعد (٤) اي رجع المصنف: (العلامة) عن كون المعاطاة بيعا فاسدا في كتبه المتاخرة عن النهاية (٥) وقول المحقق الثاني وقوله تعالى احل الله البيع يتناولها وقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض عام ان مرجعها الى كون المعاطاة بيعا وافادتها للملك (٦) فان بيع الكالي بالكالي مما هو تجارة عن تراض ومع ذلك باطل لوجود دليل خاص على بطلانه والحال انه ليس على خروج المعاطاة عن تحت عموم ان تكون تجارة عن تراض دليل فهي باقية تحت العموم (٧) بيان لـ (ما) في قوله (وما يوجد).

كلمات الفقهاء في المعاطاة

يريد ون به عدم اللزوم في اول الامر بالذهاب (١) بتحقق اللزوم - لامتناع (٢) ارادة الاباحة المجردة من اصل الملك اذ المقصود للمتعاطيين انما هو الملك فاذا لم يحصل كان بيعا فاسدا ولم يجز التصرف في العين وكافة الاصحاب على خلافه (٣) وايضا فان الاباحة المحضة لا تقتضي الملك اصلا ورأسا (٤) فكيف يتحقق ملك شخص (٥) بذهاب مال اخر في يده وانما (٦) الافعال ...

(١) اى بتلف احد العينين (٢) تعليل لقوله (اراد وا بالاباحة الملك المتزلزل) (٣) اى على خلاف عدم جواز التصرف في العين (٤) قوله (اصلا ورأسا) يعني ولو بعد تلف احد العينين (٥) اى فكيف يملك البايع الثمن الذى هو مال المشترى بذهابه في يد البايع لان الثمن لم يكن ملكا له قبل التلف فكيف يكون ملكا له بعد التلف ويمكن ان يقال ان العبارة الصحيحة في جامع المقاصد (فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب ماله في يد اخر) فيكون معنى العبارة على هذا انه كيف يملك البايع الثمن بسبب ذهاب ماله في يد المشترى (٦) فلا يخفى ان المحقق استدل على اثبات احد جزئي مدعاه اعني بيعية المعاطاة وافادتها للملك بدعوى الاجماع وبقوله تعالى احل الله البيع وبقوله تعالى ان تكون تجارة عن تراض وعلى اثبات جزئه الآخر اعني التزلزل وعدم اللزوم بقوله (والافعال لما لم تكن دلالتها الخ) .

لما لم تكن دلالتها على المراد في الصراحة كالاقوال وانما تدل (١) بالقرائن منعوا (٢) من لزوم العقد بها (٣) فيجوز التراد ما دام ممكنا فمع تلف احد العينين يمتنع التراد ويتحقق اللزوم لان احديهما في مقابل الاخر ويكفي (٤) تلف بعض احد العينين لامتناع التراد في الباقي اذ هو (٥) موجب لتبعض الصفقة (٦) والضرر انتهى (٧) ونحوه المحكي عنه في تعليقه على د وزاد (٨) فيه ان مقصود المتعاطيين اباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع فان حصل مقصودهما ثبت ما قلنا (٩) والا (١٠) ...

---

(١) يعني لان الافعال قاصرة عن الدلالة على المراد كالاعطاء فانه ذو وجوه التمليك بعوض والتمليك بلا عوض والاباحة والوديعة فتدل على المراد بالقرائن (٢) قوله منعوا جواب لما في قوله (لما لم تكن) (٣) اي بالافعال (٤) اي ويكفي في اللزوم تلف بعض الثمن او بعض المثمن (٥) الضمير عائد الى التراد في الباقي (٦) كان يتلف خمسة اثواب من المثمن الذي هو تسعة اثواب مثلا ومعنى امتناع التراد ان الاربعة الباقية ليس مثمنا بل المثمن هو الكل الذي هو تسعة فان تراد الباقي الذي هو اربعة يوجب تبعض الصفقة (٧) اي انتهى كلام المحقق في جامع المقاصد (٨) اي زاد المحقق الثاني في تعليقه (٩) وهو الملك المتزلزل (١٠) اي وان لم يحصل مقصودهما الذي هو اباحة مترتبة على الملك لوجب ان لا تحصل الاباحة من دون الملك ايضا .

كلمات الفقهاء في المعاطاة

لوجب ان لا تحصل اباحة بالكليّة بل يتعيّن الحكم بالفساد اذ المقصود (١) غير واقع فلو وقع غيره (٢) لوقع بغير قصد وهو (٣) باطل وعليه (٤) يتفرّع النّماء وجواز وطى الجارية ومن منع (٥) فقد اغرب انتهى (٦) والّذى (٧) يقوى فى النّفس ابقاء ظواهر كلماتهم على حالها وانّهم يحكمون بالاباحة المجرّدة عن الملك فى المعاطاة مع فرض قصد المتعاطيين التّمليك وانّ الاباحة لم تحصل بانشائها (٨) ابتداءً بل انّما حصلت (٩) كما اعترف به فى لك من استلزام اعطاء كلّ منهما سلعته مسلّطا عليها (١٠) الاذن (١١) فى التّصرّف فيه (١٢) بوجوه التّصرّفات فلا يرد عليهم ...

---

(١) اى اذ مقصود المتعاطيين الّذى هو حصول الملك غير واقع (٢) اى فلو وقع غير مقصود المتعاطيين الّذى هو الاباحة المجرّدة عن الملك لوقع بغير قصد منهما (٣) اى ووقوع غير المقصود باطل (٤) اى على الملك يتفرّع النّماء وجواز وطى الجارية فان قلنا بالملك كان نماء المبيع للمشترى وجاز له الوطى وان لم نقل بالملك فليس له النّماء ولا يجوز له وطى الجارية (٥) اى من منع عن الملك فقد اتى بشئ غريب (٦) اى انتهى كلام المحقّق فى تعليقه (٧) قوله (والّذى يقوى فى النّفس الخ) هو اختيار المصنّف ره وردّ منه على قول المحقّق الكركى (٨) اى بانشاء الاباحة ابتداءً (٩) اى حصلت الاباحة من استلزام الاعطاء الاذن فى التّصرّف بوجوه التّصرّفات (١٠) اى على السّلعة (١١) قوله (الاذن فى التّصرّف) مفعول لقوله (من استلزام الاعطاء) (١٢) اى فى السّلعة.

كلمات الفقهاء في المعاطاة

عدا ما ذكره(١) المحقق المقدم في عبارته (٢) المتقدمة وحاصله (٣) ان المقصود هو الملك فاذا لم يحصل فلا منشأ لاباحة التصرف اذ الاباحة ان كانت من المالك فالمفروض انه لم يصدر منه الا التمليك وان كانت من الشارع فليس عليها (٤) دليل ولم يشعر كلامهم بالاستناد الى نص (٥) في ذلك مع (٦) ان الغاء الشارع للاثر المقصود وترتيب غيره (٧) بعيد جدا مع ان التامل في كلامهم يعطي ارادة الاباحة المالكية لا الشرعية ويؤيد (٨) ارادة الملك ان ظاهر اطلاقهم اباحة التصرف شمولها (٩) للتصرفات ...

---

(١) فالمراد من (ما) في قوله (ما ذكره) هو الايراد (٢) المراد من عبارته المتقدمة هو قوله اذ مقصود المتعاطيين الملك وهو غير واقع فلو وقع غيره لوقع بغير قصد (٣) اى حاصل ما ذكره المحقق من الايراد ان المقصود هو الملك الخ .

(٤) اى فليس على الاباحة من الشارع دليل (٥) يعني ان يدل نص على ان المعاطاة تفيد الاباحة الشرعية (٦) هذا ايراد آخر من طرف المحقق ايضا حيث كان مرادهم من الاباحة هي الاباحة الشرعية لان الغاء الشارع الاثر المقصود بالمعاطاة الملك وترتيب غيره الذي هو الاباحة المجردة عن الملك بعيد جدا .

(٧) الضمير عائد الى الاثر المقصود (٨) قوله (ويؤيد ارادة الملك الخ) من تتمة الايراد من قبل الكركي على من يقول ان مراد الفقهاء من الاباحة هي الاباحة المجردة عن الملك (٩) قوله شمولها خبر لـ (ان) والضمير المؤنث عائد الى اباحة التصرف .

في استبعاد ارادة الملكية في كلامهم

التي لا تصح الا من المالك كالوطي والعتق والبيع لنفسه (١) والتزامهم (٢) حصول الملك مقارنا لهذه التصرفات كما اذا وقعت هذه التصرفات من ذي الخيار او من الواهب الذي يجوز له (٣) الرجوع بعيد (٤) ويجيء ما ذكره بعض الاساطين من ان هذا القول مستلزم لتاسيس قواعد جديدة لكن الانصاف (٥)..

(١) احترز المصنف بقوله (البيع لنفسه) عن البيع للمالك اذا كان فضوليا او وكالة (٢) اشكال وجواب : اما الاشكال فانا نقول ان الفقهاء الذين يقولون باباحة التصرفات التي لا تصح الا من المالك كالوطي والعتق والبيع لنفسه لانه ورد لا وطي الا في ملك ولا عتق الا في ملك ولا بيع الا في ملك التزموا حصول الملك مقارنا لهذه التصرفات كما اذا وقعت هذه التصرفات من ذي الخيار او من الواهب الذي يجوز له الرجوع كما اذا كانت الهبة الى غير الزوجة وغير ذي الرحم ومع غير الشرط ، واما الجواب فان التزامهم حصول الملك مقارنا لهذه التصرفات بعيد يحتاج الى دليل وقوله (ويجيء ما ذكره) استشهاد على بعد الالتزام المذكور يعني ولبعد ذلك ذكر بعض الاساطين ان القول بالاباحة المجردة عن الملك من حين المعاطاة مستلزم لتاسيس قواعد جديدة (٣) الضمير عائد الى الواهب (٤) قوله بعيد خبر لمبتداء مقدم وهو قوله (التزامهم) (٥) قوله (لكن الانصاف الخ) استدراك عما ذكره المصنف من حاصل ما ذكره المحقق من الايراد على القول بالاباحة المجردة عن الملك من حين المعاطاة مع قصد المتعاطيين التمليك وخلاصة الاستدراك : ان القول بالتزام الفقهاء لهذه الامور ←

في استبعاد ارادة الملكية من كلماتهم

ان القول بالتزامهم لهذه الامور (١) اهون من توجيه كلماتهم فان هذه الامور لا استبعاد في التزامها اذا اقتضى الأصل (٢) عدم الملكية ولم يساعد عليها (٣) دليل معتبر واقتضى الدليل صحة التصرفات (٤) المذكورة مع ان المحكي (٥) عن حواشي الشهيد على القواعد المنع (٦) عما يتوقف على الملك كاخراجه (٧) في خمس وزكوة وكوطي الجارية ومما يشهد على نفي البعد عما ذكرنا...

← والاشكالات التي ترد على القول بالاباحة اهون واسهل من توجيه كلماتهم بصرف الاباحة عن ظاهرها الى الملك المتزلزل (١) اي لهذه الاشكالات (٢) اي اذا اقتضى الاصل يعني استصحاب عدم الملكية في المعاطاة (٣) الضمير يرجع الى الملكية (٤) اي التصرفات التي لا تصح الا من المالك، كالوطي والعتق والبيع (٥) قوله (مع ان المحكي الخ) استشهاد على عدم امكان توجيه الاباحة بالملك المتزلزل (٦) اي المنع عن التصرف الذي يتوقف على الملك فيما يؤخذ بالمعاطاة (٧) اي كاخراج ما يؤخذ بالمعاطاة في الخمس والزكوة. وخلاصة المراد من هذه العبارة انه نقول باباحة التصرف ونرد اشكال انه كيف يجوز التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع والوطي والعتق اولاً بانه لا مانع منها اذا دل الدليل على صحة التصرفات المذكورة وثانيا بانه لا نسلم بجواز هذه التصرفات كما منع الشهيد عن التصرفات المتوقفة على الملك كاخراج ما يؤخذ بالمعاطاة في خمس وزكوة.

فی المعروف بین المتأخّرین فی المعاطاة

من (١) ارادتهم الاباحة المجرّدة مع قصد المتعاطیین التّملیك انّه (٢) قد صرّح الشّیخ فی ط والحلّی فی ر کظاهر العلّامة فی عد بعدم حصول الملك باهداء الهدیّة بدون الایجاب والقبول ولو من الرّسول (٣) نعم یفید ذلك اباحة التّصرّف لکنّ الشّیخ استثنی وطی الجاریة (٤) ثمّ انّ المعروف بین المتأخّرین انّ من قال بالاباحة المجرّدة فی المعاطاة قال بانّها (٥) لیست بیعا حقیقة کما هو ظ بعض العبائر المتقدّمة (٦) ومعقد اجماع الغنیة وما بعد (٧) ما بینه و بین توجیه المحقّق الثّانی من ارادة نفی اللّزوم وکلاهما (٨) خلاف الظّاهر ..

---

(١) بیان لـ (ما) فی قوله عمّا ذکرنا (٢) قوله (انّه قد صرّح الخ) فاعل لقوله (یشهد) (٣) (الرّسول) المرسل. الرّسالة ج رُسُل ورُسُل وأرسُل ورُسلاء (المنجد) المراد من الرّسول هنا من اوصل الهدیّة من طرف الواهب الی المهدی الیه (٤) قولهم بعدم حصول الملك باهداء الهدیّة بدون الایجاب والقبول یشهد علی کون قصد المتعاطیین التّملیك واستثناء الشّیخ وطی الجاریة یشهد بعدم اباحة التّصرّفات الّتی تتوقّف علی الملك (٥) ای بانّ المعاطاة (٦) کعبارة الخلاف فی ص ٤٢ والسّرائر فی ص ٤٤ والکافی فی ص ٤٨ (٧) أو ما بعد ما بین ظاهر بعض العبائر المتقدّمة من انّ المعاطاة لیست بیعا حقیقة وبین کونها بیعا حقیقة وتفید الملك المتزلزل (٨) احدهما ظاهر بعض العبائر المتقدّمة وثانیهما توجیه المحقّق الثّانی .

ويدفع الثاني (١) تصريح بعضهم (٢) بان شرط لزوم البيع منحصر في سقطات الخيار فكل بيع عنده (٣) لازم من غير جهة الخيارات وتصريح (٤) غير واحد بان الايجاب والقبول من شرائط صحة انعقاد البيع بالصيغة (٥) واما الاول (٦) فان قلنا بان البيع عند المتشرعة حقيقة في الصحيح ولو بناء على ما قدمناه في اخر تعريف البيع من (٧) ان البيع في العرف اسم للمؤثر منه في النقل فان كان في نظر الشارع او المتشرعة من حيث انهم متشرعة ومتدينون بالشرع صحيحا مؤثرا في الانتقال كان (٨) بيعا حقيقيا والا (٩) كان صوريا ...

---

(١) المراد من الثاني هو توجيه المحقق (٢) يعني هذا البعض قائل ان البيع لازم من غير جهة الخيارات فكيف يقول المحقق ان المعاطاة بيع غير لازم ويلزم بذهاب احدى العينين (٣) اى عند هذا البعض (٤) عطف على قوله (تصريح بعضهم) يعني ويدفع التوجيه الثاني ان غير واحد من العلماء يقول بعدم انعقاد البيع بدون الايجاب والقبول فكيف ينسب المحقق الى العلماء انهم يقولون بانعقاد البيع بالمعاطاة وبافادتها الملك المتزلزل (٥) قوله بالصيغة متعلق على قوله (البيع) على فرض وجودها في النسخة (٦) وهو ظاهر بعض العبائر المتقدمة من ان المعاطاة ليست بيعا حقيقة (٧) بيان لـ (ما) في قوله على ما قدمناه (٨) قوله (كان بيعا حقيقيا) جواب لقوله (فان كان في نظر الشارع) (٩) يعني وان لم يكن البيع العرفي صحيحا مؤثرا في نظر الشارع او المتشرعة كان بيعا صوريا في نظر الشارع مثل كون بيع الهازل ←

الاقوال الستة في المعاطاة

نظير بيع الهاذل في نظر العرف فيصح (١) على ذلك نفي البيعية على وجه الحقيقة في كلام كل من اعتبر في صحته (٢) الصيغة او فسره (٣) بالعقد لانهم في مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر في النقل في نظر الشارع (٤) اذا عرفت ما ذكرنا (٥) فالاقوال في المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم ...

← صوريا في نظر العرف (١) قوله (فيصح) جواب لقوله (فان قلنا)، و خلاصة هذه العبارة انه ان قلنا ان المعاطاة ليست بيعا حقيقيا عند من اعتبر في صحة البيع الصيغة او فسر البيع بالعقد فيصح نفي البيعية عن المعاطاة اذ لا صيغة في المعاطاة ولا عقد فيها فلا بيع حقيقة لانهم في مقام تعريف البيع الصحيح في نظر الشارع لا في مقام تعريف البيع الاعم من الصحيح و الفاسد (٢) اى في صحة البيع (٣) قوله (فسره) عطف على قوله اعتبر (٤) فلا يخفى ان قوله (فان قلنا بان البيع الخ) له عدل ومقابل لم يذكرهما المصنف ره لوضوحه فعدل القول المذكور وان قلنا ان البيع اعم من الصحيح فلا يصح نفي البيعية عن المعاطاة فيكون المعاطاة بيعا (٥) المراد من قوله (ما ذكرنا) هو توجيه المحقق الثاني لكلام المشهور بان مرادهم بالاباحة هو الملك الجائز المتزلزل وجعل صاحب الجواهر محل النزاع المعاطاة المقصود بها الاباحة لا التمليك وتوجيه المصنف ره لكلامهم بان المراد بالاباحة هي الاباحة المجردة عن الملك وجعله محل النزاع المعاطاة المقصود بها التمليك .

الاقوال الستة في المعاطاة

ستة (١) اللزوم (٢) مطلقا كما هو ظاهر عن المفيد ويكفي في وجود القائل به قول العلامة في كثير الاشهر (٣) عندنا انه لابد من الصيغة واللزوم (٤) بشرط كون الدال على التراضي او المعاملة لفظا حكي عن بعض معاصري الشهيد الثاني وبعض متاخري المحدثين (لكن في عد هذا من الاقوال في المعاطاة تاملا) (٥) والملك الغير اللازم (٦) ذهب اليه المحقق الثاني ونسبه الى كل من (٧) قال بالاباحة وفي النسبة ما عرفت (٨) وعدم الملك (٩) مع اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة (١٠) على الملك ...

---

(١) احدها اللزوم مطلقا، الثاني اللزوم بشرط كون الدال على التراضي لفظا الثالث الملك الغير اللازم الرابع عدم الملك مع اباحة جميع التصرفات، الخامس اباحة ما لا يتوقف على الملك، السادس عدم اباحة التصرفات مطلقا (٢) قوله (اللزوم مطلقا) هو احد الاقوال (٣) فيدل قول العلامة (الاشهر عندنا انه لابد من الصيغة) على ان غير الاشهر لا يحتاج الى الصيغة (٤) هذا هو القول الثاني (٥) لعل وجه التامل انه ان كان المراد من اللفظ الدال على التراضي ما يدل على المساومة ومقدمات البيع صح عد هذا من الاقوال في المسئلة واما اذا كان المراد منه ما يدل على انشاء المعاملة خرج هذا عن كونه احد الاقوال (٦) هذا هو القول الثالث (٧) ونسب المحقق الملك الغير اللازم الى المشهور وقد ادعى ان مراد المشهور بالاباحة هو الملك المتزلزل (٨) يعني عرفت ان الملك المتزلزل الذي نسبه الى المشهور خلاف ظواهر كلماتهم (٩) هذا هو القول الرابع (١٠) كالبيع الوقتي والعتق.

الاقوال الستة في المعاطاة

كما هو ظ عبائر كثير بل ذكر في لك ان كل من قال بالاباحة يسوغ (١) جميع التصرفات والاباحة (٢) ما لا يتوقف على الملك وهو الظ من الكلام المتقدم عن حواشي الشهيد على عد وهو المناسب لما حكيناه عن الشيخ في اهداء الجارية من دون ايجاب وقبول والقول (٣) بعدم اباحة التصرف مطلقا نسب الى ظ يد لكن ثبت رجوعه عنه في غيرها (٤) والمشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة بل لم نجد قائلا به (٥) الى زمان المحقق الثاني الذي قال به ولم يقتصر على ذلك (٦) حتى نسبه (٧) الى الاصحاب نعم ربما يوهم (٨) ظاهر عبارة يرحيث قال فيه (٩) الاقوى ان المعاطاة غير لازمة بل لكل منهما (١٠) فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية فان تلفت لزمت انتهى (١١) ولذا نسب ذلك (١٢) اليه في لك ...

---

(١) اى يجوز جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كالبيع والوطى (٢) هذا هو القول الخامس وهذا القول مناسب لما حكاه المصنف ره عن الشيخ الطوسي في اهداء الجارية حيث اباح الطوسي ره كل تصرف باستثناء وطى الجارية اذ لو جوز كل تصرف لجوز وطيها ايضا (٣) هذا هو القول السادس (٤) اى في غير النهاية (٥) اى بالملك (٦) اى على القول بالملك لنفسه (٧) اى نسب القول بالملك الى الاصحاب (٨) اى يوهم الملك (٩) اى في التحرير (١٠) اى لكل من المتعاطيين (١١) اى انتهى ما في التحرير (١٢) اى نسب القول بالملك الى صاحب التحرير الشهيد الثاني في المسالك .

لكن قوله (١) بعد ذلك ولا يحرم على كلّ منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد ظاهر (٢) في انّ مراده (٣) مجرّد الانتفاع اذ لا معنى لهذه العبارة (٤) بعد الحكم بالملك وأمّا قوله (٥) والاقوى الى آخره فهو اشارة الى خلاف المفيد ره والعامّة القائلين باللّزوم واطلاق المعاوضة عليها (ع) باعتبار ما قصده المتعاطيان واطلاق الفسخ على الرّدّ بهذا (٧) الاعتبار ايضا وكذا اللّزوم ويؤيّد ما ذكرنا (٨) بل (٩) يدلّ عليه انّ الظاهر من عبارة التحرير في باب الهبة (١٠) توقّفها على الايجاب والقبول ...

---

(١) اى قول صاحب التحرير بعد قوله المتقدّم (٢) قوله (ظاهر) خبر لـ (لكنّ) (٣) اى مراد صاحب التحرير (٤) اشارة الى قوله ولا يحرم على كلّ منهما الانتفاع بما قبضه (٥) اى قول صاحب التحرير (ع) سؤال وجواب، أمّا السؤال: فانّ مراد صاحب التحرير لو كان مجرّد الانتفاع لا الملك فلا يصحّ اطلاق المعاوضة على المعاطاة واطلاق الفسخ على الرّدّ واطلاق اللّزوم عليها بعد تلف العين، أمّا الجواب: فهو الّذى ذكره المصنّف ره بقوله واطلاق المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان الخ (٧) اشارة الى ما قصده المتعاطيان (٨) وهو انّ مراد صاحب التحرير من المعاطات مجرّد الانتفاع لا الملك (٩) اى اضراب المصنّف ره بقوله (بل) كان لاجل انّ الهبة لو كانت متوقّفة على الايجاب والقبول لكان توقّف البيع عليها بطريق اولى (١٠) (الهبة) تمليك الشئ بلا عوض. الشئ الموهوب ج هِبات (المنجد).

فى المعاطاة

ثمّ قال (١) وهل يستغنى عن الايجاب والقبول فى هديّة الأطعمة الاقرب عدمه (٢) نعم يباح التّصرّف بشاهد الحال انتهى (٣) وصرّح بذلك (٤) ايضاً فى الهديّة (٥) فاذا لم يقل (٦) فى الهبة بصحّة المعاطاة فكيف يقول بها فى البيع وذهب جماعة تبعاً للمحقّق الثّانى الى حصول الملك ولا يخلو (٧) عن قوّة للسّيرة المستمرّة (٨) على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك فى التّصرّف فيه بالعتق والبيع والوطى والايصاء وتوريثه و غير ذلك من آثار الملك ويدلّ عليه (٩) ايضاً عموم قوله تعالى وَاَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ حيث انّه يدلّ على حلّيّة جميع التّصرّفات (١٠) ...

---

(١) اى قال صاحب التّحرير (٢) اى عدم الاستغناء (٣) اى انتهى ظاهر عبارة التّحرير فى الهبة (٤) اشارة الى التّوقّف على الايجاب والقبول (٥) (الهديّة) مؤنّث الهَدِىّ . ما اُتحف به اى بعث به اكراماً او تودّداً ج هدايا وهداوى وهداوٍ (المنجد) (٦) اى لم يقل صاحب التّحرير (٧) اى ولا يخلو القول بالملك عن قوّة (٨) يعنى انّ هذه السّيرة متّصلة بزمان الائمّة ع ولم يرد ردع عنهم ع فتكون حجّةً (٩) اى على حصول الملك (١٠) ولا يخفى انّ المصنّف ره استدلّ بالآية بوجهين : احدهما انّ دلالة الآية على صحّة المعاطاة وافادتها للملك بالملازمة بين حلّيّة التّصرّفات حتّى الموقوفة على الملك وبين صحّة المعاطاة وافادتها للملك من اوّل الأمر يعنى انّ الآية تدلّ بالمطابقة على حلّيّة التّصرّفات وبالالتزام على صحّة المعاطاة وافادتها للملك ، وثانيهما انّ دلالتها على صحّة المعاطاة ←

فی المعاطاة

المترتبة علی البیع بل قد یقال بانّ الآیة دالّة عرفًا بالمطابقة علی صحّة البیع لا مجرّد الحکم التکلیفیّ لکنّه محلّ تامّل واَمّا منع صدق البیع (١) علیه عرفًا فمکابرة (٢) واَمّا (٣) دعوی الاجماع فی کلام بعضهم ...

← وافادتها للملک بالمطابقة نظرًا الی انّ الحلّیة امر یناسب التکلیف و الوضع ونظرًا الی ارادة الوضع من الحلّیة دون التکلیف لانّ الحلّیة منسوب الی نفس البیع بما هو سبب للملکیة یعنی انّه نعم اَحلّ البیع محلّه واقرّه مقرّه و المصنّف ؒ مال الی الاوّل وتامّل فی الثانی (١) یعنی انّ المعاطاة بیع عرفًا، وتشکیل القیاس : انّ المعاطاة بیع ، وکلّ بیع احلّه الله ، فالمعاطاة احلّها الله . فالمراد من الحلّیة اما هی الحلّیة الوضعیة الّتی هی صحّة البیع وافادها للملک واما هی الحلّیة التکلیفیة المستلزمة لصحّته وافادته للملک فتکون المعاطاة صحیحة مفیدة للملک (٢) (کابره) مکابرةً : غالبه مغالبةً وعانده قال فی التعریفات (المکابرة هی المنازعة فی المسئلة العلمیة لاظهار الصواب بل لالزام الخصم (اقرب الموارد) (٣) اشکالٌ وجوابٌ : اَمّا الاشکال فانّ دعوی الاجماع فی کلام بعضهم علی عدم کون المعاطاة بیعًا کابن زهرة تنافی ما ادّعاه المصنّف ؒ من صدق البیع علی المعاطاة فلا یصحّ فی اثبات صحّة المعاطاة التمسّک بایة اَحلّ الله البیع واَمّا الجواب فانّ غرض بعض العلماء کابن زهرة انّه یشترط فی انعقاد البیع الّذی یکون من العقود اللّازمة من الایجاب والقبول وهذا لا ینافی کونه مع عدمهما بیعًا مفیدًا للملک من دون لزوم ولذا صرّح ابن زهرة بکون الایجاب والقبول من شرائط صحّة البیع ←

الاستدلال بالآية في المعاطاة

على عدم كون المعاطاة بيعًا كابن زهرة فى الغنية فمرادهم بالبيع المعاملة اللّازمة الّتى هى احد العقود ولذا صرّح فى الغنية بكون الايجاب و القبول من شرايط صحّة البيع ودعوى (١) انّ البيع الفاسد عندهم ليس بيعًا قد عرفت الحال فيها (٢) وممّا ذكر يظهر وجه التّمسّك بقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً ...

← يعنى من شرايط البيع الّذى يكون من العقود ومن شانه اللّزوم.

(١) سؤالٌ وجوابٌ ، امّا السّؤال : فهو انّه يمكن ان يقال انّ قول ابن زهرة وغيره انّ الايجاب والقبول من شرائط صحّة البيع فى قوّة القول بانّهما من شرايط تحقّقه لانّ البيع الفاسد ليس بيعًا عندهم وح فلا يمكن التّمسّك بعموم اية اَحَلَّ البَيع لاثبات صحّة المعاطاة لعدم احراز الموضوع الّذى هو البيع بعد فرض كونه اسمًا للصّحيح عندهم، وامّا الجواب فانّ قول بعض الفقهاء كابن زهرة وغيره انّ الايجاب والقبول من شرائط صحّة البيع يعنى من شرايط البيع الّذى يكون من العقود ومن شأنه اللّزوم لا من شرائط تحقّق البيع مع انّك قد عرفت انّ البيع وامثاله من الفاظ المعاملات ليست الّا اسامى للأعمّ فيكون الصّحّة وصفًا زايدًا على ماهيّة البَيع (٢) الضّمير يرجع الى الدّعوى .

في عدم دلالة الناس مسلّطون على الناس

عن تراضٍ (١) وأمّا قوله الناس مسلّطون على اموالهم فلا دلالة فيه على المدّعى (٢) لانّ عمومه (٣) ...

---

(١) التمسّك بهذه الآية لصحّة المعاطاة وافادتها للملك يكون على وجهين الأوّل جعل الاكل في الآية كناية عن مطلق التصرّف بعد عدم ارادة ظاهره فتدلّ الآية على حلّية التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك، بسبب التجارة عن تراضٍ وتدلّ بالالتزام على حصول الملك، الثاني جعل الأكل كناية عن التملّك بعد الصرف عن ظاهره فتدلّ الآية بالاستقلال لحصول الملك اذ لولا انّ التجارة عن تراضٍ مؤثّرة في حصول الملك لما جاز التملّك بسببها فتشارك هذه الآية لآية أحلّ البيع في تقريب الاستدلال (٢) فامّا الحديث النبوي الّذي حكاه الامام الخميني مدّ ظلّه في كتاب البيع ج ١ ص ٧٩ عن البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الجديد، فلا دلالة فيه على المدّعى الّتي هي كون المعاطاة سبباً للملك لانّه دالّ على انّ الناس مسلّطون على اموالهم لا انّهم مسلّطون على احكامهم تكليفاً او وضعاً فليس للانسان ان يقول انّي جعلت المعاطاة سبباً لنقل مالي للغير لانّ جاعل السببيّة للملك هو الشارع لا الانسان (٣) اي عموم الناس مسلّطون على اموالهم.

فی عدم دلالۃ الناس مسلطون علی

باعتبار انواع السلطنۃ (١) فھو انما یجدی فیما اذا شک فی ان ھذا النوع من السلطنۃ ثابتۃ للمالک وماضیۃ شرعا فی حقہ ام لا اما اذا قطعنا بان سلطنۃ خاصۃ کتملیک مالہ للغیر نافذۃ فی حقہ ماضیۃ شرعا لکن شک فی ان ھذا التملیک الخاص ھل یحصل بمجرد التعاطی مع القصد ام لابد من القول الدال علیہ (٢) فلا یجوز الاستدلال علی سببیۃ المعاطاۃ فی الشریعۃ (٣)..

(١) کسلطنۃ الانسان فی تصرف مالہ بالبیع والھبۃ والاجارۃ والرھن یعنی ان الحدیث عام بالنسبۃ الی کل نوع ونوع کما لو فرضنا الشک فی ان الانسان ھل لہ ان یعطی مالہ فی مقابل ثامین حیاتہ ام لا فیمکن التمسک بعمومہ واورد الآخوند الخراسانی ؒ علی قول المصنف ؒ (فھو انما یجدی فیما اذا شک فی ان ھذا النوع من السلطنۃ ثابتۃ للمالک وماضیۃ شرعا فی حقہ ام لا) بقولہ: بل لا یجدی فی ذلک اذا شک فی تشریع اصل ھذا النوع ایضا حیث انہ مسوق لبیان سلطنۃ المالک وتسلطہ قبالا لحجرہ لا لبیان تشریع انحاء السلطنۃ کی یجدی فیما اذا شک فی تشریع سلطنتہ فلا یجوز التمسک بہ علی صحۃ معاملۃ خاصۃ وجواز تصرف خاص مع الشک فیھما شرعا فافھم کی ینفعک فی غیر مقام انتھی کلامہ رفع مقامہ (٢) الضمیر عائد الی التملیک الخاص (٣) قولہ فی الشریعۃ متعلق بقولہ سببیۃ المعاطاۃ یعنی لا یصح الاستدلال بعموم الناس مسلطون علی سببیۃ المعاطاۃ فی الشریعۃ للتملیک اذ انہ دال علی ان الناس مسلطون علی اموالھم لا انہ دال علی انھم مسلطون علی احکامھم.

فی الاستدلال علی افادۃ المعاطاۃ للملک

للتّملیک بعموم تسلّط النّاس علی اموالهم ومنه (١) یظهر ایضا عدم جواز التّمسّک به (٢) لما سیجیئ من شروط الصّیغة (٣) وکیف کان ففی الأیتین مع السّیرة کفایة اللّهمّ الّا ان یقال انّهما لا تدلّان (٤) علی الملک وانّما تدلّان علی اباحة جمیع التّصرّفات (٥) ...

---

(١) الضّمیر یرجع الی عدم جواز الاستدلال علی سببیّة المعاطاة للتّملیک بعموم النّاس مسلّطون (٢) ای بعموم النّاس مسلّطون (٣) یعنی لو شکّ فی انّه هل تشترط العربیّة فی الایجاب القبول امر لا فلا یصحّ التّمسّک بعموم النّاس مسلّطون علی اموالهم علی عدم اشتراطها (٤) یعنی انّ الأیتین لا تدلّان علی الملک من اوّل الأمر الّذی فواه المصنّف ﷺ تبعا للمحقّق الثّانی وانّما تدلّان علی اباحة جمیع التّصرّفات الّتی لا تستلزم الملک بالملازمة الشّرعیّة من اوّل الأمر (٥) سؤال وجواب . امّا السّؤال : فهو انّ الدّلیل علی اباحة التّصرّفات کالنّحو المذکور انّما یدلّ علی الملک من اوّل الأمر لوجود الملازمة بینهما کما فی البیع بالصّیغة اذ لا اشکال فی حصول الملک فیه من حین العقد لانّ الأیتین لا تدلّان فی البیع بالصّیغة علی ازید من اباحة جمیع التّصرّفات فلا بدّ استفادة الملک من اوّل الأمر بالملازمة بین الامرین فیثبت المطلوب فی المعاطاة اذ المفروض انّ الأیتین تدلّان علی تحقّق اللّازم وهو اباحة جمیع التّصرّفات فلا بدّ من تحقّق الملزوم وهو حصول الملک من اوّل الأمر . وامّا الجواب : انّ الملازمة فی البیع بالصّیغة مختصّة به لا تتعدّی عنه الی غیره لانّ الملازمة المذکورة لیست عقلیّة ولا عادیّة بل هی ←

في الاستدلال على افادة المعاطاة للملك

حتى المتوقفة على الملك كالبيع والوطى والعتق والايصاء واباحة هذه التصرفات انما يستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة في سائر المقامات (١) من الاجماع وعدم القول بالانفكاك دون المقام (٢) الذى لا يعلم ذلك (٣) منهم حيث اطلق القائلون بعدم الملك اباحة التصرفات وصرح في ذلك بان من اجاز المعاطاة سوغ جميع التصرفات غاية الامر انه لابد من التزامهم بان التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه (٤) انما فان الجمع (٥) بين اباحة هذه التصرفات وبين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار ولا يتوقف (٤) على الالتزام بالملك من اول الامر ...

← شرعية حاصلة من اجماع الفقهاء على الملك في البيع بالصيغة من اول الامر وناشئة من عدم القول بانفكاك الملك عن العقد بخلاف المعاطاة التي لا يعلم ذلك منهم بل علم منهم القول بالانفكاك في المعاطاة لانهم مع القول بعدم حصول الملك بها قد جوزوا اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك ويشهد على هذا ما حكى عن المسالك حيث انه صرح بان من اجاز المعاطاة سوغ جميع التصرفات (١) سائر المقامات كالبيع بالصيغة وغيره صح (٢) المقام اى المعاطاة (٣) اشارة الى التلازم بين اباحة التصرفات وبين الملك من اول الامر (٤) اى على التصرف (٥) اى فان الجمع بين دليل اباحة هذه التصرفات وبين دليل التصرفات التى تتوقف على الملك كالبيع والعتق والوطى يحصل بالتزام سبق الملك عليها انما (٤) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى التصرف

فی الاستدلال علی افادۃ المعاطاۃ للملک

فیقال (١) انّ مرجع ھذہ الاباحۃ ایضًا الی التّملیک (٢) واما ثبوت السّیرۃ واستمرارھا علی التّوریث فھی کسائر سیراتھم النّاشئۃ عن المسامحۃ وقلّۃ المبالات (٣) فی الدّین ممّا لا یحصی فی عباداتھم ومعاملاتھم وسیاساتھم کما لا یخفی ودعوی (٤) انّہ لم یعلم من القائل بالاباحۃ ...

---

(١) یعنی حتّی یقال انّ الخ (٢) ای الی التّملیک من اوّل الأمر (٣) وردّ ھذا الاشکال السّید الیزدی والأخوند الخراسانی وغیرھما وخلاصۃ مرادھم من الرّدّ انّہ لا حاجۃ الی اثبات السّیرۃ المتشرّعۃ حتّی ترجی بعدم المبالات فی الدّین بل یکفی فی المقام سیرۃ العرف والعقلاء فی کلّ ملّۃ ونحلۃ ولم یردع عنھا صاحب الشّریعۃ حیث لو ردع لشاع نقلہ مع عموم البلوی والفرق بین السّیرتین انّ السّیرۃ المتشرّعۃ اذا ثبتت کانت ھی بنفسھا دلیلًا علی الحکم کالاجماع الموجب للحدس القطعی برأی المعصوم ؑ بخلاف سیرۃ العقلاء فانّھا لا حجّیۃ لھا الّا بعد الامضاء ولو بعدم الرّدع مع عموم البلوی (٤) کان الانسب ذکر ھذہ الدّعوی ودفعھا قبل قولہ (واما ثبوت السّیرۃ الخ) حیث انّھا من تتمّات استفادۃ الملک من الأبیتین، وحاصل المراد من ھذہ الدّعوی انّ نفی الاجماع علی الملازمۃ الشّرعیّۃ بین اباحۃ التّصرّفات وبین الملک فی المقام انّما یتمّ لو علم اباحۃ جمیع التّصرّفات من القائل بعدم حصول الملک لکنّہ لم یعلم اباحۃ جمیع التّصرّفات من القائل المذکور کما یظھر من الشّھید والشّیخ الطّوسی ؒ فاذا لم یعلم اباحۃ جمیع التّصرّفات من القائل بعدم الملک من اوّل الأمر فیوجّہ التّمسّک بعموم ایۃ احلّ اللہ البیع علی اباحۃ جمیع ←

فی الاستدلال علی افادۃ المعاطاۃ للملک

جواز مثل ھذہ التصرفات المتوقفۃ علی الملک کما یظھر (١) من المحکی عن حواشی الشھید علی القواعد من (٢) منع اخراج المأخوذ بالمعاطاۃ فی الخمس والزکوٰۃ ومن الھدی (٣) وعدم جواز وطی الجاریۃ الماخوذۃ بھا (٤) وقد صرح الشیخ رہ بالاخیر فی معاطاۃ الھدایا فیتوجہ التمسک بعموم الآیۃ علی جوازھا (٥) فیثبت الملک مدفوعۃ (ع) بانہ وان لم یثبت ذلک (٧) الا انہ (٨) لم یثبت ان کل من قال (٩)

التصرفات فیثبت الملک لان من قال بالاباحۃ جمیع التصرفات قال بالملک من اول الامر فیثبت الملازمۃ الشرعیۃ بین اباحۃ جمیع التصرفات و بین الملک (١) ای کما یظھر عدم جواز مثل ھذہ التصرفات (٢) بیان لـ (المحکی) فی قولہ (من المحکی) (٣) لان ھذہ الامور یجب ان تکون من قال الانسان وملکہ والحال ان المأخوذ بالمعاطاۃ لیس مالا وملکا للاٰخذ، (ع) ای بالمعاطاۃ (٥) ای علی جواز التصرفات المتوقفۃ علی الملک (ع) قولہ (مدفوعۃ) خبر لمبتداء مقدم وھو قولہ (ودعوی) (٧) ای وان لم یثبت من القائل بالاباحۃ جواز مثل ھذہ التصرفات المتوقفۃ علی الملک (٨) وحاصل الدفع ان الملازمۃ بین اباحۃ جمیع التصرفات وبین الملک تحتاج الی دلیل فلا دلیل علی الملازمۃ لانہ لم یثبت ان کل من قال فی المعاطاۃ بالاباحۃ جمیع التصرفات قال بالملک من اول الامر لامکان ان کل من قال بجواز جمیع التصرفات التزم بالملکیۃ عند التصرف (٩) ای حین لم یثبت ان کل من قال بالاباحۃ جمیع ھذہ التصرفات قال بالملک من اول الامر فیجوز للفقیہ التزام حصول الملک عند التصرف لا من اول الامر.

في الاستدلال على افادة المعاطاة للملك

باباحة جميع هذه التصرفات قال بالملك من اول الامر فيجوز للفقيه حكم التزام اباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك لا من اول الامر فالاولى حكم التمسك في المطلب بان المتبادر عرفا (١) ...

---

(١) فاعلم انه يستدل بالآية بوجوه : احدها دلالة الآية بالمطابقة على صحة البيع نظرا الى ان الحلية امر بنا سب التكليف والوضع ولذا حكى انه ورد في باب الصلوة حلت الصلوة فيه اى جازت ووقعت في محلها فالحلية منسوبة الى نفس البيع بما هو سبب للملكية والمراد والله اعلم انه تعم احل البيع محله واقره مقره ولم يجعل البيع كالعدم بحكم العدم ، والمراد من دلالة الآية بالمطابقة في كلامه السابق وجعله محل التأمل هو هذا الوجه الذي مرجعه الى ارادة الوضع من الحلية دون التكليف ، وثانيها : دلالة الآية بالملازمة شرعا بين جواز التصرفات حتى المتوقفة على الملك وبين تاثير المعاطاة في الملك على صحتها لان مدلولها المطابقي حلية كل تصرف مترتب على البيع ومدلولها الالتزامي صحة البيع وهذا هو لوجه الاول كان في كلامه السابق وثالثها دلالة الآية بالملازمة العرفية على صحة المعاطاة وافادتها للملك من اول الامر وهذا هو الوجه الذي مال اليه هنا ، وتوضيح ذلك ان اباحة التصرفات تقع على نحوين احدها مجرد حلية التصرفات الموقوفة على الملك وهذا لا يلائم عرفا افادة المعاطاة الملك من اول الامر ثانيهما تحليل التصرفات المترتبة على البيع بما هو سبب للملك فتدل الآية بالالتزام عرفا على ان سبب الحل هي البيعية فمقتضى هذا الوجه ترتيب آثار البيع من اول الامر فلا يخفى عليك ان بعض المحشين قال ان مرجع قول المصنف ره : (بان المتبادر ←

في الاستدلال على افادة المعاطاة للملك

من حلّ البيع صحّته (١) شرعًا هذا (٢) مع امكان اثبات (٣) صحّة المعاطاة في الهبة والاجارة ببعض اطلاقاتها وتتميمه في البيع بالاجماع المركّب هذا مع انّ (٤)..

← عرفًا من حلّ البيع صحّته شرعًا) الى دعوى الدلالة بطور المطابقة التي تأمل فيها في السابق لا الى الوجه الثالث الذي ذكرناه (١) اى صحّة البيع (٢) اى خذ ما ذكر، (٣) قوله (مع امكان اثبات الخ) دليل آخر لافادة المعاطاة للملك بالاضافة الى ما ذكرناه من السيرة والآيتين والتبادر العرفي وخلاصته انّه يمكن اثبات صحّة المعاطاة في الهبة والاجارة ببعض اطلاقاتهما واما اطلاق الهبة فكقوله ﷺ في الوسائل الطبعة القديمة ج ٢ ص ٥٩٤ باب ٧ حديث (١) عن زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرئته ولا المرئة تهب لزوجها الخ فانّ قوله (يهب وتهب) مطلق شامل للمعاطاة ايضًا واما اطلاق الاجارة فكقوله عليه السلام في كتاب تحف العقول (واما تفسير الاجارات فاجارة الانسان نفسه) فانّ قوله (فاجارة الانسان نفسه) مطلق شامل للمعاطاة ايضًا ثمّ تتميم اثبات صحّة المعاطاة في البيع بالاجماع المركّب وهو انّ كلّ من قال بافادة المعاطاة للملك في الهبة قال بذلك في البيع وكلّ من قال بانّ المعاطاة لم تفيد للملك في الهبة قال بذلك في البيع ايضًا لكن ثبت في الهبة ويثبت في البيع ايضًا (٤) يعني انّ آية احلّ البيع تدلّ على صحّة المعاطاة التي تفيد الملك من اوّل الامر اما بالملازمة الشرعية بين حلّية التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك وبين تاثير المعاطاة في الملك من اوّل الامر او بالمطابقة يعني انّ الآية تدلّ بالمطابقة على صحّة المعاطاة المفيدة للملك لانّها ←

القول بالاباحة مستلزم لتاسيس قواعد جديدة

ماذكر من ان للفقيه التزام حدوث الملك عند التصرف الموقف عليه لا يليق بالمتفقه (١) فضلاً عن الفقيه ولذا (٢) ذكر بعض الاساطين (٣) في شرحه على القواعد في مقام الاستبعاد ان القول بالاباحة المجردة (٤) مع فرض قصد المتعاطيين التمليك والبيع مستلزم لتاسيس قواعد جديدة (٥) منها ان العقود وما (ع) قام مقامها لاتتبع القصود (٧) ومنها (٨) ...

← بيع عرفاً فعلى هذا لا يليق للفقيه ان يلتزم بحدوث الملك بالتصرف قبل التصرف انا ما (١) فوجه استبعاد هذا القول ان الملك ح بلا دليل وبلا سبب اما عدم الدليل فواضح لانه لا دليل على حصول الملك قبل التصرف انا ما بالتصرف واما عدم السبب فان كان السبب هو التعاطي فاللازم ان يكون الملك من حين المعاطاة وان كان السبب التصرف فالمفروض ان الملك حاصل قبل التصرف والحال ان المتأخر لا يكون سببا للمتقدم (٢) اى ولاجل ماذكرناه من انه لا يليق بالمتفقه ان يلتزم حدوث الملك عند التصرف ذكر بعض الاساطين الخ (٣) وهو الشيخ جعفر كاشف الغطاء (٤) اى المجردة عن الملك من اول الأمر (٥) اى قواعد جديدة في الفقه (ع) اى الايقاعات (٧) يعني ان المتعاطيين قصدا الملك وقد حصلت من المعاطاة الاباحة والحال ان المشهور عند الفقهاء ان العقود تابعة للقصود لانها امور كانت بيد العاقد وليست من الامور التكوينية التي لامدخلية لقصد الانسان فيها (٨) اى من القواعد الجديدة .

القول بالاباحة مستلزم لتأسيس قواعد جديدة

ان يكون ارادة التصرّف من المملّكات فيملك العين او المنفعة بارادة التصرّف بهما (١) اومعه (٢) دفعة وان لم يخطر ببال المالك الاوّل الأذن (٣) في شئ من هذه التصرّفات (٤) لانّه (٥) قاصد للنّقل من حين الدّفع لانّه لاسلطان له بعد ذلك (٦) بخلاف من قال اعتق عبدك عنّي (٧) ونصدق بمالي عنك ومنها (٨) انّ الاخماس والزّكوات والاستطاعة ...

---

(١) الضّمير المثنّى يرجع الى العين والمنفعة يعنى يملك العين والمنفعة بارادة التصرّف بهما منفردة عن التصرّف (٢) اى اومع التصرّف بحيث يكون المملّك مركّباً عن الارادة والتصرّف لاخصوص الأرادة (٣) قوله (الاذن) فاعل لقوله (لم يخطر) (٤) اى التصرّفات الّتى تتوقّف على الملك (٥) اى المالك الاوّل (٦) اى بعد الدّفع (٧) وهمٌ ودفعٌ، امّا الوهم: فانّ المأمور العامل في (اَعتِق عبدك عنّي) بارادة الاعتاق يملّك العبد للآمر ثمّ يعتقه عنه وكذلك ما نحن فيه فانّ اخذ الجارية بالمعاطاة اذا اراد وطى الجارية فيملكها بارادته ثمّ يقع الوطى في ملكه، امّا الدّفع: فانّ الأمر في (اعتق عبدك عنّي) يا ذن المامور العامل بهذا القول بتمليك العبد للآمر ثمّ اعتاقه عنه لانّ الاذن في الاعتاق اذن في التّمليك فيكون في اعتاق المأمور عبده عن الآمر تمليك ضمنىّ قبل الاعتاق فيقع العتق في ملك الآمر بخلاف ما نحن فيه لأنّ الاذن في شئ من التصرّفات بعد المعاطاة لم يخطر ببال المالك الاوّل (٨) اى من القواعد الجديدة .

والدّيون (١) والنّفقات (٢) وحقّ المقاصّة والشّفعة (٣) والمواريث (٤) والرّبا (٥) والوصايا تتعلّق (ع) بما في اليد مع العلم ...

(١) يعني ان يترتّب على المال المأخوذ بالمعاطاة حكم المالك من جواز مطالبة الآخذ باداء الدّين منه فيما لم يكن عنده ما يفي بدينه الا المال المأخوذ — بالمعاطاة وعدم وجوب الانتظار الى الميسرة (٢) يعني ان تتعلّق نفقة الاقربين والزّوجة بالمال المأخوذ بالمعاطاة وان لم يكن ملكا للآخذ (٣) يعني انّ احد الشّريكين باع حصّته من الدّار المشتركة بين الاثنين بالمعاطاة وحينئذ يثبت الأخذ بالشّفعة للشّريك الآخر ويستحق ارجاعها الى نفسه به فعلى القول بالاباحة تتعلّق الشّفعة بحصّة لم تخرج عن ملك البايع الشّريك مع انّه خروج الحصّة لابدّ منه في ثبوت الشّفعة (٤) (الميراث) تركة الميّت ج مواريث (اقرب الموارد) وقال في الرّوضة الميراث ما يستحقّه انسان بموت آخر بنسب او سبب بالاصالة انتهى فالمراد منه فيما نحن فيه انّه اذا مات شخص ترك المال الّذي اخذه بالمعاطاة فيرث الوارث هذا المال المأخوذ بالمعاطاة الّذي لم يكن ملكا للميّت فيتعلّق الارث بمال لم يكن ملكا للميّت فهو خلاف القاعدة الفقهيّة (٥) يعني انّ بيع المال المأخوذ بالمعاطاة بجنسه مع التّفاضل يكون حراما للرّبا فلا وجه ان يتعلّق الرّبا بغير الملك وهو ايضا خلاف القاعدة الفقهيّة (ع) قوله (تتعلّق) خبر لـ (انّ) في قوله (انّ الأخماس).

بيقاء مقابله (١) وعدم التصرّف فيه (٢) اوعدم العلم به (٣) فينفى بالاصل فتكون (٤) متعلّقة بغير الاملاك وانّ صفة الغنى (٥) والفقر تترتّب عليه (٦) كك (٧) فيصير ما ليس من الاملاك بحكم الاملاك ومنها كون التصرّف (٨) من جانب مملّكا للجانب الآخر مضافا الى غرابة (٩) استناد الملك الى التصرّف ومنها جعل التلف السّماوى (١٠) من جانب مملّكا للجانب الآخر والتلف من الجانبين معيّنا ...

---

(١) الضّمير يرجع الى (ما) فى قوله (تتعلّق بما فى اليد) (٢) الضّمير عائد الى قوله (مقابله) يعنى مع العلم بعدم تصرّف الطّرف الآخر فى مقابله فاذا علم التصرّف ملك بما فى يده لانّ التصرّف من احد الجانبين يوجب الملك عند القائلين بالاباحة كما ذكر سابقا (٣) الضّمير يرجع الى التصرّف يعنى انّ عدم علمه بتصرّف الطّرف الآخر فى المال يوجب ان ينفى التصرّف بالأصل وهو استصحاب عدم التصرّف وعدم انتقال الملك (٤) اسم تكون ترجع الى الأمور الّتى ذكرت من الاخماس والزّكاة وغيرهما (٥) قوله (انّ صفة الغنى) عطف على قوله (انّ الاخماس) يعنى منها انّ صفة الغنى وجودا وصفة الفقر عدما تترتّب على ما فى يده مع العلم ببقاء مقابله وعدم التصرّف فيه اوعدم العلم به (٦) الضّمير يرجع الى (ما فى اليد) (٧) قوله (كذلك) اشارة الى قوله مع العلم ببقاء مقابله الخ (٨) اى ان يكون تصرّف بكر فى المثمن مملّكا لزيد الثّمن مثلا (٩) يعنى لم يوجد فى الشّريعة دليل على انّ التصرّف يوجب الملك (١٠) يعنى انّ القائلين بالاباحة يقولون ←

القول بالاباحة مستلزم لتاسيس قواعد جديدة

للمسمّى (١) من الطرفين ولا رجوع الى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت (٢) ومع حصوله (٣) فى يد الغاصب او تلفه فيها (٤) فالقول بانه المطالب (٥) لانه تملك بالغصب او التلف (٦) فى يد الغاصب غريب (٧) والقول (٨) بعدم الملك بعيد جدًا ...

← بان تلف احد العوضين مملكا للجانب الآخر فعلى هذا يكون التلف السماوى من جانب مملكا للجانب الآخر (١) توضيحه ان المال المأخوذ بالمعاطاة مع عدم الملك مضمون ببدله الواقعى من المثل او القيمة والحال ان القائلين بالاباحة يقولون ان التلف من الجانبين يعيّن المسمّى من الطرفين بخلاف التلف مع التفريط فانه لا يعيّن المسمّى من الطرفين بل يرجع الى المثل ان كان مثليًا والى القيمة ان كان قيميًا (٢) اى التفاوت بين المسمّى وقيمة المثل (٣) الضمير يرجع الى المأخوذ بالمعاطاة (٤) اى تلف المأخوذ بالمعاطاة فى يد الغاصب (٥) المراد من قوله (المطالب) بصيغة اسم الفاعل هو الآخذ بالمعاطاة من الغاصب لان الآخذ تملك المال المأخوذ بالمعاطاة بغصب الغاصب اياه او بتلفه فى يد الغاصب غريب (٦) عطف على قوله الغصب اى لان الآخذ تملك بالتلف فى يد الغاصب (٧) قوله غريب خبر لمبتدإ مقدم وهو قوله (فالقول) (٨) يعنى القول بان الآخذ هو المطالب لكن مع عدم تملكه للمأخوذ بالمعاطاة بالغصب او التلف بعيد لان المطالب من الغاصب لا يكون الا المالك .

القول بالاباحة مستلزم لتاسيس قواعد جديدة

مع انّ فى التلف (١) القهرى ان ملك التالف قبل التلف فعجيب ومعه (٢) بعيد لعدم قابليته وبعده (٣) ملك معدوم ومع (٤) عدم الدخول فى الملك يكون ملك الآخر بغير عوض ونفى الملك مخالف للسيرة (٥) وبناء المتعاطيين ومنها (٦) انّ التصرّف (٧) ان جعلناه من النواقل القهريّة ...

(١) يعنى انّ الأخذ فى التلف القهرى انّ ملك المال التالف قبل التلف انّما حتّى تلف فى ملكه فعجيب اذ لا سبب للملك (٢) يعنى انّ الأخذ ان ملك التالف مع التلف فبعيد لعدم قابليّة المال التالف للملكيّة حين التلف لانّ الملكيّة علاقة بين المالك والمال المملوك الموجود وحين التلف ليس موجودا (٣) يعنى انّ اخذ المال بالمعاطاة ان ملك المال التالف بعد التلف فهو معدوم والمعدوم لا يملك (٤) يعنى انّ القول بانّ المال التالف فى التلف القهرى لا يدخل فى ملك اخذه لا قبل التلف ولا مع التلف ولا بعده يكون قولا بانّ ملك الآخر للعوض الآخر بغير عوض (٥) اى القول بعدم ملك الآخر للعوض الآخر الموجود مخالف للسيرة وبناء المتعاطيين لانّ السيرة مستمرّة بعدم نفى ملك الآخر للعوض الآخر الموجود وانّ بناء المتعاطيين هو قصد التمليك من اوّل الأمر (٦) اى من القواعد الجديدة (٧) اى انّ تصرّف المتصرّف فى المال المأخوذ بالمعاطاة ان جعلناه من النواقل القهريّة فلا يتوقّف على نيّة التملّك فهو بعيد اذ كيف يمكن انتقال مال بكر الى زيد من دون نيّة احدهما الملكيّة .

القول بالاباحة مستلزم لتاسيس قواعد جديدة

فلا يتوقف على النية فهو بعيد وان اوقفناه (١) عليها (٢) كان الواطئ للجارية من غيرها (٣) واطيا بالشبهة والجاني عليه (٤) والمتلف له (٥) جانيا على مال الغير ومتلفا له (٦) ومنها ان النماء الحادث قبل التصرف ان جعلنا حدوثه (٧) مملكا له دون العين فبعيد ومعها (٨) فملك وكلاهما (٩) مناف لظاهر الاكثر وشمول (١٠) ...

---

(١) الضمير عائد الى النقل (٢) اى على النية (٣) اى من غير نية (٤) اى الجاني على المأخوذ بالمعاطاة يعني ان احد المتعاطيين اذا جنى على المال المأخوذ بالمعاطاة جنى على مال الغير (٥) اى المتلف للمأخوذ بالمعاطاة (٦) اى متلفا المال الغير يعني ان احد المتعاطيين اذا اتلف المال المأخوذ بالمعاطاة اتلف مال الغير (٧) يعني ان جعلنا حدوث النماء مملكا للنماء فقط من دون العين فبعيد لان النماء تابع للعين و المحال ان العين لم تصر ملكا للاخذ وكيف تصير النماء ملكا له (٨) يعني ان جعلنا حدوث النماء مملكا له مع العين فبعيد ايضا لان القائلين بالاباحة يقولون بان التصرف مملك دون حدوث النماء (٩) يعني ان كلا الامرين ، احدهما كون حدوث النماء مملكا له فقط ، ثانيهما كونه مملكا له مع العين ، خلاف ظاهر الاكثر لان الظاهر منهم حصر المملك في التصرف والثلث (١٠) سؤال وجواب : اما السؤال فان القابض لا يملك النماء والعين قبل التصرف وانما يجوز ان يملك النماء بالتصرف كما يملك العين به وقبل التصرف كلاهما ←

القول بالاباحة مستلزم لتاسيس قواعد جديدة

..... الاذن له خفيّ ومنها قصر التمليك على التصرّف (١) مع الاستناد فيه (٢) الى انّ اذن المالك فيه (٣) اذن في التمليك فيرجع الى كون المتصرّف في تمليكه نفسه موجبًا قابلًا (٤) وذلك جارٍ في القبض (٥) بل هو اولى منه لاقتران (٦) بقصد التمليك دونه (٧) انتهى (٨) ..

← بانٍ على ملك المبيح ، وامّا الجواب : فانّ تصرّف القابض في المأخوذ بالمعاطاة لا يكون سببًا لملكه على القول به الّا مع الاذن فيه من المالك و هو غير معلوم للنّماء لانّ الّذى صدر من المالك هو الاذن للتصرّف في العين وشموله للتصرّف في النّماء خفيّ والمصنّف اشار الى الجواب بقوله (وشمول الاذن له اى للتصرّف في النّماء (خفيّ) (١) يعنى انّ المشهور القائلين بالاباحة قصروا التمليك على التصرّف مع استنادهم في كون التصرّف مملّكًا الى انّ اذن المالك فيه اذن في التمليك (٢) الضّمير عائد الى قصر التمليك على التصرّف (٣) الضّمير يرجع الى التصرّف (٤) فيكون المتصرّف بتصرّفه موجبًا من طرف المالك وقابلًا من طرف نفسه (٥) يعنى انّ المناط الّذى هو كون الاذن في التصرّف اذنًا في التمليك جارٍ في القبض لانّه تصرّف من المأذون بل هو اولى من التصرّف الآخر لانّه مقرون بقصد المالك للتمليك فيلزم القول بانّ كلًا من المتعاطيين بالقبض موجب قابل فلا يصحّ قصر التمليك على التصرّف (٦) اى اقتران القبض (٧) اى دون التصرّف (٨) اى انتهى ما ذكره بعض الاساطين في شرحه على القواعد .

في الجواب عما افاده بعض الاساطين

والمقصود (١) من ذلك كله استبعاد هذا القول لان الوجوه المذكورة (٢) تنهض في مقابل الاصول (٣) والعمومات (٤) اذ ليس فيها تاسيس قواعد جديدة (٥) لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء اما حكاية تبعية العقود وما (٦) قام مقامها للقصود ففيها اولا ان المعاطاة (٧) ليست عند القائل بالاباحة المجردة (٨) من العقود ولا من القائم مقامها شرعا فان تبعية العقد للقصد وعدم انفكاكه (٩) عنه انما هو لاجل دليل صحة ذلك العقد ...

---

(١) اى والمقصود من ذلك كله مما ذكره بعض الاساطين استبعاد هذا القول الذى هو افادة المعاطاة اباحة التصرفات حتى المتوقفة على الملك مع قصد المتعاطيين التمليك (٢) لان الوجوه المذكورة التى ذكرها بعض الاساطين كانت ادلة تنهض في مقابل الاصول والعمومات (٣) فمن الاصول اصالة عدم حصول الملك الا حين التصرف واصالة بقاء الملك في ملك مالكه الاول (٤) ومن العمومات قوله لا بيع الا في ملك ولا عتق الا في ملك ولا وطى الا في ملك (٥) اى ليست فى الوجوه المذكورة قواعد جديدة لتخالف القواعد الفقهية لان لها نظائر (٦) كالايقاعات (٧) وخلاصة الجواب ان المعاطاة خارج موضوعا عن العقود فلا تكون من صغريات قاعدة (العقود تابعة للقصود) مع ان تبعية العقد للقصد بواسطة قيام الدليل على الصحة فيه بمعنى ترتب الاثر المقصود عليه وليس في المعاطاة دليل على ترتب الاثر المقصود عليها (٨) اى المجردة عن الملك (٩) اى عدم انفكاك العقد عن القصد .

في الجواب عمّا افاده بعض الأساطين

بمعنى ترتّب الاثر المقصود عليه فلا يعقل ح (١) الحكم بالصحّة مع عدم ترتّب الأثر المقصود عليه (٢) امّا (٣) المعاملات الفعليّة الّتي لم يدلّ على صحّتها دليل فلا يحكم بترتّب الاثر المقصود عليها (٤) كما نبّه عليه الشّهيد في كلامه (٥) المتقدّم من انّ السّبب الفعلي لا يقوم مقام السّبب القولي في المبايعات نعم اذا دلّ الدّليل على ترتّب اثر عليه (٦) حكم به (٧) وان لم يكن مقصودًا (٨) وثانيًا انّ تخلّف ...

---

(١) اى حين اذ كانت الصّحّة بمعنى ترتّب الاثر المقصود (٢) اى على العقد (٣) سؤالٌ وجوابٌ : امّا السّؤال فانّ المعاطاة معاملة فعليّة فلِمَ لا تجري قاعدة (العقود تابعة للقصود) فيها حتّى يحكم بترتّب الأثر المقصود عليها ، وامّا الجواب : فانّ المعاملات الفعليّة كالمعاطاة لم يقم على صحّتها دليل يدلّ على ترتّب الاثر المقصود عليها والمصنّف ذكر الجواب بقوله (امّا المعاملات الفعليّة الخ) (٤) اى على المعاملات الفعليّة (٥) مراده من كلامه المتقدّم قوله في ص٥٠ (امّا المعاطاة في المبايعات فهي تفيد الاباحة لا الملك) فانّ ذكر الشّهيد هذه الجملة بعد قوله : (قد يقوم السّبب الفعلي مقام السّبب القولي) كالاستثناء منه فيكون مفاده انّ السّبب الفعلي يقوم مقام السّبب القولي الّا في المبايعات فانّ السّبب الفعلي فيها لا يقوم مقام السّبب القولي (٦) اى على السّبب الفعلي (٧) الضّمير عائد الى ترتّب الاثر (٨) اى وان لم يكن ترتّب الأثر مقصودًا للمتبايعين .

في الجواب عمّا افاده بعض الاساطين

العقد (١) عن مقصود المتبايعين كثير فانّهم اطبقوا على انّ عقد المعاوضة اذا كان فاسدًا يؤثر في ضمان كلّ من العوضين القيمة لافادة العقد الفاسد الضّمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه مع انّهما لم يقصدا الاّ ضمان كلّ منهما (٢) بالآخر وتوهّم (٣) انّ دليلهم على ذلك (٤) قاعدة اليد مدفوع (٥) ...

(١) غرض المصنّف ﷺ النّقض بعد الحلّ وخلاصة النّقض انّ تخلّف العقد عن مقصود المتبايعين موجود في موارد كثيرة فمنها الحكم بالضّمان بالبدل الواقعي الّذي هو المثل او القيمة في كلّ واحد من العوضين في العقد الفاسد للقاعدة المشهورة من انّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده مع انّ مقصود المتبايعين هو التّضمين بالمسمّى والمصنّف ﷺ ذكر الحلّ بقوله : (اوّلًا انّ المعاطاة الخ) والنّقض بقوله (وثانيًا انّ تخلّف العقد الخ)

(٢) اى ضمان كلّ من العوضين بمقابل العوض الآخر (٣) وهم ودفع اما الوهم : فانّ دليل المشهور على الحكم بالضّمان بالبدل الواقعي في العقد الفاسد هو قاعدة (على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى) فلا يقاس بما نحن فيه . واما الدّفع : فانّ صاحب المسالك ذكر انّ المدرك لهذه القاعدة هو اقدام الآخذ على الضّمان ثمّ اضاف الى ذلك قوله ﷺ (على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى) والظّاهر انّ تبع في استدلاله بالاقدام للشّيخ في المبسوط (٤) اشارة الى الضّمان (٥) قوله : (مدفوع) خبر لمبتداء مقدّم وهو قوله (توهّم) .

في الجواب عمّا افاده بعض الأساطين

بانّه لم يذكر هذا الوجه (١) الّا بعضهم معطوفًا على الوجه الاوّل وهو اقدامهما (٢) على الضّمان فلاحظ المسالك وكذا الشّرط الفاسد (٣) لم يقصد المعاطاة الّا مقرونة به غير مفسد عند اكثر القدماء وبيع ما يملك (٤) وما لا يملك صحيح عند الكلّ وبيع الغاصب (٥) لنفسه يقع للمالك مع اجازته (٦) على قول كثير وترك ذكر الاجل في العقد المقصود به الانقطاع (٧) ...

---

(١) وهو انّ الدّليل على الضّمان قاعدة اليد (٢) اى اقدام المتعاقدين (٣) اى من موارد النّقض العقد المشروط بشرط فاسد فان الشّرط الفاسد غير مفسد عند الاكثر مع انّ مقصود المتبايعين هو المقيّد بالشّرط الفاسد ولم يقع والواقع هو المجرّد عن الشّرط ولم يقصد (٤) اى ومن موارد النّقض بيع ما يملك وما لا يملك بملاحظة تعلّق القصد بملك الكلّ دون البعض ولذا يقال بيع واحد لا يوع متعدّدة فانّ المقصود من هذا البيع هو الكلّ وهو غير واقع والواقع هو البعض وهو غير مقصود كبيع الشّاة و الخنزير فانّه يفسد بالنّسبة الى الخنزير دون الشّاة مع انّ القصد كان بالاثنين لا الواحد (٥) اى ومن موارد النّقض ، بيع الغاصب مال الغير لنفسه حيث يقع البيع لمالكه مع اجازته فيلزم انّ ما قصد وهو بيع الغاصب لنفسه لم يقع وما وقع وهو البيع للمالك لم يقصد (٦) الضّمير عائد الى المالك .
(٧) ومن موارد النّقض انقلاب العقد المنقطع دوامًا مع ترك ذكر الاجل مع انّ المقصود وهو الانقطاع غير واقع والواقع وهو الدّوام غير مقصود .

فى الجواب عمّا افاده بعض الاساطين

يجعله (١) دائما على قول نسبه فى لك وكشف اللثام الى المشهور نعم الفرق (٢) بين العقود وما نحن فيه انّ التخلّف عن المقصود يحتاج الى الدليل المخرج (٣) عن ادلّة صحّة العقود وفيما نحن فيه عدم الترتّب مطابق للاصل (٤) واما ما ذكره (٥) من لزوم كون ارادة التصرّف مملّكا فلا بأس بالتزامه (٦) اذا كان مقتضى الجمع بين الاصل (٧) ودليل (٨) جواز التصرّف المطلق وادلّة (٩) توقّف بعض التصرّفات على الملك ...

---

(١) الضمير يرجع الى الانقطاع (٢) حاصل الفرق بين المعاطاة وبين غيرها من العقود انّ تخلّف العقد عن مقصود المتبايعين فى المعاطاة للاصل الذى هو عدم حصول الملك فى السبب الفعلى لما مرّ من عدم الدليل على ترتّب الأثر المقصود على المعاطاة وفى غيرها من العقود المذكورة لاجل الدليل الدالّ على عدم ترتّب الأثر المقصود (٣) اى الدليل الدالّ على خروج العقود المذكورة الّتى تخلّفت عن مقصود المتعاقدين عن ادلّة صحّة العقود فالمراد من صحّة العقود هو ترتّب الاثر المقصود عليها (٤) فالمراد من الاصل هو عدم حصول الملك المقصود للمتعاطيين (٥) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى بعض الاساطين (٦) الضمير عائد الى ما ذكره (٧) المراد من الاصل هو عدم حصول الملك الذى هو الاثر المقصود (٨) والمراد من الدليل هو مثل اطلاق احلّ الله البيع وان تكون تجارة عن تراضٍ (٩) ومن ادلّة توقّف التصرّفات على الملك قوله لا تبع ما ليس عندك ، ولا عتق الا فى ملك ولا وطى الا فى ملك .

في الجواب عمّا افاده بعض الأساطين

فيكون كتصرّف ذي الخيار (١) والواهب فيما انتقل عنهما بالوطي (٢) والبيع والعتق وشبهها واما ما ذكره من تعلّق الاخماس والزكوات الى اخر ما ذكره فهو استبعاد محض (٣) ودفعه (٤) بمخالفته للسيرة رجوع اليها (٥) مع انّ تعلّق الاستطاعة الموجبة للحجّ وتحقّق الغنى المانع عن استحقاق الزكوة ...

---

(١) كوطي ذي الخيار للأمة المبيعة ووطي الواهب للجارية الموهوبة فانّه فسخ في الاوّل ورجوع في الثاني (٢) قوله (بالوطي) متعلّق بقوله (كتصرّف ذي الخيار) (٣) توضيح عبارة المصنّف ره ان تعلّق الاخماس والزكوات بالمأخوذ بالمعاطاة مع عدم كونه ملكا بل مباحا لا مانع منه الّا مجرّد الاستبعاد وهو لا يضرّ بشئ اذ المفروض جواز جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك و تعلّق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاة والحال انّ دفع ما ذكره من تعلّق الأخماس والزكوات بمخالفته للسيرة المستمرّة القائمة على عدم تعلّقها بالمباح فلا بدّ من الالتزام بالملك من اوّل الأمر حتّى لا يكون مخالفا للسيرة رجوع الى السيرة المستمرّة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك واستدلال بها على افادة المعاطاة للملك والحال عرفت سابقا عدم حجّيتها لاجل انّ امثال هذه السيرة ناشئة من قلّة المبالاة في الدين ويحتمل هنا وجها اخر وهو انّ دفع ما ذكر بمخالفته للسيرة رجوع الى الاستدلال بالسيرة على الملك والمفروض انّ تأسيس قواعد جديدة يقتضي القول بالملك لا انّ السيرة مقتضية للملك (٤) الضمير عائد الى ما ذكره (٥) يعني رجوع الى السيرة .

في الجواب عمّا افاده بعض الاساطين

لا يتوقّفان على الملك (١) واما كون التصرّف مملّكا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه (٢) واما كون التلف مملّكا للجانبين (٣) فان ثبت باجماع (٤) او سيرة كما هو الظاهر كان كلّ من المالين مضمونا بعوضه (٥) ...

---

(١) يعني انّ كلّ واحد من تعلّق الاستطاعة وتحقّق الغنى اعمّ من الملك لامكان ان يستطيع الانسان بمال غيره كما في صورة البذل وامكان ان يستغني الانسان ببذل الغير نفقته على سبيل التدريج في كلّ يوم بحسبه (٢) اى فقد ظهر جوابه فيما تقدّم ص٨٨ بقوله (فلا بأس بالتزامه اذا كان مقتضى الجمع بين اصل عدم الملك ودليل جواز التصرّف المطلق) مثل احلّ الله البيع (وادلّة توقّف بعض التصرّفات على الملك) مثل لا عتق الّا في ملك ولا بيع الّا في ملك (٣) — توضيح هذه العبارة انّ المأخوذ بالمعاطاة مع عدم الملك مضمون ببدله الواقعي اذا تلف رعاية لعموم على اليد وحيث قام الاجماع او السيرة على عدم الضمان ببدله الواقعي وهو المثل او القيمة سواء كان التلف من جانب او من جانبين دار الأمر بين الأمرين احدهما كون الاجماع مخصّصا لعموم على اليد وثانيهما كون المال قبل التلف انّما ملكا لذي اليد ليبقى العموم على حاله فبمقتضى اصالة عدم التخصيص حفظا لظهور العموم يحكم بالثاني وهو تقدير المال ملكا لذي اليد قبل التلف انّما .

(٤) فالمراد من قوله (فان ثبت باجماع) هو الاجماع على عدم الضمان بالمثل او القيمة لا على كون التلف مملّكا فانّه مع اجماع او سيرة عليه لا حاجة الى تكلّف الجمع بين القواعد (٥) اى بعوضه المسمّى .

في الجواب عمّا افاده بعض الأساطين

فيكون تلفه في يد كلّ منهما من ماله مضمونًا بعوضه (١) نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البايع (٢) لانّ هذا (٣) هو مقتضى الجمع بين هذا الاجماع (٤) وبين عموم على اليد ما اخذت وبين اصالة عدم الملك الّا في الزّمان المتيقّن بوقوعه (٥) فيه (٦) توضيحه انّ الاجماع لمّا دلّ على عدم ضمانه (٧) بمثله او قيمته حكم بكون التّلف من مال ذي اليد رعاية لعموم على اليد ما اخذت فذلك الاجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرّواية الواردة (٨) في انّ تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه فاذا قدّر التّلف (٩) من مال ذي اليد فلا بدّ من ان يقدّر في اخر زمنة امكان تقديره ...

---

(١) اى بعوضه المسمّى (٢) اى يكون التّلف من مال البايع فلا يضمن للمشترى بالمثل او القيمة (٣) اشارة الى كون كلّ من المالين مضمونًا بعوضه المسمّى (٤) اى الاجماع الدّالّ على عدم ثبوت المثل او القيمة فيما نحن فيه . (٥) اى بوقوع الملك (٦) اى في الزّمان (٧) اى على عدم ضمان المال التّالف (٨) يعنى كما انّ رواية (كلّ مبيع تلف الخ) تدلّ على انّ تلف المبيع في يد البايع يكون من ماله المستلزم لانفساخ العقد قبل التّلف ودخول المبيع في ملك البايع قبل التّلف فكذلك انّ الجمع بين الاجماع المذكور وبين عموم على اليد وبين اصالة عدم الملك يقتضى كون التّلف من مال ذي اليد المستلزم لحصول الملكيّة والانتقال قبل التّلف (٩) اى اذا قدّر التّلف في المال المأخوذ بالمعاطاة .

في الجواب عمّا افاده بعض الأساطين

رعاية لاصالة عدم حدوث الملكيّة قبله (١) كما يقدّر ملكيّة المبيع للبائع وفسخ البيع من حين التلف استصحابا لاثر العقد (٢) واما ما ذكره من صورة غصب المأخوذ بالمعاطاة فالظّ (٣) على القول بالاباحة انّ لكلّ منهما (٤) المطالبة ما دام باقيا واذا تلف فظاهر اطلاقهم التملّك بالتلف تلفه (٥) من مال المغصوب منه (٦) نعم لو قام اجماع (٧) كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه (٨) قبله واما ما ذكره (٩) من حكم النّماء فظ المحكيّ عن بعض انّ القائل بالاباحة لا يقول بانتقال النّماء بالأخذ ...

---

(١) اى قبل اخراز منه الامكان (٢) المراد من اثر العقد ملكيّة المبيع للمشترى (٣) خلاصة الجواب انّ البحث تارة من حيث المطالبة واخرى من حيث الضّمان امّا المطالبة مع بقاء العين فلكلّ من المالك والمباح له مطالبة العين المغصوبة امّا مطالبة المالك فانّه مالك واما مطالبة المباح له الّذى هو المغصوب منه لفرض سلطانه على العين، واما الضّمان مع تلف العين فالغاصب ضامن لخصوص المغصوب منه لفرض ملكيّة التلف، فليس فيه غرابة زايدة على غرابة ملكيّة التلف (٤) الضّمير المثنّى عائد الى المالك والمباح له الّذى هو المغصوب منه (٥) اى تلف المال المأخوذ بالمعاطاة (٦) وهو المباح له (٧) اى لو قام اجماع على انتقال التلف من المالك (٨) اى لو لم يتلف عوض المال المغصوب قبل تلف المال المغصوب (٩) الضّمير الفاعل المستتر يرجع الى بعض الاساطين .

فی انّ المعاطاة تفید الملک

بل حکمه حکم اصله (١) ویحتمل ان یحدث النّماء (٢) فی ملکه بمجرّد الاباحة ثمّ انّك ممّا ذکرنا تقدر علی التّخلّص عن سایر ما ذکره مع انّه (٣) لم یذکرها للاعتماد والانصاف انّها استبعادات فی محلّها وبالجملة (٤) فالخروج عن اصالة عدم الملك المعتضد بالشّهرة المحقّقة الی زمان المحقّق الثّانی وبالاتّفاق المدّعی فی الغنیة وعدها هنا (٥) وفی لك فی مسئلة توقّف الهبة علی الایجاب القبول مشکل (٦) ورفع الید عن عموم ادلّة البیع (٧)...

---

(١) ای حکم النّماء حکم اصله فی دخوله فی ملك الآخذ ودخوله فی ملك الآخذ یحتاج الی تصرّف، وفیه انّ کون التّصرّف سببا للملك یحتاج الی اذن المالك فیه وهو غیر معلوم لانّ شمول الاذن فی التّصرّف فی العین للتّصرّف فی نمائها خفیّ کما تقدّم عن بعض الاساطین بقوله وشمول الاذن له خفیّ (٢) ای ان یدخل النّماء بحدوثه فی ملك الآخذ دون العین (٣) یعنی مع انّ بعض الاساطین لم یذکر الامور المذکورة للاعتماد علیها والاستدلال بها بل ذکرها لاستبعاداتها (٤) قوله (وبالجملة فالخروج الخ) راجع الی اصل المطلب لا الی ما ذکره فی الاستبعادات بقرینة قوله (ورفع الید عن عموم ادلّة البیع الخ) (٥) ای فی المعاطاة (٦) قوله مشکل خبر لمبتداء مقدّم وهو قوله (فالخروج) (٧) فادلّة البیع مثل احلّ الله، وان تکون تجارة عن تراضٍ وادلّة الهبة مثل الخبر المنقول عن امیر المؤمنین علیه السلام من وهب هبة یرید بها عوضا کان له الرّجوع فیها ان لم یعوّض.

فی انّ المعاطاة تفید الملک

والهبة ونحوهما المعتضدة بالسیرة القطعیة المستمرة وبدعوی الاتفاق المتقدم عن المحقق الثانی بناءً (١) علی تاویله لکلمات القائلین بالاباحة اشکل (٢) فالقول الثانی (٣) لایخ عن قوة وعلیه (٤) فهل هی لازمة ابتداءً مط (٥) کما حکی عن ظ المفید ؒ او بشرط کون الدال علی التراضی لفظًا (ع) کما حکی عن بعض معاصری الشهید الثانی وقواه جماعة من متاخری المحدثین او هی غیر لازمة مط فیجوز لکل منهما الرجوع فی ماله کما علیه اکثر القائلین بالملک بل کلهم عدا من (٧) عرفت وجوه اوفقها (٨) بالقواعد هو الأول (٩) بناءً علی اصالة اللزوم (١٠) فی الملک للشک فی زواله بمجرد رجوع مالکه الأصلی ودعوی انّ الثابت هو الملک المشترک بین المتزلزل والمستقر ...

---

(١) قوله (بناءً) تعلیل لقوله بدعوی الاتفاق وخلاصة التعلیل انّ المحقق الثانی اوّل الاباحة فی کلمات القائلین بالاباحة بالملک المتزلزل .

(٢) قوله (اشکل) خبر لمبتداء مقدم وهو قوله (رفع الید) (٣) وهو قوله (رفع الید عن عموم ادلة البیع الخ اشکل) فیکون المراد منه هو القول بالملک (٤) ای وعلی الملک (٥) ای سواء کان الدال علی التراضی لفظًا ام لا (ع) کما لو قال اعط هذا الثوب وخذ دینارًا (٧) وهو المفید ؒ وبعض معاصری الشهید الثانی (٨) ای اوفق الوجوه (٩) ای اللزوم مطلقا (١٠) یعنی کل ملک لازم الا اذا دل الدلیل علی بطاله کالخیار ونحوه فالمراد من هذا الاصل هو الاستصحاب المستفاد من قوله (للشک فی زواله) فیستصحب بقاء الملک .

فان المعاطاة تفيد الملك

والمفروض انتفاء الفرد الاوّل (١) بعد الرجوع والفرد الثانى (٢) كان مشكوك الحدوث من اوّل الأمر فلا ينفع الاستصحاب (٣) بل وربّما يزاد استصحاب بقاء علقة المالك الاوّل (٤) مدفوعة (٥) مضافا الى امكان دعوى كفاية تحقّق القدر المشترك (ع) فى الاستصحاب فتم (٧) ...

(١) اى الملك المتزلزل (٢) اى المستقرّ (٣) استصحاب بقاء الملك بعد الشكّ فى زواله (٤) لانّا نشكّ فى زوال بقاء علقة المالك الاوّل فيستصحب بقائها (٥) قوله : (مدفوعة) خبر لمبتداء مقدّم وهو قوله (دعوى) (ع) لا يخفى انّ هذا الاستصحاب داخل فى القسم الثانى من اقسام استصحاب الكلّى الذى ذكره المصنّف قدس سره فى بقوله : (واما ان يكون من جهة الشكّ فى تعيين ذلك الفرد وتردّده بين ما هو باقٍ جزما وبين ما هو مرتفع جزما الى ان قال كما لو تردّد من فى الدّار بين كونه حيوانا لا يعيش الّا سنة « كالبقّة مثلا » وكونه حيوانا يعيش مائة سنة « كالفيل مثلا » فيجوز بعد السّنة الاولى استصحاب الكلّى المشترك بين الحيوانين) انتهى كلامه وفيما نحن فيه يستصحب الملك المشترك بين المتزلزل والمستقرّ بعد رجوع مالكه الأصلى (٧) لعلّه اشارة الى ما يظهر من المحقّق القمّى قدس سره فى القوانين من عدم جواز اجراء الاستصحاب الكلّى فى هذا القسم .

فی انّ المعاطاة تفید الملك

بانّ (١) انقسام الملك الی المتزلزل والمستقرّ لیس باعتبار اختلاف فی حقیقته (٢) وانّما هو (٣) باعتبار حکم الشّارع علیه فی بعض المقامات بالزّوال برجوع المالك الأصلی ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف حقیقة السّبب المملّك لا اختلاف حقیقة الملك فجواز الرّجوع وعدمه من الاحکام الشّرعیّة للسّبب لا من الخصوصیّات المأخوذة فی المسبّب یدلّ علیه (٤) مع انّه یکفی فی الاستصحاب (٥) الشّكّ فی انّ اللّزوم من خصوصیّات الملك او من لوازم السّبب المملّك ومع انّ المحسوس بالوجدان انّ انشاء الملك فی الهبة اللّازمة ...

