



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عمر
عليه السلام

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

مكتبة الشيخ الأکظم

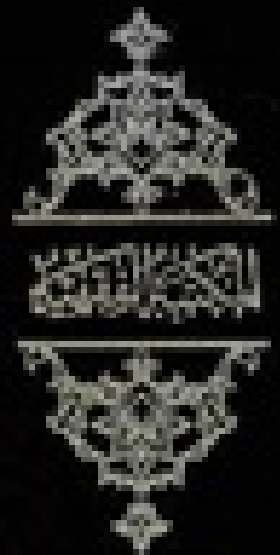
کتاب الکتاب

مکتبہ اکظم استاذ الفقه والحدیث
الشیخ مرتضیٰ انصاری

۱۳۸۱ - ۱۳۹۱



اعمال
مکتبہ اشرفیہ کتب المکتبہ اکظم



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المكاسب المحرمة: توضيح لمآذهب اليه الشيخ الانصارى قدس سره فى بيان مدلولها

كاتب:

مرتضى انصارى (اعظم انصارى)

نشرت فى الطباعة:

سازمان تبليغات اسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

| | |
|----|--|
| ٥ | الفهرس |
| ١٩ | المكاسب المحرمه: توضيح لماذهب اليه الشيخ الانصارى قدس سره فى بيان مدلولها المجلد ٣ |
| ١٩ | اشارة |
| ١٩ | اشارة |
| ١٩ | كتاب البيع |
| ١٩ | [فى معنى البيع] |
| ١٩ | [البيع لغة] |
| ٢١ | [تعريف الفقهاء و المناقشة فيها] |
| ٢١ | اشارة |
| ٢٢ | فالأولى تعريفه بأنه: «إنشاء تمليك عين بمال»، |
| ٢٢ | اشارة |
| ٢٢ | يبقى عليه أمور: |
| ٢٢ | منها: أنه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ «ملكت» |
| ٢٢ | و منها: أنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه؛ |
| ٢٣ | و منها: أنه يشمل التمليك بالمعاطاة، |
| ٢٣ | و منها: صدقه على الشراء؛ |
| ٢٣ | و منها: انتقاض طرده بالصلح على العين بمال، و بالهبة المعوضة. |
| ٢٤ | بقى «٤» القرض داخلاً فى ظاهر الحدّ، |
| ٢٥ | و يظهر من بعض من قارب عصرنا «٣» استعماله فى معانٍ آخر غير ما ذكر «٤»: |
| ٢٥ | أحدها: التمليك المذكور، لكن «٥» بشرط تعقبه بتملك المشتري، |
| ٢٥ | الثانى: الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول، |
| ٢٦ | الثالث: نفس العقد المركّب من الإيجاب و القبول، |
| ٢٦ | [المناقشة فى هذه الاستعمالات] |

- ٢٧ [البيع و نحوه من العقود اسم للصحيح أو للأعم]
- ٢٨ الكلام فى المعاطاة
- ٢٨ [البحث فى حقيقة المعاطاة صورها]
- ٢٩ [حكم المعاطاة و أقوال العلماء فى ذلك]
- ٣٥ فالأقوال فى المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم ستّ:
- ٣٦ اللزوم مطلقاً،
- ٣٦ و اللزوم بشرط كون الدالّ على التراضى أو المعاملة لفظاً،
- ٣٦ و الملك الغير اللازم،
- ٣٦ و عدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتى المتوقففة على الملك،
- ٣٦ و إباحة ما لا يتوقف على الملك،
- ٣٦ و المشهور بين علمائنا: عدم ثبوت الملك بالمعاطاة
- ٣٧ [الأقوى حصول الملك]
- ٣٧ اشارة
- ٣٨ [الاستدلال بالسيرة]
- ٣٨ [الاستدلال بأية أحل الله البيع]
- ٣٨ [الاستدلال بأية التجارة]
- ٣٨ [الاستدلال بحديث السلطنة و المناقشة فيه]
- ٣٩ [المناقشة فى دلالة الآيتين]
- ٣٩ [المناقشة فى دلالة السيرة]
- ٤٠ [الأولى فى الاستدلال على المختار]
- ٤٠ اشارة
- ٤٠ [دعوى كاشف الغطاء أن القول بالإباحة يستلزم تأسيس قواعد جديدة]
- ٤٠ اشارة
- ٤١ [المناقشة فيما ادعاه كاشف الغطاء]

- ٤٤ [هل المعاطاة لازمة أم جائزة]
- ٤٤ اشارة
- ٤٤ [مقتضى القاعدة للزوم]
- ٤٤ اشارة
- ٤٥ [ما يدل على اللزوم من الكتاب و السنة]
- ٤٧ [الاستدلال بما يدل على لزوم خصوص البيع]
- ٤٧ [قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة]
- ٤٧ اشارة
- ٤٨ [التشكيك فى انعقاد الإجماع]
- ٤٨ [عدم كشف هذا الإجماع عن رأى المعصوم على فرض حصوله]
- ٤٩ [ما يدل على عدم لزوم المعاطاة]
- ٤٩ اشارة
- ٥٠ بقى الكلام فى الخبر الذى تُمسك به فى باب المعاطاة، تارة على عدم إفادة المعاطاة بإباحة التصرف، و أخرى على عدم إفادتها للزوم؛ --
- ٥٠ اشارة
- ٥٠ و نقول: إن هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتمل وجوهاً:
- ٥٠ الأول:
- ٥٠ الثانى:
- ٥١ الثالث:
- ٥١ الرابع:
- ٥٣ و ينبغى التنبيه على أمور:
- ٥٣ الأول الظاهر «١»: أن المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع،
- ٥٧ الأمر الثانى إن المتيقن من مورد المعاطاة: هو حصول التعاطى فعلاً من الطرفين،
- ٥٨ [الأمر «١»] الثالث تميز البائع من المشتري فى المعاطاة الفعلية.
- ٥٩ [الأمر «١»] الرابع أن أصل المعاطاة و هى إعطاء كل منهما الآخر «٢» ماله يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه:

- ٥٩ أحدها: أن يقصد كلّ منهما تملك ماله بمال الآخر،
- ٦٠ ثانيها «١»: أن يقصد كلّ منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إياه،
- ٦٠ ثالثها: أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض،
- ٦٠ رابعها: أن يقصد كلّ منهما الإباحة بإزاء إباحة الآخر.
- ٦٥ [الأمر «١»] الخامس في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود و عدمه
- ٦٧ الأمر السادس في ملزمات المعاطاة على كلّ من القول بالملك و القول بالإباحة
- ٧٠ [الأمر «١»] السابع أن الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاطاة بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلة،
- ٧٢ [الأمر «١»] الثامن لا إشكال في تحقّق المعاطاة المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصّة و العامّة
- ٧٦ مقدّمة في خصوص ألفاظ عقد البيع «١»
- ٧٦ [اعتبار اللفظ في العقود و كفاية الإشارة أو الكتابة مع العجز عن التلفظ]
- ٧٦ ثمّ الكلام في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ:
- ٧٦ إشارة
- ٧٧ [المشهور عدم جواز الإنشاء بالألفاظ الكنائية و المجازية]
- ٧٧ [الظاهر جواز الإنشاء بكل لفظ له ظهور عرفي في المعنى المقصود]
- ٧٨ [ظهور كلمات الفقهاء في وقوع البيع بكل لفظ يدل عليه]
- ٧٩ [ظهور كلمات الفقهاء في وقوع غير البيع بكل لفظ يدل عليه أيضاً]
- ٨١ [دعوى أن العقود أسباب شرعية توقيفية]
- ٨٣ إذا عرفت هذا، فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول:
- ٨٣ [أما الإيجاب]
- ٨٣ منها: لفظ «بعث» في الإيجاب،
- ٨٣ و منها «٥»: لفظ «شريت» «٦»
- ٨٤ و منها: لفظ «ملك» بالتشديد
- ٨٥ و أما الإيجاب ب «اشترت»،
- ٨٥ و أما القبول،

- ٨٥ اشارة
- ٨٦ «فرع»
- ٨٦ مسألة [في اشتراط العربية]
- ٨٧ مسألة [اشتراط الماضوية]
- ٨٨ مسألة في شرطية الترتيب بين الإيجاب و القبول
- ٩٧ و من جملة شروط العقد: الموالاة بين إيجابه و قبوله
- ٩٩ و من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة: التنجيز في العقد
- ١٠٥ و من جملة شروط العقد: التطابق بين الإيجاب و القبول
- ١٠٦ و من جملة الشروط في العقد «١»: أن يقع كل من إيجابه و قبوله في حال
- ١٠٦ اشارة
- ١٠٦ «فرع» لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة،
- ١٠٧ مسألة [أحكام المقبوض بالعقد الفاسد] «١»
- ١٠٧ [الأول] [ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]
- ١٠٧ اشارة
- ١٠٨ [الاستدلال على الضمان]
- ١٠٨ قاعدة ما يضمن بصحيحه و عكسها]
- ١٠٨ [البحث في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده]
- ١٠٨ اشارة
- ١٠٩ [الكلام في معنى القاعدة]
- ١١٢ [الكلام في مدرك القاعدة]
- ١١٣ [الضمان فيما لا يرجع فيه نفع إلى الضامن]
- ١١٤ و أمّا عكسها، و هو: أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده،
- ١١٤ اشارة
- ١١٤ [هل تضمن العين المستأجرة فاسدا؟]

- ١١٥ [منشأ الحكم بالضمان]
- ١١٥ [الأقوى عدم الضمان]
- ١١٥ ثم إنه يشكل اطراد القاعدة في موارد:
- ١١٥ منها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحل؛
- ١١٦ [منها المنافع غير المستوفاة من المبيع فاسداً]
- ١١٦ [منها حمل المبيع فاسداً]
- ١١٦ [منها الشركة الفاسدة]
- ١١٦ [مبنى عدم الضمان في عكس القاعدة هي الأولوية و المناقشة فيها]
- ١١٨ الثاني من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد، وجوب رده فوراً إلى المالك.
- ١١٩ الثالث أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهها المشتري قبل الرد، كان عليه عوضها على المشهور،
- ١٢٣ الرابع إذا تلف المبيع، فإن كان مثلثاً وجب مثله
- ١٢٩ الخامس ذكر في القواعد: أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء تردّد
- ١٣١ السادس لو تعدّر المثل في المثلي، فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبه المالك؛
- ١٣١ اشارة
- ١٣٨ «فرع» [لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة]
- ١٣٨ السابع لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً،
- ١٣٨ [ضمان القيمي بالقيمة في المقبوض بالعقد الفاسد، و الدليل عليه]
- ١٤٠ [ما هو المعيار في تعيين القيمة في المقبوض بالعقد الفاسد؟]
- ١٤١ [الأصل في ضمان التالف: ضمانه بقيمته يوم التلف]
- ١٤١ [الاستدلال بصحيحة أبي ولاد على أن العبرة بقيمة يوم الضمان]
- ١٤١ اشارة
- ١٤٢ و محل الاستشهاد فيه فئرتان:
- ١٤٢ الاولى: قوله: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته» إلى ما بعد،
- ١٤٣ الثانية: قوله: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكرى كذا و كذا»،

- ١٤٤ [ما يوهن الاستدلال بالصحيحة على اعتبار قيمة يوم الضمان]
- ١٤٥ [الاستشهاد بالصحيحة على ضمان أعلى القيم و المناقشة فيه]
- ١٤٥ [الاستدلال على أعلى القيم بوجه آخر، و المناقشة فيه]
- ١٤٦ [الاستدلال ثالث على أعلى القيم و توجيهه]
- ١٤٧ [المحكي عن جماعة أن الاعتبار بيوم البيع، و توجيهه]
- ١٤٧ [ثم إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال،]
- ١٤٧ [ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة]
- ١٤٧ [ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية]
- ١٤٨ [تعذر الوصول إلى العين في حكم التلف]
- ١٤٩ [هل يلزم المالك بأخذ البدل؟]
- ١٤٩ [ثم إن المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف،]
- ١٤٩ [هل تنقل العين إلى الضامن بإعطاء البدل]
- ١٥١ [التفصيل بين فوات معظم المنافع أو بعضها]
- ١٥١ [خروج العين عن التقويم]
- ١٥٣ [خروج العين عن الملكية مع بقاء حق الأولوية]
- ١٥٣ [حكم ارتفاع قيمة العين بعد دفع بدلها]
- ١٥٣ [حكم ارتفاع القيمة بعد التعذر و قبل الدفع]
- ١٥٤ [إذا ارتفع التعذر وجب رد العين]
- ١٥٥ [و هل الغرامة المدفوعة تعود ملكه «١» إلى الغارم بمجرد طرّو التمكن،]
- ١٥٥ [ليس للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل]
- ١٥٦ [لو حبس العين فتلفت]
- ١٥٧ [الكلام في شروط المتعاقدين]
- ١٥٧ [إشارة]
- ١٥٧ [مسألة [من شروط المتعاقدين البلوغ]

- ١٥٧ [فى عقد الصبى]
- ١٥٧ [المشهور بطلان عقد الصبى]
- ١٥٧ اشارة
- ١٥٨ [الاستدلال على البطلان بحديث رفع القلم]
- ١٥٨ [الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصبى]
- ١٥٨ اشارة
- ١٥٨ [المناقشة فى دلالة هذه الروايات]
- ١٦٠ [الحجة فى المسألة هى الشهرة و الإجماع المحكى]
- ١٦٠ اشارة
- ١٦٠ [المناقشة فى تحقق الإجماع]
- ١٦١ [ما يستأنس به للبطلان]
- ١٦١ [استظهار البطلان من حديث رفع القلم]
- ١٦٢ [رأى المؤلف فى المسألة و دليله]
- ١٦٣ [كلام العلامة فى عدم صحة تصرفات الصبى]
- ١٦٤ [لا فرق فى معاملة الصبى بين الأشياء اليسيرة و الخطيرة]
- ١٦٥ [تصحيح المعاملة لو كان الصبى بمنزلة الآلة]
- ١٦٦ [دعوى كاشف الغطاء إفادة معاملة الصبى الإباحة لو كان مأذونا و المناقشات فيه]
- ١٦٨ مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين: قصدهما لمداول العقد الذى يتلفظان به.
- ١٦٨ اشارة
- ١٦٩ [كلام صاحب المقابس فى اعتبار تعيين المالكين و المناقشات فيه]
- ١٧٢ [هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري و القابل للبائع؟]
- ١٧٢ اشارة
- ١٧٣ [مختار المؤلف و دليله]
- ١٧٣ [كلام العلامة فى الفرق بين البيع و شبهه و بين النكاح و المناقشة فيه]

- ١٧٤ [الأولى فى الفرق بين النكاح و البيع]
- ١٧٤ مسألة و من شرائط المتعاقدين: الاختيار،
- ١٧٤ اشارة
- ١٧٥ [ما يدل على اشتراط الاختيار]
- ١٧٥ [المراد من قولهم المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله]
- ١٧٧ [حقيقة الإكراه]
- ١٧٨ [هل يعتبر عدم إمكان التفصى عن الضرر بما لا ضرر فيه]
- ١٧٨ اشارة
- ١٧٨ [عدم اعتبار العجز عن التورية]
- ١٧٨ [هل يعتبر العجز عن التخلص بغير التورية]
- ١٧٩ [اعتبار العجز عن التخلص بغير التورية]
- ١٨٠ [الفرق بين إمكان التفصى بالتورية و إمكانه بغيرها]
- ١٨٠ [عدم اعتبار العجز فى الإكراه الرافع لأثر المعاملات]
- ١٨٠ اشارة
- ١٨١ [المراد من الإكراه الرافع لأثر المعاملات]
- ١٨٢ [الفرق بين الأحكام التكليفية و الأحكام الوضعية]
- ١٨٢ [لو أكره الشخص على أحد الأمرين]
- ١٨٣ [لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد]
- ١٨٣ [صور تعلق الإكراه]
- ١٨٤ «فروع» «١»
- ١٨٤ [الإكراه على بيع عبد من عبيد]
- ١٨٥ [الإكراه على معين فضم غيره إليه]
- ١٨٥ [الإكراه على الطلاق]
- ١٨٥ اشارة

- ١٨٦ [أقسام الإكراه على الطلاق، و أحكامها]
- ١٨٧ [عقد المكره لو تعقبه الرضا]
- ١٩١ بقى الكلام فى أن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟
- ١٩١ مسألة و من شروط المتعاقدين: إذن السيد لو كان العاقد عبداً،
- ١٩٢ إشارة
- ١٩٢ [هل ينفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيد؟]
- ١٩٤ «فرع» لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه صح و لزم؛
- ١٩٥ مسألة و من شروط المتعاقدين: أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع.
- ١٩٥ إشارة
- ١٩٥ [الكلام فى عقد الفضولى]
- ١٩٥ إشارة
- ١٩٥ اختلف الأصحاب و غيرهم فى بيع الفضولى
- ١٩٧ [صور بيع الفضولى]
- ١٩٧ إشارة
- ١٩٧ الاولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك،
- ١٩٧ إشارة
- ١٩٧ و المشهور: الصحة
- ١٩٧ إشارة
- ١٩٨ و قد اشتهر الاستدلال عليه بقضية عروه البارقى
- ١٩٩ [الاستدلال للصحة بصحيفة محمد بن قيس]
- ٢٠١ [الاستدلال لصحة بيع الفضولى بفحوى صحة نكاحه]
- ٢٠٢ [ما يؤيد لصحة بيع الفضولى]
- ٢٠٥ [مختار المؤلف للصحة]
- ٢٠٦ و احتج للبطالان بالأدلة الأربعة:

- ٢٠٦ أما الكتاب، [الاستدلال بأية التجارة عن تراض]
- ٢٠٦ و أما الستة، فهي أخبار:
- ٢٠٩ الثالث: الإجماع على البطلان،
- ٢١٠ الرابع: ما دلّ من العقل و النقل
- ٢١٠ و قد يستدلّ للمنع بوجه آخر ضعيفه،
- ٢١١ المسألة الثانية أن يسبقه منع المالك،
- ٢١٢ المسألة الثالثة أن يبيع الفضولي لنفسه،
- ٢١٢ اشارة
- ٢١٢ [الأقوى الصحة و الدليل عليه]
- ٢١٢ اشارة
- ٢١٢ [الإشكال على صحة هذا البيع من وجوه]
- ٢١٩ بقى هنا أمران:
- ٢١٩ الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عيناً أو ديناً «١» في ذمّة الغير،
- ٢٢٢ الثاني: الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي و المعاطاة؛
- ٢٢٤ القول في الإجازة و الردّ
- ٢٢٤ أما الكلام في الإجازة:
- ٢٢٤ اشارة
- ٢٢٤ أما حكمها،
- ٢٢٤ [هل الإجازة كاشفة أم ناقلة]
- ٢٣٥ [أما شروطها]
- ٢٤٠ و أما القول في المجيز،
- ٢٤٠ اشارة
- ٢٤٠ الأول: يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ و العقل و الرشد،
- ٢٤٠ الثاني: هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مجيز حين العقد،

- ٢٤١ الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد،
- ٢٥٩ و أما القول في المجاز:
- ٢٥٩ اشارة
- ٢٥٩ الأول: يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا المالك،
- ٢٥٩ الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل
- ٢٦٠ الثالث: المجاز، إما العقد الواقع على نفس مال الغير، و إما العقد الواقع على عوضه،
- ٢٦٣ مسألة في أحكام الردّ
- ٢٦٤ [ما يتحقق به الرد]
- ٢٦٤ [هل يتحقق الرد بالتصرف غير المخرج عن الملك؟]
- ٢٦٥ [التصرفات الغير المنافية لملك المشتري]
- ٢٦٧ [مسائل متفرقة]
- ٢٦٧ مسألة لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده فهو، و إلا فله انتزاعه
- ٢٦٧ اشارة
- ٢٦٧ فهنا مسألتان:
- ٢٦٧ الاولى أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلاً بكونه فضولياً،
- ٢٧٢ المسألة الثانية أن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن:
- ٢٨١ مسألة لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه:
- ٢٨٥ مسألة لو باع من له نصف الدار نصف ملك «١» الدار،
- ٢٩٠ مسألة لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفقةً بثمن واحد، صح في المملوك عندنا،
- ٢٩٢ مسألة [في ولاية الأب و الجد]
- ٢٩٦ مسألة [في ولاية الفقيه]
- ٢٩٦ اشارة
- ٢٩٦ للفقيه الجامع للشرائط مناصب ثلاثة:
- ٢٩٦ أحدها: الإفتاء فيما يحتاج إليها العامي في عمله،

- ٢٩٦ الثاني: الحكومة،
- ٢٩٧ الثالث: ولاية التصرف في الأموال و الأنفس،
- ٣٠٥ مسألة في ولاية عدول «١» المؤمنين
- ٣٠٥ [حدود ولاية المؤمنين]
- ٣٠٧ بقى الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولّى المصلحة عند فقد الحاكم،
- ٣٠٧ اشارة
- ٣٠٩ [الظاهر عدم اعتبار العدالة في المباشرة]
- ٣٠٩ [الظاهر اشتراط العدالة فيما يتعلق بفعل الغير]
- ٣١٠ [هل يجوز مزاحمة من تصدى من المؤمنين]
- ٣١٠ [مزاحمة فقيهه لفقيره آخر]
- ٣١٢ [هل يشترط في ولاية غير الأب و الجد ملاحظة الغبطة لليتيم؟]
- ٣١٢ اشارة
- ٣١٢ [الاستدلال بقوله تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ*]
- ٣١٤ [ظاهر بعض الروايات كفاية عدم المفسدة]
- ٣١٥ و هل يجب مراعاة الأصلح أم لا؟
- ٣١٦ مسألة يشترط في من ينتقل إليه العبد المسلم ثمناً أو مثنماً أن يكون مسلماً،
- ٣١٦ [المشهور عدم صحة نقل العبد المسلم إلى الكافر]
- ٣١٩ [تمليك منافع المسلم من الكافر]
- ٣٢٠ [ارتهان العبد المسلم عند الكافر]
- ٣٢٠ [إعارة العبد المسلم و إيداعه من الكافر]
- ٣٢١ [الظاهر من الكافر]
- ٣٢٢ [بيع العبد المؤمن من المخالف]
- ٣٢٢ [موارد جواز تملك الكافر للعبد المسلم]
- ٣٢٢ اشارة

- ٣٢٢ منها: ما إذا كان الشراء مستعقباً للانعقاد،
- ٣٢٣ و منها: ما لو اشترط البائع عتقه،
- ٣٢٤ [حكم تملك الكافر للمسلم قهراً]
- ٣٢٤ [عدم استقرار المسلم على ملك الكافر و وجوب بيعه عليه]
- ٣٢٤ مسألة المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر،
- ٣٢٧ تعريف مركز

المكاسب المحرمة: توضيح لمآذهب اليه الشيخ الانصاري قدس سره في بيان مدلولها المجلد ٣

إشارة

سرشناسه : انصاري، محمد حسين

عنوان و نام پديد آور : المكاسب المحرمة: توضيح لمآذهب اليه الشيخ الانصاري قدس سره في بيان مدلولها/ محمد حسين الانصاري
مشخصات نشر : قم الموتر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الاعظم الانصاري، الامانه العامه.

تهران: سازمان تبليغات اسلامي، ١٣٧٣.

مشخصات ظاهري : ص ١٩

يادداشت : كتابنامه: ص. ١٩

موضوع : انصاري، مرتضى بن محمد امين، ١٢٨١ - ١٢١٤ ق. -- كنگره ها

موضوع : اصول فقه شيعه

شناسه افزوده : كنگره جهاني بزرگداشت دويستمين سالگرد تولد شيخ انصاري. دبیرخانه

شناسه افزوده : سازمان تبليغات اسلامي

رده بندي كنگره : BP١٥٣/٥ / الف ٨ الف ٨٢ ١٣٧٣

رده بندي ديويي : ٢٩٧/٣٩٢٤

شماره كتابشناسي ملي : ٧٤-٧٩٥٤

إشارة

قم ص. ب ٣٦١٨٥ ٣٦٥٤٤ ت: ٧٤٤٨١٠ الكتاب: كتاب المكاسب/ ج ٣ المؤلف: الشيخ الأعظم الشيخ مرتضى الأنصاري قدس سره
تحقيق: مجمع الفكر الإسلامي / لجنة تحقيق التراث الطبعة: الاولى/ ربيع الثاني ١٤١٨ هـ. ق صف الحروف: مجمع الفكر الإسلامي
الليتوغراف: نگارش قم المطبعة: مؤسسه الهادي قم الكمية المطبوعة: ٣٠٠٠ نسخة جميع الحقوق محفوظة للأمانة العامة للمؤتمر
العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري قدس سره

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٧

كتاب البيع

[في معنى البيع]

[البيع لغة]

و هو في الأصل كما عن المصباح «١»:- مبادلة مالٍ بمالٍ.

و الظاهر اختصاص المعوض بالعين، فلا يعم إبدال المنافع غيرها، و عليه استقر اصطلاح الفقهاء «٢» في البيع «٣».

نعم، ربما يستعمل في كلمات بعضهم «٤» في نقل غيرها، بل يظهر ذلك من كثير من الأخبار، كالخبر الدالّ على جواز بيع خدمة المدبّر «٥»، وبيع سكنى الدار التي لا يُعلم صاحبها «٦»، و كأخبار بيع الأرض الخراجية و شرائها «٧»، و الظاهر أنّها مسامحة في التعبير، كما أنّ

- (١) المصباح المنير: ٦٩، مادة: «بيع».
- (٢) في «ص» و نسخة بدل «ن»، «خ»، «م» و «ع» زيادة: في تعين العوض و المعوّض.
- (٣) لم ترد «في البيع» في «ف».
- (٤) كالشيخ قدس سره في المبسوط ٦: ١٧٢.
- (٥) الوسائل ١٦: ٧٤، الباب ٣ من أبواب التدبير، الأحاديث ١، ٣ و ٤.
- (٦) الوسائل ١٢: ٢٥٠، الباب الأول من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٥.
- (٧) الوسائل ١١: ١١٨، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ١ و ٦، و ١٢: ٢٧٥، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٩ و ١٠.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٨
- لفظ الإجارة يستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان، كالثمره على الشجرة.
- و أما العوض، فلا إشكال في جواز كونها منفعه، كما في غير موضع من القواعد «١»، و عن التذكرة «٢» و جامع المقاصد «٣»، و لا يبعد عدم الخلاف فيه.
- نعم، تُسبب «٤» إلى بعض الأعيان «٥» الخلاف فيه؛ و لعله لما اشتهر في كلامهم: من أنّ البيع لنقل «٦» الأعيان، و الظاهر إرادتهم بيان المبيع «٧»، نظير قولهم: إن الإجارة لنقل المنافع.
- و أما عمل الحرّ، فإن قلنا: إنّ قبل المعاوضة عليه من الأموال، فلا إشكال، و إلّا ففيه إشكال؛ من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع «مالاً» قبل المعاوضة؛ كما يدلّ عليه ما تقدّم عن المصباح.
- و أما الحقوق «٨»، فإن لم «٩» تقبل المعاوضة بالمال كحقّ الحضانه

- (١) القواعد ١: ١٣٦ و ٢٢٥.
- (٢) التذكرة ١: ٥٥٦ ٥٥٧ و ٢: ٢٩٢.
- (٣) جامع المقاصد ٧: ١٠٣.
- (٤) نسبه الشيخ الكبير قدس سره في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه ٤٨.
- (٥) هو الوحيد البهبهاني قدس سره في رسالته العمليه الموسومه ب «آداب التجاره» (انظر هداية الطالب: ١٤٩).
- (٦) في غير «ف»: نقل.
- (٧) في «ش»: البيع.
- (٨) في غير «ش» زيادة: «الأخر». قال الشهيدى في شرحه (الصفحة ١٤٩): الظاهر زيادة كلمه «الأخر».
- (٩) في «ف»: فلو لم.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٩
- و الولاية «١» فلا إشكال، و كذا لو لم تقبل النقل «٢»، كحقّ الشفعة، و حقّ الخيار؛ لأنّ البيع تملك الغير.

و لا ينتقض «٣» ببيع الدين على من هو عليه؛ لأنه لا مانع من كونه تمليكاً فيسقط؛ و لذا جعل الشهيد في قواعده «الإبراء» مردداً بين الإسقاط و التمليك «٤».

و الحاصل: أنه يعقل أن يكون مالكاً لما «٥» في ذمته فيؤثر تمليكه السقوط، و لا يعقل أن يتسلط على نفسه. و السر: أن هذا «٦» الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد، بخلاف الملك، فإنها نسبة بين المالك و المملوك، و لا يحتاج إلى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه، فافهم.

و أمّا الحقوق القابلة للانتقال كحق التحجير و نحوه فهي و إن قبلت النقل و قبلت بالمال في الصلح، إلّا أن في جواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالاً، من أخذ المال في عوضى المبايعه لغه و عرفاً، مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضين و لما يصح أن يكون اجرة في الإجارة في حصر الثمن في المال.

(١) عبارة «كحق الحضنة و الولاية» من «ش».

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

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

(٤) القواعد و الفوائد ١: ٢٩١.

(٥) لم ترد «لما» في «ش».

(٦) في «ش» و هامش «ن»: مثل هذا.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٠

[تعريف الفقهاء و المناقشة فيها]

إشارة

ثم الظاهر: أن لفظ «البيع» ليس له حقيقة شرعية و لا متشعبة «١»، بل هو باقٍ على معناه العرفي، كما سنوضحه إن شاء الله، إلّا أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه، ففي المبسوط «٢» و السرائر «٣» و التذكرة «٤» و غيرها «٥»: «انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي».

