



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



ارسلنا  
عليكم يا صابغ  
الرماد

www. **Ghaemiyeh** .com  
www. **Ghaemiyeh** .org  
www. **Ghaemiyeh** .net  
www. **Ghaemiyeh** .ir

# عَدَّةُ الْمَلَائِكَةِ

في التعليل على الحجج كاسب

الجزء الثاني

بيننا والعباد

المؤلف: السيد محمد الطباطبائي الهمداني

مؤيد

المطبعة: دار الفکر للطباعة والنشر

طهران - إيران - ١٣٥٠

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# عمده المطالب فى التعليق على المكاسب

كاتب:

آيت الله سيد تقى طباطبايى قمى

نشرت فى الطباعة:

محلاتى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
٢٩	عمده المطالب فى التعليق على المكاسب [انصارى] المجلد ٢
٢٩	اشاره
٢٩	الجزء الثانى
٢٩	[كتاب البيع]
٢٩	[تعريف البيع]
٢٩	اشاره
٣٢	[او الظاهر اختصاص المعوض بالعين]
٣٣	[او أما العوض فلا اشكال فى جواز كونه منفعه]
٣٣	اشاره
٣٣	الوجه الأول: ما اشتهر بين القوم من أن البيع لنقل الاعيان.
٣٣	الوجه الثانى: ان دليل نفوذ البيع منصرف الى المتعارف الخارجى و المتعارف الخارجى جعل الثمن من الاعيان
٣٤	الوجه الثالث: ان المنفعه أمر عدمى و الملكيه من الاعراض
٣٤	الوجه الرابع: ان البيع عباره عن تبادل مال بمال و المنفعه لا تكون مالا
٣٤	[جعل عمل الحر عوضاً]
٣٤	[أقسام الحق و ما يقع منها عوضاً]
٣٩	[تعريف الفقهاء و المناقشه فيها]
٤١	[أولى التعاريف للبيع]
٤٢	[استعمال البيع فى معان أخر]
٤٣	[البيع و نحوه من العقود اسم للصحيح أو الأعم]
٤٣	اشاره
٤٣	الجهه الأولى فى انه ما الوجه فى أن الفقهاء رضوان الله عليهم يتمسكون بالإطلاق فى أبواب المعاملات
٤٥	الجهه الثانیه فى ان ألفاظ العقود و الايقاعات هل تكون موضوعه لخصوص الصحيح أو للأعم من الصحيح؟
٤٧	الجهه الثالثه: فى أنه هل يمكن ان يقال ان البيع مثلا اسم للصحيح الجامع للاجزاء و الشروط

- ٤٧ ..... الجبهه الرابعه: انه على القول يكون الفاظ العقود اسامى لخصوص الصحيح الشرعى هل يمكن الاخذ بالإطلاق أم لا؟
- ٤٧ ..... [الكلام فى المعاطاه]
- ٤٧ ..... اشاره
- ٤٧ ..... يقع الكلام فى هذا المقام فى جهات: -
- ٤٧ ..... الجبهه الأولى: فى بيان معنى المعاطاه
- ٤٨ ..... الجبهه الثانيه: فى الاقوال الوارده فى المعاطاه و بيان المختار منها.
- ٤٨ ..... القول الأول: ان المعاطاه تفيد الملكيه الجائزه
- ٤٨ ..... القول الثانى: ان المعاطاه تفيد الملكيه اللازمه ان كان الدال عليها اللفظ.
- ٤٨ ..... القول الثالث: ان المعاطاه تفيد إباحه جميع التصرفات الا التصرفات التى تتوقف على الملك.
- ٤٨ ..... القول الرابع: انها معامله فاسده
- ٤٨ ..... القول الخامس: انها معامله مستقله مفيده للملكيه و لا تكون بيعا.
- ٤٨ ..... القول السادس: انها تفيد إباحه جميع التصرفات
- ٤٩ ..... القول السابع: ان المعاطاه كالبيع اللفظى بلا فرق بين المقامين
- ٤٩ ..... اذا عرفت ما تقدم نقول يمكن الاستدلال على كون المعاطاه مفيده للملكيه كالبيع بوجه.
- ٤٩ ..... الوجه الأول: السيره المستمره الى زمان المعصوم عليه السلام
- ٤٩ ..... الوجه الثانى: قوله تعالى «قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا»
- ٥٢ ..... الوجه الثالث: قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِيَعَارَةً عَنْ تَرَضٍ مِنْكُمْ»
- ٥٥ ..... الوجه الرابع: قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»
- ٥٥ ..... الوجه الخامس: قوله صلى الله عليه و آله ان الناس مسلطون على أموالهم
- ٥٥ ..... اشاره
- ٥٥ ..... و يرد عليه: أولا ان الحديث ضعيف سندا
- ٥٦ ..... و ثانيا انه قيل فى المراد من الحديث وجوه:
- ٥٦ ..... الوجه الأول: أن يكون المراد منه تجويز كل تصرف على نحو الاطلاق خارجيا كان أو اعتباريا
- ٥٦ ..... الوجه الثانى: أن يكون المراد من الحديث بيان الكميه فقط
- ٥٦ ..... الوجه الثالث: أن يكون المراد من الحديث ان الناس مسلطون على أن يتصرفوا فى أموالهم على الطرق الشرعيه
- ٥٧ ..... الوجه السادس: اطلاق بعض ادله الاجاره و الهبه

- ٥٧ ..... [دلاله كلام الفقهاء على بعد التوجيهين]
- ٥٩ ..... [ذكر بعض الأساطين إن القول بالإباحه المجرده مستلزم لتأسيس قواعد جديده]
- ٥٩ ..... اشاره
- ٥٩ ..... المورد الأول: ان العقود تابعه للقصود
- ٦٥ ..... المورد الثاني: الالتزام بكون إرادته التصرف أو نفس التصرف من المملكات
- ٦٦ ..... المورد الثالث: [تلزم مخالفه جملة من الأصول المسلّمه فى الفقه]
- ٧٠ ..... المورد الرابع: انه لو قلنا بعدم كون المعاطاه مملكه و قلنا انها مفيده للإباحه يلزم كون التصرف من أحد الطرفين مملكا للطرف الآخر
- ٧٠ ..... المورد الخامس: ان القول بكون المعاطاه مفيده للإباحه لا الملك يترتب عليه الالتزام بجملة من المفاسد.
- ٧٢ ..... المورد السادس: ان التصرف ان جعلناه من النواقل القهريه فهو بعيد
- ٧٣ ..... المورد السابع: ان تصرف الآخذ فى نماء العين المأخوذه بالمعاطاه هل يكون جائزا أم لا؟
- ٧٥ ..... المورد الثامن: قصر التملك على التصرف مستندا الى اذن المالك فى التملك
- ٧٥ ..... ان الماتن قدس سره بعد اختياره للزوم فى المعاطاه استدلل على مختاره بوجوه
- ٧٥ ..... الوجه الأول: استصحاب الملكيه بعد الفسخ فان مقتضاه بقاء الملكيه بعد الفسخ.
- ٨٠ ..... الوجه الثاني: قاعده السلطنه
- ٨١ ..... الوجه الثالث: قوله صلى الله عليه و آله فى حديث سماعه
- ٨٢ ..... الوجه الرابع: قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾
- ٨٣ ..... الوجه الخامس: لإثبات اللزوم عند الشك فيه و الجواز قوله عليه السلام،
- ٨٤ ..... الوجه السادس: قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
- ٨٤ ..... الوجه السابع: قوله عليه السلام: المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز
- ٨٥ ..... فتحصل مما تقدم ان مقتضى القواعد كون المعاطاه مقيده للملكيه اللازمه
- ٨٥ ..... اشاره
- ٨٥ ..... و ما قيل فى هذه المقام وجوه.
- ٨٥ ..... الوجه الأول: ما نقل عن صاحب الغنيه من دعوى الاجماع على عدم كون المعاطاه بيعا
- ٨٥ ..... الوجه الثاني: الشهره الفتوائية على عدم لزوم المعاطاه
- ٨٥ ..... الوجه الثالث: الاجماع:
- ٨٨ ..... [بقى الكلام فى الخبر الذى يتمسك به فى باب المعاطاه]

٨٨	..... اشارة
٩٢	..... ما يمكن ان يذكر لاشتراط اللفظ في العقود و عدم صحة المعاطاه وجوه.
٩٢	..... الوجه الأول: الشهره الفتوايه
٩٢	..... الوجه الثاني: الاجماع المنقول
٩٢	..... الوجه الثالث: حديث خالد بن الحجاج
٩٢	..... الوجه الرابع: النصوص الوارده في النهى عن بيع المصحف
٩٣	..... الوجه الخامس: ما ورد في بيع اطنان من القصب
٩٣	..... الوجه السادس: جمله من النصوص الوارده في المزارعه
٩٣	..... الوجه السابع: ما يدل من النصوص الداله على النهى عن بيع الملامسه و المنابذه و الحصاه
٩٥	..... [و ينبغى التنبيه على أمور]
٩٥	..... [الأول الظاهر أن المعاطاه قبل اللزوم]
١٠١	..... [الأمر الثاني أن المتيقن من مورد المعاطاه هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين]
١٠٣	..... [الأمر الثالث: تمييز البائع عن المشتري في المعاطاه الفعلية]
١٠٥	..... [الرابع أن أصل المعاطاه و هو إعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور بوجه]
١١٦	..... [الخامس في حكم المعاطاه في غير البيع من العقود و عدمه]
١١٧	..... [السادس في ملازمات المعاطاه على كل من القول بالملك و القول بالإباحه]
١١٧	..... اشارة
١٢١	..... يمكن تقرير الحكومه بوجهين
١٢١	..... الوجه الأول: أن يقال: ان الشك في ثبوت الضمان بالمثل أو القيمه مستبب عن الشك في بقاء سلطنه المالك الاول
١٢١	..... الوجه الثاني: أن يقال: ان الاستصحاب الجارى في طرف يتقدم على البراهه في الطرف الآخر
١٢٨	..... [السابع: أن الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيروره المعاطاه بيعا بعد التلف]
١٣٢	..... [الثامن لا إشكال في تحقق المعاطاه المصطلحه التي هي المعركه بين الخاصه و العامه بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو الإباحه بالفعل]
١٣٤	..... مقدمه في خصوص الفاظ البيع:
١٣٤	..... اشارة
١٤٣	..... [الإشاره إلى بعض ألفاظ عقد البيع]
١٤٤	..... [في شروط عقد البيع]



- ١٤٤ ----- [مسئله المحكى عن جماعه منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانيان اعتبار العربية في العقد]
- ١٤٤ ----- اشاره .
- ١٤٤ ----- ما يمكن أن يذكر أو ذكر في وجه الاشتراط امور: -----
- ١٤٤ ----- الأمر الأول: التأسى بالنبي صلى الله عليه و آله -----
- ١٤٤ ----- الأمر الثاني: ان عدم جواز إنشاء البيع بالعربي غير الماضي يدل بالاولويه على عدم جوازه بغير العربي. -----
- ١٤٥ ----- الأمر الثالث: ان مفهوم العقد لا يصدق على الانشاء بغير العربي فلا بد من التحفظ على العربية. -----
- ١٤٧ ----- [مسأله المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضيه] -----
- ١٤٧ ----- اشاره .
- ١٤٧ ----- ما يمكن ان يذكر في مقام الاستدلال على الاشتراط وجوه: -----
- ١٤٧ ----- الوجه الأول الشهره الفتوائيه -----
- ١٤٧ ----- الوجه الثاني: الاجماع المدعى. -----
- ١٤٧ ----- الوجه الثالث: عدم صراحه المضارع و الامر في إنشاء البيع. -----
- ١٤٨ ----- الوجه الرابع: عدم التعارف الخارجى: -----
- ١٥١ ----- [مسأله الأشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول] -----
- ١٥٧ ----- [أو من جمله شروط العقد الموالاه بين ايجابه و قبوله] -----
- ١٥٧ ----- اشاره .
- ١٥٧ ----- الذى يمكن أن يذكر في تقريب الاستدلال على المدعى وجوه: -----
- ١٥٧ ----- الوجه الأول: الاجماع -----
- ١٥٧ ----- الوجه الثاني: ما افاده المحقق الايروانى قدس سره -----
- ١٥٨ ----- الوجه الثالث: ما عن الشهيد قدس سره -----
- ١٥٩ ----- الوجه الرابع: ما عن الميرزا النائينى -----
- ١٦٠ ----- الوجه الخامس: ان المتعارف الخارجى تراعى فيه الموالاه. -----
- ١٦٠ ----- يمكن الاستدلال على عدم لزوم الموالاه بوجوه. -----
- ١٦٠ ----- الوجه الأول: اطلاق دليل صحه البيع -----
- ١٦٠ ----- الوجه الثاني: السيره العقلايه الخارجيه بل السيره الجاربه بين المتشرعه -----
- ١٦٠ ----- الوجه الثالث: ما رواه الساعدى -----

- الوجه الرابع: ما رواه ابن صدقه ..... ١٦٠
- [أو من جملة الشرائط التي ذكرها جماعه التنجيز في العقد] ..... ١٦١
- اشاره ..... ١٦١
- ما يمكن أن يذكر لتقريب المدعى وجوه ..... ١٦١
- الوجه الأول: الاجماع ..... ١٦١
- الوجه الثاني: ان التعليق في العقد غير معقول. .... ١٦١
- الوجه الثالث: ان وجوب الوفاء بالعقد لا ينفك عن العقد فلا بد من كون العقد منجزا كي يترتب عليه وجوب الوفاء. .... ١٦٢
- الوجه الرابع: ان دليل صحة العقود توقيفي ..... ١٦٢
- الوجه الخامس: ان اطلاق الدليل ينصرف الى المتعارف فاذا كان التعليق خلاف المتعارف لا يشمل دليل الصحة. .... ١٦٢
- الوجه السادس: انه يشترط الجزم في العقد و التعليق ينافى الجزم. .... ١٦٤
- [أو من جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب و القبول] ..... ١٦٦
- أفرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغه فهل يجوز أن يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا وجوه] ..... ١٧٢
- [مسأله لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه و ضمانه عليه] ..... ١٧٤
- اشاره ..... ١٧٤
- [الأول مما يتفرع على القبض بالعقد الفاسد الضمان] ..... ١٧٤
- اشاره ..... ١٧٤
- و ما يمكن أن تذكر في تقريب الاستدلال عليه وجوه: ..... ١٧٤
- الوجه الأول: الاجماع. .... ١٧٤
- الوجه الثاني النبوي المعروف «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» «١» ..... ١٧٤
- الوجه الثالث: [حرمه مال المؤمن كحرمه دمه] ..... ١٧٥
- الوجه الرابع: ما يدل على عدم حليه مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه ..... ١٧٦
- الوجه الخامس: النصوص الداله على ان الامه المسروقه اذا وجدت بعد ان أولدها المشتري أخذها صاحبها و اخذ المشتري ولده بالقيمه، ..... ١٧٧
- الوجه السادس: النصوص الداله على عدم صلاح ذهاب حق احد ..... ١٧٩
- الوجه السابع: النصوص الداله على نفي الضرر في الشريعه المقدسه ..... ١٧٩
- الوجه الثامن: قاعده الاقدام بتقريب ان كل طرف من طرفي المعامله أقدم على الضمان ..... ١٨١
- الوجه التاسع: السيره الارتكاز به المتشرعيه ..... ١٨٢

- ١٨٢ ..... [قاعده ما يضمن]
- ١٨٨ ..... [ثم إنه يشكل اطراد القاعده فى موارد]
- ١٨٨ ..... [امنھا الصيد الذى استعاره المحرم]
- ١٨٨ ..... اشاره
- ١٨٨ ..... و ما ذكر فى تقريب المدعى وجهان:
- ١٨٨ ..... الوجه الأول: ان الكلام فى التلف و أما الاتلاف فلا اشكال فى كونه موجبا للضمان
- ١٨٩ ..... الوجه الثانى: ان اخذ المحرم الصيد من المحل يوجب خروجه عن ملكه فيكون اتلافا لمال الغير فالضمان بلحاظ الاتلاف فلا تتحرم القاعده.
- ١٨٩ ..... [أو يشكل اطراد القاعده أيضا فى البيع الفاسد]
- ١٩٠ ..... [الثانى من الأمور المنفرعه على عدم التملك بالبيع الفاسد وجوب رده فورا إلى مالكة]
- ١٩٠ ..... اشاره
- ١٩٠ ..... يقع الكلام فى مقامين:
- ١٩٠ ..... اشاره
- ١٩٠ ..... أما المقام الاول فنقول: لا يجوز التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد
- ١٩١ ..... و أما المقام الثانى ففى وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد فورا الى مالكة
- ١٩١ ..... اشاره
- ١٩١ ..... الوجه الأول: الاجماع.
- ١٩١ ..... الوجه الثانى: النبوى المعروف
- ١٩١ ..... الوجه الثالث: ما رواه سماعه «٢»
- ١٩٢ ..... الوجه الرابع: قوله تعالى «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» «١»
- ١٩٢ ..... الوجه الخامس: التوقيع الشريف «٢»
- ١٩٢ ..... الوجه السادس: جمله من النصوص التى تدل على وجوب رد المال الى صاحبه
- ١٩٥ ..... [الثالث لو كان للعين المبتاعه منفعه استوفاه المشتري قبل الرد كان عليه عوضها]
- ١٩٥ ..... اشاره
- ١٩٥ ..... و ما يمكن أن تذكر فى تقريب الاستدلال على الضمان وجوه
- ١٩٥ ..... الوجه الأول الاجماع
- ١٩٥ ..... الوجه الثانى قاعده على اليد «١»

- الوجه الثالث: ما عن النبي صلى الله عليه و آله «٢» ..... ١٩٥
- الوجه الرابع: ما رواه سماعه «١» ..... ١٩٦
- الوجه الخامس: التوقيع الشريف «٢» ..... ١٩٦
- الوجه السادس: النصوص الداله على نفي الضرر فى الشريعة «٣» ..... ١٩٦
- الوجه السابع: السيره العقلانيه الممضاه عند الشارع ..... ١٩٦
- الوجه الثامن: قاعده «من أئلف مال الغير فهو له ضامن» ..... ١٩٧
- المشهور بين الاصحاب ضمان المنافع غير المستوفاه ..... ٢٠٤
- و ما يمكن أن يذكر فى تقريب الاستدلال على المدعى وجوه: ..... ٢٠٤
- الوجه الأول: الاجماع ..... ٢٠٤
- الوجه الثانى: قاعده على اليد ..... ٢٠٤
- الوجه الثالث: قاعده الاتلاف ..... ٢٠٤
- الوجه الرابع: السيره العقلانيه الممضاه عند الشارع ..... ٢٠٤
- الرابع: لو تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله [ ..... ٢٠٧
- اشاره ..... ٢٠٧
- ما يمكن أن يذكر أو ذكر فى تقريب الاستدلال على المدعى وجوه: ..... ٢٠٧
- الوجه الأول: الاجماع ..... ٢٠٧
- الوجه الثانى: حديث على اليد «٢» ..... ٢٠٧
- الوجه الثالث: ما رواه ابو بصير «١» ..... ٢٠٨
- الوجه الرابع: النصوص الوارده فى الامه المسروقه «٢» ..... ٢٠٨
- الوجه الخامس: قوله تعالى «فَمَنْ اغْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اغْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» «٣» ..... ٢٠٨
- الوجه السادس: ان مقتضى السيره العقلانيه ..... ٢١٠
- [كلمات أصحابنا فى تعريف المثلى] ..... ٢١٠
- ان الاحتمالات المتصوره فى المقام متعدده و وجوه عديده ..... ٢١١
- الوجه الأول: أن يكون الواجب من أول الامر المثل ..... ٢١١
- الوجه الثانى: الضمان بالقيمه عند الشك فى المثليه و القيمه ..... ٢١٢
- الوجه الثالث: خيار الضامن بين اداء المثل و القيمه ..... ٢١٣

- الوجه الرابع: خيار المالك بين الامرين بأن يكون الاختيار بيده ..... ٢١٣
- الخامس لو لم يوجد المثل الا بالأكثر] ..... ٢١٥
- السادس: لو تعذر المثل في المثلى فمقتضى القاعده وجوب دفع قيمه] ..... ٢١٦
- اشاره ..... ٢١٦
- يقع الكلام في المقام في فروع: ..... ٢١٦
- الفرع الأول: انه لا اشكال انه لو تعذر المثل تصل النوبه الى قيمه ..... ٢١٦
- الفرع الثاني: ان الميزان قيمه يوم التلف أم قيمه يوم الاخذ أم قيمه يوم الدفع أم اعلى القيم ..... ٢١٦
- الفرع الثالث: انه لا يجوز للضامن اجبار المالك بأخذ قيمه مع الاعواز ..... ٢١٧
- الفرع الرابع: انه يجوز اجبار المالك الضامن بدفع قيمه ..... ٢١٨
- الفرع الخامس: في مناط التعذر و الاعواز ..... ٢١٨
- الفرع السادس: انا ذكرنا انه لو تلف المأخوذ بالعقد الفاسد تصير ذمه الضامن مشغوله بنفس العين أو بالممثل ..... ٢٢٠
- الفرع السابع: لو دفع قيمه في المثل المتعذر ثم تمكن من المثل فما حكمه؟ ..... ٢٢١
- السابع لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا] ..... ٢٢٢
- اشاره ..... ٢٢٢
- المقام الأول: في مقتضى القاعده الاوليه ..... ٢٢٢
- المقام الثاني: انه لا بد من رفع اليد عن القاعده الاوليه بالدليل الدال على أن التالف في القيمي يضمن بالقيمه ..... ٢٢٤
- اشاره ..... ٢٢٤
- الوجه الأول الاجماع ..... ٢٢٤
- الوجه الثاني: ما أفاده الشيخ قدس سره ..... ٢٢٤
- وقع الخلاف بين القوم في تعيين القيمه المضمونه ..... ٢٣١
- اشاره ..... ٢٣١
- القول الاول: المضمون قيمه زمان التلف ..... ٢٣١
- القول الثاني: ان الميزان قيمه يوم الدفع ..... ٢٣٢
- القول الثالث: وجوب رد اعلى القيم من زمان القبض الى يوم الاداء ..... ٢٣٢
- اشاره ..... ٢٣٢
- الوجه الأول: ان الضمان لا يختص بوقت معين ..... ٢٣٢

- الوجه الثاني: ان المستفاد من حديث أبي ولاد الحنات «١» ان المغصوب مضمون على الغاصب من يوم الغصب ----- ٢٣٣
- الوجه الثالث: ان الغاصب بمجرد وضع يده على العين تشتغل ذمته ----- ٢٣٤
- الوجه الرابع: ان مقتضى الاستصحاب بقاء الاشتغال الا فيما يدفع الاعلى. ----- ٢٣٤
- الوجه الخامس ان قاعده لا ضرر تقتضى دفع أعلى القيم و الا يتضرر المالك. ----- ٢٣٤
- الوجه السادس: ان الغاصب ازال يد المالك عن العين فى جميع الازمنه ----- ٢٣٥
- الوجه السابع: قوله تعالى «فَمَنْ اِغْتَدَىٰ بِكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ» ----- ٢٣٥
- الوجه الثامن: ان اليد يد ضمان فى جميع الازمنه و من جمله تلك الازمنه زمان علو القيمة فلا بد من رعايه الاعلى. ----- ٢٣٦
- القول الرابع: ان العبره بأعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف ----- ٢٣٦
- القول الخامس: ان العبره بأعلى القيم من يوم التلف الى زمان الاداء ----- ٢٣٦
- القول السادس: ان العبره بقيمه يوم القبض ----- ٢٣٧
- القول السابع: ان الميزان قيمه يوم البيع ----- ٢٣٧
- [فالمهم حينئذ صرف الكلام الى معنى الصحيحه] ----- ٢٣٧
- اشاره ----- ٢٣٧
- [احتمالات فى المراد من قوله ع نعم قيمه بغل يوم خالفته] ----- ٢٣٩
- اشاره ----- ٢٣٩
- الاحتمال الأول: أن يكون لفظ القيمة مضافا الى البغل و لفظ البغل يكون مضافا الى اليوم ----- ٢٣٩
- الاحتمال الثانى: أن يضاف لفظ القيمة أولا الى البغل و ثانيا يضاف الى اليوم ----- ٢٤٠
- الاحتمال الثالث: أن يضاف لفظ القيمة أولا الى لفظ البغل ثم يضاف المجموع من المضاف و المضاف إليه الى اليوم ----- ٢٤٠
- الاحتمال الرابع: أن يكون الظرف أى قول عليه السلام «يوم خالفته» متعلقا بقوله عليه السلام «نعم» ----- ٢٤٠
- الاحتمال الخامس: أن يكون اليوم ظرفا للقيمة بلا إضافه ----- ٢٤٠
- اشاره ----- ٢٤٠
- و أورد فى المقام وجوه من الاشكال: ----- ٢٤١
- الوجه الأول: انه لو كان المناط قيمه يوم المخالفه فما الوجه لتعرضه عليه السلام ليوم الاكتراء ----- ٢٤١
- الوجه الثانى: ان أبا ولاد قال قلت: فان أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز ----- ٢٤١
- الوجه الثالث: ان الظرف متعلق بلفظ القيمة ----- ٢٤١
- وقع الكلام فى تماميه قاعده بدل الحيلوله و عدمها ----- ٢٥٣

- ٢٥٣ ..... اشارة
- ٢٥٣ ..... ما يمكن أن يستدل به عليها عده وجوه:
- ٢٥٣ ..... الوجه الأول: الاجماع.
- ٢٥٤ ..... الوجه الثاني: قاعده نفى الضرر فى الشريعة المقدسه
- ٢٥٤ ..... الوجه الثالث: قاعده الناس مسلطون على اموالهم
- ٢٥٥ ..... الوجه الرابع: قاعده الاتلاف
- ٢٥٥ ..... الوجه الخامس: قاعده اليد
- ٢٥٥ ..... الوجه السادس: اطلاق كلمات القوم
- ٢٥٦ ..... الوجه السابع: انه جمع بين حقى المالك و الغاصب
- ٢٥٦ ..... الوجه الثامن: النصوص الواردة فى الموارد المختلفه الداله على الضمان
- ٢٦١ ..... مستند حق الاختصاص و الاولويه
- ٢٦١ ..... اشارة
- ٢٦١ ..... الوجه الأول: ان حق الاختصاص سلطنه فى قبال الملكيه
- ٢٦١ ..... الوجه الثاني: ان حق الاختصاص مرتبه ضعيفه عن الملكيه
- ٢٦٢ ..... الوجه الثالث: انه لو ثبت فى الشريعة المقدسه حرمة التصرف فى مال الغير
- ٢٦٢ ..... الوجه الرابع: قاعده «من سبق الى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو احق به».
- ٢٦٢ ..... الوجه الخامس: الاجماع.
- ٢٦٢ ..... الوجه السادس: السيره العقلانيه و الشرعيه
- ٢٦٤ ..... [الكلام فى شروط المتعاقدين]
- ٢٦٤ ..... [من جمله شرائط المتعاقدين البلوغ]
- ٢٦٤ ..... [ابطالان عقد الصبى]
- ٢٦٤ ..... اشارة
- ٢٦٤ ..... يقع الكلام فيها فى مقامين:
- ٢٦٥ ..... المقام الأول: فى مقتضى القاعده الاوليه.
- ٢٦٥ ..... المقام الثانى [فيما تقتضيه الأدله الخاصه]
- ٢٦٥ ..... اشارة

- ٢٦٥ ..... ما يمكن أن يستدل به أو استدلال به على المنع وجوه: .....
- ٢٦٥ ..... الوجه الأول: الاجماع
- ٢٦٥ ..... الوجه الثاني: قوله تعالى
- ٢٦٥ ..... الوجه الثالث: النصوص
- ٢٧١ ..... و استدلال على نفوذ امر غير البالغ أيضا بوجوه: .....
- ٢٧١ ..... الوجه الأول: قوله تعالى
- ٢٧٣ ..... الوجه الثاني ما ورد من النصوص الداله على جواز وصيه غير البالغ و عتقه
- ٢٧٤ ..... الوجه الثالث: ما أرسله في المبسوط
- ٢٧٤ ..... الوجه الرابع: السيره الجاربه الخارجيه
- ٢٧٨ ..... و ما يمكن أن يذكر في تقريب الاستدلال على صحه تصرفاته في الاشياء اليسيره وجوه: .....
- ٢٧٨ ..... الوجه الأول حكاية أبي الدرداء
- ٢٧٨ ..... الوجه الثاني: ما رواه السكوني
- ٢٧٩ ..... الوجه الثالث: ان السيره جاربه على المعامله مع الصغير في الامور اليسيره.
- ٢٧٩ ..... الوجه الرابع: انه يلزم الحرج و الحرج مرتفع في الشريعة بدليل نفيه.
- ٢٨١ ..... و في المقام فروع ينبغى التعرض لها فانها مورد الابتلاء
- ٢٨١ ..... الفرع الاول: انه لو اذن الصبي في الدخول في الدار فهل يكون قوله معتبرا أم لا؟
- ٢٨٢ ..... الفرع الثاني: اذا كان الطفل واسطه في ايصال الهديه هل يترتب اثر عليه أم لا؟
- ٢٨٢ ..... الفرع الثالث: انه هل يصح اسلام غير البالغ أم لا؟
- ٢٨٣ ..... الفرع الرابع: هل تصح عبادات الصبي أم لا؟
- ٢٩٠ ..... [مسأله و من جمله شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به]
- ٢٩٠ ..... اشاره
- ٢٩٤ ..... [تعيين الموجب لخصوص المشتري]
- ٢٩٥ ..... اشاره
- ٢٩٥ ..... يقع الكلام في ثلاثه مواضع: .....
- ٢٩٥ ..... الموضوع الاول: في أنه لا اشكال في لزوم التطابق بين الايجاب و القبول
- ٢٩٥ ..... الموضوع الثاني: انه لو وقع الخلاف و النزاع بين البائع و المشتري



- الموضع الثالث: انه هل يجوز المعاقده مع المخاطب الوكيل عن الغير أو يلزم أن يذكر الموكل؟ ..... ٢٩٥
- [مسأله و من شرائط المتعاقدين الاختيار] ..... ٢٩٦
- اشاره ..... ٢٩٦
- و ما يمكن أن يستدل به على بطلان العقد الاكراهى امور: ..... ٢٩٦
- الامر الاول: الاجماع. .... ٢٩٦
- الأمر الثانى: قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» ..... ٢٩٦
- الأمر الثالث: قوله صلى الله عليه و آله فانه لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله الا بطيبه نفسه «١» ..... ٢٩٦
- الأمر الرابع: حديث الرفع ..... ٢٩٧
- [حقيقه الاكراه لغه و عرفا] ..... ٢٩٩
- اشاره ..... ٢٩٩
- و فى المقام فروع ..... ٢٩٩
- الفرع الأول: انه هل يلزم و هل يشترط فى صدق الاكراه وجود شخص يكره غيره على أمر ..... ٢٩٩
- الفرع الثانى: انه هل يصدق الاكراه فيما لا يخاف المكره بالفتح من الضرر المتوجه إليه من ناحيه المكره بالكسر ..... ٢٩٩
- الفرع الثالث: انه هل يشترط فى صدق الاكراه العلم أو الظن يترتب الضرر المتوقع عليه أم يكفى الاحتمال؟ ..... ٣٠٠
- الفرع الرابع: انه هل يشترط فى صدق الاكراه أن لا يكون الضرر المتوجه بالوعيد بحق ..... ٣٠٠
- الفرع الخامس: انه لو لم يكن اليعاد من الغير ..... ٣٠٠
- الفرع السادس: انه هل يعتبر فى صدق الاكراه عدم امكان التفصى و لو بالتوريه أم لا؟ ..... ٣٠٠
- الفرع السابع: لو اكرهه المكره على الجامع بين أمرين أو أمور ..... ٣٠١
- الفرع الثامن: انه لو اكره الجائر احد شخصين على فعل واحد ..... ٣٠١
- الفرع التاسع: لو اكره على التوكيل فى طلاق زوجته ..... ٣٠٢
- الفرع العاشر: انه لو اكره المالك غيره فى بيع داره ..... ٣٠٢
- [بقى الكلام فيما وعدنا ذكره] ..... ٣٠٨
- اشاره ..... ٣٠٨
- الفرع الاول: انه لو اكره على الطلاق ..... ٣٠٨
- الفرع الثانى: أن يكون الطلاق الناشئ من الاختيار مقترنا بالاكراه ..... ٣٠٩
- الفرع الثالث: أن يكون الاكراه جزء للسبب و الجزء الاخر الرضا ..... ٣٠٩

- الفرع الرابع: أن يكون كل من الرضا و الاكراه عله تامه ..... ٣٠٩
- الفرع الخامس أن يكون الاكراه سببا لتوطين النفس على الطلاق ..... ٣٠٩
- [رضا المكره بما فعله] ..... ٣١٠
- اشاره ..... ٣١٠
- و قد ذكر في تقريب عدم التأثير وجوه: ..... ٣١٠
- الوجه الأول: ان الرضا بالعقد مأخوذ في مفهوم العقد ..... ٣١٠
- الوجه الثاني: ان الرضا المقارن مع العقد مأخوذ في صحته ..... ٣١٠
- الوجه الثالث: حديث الرفع ..... ٣١٢
- [مسأله و من شرائط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع] ..... ٣١٦
- اشاره ..... ٣١٦
- [الكلام في عقد الفضولي] ..... ٣١٦
- [المراد بالفضولي] ..... ٣١٦
- [أهل العقد المقرون برضا المالك من دون إذن منه فضولي] ..... ٣١٦
- اشاره ..... ٣١٦
- المقام الأول [مقتضى القاعده الأوليه] ..... ٣١٦
- المقام الثاني [فيما يستفاد من النص الخاص] ..... ٣١٨
- [المشهور الصحه] ..... ٣٢٢
- اشاره ..... ٣٢٢
- ما يمكن أن يقال في تقريب تماميته وجوه ..... ٣٢٢
- الوجه الأول: الشهره الفتوائيه. .... ٣٢٢
- الوجه الثاني: الاصل ..... ٣٢٢
- الوجه الثالث: حديث العروه بن جعد البارقي ..... ٣٢٢
- الوجه الرابع: اطلاق دليل صحه التجاره عن تراض ..... ٣٢٤
- الوجه الخامس: قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» «١» ..... ٣٢٤
- الوجه السادس: قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» «٢» ..... ٣٢٥
- الوجه السابع: اخبار التحليل ..... ٣٢٦

- الوجه الثامن: النصوص الداله على جواز الفضولى فى النكاح ..... ٣٢٧
- الوجه التاسع: ما رواه الحلبي ..... ٣٢٨
- الوجه العاشر: ما رواه عبد الرحمن بن أبى عبد الله ..... ٣٢٩
- الوجه الحادى عشر: ما رواه ابن أشيم ..... ٣٣٠
- الوجه الثانى عشر: النصوص الواردة فى اتجار غير الولى فى مال اليتيم ..... ٣٣١
- الوجه الثالث عشر: ما رواه محمد بن قيس «٢» ..... ٣٣٢
- الوجه الرابع عشر: النصوص الداله على ان العامل فى المضاربه ..... ٣٣٤
- الوجه الخامس عشر: ما رواه زراره ..... ٣٣٦
- ما يمكن أن يذكر فى مقام الاستدلال على بطلان الفضولى أيضا وجوه: ..... ٣٣٨
- الوجه الأول: قوله تعالى ..... ٣٣٨
- الوجه الثانى: ما رواه محمد بن القاسم بن الفضيل ..... ٣٤٠
- الوجه الثالث: ما عن النبى صلى الله عليه و آله لحكيم بن حزام لا تتبع ما ليس عندك «٢» ..... ٣٤٠
- الوجه الرابع: ما عن الحميرى «٣» ..... ٣٤٠
- الوجه الخامس: ما رواه محمد بن مسلم ..... ٣٤٠
- الوجه السادس: الاجماع. .... ٣٤١
- الوجه السابع: ما دل من العقل و النقل على حرمه التصرف فى مال الغير بدون اذنه ..... ٣٤١
- الوجه الثامن: ان قدره على التسليم شرط فى صحه البيع و الفضولى لا يكون قادرا عليه. .... ٣٤١
- الوجه التاسع: ان الفضولى غير قاصد لمدلول اللفظ ..... ٣٤١
- الوجه العاشر: ما عن عوالى اللآلى: ..... ٣٤٢
- ما يمكن أن يذكر فى تقريب منع الرد عن الاجازه بعده وجوه ..... ٣٤٢
- الوجه الأول: الاجماع. .... ٣٤٢
- الوجه الثانى: ان العقد ارتباط بين طرفيه ..... ٣٤٢
- الوجه الثالث: انه يوجد بعد العقد الفضولى شأنيه و قابليه فى المال لقبول المالك و اجازته ..... ٣٤٣
- الوجه الرابع: ان الاجازه بعد الرد كالرد بعد الاجازه ..... ٣٤٣
- الوجه الخامس: ان مستند صحه العقد الفضولى حديث البارقى ..... ٣٤٣
- الوجه السادس: ان الرد فسخ و لا مجال للاجازه بعد الفسخ. .... ٣٤٣

- ٣٤٩ ..... [القول فى الإجازة و الرد]
- ٣٤٩ ..... [أما الكلام فى الإجازة]
- ٣٤٩ ..... [أما حكمها]
- ٣٤٩ ..... اشارة
- ٣٥٦ ..... و عن جملة من الاعيان الاستدلال على الكشف بوجهين: -
- ٣٥٦ ..... الوجه الاول: ان العقد بسبب تام للملك لعموم قوله تعالى «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ» -
- ٣٥٨ ..... الوجه الثانى: ان الاجازة متعلقه بالعقد -
- ٣٨٠ ..... [اجازة البيع لا تكون اجازة لقبض الثمن و لا لاقباض المبيع]
- ٣٨٠ ..... اشارة
- ٣٨٠ ..... فى هذا التنبيه فروع -
- ٣٨٠ ..... اشارة
- ٣٨٠ ..... الفرع الأول: انه أفاد الشيخ قدس سره ان اجازة البيع لا تكون اجازة لقبض الثمن و لا لاقباض المبيع -
- ٣٨٠ ..... الفرع الثانى: انه هل تجرى الفضولية فى الافعال الخارجيه كالقبض و الاقباض أو لا تجرى؟ -
- ٣٨٢ ..... الفرع الثالث: ان الفضولى لو قبض المعين من المشتري -
- ٣٨٣ ..... الفرع الرابع: انه هل تجرى الفضولية فى تشخيص الكلى فى الفرد -
- ٣٨٤ ..... الفرع الخامس: انه لو باع الفضولى ما يشترط فيه القبض فى المجلس -
- ٣٨٤ ..... الفرع السادس: انه لو باع الفضولى ما يشترط فيه القبض و قد حصل القبض -
- ٣٨٤ ..... الفرع السابع: انه افاد سيدنا الاستاد بأن النزاع فى الكشف و النقل لا يجرى فى القبض -
- ٣٨٦ ..... الفرع الثامن: لو أجاز العقد دون القبض فيما يشترط فيه القبض -
- ٣٨٦ ..... [اهل يعتبر فى صحه الاجازة مطابقتها للعقد]
- ٣٨٦ ..... اشارة
- ٣٨٦ ..... فهنا صور أربعة: -
- ٣٨٧ ..... أما الصورة الاولى -
- ٣٨٧ ..... و أما الصورة الثانية -
- ٣٨٧ ..... و أما الصورة الثالثة -
- ٣٨٧ ..... و أما الصورة الرابعة فلها أقسام متصوره -

- القسم الأول: أن يكون العقد مشروطا بفعل ..... ٣٨٧
- القسم الثاني: أن يشترط الفضولي الخيار على الاصيل و المالك أجاز العقد مطلقا ..... ٣٨٩
- القسم الثالث: أن يشترط الفضولي شرطا على الاصيل و أجاز المالك بلا شرط ..... ٣٨٩
- القسم الرابع: أن يبيع الفضولي مطلقا و المالك يجيز العقد مشروطا ..... ٣٨٩
- الكلام في المجيز ..... [الكلام في المجيز] ..... ٣٨٩
- اشاره ..... ٣٨٩
- الموانع التي يمكن أن تذكر للفساد وجوه: ..... ٤١١
- الوجه الأول: أن العاقد البائع في مفروض الكلام عايب فلا يترتب أثر على عقده ..... ٤١١
- الوجه الثاني: ان عقده تعلقي و التعليق باطل. .... ٤١٢
- الوجه الثالث: ان البائع الفضولي يملك العين بشرط الاجازه فبدون الاجازه لا يصح. .... ٤١٢
- الوجه الرابع: ان التجاره عن الفضولي خاليه عن طيب النفس فلا بد من الاجازه. .... ٤١٢
- الوجه الخامس: ان قاعده السلطنه تقتضى اشتراط الصحه بالاجازه ..... ٤١٢
- القول في المجاز ..... [القول في المجاز] ..... ٤١٥
- الأول يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتبره في تأثيره عدا رضا المالك] ..... ٤١٥
- اشاره ..... ٤١٥
- المقام الأول [في اشتراط العوضين بالشرائط المقرره فيهما] ..... ٤١٨
- المقام الثاني: [في لزوم بقاء تلك الشرائط إلى زمان الإجازة] ..... ٤١٨
- الثاني هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل] ..... ٤٢٠
- الثالث المجاز إما العقد الواقع على نفس مال الغير و إما العقد الواقع على عوضه] ..... ٤٢١
- اشاره ..... ٤٢١
- حاصل الاشكال: ان المشتري من الغاصب اذا كان عالما بكون البائع غاصبا و مع ذلك سلطه على ماله يكون تسليطه مجانيا ..... ٤٢٣
- اشاره ..... ٤٢٣
- و قد ذكرت في مقام دفع الاشكال وجوه: ..... ٤٢٣
- الوجه الأول: ان الاجازه كاشفه عن تحقق الملكيه في زمان العقد فيكون الغاصب أخذًا لمال المالك الاصيلي ..... ٤٢٣
- الوجه الثاني: ان حق المالك الاصيلي بالنسبه الى الاجازه مقدم على حق الغاصب ..... ٤٢٤
- الوجه الثالث: ان التسليط المجاني من قبل المشتري العالم بالغصب انما يكون في ظرف عدم الاجازه ..... ٤٢٥

- الوجه الرابع: انه ما المراد من التسليط المجاني؟ ..... ٤٢٥
- [مسأله فى أحكام الرد] ..... ٤٢٦
- اشاره ..... ٤٢٦
- يقع الكلام فى هذه المسأله فى جهات: ..... ٤٢٦
- الوجه الأولى: فى انه لا يترتب أثر على هذا البحث على القول بأن الرد لا يكون مانعا عن الاجازه ..... ٤٢٦
- الوجه الثانيه: فى أن الرد القولى هل يلزم أن يكون باللفظ الصريح؟ ..... ٤٢٦
- الوجه الثالثه: فى أن المالك اذا تصرف فى العين قبل الاجازه تصرفا ناقلا كالبيع أو معدما للملكيه كالعق ..... ٤٢٧
- الوجه الرابعه: فى أن التصرفات غير المنافيه هل تكون ردا أم لا؟ ..... ٤٢٨
- اشاره ..... ٤٢٨
- و الذى ذكر فى تقريب كونه مانعا وجهان: ..... ٤٢٨
- الوجه الأول: ان التصرف غير المنافى كالعرض للبيع مثلا رد عرفا. .... ٤٢٨
- الوجه الثانى: ان التصرف فى العين المنتقله الى الغير بالعقد الخيارى يكون فسخا اجماعا ..... ٤٢٨
- الوجه الخامسه: ان الفضولى لو أقبض العين من المشتري الاصيل فلا اشكال و لا ريب فى أن للمالك انتزاعها من يد المشتري ..... ٤٣٠
- [مسائل متفرقه] ..... ٤٣٠
- [مسأله لو لم يجز المالك فان كان المبيع فى يده فهو] ..... ٤٣٠
- اشاره ..... ٤٣٠
- [فهنا مسألتان] ..... ٤٣٢
- [الأولى انه يرجع عليه بالثمن ان كان جاهلا بكونه فضوليا] ..... ٤٣٢
- اشاره ..... ٤٣٢
- يقع الكلام فى هذه المسأله فى جهات: ..... ٤٣٢
- الوجه الأولى: فى رجوع المشتري على البائع الفضولى مع جهله بالغصب ..... ٤٣٢
- الوجه الثانيه: فى أنه هل يكون اعتراف المشتري و اقراره بكون البائع مالكا مانعا عن الرجوع عليه أم لا؟ ..... ٤٣٢
- الوجه الثالثه: انه لو كان المشتري عالما بالفضوليه ..... ٤٣٣
- الوجه الرابعه: فى أنه هل يجوز للبائع الفضولى التصرف فى الثمن أم لا؟ ..... ٤٣٤
- الوجه الخامسه: فى أنه لو تلف الثمن عند البائع الفضولى فهل يكون ضامنا للمشتري الاصيل مع علمه بالغصب أم لا؟ ..... ٤٣٤
- فهنا مقامان ..... ٤٣٥

- ٤٣٥ ..... أما المقام الأول [فى أن ما أفاده الشيخ تام أم لا] -
- ٤٣٥ ..... و أما المقام الثانى [فيما يقتضيه النظر الدقيق] -
- ٤٣٦ ..... ثم انه ينبغى التنبيه بأمر تبعاً للماتن قدس سره -
- ٤٣٦ ..... التنبيه الاول: ان قاعده ما يضمن و عكسه لا تكون بهذا العنوان واقعه فى كلام الامام عليه السلام .
- ٤٣٧ ..... التنبيه الثانى: انه لو باعه ما لا يكون قابلاً للبيع لا شرعاً و لا عند العقلاء .
- ٤٣٨ ..... التنبيه الثالث: ان البائع الفضولى اذا باع العين للمالك الاصلى -
- ٤٣٨ ..... التنبيه الرابع: انه لو قلنا بعدم الضمان -
- ٤٣٨ ..... التنبيه الخامس: انه لو اشترط المشتري الضمان فى زمان الاقباض -
- ٤٣٨ ..... التنبيه السادس: لا فرق بين كون الثمن كلياً و دفع الى البائع بعض أفراد الكلى و بين كونه شخصياً .
- ٤٣٩ ..... [المسأله الثانيه ان المشتري اذا اغترم للمالك غير الثمن] -
- ٤٣٩ ..... اشاره -
- ٤٣٩ ..... فى هذه المسأله فروع -
- ٤٣٩ ..... الفرع الأول: اذا اغترم المشتري الاصيل غرامه لم يحصل شىء له فى مقابلها .
- ٤٣٩ ..... اشاره -
- ٤٣٩ ..... و أما ان كان جاهلاً فما يمكن أن يذكر فى تقريب جواز الرجوع وجوه: -
- ٤٣٩ ..... الوجه الأول: الاجماع عن السرائر انه يرجع قولاً واحداً .
- ٤٣٩ ..... الوجه الثانى: قاعده نفي الضرر -
- ٤٤٠ ..... الوجه الثالث: قاعده السبب و التسبيب .
- ٤٤١ ..... الوجه الرابع: قاعده الغرور -
- ٤٤٨ ..... الفرع الثانى: فيما غرمه فى مقابل النفع الواصل إليه -
- ٤٤٨ ..... اشاره -
- ٤٤٨ ..... و ما يمكن أن يذكر مدركا للحكم وجوه .
- ٤٤٨ ..... الوجه الأول: الاجماع -
- ٤٤٨ ..... الوجه الثانى قاعده نفي الضرر .
- ٤٤٨ ..... الوجه الثالث: قاعده التسبيب -
- ٤٤٨ ..... الوجه الرابع: قاعده الغرور -

- الوجه الخامس: حديث جميل «١» - - - - - ٤٤٩
- الفرع الثالث: انه لو كان الثمن المأخوذ من المشتري الاصيل عشره دراهم - - - - - ٤٤٩
- الفرع الرابع انه لو تجددت زياده قيمه و لم تكن حين العقد - - - - - ٤٥٤
- الفرع الخامس: اذا غرم المشتري بإزاء الجزء التالف - - - - - ٤٥٤
- الفرع السادس: ان المشتري لو غرم للمالك بإزاء وصف من أوصاف المبيع التي لا يقسط عليها الثمن - - - - - ٤٥٤
- الفرع السابع: ان رجوع المشتري الى البائع لقاعده الغرور مخصوص - - - - - ٤٥٤
- الفرع الثامن: انه في كل مورد يرجع المشتري لاخذ الغرامه الى البائع الفضولي اذا رجع المالك ابتداءً الى الفضولي - - - - - ٤٥٤
- [فى تعاقب الأيدي] - - - - - ٤٥٨
- [الوجه الأول ان السابق اشتغلت ذمته له بالبدل] - - - - - ٤٥٨
- الوجه الثانى: ما أفاده السيد فى الحاشيه - - - - - ٤٥٩
- الوجه الثالث: ما أفاده صاحب الجواهر قدس سره - - - - - ٤٦٠
- الوجه الرابع: ان المستفاد من قاعده على اليد - - - - - ٤٦٠
- اذا عرفت هذه المقدمه نقول: بعد تلف العين تكون العين التالفه ثابتة فى الجامع بين الذمم - - - - - ٤٦١
- اشاره - - - - - ٤٦١
- ثم ان فى المقام فروعا تعرض الماتن لها - - - - - ٤٦٢
- الفرع الأول: ان العين اذا كانت باقيه يجوز للمالك أن يرجع على من فى يده العين - - - - - ٤٦٢
- الفرع الثانى: ان المالك لو رجع على المشتري لاسترجاع ماله و لا يمكن للمشتري انتزاع العين - - - - - ٤٦٢
- الفرع الثالث: انه لو توقف ارجاع العين على مؤونه يجب على الضامن القيام بها - - - - - ٤٦٢
- الفرع الرابع: انه اذا انحصر رد العين بالمالك و غيره لا يقدر - - - - - ٤٦٣
- [مسأله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه] - - - - - ٤٦٣
- اشاره - - - - - ٤٦٣
- أما المقام الأول - - - - - ٤٦٣
- و أما المقام الثانى - - - - - ٤٦٥
- [مسأله: لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار فان علم أنه اراد نصفه أو نصف الغير عمل به] - - - - - ٤٦٨
- [مسأله لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله] - - - - - ٤٧٤
- اشاره - - - - - ٤٧٤



- المقام الأول فالقاعده الاولى تقتضى البطلان - ٤٧٤
- المقام الثانى [ما تقتضيه النص الخاص] - ٤٧٤
- [القول فى أولياء التصرف] - ٤٧٧
- [مسأله يجوز للاب و الجد أن يتصرفا فى مال الطفل بالبيع و الشراء] - ٤٧٧
- اشاره - ٤٧٧
- و ما يمكن أن يستدل به على الجواز وجوه: - ٤٧٧
- الوجه الأول: الاجماع. - ٤٧٧
- الوجه الثانى: فحوى ما يدل على جواز نكاح الأب و الجد للصغير و الصغيره - ٤٧٧
- الوجه الثالث: النصوص و هى على طوائف - ٤٧٧
- الطائفه الاولى: ما يدل على جواز تقويم جاريه الابن على نفسه - ٤٧٧
- الطائفه الثانيه: ما يدل على أن الولد و ماله لوالده - ٤٧٩
- الطائفه الثالثه: ما يدل على جواز وصيه الأب بالمضاربه فى مال الابن - ٤٨٢
- الطائفه الرابعه: ما يدل على الوصيه بمال الصغير و جعل الوصى قيما عليه - ٤٨٣
- الوجه الرابع: السيره الخارجيه الجاريه بين المتشرعه على التصرف فى أموال الصغار من قبل والدهم من غير نكير - ٤٨٥
- [أو المشهور عدم اعتبار العداله] - ٤٨٥
- اشاره - ٤٨٥
- و الذى يمكن أن يستدل به على عدم الاشتراط وجوه: - ٤٨٦
- الوجه الأول الاصل - ٤٨٦
- الوجه الثانى: اطلاقات النصوص الداله على الجواز - ٤٨٦
- الوجه الثالث: الاجماع القائم على عدم الاشتراط فى نكاح الأب أو الجد الصغير و الصغيره - ٤٨٦
- الوجه الرابع: السيره القطعيه الجاريه على التصرف فى أموال الصغار من قبل الأب بلا نكير - ٤٨٧
- و فى قبال الوجوه المذكوره يمكن الاستدلال على الاشتراط بوجوه أيضا: - ٤٨٧
- الوجه الأول: الاصل - ٤٨٧
- الوجه الثانى ان الصغير لا يمكن الدفاع عن نفسه و ماله - ٤٨٧
- الوجه الثالث: قوله تعالى - ٤٨٨
- الوجه الرابع: قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ «٢» - ٤٨٩

- ثم انه هل يشترط جواز التصرف بعدم كونه ضررا بالنسبه الى الصغير أم لا يشترط؟ ..... ٤٨٩
- ربما يقال بنفوذ تصرفه في ماله حتى في صورته كون التصرف ضرريا و ذلك لوجهين ..... ٤٨٩
- الوجه الأول عدم الاشتراط فانه موافق للاصل. .... ٤٨٩
- الوجه الثاني: قوله عليه السلام في جملة من النصوص انت و مالك لا بيك ..... ٤٩٠
- [و هل يشترط في تصرفه المصلحة أو يكفي عدم المفسده أم لا يعتبر شيء؟] ..... ٤٩٠
- اشاره ..... ٤٩٠
- و الذى يمكن أن يذكر وجهها للاشترط وجوه: ..... ٤٩٠
- الوجه الأول: الاصل فان مقتضى الاستصحاب عدم نفوذ تصرف الولي الا مع رعايه الصلاح ..... ٤٩٠
- الوجه الثاني: الاجماع ..... ٤٩١
- الوجه الثالث: قوله تعالى «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» \* «١» ..... ٤٩١
- [الجد و ان علا يشارك الأب في الحكم] ..... ٤٩٦
- اشاره ..... ٤٩٦
- ما يمكن أن يذكر في تقريب المدعى وجوه ..... ٤٩٦
- الوجه الأول: عدم الخلاف ..... ٤٩٦
- الوجه الثاني: ما رواه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام ..... ٤٩٦
- الوجه الثالث: جملة من النصوص التي تدل على أن الولد و ماله للاب ..... ٤٩٧
- [مسأله من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله الحاكم و المراد منه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى] ..... ٤٩٨
- اشاره ..... ٤٩٨
- المشهور فيما بين القوم ان الفقيه الجامع للشرائط له ثلاثه مناصب ..... ٤٩٩
- المنصب الاول الافتاء في الاحكام النظرية الشرعية للعوام ..... ٤٩٩
- المنصب الثاني: القضاء و فصل الخصومات عند الترافع ..... ٥٠١
- المنصب الثالث: ولايه الفقيه على الاموال و الانفس و هذا محل البحث في المقام ..... ٥٠١
- اشاره ..... ٥٠١
- المورد الاول: في ولايته التكوينية، ..... ٥٠١
- اشاره ..... ٥٠٢
- فنقول يمكن الاستدلال على المدعى بهذه الروايات بوجوه من البيان ..... ٥٠٨

- الوجه الأول: ان العلم هل يكون منشئا للعمل الخارجى أم لا؟ ..... ٥٠٨
- الوجه الثانى: انه يظهر بالصراحه من بعض نصوص هذه الطائفة ان علم الكتاب يقتضى الاقدار على التصرف و الاتيان بخوارق العاده ..... ٥٠٨
- الوجه الثالث: انه يستفاد من بعض نصوص هذه الطائفة ان الائمه عليهم السلام ورثوا من الأنبياء العلم الذى يكون منشئا للقدرة ..... ٥٠٨
- و اما المورد الثانى و هى ولاية الامام عليه السلام ولايه تشريعيه أى التصرف فى أموال الناس و انفسهم ..... ٥١١
- فيمكن الاستدلال عليه بوجوه: ..... ٥١١
- الوجه الأول قوله تعالى «لَتَبَيُّ أُولِي بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ» «٢» ..... ٥١١
- الوجه الثانى قوله تعالى «إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَ رَسُولُهُ وَ الَّذِينَ آمَنُوا» «١» ..... ٥١٢
- الوجه الثالث جملة من النصوص ..... ٥١٢
- [مقتضى الاصل عدم ثبوت الولاية لاحد] ..... ٥١٥
- اشاره ..... ٥١٥
- أما الموضوع الاول فنقول: مقتضى الكتاب و السنه و الاصل العملى عدم ولاية احد على غيره ..... ٥١٥
- و أما الموضوع الثانى ..... ٥١٥
- اشاره ..... ٥١٥
- الوجه الأول: جملة من النصوص ..... ٥١٥
- الوجه الثانى لإثبات الولاية للفقيه ان جملة من الامور نعلم ان الشارع الاقدس لا يرضى ان تعطل ..... ٥٢٥
- [مسأله فى ولاية عدول المؤمنين] ..... ٥٢٩
- اشاره ..... ٥٢٩
- [بقى الكلام فى اشتراط العدالة] ..... ٥٣١
- اشاره ..... ٥٣١
- هل يشترط العدالة فى المتصدى للامور الحسينيه أم لا ..... ٥٣١
- اشاره ..... ٥٣١
- أما المقام الأول [فى ما هو مقتضى القاعده الأوليه] ..... ٥٣١
- المقام الثانى [فيما يقتضيه النصوص الخاصه] ..... ٥٣١
- أفاد ان الفاسق أيضا له الولاية و استدل على مدعاه بوجهين. .... ٥٣٦
- الوجه الأول: دليل ذلك الامر المعروف ..... ٥٣٦
- الوجه الثانى قوله تعالى «وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» «٢» \* ..... ٥٣٦

- ٥٤٠ ..... [أهل يشترط في ولايه غير الأب و الجد ملاحظه الغبطه]
- ٥٤٠ ..... اشاره
- ٥٤٠ ..... و ذهب الشيخ قدس سره الى الاشتراط و استدل بوجهين:
- ٥٤٠ ..... الوجه الأول الاصل الأولى
- ٥٤٠ ..... الوجه الثاني: قوله تعالى «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» \*
- ٥٤١ ..... اشاره
- ٥٤١ ..... أما المقام الأول
- ٥٤١ ..... و أما المقام الثاني
- ٥٤٤ ..... و أما المقام الثالث
- ٥٤٤ ..... [أهل يجب مراعاة الاصلح]
- ٥٤٤ ..... اشاره
- ٥٤٤ ..... المقام الأول في ولايه العدول على مال اليتيم
- ٥٤٤ ..... المقام الثاني [في ولايه الأب و الجد على مال الصغير]
- ٥٤٥ ..... المقام الثالث [في ولايه كافة آحاد الناس على التصرف الخارجى في مال اليتيم]
- ٥٤٥ ..... [مسأله يشترط فيمن ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو مثمنا ان يكون مسلما]
- ٥٤٥ ..... [مسأله المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر]
- ٥٤٥ ..... اشاره
- ٥٤٥ ..... أما المقام الأول فنقول ما يمكن ان يذكر في تقريب عدم الجواز وجوه:
- ٥٤٥ ..... الوجه الأول: ان نقل المصحف الى الكافر يوجب هتكه و هتك المصحف حرام
- ٥٤٦ ..... الوجه الثاني: ان نقله يوجب تنجسه و تنجيس المصحف حرام.
- ٥٤٦ ..... الوجه الثالث: ان المشهور فيما بين القوم عدم الجواز
- ٥٤٦ ..... و أما المقام الثاني: و هى الحرمة الوضعيه و الفساد فيمكن ان يذكر في تقريبه وجهان:
- ٥٤٦ ..... الوجه الأول: ان الكافر لا يملك المسلم فكيف يملك المصحف
- ٥٤٦ ..... الوجه الثاني: قوله صلى الله عليه و آله: الاسلام يعلو و لا يعلى عليه
- ٥٤٧ ..... تعريف مركز

## عمده المطالب فى التعليق على المكاسب [انصارى] المجلد ٢

### اشاره

سرشناسه : طباطبائى قمى، تقى، ١٣٠١ -

عنوان قراردادى : المكاسب. شرح

عنوان و نام پديدآور : عمده المطالب فى التعليق على المكاسب [انصارى] / تاليف تقى الطباطبائى القمى.

مشخصات نشر : قم: محلاتى، ١٤١٣ق. = ١٣٧١.

مشخصات ظاهرى : ج.

شابك : ٣٠٠٠ ريال (ج. ١) ؛ ٤٥٠٠ ريال (ج. ٢) ؛ ٦٠٠٠ ريال (ج. ٣)

يادداشت : ج. ٢ (چاپ اول: ١٤١٤ق. = ١٣٧٢).

يادداشت : کتابنامه.

موضوع : انصارى، مرتضى بن محمدامين، ١٢١٤-١٢٨١ق. المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : انصارى، مرتضى بن محمدامين، ١٢١٤-١٢٨١ق. المكاسب . شرح

رده بندى كنگره : BP190/1 / الف م ٧٠٣٧ ١٣٧١

رده بندى ديويى : ٢٩٧/٣٧٢

شماره كتابشناسى ملي : م ٧٥-٣٥٥

### الجزء الثانى

[كتاب البيع]

[تعريف البيع]

### اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الكلام فى تحقيق مفهوم البيع «قوله قدس سره: و هو فى الاصل كما عن المصباح مبادله مال بمال»

لا يبعد ان قوله فى الاصل اشاره الى ان استعمال لفظ البيع تاره فى الشراء و اخرى فى تمليك المنفعة و كيف كان لا اشكال فى أن البيع ليس عبارة عن المبادله بل البيع عبارة عن تبديل عين بعوض و لو لم يكن احد الطرفين مالا و الشاهد عليه انه لو بدل شخص ما لا ماله له كحبه حنطه بشىء ى صدق عليه البيع فالبيع عبارة عن تمليك العين بالعوض.

و يمكن الاستدلال على المدعى بالتبادر الذى هو آيه الحقيقه بل و بصحه السلب فان المتبادر من لفظ البيع تمليك العين و يصح سلب العنوان عن نقل المنافع و اذا ثبت كون لفظ البيع حقيقه فى المعنى الخاص و شك فى كونه كذلك فى عصر المعصوم سلام الله عليه يكون مقتضى الاستصحاب القهقهى انه كذلك فى ذلك العصر و اعتبار الاستصحاب المذكور ليس بلحاظ حجه الاستصحاب فان دليله لا

يشمل الاستصحاب القهقري بل الدليل عليه السيره الجاربه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤

بين العقلاء و لولاها لم يمكن اثبات حدود المفهوم فى ذلك العصر و ينسد باب الاستنباط لاحتمال الاختلاف بين المعنى الفعلى و المفهوم فى ذلك الزمان.

و فى المقام شبهه و هى ان تحقق البيع هل يتقوم بالقبول و الاثراء بحيث لا يصدق هذا المفهوم الا بعد تحقق القبول أم لا؟ فان قلنا بتقومه به و عدم تحقق مفهومه الا به يلزم عدم صدق العنوان قبل القبول و الحال ان البيع يتحقق من قبل البائع و القبول يتعلق به.

و ان شئت قلت يتوقف تحقق مفهوم البيع على قبوله من قبل المشتري و الحال ان القبول فرع تحقق الايجاب و وجوده و بعبارة اخرى تحقق البيع يتوقف على القبول و الحال ان القبول يتوقف على تحقق البيع فيلزم الدور و ان لم نقل بتقومه به و قلنا بأن البيع يتحقق بلا- تعلق القبول به يلزم كون البيع من الايقاعات و لا- اشكال فى أن البيع من العقود المتقومه بالايجاب و القبول فما الحيله؟

و الذى يختلج بالبال أن يقال: البيع بماله من المفهوم يصدق و يتحقق بالانشاء من قبل البائع و لا يتوقف تحققه على القبول بل ربما يتعقبه القبول و اخرى لا يتعقبه و لكن لا اشكال فى أن الاثر عند العقلاء يترتب على القسم الخاص و هو الايجاب المتعقب بالقبول من قبل المشتري و الادله الشرعيه كقوله تعالى «احل الله البيع و حرم الربا» «١» ناظره الى ما يكون ممضاه عند العقلاء.

مضافا الى أنه لا اشكال فى ان الايجاب وحده و بلا ضم القبول إليه لا أثر له و لا يكون

موردا للامضاء فتحصل مما ذكرنا ان البيع لا يكون عباره عن المبادله التي تقوم بطرفين بل البيع عباره عن تبادل عين

(١) البقره: ٢٧٥.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥

بعوض و تمليك به و المراد من العين ليس الامر الخارجى بل أعم منه و من الكلى و ان شئت قلت: ان البيع عباره عن تمليك جسم طبيعى خارجى أو كلى بعوض.

### [و الظاهر اختصاص المعوض بالعين]

«قوله قدس سره: كالخبر الدال على جواز بيع خدمه المدبر ...»

و هو ما رواه أبان عن أبى مريم عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

سئل عن الرجل يعتق جاريته عن دبر أ يطؤها ان شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياته قال: نعم أى ذلك شاء فعل «١».

«قوله قدس سره: و بيع سكنى الدار ...»

لاحظ ما رواه اسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام قال:

سألته عن رجل فى يده دار ليست له و لم تزل فى يده و يد آباءه من قبله قد أعلمه من مضى من آباءه أنها ليست لهم، و لا يدرون لمن هى فيبيعها و يأخذ ثمنها؟ قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له، قلت: فانه ليس يعرف صاحبها و لا يدري لمن هى و لا اظنه يجىء لها ربّ ابدأ قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له قلت: فيبيع سكنها أو مكانها فى يده فيقول: ابيعك سكنى و تكون فى يدك كما هى فى يدى قال:

نعم يبيعها على هذا «٢».

«قوله قدس سره: و كاخبار بيع الارض الخراجيه ...»

لاحظ ما رواه محمد بن مسلم قال: سألته عن شراء أرضهم فقال:

لا بأس أن تشتريها فتكون اذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدى فيها كما يؤدون فيها «٣».



(١) من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٧٢ الحديث: ٧.

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث: ٥.

(٣) الوسائل الباب ٢١ من هذه الابواب الحديث: ٧ و غيره من الاحاديث.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦

فالمتحصل ان المبيع لا بد أن يكون عينا و أما الثمن فيمكن أن يكون عينا و يمكن أن يكون منفعه من المنافع.

«قوله قدس سره: كما ان لفظ الاجاره ...»

الظاهر انه لا- يمكن مساعدته فان الثمره اذا كانت موجوده على الشجره فلا- تتعلق بها الاجاره و ان كان المراد شأنه الشجره لظهور الثمر و بعبارة أخرى قابليه الشجر للثمار، فيمكن تعلق الاجاره بالشجر باعتبار ثمره و يكون خارجا عن محل الكلام.

**[ و أما العوض فلا اشكال في جواز كونه منفعه ]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: و أما العوض فلا اشكال في جواز كونه منفعه ...»

الظاهر انه لا بأس بكون الثمن من المنافع و لا يلزم أن يكون من الاعيان و نسب الى البههاني الخلاف في المسأله و ما يمكن أن يذكر في تقريب الاستدلال على الاشتراط وجوه:

**الوجه الأول: ما اشتهر بين القوم من أن البيع لنقل الاعيان.**

و الجواب: انه لا يبعد أن يكون غرضهم المقابله بين البيع و الاجاره حيث ان الاجاره لنقل المنافع مضافا الى أن البيع فعل البائع و الا- اشتراء فعل المشتري فلا- يرتبط احدهما بالآخر و لا- تنافى بين كون البيع لنقل الاعيان و الحال انه لا يشترط في الثمن كونه كذلك.

**الوجه الثاني: ان دليل نفوذ البيع منصرف الى المتعارف الخارجى و المتعارف الخارجى جعل الثمن من الاعيان**

. و فيه ان المتبادر عن لفظ البيع تملك العين بعوض و المتعارف الخارجى لا يكون ميزانا كى يقال: انه مانع عن انعقاد الاطلاق و ان شئت قلت: الانصراف الى المتعارف الخارجى على فرض تسلمه بدوى لا يعتد به فالمرجع اطلاق الدليل و مقتضاه عدم الاشتراط.

### **الوجه الثالث: ان المنفعة أمر عدوى و الملكيه من الاعراض**

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧

المحتاجه الى الموضوع فلا مجال لجعل المنفعة ثمنا.

و فيه أولا ينقض ما ذكر بالاجاره فان الاجاره تملك المنفعة فيكون كلا المقامين من واد واحد.

و ثانيا ان الملكيه المبحوثه عنها فى المقام لا تكون من الاعراض بل من الامور الاعتباريه فلا مورد للاشكال المزبور.

### **الوجه الرابع: ان البيع عباره عن تبديل مال بمال و المنفعه لا تكون مالا**

و فيه ان البيع تملك عين بعوض و لا- يشترط فيه كون المبيع أو الثمن مالا- مضافا الى أن سلب عنوان المال عن المنافع من غرائب الكلام فان المال ما يبذل بإزائه الشىء و هل يتوهم انه لا يبذل بإزاء المنافع شىء فان المنافع المترتب على الاعيان توجب الرغبات و بذل الاموال بإزائها و لو لا المنافع المترتب على الاعيان لم تكن الاعيان بنفسها مورد الرغبات.

### **[جعل عمل الحر عوضا]**

«قوله قدس سره: و أما عمل الحر ...»

الاشكال ناش عن اعتبار المالىه فى الثمن قبل وقوع البيع عليه و حيث ان عمل الحر قبل وقوع العقد لا يكون مالا و لذا نقول ان حبس الحر لا- يوجب الضمان لعدم صدق اتلاف المال و أيضا لا يصدق عنوان الغنى على الحر الذى يمكنه الكسب فاذا لم يكن مالا لا يصح جعله ثمنا فى البيع بتقريب ان البيع مبادله مال بمال.

و فيه أولا- انه لا- دليل على الاشتراط المذكور فانه لا تشترط المالىه لا فى المبيع و لا فى الثمن و ثانيا انه على فرض الاشتراط لا يلزم تحقق العنوان قبل وقوع البيع بل يكفى تحققه بوقوع البيع و لذا لا اشكال فى صحه بيع الكلى فى الذمه و الحال ان الكلى فى الذمه لا تحقق له قبل العقد فلاحظ.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨

### **[أقسام الحق و ما يقع منها عوضا]**

«قوله قدس سره: و أما الحقوق فان لم تقبل ...»

الذى يختلج بالبال أن يقال: كل حق اذا كان قابلا للنقل الى الغير يمكن جعله ثمنا فى البيع.

وقال سيدنا الاستاد على ما فى التقرير فى جملة كلام له: الا أنه لا يمكن جعله ثمنا فى البيع بداهه ان الحق حكم شرعى غير قابل لان تتعلق به اضافه ملكيه أو غيرها «١».

وفيه انا نسأل اى دليل دل على لزوم ما ذكر و بعباره اخرى: لا بد فى البيع من مبيع و ثمن أى لا يكون تمليك المبيع بلا عوض و مجانيا.

ان قلت: يلزم التبديل فى طرفى الاضافه أى يدخل الثمن مكان المبيع فى وعاء الاعتبار فلو خرج الكتاب مثلا من ملك البائع و دخل فى ملك المشتري

فى مقابل دينار يلزم خروج الدينار من ملك المشتري و دخوله فى ملك البائع و هذه المبادله لا يمكن تحققها فى مورد الحق.

قلت: لا دليل على هذه الدعوى و المقدار اللازم أن لا يكون التمليك بلا عوض فلا مانع من انتقال الحق من ذى الحق الى غيره على نحو كان عنده.

و بيان أوضح: انه هل يتصور كون شخص ذا حق أم لا؟ أما على الثانى فلا مجال للبحث و أما على الاول فنقول يكفى للعوضية انتقال الحق الى البائع بعنوان الثمن على ذلك النحو الموجود عند المشتري كما انهم قائلون بانتقال الحق كحق الخيار بالارث فيكون المقام كذلك أى ينتقل الحق الى البائع كما ينتقل الى الوارث فلا اشكال من هذه الجبهه انما الاشكال فى احراز قابليه الحق للانتقال الى الغير

---

(١) مصباح الفقاهه ج ٢ ص: ٤٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩

و يحتاج اثباته الى الدليل و مقتضى الاصل الاولى عدمه فانه لو شك فى قابليه يكون مقتضى الاصل عدم الانتقال كما ان مقتضى الاصل عدم ثبوت هذه السلطنه لذى الحق اى مقتضى الاصل عدم تسلط ذى الحق على نقل حقه الى الغير فلا اشكال من هذه الجبهه.

و يمكن اثبات المدعى بتقريب آخر و هو: ان الدليل المثبت للحق الفلانى اذا كان له اطلاق يكون مقتضى اطلاقه بقاء ذلك الحق لذيه حتى بعد النقل الى الغير كما انه لو شك فى قابليه الحق للاسقاط و عدمها يكون مقتضى اطلاق دليل ذلك الحق بقاءه حتى بعد اسقاطه كما ان مقتضى استصحاب بقاءه كذلك.

لكن هذا التقريب انما يتم على مسلك المشهور القائلين بجريان الاستصحاب فى الحكم الكلى و أما على المسلك المختار فلا.

و ربما

يشكل كما فى كلام الشيخ قدس سره بأنه لا يمكن أن يتسلط الانسان على نفسه فلا يمكن أن يكون من له الخيار و من عليه الخيار متحدا.

و يرد عليه أولا: انه يمكن أن يجعل الخيار ثمنا لغير من عليه الخيار كى لا يتوجه المحذور المذكور.

و ثانيا: ان الخيار متعلق بالعقد فذو الخيار مسلط على العقد لا على الشخص.

و ثالثا: ان الكلى فى الذمه ما دام لا- يعتبر فى الذمه لا- يكون مالا- و لا- يكون قابلا لان يجعل مملوكا للغير بالبيع و نحوه و مع ذلك قائلون بجواز تملك الانسان لما فى ذمته.

و رابعا: انه أى مانع فى الاتحاد الذى صار منشأ الاشكال، ان قلت:

ان عنوانى المسلط و المسلط عليه متضائفان فلا يمكن تصادقهما على شىء واحد قلت: العالم و المعلوم متضائفان و الحال انهما

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠

مجتمعان فى ذات البارى فانه تعالى عالم بنفسه.

و بعبارة واضحة: التضاييف بما هو لا يقتضى التعدد فى المصداق الخارجى نعم بعض أقسام التضاييف يستلزم التعدد الخارجى كالعليه و المعلوليه.

و صفوه القول: انه لو استفيد من الدليل الشرعى جواز نقل الحق الفلانى فلا يبقى اشكال انما الاشكال تمام الاشكال كما سبق فى احراز امكان الانتقال.

و ربما يقال: ان الحق لا- يمكن جعله ثمنا لا- اشتراط المالىه فى الثمن و الحق لا- يكون مالا- فانه يرد عليه أولا: انه لا دليل على الاشتراط المذكور و ثانيا ان سلب المالىه عن الحق من غرائب الكلام فان المال ما يبذل بإزائه الشىء.

و ان شئت قلت: المال ما يكون مورد الرغبات و الحق يكون كذلك بلا اشكال و لا كلام و لعل قوله قدس سره فافهم اشاره الى ما

ذكرنا أو الى بعضه و الله العالم.

و لَمَّا انجر الكلام الى هنا ناسب التعرض لبيان الحق و الفارق بينه و بين الحكم فنقول: الحكم عبارته عن الاعتبار بلا فرق بين أقسامه و افراده غايه الامر الاختلاف فى متعلق الاعتبار فان المولى ربما يعتبر فعلا فى ذمه المكلف بلا اعتباره الترخيص فيكون ذلك الفعل واجبا و اخرى مع اعتباره الترخيص فيكون ذلك الفعل مستحبا و ثالثه يعتبر بين المكلف و الفعل الفلانى حريما بلا اعتباره الترخيص فيكون ذلك الفعل حراما و رابعه مع الترخيص فيكون ذلك الفعل مكروها و خامسه يعتبر المكلف مطلق العنان بالنسبه الى فعل كشرب الماء مثلا فيكون ذلك الفعل مباحا و سادسه يعتبر الملكيه لزيد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١

فيكون زيد مالكا و سابعه يعتبر زوجيه هند لبكر فتكون هند زوجته.

و هكذا و هكذا.

و بعبارته واضحه: الاحكام الشرعيه تكليفيه كانت أم وضعيه كلها امور اعتباريه و لا نتصور فى قبال الاحكام المجعوله امرا نسيمه حقا نعم جميع الاحكام داخله تحت عنوان الحق فان الحق مقابل الباطل: «الا كل شىء ما خلا الله باطل».

و من الظاهر ان الحكم المجعول للشارع الاقدس لا يكون باطلا فان وجوب الصلاه حق و الزواج حق و الملكيه حق الى غيرها من الاحكام.

ان قلت: كيف و الحال ان الحق قابل للاسقاط و الحكم الشرعى لا يكون قابلا للاسقاط قلت: هذا توهم فاسد فان حق الخيار فى بعض الاحيان غير قابل للاسقاط و مثله كثير من الحقوق التى لا تكون قابله للسقوط مضافا الى أنه لا نضائق من القول بأن الاحكام الشرعيه على قسمين قسم منها قابل للسقوط كحق القسم فانه قابل للسقوط و قسم منها

لا يكون قابلاً كحق رد السلام.

و صفوه القول: انه لا- نتصور كما قلنا غير الحكم غايه الامر الاحكام الشرعيه تختلف بحسب ما يستفاد من ادلتها فلاحظ و لا تغفل.

### [تعريف الفقهاء و المناقشه فيها]

«قوله قدس سره: ثم الظاهر ان لفظ البيع ليس له حقيقه شرعيه و لا متشرعيه ...»

البيع عباره عن تملك العين بعوض مع ابرازه بمرز و عباره واضحه: اذا اعتبر شخص ملكيه عين لشخص آخر بعوض و أبرز اعتباره الكذائي بمرز من لفظ أو فعل يصدق انه باع و يصدق انه باع العين الفلانيه.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢

و قد عرف البيع بتعاريف منها «ان البيع انتقال عين من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي».

و فيه ان البيع عباره عن فعل البائع و الانتقال اثر البيع لا نفسه و لعل الماتن ناظر الى ما ذكرنا حيث قال «في هذا التعريف مسامحه واضحه».

و منها تعريفه «بالايجاب و القبول الدالين على الانتقال».

و فيه ان البيع ليس مركبا من فعلى البائع و المشتري بل البيع فعل البائع

و أورد الشيخ على التعريف المذكور بأن البيع من مقوله المعنى لا- من مقوله اللفظ و لا- المجموع من اللفظ و المعنى و الالم يعقل انشائه باللفظ.

و يرد عليه: ان البيع لا- يكون من مقوله المعنى فقط و لا من مقوله اللفظ فقط بل البيع كما ذكرنا آنفا عباره عن الاعتبار النفساني المبرز بمرز فعلى أو قولى فالبيع عباره عن مجموع المبرز بالفتح و المبرز بالكسر.

و ان شئت قلت: المجموع من الانشاء و المنشأ عباره عن البيع.

و منها تعريفه «بنقل العين بالصيغه المخصوصه».

و يرد عليه انه لا يعتبر في إنشاء البيع الصيغه الخاصه بل يتحقق البيع بكل

مبرز بلا فرق بين كونه فعلا أو لفظا.

و أورد الماتن عليه بايرادين الاول: ان النقل لا يكون مرادفا للبيع و لذا لا يجوز انشاءه بلفظ نقلت. الثانى: انه لا يمكن إنشاء النقل بالصيغه.

و يمكن أن يقال ان النقل أى نقل العين بالعوض مرادف للبيع فالاشكال الاول غير وارد و أما الاشكال الثانى فيدفع بأن غرض عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣

المحقق ان كان مثل ما ذكرنا لا يتوجه عليه اشكال بأن يقول البيع اسم للمركب من الانشاء و المنشأ نعم يرد عليه اشكال آخر و هو:

انه لا يلزم فى البيع أن يكون انشاءه باللفظ بل يكفى ابرازه بكل مبرز كما تقدم.

و منها ما ذكره سيدنا الاستاد بقوله: «انه إنشاء تبديل شىء من الاعيان بعوض فى جهة الاضافه».

و يرد عليه: ان البيع اسم للمركب من الانشاء و المنشأ لا- أنه اسم لخصوص الانشاء و لذا لو أنشأ و لم يكن معتبرا للملكيه فى اعتباره لا يصدق عليه عنوان البائع.

و منها ما أفاده الماتن بقوله: «انه إنشاء تمليك عين بمال».

و يرد عليه أولا ما أوردنا على تعريف سيدنا الاستاد و ثانيا ان الثمن لا يشترط فيه أن يكون مالا.

فالحق ان يقال ان البيع عبارته عن تمليك عين بعوض فى عالم الاعتبار و ابراز ذلك الاعتبار بمبرز من قول أو فعل.

ان قلت: يلزم جواز انشاءه بلفظ ملكت قلت: نلتزم بالجواز الا أن يدل دليل معتبر على المنع. ان قلت: هذا التعريف لا يشمل بيع الدين على من هو عليه لان الانسان لا يملك ما فى ذمته قلت:

لا مانع عن الالتزام به و نتيجه السقوط عن الذمه.

ان قلت على هذا تدخل المعاطاه تحت عنوان البيع قلت: الحق



ان المعاطاه من مصاديق البيع و مشموله لادله جوازه كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى فانتظر و الاجماع المدعى على انها لا تكون بيعا ليس تحته شىء .

ان قلت: يلزم أن يكون الاثراء بيعا لصدق التعريف عليه.

قلت: الاثراء تقبل تمليك البائع و لا يكون تمليكا بعوض ابتداءً

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤

و مما ذكرنا يعلم عدم صحه الانتفاض بمستأجر العين فان المستأجر يقبل تمليك المنفعة من قبل المؤجر و تمليكه للعين تبعى و أيضا يعرف عدم الانتفاض بالصلح على عين بمال و بالهبة المعوضه فان الصلح عباره عن التسالم و نتيجه تختلف بحسب الموارد و أما الهبة المعوضه فلا معاوضه بل تمليك بلا عوض غايه الامر يشترط فيه التمليك من طرف المتهب أيضا شيئا.

### [أولى التعاريف للبيع]

«قوله قدس سره: بقى القرض داخلا فى ظاهر الحد ...»

فانه انتقض التعريف بالقرض بتقريب: ان القرض تمليك عين بعوض و الحال ان القرض لا يكون بيعا.

و أجاب الماتن بان القرض ليس معاوضه بل تمليك على وجه ضمان المثل أو قيمه. و يرد عليه انه على هذا لا يكون للمقترض رد نفس العين فى مقام الاداء و الحال انه لا اشكال فى جوازه فالحق أن يقال: ان القرض تمليك عين على وجه ضمان الجامع بين العين و المثل أو ضمان الجامع بين العين و قيمه فان العين ان كانت مثليه يدخل القرض تحت القسم الأول و ان كانت قيمه يدخل تحت القسم الثانى.

و استدل الماتن على عدم كون القرض معاوضه بعدم جريان ربا المعاوضه فيه اى الربا القرضى أوسع دائره من الربا الجارى فى المعاوضه و بعباره اخرى: مطلق الزيادة ممنوع فى باب القرض.

و استدل على مدعاه ثانيا

بعدم جريان الغرر فيه فان قرض المجهول جائز و استدلال ثالثا بعدم ذكر العوض فلا يكون القرض داخلا فى المعاوضات و أخيرا أمر بالتأمل بقوله: «فتأمل».

و لعله اشاره الى أن الوجوه المذكوره لا تدل على المدعى اذ يمكن

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥

أن يكون القرض من المعاوضات و مع ذلك الشارع الاقدس خصصه بأحكام خاصه و لكن الحق كما تقدم ان القرض تمليك على وجه الضمان على النحو الذى ذكرنا.

### [استعمال البيع فى معان أخر]

«قوله قدس سره: احدها التمليك المذكور لكن بشرط تعقبه ...»

الظاهر انه لا- يمكن الالتزام بكون لفظ البيع اسما للمركب من الايجاب و القبول لا-نه اذا باع زيد داره من عمرو بقوله بعتك دارى بعوض كذا فلا- اشكال فى أنه أنشأ البيع و مع تقييد مفهوم البيع بالقبول كيف يمكن إنشاء البيع و كيف يصدق مفهوم البيع.

و بعبارة واضحة لو قلنا بأن مفهوم البيع متقوم بالايجاب و القبول لا- يمكن إنشاء البيع قبل القبول اذ يلزم الخلف المحال و أما كون البيع اسما للآثر الحاصل فقد مر انه غير سديد و قلنا:

ان البيع اسم للمؤثر لا- للآثر و أما كونه اسما لنفس العقد المركب فقد مر أننا ان البيع اسم لفعل البائع لا للمجموع من فعلى البائع و المشتري.

«قوله قدس سره: لا الكسر و الانكسار ...»

الظاهر انه لا- فرق بين الايجاب و الوجوب و بين الكسر و الانكسار فان الايجاب اذا تحقق فى الخارج يتحقق الوجوب فان الايجاب عبارة عن ايجاد الوجوب كما ان الكسر اذا تحقق لا يعقل ان لا يتحقق الانكسار و بعبارة واضحة: الانكسار عبارة عن قبول الكسر و اذا فرض تحقق الكسر يتحقق الانكسار بلا اشكال و

لا كلام.

«قوله قدس سره: فضلا عن أن يجعل احد معانيها ...»

حق العبارة ان يقال: احد معانيه بتذكير الضمير فان الضمير يرجع الى لفظ البيع فلا بد من كونه مذكرا و الظاهر ان غرضه ان

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦

القيد المذكور غير داخل فى المصطلح فى لفظ البيع فضلا عن أن يكون داخلا فى احد معانيه لغه.

### [البيع و نحوه من العقود اسم للصحيح أو الأعم]

#### إشاره

«قوله قدس سره: ثم ان الشهيد الثانى نص فى كتاب اليمين من المسالك على ان عقد البيع و غيره من العقود حقيقه فى الصحيح ...»

يقع البحث فى هذا الموضوع فى جهات:

### الجهه الأولى فى انه ما الوجه فى أن الفقهاء رضوان الله عليهم يتمسكون بالإطلاق فى أبواب المعاملات

حتى على القول بكون الفاظها موضوعه للصحيح و أما فى باب العبادات فيفصلون بين القول بكون الفاظها موضوعه للاعم و بين القول بكون الفاظها موضوعه لخصوص الصحيحه فعلى القول بالاعم يأخذون بالإطلاق و أما على القول بالصحيح فلا.

فنقول الظاهر ان وجه التفصيل ان الاخذ بالإطلاق متوقف على صدق المفهوم الذى يكون موضوعا للحكم أو يكون متعلقا له و يشك فى قيد زائد فيؤخذ بالإطلاق و ينفى القيد الذى احتمل كونه قيذا مثلا لو قال المولى اعتق رقبه و شك فى اشتراط الرقبه بكونها مؤمنه يؤخذ بإطلاق الرقبه بأن يقال الرقبه الكافره رقبه و يصدق عليها عنوان الموضوع المأخوذ فى الدليل و مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين المؤمنه و الكافره أو لو قال المولى اكرم العالم يكون مقتضى اطلاق الاكرام عدم الفرق بين انواعه فباى نحو يصدق الاكرام يحصل الامتثال و على هذا الاساس نقول: اذا كان لفظ الصلاه موضوعا للصحيح و شك فى جزئيه السوره لا مجال للاخذ بالإطلاق اذ صدق لفظ الصلاه بماله من المفهوم على الفاقد للسوره مشكوك فيه و مع الشك فى الصدق لا مجال للاخذ بالدليل فانه قد قرر فى محله انه لا يجوز الاخذ بالعام أو المطلق فى الشبهه المصدقيه و أما على

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧

الاعم فلا مانع عن الاخذ بالإطلاق اذ قد فرض صدق المفهوم على الفاقد للسوره و الشك فى أمر زائد فلا مانع عن الاخذ بإطلاق الدليل.



المعاملات فمع فرض كون اللفظ اسما لخصوص الصحيح لا مانع عن الاخذ بالإطلاق لان المقصود بالبيع و نحوه من بقيه العقود امور عرفيه و لا تكون من مخترعات الشارع كالمصلاه مثلا فحدود المفهوم واضحه عند العرف و دليل الامضاء قد أمضى العقد العرفى.

و صفوه القول: ان صدق الموضوع فى العقود محرز فلا مانع عن الاخذ بإطلاق دليل الصحة و أما فى العبادات فحيث أن حدود الموضوع أو المتعلق غير محرز على القول الصحيحى فلا مجال للاخذ بالإطلاق و هذا هو الفارق بين المقامين.

### **الجهه الثانيه فى ان ألفاظ العقود و الايقاعات هل تكون موضوعه لخصوص الصحيح أو للاعم من الصحيح؟**

فنقول تاره يقع الكلام فى الصحة الشرعيه و لا اشكال فى ان الصحة الشرعيه لا دخل لها فى الموضوع له و الوجه فيه: ان الامضاء الشرعى تعلق بما يكون بيعا فى نظر العرف فمفهوم البيع مثلا مثل مفهوم العالم فكما ان العالم مفهوم عرفى ربما يتعلق به حكم شرعى كوجوب الاكرام كذلك مفهوم البيع بلا فرق.

و ان شئت قلت: لفظ البيع و بقيه الفاظ العقود و الايقاعات لا- تكون لها حقيقه شرعيه بل لا مجال لتوهم ان الصحة الشرعيه تكون دخيله فى الموضوع له فان البيع عباره عن فعل البائع و يتحقق بفعله اعم من أن يتعقبه القبول أم لا كما تقدم و الحال ان الصحة الشرعيه لا تتحقق الا بعد تحقق القبول و اجتماع جميع الشرائط المقرره الدخيله فى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨

حصول الملكيه و تحقق النقل و الانتقال فكيف يتصور أن تكون الصحة الشرعيه دخيله فى الموضوع له؟

و لكن مع ذلك الحق ان لفظ البيع مثلا- موضوع لخصوص الصحيح كما قلنا سابقا فان لفظ البيع اسم للاعتبار المبرز بمبرز من فعل أو لفظ بل لا يتصور

فيه الفساد.

و بعبارة واضحة: كما ان لفظ سقمونيا موضوع لمركب خاص كذلك لفظ البيع موضوع لمركب اى الاعتبار المبرز و ان شئت قلت: كما ان لفظ الذهب اسم لجوهر خاص و ربما يترتب عليه حكم شرعى كحرمه لبسه مثلا كذلك لفظ البيع فهل يصح أن يقال: ان لفظ الذهب هل هو موضوع للصحيح أو للاعم.

نعم يصح أن يقال: ان البيع الذى يكون مورد الامضاء الشرعى مشروط بشروط مقرره فى محالها فالحق أن يقال - كما قلنا سابقا: - ان لفظ البيع مثلا- اسم للاعتبار المبرز بمبرز من قول أو فعل و هذا الاعتبار المبرز لو تعقبه القبول من قبل المشتري يمكن أن يقع موردا لامضاء العقلاء و أيضا يمكن ان يقع مورد لامضاء الشارع و يمكن ان يقع موردا لامضاء العقلاء و لا يقع مورد امضاء الشارع كما فى بيع الغرر.

و مما ذكرنا ظهر فساد ما أفاده الشهيدان من أن الفاظ العقود موضوعه لما هو الصحيح فان الظاهر من كلامهما بل من صريحه ان لفظ البيع مثلا- اسم للبيع التام -الجزء و الشروط المترتب عليه النقل و الانتقال فان الامر ليس كذلك كما اتضح كمال الوضوح.

ان قلت: فما الوجه فى أخذ المقر بالبيع باقراره؟ قلت: الظاهر ان الوجه فيه الانصراف فان المقر اذا قال بع داري من زيد يكون المنصرف إليه من كلامه انه باع داره من زيد مع الشروط المقرره

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩

و تحقق القبول من قبل زيد.

و بعبارة اخرى: يكون قوله «بع داري من زيد» فى قوه قوله ان داري انتقلت الى زيد بالبيع» و لا اشكال فى حجية ظهور الالفاظ عند العقلاء و أخذ المقرين باقراراتهم و ترتيب

### الجهه الثالثه: فى أنه هل يمكن ان يقال ان البيع مثلا اسم للصحيح الجامع للاجزاء و الشرائط

و أنما الاختلاف بين الشرع و العرف فى الامور الدخيله فيه و بعبارة اخرى لا- خلاف فى أن اللفظ موضوع لذلك المفهوم الجامع لجميع الخصوصيات؟

الظاهر انه لا مجال للقول المذكور فان البيع ليس من الامور المتأصله الخارجيه كالذهب و الفضة و امثالهما كى يقال بأن الانظار فى تشخيصها مختلفه بل البيع أمر اعتبارى امره بيد معتبره و من الظاهر ان الامر الاعتبارى يختلف باختلاف الانظار و الاشخاص فلا مجال للتخطئه.

### الجهه الرابعه: انه على القول بكون الفاظ العقود اسامى لخصوص الصحيح الشرعى هل يمكن الاخذ بالإطلاق أم لا؟

الحق أن يفصل و يقال أما الاطلاق اللفظى فلا- مجال له فان الاخذ بالإطلاق اللفظى يتوقف على احراز صدق المفهوم و مع الشك فى الصدق لا مجال للاخذ بالدليل لعدم جواز الاخذ بالدليل فى الشبهه المصداقيه كما تقدم.

و أما الاطلاق المقامى فالحق انه يمكن الاخذ به بتقريب: ان الشارع الاقدس بقوله احل الله البيع فى مقام الافاده و اعطاء ضابطه كليه فى جميع الموارد و اعلام المكلفين بأن البيع فى قبال الربا امر جائز مؤثر شرعا.

و بعبارة واضحه: يكون الشارع الاقدس فى مقام البيان فلو لم يكن

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠

البيع على نحو الاطلاق صحيحا مؤثرا و تكون صحته منحصره بخصوص البيع الواجد لجميع الشرائط المقرره الشرعيه لا يترتب على كلامه الاثر المرغوب منه و لعل قول الماتن «فتأمل» اشاره الى فساد اصل المبنى كما هو كذلك فانه ظهر مما ذكرنا فساد توهم كون الفاظ العقود و الايقاعات موضوعه لخصوص الصحيحه شرعا فلاحظ.

### [الكلام فى المعاطاه]

#### اشاره

«قوله قدس سره: اعلم ان المعاطاه على ما فسرته جماعه أن يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه ...»

يقع الكلام فى هذا المقام فى جهات:

الجهه الأولى: فى بيان معنى المعاطاه

و المعاطاه لغه عباره عن اعطاء كل واحد من شخصين شيئا لآخر على ما هو مقتضى ما يفهم من باب المفاعله و أما اصطلاحا فهى عباره عن إنشاء البيع بالفعل و بعباره اخرى: لا- يكون المراد من المعاطاه فى اصطلاح الفقهاء تحقق مفهوم المفاعله بل المراد منها البيع الفعلى فى مقابل البيع اللفظى.

### **الجهه الثانيه: فى الاقوال الوارده فى المعاطاه و بيان المختار منها.**

#### **القول الأول: ان المعاطاه تقيد الملكيه الجائزه**

. و فيه ان المعاطاه اما يصدق عليها عنوان البيع و اما لا يصدق أما على الثانى فلا مقتضى لترتب الملكيه عليها فلا موضوع للجواز و اللزوم و أما على الاول فلا- وجه للالتزام بكونها جائزه فان الجواز كاللزوم محتاج الى الدليل فلا بد من ملاحظه النصوص الخاصه كى نرى انه هل فيها ما يدل على القول المذكور.

#### **القول الثانى: ان المعاطاه تقيد الملكيه اللازمه ان كان الدال عليها اللفظ.**

و فيه انه ان كان المراد من التفصيل المذكور انه لا بد من اقامه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١

قرينه على أن المراد من المعاطاه و المقصود منها البيع فالتفصيل المذكور حق اذ مع عدم اقامه قرينه على إرادته البيع تكون المعاطاه أعم و ان كان المراد ان اللفظ له خصوصيه، فيرد عليه انه لا- خصوصيه لكون القرينه لفظا بل الميزان بكون المراد بالمعاطاه البيع.

#### **القول الثالث: ان المعاطاه تقيد إباحه جميع التصرفات الا التصرفات التى تتوقف على الملك.**

و فيه ان الكلام فى المعاطاه التى يقصد بها الملك و يقصد به البيع فاما يصدق عليها البيع و يصح فلا بد من ترتب آثار البيع عليها و اما لا يصدق عنوان البيع عليها فتكون لغوا و بلا اثر فالقول به بالإباحه المجرده قول بلا دليل.

#### **القول الرابع: انها معامله فاسده**

. و فيه انه لا بد من ملاحظه ادله صحه البيع و انها هل تقتضى بطلان البيع اذا كان بالمعاطاه.

#### **القول الخامس: انها معامله مستقله مفيده للملكيه و لا تكون بيعا.**

و فيه انه قد تقدم منا أن البيع عباره عن اعتبار الملكيه و ابراز ذلك الاعتبار بمبرز من قول أو فعل فاذا قصد بها مفهوم البيع تكون من مصاديق البيع و اذا لم يقصد بها مفهوم البيع فما هو المقصود منها؟

#### **القول السادس: انها تقيد إباحه جميع التصرفات**



حتى التصرفات المتوقفة على الملك مع بقاء كل من العوض و المعوض على ملك المالك و الانتقال يتوقف على التلف فانه بتلف احدى العينين ينتقل كل من العوضين.

و فيه: انه قول بلا دليل فان المعاطاه المقصود بها البيع اما يشملها دليل صحه البيع و اما لا يشملها أما على الاول فلا بد من ترتب الاثر المترتب على البيع و أما على الثاني فلا وجه لما افيد لعدم الدليل عليه.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢

### **القول السابع: ان المعاطاه كالبيع اللفظي بلا فرق بين المقامين**

بتقريب أن المعاطاه المقصود بها البيع من مصاديق البيع فتكون كالبيع اللفظي مشمولاً لدليل الامضاء و هذا القول موافق مع القاعده فلا بد من الالتزام به.

**اذا عرفت ما تقدم نقول يمكن الاستدلال على كون المعاطاه مفيده للملكيه كالبيع بوجوده.**

### **الوجه الأول: السيره المستمره الى زمان المعصوم عليه السلام**

فانه لا اشكال في تحقق السيره المذكوره ان قلت: ان السيره المشار إليها ناشيه عن قله المبالاه بالدين قلت: ليس الامر كذلك فان السيره جاريه بين جميع الطبقات من المتدينين و العلماء و هذه السيره مستمره الى زمانهم عليهم السلام.

ان قلت: الاجماع المدعى على أن المعاطاه لا تفيد الملك بل تفيد إباحه التصرف رادع للسيره قلت: لم يتم الاجماع تعبدى فان أقوالهم مختلفه مضافا الى أن الاجماع على فرض تحققه محتمل المدرك ان لم يكن مقطوعا به.

### **الوجه الثاني: قوله تعالى «قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا»**

«١». و يمكن الاستدلال بالآيه الشريفه بنحوين: أحدهما: ان الآيه الشريفه تدل على امضاء المعاطاه بالدلاله المطابقه فان الحل فى اللغه بمعنى الاطلاق و الارسال و هذا المعنى يناسب التكليف و الوضع كليهما فان المستفاد من الآيه الشريفه ان البيع مطلق و مرسل لا حرمة فيه و يناسب الحليه الوضعيه و التكليفيه كليهما.

و بعبارة اخرى: يراد من الكلمه الاطلاق على نحو الاطلاق

---

(١) البقره / ٢٧٥.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣

فلا يتوجه الاعتراض بأن استعمال اللفظ فى أكثر من معنى واحد خلاف القاعده الاولى.

و ان ابيت عن ذلك نقول: لا اشكال فى أن المراد من الآيه الحليه الوضعيه فان جواز الاعتبار النفسانى بمبرز لفظى أو قولى كما لا اشكال فيه و غير قابل للذكر فيكون المراد الحليه الوضعيه.

و بعباره واضحه: يكون المولى فى مقام جعل القانون للناس فى معاملاتهم فلا يناسب بيان التكليف فقط بل اللازم بيان الوضع فلا اشكال فى تماميه الاستدلال بالآيه.

ثانيهما: ان الحل تعلق بالتصرفات الواقعه بعد البيع. و بعباره واضحه: ان المستفاد من قوله تعالى حرم الربا، حرمه الربا تكليفا فيناسب أن المراد من الحليه المتعلقه بالبيع الحليه التكليفيه و حيث ان الحليه

التكليفه بالنسبه الى نفس الانشاء أمر غير قابل للذكر كما سبق يكون المراد تحليل التصرفات الواقعه فى المأخوذ بالمعاطاه فتدل الآيه الشريفه على خصوص الملكيه بالمعاطاه بالدلاله الالتزاميه فان حليه التصرفات حتى التصرفات المتوقفه على الملك يستلزم عقلا تحقق الملكيه بالمعاطاه.

و يمكن أن يرد على التقريب المذكور بأن حليه التصرف لا تدل على تحقق الملكيه من أوّل الامر بل يكفى تحققها حين وقوع التصرف.

و ربما يقال: ان جواز التصرف ثابت من أوّل الامر فيدل على تحقق الملكيه من زمان حدوث البيع.

و يجاب عن التقريب المذكور ان جواز التصرف لا يستلزم تحقق الملكيه بل المستلزم لها وقوع التصرف خارجا.

ان قلت: الحكم لا يعين موضوع نفسه و بعبارة اخرى: الحكم

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤

لا يتعرض لموضوعه وجودا و عدما بل نسبه الموضوع الى الحكم نسبه الشرط الى المشروط فكيف يمكن أن يستفاد من جواز التصرف حصول الملكيه؟

بل يمكن أن يقال: ان دليل التوقف يخصّص دليل جواز التصرف قلت: ان الحكم لا- يتعرض لموضوعه و هذا صحيح و لا اشكال فيه لكن ندعى ان دليل جواز مطلق التصرف و عمومه يكشف عن حصول الملكيه و مع كشف حصول الملكيه لا مجال لتقريب التخصيص فان دليل الكشف وارد على دليل اشتراط التصرف الكذائى بالملكيه فان المفروض تحقق الملكيه غايه لامر لا دليل على حصول الملكيه من أوّل الامر.

و يمكن اثبات حصول الملكيه من أوّل الامر بتقريب آخر و هو ان المستفاد من قوله تعالى «احل الله البيع» جواز التصرفات المرتبه على البيع و ان شئت قلت: العرف يفهم من هذه الجملة ان الشارع الاقدس جعل البيع على ما هو عليه عند الناس فبالظهور العرفى يتم

مضافا الى أنه لو تم هذا الاشكال يعم العقد اللفظى و لا- يختص الاشكال بخصوص المعاطاه و الذى يهون الخطب ان الآيه الشريفه تدل على المدعى بالمطابقه فلا تصل النوبه الى التقريب الاخر فلاحظ.

**الوجه الثالث: قوله تعالى « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ »**

«١» فان المراد من الاكل فى الآيه الشريفه التملك و عليه اما يكون الاستثناء الواقع فى الآيه الشريفه متصلا و اما يكون منقطعا أما على الاول فتدل الآيه

(١) النساء / ٢٩.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥

على عدم جواز تملك مال الغير باى سبب من الاسباب لكون الاسباب كلها باطله الا التجاره عن تراض فان الاستفادة من الآيه ان السبب الوحيد الشرعى لتملك مال الغير عباره عن التجاره عن تراض و حيث ان المعاطاه مصداق للتجاره عن تراض يحكم بصحتها.

و عن صاحب البلغه: ان الاستثناء الواقع فى الآيه اذا كان متصلا يلزم اما النسخ و اما التخصيص المستهجن اذ لا ينحصر جواز التملك بالتجاره عن تراض فانه يجوز تملك مال الغير بالهبه و الوصيه و الوقف و الصدقه و اروش الجنائيات و الاباحه و غيرها من النواقل الشرعيه.

و الجواب عن الاشكال المذكور ان جمله من النواقل داخله تحت عنوان التجاره عن تراض كالاجاره و الهبه و الصدقه و نحوها و الباقي لا يصل الى حد يوجب تخصيص الاكثر المستهجن.

مضافا الى أن الموضوع الذى جعل مستثنى منه عنوان التملك و جمله من الاسباب خارجه عن العنوان المذكور كالارث و الزكوات و الاخماس و الوقوف و الوصيه التمليكيه على احد الوجهين.

و صفوه القول: انه على القول بالاتصال يستفاد حصر السبب فى التجاره و أما على فرض كون الاستثناء منفصلا فأیضا تدل الآيه على الحصر و ذلك لان الاستفادة من الآيه ان الشارع

الاقدرس فى مقام بيان تميز السبب الصحىح عن السبب الباطل فبالاطلاق المقامى يتم الامر.

و بعباره اخرى: على القول بالانقطاع لا- دلالة فى الآيه على الحصر و لكن حيث ان المقام مقام بيان الضابطه فاهمال بعض الاسباب و عدم التعرض له يخل بالبيان فبمقتضى الاطلاق المقامى يتم تقريب الحصر فعلى كلا التقديرين يستفاد من الآيه الشريفه حصر السبب المملك

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦

شرعا فى التجاره عن تراض و حيث ان المعاطاه مصداق للتجاره عن تراض يتم الاستدلال.

و لكن فى المقام شبهه و هى ان اثبات كون التجاره أعم من البيع مشكل قال فى أقرب الموارد: «تجر تجرا و تجاره باع و اشترى» الى أن يقول «التاجر الذى يبيع و يشتري» فانه يستفاد من كلامه اختصاص مفهوم التجاره بخصوص البيع و الشراء.

و قال فى المنجد: «التجاره البيع و الشراء» و هذه العبارة أيضا تدل على ترادف التجاره مع البيع و يدل على الاختصاص أيضا حديث تحف العقول «١» فان عنوان المكاسب جعل فى هذه الروايه مقسما للاقسام و جعلت اقسامه أربعة الولايه و التجاره و الصناعه و الاجاره فيعلم ان التجاره من أقسام المكاسب و لا- يكون لفظ التجاره مرادفا للكسب و أيضا يعلم ان الاجاره قسيم للتجاره كما ان الصناعه كذلك و فسرت التجاره فى الحديث بقوله عليه السلام و أما تفسير التجارات فى جميع البيوع الخ فيعلم ان التجاره عباره عن البيع فاذا علمنا مما ذكر ان التجاره عباره عن البيع فهو و الا فلا اقل من الشك و لا طريق الى اثبات كون التجاره أعم من البيع.

و مع الشك يكون مقتضى الاستصحاب عدم عموميه المفهوم فلا مجال للاخذ بعنوان التجاره

عن تراض المذكور في الآيه الشريفه لاثبات صحه غير البيع بتقريب: انه تجاره عن تراض فيحل اكل مال الغير بها فانه قد ظهر مما ذكرنا ان صدق التجاره على غير البيع مشكوك فيه و عليه يستفاد من الآيه الشريفه انحصار جواز تملك مال الغير بالتجاره عن تراض.

(١) الوسائل الباب ٢ من أبواب ما يكتسب به الحديث ١.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧

ان قلت يستفاد من قوله تعالى «رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ» (١)، ان البيع غير التجاره فانه عطف لفظ البيع على التجاره و حمل العطف على التفسيري خلاف الظاهر قلت: الامر كما ذكرت فان الظاهر من الآيه ان البيع يغير التجاره و لو بكونه اخص منه و لكن لا بد من رفع اليد عن الظهور المذكور بتصريح اهل اللغة و بحديث تحف العقول بالتقريب الذي ذكرنا.

اضف الى ذلك ان غايه ما في الباب ان لفظ التجاره استعمل في الاعم من البيع كى لا يلزم كون العطف تفسيريا لكن الاستعمال أعم من الحقيقه و اصاله الحقيقه لا تكون اصلا تعديا كى يقال: ان مقتضى اصاله الحقيقه ان الموضوع له للفظ التجاره أعم من البيع.

فالتتيجه انه لا دليل على تغاير اللفظين من حيث المعنى بل يمكن أن يقال انه يتبادر من لفظ التجاره البيع و مقتضى الاستصحاب القهقري كون لفظ التجاره مرادفا للبيع في زمان الصادقين عليهما السلام.

ان قلت: على فرض اختصاص عنوان التجاره بالبيع يلزم تخصيص الاكثر فانه يحل اكل مال الغير بالاتهاب و الاجاره و الصلح و القرض الى غيرها من الاسباب المملكه.

قلت يبقى تحت العام جميع التملكات الحاصله بسبب العقود الفاسده بالبيع الغررى أو الربوى

و بانواع القمار و المنابذه و الملامسه و الغاره و النهب و على الجملة كل سبب موجب لتملك مال الغير اذا لم يكن تجاره عن تراض مع اجتماع الشرائط المقرره يكون باطلا الا موارد خاصه مع الشرائط المقرره و لا يلزم تخصيص الاكثر المستهجن.

(١) النور / ٣٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨

**الوجه الرابع: قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»**

«١» فان مقتضى عموم الآيه وجوب الوفاء بكل عقد و المعاطاه من العقود و وجوب الوفاء يستلزم صحه ذلك العقد فتكون المعاطاه صحيحه شرعا بمقتضى الآيه الشريفه.

وفيه: ان وجوب الوفاء المستفاد من الآيه ليس وجوبا تكليفيا اذ من الظاهر ان الفسخ ليس محرما شرعا فيكون مفاد الآيه ارشادا الى اللزوم و عليه نقول: الاهمال غير معقول فى الواقع فالعقد الذى حكم بلزومه اما يكون خصوص الصحيح أو الاعم منه و من الفاسد أو خصوص الفاسد لا سبيل الى الثانى و الثالث فيكون الشق الاول متعينا فيلزم فرض العقد صحيحا كى يترتب عليه اللزوم و كون المعاطاه من العقود الصحيحه اول الكلام.

و على الجملة الآيه الشريفه لا يمكن جعلها دليلا على صحه العقود بل الآيه دليل على لزوم العقد الذى فرض كونه صحيحا فى الرتبة السابقه.

**الوجه الخامس: قوله صلى الله عليه و آله ان الناس مسلطون على أموالهم**

**اشاره**

«٢» و تقريب الاستدلال بالحديث ان المستفاد منه ان كل احد مسلط على أن يتصرف فى ماله و مقتضى اطلاق التصرف عدم الفرق بين التصرف الخارجى و التصرف الاعتبارى و المعاطاه تصرف اعتبارى فى المال فيجوز و يصح بمقتضى الحديث المزبور.

**و يرد عليه: أولا ان الحديث ضعيف سندا**

فلا يكون قابلا للاستناد إليه.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩

ان قلت: ان المشهور عملوا بالخبر و عمل المشهور بالخبر الضعيف جابر لضعفه قلت: عمل المشهور به غير معلوم بل المشهور صحه المعاطاه و هذا اعم من العمل بالخبر اذ دليل صحه المعاطاه غير منحصر فى الحديث المشار إليه مضافا الى ان عمل المشهور لا يكون جابرا لضعف الخبر كما قلنا مرارا و العجب من البناء على عدم حجيه الشهره الفتوائيه و الالتزام بكونها جابره للخبر الضعيف و الحال ان ضم غير حجه الى مثله لا يترتب عليه الاثر هذا أولا.

**و ثانيا انه قيل فى المراد من الحديث وجوه:**

**الوجه الأول: أن يكون المراد منه تجويز كل تصرف على نحو الاطلاق خارجيا كان أو اعتباريا**

أى يكون المراد من الحديث تجويز كل تصرف فى المال كما و كيفا و بعبارة واضحة: يكون الحديث فى مقام تشريع كل تصرف فى كل مورد شككنا فى جواز تصرف يكون جائزا بمقتضى الحديث.

و فيه ان لازم هذا القول تحليل جملة من المحرمات كأكل الميتة مثلا و أمثاله بأن نقول بين هذه الروايه و ادله المحرمات عموم من وجه و فى مورد الاجتماع يتعارض الدليلان فان قلنا بالتساقط يكون المرجع بعده أصل البراءه و ان قلنا بلزوم اجراء قانون باب التعادل و الترجيح يلزم رعايه اجراء ذلك القانون و هل يمكن الالتزام بهذا اللازم؟ كلا.

**الوجه الثانى: أن يكون المراد من الحديث بيان الكمية فقط**

بأن نقول لو شك فى جواز العقد الفلانى كعقد السرقة فله أو التأمين يستدل على الجواز بالحديث و أما من حيث الكيفيه فلا يكون الحديث فى مقام بيان حكمها و هذا الوجه أيضا مردود اذ لازمه أن يكون الحديث فى مقام التشريع.

**الوجه الثالث: أن يكون المراد من الحديث ان الناس مسلطون على أن يتصرفوا فى أموالهم على الطرق الشرعيه**

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠

و لا يكون الحديث مشرعا فعلى جميع التقادير لا يترتب أثر على الحديث و لا يستفاد منه المدعى أما على التقدير الاول و الثانى فلما تقدم و أما على التقدير الثالث فلان الجواز متوقف على احراز مشروعيته فى الرتبة السابقه فان المستفاد من الحديث ان التصرفات التى تكون جائزه فى الشرع لا يكون الناس محجورين فى تلك التصرفات.



## الوجه السادس: اطلاق بعض ادله الاجاره و الهبه

فان تلك الاطلاقات تقتضى صحه المعاطاه فى الهبه و الاجاره و بعدم القول بالفصل يثبت المدعى فى بقيه العقود أو بالاجماع المركب.

و فيه انه قد ثبت فى الاصول عدم حجيه الاجماع المحصل فكيف بالمنقول و الذى يهون الخطب ان ما تقدم من الوجوه كافيه لاثبات المدعى فلاحظ.

### [دلاله كلام الفقهاء على بعد التوجيهين]

«قوله قدس سره: من غير أن يكون ملكه أو دخل فى ملكه ...»

يظهر من هذه العبارة ان محل الكلام مورد عدم قصد البيع اذ مع قصد البيع يحصل قصد التمليك من قبل البائع و يحصل قصد التملك من قبل المشتري.

«قوله قدس سره: و لا ينافى ذلك قوله و ليس هذا من العقود الفاسده ...»

لا يبعد أن يكون نظره فى وجه عدم التنافى الى أن العقد الفاسد لا يترتب عليه اثر و فى المقام المفروض انه تترتب عليه الاباحه فلاحظ.

«قوله قدس سره: على التأويل الاخر ...»

لعل المراد بالتأويل الاخر عدم تحقق العقد اللفظى و التأويل

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١

الاول لزوم الغرر.

«قوله قدس سره: فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر فى يده ...»

نفرض انه لو كان كتاب زيد فى يد بكر و عباء بكر فى يد زيد فتلف كتاب زيد فى يد بكر يصير العباء ملكا لزيد و كيف تتحقق الملكيه لزيد أى كيف يصير العباء ملكا لزيد بتلف ملكه فى يده بكر و الظاهر أن العبارة غير وافية بالمراد.

«قوله قدس سره: و من منع فقد أغرب ...»

لعل المراد ان من منع عن الوطى فقد أغرب.

«قوله قدس سره: لكنه محل تأمل ...»

لعل وجه التأمل ان الظاهر من كلمه احل الواقعه فى الآيه الشريفه الحكم التكليفى فلا يستفاد الحكم الوضعى

منها لكن قد سبق منا انه لا مانع من إرادته الحكم الوضعى من كلمه الاحلال و قلنا تدل الآيه على الجواز الوضعى و التكليفى بالمطابقه و لولاه لا يتم الامر اذ جواز البيع تكليفا لا يستلزم الصحه الوضعيه و لذا نقول لا اشكال فى جواز بيع مال الغير تكليفا مع عدم جوازه وضعه الا- أن يقال: حيث ان الشارع الاقدس فى مقام جعل القانون و الضابطه يفهم من حكمه بحليه البيع تكليفا ان المقصود انفاذ البيع أيضا فلاحظ.

«قوله قدس سره: و لذا ذكر بعض الاساطين فى شرحه على القواعد فى مقام الاستبعاد ان القول بالإباحه المجرده مع فرض قصد المتعاطين التمليك و البيع مستلزم لتأسيس قواعد جديده»

أى

### [ذكر بعض الأساطين إن القول بالإباحه المجرده مستلزم لتأسيس قواعد جديده]

#### اشاره

يلزم تأسيس قواعد جديده فى جمله من الموارد

#### المورد الاول: ان العقود تابعه للقصد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢

فاذا قلنا ان المعاطاه لا تفيد الملك و تفيد الاباحه يلزم أن لا يكون العقد تابعا للقصد فان المفروض ان المتعاملين قصدا للملكيه و المترتب على معاملتهما الاباحه.

و اجاب الماتن عن الاشكال الاول بجوابين احدهما: ان القائل بالإباحه فى المعاطاه لا يرى المعاطاه من العقود و لا من القائم مقامها و بعبارة اخرى: تبعيه العقد للقصد باعتبار ان صحه العقد معناها ترتب ذلك الاثر المقصود على ذلك العقد فالتخلف غير معقول و أما فى المعاطاه فليس الامر كذلك فان المعاطاه على ذلك المسلك لا تكون عقدا و لا قائما مقامه و الشارع الاقدس لا يرى المعاطاه مؤثره فى الملكيه و انما ترتب عليها الاباحه فالاشكال المذكور غير وارد على كلام القائل بالإباحه.

ثانيهما: ان تخلف العقد عن القصد فى الشريعه المقدسه له مواضع منها: ان العقد الفاسد عندهم يوجب ضمان كل من العوضين بالقيمه و الحال ان المقصود ضمان كل من العوضين بالآخر و على الجملة انهم اطبقوا على أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و قالوا بأن العقد الفاسد يوجب ضمان قيمه فالنتيجه ان العقد لم يتبع القصد لان المقصود ضمان كل من العوضين بالآخر و الحكم الشرعى الضمان بالقيمه.

ان قلت: المدرك للضمان بالقيمه قاعده اليد قلت: قد عطف القاعده فى كلام بعضهم على الوجه الأول و هو اقدامهما على الضمان فالمقصود قسم خاص من الضمان و لكن المترتب عليه قسم آخر منه.

اقول على فرض كون المدرك قاعده اليد يتم النقص أيضا على كلام بعض الاساطين أى كاشف الغطاء فان المدعى تخلف  
العقد عن القصد و فى مورد

العقد الفاسد تخلف العقد عن القصد.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣

لكن الذى يهون الخطب ان عدم التخلف و تبعيه العقد للقصد لا يكون من القواعد العقلية التى لا تكون قابله للتخصيص بل المراد من هذه القاعده ان الشارع لو أمضى عقدا فلانها يترتب عليه ذلك الغرض و هذا يحتاج الى دليل الامضاء و أما اذا فرض عدم امضاء الشارع ذلك العقد فاما يترتب عليه اثر آخر و اما لا يترتب أما على الاول فيترتب عليه ذلك الاثر الاخر بمقتضى دليله و أما على الثانى فلا يترتب عليه اثر و يكون فاسدا على الاطلاق و على كل تقدير لا يتوجه اشكال فان الاحكام الشرعية تكليفه أو وضعيه وجوديه كانت أو عدميه تابعه للادله فلاحظ

و منها: انهم قائلون بان الشرط الفاسد لا يفسد العقد و الحال ان مقصود المتعاملين تحقق العقد مع ذلك الشرط فلم يتبع العقد القصد نعم لو قلنا بفساد العقد رأسا كما عليه بعض لم تنتقض القاعده.

و قال سيدنا الاستاد «١» ما مضمونه تاره يكون الشرط شرطا لاصل العقد و الانشاء كما لو قال لو جاء زيد من السفر بعتك و الا لم ابع و اخرى يكون الشرط شرطا للالتزام آخر غير الالتزام باصل العقد أما على الاول فالعقد باطل من رأسه للاجماع على بطلان التعليق بلا فرق بين كون الشرط صحيحا أو فاسدا و أما على الثانى فلم تنتقض القاعده و لو قلنا بصحة العقد و فساد الشرط.

اقول: الشرط اذا كان لاصل العقد و كان وجود الشرط محرز لا يكون العقد باطلا مثلا لو قال بعتك ان كان هذا اليوم الجمعه و المتعاملان يعلمان بكون اليوم يوم الجمعه لا يكون

و على الجملة: كون التعليق مبطلا لا يكون بحكم العقل كى لا يكون

(١) مصباح الفقاهه ج ٢ ص ١٠٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤

قابلا- للتخصيص بل بالاجماع والاجماع دليل لى يقصر فيه بالمقدار المتيقن و القدر المتيقن منه مورد الشك و أما مع العلم بتحقق المعلق عليه لا- يبطل و عليه نقول اذا علق العقد على شرط فعل كما لو قال بعتك بشرط أن تخطب ثوبى يكون العقد صحيحا فان البيع لا يكون معلقا على الخياطة الخارجيه بل يكون معلقا على عزم الطرف على الخياطة و المفروض ان عزمه على الخياطة امر محرز و لو من باب كون الظهور حجه.

و بعباره اخرى: المعلق عليه عزمه على الفعل بالفعل و لو لم يعمل بعد و لذا يكون العقد صحيحا و لو لم يخط بعد غايه الامر التخلف يقتضى الخيار بالجعل الا-خر فعلى هذا نقول لو قال بعتك بشرط أن تشرب الخمر و قبل المشتري البيع على الشرط المذكور يصح العقد و يبطل الشرط لكونه خلاف الشرع فطبعا تكون القاعده منقوضه فما افاده الشيخ من انتقاض القاعده تام لكن لا يترتب عليه محذور فان مقتضى الجمع بين القواعد المستفاده من الشرع هكذا.

و منها: بيع ما يملك و ما لا يملك معا فانهم قائلون بالصحة مع ان العقد لم يتبع القصد فان المقصود بيع المجموع و الحال ان الصحة تختص بما يملك.

و اجاب عنه سيدنا الاستاد: بأن البيع فيما هو محل الكلام و ان كان واحدا صوره و لكن يكون متعددا فى الحقيقه غايه الامر احد البيعين منجز و الاخر معلق على اجازة المالك فلم تنقض القاعده.

و فيه أولا: انه لو كان البيع

متعددا يلزم ان يتعلق بكل واحد منهما خيار مستقل و هل يمكن الالتزام بالخيار المتعدد بتعدد البيع بالانحلال؟

و ثانيا: ان حكم الامثال واحد فاذا باع احد داره بالف دينار مثلا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥

فعلى مبنى الانحلال يلزم أن يتحقق بيوع غير متناهيه لاستحاله الجزء الذى لا يتجزى و هل يمكن الالتزام به؟ مضافا الى أنه كيف يتحقق فى مورد بيع ما يملك و ما لا يملك بيعان فانه على هذا المبنى كل جزء تعلق به البيع فلا يكون البيع منحلا الى بيعين بل الى بيوع غير متناهيه.

و الحق أن يقال: ان البيع فى أمثال المقام بيع واحد و مقتضى القاعده الاولى بطلانه اذ المجموع من حيث المجموع لا يشمل له دليل الامضاء لكونه مقارنا مع المانع و أما صحه الجزء بما هو جزء فلا يمكن أن يشمل له دليل الامضاء اذ ليس بيعا مستقلا نعم بمقتضى النص الخاص يمكن الالتزام بالتبعض بالالتزام بالصحة فى البعض دون البعض الاخر و نتعرض ان شاء الله لجهات المسأله عند تعرض المصنف فانتظر و على الجملة الحق ان البيع الواقع على المركب بيع واحد و مقتضى القاعده الاولى هو البطلان و لكن بناء الاصحاب على التفكيك و الحكم بالصحة فيما يملك فطبا تكون القاعده منقوضه فلاحظ.