---

(١) قوله (بانّ انقسام الملك) متعلّق لقوله (مدفوعة) خلاصة المراد من هذه العبارة انّ هذا الاشکال وارد فی استصحاب الکلّی المردّد بین المختلفین فی الحقیقة کاستصحاب الحیوان المردّد بین البقّة والفیل بعد السّنة امّا استصحاب الکلّی المردّد بین الشّخصین کاستصحاب الانسان المردّد بین زید وبکر کما لو شكّ بعد العلم بعدم احدهما فی بقاء الکلّی فلا اشکال فی جریانه فما نحن فیه من قبیل الثّانی لا من قبیل الاوّل لانّ الجواز واللّزوم من الاحکام الشّرعیّة للسّبب لا من خصوصیّات الملك الّذی هو المسبّب لانّ السّبب المملّك ان کان هو العقد فیلزم وان کان هو المعاطاة فلا یلزم مع اتّحاد اصل الملك (٢) ای فی حقیقة الملك (٣) ای انقسام الملك، (٤) الضّمیر عائد الی جواز الرّجوع وعدمه من الاحکام الشّرعیّة للسّبب (٥) لعلّ نظره ﷺ الی انّ اختلاف الحقیقة واقعا لا یضرّ بارکان الاستصحاب من الیقین السّابق والشّكّ اللّاحق .

فی انّ المعاطاة تفید الملک

وغیرها (١) علی نهج واحد انّ (٢) اللّزوم والجواز لو کانا من خصوصیّات (٣) الملک فاما ان یکون تخصیص القدر المشترک (٤) باحد الخصوصیّتین بجعل المالک او بحکم الشّارع فان کان الاوّل (٥) کان اللّازم التّفصیل بین اقسام التّملیک المختلفة بحسب قصد الرّجوع (٦) وقصد عدمه (٧) او عدم قصده (٨) وهو (٩) بدیهیّ البطلان اذ لا تاثیر لقصد المالک فی الرّجوع و عدمه (١٠) وان کان الثّانی (١١) لزم امضاء الشّارع العقد علی غیرها قصده المنشی وهو باطل فی العقود لما تقدّم انّ العقود المصحّحة عند الشّارع تتبع القصود وان امکن القول بالتّخلّف ...

---

(١) فانّ الموهوب له فی الهبة اللّازمة هو ذو الرّحم وفی الهبة غیر اللّازمة هو الاجنبیّ فانّ الشّارع حکم بجواز الرّجوع فی الثّانی دون الاوّل (٢) قوله : (انّ اللّزوم الخ) فاعل (یدلّ) فی قوله ویدلّ علیه (٣) یعنی ان یکون کلّ واحد من اللّزوم والجواز بمنزلة الفصل للملک (٤) ای الملک المشترک بین اللّزوم والجواز (٥) ای کون تخصیص القدر المشترک بجعل المالک (٦) ای قصد الرّجوع من المالک (٧) ای قصد عدم الرّجوع من المالک (٨) ای عدم قصد المالک للرّجوع وعدمه (٩) الضّمیر عائد الی التّفصیل بین اقسام التّملیک (١٠) لانّ المالک اذا وهب شیئاً لذی الرّحم وقصد الرّجوع لم یؤثّر قصده فی جواز الرّجوع لانّه لازم ولو وهب شیئاً الاجنبیّ وقصد عدم الرّجوع، لم یسقط قصده جواز رجوعه لانّه جائز (١١) وهو کون تخصیص القدر المشترک بجعل الشّارع -

في انّ المعاطاة تفيد الملك

هنا (١) فى مسئلة المعاطاة بناءً على ما ذكرنا سابقًا انتصارًا للقائل بعدم الملك من (٢) منع وجوب امضاء المعاملات الفعليّة على طبق قصود المتعاطيين لكنّ الكلام (٣) فى قاعدة اللّزوم فى الملك تشمل العقود (٤) ايضًا وبالجملة فلا اشكال فى اصالة اللّزوم فى كلّ عقد شكّ فى لزومه (٥) شرعًا وكذا لو شكّ فى انّ الواقع فى الخارج هو العقد اللّازم او الجايز (٦) كالصّلح من دون عوض والهبة نعم (٧) لو ادّعيا احتمل التّخالف فى الجملة ...

---

(١) اى القول بالتّخلّف بين العقد والقصد (٢) بيان لـ (ما) فى قوله: (على ما ذكرنا) (٣) يعنى لكنّ الكلام ليس فى انّ المعاطاة هل تفيد الملك او لا من جهة قاعدة انّ العقود تتبع القصود بل الكلام بعد ثبوت الملك فى انّ قاعدة الاستصحاب هل تقتضى اللّزوم او الجواز (٤) يعنى انّ استصحاب الملك لاثبات اللّزوم لا ينحصر فى المعاطاة بل يشمل العقود اللّفظيّة المفيدة للملك كما لو شكّ انّ العقد الفلانى جايز شرعًا ام لازم (٥) لا يخفى انّ الشّبهة هنا حكميّة لانّه لم يعلم انّ الشّارع جعل هذا العقد جائزًا ام لازمًا (٦) المراد من هذا الشّك هو الشّك فى الشّبهة الموضوعيّة لانّه يعلم انّ الصّلح لازم والهبة جائزة ولم يعلم انّ العقد الواقع فى الخارج هل هو الصّلح حتّى يكون لازمًا او الهبة حتّى يكون جائزًا (٧) اى نعم لو جرى اصالة اللّزوم فى الشّبهة الموضوعيّة لو ادّعى احدهما انّ العقد الواقع فى الخارج صلح والآخر انّه هبة بل يحتمل التّخالف.

في الاستدلال على اللزوم والمعاطاة

ويدلّ على اللزوم مضافاً الى ما ذكر عموم قوله (١) الناس مسلّطون على اموالهم فانّ مقتضى (٢) السلطنة ان لا يخرج عن ملكه (٣) بغير اختياره فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه (٤) من دون رضاه (٥) منافٍ للسلطنة المطلقة فاندفع ما ربّما يتوهّم (٦) من انّ غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه ولا نسلّم ملكيّة له بعد رجوع المالك الأصلي ...

---

(١) قوله (عموم قوله) فاعل لـ (يدلّ) في قوله (ويدلّ على اللزوم) (٢) يعني انّ المال المأخوذ بالمعاطاة صار ملكاً للآخذ فانّ سلطنة الآخذ على جميع التصرّفات في ملكه يقتضي عدم سلطنة المالك الاوّل على ما يزاحم تلك السلطنة المطلقة والّا لم تكن سلطنة مطلقة فتملّك المالك الاوّل بالرجوع في المال المأخوذ بالمعاطاة من دون رضا الآخذ منافٍ للسلطنة المطلقة (٣) اي عن ملك الآخذ (٤) اي في المال المأخوذ بالمعاطاة (٥) اي من دون رضا الآخذ (٦) وهمٌ ودفعٌ: أمّا الوهم فانّ ملكيّة المال للآخذ بعد فسخ المالك الاوّل غير محرز اذ لعلّ ملكيّة المال لم يبق بعد فسخه فكيف يتمسّك باطلاق دليل السلطنة على اثبات اللزوم، وأمّا الدفع فانّ اطلاق دليل السلطنة اطلاق شمولي لجميع انحاء السلطات وانواع التصرّفات ومن ذلك دفع مزاحمة الاجانب عن ماله ومن جملتهم المالك الاوّل ولازم هذا عدم تأثير الفسخ منه فالمصنّف (ره) اشار الى الوهم بقوله: (ما ربّما يتوهّم الخ) والى الدفع بقوله (فانّ مقتضى السلطنة الخ).

فى الاستدلال على لزوم المعاطاة

ولما (١) ذكرنا تمسك المحقق ره فى بع على لزوم القرض بعد القبض بان فائدة الملك السلطنة ونحوه (٢) العلامة ره فى موضع اخر ومنه (٣) يظهر جواز التمسك بقوله ع لا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه حيث دل على انحصار سبب حل مال الغير او جزء سببه (٤) فى رضا المالك فلا يحل بغير رضاه وتوهم (٥) تعلق الحل بمال الغير وكونه مال الغير بعد الرجوع اول الكلام مدفوع (٦) بما تقدم من ان تعلق الحل بالمال يفيد العموم بحيث يشمل التملك ايضا فلا يحل التصرف فيه (٧) ولا تملكه الا بطيب نفس المالك ...

---

(١) اى ولاجل ان عموم قوله (الناس مسلطون) يدل على لزوم المعاطاة تمسك المحقق الخ (٢) اى نحو المحقق (٣) اى من ان عموم قوله (الناس مسلطون على اموالهم) يدل على لزوم المعاطاة يظهر جواز التمسك بقوله ع لا يحل الخ (٤) يعنى ان الرضا هو السبب التام للحل فى موارد الاباحة وجزء السبب فى موارد التمليك حيث ان الرضا جزء السبب والجزء الاخر هو العقد قولا كان او فعلا (٥) وهم ودفع : اما الوهم فان المأخوذ بالمعاطاة بعد رجوع المالك الاول ليس مال الغير حتى يقال انه لا يحل مال الغير من دون رضاه ، واما الدفع : فان تعلق الحل بالمال فى قوله ع (لا يحل مال امرء الخ) يفيد عموم التصرفات ومنها تملك المالك الاول بالرجوع فلا يحل تملكه بالرجوع والمصنف بين الوهم بقوله : (توهم تعلق الحل الخ) والدفع بقوله (مدفوع بما تقدم الخ (٦) قوله (مدفوع) خبر لقوله (توهم تعلق الحل) (٧) الضمير يرجع الى المال .

فى الاستدلال على لزوم المعاطاة

ويمكن الاستدلال (١) ايضا بقوله تعالى : وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ولا ريب انّ الرّجوع (٢) ليست تجارة ولا عن تراضٍ فلا يجوز اكل المال والتّوهّم المتقدّم فى السّابق غير جارٍ هنا لأنّ حصر مجوّز اكل المال فى التّجارة انّما يراد به (٣) اكله على ان يكون ملكا للاكل لا لغيره (٤) ويمكن التّمسّك (٥) ايضا بالجملة المستثنى منها (٦) حيث انّ اكل المال ونقله عن مالكه (٧) بغير رضا المالك اكل وتصرّف بالباطل عرفا نعم (٨) بعد اذن المالك الحقيقى وهو الشّارع وحكم التّسلّط على فسخ المعاملة من دون رضى المالك يخرج (٩) عن البطلان ...

---

(١) اى الاستدلال للزوم المعاطاة (٢) اى اذا كان المال المأخوذ بالمعاطاة ملكا للآخذ لا يجوز اكله للمالك الاوّل الا بتجارة عن تراضٍ وصرف رجوعه ليس تجارة عن تراضٍ (٣) الضّمير عائد الى الحصر (٤) اى لغير الاكل فاذا لم يعلم البايع انّ المال صار ملكا له بالرّجوع لم يجز له اكله (٥) اى التّمسّك للزوم المعاطاة (٦) اى المراد من المستثنى منها قوله تعالى (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) (٧) اى عن مالك المال الّذى هو الآخذ (٨) اى نعم قد يجوز التّصرّف بدون اذن المالك فيما اذن له الشّارع فانّ حكمه بالتّسليط على فسخ المعاملة من دون رضا المالك كخيار الحيوان والمجلس يخرج عن اكل المال بالباطل فانّ الشّارع خطّأ العرف فى هذه الموارد (٩) اى يخرج الاكل عن البطلان .

في الاستدلال على لزوم المعاطاة

ولذا (١) كان اكل المارّة (٢) من الثمرة المرور بها اكلاً بالباطل لولا اذن المالك الحقيقي وكذا الأخذ بالشفعة والفسخ بالخيار وغير ذلك من الأسباب القهريّة هذا كلّه مضافاً الى ما دلّ على لزوم خصوص البيع مثل قولهﷺ البيّعان بالخيار (٣) ما لم يفترقا وقد يستدلّ (٤) ايضاً بعموم قوله تعالى : اوفوا بالعُقُود بناءً على انّ العقد هو مطلق العهد (٥) كما في صحيحة عبدالله بن سنان (٦) او العهد المشدّد (٧) كما عن بعض اهل اللّغة وكيف كان فلا يختصّ (٨) باللّفظ فيشمل المعاطاة ...

---

(١) ولاجل بعد اذن المالك الحقيقي يخرج الاكل عن الباطل كان اكل المارّة من الثمرة يخرج عن الاكل بالباطل بعد اذن المالك الحقيقي (٢) اى الجماعة المارّة او النفس المارّة (٣) قوله (البيّعان بالخيار الخ) دليل اخر للزوم المعاطاة لانّ البيع شامل لها (البيّع والبيّاع) البايع والمشترى (٤) أقد يستدلّ للزوم المعاطاة ايضاً بعموم قوله تعالى الخ (٥) يعنى انّ العقد ليس خاصّاً باللّفظ بل هو مطلق العهد المشتمل على المعاطاة لانّها عهد من الطّرفين ، بالتّبادل فحقيقة البيع كما يكون بلفظ يدلّ عليه كذلك يكون بفعل يدلّ عليه - كالتّعاطي (٦) حيث فسّر العقود فيها بالعهود (٧) لعلّ المراد من العهد المشدّد هو عقد المعاوضة القائم بالعوضين فكانّه شدّد ملكيّة احد العوضين لاحد المتبايعين بملكيّة الاخر للاخر فيكون المعاطاة ايضاً عهداً مشدّداً (٨) الضّمير لفاعل المستتر يرجع الى العقد .

فى الاستدلال على لزوم المعاطاة

وكذا قوله ع المؤمنون عند شروطهم (١) فان الشرط لغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ والحاصل ان الحكم باللزوم فى مطلق الملك (٢) وفى خصوص البيع مما لا ينكر الا ان النظر فيما نحن فيه قيام الاجماع (٣) على عدم لزوم المعاطاة بل ادعاه (٤) صريحا بعض الاساطين فى شرح القواعد وبعضه الشهرة المحققة بل لم يوجد به (٥) قائل الى زمان بعض (ع) متأخرى المتأخرين ...

---

(١) قوله ع (المؤمنون عند شروطهم) دليل آخر للزوم المعاطاة اى وكذلك يستدل للزوم المعاطاة بعموم قوله ع المؤمنون عند شروطهم يعنى المؤمنون ثابتون عند شروطهم (٢) اى يبتنى الاستدلال به على لزوم المعاطاة على امرين احدهما شمول الشرط لمطلق الالتزام حتى يعم الالتزام المعاملى لا انحصاره على التزام فى ضمن التزام، ثانيهما دلالته على اللزوم الوضعى يعنى ان ملازمة المؤمن لشرطه ان تكون كناية عن لزومه وضعا لا ان تكون كناية عن الامر بالوفاء به تكليفا ، والحاصل ان المعاطاة تفيد الملك وكل ما يفيد الملك لازم — فالمعاطاة لازمة وان المعاطاة بيع وكل بيع لازم فالمعاطاة لازمة (٣) اى ان قاعدة اللزوم فى الملك تخصص فى المعاطاة بالاجماع (٤) الضمير عائد الى الاجماع (٥) الضمير يرجع الى لزوم المعاطاة (ع) لعل المراد من بعض متأخرى المتأخرين هو المحقق الاردبيلى الذى لم يجعل توقف لزوم المبايعة على العقد المصطلح لانه جعل مناط الصحة هو التراضى على ما حكى .

في الاستدلال على لزوم المعاطاة

فانّ العبارة المحكيّة (١) عن المفيد ره في المقنعة لا تدلّ على هذا القول كما عن كف الاعتراف به (٢) فانّ المحكيّ عنه (٣) انّه قال (٤) ينعقد البيع على تراضٍ بين الاثنين فيما (٥) يملكان التّبايع له (٦) اذا عرفاه (٧) جميعًا وتراضيا بالبيع وتقابضا (٨) وافترقا بالابدان انتهى (٩) ...

---

(١) سؤالٌ وجوابٌ : أمّا السّؤال فانّه كيف ادّعى الاجماع على عدم لزوم المعاطاة وقد نسب اللّزوم الى المفيد ره ، وأمّا الجواب ، فانّ المصنّف ره ذكره بقوله (فانّ العبارة المحكيّة الخ) (٢) اى الإعتراف بانّ كلام المفيد لا يدلّ على لزوم المعاطاة (٣) الضّمير يرجع الى المفيد (٤) اى قال المفيد (٥) المراد من قوله (ما) في قوله (فيما) هو المال المبتاع (٦) الضّمير يرجع الى (ما) في قوله (فيما يملكان) فالمراد من قوله (ممّا يملكان التّبايع له) ما كان لهما تسلّط على بيعه وشرائه فيخرج بيع الخمر والوقف ونحوهما (٧) الضّمير المفعول يرجع الى (ما) في قوله (فيما) يعنى اذا عرف البايع والمشترى جميعًا المال وجنسه وقدره لانّ المال المجهول لا يجوز بيعه (٨) اى تقابضا وافترقا بالأبدان وهذه العبارة اشارة الى وجود خيار ما داما في المجلس (٩) اى انتهى كلام المفيد لعلّ عدم دلالة عبارته على لزوم المعاطاة انّه في هذه العبارة كان بصدد بيان شرايط البيع بالصّيغة لا بصدد بيان المعاطاة كما اشار اليه المصنّف ره بقوله (ويقوى الخ) .

فى الاستدلال على لزوم المعاطاة

وبقوى ارادة بيان شروط صحّة العقد الواقع بين اثنين وتأثيره فى اللّزوم وكانّه لذلك (١) حكى كاشف الرّموز عن المفيد والشّيخ ره انّه لابدّ فى البيع عندهما من لفظ مخصوص وقد تقدّم دعوى الاجماع من الغُنية على عدم كونها (٢) بيعًا وهو (٣) نصّ فى عدم اللّزوم ولا يقدح كونه (٤) ظاهرًا فى عدم الملكيّة الّذى لا نقول به (٥) وعن مع صد يعتبر اللّفظ فى العقود اللّازمة (٦) بالاجماع نعم قول العلّامة ره فى التّذكرة انّ الاشهر (٧) عندنا انّه لابدّ من الصّيغة يدلّ على وجود الخلاف المعتدّ به فى المسئلة ولو كان المخالف شاذًّا العبر بالشّاذ وكذا نسبته (٨) فى لف الى الاكثر (٩) وفى بر انّ الاقوى (١٠) انّ المعاطاة غير لازمة ثمّ لو فرضنا الاتّفاق من العلماء ...

---

(١) اشارة الى انّ المفيد ره اراد بيان شروط صحّة العقد (٢) الضّمير عائد الى المعاطاة (٣) اى كلام الغُنية نصّ فى عدم لزوم المعاطاة لانّه امّا ان يريد انّها ليست ببيع حقيقة او يريد انّها ليست تفيد الملك او انّها ليست لازمة وعلى اىّ تقدير يدلّ على انّها ليست بلازم (٤) الضّمير عائد الى كلام الغنية ، (٥) اى لا نقول بعدم الملكيّة (٦) اى المستفاد من كلام جامع المقاصد انّ المعاطاة الّتى ليس لها لفظ لا لزوم لها (٧) الفرق بين الأشهر والمشهور انّ الاشهر تفضيل يدلّ على انّ للطّرف الأخر ايضًا شهرة بخلاف المشهور فانّه فى مقابل الشّاذّ (٨) اى نسبة العلّامة القول بوجود الصّيغة فى البيع الى الاكثر فى المختلف (٩) اى انّ الظّاهر من كلام المختلف انّ القائل باللّزوم ايضًا كثير (١٠) قوله ←

فی الاجماع المدّعی فی المقام

علی عدم لزومها (١) مع ذهاب کثیرهم او اکثرهم الی انّها لیست ملکة وانّما یفید الاباحة لم یکن (٢) هذا الاتّفاق کاشفًا اذ القول باللّزوم فرع الملکیّة ولم یقل بها الّا بعض من تاخّر عن المحقّق الثّانی تبعًا له وهذا (٣) ...

← (الاقوی الخ) یدلّ علی انّ للزوم المعاطاة ایضًا قوّة (١) الضّمیر یرجع الی المعاطاة (٢) قوله (لم یکن) جواب لِـ(لو) فی قوله (ثمّ لو فرضنا) ای لو فرضنا الاتّفاق المذکور لم یکن هذا الاتّفاق کاشفًا عن تحقّق الملک بان تفید المعاطاة الملک الغیر اللّازم (٣) توضیح المراد من هذه العبارة انّ عدم القول بالملکیّة فی المعاطاة یوهن ویضعّف حصول القطع بل حصول الظّنّ بالاتّفاق علی عدم لزوم المعاطاة فلا یحصل لنا قطع بل ظنّ بوجود الاجماع لانّ قول الاکثر بعدم اللّزوم سالبة بانتفاء الموضوع فانّ اکثرهم یقولون بعدم لزوم المعاطاة من باب عدم قولهم بالملک اصلًا فاذا قام الدّلیل عندهم علی اثبات الملک یمکن ان یختاروا لزوم المعاطاة فلا یستفاد من اتّفاقهم علی عدم الملک الاتّفاق علی عدم اللّزوم علی فرض الملک مثلًا اذا قام الاتّفاق علی انّه لیس عاقل فی الدّار لکن کان هذا الاتّفاق علی عدم وجود العاقل فی الدّار من باب سالبة بانتفاء الموضوع ای من باب عدم وجود الانسان فی الدّار فاذا علموا انّ فی الدّار انسانًا لا یصحّ لنا ان نقول انّهم اتّفقوا علی عدم وجود العاقل فی الدّار والحاصل انّ الاجماع علی عدم لزوم المعاطاة المفید بعدم الملک لیس بحجّة اذا قام الدّلیل علی الملک .

في الاجماع المدّعى في عدم لزوم المعاطاة

ممّا يوهن حصول القطع بل الظّن من الاتّفاق المذكور لانّ قول الاكثر بعدم اللّزوم سالبة بانتفاء الموضوع (١) نعم (٢) يمكن ان يقال بعد ثبوت الاتّفاق المذكور انّ اصحابنا بين قائل بالملك الجائز وبين قائل بعدم الملك رأسا فالقول بالملك اللّازم قول ثالث (٣) فتم (٤) وكيف كان فتحصيل الاجماع على وجه استكشاف قول الامام عن قول غيره (٥) من العلماء كما هو طريق (٦) المتأخّرين مشكل لما ذكرنا وان كان هذا لا يقدح في الاجماع على طريق (٧) القدماء كما بيّن في الأصول ...

---

(١) اى انّهم يقولون بعدم اللّزوم من باب قولهم بعدم الملك فيكون سلب اللّزوم بانتفاء الملك (٢) اشكل بعض الاكابر على استدراك المصنّف بقوله (نعم يمكن الخ) خلاصة الاشكال انّه اذا كان الاتّفاق المذكور بعدم اللّزوم سالبة بانتفاء الموضوع لا يكون حجّة فلا مانع من احداث القول الثّالث فرفع اليد عن البيان الاوّل والاخذ بهذا الوجه ليس بوجيه ولعلّه لاجل هذا امر بالتّامّل (٣) اى هذا القول الثّالث مخالف للاجماع المركّب (٤) لعلّه اشارة الى انّ هنا قولا بالملك اللّازم كما حكى عن المفيد ره وغيره المستفاد من قول العلّامة انّ الاشهر عندنا انّه لابدّ من الصّيغة (٥) الضّمير يرجع الى الامام ع (٦) الظّاهر انّ طريق المتأخّرين هو الحدس بقول الامام ع من تتبّع آراء جميع علماء الاعصار والأمصار (٧) الظّاهر انّ المراد من طريق القدماء هي قاعدة اللّطف الّتي ذهب اليها الشّيخ الطّوسي ره ومن تبعه او المراد منه الاجماع الدّخولي الّذي ←

في الاجماع المدّعى على عدم لزوم المعاطاة

وبالجملة فما ذكره في لك من قوله بعد ذكر قول من لم يعتبر مطلق اللفظ في اللزوم ما احسنه (١) وما امتن دليله ان لم ينعقد الاجماع على خلافه في غاية الحسن (٢) والمتانة والاجماع وان لم يكن محققا على وجه يوجب القطع الآن المظنون قويا بتحققه (٣) على عدم اللزوم مع عدم لفظ دال على انشاء التمليك سواء لم يوجد لفظ اصلا (٤) ام وجد ولكن لم ينشأ التمليك به بل كان (٥) من جملة القرائن على قصد التمليك ...

← ذهب اليه السيد ﷺ فلا يخفى ان مستند خبر المخبر بالاجماع المتضمن للاخبار عن الامام ﷺ لا يخلو من الامور الثلاثة ، احدها السماع عن الامام ﷺ في جملة جماعة مع عدم معرفته بعينه وهذا عن السيد المرتضى ومن تبعه ثانيها استكشاف قوله ﷺ من باب قاعدة اللطف اى باستلزام ما يحكيه لرأيه ﷺ عقلا من باب اللطف وهذا عن الشيخ الطوسي ومن تبعه ثالثها حصول العلم من الحدس بقول الامام ﷺ من تتبع آراء جميع علماء الأعصار والأمصار اى باستلزام ما يحكيه لرأيه ﷺ عادة او اتفاقا من جهة الحدس (١) قوله (ما احسنه وما امتن دليله ان لم يكن اجماع على خلافه) مقول قول صاحب المسالك (٢) قوله (في غاية الحسن) خبر لمبتداء مقدم وهو قوله (فما ذكره) (٣) اى تحقق الاجماع (٤) كما لو وضع درهما بيد الخباز واخذ ثلاثة اقراص (٥) اسم كان مستتر يرجع الى اللفظ .

في الاجماع المدّعى على عدم لزوم المعاطاة

بالتقابض (١) وقد يظهر ذلك (٢) من غير واحد من الاخبار بل يظهر منها (٣) انّ ايجاب البيع باللّفظ دون مجرّد التّعاطي كان متعارفا بين اهل السّوق والتّجار بل يمكن دعوى السّيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة الّتي يراد بها عدم الرّجوع بمجرّد (٤) التّراضي نعم ربما يكتفون بالمصافقة (٥) فيقول البايع بارك الله لك او ما ادّى هذا المعنى بالفارسيّة نعم يكتفون بالتّعاطي في المحقّرات ولا يلتزمون بعدم جواز الرّجوع فيها بل ينكرون على الممتنع عن الرّجوع مع بقاء العينين نعم الاكتفاء في اللّزوم بمطلق الانشاء القولي (ع) غير بعيد للسّيرة ولغير واحد من الأخبار كما سيجيئ انشاء الله تعالى في شروط الصّيغة بقي الكلام في الخبر الّذي تمسّك به في باب المعاطاة تارة على عدم افادة المعاطاة اباحة التّصرّف واخرى على عدم افادها اللّزوم جمعا بينه (٧) وبين ما دلّ على صحّة مطلق البيع (٨) كما صنعه (٩) في الرّياض وهو (١٠) قوله ع انّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام ...

---

(١) كما لو قال بكم تبيع الخبز فقال كلّ خبز بثلاثة فلوس فاعطى الثّلاثة واخذ الخبز (٢) اشارة الى عدم اللّزوم مع عدم اللّفظ (٣) اى من الأخبار - (٤) قوله (بمجرّد التّراضي) متعلّق بقوله عدم الاكتفاء (٥) (المصفقة) ضرب اليد على اليد في البيع . عقد البيع (المنجد) (ع) مثل قول البايع جعلته ملكا لك بكذا وعاوضتك (٧) اى بين الخبر (٨) فانّ مطلق البيع يشمل المعاطاة (٩) الضّمير يرجع الى الجمع (١٠) الضّمير يرجع الى الخبر .

الخبر الذي يتمسك به في المعاطاة

وتوضيح المراد منه يتوقف على بيان تمام الخبر وهو ما رواه ثقة الإسلام (١) في باب بيع ما ليس عنده والشيخ (٢) في باب النقد والنسيئة عن ابن ابي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج او ابن بخيح (٣) قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يجيئني ويقول اشتر لي هذا الثوب واربحك كذا وكذا (٤) فقال ليس (٥) ان شاء اخذ وان شاء ترك (٦) قلت بلى قال لا بأس انما يحلل الكلام ويحرم الكلام، وقد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أخر مجردة عن قوله «انما يحلل» الخ كلها تدل على ان لا بأس بهذه المواعدة والمقاولة (٧) ما لم يوجب بيع المتاع قبل ان يشتريه من صاحبه ...

---

(١) اى ثقة الاسلام محمد بن يعقوب الكليني (٢) اى الشيخ الطوسي (٣) ذكر السيد في حاشية مكاسبه ما لفظه قوله ابن بُخيج اقول هو بالموحدة المضمومة والخاء المعجمة والياء ثم الجيم، وعن المجلسي في حواشي الكافي ان خالد بن بخيج مجهول ثم ان الترديد بينه وبين خالد بن الحجاج قد نشأ من اختلاف النسخ المصححة من الكافي وعن العلامة خالد بن نجيح بالنون المفتوحة والجيم والحاء المهملة اخيرا

(٤) اى ان يشتري الواسط المأمور الثوب من السوق ثم يعطيه للرجل الآمر فيعطيه الآمر زيادة على مقدار الثمن الذي اشتراه به (٥) اسم ليس مستتر يرجع الى الرجل الآمر (٦) اى ليس للرجل الآمر ان شاء اشترى الثوب واخذه من المأمور بعد ما اشتراه من السوق وان شاء ترك ولم يشتره منه حتى يبقى الثوب للمأمور (٧) يعني لا بأس بهذه المواعدة والمقاولة لانه مجرد قول ووعد وليس بيعا وعقدا ما لم يوجب المأمور ←

في تفسير انّما يحلّل الكلام آه

ونقول انّ هذه الفقرة (١) مع قطع النّظر عن صدر الرّواية تحتمل وجوهًا
الأوّل ان يراد من الكلام في المقامين اللّفظ الدّالّ (٢) على التّحريم و
التّحليل بمعنى انّ تحريم شيء وتحليله لا يكون الّا بالنّطق بهما فلا يتحقّق بالقصد
المجرّد عن الكلام ولا بالقصد المدلول عليه بالافعال دون الاقوال الثّاني
ان يراد بالكلام اللّفظ مع مضمونه (٣) كما في قولك هذا الكلام صحيح او
فاسد لا مجرّد اللّفظ اعني الصّوت ويكون المراد انّ المطلب الواحد (٤) يختلف
حكمه الشّرعي حلًّا وحرمةً باختلاف المضامين المؤدّاة بالكلام مثلًا المقصود الواحد
وهو التّسليط على البضع مدّة معيّنة ...

← بيع المتاع قبل اشترائه من صاحبه فاذا اوجب بيعه فليس في الايجاب فايدة
بل يكون البيع باطلًا (١) وهي انّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام (٢) فالظّاهر انّ المراد
من اللّفظ الدّال على التّحليل هو اللّفظ الدّالّ على احداث العُلقة كعقد النّكاح والبيع
ومن اللّفظ الدّالّ على التّحريم هو اللّفظ الدّالّ على قطع العُلقة كالطّلاق فانّ ازالة عقد النّكاح
والفسخ في البيع فعقد النّكاح المحلّل والطّلاق المحرّم انّما يتحقّقان باللّفظ لا بالقصد المجرّد
ولا بالقصد مع الفعل الدّالّ على كلّ واحد منهما (٣) الفرق بين الاوّل والثّاني انّ الاوّل
ان يراد انّ المعاملة تحتاج الى اللّفظ ولا يكتفى فيها بالقصد المجرّد ولا بالقصد مع الفعل
والثّاني ان يراد انّ الالفاظ المختلفة باعتبار المضامين تختلف حكمها تحليلًا وتحريمًا
فانّ قول المرئة: اجرتك نفسي الى الاجل المعلوم محرّم وقولها: متّعتك نفسي بالمبلغ
المعلوم الى الاجل المعلوم، محلّل (٤) وهو مثل التّسليط على البُضع مدّةً معيّنة .

فی تفسیر انما یحلل الکلام اه

بنا أنّی بقولها ملّکتك بضعی او سلّطتك علیه او اجرتك نفسی او احللتها (١) لك وبقولها متّعت نفسی بکذا فما عدا الاخیر موجب لتحریمه (٢) والاخیر (٣) محلّل وعلی هذا (٤) المعنی ورد قوله ﷺ انما یحرّم الکلام فی عدة من روایات المزارعة منها (٥) ما فی یب عن ابن محبوب عن خالد بن جریر عن ابی الربیع الشامی عن ابیعبدالله ﷺ انه سئل عن الرجل یزرع ارض رجل اخر فیشترط علیه (ع) ثلثا للبذر وثلثا للبقر فقال لا ینبغی له (٧) ان یسمّی بذرا ولا بقرا ولکن یقول لصاحب الأرض ازرع فی ارضك ولك منها کذا وکذا نصف او ثلث او ما کان من شرط (٨) ولا یسمّی بذرا ولا بقرا فانما یحرّم الکلام (٩) الثالث ان یراد بالکلام فی الفقرتین (١٠) الکلام الواحد ویکون تحریمه وتحلیله اعتبار وجوده وعدمه فیکون وجوده (١١) محلّلا وعدمه محرّما او بالعکس (١٢) او باعتبار محلّه وغیر محلّه ...

---

(١) ای احللت نفسی لك (٢) الضمیر یرجع الی التسلیط علی البضع (٣) وهو قولها متّعت نفسی بکذا (٤) اشارة الی الثانی الذی هو الوجه الثانی (٥) ای من روایات المزارعة (ع) الضمیر عائد الی صاحب الارض الذی هو الرجل الاخر (٧) ای للرجل الزارع (٨) ای المقدّر المعیّن الذی ینبنیان علیه (٩) ای فقول الزارع (ثلث لی فی مقابل البذر وثلث لی فی مقابل البقر وثلث لك) محرّم قوله ازرع ارضك (ثلثان لی وثلث لك) محلّل مع ان المضمون فی کلیهما واحد (١٠) (الفقرة) من النثر کالبیت من الشعر نحو اعوذ برب الفلق من شر ما خلق (اقرب الموارد) (١١) فهو کعقد النکاح فان وجوده محلّل وعدمه محرّم (١٢) فهو ←

في تفسير انما يحلل الكلام آه

فيحلّ في محلّه ويحرّم في غيره (١) ويحتمل هذا الوجه (٢) الرّوايات الواردة في المزارعة الرّابع ان يراد من الكلام المحلّل خصوص المقاولة والمواعدة ومن الكلام المحرّم ايجاب البيع وايقاعه ثمّ انّ الظّاهر عدم ارادة المعنى الأوّل لانّه (٣) مع لزوم تخصيص الاكثر (٤) حيث (٥) انّ ظاهره (٦) حصر اسباب التّحليل والتّحريم في الشّريعة في اللّفظ يوجب (٧) عدم ارتباطه (٨) بالحكم المذكور (٩) في الخبر جوابًا عن السّؤال ...

ـ ان يكون وجوده محرّمًا وعدمه محلّلا كالطّلاق والظّهار (١) فانّ ايجاب البيع قبل شراء العين من الغير محرّم لانّ بيع ما ليس عنده وايجابه بعد شراء العين محلّل (٢) اشارة الى الوجه الثّالث فانّ ذكر البذر والبقر محرّم وعدمه محلّل (٣) قوله (لانّه الخ) علّة لقوله عدم ارادة المعنى الاوّل (٤) فانّ ذهاب الثّلثين في العصير المغلى وانقلاب الخمر خلّا واهداء الهديّة وتقديم الطّعام للضّيف والحيازات والمواريث محلّلات من دون ان تحتاج الى اللّفظ وغلبة ان العصير العنبي خلط الحرام بالحلال والدّخول في الامّ بالنّسبة الى تزويج البنت وايجاب الغلام بالنّسبة الى تزويج بنته واخته ـ محرّمات من دون ان تحتاج الى اللّفظ (٥) قوله (حيث) تعليل لقوله: (لزوم تخصيص الاكثر) (٦) الضّمير يرجع الى الخبر (٧) قوله (يوجب) خبر لـ (انّ) في قوله لانّه (٨) الضّمير عائد الى قوله (انّما يحلّل الكلام الخ) (٩) وهو عدم البأس والجواز .

فی تفسیر انما یحلل الکلام الخ

مع کونہ (۱) کالتعلیل لہ (۲) لان ظاہر الحکم کما یستفاد من عدۃ روایات اُخر تخصیص الجواز بما اذا لم یوجب البیع علی الرجل قبل شراء المتاع من مالکہ (۳) ولا دخل لاشتراط النطق فی التحلیل والتحریم فی ھذا الحکم اصلاً فکیف یعلل (۴) بہ (۵) وکذا المعنی الثانی اذ لیس ھنا (۶) مطلب واحد حتی یکون تادیتہ بمضمون محللاً وبآخر محرماً فتعین المعنی الثالث وھو ان الکلام الدال علی الالتزام بالبیع لا یحرم ھذہ المعاملۃ الا وجودہ قبل شراء العین التی یریدھا الرجل (۷) لانہ (۸) بیع ما لیس عندہ (۹) ولا یحلل الا عدمہ (۱۰) اذ مع عدم الکلام الموجب للالتزام البیع لم یحصل الا التواعد بالمبایعۃ وھو (۱۱) غیر مؤثر فحاصل الروایۃ ان سبب التحلیل والتحریم فی ھذہ المعاملۃ منحصر فی الکلام ...

---

(۱) ای کون قولہ (انما یحلل الکلام الخ) (۲) الضمیر عائد الی الحکم المذکور (۳) یعنی فان باع الواسطۃ المأمور الثوب قبل الشراء من مالکہ کان حراماً والا کان حلالاً (۴) الضمیر المستتر یرجع الی الحکم (۵) الضمیر عائد الی قولہ (انما یحلل الکلام) (۶) ای لیس فی مقام السؤال مطلب واحد حتی یکون تادیتہ بمضمون محللاً وبآخر محرماً لان المقاولۃ المحللۃ وایجاب البیع المحرم امران لا انہما امر واحد (۷) ای الرجل الآمر (۸) الضمیر عائد الی وجود الکلام الدال علی البیع قبل شراء العین (۹) وقد ورد فی الخبر (لا تبع ما لیس عندک) (۱۰) ای عدم الکلام الدال علی البیع (۱۱) ای التواعد غیر مؤثر فی المقصود فلا یکون حراماً لان الواسطۃ المأمور لم یبع ما لیس عندہ حتی یحرم .

فی استظہار اعتبار اللفظ فی ایجاب البیع

عدمًا ووجودًا (١) او المعنی الرّابع (٢) وھو ان المفاولة والمراضاة مع المشتری الثّانی (٣) قبل اشتراء العین محلّل للمعاملة وایجاب البیع (٤) معه (٥) محرّم لها وعلی کلا المعنیین (٦) یسقط الخبر عن الدّلالة علی اعتبار الکلام فی التّحلیل کما ھو (٧) المقصود فی مسئلة المعاطاة نعم یمکن استظہار (٨) اعتبار الکلام فی ایجاب البیع بوجه اخر بعد ما عرفت من انّ المراد بالکلام ھو ایجاب البیع بان یقال انّ حصر المحلّل والمحرّم فی الکلام لا یتأتّی الّا مع انحصار ایجاب البیع فی الکلام اذ لو وقع (٩) بغیر الکلام لم ینحصر المحلّل والمحرّم فی الکلام ...

---

(١) ای عدم الکلام الدّال علی التزام البیع محلّل ووجوده محرّم (٢) عطف علی المعنی الثّالث (٣) وھو الرّجل الآمر لانّ المشتری الاوّل للثّوب من مالکه ھو الواسط المأمور (٤) ای ایجاب الواسط المأمور البیع مع المشتری الثّانی قبل الشّراء محرّم للمعاملة (٥) الضّمیر عائد الی المشتری الثّانی (٦) وھما الوجه الثّالث والرّابع (٧) الضّمیر عائد الی سقوط الخبر عن الدّلالة علی اعتبار الکلام فی التّحلیل (٨) - حاصل الاستظہار بناءً علی حمل الخبر علی المعنی الرّابع انّه یمکن ان یقال انّ مقتضی الحصر المحرّم فی الکلام الّذی ھو ایجاب البیع عدم تحقّق الایجاب الّا بالصّیغة اللّفظیّة اذ لو انعقد بالمعاطاة لم یصحّ حصر المحرّم فی الکلام فی المقام اذ یتحقّق بیع مالیس عنده بغیر الکلام ایضًا وھو المعاطاة والمفروض حصر المحرّم فی الایجاب اللّفظی فھذا الحصر لا یتأتّی الّا مع انحصار ایجاب البیع فی الکلام فھو دلیل علی عدم صحّة المعاطاة فی خصوص البیع وتوقّفه علی الایجاب اللّفظی (٩) الضّمیر الفاعل المستتر یرجع الی ایجاب البیع.

فی استظہار اعتبار اللفظ فی ایجاب البیع

الّا ان یقال انّ وجہ انحصار ایجاب البیع فی الکلام فی مورد الرّوایۃ (١) ھو عدم امکان المعاطاۃ فی خصوص المورد اذ المفروض انّ المبیع عند مالکہ الاوّل فتح (٢) وکیف کان فلا یخ الرّوایۃ عن اشعار (٣) او ظھور کما یشعر بہ (٤) قولہ فی روایۃ اخری واردۃ فی ھذا الحکم (٥) ایضاً وھی روایۃ یحیی بن الحجّاج عن ابیعبداللہ ؑ عن رجل قال لی اشتر لی ھذا الثّوب او ھذہ الدّابّۃ وبعینھا ارابحک فیھا کذا وکذا (٦) قال لا بأس بذلک اشترھا ولا تواجبہ (٧) البیع قبل ان تستوجبھا (٨) او تشتریھا (٩) فانّ الظّاھر انّ المراد من مواجبۃ البیع ...

---

(١) فانّ مورد الرّوایۃ ھو بیع ما لیس عندہ (٢) لعلّہ اشارۃ الی انّہ یمکن ان یکون الثّوب عند المشتری الاوّل الّذی ھو المأمور فیدفعہ الی المشتری الثّانی معاطاۃً ثمّ یشتریہ من مالکہ الاوّل (٣) ای فلا تخلو الرّوایۃ عن اشعار او ظھور فی انحصار ایجاب البیع فی الکلام (٤) الضّمیر عائد الی انحصار ایجاب البیع فی الکلام (٥) ای حکم بیع ما لیس عندہ (٦) قولہ (کذا وکذا) کنایۃ عن العدد نحو احد وعشرین (٧) الضّمیر المفعول یرجع الی الرّجل الآمر (٨) لعلّ المراد من قولہ (قبل ان تستوجبھا او تشتریھا) اشارۃ الی قسمی الشّراء، احدھما کون الایجاب من البائع والقبول من المشتری، وثانیھما کون الاستیجاب من المشتری والایجاب من البائع فیقول المشتری للبائع بعنیھا فیقول البائع بعتکھا فتکون الرّوایۃ دلیلاً علی انعقاد البیع بالاستیجاب والایجاب ایضاً (٩) الضّمیر عائد الی الدّابّۃ .

في كون المعاطاة بيعًا

ليس مجرّد اعطاء العين للمشتري بشعره (١) ايضًا رواية العلماء الواردة في نسبة الربح (٢) الى اصل المال قال قلت لابي عبد الله ع الرجل يريد ان يبيع بيعًا (٣) فيقول ابيعك بده دوازده او ده يازده فقال لا بأس انّما هذه المراوضة (٤) فاذا جمع (٥) البيع جعله جملة واحدة فانّ ظاهره على ما فهمه بعض الشّراح انّه لا يكره ذلك (٦) في المقاولة الّتي قبل العقد انّما يكره حين العقد (٧) ...

---

(١) الضّمير عائد الى انحصار ايجاب البيع في الكلام (٢) اختلف العلماء في نسبة الرّبح الى رأس المال كأن يقول البايع اشتريت هذه السّلعة بمائة وبعتكها بمائة وربح كلّ عشرة دينارا ان او يقول بعتك عشرة باثني عشر فذهب المشهور الى الكراهة وحكي عن جماعة الحرمة وعن ثالث عدم الجواز للنّهي عنه في بعض الأخبار ولانّه بصورة الرّبا (٣) يمكن ان يكون قوله (بيعًا) مفعولاً مطلقًا نحو مشى مشيًا وقد يحتمل ان يراد منه المبيع (٤) اى هذه مراوضة ومقاولة يعني ليس هذا بيعًا حتّى يكون مكروهًا وانّما البيع ما يكون بعد جمع البيع وجعله جملة واحدة (٥) اى فاذا عزم البيع جعل رأس المال والرّبح جملة واحدة فيقول بعتك هذه السّلعة بمائة وعشرين (٦) اشارة الى قوله ابيعك بده دوازده الّذي هو نسبة الرّبح الى رأس المال، (٧) يمكن انّ المصنّف استفاد اشعار الرّواية بالاحتياج الى اللّفظ في ايجاب البيع من قوله (جعله جملة واحدة) لانّه في الصّيغة اللّفظيّة يجعل رأس المال والرّبح جملة واحدة ويحتمل انّه استفاد ايضًا من مفهوم قوله (لا بأس انّما هذه المراوضة) حيث انّه يستفاد منه انّه لو كان بيعًا وغير مراوضة صرفة ففيه بأس .

في كون المعاطاة معاوضة مستقلة

وفي صحيحة ابن سنان لا باس بان تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه (١) ثم تشتري له نحو الذي طلب ثم توجبه (٢) على نفسك ثم تبيعه (٣) منه بعد (٤) وينبغي التنبيه على امور الاول الظ (٥)...

---

(١) (سام يسوم سوما) السلعة : عرضها وذكر ثمنها. - المشتري السلعة طلب بيعها او ثمنها (تساوما) السلعة جرت بينهما مقاولة في بيعها (٢) فالمراد من قوله (ثم توجبه على نفسك) ان تشتريه على نفسك (٣) اى ثم تبيع المتاع من الرجل بعد ان اشتريته لنفسك (٤) ووجه الاستشعار من هذه الرواية باحتياج العقد الى اللفظ في ايجاب البيع ان اللفظ المحتاج اليه في العقد لا يصح ان يقع قبل اشتراء الواسط وانما تصح المقاولة والمراوضة فاذا اشترى المتاع من المالك الاول اوجب البيع باللفظ كما يشعر بهذا قوله (ثم تبيعه منه بعد) (٥) فالمقصود من بيان هذا الامر انه هل يشترط في المعاطاة شروط البيع اولا وهل يلحقها احكامه من الخيارات وحكم تلف المبيع قبل القبض ونحو ذلك اولا ومقابل قوله (الظاهر ان المعاطاة الخ) احتمال كون المعاطاة معاوضة مستقلة برأسها على ما نقله المصنف عن الشهيد في هذا الامر بقوله (حيث قال ان المعاطاة معاوضة مستقلة جايزة اولازمة انتهى) وفي الامر السابع بقوله (والمحكي عن حواشي الشهيد ان المعاطاة معاوضة مستقلة جايزة اولازمة انتهى) وحكي عن مفتاح الكرامة نسبة كون المعاطاة معاوضة مستقلة الى ظاهر العلماء فاذا كانت معاوضة مستقلة برأسها فلا يشترط فيها شئ من شروط البيع ولا يجري فيها الاحكام الخاصة به.

فی کون المعاطاة بیعًا

انّ المعاطاة قبل اللّزوم (١) علی القول بافادتها الملک بیع (٢) بل لفظ من کلامُ المحقق الثّانی فی مع صدانّه (٣) ممّا لا کلام فیه حتّی عند القائلین بکونها (٤) فاسدة کالعلّامة فی به ودلّ علی ذلک (٥) تمسّکهم بقوله تعالی احلّ الله البیع (٤) واما علی القول بافادتها للاباحة فالظّاهر انّه بیع عرفیّ (٧) لم یؤثّر شرعًا الا الاباحة فنفی البیع عنها فی کلامهم ومعاقد اجماعهم هو (٨) البیع المفید شرعًا اللّزوم زیادة علی الملک هذا علی ما اخترناه سابقًا من انّ مقصود المتعاطیین فی المعاطاة التّملک والبیع واما علی ما احتمله بعضهم (٩) بل ستظهره من (١٠) انّ محلّ الکلام هو ما اذا قصدا (١١) مجرّد الاباحة فلا اشکال فی عدم کونها بیعًا عرفًا...

---

(١) ای قبل تلف احد العوضین . (٢) خبر لِـ (انّ) فی قوله (انّ المعاطاة) (٣) الضّمیر عائد الی انّ المعاطاة قبل اللّزوم بیع (٤) الضّمیر یرجع الی المعاطاة (٥) اشارة الی کون المعاطاة بیعًا (٤) یعنی لو لم تکن المعاطاة بیعًا عند العلماء لم یجز تمسّکهم بالآیة (٧) یعنی انّها بیع عرفیّ مع قطع النّظر عن تصرّف الشّارع لا انّها بیع عرفیّ مع ملاحظة کون اثر المعاطاة هی الاباحة عند الشّارع لانّ اهل العرف اذا لاحظوا انّ الشّارع حکم فیها بالاباحة المجرّدة عن الملک یقولون انّ الشّارع لم یمض هذه المعاملة ولا یطلقون علیها البیع ح اذ لیس البیع عندهم الّا ما کان مؤثّرًا فی الملکیّة (٨) قوله (هو البیع) خبر لمبتداء مقدّم وهو قوله (فنفی البیع) (٩) ای صاحب الجواهر (١٠) بیان لِـ (ما) فی قوله ما احتمله (١١) ای قصد المتعاطیان .

فی کون المعاطاة بیعًا

ولا شرعًا (١) وعلی هذا (٢) فلا بدّ عند الشّك فی اعتبار شرط فیها (٣) من الرّجوع الی الأدلّة الدّالة علی صحّة هذه الاباحة العوضیّة من خصوص او عموم وحیث انّ المناسب لهذا القول (٤) التّمسّك فی مشروعیّته بعموم النّاس مسلّطون علی اموالهم کان مقتضی القاعدة (٥) هو نفی شرطیّة غیر ما ثبت شرطیّته کما انّه لو تمسّك لها (٦) بالسّیرة کان مقتضی القاعدة العکس (٧) والحاصل انّ المرجع ...

---

(١) امّا عدم کون المعاطاة بیعًا عرفیًّا فانّ المتعاطیین لم یقصدا الملك والبیع و امّا عدم کونها بیعًا شرعیًّا فانّ الدّلیل لم یدلّ علی انّ الشّارع جعل هذا التّعاطی بیعًا علی خلاف قصد المتعاطیین (٢) اشارة الی ما احتمله البعض من انّ محلّ الکلام هو ما اذا قصد المتعاطیان مجرّد الاباحة (٣) ای فی المعاطاة (٤) ای القول بالاباحة فیما اذا قصد المتعاطیان مجرّد الاباحة (٥) کما اذا شکّ فی انّ تقدیم اعطاء الثّمن علی اعطاء الثّمن شرط فی المعاطاة المفیدة للاباحة املا فیتمسّك فی نفی الشّرطیّة الی عموم « النّاس مسلّطون علی اموالهم » (٦) الضّمیر یرجع الی صحّة الاباحة العوضیّة الّتی قصد فیها المتعاطیان مجرّد الاباحة (٧) یعنی اذا تمسّك فی مشروعیّة هذا التّعاطی العوضی بالسّیرة فمقتضی القاعدة الاقتصار علی القدر المتیقّن لانّ السّیرة دلیل لبّی فاللّازم الاخذ بالقدر المتیقّن وهو ما کان واجدًا لجمیع شرایط البیع عدا الصّیغة .

فى كون المعاطاة بيعًا

على هذا (١) عند الشك فى شروطها (٢) هى ادلة هذه المعاملة سواء اعتبرت (٣) فى البيع ام لا واما على المختار من (٤) ان الكلام فيما قصد به البيع فهل يشترط فيه شروط البيع (٥) مطـ (٦) ام لا كلك ام يبتنى على القول (٧) بافادتها للملك والقول (٨) بعدم افادتها الا الاباحة وجوه يشهد للاول (٩) كونها بيعًا عرفًا فيشترط فيها جميع ما دل على شراطه فى البيع ويؤيده (١٠) ان محل النزاع بين العامة والخاصة فى المعاطاة هو ان الصيغة معتبرة فى البيع كسائر الشرايط ام لا كما يفصح (١١) عنه عنوان المسئلة فى كتب كثير من العامة والخاصة فما (١٢) انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان ...

---

(١) اشارة الى ما احتمله البعض (٢) اى فى شروط المعاطاة (٣) - الضمير المؤنث المستتر يرجع الى شروطها (٤) بيان لقوله (المختار) (٥) اى جميع شروط البيع عدا الصيغة (٦) اى سواء قلنا ان المعاطاة تفيد الملك ام لا (٧) يعنى على هذا القول فيشترط فى المعاطاة جميع شروط البيع عدا الصيغة (٨) وعلى هذا القول فلا يشترط فى المعاطاة شروط البيع (٩) اى هو الذى يشترط فيه شروط البيع مطلقا (١٠) اى ويؤيد الاول (١١) اى كما يبين عن كون محل النزاع الخ عنوان المسئلة فى كتب كثير الخ (١٢) اى فالذى انتفى فيه شرط من شروط البيع خارج عن هذا العنوان .

فی کون المعاطاة بیعًا

وان فرض(١) مشارکًا له (٢) فی الحکم (٣) ولذا (٤) ادّعی فی الحدائق ان المشهور بین القائلین بعدم لزوم المعاطاة صحّة (٥) المعاطاة المذکورة اذا استکمل شروط البیع غیر الصّیغة المخصوصة وانّها تفید اباحة تصرّف کلّ منهما فیما صار الیه من العوض مقابل المشهور فی کلامه (٦) قول العلّامة فی النّهایة بفساد المعاطاة کما صرّح (٧) به (٨) بعد ذلک فلا یکون کلامه (٩) موهمًا لثبوت الخلاف فی اشتراط صحة المعاطاة باستجماع شرائط البیع (١٠) ویشهد للثّانی(١١) ...

---

(١) الضّمیر المستتر یرجع الی (ما) فی قوله (فما انتفی) (٢) ای للعنوان (٣) المراد من الحکم هو الملک المتزلزل او الاباحة یعنی کلّ واحد ممّا انتفی فیه شرط من الشّروط وممّا لم ینتف فیه شرط من الشّروط عدا الصّیغة یفید الاباحة او الملک المتزلزل (٤) اشارة الی انّ المعاطاة یشترط فیها جمیع شروط البیع عدا الصّیغة (٥) خبر لـ (انّ) فی قوله (انّ المشهور) (٦) ای فی کلام صاحب الحدائق (٧) ای صرّح صاحب الحدائق، (٨) ای بانّ قول العلّامة مقابل للمشهور فی فساد البیع (٩) ای کلام صاحب الحدائق (١٠) یعنی ان یکون قول العلّامة مقابلًا للمشهور فی الفساد حتّی مع استجماع الشّرائط عدا الصّیغة لا انّ المشهور فی کلام الحدائق مقابل للقول بصحّة المعاطاة ولو بدون استجماع شرایط البیع (١١) وهو انّه لا یشترط فیه شروط البیع مطلقًا.

فی کون المعاطاة بیعًا

انّ البیع فی النّص والفتوی ظاهر فیما حکم فیه باللّزوم وثبت له (١) الخیار فی قولهم البیّعان بالخیار مالم یفترقا ونحوه (٢) امّا (٣) علی القول بالاباحة فواضح لانّ المعاطاة لیست علی هذا القول (٤) بیعًا فی نظر الشّارع (٥) والمتشرّعة اذ لا نقل فیه عند الشّارع فاذا (٦) ثبت اطلاق الشّارع علیه فی مقام فنحمله (٧) علی الجری علی ما هو بیع باعتقاد العرف لاشتماله (٨) علی النّقل فی نظرهم وقد تقدّم سابقًا فی تصحیح دعوی الاجماع (٩) علی عدم کون المعاطاة بیعًا بیان ذلک (١٠) وامّا (١١) علی القول بالملک فلانّ المطلق ینصرف الی الفرد المحکوم باللّزوم ...

---

(١) الضّمیر عائد الی کلّ واحد من البایع والمشتری (٢) ای نحو (البیّعان بالخیار) ممّا دلّ علی ثبوت الخیار بالعیب وغیره (٣) ای امّا عدم اشتراط شروط البیع مطلقا فی المعاطاة علی القول بالاباحة فواضح (٤) ای علی القول بالاباحة (٥) یعنی انّ البیع یوجب النّقل ولا نقل فی المعاطاة عند الشّارع (٦) ای فاذا ثبت اطلاق الشّارع لفظ البیع علی التّعاطی (٧) ای فنحمل اطلاق الشّارع (٨) ای لاشتمال اطلاق الشّارع (٩) یعنی انّ المراد من البیع فی کلام المتشرّعة ومعاقد اجماعهم حیث ینفون البیع عن المعاطاة هو البیع الصّحیح المحکوم علیه شرعًا باللّزوم (١٠) اشارة الی قوله (فنحمله علی الجری علی ما هو بیع باعتقاد العرف) (١١) اوامّا عدم اشتراط شروط البیع مطلقا فی المعاطاة علی القول بالملک فانّ لفظ البیع فی قولهم البیّعان بالخیار وقولهم انّ البیع هو العقد وغیرهما مطلق ینصرف الی الفرد المحکوم باللّزوم.

في اعتبار شروط البيع في المعاطاة

في قولهم (١) البيّعان بالخيار وقولهم انّ الاصل في البيع اللّزوم والخيار (٢) انّما ثبت لدليل وانّ البيع بقول مطلق من العقود اللّازمة وقولهم البيع هو العقد الدّالّ على كذا ونحو ذلك (٣) وبالجملة (٤) فلا يبقى للمتأمّل شكّ في انّ اطلاق البيع في النّصّ والفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه الّا بفسخ عقده بخيار او بتقابل ووجه الثّالث (٥) ما تقدّم للثّاني على القول بالاباحة من سلب البيع عنه (٦) وللاوّل على القول بالملك من صدق البيع عليه حح (٧) وان لم يكن لازما ويمكن الفرق بين الشّرط الّذي ثبت اعتباره في البيع من النّصّ (٨) فيحمل على البيع العرفي (٩) ...

---

(١) قوله (في قولهم) متعلّق بقوله (فانّ المطلق) (٢) الخيار مبتدأ وخبره قوله (انّما ثبت) (٣) اى ونحو ذلك من العبارات الّتي ذكرها الفقهاء فيها لفظ البيع مطلقا (٤) والحاصل انّ البيع المطلق في النّصّ والفتوى ينصرف الى البيع اللّازم الّذي لا يجوز فسخه الّا بخيار او بتقابل والمعاطاة لا تفيد اللّزوم فلا يشترط فيها شروط البيع (٥) وهو التّفصيل بين القول بافادة المعاطاة للملك فيشترط فيها شروط البيع وبين القول بافادتها للاباحة فلا يشترط فيها شروط البيع (٦) الضّمير المذكّر يرجع الى المعاطاة المفيدة للاباحة لانّ المعاطاة ليس مؤنّثا حقيقيّا حتّى لا يجوز عود الضّمير المذكّر اليه (٧) اى حين اذ كانت المعاطاة مفيدة للملك (٨) قوله (من النّصّ) متعلّق بقوله (ثبت) (٩) لانّ البيع العرفي يكون محلّا لذلك الشّرط فيعتبر مثل ذلك الشّرط في المعاطاة ←

في اعتبار شروط البيع في المعاطاة

وان لم يفد (١) عند الشارع الا الاباحة وبين ما (٢) ثبت بالاجماع على اعتباره (٣) في البيع بناءً على انصراف البيع في كلمات المجمعين الى العقد اللازم (٤) والاحتمال الأول (٥) لا يخرج عن قوة لكونها بيعًا ظاهرًا على القول بالملك كما عرفت من مع صد (٦) واما على القول بالاباحة فلانها (٧) لم يثبت الا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط فلا تشمل (٨) الفاقدة للشرط الأخر ايضًا ثم (٩) انه حكى عن الشهيد ره في حواشيه على القواعد انه (١٠) بعد ما منع من اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكوة وثمن الهدي (١١) ...

← لصدق البيع العرفي عليها (١) الضمير المستتر يرجع الى البيع العرفي (٢) و المراد من قوله (ما) هو الشرط (٣) الضمير عائد الى (ما) في قوله (ما ثبت) (٤) يعني فاذا لم تكن المعاطاة تفيد اللزوم لم يكن ذلك الشرط معتبرًا فيها (٥) وهو انه يشترط في المعاطاة شروط البيع مطلقا (٦) حيث انه قائل بان المعاطاة تفيد الملك المتزلزل (٧) اى فلان الاباحة (٨) اى فلا تشمل الاباحة الحاصلة من المعاطاة المعاملة الفاقدة للشرط الأخر غير الصيغة ايضًا (٩) اى ثم يظهر من الشهيد الاول عدم اعتبار بعض شرايط البيع في المعاطاة مثل معلومية العوضين والتقابض في المجلس في النقدين ومعلومية الاجل في النسية والسلف كما اشار اليه المصنف ره بقوله (انه حكى الخ) (١٠) اى ان الشهيد (١١) لان الخمس والزكوة وثمن الهدى لا تكون الا في الملك والمأخوذ بالمعاطاة ليس بملك .

في اعتبار شروط البيع في المعاطاة

الا بعد تلف العين يعني العين الاخرى (١) ذكر انه يجوز ان يكون الثمن والمثمن في المعاطاة مجهولين لانها (٢) ليست عقدا وكذا جهالة الأجل (٣) وانه (٤) لو اشترى امة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن انتهى وحكي عنه (٥) في باب الصرف ايضا انه لا يعتبر التقابض في المجلس في معاطاة النقدين (٦) اقول حكم قدس سره بعدم جواز اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الصدقات الواجبة وعدم جواز نكاح (٧) المأخوذ بها صريح (٨) في عدم افادتها (٩) للملك الا ان حكمه (ره) بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع والصرف معللا بان المعاطاة ليست عقدا يحتمل ان يكون (١٠) باعتبار عدم الملك حيث ان المفيد للملك منحصر في العقد وان يكون باعتبار عدم اللزوم حيث ان الشروط المذكورة (١١) ...

---

(١) اى العين الاخرى المقابلة لهذا الشئ الذى يراد اعطائه خسا او زكوة او ثمن الهدى (٢) اى لان المعاطاة (٣) اى جهالة الاجل في السلف والنسيئة (٤) عطف على قوله (انه يجوز) يعني ذكر انه لو اشترى امة الخ (٥) اى عن الشهيد (٦) والحال ان التقابض في النقدين شرط في البيع بالصيغة (٧) المراد بالنكاح هنا هو الوطى (٨) قوله (صريح) خبر لمبتداء مقدم وهو قوله (حكم) (٩) اى في عدم افادة المعاطاة للملك (١٠) هذا بيان للاحتمال الثاني يعني يحتمل ان يكون تعليل الشهيد بان المعاطاة ليست عقدا باعتبار عدم اللزوم وان افادت الملك وحيث انها لا تفيد اللزوم لا تعتبر فيها هذه الشروط المذكورة (١١) اى معلومية العوضين في مطلق البيع وتعيين الاجل في السلف والنسيئة ←

في اعتبار شروط البيع في المعاطاة

شرايط للبيع العقدى اللازم والاقوى (١) اعتبارها وان قلنا بالاباحة لانها (٢) بيع عرفي وان لم يفد شرعًا الا الاباحة ومورد الادلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لا خصوص العقدى بل تقييدها (٣) بالبيع العقدى تقييد بغير الغالب لما عرفت (٤) من ان الاصل في المعاطاة بعد القول بعدم الملك الفساد وعدم (٥) تاثيره شيئًا خرج (٦) ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم والعدم هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة وبقي الباقي وبما ذكرنا (٧) يظهر وجه تحريم الربا (٨) فيها ايضًا ...

← والتقابض في المجلس في النقدين (١) هذا رد من المصنف ره على ما حكى عن الشهيد ره وخلاصة الرد ان الشروط المذكورة معتبرة في المعاطاة وان قلنا انها تفيد الاباحة المجردة لان المعاطاة بيع عرفي ومورد ادلة الشروط المذكورة هو البيع العرفي (٢) اى لان المعاطاة (٣) الضمير عائد الى الشروط المذكورة (٤) قوله (لما عرفت) عطف على قوله (لانها بيع عرفي (٥) عطف على قوله (الفساد) (٦) اى خرج عن اصل الفساد، المعاطاة الجامعة لجميع الشرايط وبقيت المعاطاة الفاقدة للشرايط تحت اصل الفساد (٧) وهو ان المعاطاة بيع عرفي يعتبر فيها جميع شرائط البيع عدا الصيغة (٨) ولا يخفى انه وقع الخلاف في ان الربا هل هو ثابت في كل معاوضة او هو مختص بالبيع فذهب المشهور الى الاول وغيرهم الى الثاني حجة القول الاول عموم الادلة من الآية حيث ان المراد منها الزيادة المتحقق صدقها في البيع وغيره ومن الروايات ما قال عبد الرحمن للصادق ع ايجوز ففيم ←

فی جریان الربا فی المعاطاة

وان (١) خصصنا الحکم (٢) بالبیع بل (٣) اطلق التحریم حتی عند من لا یراها مفیدة للملک لانها معاوضة عرفیة وان لم یفد الملک بل معاوضة شرعیة اعترف بها الشهید ؒ فی موضع من الحواشی حیث قال ان المعاطاة معاوضة مستقلة جایزة اولازمة انتهی (٤) ولو قلنا (٥) بان المقصود للمتعاطیین الاباحة لا الملک فلا یبعد ایضا جریان الربا لکونها معاوضة عرفا فتدبر (٦) واما حکم جریان الخیار فیها (٧) ...

← من حنطة بقفیزین من شعیر فقال لا یجوز الا مثلا بمثل وهو ایضا یفید العموم بالنسبة الی البیع وغیره وکذا غیره من الروایات (١) (ان) فی قوله : (وان خصصنا) وصلیة یعنی یجری تحریم الربا فی المعاطاة وان خصصنا حرمة الربا بالبیع لان المعاطاة بیع عرفی (٢) فالمراد من الحکم هو حرمة الربا (٣) یعنی بل الظاهر تحریم الربا ثابت فی المعاطاة حتی عند من لا یراها بیعا لانها معاوضة مستقلة عرفیة وشرعیة کما اعترف بها الشهید ؒ وعموم ادلة الربا من الآیة والروایة یشملها (٤) ای انتهی کلام الشهید ؒ (٥) یعنی تحریم الربا ثابت فی المعاطاة ولو قلنا بان المتعاطیین قصدا الاباحة لا الملک لانها معاوضة مستقلة عرفیة تشملها ادلة الربا من الآیة والروایة (٦) لعل وجه التامل انه بناء علی تعمیم ادلة الربا لمطلق المعاوضات ایضا انما تجری فی المعاوضات التی قصد المتعاطیان فیها التملیک لا الاباحة المجردة عن التملیک (٧) ای فی المعاطاة .

في جريان الخيار في المعاطاة

قبل اللزوم (١) فيمكن نفيه (٢) على المشهور لانها اباحة عندهم فلا معنى للخيار وان قلنا بافادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا (٣) بناءً على صيرورتها بيعا (٤) بعد اللزوم كما سيأتي عند تعرض الملزمات فالخيار (٥) موجود من زمان المعاطاة الا ان اثره يظهر بعد اللزوم وعلى هذا (٦) فيصح اسقاطه والمصالحة عليه (٧) قبل اللزوم ويحتمل ان يفصل بين الخيارات المختصة ...

---

(١) فان اللزوم في المعاطاة حاصل بتلف احد العينين كما لو اعطى دينارا واخذ سلعة ثم تلف الدينار في يد الطرف الاخر فانه يلزم المعاطاة وح لا بأس بجريان الخيار بالنسبة الى السلعة اذا ظهرت معيبة لان المعاطاة بتلف الدينار صارت لازمة واما قبل تلف الدينار فلا اثر لجريان الخيار لان المعاطاة تفيد الاباحة المجردة او الملك المتزلزل (٢) اى نفى الخيار (٣) اى سواء كان ثبوت الخيار في المعاطاة قبل اللزوم او بعده وسواء كان موضوع الخيار خصوص البيع كخيار الحيوان وخيار المجلس او مطلق المعاوضة كخيار العيب والغبن وغيرهما لان المعاطاة على القول بالملك بيع عرفي (٤) يعني بيعا لا معاوضة مستقلة (٥) وهم ودفع، اما الوهم: فلا معنى للخيار في الملك الجائز لان المعاطاة جائزة وان افادت الملك، واما الدفع: فهو الذي ذكره المصنف بقوله (فالخيار موجود الخ) (٦) اشارة الى كون وجود الخيار من زمان المعاطاة (٧) اى والمصالحة على الخيار لانه حق قابل للاسقاط وقابل للمصالحة.

في جريان الخيار في المعاطاة

بالبيع (١) فلا يجري لاختصاص ادلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار وبين غيرها كخيار الغبن والعيب بالنسبة الى الرد دون الارش (٢) فيجري (٣) لعموم ادلتها واما حكم الخيار بعد اللزوم فسيأتي بعد ذكر الملزمات الامر الثاني (٤) ان المتيقن من مورد المعاطات هو حصول التعاطي فعلاً من الطرفين (٥) فالملك او الاباحة في كل منهما بالاعطاء فلو حصل الاعطاء من جانب واحد (٦) لم يحصل ما يوجب اباحة الآخر او ملكيته فلا يتحقق (٧) المعاوضة ولا الاباحة رأساً لان كلاً منهما (٨) ملك او مباح في مقابل ملكية الآخر (٩) او اباحته (١٠) الا ان اللائم من جاء من متأخري المتأخرين تبعاً للشهيد في الدروس ...

---

(١) كخيار المجلس والحيوان لان دليلهما مختص بالبيع (٢) فان الارش ثبت بالدليل الخاص لا بالادلة العامة فيكون حكمه حكم سائر الخيارات في الاختصاص بما وضع على اللزوم فان الارش خلاف الاصل فيقتصر على مورد اليقين وهو البيع بالصيغة (٣) الضمير المستتر يرجع الى الخيارات التي لا تختص بالبيع (٤) اى الامر الثاني من الامور التي ذكرها المصنف بقوله (وينبغي التنبيه على امور) (٥) يعني ان يعطي احد الطرفين السلعة للآخر ويعطي الطرف الآخر الثمن له (٦) يعني بان يعطي احد الطرفين السلعة واخذ الطرف الآخر لها ولم يعط الثمن بعد (٧) فلا يتحقق جواب لـ (لو) في قوله (فلو حصل) (٨) اى من المالين (٩) ملكية الآخر للآخر (١٠) والاباحة هنا من المصدر المبني للمفعول ←

في تعميم حكم المعاطاة

جعله (١) من المعاطات ولاريب انّه لا يصدق معنى المعاطاة (٢) لكنّ هذا (٣) لا يقدح في جريان حكمها (٤) عليه (٥) بناءً على عموم الحكم (٦) لكلّ بيع فعليّ فيكون اقباض احد العوضين من مالكه تمليكًا له (٧) بعوض وتمليكًا له (٨) به واخذ الآخر له (٩) تملّكًا له بالعوض او اباحة له بازائه (١٠) فلو كان المعطى (١١) هو الثمن كان دفعه على القول بالملك والبيع اشتراء (١٢) واخذه (١٣) بيعًا للمثمن به فيحصل الايجاب والقبول الفعليّين بفعلٍ واحد (١٤) في زمان واحد ثمّ صحّة هذا (١٥) ...

← يعني مباحيّة المال له (١) اى جعل ما يكون الاعطاء فيه من جانب واحد من المعاطاة (٢) لانّ المعاطاة مصدر باب المفاعلة فلا يصدق المعاطاة على الاعطاء من جانب واحد (٣) اشارة الى عدم صدق معنى المعاطاة على حصول الاعطاء من جانب واحدٍ (٤) اى حكم المعاطاة (٥) الضمير عائد الى الاعطاء من جانب واحد (٦) اى حكم المعاطاة (٧) اى تمليكًا لاحد العوضين (٨) اى او يكون اقباض المالك مبيحًا لاحد العوضين بعوض (٩) اى لاحد العوضين (١٠) اى يكون اخذ الآخر له بعنوان انّه مباح له بمقابل العوض (١١) قوله (المعطى) اسم المفعول (١٢) قوله (اشتراءً) خبر لـ (كان) في قوله (كان دفعه) (١٣) اى كان اخذ الثمن بيعًا للمثمن بمقابل هذا الثمن (١٤) وهو اعطاء المشترى الثمن وهو منحلّ الى فعلين احدهما الدفع والآخر الاخذ فيصحّ نسبة حصول الايجاب والقبول الى فعل واحد (١٥) اشارة الى حصول اعطاءٍ من جانب واحد من المعاطاة.

فى تعميم حكم المعاطاة

على القول بكون المعاطاة بيعاً ملكاً واضحة (١) اذ يدل عليها ما (٢) دل على صحة المعاطاة من الطرفين واما على القول بالاباحة فيشكل بانه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تاثيرها (٣) فى الاباحة اللهم الا ان يدعى قيام السيرة عليها (٤) كقيامها على المعاطاة الحقيقية (٥) وربما (٦) يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد ايصال الثمن واخذ المثمن من غير صدق اعطاء اصلاً فضلاً عن التعاطى كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الفلس (٧) ...

---

(١) قوله (واضحة) خبر لمبتداء مقدم وهو قوله (صحة هذا) يعنى كما يصح السلف والنسيئة فى البيع بالصيغة مع ان الاعطاء يكون من جانب واحد كذلك يصح السلف والنسيئة فيما اذا كان الاعطاء من جانب واحد فى البيع بدون الصيغة (٢) المراد من قوله (فادل) هو مثل اوفوا بالعقود، وان تكون تجارة عن تراض واحل الله البيع والمؤمنون عند شروطهم ولا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه (٣) اى لا دليل على تاثير المعاطاة فى الاباحة اذا كان الاعطاء من جانب واحد (٤) يعنى ان يدعى ان السيرة على صحة المعاطاة اذا كان الاعطاء من جانب واحد كقيام السيرة على صحة المعاطاة اذا كان الاعطاء من جانبين (٥) وهى المعاطاة التى يكون الاعطاء فيها من جانبين (٦) فمن هنا شرع المصنف ره ان يذكر ان المعاطاة تحصل بمجرد الايصال و ان لم يحصل فيه معنى التعاطى اصلا حتى من جانب واحد (٧) (الفلس) قطعة مضروبة من النحاس يتعامل بها ج : افلس وفلوس (المنجد) .

فی تعمیم حکم المعاطاة

فی المکان المعدّ له اذا علم من حال السّقاء الرّضا بذلک وکذا غیر الماء من المحقّرات (١) کالخضروات (٢) ونحوها ومن هذا (٣) القبیل دخول الحمّام ووضع الاجرة فی کون صاحب الحمّام مع غیبته فالمعیار فی المعاطاة وصول العوضین او احدهما مع الرّضا بالتّصرّف ویظهر ذلک (٤) من المحقّق الاردبیلیؒ ایضاً فی مسئلة المعاطاة وسیأتی توضیح ذلک فی مقامه آنشاء ثمّ انّه لو قلنا بانّ اللّفظ الغیر المعتبر (٥) فی العقد کالفعل (٦) فی انعقاد المعاطاة امکن خلوّ المعاطاة من الاعطاء والایصال رأساً (٧) فیتقاولان علی مبادلة شیء بشیء من غیر ایصال ولا یبعد صحّته ...

---

(١) ای من سائر المحقّرات الّتی لا یکون فیها اخذ واعطاء اصلاً حتّی من جانب واحد (٢) (الخضر) الأخضر و- الغصن و- الزّرع و- البقلة الخضراء (الخضراء) ایضاً السّماء وخضر البقول ج: الخضروات (اقرب الموارد) (٣) من قبیل انعقاد المعاطاة بمجرّد الایصال دخول الحمّام ووضع الاجرة الخ وکذا من هذا القبیل، المکالمة التّلیفونیّة ووضع الرّبالات فی المحلّ المعدّ لها (٤) ای یظهر وصول العوضین او احدهما مع الرّضا بالتّصرّف فی صدق المعاطاة من المحقّق الأردبیلی (٥) وهو قول احد الطّرفین هذا لک ویقول الآخر لهذا لک بمقابل ما اعطیتنی فانّ هذا اللّفظ غیر معتبر فی الایجاب والقبول اذ المعتبر فیهما لفظة بعت وقبلت و هو کاللّفظ غیر العربی اذا شرطنا العربیّة (٦) وهو التّعاطی (٧) ای من الطّرفین .

فى تميز البايع من المشترى فى المعاطاة

مع صدق البيع عليه (١) بناءً على الملك (٢) واما على القول بالاباحة فالاشكال المتقدم (٣) هنا اكد الثالث (٤) تميز البايع من المشترى (٥) فى المعاطاة الفعلية مع كون احد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم والدنانير والفلوس المسكوكة واضح (٦) فان صاحب الثمن (٧) هو المشترى مالم يصرح بالخلاف (٨) واما مع كون العوضين من غيرها (٩)...

---

(١) اى مع صدق البيع على التقاول على مبادلة شئ بشئ من غير اتصال (٢) اى بناءً على ان المعاطاة تفيد الملك ولا يخفى ان هذا ليس من بيع الكالى بالكالى الباطل اذ هو فيما اذا كان المثمن والثمن مأجلين والحال ان هذا نقد لم يسلما الطرفان فى المجلس (٣) اى المتقدم من المصنف ﷺ فى ص ١٣٢ بقوله (واما على القول بالاباحة فيشكل) اما وجه الاكدية فلانه كان فى السابق اعطاء المال من جانب واحد وليس هنا اعطاء اصلا وعن بعض ان الوجه معلومية عدم قيام السيرة فى المقام بخلاف السابق (٤) اى الامر الثالث من الامور التى ذكرها المصنف ﷺ بقوله (وينبغى التنبيه على امور (٥) تخصيص المصنف ﷺ هذا الامر الثالث بالمعاطاة لان يتميز البايع من المشترى بخلاف البيع اللفظى فان التميز فيه يقع باللفظ لان قائل (بعت) بايع وان تاخر وقائل (اشتريت) مشتر وان تقدم (٦) خبر لمبتداء مقدم وهو قوله (تميز البايع) (٧) اى صاحب الثمن هو صاحب الدراهم والدنانير والفلوس (٨) كان يقول صاحب الدينار قبل المعاطاة انا ابيعك الدينار بهذا الكتاب (٩) اى من غير الدراهم والدنانير والفلوس .

في تميز البايع من المشتري في المعاطاة

فالثمن ما قصد قيامه مقام الثمن في العوضية فاذا اعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصدا ان هذا المقدار من الحنطة يسوى درهما هو ثمن اللحم فيصدق عرفا انه (١) اشترى اللحم بالحنطة واذا انعكس (٢) انعكس (٣) الصدق فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم والدينار هو الثمن وصاحبه هو المشتري ولو لم يلاحظ الا كون احدهما بدلا عن الاخر من دون نية قيام احدهما مقام الثمن (٤) في العوضية او لوحظ القيمة (٥) في كليهما بان لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم وذلك المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطيا من غير سبق مقاولة تدل (٦) على كون احدهما بالخصوص بايعا ففي كونه (٧) بيعا وشراء بالنسبة الى كل منهما (٨) بناء على ان البيع لغة كما عرفت مبادلة مال بمال والاشتراء ترك شئ والاخذ بغيره كما عن بعض اهل اللغة فيصدق (٩)...

---

(١) الضمير يرجع الى معطى الحنطة (٢) بان اعطى اللحم في مقابل الحنطة قاصدا ان هذا المقدار من اللحم يسوى درهما (٣) فيصدق ان معطى اللحم اشترى الحنطة باللحم فيكون مشتريا واللحم ثمنا (٤) اى مقام الدراهم والدنانير (٥) اى لوحظت الدراهم والدنانير في اللحم والحنطة كليهما (٦) قوله (تدل) صفة لـ (مقاولة) (٧) اى في كون احدهما بدلا عن الاخر (٨) يعنى ان كل واحد منهما بايع باعتبار لان البيع مبادلة مال بمال ومشتر باعتبار لان الاشتراء ترك شئ والاخذ بغيره (٩) الضمير المستتر يرجع الى التعريف المذكور .

في تميز البايع من المشتري في المعاطاة

على صاحب اللحم انه باعه بحنطة وانه اشترى الحنطة فيحنث لو حلف على عدم بيع اللحم وعدم شراء الحنطة (١) نعم لا يترتب عليهما (٢) احكام (٣) البايع ولا المشتري لا نصرافها في ادلة تلك الأحكام الى من اختص (٤) بصفة البيع او الشراء فلا يعم (٥) من كان في معاملة واحدة مصداقا لهما باعتبارين (٦) او كونه (٧) بيعا بالنسبة الى من يعطى اولا لصدق الموجب عليه (٨) وشراء بالنسبة الى الاخذ لكونه قابلا عرفا او كونها (٩) معاطاة مصالحة لانها (١٠) بمعنى التسالم على شئ ...

---

(١) لانه بايع اللحم ومشترى الحنطة في حال واحد فتكون عليه كفارتان لو حلف مرتين مرة على عدم بيع اللحم ومرة على عدم شراء الحنطة (٢) اى على صاحب اللحم وصاحب الحنطة (٣) المراد من احكامها هو خيار الحيوان للمشترى وخيار المجلس لكل واحد منهما ما داما في المجلس (٤) بان كان احدهما بايعا فقط والآخر مشتريا فقط (٥) الضمير يرجع الى (من) في قوله (من اختص) (٦) اى فباعتبار انه مبادل اللحم بالحنطة بايع وباعتبار انه تارك اللحم واخذ الحنطة مشتر (٧) قوله (كونه) عطف على مجرور (في) في قوله (ففي كونه بيعا) (٨) اى لصدق الموجب على المعطى عرفا (٩) عطف على مجرور (في) في قوله (ففي كونه بيعا) وتأنيث الضمير هنا انما هو باعتبار الخبر يعنى او في كون هذا الوجه الذى لم يلاحظ فيه الا كون احدهما بدلا عن الآخر معاطاة مصالحة (١٠) الضمير عائد الى المصالحة.

في الوجوه المتصوّرة في المعاطاة

ولذا (١) حملوا الرّواية الواردة في قول احد الشريكين لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي على الصلح او كونها (٢) معاوضة مستقلّة لا يدخل تحت العناوين المتعارفة وجوه (٣) لا يخ ثانيها (٤) عن قوّة لصدق تعريف البايع لغة وعرفًا على الدّافع اوّلًا دون الآخر وصدق المشترى على الاخذ اوّلًا دون الآخر فتدبّر الرّابع (٥) انّ اصل المعاطاة وهي اعطاء كلّ منهما الآخر ما له بتصوّر بحسب قصد المتعاطيين ...

---

(١) اشارة الى انّ المصالحة بمعنى التّسالم على شيء (٢) وهو عطف ايضًا على مجرور (في) في قوله (ففي كونه بيعًا) (٣) اى وجوه اربع احدها ان يكون ما لم يلاحظ فيه الّا كون احدهما بدلًا عن الاخر بيعًا وشراءً بالنّسبة الى كلّ واحد منهما واليه اشار المصنّف ره بقوله (ففي كونه بيعًا وشراءً الخ) ثانيها : ان يكون بيعًا بالنّسبة الى من يعطى اوّلًا وشراءً بالنّسبة الى الآخذ واليه اشار بقوله (او كونه بيعًا بالنّسبة الخ) ثالثها : ان تكون معاطاة مصالحة واليه اشار بقوله (او كونها معاطاة مصالحة) رابعها : ان تكون معاوضة مستقلّة واليه اشار بقوله (او كونها معاوضة مستقلّة) (٤) وهو كونه بيعًا بالنّسبة الى من يعطى اوّلًا الخ (٥) اى الأمر الرّابع من الامور الّتي ذكرها المصنّف ره بقوله : (وينبغي التّنبيه على امور)

فى الوجوه المتصوّرة فى المعاطاة

على وجوه (١) احدها (٢) ان يقصد كلّ منهما تمليك ماله بمال الآخر فيكون الآخذ واحد (٣) قابلاً ومتملّكاً بازاء ما يدفعه فلا يكون فى دفعه العوض انشاء تمليك (٤) بل دفع لما التزمه على نفسه بازاء ما تملّكه فيكون الايجاب والقبول بدفع العين الاولى وقبضها (٥) فدفع العين (٦) الثانى خارج عن حقيقة المعاطاة فلو مات (٧) الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة ...

---

(١) الوجوه المتصوّرة هنا عشرة فانّ المبادلة امّا ان تكون بين المالين او بين الفعلين او بين مال وفعل ثمّ المبادلة الّتى كانت بين المالين امّا ان تكون بين المالين فى ملكيتهما او بين المالين فى اباحتهما او بالاختلاف والمبادلة الّتى كانت بين الفعلين امّا ان تكون بين التّمليكين او بين الاباحتين او بين تمليك واباحة والمبادلة الّتى كانت بين مال وفعل صورها اربع لانّ الفعل امّا ان يكون تمليكاً او اباحة والمال فى مقابلهما امّا ان يجعل عوضاً فى كونه ملكاً او فى كونه مباحاً فهذه وجوه عشرة والمصنّف ره ذكر منها وجوهاً اربعاً لانّها مورد الكلام بين الاعلام (٢) اى احد الوجوه (٣) اى فى اخذ مال صاحبه قابلاً ومتملّكاً (٤) اى فلا يكون انشاء تمليك جديد من قبل الآخذ حتّى يكون فى دفعه العوض تمليكاً فى مقابل التّمليك (٥) اى قبض العين الاولى الّذى حصل من الآخذ فيكون دفعها من المعطى ايجاباً فعليّاً وقبضها من الآخذ قبولاً فعليّاً فتحقّقت المعاطاة بقبض الآخذ (٦) اى دفع العين الثّانية الّذى حصل من الشّخص الآخر (٧) قوله (فلو مات الخ) تفريع على قوله (فدفع ←

في الوجوه المتصوّرة في المعاطاة

وبهذا الوجه (١) صحّحنا سابقًا (٢) عدم توقّف المعاطاة على قبض كلا العوضين فيكون اطلاق المعاطاة عليه (٣) من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول لا من حيث كونها متقوّمة بالعطاء من الطّرفين ومثله (٤) في هذا الاطلاق لفظ المصالحة والمسافاة والمزارعة والمواجرة وغيرها وبهذا الاطلاق (٥) يستعمل المعاطاة في الرّهن (ع) والقرض والهبة ...