و حيث إن في هذا التعريف مسامحة واضحة، عدل آخرون «٦» إلى تعريفه ب: «الإيجاب و القبول الدالين على الانتقال»، و حيث إن البيع من مقولة المعنى دون اللفظ مجرداً أو بشرط قصد المعنى، و إلّا لم يعقل إنشاؤه باللفظ عدل جامع المقاصد إلى تعريفه ب: «نقل العين بالصيغة المخصوصة» «٧».

و يرد عليه مع أن النقل ليس مرادفاً للبيع؛ و لذا صرح في التذكرة: بأن إيجاب البيع لا يقع بلفظ «نقلت»، و جعله من الكنايات «٨»،

(١) في «ف»: متشعبة.

(٢) المبسوط ٢: ٧٦.

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

(٤) التذكرة ١: ٤٦٢.

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

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

(٧) جامع المقاصد ٤: ٥٥.

(٨) لم نعثر عليه بعينه، نعم فيه بعد ذكر شرط التصريح: «عدم انعقاده بمثل: أدخلته في ملكك أو جعلته لك»، انظر التذكرة ١: ٤٦٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١١

و أن المعاطاة عنده «١» بيع مع خلوها عن الصيغ: أن النقل بالصيغ أيضاً لا يعقل إنشاؤه بالصيغ.

و لا يندفع هذا: بأن المراد أن البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغ، فجعله مدلول الصيغ إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل، لا

أنه «٢» مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول «بعث»: نقلت بالصيغ؛ لأنه إن أُريد بالصيغ خصوص «بعث» لزم الدور؛ لأن المقصود

معرفة مادة «بعث»، و إن أُريد بها ما يشمل «٣» «ملك» و جب الاقتصار على مجرّد التمليك و النقل.

فالأولى تعريفه بأنه: «إنشاء تمليك عين بمال»

إشارة

و لا يلزم عليه شيء مما تقدم.

نعم،

يبقى عليه أمور:

منها: أنه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ «ملك»

و إلّا لم يكن مرادفاً له «٤».

و يردّه: أنه الحق كما سيجيء «٥».

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

لأن الإنسان لا يملك مالاً على نفسه.

(١) أي عند المحقق الثاني، راجع جامع المقاصد ٤: ٥٨.

(٢) في «ف»: لا لأنه.

(٣) في «ف»: يشتمل.

(٤) في غير «ش» و مصححة «ن»: لها.

(٥) يجيء في الصفحة ١٥ و ١٢٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٢

و فيه مع ما عرفت «١» و ستعرف من تعقل تملك ما على نفسه «٢» و رجوعه إلى سقوطه عنه، نظير تملك ما هو مساوٍ لما في ذمته، و

سقوطه بالتهاتر: أنه لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع؛ إذ ليس للبيع لغةً و عرفاً معنى غير المبادلة و النقل و التمليك و ما يساويها

من الألفاظ؛ و لذا قال فخر الدين: إن معنى «بعت» في لغة العرب: «ملك غيري» «٣»، فإذا لم يعقل ملكية «٤» ما في ذمة نفسه لم يعقل شيء مما يساويها، فلا يعقل البيع.

و منها: أنه يشمل التملك بالمعاطة،

مع حكم المشهور، بل دعوى الإجماع على أنها ليست بيعاً «٥». وفيه: ما سيجيء من كون المعاطة بيعاً «٦»؛ و أن «٧» مراد النافين نفى صحته.

و منها: صدقه على الشراء؛

فإن المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع.

(١) راجع الصفحة ٩، قوله: «و الحاصل: أنه يعقل...».

(٢) في «ف»: «ما في ذمة نفسه». و في مصححة «ن» و نسخة بدل «ش»: «ما في ذمته».

(٣) قاله في شرح الإرشاد، على ما حكاه عنه السيد العامل في مفتاح الكرامة ٤: ١٥٢.

(٤) في «ف»: ملكيته.

(٥) كما ادّعه ابن زهرة في الغنية: ٢١٤.

(٦) يأتي في الصفحة ٤٠.

(٧) في «ش»: لأن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٣

و فيه: أن التملك فيه ضمنى، وإنما حقيقته التملك بعوض؛ و لذا لا يجوز الشراء بلفظ «ملك»، تقدّم على الإيجاب أو تأخر. و به يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين «١»؛ حيث إن الاستتجار يتضمّن تملك العين بمال، أعنى: المنفعة.

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

و فيه: أن حقيقة الصلح و لو تعلق بالعين ليس هو التملك على وجه المقابلة و المعاوضة، بل معناه الأصلي هو التسالم؛ و لذا لا يتعدى نفسه إلى المال. نعم، هو متضمّن للتملك إذا تعلق بعين، لا أنه نفسه.

و الذى يدلّك على هذا: أن الصلح قد يتعلّق بالمال عيناً أو منفعة، فيفيد التملك. و قد يتعلّق بالانتفاع به «٢»، فيفيد فائدة العارية، و هو مجرد التسليط «٣»، و قد يتعلّق بالحقوق، فيفيد الإسقاط أو الانتقال، و قد يتعلّق بتقرير أمر بين المتصالحين كما في قول أحد الشريكين لصاحبه: «صالحتك على أن يكون الربح لك و الخسران عليك» فيفيد مجرد التقرير.

فلو كانت «٤» حقيقة الصلح هي عين كل من «٥» هذه المفاداة الخمسة لزم كونه مشتركاً لفظياً، و هو واضح البطلان، فلم يبق إلا أن يكون مفهومه معنى آخر، و هو التسالم، فيفيد في كل موضع «٦» فائدة من

(١) لم ترد «بعين» في «ف».

(٢) لم ترد «به» في غير «ف».

(٣) في «ف»: التسلط.

(٤) في غير «ش»: كان.

(٥) لم ترد «كل من» في «ف».

(٦) في هامش «ف» زيادة: من المواضع.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٤

الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقه.

فالصلح على العين بعوض: تسالم عليه «١»، وهو يتضمّن التملك، لا أنّ مفهوم الصلح في خصوص هذا المقام و حقيقته هو إنشاء التملك، و من هنا لم يكن طلبه من الخصم إقراراً «٢»، بخلاف طلب التملك.

و أما الهبة المعوضة و المراد بها هنا: ما اشترط فيها «٣» العوض فليست إنشاء تملك بعوض على جهة المقابلة، و إلا لم يعقل تملك أحدهما لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر «٤»، مع أنّ ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب الهبة «٥»، بل غاية الأمر أنّ المتّهب لو لم يؤدّ العوض كان للواهب الرجوع في هبته، فالظاهر أنّ التعويض المشترط في الهبة كالتعويض الغير المشترط فيها في كونه تملكاً «٦» مستقلاً يقصد به وقوعه عوضاً، لا أنّ حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة في كلّ من العوضين؛ كما يتّضح ذلك بملاحظة التعويض الغير المشترط في ضمن «٧» الهبة الاولى «٨».

(١) في «ف» زيادة: به.

(٢) في «ش» زيادة: له.

(٣) في «ص»: فيه.

(٤) لم ترد «للآخر» في «ف».

(٥) في «ش» و «م» و نسخة بدل «ن»، «خ» و «ع»: بالهبة.

(٦) في «ف»: تملكاً.

(٧) في «ف» بدل «ضمن»: إنشاء.

(٨) في غير «ف» و «ش» زيادة ما يلي: «و ممّا ذكرنا تقدر على إخراج القرض من التعريف؛ إذ ليس المقصود الأصلي منه المعاوضة و المقابلة، فتأمل»، لكن شطب عليها في «م» و كتب عليها في «ن»: زائد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٥

فقد تحقّق ممّا ذكرنا: أنّ حقيقة تملك العين بالعوض ليست إلّا البيع، فلو قال: «ملكك كذا بكذا» كان بيعاً، و لا يصحّ صلحاً و لا هبة معوضة و إن قصدتهما؛ إذ التملك على جهة المقابلة الحقيقية ليس صلحاً، و لا هبة، فلا يقعان به.

نعم، لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصريحة توجه تحقّقهما مع قصدتهما، فما قيل من أنّ البيع هو الأصل في تملك الأعيان بالعوض، فيقدّم على الصلح و الهبة المعوضة «١»، محلّ تأمل، بل منع؛ لما عرفت من أنّ تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير.

نعم، لو اتى بلفظ «التملك بالعوض» و احتمل إرادة غير حقيقته كان [مقتضى «٢»] الأصل اللفظي حمله على المعنى الحقيقي، فيحكم بالبيع، لكنّ الظاهر أنّ الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدم، و سيجيء توضيحه في مسألة المعاوضة في غير البيع إن شاء الله «٣».

بقي «٤» القرض داخلاً في ظاهر الحدّ،

و يمكن إخراجها بأنّ مفهومه ليس نفس المعاوضة، بل هو تملك على وجه ضمان المثل «٥» أو القيمة، لا معاوضة للعين بهما؛ و لذا

لا يجرى فيه ربا المعاوضة «٤»، و لا الغرر

(١) انظر الجواهر ٢٢: ٢٤٦.

(٢) لم ترد «مقتضى» في النسخ، إلا أنها زيدت في «ن»، «ص» و «ش» تصحيحاً أو استظهاراً.

(٣) يجيء في الصفحة ٩١ عند قوله: الخامس في حكم جريان المعاوضة..

(٤) في «ف» و «ن»: و بقى.

(٥) في «ف»: الضمان للمثل.

(٦) في «ف»: المعاوضات.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٦

المنفى فيها، و لا ذكر العوض، و لا العلم به، فتأمل «١».

ثم إن ما ذكرنا، تعريف للبيع المأخوذ في صيغة «بعث» و غيره «٢» من المشتقات،

و يظهر من بعض من قارب عصرنا «٣» استعماله في معانٍ آخر غير ما ذكر «٤»:

أحدها: التمليك المذكور، لكن «٥» بشرط تعقبه بتملك المشتري،

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

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

(٢) في «ف»: غيرها.

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

(٤) عبارة «غير ما ذكر» من «ف» و «ش» و مصححه «ن».

(٥) في «ف»: لكنّه.

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

(٧) في «ف»: التعقيب.

(٨) في غير «ش» زيادة: «مأخوذاً»، و شطب عليها في «ن».

(٩) في «ف»: و جب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٧

الثاني: الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول،

و هو الانتقال، كما يظهر من المبسوط «١» وغيره «٢».

الثالث: نفس العقد المركب من الإيجاب والقبول،

و إليه ينظر من عرف البيع بالعقد «٣». قال «٤»: بل الظاهر اتفاقهم على إرادة هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات، حتى الإجارة و شبهها التي ليست هي في الأصل «٥» اسماً لأحد طرفي العقد «٦».

[المناقشة في هذه الاستعمالات]

أقول: أمّا البيع بمعنى الإيجاب المتعقب للقبول، فالظاهر أنه ليس مقابلاً للأول، و إنما هو فردٌ انصرف إليه اللفظ في مقام قيام القرينة على إرادة الإيجاب المثمر؛ إذ لا- ثمرة في الإيجاب المجرد، فقول المخبر: «بعت»، إنما أراد الإيجاب المقيد، فالقيد مستفاد من الخارج، لا أن البيع مستعمل في الإيجاب المتعقب للقبول، و كذلك لفظ «النقل» و «الإبدال» و «التمليك» و شبهها، مع أنه لم يقل «٧» أحد بأن تعقب القبول له دخل في معناها.

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

(١) المبسوط ٢: ٧٦.

(٢) السرائر ٢: ٢٤٠.

(٣) مثل الحلبي في الكافي: ٣٥٢، و ابن حمزة في الوسيلة: ٢٣٦، و اختاره العلامة في المختلف ٥: ٥١.

(٤) أي بعض من قارب عصر المؤلف قدس سره، المشار إليه آنفاً.

(٥) لم ترد «هي في الأصل» في «ف».

(٦) انظر مقابس الأنوار: ١٠٧ و ٢٧٥.

(٧) في «ف»: لم ينقل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٨

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

و أمّا البيع بمعنى الأثر و هو الانتقال، فلم يوجد في اللغة و لا في العرف «٤»، و إنما وقع في تعريف جماعة تبعاً للمبسوط «٥». و قد يوجه «٦»: بأن المراد بالبيع المحدود المصدر من المبني للمفعول، أعني: «المبيعية»، و هو تكلف حسن.

و أمّا البيع بمعنى العقد، فقد صرح الشهيد الثاني رحمه الله: بأن إطلاقه عليه مجاز؛ لعلاقة السببية «٧».

و الظاهر أن المسبب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع؛ لأنه المسبب عن العقد، لا النقل الحاصل من فعل الموجب؛ لما عرفت من أنه حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون توقّف على شيء، كحصول وجوب الضرب في نظر الأمر «٨» بمجرد الأمر و إن لم يصر واجباً

في

(١) كذا في «ف» و مصححة «ن»، و قد وردت العبارة في سائر النسخ مع اختلاف غير مخلّ في التقديم و التأخير.

(٢) المراد به ظاهراً الشيخ أسد الله التستري، راجع مقابس الأنوار: ١٠٧.

(٣) كذا في النسخ، و المناسب: معانيه.

(٤) العبارة فى «ف» هكذا: فلم يوجد له أثر فى اللغة ولا العرف.

(٥) راجع الصفحة ١٠.

(٦) وجه المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ٢٧٤.

(٧) المسالك ٣: ١٤٤.

(٨) فى «ف»: فى نفس الأمر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٩

الخارج «١» فى نظر غيره.

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

و الحاصل: أن البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحققه فى نظر الشارع، المتوقف على تحقق الإيجاب و القبول، فإضافه العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانية؛ و لذا يقال: «انعقد البيع»، و «لا ينعقد البيع».

[البيع و نحوه من العقود اسم للصحيح أو للأعم]

ثم إن الشهيد الثانى نصّ فى «كتاب اليمين» من المسالك على أن عقد البيع و غيره من العقود حقيقة فى الصحيح، مجاز فى الفاسد؛ لوجود خواصّ الحقيقة و المجاز، كالتبادر و صحّة السلب. قال: و من ثمّ حمل «٢» الإقرار به عليه، حتى لو ادعى إرادة الفاسد لم يسمع إجماعاً، و لو كان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد لقبيل تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة، و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعمّ من الحقيقة «٣»، انتهى.

و قال الشهيد الأوّل «٤» فى قواعد: الماهيات الجعليّة كالصلاة و الصوم و سائر العقود لا تطلق على الفاسد إلّا الحجّ؛ لوجوب المضىّ فيه «٥»، انتهى. و ظاهره إرادة الإطلاق الحقيقى.

و يشكل ما ذكره بأنّ وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك

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

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

(٣) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ١٥٩.

(٤) لم ترد «الأوّل» فى «ف».

(٥) القواعد و الفوائد ١: ١٥٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٠

بإطلاق نحو و أحلّ الله البيع «١»، و إطلاقات «٢» أدلّه سائر العقود فى مقام الشكّ فى اعتبار شىء فيها، مع أن سيرة علماء الإسلام التمسك بها فى هذه المقامات.

نعم، يمكن أن يقال: إن البيع و شبهه فى العرف إذا استعمل فى الحاصل من المصدر الذى يراد من قول القائل «٣»: «بعت» عند الإنشاء، لا يستعمل حقيقة إلّا فى ما كان صحيحاً مؤثراً و لو فى نظر القائل «٤»، ثم إذا كان مؤثراً فى نظر الشارع كان بيعاً عنده، و إلّا كان صورة بيع، نظير بيع الهازل عند العرف.

فالباع الذى يراد منه ما حصل عقيب قول القائل: «بعت» عند العرف و الشرع حقيقة فى الصحيح المفيد للأثر، و مجاز فى غيره، إلّا أن

الإفاداة و ثبوت الفائدة مختلف في نظر العرف و الشرع.

و أمّا وجه تسميّةك العلماء بإطلاق أدلّة البيع و نحوه؛ فلأنّ الخطابات لمّا وردت على طبق العرف، حمل لفظ «البيع» و شبهه في الخطابات الشرعيّة على ما هو الصحيح المؤثّر عند العرف، أو على المصدر الذي يراد من لفظ «بعث»، فيستدلّ بإطلاق الحكم بحلّه أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثراً في نظر الشارع أيضاً، فتأمل فإنّ للكلام محلّاً آخر.

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) في «ف»: إطلاق.

(٣) كلمة «القائل» من «ش» و مصحّحة «ن».

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

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢١

[الكلام في المعاطاة]

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٣

الكلام في المعاطاة

[البحث في حقيقة المعاطاة صورها]

اعلم أنّ المعاطاة على ما فسره جماعة «١»:- أن يعطى كلُّ من اثنين عوضاً عمّا يأخذه من الآخر، و هو يتصوّر على وجهين:

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

الثاني: أن يتعاطيا على وجه التملك.

و ربما يذكر وجهان آخران «٢»:

أحدهما: أن يقع النقل «٣» من غير قصد البيع و لا تصريح بالإباحة المزبورة، بل يعطى شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه «٤» الآخر إليه.

الثاني: أن يقصد الملك المطلق، دون خصوص البيع.

(١) منهم المحقّق الثاني في حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢١٥، و الشهيد الثاني في الروضة البهيّة ٣: ٢٢٢، و السيّد الطباطبائي في الرياض

: ٥١٠.

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

(٣) في «ن»: الفعل.

(٤) كذا في النسخ، و المناسب: «فدفعه»، كما في مصحّحة «ع».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٤

و يردّ الأوّل: بامتناع خلوّ الدافع «١» عن قصد عنوان من عناوين البيع، أو الإباحة، أو العارية، أو الوديعة، أو القرض، أو غير ذلك من

العنوانات الخاصّة.

و الثاني: بما تقدّم في تعريف البيع «٢»: من أنّ التملك بالعوض على وجه المبادلة هو مفهوم البيع، لا غير.

نعم، يظهر من غير واحدٍ منهم «٣» في بعض «٤» العقود كبيع لبن الشاة مدّةً، و غير ذلك:- كون التملك المطلق أعمّ من البيع.

[حكم المعاطاة و أقوال العلماء في ذلك]

ثم إن المعروف بين علمائنا في حكمها: أنها مفيدة لإباحة التصرف «٥»، و يحصل الملك بتلف إحدى العينين، و عن المفيد «٦» و بعض العامة «٧»: القول بكونها لازمة كالبيع، و عن العلامة رحمه الله في النهاية

(١) في نسخة بدل «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ش»: الواقع.

(٢) تقدّم في الصفحة ١٥.

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

(٤) كذا في «ش»، و في سائر النسخ بدل «في بعض»: كون بعض.

(٥) كما سيأتي عن الحلبي، و الشيخ، و ابن زهرة، و ابن إدريس، و العلامة في التذكرة.

(٦) نقله عنه المحقق الثاني في حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢١٦، و فيه: «خلافاً للمفيد رحمه الله فإنه جعلها كالعقد»، و نسبه في جامع

المقاصد (٤: ٥٨) إلى ظاهر عبارة المفيد، و نحوه في مجمع الفائدة (٨: ١٤٢). و في الجواهر (٢٢: ٢١٠): «اشتهر نقل هذا عن المفيد»،

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

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

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٥

احتمال كونها بيعاً فاسداً في عدم إفادتها لإباحة التصرف «١».

و لا بدّ أولاً من ملاحظة أنّ النزاع في المعاطاة المقصود بها الإباحة، أو في المقصود بها التملك؟

الظاهر من الخاصّة و العامّة هو المعنى الثاني.

و حيث إنّ الحكم بالإباحة بدون الملك قبل التلف و حصوله بعده لا- يجامع ظاهراً قصد التملك من المتعاطيين، نزل المحقق

الكركي الإباحة في كلامهم على الملك الجائر المترزّل، و أنّه يلزم بذهاب إحدى العينين، و حقّق ذلك في شرحه على القواعد و

تعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه «٢».

لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ إلى جعل محلّ النزاع هي المعاطاة المقصود بها مجرد الإباحة، و رجّح بقاء الإباحة

في كلامهم على ظاهرها المقابل للملك، و نزل مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحة على هذا الوجه، و طعن على من جعل محلّ

النزاع في المعاطاة بقصد التملك، قائلاً: إنّ القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك ممّا لا ينسب إلى أصاغر الطلبة، فضلاً

عن أعظم الأصحاب و كبارهم «٣».

و الإنصاف: أنّ ما ارتكبه المحقق الثاني في توجيه الإباحة بالملك المترزّل، بعيد في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب، مثل: الشيخ

في

(١) نهاية الأحكام ٢: ٤٤٩.

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

(٣) الجواهر ٢٢: ٢٢٤ ٢٢٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٦

المبسوط، و الخلاف «١»، و الحلبي في السرائر «٢»، و ابن زهرة في الغنية «٣»، و الحلبي في الكافي «٤»، و العلامة في التذكرة و غيرها

«٥»، بل كلمات بعضهم صريحة في عدم الملك كما ستعرف إلّا أنّ جعل محلّ النزاع ما إذا قصد الإباحة دون التملك أبعد منه، بل

لا يكاد يوجد في كلام أحدٍ منهم ما يقبل «٦» الحمل على هذا المعنى.

و لنقل أولًا كلمات جماعة مَن ظفرنا على كلماتهم؛ ليظهر منه بُعد تنزيل الإباحة على الملك المتزلزل كما صنعه المحقق الكركي «٧» و أبعديّة جعل محلّ الكلام في كلمات قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحة التصرفات دون التملك «٨»، فنقول و بالله التوفيق:

قال «٩» في الخلاف: إذا دفع قطعة إلى البقلى أو الشارب، فقال: أعطنى بها بقلما أو ماء، فأعطاه، فإنه لا يكون بيعاً و كذلك سائر المحقّرات و إنّما يكون إباحة له، فيتصرف كلُّ منهما في ما أخذه تصرفاً

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

(٢) السرائر ٢: ٢٥٠.

(٣) الغنية: ٢١٤.

(٤) الكافي في الفقه: ٣٥٢ ٣٥٣.

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

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

(٧) تقدّم عنه في الصفحة السابقة.

(٨) في «ف» زيادة: كما صنعه بعض المعاصرين.

(٩) في «ف»: قال الشيخ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٧

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

و قال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً و إن لم يحصل «١» الإيجاب و القبول. و قال ذلك في المحقّرات، دون غيرها.

دليلنا: إنّ العقد حكم شرعى، و لا دلالة في الشرع على وجوده هنا «٢»، فيجب أن لا يثبت، و أمّا الإباحة بذلك، فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها «٣»، انتهى.

و لا يخفى صراحة «٤» هذا الكلام في عدم حصول الملك، و فى أنّ محلّ الخلاف بينه و بين أبى حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحة المجردة، كما يظهر أيضاً من بعض كتب الحنفية؛ حيث إنّ بعد تفسير البيع ب: «مبادلة مال بمال» قال: و ينعقد بالإيجاب و القبول، و بالتعاطى «٥»، «٦» و أيضاً، فتمسّكه بأنّ العقد حكم شرعى، يدلّ على عدم انتفاء قصد البيعة، و إلّا لكان الأولى، بل المتعين: التعليل به؛ إذ مع انتفاء حقيقة

(١) فى «ش» و المصدر: لم يوجد.

(٢) فى «ف» و المصدر: ها هنا.

(٣) الخلاف ٣: ٤١، كتاب البيوع، المسألة ٥٩.

(٤) فى «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «ظهور»، و فى نسخة بدلها: صراحة.

(٥) فى «ف»: و التعاطى.

(٦) انظر الفتاوى الهندية ٣: ٢، و فيه بعد التعريف المذكور-: و أمّا ركنه، فنوعان: أحدهما الإيجاب و القبول، و الثانى التعاطى و هو

الأخذ والإعطاء.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٨

البيع لغه و عرفاً لا معنى للتمسك بتوقيفيه «١» الأسباب الشرعية، كما لا يخفى.

وقال في السرائر بعد ذكر اعتبار الإيجاب والقبول واعتبار تقدم الأول على الثاني ما لفظه: فإذا دفع قطعة إلى البقلى أو إلى الشارب، فقال: «أعطني»، فإنه لا يكون بيعاً ولا عقداً؛ لأن الإيجاب والقبول ما حصل، وكذلك سائر المحقرات، و سائر الأشياء محقراً كان أو غير محقر، من الثياب والحيوان أو غير ذلك، وإنما يكون إباحه له، فيتصرف كل منهما فى ما أخذه تصرفاً مباحاً، من غير أن يكون ملكه أو دخل فى ملكه، ولكل منهما أن يرجع فى ما بذله؛ لأن الملك لم يحصل لهما، وليس ذلك من العقود الفاسده؛ لأنه لو كان عقداً فاسداً لم يصح التصرف فيما صار إلى كل واحد منهما، وإنما ذلك على جهة الإباحه «٢»، انتهى.

فإن تعليقه «٣» عدم الملك بعدم حصول الإيجاب والقبول يدل على أن ليس المفروض «٤» ما لو لم يقصد التمليك، مع أن ذكره فى حيز شروط العقد يدل على ما ذكرنا، ولا ينافى ذلك «٥» قوله: «و ليس هذا من العقود الفاسده .. إلخ «٦» كما لا يخفى.

(١) كذا فى «ف» و «ش»، و فى سائر النسخ: «بتوقفه على»، إلا أنه صحح فى «ن» و «ع» بما فى المتن.

(٢) السرائر ٢: ٢٥٠.

(٣) فى «ف»: تعليل.

(٤) فى ظاهر «ف»: المقصود.

(٥) لم ترد «ذلك» فى «ف».

(٦) لم ترد «إلخ» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٩

وقال فى الغنيه بعد ذكر الإيجاب والقبول فى عداد شروط صحه انعقاد البيع، كالتراضى و معلوميه العوضين، و بعد بيان الاحتراز بكل «١» من الشروط عن المعامله الفاقده له ما هذا لفظه:

و اعتبرنا حصول الإيجاب والقبول؛ تحزراً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، و الإيجاب من البائع، بأن يقول: «بعنيه بألف»، فيقول: «بعتك بألف»؛ فإنه لا ينعقد بذلك، بل لا بد أن يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت» أو «قبلت» حتى ينعقد، و احترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاه، نحو أن يدفع إلى البقلى قطعه و يقول: «أعطني بقلما»، فيعطيه؛ فإن ذلك ليس ببيع، و إنما هو إباحه للتصرف.

يدل على ما قلناه: الإجماع المشار إليه؛ و أيضاً فما اعتبرناه مجمع على صحه العقد به، و ليس على صحته بما عده دليل، و لما ذكرنا نهى «٢» صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع «المنابذه» و «الملامسه»، و عن بيع «الحصاه» على التأويل الآخر، و معنى ذلك: أن يجعل اللبس بشيء «٣»، و النبذ له، و إلقاء الحصاه بيعاً موجباً «٤»، انتهى.

فإن دلالة هذا الكلام على أن المفروض قصد المتعاطين التمليك «٥»، من وجوه متعدده

(١) فى غير «ش»: لكل.

(٢) فى «ف»: نهى النبى.

(٣) كذا فى النسخ، و الأصح: «لشئ»، كما فى المصدر.

(٤) الغنيه: ٢١٤.

(٥) في «ف»: التملك.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٠
منها: ظهور أدلته «١» الثلاثة في ذلك.

و منها: احترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء بنحو واحد.

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

و هو في الظهور قريب من عبارة الغنية.

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

و ذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد «٦» به البيع، بل للتنبية على أنه لا عبرة بقصد البيع من الفعل.

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

(١) كذا في «خ»، «ش» و نسخة بدل «ع» و ظاهر «ف»، و في سائر النسخ: أدلة.

(٢) لم ترد «صحته» في «ف».

(٣) في غير «ف»: و اشترط.

(٤) الكافي في الفقه: ٣٥٢ ٣٥٣.

(٥) الشرائع ٢: ١٣.

(٦) في «ف»: لما يقصد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣١

فيعطيه ما يرضيه، أو يقول «١»: «خذ هذا الثوب بدينار» فيأخذه. و به قال الشافعي مطلقاً؛ لأصالة بقاء الملك، و قصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد. و عن «٢» بعض الحنفية و ابن شريح في الجليل. و قال أحمد: ينعقد مطلقاً. و نحوه قال مالك، فإنه قال: ينعقد «٣» بما يعتقده «٤» الناس بيعاً «٥»، انتهى «٦».

و دلالاته على قصد المتعاطين للملك لا يخفى من وجوه، أدونها: جعل مالك موافقاً لأحمد في الانعقاد من جهة أنه قال: ينعقد بما يعتقده «٧» الناس بيعاً.

و قال الشهيد في قواعده بعد قوله: قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القولي، و ذكر أمثلة لذلك ما لفظه: و أمّا المعاطاة في المبيعات، فهي تفيد الإباحة لا الملك و إن كان في الحقيق عندنا «٨»، انتهى «٩». و دلالاتها على قصد المتعاطين للملك ممّا لا يخفى.

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

(٢) لم ترد «عن» في «ف» و المصدر.

(٣) في «ف» و نسخة بدل «م» و «ع»: بيع.

(٤) في غير «ش»: يقصده.

(٥) لم ترد «بيعاً» في «ف».

(٦) التذكرة ١: ٤٦٢.

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

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

(٩) كلمة «انتهى» من «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٢

هذا كله، مع أنّ الواقع في أيدي الناس هي المعاطاة بقصد التمليك، و يبعد فرض الفقهاء من العائيه و الخاصه الكلام في غير ما هو الشائع بين الناس، مع أنّهم صرّحوا بإرادة المعامله المتعارفه بين الناس. ثمّ إنّك قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدمه في عدم حصول الملك، بل صراحة بعضها، كالخلاف و السرائر و التذكرة و القواعد.