و منها: ما لو باع الغاصب مال الغير لنفسه فجازره المالك يقع البيع للمالك فلم يتبع العقد القصد اذ القصد كان لنفسه و العقد يقع للمالك فالقاعده منقوضه.

و أجاب عنه سيدنا الاستاد: بأن البيع تبديل عين بعوض و قصد وقوعه عن المالك أو عن البائع خارج عن حدود البيع فلا يكون نقضا للقاعده.

و فيه ان القاعده عباره عن تبعية العقد للقصد و

معناه ان العقد يكون على طبق القصد طابق النعل بالنعل و المفروض ان الغاصب قصد تملك الثمن لنفسه و دليل الامضاء لم يعض العقد على طبق القصد فالنقض وارد.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦

و الذى يختلج بالبال فى هذه العجالة أن يقال: تاره يقصد الغاصب البيع عن المالك و يدعى انه مالك و فى هذه الصورة اذا أجاز المالك يقع البيع للمالك بلا- توجه النقص اذ المفروض ان البيع وقع عن المالك غايه الامر الغاصب يدعى المالكه و دعوى الغاصب لا تؤثر فى الواقع و اخرى يبيع لنفسه بمعنى انه يقصد خروج المبيع عن كيس المالك و دخول الثمن فى كيس نفسه ثم أجاز المالك العقد الفضولى على ما وقع عليه فان قلنا بأنه لا مانع عن بيع العين بعوض بقصد دخول العوض فى كيس غير المالك يصح العقد بالاجازه لما قرر فى محله من صحه العقد الفضولى بالاجازه و ان قلنا بعدم الجواز و عدم صحه قصد دخول العوض فى كيس غير البائع لا يكون العقد صحيحا.

و ثالثه يبيع لنفسه بمعنى انه يقصد خروج المبيع عن كيسه و دخول العوض فى كيسه فاجاز المالك العقد الواقع بهذا النحو و الظاهر فساده لعدم دليل على صحته و على جميع التقادير لا تنقض القاعده و تفصيل الكلام موكول الى مجال آخر.

و منها: انه لو نسى ذكر الاجل فى المتعه يصير العقد عقد دائم فالعقد لم يتبع القصد فان المقصود الانقطاع و الذى وقع عقد دائم.

و يمكن أن يقال: ان العاقد تاره يكون بنائه على الانقطاع لكن نسى أو غفل عن البناء المذكور و حين العقد يقصد الدوام و اخرى يقصد الانقطاع لكن لا



يذكر المده غفله أو نسيانا أو عمدا أما على الاول فلا يلزم الانتقاض اذ المفروض انه قصد الدوام فالعقد على طبق القصد و أما على الثانى فالعقد باطل لتقوم الانتقطاع بذكر الاجل و على كلا التقديرين لا يلزم الانتقاض و تعرضنا للفرع فى كتاب النكاح من كتابنا «مبانى منهاج الصالحين» فراجع ما ذكرناه هناك.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧

### **المورد الثانى: الالتزام بكون إرادته التصرف أو نفس التصرف من المملكات**

فانه لو قلنا بأن المعاطاه لا- تكون مملكه و المأخوذ بالمعاطاه مباح للآخذ و انما المملكه إرادته التصرف أو نفس التصرف و الحال ان المالك لم يخطر بباله التصرف فى ماله و لم يأذن فيه بل قصد التمليك فالالتزام بكون الإراده أو التصرف مملكه أمر جديد و قاعده جديده تأسيسيه.

و أجاب الماتن عن الاشكال المزبور بأن الجمع بين الادله يقتضى ذلك فانه لو لم تكن المعاطاه مشموله لدليل صحه البيع يكون مقتضى الاصل بقاء العين فى ملك مالكة و من ناحيه اخرى علمنا من الشرع جواز جميع التصرفات حتى التصرف الموقوف على الملك للآخذ بالمعاطاه فنلتزم بكون الإراده أو التصرف موجبا لتحقق المملكه و مع قيام دليل شرعى على الحكم لا- وجه للاستبعاد.

اقول: أما كون التصرف مملكا فلا محصل له اذ المفروض توقف جواز التصرف على المملكه و بعبارة اخرى: رتبه المملكه مقدمه على الحكم فكيف يمكن أن يكون التصرف مؤثرا فى وجود ما يكون متقدما عليه بالرتبه.

و ان شئت قلت: التصرف الخارجى يتوقف على كون المتصرف فيه ملكا و الحال ان الملك لا يحصل الا بالتصرف فالتصرف متوقف على الملك و الملك متوقف على التصرف و هذا دور و أما كون إرادته التصرف مملكه فأیضا لا ملزم له و لا دليل عليه

بل مقتضى الجمع بين الادله الالتزام بتحقق الملكيه قبل التصرف الذى يتوقف على الملك آنا ما و كذا فى مورد اتلاف الاخذ ما فى يده فانه قبل تلف العين تتحقق الملكيه آنا ما كى يتحقق الضمان بالمسمى و هذا الذى نقول نظير تصرف ذى الخيار و الواهب فى العين التى باعها أو وهبها ان

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨

قلنا بجواز تصرفهما فى العين تصرفا موقوفا على الملك.

### **المورد الثالث: [تلزم مخالفه جملة من الأصول المسلّمه فى الفقه]**

انه لو قلنا بكون المعاطاه التى يراد بها الملك مفيدا للإباحه و بقاء العين فى ملك مالكها تلزم مخالفه جملة من الاصول المسلّمه فى الفقه.

منها: تعلق الاخماس بما فى يد الاخذ مع ان الخمس لا يتعلق الا بالملك.

و اجاب الشيخ قدس سره بأن تعلق الخمس بغير المملوك مجرد استبعاد و انه لا مانع عنه ان قلت: يمكن دفع الاستبعاد المذكور بأن السيره قائمه على حصول الملكيه بالمعاطاه فلا وجه للاستبعاد فان تعلق الخمس بالملك أمر على القاعده قلت: مرجع هذا البيان الى الالتزام بأن المعاطاه تفيد الملك بمقتضى السيره فيرجع الامر بالاستدلال بالسيره على كون المعاطاه مفيده للملكيه لا الاباحه.

اذا عرفت ما ذكرنا نقول: المستفاد من الادله كتابا و سنه و اجماعا ان الخمس يتعلق بالملك فان قلنا ان المعاطاه لا تفيد الملك نلتزم بعدم تعلق الخمس بالمأخوذ و لا يتوجه اشكال و لكنه مجرد فرض اذ قد ثبت بالأدله المتقدمه ان المعاطاه كاليبيع اللفظى تفيد الملكيه فلاحظ.

و منها: تعلق الزكاه بما لا يكون مملوكا و بعبارة اخرى: اذا قلنا ان المعاطاه لا تفيد الملكيه و لم يوجد احد اسبابها و تمت شرائط تعلق الزكاه بما أخذ بالمعاطاه و الحال ان الزكاه تتعلق بالملك فالالتزام

بتعلق الزكاه بما اخذ بالمعاطاه التزام بتعلقها بغير الملك.

و يظهر الجواب فى المقام مما ذكرناه فى الخمس فانه ان قلنا بأن المعاطاه لا تفيد الملك مع الالتزام بأن الزكاه تتعلق بالمملوك نلتزم بعدم تعلق الزكاه بما اخذ بالمعاطاه و لكن قلنا ان الذى يهون

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩

الخطب ان مقتضى الادله عدم الفرق بين البيع اللفظى و المعاطاتى فى أن كليهما يقتضيان الملك، و ان قلنا ان المعاطاه من أقسام البيع فيترتب عليها ما يترتب على العقد اللفظى بلا فرق.

و أفاد سيدنا الاستاد- على ما فى التقرير- كلاما لا محصل له فانه دام ظله فصل بين المأخوذ بالمعاطاه بحد النصاب و بين ما يكون المتمم مأخوذا بالمعاطاه فقال: أما اذا كان المأخوذ بالمعاطاه بحد النصاب فتعلق به الزكاه لاطلاق الادله و أما اذا كان المتمم مأخوذا بالمعاطاه فلا تتعلق الزكاه بتقريب: ان ما يكون مملوكا لا يكون بحد النصاب و ما اخذ بالمعاطاه لا يكون مملوكا على الفرض فشرط تعلق الزكاه مفقود.

و يرد عليه: انه اذا فرض ان المأخوذ بالمعاطاه لا- يكون مملوكا كما هو المفروض فلا مجال للتمسك بإطلاق دليل تعلق الزكاه فان الزكاه تتعلق بما يكون مملوكا و ان قلنا بأن المعاطاه تفيد الملك فلا فرق بين المتمم و غيره و لعله ناظر الى امر لم يخطر ببالى لقاصر الفاتر و الله العالم.

و منها: حصول الاستطاعه بما اخذ بالمعاطاه و الحال ان الاستطاعه تتوقف على كون المكلف مالكا لمثونه الحج.

و الجواب: انه لا- يبعد ان يستفاد من الادله حتى من اطلاق قوله تعالى «و لله على الناس حج البيت الآيه» انه يصدق المستطيع على من يكون فى امكانه أن

يحيح و بعباره اخرى: من كان عنده مال مباح له التصرف فيه باى نحو من التصرف يصدق عليه عنوان الاستطاعه و المستطيع فوجوب الحجج عليه على القاعده.

و منها: صدق عنوان الغنى المانع عن اخذ الحقوق الشرعيه على الاخذ و الحال ان المباح له لا يكون مالكا على الفرض.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠

و الجواب عنه: انه ان قلنا بأن تحقق الغنى و صدق عنوان الغنى بالإباحه و لا يكون صدقه متوقفا على خصوص كون الشخص مالكا فلا موضوع للاشكال و ان قلنا ان المباح له فقير و لا توجب الاباحه سلب عنوان الفقير عنه نلتزم بجواز الاخذ فلا اشكال أيضا.

و منها: تعلق حق الشفعه بما اخذ بالمعاطاه و الحال ان حق الشفعه عباره عن أن الشريك له ان يخرج الحصه المباعه عن ملك المشتري و يدخلها فى ملكه.

و الجواب: انه ان قلنا بأن المعاطاه لا تفيد الملك لا يثبت حق الشفعه.

و عن صاحب الكفايه ثبوت الحق بالمعاطاه و لو على القول بكونها مفيده للإباحه لان موضوعه البيع و المفروض تحققه.

و يرد عليه: انه ان فرض صدق البيع على المعاطاه فلا- وجه لعدم تحقق الملكيه و ان لم يصدق فلا موضوع للتقريب المذكور فلاحظ.

الا أن يقال: انه لا اشكال فى صدق عنوان البيع عليها لكن حيث ان الاجماع قائم على عدم افادتها الملكيه نلتزم بالإباحه و لكن مع ذلك نقول: يجرى فيها حق الشفعه لصدق البيع عليها فيشمله دليل حق الشفعه و الله العالم.

و منها: ان القول بالإباحه يستلزم جريان الربا فى المباحات.

و فيه انه ان قلنا بأن المعاطاه بيع فلازمه بطلانه اذا كانت ربويه و لازم البطلان عدم ترتب اثر عليه و

ان قلنا انها لا تكون بيعا فان قلنا بجريان أحكام الربا في كل معامله فالكلام هو الكلام و ان لم نقل به لا نلتزم بجريان الربا فيها.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١

و منها: ان القول بالإباحه يستلزم ترتب الارث على المباحات مع عدم كونها مملوكة للآخذ.

و أجاب عن هذا سيدنا الاستاد بأن موضوع الارث ما تركه الميت و المباح مما تركه الميت و لا تكون للملكيه موضوعيه.

و ما أفاده غريب فان المال المباح لا يكون مما تركه الميت بل ملك لمالكه و المقصود مما ترك مملوكاته لا أموال الناس و الحق في الجواب ان يقال: انه ان قلنا بأن موت احد المتعاملين يلزم المعاطاه يتم الامر اذ يموت الآخذ تتبدل الاباحه بالملكيه فيرتفع الاشكال و لا موضوع للاستبعاد.

و منها: تعلق حق المقاسمه و المفارزه بالمباح. و الجواب انه ان قلنا بأن حق المقاسمه يتعلق بمن يجوز له التصرف و لو كان بالإباحه فلا يتوجه اشكال من هذه الجبهه كما هو ظاهر.

و منها: تعلق حق المقاصه بغير الملك و الجواب انه على القول بكون المعاطاه مفيده للإباحه لا الملك نلتزم بعدم جواز المقاصه من المال المأخوذ بالمعاطاه

و منها: تعلق حق النفقات بغير المملوك و الجواب انه اذا كان التصرف في المأخوذ جائزا للآخذ فيجب عليه أن يعطى نفقه من تجب عليه نفقته.

و منها: تعلق الدين بغير المملوك. و فيه ان كان المراد حق الديان يوجب حجر الآخذ فلا دليل عليه لان المفلس يحجر عن التصرف في مملوكه و ان كان المراد انه يجب عليه اداء دينه فيمكن أن يكون ما ذكر على القاعده اذ بعد جواز التصرف في المال يجب عليه اداء ما

يجب عليه.

مضافا الى أن مثل هذه التصرفات يوجب خروج العين عن ملك

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢

المالك الاصلى و دخوله فى ملك الاخذ.

و منها: جواز الوصيه فى المباح. و فيه: ان الوصيه تؤثر بعد الموت و بالموت ينتقل المال إليه فما دام حيا لا اثر للوصيه و اذا مات فالمال يصير ملكا له فلا موضوع للاشكال.

«قوله قدس سره: و دفعه بمخالفته للسيره رجوع إليها ...».

يمكن أن يكون المراد من العبارة انه لو دفع احد الاستبعاد المذكور بالسيره بأن يقول: لا وجه للاستبعاد المذكور فان السيره جاريه على الامور المذكوره نقول: مرجع هذا الكلام الى الرجوع الى السيره و العمل بها و اذا رجعنا إليها نلتزم بكون المعاطاه مفيده للملكيه فلا موضوع للاستبعاد المذكور فلاحظ.

#### **المورد الرابع: انه لو قلنا بعدم كون المعاطاه مملكه و قلنا انها مفيده للاباحه يلزم كون التصرف من أحد الطرفين مملكا للطرف الآخر**

فانه لا قائل بكون التصرف الصادر من احد مملكا للآخر مضافا الى أن استناد تحقق الملكيه الى التصرف غريب.

و الجواب انه لو اقتضى الجمع بين الادله نلتزم بمقتضاه و لا غرابه بعد تماميه المقتضى و عدم المانع فانه استفيد من الشرع ان الوطى يلزم أن يكون فى الملك مثلا- و من ناحيه اخرى لا- يمكن الجمع بين العوض و المعوض فلو اشترى احد امه بالمعاطاه بفرش ثم وطئها يلزم أن تدخل الامه فى ملك المشتري كى يقع الوطى فى الملك و لا بد من الالتزام بدخول الفرش فى ملك بايع الامه و الا يلزم الجمع بين العوض اى الفرش و المعوض اى الامه و هو غير ممكن.

#### **المورد الخامس: ان القول بكون المعاطاه مفيده للاباحه لا الملك يترتب عليه الالتزام بجمله من المفاسد.**

الاول: كون التلف من احد الطرفين مملكا للطرف الاخر فانه لو

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣

اشترى كتابا بدرهم بالمعاطاه ثم تلف الكتاب بالتلف السماوى يلزم أن يكون تلف الكتاب مملكا للدرهم و هو غريب و بعبارة اخرى:

ان قلنا بأن الملكيه تحصل بلا سبب فهو محال و ان قلنا بأن تلف احدى العينين يوجب ملكيه الاخرى فهو غريب.

الثانى: يلزم انه لو تلف كل من العوضين مع التفريط يكون التلف معيننا للمسمى بالنسبه الى الطرفين و لا حق فى الرجوع الى

المثل أو قيمه و هذا غريب أيضا.

و بعباره اخرى على القول بعدم الملكيه فى المعاطاه مقتضى القاعده الرجوع الى المثل أو قيمه فالقول بضمان المسمى يستلزم الالتزام باحد الامرين و هما حصول الملكيه بلا سبب أو حصولها بالتلف و كلاهما محذور.

الثالث: انه ان قلنا بأن من تلف عنده المال يملك التالف قبل التلف فتحقق الملكيه قبل التلف ان كان بلا سبب يلزم المعلول بلا عله و

ان قلنا بأن التلف مملّك يلزم تقدم المعلول على علته و ان قلنا يملكه حين التلف فان زمان التلف زمان انعدام الملكيه لا زمان حدوثها.

مضافا الى أنه لا- موجب للالتزام بالملكيه فى زمان التلف و ان قلنا بحصول الملكيه بعد التلف يلزم تملك المعدوم و هو غير معقول مضافا الى أنه لغو محض و ان قلنا بعدم دخوله فى ملك من تلف عنده يلزم تملك الطرف المقابل البدل بلا عوض و هو غريب و نفى الملك مخالف للسيره و بناء المتعاملين.

الرابع: انه اذا وضع الغاصب يده على المأخوذ بالمعاطاه أو تلف عنده فان قلنا بأن الغاصب ضامن للمباح له يلزم أن يكون الغصب

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤

أو التلف عند الغاصب مملكا و هو غريب و ان قلنا بأنه ضامن للمبيع فهو غريب و مناف للسيره الخارجيه.

و يرد عليه ان الاحكام الشرعيه لا- ترتبط بالامور الخارجيه و لا مجال لاجراء الاحكام العقليه فيها فلا مجال للاستدلال بعدم جواز تقدم المعلول على علته أو استحاله وجود شىء بلا عله أو غيرهما من المحاذير العقليه بل الاحكام الشرعيه تابعه لادلتها فباى نحو استفيد الحكم الشرعى من دليله يلتزم به.

و على هذا الاساس لا نبالى بالاستبعادات المذكوره فكل أمر اقتضاه الدليل نحكم به لكن الذى يهون الخطب انه لا وجه للالتزام بالإباحه كى تفتح الباب لهذه الابحاث فلاحظ.

### **المورد السادس: ان التصرف ان جعلناه من النواقل القهرية فهو بعيد**

فان تحقق الملكيه بالتصرف الخالى عن قصد التملك أمر بعيد و ان قلنا بتوقفه على نيه التملك فالواطئ للامه من غير نيه التملك يكون واطئا بالشبهه و الجانى عليها و المتلف لها جان على مال الغير و متلف له و هل يمكن الالتزام به؟

و مما ذكرنا آنفا



فى الرد على المورد الخامس يظهر الجواب عما ذكر فى المورد السادس فانه لو اقتضى الجمع بين الادله نلتزم به و لا يترتب عليه اشكال.

### **المورد السابع: ان تصرف الآخذ فى نماء العين المأخوذه بالمعاطاه هل يكون جائزا أم لا؟**

أما الثانى فلا سبيل إليه اذ لا اشكال فى جواز التصرف و أما الاول فما هو المجرى لجواز التصرف فان قلنا بأن اذن المالك فى التصرف يشمل التصرف فى العين و فى نمائها يقال ان شموله للتصرف فى النماء أمر خفى فان المالك الاصلى لم يأذن الا فى التصرف فى نفس العين و ان قلنا بأن حدوث النماء مملك

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥

و عليه ان قلنا بأن حدوثه مملك لخصوص النماء فقط فهو بعيد اذ لا وجه للتفكيك خصوصا فى النماء المتصل.

مضافا الى عدم معهوديه كون حدوث النماء من المملكات فى الشريعة المقدسه و ان قلنا بأن حدوث النماء مملك للاصل و النماء اما بالاصاله فى كليهما و اما بالاصاله بالنسبه الى العين و بالتبع بالنسبه الى النماء فهو غريب و ينافى مع قولهم بعدم حصول الملك الا بعد التصرف المتوقع على الملك كالوطى مثلا.

و أجاب الشيخ قدس سره عن هذا المورد بجوابين الاول: ان النماء كالاصل لا يكون ملكا للآخذ نعم يجوز له التصرف كما يجوز له التصرف فى الاصل.

الثانى: انه يمكن أن يكون إباحه التصرف فى العين موضوعا لحكم الشارع بحدوث النماء فى ملك المباح له.

و أورد سيدنا الاستاد على كلا الوجهين أما الاول فلان المالك الاصلى اذا لم يأذن فى التصرف فى النماء فما وجه جوازه؟ و أما الثانى فلانه لا وجه لحدوث الملكيه بعد عدم حصول مملك لاصله و لا نمائه و لا لهما.

و أفاد فى مقام الجواب عن الاشكال وجهين آخرين

وقال: يجب عن الاشكال المذكور بهما على نحو المنفصله الحقيقيه.

الوجه الأول: ان الاذن فى التصرف فى شىء اذن فى التصرف فى توابعه عرفا.

الوجه الثانى: ان المعاطاه بيع حقيقى و يراد بها التمليك كبقية موارد البيوع غايه الامر الاجماع قائم على عدم تحقق الملكيه و القدر المتيقن من الاجماع ما قبل حدوث النماء فلا يشمل الاجماع بعده

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦

فرفع اليد عن مقتضى البيع بهذا المقدار و أما الزائد عليه فيبقى بحاله.

و يرد على الوجه الأول الذى أفاده ان المفروض ان المالك الاصلى لم يبيح التصرف بل ملك العين و ربما لم يخطر بباله التصرف فى العين كى يبيح أو لا يبيح مضافا الى أنه يرى نفسه اجنبيا عن العين بعد البيع فلا موضوع للتقريب المذكور.

اضف الى ذلك ان كون الاذن فى التصرف فى عين اذن عرفا فى التصرف فى توابعه اول الكلام و الاشكال مثلا لو اذن المالك أن يتصرف فلان فى ناقته بأن يركبه هل يكون اذنا فى شرب لبنها أيضا.

و يرد على الوجه الثانى ان المفروض ان المالك ملك العين من حين العقد و المفروض عدم تحقق ما قصده و بعباره اخرى: قام الاجماع على تخلف العقد عن القصد فالالتزام بالملك من زمان حدوث النماء يحتاج الى الدليل و بيان آخر: المالك قصد خروج العين من ملكه من زمان العقد و مقصوده لم يحصل و لم تخرج العين عن ملكه و لا مقتضى لخروجها بعد ذلك فالالتزام به يحتاج الى قيام دليل عليه.

و على الجملة: ما افاده دام ظله فى غايه الغرابه فالاولى أن يقال:

اذا اقتضى الدليل نلتزم بمفاده و الحكم الشرعى تابع لدليله و لا يكون

للعقل سبيل الى الرد و الايراد فيه.

### **المورد الثامن: قصر التمليك على التصرف مستندا الى اذن المالك فى التمليك**

فيلزم كون الاخذ بالمعاطاه موجبا و قابلا مضافا الى أن التصرف المأذون فيه يتحقق بالقبض فلا وجه لتأخر الملكيه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧

عن زمان القبض بل القبض أولى بالتأثير لاقتترانه باذن المالك بخلاف غيره.

و فيه انه لا- محذور فى اتحاد الموجب و القابل مضافا الى أنه مع اقتضاء الادله نلتزم بأن التصرف بنفسه يقتضى الملكيه كى لا يتوجه اشكال اتحاد الموجب و القابل و أما القبض فلا- مجال لقياسه بالتصرفات المملكه لاین القبض لا- يتوقف على كون المقبوض مملوكا للقباض بخلاف الوطى و نحوه فان الوطى يتوقف على كون الموطوءه مملوكه للواطى فانه لا- و طى الا- فى ملك كما انه لا يبيع الا فى ملك.

«قوله قدس سره: أوقفها بالقواعد هو الاول ...»

### **ان الماتن قدس سره بعد اختياره اللزوم فى المعاطاه استدل على مختاره بوجوه**

#### **الوجه الأول: استصحاب الملكيه بعد الفسخ فان مقتضاه بقاء الملكيه بعد الفسخ.**

ان قلت: لا- مجال للاستصحاب لاین الامر دائر بين الفرد القصير الزائل بالفسخ و الفرد الطويل الباقي بعد الفسخ و مقتضى الاستصحاب عدم تحقق الفرد الطويل. و ان شئت قلت: ان كان الفرد الذى وجد فى الخارج هو الفرد القصير فهو زائل بلا كلام و ان كان هو الفرد الطويل فهو باق لكن حيث انه مشكوك الحدوث يجرى فيه استصحاب عدم تحققه و عدم وجوده فمقتضى ضم الاصل الى الوجدان احراز عدم بقاء الملكيه.

قلت: هذا التقريب غير تام فان الملكيه لا- تنقسم الى الجائزه و اللازمه بل الجواز و اللزوم من أحكام الملك لا من أنواعه. و عبارته واضحه: الاستصحاب الذى مورد البحث فى المقام الاستصحاب

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨

الشخصى لا الاستصحاب الكلى.

ان قلت: نشك فى بقاء العلقه للمالك الاول و عدمه و مقتضى الاستصحاب بقائها فله استرجاع العين بتلك العلقه الباقيه.

قلت: لا تصور

للمالك الاول علقه بالنسبه الى العين غير الملكيه الزائله بالبيع فلا موضوع لاستصحابها بل مقتضى الاستصحاب عدم تحقق العلقه غير العلقه الملكيه الزائله نعم يمكن ثبوت الخيار له بجعل الشارع و لكن الخيار على فرض وجوده حق جديد يحدث بعد البيع.

ان قلت: يمكن جريان الاستصحاب فى حق الاسترجاع قلت: ظهر الجواب مما ذكرنا فان حق الاسترجاع ان كان فهو يحدث بعد البيع و مقتضى الاستصحاب عدم حدوثه و ان شئت قلت: أن وجوده قبل البيع أيضا مشكوك الحدوث و مقتضى الاستصحاب عدمه.

ان قلت: ان الملكيه ذات مراتب و بعض مراتبها زال بالبيع و شك فى بقاء بعضها الاخر و مقتضى الاستصحاب بقاءه.

قلت: أولا: لا- نتصور مراتب للملكيه و ثانيا: نسلم كونها ذات مراتب و لكن نقول اعتبار كل مرتبه مغاير مع الاعتبار الاخر و ان شئت قلت: كل مرتبه منها منوط باعتبار تلك المرتبه و بدون الاعتبار لا توجد و المفروض ارتفاع تلك المرتبه العليا و اما غير تلك المرتبه فلا دليل على تحققها بل مقتضى الاستصحاب عدم تحققها.

ان قلت لا اشكال فى انتفاء الملكيه لكن السلطنه على المال و قدرته على التصرف فى العين غير الملكيه و الاستصحاب يجرى فى بقاء تلك السلطنه.

قلت: هذه السلطنه موضوعها الملك فلا مجال لبقائها بعد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩

زوال الملك فلاحظ و على الجملة مقتضى الاستصحاب بقاء ذلك الملك الشخصى كبقية موارد الاستصحابات الشخصيه.

و لو سلم ما ذكر من دوران الامر بين القصير و الطويل نقول: لا مانع من جريان الاستصحاب الجامع بين الفردين فانه قد حقق فى الاصول جريان الاستصحاب فى القسم الثانى من أقسام الاستصحاب الكلى.

ان قلت: لا مجال للاستصحاب الكلى اذ

امر الكلى دائر بين مقطوع الانتفاء و مشكوك الحدوث و بعبارة اخرى: وجود الكلى عين وجود الفرد و المفروض ان الفرد مردد بين مقطوع الزوال و مشكوك الحدوث.

قلت: الكلى ليس عين الفرد بل الكلى موجود بوجود الفرد و بعبارة اخرى: الفرد و الكلى كلاهما موجودان فى الخارج و حيث نقطع بتحقيق الكلى فى الخارج و شك فى بقاءه و زواله يكون موضوع الاستصحاب تاما و لا مانع من جريانه.

مضافا الى أنه نسلم ان الكلى عين الفرد لكن نقول: لا اشكال فى تحقق فرد فى الخارج و لا اشكال فى الشك فى بقاءه فيجربى الاستصحاب لتماميه اركاناه.

ان قلت: الشك فى بقاء الكلى مسبب عن الشك فى حدوث الفرد الطويل و مقتضى الاستصحاب عدم حدوثه فلا تصل النوبه الى جريان الاصل فى الكلى.

قلت: الشك فى بقاء الكلى مسبب عن الشك فى أن الفرد الذى وجد هو الطويل أو القصير و لا مجال لتشخيصه مضافا الى أن التسبب المذكور عقلى لا شرعى و لا دليل على اعتبار الاصل المثبت و مع الاغماض عن هذا يكون جريان الاصل فى كل طرف يعارض بجريانه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠

فى الطرف الاخر فانه على هذا الاساس يمكن أن يقال: مقتضى الاصل عدم حدوث الفرد القصير فالكلى باق بقاء الفرد الطويل و بعد التعارض تصل النوبه الى استصحاب الكلى الجامع بين الفردين و لعل الشيخ قدس سره اشار الى ما ذكر من الاشكال مع جوابه بقوله «فتأمل».

ثم انه افاد الشيخ بأنه لو سلمنا عدم جريان الاستصحاب فى الكلى و يختص جريان الاستصحاب بالشخصى لكن يكفى للجريان الشك فى أن اللزوم و الجواز من أحكام الملك أو من خصوصيات السبب.

وجهه الميرزا النائيني - على ما نقل عنه - بأن التمسك بالعام في الشبهه المصدقيه غير جائز و لكن يجوز فيما يكون المخصص عقليا و في المقام كذلك اذ عدم جريان الاستصحاب فيما يدور الامر بين الفرد الطويل و الفرد القصير فان الامر دائر بين مقطوع الزوال و مشكوك الحدوث فلو شك في فرد انه داخل في هذا القسم أم لا-؟ لا- يكون مانع من الجريان اذ المفروض ان المخصص عقلي و يقتصر فيه على القدر المتيقن.

و أورد عليه سيدنا الاستاد بأن هذا التقريب انما يصح فيما نحرز كون فرد من أفراد العام و نشك في خروجه عن تحت حكمه كما لو قال المولى لعن الله بنى اميه و علمنا من الخارج انه لا- يشمل اللعن المؤمن منهم فلو علمنا بكون فرد من بنى اميه و شكنا في ايمانه يمكن الاخذ بعموم العام و أما اذا لم نحرز كونه من العام فلا مجال للاخذ بعموم العام و ما نحن فيه كذلك اذ مع الشك المذكور لا نحرز كون المورد من موارد نقض اليقين بالشك فلا مجال للاستصحاب.

ثم ان الشيخ قدس سره أيد عدم كون اللزوم و الجواز من خصوصيات الملك بأن المحسوس عدم الفرق بين الهبه اللازمه

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١

و الجائزه ثم قال: ان قلنا بأن اللزوم و الجواز و ان كانا من خصوصيات الملك فاما يكون التخصيص بجعل المالك و اما بحكم الشارع أما على الاول فلازمه ان لزوم العقد و جوازه لا بد أن يكونا منوطين بقصد المالك الرجوع و عدم قصده و هو بديهى البطلان و أما على الثانى فيلزم انتقاض كون العقود تابعه للقصود.

ان قلت: قد سبق انه

ترفع اليد عن القاعده المذكوره فى المعاطاه انتصارا للقائل بالإباحه فأیضا ترفع اليد عن تلك القاعده فى المقام.

قلت: قاعده اللزوم اى استصحاب الملك بعد الفسخ تشمل العقود اللفظيه و بجرانها فى العقود اللفظيه يثبت عم تنوع الملك بحكم الشارع و عدم الاختلاف فى السبب فى وعاء الشرع و بعد ثبوت المدعى فى العقود اللفظيه يثبت فى المعاطاه بعدم القول بالفصل فالنتیجه: انه لو شك فى أن العقد الفلانى جائز أو لازم تكون اصاله اللزوم محكمه كما انه لو شك فى أن ما وقع فى الخارج عقد لازم أو جائز يحكم باللزوم لاصاله لزوم كل عقد.

«قوله قدس سره: نعم لو تداعيا احتمل التحالف فى الجملة ...»

يمكن أن يكون المراد من العبارة انه تارة يدعى أحدهما جواز العقد و ثبوت الخيار فمن يدعى كون العقد هبه يكون مرجع دعواه الى أن له الخيار و من يدعى ان العقد صلح ينفى الخيار و حكم هذه الصوره ان المنكر للخيار ان يحلف فانّ قوله موافق للاصل و على مدعى الخيار اقامه البيئه و أما لو ادعى كل واحد منهما عقدا بخصوصه بحيث يكون المنظور اثبات ذلك الخاص يدخل المقام فى باب التداعى و حكمه التحالف فيحتمل أن يكون من القسم الأول و يحتمل أن يكون من القسم الثانى فان كان داخلا فى القسم الأول يدخل فى باب المدعى و المنكر و ان كان داخلا فى القسم الثانى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٢

يدخل فى باب التداعى فتحقق التحالف فى الجملة لا بالجملة هكذا ينبغى أن يفسر هذه العبارة.

و يرد على الشيخ قدس سره أولا: ان مرجع النزاع بين كون العقد هبه أو صلحا الى اثبات الخيار

و عدمه و بعبارة اخرى: المدعى لكون العقد هبه فى مقام اثبات الخيار و المدعى لاثبات كونه صلحا فى مقام نفى الخيار فيكون مدعى الهبه مدعيا و مدعى الصلح منكرا و لا مجال للتحالف.

و ثانيا: انه سلطنا كون كل واحد مدعيا لكن مع ذلك لا يصل الامر الى التداعى لان مقتضى الاصل عدم كون العقد الواقع فى الخارج هبه فلا خيار.

و بعبارة اخرى: اصاله عدم كون العقد الواقع فى الخارج هبه يترتب عليها عدم الخيار بلا وساطه واسطه و أما اصاله عدم كونه صلحا فلا يترتب عليها الخيار الا على تقدير اثبات كون الواقع فى الخارج هبه و من الظاهر انه لا دليل على الاصل المثبت فلاحظ.

و المتحصل مما تقدم انه لا مانع عن التمسك باستصحاب اللزوم لا ثبات عدم كون المعاطاه خياريا لكن الذى ذكرنا من حيث الاقتضاء و مع قطع النظر عن ابتلاء الاستصحاب الجارى فى الحكم الكلى باستصحاب عدم جعل الزائد و أما بلحاظه فلا مجال له اذ بالمعارضه يسقط كلا الاستصحابين فلا تغفل.

### الوجه الثانى: قاعده السلطنه

المستفاده من قوله صلى الله عليه و آله: ان الناس مسلطون على اموالهم «١».

و تقريب الاستدلال بالحديث: ان المعاطاه مفيده للملكيه و الملكيه لا تنفك عن السلطنه الفعلية و مقتضى السلطنه أن لا يمكن

---

(١) بحار الانوار ج ٢ ص ٢٧٢ الحديث ٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٣

لاحد أن يزاحم من له السلطنه فلا يكون لاحد أن يخرج الملك عن ملك مالكة.

ان قلت: ان السلطنه عارضه على الملك و لا تنافى بين هذه السلطنه و خروج الملك عن الملكيه باعمال الخيار. لا يقال: بعد اعمال الخيار و الفسخ يشك فى زوال الملكيه و عدمه و بالاستصحاب يحكم



ببقائها فانه يقال: هذا رجوع عن الاستدلال بالروايه و قاعده السلطنه الى الاستصحاب.

قلت: السلطنه المطلقه على المال تمنع عن تأثير اعمال الخيار و الفسخ. و يرد على الاستدلال أولا: ان مدرك الاستدلال عباره عن المرسله المشار إليها و المرسل لا اعتبار به و ثانيا انه قد قلنا سابقا ان مفاد الحديث عدم محجوريه المالك عن التصرفات المشروعه فى ماله و هى التصرفات التى قد ثبت فى الشرع جوازها.

و بعباره اخرى: لا تكون قاعده السلطنه مشرعه فلا يدل الحديث على مشروعيه كل تصرف و ان لم يثبت كونه مشروعاً فى الرتبه السابقه كما انه لا يدل على عدم تأثير الفسخ فالحديث قاصر عن افاده المدعى سندا و دلاله فلاحظ.

و بما ذكر ظهر انه لا مجال للاستدلال بالحديث على لزوم القرض بعد القبض كما استدل به المحقق قدس سره فى الشرائع- على ما نقل عنه- فان الحديث المذكور لا يكون قابلا للاستدلال لا سندا و لا دلاله.

### **الوجه الثالث: قوله صلى الله عليه و آله فى حديث سماعه**

عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث ان رسول الله صلى الله عليه و آله قال من كانت عنده امانه فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٤

امرى مسلم و لا ماله الا بطيبه نفس منه «١».

بتقريب انه لا يجوز التصرف بأى نحو فى مال الغير الا باذنه و من الظاهر ان تملك مال الغير من انواع التصرف فيه و عدم جواز التملك معناه عدم تأثيره شرعا.

ان قلت: الحكم دائر مدار موضوعه و المفروض ان بقاء الملكيه بعد الفسخ مشكوك فيه. قلت: مقتضى التقريب الذى ذكرنا ان نفس التملك ممنوع شرعا فلا تصل النوبه الى الاشكال المشار إليه.

و لكن الاستدلال

بالحديث بالتقريب المتقدم مخدوش من ناحيه اخرى و هى ان عدم الحل تعلق فى الحديث بالمال و لا يعقل تعلق الحرمة بالمال عينا كان أو منفعه الا بتقدير ما يناسب الحرمة و الظاهر بحسب الفهم العرفى انه تحرم التصرفات الخارجيه التى تقع فى الاعيان و عليه لا يرتبط الحديث بما نحن بصدد.

**الوجه الرابع: قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِنَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»**

«٢» فان للاستدلال بالآيه الشريفه على لزوم المعاطاه تقريبين: الاول انه يستفاد من جمله المستثنى حصر سبب التملك فى التجاره عن تراض و حيث ان تملك مال الغير بالفسخ ليس داخلا فى التجاره عن تراض لا يمكن أن يكون سببا للتملك.

و بعباره اخرى: الفسخ ليس مشموولا للتجاره عن تراض فلا يجوز التملك به شرعا و لا مجال للتوهم المتقدم و هو ان بقاء المال فى ملك مالكة بعد الفسخ اول الكلام اذ قد فرض ان التملك منحصر

---

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب مكان المصلى الحديث ١.

(٢) النساء / ٢٩.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٥

بالتجاره فلا يتحقق بالفسخ فلا مجال لان يشك فى بقاء المال فى ملك مالكة.

الثانى: ان يستدل بجمله المستثنى منه بتقريب ان المستفاد من الآيه النهى عن التملك بالباطل و حيث ان الفسخ من طرف واحد مستقلا باطل عرفا فلا يجوز و لا يصح.

و أورد عليه سيدنا الاستاد بأن الاستدلال المذكور مبنى على أن يكون المراد بالباطل، الباطل العرفى و الحال ان المراد به الباطل الواقعى و حيث انه لا ندرى ان الفسخ باطل واقعى أم لا لا يمكن التمسك بالآيه لعدم جواز الاخذ بالدليل فى الشبهه المصادقيه.

و فيه انه ما المراد من الباطل الواقعى فان الباطل من الامور التى تختلف فيه الانظار مثلا البيع الربوى باطل فى نظر

الشارع و صحيح في نظر العقلاء الذين لا يعتقدون بالشريعة.

مضافا الى أن الخطاب الى العرف و الظاهر ان المراد بكلمه «الباطل» الباطل العرفي فعليه لا- مانع من التمسك بالجمله الاولى أيضا و الله العالم.

«قوله قدس سره: و التوهم المتقدم في السابق غير جار هنا ...»

الظاهر ان الوجه فيه ان التملك و نقل مال الغير الى نفسه يتوقف على التجاره عن تراص و المفروض ان الفسخ ليس تجاره عن تراص فلا مجال لاحتمال انتقال المال الى الفاسخ.

«قوله قدس سره: لان حصر مجوز اكل المال ...»

ربما يتوهم كما هو الظاهر من العبارة ان العله المذكوره عله لقوله «و التوهم المتقدم غير جار هنا» و لكن الظاهر ان الامر ليس كذلك لعدم ارتباط بين الامرين بل هذا جواب عن اشكال و هو انه

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٦

لو قيل: ان جواز التصرف لا ينحصر بالتجاره بل يجوز التصرف في مال الغير باباحه المالك أو باباحه الشارع كما في الماره فانه يقال:

الكلام في التصرف و الاكل الذي يكون المأكول ملكا للاكل اقول:

الاكل في الآيه الشريفه عباره عن التملك، و التصرف في مال الغير بالإباحه المالكيه أو الشرعيه، يباين التملك فلا ربط بين المقامين فلا مجال للايراد المذكور فلاحظ.

«قوله قدس سره: و لذا كان اكل الماره من الثمره الممرور بها ...»

قد ظهر بما ذكرنا انه لا مجال للنقض بأكل الماره فان المار، يجوز له أن يأكل من الثمره الممرور بها و الكلام في التملك نعم النواقل الشرعيه كما في حق الشفعه و الخيار مصاديق للاكل و مع ذلك لا تكون باطله لكونها مأذونه من قبل الشارع.

**الوجه الخامس: لإثبات اللزوم عند الشك فيه و الجواز قوله عليه السلام،**

في روايه فضيل عن أبي عبد الله عليه

السلام فى حديث قال: قلت له: ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضاء منهما  
«١» فان الحديث المذكور يدل على أن كل بيع يصير لازما بعد افتراق المتبايعين.

### الوجه السادس: قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

«٢» فان الآيه الشريفه تدل على لزوم كل عقد بيعا كان أو غيره لفظيا كان أو غيره فان الوفاء عباره عن الاتمام و لذا يقال: الدرهم  
الوافى أى الدرهم التام و من الظاهر ان عدم الوفاء و عدم الاتمام و الفسخ لا تكون محرمة شرعا.

و بعباره اخرى: فسخ العقد لا يكون من المحرمات الالهيه فالامر

---

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب الخيار الحديث ٣.

(٢) المائده / ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٧

بالوفاء ارشاد الى اللزوم و يكون المراد ان العقد لا يفسخ بالفسخ فلا تفسخ.

### الوجه السابع: قوله عليه السلام: المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز

«١». بتقريب: ان الشرط عباره عن مطلق الالتزام فيكون الالتزام البيعى من الشروط و يجب الوفاء به فلا يجوز الفسخ.

و يرد عليه ان الشرط على ما يظهر من اللغه و من موارد استعماله عباره عن ارتباط احد الامرين بالآخر فالالتزام الابتدائى لا  
يصدق عليه عنوان الشرط.

و أورد سيدنا الاستاد على الاستدلال بالحديث اشكالا آخر و هو ان الظاهر من الحديث ان المراد منه الالتزامات الفعلية أى  
الالتزامات التى تتعلق بالافعال فوزان الحديث وزان قوله عليه السلام «المؤمن عند عده» فلو سلم صدق الشرط على الالتزام  
الابتدائى لا يشمل الالتزام الوضعى كالبيع و الاجاره و نحوهما.

و ما أفاده دام ظله غير تام اذ لا وجه للتقييد بل مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين المقامين نعم يشكل الامر من ناحيه اخرى و هى  
ان الالتزامات الوضعيه لها اسباب خاصه و تحققها بالاشترط يحتاج الى الدليل مثلا لو اشترط فى ضمن البيع أن يكون الملك  
الفلانى مملوكا للمشتري و التزم به فان قلنا ان الهبه لا تتوقف على صيغه خاصه نلتزم بتحققها.

و الذى يدل على تماميه المدعى ان الاصحاب و منهم سيدنا الاستاد

قائلون بأنه يصح شرط النتيجة و الشرط عباره عن الالتزام العقدى أو الايقاعى فلاحظ.

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث: ٢

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٨

**فتحصل مما تقدم ان مقتضى القواعد كون المعاطاه مقيده للملكيه اللازمه**

**اشاره**

و رفع اليد عن القواعد و الالتزام بالجواز فيها يتوقف على قيام دليل عليه

**و ما قيل فى هذه المقام وجوه.**

**الوجه الأول: ما نقل عن صاحب الغنيه من دعوى الاجماع على عدم كون المعاطاه بيعا**

فانه لو اريد من هذه الجملة ما ظاهرها اى تكون المعاطاه خارجه عن دائره البيع و لا يصدق عليها عنوان البيع فبطلان الدعوى المذكوره أوضح من أن يخفى و لو اريد من الجملة نفى لزومها فيدخل الوجه الأول فى الوجه الثالث.

**الوجه الثانى: الشهره الفتوائيه على عدم لزوم المعاطاه**

و قد تحقق فى محله عدم حجيتها.

**الوجه الثالث: الاجماع:**

و فيه ان الاجماع المنقول غير حجه و أما المحصل منه فعلى تقدير حصوله محتمل المدرك فلا يكون حجه أيضا فالنتيجه عدم تماميه الوجوه المذكوره لاثبات المدعى.

«قوله قدس سره: و قد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار ...»

الظاهر من العبارة انه يظهر من بعض الاخبار اعتبار اللفظ فى إنشاء البيع فيمكن أن يكون ناظرا الى ما ورد فى بيع المصحف لاحظ ما رواه سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن بيع المصاحف و شرائها فقال لا تشتري كتاب الله و لكن اشترى الحديد و الورق و الدفتين و قل اشترى منك هذا بكذا و كذا «١».

بتقريب ان المستفاد من هذه الطائفة اشتراط الصيغه فى صحه البيع.

و يمكن أن يكون ناظرا الى ما ورد فى بيع أطنان من قصب لاحظ ما رواه بريد بن معاويه عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى

---

(١) الوسائل الباب ٣١ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٩

من رجل عشره آلاف طن قصب فى أتبار بعضه على بعض من اجمه واحده و الانبار فيه ثلاثون ألف طن فقال البائع قد بعتهك من هذا القصب عشره آلاف طن فقال المشتري قد قبلت و اشتريت و رضيت فاعطاه من ثمنه الف درهم و وكل المشتري من يقبضه فاصبحوا و قد وقع النار فى القصب فاحترق منه عشرون الف طن و بقى عشره آلاف طن فقال العشره آلاف طن التى بقيت هى للمشتري و العشرون التى احترقت من مال البائع «١».

و يمكن أن يكون ناظرا الى النصوص الداله على حصر المحلل و المحرّم

فى الكلام لآظ ما رواه ابن الحجاج؁ قال قلت لآبى عبد الله عليه السلام الرجل يجرى ء فىقول اشتر هذا الثوب و اربحك كذا و كذا قال: أ لفس ان شاء ترك و ان شاء أخذ؟ قلت: بلى قال لا بأس به انما يحلل الكلام و يحرم الكلام «٢».

«قوله قدس سره: بل يظهر منها ان ايجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطى كان متعارفا بين اهل السوق و التجار».

لاظ ما رواه برىد «٣» و على جمىع التقادىر لا يتم ما أفاده فان هذه النصوص لا تكون فى مقام بىان كىفاه إنشاء البىع كى يقال: ان الم استفاد منها اشتراط كون إنشاء البىع باللفظ فان الحدىث الوارد فى بىع المصحف ارىد منه ان البىع يلزم أن لا يقع على نفس القرآن كما أن الحدىث الوارد فى بىع الاطنان من القصب فى مقام بىان انه لو باع الكلى فى المعىن و تلف من المبىع مقدار ما حكمه؟ و من ناحىه اخرى بىع الكلى فى المعىن كعشره آلاف طن لا بد ان بىبن باللفظ.

---

(١) التهىذ ب ج ٧ ص ١٢٦ الحدىث ٢٠.

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام العقود الحدىث ٤.

(٣) قد تقدم آنفا.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب؁ ج ٢؁ ص: ٦٠

و على الجملة: لا استفاد من هذا الحدىث اشتراط البىع بكونه لفظىا و أما حدىث خالد بن الحجاج فهو ضعيف سندا مضافا الى أنه قد فرض فى الكلام فقال عليه السلام: الكلام المفروض ان كان بعنوان المقاوله فلا بأس و ان كان على نحو المعامله فلا يجوز كما ان المتعارف الخارجى على فرض تسلمه لا يكون دلىلا على لزوم اللفظ.

و استفاد من الشىخ انه لو كان دلىل لفظى دالا على الاشتراط

كان الانسب أن يستدل به و الحال انه استدل بالسيره و الاجماع و الشهره فلاحظ.

و يمكن أن يكون ناظرا الى ما ذكره آنفا من قوله أم وجد و لكن لم ينشأ به بل كان من جمله القرائن على قصد التمليك بالتقابض و قد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار الخ فيفهم من هذه الجملة انه يظهر من الاخبار ان اللفظ يكون قرينه على المراد لا أن الاخبار تدل على الاشتراط.

«قوله قدس سره: بل يمكن دعوى السيره ...»

يرد عليه ان الامر ليس كذلك فان السيره الجاربه فى زماننا ليست كذلك فان السيره جاربه على مجرد التعاطى و على فرض تحقق السيره لا- أثر لها فان مجرد جريان السيره على أمر فى الخارج لا- تدل على الوجوب و اللزوم فالادله الداله على كون المعاطاه تفيد الملكيه اللازمه محكمه.

اضف الى ذلك ان المستفاد من كلامه ان السيره جاربه على عدم الاكتفاء بالمعاطاه فى بيع الامور الخطيره اى لا يرون تحقق النقل و الانتقال بها فيها فكان المعاطاه الواقعه فى الامور الخطيره

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦١

باطله و الحال ان الكلام فى لزوم المعاطاه لا فى صحتها.

«قوله قدس سره: بل ينكرون على الممتنع ...»

ليس الامر كذلك بل الانكار على الرد و الفسخ و بعبارة اخرى:

يرون الفسخ من طرف واحد و الاستبداد به أمرا مستنكرا و لا يقبلون و هذا العرف و سوقهم فلاحظ.

**[بقى الكلام فى الخبر الذى يتمسك به فى باب المعاطاه]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: ببقى الكلام فى الخبر الذى يتمسك به فى باب المعاطاه»

و هو ما رواه ابن الحجاج «١».

«قوله قدس سره: الاول أن يراد من الكلام فى المقامين اللفظ»

اساس الاستدلال بالحديث على المدعى هذا الوجه بأن يكون المراد من الحديث



ان المحلل و المحرم منحصران فى اللفظ فلا يحل شىء و لا يحرم الا باللفظ فلا اثر للفعل فى التحليل و التحريم و منه المعاطاه فلا يترتب عليها أثر من حيث الحليه و الحرمة.

و یرد على الاستدلال بالروایه على المدعى أولا ان الحديث ضعيف سندا فلا يعتد به فان خالد بن الحجاج لم یوثق.

ان قلت: ان عمل المشهور به یجبر ضعفه قلت: یرد علیه أولا:

ان عمل المشهور به اول الكلام و الاشكال.

و ثانيا: انه قد ذكرنا مرارا ان عمل المشهور بالحديث الضعيف لا يكون جابرا لضعفه فالحديث من حيث السند لا يكون قابلا للاستدلال به.

و ثانيا: انه لا یرتبط الحديث بالمدعى فان المستفاد من الحديث

---

(۱) لاحظ ص: ۵۹.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص: ۶۲

ان ايجاب البيع يحرم و المقاوله عليه يحلل فيكون الحديث من حيث المفاد اجنبيا عن المدعى.

و ثالثا: انه كيف يمكن الالتزام بحصر المحلل و المحرم فى الكلام و الحال ان تحقق التحليل و التحريم بغير اللفظ كثير جدا.

و ألیك جمله منها فمنها اذا تنجس المأكولات و المشروبات محرم و تطهيرها محلل و صيروره العصير خمرا محرم و تخليلها محلل و غليان العصير العنبى محرم و ذهاب ثلثيه محلل و جلل الحيوان محرم و استبرائه محلل و خلط المال الحلال بالحرام محرم و تخميسه محلل و وطئ الحيوان محرم و وطئ المرأه محرم لتزويج بنتها و الايقاب بالغلام محرم لتزويج أمه و بنته و اخته و التصرف فى الاراضى المتسعه و الانهار الكبار جائز مع عدم محلل لفظى و كذلك الاكل من الشجره الممرور بها.

و أيضا يجوز التصرف فى أموال الناس مع احراز رضاهم و لو من القرائن و أيضا يجوز

الاكل من بيوت الاصدقاء و جمله من الارحام الى غيرها من الموارد و أيضا نقل الاتفاق من العامه و الخاصه على جواز التصرف فى المأخوذ بالمعاطاه فانه لا يتوقف التحليل فى هذه الموارد على محلل لفظى فالتحليل غير اللفظى أمر كثير.

«قوله قدس سره: الثانى أن يراد بالكلام اللفظ مع مضمونه»

فيكون المراد ان المضمون الواحد اذا ابرز بلفظ كذائى يكون محللا و الا يكون محرما فان المتعه لو ابرزت بلفظ متعتك نفسى يحصل الحليه و الا فلا و هذا الاحتمال لا يناسب مع مورد السؤال كما هو ظاهر لمن يتأمل فى الحديث.

«قوله قدس سره: منها ما فى التهذيب»

لاحظ ما رواه سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٣

عن الرجل يزارع فيزرع أرض آخر فيشترط للبذر ثلثا و للبقر ثلثا قال لا ينبغى أن يسمّى بذرا و لا بقرا فأنما يحرم الكلام «١».

«قوله قدس سره: الثالث أن يراد بالكلام فى الفقرتين الكلام الواحد»

و هذا الاحتمال يناسب مورد السؤال فى الروايه كما فى كلام الشيخ قدس سره فيكون المراد ان وجود إنشاء البيع محرم و عدمه محلل.

و أورد عليه سيدنا الاستاد أولا بأن الظاهر من هذه الجملة ان المحلل و المحرم منحصر ان فى الكلام اى منحصران فى الكلام الموجود و بعبارته واضحه: ان وجود الكلام محلل كما ان وجود الكلام محرم لا أنّ وجود الكلام محلل أو محرم و عدمه محلل أو محرم و ثانيا ان الالتزام به يستلزم التفكيك بين الجملتين و بين الفقرتين و هو موجب لصيروره الكلام مستهجنا هذا كلامه.

اضف الى ذلك ان بقاء كل عين فى ملك مالكة بقاء علته لا بعدمه

ضده كما ان الايجاب المتعلق بما ليس عنده لا يكون محرما بل المحرم عدم تحقق الايجاب الصحيح لا تحقق الايجاب الفاسد.  
الا- أن يقال: انه لا بد منه و بعباره اخرى: قوله عليه السلام انما يحرم الكلام الخ لا ينطبق على مورد السؤال الا بهذا النحو بأن  
نقول المقاوله محلله أى لا توجب الحرمة و ايجاب البيع محرم اذ يوجب التصرف فى مال الغير بلا سبب شرعى فلاحظ.

«قوله قدس سره: و يحتمل هذا الوجه الروايات الواردة فى المزارعه»

بأن نقول المراد من تلك الروايات ان الاتيان باللفظ على النحو

---

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب المزارعه الحديث ٦.

---

قمى، سيد تقى طباطبايى، عمدته المطالب فى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشى محلاتى، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ٦٤

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٤

الخاص المفسد للقصد محرم و عدم الاتيان به محلل.

«قوله قدس سره: الرابع: أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاوله»

و هذا الاحتمال ظاهر من الروايه و منطبق على مورد السؤال فيها فلا يرتبط الحديث بمسأله المعاطاه.

«قوله قدس سره: نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام فى ايجاب البيع بوجه آخر»

و حاصل كلام الماتن انه يستفاد الحصر بوجه آخر و هو ان المستفاد من الروايه ان المحلل و المحرم منحصران فى الكلام و مع  
صح المعاطاه لا يصح الحصر هذا حاصله كلامه.

و يرد عليه أولا- ان ما افاده عين الوجه الأول من الوجوه الاربعه التى ذكرها و ليس شيئا جديدا و ثانيا ان الحصر اضافى أى  
الروايه ناظره الى مورد السؤال و قد فرض فى مورد السؤال وجود الكلام فلا تدل الروايه على الانحصار على نحو الاطلاق و

لعله اشار الى ما ذكرناه بقوله «فتأمل» و الله العالم.

«قوله قدس سره: اذ المفروض ان المبيع عند مالكة الاول»

و آورد عليه سيدنا الاستاد أولا بأن المتاع عند الدلال بقريته قول المشتري اشتر هذا و اشار الى الثوب فالثوب حاضر.

و يرد عليه انه يمكن أن يشير المشتري الى الثوب الموجود عند مالكة في دكانه فلا يتوجه ايراده على الشيخ.

و آورد عليه ثانيا بأنه يكفي لتحقق المعاطاه وجود الثمن وحده و لا- تتوقف المعاطاه على وجود المبيع و بعبارة اخرى: تتحقق المعاطاه باعطاء الثمن من قبل المشتري و اخذه من قبل البائع.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٥

و يرد عليه ان ايجاب البيع قائم بالبائع فما دام لم يتحقق الايجاب لا- مجال لتحقق القبول و عليه لا اثر لاعطاء الثمن قبل اعطاء المبيع لان اعطاء الثمن لا يمكن أن يكون ايجابا كما هو ظاهر فلا بد من كونه قبولا و من الظاهر ان القبول متفرع على الايجاب فلا يتم الامر باعطاء الثمن فلاحظ.

اذا عرفت ما تقدم فاعلم انه لتوضيح المدعى و ترتيب البحث نقول

**ما يمكن ان يذكر لاشتراط اللفظ في العقود و عدم صحه المعاطاه وجوه.**

### **الوجه الأول: الشهره الفتاويه**

و قد ثبت في بحث الشهره عدم اعتبارها فلا يترتب اثر عليها.

### **الوجه الثاني: الاجماع المنقول**

و فيه انه قد ثبت في محله عدم اعتبار الاجماع المحصل فكيف بالمنقول منه.

### **الوجه الثالث: حديث خالد بن الحجاج**

«١» و قد مرّ الكلام حوله و قلنا انه غير معتبر سنداً مضافاً الى عدم تماميته دلالة فراجع ما ذكرناه حول الحديث.

### **الوجه الرابع: النصوص الوارده في النهي عن بيع المصحف**

«٢» و قد ذكرنا عدم ارتباط تلك النصوص بالمقام فراجع ما ذكرناه.

### الوجه الخامس: ما ورد في بيع اطنان من القصب

لاحظ ما رواه بريد بن معاوية «٣» و قد ذكرنا عدم ارتباط بين الحديث و بين المقام فراجع ما ذكرناه.

(١) قد تقدم في ص ٥٩.

(٢) قد تقدم في ص ٥٩.

(٣) قد تقدم في ص ٥٩.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٦

### الوجه السادس: جملة من النصوص الواردة في المزارع

و قد استدل الامام عليه السلام بجملة انما يحرم الكلام و انما يحلل الكلام منهما ما رواه الحلبي قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع الارض فيشترط للبذر ثلثا و للبقر ثلثا قال لا ينبغي أن يسمى شيئا فانما يحرم الكلام «١».

و منها ما رواه سليمان بن خالد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع ارض آخر فيشترط للبذر ثلثا و للبقر ثلثا قال لا ينبغي أن يسمى بذرا و لا بقرا فانما يحرم الكلام «٢».

و منها ما رواه أبو الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام انه سئل عن الرجل يزرع ارض رجل آخر فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر فقال: لا ينبغي أن يسمى بذرا و لا بقرا و لكن يقول لصاحب الارض أزرع في أرضك و لك منها كذا و كذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط و لا يسمى بذرا و لا بقرا فانما يحرم الكلام «٣».

و هذه الطائفة من النصوص لا ترتبط بالمقام كما تقدم.

### الوجه السابع: ما يدل من النصوص الدالة على النهي عن بيع الملامسه و المنابذه و الحصاه

«٤» بتقريب ان النهي عن المذكورات بلحاظ عدم اللفظ و فيه أولا- ان السند مخدوش و ثانيا انه يمكن أن يكون الوجه فيه الجهالة مضافا الى أنه يكفي عدم العلم بوجه الفساد فالنتيجة عدم تماميه دليل على المطلوب و مقتضى الادله العامه كون المعاطاه كالباع اللفظي في كونها مفيدة للملكيه اللازمه فلاحظ.

---

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب المزارعه الحديث ٤.

(٢) عين المصدر الحديث ٦.

(٣) عين المصدر الحديث ١٠.

(٤) مصباح الفقاهه ج ٢ ص ١٥٤.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٧

«قوله قدس سره: كما يشعر به قوله عليه السلام ...»

لاحظ ما رواه

يحيى بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لى: اشتر هذا الثوب و هذه الدابه و بعينها أربحك فيها كذا و كذا قال: لا بأس بذلك اشترها و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها «١».

لا- اشعار فى الروايه على المدعى اذ غايه ما يستفاد منها ان مورد السؤال ايجاب البيع باللفظ و لا اشعار فيه على لزوم اللفظ فى إنشاء البيع مضافا الى عدم دلالة فى الروايه على وقوع البيع باللفظ و الظهور المدعى فى كلام الماتن عهده اثباته عليه.

«قوله قدس سره: و يشعر به أيضا روايه العلاء»

قال قلت لابي عبد الله عليه السلام: الرجل يبيع البيع فيقول:

ايبيك بده دوازده أو ده يازده فقال: لا بأس انما هذه المراوضه فاذا جمع البيع جعله جمله واحده «٢».

قد ظهر ما فى كلامه مما ذكرناه آنفا فان مورد الحديث فرض فيه الانشاء باللفظ و هذا لا يدل على عدم كفايه المعاطاه كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره: و فى صحيحه ابن سنان ...»

عن أبى عبد الله عليه السلام قال: لا- بأس تباع الرجل المتاع ليس عندك تساومه ثم تشتري له نحو الذى طلب ثم توجهه على نفسك ثم تبعه منه بعد «٣» و الكلام فيه هو الكلام فلاحظ.

**[و ينبغى التنبيه على أمور]**

**[الأول الظاهر أن المعاطاه قبل اللزوم]**

«قوله قدس سره: الاول الظاهر ان المعاطاه قبل اللزوم ...»

ملخص ما افاده انه ان قلنا: ان المعاطاه تفيد الملكيه الجائزه

---

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب أحكام العقود الحديث ١٣.

(٢) الوسائل الباب ١٤ من ابواب أحكام العقود الحديث ٥.

(٣) عين المصدر الباب ٨ من هذه الابواب الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٨

تشرط فيها شرائط البيع و الوجه فيه انها



من مصاديق البيع فلا بد من رعايه شرائط البيع فيها و أما ان قلنا بكونها مفيده للاباحه لا الملك فتاره نقول: المعاطاه المقصود بها الملك تفيد الاباحه و اخرى نقول: المعاطاه المقصود بها الاباحه تفيدها أما على الاول فلا بد من رعايه جميع شرائط البيع فيها اذ المعاطاه على هذا القول بيع عرفى و الشارع الاقدس لم يرتب الملكيه عليها فلا بد من اجتماع الشرائط فيها كى تحصل الاباحه بدل الملكيه.

و بعباره واضحه: الدليل قائم على ترتب الاباحه على المعاطاه التى تكون بيعا ففى الحقيقه هى مصداق للبيع غايه الامر يختلف الاثر عن المؤثر فى حكم الشارع و أما على الثانى فلا ترتب بالبيع بل تكون داخله فى الاباحه بالعوض.

و أفاد الشيخ قدس سره: لا بد فى نفي القيود المحتمله و الشرائط الممكنه من التمسك بقاعده السلطنه المستفاده من الروايه.

و يرد عليه أولا ان الحديث ضعيف سندا و ثانيا: انه قد ذكرنا سابقا ان المستفاد من الحديث ان المالك لا يكون محجورا عن التصرف فالمستفاد منه ان التصرفات الجائزه فى الرتبه السابقه جائزه للمالك.

و بعباره اخرى: الناس مسلطون على أموالهم بالتصرفات الجائزه لا أن الناس مسلطون على أحكامهم.

و أفاد الشيخ قدس سره انه لو تمسك بالسيره فلا بد من رعايه الشرائط المحتمله حيث ان السيره دليل لبي و لا بد فيها من الاقتصار على القدر المتيقن.

اقول: لا اشكال فى أن الاباحه المالكيه تقتضى جواز التصرف و عدم المنع من ناحيه حرمة التصرف فى مال الغير و أما لو شك فى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٩

جواز تصرف خارجى او اعتبارى من غير ناحيه كون المال ملكا للغير فلا بد من ملاحظه دليل ذلك

التصرف مثلا لو شك في جواز اكل التفاح قبل طلوع الشمس لا بد من ملاحظه دليل جواز اكله من حيث ان اطلاقه يشمل اكله قبل طلوع الشمس أم لا و هكذا و هكذا.

و على الجملة: المعاطاه التي يقصد بها الملكيه من مصاديق البيع فيشترط فيها ما يشترط في البيع بلا- فرق بين الالتزام بكونها مفيده للاباحه أو الملكيه أما على فرض افادتها الملكيه فظاهر و أما على تقدير الالتزام بكونها مفيده للاباحه فلان هذه الاباحه لا تكون مالكيه بل إباحه شرعيه و المفروض ترتبها على المعاطاه التي من مصاديق البيع و من ناحيه اخرى قد دلت الادله على اشتراط البيع بشروط و قيود فلا بد من رعايتها.

و ان شئت قلت: ان موضوع الاباحه الشرعيه المعاطاه الخاصه لا- مطلق المعاطاه باى وجه كانت و الا يلزم ترتب الاباحه على المعاطاه التي يكون احد المتعاطيين صغيرا أو مجنوننا فان حكم الامثال واحد و هل يمكن الالتزام به؟

و فى مقابل هذا القول قول بعدم الاشتراط بشروط البيع على الاطلاق أى اعم من القول بافادتها الاباحه و من القول بافادتها الملك اما على القول بالإباحه فواضح حيث انها خارجه عن دائره البيع فلا- يشترط فيها ما يشترط في البيع و أما على القول بافادتها الملك فلان المطلق ينصرف الى الفرد المحكوم باللزوم.

و الوجهان المذكور ان كلاهما باطلاقن أما الوجه الأول فلان البيع مفهوم عرفى و لا- تكون له حقيقه شرعيه و المفروض ان الشارع الاقدس اعتبر فيه شروطا لا بد من رعايتها و قد علم من الخارج ان المعاطاه التي من مصاديق البيع قد رتبت عليها الاباحه فما دام لا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٠

تتوفر فيه

الشرائط المقرره لا يترتب عليه الاثر و لا تفيد الاباحه اذ المفروض ان الاباحه لا تكون مالكيه بل إباحه شرعيه فلا بد من ملاحظه القيود المستفاده من دليلها.

و بعبارة واضحه: المستفاد من الدليل ترتب الاباحه على البيع المعاطاتي فلا تترتب على المعاطاه التي لا تكون واجده للشرائط و أما الوجه الثانى فهو أو هن من الاول فان البيع مشروط فى وعاء الشرع بشرائط و لا فرق فيه بين كونه لازما أو جائزا.

و بيان واضح: قد سبق ان الخيار و اللزوم حكمان شرعيان مترتبان على البيع لا أن الملكيه قسمان بل الملكيه أمر واحد و هذا الامر الواحد قد يكون لازما و اخرى يكون جائزا فلاحظ.

و مما ذكرنا علم فساد التفصيل الذى يستفاد من كلام الشيخ بأن نقول: ان قلنا بأنها تفيد الاباحه لا تشترط فيها الشرائط المقرره و ان قلنا بانها تفيد الملك تشترط بتقريب: انها على الاول لا تكون بيعا و على الثانى تكون من مصاديق البيع فعلى الاول لا تشترط فيها و على الثانى تشترط.

و صفوه القول: انه لا- بد من اجتماع الشرائط المقرره فى البيع بلا فرق بين كون الدليل اللفظ و كونه الاجماع اذ بدون رعايه الشروط المقرره لا- يتحقق عنوان البيع الصحيح و مع عدم تحقق العنوان المذكور لا طريق الى احراز ان الشارع الاقدس رتب الملكيه أو الاباحه عليها فلا تغفل.

«قوله قدس سره: حيث ان الشروط المذكوره شرائط للبيع العقدى اللازم»

لم يظهر لى وجه ما أفاده فان مقتضى اطلاق ادله الشروط

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧١

المعتبره اعتبارها فى مطلق البيع بلا فرق بين البيع العقدى اللفظى و البيع المعاطاتي و لا وجه للاختصاص و الذى يهون الخطب

ان الماتن بنفسه يصرح بخلاف ما أفاده فلاحظ.

«قوله قدس سره: فتأمل»

يمكن ان الوجه فى الامر بالتأمل ان كونها معاوضه عرفا لا تقتضى جريان الربا فيها فان الربا يختص بالمعاوضه التمليكيه و الكلام فى المعاطاه التى قصد بها الاباحه فلا وجه لجريان الربا فيها.

و الحق أن يقال ان الاحكام الشرعيه امور تعبيديه و لا بد فيها من الاقتصار على مقدار قيام الدليل و حيث ان الدليل الدال على حرمه الربا يختص بالبيع فلا وجه للالتزام بسريانه فى غيره.

«قوله قدس سره: لانها إباحه عندهم فلا معنى للخيار»

الامر كما افاده اذ الخيار عباره عن ملك فسخ العقد و المفروض ان العقد المعاطاتى لا يؤثر الاثر المقصود و بعباره اخرى: لا موضوع للخيار على القول بالإباحه فان العين باقيه فى ملك مالکها و له التصرف فيها.

«قوله قدس سره: بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم»

على هذا القول تكون المعاطاه بيعا من أول الامر و بعباره اخرى:

تكون المعاطاه من أول تحققها بيعا لا انها تصير بيعا بعد اللزوم.

و ان شئت قلت: الشىء لا ينقلب من قبل نفسه فاذا لم تكن بيعا حدوثا لا يكون بيعا بقاء لكن الحق كما ذكرنا كونها بيعا من أول الامر و عليه يترتب عليها الخيار بمقتضى ادلته.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٢

«قوله قدس سره: لاختصاص ادلتها بما وضع على اللزوم»

لا مقتضى لهذا التفصيل فان لزوم كل عقد بحسب طبعه الاولى اى مع قطع النظر عن دليل الخيار فلو كان دليل الخيار مختصا بالعقد الذى يكون لازما من قبل بقيه الجهات لزم تعدد الخيار فى عقد واحد و هو كما ترى فموضوع الخيار العقد الذى يكون لازما فى حد نفسه فلا ينافى كونه جائزا

من قبل خيار آخر فلاحظ.

### [الأمر الثاني أن المتيقن من مورد المعاطاه هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين]

«قوله قدس سره: الأمر الثاني ان المتيقن من مورد المعاطاه هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين»

لا اشكال فى أن الميزان صدق عنوان البيع و لا خصوصيه لصدق المعاطاه بما لها المفهوم كما انه لا اشكال فى صدق عنوان البيع بالاقباض و الاعطاء من قبل البائع و القبض و الاخذ من قبل المشتري فيترتب عليه ما يترتب على البيع العقدى اللفظى.

هذا على تقدير أن يقصد بالمعاطاه البيع و التمليك و أما اذا قصد بها الاباحه فالكلام فيها هو الكلام و التقريب هو التقريب و أما اذا قصد بها التمليك لكن يترتب عليها الاباحه بحكم الشارع فلا بد من الاقتصار على مقدار قيام الدليل اذ المفروض ان ترتب الاباحه مع قصد التمليك على خلاف القاعده و على خلاف كون العقد تابعا للقصد و من ناحيه اخرى التصرف فى مال الغير حرام فلا بد من الاقتصار على مقدار دلالة الدليل الشرعى على الجواز.

«قوله قدس سره: فلو كان المعطى هو الثمن كان دفعه على القول بالملك و البيع اشتراء»

قد مرّ منا سابقا ان الاشتراء عبارته عن قبول ايجاب البيع و القبول لا يمكن تقدمه على الايجاب الا على نحو التعليق و الاشتراط.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٣

و بعبارته واضحه: قوام القبول بوقوعه بعد الايجاب و الا لا يكون قبولا لما أوجبه الموجب بل امر مستقل فيلزم الخلف.

«قوله قدس سره: و أما على القول بالإباحه فيشكل»

قد اشرنا آنفا الى ما أفاده و قلنا على القول بالإباحه لا- بد من التماس دليل و أما التمسك بالسيره كما فى كلامه فغريب اذ المفروض ان المعاطاه من مصاديق البيع فهى مفيده للملكيه و السيره شاهده

للمدعى فلا مجال للتمسك بالسيرة على الاباحه.

«قوله قدس سره: كما تعارف اخذ الماء مع غيبه السقاء و وضع الفلّس».

ليس هذا شاهدا على المدعى فانه لا اشكال فى جواز التصرف فى مال الغير برضاه و وضع الفلّس فى المكان المعدّ له و فاء لما فى الذمه فان السقاء انما يرضى بالشرب مع العوض لا مجانا فاذا شرب الظامى تشتغل ذمته بالعوض فوضعه الفلّس فى ذلك المكان اداء لما فى ذمته و لا يمكن جعل الشرب و وضع الفلّس بيعا معاطايا اذ قبل الشرب لم تتحقق المعاطاه و بعد الشرب لا موضوع للبيع فانه يتلف بالشرب فلا موضوع لان يباع فهذا لا يكون شاهدا على ما ادعاه من تحقق المعاطاه بمجرد اىصال الثمن و اخذ المثلث.

«قوله قدس سره: و كذا غير الماء من المحقرات»

لا- يبعد أن يكون ما ذكر داخل- فى التوكيل العام بأن نقول المالك يوكل من يريد الاثراء أن يبيع من قبل المالك و كاله فيكون الاخذ و كيلا من قبل المالك فيبيع و كاله من قبله و يشتري اصاله فان بيعه بالوكاله و اثرائه بالاصاله.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٤

و ربما يقال: ان هذه الوكاله لا- تكون شخصيه فتكون باطله فانه يقال الوكاله الشخصيه انما تعتبر فى الوكاله الشخصيه و أما الوكاله النوعيه فلا تكون و كاله شخصيه فلا تكون باطله.

ان قلت: الوكاله من العقود و العقد يحتاج الى الايجاب و القبول و المفروض عدم تحققهما فى المقام قلت: الوكاله من العقود الاذنيه فيكفى الاذن من المالك و ان لم تتحقق الوكاله و بعبارة واضحة: المالك اذا اذن فى التصرف فى ماله يجوز التصرف فيه بلا فرق بين التصرف و التصرف الاعتبارى.

«قوله قدس سره: و من

هذا القبيل دخول الحمام و وضع الاجره فى كوز»

الذى يختلج بالبال أن يقال ان صاحب الحمام يرضى بالاغتسال لمن يدفع كذا مقدار فان دفع الداخل فى الحمام ذلك المقدار يكون مصداقا لمورد رضى المالك و ان لم يدفع يكون تصرفه عدوانيا و تشتغل ذمته باجره المثل و أما وضع الفلوس فى الكوز فهو مصداق للاقباض و القبض فان كوزه كيده فكأن صاحب الحمام خرج عن الحمام و لكن يده مبسوطه لاختذ الاجره فلا اشكال.

«قوله قدس سره: ثم انه لو قلنا بأن اللفظ الغير المعترف».

مراده قدس سره من العبارة المذكوره غير واضح فان المراد ان كان مجرد المقاوله و التبانى فلا يصدق عليه العقد البيعى فلا يترتب عليه اثر و ان كان المراد ان البيع ينشأ باللفظ الفاقد للشرائط المقرره شرعا فلا أثر له فان القضييه بشرط المحمول ضروريه.

لكن الذى يهون الخطب ان الحكم مترتب على عنوان البيع و التجاره فلو صدق العنوان يتحقق النقل و الانتقال و لذا نقول:

يتحقق البيع بالمعاطاه فالميزان الوحيد صدق عنوان البيع و التجاره

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٥

بأى وجه لا أزيد من هذا المقدار.

### [الأمر الثالث: تمييز البائع عن المشتري فى المعاطاه الفعلية]

«قوله قدس سره الأمر الثالث: تمييز البائع عن المشتري فى المعاطاه الفعلية.»

الذى يختلج بالبال أن يقال ان البيع عبارته عن الايجاب و القبول و من ناحيه اخرى كما ذكرنا سابقا ان القبول من ناحيه المشتري فما دام لا يتحقق الايجاب من قبل البائع لا مجال لان يتحقق القبول من ناحيه المشتري فعليه يكون المقام فى الانشاء بايعا.

و بيان واضح: البيع عبارته عن تمليك عين بعوض و الاشتهار عبارته عن قبول تمليك البائع فلا يعقل تقديم الاشتهار على البيع اذ يلزم الخلف فتمييز البائع

عن المشتري امر واضح ظاهر و اذا فرض ان كل واحد من المتعاملين ملك ماله بالعوض يكون كل منهما بايعا و لا يرتبط فعل احدهما بالآخر بل يكون كل من الانشائين إنشاء مستقلا و لا يترتب على انشائهما اثر اذ المفروض ان البيع مركب من الايجاب و القبول لا من الايجابين.

و صفوه القول: ان البيع عباره عن تمليك العين بالعوض و الاشترء عباره عن قبول التمليك المذكور و لا فرق بين أن يكون كل من العوضين عروضاً أو نقداً فكل عين ملكت بالعوض يكون بيعاً فلو ملك دينار بمن من الحنطه يكون المملك للدينار بايعا و يكون الدينار مبيعا كما ان القابل و المتملك للدينار مشتريا و الحنطه تكون ثمناً فلا تغفل.

«قوله قدس سره: ففي كونه بيعاً و شراء بالنسبه الى كل منهما»

على ما ذكرنا لا مجال لهذا التقريب لانا ذكرنا ان البيع عباره

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٦

عن تمليك عين بعوض و الاشترء عباره عن قبول التمليك المذكور فلا يعقل اجتماع العنوانين المذكورين في عقد واحد بل لا بد من اختصاص كل واحد من المتعاملين بعنوان من العنوانين و قلنا يلزم أن يكون عنوان البيع متقدماً على عنوان الاشترء.

«قوله قدس سره: أو كونها معاطاه مصالحه»

الصلح عباره عن التسالم لا تمليك عين بعوض فلا مجال للتريد و بعباره اخرى: اذا ملك المالك مملوكه بالعوض يكون بيعاً و اذا تسالم مع الطرف المقابل على أمر يكون صلحاً فكل يغير الاخر فكيف يتردد الامر بين العنوانين.

«قوله قدس سره: و لذا حملوا الروايه»

لاحظ ما رواه ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام انه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا



يدرى كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولى ما عندى فقال لا بأس بذلك اذا تراضيا و طابت أنفسهما «١».

«قوله قدس سره: لا يخلو ثانيهما عن قوه».

هذا هو المتعين فان من يملك العين بالعوض يكون بايعا و الطرف المقابل اذا قبل التمليك المذكور يكون مشتريا و أما اذا ملك أيضا العين بالعوض يكون كل منهما بايعا و لا يرتبط احدهما بالآخر بل كل واحد منهما ايجاب مستقل و لا يترتب عليه اثر شرعا.

### [الرابع أن أصل المعاطاه و هو إعطاء كل منهما الآخر ماله يتصور بوجوه]

«قوله قدس سره: احدها أن يقصد كل منهما تمليك ماله بمال الاخر فيكون الاخر فى أخذه قابلا و متملكا»

الظاهر ان ما افاده فى المقام ينافى ما افاده فى الأمر الثانى

---

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب الصلح الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٧

حيث قال «المتقين من المعاطاه حصول التعاطى فعلا من الطرفين»

فان المعاطاه اذا فرض تحققها بالاعطاء من جانب و الاخذ و القبول من جانب آخر و يكون دفع العوض وفاء بالعقد كما هو كذلك فلا مجال لان يقال: المتيقن من مورد المعاطاه أن يتحقق العطاء من الطرفين.

و على الجملة: ان العقد المعاطاتى عبارته عن تحقق العقد بالفعل الخارجى فى مقابل القول اللهم الا أن يكون غرض الماتن مما أفاده فى الأمر الثانى ان تحقق المعاطاه بما لها المفهوم متوقف على العطاء من الطرفين فان مفهوم باب المفاعله متقوم به و كيف كان الامر كما أفاده فان المراد من المعاطاه تحقق المعامله بالفعل دون القول و ليس المراد تحقق هذا المفهوم كى يحتاج الى تحقق العطاء من الطرفين.

«قوله قدس سره: و مثله فى هذا الاطلاق لفظ المصالحه»

الظاهر ان مقصود الماتن

ان المصالحه و ما ذكره بعدها لا يتوقف تحققها بما لها المفهوم بل باعتبار تحقق الصلح من طرف و قبوله من الطرف الاخر.

«قوله قدس سره: و بهذا الاطلاق يستعمل المعاطاه»

أى باعتبار تحقق العقد بالفعل الخارجى يستعمل لفظ المعاطاه فى الموارد المذكوره مع ان المعاطاه بما لها المفهوم القائم بالطرفين لا تتحقق فى الموارد المذكوره.

«قوله قدس سره: و فى صحته تأمل»

حيث ان مفهوم المفاعله بمفهومها متقوم بالطرفين.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٨

«قوله قدس سره: و هذا بعيد عن معنى البيع»

بل اجنبى عن البيع بالكليه فان البيع عبارته عن تملك عين بعوض و المفروض فى المقام انه جعل التملك فى مقابل التملك و لا بد من تحقيق الحال فنقول: تاره يملك التملك بإزاء التملك بأن يملكه تملكه فى مقام تملك الاخر تملكه و على هذا الفرض لا يتحقق بالانشاء الاول تملك العين بل يملك كل واحد من المتعاملين تملكه فى مقابل تملك الاخر تملكه.

و لا دليل على صحه هذا النحو من التملك الا على القول بأن التجاره عن تراض مفهوم يشمل كل معامله و عقد و هذه الدعوى بلا دليل.

و اخرى يملك العين و يشترط تملك الاخر أيضا عينه و هذا يكون هبه معوضه و تتحقق الملكيه بالتملك الاول غايه الامر لو لم يملك الثانى و لم يف بالشرط يحصل للواهب الاول خيار الفسخ.

و ثالثه يملك العين بداعى ان الطرف المقابل يملك أيضا و فى هذا الفرض لو لم يملك الطرف لا يحصل خيار تخلف الشرط بل يترتب على العقد المذكور أحكام الهبه غير المشروطه فان تخلف الداعى لا يقتضى الخيار.

«قوله قدس سره: اذ لو لم يملكه الثانى هنا لم يتحقق التملك من الاول»

ظهر مما ذكرنا عدم تماميه ما افاده قدس سره فان التملك اذا تعلق بالتمليك فكل من الطرفين يملك تملك الاخر و ان تعلق التملك بالعين فان كان تملكاً بعوض يكون بيعاً و ان كان مشروطاً يكون هبة مشروطة و ان لم يكن مشروطاً يكون هبة غير مشروطة

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٩

فعلى جميع التقادير ما افاده غير تام.

«قوله قدس سره: ثالثها أن يقصد الاول إباحه ماله بعوض»

اقول: تاره يملك اباحته في مقابل تملك الاخر اى تجعل المبادله بين الاباحه و التملك و يقع الكلام في صحه هذه المعاوضه و المبادله و قد مرّ الكلام حوله آنفاً و اخرى يبيع لمن يملك و في هذا الفرض تتحقق الاباحه لكن لمن يكون مملكا و في الفرض المزبور لا- معاوضه و لا- اشكال في جواز مثلها فان هذه الاباحه كإباحه المالك ملكه لمن يكون زائراً للحسين عليه السلام مثلاً و بعباره اخرى: لا كلام و لا اشكال في جواز إباحه المالك ماله لشخص خاص أو في زمان مخصوص.

«قوله قدس سره: رابعها أن يقصد كل منهما الاباحه بإزاء إباحه».

الكلام في هذا القسم هو الكلام فانه تاره تجعل المبادله بين الاباحتين و اخرى يبيع ماله لمن يبيع ماله و قد مرّ الكلام حول الفرع السابق و ما ذكرناه يجرى في هذا الفرع أيضاً فلا نعيد.

«قوله قدس سره: و منشأ الاشكال أولاً الاشكال في صحه إباحه جميع التصرفات»

الوكاله من العقود الاذنيه فكل ما يترتب على الوكاله يترتب على الاذن مثلاً يجوز بيع مال الغير بالوكاله فيجوز بالاذن فيه و قس عليه العتق و هكذا و هكذا هذا في التصرفات الاعتباريه و أما التصرف التكويني الخارجى فالظاهر جوازها بالإباحه

مثلا- وطئ امه الغير يجوز بالتحليل فاذا أباح وطئ الامه يكون مرجعها الى تحليلها فعليه يمكن أن يقال: انه يجوز للمالك إباحه جميع التصرفات اعتباريه كانت أو تكوينيه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٠

الا أن يقال: ان تحليل الامه يشترط بصيغته خاصه فلا يتحقق بالإباحه و صفوه القول: ان دليل سلطنه الناس على أموالهم لا يمكن جعله مستندا فى الموارد المشار إليها اذ قد قلنا سابقا ان دليل السلطنه مخدوش سندا.

مضافا الى أنه لا- يكون مشرعا فلا- مجال لاستفاده جواز التصرف فى المال كيف ما كان و إلا جاز اكل لحم ما يكون حراما بإباحه المالك الى غيره من المحرمات الشرعيه و هو خلاف الضروره.

و لكن الذى يهون الامر ما قلناه و هو ان كل تصرف اعتبارى من التصرفات التى تكون جائزه للمالك يجوز التوكيل فيها للغير و كل أمر يجوز فيه الوكاله يجوز بالاذن فان المطلوب حصول الاذن المالكى و الاذن المالكى تاره يحصل بالوكاله و اخرى يحصل بلا تحقق الوكاله بأن يأذن المالك لغيره فى التصرف الفلانى كما لو اذن للغير فى بيع داره أو اجارتها أو طلاق زوجته و هكذا فلاحظ نعم اذا كان التصرف الاعتبارى أو الخارجى لم يكن جائزا للمالك لا يجوز بالاذن للغير بلا كلام.

«قوله قدس سره: فاذا كان بيع الانسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غير معقول»

لم يظهر لى وجه عدم معقوليته بل لا- مجال فى مثل المقام الاستدلال بحكم العقل فان مثله لا يرتبط العقل بل يرتبط بالعرف و الشرع و الظاهر انه امر واقع فى العرف مثلا اذا سئل السائل بالكف أن يشتري له رغيفا فاشترى المسئول

من الخباز رغيفا للسائل يخرج الثمن من كيس المسئول و يدخل الرغيف فى ملكك السائل هذا بحسب العرف و أما شرعا فالظاهر انه لا دليل على المنع عنه فالنتيجه انه جائز عرفا و شرعا.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨١

«قوله قدس سره: و يكون بيع المخاطب بمنزله قبوله»

كيف يمكن ما أفاده و الحال ان البيع على حسب تقريره يتوقف على صيروره العين ملكا له و بعبارة اخرى: ما دام لم تدخل العين فى ملكه لا يجوز له البيع و المفروض ان الملكيه تتحقق بالبيع و ان شئت قلت: لازم هذا الكلام ان العين الواحده فى زمان واحد تدخل فى ملك البائع و أيضا تخرج عن ملكه و هذا أمر غير معقول.

«قوله قدس سره: و يقدر وقوعه قبل العتق»

لا- اشكال فى أن الالتزام بمثله متوقف على قيام دليل عليه و بيان واضح هذا و أمثاله لا يمكن الالتزام بها على طبق القواعد الاوليه كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره: مع ان الاباحه المتحققه من الواهب يعم جميع التصرفات»

الواهب لا يقصد الاباحه بل يقصد التمليك فاذا لم يتحقق التمليك يكون العقد فاسدا بلا اثر نعم اذا قام الدليل على أن الهبه الكذائيه تترتب عليها الاباحه نلتزم بها و الميزان فى سعه دائره الاباحه و ضيقها مقدار دلالة ذلك الدليل الدال على تحقق الاباحه فلاحظ.

«قوله قدس سره: و عرفت أيضا ان الشهيد فى الحواشى لم يجوز اخراج المأخوذ بالمعاطاه فى الخمس و الزكاه»

ان قلنا بتعلق الخمس أو الزكاه بالعين فلا يجوز تبديلها بمال الغير و بعبارة اخرى لا يجوز الاخراج من مال الغير لعدم الدليل عليه نعم يجوز الاخراج من مال نفسه اذا كان من التعدد للدليل

الخاص و أما ان كان متعلقا بالذمه فأداء ما فى الذمه بمال الغير على طبق

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٢

القاعده الاوليه هذا بحسب الكبرى الملكيه.

و أما المأخوذ بالمعاطاه فلا اشكال فى أن المالك لم يقصد بعطائه الخارجى الاباحه بل قصد البيع و التمليك و الاباحه على القول بها إباحه شرعيه فلا بد من ملاحظه مقدار الدليل عليها فان كان مقتضى الدليل إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملك نأخذ به فان الميزان فى الامور التعبيديه المتابعه للشارع الاقدس و لكن هذا مجرد فرض و خيال اذ قد علم مما تقدم و سبق ان مقتضى الادله ان المعاطاه كالبيع اللفظى تؤثر فى حصول الملكيه و انها قسم من أقسام البيع بلا فرق بينها و العقد اللفظى.

«قوله قدس سره: و ثمن الهدى»

قال سيدنا الاستاد فى هذا المقام «١» الظاهر عدم اعتبار الملك فى ثمن الهدى فان ما يظهر من الاخبار و جوب سوق الهدى فى حج القران و وجوب ذبحه هناك فى حج التمتع و ليس فى شىء منهما تعرض لملك الثمن أصلا بل لا يبعد استفاده عدمه مما ورد فى بذل الحج هذا.

مضافا الى أنه لا- يتصور لا-خارج ثمن الهدى من مال الغير معنى معقول و ذلك لان المهدي اما أن يشتري الهدى بدمته ثم يؤديها مما ابيح له و عليه يكون الثمن مال نفسه و انما أوفاه من مال الغير و أما أن يشتريه بشخص مال الغير و عليه ان قصد الشراء للمالك فالهدى بنفسه يكون للمبيح فهو نظير أن يبيح له سوق الهدى الموروث له من والده مثلا و ان قصد الشراء لنفسه فهو داخل فيما هو معلوم من شراء احد بمال

الغير لنفسه شيئاً ولا معنى لاجراج ملك الغير فى ثمن الهدى.

(١) محاضرات فى الفقه الجعفرى ج ٢ ص ٩٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٣

«قوله قدس سره: و لا و طى الجاربه»

المستفاد من الآيه الشريفه توقف الجواز على الملكيه و أما التحليل فان كان المستفاد من الدليل لزوم كونه بلفظ خاص فلا يجوز بمطلق الاباحه و لكن الكلام فى المقام فى الاباحه الشرعيه فالميزان بسعه دائره دلالة الدليل و ضيقها و حيث ان التوقف شرعى لا عقلى يمكن للشارع أن يجوز الوطى و لو مع عدم الملك بلا كلام و لا اشكال.

«قوله قدس سره: مع ان مقصود المتعاطيين الاباحه المطلقه».

مقصود المتعاطيين التملك لا الاباحه لا المطلقه و لا المقيدته فلا تغفل.

«قوله قدس سره: الا انه لا يباح بتلك الاباحه المطلقه الا ما هو جائز بذاته فى الشريعه».

مضافا الى أنه قد سبق و تقدم ان سند الحديث ضعيف و لا جابر له.

«قوله قدس سره: بمقتضى العقل و النقل»

لم يقد دليل على بطلانه لا من العقل و لا من النقل أما العقل فلا يرتبط بالمقام و أما النقل فقد دل على صحه البيع و البيع أمر عرفى لغوى و لم يستفد من العرف لزوم دخول كل من العوضين فى محل خروج العوض الاخر عن ذلك المحل بل قوام البيع بالتمليك بالعوض بلا- فرق بين دخول المعوض فى كيس من خرج عنه العوض و بين دخوله فى كيس غير من خرج عنه الثمن كما مثلنا باشتراء احد الخبز من الخباز للفقيه فلاحظ.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٤

و لقد اجاد السيد قدس سره فى الحاشيه حيث قال: «قد عرفت امكان اعتبار البدليه بين المالين

مع قطع النظر عن المالكين و لذا يطلق على بيع الغاصب لنفسه البيع مع ان المعوض للغير و دعوى ان ذلك من جهة ادعائه الملكيه كما ترى اذ كثيرا لا يخطر بباله هذا التنزيل و هذا الادعاء و مع ذلك يطلق عليه البيع.

نعم لا- يبعد أن يقال بأن قوام البيع عرفا بخروج المبيع عن كيس البائع و دخول الثمن في كيسه فلا يمكن أن يبيع احد داره في مقابل مائه دينار تدخل في كيس ثالث و على فرض الشك في الصدق لا يمكن الاخذ بإطلاق دليل الامضاء لعدم جواز الاخذ بالدليل في الشبهه المصدقيه مضافا الى أنه يمكن احراز عدم كون المصداق المشكوك فيه من مصاديق العام أو المطلق باستصحاب عدم كونه كذلك فلاحظ.

«قوله قدس سره: نعم لو كان هناك تعارض و تزام من الطرفين بحيث أمكن تخصيص كل منهما لاجل الآخر».

اذا كان التعارض من الطرفين بحيث لا- يكون احدهما مقدما على الآخر بالتخصيص أو بالحكمه كما لو كانت النسبه بين الدليلين عموما من وجه لا مجال لتخصيص احدهما بالآخر بل اللازم في مثله اما التسايط لعدم الترجيح اذ المفروض عدم مرجح لاحدهما على الآخر و اما الترجيح بمرجح خارجي ان كان.

و لعل الوجه في امره بالتأمل بقوله «فتأمل» ما ذكرنا و الله الهادي الى سواء السبيل و العجب من السيد قدس سره في الحاشيه حيث صرح بأن اللازم تخصيص احدهما بالآخر مع كون النسبه بالعموم من وجه.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٥

«قوله قدس سره: من جهة كشف البيع عن الرجوع»

ان قام دليل على صحه الرجوع المشار إليه فهو و الا فيشكل الالتزام بتماميته اذ الرجوع من الامور الانشائية المحتاجه الى الابراز



و ابرازه بالبيع أو بالعتق دورى اذ المفروض انه ما لم يتحقق الرجوع و لم يتحقق الملك لا يصح البيع و العتق و الحال ان الرجوع المعبر يتوقف على البيع أو العتق فلاحظ.

«قوله قدس سره: و بالجمله فما نحن فيه لا ينطبق»

توضيح كلامه: انه لا يمكن تصحيح التصرف الموقوف على الملك كالباع لنفسه فى المقام لا بالتملك الضمنى لعدم قصد التملك من قبل المالك على الفرض و لا بالتملك الفرضى التقديرى لعدم التنافى لان المفروض ان قاعده السلطنه لا تكون مشرعه و لا يكشف البيع عن تحقق سبب الملك كما هو كذلك فى بيع الواهب أو عتقه اذ المفروض انه لم يتحقق سبب ملك بالنسبه الى المباح له بل العين باقيه فى ملك المبيع.

«قوله قدس سره: وقع البيع للمالك اما لازما»

مقتضى الصنائه عدم وقوع البيع للمالك لا بنحو اللزوم و لا بنحو الجواز اما عدم تحققه لازما فلعدم قصد المباح له المالك بل انما قصد نفسه و أما عدم وقوعه للمالك بالاجاره فلما ذكرنا من عدم قصده فلا موضوع للاجازه.

«قوله قدس سره: و لكن الذى يظهر من جماعه منهم قطب الدين»

المشترى لا يبيع للبائع الغاصب التصرفات فى الثمن بل تسليم الثمن بعنوان الوفاء بالعقد و لذا قالوا بأن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و لعل الماتن اشار الى ما ذكر بقوله «فتأمل».

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٦

«قوله قدس سره: ليست معاوضه ماليه»

ان قلنا بأن كل واحد يملك اباحته فى مقابل تملك اباحه الاخر تكون المعاوضه متحققه لكن الظاهر ان المقصود الاباحه فى مقابل الاباحه أى فى ظرف اباحه الاخر و من الظاهر انه لا معاوضه فى الصوره المفروضه.

«قوله قدس سره: من جهه»

خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا»

بل لا معاوضه اصلا فلا تصل النوبه الى أنها معاوضه عرفا أو شرعا و قلنا انها إباحه فى ظرف خاص و فى هذه الصوره لا تكون تجاره بلا كلام بل قد قلنا سابقا ان صدق عنوان التجاره على غير البيع أول الكلام و الاشكال.

«قوله قدس سره: الا أن يكون نوعا من الصلح»

الصلح عباره عن التسالم و نتيجهه تختلف باختلاف قصد المتصالحين.

«قوله قدس سره: كما يستفاد من بعض الاخبار»

لاحظ ما رواه محمد بن مسلم «١» و لا يستفاد من هذه الروايه عدم اشتراط الاتيان بلفظ الصلح فى المصالحه بل المستفاد من هذه الروايه جواز المبادله بهذا النحو من التراضى و بعباره اخرى:

يستفاد من هذا الحديث جواز المبادله و المعاوضه بين المالين بهذا النحو و لكن مع ذلك لا- يمكن الحكم بجواز الاباحه بالإباحه و بالتملك بهذا النحو لان المستفاد من الحديث المبادله بين العينين فلاحظ.

«قوله قدس سره: و نحوه ما ورد فى مصالحه الزوجين»

لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن قول

---

(١) تقدم فى ص ٧٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٧

اللّه عز و جل «وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا» فقال:

هى المرأه تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: انى اريد ان اطلقك فتقول له: لا تفعل انى اكره ان تشمت بى و لكن انظر فى ليلتى فاصنع بها ما شئت و ما كان سوى ذلك من شىء فهو لك و دعنى على حالتى فهو قوله تعالى «فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا»

و هذا هو الصلح «١».

و ما عن على بن أبى حمزه قال سألت أبا الحسن عليه السلام

عن قول الله عز وجل «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا» قال اذا كان كذلك فھم بطلاقھا فقالت له امسكنى و ادع لك بعض ما عليك و احلكك من يومى و ليلتى حل له ذلك و لا جناح عليهما «٢».

و ما رواه ابو بصير عن ابى عبد الله عليه السلام قال سألته عن قول الله جل اسمه «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا» قال هذا تكون عنده المرأة لا تعجبه فيريد طلاقها فتقول له امسكنى و لا تطلقنى و ادع لك ما على ظهرک و اعطيك من مالى و احلكك من يومى و ليلتى فقد طاب ذلك كله «٣».

و ما رواه زراره قال سئل ابو جعفر عليه السلام عن النهاريه يشترط عليها عند عقده النكاح أن يأتيها ما شاء نهارا أو من كل جمعه أو شهر يوما و من النفقه كذا و كذا؟ قال فليس ذلك الشرط بشىء من تزوج امرأه فلها ما للمرأة من النفقه و القسمه و لكنه ان تزوج امرأه فخافت منه نشوزا أو خافت أن يتزوج عليها فصالحت من

---

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

(٣) عين المصدر الحديث ٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٨

حقها على شىء من قسمتها أو بعضها فان ذلك جائز لا بأس به «١».

«قوله قدس سره: و لو كانت معاملته مستقلة كفى فيها عموم الناس مسلطون»

العجب كل العجب من الماتن حيث افاد أنفا بعدم كون القاعده مشرعه و مع ذلك يقول فى المقام بكفايه القاعده لاثبات المدعى و العصمه مخصوصه باهلها و على الجملة: لا مجال للاستدلال بالقاعده فانها

مخدوشه سندا و دلاله كما مر الكلام حول كلا الامرين.

«قوله قدس سره: و المؤمنون عند شروطهم»

الشرط لا يصدق على الجعل الابتدائي فلا مجال لاتمام الامر بقاعده نفوذ الشرط و لكن ذكرنا سابقا ان جواز الاباحه المقيده على طبق القواعد الاوليه و لا تحتاج الى التماس دليل فانه لا اشكال فى أن المالك له أن يبيح التصرف فى ماله لغيره.

«قوله قدس سره: ففى لزومها مطلقا لعموم المؤمنون عند شروطهم»

الاشكال فى صحه مثل التمليك المذكور و على فرض الاغماض يمكن الاستدلال على اللزوم بوجود الوفاء بالعقد بمقتضى قوله تعالى «أوفوا بالعقود» و أما لو قلنا بأنها إباحه فى ظرف خاص فلا اشكال فى عدم لزومها لعدم ما يقتضى اللزوم فلاحظ.

### [الخامس فى حكم المعاطاه فى غير البيع من العقود و عدمه]

«قوله قدس سره: سيما»

الظاهر انه لا موقع لهذه الكلمه لانه مع فرض فساد الاجاره لا يجوز التصرف فى مال المستأجر.

---

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب القسم و النشوز و الشقاق الحديث ٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٩

«قوله قدس سره: لا يدل على جريان المعاطاه فيها»

بل يدل، اذ مع فرض كون الهبه فاسده لا يجوز للمتهب التصرف فى العين الموهوبه.

«قوله قدس سره: و لكن الاظهر بناء على جريان المعاطاه فى البيع جريانها فى غيره»

الحق جريان المعاطاه فى جميع العقود الا فيما قام الدليل على عدم كفايه المعاطاه و تقريب المدعى هو التقريب الذى ذكرناه فى البيع.

و ملخص الكلام: انه لا فرق بين الفعل و القول فكل فعل صدق عليه عنوان البيع أو الاجاره أو الهبه الى غيرها من العقود و الايقاعات نلتزم بالكفايه لاطلاق الدليل و الاجماع المدعى على عدم الكفايه غايته اجماع منقول و قد حقق فى الاصول انه لا اعتبار بالاجماع المحصل فكيف

بمنقوله.

«قوله قدس سره: و لعل وجه الاشكال عدم تاتى المعاطاه بالاجماع»

ظهر بما ذكرنا فساد أصل الاشكال و ان الحق جريان المعاطاه فى عامه العقود و الايقاعات الا ما خرج بالدليل المعتبر فلا تصل  
النوبه الى الاشكالات المتفرعه عليه فلاحظ.

«قوله قدس سره: لاطلاق بعض ادله الرهن»

لاحظ ما رواه عبد الله بن سنان قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السلم فى الحيوان و الطعام و يرتهن الرجل بماله رهنا قال  
نعم استوثق من مالك «١» فان مقتضى الاطلاق المستفاد من الحديث عدم الفرق بين وقوعه بالقول و بالفعل.

---

(١) الوسائل الباب ١ من الرهن الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٠

«قوله قدس سره: فتأمل»

قال السيد قدس سره فى الحاشيه «لعل وجهه ان مجرد عدم معرفيه الجواز فيه غير مانع و لا يكون دليلا على كون بنائه شرعا  
على اللزوم بأن يكون من لوازمه هذا على أن القبض عند بعضهم شرط فى اللزوم فيكون الوقف قبله صحيحا جائزا» انتهى محل  
الحاجه من كلامه و الحق ان المعاطاه جاريه فى الوقف و لعل السيره جاريه عليه و الله العالم.

**[السادس فى ملازمات المعاطاه على كل من القول بالملك و القول بالإباحه]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: من الوجوه الثمانية»

اى الوجوه التى استدلت بها على لزوم المعاطاه سابقا.

«قوله قدس سره: و اصاله سلطنه المالك»

لا- يحتاج الى الاصل المذكور اذ المفروض ان العين باقيه فى ملك مالکها و مقتضى اطلاق دليل جواز التصرفات الصادره من  
المالك جوازه حتى بعد تحقق الاباحه الشرعيه المفروضه فى مورد المعاطاه و أما على فرض الاحتياج الى اجراء الاصل فيشكل  
بكون الاستصحاب الجارى فى الحكم الكلى معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد.

«قوله قدس سره: و هي حاكمه»

لان الشك في بقاء الاباحه ناش من بقاء تلك السلطنه و

مع جريان الاصل فى السبب لا تصل النوبه الى الاصل فى المسبب.

«قوله قدس سره: لو سلم جريانها»

لعل وجه الترديد ان المورد من موارد الشك فى المقتضى و الماتن لا يرى جريان الاستصحاب فيما يكون الشك فى المقتضى.

«قوله قدس سره: مندفع بما سيحى ء»

و هو ان الضمان قبل التلف لم يكن و بعباره اخرى لم تكن اليد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩١

قبل التلف يد ضمان و بعد التلف نشك فى الضمان و مقتضى استصحاب عدمه بقاء عدم بحاله و بيان آخر نشك فى حدوث الضمان و مقتضى الاستصحاب عدم حدوثه.

«قوله قدس سره: و حيث ارتفع مورد التراد امتنع»

و على الجملة موضوع الخيار العين الخارجيه و مع عدم بقائها لا مجال لتوهم الخيار و لا فرق فيما ذكر بين تلف كلتا العينين و تلف احدهما اذ المتيقن جواز التراد و مع عدم امكانه لا خيار هذا على تقدير العلم بكون الموضوع للخيار عبارته عن تراد العينين و أما اذا شك فى أن الموضوع العين الخارجيه أو العقد فأیضا تكون النتيجة عدم الخيار فان المحكم اصاله اللزوم فيلزم قيام دليل معتبر على الخيار و حيث ليس فليس.

و على الجملة: اذا قلنا: ان المستفاد من الاجماع ان موضوع الخيار متقوم بتراد العينين فلا اشكال و لا كلام فى انتفائه مع تلف العينين و أما لو شك فى أن متعلقه التراد أو العقد أو العين كما فى الهبه يكون دليل اللزوم محكما و مقتضيا للحكم باللزوم.

«قوله قدس سره: لاصاله بقاء سلطنه مالك العين الموجوده و ملكه لها»

لا- مجال لهذا الاصل فان استصحاب الحكم الكلى معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد لكن لا يحتاج الى الاستصحاب المذكور فان خروج العين

عن مالك مالکها يتوقف على الدليل و لا دليل على الخروج فيمكن الرجوع الى القاعده الاولى.

الا أن يقال: لا يمكن الالتزام به اذ يلزم الجمع بين العوض و المعوض و صفوه القول: انه لو قلنا بأن المستفاد من الشرع الاقدس انه لا يمكن الجمع بين عدم ضمان من تلفت احدى العينين

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٢

عنده و بقاء العين الاخرى الباقيه في ملكه فلا مجال للرجوع بل مقتضى القاعده الالتزام بصيروره العين الباقيه مملوكه لمن تكون عنده.

«قوله قدس سره: انما الكلام في الضمان اذا اراد الرجوع»

قد ظهر مما تقدم انه لا مجال لرجوعه فانا لو قلنا بأنه لا يمكن الجمع بين العوض و المعوض و المفروض عدم ضمان من تلفت عنده العين فلا مجال لرجوعه.

«قوله قدس سره: و ليس هذا من مقتضى اليد»

اذ المفروض ان العين التالفه قبل تلفها لم تكن مضمونه و بعد تلفها لا موضوع للضمان.

«قوله قدس سره: و لكن يمكن أن يقال: ان اصاله بقاء سلطنه حاكمه على اصاله عدم الضمان»

الظاهر ان مراده ان مقتضى الاستصحاب بقاء سلطنه مالك العين الموجوده و بعد رجوعه في العين لا يبقى مجال لاصاله البراءه عن الضمان بالمثل أو القيمه لكن الاشكال في أن الاستصحاب معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد و المتعين أن يقال: ان العين الموجوده باقيه في ملك مالکها فرجوعه فيها لا- يتوقف على الاصل بل الرجوع على طبق القاعده الاولى و ان قلنا بصيرورتها مملوكه لذى اليد فلا مجال للرجوع.

و يمكن أن يقال: ان مقتضى بقاء العين الموجوده في ملك مالکها جواز استردادها لمالكها و لازمه كون الاخذ ضامنا للتالف بالمثل أو القيمه.

و لقائل أن يقول: لا مجال لهذا البيان



و ان اصاله بقاء السلطنه و استصحابه حاكم على اصاله عدم الضمان لان الاستصحاب معارض

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٣

باستصحاب عدم جعل الزائد و على فرض جريانه لا يكون حاكما على اصاله عدم الضمان الاعلى القول بالمشيت لان لازم بقاء السلطنه كون التالف مضمونا بالمثل أو القيمه و لا نقول بالمشيت.

و ان شئت قلت:

**يمكن تقرير الحكومه بوجهين**

**الوجه الأول: أن يقال: ان الشك فى ثبوت الضمان بالمثل أو القيمه مسبب عن الشك فى بقاء سلطنه المالك الاول**

و عدم بقائها و الاصل السببى حاكم على الاصل المسببى.

و فيه ان مجرد كون احد الاصلين مسببا عن الاخر لا يوجب الحكومه بل الحكومه تتوقف على كون الاثر المترتب على الاصل المسببى اثرا للاصل السببى و من الظاهر ان المقام لا- يكون كذلك اذ الاثر المترتب على اصاله بقاء السلطنه جواز رجوع المالك فى العين و لازمه ضمان من تلفت العين عنده بالمثل أو القيمه و هذا من مصاديق الاصل المشيت الذى لا نقول به.

**الوجه الثانى: أن يقال: ان الاستصحاب الجارى فى طرف يتقدم على البراءه فى الطرف الآخر**

ففى المقام الاستصحاب الجارى فى طرف مالك العين الباقيه يتقدم على اصاله براءته عن المثل أو القيمه.

و يرد عليه أولا: ان تقدم الاستصحاب على البراءه فيما يكون مجراهما واحدا مثلا- لو شك فى حليه لحم و حرمة من حيث الشك فى التذكيه و عدمها يكون استصحاب عدم التذكيه حاكما على اصاله البراءه و أما اذا لم يكن كذلك كما لو علم اجمالا بأنه اما وقع نجاسه فى الاناء الفلانى و تنجس ما فيه من المائع الموجود فيه و اما يكون ذلك المائع الاخر بولا لا يمكن أن يقال ان استصحاب عدم وقوع النجاسه فى الاناء يجرى و به يحرز كون المائع الاخر بولا الاعلى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٤

القول باعتبار الاصل المشيت بل يقع التعارض بين الاستصحاب و قاعده الطهاره الجاربه فى الاناء الاخر.

و ثانيا: انه يمكن أن يقال: ان مقتضى الاستصحاب عدم اشتغال ذمه مالك العين الموجوده بالمثل أو القيمه فالتعارض بين الاستصحابين لا يبين الاستصحاب و البراءه.

اضف الى ذلك كله: ان الاستصحاب الجارى فى الحكم الكلى معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد و الحق أن يقال- كما قلنا: - لا دليل على ضمان التالف و من

ناحية اخرى لا يمكن الجمع بين العوضين فنقول: القاعده دخول العين الباقيه فى ملك ذى اليد بمجرد تلف العين الاخرى اى بتلف العين التالفه تدخل العين الباقيه فى ملك من تكون فى يده.

و قال سيدنا الاستاد: مقتضى استصحاب بقاء العين التالفه فى ملك مالكةها تحقق الضمان بالمثل أو القيمه.

و يرد عليه أولا: ان الاستصحاب المذكور معارض باستصحاب عدم جعل الزائد و ثانيا انه باى دليل نحكم بالضمان مع عدم كون اليد ضمان.

و قال أيضا فى هذا المقام: ان المعاطاه تقتضى الملكيه غايه الامر الاجماع قائم على عدم تحقق الملكيه و تحقق الاباحه الى زمان تلف احدى العينين فنلتزم بدخول العين قبل التلف فى ملك من تلفت عنده و دخول مقابل التالف فى ملك من تكون العين باقيه فى يده فلا تصل النوبه الى استصحاب بقاء السلطنه و لو اغمض عن الدليل الاجتهادى نقول: مقتضى استصحاب بقاء كل من العينين فى ملك مالكة الضمان بالمثل أو القيمه فلا تصل النوبه الى استصحاب بقاء السلطنه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٥

و يرد عليه: ان المستفاد من الاجماع ان الملكيه لم تحصل فيكون البيع الصادر من المالك غير مؤثر و بعبارة اخرى: بعد قيام الاجماع نعلم ان ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد فاذا كان كذلك يكون الالتزام بتحقيق الملكيه حين التلف محتاجا الى قيام دليل شرعى عليه.

و على الجملة: بعد قيام الاجماع يسقط البيع الواقع الصادر عن المالك عن الاعتبار هذا بالنسبه الى ما أفاده أولا و يرد عليه بالنسبه الى ما أفاده ثانيا بأن استصحاب بقاء الملكيه معارض باستصحاب عدم جعل الزائد.

مضافا الى انه ما الدليل على تحقق الضمان بالمثل

أو القيمه فلاحظ.

إذا عرفت ما ذكرنا فالحق كما تقدم ان نقول: ان العين التالفه مضمونه بالعين الباقيه بمقتضى السيره العقلانيه و لكن الذى يهون الخطب انه لا- اساس لهذا البحث المذكور و الحق ان المعاطاه قسم من البيع فلا مجال لهذا البحث الطويل العريض الا من باب تبعيه الاساطين حيث تعرضوا لهذا الفروع التى لا أصل لها.

و يمكن أن يقال: ان مقتضى قاعده التسلط على المال تسلط المالك على ارجاع العين الموجوده و حيث ان قاعده التسلط دليل اجتهادى يترتب عليه ان ضمان التالف بالمثل أو القيمه الا أن يقال:

انه لا- دليل على أن كل دليل اجتهادى يترتب عليه اللوازم العقلية و بعبارة اخرى: لا دليل على اعتبار مثبتات الاماره على الاطلاق فلاحظ.

«قوله قدس سره: فعلى القول بالملك يملكه من فى ذمته فيسقط عنه»

كما هو المعروف عندهم من أن نتیجه ملك ما فى الذمه السقوط

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٦

عما فى الذمه و ربما يرد عليه بأن ملكيه الانسان لما فى نفسه ان كانت امرا ممكنا فلا وجه للسقوط و ان لم تكن ممكنه فلا وجه للحدوث و بعبارة اخرى: لا وجه للتفريق بين الحدوث و البقاء.

و يمكن أن يجاب عن الاشكال المذكور ان المراد من الحدوث الملك التقديرى الفرضى نظير ملكيه الانسان للعمودين.

«قوله قدس سره: و يحتمل العود و هو ضعيف»

بل لا وجه له و يمكن الاستدلال على المدعى بوجه آخر أيضا و هو ان القدر المعلوم من الاجماع صورته امكان التراد و حيث انه لا مجال له فلا خيار فلاحظ.

«قوله قدس سره: و الظاهر ان الحكم كذلك على القول بالإباحه»

بأن نقول: يملك المدين ما فى ذمته فيسقط. و يرد عليه

انه لا موجب لتملكه ما فى ذمته بمجرد الاباحه و لعله اشار الى هذا بقوله «فافهم» و الله العالم.

«قوله قدس سره: و لو نقل العينان»

فان القدر المعلوم من الاجماع صورته امكان التراد و أما اذا لم يمكن فلا خيار.

«قوله قدس سره: و كذا على القول بالإباحه»

الكلام فيه هو الكلام بلا كلام.

«قوله قدس سره: فيستصحب»

لا- مجال للاستصحاب المذكور اذ المفروض ان موضوع التراد انعدم و ارتفع الخيار و عوده خلاف مقتضى الاستصحاب فان مقتضاه عدم العود مضافا أن استصحاب الحكم الكلى معارض بعدم الجعل الزائد.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٧

«قوله قدس سره: لكن الوجهين ضعيفان»

أما وجه ضعف الوجه الأول فلان دخول العين فى ملك البائع يقطع علقه العين عن المالك الأول و لا دليل على رجوعها و أما وجه ضعف الوجه الثانى فلما تقدم من الماتن من عدم جواز البيع من غير المالك و قد تقدم من النقاش فى الدعوى المذكوره فلا نعيد.

«قوله قدس سره: نعم لو كان غير المعاوضه كالهبة».

بلا فرق بين كون الاباحه شرعيه أو مالكيه اذ على كلا التقديرين تكون العين باقيه فى ملك المالك الأول.

«قوله قدس سره: لم يبعد كون اجازته رجوعا»

بل يبعد اذ على القول بالملكيه لا- بد من انتقال العين الى ملك المالك الأول فتأثير الاجازة يتوقف على الفسخ و الحال ان الفسخ يتوقف على الاجازة.

«قوله قدس سره: لغى الرجوع»

ما ذكر مبنى على كون الاجازة معرفه محضه و هذا القول فاسد مضافا الى أن القول المذكور مبنى على صدور الاجازة من المالك و المفروض ان الرجوع الذى فرض قبلها اخرج العين عن ملك المجيز فلا اثر للاجازة بعد رجوع المالك الأول.

«قوله قدس سره: و هو ضعيف»



وجه للرجوع بعد عدم امكان التراد.

«قوله قدس سره: فالاصل بقاء التسلط على ماله»

ان كان المراد من الاصل المذكور الاستصحاب فيرد عليه ان الاستصحاب الجارى فى الحكم الكلى معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد كما مرّ مرارا و ان كان المراد قاعده سلطنه المالك على ماله

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٨

فالظاهر تماميه المدعى بلا فرق بين كون الاباحه مالكيه أو شرعيه.

«قوله قدس سره: فلا لزوم على القول بالإباحه».

لعدم المقتضى لتحقق اللزوم كما مرّ آنفا.

«قوله قدس سره: ففى اللزوم وجهان»

لا مجال للاستصحاب أما أولا فلان مقتضى دليل كون العقد لازما لزومه و أما ثانيا فلعدم جريان الاستصحاب فى الحكم الكلى.

«قوله قدس سره: ثم انك قد عرفت مما ذكرنا انه ليس جواز الرجوع»

تاره نقول بأن المعاطاه توجب الملكيه و الانتقال غايه الامر بلحاظ الاجماع نلتزم بالملكيه الجائزه و اخرى نقول: بأن المعاطاه التى قصد بها الملكيه توجب الاباحه و ثالثه نتكلم فى المعاطاه التى قصد بها الاباحه أما على الاول فنقول: القدر المعلوم من الاجماع وجود الخيار ما دام كون المتعاملين فى قيد الحياه و لم يعرضهما جنون أو سفه فيؤخذ بدليل اللزوم الا فى المقدار الذى علم بوجود الخيار كما ان مقتضى الاقتصار على القدر المعلوم عدم الخيار على فرض الاسقاط.

و بعباره اخرى: المقتضى لبقاء الخيار بعد الاسقاط احد أمرين احدهما: اطلاق دليل الخيار ثانيهما: استصحاب الخيار بعد الاسقاط و شىء من الوجهين لا يؤثر أما الوجه الأول فلان المفروض عدم الاطلاق و الدليل هو الاجماع و الاجماع دليل لبي لا اطلاق له.

و أما الوجه الثانى فلان الاستصحاب لا يجرى فى الحكم الكلى و أما على الثانى فلا بد من متابعه الدليل اذ قد مر

منا ان مقتضى دليل الاباحه الشرعيه ان ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد و لا مجال

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٩

لاين يقال: ان البيع الصادر من المالك أثر فى الانتقال و الملكيه فناخذ بمقتضاه و نرفع اليد بالمقدار الذى دل الدليل على ارتفاعه فان المقصود للمالك البائع و المشتري الانتقال من اول الامر و المفروض عدم تحققه و أيضا المفروض انهما لم يقصدا الا- الملكيه الخاصه و لم تحصل و غيرها لم يكن مقصودا و التمسك لاثبات القسم الاخر بالسيره غير صحيح اذ المفروض ان السيره جاريه على الملكيه من اول الامر على نحو اللزوم و لا سيره على فرض القول بالاباحه.

و أما على الثالث فالامر أشكال فان المفروض ان المتعاملين لم يقصدا البيع بل مقصودهما الاباحه و تحقق الملكيه بلا معامله جديده يحتاج الى الدليل و لولاه فمقتضى القاعده بقاء العين فى ملك مالکها و عدم انتقالها الى غيره فلاحظ.

### [السابع: أن الشهيد الثانى ذكر فى المسالك وجهين فى صيروره المعاطاه بيعا بعد التلف]

«قوله قدس سره: السابع: ان الشهيد الثانى ذكر فى المسالك وجهين فى صيروره المعاطاه بيعا بعد التلف»

تاره يقصد المتعاقد ان بالمعاطاه الاباحه و اخرى يقصد ان الملكيه و على الفرض الثانى تاره نقول بأنها تفيد الملك اللازم كالعقد اللفظى و اخرى نقول انها تفيد الملك الجائز و ثالثه نقول انها تفيد الاباحه فالصور المتصوره اربع.

أما الصوره الاولى فلا كلام فى كونها خارجه عن دائره البيع و لا مجال لتوهم جريان احكام البيع عليها اذ المفروض ان المالك قصد الاباحه فان لكل مالك أن يبيح التصرف فى ماله لغيره و بقاء الاباحه ببقاء إباحه المالك و من بيده الامر.

و أما الصوره الثانيه فلا اشكال فى ترتب احكام البيع عليها



عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٠

اختصاص لتلك الاحكام بالعقد اللفظى و لا- دليل عليه و عهده دعوى انصراف ادله تلك الاحكام الى العقد اللفظى، على مدعيها.

و أما الصورة الثالثة فأیضا الامر كذلك اى يترتب عليها احكام البيع من الخيار و غيره و اختصاص حكم الخيار بالعقد الذى بنائه على اللزوم لو لا ترتب الخيار، لا وجه له و الا يلزم عدم ترتبه على البيع الذى اشترط فيه الخيار من اول الامر.

و أما الصورة الرابعة فان قلنا بأنه استفيد من الشرع الاقدس انه لا تترتب عليها الملكيه الا بعد عروض احد الملزمات نلتزم بجريان أحكام البيع عليها من ذلك الزمان كزمان التلف مثلا نظير تحقق الانتقال فى الصرف و السلم من زمان تحقق القبض.

و على الجملة: ان تم الدليل يمكن أن يقال ان البيع المؤثر الشرعى عبارته عن المعاطاه و تحقق الملزم فتكون المعاطاه قسما من البيع و يترتب عليها احكام البيع من الخيار و غيره و عليه يكون مبدأ الخيار من زمان اعتبار الشارع كونها بيعا و هو زمان الانتقال و قبله تكون العين باقيه على ملك مالکها غايه الامر الشارع الاقدس جوز التصرفات التى تصدر ممن تكون العين فى يده و هذا الذى نقول لا ينافى مع ما مرّ منا من أن الحكم بالإباحه ينافى الصحه بل لا بد من الحكم بالبطلان فان ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع، فان ما ذكرناه سابقا مبنى على عدم قيام دليل على الصحه من زمان اللزوم و أما مع قيام الدليل فلا مانع عن الالتزام بهذه المقاله كما ان الامر كذلك فى بابى الصرف و السلم.

و بما ذكرنا ظهر ان

المعاطاه بيع من اول الامر لا انها تصير بيعا بعد التلف كى يقال: انه لا مقتضى لكونها بيعا بعد ما لم تكن فانها بيع من اول الامر  
غايه الامر الشارع الاقدس قيدها بقيد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠١

و اشترط فيها شرطا.

«قوله قدس سره: لاطباقهم على أنها ليست بيعا حال وقوعها»

الظاهر ان مرادهم بالنفى عدم ترتب اثر البيع عليها حال وقوعها لا سلب العنوان اى عنوان البيع عنها و بين المقامين بون بعيد.

«قوله قدس سره: فهل الثلاثه من حين المعاطاه»

قد ظهر مما ذكرنا ان مبدأ الخيار من حين اللزوم لا- من باب ان الخيار لا يتصور مع الجواز بل من باب ان الخيار حكم للعقد  
الصحيح و المفروض ان العقد قبل تحقق الملزم غير تام فى نظر الشارع.

«قوله قدس سره: اللهم الا أن يجعل المعاطاه جزء السبب»

فانه المتعين.

«قوله قدس سره: و الاقوى عدم ثبوت خيار الحيوان»

بل مقتضى القاعده جريان خيار الحيوان فيها بعد تحقق اللزوم و أما قبله فلا يجرى فيه خيار الحيوان و لا غيره لعدم تماميه العقد  
شرعا كما مرّ.

«قوله قدس سره: و أما خيار العيب و الغبن»

قد ظهر بما ذكرنا عدم الفرق بين أقسام الخيار و ان جميع اقسامه تجرى فى المعاطاه.