العين الثّانية خارج عن حقيقة المعاطاة) (١) وهو حصول الايجاب والقبول في المعاطاة بدفع العين الاولى وقبضها (٢) اى صحّح المصنّف ره سابقًا في الامر الثّاني بقوله (فيحصل الايجاب والقبول الفعليّان بفعل واحد في زمان واحد) (٣) اى على دفع العين الاولى وقبضها (٤) ومثل لفظ المعاطاة في هذا الاطلاق الّذي يشمل حصول المعاملة فيه بالعطاء من طرف واحد لفظ المصالحة والمسافاة وغيرهما حيث انّ احد الطّرفين فيها موجب والآخر قابل وبعبارة اخرى انّ اطلاق المصالحة على الصّلح مثلا من حيث حصول المصالحة فيه بالصّلح لا انّ الامر الحاصل من الطّرفين حتى يفعل كلّ واحد منهما عين ما يفعله الآخر كما في المصافحة فانّه يضع كلّ واحد منهما صفح كفّه في صفح كفّ الآخر عند الملاقات (٥) اى حصول المعاملة بالعطاء من طرف واحد لا حصولها بالعطاء من الطّرفين (ع) يعني فيقال الرّهن المعاطاتي مع انّه لا يعطى كلّ واحد منهما جنسه رهنًا بل الرّاهن دفع جنسه والمرتهن اخذه منه فيكون حصول الرّهن بفعل الرّاهن.

في الوجوه المتصوّرة في المعاطاة

وربّما يستعمل (١) في المعاملة الحاصلة بالفعل (٢) ولو لم يكن عطاء وفي صحّته تامّل (٣) ثانيها (٤) ان يقصد كلّ منهما تمليك الآخر ماله بازاء تمليك ماله اياه (٥) فيكون تمليك بازاء تمليك فالمقابلة بين التّمليكين (٦) لا الملكين والمعاملة متقوّمة بالعطاء من الطّرفين فلو مات (٧) الثّاني قبل الدّفع (٨) لم يتحقّق المعاطاة وهذا (٩) بعيد عن معنى البيع (١٠) وقريب الى الهبة المعوّضة لكون (١١) كلّ من المالين خاليًا عن العوض لكن اجراء حكم الهبة المعوّضة عليه مشكل اذ لو لم يملّكه (١٢) الثّاني هنا...

---

(١) اى يستعمل لفظ المعاطاة (٢) كما اذا اخذ زيد من دكّان بكر خبزًا واخذ بكر من كيس زيد درهمًا بناءً منهما العوضيّة فلم يحصل منهما العطاء اصلاً (٣) لعلّه اشارة الى انّ في صحّة هذه المعاملة اشكالاً لانّه ليس فيها انشاء تمليك قولاً وفعلاً امّا قولاً فواضح وامّا فعلاً فانّه لم يوجد منهما العطاء الّذى هو ادنى مراتب التّجارة (٤) اى ثاني الوجوه الاربع (٥) كأن يملّك زيد سلعته بكرًا في مقابل تمليك بكر مائة دينار لزيد (٦) اى يقع الفعل في مقابل الفعل ولا تقع العين في مقابل العين (٧) تفريع على قوله (والمعاملة متقوّمة بالعطاء من الطّرفين (٨) اى قبل التّمليك (٩) اشارة الى المقابلة بين التّمليكين (١٠) لانّ المقابلة في البيع بين المالين لا الفعلين (١١) قوله (لكون الخ) تعليل لقوله (وهذا بعيد عن معنى البيع) (١٢) الضّمير المفعول يرجع الى المملّك الاوّل.

في الوجوه المتصوّرة في المعاطاة

لم يتحقّق التّمليك من الاوّل (١) لانّه انّما ملّكه (٢) بازاء تمليكه (٣) فما لم يتحقّق تمليك الثّاني لم يتحقّق تملّكه (٤) الّا ان يكون تمليك الاخر له (٥) ملحوظًا عند تمليك الاوّل على نحو الدّاعي (٦) لا العوض فلا يقدح تخلّفه فالاولى ان يقال انّها (٧) مصالحة وتسالم على امر معيّن او معاوضة مستقلّة ثالثها (٨) ان يقصد الاوّل اباحة ماله بعوض فيقبل الاخر باخذه (٩) اياه فيكون الصّادر من الاوّل الاباحة بالعوض ومن الثّاني بقبوله لها (١٠) التّمليك (١١) كما لو صرّح بقوله ابحت لك كذا بدرهم ...

---

(١) والحال انّ الهبة المعوّضة ليست كذلك اذ يتحقّق تمليك الواهب وان لم يتحقّق العوض (٢) الضّمير لفاعل يرجع الى الاوّل والضّمير المفعول يرجع الى الثّاني (٣) اى بمقابل تمليك الثّاني (٤) اى تملّك الثّاني (٥) الضّمير عائد الى الاوّل (٦) يعني انّ العوض في الهبة المعوّضة لم يلاحظ على جهة المقابلة بل لوحظ على وجه الدّاعي والشرطيّة فلذا ظهر من العلماء الاعلام عدم تملّك العوض بمجرّد تملّك الموهوب بالهبة فلا يكون تخلّفه قادحًا في التّمليك الاوّل بل غاية الأمر انّ الموهوب له لو لم يؤدّ العوض كان للواهب الرّجوع وكذلك لا يقدح تخلّف الدّاعي في سائر المقامات ايضًا كما لو اشترى الدّواء بداعي شفاء المريض ثمّ تبيّن شفاء المريض قبل شرائه (٧) اى انّ المعاطاة بالمعنى الثّاني مصالحة الخ (٨) اى ثالث الوجوه الاربع المتصوّرة بحسب قصد المتعاطيين (٩) الضّمير الاوّل في قوله (باخذه اياه) يرجع الى الاخر والضّمير الثّاني الى المال (١٠) اى للاباحة (١١) قوله ←

في الوجوه المتصوّرة في المعاطاة

رابعها (١) ان يقصد كلّ منهما الاباحة بازاء اباحة اخرى فيكون اباحة باذاء اباحة (٢) او اباحة لذاعي اباحة (٣) على ما تقدّم نظيره في الوجه الثاني من امكان تصوّره على نحو الداعي (٤) وعلى نحو العوضيّة وكيف كان فالاشكال في حكم القسمين (٥) الاخيرين (٦) على فرض قصد المتعاطيين لهما (٧) ومنشأ الاشكال اوّلا الاشكال في صحّة اباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على ملكيّة المتصرّف (٨) بان يقول ابحت لك كلّ تصرّف من دون ان يملّكه العين وثانيا الاشكال في صحّة الاباحة بالعوض الراجعة الى عقد مركّب من اباحة ...

← التمليك عطف على قوله (الاباحة) فصار خبرا لقوله (فيكون) يعني فيكون الصادر من الثاني التمليك (١) اى رابع الوجوه الاربع المتصوّرة بحسب قصد المتعاطيين (٢) كما لو قصد زيد في دفع داره الى بكر اباحتها له في مقابل اباحة بكر دابّته لزيد (٣) اى نظير قصد كلّ منهما الاباحة باذاء اباحة اخرى او اباحة لذاعي اباحة (٤) فانّ تخلّف الداعي لا يقدح في اباحة الاوّل كما في سائر المقامات فانّ الشخص لو اشترى الدواء بداعي شفاء المريض ثمّ تبيّن شفائه قبل ذلك فانّ تخلّف الداعي لا يقدح في صحّة اشتراء الدواء (٥) قوله (في حكم القسمين) متعلّق بالعامل المقدّر وخبر لمبتدإ مقدّم وهو قوله (فالاشكال) (٦) وهما وجه الثالث والرابع (٧) احدهما ان يقصد الاوّل اباحة ماله بعوض فيقبل الاخر باخذه اياه ثانيهما ان يقصد كلّ منهما الاباحة باذاء اباحة اخرى (٨)

في اباحة التصرفات المتوقفة على الملك

وتمليك (١) فنقول امّا اباحة جميع التصرفات حتّى المتوقفة على الملك فالظاهر انّها لا تجوز اذ التصرّف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرّد اذن المالك فانّ اذن المالك ليس مشرّعًا (٢) وانّما يمضى فيما يجوز شرعًا فاذا (٣) كان بيع الانسان مال غيره لنفسه بان يملك الثّمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غير معقول كما صرّح به العلّامة في القواعد فكيف يجوز للمالك ان يأذن فيه (٤) نعم يصحّ ذلك (٥) باحد وجهين كلاهما في المقام مفقود احدهما ان يقصد المبيح (٦) بقوله ابحت لك ان تبيع مالى لنفسك ...

---

(١) كما في الوجه الثالث حيث انّ الاوّل يبيح ماله بازاء تمليك الثّاني ماله للاوّل (٢) كما اذا اذن المالك في قطع يد مملوكه فانّه اذن بما لم يأذن الشّرع فانّ حقّه في المقدار الّذى اجازه الشّارع (٣) تفريع على عدم جواز التصرّفات المتوقّفة على الملك، فانّ بيع المباح له مال المبيح لنفسه غير معقول لانّ الثّمن داخل حينئذ في ملك المباح له مع خروج المثمن عن ملك المبيح والحال انّ الثّمن لا بدّ ان يدخل في ملك من خرج المثمن عن ملكه (٤) اى في بيع الانسان مال غيره لنفسه (٥) اشارة الى اذن المالك في بيع الانسان مال غيره لنفسه (٦) اى ان يقصد المبيح بالاباحة انشاء توكيل للمباح له في بيع مال المبيح للمبيح حتّى يصدق دخول الثّمن في ملك المبيح مع خروج المثمن عن ملكه ثمّ نقل الثّمن الى نفس المباح له بالهبة فيحصل باباحة المبيح شيئان احدهما توكيل المباح له في بيع مال المبيح للمبيح ثانيهما توكيل للمباح له في هبة مال المبيح لنفس المباح له.

في اباحة التصرفات المتوقفة على الملك

انشاء توكيل له (١) في بيع ماله (٢) له (٣) ثم نقل الثمن الى نفسه (٤) بالهبة او في نقله (٥) اولا الى نفسه ثم بيعه او تمليكا (٦) له بنفس هذه الاباحة فيكون انشاء تمليك له (٧) ويكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله (٨) كما صرح في التذكرة بان قول الرجل لمالك العبد اعتق عبدك عني بكذا (٩) استدعاء لتمليكه (١٠) واعتاق المولى عنه (١١) ...

---

(١) اي للمباح له (٢) اي مال المبيح (٣) الضمير عائد الى المبيح (٤) اي نفس المباح له (٥) عطف على قوله (في بيع ماله) يعني ان يقصد المبيح بالاباحة انشاء توكيل للمباح له في نقل مال المبيح بالهبة اولا الى نفس المباح له ثم بيع المباح له المال لنفسه (٦) عطف على قوله (انشاء توكيل) يعني ان يقصد المبيح تمليك ماله للمباح له بنفس الاباحة (٧) اي للمباح له (٨) الضمير عائد الى الملك المستفاد من التمليك (٩) يعني قول الرجل للمالك (اعتق عبدك عني بكذا) استدعاء للتمليك وقبول مقدم، وانشاء العتق من المالك ايجاب متأخر فيحصل النقل والانتقال ضمنا وخلاصته ان قوله (اعتق عبدك عني بكذا) ينحل الى قولين احدهما (بعني عبدك بكذا) و ثانيهما: (اعتق العبد وكالة عن قبلي) واعتاق المولى بقوله (اعتقت العبد عن فلان) ايضا ينحل الى قولين احدهما (بعتك عبدي بكذا) وثانيهما (اعتقت العبد عن فلان) فيحصل البيع ضمنا بالاستدعاء والجواب هو اعتاق المولى عبده عن الرجل (١٠) اي استدعاء من الرجل لتمليك المولى عبده للرجل (١١) اي عن الرجل

في اباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك

جواب لذلك الاستدعاء فيحصل النقل والانتقال (١) بهذا الاستدعاء والجواب ويقدّر وقوعه قبل العتق آنًا ما فيكون هذا (٢) بيعًا ضمنيًّا لا يحتاج الى الشروط المقرّرة لعقد البيع ولا شكّ انّ المقصود فيما نحن فيه (٣) ليس الاذن في نقل المال (٤) الى نفسه اوّلًا ولا في نقل الثمن (٥) اليه ثانيًا ولا قصد التمليك (٦) بالاباحة المذكورة ولا قصد المخاطب التملّك عند البيع حتّى يتحقّق تمليك ضمنيّ مقصود للمتكلّم والمخاطب كما كان (٧) مقصودًا ولو اجمالًا في مسئلة اعتق عبدك عنّي ولذا عدّ العامّة والخاصّة من الاصوليّين دلالة هذا الكلام (٨) على التمليك ...

---

(١) اى وقوع النقل والانتقال الّذى هو البيع (٢) اشارة الى حصول النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب (٣) وهو اباحة جميع التصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك (٤) يعنى معنى اباحة المبيح جميع التصرّفات للمباح له ليس اذنًا للمباح له في نقل مال المبيح الى المباح له بالهبة ثمّ بيع المباح له المال لنفسه (٥) يعنى انّ معنى اباحة المبيح جميع التصرّفات للمباح له ليس اذنًا في بيع مال المبيح لنفس المبيح حتّى دخل الثمن في ملك المبيح مع خروج المثمن عن ملكه ولا في نقل الثمن الى المباح له بالهبة (٦) اى ليس قصد المبيح بالاباحة المذكورة تمليك ماله للمباح له وليس قصد المخاطب الّذى هو المباح له التملّك عند البيع حتّى يكون اباحة المبيح تمليكًا وبيع المباح له تملّكًا حتّى يتحقّق تمليك ضمنيّ (٧) اسم (كان) يرجع الى تمليك ضمنيّ (٨) وهو ←

في اباحة التصرفات المتوقفة على الملك

من دلالة الاقتضاء التي عرفوها بانها دلالة مقصودة للمتكلم يتوقف صحة الكلام عقلا او شرعا عليه (١) فمثلوا للعقلي بقوله تعالى وَاسْئَلِ الْقَرْيَةَ (٢) وللشرعي بهذا المثال (٣) ومن المعلوم بحكم الفرض ان المقصود فيما نحن فيه (٤) ليس الا مجرد الاباحة الثاني (٥) ان يدل دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له بمجرد الاباحة (٦) فيكون (٧) كاشفا عن ثبوت الملك له (٨) عند ارادة البيع انا ما فيقع البيع في ملكه (٩) او يدل دليل شرعي (١٠) على انتقال الثمن عن المبيع ...

← اعتق عبدك عني (١) الضمير عائد الى دلالة الاقتضاء (٢) حيث ان السؤال عن القرية غير معقول فاللازم ان يراد (واسئل اهل القرية) (٣) وهو قوله (اعتق عبدك عني) حيث انه لا يصح اعتاق الانسان العبد الا في ملكه فمعنى (اعتق عبدك عني) يعني عبدك ثم اعتقه عني فعتق المولى جواب وايجاب لهذا الاستدعاء والاستيجاب الذي هو قبول مقدم (٤) وهو صحة اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك (٥) اي الوجه الثاني من الوجهين الذين ذكرهما المصنف ﷺ بقوله (نعم يصح ذلك باحد وجهين) (٦) قوله (بمجرد الاباحة) لا يريد به وقت الاباحة بل المراد منه صرف الاباحة من دون قصد المعطي الملك (٧) اسم يكون مستتر يرجع الى دليل شرعي (٨) الضمير يرجع الى المباح له (٩) اي في ملك المباح له (١٠) يعني انه يقع البيع الصادر عن المباح له حينئذ في ملك المبيع ←

في اباحة التصرّفات المتوقّفة على الملك

بلا فصل بعد البيع (١) فيكون ذلك (٢) شبه دخول العودين في ملك الشّخص انّما لا يقبل غير العتق فانّح (٣) يقال بالملك المقدّر (٤) انّما للجمع بين الأدلّة (٥) وهذا الوجه (٦) مفقود فيما نحن فيه (٧) اذ المفروض انّه لم يدلّ دليل بالخصوص على صحّة هذه الاباحة العامّة (٨) واثبات صحّته (٩) بعموم مثل النّاس مسلّطون على اموالهم ...

← وينتقل الثّمن اليه ثمّ ينتقل الثّمن عن ملك المبيح الى ملك المباح له، فلابدّ حينئذ ان يكون دليل شرعيّ على انتقال الثّمن عن المبيح الى المباح له بلا فصل بعد البيع الواقع في ملك المبيح (١) اى بعد البيع الواقع في ملك المبيح الصّادر من المباح له (٢) قوله (فيكون ذلك شبه الخ) يعنى يكون دخول الثمن قبل البيع انّما في ملك المباح له مثبتاً بكون البيع في ملك المباح له او يكون دخول الثّمن في ملك المبيح بعد البيع الصّادر من المباح له لا يقبل الاخروج عن ملك المبيح بعد ذلك ودخوله في ملك المباح له (٣) اى حين اذ كان دخول العودين في ملك الشّخص (٤) المراد من الملك المقدّر هو الملك التقديريّ الفرضيّ التّنزيلي لانّ الانسان لا يملك العودين حقيقة كما يملك سائر الأموال حقيقة (٥) الظّاهر انّ المراد من الادلّة هو دليل انّ الانسان لا يملك العودين ودليل توقّف العتق على الملك ودليل صحّة الشّراء (٦) اى الوجه الثّاني (٧) وهو صحّة اباحة جميع التّصرّفات حتّى المتوقّفة على الملك (٨) اى اباحة جميع التّصرّفات المتوقّفة على الملك (٩) اى صحّة عموم اباحة التّصرّفات .

في اباحة التصرّف المتوقفة على الملك

يتوقّف على عدم مخالفة مؤدّاها (١) لقواعد اخر مثل توقّف انتقال الثّمن الى الشّخص على كون المثمن مالاً له (٢) وتوقّف صحّة العتق على الملك وصحّة الوطى على التّحليل بصيغة خاصّة (٣) لا بمجرّد الاذن في مطلق التّصرّف ولاجل ما ذكرنا (٤) صرّح المشهور بل قيل لم يوجد خلاف في انّه لو دفع الى غيره مالاً وقال اشتر به لنفسك طعاماً من غير قصد الاذن (٥) في اقتراض المال قبل الشّراء او اقتراض الطّعام (٦) او استيفاء الدّين (٧) منه ...

---

(١) الضّمير عائد الى قاعدة النّاس مسلّطون على اموالهم (٢) لما تقدّم من انّ خروج المثمن من ملك شخص ودخول الثّمن في ملك شخص اخر غير معقول (٣) وهو مثل احللت لك وطيها او جعلتك في حلّ من وطيها كما في اللّمعة بخطّ «محمّد كاظم» في ج ٢ ص ٨٩ (٤) وهو اثبات صحّة عموم اباحة التّصرّف بعموم (النّاس مسلّطون) يتوقّف على عدم مخالفة مؤدّاها لقواعد اخر (٥) اى من غير قصد الإذن من المعطى في اقتراض الأخذ المال قبل شراء الطّعام حتّى يكون المال للأخذ فيدخل الطّعام في ملك الأخذ عند الشّراء (٦) عطف على قوله (اقتراض المال) يعنى من غير قصد الاذن من المعطى في اقتراض الطّعام بعد شرائه حتّى يكون الشّراء للمعطى فيدخل الطّعام في ملك المعطى عند الشّراء (٧) وفي هذه العبارة احتمالان: احدهما انّ المعطى لو دفع مالاً الى الأخذ وقال اشتر به لنفسك طعاماً من غير قصد الاذن من المعطى في استيفاء الدّين الّذي هو الطّعام الكائن في ذمّته للأخذ بعد ←

في اباحة التصرفات المتوقفة على الملك

بعد الشراء لم يصح (١) كما صرح به (٢) في مواضع من القواعد وعلله (٣) في بعضها (٤) بانه لا يعقل شراء شئ لنفسه بمال الغير (٥) وهو كذلك (٦) فان مقتضى مفهوم المعاوضة والمبادلة دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه والا لم يكن عوضا وبدلا ولما ذكرنا (٧) حكم الشيخ وغيره بان الهبة الخالية عن الصيغة تفيد اباحة التصرف لكن لا يجوز وطي الجارية مع ان الاباحة المتحققة من الواهب يعم جميع التصرفات (٨) وعرفت ايضا ان الشهيد في الحواشي ...

← الشراء لم يصح الشراء وكان المعطى في هذا الاحتمال مديونا والاخذ دائنا والدين طعاما وثانيهما عن السيد ره بقوله (اقول يعني بان يشتري الطعام في الذمة ثم يؤدي دينه من هذا المال) انتهى وعن الشهيد ره بقوله (اقول يعني وفاء الدين منه بعد شراء الطعام على ذمته فالاحسن تبديل الاستيفاء بالوفاء) انتهى، وعن الغروي بقوله: (اي وفاء الدين به، بان يشتري طعاما لنفسه في ذمته ثم يفي دينه بمال الغير باذنه) انتهى.

(١) قوله (لم يصح) جواب لـ (لو) في قوله (لو دفع) يعني لم يصح شراء الاخذ الطعام من مال المعطى (٢) اي بعدم صحة الشراء (٣) اي علل عدم صحة الشراء (٤) الضمير عائد الى المواضع (٥) بان يخرج الثمن من ملك المعطى ويدخل الطعام في ملك الاخذ (٦) اي ما ذكره العلامة من التعليل صحيح (٧) وهو ان اباحة المبيح لا تفيد جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك (٨) فلو كانت اباحة الواهب ←

في اباحة التصرفات المتوقفة على الملك

لم يجوّز اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكوٰة وثمن الهدي ولا وطي الجارية (١) مع ان مقصود المتعاطيين الاباحة المطلقة ودعوى (٢) ان الملك التقديري ...

← مؤثرة في جميع التصرفات لجاز الوطي ايضاً (١) فان هذه الامور تتوقف على الملك ولا ملك مع المعاطاة فيدل كلام الشهيد انه لا اثر للاباحة المطلقة في جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك (٢) وهمٌ ودفعٌ: اما الوهم فان الملك التقديري هنا ايضاً كباب عتق العمودين وباب اعتق عبدك عني لا يتوقف على دليل خاص يدل على الملك التقديري بل تكفي الدلالة الاقتضائية بالجمع بين عموم الناس مسلطون على اموالهم وبين ادلة توقف العتق والبيع على الملك مثل قوله لا بيع الا في ملك ولا عتق الا في ملك فدليل السلطنة يدل على ان للمعطي سلطنة على اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك ودليل توقف العتق والبيع على الملك يدل على انه لا يصح للآخذ ان يبيع مال المعطي لنفسه فالجمع بينهما يقتضي ان يقال ان المال يكون ملكاً للآخذ آناً ما حين ارادة البيع فيكون البيع في ملك الآخذ واما الدفع: فان عموم (الناس مسلطون على اموالهم) يدل على امضاء الشارع تسلطهم على الأموال كالأكل واللبس والهبة لا على الاحكام كتقديم القبول على الايجاب واجراء الصيغة بلفظ المستقبل ومن قبيل الثاني ان يبيح المبيح للآخذ بان يبيع ماله للآخذ ويخرج المال من ملك المبيح ويدخل الثمن في ملك الآخذ لان بيع مال الغير لنفسه حكم لم يجوزه الشارع فلا يشمله (الناس مسلطون على اموالهم) حتى يثبت ←

فی اباحة التصرفات المتوقفة علی الملك

هنا ایضاً لا یتوقف علی دلالة دلیل خاص بل یکفی الدلالة بمجرد الجمع بین عموم الناس مسلطون علی اموالهم الدال علی جواز هذه الاباحة المطلقة وبین ادلة توقف مثل العتق والبیع علی الملك نظیر الجمع بین الادلة (١) فی الملك التقدیری مدفوعة (٢) بان عموم الناس مسلطون علی اموالهم انما یدل علی تسلط الناس علی اموالهم لا علی احکامهم فمقتضاه (٣) امضاء الشارع لاباحة المالك کل تصرف جایز شرعاً (٤) فالاباحة وان کانت مطلقة الا انه لا یباح بتلك الاباحة المطلقة الا ما هو جایز بذاته فی الشریعة ومن المعلوم ان بیع الانسان مال غیره لنفسه غیر جایز بمقتضی العقل (٥) والنقل (٦) الدال علی لزوم دخول العوض فی ملك مالك المعوض ...

← التعارض بینه وبین (لا بیع الا فی ملك) فیجمع بینهما بالملك التقدیری اناً ما والمصنف ره اشار الی الوهم بقوله (ودعوی الخ) واشار الی الدفع بقوله (مدفوعة الخ) (١) وهی دلیل ان الانسان لا یملك العمودین ودلیل صحة شراء العمودین ودلیل عدم صحة العتق الا فی ملك (٢) قوله (مدفوعة) خبر لمبتداء مقدم وهو قوله (دعوی) (٣) ای مقتضی الناس مسلطون علی اموالهم (٤) ای لا للتصرف الذی لیس بجایز شرعاً کالبیع بدون الملك والوطی بدون الملك والعتق بدون الملك (٥) فان العقل یدل علی ان یدخل الثمن فی ملك من خرج المثمن عن ملکه (٦) فان النقل یدل علی انه لا بیع الا فی ملك .

في التخصص والتخصيص والورود والحكومة

فلا يشمله (١) العموم في الناس مسلطون على اموالهم حتى يثبت التنافي بينه (٢) وبين الادلة (٣) الدالة على توقف البيع على الملك فيجمع بينهما (٤) بالتزام الملك التقديري اناما وبالجملة دليل عدم جواز بيع ملك الغير او عتقه (٥) لنفسه حاكم (ع) ...

---

(١) الضمير يرجع الى قوله (بيع الانسان مال غيره لنفسه) (٢) اى بين العموم المذكور (٣) وهي كقوله : (لا بيع الا في ملك) مثلا (٤) اى بين عموم الناس مسلطون وبين ادلة توقف البيع على الملك (٥) اى عتق ملك الغير (ع) ولا يخفى انه قبل بيان المطالب ينبغي ان نشير الى كل واحد من التخصص والتخصيص والورود والحكومة ، فنقول : اما التخصص فهو خروج بعض الافراد عن تحت الدليل موضوعا بلا حاجة الى دليل اخر يخرجه كخروج زيد الجاهل عن تحت قوله اكرم العلماء من غير حاجة الى دليل يقول لا تكرم زيدا الجاهل فليس في التخصص الا دليل واحد وهو اكرم العلماء ، واما التخصيص فهو اخراج بعض الافراد عن تحت حكم الدليل مع حفظ فردية مصداقيته كما اذا قال اكرم العلماء ثم قال لا تكرم العلماء الفسقة وفي التخصيص دليلان احدهما عام والاخر خاص ، واما الورود فهو ما اذا كان احد الدليلين رافعا لموضوع الدليل الاخر حقيقة لا تنزيلا كما في الامارات بالنسبة الى الاصول العقلية كالبراءة العقلية والتخيير والاحتياط العقليين لان موضوع الاول عدم البيان ومورد الثاني عدم الترجيح لاحد الطرفين ←

وموضوع الثالث احتمال العقاب وكل ذلك مرتفع بالامارات لان الامارات اذا قامت على حكم او موضوع ذي حكم فلا يكاد يبقى معها موضوع لقبح العقاب بلا بيان لان الامارة حجة وبيان وهكذا موضوع التخيير والاحتياط العقليين وهو عدم الترجيح واحتمال العقاب فالفرق بين التخصص والورود ان التخصص فيه دليل واحد، واما الورود ففيه دليلان واما الحكومة فهي ما اذا كان احد الدليلين بمدلوله اللفظي متعرضا للحال الدليل الآخر ومفسرا له ومتصرفا فيه اما في حكمه كما اذا دل الدليل على ان لا حكم للشك مع كثرة الشك فانه حاكم على الادلة المتكفلة لاحكام الشكوك مثل قوله: اذا شككت فابن على الاكثر، وكما اذا قال المولى اكرم العلماء ثم قال لا يجب اكرام العلماء الفسقة والفرق بين المخصص وهذا النحو من الحاكم مع مساواتهما في النتيجة ان المخصص بيان للعام بحكم العقل الحاكم بعدم جواز ارادة العموم مع العمل بالخاص بخلاف الحاكم فانه بيان بلفظه ومفسر للمراد من المحكوم، واما في موضوعه كما اذا قال المولى اكرم العلماء ثم قال الفاسق ليس بعالم فان الثاني نزل العالم الفاسق بمنزلة غير العالم ثم لا فرق في تصرف الحاكم في المحكوم بين ان يكون بنحو التضييق والتخصيص كما في الامثلة المتقدمة او بنحو التوسعة والتعميم كما اذا قال المولى اكرم العلماء ثم قال ولد العالم عالم فالاول يسمى حكومة مخصصة والثاني يسمى حكومة معممة ولا يخفى ان

.....

بعض الأعلام جعل الورود على قسمين أحدهما ما ذكرناه وثانيهما ما اذا كان احد الدليلين رافعا لموضوع الدليل الآخر تعبدا وتنزيلا كما في الأمارات بالنسبة الى الاستصحاب بناء على كونه اصلا عمليا فبناء على هذا يشكل الفرق بين هذا النحو من الورود وبين الحكومة بمعنى الثاني الذي ذكرناه بقولنا (واما في موضوعه) فلذا جعل شيخنا الانصاري ره في باب التعادل والترجيح الامارة حاكمة على الاستصحاب حيث قال (وان كان مؤداه) اي مؤدى الاصل من المجعولات الشرعية كالاستصحاب ونحوه كان ذلك الدليل حاكما على الاصل بمعنى يحكم عليه بخروج مورده عن مجرى الاصل انتهى ما افاده الشيخ ره فمراده بقوله: بخروج مورده عن مجرى الاصل هو خروجه تعبدا وتنزيلا لا حقيقة والمفروض ان الشك باق مع قيام الدليل والامارة وجعل بعض الاعلام ان الأمارة واردة على مورد الاستصحاب والحال ان الامارات رافعة لموضوع الاستصحاب تعبدا وتنزيلا لا حقيقة لان الشارع اذا قال اعمل بالبينة في نجاسة ثوبك والمفروض ان الشك موجود مع قيام البينة على نجاسة الثوب فان الشارع جعل احتمال المخالف للبينة كالعدم فالفرق بين الورود بالمعنى الثاني والحكومة بالمعنى الذي اذا كان احد الدليلين فيه متصرفا في موضوع الدليل الآخر مشكل كما مر وقوله حاكم خبر لمبتدء مقدم وهو قوله: (دليل عدم الجواز الخ).

في اباحة التصرف المتوقفة على الملك

على عموم النّاس مسلّطون على اموالهم الدّالّ (١) على امضاء الاباحة المطلقة من المالك على اطلاقها (٢) نظير حكومة (٣) دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالنّذر والعهد اذا نذر عتق عبد غيره له (٤) اولنفسه (٥) فلا يتوهّم الجمع بينهما بالملك القهريّ للنّاذر نعم (ع) ...

(١) قوله (الدّالّ) صفة لـ(عموم) في قوله (عموم النّاس الخ) (٢) متعلّق بقوله (امضاء الاباحة) والضّمير المؤنّث عائد الى الاباحة (٣) يعني حكومة دليل عدم جواز بيع ملك الغير اوعتقه لنفسه على عموم النّاس مسلّطون نظير حكومة دليل عدم جواز عتق مال الغير الخ (٤) اى للغير (٥) اى لنفس النّاذر يعني لو نذر بكر عتق عبد زيد لزيد اولنفس بكر لا يصحّ فيكون هذا النّذر باطلا فلا يتوهّم الجمع بين دليل اوفوا بالنّذور وبين دليل لا عتق الّا في ملك (ع) يعني نعم لو كان هناك تعارض من الطّرفين بحيث لم يكن احد الدّليلين حاكما على الدّليل الآخر امكن الجمع بينهما بالملك القهريّ انّما كما لو كان هنا دليل خاصّ يدلّ على جواز الاباحة المطلقة حتّى المتوقّفة على الملك فالجمع بين دليل يقول لا بيع الّا في ملك وبين هذا الدّليل الخاصّ الدّالّ على صحّة كلّ تصرّف حتّى المتوقّف على الملك يقتضي انّ المال يكون انّما للمباح له ثمّ يبيع في ملكه لكن ليس في المقام دليل خاصّ يدلّ على صحّة كلّ تصرّف حتّى البيع وغيره وانّما الدّليل في المقام هو (النّاس مسلّطون على اموالهم) وقد عرفت انّ دليل عدم جواز بيع ملك الغير حاكم عليه .

لو كان هناك تعارض وتزاحم من الطرفين بحيث امكن تخصيص كل منهما لاجل الآخر امكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهري اناما فتر (١) واما حصول الملك (٢) في الآن المتعقب بالبيع والعتق ...

(١) لعله اشارة الى ان مقتضى القاعدة على فرض التعارض التخصيص لا الجمع بينهما بالملك التقديري اناما وهكذا عن السيد ايضا ويحتمل اشارة الى انه لو كان هناك ايضا دليل خاص لا يمكن الجمع المذكور لانه لو كان لاحدهما ترجيح يلزم القول بتقديم ذي المرجح وان لم يكن لاحدهما ترجيح يلزم القول بالتساقط في صورة التعارض ومرجحات التزاحم في صورة التزاحم (٢) وهم ودفع: اما الوهم فان مجرد جواز التصرف فيما نحن فيه لو لم يوجب الالتزام بالملك الفرضي الآني فكيف التزم العلماء بالملكية التقديرية فيما اذا باع الواهب عبده الموهوب او اعتقه فالبيع او الاعتاق دليل على صحة الملكية الفرضية الآنية ولو لم تكن الملكية الفرضية الآنية كافية لم يصح بيع الموهوب واعتاقه فمجرد جواز التصرف بالبيع او الاعتاق كاف في الالتزام بالملك الفرضي الآني فيما نحن فيه، واما الدفع فان الملكية في بيع الواهب عبده الموهوب او اعتاقه هي الملكية الحقيقية الناشئة عن وجود سببها وهو فسخ الهبة المنكشف بالبيع او الاعتاق الكاشف عن رجوع الواهب عن هبته قبل البيع او الاعتاق فليست الملكية في بيع الواهب عبده الموهوب من قبيل الملكية الفرضية نظير الملكية الفرضية في الدية بالنسبة الى الميت ←

في اباحة التصرفات المتوقفة على الملك

فيما اذا باع الواهب عبده الموهوب او اعتقه فليس ملكا تقديريا نظير الملك التقديري في الدية بالنسبة الى الميت او شراء (١) العبد المعتق عليه بل هو (٢) ملك حقيقي حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع (٣) قبله في الآن المتصل بناءً (٤) على الاكتفاء بمثل هذا في الرجوع وليس كذلك فيما نحن فيه (٥) ...

← كما لو قتل زيد رجلا فثبت في ذمة زيد دية المقتول بحكم الشرع وبعد الثبوت تنتقل الدية الى تركة المقتول ثم ان هذا الانتقال لا يكون الا بعد صيرورة الدية ملكا للميت ومن الواضح ان الميت ليس قابلا للتملك بعد قتله حتى تنتقل الدية الى تركته فلا بد من الملكية الفرضية الانية في حقه حتى يصح انتقال الدية الى التركة حتى تكون لوارثه وكذلك تملك الانسان للعود ونحو فان تملكه لهما فرضي لا حقيقي (١) عطف على الدية في قوله نظير الملك التقديري في الدية (٢) الضمير عائد الى حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع والعتق فيما اذا باع الواهب عبده الموهوب (٣) اى عن رجوع الواهب عن الهبة قبل البيع (٤) قوله (بناءً) تعليل لقوله (من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله (٥) وهو صحة اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك في المعاطاة المفيدة للاباحة المجردة كما في المعنى الثالث والرابع من الوجوه الاربعة المتصورة بحسب قصد المتعاطيين .

في اباحة التصرفات المتوقفة على الملك

وبالجملة (١) فما نحن فيه لا ينطبق على التمليك الضمنى المذكور اولا في اعتق عبدك عنى لتوقفه (٢) على القصد ولا على الملك (٣) المذكور ثانيا في شراء من يعتق عليه لتوقفه (٤) على الثناني بين دليل التسلط ودليل توقف العتق على الملك وعدم (٥) حكومة الثاني (٦) على الاول (٧) ولا على التمليك (٨) الضمنى المذكور ثالثا في بيع الواهب في ذي الخيار لعدم (٩)...

---

(١) ولا يخفى ان المصنف ره اراد ان يبين ان ما نحن فيه وهو المعاطاة المفيدة للاباحة المجردة خارج عن مصداق التمليك الضمنى المذكور في اعتق عبدك عنى وخارج ايضا عن مصداق الملك التقديرى المذكور في شراء من يعتق عليه وخارج ايضا عن مصداق التملك الضمنى المذكور في بيع الواهب عبده الموهوب فلم يبق الا الحكم ببطلان الاذن في بيع ماله لغيره فلم يقع البيع للمباح له بل وقع البيع للمالك المبيح اما لازما لاذنه بالبيع بقوله (بع مالي لنفسك) او موقوفا على اجازته كما سيأتي من المصنف ره (٢) اى لتوقف التمليك الضمنى (٣) اى على الملك التقديرى الآني (٤) اى لتوقف الملك المذكور (٥) عطف على قوله (الثناني) في قوله (لتوقفه على الثناني) (٦) وهو لا عتق الا في ملك (٧) وهو الناس مسلطون على اموالهم (٨) لعل الصحيح في عبارة المتن هو التملك الضمنى لا التمليك الضمنى لان الواهب ببيع عبده الموهوب يتملك الموهوب ضمنا حتى يقع البيع في ملكه (٩) تعليل لعدم انطباق ما نحن فيه على التملك الضمنى في بيع الواهب في ذي الخيار .

في اباحة التصرفات الموقفة على الملك

تحقق سبب الملك هنا (١) سابقا بحيث يكشف البيع (٢) عنه فلم يبق الا الحكم ببطلان الاذن في بيع ماله لغيره سواء صرح بذلك (٣) كما لو قال بع مالي لنفسك او اشتر بمالي لنفسك ام ادخله (٤) في عموم قوله ابحت لك كل تصرف فاذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع (٥) للمالك اما لازما بناء (ع) على ان قصد البايع البيع لنفسه غير مؤثر او موقوفا على الاجازة بناء على ان المالك (٧) لم يتملك الثمن هنا (٨) ولكن (٩) الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين والشهيد في باب بيع الغاصب ...

---

(١) اي في المعاطاة المفيدة للاباحة المجردة (٢) اي يكشف بيع المباح له عن سبب الملك (٣) اشارة الى الاذن في بيع ماله لغيره (٤) الضمير عائد الى الاذن في بيع ماله لغيره (٥) لان المالك اذن بالبيع بقوله (بع مالي لنفسك) فيقع البيع لازما (ع) اي بناء على ان قصد البايع ان يكون البيع لنفسه غير مؤثر لان المهم في باب البيع العوضان لا الشخصان المتعاقدان ولذا اذا قال البايع (بعتك هذا الكتاب بدرهم) ثم تبين له البايع ان المشتري كان وكيلا لم يضر ذلك لانه يراد بالكاف الخطاب كونه طرف البيع لا كونه من ينتقل اليه المبيع (٧) يعني ان المالك المبيح لم يأذن في بيع يكون الثمن فيه منتقلا اليه فوقوع مثل هذا البيع يحتاج الى اجازته (٨) اخذ ما ذكرناه (٩) هذا استدراك عما افاده من ان البيع يقع للمالك المبيح لا للبايع المباح له وخلاصة الاستدراك ما افاده في المتن من ان البيع يقع للبايع المباح له لا للمالك المبيح فاستدل على ذلك بما يظهر من قطب الدين والشهيد في باب بيع الغاصب

في باب التصرف المتوقفة على الملك

ان تسليط المشترى للبايع الغاصب على الثمن والاذن في اتلافه (١) يوجب (٢) جواز شراء الغاصب به (٣) شيئا وانه (٤) يملك الثمن بدفعه (٥) اليه (٦) فليس للمالك اجازة هذا الشراء (٧) ويظهر ايضا من محكى لف حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة ان (٨) لو طى الجارية مع علم البايع بغصبية الثمن فراجع ...

---

(١) اى الاذن الضمنى في اتلاف الثمن لان المشترى باعطائه الثمن للبايع الغاصب يكون اذنا في اتلافه (٢) قوله (يوجب) خبر (ان) في قوله (ان تسليط المشترى) (٣) الضمير عائد الى الثمن (٤) الضمير يرجع الى الغاصب (٥) الضمير في قوله (بدفعه) اما راجع الى المشترى فيكون اضافة الدفع الى الضمير من اضافة المصدر الى الفاعل ويكون مفعوله وهو الثمن محذوفا اى بدفع المشترى الثمن الى الغاصب واما راجع الى الثمن ويكون الفاعل وهو المشترى محذوفا (٦) الضمير عائد الى الغاصب (٧) يعنى ان الغاصب يملك الثمن بسبب اذن المشترى في اتلافه فلا مجال لاجازة المشترى لشراء الغاصب بالثمن شيئا، فما ذكره قطب الدين والشهيد رحمهما الله يقتضى ان يكون ما نحن فيه ايضا كذلك فاذا اباح كل واحد من المتعاطيين للطرف الاخر كل تصرف فيما اعطاه جاز تصرف الطرف الاخر فيه بالبيع ونحوه اذ لا فرق بين المشترى الدافع ماله الى الغاصب وبين احد المتعاطيين الدافع ماله للطرف الاخر (٨) قوله (ان له وطى الجارية) فاعل لقوله (يظهر) ونائب عن الفاعل لقوله (استظهر) من باب تنازع العاملين والضمير في ←

في صحة الاباحة بالعوض

ومقتضى ذلك (١) ان يكون تسليط الشخص لغيره على ماله وان لم يكن على وجه الملكية يوجب (٢) جواز التصرفات المتوقفة على الملك فتم (٣) وسيأتي توضيحه في مسئلة الفضولي آنفا وأما الكلام (٤) في صحة الاباحة بالعوض سواء صححنا اباحة التصرفات المتوقفة على الملك ام خصصنا الاباحة بغيرها (٥) فمحصله (٦) ان هذا النحو من الاباحة المعوضة ليست معاوضة مالية (٧) ليدخل كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر بل كلاهما ملك للمبيح (٨)...

قوله (له) يرجع الى المشتري الغاصب (١) اشارة الى ما ذكره قطب الدين والشهيد والعلامة (٢) قوله (يوجب خبر لـ (يكون) في قوله (ان يكون تسليط الشخص) (٣) لعله اشارة الى انه يمكن ان يكون نظر جماعة كقطب الدين وغيره الى كون الغاصب مالكا للثمن مع علم المشتري بالحال لانه قد سلطه عليه مجانا لا ان يكون مباحا له فيكون الفرق حاصلا بين الصورتين فان الغاصب اذا اشترى بالثمن شيئا فقد اشترى بماله شيئا لا بمال الغير بخلاف ما نحن فيه فان المباح له اذا اشترى بالمال المأخوذ بالمعاطاة شيئا فقد اشترى بمال الغير شيئا (٤) قوله (اما الكلام الخ) عطف بالواو على قوله (اما اباحة جميع التصرفات) في ص١٤٣ (٥) اى بغير التصرفات المتوقفة على الملك (٦) الضمير يرجع الى الكلام في صحة الاباحة بالعوض (٧) أليست معاوضة مالية تمليكية (٨) اما مال المبيح فانه لم يملكه للطرف الآخر واما الطرف الآخر فانه ملكه ماله فيكون كلاهما ملكا للمبيح .

فى صحّة الإباحة بالعوض

الّا انّ المباح له يستحقّ التّصرّف فيشكل الأمر فيه (١) من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعًا (٢) وعرفًا مع التّأمّل فى صدق التّجارة (٣) عليها فضلًا عن البيع الّا ان يكون نوعًا من الصّلح لمناسبته له (٤) لغة لانّه (٥) فى معنى التّسالم على امر بناءً على انّه لا يشترط فيه (٦) لفظ الصّلح كما يستفاد (٧) من بعض الاخبار الدّالّة على صحّته (٨) ...

---

(١) اى فى هذا النّحو من الاباحة المعوّضة (٢) يعنى لم توجد فى الشّرع معاوضة مركّبة من اباحة وتمليك وكذلك ليست فى المعاملات العرفيّة معاملة مركّبة من اباحة وتمليك (٣) يعنى انّ التّجارة ظاهرة فى التّمليك من الطّرفين فلا يعمّ الاباحة بالعوض وفيه انّ هذا النّحو من الاباحة المعوّضة ليست خارجة عن المعاوضات شرعًا لانّها يشملها العمومات كقوله : اوفوا بالعقود وتجارة عن تراضٍ ، والمؤمنون عند شروطهم ، فتكون نوعًا من العقد والتّجارة فلا يلزم فى المعاوضات ان تكون المبادلة بين المالين من حيث الملكيّة بل قد تكون من حيث الاباحة من الطّرفين او من احدهما وان شئت قلت انّها معاوضة مستقلّة وليست داخلة تحت الصّلح لانّه لم يعتبر معنى التّسالم فيها بخلاف الصّلح (٤) اى للصّلح (٥) اى لانّ الصّلح فى معنى التّسالم على امر فتكون الاباحة فى مقابل العوض تسالمًا وفيه ما مرّ من انّها ليست داخلة تحت الصّلح لانّه لم يعتبر معنى التّسالم فيها بخلاف الصّلح (٦) الضّمير يرجع الى الصّلح (٧) اى يستفاد عدم اشتراط لفظ الصّلح فى الصّلح (٨) اى على صحّة الصّلح .

في صحة الإباحة بالعوض

بقول المتصالحين لك ما عندك ولي ما عندي ونحوه ما ورد في مصالحة الزوجين ولو كانت (١) معاملة مستقلة (٢) كفى (٣) فيها عموم الناس مسلطون على اموالهم والمؤمنون عند شروطهم وعلى تقدير الصحة (٤) ففي لزومها مط (٥) لعموم المؤمنون عند شروطهم او من طرف المباح له حيث انه (٦) يخرج ماله عن ملكه دون المبيح حيث ان ماله (٧) باق على ملكه فهو (٨) مسلط عليه او جواز ها مط (٩) وجوه (١٠) اقويها اولها (١١) ثم اوسطها (١٢) واما حكم الاباحة بالاباحة (١٣) فالاشكال فيه ايضا يظهر مما ذكرنا ...

---

(١) اى كانت الاباحة بالعوض التى هى محل الكلام معاملة مستقلة (٢) يعنى كانت معاملة مستقلة لا بيعا ولا صلحا وقلنا انه لا يشترط ان تكون المعاملة معهودة فى زمان الشارع بل كل معاملة صحت عند العرف تصح عند الشرع (٣) قوله (كفى) جواب لـ (لو) فى قوله (لو كانت) (٤) اى على تقدير صحة الاباحة بالعوض وعلى تقدير انها معاملة مستقلة (٥) اى لزوم المعاملة المستقلة من الطرفين (٦) اى ان المباح له (٧) اى مال المبيح (٨) الضمير عائد الى المبيح يعنى ان المبيح مسلط على ماله وليس خارجا عن تحت نفوذه (٩) اى جواز المعاملة المذكورة من الطرفين : المبيح والمباح له (١٠) اى وجوه ثلاثة ، احدها لزومها مطلقا ، وثانيها لزومها من طرف المباح له وثالثها جوازها مطلقا (١١) وهو لزومها مطلقا (١٢) وهو لزومها من طرف المباح له (١٣) يعنى بان يبيح احد المتعاطيين للطرف الآخر فى مقابل ان يبيح الطرف الآخر له .

في صحّة الاباحة بالاباحة

في سابقه (١) والاقوى فيها (٢) ايضاً الصحّة واللزوم للعموم (٣) اوالجواز من الطرفين لاصالة التسلّط (٤) الخامس (٥) في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود (٦) وعدمه (٧) اعلم انّه ذكر المحقّق الثاني ره في جامع المقاصد على ما حكي عنه انّ في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الاجارة وكذا في الهبة وذلك لانّه اذا امره بعمل على عوض معيّن فعمله (٨) استحقّ (٩) الاجرة ولو كانت هذه اجارة فاسدة لم يجز له العمل (١٠) ولم يستحقّ اجرة (١١) مع علمه بالفساد ...

---

(١) ذكر المصنّف ره في السابق بقوله : فيشكل الامر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة الخ (٢) اى في الاباحة بالاباحة (٣) اى لعموم المؤمنون عند شروطهم (٤) اى استصحاب التسلّط يعنى انّ المبيح قبل الاباحة بالاباحة كان مسلّطاً على ماله فاذا شكّ في انّه هل بقى تسلّطه عليه بعد الاباحة بالاباحة ام لا كان الاستصحاب مقتضياً لبقائه عليه (٥) اى الامر الخامس من الامور الّتى ذكرها المصنّف ره بقوله : وينبغى التنبيه على امور (٦) كالهبة والاجارة (٧) اى عدم جريان المعاطاة (٨) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى المأمور والضمير المفعول الى العمل يعنى عمل المأمور العمل من دون اجراء الصيغة (٩) اى استحقّ المأمور العامل الأجرة (١٠) اى لم يجز للمأمور العمل ايّاها اذا كان تصرّفاً في مال المستأجر كما لو اعطاه ثوبه ليخيطه (١١) اى ولم يستحقّ اجرة المسمّى لانّ الاجارة فاسدة ولا اجرة المثل لانّه علم بفساد الاجارة واقدم على ضرر نفسه امّا اذا لم يعلم بالفساد استحقّ اجرة المثل لانّ عمل المسلم محترم .

وظاهرهم الجواز بذلك (١) وكذا لو وهب بغير عقد فان ظاهرهم جواز الاتلاف (٢) ولو كانت هبة فاسدة لم يجز بل منع (٣) من مطلق التصرف وهو (٤) ملحظ وجيه انتهى (٥) وفيه ان معنى جريان المعاطاة في الاجارة على مذهب المحقق الثاني (ع) الحكم (٧) بملك المأمور الاجر المعين على الآمر وملك الآمر العمل المعين على المأمور به ولم نجد من صرح به (٨) في المعاطاة واما قوله (٩) لو كانت اجارة فاسدة لم يجز له العمل فموضع نظر لان فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل سيما اذا لم يكن العمل تصرفا في عين من اموال المستاجر (١٠) وقوله (١١) لم يستحق اجرة مع علمه بالفساد ممنوع لان الظاهر ثبوت اجرة المثل لانه (١٢) لم يقصد التبرع وانما قصد عوضا ...

---

(١) اى جواز عمل المأمور بذلك الامر (٢) اى جواز الاتلاف من المنهب (٣) اى منع المنهب من مطلق التصرف لان التصرف في مال الغير لا يجوز (٤) ثم قال المحقق (وهو) اى ما يقتضى اعتبار المعاطاة في الاجارة والهبة في كلام بعض الفقهاء ملحظ وجيه وهذا من المحقق موافقة على جريان المعاطاة في الاجارة والهبة (٥) اى انتهى كلام المحقق الثاني (ع) فان المحقق قائل بافادة المعاطاة الملك (٧) قوله : (الحكم الخ) خبر لـ (ان) في قوله (ان معنى) (٨) اى بالحكم بملك المأمور الاجر المعين على الآمر الخ (٩) اى قول بعضهم على ما ذكره المحقق الثاني (١٠) كما لو استاجر زيد رجلا لقطع مسافة من بلدة الى بلدة اخرى لاجل غرضه (١١) اى قول بعضهم على ما ذكره المحقق الثاني (١٢) اى لان المأمور .

فى جريان المعاطاة فى غير البيع

لم يسلم له (١) واما مسئلة الهبة (٢) فالحكم فيها (٣) بجواز الاتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاة فيها الا اذا قلنا فى المعاطاة بالاباحة فان جماعة كالشيخ والحلى والعلامة صرحوا بان اعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الاباحة (٤) دون الملك لكن المحقق الثانى ره ممن لا يرى بكون المعاطاة عند القائلين بها مفيدا للاباحة المجردة وتوقف الملك فى الهبة على الايجاب والقبول كاد ان يكون متفقا عليه كما يظهر من لك وما ذكرنا (٥) يظهر المنع فى قوله بل مطلق التصرف هذا (ع) ...

---

(١) يعنى قصد المأمور العوض المسمى الذى لا يصح التسليم لفساد الاجارة فاذا انتفى المسمى ثبت اجرة المثل لاحترام عمل المسلم (٢) اى مسئلة الهبة التى ذكرها البعض على ما حكى عن المحقق الثانى (٣) يعنى ان جواز الاتلاف اعم من الملك فان كلا من الملك والاباحة يقتضى جواز الاتلاف فان اعطاء المضيف الطعام على الضيف اذن فى الاكل الذى هو من الاتلاف والحال ان اعطائه يفيد الاباحة دون الملك (٤) والحال انهم يقولون بجواز الاتلاف (٥) يعنى مما ذكره المصنف ره من انه لو كانت هبة فاسدة لم يمنع الاتلاف بل يجوز الاتلاف بوجود الاباحة على ما يستفاد من قوله (واما مسئلة الهبة الخ) يظهر المنع فى قول البعض (بل منع من مطلق التصرف) ووجه الظهور ان المعاطاة على تقدير افادتها الاباحة المجردة لا تمنع عن مطلق التصرف كما لا تمنع عن الاتلاف الذى هو اهم من التصرف (ع) اى خذ ما ذكرنا فى المقام.

فى جريان المعاطاة فى غير البيع

ولكن الاظهر (١) بناءً على جريان المعاطاة فى البيع جريانها فى غيره (٢) من الاجارة والهبة لكون الفعل (٣) مفيدًا للتمليك فيهما (٤) وظ المحكى عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع وغيره (٥) حيث قال فى باب الرهن ان الخلاف فى الاكتفاء فيه (٦) بالمعاطاة والاستيجاب (٧) والايجاب عليه المذكور (٨) فى البيع اتٍ (٩) هنا (١٠) انتهى لكن استشكله (١١) فى محكى مع صدبان البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع بخلاف ما هنا (١٢) ولعل وجه الاشكال عدم تاتى المعاطاة بالاجماع (١٣) فى الرهن على النحو الذى اجروها فى البيع لانها (١٤) هناك امّا مفيدة للاباحة ...

---

(١) ومن هنا يريد المصنف ره ان يردّ ما اورده على بعض الفقهاء والمحقق الثانى وبوافقهم فيما ذهبوا اليه من جريان المعاطاة فى الاجارة والهبة (٢) اى فى غير البيع (٣) اى الفعل المقابل للقول (٤) اى فى الاجارة والهبة (٥) اى وغير البيع من الاجارة والهبة وغيرهما (٦) اى فى الرهن (٧) المراد من الاستيجاب قوله (بعنى هذا الكتاب) مثلًا ومن الايجاب قوله: (بعتك هذا الكتاب) (٨) قوله (المذكور) صفة لقوله (الخلاف) فى قوله (ان الخلاف) (٩) قوله (اتٍ) خبر (ان) (١٠) اى فى الرهن (١١) الضمير عائد الى المحكى عن التذكرة (١٢) اى بخلاف ما فى باب الرهن فانه لا اجماع بصحة المعاطاة فى الرهن (١٣) قوله (بالاجماع) متعلق بقوله (عدم تاتى المعاطاة) (١٤) اى لان المعاطاة فى البيع .

في جريان المعاطاة في غير البيع

او الملكيّة الجايزة على الخلاف (١) والاوّل (٢) غير متصوّر هنا (٣) واما الجواز (٤) فلك لانّه (٥) ينافي الوثوق الّذي به (٦) قوام مفهوم الرّهن خصوصًا بملاحظة انّه لا يتصوّر هنا ما يوجب رجوعها الى اللّزوم (٧) - ليحصل به الوثيقة في بعض الاحيان وان جعلناها (٨) مفيدة للّزوم كان مخالفًا لما اطبقوا عليه من توقّف العقود اللّازمة على اللّفظ وكان هذا (٩) هو الّذي دعا المحقّق الثّاني الى الجزم بجريان المعاطاة في مثل الاجارة والهبة والقرض والاستشكال في الرّهن (١٠) نعم من لا يبالي (١١) مخالفة ما هو المشـ ...

(١) اى على الخلاف الواقع بين العلماء في المعاطاة (٢) اى المعاطاة المفيدة للاباحة (٣) اى في باب الرّهن يعنى لا معنى للاباحة المجرّدة فيه لانّها مانعة عن تحقّق الوثوق المعتبر فيه وانّها منافية للّزوم المعتبر من طرف الرّاهن (٤) يعنى واما جواز الرّهن بحيث يتمكّن الرّاهن من استرجاعه كما في البيع المعاطاتي الّذي يحصل به الملك الجائز فغير مقصود في باب الرّهن (٥) اى لانّ الجواز (٦) الضّمير عائد الى الوثوق (٧) يعنى انّه يتصوّر في البيع المعاطاتي رجوعه الى اللّزوم كما لو تلف احد المالين بخلاف الرّهن المعاطاتي فانّه لا يتصوّر هنا انّ تلف الرّهن يوجب رجوعها الى اللّزوم (٨) الضّمير عائد الى المعاطاة في باب الرّهن (٩) اشارة الى وجه الاشكال الّذي ذكره في الرّهن المعاطاتي (١٠) لانّ في جريان المعاطاة في الرّهن محذورًا بخلاف الاجارة والهبة والقرض (١١) (بالى مبالاة وبلاءً وبالة وبالاً) الامر وبالامر: اهتمّ به واكترث له (المنجد).

بل المتفق عليه بينهم من (١) توقف العقود اللازمة على اللفظ او حمل (٢) تلك العقود على اللازمة من الطرفين فلا يشمل (٣) الرهن ولذا جوز بعضهم الايجاب بلفظ الامر (٤) كخذه والجملة الخبرية (٥) امكن (٦) ان يقول بافادة المعاطاة في الرهن اللزوم لاطلاق بعض ادلة الرهن (٧) ولم يقم هنا (٨) اجماع ...

(١) بيان لـ (ما) في قوله (ما هو المشهور) (٢) عطف على قوله (لا يبالي) يعني من حمل تلك العقود في كلامهم على اللازمة من الطرفين كالبيع والاجارة ونحوها (٣) الضمير الفاعل المستتر عائد الى (ما) في قوله (ما هو المشهور) الذي هو توقف العقود اللازمة على اللفظ (٤) اي في باب الرهن (٥) كان يقول الراهن للمرتهن (رهنا الثوب رهن في مقابل دينك) (٦) قوله (امكن) جزاء للشرط الذي هو قوله: (من لا يبالي) (٧) في الوسائل القديمة ج ٢ ص ٤٣٦ عن سماعة انه سأله يعني ابا عبد الله عليه السلام عن الرهن يرهنه الرجل في سلم اذا اسلم في طعام او متاع او حيوان فقال — لا بأس بان تستوثق من مالك وعن محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام، قال سئلته عن السلم في الحيوان وفي الطعام ويؤخذ الرهن فقال نعم استوثق من مالك ما استطعت. فجملة تستوثق من مالك في الخبر الاول وجملة استوثق من مالك ما استطعت في الخبر الثاني مطلقة ليس فيها اعتبار اللفظ في الرهن فينفع به وبغيره والحاصل ان المقتضي بوقوع الرهن بالمعاطاة موجود وهو اطلاق بعض ادلة الرهن كما مر والمانع مفقود لانه لم يقم اجماع على عدم لزوم الرهن في المعاطاة فنقول بوقوع المعاطاة في الرهن (٨) اشارة الى باب الرهن.

في جريان المعاطاة في غير البيع

على عدم اللزوم كما قام (١) في المعاوضات ولاجل ما ذكرنا (٢) في الرهن يمنع من جريان المعاطاة في الوقف بان يكتفى فيه (٣) بالاقباض لان (٤) القول فيه باللزوم مناف لما اشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ والجواز غير معروف في الوقف من الشارع فتأمل (٥) نعم احتمل الاكتفاء بغير اللفظ في باب وقف المساجد (٦) من الذكرى تبعا للشيخ رحمه الله ثم ان الملزم للمعاطاة فيما يجري (٧) فيه (٨) من (٩) العقود الاخر هو الملزم في باب البيع كما سنبّه به بعد هذا الامر (١٠)...

---

(١) اى قام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة في المعاوضات (٢) وهو الاشكال الذى قدمر منه في ص ١٤٨ بقوله والاول (الاباحة) غير مقصود هنا واما الجواز فكذلك لانه بنا في الوثوق (٣) اى في الوقف (٤) تعليل لمنع جريان المعاطاة في الوقف (٥) لعله اشارة الى ان الوقف الجائز وارد في الشرع اذا شرط الواقف الرجوع لو احتاج (٦) اى بان يبنى مسجدا فبعد البناء يسلمه الى المسلمين من دون ان يجرى صيغة فيكون وقفا من دون الصيغة اللفظية فيشمل قوله عليه السلام : الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها (٧) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى المعاطاة (٨) الضمير عائد الى (ما) في قوله (فيما) (٩) بيان لـ (ما) في قوله (فيما) يعنى كل شئ يكون ملزما في البيع المعاطاتي يكون ملزما في غيره من العقود المعاطاتية الاخرى كالاجارة والهبة والوقف وغيرها (١٠) اشارة الى الامر الخامس .

فی ملزمات المعاطاة

السّادس (١) فی ملزمات المعاطاة علی کلّ من القول بالملك (٢) والقول بالاباحة اعلم انّ الاصل (٣) علی القول بالملك اللّزوم لما عرفت من الوجوه الثّمانیة (٤) المتقدّمة وامّا علی القول بالاباحة فالاصل عدم اللّزوم لقاعدة (٥) تسلّط النّاس علی اموالهم واصالة سلطنة المالك الثّابتة قبل المعاطاة وهی (٦) حاکمة علی اصالة بقاء الاباحة الثّابتة قبل رجوع المالك...

---

(١) ای الامر السّادس من الامور الّتی ذکرها المصنّف ره بقوله (وینبغی التّنبیه علی امور) (٢) ای الملك المتزلزل (٣) فالمراد من الاصل هو الاستصحاب للشكّ فی زوال الملك بمجرّد رجوع مالکه الاصلی (٤) اوّل الوجوه الثّمانیة المتقدّمة اصالة اللّزوم الّذی هو الاستصحاب، وثانیها عموم النّاس مسلّطون علی اموالهم وثالثها قوله؟ لایحلّ مال امرء الّا عن طیب نفسه ورابعها: ان تکون تجارة عن تراضٍ وخامسها: الجملة المستثنی منها وهی لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل، وسادسها: البیّعان بالخیار مالم یفترقا، و سابعها: اوفوا بالعقود وثامنها: المؤمنون عند شروطهم (٥) فلایخفی انّ قاعدة النّاس مسلّطون علی اموالهم دلیل اجتهادیّ و استصحاب بقاء سلطنة المالك الثّابتة قبل المعاطاة دلیل فقاهتیّ و اصل عملیّ من الاصول الاربعة (٦) الضّمیر یرجع الی قاعدة تسلّط النّاس یعنی انّ قاعدة النّاس مسلّطون علی اموالهم حاکمة علی استصحاب بقاء الاباحة لانّ استصحاب بقاء سلطنة المالك الثّابتة قبل المعاطاة حاکم علیه ←

لوسلّم (١) جریانها (٢) اذا عرفت هذا (٣) فاعلم انّ تلف العوضین ملزم اجماعا علی اللّفظ المصرّح به فی بعض العبایر امّا علی القول بالاباحة فواضح (٤).

← لانّ الاوّل دلیل اجتهادی فما دام الدّلیل الاجتهادی باقیا لا یبقی مجال للتّمسّک بالدّلیل الفقاهتی الّذی هو الاستصحاب ویحتمل ان یکون المراد انّ استصحاب سلطنة المالک حاکمة علی استصحاب بقاء الاباحة لانّ الشّکّ فی بقاء الاباحة مسبّب عن الشّکّ فی بقاء السّلطنة فیکون استصحاب بقاء السّلطنة حاکمة علی استصحاب بقاء الاباحة الثّابتة قبل رجوع المالک (١) لعلّ وجه التّشکیک فی جریان استصحاب بقاء الاباحة انّ کونه من الشّکّ فی المقتضی ویحتمل ان یکون وجه التّشکیک فی جریان استصحاب المذکور انّه علی القول بانّ الاباحة کانت من جانب الشّارع یجری الاستصحاب وعلی القول بانّ الاباحة کانت من جانب المالک لم یجر استصحاب بقاء الاباحة لانّ الاباحة المالکیّة اثر امر قائم بنفس المبیح فترتفع بارتفاع ذلک الامر (٢) الضّمیر راجع الی اصالة بقاء الاباحة (٣) اشارة الی ما ذکر من القول بالملک فی المعاطاة والقول بالاباحة (٤) وجه کون تلفهما ملزما علی القول بالاباحة انّ تلف کلّ مال کان من مال مالکه المبیح ولم یحصل ما یوجب ضمان کلّ منهما مال صاحبه فاذا اعطی زید بکرا ثوبا فی مقابل دینار فتلفا فیکون تلف الثّوب من زید وتلف الدّینار من بکر فلا موجب لضمان احدهما مال الآخر لانّ المعاطاة الاباحیّة لا توجب الضّمان.

لانّ تلفه من مال مالكه (١) ولم يحصل ما يوجب ضمان كلّ منهما مال صاحبه وتوهّم (٢) جريان قاعدة الضّمان باليد هنا مندفع بما سيجيئ (٣) وامّا على القول بالملك فلما عرفت من اصالة اللّزوم (٤) والمتيقّن من مخالفتها (٥) جواز ترادّ العينين (٦) وحيث ارتفع مورد التّرادّ امتنع (٧) ولم يثبت قبل التّلف جواز المعاملة (٨) على نحو جواز البيع الخيارى (٩) ...

---

(١) اى من مالكه المبيح (٢) يعنى لو توهّم التّمسّك على الضّمان بقاعدة (على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى) فسيجيئ اندفاعه (٣) اى سيجيئ ما لفظه وهو القطع بانّ هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان ولا بعده انتهى يعنى بعد التّلف يستصحب عدم الضّمان الّذى كان قبل التّلف (٤) اصالة اللّزوم فى المعاطاة (٥) الضّمير يرجع الى اصالة اللّزوم (٦) وهمٌ ودفعٌ : امّا الوهم : فانّه اذا جاز الرّجوع عند بقاء العينين جاز الرّجوع عند تلفهما او تلف احديهما وبقاء الاخرى ايضًا ، وامّا الدّفع فانّ جواز الرّجوع مخالف لاصالة لزوم المعاطاة على القول بالملك والقدر المتيقّن من مخالفتها هو جواز الرّجوع مع بقاء العينين فاذا تلفتا او تلفت احديهما وبقيت الاخرى فلا يجوز الرّجوع للاقتصار فى مخالفتها على القدر المتيقّن (٧) اى امتنع جواز التّرادّ (٨) اى المعاملة المعاطاتيّة (٩) وهمٌ ودفعٌ : امّا الوهم فانّ الجواز فى ما نحن فيه نظير الجواز فى البيع الخيارى فكما انّ تلف العوضين او احدهما لا يسقط خيار من له الخيار للاستصحاب كذلك تلف العينين او احديهما فى المعاطاة ←

حتى يستصحب (١) بعد التلف لان ذلك (٢) الجواز من عوارض العقد لا العوضين (٣) فلا مانع من بقائه (٤) بل لا دليل على ارتفاعه (٥) بعد تلفهما (٦) بخلاف ما نحن فيه فان الجواز فيه (٧) هنا (٨) بمعنى جواز الرجوع فى العين نظير جواز الرجوع فى العين الموهوبة فلا يبقى (٩)...

← لا يسقط الجواز للاستصحاب. واما الدفع فانه فرق بينهما لان الجواز فى البيع الخيارى قد تعلق بالعقد فاذا تلف العوضان او احدهما جاز استصحابه لبقاء موضوعه الذى هو العقد واما الجواز فى المعاطاة فقد تعلق بنفس العوضين فاذا تلفا او تلف احدهما لا يصح استصحابه لانتفاء موضوعه الذى هو بقاء العوضين (١) اى حتى يستصحب جواز المعاملة المعاطاتية (٢) اشارة الى جواز البيع الخيارى (٣) اى الجواز فى البيع الخيارى ليس من عوارض العوضين كما كان من عوارض العوضين فى المعاطاة (٤) اى من بقاء الجواز فى البيع الخيارى (٥) اى ارتفاع الجواز فى البيع الخيارى (٦) الضمير المثنى يرجع الى العوضين (٧) اى فيما نحن فيه (٨) اشارة الى ان الجواز ليس من عوارض العقد بل من عوارض العوضين (٩) يعنى فلا يبقى بعد التلف متعلق الجواز فى المعاملة المعاطاتية كما لا يبقى متعلق الجواز بعد التلف فى الهبة.

فی مُلزمات المعاطاة

بعد التّلف متعلّق الجواز بل (١) الجواز هنا يتعلّق بموضوع التّرادّ (٢) لا مطلق الرّجوع الثّابت فی الهبة هذا مع انّ الشّكّ فی انّ (٣) متعلّق الجواز هل هو اصل المعاملة او الرّجوع فی العين (٤) او ترادّ العينين (٥) يمنع (٦) من استصحابه (٧) فانّ المتيقّن تعلّقه (٨) بالتّرادّ ...

---

(١) هذا ترقّ من المصنّف ره وحاصله : انّ الجواز تعلّق فيما نحن فيه بالتّرادّ وهو يتقوّم ببقاء العينين فاذا تلف احدهما لم يمكن التّرادّ بخلاف الجواز فی الهبة فانّه تعلّق فيها بالرّجوع بعين واحدة من العينين الموهوبتين لانّ موضوع الجواز فی الهبة هو الرّجوع فی العين الموهوبة سواء امكن الرّجوع فی العين الاخرى الموهوبة بالاستقلال ام لا على ما هو معنى موضوع الهبة الّتی وهب كلّ واحد من الطّرفين فيها الآخر من دون شرط فالجواز فيها يتقوّم ببقاء عين واحدة (٢) والاضافة فی قوله : بموضوع التّرادّ بيانيّة لانّ الجواز يتعلّق بالتّرادّ الّذی هو الموضوع (٣) يعنی انّ متعلّق الجواز هل هو اصل المعاملة المعاطاتيّة حتّى يبقى الجواز بعد تلف العينين كالجواز فی البيع الخيارى (٤) يعنی او انّ متعلّق الجواز الرّجوع فی العين حتّى يبقى الجواز بتلف احدى العينين كالعينين الموهوبتين بالاستقلال (٥) يعنی او انّ متعلّق الجواز ترادّ العينين حتّى لا يبقى الجواز بتلف احدى العينين ايضا (٦) قوله : (يمنع) خبر لـ (انّ) فی قوله : (انّ الشّكّ) (٧) ای استصحاب الجواز (٨) ای تعلّق الجواز .

فی ملزمات المعاطاة

اذ لا دليل فی مقابلة اصالة اللزوم (١) علی ثبوت ازيد من جواز تراد العينين الذی لا يتحقق الا مع بقائهما (٢) ومنه (٣) يعلم حكم ما لو تلف احدی العينين او بعضها (٤) علی القول بالملك (٥) واما علی القول بالاباحة (٦) فقد استوجه بعض مشايخنا وفاقا لبعض معاصريه تبعا للسالك اصالة (٧) عدم اللزوم لاصالة (٨) بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وملكه (٩) لها (١٠) وفيه انها (١١) معارضة باصالة براءة ذمته ...

---

(١) ای اصالة اللزوم فی المعاطاة (٢) ای مع بقاء العينين (٣) ای مما ذكر فی مسئلة تلف العينين يعلم الخ (٤) ای او بعض احدی العينين (٥) فوجه المعلومية فی تلف احدی العينين او بعضها انه لا يتحقق التراد الذی هو موضوع جواز الرجوع فتثبت اصالة اللزوم هذا علی القول بافادة المعاطاة الملك (٦) ای بالاباحة فی المعاطاة (٧) قوله (اصالة عدم اللزوم) مفعول لقوله (استوجه بعض مشايخنا) (٨) ای لاستصحاب بقاء سلطنة مالك العين الموجودة (٩) قوله (وملكه) عطف علی قوله (سلطنة مالك العين (١٠) الضمير يرجع الی العين وتوضيح ما افاده بعض مشايخنا انه اذا اعطی زيد بكرا كتابا بدرهم وتلف الدرهم كان لزيد استرداد كتابه الموجود ويكون ضامنا لدرهم بكر (١١) الضمير راجع الی اصالة سلطنة المالك .

عن مثل المتالف عنده (١) او قيمته والتمسك (٢) بعمومه على اليد هنا في غير محله بعد القطع بان هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان بل ولا بعده اذا بقى مالك العين الموجودة على مضاء المعاطاة ولم يرد الرجوع انما الكلام في الضمان اذا اراد (٣) الرجوع وليس هذا (٤) من مقتضى اليد قطعا هذا (٥) ولكن يمكن ان يقال ان اصالة بقاء السلطنة (ع)..

(١) اى عند مالك العين الموجودة (٢) وهم ودفع ، اما الوهم : فان الاصلين يسقطان بالتعارض فيتمسك للضمان بعموم (على اليد ما اخذت) فيثبت الضمان ، واما الدفع : فان التمسك بعموم على اليد في غير محله للقطع بان هذه اليد قبل تلف احد العينين وبعده لم تكن يد ضمان اذا لم يرد المالك الرجوع كما لو تلف كتاب زيد في يد بكر فلم يرد بكر الرجوع في دينار فانه لا شك في ان بكرا لا يكون ضامنا لكتاب زيد بالمثل او القيمة لان مقابله في يد زيد وهو الدينار فانما الكلام في الضمان اذا اراد بكر الرجوع في دينار وليس هذا الضمان من مقتضيات اليد قطعا اذ لو كان من مقتضياتها كان اللازم ان يكون الضمان موجودا سواء اراد الرجوع ام لم يرد الرجوع (٣) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى مالك العين الموجودة (٤) اشارة الى الضمان (٥) اى خذ ما ذكر لك (ع) اى استصحاب بقاء السلطنة لمن تلفت العين في يده على مال نفسه الموجود في يد الغير حاكم على اصالة عدم الضمان لان الشك في الضمان مسبب عن الشك في السلطنة فاذا جرى استصحاب بقاء السلطنة ←

فی ملزمات المعاطاة

حاکمة علی اصالة عدم الضمان بالمثل او القیمة مع ان ضمان التالف ببدله معلوم الا ان الکلام فی ان البدل هو البدل الحقیقی (١) اعنی المثل او القیمة او البدل الجعلی اعنی العین الموجودة فلا اصل (٢) هذا مضافا (٣) الی ما قد یقال من ان عموم الناس مسلطون علی اموالهم یدل علی السلطنة علی المال الموجود باخذه وعلی المال التالف باخذ بدله الحقیقی وهو المثل او القیمة فتدبر (٤) ولو کان احد العوضین دینا (٥) فی ذمة احد المتعاطیین فعلی القول بالملک یملکه (٦) من فی ذمته ...

← لم یکن مجال لاصالة عدم الضمان فینتج جواز الرجوع فی العین الموجودة مع ضمان العین التالفة بالمثل او القیمة (١) یعنی اذا کان البدل بدلا حقیقیا فتکون المعاطاة جائزة فیرجع فی العین التالفة الی المثل او القیمة واذا کان البدل بدلا جعلیا من المتعاطیین فیکون المعاطاة لازمة فلا یجوز الرجوع بعد تلف احدی العینین (٢) یعنی لا اصل لعدم الضمان فی المقام حتی یعارض اصالة بقاء السلطنة للعلم الاجمالی بالضمان (٣) هذا دلیل آخر علی الضمان وعلی عدم لزوم المعاطاة اذا تلفت احدی العینین (٤) لعله اشارة الی منع شمول عموم (الناس مسلطون علی اموالهم) للمال التالف (٥) کما لو اعطی زید کتابا لخالد فی مقابل الدینار الذی یطلبه خالد من زید (٦) ای یملک الدین من کان الدین فی ذمته

فی ملزمات المعاطاة

فیسقط عنه والظاهر انه (١) فی حکم التلف لان الساقط لا یعود (٢) و یحتمل العود وهو (٣) ضعیف والظاهر ان الحکم کذلک (٤) علی القول بالاباحة فافهم (٥) ولو نقل العینان او احدیهما بعقد لازم (٦) فهو کالتلف علی القول بالملک لامتناع التراد وکذا (٧) علی القول بالاباحة اذا قلنا بانها التصرفات ...

---

(١) ای ان سقوط الدین عن الذمة فی حکم تلف العین (٢) یعنی انه اذا شک فی انه یعود الی ذمته ما سقط عنه کان الاصل عدم العود (٣) ای احتمال العود ضعیف لانه لا دلیل له من الشرع (٤) اشارة الی کون القول بالاباحة کالملک فی انه لا یعود الدین فیما اذا کان احد العوضین دینا (٥) لعله اشارة الی الفرق بین القول بالملک وبین القول بالاباحة لان الدین علی الثانی لا یسقط عن الذمة حتی یبحث ان الساقط یعود او لا یعود (٦) بان باع زید المتاع المأخوذ بالمعاطاة واشتری بکر بالدینار المأخوذ بالمعاطاة سلعة بعقد لازم فکل واحد من العقدین اللازمین کالتلف فی انه لا یمکن الرجوع فی المعاطاة لامتناع التراد فان الامتناع الشرعی کالامتناع العقلی (٧) یعنی حکم المعاطاة فی صورة نقل العینین او احدهما بعقد لازم علی القول بالملک کحکمها علی القول بالاباحة فی انه لا یمکن الرجوع لامتناع تراد العینین فان الامتناع الشرعی کالامتناع العقلی اذا العقد اللازم کالتلف موجب لعدم قدرة المالک الاول علی استرداد الملک .

في ملزمات المعاطاة

النّاقلة (١) ولو عادت العين (٢) بفسخ ففي جواز التّراد على القول بالملك لامكانه (٣) فيستصحب وعدمه (٤) لانّ (٥) المتيقّن من التّراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكه وجهان اجودهما ذلك (٦) اذ لم يثبت في مقابلة اصالة اللّزوم جواز التّراد بقول مطلق (٧) بل المتيقّن منه (٨) غير ذلك (٩) فالموضوع (١٠) غير محرز في الاستصحاب وكذا (١١)...

(١) اما لو قلنا بعدم اباحة التّصرفات النّاقلة فلا يجوز لكلّ واحد من المتعاطيين نقل العين فاذا نقل كان النّقل باطلا (٢) اى ولو نقل كلّ واحد من المتعاطيين العين بعقد لازم ثمّ عادت العين بالاقالة او بفسخ العقد لاجل الخيار ففي جواز تراد العينين على القول بالملك وجهان (٣) لامكان جواز التّراد قبل نقل العين فاذا شكّ في بقاء جواز التّراد فيستصحب (٤) اى عدم جواز التّراد (٥) تعليل لعدم جواز التّراد (٦) اشارة الى عدم جواز التّراد (٧) اى سواء كان قبل خروج المال عن ملك المتعاطيين او بعده. (٨) اى من جواز التّراد (٩) غير مورد خروج العين عن ملك المتعاطيين (١٠) هذا ردّ على الاستدلال على جواز الرّجوع بالاستصحاب وخلاصة الرّد انّ احراز الموضوع شرط من شرائط جريان الاستصحاب وموضوع جواز التّراد فيما نحن فيه هو وجود العينين قبل نقلهما وبعد النّقل فقد زال الموضوع فلا يبقى مجال لاستصحاب جواز التّراد بعد عود العينين (١١) يعني الاجود عدم جواز التّراد بعد خروج العينين عن ملكهما على القول بالاباحة في المعاطاة.

في ملزمات المعاطاة

على القول بالاباحة لان التصرف الناقل (١) يكشف عن سبق الملك للمتصرف فيرجع بالفسخ الى ملك الثاني (٢) فلا دليل على زواله (٣) بل الحكم (٤) هنا (٥) اولى منه (٦) على القول بالملك لعدم (٧) تحقق جواز التراد في السابق (٨) هنا (٩) حتى يستصحب (١٠) ...

---

(١) يعني ان التصرف الناقل الحاصل من المتعاطيين بالعقد اللازم كاشف عن سبق الملك للمباح له انا ما قبل نقله العين فعلى هذا لا يصح لهما الرجوع في العينين بعد عودهما اليهما بالفسخ لان العين ح ليست ملكا للبيع حتى يجوز له الرجوع فيها بل العين ترجع الى المباح له الذي هو المالك الثاني اذ المالك الاول هو المبيح (٢) الى ملك المالك الثاني المباح له (٣) اي زوال الملك عن المالك الثاني (٤) اي بل عدم جواز التراد على القول بالاباحة اولى من عدم جواز التراد على القول بالملك (٥) اشارة الى القول بالاباحة (٦) اي من الحكم (٧) تعليل لاولوية الحكم وخلاصة التعليل ان جواز التراد ليس متحققا لكل واحد من المتعاطيين قبل الزمان السابق على النقل بالعقد اللازم هنا لان الملك لم يحصل لكل واحد من المباح له قبل النقل بالعقد حتى يصدق التراد بالرجوع لان كل واحد من المالين باق على كل واحد من المتعاطيين (٨) المراد من (السابق) هو الزمان السابق على نقل العين بالعقد الى الغير (٩) اشارة الى القول بالاباحة المجردة (١٠) اي حتى يستصحب جواز التراد .

بل المحقق (١) اصالة بقاء سلطنة المالك الاول المقطوع بانتفائها (٢) نعم (٣) لو قلنا بان الكاشف عن الملك هو العقد الناقل فاذا فرضنا ارتفاعه (٤) بالفسخ عاد الملك ...

---

(١) اى بل المحقق قبل نقل العينين بالعقد اللازم اصالة بقاء سلطنة المالك الاول الذى هو المبيح ومن المعلوم ان بقاء سلطنته قد انقطع وانتفى بنقل المباح له العين الى الغير فلا يبقى للمبيح ملك حتى يستصحب بقاء السلطنة (٢) الضمير يرجع الى السلطنة (٣) استدراك عما ذكره من عدم جواز الترادّ للمبيح اذا عاد الملك الى المباح له بسبب الفسخ على القول بالاباحة في المعاطاة وحاصل الاستدراك انه لو قلنا ان العقد الناقل كاشف عن الملك من حين شروع العقد لا من زمان سابق عليه فحينئذ لو فرضنا ارتفاع هذا العقد الناقل بالفسخ انتقل المال الى المبيح لا المباح له فبناءً على هذا يحصل الفرق بين قوله : (لان التصرف يكشف عن سبق الملك) و قوله : (ان الكاشف عن الملك هو العقد الناقل) لان المراد من الاول هو سبق الملك على العقد الناقل ومن الثاني كون المنكشف هو حصول الملك وحدوثه بالعقد الناقل لا سبقه عليه فيحدث بالعقد الناقل امران على الترتيب احدهما دخول العين في ملك الناقل وثانيهما دخولها في ملك المنقول اليه وبعبارة اخرى ان الملك يحصل للناقل بالشروع في العقد ويحصل للمشترى بعد تمام الصيغة (٤) اى ارتفاع العقد الناقل .

فى ملزمات المعاطاة

الى المالك الاوّل (١) وان كان مباحًا لغيره (٢) ما لم يسترد (٣) عوضه كان (٤) مقتضى قاعدة السّلطنة جوازا لتّرادّ لو فرض كون العوض الآخر باقيًا على ملك مالكه الاوّل او عايدًا اليه (٥) بفسخ وكذا (٦) لو قلنا بانّ البيع لا يتوقّف على سبق الملك بل يكفى فيه (٧) اباحة التّصرّف والاتلاف ويملك الثّمن بالبيع كما تقدّم استظهاره عن جماعة فى الامر الرّابع (٨) لكنّ الوجهين (٩)..