و مع ذلك كله فقد قال المحقق الثاني في جامع المقاصد: إنّهم أرادوا بالإباحه الملك المترزل؛ فقال: المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاة بيعٌ و إن لم تكن كالعقد في اللزوم، خلافاً لظاهر عبارة المفيد، و لا يقول أحد «١» بأنّها بيع فاسد سوى المصنّف في النهايه، و قد رجع عنه في كتبه المتأخره عنها «٢». و قوله تعالى إلاً أنّ تكون تجاره عن تراض منكم «٣» عامّ إلاً ما أخرجه الدليل. و ما يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب: من أنّها تفيد الإباحه و تلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به عدم اللزوم في أوّل الأمر و بالذهاب يتحقّق اللزوم؛ لامتناع إرادة الإباحه المجردة عن «٤»

(١) في «ش» و المصدر زياده: من الأصحاب.

(٢) في «ش» و المصدر زياده: و قوله تعالى «أحلّ الله البيع» يتناولها؛ لأنّها بيع بالاتفاق حتى من القائلين بفسادها؛ لأنّهم يقولون: هي بيع فاسد.

(٣) النساء: ٢٩.

(٤) في غير «ف» و «ص»: من.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٣

أصل الملك؛ إذ المقصود للمتعاظنين «١» الملك، فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً «٢» و لم يجز التصرف «٣»، و كافه الأصحاب على خلافه.

و أيضاً، فإنّ الإباحه المحضه لا تقتضى الملك أصلاً و رأساً، فكيف يتحقّق ملك شخص بذهاب مال آخر في يده؟ و إنّما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالقول لأنّها «٤» تدلّ بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز التراد ما دام ممكناً، و مع «٥» تلف إحدى العينين يمتنع التراد فيتحقّق «٦» اللزوم «٧»، و يكفي تلف بعض إحدى العينين؛ لامتناع التراد في الباقي؛ إذ هو موجب لتبعص الصفقة و الضرر «٨»، انتهى «٩».

و نحوه المحكى عنه في تعليقه على الإرشاد، و زاد فيه: أنّ مقصود المتعاظنين إباحه مترتبة على ملك الرقبه كسائر البيوع، فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلنا، و إلاً لوجب أن لا تحصل إباحه بالكليه، بل يتعيّن الحكم بالفساد؛ إذ المقصود غير واقع، فلو وقع غيره لوقع بغير

(١) في «ش» و المصدر زياده: إنّما هو.

(٢) في «ش» و المصدر: كانت فاسده.

(٣) في «ش» و المصدر زياده: في العين.

(٤) العبارة في «ش» و المصدر هكذا: في الصراحة كالأقوال، و إنما.

(٥) في «ش» و المصدر: فمع.

(٦) في «ش»: و يتحقق.

(٧) في «ش» و المصدر زيادة: لأن إحداهما في مقابل الأخرى.

(٨) جامع المقاصد ٤: ٥٨.

(٩) لم ترد «انتهى» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٤

قصد، و هو باطل. و عليه يتفرع النماء، و جواز وطء الجارية، و من منع فقد أغرب «١»، انتهى.

و الذى يقوى فى النفس: إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، و أنهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك فى المعاطاة مع فرض قصد المتعاطين التمليك، و أن الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداءً، بل إنما حصلت كما اعترف به فى المسالك «٢» من استلزام إعطاء كل منهما سلطته مسلطاً عليها الإذن فى التصرف فيه بوجوه التصرفات، فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم فى عبارته المتقدمة، و حاصله:

أن المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحة التصرف؛ إذ الإباحة إن كانت من المالك فالمفروض أنه لم يصدر منه إلّا التمليك، و إن كانت من الشارع فليس عليها دليل، و لم يشعر كلامهم بالاستناد إلى نص فى ذلك، مع أن إلغاء الشارع للأثر المقصود و ترتيب غيره بعيداً جداً، مع أن التأمل فى كلامهم يعطى إرادة الإباحة المالكية لا الشرعية.

و يؤيد إرادة الملك: أن ظاهر إطلاقهم «إباحة التصرف» شمولها للتصرفات التى لا تصح إلّا من المالك، كالوطء و العتق و البيع لنفسه. و التزامهم حصول الملك مقارناً لهذه التصرفات كما إذا وقعت هذه التصرفات من ذى الخيار، أو من «٣» الواهب الذى يجوز له الرجوع بعيد.

(١) حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢١٦.

(٢) المسالك ٣: ١٤٨.

(٣) فى «ف»: و من.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٥

و سيجىء «١» ما ذكره بعض الأساطين: من أن هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة.

لكن الإنصاف: أن القول بالتزامهم لهذه الأمور «٢» أهون من توجيه كلماتهم؛ فإن هذه الأمور لا استبعاد فى التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكية، و لم يساعد عليها دليل معتبر، و اقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة؛ مع أن المحكي «٣» عن حواشى الشهيد على القواعد «٤»: المنع عمّا يتوقف على الملك، كإخراجه فى خمس، أو زكاة «٥»، و كوطء الجارية «٦».

و ممّا يشهد على نفى التبعد عمّا ذكرنا من إرادتهم الإباحة المجردة مع قصد المتعاطين التمليك: - أنه قد صرح الشيخ فى المبسوط «٧»، و الحلّى فى السرائر «٨»، كظاهر العلامة فى القواعد «٩» بعدم حصول الملك

(١) يجىء فى الصفحة ٤٤.

(٢) فى «ف»: لهذه الوجوه.

(٣) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ٤: ١٥٨.

(٤) لم ترد «على القواعد» في «ف».

(٥) في «ف»: و زكاة.

(٦) في غير «ف» و «ش» زيادة ما يلي: «و صرح الشيخ في المبسوط: بأن الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الإيجاب و القبول، و لا يحلّ وطؤها»، لكن شطب عليها في «ن»، و قال المامقاني رحمه الله: و هذه العبارة بتمامها قد خطّ أى شطب عليها المصنّف قدس سره في نسخته. انظر غاية الآمال: ١٧٨.

(٧) المبسوط ٣: ٣١٥.

(٨) السرائر ٣: ١٧٧.

(٩) القواعد ١: ٢٧٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٦

بإهداء الهدية بدون الإيجاب و القبول و لو من الرسول، نعم يفيد ذلك إباحة التصرف، لكنّ الشيخ استثنى و طء الجارية. ثم إنّ المعروف بين المتأخرين: أنّ من قال بالإباحة المجردة في المعاطاة، قال بأنّها ليست بيعاً حقيقة كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدمة «١» و معقد إجماع الغنية «٢»، و ما أبعد ما بينه و بين توجيه المحقّق الثاني من إرادة نفى اللزوم «٣»! و كلاهما خلاف الظاهر. و يدفع الثاني «٤»: تصريح بعضهم «٥» بأنّ شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار، فكلّ بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات، و تصريح غير واحد «٦» بأنّ الإيجاب و القبول من شرائط صحّة انعقاد البيع بالصيغة «٧». و أمّا الأوّل «٨»، فإن قلنا بأنّ البيع عند المتشرّعة حقيقة في الصحيح

(١) تقدّم في الصفحة ٢٦ عبارة الشيخ قدس سره في الخلاف: «فإنّه لا يكون بيعاً»، و في الصفحة ٢٨ عبارة الحلّي في السرائر: «فإنّه لا يكون بيعاً و لا عقداً».

(٢) تقدّم في الصفحة ٢٩.

(٣) تقدّم كلامه في الصفحة ٣٢.

(٤) أى توجيه المحقّق الثاني.

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

(٦) كالحلبي في الكافي: ٣٥٣، و ابن زهرة في الغنية: ٢١٤، و تقدّم كلامهما في الصفحة ٢٩ و ٣٠، فراجع.

(٧) قال الشهيدى في شرحه بعد ذكر توجيه للعبارة: فالظاهر بل المتعين أنّ كلمة «بالصيغة» من غلط النسخة. (هداية الطالب: ١٦٠).

(٨) أى ما هو المعروف بين المتأخرين من أنّ المعاطاة ليست بيعاً حقيقة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٧

و لو بناءً على ما قدّمناه في آخر تعريف البيع «١»: من أنّ البيع في العرف اسمٌ للمؤثر منه في النقل، فإن كان في نظر الشارع أو المتشرّعة، من حيث إنهم متشرّعة و متديّنون بالشرع، صحيحاً مؤثراً في الانتقال كان بيعاً حقيقياً، و إلّا كان «٢» صورياً، نظير بيع الهازل في نظر العرف فيصحّ على ذلك نفى البيعية على وجه الحقيقة في كلام كلّ من اعتبر في صحته الصيغة، أو فسّره بالعقد؛ لأنهم في مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر في النقل في نظر الشارع.

إذا عرفت ما ذكرنا،

اللزوم مطلقاً،

كما عن ظاهر «٣» المفيد «٤»، و يكفي في وجود القائل به قول العلامة رحمه الله في التذكرة: الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة «٥».

و اللزوم بشرط كون الدال على التراضي أو المعاملة لفظاً،

حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني «٦»، و بعض متأخري المحدثين «٧»، لكن

(١) تقدّم في الصفحة ٢٠.

(٢) في «ف» زيادة: بيعاً.

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

(٤) راجع الصفحة ٢٤، الهامش ٦.

(٥) التذكرة ١: ٤٦٢.

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

(٧) و هو المحدث البحراني في الحدائق ١٨: ٣٥٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٨
في عدّ هذا من الأقوال في المعاطاة تأمل «١».

و الملك الغير اللازم،

ذهب إليه المحقق الثاني، و نسبه إلى كلّ من قال بالإباحة «٢». و في النسبة ما عرفت «٣».

و عدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك،

كما هو ظاهر عبارة كثير «٤»، بل ذكر في المسالك: أن كلّ من قال بالإباحة يسوّغ جميع التصرفات «٥».

و إباحة ما لا يتوقف على الملك،

و هو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشي الشهيد على القواعد «٦»، و هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ في إهداء الجارية من دون إيجاب و قبول «٧».

و القول بعدم إباحة التصرف مطلقاً، نسب إلى ظاهر النهاية «٨»، لكن ثبت رجوعه عنه في غيرها «٩».

و المشهور بين علمائنا: عدم ثبوت الملك بالمعاطاة

و إن قصد

(١) كتب في «ش» على قوله: «لكن إلى تأمل»: هذه حاشية منه قدس سره.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٥٨.

(٣) راجع الصفحة ٢٥ ٢٦ و ٣٤.

(٤) تقدّمت عباراتهم في الصفحة ٢٦ ٣١.

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

(٦) تقدّم في الصفحة ٣٥.

(٧) راجع الصفحة ٣٥ ٣٦.

(٨) نهاية الأحكام ٢: ٤٤٩، حيث قرّب فيها كون حكم المعاطاة حكم المقبوض بالعقود الفاسدة.

(٩) كما سيأتي عن التحرير.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٩

المتعاطيان بها التملك «١»، بل لم نجد قائلاً به إلى زمان المحقّق الثاني الذي قال به، و لم يقتصر على ذلك حتى نسبه إلى الأصحاب «٢».

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

[الأقوى حصول الملك]

إشارة

و أمّا قوله: «و الأقوى .. إلخ»، فهو إشارة إلى خلاف المفيد رحمه الله و العاقبة القائمين بالزوم. و إطلاق «المعاوضة» عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان، و إطلاق «الفسخ» على «الردّ» «٥» بهذا الاعتبار أيضاً، و كذا «الزوم».

و يؤيّد ما ذكرنا بل يدلّ عليه:- أنّ الظاهر من عبارة التحرير في باب الهبة توقّفها على الإيجاب و القبول، ثمّ قال «٦»: و هل يستغنى عن

(١) عبارة «و إن قصد إلى التملك» لم ترد في «ف» و «ش»، و شطب عليها في «خ»، و كتب عليها في «ن»: زائد.

(٢) راجع الصفحة ٣٢.

(٣) المسالك ٣: ١٤٨.

(٤) التحرير ١: ١٦٤.

(٥) في «ف»: الترادّ.

(٦) كذا في النسخ، و العبارة لا تخلو من تأمل، و المعنى واضح.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٠

الإيجاب و القبول في هدية الأتعمة؟ الأقرب عدمه، نعم يباح التصرف بشاهد الحال «١»، انتهى. و صرح بذلك أيضاً في الهدية «٢»، فإذا لم يقل في الهبة بصحة المعاوضة فكيف يقول بها في البيع؟

[الاستدلال بالسيرة]

و ذهب جماعة «٣» تبعاً للمحقق الثاني إلى حصول الملك، و لا يخلو عن قوة؛ للسيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاوضة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق، و البيع، و الوطاء، و الإيضاء، و توريثه، و غير ذلك من آثار الملك.

[الاستدلال بآية أحل الله البيع]

و يدلّ عليه أيضاً: عموم قوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ «٤»؛ حيث إنّه يدلّ على حليّة جميع التصرفات المترتبة على البيع، بل قد يقال: بأنّ الآية دالة عرفاً بالمطابقة «٥» على صحّة البيع، لا مجرد الحكم التكليفي. لكنّه محلّ تأمل. و أمّا منع صدق البيع عليه عرفاً فمكابرة. و أمّا دعوى الإجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاوضة بيعاً

(١) التحرير ١: ٢٨١.

(٢) التحرير ١: ٢٨٤.

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

(٤) البقرة: ٢٧٥.

(٥) في «ف»: دالة بالمطابقة عرفاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤١
كابن زهرة في الغنية «١» فمرادهم بالبيع: المعاملة اللازمة التي هي إحدى «٢» العقود؛ و لذا صرح في الغنية بكون الإيجاب و القبول من شرائط صحّة البيع.
و دعوى: أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً، قد عرفت الحال فيها «٣».

[الاستدلال بآية التجارة]

و ممّا ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ «٤».

[الاستدلال بحديث السلطنة و المناقشة فيه]

و أمّا قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «الناس مسلّون على أموالهم» «٥» فلا دلالة فيه على المدعى؛ لأنّ عمومه باعتبار أنواع السلطنة، فهو إنّما يجدى فيما إذا شكّ في أنّ هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك، و ماضية شرعاً في حقّه، أم لا؟ أمّا إذا قطعنا بأنّ «٦» سلطنة خاصّة كتمليك ماله للغير نافذة في حقّه، ماضية شرعاً، لكن شكّ في أنّ هذا التمليك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطي مع القصد، أم لا بدّ من القول الدالّ عليه «٧»؟ فلا يجوز الاستدلال على سببها المعاوضة في الشريعة للتمليك

(١) تقدّم كلامه في الصفحة ٢٩.

(٢) في «ف» و «ش»: أحد.

(٣) راجع الصفحة ١٩ و غيرها.

(٤) النساء: ٢٩.

(٥) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

(٦) في «ف»: بأنه.

(٧) في «ع» و «ش» زيادة: «فلا» استدراكاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٢

بعموم تسلط الناس على أموالهم، و منه يظهر أيضاً: عدم جواز التمسك به «١» لما سيجيء من شروط الصيغة.

[المناقشة في دلالة الآيتين]

و كيف كان، ففي الآيتين مع السيرة كفاية. اللهم إلا أن يقال: إنهما لا تدلان على الملك، و إنما تدلان على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، كالبيع و الوطاء و العتق و الإيضاء، و إباحة هذه التصرفات إنما تستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة في سائر المقامات من الإجماع و عدم القول بالانفكاك، دون المقام الذي لا يعلم ذلك منهم، حيث أطلق القائلون بعدم الملك إباحة التصرفات.

و صرح في المسالك: بأن من أجاز المعاطاة سوغ جميع التصرفات «٢»، غاية الأمر أنه لا بد من التزامهم بأن التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آنأ ما؛ فإن الجمع بين إباحة هذه التصرفات و بين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار. و لا يتوقف على الالتزام بالملك من أول الأمر «٣» ليقال «٤»: إن مرجع هذه الإباحة أيضاً إلى التملك.

[المناقشة في دلالة السيرة]

و أما ثبوت «٥» السيرة و استمرارها على التورث، فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلّة المبالاة في الدين ممّا لا يحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم، كما لا يخفى.

(١) لم ترد «به» في «خ»، «م» و «ع».

(٢) المسالك ٣: ١٤٩.

(٣) في هامش «ف» زيادة: كما التزمه المحقق الثاني صح.

(٤) في غير «ف» و «ش»: فيقال.

(٥) في «ف»: و أما ترتب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٣

و دعوى: أنه لم يعلم من القائل بالإباحة جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك كما يظهر من المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى، و عدم جواز وطاء الجارية المأخوذة بها «١»، و قد

صرّح الشيخ رحمه الله بالأخير في معاطاة الهدايا «٢» فيتوجّه «٣» التمسك حينئذٍ بعموم الآية على جوازها، فيثبت الملك، مدفوعةً: بأنّه وإن لم يثبت ذلك، إلّا أنّه لم يثبت أنّ كلّ من قال بإباحة جميع هذه التصرفات قال بالملك من أول الأمر، فيجوز للفقهاء حينئذٍ التزام إباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقّف على الملك، لا من أول الأمر.

[الأولى في الاستدلال على المختار]

إشارة

فالأولى حينئذٍ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفاً من «حلّ البيع» صحته شرعاً. هذا، مع إمكان إثبات صحّة المعاطاة في الهبة والإجارة ببعض إطلاقاتها، و تتميمه في البيع بالإجماع المركّب. هذا، مع أنّ «٤» ما ذكر: من أنّ للفقهاء «٥» التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقّف عليه، لا يليق بالمتفقّه فضلاً عن الفقيه!

[دعوى كاشف الغطاء أن القول بالإباحة يستلزم تأسيس قواعد جديدة]

إشارة

ولذا ذكر

(١) تقدّم في الصفحة ٣٥.

(٢) المبسوط ٣: ٣١٥.

(٣) في «ف»: فيوجّه.

(٤) في «ن» شطب على كلمة: أنّ.

(٥) في «ن» شطب على كلمة: للفقهاء.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٤

بعض الأساطين في شرحه على القواعد في مقام الاستبعاد: أنّ القول بالإباحة المجردة، مع فرض «١» قصد المتعاطين التمليك و البيع، مستلزم لتأسيس قواعد جديدة:

منها: أنّ العقود و ما قام مقامها لا تتع القصور.

و منها: أنّ يكون إرادة التصرف من المملكات، فتملك «٢» العين أو المنفعة بإرادة التصرف بهما «٣»، أو معه «٤» دفعة و إن لم يخطر ببال المالك الأول الإذن في شيء من هذه التصرفات؛ لأنّه قاصد للنقل من حين الدفع، و أنّه «٥» لا سلطان له بعد ذلك، بخلاف من قال: أعتق عبدك عنّي، و تصدّق بمالي عنك.

و منها: أنّ الأحماس و الزكوات و الاستطاعة و الديون و النفقات و حقّ المقاسمة «٦» و الشفعة و المواريث و الربا و الوصايا تتعلّق بما «٧» في اليد، مع العلم ببقاء مقابله، و عدم التصرف فيه، أو عدم العلم به، فينفي بالأصل، فتكون متعلّقة بغير الأملاك، و أنّ صفة الغنى و الفقر ترتّب

- (١) لم ترد «فرض» فى «ف».
- (٢) كذا فى «ص» و مصححة «ن»، و فى غيرهما: فيملك.
- (٣) كذا فى «ش» و «ص» و المصدر و مصححة «ن»، و فى «خ»: «فيها»، و فى سائر النسخ: بها.
- (٤) فى أكثر النسخ: «بيعه»، إلا أنه صحح بعضها طبقاً لما أثبتناه.
- (٥) فى «ش»: لأنه.
- (٦) فى «ش» و مصححتى «ن» و «ع»: المقاصه.
- (٧) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: «بما يتعلق»، لكنه صحح بعضها طبقاً لما أثبتناه.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٥
عليه كذلك، فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك.
- و منها: كون التصرف من جانب مملكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابه استناد الملك إلى التصرف.
- و منها: جعل التلف السماوى من جانب مملكاً للجانب الآخر، و التلف من الجانبين «١» معيناً للمسمى من الطرفين، و لا رجوع إلى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت.
- و مع حصوله فى يد الغاصب أو تلفه فيها، فالقول بأنه المطالب؛ لأنه تملك «٢» بالغصب أو التلف فى يد الغاصب، غريب! و القول بعدم الملك بعيداً، مع أن فى التلف القهرى إن ملك التالف قبل التلف فهو عجيب «٣»! و معه بعيد؛ لعدم قابليته «٤»، و بعده ملك معدوم، و مع عدم الدخول فى الملك يكون ملك الآخر بغير عوض، و نفى الملك مخالف للسيره و بناء المتعاطين.
- و منها: أن التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية فلا يتوقف على التيه، فهو بعيد، و إن أوقفناه عليها كان الواطئ للجارية من غيرها «٥» واطناً بالشبهه، و الجانى عليه و المتلف «٦» جانياً على مال الغير و متلفاً له.

- (١) فى «ش» و هامش «ن» زيادة: مع التفريط.
- (٢) فى «ص» و المصدر: يملك.
- (٣) كذا فى «ف» و المصدر، و فى سائر النسخ: فعجيب.
- (٤) فى «ص» و المصدر زيادة: حينئذ.
- (٥) فى المصدر: من غير علم.
- (٦) فى «ش» زيادة: له.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٦
و منها: أن النماء الحادث قبل التصرف، إن جعلناه حدوته مملكاً له دون العين فبعيد، أو معها فكذلك، و كلاهما منافٍ لظاهر الأكثر، و شمول الإذن له خفى «١».
- و منها: قصر التملك «٢» على التصرف مع الاستناد فيه إلى أن «٣» إذن المالك فيه إذن فى التملك، فيرجع إلى كون المتصرف فى تملكه «٤» نفسه موجباً قابلاً، و ذلك جارٍ فى القبض، بل هو أولى منه؛ لاقتراانه بقصد التملك، دونه «٥»، انتهى.

[المناقشه فيما ادعاه كاشف الغطاء]

و المقصود من ذلك كله استبعاد هذا القول، لا أن الوجوه المذكوره تنهض «٦» فى مقابل الأصول و العمومات؛ إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداوله بين الفقهاء.

أما حكاية تبعية العقود و ما قام مقامها للقصد، ففيها:

أولاً: أن المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود، و لا من القائم مقامها شرعاً؛ فإن تبعية العقد للقصد و عدم انفكاكه عنه إنما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد، بمعنى ترتب الأثر المقصود عليه، فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الأثر المقصود عليه،

(١) في «ف»: و شمول العين له غير خفي.

(٢) في المصدر: التملك.

(٣) لم ترد «أن» في «ش».

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

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

(٦) في «ف»: لأن الوجوه المذكورة لا تنهض.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٧

أما المعاملات الفعلية التي لم يدل على صحتها دليل، فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها، كما نبه عليه الشهيد في كلامه المتقدم «١» من أن السبب الفعلي لا يقوم مقام السبب القولي في المبيعات «٢»، نعم إذا دلّ الدليل على ترتب أثر عليه حكم به «٣» و إن لم يكن مقصوداً.

و ثانياً: أن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير، فإنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثر في ضمان كل من العوضين القيمة «٤»؛ لإفادته العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه، مع أنهما لم يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر. و توهم: أن دليلهم على ذلك «قاعدة اليد»، مدفوع: بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفاً على الوجه الأول، و هو إقدامهما على الضمان، فلاحظ المسالك «٥».

و كذا الشرط الفاسد «٦» لم يقصد المعاملة إلا «٧» مقرونة به غير مفسد عند أكثر القدماء.

(١) تقدم في الصفحة ٣١.

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

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

(٤) في مصححة «ن»: بالقيمة.

(٥) المسالك ٣: ١٥٤.

(٦) كذا في النسخ، و صححت العبارة في «ص» بزيادة: مع أنه.

(٧) لم ترد «إلا» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٨

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

و بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير «١».

و ترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً، على قولٍ نسبة في المسالك و كشف اللثام إلى المشهور «٢».

نعم، الفرق بين العقود و ما نحن فيه: أن التخلف عن القصد «٣» يحتاج إلى الدليل المخرج عن أدلته صحة العقود، و فيما نحن فيه

عدم الترتب مطابق للأصل.

و أما ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملكاً، فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز التصرف المطلق، و أدلة توقف بعض التصرفات على الملك، فيكون كتصرف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما بالوطء و البيع و العتق و شبهها «٤». و أمّا ما ذكره من تعلق الأحماس و الزكوات إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض، و دفعه بمخالفته «٥» للسيرة رجوع إليها، مع أنّ تعلق الاستطاعة الموجبة للحج، و تحقّق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة، لا يتوقّفان على الملك.

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

(٢) المسالك ٧: ٤٤٧. كشف اللثام ٢: ٥٥.

(٣) فى بعض النسخ: المقصود.

(٤) فى «ف»: و شبههما.

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

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٩

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

و أمّا كون التلف مملكاً للجانبين، فإن ثبت بإجماع أو سيرة كما هو الظاهر كان كلُّ من المالكين مضموناً بعوضه، فيكون تلفه فى يد كلِّ منهما من ماله مضموناً بعوضه، نظير تلف المبيع قبل قبضه فى يد البائع؛ لأنّ هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الإجماع و بين عموم «على اليد ما أخذت» «١» و بين أصالة عدم الملك إلّا فى الزمان المتيقّن وقوعه «٢» فيه.

توضيحه: أنّ الإجماع لئلاّ دلّ على عدم ضمانه بمثله أو قيمته، حكم بكون التلف «٣» من مال ذى اليد؛ رعايةً لعموم «على اليد ما أخذت»، فذلك الإجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة فى أنّ: تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه «٤»، فإذا قدر التلف «٥» من مال ذى اليد «٦»، فلا بدّ من أن يقدر فى آخر أزمته إمكان تقديره؛ رعايةً لأصالة عدم حدوث الملكية قبله، كما يقدر ملكية المبيع للبائع و فسخ البيع من حين التلف؛ استصحاباً لأثر العقد.

و أما ما ذكره من صورة غضب المأخوذ بالمعاطاة، فالظاهر على

(١) مستدرک الوسائل ١٤: ٨، الباب الأوّل من كتاب الوديعه، الحديث ١٢.

(٢) كذا فى «ص»، و فى سائر النسخ: بوقوعه.

(٣) فى مصحّحه «ن»: التالف.

(٤) مستدرک الوسائل ١٣: ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل، و انظر الوسائل ١٢: ٣٥٨، الباب ١٠ من أبواب الخيار.

(٥) فى مصحّحه «ن»: التالف.

(٦) فى غير «ش»: البائع، إلّا أنّه صحّح فى «ن»، «ع» و «ص» بما فى المتن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٠

القول بالإباحة أنّ لكلّ منهما المطالبة ما دام باقياً، و إذا تلف، فظاهر إطلاقهم «التملك» «١» بالتلف: تلفه من مال المغصوب منه. نعم، لو [لا] «٢» قام إجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

و أمّا ما ذكره من حكم النماء، فظاهر المحكى عن بعض أنّ القائل بالإباحة لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ «٣»، بل حكمه حكم

أصله، و يحتمل أن يحدث النماء في ملكه بمجرد الإباحة.

ثم إنك بملاحظة ما ذكرنا «٤» تقدر على التخلّص عن سائر ما ذكره، مع أنه رحمه الله لم يذكرها للاعتماد، و الإنصاف: أنها استبعادات في محلّها.

و بالجملة، فالخروج عن أصالة عدم الملك المعتضد بالشهرة المحقّقة إلى زمان المحقّق الثاني، و بالاتّفاق المدّعى في الغنية «٥» و القواعد «٦» هنا و في المسالك في مسألة توقّف الهبة على الإيجاب و القبول «٧» مشكل، و رفع اليد عن عموم أدلّة البيع و الهبة و نحوهما المعتضدة بالسيرة

(١) في «ف»، «م»، «ع» و «ص»: التمليك.

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

(٣) في «ش»: بالأخذ.

(٤) كذا في «ف» و «ص» و مصحّحتى «خ» و «ع»، و في «ن» و «م»: «ثم إنّ ممّا ذكرنا»، و في «ش»: ثم إنك ممّا ذكرنا.

(٥) تقدّم في الصفحة ٢٩.

(٦) أى قواعد الشهيد، كما تقدّم في الصفحة ٣١.

(٧) المسالك ٦: ١٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥١

القطعيّة المستمرّة، و بدعى الاتفاق المتقدّم عن المحقّق الثاني «١» بناءً على تأويله لكلمات القائلين بالإباحة أشكال. فالقول الثانى لا يخلو عن قوّة.

[هل المعاطاة لازمة أم جائزة]

إشارة

و عليه، فهل هي لازمة ابتداءً مطلقاً؟ كما حكى عن ظاهر المفيد رحمه الله «٢»، أو بشرط كون الدالّ على التراضى لفظاً؟ كما حكى عن بعض معاصرى الشهيد الثانى «٣»، و قواه جماعة من متأخري المحدثين «٤»، أو هي غير لازمة مطلقاً فيجوز لكلّ منهما الرجوع فى ماله؟ كما عليه أكثر القائلين بالملك، بل كلّهم عدا من عرفت، و جوه:

[مقتضى القاعدة اللزوم]

إشارة

أوقفها بالقواعد هو الأوّل؛ بناءً على أصالة اللزوم فى الملك؛ للشكّ فى زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي.