«قوله قدس سره: كما ان خيار المجلس منتف»

لا فرق بين خيار الحيوان و المجلس فلاحظ.

«قوله قدس سره: أو بيعا متزلزلا»

هذا هو المتعين فانه لا اشكال فى كونها بيعا غايه الامر تكون جائزه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٢

«قوله قدس سره: حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم»

بل تعرضها احكام البيع قبل اللزوم كما مرّ.

«قوله قدس سره: فافهم»

لعله اشاره الى ان القول بالإباحه لا تنافى الالتزام بالملكيه بعد تحقق احد

**[الثامن لا إشكال في تحقق المعاطاه المصطلحه التي هي المعركه بين الخاصه و العامه بما إذا تحقق إنشاء التمليك أو الإباحه بالفعل]**

«قوله قدس سره: فهل يرجع ذلك الانشاء القولى الى حكم المعاطاه»

الذى يختلج بالبال أن يقال انه لا وجه لاشتراط قيد فى العقود و الايقاعات بل الميزان بصدق العنوان المأخوذ فى دليل صحه ذلك العقد أو الايقاع فانه مع صدق العنوان يؤخذ بإطلاق دليل الصحه مثلا الميزان فى باب البيع صدق عنوانه و بعد فرض الصدق يؤخذ بإطلاق قوله تعالى «احل الله البيع» و هكذا فى بقيه العقود و الايقاعات و لا يشترط فى شىء منها خصوص اللفظ فضلا عن اشتراط شروط فى اللفظ فان الامر الانشائى متقوم بالاعتبار النفسانى و ابراز ذلك الاعتبار بمبرز بلا فرق بين الفعل و القول.

نعم يشكل الامر فى موردین احدهما: فى مورد لا يكون لدليل الامضاء اطلاق فلا بد فيه من الاقتصار على القدر المتيقن اذ مع الشك يكون المرجع فى باب الوضعيات التقييد و التضييق بخلاف باب التكاليف فان المرجع فيها أصل البراءه.

ثانيهما: أن يقوم دليل على الاشتراط فى مورد خاص كما هو كذلك فى باب الطلاق فانه لا يتحقق الا بالصيغه الخاصه فعلى هذا الاساس لا يبقى مجال لهذا البحث لكن لو اغمض عما ذكرنا و قلنا:

ان البيع لا يتحقق الا بالصيغه الخاصه فلو تحقق اللفظ خاليا عن

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٣

الشرط فهل يترتب عليه حكم المعاطاه؟

الحق انه لا- يترتب عليه فانه على هذا الاساس يكون الالتزام بتأثير المعاطاه فى الاباحه الشرعيه بدليل خاص و لا وجه لتسريه ذلك الحكم الوارد فى ذلك المقام الى غيره بلا فرق بين تحقق التقابض بعد العقد اللفظى الفاسد و عدمه اذ التقابض الواقع بعد اللفظ كالتقابض الواقع بعد كل عقد فاسد و كالتقابض الواقع بعد القمار

فانه وفاء بذلك العقد الفاسد نعم لو قصدنا المعامله و تعاملنا- معاطاه يترتب عليها ذلك الاثر اذ لا نشترط في المعاطاه أن لا يسبقها عقد فاسد لكن هذا استثناء منفصل و أيضا لو كان المالك راضيا بتصرفات الطرف الاخر في ماله يجوز التصرف له بجواز التصرف في مال الغير برضاه و هذا فرض خارج عن محل الكلام و لو أراد كل منهما إباحه ماله للآخر باللفظ تتحقق الاباحه بلا كلام و لا اشكال.

«قوله قدس سره: و لا يكفى فيه عدم العلم»

قال سيدنا الاستاد في هذا المقام: «انه لا مجال لاستصحاب بقاء الرضا اذ كل تصرف يحتاج الى الرضا و مقتضى الاصل عدمه فالاستصحاب يقتضى الحرمة لا الجواز».

و الذى يختلج بالبال أن يقال: تاره يتعلق رضى المالك بالتصرف في ماله بمقدار ساعه فلو شك في الزائد يكون مقتضى الاصل عدم حدوثه، و اخرى يتعلق بالتصرف بمقدار ساعه و قبل انتهاء الساعه يشك في رجوعه فلا اشكال في أن مقتضى الاستصحاب عدم رجوعه الغير في داره و يقول في الحال الحاضر انا راض بسكونتك في دارى و أما بعد فلعل الله يحدث امرا فلا ارى مانعا من استصحاب بقاء رضاه

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٤

بالسكونه لو شك في بقاء رضاه كما ان الامر كذلك في بقيه الموضوعات مثلا لو كان زيد مشغولا بالتكلم و نشك في بقاءه و عدمه يجرى الاستصحاب و نحكم ببقائه على التكلم و كذا لو كان قائما و هكذا و هكذا فلاحظ.

«قوله قدس سره: جهه تقييده»

أى دفع العين بعنوان ان المدفوع إليه مالك للعين و دايين و بعبارة اخرى: لا- يرضى بالدفع الا بعنوان الوفاء بالعقد و لا يكون راضيا

بالدفع على الاطلاق.

«قوله قدس سره: فان بناء الناس على أخذ الماء»

لا يبعد أن تتحقق المعاطاه بما ذكر فان المالك أى صاحب الدكان قد اذن بقبض الماء و البقل و وضع الفلوس فى المحل المعد له فكأن القابض و الاخذ بالوكاله من المالك يأخذ البقل و بالاصاله يدفع الفلوس و صاحب البقل باذنه فى الوضع فى المحل المعد له كأنه يقبض الفلوس بالواسطه و بالآله فيتحقق البيع و الشراء بهذا النحو.

«قوله قدس سره: و على دخول الحمام»

لا يبعد أن يكون صاحب الحمام راضيا بالغسل بالضمان فالداخل فى الحمام يصير ضامنا و يدفع دينه بوضع الفلوس فى الكوز و كان الحمامى يأخذ الفلوس بالواسطه فلاحظ.

«قوله قدس سره: على القول بالإباحه»

بل الامر كذلك على القول بالملكيه و لم يعلم وجه تخصيص الحكم بصوره القول بالإباحه أما الاباحه المالكيه أى يكون آخذ البقل يقصد الاباحه فهو خارج عن محل الكلام اذ الكلام فى المعاملات المتعارفه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٥

التي يقصد بها التملك و مع قصد التملك لا فرق فى النتيجة بين أن يحكم الشارع بالملكيه و بين ما يحكم بالإباحه فلاحظ.

**مقدمه فى خصوص الفاظ البيع:**

**اشاره**

«قوله قدس سره: قد عرفت ان اعتبار اللفظ فى البيع بل فى جميع العقود مما نقل عليه الاجماع»

ربما يقال: انه يمكن الاستدلال على المدعى أى اعتبار اللفظ فى العقود بأمر: الاول الشهره العظيمه الفتوائيه.

و فيه انه قد ثبت فى محله ان الشهره الفتوائيه لا تكون حجه بلا فرق بين العظيمه منها و غيرها.

الثانى: الاجماع المنقول. و فيه: انه قد تقرر فى محله عدم اعتبار الاجماع المحصل فكيف بالمنقول منه سيما فى المقام حيث انه يحتمل استناد المجمعين الى بعض النصوص الذى نشير إليه إن

شاء الله تعالى.

الثالث: جمله من النصوص و قد تعرضنا لهذه النصوص فى اوائل بحث المعاطاه تبعا للشيخ حيث قال قدس سره «و قد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار» فراجع ما ذكرناه هناك و ملخص ما قلناه هناك ان الاخبار المشار إليها لا تدل على المدعى أما النص الوارد فى بيع المصحف «١» فيدل على النهى عن بيع المصحف و جواز بيع الغلاف و نحوه.

و أما الخبر الدال على تحليل الكلام و تحريمه «٢» فقد فرض فى

(١) تقدم فى ص ٥٩.

(٢) تقدم فى ص ٥٩.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٦

مورده الكلام و أما الخبر الوارد فى بيع القصب «١» فقد فرض كون البيع واقعا على الكلى و لا يتحقق بالمعاطاه بالإضافة الى أن السائل يسأل عن حكم ما لو احترق القصب فلا يستفاد من تلك الاخبار الاشرط و يضاف الى ذلك عدم تماميه اسناد تلك الروايات فلاحظ.

«قوله قدس سره: لا لاصاله عدم وجوبه»

فان مقتضى الاصل فى الامور الوضعيه هو الاشرط و التقييد مثلا لو شك فى اعتبار العرييه فى صيغه النكاح لا بد من الالتزام باعتبارها اذا لم يكن اطلاق لان مقتضى الاستصحاب عدم تحقق الزوجيه و قس عليه بقيه الموارد بخلاف باب التكاليف فان مقتضى البراءه السعه و عدم الازام.

و ربما يقال- كما عن المحقق الايروانى قدس سره:- انه لا فرق بين التكليف و الوضع من هذه الجبهه أى يمكن رفع الحكم الوضعى بحديث الرفع حيث ان الامام عليه السلام استدل بحديث الرفع على فساد طلاق المكره و عتاقه.

لاحظ ما عن أبى الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقه ما يملك

أ يلزمه ذلك؟ فقال: لا ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وضع عن امتي ما اكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطأوا «٢».

و لاحظ ما رواه سعد بن أبي خلف قال: قلت لابي الحسن موسى عليه السلام انى كنت اشتريت أمه سرا من امرأتى و انه بلغها ذلك فخرجت من منزلى و أبت أن ترجع الى منزلى فاتيتها فى منزل أهلها فقلت لها ان الذى بلغك باطل و ان الذى أتاك بهذا عدو لك أراد أن

---

(١) تقدم فى ص ٥٩.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الايمان الحديث ٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٧

يستفرك فقالت: لا و الله لا يكون بينى و بينك خير ابدأ حتى تحلف لى بعق كل جاريه لك و بصدقه مالك ان كنت اشتريت جاريه و هى فى ملكك اليوم فحلفت لها بذلك فأعادت اليمين و قالت لى: فقل:

كل جاريه لى الساعه فهى حره فقلت لها: كل جاريه لى الساعه فهى حره و قد اعتزلت جاريته و هممت ان أعتقها و اتزوجها لهواى فيها فقال ليس عليك فيما احلفتك عليه شىء و اعلم انه لا يجوز عتق و لا صدقه الا ما اريد به وجه الله عز و جل و ثوابه «١».

فانه يستفاد من النص الخاص ان الحديث الرفع يرفع الحكم الوضعى كما يرفع الحكم التكليفى.

اقول: يرد على الاستدلال المذكور أولا ان حديث الرفع المتضمن لرفع ما لا يعلم ضعيف سندا و على فرض تسلّم ان المشهور عمل به لا اثر له لما ذكرناه مرارا من عدم جبر الحديث الضعيف سندا بعمل المشهور.

و ثانيا: ان الرفع قابل فى مورد يكون الوضع قابلا و



حيث ان الجزئيه و الشرطيه و المانعيه و القاطعيه امور واقعيه انتزاعيه و غير قابله للجعل لا يمكن رفعها أيضا الا برفع منشأ انتزاعها.

توضيح المدعى: ان الامر اذا تعلق بمركب اعتبارى كالفلاه مثلا ينتزع من المركب المأمور به ان الركوع جزء للفلاه و أيضا السجود من أجزائها و هكذا و الا فلا يتصور كون الامر الفلانى جزء للفلاه و هذا الجزء المنتزع لا يسقط عن الجزئيه الا برفع الامر عن المركب و اذا فرض رفع الامر عن المركب فتعلق الامر بالمركب الفاقد لذلك الجزء يحتاج الى دليل آخر غير حديث الرفع.

و ان شئت قلت: ان حديث الرفع يكون متكفلا للرفع لا للوضع

---

(١) الوسائل الباب ١٦ من الايمان الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٨

و قس على الجزئيه بقيه المذكورات من الشرطيه و المانعيه و القاطعيه.

و ما ورد من الامام عليه السلام من الاستدلال بحديث الرفع لرفع الاثر عن الطلاق الاكراهى مغاير مع المقام فان المستفاد من حديث الرفع و كذلك من استدلال الامام عليه السلام ان الامر الاكراهى لا أثر له و لا يكون موضوعا للحكم الشرعى.

و بعبارة اخرى: يكون الرفع واقعيًا و تكون النتيجة انه يشترط الطلاق مثلا- بعدم كونه اكرهيا و لا يقاس مقامنا بذلك المقام حيث ان ما لا- يعلم يكون الحكم الواقعى محفوظا فيه فى الواقع فان الاحكام الواقعيه محفوظه فى حال الجهل كما حقق فى محله.

فغايه ما يمكن أن يقال ان حديث الرفع لا يختص بالتكليف بل يشمل الامور الوضعيه فتكون النتيجة رفع الحكم عن المجهول و لكن لا دليل على تعلق الاثر بالفاقد فطبعًا يكون داخلا فى مورد الشك و مقتضى الاصل عدم ترتب الاثر و

عليه لا- بد من الالتزام بالتفصيل بأن نقول في كل عقد أو ايقاع اذا كان اطلاق أو عموم موجودا يرجع إليه في كل مورد مشكوك فيه و يدفع احتمال القيد الفلاني و الشرط الكذائي و مع عدم الاطلاق و العموم لا مناص عن الاحتياط و التحفظ على كل قيد و شرط الا مع قيام اجماع تعبدى كاشف في مورد خاص.

«قوله قدس سره: بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الاخرس»

لاحظ ما رواه احمد بن محمد بن أبي نصر قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة ثم يصمت فلا يتكلم قال:

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٩

يكون أخرس؟ قلت: نعم فيعلم منه بغض لامرأته و كراهته لها أ يجوز أن يطلق عنه وليه؟ قال: لا- و لكن يكتب و يشهد على ذلك قلت: لا يكتب و لا يسمع كيف يطلقها؟ فقال بالذى يعرف منه من فعاله مثل ما ذكرت و من كراهته و بغضه لها «١»

«قوله قدس سره: ثم لو قلنا ان الاصل في المعاطاه اللزوم بعد القول بافادتها الملكيه»

يختلج بالبال ان مراده قدس سره من العبارة ان المعاطاه على فرض عدم كونها كالبيع اللفظى و عدم جوازها انما يختص الحكم بالخروج بالنسبه الى القادر على الانشاء باللفظ و أما من لا يقدر على اللفظ فالمعاطاه الصادره عنه كالبيع اللفظى بلا فرق.

«قوله قدس سره: لفحوى ما ورد من النص على جوازها في الطلاق»

لاحظ ما رواه السكونى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: طلاق الاخرس أن يأخذ مقنعتها فيضعها على رأسها و يعتزلها «٢» و الحديث ضعيف سنداً.

«قوله قدس سره: و فى بعض روايات الطلاق ما يدل

لاحظ ما رواه البرزنجي (٣) فانه يفهم من الحديث ان الكتابه مقدمه على الاشاره فلاحظ.

«قوله قدس سره: عملا باصالة بقاء الملك»

قد ذكرنا مرارا ان الاستصحاب الجارى فى الحكم الكلى معارض

---

(١) الكافى ج ٦ ص ١٢٨ باب طلاق الاخرس الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٣.

(٣) تقدم فى ص ١٠٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٠

باستصحاب عدم جعل الزائد فلا يجرى استصحاب بقاء الملك و لكن لا تصل النوبه إليه بل لو لم يتم الدليل على النقل لكفى لبقاء كل عين فى ملك صاحبها قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»

فان الاستفادة من الآيه الشريفه بقاء كل ملك فى ملك مالكة و يكون السبب الوحيد للتجاره عن تراض.

«قوله قدس سره: و لان المخاطب لا يدرى بم خوطب»

هذا الاشكال فى غايه السقوط اذ يمكن افهام المخاطب باقامه القرينه بحيث لا يبقى له شك فى المراد و مقتضى القاعده أن يقال كما مر: ان كل عقد أو ايقاع يكون لدليل امضائه الاطلاق و صدق عنوان ذلك العقد أو الايقاع فى الخارج يحكم بصحته بمقتضى ذلك الاطلاق الذى فرض بلا فرق بين كون المبرز لذلك الاعتبار النفسانى لفظا أو فعلا و على تقدير كونه لفظا لا فرق بين كونه باللفظ الصريح و كونه بالظاهر فى المراد و بلا- فرق بين كونه مجازا أو كناية و لا- وجه لاشتراط أمر آخر بل الميزان انطباق ذلك العنوان على ما فى الخارج.

«قوله قدس سره: فيفيد إرادته نفسه بالقرائن»

الظاهر انه لا مصداق لهذا الكلى المذكور فان البائع اذا قال أدخلت الدار فى ملكك بكذا مقدار و اراد البيع يتحقق البيع و بعبارة اخرى: الادخال فى الملك له مصاديق فان

كان مع العوض يكون بيعا و ان كان بلا عوض يكون هبه و هكذا.

و بيان آخر: الانشاء يقع من أول الامر على التمليك الخاص الا أن يقال هذا هو المقصود اى المقصود ان الادخال فى الملك لازم اعم.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١١

و فيه ان الادخال فى الملك مع العوض ليس الا- البيع و لا- يقاس بقول القائل زيد كثير الرماد فانه يخبر عن كثره رماده لكن مراده الجدى كونه جوادا نعم لا يبعد أن ينطبق على المقام ما لو قال البائع للمشتري تصرف فى هذه العين تصرفا جائزا و أراد بهذا الجملة بيع العين فان جواز التصرف فى العين لازم أعم للبيع اذ جواز التصرف يجتمع مع البيع و الاجاره و الهبه و العاريه و القرض الى غيرها فلاحظ.

«قوله قدس سره: و الذى يظهر من النصوص المتفرقه»

قد اشيرت الى هذه النصوص سابقا و قلنا هذه النصوص لا تدل على اشتراط اللفظ فى الايجاب و القبول فراجع ما ذكرناه هناك.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعل وجه الامر بالتأمل ان الفقهاء الذين لم يتعرضوا لخصوص لفظ خاص فى الايجاب لم يكونوا فى مقام البيان من هذه الجبهه بل كانوا فى مقام بيان لزوم كون العقد باللفظ فقط فلا يمكن استفاده الاطلاق من كلامهم لعدم تماميه مقدمات الحكمه هذا.

و لكن يرد على هذا البيان انه لو فتح باب هذا التقريب لا نسد باب الاخذ بإطلاق الكلام فى كل مورد شك فى كون المتكلم فى مقام البيان أم لا و الحال ان مقتضى اصاله البيان حمل كون المتكلم فى مقام البيان فلاحظ.

«قوله قدس سره: بلفظ السلم»

السلم عبارته عن تعجيل الثمن و التأخير فى المبيع و عبارته اخرى

دفع الثمن عاجلا و تسليم المبيع آجلا.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٢

«قوله قدس سره: وليتك العقد ...»

التوليه فى البيع، بيع السلعه برأس المال فان هذا كله يؤيد ما قلناه من عدم وجه لاشتراط ماده خاصه و نحو مخصوص فى صيغه البيع بل ينعقد بكل لفظ يدل على المراد و يصدق عليه فى العرف عنوان البيع.

«قوله قدس سره: و التشريك فى المبيع بلفظ شركتك»

لا- يبعد أن يكون المراد من الجملة أن المشتري بعد اشتراء العين يشرك صديقه فى المبيع و يبيع نصف العين منه و يقول له شركتك.

«قوله قدس سره: فالخطاب فى نفسه محتمل لا يدري المخاطب ...»

لا- اشكال فى أن ابراز ما فى النفس يمكن باللفظ فابراز المقصود باللفظ أمر ممكن و عليه لا يتجه ما أفاده الماتن و لا يصح ما أفيد فى المقام فلاحظ.

«قوله قدس سره: لكن هذا الوجه لا يجرى فى جميع ما ذكره من أمثله الكنايه»

مثلا لو قال البائع: أدخلت الدار فى ملكك بكذا يكون الدال على البيع اللفظ الكنائى و مع ذلك يكون باللفظ اضم الى ما مرّ آنفا من أنه يمكن الابراز باللفظ فى جميع الموارد.

«قوله قدس سره: دخلت فى الكنايه التى عرفت ان تجوزها رجوع الى عدم ...»

قد عرفت انه يمكن الانشاء باللفظ و لا ينافى الاتيان بالكنايات مع الانشاء باللفظ فلا يتم التوجيه المذكور و صفوه القول: انه لو صدق فى العرف ان زيدا باع داره من بكر يترتب عليه الاثر اعم من أن يكون انشائه بلفظ بعث أو بغيرها فلاحظ.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٣

«قوله قدس سره: منها لفظ بعث فى الايجاب»

لا اشكال فى تحقق ايجاب البيع

بلفظ بعث انما الاشكال فى أن المستفاد من كلام المصباح- حيث قال فى مقام تعريف البيع- «مبادله مال بمال» ان مفهوم البيع مفهوم متقوم بالطرفين و من ناحيه اخرى الصحه الوضعيه عارضه على البيع بمقتضى قوله تعالى «احل الله البيع» فيقع الكلام فى أنه ان قلنا ان البيع عباره عن مجموع الايجاب و القبول يلزم أن يكون استعمال البيع فى قول البائع بعث استعمالا مجازيا أو نلتزم بكون لفظ البيع مشتركا بين معنيين و الالتزام بكلا الامرين مشكل.

و ان قلنا البيع اسم لخصوص الايجاب فتعريف المصباح يقع مورد الاشكال مضافا الى أن لازمه أن يكون البيع فى قوله تعالى «احل الله البيع» مجازا اذ من الظاهر ان مجرد الايجاب لا يكون مورد الامضاء فما الحيله.

و الذى يختلج بالبال أن يقال لفظ البيع موضوع لخصوص الايجاب مقابل الاثراء و أيضا مفهوم البائع فى مقابل المشتري و لا يتوجه اشكال.

و أما امضاء البيع فنقول المراد من البيع الذى يكون مورد الامضاء الحصة الخاصه منه و هى الايجاب المتعقب بالقبول مع بقيه الشروط.

و ان شئت قلت: لا اشكال فى أن البيع على اطلاقه و ارساله لا يكون مورد الامضاء بل الممضى بالفتح البيع مع جميع الشروط المقرره و من جمله تلك الشروط أن يتعلق به القبول.

و أما تعريف المصباح فيمكن أن يقال ان مراده من المبادله التبديل و استعمال باب المفاعله بالفعل القائم بطرف واحد كثير و ليس بعزيز و يمكن أنه أراد بالبيع الحصة الخاصه منه مضافا الى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٤

أن الامر اذا وصل الى كلامه يكون سهلا اذ غايه ما يلزم أن يكون كلامه ناشيا عن الاشتباه و هو أمر ممكن.

## [الإشارة إلى بعض ألفاظ عقد البيع]

«قوله قدس سره: و لا يخلو عن وجه»

و لكنه غير وجيه فان الميزان الذى ذكرناه صدق عنوان ذلك العقد أو ذلك الايقاع و لا دليل على أكثر من هذا المقدار فلاحظ.

«قوله قدس سره: و فيه اشكال»

لعل وجه الاشكال ان مقتضى اطلاق كلامهم عدم الفرق فلا وجه للتفصيل.

«قوله قدس سره: و أما القبول فلا ينبغى الاشكال فى وقوعه بلفظ قبلت»

ظهر مما تقدم منا ان هذه التفصيلات بلا طائل فان الميزان بصدق عنوان العقد المقصود أو الايقاع كذلك و الزائد عن هذا المقدار لا دليل عليه.

و لسيدنا الاستاد كلام فى المقام و هو انه لو تحقق الايجاب من الطرفين بأن قال احدهما بعت دارى ببستانك و مقارنا لهذا الايجاب قال الاخر بعتك بستانى بدارك يتحقق العقد و يترتب عليه الاثر لصدق العقد و التجاره فان العقد ارتباط احد الالتزامين بالآخر و التجاره لا تتقوم بالايجاب و القبول.

و يرد عليه أولا ان قد ذكرنا مرارا ان دليل وجوب الوفاء بالعقد لا يمكن أن يكون ناظرا الى جعل الصحة بل متعرض للزوم العقد الذى فرض كونه صحيحا و ذكرنا أيضا ان صدق التجاره على غير البيع محل الكلام و الاشكال و ثانيا: انه كيف يرتبط احد الايجابين بالآخر مع فرض كون ايجاب كل واحد من الطرفين ايجاب مستقل

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٥

و إنشاء اجنبى عن إنشاء الطرف المقابل.

«قوله قدس سره: وجهين»

ربما يقال بأن القبول لا يتحقق بلفظ الامضاء اذ الامضاء يتعلق بالعقد و العقد مركب من الايجاب و القبول فالامضاء متأخر عن القبول رتبة.

و بعبارة واضحة ان الامضاء فرع تحقق العقد و العقد مركب من الايجاب و القبول فكيف يمكن تحقق القبول بلفظ الامضاء و

فيه انه يكفى فى تحقق القبول انشاء فاذا فرض صدق انشاءه بانشاء مفهوم الامضاء يتحقق الموضوع و لا وجه للاشكال فالصحيح تحققه به.

«قوله قدس سره: لو اوقعا العقد بالالفاظ المشتركة»

يمكن تصوير المقام على نحو يدخل فى باب المدعى و المنكر مثلا لو كان احد العوضين حيوانا فادعى من انتقل إليه الحيوان كونه مشتريا و ادعى الاخر كونه بايعا يكون المدعى للخيار قوله خلافا للاصل و يلزم عليه أن يقيم بينه و أما الطرف الاخر فيكون قوله موافقا للاصل و هو اللزوم و عدم الخيار فيكون القول قوله.

**[فى شروط عقد البيع]**

**[مسئله المحكى عن جماعه منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانى اعتبار العريه فى العقد]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: مسئله المحكى عن جماعه منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانى اعتبار العريه فى العقد»

**ما يمكن أن يذكر أو ذكر فى وجه الاشتراط امور:**

**الأمر الأول: التأسى بالنبى صلى الله عليه و آله**

فانه كان ينشئ العقود و الايقاعات بالعربى و فعله حجه كقوله و تقريره.

و فيه انه لا- دليل على وجوب التأسى به على الاطلاق الا فيما علم ان فعله بعنوان التشريع و بيان الحكم و لم يعلم منه ذلك فى المقام بل علم عدمه فانه لو كانت العريه شرطا فى عقد البيع لذاع و شاع

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٦

و لم يقع مورد البحث مع عموم البلوى به فى كل زمان و مكان مضافا الى أن احتمال اشتراطها مرفوع بإطلاق دليل صحه البيع و التجاره فالوجه المذكور فى غايه السقوط.

**الأمر الثانى: ان عدم جواز إنشاء البيع بالعربى غير الماضى يدل بالاولويه على عدم جوازه بغير العربى.**

و فيه: أولا ان عدم الجواز بغير الماضى ممنوع فلا موضوع للاولويه المدعاه.



و ثالثا: انه قد دل بعض النصوص على جواز إنشاء البيع بغير الماضي و غير العربي لاحظ حديث محمد قال: قال أبو عبد الله عليه السلام أنى لاكره بيع عشرة باحدى عشر و عشره باثنى عشر و نحو ذلك من البيع و لكن أبيعك بكذا و كذا مساومه، قال: و أتانى متاع من مصر فكرهت أن ابيعه كذلك و عظم على فبعته مساومه «١».

و حديث العلاء قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: الرجل يبيع البيع فيقول ابيعك بده دوازه أو ده يازده فقال لا بأس انما هذه المراوضه فاذا جمع البيع جعله جمله واحده «٢».

و رابعا: انه لا- مجال لتوهم الاشرط المذكور فان السيره جاريه فى تمام انحاء العالم الاسلامى غير العربى بانشاء البيع بلغات مختلفه و هل يمكن الالتزام ببطلان معاملاتهم كلا.

### **الأمر الثالث: ان مفهوم العقد لا يصدق على الانشاء بغير العربى فلا بد من التحفظ على العربيه.**

---

(١) الوسائل الباب ١٤ من ابواب احكام العقود الحديث ٤.

(٢) عين المصدر الحديث ٥.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٧

و بطلان دعوى المذكور أوضح من أن يخفى فان الانشاء عباره عن ابراز ما فى النفس باى نحو بلا تقيده بقيد من القيود فاذا كان امرا قائما بالطرفين يصدق عليه العقد و ان كان قائما بالطرف الواحد يصدق عليه الايقاع فلاحظ.

«قوله قدس سره: و هل يعتبر عدم اللحن من حيث الماده و الهيئه بناء على اشترط العربى الاقوى ذلك».

قال سيدنا الاستاد فى هذا المقام: لا بد من التفصيل بين كون الملحون غلطا كلفظ «بغت» بدل «بعت» و ما لم يكن غلطا فنقول بعدم الصحه فى الاول و بها فى الثانى.

و يرد عليه أولا انه كيف يجمع بين كونه

ملحونا و عدم كونه غلطا قال فى مجمع البحرين «يقال لحن فلان فى كلامه اذا مال عن صحيح النطق» و قال أيضا «غلط فى منطقه كفرح غلطا بالتحريك أخطأ وجه الصواب» و الحاصل انه لا واسطه بين الغلط و الصحيح.

و ثانيا: ان الميزان صدق عنوان البيع فان صدق العنوان يحكم بصحته لعدم دليل على التقييد فى مقابل دليل الامضاء فكل قيد و شرط يرفض بالإطلاق الا أن يقوم دليل معتبر على الاعتبار فتأخذ به.

«قوله قدس سره: و حكى عن فخر الدين الفرق»

بما ذكرنا ظهر انه لا- وجه للتفصيل المذكور و أمثاله فان كلها بلا وجه و المتبع اطلاق دليل الامضاء المقتضى لالغاء جميع القيود.

«قوله قدس سره: الا مع العجز عن التعلم و التوكيل»

لا فرق بين القادر و العاجز فان القادر العالم بجميع الخصوصيات لو أنشأ البيع بغير العربى أو بالعربى غير الماضى غلطا بداع من

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٨

الدواعى يكون مؤثرا لاطلاق الدليل حتى فى صورته تغير المعنى اذ الميزان الكلى كما ذكرنا صدق عنوان البيع.

«قوله قدس سره: ثم هل المعتبر عربيه جميع أجزاء الايجاب»

على ما ذكرنا لا مجال لهذه الابحاث و لكن على القول به لا بد من ملاحظه المدرك فان كان المدرك الاجماع فلا بد من الاقتصار فيه على القدر المتيقن منه حيث انه دليل لبي الا أن يفرض اطلاق فى معقد الاجماع و هذا فرض فى فرض.

و ان كان المدرك للاشتراط الاقتصار على القدر المتيقن بدعوى ان مقتضى الاصل الفساد فلا بد من رعايه جميع القيود المحتمله كما لا بد من رعايه الخصوصيات المعتبره فى قراءه الصلاه اذ بدون رعايتها لا يحصل اليقين و مقتضى الاصل الفساد.

«قوله قدس سره»

سره: ثم انه هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا»

الحق انه يصدق انه إنشاء البيع بالعربي و لا يتوقف على معرفه المتكلم الخصوصيات المذكوره فى كلام الماتن و الله العالم.

### **[مسأله المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضويه]**

#### **اشاره**

«قوله قدس سره: المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضويه»

يظهر من كلامه قدس سره أن

**ما يمكن ان يذكر فى مقام الاستدلال على الاشتراط وجوه:**

#### **الوجه الأول الشهره الفتوائيه**

و قد حقق فى محله عدم كون الشهره حجه.

#### **الوجه الثانى: الاجماع المدعى.**

و فيه انه حقق فى الاصول عدم اعتبار الاجماع المحصل فكيف بمنقوله.

#### **الوجه الثالث: عدم صراحه المضارع و الامر فى إنشاء البيع.**

و فيه أولا انه لا وجه للصراحه بل يكفى الظهور. و ثانيا: انه تتحقق

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٩

الصراحه مع القرينه.

---

قمى، سيد تقى طباطبايى، عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشى محلاتى، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ١١٩

و ان شئت قلت: لا- فرق بين قول البائع «بعث» و قوله «أبيع» فان كل واحد من اللفظين مع القرينه يمكن أن يكون صريحا في المراد و أما مع عدم القرينه فشىء منهما لا يكون صريحا و لا ظاهرا.

### **الوجه الرابع: عدم التعارف الخارجى:**

و فيه: انه على فرض التسليم لا- يشترط فى صيغه البيع التعارف الخارجى بل بمقتضى الاطلاق أى اطلاق قوله تعالى «احل الله البيع» و قوله تعالى «تجاره عن تراض» كفايه صدق العنوان.

«قوله قدس سره: فى بيع الآبق»

لاحظ ما رواه رفاعه النخاس قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له: أ يصلح لى أن اشترى من القوم الجاربه الآبقه و أعطيهم الثمن و أطلبها انا؟ قال: لا يصلح شراؤها الا أن تشتري منهم معها ثوبا أو متاعا فتقول لهم اشترى منكم جاريتكم فلانه و هذا المتاع بكذا و كذا درهما فان ذلك جائز «١».

و لاحظ ما رواه سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشتري العبد و هو آبق عن أهله قال: لا يصلح الا أن يشتري معه شيئا آخر و يقول أشترى منك هذا الشىء و عبدك بكذا و كذا فان لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشترى منه «٢».

«قوله قدس سره: و اللبن فى الضرع»

لاحظ ما رواه سماعه قال: سألته عن اللبن يشتري و هو فى الضرع فقال

لا الا أن يحلب لك منه اسكرجه فيقول اشتر منى هذا اللبن الذى فى الاسكرجه و ما فى ضروعها بثمان مسمى فان لم يكن

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٠

فى الضرع شىء كان ما فى الاسكرجه «١».

«قوله قدس سره: و فحوى ما دل عليه فى النكاح»

و هى جمله من النصوص منها ما رواه ابان بن تغلب قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام كيف اقول لها اذا خلوت بها؟ قال تقول أتزوجك متعه على كتاب الله و سنه نبيه لا وارثه و لا موروثه كذا و كذا يوما و ان شئت كذا و كذا سنه بكذا و كذا درهما و تسمى (من الاجر) ما تراضيتما عليه قليلا كان أو كثيرا فاذا قالت نعم فقد رضيت و هى امرأتك و انت أولى الناس بها «٢».

و منها ما رواه ابن أبي نصر عن ثعلبه قال: تقول: أتزوجك متعه على كتاب الله و سنه نبيه نكاحا غير سفاح و على أن لا ترثينى و لا ارثك كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما و على أن عليك العده «٣».

و منها ما رواه هشام بن سالم قال: قلت كيف يتزوج المتعه؟

قال يقول أتزوجك كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما فاذا مضت تلك الايام كان طلاقها فى شرطها و لا عدّه لها عليك «٤».

و منها ما رواه ابو بصير قال: لا بد من أن يقول فيه هذه الشروط أتزوجك متعه كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما نكاحا غير سفاح على كتاب الله و سنه نبيه و على أن

لا ترثيني و لا ارثك و على أن تعتدي خمسه و اربعين يوما و قال بعضهم حيضه «٥».

(١) الوسائل الباب ٨ من هذه الابواب الحديث ٢.

(٢) الوسائل الباب ١٨ من ابواب المتعه الحديث ١.

(٣) عين المصدر الحديث ٢.

(٤) عين المصدر الحديث ٣.

(٥) عين المصدر الحديث ٤.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢١

و منها ما رواه الاحول قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام قلت:

ادنى ما يتزوج الرجل به المتعه قال كفّ من برّ يقول لها زوجيني نفسك متعه على كتاب الله و سنه نبيه نكاحا غير سفاح على أن لا ارثك و لا ترثيني و لا أطلب ولدك الى أجل مسمى فان بدا لي زدتك و زدتنى «١».

و منها ما رواه هشام بن سالم الجواليقي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال قلت ما اقول لها قال تقول لها اتزوجك على كتاب الله و سنه نبيه و الله وليي و وليك كذا و كذا شهرا بكذا و كذا درهما على أن لي الله عليك كفيلا لتفين لي و لا اقسام لك و لا اطلب ولدك و لا عده لك على فاذا مضى شرطك فلا تتزوجي حتى يمضى لك خمسه و اربعون يوما و ان حدث بك ولد فاعلميني «٢».

«قوله قدس سره: على وجه لا يحتاج الى قرينه»

يرد عليه أولا- انه لا- وجه لهذا الاشتراط فان الميزان صدق عنوان البيع أو غيره من العقود و الايقاعات باى وجه كان و ثانيا انه كيف يمكن تصوير ما أفاده فان فعل المضارع لا يستفاد منه إنشاء البيع أو غيره الا مع القرينه حاله أو مقالیه أو غيرهما فصراحتة فى الانشاء بلا قرينه أمر غير

ممکن ظاهراً.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعل وجه الامر بالتأمل ما ذكرناه فلاحظ.

بقی شیء و هو ان سيدنا الاستاد أفاد فى المقام بانه يجوز إنشاء البيع بالجمله الاسمیه كما لو قال هذا لك بكذا اذا قام قرينه على أن القائل فى مقام البيع و أما إنشاء البيع بقوله انا بايع و نحوه فلا

---

(۱) الوسائل الباب ۱۸ من ابواب المتعه الحديث ۵.

(۲) نفس المصدر الحديث ۶.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص: ۱۲۲

يجوز اذ يعد فى نظر العرف من الاغلاط و مع عدم صدق عنوان البيع على ما يتحقق فى الخارج من الانشاء لا يصح البيع.

و فيه أولا انا نمنع عن كون مثله غلطا و ثانيا انه يفرض كونه غلطا لكن لا نسلم ان عنوان البيع لا يصدق على الانشاء الغلط و الله العالم.

### **[مسأله الأشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول]**

«قوله قدس سره: مسأله الأشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول»

ربما يستدل على المدعى بالاجماع و حال الاجماع فى الاشكال ظاهر مضافا الى أنه على تقدير تحققه يحتمل استناده الى بعض الوجوه المذكوره فى المقام.

كما ان الاستدلال عليه بأن تقديم القبول على الايجاب خلاف المتعارف مردود بأن مقتضى اطلاق الدليل عدم الفرق بين المتعارف و غيره.

و الذى يختلج بالبال أن يقال: ان القبول على قسمين احدهما:

أن يكون متضمنا للمطاوعه للايجاب ثانيهما: أن لا يكون كذلك بل ينشأ به الاثراء من دون قصد المطاوعه قال الراغب فى مفرداته:

«البيع اعطاء المثلن و أخذ الثمن» و الشراء اعطاء الثمن و أخذ المثلن» فالشراء عبارة عن اخذ المبدل و اعطاء البديل فان كان القبول بعنوان المطاوعه فلا بد أن يكون متأخرا عن الايجاب اذ قوام المطاوعه بقبول ما وقع فى الخارج فلا يعقل فيه التقدم.

و أما



ان لم يكن كذلك فلا محذور في تقدمه على الايجاب و يؤيد المدعى بل يدل عليه جمله من النصوص منها ما رواه رفاعه «١»  
فان الاستفادة من الحديث جواز تقديم الاشارة على ايجاب البيع.

(١) تقدم ذكر الحديث في ص ١١٩.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٣

و منها ما رواه سماعه «١» و التقريب هو التقريب و منها ما رواه سماعه أيضا ٢ و التقريب هو التقريب.

و صفوه القول: ان القبول اذا كان متضمنا للمطاوعه فلا بد من تأخره عن الايجاب و الا فلا.

و ما في كلام سيدنا الاستاد من التفصيل بين مطاوعه المصدر و اسم المصدر بأن المطاوعه للمصدر غير لازم و مطاوعه معنى  
اسم المصدر لا يتوقف على التأخر لا يرجع الى محصل صحيح اذ المقصود ان العقد مركب من الايجاب و القبول و لا دليل على  
لزوم تقدم الايجاب لكن القبول اذا كان عباره عن إنشاء الرضا بما تحقق من قبل الموجب فلا يعقل تحققه قبل الايجاب الا على  
نحو الوعد و لا يكون قابلا للتفصيل و الظاهر ان عنوان القبول لا يمكن تحققه الا أن يقع بعد الايجاب.

فالتتبع انه لا يشترط في القبول أن يكون متأخرا عن الايجاب بل البيع متقوم بالتبديل بين المثلين و الثمن و ان الموجب يعطى  
المعوض و يأخذ الثمن و المشتري يأخذ المعوض و يدفع الثمن بلا فرق بين تأخره عن الايجاب و تقدمه عليه.

و أما لزوم تأخره عنه فيما يكون بعنوان القبول فهو من باب خصوصيه في عنوان القبول و مادته.

و ربما يقال: يمكن الاستدلال على المدعى أى على عدم اشتراط تأخر القبول عن الايجاب بالنصوص الواردة في المتعه الداله  
على جواز تقدم القبول

(١) (١ و ٢) لاحظ ص: ١١٩.

(٣) تقدم تلك النصوص فى ص ١١٩ و ١٢٠ و ١٢١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٤

بتقريب ان النصوص المشار إليها تدل على المقصود فى المقام بالاولويه: و فيه انه لا أولويه بل الامر على العكس اذ يمكن ان الشارع الاقدس سهل الامر فى باب النكاح حذرا عن وقوع الزنا فما دونه بخلاف غيره فالتسهيل فى ذلك الباب لا يدل على أن غيره مثله فى السهوله.

«قوله قدس سره: و لعله الاصل»

قد ظهر بما ذكرنا انه لا- أصل للاصل المذكور و ان المتعارف الخارجى لا- يكون مانعا عن الاخذ بالإطلاق و لا- يوجب الانصراف فلاحظ.

«قوله قدس سره: و زاد بعضهم ان القبول فرع الايجاب»

قد ظهر مما تقدم ان القبول الذى شرب فيه مفهوم المطاوعه و الرضا بما وقع فى الخارج لا بد من أن يكون متأخرا عن الايجاب لكن قد ذكرنا ان البيع متوقف على البيع من قبل البائع و الاشترء من قبل المشتري باى نحو تحقق و لا- دليل على لزوم تأخر الاشترء عن ايجاب البيع بل الدليل على خلافه.

«قوله قدس سره: و روايه السهل الساعدى»

لاحظ ما رواه سهل الساعدى ان النبى صلى الله عليه و آله جاءت إليه امرأه فقالت: يا رسول الله انى قد وهبت نفسى لك فقال صلى الله عليه و آله لا اربه لى فى النساء فقالت زوجنى بمن شئت من أصحابك فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها فقال: هل معك شىء تصدقها فقال و الله ما معى الا ردائى هذا فقال ان اعطيتها اياه تبقى و لا رداء لك هل لك شىء من القرآن فقال نعم سوره كذا و

كذا فقال صلى الله عليه وآله زوجته علي ما معك من القرآن «١».

(١) المستدرک الباب ١ من ابواب عقد النکاح و اولياء العقد الحديث ٤.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٥

«قوله قدس سره: و التحقيق ان القبول اما أن يكون بلفظ قبلت و رضيت»

قسم القبول الى اقسام الاول: أن يكون بلفظ قبلت و رضيت و أفاد بأنه لا يجوز تقديمه على الايجاب و استدل عليه بوجه.

الوجه الأول: الاجماع. الوجه الثاني: انه خلاف المتعارف من العقد.

الوجه الثالث: ان الرضا بالايجاب يستلزم النقل في الحال لا مجرد ابراز الرضا كى يقال انه يمكن ابراز الرضا بالامر المستقبل.

و يرد على الوجه الأول ان الاجماع المحصل لا اعتبار به فضلا عن المنقول منه سيما في مثل المقام. و يرد على الوجه الثاني ان التعارف الخارجى لا يكون مانعا عن الاطلاق كما تقدم. و يرد على الوجه الثالث ان القبول متضمن للنقل بلا فرق بين تقدمه على الايجاب و تأخره عنه فان الملكيه المتحققه فى البيع اما ملكيه شرعيه و أما عقلائيه و اما من قبل البائع و اما من قبل المشتري.

توضيح المدعى: انه لو قال البائع للمشتري بعتك دارى بكذا تكون الدار منتقله الى المشتري و الثمن منتقلا الى البائع و اذا قال المشتري قبل ايجاب البائع اشترت منك دارك بكذا يتحقق الانتقال كذلك فاذا وقع انشائهما موردا لامضاء العقلاء يتحقق الملكيه العقلائيه و اذا وقع مورد امضاء الشرع تتحقق الملكيه الشرعيه.

و صفوه القول: ان الملكيه و الانتقال يتحقق من قبل كل واحد من البائع و المشتري بالفعل غايه الامر تاره يكون صحيحا بلحاظ الشرع و اخرى لا يكون صحيحا فهذا الوجه أيضا غير صحيح.

و على

الجملة: ان القبول على الاطلاق متضمن للنقل بالفعل و لا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٦

يفرق فيه بين تقدمه على الايجاب و تأخره عنه فالحق أن يقال كما تقدم ان القبول اذا كان بعنوان المطاوعه و الرضا بما تحقق فلا بد من كونه متأخرا عن الايجاب و لا يمكن تقدمه عليه و الا فلا مانع من تقدمه و الظاهر ان ماده القبول لا بد فيها من تأخرها.

ثم ان الماتن منع عن جواز تقديم القبول اذا كان بلفظ الامر و استدل عليه بأن الامر يدل على الرضا بالمعاضه و لا يدل على تحققه خارجا.

و بعبارة اخرى: الامر طلب للمعاضه لارضاء بها و ببيان واضح:

لا يتحقق النقل بالفعل بالطلب فلا يتحقق القبول.

و يرد عليه انه تاره يراد بالامر و الطلب مجرد الاستدعاء و طلب إنشاء المعامله و اخرى يقصد بالطلب و الامر الاثراء اى ينشئ بالامر ما ينشئ بقوله اشتريت فعلى الاول لا يتحقق القبول و أما على الثانى فيمكن القول بتحقيق احد ركنى العقد و الالتزام بتقدم الاثراء على البيع.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعله اشاره الى ان دعوى الاجماع موهونه بكثرة الخلاف و الله العالم.

«قوله قدس سره: متعاكسان»

لا- يبعد أن يكون المراد من العبارة ان لفظ رضيت لو تأخر عن الايجاب يدل بالمطابقه على القبول و بالملازمه على نقل مال البائع الى نفسه و أما لفظ اشتريت لو تأخر عن الايجاب يدل بالمطابقه على النقل و بالملازمه على الرضاء و أما لو تقدم على الايجاب فلا تدل على الرضاء بالايجاب حتى التزاما و يدل على النقل بالمطابقه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٧

و أما لفظ رضيت لو تقدم على الايجاب فلا يدل على

النقل بل يدل على الرضاء بالايجاب.

«قوله قدس سره: و لا يخفى انه لا يصدق الارتهان»

لو فرض عدم صدق الارتهان الا بعد تحقق الرهن من الراهن فما أفاده تام بلا اشكال لكن الكلام و الاشكال فى أصل الدعوى فان باب الافتعال لم يشرب فيه عنوان المطاوعه و لذا يصدق عنوان الاكتساب و أمثاله على فعل الشخص ابتداءً.

و دعوى ان اخذ شىء بعنوان الوثيقه متوقف على الايجاب السابق من قبل الراهن بلا دليل و على الجملة: يتصور تقديم القبول على الايجاب فى جميع الموارد المذكوره فلا- وجه للتفصيل نعم عنوان المطاوعه و قبول ما وقع من قبل الموجب يتوقف على التأخر و الا يلزم الخلف المحال.

و صفوه القول: انه لا دليل فى مقام الثبوت على لزوم تأخر القبول عن الايجاب نعم لا بد فى مقام الاثبات من وجود دليل يمكن الاخذ به و الا يكون مقتضى الاصل الاولى الجارى فى المعاملات الفساد فلاحظ.

**[و من جمله شروط العقد الموالاه بين ايجابه و قبوله]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: و من جمله شروط العقد الموالاه بين ايجابه و قبوله»

قال سيدنا الاستاد فى منهاج الصالحين فى بحث شروط العقد فى مسأله ٣ «يعتبر فى تحقق العقد الموالاه بين الايجاب و القبول فلو قال البائع بعت فلم يبادر المشتري الى القبول حتى انصرف البائع عن البيع لم يتحقق العقد و لم يترتب عليه الاثر أما اذا لم ينصرف و كان ينتظر القبول حتى قبل صح».

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٨

و هذه العبارة تدل على أن سيدنا الاستاد لا يرى الموالاه بين الايجاب و القبول معتبره و كيف كان

**الذى يمكن أن يذكر فى تقريب الاستدلال على المدعى وجوه:**

**الوجه الأول: الاجماع**

و اشكاله ظاهر.

**الوجه الثانى: ما افاده المحقق الايروانى قدس سره**

و هو انه مع عدم الموالاه ان القبول إما يطابق الايجاب و إما يخالفه أما على الاول فيلزم تحقق الملكيه من حين الايجاب نظير كون الاجازه فى البيع الفضولى كاشفا عن صحه العقد من حين تحققه و أما على الثانى فلا يكون العقد صحيحا لاشتراط التطابق بين الايجاب و القبول.

و فيه أولا: ان الاشكال المذكور جار فيما يكون الفصل قصيرا فان حكم الامثال واحد.

و ثانيا: انه لا دليل على لزوم التطابق بين الايجاب و القبول بهذا المقدار فان البائع يعتبر المبادله بين العوضين من زمان الايجاب و المشتري يعتبر المبادله بينهما من زمان القبول و الشارع الاقدس يمضى العقد من زمان تحققه.

### الوجه الثالث: ما عن الشهيد قدس سره

من أن كل أمرين أو أمور يجمعها عنوان واحد كالصلاه و الاذان و أمثالهما تشترط الموالاه بينها و يعتبر عدم الفصل بين أجزائها بحيث لا تنعدم الصوره الاتصاليه و من هذا القبيل العقد فانه لا بد فى تحققه من عدم الفصل بين ايجابه و قبوله و الا لا يصدق عليه عنوان العقد.

و بعباره اخرى: الامر المتدرج الذى له صوره اتصاليه لا بد فيه من الموالاه كى لا تختل صورته و أما اذ اختلت الصوره لا يترتب عليه الاثر المطلوب شرعا و العقد من هذا القبيل فلا بد فيه من رعايه الموالاه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٩

و فيه أولا: ان العقد عباره عن ارتباط احد الالتزامين بالالتزام الاخر و ليس العقد من باب الالفاظ كى يجرى فيه هذا التقريب نعم يحتاج العقد الى الابرار و مبرزه ربما يكون اللفظ كما انه يمكن أن يبرز بالفعل كما لو أبرز بالمعاطاه.

و ثانيا: انا نفرض كونه من عالم الالفاظ لكن لا تشترط فى صدق

العنوان الموالاه و لذا نرى انه لو قرء و ختم القرآن احد فى مده شهر يصدق انه ختم القرآن و عليه الديدن الخارجى و المتعارف عند المؤمنين فصدق العنوان لا يتوقف على الموالاه على نحو الاطلاق.

و لا يقاس المقام بالفصل بين الاستثناء و المستثنى منه فانه مع الاتصال يكون للكلام ظهور واحد بخلاف صورته الانفصال و لذا يقال الاستثناء من الاثبات نفى و من النفى اثبات و اذا قال احد لا إله و لم يقل الا الله يحكم عليه بالكفر.

و على الجملة: الظهورات العرفيه معتبره عند العقلاء و المستفاد من جمله الاستثناء و المستثنى منه يتوقف على الاتصال.

و بعبارة واضحه: قوامه بالاتصال و أما مسأله استتابة المرتد و أيضا مسأله وجوب تحريم المأموم قبل ركوع الامام فلا يرتبطان بالبحث بل ترتبطان بالدليل الشرعى فان تم الدليل على الفوريه نلتزم بها و الا فلا كما ان لزوم الموالاه فى التعريف فى مسأله اللقطه متقوم بالدليل الدال عليه و لا يرتبط بالمقام.

نعم لا اشكال فى أن الامر التدريجى المتصل المتوالى اذا صار موضوعا للحكم لا بد من رعايه الموالاه فيه فان القضييه بشرط المحمول ضروريه لكن الكلام فى الصغرى.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٠

و ثالثا: انا نفرض عدم صدق عنوان العقد لكن يكفى عنوان البيع و التجاره.

### **الوجه الرابع: ما عن الميرزا النائينى**

و هو ان العقد المعاوضى خلع و لبس و مع عدم الموالاه يلزم أن يتحقق الخلع بلا لبس فيلزم الخلف.

و فيه أولا: ان الاشكال المذكور على تقدير تماميته جار فى الفصل القصير فان حكم الامثال واحد.

و ثانيا: ان الخلع من قبل البائع ملازم مع اللبس كما ان الامر كذلك بالنسبه الى المشتري بيان ذلك: ان البائع اذا

باع داره من احد بالف دينار يخلع ملكيه الدار عن نفسه و يجعل تلك الملكيه للمشتري و يخلع ملكيه الدينار عن المشتري و يجعل لنفسه و المشتري أيضا يفعل مثل فعل البائع غايه الامر ينعكس الامر من قبله و تتحقق المبادله بفعلهما و العرف يمضى المبادله المذكوره و كذلك الشارع ففى جميع المراحل يكون الخلع ملازما مع اللبس و لا- يلزم الانفكاك فلا- يتم الوجه المذكور أيضا.

### **الوجه الخامس: ان المتعارف الخارجى تراعى فيه الموالاه.**

و فيه ان الاطلاق كما ذكرنا مرارا لا ينصرف الى المتعارف الخارجى و التعارف الخارجى لا يكون مانعا عن الاخذ بالإطلاق.

فالتتيجه انه لا دليل على اشتراط الموالاه بين الايجاب و القبول بل

**يمكن الاستدلال على عدم لزوم الموالاه بوجوه.**

### **الوجه الأول: اطلاق دليل صحه البيع**

كقوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» □ فان مقتضى الاطلاق عدم اشتراط الموالاه.

### **الوجه الثانى: السيره العقلائيه الخارجيه بل السيره الجاربه بين المتشرعه**

فانا نرى بالعيان و الوجدان عدم رعايتهم للموالاه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣١

فى عقودهم فانهم يرسلون الهدايا من البلاد النائيه و يحصل قبولها بعد زمان طويل و أيضا يوكلون غيرهم فى أمر و يحصل قبول الوكاله من الوكيل بعد فصل زمانى طويل.

و الحاصل انه لا اشكال فى تحقق المعاملات و العقود بين العقلاء مع كونهم متباعدين و السيره جاربه بينهم بلا نكير من احد.

### **الوجه الثالث: ما رواه الساعدى**

«١» فان المستفاد من الحديث تحقق الفصل بين ايجاب المرأه و قبول نكاحها.

### **الوجه الرابع: ما رواه ابن صدقه**



عن جعفر عن ابيه عليهما السلام قال ولد لرسول الله صلى الله عليه وآله من خديجه القاسم و الطاهر، الى أن قال ثم ولد لرسول الله صلى الله عليه وآله من أم ابراهيم و هي ماريه القبطيه أهداها إليه صاحب الاسكندريه مع البغله الشهباء و أشياء معها «٢».

فانه يستفاد من هذه الروايه الفصل بين الايجاب و القبول ان قلت:

الكلام فى العقد اللفظى و قصه الماريه تحققت بالمعاطاه قلت:

الكلام فى اشتراط الموالاه بين الايجاب و القبول فلا فرق بين اللفظ و الفعل.

**[و من جمله الشرائط التى ذكرها جماعه التنجيز فى العقد]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: و من جمله الشرائط التى ذكرها جماعه التنجيز فى العقد»

**ما يمكن أن يذكر لتقريب المدعى وجوه**

**الوجه الأول: الاجماع**

. و قد حقق فى محله عدم اعتبار الاجماع المحصل فكيف بالمنقول منه مضافا الى امكان استنادهم الى الوجوه المذكوره فى المقام ان لم يكن مقطوعا به.

---

(١) تقدم ذكر الحديث فى ص ١٢٤.

(٢) البحار ج ٢٢ ص ١٥١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٢

**الوجه الثانى: ان التعليق فى العقد غير معقول.**

و فيه ان التعليق فى الانشاء غير معقول اذ الانشاء إما يتحقق و إما لا يتحقق و أما التعليق فى المنشأ فأمر معقول و واقع فى الخارج فان الوصيه إنشاء للملكيه مثلا- بعد الموت و قد حقق فى الاصول ان الواجب ينقسم الى المطلق و المشروط فالتعليق اذا تعلق بالمنشأ فلا مانع منه.

### الوجه الثالث: ان وجوب الوفاء بالعقد لا ينفك عن العقد فلا بد من كون العقد منجزا كي يترتب عليه وجوب الوفاء.

و يرد عليه أولا: ان وجوب الوفاء ليس وجوبا تكليفيا بل وجوب وضعى أى يكون العقد لازما و لا تنافى بين التعليق و اللزوم و بعبارة اخرى: مقتضى وجوب الوفاء انه ليس للعاقده الفسخ.

و ثانيا: انه سلمنا ان وجوب الوفاء وجوب تكليفى لكن وجوبه تابع لموضوعه فان كان موضوعه فعليا يكون مترتبا عليه بالفعل و الا يترتب عليه عند تحققه.

و ثالثا: ان هذا التقريب على فرض تماميته يتم فيما لو كان المعلق عليه أمرا استقباليا كما لو قال بعثك بعد قدوم زيد من السفر و أما لو علق على أمر فعلى كما لو قال بعثك ان كان هذا اليوم يوم الجمعة فلا يتوجه الاشكال.

و رابعا: انا فرضنا عدم ترتب اللزوم على العقد لكن نقول لا ينحصر دليل صحه العقد بدليل وجوب الوفاء كى يتم التقريب المذكور فان قوله تعالى «احل الله البيع» و أيضا قوله تعالى «تجاره عن تراض» يدلان على صحه العقد فهذا الوجه أيضا غير تام.

### الوجه الرابع: ان دليل صحه العقود توقيفى

فلا بد من الاقتصار على ما علم من الشرع كونه مؤثرا و الا يكون محكوما بالفساد بمقتضى اصاله الفساد.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٣

و يرد عليه ان الميزان اطلاق دليل الامضاء و المفروض ان اطلاق دليل الصحه يقتضى صحه المعلق.

### الوجه الخامس: ان اطلاق الدليل ينصرف الى المتعارف فاذا كان التعليق خلاف المتعارف لا يشمل دليل الصحه.

و فيه انه لا دليل على كون المطلق منصرفا الى المتعارف مضافا الى أن كون التعليق غير المتعارف غير تام.

و ربما يقال ان التقريب المذكور على فرض تماميته انما يتم بالنسبه الى الدليل المطلق كقوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» لكن لا يتم بالنسبه الى العموم كقوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

و هذا التوهم فاسد اما أولا- فلان دليل وجوب الوفاء لا يكون دليلا للصحه بل دليل للزوم العقد الصحيح فانا ذكرنا سابقا ان الوجوب المستفاد من دليل وجوب الوفاء ليس وجوبا تكليفيا اذ من الظاهر ان الفسخ لا يكون حراما فيكون ارشادا الى اللزوم و من الظاهر ان اللزوم فرع الصحه و من ناحيه اخرى الحكم غير متعرض لموضوع نفسه بل الحكم تابع لوجود موضوعه فلا بد من فرض وجوده كى يترتب عليه الحكم.

و عليه نقول: العقد الذى يترتب عليه اللزوم اما خصوص العقد الباطل أو الجامع بين الفاسد و الصحيح أو خصوص الصحيح لا

سبيل الى الاول و الثانى فيكون المراد منه خصوص الصحيح فالنتيجه ان دليل وجوب الوفاء لا يكون دليلا للصحة هذا أولا.

و ثانيا: ان الاطلاق عبارته عن الشمول المستفاد من دليل الحكمة و عبارته واضحة: الشمول و السريان تارة يستفاد من دليل الحكمة و اخرى من الوضع فاذا قال المولى اكرم العالم يستفاد سريان الحكم

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٤

من اجراء مقدمات الحكمة فى مفهوم العالم و اذا

قال اكرم كل عالم يستفاد العموم من وضع لفظ الكل للعموم و السريان و لكن الحكم يشمل لكل فرد قابل لان يكون مصداقا لمفهوم العالم و لذا لا يشمل من لا يكون عالما.

و بعبارة واضحة: العموم المستفاد من لفظ الكل يقتضى سريان الحكم بالنسبة الى كل فرد من أفراد العالم و أما غير العالم فلا فلو ثبت انصراف لفظ العالم الى خصوص الفقيه لا يستفاد من دليل وجوب الاكرام وجوب اكرام غير الفقيه من العلماء و لا مجال لدعوى ان العموم يقتضى الشمول و عليه لو ادعى احد ان العقد منصرف الى العقد المتعارف الخارجى و فرضنا ان المتعارف الخارجى ما لا يكون فيه التعليق يثبت المدعى و لا اثر للعموم اذ العموم ناظر الى تسريه الحكم الى كل فرد من أفراد مدخول الكل.

و بعبارة اخرى: ما يفهم من المدخول يصير عاما ببركه الكل فالعمده فى الجواب عن الاشكال ان الانصراف البدوى لا اثر له.

### **الوجه السادس: انه يشترط الجزم فى العقد و التعليق ينافى الجزم.**

و يرد عليه أولا: انهم قائلون بالصحة فى مورد التعليق على ما يتوقف عليه صحة العقد كما لو قال الموكل اذا كانت هذه الدار مملوكة لى فانت و كيلي فى بيعها و الحال ان الجزم هنا أيضا مفقود.

و ثانيا: انه ما المراد من الجزم اذ مع تحقق الشرط يجزم بالصحة و التماميه و بعبارة اخرى: يجزم العاقد بتحقق العقد مع تحقق الشرط و أى دليل دل على اشتراط الجزم على الاطلاق.

و ان شئت قلت: الاستدلال على المدعى بهذا الوجه مصادره بالمطلوب مضافا الى أنه يلزم القول بالصحة فيما لو علق على أمر

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٥

استقبالي يجزم بتحقيقه كما لو قال بعتك دارى ان جاء زيد من

السفر يوم الجمعة و يلزم القول بالبطلان مع عدم الجزم و لو فيما علق على امر تتوقف صحه العقد عليه كما لو قال ان كان لى هذا بعتك و الحال انه لا يدري له أم لا و الاصحاب قائلون بعدم الصحه فى الصوره الاولى و بالصحه فى الصوره الثانيه.

و الانصاف انه لا- ترجع كلماتهم تحت ضابط كلى و لذا نرى ان بياناتهم متناقضه حيث يقولون اذا قال الموكل للوكيل فى يوم الاربعاء مثلا- انت و كيلى فى يوم الجمعة فى بيع دارى تكون الوكاله باطله للتعليق و اما لو قال انت و كيلى فى بيع دارى و لا تبع دارى الا- فى يوم الجمعة تصح الوكاله و الحال انه لا- فرق بين الموردین إلا- من حيث اللفظ فان الوكاله فى المورد الثانى أما مطلقه و أما معلقه و أما مهمله أما الاهمال فهو غير معقول و أما التعليق فالمفروض انه باطل و أما الاطلاق فهو ينافى النهى الواقع فى الذيل فان الوكاله الطلقه تقتضى كون الوكيل مطلق العنان و أما الذيل فهو يقتضى التقييد فالذيل ينافى الصدر.

فالنتيجه: انه لا دليل على لزوم التنجيز فى العقود لكن هل يمكن الالتزام بالجواز على الاطلاق و هل يمكن أن يلتزم الفقيه بجواز بيع زيد داره بعد مضى عشره أيام؟ أو هل يمكن أن يلتزم بجواز تزويج المرأه نفسها من أول السنه الآتيه؟ و هكذا كلاً ثم كلا.

«قوله قدس سره: و ان كان الشرط المشيه»

المراد من المشيه مشيه المشتري الاشترى و من الظاهر ان البيع غير معلق على مشيه المشتري و لذا يمكن أن يقال ان المشتري اذا كان جامعاً للشرائط و كان عازماً على عدم البيع و مع ذلك باع

عمده

المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٦

البائع منه متاعه و قال بعتك دارى و بعد ايجاب البائع بدا له و عزم على القبول و قبل و قال اشتريت دارك، يصح البيع.

الا أن يقال: ان المراد من العبارة ان التعليق يضر بصحة العقد و لو كان المعلق عليه المشيه و ليس المراد اشتراط العقد بالمشيه فلا يرد الاشكال على العبارة.

«قوله قدس سره: لان هذه صفة يقتضيها اطلاق العقد»

يمكن أن يكون المراد من العبارة ان اطلاق العقد من المشتري يدل على مشيته اذ لو لم يرد لم يشتر و الامر سهل.

«قوله قدس سره: و لهذا احتمل العلامة فى النهايه و ولده فى الايضاح بطلان بيع الوارث»

الظاهر انه لا وجه للبطلان فان التعليق على موت المورث تعليق على ما يتوقف عليه صحة العقد و مثله غير مضر بالصحة جزما فلا وجه للاشكال.

«قوله قدس سره: كما لو شرط فى البيع تسليم الثمن»

الظاهر ان مثله خارج عن محل الكلام فان الكلام فى تعليق نفس العقد على أمر و تسليم الثمن متفرع على العقد فلو علق العقد على تسليمه لدار فلاحظ.

«قوله قدس سره: أو ان المشتري راض حين الايجاب»

قد تقدم منا ان ايجاب البائع لا يشترط برضى المشتري لا شرعا و لا عقلا و لا عرفا و لا عند البائع فلا يكون داخلا فى محل البحث.

«قوله قدس سره: كعدم الزوجيه»

الانشاء خفيف المئونه و يتحقق على كل تقدير فلا فرق بين العلم

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٧

بالزوجيه و الشك فيها و القطع بعدمها فان اعتبار طلاق الاجنبيه أمر ممكن فلا تغفل.

**[و من جمله شروط العقد التطابق بين الايجاب و القبول]**

«قوله قدس سره: و من جمله شروط العقد التطابق بين الايجاب و القبول»

اشترط التطابق من الامور الواضحه

فان العقد مركب من الايجاب و القبول و اشرب فى القبول المطاوعه و مع عدم المطابقه لا تحصل المطاوعه و لا يرتبط احد الامرين بالآخر فلا بد من التطابق بين الايجاب و القبول فى الثمن و المثلن.

و أما الشروط فأفاد سيدنا الاستاد ان الشروط لا ترتبط بالعقد و الا يلزم التعليق فى العقد.

و ما أفاده غريب اذ يرد عليه أولا: ان لازم كلامه انه لو باع احد داره من شخص و اشترط عليه أن يخيط ثوبه لم تكن الخياطه على المشتري واجبا اذ لا يرتبط بالعقد.

و ثانيا: ان الشرط لا يتحقق بماله من المفهوم الا مع الارتباط كما ذكرناه مرارا فالحق أن يقال ان جميع الشروط مربوطه بالعقد فلو باع داره بشرط الخياطه يكون معناه تعليق البيع على الالتزام بالخياطه فالبيع معلق على الالتزام و بهذا الاعتبار يصدق مفهوم الشرط و يتعلق به الوجوب فان المؤمن عند شرطه و لا ينفك عنه.

و أما تعليق العقد على الالتزام فهو غير مضر فان التعليق على الامر الموجود بالفعل المحرز عند المتعاملين خارج عن مورد الاجماع مضافا الى أنه لا اشكال فى صحه مثله و الا يلزم بطلان الشرط على الاطلاق و هو خلاف ضروره الفقه فان شرط الفعل جائز بالضروره.

نعم لو تخلف المشروط عليه و عصى و لم يخيط الثوب يترتب

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٨

عليه الخيار فان المستفاد من الشرع جواز جعل الخيار على الاطلاق أو عند التخلف و بعبارة اخرى: جعل خيار الشرط ارتكازى و يجوز بلا اشكال.

«قوله قدس سره: و لو قال بعتك العبد بكذا فقال اشتريت نصفه بتمام الثمن أو نصفه لم ينعقد»

قال السيد اليزدى قدس سره فى حاشيته فى



هذا المقام: «اقول فيه اشكال و لا يبعد الصحه بل ينبغي القطع بها فيما لو قال بعتك الكتاب بدرهم و الثوب بدرهم و كذا لو قال بعتك الكتاب بدرهم و بعتك الثوب فقال قبلت البيع دون الهبه أو قال بعتك كذا و انكحتك بنتي فقال قبلت البيع أو النكاح و هكذا فيما يرجع الى تعدد المعامله فى الحقيقه» انتهى موضع الحاجه من كلامه.

و الذى يختلج بالبال أن يقال انه تاره يكون العقد متعددا و انما الوحده فى مقام الانشاء كالجمع بين البيع و النكاح و اخرى لا يكون كذلك كبيع الدار فان المشتري لو قبل البيع و لم يقبل النكاح يكون صحيحا لتماميه المقتضى و عدم المانع غايه الامر ثبوت خيار الفسخ للبائع ان قلنا بأن المستفاد من كلامه بحسب الفهم العرفى جعل الخيار لنفسه فى ظرف عدم قبول النكاح.

و أما لو أوقع البائع البيع على الدار و قال بعتك دارى بمائه دينار فقال المشتري اشتريت نصفها بالمائه أو بخمسين دينارا لم يصح العقد لعدم التطابق و يترتب على ما ذكر انه لو باع الدار و بعد البيع انكشف ان الدار مشتركه بين البائع و غيره يكون البيع باطلا لان ما وقع غير قابل شرعا للصحه و ما يكون قابلا لها لم يقع.

و الالتزام بالصحه بالنسبه بتقريب الانحلال غير تام و الا يلزم تعدد البيع الى ما لا نهايه له لامتناع الجزء الذى لا يتجزى و ثبوت

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٩

خيار المجلس كذلك و هل يمكن الالتزام بهذا اللازم؟ و هل يمكن أن يلتزم الفقيه بتعدد الخيار باعتبار كون المبيع ذا اجزاء؟ كلا ثم كلا.

و صفه القول: ان الميزان تعدد العقد

و وحدته فمع التعدد يمكن الالتزام بجواز التبعض من قبل المشتري و أما مع عدمه فلا مجال للصحة و ليكن هذا فى ذكر كى كى ينفعك فيما بعد إن شاء الله تعالى.

«قوله قدس سره: لم يقع»

الامر كما أفاده اذ المفروض انه بيع واحد و عقد فارد و لا مجال للتبعض و ما أفاده يؤيد ما بيناه و نعم المؤيد.

«قوله قدس سره: لا يبعد الجواز»

يمكن أن يقال ان ما افاده قدس سره يرجع الى التناقض اذ لو فرض التعدد فى الايجاب فما الوجه فيما أفاده أولاً بقوله لم يقع؟

و اذا فرض ان العقد واحد فما الوجه فيما افاده ثانيا بقوله لا يبعد.

و الحق أن يقال: يتوقف العقد على قبولهما معا بأن يقولنا قبلنا البيع فكأن المشتري مجموعهما و المبيع مجموع الدار فالمشتري واحد كما ان المبيع كذلك.

«قوله قدس سره: و فيه اشكال»

قد ظهر مما ذكرنا وجه الاشكال فان المفروض ان البيع واحد و المبيع واحد أيضا فلا مجال لقول المشتري قبلت كل نصف فان العقد لم يتعلق بالنصف و بالكسر المشاع و الا فلا يقف الى حد معين فلاحظ.

و فى المقام روايه و هى مكاتبه الصفار انه كتب الى أبى محمد الحسن بن على العسكرى عليه السلام فى رجل له قطاع ارضين

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٠

«الارض» فيحضره الخروج الى مكة و القرية على مراحل من منزله و لم يكن له من المقام ما يأتى بحدود ارضه و عرف حدود القرية الاربعه فقال للشهود اشهدوا انى قد بعت فلانا يعنى المشتري جميع القرية التى حدّ منها كذا و الثانى و الثالث و الرابع و انما له فى هذه القرية قطاع ارضين فهل يصلح للمشتري

ذلك و انما له بعض هذه القرية و قد اقر له بكلها؟ فوقع عليه السلام لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك «١».

فانه ربما يستفاد من الحديث انحلال البيع بانحلال أجزاء المبيع و يمكن أن يقال: ان القاعده الاولى كما بينا عدم الجواز فلا بد من رفع اليد عن القاعده بمقدار دلالة المكاتبه و أما الزائد فلا و المقدار المستفاد من الحديث ان البائع لو باع مملوكه و غير مملوكه صفقه واحده يصح البيع بالنسبه الى مملوكه و لا- يصح بالنسبه الى غير مملوكه و أما لو باع داره و قبل المشتري بيع نصف الدار فهل يمكن الحكم بالجواز بلحاظ حديث الصفار؟ الانصاف انه يشكل الالتزام بعموم الحكم فالنتيجه الحكم بعدم الجواز الا بالمقدار المستفاد من الحديث فلاحظ.

«قوله قدس سره: و من جمله الشروط فى العقد أن يقع كل من ايجابه و قبوله فى حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء»

لم يرد فى هذا المقام دليل خاص لا من الكتاب و لا من السنه و انما الميزان صدق العناوين المأخوذه فى لسان ادله الامضاء من البيع و التجاره و أمثالهما.

فقول: لا دليل على لزوم كون المشتري واجدا لشرائط الصحه

---

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب عقد البيع و شروطه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤١

حين إنشاء البائع فلو كان محجورا حين انشائه و بعد تماميه انشائه زال عنه الحجر و قبل يصح العقد و هكذا و لذا نرى ان فلانا يكتب كتابا الى غيره و يبيعه كذا مقدار حنطه بثمان و يصل المكتوب الى الطرف بعد شهر و فى اثناء الشهر المذكور يمكن أن لا يكون الطرف

قابلا للمعاقدته لجنون أو حجر أو غيرهما و أما عند وصول الكتاب يكون جامعا للشرائط يكون العقد صحيحا لو تم القبول من قبل الطرف المقابل.

نعم لو زال جواز التصرف من قبل البائع كما لو صار مجنونا قبل قبول الطرف لا يصح العقد و أما لو غفل أو نام أو نسي كما هو المتعارف الخارجى فلا- يضر بصحة القبول فالميزان الكلى صدق العنوان المأخوذ فى موضوع الدليل و عدم قيام دليل من الخارج على الخلاف فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم انهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره»

المصنف يتعرض لحكم بيع المكره و يتعرض هناك لما يخطر ببالنا القاصر إن شاء الله تعالى فانظر.

### **[فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا فى شروط الصيغه فهل يجوز أن يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا وجوه]**

«قوله قدس سره: فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا فى شروط الصيغه فهل يجوز أن يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا وجوه ثالثها اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا فى النقل كما لو فرضنا انه لا قائل بجواز تقديم القبول على الايجاب و جواز العقد بالفارسي أردؤها اخيرها»

يمكن أن يكون وجه كونه أردأ الوجوه ان عدم القائل بالفارسيه مثلا- ان كان موجبا لكشف بطلان القول بها فالقائل بها أيضا يرجع

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٢

عن قوله فلا يبقى موضوع للاختلاف و ان لم يكن موجبا لكشف البطلان فلا خصوصيه لعدم القول بها.

«قوله قدس سره: و الاولان مبنيان»

أما على القول بالطريقيه فى باب الامارات فالامر ظاهر فان الاثر مترتب على الواقع و لا اثر لوجود الاماره و بعبارته اخرى:

وجود الاماره كعدمها و الميزان هو الواقع و أما على السببيه فالشيخ قدس سره فى مقام التصحيح.

و قد فسر مرامه بعض المحققين بأنه فرق بين الامور

التكليفية و الامور الوضعية فان الامور التكليفية تختص بالقائل بها حتى على القول بالموضوعيه مثلا لو ذهب مجتهد الى القول بجواز شرب العصير قبل ذهاب الثلثين لا وجه لتسريه الحكم الى غيره و النتيجة ان الشرب يكون للقائل جائزا و لغيره حراما و أما في البيع و أمثاله فلا مجال للتفصيل مثلا لو ذهب فقيه الى جواز البيع بالعقد الفارسي و باع داره به تكون الدار خارجه عن ملكه واقعا و يكون الثمن داخلا- في ملكه واقعا فكيف يمكن أن لا تكون الدار داخله في ملك الطرف المقابل القائل بالبطلان هذا ملخص التقريب المستفاد من كلام بعض اهل النظر في مقام توجيه كلام الشيخ قدس سره.

و الذي يختلج ببال القاصر أن يقال لا- يتم التقريب المذكور و لا- وجه للتفصيل بين التكليف و الوضع فان الاعتبار خفيف المثونه و أي تناف بين اعتبار كون شيء ملكا لزيد بالنسبه الى احد و عدم اعتباره بالنسبه الى الاخر و لا نرى تلازما بين الامرين فكما انه يمكن التفكيك في الحكم الظاهري كذلك يمكن في الحكم الواقعي فلاحظ.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٣

«قوله قدس سره: و أما الموالاه و التنجيز»

فعليه لا بد من التفصيل بين القسم الأول و الثاني بأن يلتزم بالصحة في الاول و الفساد في الثاني بالتقريب المذكور في العبارة.

و يرد عليه انه ان قلنا و التزمنا بالصحة في القسم الأول لا بد من الالتزام بها في القسم الثاني أيضا اذ لا اشكال في ارتباط احد الامرين بالآخر فان الايجاب لو لم يكن تاما عند القابل يكون قبوله لغوا و أيضا لو كان القبول باطلا في نظر الموجب يكون ايجابه لغوا فلا مجال

للتفصيل اذ لو كانت الصحة عند احدهما كافيه بالنسبه الى الاخر يتحقق العقد على نحو الكمال عنده و الا فلا و لعل أمره بالتأمل في ذيل كلامه اشاره الى ما ذكرنا.

### [مسأله لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه و ضمانه عليه]

#### اشاره

«قوله قدس سره: مسأله لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه»

هذا من الواضحات اذ المفروض فساد العقد و الفارق بين السبب الفاسد و الصحيح عدم ترتب الاثر على الاول و ترتبه على الثاني و بعبارة واضحة: دليل الامضاء إما يشمل السبب الفاسد و إما لا يشمل أما على الاول فيلزم الخلف المحال فإنه فرض فساد السبب و أما على الثاني فيتم المدعى و على الجملة: فهذا المقدار مما لا كلام فيه و لا ريب يعتريه فلاحظ.

### [الأول مما يتفرع على القبض بالعقد الفاسد الضمان]

#### اشاره

«قوله قدس سره: و أما الضمان بمعنى كون تلفه عليه»

المدعى ان المقبوض بالعقد الفاسد لو تلف في يد القابض يكون ضمانه عليه

**و ما يمكن أن تذكر في تقريب الاستدلال عليه وجوه:**

### الوجه الأول: الاجماع.

و فيه ان الاجماع المحصل لا يكون حجه كما ثبت في محله فكيف بالمنقول منه مضافا الى أن المظنون بل المقطوع به ان المجمعين مستندون الى الوجوه المذكوره في المقام.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٤

### الوجه الثاني النبوي المعروف «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»

و هذه الروايه ضعيفه سندا و لا جابر لها.

ان قلت: ان المشهور عملوا بها و عملهم بالحديث الضعيف جابر له قلت: أولا ان عملهم بها اول الكلام و الاشكال فتأمل و ثانيا:

أنه قد ذكرنا مرارا ان عمل المشهور بحديث ضعيف لا يجبر ضعفه.

و ان شئت: فقل ان الشهره بنفسها لا تكون حجه فكيف توجب اعتبار ما لا اعتبار له و بعبارة اخرى: ضم ما لا حجه له الى مثله لا يوجب الا تكثير عدد غير المعتمد هذا بالنسبه الى سند الحديث.

و أما من حيث الدلاله فان الحديث لا ينطبق على ما هو المشهور عند القوم من ضمان المثل فى المثلى و القيمه فى القيمى من أول الامر فان المستفاد من الحديث ان المأخوذ بعينه فى عهده الاخذ و لا يستفاد التفصيل منه.

و يمكن أن يقال: ان المستفاد من الحديث ان المأخوذ ما لم يرد الى مالكه يكون ضمانه على الاخذ و بعبارة اخرى: الحديث متعرض لاصل الضمان و أما ما يضمن به فالحديث ساكت عنه و لا ينطبق على القول المشهور فان المدعى ان الاخذ ضامن للبدل الواقعى و الحال ان الحديث غير متعرض لهذه الجهه.

### **الوجه الثالث: [حرمة مال المؤمن كحرمة دمه]**

ما رواه ابو بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال:

قال رسول الله صلى الله عليه و آله سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر و أكل لحمه معصيه و حرمة ماله كحرمة دمه ١.

و فيه أولا: ان الموضوع المأخوذ فى الدليل عنوان المؤمن فالدليل اخص من المدعى.

---

(١) مستدرک الوسائل الباب ١ من أبواب الغضب الحديث: ٤.

(٢) الوسائل الباب ١٥٨ من ابواب العشره الحديث ٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٥

و ثانيا: ان الظاهر من الدليل بيان الحكم

التكليفى اى يحرم التصرف فى مال المؤمن بدون اذنه و أما الضمان فلا يستفاد من الروايه.

و ثالثا: ان الحديث على فرض دلالة على الضمان انما يدل عليه فى مورد الاتلاف و الكلام فى المقام فى التلف و لو كان تلفا سماويا و هل يتوهم احد انه يستفاد من الحديث المذكور ان تلف مال احد بالتلف السماوى يوجب الضمان.

ان قلت: ان المستفاد من الحديث عدم جواز مزاحمه المالك لا حدوثا و لا بقاء أو هذا لا يستفاد منه الا الحكم التكليفى لكن يدل على الضمان بالالتزام أى لا يجوز المزاحمه حتى بعد التلف فيدل على الضمان بالالتزام.

قلت: الدلالة الالتزاميه المذكوره فرع تحقق الضمان و لا- دليل عليه و بعبارة اخرى: ما دام لا يكون ضمان لا يكون موضوع للمزاحمه و لا دليل على الضمان.

و ان شئت قلت: دلالة الحديث على الضمان بالتقريب المذكور متوقف على فرض الضمان فلو توقف الضمان على دلالة الحديث لدار فلاحظ.

### **الوجه الرابع: ما يدل على عدم حليه مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه**

لاحظ ما رواه سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث ان رسول الله صلى الله عليه و آله قال: من كانت عنده أمانه فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله الا بطيبه نفسه «١».

بتقريب ان المستفاد من هذه الطائفة ان عدم حليه ماله يقتضى

---

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب مكان المصلى الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٦

الضمان عند التلف. و يرد عليه أولا: ان المذكور فى النص عنوان المسلم فالدليل اخص من المدعى.

و ثانيا: انه لا- مجال لتعلق الحرمة بالعين الخارجيه فان الحكم الشرعى لا يتعلق بالاعيان بل يتعلق بالافعال فلا بد من التقدير فيكون المراد انه لا



يجوز التصرف فى مال الغير كما ورد التصريح به فى حديث الاحتجاج «و اما ما سألت عنه عن أمر الضياع لناحيتنا هل يجوز الى أن قال فلا يحل لاحد أن يتصرف فى مال غيره بغير اذنه فكيف يحل ذلك فى مالنا الخ» (١)

و ثالثا: أنه على فرض الاغماض عما ذكرنا يدل الحديث على الضمان فى مورد الاتلاف و الكلام فى كون التلف موجبا للضمان و لو كان تلفا سماويا اذ كيف يمكن ان يكون تلف مال المسلم بنفسه موجبا للضمان الغير.

### **الوجه الخامس: النصوص الداله على ان الامه المسروقه اذا وجدت بعد ان أولدها المشتري أخذها صاحبها و اخذ المشتري ولده بالقيمه،**

لاحظ ما رواه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال:

قضى فى وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاما ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الاخير فقال هذه وليدتي باعها ابني بغير اذنى فقال خذ وليدتك و ابنها فناشده المشتري فقال خذ ابنه يعنى الذى باع الوليده حتى ينفذ لك ما باعك فلما أخذ البيع الابن قال ابوه أرسل ابني فقال لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليده الاول اجاز بيع ابنه (٢).

و ما رواه زراره قال: قلت لابي جعفر عليه السلام: الرجل يشتري

---

(١) احتجاج الطبرسى المطبوع بالنجف ص ٢٤٨.

(٢) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٧

الجاريه من السوق فيولدها ثم يجىء الرجل فيقيم البيئه على أنها جاريته لم تبع و لم توهب فقال يرد إليه جاريته و يعوضه بما انتفع قال: كان معناه قيمه الولد (١).

و ما رواه جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى جاريه فأولدها فوجدت الجاريه مسروقه قال يأخذ الجاريه

صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته «٢».

و ما رواه زراره قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى جاريه من سوق المسلمين فخرج بها الى ارضه فولدت منه اولادا ثم ان اباها يزعم أنها له و أقام على ذلك البينه قال يقبض ولده و يدفع إليه الجاريه و يعوضه في قيمه ما أصاب من لبنها و خدمتها «٣».

و ما رواه جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الجاريه من السوق فيولدها ثم يجي ء مستحق الجاريه قال يأخذ الجاريه المستحق و يدفع إليه المبتاع قيمه الولد و يرجع على من باعه بثمن الجاريه و قيمه الولد التي أخذت منه «٤».

فان الحكم بضمان الولد مع كونه نماء لم يستوفه المشتري يدل على ضمان الاصل بالاولويه ان قلت: الكلام في المقام في التلف و المفروض في الروايه الاتلاف قلت: الاستيلاء لا- يكون من قبيل اتلاف النماء بل من قبيل احداث نمائها غير قابل للمملوكيه فهو كالتالف لا كالتلف.

و فيه ان الانصاف يقتضى أن يكون من قبيل الاتلاف اذ قد فرض انه قد اشتغل رحمها و جعلها معطله و لعل أمر الماتن بالفهم بقوله

---

(١) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر الحديث ٣.

(٣) نفس المصدر الحديث ٤.

(٤) نفس المصدر الحديث ٥.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٨

«فافهم» اشاره الى ما ذكرنا.

مضافا الى أن الكلام في المقام في أخذ العين من مالها بالعقد الفاسد و النصوص المشار إليها موردها الاخذ من الغاصب و لا اشكال في أن الاخذ من الغاصب يوجب الضمان و لو كان الاخذ بعنوان الهبه فلا وجه لقياس المقام على ذلك الباب. و

ان ابيت عما ذكرنا فلا اقل من الاجماع و عدم الظهور فى مدعى الخصم.

### الوجه السادس: النصوص الداله على عدم صلاح ذهاب حق احد

لاحظ ما رواه سماعه قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهاده أهل المله قال: فقال لا تجوز الاعلى أهل ملتهم فان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيه لانه لا يصلح ذهاب حق احد «١».

و لاحظ ما رواه الحلبي قال سألت أبا عبد الله عليه السلام هل تجوز شهاده اهل الذمه على غير اهل ملتهم قال نعم ان لم يوجد من اهل ملتهم جازت شهاده غيرهم انه لا يصلح ذهاب حق احد ٢.

بتقريب ان اطلاق النص يشمل المقام. و فيه: ان الاستدلال يتوقف على كون المراد من الحق المال و كون المراد من عدم الذهاب الضمان و لا- دليل على شىء من الامرين فان النص فى مقام بيان اثبات حق الوصيه فيجوز اشهاد غير أهل المله على الوصيه.

مضافا الى أنه لو قلنا بأن الحديث يدل على الضمان فانما يدل على مورد الائتلاف و الكلام فى التلف و هل يمكن الالتزام بأن المستفاد من النص انه لو تلف مال احد بتلف سماوى يكون غيره ضامنا؟

### الوجه السابع: النصوص الداله على نفي الضرر فى الشريعه المقدسه

منها ما عن أبى عبيده الحذاء قال: قال أبو جعفر عليه السلام كان لسمره بن جندب نخله فى حائط بنى فلان فكان اذا جاء

---

(١) (١ و ٢) الوسائل الباب ٤٠ من أبواب الشهادات الحديث ٤ و ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٩

الى نخلته ينظر الى شىء من أهل الرجل يكرهه الرجل قال فذهب الرجل الى رسول الله صلى الله عليه و آله فشكاه فقال: يا رسول الله ان سمره يدخل على غير اذنى فلو أرسلت إليه فأمرته أن يستأذن حتى تأخذ أهلى حذرهما منه فأرسل إليه رسول الله صلى الله عليه و آله فدعاه فقال يا

سمره ما شأن فلان يشكوك و يقول يدخل بغير اذنى فترى من أهله ما يكره ذلك يا سمره استأذن اذا أنت دخلت ثم قال رسول الله صلى الله عليه و آله يسرك أن يكون لك عذق فى الجنة بنخلتك؟ قال: لا قال: لك ثلاثة قال: لا قال: ما أراك يا سمره الا مضارًا اذهب يا فلان فاقطعها [فاقلعها] و اضرب بها وجهه «١» و منها ما عن طلحة بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام قال ان الجار كالنفس غير مضارّ و لا اثم ٢.

الى غيرها من النصوص بتقريب انه لو تلف مال البائع بالبيع الفاسد فى يد المشتري و لم يصير المشتري ضامنا للتالف يكون عدم الحكم بالضمان ضررا على البائع و بمقتضى نفي الضرر فى الشريعة ينفى عدم الالتزام بالتدراك.

و يرد عليه أولا- انا قد ذكرنا فى بحث لا- ضرر ان حديث لا- ضرر غير ناظر الى نفي الاحكام الضرريه فى الشريعة بل مفاد الحديث النهى عن الاضرار بالغير فلا يرتبط مفاد الحديث بالمقام.

و ثانيا: انه على فرض الاغماض عما ذكرنا هناك و سلمنا مقاله المشهور فى مفاد الحديث نقول: المستفاد من الحديث نفي الحكم الضررى مثلا- لو كان الوضوء ضرريا ينفى وجوبه بالحديث و تصل النوبه الى التميم و بعبارة واضحة: المستفاد من الحديث النفي لا الاثبات فلا يستفاد منه اعتبار الضمان.

---

(١) (١ و ٢) الوسائل الباب ١٢ من أبواب احياء الموات الحديث ١ و ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٠

و ثالثا: ان الضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد يكون بالبدل الواقعى لا بالمسمى فربما يكون أزيد من المسمى بكثير فالحكم بضمان القابض بالبدل الواقعى مع عدم اقدمه عليه

ضرر بالنسبه إليه فيقع التعارض بين الضررين.

### **الوجه الثامن: قاعده الاقدام بتقريب ان كل طرف من طرفى المعامله أقدم على الضمان**

و بعباره اخرى: القابض أقدم على الضمان بالمسمى فاذا لم يسلم له المسمى يرجع الى المثل فى المثلى و الى القيمه فى القيمى.  
و فى التقريب المذكور ايرادات: الايراد الاول: انه ربما يكون الاقدام موجودا و لا ضمان فانه لو تلف المبيع قبل القبض يكون ضمانه على البائع و الحال ان المشتري أقدم على الضمان.  
و هذا الايراد غير وارد على الوجه المذكور اذ عدم الضمان قد ثبت بدليل قاعده كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و قالوا بمقتضى القاعده المذكوره ينفسخ العقد و فى فرض الانفساخ لا موضوع للضمان.  
و ربما يقال: ان المشتري يشترط بالشرط الضمنى على البائع أن يكون ضامنا لو تلف المبيع قبل القبض بل يمكن أن يقال: ان مقتضى الارتكاز العقلانى اشتراط الضمان بالقبض فلاحظ.  
الايراد الثانى: انه ربما لا يكون اقدام و مع ذلك يتحقق الضمان كما لو شرط المشتري فى ضمن العقد كون ضمان المبيع على البائع اذا تلف المبيع فى يد المشتري.

و فيه ان الاقدام بالضمان تحقق غايه الامر قد شرط المشتري على البائع شرطا فاسدا.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥١

الايراد الثالث: ان البيع بلا ثمن و الاجاره بلا اجره و أمثالهما ليس فيها اقدام و مع الوصف الضمان موجود.

و فيه ان البيع بلا ثمن مرجعه الى التمليك المجانى فلا يكون بيعا و لا مقتضى للضمان فيه.

الايراد الرابع: ان الاقدام متعلق بالضمان الخاص و هو ضمان المسمى فما وقع لم يمض و ما امضى من قبل الشارع لم يتحقق.

و عن المحقق الخراسانى ان المتعاقدين أقدم على أصل الضمان فى الضمان الخاص و الشارع الاقدس أمضى اصل الضمان و

لم يمض الخصوصيه.

و فيه: انهما لم يقدموا على امرين بل أقدموا على امر خاص و المفروض انه لم يمض و هذا الاشكال متين.

### الوجه التاسع: السيره الارتكازيه المتشرعيه

فان مقتضاها الضمان و بعبارة واضحه: السيره جاريه على أن وضع اليد على مال الغير بلا اذن شرعى يوجب الضمان.

لا يقال: على هذا الاساس لا بد من الالتزام بالضمان فى الهبه الفاسده و أمثالها و الحال انهم غير ملتزمين بالضمان هناك.

قلت: فى مورد الهبه الفاسده و ان كان وضع اليد بلا مجوز شرعى لكن حيث ان دليل الضمان السيره و لا اطلاق لها فلا بد من الاقتصار على المقدار المتيقن منها فلاحظ و الله العالم بحقائق الامور.

### [قاعده ما يضمن]

«قوله قدس سره: ثم ان هذه المسأله من جزئيات القاعده المعروفه كل عقد يضمن»

فلا بد من ملاحظه المراد من القاعده.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٢

«قوله قدس سره: ان المراد بالعقد اعم من الجائز و اللازم».

اذ ملاك الضمان موجود حتى فى مورد العقد غير اللازم و أيضا ملاك الضمان موجود فى الايقاع الذى فيه شائبه العقد أى يكون الامر قائما بالطرفين كالجعله مثلا فان الجعالة لا تتم الا بقيام الغير بالعمل الذى لاجله جعل الجعل و أيضا الامر كذلك فى الخلع فلاحظ.

«قوله قدس سره: أو كان أقرب إليه».

بتقريب ان الجعالة تحقق بفعل الجاعل فيكون أقرب الى الايقاع و كذلك الخلع طلاق فيكون أقرب الى الايقاع و لكن مع ذلك لا يتحقق الجعل الا بالعمل و لا يتحقق الخلع الا بالعوض من ناحيه الزوجه فلاحظ.

«قوله قدس سره: و المراد بالضمان فى الجملتين»

أى المراد بالضمان الزامه.

«قوله قدس سره: مثل تلف الموهوب»

يظهر من كلماتهم في المقام ان الاقوال حول المسأله مختلفه القول الاول: عدم الضمان.

القول الثاني: تعين دفع العوض المسمى اذ انه كان مخيرا في صوره عدم التلف بين رد نفس العين و دفع العوض المسمى فاذا تلفت العين

تعين الاخر.

القول الثالث: وجوب اقل الامرين من المسمى و العوض الواقع للعين اذ المتهب مخير بين رد العين و العوض المسمى فان كان العوض المسمى اقل فقد رضى الواهب به و ان كان الاقل العين فقد فرض ان المتهب مخير بين رد العين و العوض فاذا تلفت يمكنه رد عوضه الواقعي.

و الذى يختلج بالبال أن يقال: ان المتعين دفع العوض المسمى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٣

فان المفروض انه المجعول بالعقد فيلزم القيام على مقتضاه و للمسألة مجال آخر.

«قوله قدس سره: فافهم»

يمكن أن يكون امره بالفهم اشاره الى أن الضمان بقول مطلق عباره عن كون خسارته على الضامن أى اذا تلف يضمن الضامن بمثله أو قيمته فلا بد من التفكيك و عباره واضحه: الضمان بالعوض المسمى غير الضمان بالعوض الواقعي.

«قوله قدس سره: ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح»

لا ينبغي بسط الكلام حول هذه الجملة اذ المفروض انها لم تصدر عن مخزن الوحي فلا وجه للتطويل حول مفرداتها و جملها و لكن لو اغمض عما ذكر فالحق ان يقال: ان مقتضى القاعدة ان ما يضمن بصحيحه و لو بالشرط يضمن بفاسده كذلك فلا وجه لما أفاده الشيخ قدس سره من التفصيل.

«قوله قدس سره: و يضعف بأن الموضوع هو العقد الذى»

أفاد سيدنا الاستاد فى المقام ان المراد شخص العقد بأن يقال كل شخص من العقد اذا فرض الضمان فيه على تقدير كونه صحيحا يكون فاسده أيضا موجبا للضمان فليس المراد النوع أو الصنف و السرّ فيه ان هذه الجملة لم ترد تحت دليل لفظى كى يحمل على النوع أو الصنف.

و يرد عليه ان الكلام فيما يظهر من هذه الجملة و الظاهر منها كما يقول الشيخ قدس



سره ان كل عقد له فردان بالفعل و يكون أحدهما صحيحا و الاخر باطلا اذا كان الصحيح منه موجبا للضمان يكون فاسده أيضا يوجبه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٤

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعل الامر بالتأمل اشاره الى أنه لا تنافى بين كون السبب للضمان العقد و بين اشتراط كونه مؤثرا بالقبض.

«قوله قدس سره: بشرط القبض»

قد ذكرنا سابقا ان مقتضى السيره تحقق الضمان بوضع اليد على مال الغير بلا اذن شرعى فلا دخل للعقد الفاسد فى الضمان بل الدخيل القبض فلاحظ. و الاولى أن يكون الجار للظرفيه لا للسببيه لكن الانصاف ان الظاهر من اللفظ السببيه.

«قوله قدس سره: الا ان مورده مختص بالاعيان».

لا اشكال فى أن الضمان على خلاف الاصل الاولى و على خلاف القاعده فان الضمان أمر حادث و مسبوق بالعدم و مقتضى الاستصحاب عدم تحققه فيحتاج الالتزام به من التماس دليل معتبر عليه و قلنا مقتضى السيره تحقق الضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد كما ان اتلاف مال الغير يوجب الضمان بمقتضى الارتكاز و السيره و أما المنافع فلا اشكال فى أن استيفاء منافع مال الغير يوجب الضمان بمقتضى السيره و الارتكاز بل من الواضحات كما أن الامر بعمل محترم يوجب الضمان بمقتضى السيره العقلانيه.

«قوله قدس سره: لم يعد نفعه الى الاخر»

الظاهر ان عود النفع لا موضوعيه له بل الميزان فى تحقق الضمان الاستيفاء أو الامر و لذا لا مقتضى للضمان فى السابقه الفاسده فلا ضمان للمسبوق بالنسبه الى السابق.

«قوله قدس سره: شرعيته على خلاف القاعده»

بتقريب انه مصداق للاكل للمال بالباطل فلا يجوز و لا يصح

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٥

و لكن ذكرنا مرارا ان الجار فى الآيه الشريفه لا

يكون للمقابلة كى يتم التقريب المذكور بل الجار سببه نعم المسابقه نوع من أنواع القمار فحرمتها تكليفا و فسادها وضعا على طبق القاعده الاولييه و انما الشارع جوزها تكليفا و وضعا لمصلحه و من الممكن أن تكون المصلحه المجوزه كونها سببا لكون الشخص مستعدا للحرب و من الفنانين فى هذا المجال فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم انه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان»

ربما يقال: بأن الدافع المالك اذا كان عالما بالفساد و كان القابض جاهلا به لا يكون قبضه موجبا للضمان بتقريب: ان المالك بنفسه أقبض مملوكه من الغير فيكون المدفوع من مصاديق الامانه المالكيه فلا ضمان.

و فيه ان المفروض ان دفع المالك العين لا يكون بعنوان الامانه بل من باب ترتيب الاثر على العقد الصادر منهما و لذا لا يجوز للقابض التصرف فى العين اذ فرض فساد العقد و التصرف فى مال الغير غير جائز.

و من ناحيه اخرى قد مرّ ان وضع اليد على مال الغير بلا مجوز شرعى يوجب الضمان.

و ربما يتوهم ان القابض لا يكون ضامنا لقاعده الغرور و فيه:

ان المفروض ان قبضه على مبنى المعامله و المعاوضه و ليس قبضا مجانيا و تمليكا بلا عوض نعم اذا كان الدافع عالما و كان القابض جاهلا جهلا قصوريا و كان اقدمه على العقد الفاسد ناشيا من ناحيه الدافع بحيث صدق عنوان الغرور لا يكون ضامنا بالنسبه الى أزيد من المسمى اذ المفروض ان الدافع أى المالك غرّه و خدعه و اما

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٦

اذا كان المال مملوكا لثالث يضمن القابض له و يرجع فان المغرور يرجع الى من غره فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان مقتضى ذلك عدم ضمان العين

ربما يقال: ان العين المستأجره بالاجاره الفاسده فى يد المستأجر مضمونه لقاعده اليد. و فيه: ان قاعده اليد دليلها ضعيف فلا يعتد بها و الذى يختلج ببالى القاصر أن يقال: ان الموجب لضمان العين اما الاتلاف و اما وضع اليد على مال الغير بلا مجوز شرعى بمقتضى السيره و الارتكاز العقلانى المتشرعى أما الاتلاف فلم يفرض فى المقام فان الكلام فى التلف السماوى و أمثاله و أما وضع اليد على مال الغير و ان كان مفروضا لكن الوضع المفروض فى المقام لا- يكون موجبا للضمان اذ المفروض ان اليد موضوعه على الامانه المالكيه.

توضيح ذلك ان الموجر للدار مثلا- يقبض الدار من المستأجر و يجعلها فى يده امانه فوجه عدم ضمان العين فى الاجاره الصحيحه كون العين امانه فى المستأجر و الامين لا يكون ضامنا الا مع الاتلاف أو التفريط و الخيانه.

و هذا الوجه اى كون العين امانه مشترك بين الاجاره الصحيحه و الفاسده فان المالك يجعل العين امانه فى يد المستأجر غايه الامر بداعى كونه ملزما بمقتضى الاجاره و الميزان فى تحقق الامانه التى لا ضمان فيها على الامين قصد المالك و وضع العين بهذا العنوان و لا يؤثر فى حكم الامانه اختلاف الدواعى مثلا اذا تخيل زيد ان وضع ماله عند بكر الامانه واجب عليه و وضعه بعنوان الامانه و الحال انه مشتبه و لا- يكون الوضع واجبا عليه فهل يتوهم احد ان الامين فى الصوره المفروضه ضامن؟ كلا ثم كلا.

ان قلت: ما الفرق بين المقام و بين اقباض العين المبيعه بالبيع

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٧

الفاسد و بأى بيان يفرق بين المقامين و يقال هناك يكون القبض موجبا للضمان و

أما فى المقام فلا.

قلت: المفروض عدم صحه العقد هناك و الشارع لم يمض العقد و لا يكون اقباض العين بعنوان الامانه بل بعنوان انها مملوكه للمشتري و المفروض ان الشارع لا يرى العين مملوكه للمشتري اذ المفروض انه لم تتحقق التجاره عن تراض و يكون اكل المال بالبطل فوضع اليد على المال غير جائز شرعا و اليد عدوانيه فلا بد من الالتزام بالضمان لتماميه اركانها.

و أما فى مسئله الاجاره فالمفروض تحقق عنوان الامانه و الامين ليس عليه الا اليمين و الله العالم بالامور.

و صفوه القول: ان الميزان لعدم ضمان القابض تحقق عنوان الامانه من قبل المالك و هذا الميزان متحقق فى الاجاره الفاسده كما انه متحقق فى الاجاره الصحيحه بلا فرق.

**[ثم إنه يشكل اطراد القاعده فى موارد]**

**[منها الصيد الذى استعاره المحرم]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: منها: الصيد الذى استعاره المحرم»

وقع الكلام بين القوم فى استعاره المحرم الصيد من المحل بأن مقتضى قاعده عدم الضمان فيما لا يضمن بصحيحه عدمه و الحال انهم حكموا بالضمان

**و ما ذكر فى تقريب المدعى وجهان:**

**الوجه الأول: ان الكلام فى التلف و أما الاتلاف فلا اشكال فى كونه موجبا للضمان**

و المفروض ان المحرم المستعير يجب عليه ارسال الصيد و ارساله اتلافه فالضمان بلحاظ الاتلاف لا التلف.

و فيه أولا: انه يرد عليه النقص بمورد يجب اتلاف العاربه كما لو توقف انجاء نفس محترمه على اتلاف العاربه فهل يحكم بالضمان بمجرد الايجاب؟ أو ان الضمان متوقف على الاتلاف؟

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٨

و ثانيا: انا نجيب بالحل و هو ان مجرد الايجاب الشرعى لا يقتضى الضمان فان الضمان مترتب على عنوان الاتلاف و ما دام لا يتحقق الموضوع فى الخارج لا- يترتب عليه الحكم و لذا لو عصى المحرم ورد الصيد الى مالكه فهل يكون ضامنا؟ كلا أو اذا

ارسل الصيد فأخذه مالكه هل يمكن القول بالضمان؟ فهذا الوجه غير تام.

**الوجه الثانى: ان اخذ المحرم الصيد من المحل يوجب خروجه عن ملكه فيكون اتلافا لمال الغير فالضمان بلحاظ الاتلاف فلا تتحرم القاعده.**

و فيه: انه قول بغير دليل و بعبارة اخرى قيام الدليل على عدم تملك المحرم الصيد لا يدل على خروج الصيد عن ملك مالكه باستعاره المحرم. فالحق ان يقال: انه لا- دليل على الضمان و مقتضى القاعده الاوليه عدمه اذ المفروض انه امانه مالكيه و لا ضمان فيها فلاحظ.

**[و يشكل اطراد القاعده أيضا فى البيع الفاسد]**

«قوله قدس سره: و يشكل اطراد القاعده أيضا فى البيع الفاسد بالنسبه الى المنافع التى لم يستوفها»

وقع الكلام فى انه ما الوجه فى تخصيص الاشكال بالمنافع المستوفاه و يمكن أن يكون الوجه فى تخصيص ان المنفعه المستوفاه تدخل تحت قاعده الاتلاف و الكلام فى التلف و الذى يختلج بالبال أن يقال: ان المدرك فى اصل القاعده و عكسها هى السيره و مقتضى السيره الضمان بالنسبه الى المنافع بلا فرق بين المستوفاه و غير المستوفاه فلاحظ.

«قوله قدس سره: بحمل المبيع فاسدا»

ما أفاده قدس سره فى مقام المصالحة بين الجانبين متين فانه لو جعل جزء المبيع يترتب عليه حكم المبيع و النتيجة الضمان و لو لم

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٩

يجعل جزء له لا مقتضى للضمان لانه يكون امانه عند المشتري و ليس على الامين الا اليمين.

«قوله قدس سره: بناء على أنه لا يجوز»

عدم جواز التصرف تكليفا لا يقتضى الضمان فان لمس الامه الاجنبيه حرام و مع ذلك لا يكون موجبا للضمان كما ان جواز التصرف لا يلزم عدم الضمان فانه يجوز للمستعير التصرف فى العاربه المضمونه و مع ذلك ضامن.

و الحق: ان المقام ليس من موارد النقص فان المال المشترك فى عقد الشركه اذا كان فى يد الشريك و تلف لا يوجب الضمان لان المالك جعله فى يد الشريك امانه و الامين لا يكون

ضامنا.

«قوله قدس سره: هي الاولويه»

لا مجال للاخذ بالاولويه اذ لا اولويه فان الحكم بالضمان و عدمه تابع لدليله فان دلّ الدليل على الضمان نلتزم به و الا فلا و قد تقدم ان مدرك الضمان عبارته عن السيره الجاربه و الارتكاز و المفروض انه لا سيره على الضمان في أمثال الموارد المذكوره و مقتضى الاصل الاولى عدم الضمان فان الضمان أمر وجودي يحتاج اثباته الى دليل شرعي و مع الشك يحكم بعدمه ببركه الاستصحاب.

**[الثاني من الأمور المتفرعه على عدم التملك بالبيع الفاسد وجوب رده فورا إلى مالكة]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: وجوب رده فورا الى المالك و الظاهر انه مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه»

**يقع الكلام في مقامين:**

**اشاره**

المقام الأول: في أنه هل يجوز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد أم لا.

المقام الثاني: في وجوب رد المقبوض الى مالكة

**أما المقام الاول فنقول: لا يجوز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد**

اذ

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٠

المفروض ان العقد فاسد و من ناحيه اخرى لا يجوز التصرف في مال الغير بدون اذنه.

ان قلت: ان المالك بنفسه سلط الغير على مملوكه فالتصرف يكون باذن المالك. قلت: تسليم المالك و اقباضه للمال مبني على كون العين مملوكه للطرف و لا مجال لان يقال: ان التصرف باذنه فان الانسان يأذن للغير أن يتصرف في ماله لا أن يتصرف في مال نفسه.

و بعباره اخرى: بعد العقد يكون المالك أجنيا عن مملوكه فلا مجال لان يأذن في التصرف فيه و الا يلزم القول بجواز التصرف

فى المال المأخوذ بعنوان القمار لعين الملاك و هل يمكن الالتزام به؟

ثم انه هل يفرق بين علم الدافع بالفساد و جهله به أم لا-؟ الحق هو الثانى اذ على القول بالتفصيل يلزم أن يفصل فى المأخوذ بالقمار أيضا و هل يمكن الالتزام به؟ مضافا الى أنه قد تقرر آنفا تحقق الضمان و السر فى تحقق الضمان على ما ذكرنا ان القابض وضع يده على مال الغير بلا مجوز شرعى و بعد اتمام الامر لا تصل النوبه الى البحث المذكور.

و صفوه القول: ان الدافع فى المقبوض بالعقد الفاسد اذا كان راضيا بالتصرف مع قطع النظر عن العقد فهو خروج عن الفرض و يترتب عليه عدم الضمان و ان لم يكن كذلك كما هو المفروض فلا اشكال فى عدم جواز التصرف فلاحظ هذا تمام الكلام فى المقام الاول.

**و أما المقام الثانى فى وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد فورا الى مالكة**

**اشاره**

و ما يمكن أن يذكر فى تقريب الاستدلال على المدعى أو ذكر وجوه:

**الوجه الأول: الاجماع.**

و حال الاجماع فى الاشكال ظاهر خصوصا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦١

مع كثره الوجوه المذكوره فى المقام.

**الوجه الثانى: النبوى المعروف**

و هو قوله صلى الله عليه و آله على اليد ما اخذت حتى تؤدى «١».

و هذا الحديث ضعيف سندا و لا جابر له و عليه لا وجه لملاحظه تقريب دلالة على المدعى.

**الوجه الثالث: ما رواه سماعه «٢»**

بتقريب ان الحكم الشرعى التكليفى يتعلق بافعال المكلف فالمقدر فى الروايه التصرف أى لا يحل التصرف فى مال المسلم الا باذنه.

و يرد عليه أولا: ان الدليل المذكور اخص من المدعى اذ الحديث يختص بحرمه التصرف فى مال المسلم.

و ثانيا: ان مجرد امساك مال الغير لا يكون تصرفا و لذا لو وقع ثوب زيد فى دار عمرو باطاره الريح لا يكون تسليمه واجبا نعم الامتناع عن التسليم و الكف عن الدفع مصداق للتعدى و من مصاديق الغصب و أما مجرد الامساك فلا.

و ان شئت قلت: التخليه بين المال و مالكة تكفى فى اداء الوظيفة و لا دليل على الازيد من ذلك.

الا- أن يقال: لا وجه للمقاييسه بين المقام و اطاره الريح ثوب الغير فان المفروض فى المقام انه وضع يده على مال الغير و أخذه بلا مجوز شرعى فانه يصدق عرفا انه متصرف فى مال الغير بامساكه و عدم رده و الا يلزم انه لو سرق سارق فرش الغير ثم تاب لم يكن الرد واجبا عليه بتقريب: ان الامساك بما هو لا يكون تصرفا و هل يمكن الالتزام به؟

---

(١) مستدرک الوسائل الباب ١ من ابواب الغصب الحديث ٤.

(٢) قد تقدم الحديث فى ص ١٤٥.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٢

**الوجه الرابع: قوله تعالى «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا» (١)**

فان الاستفادة من الآيه الشريفه وجوب رد أموال الناس إليهم و الظاهر ان الاستدلال المذكور على المدعى تام.

**الوجه الخامس: التوقيع الشريف «٢»**

بتقريب ان امساك مال الغير نوع تصرف فيه و لا يجوز و السند مخدوش مضافا الى الاشكال المتقدم ذكره مع رده.

**الوجه السادس: جمله من النصوص التى تدل على وجوب رد المال الى صاحبه**

منها ما رواه احمد بن محمد بن أبى نصر قال سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير الذى يسوى دراهم كثيره و هو مستوى الجناحين و هو يعرف صاحبه أ يحل له امساكه؟ فقال اذا عرف صاحبه رده عليه و ان لم يكن يعرفه و ملك جناحه فهو له و ان جاءك طالب لا تتهمه رده عليه «٣».

و منها ما رواه حفص بن غياث قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا و اللص مسلم هل يرد عليه؟ فقال لا- يرد فان أمكنه أن يرد على أصحابه فعل و الا كان فى يده بمنزله اللقطه يصيبها



فيعرفها حولاً فان أصاب صاحبها ردها عليه و الا تصدق بها فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الاجر و الغرم فان اختار الاجر فله الاجر و ان اختار الغرم غرم له و كان الاجر له «٤» فان المستفاد من هذه الطائفة وجوب رد المال الى مالكة.

---

(١) النساء / ٥٨.

(٢) و قد تقدم ذكره في ص ١٤٤.

(٣) الوسائل الباب ١٥ من اللقطة الحديث ١.

(٤) الوسائل الباب ١٨ من اللقطة.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٣

«قوله قدس سره: لوجوب ما لا يتم الرد الا به»

الامر كما أفاده قدس سره فان مقدمه الواجب واجبه عقلاً فيلزم كبقية الموارد.

«قوله قدس سره: الا أن يقيد»

تاره نقول بأن المستفاد من دليل لا ضرر الحكم التكليفي فقط أي حرمة الاضرار كما عليه شيخ الشريعة و اخترناه و اخرى نلتزم بمفاد

القاعده على طبق المشهور فيما بين القوم أما على الاول فلا مجال للبحث كما هو ظاهر و أما على الثانى فلا وجه للتفصيل بين المئونه الكثيره و القليله فان مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين القليل و الكثير و الميزان صدق الضرر.

و العجب من سيدنا الاستاد حيث انه يظهر من كلامه فى المقام على ما فى التقرير- ان الضرر يوجب ارتفاع الايجاب الضررى و الحال ان رفع الضرر حكم امتنائى و رفع الايجاب خلاف الامتنان بالنسبه الى صاحب المال نعم على ما هو الحق عندنا فى الحكم الامتنانى لا يتوجه الاشكال فانا ذكرنا و قلنا مرارا ان الامتنان يلزم أن يتحقق بالنسبه الى من يشمله دليل الحكم فان رفع وجوب الوضوء الضررى يلزم أن يكون امتنائيا بالنسبه الى من يرتفع عنه وجوب الوضوء لا- بالنسبه الى غيره و لذا نلتزم برفع الوجوب عن الوضوء و لو كان الرفع خلاف الامتنان بالنسبه الى الغير فلاحظ.

بقى شىء و هو انه لو قلنا بوجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد الى مالكه كما قلنا فهل يفرق بين مواردہ بأن يفصل بين نقل العين من بلد القبض الى ذلك البلد و بين انتقال المالك من بلد القبض الى بلد آخر بأن يقال: يجب الرد فى الصوره الاولى و لا يجب فى الثانيه أم لا يفرق بين الموارد؟.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٤

الظاهر انه لا فرق فى الحكم المذكور بين المصاديق فانه ما دام لم يعرض عنوان ثانوى كالخرج أو التغيرير من قبل المالك يجب الرد بلا- فرق بين الصور لو حده الملا-ك نعم يرتفع الوجوب بالخرج الراجع للاحكام الاولى كما انه لو صار القابض مغرورا من قبل المالك يمكن أن

يقال: انه لا يجب عليه الرد بل تكفى التخليه بين المال و مالكه.

**[الثالث لو كان للعين المبتاعه منفعه استوفاهها المشتري قبل الرد كان عليه عوضها]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: الثالث انه لو كان للعين المبتاعه منفعه استوفاهها المشتري قبل الرد كان عليه عوضها»

وقع الكلام بين الاصحاب فى أن استيفاء المنافع من العين المقبوضه بالعقد الفاسد هل يوجب الضمان أم لا،

**و ما يمكن أن تذكر فى تقريب الاستدلال على الضمان وجوه**

**الوجه الأول الاجماع**

و اشكاله واضح و لا يحتاج الى البيان.

**الوجه الثانى قاعده على اليد «١»**

وقد تقدم ان الحديث ضعيف سندا و غير منجر فلا يعتد به مضافا الى أن الظاهر منه ان الموضوع المذكور فيه العين الخارجيه فلا يصدق العنوان المأخوذ فى الحديث على المنافع.

**الوجه الثالث: ما عن النبي صلى الله عليه و آله «٢»**

وقد تقدم ان المستفاد من الحديث الحكم التكليفى و أما الحكم الوضعى أعنى الضمان فلا.

و بعباره اخرى: يستفاد من الحديث انه كما يكون دم المؤمن محترما لا تجوز اراقته كذلك لا يجوز اتلاف ماله و ان ابيت عما ذكر

---

(١) تقدم ذكر الحديث فى ص ١٤١.

(٢) تقدم ذكره فى ص ١٤٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٥

فلا اقل من الاجمال مضافا الى أن الموضوع المأخوذ في الدليل عنوان المؤمن فلا يشمل غير المؤمن.

### **الوجه الرابع: ما رواه سماعه «١»**

و فيه ان الظاهر من الحديث الحكم التكليفي و أما الضمان فلا يستفاد منه مضافا الى أن العنوان المأخوذ في الدليل عنوان المسلم فالدليل اخص من المدعى.

### **الوجه الخامس: التوقيع الشريف «٢»**

و فيه ان الحديث بصراحته يدل على عدم جواز التصرف في مال الغير تكليفا و لا يرتبط بالمقام مضافا الى أن السند مخدوش.

### **الوجه السادس: النصوص الداله على نفي الضرر في الشريعة «٣»**

بتقريب ان عدم تضمين القابض يوجب تضرر الدافع و هو منفي في الشريعة المقدسه.

و فيه أولا: انا ذكرنا في بحث القاعده ان المستفاد من النصوص المشار إليها النهى لا النفي فلا ترتبط تلك القاعده بما نحن فيه.

و ثانيا: انا نفرض ان المستفاد منها النفي كما عليه المشهور لكن نقول: المستفاد منها نفي الحكم الضرري لا اثبات الضمان.

و بعبارة اخرى يستفاد من القاعده نفي الاحكام الضرريه و ان الشارع لا يجعل حكما موجبا للاضرار لا أن الشارع يحكم بتدارك الضرر الوارد.

مضافا الى أن الحكم بضمان القابض حكم ضرري بالنسبه إليه و لا وجه لترجيح احد الطرفين على الاخر.

### **الوجه السابع: السيره العقلانيه الممضاه عند الشارع**

فانه

---

(١) تقدم ذكره في ص ١٤٦.

(٢) تقدم ذكره في ص ١٤٨.

(٣) تقدم ذكر تلك النصوص في ص ١٤٨ و ص ١٤٩.

لا اشكال فى أن استيفاء منافع مال الغير يوجب الضمان عند العقلاء و لا يمكن الاستيفاء مجاناً و بلا عوض مع عدم ما يقتضى العدم.

### الوجه الثامن: قاعده «من أتلف مال الغير فهو له ضامن»

فانه يمكن أن تستفاد القاعده المذكوره من جمله من النصوص و ان اتلاف مال الغير يوجب الضمان منها ما رواه أبان بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام قال فى الرهن اذا ضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع بحقه على الراهن فأخذه و ان استهلكه تراذا الفضل بينهما «١».

و منها ما رواه سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام قال اذا رهنتم عبداً أو دابة فمات فلا شىء عليكم و ان هلكت الدابة أو أبق الغلام فأنت ضامن «٢».

و منها ما رواه اسحاق بن عمار قال سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائه درهم و هو يساوى ثلاثمائة درهم فيهلك أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتى درهم؟ قال: نعم لانه اخذ رهننا فيه فضل وضيعه قلت: فهلك نصف الرهن قال: «على» حساب ذلك قلت: فيترادان الفضل؟ قال: نعم «٣».

و منها ما رواه ابو حمزه قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول على عليه السلام يترادان الفضل فقال: كان على عليه السلام يقول ذلك قلت: كيف يترادان فقال ان كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن الفضل على صاحبه و ان كان لا يسوى رد الراهن

---

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب الرهن الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر الحديث ٨.

(٣) الوسائل

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٧

ما نقص من حق المرتهن «١».

و منها ما رواه ابن بكير قال سألت أبا عبد الله عليه السلام فى الرهن فقال: ان كان اكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدى الفضل الى صاحب الرهن و ان كان اقل من ماله فهلك الرهن أدى إليه صاحبه فضل ماله و ان كان الرهن سواء فليس عليه شىء «٢».

و منها ما رواه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال:

قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الرهن اذا كان اكثر من مال المرتهن فهلك ان يؤدى الفضل الى صاحب الرهن و ان كان الرهن أقل من ماله فهلك الرهن أدى الى صاحبه فضل ماله و ان كان الرهن يسوى ما رهنه فليس عليه شىء «٣».

و منها ما رواه عبد الله بن الحكم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل رهن عند رجل رهنا على ألف درهم و الرهن يساوى ألفين وضاع قال: يرجع عليه بفضل ما رهنه و ان كان انقص مما رهنه عليه رجوع على الراهن بالفضل و ان كان الرهن يسوى ما رهنه عليه فالرهن بما فيه «٤»

و منها ما رواه وهب عن جعفر عن أبيه عليهما السلام ان عليا عليه السلام كان يقول من استعار عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن «٥».

و منها ما رواه محمد بن الحسن قال كتبت الى أبى محمد عليه السلام:

رجل دفع الى رجل وديعه فوضعها فى منزل جاره فضاعت هل يجب

---

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب الرهن الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٣.

(٣) عين المصدر الحديث ٤.

(٤) عين المصدر الحديث ٥.

(٥) الوسائل الباب ١

من ابواب العاريه الحديث ١١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٨

عليه اذا خالف أمره و أخرجها عن ملكه فوقع عليه السلام: هو ضامن لها ان شاء الله «١».

و منها ما رواه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال سئل عن القصار يفسد فقال كل اجير يعطى الاجره على أن يصلح فيفسد فهو ضامن «٢».

و منها ما رواه الحلبي أيضا عن أبى عبد الله عليه السلام قال فى الغسال و الصباغ ما سرق منهم من شىء فلم يخرج منه على أمر بين انه قد سرق و كل قليل له أو كثير فان فعل فليس عليه شىء و ان لم يقم البيئه و زعم انه قد ذهب الذى ادعى عليه فقد ضمنه ان لم يكن له بينه على قوله «٣».

و منها ما رواه السكوني عن أبى عبد الله عليه السلام قال كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن الصباغ و القصار و الصائغ احتياطا على أمتعه الناس و كان لا يضمن من الغرق و الحرق و الشىء الغالب ... الحديث «٤».

و منها ما رواه أبو الصباح عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن الثوب أدفعه الى القصار فيخرقه قال أغرمه فانك انما دفعته إليه ليصلحه و لم تدفع إليه ليفسده «٥».

و منها ما رواه السكوني عن أبى عبد الله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام رفع إليه رجل استأجر رجلا يصلح بابه فضرب المسمار

---

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب الوديعه.

(٢) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب الاجاره الحديث ١.

(٣) نفس المصدر الحديث ٢.

(٤) نفس المصدر الحديث ٦.

(٥) نفس المصدر الحديث ٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٩

فانصدع الباب فضمنه أمير المؤمنين

عليه السلام «١».

و منها ما رواه ابو الصباح قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القصار هل عليه ضمان؟ فقال: نعم كل من يعطى الاجر ليصلح فيفسد فهو ضامن «٢».