---

(١) وهو المبيح (٢) المراد من الغير هو المباح له (٣) الضّمير المستتر يرجع الى الغير الّذى هو المباح له يعنى اباحة التّصرّف للمباح له موقوفة على عدم استرداد عوضه الّذى هو فى يد المالك الاوّل فانّه لو استرده تنتفى الاباحة (٤) قوله : (كان) جواب لِـ (لو) فى قوله (لو قلنا) (٥) الى ملك المالك الاوّل (٦) اشارة الى كون مقتضى قاعدة السّلطنة جوازا لتّرادّ يعنى كان مقتضى قاعدة السّلطنة جوازا لتّرادّ ايضًا لو قلنا بانّ بيع المباح له لا يتوقّف على ملك سابق على العقد بل يكفى فى البيع اباحة التّصرّف من طرف المبيح ، فيملك المباح له الثّمن بالبيع وان لم يكن مالكًا بالثمن فاذا ارتفع العقد - بالفسخ عاد الملك الى المالك المبيح وان كان مباحًا للمباح له التّصرّف ايضًا (٧) اى فى البيع (٨) فى ص ١٥٩ بقوله (ولكنّ الّذى يظهر من جماعة منهم قطب الدّين والشّهيد رحمهما الله فى باب بيع الغاصب الخ (٩) اى الوجهين الّذين ذكرهما المصنّف ره لصحّة رجوع العين بالفسخ الى المالك الاوّل المبيح فاحد الوجهين ما ذكره بقوله : (نعم لو قلنا الخ) وثانيهما ما ذكره بقوله: (وكذا لو قلنا الخ) .

في ملزمات المعاطاة

ضعيفان بل الاقوى رجوعه (١) بالفسخ الى البايع (٢) ولو كان الناقل عقدا جايزا (٣) لم يكن لمالك العين الباقية الزام الناقل (٤) بالرجوع فيه و لا رجوعه (٥) بنفسه الى عينه فالتراد غير متحقق وتحصيله (٦) غير واجب وكذا (٧) على القول بالاباحة لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك نعم لو كان (٨) غير معاوضة كالهبة وقلنا بان التصرف في مثله (٩) لا يكشف عن سبق الملك اذ لا عوض فيه (١٠) حتى لا يعقل (١١) كون العوض مالا لواحد وانتقال المعوض الى الآخر ...

---

(١) اى رجوع المال (٢) اى الى البايع المباح له (٣) كالمضاربة و الجعالة والهبة (٤) اى الزام الناقل الذى هو المباح له (٥) اى ولم يكن لمالك العين الباقية الرجوع بنفسه الى عينه (٦) اى وتحصيل التراد بالزام الناقل بالرجوع غير واجب (٧) وكذا التراد غير متحقق وتحصيله غير واجب على القول بالاباحة فيما اذا كان نقل العين نقلا جايزا لان المعاوضة الجايزة التى اجراها المباح له على مال المبيح كاشفة عن سبق الملك للمباح له انا ما (٨) اسم (كان) يرجع الى العقد الجايز (٩) الضمير يرجع الى العقد الجايز الغير المعاوضى (١٠) اى فى العقد الجايز الغير المعاوضى (١١) والحاصل ان عدم معقولية دخول العوض فى ملك من لا يخرج المعوض عن ملكه مفقود فى الهبة لان الهبة لا عوض لها حتى يقال كيف يدخل العوض فى ملك من لا يخرج المعوض عن ملكه .

بل الهبة ناقلة (١) للملك عن ملك المالك الى المنتهب فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة الى المالك (٢) لا الواهب (٣) اتجه (٤) الحكم بجواز الترادّ مع بقاء العين الاخرى او عودها (٥) الى مالكها (٦) بهذا النحو من العود (٧) اذ لو عادت بوجه اخر (٨) كان حكمه (٩) حكم التلف ولو باع العين ثالث فضولاً (١٠) فاجاز المالك الاوّل على القول بالملك لم يبعد كون اجازته رجوعاً كبيعه وسائر تصرفاته ...

(١) خلاصة المراد من هذه العبارة انّ الواهب المباح له اذا وهب لعين المباح الى الغير كان هذا النقل في الحقيقة من المالك المبيح لا عن الواهب المباح له فعند رجوع المالك المبيح فقد رجعت العين اليه لا الى الواهب المباح له (٢) اى المالك المبيح (٣) اى لا الواهب المباح له (٤) قوله (اتجه) جواب لِـ (لو) في قوله (نعم لو كان) (٥) اى عود العين الاخرى (٦) اى مالكها الذى هو المبيح (٧) بان كان الطرف الاخر المباح له ايضاً واهبا العين الاخرى للغير فمالك هذه العين يستردّها من الغير (٨) بان اشترى المالك الاوّل العين الاخرى من الغير او رجعت اليه بالارث (٩) اى كان حكم العود بوجه اخر حكم التلف (١٠) يعنى لو باع العين المعاطاتية فضولاً الشخص الثالث الذى هو غير المتعاطيين ثمّ اجازه المالك الاوّل فعلى القول بالملك في المعاطاة تكون اجازته كاشفة عن رجوعه عن المعاطاة فيصدق الترادّ لانّ اجازة المالك الاوّل مثل البيع والوقف الكاشفين عن الرجوع عن المعاطاة.

في ملزمات المعاطاة

الناقلة (١) ولو اجاز المالك الثاني نفذ (٢) بغير اشكال وينعكس الحكم (٣) اشكالاً ووضوحاً على القول بالاباحة ولكل منهما (٤) ردّه (٥) قبل اجازة الآخر ولو (ء) رجع الاوّل فاجاز الثاني فان جعلنا الاجازة كاشفة لغى الرّجوع ويحتمل عدمه (٧) لانّه رجوع قبل تصرّف الآخر ...

---

(١) كالوقف والهبة المعوّضة والهبة على ذي رحم (٢) اى نفذت الاجازة بغير اشكال والحاصل انّ الاجازة على القول بالملك لو صدرت عن المالك الاوّل فلا تخلو عن اشكال واشار المصنّف ﷺ بهذا الاشكال بقوله : (لم يبعد كون اجازته رجوعاً) وان صدرت الاجازة عن المالك الثاني فلا اشكال في نفوذ اجازته لانّ المبيع كان ملكاً له (٣) حاصل المراد من هذه العبارة انّ الحكم ينعكس على القول بالاباحة بمعنى انّ الاجازة لو صدرت من المالك الاوّل الّذي هو المبيح تكون نافذة بغير اشكال لانّ العين المعاطاتيّة على القول بالاباحة ملك للمبيح وان صدرت الاجازة من المباح له الّذي هو المالك الثاني على تقدير فلا تخلو عن اشكال فانعكست الاجازة وضوحاً واشكالاً (٤) الضّمير المثنّى يرجع الى المالك الاوّل والمالك الثاني (٥) اى ردّ البيع الفضولي (ء) يعني لو رجع المالك الاوّل في العين المبيعة فضولةً واجاز المالك الثاني البيع الفضولي فان قلنا : انّ الاجازة كاشفة عن وقوع البيع من حينه لغى رجوع المالك الاوّل لانتقال العين الى المشتري من حين العقد المنكشف بالاجازة (٧) اى يحتمل عدم لغويّة الرّجوع من المالك الاوّل.

فينفذ (١) ويلغو الاجازة (٢) وان جعلناها ناقلة لغت الاجازة قطعا ولو امتزجت (٣) العينان او احديهما سقط الرجوع على القول بالملك ، لامتناع الترادّ ويحتمل الشركة (٤) وهو ضعيف اما على القول بالاباحة فالاصل (٥) بقاء التسلّط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك (٦) شريكا مع مالك الممتزج به نعم لو كان المزج ملحقا له (٧) بالاتلاف (٨) جرى عليه (٩) حكم التلف ...

---

(١) اى فينفذ الرجوع (٢) قوله (الاجازة) فاعل لقوله (يلغو) من باب دعا يدعو (٣) يعنى ان كان الامتزاج بمال المالك الثانى او بمال غيره ، لزمت المعاطاة وسقط الرجوع على القول بالملك لاندراجه فى تلف بعض احدى العينين اذ بالامتزاج تحصل الشركة الاشاعية وهى لا تكون الا بحصول المبادلة بين جزء مشاع من احد الممتزجين وبين جزء منه من الآخر (٤) اى يحتمل ان يكون المالك الاول شريكا بمالك المال الممتزج به مثلا امتزج الدهن المأخوذ بالمعاطاة بدهن الغير فمالك الدهن الممتزج الذى هو المالك الاول يكون شريكا بمالك الدهن الممتزج به سواء كان مالك الدهن الممتزج به هو المالك الثانى ام غيره (٥) اى استصحاب بقاء تسلط المبيح (٦) فيصير المالك المبيح شريكا مع مالك المال الممتزج به (٧) للمال الممتزج (٨) كما لو امتزج دبسه بماء كثير بحيث لم يظهر طعم الحلاوة فى الماء (٩) اى على المال الممتزج .

فى ملزمات المعاطاة

ولو تصرّف (١) فى العين تصرّفا مغيّرا للصورة كطحن الحنطة وفصل الثوب فلا لزوم على القول بالاباحة وعلى القول بالملك ففى اللزوم وجهان مبنيّان على جريان استصحاب جواز التراد ومنشأ الاشكال انّ الموضوع فى الاستصحاب عرفىّ (٢) اوحقيقىّ (٣) ثمّ انك قد عرفت ممّا ذكرنا انّه ليس جواز الرجوع (٤) فى مسئلة المعاطاة نظير الفسخ فى العقود اللازمة حتّى يورث بالموت ويسقط بالاسقاط ابتداءً (٥) اوفى ضمن المعاملة (٦) بل هو (٧) على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبة (٨) وعلى القول بالاباحة ...

---

(١) اى ولو تصرّف كلّ واحد من المتعاطيين اواحدهما فى العين المعاطاتيّة تصرّفا مغيّرا للصورة فلا لزوم على القول بالاباحة لعدم التلف وعدم التصرّف الناقل فكلّ من العينين باقٍ على ملك مالكه فله السلطنة على استرداده (٢) يعنى انّ الطحين نفس الحنطة فى نظر العرف فيستصحب جواز التراد لعدم تغيّر موضوع الاستصحاب (٣) يعنى انّ الطحين غير الحنطة فى الحقيقة فلا يستصحب جواز التراد لتغيّر موضوعه (٤) يعنى انّ جواز الرجوع فى باب المعاطاة من باب الحكم الشرعى الذى لا يسقط بالاسقاط ولا يورث بالموت بخلاف الخيار فى البيع الخيارى فانّه حقّ يسقط بالاسقاط ويورث بالموت كما هو شأن بعض الحقوق (٥) بان يقول: اسقطت حقّى فى الرجوع (٦) بان يعامل معاملة اخرى ويشترط فى ضمن تلك المعاملة سقوط حقّه فى الرجوع فى المعاطاة (٧) اى جواز الرجوع (٨) اى فى الهبة الجائزة .

فی ملزمات المعاطاة

نظیر الرّجوع فی اباحة الطّعام بحیث یناط الحکم فیه (١) بالرّضا الباطنی بحیث لو علم (٢) کراهة المالك باطنا لم یجز له (٣) التّصرّف فلو مات احد المالکین لم یجز لوارثه الرّجوع علی القول بالملك للاصل (٤) لانّ من له والیه الرّجوع هو المالك الاصلی ولا یجری الاستصحاب (٥) ولو جنّ احدهما فالنّظر قیام ولیّه (ع) مقامه ...

---

(١) ای فی اباحة الطّعام (٢) الضّمیر المستتر یرجع الی المباح له المعلوم بالمقام (٣) ای لم یجز للمباح له التّصرّف ولا یخفی انّه اورد علی المصنّف فی جعله الرّجوع فی المعاطاة علی القول بالاباحة نظیر الرّجوع فی اباحة الطّعام بعض الاعلام بقوله : الظّاهر انّ الاباحة علی القول بها ازید من هذا حیث انّها اباحة شرعیّة معاملیّة کیف والّا فلم یکن وجه للّزوم بالتّلف وایضا وجب ان تبطل بالموت والجنون ونحوهما والظّاهر عدم التزامهم بذلك الی ان قال فالاولی فی التّعلیل ان یقال علی القول بالاباحة ایضا ، جواز الرّجوع فیها نظیر جواز الرّجوع فی العقود الجائزة فی انّه من باب الحکم لا الحقّ انتهی (٤) یمکن ان یکون المراد من الاصل اصالة عدم جواز الرّجوع للوارث ویحتمل ان یکون المراد منه استصحاب بقاء الملك (٥) ای استصحاب جواز رجوع المالك الاصلی المورّث واما علی القول بالاباحة فالمال للمبیح وکلّ ما کان للمبیح ینتقل الی وارثه ولا دلیل علی انّ الموت یوجب نقل المال من المبیح المیّت الی المباح له (ع) الضّمیر یرجع الی احدهما الّذی هو المجنون .

في كون المعاطاة بيعاً بعد التلف ام لا

في الرجوع على القولين (١) السابع (٢) ان الشهيد الثاني ذكر في لك وجهين في صيرورة المعاطاة بيعاً (٣) بعد التلف او معاوضة مستقلة (٤) قال (٥) يحتمل الاول (٦) لان المعاوضات محصورة (٧) وليست (٨) احدها وكونها معاوضة برأسها يحتاج الى دليل ويحتمل الثاني (٩) لاطباقهم (١٠) على انها ليست بيعاً حال وقوعها فكيف يصير بيعاً بعد التلف وتظهر الفائدة في ترتب الاحكام المختصة بالبيع ...

---

(١) اى على القول بالملك وعلى القول بالاباحة اما على القول بالملك فلان اسقاط المجنون جواز الرجوع الثابت للمجنون خلاف الاصل فاذا ثبت بالاستصحاب جواز الرجوع قام الولي مقامه واما على القول بالاباحة فلانه ملك للمجنون ولا دليل ان الجنون يوجب نقل الملك الى المباح له (٢) اى الامر السابع من الامور التي ذكرها المصنف ره بقوله: (وينبغي التنبيه على امور) (٣) يعني لو كانت المعاطاة بيعاً بعد التلف تجري عليها احكام البيع ويعتبر فيها شرايطه ويترتب عليها احكامه (٤) يعني لو كانت المعاطاة معاوضة مستقلة لم تجر عليها احكام البيع ولم يعتبر فيها شرايطه نعم تجري فيها الاحكام الكلية مثل اوفوا بالعقود وتجارة عن تراض، والمؤمنون عند شروطهم (٥) اى قال الشهيد الثاني (٦) اى صيرورتها بيعاً بعد التلف (٧) اى المعاوضات محصورة في العقود التي ذكرت في الكتب الفقهية كالصلح والبيع والاجارة والمزارعة والمضاربة والمساقاة وغيرها (٨) اى ليست المعاطاة احد المعاوضات (٩) اى صيرورة المعاطاة معاوضة مستقلة (١٠) اى اتفاق الفقهاء.

في كون المعاطاة بيعاً بعد التلف او لا

عليها (١) كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن (٢) او بعضه وعلى تقدير ثبوته (٣) فهل الثلثة (٤) من حين المعاطاة (٥) او من حين اللزوم (٦) كل (٧) محتمل ويشكل الاول (٨) بقولهم (٩) انها ليست بيعاً والثاني (١٠) بان التصرف ليس معاوضة (١١) بنفسها ...

---

(١) اى على المعاطاة (٢) لعل وجه التقييد بكون التالف ثمناً ان التالف اذا كان حيواناً ينفسخ البيع فلا يبقى للخيار محل لقاعدة كل مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممن لا خيار له (٣) اى ثبوت خيار الحيوان (٤) اى الايام الثلثة التي كانت لخيار الحيوان (٥) اى حتى اذا كان التلف بعد الثلثة سقط الخيار لانقضاء الثلاثة (٦) اى من حين اللزوم الذى هو وقت التلف (٧) اى كل منهما محتمل والثمرة المترتبة على هذا النزاع انه لو قلنا ان الخيار من حين وقوع المعاطاة فلو فرضنا ان تلف الثمن بعد ثلاثة ايام من وقوع المعاطاة فيسقط الخيار لانقضاء الثلاثة وان قلنا ان خيار الحيوان من وقت لزوم المعاطاة الذى هو وقت تلف الثمن فلصاحب الحيوان خيار ثلاثة ايام بعد تلف الثمن (٨) وهو كون الخيار من حين المعاطاة (٩) يعنى ان الفقهاء يقولون ان المعاطاة ليست بيعاً فكيف يثبت الخيار فيما ليس ببيع (١٠) وهو كون الخيار من حين اللزوم الذى هو وقت تلف الثمن (١١) يعنى يشكل صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف حتى يكون مبدأ الخيار من حين التلف لانها ليست بيعاً قبل التلف والتصرف فكيف تصير بيعاً بعدهما .

في كون المعاطاة بيعًا او معاوضة

اللهم الا ان يجعل المعاطاة جزء السبب والتلف تمامه (١) والاقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا (٢) بناءً على انها ليست لازمة وانما يتم (٣) على قول المفيد ومن تبعه واما خيار العيب والغبن فيثبتان على التقديرين (٤) كما ان خيار المجلس (٥) منتف انتهى (٦) والظاهر ان هذا (٧) تفريع على القول بالاباحة في المعاطاة واما على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل فلبغي (٨) الكلام في كونها معاوضة مستقلة او بيعًا متزلزلًا قبل اللزوم ...

---

(١) فعلى هذا فيتحقق البيع بالتلف ويكون مبدء خيار الحيوان من حين التلف (٢) اشارة الى المعاطاة (٣) يعني ثبوت الخيار انما يتم على قول المفيد ره وهو ان المعاطاة لازمة مطلقا (٤) احد التقديرين صيرورة المعاطاة بيعًا بعد التلف وثانيهما صيرورتها معاوضة مستقلة لان خيار العيب والغبن ليسا مخصوصين بالبيع بل يجريان في جميع المعاوضات (٥) فوجه انتفاء خيار المجلس هنا ان مجلس المعاطاة لا لزوم لها حتى يثبت الخيار وحين التلف ليس بمجلس المعاملة حتى يثبت خيار المجلس (٦) اى انتهى ما ذكره الشهيد الثاني (٧) اشارة الى ما ذكره الشهيد الثاني ره (٨) وخلاصة المراد من هذه العبارة انه لو قلنا بافادة المعاطاة الاباحة صح ان يقال انها بعد التلف بيع او معاوضة مستقلة، واما لو قلنا بافادها الملك المتزلزل فلا يصح ان يقال انها بعد التلف بيع او معاوضة مستقلة اذ الظاهر ان المعاطاة عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا اشكال فبعد التلف تكون بيعًا لازمًا .

في كون المعاطاة بيعًا او معاوضة

حتّى يتبعه حكمها بعد اللّزوم اذ الظّاهر انّه (١) عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا اشكال في ذلك عندهم على ما تقدّم من المحقّق الثّاني فاذا لزم (٢) صار بيعًا لازمًا فيلحقه احكام البيع عدا ما استفيد من دليله (٣) ثبوته للبيع العقدي الّذي مبناه على اللّزوم لولا الخيار وقد تقدّم انّ الجواز هنا (٤) لا يراد به (٥) ثبوت الخيار وكيف كان فالاقوى انّها (٦) على القول بالاباحة بيع عرفيّ لم يصحّحه (٧) الشّارع ولم يمضه الّا بعد تلف احدى العينين او ما في حكمه (٨) وبعد التّلف يترتّب عليه احكام البيع عدا ما (٩) اختصّ دليله بالبيع الواقع صحيحًا من اوّل الامر والمحكيّ عن حواشي الشّهيد انّ المعاطاة معاوضة مستقلّة ...

---

(١) فلو رجع الضّمير المذكّر في قوله (انّه) الى المعاطاة فلا بأس به لانّ المعاطاة ليست مؤنّثة حقيقيّة (٢) يعني فاذا لزم بتلف احدى العينين صار بيعًا لازمًا بعد ان كان بيعًا جائزًا (٣) الضّمير يرجع الى (ما) في قوله (عدا ما) والمراد من (ما) هو الحكم يعني عدا الحكم الّذي استفيد من دليل ذلك الحكم ثبوته للبيع العقدي (٤) اشارة الى المعاطاة (٥) يعني لا يراد بالجواز في المعاطاة ثبوت الخيار بل الجواز فيها كالجواز في الهبة كان من باب الحكم لا الحقّ (٦) اي انّ المعاطاة (٧) الضّمير راجع الى البيع العرفي المذكور (٨) اي في حكم التّلف كالبيع والوقف والهبة على ذي رحم (٩) اي عدا الحكم الّذي اختصّ دليل ذلك الحكم بالبيع الواقع صحيحًا من اوّل الأمر كخيار المجلس .

في القول الغير الجامع لشرائط اللزوم

جايزة اولازمة (١) والظاهر انه (٢) اراد التفريع على مذهبه من الاباحة و كونها معاوضة (٣) قبل اللزوم من جهة كون كل من العينين مباحا عوضا عن الاخرى لكن لزوم هذه المعاوضة (٤) لا يقتضي حدوث الملك كما لا يخفى فلا بد ان يقول (٥) بالاباحة اللازمة فافهم (٦) الثامن (٧) لا اشكال في تحقق المعاطات المصطلحة (٨) التي هي معركة الآراء بين الخاصة والعامة بما (٩) اذا تحقق انشاء التمليك او الاباحة بالفعل وهو قبض العينين اما اذا حصل (١٠) بالقول الغير الجامع (١١) لشرائط اللزوم ...

---

(١) يعني ان المعاطاة بناء على القول بالاباحة معاوضة مستقلة جائزة قبل التلف اولازمة بعد التلف فيكون لفظ (او) للتنويع لا للتردد (٢) اي ان الشهيد اراد (٣) اي معاوضة اباحية مستقلة (٤) اي لزوم هذه المعاوضة الاباحية بالتلف او البيع او الهبة اللازمة لا يقتضي حدوث الملك (٥) اي يقول الشهيد (٦) لعله اشارة الى انه لا مانع من حدوث الملك بعد اللزوم فلا يلزم ان يقول الشهيد بالاباحة اللازمة بعد التلف (٧) اي الامر الثامن من الامور التي ذكرها المصنف (٨) قوله : (وينبغي التنبيه على امور) (٨) وهو الاعطاء و العيطاء من التطرف (٩) قوله : (بما) متعلق بقوله (تحقق المعاطاة) (١٠) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى انشاء التمليك (١١) يعني اذا حصل انشاء التمليك بالقول الغير الجامع لبعض الامور التي اشترطها المشهور في لزوم العقد مثل الماضوية وعدم تقدم القبول على الايجاب قلنا بانه لا يشترط في لزوم العقد ←

في القول الغير الجامع لشرائط اللزوم

فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم (١) بشئ زائد على الانشاء اللفظي كما قوّيناه (٢) سابقا بناءً (٣) على التخلّص بذلك (٤) عن اتّفاقهم على توقّف العقود اللازمة على اللفظ (٥) فلا اشكال (٦) في صيرورة المعاملة بذلك (٧) عقدًا لازمًا وان قلنا بمقالة الأشهر من اعتبار امور زائدة على اللفظ (٨) فهل يرجع ذلك الانشاء القولي (٩) الى حكم المعاطاة مطلقا (١٠) او بشرط تحقّق قبض العين معه (١١) او لا يتحقّق به (١٢) مطلقا (١٣) نعم اذا حصل انشاء اخر بالقبض المتحقّق بعده (١٤) ...

← شئ زائد على الانشاء اللفظي فلا اشكال في صيرورة المعاوضة بذلك القول الغير الجامع عقدًا لازمًا فلا يجري عليها حكم المعاطاة من افادة الملك الغير اللازم او الاباحة (١) اى لزوم العقد (٢) الضمير راجع الى عدم اشتراط اللزوم بشئ زائد على الانشاء اللفظي (٣) قوله (بناءً الخ) تعليل لقوله (قوّيناه سابقا) (٤) اشارة الى الانشاء اللفظي (٥) يعني انّه لو لم يكن الاتّفاق المذكور لقلنا بعدم توقّف العقود اللازمة على اللفظ (٦) قوله (فلا اشكال) جواب لِـ (ان) في قوله (فان قلنا) (٧) اشارة الى القول الغير الجامع لشرائط اللزوم (٨) والامور الزائدة على اللفظ مثل عنبا الماضويّة وعدم تقدّم القبول على الايجاب وغيرهما (٩) وهو القول الغير الجامع لشرائط اللزوم (١٠) اى سواء تحقّق مع ذلك الانشاء القولي قبض العين ام لا (١١) اى مع ذلك الانشاء القولي (١٢) اى بذلك الانشاء القولي (١٣) اى سواء تحقّق قبض العين مع ذلك الانشاء القولي ام لا (١٤) اى بعد الانشاء القولي الغير الجامع لشرائط اللزوم.

تحقق المعاطاة (١) فالانشاء القولي السابق كالعدم لاعبرة به (٢) ولا (٣) بوقوع القبض بعده خاليًا عن قصد الانشاء بل بانيًا (٤) على كونه حقًا لازمًا لكونه من آثار الانشاء القولي السابق نظير (٥) القبض في العقد الجامع للشرائط ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين الاول (٦) تبعًا لما يستفاد من ظ كلام المحقق والشهيد الثانيين قال المحقق في صيغ عقود انه لو اوقع البيع بغيرها (٧) فلناه وعلم التراضي منهما كان معاطاة انتهى (٨)...

(١) يعني حصل المعاطاة بالانشاء الفعلي المتأخر لا بالانشاء القولي المتقدم (٢) اي بالانشاء القولي (٣) اي ولا عبرة بوقوع القبض بعد الانشاء القولي السابق خاليًا عن قصد الانشاء (٤) عطف على قوله (خاليًا) يعني بل لاعبرة بوقوع القبض بعد الانشاء القولي السابق بانيًا على كون القبض حقًا لازمًا لكون القبض من آثار الانشاء القولي السابق لغفلته عن عدم تحقق المعاطاة بالانشاء القولي السابق الفاقد لبعض الشرائط ولعدم قصد الانشاء بالفعل (٥) يعني ان كل واحد من المتعاطيين اعتقد ان القبض والاقباض في ذلك الانشاء القولي الفاقد لبعض الشرائط نظير القبض والاقباض في العقد الجامع للشرائط في كونهما من آثاره (٦) وهو رجوع ذلك الانشاء القولي الفاقد لبعض الشرائط الى حكم المعاطاة مطلقا (٧) المراد من قوله (ما) هي الشرائط المقررة في العقد اللازم (٨) اي انتهى كلام المحقق الثاني .

في القول الغير الجامع لشرائط اللزوم

وفي الروضة (١) في مقام عدم كفاية الاشارة مع القدرة على النطق انها (٢) تفيد المعاطاة مع الافهام الصريح انتهى وظ الكلامين (٣) صوة وقوع الانشاء بغير القبض بل يكون القبض من اثاره (٤) وظاهر (٥) تصريح جماعة منهم المحقق والعلامة بانه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك وكان (ع) مضمونا عليه (٧) هو الوجه الاخير (٨) لان (٩) مرادهم بالعقد الفاسد انما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط (١٠) الصيغة كما ربما يشهد به (١١) ذكر هذا الكلام (١٢) ...

---

(١) اى قال الشهيد الثاني في الروضة (٢) اى ان الاشارة (٣) - اى وظاهر الكلامين من المحقق والشهيد (٤) اى بل يكون القبض من اثار الانشاء السابق سواء وقع بالقول الغير الجامع للشرائط او بالاشارة (٥) قوله: (وظاهر تصريح جماعة) مبتداء وخبره قوله: (هو الوجه الاخير) (ع) اسم كان مستتر يرجع الى (ما) الذى هو الشيء المقبوض (٧) اى على القابض (٨) وهو الذى اشار اليه المصنف ره سابقا بقوله (اولا يتحقق به مطلقا) (٩) هذا تعليل لكون ظاهر جماعة هو الوجه الاخير (١٠) كالعربية والماضوية وعدم تقدم القبول على الايجاب، (١١) الضمير يرجع الى قوله: (ان مرادهم بالعقد الفاسد ما كان فساده من جهة اختلال شروط الصيغة) (١٢) اشارة الى قوله: (بانه لو قبض ما ابتاعه الخ).

في الجمع بين القولين

بعد شروط الصيغة وقبل شروط العوضين (١) والمتعاقدين (٢) اوما (٣) يشمل هذا (٤) وغيره كما هو الظاهر وكيف (٥) كان فالصورة الاولى (٦) داخلة (٧) قطعا ولا يخفى ان الحكم فيها (٨) بالضمان منافٍ لجريان حكم المعاطاة وربما يجمع بين هذا الكلام (٩) وما تقدم (١٠) من المحقق والشهيد الثانيين فيقال (١١) ان موضوع المسئلة في عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ...

(١) مثل كون العوض والمعوض مالا ملوكا ومعلوما (٢) مثل كون المتعاقدين عاقلين وبالغين (٣) او ان مرادهم بالعقد الفاسد ما يشمل اختلال شروط الصيغة وغيره من اختلال شروط العوضين والمتعاقدين (٤) اشارة الى اختلال شروط الصيغة (٥) يعني سواء كان مرادهم خصوص اختلال شروط الصيغة او الاعم منه ومن اختلال شروط العوضين والمتعاقدين (٦) وهو اختلال شروط الصيغة (٧) اي داخلة في قولهم (لو قبض ما ابتاعه الخ) (٨) اي في الصورة الاولى (٩) وهو قولهم (انه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد كان مضموناً عليه (١٠) حيث ظهر من كلام المحقق ان انشاء البيع اذا وقع بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم كان معاطاة ومن الشهيد ان انشاء البيع اذا وقع بالاشارة كان معاطاة (١١) والحاصل انه يجمع بين دعوى جماعة ان المقبوض بالعقد الفاسد يوجب الضمان وبين فتوى المحقق والشهيد بان المقبوض بالعقد الفاسد معاطاة لا توجب الضمان فيقال ان مورد الاول صورة العلم بعدم الرضا بالتصرف على تقدير البطلان ومورد الثاني صورة العلم بتجدد الرضا به بعد العلم بالفساد وصورة العلم بالرضا ←

في الجمع بين القولين

ما اذا علم عدم الرّضا الّا بزعم صحّة المعاملة فاذا انتفت الصّحّة انتفى الاذن لترتّبه (١) على زعم الصّحّة فكان التّصرّف تصرّفاً بغير اذن (٢) واكلاً للمال بالباطل لانحصار وجه الحلّ في كون المعاملة بيعاً او تجارة عن تراضٍ او هبة او نحوها من وجوه الرّضا باكل المال من غير عوض والاوّلان (٣) قد انتفيا بمقتضى الفرض (٤) وكذا البواقي (٥) للقطع من جهة زعمهما صحّة المعاملة بعدم (٦) الرّضا بالتّصرّف مع عدم بذل شئ في المقابل فالرّضا المقدّم (٧) كالعدم فان تراضيا (٨) بالعوضين بعد العلم بالفساد واستمرّ رضاهما (٩) فلا كلام في صحّة المعاملة ورجعت الى المعاطاة كما اذا علم الرّضا من اوّل الامر (١٠) ...

← من حين العقد بإباحة التّصرّف بأيّ وجه اتّفق سواء صحّ العقد ام فسد

(١) اى لترتّب الاذن (٢) لانّ الاذن المعاوضيّ قد انتفى والاذن الغير المعاوضي ليس بموجود (٣) وهما البيع والتّجارة (٤) اذ الفرض فساد المعاوضة بسبب فقدان بعض شروط البيع (٥) كالهبة ونحوها (٦) قوله: (بعدم الرّضا بالتّصرّف) متعلّق بقوله (للقطع) (٧) وهو الّذى كان موجوداً حين زعمهما صحّة المعاملة والحاصل انّا نقطع انّ المتعاملين لا يرضيان بان يكون مالهما بلا بدل حيث انّهما يزعمان انّ المعاوضة كانت صحيحة وانّ كلّ مال في مقابل بدل فاذا انتفت الصّحّة انتفى الرّضا السّابق فيكون كل مال بلا بدل (٨) اى فان تراضى المتعاملان (٩) اى واستمرّ رضا المتعاملين الى زمان القبض (١٠) اى من حين العقد

الايراد على الجمع بين القولين

باباحتهما التصرف باىّ وجه اتفق سواء صحت المعاملة او فسدت فانّ ذلك (١) ليس من البيع الفاسد فى شئ اقول المفروض (٢) انّ الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط (٣) لا يتضمّن الّا انشاءً واحدًا هو التمليك ومن المعلوم انّ هذا المقدار (٤) لا يوجب بقاء الاذن الحاصل فى ضمن التمليك بعد فرض انتفاء التمليك (٥) والموجود بعده (٦) ان كان انشاءً اخر فى ضمن التقابض خرج عن محلّ الكلام (٧) ...

---

(١) اشارة الى الرضا من اوّل الامر باباحة التصرف باىّ وجه اتفق (٢) فاعلم انّ كلام الشخص الذى جمع بين القولين فى بيان مورد كلام المحقق والشهيد الثانيين القائلين انّ المقبوض بالعقد الفاقد لبعض الشرائط فى حكم المعاطاة شامل على امرين احدهما حصول المعاطاة بالتراضى الجديد الحاصل بعد العقد وبعد العلم بالفساد وقد اشار الى هذا الامر بقوله: (فان تراضيا بالعوضين الخ) وثانيهما تحقق المعاطاة بالتراضى من حين العقد باباحة التصرف باىّ وجه اتفق وقد اشار الى هذا الامر بقوله (كما اذا علم الرضا من اوّل الامر الخ) والمصنف ره اجاب عن الثانى بقوله (المفروض انّ الصيغة الفاقدة الخ) وعن الاوّل بقوله (ومنه يعلم فساد ما ذكره الخ) (٣) كالعربيّة والماضويّة وعدم تقدّم القبول على الايجاب (٤) اى هذا المقدار من التمليك (٥) يعنى اذا انتفى التمليك انتفى الاذن لانّ الاذن كان مقيّدًا بالتمليك (٦) اى بعد التمليك (٧) اى عن محلّ الكلام الذى هو حصول الانشاء بالعقد الفاقد للشرائط.

الايراد على الجمع بين القولين

لانّ المعاطاة حـ انّما تحصل به (١) لا بالعقد الفاقد للشّرائط مع انّك عرفت انّ ظ كلام الشّهيد والمحقّق الثّانيين حصول المعاوضة والمراضاة بنفس الاشارة المفهمة بقصد البيع وبنفس الصّيغة الخالية عن الشّرائط لا بالتّقابض الحاصل بعدهما (٢) ومنه (٣) يعلم فساد ما ذكره (٤) من حصول المعاطاة بتراض جديد بعد العقد غير (٥) مبنيّ على صحّة العقد ثمّ انّ ما ذكره (٦) من التّراضي الجديد بعد العلم بالفساد مع اختصاصه بما اذا علمنا بالفساد دون غيره من الصّور (٧) مع انّ كلام الجميع مطلق يرد عليه (٨) انّ هذا التّراضي ان كان تراضيا آخر حادثا بعد العقد فان كان لا على وجه المعاطاة بل كلّ منهما رضي بتصرّف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضاء صاحبه بتصرّفه (٩) ...

---

(١) الضّمير يرجع الى انشاء آخر (٢) الضّمير المثنّى يرجع الى الاشارة والى الصّيغة (٣) الضّمير عائد الى انّ ظاهر كلامهما حصول المعاوضة بنفس الاشارة وبنفس الصّيغة الخالية عن الشّرائط (٤) الضّمير الفاعل المستتر يرجع الى الشّخص الّذي جمع بين كلام جماعة وبين كلام المحقّق والشّهيد الثّانيين (٥) قوله (غير مبنيّ) صفة لقوله (تراض جديد) (٦) الضّمير الفاعل المستتر راجع ايضا الى الشّخص الّذي جمع بين الكلامين (٧) احد الصّور العلم بعدم الفساد وثانيها الشّكّ في الفساد وثالثها الظّنّ بالفساد ورابعها الوهم بالفساد (٨) الضّمير في قوله (عليه) يرجع الى الشّخص الّذي جمع بين الكلامين . (٩) الضّمير يرجع الى قوله (كلّ منهما) .

الايراد على الجمع بين القولين

فى ماله (١) فهذا ليس من المعاطاة بل هى اباحة مجانية من الطرفين (٢) تبقى ما دام العلم بالرضا (٣) ولا يكفى (٤) فيه (٥) عدم العلم بالرجوع لانه (ء) كالاذن الحاصل من شاهد الحال (٧) ولا يترتب عليه (٨) اثر المعاطاة من اللزوم بتلف احد العينين او جواز التصرف (٩) ...

---

(١) اى فى مال الصاحب (٢) خلاصة المراد من هذه العبارة ان التراضى ليس على الوجه المعاوضى بل رضا كل منهما بتصرف الآخر فى ماله كان على الوجه المجانى مثلا رضى زيد بتصرف الحسن فى كتابه من دون ملاحظة رضا الحسن بتصرف زيد فى دينار وكذلك العكس حتى يكون التراضى مجانيا لا معاوضيا (٣) يعنى اذا انتفى العلم بالرضا انتفت الاباحة (٤) وهم ودفع: اما الوهم فانه بعد حصول الرضا بالتصرف وعدم العلم بالرجوع يشك فى بقاء هذا الرضا بالتصرف فيستصحب، واما الدفع فانه لا يكفى فى الرضا بالتصرف على الوجه المجانى المذكور عدم العلم بالرجوع حتى يستصحب لان الرضا بالتصرف المذكور مثل الاذن الحاصل من شاهد الحال (٥) اى فى الرضا بالتصرف المذكور (ء) الضمير يرجع الى الرضا بالتصرف المذكور (٧) كما اذا كان زيد صديقا للمحسن وعلم زيد من شاهد الحال ان المحسن راضٍ بان يتصرف فى داره وماله ثم حدث بينهما عداوة فان زيدا اذا شك فى بقاء الرضا لا يجوز له ان يتصرف لاجل استصحاب الرضا الكائن قبل حدوث العداوة (٨) اى على الرضا بالتصرف على الوجه المجانى (٩) عطف على اللزوم فى قوله (من اللزوم).

الإيراد على الجمع بين القولين

الى حين العلم بالرجوع وان كان (١) على وجه المعاطاة فهذا (٢) ليس الا التراضي السابق على ملكية (٣) كل منهما لمال الآخر وليس (٤) تراضيا جديدا بناءً على ان المقصود بالمعاطات التمليك كما عرفته (٥) من كلام المشخصوصا المحقق الثاني (٦) فلا يجوز له (٧) ان يريد بقوله المتقدم عن (٨) صيغ العقود ان (٩) الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي يدخل في المعاطاة التراضي الجديد (١٠) الحاصل بعد العقد لا على وجه المعاوضة ...

---

(١) قوله : (ان كان على وجه المعاطاة) عطف على قوله (ان كان لا على وجه المعاطاة) (٢) اشارة الى كون التراضي على وجه المعاطاة (٣) قوله: (على ملكية) متعلق بـ (التراضي) (٤) اسم ليس مستتر يرجع الى كون التراضي على وجه المعاطاة (٥) اى كما عرفته على ما استظهره المصنف سابقا حيث قال (ولا بد اولا من ملاحظة ان النزاع في المعاطاة المقصود بها الاباحة او في المقصود بها التمليك ، الظاهر من الخاصة والعامة هو المعنى الثاني لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ الى جعل محل النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الاباحة (٦) الذي كان كلامه صريحا في التمليك المقصود بالمعاطاة (٧) الضمير يرجع الى المحقق الثاني (٨) قوله (عن صيغ العقود) متعلق بقوله (المتقدم) (٩) قوله (ان الصيغة الفاقدة) حتى قوله (في المعاطاة) مقول لـ (قوله) في قوله (بقوله المتقدم) (١٠) قوله : (التراضي الجديد) مفعول لقوله (ان يريد) .

فيما اذا وقع التقابض بالعقد الفاسد

وتفصيل الكلام (١) ان المتعاملين بالعقد الفاسد قد لبعض الشرائط اما ان يقع تقابضهما بغير رضا من كل منهما فى تصرف الآخر بل حصل قهرا عليهما او على احدهما واجبارا على العمل بمقتضى العقد (٢) فلا اشكال فى حرمة التصرف فى المقبوض على هذا الوجه (٣) وكذا (٤) ان وقع على وجه الرضا الناشى عن بناء كل منهما على ملكية الآخر اعتقادا (٥) او تشريعا (٦) كما فى كل قبض وقع على هذا الوجه لان حيثية كون القابض مالكا مستحقا لما يقبضه جهة تقييدية مأخوذة فى الرضا (٧) ينتفى بانتفائها فى الواقع

---

(١) فالمراد من (تفصيل الكلام) هو التفصيل فى تحقيق الامر الثانى من وبيان مختاره فيه لا تفصيل الكلام فى الجمع بين الكلامين ورفع التنافى من البين (٢) اى بل حصل التقابض اكراها عليهما واكراها على العمل بمقتضى العقد الفاسد فيكون تقابضهما عن اكراه فلا اشكال فى حرمة تصرف كل منهما فيما قبضه لان العقد فاسد والرضا ليس بحاصل (٣) اشارة الى حصول التقابض قهرا عليهما واجبارا على العمل بمقتضى العقد الفاسد (٤) اى كذا لا اشكال فى حرمة التصرف اذا وقع على وجه الرضا الخ (٥) اى اعتقد كل منهما ان العقد صحيح (٦) حكى ان فى التشريع احتمالين احدهما ادخال ما لم يعلم انه من الدين فى الدين بقصد انه من الدين وثانيهما ادخال ما علم انه ليس من الدين فى الدين بقصد انه من الدين (٧) يعنى الرضا بالتصرف مقيد بكون المال ملكا للغير فينتفى الرضا بانتفاء الملكية التى هى الجهة التقييدية.

كما في نظائره (١) وهذان الوجهان (٢) ممّا لا اشكال فيه (٣) في حرمة التصرّف في العوضين كما انّه لا اشكال في الجواز (٤) اذا اعرضا عن اثر العقد (٥) وتقابضا بقصد انشاء التمليك ليكون (٦) معاطاة صحيحة عقيب عقد فاسد وامّا ان وقع الرضا بالتصرّف بعد العقد من دون ابتنائه (٧) على استحقاق (٨) بالعقد السابق ولا قصد (٩) لانشاء التمليك بل وقع (١٠) مقارنا لاعتقاد الملكيّة الحاصلة بحيث لولاها (١١) كان الرضا ايضا موجودا وكان المقصود الاصلي من المعاملة التصرّف واوقعا العقد الفاسد وسيلة له (١٢) ...

---

(١) اى في نظائر هذا المقام ممّا كان الرضا مقيّدا بقيد (٢) احدهما: وقوع التقابض بغير الرضا بل حصل قهرا على المتعاطيين ثانيهما وقوع التقابض بالرضا المقيّد بالجهة المذكورة (٣) الضمير يرجع الى (ما) في قوله (ممّا لا اشكال) (٤) اى في جواز التصرّف في العوضين (٥) وهو العقد الفاقد لبعض الشرائط (٦) اسم يكون عائد الى التقابض (٧) اى من دون ابتناء الرضا بالتصرّف على استحقاق كلّ منهما لما يقبضه كالوجه الثاني من الوجهين الذين يحرم التصرّف فيهما في العوضين (٨) اى استحقاق كلّ من المتعاطيين (٩) وهو القسم الاخير الذى اشار اليه بقوله (كما انّه لا اشكال في الجواز اذا اعرضا عن اثر العقد الخ) (١٠) اى بل وقع الرضا (١١) اى لولا الملكيّة (١٢) اى للتصرّف.

فيما اذا وقع التقابض بالعقد الفاسد

ويكشف عنه (١) انه لو سئل كل منهما من رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التمليك او بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان (٢) راضيا فادخال هذا (٣) فى المعاطاة يتوقف على امرين الاول كفاية هذا الرضا المركوز (٤) فى النفس بل الرضا الشأنى (٥) لان الموجود بالفعل هو رضا من حيث كونه مالكا فى نظره وقد صرح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك (٦) ولا يبعد رجوع الكلام المتقدم (٧) ذكره الى هذا (٨) ولعله لصدق طيب النفس على هذا الامر المركوز فى النفس (٩) الثانى (١٠) انه لا يشترط فى المعاطاة انشاء الاباحة او التمليك بالقبض بل ولا بمطلق الفعل (١١)...

(١) عن كون المقصود الاصلى من المعاملة التصرف (٢) قوله (كان راضيا) جواب لـ (لو) فى قوله (لو سئل) (٣) وهو كون الرضا بالتصرف موجودا او ان لم يحصل الملكية (٤) (رَكَزَ يَرْكُزُ رَكْزًا) الرمح ونحوه : غرزه فى الارض دفنه ، اثبته . (المنجد) (٥) وهو الذى ليس ثابتا فى الذهن بالفعل و انما كان بحيث لو التفت لحكم ببطلان العقد وبعدم الملكية رضى بالتصرف (٦) اشارة الى الرضا المركوز فى النفس (٧) وهو الذى ذكره المحقق الثانى فى ص ١٩٤ بقوله (وعلم التراضى منهما كان معاطاة) (٨) اشارة الى الرضا المركوز فى الذهن (٩) فيشمله قوله « لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه (١٠) اى الامر الثانى من الامرين (١١) اى بل ولا يشترط فى المعاطاة انشاء الاباحة او التمليك بمطلق الفعل حتى من جانب واحد .

في كفاية الرضا في صدق المعاطاة

بل يكفي وصول كلّ من العوضين الى المالك الآخر والرضا بالتصرّف قبله (١) او بعده (٢) على الوجه المذكور وفيه (٣) اشكال من انّ ظ (٤) محلّ النزاع بين العامّة والخاصّة هو العقد الفعلي (٥) كما ينبئ عنه (٦) قول العلّامة ره في ردّ كفاية المعاطاة في البيع انّ (٧) الافعال قاصرة عن افادة المقاصد وكذا استدلال المحقّق الثاني على عدم لزومها (٨) بانّ الافعال (٩) ليست كالاقوال في صراحة الدلالة وكذا ما تقدّم من الشهيد في قواعده من (١٠) انّ الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول وانّما يفيد الاباحة الى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة في انّ محلّ الكلام هو الانشاء الحاصل بالتقابض وكذا كلمات العامّة فقد ذكر بعضهم انّ البيع ينعقد بالايجاب والقبول وبالتعاطي ومن انّ الظاهر (١١) ...

---

(١) اى قبل الوصول (٢) اى بعد الوصول (٣) اى في هذا الاخر الثاني اشكال (٤) هذا وجه لعدم صدق المعاطاة بالوصول كما انّ الشقّ الآخر الآتي وجه لصدق المعاطاة بالوصول (٥) اى محلّ الاختلاف بين الخاصّة والعامّة هو السبب الفعلي فما لا سبب فعلي فيه لا يكون معاطاة (٦) اى عن انّ ظاهر محلّ النزاع هو العقد الفعلي (٧) قوله (انّ الافعال الخ) مقول قول العلّامة (٨) اى عدم لزوم المعاطاة (٩) قوله (بانّ الافعال ليست الخ) متعلّق على قوله (استدلال المحقّق) (١٠) بيان لـ (ما) في قوله (ما تقدّم) (١١) قوله (ومن انّ الظاهر انّ عنوان التعاطي الخ) وجه لصدق المعاطاة بوصول كلّ من العوضين الى المالك الآخر والرضا بالتصرّف.

في خصوص الفاظ عقد البيع

انّ عنوان التّعاطي في كلماتهم لمجرّد الدّلالة على الرّضا وانّ عمدة الدّليل على ذلك (١) هي السّيرة ولذا (٢) تعدّوا (٣) الى ما اذا لم يحصل الاقباض احد العوضين والسّيرة موجودة في المقام (٤) فانّ بناء النّاس على اخذ الماء والبقل وغير ذلك من الجزئيّات من دكاكين ارباباها (٥) مع عدم حضورهم (٦) ووضعهم الفلوس (٧) في الموضع المعدّ له (٨) وعلى دخول (٩) الحمّام مع عدم حضور صاحبه ووضع الفلوس في كوز الحمّامي فالمعيار في المعاطاة وصول المالين او احدهما مع التّراضي بالتّصرّف وهذا ليس ببعيد على القول بالاباحة

مقدّمة : في خصوص الفاظ عقد البيع (١٠) قد عرفت انّ اعتبار اللّفظ في البيع بل في جميع العقود ممّا نقل عليه (١١) الاجماع وتحقّق فيه الشّهرة العظيمة مع الاشارة اليه (١٢) ...

---

(١) اشارة الى التّعاطي (٢) تعليل لقوله : (انّ عنوان التّعاطي لمجرّد الدلالة على الرّضا) (٣) اى تعدّى الفقهاء (٤) اى في المقام الّذى فيه وصول العوضين والرّضا بالتّصرّف وان لم يحصل التّعاطي (٥) اى ارباب هذه الجزئيّات (٦) اى عدم حضور ارباب الجزئيّات المذكورة (٧) الفلس قطعة مضروبة من النّحاس يتعامل بها ج افلس وفلوس ، فلوس السّمك : ما عليه من القشرة (المنجد) (٨) الضّمير المذكّر يرجع الى الفلوس باعتبار الجمع (٩) عطف على قوله (على اخذ الماء) (١٠) يعني في خصوصيّات الفاظ عقد البيع من حيث المادّة والهيئة (١١) اى على اعتبار اللّفظ (١٢) اى الى اعتبار اللّفظ .

فی خصوص الفاظ عقد البیع

فی بعض النصوص (١) لکنّ هذا (٢) یختصّ بصورة القدرة (٣) امّا مع العجز عنه (٤) کالاخرس فمع عدم القدرة علی التوکیل لا اشکال ولا خلاف فی عدم اعتبار اللّفظ وقیام الاشارة مقامه (٥) وکذا (٦) مع القدرة علی التوکیل لا لاصالة عدم وجوبه کما قیل (٧) لانّ الوجوب بمعنی الاشتراط کما فیما نحن فیه هو الاصل (٨) بل لفحوی ما ورد (٩) ...

---

(١) وهو قوله ؑ : انّما یحلّل الکلام ویحرّم الکلام وروایات اُخر مشعرة باعتبار اللّفظ فی عقد البیع کروایة یحیی بن الحجّاج ، وروایة العلاء ، وصحیحة ابن سنان الّتی تقدّم من المصنّف ؒ ذکرها فی ص ١١٨ و ١١٧ (٢) اشارة الی اعتبار اللّفظ (٣) ای القدرة علی اللّفظ (٤) ای مع العجز عن اللّفظ کالاخرس وغیره ممّن لا یقدر علی التکلّم لآفة عارضة (٥) ای مقام اللّفظ (٦) ای وکذا لا خلاف فی عدم اعتبار اللّفظ (٧) ای استدلّ لعدم اشتراط اللّفظ فی بیع الاخرس مع القدرة علی التوکیل باصالة عدم وجوب اللّفظ لکنّ هذا الاستدلال غیر تامّ لانّ الوجوب هنا بمعنی الاشتراط لانّ معنی الوجوب فی الشّرائط والاجزاء فی باب العقود هو الاشتراط ومعنی الحرمة فیها هو الفساد (٨) قوله (هو الاصل) خبر لـ (انّ) فی قوله (لانّ الوجوب) یعنی اذا شکّ فی تحقّق العقد بدون اللّفظ فالاصل عدم النّقل والانتقال والاصل هو الفساد بدون اللّفظ (٩) وهو فی الوسائل ، الطّبعة القدیمة ج ٢ ص ١٩٥ کخبر ابی بصیر عن ابیعبدالله ؑ قال طلاق الأخرس ان یأخذ مقنعتها ویضعها علی رأسها ثمّ یعتزلها ، وکخبر محمّد بن ابی نصر ←

فی خصوص الفاظ عقد البیع

. . . . . من عدم اعتبار اللفظ فی طلاق الأخرس (١) فانّ (٢) حمله (٣) علی صورة عجزه عن التوکیل حمل المطلق علی الفرد النادر مع انّ الظاهر عدم الخلاف فی عدم الوجوب (٤) ثمّ لو قلنا بانّ الاصل فی المعاطاة اللزوم بعد القول بافادها للملکیة فالقدر المخرج (٥) صورة قدرة المتبایعین علی مباشرة اللفظ (٦) والظاهر ایضاً کفایة الکتابة مع العجز عن الاشارة ...

— البزنطی انّه سأل ابا الحسن الرضاء عن الرجل تکون عنده المرئة یصمت و لا یتکلّم قال اخرس هو قلت نعم ویعلم منه بغض لامراته وکراهتها ایجوز ان یطلّق عنه ولیّه قال لا ولکن یکتب ویشهد علی ذلک قلت فانّه لا یکتب لا یسمع کیف یطلّقها قال بالّذی یعرف به من افعاله مثل ما ذکرت من کراهته وبغضه لها وغیرها من الأخبار (١) فاذا لم یعتبر اللفظ فی طلاق الأخرس الّذی هو فی باب الفروج التی احرز عند الشارع من البیع وغیره فعدم الاعتبار فی البیع ونحوه بطریق اولی وان کان قادرًا علی التوکیل (٢) سؤال وجواب ، امّا السؤال فلعلّ عدم اعتبار اللفظ فی طلاق الأخرس انّما کان فی صورة عدم قدرته علی التوکیل ، وامّا الجواب فانّ حمل ما ورد من النصّ علی صورة عجزه عن التوکیل حمل للمطلق علی النادر لانّ الغالب تمکّن الاخرس من التوکیل فلا یصحّ هذا الحمل (٣) الضمیر عائد الی (ما) فی قوله (ما ورد) (٤) ای فی عدم وجوب التوکیل حتّی مع تمکّنه من التوکیل (٥) ای فالقدر المخرج من لزوم المعاطاة (٦) یعنی ففی صورة القدرة علی مباشرة اللفظ لا لزوم بدون اللفظ امّا اذا لم یقدر المتعاملان علی اللفظ کالاخرس فهو باقٍ تحت اصالة اللزوم وان کانا قادرین علی التوکیل .

فی خصوص الفاظ عقد البیع

لفحوی ما ورد (١) من النّص علی جوازها (٢) فی الطّلاق مع انّ الظّاهر عدم الخلاف فیه (٣) وامّا مع القدرة علی الاشارة فقد رجّح بعض الاشارة ولعلّه (٤) لانّها اصرح فی الانشاء من الکتابة وفی بعض (٥) روایات الطّلاق ما یدلّ علی العکس (٦) والیه (٧) ذهب الحلّی ره هناک (٨) ثمّ الکلام فی الخصوصیّات المعتبرة فی اللّفظ تارة یقع فی موادّ الالفاظ (٩) من حیث افادة المعنی بالصّراحة (١٠) والظّهور والحقیقة (١١) والمجاز (١٢) ...

---

(١) وهو خبر محمّد بن ابی نصر البزنطی قد سبق فی الشّرح فی ص٢١٠ (٢) ای جواز الکتابة (٣) ای فی جواز الکتابة (٤) الضّمیر یرجع الی ترجیح البعض الاشارة (٥) وهو مثل خبر محمّد بن ابی نصر البزنطی انّه سئل ابا الحسن الرّضاء عن الرّجل تکون عنده المرئة بصمت ولا یتکلّم قال اخرس هو قلت نعم ویعلم منه بغض لامرأته وکراهتها ، ایجوز ان یطلّق عنه ولیّه قال لا ولکن یکتب ویشهد علی ذلک قلت فانّه لا یکتب ولا یسمع کیف یطلّقها قال بالّذی یعرف به من افعاله مثل ما ذکرت من کراهته وبغضه لها . فانّ هذا الخبر دالّ علی ترجیح الکتابة علی الاشارة (٦) وهو ترجیح الکتابة علی الاشارة (٧) ای الی العکس (٨) ای فی باب الطّلاق (٩) کمادّة (ب ی ع) فی البیع وکمادّة (ان ک ح) فی النّکاح (١٠) فالمراد من قوله (بالصّراحة) هو ما لا یحتمل الخلاف و (بالظّهور) هو ما یحتمل الخلاف (١١) وهو استعمال اللّفظ فیما وضع له کاستعمال لفظ اسد فی الحیوان المفترس (١٢) وهو استعمال اللّفظ فی غیر ما وضع له کاستعمال لفظ اسد فی الرّجل الشّجاع .

في خصوص الفاظ عقد البيع

والكناية (١) ومن حيث اللغة المستعملة في معنى المعاملة واخرى في هيئة كلّ من الايجاب والقبول من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعليّة (٢) وكونه بالماضي (٣) وثالثة في هيئة تركيب الايجاب والقبول من حيث الترتيب (٤) و الموالات (٥) امّا الكلام من حيث المادّة فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات قال في التذكرة الرّابع من شروط الصّيغة التّصريح (٦) فلا يقع (٧) بالكناية بيع البتّة مثل قوله ادخلته في ملكك اوجعلته لك اوخذه مني بكذا اوسلّطتك عليه بكذا عملاً باصالة بقاء الملك (٨) ...

---

(١) وهو ذكر اللّازم وارادة الملزوم وبعبارة اخرى انّ الكناية هي استعمال اللّفظ الدّالّ على اللّازم وارادة معناه لينتقل الذّهن منه الى الملزوم فانّ (كثير الرّماد) و (مهزول الفصيل) كناية عن الجود والكرم (٢) يعني لا اعتبار بكونه بالجملة الاسميّة نحو (هذا المال داخل في ملكك (٣) اى لا اعتبار بكونه بالمضارع (٤) اى كون الايجاب مقدّمًا على القبول (٥) اى ان يكون بين الايجاب والقبول تتابع بان لا يكون بينهما فصل معتدّ به (٦) اى التّصريح بالصّيغة (٧) اى فلا يقع العقد بذكر لوازم العقد مثل (ادخلته في ملكك) ونحوه فانّ ادخال المال في ملك المشترى من لوازم العقد البيعي لانّ الكناية هي استعمال اللّفظ فيما وضع له و هو اللّازم وارادة معناه لينتقل الذّهن منه الى الملزوم بخلاف المجاز فانّه استعمال اللّفظ في غير ما وضع له (٨) وانّما لم يقع العقد بالكناية عملا باستصحاب بقاء الملك في سلطنة مالكه اذا لم يخرجه بلفظ صريح فالمراد من هذه الاصالة هو الاستصحاب .

في خصوص الفاظ عقد البيع

ولانّ المخاطب لا يدري بم خوطب (١) انتهى وزاد في غاية المراد (٢) - على الامثلة (٣) مثل قولك اعطيتكه بكذا او تسلّط عليه بكذا وربّما يبدّل هذا (٤) باشتراط الحقيقة في الصّيغة فلا ينعقد بالمجازات حتّى صرّح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب (٥) والبعيد (٦) والمراد بالصّريح كما يظهر من جماعة من الخاصّة والعامّة في باب الطّلاق وغيره ما كان موضوعًا (٧) لعنوان ذلك العقد لغة او شرعًا ومن الكناية ما افاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع (٨) فيفيد ارادة نفسه بالقرائن ...

---

(١) يعني لانّ المخاطب لا يدري انّ قول الموجب (ادخلته في ملكك بكذا) ايجاب للبيع او للصّلح او للهبة المعوّضة (٢) يعني وزاد الشّهيد الاوّل في غاية المراد (٣) اي على الامثلة المذكورة (٤) اشارة الى التّصريح يعني وربّما يبدّل اشتراط التّصريح في الصّيغة باشتراط الحقيقة في الصّيغة فيبدّل عدم وقوع العقد بالكناية بعدم وقوعه بالمجازات واعلم انّ الفرق بين الكناية والمجاز انّ الكناية هي استعمال اللّفظ الدّالّ على اللّازم وارادة معناه لينتقل الذّهن منه الى الملزوم مثل (كثير الرّماد) فانّه كناية عن الجود والكرم بخلاف المجاز فانّه استعمال اللّفظ في غير ما وضع له وارادته كاستعمال لفظ الاسد في الرّجل الشّجاع وارادته (٥) وهو نحو قوله (بعتك منفعة هذه الدّار سنة بمأة درهم) فانّه مجاز قريب الى معنى الاجارة الّذي هو تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم (٦) وهو مثل قوله (اعرتك هذه الدّار سنة بمأة درهم) فانّه مجاز بعيد عن معنى الاجارة (٧) كلفظ (بعت) فانّه موضوع بعنوان عقد البيع (٨) كقولك (جعلت هذا المال ←

فی خصوص الفاظ عقد البیع

وھی (١) علی قسمین عندھم جلیّۃ وخفیّۃ والّذی یظھر من النّصوص المتفرّقۃ فی ابواب العقود اللّازمۃ (٢) والفتاوی المتعرّضۃ لصیغھا (٣) فی البیع بقول مطلق (٤) وفی بعض انواعہ و فی غیر البیع من العقود اللّازمۃ (٥) ھو الاکتفاء بکلّ لفظ لہ ظھور عرفیّ معتدّ بہ فی المعنی (٦) المقصود فلا فرق بین قولہ بعت وملکت وبین قولہ نقلت الی ملکک (٧) او جعلتہ ملکا لک بکذا وھذا (٨) ھو الّذی قوّاہ (٩) جماعۃ من متاخّری المتأخّرین وحکی عن جماعۃ ممّن تقدّمھم (١٠) کالمحقّق علی ما حکی عن تلمیذہ (١١) کاشف الرّموز ...

← ملکا لک بکذا) فانّہ یفید لازم عقد البیع بحسب الوضع فیفید ارادۃ نفس البیع بالقرائن کما انّ قولک (زید کثیر الرّماد) یفید بحسب الوضع لازم جود زید فیفید ارادۃ نفس الجود بالقرائن (١) الضّمیر عائد الی القرائن (٢) وھی مقابل العقود الجائزۃ (٣) ای لصیغ العقود اللّازمۃ (٤) یعنی حتّی یشمل البیع بقول مطلق جمیع اقسام البیع کالنّقد والنّسیۃ والسّلم والمرابحۃ والمواضعۃ والمساومۃ والتّولیۃ (٥) کعقد الاجارۃ (٦) قولہ (فی المعنی) متعلّق بقولہ (ظھور) (٧) فانّ قولہ : (بعت وملّکت) تصریح وقولہ (نقلت الی ملکک او جعلتہ ملکا لک بکذا) کنایۃ لکن لمّا کان الظّھور العرفی کافیا فی المعنی المقصود کفی اجراء عقد البیع بکلّ واحد منھا (٨) اشارۃ الی الاکتفاء بکلّ لفظ لہ ظھور عرفیّ فی المعنی المقصود (٩) الضّمیر عائد الی قولہ (ھذا) (١٠) الضّمیر الفاعل المستتر یرجع الی من) فی قولہ (ممّن) والضّمیر المفعول یرجع الی متاخّری المتأخّرین (١١) ای عن تلمیذ المحقّق الّذی ھو کاشف الرّموز

في خصوص الفاظ عقد البيع

انّه (١) حكى عن شيخه المحقّق انّ عقد البيع لا يلزم منه لفظ مخصوص وانّه (٢) اختاره ايضًا وحكى عن الشّهيد ره في حواشيه انّه (٣) جوّز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه مثل اسلمت اليك وعاوضتك وحكاه (٤) في لك عن بعض مشايخه المعاصرين بل هو (٥) ظ العلّامة في ير حيث قال (٦) انّ الايجاب اللّفظ الدّالّ على النّقل مثل بعتك اوملّكتك اوما يقوم مقامهما ونحوه (٧) المحكيّ عن التّبصرة ود وشرحه (٨) لفخر الاسلام فاذا كان الايجاب هو اللّفظ الدّالّ على النّقل فكيف لا ينعقد (٩) بمثل نقلته الى ملكك اوجعلته ملكًا لك بكذا بل ربّما يدّعى انّه (١٠) ظ كلّ من اطلق اعتبار الايجاب والقبول فيه (١١) من دون ذكر لفظ خاصّ كالشّيخ واتباعه (١٢) ...

---

(١) الضّمير عائد الى كاشف الرّموز (٢) اى انّ كاشف الرّموز اختار قول المحقّق ايضًا وهو انّ عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص (٣) الضّمير عائد الى الشّهيد (٤) الضّمير يرجع الى جواز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه (٥) اى جواز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه ظاهر العلّامة ره (٦) اى قال العلّامة (٧) اى نحو قول العلّامة (٨) اى وشرح الارشاد لفخر المحقّقين ابن العلّامة (٩) الضّمير الفاعل المستتر يرجع الى الايجاب (١٠) الضّمير عائد الى جواز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه (١١) اى في البيع (١٢) يعنى انّ الشّيخ واتباعه اطلقوا اعتبار الايجاب و القبول ولم يذكروا لفظا خاصًّا في البيع .

فى الاكتفاء بكل لفظ له ظهور فى

وقد حكى عن الاكثر تجويز البيع حالاً (١) بلفظ السّلم (٢) وصرّح جماعة ايضاً فى بيع التّولية (٣) بانعقاده (٤) بقوله ولّيتك العقد او ولّيتك السّلعة والتّشريك (٥) فى المبيع بلفظ شرّكتك وعن لك فى مسئلة تقبّل احد الشّريكين فى النّخل (٦) حصّة صاحبه بشئ معلوم من الثّمرة ...

---

(١) وهو بيع الحاضر بالحاضر واعلم انّ البيع ينقسم باعتبار التّأخير والتّقديم فى العوضين الى اربعة اقسام، احدها بيع الحاضر بالحاضر وهو النّقد والحالّ وثانيها بيع المؤجّل بالمؤجّل وهو بيع الكالى بالكالى، وثالثها بيع الحاضر بالثّمن المؤجّل وهى النّسيئة، ورابعها بيع المؤجّل بالحاضر وهو السّلم (٢) وهو بيع المؤجّل بالحاضر (٣) وهى ان يبيع البايع برأس المال مع الاخبار برأس المال ولا يخفى انّ البيع بالنّسبة الى الاخبار بالثّمن وعدمه ينقسم الى اربعة اقسام احدها: ان يبيع مع عدم الاخبار برأس المال وهو المساومة وثانيها ان يبيع برأس المال مع الاخبار به وهو التّولية وثالثها ان يبيع بزيادة عليه مع الاخبار به وهو المرابحة ورابعها ان يبيع بنقصان عنه مع الاخبار به وهو المواضعة قال الشّهيد الثّانى فى الرّوضة فى ج ١ ص ٢٧٤ وبقى قسم خامس وهو اعطاء بعض المبيع برأس ماله انتهى فعلى هذا ينقسم البيع بالنّسبة الى الاخبار بالثّمن وعدمه الى خمسة اقسام (٤) اى بانعقاد بيع التّولية (٥) (التّشريك) عطف على قوله (بيع التّولية) (٦) كما لو كان الشّخصان شريكين فى النّخل فيقول احدهما للآخر: تقبّلت حصّتك بمأة رطل من الثّمرة فيقول الآخر قبلت وبملك المتقبّل الزّايد وبلزمه لو نقص .

في الاكتفاء بكلّ لفظ له ظهور عرفيّ

انّ ظاهر الاصحاب جواز ذلك (١) بلفظ التّقبّل مع انّه (٢) لا يخرج عن البيع او الصّلح او معاملة ثالثة لازمة عند جماعة هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع (٣) واما في غيره (٤) فظاهر جماعة في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاصّ فجوّزوه (٥) بقوله تصرّف فيه او انتفع به وعليك ردّ عوضه او خذه بمثله واسلفتك (٦) وغير ذلك ممّا عدّوا مثله في البيع من الكنايات مع انّ القرض من العقود اللّازمة (٧) على حسب لزوم البيع والاجارة (٨) ...

---

(١) اشارة الى (تقبّل احد الشّريكين في النّخل الخ) (٢) اى انّ هذا التّقبّل المذكور (٣) وهو الاكتفاء بكلّ لفظ له ظهور عرفيّ في المعنى المقصود وجواز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه فيتحقّق البيع بالتّصريح والكناية (٤) اى في غير البيع (٥) اى جوّزوا القرض بقوله تصرّف فيه وعليك ردّ عوضه، فانّ هذا القول يفيد لازم عقد القرض بحسب الوضع فيفيد ارادة القرض بالقرائن فيكون كناية (٦) (اسلف) فلانا مالا اقرضه اياه و(السّلف) في لغة اهل العراق: السّلم وهو بيع الدّين بالعين (السّلف) ايضا: القرض الّذي لا منفعة فيه للمقرض وعلى المقترض ردّه كما اخذه (اقرب الموارد) (٧) لكنّ الشّهيد الثّاني قال في الرّوضة في ج ١ ص ٢٩٧ (لانّه من العقود الجائزة وهي لا تنحصر في لفظ) وقال في ص ٢٩٨ لانّه عقد جائز فلا يلزم ما يشترط فيه الحاقا لشرطه بجزئه انتهى فيكون القرض مختلفا فيه (٨) فيستفاد ممّا ذكره انّ العقود اللّازمة لا تتوقّف على الالفاظ الصّريحة.

في الاكتفاء بكلّ لفظ له ظهور عرفيّ

وحكى عن جماعة في الرّهن انّ ايجابه يؤدّى بكلّ لفظ يدلّ عليه مثل قوله هذه وثيقة عندك وعن بس تجويزه بقوله خذه اوامسكه بمالك (١) وحكى عن غير واحد تجويز ايجاب الضّمان الّذى هو من العقود اللّازمة - بلفظ تعهّدت المال (٢) وتقلّدته (٣) وشبه ذلك وقد ذكر المحقّق وجماعة ممّن تاخّر عنه جواز الاجارة بلفظ العارية (٤) معلّلين بتحقّق القصد (٥) وتردّد جماعة في انعقاد الاجارة بلفظ بيع المنفعة (٦) وقد ذكر جماعة جواز المزارعة بكلّ لفظ تدلّ على تسليم الأرض للمزارعة وعن مجمع البرهان كما في غيره (٧) انّه لاخلاف في جوازها (٨) بكلّ لفظ يدلّ على المطلوب مع كونه (٩) ماضيًا ...

---

(١) فمعلوم انّ هذه الالفاظ ليست صريحة في الرّهن (٢) قوله (تعهّدت) و (تقلّدت) هو المتكلّم وحده (٣) (قلّدَ) المرئة قِلادةً : جعلها في عنقها و البعير جعل في عنقه حبلاً يقاد به (تقلّدت) المرئة القِلادةَ : لبستها وفلانٌ الامر : تولّاه والزمه نفسه (اقرب الموارد) (تقلّدت) المرئة القِلادة : لبستها . تقلّد الامر : تولّاه والزمه نفسه (المنجد) فيكون معنى قوله (تقلّدته) الزمت المال نفسى (٤) كأن يقول الموجر : (اعرتك هذه الدّار سنتين بالف درهم) والحال انّ لفظ العارية ليس صريحًا في الاجارة (٥) لانّ العقود تابعة للقصود (٦) كأن يقول الموجر (بعتك منفعة هذه الدّار سنتين بالف درهم) (٧) اى في غير مجمع البرهان (٨) اى في جواز المزارعة (٩) اى مع كون اللّفظ ماضيًا .

في الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي

وعن المشم جوازها (١) بلفظ ازرع (٢) وقد جوّز جماعة الوقف بلفظ حرّمت وتصدّقت مع القرينة الدالّة على ارادة الوقف مثل ان لا يباع ولا يورث مع عدم الخلاف كما عن غير واحد على انّهما (٣) من الكنايات وجوّز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتّع (٤) مع انّه (٥) ليس صريحا فيه ومع هذه الكلمات (٦) كيف يجوز ان يسند الى العلماء او اكثرهم وجوب ايقاع العقد باللفظ الموضوع له وانه لا يجوز بالالفاظ المجازيّة خصوصا مع تعميمها للقريبة والبعيدة كما تقدّم (٧) عن بعض المحققين ولعلّه لما عرفت من تنافي (٨) ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالالفاظ المجازيّة في العقود اللازمة ...

---

(١) اى جواز المزارعة (٢) اى بلفظ صيغة الامر بان يقول صاحب الارض للزارع (ازرع) (٣) الضمير المثنّى يرجع الى لفظ حرّمت وتصدّقت (٤) كان تقول الزوجة في النكاح الدائم (متّعتك نفسي بمبلغ معلوم) (٥) اى مع ان لفظ التمتّع ليس صريحا في النكاح الدائم (٦) اشارة الى الكلمات التي نقلها المصنف ره من العلماء في مختلف ابواب العقود (٧) اى تقدّم التعميم عن بعض المحققين بقوله (حتى صرّح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب والبعيد) في ص٢١٣ (٨) يعني لعلّه لاجل التنافي بين ما اشتهر بين الفقهاء من عدم جواز التعبير بالالفاظ المجازيّة في العقود اللازمة وبين ما عرفت منهم في الكلمات التي نقلها المصنف من الاكتفاء في اكثر العقود اللازمة بالالفاظ الغير الموضوعة لذلك العقد كالاكتفاء بلفظ التمتّع في النكاح الدائم مع انه لم يوضع للنكاح الدائم ، جمع المحقق الثاني بين كلماتهم بما ذكر في المتن .

في الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي

مع ما عرفت منهم من الاكتفاء في اكثرها بالالفاظ الغير الموضوعة لذلك العقد جمع (١) المحقق الثاني على ما حكي عنه في باب السلم والنكاح بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة (٢) وهو (٣) جمع حسن والاحسن (٤) منه ان يراد باعتبار الحقايق في العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية سواء كان اللفظ الدال على انشاء العقد موضوعا (٥) له بنفسه او مستعملا فيه (٦) مجازا (٧) بقرينة لفظ موضوع اخر ليرجع الافادة بالاخرة الى الوضع اذ لا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو مناط الصراحة بين افادة لفظ للمطلب ...

---

(١) قوله (جمع) خبر لـ (لعل) في قوله (لعله) (٢) فان قول المرئة (انكحتك نفسي بمبلغ معلوم) في النكاح الدائم حقيقة و (متعتك نفسي بمبلغ معلوم) مجاز قريب و (وهبتك نفسي بمبلغ معلوم) مجاز بعيد مثلا (٣) يعني جمع المحقق الثاني جمع حسن في رفع المنافاة عن كلماتهم (٤) والمصنف ره شرع ان يذكر جمعه الذي هو احسن واولى من جمع المحقق في نظره (٥) كلفظ انكحت في قول الزوجة (انكحتك نفسي بمبلغ معلوم) فانه موضوع للنكاح الدائم. (٦) اي في العقد (٧) كلفظ (متعت) مثلا في قول الزوجة (متعتك نفسي بالدوام بمبلغ معلوم) فانه مستعمل في النكاح الدائم مجازا فان (متعت) مع قولها (بالدوام) يدلان معا على ارادة النكاح الدائم فكل واحد منهما موضوع لمعنى فيرجع الافادة بالاخرة الى الدلالة اللفظية الوضعية.

في الاكتفاء بكلّ لفظ لا ظهور فيه

بحكم الوضع (١) او افادته (٢) له بضميمة لفظ آخر يدلّ بالوضع على ارادة المطلب من ذلك اللّفظ (٣) وهذا بخلاف اللّفظ الّذي يكون دلالته على المطلب لمقارنة حال (٤) او سبوق (٥) مقال خارج عن العقد فانّ الاعتماد عليه (٦) في مفاهم المتعاقدين وان كان من المجازات القريبة جدًّا رجوع (٧) عمّا بنى عليه من (٨) عدم العبرة بغير الاقوال في انشاء المقاصد ...

---

(١) كلفظ (انكحت) فانّه حقيقة في النكاح الدّائم وموضوع له (٢) اى افادة اللّفظ للمطلب بضميمة القرينة الّتي تدلّ بالوضع على ارادة المطلب (٣) اشارة الى اللّفظ الاوّل الّذي افاد المطلب بضميمة اللّفظ الآخر الّذي هو القرينة و توضيح ذلك انّ الرّجل الشّجاع في قولك (رايت رجلًا شجاعًا) يدلّ على ارادة الانسان الشّجاع بحكم الوضع وانّ (اسدًا) في قولك (رايت اسدًا يرمي) يدلّ على الانسان الشّجاع بضميمة (يرمي) فانّ قولك (يرمي) يدلّ بالوضع ايضًا لا بمقارنة حال او سبوق مقال (٤) كما لو كانت المرئة بكرًا وقالت (متّعتك نفسي بمبلغ معلوم) فانّ قولها (متّعت) يدلّ على النّكاح الدّائم بقرينة حاليّة وهي كونها بكرًا بناءً على كون لفظ (متّعت) ليس موضوعًا للنّكاح الدّائم (٥) كما لو تقاول الرّجل والمرئة على الزّوجيّة الدّائمة ثمّ قالت (متّعتك نفسي بمبلغ معلوم) فانّ دلالته على النّكاح الدّائم بقرينة مقاليّة سابقة على العقد (٦) الضّمير يرجع الى كلّ واحد من مقارنة حال وسبوق مقال (٧) (رجوع) خبر لـ(انّ) في قوله: (فانّ الاعتماد) (٨) بيان لـ(ما) في قوله (عمّا بنى عليه).

فى الاكتفاء بكلّ لفظ له ظهور عرفىّ

ولذا (١) لم يجوّزوا العقد بالمعاطاة ولو مع سبق مقال او اقتران حال تدلّ (٢) على ارادة البيع جزمًا وممّا ذكرنا يظهر الاشكال فى الاقتصار على المشترك اللّفظى (٣) اتّكالًا على القرينة الحاليّة المعيّنة (٤) وكذا المشترك المعنوى (٥) ويمكن ان ينطبق على ما ذكرنا (٦) الاستدلال المتقدّم فى عبارة التّذكرة بقوله قده لانّ المخاطب لا يدرى بم خوطب اذ ليس المراد انّ المخاطب لا يفهم منها المطلب ولو بالقرائن الخارجيّة (٧) بل المراد انّ الخطاب بالكناية لمّا لم يدلّ على المعنى المنشئ مالم يقصد الملزوم لانّ اللّازم الاعمّ كما هو الغالب بل المطّرد فى الكنايات لا تدلّ على الملزوم (٨) ...

---

(١) اى ولاجل عدم العبرة بغير الاقوال لم يجوّزوا العقد بالمعاطاة (٢) - الضّمير الفاعل المستتر يرجع الى قوله (حال) (٣) وهو ان يضع الواضع لفظًا واحدًا لمعان متعدّدة باوضاع متعدّدة كوضعه لفظ (العين) تارة للجاسوس واخرى للذّهب المضروب وثالثة لذات الشّئ نفسه (٤) اى المعيّنة فى افادة المقصود العقدى (٥) وهو ان يضع الواضع لفظا واحدًا لمعنى واحد وهو القدر المشترك بين الفردين او الافراد كوضعه لفظ (الانسان) للحيوان النّاطق وهو القدر المشترك بين افراد كثيرة (٦) وهو عدم جواز الاعتماد على القرائن الحاليّة او المقاليّة (٧) اى القرائن الخارجة عن العقد كمقاليّة او حاليّة (٨) فانّ (جعلت ملكًا) فى قوله (جعلت هذا المال ملكًا لك بمأة درهم) لا يدلّ على البيع مالم يقصد المتكلّم البيع لانّ اللّازم الاعمّ لا يدلّ على الملزوم ←

ما لم يقصد المتكلّم خصوص الفرد الجامع مع الملزوم الخاصّ فالخطاب في نفسه محتمل لا يدري المخاطب بم خوطب (١) وانّما يفهم المراد بالقرائن الخارجيّة (٢) الكاشفة عن قصد المتكلّم والمفروض على ما تقرّر في مسئلة المعاطاة انّ النيّة بنفسها او مع انكشافها (٣) بغير الاقوال (٤) لا تؤثّر (٥) في النقل والانتقال فلم يحصل هنا (٦) عقد لفظيّ يقع التفاهم به لكن هذا الوجه (٧) لا يجري في جميع ما ذكروه من امثلة الكناية (٨) ثمّ انّه ربّما يدّعى انّ العقود المؤثّرة في النقل والانتقال اسباب شرعيّة (٩) ...

← فانّ جعل الملك للغير اعمّ من البيع والصلح والهبة المعوّضة فانّه لا يدلّ على الملزوم ما لم يقصد خصوص الفرد الجامع مع الملزوم الخاصّ الّذي هو البيع مثلاً (١) فمراد صاحب التذكرة من قوله (انّ المخاطب لا يدري بم خوطب) هو مع قطع النظر عن القرينة لانّ اللازم اعمّ (٢) اي الخارجة عن العقد كمقاليّة او حاليّة (٣) اي انكشاف النيّة (٤) فالمراد (بغير الاقوال) هو المقال السابق على العقد او الحال المقارنة له (٥) (لا تؤثّر) خبر (انّ) في قوله (انّ النيّة) (٦) اشارة الى انّ النيّة بنفسها او مع انكشافها بغير الاقوال الخ (٧) وهو عدم جواز الاعتماد في العقد على القرائن الحاليّة المقارنة او المقاليّة السابقة (٨) لانّ الاعتماد في بعض الامثلة المذكورة كان على القرينة اللفظيّة ومع ذلك قالوا بعدم جواز العقد بالكناية (٩) يعني وضعها الشارع واخترعها او امضاها.

فى الاكتفاء بكل لفظ دال على عنوان المعاملة

توقيفية (١) كما حكى عن الايضاح (٢) من ان كل عقد لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة بالاستقراء (٣) فلا بد من الاقتصار على المتيقن (٤) وهو (٥) كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء (٦) فضلا عن الروايات المتكثرة (٧) الآتية بعضها واما ما ذكره الفخر (٨) قدس سره فلعل المراد فيه (٩) من الخصوصية المأخوذة فى الصيغة شرعا هى اشتمالها على العنوان (١٠) المعبر عن تلك المعاملة به (١١) فى كلام الشارع فاذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل والمرئة معبرا عنها فى كلام الشارع ...

---

(١) يعنى متوقفة على ان نعلم اذن الشارع وتقريره لها (٢) الايضاح لفخر المحققين (٣) اى التفحص والتتبع فى الروايات (٤) يعنى اذا شك فى انه هل يصح العقد بغير الصريح ام يشترط الصريح مثلا لزم الاجراء بالصريح اذ الصريح صحيح متيقنا وبشك فيما عداه فالاصل عدم تصحيح الشارع له (٥) الضمير عائد الى قوله (انه ربما يدعى ان العقود الخ) (٦) يعنى من لاحظ فتاوى العلماء ظهر له ان الفاظ العقود ليست توقيفية (٧) يعنى ان الروايات تدل على انعقاد العقد بكل لفظ دال على المقصود (٨) اى ما ذكره الفخر المؤيد للادعاء المتقدم وهو قوله (ربما يدعى الخ) (٩) الضمير عائد الى (ما) فى قوله (ما ذكره) (١٠) مثل عنوان البيع والشراء فى عقد البيع كما فى قوله تع واشهدوا اذا تبايعتم س ٢ آية ٢٨٢ وقوله تع ومن يشرى نفسه ابتغاء مرضات الله س ٢ آية ٢٠٧ (١١) الضمير عائد الى العنوان .

فی کیفیّة ایقاع العقد

بالنّکاح (١) اوالزّوجیّة (٢) اوالمتعة (٣) فلابدّ من اشتمال عقدها (٤) علی هذه العناوین (٥) فلایجوز بلفظ الهبة اوالبیع اوالاجارة اونحوذلك (ء) وهکذا الکلام فی العقود المنشئة للمقاصد الاخر کالبیع والاجارة ونحوهما (٧) فخصوصیّة اللّفظ (٨) من حیث اعتبار اشتمالها (٩) علی هذه العنوانات الدّائرة فی لسان الشّارع اومایراد فهالغةً اوعرفًا لانّها بهذه العنوانات موارد للاحکام (١٠) الشّرعیّة الّتی لاتحصی وعلی هذا فالضّابط وجوب ایقاع العقد بانشاء العناوین الدّائرة فی لسان الشّارع ...

---

(١) کما فی قوله تعالی : فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ السّورة ٤ الآیة ٣ . وقوله تعالی : وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ السّورة ٢٤ الآیة ٣٢ (٢) کما فی قوله تعالی : فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا . السّورة ٣٣ الآیة ٣٧ وقوله تعالی: كَذَٰلِكَ وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ السّورة ٤٤ الآیة ٥٤ (٣) کما فی قوله تعالی فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً السّورة ٢٤ الآیة ٤ (٤) ای عقد العلاقة الحادثة بین الرّجل والمرئة (٥) وهی النّکاح والزّوجیّة والمتعة (ء) کلفظ الصّلح (٧) کالهبة والصّلح (٨) یعنی فالخصوصیّة الّتی اعتبرها فخر المحقّقین فی لفظ الصّیغة هی اشتمالها علی هذه العنوانات (٩) الضّمیر المؤنّث یرجع الی الصّیغة لانّ الالف واللّام فی اللّفظ عوض عن المضاف الیه الّذی هو الصّیغة (١٠) فعقد البیع مثلًا بعنوان (البیع) مورد للّزوم وخیار ←

فی کیفیۃ ایقاع العقد

اذلووقع بانشاء غیرھا (١) فان کانت (٢) لامع قصد تلك العناوین کالو لم تقصد المرئۃ الا ھبۃ نفسھا (٣) او اجارۃ نفسھا مدۃ الاستمتاع (٤) لم یترتب (٥) علیہ (ع) الآثار المحمولۃ فی الشریعۃ علی الزوجیۃ الدائمۃ او المنقطعۃ وان کانت (٧) بقصد ھذہ العناوین (٨) دخلت فی الکنایۃ التی عرفت ان تجویزھا (٩) رجوع (١٠) الی عدم اعتبار افادۃ المقاصد بالاقوال فما ذکرہ (١١) الفخر مؤید لما ذکرناہ (١٢) واستفدناہ من کلام والدہ قدس سرہ والیہ (١٣) یشیر ایضا فما عن جامع المقاصد من ان العقود منلقاۃ من الشارع ...