دزفولى، مرتضى بن محمد امين انصاري، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ٦ جلد، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ

اعظم انصاري، قم - ايران، اول، ١٤١٥ ه ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)؛ ج ٣، ص: ٥١

و دعوى: أن الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل والمستقرّ، والمفروض انتفاء الفرد الأوّل بعد الرجوع، والفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أوّل الأمر، فلا ينفع الاستصحاب، بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقه المالك الأوّل، مدفوعاً مضافاً إلى إمكان دعوى كفاية تحقّق القدر المشترك في الاستصحاب، فتأمّل:- بأنّ انقسام الملك إلى المتزلزل والمستقرّ ليس باعتبار اختلاف في حقيقته، وإنّما هو باعتبار حكم الشارع عليه في

(١) تقدّم في الصفحة ٣٢.

(٢) راجع الصفحة ٢٤ و ٣٧.

(٣) راجع الصفحة ٣٧.

(٤) كالمحدّث البحراني في الحقائق ١٨: ٣٥٥، و لم نعر على غيره، و قد تقدّم في الصفحة ٣٧ عن بعض متأخري المحدّثين.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٢

بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي. و منشأ هذا الاختلاف حقيقة السبب المملك، لا اختلاف حقيقة الملك. فجواز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعية للسبب، لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب. و يدلّ عليه مع أنّه يكفي في الاستصحاب الشكّ في أنّ اللزوم من خصوصيات الملك. أو من لوازم السبب المملك، و مع أنّ المحسوس بالوجدان أنّ إنشاء الملك في الهبة اللازمة و غيرها على نهج «١» واحد:- أنّ اللزوم و الجواز لو كانا «٢» من خصوصيات الملك، فإنّما أن يكون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين بجعل المالك، أو بحكم الشارع. فإن كان الأوّل، كان اللازم التفصيل بين أقسام التملك المختلفة بحسب «٣» قصد الرجوع، و قصد عدمه، أو عدم قصده، و هو بديهى البطلان؛ إذ لا تأثير لقصد المالك في الرجوع و عدمه.

و إن كان الثاني، لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ، و هو باطل في العقود؛ لما تقدّم أنّ العقود المصححة «٤» عند الشارع تتبع القصد، و إن أمكن القول بالتخلّف هنا في مسألة المعاطاء؛ بناءً على ما ذكرنا سابقاً انتصاراً للقائل بعدم الملك: من منع وجوب

(١) في «ف»: منهج.

(٢) كذا في «ش» و مصححة «ص»، و في غيرهما: لو كان.

(٣) العبارة في «ف» هكذا: التفصيل في أقسام التملك بين.

(٤) في «ف»: الصحيحة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٣

إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصد المتعاطين «١»، لكنّ الكلام في قاعدة اللزوم في الملك يشمل «٢» العقود أيضاً. و بالجملة، فلا إشكال في أصالة اللزوم في كلّ عقد شكّ في لزومه شرعاً، و كذا لو شكّ في أنّ الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز، كالصلح من دون عوض، و الهبة. نعم، لو تداعيا احتمال التحالف في الجملة.

[ما يدل على اللزوم من الكتاب و السنة]

و يدلّ على لزوم مضافاً إلى ما ذكر عموم قوله «٣» صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الناس مسلّطون على أموالهم» «٤» فَإِنَّ مقتضى السلطنة أن لا يخرج عن ملكيته «٥» بغير اختياره، فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه منافٍ للسلطنة المطلقة. فاندفع ما ربما يتوهم: من أن غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه، و لا نسلم ملكيته «٦» له بعد رجوع المالك الأصلي. و لما «٧» ذكرنا تمسك المحقق رحمه الله في الشرائع على لزوم القرض

(١) راجع الصفحة ٤٧.

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

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

(٤) عوالي اللآلي ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

(٥) في «ف»: «عن الملكية»، و في نسخة بدل «ش»: «عن ملكه».

(٦) كذا في «ص»، و في سائر النسخ: ملكية.

(٧) في أكثر النسخ: بما.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٤

بعد القبض: بأن فائدة الملك السلطنة «١»، و نحوه العلامة رحمه الله في موضع «٢» آخر «٣».

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

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

و يمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلّا أن تكون تجارة عن تراضٍ «٧»، و لا ريب أن الرجوع

(١) الشرائع ٢: ٦٨.

(٢) في «ف»: مواضع.

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

(٤) عوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩، و فيه: «لا يحلّ مال امرئ مسلم ..»، و جاء في تحف العقول مرسلًا عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «و لا يحلّ لمؤمنٍ مال أخيه إلّا عن طيب نفسٍ منه»، تحف العقول: ٣٤.

(٥) تقدّم في الصفحة السابقة عند دفع التوهم عن الاستدلال بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الناس مسلّطون ..».

(٦) في «ش» و مصحّحه «ن»: من أن.

(٧) النساء: ٢٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٥

ليست «١» تجارة، و لا عن تراضٍ، فلا يجوز أكل المال.

و التوهم المتقدّم في السابق [غير «٢»] جارٍ هنا؛ لأنّ حصر مجوّز أكل المال في التجارة إنّما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للاكل لا غيره.

و يمكن التمسك أيضاً بالجملة المستثنى منها؛ حيث إنَّ أكل المال و نقله عن مالكة بغير رضا المالك، أكل و تصرف بالباطل عرفاً. نعم، بعد إذن المالك الحقيقي و هو الشارع و حكمه بالتسلط «٣» على فسخ المعاملة من دون رضا المالك يخرج عن «٤» البطلان؛ و لذا كان أكل المازة من الثمرة الممرور بها أكلاً بالباطل لولا إذن المالك الحقيقي، و كذا الأخذ بالشفعة، و الفسخ بالخيار، و غير ذلك من الأسباب «٥» القهرية.

[الاستدلال بما يدل على لزوم خصوص البيع]

هذا كله، مضافاً إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع، مثل قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» «٦».

- (١) في «ص» و مصححة «ن»: ليس.
- (٢) لم ترد «غير» في النسخ، و وردت في هامش نسخ «ن»، «ع» و «ش» استظهاراً، و قد أيد الشهيدى قدس سره ضرورة هذه الزيادة، انظر هداية الطالب: ١٧٠.
- (٣) كذا في «ف» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: التسلط.
- (٤) في «ف»: من.
- (٥) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: النواقل.
- (٦) عوالي اللآلي ٣: ٢٠٩، الحديث ٥١، و انظر الوسائل ١٢: ٣٤٥، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢. كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٦ و قد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١»؛ بناءً على أن العقد هو مطلق العهد، كما في صحيحه عبد الله بن سنان «٢»، أو العهد المشدد، كما عن بعض أهل اللغة «٣»، و كيف كان، فلا يختص باللفظ فيشمل المعاطاة. و كذلك قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم» «٤»؛ فإنَّ الشرط لغةً مطلق الالتزام «٥»، فيشمل ما كان بغير اللفظ.

[قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة]

إشارة

و الحاصل: أن الحكم باللزوم في مطلق الملك و في خصوص البيع ممّا لا ينكر، إلّا أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاة، بل ادّعاء صريحاً بعض الأساطين في شرح القواعد «٦»، و يعضده الشهرة المحقّقة، بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخري المتأخّرين «٧»، فإنَّ العبارة المحكية عن المفيد رحمه الله «٨» في المقنعة لا تدلّ

(١) المائدة: ١.

(٢) تفسير القمي ١: ١٦٠، و تفسير العياشي ١: ٢٨٩، الحديث ٥. و عنه الوسائل ١٦: ٢٠٦، الباب ٢٥ من كتاب النذر و العهد، الحديث ٣.

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

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

(٥) قال الفيروزآبادي في القاموس (٢: ٣٦٨): الشرط إلزام الشيء و الترامه في البيع و نحوه.

(٦) شرح القواعد (مخطوط): الورقة: ٤٩.

(٧) كالمحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨: ١٤٤، و المحدث الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٣: ٤٨.

(٨) عبارة «المحكىة عن المفيد» لم ترد في «ف»، و شطب عليها في «ن».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٧

على هذا القول كما عن المختلف الاعتراف به «١» فإنه قال «٢»: ينعقد البيع على تراضٍ بين الاثنين فيما يملكان التباع له إذا عرفاه جميعاً، و تراضيا بالبيع، و تقابضا، و افترقا بالأبدان «٣»، انتهى.

و يقوى إرادة بيان شروط صحه العقد الواقع بين اثنين و تأثيره في اللزوم؛ و كأنه لذلك «٤» حكى كاشف الرموز عن المفيد و الشيخ رحمهما الله: أنه لا بد في البيع عندهما من لفظٍ مخصوص «٥».

و قد تقدم دعوى الإجماع من الغنيه على عدم كونها بيعاً «٦»، و هو نص في عدم اللزوم، و لا يقدر كونه ظاهراً في عدم الملكية الذي لا نقول به.

[التشكيك في انعقاد الإجماع]

و عن جامع المقاصد: يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالإجماع «٧».

نعم، قول العلامة رحمه الله في التذكرة: «إن الأشهر عندنا أنه لا بد

(١) المختلف ٥: ٥١، و فيه بعد نقل عبارة المقنعه:- و ليس في هذا تصريح بصحته إلا أنه موهم.

(٢) كذا في «ف»، «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: فإن المحكى عنه أنه قال.

(٣) المقنعه: ٥٩١.

(٤) في «ف»: لذا.

(٥) كشف الرموز ١: ٤٤٥ ٤٤٦.

(٦) تقدم في الصفحة ٢٩.

(٧) جامع المقاصد ٥: ٣٠٩، و فيه: «لأن النطق معتبر في العقود اللازمة بالإجماع»، و حكاها عنه المحقق التستري في مقابس الأنوار: ٢٧٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٨

من الصيغه «١» يدل على وجود الخلاف المعتد به في المسألة، و لو كان المخالف شاذاً لعبير المشهور، و كذلك نسبته في المختلف إلى الأكثر «٢»، و في التحرير: أن الأقوى أن المعاطاة غير لازمة «٣».

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

ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أنها ليست مملكة، و إنما تفيد الإباحة لم يكن هذا الاتفاق كاشفاً؛ إذ القول باللزوم فرع الملكية، و لم يقل بها إلا بعض من تأخر عن المحقق الثاني «٤» تبعاً له، و هذا مما يوهن حصول

القطع بل الظن من الاتفاق المذكور؛ لأن قول الأكثر بعدم اللزوم سالبه بانتفاء «٥» الموضوع. نعم، يمكن أن يقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور:- إن أصحابنا بين قائل بالملك الجائز، و بين قائل بعدم الملك رأساً، فالقول بالملك اللازم قول ثالث، فتأمل.

و كيف كان، فتحصيل الإجماع على وجه استكشاف قول الإمام عن قول غيره من العلماء كما هو طريق «٦» المتأخرين مشكل؛

(١) التذكرة ١: ٤٦٢.

(٢) المختلف ٥: ٥١.

(٣) التحرير ١: ١٦٤.

(٤) مثل المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨: ١٣٩، و غيره، راجع الصفحة ٤٠، الهامش ٣.

(٥) في «ف»: منتفية.

(٦) في «ف»: طريقة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٩

لما ذكرنا «١» و إن كان هذا لا يقدح في الإجماع على طريق القدماء، كما يبين في الأصول «٢».

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

[ما يدل على عدم لزوم المعاطاة]

إشارة

و الإجماع و إن لم يكن محققاً على وجه يوجب القطع، إلما أن المظنون قوياً تحقّقه على عدم اللزوم، مع عدم لفظ دال على إنشاء التملك، سواء لم يوجد لفظ أصلاً أم وجد و لكن لم ينشأ التملك به «٧»، بل كان من جملة القرائن على قصد التملك بالتقابض. و قد يظهر ذلك من غير واحد من الأخبار «٨»، بل يظهر «٩» منها أن إيجاب البيع باللفظ دون مجرّد التعاطي كان متعارفاً بين أهل السوق و التجار.

(١) في الصفحة السابقة.

(٢) راجع فرائد الأصول: ٨٣ ٧٩.

(٣) في «ش»: من لم يعتبر.

(٤) كذا في «ف»، و في غيره: و ما أمتن.

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

(٦) المسالك ٣: ١٥٢.

(٧) في «ف»: به التملك.

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

(٩) في «ف»: بل قد يظهر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٦٠

بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة التي يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضي. نعم، ربما يكتفون بالمصافقة، فيقول البائع: بارك الله لك، أو ما أدى هذا المعنى بالفارسية «١». نعم، يكتفون بالتعاطى في المحقرات ولا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها، بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين. نعم، الاكتفاء في اللزوم «٢» بمطلق الإنشاء القولى غير بعيد؛ للسيرة و لغير واحد من الأخبار، كما سيجيء إن شاء الله تعالى في شروط الصيغة.

بقي الكلام في الخبر الذي تُمسك به في باب المعاطاة، تارة على عدم إفادة المعاطاة بإباحة التصرف، و أخرى على عدم إفادتها للزوم؛

إشارة

جمعاً بينه وبين ما دلّ على صحته مطلق البيع كما صنعه في الرياض «٣» و هو قوله عليه السلام: «إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام». و توضيح المراد منه يتوقف على بيان تمام الخبر، و هو ما رواه ثقة الإسلام في باب «بيع ما ليس عنده»، و الشيخ في باب «النقد و النسيئة» عن ابن أبي عمير، عن يحيى بن الحجّاج، عن خالد بن الحجّاج «٤» أو ابن نجیح «٥» قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل

(١) وردت عبارة: «نعم إلى بالفارسية» في أكثر النسخ في المتن و في بعضها في الهامش، لكن شطب عليها في «ف»، و كتب عليها في «ن»: زائد.

(٢) في «ف»: باللزوم.

(٣) الرياض ١: ٥١١.

(٤) كما في التهذيب.

(٥) كما في الكافي.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٦١

يجئني و يقول: اشتر لي هذا الثوب و أربحك كذا و كذا. فقال: أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس، إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام «١» «٢».

و قد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أخر مجردة عن قوله عليه السلام: «إنما يحلل .. إلخ» «٣»، كلّها تدلّ على أنه لا بأس بهذه المواعدة و المقاوله ما لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه.

و نقول: إن هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتمل وجوهاً:

الأول:

أن يراد من «الكلام» في المقامين اللفظ الدالّ على التحليل و التحريم «٤»، بمعنى أنّ تحريم شيء و تحليله لا يكون إلّا بالنطق بهما، فلا يتحقّق بالقصد المجرد عن الكلام، و لا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال.

الثاني:

أن يراد بـ «الكلام» اللفظ مع مضمونه، كما في قولك: «هذا الكلام صحيح» أو «فاسد»، لا مجرد اللفظ أعني الصوت و يكون المراد: أن المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعي جلاً و حرمة «٥»

(١) في «ن»، «خ»، «م» و «ع» زيادة: «الخبر»، و الظاهر أنه لا وجه له؛ لأن الخبر مذكور بتمامه.

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

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

(٤) كذا في «ف»، و في غيره: التحريم و التحليل.

(٥) في «ف»: أو حرمة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٦٢

باختلاف المضامين المؤداة بالكلام، مثلاً «١»: المقصود الواحد، و هو التسليط على البضع مدة معينة يتأتى بقولها: «ملكك بضعي» أو «سلطتك عليه» أو «آجرتك نفسي» أو «أحلتها لك»، و بقولها: «متعتك» «٢» نفسي بكذا، فما عدا الأخير موجب لتحريمه، و الأخير محلل، و بهذا «٣» المعنى ورد قوله عليه السلام: «إنما يحرم الكلام» في عدة من روايات المزارعة «٤».

منها: ما في التهذيب عن ابن محبوب، عن خالد بن جرير «٥»، عن أبي الربيع الشامي، عن أبي عبد الله عليه السلام: أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر، و ثلثاً للبقر، فقال: «لا ينبغي له أن يسمي بذراً و لا بقراً، و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك و لك منها كذا و كذا: نصف، أو ثلث، أو ما كان من شرط، و لا يسمي بذراً و لا بقراً؛ فإنما يحرم الكلام» «٦».

(١) كلمة «مثلاً» ساقطة من «خ»، «م»، «ع» و «ص».

(٢) كذا في «ف»، و في غيره: متعت.

(٣) كذا في «ف»، و في غيره: على هذا.

(٤) راجع الوسائل ١٣: ٢٠٠ ٢٠١، الباب ٨ من أبواب المزارعة و المساقاة، الحديث ٤، ٦ و ١٠.

(٥) عبارة «عن خالد بن جرير» من «ش» و المصدر.

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

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٦٣

الثالث:

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

الرابع:

أن يراد من الكلام المحلل خصوص المقاوله و المواعده، و من الكلام المحرم إيجاب البيع و إيقاعه.

ثم إن الظاهر عدم إرادة المعنى الأول؛ لأنه مع لزوم تخصيص الأكثر حيث إن ظاهره حصر أسباب التحليل والتحرير في الشريعة في اللفظ يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور في الخبر جواباً عن السؤال، مع كونه كالتعليل له؛ لأن ظاهر الحكم كما يستفاد من عدة روايات أخر «٣» تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء «٤» المتاع من مالكة، ولا دخل لاشتراط النطق في التحليل والتحرير في هذا الحكم أصلاً، فكيف يعلل به؟
و كذا المعنى الثاني؛ إذ ليس هنا مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محلاً، و بآخر محرماً.

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

(٢) كذا في «م»، «ص» و مصححة «ن»، و في غيرها: اعتبار.

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

(٤) في «ف»: اشتراء.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٦٤

فتعين: المعنى الثالث، و هو: أن الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة إلا وجوده قبل شراء العين التي يريد بها الرجل؛ لأنه بيع ما ليس عنده، و لا يحل إلا عدمه؛ إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلا التواعد بالمبايعه، و هو غير مؤثر. فحاصل الرواية: أن سبب التحليل و التحريم في هذه المعاملة منحصر في الكلام عدماً و وجوداً «١».

أو المعنى الرابع، و هو: أن المقاوله و المراضاه مع المشتري الثاني قبل اشتراء العين محلل للمعاملة، و إيجاب البيع معه محرم لها.

و على كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلالة على اعتبار الكلام في التحليل، كما هو المقصود في مسألة المعاطاة.

نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر بعد ما عرفت من أن «٢» المراد ب «الكلام» هو إيجاب البيع بأن يقال: إن حصر المحلل و المحرم في الكلام لا يتأتى إلا مع انحصار إيجاب البيع في الكلام؛ إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل و المحرم في الكلام، إلا أن يقال: إن وجه انحصار إيجاب البيع في الكلام في مورد الرواية هو عدم إمكان المعاطاة في خصوص المورد؛ إذ المفروض أن المبيع عند مالكة الأول، فتأمل.

و كيف كان، فلا تخلو الرواية عن إشعار أو ظهور. كما يشعر به قوله عليه السلام في رواية أخرى واردة في هذا الحكم أيضاً، و هي رواية

(١) في «ف»: أو وجوداً.

(٢) في «خ»، «م»، «ع»، «ص» و مصححة «ن»: بأن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٦٥

يحيى بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجل قال لي: اشتر لي هذا الثوب أو هذه الدابة، و بعنيها أربحك» «١» فيها كذا و كذا؟ قال: لا- بأس بذلك، اشتراها، و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها» «٢»؛ فإن الظاهر أن المراد من مواجهة البيع ليس مجرد إعطاء العين للمشتري «٣».

و يشعر به أيضاً رواية العلاء الواردة في نسبة الربح إلى أصل المال، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يبيع بيعاً فيقول: أبيعك بده دوازده، [أو ده يازده «٤»] فقال: لا بأس، إنما هذه "المراوضة" فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة» «٥»؛ فإن ظاهره على ما فهمه بعض الشراح «٦»: أنه لا يكره ذلك في المقاوله التي قبل العقد، و إنما يكره حين العقد.

وفى صحیحه ابن سنان: «لا بأس بأن تبیع الرجل المتاع لیس عندك، تساومه ثم تشتري له نحو الذى طلب، ثم توجه على نفسك، ثم تبیعه منه بعد» (٧).

(١) فى «ش»: اربحك.

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

(٣) لم ترد عبارة: «فإن الظاهر إلى للمشتري» فى «ف».

(٤) من «ش» و المصدر.

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

(٦) وهو المحدث الكاشانى قدس سره فى الوافى ١٨: ٦٩٣، الحديث ١٨١٣١.

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

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٦٦

و ينبغى التنبيه على أمور:

الأول الظاهر «١»: أن المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع،

بل الظاهر من كلام المحقق الثانى فى جامع المقاصد «٢»: أنه ممّا لا كلام فيه حتى عند القائلين بكونها فاسدة، كالعلامة فى النهاية «٣». و دلّ على ذلك تمسكهم له بقوله تعالى أحلّ الله البيع «٤».

و أمّا على القول بإفادتها للإباحة «٥»، فالظاهر: أنها «٦» بيع عرفى لم يؤثّر شرعاً إلّا الإباحة، فنفى البيع عنها فى كلامهم «٧» و معاهد إجماعتهم «٨» هو البيع المفيد شرعاً للزوم زيادةً على الملك.

هذا على ما اخترناه سابقاً «٩»: من أن مقصود المتعاطيين فى

(١) فى «ف»: أن الظاهر.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٥٨.

(٣) نهاية الأحكام ٢: ٤٤٩.

(٤) البقرة: ٢٧٥.

(٥) فى «ف» زيادةً: دون الملك.

(٦) كذا فى «ف» و مصححة «م» و «ص»، و فى غيرها: أنه.

(٧) مثل ما تقدّم عن الخلاف فى الصفحة ٢٦، و عن السرائر و الغنية فى الصفحة ٢٨ و ٢٩.

(٨) كذا فى «ف»، و فى غيرها: إجماعهم.

(٩) فى الصفحتين ٢٥ و ٣٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٦٧

المعاطاة التملك «١» و البيع «٢»، و أمّا على ما احتمله بعضهم «٣» بل استظهره «٤»: من أن محلّ الكلام هو ما إذا قصد «٥» مجزئ الإباحة، فلا إشكال فى عدم كونها بيعاً عرفياً، و لا شرعاً.

و على هذا فلا بدّ عند الشكّ في اعتبار شرط فيها من الرجوع إلى الأدلّة الدالّة على صحّة هذه الإباحة العوضيّة من خصوص أو عموم، و حيث إنّ المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيتها بعموم: «الناس مسلّطون على أموالهم» «٦» كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطية غير ما ثبت شرطيتها، كما أنّه لو تمسك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس.

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

و أمّا على المختار: من أنّ الكلام فيما قصد «٧» به البيع، فهل «٨»

(١) في هامش «ص»: التملك ظ، و هكذا أثبتته المامقاني قدس سره في حاشيته، انظر غاية الآمال: ١٨٧.

(٢) لم ترد «و البيع» في «ف».

(٣) و هو صاحب الجواهر قدس سره، انظر الجواهر ٢٢: ٢٢٤.

(٤) في «ف»: استظهر.

(٥) في «ف»: قصد.

(٦) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

(٧) في «ف»: يقصد.

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

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٦٨

يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يبتنى «١» على القول بإفادتها للملك، و القول بعدم إفادتها إلّا للإباحة «٢»؟ وجوه:

يشهد للأول: كونها بيعاً عرفياً، فيشترط «٣» فيها جميع ما دلّ على اشتراطه في البيع.

و يؤيده: أنّ محلّ النزاع بين العامّة و الخاصّة في المعاطاة هو: أنّ الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشرائط، أم لا؟ كما يفصح عنه عنوان

المسألة في كتب كثيرٍ من الخاصّة و العامّة «٤» فما انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع، خارج عن هذا العنوان و إن فرض مشاركاً له

في الحكم؛ و لذا ادّعى «٥» في الحدائق: أنّ المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة: صحّة المعاطاة المذكورة إذا استكملت «٦»

شروط البيع غير الصيغة المخصوصة، و أنّها تفيد إباحة تصرّف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض «٧».

و مقابل المشهور في كلامه، قول العلامة رحمه الله في النهاية بفساد المعاطاة «٨» كما صرّح به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهماً

لثبوت

(١) في «ف»: مبنّى.

(٢) في «ف»: إلّا للإباحة.

(٣) في «ف»: ليشترط.

(٤) كذا في «ف»، و في غيرها: العامّة و الخاصّة.

(٥) كذا في «ش»، و في «ف» غير مقروءة، و في غيرهما: أفتى.

(٦) كذا في «ف»، و في غيرها: استكمل.

(٧) الحدائق ١٨: ٣٥٦.

(٨) نهاية الأحكام ٢: ٤٤٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٦٩

الخلافة فى اشتراط صحّة المعاطاة باستجماع شرائط البيع.

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

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

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

و بالجملة، فلا يبقى للمتأمل شكّ فى أنّ إطلاق البيع فى النصّ و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلّا بفسخ عقده بخيار أو بتقاييل «٤». و وجه الثالث: ما تقدّم للثانى على القول بالإباحة، من سلب

(١) لم ترد «فى مقام» فى «ف».

(٢) فى الصفحة ٤١ و غيرها.

(٣) فى «ف»: و أنّ البيع مطلقاً.

(٤) فى «ف»: لخيار أو لتقاييل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٧٠

البيع عنه، و للأوّل على القول بالملك، من صدق البيع عليه حينئذٍ و إن لم يكن لازماً.

و يمكن الفرق بين الشرط الذى ثبت اعتباره فى البيع من النصّ، فيحمل على البيع العرفى و إن لم يقد عند الشارع إلّا بالإباحة، و بين ما ثبت بالإجماع على اعتباره فى البيع بناءً على انصراف «البيع» فى كلمات المجمعين إلى العقد اللازم.

و الاحتمال الأوّل لا يخلو عن قوّة؛ لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك كما عرفت من جامع المقاصد «١»، و أمّا على القول بالإباحة؛ فلأنّها لم تثبت إلّا فى المعاملة الفاقدة للصيغة فقط، فلا تشمل الفاقدة للشرط الآخر أيضاً.

ثمّ إنّته حكى عن الشهيد رحمه الله فى حواشيه على القواعد أنّه بعد ما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى إلّا بعد تلف العين، يعنى العين الأخرى ذكر: أنّه يجوز أن يكون الثمن و المثل فى المعاطاة مجهولين؛ لأنّها ليست عقداً، و كذا جهالة الأجل، و أنّه لو اشترى أمّة بالمعاطاة لم يجز له «٢» نكاحها قبل تلف الثمن «٣»، انتهى. و حكى عنه فى باب الصرف أيضاً: أنّه لا يعتبر التقابض فى المجلس فى معاطاة التقدين «٤».

(١) راجع الصفحة ٣٢ و غيرها.

(٢) لم ترد «له» فى «ف».

(٣) حكاة السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ٤: ١٥٨.

(٤) نفس المصدر، الصفحة ٣٩٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٧١

أقول: حكمه قدس سرّه بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الصدقات الواجبة و عدم جواز نكاح المأخوذ بها، صريح فى عدم

«١» إفادتها للملك، إلا أن حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكورة «٢» للبيع و الصرف معللاً بأن المعاطاة ليست عقداً، يحتمل أن يكون باعتبار عدم الملك؛ حيث إن المفيد للملك منحصرٌ في العقد، و أن يكون باعتبار عدم اللزوم؛ حيث إن الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدي اللازم.

و الأقوى: اعتبارها و إن قلنا بالإباحة؛ لأنها بيع عرفي و إن لم يفد شرعاً إلا الإباحة، و مورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لا خصوص العقدي، بل تقييدها بالبيع العقدي تقييد غير الغالب؛ و لما عرفت من أن الأصل في المعاطاة بعد القول بعدم الملك، الفساد و عدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم، و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة، و بقي الباقي.

و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيها «٣» أيضاً و إن خصصنا الحكم بالبيع، بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها «٤» مفيدة للملك؛ لأنها معاوضة عرفية و إن لم تفد الملك، بل معاوضة شرعية، كما «٥» اعترف بها

(١) في «ف»: صريح في قوله بعدم.

(٢) في «ف»: باعتبار الشرط المذكور.

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

(٤) في «ف»: عند من يراها.

(٥) كما ساقطة من «ش».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٧٢

الشهيد رحمه الله في موضع من الحواشي؛ حيث قال: إن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة «١»، انتهى.

و لو قلنا بأن المقصود للمتعاطين «٢» الإباحة لا الملك، فلا يبعد أيضاً جريان الربا؛ لكونها معاوضة عرفاً، فتأمل «٣».

و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم، فيمكن نفيه على المشهور؛ لأنها إباحة «٤» عندهم، فلا معنى للخيار «٥».

و إن قلنا بإفادة الملك، فيمكن القول بثبوت الخيار فيه «٦» مطلقاً؛ بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم كما سيأتي عند تعرض الملزمات فالخيار موجود من زمان المعاطاة، إلا أن أثره يظهر بعد اللزوم، و على هذا فيصح إسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم.

و يحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع، فلا تجرى؛ لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار «٧»، و بين

(١) حكاها عنه السيد العامل في مفتاح الكرامة ٤: ١٥٨.

(٢) في «ف» زيادة: إنشاء.

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

(٤) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: «جائزة» بدل «إباحة»، لكن صُحِّحت في «ع» بما أثبتناه.

(٥) في «ف» زيادة: مطلقاً.

(٦) لم ترد «فيه» في «ف».

(٧) عبارة «لاختصاص إلى الخيار» ساقطة من «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٧٣

غيرها كخيار الغبن و العيب بالنسبة إلى الردّ دون الأرش فتجربى «١»؛ لعموم أدلتها.

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

(١) كذا في «ص» و مصححة «ن»، و في غيرهما: فيجری.

(٢) سيأتي في الأمر السابع، الصفحة ١٠٣.