و منها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده فقال: كل عامل اعطيته اجرا على أن يصلح فأفسد فهو ضامن «٣».

هذا تمام الكلام في الوجوه التي يمكن أن يستدل بها على الضمان و في مقابل هذا القول قول بعدم الضمان و نسب هذا القول الى ابن حمزه و استدل على المدعى بالنبوى و هو قوله صلى الله عليه و آله «الخراج بالضمان» «٤».

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان منافع العين في مقابل ضمانها فمن يكون ضامنا لنفس العين لا يكون ضامنا لمنافعها و قد احتمل في معنى الحديث احتمالات عديدة و حيث ان الرواية ضعيفة سنداً و غير قابله للاستناد إليها لا وجه لملاحظه معناها فالمتعين صرف النظر عنها.

مضافا الى أنه يستفاد من حديث أبي ولاد الحنات قال: اكرتت بغلا الى قصر ابن هبيرة ذاهبا و جاثيا بكذا و كذا و خرجت في طلب غريم لى فلَمّا صرت قرب قنطره الكوفه خَبرت ان صاحبي توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل فلما اتيت النيل خَبرت ان صاحبي

---

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب الاجاره الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ١٣.

(٣) نفس المصدر الحديث ١٩.

(٤) سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٢١ نقلنا المدرك عن الجزء الثالث من كتاب مصباح الفقاهه ص ١٣٣.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٠

توجه الى بغداد فاتبعته و ظفرت به و فرغت ممّا بيني و بينه و رجعنا الى الكوفه و كان ذهابي و



مجيئى خمسة عشر يوما فأخبرت صاحب البغل بعذرى و أردت ان اتحلل منه مما صنعت و ارضيه فبذلت له خمسة عشر درهما فأبى أن يقبل فتراضينا بأبى حنيفه فأخبرته بالقصه و أخبره الرجل.

فقال لى ما صنعت بالبغل. فقلت: قد دفعته إليه سليما قال: نعم بعد خمسة عشر يوما قال: فما تريد من الرجل؟ فقال: اريد كراء بغلى فقد حبسه على خمسة عشر يوما فقال: ما أرى لك حقا لانه اكتراء الى قصر ابن هبيرة فخالف و ركبه الى النيل و الى بغداد فضمن قيمه البغل و سقط الكراء فلمّا رد البغل سليما و قبضته لم يلزمه الكراء، قال: فخرجنا من عنده و جعل صاحب البغل يسترجع فرحمته مما أفتى به أبو حنيفه فاعطيته شيئا و تحللت منه و حججت تلك السنه فاخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفه.

فقال: فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الارض بركتها، قال: فقلت لابي عبد الله عليه السلام: فما ترى انت؟

فقال: أرى له عليك مثل كراه بغل ذاهبا من الكوفه الى النيل و مثل كراه بغل راكبا من النيل الى بغداد و مثل كراه بغل من بغداد الى الكوفه توفيه اياه.

قال: فقلت: جعلت فداك قد علفته بدراهم فلى عليه علفه؟ فقال لا لانك غاصب قال: فقلت: له أ رأيت لو عطب البغل و نفق أ ليس كان يلزمنى؟ قال: نعم قيمه بغل يوم خالفته قلت فان اصاب البغل كسر أو دبر أو غمز فقال عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم ترده عليه فقلت: من يعرف ذلك؟ قال: انت و هو اما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك فان رد

اليمين عليك فحلفت على قيمه لزمه ذلك أو يأتي

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧١

صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمه البغل حين اكثرى كذا و كذا فيلزمك.

فقلت: انى كنت اعطيته دراهم و رضى بها و حللنى فقال: انما رضى بها و حللك حين قضى عليه أبو حنيفه بالجور و الظلم و لكن ارجع إليه فأخبره بما افيتتك به فان جعلك فى حلّ بعد معرفته فلا شىء عليك بعد ذلك... الحديث «١»، فساد القاعده المذكوره حيث ان الامام عليه السلام رد على أبى حنيفه و قال عليه السلام: «لمثل هذا ينقطع المطر من السماء».

لكن يرد عليه ان حديث أبى ولاد وارد فى الغصب و الكلام فى المقام فى المقبوض بالعقد الفاسد.

و ربما يقال: ان مذهب ابن حمزه و هو عدم الضمان يستفاد من جمله من الروايات منها ما رواه اسحاق بن عمار قال حدثنى من سمع أبا عبد الله عليه السلام و سأله رجل و انا عنده فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى اخيه فقال ابيعك دارى هذه و تكون لك احبّ إلیّ من أن تكون لغيرك على أن تشترط لى ان انا جئتك بثمانها الى سنه أن ترد على فقال لا بأس بهذا ان جاء بثمانها الى سنه ردها عليه قلت: فانها كانت فيها غله كثيره فأخذ الغله لمن تكون الغله؟ فقال:

الغله للمشتري ألا ترى انه لو احترقت لكانت من ماله «٢».

و منها ما رواه معاويه بن ميسره قال سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الرجل الذى اشترى منه الدار حاصر فشرط انك أن

اتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فاتاه بماله قال: له شرطه قال له

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الاجاره الحديث ١.

قمى، سيد تقى طباطبايى، عمدہ المطالب فى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشى محلاتى، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق  
عمده المطالب فى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ١٧١

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٢

ابو الجارود: فان ذلك الرجل قد أصاب فى ذلك المال فى ثلاث سنين قال: هو ماله و قال أبو عبد الله عليه السلام أ رأيت لو  
أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشترى «١».

و منها ما رواه اسحاق بن عمار قال قلت لابي ابراهيم عليه السلام الرجل يرهن الغلام و الدار فتصيبه الآفه على من يكون؟ قال  
على مولاه ثم قال: أ رأيت لو قتل قتيلًا على من يكون؟ قلت: هو فى عنق العبد قال ألا ترى فلم يذهب مال هذا ثم قال أ رأيت  
لو كان ثمنه مائه دينار فزاد و بلغ مائتى دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه قال كذلك يكون عليه ما يكون له «٢».

بتقريب: ان المستفاد من هذه النصوص ان ضمان العين يقتضى عدم ضمان المنافع. و فيه: ان المستفاد من هذه الروايات ان منافع  
العين تابعه للعين فى كونها مملوكة لمالك العين و لا ترتبط بما نحن بصدده فالحق هو القول المشهور فلاحظ.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعله قدس سره بأمره بالتأمل يشير الى أنه لا تنافى بين الامرين و بعباره اخرى: ضمان العين يقتضى عدم ضمان المنافع أعم من  
أن يكون الضامن مالكا للمنفعة أو مالكا للانتفاع.

«قوله قدس سره: و

أما المنفعة الفائته بغير استيفاء»

يظهر من كلماتهم ان

### المشهور بين الاصحاب ضمان المنافع غير المستوفاه

و ما يمكن أن يذكر في تقريب الاستدلال على المدعى وجوه:

#### الوجه الأول: الاجماع

و حال الاجماع في الاشكال - خصوصا في امثال المقام - واضح.

---

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ٢.

(٢) الوسائل الباب ٥ من ابواب الرهن الحديث ٦.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٣

#### الوجه الثاني: قاعده على اليد

بتقريب ان وضع اليد على العين و قبضها يستلزم تسلّم المنافع فالمنافع مأخوذه.

و فيه ان حديث على اليد ضعيف سندا فلا يكون قابلا للاستناد إليه.

#### الوجه الثالث: قاعده الاتلاف

فان امساك مال الغير و حبسه و عدم تسليمه منه اتلاف لمنافعه و قد تقدم ان المستفاد من جمله من النصوص الخاصه كون الاتلاف موجبا للضمان.

#### الوجه الرابع: السيره العقلانيه الممضاه عند الشارع

فانها جاريه على احترام أموال الناس و ان حبسها من غير حق يوجب الضمان و الظاهر عدم الفرق بين علم المالك بالفساد و جهله فان الميزان في تحقق الضمان عدم كون الاستيلاء عن حق.

«قوله قدس سره: و انما يتحقق ذلك فى الاستيفاء»

قد ظهر مما ذكرنا عدم اختصاص عنوان الاتلاف بصوره الاستيفاء.

«قوله قدس سره: موافق للاصل»

جريان الاصل متوقف على عدم الدليل على الضمان و أما مع قيام الدليل كما قام فلا مجال لجريانه.

«قوله قدس سره: شمول قاعده ما لا يضمن»

هذه القاعده المشهوره لا اساس لها فلا وجه للتعرض لها و اللازم ملاحظه الادله المعتمده و الالتزام بمقتضاها.

«قوله قدس سره: مضافا الى الاخبار الوارده فى ضمان المنافع المستوفاه»

و تقريب الاستدلال بهذه النصوص «١» ان الامام عليه السلام فى

---

(١) قد تقدم ذكر تلك النصوص فى ص ١٤٧ و ص ١٤٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٤

مقام بيان حكم المنافع و لم يتعرض لضمان المنافع غير المستوفاه و مقتضى عدم تعرضه لهذه الجبهه مع كونه فى مقام البيان، عدم الضمان.

و يرد عليه انه عليه السلام تعرض فى هذه النصوص لحكم الولد و لعله لدفع توهم كون الولد رقا و لم يتعرض لحكم المنافع المستوفاه و الحال انه لا اشكال فى ضمانها. و بعبارة واضحة: عدم التعرض من ناحيته عليه السلام لا يدل على العدم و الا يلزم أن تكون النصوص المشار إليها دليلا على عدم ضمان المنافع المستوفاه و هو كما ترى.

بقى شىء و هو انه هل يكون فرق بين العين

المغصوبه و المقبوض بالعقد الفاسد؟ أفاد سيدنا الاستاد على ما فى تقرير مقرر بحثه ان: الفارق بينهما كالشمس فى كبد السماء لان الغاصب يأخذ المال من المغصوب منه بالقهر و الغلبه فيكون ضامنا لجميع الخصوصيات و أما فى المقبوض بالعقد الفاسد فالمالك يدفع العين باختياره الى القابض و المفروض ان القابض لا يمنع الدافع عن التصرف فى العين ففوت المنافع مستند الى نفس المالك فلا وجه لقياس المقام بالمغصوب.

و فيه انه لو فرض ان الغاصب لا يمنع عن التصرف فى العين فلازم كلامه عدم الضمان أيضا و هل يلتزم به؟

و ثانيا: ان المفروض فى العقد الفاسد ان دفع المالك لا أثر له و لذا لا يجوز التصرف فى العين و قد تقدم ان يد القابض يد ضمان و يجب عليه أن يرد العين الى مالكة فما الفارق بين المقامين؟ و انا لا نرى فارقا بينهما.

و يؤيد ما ذكرنا ما عن التذكرة و هذا لفظه: «ان منافع الاموال

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٥

من العبد و الثياب و العقار و غيرها مضمونه بالتفويت و الفوات تحت اليد العاديه فلو غصب عبدا أو جاريه أو ثوبا أو عقارا أو حيوانا مملوكا ضمن منفعه سواء أتلّفها بأن استعملها أو فأتت تحت يده بأن بقيت مده فى يده لا يستعملها عند علمائنا اجمع» الخ.

فنسأل ان اليد على المقبوض بالعقد الفاسد عاديه أو أمانيه فان كانت امانيه فما الوجه فى الضمان اذا تلفت العين؟ و ان كانت عاديه فتشمله العبارة المنقوله عن التذكرة.

و يؤيد المدعى أيضا ما عن السرائر فى آخر باب الاجاره من الاتفاق على ضمان منافع المغصوب الفائته مع قوله فى باب البيع ان البيع الفاسد

عند اصحابنا بمنزله الشىء المغصوب الخ.

«قوله قدس سره: و ان كان المترائى من ظاهر صحيحه أبى ولاد «١»»

الانصاف ان ما ادعاه الماتن من الظهور فى الحديث محل الاشكال و الكلام اذ لم يفرض نفع غير مستوفى كى يكون عدم تعرضه عليه السلام لضمائه دليلا- على عدم ضمان المنفعه غير المستوفاه مضافا الى أن عدم الضمان فى المغصوب خلاف الاجماع و التسالم فلا يعتد بالظهور المدعى على فرض تسليمه فلاحظ.

### [الرابع: لو تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله]

#### اشاره

«قوله قدس سره: الرابع: اذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله»

ما يمكن أن يذكر أو ذكر فى تقريب الاستدلال على المدعى وجوه:

### الوجه الأول: الاجماع

و عدم الخلاف و اشكال الوجه المذكور واضح.

### الوجه الثانى: حديث على اليد «٢»

و يرد عليه أولا ان الحديث ضعيف سندا و لا جابر له و ثانيا انه لا ينطبق الحديث على المشهور

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٩ و ١٧٠.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٦

بين الاصحاب فى باب الضمان فانهم قائلون بضمن المثل فى المثلى و القيمه فى القيمى من أول الامر و لا يستفاد مدعاهم من الحديث بل المستفاد منه ان نفس العين العين فى العهده.

و ثالثا: انه يمكن أن يقال: ان الحديث فى مقام بيان ان الاخذ للعين ضامن لها الى زمان تأديتها الى مالکها و لا تعرض فى

الحديث بأنها اذا تلفت بما ذا تشتغل ذمه القابض و من فى يده العين.

### الوجه الثالث: ما رواه ابو بصير «١»

وفيه انه قد تقدم ان المستفاد من الحديث الحكم التكليفى و انه كما يحرم اراقه دمه يحرم التصرف فى ماله فلا- تعرض فى الروايه للحكم الوضعى مضافا الى أنه على فرض التسليم لا- تدل على التفصيل بأن نقول: يجب المثل فى المثلى و القيمه فى القيمى.

و بعبارة اخرى: على فرض التعرض تكون الروايه متعرضه لاصل الضمان لا للتفصيل المذكور اصف الى ما ذكر ان الدليل اخص من المدعى حيث ان المأخوذ فى الموضوع عنوان المؤمن.

### الوجه الرابع: النصوص الواردة فى الامه المسروقه «٢»

فانها تدل على أن المشتري يأخذ الولد بالقيمه.

وفيه ان هذه النصوص لا- تدل على ضمان المثل فى المثلى بل لا تدل على ضمان القيمه فى القيمى و انما تدل على ضمان القيمه فى المورد الخاص نعم لا تخلو من الاشعار بالنسبه الى ضمان القيمه فى القيمى.

### الوجه الخامس: قوله تعالى «فَمَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» «٣».

بتقريب ان المستفاد من الآيه الشريفه

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٤٤.

(٢) قد تقدم ذكر تلك النصوص فى ص ١٤٧ و ١٤٨.

(٣) البقره/ ١٩٤.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٧

المماثله فيما يعتدى به فان كان مثليا يجب المثل و ان كان قيميا تجب القيمه.

و قال سيدنا الاستاد فى هذا المقام: ان استفاده المدعى عن الآيه تتوقف على ثلاثه امور:



الأمر الأول: أن يكون لفظ «ما» المذكور في الآيه موصولا لا مصدرا.

الأمر الثاني: أن يكون المراد بالموصول الشئ المعتمدى به.

الأمر الثالث: أن يكون المراد من المعتمدى به المثل فى المثلى و القيمه فى القيمى و هذه المقدمات كلها مخدوشه أما الأمر الأول فيخشد بأنه يمكن أن اللفظ يكون مصدرا أى يكون الفعل الصادر مثل ما صدر عن المعتمدى فان كان ضربا يكون مثله و ان كان شتما يكون كذلك و هكذا.

و أما الأمر الثانى فيمكن أن يكون المراد من الموصول الفعل لا العين الخارجيه أى يكون ما يعتدى به مثل ما اعتدى به المعتمدى ابتداءً فلا ترتبط بالمقام.

و أما الأمر الثالث فيه انه على تقدير تسليم المدعى يكون المستفاد من الآيه وجوب المثل على الاطلاق لا التفصيل المذكور فى كلام القوم من وجوب المثل فى المثلى و القيمه فى القيمى.

اضف الى ما ذكر انه بعد تماميه المقدمات فرضا لا يستفاد من الآيه الحكم الوضعى الذى هو محل

الكلام بل المستفاد من الآيه الشريفه الحكم التكليفى.

### الوجه السادس: ان مقتضى السيره العقلائيه

و الارتكاز ان الانسان اذا وضع يده على مال غيره بلا مجوز يكون ضامنا لذلك المال و تلك العين فى عهدته و ضمانه فما دامت موجوده يجب اداؤها

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٨

و ايصالها الى مالكتها و اذا تلفت يجب عليه اداء مثلها من باب أن المثل اقرب الى التالف و مع عدم المثل تصل النوبه الى قيمه. و بعبارة واضحه: فى المرحله الاولى يجب اداء نفس تلك العين التالفه و لذا لو عادت بعد التلف الى صورتها الاولى يجب ردها و لا تصل النوبه الى المثل أو قيمه.

و العجب من سيدنا الاستاد حيث أفاد فى المقام بأنه يجب المثل فى المثلى و قيمه فى القيمى و لا- يكفى اداء احدهما عن الاخر الا أن يرضى المالك «١».

فانه يرد عليه أولا: انه كيف يمكن اداء المثل فى القيمى فان القيمى قوامه بعدم المماثل. و ثانيا: ان الحق ان العين بنفسها فى العهده و انما الاكتفاء بغيرها من باب الاقريبه بالتالف و على هذا الاساس لا مجال لما اشتهر بين القوم من وجوب المثل فى المثلى و قيمه فى القيمى بل الواجب فى المرحله الاولى اداء نفس العين و مع عدم الامكان تصل النوبه الى الاقرب و لا اشكال فى أن المثل أقرب الى التالف و على تقدير عدم امكان المثل تصل النوبه الى قيمه.

### [كلمات أصحابنا فى تعريف المثلى]

«قوله قدس سره: و قد اختلف كلمات أصحابنا فى تعريف المثلى»

مفهوم المثل من المفاهيم الواضحه العرفيه و لا يحتاج الى تطويل البحث فيه و القيل و القال فان أصناف الحنطه من المثليات و البقر من القيميات.

و على الجملة: الاحاله الى العرف تكفى لبيان الموضوع و لا موضوعيه للتحديد كى

يشكل تاره بعدم كونه جامعا و اخرى بعدم كونه مانعا و لا أثر للاجماع المدعى فى المقام لا الاجماع على الحكم و لا القائم على الموضوع أما القائم على الحكم فان كان منقولا فقد

(١) مصباح الفقاهه ج ٣ ص ١٥٠.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٩

حقق فى الاصول عدم اعتباره و ان كان محصلا فعلى فرض تحققه يرد فيه بأنه لا اعتبار به خصوصا مع الاحتمال بل القطع بكونه مدركيا و أما القائم على الموضوع فحاله أسوأ فان المثل مفهوم عرفى واضح و لا يحتاج الى قيام الاجماع عليه الا أن يرجع الى الحكم فيدخل تحت القسم الأول.

«قوله قدس سره: فلا بد من ملاحظه ان الاصل الذى يرجع إليه»

مقتضى ما ذكرنا عدم وصول النوبه الى الشك فان الثابت فى الذمه بمقتضى السيره العقلائيه نفس العين التالفه و وصول النوبه الى المثل ثم الى قيمه من باب عدم امكان اداء نفس العين أو المثل فلا مورد للشك نعم بعد وصول النوبه الى قيمه يمكن أن يشك فى مقدارها من حيث الزيادة و النقيصه و مقتضى الاصل عدم وجوب الاكثر مثلا لو تردد أمر قيمه الشىء الفلانى بين الخمسه و السبعه يكون مقتضى الاصل عدم وجوب السبعه و هذا الذى نقول لا- فرق فيه بين الجهه الوضعيه و التكليفيه فان مقتضى الاستصحاب عدم ثبوت الضمان بالاكثر كما ان مقتضى البراءه عدم وجوبه.

و يظهر من كلام الشيخ قدس سره

**ان الاحتمالات المتصوره فى المقام متعدده و وجوه عديده**

**الوجه الأول: أن يكون الواجب من أول الامر المثل**

من باب ان الاقرب الى التالف المثل و انما يكفى اداء قيمه فى القيميات من باب الارفاق بالضامن فلو دار الامر بين كون الضمان بالمثل أو قيمه يتعين المثل فان الامر دائر بين التعيين و التخير.

و أورد

على التقريب المذكور أولاً: ان الثابت فى القيمات القيمه فالكبرى الكليه المدعاه غير تامه.

و ثانيا: ان دوران الامر بين التعيين و التخير اذا كان بين الحكمين

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٠

المتزاحمين و دار الامر بين محتمل الاهميه و غيره يكون المتعين الاخذ بما يكون محتمل الاهميه لسقوط الاطلاق عن الطرف الاخر و عدم سقوطه فى هذا الطرف و أما اذا كان المورد موردا لحكم واحد و دار الامر بين تعلقه بالجامع أو بالمقيد يكون المرجع البراءه لا الاشتغال.

و يرد عليه: ان هذا التقريب انما يتم فيما يكون الشك فى التكليف و فى المقام لا اشكال فى تعلق المثل بالعهد فان الضمان لا يكون تكليفا محضا و انما الشك فى الارفاق و عدمه و الاصل عدم الارفاق. و ان شئت قلت: لا ريب فى ثبوت المثل فى الذمه و انما الشك فى سقوطه باداء القيمه و عدمه و يكون مقتضى الاصل بقاءه.

ان قلت: استصحاب بقاء المجعول يعارض باستصحاب عدم الجعل الزائد قلت: الشك فى البقاء مسبب عن الشك فى الارفاق و الاصل عدمه فلاحظ.

### **الوجه الثانى: الضمان بالقيمه عند الشك فى المثليه و القيمه**

و تقريب الاستدلال عليه: ان المقام من موارد دوران الامر بين الاقل و الاكثر فلا بد من الاخذ بالاقل فان المراد بالقيمه المالىه المشتركه بين جميع الاشياء فالجامع بين جميع الموارد الجهمه الجامعه غايه الامر فى المثلى ذلك الجامع مقيد بقيد خاص و على هذا الاساس فى مورد الشك يكون الامر دائرا بين الاقل و هو الجامع و الاكثر و هو المقيد بالقيد الخاص و مقتضى البراءه عدم وجوب الزائد و عليه يكون الضامن مخيرا بين اداء المثل و اداء القيمه.

و فيه: ان القيمه فى القيمى المالىه المتقيده بالنقود

و فى المثلئ الجماع المقيد بالمثليه فالامر دائر بين المتباينين لا الاقل و الاكثر.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨١

### **الوجه الثالث: خيار الضامن بين اداء المثل و القيمه**

بتقريب:

انه اما ضامن للمثل و أما ضامن للقيمه و بمقتضى الضروره و الاجماع و قاعده الضرر لا يكلف بكلا الامرين فيحكم بالتخير.

و يرد عليه أولا: ان الالزام بحكم العقل لا بحكم الشارع و ثانيا:

انه يمكن أن يرجع الامر الى الحاكم الشرعى و يتصالح المالك و الضامن على شئ ء واحد فان الحاكم مرجع الامور عند التشاح و النزاع و أما احتمال الرجوع الى القرعه فهو بعيد اذ لا دليل عليها فى الشبهات الحكيمه بل هى تختص بالشبهه الموضوعيه.

و يمكن تقريب الاكتفاء باحد الامرين و كون الضامن مخيرا بوجه آخر و هو انه بعد اداء المثل أو القيمه يشك فى بقاء الاشتغال فيتعارض الاصل الجارى فى المجموع مع الاصل الجارى فى مقدار الجعل و بعد التعارض و التساقت تصل النوبه الى البراهه عن الالزام فلاحظ.

### **الوجه الرابع: خيار المالك بين الامرين بأن يكون الاختيار بيده**

بتقريب: ان ذمه الضامن و ان كانت مشغوله باحد أمرين لكن ما يختاره المالك اما بديل واقعى و أما بديل البديل و على كلا التقديرين يكفى أما على الاول فظاهر و أما على الثانى فلرضا المالك و لا بد من تحصيل رضاه فان مقتضى الاصل عدم فراغ ذمه المالك الا برضا المالك.

و يرد عليه انه لا بد من مراجعه الحاكم فى أمثال المقام كما مرّ آنفا و أما استصحاب بقاء الاشتغال فهو معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد.

و بيان واضح. بعد اداء المثل أو القيمه لو شك فى الفراغ يكون

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٢

مقتضى استصحاب. اشتغال الذمه بقاء الشغل و مقتضى استصحاب عدم الجعل الزائد عدم الاشتغال و بعد التعارض و التساقت تكون اصاله البراهه عن التكاليف محكمه فلاحظ.

و أما ما أفاده الشيخ قدس سره من تخيير المجتهد فى

الفتوى فلا- دليل عليه فان تخير المجتهد في باب تعارض الاخبار و أما في المقام فلا وجه له و لعله اشار الى ما ذكرنا بقوله «فتأمل».

و الذى يختلج بالبال ما تقدم منا من أن الثابت في الذمه نفس العين و عند التعذر تصل الى المثل و مع تعذره تصل النوبه الى القيمة.

و يؤيد المدعى بل يدل عليه بعض النصوص منها ما رواه محمد ابن عيسى عن يونس قال كتبت الى أبى الحسن الرضا عليه السلام انه كان لى على رجل دراهم و ان السلطان أسقط تلك الدراهم و جاء بدراهم أعلى من تلك الدراهم الاولى و لهم اليوم وضعه فإى شىء لى عليه الاولى التى اسقطها السلطان أو الدراهم التى أجازها السلطان؟ فكتب عليه السلام الدراهم الاولى «١».

و منها ما رواه صفوان قال سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل و سقطت تلك الدراهم أو تغيرت و لا يباع بها شىء الصاحب الدراهم الاولى أو الجائزه التى تجوز بين الناس؟ قال: فقال: لصاحب الدراهم الاولى «٢».

الا أن يقال: ان النصوص المشار إليها لا يؤيد المدعى حيث ان الدرهم مثلى. لكن يرد عليه: انه لو كان مثليا يلزم أن يدفع بدل الدرهم درهم و الحال انه يكفى دفع نصفى درهم بدل الدرهم الواحد.

---

(١) تهذيب الاحكام ج ٧ ص ١١٧ الحديث ٥٠٧.

(٢) عين المصدر الحديث ٥٠٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٣

و أيضا يؤيدنا فى هذه مقاله انه يظهر من الماتن الميل الى هذا القول حيث قال: «و لكن يمكن أن يقال ان القاعده المستفاده من اطلاقات الضمان فى المغصوبات و الامانات المفرط فيها و غير ذلك هو الضمان بالمثل

لانه أقرب الى التالف من حيث المالىه و الصفات ثم بعده قيمه التالف من النقدين و شبههما» الى آخر كلامه رفع فى علو مقامه.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعل أمره بالتأمل اشاره الى أنه لا- يترتب اثر شرعى على مثل هذه الاجماع و بعبارة أخرى لا يمكن جعل الاجماع مدركا للحكم و الله العالم.

### [الخامس لو لم يوجد المثل الا بالأكثر]

«قوله قدس سره: الخامس ذكر فى القواعد انه لو لم يوجد المثل الا باكثر»

مقتضى القاعده انه يلزم اداء المثل و لو مع كون ثمنه اكثر لا للوجوه المذكوره فى كلام الشيخ فان الوجوه المذكوره مخدوشه أما الاجماع فلا يكون حجه و أما النصوص فقد مرّ الاشكال فيها اما سندا و أما دلالة و أما من كلتا الناحيتين و أما الفتاوى فلا أثر لها و لا اعتبار بها و أما الفحوى فأیضا لا يترتب عليه اثر اذ الحكم فى الاصل مستند الى الفتاوى.

«قوله قدس سره: و هو ضرر»

أما على مسلكنا فى مفاد القاعده فلا مجال للاستدلال بها على المدعى كما هو ظاهر و أما على مسلك القوم و ان مفادها النفى، فتاره تكون الزيادة زياده سوقيه و اخرى تكون الزيادة باعتبار طمع البائع فى الزيادة و الحال ان قيمه السوقيه اقل أما على الاول فلا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٤

مجال للاخذ بالقاعده لان المفروض ان الحكم الشرعى وارد فى مورد الضرر و لا بد من تخصيص القاعده كما فى نظائر المقام.

و أما على الثانى فأیضا يشكل الاخذ و الاستدلال بها لان الالزام بحكم العقل لا بحكم الشارع فلا بد من الالتزام بوجود الشراء و لو باضعاف قيمه الا أن يقال ان مدرک وجوب المثل السيره و فى الفرض المذكور لا سيره.

«قوله

قدس سره: ثم انه لا فرق في جواز مطالبه المالك بالمثل»

الظاهر ان ما أفاده تام و الامر كما قرره قدس سره و صفوه القول:

ان الذى يختلج بالبال ان المالك له المطالبه فى كل مكان فانه مسلط على مملوكه و يجب على الضامن رد المثل الى المالك و لو ببذل مال كثير لكن لقائل أن يقول: العمده فى مستند الحكم السيره العقلانيه فلا بد من رعايتها و مقدار تحققها.

**[السادس: لو تعذر المثل فى المثلى فمقتضى القاعده وجوب دفع قيمه]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: السادس: لو تعذر المثل فى المثلى فمقتضى القاعده وجوب دفع قيمه»

**يقع الكلام فى المقام فى فروع:**

**الفرع الأول: انه لا اشكال انه لو تعذر المثل تصل النوبه الى قيمه**

فان السيره جاريه عليه فوجوب قيمه مع تعذر المثل فى الجملة مما لا اشكال فيه.

**الفرع الثانى: ان الميزان قيمه يوم التلف أم قيمه يوم الاخذ أم قيمه يوم الدفع أم اعلى القيم**

من زمان الاخذ الى يوم الدفع أو الى يوم التلف و هذا الاختلاف ناش من تبدل المثل الى قيمه فوق الكلام بين القوم فى أن التبدل المذكور متى يتحقق و أما اذا لم نلتزم بالتبدل فلا موضوع لهذا الاختلاف.

و ربما يقال: ان الضمان لا بد أن ينتقل الى قيمه عند اعواز

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٥

المثل فى الخارج و الا لم ينتقل الى المثل أيضا عند تلف العين الشخصيه.

و أجاب عنه سيدنا الاستاد بأن انتقال العين بعد التلف الى المثل أمر قهرى لانه لا معنى لبقائها فى الذمه مع تلفها و أما المثل فهو امر كلى قابل للبقاء فى الذمه الى حين الاداء.

و الذى يحتلج بالبال أن يقال: ان التالف بشخصه ثابت فى الذمه و لا مانع من اعتباره و بقاءه فيها فان الاعتبار خفيف المثنونه و لا فرق بين الجزئى الخارجى و الكلى من هذه الجبهه.



و الذى يدل على المدعى ان التالف لو رجع الى ما كان أولا ببركه دعاء ولى من الاولياء يجب رده الى صاحبه و لا مجال لاداء المثل أو القيمه و على هذا يكون المناط قيمه يوم الاداء.

### **الفرع الثالث: انه لا يجوز للضامن اجبار المالك بأخذ القيمه مع الاعواز**

فانه لا وجه له و بعباره اخرى لا يجوز اجبار المالك على قبول شىء آخر بدلا عن ملكه و لذا لا اشكال فى عدم جواز اجبار مالك العين الموجوده على قبول شىء آخر بدلا عن العين الموجوده.

و هذا مع رجاء وجدان المثل ظاهر و أما مع اليأس فأفاد سيدنا الاستاد قدس سره: بأنه لا يجوز الاجبار أيضا. و لكن لقائل أن يقول:

مع فرض اليأس لا وجه لامتناع المالك عن القبول فان التأخير و ابقاء ذمه الضامن مشغوله بالعين لا

وجه له و الله العالم.

### **الفرع الرابع: انه يجوز اجبار المالك الضامن بدفع القيمه**

فان المالك مسلط على حقه و يجوز له أن يأخذ القيمه مع الاعواز و الصبر.

و ان شئت قلت: لا اشكال فى تحقق السيره العقلانيه على ذلك.

و لا مجال لتوهم ان اجباره على دفع القيمه اضرار بالنسبه الى الضامن فلا يجوز فانه يقال: هذا التوهم فاسد و ذلك لانه ليس

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٦

اضرارا بالنسبه إليه بل ارفاق حيث رفع اليد عن الخصوصيه و اكتفى بالقيمه و لا فرق فيما ذكر بين التعذر الابتدائى و التعذر العارضى كما انه لا فرق فيما ذكر بين كون التعذر مستمرا أو مؤقتا فلاحظ.

### **الفرع الخامس: فى مناط التعذر و الاعواز**

لا يبعد أن يقال ان الميزان التعذر الشخصى فمع التمكن من تحصيل المثل و لو من البلاد البعيده التى لا يتعارف نقل المثل منها يجب تحصيله على الضامن. و بعبارة واضحة: يجب عليه تحصيله باى وجه ممكن و لا وجه لجعل ميزان و معيار له.

و قال سيدنا الاستاد قدس سره: انه لو كان فى نقله من بلد بعيد مؤونه زائده بحيث يتضرر نحكم بعدم الوجوب لقاعده نفى الضرر.

و يرد عليه أولا: ان الاخذ بدليل نفى الضرر متوقف على مقاله المشهور فى مفاد القاعده و أما على مقتضى مختار شيخ الشريعه قدس سره فلا مجال للاخذ بها كما هو ظاهر.

و ثانيا: ان الاخذ بالقاعده لنفى الوجوب ينافى مسلكه حيث انه يقول ان القاعده قاعده امتنانيه و لا بد أن لا يكون اجرائها على خلاف الامتنان و المفروض ان الاخذ بها فى المقام و نفى وجوب التحصيل خلاف الامتنان بالنسبه الى المالك.

فالحق أن يقال: يجب تحصيل المثل على الضامن مطلقا و لا- وجه لقياس المقام بباب السلف اذ يمكن أن يقال ان مقتضى الانصراف

تحصيل المبيع من بلد المعامله فتأمل مضافا الى النصوص الواردة فى ذلك الباب منها ما رواه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال سئل عن الرجل يسلم فى الغنم ثنيان و جذعان و غير ذلك الى اجل مسمى؟

قال: لا بأس ان لم يقدر الذى عليه الغنم على جميع ما عليه أن يأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثيها و يأخذ رأس مال ما بقى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٧

من الغنم دراهم و يأخذون دون شروطهم و لا يأخذون فوق شرطهم و الاكسيه أيضا مثل الحنطه و الشعير و الزعفران و الغنم «١».

و منها ما رواه عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يسلم فى الطعام الى أن قال: أ رأيت ان أوفانى بعضا و عجز عن بعض أ يصلح أن آخذ بالباقي رأس مالى قال: نعم ما أحسن ذلك «٢».

و منها ما رواه سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يسلم فى الزرع فيأخذ بعض طعامه و يبقى بعض لا يجد وفاءه فيعرض عليه صاحبه رأس ماله قال يأخذه فانه حلال الحديث «٣».

و رواه الشيخ باسناده عن احمد مثله و زاد: قلت فانه يبيع ما قبض من الطعام فيضعف قال و ان فعل فانه حلال «٤».

و منها ما رواه ابان بن عثمان عن بعض اصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يسلم الدراهم فى الطعام الى اجل فيحل الطعام فيقول: ليس عندى طعام و لكن انظر ما قيمته فخذ منى ثمنه فقال لا بأس بذلك «٥».

و منها ما رواه العيص بن القاسم عن ابى عبد الله عليه

السلام قال: سألته عن رجل أسلف رجلا دراهم بحنطه حتى اذا حضر الاجل لم يكن عنده طعام و وجد عنده دواب و متاعا و رقيقا يحلّ له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه قال نعم يسمّى كذا و كذا بكذا و كذا صاعا «٦».

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب السلف الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

(٣) عين المصدر الحديث ٣.

(٤) عين المصدر الحديث ٤.

(٥) عين المصدر الحديث ٥.

(٦) عين المصدر الحديث ٦.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٨

و منها غيرها.

فانه ربما يدعى ان المستفاد من تلك الروايات ان الميزان بالقدره على التحصيل في بلد المعامله و ان كان للنقاش في هذه مقاله مجال اذ يمكن أن يقال ان المستفاد من النصوص المشار إليها ان الميزان عدم القدره على الاطلاق فلاحظ.

ثم ان الميزان بالقيمه في بلد المطالبه و لا مدخله لبلد الضمان و بيان واضح: ان المفروض ان المثل ثابت في ذمه الضامن فلا بد من اداء قيمته عند التعذر و لا فرق فيما ذكر بين عزه الوجود و عدمها لوحده الملاك.

و قال سيدنا الاستاد لو طالب من عنده المثل بأزيد من القيمه السوقيه لم يجب الدفع لقاعده الضرر. و يرد عليه ما أوردناه عليه آنفا من الايرادين فلاحظ.

### **الفرع السادس: انا ذكرنا انه لو تلف المأخوذ بالعقد الفاسد تصير ذمه الضامن مشغوله بنفس العين أو بالمثل**

على المعروف بين القوم فلو فرض سقوطه عن الماليه كالماء على الشاطئ اذا أتلفه في المفازه و المهلكه و الثلج في الشتاء اذا أتلفه في الصيف فما حكمه؟ قال سيدنا الاستاد تثبت في ذمه الضامن قيمه يوم السقوط عن الماليه بتقريب ان المثل ثابت في ذمته الى ذلك الزمان و المثل في ذلك الزمان في حكم التالف فالميزان بقيمه ذلك الوقت.

و يترتب على ما أفاده

انه لو لم يدفع القيمه النازله و هى قيمه ذلك الزمان المشار إليه و صار الماء أو الثلج عزيز الوجود و ترقى قيمته لا يجب على الضامن الا اداء ذلك المقدار القليل الذى انتقل الى ذمته و على الشاطئ مثلا و هل يمكن الالتزام به؟

و أيضا يترتب عليه انه لو قنع المالك بالمثل مع عدم كونه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٩

متمولا لا يجب على الضامن دفع الماء أو الثلج و هل يمكن الالتزام به؟ و الله العالم.

### **الفرع السابع: لو دفع القيمه فى المثل المتعذر ثم تمكن من المثل فما حكمه؟**

أفاد الشيخ قدس سره: الظاهر عدم عود المثل بذمته لان المثل كان دينا سقط عن الذمه بالتراضى فلا يعود كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده.

و هذا على المختار من كون المثل ثابتا فى الذمه ظاهر و أما على القول بعدم بقاء المثل فى الذمه بل يتبدل بالقيمه فان قلنا بأن التالف بالاعواز يصير قيميا فالامر أوضح اذ المدفوع مصداق للثابت فى الذمه فلا وجه للعود و أما لو قلنا ان المثل الثابت فى الذمه يصير قيميا فيحتمل العود و يكون المدفوع بدل الحيلولة.

و يرد عليه: ان الالتزام ببديل الحيلولة متوقف على بقاء العين فى ملك مالكة و فى المقام المفروض انقلاب ما فى الذمه الى القيمه فلا مجال لاجراء قاعده بدل الحيلولة فى المقام.

مضافا الى فساد اصل المدعى فانه لا وجه لهذا التقريب بل الحق بقاء نفس العين فى الذمه بلا فرق بين الموارد و بعبارة واضحة:

انه لا وجه للالتزام بالقسمين بل الامر منحصر فيما ذكرنا و هو ثبوت نفس العين فى ذمه الضامن.

«قوله قدس سره: فليتأمل»

يمكن أن يكون اشاره الى أن المراد بيوم المطالبه يوم الدفع اذ لا خصوصيه ليوم المطالبه بلا دفع فالمناط

و الميزان الدفع.

«قوله قدس سره: فافهم»

لعله اشاره الى ضعف المبنى فلاحظ.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٠

### [السابع لو كان التالف المبيع فاسدا قيما]

#### اشاره

«قوله قدس سره: السابع لو كان التالف المبيع فاسدا قيما»

أقول: اذا تلف القيمي فهل يضمن التالف بمثله أو يضمن بقيمته و الكلام حول هذه المسأله يقع فى مقامات

#### المقام الأول: فى مقتضى القاعده الاولى

فنقول: القاعده تقتضى أن يضمن التالف بعينه على ما قلنا أو يضمن بمثله كما ذهب إليه سيدنا الاستاد قدس سره و نسب الى المشهور انه يضمن بالقيمه. و الحق ما ذكرنا فانه لو خلى و طبعه يكون المضمون نفس العين بلا فرق بين تعذر المثل و عدمه.

و قال سيدنا الاستاد قدس سره: انه مع التعذر المطلق ينتقل الضمان الى القيمه بتقريب: ان اعتبار الاشتغال مع عدم امكان اداء المثل لغو.

وفيه: ان لازم ما أفاده انه لو وجد المثل اتفاقا و على خلاف القاعده الطبيعیه لا يكون دفعه مؤثرا و موجبا للبراءه بل الواجب رد القيمه بدلا عن التالف و هل يمكن الالتزام به؟ فالحق ما أفاده السيد قدس سره فى الحاشيه من المنع عن الانتقال على الاطلاق و لا يرد عليه ما أورده عليه سيدنا الاستاد: من أن لازم كلامه جواز امتناع المضمون له عن قبول القيمه و لو مع التعذر على الاطلاق لان المفروض ان الذمه مشغوله بالمثل.

فان ما أورده عليه غير تام اذ ذكرنا سابقا انه مع اليأس عن الوجدان لا وجه لبقاء ذمه الضامن مشغوله فانه خلاف سلطنه الناس على انفسهم و ذمهم.

و صفوه القول: ان القاعده الاولى تقتضى الاشتغال بالعين أو المثل بلا فرق بين المثلى و القيمي و يؤيد المدعى بعض النصوص منها ما رواه الصباح بن سيابه قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام ان

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩١

عبد الله بن أبي يعفور أمرني أن أسألك

قال: انا نستقرض الخبز من الجيران فنردّ أصغر منه أو اكبر فقال عليه السلام: نحن نستقرض الجوز الستين و السبعين عددا فيكون فيه الكبيره و الصغيره فلا بأس «١».

و منها ما رواه اسحاق بن عمار قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام:

استقرض الرغيف من الجيران و تأخذ كبيرا و نعطي صغيرا و تأخذ صغيرا و نعطي كبيرا قال لا بأس «٢».

**المقام الثاني: انه لا بد من رفع اليد عن القاعده الاولى بالدليل الدال على أن التالف في القيمي يضمن بالقيمه**

## اشاره

و ما يمكن أن يذكر في تقريب المدعى وجهان:

## الوجه الأول الاجماع

و فيه: ان الاجماع المنقول لا يكون حجه و على فرض تحصيله محتمل المدرك.

## الوجه الثاني: ما أفاده الشيخ قدس سره

بقوله و تدل عليه الاخبار المتفرقه في كثير من القيميات و لا بد من ملاحظه هذه الاخبار المشار إليها في كلامه منها ما ورد في تحرير بعض الشركاء نصيبهم من العبد.

لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه، فقال: ان ذلك فساد على أصحابه (فلا- يستطيعون) بيعه و لا مؤاجرتة فقال: يقوم قيمه فيجعل على الذي أعتقه عقوبه و انما جعل ذلك عليه «عقوبه» لما أفسده «٣».

فانه يستفاد من الحديث ان الملاك و الميزان في ضمان القيمه الافساد حيث قال في ذيل الروايه و انما جعل ذلك عليه عقوبه لما

---

(١) الوسائل الباب ٢١ من ابواب الدين و القرض الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.



(٣) الوسائل الباب ١٨ من العتق الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٢

أفسده فبعموم العله نحكم بضمان قيمه فى القيمى فلا مجال لان يقال: ان الحكم المذكور وارد فى موضوع خاص و لا مجال لتسريته الى غير مورده.

و مثله فى الدلاله على المدعى بالتقريب المذكور ما رواه سماعه قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه فقال: هذا فساد على أصحابه يقوم قيمه و يضمن الثمن الذى أعتقه لانه أفسده على أصحابه «١».

و يمكن التعرض لاشكالين فى المقام الأول: انه ما الوجه فى اختصاص الحكم بخصوص القيمى فان عموم العله يقتضى الحكم بضمان قيمه فى كليه الموارد بلا فرق بين القيمى و المثلى.

الا أن يقال: لا اشكال فى ضمان المثل فى المثلى بالتسالم و السيره الجاريه بين العقلاء الممضاه من قبل الشارع الاقدس.

الثانى:

انه بمقتضى العله لا- بد من تخصيص الحكم بمورد الاتلاف و أما فى مورد التلف فلا مجال للاخذ بعموم العله فان الموضوع المأخوذ فى لسان الدليل كما ترى عنوان الافساد.

ان قلت: حيث انه لا قول بالفصل يلزم عموم الحكم أى لاجل عدم الفصل فى القيميات لا بد من الالتزام بعموم الحكم فيها قلت: عدم القول بالفصل غايته الاجماع و لا- يترتب على الاجماع اثر مع احتمال كونه مدركيا و من الممكن استناد الاجماع الى النصوص المشار إليها.

و منها ما ورد فى بيان حكم سفره مطروحه لاحظ ما رواه السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفره وجدت فى الطريق مطروحه كثير لحمها و خبزها و جنبها

---

(١) الوسائل الباب ١٨ من العتق الحديث ٥.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٣

و بيضها و فيها سكين فقال أمير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها ثم يؤكل لانه يفسد و ليس له بقاء فان جاء طالبها غرموا له الثمن فقيل يا أمير المؤمنين عليه السلام: لا يدري سفره مسلم أو سفره مجوسى فقال: هم فى سعه حتى يعلموا «١».

فان الاستفادة من الحديث انه يضمن المأكول بالقيمه و الحديث ضعيف سندا بالنوفلى.

و منها مرسله الصدوق قال الصادق عليه السلام أفضل ما يستعمله الانسان فى اللقطه اذا وجدها أن لا يأخذها و لا يتعرض لها فلو ان الناس تركوا بما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه و ان كانت اللقطه دون درهم فهى لك فلا تعرفها فان وجدت فى الحرم ديناراً مطلسا فهو لك لا تعرفه و ان وجدت طعاما فى مفازه فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله فان جاء صاحبه فردّ عليه القيمه فان

وجدت لقطه في دار و كانت عامره فهي لاهلها و ان كانت خرابا فهي لمن وجدها «٢».

فان الاستفادة من الحديث ان الضمان بالقيمه و المرسل لا اعتبار به.

و منها ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل أصاب شاه في الصحراء هل تحل له؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله هي لك أو لآخيك أو للذئب فخذها و عرفها حيث أصبتها فان عرفت فردّها الى صاحبها و ان لم تعرف فكلها و انت ضامن لها ان جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّها عليه «٣».

---

(١) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب اللقطه.

(٢) الوسائل الباب ٢ من هذه الابواب الحديث ٩.

(٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب اللقطه الحديث ٧.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٤

فان الاستفادة من الحديث ان الشاه تصير مضمونه بالقيمه و يشكل بأنه حكم وارد في مورد خاص و لا وجه لاسرائه الى غيره من الموارد مضافا الى أن الظاهر من الروايه ان المضمون عين الشاه حيث قال عليه السلام: «فكلها و انت ضامن لها» فان الظاهر أن تحقق الضمان زمان الاكل و الظاهر من قوله في ذيل الحديث: «ان جاء صاحبها يطلبها أن ترد عليه ثمنها» ان الضمان يرتفع برد ثمن الشاه حين الرد.

و بعباره واضحه: ان الواجب عليه قيمه الشاه حين الدفع فالثابت في الذمه عين الشاه و لذا الميزان قيمتها في ذلك الزمان.

و منها ما رواه أيضا علي بن جعفر عن أخيه قال: و سألته عن الرجل يصيب اللقطه فيعرفها سنه ثم يتصدق بها فيأتي صاحبها ما حال الذي تصدق بها و لمن الاجر هل عليه أن يردّ على

صاحبها أو قيمتها؟ قال: هو ضامن لها و الاجر له الا أن يرضى صاحبها فيدعها و الاجر له «١»

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان الضمان بالقيمة. و فيه انه حكم خاص في مورد مخصوص فلا وجه للتعدى مضافا الى أن المستفاد من الحديث ان الضامن ضامن للقيمة في زمان التغيريم أى قيمه ذلك الوقت و الحال ان مقتضى ضمان المضمون بالقيمة القيمة الثابتة للعين في زمان التصديق فلاحظ.

و منها ما رواه زيد بن علي عن آباءه عليهم السلام قال: أتاه رجل تكارى دابه فهلكت و أقرّ انه جاز بها الوقت فضمنه الثمن و لم يجعل عليه كراء «٢».

---

(١) الوسائل الباب ٢ من هذه الابواب الحديث ١٤.

(٢) الوسائل الباب ١٧ من الاجاره الحديث ٥.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٥

و المستفاد من الحديث ان الضامن ضمن بقيه زمان التغيريم فلا تدل الروايه على المدعى.

و منها ما رواه ابو حمزه «١» بتقريب ان المستفاد من الحديث ان الذى يثبت فى الذمه القيمة و لذا حكم عليه السلام بالتهاتر و الا لم يكن وجه له: و الظاهر ان التقريب تام كما ان السند لا خدش فيه لكن لا دليل الحديث لتخصيص الحكم بخصوص القيمي بل مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين المثلى و القيمي.

و منها ما رواه ابن عمار «٢» و التقريب هو التقريب و منها ما رواه ابن بكير «٣» و منها ما رواه محمد بن قيس «٤» و التقريب هو التقريب و منها ما رواه ابان بن عثمان «٥» و منها ما رواه سليمان بن خالد «٦».

و يستفاد من الحديث التفصيل بين التفريط و عدمه باثبات الضمان على نحو التهاتر فى الاول و عدم الضمان

فى الثانى و الظاهر ان الاستدلال بهذه النصوص على المدعى لا اشكال فيه غاية الامر يلزم عدم التفصيل بين المثلى و القيمى الا ان يتم التفصيل بالاجماع و التسالم و وضوح الحكم و الله العالم.

و أيضا يلزم أن يفصل بين الاتلاف و التلف فان الاستفادة من نصوص الرهن الضمان بالقيمه فى صورته الاتلاف أى فى صورته التفريط و عدم التحفظ و الحال انهم لم يفرقوا بين الصورتين فى

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٧.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٦.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٧.

(٤) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٧.

(٥) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٦.

(٦) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٦

ضمان القيمى الا أن يستند عموم الحكم الى الاجماع و هل يمكن تحصيل اجماع تعبدى كاشف فى المقام؟

«قوله قدس سره: و يدل عليه الاخبار المتفرقه فى كثير من القيميات»

قد اشرنا الى جملة من الاخبار التى اشار إليها فى كلامه.

«قوله قدس سره: فلا حاجه الى التمسك بصحيحه أبى ولاد» «١»

و حديث أبى ولاد مورده الغضب و الخيانه و لا- اطلاق فيه فباى وجه نتعدى الى مطلق التالف و لو لم يكن مورده التعدى و العدوان اللهم الا أن يتم الامر بالاجماع التعبدى فلاحظ.

«قوله قدس سره: و لا بقوله عليه السلام من أعتق شقصا»

لاحظ ما رواه فى عوالى اللئالى قال النبى صلى الله عليه و آله:

من أعتق شقصا له من مملوك و له مال قوم عليه الباقي «٢».

ولا يخفى انه اذا قطع النظر عن واحد واحد من هذه الاحاديث لا يبقى مستند لما ادعاه و ان شئت قلت: كيف

يجمع بين قوله يدل عليه الاخبار المتفرقه و بين قوله لا حاجه الى التمسك الخ.

«قوله قدس سره: بل قد عرفت ان مقتضى اطلاق ادله الضمان»

ما أفاده مخدوش فانا ذكرنا ان مقتضى القاعده الاولى ان التالف بشخصه مضمون و يستفاد المدعى من جمله من النصوص كما اشرنا الى بعضها.

«قوله قدس سره: بقوله تعالى «فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ١٦٩.

(٢) المستدرک الباب ١٦ من العتق الحديث ٥.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٧

كيف يستدل بالآيه على المدعى و الحال ان موردها الاعتداء مضافا الى أنه لا يبعد أن يستفاد من الآيه الشريفه ان العدو ان كالضرب و الشتم و أمثالهما يجوز مثله و أما الضمان فلا يستفاد منها فلاحظ.

«قوله قدس سره: فيكون الفصل بين التيسر و عدمه قولاً ثالثاً»

فيكون خرقاً للاجماع المركب هذا تقريب كلامه. و يرد عليه ان الاجماع البسيط مع كونه محتمل المدرك لا أثر له فكيف بالمركب منه. و بعبارة واضحة: مع ذهاب الاصحاب الى القولين المذكورين و اختلافهم لا اجماع لهم على أمر فعلي تقدير اعتبار الاجماع لا اعتبار له في أمثال المقام اذ عدم قول كل واحد من القولين بالقول الثالث ناش من التزامه بما ذهب إليه.

و بيان أوضح: ان الاصحاب لم يجمعوا على نفي القول الثالث فلا اجماع لهم فلا تغفل.

«قوله قدس سره: ثم انهم اختلفوا في تعيين القيمة»

**وقع الخلاف بين القوم في تعيين القيمة المضمونه**

**اشاره**

و قد ذكرت في المقام أقوال:

**القول الاول: المضمون قيمه زمان التلف**

و استدلل عليه ان العين ما دامت باقيه يجب ردها و الانتقال الى قيمه زمان التلف فالميزان ذلك الزمان.

و أورد فيه بأن زمان الانتقال و ان كان زمان التلف و لكن مجرد الانتقال لا يقتضى تعين قيمه العين فى ذلك الزمان.

و هذا الاشكال غير تام لانه تاره نقول بأن العين التالفه مطلقا بنفسها باقيه فى الذمه الى زمان ارتفاع الضمان أى زمان الدفع كما هو ليس ببعيد فلا موضوع للانتقال و أما على القول بالانتقال الى قيمه فلا مناص عن الالتزام بانتقال قيمه الثابته فى ذلك

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٨

الزمان الا أن يقوم دليل على الخلاف.

### **القول الثانى: ان الميزان قيمه يوم الدفع**

بتقريب ان العين ثابتة فى الذمه فلا بد من ملاحظه قيمه ذلك الزمان أى زمان الدفع.

و بعبارة اخرى: زمان الدفع يتبدل ما فى الذمه بالقيمه فلا بد من ملاحظه ذلك الزمان.

و قال سيدنا الاستاد قدس سره: ان هذا القول ينافى ان الضامن له الزام المالك بقبول قيمه فانه يقتضى أن لا تجب على الضامن الا القيمه فلا تكون العين ثابتة فى ذمته.

و يرد عليه ان المبنى الذى بنى عليه فاسد فان اليأس من الظفر بالعين كما تقدم منا يقتضى جواز الزام المالك لان الضامن مسلط على نفسه لكن قبل اداء القيمه لو وجد المثل أو لو اعيد التالف بدعاء ولى من أولياء الله يكون الواجب رده.

و هذا القول تام بحسب القاعده الاولى الا أن يقوم دليل على الخلاف فلنا ان نقول ان حديث الحنات مرجع فى جميع الموارد حتى فيما لا يكون الاخذ غاصبا و يلزم رفع اليد عن القاعده الاولى و نلتزم بأن الواجب دفع قيمه يوم الغصب.

### **القول الثالث: وجوب رد اعلی القيم من زمان القبض الى يوم الاداء**

#### **اشاره**

و قد استدلل على القول المذكور بوجوه:

### **الوجه الأول: ان الضمان لا يختص بوقت معين**

ففى كل يوم ارتفعت القيمه تكون الذمه مشغوله بها و النتيجة اعتبار اعلی القيم من زمان القبض الى زمان الاداء.



و يرد عليه: ان العين ما دامت موجوده لا تصل النوبه الى ضمان القيمه بل الواجب ادائها و أما بعد التلف فكما تقدم تكون ثابتة في الذمه و لا مقتضى لانتقالها الى القيمه بل هي بنفسها في الذمه

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٩

فالميزان قيمه وقت الاداء لا أعلى القيم و على القول بانتقال القيمه الى الذمه يكون الميزان قيمه زمان التلف فعلى كلا التقديرين لا وجه للالتزام بضمان أعلى القيم.

### **الوجه الثاني: ان المستفاد من حديث أبي ولاد الحنات «١» ان المغصوب مضمون على الغاصب من يوم الغصب**

و كل يوم يصدق عليه هذا العنوان فان رد نفس العين فهو و الا فان رد أعلى القيم فقد رد قيمه يوم المخالفه بقول مطلق لدخول السفلى في العليا ضروره عدم وجوب رد قيمه كل يوم و اذا رد القيمه النازله لم يرد القيمه بقول مطلق فلا بد من دفع أعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الاداء.

و فيه أولا: ان المقبوض بالعقد الفاسد مع جهل الاخذ بالغصبيه لا يكون غصبا و ثانيا: انه مع بقاء العين لا تصل النوبه الى القيمه و أما مع التلف فالمستفاد من حديث الحنات وجوب اداء يوم الغصب و الدليل عليه قوله عليه السلام «و لو شهد شاهدان على قيمه يوم الاكتراء» فان يوم الاكتراء هو يوم الغصب اذ الاكتراء في الاسفار القريبه نفس يوم السفر لا من قبل ذلك اليوم بايام.

هذا بالنظر الى الروايه و أما مع قطع النظر عنها فان قلنا ببقاء نفس العين في الذمه فلا تصل النوبه الى ملاحظه القيمه الا حين الاداء كما هو ظاهر و ان قلنا بالانتقال فالمنتقل إليه فرد

من أفراد القيمه فلا وجه لملاحظه أعلى القيم.

### **الوجه الثالث: ان الغاصب بمجرد وضع يده على العين تشتغل ذمته**

فان أدى العين أو أعلى القيم تفرغ ذمته قطعاً و أما فى غير

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٩.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٠

هذين التقديرين يشك فى البراءة و الاشتغال اليقيني يقتضى البراءة كذلك.

و يرد عليه ان العين قبل التلف فى عهده الاخذ و بعد التلف ان قلنا ببقائها فى ذمته فالميزان قيمه يوم الدفع و ان قلنا تشتغل الذمه بالقيمه حين التلف فلازمه اشتغال الذمه بقيمه ذلك الزمان هذا بالنسبه الى القاعده الاولى و أما بلحاظ حديث الحنات فالميزان قيمه يوم الغصب.

اضف الى ذلك انه قد ثبت فى محله من الاصول انه لو دار الامر بين الاقل و الاكثر خصوصاً مع عدم كونهما مرتبطين كالمقام يكون المرجع البراءة من الاكثر فلا مجال للاشتغال.

و ان شئت فقل: ان قاعده الاشتغال عند القائلين بها انما تجرى فيما يشك فى الفراغ بعد العلم بالاشتغال و أما مع الشك فى الاشتغال فلا مجال للقاعده و المقام كذلك اذ الشك فى اشتغال الذمه بالاكثر و الاصل عدمه.

### **الوجه الرابع: ان مقتضى الاستصحاب بقاء الاشتغال الا فيما يدفع الاعلى.**

و فيه أولاً: انه مع وجود النص لا مجال للاصل و ثانياً:

ان مقتضى الاستصحاب عدم الاشتغال الا بالاقل.

و ثالثاً: ان استصحاب بقاء الاشتغال يعارض باستصحاب عدم جعل الزائد فلاحظ.

### **الوجه الخامس ان قاعده لا ضرر تقتضى دفع أعلى القيم و الا يتضرر المالك.**

و يرد عليه أولاً ان ضرر المالك يعارض بضرر الغاصب ان قلت:

الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال قلت: لا أصل صحيح لهذه الكليه مضافا الى أن كل ضامن لا يكون غاصبا.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠١

و ثانيا: ان المستفاد من حديث الحنات ان المناط قيمه يوم الغصب.

و ثالثا ان الاستدلال بقاعده لا ضرر انما يتم على مسلك المشهور فى مفادها و أما على مسلك شيخ الشريعه الذى اخترناه فلا يتم الاستدلال فان مفاد لا ضرر على مسلكه النهى عن الاضرار لا نفى الضرر كى تكون القاعده حاكمه على ادله الاحكام.

و رابعا: ان حديث لا ضرر يقتضى النفى أى ينفى الاحكام الضرريه لا انه يثبت امرا.

### **الوجه السادس: ان الغاصب ازال يد المالك عن العين فى جميع الازمنه**

و منها زمان علو قيمه فان رد العين فقد خرج من الضمان و أما مع تلف العين فلا يخلص من الضمان الا بدفع أعلى القيم اذ المفروض انه حال بين المال و مالكه و لذا يجب بدل الحيلوله.

و يرد عليه أولا: ان وجوب بدل الحيلوله اول الكلام و الاشكال و نتعرض لحكمه تبعا للماتن إن شاء الله تعالى فانتظر.

و ثانيا: ان قياس المقام بذلك الباب مع الفارق فان بدل الحيلوله مع بقاء العين و المفروض فى المقام تلف العين فان قلنا المرجع حديث الحنات فالمستفاد منه ان اللازم دفع قيمته يوم الغصب و ان قلنا لا بد من العمل على طبق القاعده فان قلنا العين بعد التلف موجوده فى الذمه فالميزان قيمه يوم الدفع و ان قلنا انها تنتقل الى القيمه فالميزان قيمه يوم التلف اذ يوم التلف يوم الانتقال.

اضف الى جميع ذلك ان اسراء حكم الغصب الى مطلق موارد الضمان يتوقف على قيام دليل عليه.

### **الوجه السابع: قوله تعالى «فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْنَا فَاَعْتَدُوا عَلَيْهِ»**

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٢

بمثل ما اعتدى عليكم» (١) فان الاعتداء يلزم أن يكون بمقدار من الاعتداء الذى تحقق لا أزيد و حيث انه يصدق الاعتداء بأعلى القيم اذ المفروض ان العين فى ضمان الغاصب فى ذلك الزمان فيجوز الاخذ منه بهذا المقدار.

و يرد عليه أولا: انه قد تقدم انه لا يستفاد من الآيه الشريفه الحكم الوضعى بل المستفاد منها مجرد الحكم التكليفى فلا يرتبط الآيه بالمقام.

و ثانيا: انه ما دام العين موجوده لا- تصل النوبه الى اشتغال الذمه بالبدل و أما بعد التلف فان عملنا بحديث الحنات فالميزان المذكور فيه قيمه يوم الغصب و ان لم نعمل به فاما نقول ببقاء العين فى الذمه

الى زمان الدفع فالميزان ذلك الزمان و ان قلنا بالانتقال الى القيمة فالميزان قيمه يوم التلف.

### **الوجه الثامن: ان اليد ضمان في جميع الازمنه و من جمله تلك الازمنه زمان علو القيمة فلا بد من رعايه الاعلى.**

و فيه: انه مع بقاء العين لا- ضمان للقيمة و الا- يلزم الجمع بين العوض و المعوض مضافا الى أنه خلاف الاجماع و التسالم و ان كان المراد انه يلزم رعايه الا- على بعد تلف العين فلا دليل عليه مضافا الى أنه خلاف النص المشار إليه فتحصل ان هذا القول أيضا غير تام.

### **القول الرابع: ان العبره بأعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف**

بتقريب: ان مراتب القيمة كلها مضمونه و بعبارة اخرى:

العين ما دامت باقيه تكون مضمونه فمراتب قيمتها مضمونه الى زمان التلف و أما بعد التلف فلا أثر للتفاوت اذ المفروض ان القيمة تنتقل الى الذمه.

---

(١) البقره / ١٩٤.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٣

و يرد عليه: ان العين ما دامت باقيه مضمونه بنفسها فلا تصل النوبه الى زمان القيمة و أما بعد التلف فان قلنا ان العين تنتقل الى الذمه يكون الميزان قيمه يوم الدفع و ان قلنا بتبدل العين بالقيمة حين التلف يكون الميزان قيمه يوم التلف.

هذا بحسب القاعده الاوليه و أما بحسب حديث الحنات فلا بد من ملاحظته و الحكم على طبق ما يستفاد منه.

### **القول الخامس: ان العبره بأعلى القيم من يوم التلف الى زمان الاداء**

و يمكن أن يقال في تقريب وجهه ان الضمان بالقيمة انما يتحقق عند التلف فما دام لا يخرج الضامن عن عهده الضمان تكون القيمة في ذمته.

و بعبارة اخرى: المفروض تبدل العين بالقيمة هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى ان المفروض اختلاف القيمة بحسب اختلاف الازمان.

و فيه انه ان قلنا بكون العين في الذمه الى زمان اداء القيمة يكون الميزان قيمه يوم الاداء و ان قلنا يلزم العمل بحديث الحنات

فالمستفاد منه ان الميزان قيمه يوم الغضب.

### القول السادس: ان العبره بقيمه يوم القبض

بتقريب ان المستفاد من حديث الحنات ان المناط قيمه يوم الا-كتراء و المفروض ان يوم الاكتراء يوم القبض هذا على تقدير العمل بالنص الخاص الوارد فى المقام و هو حديث الحنات بتقريب ان الحديث و ان كان واردا فى مورد الغضب و لكن ببركه الاجماع المستفاد من كلام الشيخ الاعظم قدس سره يعم الحكم المقبوض بالعقد الفاسد قال قدس سره فى جمله كلام له فى هذا المقام «نعم لو تم ما تقدم عن الحلّى فى هذا المقام من دعوى الاتفاق على كون البيع فاسدا بمنزله المغصوب

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٤

الا فى ارتفاع الاثم الحقناه بالمغصوب» «١» الخ.

و اما لو لم تتعد من مورد الحديث و خصصناه بمورد الغضب نقول: ان قلنا ببقاء نفس العين حتى بعد التلف فى الذمه يكون الميزان قيمه يوم الدفع و ان قلنا بانتقال العين الى قيمه حين التلف يكون الميزان قيمه يوم التلف.

### القول السابع: ان الميزان قيمه يوم البيع

قال السيد قدس سره فى الحاشيه نقل عن المفيد و القاضى و الحلبي و قال: لا بد من تأويله الى القول الاول أى كون الميزان بيوم القبض هذه هى الاقوال المذكوره فى كلمات القوم قدس الله اسرارهم.

[فالمهم حينئذ صرف الكلام الى معنى الصحيحه]

### اشاره

«قوله قدس سره: فالمهم حينئذ صرف الكلام الى معنى الصحيحه»

المراد منها ما رواه الحنات «٢».

«قوله قدس سره: اما لما ادعاه الحلّى»

حيث ادعى كما تقدم قريبا ان المبيع بالبيع الفاسد بمنزله المغصوب اتفاقا الا فى ارتفاع الاثم.

و قد ثبت فى محله من الاصول عدم اعتبار الاجماع المنقول بل ثبت هناك عدم اعتبار المحصل منه و معه كيف يمكن تأسيس قاعده كليه جاريه فى جميع الموارد مضافا الى أنه لو تم الاجماع بالنسبه الى المقبوض بالعقد الفاسد فما الوجه فى سرايه الحكم

الى بقيه الموارد و بيان واضح: لا وجه للالتزام بالكبرى الكليه.

«قوله قدس سره: و اما لكشف الصحيحه»

الظاهر انه لا طريق الى كشف هذه الجبهه من الحديث كما

---

(١) كتاب المكاسب المطبوع فى التبريز ج ١ ص ١٠٩.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٩.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٥

سيظهر عن قريب إن شاء الله تعالى و صفوه القول: انه ان قلنا لا بد من العمل على طبق القاعده الاولى فالذى يختلج بالبال كما ذكرنا كرارا أن نقول: اذا تلفت العين المضمونه تنتقل بنفسها الى الذمه فالمدار بيوم الدفع.

نعم هنا اشكال لا- يختص بصوره تلف العين بل يعم صورته بقائها و هو ان تنزل قيمه السوقيه لا يوجب الضمان عند القوم و الحال ان الجزم به و بأنه موافق مع السيره العقلانيه مشكل لكن الشك فى السيره يكفى لعدم الضمان فان عدمه على طبق الاصل الاولى و

الضمان يحتاج الى الدليل و الله العالم.

و أما ان قلنا بأن المستفاد من النص الخاص أى حديث أبى ولاد جار فى جميع الموارد و لو بضميمه الاجماع المدعى فلا بد من ملاحظه مدلول النص و عليه ينبغى بل يلزم النظر فى مفاد الحديث و استخراج الحكم الكلى منه كى يكون مرجعا فى جميع الموارد و قد مرّ ان الالتزام بقيمه يوم الغضب الذى هو احد الاقوال مستفاد من حديث الحنات «١» و محل الشاهد فى الروايه قوله عليه السلام «نعم قيمه بغل يوم خالفته».

**[احتمالات فى المراد من قوله ع نعم قيمه بغل يوم خالفته]**

**اشاره**

و فى المراد من الجملة اختلاف و احتمالات:

**الاحتمال الأول: أن يكون لفظ القيمه مضافا الى البغل و لفظ البغل يكون مضافا الى اليوم**

بتتابع الاضافات فيكون المراد القيمه يوم الغضب.

و فيه ان تتابع الاضافات و ان كانت امرا جائزا كقول الشاعر.

«و ليس قرب قبر حرب قبر»

لكن فى المقام لا- يمكن الالتزام به لوجهين احدهما: ان لفظ البغل فى بعض النسخ ذكر مع الألف و الكلام و المعرف بهما لا يضاف.

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٦٩.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٦

ثانيهما: ان لفظ البغل من أسماء الذوات و أسماء الذوات لا تضاف الى الزمان و لا يقيد بها مثلا لا يصح أن يقال رجل يوم الجمعة.

و يمكن أن يقال ان الوجهين المذكورين غير واردين أما الوجه الاول فانا لم نظفر بنسخه يكون لفظ البغل مع الألف و اللام و أما الوجه الثانى فالظاهر ان الاستعمال المذكور لا بأس به فلو قيل ان فلانا رجل اليوم يصح الاستعمال كما انه لو قيل ان فلانا

كان من رجال الزمان السابق يكون الاستعمال صحيحا.

### **الاحتمال الثاني: أن يضاف لفظ القيمه أولا الى البغل و ثانيا يضاف الى اليوم**

و هذا الاحتمال و ان كان مصنونا من الاشكالين لكن الاستعمال المذكور غير معهود فلا يصار إليه.

### **الاحتمال الثالث: أن يضاف لفظ القيمه أولا الى لفظ البغل ثم يضاف المجموع من المضاف و المضاف إليه الى اليوم**

كقولهم ماء رمان زيد و الحال انه لا يكون رمان له بل له مائه.

و يتوجه إليه انه قد مرّ ان لفظ البغل فى بعض النسخ معرف باللام و المعرف لا يضاف و قد مرّ الجواب عن الاشكال المذكور.

فالتوجه انه استعمال صحيح كما يقال ماء رمان زيد لكنه صرح سيدنا الاستاد على ما فى التقرير بان لفظ البغل فى بعض نسخ التهذيب و نسخه الوافى معرف باللام فلا يمكن الالتزام بصحة اضافته لفظ البغل الى اليوم.

### **الاحتمال الرابع: أن يكون الظرف أى قول عليه السلام «يوم خالفته» متعلقا بقوله عليه السلام «نعم»**

أى يلزمك يوم المخالفه فيكون المراد ان الضمان بالقيمه يحصل يوم المخالفه و لكن لا تعرض لمقدار القيمه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٧

و فى هذا الاحتمال اشكالان: احدهما: ان لازمه تحقق الضمان بالقيمه قبل تلف العين و هذا خلاف الاجماع فان العين ما دامت باقيه مضمونه بها.

ثانيهما: ان تحقق الضمان يوم المخالفه أمر ظاهر و لا يحتاج الى البيان. ان قلت: أصل الضمان أمر ظاهر و لكن الضمان بالقيمه أمر غير ظاهر. قلت: ان كان المراد الضمان بالقيمه على الاطلاق حتى قبل تلف العين فهو خلاف الاجماع و ان كان المراد أصل الضمان فهو أمر معلوم. مضافا الى أنه لا وجه لذكر القيمه.

### **الاحتمال الخامس: أن يكون اليوم ظرفا للقيمه بلا إضافه**

#### **اشاره**

و يؤيد هذا الاحتمال كون لفظ البغل معرفا فى بعض النسخ و المعرف لا يضاف و أيضا يؤيده كون لفظ القيمه أقرب الى لفظ اليوم من لفظ نعم و الاقرب يمنع الابعد فيكون المستفاد من الحديث ان الواجب قيمه يوم الغصب.



**و أورد في المقام وجوه من الاشكال:**

**الوجه الأول: انه لو كان المناط قيمه يوم المخالفه فما الوجه لتعرضه عليه السلام ليوم الاكتراء**

بقوله عليه السلام أو يأتي صاحب البغل الخ فلا خصوصيه ليوم الغصب.

و الجواب انه يمكن أن يكون الوجه فيه ان يوم الاكتراء هو يوم الغصب اذ الاكتراء في الاسفار القريبه يوم السفر بخلاف الاسفار البعيده حيث يتحقق الاكتراء قبل يوم السفر بايام و قصر ابن هبيرة قريب من الكوفه فيوم الاكتراء يوم السفر كما ان يوم السفر يوم الغصب كما انه يظهر من نفس الحديث.

**الوجه الثاني: ان ابا ولاد قال قلت: فان أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز**

فقال عليه السلام: «عليك قيمته ما بين الصحه و العيب

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٨

يوم ترده عليه» حيث ان الظاهر من الجملة ان الميزان قيمه يوم الرد فتكون منافيه مع كون الميزان قيمه يوم الغصب.

و الجواب ان المستفاد من هذه الجملة ان اللازم رد ما به التفاوت في يوم الرد و لم يتعرض الامام عليه السلام لمقدار التفاوت بالنسبه الى أى يوم فيعلم انه اكتفى بما يفهم من الجملة السابقه الصادره عنه عليه السلام حيث علم من كلامه ان المناط قيمه يوم الغصب.

**الوجه الثالث: ان الظرف متعلق بلفظ القيمه**

فيكون الميزان قيمه يوم الرد. و أورد عليه الشيخ قدس سره بأن الاجماع قائم على عدم التفكيك بين ضمان العين و ضمان العيب في المقدار و ان الارش تابع لضمان أصل العين.

و أورد عليه سيدنا الاستاد قدس سره بأن الاجماع على عدم التفكيك لا يقتضى أن يكون الميزان بقيمه يوم الغصب بل يمكن أن يكون المناط قيمه يوم الرد.

و الذى يختلج بالبال ان يقال: ان المستفاد من ذيل الخبر ان المناط بقيمه يوم الغصب حيث ان السائل يسأل الامام عليه السلام بقوله: «فقلت من يعرف ذلك» قال عليه السلام: «انت و هو» الى آخر كلامه عليه السلام فان المستفاد بالصراحه من كلام الامام عليه السلام ان الميزان قيمه يوم الاكتراء و من الظاهر ان الفصل الزمانى بين يوم الاكتراء و يوم الرد كثير و لا يكونان متحدين و لكن يوم الاكتراء و يوم الغصب متحداً فيكون الميزان بيوم الغصب.

و ان ابىت عن ذلك نقول: مقتضى قوله عليه السلام «قيمه ما بين الصحه و العيب يوم ترده» ان الميزان يوم الرد و مقتضى قوله عليه السلام «يشهدون ان قيمه البغل

حين اكرى» ان الميزان يوم الغضب و بالتعارض يتساقطان فتصل النوبه الى الاخذ بقوله عليه السلام

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٩

«قيمه بغل يوم خالفته» حيث ان المستفاد من كلام الامام عليه السلام كما تقدم ان الميزان يوم الغضب و بعد قيام الاجماع على عدم التفكيك بين ضمان العين و الارش فى المقدار نلتزم بأن الميزان فى كلا الموردین يوم الغضب فيتم الاستدلال.

لكن تبقى شبهه ان الحديث مورده الغضب فلا وجه للتعدي الى المقام الا أن يتم اجماع تعبدى كاشف عن قول المعصوم عليه السلام الدال على عموم الحكم و هل يمكن الجزم بتحقيق مثل هذا الاجماع؟

و الله العالم.

«قوله قدس سره: اما باضافه القيمه المضافه الى البغل إليه ثانيا»

قد تقدم ان تعدد الاضافه فى كلمه واحده غير معهود و خلاف الاستعمالات المتعارفه فلا يصار إليه مضافا الى أنه على هذا التقدير لا وجه لاسقاط التعريف من البغل فان الحذف فى صورته اضافه لفظ البغل و المفروض فى كلامه ان لفظ القيمه اضيف الى البغل أولا و الى اليوم ثانيا.

ان قلت: المراد اضافه لفظ القيمه الى البغل ثم اضافه مجموع المضاف و المضاف إليه الى اليوم كقولهم «ماء رمان زيد» فيلزم حذف حرف التعريف للاضافه قلت: على هذا التقدير لا- يتم قوله ثانيا فان المجموع لم يضاف أولا- كى يصح أن يقال ثانيا فلاحظ.

«قوله قدس سره: الثانيه قوله: أو يأتي صاحب البغل بشهود»

بتقريب ان يوم الاكتراء بما هو لا موضوعيه له فيفهم ان الميزان قيمه يوم الغضب و الا فلا وجه لذكر يوم الاكتراء و بعباره اخرى:

انه يفهم من الخبر ان المستأجر للبغل خالف و صار غاصبا فى نفس يوم الاكتراء فيوم الاكتراء نفس

يوم الغضب و عليه يكون المراد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٠

من يوم الاكتراء يوم الغضب و هذا هو المقصود.

«قوله قدس سره: فالظرف متعلق بعليك»

أى يلزمك فى ذلك اليوم.

«قوله قدس سره: اذ لا عبره فى ارش العيب بيوم الرد اجماعا»

أورد عليه السيد قدس سره فى الحاشيه بأن التبعية المذكوره محل المنع و على فرض تحقق الاجماع يمكن أن يقال بأن الميزان قيمه يوم الرد بأن نقول: المستفاد من هذه الجملة ان الميزان قيمه يوم الرد هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى ان الاجماع قائم على الاتحاد فيعلم ان الميزان فى ضمان العين قيمه يوم الدفع فيؤيد ما ذكرناه من ان العين بنفسها تبقى فى الذمه فيكون المدار يوم الرد.

أقول: لا اشكال فى أن ذكر يوم الاكتراء يدل على كون الميزان يوم الغضب و قوله عليه السلام فى الذيل «يوم ترده» يدل على كون العبره بيوم الرد فيقع التعارض بين الجملتين و بالتعارض يتساقطان.

و لقائل أن يقول: على هذا الاساس تقع المعارضه بين قوله عليه السلام «يوم ترده» و قوله «يوم الاكتراء» و أيضا يقع التعارض بين قوله عليه السلام «يوم ترده» و قوله «نعم قيمه بغل يوم خالفته»

فان قوله «قيمته بغل يوم خالفته» يدل على أن الميزان يوم الغضب و كذا قوله عليه السلام «يوم الاكتراء» يدل على أن الميزان بيوم الغضب و أما قوله فى الذيل «يوم ترده» فيدل على أن الميزان يوم الرد فان تم الاجماع التعبدى الكاشف على اتحاد الميزان فى كلا-الموردين كما يدعيه الشيخ قدس سره لا بد من السقوط بالتعارض و لا يبعد أن يقال: الميزان يوم الرد و اما ان قلنا بأن تحقق الاجماع محل

الاشكال و الكلام فنفصل بين ضمان العين و الارش بأن نقول

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١١

الميزان فى ضمان العين يوم الغصب لحديث الحناط و الميزان فى ضمان الارش يوم الرد للقاعده الاولى.

«قوله قدس سره: و يحتمل أن يكون قيذا للعيب»

الظاهر انه لا- فرق بين كون اليوم متعلقا بالعيب و كونه متعلقا بالقيمه من حيث النتيجة و ان الظاهر من سوق العبارة رجوعه الى قوله عليه السلام «قيمه ما بين» الخ.

«قوله قدس سره: لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع على مقتضى الفتوى»

قال السيد قدس سره فى الحاشيه: «فيه منع لان الواجب رد العين كما كانت و هو متحقق مع عود الصحه و الظاهر ان فتواهم أيضا على هذا لا على ما ذكره الشيخ و المصنف بل لم اجد من صرح بما ذكره و ان لم اتبع نعم صرح فى المسالك بما ذكرنا من سقوط الضمان و يظهر منه المسلميه» الى آخر كلامه.

و نعم ما أفاده قدس سره فانه لا- مقتضى للضمان مع العود و الواجب رد العين على ما كانت و المفروض تحقّقه و يظهر من كلامه عدم تحقق الفتوى مضافا الى أن غايه ما يتحقق الشهره الفتوائيه و من الظاهر عدم اعتبارها فلا بد من العمل على طبق القواعد الاولى.

«قوله قدس سره: فتعين تعلقه بقوله عليه السلام عليك»

قد ظهر مما ذكرنا انه لا تعين له بل الظاهر من كلامه عليه السلام انه متعلق بلفظ القيمه فالميزان ان فى الارش قيمه يوم رد العين و هذا موافق مع الاعتبار و مع السيره العقلانيه الجاريه فيما بينهم.

«قوله قدس سره: تعين حمل هذا أيضا»

لا وجه للتعين أما مع عدم تماميه الاجماع على اتحاد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٢

فلا ربط بين ضمان العين و ضمان الارش و أما مع تماميه الاجماع المدعى فغايه ما فى الباب تسلم الاتفاق فى الحكمين و هذا لا يقتضى تسلم كون المناط بيوم الغضب بل يتم الامر بكون الميزان بيوم الرد.

«قوله قدس سره: فتأمل»

يمكن أن يكون اشاره الى أن التنبيه المذكور يوجب الوقوع فى خلاف الواقع مع ان تعليم معرفه القيمه لا يكون من شأن الامام عليه السلام و الحاصل: ان الشيخ قدس سره فى مقام ان المستفاد من الحديث كون الميزان بيوم الغضب و تغيير العبارة و الاثيان بيوم الاكتراء لفرض التعليم ثم أمر بالتأمل و لعله اشاره الى ما ذكرناه و الله العالم.

«قوله قدس سره: و يؤيده أيضا قوله عليه السلام فيما بعد فى جواب قول السائل «و من يعرف ذلك»».

أى يؤيد كون المدار بيوم التلف لا يوم المخالفه و لعله ناظر الى أن الامام عليه السلام جعل الحلف و البيئه كليهما على المالك و الحال ان مقتضى القاعده المستفاده من الدليل الشرعى ان البيئه على المدعى و اليمين على المنكر فالمالك ان كان مدعى فلا وجه لكون اليمين عليه و ان كان منكرا فلا وجه لاقامه البيئه فلا بد من تصحيح الامر و الخلاص عن هذه العويصه.

فقول: ان كان المدار بيوم التلف يمكن تصوير تماميه الامر و انطباقه على القاعده المقرره بأن نقول: ان كان الغاصب و المالك متفقين على القيمه قبل يوم التلف لكن الغاصب يدعى تنزل القيمه و المالك ينكر التنزل يكون البيئه على الغاصب لكونه مدعى و اليمين على المالك لكونه منكرا.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٣

و أما لو اتفقا على

عدم التغيير و ان القيمه ثابتة لكن اختلافهما فى الاقل و الاكثر فى تلك القيمه الثابته بأن يدعى المالك الاكثر و الغاصب ينكر و يدعى الاقل فالبينه على المالك لكونه مدعىا و اليمين على الغاصب لكونه منكرًا.

و أما لو قلنا بأن المناط قيمه يوم المخالفه فيتوقف توجيه الروايه بأن نقول: انهما كانا يتفقان على القيمه قبل يوم المخالفه و لكن الغاصب يدعى التنزل و المالك ينكره فيكون اليمين على المالك و البينه على الغاصب و أما ان كانا مختلفين فى أصل القيمه بين الاكثر و الاقل بأن يدعى المالك الاكثر و الغاصب أنكره يكون المالك مدعىا و الغاصب منكرًا و حيث ان توجيه الروايه بهذا النحو بعيد و ذاك قريب يؤيد الحكم بكون المدار قيمه يوم التلف.

و يرد عليه أولاً: ان كلا التوجهين من واد واحد بلا فرق و لا يكون أحدهما أقرب من الاخر. و ثانياً: ان الوجوه الاعتباريه كالوجه الاعتبارى المذكور فى المقام لا تكون مناط الظهور. و ثالثاً: انه يستلزم التوجيه المذكور التفكيك فى مورد اقامه البينه و الحلف و الحال ان الظاهر من الحديث ان كلا الامرين فى موضوع واحد.

«قوله قدس سره: و حمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له»

الانصاف انه حمل لطيف و أما كونه خلاف الظاهر فلا يكون مانعاً اذ ما حملة عليه الشيخ قدس سره أيضاً خلاف الظاهر.

«قوله قدس سره: يعلم من حكم عكسها»

أى صورته توجه اليمين على المالك.

«قوله قدس سره: أو اللاحق له»

الظاهر ان مراده انه لو اتفقا على قيمه يوم قبل المخالفه و اختلفا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٤

فيها بالنسبه الى يوم المخالفه فادعى الغاصب تنزله و تغييره و

أنكر المالك التغير يكون القول قول المالك و أما اذا اتفقا على قيمه يوم بعد المخالفه و اختلفا فى قيمه يوم المخالفه فادعى المالك ان قيمته فى يوم المخالفه كان ألف درهم و انكر الغاصب و قال كان أقل يكون القول قول الغاصب.

«قوله قدس سره: و لا يخفى بعده»

الانصاف انه لا بعد فيه و أما كونه خلاف الظاهر فهو أمر مشترك.

«قوله قدس سره: و أبعد منه حمل النص على التعبد»

الانصاف انه حمل قريب و مناسب مع الموضوع فان كبرى ان الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال و ان لم تكن حديثا تاما من حيث السند لكن التناسب بين الحكم و الموضوع يقتضيه مضافا الى أن تخصيص العموم و تقييد الاطلاق ليس أمرا عزيزا فمن الممكن ان قاعده كون البيئه على المدعى و اليمين على من أنكر قد خصصت بمورد الغاصب فلاحظ.

«قوله قدس سره: من قاعده نفى الضرر»

تقدم منا الاشكال فى الاستدلال على المدعى بالقاعده و أيضا تقدم الاشكال فى الوجوه الاخر التى استدلت بها على المدعى فراجع.

«قوله قدس سره: و فيه نظر»

لعله ناظر فى وجه النظر الى ما تقدم منا و الله العالم.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعله ناظر فى أمره بالتأمل ان مقتضى القاعده القيمه عند الدفع حيث ان العين بنفسها فى العهده و فى زمان الدفع بمطالبه المالك يجب على الغاصب دفع البدل و هى القيمه الثابته للعين فى ذلك الزمان و يمكن أن يكون ناظرا الى أن القيمه العليا ان كانت مضمونه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٥

فما الوجه فى عدم ضمانها مع رد العين؟

و ان شئت قلت: هذان القولان متضادان فان القيمه ان كانت لها موضوعيه فى نظر العقلاء فما الوجه فى عدم



الضمان فى صورته رد العين؟ و ان لم تكن لها موضوعيه فما الوجه لرعايه أعلى القيم عند التلف؟ فلاحظ.

«قوله قدس سره: فافهم»

لعل الامر بالفهم اشارته الى بعد الحمل المذكور و لكن لا بد منه صوتا لكلامهم عن الفساد و اللغويه و كيف كان لا وجه لتخصيص الحكم بخصوص صورته التفويض بل مقتضى القاعده سريان الحكم الى كل مورد يكون مصداقا للغصب و بعبارة واضحه: ان المستفاد من النص ان الحكم المذكور للمغصوب.

«قوله قدس سره: ثم انه لا عبره بزياده قيمه بعد التلف»

ان قلنا بأن العين بنفسها باقيه فى الذمه كما هو كذلك على طبق القاعده الاولى المستفاد من السيره العقلانيه، يكون الميزان قيمه يوم الاداء و الالتزام بخلافه يحتاج الى الدليل الخاص و قد تكلمنا حول النصوص الوارده فى الابواب المتفرقه على نحو التفصيل.

«قوله قدس سره: فالظاهر اعتبار محل التلف»

لا اشكال فى اختلاف العين من حيث قيمه بحسب اختلاف الامكنه كما تختلف باختلاف الازمنه و عليه لو قلنا باعتبار يوم الرد يكون المعيار مكان الرد و ان قلنا المناط يوم التلف كما عليه الشيخ يكون المناط مكانه و ان قلنا بان الميزان يوم المخالفه يكون المناط مكانها فلاحظ.

«قوله قدس سره: فالظاهر كما قيل عدم الخلاف فى ضمان

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٦

أعلى القيم»

هذا على طبق القاعده الاولى و الذهاب الى خلافه يحتاج الى الدليل الدال عليه فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان فى حكم تلف العين فى جميع ما ذكر من ضمان المثل أو قيمه»

فانه مع تعذر الوصول و عدم رجاء وجدانه و وصوله يكون محكوما بكونه تالفا و يترتب عليه حكم التالف و هذا ظاهر و النصوص المشار إليها فى كلامه قدس

سره تدل على الضمان في صورته صدق عنوان التلف.

لاحظ ما رواه محمد بن الحسن الصفار قال: كتبت الى أبي محمد عليه السلام رجل دفع الى رجل وديعه فوضعها في منزل جاره فضاعت هل يجب عليه اذا خالف أمره و أخرجها عن ملكه فوقَّع عليه السلام:

هو ضامن لها ان شاء الله «١».

و ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل عن القصار يفسد فقال: كل اجير يعطى الاجره على أن يصلح فيفسد فهو ضامن «٢».

و ما رواه الحلبي أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام قال في الغسال و الصباغ: ما سرق منهم من شىء فلم يخرج منه على أمر بين انه سرق و كل قليل له أو كثير فان فعل فليس عليه شىء و ان لم يقم البيئه و زعم انه قد ذهب الذى ادعى عليه فقد ضمنه ان لم يكن له بيئه على قوله «٣».

و ما رواه الحلبي أيضا مثله و زاد قال: و عن رجل استأجر اجيرا

---

(١) الوسائل الباب ٥ من أبواب الوديعه الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب الاجاره الحديث ١.

(٣) نفس المصدر الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٧

فاقعده على متاعه فسرقه قال هو مؤتمن «١».

و ما رواه الحلبي أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار و الصائغ احتياطا للناس و كان أبى يتطول عليه اذا كان مأمونا «٢».

و ما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن قصار دفعت إليه ثوبا فرغم انه سرق من بين متاعه قال: فعليه أن يقيم البيئه انه سرق من بين متاعه و ليس عليه شىء

فان سرق متاعه كله فليس عليه شىء «٣»

و ما رواه السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن الصباغ و القصار و الصائغ احتياطاً على أمتعه الناس و كان لا يضمن من الغرق و الحرق و الشىء الغالب ...

الحديث «٤».

و ما رواه الكاهلى عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن القصار يسلم إليه الثوب و اشترط عليه يعطينى فى وقت؟ قال:

إذا خالف وضاع الثوب بعد الوقت فهو ضامن ٥.

و ما رواه اسماعيل بن ابى الصباح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

سألته عن الثوب ادفعه الى القصار فيخرقه؟ قال: اغرمه فانك انما دفعته إليه ليصلحه و لم تدفع إليه ليفسده و أيضاً عن اسماعيل بن الصباح نحوه الا انه قال عن القصار يسلم إليه المتاع فيخرقه أو يحرقه أو يغرمه قال: غرمه بما جنت يده «٦».

---

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب الاجاره الحديث ٣.

(٢) عين المصدر الحديث ٤.

(٣) عين المصدر الحديث ٥.

(٤) (٤ و ٥) عين المصدر الحديث ٦ و ٧.

(٦) عين المصدر الحديث ٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٨

و ما رواه السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام رفع إليه رجل استأجر رجلاً يصلح بابه فضرب المسمار فانصدع الباب فضمنه امير المؤمنين عليه السلام «١».

و ما رواه أبو بصير «يعنى المرادى» عن أبى عبد الله عليه السلام قال لا يضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائك الا أن يكونوا متهمين فيخوف بالبينه و يستحلف لعله يستخرج منه شيئاً، و فى رجل استأجر حملاً فيكسر الذى يحمل أو يهريقه فقال على نحو

من العامل ان كان مأموناً فليس

عليه شىء و ان كان غير مأمون فهو ضامن «٢».

و ما رواه ابو بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال: كان على عليه السلام يضمن القصار و الصائغ يحتاط به على أموال الناس و كان ابو جعفر عليه السلام يتفضل عليه اذا كان مأمونا ٣.

و ما رواه ابو الصباح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القصار هل عليه ضمان فقال: نعم كل من يعطى الاجر ليصلح فيفسد فهو ضامن «٤».

و ما رواه يعقوب بن شعيب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع للقوم بالاجر و عليه ضمان مالهم قال: انما كره ذلك من أجل انى أخشى أن يغرموه اكثر مما يصيب عليهم فاذا طابت نفسه فلا بأس ٥.

و ما رواه بكر بن حبيب قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام اعطيت جبه الى القصار فذهبت بزعمه قال: ان اتهمته. فاستحلفه و ان لم تتهمه فليس عليه شىء ٦.

---

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب الاجاره الحديث ١٠.

(٢) (٢ و ٣) عين المصدر الحديث ١١ و ١٢.

(٤) (٤ و ٥ و ٦) عن المصدر الحديث ١٣ و ١٥ و ١٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٩

و بهذا الاسناد عن أبى عبد الله عليه السلام قال: لا يضمن القصار الا ما جنت يده و ان اتهمته احلفته «١».

و ما رواه محمد بن الحسن الصفار قال كتبت الى الفقيه عليه السلام فى رجل دفع ثوبا الى القصار ليقصيره فدفعه القصار الى قصار غيره ليقصيره فضاع الثوب هل يجب على القصار أن يرده اذا دفعه الى غيره و ان كان القصار مأمونا؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن له الا أن يكون ثقاه

مأمونا ان شاء الله «٢».

و ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده فقال كل عامل أعطيته اجرا على أن يصلح فأفسد فهو ضامن «٣»

قال: و قال عليه السلام كان ابى عليه السلام يضمّن الصائغ و القصار ما أفسدا الحديث «٤».

و ما فى كتاب (المقنع) قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمّن القصار و الصائغ و كل من أخذ شيئا ليصلحه فأفسده «٥» و كان ابو جعفر عليه السلام يتفضّل على القصار و الصائغ اذا كان مأمونا ٦.

و غيرها ما ورد فى الباب ٣٠ من أبواب أحكام الاجاره من الوسائل.

---

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب الاجاره الحديث ١٧.

(٢) عين المصدر الحديث ١٨.

(٣) عين المصدر الحديث ١٩.

(٤) عين المصدر الحديث ٢٠.

(٥) (٥ و ٦) عين المصدر الحديث ٢٢ و ٢٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٠

«قوله قدس سره: لكن ظاهر اطلاق الفتاوى الاخير»

**وقع الكلام فى تماميه قاعده بدل الحيلوله و عدمها**

**اشاره**

و لا بد من النظر فى وجهها فنقول:

**ما يمكن أن يستدل به عليها عده وجوه:**

**الوجه الأول: الاجماع.**

و فيه ما فيه.

### الوجه الثاني: قاعده نفى الضرر فى الشريعه المقدسه

فان صبر المالك الى زمان وصول ماله بيده ضرر عليه فينفى بالقاعده.

و يرد عليه أولا: ان الاستدلال بالقاعده على فرض تماميتها انما يمكن اذا قلنا بمقاله المشهور و أما على قول شيخ الشريعه فلا اذ على قوله يكون مفاد القاعده النهى عن الاضرار لا نفى الاحكام الضرريه.

و ثانيا: ان مقتضى القاعده على مسلك المشهور نفى الاحكام الضرريه و لا تنطبق القاعده على المقام فان الاضرار ورد على المالك بفعل الغاصب و حديث القاعده لا يفي بوجود التدارك و الا يلزم انه لو ورد ضرر سماوى على احد تداركه بالقاعده و هو كما ترى. و ان شئت قلت: ان المستفاد من الحديث نفى الاحكام الضرريه و لا تدل القاعده على اثبات حكم فى مورد.

و ثالثا: انه يتعارض ضرر المالك بضرر الغاصب و لا مرجح و قاعده ان الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال قاعده شعريه و لا اساس لها مضافا الى أن باب الضمان أعم من الغصب.

اضف الى ذلك ان المستفاد من كلمات القوم ان بدل الحيلولة يجب فى مورد تعذر وصول المال الى مالكة مده طويله و الحال انه يمكن أن يتضرر المالك ببعده عن ماله فى مده قصيره الا أن يقال: انه يظهر من كلام الشيخ قدس سره ان مقتضى اطلاق كلماتهم وجوب بدل الحيلولة و لو كانت مده البعد عن المملوك قصيره.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢١

### الوجه الثالث: قاعده الناس مسلطون على اموالهم

---

قَمِي، سيد تقى طباطبايى، عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشى محلاتى، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق  
عمده المطالب فى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ٢٢١

بتقريب:

ان مقتضى السلطنه على المال السلطنه على المالىه و هذه السلطنه تمكن المالك من التصرف فيها

يأخذه بدل الحيلولة.

و يرد عليه أولا: ان حديث السلطنة ضعيف سندا و لا جابر له و ثانيا: ان المستفاد من الحديث ان المالك يجوز له أن يتصرف في ماله التصرفات الجائزه في الشريعة و أخذ بدل الحيلولة أجنبي عن مفاد الحديث.

و ثالثا: انه لو كان تعذر الوصول الى المال مجوزا لاخذ بدل الحيلولة يلزم انه لو حبس احد غيره و بعده عن ماله و جب عليه اعطاء بدل الحيلولة و القوم غير ملتزمين به فلاحظ.

#### الوجه الرابع: قاعده الاتلاف

بتقريب ان الغاصب فوت سلطنه المالك على ماله في موارد بدل الحيلولة فحيث انه غير قادر على اعاده تلك السلطنه بعينها تصل النوبه الى مثلها فيجب عليه اداء بدل الحيلولة.

و يرد عليه أولا: ان هذه القاعده مستفاده من النصوص الخاصه الوارده في الموارد المتفرقه و من السيره الجاربه بين العقلاء فلا بد من الاقتصار على المقدار المستفاد من النصوص و السيره و المستفاد منهما ليس وجوب بدل الحيلولة بل المستفاد منهما ضمان نفس العين.

و ثانيا: انه يرد عليه انه لو فوت الجائر المنفعه بحبس الغير و تبعيده عن ماله و جب الضمان و الحال انهم لا يقولون به.

#### الوجه الخامس: قاعده اليد

بتقريب: ان اداء العين في صورته التلف باداء البدل و أيضا باداء البدل في فرض الحيلولة.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٢

و يرد عليه أولا: ان الروايه ليس لها مدرك صحيح و لا جابر لها فلا يعتد بها.

و ثانيا: انه لا يبعد أن يستفاد من الجملة المذكوره ان المأخوذ ما دام لم يصل الى مالكه يكون في ضمان الاخذ اي لو تلف يكون دركه عليه فلا يرتبط الحديث بالمقام اصلا.

و ثالثا: ان المستفاد من الحديث و لو مع قطع النظر عن الاشكال الثاني ان المأخوذ بنفسه في عهده الاخذ و يجب عليه أن يؤديه الى مالكه فلا ترتبط أيضا بما نحن بصدد.

#### الوجه السادس: اطلاق كلمات القوم

فان مقتضاه شمول الحكم لصوره رجاء الوجدان و عدم اليأس بل صورته القطع بالوصول بعد مده قصيره و لا اشكال فى عدم اعتبار كلامهم فان غايه التقريب المذكور تحقق الاجماع و قد تقدم عدم اعتباره.

### **الوجه السابع: انه جمع بين حقى المالك و الغاصب**

بتقريب:

ان أخذ بدل الحيلولة ايصال المال الى مالكة و بعد وصول العين يرجع بدل الحيلولة الى الغاصب و العدل و الانصاف يقتضيان أن يجمع بين حقوق الاطراف.

و يرد عليه ان التقريب المذكور خطابى و لا- واقعيه له فان الكلام فى أصل الموضوع و مع الشك فيه لا يترتب عليه الحكم. و بعبارة اخرى: ثبوت الحق للمالك أول الكلام و الاشكال.

### **الوجه الثامن: النصوص الواردة فى الموارد المختلفه الداله على الضمان**

و يرد عليه ان الظاهر منها ترتب الضمان على التلف الحقيقى أو الحكمى و لا صلح لها بباب بدل الحيلولة. ان قلت:

المالك يتضرر بكونه بعيدا عن ماله فما الحيله؟ قلت: لا اشكال فى أن الغاصب يضمن المنافع الفاتته.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٣

و صفوه القول: ان الالتزام بالضمان الشرعى كبقية الاحكام الشرعيه يتوقف على قيام دليل معتبر و مع عدمه لا يمكن الحكم به غايه ما فى الباب امكان الضمان و احتمالها و مقتضى الاصل هو العدم كما هو كذلك فى كافة موارد الشك فى الضمان بل فى كل مورد يشك فى حكم شرعى وضعيا كان أو تكليفيا يكون مقتضى الاصل الاولى عدمه و يحتاج الاثبات الى الدليل.

«قوله قدس سره: ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر»

الظاهر انه ليس وجها آخر بل عين الوجه المذكور فى كلامه بقوله «لكن ظاهر اطلاق الفتاوى» الخ.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعله اشاره الى ما ذكرنا و يمكن أن يكون اشاره الى ان اصالة عدم الضمان لا تقاوم الدليل فان مقتضى سلطنه الناس على أموالهم وجوب بدل الحيلولة و لكن قد تقدم آنفا فساد الاستدلال بالقاعده على المدعى فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان ثبوت القيمه مع تعذر العين ليس كثبوتها»



التحقيق يقتضى أن يقال الامر يختلف باختلاف المدرك للحكم فان مدرك

بدل الحيلولة ان كان هو الاجماع فقيامه و وفائه بهذا المقدار غير معلوم و ان كان المدرك قاعده السلطنه فمقتضاه ان الامر و الاختيار بيد المالك و هكذا ان كان المدرك قاعده العدل و الجمع بين الحقين و أما ان كان المدرك قاعده الاتلاف أو قاعده اليد أو اطلاق كلمات القوم أو النصوص الخاصه فلا مجال لبقاء

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٤

الاختيار للمالك بل الاختيار بيد الضامن فاذا اراد افراغ ذمته من الضمان أمكنه هكذا ينبغى أن يفصل و الله العالم.

«قوله قدس سره: و كما ان تعذر رد العين»

الظاهر ان ما أفاده تام فان الساقط عن المالىه فى حكم التالف انما الكلام فى ان المقدار بأى يوم هل المدار يوم الغصب أو يوم السقوط أو أعلى القيم و بمقتضى حديث أبى ولاد يكون المدار بيوم الغصب و أما على مقتضى القاعده فالمدار يوم السقوط.

«قوله قدس سره: ثم ان المال المبذول يملكه المالك»

وقع الكلام بين القوم فى أن المال المبذول فى مقابل الحيلولة هل يملكه المالك أم لا؟ و على الاول هل يكون ملكا لازما أو ملكا جائزا و انت خير بأن الوجوه التى يمكن أخذها للاستدلال على ثبوت بدل الحيلولة كلها مخدوشه فلا يبقى موضوع لهذه الابحاث و القيل و القال الاعلى سبيل الفرض و الخيال و لا اشكال ظاهرا فى أن بدل الحيلولة لا يصير ملكا للمالك فى سيره العقلاء بل يبقى البدل فى ملك مالكة الاول.

مثلا لو حال الغاصب بين زيد و داره يكون بدل الحيلولة للدار دار اخرى فى زمان تحقق الحيلولة و لا اشكال فى أن العقلاء لا يرون الدار الثانيه مملوكه للمغصوب منه و ترجع الدار الى

مالكها بعد رد الدار المغصوبه الى مالكها و لما انجر الكلام الى هنا نقول على فرض القول بوجوب بدل الحيلولة لا وجه لدفع القيمة بل مقتضى القاعده دفع المثل نعم اذا لم يمكن المثل تصل النوبه الى قيمه.

«قوله قدس سره: و لو لا ظهور الاجماع»

كيف يدعى الاجماع و الحال انه قدس سره تعرض لاستشكال المحقق

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٥

و الشهيد الثانىين و أيضا يتعرض لنقل حكاية جزم القمى بعدم صيروره بدل الحيلولة ملكا و أيضا نقل مقاله السبزوارى من الاشكال فكيف يتحقق الاجماع مضافا الى أنه قد حقق فى الاصول عدم تماميه اعتبار الاجماع لا منقوله و لا محصله اضعف الى ذلك انه على تقدير تحقق الاجماع يحتمل كونه مدر كيا ان لم يكن مقطوعا به.

«قدس سره: قيام مقابله مقامه فى السلطنه»

أى دليل دل على لزوم تدارك السلطنه الفائته فان دليل الضمان احد الامور الثلاثه و هى قاعده الائتلاف و التلف و السيره العقلانيه الجاريه فيما بينهم و شىء من هذه الوجوه لا يفى باثبات المدعى فان مقتضى قاعده الائتلاف ان المتلف ضامن للتالف كما ان مفاد على اليد كذلك على بعض الوجوه و أيضا السيره جاريه على الحكم بضمان المتلف بالنسبه الى العين و على جميع التقادير لا وجه لضمان السلطنه.

«قوله قدس سره: فمقتضى قاعده الضمان وجوب كمال قيمه مع بقاء العين»

ما المراد من القاعده المذكوره؟ فان المرجع فى هذه الامور السيره العقلانيه و السيره الجاريه بينهم على خلاف مدعاه فان العقلاء لا يرون المالك مالكا لاجزاء العين التالفه بعد أخذ المثل أو قيمه و هذا العرف ببابك فلو كسر احد كأسا لآخر و دفع عوضه لمالك الكأس يرون الضامن مالكا

للقطعات المكسوره بلا اشكال و لا كلام.

و يستفاد من كلام السيد فى الحاشيه ان ما لا مالیه له لا يكون مملوكا بل للمالك حق الاولويه. و ما أفاده ليس تاما فان النسبه بين المملكه و المالكه عموم من وجه فان الجوهر الذى لا يكون ملكا لاحد مال و لا يكون ملكا و الكأس المكسور كسرا تاما لا يكون مالا و لكن يكون ملكا و الاموال المملوكه للناس مجمع للملكيه و المالكه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٦

«قوله قدس سره: فيقوى عدم جواز ...»

لا قوه فيه بل يقوى جواز المسح به بعد خروج الضامن عن الضمان و السيره العقلائيه اكبر شاهد على ما ذكرنا فلاحظ.

«قوله قدس سره: من ان جنايه الغاصب»

هذه المسأله لا- ترتبط بالمقام فانها من باب التعبد و بعبارته اخرى: تجب اطاعه الشارع فى أوامره و نواهيه و هذا احد مصاديق تلك الكبرى و لا صلح له بالمقام.

«قوله قدس سره: بل قال: يمكن أن لا يجوز»

لا يبعد أن يكون الوجه فى الحرمة صدق الاسراف المحرم شرعا.

«قوله قدس سره: يمكن جواز الصلاة»

لا- بد من أن يفرض الكلام فيه بعد اداء العوض كى تصير الخيوط المغصوبه ملكا للغاصب بقانون المعاوضه القهرية العقلائيه الممضاه شرعا. و لا يخفى ان الجواز و عدمه مبنيان على فساد الصلاة فى اللباس المغصوب و أما على طبق المسلك المنصور فلا مقتضى للفساد و التفصيل موكول الى مجال آخر.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعل أمره بالتأمل اشاره الى ان اجراء قاعده لا ضرر ينافى كونها امتنائيه و الحكم بعدم وجوب الرد و ان كان امتنانا بالنسبه الى الضامن لكن يكون خلاف الامتنان بالنسبه الى المالك فيتعارض الضرران و بعد التساقط تصل

النوبه الى وجوب رد العين الى مالكيها.

«قوله قدس سره: مع بقاء حق الاولويه»

اثبات حق الاولويه مشكل مضافا الى أننا قلنا ان الغرامه توجب ازاله علاقه المالك عن العين المضمونه بتمام معنى الكلمه فلا مقتضى لحق الاولويه. اذف الى ذلك انه لو شك في حق الاولويه يكون مقتضى

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٧

الاصل عدمه.

ولما انجر الكلام الى هنا لا بأس بارسال عنان الكلام و بيان ما هو مقتضى النظر الدقيق في هذا المجال فنقول: ما يمكن أن يذكر في

### مستند حق الاختصاص و الاولويه

#### اشاره

وجوه:

### الوجه الأول: ان حق الاختصاص سلطنه في قبال الملكيه

فاذا زالت الملكيه يبقى حق الاختصاص بحاله.

و يرد عليه أولا: انه لا دليل على هذه الدعوى و مجرد الامكان لا يقتضى الوقوع و التحقق بل مقتضى الاصل عدمه. و ثانيا: انا فرضنا وجوده و لكن بقاءه بعد زوال الملكيه دعوى ثانيه بلا دليل.

و بعباره اخرى: غايه ما يمكن أن يقال: ان حق الاختصاص تابع للملكيه و يدور مدارها و أما الزائد عليه فيحتاج في مقام الاثبات الى الدليل و بقاءه بعد زوال الملكيه بالاستصحاب معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد.

### الوجه الثاني: ان حق الاختصاص مرتبه ضعيفه عن الملكيه

توجد معها و لكن يبقى بعد زوالها و ان شئت قلت: تابع لها في الحدوث لا في البقاء و الزوال.

و يرد عليه ان الملكيه امر بسيط لا جزء لها فلا موضوع لهذه الدعوى مضافا الى انه لو سلمنا تركيبها، لكن نقول عند زوالها يرتفع

المركب من الاجزاء و الا يلزم الخلف اذ فرض ارتفاعها.

اضف الى ذلك: ان رفع بعض المركب و ابقاء بعضه الاخر بيد من بيده الامر و ابقائه للجزء اول الكلام و الاشكال بل مقتضى القاعده عدم ابقاءه و بقاء البعض بالاستصحاب معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد.

### **الوجه الثالث: انه لو ثبت في الشريعة المقدسه حرمة التصرف في مال الغير**

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٨

و بعد زوال الملكيه نشك في بقاء الحرمة نحكم ببقائها ببركه الاستصحاب.

و يرد عليه ان الثابت في الشريعة حرمة التصرف في مملوك الغير و مع زوال الملكيه و ارتفاع الموضوع لا مجال لاستصحاب الحكم مضافا الى أنه معارض باستصحاب عدم الجعل الزائد.

### **الوجه الرابع: قاعده «من سبق الى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو احق به».**

و يرد عليه أولا: ان القاعده لا اساس لها و لا سند معتبر لها و ثانيا: ان القاعده لا يثبت للسابق حقا في قبال الملكيه بل مقتضاها ان السابق يحدث له حق السابق كالسابق في المسجد و غيره من الاوقاف العامه و الخاصه.

### **الوجه الخامس: الاجماع.**

و فيه انه على فرض تحققه مدركى و الحق انه لا اجماع.

### **الوجه السادس: السيره العقلائيه و الشرعيه**

فانه لا اشكال في أن المالك للعين اذا زالت ملكيته عن عين كما لو صار الخل خمرا يكون للمالك حق الاختصاص و لا يجوز لغيره التصرف في العين الا باذنه.

«قوله قدس سره: و لعله من استصحاب وجوب ردها»

يرد عليه أولا: انه لا مجال للاستصحاب بعد رد البديل كما تقدم و ثانيا: ان الموضوع متقوم بعنوان المملوك و المفروض زوال العنوان و ثالثا: ان الاستصحاب الجارى في الحكم الكلى يعارض باستصحاب عدم الجعل الزائد فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان مقتضى صدق الغرامه على المدفوع»

لا بد من ملاحظه المدرك فى الالتزام ببدل الحيلولة فان كان المدرك قاعده الاتلاف أو التلف فالظاهر ان بدل الحيلولة يقوم

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٩

مقام العين فلا مقتضى للضمان بعد و أيضا لو كانت السيره العقلانيه مستنده للحكم و أما ان كان المدرك قاعده السلطنه فالمقتضى للضمان موجود فتأمل. و العمده ان البحث لا واقع له و فرض فى فرض و تقدير على تقدير فلاحظ.

«قوله قدس سره: لان مع التلف يتعين القيمه»

الحق انه لا يتعين القيمه فانا قلنا: ان العين بنفسها تبقى فى الذمه و انما تسقط عنها بدفع البدل من المثل أو القيمه فعلى القاعده يكون المعيار يوم الرد و الدفع و مقتضى حديث الحناط كون المعيار يوم الغصب

و صفوه القول: انه لا مقتضى لانتقال القيمه الى ذمه الضامن بل ذمته مشغوله بنفس العين و انما تسقط بالدفع أو الابراء أو الصلح و هكذا.

«قوله قدس سره: و ان كان فى احضارها مئونه»

يمكن أن يقال: انه على رأى المشهور فى مفاد قاعده لا ضرر يشكل الحكم بوجوب

الرد فى صورته توقفه على دفع المئونه فانه يقال يتعارض ضرر الضامن بضرر المالك و المرجع بعد التعارض دليل وجوب رد كل مال الى مالكه.

«قوله قدس سره: لاستصحاب كون العين مضمونه بالغرامه»

لو وصلت النوبه الى الاستصحاب يتعارض الاصل الجارى فى المجعول مع الاصل الجارى فى الجعل و بعد التعارض و التسايط تصل النوبه الى الاخذ بالدليل الاوّل الادل على كون الغرامه مملوكه للضامن. و بعباره اخرى: المدفوع بعنوان الغرامه مملوك للضامن و علمنا من الدليل دخوله فى ملك المالك فى هذا المقدار من الزمان و أما الزائد عليه فلا.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٠

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعل الامر بالتأمل اشاره الى أنه لو لا الوضع لم يكن وجه للتكليف و بعباره اخرى: تكون الغرامه فى مقابل نفس العين.

«قوله قدس سره: و لذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامه»

أى لا يباح العين لغير المالك بمجرد بذل الغرامه و بعباره واضحه:

الغرامه بدل عن السلطنه الفائته لا عن مطلق السلطنه حتى السلطنه على المطالبه بل بدل عن السلطنه على الانتفاع و الذى يدل على عدم قطع علاقه المالك عن العين انه بعد دفع الغرامه لا يجوز لغير المالك التصرف فى العين و لا مجال لان يقال: علقه المالك انقطعت عن العين فتكون من المباحات الاصليه التى يجوز لكل احد التصرف فيها.

**[الكلام فى شروط المتعاقدين]**

**[من جمله شرائط المتعاقدين البلوغ]**

**[بطلان عقد الصبى]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: مسأله المشهور كما عن الدروس و الكفايه بطلان عقد الصبى»

وقع الكلام بين القوم فى نفوذ تصرفات الصبى و عدمه و المسأله ذات اهميه فانها من المسائل التى تعم جميع المكلفين و

**يقع الكلام فيها فى مقامين:**



## المقام الأول: فى مقتضى القاعده الاولى.

المقام الثانى فيما تقتضيه الادله الخاصه أما المقام الأول فنقول: يمكن أن يقال ان مقتضى الادله العامه نفوذ تصرفاته فان مقتضى اطلاق قوله تعالى «احل الله البيع» وقوله تعالى «الا أن تكون تجاره عن تراض» وغيرهما من ادله الصحه و النفوذ عدم الفرق بين البالغ وغيره.

و أما

## المقام الثانى [فيما تقتضيه الأدله الخاصه]

اشاره

فنقول

ما يمكن أن يستدل به أو استدل به على المنع وجوه:

## الوجه الأول: الاجماع

فعن الغنيه دعوى الاجماع على ذلك و عن العلامه فى التذكره ان الصبى محجور عليه بالنص و الاجماع.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣١

و حال الاجماع فى الاشكال ظاهر اذ قد ثبت فى الاصول عدم اعتبار الاجماع منقولاً و محصلاً مضافاً الى أن الاجماع على فرض حصوله محتمل المدرك فلا يكون كاشفاً تعبدياً.

## الوجه الثانى: قوله تعالى

﴿وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ «١».

بتقريب: ان المستفاد من الآيه انه يشترط فى دفع ماله إليه بلوغه و رشده فلا ينفذ أمره قبل بلوغه و رشده.

وفيه: ان المستفاد من الآيه الشريفه عدم جواز دفع ماله إليه قبل بلوغه و رشده و لا تدل الآيه على عدم نفوذ تصرفاته.

## الوجه الثالث: النصوص

منها ما رواه حمران قال: سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامه و يقام عليه و يؤخذ بها؟ قال اذا خرج عنه اليتيم و أدرك قلت: فلذلك حد يعرف به؟ فقال اذا احتلم أو بلغ خمس عشره سنه أو أشعر أو أنبت قبل ذلك اقيمت عليه الحدود التامه و اخذ بها و اخذت له قلت:

فالجاريه متى تجب عليها الحدود التامه و تؤخذ بها و يؤخذ لها؟ قال:

ان الجاريه ليست مثل الغلام ان الجاريه اذا تزوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم و دفع إليها مالها و جاز أمرها فى الشراء و البيع و اقيمت عليها الحدود التامه و اخذ لها و بها قال: و الغلام لا يجوز أمره فى الشراء و البيع و لا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشره سنه أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك «٢».

بتقريب: ان المستفاد من الحديث انه لا يجوز أمر غير البالغ.

---

(١) النساء / ٦.

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب مقدمه العبادات الحديث ٢ و الباب ٣ من ابواب الحجر الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٢

وفيه: ان الحديث ضعيف سندا فلا يكون قابلا للاعتماد و لا تصل النوبه الى ملاحظه دلالاته.

و منها:

ما أرسله الصدوق عن الصادق عليه السلام انه سئل عن قول الله عز و جل «فَإِنْ أَنْسَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» قال ايناس الرشد حفظ المال «١».

و ظهر تقريب الاستدلال بالحديث على المدعى من الاستدلال بالآيه و المرسل لا اعتبار به مضافا الى النقاش فى الدلاله على المدعى كما سبق.

و منها ما ارسله أيضا قال: قال أبو عبد الله عليه السلام اذا بلغت الجاربه تسع دفع إليها مالها و جاز أمرها فى مالها و اقيمت الحدود التامه لها و عليها ٢. و المرسل لا اعتبار به.

و منها ما رواه الخادم بياع اللؤلؤ عن ابى عبد الله عليه السلام سأله أبى و أنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ اشده قال و ما أشده؟ قال: احتلامه قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشره سنه أو اقل أو اكثر و لم يحتلم قال: اذا بلغ و كتب عليه شىء جاز أمره الا أن يكون سفيها أو ضعيفا ٣.

و المستفاد من الحديث ان البلوغ دخيل فى نفوذ الامر فالتصرف الصادر عن غير البالغ لا أثر له و لا يبعد أن يكون السند معتبرا و ان كان للنقاش فيه مجال فان النجاشى وثق آدم بن المتوكل أبا الحسين بياع اللؤلؤ و المذكور فى السند أبو الحسين الخادم بياع اللؤلؤ و من الممكن عدم انطباق من وثق على المذكور فى السند فلاحظ.

و منها ما رواه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

□ إذا بلغ أشده ثلاث عشره سنه و دخل فى الاربع عشره و جب عليه ما

---

(١) (١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ٢ من أبواب الحجر الحديث ٤ و ٣ و

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٣

وجب على المحتملمين احتلم أو لم يحتلم و كتب عليه السيئات و كتبت له الحسنات و جاز له كل شىء الا أن يكون ضعيفا أو سفيها «١».

فان المستفاد من الحديث بمقتضى مفهوم الشرط عدم نفوذ أمر غير البالغ و الحديث ضعيف بالوشاء.

و منها ما رواه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال سأله أبى و أنا حاضر عن قول الله عز و جل «حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ» قال:

الاحتلام قال: فقال: يحتلم فى ست عشره و سبع عشره سنه و نحوها فقال لا اذا اتت عليه ثلاث عشره سنه كتبت له الحسنات و كتبت عليه السيئات و جاز أمره الا أن يكون سفيها أو ضعيفا فقال و ما السفيه؟ فقال: الذى يشتري الدرهم باضعافه قال و ما الضعيف قال الابله «٢».

فان المستفاد من الحديث بمقتضى مفهوم الشرط عدم نفوذ أمر غير البالغ و الحديث ضعيف بضعف اسناد الشيخ الى ابن الفضال.

و منها ما رواه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال عمد الصبى و خطاه واحد «٣».

فان المستفاد من الحديث ان عمد الصبى خطأ فكل ما يصدر عنه يكون فى حكم الخطاء فى اعتبار الشارع الاقدس و الحديث تام سندا فيمكن الاستناد إليه فى جميع الموارد الا فيما يقوم دليل على الخلاف.

و أورد على الاستدلال بالروايه سيدنا الاستاد بايرادين:

احدهما: بوجود المانع ثانيهما: بعدم المقتضى أما الاول فبتقريب

(١) الوسائل الباب ٤٤ من ابواب الوصيه الحديث ١١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٨.

(٣) الوسائل الباب ١١ من ابواب العاقله الحديث ٢.

ان لازم هذا القول ان تعمد الصبي

للافتار لا يوجب فساد صومه و تعمد الصبي للاخلال فى الصلاه لا يوجب بطلان صلاته فيلزم أن تكون صحيحه و أيضا لازمه تماميه صومه و الحال انه خلاف لضروره المذهب.

و أما عدم المقتضى فلان تنزيل العمد منزله الخطاء يتوقف على أن يكون لكل من العمد و الخطاء حكم غير ما يكون للآخر و بعده يصح أن يعتبر العمد فى حكم الخطاء فان الجنايه كذلك فان الجنايه العمديه لها حكم خاص فى مقابل الجنايه الخطائيه فيكون الحديث ناظرا الى باب الجنائيات و الديات و أما فى المقام فلا اذ لا يكون للخطاء فى باب المعاملات حكم فان الحكم الشرعى يختص بالعمد فلا مجال للاخذ بالحديث فانه لا مقتضى للاستدلال به أولا و الاخذ به ممنوع ثانيا هذا ملخص ما افاده «١» فى المقام.

و ما افاده غير تام أما ما افاده من حيث المانع فيرد عليه ان تخصيص العام أو تقييد المطلق أمر على طبق القاعده الاولى و الكليه المستفاده من الحديث ليست قضيه عقليه كى يقال: الحكم العقلى لا يكون قابلا للتخصيص فلا بد من رفع اليد عنه بعد قيام الدليل على التخصيص و يكفى دليلا قيام الضروره المدعاه فى كلامه.

و أما ما افاده من حيث المقتضى فيرد عليه ان الشرط الذى ذكره لصحه التنزيل لا دليل عليه و عهده دعواه عليه فان التنزيل يقتضى أن يكون عمد الصبي فى اعتبار الشارع الاقدس خطاء و لا يلزم أن يكون الخطاء محكوما بحكم بل يكفى نفي احكام العمد عن أفعاله و أقواله و العرف ببابك.

و منها ما رواه ابن ظبيان قال: اتى عمر بامرأه مجنونته قد زنت

---

(١) مصباح الفقاهه ج ٣ ص ٢٥٤.

عمده المطالب فى التعليق على

فأمر برجمها فقال على عليه السلام: أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثه عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق و عن النائم حتى يستيقظ؟ «١».

بتقريب أن القلم مرفوع عن غير البالغ فلا اثر لافعاله فلا يرتب أثر على عقده و ايقاعه و الحديث ضعيف سندا بالاعمش و غيره.  
و منها ما رواه عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاه فقال اذا أتى عليه ثلاث عشره سنه أو حاضت فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاه و جرى عليها القلم و الجاربه مثل ذلك ان أتى لها ثلاث عشره سنه أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاه و جرى عليها القلم «٢».