← المجلس و خیار العیب و خیار الحیوان (١) ای غیر العناوین الدائرۃ (٢) ای فان کانت صیغۃ العقد (٣) ای ولم تقصد المرئۃ النکاح الدائم (٤) ای ولم تقصد المرئۃ النکاح المنقطع (٥) قولہ (لم یترتب) جواب لِـ (لو) فی قولہ (اذلووقع) (ع) ای علی العقد (٧) ای وان کانت الصیغۃ (٨) ای فان قالت المرئۃ (وھبت نفسی) وتقصد النکاح فتدخل فی الکنایۃ لان حلیۃ البضع من لوازم الزوجیۃ (٩) ای تجویز الکنایۃ (١٠) سؤال وجواب اما السؤال : فلم کان تجویز الکنایۃ رجوعا الی عدم اعتبار افادۃ المقاصد بالأقوال والحال ان قولك (زید کثیر الرماد) قول یفید (کونہ کریما) واما الجواب : فان (کثیر الرماد) لم یفد بالقول (کونہ کریما) وانما افادہ بالانتقال العقلی الحادث بسبب القول فحال (کثیر الرماد) حال العلامۃ التی توضع علی الطریق لافادۃ مقدار المسافۃ (١١) وھو المحکی عن الایضاح (١٢) وھو قولہ فالضابط ←

فلا ينعقد عقد بلفظ اخر ليس من جنسه (١) وما (٢) عن لك من (٣) انه يجب الاقتصار على العقود اللازمة على الالفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة ومراده (٤) بالمنقولة شرعا هي المأثورة (٥) في كلام الشارع وعن كنز العرفان في باب النكاح انه (٦) حكم شرعي حادث فلا بد له من دليل يدل على حصوله (٧) وهو (٨) العقد اللفظي المتلقى من النص (٩) ثم ذكر لايجاب النكاح الفاظا ثلاثة (١٠) وعلتها بورودها في القران (١١) ولا يخفى ان تعليله (١٢) هذا (١٣) كالصريح فيما ذكرناه من تفسير توقيفية العقود (١٤) وانها (١٥) متلقاة من الشارع ...

← وجوب ايقاع العقد بانشاء العناوين الخ (١٣) اى الى ما ذكرناه .

(١) اى من جنس العقد المتلقى من الشارع (٢) عطف على (ما) في قوله (ما عن جامع المقاصد) (٣) بيان لـ (ما) في قوله (وما عن المسالك) (٤) اى مراد صاحب المسالك (٥) اى المنقولة (٦) اى ان النكاح (٧) حصول هذا الحكم الشرعي الحادث (٨) الضمير عائد الى النكاح (٩) اى من نص الشارع (١٠) وهي (النكاح) و (الزواج) و (المتعة) (١١) قال تعالى (وزوجناهم بحور عين) و (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) و (فما استمتعتم به منهن) (١٢) اى تعليل صاحب كنز العرفان (١٣) اشارة الى قوله (بورودها في القران) (١٤) يعني ايقاع العقود بانشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع (١٥) الضمير عائد الى العقود .

في كيفيّة ايقاع العقد

ووجوب الاقتصار على المتيقّن (١) ومن هذا الضّابط (٢) تقدّم على تمييز الصّريح المنقول شرعًا المعهود لغة من الالفاظ المتقدّمة في ابواب العقود المذكورة من (٣) غيره وانّ الاجارة بلفظ العارية غير جايزة (٤) وبلفظ بيع المنفعة او السّكنى (٥) مثلاً لا يبعد جوازه وهكذا (ع) ...

---

(١) اى على المتيقّن الّذى دار في لسان الشّارع (٢) وهو وجوب ايقاع العقد بانشاء العناوين الدّائرة في لسان الشّارع (٣) قوله (من غيره) متعلّق بقوله (تمييز الصّريح) (٤) يعنى فقول صاحب الدّار للمستاجر: (اعرتك هذه الدّار سنة بمأة درهم) لا يجوز لعدم ورود الاجارة بلفظ العارية شرعًا ولا المعهود لغة (٥) يعنى فانّ يقول صاحب الدّار للمستأجر بعتك سكنى هذه الدّار سنة بمأة دينار لا يبعد جوازه لوروده في بعض الأخبار كخبر اسحق بن عمّار عن عبد صالح ع قال: سئلته عن رجل وفي يده دار ليست له ولم يزل في يده وبيد آبائه من قبله قد علمه من مضى من آبائه انّها ليست لهم ولا يدرون لمن هى فيبيعها ويأخذ ثمنها قال ع: ما احبّ ان يبيع ما ليس له قلت فانّه ليس يعرف صاحبها ولا يدرى لمن هى ولا اظنّ يجيئ لها ربّ ابدًا قال ع ان يبيع ما ليس له قلت فيبيع سكناها او مكانها في يده فيقول ابيعك سكناى وتكون في يدك كما هى في يدى قال ع نعم يبيعها على هذا. في الوسائل ج ٢ الطبعة القديمة ص ٥٤٩ باب ١ الحديث ٥. (ع) يعنى وهكذا بالنّسبة الى سائر العقود.

فی الفاظ الایجاب فی البیع

اذا عرفت هذا فلنذکر الفاظ الایجاب والقبول (١) منها لفظ بعت فی الایجاب لا خلاف فیه فتوی ونصًا وهو (٢) وان کان من الأضداد (٣) بالنسبة الی البیع والشراء لکن کثرة استعماله فی وقوع البیع به تعیّنه (٤) ومنها (٥) لفظ شریت (٦) فلا اشکال فی وقوع البیع (٧) به لوضعه (٨) له کما یظهر من المحکی عن بعض اهل اللغة (٩) بل قیل لم یستعمل فی القرآن الکریم الا فی البیع (١٠) وعن القاموس شراه یشریه ملکه بالبیع وباعه کاشتراه (١١) فهما (١٢) ضدّ ...

---

(١) یعنی الفاظ الایجاب والقبول فی البیع (٢) ای لفظ البیع (٣) یعنی ان البیع مشترک لفظی بین البیع والشراء کالقرء فانه مشترک لفظی بین الطهر والحیض (٤) ای کثرة الاستعمال تعیّن البیع وتغنیه عن القرینة المعیّنة (٥) ای من الفاظ الایجاب (٦) ای لفظ شریت فی الایجاب (٧) کان یقول الموجب (شریتک هذا الثوب بدینار) فیقول القابل : (قبلت) (٨) ای لوضع (شریت) للبیع (٩) (شراه یشریه شراءً وشری ملکه بالبیع وباعه ضدٌ (اقرب الموارد) فان الشراء مشترک لفظی بین البیع والشراء الذی هو تملک بالبیع (١٠) کقوله تعالی (وَمِنَ النَّاسِ من یشری نفسه ابتغاء مرضات الله) السورة ٢ الآیة ٢٠٧ (١١) یعنی شراه یشریه مثل اشتری یشتریه ملکه بالبیع وباعه (١٢) الضمیر المثنّی عائد الی الشراء والاشتراء یعنی کلّ واحد منهما مشترک لفظی بین البیع والشراء وکلّ واحد منهما ضد .

في الفاظ الايجاب في البيع

وعنه (١) ايضاً كل من ترك شيئاً وتمسك بغيره فقد اشتراه وربما يستشكل فيه (٢) بقلة استعماله عرفاً في البيع (٣) وكونه محتاجاً الى القرينة المعينة (٤) وعدم نقل الايجاب به (٥) في الاخبار وكلام القدماء ولا يخ (٦) عن وجه ومنها (٧) لفظ ملكت بالتشديد والاكثر على وقوع البيع به (٨) بل ظ نكت الارشاد الاتفاق (٩) حيث قال انه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه كبعت وملكت ويدل عليه (١٠) ما سبق في تعريف البيع من (١١) ان التمليك بالعوض المنحل الى مبادلة العين بالمال هو (١٢) المرادف للبيع عرفاً ولغةً...

---

(١) اى عن القاموس (٢) يعنى يستشكل في ايجاب البيع بلفظ (شريت) (٣) اى في ايجاب البيع (٤) فلا يخفى ان استعمال اللفظ المشترك في احد معنييه يحتاج الى القرينة المعينة اما استعمال اللفظ في غير ما وضع له فيحتاج الى القرينة الصارفة كقولك رأيت اسداً يرمى فان قوله (يرمى) قرينة صارفة عن المعنى الحقيقي الى المعنى المجازي واما استعمال لفظ المشترك المعنوى في فرد من افرادها فيحتاج الى القرينة المفهمة (٥) الضمير يرجع الى لفظ الشراء (٦) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى الاستشكال (٧) اى من الفاظ الايجاب (٨) بلفظ : (ملكت) (٩) اى الاتفاق على وقوع البيع بلفظ (ملكت) (١٠) اى على وقوع البيع بلفظ (ملكت) (١١) بيان لـ (ما) في قوله (ما سبق) (١٢) الضمير يرجع الى (التمليك بالعوض).

في الفاظ الايجاب في البيع

كما صرّح به (١) فخر الدّين حيث قال انّ معنى بعت في لغة العرب ملّكت غيري وما قيل من انّ التّمليك يستعمل في الهبة بحيث لا يتبادر عند الاطلاق (٢) غيرها (٣) فيه انّ الهبة انّما يفهم من تجريد اللّفظ (٤) عن العوض لا من مادّة التّمليك فهي مشتركة (٥) معنى بين ما يتضمّن المقابلة وبين المجرّد عنها فان اتّصل الكلام ذكر العوض افاد المجموع المركّب بمقتضى الوضع التّركيبي البيع (٦) وان تجرّد (٧) عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكيّة المجانيّة (٨) وقد عرفت سابقا انّ تعريف البيع بذلك (٩) تعريف بمفهومه (١٠) الحقيقي فلو اراد (١١)...

---

(١) اى صرّح بانّ التّمليك بالعوض مرادف للبيع (٢) اى عند اطلاق لفظ التّمليك (٣) اى غير الهبة (٤) من تجريد لفظ التّمليك عن العوض (٥) فيكون لفظ التّمليك مشتركا معنويّا فهو كونه حقيقة في القدر المشترك بين ما يتضمّن المقابلة نحو (ملّكتك الكتاب بدينار) وبين المجرّد عن المقابلة نحو ملّكتك الكتاب (٦) (البيع) مفعول لقوله (افاد) (٧) الضّمير الفاعل المستتر يرجع الى الكلام المراد منه التّمليك (٨) وهي الهبة (٩) يعني انّ البيع تمليك بعوض، فتعريف البيع بذلك تعريف حقيقيّ لا تعريف مجازيّ (١٠) الضّمير عائد الى البيع (١١) اى فلو اراد المتكلّم من التّمليك بالعوض الهبة المعوّضة وقال (ملّكتك الكتاب بدينار) او قصد المتكلّم منه المصالحة وقال (ملّكتك الكتاب بدرهم) بنى صحّة عقد الهبة المعوّضة والمصالحة بلفظ غيره مع نيّة الهبة المعوّضة والمصالحة لانّ لفظ التّمليك بالعوض ليس حقيقة في الهبة المعوّضة والمصالحة .

فی الفاظ الایجاب فی البیع

منه (١) الهبة المعوّضة او قصد المصالحة بنی صحّة العقد (٢) به علی صحّة عقد بلفظ غیره مع النیّة ویشهد لما ذکرنا (٣) قول فخر الدّین فی شرح الارشاد انّ معنی بعت فی لغة العرب ملّکت غیری واما الایجاب (٤) باشتریت ففی مفتاح الکرامة انّه قد یقال بصحّته (٥) کما هو (٦) الموجود فی بعض نسخ کره والمنقول (٧) عنها فی نسختین من تعلیق الارشاد اقول وقد یستظهر ذلک (٨) من عبارة کلّ من عطف علی بعت وملّکت شبههما (٩) او ما یقوم مقامهما اذ ارادة خصوص لفظ شریت من هذا (١٠) بعید (١١) جدّا وحمله (١٢) علی ارادة ما یقوم مقامهما فی اللّغات ...

---

(١) ای من التّملیک بالعوض (٢) ای صحّة عقد الهبة المعوّضة والمصالحة (٣) وهو انّ التّملیک بالعوض مرادف للبیع فیکون التّملیک حقیقة فی البیع (٤) ای ایجاب البیع باشتریت بان یقول البایع (اشتریت الدّار بالف دینار) فیقول المشتری (قبلت) (٥) ای بصحّة الایجاب باشتریت (٦) ای الایجاب باشتریت (٧) عطف علی قوله (الموجود) (٨) اشارة الی صحّة الایجاب باشتریت (٩) ای قال کلّ من عطف انّ ایجاب البیع صحیح بـ (بعت وملّکت وشبههما) او قال ایجاب البیع صحیح بـ (بعت وملّکت وما یقوم مقامهما) (١٠) اشارة الی قوله (شبههما وما یقوم مقامهما) (١١) ووجه البعد انّه لو کان هنا لفظ واحد لجیئ به ولا داعی للاتیان بلفظ کلّی مثال شبههما او ما یقوم مقامهما (١٢) ای وحمل (شبههما وما یقوم مقامهما) .

في الفاظ الايجاب في البيع

الاخر (١) للعاجز عن العربية بعد فيتعين ارادة ما يرادفهما (٢) لغة او عرفا فيشمل (٣) شربت واشتريت لكن الاشكال المتقدم (٤) في شربت اولى بالجريان هنا (٥) لان شربت استعمل في القران الكريم في البيع بل لم يستعمل فيه الا فيه (٦) بخلاف اشتريت (٧) ودفع الاشكال (٨) في تعيين المراد منه (٩) بقرينة تقديمه الدال على كونه ايجابا اما بناء على لزوم تقديم الايجاب على القبول واما لغلبة ذلك (١٠) غير صحيح (١١) لان الاعتماد على القرينة الغير اللفظية (١٢) ...

---

(١) كالفارسية والهندية وغيرهما (٢) اى يرادف (بعت وملكت) (٣) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى كل واحد من قوله (شبههما) و(ما يقوم مقامهما) (٤) وهو قلة استعمال لفظ شربت عرفا في البيع الخ (٥) اى في اشتريت (٦) اى الا في البيع (٧) يعنى ان لفظ اشتريت لم يستعمل في القران الكريم في البيع (٨) اى دفع جريان الاشكال في اشتريت بان تقدمه على القبول قرينة دالة على كونه ايجابا غير صحيح (٩) اى من لفظ (اشتريت) (١٠) اى لغلبة تقديم الايجاب وان صح تاخيره كما في الاستيجاب في الايجاب بان يقول المشترى (بعنى هذا الكتاب) فيقول البايع (بعتك هذا الكتاب) (١١) قوله (غير صحيح) خبر لمبتداء مقدم وهو قوله : (دفع الاشكال) (١٢) ان تقديم الايجاب على القبول الدال على كون لفظ (اشتريت) ايجابا قرينة مقامية غير لفظية لا يعتمد عليها في تعيين المراد من الفاظ العقود .

في الفاظ الايجاب والقبول في البيع

في تعيين المراد من الفاظ العقود قد عرفت ما فيه الا ان يدّعى انّ ما ذكر سابقاً من اعتبار الصّراحة مختصّ بصراحة اللّفظ من حيث دلالته على خصوص العقد وتميّزه (١) عمّا عداه من العقود واما تميّز ايجاب عقد معيّن عن قبوله الرّاجع الى تميّز البايع عن المشترى فلا يعتبر فيه (٢) الصّراحة بل يكفى استفادة المراد ولو بقرينة المقام (٣) او غلبته (٤) ونحوها وفيه (٥) اشكال واما القبول (٦) فلا ينبغى الاشكال فى وقوعه بلفظ قبلت ورضيت واشتريت وشريت (٧) وابتعت وتملّكت وملكت مخفّفاً واما بعت (٨) فلم ينقل الا من الجامع (٩) ...

---

(١) يعنى اعتبار الصّراحة مختصّ على تميّز عقد البيع عن عقد الهبة والاجارة مثلاً واما تميّز البايع عن المشترى فلا يعتبر الصّراحة فيه بل يكتفى فيه بقرينة المقام (٢) اى فى تميّز البايع عن المشترى (٣) اى مقام تقديم الايجاب على القبول (٤) اى غلبة المقام (٥) الضّمير عائد الى المدّعى المستفاد من قوله (الا ان يدّعى الخ) يعنى فى المدّعى المذكور اشكال لانّ الكلام السّابق انّما اعتبر الصّراحة فى العقد كان مفاده الصّراحة فى كل شئ مربوط بالعقد سواء كان من جهة تميّز العقد عمّا عداه من سائر العقود او من جهة تميّز البايع عن المشترى (٦) اى قبول عقد البيع (٧) بان يقول البايع (بعتك هذا الكتاب بدينار) فيقول المشترى (اشتريت او شريت مثلاً) (٨) بان يقول البايع (بعتك هذه الدّار بالف درهم) فيقول المشترى ايضاً (بعت).

(٩) كتاب الجامع ليحيى بن سعيد.

فی الفاظ الایجاب والقبول فی البیع

مع انّ (١) المحکیّ عن جماعة من اهل اللّغة اشتراکه (٢) بین البیع و الشّراء ولعلّ الاشکال (٣) فیه کاشکال اشتریت فی الایجاب واعلم انّ المحکیّ عن نهایة الاحکام ولک انّ الاصل فی القبول قبلت وغیره (٤) بدل لانّ القبول علی الحقیقة ممّا لا یمکن به الابتداء (٥) والابتداء بنحو اشتریت وابتعت ممکن وسیأتی توضیح ذلک فی اشتراط تقدیم الایجاب ثمّ انّ فی انعقاد القبول بلفظ الامضاء والاجازة والانفاذ و شبهها وجهین (٦)

فرع لو اوقعا العقد بالالفاظ المشترکة (٧) بین الایجاب والقبول ثمّ اختلفا فی تعیین الموجب والقابل (٨) امّا بناءً علی جواز تقدیم القبول ...

---

(١) قوله (مع انّ المحکیّ الخ) مؤیّد للجامع (٢) ای اشتراک لفظ البیع (٣) وهو قلّة استعمال لفظ (بعت) فی القبول کما کان قلّة استعمال لفظ (اشتریت) فی الایجاب (٤) ای وغیر قبلت بدل عنه (٥) ای لانّ القبول مطاوعة والمطاوعة لا یعقل الابتداء بها نحو الانکسار فانّه لا یعقل قوله (انکسرت الکوزة فکسرتُ) (٦) احدهما انّ کلّ واحد منها دالّ علی القبول فینعقد القبول بکلّ واحدٍ منها وثانیهما انّ لفظ الامضاء والاجازة والانفاذ لا یتعلّق الّا بمثل العقد الفضولیّ فلا ینعقد القبول بکلّ واحد منها (٧) ای المشترکة بین الایجاب والقبول اشتراکا لفظیّا کأن قال کلّ واحد من المتعاقدین (اشتریت) ثمّ اختلفا (٨) ای فیما کان له اثر شرعیّ کما لو عاوض الحیوان بالاثواب فان کان صاحب الحیوان بائعا کان للمشتری خیار الحیوان والّا لم یکن الخیار لهما .

فی اعتبار العربیّة فی البیع

واما من جهة اختلافهما فی المتقدّم فلا یبعد الحکم بالتخالف (١) ثمّ عدم (٢) ترتّب الآثار المختصّة بکلّ من البیع والاشتراء علی واحد منهما (٣) **مسئلة** المحکیّ عن جماعة منهم السیّد عمید الدّین والفاضل المقداد والمحقّق والشّهید الثّانی ان اعتبار العربیّة فی العقد للتّاسّی (٤) کما فی جامع المقاصد (٥) ولانّ عدم صحّته (٦) بالعربیّ الغیر الماضی (٧) یستلزم عدم صحّته بغیر العربیّ بطریق اولی وفی الوجهین ما لا یخفی (٨) واضعف منهما منع صدق العقد علی غیر العربیّ (٩) مع التمکّن من العربیّ فالاقوی صحّته (١٠) بغیر العربیّ ...

---

(١) لانّ المسئلة هنا لیست من باب المدّعی والمنکر بل من باب انّ کلّ واحد منهما مدّعٍ ومنکرٍ (٢) (عدم ترتّب الآثار) عطف علی قوله (التخالف) (٣) ای من المتعاقدین (٤) (تاسّی) تعزّی تصبّر و - به : اقتدی (اقرب الموارد) ای للتّاسّی والاقتداء بالرّسول والائمّة صلوات الله علیهم (٥) یعنی انّ صاحب جامع المقاصد استدلّ لاعتبار العربیّة فی العقد بالتّاسّی (٦) ای عدم صحّة العقد (٧) یعنی غیر الماضی کقوله (ابیعك) (٨) یعنی یرد علی الوجه الاوّل انّ الرّسول والائمّة صلوات الله علیهم انّما کان لسانهم عربیّاً وعلی الوجه الثّانی انّه لا اولویّة للثّانی علی الاوّل (٩) ووجه الاضعفیّة انّ المنع باطل لانّ العقد هو انشاء الامور الاعتباریّة سواء کان بالعربیّ او بالفارسی او بغیرهما (١٠) ای صحّة العقد .

فی اعتبار العربیّة فی عقد البیع

وهل یعتبر عدم اللّحن (١) من حیث المادّة (٢) والهیئة (٣) بناءً علی اشتراط العربی الاقوی ذلك (٤) بناءً علی انّ دلیل اعتبار العربیّة هو لزوم الاقتصار علی المتیقّن (٥) من اسباب النّقل وکذا اللّحن (٦) فی الاعراب حکی (٧) عن فخر الدّین الفرق بین ما لو قال بعتك بفتح الباء وبین ما لو قال جوّزتك بدل زوّجتك فصحّح الاوّل دون الثّانی لا مع العجز عن التّعلّم والتّوکیل ولعلّه (٨)...

(١) (لَحَنَ - لَحْنًا ولَحَنًا ولُحُونًا ولَحانةً ولَحانِيَّةً) فی کلامها وفی الفرائد: اخطأ فی الاعراب خالف وجه الصّواب (اللّحن) مص. - من الاصوات ما صیغ منها ووضع علی توقیع ونغم معلوم ج: الحان ولحون. لحن الکلام نحواه (المنجد) فالمراد من اللّحن هنا الخطاء والغلط (٢) کأن یقول: (جوّزتك) بدل (زوّجتك) (٣) کأن یقول (بَعْتُ) بفتح الباء بدل (بِعْتُ) بکسر الباء (٤) اشارة الی اعتبار عدم اللّحن فی العقد (٥) فانّ القدر المتیقّن من اسباب النّقل هو عدم اللّحن من حیث المادّة والهیئة (٦) وکذا انّ القدر المتیقّن من اسباب النّقل هو عدم اللّحن من حیث الاعراب کان یقول: (بعتك الکتابُ) برفع الکتاب فانّ لحن فی الاعراب (٧) ای وحکی عن فخر الدّین الفرق بین اللّحن من حیث الهیئة کما لو قال (بَعْتُك) بفتح الباء وبین اللّحن من حیث المادّة کما لو قال (جوّزتك) بدل (زوّجتك) فجوّز الاوّل فانّه یقع به عقد البیع دون الثّانی فانّه لا یقع به عقد النّکاح (٨) الضّمیر عائد الی الفرق المحکیّ عن فخر الدّین.

فی عدم کفایۃ الملحون

لعدم معنی صحیح فی الاوّل الّا البیع بخلاف التجویز (١) فانّ له معنیً آخر فاستعماله فی التّزویج غیر (٢) جائز ومنه (٣) یظهر انّ اللّغات المحرّفة (٤) لا بأس بها اذا لم یتغیّر بها المعنی ثمّ هل المعتبر عربیّة جمیع اجزاء الایجاب والقبول کالثّمن والمثمن ام یکفی عربیّة الصّیغة الدّالّة علی انشاء الایجاب والقبول حتّی لو قال بعتك این کتاب را بده وهم کفی والاقوی هو الاوّل لانّ غیر العربی کالمعدوم ...

---

(١) ای بخلاف التّجویز فی (جوّزتك) (٢) فالظّاهر انّ فخر الدّین یرید الفرق بین اللّحن فی الهیئة مطلقا وبین اللّحن فی المادّة مطلقا لا فی خصوص (بعتك) بفتح الباء فی البیع وفی خصوص (جوّزتك) فی التّزویج (٣) الضّمیر عائد الی وجه الفرق فی کلام الفخر بین المادّة والهیئة (٤) (حرّفه) غیّره و- الکلام: غیّره عن مواضعه (اقرب الموارد) وقال فی تفسیر "المیزان" فی ج ٣ ص ٣٨٧ وقد وصف الله تعالی هذه الطّائفة بتحریف الکلم عن مواضعه، وذلك اما بتغییر مواضع الالفاظ بالتّقدیم والتّاخیر والاسقاط والزّیادة کما ینسب الی التّوراة الموجودة، واما بتفسیر ما ورد عن موسی (علی نبیّنا وآله وعلیه السّلام) فی التّوراة وعن سائر الأنبیاء بغیر ما قصد منه من المعنی الحقّ کما اوّلوا ما ورد فی رسول الله صلّی الله علیه وآله وسلّم من بشارة التّوراة، ومن قبل اوّلوا ما ورد فی المسیح علیه السّلام من البشارة وقالوا: انّ الموعود لم یجئ بعدُ وهم ینتظرون قدومه الی الیوم انتهی فالمراد من التّحریف هنا هو الاوّل.

فكانه (١) لم يذكر في الكلام (٢) نعم لولم يعتبر ذكر متعلّقات الايجاب كما لايجب (٣) في القبول واكتفى بانفهامها (٤) ولومن غير اللّفظ صحّ (٥) الوجه الثّاني لكن الشّهيد ره في غاية المراد في مسئلة تقديم القبول نصّ على وجوب ذكر العوضين في الايجاب (٦) ثمّ انّه هل يعتبر كون المتكلّم عالمًا تفصيلًا بمعنى اللّفظ بان يكون فارقًا بين معنى بعت وابيع وانا بايع اويكفى مجرّد علمه بانّ هذا اللّفظ يستعمل في لغة العرب لانشاء البيع الظّاهر هو الاوّل لانّ عربيّة الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام (٧) بل بقصد المتكلّم منه المعنى الّذى وضع (٨) له عند العرب فلا يقال انّه (٩) تكلّم وادّى المطلب على طبق لسان العرب الّا اذا ميّز بين معنى بعت وابيع واوجدت البيع وغيرها بل على هذا (١٠) ...

---

(١) الضّمير عائد الى غير العربيّ (٢) هذا بناء على لزوم ذكر العوضين في العقد حتّى انّه اذا قال البايع (بعتك) وقال المشترى (قبلت) لم يصحّ (٣) اى كما لايجب ذكر المتعلّقات في القبول (٤) اى بانفهام المتعلّقات (٥) قوله (صحّ) جواب لِـ (لو) في قوله (لولم يعتبر) (٦) فبناء على قول الشّهيد لم يصحّ الوجه الثّاني وهو كفاية عربيّة الصّيغة الدّالّة على انشاء الايجاب و القبول فقط (٧) اى ليست العربيّة نفس التّكلّم بها من دون قصد المعنى فان قال انسان (بعت) واراد منه (اِضرِب) لم يكن متكلّمًا بالعربيّة (٨) : الضّمير المستتر يرجع الى الكلام (٩) الضّمير عائد الى المتكلّم (١٠) اشارة الى انّه لايقال انّه تكلّم على طبق لسان العرب الّا اذا ميّز بين معنى بعت وابيع واوجدت البيع .

في اعتبار الماضويّة في البيع

لا يكفي معرفة انّ بعت مرادف لقوله فروختم حتّى يعرف (١) انّ الميم في الفارسيّ عوض تاء المتكلّم فيتميّز بين بعتك (٢) وبعتُ بالضّمّ (٣) وبعتَ بفتح التّاء (٤) فلا ينبغي ترك الاحتياط (٥) وان كان في تعيّنه (٦) نظر (٧) ولذا نصّ بعض على عدّه (٨) **مسئلة** (٩) المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضويّة (١٠) بل في كره الاجماع على عدم وقوعه (١١) بلفظ ابيعك او اشترمنّي ولعلّه لصراحته (١٢) في الأنشاء (١٣) ...

---

(١) الضّمير الفاعل المستتر يرجع الى المتكلّم (٢) اى ان يكون كاف الخطاب بعد تاء المتكلّم (٣) اى ان يكون بدون كاف الخطاب (٤) اى ان يكون بتاء الخطاب من دون انشاء (٥) يعنى انّ معرفة العاقد بتفاصيل الصّيغ هو الاحتياط (٦) اى في تعيّن الاحتياط (٧) ووجه النّظر انّه لا دليل على اكثر من تلفّظ العاقد العقد بقصد المعنى امّا كون المعنى معلومًا عنده من اللّفظ تفصيلًا بحيث يعرف انّ الميم في الفارسي عوض تاء المتكلّم فلا دليل على اعتباره (٨) اى عدّ الاحتياط (٩) هذه مسئلة في اعتبار ماضويّة صيغة العقد (١٠) قوله (اشتراط الماضويّة) خبر لمبتداء مقدّم وهو قوله (المشهور) (١١) الضّمير عائد الى العقد المعلوم بالمقام (١٢) اى لصراحة الماضي (١٣) والفرق بين الماضي والمضارع انّ الماضي اذا كان في موقع الانشاء فلا محالة يكون منسلخًا عن الزّمان الماضي لانّ ايجاد الشّئ في الزّمان الماضي محال فلم يبق الّا قصد ايجاد الملكيّة بخلاف مضارع فانّ قصد ايجاد الملكيّة فيه حالًا او استقبالًا معقول فلا موجب لانسلاخ المضارع عن الحال ←

في اعتبار الماضويّة في البيع

اذ المستقبل (١) اشبه بالوعد والامر (٢) استدعاء لا ايجاب مع انّ قصد الانشاء في المستقبل خلاف المتعارف وعن القاضي في الكامل والمهذّب عدم اعتبارها (٣) ولعلّه لاطلاق البيع (٤) والتّجارة وعموم العقود وما دلّ في بيع الابق (٥) واللّبن في الضّرع (٦) من الايجاب بلفظ المضارع ...

← والاستقبال وحيث انّه مشترك بين الحال والاستقبال فلا دلالة له بنفسه على ثبوت الملكيّة في الحال (١) نحو ابيعك (٢) نحو (اشترمنّي) (٣) اي عدم اعتبار الماضويّة (٤) اي اطلاق البيع في قوله تعالى (احلّ البيع) واطلاق التّجارة في قوله تعالى (الّا ان تكون تجارة عن تراضٍ) وعموم العقود في قوله تعالى (اوفوا بالعقود (٥) كخبر سماعة عن ابي عبد الله ع في الرّجل يشترى العبد وهو ابق عن اهله قال لا يصلح الّا ان يشترى معه شيئاً آخر ويقول اشترى منك هذا الشّئ وعبدك بكذا وكذا ، فان لم يقدر على العبد كان الّذى نقده فيما اشترى منه في الوسائل ، الطّبعة القديمة ، ج ٢ ص ٥٧١ باب ١١ ، فالمراد من انّ قوله ع (اشترى) في قوله ع (يقول اشترى منك) مضارع (٦) كخبر سماعة قال سئلته عن اللّبن يشترى وهو في الضّرع فقال لا الّا ان يحلب لك منه اسكرجة فيقول اشترمنّي هذا اللّبن الّذى في الاسكرجة وما في ضروعها بثمن مسمّى فان لم يكن في الضّرع شئ كان ما في الاسكرجة . في الوسائل ، الطّبعة القديمة ج ٢ ص ٥٧٠ باب ٨ فانّ قوله (اشتر) في قوله ع (اشترمنّي) امر (السّكرّجة) اناء صغير يؤكل فيه الشّئ القليل من الادم وهي فارسيّة (المجمع) .

فی اعتبار تقدیم الایجاب علی القبول

ونحوی نادل (١) علیه (٢) فی النکاح ولا یخلوهذا (٣) من قوة لو فرض صراحة المضارع فی الانشاء علی وجه لا یحتاج الی قرینة المقام فتش (٤)

مسئلة (٥) الاشهر (ع) کما قیل لزوم تقدیم الایجاب علی القبول و به (٧) صرّح فی ف والوسیلة وغُرّ وکره کما عن الایضاح ومع صد ولعلّه الاصل (٨)...

---

(١) وهو کخبر ابان بن تغلب قال قلت لابی عبدالله کیف اقول لها اذا خلوت بها قال تقول اتزوّجکِ متعة علی کتاب الله وسنّة نبیّه لا وارثة ولا موروثة کذا وکذا یوما وان شئت کذا وکذا سنة بکذا وکذا درهما وتسمّی من الاجر ما تراضیتما علیه قلیلا کان او کثیرا فاذا قالت نعم فقد رضیت وهی امرأتک وانت اولی الناس بها الحدیث فی الوسائل، الطبعة القدیمة ج٣ ص١٢٧ . فالمراد انه اذا جاز غیر الماضی فی النکاح الذی هو اهم للاهمیة فی الفروج جاز فی البیع بطریق اولی (٢) ای علی المضارع (٣) اشارة الی عدم اعتبار الماضویة (٤) لعلّه اشارة الی انّ هذا مخالف للمشهور ومخالف للاجماع عن التذکرة علی عدم وقوع العقد بلفظ ابیعک واشتریمنّی (٥) ای هذه مسئلة فی لزوم تقدیم الایجاب علی القبول (ع) قوله (الاشهر) مبتداء وخبره (لزوم تقدیم الایجاب) (٧) ای بلزوم تقدیم الایجاب (٨) یمکن ان یراد من الاصل هو عدم سببیة ما شکّ فی سببیته فیستصحب بقاء المال علی ملک مالکه فخرج منه العقد الذی تقدم الایجاب فیه علی القبول وبقی غیره تحت الاصل ویحتمل ان یکون المراد من الاصل هو المتعارف عند الناس .

فی اعتبار تقدیم الایجاب علی القبول

بعد حمل ایۃ وجوب الوفاء (١) علی العقود المتعارفۃ (٢) کاطلاق (٣) البیع والتجارۃ فی الکتاب والسنۃ وزاد بعضہم (٤) انّ القبول فرع الایجاب فلا یتقدّم علیہ وانّہ (٥) تابع لہ فلا یصحّ تقدّمہ علیہ (٦) وحکی فی غایۃ المراد عن ف الاجماع علیہ (٧) ولیس فی ف (٨) فی ھذہ المسئلۃ الّا انّ (٩) البیع مع تقدیم الایجاب متّفق علیہ (١٠) فیؤخذ بہ فراجع (١١) خلافاً للشّیخ فی ط فی باب النّکاح (١٢) ...

---

(١) فی قولہ تعالٰی (اَوفُوا بالعقود) (٢) وھی تقدّم الایجاب علی القبول (٣) ای کاطلاق (احلّ البیع) و (ان تکون تجارۃ عن تراضٍ) فانّ اطلاقہما محمول علی العقد والبیع المتعارف وھو کون الایجاب مقدّماً علی القبول (٤) ای زاد بعض الفقہاء زیادۃ علی الاصل المذکور وعلی الآیات المذکورۃ (انّ القبول فرع الایجاب) (٥) ای انّ القبول تابع (٦) فلا یصحّ تقدّم القبول علی الایجاب لانّ معنی التّابع البعدیّۃ ومعنی المتبوع القبلیّۃ (٧) ای علی لزوم تقدیم الایجاب علی القبول (٨) ای فی کتاب الخلاف (٩) یعنی کان فی کتاب الخلاف فی ھذہ المسئلۃ انّ البیع مع تقدیم الایجاب متّفق علیہ فیؤخذ بہ (١٠) لعلّ مراد المصنّف ؒ من ذکر ھذہ العبارۃ انّہ فرق بین دعوی الاجماع علی لزوم تقدیم الایجاب وبین دعوی الاجماع علی انّ البیع مع تقدیم الایجاب صحیح . (١١) یعنی فراجع الی کتاب الخلاف حتّی یتبیّن لک الحقّ (١٢) یعنی انّ الشّیخ ؒ اجاز تقدیم القبول فی کتاب المبسوط فی باب النّکاح .

فی اعتبار تقدیم الایجاب علی القبول

وان وافق (١) الخلاف فی البیع الا انّه (٢) عدل عنه فی باب النکاح بل ظ کلامه (٣) عدم الخلاف فی صحّته (٤) بین الامامیّة حیث انّه (٥) بعد ما ذکر انّ تقدیم القبول بلفظ الامر فی النکاح بان یقول الرّجل زوّجنی فلانة جایز بلا خلاف قال (٦) امّا البیع فانّه اذا قال بِعنیها فقال بعتکها صحّ عندنا وعند قوم من المخالفین وقال قوم منهم لا یصحّ حتّی یسبق الایجاب انتهی (٧) وکیف کان فنسبة القول الاوّل (٨) الظ مستند الی کلامه فی باب البیع واما فی باب النکاح فکلامه صریح فی جواز التّقدیم (٩) کالمحقّق ره فی یع والعلّامة فی ئر والشّهیدین فی بعض کتبهما وجماعة ممّن تأخّر عنهما للعمومات (١٠) السّلیمة عمّا یصلح لتخصیصها وفحوی جوازه فی النّکاح الثّابت بالاخبار ...

---

(١) یعنی وان وافق الشّیخ ره فی کتاب المبسوط فی باب البیع کتاب الخلاف فی لزوم تقدیم الایجاب علی القبول (٢) یعنی الّا انّ الشّیخ ره عدل عمّا ذکره فی باب البیع فی المبسوط من لزوم تقدیم الایجاب فی باب النّکاح من المبسوط واجاز تقدیم القبول فی نکاح المبسوط (٣) ای کلام الشّیخ فی نکاح المبسوط (٤) ای فی صحّة تقدیم القبول علی الایجاب (٥) ای انّ الشّیخ الطّوسی ره (٦) ای قال الشّیخ الطّوسی (٧) ای انتهی کلام الشّیخ الطّوسی ره (٨) وهو لزوم تقدیم الایجاب (٩) ای جواز تقدیم القبول (١٠) کقوله تعالی (احلّ الله البیع) و (ان تکون تجارة عن تراضٍ) و (اوفوا بالعقود).

فی اعتبار تقدیم الایجاب علی القبول

مثل خبر ابان بن تغلب (١) الوارد فی کیفیة الصیغة المشتمل علی صحة تقدیم القبول بقوله للمرأة اتزوجك متعةً علی کتاب الله وسنة رسول الله ﷺ الی ان قال فاذا قالت نعم فهی امرأتك وانت اولی الناس بها ورواية (٢) سهل الساعدی (٣)..

---

(١) فی الوسائل، الطبعة القدیمة ج ٣ ص ١٢٧، عن ابان بن تغلب قال قلت لابی عبد الله کیف اقول لها اذا خلوت بها قال تقول اتزوجك متعةً علی کتاب الله وسنة نبیه لا وارثة ولا موروثة کذا وکذا یوما وان شئت کذا وکذا سنة بکذا وکذا درهما وتسمی من الاجر ما تراضیتما علیه قلیلا کان او کثیرا فاذا قالت نعم فقد رضیت وهی امرأتك وانت اولی الناس بها الحدیث فالمراد انه اذا جاز تقدیم القبول فی النکاح الذی له الاهمیة لاجل الفروج کان جوازه فی البیع بطریق اولی (٢) عطف علی قوله (خبر ابان) (٣) فی المسالك ج ١ ص ٤٤٣، قال کما ورد فی خبر سهل الساعدی المشهور بین العامة والخاصة ورواه کل منهما فی الصحیح وهو ان امرأة اتت رسول الله ﷺ وقالت یا رسول الله وهبت نفسی لك وقامت قیاما طویلا فقام رجل وقال یا رسول الله زوجنیها ان لم یکن لك فیها حاجة فقال رسول الله ﷺ هل عندك من شئ تصدقها ایاه فقال ما عندی الا ازاری هذا فقال رسول الله ان اعطیتها ازارك جلست لا ازار لك التمس ولو خاتما من حدید فلم یجد شیئا فقال رسول الله ﷺ هل معك من القرآن شئ قال نعم سورة کذا وسورة کذا السور سماها فقال رسول الله ﷺ زوجتك بما معك من القرآن انتهی ما فی المسالك وفی روایة محمد بن مسلم عن ابی جعفر الی ان قال فقال أتحسن شیئا من القرآن قال نعم زوجتکها علی ما تحسن من القرآن فعلمها ایاه .

في اعتبار تقديم الايجاب على القبول

المشهور في كتب الفريقين كما قيل المشتملة على تقديم القبول من التزوج بلفظ زوجنيها والتحقيق انّ القبول امّا ان يكون بلفظ قبلت ورضيت وامّا ان يكون بطريق الأمر والاستيجاب (١) نحو يعني فيقول المخاطب بعتك وامّا ان يكون بلفظ اشتريت وملكت مخففًا وابتعت فان كان بلفظ قبلت فالظاهر عدم جواز تقديمه (٢) وفاقًا لما عرفت في صدر المسئلة بل المحكيّ عن المبسوط وذلك ومجمع الفائدة انّه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ قبلت وهو المحكيّ عن نهاية الاحكام وكشف اللثام في باب النكاح وقد اعترف به غير واحد من متاخري المتأخرين ايضًا بل المحكيّ هناك (٣) عن ظاهر الاجماع عليه (٤) ويدلّ عليه مضافًا الى ما ذكر (٥) والى كونه (٦) خلاف المتعارف من العقد انّ (٧) القبول الّذي هو احد ركني عقد المعاوضة فرع الايجاب فلا يعقل تقدّمه عليه ليس المراد من هذا القبول الّذي هو ركن للعقد مجرّد (٨) الرّضا بالايجاب حتّى يقال انّ الرّضا بشيء لا يستلزم تحقّقه (٩) قبله ...

---

(١) فالمراد من (الاستيجاب) هو الامر كما اذا قال المشتري (بعني) فقال البائع (بعتك) (٢) اى تقديم القبول (٣) اى في باب النكاح (٤) اى على عدم جواز تقديم القبول بلفظ (قبلت) (٥) وهو الاجماع (٦) اى كون تقديم القبول خلاف المتعارف (٧) قوله (انّ القبول) فاعل لقوله (يدلّ) (٨) قوله (مجرّد الرّضا) خبر (ليس) في قوله (وليس المراد) (٩) اى تحقّق الشيء .

في اعتبار تقديم الايجاب في البيع

فقد يرضى الانسان بالامر المستقبل بل المراد منه (١) الرّضا بالايجاب على وجه يتضمّن (٢) انشاء نقل ماله في الحال الى الموجب على وجه العوضيّة لانّ المشترى ناقل كالبايع وهذا (٣) لا تتحقّق الّا مع تاخّر الرّضا عن الايجاب اذ مع تقدّمه (٤) لا يتحقّق النّقل في الحال فانّ من رضى بمعاوضة بنشئها (٥) الموجب في المستقبل لم ينقل في الحال ماله الى الموجب بخلاف من رضى بالمعاوضة الّتى انشأها الموجب سابقا فانّه (٦) يرفع بهذا الرّضا يده من ماله وينقله الى غيره على وجه العوضيّة ومن هنا (٧) يتّضح فساد ما حكى عن بعض المحقّقين بحر العلوم في ردّ الدّليل المذكور وهو (٨) كون القبول فرع الايجاب وتابعا له وهو (٩) انّ تبعيّة القبول للايجاب ليس تبعيّة اللّفظ للّفظ (١٠) ولا القصد للقصد (١١) حتّى يمنع تقديمه ...

---

(١) اى من القبول (٢) والحاصل انّ القبول في المعاوضات متضمّن لنقل العوض ولا بدّ ان يكون ذلك النّقل حاصلا بعد نقل الموجب المعوّض وبعد تملّك المشترى اياه (٣) اشارة الى نقل ماله على وجه التّضمّن في الحال الى الموجب (٤) اى مع تقدّم الرّضا على الايجاب (٥) اى بنشأ المعاوضة (٦) اى فانّ المشترى (٧) اشارة الى انّ القبول بتضمّن انشاء نقل المال في الحال الى الموجب (٨) الضّمير يرجع الى الدّليل المذكور (٩) الضّمير عائد الى (ما) في قوله (ما حكى عن بعض المحقّقين) (١٠) وهو كتبعيّة لفظ الوصف للموصوف والتّاكيد للمؤكّد والبدل للمبدل (١١) وهو كتبعيّة قصد ايجاد المقدّمة لقصد الوصول الى ذى المقدّمة فانّا لا يحصل قصد الوصول الى السّطح مثلا ←

فی اعتبار تقدیم الایجاب علی القبول

وانّما هو (١) علی سبیل الفرض والتّنزیل بان یجعل القابل نفسه متناولاً (٢) لما یلقی الیه من الموجب والموجب متناولاً کما یقول السّائل فی مقام الانشاء انا راضٍ بما تعطینی وقابل لما تمنحنی (٣) فهو (٤) متناول قدم انشاءه (٥) او اخر فعلی هذا (٦) یصحّ تقدیم القبول ولو بلفظ قبلت ورضیت ان لم یقم اجماع علی خلافه انتهی (٧) ووجه الفساد (٨) ما عرفت سابقاً من انّ الرّضا بما یصدر من الموجب فی المستقبل ...

← لا یحصل قصد نصب السّلّم فان قصد نصب السّلّم تابع لقصد الوصول الی السّطح فنصب السّلّم مقدّم وجوداً علی الوصول الی السّطح ومؤخّر عنه قصداً

(١) الضّمیر یرجع الی انّ تبعیّة القبول للایجاب (٢) (تَناوَلَهُ مُناوَلَةً) الشّیء: اعطاه ایّاه (تناول) الشّیء: اخذه (اقرب الموارد) (٣) مَنَحَهُ ـَ منحاً اعطاه ایّاه (اقرب الموارد) (٤) ای السّائل متناول (٥) ای انشاء السّائل (٦) اشارة الی انّ تبعیّة القبول للایجاب علی سبیل الفرض والتّنزیل (٧) ای انتهی ما حکی عن بعض المحقّقین (٨) ای ووجه فساد کلام بعض المحقّقین ما عرفت من انّ القبول یتضمّن امرین احدهما: الرّضا بما یفعله الموجب وهذا یمکن ان یقدّم ویمکن ان یؤخّر وثانیهما نقل القابل مال نفسه فی الحال الی الموجب علی وجه العوضیّة فهو بعد الانفعال لنقل الموجب ومن المعلوم انّ الانفعال لا یتقدّم علی الفعل کما انّ الانکسار لا یتقدّم علی الکسر فلا یجوز ان یتقدّم القبول علی الایجاب .

فی اعتبار تقدیم الایجاب علی القبول

من نقل ماله بازاء مال صاحبه لیس فیه (١) انشاء نقل من القابل فی الحال بل هو (٢) رضاء منه بالانتقال فی الاستقبال ولیس المراد انّ اصل الرّضا بشئ تابع لتحقّقه (٣) فی الخارج اوّلاً قبل الرّضا به (٤) حتّی یحتاج الی توضیحه بما ذکره من المثال (٥) بل المراد الرّضا الّذی یعدّ رکنًا (٦) فی العقد وممّا ذکرنا (٧) یظهر الوجه فی المنع عن تقدیم القبول بلفظ الأمر کما لو قال بِعنی هذا بدرهم فقال بعتك لانّ غایة الأمر دلالة طلب المعاوضة علی الرّضا بها (٨) لکن لم یتحقّق بمجرّد الرّضا بالمعاوضة المستقبلة نقل فی الحال (٩) للدّرهم الی البایع کما لا یخفی واما ما یظهر من ط من الاتّفاق هنا (١٠) علی الصّحة به (١١) فموهون بما ستعرف من مصیر الاکثر علی خلافه واما فحوی جوازه (١٢) فی النّکاح ففیها (١٣) بعد الاغماض ...

---

(١) ای فی الرّضا (٢) الضّمیر عائد الی الرّضا بما یصدر من الموجب فی المستقبل (٣) ای لتحقّق الشّئ (٤) ای بالشّئ (٥) المراد من المثال الّذی ذکره هو قوله (کما یقول السّائل الخ) (٦) وهو ان ینفعل المشتری فعل البایع وقد عرفت انّ الانفعال لا یعقل ان یکون قبل الفعل کما انّ الانکسار لا یعقل ان یکون قبل الکسر (٧) وهو انّ القبول فرع الایجاب وانّ الرّضا من المشتری انفعال لفعل البایع (٨) الضّمیر عائد الی المعاوضة (٩) فی حال یقول (بِعنی) (١٠) ای فی تقدیم القبول فی البیع (١١) ای بلفظ الامر نحو (بِعنی) (١٢) ای جواز تقدیم القبول بلفظ الامر (١٣) الضّمیر عائد الی الفحوی .

في اعتبار تقديم الايجاب على القبول

عن حكم الاصل (١) بناءً (٢) على منع دلالة رواية سهل (٣) على كون لفظ الامر (٤) هو القبول لاحتمال تحقق القبول بعد ايجاب (٥) النبيّ ﷺ ويؤيّده (٦) انّه لولاه (٧) يلزم الفصل الطويل بين الايجاب والقبول منع الفحوى (٨) وقصور دلالة رواية (٩) ابان من حيث اشتمالها على كفاية قول المرئة نعم (١٠) في الايجاب (١١) ثمّ اعلم انّ في صحّة تقديم القبول بلفظ الامر اختلافًا كثيرًا بين كلمات الاصحاب فقال في المبسوط ان قال ...

---

(١) المراد من الاصل هو النكاح (٢) قوله (بناءً الخ) تعليل بعدم الاغماض عن حكم الاصل يعني لولم يغمض عن حكم الاصل لنقول بعدم جواز تقديم القبول بلفظ الامر في النكاح ايضًا بناء على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر هو القبول الخ (٣) قد ذكرت الرواية في ص٢٤٣ (٤) وهو قول الرجل الصحابي حيث قال يارسول الله زوّجنيها (٥) وهو قول رسول الله ﷺ حيث قال زوّجتكها بما معك من القرآن (٦) اى يؤيّد تحقق القبول بعد ايجاب النبيّ ﷺ (٧) الضمير عايد الى تحقق القبول بعد ايجاب النبيّ ﷺ (٨) قوله (منع الفحوى) مربوط بقوله (ففيها) وانّما منع المصنف ره الفحوى لانّه يمكن انّ الشارع وسّع في باب النكاح بما لم يوسّع مثله في باب البيع لانّه لو ضيّق في باب النكاح لزم كثرة الزنا الذى هو اشدّ المحرّمات بخلاف التضييق في باب البيع (٩) قد مرّت الرواية في ص٢٤٥ (١٠) حيث قال ﷺ فاذا قالت نعم فقد رضيت وهي امرأتك (١١) اى في ايجاب النكاح .

فی اعتبار تقدیم الایجاب فی البیع

بعنیها بالف فقال بعتك صحّ والاقوی عندی انّه لا یصحّ حتّی یقول المشتری بعد ذلك اشتریت واختار ذلك (١) فی ف وصرّح به (٢) فی الغنیة فقال واعتبرنا حصول الایجاب من البایع والقبول من المشتری حذرًا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتری وهو ان یقول بعنیه بالف فیقول بعتك فانّه لا ینعقد حتّی یقول المشتری بعد ذلك اشتریت او قبلت وصرّح به (٣) ایضًا فی ئر والوسیلة وعن جامع المقاصد انّ ظاهرهم انّ هذا الحکم (٤) اتّفاقیّ وحکی الاجماع عن ظ الغنیة ایضًا اوصریحها (٥) وعن لك المشهور بل قیل انّ هذا الحکم ظ کلّ من اشترط الایجاب والقبول ومع ذلك (٦) کلّه فقد صرّح الشّیخ فی ظ فی باب النّکاح بجواز التّقدیم بلفظ الامر بالبیع ونسبته (٧) الینا مشعر بقرینة السّیاق الی عدم الخلاف فیه (٨) بیننا فقال اذا تعاقدا فان تقدّم الایجاب علی القبول فقال زوّجتك فقال قبلت التّزویج صحّ وکذا اذا تقدّم الایجاب علی القبول فی البیع صحّ بلا خلاف واما ان تاخّر الایجاب عن سبق القبول فان کان فی النّکاح فقال الزّوج (٩)...

---

(١) اشارة الی عدم الصّحة (٢) ای بعدم الصّحة (٣) ای بعدم الانعقاد (٤) ای الحکم بعدم الانعقاد بالاستدعاء من المشتری والایجاب من البایع اتّفاقیّ (٥) ای صریح الغنیة (٦) اشارة الی ما ذکر من الاقوال ونقل الاتّفاق علی عدم الانعقاد بالاستدعاء والایجاب (٧) ای نسب فی المبسوط جواز التّقدیم بلفظ الأمر الی الامامیّة بقوله (عندنا) (٨) ای فی جواز التّقدیم بلفظ الأمر (٩) ای قال الزّوج لولیّ الزّوجة (زوّجنیها) فقال الولیّ (زوّجتکها).

في اعتبار تقديم الايجاب في البيع

زوّجنيها فقال زوّجتكها صحّ وان لم يعد (١) الزّوج القبول بلا خلاف لخبر السّاعدي قال الرّجل زوّجنيها يا رسول الله فقال زوّجتكها بما معك من القرآن فتقدّم القبول وتأخّر الايجاب ان كان هذا (٢) في البيع فقال بعنيها (٣) فقال بعتكها صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين وقال قوم منهم لا يصحّ حتّى يسبق الايجاب انتهى (٤) وحكى جواز التّقديم بهذا اللّفظ (٥) عن القاضي في الكامل بل يمكن نسبة هذا الحكم (٦) الى كلّ من جوّز تقديم القبول على الايجاب بقول مطلق وتمسّك (٧) له في النكاح برواية سهل السّاعدي المعبّر فيها عن القبول بطلب التّزويج الّا انّ المحقّق (٨) مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيجاب في الايجاب صرّح بجواز تقديم القبول على الايجاب في ذكرا لعلّامة قدّس سرّه الاستيجاب في الايجاب وجعله خارجا عن قيد اعتبار الايجاب في القبول (٩) كالمعاطاة ...

---

(١) قوله (لم يعد) من اعاد يعيد (٢) اشارة الى تقدّم القبول بلفظ الأمر وتأخّر الايجاب (٣) اى قال المشترى يعنى السّلعة (٤) اى انتهى كلام صاحب المبسوط (٥) اى بلفظ الأمر (٦) اى جواز تقديم القبول بلفظ الأمر (٧) الضّمير الفاعل المستتر يرجع الى قوله (كلّ من جوّز) (٨) قوله (الّا انّ المحقّق الخ) استثناء عن قوله (بل يمكن نسبة هذا الحكم الخ) يعنى انّ قول المحقّق يدلّ على عدم التّلازم بين القول بجواز تقديم القبول على الايجاب بين القول بجواز تقديم القبول بلفظ الامر (٩) لعلّ مراده لعلّامة انّ الاستيجاب ليس بقبول فانّ العقد مع الاستيجاب في الايجاب يقع بلا قبول والحال انّ العقد مركّب من الايجاب والقبول .

فی اعتبار تقدیم الایجاب فی البیع

وجزم بعدم کفایته (١) مع انّه تردّد فی اعتبار تقدیم القبول وکیف کان فقد عرفت انّ الاقوی المنع (٢) فی البیع لما عرفت بل لو قلنا بکفایة التقدیم (٣) بلفظ قبلت یمکن المنع هنا (٤) بناءً علی اعتبار الماضویة (٥) فیما دلّ علی القبول ثمّ انّ هذا کلّه بناءً علی المذهب المشهور بین الاصحاب من عدم کفایة مطلق اللّفظ فی اللّزوم وعدم القول بکفایة مطلق الصّیغة فی الملک وامّا علی ما اخترناه فقویناه سابقًا فی مسئلة المعاطاة من انّ البیع العرفیّ موجب للملک وانّ الاصل فی الملک اللّزوم فاللّازم الحکم باللّزوم فی کلّ مورد لم یقم اجماع علی عدم اللّزوم (٦) وهو (٧) ما اذا خلت المعاملة عن الانشاء باللّفظ رأسًا (٨) او کان اللّفظ المنشئ به المعاملة ممّا قام الاجماع علی عدم افادها اللّزوم (٩) وامّا فی غیر ذلک (١٠) فالاصل اللّزوم وقد عرفت انّ القبول علی وجه طلب البیع ...

---

(١) ای جزم بعدم کفایة الاستیجاب فی الایجاب فی البیع (٢) ای المنع عن تقدیم القبول بلفظ الامر (٣) ای تقدیم القبول (٤) فی تقدیم القبول بلفظ الامر (٥) والحال انّ لفظ الامر مقابل للماضی (٦) فانّ القبول بلفظ الامر فی العقد لم یقم اجماع علی عدم لزومه لانّ الشّیخ ره صرّح بصحّته فیکون لازمًا (٧) الضّمیر یرجع الی المورد الّذی قام الاجماع علی عدم اللّزوم (٨) وهو ان یکون الانشاء بالفعل کالمعاطاة (٩) و هو ان یکون دلالة اللّفظ علی المطلب لمقارنة حال او سبق مقال خارج عن العقد (١٠) اشارة الی الموردین المذکورین .

فی جواز تقدیم القبول بلفظ اشتریت

قد صرّح فی المبسوط بصحّته بل یظهر منه (١) عدم الخلاف فیه (٢) بیننا وحکی عن الکامل (٣) ایضاً ذلک (٤) وان کان التّقدیم بلفظ اشتریت وابتعت اوتملّکت اوملکت هذا بکذا (٥) فالاقوی جوازه (٦) لانّ (٧) انشاء ملکیّته للمبیع بازاء ماله عوضاً فی الحقیقة انشاء (٨) المعاوضة کالبایع الّا انّ البایع ینشأ ملکیّة ماله لصاحبه بازاء مال صاحبه والمشتری ینشأ (٩) ملکیّة مال صاحبه لنفسه بازاء ماله فی الحقیقة کلّ منهما یخرج ماله الی صاحبه ویدخل مال صاحبه فی ملکه الّا انّ الادخال فی الایجاب مفهوم من ذکر العوض (١٠) وفی القبول مفهوم من نفس الفعل (١١) ...

---

(١) ای من المبسوط (٢) فی صحّة القبول علی وجه طلب البیع بیننا الامامیّة (٣) الکامل للقاضی (٤) لعلّه اشارة الی انّ کلام المبسوط والکامل لا یضرّ بالاجماع الّذی ادّعاه جامع المقاصد والغنیة وغیرهما علی عدم الانعقاد بالاستدعاء والایجاب (٥) یعنی ملکتُ هذا الکتاب بدرهم مثلاً وقوله (هذا بکذا) من متعلّقات کلّ واحد من اشتریت وابتعت وتملّکت وملکتُ (٦) ای جواز التّقدیم (٧) ای لانّ المشتری انشأ ملکیّة نفسه المبیع بازاء مال نفسه الّذی هو الثّمن وبعبارة اخری انّ انشاء المشتری تملّک المبیع بازاء الثّمن (٨) ای انشأ المشتری (٩) یعنی انّ البایع ینشأ تملیک ماله لصاحبه والمشتری ینشأ تملّک مال صاحبه لنفسه (١٠) یعنی انّ ادخال الثّمن فی ملک البایع مفهوم من ذکر البایع (بدینار) فی قوله (بعتک هذا الکتاب بدینار) (١١) ای ادخال الثّمن فی ملک المشتری مفهوم فی القبول بنفس (قبلت).

والاخراج بالعكس(١) وح فليس في حقيقة الاشتراء (٢) من حيث هو معنى القبول لكنه لما كان الغالب وقوعه (٣) عقيب الايجاب وانشاء انتقال (٤) مال البايع الى نفسه اذا وقع عقيب نقله (٥) اليه يوجب (٦) تحقق المطاوعة ومفهوم القبول اطلق (٧) عليه (٨) القبول وهذا (٩) المعنى مفقود في الايجاب المتأخر لان المشترى انما ينقل ماله الى البايع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضا والبايع انما ينشأ انتقال الثمن اليه (١٠) ككل (١١) لا بمدلول الصيغة ...

---

(١) يعني ان الاخراج من ملك البايع مفهوم من نفس (بعت) والاخراج من ملك القابل مفهوم من ذكره (بدينار) في قوله (اشتريت هذا الكتاب بدينار) (٢) و الحاصل ان المراد ان مدلول (اشتريت) انشاء ملكية مال البايع بازاء ماله في ظرف الانشاء فان وقع (اشتريت) عقيب ايجاب البايع كان مطاوعة لانه انفعال بعد الفعل وان وقع قبل ايجاب البايع لم يكن مطاوعة لانه لا نقل من البايع حينئذ حتى يكون واقعا موقع المطاوعة والانفعال (٣) قوله (وقوعه) خبر لـ (كان) والضمير يرجع الى الاشتراء (٤) قوله (انشاء الانتقال) عطف على قوله (الغالب) في قوله (كان الغالب) فيقع (انشاء الانتقال) اسم (كان) وخبره قوله (يوجب) (٥) اى نقل البايع للمال الى المشترى (٦) قوله (يوجب) خبر لـ (كان) في المعطوف (٧) قوله (اطلق) جواب لـ (لما) في قوله (لما كان) (٨) اى على الاشتراء (٩) اشارة الى تحقق المطاوعة ومفهوم القبول (١٠) الى نفسه البايع (١١) اشارة الى الالتزام (١٢) يعني ان البايع بنشئ انتقال الثمن الى نفسه بالالتزام لا بمدلول (بعت) لان مدلوله نقل المثمن.

فی اعتبار الترتیب فی العقد

وقد صرّح فی بیعه وذلك علی ما حکی بانّ اشتریت لیس قبولاً حقیقة وانّما هو بدل وانّ الاصل فی القبول قبلت لانّ القبول فی الحقیقة ما لا یمکن الابتداء به و لفظ اشتریت یجوز الابتداء به ومرادهما (١) انّه (٢) بنفسه لا یکون قبولاً فلا ینافی ما ذکرنا من تحقّق مفهوم القبول فیه (٣) اذا وقع عقیب تملیك البایع کما انّ رضیت بالبیع لیس فیه انشاء لنقل ماله الی البایع الّا اذا وقع (٤) متاخّرًا ولذا منعنا عن تقدیمه (٥) فکلّ من رضیت واشتریت بالنّسبة الی افادة نقل المال ومطاوعة البیع عند التّقدّم والتّاخّر متعاکسان (٦) فان قلت (٧) انّ الاجماع علی عتبار القبول فی العقد ...

---

(١) ای مراد صاحب النّهایة والمسالك (٢) ای انّ اشتریت (٣) ای فی اشتریت (٤) الضّمیر المستتر یرجع الی رضیت (٥) ای من تقدیم رضیت علی الایجاب (٦) وحاصل المراد من هذه العبارة انّ الغرض لیس من تعاکسهما انّ (اشتریت) یفید المطاوعة عند التّاخّر دون التّقدّم وانّ (رضیت) یفید النّقل عند التّاخّر دون التّقدّم بل کلّ واحدٍ منهما حال التّقدّم عکس نفسه حال التّاخّر فانّ (اشتریت) یفید النّقل تقدّم او تاخّر ولا یفید المطاوعة الّا عند التّاخّر وانّ (رضیت) یفید المطاوعة تقدّم او تاخّر ولا یفید النّقل الّا عند التّاخّر (٧) فحاصل المراد من قوله (ان قلت) انّه کیف تقول بجواز التّقدیم بلفظ (اشتریت) والحال انّه اذا تقدّم یقع العقد بلا قبول لانّ (بعت) المتاخّر لیس قبولاً و (اشتریت) المتقدّم لیس قبولاً ایضًا فیقع العقد بلا قبول والحال انّ العقد لا یکون الّا مرکّبًا من ایجاب وقبول .

في اعتبار الترتيب في العقد

يوجب تأخير قوله اشتريت حتى يقع قبولاً لانّ انشاء مالكيته (١) لمال الغير اذا وقع عقيب تمليك الغير له يتحقّق فيه (٢) معنى الانتقال وقبول الاثر فيكون اشتريت متأخّرًا (٣) التزامًا بالاثر عقيب انشاء التأثير من البايع بخلاف ما لو تقدّم (٤) فانّ مجرّد انشاء المالكيّة (٥) لمال لا يوجب تحقّق مفهوم القبول كما لو نوى تملّك المباحات او اللقطة فانّه لا قبول فيه (٦) رأسًا قلت المسلّم من الاجماع هو اعتبار القبول (٧) من المشترى بالمعنى الشامل للرّضا بالايجاب وامّا وجوب تحقّق مفهوم القبول المتضمّن للمطاوعة وقبول الاثر فلا (٨) فقد تبيّن من جميع ذلك انّ انشاء القبول لا بدّ ان يكون جامعًا لتضمّن انشاء النّقل (٩) وللرّضا بانشاء البايع تقدّم (١٠) او تأخّر ولا يعتبر (١١) انشاء انفعال نقل البايع فقد تحصّل ممّا ذكرناه صحّة تقديم القبول اذا كان بلفظ اشتريت ...

---

(١) اى مالكيّة المشترى (٢) اى في (اشتريت) (٣) قوله (متأخّرًا) حال من (اشتريت) (٤) اى بخلاف (اشتريت) لو تقدّم على بعت (٥) يعنى مجرّد انشاء المشترى مالكيّته لمال البايع لا يوجب تحقّق مفهوم القبول وقبول الاثر فانّ التملّك لا يلازم القبول كما لو نوى تملّك المباحات (٦) اى في تملّك المباحات (٧) لانّ المسلّم اشتراط القبول في العقد لا اشتراط المطاوعة الّتي لا تتحقّق الّا بعد الايجاب (٨) اى فلا اجماع على وجوب تحقّق ذلك (٩) اى انشاء النّقل من المشترى (١٠) اى سواء تقدّم هذا النحو من القبول عن انشاء البايع او تأخّر (١١) اى فلا يعتبر في القبول انشاء انتقال نقل البايع وانشاء انفعال فعل البايع حتّى يقال انّ الانتقال والانفعال لا بدّ من تأخّره عن النّقل والفعل .

وفاقا لمن عرفت بل هو (١) ظ اطلاق الشيخ في ف حيث انه لم يتعرض الا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب والايجاب قد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه (٢) والمنع عن تقديم مثل اشتريت وكذا (٣) السيد في الغنية حيث اطلق اعتبار الايجاب والقبول واحترز (٤) بذلك (٥) عن انعقاده بالمعاطاة وبالاستيجاب والايجاب وكذا (٦) ظ اطلاق الحلبي في الكافي حيث لم يذكر تقديم الايجاب من شروط الانعقاد والحاصل ان المصرح بذلك (٧) فيما وجدت من القدماء الحلي وابن حمزة فمن التعجب بعد ذلك (٨) حكاية الاجماع عن ف (٩) على تقديم الايجاب مع انه لم يزد على الاستدلال لعدم كفاية الاستيجاب والايجاب بان (١٠) ما عداه (١١) مجمع على صحته (١٢) ...

---

(١) الضمير يرجع الى صحة تقديم القبول (٢) اى عن الاستيجاب والايجاب (٣) اى ومثل الشيخ السيد في الغنية (٤) الضمير المستتر يرجع الى السيد (٥) اشارة الى اعتبار الايجاب والقبول (٦) اى ومثل الشيخ في صحة تقديم القبول بلفظ اشتريت ظاهر اطلاق الحلبي (٧) اشارة الى تقديم الايجاب على القبول (٨) اى بعد تصريح الحلبي وابن حمزة بتقديم الايجاب على القبول (٩) ووجه التعجب ان القائل المصرح بتقديم الايجاب على القبول هو الحلبي وابن حمزة والحال ان كلام من عداهما من العلماء ظاهر في جواز تقديم القبول ومع ذلك ادعى الاجماع على تقديم الايجاب على القبول عن الخلاف (١٠) قوله (بان ما عداه الخ) متعلق على قوله (الاستدلال) (١١) اى ما عدا الاستيجاب والايجاب (١٢) الضمير عائد الى (ما) في قوله (ما عداه).

وليس على صحته (١) دليل ولعمري انّ مثل هذا (٢) ممّا يوهن الاعتماد على الاجماع المنقول وقد نبّهنا على امثال ذلك في مواردها (٣) نعم يشكل الأمر (٤) بانّ المعهود المتعارف من الصّيغة تقديم الايجاب (٥) ولا فرق بين المتعارف هنا وبينه في المسئلة الآتية وهو الوصل (٦) بين الايجاب والقبول فالحكم (٧) لا يخ عن شوب (٨) الاشكال ثمّ انّ ما ذكرنا (٩) جارٍ في كلّ قبول يؤدّى بانشاء مستقلّ (١٠) كالاجارة الّتي يؤدّى قبولها بلفظ تملكت منك منفعة كذا او ملكت والنّكاح الّذى يؤدّى قبوله بلفظ نكحت وتزوّجت واما ما لا انشاء في قبوله الّا قبلت او ما يتضمّنه (١١) كارهنت فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه (١٢) اذ لا التزام في قبوله (١٣) ...

---

(١) اى على صحّة الاستيجاب والايجاب (٢) اى مثل هذا الاجماع الّذى لا يوافقه الّا الشّخصان فقط وهما الحلبى وابن حمزة (٣) اى في مواردها مثال ذلك الاجماع (٤) اى يشكل الامر في تقديم القبول ولو كان بلفظ (اشتريت) (٥) فاللّازم حمل اطلاقات احلّ الله البيع وان تكون تجارة عن تراضٍ وعموم اوفوا بالعقود على المتعارف وهو تقديم الايجاب على القبول (٦) اى الموالاة (٧) وهو صحّة تقديم القبول على الايجاب (٨) (شاب يشوب شوبًا وشيابًا) الشّئ : خلطه (المنجد) (٩) وهو جواز تقدّم القبول بلفظ (اشتريت) (١٠) يعنى ان يكون القبول انشاءً لأمر لا مجرّد قبول فعل الموجب (١١) اى يتضمّن القبول (١٢) الضّمير يرجع الى (ما) في قوله (ما لا انشاء) (١٣) الضّمير عائد الى (ما) في قوله (ما لا انشاء) .

فی اعتبار الترتیب فی العقد

. . . . . لشئ کما کان فی قبول البیع التزام بنقل ماله الی البایع بل لا ینشئ به (١) معنی غیر الرضا بفعل الموجب قد تقدم ان الرضا یجوز تعلقه بامر مترقب کما یجوز تعلقه بامر محقق فیجوز ان یقول رضیت برهنک هذا عندی فیقول رهنت والتحقیق عدم الجواز (٢) لان اعتبار القبول فیه (٣) من جهة تحقق عنوان المرهن ولا یخفی انه (٤) لا یصدق الارتهان علی قبول الشخص الا بعد تحقق الرهن لان (٥) الایجاب انشاء للفعل والقبول انشاء للانفعال (٦) وکذا (٧) القول فی الهبة والقرض ...

---

(١) الضمیر یرجع الی (ما) فی (ما لا انشاء الخ) (٢) والفرق بین الاشتراء والارتهان ان المشتری بقوله (اشتریت هذا الکتاب) انشاء ملکیة الکتاب لنفسه وبقوله (بدینار) ینقل ماله الی البایع فلا مطاوعة فیه اصلا عند التقدم واما المرتهن بقوله (ارتهنت) لا ینشأ غیر المطاوعة ومفهوم القبول ولیست المطاوعة کالملکیة بحیث تختلف باختلاف الانظار بل المطاوعة بنظر الشرع والعرف واحدة والارتهان یکون متفرعا علی فعل الغیر فلا یعقل ان یتقدم قول المرتهن (ارتهنت) علی قول الراهن (رهنت) (٣) ای فی الرهن (٤) الضمیر للشأن (٥) قوله (لان الایجاب الخ) تعلیل لقوله (لا یصدق) (٦) فلا یعقل تقدم انشاء الانفعال علی انشاء الفعل لان الاول یتوقف علی الثانی (٧) ای مثل الرهن القول فی الهبة والقرض لان القبول فیهما لیس کالقبول فی البیع لانه لا یحصل من انشاء القبول فیهما التزام بشئ

فی غبا التّرتیب فی البیع

فانّه لا یحصل من انشاء القبول فیهما التزام بشیٔ وانّما یحصل به الرّضا بفعل الموجب نحوهما (١) قبول المصالحة المتضمّنة للاسقاط (٢) او التّملیك (٣) بغیر عوض واما المصالحة المشتملة علی المعاوضة (٤) فلمّا کان ابتداء الالتزام بها (٥) جایزا من الطّرفین وکان نسبتها (٦) الیهما علی وجه سواء ولیس الالتزام الحاصل من احدهما امرا مغایرا للالتزام الحاصل من الاخر کان (٧) البادی منهما موجبا لصدق الموجب علیه لغة وعرفا ثمّ (٨) لمّا انعقد الاجماع علی توقّف العقد علی القبول ...

---

(١) ای نحو قبول الرّهن وقبول الهبة وقبول القرض قبول المصالحة (٢) کان یقول الدّائن (صالحت علی ان تسقط دینی عن ذمّتك) فیقول المدیون (قبلت) (٣) کان یقول الموجب (صالحت علی ان یکون هذا الکتاب ملکا لك بغیر عوض) فیقول القابل (قبلت) (٤) حاصل المراد من هذه العبارة انّ قبول الصّلح منحصر فی مثل (قبلت) وهو لا یفید النّقل ووجه الحصر انّ القبول بقوله (صالحت) ینقلب ایجابا لتساوی نسبة الالتزامین من المتسالمین فیکون المقدّم ایضا ایجابا فلا بدّ فی قبول الصّلح ان یقول القابل (قبلت) لئلّا یلزم ترکّب العقد من الایجابین وخلوّه من القبول (٥) ای بالمصالحة (٦) ای نسبة المصالحة الی الطّرفین (٧) قوله (کان البادی) جواب لـ (لمّا) فی قوله (فلمّا کان) (٨) وهم ودفع: اما الوهم فاذا کان کلّ من الطّرفین یصحّ ان یکون مصالحا فلم لا یصحّ ان یقول کلّ واحد منهما (صالحتك) واما الدّفع فهو الّذی ذکره المصنّف ره بقوله (ثمّ لمّا انعقد الاجماع الخ).

فی اعتبار الترتیب فی البیع

لزم ان یکون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول (١) اذ لو قال ایضا صالحتك کان ایجابا آخر فیلزم ترکیب العقد من ایجابین وتحقق من جمیع ذلك انّ تقدیم القبول فی الصلح ایضا غیر جایز اذ لا قبول فیه (٢) بغیر لفظ قبلت ورضیت وقد عرفت انّ قبلت ورضیت مع التقدیم لا یدلّ علی انشاء لنقل العوض فی الحال فتلخّص ممّا ذکرنا انّ القبول فی العقود علی اقسام (٣) لانّه امّا ان یکون التزاما بشیء من القابل کنقل مال عنه (٤) اوزوجیّة (٥) وامّا ان لا یکون فیه (٦) سوی الرّضا بالایجاب والاوّل (٧) علی قسمین لانّ الالتزام الحاصل (٨) من القابل ...

---

(١) کان یقول الاوّل (صالحتك) ویقول الآخر (قبلت) (٢) ای فی الصلح، (٣) ای اربعة اقسام احدها القبول فی المصالحة وثانیها القبول بلفظ (اشتریت) فی البیع وثالثها القبول فی الارتهان والاتّهاب والاقتراض ورابعها القبول فی العاریة والوکالة وشبههما (٤) ای عن القابل (٥) عطف علی قوله: (نقل) یعنی ان یکون التزاما بشیء من القابل کزوجیّة (٦) ای فی القبول (٧) وهو ان یکون التزاما بشیء من القابل (٨) یعنی کلّ واحد من الموجب والقابل فی المصالحة ملتزم ان یعطی شیئا فی مقابل شیء فلیس فی التزامهما تغایر بخلاف الاشتراء فی البیع فانّ الالتزام الحاصل من المشتری مخالف للالتزام الحاصل من البایع لانّ البایع بقوله (بعتك هذا الکتاب) یخرج المبیع عن ملکه وبقوله (بدینار) یدخل الثّمن فی ملکه والمشتری بقوله (اشتریت هذا الکتاب) یدخل المبیع فی ملکه وبقوله (بدینار) یخرج الثّمن عن ملکه.

في اعتبار الترتيب في البيع

امّا ان يكون نظيرا للالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة او مغايرا كالاشتراء والثاني (١) ايضا على قسمين لانّه اما ان يعتبر فيه (٢) عنوان المطاوعة كالارتهان والاتهاب والاقتراض واما ان لا يثبت فيه اعتبار ازيد من الرضا بالايجاب كالوكالة والعارية وشبههما (٣) فتقديم القبول على الايجاب لا يكون الّا في القسم الثاني (٤) من كلّ من القسمين ثمّ (٥) انّ مغايرة الالتزام في قبول البيع لالتزام ايجابه (٦) اعتبار عرفيّ فكلّ من التزم بنقل ماله على وجه العوضيّة لمال آخر يسمّى مشتريا (٧) وكلّ من نقل ماله على ان يكون عوضه مالا من آخر يسمّى بايعا (٨) وبعبارة اخرى كلّ من ملّك ماله غيره بعوض فهو البايع فكلّ من ملّك (٩)

---

(١) وهو ان لا يكون فيه سوى الرضا بالايجاب (٢) اى في القبول (٣) وهو كالوديعة (٤) القسم الثاني من القسم الاوّل مثل الاشتراء والقسم الثاني من القسم الثاني مثل الوكالة والعارية (٥) اشكال وجواب: امّا الاشكال: فانّ المصالحة المشتملة على المعاوضة مثل البيع فلم ليس التزام احد الطرفين فيها امرا مغايرا للالتزام الحاصل من الآخر والحال انّه كان التزام احد الطرفين في البيع امرا مغايرا للالتزام الحاصل من الآخر واما الجواب: فذكره المصنّف ره بقوله (ثمّ المغايرة الخ) (٦) يعني انّ مغايرة التزام المشتري لالتزام البايع اعتبار عرفيّ لا انّ هذه المغايرة حقيقيّة واقعيّة (٧) فانّ المشتري ينقل ماله عوضا عن الثمن (٨) فانّ البايع ينقل ماله الثمن على ان يكون عوضه ثمنا من المشتري (٩) قوله (ملّك) مخفّف.

فی اعتبار الموالاة فی العقد

مال غیره بعوض ماله فهو المشتری والّا فکلّ منهما فی الحقیقة یملّك (١) ماله غیره باذاء مال غیره ویملك (٢) مال غیره باذاء ماله ومن جملة شروط العقد الموالاة (٣) بین ایجابه وقبوله ذکره الشیخ فی ط فی باب الخلع ثمّ العلّامة والشهیدان والمحقّق الثانی والشیخ المقداد قال الشهید فی عد الموالاة معتبرة فی العقد ونحوه (٤) وهی (٥) مأخوذة من اعتبار الاتّصال بین المستثنی (٦) والمستثنی منه (٧) وقال بعض العامّة لا یضرّ قول الزوج بعد الایجاب (٨) الحمد لله والصلوة علی رسول الله قبلت نکاحها ومنه (٩) الفوریّة فی استتابة المرتدّ فیعتبر فی الحال (١٠) وقیل الی ثلاثة ایّام ...

---

(١) قوله (یملّك) بالتشدید (٢) قوله (یملك) مخفّف (٣) (والی ولاءً ومُوالاةً) الرجل: صادقه وناصره. الشیء: تابعه (المنجد) فالمراد هنا انّ القبول تابع للایجاب اتّصل له من دون تخلّل الفصل المخلّ بینهما (٤) ای نحو العقد هو الاذان والصلاة والفوریّة فی استتابة المرتدّ وغیرها (٥) الضمیر یرجع الی الموالاة المعتبرة فی العقد (٦) الصحیح المستثنی لا الاستثناء (٧) یعنی لو قال المقرّ فی مقام الاقرار (له علیّ مائة درهم) ثمّ قال بعد الساعتین (الّا عشرة) لم یسمع منه بخلاف ما لو وصله فانّ قوله (الّا عشرة) اذا لم یتّصل الی المستثنی منه لم یکن مستثناءً (٨) ای بعد الایجاب من طرف الزوجة (٩) الضمیر عائد الی قوله (اعتبار الاتّصال بین المستثنی والمستثنی منه) (١٠) یعنی انّه اذا لم یتب المرتدّ الملّی فورًا عقیب استتابة الحاکم یجوز او یجب قتله والحاصل انّ المطلوب فی الاسلام ←

فی اعتبار الموالاة فی العقد

ومنه السّکوت فی اثناء الاذان فان کان کثیرًا ابطله وکذا الکلام عند طول الفصل ومنه (١) السّکوت الطّویل فی اثناء القرائة او قرائة غیرها (٢) خلالها (٣) وکذا (٤) التّشهّد ومنه (٥) تحریم المامومین فی الجمعة قبل الرّکوع فان تعمّدوا اونسوا حتّی رکع (٦) فلاجمعة (٧) واعتبر بعض العامّة تحریمهم معه (٨) قبل الفاتحة ومنه (٩) الموالاة فی التّعریف (١٠) بحیث لاینسی انّه تکرار والموالاة فی سنة التّعریف فلو رجع فی اثناء المدّة استونفت (١١) لیتوالی انتهی (١٢) اقول حاصله (١٣) انّ الامر المتدرّج شیئًا فشیئًا ...

← الاستمرار فاذا انقطع فلابدّ من اعادته بالنّوبة باستنابة الحاکم فی اقرب الاوقات (١) ای من السّکوت فی اثناء الاذان (٢) ای قرائة غیر القرائة کاذکار الرّکوع والسّجود ونحوهما فی اثناء القرائة (٣) ای خلال القرائة قال فی اقرب الموارد (خلال الدّیار) ما حوالی حدودها وما بین بیوتها وفی القرآن : فجاسوا خلال الدّیار و (هو خلالهم) ای بینهم انتهی (٤) ای مثل لقرائة التّشهد فانّ السّکوت الطّویل فی اثنائه ابطله (٥) ای من اعتبار الاتّصال بین المستثنی والمستثنی منه تحریم المامومین (٦) الضّمیر الفاعل المستتر یرجع الی الامام المعلوم بالمقام (٧) ای فلاجمعة للمامومین (٨) ای مع الامام (٩) ای من اعتبار الاتّصال بین المستثنی والمستثنی منه الموالاة فی التّعریف (١٠) ای تعریف لقطة المال حولًا بحیث یعلم السّامع انّ التّالی تکرار للتّالی (١١) فلو ترک التّعریف ورجع عنه فی اثناء المدّة استونفت السّنة لیوالی (١٢) انتهی کلام الشّهید ﷺ (١٣) ای حاصل کلام الشّهید ﷺ فی القواعد .

في اعتبار الموالاة في العقد

اذا كان له صورة اتصالية في العرف (١) فلابد في ترتب الحكم المعلق عليه (٢) في الشرع من اعتبار صورته (٣) الاتصالية فالعقد المركب من الايجاب والقبول القائم (٤) بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط بعضه ببعض فيقدح تخلل (٥) الفصل المخل بهيئته (٦) الاتصالية ولذا لا يصدق المعاقدة اذا كان الفصل (٧) مفرطا في الطول كسنة او ازيد وانضباط ذلك (٨) انما يكون بالعرف فهو في كل امر بحسبه فيجوز الفصل (٩) بين كل من الايجاب والقبول بما لا يجوز بين كلمات كل واحد منهما ويجوز بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف (١٠) كما في الاذان والقرائة . . .

---

(١) يعني كان لمجموع الامر المتدرج وحدة عرفا بحيث كان تحقق تلك الوحدة العرفية بالموالاة وبعبارة اخرى ان الامور المتدرجة اذا كانت لها صورة اتصالية تتوقف من حيث الوجود الخارجي على حصول هذه الصورة وكانت تلك الامور موضوعا لحكم شرعي فلابد في ترتب الحكم عليها من حصول تلك الصورة والا لزم وجود الحكم في غير موضوعه (٢) الضمير يرجع الى الامر المتدرج (٣) الضمير عائد الى الأمر المتدرج (٤) (القائم) صفة لـ (العقد) (٥) (تخلل) القوم تخللا : دخل بينهم او دخل خلال ديارهم (اقرب الموارد) (٦) اى بهيئة العقد (٧) اى الفصل بين الايجاب والقبول (٨) اشارة الى الفصل الطويل (٩) يعني يجوز الفصل بين (بعتك هذا الكتاب بدرهمين) و (قبلت) بسع دقائق ولا يجوز هذا الفصل بين (بعتك هذا الكتاب) ويجوز الفصل بينهما بدقيقة ولا يجوز هذا الفصل بين (ب) و(ع) (١٠) ←

فی اعتبار الموالاة فی العقد

وما ذکره (١) حسن لو کان حکم الملك واللّزوم فی المعاملة منوطًا بصدق العقد عرفًا (٢) کما هو (٣) مقتضی التّمسّك بآیة الوفاء بالعقود وباطلاق کلمات (٤) الاصحاب فی اعتبار العقد فی اللّزوم بل الملك امّا لو کان (٥) منوطًا بصدق البیع او التّجارة عن تراضٍ فلا یضرّه (٦) عدم صدق العقد (٧) واما جعل الماخذ فی ذلك (٨) اعتبار الاتّصال بین الاستثناء والمستثنی منه (٩) ...