(٣) التعليق على المشيئة من «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٧٤

الأمر الثاني إن المتيقن من مورد المعاطاة: هو حصول التعاطى فعلاً من الطرفين،

فالمملك أو الإباحة في كل منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر أو ملكيته، فلا يتحقق المعاوضة و لا الإباحة رأساً؛ لأن كلا منهما ملك أو مباح في مقابل ملكية «١» الآخر أو إباحته، إلا أن الظاهر من جماعة من متأخري المتأخرين «٢» تبعاً للشهيد في الدروس «٣» جعله «٤» من المعاطاة، و لا-ريب أنه لا-يصدق معنى المعاطاة، لكن هذا لا يقدح في جريان حكمها عليه؛ بناءً على عموم الحكم لكل بيع فعلي، فيكون إقباض أحد العوضين من مالكة تملياً له بعوض، أو مبيعاً «٥» له به، و أخذ الآخر له تملكاً له بالعوض، أو إباحة له بإزائه، فلو كان المعطى هو الثمن كان

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

(٢) منهم: المحقق الثاني في حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢١٧، و السيد المجاهد في المناهل: ٢٧٠، و الشيخ الكبير في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقة: ٥١، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٣٨، و يظهر من المحدث البحراني و السيد العاملي أيضاً، انظر الحدائق ١٨: ٣٦٤، و مفتاح الكرامة ٤: ١٥٨.

(٣) الدروس ٣: ١٩٢.

(٤) كذا في «ش»، و في غيرها: «جعلوه»، إلا أنه صحح في «خ»، «ع» و «ص» بما في المتن.

(٥) في «ص»: إباحة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٧٥

دفعه على القول بالمملك و البيع «١» اشتراءً، و أخذه بيعاً للمثمن به، فيحصل الإيجاب و القبول الفعلين «٢» بفعل واحد في زمان واحد. ثم صحح هذا على القول بكون المعاطاة بيعاً مملكاً واضحة؛ إذ يدل عليها ما دل على صحح المعاطاة من الطرفين، و أما على القول بالإباحة، فيشكل بأنه بعد عدم حصول المملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحة، اللهم إلا أن يدعى قيام السيرة عليها، كقيامها على المعاطاة الحقيقية.

و ربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الثمن و أخذ المثمن من غير صدق إعطاء أصلاً، فضلاً عن التعاطى، كما تعارف أخذ الماء مع غيبة السقاء، و وضع الفلوس في المكان المعد له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، و كذا غير الماء من المحقرات كالخضروات «٣» و نحوها، و من هذا القبيل الدخول في الحمام و وضع الأجرة في كوز صاحب الحمام مع غيبته.

فالمعيار في المعاطاة: وصول العوضين، أو أحدهما «٤» مع الرضا بالتصرف، و يظهر ذلك من المحقق الأردبيلي رحمه الله أيضاً في مسألة المعاطاة «٥»، و سيأتي توضيح ذلك في مقامه «٦» إن شاء الله.

(١) في «ف»: أو البيع.

(٢) كذا في «ف»، و في غيرها: الفعليين.

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

(٤) في «ف» زيادة: مقامه.

(٥) انظر مجمع الفائدة: ٨: ١٤١.

(٦) سيأتي في الصفحة ١١٢ ١١٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٧٦

ثم إنه لو قلنا بأن اللفظ الغير المعبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاء، أمكن خلو المعاطاء من الإعطاء و الإيصال رأساً، فيتناولان على مبادله شىء بشىء من غير إيصال، و لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك، و أمّا على القول بالإباحة، فالإشكال المتقدم هنا أكد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٧٧

[الأمر «١»] الثالث تمييز البائع من المشتري في المعاطاء الفعلية

مع كون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمناً كالدرهم و الدينار و الفلوس المسكوكه واضح؛ فإنّ صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرّح بالخلاف.

و أمّا مع كون العوضين من غيرها، فالثمن ما قصدا «٢» قيامه مقام الثمن «٣» في العوضيّة، فإذا أعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصداً إنّ هذا المقدار «٤» من الحنطة يسوى درهماً هو ثمن اللحم، فيصدق عرفاً «٥» أنّه اشترى اللحم بالحنطة، و إذا انعكس انعكس الصدق، فيكون المدفوع بتيه البدئية عن الدرهم و الدينار هو الثمن، و صاحبه هو «٦» المشتري.

و لو لم يلاحظ إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون تبيّه قيام أحدهما مقام الثمن في العوضيّة، أو لوحظ القيمة في كليهما، بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم، و ذلك المقدار «٧» من الحنطة بدرهم،

(١) من «ص».

(٢) في «ف»: ما قصد.

(٣) في «ف»، «خ»، «ع» و «ص»: المثلث.

(٤) في «ف»: القدر.

(٥) لم ترد «عرفاً» في «ف».

(٦) لم ترد «هو» في «ف».

(٧) في «ف»: القدر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٧٨

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

ففي كونه بيعاً و شراءً بالنسبة إلى كلّ منهما؛ بناءً على أنّ البيع لغه كما عرفت مبادله مالٍ بمال، و الاثراء: ترك شىء و الأخذ بغيره كما عن بعض أهل اللغة «١» فيصدق على صاحب اللحم أنّه باعه بحنطه، و أنّه اشترى الحنطة، فيحث لو حلف على عدم بيع اللحم و عدم شراء الحنطة. نعم، لا يترتب عليهما أحكام البائع و لا المشتري؛ لانصرافهما في أدلّة تلك الأحكام إلى من اختصّ بصفه «٢» البيع أو الشراء، فلا يعمّ من كان في معاملة واحدة مصداقاً لهما باعتبارين.

أو كونه بيعاً بالنسبة إلى من يعطى أولاً؛ لصدق الموجب عليه، و شراءً بالنسبة إلى الآخذ؛ لكونه قابلاً عرفاً. أو كونها «٣» معاطاةً مصالحةً؛ لأنها بمعنى التسالم على شيء؛ ولذا حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه: «لك ما عندك، و لي ما عندى» «٤» على الصلح «٥».

(١) انظر لسان العرب ٧: ١٠٣، والقاموس ٤: ٣٤٨، مادة: «شرى».

(٢) في «خ»، «ع» و «ص»: «بصيغة»، و في نسخة بدلها: بصفة.

(٣) كذا في «ف»، «ش» و مصححة «ن»، و في غيرها: «كونهما»، و تأنيث الضمير باعتبار الخبر، كما هي طريقة المصنف قدس سره.

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

(٥) فإنهم استدلوا بالرواية المذكورة على صحة المصالحة مع جهالة المصطلحين بما وقعت فيه المنازعة، انظر المسالك ٤: ٢٦٣، و الحدائق ٢١: ٩٢، و الجواهر ٢٦: ٢١٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٧٩

أو كونها معاوضةً مستقلةً لا يدخل تحت العناوين المتعارفة، وجوه.

لا يخلو ثانيها عن قوة؛ لصدق تعريف «البائع» لغةً و عرفاً على الدافع أولاً، دون الآخر، و صدق «المشتري» على الآخذ أولاً، دون الآخر، فتدبر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٨٠

[الأمر «١»] الرابع أن أصل المعاطاة و هي إعطاء كل منهما الآخر «٢» ماله يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه:

أحدها: أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر،

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

(١) من «ص».

(٢) في «ف»: لآخر.

(٣) عبارة «فيكون الآخر» ساقطة من «ش».

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

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

(٦) كذا في النسخ، و الصواب: الثانية، كما في مصححة «ص».

(٧) راجع الصفحة ٧٤ ٧٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٨١
بالعطاء من الطرفين.

ومثله فى هذا الإطلاق: لفظ «المصالحة» و «المساقاة» و «المزارعة» و «المؤاجرة» و غيرها، و بهذا الإطلاق يستعمل المعاطاة فى الرهن و القرض و الهبة، و ربما يستعمل فى المعاملة الحاصلة بالفعل و لو لم يكن عطاء، و فى صحته تأمل.

ثانيها «١»: أن يقصد كل منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إياه،

فيكون تملكاً «٢» بإزاء تملك، فالمقولة بين التملكين لا الملكين، و المعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين «٣»، فلو مات الثانى قبل الدفع لم يتحقق المعاطاة.

و هذا بعيد عن معنى البيع و قريب إلى الهبة المعوضة؛ لكون كل من المالكين خالياً عن العوض، لكن إجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل؛ إذ لو لم يملكه الثانى هنا لم يتحقق التملك من الأول؛ لأنه إنما ملكه بإزاء تملكه، فما لم يتحقق تملك الثانى لم يتحقق تملكه «٤»، إلا أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً عند تملك الأول على نحو الداعى، لا العوض، فلا يقدح تخلفه. فالأولى أن يقال: إنها مصالحة و تسالم على أمر معين أو معاوضة مستقلة.

(١) فى «ف»: الثانى.

(٢) كذا فى «ف»، و فى غيرها: تملك.

(٣) عبارة «من الطرفين» ساقطة من «ف».

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

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٨٢

ثالثها: أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض،

فيقبل الآخر بأخذه إياه، فيكون الصادر من الأول الإباحة بالعوض، و من الثانى بقبوله لها التملك، كما لو صرح بقوله: أبحث لك كذا بدرهم.

رابعها: أن يقصد كل منهما الإباحة بإزاء إباحة الآخر

(١)، فيكون إباحة بإزاء إباحة، أو إباحة بداعى «٢» إباحة، على ما تقدم نظيره فى الوجه الثانى من إمكان تصوّره على نحو الداعى، و على نحو العوضيه.

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

أولاً الإشكال فى صحه إباحة «٣» جميع التصرفات حتى المتوقفه على ملكيه المتصرف، بأن يقول: أبحث لك كل تصرف، من دون أن يملكه العين.

و ثانياً الإشكال فى صحه الإباحة بالعوض، الراجعة إلى عقد مركب من إباحة و تملك.

فنقول: أمّا إباحة جميع التصرفات حتى المتوقّفة على الملك، فالظاهر «٤» أنّها «٥» لا تجوز؛ إذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ

(١) كذا في «ف»، وفي سائر النسخ: «آخر»، وفي مصحّحة «ع» ونسخة بدل «ش»: أخرى.

(٢) كذا في «ص»، وفي غيرها: لداعي.

(٣) لم ترد «إباحة» في «ف».

(٤) لم ترد «فالظاهر» في «ف».

(٥) كذا في «ش»، وفي غيرها: أنّه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٨٣

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

أحدهما: أن يقصد المبيح بقوله: «أبحت لك أن تباع مالي لنفسك» أن ينشأ «٣» توكيلاً له في بيع ماله له، ثمّ نقل الثمن إلى نفسه بالهبة، أو في نقله أولاً إلى نفسه ثمّ بيعه، أو تملكاً له بنفس هذه الإباحة، فيكون إنشاء تملك له، ويكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله، كما صرح في التذكرة: بأنّ قول الرجل «٤» لمالك العبد: «أعتق عبدك عنّي بكذا» استدعاءً لتملكه، وإعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء «٥»، فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب، ويقدر وقوعه قبل العتق آنأ ما، فيكون هذا بيعاً ضمناً لا يحتاج إلى الشروط المقرّرة

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

(٢) في مصحّحة «ن»: مفقودان.

(٣) كذا في «ف»، «ش» و مصحّحة «ن»، وفي «ع»، «ص» ونسخة بدل «ش»: «إنشاء توكيل»، ونسبه الشهيدى في شرحه إلى بعض النسخ المصحّحة، انظر هداية الطالب: ١٨٠.

(٤) وردت عبارة «بمنزلة قبوله إلى قول الرجل» في «ف» هكذا: بمنزلة قبول له، كما صرح به في التذكرة بأن يقول الرجل.

(٥) التذكرة ١: ٤٦٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٨٤

لعقد البيع، ولا شك أنّ المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه أوّلاً، ولا في نقل الثمن إليه ثانياً، ولا قصد التملك بالإباحة المذكورة، ولا قصد المخاطب التملك «١» عند البيع حتى يتحقّق تملك «٢» ضمنى مقصود للمتكلم والمخاطب، كما كان مقصوداً ولو إجمالاً في مسألة «أعتق عبدك عنّي»؛ ولذا عدّ «٣» العامية والخاصية من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التملك من دلالة الاقتضاء التي عرّفوها: بأنّها دلالة مقصودة للمتكلم يتوقّف صحّة الكلام عقلاً أو شرعاً عليه، فمثلاً للعقل «٤» بقوله تعالى وَ سَأَلِ الْقَرْيَةَ «٥»، وللشرعي «٦» بهذا المثال «٧»، ومن المعلوم بحكم الفرض أنّ المقصود فيما نحن فيه ليس إلّا مجرد الإباحة. الثاني: أن يدلّ دليل شرعي على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة، فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آنأ ما، فيقع البيع في ملكه «٨»، أو يدلّ دليل شرعي على انتقال الثمن عن المبيح

(١) في «ف»: التملك.

- (٢) في «ف» بدل «تمليك»: قصد.
- (٣) في «ف»، «خ»، «م» و «ع»: عدّه.
- (٤) في «ف»: العقلي.
- (٥) يوسف: ٨٢.
- (٦) في «ف»: و الشرعي.
- (٧) انظر: الإحكام في أصول الأحكام؛ للآمدى ٣: ٧٢ (طبعة دار الكتاب العربي)، و الوافية في أصول الفقه: ٢٢٨.
- (٨) كذا في «ش»، و في «ف» و «خ»: «يقع المبيع في ملكه له»، و هكذا في سائر النسخ مع اختلافٍ يسير، إلا أنه صُحِّح في بعضها بما في المتن.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٨٥
- بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص آنأ ما لا يقبل غير العتق؛ فإنه حينئذٍ يقال بالملك المقدر آنأ ما؛ للجمع بين الأدلة.
- و هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه؛ إذ المفروض أنه لم يدل دليل بالخصوص على صحّة هذه الإباحة العامّة، و إثبات صحّته بعموم مثل «الناس مسلّطون على أموالهم» (١) يتوقّف على عدم مخالفة مؤداهما لقواعد آخر مثل: توقّف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثلث مالاً له، و توقّف صحّة العتق على الملك، و صحّة الوطاء على التحليل بصيغته خاصّة، لا بمجرد الإذن في مطلق التصرف.
- و لأجل ما ذكرنا صرح المشهور، بل قيل: لم يوجد خلاف «٢»، في أنه لو دفع إلى غيره مالاً و قال: اشتر به لنفسك طعاماً من غير قصد الإذن في اقتراض المال قبل الشراء، أو اقتراض الطعام، أو استيفاء الدين منه بعد الشراء لم يصح، كما صرح به في مواضع من القواعد «٣»، و علّله في بعضها «٤» بأنّه لا يعقل شراء شيء لنفسه
-
- (١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.
- (٢) قاله صاحب الجواهر قدس سره، انظر الجواهر ٢٣: ١٧٤.
- (٣) لم نظفر على التصريح بذلك إلّا في موردٍ واحد، و هو حكم التسليم و القبض، انظر القواعد ١: ١٥١.
- (٤) لا يوجد هذا التعليل في المورد المتقدّم، نعم قال في كتاب الرهن: «و لو قال: بعه لنفسك بطل الإذن؛ لأنّه لا يتصوّر أن يبيع ملك غيره لنفسه»، القواعد ١: ١٦٦. و سيأتي نقل المؤلف لهذا المطلب بعينه من كتب العلامة لا خصوص القواعد، في الصفحة ٣٨٦.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٨٦
- بمال الغير «١». و هو كذلك؛ فإن مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض في ملك من خرج المعوض «٢» عن ملكه، و إلّا لم يكن عوضاً و بدلاً؛ و لما ذكرنا حكم الشيخ «٣» و غيره «٤» بأنّ الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرف، لكن لا يجوز وطاء الجارية مع أنّ الإباحة المتحقّقة من الواهب تعمّ جميع التصرفات.
- و عرفت أيضاً: أنّ الشهيد في الحواشي لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى، و لا وطاء الجارية «٥»، مع أنّ مقصود المتعاطين الإباحة المطلقة.
- و دعوى: أنّ الملك التقديرى هنا أيضاً لا- يتوقّف على دلالة دليل خاص، بل يكفي الدلالة بمجرد «٦» الجمع بين عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» «٧» الدالّ على جواز هذه الإباحة المطلقة، و بين أدلّة توقّف مثل العتق و البيع على الملك «٨»، نظير الجمع بين الأدلّة في الملك التقديرى،

- (١) في «ف»: بمال غيره.
- (٢) كذا في «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: العوض.
- (٣) المبسوط ٣: ٣١٥.
- (٤) الدروس ٢: ٢٩١.
- (٥) راجع الصفحة ٣٥ و ٧٠.
- (٦) كذا في النسخ، و المناسب: يكفي في الدلالة مجرد ..
- (٧) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.
- (٨) راجع: الوسائل ١٦: ٦، الباب ٥ من أبواب العتق، و ١٢: ٢٤٨ ٢٥٢، الباب ١ و ٢ من أبواب عقد البيع، و عوالي اللآلي ٢: ٢٩٩، الحديث ٤، و الصفحة ٢٤٧، الحديث ١٦.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٨٧
- مدفوعة: بأن عموم «الناس مسلطون على أموالهم» إنما يدل على تسلط الناس على أموالهم لا على أحكامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالك كل تصرفٍ جائز شرعاً، فالإباحة و إن كانت مطلقة، إلا أنه لا يباح بتلك الإباحة المطلقة إلا ما هو جائز بذاته في الشريعة.
- و من المعلوم: أن بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل و النقل الدال على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوض، فلا يشمل العموم في «الناس مسلطون على أموالهم» حتى يثبت التنافي بينه و بين الأدلة الدالة على توقّف البيع على الملك، فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى آناً ما.
- و بالجملة، دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم على عموم «الناس مسلطون على أموالهم» الدال على إمضاء الإباحة المطلقة من المالك على إطلاقها، نظير حكومه دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم «١» و جوب الوفاء بالندر و العهد إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه، فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهرى للناذر.
- نعم، لو كان هناك تعارض و تراحم من «٢» الطرفين، بحيث أمكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر، أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهرى آناً ما، فتأمل.

- (١) من الكتاب: الآية ٢٩ من سورة الحج، و الآية ٩١ من سورة النحل، و الآية ٣٤ من سورة الإسراء، و من السنّة: ما ورد في الوسائل ١٦: ١٨٢، كتاب النذر و العهد.
- (٢) في «ف»: في.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٨٨

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

و بالجملة، فما نحن فيه لا ينطبق على التملك الضمنى المذكور أولاً في «أعتق عبدك عنى»؛ لتوقفه على القصد، و لا على الملك المذكور ثانياً في شراء من يعتق عليه؛ لتوقفه على التنافي بين دليل التسلط و دليل توقّف العتق على الملك، و عدم حكومه الثانى على الأول، و لا على التملك الضمنى المذكور «١» ثالثاً في بيع الواهب و ذى الخيار؛ لعدم تحقّق سبب الملك هنا سابقاً بحيث يكشف البيع عنه، فلم يبقَ إلّا الحكم بطلان الإذن في بيع ماله لغيره، سواء صرح بذلك كما لو قال: «بع مالى لنفسك»، أو «اشتر بمالى

لنفسك»، أم أدخله في عموم قوله: «أبحت لك كل تصرف»، فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك إما لازماً؛ بناءً على أن قصد «٢» البائع البيع «٣» لنفسه غير مؤثر «٤»، أو موقوفاً على الإجازة؛ بناءً على أن المالك لم ينو تملك الثمن.

(١) لم ترد «المذكور» في «ف».

(٢) في «خ» و نسخة بدل «ع» و «ص»: ثبته.

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

(٤) في «ف» و «خ»: غير مؤثرة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٨٩

هذا، و لكنّ الذي يظهر من جماعة منهم قطب الدين «١» و الشهيد قدس سرهما في باب بيع الغاصب: أن تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن و الإذن في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً، و أنّه يملك الثمن «٢» بدفعه إليه، فليس للمالك إجازة هذا الشراء «٣».

و يظهر أيضاً من محكّي المختلف، حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة أن له و طء الجارية مع علم البائع بغصبيّة الثمن، فراجع «٤». و مقتضى ذلك: أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله و إن لم يكن على وجه الملكيّة يوجب جواز التصرفات المتوقّفة على الملك، فتأمل. و سيأتي توضيحه في مسألة الفضولي إن شاء الله تعالى.

و أما الكلام في صحّة الإباحة بالعوض سواء صحّحنا إباحة التصرفات المتوقّفة على الملك أم خصّصنا الإباحة بغيرها فمحصّله: أن هذا النحو من الإباحة المعوّضة ليست معاوضة مائيّة ليدخل كلّ من العوضين في ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح، إلّا أن

(١) و هو محمد بن محمد الرازي البويهى، من تلامذة العلّامة الحلّي قدس سره، و روى عنه الشهيد قدس سره، و هو من أولاد أبي جعفر ابن بابويه، ذكره الشهيد الثانى فى بعض إجازاته و غيره. انظر رياض العلماء ٥: ١٦٨.

(٢) فى «ش»: المثلث.

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

(٤) راجع المختلف ٥: ٢٥٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٩٠

المباح له يستحقّ التصرف؛ فيشكل الأمر فيه «١» من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً و عرفاً، مع التأمل فى صدق التجارة عليها «٢»، فضلاً عن البيع، إلّا أن يكون نوعاً من الصلح، لمناسبة «٣» له لغته؛ لأنّه فى معنى التسالم على أمر بناءً على أنّه لا يشترط فيه لفظ «الصلح»، كما يستفاد من بعض الأخبار الدالّة على صحّته بقول المتصالحين: «لكّ ما عندك و لى ما عندى» «٤»، و نحوه ما ورد فى مصالحه الزوجين «٥»، و لو كانت معاملة مستقلة كفى فيها عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» «٦»، و «المؤمنون عند شروطهم» «٧».

و على تقدير الصحّة، ففى لزومها مطلقاً؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم»؛ أو من طرف المباح له؛ حيث إنّ يخرج ماله عن ملكه، دون المبيح؛ حيث إنّ ماله باقٍ على ملكه، فهو مسلّط عليه، أو جوازها مطلقاً، وجوه، أقواها أولها، ثمّ أوسطها.

و أمّا حكم الإباحة بالإباحة، فالإشكال فيه أيضاً يظهر ممّا ذكرنا فى سابقه، و الأقوى فيها أيضاً الصحّة و اللزوم؛ للعموم، أو الجواز من الطرفين؛ لأصالة التسلّط.

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

(٢) أى الإباحة المعوضة.

(٣) فى «ش»: لمناسبته.

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

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

(٦) عوالى اللآكى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

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

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٩١

[الأمر «١»] الخامس فى حكم جريان المعاطاة فى غير البيع من العقود و عدمه

اعلم أنّه ذكر المحقق الثانى رحمه الله فى جامع المقاصد على ما حكى عنه:- أنّ فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة فى الإجارة، و كذا فى «٢» الهبة؛ و ذلك لأنّه «٣» إذا أمره بعملٍ على عوضٍ معيّن فعمله استحقّ «٤» الأجره، و لو كانت هذه إجارة فاسدة لم يجز له العمل، و لم يستحقّ أجره مع علمه بالفساد، و ظاهرهم الجواز بذلك، و كذا لو وهب بغير عقد؛ فإنّ ظاهرهم جواز الإتلاف، و لو كانت هبة فاسدة لم يجز، بل منع «٥» من مطلق التصرف، و هى ملحظ «٦» و جيه «٧»، انتهى.

وفيه: أنّ معنى جريان المعاطاة فى الإجارة على مذهب المحقق الثانى: الحكم بملك المأمور «٨» الأجر المعين على الأمر، و ملك الأمر العمل

(١) من «ص».

(٢) عبارة «كذا فى» من «ش» و المصدر و هامش «ص».

(٣) فى غير «ش»: أنّه.

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

(٥) فى «ص»: يمنع.

(٦) فى المصدر: و هو ملخّص.

(٧) جامع المقاصد ٤: ٥٩.

(٨) لم ترد «المأمور» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٩٢

المعّين على المأمور به، و لم نجد من صرّح به فى المعاطاة.

و أمّا قوله: «لو كانت إجارة فاسدة لم يجز له العمل» فموضع «١» نظر؛ لأنّ فساد المعاملة لا يوجب منعه عن «٢» العمل، سيّما إذا لم يكن العمل تصرفاً «٣» فى عينٍ من أموال المستأجر.

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

و أمّا مسألة الهبة، فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدلّ على جريان المعاطاة فيها «٤»، إلّا إذا قلنا فى المعاطاة بالإباحة؛ فإنّ جماعة كالشيخ «٥» و الحلّى «٦» و العلامة «٧» صرّحوا بأنّ إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك، لكنّ المحقق الثانى

رحمه الله ممن لا يرى (٨) كون (٩) المعاطاة عند القائلين بها مفيداً للإباحة المجردة (١٠).
و توقّف الملك فى الهبة على الإيجاب و القبول كاد أن يكون متفقاً

(١) كذا فى «ش»، و فى غيرها: موضع.

(٢) فى «ف»: من.

(٣) لم ترد «تصرفاً» فى «ف».

(٤) كذا فى «ش»، و فى غيرها: فيه.

(٥) المبسوط ٣: ٣١٥.

(٦) السرائر ٣: ١٧٧.

(٧) القواعد ١: ٢٧٤.

(٨) فى «ف» و «خ» و مصححة «ن»: لا يرضى.

(٩) كذا فى «ص»، و فى غيرها: بكون.

(١٠) جامع المقاصد ٤: ٥٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٩٣

عليه كما يظهر من المسالك (١).

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

هذا، و لكنّ الأظهر بناءً على جريان المعاطاة فى البيع جريانها فى غيره من الإجارة و الهبة؛ لكون الفعل مفيداً للتملك فيهما (٢).
و ظاهر المحكى عن التذكرة: عدم القول بالفصل بين البيع و غيره؛ حيث قال فى باب الرهن: إنّ الخلاف فى الاكتفاء فيه بالمعاطاة و الاستيجاب و الإيجاب عليه المذكورة (٣) فى البيع آت هنا (٤)، انتهى.

لكن استشكله فى محكى جامع المقاصد: بأنّ البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع، بخلاف ما هنا (٥).

و لعلّ وجه الإشكال: عدم تأتى المعاطاة بالإجماع فى الرهن على النحو الذى أجروها فى البيع؛ لأنّها هناك إمّا مفيدة للإباحة أو الملكيّة الجائزة على الخلاف و الأوّل غير متصوّر هنا، و أمّا الجواز (٦) فكذلك؛ لأنّه ينافى الوثوق الذى به قوام مفهوم الرهن، خصوصاً بملاحظة أنّه لا يتصوّر هنا ما يوجب رجوعها إلى اللزوم، ليحصل به الوثيقة فى بعض الأحيان.

(١) المسالك ٦: ١٠.

(٢) فى «ف»: فيها.

(٣) فى «ش» و مصححة «ن»: المذكور.

(٤) التذكرة ٢: ١٢.

(٥) جامع المقاصد ٥: ٤٥.

(٦) العبارة فى «ف» هكذا: هناك أمّا الجواز.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٩٤

و إن جعلناها مفيدة للزوم، كان مخالفاً لما أطبقوا عليه من توقّف العقود اللازمة على اللفظ، و كأنّ هذا هو الذى دعا المحقق الثانى إلى الجزم بجريان المعاطاة فى مثل الإجارة و الهبة و القرض (١)، و الاستشكال فى الرهن.

نعم، من لا يبالي مخالفة ما هو المشهور، بل المتفق عليه بينهم، من توقف العقود اللازمة على اللفظ، أو حمل تلك العقود على اللازمة من الطرفين، فلا يشمل الرهن و لذا جَوَز بعضهم «٢» الإيجاب بلفظ الأمر ك «خذ»، و الجملة الخبرية أمكن أن يقول بإفادة المعاطاة في الرهن اللزوم؛ لإطلاق بعض أدلة الرهن «٣»، و لم يبق هنا إجماع على عدم اللزوم كما قام في المعاوضات. و لأجل ما ذكرنا في الرهن يمنع من جريان المعاطاة في الوقف بأن يكتفى فيه بالإقباض؛ لأن القول فيه باللزوم منافٍ لما اشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ، و الجواز غير معروف في الوقف من الشارع، فتأمل.

نعم، احتمال «٤» الاكتفاء بغير اللفظ في باب وقف المساجد من

- (١) تقدّم منه قدس سره ما يرتبط بالأولين في الصفحة ٩١، و أمّا بالنسبة إلى القرض فليراجع جامع المقاصد ٥: ٢٠.
 - (٢) كالتشهاد قدس سره في كتاب الرهن من الدروس ٣: ٣٨٣.
 - (٣) مثل قوله تعالى «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» البقرة: ٢٨٣، و مثل ما ورد في الوسائل ١٣: ١٢١، كتاب الرهن.
 - (٤) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: «يظهر»، و في نسخة بدل «خ»، «م» و «ع»: يحتمل.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٩٥
- الذكرى «١» تبعاً للشيخ رحمه الله «٢».
- ثم إن الملزم للمعاطاة فيما تجرى فيه من العقود الأخر هو الملزم في باب البيع، كما سنتبه به بعد هذا الأمر.

(١) الذكرى: ١٥٨.

(٢) المبسوط ١: ١٦٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٩٦

الأمر السادس في ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالإباحة

اعلم: أن الأصل على القول بالملك اللزوم؛ لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة «١»، و أمّا على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم؛ لقاعدة تسلط الناس على أموالهم، و أصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة، و هي حاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلّم جريانها.

إذا عرفت هذا فاعلم: أن تلف العوضين ملزم إجماعاً على الظاهر المصرّح به في بعض العبارات «٢» أمّا على القول بالإباحة فواضح؛ لأنّ تلفه من مال مالكة و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه، و توهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع بما سيجيء «٣».