فان المستفاد من الحديث بمقتضى مفهوم الشرط ان غير البالغ لا يجرى عليه القلم لا قلم التكليف و لا قلم الوضع و الحديث تام سندا فتحصل مما تقدم ان مقتضى الدليل عدم نفوذ تصرفات غير البالغ و مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين اذن الولي و عدمه كما ان مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين تصديه لامر بالاصاله أو بالوكاله فلا اثر لانشائه على الاطلاق.

### و استدل على نفوذ امر غير البالغ أيضا بوجوه:

#### الوجه الأول: قوله تعالى

«وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» «٣».

و للاستدلال بها على المدعى تقريران التقريب الاول ان

---

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب مقدمه العبادات الحديث ١١.

(٢) نفس المصدر الحديث ١٢.

(٣) النساء/ ٦.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٦

المستفاد من الآيه ان الميزان هو الرشد و البلوغ أماره عليه.

و فيه: ان جعل البلوغ أماره على الرشد خلاف الظاهر لا يصار إليه.

التقريب الثاني: ان المستفاد من الآية ان الموضوع



غير البالغ فيعلم ان غير البالغ يترتب الاثر على ما يصدر عنه بشرط الرشد.

و فيه أولا: انه يمكن أن يكون الابتلاء بلحاظ استعمال بلوغه و عدمه لا بلحاظ رشده. و ثانيا انه لا تنافى بين كون الابتلاء بلحاظ رشده و بين اشتراط البلوغ و على الجملة لا مناص عن العمل بالظاهر و ظاهر الآيه يقتضى اشتراط البلوغ فلاحظ.

### الوجه الثانى ما ورد من النصوص الداله على جواز وصيه غير البالغ و عتقه

منها ما رواه محمد بن مسلم قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ان الغلام اذا حضره الموت فأوصى و لم يدرك جازت وصيته لذوى الارحام و لم تجز للغرباء «(١)».

و منها ما رواه أبو بصير «يعنى المرادى» عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال: اذا بلغ الغلام عشر سنين و أوصى بثلث ماله فى حق جازت وصيته و اذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير فى حق جازت وصيته «(٢)».

و منها ما رواه عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال: اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته «(٣)»

و منها ما رواه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له فى ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف و حق فهو جائز «(٤)».

---

(١) الوسائل الباب ٤٤ من أبواب الوصايا الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

(٣) عين المصدر الحديث ٣.

(٤) عين المصدر الحديث ٤.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٧

و منها ما رواه عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام قال اذا بلغ الصبى خمسه أشبار اكلت ذبيحته و اذا بلغ عشر سنين جازت وصيته «(١)».

و منها ما

رواه أبو أيوب عن أبي عبد الله عليه السلام في الغلام ابن عشر سنين يوصى قال اذا أصاب موضع الوصيه جازت «٢».

و منها ما رواه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

سألته عن وصيه الغلام هل تجوز؟ قال: اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته «٣».

فان مقتضى هذه النصوص جواز وصيته و عتقه. و فيه: انه ان تم أسناد هذه النصوص يؤخذ بها و يلتزم بمفادها و يخصص بها عموم حجره و التخصيص في الاحكام الشرعيه لا يكون عزيزا.

### الوجه الثالث: ما أرسله في المبسوط

على ما نقل عنه «و روى انه اذا بلغ عشر سنين و كان رشيدا كان جائز التصرف» و المرسل لا اعتبار به.

### الوجه الرابع: السيره الجاربه الخارجيه

فانها جاربه على ترتيب الاثر على عقده و معاملاته.

و فيه انه ان كان المراد من السيره الجاربه بين المتشرعه و المبالين بالدين و شريعه سيد المرسلين فتحققها أول الكلام و الاشكال بل يمكن الجزم بالعدم و ان كان المراد السيره الجاربه بين الناس فلا أثر لها فالنتيجه عدم اعتبار معاملات الصبي و ايقاعاته

---

(١) الوسائل الباب ٤٤ من أبواب الوصايا الحديث ٥.

(٢) عين المصدر الحديث ٦.

(٣) عين المصدر الحديث ٧.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٨

بل المستفاد من مجموع ما تقدم عدم ترتب اثر على فعله حتى لو أتلّف مال الغير لا يكون ضامنا الا أن يقوم دليل بالخصوص في مورد خاص و أطار مخصوص فلاحظ ما بيناه و اغتنم.

«قوله قدس سره: فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف»

الحق انه ينافي فان مقتضى الاطلاق عدم ترتب الاثر عليه على الاطلاق و لذا قلنا لا اثر لما يصدر عنه حتى فيما لو كان باذن

الولى فكما ان الاذن السابق لا يؤثر كذلك الاجازه اللاحقه لا اثر لها.

«قوله قدس سره: كما يقال بيع الفضولى ...»

الامر فى البيع الفضولى أيضا كذلك و نتعرض للمسأله فيما يأتى عن قريب إن شاء الله تعالى فان مقتضى قوله «لا تبع ما ليس عندك» عدم جواز بيع الفضولى و ان لحقه الاجازه من المالك و انما نلتزم بالصحه مع الاجازه بلحاظ النص الخاص و التفصيل موكول الى ذلك الباب فانتظر.

«قوله قدس سره: و يشهد له الاستثناء فى بعض تلك الاخبار»

لاحظ ما رواه ابن سنان «١» بتقريب: ان الوجه فى الشهاده

ان السفية لا يكون مسلوب العبارة هذا تقريب ما أفاده و الحق عدم تماميته فان المستفاد من الحديث ان ما يصدر عن غير البالغ لا اثر له على الاطلاق و أما البالغ فيؤثر ما يصدر عنه الا أن يكون سفيها فلا يرتبط احد الموردین بالآخر و العرف ببابك.

«قوله قدس سره: ففيه أولا ان الظاهر منه قلم المؤاخذه»

بل الظاهر من الحديث قلم التكليف و الوضع.

---

(۱) قد تقدم ذكر الحديث في ص ۲۳۳.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ۲، ص: ۲۳۹

«قوله قدس سره: و لذا بنينا ...»

شرعيه عبادات الصبي مستفاده من النصوص مضافا الى التسالم.

«قوله قدس سره: و ثانيا ان المشهور ...»

الشهره الفتاويه لا تكون حجه و قد تقدم ان النصوص الخاصه تكفي لاثبات المدعى فلاحظ.

«قوله قدس سره: فلا مانع من أن يكون عقده سببا لوجوب الوفاء بعد البلوغ»

الظاهر من العبارة ان الشيخ يرى وجوب الوفاء وجوبا تكليفيا و الحال ان وجوبه وضعى سلمنا كون الوجوب تكليفيا لكن لا مجال لتوجهه بعد البلوغ اذ المستفاد من الدليل كما تقدم ان ما يصدر عنه في حكم العدم و لا يترتب عليه الاثر فلا مجال لان يكون موضوعا للوجوب بعد البلوغ و بعبارة واضحه: لم يتحقق الموضوع في اعتبار الشارع و مع عدم الموضوع لا مجال لترتب الحكم كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره: كما يكون جنابته ...»

القياس مع الفارق فان الجنابه بحسب المستفاد من الدليل تحصل بالتقاء الختانيين و لا دخل في تحققها فعل اختياري و بعبارة اخرى: تحقق الجنابه بالتقاء الختانيين كتحقق النجاسة بتلاقى شيء مع الجنس و ان كان سبب التلاقي أمرا تكوينيا خارجيا.

«قوله قدس سره: لكن لا مانع»

نعم لا مانع لكن مجرد عدم

المانع لا اثر له ما دام القصور فى المقتضى فانا بينا ان النصوص داله على بطلان ما يصدر عن غير البالغ فلا مجال لان يترتب عليه اثر فى وعاء الشرع و الشريعة.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٠

«قوله قدس سره: فالعمده فى سلب عباره الصبى هو الاجماع»

بل العمده الاخبار و النصوص الوارده فى المقام.

«قوله قدس سره: ما عن قرب الاسناد»

لاحظ ما رواه أبو البخترى عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام انه كان يقول فى المجنون و المعتوه الذى لا يفىق و الصبى الذى لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقله و قد رفع عنهما القلم «١».

«قوله قدس سره: و لا يخلو من بعد»

بدعوى ان اللسان غير قابل للتخصيص و إباطه عنه و هو كما ترى.

«قوله قدس سره: من احتمال كونه معلولا ...»

يرد عليه أولا انه يمكن أن يقال: بأن المتفاهم العرفى من عباره ان قوله عليه السلام «رفع القلم عنه» للحكم لا العكس و ثانيا:

ان الروايه ضعيفه سندا و العمده فى الاستدلال على المدعى غيره كحديث ابن مسلم «٢» فان المستفاد منه ان عمده خطأ و كحديث الساباطى «٣» فان المستفاد من الحديث انه لا يجرى على غير البالغ القلم على نحو الاطلاق.

«قوله قدس سره: فلا ينافى ثبوت بعض العقوبات»

بل ينافى فان مقتضى حديث عمار عدم جريان القلم عليه على نحو الاطلاق فلا يكون اتلافه موجبا للضمان و لا بد فى اثبات الضمان بفعله من التماس دليل و الاجماع المدعى فى المقام لا اثر له فانه مدركى لا تعبدى كاشف.

---

(١) الوسائل الباب ٣٦ من أبواب القصاص فى النفس الحديث ٢.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٣٥.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤١

«قوله قدس سره: ثم انه ظهر مما ذكرنا انه لا فرق فى معامله الصبى بين أن يكون فى الاشياء اليسيره أو الخطيره»

**و ما يمكن أن يذكر فى تقريب الاستدلال على صحه تصرفاته فى الاشياء اليسيره وجوه:**

### **الوجه الأول حكاية أبى الدرداء**

التى نقلها الشيخ قدس سره و هى ان أبا الدرداء اشترى عصفورا من صبى فأرسله بتقريب:

ان عمل أبى الدرداء يدل على صحه بيع غير البالغ.

و يرد عليه أولا انه لا طريق الى صحه القضييه و لعلها لا تكون مطابقه مع الواقع. و ثانيا: ان عمل أبى الدرداء لا يكون من الادله الشرعيه.

و ثالثا: انه من الممكن ان أبا الدرداء رأى ان الطفل أخذ العصفور و حيث ان أخذه كلا اخذ يجوز التصرف فى مأخوذه فاشترائه صورى و غرضه انقاذ العصفور.

### **الوجه الثانى: ما رواه السكونى**

عن أبى عبد الله عليه السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن كسب الاماء فانها ان لم تجد زنت الا امه قد عرفت بصنعه يد و نهى عن كسب الغلام الصغير الذى لا يحسن صناعه بيده فانه ان لم يجد سرق «١».

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان النهى بلحاظ سرقة الطفل فى صورته عدم الوجدان فيعلم ان معاملته بلا اشكال فانه لو كان عقده فاسدا لم يكن وجه للتعليل المذكور.

و يرد عليه أولا: ان الحديث ضعيف سندا و لا جابر له و ثانيا:

انه لا وجه لاختصاص مدلوله بخصوص المحقرات بل مدلوله مطلق

---

(١) الوسائل الباب ٣٣ من ابواب ما يكتسب به.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٢

فلا يكون سندا للتفصيل.

و ثالثا: انه لا وجه لرفع اليد عن ظاهر الدليل فان مقتضى النهى الارشاد الى فساد ما يصدر عنه من العقود معللا بالعله المذكوره و بعبارة اخرى: المستفاد من النهى المذكور ان عقد الطفل باطل و هذا هو المدعى غايه الامر بهذا السبب.

### **الوجه الثالث: ان السيره جاريه على المعامله مع الصغير فى الامور اليسيره.**

و فيه: ان المراد بالسيره ان كانت سيره العقلاء فهى مردوعه بالنصوص و ان كانت سيره المشرعه بما هم كذلك فتحققها اول الكلام و الاشكال.

### **الوجه الرابع: انه يلزم الحرج و الحرج مرتفع فى الشريعه بدليل نفيه.**

و فيه أولا ان لزوم الحرج اول الكلام بل لا يلزم و ثانيا:

ان دليل لا حرج يقتضى نفى الاحكام الحرجيه و بعبارة اخرى: مفاده نفى الحكم لا الاثبات و ان شئت قلت: لا يستفاد من دليل نفى الحرج اعتبار العقد الفلانى و صحه الايقاع الكذائى فالمتحصل مما تقدم عدم الدليل على التفصيل بل مقتضى اطلاق النصوص فساد ما يصدر عن غير البالغ بلا فرق بين الموارد فلاحظ.

«قوله قدس سره: من التقاط ...»

اذا قلنا ان مقتضى النصوص عدم ترتب اثر على ما يصدر عنه يكون التقاطه بلا اثر.

«قوله قدس سره: فأعطاه المستأجر ...»

مقتضى القاعده عدم اعتبار أخذه اجره المثل من المستأجر أو الامر فلا يتشخص المأخوذ و لا يصير مملوكا له نعم يصير مالكا فى ذمه المستأجر و الامر اجره المثل.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٣

«قوله قدس سره: لكن يستحب ...»

يرد عليه أولا- انه أى دليل دل على الاستحباب المذكور فان الفتوى بالاستصحاب لا- بد أن يكون مستندا الى دليل شرعى كالفتوى بالوجوب. و ثانيا: ان المأخوذ من المستأجر أو الامر كما قلنا آنفا لا يصير مملوكا للصغير.

«قوله قدس سره: بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهديه من وجوه.»

قال الشهيدى قدس سره فى تعليقه «١» على المتن أقول: أحدها تخصيص المال فى المقام باليسير و تعميمه فى الهديه له و للخطر على ما هو ظاهر اطلاقهم و ثانيها: وجود الامارات المفيده للظن بالاذن مثل القعود فى الدكان و المعامله بمرئى و مسمع من الناس هنا



دون الهدية و ثالثها: ان المقام من باب الاباحه و الهدية من باب التمليك و يتسامح فى الاول بما لا يتسامح به فى الثانى و رابعها:

ان المقام فيه العوض بخلاف الهدية.

«قوله قدس سره: و ان كان بمجرد العلم برضاه فالافتاء به فى الخروج عن موضوع الفضولى مشكل»

يستفاد من مكاتبه الحميرى الى صاحب الزمان عليه السلام ان بعض أصحابنا له ضيعه جديده بجنب ضيعه خراب للسلطان فيها حصه و اكثرته ربما زرعوها و تنازعوا فى حدودها و تؤذيهم عمال السلطان و تتعرض فى الكل من غلات ضيعه و ليس لها قيمه لخرابها و انما هى باثره منذ عشرين سنه و هو يتجرح من شرائها لانه يقال ان هذه الحصه من هذه الضيعه كانت قبضت من الوقف قديما للسلطان

(١) ص: ٢٥٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٤

فان جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صونا و صلاحا له و عماره لضيعته و انه يزرع هذه الحصه من القرية البائره يفضل ماء ضيعته العامره و ينحسم عن طمع أولياء السلطان و ان لم يجز ذلك عمل بما تأمره به ان شاء الله، فأجابه عليه السلام: الضيعه لا يجوز ابتاعها الا من مالکها أو بأمره او رضا منه «١»، كفايه الرضا الباطنى فى صحه المعامله لكن الاشكال فى سند الحديث من حيث الارسال فلاحظ.

**و فى المقام فروع ينبغى التعرض لها فانها مورد الابتلاء**

**الفرع الاول: انه لو اذن الصبى فى الدخول فى الدار فهل يكون قوله معتبرا أم لا؟**

و الحق ان يقال انه لو حصل الاطمينان من اذنه بالدخول بأن المالك اذن كما هو كذلك بحسب الطبع الاولى فيجوز الدخول و يجوز ترتيب الاثر على قوله لكن هذا لا يرتبط بالبحث فى المقام فان الاطمينان حجه عقلايه فلا يرتبط بعدم اعتبار ما يصدر عن الصبى. و ان شئت قلت: المستند الاطمينان و

هو حجه بلا فرق بين أسباب حصوله.

### الفرع الثاني: اذا كان الطفل واسطه فى اىصال الهديه هل يترتب اثر عليه أم لا؟

الكلام فى هذا الفرع هو الكلام فان وصول الهديه بواسطه الطفل كوصوله بواسطه سبب خارجى أو حيوان فانه اذا وصل الهديه الى المهدي إليه يترتب عليه الاثر و لا فرق بين الوسائط فلا يرتبط أيضا بما نحن بصدده فلاحظ.

### الفرع الثالث: انه هل يصح اسلام غير البالغ أم لا؟

و اعلم انه لو قلنا بصحة عبادات الصبي نقول بصحة اسلامه بالاولويه و أما لو لم نقل بصحة عباداته فيجربى الكلام فى اسلامه فنقول: مقتضى

---

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث ٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٥

القاعده الاوليه صحه اسلامه فان مقتضى اطلاق الادله الداله على أن شهاده ان لا إله الا الله و ان محمد رسول الله صلى الله عليه و آله توجب دخول الشاهد فى زمره المسلمين، اسلام كل من يشهد بالشهادتين و لو كان غير بالغ.

لاحظ ما رواه سماعه قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: اخبرنى عن الاسلام و الايمان أهما مختلفان؟ فقال: ان الايمان يشارك الاسلام و الاسلام لا يشارك الايمان فقلت: فصفهما لى فقال: الاسلام شهاده ان لا إله الا الله و التصديق برسول الله صلى الله عليه و آله به حققت الدماء و عليه جرت المناكح و المواريث و على ظاهره جماعه الناس و الايمان الهدى و ما يثبت فى القلوب من صفه الاسلام و ما ظهر من العمل به و الايمان أرفع من الاسلام بدرجه ان الايمان يشارك الاسلام فى الظاهر و الاسلام لا يشارك الايمان فى الباطن و ان اجتمعا فى القول و الصفه «١».

فان مقتضى اطلاق الحديث عدم الفرق بين البالغ و غير البالغ و ان كل مميز يعتقد بالتوحيد و الرساله يكون محكوما فى الشريعه المقدسه بكونه

و لكن مقتضى خبر ابن مسلم «٢» ان عمد الصبى و خطاه واحد فلا اثر لقوله و شهادته بالتوحيد و رساله نعم لا مجال للتوقف فى صحه اسلامه فانه قد ثبت بالدليل المعتبر صحه عباداته و هل يمكن أن تكون عبادته صحيحه و لم يكن اسلامه صحيحا و الحال ان الايمان شرط فى صحه العباده.

بقى شىء و هو ان المستفاد من جمله من النصوص ان اطفال

---

(١) الاصول من الكافى ج ٢ ص ٢٥ الباب ان الايمان يشرك الاسلام و الاسلام لا يشرك الايمان الحديث: ١.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٣٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٦

المشركين يلحقون بأبائهم أو انهم يمتحنون يوم القيامة فمن أطاع يدخل الجنة و من عصى يدخل النار «١».

و لا يمكن الالتزام بمفادها مضافا الى أنه لا منافاه بين كونهم محكومين بالاسلام و بين إلحاقهم بأبائهم فى الآخرة فتأمل.

### الفرع الرابع: هل تصح عبادات الصبى أم لا؟

قال سيدنا الاستاد «٢». «العبادات المستحبه الصادره من الصبى صحيحه بلا- اشكال فان ادلتها تشملهم كما تشمل البالغين و حديث رفع القلم لا ينافيها لان الاستحباب لا كلفه فيه».

و يرد عليه ان مقتضى الاطلاق عدم الفرق بين الوجوب و الاستحباب و ان شئت قلت: لا اشكال فى صدق وضع القلم و ان كان استحبابيا مضافا الى أن مقتضى اطلاق حديث ابن مسلم فساد ما يصدر عنه فان عمده خطاء و لكن ترفع اليد عن تلك الروايه بالنصوص الداله على صحه عباداته منها ما رواه معاويه بن وهب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام فى كم يؤخذ الصبى بالصلاه؟ فقال: فيما بين سبع سنين و ست سنين الحديث «٣».

و منها ما رواه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما

السلام فى الصبى متى يصلى؟ فقال: اذا عقل الصلاه قلت: متى يعقل الصلاه و تجب عليه؟ قال لست سنين «٤».

و منها ما رواه على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال سألته عن الغلام متى يجب عليه الصوم و الصلاه؟ قال اذا راهق الحلم و عرف الصلاه و الصوم ٥.

---

(١) الكافى ج ٣ ص ٢٤٨ الباب الاطفال.

(٢) مصباح الفقاهه ج ٣ ص ٢٤١.

(٣) الوسائل الباب ٣ من أبواب أعداد الفرائض الحديث ١.

(٤) (٤ و ٥) عين المصدر الحديث ٢ و ٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٧

و منها ما رواه عن اسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام قال اذا اتى على الصبى ست سنين و جب عليه الصلاه و اذا أطاق الصوم و جب عليه الصيام «١».

و منها ما رواه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام عن أبيه قال أنا نأمر صبياننا بالصلاه اذا كانوا بنى خمس سنين فمروا صبيانكم بالصلاه اذا كانوا بنى سبع سنين الحديث «٢».

و منها ما رواه الحسن بن قارن انه قال: سألت الرضا عليه السلام أو سئل و أنا أسمع عن الرجل يجبر ولده و هو لا يصلى اليوم و اليومين فقال: و كم أتى على الغلام؟ فقلت: ثمانى سنين فقال:

سبحان الله يترك الصلاه قال: قلت: يصيبه الوجع قال يصلى على نحو ما يقدر «٣».

و منها ما رواه عبد الله بن فضاله عن أبى عبد الله أو أبى جعفر عليهما السلام فى حديث قال سمعته يقول: يترك الغلام حتى يتم له سبع سنين فاذا تمّ له سبع سنين قيل له: اغسل وجهك و كفئك فاذا غسلهما قيل له: صل ثم يترك حتى يتم له تسع

سنين فاذا تمت له علم الوضوء و ضرب عليه و امر بالصلاه و ضرب عليها فاذا تعلم الوضوء و الصلاه غفر الله لوالديه ان شاء الله  
«٤».

و منها ما رواه فى الخصال عن على عليه السلام فى حديث الاربعمائه قال: علموا صبيانكم الصلاه و خذوهم بها اذا بلغو ثمانى  
سنين «٥».

---

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب أعداد الفرائض الحديث ٤.

(٢) عين المصدر الحديث ٥.

(٣) عين المصدر الحديث ٦.

(٤) عين المصدر الحديث ٧.

(٥) عين المصدر الحديث ٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٨

و منها ما رواه الفضيل بن يسار قال: كان على بن الحسين عليه السلام يأمر الصبيان يجمعون بين المغرب و العشاء و يقول هو خير  
من أن يناموا عنها «١».

و منها ما رواه جابر عن أبى جعفر عليه السلام قال سألته عن الصبيان اذا صفوا فى الصلاه المكتوبه قال لا تؤخروهم عن الصلاه و  
فرقوا بينهم «٢».

و منها ما رواه زراره و عبيد الله بن على الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام انه سئل عن الصلاه على الصبى متى يصلّى عليه؟  
قال اذا عقل الصلاه قلت: متى تجب الصلاه عليه؟ فقال: اذا كان ابن ست سنين و الصيام اذا اطاقه «٣».

و منها مرسل الصدوق قال و سئل ابو جعفر عليه السلام متى تجب الصلاه عليه فقال اذا عقل الصلاه و كان ابن ست سنين «٤».

و منها ما رواه معاويه بن وهب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام فى كم يؤخذ الصبى بالصيام؟ قال: ما بينه و بين خمس عشره  
سنه و أربع عشره سنه فان هو صام قبل ذلك فدعه و لقد صام ابنى فلان قبل ذلك فتركته «٥».

و منها

ما رواه سماعه قال سألته عن الصبي متى يصوم؟ قال اذ قوى على الصيام «٦».

و منها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال أنا نأمر صبياننا بالصيام اذا كانوا بنى سبع سنين بما أطاقوا من صيام

---

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب اعداد الفرائض الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

(٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب صلاه الجنازه الحديث ١.

(٤) عين المصدر الحديث ٢.

(٥) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب من يصح منه الصوم الحديث ١.

(٦) عين المصدر الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٩

اليوم فان كان الى نصف النهار أو اكثر من ذلك أو اقل فاذا غلبهم العطش و الغرث أفطروا حتى يتعودوا الصوم و يطيقوه فمروا صبيانكم اذا كانوا بنى تسع سنين بالصوم ما أطاقوا من صيام فاذا غلبهم العطش أفطروا «١».

و منها ما رواه الزهرى عن على بن الحسين عليهما السلام فى حديث قال: و أما صوم التأديب فأن يؤخذ الصبي اذا راهق بالصوم تأديبا و ليس بفرض «٢».

و منها ما رواه السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: اذا أطاق الغلام صوم ثلاثة ايام متتابعه فقد وجب عليه صوم شهر رمضان «٣».

و منها ما رواه على بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلام قال سألته عن الغلام متى يجب عليه الصوم و الصلاه؟ قال اذا راهق الحلم و عرف الصلاه و الصوم «٤».

و منها ما رواه اسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال اذا اطاق الصبي الصوم و جب عليه الصيام «٥».

و منها ما رواه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام انه سئل عن الصبي متى يصوم؟ قال اذا أطاقه «٦».

منها ما رواه سماعه انه سأل الصادق عليه السلام عن الصبي متى يصوم؟ قال: اذ اقوى على الصيام «٧».

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب من يصح منه الصوم الحديث ٣.

(٢) نفس المصدر الحديث ٤.

(٣) نفس المصدر الحديث ٥.

(٤) نفس المصدر الحديث ٦.

(٥) عين المصدر الحديث ٨.

(٦) عين المصدر الحديث ٩.

(٧) عين المصدر الحديث ١٠.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٠

و منها ما رواه الصدوق: و قال الصادق عليه السلام الصبي يؤخذ بالصيام اذا بلغ تسع سنين على قدر ما يطيقه فان اطاق الى الظهر أو بعده صام الى ذلك الوقت فاذا غلب عليه الجوع و العطش افطر «١».

و منها ما رواه العباس بن عامر عن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال يؤدب الصبي على الصوم ما بين خمس عشرة سنه الى ست عشرة سنه «٢».

و منها ما رواه في المقنع قال: روى ان الغلام يؤخذ بالصيام ما بين أربع عشرة سنه الا ان يقوى قبل ذلك «٣».

و منها ما رواه ابن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: يؤخذ الغلام بالصلاه و هو ابن سبع سنين و لا تغطي المرأه شعرها منه حتى يحتلم «٤».

و منها ما رواه عيسى بن زيد يرفعه الى أبي عبد الله عليه السلام قال: ينظر الغلام لسبع سنين و يؤمر بالصلاه لتسع و يفرق بينهم في المضاجع لعشر و يحتلم لاربع عشره و منتهى طوله لاثنتين و عشرين و منتهى عقله لثمان و عشرين سنه الا التجارب «٥».

و منها ما رواه القداح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: انا نأمر الصبيان أن يجمعوا بين الصلاتين الاولى و العصر و بين المغرب و العشاء الآخره ما

داموا على وضوء قبل ان يشتغلوا «٦».

و منها ما رواه ابان بن الحكم قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب من يصح منه الصوم الحديث ١١.

(٢) عين المصدر الحديث ١٣.

(٣) عين المصدر الحديث ١٤.

(٤) الوسائل الباب ٧٤ من ابواب أحكام الاولاد ١.

(٥) عين المصدر الحديث ٥.

(٦) عين المصدر الحديث ٧.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥١

يقول الصبي اذا حج به فقد قضى حجه الاسلام حتى يكبر ... الحديث «١»

و منها ما رواه مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: لو ان غلاما حج عشر حجج ثم احتلم كانت عليه فريضة الاسلام «٢».

و منها ما رواه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم برويته وهو حاج فقامت إليه امرأه و معها صبي لها فقالت: يا رسول الله أ يحج عن مثل هذا؟ قال: نعم و لك اجره «٣».

و منها ما رواه محمد بن الفضيل قال: سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن الصبي متى يحرم به قال اذا ائثر «٤».

و منها ما رواه أيوب اخي اديم قال: سئل ابو عبد الله عليه السلام من أين يجرد الصبيان فقال كان أبي يجردهم من فخ «٥».

و منها ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: قلت له: ان معنا صبيا مولودا فكيف نصنع به؟ فقال مر أمه تلقى حميده فتسألها: كيف تصنع بصبيانها فأتتها فسألتها كيف نصنع فقالت: اذا كان يوم الترويه فاحرموا عنه و جردوه و غسلوه كما يجرد المحرم وقفوا



به المواقف فإذا كان يوم النحر فارموا عنه و احلقوا رأسه قم زوروا به البيت و مرى الجاربه ان تطوف به بالبيت و ما بين الصفا و المروه «٦».

و منها رواه عن اسحاق بن عمار قال سألت أبا عبد الله عليه السلام

---

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب وجوب الحج و شرائطه الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

(٣) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب وجوب الحج و شرائطه الحديث ١.

(٤) عين المصدر الحديث ٢.

(٥) الوسائل الباب ٤٧ من أبواب الاحرام.

(٦) الوسائل الباب ١٧ من ابواب اقسام الحج الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٢

عن غلمان لنا دخلوا معنا مكة بعمره و خرجوا معنا الى عرفات بغير احرام قال: قل لهم يغتسلون ثم يحرمون و اذبحوا عنهم كما تذبحون عن أنفسكم «١».

و منها ما رواه معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام قال انظروا من كان معكم من الصبيان فقدموه الى الجحفة أو الى بطن مر و يصنع بهم ما يصنع بالمحرم و يطاف بهم و يرمى عنهم و من لا يجد الهدى منهم فليصم عنه وليه «٢».

و منها ما رواه الصدوق: قال و كان على بن الحسين عليهما السلام يضع السكين فى يد الصبى ثم يقبض على يديه الرجل فيذبح «٣».

و منها ما رواه زراره عن احدهما عليهما السلام قال: اذا حج الرجل بابنه و هو صغير فانه يأمره ان يلبى و يفرض الحج فان لم يحسن أن يلبى لثبوا عنه و يطاف به و يصلى عنه قلت ليس لهم ما يذبحون قال: يذبح عن الصغار و يصوم الكبار و يتقى عليهم ما يتقى على المحرم من الثياب و الطيب و ان

قتل صيدا فعلى أبيه «٤».

و منها ما رواه يونس بن يعقوب عن أبيه قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام ان معى صبيه صغارا و انا اخاف عليهم البرء فمن أين يحرمون قال: ائت بهم العرج فليحرموا منها فانك اذا أتيت بهم العرج وقعت فى تهامه ثم قال: فان خفت عليهم فأت بهم الجحفه «٥».

فانه يستفاد من النصوص المشار إليها مطلوبه العبادات

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب اقسام الحج الحديث ٢.

(٢) نفس المصدر الحديث ٣.

(٣) نفس المصدر الحديث ٤.

(٤) نفس المصدر الحديث ٥.

(٥) نفس المصدر الحديث ٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٣

مستحبها و واجبها عن غير البالغ.

**[مسأله و من جمله شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلفظان به]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: و من جمله شرائط المتعاقدين قصدهما ...»

الاشتراط انما يتصور بعد فرض تحقق المشروط مثلا نقول:

يشترط فى الصلاه إباحه المكان فلا- بد من فرض الصلاه ثم يتصور اشتراطها بإباحه مكانها و بعبارة اخرى: الشرط فى مقابل الجزء فلا بد من فرض المركب أولا ثم فرض اشتراطه بأمر كذائى و القصد فى باب العقود مقوم و ركن اساسى فلا مجال لان يقال القصد شرط فى العقد.

و لتوضيح المدعى نقول: العقد أو الايقاع عبارته عن الاعتبار القائى المبرز بمبرز من قول أو فعل و هذا الاعتبار المبرز الذى

نسميه عقدا ربما يصير موضوعا لاعتبار العقلاء أو الشارع الاقدس و ربما لا يقع و بيان واضح: يلزم تحقق الاعتبار المبرز كى يبحث فى أنه هل يتعلق به الامضاء العقلانى أو الشرعى أم لا و من الظاهر الواضح الاعتبار لا يتحقق بلا قصد.

«قوله قدس سره: فهو شبيه الكذب فى الاخبار»

الذى يكذب يقصد المعنى كالذى يصدق بلا فرق بينهما انما الفرق بين الصادق و الكاذب فى المطابقه

مع الواقع و عدمها.

«قوله قدس سره: ثم انه ربما يقال بعدم تحقق القصد فى عقد الفضولى و المكره»

هذه المقالة من جملة المقالات التى لا محصل لها فان الكلام فى عقد الفضولى و المكره يدور حول صحة العقد و عدمها و بعبارة واضحة: قد فرض تحقق العقد و يقع الكلام فى أنه صحيح أو باطل و لا كلام فى أصل تحقق العقد و ذكرنا آنفا ان قوام العقد بالقصد.

و ان شئت قلت: لا فرق بين العقد الصادر عن الفضولى و العقد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٤

الصادر عن المالك و أما المكره فربما لا يقصد العقد و لا يقصد البيع مثلا و هذا خلف الفرض و تاره اخرى يقصد و يقع الكلام فى أن حديث رفع الاكراه يبطله أم لا و نتعرض لحكم المكره و الفضولى عند تعرض الماتن لهما فانتظر.

«قوله قدس سره: هل يعتبر تعيين المالكين»

الذى يختلج بالبال أن يقال: يكفى التعيين الواقعى و ان لم يكن معينا حين العقد عند المتعاقدين مثلا لو فرض ان زيدا و كيل عن واحد فى بيع داره و الوكاله تحققت فى يوم السبت و أيضا يكون و كيلا عن شخص آخر فى بيع داره و الوكاله تحققت فى يوم الاحد و هكذا حتى يكون و كيلا عن جماعه و لا فرق خارجا فى الدور التى تكون موردا للوكاله بل كلها من قسم خاص فلو باع واحده منها و أشار إليها بوصف عنوانى و هى التى يعينها بعد ذلك ما المانع عن الصحة و ما المانع عن شمول دليل الامضاء؟ فان البيع صدر من أهله و وقع فى محله و المبيع مشخص فى متن الواقع فلا وجه للبطلان.

ان قلت: دليل

الامضاء منصرف عن مثل هذا العقد قلت: لا وجه للانصراف فان قله الوجود لا تكون موجبه للانصراف و ان شئت قلت:

المطلق لا ينصرف الى الفرد النادر لا أنه ينصرف عنه و على تقدير تسلم الانصراف يكون بدويا و ناشيا عن عدم الانس و يزول بالتأمل فلاحظ.

«قوله قدس سره: أو مع التلفظ به»

الظاهر انه لا يلزم التلفظ به بل يكفى التعيين الذهني فان الالتزام باشتراط التلفظ به يحتاج الى قيام دليل عليه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٥

«قوله قدس سره: فى بيع واحد»

قال السيد فى الحاشيه «كما لو كان وكيلا- عن اثنين فى اشتراء كتاب واحد» و يرد عليه ان الاشتراء غير البيع و هل المراد من العبارة ان كل واحد من المالكين و كل الوكيل فى بيع داره فى الساعه الفلانيه التى لا يمكن تحقق البيع المتعدد فى تلك الساعه بل لا بد من تحقق بيع واحد فلا يمكن الجمع بين بيعين بل لا بد من تحقق واحد منهما و الامر سهل.

«قوله قدس سره: و ان أطلق»

هذا يرجع الى مقام الاثبات و الدعوى و الكلام فى مقام الثبوت.

«قوله قدس سره: و الا وقع لاغيا»

بل لا يكون لاغيا فانه لو قصد البيع أو الشراء من قبل يختاره بعد ذلك يصح على القاعده لان المختار مقصود فى مقام البيع و بعبارة اخرى: يكون عند الله و فى الواقع معيناً و مقصوداً غايه الامر غير مميز فى مقام المعامله و الانشاء مثلا اذا قال البائع بعت من قبل اول من يدخل الدار يقع البيع لاول من يدخل فانه معلوم عند الله فلا وجه لكون البائع لاغيا بل صدر العقد عن أهله اذ انه و كيل على الفرض

و بيع الوكيل بيع الاهل و وقع فى محله.

«قوله قدس سره: لزم بقاء الملك بلا مالك»

مما ذكرنا ظهر انه ليس الامر كذلك فان الملك لا يبقى بلا مالك بل ينتقل الى ملك من قصد البائع و قبله المشتري.

«قوله قدس سره: اقول: مقتضى المعاوضه و المبادله»

مقتضى المعاوضه بين المالين أن يكون احدهما عوضا عن الاخر لكن لا يلزم أن يدخل كل منهما فى موضع الاخر بحيث يدخل كل من

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٦

العوضين فى كيس من خرج عنه العوض الاخر و لذا يصح أن يشتري احد قرصه خبز من الخباز للفقير مع رضاه فان ثمن الخبز يخرج من كيس المشتري و يدخل الخبز فى كيس الفقير.

«قوله قدس سره: غير معهود»

فان الواحد المردد مجرد المفهوم و المردد لا واقع له و ان شئت قلت: المردد لا مصداق له و الا يلزم الخلف فلاحظ.

«قوله قدس سره: لعدم مفهوم المعاوضه معه»

قد تقدم الاشكال فى كون المعاوضه متقومه بما ذكر نعم هذه المعامله فاسده لان العقد المذكور فضولى و تصرف فى سلطان الغير بلا اذن منه.

«قوله قدس سره: و فى وقوعه اشتراء فضوليا»

مقتضى ما أفاده كونه فضوليا لعمره.

«قوله قدس سره: لانه أمر غير معقول»

ما أفاده غريب فانه كيف يكون غير معقول و الحال انه يقع فى الخارج كرارا و مرارا فلاحظ.

«قوله قدس سره: وقع للغير»

ليس الامر كذلك بل لا بد اما من القول بأنه يقع للفضولى و أما الالتزام بالبطلان و أما وقوعه للبائع فلا مقتضى له.

**[تعيين الموجب لخصوص المشتري]**

«قوله قدس سره: و أما تعيين الموجب لخصوص المشتري»

### يقع الكلام فى ثلاثة مواضع:

#### الموضع الاول: فى أنه لا اشكال فى لزوم التطابق بين الايجاب و القبول

كما سبق فلو باع المالك داره من زيد الذى تصدى للقبول و زيد قبل البيع لموكله لا يصح

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٧

العقد فان العقد عباره عن مجموع الايجاب و القبول و المفروض عدم تعلق القبول بالايجاب و هذا واضح ظاهر.

#### الموضع الثانى: انه لو وقع الخلاف و النزاع بين البائع و المشتري

فادعى المشتري بأنه اشترى لموكله و ادعى البائع انه اشترى لنفسه يكون القول قول البائع لكونه موافقا مع الظاهر و على المشتري اقامه البينه لكن لو كان العقد للموكل صحيحا لا يتوقف على اقامه دليل عليه فى مقام ايقاع العقد.

و بعباره اخرى: اذا كان امرا متعارضا خارجا فلا مجال للظهور المدعى و لا يكون قول من يدعى انه اشترى لموكله مخالفا للظاهر فلا تغفل.

#### الموضع الثالث: انه هل يجوز المعاقده مع المخاطب الوكيل عن الغير أو يلزم أن يذكر الموكل؟

الظاهر ان ما أفاده الماتن من التفصيل متين ففى كل مورد صدق العنوان على الوكيل كعنوان المشتري أو البائع أو الموجر و المستأجر و أمثالها يجوز و فى كل مورد لا يصدق العنوان كعنوان الزوج و نحوه لا يجوز.

و الوجه فى عدم الجواز ان مثل هذا الاستعمال يكون غلطا فى نظر العرف مثلا لو قالت المرأة لوكيل الزوج زوجتك نفسى و أرادت من حرف الخطاب موكله يكون الاستعمال غلطا الا أن يقال ما الدليل على بطلان العقد اذا كان غلطا فاذا أقامت قرينه على ان مرادها من حرف الخطاب الموكل لبا فما الدليل على بطلان العقد.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعل الامر بالتأمل اشاره الى أن المنافاه موجوده اذ لو كان الغالب كذلك فلا بد من سماع دعواه هذا وجه الامر بالتأمل.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٨

و لكن يمكن أن يقال انه لا- تنافى بين الامرين فان الظهور الاطلاقى يقتضى أن يكون العقد للطرفين و الخروج عن الرويه الكذائيه يحتاج الى بيان نعم الظاهر ان التنافى موجود فانه لو كان الغالب وقوع المعامله للموكل بل و لو لم يكن غالبا بل يقع كثيرا لا مجال لدعوى الظهور فلاحظ.

### [مسأله و من شرائط المتعاقدين الاختيار]

#### اشاره

«قوله قدس سره: و من شرائط المتعاقدين الاختيار»

المسأله السابقه كانت متكلفه للزوم القصد و فى المقام اشتراط القصد أمر مفروغ عنه انما الكلام فى اشتراط كون القصد ناشيا عن طيب النفس لا عن الاكراه.

«قوله قدس سره: لا الاختيار فى مقابل الجبر»

الحركه الجبريه كحركه يد المرتعش و هذا خارج عن محل الكلام

### و ما يمكن أن يستدل به على بطلان العقد الاكراهى امور:

#### الامر الاول: الاجماع.

و حال الاجماع فى الاشكال ظاهر.

#### الأمر الثانى: قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»

فان الاستفادة من الآيه الشريفه عدم جواز تملك مال الغير الا بسبب التجاره عن تراض فلا أثر للبيع الا كراهى.

و ببيان آخر: ان الاستثناء الواقع فى الآيه اما متصل أو منقطع و على كلا التقديرين يدل على حصر جواز تملك مال الغير فى التجاره عن تراض أما على الاول فظاهر فان مرجعه الى النهى عن كل اكل بأى سبب الا ان يكون تجاره عن تراض و أما على الثانى فالنهى عن الاكل بالباطل و تجويز الاكل بالتجاره عن تراض و لا وجه للحصر لكن حيث ان المولى فى مقام البيان و جعل الضابط الكلى يفهم أن الجواز منحصر فى التجاره عن تراض.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٩

و ان شئت قلت: لا اشكال فى أن العرف يفهم من ظاهر الكلام حصر جواز الاكل فيها و الظواهر حجه.

#### الأمر الثالث: قوله صلى الله عليه و آله فانه لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله الا بطيبه نفسه «١»



بتقريب ان تملك مال الغير تصرف فيه و لا يجوز الا مع طيب نفسه و المفروض عدمه.

و لكن التقريب المذكور يتوقف على شمول الحديث للتصرف الاعتبارى مضافا الى التصرف الخارجى و الظاهر من الحديث التصرف الخارجى فلا يرتبط الحديث بالمقام. و ان شئت قلت: الظاهر من الروايه بحسب الفهم العرفى بيان الحكم التكليفى لا الاعم منه و من الوضعى فلاحظ.

### الأمر الرابع: حديث الرفع

لاحظ ما روى عن أبى الحسن عليه السلام فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقه ما يملك أ يلزمه ذلك؟ فقال: لا قال رسول الله صلى الله عليه و آله:

وضع عن امتى ما اكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطأوا «٢».

فان مقتضى اطلاق الحديث عدم اختصاص الرفع بخصوص الاحكام التكليفيه بل مقتضاه رفع الاحكام الوضعيه عند الاكراه فالعقد الاكراهى لا يترتب عليه الاثر المرغوب فيه مضافا الى أن المدعى يستفاد من تطبيق الامام عليه السلام الحديث على مورد الاكراه على الامر الوضعى و حكمه بعدم ترتب الاثر عليه لاحظ الحديث الذى مر آنفا فان الامام عليه السلام حكم بعدم لزوم شىء على المكروه بالفتح مستشهدا بقول رسول الله صلى الله عليه و آله حيث قال «وضع عن امتى ما اكرهوا عليه».

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٥٣ و ٥٤.

(٢) الوسائل الباب ١٢ من أبواب الايمان الحديث ١٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٠

«قوله قدس سره: و ظاهره و ان كان رفع المؤاخذه»

ليس الامر كذلك و لا يكون قوله صلى الله عليه و آله ظاهرا فى رفع المؤاخذه و الذى يدل على المدعى انه نساءل و نقول: البيع الاكراهى أو الطلاق الاكراهى هل يكون مشمولا لحديث الرفع

أم لا- أما على الاول فنقول: لا- مؤاخذه على البيع كى ترفع بالاكراه و أيضا لا مؤاخذه فى الطلاق كى ترفع بالاكراه و أما على الثانى فلا اظن ان القائل برفع المؤاخذه يلتزم بهذا اللازم الفاسد. و الحاصل:

ان الحديث يشمل هذه الموارد و مقتضاه رفع الآثار المترتبة على الفعل حين تعنونه بأحد العناوين المذكوره فى الحديث.

«قوله قدس سره: مضافا الى الاخبار»

منها ما رواه عبد الله بن الحسن عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

سمعتة يقول لا- يجوز طلاق فى استكراه و لا- تجوز يمين فى قطعيه رحم الى أن قال: و انما الطلاق ما اريد به الطلاق من غير استكراه و لا اضرار. الحديث «١».

«قوله قدس سره: مع ما توهمه»

لم يظهر لى المراد من المتوهم فان الشيخ قدس سره فى مقام دفع التوهم المذكور عن الشهيد و أضرابه فمن المتوهم و لم يشر فى عبارته سابقا الى المتوهم و الله العالم.

«قوله قدس سره: فيمن طلق مداراه بأهله»

لاحظ ما رواه منصور بن يونس قال سألت العبد الصالح عليه السلام و هو بالعريض فقلت له جعلت فداك انى تزوجت امرأه و كانت تحبني فتزوجت عليها ابنه خالى و قد كان لى من المرأه ولد فرجعت الى بغداد فطلقتها واحده ثم راجعتها ثم طلقتها

---

(١) الوسائل الباب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه الحديث ٤.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤١

الثانيه ثم راجعتها ثم خرجت من عندها أريد سفرى هذا حتى اذا كنت بالكوفه اردت النظر الى ابنه خالى فقالت اختى و خالى: لا تنظر إليها و الله ابدى حتى تطلق فلانه فقلت: و يحكم و الله ما لى الى طلاقها من سبيل فقال لى هو

ما شأنك ليس لك الى طلاقها من سبيل فقلت:

انه كانت لى منها ابنه و كانت ببغداد و كانت هذه بالكوفه و خرجت من عندها قبل ذلك بأربع فابوا على الا تطليقها ثلاثا و لا و الله جعلت فداك ما اردت الله و لا اردت الا ان داريهم عن نفسى و قد امتلاء قلبى من ذلك فمكث طويلا مطرقا ثم رفع رأسه و هو مبتسم فقال:

أما بينك و بين الله فليس بشىء و لكن ان قدموك الى السلطان ابانها منك «١».

### [حقيقه الاكراه لغه و عرفا]

#### اشاره

«قوله قدس سره: ثم ان حقيقه الاكراه لغه و عرفا حمل الغير»

#### و فى المقام فروع

### الفرع الأول: انه هل يلزم و هل يشترط فى صدق الاكراه وجود شخص يكره غيره على أمر

أو يكفى فى صدق الاكراه اعتقاد المكره بالفتح بوجود مكره و حامل؟ الظاهر انه لا يصدق الاكراه مع عدم وجود حامل و مكره فان اللفاظ موضوعه للمعانى الواقعيه و مع عدم المكره بالكسر واقعا لا يكون الاكراه متحققا، بل يتخيل الإكراه و عليه لو باع داره بتوهم الاكراه لا يشمل بيعه حديث الرفع لعدم تحقق موضوعه و لكن مع ذلك يكون بيعه باطلا لعدم صدور التجاره عن الرضا و طيب النفس.

لكن لازم هذه المقاله ان البيع الاكراهى باطل على طبق القاعده الاولى و لو مع فرض عدم حديث الرفع اذ لو قلنا ان الاكراه يضاد طيب النفس و من ناحيه اخرى قلنا: ان المستفاد من آيه تجاره عن تراض اشتراط التجاره بطيب النفس لا- يكون العقد الذى ناش

---

(١) الوسائل الباب ٣٨ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٢

عن عدم طيب النفس صحيحا فلاحظ.

### الفرع الثانى: انه هل يصدق الاكراه فيما لا يخاف المكره بالفتح من الضرر المتوجه إليه من ناحيه المكره بالكسر

لكن يتوجه إليه في ظرف التخلف عن أمر المكره من ناحيه بعض من يتعلق به كإبنه مثلا؟ الظاهر انه يصدق الاكراه فلو أمر الأمير شخصا ببيع داره و المأمور يعلم بأنه لو لم يبيع داره يضر به ابن الأمير يكون بيعه داره في الفرض المذكور اكرهيا و باطلا نعم لا بد من صدق الاكراه و لا يبعد انه يلزم في صدقه تحقق الوعيد غايه الامر يكفى في صدقه تحقق الوعيد و لو من بعض متعلقى المكره بالكسر فلاحظ.

### **الفرع الثالث: انه هل يشترط في صدق الاكراه العلم أو الظن يترتب الضرر المتوقع عليه أم يكفى الاحتمال؟**

الحق انه يصدق عنوان الاكراه و لو مع الاحتمال فقط و هذا العرف ببابك نعم يلزم في صدقه الاحتمال العقلائي و أما مجرد الاحتمال الموهوم فلا اثر له اذ معناه ان الاطمينان حاصل بخلافه.

### **الفرع الرابع: انه هل يشترط في صدق الاكراه أن لا يكون الضرر المتوقع بالوعيد بحق**

كما لو اكرهه على بيع داره و أوعدته في صورته ترك البيع بقتل ولده قصاصا أو بالتزويج ثانيا و ثالثا؟

الذى يختلج بالبال انه يصدق الاكراه و مجرد كون المتوقع به حقا لا يقتضى عدم صدق عنوان الاكراه و العرف ببابك.

و أفاد سيدنا الاستاد قدس سره في المقام: ان الدليل منصرف عن صورته كون المتوقع به حقا مضافا الى أن رفع الاكراه حكم امتناني و شموله للمقام خلاف الامتنان.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٣

و يرد عليه: انه لا وجه للانصراف و أما كون شمول الدليل خلاف الامتنان فيرد عليه أولا: انه لا دليل على كون القاعده امتنانيه بالنسبه الى المكلف بل امتنانيه بالنسبه الى النبي الاكرم صلى الله عليه و آله حيث قال صلى الله عليه و آله «رفع عن امتي» فان المنه عليه صلى الله عليه و آله تقتضى أن يسهل على امته.

و ثانيا: انه يصدق الامتنان بالنسبه الى من يحكم على عقده بعدم الصحه و لا يلزم أن يكون امتنانيا بالنسبه الى جميع الاطراف.

### **الفرع الخامس: انه لو لم يكن اليعاد من الغير**

و لكن يعلم المكلف بأنه لو لم يعقد العقد الفلاني يصير كذا مثلا يعلم بأنه لو لم يبيع داره يقع معرضا لخطر مهم مثلا يعلم بأنه يقتل ولده أو يهتك عرضه فهل يصدق الاكراه أم لا؟ الظاهر هو الثاني فان مثله لا يصدق عليه عنوان الاكراه بل يصدق عليه عنوان الاضطرار. فلاحظ.

### **الفرع السادس: انه هل يعتبر في صدق الاكراه عدم امكان النفسى و لو بالتوريه أم لا؟**

الظاهر انه مع امكان التفصلى و لو بالتوريه لا يصدق عنوان الاكراه.

### **الفرع السابع: لو اكرهه المكروه على الجامع بين امرين أو أمور**

كما له اكرهه على شرب احد ما يعين نجسين فالكلام يقع فى موضعين الموضوع الاول: الاكراه على الجامع بين الافراد العرضيه كالمثال الذى ذكرناه آنفا.

الموضع الثانى: ما لو اكرهه على الجامع بين الافراد الطويله كما لو اكرهه على شرب كأس من خمر مخيرا من الظهر الى الغروب أو اكرهه على بيع داره من الظهر الى الغروب فنقول: أما الموضوع الاول فلا اشكال فى تحقق الاكراه لكن للمسأله صور متعدده.

و لا بد من العمل فى كل صورته على طبق القاعده فلو اكره على

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٤

الجامع بين محرمين فعلى تقدير التساوى بين الامرين فى المبعوضيه يكون المكروه بالفتح مخيرا بين الامرين و على تقدير كون احدهما اشد حرمة لا بد من اختيار الاقل كما انه لو اكره على الجامع بين الحرام و الحلال لا بد من اختيار الحلال و قس على ما ذكرنا بقيه الصور و تطبيق القاعده على كل صورته.

و أما الموضوع الثانى فالظاهر عدم تحقق الاكراه و عدم جواز البدار و العرف ببابك فانه لو شرب الخمر فى أول الظهر أو باع داره فى أول الظهر لا يصدق ان شربه اكرهى و كذلك لا يصدق انه باع داره بالاكراه فيكون بيعه صحيحا و يكون شربه حراما.

### **الفرع الثامن: انه لو اكره الجائر احد شخصين على فعل واحد**

فقد يكرههما على فعل محرم و اخرى يكرههما على عقد واحد فالكلام يقع فى مقامين.

المقام الأول: ما لو اكره الجائر احد شخصين على محرم كشرب الخمر مثلا فلو علم احدهما أو اطمئن ان الاخر لا يرتكب الحرام يجوز له الارتكاب لصدق الاكراه الموضوع لرفع الحرمة و أما لو احتل أو ظن بأن الاخر يفعله فهل يجوز الاتيان أم لا؟ الظاهر انه يجوز لصدق

الخوف المقتضى لصدق الاكراه نعم ان علم أو اطمئن بأن الاخر يرتكب المحرم لا يجوز الارتكاب اذ مع فرض ارتكاب الاخر لا يصدق عنوان الاكراه المقتضى للجواز.

و أما المقام الثانى فالظاهر انه كذلك و بعبارة اخرى ما ذكرناه فى المقام الأول يجرى فى المقام الثانى بلا فرق بينهما.

### **الفرع التاسع: لو اكره على التوكيل فى طلاق زوجته**

فوكل شخصا لان يطلقها لا يكون التوكيل صحيحا اذ فرض ان التوكيل اكرهى و لا يترتب اثر على طلاق الوكيل فان المفروض انه غير

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٥

مستند الى الزوج فلا يكون صحيحا.

### **الفرع العاشر: انه لو اكره المالك غيره فى بيع داره**

فهل يكون البيع الاكرهى الصادر عن الوكيل المكره صحيحا أم لا؟ قال سيدنا الاستاد قدس سره: يصح البيع اذ المفروض ان المالك راض بالعقد و لا مجال لتوهم فساد عقد الوكيل بحديث الرفع ضروره انه لا يترتب اثر على الفعل المكره عليه بالإضافة الى المكره و أما بالنسبه الى المالك فالمفروض انه راض بالعقد مضافا الى أن شمول الحديث للمقام خلاف الامتتان» هذا مفاد كلامه.

و يرد عليه ان العقد الصادر عن المكره كالعدم و المفروض ان العقد أى الانشاء لازم فى كل معامله فاذا فرض انه كالعدم كما هو المفروض يكون العقد باطلا.

و أما كون شمول الحديث للمقام خلاف الامتتان فيرد عليه أولا:

انه قد سبق منا ان الامتتان يمكن أن يكون من الله على نبيه لا المنه على الامه. و ثانيا: انه نفرض ان الامتتان بلحاظ الامه لكن لا بد أن يلاحظ الرفع بالنسبه الى من يشمله الحديث و من الظاهر ان فساد عمل المكره بالفتح امتتان بالنسبه إليه.

«قوله قدس سره: بعيد جدا»

لا بعد فيه بل لا بد منه فان ترتب الاحكام على الموضوعات متوقفه على تحقق تلك الموضوعات فى الخارج.

«قوله قدس سره: بل غير صحيح فى بعضها من جهة المورد»

الظاهر ان الامر ليس كما أفاده و صفوه القول: انه لو قلنا بأن الاكراه لا يتحقق و لا يصدق الا مع عدم امكان التوريه و عدم

امكان التفصي بنحو من الانحاء لا يتحقق المفهوم الا في الفرض

عمده المطالب

المذكور و ان كان الفرض نادرا و اقل قليل فى الخارج. و ان شئت قلت: بعض الموضوعات الشرعيه أمر قليل الوجود و يندر تحققة فى الخارج فلا مجال لان يقال ان حمل الدليل عليه بعيد فان حمله عليه لازم و ضرورى على طبق القاعده الاولى و حمله على غير ذلك المورد على خلاف القاعده.

«قوله قدس سره: مع ان القدره على التوريه لا يخرج الكلام»

الامر ليس كذلك فانه مع امكان التخلص و لو بالتوريه يمنع عن صدق الاكراه فلاحظ.

«قوله قدس سره: و ربما يستظهر من بعض الاخبار»

لاحظ ما رواه عبد الله بن سنان قال: قال أبو عبد الله عليه السلام لا يمين فى غضب و لا فى قطعيه رحم و لا فى جبر و لا فى اكراه قال:

قلت أصلحك الله فما فرق بين الجبر و الاكراه قال: الجبر من السلطان و يكون الاكراه من الزوجه و الام و الأب و ليس ذلك بشىء (١).

و يمكن أن يكون فى دعواه الظهور ناظرا الى مقابله الاكراه مع الاجبار فانه يستفاد من المقابله انه لا اجبار فى الاكراه و يتحقق الاكراه فى مورد عدم الاجبار فلا يلزم عدم امكان التفصي.

و فيه أولا: ان الحديث ضعيف سندا فلا يكون قابلا للاستناد و ثانيا: ان المستفاد من الحديث ان الاجبار من السلطان فانه قادر عليه و لا يدل على أن الاكراه يتحقق و لو مع امكان التفصي فالميزان فى رفع الاثر تحقق عنوان الاكراه و لا يتحقق عنوان الاكراه مع امكان التفصي فلاحظ.

---

(١) الوسائل الباب ١٦ من الايمان الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٧

«قوله قدس سره: قضيه عمار»

لاحظ ما رواه مسعده



بن صدقه قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام ان الناس يروون ان عليا عليه السلام قال على منبر الكوفه:

ايها الناس انكم ستدعون الى سبي فسبونى ثم تدعون الى البراءه منى فلا تبرءوا منى فقال ما اكثر ما يكذب الناس على على عليه السلام ثم قال انما قال: انكم ستدعون الى سبي فسبونى ثم تدعون الى البراءه منى و انى لعلى دين محمد صلى الله عليه و آله و لم يقل و لا تبرءوا منى فقال له السائل: أ رأيت ان اختار القتل دون البراءه فقال و الله ما ذلك عليه و ماله الا ما مضى عليه عمار بن ياسر حيث اكرهه أهل مكه وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ فَأَنْزَلَ اللَّهُ عِزًّا وَ جَلًّا فِيهِ «إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ» فقال له النبي صلى الله عليه و آله عندها يا عمار ان عادوا فعند فقد أنزل الله عذرك و أمرك أن تعود ان عادوا «١».

«قوله قدس سره: باعتبار شفقتة على عمار»

يمكن أن يكون الوجه فى عدم الاشاره أن التوريه فى مثل قضيه عمار لا أثر لها فان مجرد التكلم المشعر على التبرى حرام و جساره فلا فرق بين التوريه و غيرها.

---

قمى، سيد تقى طباطبايى، عمدہ المطالب فى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشى محلاتى، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق  
عمده المطالب فى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ٢٦٧

«قوله قدس سره: و هذا المعنى يصدق مع امكان التوريه»

لا أدرى ما يقول و لا افهم مقصده و الذى افهم انه لا فرق بين التوريه و غيرها فكما ان غيرها يوجب عدم صدق الاكراه كذلك التوريه اذا امكنت تكون مانعه عن صدق الاكراه.

«قوله قدس سره:

لعله اشاره الى ما ذكرنا من الاشكال فلاحظ.

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب الامر و النهى و ما يناسبهما الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٨

«قوله قدس سره: فالظاهر صدق الاكراه»

بل الظاهر خلافه فانه مع امكان دفع المكروه كيف يصدق عليه انه مكروه بالفتح فان الاكراه لا يتحقق الا مع الاجراء و المفروض انه ليس ملجا.

«قوله قدس سره: لكن الداعى على اعتبار ما ذكرنا»

كأن المصنف فى مقام بيان ان الوجه فى اشتراط طيب النفس فى المعاملات الآيه الشريفه لا حديث الرفع و ما أفاده غريب اذ الماتن بنفسه قد استدل على اشتراط القصد بالاختيار بحديث الرفع مضافا الى أنه كيف يمكن أن لا يستدل بالحديث و الحال انه لا اشكال فى أنه يستفاد من الحديث اشتراط العقد و الايقاع بعدم الاكراه.

«قوله قدس سره: العموم من وجه»

قد يتحقق الاكراه مع طيب النفس كما لو اكرهه على شرب الخمر و هو مائل الى شربه و قد يتحقق عدم الطيب و لا اكراه و ربما يجتمعان و هو كثير.

«قوله قدس سره: لم يقع باطلا»

كيف لا- يكون باطلا- مع ان الاكراه يرفع الاثر المرغوب فيه و على الجملة: ان الاكراه يرفع الاثر و ان كان الاكراه على الحق نعم اذا كان الاجبار من ولى الامر لا- يرتفع الاثر اذ يلزم الخلف لكن يمكن أن يقال: ان الحاكم ولى الممتنع ففى فرض الامتناع يتصدى الحاكم بنفسه و أما اكراه الغير فلا أثر له و أما فى غيره فلا مثلا اداء الحق اذا كان بتشخيص الكلى فى فرد منه على نحو الاكراه لا يتشخص فان التشخيص لا بد أن يكون صادرا عن يده

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب،

الامر و مع الاكراه يكون لغوا فلاحظ.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعل الماتن في أمره بالتأمل ناظر الى منع جريان الاصل العقلائي في صورته الاكراه و يمكن أن يكون ناظرا الى أن تحقق القصد مع الاكراه لا أثر له.

«قوله قدس سره: فرع و لو أكرهه على بيع واحد غير معين ...»

اذا كان المراد ان البيع يقع على عنوان احدهما يكون الاكراه على أمر غير مشروع فلو باع كليهما أو باع احدهما المعين أو نصف احدهما يكون العقد صحيحا لانه غير مكره عليه و أما ان كان المراد من العبارة ان الاكراه تعلق بواحد بحيث يكره أن يختار احدهما و يسعه كما هو ليس ببعيد فلو باع كليهما يكون العقد صحيحا لعدم تعلق الاكراه به.

و بعبارة اخرى: لا يصدق عنوان الاكراه على المجموع فلا بد من الالتزام بالصحة و أما لو باع احدهما المعين بعنوان انه مكره عليه يكون باطلا- للا-كراه فلو باع الفرد الثاني يكون صحيحا لعدم تعلق الا-كراه به و أما لو باع نصف احدهما فان كان اكراه المكره بالكسر يشمله أى كان امره بالبيع مطلقا بحيث كان المكره بالفتح مختارا في بيع عبد من عبيد دفعه أو تدريجا و كان بيع النصف من باب العمل بأمر المكره يكون بيعه فاسدا لانه وقع مكرها عليه.

«قوله قدس سره: مع احتمال الرجوع إليه»

لا- مجال لهذا التقريب اذ بعد البيع الاول لا موضوع للاكراه و ان شئت قلت: البيع الاول إما يقع بعنوان انه مكره عليه و إما يقع بالرضا و الاختيار و على كل تقدير يكون البيع الثاني صحيحا أما

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٠

على الاول فظاهر اذ المفروض انه ليس مصداقا

للمكره عليه و أما على الثانى فلانه بعد وقوع البيع الاول لا اكراه من قبل المكره فلا يكون البيع الثانى اكرهيا فيكون صحيحا.

«قوله قدس سره: نظر»

لعله قدس سره ناظر الى أن المقام داخل فى كلى ما لا يعلم الا من قبله فقوله حجه و من ناحيه اخرى ان الظاهر ان بيعه باختياره و ارادته.

و الذى يختلج بالبال أن يقال: ان الاكراه اذا كان شاملا لبيع النصف يكون الظاهر ان بيعه اكرهى فيكون باطلا و الله العالم.

بقى شىء و هو انه لو باع احدهما لا- على التعيين فهل يمكن تعيينه بالقرعه أم لا؟ الظاهر هو الثانى فانه ليس فى ادله القرعه ما يمكن أن يستدل به على جريان القرعه فى كل مورد حتى فيما لا واقع له كالمثال الذى تقدم ذكره و عليه يكون بيع احدهما لا على نحو التعيين باطلا.

و بعبارة اخرى: اجراء القرعه فيما لا واقع له أمره على خلاف القاعده الاولى و يحتاج الى دليل شرعى و الظاهر انه لا يكون فى نصوص القرعه ما يشمل بإطلاقه أو عمومه كل مورد لا يكون له واقع نعم قد وردت فى نصوصها ما يختص بجمله من الموارد الخاصه و تفصيل الكلام موكول الى بحث القرعه.

**[بقى الكلام فيما وعدنا ذكره]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: بقى الكلام فيما وعدنا ذكره»

قد تعرض الشيخ قدس سره: لجمله من الفروع و ينبغى التعرض لكل واحد منها مستقلا و ذكر ما يكون قابلا للاستناد إليه

**الفرع الاول: انه لو اكره على الطلاق**

فطلق ناويا للطلاق مع قدرته على

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧١

التفصلى بالتوريه أو بعدم القصد فعن المسالك احتمال كون الطلاق فى هذه الصورة باطلا.

و ما أفاده الشهيد تام اذ كل عقد و ايقاع مركب من الاعتبار النفسانى و ابراز ذلك الاعتبار بمبرز خارجى من قول أو فعل هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى المستفاد من دليل الرفع ان ما يصدر عن المكلف بالاكراه لغو و كالعدم فالانشاء الصادر عن اكراه بلا أثر فيكون الطلاق فاسدا فعلى هذا الاساس كل عقد أو ايقاع يكون اكرهيا يكون فاسدا بأى نحو يقع اذ الابرز الاكراهى فى حكم عدم الابرز و العقد أو الايقاع اذا لم يكن مع المبرز لا- أثر له و هذا جار فى جميع العقود و الايقاعات فليكن هذا فى

ذهنك لعله ينفعك فيما يأتي من المباحث.

### **الفرع الثاني: أن يكون الطلاق الناشئ من الاختيار مقترنا بالاكراه**

و لا اشكال في صحته اذ المفروض انه لا يكون اكرهيا بل يقارن مع الاكراه و لا اثر للتقارن.

### **الفرع الثالث: أن يكون الاكراه جزء للسبب و الجزء الاخر الرضا**

أفاد سيدنا الاستاد قدس سره بأن الطلاق في هذه الصورة باطل لعدم صدور الطلاق عن الإرادة و الرضا.

و يرد عليه انه لو لم يصدق عليه انه اكرهى لا يكون وجه لفساده اذ المفروض انه صدر عن اختياره و ارادته و لا مقتضى لازيد من هذا المقدار.

### **الفرع الرابع: أن يكون كل من الرضا و الاكراه عله تامه**

بحيث يكون كل واحد منهما مقتضيا لتحقيق الطلاق و الحق في هذا الصورة صحة الطلاق.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٢

و ربما يقال: كما عن الميرزا النائيني بأن المفروض توارد علتين على معلول واحد و مع التعدد لا يؤثر كل منهما في معلول واحد فالمعلول منسوب إليهما.

و أجاب سيدنا الاستاد عن الاشكال بأن المقام داخل في تعارض المقتضى و ما لا اقتضاء له فان الاكراه لا يقتضى الفساد بل لا اقتضاء له و أما الرضا فهو يقتضى الصحة فالتأثير لمقتضى الصحة فلا وجه للبطلان.

و هذا الجواب لا- يكون جوابا للميرزا اذ هو لا يدعى ان الاكراه يقتضى الفساد بل يدعى ان العقد مركب من سببين الرضا و الاكراه فلا استقلال لاحدهما.

و الحق في الجواب أن يقال: ان كل عقد أو ايقاع يكون صادرا عن الإرادة و الاختيار يكون صحيحا الا أن يكون اكرهيا و المفروض ان المقام لا يكون داخلا تحت الايقاع الاكرهى فيصح.

### **الفرع الخامس أن يكون الاكراه سببا لتوطين النفس على الطلاق**

بأن يخيل المكره بالفتح ان الحذر و الفرار عن المكره بالكسر لا يتحقق الا بتحقيق الطلاق حقيقه فيقصد الطلاق. و ان شئت قلت:

الاكراه سبب للقصد الى الطلاق حقيقه فيكون الاكراه أسبق علل الطلاق.

و الحق في هذه الصورة هو البطلان لانه يصدق انه اكرهى فيكون باطلا- الا- أن يقال: ان الحكم تابع للموضوع الواقعي لا للموضوع الخيالي و المفروض ان المطلق تخيل انه مكره فقصد الطلاق حقيقه فلا- وجه للبطلان، لكن لقائل أن يقول: انه لا

اشكال فى أن تصديه للطلاق اكراهى فىكون باطلا فلاحظ.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٣

### [رضا المكروه بما فعله]

#### اشاره

«قوله قدس سره: ثم المشهور بين المتأخرين انه لو رضى المكروه بما فعله صح»

قد وقع الخلاف بين الاصحاب فى أن المكروه اذا رضى بما فعله هل يقتضى صحه ما صدر عنه أم لا؟

#### و قد ذكر فى تقريب عدم التأثير وجوه:

### الوجه الأول: ان الرضا بالعقد مأخوذ فى مفهوم العقد

فاذا لم يكن الرضا متحققا لم يتحقق عقد كى يصح أو لا يصح.

و أورد فيه بأنه لا شاهد على هذه الدعوى مضافا الى أنه يلزم أن لا يصح العقد الفضولى بالاجازه و أيضا يلزم أن لا يصح العقد الاكراهى فيما يكون الاكراه بحق.

و لا يخفى ان العمده الاشكال الاول و أما كون الاجازه فى الفضولى موجبا للصحه فهو مستفاد من النص كما نتعرض له إن شاء الله تعالى و أما الاكراه بحق فلا ندرى المراد منه فان الحاكم الشرعى ولى الامر و مع امتناع من عليه الحق يتصدى بنفسه للعقد و لا تصل النوبه الى الاكراه.

و بعباره اخرى: لا يتحقق الاكراه الا بالتوعيد و هل يجوز للحاكم أن يوعد الممتنع عن العقد بالضرب و أمثاله و ان شئت قلت: الحاكم ولى الممتنع فاذا لم يمتنع فلا موضوع للاكراه كما هو واضح و أما مع الامتناع فوظيفه الحاكم التصدى للامر بنفسه فلا مجال للاكراه.

### الوجه الثانى: ان الرضا المقارن مع العقد مأخوذ فى صحته

و المفروض عدمه فلا يصح و لو مع الرضا المتأخر. و قال سيدنا الاستاد قدس سره فى هذا المقام: ان الرضا متحقق غاية الامر نلتزم بالصحه من حين تحقق الرضا.

و يرد عليه ان المستفاد من قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» انه يشترط فى جواز تملك مال الغير تحقق التجاره التى

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٤

تكون ناشيه عن الرضا و من الواضح ان البيع الا-كراهى لا يكون كذلك فيكون باطلا و الشىء لا ينقلب عما هو عليه و هذا التقريب تام فان المستفاد بحسب الفهم العرفى انه لا بد فى تملك مال الغير من التجاره الناشيه عن تراض و المفروض ان هذا المعنى غير متحقق فى عقد

المكره.

ولا اشكال فى أنه يستفاد الحصر من الآيه بلا فرق بين كون الاستثناء متصلا أو منقطعا أما على الاول فظاهر و أما على الثانى فلان المولى فى مقام بيان الضابط الكلى فمقتضى الاطلاق المقامى الحصر.

ولسيدنا الاستاد قدس سره كلام فى المقام و هو: ان العقد بالمعنى المصدري و ان تحقق سابقا و انعدم و لم يكن ناشيا عن الرضا و لكن بمعنى اسم المصدر يكون باقيا و يكون ناشيا عن الرضا.

و ما أفاده من غرائب الكلام اذ يرد عليه أولا: انه كيف يمكن أن يكون المصدر فانيا و زائلا و اسم المصدر يكون باقيا فان اسم المصدر تابع للمصدر حدوثا و بقاء و ثانيا: انه لو سلمنا بقاءه لكن لا يكون متعددا بحيث يكون فى كل زمان تجاره غير ما تحقق سابقا كى يكون ناشيا عن الرضا.

### الوجه الثالث: حديث الرفع

فانه يقتضى فساد العقد الاكراهى و مقتضى اطلاق الحديث عدم ترتب الاثر على الرضا المتأخر و على الجملة: مقتضى حديث الرفع ان العقد الاكراهى وجوده كالعدم و عليه لا مجال لان يصح بعد ذلك.

و قال سيدنا الاستاد: ان مقتضى حديث الرفع ان العقد ما دام يكون اكراهيا لا يكون مؤثرا و أما بعد تبدل اكراهه بالرضا فلا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٥

وجه للفساد بل القاعده تقتضى الصحه مضافا الى أن حديث الرفع متعرض لحكم امتنانى و من الظاهر ان رفع الاثر ما دام وجود الكراهه موافق للامتنان و أما الحكم بالفساد بعد تبدل الكراهه بالرضا فيكون خلافا للامتنان فلا بد فى الالتزام بالفساد من الاقتصار بمقدار يكون الكراهه موجوده و أما بعد رفع الكراهه فيلزم الحكم بالصحه لان رفع الاثر بعد ارتفاع الكراهه



خلاف الامتنان.

و يرد عليه أن المفروض ان ما تحقق و صدر عن المكره عقد واحد و أيضا المفروض كونه اكرهيا و من ناحيه اخرى الشىء لا ينقلب عمّا هو عليه فكيف يمكن الحكم بالصحة مع كون الصادر اكرهيا و ان شئت قلت: يمكن للمكره أن يعقد عقدا جديدا مقارنة للرضا و أما العقد الصادر عن الاكراه فلا يمكن أن يصير عقدا مقارنة للرضا فلاحظ.

«قوله قدس سره: اللازم منه عدم كون عقد الفضولى»

عقد الفضولى لا يكون ملازما مع عدم رضى المالك بل اللازم فى عقد الفضولى عدم انتساب العقد الى المالك فلا تغفل.

«قوله قدس سره: و يؤيده فحوى صححه عقد الفضولى»

قياس المقام بعقد الفضولى مع الفارق فان العقد الفضولى غير منتسب الى المالك و بالاجازة ينتسب إليه فكأنه يعقد حين الاجازة و فى المقام العقد صادر عن نفس المالك فالانتساب إليه مفروض مضافا الى الاشكال فى العقد الفضولى و نتعرض له إن شاء الله تعالى عن قريب نعم العقد الفضولى يصح بالاجازة اللاحقه بمقتضى النص الخاص و لكن لا يستفاد من تلك الروايه حكم المقام لا بالفحوى و لا بغير الفحوى.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٦

«قوله قدس سره: و لا حصر»

قد ظهر مما تقدم انه يستفاد الحصر من الآيه الشريفه بالتقريب الذى ذكرناه فراجع.

«قوله قدس سره: و هذا حق له لا عليه»

نعم هذا حق له و لكن مقتضى لاحقاق هذا الحق و ان شئت قلت:

ثبوت هذا الحق يحتاج الى الدليل فى مقام الاثبات و لا دليل عليه بل الدليل قائم على خلافه اذ قد ذكرنا ان مقتضى اطلاق حديث الرفع فساد العقد الاكراهى حتى بعد الرضا. و بعبارة واضحة:

العقد الصادر عن اكراه لا

أثر له و المفروض عدم تحقق عقد جديد فلاحظ.

«قوله قدس سره: نعم قد يلزم الطرف الاخر»

لا- وجه لهذا الالتزام أصلاً أما على مسلكنا من عدم ترتب الصحة على الرضا اللاحق فظاهر و أما على القول الاخر و هو تحقق الصحة بالرضا المتأخر فلان المستفاد من دليل وجوب الوفاء للزوم الوضعي و للزوم فرع الصحة و المفروض ان العقد الاكراهي قبل تعلق الرضا به لا يكون صحيحاً فلا مجال لان يقال ان العقد يلزم من الطرف الاخر فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان ما ذكرنا واضح على القول بكون الرضا ناقلاً»

اذ قبل الرضا لا يكون الطرف مالكا فلا مؤاخذه و لا الزام بالنسبه الى المكره بالفتح.

«قوله قدس سره: بعد التأمل»

اذ لا اشكال في أن الملكيه للطرف تتوقف على الرضا المتأخر

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٧

و لو على القول بالنقل فلا فرق بين النقل و الكشف من هذه الجبهه.

«قوله قدس سره: لان الاكراه مأخوذ فيه بالفرض»

الحق انه لا موضوع لهذه المقاله و لا مجال لها فان السببيه لا تتصور في الاحكام الشرعيه بل الصحيح فيها الحكم و الموضوع و المفروض ان الشارع الاقدس لم يرتب حكمه على العقد الاكراهي على الاطلاق فلا يبقى مجال للرضا المتأخر و لا اثر له.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعله اشاره الى أن الشارع يمكنه سلب الاثر الناقص أيضا فكما انه يمكن له أن ينفى الاثر التام و يقول لا يكون البيع الاكراهي سببا مستقلا كذلك يمكنه أن يقول العقد الاكراهي لا يكون جزءا للسبب أو يكون اشاره الى ما ذكرنا فلاحظ.

«قوله قدس سره: كما سيجيء في مسأله الفضولي»

لا مجال لان يستفاد حكم المقام من مسأله الفضولي فان الانتساب الى المالك متحقق

من أوّل الامر فى المقام و أما فى مسأله الفضولى فلا انتساب الى المالك قبل الاجاره فلا جامع بين المقامين.

«قوله قدس سره: و ربما يدعى ان مقتضى الاصل هنا و فى الفضولى هو الكشف»

هذه الدعوى تامه فان الاجازه و الرضا قابلتان لان تعلقا بالمتقدم فاذا فرض ان المجاز متحقق من السابق فالاجازه تابعه له فالكشف على طبق القاعده.

«قوله قدس سره: و فيه ان مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه بل نفس النقل»

اقول: لا يمكن مساعدته فان الاهمال غير معقول فى الواقع

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٨

فلا بد من اليقين بنحو من الانحاء و الظاهر ان النقل يتحقق من حين الانشاء و من حين العقد و ان شئت قلت: العقود تابعه للقصد و الامضاء الشرعى تابع لما قصد و الا يلزم ان ما قصده لم يقع و ما وقع لم يقصد و حيث ان الانشاء من حين العقد فالامضاء الشرعى يمضيه من ذلك الزمان أيضا.

«قوله قدس سره: و لذلك كان الحكم بتحقيق الملك بعد القبول»

مقتضى القاعده ان الملكيه تحصل من زمان الايجاب لكن يمكن أن يقوم دليل على حصول الملكيه من زمان القبول أو من زمان القبض.

«قوله قدس سره: و لا معنى لتخلف زمانه»

لا اشكال فى عدم التخلف و لكن حكم الشارع على طبق الرضا المتأخر و المفروض ان الرضا يتعلق بالامر المتقدم فالملكيه الشرعيه تتحقق من زمان العقد فلاحظ.

«قوله قدس سره: فلاحظ مقتضى فسخ العقد»

القياس مع الفارق فان الفسخ حل العقد من الحين لكن الاجازه اثبات العقد من ذلك الزمان فلا مجال لقياس احد المقامين بالمقام الاخر.

«قوله قدس سره: ثم على القول بالكشف هل للطرف»

قد تقدم منا تحقيق هذا الامر و

قلنا لا اشكال فى أنه يجوز له رفع اليد و التعبير بالفسخ مسامحى.

**[مسأله و من شرائط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: من اللزوم»

بل من الصحه فان اللزوم فرع الصحه و بيع الفضولى قبل الاجازة غير صحيح.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٩

«قوله قدس سره: لعله فى غير محله»

كأنه اعترض عليه بأنه اذا كان عقد الفضولى لفقدانه الشرط فاسدا فكيف يتوقف على الاجازة و هذا الاعتراض لعله فى غير محله لان المقصود من الفساد انه بلا اجازة المالك لا يترتب عليه الاثر فلا وجه للاعتراض.

**[الكلام فى عقد الفضولى]**

**[المراد بالفضولى]**

«قوله قدس سره: و لعله تسامح»

لا وجه للتسامح فان العقد الصادر عن الفضولى غير صادر عن أهله و لا واقع فى محله فالعقد أيضا فضولى.

**[هل العقد المقرون برضا المالك من دون إذن منه فضولى]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: فالظاهر شموله لما اذا تحقق رضا المالك»

وقع الكلام فى أن مجرد الرضا الباطنى هل يكفى للصحه أم لا؟

و الكلام تاره فى مقتضى القاعده الاولى و اخرى فيما يستفاد من النص الخاص فيقع الكلام فى مقامين أما

**المقام الأول [مقتضى القاعده الأولى]**

فبقول:

مقتضى النصوص الداله على بطلان بيع غير المالك بطلان البيع الصادر عن غير المالك و لو مع رضاه الباطنى.

منها ما رواه سليمان بن صالح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف و بيع و عن بيعين فى بيع و عن بيع ما ليس عندك و عن ربح ما لم يضمن «١».

و منها ما رواه الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آباءه فى مناهى النبى صلى الله عليه وآله قال: و نهى عن بيع ما ليس عندك و نهى عن بيع و سلف «٢».

---

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب أحكام العقود الحديث ٢.

(٢) عين المصدر الحديث ٥.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٠

و منها ما رواه محمد بن القاسم بن الفضيل قال سألت أبا الحسن الاول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأه من آل فلان بعض قطائعهم و كتب عليها كتابا بأنها قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيهما المال أم يمنعها؟ قال: قل له ليمنعها اشد المنع فإنها باعته ما لم تملكه «١».

ان قلت مقتضى اطلاق قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»

صحه البيع الذى يكون مقرونا برضا المالك فان النسبه بين الآيه الشريفه و النص عموم من وجه فان ما به الافتراق من ناحيه الآيه صورته كون البيع صادرا عن المالك و ما به الافتراق من ناحيه النص صورته

صدور البيع عن غير المالك بدون رضا المالك و ما به الاجتماع صورته صدور البيع عن غير المالك مع رضاه فيقع التعارض بين الجانيين و الترجيح مع الكتاب فان ما خالفه يضرب على الجدار.

قلت: الظاهر من الآيه الشريفه ان السبب المملك منحصر في التجاره الناشيه عن رضا المالك فلا يكفى المقارنه الا أن يقال: انه يمكن فرض كون التجاره ناشيه عن رضا المالك مع عدم تصديه للعقد بأن يطلع غير المالك على رضا المالك بالبيع فيقدم به فانه يصح أن يقال: ان البيع الكذائي نشأ عن رضا المالك و العرف ببابك.

اللهم الا- أن يقال ان الآيه الشريفه منصرفه الى خصوص البيع الصادر عن نفس المالك و بعبارة واضحة: يلزم أن يكون العقد منتسبا إليه و أما مع عدم الانتساب فلا يصح هذا تمام الكلام في المقام الأول.

و أما

### المقام الثاني [فيما يستفاد من النص الخاص]

فنقول: ربما يستدل بخبرين مرويين عن المعصوم على صحة العقد الصادر عن غير المالك اذا كان مقارنا مع رضاه احدهما ما ارسله الطبرسي عن محمد بن عبد الله بن جعفر

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ٢.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨١

الحميري انه كتب الى صاحب الزمان عليه السلام ان بعض أصحابنا له ضيعه جديده بجنب ضيعه خراب للسلطان فيها حصه و اكرته ربما رزءوا و تنازعوا في حدودها و تؤذيهم عمال السلطان و تتعرض في الكل من غلات ضيعه و ليس لها قيمه لخرابها و انما هي باثره منذ عشرين سنه و هو يتجرح من شرائها لانه يقال ان هذه الحصه من هذه الضيعه كانت قبضت من الوقف قديما للسلطان فان جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صونا و

صلاحه و عماره لضعيته و انه يزرع هذه الحصة من القرية البائره يفضل ماء ضيعته العامره و ينحسم عن طمع أولياء السلطان و ان لم يجر ذلك عمل بما تأمره به ان شاء الله، فأجابه عليه السلام: الضيعه لا يجوز ابتياعها الا من مالکها او بأمره أو رضا منه «١».

و المستفاد من هذه الروايه بالصراحه كفايه رضا المالك في صحه العقد و لكن سند الروايه مخدوش بالارسال.

ثانيهما: ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: سأله رجل من أهل النيل عن ارض اشتراها بفم النيل و أهل الارض يقولون: هي أرضهم و أهل الاسنان يقولون هي من ارضنا فقال لا تشتريها الا برضا اهلها «٢».

فان المستفاد من الحديث انه يكفي رضا المالك و هذه الروايه تامه سنداً لكن لا تدل على المطلوب فان المستفاد من الحديث ان رضا المالك مقوم لصحه البيع لا أنه يكفي مجرد رضاه و بعباره اخرى هذا استثناء من النفي كقوله لا صلاه

---

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ٨.

(٢) عين المصدر الحديث ٣.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٢

الا بفاتحه الكتاب أو لا صلاه الا بطهور فان المستفاد من الجملة اشتراط الصلاه بالفاتحه و بالطهاره لا أن الصلاه تتحقق بالفاتحه فقط أو الطهور فقط و على الجملة: المستفاد من الحديث في المقام ان رضا المالك شرط في البيع فلاحظ.

«قوله قدس سره: لعموم الوفاء بالعقود»

لا- مجال للاستدلال على المدعى بدليل وجوب الوفاء فان الامر بالوفاء ارشاد الى اللزوم و دليل اللزوم لا يمكن أن يكون دليلاً على الصحه و بعباره اخرى: اللزوم حكم مترتب على العقد الصحيح فلا يمكن

دليلا على أصل الصحه.

«قوله قدس سره: و قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»

قد ظهر مما تقدم ان المستفاد من الآية الشريفه ان السبب المملك منحصر بالتجاره الصادره عن المالك فلا اثر للتجاره الصادره عن غير المالك و لو كان المالك راضيا.

«قوله قدس سره: و لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه»

لو فرض كون سند الحديث تاما لا يبعد أن يكون المستفاد منه بحسب الفهم العرفي التصرفات الخارجيه و على فرض الاغماض عن هذه الجهه أيضا لا يبعد أن يكون الظاهر من الحديث تصرف نفس المالك فلا يشمل تصرف الغير في مال الاخر.

«قوله قدس سره: و ما دل على علم المولى»

لاحظ ما رواه معاويه بن وهب قال: جاء رجل الى أبي عبد الله عليه السلام فقال: انى كنت مملوكا لقوم و انى تزوجت امرأه حره بغير اذن موالى ثم اعتقونى بعد ذلك فاجدد نكاحى اياها حين

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٣

اعتقت؟ فقال له: أ كانوا علموا أنك تزوجت امرأه و انت مملوك لهم؟ فقال: نعم و سكتوا عني و لم يغيروا عليّ قال: فقال: سكتوهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت على نكاحك الاول «١».

و لاحظ ما رواه أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام فى حديث المكاتب قال: لا يصلح له أن يحدث فى ماله الا الاكله من الطعام و نكاحه فاسد مردود قيل: فان سیده علم بنكاحه و لم يقل شيئا فقال: اذا صمت حين يعلم ذلك فقد أقر قيل فان المكاتب عتق أ فترى يجدد نكاحه أم يمضى على النكاح الاول؟ قال: يمضى على نكاحه «٢».

و لاحظ ما رواه الحسن بن زياد الطائى قال: قلت لابي



عبد الله عليه السلام: أتى كنت رجلا مملوكا فتزوجت بغير اذن مولاي ثم اعتقني الله بعد فاجدّ النكاح؟ قال: فقال: علموا أنّك تزوجت؟

قلت نعم قد علموا فسكنوا و لم يقولوا لي شيئا قال ذلك اقرار منهم انت على نكاحك «٣».

فان الاستفادة من هذه النصوص ان نفس سكوت المولى امضاء لعقد العبد. و يرد عليه أولا: انه لا وجه للقياس بين المقامين فان العبد تزوج لنفسه غايه الامر يحتاج تزويجه الى اذن وليه و في المقام يبيع الاجنبي مال غيره الا أن يقال كلا المقامين مشتركان في كون العقد فضوليا محتاجا الى اذن الغير.

و ثانيا: ان الاستفادة من النصوص المشار إليها كفايه السكوت عن الاجازه و في المقام الكلام في كفايه مجرد الرضا عن الاذن.

---

(١) الوسائل الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

(٣) عين المصدر الحديث ٣.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٤

و ثالثا: ان الاستفادة من هذه النصوص حكم خاص في اطار مخصوص فلا- وجه لتسريه الحكم الى غير ذلك المورد و لعل النكاح بلحاظ كونه أمرا مهما يختص بأحكام خاصه فلا وجه لاسراء حكمه الى غير مورد النكاح.

«قوله قدس سره: و روايه عروه البارقي»

يرد عليه أولا: ان الحديث ضعيف سندا و ثانيا: انه يمكن ان عروه كان مأذونا عن النبي صلى الله عليه و آله في تلك البيوع فيكون بيعه خارجا عن الفضولي فلاحظ.

«قوله قدس سره: هذا مع ان كلمات الاصحاب»

لا اثر لكلماتهم فان غايته الاجماع و لا أثر له للقطع بكونه مدركيا و لا اقل من احتمال.

«قوله قدس سره: لكن ليس كل فضولي»

الامر دائر بين كفايه الرضا و خروج العقد به عن الفضولي و

توقفه على الاجازه و قد تقدم عدم كفايه الرضا الباطنى فلا اشكال فى التوقف على الاجازه.

«قوله قدس سره: كما هو احد الاحتمالات فيمن باع»

الكلام فيه هو الكلام فلاحظ.

### [المشهور الصحه]

#### اشاره

«قوله قدس سره: و المشهور الصحه»

**ما يمكن أن يقال فى تقريب تماميته وجوه**

#### الوجه الأول: الشهره الفتوائيه.

و فيه انه قد ثبت فى الاصول عدم كون الشهره الفتوائيه حجه.

#### الوجه الثانى: الاصل

بتقريب: انه نشك فى اشتراط مقارنه العقد مع الرضا و الاصل عدمه. و يرد عليه أولا: انه لا مجال للاصل

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٥

مع الدليل الاجتهادى و مقتضى ظاهر قوله تعالى «تِجَارَةٌ عَنْ تِجَارٍ»

كما مرّ ان السبب الوحيد لجواز تملك مال الغير صدور التجاره الناشيه عن الرضا عن المالك و المفروض عدم تحقق العقد بهذا النحو و ان المالك لم يبع

و ثانيا: ان الاصل العملى لا مجال له فى الامور الوضعيه فان غايه ما يستفاد من الاصل أى استصحاب عدم الاشتراط ان الشارع الاقدس لم يشترط الشرط الفلانى و لا يترتب على الاستصحاب المذكور الاطلاق الا على القول بالمشيت الذى لا نقول به.

#### الوجه الثالث: حديث العروه بن جعد البارقى

قال: قدم جلب فاعطاني النبي صلى الله عليه وآله دينار فقال اشتر بها شاه فاشترت شاتين بدينار فلحقني رجل فبعت احدهما منه بدينار ثم أتيت النبي صلى الله عليه وآله بشاه و دينار فرده عليّ و قال: بارك الله لك في صفقه يمينك و لقد كنت اقوم بالكناسه أو قال بالكوفه فاربح في اليوم اربعين ألفا «١».

بتقريب ان عروه كان مأذونا و وكيلا- في اشتراء شاه و اشتراء شاتين ثم بيع إحدهما من الاخر فضولي و النبي صلى الله عليه وآله امضى ما فعله و ارتكبه فيكون الحديث دليلا على صحه الفضولي.

و فيه ان الحديث ضعيف سندا فلا يكون قابلا للاستناد مضافا الى انه قضيه شخصيه و لا ندرى ما وقع بينه و بين النبي صلى الله عليه وآله و آله و الا- كيف لم يعترض عليه النبي صلى الله عليه وآله في ارتكابه خلافا للشرع اذ لو كان فضوليا كان تصرفه في الشاتين تصرفا

فى مال الغير ثم تصرفه فى ثمن الشاه المشتره حرام أيضا فان الفضولى كالمغاصب.

(١) مستدرىك الوسائل ج ١٣ الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٦

### الوجه الرابع: اطلاق دليل صحه التجاره عن تراض

المستفاد من قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (١).

بتقريب ان مقتضى الاطلاق كفايه تحقق العقد و تحقق الرضا و المفروض تحققهما. و فيه انه قد مر ان المستفاد من الآيه و الروايه لزوم كون العقد صادرا عن المالك ناشيا عن الرضا و المفروض انتفاء كلا الامرين فى الفضولى و لا اقل من احدهما اذ لا اشكال فى أن العقد لا يصدر عن المالك فى العقد الفضولى.

ان قلت: ان العقد و ان صدر عن غير المالك حدوثا و لكن الاجازه توجب انتساب العقد الصادر عن غير المالك الى المالك فكأن المالك باجازه للعقد الصادر باع ملكه من زمان العقد فالتجاره صادرة عن المالك ناشيه عن الرضا.

قلت: المفروض ان العقد صادر عن غير المالك و من الظاهر ان الشىء لا ينقلب عما هو عليه غايه الامر ان المالك رضى بما صدر عن غيره و مقتضى اطلاق دليل المنع عن بيع مال الغير عدم تأثير الاجازه اللاحقه كبقية الشروط مثلا بمقتضى الدليل البيع الغررى باطل و مقتضى اطلاقه كونه فاسدا و لو مع ارتفاع الغرر بقاء.

و ببيان واضح: ان البيع عباره عن الاعتبار النفسانى و ابراز ذلك الاعتبار بمبرز خارجى و كلا الامرين من الامور التكوينييه و كيف يمكن انتساب الامر التكوينى الصادر عن واحد الى شخص آخر فانه أمر غير معقول.

(١) النساء / ٢٩.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٧

### الوجه الخامس: قوله تعالى «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١)

بتقريب ان الاجازه اللاحقه توجب انتساب البيع السابق الى المجيز و بعد الانتساب و صيروره البيع بيعا للمالك يصح بمقتضى حليه البيع. و الكلام فيه هو الكلام طابق النعل بالنعل.

## الوجه السادس: قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ٢»

بتقريب ان الخطاب فى الآيه الشريفه الى الملاك و المالك بعد اجازته للعقد الفضولى يصير فى زمره المخاطبين اذ بالاجازه يستند العقد الذى وقع فضوليا الى المالك فيشملة خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و يرد عليه ما اوردناه آنفا و قلنا المفروض ان العقد صدر عن غير المالك هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى الشئ لا ينقلب عما هو عليه فالبطالان على القاعده.

و صفوه القول: ان العقد الصادر عن غير المالك لا يزول عنه هذا العنوان غايته يصير مرضيا به و أما الانتساب الى المالك فلا و كيف يمكن أن يصدق صدوره عن المالك و الحال ان العقد مركب من الامور التكوينييه و الامر التكويني الصادر عن شخص لا يستند الى شخص آخر بالاجازه.

مضافا الى أن دليل وجوب الوفاء دليل للزوم العقد و لا يكون دليلا للصحة فلا مجال للاستدلال به عليها.

و تقريب المدعى ان الاهمال غير معقول فى الواقع هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى لا ريب ان فسخ العقد لا يكون حراما تكليفيا فيكون ايجاب الوفاء ارشادا الى لزوم العقد و ان الفسخ لا يؤثر فلا بد من فرض وجود عقد فى الرتبته السابقه كى يتعلق به الفسخ و هذا

---

(١) البقره / ٢٧٥.

(٢) المائده / ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٨

العقد الذى يكون موضوعا للفسخ اما مطلق العقد أى أعم من الصحيح و الفاسد أو خصوص الصحيح أما الاطلاق فلا يمكن اذ كيف يمكن أن يحكم الشارع بلزوم العقد الفاسد فيكون المراد بالعقد

خصوص الصحيح فلا مجال لان يكون دليل وجوب الوفاء دليلا على الصحة.

ان قلت: اذا حكم الشارع بلزوم عقد يفهم بالملازمه ان ذلك العقد صحيح. قلت: اذا كانت القضية خارجيه يتم التقريب المذكور و أما ان كانت القضية على نحو القضية الحقيقيه كما هو كذلك فلا مجال لهذا البيان لان مرجع القضية الحقيقيه الى الشرطيه و التالى فى الشرط لا يكون متعرضا لتحقق المقدم و عدمه بل يترتب عليه على تقدير وجوده و لا يترتب على تقدير عدم وجوده فلا بد من فرض وجود العقد صحيحا كى يترتب عليه الحكم باللزوم.

### الوجه السابع: اخبار التحليل

لاحظ ما روى عن أبى جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين على بن أبى طالب عليه السلام: هلك الناس فى بطونهم و فروجهم لانهم لم يؤدوا إلينا حقنا الا و ان شيعتنا من ذلك و آباءهم فى حل «١».

و لاحظ ما رواه ابن مهزيار قال: قرأت فى كتاب لابی جعفر عليه السلام من رجل يسأله أن يجعله فى حلّ من مأكله و مشربه من الخمس فكتب بخطه: من أعوزه شىء من حقى فهو فى حلّ «٢».

و لاحظ ما رواه الكناسى قال: قال أبو عبد الله عليه السلام أ تدرى من أين دخل على الناس الزنا فقلت: لا ادرى فقال: من قبل خمسننا اهل البيت الا لشيعتنا الاطيين فانه محلل لهم و لميلادهم «٣».

---

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الانفال الحديث ١.

(٢) نفس المصدر الحديث ٢.

(٣) نفس المصدر الحديث ٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٩

بتقريب ان ما يصل من حق الامام عليه السلام بالبيع و الشراء الى الشيعه من قبل المخالفين يكون حلالا- لهم فيكون البيع الفضولى جائزا بالاجازه.

وفيه: ان اخبار

التحليل على قسمين احدهما ما يدل على عدم وجوب الخمس على الشيعة كالحديث المروى عن أمير المؤمنين عليه السلام و هذا القسم لا- يرتبط بالمقام بل الاستفادة منه عدم وجوب الخمس على الشيعة و يعارض هذا القسم ما يدل على الوجوب و الترجيح مع دليل الوجوب و تفصيل الكلام موكول الى كتاب الخمس راجع ما ذكرناه في هذا المقام في كتاب الخمس من مباني منهاج الصالحين.

ثانيهما: ما يدل على حليه ما وصل الى الشيعة من حقهم عليهم السلام لاحظ ما رواه يونس بن يعقوب قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فدخل عليه رجل من القمطين فقال: جعلت فداك تقع في أيدينا و الاموال و الارباح و تجارات نعلم ان حقك فيها ثابت و انا عن ذلك مقصرون فقال أبو عبد الله عليه السلام: ما أنصفناكم ان كلفناكم ذلك اليوم «١».

فان الاستفادة من الحديث انه ربما يعلم بوجود حق الامام عليه السلام فيما يصل إليه بالتجاره و الامام عليه السلام أجاب بالتحليل و عدم البأس و هذا القسم أيضا لا يرتبط بمسأله الفضولي بل الاستفادة منه ان التصرف في حقه جائز و الشيعة في حل من قبلهم.

### **الوجه الثامن: النصوص الداله على جواز الفضولي في النكاح**

لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام انه سأله عن رجل زوّجته أمه و هو غائب قال: النكاح جائز ان شاء المتزوج

---

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الانفال الحديث ٦.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٠

قبل و ان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه «١».

و لاحظ ما رواه ابو عبيده قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جاريه زوّجهما وليان لهما و هما غير مدركين قال:

فقال:

النكاح جائز إيهما أدرك كان له الخيار فان ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر الا أن يكونا قد أدركا و رضيا قلت: فان أدرك احدهما قبل الاخر قال: يجوز ذلك عليه ان هو رضى قلت: فان كان الرجل الذى أدرك قبل الجارية و رضى النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أ ترثه قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف بالله ما دعاها الى أخذ الميراث الا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر قلت: فان ماتت الجارية و لم تكن أدركت أ يرثها الزوج المدرك؟ قال: لا لان لها الخيار اذا أدركت قلت: فان كان أبوها هو الذى زوّجها قبل أن تدرك قال: يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام و المهر على الأب للجارية «٢».

بتقريب ان النكاح الفضولى اذا صح مع الاجازه اللاحقه مع كون النكاح أهم يجوز البيع الفضولى بالاجازه بالاولويه.

و فيه انه لا- اشكال فى كون النكاح أهم من البيع و لكن الاولويه المدعاه ممنوعه اذ يمكن ان الشارع الاقدس وسّع الامر فى النكاح لسد باب الفجور و الزنا فهذا الوجه أيضا لا يثبت المدعى.

### الوجه التاسع: ما رواه الحلبي

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوبا (و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه) ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله الا بوضيعة قال: لا يصلح له أن

---

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب عقد النكاح و أولياء العقد الحديث ٣.

(٢) الوسائل الباب ١١ من ابواب ميراث الأزواج الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩١

يأخذه بوضيعة فان جهل فأخذه فباعه باكثر من ثمنه رد على صاحبه الاول ما زاد «١».

بتقريب ان



المستفاد من الحديث ان الاقاله بالوضيعة باطله فالبيع الواقع بعدها فضولى و صحيح. و يرد عليه انه لم يتعرض فى الروايه ان المشتري أجاز البيع كى يكون داخلا- فى الفضولى مضافا الى أنه لو كان داخلا فى الفضولى لكان اللازم تسليم تمام الثمن الى المشتري و أخذ ما أعطاه أولا بعنوان الثمن و لذا نقول انه حكم وارد فى مورد خاص و لا نعلم وجهه و يمكن أن يكون الوجه فيه ان المشتري بعد ما رضى بالوضيعة يكون راضيا ببيع ماله فلا- يكون فضوليا فعلى كل تقدير لا- يكون داخلا فى كبرى الفضولى فلاحظ.

### الوجه العاشر: ما رواه عبد الرحمن بن أبى عبد الله

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السمسار أ يشتري بالاجر فيدفع إليه الورق و يشترط عليه انك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع فيقول: خذ ما رضيت ودع ما كرهت قال لا بأس «٢».

بتقريب انه يحتمل فى الحديث أن يكون السمسار و كيلا فى الاثراء و جعل الخيار للموكل و يحتمل أن يكون عمل السمسار بعنوان الفضولى فان أراد المالك يجيز و ان لم يرد و لم يجز و يرد العقد.

و يمكن أن يكون دفع الورق بعنوان القرض لان يشتري السمسار لنفسه ثم ان أراد المالك أن يشتري منه يشتري و ان لم يرد لا يشتري و حيث ان الامام عليه السلام فى مقام الجواب لم يفصل يفهم من الاطلاق و عدم التفصيل جواز الفضولى بالاجازه.

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب احكام العقود.

(٢) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب احكام العقود الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٢

و فيه ان الظاهر و لو بمعونه التعارف الخارجى و هو التوكيل

فلا- مجال للتقريب المذكور مضافا الى أنه لا- مجال للاخذ بالإطلاق فان السؤال عن ناحيه خاصه و الجواب يرجع الى تلك الناحيه و المفروض ان ناحيه السؤال مجهوله عندنا فيصبر الحديث مجملا غير قابل للاستدلال.

### الوجه الحادى عشر: ما رواه ابن أشيم

عن أبى جعفر عليه السلام عن عبد لقوم مأذون له فى التجاره دفع إليه رجل ألف درهم فقال:

اشتر بها نسمة و اعتقها عني و حج عني بالباقي ثم مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي يحج عن الميت فحج عنه و بلغ ذلك موالى أبيه و مواليه و ورثه الميت جميعا فاختصموا جميعا فى الألف فقال موالى العبد المعتق انما اشتريت أباك بما لنا و قال الورثه انما اشتريت أباك بما لنا و قال موالى العبد انما اشتريت أباك بما لنا فقال أبو جعفر عليه السلام: أما الحججه فقد مضت بما فيها لا ترد و أما المعتق فهو رد فى الرق لموالى ابيه و اى الفريقين بعد اقاموا البيئه على انه اشترى أباه من أموالهم كان له رقا «١».

و تقريب الاستدلال بالروايه ان الشراء ان كان بمال مالك العبد المعتق بالفتح يكون الشراء باطلا لانه اشترى بمال مالكه و ان كان بمال مالك العبد المأذون فالبيع صحيح اذ المفروض كون العبد مأذونا فى التجاره و لكنه خارج عن مسأله الفضولى و ان كان بمال الميت فالبيع يكون فضوليا اذ المفروض ان البيع بعد موته و انتقال ماله الى الورثه و لم يكن العبد مأذونا منهم و المفروض اجازتهم و الدليل عليها مطالبتهم للعبد و الامام عليه السلام حكم بأنهم اذا اقاموا البيئه بأنه اشتراه بمالهم يكون العبد رقا لهم فالروايه دليل

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٣

على جواز الفضولى و تماميته بالاجازه. و هذه الروايه ضعيفه سندا بابن اشيم فلا اثر لها و ان كانت دلالتها تامه على المدعى.

### الوجه الثانى عشر: النصوص الواردة فى اتجار غير الولى فى مال اليتيم

منها ما رواه أسباط بن سالم قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام كان لى اخ هلك فأوصى الى اخ اكبر منى و أدخلنى معه فى الوصيه و ترك ابنا له صغيرا و له مال أفيضرب به اخى فما كان من فضل سلمه لليتيم و ضمّن له ماله؟ فقال: ان كان لاختيك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف فلا بأس به و ان لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم «١».

و منها ما رواه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام فى مال اليتيم قال: العامل به ضامن و لليتيم الربح اذا لم يكن للعامل مال و قال: ان عطب أداه «٢».

و منها ما رواه ربعى بن عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

فى رجل عنده مال اليتيم فقال ان كان محتاجا و ليس له مال فلا يمس ماله و ان هو أتجر به فالربح لليتيم و هو ضامن «٣».

و منها ما رواه أسباط بن سالم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام فقلت: اخى أمرنى ان أسألك عن مال اليتيم فى حجره يتجر به فقال ان كان لاختيك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف أو أصابه شىء غرمه له و الا فلا يتعرض لمال اليتيم «٤».

و منها ما رواه زراره و محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: مال اليتيم ان عمل به الذى وضع على يديه ضمن و لليتيم

(١) الوسائل الباب ٧٥ من ابواب ما يكتسب به الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

(٣) عين المصدر الحديث ٣.

(٤) عين المصدر الحديث ٤.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٤

قالا: قلنا له قوله «وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ» قال انما ذلك اذا حبس نفسه عليهم في أموالهم فلم يجد لنفسه فليأكل بالمعروف من مالهم «١».

فان هذه النصوص تدل على جواز اتجار غير الولي بمال اليتيم و هذا الجواز ان كان مع اجازة الولي يعلم ان البيع الفضولي مع الاجازة يصح و ان كان بدون اجازته يدل على الصحة مع الاجازة بالاولوية.

و يرد عليه انه لم يفرض في الحديث صدور الاجازة عن الولي فلا ترتبط بالمقام و لا مجال للاولوية لانه حكم خاص وارد في مورد مخصوص و مما يؤيد بل يدل على عدم ارتباطها بالمقال انه عليه السلام حكم بأن الربح لليتيم و الخساره على العامل فان لم تصح المعامله فما الوجه في كون الربح له؟ و ان صحت فما الوجه في عدم الخساره عليه فيكون تعبدا خاصا من الشارع الاقدس في مورد مال اليتيم فلاحظ.

### الوجه الثالث عشر: ما رواه محمد بن قيس «٢»

و تقريب الاستدلال بالحديث على المدعى ان بيع الابن وليده ابيه كان فضوليا و لكن المستفاد من كلامه عليه السلام انه يصح بالاجازة فدلاله الحديث على المدعى تامه كما انه لا اشكال في سنده.

ان قلت: الحديث المشار إليه غير معمول به في مورده فكيف ببقية الموارد فان المفروض ان اجازة المالك للبيع بعد الرد و الاصحاب لا يرتبون الاثر على الاجازة الواقعة بعد الرد.

قلت: لا دليل على الرد فان مجرد اخذ الوليده لا يكون دالا على

(١) الوسائل الباب ٧٥ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٥.

(٢) قد

تقدم ذكر الحديث فى ص ١٤٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٥

رد البيع فتأمل مضافا الى أنه لا- دليل على الاشتراط المذكور فان الاجازة بعد الرد يؤثر مثل الاجازة قبل الرد و عدم عمل المشهور بالحديث لا يسقطه عن الاعتبار كما ذكرناه مرارا.

نعم يمكن أن يشكل الاستدلال بالحديث من ناحيه اخرى و هى ان العموم لا يستفاد من الحديث فلعل الفضولى فى بيع العبيد و الاماء مع الاجازة صحيح و أما فى غيره فلا.

### الوجه الرابع عشر: النصوص الداله على ان العامل فى المضاربه

اذا خالف ما أمره به المالك يكون الخسران على العامل و الربح بينهما منها ما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال:

سألته عن الرجل يعطى المال مضاربه و ينهى أن يخرج به فخرج قال يضمن المال و الربح بينهما «١».

و منها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال فى الرجل يعطى المال فيقول له: ائت ارض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها قال: فان جاوزها و هلك المال فهو ضامن و ان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه و ان ربح فهو بينهما ٢.

و منها ما رواه ابو الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام فى الرجل يعمل بالمال مضاربه قال: له الربح و ليس عليه من الوضيعه شىء الا أن يخالف عن شىء مما أمر صاحب المال «٣».

و منها ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال المال الذى يعمل به مضاربه له من الربح و ليس عليه من الوضيعه شىء الا أن يخالف أمر صاحب المال «٤».

---

(١) (١ و ٢) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربه الحديث ١ و ٢.

(٣) عين المصدر الحديث ٣.

(٤)

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٦

و منها ما رواه الحلبي أيضا عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يعطى الرجل مالا- مضاربه فيخالف ما شرط عليه قال هو ضامن و الربح بينهما «١».

و منها ما رواه الكنانى قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المضاربه يعطى الرجل المال يخرج به الى الارض و ينهى أن يخرج به الى ارض غيرها فعصى فخرج به الى ارض اخرى فعطب المال فقال هو ضامن فان سلم فربح فالربح بينهما «٢».

و منها ما رواه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام انه قال فى المال الذى يعمل به مضاربه له من الربح و ليس عليه من الوضيعه شىء الا أن يخالف أمر صاحب المال فان العباس كان كثير المال و كان يعطى الرجال يعملون به مضاربه و يشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد و لا يشتروا ذا كبد رطبه فان خالفت شيئا مما أمرتك به فأنت ضامن المال «٣».

و منها ما رواه رفاعه بن موسى عن أبى عبد الله عليه السلام فى مضارب يقول لصاحبه ان انت أدنته أو أكلته فانت له ضامن قال فهو له ضامن اذا خالف شرطه «٤».

و منها ما رواه جميل عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضربا من المتاع مضاربه فذهب فاشترى به غير الذى أمره قال هو ضامن و الربح بينهما على ما شرط «٥».

---

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربه الحديث ٥.

(٢) عين المصدر الحديث ٦.

(٣) عين المصدر الحديث ٧.

(٤) عين المصدر الحديث ٨.

(٥) عين المصدر الحديث ٩.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص:

و منها ما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام فى الرجل يعطى الرجل مالا مضاربه و ينهاه أن يخرج الى ارض اخرى فعصاه فقال: هو له ضامن و الربح بينهما اذا خالف شرطه و عصاه «١».

و منها ما رواه زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام فى المضاربه اذا اعطى الرجل المال و نهى أن يخرج بالمال الى ارض اخرى فعصاه فخرج به فقال هو ضامن و الربح بينهما «٢».

و منها ما رواه احمد بن محمد بن عيسى فى (نواده) عن ابيه قال: قال أبو عبد الله عليه السلام كان للعباس مال مضاربه فكان يشترط أن لا يركبوا بحرا و لا ينزلوا واديا فان فعلتم فانتم ضامنون فابلق ذلك رسول الله صلى الله عليه و آله فاجاز شرطه عليهم «٣».

بتقريب ان المستفاد من تلك النصوص صحة المعامله المذكوره فان كانت الصحه متوقفه على الاجازه تكون النصوص المشار إليها داله على صحه الفضولى و ان لم تكن متوقفه عليها تكون النصوص مؤيده للمدعى.

و يرد عليه ان الحكم بالصحه هناك حكم خاص فى مورد مخصوص و لا ترتبط تلك النصوص بمسأله الفضولى و الا لم يكن وجه لكون الخسران على العامل فلاحظ.

### الوجه الخامس عشر: ما رواه زراره

عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده فقال ذاك الى سيده ان شاء أجازته و ان شاء فرق بينهما قلت: اصلحك الله ان الحكم بن عيينه و ابراهيم النخعى و اصحابهما يقولون ان أصل النكاح فاسد و لا تحل اجازته السيد له فقال ابو جعفر عليه السلام: انه لم يعص الله و انما

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربه الحديث ١٠.

(٢) عين المصدر الحديث ١١.

(٣)



عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٨

عصى سيده فاذا أجازة فهو له جائز «١».

و تقريب الاستدلال بالحديث على المدعى: ان المفروض ان العبد تزوج بغير اذن سيده و الامام عليه السلام حكم بجواز تزويجه مع اجازة السيد معللا بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده و اذا أجاز جاز.

فانه يعلم من الحديث ان كل عقد أو ايقاع اذا كان فاقدا لشرط من شرائط صحته فان كان المفقود من الشرائط التى اشترطها الشارع الاقدس و لم يكن مرتبنا بشخص كاشتراط عدم الغرر و عدم الجهالة و أمثالهما لا يكون الفاقد قابلا لان يصح و ان كان مرتبنا بشخص و حقا من حقوق الناس يصح الفاقد بلحوق اجازة من بيده الامر و مقامنا كذلك فان البيع الفضولى فاقد للاذن المالكى فيصح باجازة المالك فالنتيجه التفصيل بين الحق الخالقى و الحق المخلوقى فان فقدان القسم الأول يضر و فقدان القسم الثانى لا يضر لانه قابل لان يصح بالاجازة اللاحقه.

بقى شىء و هو انه هل يمكن اعطاء سهم الامام عليه السلام بدون الاذن من الحاكم و هل يصح باجازة الحاكم الشرعى أم لا؟ الذى يختلج بالبال فى هذه العجالة أن يقال: ان لم يكن قصد القربه معتبرا فى تأديه الخمس فلا وجه للاشكال اذ المفروض ان من عليه الخمس دفع سهم الامام عليه السلام الى من يكون موردا له و قد فرض لحوق اجازة الحاكم فيتم الامر.

و أما ان كان قصد القربه شرطا فتاره يحصل قصد القربه و يتحقق و لو من باب غفله المعطى عن التنافى بين قصد القربه و الدفع بلا اذن من الحاكم و اخرى لا يحصل أما فى الصورة

(١) الوسائل الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٩

يتم الامر بالاجازة اللاحقه من ولى الامر اى الحاكم و أما فى الصوره الثانيه فيشكل اذا المفروض ان الأمور به لم يتحقق بتمام معنى الكلمه فلا مجال للحوق الاجازة.

و ان شئت قلت: كان الاعطاء فاقدا مضافا الى حق المخلوق حق الخالق أيضا فلا يكون قابلا لان يصح بالاجازة اللاحقه فلاحظ.

«قوله قدس سره: توهن بالنص الوارد» (١).

«قوله قدس سره: و يمكن أن يكون الوجه فى ذلك»

الظاهر انه لا- يمكن مساعدته فان الحكم بالصحه و عدمها بيد الشارع و الظاهر من كلام الامام عليه السلام ان جعل الحكم الواقعى روعى فيه الاحتياط لا- الاحتياط فى مقام الظاهر و الشك فلا يتم ما أفاده قدس سره و الذى يختلج ببالى القاصر ان النكاح فى نظر الشارع أولى بجعل التوسع فيه كى لا يتحقق الفجور و لا يكثر ولد الزنا.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعل الامر بالتأمل اشاره الى أن الكلام فى تأثير الاجازة المالكيه و عدمها و أما اجازة الشارع الاقدس و حكمه بالصحه فهى لا ترتبط بمسأله الفضولى و بعبارة واضحه: ان المستفاد من الدليل ان الله تبارك و تعالى أنفذ البيع فى هذا المورد كما أنفذه فى بقيه الموارد فلا مجال لتوهم ان المقام من مصاديق الفضولى فلاحظ.

«قوله قدس سره: و احتج للبطلان بالأدله الاربعه»

**ما يمكن أن يذكر فى مقام الاستدلال على بطلان الفضولى أيضا وجوه:**

**الوجه الأول: قوله تعالى**

﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾

(١) الوسائل الباب ٢ من أبواب الوكاله الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٠

إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» فان المستفاد من الآيه الشريفه حصر سبب التملك فى التجاره الناشيه عن تراض

بشرط صدورهما عن نفس المالك فلا اثر للتجاره عن تراض الصادره عن غير المالك.

و الاشكال فى الاستدلال بمنع الحصر كما فى كلام الماتن غير سديد فانا ذكرنا ان الحصر يستفاد من الآيه و لو على القول بعدم كون الاستثناء متصلا.

### الوجه الثانى: ما رواه محمد بن القاسم بن الفضيل

قال سألت أبا الحسن الاول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأه من آل فلان بعض قطائعهم و كتب عليها كتابا بأنها قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيهما المال أم يمنعها؟ قال: قل له ليمنعها اشد المنع فانها باعته ما لم تملكه «١».

بتقريب ان المستفاد من الروايه فساد بيع ما لا يملك و لذا نهى عن دفع المال إليه و فيه ان الحديث ضعيف سندا فلا تصل النوبه الى ملاحظه دلالتة.

### الوجه الثالث: ما عن النبي صلى الله عليه و آله لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك «٢»

فانه ارشاد الى فساد بيع غير المملوك. و فيه ان السند مخدوش فلا أثر للحديث.

### الوجه الرابع: ما عن الحميرى «٣»

فان المستفاد من الحديث عدم جواز اشتراء الارض الا من مالکها و السند ضعيف بالارسال.

### الوجه الخامس: ما رواه محمد بن مسلم

عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث قال: سأله رجل من أهل النيل عن ارض اشتراها بغم النيل

---

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ٢.

(٢) نقل عن سنن الترمذى ج ٣ ص ٥٣٤ باب ١٩ الحديث ١٣٣٢.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٤٣ و ٢٤٤.

و أهل الارض يقولون هي ارضهم و اهل الاسنان يقولون هي من ارضنا فقال: لا تشتريها الا برضا أهلها «١».

بتقريب ان المستفاد من الحديث فساد الاشارة مع رضا المالك فالاشتراف من الفضولى فاسد.

و فيه ان المستفاد من الحديث اشتراف صحه البيع برضا المالك و يمكن أن يكون بيع الفضولى برضا المالك.

### **الوجه السادس: الاجماع.**

و فيه ان المحصل منه غير حاصل و المنقول منه غير حجه مضافا الى أنه على تقدير حصوله محتمل المدرك فلا يكون حجه.

### **الوجه السابع: ما دل من العقل و النقل على حرمة التصرف فى مال الغير بدون اذنه**

و حرمة التصرف تستلزم الفساد.

و فيه ان العقل لا- دخل له فى استنباط الاحكام الشرعيه و دين الله لا يصاب بالعقول و أما النقل فلا يدل على حرمة التصرف الاعبارى فى مال الغير و انما الدليل قائم على حرمة التصرف الخارجى مضافا الى أن المستفاد من النقل جواز التصرف فى مال الغير مع رضاه و لا- يلزم الاذن و يتصور أن يكون بيع الفضولى مع علمه برضا المالك و كون بيعه ناشيا عن رضاه فلا يكون فضوليا.

### **الوجه الثامن: ان قدره على التسليم شرط فى صحه البيع و الفضولى لا يكون قادرا عليه.**

و فيه أولا: ان المال ربما يكون فى يد الفضولى فيكون قادرا على تسليمه.

و ثانيا انه يكفى قدره المالك عليه كما انه يكفى قدره الموكل على التسليم و لا يشترط قدره الوكيل.

### **الوجه التاسع: ان الفضولى غير قاصد لمدلول اللفظ**

فيكون

---

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث ٣.

كالهازل. و فيه ان الامر ليس كذلك بل الفضولى قاصد للمعنى كالمالك فلاحظ.

### الوجه العاشر: ما عن عوالى الآلى:

عن رسول الله صلى الله عليه و آله قال لا طلاق فيما لا تملك و لا عتق فيما لا تملك و لا بيع فيما لا تملك «(١)».

و تقريب الاستدلال واضح. و فيه أولاً: ان السند ضعيف و ثانياً انه لا يبعد أن يكون المراد ان البيع لا بد أن يكون متعلقاً بما يكون قابلاً للملكيه.

«قوله قدس سره: من دون مراجعه المشتري»

الظاهر انه لا بد تبديل لفظ المشتري بالبايع فان التصرف وقع فى مال البائع.

«قوله قدس سره: و المشهور أيضاً صحته»

### ما يمكن أن يذكر فى تقريب منع الرد عن الاجازة بعده وجوه

#### الوجه الأول: الاجماع.

و فيه ما فيه.

#### الوجه الثانى: ان العقد ارتباط بين طرفيه

فلا بد من بقاء الالتزام فى كل من الطرفين الى تماميه العقد كى يمكن تحقق الارتباط المذكور.

و فيه: ان طرف العقد فى الفضولى غير المالك و هو الفضولى مضافاً الى ما فى أصل الدعوى فان القابل لو قبل ايجاب الموجب مع التحفظ على الموالاه لكن بعد الرد يتحقق العقد بلا اشكال.

و بعبارة اخرى: يلزم بقاء اعتبار الموجب الى زمان تحقق العقد و لا ينفيه ان القابل يرد ثم يقبل فغايه ما فى الباب أن تكون الاجازة

---

(١) مستدرک الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٢ الباب ١٢ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه الحديث ٥.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٣

كالقبول لكن الرد لا ينافى القبول.

### **الوجه الثالث: انه يوجد بعد العقد الفضولى شأنه و قابليه فى المال لقبول المالك و اجازته**

و المالك بمقتضى قاعده سلطنه المالك على ماله يمكنه سلب القابليه المذكوره.

و فيه انه لا يوجد فى المال شىء كى يفنى بالرد.

### **الوجه الرابع: ان الاجازه بعد الرد كالرد بعد الاجازه**

فكما انه لا أثر للثانى كذلك لا اثر للاول. و فيه انه قياس مع الفارق فان الاجازه توجب الانتقال فلا اثر للرد بعدها فان المالك بالاجازه يصير اجنبيا و لا يكون له حق فى التصرف فيما انتقل عنه و أما الاجازه بعد الرد فهى مؤثره على القاعده الاولى و عدم تأثيرها يحتاج الى قيام دليل معتبر.

### **الوجه الخامس: ان مستند صحه العقد الفضولى حديث البارقى**

و الاجازه فيه لم يكن بعد الرد. و فيه ان القائل بالفضولى لا يكون دليله منحصرافى حديث البارقى كى يصح التقريب المذكور بل مستنده الادله العامه مضافا الى النصوص الخاصه كحديث زراره «١».

### **الوجه السادس: ان الرد فسخ و لا مجال للاجازه بعد الفسخ.**

و فيه أولا: ان العقد قد تحقق بين الفضولى و الاصيل من الطرف الاخر و لا أثر لفسخ المالك.

و ثانيا: ان الكلام فى العقد المسبوق بالرد و النهى و مجرد النهى السابق لا يقتضى الفسخ بعد العقد فان الفسخ من الامور الانشائية و يحتاج الى الابرار و مجرد عدم الرضا الباطنى لا أثر له فتحصل من جميع ما تقدم ان الاجازه بعد النهى السابق على العقد بل

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٩٧.