← مثل بین (ب) و(ع) وبین (ع) و(ث) فی (بعث) (١) ای ما ذکره الشّهید ره فی القواعد من اشتراط الموالاة فی العقد حسن (٢) فعلی هذا لو لم تقع موالاة لم یقع عقد عرفًا ولو لم یقع عقد عرفًا لم یتحقّق الملکیّة واللّزوم (٣) یعنی کما انّ کون الحکم بالملك واللّزوم منوطا بصدق العقد عرفًا مقتضی التّمسّك بآیة (اوفوا بالعقود) (٤) قوله (باطلاق الکلمات) عطف علی قوله (بآیة الوفاء) (٥) اسم کان مستتر یرجع الی حکم الملك واللّزوم . (٦) الضّمیر المفعول یرجع الی حکم الملك واللّزوم (٧) یعنی انّ صدق العقد منوط بالتّوالی بین الایجاب والقبول ، امّا صدق التّجارة عن تراضٍ فلیس منوطًا بالتّوالی فانّه اذا قال البایع للمشتری (بعتك هذا الکتاب بدرهمین) فقال المشتری بعد الیوم (قبلت هذا الکتاب بدرهمین) واعطی البایع واخذ المشتری صدق انّه تجارة عن تراضٍ . (٨) ای فی الموالاة (٩) حیث قال الشّهید ره فی کلامه المتقدّم (وهی مأخوذة من اعتبار الاتّصال الخ) .

فی اعتبار الموالاة فی العقد

فلانّ (١) منشأ الانتقال الی هذه القاعدة فانّ اکثر الکلّیات انّما یلتفت الیها من التامّل فی مورد خاصّ قد صرّح (٢) فی القواعد مکرّرا بکون الاصل (٣) فی هذه القاعدة کذا ویحتمل بعیدا ان یکون الوجه فیه (٤) انّ الاستثناء اشدّ ربطا بالمستثنی منه من سایر اللّواحق (٥) لخروج المستثنی منه معه (ع) عن حدّ الکذب الی الصّدق (٧) فصدقه (٨) یتوقّف علیه (٩) فلذا (١٠) کان طول الفصل هناک (١١) اقبح فصارا صلا فی اعتبار الموالاة بین اجزاء الکلام ثمّ نعدّی منه (١٢) الی سایر الامور المرتبطة بالکلام ...

---

(١) ای فلانّ اعتبار الاتّصال بین المستثنی والمستثنی منه منشأ الانتقال الی قاعدة الموالاة (٢) ای صرّح الشّهید فی القواعد (٣) المراد من هذا الاصل هو اعتبار الاتّصال بین المستثنی والمستثنی منه (٤) ای فی کون اعتبار الاتّصال فی الاستثناء اصلا فی قاعدة الموالاة (٥) کربط الوصف للموصوف والحال لذی الحال (ع) ای مع اتّصال المستثنی (٧) مثلا اذا اتی زید الی الدّار فحینئذ فانّک اذا قلت (لم یأت احد الی الدّار) وسکتّ کنت کاذبا فلمّا الحقت (الّا زیدا) متّصلا صار کلامک صادقا وهذا بخلاف سائر اللّواحق فانّک اذا قلت (رأیت زیدا) ولم تأت (قائما) لم یکن کلامک کاذبا (٨) ای صدق المستثنی منه. (٩) ای علی المستثنی (١٠) اشارة الی انّ المستثنی اشدّ ربطا بالمستثنی منه (١١) ای فی باب الاستثناء (١٢) ای من الاصل الّذی هو ربط المستثنی بالمستثنی منه.

فی اعتبار الموالاة فی العقد

لفظا (١) اومعنیً (٢) اومن حیث صدق عنوان (٣) خاصّ علیه (٤) لکونه (٥) عقدًا اوقرائة اواذانًا ونحوذلك (٦) ثمّ فی تطبیق بعضها (٧) علی ماذکره (٨) خفاء کمسئلة توبة المرتدّ (٩) فانّ غایة ما یمکن ان یقال فی توجیهه انّ المطلوب فی الاسلام الاستمرار فاذا انقطع (١٠) فلابدّ من اعادته (١١) فی اقرب الاوقات واَمّا مسئلة الجمعة فلانّ هیئة الاجتماع (١٢) فی جمیع احوال الصّلوة من القیام والرّکوع والسّجود مطلوبة (١٣) فیقدح الاخلال بها (١٤) وللتّامّل (١٥) فی هذه الفروع وفی صحّة تفریعها علی الاصل المذکور مجال (١٦) ثمّ انّ المعیار فی الموالاة موکول الی العرف کما فی الصّلوة والقرائة والاذان ونحوها (١٧) ...

---

(١) کربط المعطوف للمعطوف علیه (٢) کربط الوصف للموصوف (٣) کعنوان القرائة والاذان والعقد (٤) ای علی الکلام (٥) ای لکون الکلام عقدًا (٦) کالاقامة (٧) الضّمیر عائد الی الامور المرتبطة (٨) وهو اعتبار الموالاة (٩) فلانّ فی مسئلة توبة المرتدّ التی جعلها الشّهید ره فی القواعد من افراد الموالاة خفاءً لانّه لا معنی للموالاة فیها الّا ماذکره المصنّف ره من التّوجیه بقوله (فانّ غایة ما یقال فی توجیهه الخ) (١٠) ای انقطع الاستمرار (١١) ای من اعادة الاسلام (١٢) ای هیئة الاجتماع من الامام والمأمومین (١٣) ای مطلوبة عند الشّرع (١٤) الضّمیر عائد الی هیئة الاجتماع (١٥) لعلّ وجه التّامّل انّ هذه الفروع الّتی یشترط فیها الموالاة لادلیل علیها فیرجع الی اصالة العدم (١٦) قوله (مجال) مبتداء مؤخّر لخبر مقدّم وهو قوله (للتّامّل) (١٧) کالاقامة.

فی اعتبار التنجیز فی العقد

ویظهر من روایة سهل الساعدی المتقدمة (١) فی مسئلة تقدیم القبول لجواز الفصل (٢) بین الایجاب والقبول بکلام طویل اجنبی بناء علی ما فهمه الجماعة من (٣) ان القبول فیها (٤) قول ذلك الصحابی زوجنیها (٥) و الایجاب قوله بعد فصل طویل زوجتکها بما معك من القرآن ولعل هذا موهن آخر (٦) للروایة فافهم (٧) **ومن جملة الشرائط التی ذکرها جماعة التنجیز فی العقد** بان لایکون معلقا علی شیء باداة الشرط (٨) بان یقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة فی صورة وجود ذلك الشیء (٩) لا فی غیرها (١٠) ...

---

(١) المتقدمة فی ص٢٥٢ فی المتن وفی ص٢٤٥ فی الشرح (٢) قوله (جواز الفصل) فاعل لقوله (ویظهر) (٣) بیان لـ (ما) فی قوله (علی ما فهمه) (٤) ای فی روایة سهل (٥) ویحتمل ان القبول کان بعد ایجاب النبی ص لا قول الصحابی زوجنیها (٦) الموهن الاول للروایة هو تقدیم القبول بلفظ الامر والموهن الاخر لها هو الفصل الطویل بین الایجاب والقبول (٧) لعله اشارة الی انه یحتمل ان القبول کان بعد ایجاب النبی ص ولعله اشارة الی ان المعیار فی الموالاة موکول الی العرف فعلی هذا ان هذا المقدار من الفصل المذکور فی الروایة لایضر بالموالاة عند العرف (٨) کان یقول البایع (بعتك هذا الکتاب بدرهم ان جاء زید) (٩) فالمراد من (ذلك الشیء) هو مجیء زید فی قوله (بعتك ان جاء زید) (١٠) ای لا فی غیر صورة وجود ذلك الشیء .

في اعتبار التنجيز في عقد البيع

وممّن صرّح بذلك (١) الشّيخ والحلّي والعلّامة وجميع من تأخّر عنه (٢) كالشّهيدين والمحقّق الثّاني وغيرهم قدّس الله ارواحهم وعن فخر الدّين في شرح الارشاد في باب الوكالة انّ تعليق الوكالة على الشّرط لا يصحّ عندنا الامامية وكذا غيره من العقود لازمة (٣) كانت او جايزة (٤) وعن تمهيد القواعد دعوى الاجماع عليه (٥) ونظر لك في مسئلة اشتراط التّنجيز في الوقف الاتّفاق عليه والظّاهر (٦) عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد وان لم يتعرّض الاكثر (٧) في هذا المقام ويدلّ عليه (٨) فحوى (٩) فتاويهم ومعاقد الاجماعات في اشتراط التّنجيز في الوكالة مع كونه من العقود الجايزة الّتي يكفي فيها (١٠) كلّما دلّ على الاذن حتّى انّ العلّامة ادّعى الاجماع على ما حكي عنه على عدم صحّة ان يقول الموكّل انت وكيلي يوم الجمعة ان تبيع عبدي (١١) وعلى صحّة قوله انت وكيلي ولا تبع عبدي الّا ...

---

(١) اشارة الى التّنجيز في العقد وعدم كونه معلّقا على شئ باداة الشّرط (٢) اى عن العلّامة (٣) وهي كالبيع (٤) وهي كالهبة (٥) اى على اشتراط التّنجيز في العقد (٦) اى الظّاهر عند التّتبّع في كلمات الفقهاء عدم الخلاف في اشتراط التّنجيز (٧) اى وان لم يتعرّض الاكثر لاشتراط التّنجيز في باب البيع (٨) اى على عدم الخلاف في اشتراط التّنجيز (٩) المراد من الفحوى هي الاولويّة (١٠) اى في العقود الجائزة (١١) حيث علّق الموكّل في هذه العبارة ايجاب الوكالة على بيع يوم الجمعة .

فی اعتیاد التنجیز فی العقد

فی یوم الجمعة (١) مع کون المقصد (٢) واحدا وفرق بینهما جماعة بعد الاعتراف بانّ هذا (٣) فی معنی التعلیق بانّ (٤) العقود لمّا کانت متلقّاة من الشرع انبطت بهذه الضّوابط (٥) وبطلت (٦) فیما خرج عنها (٧) وان افادت (٨) فائدتها (٩) فاذا کان الامر کذلک (١٠) عندهم فی الوکالة فکیف الحال فی البیع (١١) وبالجملة فلا شبهة فی اتّفاقهم علی الحکم (١٢) واما الکلام فی وجه الاشتراط فالّذی صرّح به العلّامة فی التذکرة ...

---

(١) وحیث اطلق الموکّل فی هذه العبارة ایجاب الوکالة ونجّزه ولم یعلّقه علی بیع یوم الجمعة وانّما ظرف العمل یوم الجمعة (٢) یعنی مع کون المقصود من العبارتین واحدا وهو البیع فی یوم الجمعة (٣) اشارة الی قوله (انت وکیلی ولا تبع عبدی الّا فی یوم الجمعة (٤) قوله (بانّ العقود) متعلّق علی قوله (فرّق) (٥) ای القواعد الّتی کان من جملتها عدم التعلیق (٦) ای بطلت العقود (٧) ای عن الضّوابط (٨) الضّمیر الفاعل المستتر المؤنّث یرجع الی (ما) فی قوله (فیما خرج) (٩) ای فائدة الضّوابط والحاصل انّ کلّ عقد خرج عن الضّوابط بطل وان افاد فائدة ما دخل فیها مثلا قول الزّوجة اجرتک نفسی بالمبلغ المعلوم فی المدّة المعلومة) یفید معنی قولها (متّعتک نفسی بالمبلغ المعلوم فی المدّة المعلومة) ومع ذلک جاز الثّانی فی العقد المنقطع دون الاوّل (١٠) اشارة الی عدم جواز التعلیق (١١) لانّ البیع اهمّ من الوکالة نظرا الی انّه عقد لازم (١٢) وهو التنجیز فی العقد و ←

فی اعتبار التنجیز فی العقد

انّه (١) منافٍ للجزم حال الانشاء بل جعل الشّرط هو الجزم ثمّ فرّع علیه (٢) عدم جواز التّعلیق قال الخامس من الشّروط الجزم فلو علّق العقد علی شرط لم یصحّ وان کان الشّرط المشیّة (٣) للجهل بثبوتها (٤) حال العقد وبقائها (٥) مدّته وهو (٦) احد قولی الشّافعی واظهرهما عندهم الصّحّة لانّ هذه (٧) صفة (٨) یقتضیها اطلاق العقد لانّه (٩) لو لم یشأ لم یشتر انتهی (١٠) کلامه وتبعه (١١) علی ذلک (١٢) الشّهید فی قواعده قال لانّ الانتقال بحکم الرّضا (١٣) ولا رضا الا مع الجزم (١٤) والجزم بنافی التّعلیق انتهی (١٥) ...

← عدم جواز التّعلیق (١) ای انّ التّعلیق منافٍ للجزم (٢) ای علی الجزم (٣) ای وان کان الشّرط مشیّة المشتری کان یقول البایع (بعتک هذا الکتاب بدرهم ان شئت) (٤) ای بثبوت المشیّة (٥) ای بقاء المشیّة مدّة العقد لاحتمال انّ المشتری شاء فی اوّل العقد ولم یشأ فی اخره ای تبدّل رایه فی وسط العقد (٦) الضّمیر عائد الی عدم الصّحّة المستفاد من قوله (لم یصحّ) (٧) اشارة الی المشیّة (٨) - فالمراد من (الصّفة) هو امر معلوم الحصول ومن (الشّرط) هو امر مجهول الحصول (٩) الضّمیر عائد الی المشتری (١٠) ای انتهی کلام العلّامة (١١) الضّمیر المفعول یرجع الی العلّامة (١٢) اشارة الی الجزم فی العقد (١٣) لقوله تعالی (ان تکون تجارة عن تراضٍ) (١٤ یعنی انّ الرّضا بالنّقل والانتقال یکون مع الجزم اذ لولا الجزم یقع التّردد المنافی للرّضا (١٥) ای انتهی کلام الشّهید .

فی اعتبار التنجیز فی العقد

ومقتضی ذلك (١) انّ المعتبر هو عدم التّعلیق علی امر مجهول الحصول (٢) کما صرّح به (٣) المحقّق فی باب الطّلاق وذکر المحقّق والشّهید الثّانیان فی الجامع ولذلك فی مسئلة ان کان لی فقد بعته انّ التّعلیق انّما یبنافی الانشاء فی العقود والایقاعات حیث یکون المعلّق علیه (٤) مجهول الحصول (٥) لکنّ الشّهید فی قواعده ذکر فی الکلام المتقدّم انّ الجزم ینافی التّعلیق (٦) لانّه (٧) بعرضة (٨) عدم الحصول ولو قدّر العلم بحصوله کالتّعلیق علی الوصف (٩) لانّ الاعتبار بجنس الشّرط (١٠) دون انواعه ...

---

(١) اشارة الی قوله (والجزم ینافی التّعلیق) (٢) کمجیئ زید فی قوله (بعتك ان جاء زید) فانّ مجیئ زید مجهول الحصول (٣) ای بعدم جواز التّعلیق علی امر مجهول الحصول (٤) ای علی الانشاء فی العقود (٥) کمجیئ زید فی قوله (بعتك ان جاء زید) لا مثل طلوع الشّمس فی قوله (بعتك ان طلعت الشّمس) لانّ طلوع الشّمس معلوم الحصول (٦) یعنی انّ الشّهید ذکر انّ الجزم ینافی التّعلیق مطلقا ولو کان التّعلیق بامر معلوم الحصول لانّ الشّرط فی معرض عدم الحصول اذ الشّرط فی نفسه له وجهان : الحصول وعدم الحصول (٧) ای لانّ الشّرط (٨) (العرضة) الهمّة و - حیلة فی المصارعة (هو عرضة ذاك و - لذلك) ای مقرن له قوّی علیه (عرضة للنّاس) ای لا یزالون یقعون فیه (هو عرضة للکلام) ای کثیرا ما یعترضه کلام النّاس (جعلته عرضة لکذا) ای نصبته له (اقرب الموارد) (٩) وهو معلوم الحصول (١٠) والشّرط فی نفسه له وجهان الحصول وعدم الحصول.

فی اعتبار التنجیز فی العقد

فاعتبر (١) المعنی العامّ دون خصوصیّات الافراد ثمّ قال فان قلت فعلی هذا (٢) یبطل قوله (٣) فی صورة انکار التوکیل (٤) ان کان لک فقد بعته (٥) منك بکذا قلت (ء) هذا تعلیق علی واقع لا متوقّع الحصول ...

---

(١) ای اعتبر الشهید فی القواعد المعنی العامّ حتّی یشمل معلوم الحصول ایضًا (٢) اشارة الی انّ الجزم ینافی التعلیق وهو مبطل للعقد مطلقا (٣) ای یبطل قول العاقد (٤) کأن یقال لزید الکتاب مالك وانت وکّلت بکرًا فی اشترائه فینکر زید ان یکون الکتاب ماله وینکر توکیل بکر فی اشتراء الکتاب فیقول زید ح (ان کان لک هذا الکتاب فقد بعتك) (٥) وحاصل الاشکال من قوله (ان قلت الخ) انّه لو کان الاعتبار بجنس الشرط لزم بطلان العقد فی هذه الصورة ایضًا وهی ان یقول البایع (ان کان لک فقد بعته) والحال انّ البیع فی هذه الصورة صحیح فعلم انّ التعلیق المبطل هو بعض انواعه لا جمیعها (ء) وحاصل الجواب انّ التعلیق علی ثلاثة اقسام احدها التعلیق علی امر متوقّع لا یعلم حصوله کقوله (بعتك ان جاء زید) و ثانیها: التعلیق علی امر متوقّع یعلم حصوله قطعًا کقوله (بعتك ان طلعت الشمس) وثالثها: التعلیق علی امر واقع وثابت فی حال العقد للعاقد کقوله: ان کان لک فقد بعته فالمستشکل یقول فاذا کان القسم الثانی باطلا یلزم بطلان القسم الثالث ایضًا فالشهید فی الجواب یقول انّا لا نلازم بین بطلان القسم الثانی وبطلان القسم الثالث لانّ هذا القسم الثالث لیس تعلیقًا علی امر متوقّع الحصول مطلقا سواء کان معلوم الحصول او مجهول الحصول بل القسم الثالث تعلیق علی امر واقع وثابت فی الحال .

في اعتبار التنجيز في العقد

فهو (١) علة للوقوع او مصاحب له (٢) لا معلق عليه (٣) الوقوع (٤) وكذا (٥) نقول لو قال في صورة انكار وكالة التزويج وانكار التزويج حيث تدعيه (٦) المرئة ان كانت زوجتي فهي طالق انتهى كلامه (٧) قده وعلل العلامة في القواعد صحة ان كان له فقد بعته بانه امر واقع يعلم ان وجوده فلا يضر جعله شرطا وكذا كل شرط علم وجوده فلانه لا يوجب شكا في البيع ولا وقوفه (٨) انتهى (٩) وتفصيل الكلام ان المعلق عليه اما ان يكون معلوم التحقق و اما ان يكون محتمل التحقق ...

---

(١) الضمير يرجع الى قوله (ان كان له) يعني قوله (ان كان له) علة لوقوع البيع (٢) يعني او ان قوله (ان كان له) مصاحب لوقوع البيع حيث ان العلة للبيع شئ اخر فعلى كلا التقديرين لا يكون قوله (ان كان له) ان يعلق عليه وقوع البيع (٣) الضمير عائد الى قوله (ان كان له) (٤) اى وقوع البيع (٥) كذا لا تعليق على متوقع الحصول بل تعليق على الواقع كما لو قال الرجل (ان كانت زوجتي فهي طالق) في صورة انكار وكالة التزويج حيث جائت المرئة الى الحاكم وقالت ان زيدا وكل في زواجي لنفسه وقد زوجت نفسي منه فانكر زيد وكالة التزويج وقال (ان كانت زوجتي فهي طالق) (٦) الضمير المفعول عائد الى التزويج (٧) اى انتهى كلام الشهيد في القواعد (٨) عطف على قوله (البيع) (٩) اى انتهى كلام العلامة قده .

فى اعتبار التنجيز فى العقد

وعلى الوجهين فاما ان يكون تحققه المعلوم او المحتمل فى الحال او المستقبل وعلى التقادير (١) فاما ان يكون الشرط مما يكون مصححا للعقد ككون الشئ مما يصح تملكه شرعا (٢) او مما يصح اخراجه عن الملك كغير ام الولد (٣) وغير الموقوف (٤) ونحوه (٥) وكون المشترى ممن يصح تملكه شرعا كان لا يكون (٦) عبدا (٧) وممن يجوز العقد معه بان يكون بالغا (٨) واما ان لا يكون كذلك (٩) ثم التعليق اما مصرح به واما لازم من الكلام كقوله ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة (١٠) ...

---

(١) اى على التقادير الاربعة احدها معلوم التحقق فى الحال نحو (ان كان لى فقد بعتك) وثانيها معلوم التحقق فى المستقبل نحو (ان طلعت الشمس فقد بعتك) ثالثها محتمل التحقق فى الحال نحو (ان كان زيد جائيا فى الحال فقد بعتك) ورابعها محتمل التحقق فى المستقبل نحو (ان جاء زيد فقد بعتك) (٢) نحو (ان لم يكن خمرا فقد بعتك) (٣) نحو قوله (ان لم تكن ام ولد فقد بعتك) (٤) نحو ان يقول (ان لم يكن وقفا فقد بعتك) (٥) وهو كغير منذور والتصدق نحو قوله (ان لم يكن منذورا فقد بعتك) (٦) اسم (يكون) مستتر يرجع الى المشترى (٧) كقوله (ان لم تكن عبدا فقد بعتك) بناء على عدم ملك العبد (٨) كقوله (ان لم تكن صغيرا فقد بعتك) (٩) اى واما ان لا يكون الشرط مصححا للعقد نحو قوله (ان كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعتك) (١٠) فان يوم الجمعة شرط فى هذا الكلام .

فی اعتبار التنجیز فی العقد

قوله فی القرض والهبة خذ هذا بعوضه (١) اوخذه بلا عوض یوم الجمعة فانّ التملیك معلّق علی تحقق الجمعة فی الحال اوفی الاستقبال ولهذا (٢) احتمل العلّامة فی بیعه وولده فی الایضاح بطلان بیع الوارث لمال مورّثه بظنّ موته معلّلاً (٣) بانّ العقد ان کان منجّزاً فی الصورة الّا انّه معلّق والتقدیر ان مات مورّثی فقد بعتك فما کان منها (٤) معلوم الحصول حین العقد (٥) فالظاهر انّه غیر قادح وفاقاً لمن عرفت کلامه کالمحقق والعلّامة والشهیدین والمحقق الثانی والصیمری وحکی ایضاً عن ط والایضاح فی مسئلة ما لو قال ان کان لی فقد بعته بل لم یوجد فی ذلك (ء) خلاف صریح ولذا ادّعی فی الریاض فی باب الوقف عدم الخلاف فیه (٧) صریحاً وما کان معلوم الحصول فی المستقبل (٨) وهو المعبّر بالصفة فالظاهر انّه داخل فی معقد اتّفاقهم علی عدم الجواز ...

---

(١) قوله (خذ هذا بعوضه یوم الجمعة) مثال للقرض وقوله (خذه بلا عوض یوم الجمعة) مثال للهبة فانّ یوم الجمعة شرط فی کلّ واحد منهما (٢) اشارة الی انّ التعلیق امّا لازم من الکلام (٣) ای معلّلاً لبطلان البیع (٤) ای من التقادیر (٥) وهو نحو قوله (ان کان هذا الیوم یوم الجمعة فقد بعتك) والمفروض انّ یوم البیع یوم الجمعة (ء) اشارة الی معلوم الحصول حین العقد (٧) ای فی جواز التعلیق علی معلوم الحصول حین العقد (٨) کقوله (ان طلعت الشمس فقد بعتك) فانّ المتعاقدین یعلمان طلوع الشمس .

في اعتبار التنجيز في العقد

وان كان تعليلهم للمنع (١) باشتراط الجزم (٢) لا يجري فيه (٣) كما اعترف به (٤) الشهيد فيما تقدم عنه ونحوه الشهيد الثاني فيما حكي عنه بل يظهر من عبارة ط في باب الوقف كونه (٥) مما لا خلاف فيه بيننا بل بين العامة فانه (ع) قال اذا قال الواقف اذا جاء رأس الشهر فقد وقفته لم يصح الوقف بلا خلاف لانه مثل البيع والهبة وعندنا مثل العتق ايضا (٧) انتهى فان ذيله (٨) يدل على ان مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختص بالامامية (٩) نعم مماثلته (١٠) للعتق مختص

---

(١) اى للمنع عن التعليق (٢) اى الجزم بالعقد (٣) الضمير عائد الى ما كان معلوم الحصول في المستقبل (٤) اى اعترف بعدم الجواز الشهيد ره فيما تقدم في ص ٢٧٤ بقوله (ولو قدر العلم بحصوله الخ) (٥) اى كون عدم الجواز فيما كان معلوم الحصول في المستقبل (ع) اى فان الشيخ قال (٧) فان قوله (وعندنا مثل العتق ايضا) اشارة الى ان العتق اذا علق على معلوم الحصول في المستقبل لا يجوز عند الامامية بخلاف العامة فانهم يجوزون العتق المعلق على معلوم الحصول في المستقبل (٨) يعنى ذيل كلام الشيخ ره يدل على ان مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختص بالامامية بل العامة ايضا قائلون ببطلان التعليق في البيع والهبة نعم ان الامامية قائلون ان التعليق في العتق ايضا لا يجوز (٩) يعنى ان الوقف مماثل للبيع والهبة في عدم جواز التعليق عند العامة والخاصة (١٠) اى مماثلة الوقف

في اشتراط التنجيز في العقد

بهم (١) وما كان منها (٢) مشكوك الحصول (٣) وليس صحة العقد معلقة عليه (٤) في الواقع كقدوم الحاج (٥) فهو المتيقن من معقد اتفاقهم وما كان صحة العقد معلقة عليه (٦) كالامثلة المتقدمة (٧) ...

---

(١) يعني ان الوقف مما تقل للعتق في عدم جواز التعليق عند الامامية فقط لان العامة يجوزون العتق المعلق على معلوم الحصول (٢) الضمير المؤنث يرجع الى التقادير (٣) وهو اعم من ان يكون حاليا او استقباليا فلا يخفى ان ما كان مشكوك الحصول فهو على اربعة اقسام لان المعلق عليه المشكوك حصوله اما ان لا تكون صحة العقد معلقة عليه في الواقع او تكون صحة العقد معلقة عليه وعلى التقدير الاول اما ان يكون حصول المعلق عليه على تقدير تحققه في الحال او في الاستقبال فما كان من الاقسام الاربعة مشكوك الحصول في الحال او الاستقبال وليست صحة العقد معلقة عليه فهو المتيقن من الاتفاق على عدم صحته فاشار اليه المصنف ره بقوله: (وما كان منها مشكوك الحصول الخ) وما كان منها مشكوك الحصول في الحال او في الاستقبال من قبيل ما يتوقف عليه صحة العقد فهو الذي ذكره المصنف ره بقوله (وما كان صحة العقد معلقة عليه الخ) (٤) الضمير يرجع الى قوله (ما) في قوله (وما كان منها) (٥) يعني صحة العقد ليست متعلقة على قدوم الحاج (٦) الضمير يرجع الى (ما) والمراد من (ما) هو المعلق عليه (٧) وهي كون الشئ مما يصح تملكه شرعا نحو (ان لم يكن خمرا فقد بعتك) او مما يصح اخراجه عن الملك نحو (ان لم تكن ام ولد فقد بعتك) ونحو (ان لم يكن وقفا فقد بعتك) ←

فی اعتبار التنجیز فی العقد

فظ اطلاق کلامهم (١) یشمله (٢) الا انّ الشیخ فی ط حکی فی مسئلة ان کان لم فقد بعته قولاً من بعض النّاس بالصّحّة (٣) وانّ (٤) الشّرط لا یضرّه (٥) مستدلاً (ع) بانّه (٧) لم یشترط الّا ما یقتضیه اطلاق العقد لانّه انّما یصحّ البیع (٨) لهذه الجاریة من الموکّل اذا کان اذن له (٩) فی الشّراء (١٠) فاذا اقتضاه (١١) الاطلاق (١٢) لم یضرّ اظهاره (١٣) وشرطه کما لو شرط فی البیع تسلیم الثّمن او تسلیم المثمن او ما اشبه (١٤) ذلک انتهی (١٥) وهذا الکلام وان حکاه (١٦) عن بعض ...

← وکون المشتری ممّن یصحّ تملّکه شرعًا نحو (ان لم تکن عبدًا فقد بعتک) ونحوها

(١) ای فظاهر اطلاق کلام الفقهاء بعدم جواز التّعلیق علی الشّرط الّذی هو المعلّق علیه یشمل ما کان صحّة العقد معلّقة علیه (٢) الضّمیر المفعول عائد الی (ما) فی قوله (وما کان صحّة العقد) (٣) ای بصحّة ما کان صحّة العقد متعلّقة علیه (٤) قوله (انّ الشّرط) عطف علی الصّحّة فی قوله (بالصّحّة) (٥) الضّمیر عائد الی العقد (ع) قوله (مستدلاً) حال من (بعض النّاس) (٧) ای بان البائع (٨) ای بیع الوکیل (٩) الضّمیر یرجع الی الوکیل المعلوم فی المقام (١٠) المراد من الشّراء هنا البیع وخلاصة هذا الکلام انّه انّما یصحّ بیع الوکیل لهذه الجاریة من طرف الموکّل اذا اذن الموکّل للوکیل فی بیع الجاریة (١١) الضّمیر عائد الی الشّرط (١٢) ای اطلاق العقد (١٣) ای اظهار الشّرط (١٤) کتصرّف المشتری فی المثمن (١٥) ای انتهی ما حکاه الشّیخ ره فی المبسوط من بعض النّاس (ع١) الضّمیر الفاعل یرجع الی الشّیخ والضّمیر المفعول الی هذا الکلام.

فی اعتبار التنجیز فی العقد

النّاس (١) الا انّ الظّاهر ارتضائه (٢) له وحاصله (٣) انّه کما لا یضرّ اشتراط بعض لوازم (٤) العقد المترتّبة علیه کذلک لا یضرّ تعلیق العقد بما (٥) هو (٦) معلّق علیه (٧) فی الواقع (٨) فتعلیقه (٩) ببعض مقدّماته کالالزام (١٠) ببعض غایاته فکما (١١) لا یضرّ الالزام بما یقتضی العقد التزامه کذلک التّعلیق بما کان الاطلاق معلّقًا علیه ومقیّدًا به (١٢) وهذا الوجه (١٣) وان لم ینهض لدفع محذور التّعلیق فی انشاء العقد (١٤) ...

---

(١) ای عن بعض العامّة (٢) ای ارتضاء الشّیخ لهذا الکلام یعنی انّ الظّاهر من سکوت الشّیخ وعدم اعتراضه لما ارتضاوه له (٣) ای حاصل الکلام الّذی حکاه الشّیخ عن بعض النّاس (٤) کاشتراط قبض الثّمن وانقباض المثمن (٥) فالمراد من (ما) فی قوله (بما) هو الشّرط (٦) الضّمیر یرجع الی العقد (٧) الضّمیر یرجع الی (ما) فی قوله (بما) (٨) نحو (ان کان لی فقد بعته) (٩) ای تعلیق العقد (١٠) مثل الزام البایع للمشتری بدفع الثّمن (١١) ای کما لا یضرّ الزام البایع للمشتری بتسلیم الثّمن الّذی یقتضیه العقد کذلک لا یضرّ تعلیق العقد بشرط کان اطلاق العقد معلّقًا علیه نحو قوله (ان کان لی فقد بعته) (١٢) الضّمیر عائد الی (ما) فی قوله (بما کان الاطلاق) (١٣) فالمراد من قوله (هذا الوجه) هو انّ التّعلیق بما کان الاطلاق معلّقًا علیه ومقیّدًا به فیما کان صحّة العقد معلّقة علیه (١٤) یعنی انّ ظاهر الشّرط انّه شرط للانشاء والحال انّه شرط للأثر الشّرعی فکون المثمن مال البایع فی قوله: (ان کان لی فقد بعته) شرط لترتّب الاثر الشّرعی فانّ الاثر لا یحصل الّا بکون المثمن ←

فی اعتبار التنجیز فی العقد

لانّ المعلّق علی ذلك الشّرط فی الواقع هو ترتّب الاثر الشّرعی علی العقد دون انشاء مدلول الكلام الّذی هو وظیفة المتكلّم فالمعلّق فی كلام المتكلّم غیر معلّق فی الواقع علی شیء والمعلّق علی شیء لیس معلّقا فی كلام المتكلّم علی شیء بل لا منجّزا بل هو شیء خارج عن مدلول الكلام الّا انّ ظهور ارتضاء الشّیخ له (١) كاف فی عدم الظّن بتحقّق الاجماع علیه (٢) مع انّ ظاهر هذا التّوجیه (٣) لعدم قدح التّعلیق یدلّ (٤) علی انّ محلّ الكلام (٥) فیما لم یعلم وجود المعلّق علیه وعدمه (٦) فلا وجه لتوهّم اختصاصه (٧) بصورة العلم ویؤیّد ذلك (٨)..

← مال البایع امّا الانشاء فهو یحصل ولو لم یكن المثمن مال البایع (١) لكلام بعض النّاس (٢) ای علی عدم جواز التّعلیق علی شرط كان صحّة العقد متعلّقة علیه (٣) ای لتوجیه الّذی وجّه الشّیخ به كلام بعض النّاس بجواز التّعلیق فی شرط كان صحّة العقد متعلّقة علیه (٤) قوله (یدلّ) خبر لـ (انّ) فی قوله (مع انّ) (٥) سؤال وجواب : امّا السّؤال ، فانّ محلّ الكلام هو صورة العلم بوجود الشّرط وانّ صورة الجهل بوجود الشّرط مفروغ عنها فی كونه موجبا للبطلان ، وامّا الجواب : فانّ صورة العلم بوجود الشّرط حین العقد لا كلام فی صحّته وانّ محلّ الكلام والخلاف هو صورة الجهل بوجود الشّرط واشار المصنّف ره الی الجواب بقوله (مع انّ ظاهر هذا التّوجیه الخ) (٦) ای عدم المعلّق علیه (٧) الضّمیر عائد الی محلّ الكلام (٨) اشارة الی انّ محلّ الكلام فیما لم یعلم وجود المعلّق علیه وعدمه .

فی اعتبار التنجیز فی العقد

انّ الشّهید فی قواعده جعل الاصحّ صحّة تعلیق البیع علی ما هو شرط فیه کقول البایع بعتك ان قبلت ویظهر منه ذلك ایضًا فی اخر القواعد ثمّ انّك قد عرفت انّ العمدة فی المسئلة (١) هو الاجماع وربّما یتوهّم انّ الوجه فی اعتبار التنجیز هو عدم قابلیّة الانشاء للتعلیق وبطلانه (٢) واضح لانّ المراد بالانشاء ان کان هو مدلول الکلام (٣) فالتعلیق غیر متصوّر فیه (٤) الّا انّ الکلام لیس فیه (٥) وان کان الکلام فی انّه کما یصحّ انشاء الملکیّة المتحقّقة علی کلّ تقدیر (٦) فهل یصحّ انشاء الملکیّة المتحقّقة علی تقدیر (٧) دون اخر (٨) کقوله هذا لك ان جاء زید غدًا وخذ المال قرضًا او قراضًا (٩) اذا اخذته (١٠) من فلان ونحو ذلك فلا ریب فی انّه (١١) امر متصوّر واقع فی العرف والشّرع کثیرًا فی الاوامر (١٢) والمعاملات من العقود (١٣) والایقاعات (١٤) و یتلو هذا الوجه (١٥) فی الضّعف ...

---

(١) ای فی مسئلة عدم جواز التّعلیق (٢) ای بطلان هذا التّوهم واضح (٣) ای معنًا (٤) لانّ المعنی والمدلول یوجد بوجود الکلام فلیس له حالة معلّقة (٥) ای لیس فی الانشاء الّذی هو مدلول الکلام (٦) ای سواء جاء زید ام لا مثلًا (٧) ای اذا قدم الحاجّ مثلًا (٨) ای اذا لم یقدم الحاجّ (٩) ای المضاربة (١٠) ای اخذت المال (١١) ای فی انّ هذا النّحو من التّعلیق المذکور (١٢) نحو (اکرم زیدًا ان جاءك) (١٣) نحو (بعتك ان کان لی) (١٤) نحو (اعتقتك ان جاء الحاجّ) (١٥) وهو انّ الوجه فی اعتبار التّنجیز عدم قابلیّة الانشاء للتّعلیق.

فی اعتبار التنجیز فی العقد

ما قیل من انّ ظ ما دلّ علی سببیّة العقد ترتّب مسبّبه (١) علیه (٢) حال وقوعه (٣) فتعلیق اثره بشرط من المتعاقدین مخالف لذلك (٤) وفیه (٥) بعد الغضّ عن عدم انحصار ادلّة الصحّة (٦) واللّزوم فی مثل قوله تعالی اَوْفُوا بالعقود لانّ (٧) دلیل حلّیّة البیع (٨) وتسلّط النّاس علی اموالهم (٩) کاف (١٠) فی اثبات ذلك (١١) انّ العقد سبب لوقوع مدلوله فیجب الوفاء به (١٢) علی طبق مدلوله (١٣) فلیس مفاد اَوْفُوا بالعُقُودِ الّا مفاد اوفوا بالعهد فی انّ العقد کالعهد اذا وقع علی وجه التّعلیق فترتّب تحقّق المعلّق علیه (١٤) ...

---

(١) قوله (ترتّب مسبّبه) خبر لـ (انّ) فی قوله (من انّ ظاهرها) (٢) ای علی العقد (٣) ای وقوع العقد (٤) اشارة الی ترتّب المسبّب علی العقد حال وقوعه (٥) الضّمیر یرجع الی (ما) فی قوله (ما قیل) (٦) ای صحّة العقود ولزومها (٧) علّة لعدم انحصار ادلّة الصّحّة واللّزوم (٨) یعنی انّ قوله تعالی (اَحَلَّ اللّٰهُ البَیعَ) یقتضی حلّیّة المعاملة وصحّتها کیف اوقعها المتعاقدان منجّزة اومعلّقة (٩) یعنی انّ (النّاس مسلّطون علی اموالهم) یقتضی ایقاع المعاملة ولو کانت معلّقة علی شرط (١٠) قوله (کافٍ) خبر لـ (انّ) فی قوله (لانّ دلیل) (١١) اشارة الی ضعف ما قیل (١٢) ای بالعقد (١٣) یعنی سواء کان مدلول العقد منجّزا اومعلّقا فلا دلالة لـ (اَوْفُوا بالعقود) علی کون العقد سببا لوقوع مسبّبه حال وقوعه (١٤) المراد من المعلّق علیه هو الشّرط .

فی اعتبار التنجیز فی العقد

فی تحقق المعلق (١) لا یوجب (٢) عدم الوفاء بالعهد والحاصل انه (٣) ان اريد بالمسبب هو مدلول العقد (٤) فعدم تخلفه (٥) عن انشاء العقد من البديهيات (٦) التی لا یعقل خلافها (٧) وان اريد به (٨) الاثر الشرعی وهو ثبوت الملكية فيمنع كون اثر مطلق البيع الملكية المنجزة بل هو (٩) مطلق الملك فان كان البيع غير معلق كان اثره الشرعی الملك الغير المعلق وان كان معلقا فاثره الملكية المعلقة مع ان تخلف الملك (١٠) عن العقد كثير جدا مع ان ما ذكره (١١) لا يجری فی مثل قوله بعتك ان شئت و ان قبلت فقال (١٢) قبلت ...

---

(١) فالمراد من المعلق هو العهد (٢) قوله (لا یوجب) خبر لمبتداء مقدم وهو قوله (فترتب تحقق المعلق علیه) (٣) الضمير للشأن (٤) ای معنی العقد (٥) ای فعدم تخلف مدلول العقد (٦) یعنی اذا وجد لفظ (بعت) وجد معناه (٧) ای خلاف البديهيات (٨) یعنی وان اريد بالمسبب الاثر الشرعی بمعنی ان الملك يثبت بمجرد التلفظ بلفظ العقد بقصد انشاء الملكية فلا يصح تاخير الملكية بسبب التعليق فيمنع كون اثر البيع مطلقا الملكية المنجزة (٩) بل الاثر مطلق الملك لا الملك الغير المعلق فقط (١٠) ومن جملة تخلف الملك عن العقد الوصية و عقد الفضولی علی القول بان الاجازة ناقلة والوقف الخاص بالنسبة الی البطون المتاخرة (١١) وهو ان التعليق مخالف لترتب المسبب علی السبب حال وقوع العقد (١٢) ای فقال المشتری قبلت .

فی اعتبار التنجیز فی العقد

فانّه لایلزم هنا تخلّف اثر العقد عنه (١) مع انّ هذا (٢) لایجری فی الشرط المشکوک المتحقّق فی الحال فانّ العقد حینئذ یکون مراعی لا موقوفاً مع انّ ما ذکره (٣) لایجری فی غیره (٤) من العقود (٥) الّتی قد یتأخّر مقتضاها عنها (٦) کما لایخفی ولیس الکلام (٧) فی خصوص البیع ولیس (٨) علی هذا الشرط فی کلّ عقد دلیل علیحدة (٩) ثمّ الاضعف من الوجه المتقدّم (١٠) التمسّک فی ذلک (١١) بتوقیفیّة الاسباب الشرعیّة الموجبة لوجوب الاقتصار فیها (١٢) علی المتیقّن ولیس (١٣) الّا العقد العاری عن التعلیق اذ فیه انّ اطلاق الادلّة مثل حلّیّة البیع وتسلّط النّاس علی اموالهم ...

---

(١) ای عن العقد (٢) اشارة الی (ما) فی قوله (ما قیل) (٣) وهو قوله (ما قیل من انّ ظاهر ما دلّ الخ) (٤) ای فی غیر البیع (٥) کالوصیّة والعقد الفضولیّ بناءً علی انّ الاجازة ناقلة والوقف الخاصّ بالنسبة الی البطون المتأخّرة (٦) ای عن العقود (٧) یعنی من یرید منع التعلیق فی العقد فلابدّ لدان یأتی بدلیل جارٍ فی البیع وغیره لابدلیل جارٍ فی البیع فقط (٨) قوله (و لیس الخ) جملة حالیّة (٩) (الحِدَة) مصدر یقال هذا علی حِدَتِه ای توحّده متمیّزاً عن غیره (اقرب الموارد) (الحِدَة) مص. یقال (بقی علی حدته) ای متمیّزاً عن غیره (المنجد) (١٠) وهو قوله (ما قیل) (١١) اشارة الی التنجیز فی العقد وعدم جواز التعلیق (١٢) ای فی الاسباب الشرعیّة (١٣) اسم (لیس) مستتر یرجع الی المتیقّن .

فی اعتبار التنجیز فی العقد

وحلّ التجارة عن تراض ووجوب الوفاء بالعقود وادلّة سایر العقود (١) کاف (٢) فی التوقیف وبالجملة فاثبات هذا الشرط (٣) فی العقود مع عموماتها (٤) ووقوع کثیر منها (٥) فی العرف علی وجه التعلیق بغیر الاجماع محققًا (٦) اومنقولا مشکل (٧) ثمّ انّ القادح (٨) هو تعلیق الانشاء (٩) واما اذا انشأ من غیر تعلیق صحّ العقد وان کان المنشی (١٠) متردّدًا فی ترتّب الاثر علیه شرعًا اوعرفًا کمن ینشئ البیع وهو لا یعلم انّ المال له اوانّ المبیع (١١) ممّا یتموّل اوانّ المشتری راضٍ حین الایجاب ام لا اوغیر ذلک (١٢) ممّا یتوقّف صحّة العقد علیه عرفًا اوشرعًا ...

---

(١) کالادلّة الدالّة علی صحّة الهبة والمضاربة والمزارعة والمساقات (٢) ای کاف فی انّ الشارع اجاز اجراء العقود سواء کانت منجّزة او معلّقة یعنی انّا نسلّم توقیفیّة العقود لکن نقول انّ اطلاق الادلّة شامل للعقود المعلّقة ایضًا فلا وجه لقولک انّ القدر المتیقّن هو العقد العاری عن التعلیق اذ الاقتصار علی المتیقّن انّما یلزم فی صورة الاجمال فی الدلیل لا فی صورة اطلاق الدلیل (٣) ای التنجیز (٤) ای ادلّة العقود (٥) ای من العقود (٦) ای الاجماع المحصّل (٧) قوله (مشکل) خبر لمبتداء مقدّم وهو قوله (فاثبات هذا الشرط) (٨) ای القادح فی العقد (٩) کان یقول البایع (بعتک ان جاء زید) واما اذا انشأ من غیر تعلیق کان یقول (بعتک) فصحّ العقد وان کان البایع متردّدًا فی ترتّب اثر العقد لانّه لا یعلم انّ المال له ام لا (١٠) بصیغة اسم الفاعل (١١) کبیع الهازل (١٢) مثل ان لا یعلم ان المشتری بالغ ام لا

فی اعتبار التّنجیز فی العقد

بل الظّ انّه لا یقدح اعتقاد عدم ترتّب الاثر علیه (١) اذا تحقّق القصد الی التّملیك العرفیّ (٢) وقد صرّح بما ذکرنا (٣) بعض المحقّقین حیث قال لا یخلّ زعم فساد المعاملة ما لم یکن (٤) سببًا لارتفاع القصد نعم ربّما یشکل الامر فی فقد الشّروط المقوّمة کعدم الزّوجیّة (٥) او الشّكّ فیها فی انشاء الطّلاق فانّه (٦) لا یتحقّق القصد الیه (٧) منجّزًا من دون العلم بالزّوجیّة وکذا الرّقیّة فی العتق وح (٨) فاذا مسّت (٩) الحاجة الی شیٔ من ذلك (١٠) للاحتیاط (١١) ...

---

(١) ای علی العقد (٢) لانّ اعتقاد عدم ترتّب الاثر لا یضرّ اذا تحقّق القصد فانّ المعاملات لیست من الامور الاعتقادیّة فاذا قال البایع (بعتك) وتحقّق منه القصد الی التّملیك صحّ البیع (٣) وهو انّه لا یقدح الاعتقاد بعدم ترتّب الاثر (٤) اسم قوله (لم یکن) مستتر عائد الی زعم فساد المعاملة (٥) ای کاعتقاد عدم الزّوجیّة (٦) الضّمیر للشّأن (٧) ای الی انشاء الطّلاق (٨) ای حینئذ لا یمکن الانشاء فی الطّلاق والعتق مع الشّكّ (٩) (مَسّ ـُ مسًّا ومَسیسًا ومَسّیسی) الشّیٔ : لمسه، افضی الیه المریضُ او الکِبَرُ فلانًا : اصابه - مسّت الحاجة الی کذا : الجأت الیه (المنجد) (١٠) ای اشارة الی الطّلاق والعتق المذکورین (١١) کما لو تزوّج امرأة ثمّ شكّ فی انّها اخت الرّضاع له ام لا فاراد ان یطلّقها حتّی یتخلّص من الشّبهة وتتمکّن المرأة من الزّواج بلا شبهة فیقول ان کانت زوجتی فهی طالق وکذلك لو ورث زید عبدًا ثمّ شكّ فی انّ مورّثه اعتقه حین حیاته ام لا واراد الاحتیاط بالعتق فیقول ان کنت عبدی فقد اعتقتك .

فی اعتبار التنجیز فی العقد

وقلنا بعدم جواز تعلیق الانشاء (١) علی ما هو (٢) شرط فیه (٣) فلابدّ من ابرازه (٤) بصورة التنجّز (٥) وان کان (٦) فی الواقع معلّقًا او بوکّل غیره الجاهل (٧) بالحال بایقاعه ولایقدح فیه (٨) تعلیق الوکالة واقعًا علی کون الموکّل مالکًا للفعل (٩) لانّ فساد الوکالة بالتّعلیق لا یوجب ارتفاع الاذن (١٠) الّا انّ ظ الشّهید فی القواعد الجزم بالبطلان فیما لو زوّج امرأة بشکّ فی انّها محرّمة علیه فظهر حلّها وعلّل ذلک بعدم الجزم حال العقد قال وکذا الایقاعات کما لو خالع امرأة او طلّقها وهو شاکّ . . .

---

(١) یعنی عدم جواز تعلیق انشاء الطّلاق علی زوجیّة هی شرط فی انشاء الطّلاق مثلًا کان یقول (ان کانت زوجتی فهی طالق) (٢) الضّمیر یرجع الی (ما) (٣) ای فی انشاء الطّلاق مثلًا (٤) ای ابراز الانشاء (٥) بان یقول (فلانة طالق) لا ان یعلّق بقوله (ان کانت زوجتی فهی طالق) (٦) اسم (کان) مستتر یرجع الی انشاء الطّلاق مثلًا (٧) قوله (الجاهل) صفة لقوله (غیره) وانّما یشترط فی الغیر الجهل بالحال لانّ الجاهل بالحال یتحقّق منه قصد الانشاء (٨) ای فی توکیل الغیر (٩) ای کون الموکّل مالکا لفعل الطّلاق والعتق مثلًا (١٠) فانّ الموکّل لو لم یکن مالکا لمورد الوکالة کانت الوکالة باطلة کما لو وکّل زید بکرًا لبیع داره لیست له وانّما قلنا لایقدح تعلیق الوکالة لانّ فساد الوکالة بالتّعلیق الواقعی لا یوجب ارتفاع الاذن ومن المعلوم انّ الاذن کافٍ فی صحّة الطّلاق والعتق

فی اعتبار التّنجیز فی العقد

فی زوجیّتها (١) اوولّی (٢) نائب الامام قاضیًا لایعلم اهلیّته (٣) و ان ظهر اهلًا ثمّ قال وبخرج من هذا (٤) بیع مال مورّثه لظنّه حیوته فبان (٥) میّتا لانّ الجزم هنا حاصل (٦) لکن خصوصیّة البایع (٧) غیر معلومة وان قیل بالبطلان امکن لعدم القصد (٨) الی نقل ملکه وکذا لو زوّج امة ابیه فظهر میّتًا انتهی (٩) والظّاهر الفرق بین مثال الطّلاق (١٠) وطرفیه (١١) بامکان الجزم ...

---

(١) وهذا الکلام من الشّهید ره منافٍ لما ذکره المصنّف ره من صحّة الطّلاق والعتق حیث قال (فلابدّ من ابرازه بصورة التّنجیز وان کان فی الواقع معلّقًا) (٢) (ولّی تولیة) فلانا الأمر: جعله والیًا علیه. ولّاه کذا: جَعَلَهُ تِلوَهُ. ولّاه ظهره: جعله وَرَاءَهُ (المنجد) فالمراد هنا جعل نائب الامام قاضیًا وقوله (ولّی) عطف علی قوله (خالع) یعنی کما لوولّی نائب الامام قاضیًا (٣) فانّ تولیة القاضی من الایقاعات فمع الشّکّ فی اهلیّته لایصحّ تولیته (٤) اشارة الی عدم صحّة العقد والایقاعات مع الشّکّ (٥) ای فبان انّ المورّث حین البیع کان میّتا (٦) یعنی انّ المورّث ان کان حین البیع حیّا یکون البیع عنه فضولًا وان کان میّتا یکون البیع عن الوارث فیحصل الجزم للعاقد هنا (٧) المراد من (البایع) هنا هو المالک لا العاقد (٨) ای لعدم قصد الوارث الی نقل ملک نفسه (٩) انتهی کلام الشّهید ره (١٠) المراد من الطّلاق هو الخلع وغیره لانّ الخلع ایضًا طلاق (١١) المراد من طرفی الطّلاق هو التّزویج ←

فی اعتبار التطابق بین الایجاب والقبول

فیهما (١) دون مثال الطلاق فافهم (٢) وقال فی موضع اخر ولو طلق بحضور خنثیین فظهرا رجلین امکن الصحة (٣) وکذا بحضور من یظنه فاسقا فظهر عدلا وبشکلان (٤) فی العالم بالحکم (٥) لعدم قصدهما الی طلاق صحیح انتهی (ع) ومن جملة شروط العقد التطابق بین الایجاب والقبول فلو اختلفا فی المضمون بان اوجب البایع البیع علی وجه خاص من حیث خصوص .....

← وتولیة القاضی (١) لعل المراد ان التزویج لم یؤخذ فی مفهومه عدم محرمة المرئة علی الزوج بل هو شرط فی التزویج وکذلک تولیة القاضی فان العدالة لم یؤخذ فی مفهومه بل لعدالة شرط فیه بخلاف الطلاق فان الزوجیة اخذت فی مفهوم الطلاق فان مفهومه ازالة علقة الزوجیة فمن الممکن ان الشاک فی المحرمیة والعدالة جزم عند اجراء عقد النکاح وتولیة القاضی ولکن الجزم بالطلاق لایمکن فی حال الشک فی الزوجیة (٢) لعله اشارة الی عدم امکان الجزم مع الشک فی الطلاق وطرفیه (٣) فان المطلق یشک فی صحة الطلاق بحضور خنثیین اذ شرط الطلاق حضور رجلین عدلین والخنثی لایعلم انه رجل او انثی (٤) احدهما صحة الطلاق فی مورد الشک فی الذکوریة وثانیهما صحة الطلاق فی مورد الشک فی العدالة (٥) یعنی ان المطلق علم ان الطلاق باطل بحضور غیر الرجل وغیر العادل فالمراد بالحکم هو بطلان الطلاق و عدم صحته (ع) انتهی کلام الشهید ره .

في اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول

المشترى (١) او المثمن (٢) او الثمن (٣) او توابع العقد من الشروط (٤) فقبل المشترى على وجه اخر لم ينعقد ووجه هذا الاشتراط واضح وهو مأخوذ من اعتبار القبول وهو الرضا بالايجاب (٥) فح لو قال بعته من موكلك بكذا فقال اشتريته لنفسي لم ينعقد ولو قال بعت هذا من موكلك فقال الموكل الغير المخاطب قبلت صح (٦) وكذا لو قال بعتك فامر المخاطب وكيله بالقبول فقبل (٧) ولو قال بعتك العبد بكذا فقال اشتريت نصفه بتمام ...

---

(١) فلو قال البايع (بعتك هذا الكتاب من موكلك بدينار) فقال المخاطب (اشتريته لنفسي) لم ينعقد البيع (٢) فلو قال البايع (بعتك هذا الحمار بمأة درهم) فقال المشترى (اشتريت هذا الفرس بمأة درهم) لم يصح البيع. (٣) فان قال البايع (بعتك هذا الكتاب بعشرة دراهم) فقال المشترى (اشتريت هذا الكتاب بدينار) لم ينعقد البيع ايضا (٤) فان قال البايع (بعتك هذا الكتاب بدرهم بشرط ان تخيط قبائي) فقال المشترى (اشتريت هذا الكتاب بدرهم بشرط ان اخيط عبائك) لم يصح ايضا (٥) لان المشترى في صورة عدم التطابق ليس راضيا بالايجاب الصادر من البايع بل رضى بشئ آخر مع ان الايجاب والقبول لم يجريا على شئ واحد فلا معاملة ولا عقد (٦) لان اركان البيع وشرائطه تامة لان عدم جواب الوكيل لا يضر (٧) اى ان العقد في هذه الصورة صحيح ايضا .

في اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول

الثمن او نصفه (١) لم ينعقد وكذا لو قال بعتك العبد بمأة درهم فقال اشتريته بعشرة دينار (٢) ولو قال للاثنين بعتكما العبد بالف فقال احدهما اشتريت نصفه بنصف الثمن لم يقع ولو قال كل منهما ذلك (٣) لا يبعد الجواز ونحوه (٤) لو قال البايع بعتك العبد بمأة فقال المشترى اشتريت كل نصف منه بخمسين وفيه (٥) اشكال **ومن جملة الشروط في العقد** ان يقع كل من ايجابه (٦) وقبوله في حال يجوز لكل واحد منهما (٧) الانشاء فلو كان المشترى في حال ايجاب البايع غير قابل للقبول او خرج البايع حال القبول عن قابليته الايجاب لم ينعقد (٨) ثم ان عدم قابليتهما ان كان لعدم كونهما (٩) قابلين للتخاطب كالموت والجنون ...

---

(١) عطف على قوله (تمام الثمن) يعنى فقال اشتريت نصفه بنصف الثمن (٢) يعنى ان الثمن فى الايجاب غير الثمن فى القبول (٣) ولو قال كل واحد من المشترين (اشتريت نصفه بنصف الثمن) لم يبعد الجواز لان الايجاب والقبول جاريان على شئ واحد (٤) اى نحو المثال المذكور فى عدم البعد فى الجواز (٥) اى وفى كل واحد من قوله (ولو قال للاثنين بعتكما الخ) ومن قوله (لو قال البايع بعتك العبد الخ) اشكال لان الايجاب جار على المجموع بما هو مجموع والقبول جار على كل نصف نصف فلم يتواردا على شئ واحد (٦) اى من ايجاب العقد (٧) الضمير المثنى يرجع الى البايع والمشترى (٨) قوله (لم ينعقد) جواب لـ (لو) فى قوله (فلو كان) (٩) اى البايع والمشترى .

والاغماء بل النوم فوجه الاعتبار (١) عدم تحقق معنى المعاقدة والمعاهدة حَ (٢) واما (٣) صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فهو (٤) شرط حقيقة لا ركن فان حقيقة الوصية الايصاء ولذا (٥) لو مات قبل القبول قام وارثه (٦) مقامه ولو رد (٧) جاز له القبول بعد ذلك (٨) وان (٩) كان لعدم الاعتبار برضاهما فلخروجه ايضا عن مفهوم التعاهد و التعاقد لان المعتبر ...

---

(١) قوله (فوجه الاعتبار) جواب لِـ (اِنْ) في قوله (ان كان) يعني فوجه اعتبار الشرط المذكور عدم معنى المعاقدة حين عدم كونهما قابلين للتخاطب (٢) اى حين عدم كونهما قابلين للتخاطب (٣) اشكال وجواب اما الاشكال فانه لو كان من جملة الشروط وقوع كل من الايجاب القبول في حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء فكيف ينبغي ان يقول الفقهاء في الوصية بصحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى مع ان الموصى حال القبول كان ميتا اما الجواب فان القبول من الموصى له في الوصية شرط لا ركن بخلاف القبول في البيع فانه ركن فان حقيقة الوصية الايصاء الذى يتحقق بالايجاب فقط (٤) الضمير يرجع الى القبول (٥) تعليل لقوله القبول من الموصى له شرط حقيقة (٦) اى وارث الموصى له (٧) اى ولو رد الموصى له الوصية (٨) اى بعد الرد (٩) قوله (ان كان لعدم الاعتبار) عطف على قوله (ان كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب) يعني ثم ان عدم قابليتهما ان كان لعدم الاعتبار برضاهما الخ .

في بقاء المتعاقدين على الصفة الى آخر العقد

فيه (١) عرفاً رضا كلّ منهما لما ينشأه الآخر حين انشائه (٢) كمن يعرض له الحجر بفلس (٣) او سفه او رقّ (٤) لو فرض او مرض موت والاصل (٥) في جميع ذلك (٦) انّ الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الايجاب السّابق وكذا (٧) لو كان المشترى في زمان الايجاب غير راضٍ او كان ممّن لا يعتبر رضاه كالصّغير فصحّ كلّ من الايجاب والقبول بكون معناه (٨) قائماً في نفس المتكلّم من اوّل العقد الى ان يتحقّق تمام السّبب (٩) وبه (١٠) يتمّ معنى المعاقدة فاذا لم يكن هذا المعنى قائماً في نفس احدهما او قام ولم يكن قيامه معتبراً لم يتحقّق معنى . . .

---

(١) اى في مفهوم التّعاهد والتّعاقد (٢) اى حين انشاء الآخر (٣) هذه المذكورات امثلة لقوله (لعدم الاعتبار برضاهما) لانّ رضا المحجور لا اعتبار له مطلقاً سواء في حال انشاء نفسه او في حال انشاء طرفه (٤) كما لو كان البايع كافراً حربيّاً حين الايجاب فاجرى الايجاب فاسترقّ قبل قبول المشترى فلا يصحّ العقد لعدم الاعتبار برضاه (٥) اى المأخذ (٦) و هو عدم قابليّة البايع للايجاب في حال قبول المشترى وعدم قابليّة المشترى في حال ايجاب البايع لانّهما امّا لعدم كونهما قابلين للتّخاطب كالموت ونحوه او لعدم الاعتبار برضاهما كمن يعرض له الحجر بفلسٍ وغيره (٧) اى وكذا لا يصحّ البيع لو كان المشترى في زمان الايجاب غير راضٍ بالبيع ثمّ رضى بعد الايجاب وقبل القبول

(٨) الضّمير عائد الى كلّ من الايجاب والقبول (٩) وهو اجزاء القبول من المشترى (١٠) اى ←

فيما اختلف المتعاقدان نظرًا او تقليدًا

المجتهد فيها (١) بمنزلة الواقعيّة الاضطراريّة فالايجاب بالفارسيّة من المجتهد القائل بصحّته (٢) عند من يراه باطلًا بمنزلة اشارة الاخرس وايجاب العاجز عن العربيّة وكصلوة المتيمّم بالنّسبة الى واجد الماء ام هي (٣) احكام عذريّة لا يعذر فيها الّا من اجتهد او قلّد فيها والمسئلة محرّرة في الاصول هذا كلّه اذا كان بطلان العقد عند كلّ من المتخالفين مستندًا الى فعل الآخر كالصّراحة والعربيّة والماضويّة والتّرتيب واما الموالات والتّنجيز وبقاء المتعاقدين على صفات صحّة الانشاء الى اخر العقد فالظّاهر انّ اختلافها يوجب فساد المجموع لانّ بالإخلال (٤) بالموالات او التّنجيز او البقاء على صفات صحّة الانشاء ...

← فاعتقاد احد المتعاملين يؤثّر في ترتّب الأثر من الطّرفين وهذا بخلاف مسلك الطّريقيّة في جعل الامارة فانّ المجتهد المخطي يكون معذورًا من غير ان يتجاوز ذلك الى غيره لعدم حصول ملاكه بالنّسبة الى الغير والمفروض انّ حصول الملاك في المجتهد المخطي لا يوجب تاثيرًا في الواقع وفي تحقّق النّقل حتّى يعمّ اثره غيره (١) في الاحكام الظّاهريّة (٢) اى بصحّة الايجاب بالفارسيّة (٣) الضّمير يرجع الى الاحكام الظّاهريّة (٤) يعني فان كان رأى البايع اشتراط الموالاة ورأى المشترى عدم اشتراطها فاجريا العقد من دون موالاة كان العقد باطلًا لانّ البايع الّذى يشترط الموالات يرى انّ الايجاب والقبول كليهما في هذه الصّورة باطلان بخلاف العقد المركّب من ايجاب عربيّ وقبول فارسيّ فانّ البايع الّذى يشترط العربيّة يرى الايجاب صحيحًا والقبول باطلًا .

في المقبوض بالعقد الفاسد

يفسد عبارة من يراها شرطاً فانّ الموجب اذا علّق مثلاً اولم يبق على صفة صحّة الانشاء الى زمان القبول باعتقاد مشروعيّة ذلك لم يجز من القائل ببطلان هذا (١) تعقيب هذا الايجاب بالقبول وكذا القابل اذا لم يقبل الّا بعد فوات الموالات بزعم صحّة ذلك (٢) فانّ (٣) يجب على الموجب اعادة ايجابه اذا اعتقد اعتبار الموالات (٤) فتم (٥) **مسئلة** لو قبض (ء) ما ابتاعه بالعقد الفاسد (٧) لم يملكه وكان مضموناً عليه (٨) امّا عدم الملك فلانّه مقتضى فرض الفساد واما الضّمان بمعنى كون تلفه عليه وهو احد الامور المتفرّعة على القبض بالعقد ...

---

(١) اشارة الى العقد (٢) يعني بزعم انّ العقد بفوات الموالات صحيح (٣) الضّمير للشّأن (٤) يعني وان لم يعد لبايع الايجاب كان العقد بنظره باطلا لاجل بطلان الايجاب والقبول لفوات الموالات لا لاجل بطلان القبول فقط (٥) لعلّه اشارة الى انّ القابل اذا اعتقد عدم اشتراط الموالات كفى في صحّة العقد فانّ الايجاب قد وقع صحيحا لانّ الموالات شرط في صحّة القبول لا الايجاب (ء) يعني لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد بانيا على العقد وتاثيره في ملكيّة ما ابتاعه لانّه الّذي يترتّب عليه عدم الملكيّة والضّمان لا قبضه بعد العقد بعنوان المعاطاة او الامانة اذ لا ريب في ارتفاع الضّمان فيهما بل لا ريب في حصول الملك في الاوّل عند بعض العلماء كما عرفت في باب المعاطاة (٧) ومن افراد العقد الفاسد كون احد المتعاملين حال العقد محجورا (٨) يعني وجب ردّ عينه ان كان باقيا وردّ عوضه الواقعي ان كان تالفا .

فی المقبوض بالعقد الفاسد

قوله (١) فی الأمة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتری انه یاخذ الجاریة صاحبها ویاخذ الرجل (٢) ولده بالقیمة فان ضمان الولد (٣) بالقیمة مع کونه نماء لم یستوفه المشتری یستلزم ضمان الأصل بطریق اولی فلیس (٤) استیلادها من قبیل اتلاف النماء بل من قبیل احداث نمائها (٥) غیر قابل للملك فهو (٦) کالتالف لا کالمتلف (٧)...

---

(١) وهی روایة ابن ابی عمیر عن جمیل بن درّاج عن بعض اصحابنا عن ابی عبدالله فی رجل اشتری جاریة فاولدها فوجدت الجاریة مسروقة قال یأخذ الجاریة صاحبها ویاخذ الرجل ولده بقیمته وهذه الروایة مذکورة فی الوسائل الطبعة القدیمة ج ٣ ص ١٤٤ (٢) المراد من الرجل هو المشتری یعنی ان المشتری یدفع الی صاحب الجاریة قیمة الولد ویأخذ ولده الحرّ (٣) یعنی ضمان المشتری لمالك الجاریة الولد بالقیمة مع کون الولد نماءً لم یستوفه المشتری لان الولد انعقد حرًّا وهو لیس بملك یستلزم ضمان الاصل یعنی الجاریة بطریق اولی (٤) سؤال وجواب. أمّا السؤال : فانّ مورد الخبر من باب الاتلاف لانّ استیلاد الجاریة من قبیل اتلاف النّماء فیدخل فی قاعدة : من اتلف مال الغیر فهو له ضامن فلا بدّ الخبر علی ما نحن فیه لانّه مختصّ بصورة التّلف لا الإتلاف وأمّا الجواب فهو قوله (فلیس الاستیلاد من قبیل اتلاف النّماء الخ) (٥) ای نماء الجاریة (٦) ای النّماء (٧) قوله (المتلَف) اسم المفعول لا اسم الفاعل .

في بيان معنى القاعدة اصلا وعكسا

فافهم (١) ثم ان هذه المسئلة (٢) من جزئيات القاعدة المعروفة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده (٣) وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وهذه القاعدة اصلا (٤) وعكسا (٥) وان لم اجد لها بهذه العبارة في كلام من تقدم على العلامة الا انها يظهر من كلمات الشيخ ره في ط فانه علل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة بانه (٦) دخل على ان يكون المال مضمونا عليه وحاصله (٧) ان قبض المال مقدما على ضمانه بعوض واقعي (٨) او جعلي (٩) موجب للضمان وهذا المعنى (١٠) يشمل المقبوض بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحيحها وذكر (١١) ايضا في مسئلة عدم الضمان في الرهن الفاسد ...

---

(١) لعله اشارة الى انه يمكن ان يدعى صدق الاتلاف عرفا لان الولد مربوط بوالده ونفعه للوالد فيشمله دليل من اتلف (٢) اي مسئلة ضمان ما قبض بالعقد الفاسد (٣) يعني ان المشتري الذي يشتري المتاع انما يدخل في المعاملة بعنوان اداء عوض المتاع فاذا كانت المعاملة صحيحة كان ضامنا بعوضه الجعلي فاذا كانت فاسدة كان ضامنا بعوضه الواقعي وهو المثل او القيمة (٤) اي كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده (٥) اي وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده (٦) اي بان القابض دخل على المعاملة بعنوان اداء عوض المال (٧) اي حاصل تعليل الشيخ ره (٨) وهو المثل او القيمة (٩) وهو المسمى (١٠) اي قبض المال مقدما على ضمانه (١١) الضمير المستتر يرجع الى الشيخ ره .

فی بیان معنی القاعدة

انّ صحیحه لا یوجب الضّمان (١) فکیف یضمن بفاسده وهذا (٢) یدلّ علی العکس المذکور (٣) ولم اجد من تامّل فیها (٤) عدا الشّهید فی لکّ فیما لو فسد عقد السّبق فهل یستحقّ السّابق اجرة المثل ام لا (٥) وکیف کان فالمهمّ بیان معنی القاعدة اصلاً (٦) وعکسًا (٧) ثمّ بیان المدرک فیها فنقول ومن الله الاستعانة انّ المراد بالعقد اعمّ من الجائز (٨) واللّازم (٩) بل ممّا کان فیه فیه شائبة الایقاع او کان اقرب الیه فیشمل الجعالة (١٠) والخلع والمراد بالضّمان فی الجملتین (١١) هو کون درک (١٢) المضمون ...

---

(١) فانّ زیدًا اذا اخذ دار بکر رهنًا فی مقابل قرضه فاذا تلف الدّار من دون تعدٍّ وتفریط لا یضمن الدّار فلا یضمن ایضًا اذا کان الرّهن فاسدًا (٢) اشارة الی کلام الشّیخ الطّوسی ره فی عدم الضّمان فی الرّهن الفاسد (٣) وهو ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده (٤) ای فی قاعدة ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده (٥) والحال انّ مقتضی القاعدة استحقاق الاجرة لانّ عقد السّبق من افراد ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده (٦) وهو کلّ عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده (٧) وهو ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده (٨) کالهبة والعاریة (٩) کالبیع والصّلح (١٠) فلا یشترط فی الجعالة شروط العقد لانّه لا یشترط فیها معرفة الجاعل الطّرف ولا معرفة الطّرف بمقدار المال والعمل (١١) ای الاصل والعکس (١٢) (الدّرک ایضًا والدّرک) التّبعة ومنه قولهم (ما لحقک من درک فعلیّ خلاصه (اقرب الموارد).

فی بیان معنی القاعدة

علیه (١) بمعنی کون خسارته ودرکه فی ماله الاصلی فاذا تلف وقع نقصان فیه (٢) لوجوب تدارکه منه (٣) واما (٤) مجرد کون تلفه فی ملکه بحیث یتلف مملوکا له کما یتوهم فلیس هذا معنی للضمان اصلا فلا یقال ان الانسان ضامن لاموالہ ثم تدارکه من ماله تارة یکون باداء عوض الجعلی (٥) الذی تراضی هو (ء) والمالك (٧) علی کونه (٨) عوضا وامضاه (٩) الشارع (١٠) کما فی المضمون..

---

(١) قوله (علیه) خبر لـ (کون) فی قوله (کون درکه المضمون) (٢) ای فی ماله الاصلی (٣) ای من ماله الاصلی وحاصل هذا الوجه لتفسیر الضمان هو کون المال متدارکا بحیث یکون الخسارة واقعة فی ماله الاصلی ففی العقد الصحیح یکون المال متدارکا بسبب المعاوضة بماله الاصلی بحیث اذا تلف کانت خسارته فی ماله الاصلی المجعول عوضا وفی العقد الفاسد یکون متدارکا عند تلفه ببدله الواقعی الذی هو المثل او القیمة من ماله الاصلی (٤) وهم ودفع ، اما الوهم : فان تفسیر الضمان ومعناه فی الاصل والعکس هو کون تلف المال فی ملکه وانه یتلف مملوکا له واما الدفع : فالمصنف ره اشار الیه بقوله (فلیس هذا معنی الضمان اصلا فلا یقال ان الانسان ضامن لاموالہ) فالمراد بقوله (یضمن) هو (یغرم) لان المراد به (یتلف) (٥) کما لو جعل المتعاملان فی مقابل المتاع ثلاثة دنانیر فنکون ثلاثة دنانیر عوضا جعلیا (ء) ای الشخص الذی تلف المتاع عنده (٧) ای المالك الاصلی کالبایع (٨) الضمیر یرجع الی العوض الجعلی (٩) الضمیر عائد الی العوض الجعلی (١٠) ای امضاء الشارع بقوله : اوفوا بالعقود ←

فی بیان معنی القاعدة

بسبب العقد الصحیح واخری باداء عوضه الوافی وهو المثل (١) او القیمة (٢) وان لم یتراضیا علیه (٣) وثالثة باداء اقل الامرین من العوض الوافی والجعلی کما ذکره (٤) بعضهم فی بعض المقامات مثل تلف الموهوب (٥) بشرط التعویض قبل دفع العوض (٦) فاذا ثبت هذا (٧) فالمراد بالضمان بقول مطلق (٨) هو لزوم تداركه (٩) ...

← واحل الله البیع (١) ای المثل فی المثلی (٢) ای القیمة فی القیمی (٣) الضمیر عائد الی العوض الوافی (٤) الضمیر المفعول یرجع الی اقل الامرین (٥) وفی هذه المسئلة ثلاثة اقوال احدها عدم الضمان وعدم وجوب العوض هذا محکی عن الشرایع والفاضل وولده ثانیها تعین دفع العوض المجعول لان المتهب قبل التلف کان مخیرا بین دفعه ورد العین واذا تعذر الثانی تعین الاول بعد عموم وجوب الوفاء بالعقد وهذا محکی عن جماعة ثالثها اداء اقل الامرین من العوض المجعول والعوض الوافی وهذا محکی عن المسالك والمصنف اشار الی القول الثالث بقوله (وثالثة باداء اقل الامرین الخ) (٦) فاخذ الهبة یضمن اقل الامرین فی المسئلة لان العوض المجعول ان کان اقل فقد رضی الواهب به فی مقابلة العین وان کانت قیمة التالف اقل فیضمنه الاخذ لان هذا المقدار من الواهب تلف عنده (٧) اشارة الی ان المراد من الضمان هو التدارك الصادق تارة علی عوضه الجعلی واخری علی عوضه الوافی وثالثة علی اقل الامرین (٨) ای من دون تعیین ای قسم من الاقسام الثلاثة المذکورة (٩) ای تدارك التالف .

فی بیان معنی القاعدة

بعوضه الواقعی (١) لانّ هذا (٢) هو التدارک (٣) حقیقة ولذا (٤) لو اشترط ضمان العاریة لزم غرامة مثلها او قیمتها ولم یرد فی اخبار ضمان المضمونات من المغصوبات وغیرها عدا لفظ الضمان بقول مطلق (٥) واما تدارکه بغیره (٦) فلابدّ من ثبوته (٧) من طریق اخر مثل تواطئهما (٨) علیه بعقد صحیح یمضیه الشارع فاحتمال ان یکون المراد بالضمان فی قولهم یضمن بفاسده هو وجوب اداء العوض المسمّی تظیر الضمان فی العقد الصحیح ...

---

(١) ای بعوضه الواقعی لا عوضه الجعلی ولا اقلّ الامرین لانّ الضمان عند الاطلاق ینصرف الی تدارکه بعوضه الواقعی (٢) اشارة الی تدارکه بعوضه الواقعی (٣) (تدارکه الله برحمته : لحقه و - خطأ الرأی بالصواب : اتبعه و - ما فات : طلبه واثبته و - القومَ : تلافاهم (الدَّرَکَة) محرّکة : المنزلة اذا اعتبرت النزول ویقابلها الدرجة للصاعد ، ج : درکات ، ودرکات النار منازل اهلها ویقال : الجنة درجات والنار درکات (الاستدراک) فی عرف النحاة : رفع ما یتوهّم ثبوته او نفیه من الکلام السابق (اقرب الموارد) (٤) اشارة الی انّ تدارکه بعوضه الواقعی هو التدارک حقیقة (٥) ای لم یرد الضمان فی الاخبار مقیّدا بشیء فیکون المراد بالضمان هو تدارک التالف بعوضه الواقعی لا بعوضه الجعلی ولا اقلّ الامرین لانّ المطلق یحمل علی الفرد المنصرف الیه (٦) ای بغیر عوضه الواقعی (٧) ای من ثبوت غیر عوضه الواقعی (٨) ای توافق المتعاملین علی غیر عوضه الواقعی قال فی «المنجد» (تواطأ) الرجلَ علی الامر : وافقه .- القومُ علی الامر : توافقوا .

فی بیان معنی القاعدة

ضعیف (١) فی الغایة لانّ ضمانه بالمسمّی یخرجه من فرض الفساد اذ یکفی فی تحقّق فرض الفساد بقاء کلّ من العوضین علی ملك مالکه وان کان عند تلف احدهما یتعیّن الآخر للعوضیّة (٢) نظیر المعاطاة علی القول بالاباحة بل (٣) لاجل ما عرفت من معنی الضّمان وانّ التّدارك بالمسمّی فی الصّحیح لامضاء الشّارع ما تواطئا علی عوضیّته لا لانّ معنی الضّمان فی الصّحیح مغایر لمعناه الفاسد حتّی (٤) یوجب ذلك تفکیکا فی العبارة فافهم (٥) ثمّ العموم (٦) فی العقود لیس باعتبار خصوص الانواع لیکون افراده (٧) مثل البیع ...

---

(١) قوله (ضعیف) خبر لمبتداء مقدّم وهو قوله (فاحتمال) (٢) حیث انّ العوضین یبقیان علی ملك مالکهما فاذا تلف احدهما تعیّن الآخر للعوضیّة لو فرض کون عوض التّالف هو المسمّی نظیر المعاطاة علی القول بالاباحة (٣) ای بل نقول انّ هذا الاحتمال ضعیف لاجل ما عرفت من معنی الضّمان وانّه منصرف الی تدارکه بعوضه الواقعی (٤) یعنی حتّی یوجب تغایر معنی الضّمان فی الصّحیح والفاسد تفکیکا فی العبارة بین قوله یضمن بصحیحه وبین قوله یضمن بفاسده بان یراد من الاوّل ضمان القیمة الجعلیّة ومن الثّانی ضمان القیمة الواقعیّة والحاصل انّ معنی الضّمان هو التّدارك بعوضه الواقعی لکنّ الشّارع امضی فی الصّحیح التّدارك بعوضه الجعلی فهذا خارج بدلیل خاصّ (٥) لعلّه اشارة الی انّ التّفکیك موجود الّا انّه حصل من دالّ اخر وهو حکم الشّارع (٦) المراد من العموم هو قوله (کلّ عقد) فی الاصل ولفظة (ما) فی العکس (٧) ای افراد العموم .

فی بیان معنی القاعدة

والصّلح والاجارة ونحوها لجواز کون نوع لایقتضی بنوعه (١) الضّمان وانّما المقتضی له بعض اصنافه فالفرد الفاسد من ذلك الصّنف یضمن به (٢) دون الفرد الفاسد من غیر ذلك الصّنف (٣) مثلاً الصّلح بنفسه لایوجب الضّمان لانّه قد لا یفید الّا فائدة الهبة (٤) الغیر المعوّضة او الابراء (٥) فالموجب للضّمان هو (٦) المشتمل علی المعاوضة فالفرد الفاسد من هذا (٧) القسم موجب للضّمان ایضًا ولا یلتفت الی انّ نوع الصّلح الصّحیح من حیث هو لا یوجب ضمانًا فلا یضمن بفاسده وکذا الکلام فی الهبة المعوّضة (٨) وکذا عاریة الذّهب و الفضّة (٩) ...

---

(١) کالصّلح فانّه بنوعه لایقتضی الضّمان لانّ بعض اصنافه یقتضی الضّمان کالصّلح المشتمل علی المعاوضة وبعض اصنافه لا یقتضی الضّمان کالصّلح المفید فائدة الهبة الغیر المعوّضة (٢) کالصّلح المشتمل علی المعاوضة (٣) کالصّلح المفید فائدة الهبة (٤) کما لو قال بکر لزید صالحتك علی ان یکون هذا الکتاب لك مجّانًا فقال زید قبلت (٥) کما لو کان لبکر علی زید دین فقال لزید صالحتك علی ان تکون ذمّتك بریئًا عن دینی مجّانًا فقال زید قبلت (٦) الضّمیر عائد الی الصّلح (٧) اشارة الی الصّلح المشتمل علی المعاوضة (٨) یعنی انّ الهبة بنفسها لا توجب الضّمان لکنّ الصّحیح والفاسد من الهبة المعوّضة یوجب الضّمان (٩) یعنی انّ العاریة بنفسها لا توجب الضّمان لکن عاریة الذّهب و الفضّة فی فاسدها وصحیحها توجب الضّمان .

فی بیان معنی القاعدة

نعم (١) ذکروا فی وجه عدم ضمان الصّید الّذی استعاره المحرم انّ صحیح العاریة لا یوجب الضّمان فینبغی ان لا یضمن بفاسدها ولعلّ المراد عاریة غیر الذّهب والفضّة وغیر المشروط ضمانها ثمّ المتبادر من اقتضاء الصّحیح للضّمان (٢) اقتضائه (٣) له (٤) بنفسه فلو اقتضاه (٥) الشّرط المتحقّق فی ضمن العقد الصّحیح ففی الضّمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط (٦) فیه الضّمان تمسّکا بهذه القاعدة (٧) اشکال (٨) کما لو استاجر اجارة فاسدة واشترط فیها ضمان العین وقلنا بصحّة هذا الشّرط فهل یضمن بهذا الفاسد لانّ صحیحه یضمن به ولو لاجل الشّرط ...

---

(١) سؤال وجواب : امّا السّؤال، فانّ العلماء ذکروا فی وجه عدم ضمان الصّید الّذی استعاره المحرم انّ صحیح العاریة لا یوجب الضّمان فینبغی ان لا یضمن بفاسدها وهذا بخلاف ما ذکرناه من انّ اللّازم فی کلّ عقد ملاحظة کلّ صنف صنف لانّهم لم یلاحظوا الّا العاریة بقول مطلق وامّا الجواب : فلعلّ المراد من قولهم صحیح العاریة لا یوجب الضّمان هو الصّنف ایضا مثل عاریة غیر الذّهب والفضّة وغیر المشروط ضمانها فلا یخالف قولهم لما ذکرناه من انّ اللّازم فی کلّ عقد ملاحظة کلّ صنف صنف (٢) فی قولهم : کلّ عقد یضمن بصحیحه (٣) ای اقتضاء الصّحیح (٤) ای للضّمان (٥) الضّمیر المفعول عائد الی الضّمان (٦) قوله (المشروط) صفة لقوله (الفرد) (٧) ای قاعدة کلّ عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده (٨) قوله (اشکال) مبتداء لخبر مقدّم وهو قوله (ففی الضّمان)

فی بیان معنی القاعدة

ام لا (١) وکذا الکلام فی الفرد الفاسد من العاریة المضمونة (٢) ویظهر من الریاض اختیار الضمان بفاسدها مطلقا (٣) تبعا لظهر لک ویمکن جعل الهبة المعوضة من هذا القبیل (٤) بناء علی انها هبة مشروطة لا معاوضة (٥) وربما یحتمل فی العبارة (ع) ان یکون معناه (٧) ان کل شخص من العقود یضمن به لو کان صحیحا یضمن به مع الفساد (٨) ...

---

(١) ای ام لا یضمن لان اصل الاجارة لا ضمان فیها ففی هذا الفرد من الاجارة المشروط فیه الضمان احتمالان (٢) وفی هذه العاریة المضمونة احتمالان احدهما الضمان لان صحیحها مع الشرط مضمونة وکذا الفاسد ثانیهما عدم الضمان لان اصل العاریة لا ضمان فی صحیحها بدون الشرط کذلک فی فاسدها (٣) ای سواء کان الضمان فی العاریة بالشرط کالعاریة المشروط فیها الضمان فی غیر الذهب والفضة او بغیر الشرط کعاریة الذهب والفضة (٤) ای من قبیل العاریة المضمونة لان الهبة الغیر المعوضة لا توجب الضمان اذا ظهرت فاسدة لکن الهبة المعوضة توجب الضمان حیث ظهرت فاسدة لان هذا الفرد الصحیح من الهبة مضمون فکذا فاسده (٥) یعنی لو کانت الهبة المعوضة معاوضة کان الضمان باقتضاء نفس العقد لا باقتضاء الشرط (ع) ای فی عبارة کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده (٧) الضمیر عائد الی (العموم) الظاهر من قوله (کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده (٨) ای ان یکون المراد من العموم فی القاعدة کل فرد یعنی کل فرد من العقود یضمن بصحیحه اذا وجد وفرض صحیحا یضمن بفاسده اذا وجد وکل فرد من العقود لا یضمن بصحیحه اذا وجد وفرض صحیحا لا یضمن بفاسده ←

فی بیان معنی القاعدة

ورتّب علیه (١) عدم الضّمان فیما لو استاجر بشرط ان لا اجرة کما اختاره (٢) الشّهیدان او باع بلا ثمن (٣) کما هو (٤) احد وجهی العلّامة فی عد وبضعّف (٥) بانّ الموضوع (ء) هو العقد الّذی وجد له بالفعل صحیح وفاسد لا ما (٧) یفرض تارة صحیحًا واخری فاسدًا فالمتعیّن بمقتضی هذه القاعدة (٨) الضّمان فی مسئلة البیع (٩) لانّ البیع الصّحیح یضمن به ...