و أمّا على القول بالملك، فلما عرفت «٤» من أصالة اللزوم، و المتيقن

(١) المتقدمة في الصفحة ٥١ ٥٦.

(٢) صرّح بعدم الخلاف: المحدّث البحراني في الحدائق ١٨: ٣٦٢، و الشيخ الكبير كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط):

الورقة: ٥٠، و السيّد المجاهد في المناهل: ٢٦٩، و السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٥٧.

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

(٤) في الصفحة ٥١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٩٧

من مخالفتها جواز تراذ العينين «١»، و حيث ارتفع مورد التراد امتنع، و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتى يستصحب بعد التلف؛ لأن ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من بقائه، بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما «٢»، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين، نظير جواز الرجوع في العين الموهوبة، فلا يبقى بعد التلف متعلق الجواز «٣»، بل الجواز هنا يتعلق «٤» بموضوع التراد، لا مطلق الرجوع الثابت في الهبة. هذا، مع أن الشك في أن متعلق الجواز هل هو أصل «٥» المعاملة أو الرجوع في العين، أو تراذ العينين؟ يمنع من استصحابه؛ فإن المتيقن تعلقه بالتراذ؛ إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز تراذ العينين الذي لا يتحقق إلا مع بقائهما. و منه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك. و أما على القول بالإباحة، فقد استوجه بعض مشايخنا «٦» وفاقاً

(١) كذا في «ف»، «ش» و نسخة بدل «م»، «ع»، «ص» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: العين.

(٢) كذا في «ف» و «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: تلفها.

(٣) في «ف»: للجواز.

(٤) في «ف»: متعلق.

(٥) لم ترد «أصل» في «ف».

(٦) و هو السيد المجاهد في المناهل: ٢٦٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٩٨

لبعض معاصريه «١»، تبعاً للمسالك «٢» أصالة عدم اللزوم؛ لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة، و ملكه لها.

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

هذا، و لكن يمكن أن يقال: إن أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة، مع أن ضمان «٤» التالف ببده معلوم، إلا أن الكلام في أن البدل هو البدل الحقيقي، أعني المثل أو القيمة، أو البدل الجعلي، أعني العين الموجودة، فلا أصل.

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

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

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

(٢) المسالك ٣: ١٤٩.

(٣) في «ش» زيادة: عنده.

(٤) ورد في «ف» بدل عبارة «و لكن يمكن أن يقال إلى مع أن ضمان» ما يلي: و لكن يمكن أن يمنع أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة؛ لأن ضمان ..

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٩٩

لأنَّ الساقط لا يعود، و يحتمل العود، و هو ضعيف، و الظاهر أنَّ الحكم كذلك على القول بالإباحة، فافهم.

و لو نقل العينان «١» أو إحداهما «٢» بعقدٍ لازم، فهو كالتلف على القول بالملك؛ لامتناع التراد، و كذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة.

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

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

نعم، لو قلنا: بأنَّ الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول و إن كان مباحاً لغيره ما لم يستردَّ عوضه، كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكة الأول، أو عائداً «٣» إليه بفسخ.

(١) كذا في «ش»، و في غيرها: العينين.

(٢) في «ف»: أحدهما.

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

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٠٠

و كذا لو قلنا: بأنَّ «١» البيع لا يتوقف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحة التصرف و الإلتاف، و يملك الثمن بالبيع، كما تقدم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع «٢».

لكنَّ الوجهين «٣» ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع.

و لو كان الناقل عقداً جائزاً لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيه، و لا رجوعه بنفسه إلى عينه، فالتراد غير متحقق، و تحصيله غير واجب، و كذا على القول بالإباحة؛ لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك.

نعم، لو كان غير معاوضة كالهبة، و قلنا بأنَّ التصرف في مثله لا يكشف «٤» عن سبق الملك إذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض مالاً لواحد و انتقال المعوض «٥» إلى الآخر «٦»، بل الهبة ناقلة للملك «٧» عن ملك المالك إلى المتهب فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب أتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين

(١) في «ف»: أن.

(٢) تقدم استظهار ذلك عن قطب الدين و الشهيد قدس سرهما في الصفحة ٨٩.

(٣) كذا في «ش» و مصححة «ص»، و في غيرها: الوجهان.

(٤) كذا في «ش» و نسخه بدل «م»، «ع»، «ص» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: للكشف.

(٥) كذا في «ف» و «ش»، و أما سائر النسخ، ففي بعضها: «لانتقال العين»، و في بعضها: و انتقال العين.

(٦) في مصححة «ن» و «خ»: آخر.

(٧) لم ترد «للملك» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٠١

الأخرى أو عودها إلى مالكةا «١» بهذا النحو من العود؛ إذ لو عادت «٢» بوجه آخر كان حكمه حكم التلف.

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

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

و لو رجع الأول فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة كاشفة لغى الرجوع، و يحتمل عدمه؛ لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ «٣» و يلغو الإجازة، و إن جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعاً.

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

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

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

(١) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: عوده إلى مالكة.

(٢) في غير «ش»: لو عاد.

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

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٠٢

وجهان مبتيان على جريان استصحاب جواز التراد، و منشأ الإشكال: أنّ الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي.

ثم إنك قد عرفت ممّا ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاء نظير الفسخ في العقود اللازمة حتى يورث بالموت و يسقط بالإسقاط ابتداءً أو في ضمن المعاملة، بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، و على القول بالإباحه نظير الرجوع في إباحه الطعام، بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطني، بحيث لو علم كراهة المالك باطناً لم يجز له التصرف، فلو مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك للأصل؛ لأنّ من له و إليه الرجوع هو المالك الأصلي، و لا يجرى الاستصحاب.

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

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٠٣

[الأمر «١»] السابع أنّ الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاطاء بيعاً بعد التلف أو معاوضة مستقلة،

قال: يحتمل الأول؛ لأنّ المعاوضات محصورة و ليست إحداها، و كونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل. و يحتمل الثاني؛ لإطباقهم على أنّها ليست بيعاً حال وقوعها، فكيف تصير بيعاً بعد التلف؟ و تظهر الفائدة في ترتب الأحكام المختصّة بالبيع عليها، كخيار الحيوان، لو كان التالف الثمن أو بعضه. و على تقدير ثبوته، فهل الثلاثة من حين المعاطاء، أو من حين اللزوم؟ كلّ محتمل، و يشكل الأول بقولهم: «إنّها ليست بيعاً»، و الثاني بأنّ التصرف ليس معاوضة بنفسها «٢»، اللهم إلّا أن يجعل المعاطاء جزء السبب و التلف تمامه. و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا؛ بناءً على أنّها ليست لازمة، و إنّما يتم على قول المفيد و من تبعه «٣»، و أمّا خيار العيب و الغبن فيثبتان على التقديرين كما أنّ خيار المجلس منتف «٤»، انتهى.

و الظاهر أنّ هذا تفريع على القول بالإباحه في المعاطاء، و أمّا على

(١) من «ص».

(٢) في المصدر و نسخة بدل «ن»: بنفسه.

(٣) من القائلين بلزوم المعاطاة كما تقدّم عنهم في الصفحة ٣٧ و غيرها.

(٤) المسالك ٣: ١٥١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٠٤

القول بكونها «١» مفيدة للملك المتزلزل، فيلغى «٢» الكلام في كونها معاوضة مستقلة أو بيعاً متزلزلاً قبل اللزوم، حتى يتبعه حكمها «٣» بعد اللزوم؛ إذ الظاهر أنه «٤» عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا إشكال «٥» في ذلك عندهم على ما تقدّم من المحقق الثاني «٦» فإذا لزم صار بيعاً لازماً، فيلحقه أحكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار، و قد تقدّم «٧» أنّ الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار.

و كيف كان، فالأقوى أنّها على القول بالإباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع و لم يمضه إلّا بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه، و بعد التلف يترتب عليه أحكام البيع عدا ما اختصّ دليله بالبيع الواقع صحيحاً من أول الأمر. و المحكي عن حواشي الشهيد: أنّ المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة

(١) في «ف»: بأنّها.

(٢) في «ف» و مصحّحه «ن»: «فيقي»، و في «ص»: «فيلغو»، و في نسخة بدل «ش»: «فينبغي»، و جاء في هامش «ن»: «الظاهر أن يقال:

فلا ينبغي الكلام»، و في شرح الشهيدى (١٨٧): الصحيح «ينبغي» بدل «يلغى».

(٣) كذا في النسخ، و المناسب: «حكمه»، كما في مصحّحه «ن».

(٤) كذا في النسخ، و المناسب: «أنّها»، كما في مصحّحه «ن».

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

دزفولى، مرتضى بن محمد امين انصاري، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ٦ جلد، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصاري، قم - ايران، اول، ١٤١٥ ه ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)؛ ج ٣، ص: ١٠٤

(٦) تقدّم في الصفحة ٣٢.

(٧) تقدّم في الصفحة ٩٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٠٥

أو لازمة «١». و الظاهر أنه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة و كونها معاوضة قبل اللزوم، من جهة كون كل من العينين مباحاً عوضاً عن الأخرى، لكن لزوم «٢» هذه المعاوضة لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفى، فلا بد أن يقول بالإباحة اللازمة، فافهم.

(١) حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ٤: ١٥٨.

(٢) فى «ف» بدل «لزوم»: رفع.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٠٦

[الأمر «١»] النامن لا إشكال في تحقّق المعاطاة المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصّة و العامّة

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

أمّا إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم:

فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي كما قوينا سابقاً «٢» بناءً على التخلّص بذلك عن اتّفاقهم على توقّف العقود اللازمة على اللفظ فلا إشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقداً لازماً.

و إن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة على اللفظ، فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطاة مطلقاً، أو بشرط تحقّق قبض العين معه، أو لا يتحقّق «٣» به مطلقاً؟

نعم، إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقّق بعده تحقّق المعاطاة، فالإنشاء القولي السابق كالعدم، لا عبرة به و لا بوقوع القبض بعده خالياً عن قصد الإنشاء، بل بانياً على كونه حقاً لازماً لكونه من آثار الإنشاء القولي السابق، نظير القبض في العقد الجامع للشرائط.

(١) من «ص».

(٢) في الصفحة ٦٠.

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

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٠٧

ظاهر كلام غير واحدٍ من مشايخنا المعاصرين «١»: الأول، تبعاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقّق و الشهيد الثانيين.

قال المحقّق في صيغ عقوده على ما حكى عنه بعد ذكره الشروط المعبرة في الصيغة «٢»: - إنّه لو أوقع البيع بغير ما قلناه، و علم التراضي منهما كان معاطاة «٣»، انتهى.

و في الروضة في مقام عدم كفاية الإشارة مع القدرة على النطق: - أنّها تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح «٤»، انتهى.

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

و ظاهر تصريح «٥» جماعة منهم المحقّق «٦» و العلامة «٧»: - بأنّه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضموناً عليه، هو الوجه الأخير؛ لأنّ مرادهم بالعقد الفاسد إمّا خصوص ما كان فساده من جهة مجرّد «٨» اختلال شروط الصيغة كما ربما يشهد به ذكر

هذا الكلام بعد شروط

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

(٢) عبارة «على ما حكى عنه إلى في الصيغة» لم ترد في «ف» و «ش».

(٣) رسائل المحقّق الكركي ١: ١٧٨.

(٤) الروضة البهية ٣: ٢٢٥.

(٥) في «ع» و «ص»: و ظاهره كصريح جماعة.

(٦) الشرائع ٢: ١٣.

(٧) القواعد ١: ١٢٣.

(٨) لم ترد «مجرّد» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٠٨

الصيغة، وقبل شروط العوضين والمتعاقدين وإما «١» ما يشمل هذا وغيره كما هو الظاهر.

و كيف كان، فالصورة الأولى داخلية قطعاً، ولا يخفى أن الحكم فيها بالضمان منافٍ لجريان حكم المعاواة.

و ربما يجمع «٢» بين هذا الكلام و ما تقدم من المحقق و الشهيد الثانيين، فيقال: إن موضوع المسألة في عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاملة، فإذا انتفت الصحة انتفى «٣» الإذن؛ لترتبه «٤» على زعم الصحة، فكان التصرف تصرفاً بغير إذن و أكلاً للمال بالباطل؛ لانحصار وجه الحلل في كون المعاملة بيعاً أو تجارة عن تراض أو هبة، أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض. و الأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض، و كذا البواقي؛ للقطع من جهة زعمهما صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شيء في المقابل، فالرضا المقدم كعدمه. فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمر رضاهما فلا كلام في صحة المعاملة، و رجعت إلى المعاواة، كما إذا علم الرضا من أول الأمر بإباحتهما التصرف بأي وجه أتفق، سواء صححت المعاملة أم فسدت؛ فإن ذلك ليس من البيع الفاسد

(١) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: أو.

(٢) الجامع هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة.

(٣) في «ف»، «خ»، «م» و «ع»: انتفت.

(٤) في «ف»، «خ»، «ع» و «ن»: لترتبها، و صحح في «ن» بما أثبتناه في المتن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٠٩

في شيء «١»، انتهى «٢».

أقول: المفروض أن الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمن إلّا إنشاءً واحداً هو التمليك، و من المعلوم أن هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل في ضمن التمليك بعد فرض انتفاء التمليك، و الموجود بعده إن كان إنشاءً آخر في ضمن التقابض خرج عن محلّ الكلام؛ لأنّ المعاواة حينئذٍ إنّما تحصل به، لا بالعقد الفاسد للشرائط، مع أنك عرفت أن ظاهر كلام الشهيد و المحقق الثانيين حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الإشارة المفهومة بقصد البيع و بنفس الصيغة الخالية عن الشرائط، لا بالتقابض الحاصل بعدهما.

و منه يعلم: فساد ما ذكره من حصول المعاواة بتراضٍ جديد بعد العقد غير مبني على صحة العقد.

ثم إن ما ذكره من التراضى الجديد بعد العلم بالفساد مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد، دون غيره من الصور، مع أن كلام الجميع مطلق يرد عليه:

أنّ هذا التراضى إن كان تراضياً آخر حادثاً بعد العقد:

فإن كان «٣» لا على وجه المعاواة، بل كلّ منهما رضى بتصرف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضا صاحبه بتصرفه في ماله، فهذا ليس من المعاواة، بل هي إباحة مجانية من الطرفين تبقى ما دام العلم

(١) مفتاح الكرامة ٤: ١٦٨.

(٢) كلمة «انتهى» من «ف» و «خ».

(٣) في «ف»: و إن كان.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١١٠

بالرضا، و لا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع «١»؛ لأنّه كالإذن الحاصل من شاهد الحال، و لا يترتب عليه أثر المعاواة: من اللزوم بتلف

إحدى العينين، أو جواز التصرف إلى حين العلم بالرجوع «٢»، وإن كان على وجه المعاطاء فهذا ليس إلّا التراضى السابق على ملكية كلٍّ منهما لمالك الآخر «٣»، و ليس تراضياً جديداً؛ بناءً «٤» على أن المقصود بالمعاطاء التملك كما عرفته من كلام المشهور «٥» خصوصاً المحقق الثاني «٦» فلا يجوز له أن يريد بقوله المتقدم عن صيغ العقود: «إن الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضى تدخل في المعاطاء» «٧» التراضى «٨» الجديد الحاصل بعد العقد، لا على وجه المعاوضة.

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

(١) في مصححة «ن» و «ش»: عدم العلم به و بالرجوع.

(٢) في غير «ف» و «ش» زيادة: «أو مع ثبوت أحدهما»، إلّا أنّه شطب عليها في «ن» و «م».

(٣) في «ص»: لمال الآخر.

(٤) لم ترد «بناءً» في «ف».

(٥) راجع الصفحة ٢٥ و ما بعدها.

(٦) تقدّم كلامه في الصفحة ٣٢.

(٧) تقدّم في الصفحة ١٠٧.

(٨) في «ف» و «ن»: «بالتراضى»، ولكن صُحح في الأخير بما أثبتناه في المتن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١١١

و كذا إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كلٍّ منهما على ملكية الآخر اعتقاداً أو تشريعاً كما في كل قبض وقع على هذا الوجه؛ لأنّ حيثية كون القابض مالكاً مستحقاً لما يقبضه «١» جهة تقيديه مأخوذة في الرضا ينتفى بانتفائها في الواقع، كما في نظائره. و هذان الوجهان ممّا لا إشكال فيه «٢» في حرمة التصرف في العوضين، كما أنّه لا إشكال في الجواز إذا أعرضا عن أثر العقد و تقابضاً بقصد إنشاء التملك ليكون معاطاءً صحيحةً عقيب عقد فاسد.

و أمّا إن وقع «٣» الرضا بالتصرف بعد العقد من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السابق و لا قصد لإنشاء التملك «٤»، بل وقع مقارناً لاعتقاد «٥» الملكية الحاصلة، بحيث لولاها لكان الرضا أيضاً موجوداً، و كان المقصود الأصلي من المعاملة التصرف، و أوقعا العقد الفاسد وسيلةً له و يكشف عنه أنّه لو سئل كلٌّ منهما عن رضاه «٦» بتصرف صاحبه على تقدير عدم التملك، أو بعد تبيئه على عدم حصول الملك كان راضياً بإدخال هذا في المعاطاء يتوقف على أمرين

(١) في «ف»: لما يستحقّه.

(٢) كلمة «فيه» من «ش» فقط.

(٣) في «ف»: أن يقع.

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

(٥) في «ف»: لاعتقاده.

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

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١١٢

الأول: كفاية هذا الرضا المركوز في النفس، بل الرضا الشائى؛ لأنّ الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكاً في نظره، و قد

صَرَّح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك «١»، ولا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره «٢» إلى هذا؛ ولعله لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركوز في النفس.

الثاني: أنه لا يشترط في المعاطاة «٣» إنشاء الإباحة أو التملك بالقبض، بل ولا بمطلق الفعل، بل يكفي وصول كل من العوضين إلى مالك «٤» الآخر، والرضا بالتصرف قبله أو بعده على الوجه المذكور. وفيه إشكال:

من أن ظاهر محل النزاع بين العامة والخاصة هو العقد الفعلي كما ينبى عنه قول العلامة رحمه الله «٥» في رد كفاية المعاطاة في البيع- : إن الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد «٦»، وكذا استدلال المحقق الثاني على عدم لزومها-: بأن الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة «٧»، وكذا

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

(٢) يعنى به ما أفاده السيد العاملي بقوله: «كما إذا علم الرضا من أول الأمر .. إلخ» المتقدم في الصفحة ١٠٨.

(٣) في «ش»: المباحات.

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

(٥) في «ف» زيادة: «في التذكرة»، ولم ترد فيها عبارة الترحيم.

(٦) التذكرة ١: ٤٤٢.

(٧) جامع المقاصد ٤: ٥٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١١٣

ما تقدم من الشهيد رحمه الله في قواعده: من أن الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول، وإنما يفيد الإباحة «١»، إلى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة في أن محل الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقاضي، وكذا كلمات العامة، فقد ذكر بعضهم أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول والتعاطي «٢».

ومن أن الظاهر أن عنوان التعاطي «٣» في كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا، وأن عمدة الدليل على ذلك هي «٤» السيرة؛ ولذا تعدوا إلى ما إذا لم يحصل إلّا قبض أحد العوضين، والسيرة موجودة في المقام أيضاً «٥» فإن بناء الناس على أخذ الماء والبقول وغير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها «٦» مع عدم حضورهم ووضعهم «٧» الفلوس في الموضع المعد له «٨»، وعلى دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه ووضع الفلوس في كوز الحمامي.

(١) القواعد والفوائد ١: ١٧٨، القاعدة ٤٧.

(٢) راجع الصفحة ٢٧.

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

(٤) في «ف»: هو.

(٥) كلمة «أيضاً» من «ف» ومصححة «ن».

(٦) في «ف»، «خ»، «م»، «ع»، «ص» ونسخة بدل «ن»: «أربابهم»، وفي مصححة «ن» و«ص»: «أربابها».

(٧) كذا في «ش»، وفي سائر النسخ: «يضعون»، وفي نسخة بدل أكثرها ما أثبتناه في المتن.

(٨) في مصححة «ص»: «لها».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١١٤
فالمعيار في المعاطاة: وصول «١» المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف، وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحة.

(١) في «ف»، «خ» و «ع»: «دخول»، و في نسخة بدل «ع»: وصول.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١١٥
[الكلام في عقد البيع]

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١١٧

مقدمه في خصوص ألفاظ عقد البيع «١»

[اعتبار اللفظ في العقود و كفاية الإشارة أو الكتابة مع العجز عن التلفظ]

قد عرفت أن اعتبار اللفظ في البيع بل في جميع العقود مما نقل عليه «٢» الإجماع «٣» و تحقق فيه الشهرة العظيمة، مع الإشارة إليه في بعض النصوص «٤»، لكن هذا يختص «٥» بصورة القدرة، أما مع العجز عنه كالأخرس، فمع عدم القدرة على التوكيل لا إشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ و قيام الإشارة مقامه، و كذا مع القدرة على التوكيل، لأصالة عدم وجوبه كما قيل «٦» لأن الوجوب بمعنى الاشتراط

(١) سيأتي ذكر ذى المقدمه في الصفحة ١٣٠، و هو قوله: «إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول ..».

(٢) في غير «ف» و «ش» زيادة: «عقد»، إلّا أنه شطب عليه في «ن».

(٣) تقدم عن السيد ابن زهرة في الصفحة ٢٩، و عن المحقق الكركي في الصفحة ٥٧.

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

(٥) في «ف»: مختص.

(٦) قاله السيد العامل في مفتاح الكرامة ٤: ١٦٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١١٨

كما فيما نحن فيه هو الأصل، بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس «١»، فإنّ حمله على صورة عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر، مع أن الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب.

ثم لو قلنا: بأن الأصل في المعاطاة اللزوم بعد القول بإفادتها الملكية «٢»، فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ.

و الظاهر أيضاً: كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة؛ لفحوى ما ورد من النص على جوازها في الطلاق «٣»، مع أن الظاهر عدم الخلاف فيه. و أما مع القدرة على الإشارة فقد رجح بعض «٤» الإشارة؛ ولعله لأنها أصرح في الإنشاء من الكتابة. و في بعض روايات الطلاق ما يدل على العكس «٥»، و إليه ذهب الحلّي رحمه الله هناك «٦».

ثم الكلام في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ:

تارةً يقع في موادّ الألفاظ من حيث إفادة المعنى بالصراحة

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

(٢) كذا في «ف»، وفي غيرها: للملكية.

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

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

(٥) مثل صحيحة البزنطي المشار إليها في الهامش ٣.

(٦) السرائر ٢: ٦٧٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١١٩

و الظهور و الحقيقة و المجاز و الكناية، و من حيث اللغة المستعملة في معنى المعاملة «١».

و أخرى في هيئة كل من الإيجاب و القبول، من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعلية، و كونه بالماضي.

و ثالثة في هيئة تركيب الإيجاب و القبول من حيث الترتيب و الموالاة.

[المشهور عدم جواز الإنشاء بالألفاظ الكنائية و المجازية]

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

قال في التذكرة: الرابع من شروط الصيغة: التصريح «٢»، فلا يقع بالكناية بيع البتية، مثل قوله: أدخلته في ملكك، أو جعلته لك، أو

خذه مني بكذا «٣»، أو سلطتك عليه بكذا؛ عملاً بأصالة بقاء الملك، ولأنّ المخاطب لا يدرى بم خوطب «٤»، انتهى.

و زاد في غاية المراد على الأمثلة مثل «٥» قوله «٦»: «أعطيتك بكذا» أو «تسلط عليه بكذا» «٧».

(١) لم ترد عبارة «و من حيث اللغة المستعملة في معنى المعاملة» في «ف».

(٢) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: الصريح.

(٣) من «ش» و المصدر.

(٤) التذكرة ١: ٤٦٢.

(٥) لم ترد «مثل» في «ف».

(٦) في «ش»: قولك.

(٧) لم يزد إلّا مثلاً واحداً و هو: «أعطيتك إياه بكذا»، انظر غاية المراد: ٨١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٢٠

و ربما يدل هذا باشتراط الحقيقة في الصيغة، فلا ينعقد بالمجازات، حتى صرح بعضهم: بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد «١».

و المراد بالصريح كما يظهر من جماعة من الخاصة «٢» و العامة «٣» في باب الطلاق، و غيره: ما كان موضوعاً لعنوان «٤» ذلك العقد

لغة أو شرعاً، و من الكناية: ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع، فيفيد إرادة نفسه بالقرائن، و هي على قسمين عندهم: جليّة و

خفيّة.

[الظاهر جواز الإنشاء بكل لفظ له ظهور عرفي في المعنى المقصود]

والذي يظهر من النصوص المتفرقة في أبواب العقود اللازمة «٥» و الفتاوى المتعرضة لصيغها في البيع بقولٍ مطلق و في بعض أنواعه و في غير البيع من العقود اللازمة «٦»، هو: الاكتفاء بكل لفظٍ له ظهور عرفي معتد به في المعنى المقصود، فلا فرق بين قوله: بعته و ملكته، و بين قوله: نقلت إلى ملكك، أو جعلته ملكاً لك بكذا، و هذا هو الذي قواه جماعة من متأخري المتأخرين.

- (١) حكى ذلك السيد العاملي في مفتاح الكرامة (٤: ١٤٩) عن أستاذه الشريف السيد الطباطبائي (بحر العلوم)، و صرح بعدم الفرق أيضاً صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٢: ٢٤٩.
- (٢) منهم فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٣: ١٢، و الشهيد الثاني في المسالك ٥: ١٧٢.
- (٣) انظر المغنى ٦: ٥٣٢ (فصل انعقاد النكاح و ألفاظه)، و ٧: ١٢١ (باب ألفاظ الطلاق).
- (٤) في «خ»، «م»، «ع» و «ص»: بعنوان.
- (٥) منها ما تقدمت الإشارة إليها في المعاطاة، راجع الصفحة ٥٩، الهامش ٨.
- (٦) سيأتي نص فتاوى بعضهم.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٢١
- و حكى عن جماعة ممن تقدمهم كالمحقق على ما حكى عن تلميذه كاشف الرموز، أنه حكى عن شيخه المحقق: - أن عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص، و أنه اختاره أيضاً «١».

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

و حكى عن الشهيد رحمه الله في حواشيه: أنه جوز البيع بكل لفظ دل عليه، مثل: «سلمت «٢» إليك»، و «عاوضتك» «٣». و حكاها في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين «٤».

بل هو ظاهر العلامة رحمه الله في التحرير، حيث قال: إن الإيجاب اللفظ الدال على النقل، مثل: «بعتك» أو «ملكته»، أو ما يقوم مقامهما «٥».

و نحوه المحكي عن التبصرة و الإرشاد «٦» و شرحه لفخر الإسلام «٧».

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

(١) كشف الرموز ١: ٤٤٦.

(٢) كذا في «ف» و مصححه «ن»، و في غيرهما: أسلمت.

(٣) حكاها عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٥٠.

(٤) المسالك ٣: ١٤٧، و قد تقدمت ترجمته الشخص المذكور في الصفحة ٣٧، الهامش ٦.

(٥) التحرير ١: ١٦٤.

(٦) كذا حكاها عنهما السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٥٠، لكن الموجود فيهما لا يوافقهما، انظر التبصرة: ٨٨، و الإرشاد ١: ٣٥٩.

(٧) شرح الإرشاد (مخطوط)، لا يوجد لدينا، لكن حكاها عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٥٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٢٢

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

وقد حكى عن الأكثر: تجويز البيع حالاً بلفظ السلم «٥».

و صرّح جماعة أيضاً في بيع «التولية»: بانعقاده بقوله: «وليتك العقد» «٦» أو «وليتك السلعة» «٧»، و التثريك في المبيع بلفظ: «شركتك» «٨».

و عن المسالك في مسألة تقبل «٩» أحد الشريكين في النخل حصّة صاحبه بشيء معلوم من الثمرة: أن ظاهر الأصحاب جواز ذلك بلفظ التقبيل «١٠»، مع أنه لا يخرج عن البيع أو الصلح أو معاملة ثالثة لازمة

(١) كذا في «ف» و «ش» و مصححة «ن»، و في غيرهما: قد يدعى.

(٢) انظر الخلاف ٣: ٧، كتاب البيوع، المسألة ٦.

(٣) انظر المراسم: ١٧١، المهذب ١: ٣٥٠، الوسيلة: ٢٣٦.

(٤) لم يرد «فتأمل» إلّا في «ف» و «ش» و نسخة بدل «ن».

(٥) حكاة الشهيد الثاني قدس سره في المسالك ٣: ٤٠٥.

(٦) ممّن صرّح بذلك العلامة قدس سره في التذكرة ١: ٥٤٥، و الشهيد الأوّل في الدروس ٣: ٢٢١، و الشهيد الثاني في المسالك ٣: ٣١٣، و الروضة ٣: ٤٣٦.

(٧) لم نقف على من صرّح بانعقاده بهذه الصيغة، إلّا أن الشهيدين قالوا: و لو قال: ولتتك السلعة، احتمل الجواز، انظر الدروس ٣: ٢٢١، و المسالك ٣: ٣١٤.

(٨) صرّح به الشهيدان في الدروس ٣: ٢٢١، و للعمّة و شرحها (الروضة البهيّة) ٣: ٤٣٦ ٤٣٧.

(٩) في غير «ش» و مصححة «ن»: تقبيل.

(١٠) المسالك ٣: ٣٧٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٢٣ عند جماعة «١».

هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع.