الاجازة المسبوقه بالرد بعد العقد تؤثر لعدم الدليل على تأثير النهى أو الرد فلاحظ.

«قوله قدس سره: حقيقته نظير المجاز الادعائى فى الاصول»

كما لو قال جاء أسد و أراد بالاسد زيدا ففى المقام يقصد الغاصب المعاوضه الحقيقه غايه الامر يدعى ان مالك العين نفسه.

و يرد عليه انه اذا اراد تملك الثمن و قلنا لا- يعقل خروج العين من كيس المالك و دخول الثمن فى ملك الغاصب يكون البيع باطلا لانه لم يقصد ما به قوامه و قياس المقام بالمجاز فى الاسناد مع الفارق اذ يمكن أن يقال ان المخبر يسند الفعل الى الاسد و يدعى ان زيدا أسد فلا يكون مجاز لا فى الكلمه و لا فى الاسناد اذ لفظ الاسد اريد منه الحيوان المفترس و الفعل اسند إليه غايه الامر يدعى المخبر و يرى ان زيدا اسد.

و صفوه القول: انه لا اشكال فى ان من يبيع مال الغير لنفسه يقصد



تملك الثمن فان قلنا بأن قانون المعاوضه يقتضى دخول كل من العوضين فى مورد خروج العوض الاخر عنه لا يكون مثل هذا البيع قابلا للاجازه و ان لم نقل بذلك- كما لا نقول به- نقول ببطان البيع المذكور أيضا اذ لا دليل على صحته فان شراء شىء للغير- كما لو اشترى شخص قرص خبز للفقير- أمر موافق للسيره الجاربه و أما بيع شىء للغير بأن يكون الثمن للغير و المبيع للبائع فلا دليل عليه و مع عدم الدليل لا مجال لجريان الفضولى فيه فلاحظ.

«قوله قدس سره: و العقل»

قد ذكرنا مرارا ان العقل لا دخل له فى الاحكام الشرعيه و الميزان اتباع الادله الشرعيه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٥

«قوله قدس سره: فإيجاب البيع ساكت عنه»

كيف يكون ساكتا عنه و الحال ان قوام البيع بنفس تملك الثمن فى مقابل تمليك المبيع.

«قوله قدس سره: ضروره عدم تحقق مفهوم المبادله»

المبادله تتحقق بين العوضين و لا تتوقف المبادله بينهما بأن يدخل احدهما فى محل خروج العوض الاخر عنه نعم يتوقف الجزم بالصحه على مساعده اللغه و العرف و لذا قلنا لو اشترى احد بماله شيئا للغير كما لو اشترى رغيف خبز للسائل يصح البيع لصدق الاشتراء عليه عرفا و أما لو باع أحد داره للغير بأن يدخل الثمن فى كيس الغير فلا نجزم بصدق البيع عليه و مع الشك فى الصدق لا مجال للاخذ بدليل الامضاء فان الاخذ بالدليل فى الشبهه المصداقيه غير جائز مضافا الى أن مقتضى استصحاب عدم صدق المفهوم على المصداق المشكوك فيه عدم كونه مصداقا للبيع.

«قوله قدس سره: من حيثه تقييده ثابتة لنفس تلك الحثيه»

يقع الكلام تاره فى الكبرى و اخرى فى الصغرى

أما الكلام فى ناحيه الكبرى فنقول: الذى يختلج بالبال انه لا- فرق بين الجهه التقييده و الجهه التعليليه الا فى مقام الاثبات و الدلاله و أما بحسب مقام الثبوت و اللب فلا فرق بين الامرين اذ العله مقومه للحكم و لذا تخصص و تعمم نعم الحكم لا يدور مدار حكمه الجعل و لذا تجب العده حتى مع القطع بعدم الاختلاط بل حتى مع القطع بعدم الانزال فان تمام الموضوع لها التقاء ختائين.

و أما العله فالحكم دائر مدارها وجودا و عدما فلا فرق بين الجهتين الا فى مقام الاثبات فهذه الكبرى كلام شعري و ليس تحتها شىء.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٦

و أما الكلام فى الصغرى فعلى فرض تماميه الكبرى لا- يتم الامر فيما هو محل الكلام اذ لا اشكال فى أن البائع يملك العين للمشتري و ان كان فضوليا كما ان المشتري يملك العين و ان لم يكن مالكا للثمن فمالك الثمن اذا أجاز فان أجاز ما وقع يكون على خلاف قانون المعاوضه على ما راموه من عدم المعقوليه و ان أجاز غير ما وقع لا مجال للصحه لان المفروض ان ما وقع لم يجز و ما اجيز لم يقع نعم على ما سلكتنا لا مانع من اجازته ما وقع و لا يتوجه الاشكال المذكور فلاحظ.

«قوله قدس سره: فهو تمليك ضمنى حاصل ببيعه أو الشراء»

تاره يقوم دليل شرعى على الدعوى المذكوره فى مورد و اخرى يتكلم على طبق القاعده أما مع ورود نص عليه فلا كلام و لا اشكال فان الحكم الشرعى متبع و أما فى الصوره الثانيه فلا مجال للقول المذكور اذ كيف يمكن أن يتحقق التملك و التمليك فى زمان

واحد.

و بيان واضح: لا بد من تصور امور ثلاثه: الاول: التوكيل فى التمليك من قبل المالك و قبول الوكاله. الثانى: التمليك من قبل الموكل و كاله و قبول الملكيه اصاله. الثالث: البيع أو العتق و كل واحد من الامور المذكوره يتوقف على الاخر و يتقدم التوكيل على التمليك زمانا كما انه يتقدم التمليك على البيع أو العتق زمانا.

«قوله قدس سره: فلما عرفت من منافاته»

و قد عرفت عدم المنافاه و لذا قلنا ان السيره العقلائيه جاريه على جواز اشتراء مالك الثمن شيئا للغير كاشتراء الخبز للسائل.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٧

«قوله قدس سره: فليس للمشتري الرجوع على البائع»

لا وجه لهذا القول اذ المفروض ان دفع الثمن الى الغاصب مبنى على المعاوضه و بعبارة اخرى: المقام احد مصاديق العقد الفاسد و المفروض ان المقبوض بالعقد الفاسد يوجب الضمان.

و الوجه فيه ان ما يتحقق أمر ان احدهما: العقد ثانيهما: تسليم العوض أما العقد فلا أثر له اذ المفروض كونه فاسدا و أما دفع العوض فهو مبنى على ذلك العقد الفاسد كما لو كان العقد على نحو المعاطاه للفاسده فلا وجه لعدم الضمان و الرجوع على القاعده.

و بيان واضح: ان المعاوضه فرضنا كونها متقومه بما يقوله الماتن و لا بد من دخول كل من العوضين فى محل خرج عنه العوض الاخر لكن لا اشكال فى أن التبادل فى العوضين كان مقصودا فى مورد المعامله الفضوليه و لم يقصد التمليك المجانى فلا وجه لسقوط الضمان فالرجوع الى الفضولى بعد رد المالك على القاعده فلاحظ.

«قوله قدس سره: و أما على القول بالكشف فلا يتوجه اشكال»

هذا التفصيل انما يتم على القول بالكشف الحقيقى الذى لا نقول و لا يقولون به

و أما على التقدير الاخر فالكشف على جميع تقاديره نقل في الحقيقه كما هو ظاهر عند الخبير فلا مجال لما أفاده.

«قوله قدس سره: الاول: انه لا فرق على القول»

تاره يقع الفضولى على الكلى الموجود فى الذمه و اخرى يقع على الكلى ابتداء أما الصوره الاولى فلا اشكال فيها فانها من مصاديق الفضولى و يجرى فيها ما يجرى فى غيرها بلا فرق اذ لا فرق بين وقوع العقد على المملوك الشخصى و وقوعه على الموجود فى الذمه و أما الصوره الثانيه فيمكن الاستدلال على اتمامها بعموم

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٨

التعليل المستفاد من حديث زراره «١» فانه لا اشكال فى جواز بيع الانسان الكلى المضاف الى ذمته اصاله فلا اشكال أيضا اذا بيع فضولا غايه الامر يحتاج اتمامه الى الاجازه فاذا اجاز من بيده الامر جاز فلاحظ.

«قوله قدس سره: و يحتمل الغاء احد القيدين»

لا وجه لهذا الاحتمال فان التعارض يوجب السقوط اذ الاخذ بكلا الامرين غير ممكن و ترجيح احدهما على الاخر بلا مرجح فيسقطان.

«قوله قدس سره: يوجب الغاء ما ينافيه»

مما تقدم آنفا ظهر فساد القول المذكور فان الجمع بين المتنافيين يوجب السقوط و لا وجه للاخذ بما تكلم به أولا و هذا العرف ببابك.

«قوله قدس سره: و لزمه اداء الثمن»

لا- وجه له اذ المفروض ان العاقد قبل الثمن فى ذمته لا فى ذمه الغير فيدور الامر بين الصحه و كون الثمن فى ذمه الفضولى، و بين الفساد رأسا و قد ذكرنا سابقا ان الاثراء للغير اذا كان الغير راضيا كى لا يلزم التصرف فى سلطانه بعد اذنه، يكون صحيحا.

«قوله قدس سره: الثانى الظاهر انه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولى»

الامر كما افاده فانه لا فرق بين العقد و المعاطاه من هذه الناحيه فان الانشاء فى العقدى باللفظ و فى المعاطاه بالفعل فلا فرق بين الموردين و كون اقباض مال الغير محرم لا يكون مانعا عن تحقق العقد فان الحرمة التكليفيه لا تدل على الفساد الوضعى مثلا البيع

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٩٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٩

وقت النداء يكون حراما تكليفيا لكن يوجب الملكيه مع اجتماع الشرائط.

«قوله قدس سره: فأفهم»

لعل الامر بالفهم اشاره الى أن الاجازه لو كانت كاشفه كاشفا حقيقيا لكان مجال لما افيد و أما لو لم تكن كذلك بل كانت كاشفه كاشفا حكيميا فلا مجال له اذ قبل الاجازه لا تكون إباحه كى يقال ان الاباحه موجوده فى الواقع فلاحظ.

### [القول فى الإجازة و الرد]

### [أما الكلام فى الإجازة]

### [أما حكمها]

### إشاره

«قوله قدس سره: أما حكمها فقد اختلف القائلون بصحة الفضولى»

وقع الكلام بين الاعلام فى أن الاجازه نافله أو كاشفه فربما يقال: ان الاجازه ناقله أى انها جزء اخير للسبب فالأثر مترتب عليها و يحصل النقل بها فالاجازه كالقبض فى بيع الصرف و السلم.

و ربما يقال: انها كاشفه و الآراء أيضا مختلفه فربما يقال: ان الاجازه علامه و أماره لتأثير العقد فى زمانه و لا موضوعيه للاجازه أصلا و انما شأنها الاماريه.

و ربما يقال ان العقد المتعقب بالاجازه المتأخره مؤثر.

و ربما يقال: ان الاجازة كاشفه كاشفا حكما أى يكون اثرها ترتيب آثار الملكية من زمان تحقق العقد.

و ربما يقال: انها كاشفه كاشفا انقلابيا أى بعد الاجازة تنقلب الملكية فى عالم الاعتبار مثلا لو باع زيد دار بكر يوم الخميس فضولا و أجاز بكر بيع داره فى يوم السبت تكون الدار الى ما قبل

الاجازة باقيه فى ملك بكر و أما بعد الاجازة فتصير الدار مملوكة للمشتري من يوم الخميس فى عالم الاعتبار.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٠

ان قلت: الشىء لا ينقلب عما هو عليه فكيف تنقلب الملكيه بالاجازة؟ قلت: لا تنافى بين القاعده العقلية و الالتزام بالانقلاب فى المقام فان الانقلاب المحال الانقلاب الواقعى الذى يرجع الى الخلف و أما الانقلاب فى المقام فهو انقلاب فى عالم الاعتبار.

و يظهر المدعى فى ضمن مثال و هو انه لو باع زيد داره من بكر من الامس بأن يقول بعثك دارى من أمس فهل يلزم الانقلاب؟ كلا- بل ما دام لم يبيع تكون الدار مملوكة له فى عالم الاعتبار و من زمان البيع تصير الدار مملوكة لبكر فى وعاء الاعتبار فلا محذور عقلا هذه هى الاقوال المتصوره.

اذا عرفت ما تقدم نقول: لا دليل على أن الاجازة أماره و علامه بل المستفاد من الادله العامه و الخاصه كون الاجازة ركنا مقوما للصحة و أيضا لا دليل على أن العقد المتعقب بالاجازة مؤثر فان الاجازة ما دام لم تتحقق فى الخارج لا مقتضى للصحة فهذا الاحتمال ضعيف.

بل الحق ان نقول: مقتضى القاعده كون الاجازة كاشفه كاشفا انقلابيا بتقريب: ان الاجازة من الامور التعليقيه أى قد تتعلق بالامر الفعلى و اخرى تتعلق بالامر الاستقبالى و ثالثه تتعلق بالامر السابق فان المالك يمكنه أن يأذن فى بيع ملكه فى الحال و يمكن أن يأذن فى بيع ملكه فى المستقبل و يمكنه من الزمان الماضى و قلنا ان اجازة بيع الفضولى كالبيع من السابق فلو باع زيد دار بكر فضولا فى يوم الجمعة و بكر فى يوم الاحد اجاز بيع الفضولى تكون اجازته

موجبه لصحة البيع من يوم الجمعة أى الشارع الاقدس فى يوم الاحد يعتبر كون الدار من يوم الجمعة مملوكه للمشتري.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١١

و بعباره واضحه: الاهمال غير معقول فى الواقع فان البائع اذا باع دار زيد فضولا يوم الجمعة فاما يهمل فى التمليك فانه لا يعقل و إما يملكها من زمان البيع و إما يملكها بعد يومين.

لا اشكال فى أن البيع من أول زمان وقوعه و لا يكون البيع مثل الاجاره التى يمكن تعلقها بالمنفعة المستقبلة فالملكيه تحققت فى اعتبار الفضولى للمشتري الاصيل من يوم الجمعة و الاجاره الواقعه فى يوم الاحد تتعلق بالبيع الواقع يوم الجمعة فالملكيه تتحقق من ذلك اليوم و هذا معنى الكشف الانقلابى أى الملكيه الاوليه تنقلب الى ملكيه اخرى.

و الفرق بين هذا القول و القول بالكشف الحكمى ان المراد بالكشف الحكمى ان آثار الملكيه الى يوم الاحد للمالك و أما من يوم الاحد ففى حكم الشارع يحكم بكون الآثار للاصيل أى المشتري و أما على القول بالانقلاب ففى يوم الاحد يحكم بكون الدار مملوكه للمشتري من يوم الجمعة.

و الوجه فيه: ان امضاء الشارع على طبق اجازة المجيز و المفروض ان اجازة المالك تتعلق بالملكيه الثابته للمشتري من يوم الجمعة.

و يؤيد ما ذكرنا- لو لم يدل عليه- انه لو لم نقل بالانقلاب و قلنا بالكشف الحكمى نسأل انه بعد يوم الاحد هل تكون الدار مملوكه للمشتري أو تكون مملوكه للمالك لا سبيل الى الثانى فانه لا شبهه فى كون الدار مملوكه للمشتري و على الاول يتوجه السؤال بأنه بأى وجه صارت الدار مملوكه للمشتري اذ الامر منحصر فى الاجازة فهذه الاجازة ان كانت مملكه تكون مملكه



عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٢

و ان لم تكن مملكه فما هو المؤثر فى التمليك؟

و فى المقام شبهه و هى: ان القبول اذا كان متأخرا عن الايجاب كما هو المتعارف يلزم أن يكون الملكيه من زمان الايجاب فان الايجاب اعتبار الملكيه من زمانه و القبول يتعلق بما أوجه الموجب و الحال ان السبب مركب من الايجاب و القبول.

و أجاب عن الاشكال سيدنا الاستاد بأن الايجاب معلق على القبول و أما الاجازه فى الفضولى فلا يكون العقد المتقدم فضولا معلقا عليها و أما الايجاب فهو معلق على القبول.

و يرد عليه: ان الايجاب عبارته عن تمليك العين فى مقابل الثمن فالبائع يعتبر ملكيه المبيع للمشتري و يعتبر ملكيه الثمن لنفسه و القبول يتعلق بهذا الايجاب.

و ان شئت قلت: تعنون القبول بهذا العنوان يتوقف على الايجاب فلو توقف الايجاب على القبول لدار.

فالحق فى الجواب أن يقال: ان مقتضى السيره العقلائيه و السيره المتشرعيه ترتب الاثر بعد تماميه العقد بايجابه و قبوله أى تترتب الملكيه العقلائيه و الشرعيه بعد العقد و أما فى باب الفضولى فالمستفاد من الادله الخاصه كما تقدم تحقق الاثر من زمان العقد.

و مما يدل على المدعى بالصراحه ما رواه ابو عبيده «١» فان المستفاد من الحديث ان الزوجيه كانت متحققه من حين العقد و أما لو كانت الاجازه ناقله فلم يكن مجال لتحقيق الزوجيه بعد الموت فانقده بما تقدم ان مقتضى القاعده الالتزام بالكشف الانقلابى فى الاجازه.

ان قلت: العبره بالانفاذ و ترتيب الاثر بزمان المعبر لا بزمان

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ١٩٠.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٣

الاعتبار فلا اثر لاختلاف زمان الاعتبار فى رفع غائله

اجتماع المتنافيين و لذا لا- يمكن الالتزام بتعلق الوجوب و الحرمة بالخروج عن الدار الغصبيه بأن نقول: الخروج قبل الدخول حرام و بعد الدخول واجب ففي المقام لا يمكن الالتزام بكون الدار مملوكة لمالكها في يوم الجمعة و أيضا مملوكة للمشتري لكن زمان الاعتبار مختلف.

قلت: فرق بين الحكم الوضعي و الحكم التكليفي فان الحكم التكليفي ناش عن الملاك في المتعلق فان كان الملاك المصلحه يكون المتعلق محبوبا و ان كان الملاك المفسده يكون الفعل مبغوضا و لا- يعقل أن يكون الفعل الواحد مبغوضا و محبوبا لاستحاله اجتماع الضدين و أما الحكم الوضعي فالملاك قائم بنفس الحكم و يجعل تابع للملاك الموجود فيه فيمكن أن يكون الجعل الفلاني ذا ملاك في زمان و لا يكون ذا ملاك زمان آخر فيمكن أن يكون جعل الملكيه لزيد ذا ملاك بالنسبه الى زيد و نفس ذلك الجعل ذا ملاك بالنسبه الى بكر في زمان آخر و لا يلزم التضاد.

ان قلت: ان ما ذكرت يتم في القضايا الخارجيه حيث انه ينفصل احد الاعتبارين عن الاعتبار الاخر فيمكن تصور الاختلاف فيه و أما الاحكام الشرعيه فهي ثابتة من أول الشرع و الشريعه و كلها على نحو القضايا الحقيقيه فالاعتبارات باجمعها موجوده في زمان واحد أي في أول الشريعه فيلزم اجتماع المتنافيين في زمان واحد.

قلت: الاحكام الشرعيه و ان كانت من قبيل القضايا الحقيقيه و لكن الاحكام في تلك القضايا مترتب على وجود موضوعاتها و وزانها وزان القضايا الشرطيه و التالي في الشرطيه تابع وجودا

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٤

و عدما لمقدمها فما دام الموضوع لم يكن متحققا في الخارج لا يترتب عليه التالي و المفروض ان الزمان يختلف

مثلا فى يوم الجمعة موضوع اعتبار ملكيه الدار لمالكها متحقق و مقتضى الاعتبار الشرعى كون الدار لمالكها و فى يوم الاحد أى يوم الاجازة يتغير الموضوع و يتحقق موضوع ملكيه الدار فى يوم الجمعة للمشتري و يجعل الشرعى يتبعه فلاحظ.

و صفوه القول ان المستفاد من الادله العامه على القول بأن صحه الفضولى مع الاجازة مستفاده منها و النصوص الخاصه الوارده فى الابواب المختلفه كون الاجازة كاشفه كاشفا حقيقيا انقلابيا أما تقريب الاستدلال بالأدله العامه على المدعى فان البيع مثلا يقع فى يوم الجمعة و البائع يعتبر ملكيه المبيع للمشتري من ذلك اليوم و المالك فى يوم الاحد يجوز البيع الفضولى الواقع فى يوم الجمعة و الشارع الاقدس يعتبر هذه الاجازة و يمضيها فتكون النتيجة كون المبيع ملكا للمشتري الاصيل من يوم الجمعة غايه الامر ظرف الاعتبار يوم الاحد فان البيع يستند الى المالك فى يوم الاحد و لا يتوجه أى اشكال كى يحتاج الى الجواب.

و بعبارة اخرى: لا- تكون الاجازة المتأخره شرطا كى يقع الكلام فى أن الشرط لا يمكن أن يتأخر و الا يلزم تأثير المعدوم فى الموجود بل الاجازة توجب استناد العقد الصادر عن الفضولى الى المالك فكأن المالك باع فى يوم الاحد من المشتري من يوم الجمعة.

هذا بحسب المستفاد من الادله العامه و لكن قد تقدم منا انه لا يمكن الاستناد الى الادله العامه و قلنا المستفاد من النص الخاص بطلان بيع مال الغير و اطلاق الدليل يقتضى البطلان و لو مع لحوق الاجازة نعم انما رفعنا اليد عن دليل المنع فى صوره الاجازة اللاحقه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٥

بالنصوص الخاصه الوارده فى المقام و من تلك النصوص ما

رواه أبو عبيده «١».

فان المستفاد من هذه الروايه ان الاجازه المتأخره تؤثر فى تحقق الزوجيه من زمان العقد كما ان المستفاد من حديث زراره «٢» كذلك.

فان المستفاد من قوله عليه السلام «أنه لم يعص الله و انما عصى سيده فاذا أجازه فهو له جائز» ان الاجازه تؤثر فى تحقق الزوجيه من زمان العقد و هذا هو المدعى فى المقام فالنتيجه ان القول بالكشف و ان الاجازه كاشفه أمر على طبق القاعده الاولى مضافا الى أنه مستفاد من النصوص الخاصه.

**و عن جمله من الاعيان الاستدلال على الكشف بوجهين:**

**الوجه الاول: ان العقد بسبب تام للملك لعموم قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»**

«٣» و تمامه فى الفضولى انما يعلم بالاجازه فاذا أجاز تبين كونه تاما و يوجب ترتب الملك عليه و إلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصه بل به مع شىء آخر.

و يرد على الوجه المذكور أولا: ان دليل وجوب الوفاء بالعقد لا يكون دليلا على الصحه بل دليل على اللزوم كما ذكرناه سابقا و استدللنا عليه.

و ثانيا: انه ما المراد من كون العقد سببا تاما؟ فان كان المراد ان العقد بنفسه سبب تام و لا دخل للمالك فى تحققه فهو خلاف الضروره و ان كان المراد ان العقد سبب تام اذا كان مقارنا مع رضا

---

(١) لاحظ ص: ٢٩٠.

(٢) لاحظ ص ٢٩٧.

(٣) المائده / ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٦

المالك و كونه مستندا إليه فهو تام لكن الاجازه المتأخره لا تكشف عن هذا المعنى.

و ان شئت قلت: ان كانت الاجازه دخيله فى تحقق السبب فلا يتحقق المسبب الا بعد الاجازه و ان لم تكن دخيله يلزم الخلف.

ان قلت: الشرط الشرعى غير الشرط العقلى فلا- يلزم كونه مقارنا مع السبب قلت: مرجع هذا الكلام الى أن الامر المحال فى الشرعيات جائز فالتناقض و ان كان

محالا عقلا و لكن التناقض الشرعى أمر جائز و فساد هذه الدعوى أوضح من أن يخفى.

ان قلت: تعقب العقد بالاجازه شرط لا نفس الاجازه و التعقب أمر مقارن مع العقد. قلت: هذا ينافى ظاهر الادله فان المستفاد منها ان الشرط نفس الاذن و الرضا لا التعقب به.

ان قلت: الشرط لحقوق الاجازه و اللقوق وصف حالى و مقارن مع العقد قلت: ما المراد من اللقوق فان كان المراد تحقق الوصف المذكور خارجا فيقال الاجازه لحقت بالعقد فلا ريب فى تأخره عن العقد و قبل تحقق الاجازه لا يصدق انها لحقت بالعقد و ان كان المراد ان الشرط عنوان انه يلحق بعد ذلك و هذا العنوان فعلى و مقارن، فلا اشكال فى مقارنته للعقد لكن لا دليل على كفايته بل الدليل قائم على موضوعيه نفس الاجازه.

### **الوجه الثانى: ان الاجازه متعلقه بالعقد**

و المفروض ان العقد تمليك من حينه فأثر الاجازه المتعلقة به تحقق المملكه من ذلك الحين فتكون الاجازه كاشفه.

و أورد عليه الشيخ قدس سره أولا: بأن العقد لا يكون تمليكا من ذلك الحين بل العقد حيث انه من الامور الزمانيه يكون واقعا فى ذلك الزمان الخاص فالزمان المشار إليه ظرف للعقد لا قيد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٧

للمليك كما أن ايجاب الموجب لا يكون تمليكا من زمان الايجاب و عليه يتحقق المسبب من حين الامضاء فكما ان الامضاء لو تعلق بالعقد فى زمان تحققه بلا- تأخير يتحقق المسبب من ذلك الزمان كذلك يتحقق المسبب من حين الاجازه فان زمان الاجازه زمان الامضاء الشرعى و كما ان الفسخ يكون ردا للعقد من حينه لا من أصله كذلك الاجازه.

و يرد على الشيخ قدس سره انا قد ذكرنا مرارا ان الاهمال

غير معقول في الواقع فالبائع الذي يملك العين من المشتري لا بد من توقيت التمليك فاما يملكه من الزمان السابق و إما يملكه من الزمان اللاحق و إما يملكه من زمان العقد فاذا فرضنا ان تمليكه من زمان العقد كما هو كذلك و الاجازة تتعلق بما اعتبره و انشأه الفضولي تكون النتيجة حصول الملكيه من ذلك الزمان و يترتب عليه الكشف.

و أما قياس الاجازة بالفسخ فمع الفارق فان الفسخ كالطلاق فكما ان الطلاق من الحين كذلك الفسخ. و بعبارة اخرى: وقع الكلام بين القوم في أن الفسخ حل العقد من الاصل أو من الحين و المشهور عندهم انه من الحين و أما الاجازة فالمفروض تعلقها بما وقع سابقا فهي تابعة له.

و ببيان واضح: ان القاعده الاوليّه تقتضى أن تكون الاجازة كاشفه و الا- يلزم أن لا تكون الاجازة تابعة لما وقع و صدر عن الفضولي فيلزم الخلف.

ان قلت: مجرد رضا المالك بالمعاوضه بين ماله و مال المشتري يكفى في تحقق الاجازة فالمميز لا يكون ناظرا الى زمان خاص فلا وجه للكشف.

قلت: المالك إما يلتفت الى ما فعل الفضولي و يجيزه و إما لا

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٨

يلتفت إليه أما مع الالتفات و الاجازة فلا اشكال في كونها تابعة للمجاز في جميع الخصوصيات و الا يلزم الخلف و أما مع عدم الالتفات فلا يكفى رضاه في الاجازة بل يكون اجنبيا عن العقد الفضولي بالمره.

و أورد عليه ثانيا: ان الامر بالوفاء بالعقد لا يتوجه الى المالك الا بعد الاجازة و المفروض ان الحكم الوضعي ينتزع عن الحكم التكليفي فالملكيه لا تحصل الا بعد الاجازة فكيف يمكن الالتزام بالكشف؟ و قس عليه قوله تعالى

«احل الله البيع» (١).

و الجواب عن الاشكال المذكور انه لا اشكال فى أن الخطاب لا يتوجه الى المالك الا بعد الاجازه كما ان اطلاق حليه البيع لا يشمل انشائه الا بعد الاجازه لكن السر الوحيد فيما ندعى ان الاجازه أمر تعلقى يتعلق بأمر آخر و فى المقام تعلق بالبيع الفضولى و قلنا انها تابعه للمجاز و الا يلزم الخلف و المفروض ان البيع الفضولى تمليك من زمان الفضولى فالاجازه المتعلقة به فى حكم البيع من السابق فكأن المالك قال بعث دارى من المشتري الاصيل من الامس فلاحظ و اغتنم

و أورد عليه ثالثا: بأننا سلمنا ان المستفاد من الادله الكشف الانقلابى لكن لا بد من رفع اليد عن الظهور اذ لا يمكن ابقاء الظهور بحاله مع منافاته لحكم العقل بعدم الامكان و المقام كذلك اذ يلزم خروج الشىء عما هو عليه فان العقد الصادر عن الفضولى قد فرض غير مؤثر فى حصول الملكيه فكيف يمكن ان الاجازه تؤثر و تجعله مؤثرا فان مرجعه الى انقلاب الشىء عما هو عليه و يكون غير المؤثر مؤثرا.

---

(١) البقره / ٢٧٥.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٩

و الجواب عن الاشكال المذكور ان العقد ما دام لا- يكون مورد الاجازه لا- يكون مؤثرا و فى زمان الاجازه يكون مؤثرا، و لا ينقلب الشىء عما هو عليه فان الانقلاب المحال ان نلتزم بكون العقد مؤثرا فى زمان حدوثه و لا نقول به بل نقول حدث غير مؤثر و بقاء يكون مؤثرا فلا يلزم الانقلاب و لا يلزم المحال.

و العجب من الشيخ قدس سره كيف أورد الاشكال المذكور مع كونه خريت الفن و يشار إليه فى جميع ميادين الفقه و الاصول

و



لا- غرو فان العصمه خاصه باهلها و فى أثناء كلامه أمر بالتأمل بقوله فتأمل و لعله ناظر الى ان الامر فى القبول كذلك و القبول كالأجازة فى هذه الجهة و انما لا نقول بتحقيق الملكيه من زمان الايجاب للسيره العقلانيه و الشرعيه على عدم تحقق الملكيه قبل القبول و الله العالم.

و المتحصل مما تقدم انه لو قلنا بان الدليل على صحه الفضولى الادله العامه كان مقتضى القاعده كما تقدم كون الاجازة كاشفه كشفا انقلابيا و لكن قد تقدم منا الاشكال فى تماميه الاستدلال بالأدله العامه و العمده فى الاستدلال على الصحه النصوص الخاصه و العمده فيها ما رواه زراره «١».

فان المستفاد من التعليل الواقع فى كلامه روحى فداه ان الميزان فى مقابليه الصحه مع الاجازة عدم عصيان الله تعالى و أما مع عدم تحقق عصيانه تعالى فيكون ما وقع فضولا قابلا للصحه مع الاجازة و معها يجوز و يمضى و مقتضى اطلاق الجواز جواز ما انشأ الفضولى فيكون فعل الفضولى فعل المجيز بعد الاجازة و هذه الروايه هى العمده فى الاستدلال على تماميه الفضولى بالاجازة.

و صفوه القول: ان المستفاد من كلامه عليه السلام انه لم يعص

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٩٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٠

الله و انما عصى سيده ان الملائك الموجب للفساد و عدم قابليه ما وقع للصحه أن يكون عصيانا له تعالى و خلاف حقه.

و ان شئت قلت: التقسيم قاطع للشركه فالمانع الوحيد عدم رعايه الحق الالهى و أما الحق الخلقى فلا يكون مانعا فاذا ارتفع و اجيز ما وقع يصح.

و أما النصوص الخاصه الداله على الصحه فى الموارد الخاصه كباب النكاح أو باب بيع العبيد و

الاماء فلا يمكن الاستدلال بها على الكبرى الكليه الساريه فى جميع الموارد، بقى الكلام فى حديث أبى عبيده «١» فانه قد أمر عليه السلام بعزل سهم غير المدرك الى أن تبلغ الجاريه و فى صوره اجازتها النكاح بعد الحلف يدفع إليها سهمها من الارث و الحال ان عزل السهم من الارث لا ينطبق على القاعده حتى على القول بالكشف الحقيقى اذ مقتضى الاستصحاب الاستقبالى انها لا تجيز فلا وجه لحبس الحق عن بقيه الورثه و لكن لا بد من العمل بالحديث تعبدا و على كل تقدير لا يمكن أن يستفاد من الحديث الحكم الكلى فى جميع الموارد و فى جميع الابواب فالمدرك للكليه منحصر فى حديث زراره فلاحظ.

«قوله قدس سره: و قد تحصل مما ذكرنا ان كاشفيه الاجازه على وجوه ثلاثه»

قد ظهر مما ذكرنا ان هنا وجه آخر للكشف و هو الكشف الانقلابى و هو الحق و قد تبين مما تقدم انه لا يتوجه به اى محذور و اشكال.

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٩٠.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢١

«قوله قدس سره: فان الوطى على الكشف الحقيقى حرام ظاهرا»

لاستصحاب عدم لحوق الاجازه فيكون حراما ظاهرا و أما بحسب الواقع فيكون حلالا فان المفروض تحقق الاجازه و هذا على القول بالكشف الحقيقى و أما على القول بالكشف الانقلابى فيكون الوطى حراما اذ قبل الاجازه تكون الامه مملوكة لمالكها فالوطى يكون مصداقا للزنا نعم بعد الاجازه يعتبر كونها مملوكة للمشتري من ذلك الوقت انما الكلام فى الآثار المترتبة على العصيان فهل ترتفع بالاجازه أم لا؟

و سيدنا الاستاد فرق بين الحد و التعزير و قال: أما الحد فيسقط بالاجازه و أما التعزير فلا أما

عدم الحد فلان الاجازة توجب اعتبار المرأة زوجها للاصيل من زمان العقد فوطئه اياها يحسب وطيا للزوجه و هذا معنى الانقلاب و من الظاهر ان وطئ الزوجه لا يكون سببا للحد و أما التعزير فلان الحرمة لا تتبدل بالحليه بالاجازة كما ان المبعوضه لا تتبدل بعدمها.

و يمكن أن يناقش فيما أفاده بأنه لا اشكال في أن الحرمة لا تتبدل بالإباحة أما قبل الاجازة فظاهر و أما بعد الاجازة فقد انقضت ذلك الوقت و اعتبار الاباحه لفعل بالنسبه الى الزمان الماضي غير معقول.

و بعبارة اخرى: الترخيص انما يعقل بالنسبه الى فعل قابل للوجود و العدم و أما اذا لم يكن قابلا- كما في المقام- فاعتبار الحكم لغو صرف لكن نقول بعد الاجازة ان المرأة يعتبر كونها زوجها للاصيل و تكون المرأة في وعاء الشرع زوجها للواطى في زمان الوطى و من الظاهر ان وطئ الزوجه لا- يكون فيه تعزير كما لا- يكون فيه حد نعم لا- اشكال في كونه مستحقا للعقاب فان الاستحقاق للعقاب

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٢

ليس حكما شرعيا كى نقول بارتفاعه بالاجازة.

و للمناقشه في اصل الدعوى مجال و هو انه لا اشكال في تعنون الواطئ حين الوطى بكونه زانيا و عاصيا و الشىء لا ينقلب عما هو عليه و بعبارة اخرى: لا اشكال في صدور الزنا عنه و من صار زانيا يستحق الحد فلا يسقط عنه الحد كما انه لا اشكال في صيرورته عاصيا و ساقطا عن العدالة فلا مجال لان يقال يسقط عنه الحد بالاجازة و الا يلزم أن يعود الى كونه عادلا و لو مع عدم التوبه و الندم و هل يمكن الالتزام به؟

و بيان اوضح: مقتضى اطلاق

وجوب الحد على الزانى وجوبه و عدم سقوطه و لو مع اعتبار الوطى وطيا للزوجه بقاء فان حدوث الزنا يكفى لترتيب الاثر بالإطلاق و لعمري ما اقول نعم القول فافهم و اغتتم.

«قوله قدس سره: و يحتمل عدم تحقق الاستيلاء على الحكمى لعدم تحقق حدوث الولد فى الملك»

الظاهر ضعف الاحتمال المذكور فان مقتضى الكشف الحكمى ترتيب جميع الآثار و منها اعتبار الامه أم ولد.

«قوله قدس سره: مع احتمال كون النقل».

الاجازه التى تؤثر هى التى تصدر عن المالك الذى بيده الامر و المفروض انه بالنقل يصير أجنبيا عن العين فلا مجال لاجازته بعد ذلك هذا على القول بالكشف الحقيقى و أما على بقيه الاقوال حتى الكشف الانقلابى فالامر اوضح فلاحظ.

«قوله قدس سره: و على المجيز قيمتها»

الظاهر انه لا مجال لما أفاده فان الاجازه الواقعه بعد النقل ان

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٣

كانت واقعته فى محلها و تكون كاشفه عن بطلان النقل فأنه نقل مال الغير و ان لم تكن واقعته فى محلها و كانت واقعته فى غير محلها فلا اثر لها فعلى كلا التقديرين لا وجه لدفع قيمه أم الولد.

«قوله قدس سره: كما فى الفسخ بالخيار»

القياس مع الفارق فان الفسخ حل العقد من الحين أى من حين الفسخ لا من الاصل و مقتضى الفسخ أن يرجع كل من العوضين الى صاحبه هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى التصرف من المالك فى ملكه قبل الفسخ صادر من أهله و واقع فى محله فيؤثر أثره و بعد الفسخ يعتبر ما نقل الى الغير تالفا بالتلف الحكمى و تصل النوبه الى البديل من المثل أو قيمه و أما الاجازه فى المقام فتكون كاشفه عن الملكيه من

وقت العقد فلا وجه للمقاييسه بين المقامين فلا تغفل.

قَمِي، سيد تقى طباطبائي، عمدته المطالب في التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشي محلاتي، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق  
عمده المطالب في التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ٣٢٣

«قوله قدس سره: مع احتمال الرجوع الى البدل»

أما على الكشف الحقيقي فالرجوع الى البدل منحصر في الاتلاف التكويني الخارجي و لا يلحق به العتق اذ العتق وقع في ملك الغير و لم يصح فلا تصل النوبه الى البدل و أما على الكشف الحكمي فلا مجال للاجازه اذ التلّف تكويننا كان أو تشريعا لا يبقى مجالا للاجازه.

و بعبارة واضحة: في صورته تلف العين يكون مورد الاجازه - منعدما و ان شئت قلت: الاجازه تكون كالبيع من الزمان السابق و مع نقل العين الى الغير أو انعدامها خارجا لا مجال للبيع فلاحظ.

«قوله قدس سره: فانه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل إليه العين»

الظاهر ان الامر كما أفاده فان اثر الكشف أن يكون نماء العين لمن انتقل إليه بخلاف النقل اذ النماء الحاصل قبل الاجازه مملوك لمن انتقلت العين عنه.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٤

«قوله قدس سره: دون الكشف»

اذا كان كشفا حقيقا و أما على القول بالكشف الحكمي فلا فرق بينه و بين النقل و في الحقيقة الكشف الحكمي هو النقل.

«قوله قدس سره: و هذا مبني على ما تسالموا عليه من جواز ابطال احد المتعاقدين»

لا وجه لعدم الجواز لا تكليفا و لا وضعيا أما تكليفا فلعدم الدليل على حرمة الابطال و أما وضعيا فابطاله على القاعده اذ يلزم بقاء المعاقده و المعاهده العقديه كي تكون قابله لتعلق الاجازه بها و أما مع زوالها برفع يد احد الطرفين فلا موضوع

للاجازه.

«قوله قدس سره: لا مدخل لاختيار المشتري فيه»

قد ظهر مما ذكرنا انه مع فسخ الاصيل لا يبقى موضوع للاجازه فلا مجال للتقريب المنقول عن البعض.

«قوله قدس سره: فالاولى فى سند المنع»

قد انقذح مما ذكرنا انه لا مجال للاخذ بالعموم و الاطلاق بعد الفسخ و رفع اليد عن المعاقده و المعاهده و لعله يشير الى ما ذكرنا بقوله «و لا يخلو عن اشكال».

«قوله قدس سره: و لعله لجريان عموم وجوب الوفاء»

لا- مجال لهذا التقريب فانا قلنا ان دليل وجوب الوفاء ارشاد الى اللزوم و غير متكفل للصحة و من الظاهر ان اللزوم عارض على الصحة و الحال ان العقد قبل الاجازه لا يكون صحيحا فلا مجال لهذا التقريب.

مضافا الى أن الوجوب التكليفي الذي يستفاد من كلام الشيخ

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٥

انما يتصور فيما يكون العقد صحيحا و الا فلا مقتضى لوجوب الوفاء و بيان واضح: العقد الفضولى قبل الاجازه اما صحيح شرعا و اما غير صحيح أما على الاول فيلزم الخلف لان المفروض ان الاجازه لم تتحقق بعد مع انها مقومه لتحقق الامضاء الشرعى و أما على الثانى فلا مقتضى للوجوب.

«قوله قدس سره: اقول مقتضى عموم وجوب الوفاء»

قد ظهر مما ذكرنا ان ما أفاده مشكل و انه لا مقتضى لوجوب الوفاء و ما أفاده بطوله و تفصيله لا يمكن المساعدة عليه.

«قوله قدس سره: و الحاصل انه اذا تحقق العقد فمقتضى العموم على القول بالكشف»

أصل المبنى فاسد و لذا يفسد البناء المبنى على الاساس الفاسد و صفوه القول: انه قبل تعلق الاجازه لا مقتضى لوجوب الوفاء و بيان آخر: قبل تحقق الصحة و قبل تماميه الامضاء الشرعى لا الزام من قبل الشارع و

هذا واضح ظاهر.

«قوله قدس سره: ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة»

لا وجه للحرمة لا على النقل ولا على الكشف أما على النقل فظاهر فانه قبل الاجازه لا تتحقق العلقه العقدية شرعا و مع عدمها لا موضوع للحرمة و أما على الكشف فلا بد اصالة عدم تحقق الاجازه تقتضى عدم الصحة نعم لو علم بلحوقها تترتب الآثار على القول بالكشف الحقيقي و لكن الكشف الحقيقي لا دليل عليه و مجرد فرض و خيال.

مضافا الى أن الفسخ لا اثر له فان المعاقده تحققت بين الفضولى و الاصيل و لا تنفسخ الا بفسخهما أو بفسخ احدهما و أما فسخ احد

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٦

الزوجين في النكاح أو المالك في البيع فلا أثر له فلاحظ.

«قوله قدس سره: على اشكال في الام»

الظاهر ان وجه الإشكال ان العقد اذا وقع على البنت تتعنون الام بعنوان أم الزوجه و بمجرد تعنونها بالعنوان المذكور تحرم على الزوج مؤبدا.

و قال السيد قدس سره في الحاشية: «ان الفسخ يكشف عن عدم تحقق الزوجيه و لكن وجه التردد، التردد بين كون الفسخ كاشفا عن الفساد من أول الامر أو رافعا للعقد من الحين فعلى الاول لا تحرم و على الثانى تحرم و الحق ان الفسخ كاشف عن الفساد من أول الامر فلا وجه للحرمة» انتهى.

و لا يكاد ينقضى تعجبي عن مقاله المذكوره فانا قد ذكرنا انه لا أثر للفسخ و مع ذلك لا وجه للحرمة اذ قبل الاجازه لا زوجيه و لا ملكيه و لا غيرهما فلا- موضوع لهذه التفاصيل و الحق هو الجواز على الاطلاق و بعباره واضحه: اذا صارت المرأه زوجة للرجل تكون أمه محرمة على الزوج و المفروض عدم

تحقق الزواج الشرعى فلا تغفل.

«قوله قدس سره: و فى الطلاق نظر»

النظر ناش من أن المفروض ان الطلاق صادر من أهله و واقع فى محله هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى الطلاق متوقف على الزواج و المفروض عدم صحه الزواج قبل الاجازه فلا ترتفع المصاهره.

ان قلت: اما تلحق الاجازه فالزوجيه متحققه و اما لا تلحق فلا زوجيه فلا وجه للحرمة. قلت: بعد صدور العقد عن الاصيل يجب عليه ترتيب الاثر عليه الى زمان تحقق الفسخ.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٧

و لكن الحق عدم تماميه التقريب المذكور فان الاجازه اما كاشفه كاشفا حقيقيا و اما لا تكون كاشفه أما على الاول فالزواج متحقق فالطلاق واقع فى محله و أما على تقدير كون الاجازه ناقله فلا- موضوع للطلاق نعم على القول بكون الاجازه كاشفه كاشفا حقيقيا و احتمال لحوق الاجازه، يكون الطلاق باطلا لعدم الجزم به.

و فيه أولا: ان الطلاق التعليقى لا مانع عنه و لا دليل على بطلانه و ثانيا ان مقتضى الاستصحاب الاستقبالى عدم تحقق الاجازه.

«قوله قدس سره: و الطلاق هنا معتبر»

يمكن أن يكون الوجه فى اعتبار الطلاق انه اذا اطلق الزوج يدل طلاقه على اجازته للعقد الفضولى و مع تحقق الزوجيه يكون الطلاق صحيحا و مؤثرا.

و يرد عليه أولا: انه يتوقف على التفات الزوج لوقوع العقد فاجازه و ثانيا: انه كيف يمكن وقوع الطلاق و الاجازه بلفظ واحد مع ان الطلاق يتوقف على تحقق الزوجيه فى الزمان السابق.

«قوله قدس سره: و عن كشف اللثام نفى الاشكال»

لعل معنى العبارة انه نفى الاشكال عن الحرمة فى حق المباشر.

«قوله قدس سره: و قد صرح أيضا جماعه بلزوم النكاح المذكور من طرف الاصيل»

قد ظهر مما



ذكرنا انه لا مجال لهذه الدعوى و انه لا موضوع للزوم من الطرف الواحد فان الزوم مترتب على الصحة و قبل الاجازه لا صحه فلا لزوم فلا مقتضى لترتب حكم من أحكام المصاهره لا وضعاً و لا تكليفاً

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٨

«قوله قدس سره: ما لو انسلخت قابليه»

لقائل أن يقول: انه مع انسلاخ القابليه لا مجال للاجازه فلا موضوع لهذا البحث مضافا الى أنه لا أصل للقول بالكشف كى تصل النوبه الى بيان هذه الثمرات و بعباره اخرى: على القول بالنقل لا يبقى مجال للاجازه مع انسلاخ القابليه و أما على الكشف فربما يقال بأن صحه الاجازه تتوقف على قابليه الاجازه فلا مجال لها أيضا مضافا الى أنه لا دليل على الكشف الحقيقى.

«قوله قدس سره: كما لو تجددت الثمره و بدا صلاحها»

بيع الثمره قبل بدو صلاحها باطل على كلا التقديرين فلا مجال لعدده من الثمرات و بعباره اخرى: لا يصح بيع المعدوم فلا فرق بين الكشف و النقل: ان قلت: الثمره حين العقد معدومه فلا يصح العقد عليها و لكن حين الاجازه موجوده فيصح العقد عليها فتظهر الثمره.

قلت: العقد الفضولى يلزم أن يقع صحيحا كى يكون قابلا لان يعرضها الاجازه و بيان واضح الاجازه لا تكون معامله مستأنفه بل انفاذ لما وقع فضولا فلا بد من أن نفرضها صحيحه و الا فلا تكون قابله للانفاذ و الاجازه فلاحظ.

«قوله قدس سره: و فيما قارن العقد فقد الشروط ثم حصلت و بالعكس»

اذا فرض فقدان العقد بعض الشروط كما لو كان غرريا و ارتفع حين الاجازه لا تؤثر الاجازه فيه فان العقد الفضولى حين وقوعه لا بد أن يقع صحيحا كى يكون قابلا لان

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٩

مع بطلان العقد من ناحيه فقدان بعض الشروط أعم من أن يكون من ناحيه فقدان شرط من شروط العقد أو فقدان شرط من شروط المتعاقدين فلا- يمكن أن يجاز بالاجازه اللاحقه نعم لو كان المجيز فاقدا لبعض شرائط التصرف قبل الاجازه و حين الاجازه كان واجدا أو كان حين الاجازه واجدا و بعد الاجازه صار فاقدا تكون الاجازه مؤثره لان الميزان يكون الاجازه صادرة عن الذى يكون قابلا للتصرف.

و لما انجر الكلام الى هنا ينبغى أن يذكر ميزان كلى و هو انه فى كل مورد يجوز لمن بيده الامر حين الاجازه ايقاع العقد ابتداء يجوز له أيضا اجازة العقد الواقع فضولا مثلا اذا فرضنا انه باع الفضولى العبد المسلم من مسلم اصيل ثم ارتد المشتري فهل يكون الاجازه جائزه أم لا-؟ أما على النقل فلا- يجوز لانه لا يجوز نقل المسلم الى الكافر على الفرض و لا فرق فيما نقول بين القول بالنقل المحض و القول بالكشف الحكمى لان المفروض ان الاجازه ناقله و لا يجوز نقل المسلم الى الكافر.

و أما على الكشف الحقيقى فالظاهر جوازه لان المفروض كون الاجازه كاشفه عن تحقق الملكيه فى زمان البيع و لم يكن مانع عن النقل فى ذلك الزمان و قس على بيع العبد المسلم من الكافر بيع المصحف من الكافر.

و اذا باع الفضولى منا من الحنطه و قبل الاجازه تلفت الحنطه فعلى الكشف تكون الاجازه المتأخره مؤثره و أما على النقل فلا اثر للاجازه اذ المفروض ان البيع من زمان الاجازه مستند الى المالك و لا- يكون للمالك بيع المعدوم و المفروض ان الحنطه المبيعه

معدومه حين الاجازه و قس بقيه الموارد على الموردین المذكورین

عمده المطالب فی التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٠

ففى كل مورد يكون العقد جائزا ابتداء، تكون الاجازه صحيحه و الا فلا.

«قوله قدس سره: و كما يشعر به بعض اخبار المسأله»

لا يبعد أن يكون ناظرا الى حديث ابن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام عن عبد لقوم مأذون له فى التجاره دفع إليه رجل ألف درهم فقال: اشتر بها نسمة و اعتقها عنى و حج عنى بالباقي ثم مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي يحج عن الميت فحج عنه و بلغ ذلك موالى ابیه و موالیه و ورثه الميت جميعا فاختصموا جميعا فى الألف فقال موالى العبد المعتق انما اشتريت أباك بما لنا و قال الورثه انما اشتريت أباك بما لنا و قال موالى العبد انما اشتريت أباك بما لنا فقال أبو جعفر عليه السلام:

أما الحجه فقد مضت بما فيها لا ترد و أما المعتق فهو رد فى الرق لموالى أبیه و أى الفريقين بعد اقاموا البيئه على أنه اشترى أباه من اموالهم كان له رقا «١».

و الحديث ضعيف سندا.

«قوله قدس سره: مضافا الى فحوى خبر تزويج الصغيرين»

الجزم بالفحوى و الاولويه مشكل فانا ذكرنا سابقا انه يمكن ان المصلحه تقتضى التسهيل فى باب النكاح و على الجملة لا وجه للتعدي.

«قوله قدس سره: مضافا الى اطلاق روايه عروه»

و قد تقدم الاشكال فى روايه عروه سندا و دلالة فراجع.

«قوله قدس سره: الا ان الارجح فى النظر ما ذكرناه»

الانصاف انه لا رجحان فيما أفاده فان الكشف لا دليل عليه و أما على النقل فلا مجال للاجازه بعد الانسلاخ لعدم الدليل على امكان

الوسائل الباب ٢٥ من ابواب بيع الحيوان.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣١

الاجازه بعد الانسلاخ فان عمده دليل صحه الفضولى حديث زراره «١» و لم يفرض فى تلك الروايه صوره انسلاخ القابليه فلا مجال للقول بالصحه بعد الانسلاخ.

«قوله قدس سره: و ربما يقال بظهور الثمره فى تعلق الخيارات»

بأن يقال المدار فى خيار العيب بزمان العقد على القول بالكشف و بزمان الاجازه على القول بالنقل مثلا لو كانت العين صحيحه حين العقد و لكن تعيبت بعد ذلك فعلى الكشف لا- خيار على الفرض و على النقل يثبت خيار العيب لان زمان الاجازه زمان النقل و المفروض ان العين معيبه.

و كذلك تظهر الثمره فى اختلاف القيمه الموضوع لخيار العيب فانه على الكشف لا بد من ملاحظه ذلك الزمان و على النقل يكون الميزان زمان الاجازه.

و أما خيار المجلس فقال السيد قدس سره فى الحاشيه: «و كذا بالنسبه الى خيار المجلس فانه بناء على الكشف يكون المدار على زمان العقد و على النقل على زمان الاجازه» انتهى.

و الذى يختلج بالبال أن يقال: انه لا- تظهر الثمره بين الكشف و النقل بالنسبه الى خيار المجلس فان المستفاد من ادله خيار المجلس ثبوته للبائع و المشترى فالميزان مجلس العقد على كل حال و من ناحيه اخرى لا مقتضى لثبوت الخيار للفضولى فان الفضولى أقل رتبه من الوكيل فى مجرد اجراء الصيغه و الاصحاب لا يلتزمون بثبوت الخيار له.

نعم لو كان المالك حاضرا فى مجلس العقد لا يبعد أن يقال بثبوت الخيار له و للاصيل لكن هذا على فرض الاجازه و أما مع عدم

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٩٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٢

الاجازه

فلا- خيار كما انه لو لم يكن حاضرا فى مجلس العقد يشكل الالتزام بالخيار و لو مع الاجازة اعم من القول بالكشف أو بالنقل فانه لا- اعتبار بمجلس الاجازة نعم اذا طال مجلس العقد الى زمان الاجازة و المجيز فى زمان الاجازة كان حاضرا فى مجلس العقد لا يبعد أن يكون الخيار ثابتا له و للمشتري الاصيل.

«قوله قدس سره: و حق الشفعة»

فعلى القول بالكشف يكون مبدأ الحق زمان العقد و على النقل زمان الاجازة و بعبارة اخرى: على القول بالكشف يثبت الحق بعد العقد و على النقل يتحقق الاثر أى يترتب الحق بعد الاجازة.

«قوله قدس سره: و احتساب مبدأ الخيارات»

فخيار الحيوان مثلا يكون مبدأ الثلاثة فيه على الكشف من زمان العقد و على النقل من زمان الاجازة.

«قوله قدس سره: و معرفه مجلس الصرف و السلم»

بأن يقال على الكشف الميزان مجلس العقد فلا بد من القبض فى مجلس العقد و على النقل يكون المناط مجلس الاجازة.

و أفاد السيد فى الحاشية «لا اعتبار بمجلس الاجازة بل لا بد من بقاء مجلس العقد الى حين الاجازة».

و الحق ان يقال: المناط بمجلس العقد و لا- يلزم بقائه الى حين الاجازة بل يكفى القبض فى مجلس العقد لان العقد يلزم أن يكون جامعا للشرائط الخالقيه فاذا تحقق العقد مع جميع قيوده و شرائطه يكون قابلا للحقوق الاجازة به و لا دليل على بقاء مجلس العقد الى حين الاجازة.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٣

«قوله قدس سره: و الايمان و النذور».

بأن يحلف أو ينذر أن يتصدق جميع ما يملكه يوم الجمعة فباع الفضولى داره يوم الخميس و أجاز البيع يوم الاحد فعلى الكشف لا يكون تصدق الدار واجبا اذ

المفروض عدم كونها مملوكة له يوم الجمعة و على النقل يجب فلاحظ.

«قوله قدس سره: وجهان»

الظاهر ان وقوع الامضاء الشرعى على طبق اجازته ذو وجهين و الحق انه لا وجه للصحة فان المستفاد من الادله عموما و خصوصا ان الاجازه اذا تعلقت بالعقد الفضولى على ما هو عليه تؤثر و الا فلا و عليه لا وجه للصحة.

و يمكن أن يكون المراد من العبارة انه بعد فرض عدم وجه للصحة فهل يمكن الالتزام بتأثير الاجازه و صيروره العقد مؤثرا على ما هو عليه؟ وجهان.

احدهما: انه لا أثر لها اذا كان التقييد الواقع فى كلام المجيز مضيقا لدائره الامضاء فانه لا يمكن الالتزام بالصحة اذ المفروض ان العقد لم يجز و المجاز لم يقع و يمكن الالتزام بالجواز بأن نقول اذا كان ذكر القيد بعنوان الداعى فانه يصح العقد بالاجازه لان المفروض ان من بيده الامر اجاز العقد غايه الامر الذى يدعوه الى هذا الامر تحقق الملكيه مثلا أو الزوجيه من الزمان الكذائى و تخلف الداعى لا يضر بالانشاء فلاحظ.

«قوله قدس سره: و ظاهر روايه البارقى»

قد تقدم انه لا اعتبار بحديث البارقى فانه ضعيف سندا و قاصر دلالة و لكن لا يحتاج الى الدليل بل مقتضى القاعده الاولى كفايه إنشاء الاجازه بما يكون مصداقا عرفيا بلا فرق بين اللفظ و الفعل

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٤

و بلا فرق فى اللفظ بين كونه صريحا أو ظاهرا أو كناية.

«قوله قدس سره: و منه اجازه البيع الواقع عليه»

يشكل ما أفاده لان اجازه العقد الواقع على الثمن يتوقف على كون الثمن ملكا له و كونه ملكا له يتوقف على اجازه العقد الاول فكيف يمكن الالتزام بأن اجازه العقد الواقع

على الثمن اجازته للعقد الواقع على المثلث و بعبارة واضحة: دخول الثمن فى ملكه يتوقف على اجازته العقد السابق و اجازته العقد الثانى يتوقف على كون الثمن داخلًا فى ملكه فزمان ملكيه الثمن متقدم على زمان اجازته العقد الواقع عليه ففى زمان واحد كيف يمكن الجمع بين الامرين.

«قوله قدس سره: و كتمكين الزوجه»

الكلام فيه هو الكلام و الاشكال فيه هو الاشكال فلاحظ.

«قوله قدس سره: و هو يشبه المصادره»

مضافا الى أنه لا يشترط اللفظ فى البيع و لذا نقول يتحقق البيع بالمعاطه كما يتحقق بالعقد اللفظى بلا فرق.

«قوله قدس سره: و فيه نظر»

اذ الاستقراء لا يقتضى تحقق المدعى فان المعاطه كالعقد اللفظى فى ترتب الاثر و السيره العقلانيه الممضاه شرعا جاريه عليه فلاحظ.

«قوله قدس سره: و النصوص»

يمكن أن يكون مراده من النصوص الروايات التى يشير إليها فى طى كلامه و لا بد من ملاحظه تلك النصوص كى نرى بأنه هل يستفاد منها المدعى أم لا و كيف كان مقتضى القاعده عدم كفايه مجرد الرضا أما العموم و الاطلاق كقوله تعالى «احل الله البيع» فلا

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٥

يشمل مجرد الرضا لانه يلزم أن يستند العقد الى من بيده الامر كى يشمل الدليل و مجرد الرضا بالعقد لا يقتضى الاستناد و أما النصوص فهى لا تدل على كفايه الرضا.

«قوله قدس سره: لا من جهه سببيه الفعل تعبدا»

الفعل كقول فى كونه مبرزا عن الاعتبار و قابلا- لا- ينشأ به و لا- يرتبط بالتعبد و لا دليل على كفايه الرضا و بيان واضح: الاجازة كالبيع أمر انشائى و مجرد الرضا النفسانى لا يكون إنشاء.

«قوله قدس سره: صح و لم يعبروا بالاجازة»

لا يبعد أن يكون مرادهم

بالرضا الاجازة لا مجرد الرضا القلبي.

«قوله قدس سره: دونها خرط القتاد»

لا- نحتاج الى الاجماع بل الادله الاولى كافيه لاثبات المدعى مضافا الى أنه لا يترتب على الاجماع المذكور أثر اذ على تقدير تحققه و تحصيله محتمل المدرك فلا يكون اجماعا تعبديا كاشفا عن قول المعصوم عليه السلام.

«قوله قدس سره: أقوى حجه في المقام»

العمومات لا تفيد اذ قبل تحقق الاجازة من قبل من بيده الامر لا يستند العقد إليه و مع عدم الاستناد إليه لا يتحقق شيء و لا يصح العقد الفضولي.

«قوله قدس سره: في عده أخبار»

منها ما رواه معاوية بن وهب قال: جاء رجل الى أبي عبد الله عليه السلام فقال: انى كنت مملوكا لقوم و انى تزوجت امرأه حره بغير اذن موالى ثم اعتقونى بعد ذلك فاجدد نكاحى اياها حين اعتقت؟ فقال له: أ كانوا علموا انك تزوجت امرأه و انت مملوك

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٦

لهم؟ فقال: نعم و سكتوا عني و لم يغيروا عليّ قال: فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت على نكاحك الاول «١».

و يمكن أن يقال بأن تحقق الاقرار بالسكوت بعد العلم بالنكاح بالتعبد الشرعى مضافا الى أن الكلام فى كفايه مجرد الرضا و لو مع عدم الابرار و الحال ان السكوت فى مثل هذه المقامات نحو امضاء فلا يثبت المدعى بهذه الاخبار.

«قوله قدس سره: و ما دل على أن قول المولى لعبد المتزوج بغير اذنه طلق»

لاحظ ما رواه على بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عن ابيه عن آبائه عن على عليهم السلام انه أتاه رجل بعبد فقال ان عبدى تزوج بغير اذنى فقال على عليه السلام لسيدة: فزق بينهما فقال السيد لعبد



يا عدو الله طلق فقال له على عليه السلام: كيف قلت له؟ قال: قلت له طلق فقال على عليه السلام للعبد: اما الآن فان شئت فطلق و ان شئت فأمسك فقال السيد يا أمير المؤمنين امر كان بيدي فجعلته بيد غيري قال: ذلك لانك حين قلت له طلق اقررت له بالنكاح «٢» و هذه الروايه ضعيفه سندا فلا يعتد بها.

«قوله قدس سره: و على أن المانع»

لاحظ ما رواه زراره «٣» فان المستفاد من الحديث لزوم الاجازه حيث قال «فاذا اجازه فهو له جائز» و مقتضى مفهوم الشرط انه لا يجوز مع عدم الاجازه.

---

(١) الوسائل الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ٢٧ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٢٩٧.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٧

«قوله قدس سره: و ما دل على أن التصرف»

لاحظ ما رواه على بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال الشرط في الحيوان ثلاثه أيام للمشتري اشتترط أم لم يشترط فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثه الايام فذلك رضا منه فلا شرط قيل له و ما الحدث قال: ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء ... الحديث «١».

و لا يبعد ان يستفاد من هذه الروايه ان مجرد الرضا الباطنى بالعقد و بقاءه يكفى في سقوط خيار الحيوان و لكن لا يترتب على الحديث الكليه الساريه في جميع الموارد بل حكم خاص وارد في اطار مخصوص مضافا الى أنه هل يمكن الالتزام بكفايه الرضا الباطنى حتى في مورد سقوط خيار الحيوان فكيف ببقية الموارد.

«قوله قدس سره: بعد

لا أثر للاجماع المدعى فانه على فرض تحصيله محتمل المدرك فلا يكون معتبرا و مؤثرا.

«قوله قدس سره: ما يسقطهما»

اذا انشأ احد المتعاقدين كما لو باع داره من زيد و زيد قال لا اريد و بلا فصل قبل فهل يكون باطلا فانه لا وجه له مضافا الى أن القياس مع الفارق فان رد المالك لا يوجب فسخ العقد فضلا اذ المعاقده قائمه بالمتعاملين و المالك اجنبى عن هذه الجهه.

«قوله قدس سره: هذا مع ان مقتضى سلطنه الناس على أموالهم»

مرجع الكلام المذكور الى أن المالك يمكنه الغاء الاهليه عن العقد الفضولى فان العقد الفضولى له أهليه لان تلحقه الاجازه

---

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٨

و المالك يلغى الاهليه و اذا كان الغاء الاهليه ممكنا له يمكنه أن يسقط العقد عن الاعتبار من أول الامر بأن يجعله غير مؤثر و غير قابل للاجازه من أول الامر و هل يمكن الالتزام به؟

مضافا الى أنه لا دليل على هذه الدعوى أى لا دليل على أن السلطنه على المال يقتضى ذلك و بعباره واضحه: أى دليل دل على سلطنه المالك على الالغاء.

«قوله قدس سره: الصحيحه»

لاحظ ما رواه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال:

قضى فى وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاما ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الاخير فقال: هذه وليدتى باعها ابنى بغير اذنى فقال: خذ وليدتك و ابنها فناشده المشتري فقال خذ ابنه يعنى الذى باع الوليده حتى ينفذ لك ما باعك فلما أخذ البيع الابن قال ابوه ارسل ابنى فقال: لا ارسل ابنك حتى ترسل ابنى فلما رأى ذلك

سيد الوليده الاول اجاز بيع ابنه «١».

«قوله قدس سره: لا مثل اخذ المبيع»

لم افهم وجه الفرق فان اخذ المبيع كعتق المبيع فى كونه من لوازم ملك المبيع فما هو الفارق بين المقامين و لعل مراده من العبارة ان الذين صرحوا بحصول الفسخ مرادهم غير اخذ المبيع فلاحظ.

«قوله قدس سره: فليطرح»

لا وجه لطرح الحديث أو تأويله اذ لم يقد فى قبالة دليل معتبر كى يرفع اليد عنه.

---

(١) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٩

«قوله قدس سره: فقولنا له أن يجيز مثل قولنا له أن يبيع»

و ان شئت قلت: قولهم له أن يجيز مثل قولهم له أن يستطيع و له أن يسافر و بعبارة اخرى: يمكن للمكلف ايجاد موضوع جملة من الاحكام الوضعية و التكليفيه و لا يكون معناه انه حق له و بعبارة واضحة: لا مانع من قبل الشارع عن ايجاد الموضوع.

«قوله قدس سره: فلو مات المالك لم يورث»

لعدم الدليل عليه بل ذكرنا فى محله انه لا دليل معتبر على إرث الحقوق فراجع ما ذكرناه فى هذا المقام من كتابنا «مباني منهاج الصالحين».

«قوله قدس سره: يظهر بالتأمل»

يظهر الا-ث فى موردين: احدهما: فيما لو باع الفضولى ما يحرم عنه بعض الورثة كالزوجه بالنسبه الى العقار فعلى القول بعدم كونه حقا و غير قابل للارث لا-ث منه الزوجه و أما ان قلنا بأنه من الحقوق القابلة للانتقال و قلنا بقيام الدليل على أن الحق يورث ترث الزوجه من الحق المذكور و ان كانت محرومه من إرث المبيع.

ثانيهما: انه وقع الكلام بينهم فى أن الحق كيف يورث فقول بأن الوارث الطبيعى فكل من سبق الى اعماله

يؤثر أثره وقول بأن الوارث مجموع الورثه وقول بأن إرث الحق بمقدار الارث من المال فلو قلنا بكونه حقا يورث فيه الاحتمالات الثلاثه المذكوره و ان قلنا بأنه لا يورث يكون لكل من ورثه العين الاجازه فى مقدار انتقل إليه على طبق القاعده الاولى على كلام فى امكان التبعيض.

### **[اجازه البيع لا تكون اجازه لقبض الثمن و لا لاقباض المبيع]**

#### **اشاره**

«قوله قدس سره: اجازه البيع ليست اجازه ...»

#### **فى هذا التنبيه فروع**

#### **اشاره**

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٠

### **الفرع الأول: انه أفاد الشيخ قدس سره ان اجازه البيع لا تكون اجازه لقبض الثمن و لا لاقباض المبيع**

و الامر كما أفاده فان أحد الامرین أجنبى عن الآخر و لا وجه لكون اجازه العقد اجازه لامر آخر كالقبض و الاقباض.

### **الفرع الثانى: انه هل تجرى الفضوليه فى الافعال الخارجيه كالقبض و الاقباض أو لا تجرى؟**

الذى يختلج ببالى القاصر و فكرى الفاتر انها لا تجرى و لا يقاس الفعل الخارجى على المعاملات الاعتباريه.

و بعبارة واضحه: انهم يدعون ان الفضولى لو باع دار زيد فضولا من بكر أو انكح المرأه الفلانيه من شخص ثم أجاز العقد من بيده الامر توجب الاجازه اللاحقه استناد ما صدر عن الفضولى الى المجيز فكأن مالك الدار بالاجازه باع داره من زمان وقوع العقد و كأن المرأه المزوجه فضولا باجازتها أنكحت نفسها من ذلك الشخص من زمان وقوع النكاح و هكذا.

و انا استشكلنا فى التقريب المذكور و قلنا العقود المعاملية امور تكوينيه مثلا- البيع عبارة عن الاعتبار النفسانى و ابراز ذلك الاعتبار بمبرز خارجى و كلا الامرین امران خارجيان و فعلاان تكوينيان نعم متعلق الاعتبار أمر اعتبارى فكيف يمكن أن يستند الامر التكوينى الصادر عن احد الى غيره بالاجازه.

ان قلت: فما تقول فى الوكاله و الاذن؟ قلت: قام الدليل القطعى على جواز التوكيل و الاذن و النصوص و افيه الدلاله على

المدعى مضافا الى السيره الخارجيه العقلائيه الممضاه من قبل الشارع الاقدس فلا وجه للمقايسه مضافا الى أن القبض و الاقباض  
أمران خارجيان و ليس فيهما شائبه الاعتبار.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤١

ان قلت: فكيف سلمتم جواز الفضولى و صحه الاجازه كما سبق؟

قلت قد استندنا فى جوازه و صحته بالاجازه بالنص الخاص اى حديث زراره «١» و لا- يستفاد من ذلك الحديث جواز تعلق  
الاجازه بالامور التكوينييه الخارجيه كالقبض.

ان قلت: لا اشكال فى تحقق القبض و الاقباض بالاذن السابق الصادر

عمن بيده الامر فيكون الاجازة اللاحقه مثله. قلت: لا- وجه للمقايسه بين المقامين و القياس ليس من مذهب الاماميه فما أفاده سيدنا الاستاد قدس سره فى هذا المقام من قياس الاجازة اللاحقه بالاذن السابق لا وجه له فلاحظ.

### الفرع الثالث: ان الفضولى لو قبض المعين من المشتري

و المالك أجاز البيع و علم بالاقباض و رضى به فهل يصدق القبض و يترتب عليه الآثار كسقوط الضمان لو تلف قبل القبض أم لا؟

و انعقاد هذا الفرع متفرع على عدم صحه الاجازة بالنسبه الى القبض كما سبق و قلنا لا دليل على صحتها و لا يبعد أن يقال بأن القبض الموضوع للحكم كسقوط الضمان يحصل بالرضا و الاذن اللاحق و ذلك لان أصل القبض قد حصل على الفرض و يكون المال مقبوضا بالفعل و يكون مرضيا به من قبل المالك و يكون المقام مثل ما لو كان مال شخص عند آخر فاشتراه منه فهل يجب أن يرد المال و ثانيا يقبضه منه؟ لا اظن أن يلتزم بهذا اللازم فقيه هذا بالنسبه الى المبيع.

و أما بالنسبه الى الثمن فكونه مقبوضا من الفضولى لا أثر له و المفروض عدم تحقق القبض من قبل البائع و قد فرضنا عدم صحه

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٩٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٢

الاجازة بالنسبه إليه فما دام لم يصل الى يد المالك لا يترتب عليه الاثر.

و بعباره واضحه: قبض الثمن من قبل البائع لم يتحقق نعم اذا قلنا مجرد رضا المالك يكفى فى رفع الضمان و كان المالك راضيا بقبض الفضولى يحصل المطلوب و لكن على هذا لا فرق بين قبض الفضولى و كونه باقيا فى يد الاصيل.

و بيان آخر: ان مرجعه الى كون المالك راضيا بعدم

القبض و اكتفائه بهذا المقدار فلا بد من ملاحظه الدليل و ان أى مقدار يقتضى؟ و هل يسقط الضمان بهذا المقدار؟

ان قلت: يمكن للمالك أن يسقط الضمان المعلق على عدم القبض قلت: هذا اسقاط لما لم يجب اذ الضمان متفرع على التلف و المفروض انه لم يتلف ان قلت: ما المانع عن اسقاط ما لم يجب فانه يسقط الضمان الذى سيوجد غايه الامر على نحو التعليق.

قلت: لا بد من وجود الدليل على جوازه و الا فمقتضى الاصل الاولى عدم تأثير الاسقاط المشروط و لا يخفى ان هذا التقريب انما يتم لو قلنا بعدم انفساخ العقد بتلف الثمن و اما ان قلنا بأن العقد يفسخ بتلف الثمن فلا تصل النوبه الى الاسقاط أى بانفساخ العقد يرجع المبيع الى ملك المالك الاصلى فلاحظ.

### **الفرع الرابع: انه هل تجرى الفضوليه فى تشخيص الكلى فى الفرد**

و هل تكون الاجازة مؤثره أم لا؟ فنقول: تتصور لهذا الفرع صور الصوره الاولى: أن يبيع الفضولى الكلى فى ذمه زيد كمن من حنطه ثم يشخص الكلى فى ضمن من شخصى مملوك لزيد فالذى يختلج بالبال عجاله انه لا بأس به و يصح مع الاجازة اللاحقه بأن

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٣

يجيز زيد أو لا اصل المعامله ثم التشخيص المذكور فان التشخيص نحو معاوضه أى معاوضه بين الكلى و الشخص الخارجى و فرضنا ان الفضولى يصح بالاجازة مثلا اذا باع الفضولى عباء زيد بدرهم ثم اشترى بالدرهم منا من الحنطه و المالك أجاز العقد الاول أولا ثم اجاز العقد الثانى الظاهر انه لا بأس به و المقام كذلك.

الصوره الثانيه: أن يبيع الفضولى منا من الحنطه فى ذمه زيد ثم شخص الكلى فى من من الحنطه الخارجيه المملوكه لنفسه و من له

البيع أجاز كلا الأمرين فالظاهر صحته أيضا و لا أرى فيه اشكالا.

الصورة الثالثة: أن يكون الثمن كليا من قبل الاصيل ثم شخصه فى شخص و دفعه الى الفضولى و من بيده الامر أجاز كلا الأمرين فالظاهر أيضا صحته اذ لم يظهر وجه للبطلان.

### **الفرع الخامس: انه لو باع الفضولى ما يشترط فيه القبض فى المجلس**

و لكن لم يحصل القبض فهل يكون العقد المذكور قابلا- للاجازه و هل يكون القبض حين الاجازه كافيا أم لا؟ الظاهر انه لا يكون قابلا- للاجازه فان الاجازه كما ذكرنا سابقا انما تؤثر فيما يكون المجاز تاما و كاملا من جميع الشرائط و تكون الشرائط الشرعية الالهيه كامله.

و بعبارة اخرى: العقد الفضولى لا بد أن يكون جامعا للشرائط كى يكون قابلا للاجازه و الا فلا و حيث ان المفروض ان القبض شرط فى مجلس العقد و قد فرض عدمه فلا أثر للاجازه و تحقق القبض حين الاجازه لا أثر له فان الاستفادة من الدليل اشتراط القبض فى مجلس العقد و البيع و المفروض ان البيع تحقق سابقا و الاجازه لا تكون بيعا بل الاجازه انفاذ البيع السابق.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٤

و الذى يدل على ما نقول ان البيع ليس من الايقاعات بل من العقود و اذا كان اجازته المالك بيعا فيلزم أن يتحقق الاشراف أيضا و الحال ان الاشراف قد تحقق حين العقد و لا يكون اشرافا جديدا.

### **الفرع السادس: انه لو باع الفضولى ما يشترط فيه القبض و قد حصل القبض**

فأجاز المالك العقد و لم يجز القبض أو قلنا بأن اجازته القبض لا أثر لها كما قلنا فهل تكون الاجازه مؤثره أم لا؟

الظاهر انها مؤثره اذ المفروض ان الشرائط الراجعه الى حق الله كانت حاصله حين العقد فالعقد الواقع حين الفضولى كان جامعا لجميع الشرائط و الشىء لا- ينقلب عما هو عليه فالاجازه تؤثر اثرها و بتقريب آخر: ان البيع قد وقع جامعا للشرائط الالهيه و الاجازه لا تكون بيعا جديدا و عقدا مستأنفا بل الاجازه توجب نفوذ العقد السابق فيكفى كون العقد فى ظرفه جامعا للشرائط.

### **الفرع السابع: انه افاد سيدنا الاستاد بأن النزاع فى الكشف و النقل لا يجرى فى القبض**

و كل عقد يشترط فيه القبض يتحقق الا- اثر فيه بعد الاجازه و بعبارة اخرى: اجازته القبض كقبض المميز فكما ان قبض المميز يكون جزءا متمما لحصول الملكيه و قبله لا- يحصل الانتقال كذلك الاجازه فاجازته القبض تكون ناقله دائما و لا يتصور فيها الكشف بتقريب ان القبض لا- يكون من الامور التعلقية كى يؤثر فى الواقع سابقا فلا- مجال لجريان بحث الكشف و النقل فى القبض.



و لا يكاد ينقضى تعجبي انه كيف صدر عنه التقريب المشار إليه فان القبض لا يكون أمرا تعلقيا و لكن الاجازه امر تعلقى يتعلق بالقبض السابق كما انها تتعلق بالبيع السابق مضافا الى أن لازم كلامه انه لو باع الفضولى مال زيد بالبيع الذى يشترط فيه القبض

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٥

و لم يحصل القبض يصح باجازه البائع اذا حصل القبض حين الاجازه و هل يمكن الالتزام به؟

و على فرض الالتزام به يلزم جواز العقد الفضولى فاقتدا لشرائط الصحة الشرعيه اذا توفرت الشرائط عند الاجازه و الالتزام بهذا اللزم الفاسد ينافى صريح حديث زراره حيث قال الامام عليه السلام «فانه

لم يعص الله و انما عصى سيده».

فان المستفاد من الحديث ان عصيان الله غير قابل للاصلاح و من الظاهر ان القبض فى الصرف و السلم شرط إلهى و خالقى لا خلقى فلاحظ.

### **الفرع الثامن: لو أجاز العقد دون القبض فيما يشترط فيه القبض**

فهل تصح الاجازه بالنسبه الى العقد و توجب ردّ القبض أم تبطل اجازته العقد فلا- يصح فنقول: اذا قلنا بأن القبض غير قابل للاجازه كما سبق فلا- أثر لرد القبض و أما ان قلنا بأنه تصح اجازته القبض فان قلنا بأنه يمكن التفكيك بين الاجازتين فالنتيجه صحه العقد و بطلان القبض و ان قلنا بأنه لا يمكن التفكيك فالظاهر بطلان العقد اذ المفروض انه لا يصح العقد بدون القبض و المفروض ان القبض مردود فلا يمكن تصحيح العقد.

«قوله قدس سره: فالاقوى تداركه بالخيار أو اجبار المالك على أحد الامرين»

لا- مجال لا للخيار و لا للاجبار على أحد الامرين أما الخيار فانه متفرع على صحه العقد و لزومه و الحال ان العقد لا يصح الا بالاجازه و مع عدم الصحه لا موضوع للزومه فلا وجه للخيار.

و أما اجبار المالك فأیضا لا وجه له و لكن الذى يهون الخطب انه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٦

لا- يكون الاصيل ممنوعا عن التصرف أما على النقل فواضح فان الانتقال يحصل بالاجازه و أما على الكشف فمقتضى الاستصحاب عدم تحققها فيجوز له التصرف فيما انتقل عنه و على فرض العلم بالاجازه يجوز التصرف فيما انتقل إليه فانه ملكه على الفرض فلا اشكال.

### **[هل يعتبر فى صحه الاجازه مطابقتها للعقد]**

#### **اشاره**

«قوله قدس سره: السابع هل يعتبر فى صحه الاجازه مطابقتها للعقد»

اقول: الاجازه تاره تطابق العقد و اخرى تخالفه و على التقدير الثانى قد تخالفه بالتباين و اخرى تخالفه بالكلية و الجزئيه و ثالثه بالإطلاق و الاشرط

**فهنا صور أربعه:**

## أما الصورة الأولى

فلا اشكال فى صحه العقد بها على ما هو المقرر من أن الاجازة تفيد الصحه.

## و أما الصورة الثانيه

فلا اشكال فى فساد الاجازة و لا اثر لها كما هو ظاهر.

## و أما الصورة الثالثه

فأفاد الشيخ بأنها تفيد و توجب نفوذ العقد بالمقدار المجاز و تبعه سيدنا الاستاد و تقريب الاستدلال على المدعى: ان وقوع البيع على المركب يوجب انحلاله بانحلاله-الاجزاء فكل جزء مبيع و يترتب عليه حكمه فلا مانع عن المخالفه أى المخالفه بالكليه و الجزئيه فلو باع الفضولى دار زيد من الغير يمكن للمالك اجازة البيع بالنسبه الى نصف الدار أو ثلثها و هكذا غايه الامر يثبت خيار تبعض الصفقه للمشتري الاصيل.

و يرد على هذا التقريب أولاً: بالنقض و ثانياً بالحل أما النقض فانه يلزم على التقريب المذكور أن يثبت للبائع و المشتري فى بيع المركب كبيع الدار خيار المجلس باعتبار كل جزء منه فيكون لكل منهما خيار بالنسبه الى النصف و الثلث و الربع و هكذا و هل يمكن

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٧

الالتزام بهذا اللازم؟ و هل يلتزم القائل بالتعدد فى المبيع؟

و أما الحل فان بيع الدار بيع واحد و هكذا بقيه الموارد و ربما يكون المبيع متعدداً و ثمن كل واحد من المتعدد معين و انما يجمع البيوع المتعدده فى إنشاء واحد و هذا الفرض خارج عن محل الكلام نعم يتعدد البيع بتعدد البائع فتعدد البيع يتحقق أما بتعدد البائع أو بتعدد المشتري أو بتعدد المبيع و أما مجرد كون المبيع مركباً فلا يوجب تعدد البيع و لا دليل عليه لا من العرف و لا من الشرع و ما نقول موافق مع ما اختاره السيد قدس سره فى الحاشيه و نعم المؤيد هو.

## و أما الصورة الرابعه فلها أقسام متصوره

### القسم الأول: أن يكون العقد مشروطاً بفعل

كما لو باع الفضولى دار زيد من بكر بشرط أن يختم قرآناً و المالك أجاز البيع بلا شرط فالظاهر عدم صحه الاجازة بلا فرق



فى صحه الاجازه الادله العامه او النص الخاص و ذلك لان ما صدر عن الفضولى ما اجيز فلا يستند ما صدر عنه الى المجيز كما ان قوله عليه السلام فى حديث زراره «انه لم يعص الله و انما عصى سيده فاذا أجاز جاز» لا يشملہ.

### **القسم الثانى: أن يشترط الفضولى الخيار على الاصيل و المالك أجاز العقد مطلقا**

فالكلام فيه هو الكلام طابق النعل بالنعل و القول بأنه تجاوز عن حقه فما وجه عدم الصحه لا يرجع الى محصل صحيح فان ثبوت الحق له يتوقف على الاجازه و المفروض انه لم يجز المشروط فلا حق له كى يتجاوز عنه. و الحاصل: انه لا يمكن الالتزام بالصحه لا مشروطا و لا مطلقا أما مشروطا فلعدم المقتضى و أما مطلقا فلعدم التطابق بين الاجازه و المجاز.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٨

### **القسم الثالث: أن يشترط الفضولى شرطا على الاصيل و أجاز المالك بلا شرط**

و الكلام فيه هو الكلام.

### **القسم الرابع: أن يبيع الفضولى مطلقا و المالك يجيز العقد مشروطا**

كما لو باع الفضولى دار زيد من بكر بلا شرط و أجاز المالك العقد مشروطا بفعل كزياره المشهد الرضوى مثلا فهل تصح الاجازه أم لا؟ الظاهر هو الثانى و عدم الصحه فى الفرض المذكور أوضح.

و اذا فرض ان الاصيل قبل الشرط فهل يصح أم لا؟ الظاهر هو الثانى اذ المفروض ان العقد الواقع مطلقا لا ينقلب عما هو عليه و المفروض انه لم يتحقق عقد مستأنف فما وقع يجز و ما اجيز لم يقع.

و صفوه القول: ان المستفاد من كلام الامام عليه السلام فى حديث زراره انه لا بد من أن ما وقع فضولا يقع مورد الاجازه كى يصح و أما اذا اختلف المجاز مع الاجازه فلا يستفاد من الحديث كونه تاما بل المستفاد من مفهوم الشرط انه مع اختلاف الاجازه لا يصح العقد فلاحظ.

**[الكلام فى المجيز]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: يشترط فى المجهز أن يكون حين الاجازة جائز التصرف»

و الوجه فيه ان الاجازة مؤثره فى ترتب الآثار فيلزم أن يكون المجهز جائز التصرف و بعبارة واضحة: الاجازة مثل البيع فكما أن البائع يلزم أن يكون جائز التصرف كذلك يلزم أن يكون المجهز جائز التصرف.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٩

«قوله قدس سره: و لا فرق فيما ذكرنا بين القول بالكشف و النقل»

اذ على القول بالكشف أيضا يلزم أن تصدر الاجازة ممن بيده الامر فلا فرق بين القولين من هذه الجهة كما أفاد.

«قوله قدس سره: اولهما للعلامه»

و أجاد فيما أفاد ذكرنا كرارا ان العقد الفضولى يلزم أن يكون جامعا للشرائط المقرره الخالقيه كى يكون قابلا- لانه تلحقه الاجازة و المفروض ان عدم المفسده أو وجود المصلحه شرط فى بيع مال اليتيم فاذا فقد الشرط المذكور لا

يكون قابلا لان يجاز و ان الشىء لا ينقلب عما هو عليه.

«قوله قدس سره: من انتقاضه بما اذا كان المجيز بعيدا امتنع الوصول إليه»

هذا الانتقاض غير وارد فان الكلام فى فقدان الشرائط الشرعيه و عدم بعد المالك ليس من الشرائط.

«قوله قدس سره: بمنع ما ذكره من أن امتناع صحه العقد فى زمان يقتضى امتناعه ...»

الامر كما أفاده فان الشىء لا ينقلب عما هو عليه و اذا كان العقد فاقدا لشرط من الشرائط يلزم فساده الا أن يقوم دليل فى مورد خاص يدل على الصحه و معنى الامتناع ان الحكم مترتب على موضوع خاص و سبب مخصوص و المفروض ان الواقع فى الخارج مغاير معه فلا يكون قابلا للصحه.

«قوله قدس سره: مضافا الى الاخبار الوارده فى تزويج الصغار فضولا»

هذه الاخبار لا تدل على مدعى الشيخ قدس سره فان الكلام فى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٠

كون العقد الفضولى فاقدا لبعض الشرائط حين حدوثه و وجود الولى و من بيده الامر و امكان الوصول إليه عاجلا ليس من الشرائط المقرره الالهيه فلا ربط بين المقام و بين تلك الروايات.

«قوله قدس سره: فانه لا حاجه الى الاجازه»

كيف لا يكون محتاجا إليها و الحال انه وقع فاسدا و فاقدا للشرط المقرر و الشىء لا ينقلب عما هو عليه بل مع الاجازه لا يصح لما ذكر.

«قوله قدس سره: للاصل»

الظاهر انه لا أصل للاصل المذكور فان مقتضى الاصل فى جميع موارد الاحكام الوضعيه البطلان و عدم ترتب الاثر المطلوب الا أن يكون المراد بالاصل القاعده المستفاده من العمومات فعطف لفظ العمومات على قوله الاصل عطف تفسيرى.

«قوله قدس سره: و العمومات»

قد تقدم منا انه لا مجال للتمسك بالعمومات و

انما اعتمدنا فى الالتزام بصحة البيع الفضولى بالنص الخاص و لعلّ وجه الاشكال فى الاستدلال بالعمومات يظهر من الايرادات الواردة فى المقام التى اشار إليها الشيخ قدس سره بقوله «عدا امور لفقها بعض من قارب عصرنا» و ذكرها بعد الاشاره إليها على نحو التفصيل.

«قوله قدس سره: و قد مرّ الاشكال فيه»

و هو ان البائع الفضولى اذا باع لنفسه لا يكون قاصدا لمفهوم المعاوضه فان قوام المعاوضه بدخول كل من العوضين فى محل خرج منه العوض الاخر و المفروض ان الفضولى لم يقصد المعاوضه على هذا المنوال فيكون عقده باطلا مضافا الى أن الاجازه الصادره

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥١

عن المالك لا تتعلق بما انشأه الفضولى اذ المفروض ان الفضولى قصد دخول الثمن فى كيسه و المالك أجاز دخول الثمن فى ملكه فما وقع لم يجز و ما اجيز لم يقع.

و هذا الاشكال لا يجرى فى المسأله التى بأيدينا اذ المفروض ان المجيز و البائع شخص واحد و لعلّ قوله قدس سره «و ربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك» اشاره الى هذا الوجه.

اضف الى ذلك النصوص الداله على عدم جواز بيع ما ليس عند البائع و قد تعرضنا لهذه النصوص هناك.

و قد أجاب عن الاستدلال بهذه النصوص على بطلان الفضولى سيدنا الاستاد بأنه يمكن أن يكون المراد من النصوص المشار إليها النهى عن كون الفضولى طرفا للمعامله و المعاقده بحيث يتوجه إليه خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و ما أفاده غير قابل للقبول و غير تام فان بعض نصوص الباب صريح فى أن بيع مال الغير غير صحيح لاحظ ما رواه الصفار انه كتب الى أبى محمد الحسن بن على العسكرى عليه السلام فى



رجل له قطاع أرضين فيحضره الخروج الى مكه و القرية على مراحل من منزله و لم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه و عرف حدود القرية الاربعه فقال للشهود اشهدوا اني قد بعت فلانا يعنى المشتري جميع القرية التى حد منها كذا و الثانى الثالث و الرابع و انما له فى هذه القرية قطاع أرضين فهل يصلح للمشتري ذلك و انما له بعض هذه القرية و قد أقر له بكلها؟ فوقع عليه السلام:

لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك (١).

فانه قد صرح فى المكاتبه على أن بيع المملوك جائز نافذ و أما

---

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب عقد البيع و شروطه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٢

بيع مال الغير فلا يكون صحيحا و مقتضى اطلاقه عدم صحته و لو مع لحوق الاجازه من المالك.

ان قلت: بعد اجازته المالك يكون البيع بيعا للمالك فما الايراد؟

قلت: الاجازه انفاذ للعقد السابق و ليس عقدا جديدا و لذا لا يشترط فيها الشروط المعتره فى البيع و مقتضى دليل المنع عن بيع مال الغير عدم تماميته حتى مع الاجازه فتحصل انه لا مجال لتصحيح العقد فى الصورة المفروضه لا بالأدله العامه و لا بالنص الخاص أى حديث زراره (١) أما عدم امكان الاستناد الى الادله العامه فقد ظهر الوجه فيه آنفا و سابقا و ذكرنا ان الاجازه لا تكون عقدا مستأنفا و لا تكون مصداقا للبيع كى يشملها قوله تعالى «احل الله البيع» أو قوله تعالى «تِجَارَةٌ عَن تَرَاضٍ».

و أما حديث زراره فأیضا لا يشمل المقام لان الفضولى لم يقصد حقيقه البيع فلا يكون العقد المذكور قابلا لان

يجاز فعلى تقدير رد بقيه الوجوه المذكوره للمنع و عدم تماميتها يكفى للمنع الوجه الاول من تلك الوجوه بالتقريب الذى ذكرنا فلاحظ.

«قوله قدس سره: الثانى انا حيث جوزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك»

تعرض الشيخ قدس سره لامرين: احدهما: ان رضا المالك حين العقد مفقود ثانيهما: انه لا قدره على التسليم و أجاب عن الاشكال الاول بأن رضا المالك حين الاجازه يكفى و بعبارة اخرى: يلزم أن يكون المجيز مالكا للمبيع و فى المقام كذلك و أزيد من هذا المقدار غير لازم.

و أجاب عن الاشكال الثانى بأن العقد يلزم أن يكون جامعا

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٩٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٣

للشرايط كى يكون قابلا لان يجاز و أما مع عدم كونه جامعا للشرايط فيبطل العقد من غير ناحيه الاجازه فلو لم تكن القدره على التسليم حين البيع يكون العقد باطلا و العقد الباطل لا يكون قابلا لان يجاز.

«قوله قدس سره: الثالث ان الاجازه حيث صحت كاشفه على الاصح مطلقا»

حاصل الاشكال ان مقتضى دليل صحه الفضولى الكشف فيلزم خروج الملك عن ملك البائع قبل دخوله فى ملكه و أورد عليه الشيخ قدس سره: بأننا نلتزم بالكشف من زمان امكانه فنلتزم بدخوله فى ملك المشتري بعد دخوله فى ملك البائع.

و يرد عليه انه لو اغمض عما ذكرنا و قلنا بامكان الاخذ بالعمومات لتصحيح البيع الفضولى لكن نقول: الاجازه اما توافق العقد فى المفاد أو تخالفه أما على الاول فلا مجال لكونها موجهة لنفوذ العقد اذ يلزم الخروج قبل الدخول.

و أما على الثانى فيرد عليه ان ما وقع لم يجز و ما اجيز لم يقع هذا.

و عن الميرزا ان البيع الصادر عن

المالك رد للبيع الفضولي هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى ان المالك يمكنه اسقاط لحوق الاجازه فان الناس مسلطون على أموالهم.

و يرد عليه أولا: ان بيع العين لا- يستلزم الرد بل يمكن أن يكون حين البيع غافلا- أو جاهلا- بوقوع الفضولي في ماله و ثانيا: انه سلمنا انه رد لكن لا نسلم كون الرد مسقطا للعقد عن قابليه لحوق الاجازه فان شأنه العقد للحقوق الاجازه به من شئون العقد و لا يكون قابلا- للزوال و قد سبق منا ان الحق ان الاجازه بعد الرد مؤثره مضافا الى أن المال انتقل الى الغير و لا دليل على كون المالك مسلطا على

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٤

مال الغير فلاحظ.

«قوله قدس سره: الرابع ان العقد الاول انما صحح و ترتب عليه أثره باجازه الفضولي»

حاصل الاشكال: ان العقد الاول الصادر عن الفضولي تتوقف صحته على اجازة الفضولي و تأثير اجازة الفضولي يتوقف على صحه العقد الثاني و العقد الثاني يتوقف على بقاء الملك في ملك مالكة الاصلى فيلزم تعدد المالك على ملك واحد في زمان واحد و هو محال مثلا نفرض ان الفضولي باع دار زيد في يوم الجمعة و في يوم السبت اشترى الدار عن مالك الدار ثم أجاز البيع الاول فعلى القول بالكشف يكون المبيع للبائع الاصلى و للمشتري من الفضولي بعد البيع الفضولي و قبل البيع الثاني و هذا أمر غير معقول و لا- يقاس بيع المالك على اجازته فانه يكفي في الاجازة الملك الصوري و أما في البيع فلا- يكفي الملك الصوري بل يلزم الملك الواقعي.

و أجاب الشيخ عن الاشكال بأنه نلتزم بالملكيه من الزمان القابل لا من حين العقد فنقول:

العين تبقى فى ملك المالك الاصلى الى زمان بيعها و يدخل المبيع فى ملك الفضولى باشرائه ثم يدخل فى ملك المشتري الاول بعد اجازته.

و يرد عليه ان ما ادعاه لا ينطبق على القاعده و لا يمكن الالتزام به فنقول: على مذهب الكشف الحقيقى يلزم اجتماع ملاك ثلاثه على ملك واحد: المالك الاصلى و هو مالك للعين على طبق القاعده و المشتري يملك العين من حين العقد و البائع الفضولى أيضا مالك اذ مع عدم كونه مالكا لا مجال لتماميه اجازته.

هذا على القول بالكشف الحقيقى و لكن الكشف الحقيقى لا- دليل عليه و أما على الكشف الانقلابى الذى قلنا به فهل يمكن اتمام

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٥

الامر و هل يسلم عن الاشكال أم لا؟ الذى يختلج بالبال أن يقال:

العين تبقى فى ملك المالك الاصلى الى حين البيع فىكون داخله فى ملك الفضولى المشتري الى زمان الاجاره و من حين الاجازه يحكم بكونها مملوكه للمشتري الاول الذى اشترى العين من الفضولى فلا يتوجه الاشكال المذكور و بعبارة اخرى: لا يتحقق التضاد بين الملاك و بعبارة واضحة: يمكن دفع تعدد الملاك بهذا التقريب فلاحظ.

«قوله قدس سره: الخامس ان الاجازه المتأخره لما كشف عن صحه العقد الاول»

توضيح المراد: ان زيدا مثلا يبيع مال بكر يوم الجمعه من خالد و يوم السبت يشتري ذلك المال من بكر و يجيز فى يوم السبت العقد الواقع يوم الجمعه و الاجازه الواقعه يوم السبت تكشف عن كون المال مملوكا لخالد و نفرض الثمن فى العقد ديناراً و فى العقد الثانى دينارين فيلزم توقف تماميه العقد الاول على العقد الثانى اذ ما دام لا يصير البائع الفضولى مالكا للمال و

لم يجز لا- يصير المال ملكا للمشتري فى العقد الاول و أيضا يلزم أن يكون العقد الثانى متوقفا على اجازة المشتري الاول اذ المفروض انه ملك للمشتري الاول قبل العقد الثانى فيلزم صحه كل واحد من العقدين على اجازة المشتري فى العقد الاول.

و يلزم عدم تملك المالك الاصيل شيئا لا من الثمن و لا من المثلن اذ المفروض خروجه عن ملكه قبل أن يبيع و يلزم تملك المشتري الاول و هو خالد العين بلا ثمن ان كان الثمن فى كل واحد من العقدين مساويا مع الثمن فى العقد الاخر و مع زياده ان كان الثمن فى العقد الثانى أزيد كما لو كان الثمن فى العقد الاول ديناراً و فى العقد الثانى دينارين و دون تمام الثمن الاول ان كان الثمن فى العقد

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٦

الثانى أقل من الثمن فى العقد الاول كما لو كان الثمن فى العقد الاول دينارين و فى العقد الثانى ديناراً و أيضا يلزم خروج الثمن عن ملك المشتري فى العقد الثانى بلا عوض.

و أجاب عنه الشيخ قدس سره بأن الاشكال ناش عن كون الاجازة كاشفه عن الملكيه من حين العقد و أما لو قلنا بكونها كاشفه من زمان ممكن فلا يتوجه الاشكال.

اقول: قد تقدم منا انه يلزم القول بعدم تماميه الاجازة و عدم صحه العقد الفضولى فى الفرض المذكور اذ لا دليل على تأثير الاجازة بنحو لا- يكون تطابق بين المجاز و الاجازة فى الاثر فان الاجازة اذا لم تكن موافقه و لم تتعلق بالعقد الصادر عن الفضولى فلا مقتضى للصحة و أما مع المطابقه فلا مجال للقول بالصحة مع توجه اللوازم الفاسده و الالتزام بالصحة

على نحو يكون خاليا عن اللازم الباطل كما ارتكبه الشيخ لا دليل عليه هذا على القول بالكشف الحقيقي.

و أما على القول بالكشف الانقلابي الذى قلنا به فهل يسلم عن الاشكال المذكور؟ الظاهر انه لا يمكن اذ يلزم أن يحكم بقاء بعدم تملك المالك الاصلى شيئا و خروج الثمن عن ملك المشتري فى العقد الثانى بلا عوض و تملك المشتري الاول باحد الوجوه المذكوره الباطله.

«قوله قدس سره: السادس ان من المعلوم انه يكفى فى اجازة المالك و فسخه»

حاصل كلامه: ان المفروض فى المقام ان المالك الاصلى قد باع العين من الفضولى هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى يكفى فى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٧

الفسخ فعل ما ينافى الامضاء كما لو تصرف ذو الخيار تصرفا اعتباريا فيما انتقل عنه مثل أن يبيع العين المبيعه بالبيع الخيارى فان بيعه يوجب فسخ العقد الاول فالبيع فى المقام قبل اجازة العقد الفضولى يكون دالا على رده و بعد الرد لا يبقى مجال و موضوع للاجازه فيبطل العقد الصادر عن الفضولى.

و أورد عليه الشيخ قدس سره بأن الرد من الامور الانشائية و يحتاج الى القصد فمجرد البيع خصوصا مع جهله بالعقد الفضولى أو غفلته عنه لا- يكون ردا و لا- وجه لقياس المقام على بيع ذى الخيار ما انتقل عنه فان التصرف هناك فيما انتقل عنه يتوقف على الفسخ بخلاف المقام نعم البيع الصادر عن المالك الاصلى اذا كان صحيحا يوجب انتفاء قابليه العقد الفضولى للاجازه من قبل المالك الاصلى و أما بالنسبه الى المالك الجديد فلا وجه لسقوط العقد عن قابليه اجازته هذا حاصل كلامه.

اقول: مضافا الى ما أفاده انا نفرض ان بيعه رد للعقد الفضولى

و لكن أى دليل دل على أن الرد يسقط العقد الفضولى عن قابليه الاجازة و قد مرّ منا ان الاجازة بعد الرد تؤثر.

اضف الى ذلك ان تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه لا يكون دليلا على الفسخ بالنسبه الى العقد الخيارى بل يكون غير معقول لان الفسخ أمر انشائى كما ان البيع كذلك و الفسخ يقتضى ارجاع العين الى ملكه و ارجاع بدل العين الى وعائها و الحال ان البيع يقتضى اخراج العين عن ملكه و كيف يمكن أن يتحقق الامر انشاء واحد فى زمان واحد و الحال انهما متناقضان و متنافيان فلاحظ.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٨

«قوله قدس سره: السابع الاخبار المستفيضة»

منها ما رواه سليمان بن صالح عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن سلف و بيع و عن يبعين فى بيع و عن بيع ما ليس عندك و عن ربح ما لم يضمن «١».

و منها ما رواه حسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه فى مناهى النبى صلى الله عليه و آله قال: و نهى عن بيع ما ليس عندك و نهى عن بيع و سلف ٢.

فان الاستفادة من هذه الاخبار ان بيع الفضولى باطل على الاطلاق فلا يصح بالاجازة اللاحقه.

«قوله قدس سره: و خصوص روايه يحيى»

لاحظ ما رواه يحيى بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لى اشتر هذا الثوب و هذه الدابه و بعنيها اربحك فيها كذا و كذا قال: لا بأس بذلك اشترها و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها «٣».

«قوله قدس سره: و روايه خالد»

لاحظ ما رواه خالد بن

الحجاج قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يجيىء فيقول اشتر هذا الثوب و اربحك كذا و كذا قال: أليس ان شاء ترك ان شاء اخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به انما يحل الكلام و يحرم الكلام «٤».

(١) (١ و ٢) الوسائل الباب ٧ من ابواب أحكام العقود الحديث ٢ و ٥.

(٣) الوسائل الباب ٨ من ابواب أحكام العقود الحديث ١٣.

(٤) نفس المصدر الحديث ٤.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٩

«قوله قدس سره: و صحيحه ابن مسلم»

لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال:

سألته عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لى متاعا لعلى اشتره منك بنقد أو نسيه فابتاعه الرجل من أجله قال: ليس به بأس انما يشتره منه بعد ما يملكه «١».

«قوله قدس سره: و صحيحه منصور»

لاحظ ما رواه منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام فى رجل أمر رجلا يشترى له متاعا فيشتره منه قال: لا بأس بذلك انما البيع بعد ما يشتره «٢».

«قوله قدس سره: و صحيحه معاويه»

لاحظ ما رواه معاويه بن عمار قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام يجيئنى الرجل يطلب بيع الحرير و ليس عندى منه شىء فيقاولنى عليه و اقاوله فى الربح و الاجل حتى نجمع على شىء ثم أذهب فأشترى له الحرير فأدعوه إليه فقال: أ رأيت ان وجد بيعا هو احب إليه مما عندك أستطيع أن ينصرف إليه و يدعك أو وجدت أنت ذلك أستطيع أن تنصرف إليه و تدعه؟ قلت: نعم قال: فلا بأس «٣».

فان الاستفادة من هذه النصوص عدم جواز البيع قبل الاثراء فيكون بيع مال الغير لنفسه باطلا.

و اجاب الشيخ



قدس سره عن الاخبار عموما و خصوصا بأن المراد منها ان بيع مال الغير مجردا عن الاجازة لا يفيد و بعباره اخرى:

تكون داله على البطلان من هذه الجهة فالحكم حيثى فلا تنافى تاميه

---

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب أحكام العقود الحديث ٨.

(٢) نفس المصدر الحديث ٦.

(٣) نفس المصدر الحديث ٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٠

العقد بالاجازة اللاحقه.

و يرد عليه ما ذكرناه سابقا و قلنا ان مقتضى الاطلاق عدم تأثير الاجازة اللاحقه و بيان واضح: ان الاستفادة من هذه النصوص انه يشترط فى البيع أن يصدر من المالك أو من الولي أو من الوكيل فلو كنا نحن و هذه الاخبار لكنا نلتزم ببطلان الفضولى غايه الامر انما نقول بالصحة مع الاجازة ببركه حديث زراره الوارد فى نكاح العبد بلا اذن مولاه فان مقتضى عموم التعليق الوارد فى الحديث جواز الفضولى بالاجازة.

بقى شىء و هو ان الروايات الداله على المنع عن بيع غير المملوك هل تكون تامه سنداً أم لا فنقول أما حديث سليمان بن صالح و هو الحديث الثانى من الباب السابع من أبواب احكام العقود فالظاهر انه تام سنداً فلاحظ كما ان الحديث الثامن من الباب الثامن تام سنداً كما ان الحديث السابع كذلك و يدل على المطلوب أيضا ما رواه الصفار «١» فان هذه الروايه تدل بالصراحه على عدم جواز بيع غير المملوك.

«قوله قدس سره: فلا تعرض فيه لحال المالك»

قد ذكرنا ان مقتضى النهى عن بيع غير المملوك فساد البيع على الاطلاق و مقتضاه ان البيع المذكور لا يقع لا للبائع و لا للمالك لا قبل الاجازة و لا بعد الاجازة و لذا بنينا على أن القاعده الاولى تقتضى بطلان الفضولى

مضافا الى أن البيع فى المقام لا- يعقل أن يقع للمالك بالاجازة اذ المفروض ان الفضولى باع مال الغير لنفسه و معناه أن يخرج العين

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٥١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦١

من ملك المالك و يدخل الثمن فى ملكه و المالك اما يجيز العقد الواقع من الفضولى بقيوده و خصوصياته و اما يجيز غيره أما على الاول فلا يصح كما مرّ و بنى الشيخ عليه.

و أما على الثانى فلا- يصح أيضا لان المجاز لم يقع و ما يقع لم يجز اصف الى جميع ذلك انه قد تقدم منا ان المفروض ان الفضولى باع مال الغير لنفسه و هذا ليس مصداقا للبيع.

ان قلت: البيع تمليك عين بعوض و هذا التحديد ينطبق على ما صدر عن الفضولى قلت: أولا: نقض و نقول: اذا ملك الفضولى دار زيد لبكر فى مقابل ألف دينار يخرج عن كيس خالد و يدخل فى كيس غلام عمرو فهل يكون هذا مصداقا للبيع؟ و هل يشمل ادله صحه البيع و التجاره و وجوب الوفاء بالعقود؟

و ثانيا نجيب بالحل و هو ان المتبادر من لفظ البيع تمليك عين من شخص فى مقابل عوض من ذلك الشخص بحيث يتبادل العوضان أى يدخل كل من العوضين فى مكان العوض الاخر.

و صفوه القول: ان مجرد إنشاء المعاوضه ليس بيعا فالتصور يكون فى الموضوع و ما دام لا يتحقق الموضوع فى الخارج لا تصل النوبه الى البحث فى ترتب الحكم عليه.

و يترتب على ما ذكرنا ان المالك لو باع داره من زيد فى مقابل ألف دينار يدخل فى ملك خالد لا يكون العقد صحيحا و لو مع الاستيدان من

خالد اذ تعريف البيع اما لا يصدق على ما فرض و أما مشكوك فيه و على كلا التقديرين لا مجال للاخذ بدليل الصحة أما على تقدير عدم الصدق فظاهر و أما فى صورته الشك فلعدم جواز الاخذ بالإطلاق أو العموم فى الشبهه المصادقيه كما هو المقرر.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٢

«قوله قدس سره: روايه الحسن بن زياد الطائى»

لاحظ ما رواه الحسن بن زياد الطائى قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: انى كنت رجلا مملوكا فتزوجت بغير اذن مولاي ثم اعتقني الله بعد فاجدد النكاح؟ قال: فقال: علموا أنك تزوجت قلت:

نعم قد علموا فسكتوا و لم يقولوا لى شيئا قال: ذلك اقرار منهم انت على نكاحك «١».

و هذه الروايه ضعيفه سندا و لكن فى نفس الباب حديث آخر بمضمونها و الظاهر كونه تاما سندا و هو ما رواه معاويه بن وهب «٢».

«قوله قدس سره: لم يحتج الى الاستفصال»

استدل قدس سره بالتقريب المذكور على أن الاجازة لا اثر لها و الا لا وجه للاستفصال الواقع فى كلام الامام روى فداه و العجب من الشيخ الاعظم كيف صدر عنه التقريب المذكور و الحال انه فى غاية الضعف فان الاستفصال راجع الى زمان الرقيه اذ اجازة المولى فى زمان الرقيه توجب صحه العقد فلا تصل النوبه الى الاجازة و لا الى تجديد العقد و بعبارة اخرى الاستفصال المذكور لا- ينافى صحه الاجازة لكن اذا كان العقد صحيحا بالاذن الصادر عن المولى لا تصل النوبه الى التجديد و لا الى الاجازة.

«قوله قدس سره: و لاشتمالها على الغرر»

الغرر عبارة عن الخطر فاذا فرض عدم الخطر فلا يتم الاستدلال و بعبارة واضحة هذا البيان لا يكفى للحكم بالفساد.

الوسائل الباب ٢٦ من ابواب نكاح العيب و الاماء الحديث ٣.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٣٣٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٣

«قوله قدس سره: و يمكن دفعه بما اندفع به سابقا الاشكال فى عكس المسأله»

بأن يبيع عن نفسه مال الغير فاجاز المالك لنفسه و قد ذكرنا انه لا دليل على صحه العقد حتى على القول بصحه الفضولى لانه يلزم أن تكون الاجازه مطابقه مع العقد ان قلت: الفضولى يبيع للمالك و يدعى نفسه مالكا قلت: هذا خيال محض فان الفضولى يبيع لنفسه لا أنه للمالك.

«قوله قدس سره: فتأمل»

يمكن أن يكون الامر بالتأمل اشاره الى ما ذكرنا و يمكن أن يكون ناظرا الى الفرق بين المسألتين بأن البائع قصد البيع للمالك الاصلى و المفروض ان الفضولى بعد صيرورته مالكا لا يكون مالكا اصليا بل يغيره فلا مجال للاجازه.

«قوله قدس سره: فان اجاز المالك فلا كلام فى الصحه»

ما أفاده فى المقام يناقض كلامه قريبا حيث قال «فالانصاف ان ظاهر النهى فى تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع و عدم ترتب أثر الانشاء المقصود منه مطلقا حتى مع الاجازه»

و فى المقام يقول: فلا كلام فى الصحه.

و كيف كان الحق أن يقال: انه لا كلام فى عدم وقوعه لمن يبيع له و هو الثالث مضافا الى ما تقدم منا فى مقام تقريب البطلان ان البيع لشخص كالبيع لنفسه و قلنا انه مضاد و ينافى مفهوم البيع فلا يكون قابلا لان يصح بالاجازه.

«قوله قدس سره: فالظاهر انه داخل فى المسأله السابقه»

و قد مرّ كلام حولها و قلنا لا مجال لجعلها صحيحه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٤

«قوله قدس سره: اللهم الا

أن يقال ان مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود»

لا- مجال لهذا القول فانه قد تقدم منا و قلنا و نقول الآن: ان وجوب الوفاء بالعقد ارشاد الى اللزوم و اللزوم فرع الصحة و المفروض ان العقد لم يصير صحيحا فكيف يلزم و قس عليه وجوب العمل بالشرط فان لزوم الشرط فرع صحته و امضائه شرعا و الصحة لم تتحقق بعد بل قلنا بعدم امكان تحققها.

«قوله قدس سره: من دون توقف على الاجازه»

ليت شعري كيف يصح العقد بلا صدوره عن المالك و بلا اجازته بعد صيروره العاقد مالكا اذ لا مقتضى للصحة.

«قوله قدس سره: و المقام مقام استصحاب حكم الخاص»

مع الاغماض عما ذكرنا من أنه لا- مجال للاخذ بدليل وجوب الوفاء بالعقود نقول: المقام ليس مقام الاخذ بالاستصحاب بل المقام مقام الاخذ بعموم وجوب الوفاء و ذلك لوجهين:

الوجه الأول: انه لا- مجال للاصل العملى مع وجود الدليل اللفظى و المفروض ان عموم العام محكم. و بعبارة واضحة: موضوع العموم تحقق فى الخارج غايه الامر فى مقدار من الزمان لا بد من رفع اليد عنه و أما فى مورد الشك فلا بد من الاخذ به مثلا اذا قال المولى اكرم كل عالم و بعد ذلك خصص الحكم بمورد أو موردين فشك فى مورد ثالث لا اشكال فى لزوم الاخذ بالعام و الحكم بوجوب اكرام بقيه العلماء للشك فى التخصيص.

و أيضا لو قال المولى اكرم هؤلاء العشره و بعد ذلك أخرج فردا أو فردين يجب اكرام البقيه و بعبارة واضحة: لا فرق بين العموم

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٥

الاستغراقى و العموم المجموعى من هذه الجهه.

الوجه الثانى: ان الشبهه حكميه و الاستصحاب الجارى فى الحكم الكلى معارض

باستصحاب عدم الجعل الزائد و لعله ناظر بقوله فتأمل الى الوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرنا.

«قوله قدس سره: مضافا الى معارضة العموم المذكور بعموم سلطنه الناس على أموالهم»

لا- مجال لهذه المعارضة فانه يرد عليه أولا: ان حديث الناس مسلطون على أموالهم «١» لا- سند له فلا يكون قابلا لان يعارض غيره.

و ثانيا: ان الخبر الواحد المعارض مع الكتاب يضرب عرض الجدار. و ثالثا: ان عموم وجوب الوفاء وضعى و عموم دليل السلطنه اطلاقى و العموم الوضعى يتصرف فى العموم الاطلاقى.

و ان شئت قلت: لا يبقى موضوع للاطلاق مع العموم الوضعى.

و بيان أوضح: ان العموم الوضعى يكون كالقرينه المنفصله و مع القرينه لا يبقى الاطلاق بحاله.

و رابعا: ان دليل السلطنه ليس مشرعا كى يعارض دليل وجوب الوفاء بل دليل السلطنه ناظر الى أن المالك له أن يتصرف فى ماله بانحاء التصرفات الجائزه للمالك فيكون دليل وجوب الوفاء حاكما عليه و مضيقا لموضوعه.

«قوله قدس سره: و فحوى الحكم المذكور فى روايه الحسن بن زياد»

تقريب الفحوى: أن تملك النفس اذا لم يفد فى صحه العقد فتملك المال أولى بذلك هذا ما يرجع الى كلامه و قد تقدم منا ان

---

(١) بحار الانوار ج ٢ ص ٣٧٢ الحديث ٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٦

الامام عليه السلام ليس فى مقام نفى تأثير الاجازة اللاحقه فراجع ما ذكرناه سابقا.

«قوله قدس سره: أشكل»

اذ يشكل الالتزام بخروج المال عن ملك المالك بدون اختياره و رضاه.

«قوله قدس سره: نعم يقع للوارث مع اجازته»

الكلام فيه هو الكلام و الاشكال هو الاشكال فانه لا مقتضى للصحة اذ الاجازة أما تطابق ما وقع فى الخارج و اما لا تطابق معه أما على الاول فلا يمكن

أن تؤثر اذ معناه أن يخرج المبيع من كيس الميت و يدخل الثمن في كيسه و الحال ان العين خرجت عن ملكه بموته مضافا الى أنه لا- دليل على ادخال مال في كيس الميت بعد موته و أما على الثاني فلا مقتضى للصحة اذ المجاز لم يقع و ما وقع لم يجز فلاحظ.

«قوله قدس سره: الاولى أن يبيع عن المالك فانكشف كونه وليا على البيع»

الامر كما أفاده فان العقد صدر من أهله و وقع في محله فيؤثر أثره و الحكم تابع لموضوعه و لا يكون العلم دخيلا في ترتب الحكم.

«قوله قدس سره: و هو حسن»

الامر كما أفاده اذ المفروض انه تحقق الاذن من المولى فالعبد مأذون في عمله فيكون عمله صحيحا تاما نعم اذا كان اذن المولى محصورا و مخصوصا بناحية خاصه يكون عمل العبد مؤثرا في تلك الناحية و في ذلك المورد فقط.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٧

«قوله قدس سره: الثانيه أن يبيع لنفسه فانكشف كونه وليا فالظاهر أيضا صحة العقد»

بل الظاهر عدم صحته اذ المفروض انه قصد البيع عن نفسه و بيع غير المملوك غير صحيح بل قلنا ان بيع مال احد عن غيره لا يكون مصداقا للبيع.

و على الجملة: ما كان قابلا للوقوع و الصحة لم يقصد و ما قصد غير قابل للصحة هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى العقود تابعه للقصد.

و ما قيل في هذا المقام من أن الركن في باب البيع العوضان بخلاف باب النكاح فان الركن هناك الزوجان؛ كلام لا يرجع الى محصل فان الاهمال غير معقول في الواقع و عليه البائع حين البيع اما يقصد دخول الثمن في كيسه و خروج العين من كيس

الآخر أو لا يقصد شيئاً أما على الثاني فمرجه إلى الإهمال المحال و أما على الأول فلم يقصد مفهوم البيع فلا مجال لصيروره العقد الكذائي صحيحاً.

«قوله قدس سره: و في توقفه على اجازته للمولى عليه وجه»

لا- وجه للاجازه فان العقد الفاسد في حد نفسه غير قابل لان يجاز بل لو أغمضنا عن الاشكال و قلنا يمكن أن يكون العقد للمولى عليه فأيضاً لا مجال للاجازه اذ العقد من أول حدوثه صار للمولى عليه فلا يحتاج إلى الاجازه.

«قوله قدس سره: فتأمل»

و لعله بقوله «فتأمل» يشير إلى ما ذكرنا و الله العالم.

«قوله قدس سره: الثالثه أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا و قد مثل له الاكثر بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٨

و المشهور الصحه».

تاره يقصد البيع عن المالك بهذا العنوان و يتخيل ان أباه مالك و بعبارة اخرى: يكون الخطاء في التطبيق فيكون العقد صحيحاً اذ صدر من أهله و وقع في محله و اخرى يقصد خروج العين عن ملك أبيه و دخول الثمن مكانه فالظاهر هو بطلان العقد اذ المفروض انه لم يقصد مفهوم البيع بل قصد أمراً لا يكون له واقع اذ قصد خروج العين عن ملك أبيه و الحال انها خرجت عن ملكه، بموته مضافاً إلى أنه لا دليل على جواز ادخال مال في ملك الميت.

«قوله قدس سره: و التقدير ان مات مورثي ...»

هذا الوجه لا يرجع إلى محصل لان الوارث اما يبيع عن أبيه كما هو الظاهر و اما يبيع عن نفسه أما على الأول فلا مجال للتعليق و أما على الثاني فالتعليق غير مضر لان التعليق على ما



يتوقف عليه صحة العقد لا يكون موجبا للبطلان كما لو قال: ان كانت هذه العين مملوكة لى فقد بعته.

و بيان واضح: ان بطلان التعليق ليس بحكم العقل كى يقال:

ان الدليل العقلى غير قابل للتخصيص بل دليله هو الاجماع فيقتصر فيه على القدر المعلوم. و اما يقصد بيع مملوك ابه لنفسه فيكون كالعاصب فلا يكون تعليق أيضا فلاحظ.

«قوله قدس سره: كالعابث»

يرد عليه أولا: ان الفضولى لا يصدق عليه العابث و ثانيا: أنا نفرض انه كالعابث لكن أى دليل دل على بطلان العقد العبثى الا أن يستلزم عدم قصد الانشاء و يترتب عليه ان العقد الفضولى على الاطلاق باطل لكونه عبثا فعليه ما الوجه فى هذه الاطاله و القيل

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٩

و القال نعوذ بالله من الزله ...

«قوله قدس سره: لعدم طيب نفس المالك للعقد»

الظاهر انه جمع بين المتنافيين فان البائع حين البيع عن المالك بلا تقيده بكونه والده ان لم تكن نفسه راضيه بالبيع و لم يكن عنوان التجاره عن تراض صادقا على عقده لا يكون ما فعله قابلا للاجازه اذ المفروض ان التجاره لم تصدر عن الرضا و التجاره اذا لا تكون عن الرضا تكون باطله فى حد نفسها و العقد الباطل فى نفسه غير قابل لان يجاز.

مثلا اذا كان العقد اكرهيا حدوثا فهل يمكن أن يصير صحيحا بالاجازه اللاحقه؟ مع ان الاكراه يوجب البطلان لقوله صلى الله عليه و آله «رفع ما استكروهوا عليه».

و لو سلمنا تماميه ما ادعى فى باب الاجازه و هو ان الاجازه توجب اسناد ما وقع فى الخارج فضولا الى نفسه نقول أيضا لا اثر لها اذ المفروض ان الذى وقع فى الخارج تعنون بعنوان

الاکراه و الشىء لا ینقلب عما هو علیه و المفروض ان العقد الاکراهى باطل فلا أثر للاسناد.

و ان شئت قلت: الاسناد لا يكون موجبا لصيروره الباطل صحيحا و لا يكون الممنوع مجازا فلا تغفل و اغتتم و ان كانت نفسها راضيه فلا تحتاج التجاره الى الاجازه اذ المفروض انه باع عن المالك و كان راضيا و المفروض انه مالک فى الواقع فالعقد واقع فى محله و موضعه و لا يحتاج الى الاجازه و أما ان لم يقصد المالك على اطلاقه بل قصد والده كما هو الظاهر فلا يكون العقد قابلا للاجازه فلا مجال للاجازه على كل تقدير.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٠

«قوله قدس سره: لان ذلك لا يجمع ظنّ الحياه»

لا- اشكال فى أن التعليق لا- ينافى ظن الحياه فان الظان شاك و ما دام لا يكون الشخص قاطعا بأمر يمكنه التعليق و هذا ظاهر واضح.

«قوله قدس سره: لا لما ذكره فى جامع المقاصد من أنه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الآن»

الشيخ قدس سره فهم من كلام المحقق انه تخيل ان وجه الاحتياج الى الاجازه ان البائع قصد النقل من حين الاجازه فأورد عليه بأن قصد النقل عن زمان الاجازه ينافى الكشف الذى بنى عليه المحقق قدس سره.

و قال سيدنا الاستاد فى هذا المقام: مراد المحقق من كلامه ليس تعيين زمان الانتقال كى يتوجه إليه ما أورده الشيخ عليه بل مراد المحقق ان البائع قاصد للانتقال مع الاجازه فالصحة متوقفه على الاجازه.

«قوله قدس سره: فالدليل على اشتراط تعقب الاجازه فى اللزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم»

قد ظهر مما ذكرنا لا تنافى بين القول بعدم الاحتياج الى الاجازه و تسلط المالك على

ماله لانا ذكرنا ان البائع ان قصد خروج العين عن ملك أبيه فلا مجال للاجازه و يكون العقد باطلا و ان قصد خروجها عن ملكه فلا يحتاج الى الاجازه و ان قصد خروجها عن ملك مالکها على الاطلاق فأیضا لا يحتاج الى الاجازه و ان أهمل فى مقام القصد فكيف يمكن الاهمال فى الواقع فلا تغفل.