← اذا وجد کما لو استاجر بشرط ان لا اجرة (١) ای رتّب علی هذا المعنی الّذی یکون المراد من القاعدة کلّ شخص من العقود (٢) الضّمیر عائد الی عدم الضّمان فیما لو استاجر بشرط ان لا اجرة (٣) فانّ البیع بلا ثمن باطل فلو فرض هذا الفرد من البیع صحیحًا لم یکن فیه ضمان فکذلک فی حالة فساده کما انّ عدم الضّمان فی هذه المسئلة احد وجهی العلّامة فی القواعد (٤) الضّمیر یرجع الی عدم الضّمان فی البیع بلا ثمن (٥) الضّمیر المستتر فی قوله (یضعّف) یرجع الی الاحتمال المتقدّم المستفاد من قوله (وربّما یحتمل فی العبارة) (ء) یعنی انّ الموضوع فی قولهم (کلّ عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده وما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسد) هو العقد الّذی وجد له فرد صحیح وهو ما کان جامعًا للشّرائط وفرد آخر فاسد وهو ما لم یکن جامعًا للشّرائط (٧) المراد من (ما) هو العقد یعنی لانّ الموضوع هو العقد الواحد الّذی یفرض تارة صحیحًا واخری فاسدًا (٨) ای القاعدة الّتی هی (کلّ عقد یضمن الخ) (٩) ای البیع بلا ثمن .

فی بیان معنی القاعدة

نعم ما ذکره بعضهم من التعلیل لهذه القاعدة بانه (١) اقدم علی العین مضمونة علیه لا یجری (٢) فی هذا الفرع لکن الکلام فی معنی القاعدة (٣) لا فی مدرکها (٤) ثم ان لفظة الباء فی بصحیحه وبفاسده اما بمعنی فی بان یراد کلما تحقق الضمان فی صحیحه تحقق فی فاسده واما لمطلق السببیة (٥) الشامل للناقصة لا العلة التامة فان العقد الصحیح قد لا یوجب الضمان الا بعد القبض کما فی السلم (٦) والصرف (٧) بل مطلق البیع (٨) ...

---

(١) ای بان القابض اقدم علی العین مضمونة علیه (٢) ای لا یجری هذا التعلیل فی هذا الفرع الذی هو البیع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة لان المشتری و المستأجر لم یقدما علی العین مضمونة بل اقدما علیها مجانا. وبلا ضمان (٣) یعنی هل ان معنی القاعدة ما له فردان فرد صحیح وفرد فاسد او فرد واحد یفرض تارة صحیحا وتارة فاسدا (٤) ای لا ان الکلام فی مدرک القاعدة حتی یقال انه لو کان مدرکها هو الاقدام علی العین مضمونة علیه لم یلزم الضمان فی مسئلة البیع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة (٥) ای سواء کانت السببیة تامة کما فی غیر السلم والصرف او ناقصة کما فیهما فان العقد الصحیح لا یوجب الضمان فیهما الا بعد القبض (٦) وهو بیع الثمن الی اجل معلوم بمال معلوم مقبوض فی المجلس فیکون الثمن مؤجلا والثمن حالا (٧) وهو بیع الاثمان وهی الذهب والفضة بمثلها ویشترط فیه التقابض فی المجلس (٨) یعنی بل الضمان فی مطلق البیع متوقف علی القبض حیث ان المبیع قبل القبض مضمون علی البائع لما ثبت ان المبیع اذا تلف قبل القبض من مال بائعه.

فی بیان معنی القاعدة

حیث انّ المبیع قبل القبض مضمون علی البایع بمعنی انّ درکه (١) علیه وبتدارکه (٢) بردّ الثّمن فتم (٣) وکذا الاجارة (٤) والنّکاح والخلع فانّ المال فی ذلک کلّه مضمون علی من انتقل عنه (٥) الی ان یتسلّمه (٦) من انتقل الیه (٧) واما العقد الفاسد فلا یکون علّة تامّة ابدًا بل یفتقر فی ثبوت الضّمان الی القبض فقبله لاضمان - فجعل الفاسد سببًا (٨) امّا لانّه المنشأ للقبض علی (٩) وجه الضّمان ...

---

(١) ای خسارة المبیع وتدارکه علی البایع (٢) ای البایع یتدارک المبیع التّالف بردّ الثّمن الی المشتری (٣) لعلّه اشارة الی انّ عدم ضمان المشتری المبیع قبل القبض اذا تلف لیس لنقص فی سببیّة العقد بل العقد ینفسخ قبل التّلف انفاقا وینتقل المبیع الی البایع وینتقل الثّمن الی المشتری ثمّ یتلف المبیع من مال البایع فلا بیع ح لانّ البیع بان ولا یؤثّر فی ضمان المشتری حتّی یتحقّق القبض (٤) یعنی انّ الاجارة والنّکاح والخلع مثل مطلق البیع فی انّ المبیع اذا تلف قبل القبض مضمون علی البایع فانّ الاجرة فی الاجارة مضمون علی المستأجر اذا تلف قبل القبض، والمهر فی النّکاح مضمون علی الزّوج اذا تلف قبل القبض وعوض الخلع فی الخلع مضمون علی الزّوجة اذا تلف قبل القبض (٥) ومن انتقل عنه هو المستأجر فی الاجارة والزّوج فی النّکاح والزّوجة فی الخلع (٦) الضّمیر المفعول یرجع الی المال (٧) ومن انتقل الیه هو الموجر فی الاجارة، والزّوجة فی النّکاح، والزّوج فی الخلع (٨) ای جعل العقد الفاسد سببًا ناقصًا (٩) قوله (علی) متعلّق علی قوله (القبض).

فی بیان معنی القاعدة

الّذی (١) هوسبب للضّمان واما لانّه (٢) سبب الحکم بالضّمان بشرط القبض ولذا (٣) علّل الضّمان الشّیخ وغیره بدخوله (٤) علی ان یکون العین مضمونة علیه لا ریب انّ دخوله علی الضّمان انّما هو بانشاء العقد الفاسد فهو (٥) سبب لضمان ما یقبضه والغرض من ذلك (ع) کلّه دفع ما یتوهّم انّ سبب الضّمان فی الفاسد هو القبض لا العقد الفاسد فکیف یقاس الفاسد علی الصّحیح فی سببیّة الضّمان ویقال کلّما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده وقد ظهر من ذلك (٧)...

(١) قوله (الّذی) وصف لقوله (القبض) (٢) یعنی انّ العقد الفاسد سبب للحکم بالضّمان اذا قبض المتاع وتلف (٣) اشارة الی ما ذکره المصنّف ره بقوله (واما لانّه سبب الحکم بالضّمان بشرط القبض (٤) ای بدخول القابض (٥) ای فالعقد الفاسد سبب ناقص لضمان ما یقبضه لانّ العقد الفاسد سبب للقبض والقبض سبب للضّمان (ع) اشارة الی ما ذکره المصنّف ره من قوله: (ثمّ انّ لفظة الباء فی بصحیحه وبفاسده الی هنا (٧) یعنی وقد ظهر ممّا تقدّم من انّ لفظة الباء فی (بصحیحه) و(بفاسده) امّا بمعنی (فی) واما لمطلق السّببیّة الشّامل للنّاقصة دون خصوص العلّة التّامّة فساد توهّم المتوهّم وهو انّ الباء فی اصل القاعدة وعکسها ظاهرة فی السّببیّة التّامّة للضّمان فظاهر القاعدة عدم توقّف الضّمان فی الصّحیح والفاسد الی القبض والحال انّهم قالوا انّ الضّمان فی الفاسد یتوقّف الی القبض فلا بدّ من تخصیص القاعدة بالاجماع علی انّ الضّمان فی العقد الفاسد یتوقّف الی القبض فوجب ظهور فساد هذا التّوهّم انّه لا حاجة الی هذا التّخصیص لانّ المصنّف ره بیّن انّ الباء امّا للظّرفیّة ای بمعنی (فی) واما لمطلق السّببیّة ←

فی بیان مدرک القاعدة

ایضاً فساد توهّم انّ ظ القاعدة عدم توقّف الضّمان فی الفاسد الی القبض فلابدّ من تخصیص القاعدة باجماع ونحوه ثمّ انّ المدرک لهذه الکلّیّة (١) علی ما ذکره فی لک (٢) فی مسئلة الرّهن المشروط بکون المرهون مبیعاً (٣) بعد انقضاء الأجل هو اقدام الآخذ (٤) علی الضّمان ...

← الشّامل للنّاقصة فی العقد الصّحیح والفاسد (١) ای لهذه القاعدة الکلّیّة وهی قولهم : کلّ عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده وما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده (٢) ای قال الشّهید الثّانی فی شرح قول المحقّق (لو شرط ان لم یؤدّ ان یکون الرّهن مبیعاً لم یصحّ) فی المسالک ج ١ ص ٢٣٢ المراد انّه رهن الرّهن علی الدّین المؤجّل وشرط له ان لم یؤدّ الدّین فی ذلک الاجل یکون الرّهن مبیعاً له بالدّین الخ ان قال اذا تقرّر ذلک فلو قبضه المرتهن علی هذا الوجه ضمنه بعد الاجل لا قبله لانّه فی مدّة الاجل رهن فاسد وبعده مبیع فاسد وکلّ عقد یتبع صحیحه فی الضّمان وعدمه فحیث کان صحیح الرّهن غیر مضمون کان فاسده کذلک وحیث کان صحیح البیع مضموناً علی المشتری ففاسده کذلک والسّرّ فی ذلک انّهما تراضیا علی لوازم العقد فحیث کان مضموناً فقد دخل القابض علی الضّمان انتهی موضع الحاجة من کلامه فانّ المدرک فی البیع الفاسد علی الضّمان هو قوله (فقد دخل القابض علی الضّمان) (٣) یعنی شرط المرتهن ان لم یؤدّ الرّاهن الدّین فی الاجل المعیّن یکون المرهون مبیعاً بالدّین بعد انقضاء الاجل.
(٤) یعنی انّ الأخذ للمتاع بالعقد الفاسد اخذه بمقابل المال لا مجّاناً.

في بيان مدرك القاعدة

ثم اضاف الى ذلك (١) قوله ﷺ على اليد ما اخذت حتى تؤدي والظاهر انه (٢) تبع في استدلاله بالاقدام الشيخ في ط حيث علل (٣) الضمان في موارد كثيرة من البيع والاجارة الفاسدين بدخوله (٤) على ان يكون المال مضمونا عليه بالمسمى فاذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل (٥) او القيمة وهذا (٦) الوجه لا يخلو عن تأمل لانهما انما اقدما وتراضيا وتواطئا (٧) بالعقد الفاسد على ضمان خاص (٨) لا الضمان بالمثل والقيمة والمفروض عدم امضاء الشارع لذلك الضمان الخاص ومطلق الضمان (٩) لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية اخرى فالضمان بالمثل او القيمة ان ثبت فبحكم شرعي (١٠) تابع لدليله ...

---

(١) اشارة الى المدرك الذي هو اقدام الاخذ (٢) الضمير يرجع الى صاحب المسالك (٣) الضمير المستتر يرجع الى الشيخ ره (٤) اي بدخول الاخذ (٥) اي رجع الى المثل في المثلي والقيمة في القيمي (٦) اشارة الى قوله (فاذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل او القيمة) (٧) اي توافقا (٨) وهو ضمان المسمى (٩) اي مطلق الضمان الشامل للمثل والقيمة لا يبقى بعد انتفاء المسمى حتى يتقوم بالمثل او القيمة فانتفاء خصوصية المسمى موجب لنفي اصل الضمان، لا لنفي خصوص المسمى ليتقوم الضمان حينئذ بالمثل او القيمة اذ الجنس كمطلق الضمان يرتفع بارتفاع فصله المقوم له كضمان المسمى (١٠) فان كان دليل شرعي هنا يدل على انه عند انتفاء المسمى يبقى المثل او القيمة فهو والا فلا .

وليس(١) ممّا اقدم عليه المتعاقدان هذا (٢) كلّه مع (٣) انّ مورد هذا التّعليل (٤) اعمّ من وجه من المطلب (٥) اذ قد يكون الاقدام موجودًا ولا ضمان كما قبل القبض وقد لا يكون اقدام في العقد الفاسد مع تحقّق الضّمان كما اذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع ...

---

(١) اى وليس الضّمان بالمثل والقيمة ممّا اقدم عليه المتعاقدان والحاصل: انّ ضمان المسمّى الّذى اقدم عليه المتعاملان انتفى وما يريد الشّيخ ره ومن تبعه كصاحب المسالك اثباته ليس ممّا اقدما عليه فالاستدلال بالدّخول والاقدام على اثبات المثل او القيمة فى العقد الفاسد محلّ تامّل واشكال لانّهما لم يقدما على ضمان المثل او القيمة (٢) اشارة الى الاشكال الاوّل الّذى اورده على دليل الشّيخ وصاحب المسالك (٣) قوله (مع انّ مورد هذا التّعليل اعمّ من وجه الخ) اشكال ثان على دليلهما (٤) وهو الاقدام (٥) والمراد من (المطلب) هو الضّمان يعنى بين الاقدام والضّمان عموم من وجه لانّ الاقدام قد يكون موجودًا فلا ضمان كما اذا تلف المتاع قبل قبض المشترى فانّ المشترى اقدم على ضمان المتاع والحال انّه تلف قبل القبض فلا ضمان على المشترى لاجل انّ المبيع اذا تلف قبل قبضه يكون من مال بايعه فلا يصحّ الاقدام دليلا ومدركًا على الضّمان وقد لا يكون الاقدام موجودًا والحال انّ الضّمان ثابت كما اذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البايع اذا تلف فى يد المشترى وكما اذا قال بعتك بلا ثمن واجرتك بلا اجرة فانّ البيع والاجارة فاسدان لانّ البيع لا يتحقّق بدون الثّمن والاجارة بدون الاجرة ←

فى بيان مدرك القاعدة

على البايع (١) اذا تلف فى يد المشترى وكما اذا قال بعتك بلا ثمن (٢) او اجرتك بلا اجرة (٣) نعم قوى الشهيدان فى الاخير (٤) عدم الضمان واستشكل (٥) العلامة فى مثال البيع فى باب السلم وبالجملة فدليل الاقدام مع انه مطلب يحتاج الى دليل لم نحصله منقوض (ع) طردا (٧) وعكسا (٨) واما خبر اليد (٩) فدلالته (١٠) ...

فنى هذه الصور تحقق الضمان من دون ان يكون الاقدام فى البين اما فاقدة الاجتماع فامثالها كثيرة كبيع المتاع بازاء الثمن لتصادق الاقدام والضمان (١) فان البيع حينئذ فاسد واذا تلف المبيع كان ضمانه على المشترى مع انه لم يقدم على الضمان بل اقدم على ان ضمان المبيع على البايع (٢) فان البيع حينئذ فاسد ايضا لانه لا يتحقق بدون الثمن واذا تلف المبيع كان المشترى ضامنا والحال انه لم يقدم على الضمان (٣) فان الاجارة حينئذ فاسدة لانها لا تتحقق بدون الاجرة واذا عمل الاجير للموجر ضمن للاجير اجرة المثل (٤) وهو قوله (اجرتك بلا اجرة) (٥) اى استشكل العلامة فى ضمان المشترى فى مثال (بعتك بلا ثمن) (ع) قوله منقوض خبر لمبتداء مقدم وهو قوله (فدليل الاقدام) (٧) اى دفعا للاعتراض فان الضمان فى قوله (بعت بلا ثمن) و (اجرت بلا اجرة) موجود ومع ذلك ليس الاقدام موجودا (٨) اى جمعا للافراد بان هناك اقداما ومع ذلك ان الضمان ليس بموجود كما فى المبيع الذى تلف قبل القبض (٩) وهو قوله ص (على اليد ما اخذت حتى تؤدى) وفى نسخة حتى تؤديه (١٠) اى فدلالة خبر اليد الخ .

في بيان مدرك القاعدة

وان كانت ظاهرة (١) وسنده منجبرًا الّا انّ مورده (٢) مختص بالاعيان فلا يشمل المنافع (٣) والاعمال (٤) المضمونة في الاجارة الفاسدة اللّهمّ الّا ان يستدلّ على الضّمان فيها (٥) بما دلّ على احترام مال المسلم وانّه (٦) لا يحلّ الّا عن طيب نفسه وانّ (٧) حرمة ماله كحرمة دمه (٨) وانّه لا يصلح ذهاب حقّ احد مضافًا الى ادلّة نفي الضّرر (٩) فكلّ عمل وقع من عامل لاحد بحيث ...

---

(١) اى ظاهرة في الحكم الوضعي اى (الضّمان) لا الحكم التّكليفي المجرّد اى (وجوب الحفظ او وجوب الرّدّ) (٢) اى مورد خبر اليد (٣) كما لو استأجر باجارة فاسدة دارًا للسّكنى الى شهرين فعليه كراء الشّهرين بعدهما وان لم يسكن فيها (٤) كما لو استأجر شخصًا لخياطة ثوبه وانّما لا يشمل الخبر المنافع والأعمال لانّ ظاهر قوله ﷺ : (ما اخذت) هي العين فانّ المنفعة والعمل ليسا بمأخوذين (٥) اى في الاعمال والمنافع المضمونة (٦) عن المبسوط مرسلًا عن انس عن النّبيّ ﷺ انّه قال : لا يحلّ مال امرء مسلم لا خيه الّا عن طيب نفسه (٧) عن المبسوط انّه روى الاعمش عن ابي وائل عن عبد الله بن مسعود انّ النّبيّ ﷺ قال حرمة مال المسلم كحرمة دمه (٨) ولا يخفى انّ معنى احترام المال اعطائه بعينه الى مالكه او بدله (٩) يعني لا يجوز الضّرر والاضرار على صاحب المنفعة في اجارة العين الفاسدة باستيفاء المنفعة منها وعدمه وعلى صاحب العمل في اجارة الشّخص للعمل باستيفاء العمل منه وعدمه بدون اعطاء المثل له .

في بيان مدرك القاعدة

يقع (١) بامره (٢) وتحصيلاً لغرضه (٣) فلابدّ من اداء عوضه (٤) لقاعدتي الاحترام ونفي الضّرار (٥) ثمّ انّه لا يبعد ان يكون مراد الشّيخ و من تبعه من الاستدلال على الضّمان بالاقدام والدّخول عليه (٦) بيان انّ العين والمنفعة الّذين تسلّمهما الشّخص لم يتسلّمهما مجّانًا وتبرّعًا حتّى لا يقضى احترامهما (٧) بتدارکهما بالعوض کما في العمل المتبرّع به والعين المدفوعة مجّانًا او امانة فليس دليل الاقدام (٨) دليلاً مستقلاً بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد (٩) في الاموال واحترام الأعمال نعم في لك ذكر کلا من الاقدام واليد دليلاً مستقلاً ...

---

(١) الضّمير المستتر عائد الى العمل (٢) اى بامر ذلك الاحد (٣) کما لو امر شخصًا لخياطة ثوبه (٤) اى عوض العمل (٥) ففاعدة کلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده في جميع الموارد تشمل الاعيان والمنافع والاعمال کلّها لخبر اليد ولقاعدتي الاحترام ونفي الضّرار (٦) اى على الضّمان (٧) اى الاحترام الّذى الثّابت للعين والمنفعة بالادلّة کقوله ص لا يحلّ مال امرء مسلم الّا عن طيب نفسه ، وکقوله ص : حرمة مال المسلم کحرمة دمه (٨) اى دليل الاقدام الّذى ذكره الشّيخ الطّوسي وصاحب المسالك (٩) يعنى انّ اليد تقتضى الضّمان والمانع عن الضّمان هو اعطاء المالك العين المدفوعة مجّانًا او تبرّع العامل في العمل فلعلّ الشّيخ ره اراد ان يقول انّ المقتضى للضّمان موجود وهو اليد والمانع من الضّمان وهو اعطاء المال مجّانًا او التّبرّع في العمل مفقود فالّلازم ←

في بيان مدرك القاعدة

فيبقى عليه (١) ما ذكر سابقاً من النقض (٢) والاعتراض (٣) ويبقى الكلام ح في بعض الاعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها الى الضامن ولم يقع بامره (٤) كالسبق في المسابقة الفاسدة (٥) حيث حكم الشيخ والمحقق وغيرهما بعدم استحقاق السابق اجرة المثل خلافاً للاخرين ووجهه (٦) ان عمل العامل لم يعد (٧) نفعه الى الآخر ولم يقع بامره (٨) ايضاً فاحترام الاموال التي منها الاعمال (٩) لا يقضي بضمان الشخص (١٠) له ...

← الضمان في كل عقد يضمن بصحيحه وهذا البيان تام في كلام الشيخ الذي لم يذكر اليد والاقدام دليلين مستقلين (١) اي فيبقى على صاحب المسالك الذي ذكر كلا من الاقدام واليد دليلاً مستقلاً ما ذكر من النقض و الاعتراض (٢) وهو الذي ذكره في ص٣١٩ بقوله (مع ان مورد هذا التعليل اعم من وجه من المطلب) الى ان قال (فدليل الاقدام منقوض طرداً وعكساً) (٣) وهو الذي ذكره في ص٣١٨ بقوله (وهذا الوجه لا يخلو عن تامل) الى ان قال (وليس مما اقدم عليه المتعاقدان) (٤) فاذا لم يرجع نفع الاعمال الى الضامن ولم يقع بامره فقوله ص على اليد لا يشمله وكذا دليل احترام مال المسلم وعمله (٥) فان نفع عمل السابق في المسابقة لا يعود الى الآخر ولم يقع عمله بامر الآخر وانما قرر كل منهما على نفسه اعطاء المال للسابق منهما (٦) اي وجه حكم الشيخ وغيره بعدم الاستحقاق (٧) وهو من (عاد يعود) (٨) اي بامر الآخر (٩) اي اعمال السابق في المسابقة الفاسدة (١٠) اي بضمان الشخص الآخر للعمل .

في بيان مدرك القاعدة

ووجوب عوضه (١) عليه لانّه (٢) ليس كالمستوفي له (٣) ولذا (٤) كانت شرعيّته (٥) على خلاف القاعدة حيث انّه (٦) بذل مال في مقابل عمل لا ينفع الباذل (٧) وتمام الكلام في بابه ثمّ انّه لا فرق فيما ذكرنا من الضّمان في الفاسد بين جهل الدّافع بالفساد وبين علمه مع جهل القابض (٨) ...

---

(١) اى وجوب عوض عمل العامل على الشّخص الآخر (٢) الضّمير عائد الى العمل (٣) الضّمير يرجع الى الشّخص الآخر الّذى هو باذل المال (٤) يعنى لاجل ما ذكر من انّ عمل العامل لم يعد نفعه الى الآخر ولم يقع باحره ايضا كانت شرعيّته المسابقة على خلاف القاعدة وثبت انّ شرعيّته بدليل خاصّ (٥) اى شرعيّة المسابقة (٦) الضّمير عائد الى المسابقة فانّ عود الضّمير المذكّر الى المسابقة لا اشكال فيه (٧) فيخرج المال من كيس من لا يعود منفعة العمل اليه (٨) والحاصل انّ هنا صورا اربعا احدها ان يكون البايع والمشترى كلاهما عالمين بالفساد ثانيها ان يكون البايع والمشترى كلاهما جاهلين بالفساد ثالثها ان يكون البايع عالما بالفساد والمشترى جاهلا والرّابع ان يكون البايع جاهلا بالفساد والمشترى عالما . وتوهّم بعض انّ المشترى فى الصّورة الثّالثة ليس ضامنا لانّ البايع اذهب احترام ماله ودفعه المصنّف بانّ اطلاق النّص والفتوى على الضّمان فيشملان لهذه الصّورة ايضا .

في بيان مدرك القاعدة

وتوهّم (١) انّ الدّافع في هذه الصّورة هو الّذي سلّط (٢) عليه و المفروض انّ القابض جاهل مدفوع (٣) باطلاق النّصّ والفتوى ليس الجاهل مغرورًا (٤) لانّا اقدم على الضّمان قاصدًا وتسليط الدّافع العالم لا يجعلها (٥) امانة مالكيّة لانّه دفعه (٦) على انّه ملك المدفوع اليه لا انّه امانة عنده او عارية ولذا (٧) لا يجوز له التّصرّف فيه والانتفاع به وسيأتي تتمّة ذلك في مسئلة بيع الغاصب مع علم المشترى ...

---

(١) وهمٌ ودفعٌ امّا الوهم فالقابض الجاهل في صورة علم الدّافع بالفساد ليس ضامنًا لانّ الدّافع سلّط القابض على ماله وامّا الدّفع فانّ النّصّ والفتوى مطلقان فيشملان هذه الصّورة ايضًا والمصنّف ره اشار الى التّوهم بقوله (وتوهّم انّ الدّافع الخ) والى الدّفع بقوله (مدفوع باطلاق النّصّ والفتوى الخ)

(٢) اى الدّافع سلّط القابض على ماله (٣) قوله (مدفوع) خبر لمبتداء مقدّر وهو قوله (وتوهّم انّ الدّافع) (٤) يعنى وليس القابض الجاهل مغرورًا حتّى يرجع الى من غرّه فليس من قبيل من قدّم طعام الغير الى بكر بعنوان المجانيّة فاكله فحينئذ يرجع المغرور الى من غرّه (٥) الضّمير باعتبار العين او السّلعة كان مؤنّثًا (٦) اى دفع المال (٧) اى لاجل انّ المال المدفوع ليس امانة عنده ولا عارية فلا يجوز التّصرّف فيه والانتفاع به لانّه ملك الدّافع لا انّه ملك القابض .

في عكس القاعدة

هذا كلّه في اصل الكلّيّة المذكورة (١) واما عكسها وهو انّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فمعناه انّ كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده (٢) ففاسده لا يفيد ضمانًا كما في عقد الرّهن والوكالة والمضاربة والعارية الغير المضمونة بل المضمونة (٣) بناءً على انّ المراد بافادة الصّحيح للضّمان افادته بنفسه لا بامر خارج (٤) عنه كالشّرط الواقع في متنه وغيره (٥) ذلك من العقود اللّازمة والجائزة ثمّ انّ مقتضى ذلك (٦) عدم ضمان العين المستأجرة فاسدًا لانّ صحيح الاجارة غير مفيد لضمانها كما صرّح به (٧) في عدّة وبر وحكى عن كره واطلاق الباقي (٨) الّا انّ صريح الرّياض ...

---

(١) وهو كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده (٢) فالمراد من المورد هنا اعمّ من مورد العقد فيشمل العين المستأجرة وغيرها كالوديعة والعارية والوكالة وغيرها (٣) بل العارية المضمونة ايضًا لا توجب الضّمان عند التّلف (٤) يعني انّ طبيعة العارية الصّحيحة لا تقتضي الضّمان وفاسدها ايضًا لا تقتضي الضّمان امّا شرط الضّمان الموجب للضّمان في صحيحها فانّه امر خارج عن طبيعتها (٥) عطف على قوله (عقد الرّهن) في قوله (كما في عقد الرّهن) (٦) يعني مقتضى قوله : (فمعناه انّ كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففاسده لا يفيد ضمانًا) عدم ضمان العين المستأجرة فاسدًا (٧) اى بعدم ضمان العين المستأجرة (٨) اى باقي الفقهاء .

فی عکس القاعدة

الحکم بالضّمان (١) وحکی فیها (٢) عن بعض نسبته (٣) الی المفهوم من کلمات الاصحاب والظّاهر انّ المحکیّ عنه (٤) هو المحقّق الاردبیلی فی مجمع الفائدة وما ابعد ما بینه (٥) وبین ما عن جامع المقاصد حیث قال فی باب الغصب انّ الّذی یلوح من کلامهم هو عدم ضمان العین المستأجرة فاسدًا باستیفاء المنفعة والّذی (٦) ینساق الیه النّظر هو الضّمان (٧) لانّ التّصرّف فیه حرام لانّه غصب فیضمنه ...

---

(١) ای الحکم بالضّمان للعین المستاجرة اذا کان عقد الاجارة فاسدًا کما لو استاجر انسان دار زید سنة بمائة دینار فتلفت الدّار بدون التّفریط فانّ صریح الرّیاض انّ زیدًا المستأجر ضامن للدّار وصریح القواعد والسّرائر وعن التّذکرة انّه لیس ضامنًا للدّار لانّا لفة بل التّلف کان من صاحب الدّار (٢) ای فی الرّیاض (٣) ای نسبة الضّمان (٤) فالمراد من المحکیّ عنه هو البعض (٥) ای ما ابعد ما بین المحکیّ عن بعض وبین ما عن جامع المقاصد حیث انّ البعض نسب الضّمان فی العین المستأجرة فی فساد الاجارة الی المفهوم من کلمات الاصحاب وصاحب جامع المقاصد نسب عدم الضّمان فی العین المستأجرة فی فسادها الی الظّهور من کلام الاصحاب (٦) قوله (الّذی ینساق الخ) عطف علی الّذی فی قوله (انّ الّذی یلوح) (٧) ای الضّمان للعین المستأجرة اذا کان الاجارة فاسدة .

فی عکس القاعدة

ثمّ قال (١) الّا انّ کون الاجارة الفاسدة لا یضمن بها کما لا یضمن بصحیحها منافٍ لذلك (٢) فیقال (٣) انّه (٤) دخل علی عدم الضّمان بهذا الاستیلاء وان لم یکن (٥) مستحقًّا والاصل براءة الذّمّة (٦) من الضّمان فلا یکون العین بذلك (٧) مضمونة ولولا ذلك (٨) لکان المرهن ضامنًا مع فساد الرّهن لانّ استیلائه بغیر حقّ وهو (٩) باطل انتهی (١٠) ولعلّ الحکم بالضّمان فی المسئلة (١١) امّا لخروجها (١٢) عن قاعدة ما لا یضمن ...

---

(١) ای قال صاحب جامع المقاصد

(٢) اشارة الی ضمان العین المستاجرة (٣) یعنی فیقال فی وجه عدم ضمان العین المستأجرة (٤) ای انّ المستاجر (٥) ای وان لم یکن المستاجر مستحقًّا للاستیلاء علی العین المستأجرة لانّ الاجارة فاسدة (٦) لانّ الضّمان خلاف الاصل فاذا شکّ فیه کان الاصل البرائة (٧) اشارة الی الاستیلاء بالعقد الفاسد (٨) ای ولولا اصل براءة الذّمّة من الضّمان لکان المرتهن ضامنًا مع فساد الرّهن (٩) الضّمیر یرجع الی ضمان المرهن مع فساد الرّهن (١٠) ای انتهی کلام صاحب جامع المقاصد (١١) ای الحکم بالضّمان فی مسئلة العین المستأجرة بالاجارة الفاسدة (١٢) قوله (امّا لخروجها الخ) اشارة الی انّ الضّمان فی مسئلة العین المستأجرة خارج تخصّصًا عن قاعدة ما لا یضمن لانّ مورد القاعدة هو العقد ومورد العقد فی الاجارة المنفعة لا العین المستأجرة .

فی عکس القاعدة

لانّ المراد بالمضمون مورد العقد (١) ومورد العقد فی الاجارة المنفعة فالعین (٢) یرجع فی حکمها الی القواعد وحیث کانت فی صحیح الاجارة امانة مأذونا فیها شرعا ومن طرف المالک لم یکن فیه (٣) ضمان وامّا فی فاسدها (٤) فدفع الموجر للعین انّما هو للبناء علی استحقاق المستأجر لها لحقّ الانتفاع فیه والمفروض عدم الاستحقاق فیده علیه (٥) ید عدوان موجبة (٦) للضّمان وامّا لانّ (٧) قاعدة ما لا یضمن معارضة هنا بقاعدة الید الاقوی عدم الضّمان فالقاعدة المذکورة غیر مُخَصَّصة (٨) ...

---

(١) ای لا الاعمّ من مورد العقد حتّی یشمل العین المستأجرة (٢) یعنی فالعین المستأجرة یرجع فی حکمها انّها مضمونة امرا الی القواعد الّتی هی غیر قاعدة ما لا یضمن (٣) ای فی صحیح الاجارة (٤) الضّمیر یرجع الی الاجارة (٥) الضّمیر عائد الی العین وتذکیر الضّمیر امّا باعتبار انّ العین لیست بمؤنّث حقیقیّ وامّا باعتبار انّه شیء مستأجر (٦) قوله (موجبة) صفة لـ (ید) (٧) قوله (وامّا لانّ قاعدة ما لا یضمن) عطف علی قوله (امّا لخروجها) وهذا اشارة الی انّ الضّمان فی مسئلة العین المستأجرة خارج تخصیصا عن قاعدة ما لا یضمن بقاعدة الید (٨) هذا بصیغة اسم المفعول اشارة الی دفع الوجه الثّانی وهو قوله (وامّا لانّ قاعدة ما لا یضمن معارضة هنا بقاعدة الید) یعنی انّ قاعدة ما لا یضمن لیست مُخَصَّصةً بقاعدة الید .

فی عکس القاعدة

بالعین المستأجرة ولا متخصصة (١) ثمّ انّه یشکل اطّراد (٢) القاعدة فی موارد منها (٣) الصّید الّذی استعاره المحرم من المحلّ بناءً علی فساد العاریة (٤) فانّهم حکموا (٥) بضمان المحرم له بالقیمة مع انّ صحیح العاریة لا یضمن به ولذا ناقش (٦) الشّهید الثّانی فی الضّمان علی تقدیری الصّحة والفساد الّا ان یقال (٧) ...

---

(١) هذا اشارة الی دفع الوجه الاوّل وهو قوله (امّا الخروج عن قاعدة ما لا یضمن الخ) یعنی انّ قاعدة ما لا یضمن لیست متخصصة حتّی یخرج العین المستاجرة تخصّصا وبعبارة اخری انّ قاعدة ما لا یضمن لیست مُخَصَّصَةً بسبب قاعدة الید ولا متخصصةً حتّی یخرج العین المستأجرة تخصّصا (٢) (اطّراد) الاطّرادُ : جرث (المنجد) یعنی یشکل جریان قاعدة ما لا یضمن فی موارد (٣) ای من الموارد (٤) فوجه الفساد انّ جواز الانتفاع بالعین المستعارة المعتبر فی صحّة العاریة منتفٍ هنا لحرمة الامساك المتوقّف علیه الانتفاع (٥) فانّ الفقهاء حکموا بضمان المحرم للصّید الّذی استعاره من المحلّ (٦) یعنی لاجل انّ صحیح العاریة لا یضمن به ناقش الشّهید الثّانی فی ضمان المحرم للصّید الّذی استعاره من المحلّ علی تقدیری الصّحة والفساد لانّ العاریة المذکورة ان کانت صحیحة فلا ضمان فی صحیح العاریة وان کانت فاسدة فما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده (٧) حاصل قوله (الّا ان یقال الخ) انّ هذه المسئلة خارجة عن مورد القاعدة لانّ موردها صورة التّلف لا الاتلاف ←

في عكس القاعدة

انّ وجه ضمانه (١) بعد البناء على انّه (٢) يجب على المحرم ارساله واداء قيمته انّ المستقرّ عليه (٣) قهرًا بعد العارية هي القيمة لا العين فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف (٤) بسبب وجوب الاتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كلّ عقد لا بسبب التلف ويشكل اطّراد القاعدة ايضًا في البيع فاسدًا بالنسبة الى المنافع التي لم يستوفها (٥) فانّ هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح مع انّها (٦) مضمونة في العقد الفاسد الّا ان يقال (٧) انّ ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح والفاسد فيه (٨) نظر لانّ نفس المنفعة غير مضمونة بشئ في العقد الصحيح (٩) ...

← فيكون ما نحن فيه من افراد الاتلاف لانّه لا يجوز للمحرم ان يستعير من المحلّ صيدًا لانّه ليس له امساكه فلو امسكه ثمّ ارسله فيكون من افراد من اتلف فلا يكون نقضًا على القاعدة (١) اى ضمان المحرم (٢) الضمير للشأن (٣) اى على المحرم (٤) اى قبل تلف الصيد (٥) فانّ زيدًا مثلًا ان اشترى بقرة ولم يشرب لبنها، لم يكن ضامنًا في مقابل اللبن فانّ الثمن في مقابل البقرة في العقد الصحيح لا في مقابل اللبن وهذا اشكال لاطّراد القاعدة بالنسبة الى المنافع (٦) اى مع انّ المنافع (٧) خلاصة قوله (الّا ان يقال الخ) انّ المنافع وان لم تكن مقابلة بالمال الّا انّه ملحوظة في زيادة الثمن وهذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونة (٨) الضمير عائد الى قوله (انّ ضمان العين يستتبع ضمان المنافع الخ) (٩) يعني انّ الثمن في العقد الصحيح يقع بمقابل نفس العين لا بازاء العين والمنافع.

فی عکس القاعدة

لانّ الثّمن انّما هو بازاء العین دون المنافع ویمکن نقض القاعدة ایضًا بحمل المبیع (١) فاسدًا علی ما صرّح به فی ط وبع وکره وبر من (٢) کونه مضمونًا علی المشتری خلافًا للشّهیدین والمحقّق الثّانی وبعض آخر تبعًا للعلّامة فی عد مع انّ الحمل غیر مضمون فی البیع الصّحیح (٣) بناءً علی انّه للبایع وعن س توجیه کلام العلّامة (٤) بما اذا اشترط الدّخول فی المبیع وح (٥) لانقض علی القاعدة ویمکن النّقض (ع) ایضًا بالشّرکة الفاسدة ...

---

(١) ای حمل الحیوان المبیع الّذی فی بطنه فیما کان البیع فاسدًا فانّه مضمون علی المشتری فیلزم علیه عوض الحمل اذا تلف (٢) قوله (من کونه مضمونًا) بیان لِ (ما) فی قوله (علی ما صرّح) (٣) هذا اذا لم یکن الحمل داخلًا بنحو التّبعیّة للمبیع والّا فهو مضمون بالصّحیح ایضًا (٤) ای توجیه کلام العلّامة فی التّذکرة والتّحریر القائل بانّ الحمل مضمون علی المشتری فی العقد الفاسد واما کلامه فی القواعد فهو موافق لکلام الشّهید فی نفی الضّمان ولعلّ المراد من اشتراط دخول الحمل فی البیع جعله جزءً من المبیع لا کونه للمشتری علی سبیل التّملّک بالشّرط (٥) یعنی حین اذا اشترط دخول الحمل فی المبیع فلا نقض علی القاعدة لانّ الحمل کان فی مقابل الثّمن فی العقد الصّحیح فیضمن بصحیحه وعلی هذا فیضمن بفاسده ایضًا (ع) یعنی انّ صحیح الشّرکة لا یوجب الضّمان لانّه یجوز التّصرّف فیه فیکون الضّمان فی فاسدها نقضًا علی القاعدة لانّه یوجب الضّمان .

فی عکس القاعدة

بناءً علی انّه (١) لا یجوز التّصرّف بها فاخذ المال المشترک ح (٢) عدوانًا (٣) موجب للضّمان ثمّ انّ مبنی هذه القضیّة السّالبة (٤) علی ما تقدّم من کلام الشّیخ فی ط هی الاولویّة (٥) وحاصلها (ع) انّ الرّهن لا یضمن بصحیحه فکیف بفاسده وتوضیحه (٧) انّ الصّحیح من العقد اذا لم یقتض الضّمان مع امضاء الشّارع له فالفاسد الّذی هو بمنزلة العدم لا یؤثّر فی الضّمان (٨) لانّ اثر الضّمان (٩) امّا من الاقدام علی الضّمان والمفروض عدمه الّا لضمن بصحیحه وامّا من حکم الشّارع بالضّمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة والمفروض انّها (١٠) لا تؤثّر شیئًا ووجه الاولویّة انّ الصّحیح اذا کان مفیدًا للضّمان امکن ان یقال انّ الضّمان من مقتضیات الصّحیح فلا یجری فی الفاسد لکونه (١١) لغوًا غیر مؤثّر علی ما سبق تقریبه . . .

---

(١) الضّمیر للشّأن (٢) حین بطلان الشّرکة (٣) ای لیس امانة شرعیّة ولا امانة مالکیّة فح انّ الاخذ یوجب الضّمان (٤) وهی ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده (٥) فالاولویّة مستفادة من قول الشّیخ الطّوسی ره (فکیف یضمن بفاسده) حیث ذکر المصنّف ره فی ص٣٠٤ بقوله : (وذکر ایضًا ای الشّیخ فی مسئلة عدم الضّمان فی الرّهن الفاسد انّ صحیحه لا یوجب الضّمان فکیف یضمن بفاسده (ع) ای وحاصل الاولویّة (٧) ای توضیح مبنی هذه القضیّة السّالبة (٨) ای لا یؤثّر فی الضّمان بطریق اولی (٩) اضافة الاثر الی الضّمان بیانیّة یعنی الاثر الّذی هو الضّمان (١٠) ای انّ المعاملة الفاسدة (١١) ای لکون الفاسد

فى عكس القاعدة

من (١) انه اقدم على ضمان خاص (٢) والشارع لم يمضه (٣) فيرتفع اصل الضمان لكن يخدشها (٤) انه يجوز ان يكون صحة الرهن والاجارة المستلزمة (٥) لتسلط المرهن والمستأجر على العين شرعا مؤثرة (٦) فى رفع الضمان بخلاف الفاسد الذى لا يوجب تسلطا لهما (٧) على العين فلا اولوية فان قلت (٨) ان الفاسد وان لم يكن له (٩) دخل فى الضمان الا ان مقتضى عموم على اليد هو الضمان خرج منه (١٠) المقبوض بصحاح العقود التى يكون موارد ها غير مضمونة . . .

---

(١) بيان لـ (ما) فى قوله (على ما سبق) (٢) وهو ضمان المسمى (٣) الضمير عائد الى ضمان خاص (٤) الضمير يرجع الى الاولوية (٥) قوله : (المستلزمة) صفة لقوله (صحة الرهن والاجارة) (٦) قوله (مؤثرة) خبر لـ (يكون) فى قوله (ان يكون صحة الرهن) (٧) اى للمرهن والمستأجر (٨) قوله (فان قلت الخ) ناظر الى اصل الاستدلال وهو ما ذكره فى توضيح مبنى القضية السالبة لا الى ما ذكره من الخدشة ، وحاصل السؤال من قوله (فان قلت) ان سبب الضمان ليس منحصرا فى اقدام المالك وامضاء الشارع حتى يقال بتساوى العقد الصحيح والفاسد فى عدم الاقدام بالضمان بل للضمان فى العقد الفاسد سبب اخر وهو قاعدة اليد وخرج عنها العقد الصحيح بالدليل وفى العقد الفاسد لا مخرج له فهما غير متساويين فضلا عن اولوية الفاسد من الصحيح (٩) اى للفاسد (١٠) اى من العموم .

في عكس القاعدة

على لقابض (١) وبقي الباقي (٢) قلت (٣) ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به (٤) المقبوض بفاسدها وهي عموم ما دل على انّ من لم يضمنه المالك سواء ملّكه (٥) اياه بغير عوض (٦) او سلّطه على الانتفاع به (٧) او استأمنه (٨) عليه لحفظه (٩) او دفعه اليه لاستيفاء حقّه (١٠) او العمل فيه (١١) . . .

---

(١) اى كالعارية والرّهن والهبة الغير المعوّضة ونحوها (٢) اى بقي الباقي تحت عموم قاعدة اليد (٣) فحاصل الجواب من قوله (قلت) انّ الدّليل الدّال خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج بنفس هذا الدّليل المقبوض بفاسد تلك العقود فالدّليل المخصّص لقاعدة اليد في المقامين واحد وهو عموم ما دلّ على انّ من استأمنه المالك على ملكه غيرضا من نحو ليس على الامين الّا اليمين (٤) الضّمير يرجع الى (ما) في قوله (ما خرج به) (٥) الضّمير الفاعل المستتر يرجع الى المالك والضّمير المفعول الاوّل يرجع الى (من) في قوله (على انّ من) والضّمير المفعول الثّاني الى المال (٦) كالهبة الغير المعوّضة (٧) كالعارية (٨) الضّمير الفاعل المستتر عائد الى المالك و الضّمير المفعول الى (من) في قوله (على انّ من) والضّمير المجرور محلاً في قوله (عليه) عائد الى المال (٩) كالوديعة (١٠) كالاجارة (١١) قوله : (العمل فيه) عطف على قوله (استيفاء حقّه)

فى الأمر الثانى

بلا اجرة (١) اومعها (٢) اوغير ذلك فهو (٣) غير ضامن امّا فى غير التّمليك بلا عوض اعنى الهبة فالدّليل المخصّص لقاعدة الضّمان عموم ما دلّ على انّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك ان تتّهمه امّا فى الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد بفحوى (٤) ما دلّ على خروج مورد صور الاستيمان فان استيمان المالك لغيره على ملكه اذا اقتضى عدم ضمانه له اقتضى التّسليط المطلق عليه (٥) مجّانا عدم ضمانه بطريق اولى والتّقييد بالمجّانيّة لخروج التّسليط المطلق بالعوض كما فى المعاوضات فانّه (٦) عين التّضمين فحاصل ادلّة عدم ضمان المستأمن انّ من دفع المالك اليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعى اعنى المثل او القيمة ولا جعلى فليس عليه (٧) ضمان **الثّانى** (٨) من الامور المتفرّعة على عدم تملّك المقبوض بالبيع الفاسد وجوب ردّه (٩) ...

---

(١) كما لو دفع المالك ثوبه الى الخيّاط للخياطة مجّانا فتبرّع بالخياطة (٢) اى مع الاجرة كما لو استاجر المالك الخيّاط بالاجرة لخياطة ثوبه (٣) — الضّمير عائد الى (من) فى قوله (على انّ من) (٤) المراد من الفحوى هى الاولويّة (٥) اى على الملك (٦) الضّمير يرجع الى التّسليط المطلق بالعوض (٧) الضّمير عائد الى (من) فى قوله (انّ من دفع) (٨) اى الامر الثّانى (٩) قوله (وجوب ردّه) خبر لمبتداء مقدّم وهو قوله: (الثّانى).

فی الامر الثانی

فورًا الی المالک والظاهر انه (١) ممّا لاخلاف فیه علی تقدیر عدم جواز التصرّف فیه (٢) کما یلوح من مجمع الفائدة (٣) بل صرّح فی کرة کما عن جامع المقاصد انّ مؤنة الردّ علی المشتری لوجوب ما لایتمّ الردّ الّا به (٤) واطلاقه (٥) یشمل ما لوکان فی ردّه (٦) مؤنة کثیرة الّا ان یقیّد بغیرها (٧) بادلّة نفی الضّرر ویدلّ علیه (٨) انّ الامساک انّما تصرّف فی مال الغیر بغیر اذنه فلا یجوز (٩) لقوله عجّل الله تعالی فرجه : لایجوز لاحد ان یتصرّف فی مال غیره الّا باذنه ولو نوقش فی کون الامساک تصرّفًا (١٠) کفی عموم قوله ع لایحلّ مال امرء مسلم لاخیه الّا عن طیب نفسه حیث یدلّ علی تحریم جمیع الافعال المتعلّقة به (١١) الّتی منها (١٢) کونه (١٣) فی یده واما توهّم انّ هذا (١٤) باذنه ...

---

(١) الضّمیر عائد الی وجوب الردّ (٢) ای عدم جواز التصرّف فی المقبوض بالبیع الفاسد (٣) للمحقّق الاردبیلی (٤) ای لوجوب مقدّمة الواجب الّذی هو الردّ (٥) ای اطلاق صریح التّذکرة (٦) ای فی ردّ المال المقبوض (٧) ای بغیر مؤنة کثیرة (٨) ای علی وجوب الردّ فورًا (٩) ای فلا یجوز الامساک (١٠) بدعوی انّ التصرّف منصرف الی التقلیب المحل لا الامساک (١١) الضّمیر عائد الی المال (١٢) ای من الافعال (١٣) کون المال فی یده الخ ولو بدون التقلیب المحل والعمل (١٤) اشارة الی الامساک .

فی الامر الثانی

حیث انّه (١) دفعه باختیاره فمندفع (٢) بانّه (٣) انّما ملّکه ایّاه عوضًا فاذا انتفت صفة العوضیّة باعتبار (٤) عدم سلامة العوض له شرعًا والمفروض انّ کونه علی وجه الملکیّة المجّانیّة ممّا لم ینشأها (٥) المالک وکونه مالًا للمالک وامانة فی یده (٦) ایضًا ممّا لم یؤذن فیه ولو اذن له (٧) فهو استیداع جدید کما انّه لو ملّکه مجّانًا کانت هبة جدیدة (٨) هذا (٩) ولکنّ الّذی یظهر من ط (١٠) عدم الاثم فی امساکه وکذا السّرائر ناسبًا له (١١) الی الاصحاب هو (١٢) ضعیف ...

---

(١) ای حیث انّ المالک دفع المال باختیاره (٢) قوله (مندفع) خبر لمبتدإٍ مقدّم وهو قوله (توهّم) (٣) یعنی انّ المالک اذن اذنًا معاوضیًّا فاذا انتفت المعاوضة بفسادها انتفی الاذن (٤) قوله (باعتبار) متعلّق علی قوله (انتفت) (٥) الضّمیر عائد الی الملکیّة المجّانیّة (٦) ای فی ید القابض (٧) ای ولو اذن المالک للقابض کون المال امانة فی یده فهو استیداع جدید ولا ربط له بالاذن المعاوضیّ السّابق والکلام فی جواز الامساک بالاذن المعاوضیّ السّابق الّذی کان فاسدًا (٨) ای تکون خارجةً عن محلّ الکلام (٩) ای خذ ما ذکر فی اندفاع التّوهّم (١٠) وهذا الّذی حکی عن المبسوط منافٍ لما ذکر من انّ الامساک انّما تصرّف فی مال الغیر بغیر اذنه (١١) الضّمیر یرجع الی عدم الاثم (١٢) ای عدم الاثم الّذی یظهر من المبسوط والسّرائر ضعیف .

والنسبة (١) غير ثابتة ولا يبعد ارادة صورة الجهل (٢) لانه لا يعاقب

الثالث (٣) انه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاها المشترى قبل الرد (٤) كان عليه (٥) عوضها (٦) على المشهور بل ظ ما تقدم من ثر من كونه (٧) بمنزلة المغصوب الاتفاق على الحكم (٨) ويدل عليه (٩) عموم قوله لا يحل مال امرء مسلم لاخيه الا عن طيب نفسه بناء على صدق المال على المنفعة (١٠) ولذا (١١) يجعل ثمنا في البيع وصداقا في النكاح خلافا للوسيلة (١٢) ...

---

(١) اى ونسبة السراية عدم الاثم في القبض الى الأصحاب غير ثابتة (٢) اى جهل القابض (٣) أى الأمر الثالث من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد (٤) كما لو شرب لبن البقرة المبتاعة بالعقد الفاسد قبل رد العين (٥) اى على المشترى (٦) اى عوض المنفعة المستوفاة (٧) كون المبيع بالبيع الفاسد (٨) اى ضمان المنفعة المستوفاة (٩) اى ويدل على الحكم الذى هو ضمان المنفعة المستوفاة عموم قوله (لا يحل الخ) (١٠) لان اللبن المستوفى من البقرة المبتاعة مال لمالكها فلا يحل استيفاء اللبن الذى هو مال البايع للمشترى الا عن طيب نفس البايع وكذلك ان السكنى المستوفاة من الدار المبتاعة مال لمالكها فيصدق المال على لبن البقرة وعلى سكنى الدار (١١) اشارة الى صدق المال على المنفعة (١٢) لابن حمزة .

فی الامر الثالث

فنفی (١) الضمان محتجًا بانّ الخراج بالضمان (٢) کما فی النبویّ المرسل وتفسیره انّ من ضمن شیئًا وتقبّله لنفسه فخراجه له فالباء (٣) للسببیّة او المقابلة فالمشتری لمّا اقدم علی ضمان المبیع (٤) وتقبّله (٥) علی نفسه بتقبیل البایع وتضمینه ایّاه علی ان یکون الخراج له (٦) مجّانًا کان (٧) اللّازم من ذلک (٨) انّ خراجه (٩) له علی تقدیر الفساد کما انّ الضمان علیه (١٠) علی هذا التقدیر ایضًا والحاصل انّ ضمان العین لا یجتمع مع ضمان ...

---

(١) ای فنفی صاحب الوسیلة ضمان المنفعة المستوفاة (٢) (الخراج) بالتثلیث : المال المضروب علی الأرض یقال کم خراج ارضک و - الجزیة یقال (ادّی اهل الذمّة خراج رؤسهم) واصله ما یحصل من غلّة الارض (الخراج بالضمان) ای غلّة العبد للمشتری بسبب انّه فی ضمانه (اقرب الموارد) فیکون المراد منه انّ المنفعة والفایدة بمقابل الضمان او بسبب الضمان (الغلّة) بالفتح : الدّخل من کراء دارٍ واجر غلامٍ وفائدة ارضٍ ونحو ذلک (ج) غلّات و غِلالٍ (اقرب الموارد) (٣) ای الباء فی قوله (بالضمان) للسببیّة او المقابلة فیکون المعنی الغلّة بسبب الضمان او بمقابل الضمان (٤) فانّ معنی اعطاء المشتری الثمن فی عوض المبیع انّه ضمنه بعوض (٥) ای تقبّل الضمان علی نفسه (٦) ای الخراج للمشتری مجّانًا (٧) قوله (کان اللّازم) جواب لـ (لمّا) فی قوله (لمّا اقدم) (٨) اشارة الی الاقدام المذکور (٩) ای انّ خراج المبیع للمشتری (١٠) ای انّ ضمان المبیع علی ←

فی الامر الثالث

الخراج (١) ومرجعه الی انّ الغنیمة والفائدة بازاء الغرامة وهذا المعنی مستنبط من اخبار کثیرة متفرّقة مثل قوله (٢) فی مقام الاستشهاد علی کون منفعة المبیع فی زمان الخیار للمشتری الاتری (٣) انّها لو احرقت کانت من مال المشتری ونحوه فی الرّهن (٤) وغیره . . .

← المشتری علی تقدیر الفساد (١) یعنی فیمن ضمن العین لا یضمن منفعتها (٢) هذا اشارة الی ما فی روایة اسحق بن عمّار ففی الوسائل الطّبعة القدیمة ج ٢ ص ٥٨٤ باب ٨ حدیث ١ : عن اسحق بن عمّار قال حدّثنی من سمع ابا عبدالله ع وسأله رجل وانا عنده فقال رجل مسلم احتاج الی بیع داره فجاء الی اخیه فقال ابیعك داری هذه وتکون لك احبّ الیّ من ان تکون لغیرك علی ان تشترط لی ان انا جئتك بثمنها الی سنة ان ترد علیّ فقال لا بأس بهذا ان جاء بثمنها الی سنة ردّها علیه قلت فانّها کانت فیها غلّة کثیرة فاخذ الغلّة لمن تکون الغلّة فقال الغلّة للمشتری الاتری انّه لو احرقت لکانت من ماله (٣) قوله (الاتری الخ) مقول لِ (قوله) (٤) هذا اشارة الی ما فی روایة اسحق بن عمّار ففی الوسائل الطّبعة القدیمة ج ٢ ص ٢٧٤ باب ٥ حدیث ٤ : عن اسحق بن عمّار قال قلت لابی ابراهیم ع الرّجل یرهن الغلام والدّار فتصیبه الآفة علی من یکون؟ قال علی مولاه ثمّ قال ارأیت لو قتل قتیلا علی من یکون قلت هو فی عنق العبد قال الاتری فلم یذهب مال هذا ثمّ قال ارأیت لو کان ثمنه مأة دینار فزاد ←

فی الامر الثالث

وفیه (١) انّ هذا الضّمان (٢) لیس هو ما (٣) اقدم علیه المتبایعان حتّی یکون الخراج بازائه وانّما هو امر قهری حکم به الشّارع کما حکم بضمان المقبوض بالسّوم (٤) والمغصوب فالمراد بالضّمان (٥) الّذی بازائه الخراج التزام الشّیء علی نفسه وتقبّله له (ع) مع امضاء الشّارع له (٧) وربّما ینتقض ما ذکرنا (٨) ...

.....

← وبلغ مأتی دینار لمن یکون قلت لمولاه قال کذلک یکون علیه ما یکون له (١) ای فی احتجاج صاحب الوسیلة لنفی الضّمان بقوله ص الخراج بالضّمان اشکال وهو الّذی اشار الیه المصنّف ره بقوله (انّ هذا الضّمان الخ) (٢) اشارة الی ضمان ما ابتاعه بالعقد الفاسد وهو ضمان المثل او القیمة (٣) یعنی انّ الضّمان الّذی کان بازائه الخراج هو المسمّی الّذی اقدم علیه المتبایعان والحال انّ ضمان ما ابتاعه بالعقد الفاسد امر قهری حکم به الشّارع (٤) (سام) البایع السّلعة (ن) یسومها سوما وسوامًا: عرضها وذکر ثمنها و- المشتری: طلب بیعها (اقرب الموارد) والمراد منه انّ المشتری یاخذ السّلعة لارادة اشترائها فتلفت فی یده فانّ المشتری لم یقدم علی الضّمان فیه وانّما حکم الشّارع بالضّمان (٥) ای الضّمان فی قوله ص الخراج بالضّمان (ع) ای للشّیء (٧) ای امضاء الشّارع لتقبّله کما فی البیع الصّحیح فانّ خراج المبیع ح فی مقابل الضّمان الحاصل بسبب تقبّل المشتری للبیع وامضاء الشّارع لهذا التّقبّل فلا یشمل قوله ص الخراج بالضّمان ما نحن فیه ممّا قبضه المشتری بظنّ صحّة المعاملة فظهر فسادها لانّ الشّارع لم یمضه وان کان التّقبّل من المشتری موجودًا (٨) وهو قوله ←

فی الامر الثالث

فی معنی الروایة (١) بالعاریة المضمونة حیث انّه (٢) اقدم علی ضمانها مع انّ خراجها (٣) لیس له لعدم تملّکه للمنفعة وانّما تملّک الانتفاع (٤) الّذی عیّنه المالک فتم (٥) والحاصل (ع) ...

← (فالمراد بالضمان الّذی بازائه الخراج التزام الشیء علی نفسه الخ)

(١) ای الروایة المرسلة النبویّة (٢) الضمیر یرجع الی المستعیر (٣) ای خراج العاریة (٤) فی هذه العبارة احتمالان احدهما انّ العاریة اباحة الانتفاع بمنافع ملک الغیر مجّانا مع بقاء المنفعة فی ملک الغیر نظیر اباحة اعیان الطعام للضیف فانّ المستعیر تملّک الانتفاع من العین المستعارة والشاهد علی هذا الاحتمال فی التذکرة ما لفظه المحکیّ لیس للمستعیر ان یعیر وفاقا فی وجهه انّه غیر مالک للمنفعة ولذا لا یجوز له ان یوجر انتهی وثانیهما انّ العاریة فی المنافع کالهبة فی الاعیان فهی تملیک منفعة مجّانا والهبة تملیک عین کذلک فتکون العاریة من باب هبة المنافع فانّ عدم جواز اجارة المستعیر للعین المستعارة وعدم جواز اعارته لها انّما هو لاجل اشتراط المستعیر الانتفاع بنفسه ولو بحسب بناء المتعاقدین (٥) یحتمل ان یکون اشارة الی انّه لا فرق بین تملّک المنفعة وتملّک الانتفاع فانّ المستعیر فی العاریة المضمونة ضامن للعین مع انّ الخراج له الّذی هو تملّک الانتفاع فلا نقض (ع) ای والحاصل من المعانی المحتملة المذکورة فی الروایة النبویّة انّ دلالة الروایة النبویّة المرسلة لا تقصر عن سندها فی الوهن فکلاهما موهونان .

فی الأمر الثالث

انّ دلالة الرّوایة لا تقصر عن سندها فی الوهن (١) ...

(١) فوجه الوهن فی دلالة روایة الخراج بالضّمان انّ فی معناها احتمالات اربعة فاذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال فضلاً عن الاحتمالات احدها ان یراد من الضّمان فی الرّوایة مطلق الضّمان سواء کان باقدام واختیار من الضّامن ومن مالک المال علی هذا الضّمان ام لا فهذا المعنی ذهب الیه ابوحنیفة فقضی بعدم ضمان منافع المغصوب ثانیها ان یراد من الضّمان الضّمان المقیّد بقیدانّه اقدم علیه الضّامن بتضمین المالک سواء امضاها الشّارع کما فی البیع الصّحیح ام لا کما فی البیع الفاسد وهذا ما ذهب الیه صاحب الوسیلة واشار المصنّف ره الی هذا المعنی بقوله (وتفسیره الخ) ثالثها ان یراد من الضّمان الضّمان المقیّد بقیدین احدهما الاقدام علیه وثانیهما امضاء الشّارع والی هذا المعنی ذهب المشهور والی هذا اشار المصنّف ره فی مقام الایراد علی صاحب الوسیلة بقوله (وفیه انّ هذا الضّمان الخ ان قال فالمراد بالضّمان الّذی بازائه الخراج التزام الشّیء علی نفسه مع امضاء الشّارع له) رابعها ان یراد من الضّمان ضمان خصوص الارض المفتوحة عنوةً فتکون روایة الخراج بالضّمان من روایات الخراج والمقاسمة وحاصل مضمون الرّوایة علی هذا انّ الخراج ای منافع الارض الّتی یجب علی العامل ادائها الی الوالی من حیث المقدار انّما هو بالضّمان ای بحسب تقبّله وتضمّنه من الوالی کما حکی هذا المعنی عن بعض الفقهاء فهذا المعنی الرّابع لا یرتبط بما نحن فیه ووجه الوهن فی سندها انّها مرسلة .

فلا يترك لاجلها (١) قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه وعدم حلّه الّا عن طيب النفس وربّما يردّ هذا القول (٢) بما ورد في شراء الجارية المسروقة (٣) من ضمان قيمة الولد وعوض اللّبن (٤) بل عوض كلّما انتفع وفيه (٥) انّ الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة انّ مالك العين جعل خراجها (ع) له بازاء ضمانها (ف) بالثّمن ...

---

(١) اى لاجل الرّواية وهى قوله ﷺ الخراج بالضّمان (٢) وهو قول صاحب الوسيلة الّذى نفى الضّمان للمنفعة المستوفاة محتجّا بانّ الخراج بالضّمان (٣) في الوسائل الطّبعة القديمة ج ٣ ص ١٤٤ عن ابن ابى عمير عن جميل بن درّاج عن بعض اصحابنا عن ابيعبد الله ع في رجل اشترى جارية فاولدها فوجدت الجارية مسروقة قال يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرّجل ولده بقيمته (٤) اى عوض لبن الجارية (٥) وفيه انّ هذا الخبر لا يصلح ردّا على قول صاحب الوسيلة لانّه يدّعى عدم ضمان المنافع المستوفاة في صورة التّضمين المالكى للعين ومورد الخبر ضمان المنافع المستوفاة في صورة التّضمين من غير المالك وبعبارة اخرى انّ صاحب الوسيلة يقول بعدم الضّمان للمنفعة المستوفاة اذا جعل مالك العين خراجها للمشترى بازاء ضمانها بالثّمن والرّادّ يقول بالضّمان للمنفعة اذا جعل الغاصب الغير المالك خراجها للمشترى بازاء ضمانها بالثّمن (ع) اى خراج العين للمشترى (ف) اى بازاء ضمان العين .

فى المنفعة الفائتة

لا ما كان فساده من جهة التصرّف فى مال الغير واضعف (١) من ذلك (٢) ردّه (٣) بصحيحة ابى ولّاد المتضمّنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاة (٤) ردًّا على ابى حنيفة القائل بانّه اذا تحقّق ضمان العين ولو بالغصب سقط كراها (٥) كما يظهر (٦) من تلك الصحيحة نعم لو كان القول المذكور (٧) موافقا لقول ابى حنيفة فى اطلاق القول (٨) بانّ الخراج بالضّمان انتهضت الصحيحة وما (٩) قبلها ردًّا عليه (١٠) هذا كلّه فى المنفعة المستوفاة (١١) واما المنفعة الفائتة (١٢) ...

---

(١) ووجه كونه اضعف انّ مورد صحيحة ابى ولّاد هو الغصب مجرّدًا عن البيع ومورد رواية الجارية المسروقة هو الغصب مع البيع وكلام ابن حمزة فى البيع من دون غصب (٢) اشارة الى الردّ السّابق (٣) اى ردّ قول صاحب الوسيلة (٤) قوله (المستوفاة) صفة لقوله (منفعة المغصوب) (٥) الضّمير عائد الى العين (٦) اى يظهر ضمان منفعة المغصوب المستوفاة من صحيحة ابى ولّاد (٧) اى قول صاحب الوسيلة (٨) اى سواء كان هذا الضّمان فى البيع الفاسد من دون غصب او الغصب مع البيع او الغصب من دون بيع (٩) وهو خبر الجارية المسروقة (١٠) اى على قول صاحب الوسيلة (١١) اى المنفعة المستوفاة من العين المبتاعة بالبيع الفاسد (١٢) كما لو لم يستعمل الدّار المبتاعة بالبيع الفاسد فذهبت منفعتها بغير استيفاء .

بغير استيفاء فالمشترى فيها (١) ايضا الضمان (٢) وقد عرفت عبارة الشر (٣) المتقدمة ولعله لكون المنافع اموالا في يد من بيده العين فهي (٤) مقبوضة في يده ولذا (٥) يجري على المنفعة حكم المقبوض اذا قبض العين فتدخل المنفعة في ضمان المستاجر ويتحقق قبض الثمن في السلم (٦) بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمنا (٧) وكذا الدار المجعول سكناها ثمنا مضافا (٨) الى انه (٩) مقتضى احترام مال المسلم اذ كونه (١٠) في يد غيره لكه ...

---

(١) اى في المنفعة الفائتة (٢) اى ضمان المشترى (٣) اى صاحب الشرائع حكم بكون المقبوض بالبيع الفاسد كالمغصوب وتقدم عبارته في ص ٣٠١ (٤) الضمير عائد الى المنافع بعنى المنافع مقبوضة في يد من بيده العين فتشمل قاعدة اليد، المنافع (٥) اشارة الى كون المنافع اموالا (٦) وهو كون الثمن حالا والثمن مؤجلا (٧) كما لو اشترى انسان اوزانا من الحنطة عن زيد ليسلمها له بعد ثلاثة اشهر وجعل ثمنها خدمة الجارية المعينة ثم المشترى سلم الجارية للبايع في المجلس صح هذا البيع سلما لان الثمن الذى هو خدمة الجارية قد قبضها البايع في المجلس بقبض الجارية ولو لم تكن المنفعة قابلة للقبض لزم فساد البيع لان صحة السلم يحتاج الى قبض الثمن في المجلس (٨) قوله (مضافا الى انه مقتضى احترام مال المسلم الخ) دليل اخر لاثبات الضمان للمنفعة الفائتة بغير استيفاء (٩) اى ان الضمان (١٠) اى كون المال.

فى المنفعة الفائتة بغير استيفاء

مدّة طويلة من غير اجرة مناف للاحترام لكن بشكل الحكم (١) بعد تسليم كون المنافع اموالاً حقيقة بانّ مجرّد ذلك (٢) لا يكفى (٣) فى تحقّق الضّمان الّا ان يندرج فى عموم على اليد ما اخذت فلا اشكال فى عدم شمول الموصول (٤) للمنافع وحصولها (٥) فى اليد بقبض العين لا يوجب (ع) صدق الاخذ ودعوى انّه (٧) كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل فى المنافع بقبض الاعيان مشكلة (٨) واما احترام مال المسلم فانّما يقتضى عدم حلّ التّصرّف فيه (٩) واتلافه (١٠) بلا عوض وانّما يتحقّق ذلك (١١) فى الاستيفاء (١٢) فالحكم بعدم الضّمان ...

---

(١) اى الحكم بضمان المشترى للمنفعة الفائته بغير استيفاء (٢) اشارة الى كون المنافع اموالاً حقيقة (٣) قوله (لا يكفى) خبر (انّ) فى قوله (بانّ مجرّد) (٤) فالمراد من الموصول هو (ما) فى قوله ص على اليد ما اخذت حتّى تؤدّى (٥) اى حصول المنافع (ع) قوله (لا يوجب) خبر لمبتداء مقدّم وهو قوله (وحصولها) (٧) اى انّ الأخذ فى قوله ص (ما اخذت) كناية عن مطلق الاستيلاء (٨) قوله: (مشكلة) خبر لمبتداء مقدّم وهو قوله (ودعوى) (٩) اى فى المال (١٠) عطف على قوله (التّصرّف) فى قوله (عدم حلّ التّصرّف فيه) (١١) اشارة الى عدم حلّ اتلاف مال المسلم بلا عوض (١٢) فلا استيفاء فى المنفعة الفائتة.

في المنفعة الفائتة بغير استيفاء

مطلقا (١) كما عن الايضاح او مع علم البايع بالفساد كما عن بعض آخر موافقة (٢) للأصل السليم (٣) مضافا الى انه (٤) قد يدّعى شمول قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده (٥) ومن المعلوم انّ صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشترى للمنفعة لانّها له مجّانا ولا يتقسّط الثمن عليها وضمانها (٦) مع الاستيفاء لاجل الاتلاف فلا بنا في (٧) القاعدة المذكورة (٨) لانّها بالنسبة الى التلف لا الاتلاف مضافا الى الاخبار الواردة (٩) في ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبيعة الساكنة من ضمان غيرها (١٠) في مقام البيان وكذا صحيحة محمّد بن قيس ...

---

(١) اى سواء علم البايع بالفساد او جهل (٢) قوله (موافق) خبر لمبتداء مقدّم وهو قوله (فالحكم) (٣) يعنى انّ الاصل سليم عن دليل يكون واردا عليه (٤) هذا دليل آخر لعدم ضمان المنفعة الفائتة غير الاصل (٥) يعنى لو كان البيع صحيحا لم يضمن المشترى المنفعة الفائتة فلا يضمن ايضا في صورة كون البيع فاسدا (٦) سؤال وجواب اما السؤال فانه على هذا يلزم عدم ضمان المشترى للمنفعة المستوفاة في صورة فساد البيع لانّ المشترى لا يضمن للمنفعة المستوفاة في صورة صحة البيع ايضا واما الجواب : فانّ المصنّف اشار اليه بقوله (وضمانها مع الاستيفاء لاجل الاتلاف الخ) (٧) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى الضمان مع الاستيفاء (٨) وهى ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده (٩) هذا دليل آخر غير الاتلاف على ضمان المنفعة المستوفاة وهو مثل رواية الجارية المسروقة وصحيحة محمّد بن قيس (١٠) اى غير المنافع المستوفاة.

في المنفعة الفائتة بغير استيفاء

الوارد فيمن باع وليدة (١) ابيه بغير اذنه فقال الحكم ان يأخذ الوليدة وابنها وسكت عن المنافع الفائتة فان عدم الضمان في هذه الموارد (٢) مع كون العين لغير البايع يوجب عدم الضمان هنا (٣) بطريق اولى (٤) والانصاف ان للتوقف في المسئلة (٥) كما في لك تبعا للدروس والتنقيح مجالا (٦) وربما يظهر من عد في باب الغصب عند التعرض لاحكام البيع الفاسد اختصاص الاشكال (٧) والتوقف بصورة علم البايع على ما استظهره السيد العميد والمحقق الثاني ...

---

(١) (الوليدة) الصبية و- الامة ج ولائد (الوليدة) ايضا: المولودة بين العرب (اقرب الموارد) فالمراد من الوليدة في الصحيحة الامة اى فيمن باع امة ابيه بغير اذنه (٢) وهي الجارية المسروقة والجارية المباعة بغير اذن الاب (٣) اشارة الى كون بايع العين هو المالك (٤) ووجه الاولوية ان بيع الغاصب اذا لم يوجب ضمان المشترى للمنفعة الفائتة بغير استيفاء فبيع المالك لم يوجب الضمان بطريق اولى لان تلف المنفعة الغير المستوفاة هنا يستند الى المالك فكانه اتلف المنافع الغير المستوفاة بتسليم المبيع الى المشترى خصوصا في صورة علمه بالفساد وجهل المشترى (٥) اى في مسئلة ضمان المشترى للمنفعة الفائتة بغير استيفاء.
(٦) قوله (مجالا) اسم مؤخر لـ (ان) في قوله (ان للتوقف) (٧) قوله (اختصاص الاشكال) فاعل لقوله (يظهر).

في المنفعة الفائتة بغير استيفاء

من عبارة الكتاب (١) وعن الفخر حمل الاشكال (٢) في العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء فيتحصل من ذلك كله ان الاقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة الاول (٣) الضمان وكانه للاكثر، الثاني (٤) عدم الضمان كما عن الايضاح الثالث (٥) الضمان الا مع علم البايع كما عن بعض من كتب على بيع الرابع التوقف في هذه الصورة (ع) كما استظهره مع صد والسيد العميد من عبارة عد الخامس التوقف مط (٧) كما عن س والتنقيح ولك ومحتمل عد كما يظهر (٨) من فخر الدين وقد عرفت ان التوقف (٩) اقرب الى الانصاف الا ان المحكي من كره ان منافع الاموال من العبد والثياب ...

---

(١) المراد من الكتاب هو القواعد للعلامة (٢) يعني ان الفخر حمل اشكال العلامة في الضمان وعدمه في عبارة القواعد على مطلق صورة عدم الاستيفاء اى سواء علم البايع بالفساد ام لا (٣) كما تقدم هذا القول في ص ٣٤٧ بقوله (فالمشهور فيها ايضا الضمان) (٤) وقد تقدم هذا القول في ص ٣٤٨ بقوله (فالحكم بعدم الضمان مطلقا كما عن الايضاح) (٥) وهذا القول تقدم في ص ٣٤٩ بقوله (او مع علم البايع بالفساد كما عن بعض اخر) (ع) اى في صورة علم البايع (٧) اى سواء علم البايع بالفساد ام لا (٨) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى محتمل القواعد فان الفخر حمل الاشكال في عبارة القواعد على مطلق صورة عدم الاستيفاء (٩) اى ←

في المنفعة الفائتة بغير استيفاء

والعقار (١) وغيرها مضمونة بالتفويت والفوات (٢) تحت اليد العادية فلو غصب عبدًا او جارية او عقارًا او حيوانًا مملوكًا ضمن منافعه (٣) سواء اتلفها بان استعملها او فاتت تحت يده بان بقيت مدة في يده لا يستعملها عند علمائنا اجمع (٤) ولا يبعد ان يراد باليد العادية (٥) مقابل اليد الحقة فيشمل يد المشتري فيما (٦) نحن فيه خصوصًا مع علمه (٧) سيما مع جهل البايع به (٨) واظهر منه (٩) ما في ش في اخر باب الاجارة من (١٠) الاتفاق ايضا على ضمان منافع المغصوب الفائتة مع قوله (١١) في باب البيع ان البيع (١٢) الفاسد عندا صحابنا بمنزلة الشئ المغصوب الا في ارتفاع الاثم عن امساكه ...

← التوقف مطلقا سواء علم البايع بفساد العقد ام لا (١) (العقار) مص . متاع البيت . الضيعة كل ماله اصل وقرار كالارض والدار . الصبغ الاحمر ج : عقارات (النجد) (٢) اى سواء فوتها او فاتت هي بدون التفويت (٣) اى ضمن منافع كل واحد منها (٤) انتهى المحكي عن التذكرة (٥) يعني ان يراد باليد العادية في عبارة التذكرة بقوله : (والفوات تحت اليد العادية) مقابل الحقة (٦) وهو ما قبضه المشتري بالعقد الفاسد (٧) اى علم المشتري بالعقد الفاسد (٨) اى جهل البايع بالعقد الفاسد (٩) اى من المحكي عن التذكرة (١٠) بيان لـ (ما) في قوله (ما في السرائر) (١١) مع قول صاحب السرائر (١٢) قوله (ان البيع الخ) مقول ←

فى الأمر الرابع

انتهى (١) وعلى هذا (٢) فالقول بالضمان (٣) لا يخلو عن قوة وان كان المتراءى من ظ صحيحة ابى ولاد اختصاص الضمان فى المغصوب بالمنافع المستوفات من البغل المتجاوز به الى غير محل الرخصة الا انا لم نجد بذلك (٤) عاملا فى المغصوب الذى هو موردها (٥) **الرابع** (٦) اذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله بلا خلاف الا ما يحكى عن ظ الاسكافى (٧) وقد اختلف كلمات اصحابنا فى تعريف المثلى فالشيخ وابن زهرة وابن ادريس والمحقق و تلميذه والعلامة وغيرهم قدس الله ارواحهم بل المشهور على ما حكى انه ما يتساوى اجزاؤه من حيث القيمة (٨) والمراد باجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة (٩) والمراد بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنسبة ...

← لقوله (مع قوله فى باب البيع) (١) اى انتهى ما فى السرائر فظهر من المحكى عن التذكرة وما عن السرائر ان المشترى ضامن للمنفعة الفائتة بغير استيفاء (٢) اشارة الى الاجماعين المنقولين عن التذكرة والسرائر بقول الاول (عند علمائنا) وبقول الثانى (من الاتفاق) (٣) اى ضمان المشترى للمنفعة الفائتة بغير استيفاء (٤) اشارة الى اختصاص الضمان بالمنافع المستوفات (٥) اى مورد الصحيحة (٦) اى الأمر الرابع من الامور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد (٧) فالظاهر من الاسكافى جواز دفع القيمة فى المثلى ودفع المثل فى القيمى (٨) يعنى اذا كانت قيمة نصف المن من الحنطة وبالعكس فكانت قيمة ربع المن منها وبالعكس (٩) كان يصدق على الجزء ←

فى تعريف المثلىّ

بمعنى كون قيمة كلّ بعض بالنّسبة الى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين (١) من حيث المقدار ولذا قيل فى توضيحه انّ المقدار منه (٢) اذا كان يستوى قيمة نصفه (٣) يستوى نصف تلك القيمة ومن هنا (٤) رجّح الشّهيد الثّانى كون المصوغ (٥) من النّقدين قيميّا قال اذ لو انفصلت نقصت قيمتها قلت . . .

← اسم الحنطة مثلاً (١) فيكون نسبة قيمة ربع المنّ الى قيمة المنّ كنسبة الرّبع الى المنّ ويكون قيمة نصف المنّ الى قيمة المنّ كنسبة النّصف الى المنّ (٢) اى من المثلىّ (٣) اى فنصف المقدار (٤) اشارة الى قوله (ولذا قيل فى توضيحه الخ) (٥) فانّ المامقانى ره ذكر مراد الشّهيد الثّانى ره من هذه العبارة بقوله (لانّ مراده بالمصوغ من النّقدين هو المصوغ منهما بعد اذابتهما ومزجهما وصوغه منهما فاذا فرض انفصال الفضّة الّتى هى احد الجزئين وقيمتها ناقصة عن قيمة الذّهب الّذى هو الجزء الآخر فليس جزءاه متساويين من جهة القيمة انتهى لعلّ مراد الشّهيد الثّانى من قوله (كون المصوغ من النّقدين الخ) ان يصوغ من ذهب فقط او فضّة فقط القلائد فانّها لو انفصلت وانقطعت نقصت قيمتها قال فى (اقرب الموارد) (صاغ) الشّئ هيّأه على مثال مستقيم ، (الصّائغ) اسم فاعل ومن حرفته معالجة الفضّة والذّهب بان يعمل منهما حلى واوانى .

فی تعریف المثلیّ

وهذا (١) یوجب ان لا یکون الدّرهم الواحد مثلیًّا اذ لو انکسر نصفین نقص قیمة نصفه عن نصف قیمة المجموع (٢) الّا ان یقال انّ الدّرهم مثلیّ بالنّسبة الی نوعه (٣) وهو الصّحیح ولذا (٤) لا یعدّ الجریش (٥) مثلًا للحنطة ولا الدّقاقة مثلًا للارز (٦) ومن هنا (٧) یظهر انّ کلّ نوع من انواع الجنس الواحد بل کلّ صنف من اصناف نوع واحد مثلیّ بالنّسبة الی افراد ذلک النّوع او الصّنف (٨) ...

---

(١) اشارة الی تعریف المشهور المثلیّ بانّه ما یتساوی اجزائه من حیث القیمة وانّ المقدار منه اذا کان یسوّی قیمة فنصفه یسوّی نصف تلک القیمة (٢) ای نصف قیمة المجموع من دون الانکسار (٣) فالمراد من قوله (بالنّسبة الی نوعه) انّ تعریف انّ الدّرهم مثلیّ یختصّ بالدّرهم الصّحیح فلا یعمّ للصّحیح والمکسور (٤) اشارة الی انّ الدّرهم مثلیّ بالنّسبة الی نوعه (٥) (الجَرِیش) : دقیق فیه غِلَظ (اقرب الموارد) . قال ابو نصر فراهی فی کتاب نصاب الصّبیان : سویق پت وجَشیش وجَریش بلغورش .

(٦) (الأُرز والآرُز والأُرُزّ والرُزّ) حبّ معروف بطبخ (المنجد)

(٧) اشارة الی انّ الدّرهم مثلیّ بالنّسبة الی نوعه (٨) یعنی انّ کلّ صنف من اصناف نوع واحد مثلیّ بالنّسبة الی ذلک الصّنف فانّ الصّنف من الحنطة الخریفیّة مثلیّ بالنّسبة الی اصناف الحنطة الخریفیّة وکذلک انّ الصّنف من الحنطة الرّبیعیّة مثلیّ بالنّسبة الی اصناف الحنطة الرّبیعیّة .

فی تعریف المثلی

فلا یرد ما قیل (١) من انّه (٢) ان اُرید التّساوی بالکلّیة فالظّاهر عدم صدقه علی شیٍ من المعرّف (٣) اذ ما من مثلی الّا واجزائه مختلفة فی القیمة کالحنطة فانّ قفیزًا من حنطة (٤) تساوی عشرة ومن اخری تساوی عشرین وان اُرید التّساوی فی الجملة فهو فی القیمی موجود کالثّوب والارض انتهی (٥) وقد لوّح (٦) هذا المورد فی اٰخر کلامه الی دفع ایراده بما ذکرنا من (٧) انّ کون الحنطة مثلیّة معناه انّ کلّ صنف منها متماثل الاجزاء ومتساوٍ فی القیمة لا بمعنی انّ جمیع ابعاض هذا النّوع متساویة فی القیمة فاذا کان المضمون بعضًا من صنف (٨) فالواجب دفع مساویه من هذا الصّنف لا القیمة ولا بعض من صنف اٰخر لکنّ الانصاف . . .

---

(١) فانّ القائل المورد هو المحقّق الاردبیلی علی ما حکی (٢) الضّمیر للشّأن (٣) قوله (المعرّف) هو اسم المفعول (٤) فانّ قفیزًا من حنطة ربیعیّة تساوی عشرة دراهم ومن حنطة خریفیّة تساوی عشرین درهمًا (٥) ای انتهی کلام المورد (٦) (لوّح) یعنی اشار قال فی المنجد (لاحَ یلُوحُ لوحًا) الشّئُ : بدا وظهر - الیه : لمح الیه (لوّحَ تلویحًا) اشار من بعید مطلقا ای بای شیٍ کان (٧) بیان لـ(ما) فی قوله (بما ذکرنا) (٨) یعنی فاذا کان المضمون بعضًا من صنف الحنطة الخریفیّة فالواجب حین الاداء الدّفع من الخریفیّة لا دفع بعض من صنف الحنطة الرّبیعیّة ولا دفع القیمة .

فی تعریف المثلیّ

انّ هذا (١) خلاف ظ کلماتهم فانّهم یطلقون المثلی علی جنس الحنطة والشّعیر ونحوهما مع عدم صدق التّعریف (٢) علیه (٣) واطلاق المثلی (٤) علی الجنس باعتبار مثلیّة انواعه واصنافه وان لم یکن بعیدًا الّا انّ انطباق التّعریف علی الجنس بهذا الاعتبار بعید جدًّا (٥) الّا ان یحملوا (ع) خصوصیّات الاصناف الموجبة لزیادة القیمة ونقصانها کما التزم ...

---

(١) اشارة الی انّ کون الحنطة مثلیّة معناه : انّ کلّ صنف منها متماثل الاجزاء ومتساوٍ فی القیمة (٢) وهو انّه ما یتساوی اجزائه من حیث القیمة (٣) ای علی جنس الحنطة والشّعیر (٤) یعنی انّ مرادهم من اطلاق المثلیّ علی الجنس انّ کون الحنطة مثلیًّا باعتبار انّ کلّ صنف منها مثلیّ فی حدّ نفسه فمع تلف احد افراد ذلک الصّنف یجب دفع فرد اخر من ذلک الصّنف لا انّ نوع الحنطة مثلیّ حتّی یجوز دفع فرد من صنف اخر ای صنف کان (٥) ووجه البعد انّه موقوف علی التّقدیر فی نظم الکلام بان یقال انّ التّعریف فی التّقدیر هو ما یتساوی قیمة اجزاء انواعه واصنافه (ع) یعنی الّا ان یقال انّ العلماء الّذین عرّفوا المثلیّ بالتّعریف السّابق کان تعریفهم ینطبق علی الجنس باعتبار اهمال الخصوصیّات الصّنفیّة الموجبة لزیادة القیمة ونقصانها فیکون مرادهم انّ اجزاء الجنس متساویة مع قطع النّظر عن الخصوصیّات .