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

و أمّا في غيره، فظاهر جماعة «٢» في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاصّ، فجوّزوه بقوله: «تصرّف فيه أو انتفع به و عليك ردّ عوضه»، أو «خُذْهُ بمثله»، و «أسلفتك»، و غير ذلك ممّا عدّوا مثله في البيع من الكنايات، مع أن القرض من العقود اللازمة على حسب لزوم البيع و الإجارة.

و حكى عن جماعة «٣» في الرهن: أن إيجابه يؤدّي بكلّ لفظ يدلّ عليه، مثل قوله: «هذه وثيقة عندك»، و عن الدروس تجويزه بقوله: «خذه»، أو «أمسكه بمالك» «٤».

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

(١) منهم الشهيد الثاني في الروضة ٣: ٣٦٨، و نسبة في المسالك ٣: ٣٧٠ إلى ظاهر الأصحاب، و في مفتاح الكرامة (٤: ٣٩١) نسبة إلى صريح جماعة.

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

(٣) منهم المحقق في الشرائع ٢: ٧٥، و العلامة في التحرير ١: ٢٠١، و الشهيدان في اللمعة و شرحها (الروضه البهية) ٤: ٥٤، و المحقق السبزواري في الكفاية: ١٠٧.

(٤) الدروس ٣: ٣٨٣.

(٥) مثل العلامة في التذكرة ٢: ٨٥، و الفاضل المقداد في التنقيح ٢: ١٨٣، و السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٥: ٣٥١، و أنظر المناهل: ١١٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٢٤

و قد «١» ذكر المحقق «٢» و جماعة ممن تأخر عنه «٣»: جواز الإجارة بلفظ العارية؛ معللين بتحقيق القصد. و تردد جماعة «٤» في انعقاد الإجارة بلفظ بيع المنفعة.

و قد ذكر جماعة «٥»: جواز المزارعة بكل لفظ يدل على تسليم الأرض للمزارعة، و عن مجمع البرهان «٦» كما في غيره «٧»: أنه لا خلاف في جوازها بكل لفظ يدل على المطلوب، مع كونه ماضياً، و عن المشهور: جوازها بلفظ «ازرع» «٨».

و قد جوز جماعة «٩»: الوقف بلفظ: «حرمت» و «تصدقت» مع

(١) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: و لقد.

(٢) الشرائع ٢: ١٧٩.

(٣) منهم المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ١٠: ٩، لكن قيده بانضمام شيء يدل على الإجارة، و صاحب الروض على ما نقله السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٧: ٧٤، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٧: ٢٠٥.

(٤) منهم المحقق في الشرائع ٢: ١٧٩، و الشهيد في اللمعة الدمشقية: ١٦٢.

(٥) كالمحقق في الشرائع ٢: ١٤٩، و العلامة في التذكرة ٢: ٣٣٧، و السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٧: ٢٩٩، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٧: ٣.

(٦) مجمع الفائدة ١٠: ٩٦.

(٧) مفتاح الكرامة ٧: ٢٩٩.

(٨) الروضة البهية ٤: ٢٧٦.

(٩) كالمحقق في الشرائع ٢: ٢١١، و العلامة في القواعد ١: ٢٦٦، و الشهيدان في اللمعة و شرحها (الروضه البهية) ٣: ١٦٤، و المسالك ٥: ٣١٠، و انظر مفتاح الكرامة ٩: ٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٢٥

القرينة الدالة على إرادة الوقف، مثل: «أن لا يباع ولا يورث»، مع عدم الخلاف كما عن غير واحد «١» على أنهما من الكنايات.

و جوز جماعة «٢»: وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع أنه ليس صريحاً فيه.

و مع هذه الكلمات، كيف يجوز أن يسند «٣» إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، و أنه لا يجوز بالألفاظ المجازية؟! خصوصاً مع تعميمها للقريبه «٤» و البعيدة «٥» كما تقدم عن بعض المحققين «٦».

و لعله لما عرفت من تنافي ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالألفاظ المجازية في العقود اللازمة، مع ما عرفت منهم من الاكتفاء في أكثرها بالألفاظ الغير الموضوعه لذلك العقد، جمع المحقق الثاني على ما حكى عنه في باب السلم و النكاح بين كلماتهم بحمل

المجازات

(١) منهم الشهيد الثاني في المسالك ٥: ٣١٠، و السيد الطباطبائي في الرياض ٢: ١٧، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٨: ٣.
(٢) منهم المحقق في المختصر: ١٦٩، و الشرائع ٢: ٢٧٣، و فيه بعد التردد: و جوازه أرجح، و العلامة في القواعد ٢: ٤، و الإرشاد ٢: ٦، و الشهيد في اللمعة: ١٨٤.

(٣) في غير «ص» و «ش»: «يستند»، و صُحِّح في «ن» بما في المتن.

(٤) في «خ»، «م» و «ع»: للقرينة.

(٥) لم ترد «و البعيدة» في «خ»، «م»، «ع» و «ص».

(٦) تقدّمت حكايته عن العلامة بحر العلوم في الصفحة ١٢٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٢٦

الممنوعة على المجازات البعيدة «١»، و هو جمع حسن، و لعلّ الأحسن منه «٢»: أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية، سواء كان اللفظ الدالّ على إنشاء العقد موضوعاً له بنفسه أو مستعملاً فيه مجازاً بقرينة لفظ موضوع آخر، ليرجع الإفادة بالأخره إلى الوضع؛ إذ لا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو مناط الصراحة بين إفادة لفظٍ للمطلب بحكم الوضع، أو إفادته له بضميمة لفظ آخر يدلّ بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللفظ.

و هذا بخلاف اللفظ الذي يكون دلالاته على المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال خارج عن العقد؛ فإنّ الاعتماد عليه في متفاهم «٣» المتعاقدين و إن كان من المجازات القريبة جداً رجوع عمّا بنى عليه من عدم العبرة بغير الأقوال في إنشاء المقاصد؛ و لذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة و لو مع سبق مقالٍ أو اقتران حالٍ تدلّ «٤» على إرادة البيع جزماً.

و ممّا ذكرنا يظهر الإشكال في الاقتصار على المشترك اللفظي اتكّالاً على القرينة الحاليّة المعينة، و كذا المشترك المعنوي.

(١) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٤٩، و انظر جامع المقاصد ٤: ٢٠٧ ٢٠٨ و ١٢: ٧٠.

(٢) كذا في «ف» و مصحّحة «ن»، و كذا في «ش» لكن بدون «لعلّ»، و في سائر النسخ: و لعلّ الأولى أن يراد.

(٣) في «ف»: تفاهم.

(٤) في «ص»: يدلّ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٢٧

و يمكن أن ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم في عبارة التذكرة بقوله قدس سرّه: «لأنّ المخاطب لا يدري بيمّ خوطب» «١»؛ إذ ليس المراد: أنّ المخاطب لا يفهم منها المطلب و لو بالقرائن الخارجية، بل المراد أنّ الخطاب بالكناية لما لم يدلّ على المعنى المنشأ ما لم يقصد الملزوم؛ لأنّ اللازم الأعمّ، كما هو الغالب بل المطرّد في الكنايات، لا يدلّ على الملزوم ما لم يقصد المتكلم خصوص الفرد المجمع «٢» مع الملزوم الخاص فالخطاب في نفسه محتمل، لا يدري المخاطب بيمّ خوطب، و إنّما يفهم المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم.

و المفروض على ما تقرّر في مسألة المعاطاة «٣» أنّ التية بنفسها أو مع انكشافها بغير الأقوال لا تؤثر في النقل و الانتقال، فلم يحصل هنا عقدٌ لفظيٌّ يقع التفاهم به، لكن هذا الوجه «٤» لا يجري في جميع ما ذكره من أمثلة الكناية.

[دعوى أن العقود أسباب شرعية توقيفية]

ثمّ إنّه ربما يدعى: أنّ العقود المؤثرة في النقل و الانتقال أسباب شرعية توقيفية، كما حكى عن الإيضاح من أنّ كلّ عقدٍ لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة بالاستقراء «٥»، فلا بدّ من الاقتصار على المتيقن.

- (١) تقدّم في الصفحة ١١٩.
- (٢) في «خ»، «م» و «ش»: الجامع.
- (٣) تقدّم في الوجه الأول من الوجوه الأربعة في معنى قوله عليه السلام: «إنّما يحلّل الكلام و يحزّم الكلام» في الصفحة ٦١.
- (٤) شطب في «ف» على «الوجه» و كتب فوقه: التوجيه.
- (٥) إيضاح الفوائد ٣: ١٢.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٢٨
- و هو كلام لا محصّل له عند من لاحظ فتاوى العلماء، فضلاً عن الروايات المتكرّرة الآتية «١» بعضها.
- و أمّا ما ذكره الفخر قدس سره، فعمل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصيغة شرعاً، هي: اشتمالها على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به في كلام الشارع، فإذا كانت «٢» العلاقة الحادثة بين الرجل و المرأة معبراً عنها في كلام الشارع بالنكاح، أو الزوجية، أو المتعة، فلا بدّ من اشتمال عقدها على هذه العناوين، فلا يجوز بلفظ الهبة أو البيع أو الإجارة أو نحو ذلك، و هكذا الكلام في العقود المنشأة للمقاصد الأخر كالبيع و الإجارة و نحوهما.
- فخصوصية اللفظ من حيث اعتبار اشتمالها على هذه العناوين الدائرة في لسان الشارع، أو ما يرادفها «٣» لغة أو عرفاً؛ لأنّها بهذه العناوين موارد للأحكام «٤» الشرعية التي لا تحصى.
- و على هذا، فالضابط: وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائرة في لسان الشارع؛ إذ لو وقع بإنشاء غيرها، فإن كان «٥» لا مع قصد تلك العناوين كما لو لم تقصد المرأة إلّا هبة نفسها أو إجارة نفسها مدّة للاستمتاع «٦» لم يترتب عليه الآثار المحمولة في الشريعة على الزوجية

- (١) في «ص» و مصحّحة «خ»: الآتي.
- (٢) في غير «ش»: كان.
- (٣) في «ف»: أو بما يرادفها.
- (٤) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: الأحكام.
- (٥) كذا في «ن»، و في غيرها كانت.
- (٦) كذا في «ف»، و في غيرها: مدّة الاستمتاع.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٢٩
- الدائمة أو المنقطعة، و إن كان «١» بقصد هذه العناوين دخلت في الكناية التي عرفت أنّ تجويزها رجوع إلى عدم اعتبار إفادة المقاصد بالأقوال.
- فما ذكره الفخر قدس سره «٢» مؤيد لما ذكرناه و استفدناه من كلام والده قدس سره «٣».
- و إليه يشير أيضاً ما عن جامع المقاصد: من أنّ العقود متلقّاه من الشارع، فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه «٤».
- و ما عن المسالك: من أنّه يجب الاقتصار في العقود اللازمة على الألفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغة «٥»، و مراده من «المنقولة» «٦» شرعاً، هي: المأثورة في كلام الشارع.
- و عن كنز العرفان في باب النكاح:- أنّه حكم شرعيّ حادث فلا بدّ له من دليل يدلّ على حصوله، و هو العقد اللفظي المتلقّي من النصّ. ثمّ ذكر لإيجاب النكاح ألفاظاً «٧» ثلاثة، و علّلها بورودها في القرآن «٨».

(١) كذا فى مصححة «ن»، و فى النسخ: كانت.

(٢) و هو قوله: «كلّ عقد لازم وضع له الشارع صيغة مخصوصة» المتقدّم فى الصفحة ١٢٧.

(٣) يعنى كلامه فى التذكرة: «لأنّ المخاطب لا يدري بيمّ خوطب» المتقدّم فى الصفحة ١٢٧.

(٤) جامع المقاصد ٧: ٨٣.

(٥) المسالك ٥: ١٧٢.

(٦) فى غير «ف»: بالمنقولة.

(٧) كذا فى «ش»، و فى «ص»: «ثلاثة ألفاظ»، و فى سائر النسخ: ألفاظ ثلاثة.

(٨) كنز العرفان ٢: ١٤٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٣٠

و لا يخفى أنّ تعليقه هذا كالصريح فيما ذكرناه «١»: من تفسير «٢» توقيفية العقود، و أنّها متلقاة من الشارع، و وجوب الاقتصار على المتيقن.

و من هذا الضابط تقدر على تمييز «٣» الصريح المنقول شرعاً المعهود لغةً من الألفاظ المتقدمة فى أبواب العقود المذكورة من غيره. و أنّ الإجارة بلفظ العارية غير جائزة، و بلفظ بيع المنفعة أو السكنى مثلاً لا يبعد جوازه، و هكذا.

إذا عرفت هذا، فلنذكر ألفاظ الإيجاب والقبول:

[أما الإيجاب]

منها: لفظ «بعث» فى الإيجاب،

و لا خلاف فيه فتوى و نصّاً، و هو و إن كان من الأضداد بالنسبة إلى البيع و الشراء، لكن كثرة استعماله فى وقوع البيع تعينه «٤».

و منها «٥»: لفظ «شريت» «٦»

لوضعه له، كما يظهر من المحكى عن بعض أهل اللغة «٧»، بل قيل: لم يستعمل فى القرآن الكريم إلّا فى البيع «٨».

(١) انظر الصفحة ١٢٧ ١٢٩.

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

(٣) فى «ف»، «خ»، «م» و «ع»: تميّز.

(٤) كذا فى «ف» و مصححة «ن»، و كذا فى «ش» مع زيادة «به» بعد «البيع»؛ و فى سائر النسخ: لكن كثرة استعماله فى البيع وصلت إلى حدّ تغنيها عن القرينة.

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

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

(٧) انظر الصحاح ٦: ٢٣٩١، ولسان العرب ٧: ١٠٣، والقاموس المحيط ٤: ٣٤٧.

(٨) قاله السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٥٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٣١

و عن القاموس: شراه يشريه: ملكه «١» بالبيع و باعه، كاشترى «٢» فيهما «٣» ضد. و عنه أيضاً: كل من ترك شيئاً و تمسك بغيره فقد اشتراه «٤».

و ربما يستشكل فيه: بقلته استعماله عرفاً في البيع، و كونه محتاجاً إلى القرينة المعينة، و عدم نقل الإيجاب به في الأخبار و كلام القدماء.

و لا يخلو عن وجه.

و منها: لفظ «ملك» بالتشديد

و الأ-كثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الإرشاد الاتفاق؛ حيث قال: إنه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه ك «بعث» و «ملك» «٥».

و يدل عليه «٦»: ما سبق في تعريف البيع، من أن التمليك بالعوض المنحل إلى مبادلة العين بالمال هو المرادف للبيع عرفاً و لغةً، كما صرح به فخر الدين، حيث قال: إن معنى «بعث» في لغة العرب: ملكت غيري «٧».

و ما قيل «٨»: من أن التمليك يستعمل في الهبة بحيث لا- يتبادر عند الإطلاق غيرها. فيه: أن الهبة إنما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض،

(١) في «ف»: إذا ملكه.

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

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

(٤) القاموس المحيط ٤: ٣٤٧ ٣٤٨، مادة: «شري».

(٥) غاية المراد: ٨٠.

(٦) في «ف»: عليها.

(٧) قاله في شرح الإرشاد، على ما حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٥٢.

(٨) قاله الشهيد الثاني في الروضة البهية ٣: ٤١٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٣٢

لا- من مادة التمليك، فهي مشتركة معني بين ما يتضمن المقابلة و بين المجرد عنها، فإن اتصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبي البيع، و إن تجرد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكية المجانية.

و قد عرفت سابقاً: أن تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي، فلو أراد منه الهبة المعوضة أو قصد المصالحة، بنى صحة العقد به على صحة عقد بلفظ غيره مع التية.

و يشهد لما ذكرنا قول فخر الدين في شرح الإرشاد: إن معنى «بعث» في لغة العرب ملكت غيري «١».

و أما الإيجاب ب «اشترت»

ففي مفتاح الكرامة: أنه قد يقال بصحّته، كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة، و المنقول عنها في نسختين من تعليق الإرشاد «٢». أقول: و قد يستظهر ذلك «٣» من عبارة كل من عطف على «بعت» و «ملك»، شبههما أو ما يقوم مقامهما «٤»؛ إذ إرادة خصوص لفظ «شريت» من هذا بعيد جداً، و حمله على إرادة ما يقوم مقامهما في اللغات الأخر للعاجز عن العربية أبعد، فيتعيّن «٥» إرادة ما يرادفهما لغّة

(١) تقدّم آنفاً.

(٢) مفتاح الكرامة ٤: ١٥٠.

(٣) لم ترد «ذلك» في «ف».

(٤) مثل العلامة في التحرير ١: ١٦٤، و الشهيد في غاية المراد: ٨٠.

(٥) في «ف»: فتعيّن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٣٣

أو عرفاً، فيشمل «شريت» و «اشترت»، لكنّ الإشكال المتقدّم «١» في «شريت» أولى بالجريان هنا؛ لأنّ «شريت» استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه إلّا فيه، بخلاف «اشترت».

و دفع «٢» الإشكال في تعيين المراد منه بقرينه تقديمه الدالّ على كونه إيجاباً إمّا بناءً على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، و إمّا لغلبة ذلك غير صحيح؛ لأنّ الاعتماد على القرينة الغير اللفظية في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه «٣»، إلّا أن يدعى أنّ ما ذكر سابقاً من اعتبار الصراحة مختصّ بصراحة اللفظ من حيث دلالته على خصوص العقد، و تميّزه عمّا عداه من العقود.

و أما تميّز إيجاب عقد معيّن عن قبوله الراجع إلى تميّز البائع عن المشتري فلا يعتبر فيه الصراحة، بل يكفي استفادة المراد، و لو بقرينة المقام أو غلبته «٤» أو نحوهما «٥»، و فيه إشكال.

و أما القبول،**إشارة**

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

(١) تقدّم في الصفحة المتقدّمة بقوله: و ربما يستشكل فيه بقلّة استعماله عرفاً في البيع.

(٢) كلمة «دفع» من «ش» و مصحّحه «ن».

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

(٤) في «ف»: بغلبته.

(٥) في «ف»، «ن» و «ش»: و نحوها.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٣٤

و أما «بعت»، فلم ينقل إلّا من الجامع «١»، مع أنّ المحكيّ عن جماعة من أهل اللغة: اشتراكه بين البيع و الشراء «٢»، و لعلّ الإشكال فيه كإشكال «اشترت» في الإيجاب.

و اعلم أنّ المحكيّ عن نهاية الأحكام و المسالك: أنّ الأصل في القبول «قبلت»، و غيره بدل؛ لأنّ القبول على الحقيقة ممّا لا يمكن به الابتداء «٣»، و الابتداء بنحو «اشترت» و «ابتعت» ممكن، و سيأتي توضيح ذلك في اشتراط تقديم الإيجاب «٤». ثمّ إنّ في انعقاد القبول بلفظ الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ و شبهها، وجهين.

«فرع»

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

(١) نقله عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٥٢، لكنّ الموجود في الجامع: «ابتعت»، انظر الجامع للشرائع: ٢٤٦.

(٢) انظر الصحاح ٣: ١١٨٩، و المصباح المنير: ٦٩، و القاموس ٣: ٨، مادّة: «بيع».

(٣) حكاها السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٥٣، و انظر نهاية الأحكام ٢: ٤٤٨، و المسالك ٣: ١٥٤.

(٤) يأتي في الصفحة ١٤٣ و ١٤٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٣٥

مسألة [في اشتراط العربية]

المحكيّ عن جماعة، منهم: السيّد عميد الدين «١» و الفاضل المقداد «٢» و المحقق «٣» و الشهيد «٤» الثانيان: اعتبار العربيّة في العقد؛ للتأسي كما في جامع المقاصد و لأنّ عدم صحّته بالعربي الغير الماضي يستلزم عدم صحّته بغير العربي بطريقٍ أولى. و في الوجهين ما لا يخفى.

و أضعف منهما: منع صدق العقد على غير العربي «٥».

فالأقوى صحّته بغير العربي.

و هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادّة و الهيئة، بناءً على اشتراط العربي؟ الأقوى ذلك؛ بناءً على أنّ دليل اعتبار العربيّة هو لزوم الاقتصار على المتيقّن من أسباب النقل، و كذا اللحن في الإعراب.

(١) حكاها عنه الشهيد في حواشيه، على ما في مفتاح الكرامة ٤: ١٦٢.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ١٨٤، و كنز العرفان ٢: ٧٢.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٥٩.

(٤) الروضة البهية ٣: ٢٢٥.

(٥) في غير «ف» زيادة: مع التمكن من العربي.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٣٦

و حكى عن فخر الدين: الفرق بين ما لو قال: «بعتك» بفتح الباء و بين ما لو قال: «جوّرتك» بدل «زوّجتك»، فصّح الأوّل دون الثاني

إلّا مع العجز عن التعلّم «١» و التوكيل «٢».

ولعلّه لعدم معنى صحيح في الأوّل إلّا البيع، بخلاف التجويز «٣»؛ فإنّ له معنى آخر، فاستعماله في الترويج غير جائز.

و منه يظهر أنّ اللغات المحرّفة لا بأس بها إذا لم يتغيّر بها المعنى.

ثمّ هل المعتبر «٤» عربية جميع أجزاء الإيجاب و القبول، كالثمن و المثلث، أم يكفي عربية الصيغة الدالّة على إنشاء الإيجاب و القبول،

حتى لو «٥» قال: «بعتك اين كتاب را به ده درهم» كفى؟ الأقوى «٦» هو الأوّل؛ لأنّ غير العربي كالمعدوم، فكأنه لم يذكر في الكلام.

نعم، لو لم يعتبر ذكر متعلقات الإيجاب كما لا يجب في القبول و اكتفى بانفهامها و لو من غير اللفظ، صحّ الوجه الثاني «٧»، لكنّ

(١) في «ف»: العلم.

(٢) حكاة الشهيد عن فخر الدين على ما في مفتاح الكرامة ٤: ١٦٣.

(٣) في «ف»: بخلاف الثاني.

(٤) في «ف»: هل يعتبر.

(٥) لم ترد «لو» في النسخ، إلّا أنّها زيدت في «ش» و «ص» تصحيحاً.

(٦) في غير «ف»: و الأقوى.

(٧) في غير «ش»: «الأوّل»، إلّا أنّه صيِّح في بعضها بما في المتن، و الظاهر أنّ الكلمة وردت في النسخة الأصليّة هكذا: «الأوّل»، فإنّ

الفاضل المامقاني قال بعد أن أثبتها: الظاهر هو «الثاني» بدل «الأوّل»، و كأنّه سهو من قلم الناسخ. و قال الشهيدى: أقول: الصواب

«الثاني» بدل «الأوّل» كما لا يخفى، انظر غاية الآمال: ٢٣٩، و شرح الشهيدى (هداية الطالب): ١٩١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٣٧

الشهيد رحمه الله في غاية المراد في مسألة تقديم القبول نصّ على وجوب ذكر العوضين في الإيجاب «١».

ثمّ إنّ هل يعتبر كون المتكلّم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ، بأن يكون فارقاً بين معنى «بعث» و «أبيع» و «أنا بائع»، أو يكفي مجرد علمه

بأنّ هذا اللفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع؟ الظاهر هو الأوّل؛ لأنّ عربية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد «٢»

المتكلّم منه المعنى الذى وضع له عند العرب، فلا يقال: إنّ تكلم و ادّى المطلب على طبق لسان العرب، إلّا إذا ميز بين معنى «بعث» و

«أبيع» و «أوجدت البيع» و غيرها.

بل على هذا لا يكفي «٣» معرفة أنّ «بعث» مرادف لقوله: «فروختم»، حتى يعرف أنّ الميم في الفارسي عوض تاء المتكلّم، فيميّز بين

«بعتك» و «بعث» بالضمّ و «بعث» بفتح التاء فلا ينبغي ترك الاحتياط و إن كان في تعينه نظر «٤»؛ و لذا نصّ بعض «٥» على عدمه.

(١) انظر غاية المراد: ٨٠.

(٢) كذا في «ن»، «خ» و «م»، و في سائر النسخ: يقصد.

(٣) في غير «ش» و مصحّحه «ص»: يكتفى.

(٤) في «ف»: في تعيينه نظراً.

(٥) لم نعثر عليه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٣٨

المشهور كما عن غير واحد «١»:- اشتراط الماضيّة، بل في التذكرة: الإجماع على عدم وقوعه بلفظ «أبيعك» أو «اشتر مني» «٢» و لعلّه لصراحتة في الإنشاء؛ إذ المستقبل أشبه بالوعد، والأمر استدعاء لا إيجاب، مع أنّ قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف. وعن القاضي في الكامل و المهذب «٣»: عدم اعتبارها؛ و لعلّه لإطلاق البيع و التجارة و عموم العقود، و ما دلّ في بيع الآبق «٤» و اللبن في الضرع «٥»: من الإيجاب بلفظ المضارع، و فحوى ما دلّ عليه

(١) منهم المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨: ١٤٥، و المحدث الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٣: ٤٩، و السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٦٢.

(٢) في التذكرة: «أشترى» بدل «اشتر مني»، انظر التذكرة ١: ٤٦٢.

(٣) حكاها عنهما العلامة في المختلف ٥: ٥٣. أمّا الكامل فلا يوجد لدينا. و أمّا المهذب فلم نقف فيه على ما يدلّ على المطلوب.

(٤) انظر الوسائل ١٢: ٢٦٢، الباب ١١ من أبواب أحكام العقد.

(٥) الوسائل ١٢: ٢٥٩، الباب ٨ من أبواب أحكام العقد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٣٩

في النكاح «١».

و لا يخلو هذا من قوّة لو فرض صراحة المضارع في الإنشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينه المقام، فتأمل.

(١) انظر الوسائل ١٤: ١٩٧، الباب الأوّل من أبواب عقد النكاح، الحديث ١٠. و ٤٦٦، الباب ١٨ من أبواب المتعة، و غيرهما من الأبواب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٤٠

مسألة في شرطية الترتيب بين الإيجاب و القبول

الأشهر كما قيل «١»:- لزوم تقديم الإيجاب على القبول، و به صرح في الخلاف «٢» و الوسيلة «٣» و السرائر «٤» و التذكرة «٥»، كما عن الإيضاح «٦» و جامع المقاصد «٧»؛ و لعلّه للأصل «٨» بعد حمل آية وجوب الوفاء «٩» على العقود المتعارفة، كإطلاق «البيع» و «التجارة» في الكتاب و السنّة.

و زاد بعضهم: أنّ القبول فرع الإيجاب فلا يتقدّم عليه، و أنّه تابع

(١) قاله العلامة في المختلف ٥: ٥٢.

(٢) الخلاف ٣: ٣٩، كتاب البيوع، المسألة ٥٦.

(٣) الوسيلة: ٢٣٧.

(٤) السرائر ٢: ٢٤٣.

(٥) التذكرة ١: ٤٦٢.

(٦) إيضاح الفوائد ١: ٤١٣.

(٧) جامع المقاصد ٤: ٦٠.

(٨) كذا في «ف»، و في غيرها: الأصل.

(٩) و هي قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، المائدة: ١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٤١

له فلا يصحّ تقدّمه عليه «١».

و حكى في «٢» غاية المراد عن الخلاف: الإجماع عليه «٣»، و ليس في الخلاف في هذه المسألة إلّا أنّ البيع مع تقديم «٤» الإيجاب متّفق عليه فيؤخذ به، فراجع «٥».

خلافاً للشيخ في المبسوط في باب النكاح، و إن وافق الخلاف في البيع «٦» إلّا أنّه عدل عنه في باب النكاح، بل ظاهر كلامه عدم الخلاف في صحّته بين الإمامية؛ حيث إنّ بعد ما ذكر أنّ تقديم القبول بلفظ الأمر في النكاح بأن يقول الرجل: «زوّجني فلانة» جائز بلا خلاف قال: أما البيع، فإنّه إذا قال: «بعنيها» فقال: «بعتكها» صحّ عندنا و عند قومٍ من المخالفين، و قال قومٌ منهم: لا يصحّ حتى يسبق الإيجاب «٧»، انتهى.

و كيف كان، فنسبته القول الأول إلى المبسوط مستند إلى كلامه في باب البيع، و أمّا في باب النكاح فكلامه صريح في جواز التقديم،

(١) ذكره المحقّق الثاني و قال: فإنّ القبول مبنّى على الإيجاب، انظر جامع المقاصد ٤: ٦٠.

(٢) كذا في «ف» و «ش»، و في سائر النسخ: «عن»، إلّا أنّه صحّح في بعضها بما في المتن.

(٣) غاية المراد: ٨٠.

(٤) في «ف»: تقدّم.

(٥) الخلاف ٣: ٣٩، كتاب البيوع، المسألة ٥٦.

(٦) المبسوط ٢: ٨٧.

(٧) المبسوط ٤: ١٩٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٤٢

كالمحقّق رحمه الله في الشرائع «١» و العلامه في التحرير «٢» و الشهيدين في بعض كتبهما «٣» و جماعة ممّن تأخّر عنهما «٤»؛ للعمومات السليمة عمّا يصلح لتخصيصها، و فحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار، مثل خبر أبان بن تغلب الوارد في كيفية الصيغه المشتمل على صحّته تقديم القبول بقوله للمرأة: «أتزوّجك متعّة على كتاب الله و سنّه رسول الله «٥» صلى الله عليه و آله و سلم» إلى أن قال:- فإذا قالت: «نعم» فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها «٦».

و رواية سهل الساعدي المشهورة في كتب الفريقين كما قيل «٧» المشتملة على تقديم القبول من الزوج بلفظ «زوّجنيها» «٨».

(١) الشرائع ٢: ١٣.

(٢) التحرير ١: ١٦٤.