كما انه لا- اشكال من حيث طيب النفس اذ لو باع عن المالك و لم يقيد المالك بوالده بل عن مطلق المالك يكون عقده مصداقا للتجاره عن تراض فيكون اكلا للمال بالتجاره عن تراض لا بالباطل.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧١

«قوله قدس سره: و بالجمله فاكثر ادله اشتراط الاجازه فى الفضولى جاريه هنا»

و بعضها لا يجرى اذ المفروض انه تصرف فى مملوكه فلا يشمله دليل منع بيع غير المملوك فلاحظ.

«قوله قدس سره: و قصد كونه مال نفسه أو مال غيره مع خطاه فى قصده أو صوابه فى الواقع لا يقدرح و لا ينفع»

مرجع ما أفاده الى عدم مدخله للقصد و الحال ان الامور الاعتباريه قوامها بالقصد فكما تقدم ان كان قصده خروج العين عن كيس والده يكون عقده باطلا و ان كان قصده خروج العين عن ملكه و طابت نفسه بذلك يكون عقده صحيحا بلا احتياج الى الاجازه فعلى كلا التقديرين لا وجه للاجازه أما على تقدير الفساد فلعدم تأثير الاجازه فيما يكون فاسدا و أما على تقدير الصحه فلتحصيل الحاصل المحال.

فتحصل مما تقدم ان الحق أن يقال: اذا قصد خروج العين عن كيس المالك و طابت نفسه به يكون عقده صحيحا و

**الموانع التى يمكن أن تذكر للفساد وجوه:**

**الوجه الأول: أن العاقد البائع فى مفروض الكلام عايب فلا يترتب أثر على عقده**

. و فيه أولا: ان الفضولى لا يكون عابثا بل يقصد البيع جدا.

و ثانيا:

ان العبث لا يكون مانعا عن الصحة.

### **الوجه الثاني: ان عقده تعلقي و التعليق باطل.**

و فيه ان التعليق كما ذكرنا لا يكون مبطلا للعقد في كل مورد مضافا الي أنه لا تعليق في انشائه.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٢

### **الوجه الثالث: ان البائع الفضولي يملك العين بشرط الاجازه فبدون الاجازه لا يصح.**

و فيه: ان البائع يملك العين بلا قيد غايه الامر في بعض الاعيان يحتاج الى الاجازه و أما مع كون العين ملكا للبائع فلا مقتضى للاجازه.

### **الوجه الرابع: ان التجاره عن الفضولي خاليه عن طيب النفس فلا بد من الاجازه.**

و فيه انه قد مر منا ان التجاره التي لم تكن مقارنة لطيب النفس لا تكون قابله للاجازه.

### **الوجه الخامس: ان قاعده السلطنه تقتضى اشتراط الصحة بالاجازه**

و الا كيف يجتمع كون العقد بلا اجازه مع كون المالك مسلطا على ماله. و فيه ان قاعده السلطنه تقتضى كون المتصرف حرا في تصرفاته و لم يكن مجبوراً و المفروض انه كذلك في المقام.

«قوله قدس سره: فلو اذن في التصرف في مال يعتقد انه لغيره و المأذون يعلم انه له لم يجز له التصرف بذلك الاذن»

القياس مع الفارق لان اذنه في التصرف لا اطلاق فيه و بعبارة اخرى: أما يأذن في التصرف على الاطلاق أى يأذن و لو أن يكون المال ملكه غايه الامر يعتقد انه ليس له ففي هذه الصورة يجوز للمأذون التصرف و أما مع عدم الاطلاق فلا مقتضى للجواز و المقام أيضا كذلك.

«قوله قدس سره: و لو فرضنا انه أعتق عبدا عن غيره فبان انه له لم ينعق»

الكلام فيه هو الكلام.

«قوله قدس سره: و لو غره الغاصب فقال هذا عبدي اعتقه عنك فاعتقه عن نفسه فبان كونه له فالاقوى أيضا عدم النفوذ»

الكلام فيه هو الكلام.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٣

«قوله قدس سره: لان العتق لا يقبل الوقوف»

بتقريب ان العتق من الايقاعات و لا يجرى الفضولى فى الايقاعات اجماعا و هل يمكن تحصيل اجماع تعبدى كاشف عن رأى المعصوم عليه السلام؟

«قوله قدس سره: ثم انه ظهر مما ذكرنا فى وجه الوقوف على الاجازه ان هذا الحق للمالك من باب الاجازه لا من باب خيار الفسخ»

الامر كما أفاده فان الخيار فرع الصحه و المفروض ان العقد قبل الاجازه فاسد و ذهب صاحب المقاييس الى أنه من باب خيار الفسخ و استدل عليه

بأنه يتضرر بدون الخيار فيكون له الخيار لقاعده نفى الضرر فى الشريعة.

و يرد عليه أولا: ان التمسك بدليل لا ضرر لاثبات الخيار يتوقف على الالتزام بمذهب المشهور فى مفاد لا ضرر و أما على ما مسلكنا تبعا لشيخ الشريعة و هو ان مفاد القاعده النهى عن الاضرار لا نفى الضرر فى الشريعة، فلا يتم الاستدلال كما هو واضح.

و ثانيا: ان حديث لا ضرر مفاده النفى لا الاثبات فلا مجال لاثبات الخيار به.

و ثالثا: ان الضرر ناش عن صحه العقد لا عن لزومه و الخيار يتدارك به الضرر فعلى تقدير الاخذ بالقاعده يلزم الحكم بفساد العقد لا بكونه خياريا.

و رابعا: انه لا مجال للخيار قبل تحقق الصحه و المفروض ان العقد بعد لم يصح.

«قوله قدس سره: ثم ان الحكم بالصحه فى هذه الصوره غير

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٤

متوقفه على القول بصحه عقد الفضولى بل يجىء على القول بالبطلان»

لان الفضولى يتصرف فى مال الغير و المفروض فى المقام ان البائع يتصرف فى ماله و ملكه فلا يكون المقامان من واد واحد فلا تغفل.

«قوله قدس سره: الا أن يستند فى بطلانه بما تقدم من قبح التصرف فى مال الغير»

بتقريب انه مع اعتقاد كونه مال الغير يكون التصرف حراما فيكون باطلا- و يرد عليه أولا: ان التصرف الاعتبارى فى مال الغير ليس حراما بلا- اشكال و لا كلام مثلا لو اعتبر أحد كون أموال الغير مملوكه له هل ارتكب حراما و صار فاسقا بهذا الاعتبار؟ كلا ثم كلا.

و ثانيا: ان المفروض انه تصرف فى مال نفسه و غايه ما فى الباب يكون تجريا و قد ذكرنا فى محله ان التجرى لا يكون حراما و الفعل

لا- يصير قبيحا. و ثالثا: انه سلمنا كون الفعل حراما لكن الحرمة التكليفية لا تلازم الفساد الوضعى بل قيل كما عن أبى حنيفة ان الحرمة التكليفية تدل على الصحة و تفصيل هذه الجهة مأكول الى مجال آخر.

«قوله قدس سره: الرابعه أن يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له و الاقوى هنا أيضا الصحة»

تاره يقصد خروج العين عن ملك الغير و دخول الثمن فى ملكه فهذا باطل اذ لم يقصد مفهوم البيع مضافا الى أن مقصوده لا واقع له و اخرى يقصد خروج العين عن ملك المالك على الاطلاق و يتصور ان المالك غيره و فى هذه الصورة يكون العقد صحيحا اذ صدر عن

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٥

أهله و وقع فى محله و ثالثه يدعى انه مالك و يقصد الخروج عن ملكه فلا اشكال فى صحة العقد و لا مجال للاجازه على جميع التقادير أما على تقدير البطلان فان الباطل لا يصح بالاجازه و أما على تقدير الصحة فلتحصيل الحاصل.

«قوله قدس سره: و فى عدم الوقوف هنا وجه لا يجرى فى الثالثه»

الظاهر ان الفارق بين هذه المسأله و تلك المسأله ان طيب النفس بالتجاره موجود هنا بخلاف تلك المسأله و لكن قد مرّ منا انه لا مورد للاشكال فان الطيب هناك موجود أيضا فلاحظ.

## [القول فى المجاز]

### [الاول يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتره فى تأثيره عدا رضا المالك]

## اشاره

«قوله قدس سره: الاول يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتره فى تأثيره»

يمكن تقريب المدعى بوجهين: احدهما: ان الدليل على صحة العقد الفضولى بالاجازه من باب ان الاجازه المتأخره توجب اسناد العقد السابق الى المجيز فيلزم أن يكون العقد فى حد نفسه تاما و جامعا للشرائط كى يكون قابلا لان يستند الى المالك بالاجازه و أما مع

فرض فقدانه لبعض الشرائط يصح أن يقال ان العقد الصادر عن الفضولى فاسد و من الظاهر ان الاجازه لا تجعل العقد الفاسد صحيحا بل بها تستند العقد الى المجيز فيلزم أن يكون تاما صحيحا كى يسند الى المالك بالاجازه.

ثانيهما: ان المستفاد من حديث زراره «١» ان الاجازه انما تؤثر فيما لا يكون معصيه له تعالى بل تكون المعصيه منحصره بعصيان السيد حيث قال عليه السلام «انه لم يعص الله و انما عصى سيده فاذا أجازته جاز» فانه يفهم من هذه الجملة ان العقد اذا كان فاقدا لشرط من الشرائط المقرره لا يكون قابلا للاجازه و انما يكون قابلا فى

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢٩٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٦

ظرف كونه واجدا للشرائط و كان النقصان منحصرنا بعدم اجازته السيد و من بيده الامر.

و ان شئت قلت: الاجازه لا- تكون اشد تأثيرا من الاذن السابق و من الظاهر ان الاذن السابق لا يؤثر الا فيما يكون المأذون فيه واجدا لجميع الشرائط المقرره فلاحظ. و لا فرق فيما ذكرنا بين القول بالكشف و النقل لوحده المناط.

«قوله قدس سره: ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعتمره حين العقد الى زمان الاجازه أم لا؟ لا ينبغى الاشكال فى عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما»

اذا قلنا ان الاجازه كاشفه كاشفا حقيقيا و قلنا انها أماره و علامه أمكن القول بكفايه اجتماع الشرائط حين العقد لان العقد على المسلك المذكور يكون مؤثرا حين وجوده فيكفى اجتماع الشرائط فى ذلك الزمان و لكن هذا القول باطل من أصله و بمراحل من الواقع.

و أما على المسلك الاخر أعم من النقل أو الكشف الانقلابى أو الحكمى فلا يمكن الالتزام بكفايه



تأخر الشرائط من زمان العقد فان الاصيل اذا مات أو جن أو صار محجورا عليه بفلس أو سفه هل يمكن الالتزام بصحة لحوق الاجازة من المالك؟ فان العين تخرج عن ملك المشتري الاصيل زمان الاجازة و كيف يمكن التصرف فى مال من يكون ممنوعا من التصرف أو لا يكون قابلا للمالكيه و قد خرج المال المبيع عن ملكه بموته و انتقل الى وارثه.

و ان شئت قلت: ان الاجازة فى صورته موت المشتري الاصيل تكون تصرفا فى مال الوارث بلا اذن منه هذا على فرض أن يكون المدرك لصحة الفضولى ان الصادر فضولا يستند الى المجيز بالاجازة.

و أما لو استند فى القول بصحة الفضولى بالاجازة بحديث زراره

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٧

فالامر فى الاشكال أوضح اذ المفروض فى مورد الروايه التحفظ على جميع الشروط و بقاء الزوجين الى حين اجازة المولى.

و بعبارة اخرى: لا- يستفاد من الحديث ان اجازة المولى تؤثر حتى مع موت احد الزوجين أو موتهما أو عروض جنون أو سفه على احدهما.

و بيان واضح: ان الامام عليه السلام حكم بتأثير الاجازة فى أطار خاص و ظرف مخصوص فلا وجه لسريان الحكم الى بقية الموارد.

و بتقريب اوضح: انه لا مجال للاطلاق اذ الاطلاق انما ينعقد فيما يكون الجواب الصادر عن المولى قابلا له كما لو سأل الراوى عن الصلاة فى جلد السمور فيجب الامام عليه السلام بقوله «لا- تصل فيما لا يؤكل لحمه» فنقول: الميزان بإطلاق الجواب لا بخصوص السؤال و أما اذا أجاب عليه السلام فى مورد المثل بقوله لا تصل فيه لا مجال للاطلاق اذ الحكم وارد فى مورد خاص و أطار مخصوص و المقام كذلك فلا بد من

التحفظ على جميع الخصوصيات فلاحظ.

«قوله قدس سره: و أما شروط العوضين فالظاهر اعتبارها بناء على النقل»

يقع الكلام تاره فى اشتراط العوضين بالشرائط المقرره فيهما المستفاده من الادله حين العقد و اخرى فى لزوم بقاء تلك الشرائط الى زمان الاجازه فيقع الكلام فى مقامين.

أما

### **المقام الأول [فى اشتراط العوضين بالشرائط المقرره فيهما]**

فنقول: لا- اشكال و لا- كلام فى الاشتراط اذ المفروض ان بدونها يكون باطلا هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى قلنا الاجازه انما تكون مؤثره فيما تكون متعلقه بالعقد. الصحيح فهذا مما لا اشكال فيه و لا ريب يعتريه.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٨

و أما

### **المقام الثانى: [فى لزوم بقاء تلك الشرائط إلى زمان الإجازة]**

فنقول: لا- بد من التفصيل فاذا استفيد من الدليل ان الشرط الفلانى لا- يكون شرطا للتملك بل شرط فى البيع كما ان الامر كذلك بالنسبه الى أم ولد فان المستفاد من الدليل فساد البيع الواقع على أم ولد و أما كونها مملوكه فلا دليل على اشتراط عدمه و عليه نقول: لو أوقع الفضولى عقد البيع على أمه احد ثم صارت الامه أم ولد فاذا قلنا بكون الاجازه كاشفه محضه تكون الاجازه اللاحقه مؤثره بلا اشكال اذ الاجازه تكشف عن تحقق الانتقال من زمن العقد.

و أما على القول بالنقل الذى هو المشهور المنصور فيمكن القول أيضا بالصحة كما ذهب إليه سيدنا الاستاد على ما فى تقريره الشريف بدعوى: ان الاجازه لا تكون عقدا جديدا و المفروض ان العقد فى زمان وقوعه كان واجدا للشرائط و فاذا للموانع فإى مانع عن تأثير الاجازه فى العقد الكامل فى زمان تحققه.

و لكن يمكن أن يرد عليه الايراد بتقريبين: التقريب الاول: ان المستفاد من الدليل ان الشارع الاقدس منع عن نقل أم ولد و ان الاجازه ناقله فلا تكون صحيحه.

و بعباره اخرى: العرف يفهم من دليل منع بيع أم ولد ان نقلها غير جائز و هذا العرف ببابك.

التقريب الثانى: ان دليل صحه الفضولى بالاجازه منحصر فى حديث زراره فباى تقريب من التقاريب نحكم بالجواز اللهم الا أن

يقال: انه عليه السلام

قال: «انه لم يعص الله و انما عصى سيده فاذا أجاز جاز» فان عموم العله يقتضى السريان و التعميم و حيث ان المفروض ان البيع فى زمن حدوثة لم يكن واجدا لعصيانه تعالى فيصح.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٩

و على الجملة: لا- بد من ملا-حظه الشرائط كل واحد بحياله و استقلاله و استفاده الحكم من دليله مثلا لو قلنا بأنه يشترط فى المبيع كونه مالا فاذا باع الفضولى مال زيد و بعد البيع سقط المبيع عن المالىه لا يكون مانع عن الاجازه اذ زمان العقد كان اذا مالىه و فى زمان الاجازه لا دليل على الشرط المذكور فبمقتضى عموم التعليل نحكم بالجواز و الصحه فلاحظ و الله العالم.

### [الثانى هل يشترط فى المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل]

«قوله قدس سره: الثانى هل يشترط فى المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل»

الحق أن يقال: لا يشترط فى المجيز الشرط المذكور لعدم الدليل عليه أما على تقدير كون المستند فى حكم الفضولى العمومات الاولى، فواضح لان المالك باجازه يسند ما وقع فى الخارج من العقد الجامع للشرائط الى نفسه فيصح العقد بالنسبه إليه باجازه و أما على تقدير الاستناد فى الصحه بحديث زراره فأیضا الامر كذلك للاطلاق المستفاد من التعليل فانه يستفاد من التعليل ان من بيده الامر اذا أجاز العقد الفضولى تؤثر و لم يفصل فى الحديث التفصيل المذكور فلاحظ الحديث و اغتنم ما نقول.

هذا بالنسبه الى الابهام المتصور فى مورد العقد الفضولى مع علم المجيز بأصل العقد و أما اذا لم يعلم بالعقد فهل يجوز له الاجازه على نحو التعليق و الفرض؟ الحق جوازها اذ المانع المتصور الذى يمكن أن يذكر فى المقام بطلان التعليق و من الظاهر ان التعليق ليس من أحكام

العقل كى لا يكون قابلا للتخصيص.

و أيضا لا يكون مدلول دليل عام أو مطلق كى يؤخذ بعمومه أو اطلاقه بل غايته انه مورد الاجماع و الاجماع دليل لى يعمل به على

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٠

فرض العمل به بالمقدار المتيقن و أما الزائد فلا سيما اذا كان المعلق عليه من مقومات العقد و الايقاع كما فى المقام فان تحقق العقد فى الفضولى فى الخارج مقوم للاجازه فلاحظ.

**[الثالث المجاز إما العقد الواقع على نفس مال الغير و إما العقد الواقع على عوضه]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: الثالث المجاز أما العقد الواقع على نفس مال الغير»

ما أفاده فى المقام يختلف على حسب اختلاف المباني مثلا على القول بالكشف لا تكون النتيجة متحده مع القول بالنقل كما ان النتيجة على القول بصحة بيع من باع شيئا ثم ملك تغاير مع النتيجة الحاصله على القول بالفساد و الميزان الكلى ان الاجازه توجب صحة العقد المجاز و أيضا توجب صحة كل عقد يكون ملازما مع العقد المجاز فى الصحة.

و توضيح المراد بحوله و قوته فى ضمن مثال فنقول: نفرض ان عبد المالك بيع بفرس ثم بيع بكتاب ثم باعه المشتري بدينار فبيع العبد بكتاب واقع بين بيعه بفرس و بيعه بدينار فاذا أجاز مالك العبد ببيعه بكتاب يبطل بيعه بفرس اذ يكون بيعه بفرس اجنبيا عن مالك العبد فلا مقتضى لصحته باجازه مالك العبد بيع العبد بكتاب.

و أما بالنسبه الى بيع العبد بكتاب فلا اشكال فى صحته بالا اجازه على ما هو المقرر من صحة بيع الفضولى بالا اجازه.

و أما بيع العبد بدينار فعلى القول بكون الاجازه كاشفه لا اشكال فى تماميته اذ بالا اجازه يكشف ان البيع صدر من أهله و وقع فى محله.

و أما على المسلك المنصور أى النقل فيبتنى الحكم على القول

بصحته بيع من باع شيئاً ثم ملكه بالاجازة أو بدون الاجازة و قد مرّ

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨١

ان الحق عدم الصحه و فى المثال المذكور اذا فرضنا انه بيع الفرس بثوب و بيع الدينار بتومان يكون بيع الفرس باطلا و لا يصح باجازه بيع العبد بكتاب فانه اجنبى عن مالك العبد.

و أما بيع الدينار بتومان فعلى القول بالكشف يصح كما هو ظاهر و أما على القول بالنقل فيبتنى على حكم من باع شيئاً ثم ملك فالنتيجه ان العقود الواقعه على العين أو عوضها قبل العقد المجاز من قبل المالك باطله لكونها اجنبيه عن المالك و أما العقود الواقعه على العين أو بدلها ففيها التفصيل المذكور.

هذا كله فيما يكون المجاز العقد الواقع على عين مال المجيز و أما لو كان الاجازة متعلقه بالعقد الواقع على عوض ماله فأيضاً نذكر مثالا و نقول: اذا بيع عبد المالك بفرس و الفرس بدرهم و الفرس برغيف فبيع الفرس بدرهم واقع بين بيع العبد بفرس و بيع الفرس برغيف فاذا أجاز مالك العبد بيع الفرس بدرهم يكون بيع العبد بفرس صحيحا اذ ما دام لا يجيز المالك بيع العبد بفرس لا يملك الفرس و ما دام لا يملك الفرس لا يمكنه اجازة بيع الفرس بدرهم و هذا على القول بالكشف ظاهر.

و أما على القول بالنقل فيبتنى على الالتزام بصحة بيع من باع شيئاً ثم ملك هذا ما أفاده فى المقام.

و لكن الذى يختلج بالبال أن يقال: انه لا مجال لاجازة بيع العبد بالفرس باجازته بيع الفرس بدرهم اذ يتوقف اجازة بيع الفرس بدرهم على كونه مالكا للفرس و الحال ان كونه مالكا للفرس يتوقف على اجازة

بيع الفرس بدرهم و هذا دور.

و أما العقد الواقع بعد العقد المجاز أى بيع الفرس برغيف فهو صحيح أما على الكشف فظاهر و أما على النقل فيبتنى على القول

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٢

بصحته بيع من باع شيئاً ثم ملك و صفوه القول: ان اجازته العقد توجب صحه المجاز و صحه كل عقد يكون ملازماً مع المجاز فى الصحه من السابقه و اللاحقه فلاحظ.

«قوله قدس سره: ثم ان هنا اشكالا»

**حاصل الاشكال: ان المشتري من الغاصب اذا كان عالماً بكون البائع غاصباً و مع ذلك سلطه على ماله يكون تسليطه مجاناً**

**اشاره**

فاذا فرض ان الغاصب اشترى بذلك المال شيئاً يكون له و لا يكون ضامناً للمشتري الاول اذ بالتسليط المجانى الذى صدر عنه سقطت حرمة ماله فلا مجال للاجازه بالنسبه الى مالك العين التى باعها الغاصب لا بالنسبه الى العقد الاول الصادر عن الغاصب بالبيع و لا بالنسبه الى العقد الثانى الذى صدر عنه بالاشترى فان المفروض ان المبيع الذى يكون مملوكاً للمالك الاصلى بلا ثمن و أما العقد الثانى فيكون اجنبياً عنه فعلى كلا التقديرين لا مجال للاجازه فما الحيله و ما الوسيله؟

**و قد ذكرت فى مقام دفع الاشكال وجوه:**

**الوجه الأول: ان الاجازه كاشفه عن تحقق الملكيه فى زمان العقد فيكون الغاصب آخذاً لمال المالك الاصلى**

---

قمى، سيد تقى طباطبايى، عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشى محلاتى، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ٣٨٢

فلا مجال للتقريب المذكور.

و فيه ان مسلك الكشف باطل و لا- دليل عليه بل الحق مسلك النقل غايه الامر فى النقل أيضاً أقوال مختلفه و قد تقدم ان المختار عندنا الكشف الانقلابى و بينا ما عندنا.

مضافاً الى أن التقريب المذكور لا ينطبق على صورته إنشاء القبول بنفس تسليم الثمن الى البائع الفضولى فان التقريب المشار إليه

يتوقف على تحقق ملكيه الثمن للمالك الاصلى كى يكون تسليم الثمن تسليمًا لمال الغير و أما اذا كان إنشاء الاثراء بنفس التسليم

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٣

الخارجى فلا ملكيه قبل الاقباض.

### **الوجه الثانى: ان حق المالك الاصلى بالنسبه الى الاجازة مقدم على حق الغاصب**

لان حقه أسبق و أولى من الغاصب فان الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال

و فيه أولا انه لا نرى حقا للمالك الاصلى فان الاستفادة من الدليل ان المالك لو أجاز العقد الفضولى تنفذ اجازته و هذا لا يدل على وجود للمالك. و بعبارة اخرى: الدليل الدال على نفوذ اجازة المالك للعقد الفضولى مثل الدليل يدل على أن المكلف اذا صار ثوبه نجسا و غسله بالماء مع رعايه الشرائط المقرره يطهر ثوبه و هل يتوهم احد ان هذا حق للمكلف؟ و نسميه بحق التطهير.

و أما كون حق اسبق فلا- مجال للقول به بعد انتفاء الموضوع لما بينا و ثانيا: ان الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال كلام مشهور فى ألسنه الفقهاء و ليس عليه دليل معتبر و انما الاستفادة من الدليل ان الغاصب يرتكب الحرام بالتصرف العدوانى فى مال الغير و ضامن لمال الغير و لا دليل على أزيد من هذا



و ثالثاً: ان الاشكال المذكور فى المقام لا يرتبط بالغاصب فان الغاصب غصب مال المالك الاصلى انما الاشكال فى ان المشتري العالم بالغصب قد سلط باختياره الغاصب على الثمن مجاناً و بلا عوض فلا ارتباط بين المقامين.

### **الوجه الثالث: ان التسليط المجانى من قبل المشتري العالم بالغصب انما يكون فى ظرف عدم الاجازه**

و أما مع الاجازه فلا يكون التسليط مجانياً حتى فى نظر الشارع و قد تعرض لهذا الوجه فى كلام الشيخ قدس سره و صرح به فى كلام سيدنا الاستاد على ما فى تقريره الشريف.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٤

و فيه ان الامضاء الشرعى يتحقق بعد الاجازه القابله للتأثير و الحال ان التسليط قد تحقق قبل الاجازه فلا يبقى موضوع للاجازه فكيف بالامضاء الشرعى؟ نعم اذا وقع العقد الفضولى بين الغاصب و المشتري العالم بالغصب عقدا لفظياً و يكون الاقباض الخارجى وفاء للعقد على تقدير الاجازه و لكن هذا فرض و خيال فان المشتري لا يكون قاصدا لامرين بل قاصد لامر واحد اما الوفاء كما هو الحق و اما التسليط المجانى الذى يكون منشأ للاشكال المذكور فلاحظ.

### **الوجه الرابع: انه ما المراد من التسليط المجانى؟**

فان كان المراد من المجانى ان المشتري عالم بعدم صحه معامله شرعاً فهذا المقدار لا يقتضى المجانيه و ان كان المراد انه سلطه بلا- عوض و بدل فهو مقطوع البطلان كيف؟ و الحال ان المشتري يملك المبيع بإزاء الثمن و التسليط الخارجى يكون بعنوان الوفاء.

و ان شئت قلت: ان المقام من مصاديق كبرى المقبوض بالعقد الفاسد و قد مر الكلام حول المسأله على التفصيل و قلنا ان المقبوض بالعقد الفاسد يوجب ضمان القابض.

و لقائل أن يقول: ان عنوان الشيخ الاعظم قدس سره هذا الاشكال فى المقام غير سديد فانه ليس بحثاً جديداً. لكن يمكن دفع الاشكال المذكور عن الشيخ بأن الوجه فى التعرض خصوصيه علم المشتري بالقبض و المقبوض بالعقد الفاسد أعم من العلم المذكور فلاحظ.

و كيف كان لا وجه لهذا الاشكال نعم ان الغاصب اذا أتلّف الثمن لا يبقى مجال للاجازه اذ المفروض ان الاجازه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٥

انعدام الثمن لا يكون مجال للنقل و الانتقال و هذا أمر آخر لا يرتبط بالاشكال المذكور فى المقام.

و لتوضيح الحال نقول: الاقباض و التسليط اللذان يقعان فى الخارج مع علم المشتري بالغصب إما يكونان وفاء بالعقد الواقع قبلهما و إما يكونان مصداقين لانشاء القبول بهما و على كلا التقديرين نسأل ان المشتري العالم بالغصب هل يقصد بالاقباض الهبه أو الاباحه أم يقصد أمرا آخر ان قلت: بأنه قصد الاباحه أو الهبه قلت: لا يكون كذلك قطعا و هل تكون المعاملات الباطله فى الخارج كالقمار و نحوه مصاديق للهيه أو الاباحه؟ كلا ثم كلا. و ان قلت: قصد الوفاء بالعقد أو قصد الانشاء بالاقباض قلت: فما وجه كون المدفوع للقباض و اى دليل دل على ان الاقباض الخارجى بنفسه من المملكات فى الشرع الاقدس مع ان الاستفادة من قوله تعالى «الا- أن تكون تجاره عن تراض» حصر التملك الجائز فى التجاره عن تراض مع الشروط المقرره و هل العقد الفاسد من صغريات هذه الكبرى؟

### [مسأله فى أحكام الرد]

#### اشاره

«قوله قدس سره: مسأله فى أحكام الرد»

#### يقع الكلام فى هذه المسأله فى جهات:

#### الجهه الأولى: فى انه لا يترتب أثر على هذا البحث على القول بأن الرد لا يكون مانعا عن الاجازه

كما قويناه اذ على القول بعدم المانعيه لا يفرق بين تحقق الرد و عدمه.

#### الجهه الثانيه: فى أن الرد القولى هل يلزم أن يكون باللفظ الصريح؟

ربما يقال- كما أفاد الشيخ قدس سره- انه يشترط كونه صريحا اذ مع عدم الصراحه يكون المرجع اصاله اللزوم و عدم تحقق المانع و بقاء قابليه للاجازه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٦

و يرد عليه أولا- انه لو استفيد من الدليل تأثير الرد فى قابليه الاجازه الواقعه بعده و انها لا اثر لها بعد الرد تأخذ بإطلاق ذلك

الدليل و نقول: اذا تحقق الرد يسقط العقد الفضولى عن قابليته للحقوق الاجازة به فلا وجه لاشتراط الصراحة.

و ثانيا: انه اذا وصلت النوبه الى الشك و الاخذ بالاصل يشكل اتمام الامر به اذ استصحاب بقاء القابليه يعارضه استصحاب عدم الجعل الزائد و بعد تساقط الاصلين بالمعارضه تصل النوبه الى استصحاب عدم التأثير و عدم كون العقد صحيحا فان الميزان الكلى فى مورد الشك فى صحه الامور الوضعيه أن يرجع الى استصحاب عدم الصحه و ترتيب الفساد.

### **الجهه الثالثه: فى أن المالك اذا تصرف فى العين قبل الاجازة تصرفا ناقلا كالبيع أو معدما للملكيه كالتق**

فهل يبقى مجال للاجازة بعده أم لا؟ أما على النقل فلا مجال للاجازة اذ المفروض ان الاجازة ناقله و مع التصرف المذكور لا موضوع للنقل.

و أما على الكشف فربما يقال: - كما فى كلام الشيخ قدس سره- ان الاجازة تكشف عن بطلان التصرف السابق فتكون الاجازة مؤثره.

و لكن الحق أن يقال: ان الاجازة الواقعه بعد التصرف باطله و بلا أثر اذ الاجازة انما تؤثر- حتى على القول بالكشف- فيما تكون صادرة عن المالك و المفروض ان المجيز لا يكون مالكا بعد التصرف.

و بعباره واضحه: ان الاجازة لا بد من صدورها من شخص يكون مالكا للعين لو لا الاجازة لا عن الاجنبى و المجيز بعد التصرف يكون أجنبيا هذا بالنسبه الى التصرف فى نفس العين.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب،

و أما التصرف فى منافع العين كالأجاره مثلا فالظاهر انها لا تكون مانعه عن الاجازه اللاحقه غايه الامر يثبت للمشتري الخيار.  
و على الجملة: التصرف فى المنافع بنفسه لا يكون مانعا عن الاجازه الا اذا علم من الشرع تنافيا كالاستيلاء اذا قلنا ان المستفاد من الدليل المنع عن نقل أم ولد بأى نحو كان و تشخيص الموارد بنظر الفقيه الخبير بالصناعه.

### **الجهه الرابعه: فى أن التصرفات غير المنافيه هل تكون ردا أم لا؟**

#### **اشاره**

مثلا: العرض للبيع أو البيع الفاسد هل يكون ردا أم لا يكون؟

#### **و الذى ذكر فى تقريب كونه مانعا وجهان:**

#### **الوجه الأول: ان التصرف غير المنافى كالعرض للبيع مثلا رد عرفا.**

و يرد عليه ان الرد من الامور الانشائيه التى تتوقف على الانشاء فكيف يحصل بعرض المتاع للبيع.

#### **الوجه الثانى: ان التصرف فى العين المنتقله الى الغير بالعقد الخيارى يكون فسخا اجماعا**

مثلا- اذا باع زيد داره من بكر بالبيع الخيارى ثم باع الدار من شخص آخر يكون بيعه الثانى فسخا للعقد الاول فاذا كان النقل المنافى فسخا بالبيع الخيارى و موجبا لانعدام العقد فبالاولويه يكون ردا للعقد الفضولى.

و يرد عليه أولا: ان القياس مع الفارق فان ذا الخيار ما دام لا يكون فسخا للعقد الاول لا يمكنه العقد الثانى لعدم جواز بيع مال الغير فاذا باع يكشف عن الفسخ السابق.

و ثانيا: انه قد مرّ منا انه لا يمكن الالتزام بكون التصرف موجبا للفسخ و مقتضيا للبيع الجديد اذ قلنا ان البيع لا بد من وقوعه فى

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٨

ملكه و المفروض ان العين مملوكه للغير فكيف يمكن ان ذا الخيار بانشاء واحد يخرج العين عن ملك الغير و يدخله فى ملكه و فى ذلك الزمان يدخلها فى ملك ثالث فانه غير معقول و كيف يمكن قيام الاجماع التعبدى على الامر الذى يكون غير معقول.

ان قلت: مقتضى جريان اصله الصحه فى بيعه الحكم بفسخه أولا ثم بيعه، قلت: ان المفروض ان المبرز منحصر فى العقد المنافى

و قلنا لا- يعقل إنشاء كلا الامرين بانشاء واحد مضافا الى أن اجراء اصاله الصحه فى مورد يمكن للمتصدى للعقد الاتيان به و انشاءه و المفروض ان العين مملوكة للغير و ليس لذى الخيار بيعها فلا موضوع لاصاله الصحه.

بالإضافه الى أن مقتضى الاستصحاب بقائها فى ملك من عليه الخيار و عدم الفسخ و مما ذكرنا ظهر انه لا وجه للتفصيل بين كون المتصرف ملتفتا الى أن العين مبيعه بالعقد

الفضولى و بين أن يكون غافلا بأن يقال فى الصورة الاولى بكونه ردا و فى الصورة الثانية بعدم كونه ردا.

### **الجهه الخامسه: ان الفضولى لو أقبض العين من المشتري الاصيل فلا اشكال و لا ريب فى أن للمالك انتزاعها من يد المشتري**

و هل يكون الانتزاع بنفسه ردا أم لا؟ الحق أن يقال: ان الانتزاع بنفسه يجمع مع عدم الرد و لكن يمكن إنشاء الرد بالانتزاع فاذا دلت القرائن على أن المالك قصد الرد بالانتزاع نلتزم به و أما مع عدم دلالة القرينه و الشك يكون مقتضى الاستصحاب عدم إنشاء الرد من قبل المالك.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٩

### **[مسائل متفرقه]**

### **[مسألة لو لم يجز المالك فان كان المبيع فى يده فهو]**

### **اشاره**

«قوله قدس سره: مسألة لو لم يجز المالك فان كان المبيع فى يده فهو»

الامر كما أفاد فانه مع كون المبيع فى يده لا يكون مجال للرجوع الى أحد.

«قوله قدس سره: و الا فله انتزاعه ممن وجده فى يده»

اذ المفروض ان العين مملوكة له فعلى طبق القانون الشرعى و العقلاى يجوز له أخذه فان الناس مسلطون على أموالهم.

«قوله قدس سره: و يرجع بمنافعه المستوفاه و غيرها على الخلاف المتقدم فى البيع الفاسد»

و قد مرّ الكلام تفصيلا هناك فراجع ما ذكرناه هناك.

«قوله قدس سره: و مع التلف يرجع الى من تلف عنده»

بل يرجع الى من وضع يده على ماله و بعبارة اخرى: اليد اذا لم تكن امانيه و كانت ضمانيه يكون الاخذ ضامنا و قد مرّ الكلام حول المسألة فى تعاقب الايدى.

«قوله قدس سره: بقيمته يوم التلف»

قد ذكرنا فى المقبوض بالعقد الفاسد ان مقتضى القاعده الاولى كون الميزان بيوم الدفع و لكن بالنسبه الى الغاصب نلتزم بأن

الميزان قيمه يوم الغصب بملاحظه حديث أبى ولاد الحناط «١» و تفصيل الكلام موكول الى ذلك المقام.

«قوله قدس سره: اختص السابق»

اذلا- مقتضى للرجوع بالنسبه الى الزيادة الى اللاحق فان المفروض انه لم يضع يده على العين الا فى زمان تنزل القيمه و هذا ظاهر واضح.

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من

أبواب الاجاره الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٠

**[فهنا مسألتان]**

**[الاولى انه يرجع عليه بالثمن ان كان جاهلا بكونه فضوليا]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: الاولى انه يرجع عليه بالثمن»

اذ المفروض ان وضع الغاصب يده على الثمن يوجب ضمانه و مع الضمان لا فرق بين كون العين باقيه أو تالفه.

«قوله قدس سره: ان كان جاهلا بكونه فضوليا»

**يقع الكلام فى هذه المسأله فى جهات:**

**الجهه الأولى: فى رجوع المشتري على البائع الفضولى مع جهله بالغصب**

فانه فى الجملة بلا اشكال اذ المفروض ان يد البائع الفضولى يد ضمان فيكون ضامنا للمشتري فيجوز للمشتري أن يرجع عليه بعد اطلاعه على كون البائع فضوليا و لا- فرق فيما ذكرنا من رجوعه على الفضولى بين كون الثمن باقيا أو تالفا اذ مقتضى الضمان انتقال العين الى الذمه بعد التلف فلا فرق بين البقاء و التلف.

**الجهه الثانيه: فى أنه هل يكون اعتراف المشتري و اقراره بكون البائع مالكا مانعا عن الرجوع عليه أم لا؟**

فنقول: تاره يبحث فى مقام الثبوت و اخرى فى مقام الاثبات أما فى مقام الثبوت فجواز الرجوع و عدمه تابع لاعتقاد المشتري فان كان معتقدا بكون البائع مالكا فلا يجوز و ان كان شاكا و استند فى الاثراء الى اليد يجوز له الرجوع بعد قيام البينه على أن العين مملوكه للغير و البائع فضولى.

و أما فى مقام الاثبات فتاره يعلم من القرائن ان اعترافه بكون البائع مالكا مستندا الى اليد و اخرى يعلم انه معترف بكونه مالكا حتى بعد قيام البينه و ثالثه لا يعلم بالتفصيل احد الطرفين.

أما فى الصورة الاولى فلا اشكال فى جواز رجوعه اذ قيام البينه



عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩١

يبطل اماريه اليد و أما فى الصوره الثانيه فيؤخذ باعترافه و اقراره و لا يجوز له الرجوع و أما فى الصوره الثالثه فأيضاً يجوز الرجوع اذ البيئه تقتضى جواز الرجوع و فى قبالها ليس شىء يقتضى خلافه.

و ان شئت قلت: قيام البيئه وجدانى و اقرار المشتري بكون الثمن للبائع مشكوك فيه و الاصل عدمه.

### **الجهه الثالثه: انه لو كان المشتري عالماً بالفضوليه**

و كان الثمن باقياً عند الفضولى فهل يجوز رجوعه و أخذ الثمن منه أم لا؟ مقتضى القاعده وفاقاً لجمله من الاساطين المذكورين فى المتن انه يجوز له الرجوع و الاخذ اذ الثمن مملوك له و لم يتحقق فى الخارج ما يوجب انتقال الثمن الى الفضولى و قد تقدم آنفاً فى الجمله و تقدم فى بحث المأخوذ بالعقد الفاسد بالجمله ان التسليط الخارجى و اقباض الثمن من الفضولى لا يقتضى صيرورته ملكاً له.

هذا على النقل الذى هو القول المنصور و أما على الكشف فان كان العقد الفضولى الواقع بين الفضولى و الاصيل باللفظ و كان الاقباض

وفاء للعقد يكون الثمن ملكا للمالك الاصلى و كيف يمكن أن يصير الثمن ملكا للبائع الفضولى مع كونه مملوكا للمالك الاصلى؟

و على اساس كونه ملكا للبائع الفضولى لا- يبقى مجال للاجازه و لكن القول بالكشف على خلاف التحقيق و يمكن ان الماتن يشير الى ما ذكرنا بقوله «فتأمل».

### **الجهه الرابعه: فى أنه هل يجوز للبائع الفضولى التصرف فى الثمن أم لا؟**

لا- يخفى انه لا- يبقى مجال لعنوان هذا الفرع اذ بعد بقاء الثمن فى ملك مالكة الاولى أى المشتري الاصيل لا مقتضى لجواز تصرف البائع الفضولى فيه بل لا اشكال فى حرمة فانه تصرف عدوانى و مصداق للغصب.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٢

### **الجهه الخامسه: فى أنه لو تلف الثمن عند البائع الفضولى فهل يكون ضامنا للمشتري الاصيل مع علمه بالغصب أم لا؟**

قال الشيخ قدس سره: المعروف عدم رجوع المشتري بل المحكى عن العلامه و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم رحمهم الله الاتفاق عليه و اختار عدم الضمان.

و ملخص ما افاده فى مقام تقريب عدم الضمان: ان القائل بالضمان اما يتمسك بقاعده على اليد و اما يتمسك بقاعده الاقدام أما الاول فهو خصيصة بما يدل على أن الودعى و المستعير لا يكونان ضامين مع ان المالك لم يأذن لهما فى الاتلاف فبطريق أولى لا يتحقق الضمان هنا فان المالك أى المشتري الاصيل سلط الفضولى على التصرف فى الثمن و اتلافه فلا يثبت الضمان من هذه الناحيه.

و أما الاقدام فلا اثر له لان المشتري يعلم بأن البائع جعل الثمن فى مقابل مال الغير فاقدامه بالنحو المذكور لا يوجب شيئا عليه و بنحو آخر لم يتحقق فلا مقتضى للضمان.

لا يقال: فيلزم عدم الضمان فى العقود الفاسده و الحال انه قد سبق فى بحث العقد الفاسد ان المأخوذ به يقتضى الضمان، فانه يقال: التضمن هناك يتحقق غايه الامر يكون فاسدا.

و بعباره اخرى: قد تحقق هناك أمران: اصل التضمنين و تضمين خاص و الشارع الاقدس لم يمتص الحصة الخاصه فيبقى أصل الضمان بحاله و أما فيما نحن فيه فلا يكون ضمان الا بمال الغير فلا يتوجه الى البائع الفضولى شىء.

اذا عرفت ما تقدم نقول يقع الكلام تاره فيما يرجع الى كلام

عمده المطالب

فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٣

الشيخ و ان ما أفاده تام أم لا؟ و اخرى فيما يقتضيه النظر الدقيق

### فهنا مقامان

#### أما المقام الأول [فى أن ما أفاده الشيخ تام أم لا]

فيرد على ما أفاده أولاً: انه كيف جمع بين حرمة تصرف الفضولى فى الثمن قبل تلفه و عدم ضمانه بعد التلف فان الاقباض ان كان إباحه أو هبه أو عاريه فلا وجه لحرمة التصرف و ان لم يكن الاقباض باحد هذه العناوين فلا بد من الالتزام بالضمان فالجمع بين الامرين جمع بين المتنافيين.

و بعباره واضحه: ان التسليط على التصرف و الاتلاف ان كان موجبا لعدم الضمان فكيف لا يكون مقتضيا لجواز التصرف فانه قدس سره صرح بأنه سلطه على التصرف و الاتلاف.

و ثانيا: ان المشتري الاصيل العالم بالفضوليه لا يسلط البائع الفضولى على مملوكه كى يقال ان التصرف فيما يكون مأذونا فيه من قبل المالك لا يوجب الضمان كيف و ان المشتري يملك العين فى مقابل تملك الثمن.

و ان شئت قلت: ان المشتري يعتبر كون الثمن مملوكا للفضولى و مع البناء على كونه مملوكا للفضولى لا- مجال للاذن فان الانسان انما يأذن فى التصرفات الواقعه فى مملوكه لا فى مملوك الغير.

و بعباره واضحه: انه يرى نفسه اجنبيا عن الثمن و على هذا الاساس يسلمه من البائع فلا يتم ما أفاده هذا تمام الكلام بالنسبه الى المقام الأول.

#### و أما المقام الثانى [فيما يقتضيه النظر الدقيق]

فنقول: قد سبق منا فى بحث المقبوض بالعقد الفاسد ان وضع اليد على مال الغير مع الاقدام على الضمان يوجب الضمان فى نظر العقلاء و سيرتهم و هذه السيره ممضاه من قبل الشارع الاقدس غايه الامر ان كان التضمين مطابقا مع المقررات الشرعيه يكون الواضع ضامنا للمسمى و الا يكون ضامنا للبدل

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٤

الواقعي فى صورته تلف المأخوذ و نفس العين فى صورته بقائها و وجودها و على هذا الاساس نحكم بالضمان

فى جميع موارد العقود الفاسده و المعاملات غير الشرعيه و الا- يلزم عدم ضمان المتقامين و لا فرق فيما نقول بين أن يكون مورد العقد مملوكا للمتاملين أو لا يكون أو يكون أحد العوضين مملوكا لاحدهما دون الاخر و الميزان الكلى ما ذكرنا و هو وضع اليد على مال الغير و عدم قصد المجانيه.

و يمكن اثبات المدعى بتقريب آخر و هو ان المستفاد من قوله تعالى «الا أن تكون تجاره عن تراض» ان جواز تملك مال الغير منحصر فى التجاره عن تراض مع الشرائط المقرره و فى غير هذه الصوره لا يجوز التملك هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى ان التصرف فى مال الغير بلا رضاه حرام كما ان وضع اليد على مال الغير يقتضى الضمان فالنتيجه انه لو تلف الثمن فى يد الفضولى يكون ضامنا للمشتري الاصيل.

ان قلت: فما الوجه لعدم ضمان المستودع و المستعير؟ قلت:

الشارع الاقدس حكم بعدم ضمان اليد الامانيه مضافا الى أن اقباض المالك مملوكه من المستودع أو المستعير لا يكون مبنيًا على الضمان و لذا نفرق بين كون العاريه عاريه مضمونه أو غير مضمونه حيث نلتزم بالضمان فى الصوره الاولى و عدمه فى الصوره الثانيه.

و صفوه القول: ان وضع اليد على مال الغير بلا قيد عدم الضمان يكون مقتضيا للضمان فى وعاء الشرع و عند العقلاء بحسب سيرتهم.

**ثم انه ينبغى التنبيه بأمر تبعاً للماتن قدس سره**

**التنبيه الاول: ان قاعده ما يضمن و عكسه لا تكون بهذا العنوان واقعه فى كلام الامام عليه السلام**

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٥

كى نتعرض لمفادها بل هذه الجملة كلام الاعلام و لا يبعد أن يكون الظاهر من الجملة ان كل عقد اذا فرض الضمان فى صوره كونه صحيحا يكون موجبا للضمان فى صوره الفساد أيضا و كذلك فى عكس القضييه و الحق ان الكبرى المذكوره

غير تامه فان عقد البيع اذا كان صحيحا يكون موجبا لضمان البائع للمبيع و لضمان المشتري الثمن و الحال ان فاسده لا يقتضى الضمان و هكذا فالحق أن يقال ان المستفاد من الشرع و السيره ان وضع اليد على مال الغير مع اشتراط الضمان يقتضى أن يكون الواضع ضامنا.

### **التنبيه الثانى: انه لو باعه ما لا يكون قابلا للبيع لا شرعا و لا عند العقلاء**

كما لو باعه حرا بدينار و قبض الدينار فهل يكون القابض ضامنا للدينار المقبوض أم لا؟

أفاد سيدنا الاستاد قدس سره وفاقا لجمله من الاساطين ان القابض لا يكون ضامنا بتقريب: ان المشتري اذا علم بالحال لم يقصد المبادله حقيقه فلا يكون للثمن عوض فلا مقتضى للضمان و يكون كالباع بلا ثمن.

و يرد عليه ان قياس المقام بالبائع بلا ثمن قياس مع الفارق فان البيع بلا ثمن عباره عن التمليك المجانى غايته انشأ الواهب الهبه بهذا اللفظ و أما فى المقام فان المفروض جعل المعاوضه بين الثمن و المبيع الحر.

و قوله «انه لم يقصد المبادله حقيقه» لا يرجع الى محصل صحيح فان قصد المبادله و المعاوضه قد تحقق على الفرض و أى فرق بين المقام و بين بقيه العقود الفاسده فالحق ان الضمان متحقق اذ المشتري لم يقصد المجانيه و انما سلط البائع على الثمن من باب كونه مالكا.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٦

و صفوه القول: ان فساد المعامله ان كان موجبا لعدم الضمان فما الوجه فى الحكم بالضمان فى بقيه الموارد؟ و ان كان قصد المعاوضه يقتضى الضمان فالمقام كذلك فالحكم بالفرق تحكم.

و بيان اوضح: ان القابض للثمن هل يجوز له التصرف فى الثمن و هل يكون الثمن مملوكا له أم لا؟ و لا بد لمن يقول بعدم الضمان أن يقول هو مملوك

له و صار ملكا له بالهبة فان البيع المذكور فى الحقيقه هبه كالباع بلا- ثمن و عليه نقول: هل يصح اطلاق الهبه عليه و العرف ببالك فانه يصح سلب الصدق و صحه السلب علامه المجاز فلاحظ.

### **التنبيه الثالث: ان البائع الفضولى اذا باع العين للمالك الاصلى**

و أخذ الثمن بعنوان ايصاله إليه مع علم المشتري بالحال و تلف فى يده قبل الوصول الى المالك فهل يكون ضامنا؟ الظاهر انه لا وجه للضمان اذ يده امانيه و المفروض ان المشتري مع علمه بالحال دفع الثمن إليه لان يوصله الى المالك الاصلى.

### **التنبيه الرابع: انه لو قلنا بعدم الضمان**

كما اختاره الشيخ قدس سره و فرضنا ان المشتري لم يقبض الثمن بل البائع الفضولى بنفسه أخذ الثمن من باب أنه ملكه فهل يكون ضامنا أم لا؟ لا اشكال فى ضمانه فى الصوره المفروضه اذ لا وجه لعدم الضمان و التقريب المتقدم لا يتحقق فى المقام فان المفروض ان المشتري لم يسلطه بل هو بنفسه وضع يده على مال الغير فيكون ضامنا.

### **التنبيه الخامس: انه لو اشترط المشتري الضمان فى زمان الاقباض**

بأن يشترط عليه بأنه لو أخذ منه العين يكون الفضولى ضامنا فهل يكون تلف الثمن فى هذه الصوره موجبا للضمان أم لا؟

الذى يختلج بالبال أن يفصل بأن يقال: ان كان الاقباض بعنوان

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٧

كون البائع مالكا و الاقباض وفاء بالعقد يكون شرط الضمان يوجب كون اليد موجبه للضمان اذ مرجع الشرط الى أن الاقباض و التسليط لا يكون مجانيا و أما لو كان الاقباض بعنوان ان البائع الفضولى يوصل الثمن الى المالك الاصلى فشرط الضمان يكون فاسدا لكونه على خلاف الشرع.

و بعباره واضحه: انه قد سبق آنفا ان الاقباض اذا كان لاجل ايصاله الى المالك الاصلى لا يكون الاخذ ضامنا فى صوره التلف فشرط الضمان فى الصوره المفروضه خلاف المقرر الشرعى فلا يكون نافذا.

ان قلت: يجوز شرط الضمان فى العاريه نضا و فتوى قلت:

العاريه لاجل الانتفاع بالعين و المقام ليس كذلك بل الاقباض لاجل الايصال فقط.

### **التنبيه السادس: لا فرق بين كون الثمن كليا و دفع الى البائع بعض افراد الكلى و بين كونه شخصا.**

فانه لا فرق بينهما من حيث الاثر و الاحكام المترتبه.

### **[المسأله الثانيه ان المشتري اذا اغترم للمالك غير الثمن]**

#### **اشاره**

«قوله قدس سره: المسأله الثانيه ان المشتري اذا اغترم للمالك غير الثمن»

#### **فى هذه المسأله فروع**

**الفرع الأول: اذا اغترم المشتري الاصيل غرامه لم يحصل شىء له فى مقابلها**

#### **اشاره**

كالمصارف التى صرفها فى العماره مثلا و أمثالها فهل يمكنه الرجوع بها الى البائع الفضولى أم لا؟ فنقول: تاره يكون المشتري عالما بالحال و ان العين للغير و البائع غاصب و اخرى يكون جاهلا.

أما فى الصوره الاولى فلا يكون له الرجوع اذ لا مقتضى للرجوع

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٨

و ان شئت قلت: لا فرق بين البائع و المشتري فى هذه الجبهه و انهما غاصبان للعين فلا مقتضى للرجوع.

**و أما ان كان جاهلا فما يمكن أن يذكر فى تقريب جواز الرجوع وجوه:**

**الوجه الأول: الاجماع عن السرائر انه يرجع قولا واحدا.**

و فيه ان الاجماع المنقول لا يكون حجه و المحصل منه على تقدير حصول محتمل المدرك فلا يكون حجه أيضا.

**الوجه الثانى: قاعده نفي الضرر**

بتقريب: ان المشتري تضرر بالغرامه و الضرر منفي فى الشريعه المقدسه.

و يرد عليه أولا: ان التمسك بالقاعده انما يتم على مسلك المشهور فى مفاد القاعده و أما على مسلك شيخ الشريعه الذى اخترناه فلا- مجال للاخذ بها اذ المستفاد من القاعده على المختار حرمة الاضرار بالغير لا نفى الحكم الضررى فى الشريعه و تفصيل الكلام موكول الى مجال آخر و قد تعرضنا حول القاعده و ذكرنا ما اختلج ببالنا و من أراد الوقوف على ما ذكرنا فليراجع القاعده فى المجلد الثانى من كتابنا «آرائنا فى اصول الفقه».

و ثانيا: انه ما الفرق بين البائع و المشتري و أى ترجيح فى طرف المشتري و بعبارة اخرى اذا لم يرجع المشتري الى البائع يكون الضرر متوجها إليه و اذا راجع عليه و يأخذ الغرامه منه يكون البائع متضررا فما وجه الترجيح و التقديم؟

و ثالثا: ان القاعده تنفى الضرر لا انها تدل على جبران الضرر الوارد مثلا الوضوء اذا كان ضروريا يرتفع وجوبه بالقاعده و أما اذا كان الضرر واردا على شخص فلا تدل القاعده على جبرانه و الا كان اللازم تدارك كل ضرر وارد على شخص من بيت المال و هل

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٩

يمكن الالتزام به؟ كلا ثم كلا.

و ان شئت قلت: ان القاعده نافيه لا- مثبتة و فى المقام المفروض وقوع الضرر على المشتري و لا- تفى القاعده بجبران ضرره برجوعه على البائع.

### الوجه الثالث: قاعده السبب و التسبب

فان البائع سبب لوقوع الضرر المفروض على المشتري فيجوز له أن يرجع عليه و يأخذ الخساره منه.

و فيه ان هذه القاعده لم تقع فى آيه أو روايه بل لا بد من العمل على طبق القاعده فان كان التسبب على



نحو يستند الفعل الى السبب كالذى يفتح باب قفس الطائر و يصير سببا لطيرانه و تلفه فضمامه على القاعده لان الفعل يستند إليه و يصح أن يقال: ان فلانا أتلّف الطائر الفلانى.

و الميزان الكلى فى تقديم السبب على المباشر أن يكون بحيث يستند الفعل إليه فاذا صدق القتل و انه قتل فلانا يقتصّ منه أو يؤخذ منه الديه و اذا صدق انه أتلّف يكون ضامنا و هكذا و من الظاهر انه لا يكون كذلك فى المقام.

### الوجه الرابع: قاعده الغرور

فان المغرور يرجع الى من غره.

و هذه القاعده قاصره من حيث السند فانه نقل انها مضمون حديث نبوى و لكن الحديث غير معتبر سندا و عمل المشهور به أول الكلام بل قيل لم يعمل به المشهور.

مضافا الى أنا قد ذكرنا مرارا ان عمل المشهور بحديث ضعيف لا يجبر ضعفه و لكن مع ذلك لا يمكن رفع اليد عن القاعده اذ لا يبعد أن تكون السيره العقلائيه جاريه على تغريم الغارّ و فى سيرتهم

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٠

يرجع المغرور الى من غرّه و يمكن أن يستفاد المدعى أى اعتبار القاعده من جمله من النصوص منها ما رواه اسماعيل بن جابر قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر الى امرأه فأعجبته فسأل عنها فقيل: هى ابنه فلان فأتى أباها فقال: زوجنى ابنتك فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد انها غير ابنته و انها امه قال ترد الوليده على مواليتها و الولد للرجل و على الذى زوجه قيمه ثمن الولد يعطيه موالى الوليده كما غرّ الرجل و خدعه «١».

و منها ما رواه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين

عليه السلام فى المرأه اذا أتت الى قوم و أخبرتهم انها منهم و هى كاذبه و ادعت انها حره و تزوجت انها تردّ الى أربابها و يطلب زوجها ماله الذى أصدقها و لا حق لها فى عنقه و ما ولدت من ولد فهم عيب «٢».

و منها ما رواه أبو عبيده عن أبى جعفر عليه السلام قال فى رجل تزوج امرأه من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها قال: فقال:

اذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفصاه و من كان بها زمانه ظاهره فانها تردّ على أهلها من غير طلاق و يأخذ الزوج المهر من وليها الذى كان دلّسها فان لم يكن وليها علم بشىء من ذلك فلا شىء عليه و ترد على أهلها قال و ان أصاب الزوج شيئا مما اخذت منه فهو له و ان لم يصب شيئا فلا شىء له قال و تعتد منه عدّه المطلقه ان كان دخل بها و ان لم يكن دخل بها فلا عدّه عليها و لا مهر لها «٣».

---

(١) الوسائل الباب ٧ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

(٢) عين المصدر الحديث ٢.

(٣) الوسائل الباب ٢ من أبواب العيوب و التدليس الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠١

و منها ما رواه رفاعه بن موسى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام الى أن قال و سألته عن البرصاء فقال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه زوجها وليها و هى برصاء أنّ لها المهر بما استحل من فرجها و ان المهر على الذى زوجها و انما صار عليه المهر لانه دلّسها و لو ان رجلا تزوج امرأه و زوجه اياها رجل لا

يعرف دخيله أمرها لم يكن عليه شىء و كان المهر يأخذه منها «١».

و منها ما رواه ابن بكير عن بعض اصحابه قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة بها الجنون و البرص و شبه  
ذا فقال: هو ضامن للمهر «٢».

و منها: ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام فى رجل ولّته امرأة أمرها أو ذات قرابه أو جار لها لا يعلم دخيله أمرها  
فوجدها قد دلست عيبا هو بها قال يؤخذ المهر منها و لا يكون على الذى زوجها شىء ٣.

و منها: ما رواه الحلبي أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام فى حديث قال انما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل  
قلت أ رأيت: ان كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها قال: المهر لها بما استحلت من فرجها و يغرم وليها الذى أنكحها مثل ما  
ساق إليها «٤».

و منها ما رواه داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام فى الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء قال:

---

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب العيوب و التدليس الحديث ١.

(٢) (٢ و ٣) عين المصدر الحديث ٣ و ٤.

(٤) عين المصدر الحديث ٥.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٢

ترد على وليها و يكون لها المهر على وليها، الحديث «١».

و منها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال:

فى كتاب على عليه السلام من زوج امرأة فيها عيب دلّسه و لم يبين ذلك لزوجها فانه يكون لها الصداق بما استحلت من فرجها و  
يكون الذى ساق الرجل إليها على الذى زوجها و لم يبين «٢».

و منها ما

رواه علي بن جعفر عن اخيه قال سألته عن امرأه دلست نفسها لرجل و هي رتقاء قال: يفرق بينهما و لا مهر لها «٣».

و منها ما رواه الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأه مره فوجدها امه قد دلست نفسها له قال: ان كان الذى زوجها اياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد قلت: فكيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه؟ قال: ان وجد مما أعطها شيئاً فليأخذه و ان لم يجد شيئاً فلا شىء له و ان كان زوجها اياه ولى لها ارتجع على وليها بما أخذت منه و لمواليها عليه عشر ثمنها ان كانت بكراً و ان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها قال:

و تعتد منه عدّه الامه قلت: فان جاءت منه بولد قال: أولادها منه أحرار اذا كان النكاح بغير اذن الموالى «٤».

فان المستفاد من مجموع ما ذكر ان القاعده المذكوره قاعده فقهيه و لذا نرى الفقهاء يقولون بها فى موارد التغير.

و لكن النصوص المشار إليها لا تنفى باثبات المدعى على نحو الكبرى الكليه اذ ما يستفاد منه عموم الحكم ضعيف سنداً لاحظ ما

---

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب العيوب و التدليس الحديث ٦.

(٢) عين المصدر الحديث ٧.

(٣) عين المصدر الحديث ٨.

(٤) الوسائل الباب ٦٧ من ابواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٣

رواه اسماعيل بن جابر «١» فان الحديث تام من حيث الدلاله لكن السند ضعيف و لاحظ ما رواه رفاعه «٢» و الروايه ضعيفه بسهل و للحديث سند آخر و فيه نقاش أيضاً فراجع.

و فى المقام حديث رواه جميل بن دراج عن أبي عبد الله

عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية قال يأخذ الجارية المستحق و يدفع إليه المبتاع قيمه الولد و يرجع على من باعه بثمان الجارية و قيمه الولد التي اخذت منه «٣».

و هذه الرواية تامه سندا و لا يبعد أن يكون فيه اشعار على المدعى فلاحظ و لكن يمكن الاستدلال بهذه الرواية على المقام بالتقريب الذي ذكره الشيخ قدس سره بأن نقول: ان حريه الولد اما تعد نفعاً و اما لا تعد أما على الاول فيدل الحديث على الضمان في المقام بالاولويه اذ لو ثبت الضمان بالتدليس مع الانتفاع فمع عدمه يتحقق بالاولويه و أما على الثاني فيدل الحديث على الضمان في المقام أيضا لوحده حكم الامثال.

و لكن الاشكال كل الاشكال في أن الاحكام الشرعيه منوطه بنظر الشارع الاقدس و لا تنالها أفهامنا فالعمده الاشعار الذي ذكرنا و من الظاهر ان مجرد الاشعار لا أثر له.

و أما حديث زريق قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام يوما اذ دخل عليه رجلان الى أن قال فقال احدهما: انه كان عليّ مال لرجل من بني عمار و له بذلك ذكر حق و شهود فأخذ المال و لم

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٠٠.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٠١.

(٣) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٥.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٤

استرجع منه الذكر بالحق و لا كتبت عليه كتابا و لا أخذت منه براءة و ذلك لأنني وثقت به و قلت له: مزق الذكر بالحق الذي عندك فمات و تهاون بذلك و لم يمزقها و عقب هذا ان طالبني بالمال وراثه و

حاكمونى و أخرجوا بذلك الذكر بالحق و أقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فاخذت بالمال و كان المال كثيرا فتواريت من الحاكم فباع على قاضى الكوفه معيشه و قبض القوم المال و هذا رجل من اخواننا ابتلى بشراء معيشتى من القاضى.

ثم ان ورثه الميت اقروا ان المال كان أبوهم قد قبضه و قد سألوه أن يرد على معيشتى و يعطونه فى أنجم معلومه فقال: انى احب أن تسأل أبا عبد الله عليه السلام عن هذا فقال الرجل يعنى المشتري جعلنى الله فداك كيف اصنع؟ فقال: تصنع أن ترجع بمالك على الورثه و ترد المعيشه الى صاحبها و تخرج يدك عنها قال فاذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبنى بغير هذا؟ قال: نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغله ثمن الثمار و كل ما كان مرسوما فى المعيشه يوم اشتريتها يجب أن ترد ذلك الا ما كان من زرع زرعته انت فان للزارع اما قيمه الزرع و اما أن يصبر عليك الى وقت حصاد الزرع فان لم يفعل كان ذلك له و رد عليك القيمه و كان الزرع له.

قلت: جعلت فداك فان كان هذا قد أحدث فيها بناء أو غرس قال: له قيمه ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه و يأخذه قلت:

أ رأيت ان كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس و هدم البناء فقال:

يرد ذلك الى ما كان أو يغرم القيمه لصاحب الارض فاذا رد جميع ما أخذ من غلاتها الى صاحبها ورد البناء و الغرس و كل محدث الى ما كان أو رد القيمه كذلك يجب على صاحب الارض أن يرد عليه كل ما خرج عنه فى اصلاح المعيشه من قيمه غرس

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٥

مصلحه المعيشه و دفع النوائب عنها كل ذلك فهو مردود إليه «١».

و حديث زراره قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى جاريه من سوق المسلمين فخرج بها الى ارضه فولدت منه اولادا ثم انّ أباهما يزعم انها له و أقام على ذلك البيئه قال يقبض ولده و يدفع إليه الجاريه و يعوضه في قيمه ما أصاب من لبنها و خدمتها «٢».

فكلاهما ضعيفان سندنا فلا- تصل النوبه الى ملا-حظه دلالتهما مضافا الى أن الامام عليه السلام لا يكون في مقام بيان رجوع المشتري الى البائع و عدمه كى يقال: ان سكوته عليه السلام يدل على عدم الرجوع فلا مجال لان يقال ان المستفاد من الحديثين انه ليس له الرجوع الى البائع.

و الحاصل ان الدليل على الرجوع السيره العقلانيه و هى محكمه و الله العالم.

و يؤيد المدعى ما رواه وليد بن صبيح «٣» و فى المقام حديث رواه أبو عبيده «٤» فانه يمكن الاستدلال بالحديث على المدعى بتقريب ان المستفاد من قوله عليه السلام «و يأخذ الزوج المهر من وليها الذى كان دلّسها» ان التدليس يوجب جواز الرجوع الى المدلس و هذا هو المدعى فلاحظ.

لكن هذا انما يتم فى صورته التغيرير و أما اذا لم يصدق العنوان المذكور كما لو كان البائع غافلا أو كان معتقدا لجواز بيع مال الغير فكيف يمكن الاستناد الى قاعده الغرور فلاحظ.

---

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٤.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٠٢.

(٤) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٠٠.

## الفرع الثانى: فيما غرمه فى مقابل النفع الواصل إليه

### إشاره

و هذا أيضا يتصور بنحوين أى تاره يكون مع العلم بالحال و اخرى مع الجهل أما فى صورته العلم و عدم صدق الغرور فلا وجه لرجوعه الى البائع و أما فى صورته الجهل بالحال فذهب الشيخ قدس سره وفاقا لجمله من الاساطين الى أنه يجوز له الرجوع على البائع.

### و ما يمكن أن يذكر مدركا للحكم وجوه

#### الوجه الأول: الاجماع

فعن التنقيح ان عليه الفتوى و ظاهر هذه الجملة ان عليه اتفاق الكلمه.

و فيه ما فيه و قد مرّ قريبا الاشكال فى الاجماع فلا نعيد.

#### الوجه الثانى قاعده نفي الضرر

و أيضا قد مرّ الاشكال فى الاستدلال بالقاعده قريبا فراجع ما ذكرناه.

#### الوجه الثالث: قاعده التسبب

و أيضا مرّ الاشكال فى الاستدلال بها.

#### الوجه الرابع: قاعده الغرور

فان مقتضى القاعده المذكوره المرتكزه فى اذهان العقلاء انه يجوز للمغرور أن يرجع الى من غره هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى الظاهر انه يصدق عنوان التغيرير على البائع الفضولى العالم بكون المال مغصوبا فلا اشكال لا من ناحيه الكبرى و لا من ناحيه الصغرى بل المقام من الموارد المتيقنه للقاعده كما افاده الشيخ قدس سره.



## الوجه الخامس: حديث جميل «١»

و يمكن الاستدلال بما رواه ابو عبيده «٢».

## الفرع الثالث: انه لو كان الثمن المأخوذ من المشتري الاصيل عشره دراهم

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٠٣.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٠٠.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٧

و تلفت العين في يد المشتري و زادت قيمه العين عن الثمن يكون للمشتري الرجوع على البائع الفضولى للاخذ بالنسبه الى ما زادت اذ يصدق انه مغرور و مدلس و المغرور يرجع الى من غره و دلسه و أما بالنسبه الى مقدار الثمن الذى اخذ منه فيرجع و يأخذ من البائع كما مر و لكن ليس له أن يأخذ منه ما يساوى الثمن.

بتقريب: ان المشتري قد غرم بالعشرين فيجوز له أخذ العشرين فان التقريب باطل اذ لا يصدق الغرور و التدليس بالنسبه الى هذا المقدار فلاحظ.

و فى المقام اشكال و هو انه قد تحقق عند القوم ان العقد المقبوض بالعقد الفاسد يوجب ضمان الاخذ و يكون ضامنا لتمام قيمه و الوجه فيه ان الاخذ قد أقدم على الضمان و عليه يلزم فى المقام أن يكون ضامنا للمبيع و لا يكون للمشتري الاصيل الرجوع فيما زاد على الثمن الذى جعل فى قبال العين اذ المفروض ان المشتري أقدم على الضمان فما الوجه فى التفصيل؟

و بعبارة اخرى: العله للضمان فى العقد الفاسد الاقدام على الضمان و المفروض ان الموجب المذكور موجود فى المقام أيضا.

و ان شئت قلت: ان الاقدام على الضمان ان كان موجبا للضمان و لا يكون التغيرير و التدليس صادقا فلا وجه للرجوع حتى بالنسبه الى الزائد و ان لم يكن موجبا فما الوجه فى الضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد؟

و يمكن أن يجاب عن الاشكال المذكور انه فى المقبوض بالعقد الفاسد يتحقق القبض مع الاقدام

على الضمان و الشارع الاقدس ألغى الضمان المعاوضى لبطلان العقد فرضا و أمضى أصل الضمان لوضع اليد مع عدم المجانيه فيكون الاخذ ضامنا للقيمه الواقعيه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٨

و أما فى المقام فالحق انه يضمن أيضا القيمه الواقعيه بلا- فرق لكن حيث انه مغرور بالنسبه الى ما زاد على الثمن يكون له الرجوع.

و صفوه القول: ان الفارق بين المقامين صدق التغيرير و التدليس و المغرور يرجع الى من غره.

و ربما يقال- كما أفاد السيد قدس سره فى الحاشيه- ان موجب الضمان هو وضع اليد على مال الغير و لذا لو وهبه الفضولى مال الغير و تلف عند المتهم يكون المتهم ضامنا للقيمه الواقعيه مع انه لم يقدم على الضمان اذ فرض عدم اقدمه على الضمان فالموجب للضمان قاعده اليد و أما وجه رجوعه الى البائع الفضولى فى الزياده على الثمن فلقاعدته الغرور و أما وجه عدم رجوعه فى مقدار الثمن فلاقدمه و عدم صدق الغرور.

و لما انجر الكلام الى هنا ينبغى بل يلزم ارسال عنان الكلام و البحث على النحو المبسوط فى هذا المجال فنقول: لو كانت روايه على اليد تامه سندا لكان القول بالضمان بمقتضى الحديث المزبور فى محله و لكن الحديث قاصر سندا لاحظ ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله انه قال: «على اليد ما اخذت حتى تؤديه» «١».

فان هذه الروايه قاصره سندا و انجبارها بعمل المشهور بها موقوف على القول بانجبار الخبر الضعيف بالعمل و هو أوّل الكلام و الاشكال.

لكن الظاهر انه لا- مجال للاشكال صغويا اذ الظاهر انه لا اشكال فى أن المشهور عملوا بالخبر فان الاستدلال به فى كلمات الاصحاب أظهر من أن

يخفى لمن يراجع كلماتهم فى باب الاستدلال على الضمان لكن كل الاشكال فى الكبرى فالحديث ساقط عن الاعتبار

(١) مستدرک الوسائل الباب ١ من ابواب الغصب الحديث ٤.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٩

و عليه العمده فى المستند السيره العقلانيه و هل يمكن للفقيه أن يجزم بالسيره على نحو الاطلاق.

و بعباره اخرى: هل يمكن للفقيه أن يلتزم بأن مجرد وضع اليد على مال الغير و لو مع الجهل القصورى موجب للضمان و اذا وصلت النوبه الى الشك فالاصل عدم الضمان نعم بالمقدار الذى أقدم على الضمان و وضع اليد على العين يكون ضامنا.

و الذى يختلج بالبال فى هذه العجالة و ان كان يقرع الاسماع أن يقال: ان وضع اليد على مال الغير اذا كان عن عذر كما لو كان جاهلا أو غافلا أو ناسيا أو مغرورا أو مأخوذا بالعقد الفاسد لا يتحقق ضمان اليد فلو تلفت العين بمتلف سماوى لا يكون من وضع يده عليها ضامنا اذ لا دليل على الضمان غير قاعده اليد و قد مرّ أنّها عدم تاميه سند القاعده فلا بد لمدعى الضمان من اقامه دليل عليه و يترتب على ما قلنا آثار مهمه.

هذا بالنسبه الى التلف و أما بالنسبه الى الاتلاف فلا يبعد أن يستفاد من جمله من النصوص ضمان المتلف «١».

فان المستفاد من جمله من نصوص الباب ان المتلف ضامن و لو كان معذورا كما انه يستفاد من بعض نصوص الباب ان التلف يوجب ضمان ذى اليد لما فى يده لاحظ ما رواه الكاهلى «٢» و لكن السند ضعيف.

و أيضا يستفاد من جمله النصوص ان العاريه مضمونه مع الشرط منها ما رواه عبد الله بن سنان قال: قال أبو

عبد الله عليه السلام: لا تضمن العاريه الا أن يكون قد اشترط فيها ضمان الا الدنانير فانها

(١) لاحظ النصوص فى ص ٢١٦ - ٢١٩.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٢١٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٠

مضمونه و ان لم يشترط فيها ضمانا «١».

و منها ما رواه زراره قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام:

العاريه مضمونه فقال: جميع ما استعرتة فتوى فلا يلزمك تواه الا الذهب و الفضة فانهما يلزمان الا أن تشترط عليه انه متى توى لم يلزمك تواه و كذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك و الذهب و الفضة لازم لك و ان لم يشترط عليك ٢.

و منها ما رواه عبد الملك بن عمرو عن أبى عبد الله عليه السلام قال: ليس على صاحب العاريه ضمان الا أن يشترط صاحبها الا الدراهم فانها مضمونه اشترط صاحبها أو لم يشترط «٣».

و منها ما رواه اسحاق بن عمار عن أبى عبد الله أو أبى ابراهيم عليهما السلام قال: العاريه ليس على مستعيرها ضمان الا ما كان من ذهب أو فضه فانهما مضمونان اشترطا أو لم يشترطا «٤» كما انه يستفاد من بعض الروايات ٥ ان عاريه الذهب و الفضة يوجب الضمان فنلتزم بالضمان فى هذه الموارد و أما فى غيرها فيشكل الالتزام به نعم مع العلم بأنه مال الغير و لا يكون راضيا بالتصرف و بعبارة اخرى اذا كان الاخذ و وضع اليد مصداقا للغصب يمكن أن يقال بأن المأخوذ يكون فى ضمان الاخذ فى نظر العقلاء و ارتكازهم و سيرتهم و اما ان لم يكن كذلك فى نظر العقلاء كالمقبوض بالعقد الفاسد و كالمقبوض بالقمار و أمثالها فلا يكون التلف موجبا للضمان

و لا يرون الاخذ و الذى وضع يده على المال ضامنا فالالتزام

(١) (١ و ٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب العاربه الحديث ١ و ٢.

(٣) عين المصدر الحديث ٣.

(٤) (٤ و ٥) عين المصدر الحديث ٤ و ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١١

بالضمان شرعا مع ضعف حديث على اليد فى غايه الاشكال هذا كله بالنسبه الى التلف.

و أما الاتلاف العدواني فلا- اشكال فى كونه موجبا للضمان فى نظر العقلاء لكن اذا كان الاتلاف اكرهيا أو كان ناشيا عن النسيان و أمثالهما فما المانع عن شمول حديث الرفع.

ان قلت: حديث الرفع امتنانى و عدم الضمان خلاف الامتنان بالنسبه الى من أتلف ماله. قلت: أولا: اى دليل دل على كون الحديث امتنانيا بالنسبه الى الامه بل يمكن أن يكون الحديث امتنانيا بالنسبه الى رسول الله فان قوله صلى الله عليه و آله «رفع عن امتى» ظاهر فى ان الله سبحانه أكرم نبيه و منّ عليه برفع جملة من الالتزامات بالنسبه الى الامه المرحومه.

و ثانيا يرد على التقريب المذكور ان الامتنان بالنسبه الى من يتحقق فى حقه الحكم. و بعبارة واضحة: دليل الرفع فى كل مورد شمل واحدا من المكلفين يكون الشمول بالنسبه الى المشمول امتنانيا و لا يلزم أن يكون امتنانا بالنسبه الى غيره.

مثلا اذا كان العشره للزوجه حرجيا يكون مقتضى الحرج رفع وجوب بقائها مع زوجها و يجوز لها هجره و تركه و الحال ان الرفع المذكور خلاف الامتنان بالنسبه الى زوجها فليكن.

«قوله قدس سره: فجرى ان قاعده الغرور فيما نحن فيه أولى منه فيما حصل فى مقابلته نفع»

و هذا ظاهر اذ لو كان الغرور موجبا للرجوع الى الغار فى صورته انتفاع المغرور من

العين فجواز رجوعه فى صورته عدم الانتفاع بالاولويه القطعيه بلا كلام و لا اشكال فلاحظ.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٢

### **الفرع الرابع انه لو تجددت زياده قيمه و لم تكن حين العقد**

و رجع المالك و اخذ قيمه الزائده فأفاد الشيخ قدس سره: ان جواز رجوع المشتري الى البائع الفضولى المغرور أولى فى هذه الصوره و يمكن أن يكون الوجه فى الاولويه ان المشتري لم يقدم على ضمان الزائد المتجدد بخلاف الصوره الاولى.

و يرد عليه ان الشيخ يرى ان الضمان مسبب من اليد و سببيه اليد للضمان سواء.

### **الفرع الخامس: اذا غرم المشتري بإزاء الجزء التالف**

كما لو اشترى منا من الحنطه و تلف نصفها يكون حكم النصف التالف كحكم نفس العين فان المشتري يرجع الى البائع بالنسبه الى الزياده لا فيما يقابله و هذا ظاهر.

### **الفرع السادس: ان المشتري لو غرم للمالك بإزاء وصف من أوصاف المبيع التى لا يقسط عليها الثمن**

كالكتابه فى العبد مثلا يرجع بها الى البائع لصدق الغرور.

و بعباره اخرى: على القول بأن اليد توجب الضمان يكون ضامنا للمالك و هذا الضمان مسبب من الغرور فبمقتضى قاعده الغرور له أن يرجع الى البائع بالمقدار الذى غرم للمالك.

### **الفرع السابع: ان رجوع المشتري الى البائع لقاعده الغرور مخصوص**

بمورد لا يكون العقد باطلا من غير جهه كون البائع فضوليا و أما لو كان العقد باطلا من غير هذه الجهه كما لو كان العقد غروريا فلا يجوز للمشتري أن يرجع الى البائع الفضولى اذ لا يكون ضمانه مسببا عن التغيرير و التدليس فلا رجوع.

### **الفرع الثامن: انه فى كل مورد يرجع المشتري لاخذ الغرامه الى البائع الفضولى اذا رجع المالك ابتداءً الى الفضولى**

لا يرجع

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٣

الفضولى الى المشتري و الوجه فيه ان قرار الضمان على البائع الفضولى على الفرض فلا معنى لان يرجع الفضولى الى المشتري.

و أما فيما لا يرجع المشتري الى البائع كمساوى المثلن اذا رجع المالك الى البائع الفضولى و أخذ منه يرجع به الفضولى و يأخذ منه اذ المفروض انه لم يغره بهذا المقدار فقرار الضمان على المشتري.

ان قلت: المفروض ان مدرك الضمان قاعده على اليد و تحقق اليد و أخذ مال الغير مشترك فيه بين البائع الفضولى و المشتري فلا ترجيح لاحدهما على الاخر من حيث الضمان نعم لو كان تلف العين باتلاف المشتري يكون رجوع السابق على اللاحق على القاعده اذ تنجز الضمان على السابق مسبب من اتلاف اللاحق.

و بعباره اخرى اللاحق يكون سببا لتنجز الضمان على السابق فرجوع السابق على اللاحق فى صوره الاتلاف على طبق القاعده و أما فى صوره التلف فإى وجه للرجوع مع ان الضمان مشترك بينهما و كلاهما ضامنان بملاك واحد و هى قاعده اليد.

قلت: لا بد من تحقيق ضمان الذمم المتعدده بمال واحد هذا ما أفاده الشيخ قدس سره فى هذا المقام.

و أفاد السيد قدس سره فى الحاشيه «انه يمكن أن يقال: لا فرق بين الاتلاف و التلف فكما ان الاتلاف يوجب استقرار الضمان فى ذمه السابق فصار اللاحق سببا كذلك فى صوره التلف يصدق

ان اللاحق بحيلولته بين العين و مالكها و بين العين و السابق صار سببا لاستقرار الضمان فى ذمه السابق و لا حاجه الى التوضيح الذى ذكره الشيخ قدس سره.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٤

و الظاهر ان ما أفاده تام اذ تاره نبحت فى وجه رجوع السابق الى اللاحق و الوجه فيه كون اللاحق سببا للضمان السابق و اخرى نبحت فى كيفية اشتغال ذمم متعدده لعين واحده.

و الحق أن يقال: ان الضمان على السابق لقاعده اليد فلا فرق بين التلف و الاتلاف و لو لا قاعده اليد لا مقتضى للضمان بالنسبه الى السابق لا بالتلف و لا بالاتلاف اذ لا دليل على أن اتلاف شخص عينا أو تلفها عنده يكون موجبا لضمان شخص آخر.

و كيف كان فالشيخ قدس سره بين كيفية اشتغال ذمم متعدده بعين واحده و يستفاد من كلامه ان كيفية اشتغال ذمم متعدده لعين واحده نظير الواجب الكفائى فكما ان الاتيان بالواجب الكفائى لازم على الكل غايته على البديل كذلك فى المقام فى المقام يملك المالك ما فى ذمه الجميع على البديل و قال: المقام نظير ضمان المال على طريق الجمهور حيث انهم قائلون بضم ذمه الى ذمه اخرى و لا يقولون بالنقل من ذمه الى ذمه اخرى.

و أيضا الامر كذلك فى ضمان عهده العوضين لكل من البائع و المشتري فيكون البائع و ضامنه كلاهما ضامنان للمشتري و أيضا المشتري و ضامنه ضامنان للمبيع.

و أيضا الامر كذلك فى ضمان الاعيان المضمونه و ضمان الاثنين لواحد.

و عن صاحب الجواهر قدس سره انه استحال اشتغال الذمم المتعدده بمال واحد و السيد اليزدى فى الحاشيه استقرب و قال من القريب دعوى صاحب الجواهر.

اذا عرفت



ما تقدم فاعلم ان الانصاف ان المقام مزال الاقدام فان صاحب الجواهر يقول يجوز للمالك الرجوع على كل واحد من

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٥

الذين وضعوا أيديهم على العين و لكن الذى تلف المال عنده مخاطب بالخطاب الذمى و الباكون مخاطبون بالخطاب الشرعى  
فنسأل:

أو لا: اذا لم يكن الباكون مخاطبين بالخطاب الذمى فباى ميزان يجوز للمالك أن يراجع كل واحد منهم.

و ثانيا: نفرض ان كلهم دفعوا العوض فباى واحد من الابدال يقع بدلا و الحال انه لا مرجح و من ناحيه اخرى البديل بدل واحد.

و السؤال الثانى يتوجه الى السيد و الى الماتن اى الشيخ الاعظم و نقول: كيف يكون المتعدد ضامنا لمال واحد و الحال ان البديل  
واحد و لا نفهم الضمان على البديل أى واحد منهم ضامن لا كلهم أو ان كل واحد منهم ضامن اذا لم يكن الباقى ضامنا.

و على الجملة: لا- نفهم المراد و لا- نتصور معنى معقولا و أجاب سيدنا الاستاد عن الاشكال الوارد فى المقام بان الجامع يكون  
ضامنا كما ان المكلف فى الواجب الكفائى هو الجامع بين المكلفين فان سيدنا الاستاد يرى ان المكلف فى الواجب الكفائى هو  
الجامع كما ان الواجب فى الواجب التخييرى الجامع بين الفعلين أو الافعال.

و يرد عليه انه لو دفع الكل دفعه واحده فباى فرد يقع بدلا و الحال انه لا- ترجيح فلا- يقاس بالواجب الكفائى اذ فى الواجب  
الكفائى لو أتى بالواجب جميع المكلفين نلتزم بوقوع كل واحد مصداقا للمأمور به و يثاب كل مكلف على طاعته فلو سلم الوارد  
على الجالسين فى مجلس واحد و أجابه الكل دفعه لا يختص الامتثال بواحد منهم بل كلهم ممثّل و أما

فى المقام فلا يمكن الالتزام به كما هو ظاهر.

اذا عرفت ما تلونه عليك فاعلم ان الذى يختلج بالبال أن يقال:

فى الواجب الكفائى الواجب هو الفعل لا بشرط من الكثره و الوحده و قد ثبت فى الاصول ان الامر لا يدل على المره و لا على التكرار

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٦

و انما يحصل الامتثال بالمره من باب صدق الطبيعه و الا لو أتى المكلف الكلى فى ضمن افراد متعدده يحصل الامتثال كما يتحقق بالاتيان بفرد واحد و لكن فى المقام نقول: الثابت على الجامع الطبيعه مقيده بعنوان بشرط لا عن التعدد و المقيده بهذا القيد لا- يعقل تحققه الا- فى ضمن فرد واحد و بهذا النحو نتخلص عن الاشكال و نرفع العويصه و لعمري ان ما بينته دقيق و بالتأمل حقيق فافهم و اغتنم.

هذا حال المالك بالإضافة الى ذوى الايدى و أما حال بعضهم مع البعض الاخر فاذا راجع المالك الى بعضهم و غرمه و أخذ البديل منه فان كان مغرورا من قبل السابق يرجع عليه لقاعده الغرور و ان كان غارا لليد اللاحقه فلا يراجعه كما هو ظاهر.

**[فى تعاقب الأيدى]**

**[الوجه الأول ان السابق اشتغلت ذمته له بالبديل]**

«قوله قدس سره: فنقول ان الوجه فى رجوعه هو ان السابق اشتغلت ذمته له بالبديل»

هذا هو الوجه الأول الذى ذكر فى مقام دفع الاشكال فى المقام و حاصل ما أفاده فى تقريب المدعى: ان الواضع الاول بوضع يده على العين انتقل المال الى ذمته فهو يصير ضامنا للعين فقط و أما الضامن الثانى فقد استولى على العين التى لها بدل و هذا هو الفارق بين الضامن الاول و الضامن الثانى فاذا رجع المالك الى الضامن الاول و غرمه يسقط عن عهده الضامن الثانى

أحد الأمرين و يبقى الفرد الآخر و هو البديل اذ لا وجه للضمان للمالك بعد وصول حقه إليه فيكون الفرد الآخر متعينا للبديله و يكون مملوكا للضامن الاول و يكون للاول الرجوع الى الثاني لكن بعد دفع الغرامه للمالك.

و ان شئت قلت: ضمان الضامن الثاني يكون نظير الواجب

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٧

التخييرى فكما ان الواجب هناك احد الامرين على البديل أو فقل:

الواجب هو الجامع بين الامرين كذلك الضمان فى المقام فان الثاني ضامن لاحد أمرين فكما ان أحد الفردين من الواجب هناك اذا سقط يتعين الفرد الآخر كذلك يتعين فى المقام البديل بعد رجوع المالك الى الاول و أخذ البديل منه.

و يرد عليه أولا: ان العين ما دامت موجوده لا تنتقل الى الذمه.

و بعباره اخرى: لا تشتغل الذمه قبل تلف العين.

و ثانيا: انه على هذا يلزم أن يكون الضامن الثاني ضامنا لاحد الامرين للمالك اذا المفروض ان المالك مالك لما فى ذمه الضامن الاول فكل من العين و بدلها مملوك للمالك فلا وجه لرجوع السابق الى اللاحق و ثالثا انه يلزم جواز رجوع السابق الى اللاحق قبل الدفع و الحال انه لا يجوز الا بعد الدفع فانقدح ان الوجه المذكور غير صالح لدفع الاشكال.

### **الوجه الثانى: ما أفاده السيد فى الحاشيه**

و هو انه لا- فرق بين الاتلاف و التلف فكما ان الاتلاف يوجب تحقق الضمان بالنسبه الى الضامن كذلك التلف لان من تلف عنده المال صار سببا للضمان.

و يرد عليه انه لا دليل على كون التسبب بنفسه موجبا لجواز الرجوع الى المسبب مضافا الى أن نسبه قاعده اليد الى كل منهما سواء فلا موجب للرجوع فانقدح انه لا يمكن القول بجواز رجوع السابق الى اللاحق بهذا الوجه

أيضا.

### **الوجه الثالث: ما أفاده صاحب الجواهر قدس سره**

و هو ان من تلف المال عنده خطابه بالاداء ذمى و أما غيره من ذوى الايدى فخاطبه شرعى و تكليفى و ذمته غير مشغوله بالعين فاذا رجع المالك

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٨

الى من تلف المال عنده و غرمه لا- يرجع الضامن الى غيره لعدم المقتضى للرجوع و أما اذا رجع المالك الى غيره من ذوى الايدى و أخذ منه البدل يملك المأخوذ منه ما فى ذمه الضامن الذى تلف المال عنده بالمعاوضه القهريه أو نقول يملك التالف كذلك.

و يرد عليه أولا: انه على هذا التقدير لا موجب لرجوع المالك الى غير من تلف المال عنده اذا المفروض ان غيره غير ضامن فما الوجه فى الرجوع نعم اذا تم شرائط الامر بالمعروف يجوز أمره بالاداء و هذا لا يختص بالمالك.

و ثانيا: ان المقتضى للضمان اليد و هو مشترك بين جميع ذوى الايدى و تلف المال عند الاخير لا يقتضى اختصاص الاشتغال به و عليه لا وجه للتفصيل بين ذوى الايدى.

و ثالثا: انه يلزم على مسلكه انه لو رجع المالك الى غير من تلف المال عنده و أخذ البدل منه لا يجوز للمأخوذ منه الا الرجوع الى من تلف المال عنده و الحال ان بنائهم على جواز الرجوع الى كل من وضع يده على المال.

### **الوجه الرابع: ان الاستفادة من قاعده على اليد**

ان العين بنفسها فى ذمه الضامن و لذا قلنا انه لا- فرق فى الضمان بين المثلى و القيمى فان العين ثابتة فى ذمه الضامن و الذى يشهد لما ذكرنا ان العين التالفه لو اعيدت الى عالم الوجود بدعاء ولى من أولياء الله يجب على الضامن ردها و ليس له أن يعتذر بأنها مثليه و يجب على اداء مثلها

أو يقول انها قيميه و يجب علىّ اداء قيمتها بل يجب عليه اداء نفسها.

هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى لا اشكال فى نظر العقلاء

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٩

و سيرتهم ان العين المضمونه لو تلفت كما لو انكسر الكوز و دفع الضامن بدله تكون الاجزاء المنكسره من الكوز الباقيه مملوكه للضامن بعد رد البديل الى المالك و لا يرون العقلاء المالك الاصلى ذا حق بالنسبه الى الاجزاء الباقيه.

**اذا عرفت هذه المقدمه نقول: بعد تلف العين تكون العين التالفه ثابتة فى الجامع بين الذمم**

**اشاره**

فاذا رجع المالك على واحد من ذوى الايدى و أخذ البديل منه يقوم المأخوذ منه مقام المالك و يملك الجامع فله الرجوع الى كل واحد منهم الى أن يصل الامر الى من الذى تلف عنده المال فيجوز لكل سابق أن يرجع الى كل واحد من اللاحقين.

ان قلت: ما الوجه فى انه لو رجع الى السابق يرجع السابق الى اللاحق و أما لو رجع الى اللاحق فليس له ان يرجع الى السابق.

قلت: الوجه فيه ان السابق الذى يؤخذ منه الغرامه يملك بقاء ما به الضمان أى البديل أو فقل: يملك نفس العين فله أن يرجع الى من وصلت العين بيده و أما اللاحق فلا مقتضى لرجوعه الى السابق اذ المفروض ان العين خرجت من يده.

و بعباره اخرى: مقتضى قاعده اليد أن ترد العين أو بدلها و المفروض ان العين قد خرجت من يد الضامن الاول و دخلت فى يد الضامن الثانى فالذى اخذ منه الغرامه لا- يمكنه الرجوع الى السابق اذ المفروض انه خرجت العين من يده فيلزم على الثانى أن يرجع العين الى الاول كى يمكنه الرجوع إليه.

و بعباره واضحه: اذا خرجت العين من يد السابق و دخلت فى يد اللاحق و مع

ذلك رجع اللاحق على السابق يكون للسابق حق مطالبه العين و يقول سلمنى العين.

ان قلت: فعليه ليس للمالك ان يراجع الضامن الاول اذ فرض

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٠

خروج العين من يده. قلت: المفروض ان العين لم تصل الى يد المالك و ما دام لا تصل الى يده لا تبرأ ذمه الضامن.

بقى شىء و هو انه هل يجوز للضامن السابق أن يراجع اللاحق فى أخذ الغرامه قبل دفعها الى المالك أم لا؟ الحق انه لا يجوز و الوجه فيه ان السابق ما دام لم يدفع العوض الى المالك الاصلى لا يملك الجامع و لا يصير ما فى الذمم ملكا له فلا مقتضى لرجوعه قبل دفعه الغرامه فلاحظ.

ثم انه هل للمالك ابراء واحد من الضامين بحيث يبرأ وحده و يبقى الباقيون على ضمانهم أم لا؟ الظاهر هو الثانى فان الشخص ليس ضامنا كى يكون قابلا للابراء.

و ان شئت قلت: المملوك بقاعده الضمان امر واحد فلا مجال لتخصيص الابراء بفرد معين و مشخص بل يلزم اما الابراء على الاطلاق و اما الابقاء كذلك.

### **ثم ان فى المقام فروعا تعرض الماتن لها**

#### **الفرع الأول: ان العين اذا كانت باقيه يجوز للمالك أن يرجع على من فى يده العين**

و أيضا يجوز أن يراجع كل من جرت يده على العين فان الجميع ضامنون على الفرض فيجب على كل واحد منهم أن يرد العين الى مالكيها.

#### **الفرع الثانى: ان المالك لو رجع على المشتري لاسترجاع ماله و لا يمكن للمشتري انتزاع العين**

عن يد من تكون العين تحت يده يجب عليه أن يغرم للمالك بدل الحيلولة و هذا مبني على تماميه أخذ بدل الحيلولة و على تقدير القول بها و أخذها لا يسقط حقه عن استرداد العين عند الامكان كما هو ظاهر فان بدل الحيلولة بدل موقت.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢١

#### **الفرع الثالث: انه لو توقف ارجاع العين على مؤونه يجب على الضامن القيام بها**

فانها مقدمه للواجب ان قلت: قاعده لا ضرر تقتضى عدم صرف شىء فى طريق الاسترجاع و الرد.

قلت أولا: التمسك بقاعده لا ضرر فى أمثال المقام يتوقف على القول المشهور فى مفاد القاعده و أما على مسلك شيخ الشريعه فلا ترتبط القاعده بالمقام و أمثاله بل المستفاد منها حرمة الاضرار بالغير.

و ثانيا: انه سلمنا اقتضاء القاعده سقوط الوجوب لكن فى عدم الرد و الامساك عن الرد ضرر على المالك فيقع التعارض بين الضررين و المرجع وجوب رد المال الى مالكه و أما قاعده ان الغاصب يؤخذ بأشق الاحوال فكلام شعري لا أصل لها.

### **الفرع الرابع: انه اذا انحصر رد العين بالمالك و غيره لا يقدر**

هل يجوز له أن يأخذ اجره مثل العمل؟ الظاهر انه يجوز له فان عمل المسلم محترم و لو فرض فى هذه الصوره أن يطالب بأزيد من الاجره المتعارفه فالظاهر انه يجب بذل العوض الزائد اذ المفروض ان المشتري يجب عليه الرد باى وجه و الاخذ بقاعده لا ضرر لعدم الوجوب مدفوع بما تقدم آنفا مضافا الى أنه لا فرق فى هذه الجبهه بين المتعارفه و الزائد عليها.

### **[مسأله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه]**

#### **اشاره**

«قوله قدس سره: مسأله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه»

يقع الكلام فى هذه المسأله تاره من حيث القاعده الاولى و اخرى من حيث النص الخاص فيقع الكلام فى مقامين

### **أما المقام الأول**

فنقول: الظاهر فساد البيع اذ المفروض ان بعض المبيع مال الغير و لا يشمله دليل صحه البيع و أما صحته فيما يملك فعلى خلاف

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٢

القاعده لانه البيع واحد فما صدر عن المالك غير قابل للامضاء فان المركب من الداخلى و الخارج خارج و ما يكون قابلا للامضاء لم يصدر فان البيع تعلق بالمجموع و المفروض ان المجموع غير قابل للبيع.

ان قلت: بيع المجموع ينحل الى بيوع متعدده فبالنسبه الى المملوك صحيح و بالنسبه الى غير المملوك يتوقف على اجازة مالكه.

قلت: أولاً يلزم تعدد الخيار و هل يمكن أن يقال: انه اذا باع داره زيد ثبت له الخيار بعدد أجزاء داره فله خيار بالنسبه الى تمامه و خيار بالنسبه الى نصفه و خيار بالنسبه الى ثلثه و هكذا و هل يمكن الالتزام بهذا اللازم؟

و أيضاً يلزم انه صدر عن البائع بيوع الى ما لا نهايه له اذ مقتضى التحقيق استحاله الجزء الذى لا يتجزى و هل يمكن الالتزام به؟

و ثانياً: انه لا اشكال فى أن البائع اذا باع داره مثلاً يبيع مجموع داره من غير نظر الى الاجزاء. و بعبارة اخرى: لا يبيع كل جزء من داره بل يبيع مجموع الدار فتحصل ان مقتضى القاعده بطلان البيع بلا فرق بين لحوق الاجازة من مالك الجزء الاخر و عدمه أما على فرض عدم الاجازة فظاهر و أما على فرض الاجازة فلعدم شمول حديث زراره الدال على الصحة مع الاجازة



للمقام اذ المفروض ان البيع واقع على المجموع المركب من الجزئين و المفروض أيضا عدم امکان الالتزام بصحة المجموع.  
و صفوه القول ان بيع المجموع بما هو لا يمكن القول بصحته لكون بعض المبيع ملكا للغير و لا بيع الا فى ملك و بيع كل جزء

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٣

بحياله و استقلاله لا مقتضى لصحته لانتفاء موضوعه اذ المفروض وحده البيع.

و بيان اوضح: ان بيع مال الغير مع مال نفسه باطل مع قطع النظر عن الاجازه و لا يمكن تصحيحه بالاجازه اللاحقه اذ ما وقع غير قابل للصحة فان بيع المالك مال نفسه مع مال غيره قد فرض وقوعه فاسدا و الشىء لا ينقلب عما هو عليه و ما يمكن أن يصح بالاجازه لم يقع فلاحظ هذا تمام الكلام فى المقام الأول.

## و أما المقام الثانى

فقد ورد فى المقام حديث لاحظ مكاتبه الصفار، انه كتب الى أبى محمد الحسن بن على العسكرى عليه السلام فى رجل له قطاع ارضين فيحضره الخروج الى مكه و القرية على مراحل من منزله و لم يكن له من المقام ما يأتى بحدود أرضه و عرف حدود القرية الاربعه فقال للشهود: اشهدوا انى قد بعث فلانا يعنى المشتري جميع القرية التى حد منها كذا و الثانى و الثالث و الرابع و انما له فى هذه القرية قطاع ارضين فهل يصلح للمشتري ذلك و انما له بعض هذه القرية و قد أقر له بكلها فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك «١» فان مقتضى هذه المكاتبه صحة البيع بالنسبه الى الجزء المملوك.

«قوله قدس سره: و أما على القول بصحة الفضولى

فلا ينبغي الريب فى الصحه مع الاجازه بل و كذا مع الرد»

قد تقدم منا انه لا فرق بين القول ببطلان الفضولى و صحته و لا ادرى ما هو وجه التفصيل فى كلام الماتن قدس سره اذ لو قلنا بأن ادله صحه البيع تشمل بيع الجزء المملوك تكون الصحه بالنسبه الى

---

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٤

الجزء المملوك على طبق القاعده بلا فرق بين القول بصحه الفضولى مع الاجازه و عدم القول بها و ان لم نقل بالشمول- كما لا نقول به- فأيضاً يكون البطلان على القاعده بلا فرق بين الصورتين.

و لتوضيح المدعى نقول: اذا فرضنا لحوق الاجازه و قلنا انها تؤثر نسأل ان الاجازه فى المقام ناقله مثل بقيه الموارد أو كاشفه أما الكشف فلا- يمكن الالتزام به و أما النقل فهل يختص النقل بالجزء غير المملوك أولاً يختص أما لو قلنا بالنقل حتى بالنسبه الى الجزء المملوك فلا- دليل عليه و أما التفكيك بين الجزء المملوك و غير المملوك بالالتزام بالنقل بالنسبه الى غير المملوك و الكشف بالنسبه الى المملوك فأيضاً لا دليل عليه بل لنا أن نقول مقتضى المكاتبه فساد بيع الجزء غير المملوك و لو مع لحوق الاجازه فان مقتضى اطلاق المكاتبه فساد بيع الجزء غير المملوك.

ان قلت: مقتضى حديث زراره «١» الوارد فى نكاح العبد بلا اذن مولاه الصحه مع الاجازه قلت: نعم و لكن المكاتبه تخصّص الاطلاق و تقيده.

ان قلت: النسبه بين حديث زراره و المكاتبه عموم من وجه فان حديث زراره يختص بصوره الاجازه و يعم من غير هذه الجهه و حديث صفار يختص بمورد بيع

عين بعضها للبائع و بعضها لمالك آخر و يعم من حيث الاجازه و عدمه فيقع التعارض بينهما.

قلت: سلمنا التعارض لكن الترجيح بالاحديه مع حديث صفار فالنتيجه ان البيع بالنسبه الى حصه الغير فاسد من حيث القاعده و من حيث النص الخاص فلاحظ

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٢٩٧.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٥

«قوله قدس سره: ثبوت الخيار حينئذ للمشتري»

المسمى بخيار تبعض الصفقه الثابت بالاشراط الضمنى الثابت بالارتكاز و لكن قد ظهر مما تقدم انه لا مجال لهذا البحث فانه بعد فرض بطلان البيع لا تصل النوبه الى بحث الخيار.

«قوله قدس سره: تقويه ثبوت الخيار للبائع»

ربما يقال بأن المستفاد من حديث صفار لزوم البيع من طرف البائع بمقتضى قوله عليه السلام «وجب البيع فيما يملك». و يرد عليه أولا: ان المراد بالوجوب ثبوت البيع فى مقابل بطلانه كما هو كذلك بالنسبه الى غير المملوك.

و ثانيا: انه لو كان المراد بالوجوب اللزوم و عدم الخيار يلزم عدمه من كلا الطرفين أى البائع و المشتري لا من ناحيه البائع فقط فانه ينافى الاطلاق و على هذا الجمع بين الالتزام بالخيار من طرف المشتري لتبعض الصفقه و عدم الخيار للبائع لقوله عليه السلام «وجب البيع» جمع بين المتنافيين فلاحظ.

«قوله قدس سره: و طريق معرفه حصه كل منهما»

الوجه فى التقويم بهذا النحو من باب انه يمكن أن يكون لوصف الاجتماع امتياز يوجب زياده قيمه فيلزم تقويم كل واحد منهما على حياه و استقلاله كما فى المتن فعلى هذا لو قوم المملوك وحده بدينار و قوم غير المملوك بدينارين يكون نسبه حصه البائع من الثمن الثلث و هكذا فى كل مورد.

و أورد السيد قدس سره فى الحاشيه

بأن وصف الاجتماع ربما لا يوجب تفاوتاً في القيمة و ربما يوجب الزيادة في الطرفين بالسويه

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٦

و ثالثه بالاختلاف و رابعه بالزيادة في أحدهما و النقيصه في الاخر فالاولى أن يقوم كل واحد منهما منفردا لكن بملاحظه حال الانضمام لا منفردا ثم الاخذ من الثمن بالنسبه.

و الظاهر ان ما أفاده تام و في المقام اشكال و هو انه لو فرض كون الثمن خمسه دراهم و كانت قيمه كل واحد مستقلا درهماً تكون حصه البائع بحسب النسبه الى المجموع درهم واحد اذ نسبه الدرهم الى الخمسه نسبه الخمس فالزائد ظلم على المشتري.

و يرد عليه ان وصف الاجتماع و ان كان موجبا لزياده قيمه في بعض الاحيان و لكن الاوصاف لا- تقابل بالمال في باب المعاوضات فالاشكال غير وارد.

«قوله قدس سره: هذا كله في القيمي أما المبيع المثلي فان كانت الحصه مشاعه قسط الثمن على نفس المبيع فيقابل كل من حصى البائع و الاجنبي بما يخصه و ان كانت حصه كل منهما معينه كان الحكم كما في القيمي»

و أورد عليه سيدنا الاستاد قدس سره بأن ما أفاده في صورته الافراد ان كان من جهه اختلاف الحصتين من حيث الجوده و الرداءه فهو و ان كان صحيحا الا انه لم يذكر في كلامه و ان كان من جهه اختلاف الرغبات فهو ممكن في صورته الاشاعه فالتفصيل لا وجه له فمراده غير معلوم لنا كما انه غير معلوم لغيرنا.

**[مسأله: لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار فان علم أنه اراد نصفه أو نصف الغير عمل به]**

«قوله قدس سره: مسأله: لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار فان علم أنه اراد نصفه أو نصف الغير عمل به»

الامر كما أفاده فانه واضح.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢،

«قوله قدس سره: و الا فان علم انه لم يقصد بقوله: بعتك نصف الدار الا مفهوم هذا اللفظ فيه احتمالان»

اذا فرض انه لم يقصد الا مفهوم هذا اللفظ فالقاعده تقتضى أن يحمل اللفظ على النصف بلا قيد و الا يلزم الخلف الا أن يكون المراد مفهوم اللفظ مع ملاحظه القرائن و المفروض كما صرح به الشيخ قدس سره ان البائع قصد المفهوم و عليه يكون البيع واقعا على النصف المشاع المشترك بين البائع و شريكه و يكون المقام من صغريات المسأله السابقه و هى بيع ما يملك مع ما لا يملك و قد قلنا مقتضى القاعده الاوليه الفساد و مقتضى النص الخاص أى مكاتبه الصفار «١» الصحه فى الحصه المملوكه و الفساد فى غيرها فان قلنا بأن الحديث يشمل المقام فحكمه كذلك.

و للمناقشه فى شمول الحديث للمقام مجال فان المستفاد من حديث صفار ان سهم البائع فى القرية ممتاز و مفرز عن بقية القطاع فلا اشاعه فى السهام فلا وجه لاسراء الحكم الى المقام و لا اطلاق فى الحديث كى يؤخذ به.

ثم انه لو فرض ان البائع أراد من لفظ النصف ما يكون ظاهرا و لو مع القرائن فهل يقع التعارض بين ظهور البيع فى مملوك نفس البائع و ظهور النصف فى المشاع بينهما أم لا؟

أفاد الشيخ قدس سره بأنه يقع التعارض بين الامرين و لا يقاس المقام بقول البائع بعث غانما اذا كان غانم مشتركا بين عبيدين احدهما عبد البائع فان لفظ غانم المشترك لفظ مجمل يفسره و يعينه ظهور البيع فى التصرف فى ملك نفسه و أما فى المقام فلا اجمال فيقع التعارض.

---

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٢٣.

و أورد عليه سيدنا الاستاد قدس سره بأن لفظ النصف و ان كان ظاهرا فى الاشاعه و لكن لا يكون ظاهرا فى المشاع بينهما فمن هذه الجهه مجمل كلفظ غانم و ظهور البيع فى التصرف فى المملوك يرفع اجماله و يختص المبيع بالحصه المملوكه. هذا ملخص كلامه.

و الظاهر ان ما أفاده سيدنا الاستاد يستفاد من ذيل كلام الشيخ فانتظر. و الحق أن يقال: انه اذا قلنا بأن التصرف ظاهر فى التصرف فى المملوك لا يبقى مجال للمعارضه اذ على هذا يكون المستفاد من البيع نقل مملوك نفسه فلا مجال للاشاعه من هذه الجهه.

لكن يرد على هذا التقريب انه انما يتم اذا لم يكن لفظ النصف ظاهرا فى الاشاعه فى سهمين.

«قوله قدس سره: ثم انه لو كان البائع وكيلا فى بيع النصف أو وليا عن مالكة»

فان البائع لو كان وكيلا أو وليا يجوز له أن يتصرف فى تمام العين فلا يكون تصرفه دليلا على وقوع البيع فى خصوص المملوك دون غيره و أما ظهور التصرف فى كونه اصاليا لا وكاله أو ولايه فحيث انه من باب الاطلاق و المفروض ان متعلق التصرف ظاهر فى الاشاعه بين الحصتين و من ناحيه اخرى ظهور القيد حاكم على الاطلاق يحكم بالاشاعه بينهما.

الا- أن يقال: ان لفظ النصف ظاهر فى الاشاعه فى المجموع و أما الاشاعه من حيث ملاحظه حقى المالكين فغير معلوم بل معلوم العدم بالفرض و عليه يحمل على نصفه المملوك بلحاظ ظهور البيع فى الاصله و الظاهر ان ما أفاده تام.

«قوله قدس سره: استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي»

لا أدرى بأى وجه يقاس بين المقام و الطلاق بعد هبه النصف

عمده المطالب فى التعليق

فان المفروض ان الصداق قبل الطلاق كله للزوجه فلا- تميز بين أجزائه و على طبق القاعده لو وهبت يبقى النصف فى ملك الزوجه و المفروض انه يرجع بالطلاق نصف الصداق و من ناحيه اخرى المفروض ان الذى يرجع الى الزوج نصف الصداق و المفروض ان نصفه تلف بالهبه فلا بد من أخذه بدل التالف فلاحظ.

«قوله قدس سره: و نظيره فى ظهور المنافاه لما هنا ما ذكره فى باب الصلح من أنه اذا أقر من بيده المال»

فان المشهور قائلون فى المقام بأن بيع البائع يقع على النصف المشاع بين السهمين و لكن ما أفادوه فى باب الصلح يناهى ما أفادوه فى المقام هذا ما أفاده الشيخ قدس سره.

و لا أدرى كيف جعل الشيخ قدس سره ما أفادوه فى باب الصلح منافيا مع المقام فانهم بنوا على حمل النصف فى مورد الصلح مع المقر على المشترك بين السهمين فيوافق ما أفادوه هناك مع ما أفادوه هنا هذا بالنسبه الى ما أفاده الشيخ قدس سره من المنافاه.

و أما مسأله الصلح الواقعه فى كلامهم فأفاد السيد قدس سره تفصيلا و حاصله: ان لمسأله الصلح خصوصيه و هى انه لو كانت عين فى يد احد و ادعى اثنان كونها لهما بأن ادعى كل واحد منهما ان نصف الدار بنحو الاشاعه مملوك له فتاره لا يكون المدعيان معترفين باشتراك العين بينهما بالاشاعه و اخرى يكونان معترفين و على الثانى فتاره يعترفان بوحده السبب لكونهما مالكين و اخرى يدعى كل واحد سببا غير ما يدعيه الاخر فصور المسأله ثلاثه:

الصوره الاولى: أن لا يعترف بالاشراك و فى هذه الصوره لو أقر ذوى اليد لاحد بالنصف لا يشاركه الاخر و

يجوز له أن يصالح مع

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٠

المقر له أو غيره و يختص بالعوض و اذا أعطاه المقر يختص به بلا اشكال أى اذا أفرز المقر سهم المقر له و سلمه خارجا يختص به و لا حق لغيره.

الصورة الثانية: أن يكونا معترفين بالاشتراك و لكن كل يدعى سببا غير السبب الذى يدعيه الاخر و فى هذه الصورة يمكن للمقر له أن يصالح على حصته و لا- يكون اقرار ذى اليد مقتضيا للاشتراك بين المدعين نعم لو سلمه خارجا يكون مشتركا بينهما لاعتراف المقر له بالاشتراك.

الصورة الثالثة: أن يكونا معترفين بوحده سبب الملك كالارث و نحوه و فى هذه الصورة اذا أقر ذو اليد بكون نصف العين لاحدهما يكون مورد حق لكليهما و ليس للمقر له الصلح عليه بلا اذن شريكه و بعباره اخرى لا يختص بالمقر له.

هذا ما أفاده السيد فى الحاشيه و الظاهر ان الوجه فيه ان المدعين يدعيان كون ذى اليد غاصبا و حيث ان العين مشتركه بينهما على نحو الاشاعه فمرجع اقرار ذى اليد الغاصب الى اقرار كون النصف لهما لكن لا أدرى ما الوجه فى التفصيل بين كون السبب أمرا واحدا و بين كون السبب مختلفا فان الميزان الاشتراك و الاشاعه و هما ما به الاشتراك بين الصورتين.

«قوله قدس سره: يحمل على المشاع فى نصيبه و نصيب شريكه»

الظاهر ان ما أفاده فى المقام ينافى ما تقدم منه من أنه لا مقتضى لملاحظه الاشاعه بالنسبه الى سهمين و حيث ان الظاهر من البيع التصرف فيما يجوز للبائع التصرف فيه و أيضا ظهور البيع فى الاصله لا يبقى مجال للاشاعه من هذه الجهه بل يختص النصف بالنصف المختص.



الا أن يقال بأن الشيخ ناظر الى مورد ايقاع البيع

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣١

على النصف الذى وقع مورد الاقرار و النصف بهذا العنوان مشترك بينهما.

«قوله قدس سره: و لهذا أفتوا ظاهرا على أنه لو أقرّ احد الرجلين الشريكين»

استشهد على مدعاه بفتواهم على حمل اقرار احد الرجلين الشريكين بالثلث لثالث على الاشاعه بين السهمين. و لقائل أن يقول: اقرار العقلاء على انفسهم جائز لا على غيرهم و على هذا لا يصدق الاقرار بالنسبه الى المقدار الذى فى يد الشريك المنكر لشركه الثالث فمرجع الاقرار بالثلث للثالث الى الاقرار بالثلث فى نصيبه و مقتضاه كون ثلث سهميه أى سدس المجموع للشريك فلا وجه للتنصيف بل لا بد من التثليث.

«قوله قدس سره: مدفوعه بأن ما فى يد الغير ليس عين ماله»

ما أفاده من أن ما فى يده ليس عين ماله صحيح لكن لا معنى و لا مجال كما قلنا للاقرار بالنسبه الى الغير فلا نفوذ للاقرار الا بمقدار الثلث فى مال المقر كما لو أقر من أول الامر بأن الثلث من سهمى مال الغير فلا يكون للثالث الا سدس الدار و هذا واضح بعد التأمل.

«قوله قدس سره: و هو تعلق الغضب بالمشاع»

الظاهر انه لا يرتبط المقام بغضب المشاع فان تحقق الغضب أوّل الكلام و الاشكال.

«قوله قدس سره: نعم يمكن أن يقال فى هذا المقام بأن التلف فى المقام حاصل باذن الشارع»

مما ذكرنا علم انه لا موضوع لهذه المقاله اذ كون الشريك الاخر غاصبا غير ثابت فلا يقاس المقام على مورد غضب المشاع

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٢

على القول به اللهم الا أن يقال: ان مرجع اقرار المقر الى الاقرار بكون نصف

ما فى يده للثالث.

و بعبارة اخرى: اقراره بالنسبه الى ما فى يد شريكه لا يكون نافذا لكن مرجع قوله ان الثالث شريك معنا فى الثلث الى الاقرار بأن ما فى يدى نصفه للثالث اذ لا ميز فى الاشاعه كما هى المفروض فى مورد الكلام فلاحظ.

«قوله قدس سره: بعض الروايات الضعيفه»

فى هذه الطائفة من الروايات ما يكون تاما سندا لاحتظ ما رواه اسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل مات فأقر بعض ورثته لرجل بدين قال: يلزم ذلك فى حصته «(١)».

فلا اشكال من حيث السند انما الاشكال من حيث الدلاله اذ عبر فى الحديث بهذه الجملة «يلزم ذلك فى حصته» و لم يعين ما يلزمه فيعمل على طبق اقراره المقتضى للتصيف فلاحظ و الله العالم.

**[مسأله لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: مسأله لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله»

يقع الكلام فى هذه المسأله تاره من حيث مقتضى القاعده الاولى و اخرى من حيث المستفاد من النص الخاص أو الاجماع فيقع الكلام فى مقامين فنقول: أما

**المقام الأول فالقاعده الاولى تقتضى البطلان**

اذ المفروض ان البيع واحد و من ناحيه اخرى لا يمكن الالتزام بصحته فى مجموع المبيع و صحه البعض لا مقتضى لها.

و ان شئت قلت: ما يكون قابلا للامضاء لم يقع و ما وقع غير قابل للامضاء هذا تمام الكلام فى المقام الأول و أما

**المقام الثانى [ما تقتضيه النص الخاص]**

فتاره يستدل على الصحه بالاجماع المدعى فى المقام و اخرى بحديث

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٣

صفار «١» و كلاً- التقريبين باطلان أما الاجماع فالمنقول منه غير حجه و المحصل منه على فرض حصوله محتمل المدرك بل مقطوعه و أما المكاتبه فمن حيث الظهور لا- تشمل ما نحن فيه اذ موردها يباين المقام و أما من حيث الملا-ك فيحتاج الى الاحاطه بمناط الحكم الشرعى و لا نحيط به فلا دليل على الصحه و النتيجة هى البطلان.

«قوله قدس سره: و يدل عليه اطلاق مكاتبه الصفار»

لا مجال لهذا التقريب فانه لا اطلاق فى الحديث بل الروايه بالصراحه ناظره الى صورته كون بعض المبيع مملوكا و بعضها الاخر مملوك الغير.

«قوله قدس سره: عدا ما يقال من أن التراضى و التعاقد»

هذا اساس ما بنينا عليه من الفساد فان ادله الصحه من الآيه و الروايه لا تشمل بيع البعض اذ لم يتحقق مصداقه و مع عدم تحقق الصغرى لا مجال للاخذ بالكبرى.

«قوله قدس سره: و ذكر ان فى الفرق بين فساد الشرط و الجزء عسرا»

بل لا عسر فى التفريق بين المقامين بأن نقول: فساد الشرط لا يوجب الفساد و أما فساد الجزء فيفسد و تفصيل الكلام موكول الى بحث الشرط و اجماله: ان الشرط عبارته عن الالتزام بشىء كالاتزام بشرب الخمر مثلا و فى صورته

تحقق الالتزام يتحقق العقد و لا وجه لفساده و لذا نقول الشرط الفاسد لا يفسد العقد و أما الجزء الفاسد فلا بد فيه من الالتزام بفساد الكل بالتقريب الذى ذكرناه فلاحظ.

(١) قد تقدم ذكر الحديث فى ص ٤٢٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٤

«قوله قدس سره: و يمكن دفعه بأن اللازم هو العلم بضمن المجموع»

الظاهر ان الامر كما أفاده فانه مع العلم بضمن المجموع لا- يصدق الغرر مضافا الى أن المدرك لمانعيه الغرر عن صحة البيع منحصر فى الاجماع و الاجماع دليل لبي له قدر متيقن فلا اطلاق له كى يؤخذ به.

«قوله قدس سره: لان المشتري القادم على ضمان المجموع بالضمن مع علمه بعدم سلامه البعض»

ما افيد غريب فان عدم كون الخمر غير قابل لان يقابل بالعوض لا يكون موجبا لعدم قصد المعاوضه خارجا و أغرب منه قوله «كلا قصد» و الحال انه خلاف الوجدان و على الجملة: انه لا اشكال فى أن قصد المعاوضه قد تحقق غايه الامر لا يصح و هذا أمر آخر.

«قوله قدس سره: من عدم رجوعه بالضمن الى البائع»

لا يرتبط احد المقامين بالآخر فان عدم الرجوع على القول به من باب عدم الدليل على الضمان مع العلم بالفساد و عدم اعتبار حديث على اليد و قد مرّ الكلام حول هذه الجبهه على التفصيل.

«قوله قدس سره: و يشكل تقويم الخمر و الخنزير»

الذى يختلج بالبال أن يقال: لا بد من التفصيل بأن يقال الخمر و الخنزير تارة يباعان بعنوانهما و اخرى بعنوان الخل و الشاه أما على الاول فلا بد من تقويمهما عند من يرى هما مالا و أما على الثانى فلا بد من فرضهما خلا و شاه و تقويمهما بهذا

العنوان و الله العالم بحقائق الاشياء.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٥

### [القول فى اولياء التصرف]

### [مسأله يجوز للاب و الجد أن يتصرفا فى مال الطفل بالبيع و الشراء]

#### اشاره

«قوله قدس سره: مسأله يجوز للاب و الجد أن يتصرفا فى مال الطفل بالبيع و الشراء»

وقع الكلام بينهم فى جواز تصرف الأب و الجد فى أموال الصغير و عدمه

**و ما يمكن أن يستدل به على الجواز وجوه:**

#### الوجه الأول: الاجماع.

و فيه ان المنقول منه غير حجه كما هو المقرر فى محله و أما المحصل منه فعلى تقدير حصوله لا اعتبار به أيضا لاحتمال استناد المجمعين الى بعض الوجوه المذكوره فى المقام.

#### الوجه الثانى: فحوى ما يدل على جواز نكاح الأب و الجد للصغير و الصغيره

بتقريب: ان النكاح أهم من التصرف المالى فاذا كان الاهم جائزا فبالاولويه يكون المهم جائزا.

و فيه انه يمكن ان الوجه فى الجواز هناك الا-حتراز عن الوقوع فى الزنا و مقدماته فلا- يكون التقريب تاما. و بعبارة اخرى: لا تكون الاهميه موجبه للفحوى المدعى.

#### الوجه الثالث: النصوص و هى على طوائف

#### الطائفة الاولى: ما يدل على جواز تقويم جاريه الابن على نفسه

ثم وطئها فمنها ما رواه الحسن بن محبوب قال: كتبت الى أبى الحسن الرضا عليه السلام انى كنت وهبت لابنه لى جاريه حيث

زوجتها فلم تزل عندها و فى بيت زوجها حتى مات زوجها فرجعت الى هى و الجاربه أ فيحل لى أن أطا الجاربه قال قومها قيمه عادله و أشهد على ذلك ثم ان شئت فطأها «١».

و منها ما رواه اسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن الوالد يحل له من مال ولده اذا احتاج إليه قال نعم و ان كان له

---

(١) الوسائل الباب ٧٩ من ابواب ما يكتسب الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٦

جاربه فاراد أن ينكحها قومها على نفسه و يعلن ذلك قال: و ان كان للرجل جاربه فأبوه أملك بها أن يقع عليها ما لم يمسه الابن «١».