فی تعریف المثلی

بعضهم (١) غایة الامر (٢) وجوب رعایة الخصوصیات عند اداء المثل عوضًا عن التالف او القرض وهذا (٣) ابعد هذا (٤) مضافًا الی انه یشکل اطراد التعریف بناءً علی هذا (٥) بانه ان اریدت تساوی الاجزاء ...

---

(١) یعنی کما التزم بعض العلماء ان التعریف السابق منطبق علی الجنس باهمال خصوصیات الاصناف (٢) یعنی قال هذا البعض ان غایة الامر وجوب رعایة الخصوصیات عند اداء المثل کما لو اتلف لزید الحنطة الخریفیة وجب اداء المثل عوضًا عن المتلف من افراد الحنطة الخریفیة لا من افراد الحنطة الربیعیة (٣) اشارة الی التزام هذا البعض اهمال الخصوصیات الصنفیة والحاصل ان صدق التعریف علی الجنس اما ان یراد من الجنس نوعا وصنفه یعنی ان کل نوع من انواع ذلک الجنس وکل صنف من اصناف ذلک النوع متساو فی القیمة وهذا هو الالتزام الاول واما ان یراد منه مطلق الجنس الا انه وجب مراعات الخصوصیات عند اداء المثل عوضًا عن التالف وهذا هو الالتزام الثانی (٤) ای خذ ما ذکر من الاشکالات الواردة علی التعریف السابق (٥) یعنی بناءً علی تقدیر ارادة الصنف من الجنس فی التعریف بانه لا یصح ان یراد من التساوی التساوی الحقیقی لاستلزامه خروج اکثر المثلیات .

فی تعریف المثلی

من صنف واحد من حیث القیمة تساویا حقیقیا فقل ما یتفق ذلک (١) فی الصنف الواحد من النوع لان اشخاص ذلک الصنف لا یکاد یتساوی فی القیمة لتفاوتها بالخصوصیات الموجبة لزیادة الرغبة ونقصانها کما لا یخفی وان اردت تقارب اجزاء ذلک الصنف من حیث القیمة وان لم یتساو حقیقة (٢) تحقق ذلک فی اکثر القیمیات فان لنوع الجاریة اصنافا متقاربة فی الصفات الموجبة لتساوی القیمة وبهذا الاعتبار یصح السلم (٣) فیها ولذا (٤) اختار العلامة فی باب القرض من کره علی ان ما (٥) یصح فیه السلم من القیمیات مضمون فی القرض بمثله (٦) وقد عد الشیخ فی ط الرطب والفواکه من القیمیات (٧) مع ان کل نوع منها مشتمل ...

---

(١) اشارة الی التساوی الحقیقی (٢) یعنی ویراد من التساوی التساوی العرفی المسامحی (٣) وهو کون الثمن حالا والمثمن مؤجلا ویشترط فی هذا القسم من البیع ذکر خصوصیات المثمن التی تختلف الرغبات فی الجنس باعتبارها فصحة السلم فی الجاریة دلیل علی تقارب الصفات فی نوعها (٤) اشارة الی ان کل نوع کانت اصنافه متقاربة الصفات وصح السلم فیها دخل فی المثلی (٥) المراد من (ما) فی قوله (علی ان ما) هو الصنف (٦) وهذا الکلام من العلامة دلیل علی ان بعض القیمیات مضمون بالمثل (٧) یعنی تعریف المثلی شامل للرطب والفواکه والحال ان الشیخ الطوسی ره عدهما من القیمیات .

فی تعریف المثلی

علی اصناف متقاربة فی القیمة بل متساویة عرفاً ثمّ لو فرض انّ الصّنف المتساوی من حیث القیمة فی الانواع القیمیّة عزیز الوجود (١) بخلاف الانواع المثلیّة لم یوجب (٢) ذلك (٣) اصلاح طرد (٤) التّعریف (٥) نعم یوجب ذلك (٦) الفرق بین النّوعین فی حکمة الحکم بضمان المثلی بالمثل والقیمی بالقیمة ثمّ انّه قد عرّف المثلی بتعاریف اخر اعمّ من التّعریف المتقدّم او اخصّ فعن بر انّه ما تماثلت اجزائه وتقاربت صفاته وعن س و ض انّه المتساوی الاجزاء والمنفعة (٧) المتقارب الصّفات . . .

---

(١) قوله (عزیز الوجود) خبر لـ (انّ) فی قوله (انّ الصّنف) (٢) قوله (لم یوجب) جواب لـ (لو) فی قوله (ثمّ لو فرض (٣) اشارة الی فرض الفرق بین انواع القیمیّة وانواع المثلیّة (٤) ای اصلاح ابعاد التّعریف ومطرودیّته قال فی اقرب الموارد (طَرَده) ن طردًا وطَرَدًا: ابعده وساقه ونحّاه (٥) والحاصل انّ الفرق بین الانواع القیمیّة و بین الانواع المثلیّة بانّ تساوی الاجزاء من حیث القیمة فی الاولی عزیز الوجود وفی الثّانیة کثیر الوجود لا یوجب اصلاح تعریف المثلی (٦) اشارة الی ندرة التّساوی فی القیمی وکثرة التّساوی فی المثلی (٧) فانّ منفعة بعض اجزاء الحنطة متساویة لمنفعة بعض اجزائها الاخر بخلاف الجاریة مثلاً .

فی تعریف المثلیّ

وعن لك والكفایة (١) انّه اقرب التّعریفات الی السّلامة (٢) وعن غایة المراد ما تساوی اجزائه فی الحقیقة النّوعیّة (٣) وعن بعض العامّة انّه ما قدّر بالكیل او الوزن (٤) وعن اخرمنهم زیادة جواز بیعه سلمًا و عن ثالث منهم زیادة جواز بیع بعضه ببعض (٥) الی غیر ذلك ممّا حكاه فی كره عن العامّة ثمّ لا یخفی انّ لیس للفظ المثلی حقیقة شرعیّه (ع) ولا متشرّعة (٧) ...

---

(١) للمولی محمّد الباقر السّبزواری (٢) یعنی حكی عن المسالك والكفایة انّ التّعریف السّابق عن الدّروس والرّوضة اقرب التّعریفات الی السّلامة عن الاشكال الوارد علیها (٣) فانّ الحنطة مثلاً ما تساوی اجزائه فی حقیقتها النّوعیّة بخلاف الجائزة (٤) كالحنطة والسّمن واللّبن (٥) یعنی عن ثالث منهم انّ المثلی ما قدّر بالكیل او الوزن مع جواز بیعه سلمًا وجواز بیع بعضه ببعض (ع) وهی انّ الالفاظ المتداولة علی لسان اهل الشّرع المستعملة فی خلاف معانیها اللّغویّة كاستعمال الصّلوة فی الافعال المخصوصة بعد وضعها فی اللّغة للدّعاء واستعمال الزّكوة فی القدر المخرج من المال بعد وضعها فی اللّغة للنّمو وغیرهما قد صارت حقایق فی تلك المعانی بوضع الشّارع الالفاظ المتداولة بازاء تلك المعانی وتعیینه ایّاها بازائها فتثبت حینئذ حقیقة شرعیّة فمراد المصنّف ره (انّه لیس للفظ المثلی الخ) (٧) وهی انّ الالفاظ المتداولة علی لسان اهل الشّرع المستعملة فی خلاف معانیها اللّغویّة كاستعمال الصّلوة فی الافعال المخصوصة ←

فی تعریف المثلیّ

ولیس المراد معناه (١) اللّغوی اذ المراد بالمثل لغة المماثل فان اوید (٢) من جمیع الجهات فغیر منعکس وان اوید من بعضها (٣) فغیر مطّرد (٤) ولیس فی النّصوص حکم یتعلّق بهذا العنوان (٥) حتّی یبحث عنه نعم وقع هذا العنوان (٦) فی معقد اجماعهم علی انّ المثلیّ یضمن بالمثل وغیره بالقیمة ومن المعلوم انّه لا یجوز الاتّکال فی تعیین معقد الاجماع علی قول بعض المجمعین مع مخالفة الباقین وح (٧) فینبغی ان یتکلّما کان (٨) مثلیّا باتّفاق المجمعین ...

← بعد وضعها فی اللّغة للدّعاء ونحوها قد صارت حقایق فی تلک المعانی بواسطة غلبة هذه الالفاظ فی المعانی المذکورة فی لسان اهل الشّرع وانّما استعمل الشّارع هذه الالفاظ فی تلک المعانی بطریق المجاز بمعونة القرائن فتثبت ح حقیقة متشرّعة فمراد المصنّف ره انّه لیس للفظ المثلی حقیقة متشرّعة (١) ای معنا المثلی (٢) یعنی فان اوید المماثل من جمیع الجهات فغیر جامع للافراد فانّ الحنطة مثلیّ عندهم والحال انّ بعض افراد الحنطة لیس مماثلا لبعضها الآخر (٣) ای من بعض الجهات (٤) ای فغیر مانع للاغیار فانّ الجاریة لیست مثلیّة عند المشهور والحال انّ بعض افرادها مماثل لبعضها الآخر فی بعض الجهات (٥) ای بعنوان المثلیّ (٦) ای عنوان المثلیّ.
(٧) أی حین اذ لم یکن للفظ المثلیّ حقیقة شرعیّة ولا متشرّعة ولم یکن المراد معناه اللّغوی ووقع هذا العنوان فی معقد اجماعهم فینبغی ان یقال الخ.
(٨) اسم (کان) مستتر یرجع الی (ما) فی قوله (کلّما).

فی تعریف المثلی

فلا اشکال فی ضمانہ (١) بالمثل للاجماع ویبقی ما کان مختلفاً فیہ بینہم کالذہب والفضۃ الغیر المسکوکین فانّ صریح الشیخ فی ط کونہما من القیمیات وظ غیرہ کونہما مثلیین وکذا الحدید والنحاس والرصاص (٢) فانّ ظواہر عبارۃ ط والغنیۃ وترکونہا (٣) قیمیۃ وعبارۃ ہر صریحۃ فی کون اصولہا (٤) مثلیۃ وان کان المصوغ منہا قیمیاً وقد صرّح الشیخ فی ط بکون الرّطب (٥) والعنب قیمیاً والتمر والزبیب (٦) مثلیاً وقال فی محکی لف انّ فی الفرق (٧) اشکالاً بل صرّح بعض من قارب عصرنا بکون الرّطب والعنب مثلیین (٨) وقد حکی عن موضع من جامع المقاصد انّ الثوب مثلی والمشہور خلافہ (٩) وایضاً فقد مثّلوا للمثلی بالحنطۃ والشعیر ...

---

(١) ای فی ضمان المثلی بالمثل (٢) (الرّصاص) معدن معروف (المنجد) وقال ابو نصر فراہی فی کتاب نصاب الصبیان: ذہب زر است وحدید آہن ورصاص ارزیز لجین سیم وزجاج آبگینہ معدن کان (٣) الضمیر عائد الی الحدید والنحاس والرّصاص (٤) قولہ (اصولہا) یعنی قبل ان یصوغ منہا الأوانی وغیرہا (٥) (الرُّطَب) ما نضج من البُسر قبل ان یصیر تمرًا الواحدۃ رُطَبۃ ج رِطاب وأرطاب (التمر) الیابس من ثمر النخل الواحدۃ تمرۃ ج تمرات وتمور و تُمران (المنجد) (٦) (الزّبیب ما جُفّ من العِنَب او التین (المنجد) فالمراد منہ ما جفّ من العِنَب (٧) ای انّ فی الفرق بین الرّطب والتمر وبین العِنَب والزبیب اشکالاً (٨) فقول ہذا البعض مخالف لقول الشیخ الطوسی (٩) یعنی انّ الثوب قیمی عند المشہور.

فی تعریف المثلیّ

ولم یعلم انّ المراد نوعها او کلّ صنف وما المعیار فی الصّنف وکذا التّمر (١) والحاصل ان موارد عدم تحقّق الاجماع علی المثلیّة فیها کثیرة فلا بدّ من ملاحظة انّ الاصل الّذی یرجع الیه عند الشّکّ هو الضّمان بالمثل او بالقیمة او تخییر المالك (٢) او الضّامن (٣) بین المثل والقیمة ولا یبعد ان یقال انّ الأصل (٤) هو تخییر الضّامن لاصالة براءة ذمّته عمّا زاد علی ما یختاره (٥) فان فرض اجماع علی خلافه (٦) فالأصل (٧) تخییر المالك لاصالة عدم براءة ذمّته (٨) بدفع ما (٩) لا یرضی به المالك مضافا الی عموم (١٠) علی الید ما اخذت حتّی تؤدّی فانّ مقتضاه (١١) ...

---

(١) یعنی انّ المشهور مثّلوا للمثلی بالتّمر ولم یعلم انّ المراد نوعه او کلّ صنف

(٢) ای تخییر المالك بین ان یأخذ المثل او القیمة (٣) ای تخییر الضّامن بین ان یعطی المثل او القیمة (٤) وهذا الاصل کان من الاصول العملیّة

(٥) فان اختار الضّامن ان یعطی المثل واراد المالك ان یأخذ القیمة فالاصل براءة ذمّة الضّامن عن القیمة الّتی زادت علی المثل الّذی اختاره الضّامن و کذلك لو اختار الضّامن القیمة (٦) ای علی خلاف تخییر الضّامن (٧) وهذا الاصل ایضا من الاصول العملیّة (٨) ای ذمّة الضّامن (٩) مثلا بدفع المثل الّذی لا یرضی به المالك لانّ الحقّ فی ذمّة الضّامن للمالك فاذا لم یرض بشیء لم یصل حقّه الیه (١٠) فانّ عموم علی الید یدلّ ایضا علی تخییر المالك (١١) ای مقتضی عموم علی الید .

عدم ارتفاع الضّمان بغير اداء العين خرج ما اذا رضى المالك بشئ اخر (١) والاقوى تخيير المالك (٢) من اوّل الامر لاصالة الاشتغال (٣) و التّمسّك باصالة البرائة لايخ من منع (٤) نعم يمكن ان يقوى بعد عدم الدّليل لترجيح احد الاقوال والاجماع على عدم تخيير المالك التّخيير (٥) فى الاداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين اعنى تعيّن المثل بحيث لايكون للمالك مطالبة القيمة ولا للضّامن الامتناع (٦) وتعيين القيمة (٧) كذلك (٨) فلا متيقّن فى البين (٩) ولايمكن البرائة اليقينيّة ...

---

(١) اى بشئ اخر من المثل او القيمة فاذا لم يرض المالك كان مقتضى عموم على اليد بقاء الضّمان فى ذمّة الضّامن (٢) يعنى فلا تخيير للضّامن من اوّل الأمر حتّى يسقط بالاجماع (٣) يعنى ذمّة الضّامن مشغولة حتّى يرضى المالك بما يريده من المثل والقيمة (٤) ووجه عدم خلوّ التّمسّك باصالة البرائة عن المنع انّ المقام من قبيل المتباينين لا الاقلّ والاكثر والمرجع فيهما البرائة وفى المتباينين الاشتغال لانّا اذا علمنا بتكليف الضّامن ولم نعلم انّ القيمة او المثل فالّلازم خروجه عن هذا التّكليف ولا يتحقّق الخروج القطعىّ الّا باعطاء ما يختاره المالك (٥) اى تخيير الضّامن فى الاداء (٦) اى ولايكون للضّامن الامتناع عن اعطاء المثل (٧) وتعيين اعطاء القيمة (٨) يعنى بحيث لايكون للمالك مطالبة المثل ولا للضّامن الامتناع عن اعطاء القيمة (٩) يعنى فلا متيقّن فى البين حتّى يؤخذ به كالاقلّ والاكثر .

عند التشاح (١) فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى فتم (٢) هذا ولكن يمكن ان يقال (٣) ان القاعدة المستفادة من اطلاقات الضمان في المغصوبات والامانات المفرط فيها وغيرذلك هو الضمان بالمثل لانه (٤) اقرب الى التالف من حيث الماليه والصفات ثم بعده (٥) قيمة التالف من النقدين (٦) وشبههما لانهما اقرب من حيث الماليه لان ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه اليهما ولأجل الاتكال على هذا الظهور (٧) لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد (٨) ...

---

(١) (تشاحّ) القوم على الامر وفيه : شحّ به بعضهم على بعض، تشاحّوا على الشيء اراد كلّ منهم ان يستأثر به، تشاحّ الخصمان في الجدل : اراد كلّ ان يكون هو الغالب (المنجد) (٢) يحتمل ان يكون اشارة الى انّ تخيير المجتهد انما هو في تعارض الخبرين لا في مثل المقام ويحتمل ان يكون اشارة الى انّ تخيير الضامن في الاداء مبنيّ على عدم ثبوت الترجيح لاحد هذه الاقوال الاربعة وهو ممنوع لوجود الترجيح للقول الثالث وهو تخيير المالك من اوّل الأمر ولوجود الترجيح له قال المصنف ره والاقوى تخيير المالك من اوّل الأمر (٣) فلمّا ذكر المصنف ره الاصل العملي اراد ان يبيّن ببيان الحال على مقتضى القواعد الشرعيّة (٤) اى لانّ المثل (٥) اى بعد المثل (٦) اى من الدرهم والدينار (٧) اى ظهور اطلاقات الضمان في المغصوبات والامانات المفرط فيها هو الضمان بالمثل (٨) اى في موارد ضمانات المغصوبات والامانات المفرط فيها .

على كثرتها (١) قد نصّ الشّرع فيه (٢) على ذكر المضمون به (٣) بل كلّها الّا ما شذّ وندر قد اطلق فيها (٤) الضّمان فلولا الاعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشّارع اهماله (٥) في موارد البيان وقد استدلّ في ط وف على ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة بقوله تعالى فَمَنِ اعْتَدٰى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدٰى عَلَيْكُمْ (٦) بتقريب انّ مماثل ما اعتدى هو المثل في المثلي والقيمة في غيره واختصاص الحكم (٧) ...

---

(١) اى على كثرة الموارد (٢) اى في مورد واحد (٣) يعنى على ذكر انّ المال الّذى يضمن في مقابل التّالف انّه المثل والقيمة (٤) اى اطلق في هذه الموارد الضّمان للاعتماد على ما هو المتعارف الّذى هو الضّمان بالمثل (٥) اى اهمال المضمون به (٦) س ٢ ا ية ١٩٤ وقال في (اقرب الموارد) (اعتدى عليه) اعتداءً : ظلمه وقال في (المنجد) (اعتدى) الحقّ وعن الحقّ وفوق الحقّ : جاوزه ، على فلان : ظلمه . وقال في «الميزان» ج ٢ ص ٤٦ واما امره تعالى بالاعتداء مع انّه لا يحبّ المعتدين فانّ الاعتداء مذموم اذا لم يكن في مقابله اعتداء واما اذا كان في مقابلة الاعتداء فليس الّا تعاليا عن ذلّ الهوان وارتقاء عن حضيض الاستبعاد والظّلم والضّيم كالتّكبّر مع المتكبّر والجهر بالسّوء لمن ظلم (٧) سؤال وجواب : اما السّؤال فانّ الحكم في الآية مختصّ بالمتلف عدوانا فلا يشمل التّالف الّذى يضمن به فانّ كلامنا هنا في تلف المقبوض بالعقد الفاسد لا في اتلافه عدوانا واما الجواب : ←

بالمتلف عدوانًا لا يقدح بعد عدم القول بالفصل وربما يناقش فى الآية بان مدلولها اعتبار المماثلة فى مقدار الاعتداء (١) لا المعتدى به (٢) و فيه نظر (٣) نعم الانصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق (٤) عليه (٥) بالقول المشهور (٦) لان مقتضاها (٧) وجوب المماثلة العرفية فى الحقيقة و المالية وهذا يقتضى اعتبار المثل حتى فى القيميات سواء وجد المثل فيها اما لا اما مع وجود المثل فيها (٨) كما لو اتلف ذراعًا من كرباس طوله عشرون ذراعًا متساويه من جميع الجهات فان مقتضى العرف والآية الزام الضامن ...

← فان اختصاص الحكم فى الآية بالمتلف عدوانًا لا يقدح بعد عدم القول بالفصل بين المتلف عدوانًا وبين التالف الذى يضمن به لانهم اتفقوا على الاتحاد فى المضمون به من حيث المثلية والقيمية فى البابين (١) فالمراد من (مقدار الاعتداء) هو الواحد بازاء الواحد لا الاثنان بازاء الواحد (٢) فالمراد من (المعتدى به) هو الحنطة بازاء الحنطة مثلًا (٣) لعل وجه النظر ان ظاهر الآية ان اعتبار المماثلة فى مقدار الاعتداء والمعتدى به كليهما لا فى مقدار الاعتداء وحده (٤) فالمراد من (الدليل السابق) هو اطلاقات الضمان فى المغصوبات والامانات المفرط فيها اتكالًا على ما هو المتعارف الذى هو الضمان بالمثل (٥) الضمير عائد الى قوله تعالى (فمن اعتدى الخ) . (٦) وهو ضمان المثل فى المثلى والقيمة فى القيمى (٧) الضمير عائد الى الآية والدليل السابق (٨) اى فى القيميات .

بتحصيل ذراع اخر من ذلك (١) ولو باضعاف (٢) قيمته ودفعه الى مالك الذراع المتلف (٣) مع ان القائل بقيمية الثوب لا يقول به (٤) وكذا لو اتلف (٥) عليه (٦) عبدا وله (٧) فى ذمة المالك بسبب القرض او السلم عبد موصوف بصفات التالف (٨) فانهم لا يحكمون بالتهاتر القهرى كما يشهد به (٩) ملاحظة كلماتهم فى بيع عبد من عبدين ...

---

(١) اشارة الى الكرباس (٢) (الضعف والضُعف) ضد القوة (ضِعف) الشئ : مثله فى المقدار ومثله وزيادة غير محصورة فقولهم (لك ضعفه) يعنى لك مثلاه او ثلاثة امثاله او اكثر ج : اضعاف (الضَعف) ضد القوة . الضُعف فى العقل والرأى (المنجد) (٣) (المُتلَف) بصيغة اسم المفعول ، صفة للذراع (٤) اى لا يقول بتحصيل ذراع آخر من ذلك الكرباس فان القائل بقيمية الثوب يقول بوجوب القيمة فى القيميات وان وجد المثل . (٥) الضمير الفاعل المستتر عائد الى المُتلِف بصيغة اسم الفاعل (٦) الضمير فى قوله (عليه) يرجع الى المالك (٧) الضمير فى (له) عائد الى المُتلِف (٨) يعنى اذا اقترض مالك العبد التالف من الشخص المُتلِف قبل التلف عبدا موصوفا باصفات العبد التالف فانهم لا يحكمون بالتهاتر القهرى وكذلك اذا اشترى سلماً مالك العبد التالف من المُتلِف قبل التلف عبدا موصوفا بصفات العبد التالف و الحال ان مقتضى الدليل السابق والآية التهاتر القهرى للمماثلة بين العبدين حقيقة ومالية (٩) الضمير عائد الى انهم لا يحكمون بالتهاتر القهرى .

فى المثلى والقيمى

نعم ذهب جماعة منهم الشهيدان فى س وملك الى جواز ردّ العين المقترضة (١) اذا كانت قيميّة لكن لعلّه (٢) من جهة صدق اداء القرض باداء العين لا من جهة ضمان القيمى بالمثل ولذا اتّفقوا على عدم وجوب قبول غيرها (٣) وان كان (٤) مماثلاً لها من جميع الجهات واما (٥) مع عدم وجود المثل للقيمى التالف فمقتضى الدليلين (٦) عدم سقوط المثل من الذمّة بالتعذّر كما لو تعذّر المثل فى المثلى فيضمن بقيمته (٧) يوم الدفع كالمثلى ولا يقولون به (٨) وايضاً فلو فرض (٩) نقصان المثل عن التالف ...

---

(١) يعنى جواز ردّ العين المقترضة يدلّ على تقديم الشهيدين وغيرهما المثل على القيمة فى القيمى اذا وجد المثل له (٢) الضمير عائد الى ذهاب جماعة الى جواز ردّ العين المقترضة (٣) اى غير العين المقترضة (٤) اسم كان مستتر يرجع الى الغير فى قوله (غيرها) يعنى وان كان غير العين المقترضة مماثلاً للعين المقترضة (٥) قوله (اما مع عدم وجود المثل للقيمى التالف) هو شقّ اخر لمقتضى الدليلين اعتبار المثل حتى فى القيميّات والشقّ الاوّل هو قوله (اما مع وجود المثل فيها الخ). وقد تقدّم فى ص ٣٤٨ (٦) احدهما اطلاقات الضمان فى المغصوبات والامانات المفرط فيها بحسب فهم العرف ثانيهما آية الاعتداء (٧) الضمير عائد الى القيمى التالف (٨) يعنى انهم لا يقولون بقيمة القيمى التالف يوم الدفع. (٩) هذا بيان اخر لعدم وفاء الآية والدليل السابق بالقول المشهور.

في المثلي والقيمي

من حيث القيمة نقصانا فاحشا فمقتضى ذلك (١) عدم وجوب الزام المالك بالمثل لاقتضائهما (٢) اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية مع ان المشهور كما يظهر من بعض الزامه (٣) به وان قوي خلافه بعض (٤) بل ربما احتمل جواز دفع المثل ولو سقط من القيمة (٥) بالكلية وان كان الحق خلافه (٦) فتبين ان النسبة بين مذهب المشهور ومقتضى العرف (٧) والاية عموم من وجه (٨) فقد يضمن بالمثل ...

---

(١) اى مقتضى الاية والدليل السابق (٢) اى لاقتضاء الدليلين السابقين (٣) اى الزام المالك بالمثل (٤) اى بعض الفقهاء (٥) كالثلج في الشتاء (٦) اى خلاف دفع المثل (٧) اى مقتضى اطلاقات الضمان الذى استفاده العرف (٨) فلهما مادة الاجتماع ومادتا الافتراق اما مادة الاجتماع فكما لو اتلف الحنطة وكانت قيمتها وقت الدفع مساوية لقيمتها وقت التلف فان المشهور يقولون بوجوب اعطاء المثل وكذلك هو مقتضى الاية واطلاقات الضمان في المغصوبات ، واما مادة الافتراق من مذهب المشهور بان يصدق مقتضى الدليلين ولا يصدق مذهب المشهور كمثال الكرباس ومثال من اتلف عبدا وله في ذمة المالك عبد موصوف بصفات التالف فان في المثالين بمقتضى الدليلين انه رضا من بالمثل والحال ان المشهور لا يقولون بالمثل وانما يقولون بالقيمة ، واما مادة الافتراق من مقتضى الدليلين بان يصدق مذهب المشهور ولا يصدق مقتضى الدليلين فكما لو اتلف المثل وانقصت قيمته نقصانا فاحشا ←

فی المثلیّ والقیمیّ

بمقتضی الدّلیلین (١) ولا یضمن به عند المثم کما فی المثالین (٢) المتفقین وقد ینعکس الحکم کما فی المثال الثّالث (٣) وقد یجتمعان فی المضمون به کما فی اکثر الامثلة (٤) ثمّ انّ الاجماع علی ضمان القیمی بالقیمة علی تقدیر تحقّقه (٥) لا یجدی بالنّسبة الی ما لم یجمعوا علی کونه (٦) قیمیّا ففی موارد الشّکّ یجب الرّجوع الی المثل بمقتضی الدّلیل السّابق (٧) وعموم الآیة (٨) بناءً علی ما هو الحقّ المحقّق من (٩) انّ العامّ المخصّص بالمجمل مفهومًا المتردّد (١٠) بین الاقلّ والاکثر لا یخرج (١١) عن الحجّیّة ...

← او سقط عن القیمة اصلا (١) ای احدهما مقتضی اطلاقات الضّمان وثانیهما مقتضی الآیة (٢) احدهما مثال الکرباس ثانیهما مثال من اتلف عبدًا وله فی ذمّة المالک عبد موصوف بصفات العبد التّالف (٣) وهو ما انقصت قیمة المثل نقصانا فاحشًا او سقط من القیمة بالکلّیّة (٤) کما لو اتلف شعیرًا کانت قیمته عند الدّفع مساویة لقیمته وقت التّلف لانّ المشهور یقولون بوجوب دفع المثل وکذلک هو مقتضی اطلاقات الضّمان والآیة (٥) ای تحقّق الاجماع (٦) الضّمیر عائد الی (ما) فی قوله (بالنّسبة الی ما) (٧) وهو مقتضی اطلاقات الضّمان الظّاهرة فی المثل بحسب فهم العرف (٨) وهی آیة الاعتداء (٩) بیان لِـ (ما) فی قوله (بناءً علی ما) (١٠) قوله (المتردّد) صفة لقوله (المجمل) (١١) الضّمیر لفاعل المستتر یرجع الی (العامّ المخصّص).

في المثلي والقيمي

بالنسبة الى موارد الشك (١) فحاصل الكلام انّ ما اجمع على كونه (٢) مثليًا يضمن بالمثل مع مراعاة الصفات التي يختلف بها (٣) الرغبات (٤) وان فرض نقصان قيمته (٥) في زمان الدفع او مكانه عن قيمة التالف بناءً على تحقق الاجماع على اهمال هذا التفاوت (ع) مضافا (٧) الى الخبر ...

---

(١) كما لو قال : اكرم العلماء ثمّ قال : لا تكرم الفسّاق وكان لفظ الفاسق مجملاً مفهومًا ولا يعلم انّ المراد منه من ارتكب الكبيرة فقط او من يعمّ حتى يشمل من ارتكب الصغيرة ايضًا فانّ حجيّة العامّ بالنسبة الى من ارتكب الصغيرة باقية لانّه داخل في العامّ ولم يعلم بخروجه منه والمقام كذلك لانّ مقتضى اطلاقات الضمان والآية لزوم المثل في المثلي والقيمي كليهما وهذا العامّ مخصّص بالاجماع على ضمان القيمي بالقيمة الّا انّ القيمي مجمل مردّد بين الاقلّ والاكثر فيقتصر في التخصيص على القدر المعلوم وهو ما اجمع على كونه قيميًا ويبقى المشكوك تحت العامّ (٢) الضمير عائد الى (ما) في قوله (انّ ما) (٣) اى بالصفات (٤) كما لو كانت صفة الخريفيّة والربيعيّة في الحنطة توجب الاختلاف في الرغبات كان اللازم ضمان الخريفيّة بالخريفيّة والربيعيّة بالربيعيّة (٥) اى قيمة المثل (ع) يعنى انّ الفقهاء اجمعوا على انّه لا اعتبار بالتفاوت في قيمة المثل فالمثل مضمون بمثله سواء كان قيمة المثل في زمان الدفع ومكانه اكثر من قيمة التالف او اقلّ او مساويًا (٧) هذا الخبر دليل آخر غير الاجماع على اهمال التفاوت .

الوارد (١) فى انّ اللّازم على من عليه دراهم (الثّابت (٢) فى ذمّة من اقترض دراهم) واسقطها السّلطان وروّج غيرها هى الدّراهم الاولى وما (٣)...

(١) فى الوسائل القديمة ج ٢ ص ٦٠٧ باب ١٩ حديث ٢ عن محمّد بن عيسى عن يونس قال كتبت الى ابى الحسن الرّضا ع انّه كان لى على رجل عشرة دراهم وانّ السّلطان اسقط تلك الدّراهم وجائت الدّراهم اعلى من تلك الدّراهم الاولى ولها اليوم وضيعة فاىّ شئ لى عليه الاولى الّتى اسقطها السّلطان اوالدّراهم الّتى اجازها السّلطان فكتب لك الدّراهم الاولى .

ايضا ص ٦٠٨ باب ١٩ حديث ٤ عن العبّاس بن صفوان قال سأله معوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم عن رجل وسقطت تلك الدّراهم اوتغيّرت ولا يباع بها شئ أ لصاحب الدّراهم الدّراهم الاولى اوالجائزة الّتى تجوز بين النّاس فقال لصاحب الدّراهم الدّراهم الاولى (٢) قوله : (اللّازم على من عليه دراهم) نسخة وقوله (الثّابت فى ذمّة من اقترض دراهم) نسخة اخرى بدل عن الاولى . سؤال وجواب : امّا السّؤال فانّ المصنّف لِمَ ذكر العبارتين والحال انّ احديهما كانت كافية وامّا الجواب فلعلّ المصنّف نظر فى ذكر العبارة الاولى الى خبر يونس لكونها على وفق مضمونها وفى ذكر العبارة الثّانية الى خبر صفوان لكونها مطابقا لها فارجع الخبرين فى الشّرح (٣) قوله (ما اجمع) عطف على (ما اجمع) السّابق فى قوله (فحاصل الكلام انّ ما اجمع) .

فان المثلي يوجد الا باكثر

اجمع على كونه قيميًا يضمن بالقيمة بناءً على ما سيجئ من الاتفاق على ذلك (١) وان وجد مثله (٢) او كان مثله في ذمة المالك (٣) وما شك في كونه قيميًا او مثليًا يلحق بالمثلي مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع والتالف مع الاختلاف الحق بالقيمي فتم (٤) **الخامس** (٥) ذكر في عدانه (ع) لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد انتهى اقول كثرة الثمن ان كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل بان صار قيمته اضعاف قيمة التالف يوم تلفه فالظاهر انه لا اشكال في وجوب الشراء ولا خلاف كما صرح به في ف حيث قال اذا غصب ماله مثل كالحبوب كالحنطة والادهان فعليه (٧) مثل ما تلف في يده بشتريه باي ثمن كان بلا خلاف ...

---

(١) اشارة الى ان القيمي يضمن بالقيمة (٢) كالكرباس المتقدم ذكره (٣) كما لو اتلف عليه عبدًا وله في ذمة المالك بسبب القرض او السلم عبد موصوف بصفات العبد التالف (٤) لعله اشارة الى انه لا وجه للالحاق بالقيمي بل اللازم الحاقه بالمثلي لان مقتضى اطلاقات الضمان وادلة الاعتداء لزوم المثل في المثلي والقيمي فهذا العام مخصص بالاجماع على ضمان القيمي بالقيمة الا ان القيمي مجمل مردد بين الاقل والاكثر فيقتصر في التخصيص على القدر المعلوم وهو ما اجمع على كونه قيميًا ويبقى المشكوك تحت العام (٥) اي الامر الخامس من الامور المتفرعة على القبض بالعقد الفاسد (ع) الضمير للشأن (٧) اي فعلى الغاصب .

فانّ المثل لم يوجد الّا باكثر من ثمن المثل

وفى ط يشتريه (١) باىّ ثمن كان اجماعا انتهى ووجهه (٢) عموم النّص والفتوى بوجوب المثل فى المثلىّ ويؤيّده (٣) فحوى (٤) حكمهم بانّ تنزّل قيمة المثل حين الدّفع عن يوم التّلف لا يوجب الانتقال الى القيمة بل ربّما احتمل بعضهم ذلك (٥) مع سقوط المثل فى زمان الدّفع عن المالية كالماء على الشّاطئ (٦) والثّلج فى الشّتاء واما ان (٧) كان لاجل تعذّر المثل وعدم وجدانه الّا عند من يعطيه بازيد ممّا يرغب فيه النّاس (٨) مع وصف الاعواز بحيث يعدّ بذل ما يريد ...

---

(١) الضّمير الفاعل المستتر يرجع الى الغاصب والضّمير المفعول عائد الى المثل (٢) اى وجه وجوب شراء المثل (٣) الضّمير المفعول يرجع الى وجوب شراء المثل (٤) فالمراد من الفحوى هى الاولويّة ووجه الاولويّة انّهم اذا حكموا بان تنزّل قيمة المثل لم يوجب الانتقال الى القيمة وان ترقّى قيمة المثل لم يوجب الانتقال الى القيمة بطريق اولى (٥) اشارة الى عدم الانتقال الى القيمة (ع) (الشّط) : شاطئ النّهر والبحر ج : شطوط وشُطّان (الشّاطئ) من النّهر جانبه (المنجد) وقال ابونصر فى كتاب نصاب الصّبيان :

(شطّ وشاطى عدوة جلهة عيقة ساحل كنار) (الثّلج) ما ينجمد من ماء السّماء و يسقط ج : ثلوج (المنجد) وقال ابونصر : (غيث باران ثلج برف وتاذنم مبلول تر)

(٧) هذا شقّ آخر لقوله (لكثرة الثّمن) والشّقّ الاوّل هو قوله (ان كانت لزيادة القيمة السّوقيّة) (٨) يعنى انّه يرغب النّاس فى الصّيف فى الثّلج بدرهمين ←

فانّ المثل لم يوجد الّا باكثر من ثمن المثل

مالكه (١) بازائه (٢) ضررًا عرفًا والظّاهر انّ هذا هو المراد بعبارة عدلا نّ الثّمن فى الصّورة الاولى ليس بازيد من ثمن المثل بل هو (٣) ثمن المثل و انّما زاد (٤) على ثمن التّالف يوم التّلف وح (٥) فيمكن التّردّد فى الصّورة الثّانية (٦) كما قيل من انّ الموجود باكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرّقبة (٧) فى الكفّارة والهدى (٨) وانّه يمكن معاندة البايع (٩) وطلب اضعاف القيمة وهو ضرر ولكنّ الاقوى مع ذلك وجوب الشّراء وفاقًا للتّحرير كما عن الايضاح وس ومع صد بل اطلاق ٣ر ونفى الخلاف المتقدّم عن الخلاف ...

← والّذى عنده الثّلج يعطيه بثمانية دراهم (١) الضّمير عائد الى (ما) فى قوله (بذل ما) (٢) اى بازاء المثل (٣) الضّمير عائد الى الثّمن فى الصّورة الاولى (٤) الضّمير الفاعل المستتر يرجع الى الثّمن فى الصّورة الاولى (٥) اى حين اذ كان كثرة الثّمن لاجل تعذّر المثل (٦) وهو كون كثرة الثّمن لاجل تعذّر المثل (٧) فانّ كفّارة الظّهار وقتل الخطاء مرتّبة وكذلك كفّارة الافطار فى شهر رمضان على احد القولين فكفّارتهنّ العتق اوّلا فالشّهران مع عدم امكان العتق فاطعام ستّين مع تعذّر الصّيام فالموجود باكثر من ثمن المثل كالمعدوم عند هذا القائل (٨) كما لو تعذّر الهدى او عجز عن الثّمن صام بدله عشرة ايّام ثلاثة فى الحجّ وسبعة اذا رجع الى اهله فانّ الموجود باكثر من ثمن المثل كالمعدوم عند هذا القائل (٩) فقوله (انّ الموجود باكثر الخ) وقوله (وانّه يمكن معاندة البايع الخ) وجه لعدم وجوب شراء المثل فى الصّورة الثّانية

فيما لو تعذّر المثل في المثلي

لعين ما ذكر (١) في الصورة الاولى (٢) ثمّ انّه لافرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه (٣) في مكان التّلف او غيره ولا بين كون قيمته في مكان المطالبة ازيد من قيمته في مكان التّلف ام لا (٤) وفاقاً لظاهر المحكيّ عن ير وكرة والايضاح وس ومع صد وفي ترائنّه (٥) الّذي يقتضيه عدل الاسلام والادلّة واصول المذهب هو ذلك لعموم النّاس مسلّطون على اموالهم هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة واما مع تعذّره فسيأتي حكمه في المسئلة السّادسة (٦)

السّادس (٧) لو تعذّر (٨) المثل في المثلي فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك (٩) لانّ منع المالك ظلم والزام الضّامن بالمثل منفيّ بالتّعذّر فوجب القيمة جمعاً بين الحقّين (١٠) ...

---

(١) المراد من قوله (ما ذكر) هو عموم النّصّ والفتوى (٢) المراد من الصّورة الاولى هو كون كثرة الثّمن لزيادة القيمة السّوقيّة للمثل (٣) اى بين كون المثل (٤) كما لو اتلفه في بلدة «قم» وطلب المالك المثل منه في بلدة «الخُمَين» وكانت قيمته في بلدة «قم» درهمين وفي بلدة «الخُمَين» اربعة دراهم (٥) الضّمير عائد الى عدم الفرق في جواز المطالبة بين كون قيمته في مكان المطالبة ازيد من قيمته في مكان التّلف ام لا (٦) اى فسيأتي حكمه في الامر السّادس (٧) اى الأمر السّادس من الامور المتفرّعة على القبض بالعقد الفاسد (٨) (تعذّر) عليه الامر: تعسّر ولم يستقم، امتنع (المنجد) (٩) واما مع عدم مطالبة المالك فلا اشكال في بقاء المثل في ذمّة الضّامن (١٠) يعني حقّ المالك وحقّ الضّامن .

فيما لو تعذّر المثل في المثلي

مضافاً (١) الى قوله تعالى فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فانّ الضّامن اذا التزم بالقيمة مع تعذّر المثل لم يعتد عليه (٢) ازيد ممّا اعتدى وامّا (٣) مع عدم مطالبة المالك فلا دليل على التزامه (٤) بقبول القيمة لانّ المتيقّن ان دفع القيمة علاج (٥) لمطالبة المالك وجمع بين حقّ المالك بتسليطه على المطالبة وحقّ الضّامن بعدم تكليفه بالمعذور او المعسور امّا مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقّه عن المثل وما ذكرنا يظهر من المحكيّ عن كرة والايضاح حيث ذكرا في ردّ بعض الاحتمالات الآتية (ع) في حكم تعذّر المثل ما لفظه انّ المثل لا يسقط بالاعواز (٧) ...

---

(١) هذا دليل اخر لوجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك (٢) اى على الضامن (٣) قوله (امّا مع عدم المطالبة) قسم اخر لقوله (لو تعذّر المثل في المثلي) والقسم الاوّل هو مطالبة المالك (٤) اى الزام المالك (٥) (عالجه معالجةً وعلاجًا) زاوله وما رسه. - المرض، داواه (العلاج) مص. الدّواء، المراس، والدّفاع (المنجد) (ع) احد الاحتمالات انّ الاعتبار في قيمة المثل المتعذّر قيمته يوم التلف وثانيها اعتبار قيمته وقت تعذّر المثل وغيرهما احتمالات اُخر تاتي (٧) (عاز يعوز عوزًا) الشّئ فلانًا: احتاج فلان اليه فلم يجده (عوز يعوز عوزًا) الشّئ: عزّ فلم يوجد وانت محتاج اليه (اَعْوَزَ اِعْوَازًا): افتقر وساءت حاله، اعوزه المطلوب: اعجزه وصعب عليه نيله. اعوز في الشّئ: احتجت اليه لم اقدر عليه. اعوز الشّئ: تعذّر (المنجد).

فيما لو تعذّر المثل في المثلي

الا ترى انّ المغصوب منه (١) لو صبر الى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به (٢) وانّما المصير الى القيمة وقت تغريمها انتهى لكن اطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذّر المثل ولعلّهم يريدون صورة المطالبة والّا فلا دليل على الاطلاق ويؤيّد ما ذكرنا (٣) انّ المحكيّ عن الاكثر في باب القرض انّ المعتبر في المثل المتعذّر قيمته يوم المطالبة (٤) نعم عبّر بعضهم بيوم الدّفع فليتأمّل (٥) وكيف كان فلنرجع الى حكم المسئلة (٦) فنقول انّ المشهور انّ العبرة في قيمة المثل المتعذّر بقيمته (٧) يوم الدّفع لانّ المثل ثابت في الذّمّة الى ذلك (٨) الزمان ولا دليل على سقوطه (٩) بتعذّره كما لا يسقط الدّين بتعذّر اداءه (١٠) وقد صرّح بما ذكرنا (١١) المحقّق الثّاني ...

---

(١) فالمراد من المغصوب منه هو المالك (٢) اى بالمثل (٣) وهو انّهم يريدون من اطلاق الحكم بالقيمة صورة المطالبة (٤) فصيرورة التّالف قيميّا انّما هو عند المطالبة ولو كانت صيرورته قيميّا عند التّعذّر لكان اللّازم على الاكثر ان يقولوا انّ المعتبر في المثل قيمته يوم التّعذّر (٥) لعلّه اشارة الى انّه يمكن ان يكون مراد البعض بيوم الدّفع هو يوم المطالبة (٦) وهي لو تعذّر المثل في المثلي كما تقدّم بقوله (السّادس) لو تعذّر المثل في المثلي (٧) قوله (بقيمته) متعلّق بقوله (العبرة) (٨) اشارة الى يوم الدّفع (٩) اى على سقوط المثل (١٠) يعني لا دليل على سقوط الدّين مع امكان اداءه بعدا (١١) وهو عدم الدّليل على سقوط المثل بتعذّره .

فيما لو تعذّر المثل في المثلي

وقد عرفت من كرة والايضاح (١) ما يدلّ عليه (٢) ويحتمل اعتبار وقت تعذّر المثل وهو للحلّي (٣) في البيع الفاسد للتحرير في باب القرض ومحكي عن لك لانّه (٤) وقت الانتقال الى القيمة ويضعّفه (٥) انّه (ع) ان اريد بالانتقال انقلاب ما في الذمّة الى القيمة في ذلك (٧) الوقت فلا دليل عليه (٨) وان اريد عدم وجوب اسقاط ما في الذمّة الّا بالقيمة فوجوب الاسقاط بها (٩) وان حدث يوم التعذّر مع المطالبة الّا انّه لو اخّر (١٠) الاسقاط بقي المثل في الذمّة الى تحقّق الاسقاط واسقاطه في كلّ زمان باداء قيمته في ذلك (١١) الزمان وليس في الزمان الثاني (١٢) مكلّفا بما (١٣) صدق عليه الاسقاط ...

---

(١) حيث ذكر صاحب التذكرة وصاحب الايضاح انّ المثل لا يسقط بالاعواز وانّما المصير الى القيمة وقت تغريمها (٢) الضمير عائد الى (ما) في قوله (بما ذكرنا) (٣) اى ابن ادريس (٤) الضمير يرجع الى وقت تعذّر المثل (٥) الضمير المفعول يرجع الى قوله (انّ وقت الانتقال الى القيمة) (ع) الضمير للشأن (٧) اشارة الى تعذّر المثل (٨) اى فلا دليل على انقلاب ما في الذمّة الى القيمة في ذلك الوقت (٩) اى بالقيمة (١٠) يعني لو اخّر الضامن من الاسقاط عصيانا كما لو لم يعطه مع المطالبة او من غير عصيان كما لو لم يعطه مع عدم المطالبة بقي المثل في ذمّته (١١) اى في زمان اداء قيمة المثل (١٢) المراد من الزمان الثاني هو زمان اداء قيمة المثل (١٣) المراد من قوله (ما) هو القيمة .

فيما لو تعذر المثل في المثلي

في الزمان الاول (١) هذا ولكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسئلة (٢) الى ما تقدم سابقا من الآية (٣) ومن (٤) ان المتبادر من اطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع الى اقرب الاموال الى التالف بعد تعذر المثل توجه (٥) القول بصيرورة التالف قيميا بمجرد تعذر المثل اذ لا فرق في تعذر المثل بين تحققه ابتداء كما في القيميات (٦) وبين طروه (٧) بعد التمكن كما في ما نحن فيه (٨) ودعوى (٩) اختصاص الآية واطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة ...

---

(١) المراد من الزمان الاول هو وقت تعذر المثل يعني لو كان في زمان التعذر ثمانية وفي زمان الاداء اربعة لم يكن الضامن مكلفا بثمانية لان المثل لم ينقلب الى القيمة في زمان التعذر وانما ينقلب في وقت الاداء (٢) اي في مسئلة تعذر المثل (٣) اي آية الاعتداء (٤) قوله (من ان المتبادر) عطف على قوله (من الآية) فيكون المعطوف والمعطوف عليه بيانا لـ (ما) في قوله (ما تقدم) (٥) قوله (توجه القول) جواب لـ (لو) في قوله (لو استندنا) (٦) يعني بمجرد تلف القيمي يجب قيمته لانه لا مثل له (٧) اي طرو التعذر وعروضه (٨) و هو كون المثل موجودا حين التلف ثم تعذر بعد التلف (٩) يعني ان البعض ادعى ان بين التعذر الابتدائي وبين التعذر الطاري فرقا لان آية الاعتداء واطلاق الضمان في المغصوبات والامانات المفرط فيها مختص بالتعذر الابتدائي فلا يشملان التعذر الطاري والمصنف يقول في جوابه ان هذا الدعوى لا يخلو عن تحكم لان الآية واطلاق الضمان يشملان التعذر الابتدائي والتعذر الطاري كليهما فلا وجه للتفكيك بينهما .

فيما لو تعذّر المثل في المثلي

بتعذّر المثل ابتداءً لا يخرج عن تحكّم (١) ثمّ انّ في المسئلة احتمالات اخر ذكر اكثرها في عدّ وقوّى بعضها في الايضاح وبعضها بعض الشّافعيّة وحاصل جميع الاحتمالات في المسئلة مع مبانيها (٢) انّه (٣) امّا ان نقول باستقرار المثل في الذّمّة الى اوان الفراغ منه بدفع القيمة (٤) وهو الّذي اخترناه تبعًا للاكثر من (٥) اعتبار القيمة عند الاقباض (٦) وذكره في عدّ خامس الاحتمالات وامّا ان نقول بصيرورته قيميًّا عند الاعواز فاذا صار كذلك (٧) فامّا ان نقول انّ المثل المستقرّ في الذّمّة قيميّ فيكون القيميّة صفة للمثل بمعنى انّه لو تلف وجب قيمته (٨) وامّا ان نقول انّ المغصوب انقلب قيميًّا بعد ان كان مثليًّا فان قلنا بالاوّل (٩) فان جعلنا الاعتبار في القيمي بيوم التّلف (١٠) كما هو حدّ الاقوال كان المتعيّن قيمة المثل يوم الاعواز (١١) ...

---

(١) (تحكّم) في المسئلة : حكم فيها برأي نفسه من غير ان يبرز وجهًا للحكم (المتحكّم) الّذي يحكم بدون دليل (اقرب الموارد) (٢) اى مباني الاحتمالات (٣) الضّمير للشّأن (٤) اى دفع الضّامن قيمة يوم الدّفع (٥) بيان لِـ (الّذي) في قوله (الّذي اخترناه) (٦) يعني عند اقباض الضّامن (٧) يعني صار قيميًّا عند الاعواز (٨) اى قيمة المثل (٩) والمراد بالاوّل ما اشار اليه بقوله (فامّا ان نقول انّ المثل المستقرّ في الذّمّة قيميّ الخ) (١٠) يعني انّ الشّئ القيميّ اذا تلف لزم على الضّامن دفع قيمة يوم التّلف (١١) يعني حال قيمة يوم الاعواز في المثلي حال قيمة يوم التّلف في القيميّ .

فيما لو تعذر المثل في المثلي

كما صرح به في تر في البيع الفاسد وتر في باب القرض لانه (١) يوم تلف القيمي وان جعلنا الاعتبار فيه (٢) بزمان الضمان (٣) كما هو القول الآخر (٤) في القيمي كان المتجه اعتبار زمان تلف العين (٥) لانه (ع) اول ازمنة وجوب المثل في الذمة المستلزم (٧) لضمانه بقيمته (٨) عند تلفه (٩) وهذا (١٠) مبني على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب كما عن الاكثر وان جعلنا الاعتبار فيه (١١) باعلى القيم من زمان الضمان الى زمان التلف (١٢) كما حكي عن جماعة من القدماء في الغصب كان المتجه (١٣) الاعتبار باعلى القيم من يوم تلف العين الى زمان الاعواز ...

---

(١) اى لان يوم الاعواز (٢) اى في القيمي (٣) اى وقت الغصب (٤) كما لو غصب زيد عبد شخص في اول الشهر وكانت قيمته في هذا الوقت الف دينار وتلف العبد في اخر الشهر وكانت قيمته في هذا الوقت خمسة مآت فان صاحب القول الاول يقول بضمان خمسة مآت والقول الثاني يقول بضمان الف (٥) اى زمان تلف العين في المثلي (ع) الضمير عائد الى زمان تلف العين (٧) قوله (المستلزم) صفة لقوله (وجوب المثل) (٨) الضمير عائد الى المثل (٩) اى عند تلف المثلي (١٠) اشارة الى الضمان بقيمة المثل عند تلف المثلي (١١) اى في القيمي (١٢) يعني سواء كان اعلى القيم في وقت الضمان او في وقت التلف او في الوسط (١٣) قوله (كان المتجه) جواب لـ (ان) في قوله (وان جعلنا) .

فيما لو تعذّر المثل في المثلي

وذكر هذا الوجه (١) في عدّ ثاني الاحتمالات وان قلنا (٢) انّ التالف انقلب قيميًّا احتمل الاعتبار بيوم الغصب كما في القيمي المغصوب ...

---

(١) وهو اعلى القيم من يوم تلف العين الى زمان الاعواز (٢) قوله (وان قلنا انّ التالف الخ) هو الشقّ الثاني من شقّي قوله (واما ان نقول لصير ورته قيميًّا عند الاعواز) والشقّ الاوّل هو قوله (فاما ان نقول انّ المثل المستقرّ في الذمّة قيمي الخ) وذكر المصنّف ره للشقّ الاوّل ثلاث احتمالات احدها اعتبار قيمة يوم الاعواز وثانيها اعتبار قيمة زمان تلف العين وثالثها اعتبار اعلى القيم من يوم تلف العين الى زمان الاعواز وذكر المصنّف ره للشقّ الثاني احتمالين احدهما اعتبار قيمة يوم الغصب يعني يوم الضمان وثانيهما اعتبار اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف واشار المصنّف ايضًا الى الاحتمالين الاخرين بقوله (وان قلنا انّ المشترك بين العين الخ) احدهما اعتبار الأعلى من يوم الضمان الى يوم تعذّر المثل وثانيهما اعتبار الأعلى من يوم الغصب الى دفع المثل فتكون الاحتمالات في المسئلة ثمانية احدها اعتبار قيمة يوم الدفع الذي اختاره المصنّف واشار اليه بقوله (من اعتبار القيمة عند الاقباض) وثانيها اعتبار قيمة يوم الاعواز وثالثها اعتبار قيمة زمان تلف العين ورابعها اعتبار اعلى القيم من يوم تلف العين الى زمان الاعواز وخامسها اعتبار قيمة يوم الغصب يعني يوم الضمان وسادسها اعتبار اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف وسابعها اعتبار اعلى القيم من يوم الضمان الى يوم تعذّر المثل وثامنها اعتبار ←

فيما لو تعذّر المثل في المثلي

والاعتبار بالأعلى منذ الى يوم التلف وذكر هذا اوّل الاحتمالات في عدوان قلنا انّ المشترك (١) بين العين والمثل صار قيميًّا جاء احتمال الاعتبار بالاعلى من يوم الضّمان الى يوم تعذّر المثل لاستمرار الضّمان في ما قبله (٢) من (٣) الزّمان امّا للعين وامّا للمثل فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب الى التلف وهذا ذكره في عدّ ثالث الاحتمالات واحتمل الاعتبار بالاعلى من يوم الغصب الى دفع المثل ووجّهه (٤) في محكيّ كره والايضاح بانّ المثل لا يسقط بالاعواز قالا الا ترى انّه (٥) لو صبر المالك الى وجدان المثل استحقّه فالمصير الى القيمة عند تغريمها (٦) والقيمة الواجبة على الغاصب اعلى القيم وحاصله (٧) انّ وجوب دفع قيمة المثل يعتبر من زمن وجوبه (٨) ...

— اعلى القيم من يوم الضّمان الى دفع المثل (١) يعنى انّ المشترك بينهما عند تعذّره المتوقّف على تلف العين وتعذّر المثل صار قيميًّا لانّ تعذّر الكلّيّ لا يكون الّا بتعذّر جميع افراده فالمراد من المشترك بينهما هو الكلّيّة النّوعيّة او الصّنفيّة الموجبة لمالية الشّئ (٢) اى قبل يوم تعذّر المثل (٣) بيان لـ (ما) في قوله (فيما قبله) فالمراد انّ الضّمان مستمرّ من زمان الضّمان الى زمان تعذّر المثل (٤) الضّمير يرجع الى الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب الى دفع المثل (٥) الضّمير للشّأن (٦) الضّمير عائد الى القيمة (٧) اى حاصل التّوجيه المحكيّ في التّذكرة والايضاح (٨) اى وجوب دفع قيمة المثل .

الى وجوب مبدله (١) اعنى العين فيجب اعلى القيم منها (٢) فافهم (٣) اذا عرفت هذا فاعلم انّ المناسب لاطلاق كلامهم لضمان المثل في المثلي هو انّه مع تعذّر المثل لا يسقط المثل عن الذّمّة غاية الامر يجب اسقاطه (٤) مع مطالبة المالك فالعبرة بما هو اسقاط حين الفعل فلا عبرة بالقيمة الّا يوم الاسقاط (٥) وتفريغ الذّمّة وامّا بناءً على ما ذكرنا من (٦) انّ المتبادر من ادلّة (٧) الضّمان التغريم بالاقرب الى التالف فالاقرب كان المثل مقدّما مع تيسّره ومع تعذّره ابتداءً كما في القيمي او بعد التمكّن (٨) ...

---

(١) اى وجوب مبدل المثل وقوله (العين) تفسير للمبدل فالمراد من هذه العبارة انّه يعتبر وجوب اعلى القيم في المثلي من زمان وجوب دفع القيمة الى زمان وجوب العين على وجه الفهقري (٢) الضّمير المؤنّث يرجع الى القيم (٣) لعلّه اشارة الى ضعف احتمال اعتبار الاعلى من يوم الغصب الى يوم دفع المثل لانّ القول ببقاء المثل في الذّمّة بعد تعذّره لا وجه له فانّ المثل بالتّعذّر يسقط ويتبدّل بالقيمة فلا يصحّ اعتبار القيمة بعد التّعذّر الى حين الدّفع (٤) اى اسقاط المثل (٥) فالمراد من يوم الاسقاط هو يوم الدّفع (٦) بيان لـ (ما) في قوله (ما ذكرنا) (٧) فالمراد من ادلّة الضّمان هي ادلّة الاعتداء واطلاقات الضّمان في المغصوبات و في الامانات المفرط فيها (٨) قوله (بعد التّمكن) عطف على قوله (ابتداءً) يعنى ومع تعذّر المثل بعد التّمكّن .

فی ما لو تعذّر المثل فی المثلیّ

کما فیما نحن فیه (١) کان المتعیّن هو القیمة فالقیمة قیمة للمغصوب من حین صار قیمیًّا وهو حال الاعواز فحال الاعواز معتبر من حیث انّ اوّل ازمنة صیرورة التّالف قیمیًّا لا من حیث ملاحظة القیمة قیمة للمثل دون العین فعلی القول باعتبار یوم التّلف فی القیمیّ توجّه ما اختاره الحلّیّ (٢) ولو قلنا بضمان القیمیّ باعلی القیم من حین الغصب الی حین التّلف کما علیه جماعة من القدماء توجّه ضمانه (٣) فیما نحن فیه باعلی القیم من حین الغصب الی زمان الاعواز اذ (٤) کانّ ارتفاع القیمة مع بقاء العین مضمون بشرط تعذّر ادائه المتدارک (٥) لارتفاع القیم کلّ (٦) بشرط تعذّر المثل فی المثلیّ اذ مع ردّ المثل یرتفع (٧) ضمان القیمة السّوقیّة ...

---

(١) وهو صیرورة المثل متعذّرًا (٢) فانّ ما اختاره ابن ادریس الحلّی هو قیمة یوم اعواز المثل (٣) ای ضمان المثلی (٤) قوله (اذ کما انّ ارتفاع القیمة مع بقاء العین الخ) تعلیل لقوله (توجّه ضمانه فیما نحن فیه باعلی القیم من حین الغصب الی زمان الاعواز) (٥) المتدارک صفة للأداء فی قوله (ادائه) یعنی انّ الغاصب لو ادّی العین الّتی ترقّت قیمتها لم یکن علیه ضمان ارتفاع القیم فانّ ارتفاع القیم ثابت بشرط عدم اداء العین (٦) یعنی ارتفاع القیمة مع بقاء المثل مضمون بشرط تعذّر المثل (٧) (ارتفع) مطاوعة رفع یقال (رفعه فارتفع) و - السّعرُ: غلا ومن بینهم الخصامُ: انتفی (اقرب الموارد) فالمراد من قوله (یرتفع) ینتفی ویزول یعنی ینتفی ضمان القیمة السّوقیّة .

فی ما لو تعذّر المثل فی المثلیّ

وحیث کانت العین فیما نحن فیه مثلیًّا کان اداء مثلها (١) عند تلفها کردّ عینها فی الغاء ارتفاع القیم فاستقرار ارتفاع القیم انّما یحصل بتلف العین والمثل (٢) فان قلنا انّ تعذّر المثل یسقط المثل کما انّ تلف العین یسقط العین توجّه القول بضمان القیمة (٣) من زمان الغصب الی زمان الاعواز وهو (٤) اصحّ الاحتمالات فی المسئلة عند الشّافعیّة علی ما قیل وان قلنا انّ تعذّر المثل لا یسقط المثل ولیس کتلف العین کان (٥) ارتفاع القیمة فیما بعد تعذّر المثل ایضًا مضمونًا فیتوجّه ضمان القیمة (٦) من حین الغصب الی حین دفع القیمة وهو المحکیّ عن الایضاح وهو (٧) اوجه الاحتمالات علی القول بضمان ارتفاع القیمة مراعی بعدم ردّ العین او المثل (٨) ثمّ اعلم انّ العلّامة ذکر فی عنوان هذه الاحتمالات انّه لو تلف المثلیّ والمثل موجود ثمّ اعوز ...

---

(١) ای مثل العین (٢) ای فاستقرار ارتفاع القیم یحصل بتلف العین فی القیمیّ وبتعذّر المثل فی المثلیّ (٣) ای بضمان اعلی القیمة (٤) الضّمیر عائد الی قوله (ضمان القیمة من زمان الغصب الی زمان الاعواز) (٥) قوله (کان) جواب لـ (ان) فی قوله (وان قلنا) (٦) ای ضمان اعلی القیمة (٧) الضّمیر یرجع الی قوله (ضمان القیمة من حین الغصب الی حین دفع القیمة) (٨) ای بعدم ردّ العین فی القیمی او بعدم ردّ المثل فی المثلیّ .

في ما لو تعذّر المثل في المثلي

وظاهره (١) اختصاص هذه الاحتمالات بما اذا طرء تعذّر المثل بعد تيسّره في بعض (٢) ازمنة التّلف لا ما تعذّر فيه المثل ابتداء وعن مع صدانه يتعيّن ح (٣) قيمة يوم التّلف ولعلّه (٤) لعدم تنجّز التّكليف بالمثل عليه (٥) في وقت من الاوقات ويمكن ان يخدش فيه (٦) بانّ التّمكّن (٧) من المثل ليس بشرط لحدوثه في الذّمّة ابتداءً كما لا يشترط في استقراره (٨) استدامةً على ما اعترف به مع طروّ التّعذّر بعد التّلف ولذا لم يذكر احد هذا التّفصيل (٩) في باب القرض وبالجملة (١٠) ...

---

(١) يعني ظاهر كلام العلّامة اختصاص هذه الاحتمالات المذكورة بما اذا وجد المثل بعد تلف العين ثمّ تعذّر لا ما لم يوجد المثل فيه من حين تلف العين (٢) قوله (في بعض) متعلّق بقوله (تيسّره) (٣) اى حين تعذّر المثل ابتداءً (٤) اى لعلّ قول جامع المقاصد بتعيّن قيمة يوم التّلف (٥) اى على الغاصب (٦) الضّمير يرجع الى قول جامع المقاصد (٧) يعني انّ المثل يحدث في ذمّة الغاصب بتلف العين سواء كان المثل حين التّلف موجودًا ام لا فلم يكن التّمكّن من المثل شرطا لحدوثه في الذّمّة ابتداءً (٨) يعني انّ المثل مستقرّ في ذمّة الغاصب وان لم يتمكّن من المثل لانّ المثل مستقرّ في ذمّته اذا تمكّن ثمّ عرض التّعذّر (٩) اى التّفصيل بين التّعذّر الطّارى بعد التّمكّن من المثل وغيره (١٠) قوله (وبالجملة الخ) ردّ التّفصيل بين التّعذّر الطّارى وغيره .

في ضمان المثل في المثلي

فاشتغال الذمة بالمثل ان قيد بالتمكن (١) لزم الحكم بارتفاعه (٢) بطرو التعذر والا (٣) لزم الحكم بحدوثه مع التعذر من اول الامر الا ان يقال ان ادلة (٤) وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكن وان لم يكن (٥) مشروطا به عقلا فلا نعم (٦) صورة العجز نعم اذا طرء العجز (٧) فلا دليل على سقوط المثل وانقلابه قيميا وقد يقال (٨) على المحقق المذكور ...

---

(١) يعني ان الغاصب يشتغل ذمته بالمثل حيث كان متمكنا من المثل و اذا طرء التعذر لزم الحكم بارتفاع المثل (٢) اي بارتفاع المثل (٣) يعني وان لم يقيد اشتغال الذمة بالمثل بالتمكن لزم الحكم بحدوثه مع التعذر من حين التلف (٤) وهي ادلة الاعتداء واطلاقات الضمان في المغصوبات وفي الامانات المفرط فيها يعني الا ان يقال ان ادلة الاعتداء واطلاقات الضمان دلت على صورة التمكن من المثل (٥) يعني وان لم يكن وجوب المثل مشروطا بالتمكن عقلا (٦) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى الادلة (٧) يعني اذا طرء العجز عن المثل فلا دليل على سقوط المثل لاستصحابه فالفرق بين التعذر الطاري والتعذر الابتدائي ان استصحاب المثل في التعذر الطاري موجود وفي التعذر الابتدائي ليس بموجود (٨) يعني وقد يقال على المحقق الكركي المفرق بين التعذر الابتدائي للمثل فيقول بعدم وجوب المثل فيه و بين التعذر الطاري فيقول بوجوب المثل فيه ان اللازم مما ذكره من التفصيل ان المالك لو ظفر بالمثل في التعذر الابتدائي قبل اخذ القيمة لم يكن له ←

فی ضمان المثل فی المثلیّ

انّ اللّازم ممّا ذکره انّه (١) لو ظفر المالك بالمثل قبل اخذ القیمة لم یکن له (٢) المطالبة ولا اظنّ احدًا یلتزمه (٣) وفیه (٤) تامّل (٥) ثمّ انّ المحکیّ عن کره انّ المراد باعواز المثل ان لا یوجد فی البلد وما حوله وزاد فی لك قوله (ع) ممّا ینقل عادة منه (٧) الیه (٨) کما ذکروا فی انقطاع (٩) المسلم فیه وعن مع صد الرّجوع فیه (١٠) الی العرف ویمکن ان یق (١١) ...

← مطالبة المثل لانّ الغاصب علی مبنی المحقّق المذکور لم یضمن المثل فی التّعذّر الا بتدائی (١) الضّمیر للشّأن (٢) ای للمالك (٣) ای لا اظنّ احدًا من الفقهاء یلتزم بعدم مطالبة المالك للمثل فیما کان المثل حین التّلف متعذّرًا ثمّ وجد (٤) ای فی هذا الایراد علی المحقّق ره تامّل (٥) لعلّه اشارة الی انّ المحقّق ره لا یقول بعدم وجوب المثل فیما اذا وجد المثل بل یقول بعدم وجوب المثل فیما اذا لم یکن المثل موجودًا حین التّلف واستمرّ عدم وجوده الی حال اعطاء القیمة (ع) یعنی قال فی المسالك انّ المراد من اعواز المثل ان لا یوجد فی البلد وما حوله ممّا ینقل عادة منه الیه فیکون قوله (ممّا) بیانًا لـ (ما حوله) (٧) : الضّمیر یرجع الی قوله (ما حوله) (٨) ای الی البلد (٩) ای فی اعواز المثمن فی بیع السّلم الّذی هو کون المثمن مؤجّلًا والثّمن حالًّا فانّ المراد باعواز المثمن ان لا یوجد فی البلد وما حوله (١٠) ای فی اعواز المثل (١١) یعنی یمکن ان یقال انّه لیس المیزان فی اعواز المثل ان لا یوجد فی البلد وما حوله ولا العرف ایضًا بل المراد منه عدم وجدان المثل حتّی فی البلاد البعیدة فانّ مقتضی عموم وجوب ←

فی ضمان المثل فی المثلی

انّ مقتضی عموم وجوب اداء مال النّاس و تسلیطهم علی موالهم اعیانًا کانت ام فی الذّمة وجوب تحصیل المثل کما کان یجب ردّ العین اینما کانت ولو کانت فی تحصیله (١) مؤنة کثیرةً ولذا (٢) کان یجب تحصیل المثل بای ثمن کان ولیس هنا (٣) تحدید التکلیف (٤) بما عن کره نعم لو انعقد الاجماع علی ثبوت القیمة عند الاعواز تعیّن ما عن جامع المقاصد (٥) کما انّ المجمعین اذا کانوا بین معبّر بالاعواز ومعبّر بالتّعذر کان المتیقّن الرّجوع الی الأخصّ (٦)...

← اداء مال النّاس وجوب تحصیل المثل ولو کانت فی تحصیله مؤنة کثیرة

(١) ای فی تحصیل المثل (٢) اشارة الی انّ مقتضی عموم وجوب اداء مال النّاس وتسلیطهم علی اموالهم وجوب تحصیل المثل ولو کانت فی تحصیله مؤنة کثیرة (٣) اشارة الی وجوب تحصیل المثل ولو کانت فی تحصیله مؤنة کثیرة (٤) ای لیس هنا تحدید تکلیف الضّامن من تحصیل المثل بما تقدّم عن التّذکرة من قوله انّ المراد باعواز المثل ان لا یوجد فی البلد وما حوله (٥) وهو الرّجوع الی العرف فی صدق الاعواز فحیثما صدق الاعواز عرفًا لزمت القیمة وحیثما لم یصدق الاعواز وجب تحصیل المثل (٦) یعنی انّ التّعذّر اخصّ من الاعواز لانّ کلّما صدق علیه التّعذّر صدق علیه الاعواز ولیس کلّما صدق علیه الاعواز صدق علیه التّعذّر فکلّ من یقول بثبوت القیمة عند الاعواز یقول بثبوت القیمة عند التّعذّر ولیس کلّ من یقول بثبوت القیمة عند التّعذّر یقول بثبوت القیمة عند الاعواز .

فی ضمان المثل فی المثلی

وهو المتعذّر لانّ (١) المجمع علیه نعم (٢) ورد فی بعض اخبار السّلم انّه اذا لم یقدر المسلم الیه (٣) علی ایفاء المسلم فیه (٤) تخیّر (٥) المشتری ومن المعلوم انّ المراد بعدم القدرة لیس التّعذّر العقلیّ المتوقّف علی استحالة النّقل من بلد اخر بل الظّاهر منه (ع) عرفًا ما (٧) عن کرهٍ وهذا (٨) یستانس به (٩) للحکم فیما نحن فیه ثمّ انّ فی معرفة قیمة المثل مع فرض عدمه (١٠) اشکالاً من حیث انّ العبرة بفرض وجوده ولو فی غایة العزّة (١١) ...

---

(١) الضّمیر عائد الی الرّجوع الی الاخصّ (٢) استدراک عمّا ذکره من انّ المتیقّن الرّجوع الی الاخصّ الّذی هو المتعذّر وخلاصة الاستدراک انّه لا یبعد القول بالاعواز العرفیّ وان لم یتعذّر کما فی باب السّلم فانّ المراد من عدم القدرة فی بعض اخبار السّلم هو عدم القدرة العرفیّ لا التّعذّر العقلیّ (٣) فالمراد من المسلم الیه هو البایع (٤) فالمراد من المسلم فیه هو المثمن (٥) ای تخیّر المشتری بین الفسخ والصّبر الی ایفاء المسلم فیه (ع) ای من عدم القدرة (٧) وهو ان یکون المراد باعواز المثل ان لا یوجد فی البلد وما حوله (٨) اشارة الی انّ عدم القدرة فی باب السّلم لیس التّعذّر العقلیّ (٩) الضّمیر یرجع الی (هذا) (١٠) ای عدم المثل (١١) (عَزَّ ـ عِزًّا وعِزّةً وعَزازَةً) صار عزیزًا. قوی. وضعف (ضدّ). - الشّیء قلّ فکاد لا یوجد. صعب فکاد ان لا یقوی علیه (المنجد).

فی ضمان المثل فی المثلی

کالفاکهة فی اوّل زمانها (١) او آخره او وجود المتوسّط اظهر هو الاوّل (٢) لکن مع فرض وجوده بحیث یرغب فی بیعه وشرائه فلا عبرة بفرض وجوده عند من یستغنی عن بیعه بحیث لا یبیعه (٣) الّا اذا بذل له عوض لا یبذله (٤) الرّاغبون فی هذا الجنس بمقتضی رغبتهم (٥) نعم لو الجأ (٦) الی شرائه لغرض آخر بذل ذلک (٧) کما لو فرض الجمد فی الصّیف عند ملک العراق بحیث لا یعطیه الّا ان یبذله (٨) بازاء عناق الخیل (٩) ...

---

(١) فانّ الفاکهة فی اوّل زمانها غالیة وفی وسطه رخیصة وفی آخره متوسّطة بینهما (٢) وهو اوّل زمان الفاکهة لانّ الظّاهر تحقّق صدق وجود المثل حینئذ (٣) الضّمیر الفاعل المستتر یرجع الی (من) فی قوله (من یستغنی) (٤) الضّمیر المفعول یرجع الی العوض (٥) کما لو کان الرّمان فی اوّل زمانه بدینار فکان عند شخص لا یعطیه الّا بثمانیة دنانیر فانّ من اعتاد اکل الفاکهة فی اوّلها لا یرغب فیه بهذه القیمة (٦) (الجأ) فلانًا: اضطرّه واکرهه (المنجد) فالمراد هنا منه الاضطرار الی الشّراء (٧) یعنی انّ الشّراء بالثّمن المرتفع لغرض اخر لا یکون ضرارًا لکونه قیمة للجنس فلا تکون هذه القیمة المرتفعة لغرض اخر معیارًا لاخذ القیمة من الغاصب فیما اذا لم یوجد المثل (٨) الضّمیر الفاعل المستتر یرجع الی الملک والضّمیر المفعول الی الجمد (٩) (فرس عتیق) ای رائع ج: عتاق. الرّائع: الّذی یعجب النّاس بحسنه وجهارة منظره او بشجاعته ج: رائعون ورُوَّع (فرس رائع) یروع الرّائی بجماله (الخیل): جماعة الافراس لا واحد له لانّه اسم جمع وقیل واحده ←

وشبهها (١) فانّ الرّاغب في الجمد في العراق من حيث انّه راغب لا يبذل هذا العوض بازائه (٢) وانّما يبذله (٣) من يحتاج اليه (٤) لغرض اخر كالاهداء الى سلطان قادم الى العراق مثلا او معالجة مشرف (٥) على الهلاك به (٦) ونحو ذلك من الاغراض. لذا لو وجد هذا الفرد (٧) من المثل لم يقدح في صدق التّعذّر كما ذكرنا في المسئلة الخامسة فكلّ موجود لا يقدح وجوده في صدق التّعذّر فلا عبرة بفرض وجوده في التّقويم (٨) عند عدمه ثمّ انّك قد عرفت انّ للمالك مطالبة الضّامن بالمثل عند تمكّنه (٩) ولو كان (١٠) في غير بلد الضّمان وكان قيمة المثل هناك (١١) ازيد وامّا مع تعذّره (١٢) ...

← (خائل) لانّه يختال ج اخيال وخيول (اقرب الموارد) فالمراد من عناق الخيل هي جماعة الافراس الّتي تعجب النّاس بحسنها وجمالها (١) الضّمير عائد الى عناق الخيل (٢) اى بازاء الجمد (٣) الضّمير المفعول عائد الى العوض (٤) اى الى الجمد (٥) (اشرف) على الموت: دنا منه (المنجد) (٦) قوله (به) متعلّق على قوله (معالجة) والضّمير يرجع الى الجمد (٧) اى لو وجد هذا الفرد من الجمد الّذى في الصّيف عند ملك العراق لم يقدح في صدق تعذّر المثل عند العرف اذ العرف يرى انّ المثل متعذّر حينئذ. (٨) قوله (في التّقويم) متعلّق بقوله (فلا عبرة) (٩) اى عند تمكّن الضّامن من المثل (١٠) اى ولو كان المثل في غير بلد الضّمان (١١) اشارة الى غير بلد الضّمان (١٢) اى مع تعذّر المثل.

في ضمان المثل في المثلي

وكون قيمة المثل في بلد التلف مخالفاً لها (١) في بلد المطالبة فهل له (٢) المطالبة باعلى القيمتين (٣) ام يتعين قيمة بلد المطالبة ام بلد التلف وجوه (٤) وفصل الشيخ في ط في باب الغصب بانه ان لم يكن في نقله مؤنة كالنقدين فله المطالبة بالمثل سواء كانت القيمتان (٥) مختلفتين ام لا وان كان في نقله مؤنة فان كانت القيمتان متساويتين كان له (ع) المطالبة ايضاً لانه (٧) لا ضرر عليه (٨) في ذلك والا (٩) فالحكم ان ياخذ قيمة بلد التلف او يصبر حتى يوفيه (١٠) بذلك البلد ثم قال (١١) ان الكلام في القرض (١٢) كالكلام في الغصب ...

---

(١) الضمير يرجع الى القيمة (٢) اى للمالك (٣) اى احدهما القيمة في بلد التلف وثانيهما القيمة في بلد المطالبة (٤) اى وجوه ثلاث : احدها اعلى القيمتين وثانيها قيمة بلد التلف وثالثها قيمة بلد المطالبة (٥) اى سواء كانت القيمتان في بلد التلف وبلد المطالبة مختلفتين ام لا (ع) اى كان للمالك (٧) الضمير للشأن (٨) اى على المالك (٩) يعني وان لم تكن القيمتان متساويتين وكان في النقل مؤنة كثيرة فالحكم ان يأخذ المالك قيمة بلد التلف (١٠) الضمير الفاعل المستتر يرجع الى الغاصب (١١) اى قال الشيخ الطوسي ره في المبسوط (١٢) يعني فاذا اقترض زيد من بكر حنطة ثم اراد زيد اعطاء قيمة مثلها واختلفت القيمة في بلد القرض وبلد المطالبة كان الحكم ما تقدم من التفصيل في الغصب .

فی ضمان المثل فی المثلی

وحکی نحو هذا عن القاضی (١) ایضًا فتدبّر (٢) ویمکن ان یقال انّ الحکم باعتبار بلد القرض او السّلم علی القول به (٣) مع الاطلاق (٤) لانصراف (٥) العقد الیه (٦) ولیس فی باب الضّمان (٧) ما یوجب هذا الانصراف بقی الکلام فی انّه (٨) هل یعدّ من تعذّر المثل خروجه (٩) عن القیمة کالماء علی الشّاطئ (١٠) اذا اتلفه فی مفازة (١١) والجمد (١٢) فی الشّتاء اذا تلف (١٣) فی الصّیف ام لا (١٤) ...

---

(١) وهو ابن براج (٢) لعلّه اشارة الی انّه فرق بین الغصب والقرض (٣) الضّمیر عائد الی اعتبار بلد القرض او السّلم (٤) ای مع اطلاق عقد القرض والسّلم ولم یقیّدوا الاداء فی العقد ببلد خاصّ (٥) قوله (لانصراف العقد) خبر لـ (انّ) فی قوله (انّ الحکم) (٦) الضّمیر عائد الی کلّ واحد من اعتبار بلد القرض وبلد السّلم (٧) ای لیس فی باب الضّمان فی الغصب اطلاق ینصرف الی بلد الضّمان (٨) الضّمیر للشّان (٩) ای خروج المثل (١٠) (الشّاطی) من النّهر: جانبه - من البحر: ساحله ج: شواطئ وشطآن (المنجد) (١١) (المفازة) المنجاة. المفلحة. المهلکة. الفلاة لاماء فیها ج: مَفازات ومَفاوز (الفلاة) الصّحراء الواسعة ج فَلَوات (المنجد) فالمراد من المفازة هنا الفلاة لاماء فیها (١٢) قوله (الجمد) عطف علی قوله (الماء) (١٣) الضّمیر الفاعل المستتر یرجع الی الضّمان. (١٤) ای لا یعدّ من تعذّر المثل خروج المثل عن القیمة.

فی ضمان المثل فی المثلی

الاقوی بل المتعیّن هو الاوّل (١) بل حکی عن بعض نسبته (٢) الی الاصحاب و غیرهم (٣) والمصرّح به فی محکیّ کره والایضاح وس قیمة المثل فی تلك المفازة ویحتمل اخر مکان (٤) او زمان سقط المثل فیه (٥) عن المالیّة **فرع** لو دفع القیمة فی المثل المتعذّر (٦) مثله ثمّ تمکّن من المثل فالظاهر عدم عود المثل فی ذمّته (٧) وفاقاً للعلّامة ره ومن تاخّر عنه ممّن تعرّض للمسئلة لانّ المثل کان دیناً فی الذّمّة سقط باداء عوضه (٨) مع التّراضی فلا یعود کما لو تراضیا بعوضه (٩) مع وجوده هذا (١٠) ...

---

(١) وهو ای خروج المثل عن القیمة بعد من تعذّر المثل (٢) ای نسبة الاوّل (٣) فالمراد من غیر الاصحاب هم اهل السّنّة (٤) یعنی فاذا تحرّکوا من المفازة الی جانب النّهر سقط الماء عن القیمة عن قرب النّهر بفرسخ مثلاً فقبل الفرسخ کان للماء قیمة فکان اللّازم علی الغاصب اعطاء تلك القیمة لانّ فی هذا المکان للماء قیمة تتعلّق بذمّة الغاصب وبعده یسقط الماء عن القیمة وقس علی هذا الجمد فی الزّمان (٥) فالمراد من قوله (سقط المثل فیه عن المالیّة) هو سقوط المثل فیما بعدهما عن المالیّة (٦) یعنی بان تعذّر المثل ثمّ دفع الضّامن القیمة ثمّ تمکّن من المثل (٧) ای فی ذمّة الدّافع الّذی کان ضامناً قبل الدّفع (٨) ای عوض الدّین (٩) ای بعوض المثل (١٠) اشارة الی عدم عود المثل الی الذّمّة اذا دفع القیمة فی المثل المتعذّر ثمّ تمکّن .

فی ضمان المثل فی المثلی

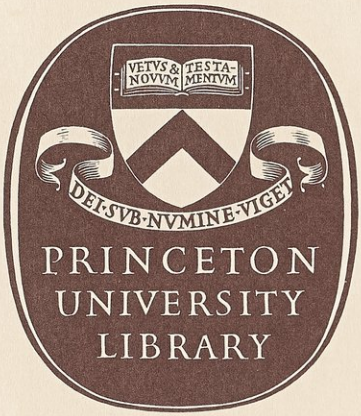
علی المختار (١) من عدم سقوط المثل عن الذمة بالاعواز واما علی القول بسقوطه (٢) وانقلابه قیمیًا فان قلنا بان المغصوب انقلب قیمیًا عند تعذر مثله فاولی بالسقوط لان المدفوع (٣) نفس ما فی الذمة وان قلنا ان المثل بتعذره التالف صار قیمیًا احتمل وجوب المثل عند وجوده لان القیمة حدث بدل الحیلولة (٥) عن المثل وسیاتی ان حکمه (ع) عود المبدل عند انتفاء الحیلولة (٧).

---

(١) یعنی علی مختار المصنف ان المثل یبقی فی الذمة الی زمان دفع القیمة (٢) ای بسقوط المثل وانقلابه قیمیًا بمجرد الاعواز (٣) المراد من (المدفوع) هو القیمة (٤) قوله (النازل) صفة لقوله (تعذره) (٥) (حال محالاً وحیلة) احتال و - بینهما حولاً وحُؤُلاً وحِیلُولَةً : حجز (حجزه حجزاً وحِجازَةً) : منعه وکفه ودفعه (اقرب الموارد) (ع) ای حکم بعود الحیلولة (٧) مثاله ان زیدًا لو حال بین شخص وبین ماله الذی القاه فی البحر بدفعه بدل الحیلولة الذی هو القیمة فاذا اخرج المال الذی هو المبدل من البحر یعود المبدل الی مالکه والبدل الی الضامن.

الحمد لله الذی خلق الانسان وعلمه البیان ووفقنا بمعرفته ومعرفة
انبیائه العظام واولیائه الکرام علیهم الصلوة والسلام
ووفقنا باتمام هذا الجزء الثالث من کتاب
بیان المطالب فی شرح المکاسب فی بلدة قم المشرفة فی شهر رجب المرجب سنة ١٤٠٢ هـ. عبد الله الیاسی

0587
8



WERT
BOOKBINDING
Grantville, Pa.
MAY-JUNE 1990
We're Quality Bound

Princeton University Library
32101 048394868