و منها ما رواه ابن سنان قال: سألته يعنى أبا عبد الله عليه السلام ما ذا يحل للوالد من مال ولده قال: أما اذا انفق عليه ولده بأحسن النفقة فليس له أن يأخذ من ماله شيئا و ان كان لوالده جاربه للولد فيها نصيب فليس له أن يطأها الا أن يقومها قيمه تصير لولده قيمتها عليه قال و يعلن ذلك. قال: و سألته عن الوالد أ يرزأ من مال ولده شيئا قال نعم و لا يرزأ الولد من مال والده شيئا الا

بأذنه فان كان للرجل ولد صغار لهم جاريه فأحب أن يقتضيها فليقومها على نفسه قيمه ثم ليصنع بها ما شاء ان شاء وطأ و ان شاء باع «٢».

و تقريب الاستدلال بهذه الطائفة على المدعى ان المستفاد منها جواز تقويم الأب جاريه الابن على نفسه فيجوز التصرف في مال الولد.

و يرد عليه انه حكم خاص وارد في مورد مخصوص و لا وجه للتعدى الى غيره من الموارد ان قلت: يدل على الجواز بالنسبه الى بقيه الموارد بالاولويه قلت: قد تقدم آنفا انه لا- اولويه فانه يمكن أن يكون البضع له خصوصيه تقتضى الجواز بخلاف بقيه الموارد.

مضافا الى أن مقتضى اطلاق بعض نصوص هذه الطائفة عدم الفرق بين الصغير و الكبير و هل يمكن الالتزام بجواز التصرف المالى فى مملوك الولد بلا اذنه فلاحظ.

### **الطائفة الثانيه: ما يدل على أن الولد و ماله لوالده**

منها ما رواه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل

---

(١) الوسائل الباب ٧٩ من ابواب ما يكتسب الحديث ٢.

(٢) الوسائل الباب ٧٨ من ابواب ما يكتسب الحديث ٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٧

يحتاج الى مال ابنه قال: يأكل منه ما شاء من غير سرف و قال: فى كتاب على عليه السلام ان الولد لا يأخذ من مال والده شيئا الا بأذنه و الوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء و له أن يقع على جاريه ابنه اذا لم يكن الابن وقع عليها و ذكر ان رسول الله صلى الله عليه و آله قال لرجل: أنت و مالك لايبك «١»

و منها ما رواه ابو حمزه الثمالى عن أبى جعفر عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه و آله قال لرجل: انت و مالك لايبك

ثم قال أبو جعفر عليه السلام ما أحب أن يأخذ من مال ابنه الا ما احتاج إليه مما لا بد منه ان الله لا يجب الفساد ٢.

و منها ما رواه الحسين بن أبي العلاء قال قلت لابي عبد الله عليه السلام ما يحل للرجل من مال ولده قال: قوته بغير سرف اذا اضطر إليه قال: فقلت له: فقول رسول الله صلى الله عليه وآله للرجل الذي أتاه فقدم أباه فقال له: انت و مالك لايبك فقال: انما جاء بأبيه الى النبي صلى الله عليه وآله فقال يا رسول الله: هذا أبى و قد ظلمنى ميراثى عن امى فأخبره الأب انه قد أنفقه عليه و على نفسه و قال:

انت و مالك لايبك و لم يكن عند الرجل شىء أو كان رسول الله صلى الله عليه وآله يحبس الأب للابن «٣».

و منها ما رواه سعيد بن يسار قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام:

الرجل يحج من مال ابنه و هو صغير؟ قال نعم يحج منه حجه الاسلام قلت: و ينفق منه قال: نعم ثم قال: ان مال الولد لوالده ان رجلا اختصم هو و والده الى النبي صلى الله عليه وآله و سلم ففضى ان المال و الولد للوالد «٤».

---

(١) (١ و ٢) الوسائل الباب ٧٨ من ابواب ما يكتسب الحديث ١ و ٢.

(٣) عين المصدر الحديث ٨.

(٤) الوسائل الباب ٣٦ من ابواب وجوب الحج الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٨

و منها ما رواه عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام قال انى لذات يوم عند زياد بن عبد الله اذا جاء رجل يستعدى على أبيه فقال



أصلح الله الامير ان ابي زوج ابنتي بغير اذني فقال زياد لجلسائه الذين عنده ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟ فقالوا:

نكاحه باطل قال: ثم أقبل على فقال ما تقول يا أبا عبد الله فلما سألتني أقبلت على الذين أجابوه فقلت لهم: أليس فيما تروون انتم عن رسول الله صلى الله عليه وآله ان رجلا جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: انت و مالك لا بيك؟ قالوا: بلى فقلت لهم: فكيف يكون هذا و هو و ماله لابي و لا يجوز نكاحه قال: فأخذ بقولهم و ترك قولي «١».

و تقريب الاستدلال بهذه النصوص على المدعى بوجهين احدهما: ان مقتضى النصوص المشار إليها كون مال الولد ملكا و مالا لوالده و بعد كونه مملوكا له يجوز التصرف فيه فان المالك يجوز له التصرف في مملوكه. و بعبارة اخرى: مقتضى التقريب المذكور جواز التصرف على نحو الاطلاق و بلا قيد.

و يرد عليه أولا: انه لا- يمكن اعتبار الملكيه لمالكين مستقلين على مملوك واحد فانه يرجع الى الخلف و التضاد و على فرض عدم استحالته يكون امرا غير معهود في نظر المشرع. و ثانيا انه ينافيه بعض النصوص لاحظ ما رواه الثمالي «٢» و ما رواه محمد بن مسلم ٣ و ما رواه حسين بن أبي العلاء «٤».

و ما رواه على بن جعفر عن أبي ابراهيم عليه السلام قال:

---

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد الحديث ٥.

(٢) (٢ و ٣) قد تقدم ذكر الحديثين في ص ٤٣٧ و ٤٣٦.

(٤) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٣٧.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٩

سألته

عن الرجل يأكل من مال ولده قال لا الا ان يضطر إليه فيأكل منه بالمعروف و لا يصلح للولد أن يأخذ من مال والده شيئا الا باذن والده «١».

و ثالثا: انه لا يختص بالصغير.

و رابعا: هذا الحكم مخالف لضروره الفقه بل لضروره الدين.

و خامسا: ان الامام عليه السلام قد جمع فى بعض هذه الروايات بين الولد و ماله و من الضرورى ان الولد لا يكون مملوكا للوالد فيعلم ان الحكم المذكور حكم اخلاقى و فى مقام بيان ان مقام الوالد مقام رفيع.

و سادسا: انه لو فرض ان الجد حى يلزم أن يكون الملاك ثلاثه و هكذا و هو كما ترى.

ثانيهما: أن يكون المستفاد من هذه الروايات الحكومه أى نلتزم بأن مال الولد ملك حقيقه له و ملك تعبدى بالحكومه لوالده و هذا الوجه و ان كان أخف اشكالا من الوجه الأول و لكن لا- يمكن الالتزام به أيضا لوجه عديده غير خفيه على الخبير بعد الاحاطه بما ذكرناه من وجوه الاشكال فلاحظ.

### **الطائفة الثالثه: ما يدل على جواز وصيه الأب بالمضاربه فى مال الابن**

منها ما رواه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام انه سئل عن رجل أوصى الى رجل بولده و بمال لهم و أذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال و أن يكون الربح بينه و بينهم فقال: لا بأس به من أجل ان أباهم قد اذن له فى ذلك و هو حى «٢».

و منها ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج عن خالد الطويل قال

---

(١) الوسائل الباب ٧٨ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٦.

(٢) الوسائل الباب ٩٢ من أبواب الوصايا الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٠

دعانى أبى حين حضرته الوفاه فقال يا بنى اقبض مال اخوتك الصغار

و اعمل به و خذ نصف الربح و اعطهم النصف و ليس عليك ضمان فقدمتى أم ولد ابى بعد وفاه أبى الى ابن ابى ليلى فقالت:

ان هذا يأكل أموال ولدى قال فاقصصت عليه ما أمرنى به أبى فقال لى ابن ابى ليلى: ان كان أبوك أمرك بالباطل لم اجزه ثم اشهد على ابن ابى ليلى ان انا حرته فأنا له ضامن فدخلت على أبى عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصتى ثم قلت له: ما ترى فقال: أما قول ابن ابى ليلى فلا استطيع رده و أما فيما بينك و بين الله عز و جل فليس عليك ضمان «١».

و قد صرح فى بعض تلك النصوص بعدم البأس و علل فى كلامه عليه السلام بصدور الاذن من الأب فى حال حياته فيعلم ان الوالد ما دام حيا يجوز له التصرف الاعتبارى فى مال الولد فلا نقاش من حيث الدلاله و أما من حيث السند فلا اعتبار به فان الحديثين المذكورين مخدوشان سنداً.

### **الطائفة الرابعة: ما يدل على الوصيه بمال الصغير و جعل الوصى قيما عليه**

و مأذون فى التصرف فى أمواله لاحظ ما رواه ابن رثاب قال سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بينى و بينه قرابه مات و ترك اولادا صغاراً و ترك مماليك غلماناً و جوارى و لم يوص فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد و ما ترى فى بيعهم؟ قال: فقال: ان كان لهم ولى يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجوراً فيهم قلت: ما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد فقال لا بأس بذلك اذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم فليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم الناظر

قَمِي، سيد تقى طباطبائي، عمدہ المطالب في التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشي محلاتي، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق  
عمدہ المطالب في التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ٤٤١

عمدہ المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤١

فيما يصلحهم «١».

و لاحظ ما رواه سعد الاشعري قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصيه و ترك اولادا ذكرانا و غلمانا صغارا و ترك جواري و ممالك هل يستقيم أن تباع الجواري قال نعم و عن الرجل يموت بغير وصيه له ولد صغار و كبار أ يحل شراء شىء من خدمه و متاعه من غير أن يتولى القاضى بيع ذلك فان تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستعمله الخليفه أ يطيب الشراء منه أم لا؟ فقال اذا كان الاكابر من ولده معه فى البيع فلا بأس اذا رضى الورثه بالبيع و قام عدل فى ذلك «٢».

و لاحظ ما رواه محمد بن اسماعيل بزيع قال: مات رجل من أصحابنا و لم يوص فرفع أمره الى قاضى الكوفه فعين عبد الحميد القيم بماله و كان الرجل خلف ورثه صغارا و متاعا و جواري فباع عبد الحميد المتاع فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن اذ لم يكن الميت صير إليه وصيته و كان قيامه فيها بأمر القاضى لانهن فروج قال فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام و قلت له يموت الرجل من أصحابنا و لا- يوصى الى أحد و يخلف جواري فيقيم القاضى رجلا منا فيبيعهن أو قال يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لانهن فروج فما ترى فى ذلك؟ قال: اذا كان القيم به مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس

فانا استدللنا فى الدوره السابقه بهذه النصوص على المدعى و لكن الانصاف انه لا دلاله فيها على المدعى اذ لا يستفاد منها نفوذ

(١) الوسائل الباب ١٥ من ابواب عقد البيع و شروطه.

(٢) (٢ و ٣) الوسائل الباب ١٦ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ١ و ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٢

وصيه الأب و جواز جعل القيم على الصغير كى يقال: اذا كان جعل القيم نافذا فبالاولويه التصرف الصادر منه فى حال حياته يكون نافذا هذا غايه ما يمكن أن يقال فى تقريب الاستدلال بهذه الطائفه على المدعى.

و لكن الحق عدم صلاحيه النصوص المشار إليها للاستدلال بها على المدعى اذ لم يفرض فى هذه النصوص ان المتصدى للتصرف القيم من قبل الموصى بل قد فرض ان الرجل مات و لم يوص نعم قد فرض فى بعضها ان المتصرف هو القيم و فى بعضها الاخر قد فرض عنوان الولى و لكن لم يتعرض ان ولايته أو قيمومه القيم بأى وجه.

و صفوه القول: انه لا- دلالة فى هذه النصوص على أن جواز التصرف مستند الى وصيه الميت فلا- مجال للاستدلال بها على المقصود فلاحظ.

### **الوجه الرابع: السيره الخارجيه الجاربه بين المتشرعه على التصرف فى أموال الصغار من قبل والدهم من غير نكير**

مضافا الى الارتكاز القطعى فان المرتكز فى أذهان أهل الشرع الجواز.

اضف الى ذلك انه يمكن دعوى الضروره على الجواز لكن هذا الوجه لا يمكن الاستناد إليه فى القول بالجواز بالنسبه الى الجد بل انما يتم بالنسبه الى الأب وحده و عليه يكون الجزم بالجواز بالنسبه الى الجد مشكلا الا أن يتم التسالم فلاحظ.

### **[و المشهور عدم اعتبار العدالة]**

#### **اشاره**

«قوله قدس سره: و المشهور عدم اعتبار العدالة للاصل و الاطلاقات»

وقع الكلام فى المقام فى اشتراط جواز التصرف بالعداله

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٣

**والذى يمكن أن يستدل به على عدم الاشتراط وجوه:**

### **الوجه الأول الاصل**

كما فى كلام الشيخ قدس سره.

و يرد عليه انه ما المراد من الاصل المذكور فان كان المراد من الاصل اصاله البراءة عن الحرمة فيرد عليه انه لا اشكال فى عدم حرمة التصرف بالبيع و الشراء حرمة تكليفية و انما الكلام فى الحرمة الوضعية و عدم النفوذ فلا مجال لجريان البراءة عن التكليف.

و ان كان المراد من الاصل اصاله عدم المنع الوضعى فعدم المنع الوضعى لا يقتضى الامضاء الا على القول باعتبار الاصل المثبت الذى لا نقول به مضافا الى أنه يعارضه أصل عدم الامضاء و الاعتبار المقتضى للفساد.

### **الوجه الثانى: اطلاقات النصوص الداله على الجواز**

فان اطلاقها يقتضى عدم الفرق بين كون المتصرف فاسقا أو عادلا.

و يرد عليه انه قد نوقش فى النصوص المستدل بها على جواز التصرف فلا تصل النوبة الى الاخذ باطلاقها.

### **الوجه الثالث: الاجماع القائم على عدم الاشتراط فى نكاح الأب أو الجد الصغير و الصغيره**

و حيث ان التصرف فى البضع اهم من التصرف فى المال يفهم عدم المنع فى المقام بالفحوى و الاولويه.

و يرد عليه أولا: ان الاجماع المدعى هناك ان كان اجماعا منقولاً- فلا- يكون حجه هناك فكيف بالمقام و ان كان اجماعا محصلا فعلى تقدير حصوله يمكن استناد القائلين ببعض الوجوه كما سيظهر إن شاء الله تعالى فلا يكون اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام.

و ثانيا: انه قد مرّ منا ان تحقق الجواز فى باب النكاح لا يدل على الجواز فى المقام اذ قلنا يمكن ان أهميه النكاح تقتضى ان

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٤

الشارع الاقدس يسهل الامر فيه كى ينسد باب الفجور و الفسوق.

## الوجه الرابع: السيره القطعيه الجاربه على التصرف فى أموال الصغار من قبل الأب بلا تكبير

و يمكن تقريب الاستدلال بوجه آخر و هو انه لو كان جواز تصرفه منوطا بالعداله لشاع و ذاع و مع عدم شيوعه بل الشائع خلافه يفهم عدم الاشتراط.

## و فى قبال الوجوه المذكوره يمكن الاستدلال على الاشتراط بوجه أيضا:

### الوجه الأول: الاصل

فان مقتضاه عدم تأثير التصرفات الصادره عن الأب فى مال الصغير فى صورته عدم كون الأب عادلا.

و فيه انه لا- اشكال فى أن مقتضى الاصل كذلك لكن قلنا السيره جاربه على التصرف بلا- رعايه الشرط المذكور كما ان الارتكاز المتشرعى كذلك فلا- بد من رفع اليد عن مقتضى الاصل الاولى و بعد تماميه السيره و اتصالها بزمن المعصوم و تحققها فى ذلك الزمان لا مجال لان يقال ان السيره مردوعه بقوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ» و قوله عليه السلام «لا تبع ما ليس عندك» اذ المفروض ان السيره المذكوره ممضاه من قبل الشرع الاقدس فلا تكون مردوعه.

مضافا الى أنه قد علم من الشارع انه لم يخالف العقلاء فى سيراتهم الجاربه بينهم فى امورهم فلو لم يردعهم بالخصوص فى مورد تكون سيرتهم ممضاه عنده و لذا نقول: الظواهر حجه بالسيره الممضاه و قول الثقة حجه كذلك و هكذا.

و الحال انه لقائل أن يقول: ان قوله تعالى ان الظن لا يغنى عن الحق شيئا و قوله تعالى «لَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ رَادِعٌ عَنِ الْعَمَلِ بِغَيْرِ عِلْمٍ فَلاَحِظْ».

## الوجه الثانى ان الصغير لا يمكن الدفاع عن نفسه و ماله

فكيف

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٥

يمكن جعل الشارع من لا يكون امينا مسلطا على غير القادر و يجعل تصرفه فى ماله نافذا و اقراره معتبرا.

و يرد عليه أولا- ان عدم العداله لا- يستلزم عدم الامانه و لذا نقول قول الثقة حجه و لو لم يكن عادلا- فانه يمكن أن لا يكون شخص عادلا يلعب القمار و يشرب الخمر لكن لا يخون فى أموال الناس و اعراضهم و امين بتمام معنى الكلمه.

و ثانيا: انه لا تنافى

بين نفوذ التصرف و عدم كون المال فى يده بل يمكن أن يكون المال موضوعا فى محل أمن و يتصرف الأب فيه تصرفا ماليا.  
اضف الى ذلك انه لو كان البيان المذكور تاما كان اللازم عدم كونه وليا فى نكاحه أيضا اذ يمكن أن يخون و يتصدى لغير صلاح الصغير و الحاصل انه لا يمكن رد الحكم الشرعى بهذه التقريبات الواهيه بل يلزم الاخذ بما صدر عن صاحب الشريعة.  
و ثالثا: انه متى ظهر منه الخيانه عند الحاكم جعل عليه ناظرا يمنعه عن الخيانه.

ان قلت: جعل الناظر عليه يوجب لغويه ولايته اذ يلزم أن يكون ما يصدر عنه بأمر من الناظر. قلت: لا تكون ولايته لغوا بل اللازم رعايه نظر الناظر و رعايته و أما ان لم يمكن جعل الناظر أو يكون حرجيا يعزله الحاكم فانه ولى الامور.

و لنا أن نقول: لا- تصل النوبه الى عزل الحاكم بأن نقول فى صورته ظهور الخيانه منه و عدم رعايه صلاح الصغير لا دليل على ولايته فان عمده الدليل السيره و لا سيره فى الفرض المذكور.

### الوجه الثالث: قوله تعالى

﴿وَلَا تَزْكُتُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمْ

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٦

النَّارِ وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ أَوْلِيَاءَ ثُمَّ لَا تُنصَرُونَ﴾ «١».

بتقريب ان هذا نحو من الركون الى الظالم و قد نهى عن الركون إليه.

و يرد عليه أولا: ان المتبادر من الظالم ليس مطلق الفاسق بل المتبادر من الآيه الشريفه و لاه الجور و ائمه الضلال و الظلمه المتصدى للامور.

و ثانيا: انه لا اشكال فى أن مجرد نفوذ معامله الفاسق لا يكون ركونا الى الظالم و الا يلزم أن يكون كل من يتصدى لمعامله ان يكون عادلا و يلزم ان



جميع الوكلاء فى الامور الماليه و غيرها و جميع الأوصياء و جميع المتولين للموقوفات عدولا و هو خلاف ضروره الفقه و الدين بل يمكن أن يقال ان الالتزام به يوجب الكفر.

و ثالثا: انا سلمنا ان جعل الولاية للفاسق ركونا إليه و لكن الممنوع فى الآيه ركون المكلف إليه و المفروض ان الولاية له مجعوله من قبل الشارع الاقدس فتكون ولايه خارجه عن عمل المكلف الذى تستفاد من الآيه.

**الوجه الرابع: قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا» ٢»**

فان المستفاد من الآيه الشريفه عدم ترتيب الاثر على قول الفاسق و عدم اعتبار اخباره فلو اخبر عن تصرفه الكذائى فى مال الصغير لا يسمع قوله و لا يرتب الاثر على قوله فلا يكون تصرفه نافذا.

و فيه أولا: ان قول ذى اليد حجه و تصرفه نافذ و لو كان فاسقا و ثانيا: ان عدم ترتيب الاثر على قوله لا يستلزم عدم ولايته و لا

---

(١) هود/ ١١٣.

(٢) الحجرات/ ٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٧

يرتبط احد الامرين بالآخر.

و ثالثا: ان التخصيص ليس عزيرا فانه على تقدير دلالة الآيه على المدعى نرفع اليد عن اطلاقها بما يدل على جواز التصرف فلاحظ.

**ثم انه هل يشترط جواز التصرف بعدم كونه ضررا بالنسبه الى الصغير أم لا يشترط؟**

**ربما يقال بنفوذ تصرفه فى ماله حتى فى صوره كون التصرف ضرريا و ذلك لوجهين**

**الوجه الأول عدم الاشتراط فانه موافق للاصل.**

و فيه أولا: ان التقييد و الاطلاق متضادان فى مقام الثبوت و اصاله عدم احد الضدين لا تقتضى اثبات الضد الاخر الاعلى القول بالمثبت الذى لا نقول به.

و ثانيا: ان الاصل المذكور معارض باصالة عدم الاطلاق فان الاهمال محال في الواقع فلا بد من احد الامرين.

### **الوجه الثاني: قوله عليه السلام في جملة من النصوص انت و مالك لايبك**

لاحظ ما رواه عبيد بن زرارہ «١».

فيجوز للوالد التصرف في مال ولده الصغير على الاطلاق. و فيه انه قد مرّ الكلام في النصوص المشار إليها و قلنا لا بد من حملها على الحكم الاخلاقي مضافا الى أنه قد دل بعض النصوص على اشتراط كون التصرف بعدم الاسراف لاحظ ما رواه محمد بن مسلم «٢» فانه يستفاد من الحديث انه لا يجوز الاسراف في مال الابن و لاحظ ما رواه ابو حمزه الثمالي «٣» فالنتيجة انه لا يجوز التصرف مع الضرر.

(١) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٣٨.

(٢) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٣٦.

(٣) قد تقدم ذكر الحديث في ص ٤٣٧.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٨

**[و هل يشترط في تصرفه المصلحه أو يكفى عدم المفسده أم لا يعتبر شىء؟]**

### **اشاره**

«قوله قدس سره: و هل يشترط في تصرفه المصلحه أو يكفى عدم المفسده أم لا يعتبر شىء؟ وجوه»

وقع الكلام بينهم في أنه هل يشترط جواز تصرف الأب و الجد بكونه مصلحه للصغير أو يكفى مجرد عدم المفسده

**و الذى يمكن أن يذكر وجهها للاشتراط وجوه:**

**الوجه الأول: الاصل فان مقتضى الاستصحاب عدم نفوذ تصرف الولى الامع رعايه الصلاح**

و الاصل المذكور مرجع ما دام لا يوجد دليل على عدم الاشتراط.

فانه يستفاد من بعض الكلمات ان الاشتراط متفق عليه بينهم. وفيه ان المنقول منه غير حجه و المحصل منه على تقدير حصوله محتمل المدرك.

**الوجه الثالث: قوله تعالى «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» \* (١)**

بتقريب ان اطلاق الآيه يشمل الجد بالنسبه الى الصغير الذى لا أب له اذ يصدق عليه عنوان اليتيم فيتم الامر بالنسبه الى الأب بعدم القول بالفصل.

وقد اوردت على الاستدلال المذكور اشكالات: الاشكال الاول:

ان صدق عنوان اليتيم على من يكون ذا جد اول الكلام.

وفيه ان المستفاد من كلمات اللغويين و من مفردات الراغب ان اليتيم من فقد أباه قبل بلوغه الا أن يقال عنوان الأب يطلق على الجد كما يطلق على الأب.

الاشكال الثانى: ان المستفاد من الآيه الشريفه اشتراط مجرد الحسن و عنوان الحسن يصدق على ما لا تكون فيه مفسده و لا يلزم أن تكون فيه مصلحه.

---

(١) الانعام / ١٥٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٩

وفيه ان صدق عنوان الحسن على ما لا تكون فيه مفسده اول الكلام و الاشكال.

الاشكال الثالث: ان عدم القول بالفصل غير القول بعدم الفصل مضافا الى أن غايته الاجماع و لا يترتب عليه اثر و الانصاف ان عمده الوجه الاصل فان مقتضاه عدم ترتب الاثر فيما لم يراع فيه الصلاح فانقدح انه لا بد من رعايه الصلاح.

بقى الكلام فى المراد من لفظ الاحسن الوارد فى الآيه الشريفه و قد ذكرت فيه احتمالات: الاحتمال الاول أن يراد به التفضيل على الاطلاق من الترك و غيره من التصرفات الاخر و لازمه عدم جواز التصرف الا فيما يصدق التفضيل على الاطلاق و ربما يرجح هذا الاحتمال باعتبار الاخذ بظهور اللفظ.

وقد اورد فى القول المذكور بايرادات الايراد الاول ان هذا الوزن يستعمل فى غير

التفضيل كثيرا و المؤيد لعدم إرادته التفضيل عدم تذييل الكلمه فى الآيه الشريفه بلفظه من و أيضا لم يذكر فيه على نحو الاضافه.  
و فيه ان استعماله فى غير التفضيل مع القرينه لا يقتضى حمله على غيره بلا قرينه بل لا بد من الاخذ بالظهور على ما هو المقرر  
عند العقلاء و أما عدم تذييله بلفظه من و الاضافه فلا يقتضى رفع

اليد عن الظهور بل عدم التذييل يقتضى عموم المتعلق.

الايراد الثانى: انه يلزم عدم الاقدام فى مورد تكون جمله من التصرفات متساويه الاقدام من حيث المصلحه و لا يكون فيها ما  
يكون أحسن على الاطلاق. ان قلت: تكفى المصلحه فى الجمله قلت:

عليه يلزم جواز الاقدام فى مورد وجود الصلاح و لو كان الفرد الاخر أصلح و احسن.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٠

و يرد عليه ان مقتضى الظهور لزوم التفضيل على الاطلاق غايه الامر فى مورد التساوى بين جمله من التصرفات يكون الافضل  
الجامع بين تلك الافراد و نتيجه التخيير كما ان البيع لو كان أحسن من الاجاره يتعين البيع لكن المتصرف يتخير فى اختيار أى  
فرد من أفراد.

الايراد الثالث: انه لو كان مصلحه فى فرد و فى غيره لا تكون مصلحه يلزم عدم جواز الاقدام اذ مفهوم التفضيل متقوم بوجود  
الجامع بين المتفضل و المتفضل عليه.

و فيه ان الجواز فى الصوره المفروضه أولى اذ لو كان الاقدام جائزا مع وجود المصلحه فى غيره فيجوز الاقدام بالاولويه و ان  
شئت قلت: ان الجواز فى الصوره المفروضه ليس بالدلاله اللفظيه بل بالدلاله العرفيه أى الاولويه.

الاحتمال الثانى: فى الآيه الشريفه أن يكون المراد من الاحسن الحسن فيجوز التصرف اذا كان التصرف ذا مصلحه و حسنا و

ان كان غيره احسن.

و فيه انه خلاف الظاهر فان الظاهر من قوله تعالى اشترط التصرف بكونه أحسن على الاطلاق و رفع اليد عن الظهور بلا دليل خلاف القاعده.

الاحتمال الثالث: أن يكون المراد من الآيه ما لا يكون فيه مفسده و ان لم تكن مصلحه و يلزم جواز التصرف و الحال ان الفرد الاخر ذا مصلحه زائده بل لا يشترط الجواز بالصلاحيه كما هو المفروض.

و فيه انه خلاف الظاهر و لا يصار إليه بلا دليل.

الاحتمال الرابع: أن يكون المراد بالاحسن ما يكون أحسن من

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥١

تركه و ان كان التصرف الاخر أصلح و أحسن من التصرف الواقع.

و فيه انه خلاف الظاهر و لا يجوز التخطي عن الظهور بلا قيام دليل على الخلاف.

الاحتمال الخامس: ان يكون المراد الاحسن من بقيه التصرفات و ان كان الترك احسن و لازمه جواز التصرف و ان كان ترك التصرف أصلح و أحسن.

و فيه انه خلاف الظاهر من القرآن و لا يجوز رفع اليد عن ظهور الكتاب فان الظاهر من قوله تعالى اشترط التصرف بكونه احسن على الاطلاق هذا بحسب المستفاد من الكتاب.

و أما السنه ففي المقام عده من النصوص منها ما رواه اسحاق بن عمار قال: دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فخبرتة انه ولد لى غلام قال: ألا سميتة محمدا قلت: قد فعلت قال: فلا تضرب محمدا و لا تشتمه جعله الله قره عين لك في حياتك و خلف صدق بعدك قلت:

جعلت فداك في أى الاعمال أضعه قال اذا عدلته عن خمسه أشياء فضعه حيث شئت لا تسلمه صيرفيا فان الصيرفي لا يسلم من الربا و لا تسلمه بياح اكفان فان صاحب الاكفان

يسره الوباء اذا كان ولا تسلمه يباع طعام فانه لا يسلم من الاحتكار ولا تسلمه جزارا فان الجزار تسلب منه الرحمه ولا تسلمه نخاسا فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال شر الناس من باع الناس «١».

و تقريب الاستدلال بالروايه على المدعى ان المستفاد من الحديث جواز تصرف الأب في نفس الابن فيجوز تصرفه في ماله بالاولويه.

و فيه أولا: ان الحديث ضعيف سندا و ثانيا انه لا اولويه.

---

(١) الوسائل الباب ٢١ من ابواب ما يكتسب به الحديث ١.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٢

و منها ما رواه ابراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام قال: جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وآله فقال يا رسول الله: قد علمت ابني هذا الكتابه ففى أى شىء أسلمه؟ فقال اسلمه لله ابوك و لا تسلمه فى خمس لا تسلمه سباء و لا- صائغا و لا قصابا و لا حناطا و لا نخاسا قال: فقال يا رسول الله ما السباء قال الذى يبيع الاكفان و يتمنى موت امتى و للمولود من امتى احب الى مما طلعت عليه الشمس و أما الصائغ فانه يعالج زين غنى امتى و أما القصاب فانه يذبح حتى تذهب الرحمه من قلبه و أما الحناط فانه يحتكر الطعام على امتى و لئن يلقى الله العبد سارقا احب إلى من أن يلقاه قد احتكر الطعام اربعين يوما و أما النخاس فانه اتانى جبرئيل فقال يا محمد: ان شرار امتك الذين يبيعون الناس «١».

و تقريب الاستدلال بالحديث هو التقريب. و لكن يرد عليه ان الاولويه اول الكلام و الاشكال.

و منها ما رواه عبد

اللّه بن يحيى الكاهلى قال قيل لابي عبد الله عليه السلام انا ندخل على اخ لنا فى بيت ايتام و معه خادم لهم فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم و يخدمنا خادمهم و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا و فيه من طعامهم فما ترى فى ذلك؟ فقال ان كان فى دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس و ان كان فيه ضرر فلا و قال عليه السلام «بَلِ الْإِنْسَانُ عَلِيٌّ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ»

فانتم لا يخفى عليكم و قد قال الله عز و جل «وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ» «٢».

و الروايه مخدوشه سندا لعدم ثبوت وثاقه الكاهلى و قال سيدنا

---

(١) الوسائل الباب ٢١ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٤.

(٢) الوسائل الباب ٧١ من ابواب ما يكتسب به الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٣

الاستاد قدس سره فى رجاله: ان الراوى لضمان الامام أبى الحسن عليه السلام للكاهلى الكاهلى نفسه فلا- تصل النوبه الى ملاحظه مضمون الحديث.

و منها ما رواه على بن المغيره قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام ان لى ابنه اخ يتيمه فربما اهدى لها شىء فآكل منه ثم اطعمها بعد ذلك الشىء من مالى فاقول: يا رب هذا بذى فقال عليه السلام:

لا بأس «١».

و الحديث ضعيف سندا بذبيان فلا تصل النوبه الى ملاحظه دلالاته اصف الى ذلك انه لو اغمضنا عن السند يكون الحديثان مخالفين مع الكتاب اذ المستفاد منه انه يشترط فى التصرف أن يكون أحسن و ما خالف الكتاب لا اعتبار به.

اذا عرفت ما تقدم فاعلم ان مقتضى قوله تعالى «و لا تقربوا مال اليتيم» عدم جواز التصرف الا ما يكون أحسن و أصلح على

الاطلاق كما ان مقتضى الاصل العملى كذلك فان مجرد الشك يكفى لعدم الجواز الا فيما يعلم بالجواز و لكن مقتضى السيره الخارجيه من التصرف فى مال الصغير و جعل القيم عليهم و عدم الاشرط و التقييد لهذا المقدار من التصرف. و بيان ظاهر: ان الأب يتصرف فى مال ابنه مع ملاحظه صلاحه و لا يكون تصرفه فى مال ولده مع عدم ملاحظه الاصلح مستنكرا فيجوز تصرفه مع لحاظ الصلاح لكن الآيه لا تشمل الأب اذ لا يصدق عنوان اليتيم على من يكون واجدا للاب بل صدقه على من له الجد اول الكلام و الاشكال.

و لنا أن نقول فى فرض الشك فى الصدق نحكم بعدمه فانا ذكرنا

---

(١) الوسائل الباب ٧١ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٤

مرارا انه لو شك فى صدق مفهوم على فرد يكون مقتضى الاصل عدم صدقه عليه فلاحظ.

**[الجد و ان علا يشارك الأب فى الحكم]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: ثم لا خلاف ظاهرا كما ادعى فى أن الجد و ان علا يشارك الأب فى الحكم»

**ما يمكن أن يذكر فى تقريب المدعى وجوه**

**الوجه الأول: عدم الخلاف**

و اشكاله ظاهر فان عدم الخلاف غايته الاجماع و اعتباره اول الكلام و الاشكال.

**الوجه الثانى: ما رواه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام**

قال: سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى أن يزوج احدهما و هوى أبوه الاخر ايّهما أحق أن ينكح قال الذى هوى الجد احق بالجاريه لانها و أباهما للجد «١».

فان المستفاد من الحديث ان الجد له أن ينكح بنته و انه لو دار الامر بين الجد و الأب يكون الجد مقدما فى النكاح فتدل الروايه



على الولايه فى المقام بالاولويه.

و لكن الاستدلال المذكور مخدوش بأن اثبات الولايه للجد فى باب النكاح لا يستلزم الولايه فى البيع اذ يمكن ان الشارع الاقدس فى مقام التسهيل فى أمر النكاح بخلاف البيع.

### الوجه الثالث: جمله من النصوص التى تدل على أن الولد و ماله للاب

و قال عليه السلام فى الحديث المتقدم ذكره آنفا فى مقام تعليل الحكم «لانها و أبها للجد».

و فيه انه قد مر منا ان الحكم المذكور حكم اخلاقى لا حقيقى و الا فهل يتوهم احد ممن تكون له خبره بالصناعه أن يلتزم بأن الولد

---

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد الحديث ٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٥

مملوك لوالده أو ان مال الولد مملوك لوالده و بعد عدم تماميه الوجوه المذكوره لا بد من اتمام الامر بالتسالم و كون ولايه الجد أمرا غير قابل للانكار فان تم و امكن فهو و الا فمقتضى القاعده عدم ولايته بعنوان كونه جدا فان الشك يكفى فى الحكم بالعدم.

«قوله قدس سره: و لو فقد الأب و بقى الجد فهل ابوه اوجده يقوم مقامه فى المشاركه»

أفاد الشيخ قدس سره بأن مشاركته الجد الاعلى مع الادنى فى صورته فقدان الأب محل الخلاف بينهم و يختلج بالبال أن ما افاده مناقض لما افاده آنفا من مشاركته الجد و ان علا مع الأب بقوله «لا خلاف ظاهرا كما

ادعى فى ان الجد و ان علا يشارك الأب فى الحكم».

فانه لا يتصور عدم الخلاف فى المشاركه و الخلاف فيها و الحال ان موت الأب لا يؤثر فى وجود الولايه و عدمها و كيف كان فالذى يمكن أن يقال فى وجه المشاركه كون الولد و ماله لوالده فتكون النتيجة ان الجد و ان علا تكون له الولايه و لكن قد تقدم منا انه حكم اخلاقى فلا يكون الحكم المذكور دليلا على المدعى فلا بد من التماس دليل آخر.

و الظاهر ان اثبات الولايه للجد الادنى حتى مع فقدان الأب فى غايه الاشكال اذ لا دليل عليها و من ناحيه اخرى ان الولايه خلاف الاصل الاولى و من ناحيه ثالثه لا سيره من المشرعه قائمه عليها فاذا ثبت الامر بالتسالم و الاجماع التبعدى الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام فهو و الا فلا مناص عن الاحتياط سيما بالنسبه الى مال اليتيم الذى قد علم من الشرع ان التصرف فى ماله أمر مهم فى نظر الشارع.

و ربما يقال: انه يستفاد من قوله تعالى «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٦

أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ» \* «١» أولويه الجد الادنى.

و فيه ان المراد من الآيه الشريفه غير معلوم و يحتمل أن يكون المراد بالتفضيل الترجيح فى باب الارث. و ربما يقال: انه يمكن أن يكون المراد من الآيه بيان ان الرحم أولى برحمه من الاجنبى و أما الثبوت فى الرحم باى نحو فلا يستفاد من الآيه بل لا بد أن يفهم من دليل آخر.

**[مسأله من جمله أولياء التصرف فى مال من لا يستقل بالتصرف فى ماله الحاكم و المراد منه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى]**

**اشاره**

«قوله قدس سره: مسأله من جمله أولياء التصرف فى مال من لا يستقل بالتصرف فى ماله الحاكم و المراد منه

## المشهور فيما بين القوم ان الفقيه الجامع للشرائط له ثلاثه مناصب

### المنصب الاول الافتاء فى الاحكام النظرية الشرعية للعوام

و الرأى فى الموضوعات المستنبطه و المتكفل لهذا البحث بحث الاجتهاد و التقليد و تحقيق الجهات المرتبطه لهذه الجبهه موكول الى ذلك البحث و خارج عن محور بحثنا فى المقام و لكن لاهميه الموضوع لا بأس بل يلزم الاشاره و لو على نحو الاجمال الى ما ورد فى هذه المجال من الآيات و الروايات فانه يلزم على كل فرد من الافراد الذين يمكن دخوله فى هذا الميدان الموحش و الجاده المخوفه أن يتعوذ بالله من شر الشيطان الخناس الذى يوسوس فى صدور الناس و من تسويلات النفس الاماره بالسوء و البعد من مقام القدس الربوبى و يجب علينا أن لا نبرأ أنفسنا فان النفس لاماره بالسوء الا ما رحم الرب.

و الانصاف ان الدخول فى هذا المضار معرض للاخطاء سيما مع استلزامه للوزام كثيره كل واحد منها يكفى للانصراف عن الجاده

(١) الانفال / ٧٥.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٧

المستقيمه و الوقوع فى المهالك العظيمه و لا- أنس القضية المعروفه من سيدى الوالد قدس سره فانه قدس سره لما توجه بصيرورته مرجعا وحيدا عاما تأثر شديدا و طلب من الله أن يلحقه بالصالحين و ينجيه من الغرق فى هذا البحر المتلاطم العميق و القضية المشار إليها وقعت فى الروضه الحسينيه مع حضور بعض الاكابر من اصحابه رضوان الله عليه و حشره مع جده يوم تبلى السرائر.

و رأينا ان المناسب بل الانسب ان نشير كما ذكرنا الى الآيات و الروايات الوارده فى هذه المقام، أما الآيات فمنها قوله تعالى «وَ مَنْ أَظْلَمُ مِمَّنِ افْتَرَى عَلَى اللَّهِ كَذِبًا أُولَئِكَ يُعْرَضُونَ عَلَى رَبِّهِمْ وَيَقُولُ الْأَشْهَادُ هَؤُلَاءِ الَّذِينَ كَذَبُوا عَلَى رَبِّهِمْ أَلَا لَعْنَةُ اللَّهِ

عَلَى الظَّالِمِينَ» (١) .

و منها قوله تعالى «إِذْ تَلَقَّوْنَهُ بِأَلْسِنَتِكُمْ وَ تَقُولُونَ بِأَفْوَاهِكُمْ مَا لَيْسَ لَكُمْ بِهِ عِلْمٌ وَ تَحْسَبُونَهُ هَيِّنًا وَ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمٌ» (٢) .

و منها قوله تعالى «وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (٣) .

و منها قوله تعالى «وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (٤) .

و منها قوله تعالى «وَ مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (٥) و غير ذلك من الآيات .

---

(١) هود / ١٨ .

(٢) النور / ١٥ .

(٣) المائدة / ٤٤ .

(٤) المائدة / ٤٥ .

(٥) المائدة / ٤٧ .

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٨

و أما الروايات الواردة في هذا المقام فكثير منها ما رواه مفضل ابن يزيد قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: أنهاك عن خصلتين فيهما هلك الرجال: أن تدين الله بالباطل و تفتي الناس بما لا تعلم (١) .

و منها ما رواه ابن الحجاج قال: قال لى أبو عبد الله عليه السلام:

اياك و خصلتين فيهما هلك من هلك إياك أن تفتي الناس برأيك أو تدين بما لا تعلم (٢) .

و منها ما رواه عبد الحميد عن أبي ابراهيم عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: اتقوا تكذيب الله قيل يا رسول الله و كيف ذلك؟ قال: يقول أحدكم قال الله فيقول الله عز و جل كذبت لم اقله و يقول: لم يقل الله فيقول عز و جل: كذبت قد قلته (٣) .

و منها ما رواه أبو عبيده عن أبي جعفر عليه السلام قال من أفتى الناس بغير علم و لا هدى من الله لعنته ملائكة الرحمه و ملائكة العذاب و لحقه وزر من عمل بفتياه (٤) و غير ذلك من الروايات الواردة في هذا

### المنصب الثانى: القضاء و فصل الخصومات عند الترافع

و لا اشكال فى ثبوت هذا المنصب للفقهاء فان سيره الفقهاء جاريه عليه و لو لا الالتزام بذلك لعله يختل النظام و بعبارة اخرى: لا بد فى حفظ النظام من يكون مرجعا لمحل المنازعات.

و أما ما فى كلام الشيخ قدس سره من قوله «و غيرها فى الجملة»

فلعل المراد منه حكم الفقيه بالهلال و لكن الجزم بثبوت مثله للفقهاء مشكل و لا بد من البحث و اقامه الدليل عليه.

---

(١) بحار الانوار ج ٢ ص ١١١ الباب ١٦ الحديث ٥.

(٢) عين المصدر الحديث ٦.

(٣) بحار الانوار ج ٢ ص ١١٧ الباب ١٦ الحديث ١٦.

(٤) عين المصدر ص ١١٨ الحديث ٢٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٩

### المنصب الثالث: ولاية الفقيه على الاموال و النفس و هذا محل البحث فى المقام

#### اشاره

و الوجه فى عنوان البحث المذكور ان هذه الولاية ثابتة للامام عليه السلام و حيث ان الفقيه نائب عن الامام نيابه عامه فى زمان الغيبه وقع الكلام فى ثبوتها للفقهاء الجامع للشرائط و عدمه فالحرى أو لا ارسال عنان الكلام و البحث عن ولايته عجل الله تعالى فرجه ثم اتمامه بالبحث عن ولاية الفقيه.

فنقول الكلام فى ولاية الامام عليه السلام يقع فى موردين

### المورد الاول: فى ولايته التكوينية،

المورد الثاني في ولايته التشريعيه، أما المورد الاول فيقع الكلام تاره بلحاظ مقام الثبوت و الامكان و اخرى بلحاظ مقام الاثبات فالكلام يقع في موضعين.

أما الموضوع الاول فنقول لا اشكال في مقام الثبوت و الامكان اذ الامتناع اما من ناحيه قصور في الفاعل و اما من ناحيه قصور في القابل أما من ناحيه فاعليه الفاعل فلا- اشكال و لا كلام في أنه تعالى قادر على اقدار الغير فانه لا قصور في قدرته- تعالى و تقدس- على جميع الامور فان قدرته غير متناهيه و اذا أراد الله شيئاً يقول له كن فيكون.

و أما من ناحيه القابل فأيضاً لا اشكال في قابليه ذواتهم المقدسه لهذه العنايه الالهيه فلا اشكال في ناحيه الثبوت.

و يؤكد المدعى بل يدل عليه انا قادرين على كثير من الاشياء و هذه القدره نحو من الولايه التكوينييه بل هذه الولايه في الجمله موجوده في الحيوانات فانها تقدر على كثير من الامور.

ان قلت: الالتزام بكون الامام عليه السلام بيده اختيار الكون يستلزم الاعتقاد بالشرك أو الالتزام بعدم كونه تعالى قادرا بل أمر

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٠

الممكنات فوض إليهم عليهم السلام و كيف يمكن الالتزام بالشرك أو بعدم كونه قادرا؟

قلت: ليس المراد من ولايتهم استقلالهم في التصرف و استغنائهم

عن خالقهم بل نقول: قدرتهم بلطفه و عنايته كقدره عيسى بن مريم عليهما السلام على احياء الموتى و ابراء الاكمه و الابرص فتحصل ان الامكان الثبوتى لا اشكال فى تحققه.

و أما الموضوع الثانى فيمكن اثبات المدعى اى ولايتهم التكوينية و قدرتهم على التصرف فى الامور الخارجيه بتقريبات.

التقريب الاول: ما ورد فى القرآن و نص به من معجزات الأنبياء و قدرتهم على خوارق العاده بجعل موسى عصاه ثعبانا و احياء عيسى الموتى و ابراء الاكمه و الابرص الى غيرها من المعاجز المنقوله عن أنبياء السلف هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى قد ثبت بالأدله القطعيه ان رسول الاسلام و خلفائه و الائمه عليهم السلام أفضل من أنبياء السلف فما يكون لهم ثابت لاهل البيت عليهم السلام.

التقريب الثانى: قد ثبت بالدليل القطعى و قد ذكر فى الكتاب ثبوت القدره على بعض خوارق العاده لبعض أفراد الناس كقدره آصف وزير سليمان و غيره و هل يمكن أن تكون هذه الفضيله لمثل آصف و لا- تكون لاهل بيت الوحي و الطهاره و الحال انهم أفضل الموجودات و أقرب الناس من مقام القدس الربوبى.

التقريب الثالث: انه لا اشكال فى ان الشيطان قادر بإرادته الله على التصرف فى الانسان و اغوائه و قد أوتى هذا الفضل لامتحان الناس و لا اشكال فى كونه فضيله و هل يمكن أن يكون الشيطان الرجيم أفضل من أهل بيت رساله؟ كلا ثم كلا.

التقريب الرابع: ان الله تبارك و تعالى ينقل فى كتابه «قال

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦١

عفريت من الجن انا آتيك به قبل أن تقوم من مقامك و انى عليه لقوى امين» «١» و هل يمكن أن يكون العفريت من

الجن أفضل من الذوات المقدسه الذين اذهب الله عنهم الرجس و طهرهم تطهيرا و هل يجوز العقل مع انهم أفضل من جميع المخلوقات.

التقريب الخامس: الروايات الواردة فى هذا المقام فانه لو تصور أعظم درجه و ارفع مقداراً من التواتر يصدق و يتحقق موضوعه فى الروايات المرويّه فى هذا المجال و من المؤسف جدا عدم الغور فى بحار الاخبار و لجج الروايات الواردة فى فضائلهم و مناقبهم و نحن بعيدون عن الفوز العظيم مع كونها فى أيدينا و اختيارنا و ليس هذا إلا من سوء التوفيق و العتب كل العتب متوجه إلينا و انحرفنا بتسويل النفس الاماره و اغواء الشيطان الملعون كما يقول الشاعر:

نعيب زماننا و العيب فينا و ليس زماننا فيه المعيب

و تسلط الشيطان علينا حتى صار المعروف عندنا منكرا و حراما فان ذكر المصائب عار لنا و موعظه الناس و ارشادهم هتك لمقامنا و لا نفهم بأن مرجع هذه الدعوى الى الرد على الرسول و امير المؤمنين صلوات الله عليهم فان رسول الله كان واعظا و كذلك أمير المؤمنين و لنا مصائب كثيره و معاينا و افره و أفكارنا خاطئه انحرفنا عن الصراط المستقيم و رجحنا الاعوجاج على الاستقامه و الضلال على الهدى يا ولى الله الاعظم ادركنا و نجنا من شرور أنفسنا.

و على الجملة الروايات الواردة فى المقام على طوائف: الطائفة الاولى ما يدل على علمهم منها ما رواه أبو الجارود قال: قال على ابن الحسين عليه السلام ما ينقم الناس منا فنحن و الله شجره النبوه

---

(١) النمل / ٣٩.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٢

و بيت الرحمة و معدن العلم و مختلف الملائكه «١» و فى هذا الباب ثلاثه أحاديث.

و منها ما



عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال أبو جعفر عليه السلام يمصون الشماد و يدعون النهر العظيم قيل له و ما النهر العظيم؟

قال رسول الله صلى الله عليه و آله و العلم الذى أعطاه الله ان الله عز و جل جمع لمحمد صلى الله عليه و آله سنن النبيين من آدم و هلم جرا الى محمد صلى الله عليه و آله قيل له: و ما تلك السنن قال علم النبيين بأسره و ان رسول الله صلى الله عليه و آله صير ذلك كله عند أمير المؤمنين عليه السلام فقال له رجل: يا ابن رسول الله فأمر المؤمنين أعلم أم بعض النبيين فقال أبو جعفر عليه السلام:

اسمعوا ما يقول ان الله يفتح مسامع من يشاء انى حدثته ان الله جمع لمحمد صلى الله عليه و آله علم النبيين و انه جمع ذلك كله عند أمير المؤمنين عليه السلام و هو يسألنى أ هو أم بعض النبيين «٢» و فى هذا الباب ثمانية احاديث.

و منها ما رواه الكناسى قال كنت عند أبي عبد الله عليه السلام و عنده أبو بصير فقال أبو عبد الله عليه السلام: ان داود ورث علم الأنبياء و ان سليمان ورث داود و ان محمدا صلى الله عليه و آله ورث سليمان و أنا ورثنا محمدا صلى الله عليه و آله و ان عندنا صحف ابراهيم و الواح موسى فقال أبو بصير ان هذا لهو العلم فقال يا أبا محمد: ليس هذا هو العلم انما العلم ما يحدث بالليل و النهار

---

(١) باب أن الائمة معدن العلم و شجره النبوه و مختلف الملائكه ج ١ من الاصول من الكافى ص ٢٢١ الحديث ١.

(٢) الاصول

من الكافي ج ١ ص ٢٢١ باب ان الاثمه عليهم السلام ورثه العلم الحديث ٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٣

يوما بيوم و ساعه بساعه «١» و فى هذا الباب سبعة أحاديث.

و منها ما رواه هشام بن الحكم فى حديث بريه انه لما جاء معه الى أبى عبد الله عليه السلام فلقى أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام فحكى له هشام الحكاياه فلما فرغ قال أبو الحسن عليه السلام لبريه: يا بريه كيف علمك بكتابك قال انا به عالم ثم قال: كيف ثقتك بتأويله قال ما اوثقنى بعلمى فيه قال فابتدأ أبو الحسن عليه السلام يقرأ الإنجيل فقال بريه اياك كنت اطلب منذ خمسين سنه أو مثلك قال فآمن بريه و حسن ايمانه و آمنت المرأه التى كانت معه فدخل هشام و بريه و المرأه على أبى عبد الله عليه السلام فحكى له هشام الكلام الذى جرى بين أبى الحسن موسى عليه السلام و بين بريه فقال أبو عبد الله عليه السلام: ذريه بعضها من بعض و الله سميع عليم فقال بريه: أنى لكم التوراه و الإنجيل و كتب الأنبياء؟ قال: هى عندنا وراثه من عندهم نقرؤها كما قرءوها و نقولها كما قالوا ان الله لا يجعل حجه فى أرضه يسأل عن شىء فيقول: لا أدرى «٢».

و فى هذا الباب حديثان.

و منها ما رواه بريد بن معاويه قال: قلت لابي جعفر عليه السلام «قل كفى بالله شهيدا بينى و بينكم و من عنده علم الكتاب» قال ايانا عنى و على أولنا و أفضلنا و خيرنا بعد النبى صلى الله عليه و آله «٣» و فى هذا الباب ستة احاديث.

---

(١) الاصول من الكافي

ج ١ ص ٢٢٣ باب ان الائمة عليهم السلام ورثه علم النبي و جميع الأنبياء ... الحديث ٤.

(٢) الاصول من الكافي ج ١ ص ٢٢٧ باب ان الائمة عليهم السلام عندهم جميع الكتب التي نزلت من عند الله عز و جل الحديث ١.

(٣) نفس المصدر ص ٢٢٨ باب انه لم يجمع القرآن كله الا الائمة عليهم السلام ... الحديث ٦.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٤

و منها ما رواه جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: ان اسم الله الاعظم على ثلاثة و سبعين حرفا و انما كان عند آصف منها حرف واحد فتكلم به فخشف بالارض ما بينه و بين سرير بلقيس حتى تناول السرير بيده ثم عادت الارض كما كانت أسرع من طرفه عين و نحن عندنا من الاسم الاعظم اثنان و سبعون حرفا و حرف واحد عند الله تعالى استأثر به في علم الغيب عنده و لا حول و لا قوة الا بالله العلي العظيم «١» و في هذا الباب ثلاثة أحاديث.

و منها ما رواه مفضل بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

سمعتة يقول: أ تدرى ما كان قميص يوسف عليه السلام قال: قلت:

لا قال: ان ابراهيم عليه السلام لما اوقدت له النار أتاه جبرئيل عليه السلام بثوب من ثياب الجنة فألبسه إياه فلم يضره معه حر و لا برد فلما حضر ابراهيم الموت جعله في تميمه و علّقه على اسحاق و علّقه اسحاق على يعقوب فلما ولد يوسف عليه السلام علّقه عليه فكان في عضده حتى كان من أمره ما كان فلما أخرجه يوسف بمصر من التميمه وجد يعقوب ريحه و هو قوله «انى لاجد ريح يوسف

لو لا أن تفندون» فهو ذلك القميص الذى أنزله الله من الجنة قلت: جعلت فداك فالى من صار ذلك القميص قال:

الى أهله ثم قال كل: نبى ورث علما أو غيره فقد انتهى الى آل محمد صلى الله عليه وآله «٢» و فى هذا الباب خمسة احاديث الى غيرها من

(١) الاصول من الكافى ج ١ ص ٢٣٠ باب ما أعطى الائمه عليهم السلام من اسم الله الاعظم الحديث ١.

(٢) الاصول من الكافى ج ١ ص ٢٣١ باب ما عند الائمه من آيات الأنبياء عليهم السلام الحديث ٥.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٥

الاحاديث الواردة فى هذا المجال.

**فنقول يمكن الاستدلال على المدعى بهذه الروايات بوجوه من البيان**

**الوجه الأول: ان العلم هل يكون منشأ للعمل الخارجى أم لا؟**

أما على الاول فيتم الامر كما هو ظاهر و أما على الثانى فنقول: القدره على كل أمر ممكن هل يكون له سبب أو لا؟ لا سبيل الى الثانى و على الاول يتم الامر.

**الوجه الثانى: انه يظهر بالمصراحه من بعض نصوص هذه الطائفة ان علم الكتاب يقتضى الاقدار على التصرف و الاتيان بخوارق العاده**

لاحظ ما رواه عبد الرحمن بن كثير عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال الذى عنده علم من الكتاب انا آتيك به قبل أن يرتد إليك طرفك» قال ففرج أبو عبد الله عليه السلام بين اصابعه فوضعها فى صدره ثم قال و عندنا و الله علم الكتاب كله «١».

**الوجه الثالث: انه يستفاد من بعض نصوص هذه الطائفة ان الائمه عليهم السلام ورثوا من الأنبياء العلم الذى يكون منشأ للقدره**

لاحظ ما رواه مفضل بن عمر قال أتينا باب أبى عبد الله عليه السلام و نحن نريد الاذن عليه فسمعناه يتكلم بكلام ليس بالعربيه فتوهمنا انه بالسريانيه ثم بكى فبكينا لبكائه ثم خرج إلينا الغلام فأذن لنا فدخلنا عليه فقلت: أصلحك الله أتيناك نريد الاذن عليك فسمعناك تتكلم بكلام ليس بالعربيه فتوهمنا انه بالسريانيه ثم بكيت فبكينا لبكائك فقال: نعم ذكرت الياس النبى و كان

(١) الاصول من الكافي ج ١ ص ٢٢٨ الحديث ٥ باب انه لم يجمع القرآن كله الا الاثمه عليهم السلام.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٦

فقلت كما كان يقول فى سجوده ثم اندفع فيه بالسريانيه فلا والله ما رأينا قسا ولا جاثليقا أفصح لهجه منه به ثم فسرنا بالعربيه فقال: كان يقول فى سجوده «أترك معذبي وقد أظمأت لك هو اجرى أتراك معذبي وقد عفرت لك فى التراب وجهي أتراك معذبي وقد اجتنبت لك المعاصي أتراك معذبي وقد أسهرت لك ليلي قال فاوحى الله إليه ان ارفع رأسك فاني غير معذبك قال فقال ان قلت لا اعذبك ثم عذبتني ما ذا أ لست عبدك و انت ربي قال فاوحى الله إليه ان ارفع رأسك فاني غير معذبك انى اذا وعدت وعدا وفيت به «١».

الطائفه الثانيه ما وردت من

النصوص المتواتره على صدور المعاجز منهم و قد ذكر كثيرا منها الشيخ الحر قدس سره فى كتابه المسمى باثبات الهداه و أيضا قد ذكر المجلسى قدس سره روايات فى هذا المجال من أراد الوقوف عليها فليراجع البحار و اثبات الهداه و غيرهما من الكتب التى قد ذكرت فيها معاجزهم و صدور خوارق العاده منهم.

الطائفة الثالثه: ما نقل عنهم من دعوى قدرتهم على التأثير فى الكون لاحظ ما رواه ابان الاحمر قال: قال الصادق عليه السلام يا أبان كيف تنكر الناس قول أمير المؤمنين عليه السلام لَمَّا قال: لو شئت لرفعت رجلى هذه فضربت بها صدر ابن أبى سفيان بالشام فنكسته عن سريره و لا ينكرون تناول آصف وصى سليمان عرش بلقيس و اتيانه سليمان به قبل أن يرتد إليه طرفه أليس نبينا صلى الله عليه و آله أفضل الأنبياء و وصيه أفضل الأوصياء أ فلا جعلوه كوصى سليمان عليه السلام حكم الله بيننا و بين من جهد حقنا و أنكر

---

(١) الاصول من الكافى ج ١ ص ٢٢٧ باب ان الائمة عليهم السلام عندهم جميع الكتب ... الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٧

فضلنا «١».

و لاحظ ما رواه جابر عن أبى جعفر عليه السلام قال: دخلت عليه فشكوت إليه الحاجه قال: فقال: يا جابر ما عندنا درهم فلم ألبث ان دخل عليه الكميت فقال له: جعلت فداك ان رأيت أن تأذن لى حتى أنشدك قصيده قال: فقال انشده فأنشده فقال: يا غلام اخرج من ذاك البيت بدره فادفعها الى الكميت.

قال فقال له جعلت فداك ان رأيت أن تأذن لى أنشدك قصيده اخرى قال: انشد فأنشده اخرى فقال: يا غلام اخرج من ذلك

البيت بدره فادفعها الى الكميت قال فأخرج بدره فدفعها إليه.

قال فقال له: جعلت فداك ان رأيت ان تأذن لي انشدك ثالثه قال له انشد [فأنشده] فقال يا غلام أخرج من ذلك البيت بدره فادفعها إليه قال فأخرج بدره فدفعها إليه فقال الكميت جعلت فداك و الله ما احبكم لغرض الدنيا و ما أردت بذلك الا صله رسول الله صلى الله عليه و آله و ما أوجب الله عليّ من الحق.

قال: فدعا له ابو جعفر عليه السلام ثم قال يا غلام ردها مكانها قال فوجدت في نفسي و قلت: قال ليس عندي درهم و أمر للكमित بثلاثين ألف درهم قال: فقام الكميت و خرج قلت له جعلت فداك:

قلت ليس عندي درهم و أمرت للكमित بثلاثين ألف درهم فقال لي يا جابر قم و ادخل البيت قال فقممت و دخلت البيت فلم اجد منه شيئاً قال: فخرجت إليه فقال لي يا جابر ما سترنا عنكم اكثر مما اظهرنا لكم فقام و أخذ بيدي و ادخلني البيت ثم قال و ضرب برجله الارض فاذا شبيه بعنق البعير قد خرجت من ذهب ثم قال لي يا جابر انظر الى هذا و لا تخبر به احدا الا من تثق به من اخوانك ان الله أقدرنا

---

(١) بحار الانوار ج ١٤ ص ١١٥ الحديث ١٢.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٨

على ما نريد و لو شئنا أن نسوق الارض بازمتها لسقناها «١».

هذا تمام الكلام في المورد الاول اي الولاية التكوينية للامام.

**و اما المورد الثاني و هي ولاية الامام عليه السلام و لايه تشريعيه أي التصرف في أموال الناس و انفسهم**

**فيمكن الاستدلال عليه بوجوه:**

**الوجه الأول قوله تعالى «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ» «٢»**

الآيه فان هذه الآيه الشريفه تدل على كون النبي صلى الله عليه و آله اولي بالنسبه الى المؤمن من نفسه ان قلت هذه الآيه تدل على الاولويه بالنسبه الى

النفس و لا دلالة فيها بالنسبة الى المال قلت أولا ان الاولويه بالنسبه الى النفس تستلزم الاولويه بالنسبه الى المال و بعبارة اخرى تدل الآيه على الاولويه بالنسبه الى المال بالفحوى لكون النفس اهم من المال و ثانيا ان الولاية على النفس على الاطلاق تستلزم الولاية على المال اذ التصرف فى مال الغير بلا ولاية عليه لا يمكن و بعبارة واضحة الولاية على التصرف فى مال الغير نوع ولاية على نفسه فالولاية المطلقة على نفس الغير تقتضى الولاية على ماله فدلالة الآيه على المدعى تامه ان قلت الاستفادة من الآيه الولاية للنبي و أما بالنسبه الى الامام عليه السلام فالآيه ساكتة عنه قلت الاستفادة من كلام النبي صلى الله عليه و آله فى خطبه الغدير ثبوت تلك الولاية لعلى عليه السلام فانه صلى الله عليه و آله بعد اقرارهم بولايته عليهم قال من كنت مولاه فهذا على مولاه الخ مضافا الى انه لا اشكال عند الاصحاب ان ما للرسول الاكرم ثابت لعلى عليه السلام.

(١) بحار الانوار ج ٤٦ ص ٢٣٩ الحديث ٢٣.

(٢) الاحزاب الآيه ٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٩

### الوجه الثانى قوله تعالى «إِنَّمَا وَئِيكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا» ١

فان الآيه تدل على ولاية الله و رسوله و الذين آمنوا ولاية مطلقة على الناس هذا من ناحيه و من ناحيه اخرى ان المراد من الَّذِينَ آمَنُوا الائمه عليهم السلام و مقتضى الولاية المطلقة الولاية على النفوس و الاموال فهذا الوجه أيضا تام من حيث الدلالة على المدعى.

### الوجه الثالث جمله من النصوص

و من جمله تلك النصوص ما رواه أحمد بن عيسى عن أبى عبد الله عليه السلام فى قول الله عز و جل «إِنَّمَا وَئِيكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا» قال: انما يعنى أولى بكم أى أحق بكم و باموركم و انفسكم و أموالكم الله و رسوله و الَّذِينَ آمَنُوا يعنى عليا و أولاده الائمه عليهم السلام الى يوم القيامة ثم وصفهم الله عز و جل فقال: الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ وَ كَانَ أمير المؤمنين عليه السلام فى صلاة الظهر و قد صلى ركعتين و هو راعع و عليه حله قيمتها ألف دينار و كان النبي صلى الله عليه و آله كساه اياها و كان النجاشى أهداها له فجاء سائل فقال: السلام عليك يا ولى الله و أولى بالمؤمنين من أنفسهم تصدق على مسكين فطرح الحلقة إليه و أوما بيده إليه ان احملها فأنزل عز و جل فيه هذه الآيه و صير نعمه أولاده بنعمته فكل من بلغ من أولاده بلغ الامامه يكون بهذه النعمه مثله فيتصدقون و هم راکعون و السائل الذى سأل أمير المؤمنين عليه السلام من الملائكة و الذين يسألون الائمه من أولاده يكونون من الملائكة ٢ الى غيرها من الروايات المذكوره فى هذا الباب و ابواب آخر.



(١) المائدة الآيه ٥٥.

(٢) الاصول من الكافي ج ١ ص ٢٨٨ الحديث

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٠

و لا- يخفى انه لا- تترتب نتيجة عمليه على هذا البحث أما فى زمان الغيبه كزماننا فظاهر اذ ليس الامام عليه السلام حاضرا فلا موضوع لتصرفه و أما فى زمان الحضور فنفس تصرفه فى شىء دليل على نفوذه فلاحظ.

«قوله قدس سره: و بين موارد الوجهين عموم من وجه»

يمكن أن يقال ان ماده الاجتماع التصرف فى مجهول المالك و التصديق به على ما هو المشهور بين القوم فان الحاكم له أن يتصرف فيه بنفسه و تصرف الغير منوط باذنه على ما هو المقرر عندهم من أن التصديق به منوط باذنه و يفترقان فى الزكاه فان تصرف المالك لا ينوط باذن الحاكم و تصرف الحاكم فى الزكاه و تأديتها على ما هو المقرر من جواز التصدى للحاكم و فى التقاص لو قلنا بانه ينوط باذن الحاكم و ليس للحاكم التصرف فيه بنفسه.

«قوله قدس سره: ثم اذنه المعتبر فى تصرف الغير اما أن يكون على وجه الاستنابه»

الفرق بين الاستنابه و التوليه ان النيابة أى الوكاله تزول بموت المنوب عنه و الموكل و لا يعقل بقائها بعد موته فان الوكيل وجود تنزيلي للموكل و فرع من ذلك الاصل و مع انتفاء الاصل لا موضوع للفرع.

و أما التوليه فهى لا- تزول بموت المولى و الجاعل للتوليه و لذا المتولى للوقف يكون باقيا على توليته حتى بعد وفات الواقف لكن الاشكال فى أصل المسأله و انه هل يكون للحاكم جعل التوليه فانه لو لم تثبت ان ولايته على الاموال و الانفس كولايه الامام عليه السلام لا يمكن الالتزام بصحة جعله التوليه لاحد بل لا بد من العمل على

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب،

المقدار المعلوم و القدر المعلوم جواز تصرفه بنفسه أو بوكيله فلاحظ.

### [مقتضى الاصل عدم ثبوت الولاية لاحد]

#### اشاره

«قوله قدس سره: اذا عرفت هذا فنقول مقتضى الاصل عدم ثبوت الولاية لاحد»

يقع الكلام تاره فى المقام فى مقتضى الاصل و القاعده الأولويه و اخرى فى مقتضى الادله الثانويه فالكلام يقع فى موضعين

### أما الموضوع الاول فنقول: مقتضى الكتاب و السنه و الاصل العملى عدم ولايه احد على غيره

أما الكتاب فقوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» «١» فان مقتضى الآيه الشريفه عدم التصرف فى مال الغير و عدم ولايه احد على غيره فى بيع ماله و أما السنه فقوله عليه السلام «لا تبع ما ليس عندك» فان الاستفادة من الجمله عدم جواز بيع مال الغير كما ان مقتضى قوله عليه السلام «الطلاق بيد من أخذ بالساق» عدم جواز طلاق زوجه احد لغيره و أما الاصل فمقتضاه عدم تأثير التصرف فى نفس الغير و لا ماله فلو لم يقم دليل على الولاية لا اشكال فى عدمها بمقتضى الادله الثلاثه فلاحظ.

### و أما الموضوع الثانى

#### اشاره

فما يمكن أن يستدل به على المدعى وجهان

### الوجه الأول: جملة من النصوص

و منها ما رواه النورى فى مستدركه، قال رسول الله صلى الله عليه و آله الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا فى الدنيا قيل: يا رسول الله فما دخولهم فى الدنيا؟

قال: اتباع السلطان فاذا فعلوا ذلك فاحذروهم على أديانكم «٢».

(١) النساء / ٢٩.

(٢) مستدرک الوسائل الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به الحديث ٨.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٢

سندا أولا: بعدم دليل على وثاقه السيد فضل الله الراوندى مؤلف الكتاب.

و ثانيا: ان الروايه منقوله عن الجعفریات و كتاب الجعفریات بنفسه لا اعتبار به فان مؤلف الكتاب اسماعيل بن موسى بن جعفر و الرجل لم يوثق و انجبار الخبر بعمل المشهور ممنوع صغرويا و كبرويا و النورى نقل الخبر المذكور فى موضع مرسلا «١» و المرسل لا اعتبار به هذا من حيث السند.

و أما من حيث الدلاله فغايه ما يمكن أن يقال فى الاستدلال بالروايه على المدعى ان المستفاد منها ان العلماء أمناء الرسل و بطبيعه الحال الامانه تجعل عند الامين و حذف المتعلق يفيد العموم و مقتضاه ان كل ما يكون للرسول يكون امانه عند العالم فكل ما يكون له يكون للعالم فكما ان الرسول له الولاية تكون للعالم.

و يرد عليه ان الحكم لا يتعرض لموضوع نفسه و عليه نقول:

المستفاد من الحديث ان العالم لو جعل الشىء عنده من قبل الرسول لا يخون و أما تحديد الامانه و بيان خصوصياته فهو غير معلوم.

و ان شئت قلت: ان الولاية لو جعلت عند العالم امانه لا يخون فيها و لكن لا ندرى انه هل جعلت عنده أم لا

و مقتضى الاستصحاب عدم وضعها عنده. اضيف الى ذلك ان الولاية اذا كانت ثابتة للفقهاء تكون من قبل الله و لا- يرتبط بالرسول فلا مجال لان يقال ان الولاية امانه للرسول عند العالم.

و يضاف الى ذلك كله ان ذيل الحديث قرينه على ان المراد من الامانه الاحكام الشرعيه فان قوله عليه السلام «فاحذروهم على اديانكم» قرينه على ان المراد من الامانه الاحكام فلاحظ. اللهم الا

---

(١) مستدرک الوسائل الباب ١١ من أبواب صفات القاضى الحديث ٥.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٣

أن يقال ان الفقيه اذا لم يكن ورعا يمكن ان يخون فى الولاية و يتصرف فى الامانه بأن يتصرف فى الاعراض و الاموال و النفوس بنحو غير جائز فاحذروهم.

و من تلك النصوص ما رواه الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام فان قال: فلم جعل أولى الامر و أمر بطاعتهم قيل لعل كثيره منها أن الخلق لمّا وقفوا على حدّ محدود و امروا أن لا- يتعدوا ذلك الحد لما فيه من فسادهم لم يكن يثبت ذلك و لا يقوم الا بأن يجعل عليهم فيه أمينا يأخذهم بالوقف عند ما ابيح لهم و يمنعهم من التعدى و الدخول فيما خطر عليهم لانه لو لم يكن ذلك كذلك لكان احد لا- يترك لذته و منفعه لفساد غيره فجعل عليهم قيما يمنعهم من الفساد و يقيم فيهم الحدود و الاحكام.

و منها انا لا نجد فرقه من الفرق و لا مله من الملل بقوا و عاشوا الا بقيم و رئيس لما لا بد لهم منه فى أمر الدين و الدنيا فلم يجز فى حكمه الحكيم أن يترك الخلق ممّا يعلم انه لا بد لهم منه و لا

قوام لهم الا به فيقاتلون به عدوهم و يقسمون به فيئهم و يقيم لهم جمعتهم و جماعتهم و يمنع ظالمهم من مظلومهم.

و منها انه لو لم يجعل لهم إماما قيما أميناً حافظاً مستودعا لدرست الملة و ذهب الدين و غيّرت السنه و الاحكام و لزداد فيه المبتدعون و نقص منه الملحدون و شبهوا ذلك على المسلمين لأنّنا قد وجدنا الخلق منقوصين محتاجين غير كاملين مع اختلافهم و اختلاف أهوائهم و تشتت أنحائهم فلو لم يجعل لهم قيما حافظا لما جاء به الرسول فسدوا على نحو ما بينا و غيرت الشرائع و السنن و الاحكام و الايمان و كان في ذلك فساد الخلق اجمعين «(١)».

---

(١) بحار الانوار ج ٢٣ ص ٣٢ باب الاضطرار الى الحججه الحديث ٥٢.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٤

بتقريب ان الاستفادة من الحديث ان جعل القيم و الامام لازم للامه فلا بد في زمن الغيبه من كون الفقيه وليا.

و فيه أولا: ان اسناد الصدوق الى الفضل بن شاذان فيما يرويه عن الرضا عليه السلام مخدوش على ما كتبه الحاجياني.

و ثانيا: ان الامام عليه السلام مجعول من قبل الله على الناس و هو روي فداء موجود غايه الامر ان عدمه منا و نحن مقصرون.

و بعبارة واضحة: لا تدل الروايه على المدعى فان الحديث يدل على لزوم وجود الامام و المفروض انه تعالى عين الامام عليه السلام غايه الامر ان سوء اعمال العباد اوجب غيبته و الروايه لا تدل على أن غيره في زمن غيبته نائب عنه و ولي على الناس فلاحظ.

و من تلك النصوص ما رواه في تحف العقول من كلام الحسين ابن علي عليهم السلام في الامر بالمعروف و النهي

عن المنكر:

و يروى عن أمير المؤمنين عليه السلام «اعتبروا ايها الناس بما وعظ الله به أوليائه من سوء ثنائه على الاحبار اذ يقول «لَوْ لَا يَنْهَاهُمْ الرَّبَّائِيُونَ وَ الْأَخْبَارُ عَنْ قَوْلِهِمُ الْإِثْمُ» الى أن قال و انتم أعظم الناس مصيبه لما غلبتم عليه من منازل العلماء لو كنتم تسعون ذلك بأن مجارى الامور و الاحكام على أيدي العلماء بالله الامناء على حلاله و حرامه فأنتم المسلوبون تلك المنزله و ما سلبتم ذلك الا بتفرقكم عن الحق و اختلافكم فى السنه بعد البيئه الواضحه و لو صبرتم على الاذى و تحملتم المثونه فى ذات الله كانت امور الله عليكم ترد و عنكم تصدر و إليكم ترجع» الخبر «١».

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان الامور بيد العلماء باختيارهم فهم قادرون شرعا على أن يتصرفوا فى الامور و هذا هو

---

(١) المستدرک الباب ١١ من ابواب صفات القاضى الحديث ١٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٥

المراد بالولاية.

و يرد عليه أولا ان الحديث ضعيف سندا و غير قابل للاستدلال به و انجباره بعمل المشهور ممنوع صغويا و كبرويا.

و ثانيا: ان الامور جمع معرف باللام و مفيد للعموم الوضعى فجميع الامور تجرى بيدهم بلا فرق بين التكويني و التشريعيه فالعالم خليفه الله فى أرضه و سمائه فكما ان ازمه الامور طرا بيده كذلك ازمه الامور بيد العالم و هذا المقام لا يكون للفقيه بالضروره فيكون المراد مجملا و غير معلوم.

فاما يكون المراد من العلماء الأنبياء و الائمه فلا- يكون اللفظ شاملا- للفقيه و اما يكون المراد من الامور الاحكام الشرعيه فلا يرتبط بالمقام فعلى كلا التقديرين لا يكون الحديث وافيا لاداء المقصود.

و من تلك النصوص ما عن الرسول الاكرم

صلى الله عليه وآله:

اللهم ارحم خلفائي ثلاثا قيل و من خلفائك؟ قال الذين يأتون بعدى و يروون حديثى و سنتى «١».

بتقريب ان الخليفه و النائب يكون له ما للمنوب عنه و للمخلف فالحديث المذكور يفى بالمقصود.

و يرد على الاستدلال أولا: ان الروايه و ان كانت منقوله بطرق عديده لكن لا اعتبار بها سندا فان الطرق المتعدده المشار إليها كلها ضعيفه و لا جابر لها و من الظاهر ان التواتر لا يتحقق بهذا المقدار فلا مجال لدعوى التواتر هذا من حيث السند.

و أما من حيث الدلاله فان المستفاد من الحديث انه صلى الله عليه و آله ترخم على خلفائه و عرفهم و شخصهم بكونهم راوين لحديثه

---

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب صفات القاضى الحديث ٧.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٦

و معلمون لسنته و هذا العنوان المشير يصدق على الرواه و هل يمكن أن يلتزم بكون الراوى للحديث له الولايه كولايه النبى صلى الله عليه و آله؟ فالمراد من الخلافه اما مجمل و اما كونهم خليفه له من هذه الجبهه و على كلا التقديرين لا يستفاد المدعى من الحديث.

و منها ما أرسله العلامه عن رسول الله صلى الله عليه و آله علماء امتى كأنبيا بنى اسرائيل «١».

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان منزله العلماء فى هذه الامه كمنزله انبياء بنى اسرائيل و حيث ان الولايه ثابتة لهم فالولايه ثابتة لعلماء هذه الامه أيضا.

و يرد عليه أولا: ان الحديث مرسل و لا اعتبار بالمرسلات و لا جابر له. و ثانيا: ان وجه الشباهه غير ظاهر اذ لا مجال لان يلتزم بها فى جميع الامور فان النبوه الثابته لهم غير ثابتة لعلماء هذه الامه بالضروره



و مع اجمال وجه الشباهه لا يثبت المدعى كما هو ظاهر.

و ثالثا: انه من اين علم ان الولاية التي مورد الكلام كانت ثابتة لانبياء بنى اسرائيل قاطبه فانه اول الكلام فالنتيجه انه لا يتم الاستدلال فلاحظ. و منها ما روى عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

ان العلماء ورثه الأنبياء «٢».

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان العلماء ورثه الأنبياء فعلماء هذه الامه ورثه لرسول الاسلام و من ناحيه اخرى لا اشكال فى أن الولاية ثابتة للرسول الاكرم فأیضا تكون ثابتة للعلماء.

و هذه الروايه تاره يبحث فيها من حيث السند و اخرى من حيث

---

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب صفات القاضى الحديث ٣٠.

(٢) الاصول من الكافى ج ١ باب ثواب العالم و المتعلم ص ٣٤ الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٧

الدلاله أما من حيث السند فسندها تام.

و أما من حيث الدلاله فلا يستفاد المدعى من الحديث بل المستفاد منه ان إرث الأنبياء عباره عن الاحاديث و الاخبار بل لقائل أن يقول:

المستفاد من الحديث عدم انتقال الولاية من النبى و عدم ارثهم الولاية منه اذ الظاهر من الحديث التحديد و اعطاء الضابطه و الميزان فلا يتم الاستدلال أيضا.

و منها ما رواه فى الفقه الرضوى ان منزله الفقيه كمنزله الأنبياء فى بنى اسرائيل «١».

و تقريب الاستدلال يظهر مما تقدم فى نظيره. و فيه أولان: ان كون الكتاب للامام عليه السلام اول الكلام و الاشكال و قد مر الكلام من هذه الجبهه فى اول الكتاب فراجع ما ذكرناه هناك.

و ثانيا: انا قد ذكرنا انه لا مجال لاثبات المدعى بالجمله المذكوره فلا وجه للاعاده.

و منها ما عن نهج البلاغه أولى الناس بالانبياء اعلمهم بما جاءوا به،

بتقريب انهم أولى يستلزم أن يكون ما للانبيا للعلماء و من جمله ما لهم الولاية فالولاية تكون للعلماء أيضا.

و فيه أولا: الاشكال فى السند فان صدور الجملة المذكوره منه عليه السلام اول الكلام و الاشكال. و ثانيا: ان الاولويه لا تستلزم ثبوت الولاية للعلماء بل الاولويه تدل على أن العلماء أقرب الناس الى الأنبياء و أما هذه الاولويه و الاقربيه تؤثر فى أى شىء و ما يترتب عليها فالحديث غير متعرض له و يلزم أن يفهم من الخارج نعم لو ثبت ان الولاية تنتقل من النبى الى غيره نحكم بأنها تنتقل الى العالم لكن الاشكال فى الانتقال و مقتضى الاستصحاب عدمه.

---

(١) عوائد الايام للنراقى عائدته فى ولاية الحاكم.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٨

مضافا الى أنه لا- اشكال فى أنه على فرض الانتقال تنتقل أولا- الى خليفته و وصيه كأمر المؤمنين بالنسبه الى الرسول الاكرم فلاحظ.

و من تلك النصوص ما رواه اسحاق بن يعقوب عن الحجه عجل الله تعالى فرجه الشريف و أما الحوادث الواقعه فارجعوا الى رواه حديثنا فانهم حجتى عليكم و انا حجه الله «١».

و هذه الروايه من حيث السند مخدوشه بإسحاق بن يعقوب فانه لم يوثق و قيل فى حقه «لا نعرفه مجهول» فلا يعتد بها و أما من حيث الدلاله فالظاهر منها ان الامام عليه السلام ارجع الامه الى رواه الحديث اذ الاحكام تستفاد من الاحاديث فالمراد من الروايه ان حكم كل حادثه من الحوادث التى تقع فى الخارج يؤخذ من الرواه و هم حجه على الناس فلا يرتبط مفاد الحديث بمسأله الولاية بالمعنى الذى نريد اثباتها.

و من تلك النصوص ما رواه على بن أبى حمزه البطائنى قال:

سمعت أبا

الحسن موسى بن جعفر عليه السلام يقول اذا مات المؤمن بكت عليه الملائكة و بقاع الارض التى كان يعبد الله عليها و أبواب السماء التى كان يصعد فيها بأعماله و ثلم فى الاسلام ثلمه لا يسدها شىء لان المؤمنين الفقهاء حصون الاسلام كحصن سور المدينة لها «٢».

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان الفقيه حصن للاسلام و من ناحيه اخرى ان الحصنيه لا تتحقق الا بالدخول فى الامور و الفنق و الرتق و أما لو لم يتداخل الفقيه فى الشئون و لم تكن تصرفاته نافذه فهل يمكن أن يصدق عليه انه حصن من حصون الاسلام و هل يمكن أن يقال انه حافظ للاسلام؟

---

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب صفات القاضى الحديث ٩.

(٢) الاصول من الكافى ج ١. ص ٣٨ باب فقد العلماء الحديث ٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٩

و يرد عليه أولا- ان الروايه ساقطه عن الاعتبار بالبائنى فلا تكون قابله للاستدلال بها. و ثانيا: انه قد ورد فى بعض النصوص ان الاتقياء حصون الاسلام لاحظ ما رواه اسماعيل بن جابر عن أبى عبد الله عليه السلام قال: العلماء أمناء و الاتقياء حصون و الأوصياء ساد «١».

فانه ما معنى قوله عليه السلام «الاتقياء حصون» و هل يمكن القول بولايه الاتقياء لكونهم حصونا و ثالثا: انه يمكن أن يكون المراد بالروايه ان العلماء بيانهم الاحكام الشرعيه و ارشاداتهم و أمرهم بالمعروف و نهيهم عن المنكر حافظون للدين و لشريعته سيد المرسلين.

و الانصاف ان الامر كذلك و الذى يدل على عدم الملازمه بين الامرين ان الصادقين عليهما السلام مع كونهما مقهورين من قبل حكام الجور و ائمه الكفر و الضلال و عدم كونهما وليين بحسب

الظاهر قد نشرا الاحكام و حفظا الاسلام و اركانها بيانتهما الكافيه و ارشاداتهما الشافيه.

و مما يدل على صدق مقالتنا ان المعاندين فى كل زمان و مكان فى مقام المعارضه مع الفقهاء العظام و العلماء الكرام لانهم يعلمون ان الفقهاء سيف قاطع و برهان ساطع و غير قابل للانكار.

و رابعا: انه لو اغمض عن جميع ما تقدم نقول: لا- يثبت بالتقريب المذكور المدعى على الاطلاق بل يثبت فى الجملة فانه لا يستفاد من الحديث المذكور جواز تصرف الفقيه فى الاموال و الاعراض و النفس على نحو الاطلاق و العموم.

و بعبارة اخرى: ولايه الفقيه و كونها كولايه الامام عليه السلام

---

(١) الاصول من الكافى ج ١ ص ٣٣ باب صفه العلم و فضله و فضل العلماء الحديث ٥.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٠

امر و حفظ الاسلام و كيانه أمر آخر و يلزم عدم خلط احد المقامين بالمقام الاخر فلاحظ.

و من تلك النصوص حديث عمر بن حنظله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعه فى دين أو ميراث فتحاكما الى السلطان و الى القضاة أو يحل ذلك قال: من تحاكم إليهم فى حق أو باطل فانما تحاكم الى الطاغوت و ما يحكم له فانما يأخذ سحتا و ان كان حقا ثابتا له لانه أخذ به حكم الطاغوت و ما أمر الله أن يكفر به قال الله تعالى «يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ» قلت: فكيف يصنعان؟ قال ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما فانى قد جعلته عليكم حاكما «١».

بتقريب ان المستفاد

من الحديث ان الامام جعل الفقيه حاكما فله الحكومه و الولاية.

و فيه أولا: ان الحديث ضعيف سندا و لا جابر له. و ثانيا: ان المستفاد منه جعل الفقيه حاكما و قاضيا فى باب الترافع و التنازع فلا يرتبط بالمقام.

و ثالثا: ان جعله واليا و حاكما لا يثبت ولاية الفقيه بالمعنى الذى يكون محل الكلام.

و من تلك النصوص ما رواه أبو خديجه حيث قال عليه السلام اجعلوا بينكم رجلا- قد عرف حالنا و حرامنا فانى قد جعلته عليكم قاضيا «٢» و تقريب الاستدلال هو التقريب فلا وجه للاعاده.

و فيه أولا: ان الحديث ضعيف سندا بابى جهم بل و غيره و ثانيا:

ان الرواية لا تدل على المدعى بل غايه ما يستفاد منها ان منصب

---

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب صفات القاضى الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ١١ من ابواب صفات القاضى الحديث ٦.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨١

القضاوه ثابت للفقيه.

و منها ما رواه سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

اتقوا الحكومه فان الحكومه انما هى للامام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين كنبى «لنبى» أو وصى نبى «١».

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان مقام القضاوه مخصوص بالنبى و وصيه و من ناحيه اخرى انه لا اشكال فى أن الفقيه له القضاوه فتكون له الولاية فانه وصى النبى صلى الله عليه و آله.

و فيه انه لا اشكال فى أن وصى النبى أمير المؤمنين فلا يكون الفقيه وصيا لكن حيث ثبت بالدليل القطعى ان له القضاوه نلتزم بالتخصيص أو نقول الفقيه نائب عام عن الامام عليه السلام فى هذا المنصب فتحصل انه ليس فى النصوص ما يدل على المدعى.

**الوجه الثانى لإثبات الولاية للفقيه ان جمله من الامور نعلم ان الشارع الاقدس لا يرضى ان تعطل**

و يلزم ان يتصرف فيها كاموال

القصر و الموقوفات التي لا متولى لها و هكذا و اذا لم تكن للفقيه ولايه فمن يتصدى لهذه الامور و فيه انه لا اشكال فى ولايه الفقيه بهذا المقدار و لا- ريب فى ان التصدى للامور الحسيه مربوط بالفقيه الجامع للشرائط من باب القدر المتيقن و بعبارة واضحه حيث انه قد علم من الشرع عدم رضاء الشارع بتعطيل الامور المذكوره و من ناحيه اخرى القدر المعلوم جواز تصدى الحاكم لها نلتزم بكون التصدى له بل يمكن ان يقال ان من له الولايه فى الامور المذكوره الاعلم الاتقى فان من يكون اعلم و اتقى اقرب الى ولي الله الاعظم فاذا وصلت النوبه الى تصدى غيره ارواحنا فداه يكون جواز تصدى الاعلم و الاتقى معلوما و جواز تصدى غيره مشكوكا فيه و بعد

---

(١) الوسائل الباب ٣ من هذه الابواب الحديث ٣.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٢

وصول النوبه الى الشك يكون مقتضى القاعده عدم الجواز فان الاصل الاولى و الحجر الاساسى عدم الجواز و الجواز يحتاج الى الدليل لكن هل يمكن الالتزام بهذا المعنى و هل يمكن احراز هذا العنوان مع ان مقتضى الاستصحاب عدم صدقه على من يمكن ان يكون مصداقا له و أيضا يشكل فيما لو دار الامر بين الاعلم و الاتقى الاورع فان الترجيح يحتاج الى الدليل فلا يبعد القول بكفايه الاجتهاد و العداله الا- فيما يحرز ان فلانا اعلم و اورع فاذا احرز و امكن الاستيذان منه يتعين و الا فيكفى اجازه المجتهد العادل و على الجملة لا اشكال فى ثبوت هذا المقدار من الولايه للفقيه لكن لا يتم المدعى بهذا المقدار كما هو ظاهر.

«قوله قدس سره: وجب الرجوع فيه»

لقائل ان

يقول مع الشك في الاشتراط المرجع اصل البراءة فلو شك في انه هل يجوز الامر الفلاني بلا- اذن الفقيه أم لا- يجوز يكون مقتضى البراءة هو الجواز و لو مع عدم اذن الفقيه كما انه لو علم وجوب امر و يشك في اشتراط ذلك الواجب باذنه ينفي الاشتراط باصالة البراءة كما هو المقرر في محله من الاصول و على الجملة تاره يعلم وجوب شىء و يحتمل دخل شىء في الأمور به تجرى البراءة عن الاشتراط و اخرى لا يعلم بكونه واجبا الا مع الشرط الكذائي و في هذه الصورة لا يتحقق الوجوب الا مع تحقق الشرط كما هو الميزان الكلى.

«قوله قدس سره: فيدل عليه مضافا الى ما يستفاد»

قد ظهر مما ذكرنا النقاش في اسناد هذه الروايات مضافا الى الاشكال في دلالتها فلاحظ.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٣

«قوله قدس سره: و اما ما يشك في مشروعيتها»

الامر كما افاده اذ مقتضى الادله الاولى عدم الجواز تكليفا و عدم الصحة وضعا فان الجلد حرام و ايداء الغير غير جائز كما ان نفوذ التصرف الوضعى خلاف الاصل الاولى فلا بد من احراز المشروعيه فى الرتبة السابقة.

«قوله قدس سره: احدهما وجوب ايكال المعروف»

قد ذكرنا انه لو علم وجوب امر يمكن الاتيان به بلا اذن من الحاكم فان مقتضى البراءة عند الشك عدم الالتزام نعم فى الامور الوضعيه عند الشك يلزم الاحتياط اذ مقتضى الاصل عدم ترتب الاثر الا فيما علم كونه مؤثرا.

«قوله قدس سره: ثم انه قد اشتهر فى الالسن و تداول فى بعض الكتب روايه ان السلطان ولى من لا ولى له» «١»

فيستدل بالحديث على المدعى و الروايه تامه من حيث الدلاله على ان الامام عليه

السلام الذى يكون سلطانا فى وعاء الشرع له الولاية على من يحتاج الى الولي لكن الحديث مخدوش سندا فان المرسلات لا اعتبار بها مضافا الى ان الحديث بنفسه لا يثبت المدعى الا بعد تمامه الدليل على كون الفقيه نائبا عن الامام فى جميع الامور التى تكون له و عمدته الاشكال هذا و الا فلا اشكال فى كون الامام عليه السلام له الولاية المطلقة على الكل فى الكل.

«قوله قدس سره: و هذا أيضا بعد الانجبار سندا أو مضمونا»

ذكرنا ان ولايه الامام عليه السلام لا اشكال فيها فالاشكال تمام الاشكال فى عموميه النيابه و مجرد الشك فيها يكفى للحكم بالعدم

---

(١) مستدرک الوسائل ج ١٨ الباب ٢ من ابواب العاقله الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٤

لاستصحاب عدمها بل النتيجة كذلك حتى على تقدير فرض عدم الاستصحاب اذ اثبات نفوذ اعمال الولاية و التصرف فى مال الصغير مثلا أو نفسه يحتاج الى الدليل و المفروض عدمه.

«قوله قدس سره: لكن يستفاد منه ما لم يكن يستفاد من التوقيع»

بل لا يستفاد منه شىء ابدا حتى يستفاد منه ما لا يستفاد من التوقيع اذ المستفاد من الحديث كون الامام وليا و لا اشكال فى ولايته عليه السلام نعم لو قلنا بان المراد من السلطان مطلق من بيده السلطه الخارجيه كسلاطين بنى اميه و بنى العباس و فرضنا ان الفقيه صار سلطانا خارجيا يشمله الحديث و لكنه فرض فى فرض و لا دليل على كون السلطان عبارته عن الذى بيده السلطه الخارجيه مضافا الى انه مع الاغماض لا يتم الامر اذ المدعى كون الفقيه وليا و لو لم يكن سلطانا فى الظاهر و لم تكن له سلطنه و لو



فى الجملة فلاحظ.

«قوله قدس سره: يراد به كونه ممن ينبغي ان يكون له من يقوم بمصالحه»

الحق ان ما أفاده تام فان العرف يفهم من العبارة من يكون له لا عليه فلاحظ.

«قوله قدس سره: فافهم»

لعله ناظر الى عدم الفرق بين الانتفاع و الضرر فافهم.

«قوله قدس سره: اعلم ان ما كان من قبيل ما ذكرنا»

الامر كما أفاده فانه لو فرض ان مطلوبه أمر للشارع الاقدس لا تنوط بوجود أو نظر شخص خاص بل مطلوبته على الاطلاق و فرض عدم امكان الوصول الى الفقيه فلا ريب فى جواز تولى غيره

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٥

فى الجملة و القدر المعلوم جواز تصدى من يكون عادلا- و أما اذا شك فى اشتراط المطلوبه و المأذونه باذن الفقيه فلا يجوز لغيره التصدى لذلك الامر و اتصاله عدم الاشتراط لا تثبت الاطلاق الا على القول بالاثبات الذى لا نقول به.

مضافا الى كون الاصل المذكور معارضا باصاله عدم الاطلاق و من ناحيه اخرى مقتضى الاصل عدم نفوذ تصرف من يشك فى ولايته.

### [مسأله فى ولايه عدول المؤمنين]

#### اشاره

«قوله قدس سره: لعموم و تعاؤنوا على البر و التتوى و لا تعاؤنوا على الاثم و العداوان» (١)

«قوله قدس سره: و قوله عليه السلام و الله فى عون المؤمن»

لاحظ ما رواه جميل بن صالح عن ذريح قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول ايما مؤمن نفس عن مؤمن كربه و هو معسر يسر الله له حوائجه فى الدنيا و الآخرة و من ستر على مؤمن عوره يخافها ستر الله عليه سبعين عوره من عورات الدنيا و الآخرة قال و الله فى عون المؤمن ما كان المؤمن فى عون أخيه فانتفعوا بالعظه و ارغبوا فى الخير (٢).

«قوله قدس سره»

سره: و قوله صلى الله عليه و آله»

لاحظ ما رواه معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

قال رسول الله صلى الله عليه و آله كل معروف صدقه «٣».

الظاهر انه لا يمكن الاستدلال بهذه المطلقات على المدعى

---

(١) المائدة / ٢.

(٢) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب فعل المعروف الحديث ٢.

(٣) الوسائل الباب ١ من ابواب فعل المعروف الحديث ٢.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٦

فان الاخذ بإطلاق الدليل أو عمومه لا يجوز في مورد الشك في المصداق و المفروض ان جواز التصدى و التصرف في مال اليتيم مثلا أوّل الكلام و الاشكال.

بل لنا أن نقول انه يحرز عدم الجواز بالاصل فعلى تقدير جواز الاخذ بالإطلاق في الشبهه المصداقيه لا يجوز في المقام اذ يحرز عدم المعروفيه بالاصل اى الاستصحاب فان كون التصرف الفلانى معروفا أوّل الكلام.

و ان شئت قلت: يشترط في الموضوع كونه معروفا شرعا و لا ندرى كونه معروفا. و بعبارة واضحة: هل يمكن الاخذ بقوله «كل معروف صدقه» اطعام الفقير باموال الناس بدون رضاهم كلا ثم كلا بل يحرز عدم الجواز بالدليل اللفظى فان مقتضى قوله صلى الله عليه و آله: «لا- يحل دم امرئ مسلم و لا- ماله الا بطيبه نفسه» «١» عدم جواز التصرف الخارجى في مال الغير مثلا كما ان مقتضى قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك عدم جواز التصرف الاعتبارى.

و على الجملة لا بد أولا من احراز كون التصرف الفلانى مطلوباً للشارع و لا ينوط باذن الامام عليه السلام أو الفقيه بل يجوز أو يجب في كل زمان غايه الامر ما دام يتصدى الامام أو يمكن الاستيدان منه لا يجوز التصدى لغيره كما ان التصدى

لغير الحاكم مع امكان الاستيذان منه لا يجوز و أما مع عدم امكان الاستيذان منه فيجوز التصدى لكل احد.

### [بقي الكلام فى اشتراط العدالة]

#### اشاره

«قوله قدس سره: بقى الكلام فى اشتراط العدالة»

وقع الكلام بين الاصحاب فى أنه

---

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب مكان المصلى الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٧

### هل يشترط العدالة فى المتصدى للامور الحسينيه أم لا

#### اشاره

و الكلام فى هذا المقام تاره يقع فيما هو مقتضى القاعده الاولى و اخرى فيما تقتضيه النصوص الخاصه الوارده فى باب التصدى فهنا مقامان.

### أما المقام الأول [فى ما هو مقتضى القاعده الأولى]

فنقول مقتضى القاعده الاولى هو الاشتراط اذ المستفاد من الادله اللفظيه و الاصل العملى عدم جواز التصرف فى نفس الغير و ماله تكليفا و عدم نفوذه وضعا فلا يجوز التصرف الخارجى فى مال الغير كما لا يصح التصرف الاعتبارى فى نفسه و ماله و الخروج عن القاعده الاولى يحتاج الى قيام دليل على الجواز و القدر المعلوم جواز تصرفه لمن يكون عادلا- فما دام يمكن تصدى العادل لا تصل النوبه الى الفاسق هذا هو المقام الأول.

و أما

### المقام الثانى [فىما يقتضيه النصوص الخاصه]

فقد وردت فى المقام عدة روايات منها ما رواه محمد بن اسماعيل بن بزيع قال مات رجل من أصحابنا و لم يوص فرفع أمره الى قاضى الكوفة فصير عبد الحميد القيم بماله و كان الرجل خلف ورثه صغارا و متاعا و جوارى فباع عبد الحميد المتاع فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن اذ لم يكن الميت صير إليه وصيته و كان قيامه فيها بأمر القاضى لانهن فروج قال: فذكرت ذلك لابى جعفر عليه السلام و قلت له: يموت الرجل من أصحابنا و لا يوصى الى احد و يخلف جوارى فيقيم القاضى رجلا منّا فيبيعهن أو قال يقوم بذلك رجل منّا فيضعف قلبه لانهن فروج فما ترى فى ذلك؟ قال: فقال: اذا كان القيم به مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس «١».

و تقريب الاستدلال بالحديث انه علق جواز التصدى على كون المتصدى مثل ابن بزيع و عبد الحميد و لا ندرى ان الدخيل فى الجواز المشابهه فى التشيع أو فى العدالة أو فى الوثاقه أو فى الاجتهاد

---

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث ٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٨

أو

فى الجمىع و القاعده تقتضى رعايه جمىع الجوانب المحتمله اذ بلا- رعايه جمىع القيود المحتمله لا- مجال للجزم بالجواز فان مقتضى الشرطيه عدم الجواز عند انتفاء الشرط فعليه اذا لم يكن المتصدى جامعا للقيود المذكوره لا يجوز تصديه.

و هذا الذى نقول لا بد منه حتى على فرض عدم احراز القيود المذكوره فى ابن بزيع أو عبد الحميد اذ يلزم بمقتضى الروايه احراز المائله فيكفى للرعايه مجرد الشك.

و لكن ىرد على الاستدلال المذكور أولا ان الكلام فى ولايه العدول و مقتضى الحديث انحصار الولايه فى المجتهد العادل فلا يتم المدعى و ثانيا ان الروايه لا ترتبط بالمقام فان مورد الحديث التصرف فى أموال اليتيم و الكلام فى مطلق الامور الحسينيه و من الممكن ان الشارع الاقدس قد اشترط فى مورد التصرف فى أموال اليتامى شروطا و قيد قيودا.

و من تلك النصوص ما رواه ابن رثاب قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بينى و بينه قرابه مات و ترك أولادا صغارا و ترك ممالىك غلمانا و جوارى و لم يوص فما ترى فيمن يشتري منهم الجاربه فيتخذها أم ولد و ما ترى فى بيعهم قال: فقال:

ان كان لهم ولى يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجورا فيهم قلت: ما ترى فيمن يشتري منهم الجاربه فيتخذها أم ولد فقال لا بأس بذلك اذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم فليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم «١».

و هذه الروايه علقت جواز التصرف على كون المتصدى وليا و الحكم لا يتعرض لموضوع نفسه.

---

(١) الوسائل الباب ١٥ من ابواب عقد البيع و شروطه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢،

و بعبارة اخرى: قد فرض فى الحديث وجود الولى و الكلام فى أنه من يكون وليا مضافا الى أن الحديث وارد فى التصرف فى مال اليتيم و الكلام فى مطلق التصدى للامور الحسينيه.

و منها ما رواه سماعه قال: سألته عن رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصيه و له خدم و مماليك و عقد كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك الميراث قال: ان قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله فلا بأس «١».

و المستفاد من الحديث المذكور انه يكفى فى قسمه الارث المشترك بين الكبار و الصغار الايتام تصدى الثقه و لا بد من الاقتصار على مورده.

و منها ما رواه اسماعيل بن سعد الاشعري قال سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصيه و ترك أولادا ذكرا غلمانا صغارا و ترك جوارى و مماليك هل يستقيم أن تباع الجوارى قال نعم و عن رجل يموت بغير وصيه و له ولد صغار و كبار أ يحلّ شراء شىء من خدمه و متاعه من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلك فان تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستعمله الخليفه أ يطيب الشراء منه أم لا فقال اذا كان الاكابر من ولده معه فى البيع فلا بأس اذا رضى الورثه بالبيع و قام عدل فى ذلك «٢».

و مقتضى هذه الروايه كفايه العدالة و ببركه هذه الروايه يتصرف فى تلك الروايه و يقال يكفى العدالة فى جواز التصدى لكن الحديث وارد فى التصرف فى مال اليتيم و لا- تستفاد منه الكبرى الكليه فاللازم العمل على طبق القواعد الاوليه و مقتضاها الترتيب فالمتصدى

---

(١) الوسائل الباب ٨٨ من ابواب أحكام الوصايا الحديث ٢.

(٢) الوسائل

الباب ١٦ من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث ١.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٠

فى الدرجه الاولى المجتهد الجامع للشرايط و العادل فى الدرجه الثانيه و مطلق المؤمن فى الدرجه الثالثه.

و أما بالنسبه الى التصرف فى مال اليتيم فيجوز التصدى للعادل و لو مع وجود المجتهد للنص الخاص هذا ما يختلج ببالى القاصر فى هذه العجالة لكن هذا بالنسبه الى التصرف فى مال اليتيم.

و أما التصدى للامور العامه كأخذ الزكوات و الاخماس و التصرف فى الاوقاف العامه التى لا متولى لها و هكذا فان لم يعلم من الشرع جواز التصدى أو وجوبه فلا يجوز التصرف و أما ان علم من الشريعه الجواز أو الوجوب ففى زمان الغيبه كزمتنا هذا لا بد من دخاله الفقيه الجامع للشرايط فان ولايته معلومه و مع التعذر تصل التوبه الى العادل ثم الى الفاسق بل الامر ينتهى الى الكافر فانا نرى ان الكفار مكلفون بالفروع كما هم مكلفون بالاصول.

«قوله قدس سره: و الاحتمال الثالث مناف لاطلاق المفهوم»

الذى يختلج ببالى انه قدس سره أراد من كلامه انه لو اريد من المماثل كون المتصدى فقيها يلزم تخصيص المفهوم اذ لا اشكال فى جواز التصدى مع تعذر المجتهد و أما الاحتمالات الاخر فالأخذ بها لا يوجب التخصيص و حيث ان التخصيص خلاف الاصل الاولى نأخذ باحد من الاحتمالات الاخر كى لا يلزم التخصيص.

أقول: يرد عليه ان اصاله العموم لا تكون اصلا تعبديا جاريا فى مورد الشك على نحو الاطلاق بل اصاله العموم من باب الظهور العرفى و مع فرض كون الكلام مجملا لا مجال للأخذ بالعموم و الاطلاق.

و بعبارة واضحه مع اجمال المنطوق - كما هو المفروض اذ قد فرض دوران

الامر بين الاحتمالات- يكون المفهوم أيضا مجملا لان المفهوم تابع للمنطوق هذا بالنسبه الى عبارته قدس سره

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩١

و أما بالنسبه الى ما يستفاد من مجموع الادله فقد ذكرنا ان القاعده تقتضى ان ولايه التصرف فى مال اليتيم تختص بالعدل فانه يجوز له التصرف حتى مع وجود الامام عليه السلام فضلا عن المجتهد و أما مع فقدته و تعذره فيدخل المقام تحت الامور العامه فان قلنا بأن الامور العامه تكون امورا حسيبه و لا بد من التصدى لها فمع وجود العدل لا مجال لغيره التصدى و أما مع تعذره فتصل النوبه الى غيره كما هو شأن الامور الحسيبه.

«قوله قدس سره: أما الاول فالظاهر جوازه و ان العداله ليست معتبره»

بعد ما فرغ قدس سره عن ولايه عدول المؤمنين

**أفاد ان الفاسق أيضا له الولاية و استدل على مدعاه بوجهين.**

**الوجه الأول: دليل ذلك الامر المعروف**

كقوله و الله فى عون المؤمن ما كان المؤمن فى عون اخيه «(١)».

**الوجه الثانى قوله تعالى «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» «٢» \***

و الانصاف ان ما أفاده فى المقام غير منقح.

و المناسب أن يقال تاره يقع الكلام فى التصرف فى مال اليتيم و اخرى فى غيره من الامور العامه فيقع الكلام فى موضعين أما الموضوع الاول فقد مرّ الكلام حوله و قلنا لا يجوز التصرف فى ماله الا للعدل نعم تكفى الوثاقه فى جواز قسمه ماله المشترك كما ذكرنا و لا نعيد.

و أما قوله تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ \* فلا يقتضى ثبوت ولايه التصرف فى ماله فان الظاهر من النهى عن القرب

(١) الاصول من الكافى ج ٢ ص ٢٠٠.

(٢) الانعام / ١٥٢.



النهى التكليفى أى لا تتصرفوا تصرفا خارجيا فى مال اليتيم فلا ترتبط الآية بما نحن فيه.

و أما الموضوع الثانى فتاره يكون المستفاد من الدليل توجيه التكليف الى آحاد المكلفين فيكون شاملا للفاسق كما يكون شاملا للعادل بل يشمل الدليل الكافر اذ قلنا ان الكفار مكلفون بالفروع كما يكونون مكلفين بالاصول و هذا الفرض خارج عن محل الكلام مثلا- المستفاد من الدليل وجوب دفن الميت على نحو الواجب الكفائى فيكون الفاسق كالعادل فى كونه مكلفا بهذا التكليف و اخرى لا يكون من له القيام مشخصا كالتصدى للوقف الذى لا متولى له و هل يجوز التصدى للفاسق أم لا؟

الظاهر هو الثانى اذ كما تقدم ان التصرف الخارجى و كذلك الاعتبارى غير جائز وضعاً و تكليفاً فى أموال الناس و انفسهم فلا مجال للحكم بالجواز مستدلاً بأن الفعل الفلانى معروف فالاتيان به حسن أو الاستدلال بقوله عليه السلام «عون الضعيف صدقه» على جواز تصدى

الفاسق لبيع مال اليتيم و أمثاله فان مقتضى القاعده كما تقدم منا عدم جواز التصرف فى مال الغير و نفسه فكيف يمكن الحكم بالجواز بالتقريب المذكور.

و بعباره واضحه: يلزم احراز الموضوع قبل احراز الحكم عليه و كون التصرف فى مال الصغير أمرا معروفا أوّل الكلام و الاشكال. و صفوه القول: انه لا- مجال لان يقال استحباب ادخال السرور فى قلب المؤمن يقتضى أن يكون بيع ماله و لو مع كونه مقرونا بالمانع صحيحا فانه لا- مجال لهذه المقالاه و لا يرى العرف تنافيا بين فساد البيع اذا كان مقرونا بالمانع و بين استحباب ادخال السرور فى قلب المؤمن.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٣

«قوله قدس سره: ففى قبوله اشكال»

قد تقدم انه لا يقبل قول الغير بالنسبه الى صدور الفعل منه الا اذا كان المخبر ثقه.

«قوله قدس سره: فلا يجوز الشراء منه»

الظاهر انه لا يمكن مساعدته و انه قدس سره جمع بين أمرين متنافيين توضيح المدعى: انه لو كان التصدى للفاسق جائزا فلا وجه لاختد المال منه و لا وجه لعدم جواز الشراء منه و على الجملة اما يكون وليا و اما لا أما على الاول فلا بد من ترتيب الاثر على فعله و لا يجوز مزاحمته و أما على الثانى فلا أثر لفعله حتى عند نفسه فالتفكيك بين المقامين غير صحيح فلاحظ.

«قوله قدس سره: و انما حمل على موضوع هو اصلاح المال»

يرد عليه أولا النقض بموارد جريان اصاله الصحه مثلا لو غسل القصار الثوب و لا ندرى هل راعى الامور التى امر بها فى الغسل أم لم يراع لا اشكال فى جريان اصاله الصحه و ما الفرق بين المقامين.

و ثانيا يرد عليه الحل بأن

نقول المفروض ان الفاسق له أن يبيع مال الصغير على النحو المقرر و لا- ندرى هل راعى أم لم يراع تجرى اصاله الصحه بلا اشكال و لا كلام اذ لا وجه للعدم.

«قوله قدس سره: كما لو شك المشتري في بلوغ البائع»

القياس مع الفارق فانه لو شك في البلوغ و عدمه لم يحرز كون البائع صالحا للبيع و أما في المقام فالمفروض ان الفاسق له التصدى غاية الامر مع الشرائط المقرره.

«قوله قدس سره: فتأمل»

لعل الامر بالتأمل اشاره الى ما ذكرنا و الله العالم.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٤

«قوله قدس سره: لم يلزم الفسخ مع المشتري و أخذ الثمن من الفاسخ»

يرد عليه ان ما أفاده ما مناقض لما أفاده قبل اسطر من وجوب أخذ مال اليتيم من الفاسق.

«قوله قدس سره: و أصاله صحه المعامله من الطرفين يحكم بالاول»

ما أفاده أيضا غريب اذ الاشكال في جريانها على ما رame و مع عدم جريانها يكون مقتضى الاصل فساد المعامله فان مقتضى الاستصحاب عدم تحقق الانتقال.

«قوله قدس سره: فتدبر»

لعله بالامر بالتدبر يشير الى ما ذكرنا.

«قوله قدس سره: فمجرد وضع العدل يده على مال اليتيم لا يوجب منع الاخر»

فان نسبه كل واحد الى مورد التصرف على حد سواء و لا ترجيح لبعضهم على الآخرين و بعبارة اخرى المتقضى في كل عادل موجود فلا وجه للترجيح فلاحظ.

«قوله قدس سره: و أما حكام الشرع فهل هم كذلك»

قد ظهر مما ذكرنا في الوجوه المستدل بها على ولايه الفقيه انه لا يتم الاستدلال بها و ولايته من باب الحسبه و عليه فلا مجال لان يقال ان ولايته كولايه الامام عليه السلام بحيث لو تصدى لامر لا يكون مجال لتصدى الاخر بل جميع

الفقهاء على حد سواء ولا ترجيح فيجوز لكل واحد منهم التصدي.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٥

«قوله قدس سره: وربما يتوهم كونهم حينئذ كالوكلاء»

لا دليل على أزيد من هذا المقدار فلا وجه لترجيح بعضهم على آخر ولعل امره قدس سره في آخر كلامه بالتأمل اشاره الى ما ذكرنا و ان ولاية الفقيه لا تكون أزيد من هذا المقدار فلا يكون دخول بعضهم في أمر مانعا عن دخول الآخر بل مقتضى محبوبه الاستباق الى الخير رجحان الاستباق فلاحظ.

«قوله قدس سره: مضافا الى لزوم اختلال نظام المصالح»

هذا أمر آخر فان الكلام في جواز المزاحمة بلا ترتب محذور آخر و أما مع ترتب المحذور كترتب هتك حرمة الذي دخل في الامر أو الاختلال أو غير ذلك فهو غير مربوط بالبحث.

«قوله قدس سره: فقد تبين مما ذكرنا عدم جواز مزاحمة فقيه لمثله»

بل تبين خلافه فلاحظ.

### [هل يشترط في ولاية غير الأب و الجد ملاحظه الغبطه]

#### اشاره

«قوله قدس سره: ثم انه هل يشترط في ولاية غير الأب و الجد ملاحظه الغبطه»

وقع الكلام بين القوم في أنه هل يشترط في ولاية غير الأب و الجد على اليتيم رعايه الغبطه

### و ذهب الشيخ قدس سره الى الاشتراط و استدل بوجهين:

#### الوجه الأول الاصل الاولى

فان مقتضاه عدم الولاية الا مع الشرط المذكور.

الوجه الثاني: قوله تعالى «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» \*

«١» اقول أما ما أفاده من ان مقتضى الاصل لزوم رعايه القيود

(١) الانعام / ١٥٢.

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٦

المحتمله فتام فان الاصل الاولى اى الاستصحاب عدم ثبوت ولايه أحد على غيره و يتوقف الخروج عن الاصل المذكور الى قيام دليل معتبر عليه.

و أما الوجه الثانى و هو قوله تعالى «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» \* فيقع الكلام أولا فيما يستفاد من النهى و ثانيا فى أنه هل يستفاد منه الولايه أم لا و ثالثا فى بيان المراد من الاحسن.

### أما المقام الأول

فنقول: الظاهر- و الله العالم- ان الآيه الشريفه لا ترتبط بما نحن فيه فان المستفاد من النهى المذكور فى الآيه الحكم التكليفى و لا- يكون نهيا عن الاعتبار بل النهى تعلق بالقرب من مال اليتيم فكل ما يكون تصرفا و قربا فى نظر العرف يكون حراما و لا دليل على كون المراد النهى عن المعامله.

و بعباره اخرى: لا دليل على كون المراد النهى الوضعى أى الارشاد الى الفساد بل الظاهر من الآيه الشريفه تحريم التصرف فى مال اليتيم و القرب منه فالآيه اجنبية عن المقام.

### و أما المقام الثانى

فأفاد سيدنا الاستاد قدس سره على ما فى تقريره الشريف ان الآيه لا تدل على الولايه و لم اجد فى كلامه وجه المدعى المذكور.

و الذى يختلج ببالى القاصر أن يفصل و يقال تاره يكون الكلام فى الولايه على التصرفات الاعتباريه فى أمواله و اخرى يقع الكلام فى التصرف الخارجى أما الولايه بالمعنى الاول فلا يستفاد من الآيه كما ذكرنا هنا و ذكرنا سابقا أيضا و أما الولايه على التصرف الخارجى اذا كان أحسن فالحق انه يستفاد من الآيه الشريفه.

و بعباره واضحه: انه يستفاد من الآيه الشريفه ان كل واحد من

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٧

آحاد المكلفين يجوز له أن يتصرف فى مال اليتيم تصرفا خارجيا بالشرط المذكور فى الآية فلا وجه لما أفاده سيدنا الاستاد من عدم دلالة الآية على الولاية بل الآية تدل على الولاية بهذا المقدار و مقتضى عدم التقييد جواز التصرف مع رعايه الشرط المذكور فى الآية لكل احد لكن بالشرط المذكور أى كون التصرف و القرب بالنحو الاحسن.

و فى المقام حديثان مربوطان بالمقام ذكرهما الشيخ قدس سره الاول ما رواه عبد الله بن

يحيى الكاهلى قال: قيل لابي عبد الله عليه السلام انا ندخل على اخ لنا فى بيت ايتام و معه خادم لهم فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم و يخدمنا خادمهم و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا و فيه من طعامهم فما ترى فى ذلك فقال: ان كان فى دخولكم عليهم منفعه لهم فلا بأس و ان كان فيه ضرر فلا و قال عليه السلام «بل الانسان على نفسه بصيره» فأنتم لا يخفى عليكم و قد قال الله عز و جل «وَ اللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ» (١).

فان المستفاد من الحديث جواز التصرف فى مال اليتيم فى فرض كون التصرف ذا منفعه لليتيم أو بشرط عدم الضرر له.

و فيه أولا ان السند مخدوش بالكاهلى كما ربما تقدم تضعيفه منا و ثانيا ان غايه ما يستفاد من الشرطيه الاولى جواز التصرف بشرط الانتفاع و لو لم يكن التصرف على النحو الاحسن و الاطلاق يقيد بالآيه المباركه.

و أما الشرطيه الثانيه فغايه ما فى الباب ان تدل بالمفهوم على جواز التصرف مع عدم الضرر و حيث انه مخالف للكتاب تضرب عرض الجدار فلاحظ.

---

(١) الوسائل الباب ٧١ من ابواب ما يكسب الحديث ١.

---

قمى، سيد تقى طباطباي، عمدته المطالب فى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، كتابفروشى محلاتى، قم - ايران، اول، ١٤١٣ هـ ق  
عمده المطالب فى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ٤٩٨

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٨

الثانى ما رواه على بن المغيره قال قلت لابي عبد الله عليه السلام ان لى ابنه اخ يتيمه فربما اهدى لها الشىء فاكل منه ثم اطعمها بعد ذلك الشىء من مالى فاقول يا رب هذا بذاتك فقال عليه

السلام لا بأس «١».

بتقريب ان المستفاد من الحديث جواز التصرف فى صوره المعاوضه و عدم الضرر بحال اليتيم و يرد عليه أولا- ان الحديث ضعيف سندا بذبيان و ثانيا ان اطلاق الحديث يقيد بصريح الآيه فلا بد من رعايه الاحسن فلاحظ.

### و أما المقام الثالث

فالظاهر كما يقول الشيخ التصرف الجائز الذى يكون أحسن على الاطلاق هذا بالنسبه الى التصرف الخارجى و أما التصرف الاعتبارى فى مال اليتيم فقد تقدم انه يجوز التصدى للتصرف فى أمواله للعادل بمقتضى النص الخاص و أيضا تقدم انه يجوز افراز ماله عن الشركه للثقه.

### [هل يجب مراعاة الاصلح]

### اشاره

«قوله قدس سره: و هل يجب مراعاة الاصلح»

يقع الكلام فى مقامات ثلاثه

### المقام الأول فى ولايه العدول على مال اليتيم

المقام الثانى فى ولايه الأب و الجد على مال الصغير المقام الثالث فى ولايه كافه آحاد الناس على التصرف الخارجى فى مال اليتيم أما المقام الأول فنقول مقتضى حديث الاشعري «٢» ان العادل له الولايه فى التصرف الاعتبارى فى مال اليتيم بلا رعايه شرط و قيد و لكن الظاهر انه لا يمكن الالتزام بجواز بيع ماله و لو مع كونه ضررا عليه بل لا يمكن القول بالجواز حتى فى صوره عدم الضرر و النفع فان الارتكاز المتشرعى اشتراط التصرف بكونه مصلحه لليتيم و أما

### المقام الثانى [فى ولايه الأب و الجد على مال الصغير]

فالظاهر جواز التصرف و نفوذه

---

(١) الوسائل الباب ٧١ من ابواب ما يكتسب به الحديث ٢.



(٢) تقدم ذكر الحديث في ص ٤٨٩.

عمده المطالب في التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٩

إذا كان التصرف مصلحه للصغير.

و أما

### **المقام الثالث [في ولاية كافة آحاد الناس على التصرف الخارجى فى مال اليتيم]**

فبالاىزم رعايه الاحسن على الاطلاق كما تقدم.

### **[مسأله يشترط فيمن ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو مئنا ان يكون مسلما]**

«قوله قدس سره: مسأله يشترط فيمن ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو مئنا ان يكون مسلما» الخ

لا يخفى ان المسائل المربوطه بالعبيد و الاماء لا تكون مورد الابتلاء فى أمثال زماننا فلا وجه للتعرض لها و اتلاف الوقت.

### **[مسأله المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر]**

#### **اشاره**

«قوله قدس سره: المشهور عدم جواز نقل المصحف الى الكافر»

لا يخفى ان انعقاد هذا البحث بعد الفراغ عن الجواز بالنسبه الى المسلم و أما على تقدير عدم الجواز بالنسبه الى المسلم فعدم الجواز بالنسبه الى الكافر بالاولويه القطعيه فنقول: يقع الكلام تاره فى جواز النقل تكليفا و اخرى فى جوازه وضعافيقع الكلام فى مقامين:

### **أما المقام الأول فنقول ما يمكن ان يذكر فى تقريب عدم الجواز وجوه:**

### **الوجه الأول: ان نقل المصحف الى الكافر يوجب هتكه و هتك المصحف حرام**

و فيه انه لا تلازم بين الامرين فالوجه المذكور غير وجيه.

## الوجه الثاني: ان نقله يوجب تنجسه و تنجيس المصحف حرام.

و فيه أولًا: انه لا ملازمه بين الأمرين. و ثانيًا ان الكافر مكلف بعدم التنجيس فلا وجه للحرمة للمسلم الا من باب الاعانه على الاثم و لا دليل على حرمتها. و ثالثًا: ان النقل لا يستلزم التمكين و الكلام فى النقل لا فى التمكين.

## الوجه الثالث: ان المشهور فيما بين القوم عدم الجواز

. و فيه

عمده المطالب فى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٠

ان الشهرة لا تكون من الادله كما حقق فى الاصول فتحصل انه لا دليل على الحرمة التكليفيه.

**و أما المقام الثاني: و هى الحرمة الوضعية و الفساد فيمكن ان يذكر فى تقريبه وجهان:**

## الوجه الأول: ان الكافر لا يملك المسلم فكيف يملك المصحف

و بعباره اخرى الدليل الدال على عدم تملكه للمسلم يدل بالاولويه على الفساد فى المقام.

و فيه أولًا: انه لا دليل على اصل المدعى، و لذا نرى فتواهم بوجوب بيع العبد المسلم اذا كان مملوكا للكافر، و الحال ان البيع يتوقف على كون المبيع مملوكا. و ثانيًا: انه لا وجه للاولويه، فان الاحكام الشرعيه تعديده، و الوجه فيها غير معلوم.

## الوجه الثاني: قوله صلى الله عليه و آله: الاسلام يعلو و لا يعلى عليه

«١». بتقريب ان الحديث الشريف يقتضى عدم انتقال المصحف الى الكافر و الا يلزم علو الكفر على الاسلام.

و يرد عليه أولًا: ان الحديث ضعيف و غير قابل للاستدلال به فان المرسل لا اعتبار به.

و ثانيًا: انه لا وجه لحمله على المقام، اذ لا يبعد ان يكون المراد منه ان الاسلام ببراهينه الواضحه يكون عاليًا و لا دين اعلى منه فلا يرتبط الحديث بالمقام فلاحظ.

---

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب موانع الارث الحديث ١١.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
اصبهان  
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