(٣) الشهيد الأوّل في الدروس ٣: ١٩١، و اللعنة: ١٠٩، و الشهيد الثاني في المسالك ٣: ١٥٤، و حاشية الشرائع (مخطوط): ٢٧١.

(٤) منهم المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨: ١٤٥، و المحقّق السبزواري في الكفاية: ٨٩، و المحدث البحراني في الحدائق ١٨: ٣٤٩، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٥٤، و غيرهم.

(٥) في «ف»: رسوله، و في المصدر: نيته.

(٦) الوسائل ١٤: ٤٦٦، الباب ١٨ من أبواب المتعّة، الحديث الأوّل.

(٧) قاله الشهيد الثاني في المسالك ٧: ٨٩، و السيّد الطباطبائي في الرياض ٢: ٦٩.

(٨) عوالى اللآلى ٢: ٢٦٣، الحديث ٨، و سنن البيهقى ٧: ٢٤٢، باب النكاح على تعليم القرآن، و انظر الكافى ٥: ٣٨٠، الحديث ٥، و التهذيب ٧: ٣٥٤، الحديث ١٤٤٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٤٣

و التحقيق: أنّ القبول إمّا أن يكون بلفظ «قبلت» و «رضيت»، و إمّا أن يكون بطريق الأمر و الاستيجاب، نحو «بعنى» فيقول المخاطب: «بعتك»، و إمّا أن يكون بلفظ «اشتريت» و «ملكيت» مخففاً و «ابتعت».

فإن كان بلفظ «قبلت» فالظاهر عدم جواز تقديمه، وفاقاً لمن عرفته «١» فى صدر المسأله «٢»، بل المحكى عن الميسيه «٣» و المسالك «٤» و مجمع الفائدة «٥»: أنه لا- خلاف فى عدم جواز تقديم لفظ «قبلت»، و هو المحكى عن نهاية الأحكام و كشف اللثام فى باب النكاح «٦»، و قد اعترف به غير واحدٍ من متأخري المتأخرين «٧» أيضاً، بل المحكى هناك عن ظاهر التذكرة: الإجماع عليه «٨».

و يدلّ عليه مضافاً إلى ما ذكر، و إلى كونه خلاف المتعارف من

(١) كذا فى «ف»، و فى «ش»: «لما عرفت»، و فى سائر النسخ: لمن عرفت.

(٢) راجع الصفحه ١٤٠ ١٤١.

(٣) لا يوجد لدينا، و حكاها السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ١٦٥.

(٤) المسالك ٣: ١٥٤.

(٥) مجمع الفائدة ٨: ١٤٦.

(٦) حكى ذلك عنهما السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ١٦٥، و أنظر نهاية الأحكام ٢: ٤٤٨، و كشف اللثام ٢: ١٢.

(٧) منهم السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ١٦٥، و السيد المجاهد فى المناهل: ٢٧٢.

(٨) المشار إليه بقوله: «هناك» هو باب النكاح، لكن لم نقف فى مسأله تقديم الإيجاب على القبول على ما يظهر منه الإجماع، و الموجود فيه أنه نقل المنع عن أحمد و نفى عنه البأس، انظر التذكرة ٢: ٥٨٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٤٤

العقد-: أنّ القبول الذى هو أحد ركنى عقد المعاوضه فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدّمه عليه، و ليس المراد من هذا القبول الذى هو ركن للعقد «١» مجرّد الرضا بالإيجاب حتى يقال: إن الرضا بشىء لا يستلزم تحقّقه قبله «٢»، فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبل، بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله فى الحال إلى الموجب على وجه العوضيه؛ لأنّ المشترى ناقل كالبائع، و هذا لا- يتحقّق إلّا مع تأخر الرضا عن الإيجاب؛ إذ مع تقدّمه لا يتحقّق النقل فى الحال، فإنّ من رضى بمعاوضه ينشئها الموجب فى المستقبل لم ينقل فى الحال ماله إلى الموجب، بخلاف من رضى بالمعاوضه التى أنشأها الموجب سابقاً؛ فإنّه يرفع بهذا الرضا يده من ماله، و ينقله إلى غيره على وجه العوضيه.

و من هنا يتّضح فساد ما حكى عن بعض المحقّقين فى ردّ الدليل المذكور و هو كون القبول فرعاً للإيجاب «٣» و تابعاً له و هو: أنّ تبعيه القبول للإيجاب ليس تبعيه اللفظ للفظ، و لا القصد للقصد حتى يمتنع تقديمه، و إنّما هو على سبيل الفرض و التنزيل، بأن يجعل القابل نفسه متناولاً لما يُلقى إليه من الموجب، و الموجب مناوئاً، كما يقول السائل فى

(١) لم ترد عبارة «الذى هو ركن للعقد» فى «ف».

(٢) كذا فى «ف» و «ش»، و العبارة فى سائر النسخ هكذا: «مجرّد الرضا بالإيجاب سواء تحقّق قبل ذلك أم لا، حيث إنّ الرضا بشىء لا يستلزم تحقّقه فى الماضى، فقد يرضى الإنسان .. إلخ» إلّا أنّه شطب فى «ن» على بعض الكلمات و صوّحت العبارة بنحو ما أثبتناه فى

المتن.

(٣) كذا في «ف»، وفي غيرها: فرع الإيجاب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٤٥

مقام الإنشاء: «أنا راض بما تعطيني وقابل لما تمنحني» فهو متناول، قدّم إنشاءه أو آخره (١)، فعلى هذا يصحّ تقديم القبول ولو بلفظ «قبلت» و«رضيت» إن لم يتم إجماع على خلافه (٢)، انتهى.

وجه الفساد: ما عرفت سابقاً (٣) من أنّ الرضا بما يصدر من الموجب في المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه، ليس فيه إنشاء نقل من القابل في الحال، بل هو رضا منه بالانتقال في الاستقبال، وليس المراد أنّ أصل الرضا بشيء تابعٌ لتحقيقه في الخارج أو لأصل الرضا به (٤) حتى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال، بل المراد الرضا الذي يعدّ قبولاً و«٥» ركناً في العقد.

ومما ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقديم «٦» القبول بلفظ الأمر، كما لو قال: «بمعنى هذا بدرهم» فقال: «بعتك»؛ لأنّ غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن لم يتحقّق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلة نقل في الحال للدرهم إلى البائع، كما لا يخفى.

(١) في «ف» زيادة: قال.

(٢) حكاة السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٦٥، لكن إلى كلمة «أو آخر»، ثم قال: وهذا قد ذكره الأستاذ دام ظلّه.

(٣) في الصفحة السابقة.

(٤) في «ش»: «أولاً قبل الرضا به»، ويظهر من شرحي المامقاني والشهيدى أنّ الموجود في نسختيهما هو ما أثبتناه، انظر غاية الآمال: ٢٤٥، وهداية الطالب: ١٩٣.

(٥) لم ترد «قبولاً و» في «ف» و«ش»، و شطب عليها في «ن».

(٦) كذا في «ش»، وفي غيرها: تقدم.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٤٦

وأما ما يظهر من المبسوط من الاتفاق هنا على الصّحة به (١)، فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه.

وأما فحوى جوازه في النكاح، ففيها بعد الإغماض عن حكم الأصل؛ بناءً على منع دلالة رواية سهل (٢) على كون لفظ الأمر هو القبول؛ لاحتمال تحقّق القبول بعد إيجاب النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم، ويؤيّده أنّه لولا أنه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول منع الفحوى، وقصور دلالة رواية أبان (٣)؛ من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة: «نعم» في الإيجاب.

ثمّ اعلم: أنّ في صحّة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافاً كثيراً بين كلمات الأصحاب، فقال في المبسوط: إن قال: «بعنيها بألف» فقال: «بعتك»، صحّ، والأقوى عندي أنّه لا يصحّ حتى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت» (٤)، واختار ذلك في الخلاف (٥).

وصرّح به في الغنية، فقال: واعتبرنا حصول الإيجاب من البائع و القبول من المشتري، حذراً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، وهو أن يقول: «بعنيها بألف»، فيقول: «بعتك» فإنّه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت» أو «قبلت» (٦)، وصرّح

به

(١) المبسوط ٤: ١٩٤، وقد تقدّم في الصفحة ١٤١.

(٢) تقدّمت الإشارة إليها في الصفحة ١٤٢.

(٣) تقدّمت في الصفحة ١٤٢.

(٤) المبسوط ٢: ٨٧.

(٥) الخلاف ٣: ٣٩، كتاب البيوع، المسألة ٥٦.

(٦) الغنية: ٢١٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٤٧

أيضاً في السرائر «١» و الوسيلة «٢».

و عن جامع المقاصد: أن ظاهرهم أن هذا الحكم اتفأقى «٣»، و حكى الإجماع أيضاً «٤» عن ظاهر الغنية أو صريحها «٥».

و عن المسالك: المشهور «٦»، بل قيل: إن هذا الحكم ظاهر كل من اشترط الإيجاب و القبول «٧».

و مع ذلك كله، فقد صرح الشيخ فى المبسوط فى باب النكاح-: بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع، و نسبه إلينا مشعر «٨» بقرينه السياق إلى عدم الخلاف فيه بيننا، فقال:

إذا تعاقدا، فإن تقدم الإيجاب على القبول فقال: «زوّجتك»

(١) السرائر ٢: ٢٤٩، ٢٥٠.

(٢) لم نقف فى الوسيلة على هذا التفصيل، و لكن عدّ فيها من شرائط الصحّة: تقديم الإيجاب على القبول، انظر الوسيلة: ٢٣٧، نعم صرح بذلك العلامة فى نهاية الأحكام ٢: ٤٤٩، و لعلّ التشابه بين رمز الوسيلة «له» و رمز النهاية «يه» صار منشأً لاشتباه النسخ، و يؤيد هذا الاحتمال تأخير ذكرها عن السرائر.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٥٩.

(٤) وردت «أيضاً» فى «ع»، «ص» و «ش» بعد عبارة «ظاهر الغنية».

(٥) الغنية: ٢١٤، و الترديد من السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ٤: ١٦١.

(٦) المسالك ٣: ١٥٣.

(٧) قاله السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ٤: ١٦١، و فيه: .. الإيجاب و القبول و الماضوية فيهما.

(٨) كذا فى «ش»، و فى غيرها: «مشعراً»، و فى مصحّحه «ص»: و نسبه إلينا مشعراً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٤٨

فقال: «قبلت التزويج» صحّ، و كذا إذا تقدم الإيجاب على القبول فى البيع صحّ بلا خلاف، و أمّا إن تأخر الإيجاب و سبق القبول، فإن كان فى النكاح فقال الزوج: «زوّجنيها» فقال: «زوّجتكها» صحّ و إن لم يُعَدّ الزوج القبول، بلا- خلاف؛ لخبر الساعدى: «قال «١»: زوّجنيها يا رسول الله، فقال: زوّجتكها بما معك من القرآن» «٢»، فتقدم «٣» القبول و تأخر الإيجاب، و إن كان هذا فى البيع فقال: «بعنيها» فقال: «بعتكها» صحّ عندنا و عند قوم من المخالفين؛ و قال قوم منهم «٤»: لا يصحّ حتى يسبق الإيجاب «٥»، انتهى.

و حكى جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضى فى الكامل «٦»، بل يمكن نسبة هذا الحكم إلى كل من جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق، و تمسك له فى النكاح برواية سهل الساعدى المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج، إلّا أن المحقق رحمه الله مع تصريحه فى البيع بعدم كفاية الاستيجاب و الإيجاب صرح بجواز تقديم القبول على الإيجاب «٧».

(١) فى «ش»: قال الرجل.

(٢) انظر عوالى اللآلى ٢: ٢٦٣، الحديث ٨، و سنن البيهقى ٧: ٢٤٢، باب النكاح على تعليم القرآن.

(٣) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: فقّدم.

(٤) انظر المغنى؛ لابن قدامة ٣: ٥٦١، و المجموع ٩: ١٩٨.

(٥) المبسوط ٤: ١٩٤.

(٦) حكاة عنه العلامة في المختلف ٥: ٥٣.

(٧) الشرائع ٢: ١٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٤٩

و ذكر العلامة قدس سره الاستيجاب و الإيجاب، و جعله خارجاً عن قيد اعتبار الإيجاب و القبول كالمعاطاة و جزم بعدم كفايته، مع أنه تردّد في اعتبار تقديم القبول «١».

و كيف كان، فقد عرفت «٢» أنّ الأقوى المنع في البيع؛ لما عرفت، بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ «قبلت» يمكن المنع هنا؛ بناءً على اعتبار الماضوية فيما دلّ على القبول.

ثمّ إنّ هذا كلّ بناءً على المذهب المشهور بين الأصحاب: من عدم كفاية مطلق اللفظ في اللزوم و عدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك.

و أمّا على ما قويناه «٣» سابقاً في مسألة المعاطاة: من أنّ البيع العرفي موجب للملك و أنّ الأصل في الملك اللزوم «٤»، فاللازم الحكم باللزوم في كلّ مورد لم يتمّ إجماع على عدم اللزوم، و هو ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللفظ رأساً، أو كان اللفظ المنشأ به المعاملة ممّا قام الإجماع على عدم إفادتها اللزوم «٥»، و أمّا في غير ذلك فالأصل اللزوم.

(١) القواعد ١: ١٢٣.

(٢) في الصفحة ١٤٥.

(٣) في نسخة بدل «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ش»: اخترناه.

(٤) راجع الصفحة ٤٠ و ٩٦.

(٥) في غير «ف» و «ش» زيادة: و هو ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء، و في «ن»، «خ»، «م» و «ع» كتب عليها: «نسخة».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٥٠

و قد عرفت أنّ القبول على وجه طلب البيع قد صرح في «١» المبسوط بصحّته، بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا، و حكى عن الكامل أيضاً «٢»، فتأمّل.

و إن كان التقديم بلفظ «اشتريت» أو «٣» «ابتعت» أو «تملّكت» أو «ملّكت هذا بكذا» فالأقوى جوازه؛ لأنّه أنشأ ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضاً، ففي الحقيقة أنشأ المعاوضة كالبائع «٤» إلّا أنّ البائع ينشئ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، و المشتري ينشئ ملكية مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله، ففي الحقيقة كلّ منهما يُخرج ماله إلى صاحبه و يدخل مال صاحبه في ملكه، إلّا أنّ الإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض و في القبول مفهوم من نفس الفعل، و الإخراج بالعكس.

و حينئذٍ فليس في حقيقة الاشتراء من حيث هو معنى القبول، لكنّه لما كان الغالب وقوعه عقيب الإيجاب، و إنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله «٥» إليه يوجب تحقّق المطاوعة و مفهوم القبول، أُطلق عليه القبول، و هذا المعنى مفقود في الإيجاب المتأخّر؛ لأنّ المشتري إنّما ينقل ماله إلى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضاً، و البائع إنّما ينشئ انتقال المثلث «٦» إليه كذلك، لا بمدلول الصيغة.

(١) لم ترد «في» في غير «ش».

(٢) كما تقدّم في الصفحة ١٤٨.

(٣) فى «ش» بدل «أو»: و.

(٤) فى «ف»: كالتبايع.

(٥) فى «ف»، «ن» و «خ» زيادة: له.

(٦) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: الثمن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٥١

وقد صرح فى النهاية و المسالك على ما حكى «١»:- بأن «اشترت» ليس قبولاً حقيقةً، وإنما هو بدل، و أن الأصل فى القبول «قبلت»؛ لأن القبول فى الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به، و لفظ «اشترت» يجوز الابتداء به.

و مرادهما «٢»: أنه بنفسه لا- يكون قبولاً، فلا ينافى ما ذكرنا من تحقق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تملك البائع، كما أن «رضيت بالبائع» ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلا إذا وقع متأخراً؛ و لذا منعنا عن تقديمه.

فكل من «رضيت» و «اشترت» بالنسبة إلى إفادة نقل المال و مطاوعة البيع عند التقدّم و التأخر متعاكسان.

فإن قلت: إن الإجماع على اعتبار القبول فى العقد يوجب تأخير قوله «٣»: «اشترت» حتى يقع قبولاً؛ لأن إنشاء ملكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تملك الغير له يتحقق فيه معنى الانتقال و قبول الأثر، فيكون «اشترت» متأخراً التزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدّم؛ فإن مجرد إنشاء الملكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول، كما لو نوى تملك «٤» المباحات أو اللقطة، فإنه لا قبول فيه رأساً.

(١) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ٤: ١٥٣، و انظر نهاية الأحكام ٢: ٤٤٨، و المسالك ٣: ١٥٤.

(٢) فى «ف»: مرادهم.

(٣) فى «ف»: «قول»، و فى «خ»: قبوله.

(٤) فى «ف»: ملك.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٥٢

قلت: المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، و أما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاوعة و قبول الأثر، فلا.

فقد «١» تبين من جميع ذلك: أن إنشاء القبول لا بد أن يكون جامعاً لتضمن إنشاء النقل و للرضا بإنشاء البائع تقدّم أو تأخر و لا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع.

فقد تحصيل مما ذكرناه: صحّة تقديم القبول إذا كان بلفظ «اشترت» وفقاً لمن عرفت «٢»، بل هو ظاهر إطلاق الشيخ فى الخلاف؛ حيث إنه لم يتعرّض إلّا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب و الإيجاب «٣»، و قد عرفت «٤» عدم الملازمة بين المنع عنه و المنع عن تقديم مثل «اشترت»، و كذا السيد فى الغنية، حيث أطلق اعتبار الإيجاب و القبول، و احتراز بذلك عن انعقاده بالمعاطة و بالاستيجاب و الإيجاب «٥»، و كذا ظاهر إطلاق الحلبي فى الكافي، حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد «٦».

(١) فى «ف»: و قد.

(٢) فى الصفحة السابقة.

(٣) الخلاف ٣: ٣٩، كتاب البيوع، المسألة ٥٦.

(٤) انظر الصفحة ١٤٨ ١٤٩.

(٥) الغنية: ٢١٤.

(٦) انظر الكافي في الفقه: ٣٥٢ (فصل في عقد البيع).

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٥٣

والحاصل: أن المصرح بذلك في ما وجدت من القدماء الحلبي «١» و ابن حمزة «٢»، فمن التعجب بعد ذلك حكاية الإجماع عن الخلاف «٣» على «٤» تقديم الإيجاب، مع أنه لم يزد على الاستدلال لعدم «٥» كفاية الاستيجاب والإيجاب «٦» بأن ما عداه مجمع على صحته، وليس على صحته دليل «٧». ولعمري أن مثل هذا مما يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول، وقد نبهنا على أمثال ذلك في مواردنا.

نعم، يشكل الأمر بأن المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب، ولا فرق بين المتعارف هنا وبينه في المسألة الآتية، وهو الوصل بين الإيجاب والقبول، فالحكم لا يخلو عن شوب الإشكال. ثم إن ما ذكرنا جارٍ في كل قبول يؤدي بإنشاء مستقل كالإجارة التي يؤدي قبولها بلفظ «تملكت منك منفعة كذا» أو «ملكك»، و النكاح

(١) السرائر ٢: ٢٤٣، هكذا وردت الكلمة في «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: «الحلبي» بدل «الحلبي»، و هو سهو أو تصحيف، فإنه قد تقدم آنفاً: أن الحلبي أطلق، و لم يذكر تقديم الإيجاب.

(٢) الوسيلة: ٢٣٧.

(٣) حكاة عنه الشهيد الأول في غاية المراد: ٨٠، كما تقدم في صدر المسألة، و الشهيد الثاني في المسالك ٣: ١٥٣.

(٤) في «ص» زيادة: لزوم.

(٥) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: بعدم.

(٦) كذا في النسخ، و الظاهر سقوط كلمة: إلّا.

(٧) انظر الخلاف ٣: ٤٠، كتاب البيوع، ذيل المسألة ٥٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٥٤

الذي يؤدي قبوله «١» بلفظ «أنكحت» «٢» و «تزوجت».

و أما ما لا إنشاء في قبوله إلّا «قبلت» أو ما يتضمّن ك «ارتهنت» فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه؛ إذ لا التزام في قبوله بشيء «٣» كما كان في قبول البيع التزام «٤» بنقل ماله إلى البائع، بل لا ينشئ به معنى غير الرضا بفعل الموجب، و قد تقدم «٥» أن الرضا يجوز تعلقه بأمر مترقب «٦» كما يجوز تعلقه بأمر محقق، فيجوز أن يقول: «رضيت برهنك هذا عندي» فيقول: «رهنك».

و التحقيق: عدم الجواز؛ لأن اعتبار القبول فيه من جهة تحقق عنوان المرتهن، و لا يخفى أنه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص إلّا بعد تحقق الرهن؛ لأن الإيجاب إنشاء للفعل، و القبول إنشاء للانفعال «٧».

و كذا القول «٨» في الهبة و القرض، فإنه لا يحصل من إنشاء القبول

(١) في غير «ش»: قبولها.

(٢) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: نكحت.

(٣) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: لشيء.

(٤) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: التزاماً.

(٥) تقدّم في الصفحة ١٤٤.

(٦) في «ف»: مستقبل.

(٧) في نسخة بدل «خ»، «م»، «ع» و «ش»: لأنّ الإيجاب إنشاء للنقل، و القبول إنشاء للانتقال.

(٨) في «خ»، «ص» و مصحّحه «ع»: القبول.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٥٥

فيهما «١» التزام بشيء، و إنّما يحصل به الرضا بفعل الموجب، و نحوها «٢» قبول المصالحة المتضمّنة للإسقاط أو التمليك بغير عوض. و أمّا المصالحة المشتملة على المعاوضة، فلمّا كان ابتداء الالتزام بها جائزاً من الطرفين، و كان نسبتها إليهما «٣» على وجه سواء، و ليس الالتزام «٤» الحاصل من أحدهما أمراً مغايراً للالتزام الحاصل من الآخر، كان البادئ منهما موجباً؛ لصدق الموجب عليه لغةً و عرفاً. ثمّ لئلا انعقد الإجماع على توقّف العقد على القبول، لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول؛ إذ لو قال أيضاً: «صالحتك» كان إيجاباً آخر، فيلزم تركيب العقد من إيجابين.

و تحقّق من جميع ذلك: أنّ تقديم القبول في الصلح أيضاً غير جائز؛ إذ لا قبول فيه بغير لفظ «قبلت» و «رضيت»، و قد عرفت «٥» أنّ «قبلت» و «رضيت» مع التقديم لا يدلّ على إنشاء لنقل العوض في الحال. فتلخّص ممّا ذكرنا: أنّ القبول في العقود على أقسام «٦»:

(١) كذا في «ش» و مصحّحه «ن» و «ص»، و في غيرها: فيها.

(٢) في «ص»: نحوهما.

(٣) في «ف»: إليها.

(٤) في «ف»: و كان الالتزام.

(٥) في الصفحة ١٤٣ ١٤٤.

(٦) في «خ»، «م»، «ع» و «ص»: «ثلاثة أقسام»، إلّا أنّ «ثلاثة» محيت في «ن» تصحيحاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٥٦

لأنّه إمّا أن يكون التزاماً بشيءٍ من القابل، كنقل مالٍ عنه أو زوجيته، و إمّا أن لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب. و الأوّل على قسمين:

لأنّ الالتزام الحاصل من القابل، إمّا أن يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة، أو متغيراً كالاشتراء. و الثانى أيضاً على قسمين:

لأنّه إمّا أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان و الاتهاب و الاقتراض «١»، و إمّا أن لا- يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة و العارية و شبههما.

فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلّا في القسم الثانى من كلّ من القسمين.

ثمّ إنّ مغايرة الالتزام في قبول البيع للالتزام إيجابه اعتبار عرفى، فكلّ من التزم بنقل ماله على وجه العوضيه لمالٍ آخر يسمّى مشترياً، و كلّ من نقل ماله على أن يكون عوضه مالاً من آخر يسمّى بائعاً.

و بعبارةٍ اخرى: كلّ من ملك ماله غيره بعوضٍ فهو البائع، و كلّ «٢» من ملك مالٍ غيره بعوض ماله فهو المشتري، و إلّا فكلّ منهما في الحقيقة يملك ماله غيره بإزاء مالٍ غيره، و يملك مالٍ غيره بإزاء ماله.

(١) في «ف»: الإقراض.

(٢) في «ش»: فكلّ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٥٧

و من جملة شروط العقد: الموالاة بين إيجابه وقبوله

دزفولي، مرتضى بن محمد امين انصاري، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ٦ جلد، كنگره جهاني بزرگداشت شيخ اعظم انصاري، قم - ايران، اول، ١٤١٥ ه ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)؛ ج ٣، ص: ١٥٧

ذكره الشيخ في المبسوط في باب الخلع «١»، ثم العلامة «٢» والشهيدان «٣» والمحقق الثاني «٤»، و الشيخ المقداد «٥».

قال الشهيد في القواعد: الموالاة معتبرة في العقد ونحوه، و هي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين الاستثناء «٦» والمستثنى منه، و قال «٧» بعض العامة: لا يضرّ قول الزوج بعد الإيجاب: «الحمد لله و الصلاة

(١) المبسوط ٤: ٣٦٢.

(٢) القواعد ٢: ٤ و ٨٠، في النكاح و الخلع.

(٣) أما الشهيد الأوّل فقد صرح بذلك في كتاب الوقف من الدروس ٢: ٢٦٤، و قال في كتاب البيع منه: «و لا يقدر تخلّل آن أو تنفس أو سعال»، الدروس ٣: ١٩١. و أما الشهيد الثاني فقد صرح بذلك في الهبة و الخلع من المسالك، انظر المسالك ٦: ٩، و ٩: ٣٨٤.

(٤) رسائل المحقق الكركي ١: ٢٠١، في الخلع، و جامع المقاصد ٤: ٥٩، في البيع.

(٥) التنقيح الرائع ٢: ٢٤.

(٦) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ: المستثنى.

(٧) في غير «ش»: فقال.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٥٨

على رسول الله، قبلت نكاحها» «١».

و منه: الفورية في استتابة المرتد، فيعتبر في الحال، و قيل «٢»: إلى ثلاثة أيام.

و منه: السكوت في أثناء الأذان، فإن كان كثيراً أبطله.

و منه: السكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءة غيرها «٣»، و كذا التشهد.

و منه: تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع، فإن تعمدوا أو نسوا حتى ركع فلا- جمعة. و اعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة.

و منه: الموالاة في التعريف بحيث لا ينسى «٤» أنه تكرر، و الموالاة في سنة التعريف، فلو رجع في أثناء المدّة استؤنفت «٥» ليتوالى «٦»، انتهى «٧».

أقول: حاصله أنّ الأمر المتدرّج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورة اتّصالية في العرف، فلا بدّ في ترتّب الحكم المعلق عليه في الشرع من

اعتبار صورته الاتصالية، فالعقد المركب من الإيجاب و القبول القائم

(١) قاله النووي، انظر المجموع ١٧: ٣٠٧.

(٢) قاله العلامة في الإرشاد ٢: ١٨٩.

(٣) في المصدر زيادة: خلالها.

(٤) في «ف»: لا يصدق.

(٥) في «ف»: استأنف، و في المصدر: استأنف.

(٦) القواعد و الفوائد ١: ٢٣٤، القاعدة ٧٣.

(٧) لم ترد «انتهى» في «ف» و «م».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٥٩

بنفس المتعاقدين بمنزلة «١» كلام واحد مرتبط بعضه ببعض، فيقدح تخلل الفصل المخل بهيته الاتصالية؛ و لذا لا يصدق التعاقد «٢» إذا كان الفصل مفرداً في الطول كسنة أو أزيد، و انضباط ذلك إنما يكون بالعرف، فهو في كل أمر بحسبه، فيجوز الفصل بين كل من الإيجاب و القبول بما لا يجوز بين كلمات كل واحد «٣» منهما، و يجوز الفصل «٤» بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف، كما في الأذان و القراءة.

و ما ذكره حسن لو كان حكم الملك و اللزوم في المعاملة منوطاً بصدق العقد عرفاً، كما هو مقتضى التمسك بآية الوفاء بالعقود «٥»، و بإطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم بل الملك، أما لو كان منوطاً بصدق «البيع» أو «٦» «التجارة عن تراض» فلا يضره عدم صدق العقد.

و أما جعل المأخذ في ذلك اعتبار الاتصال بين الاستثناء و المستثنى منه، فلأنه منشأ الانتقال إلى هذه القاعدة؛ فإن أكثر الكليات إنما يلتفت إليها من التأمل في موردٍ خاص، و قد صرح في القواعد

(١) لم ترد «بمنزلة» في «ف».

(٢) كذا في «ف»، و في غيرها: المعاهدة.

(٣) لم ترد «واحد» في «ف».

(٤) لم ترد «الفصل» في «ن»، «م» و «ش»، و وردت في «ص» و نسخة بدل «خ» و «ع» بعد «الكلمات»، و ما أثبتناه مطابق ل «ف».

(٥) المائدة: ١.

(٦) في «ف» بدل «أو»: «و».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٦٠

مكزراً بكون الأصل في هذه القاعدة كذا «١».

و يحتمل بعيداً أن يكون الوجه فيه: أن الاستثناء أشد ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللواحق؛ لخروج المستثنى منه معه عن حد الكذب إلى الصدق، فصدقه يتوقف عليه؛ فلذا كان طول الفصل هناك أقبح، فصار أصلاً في اعتبار الموالاة بين أجزاء الكلام، ثم تعدى منه إلى سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظاً أو معنى، أو من حيث صدق عنوان خاص عليه؛ لكونه «٢» عقداً أو قراءة أو أذاناً، و نحو ذلك. ثم في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء، كمسألة توبة المرتد؛ فإن غاية ما يمكن أن يقال في توجيهه: إن المطلوب في الإسلام الاستمرار، فإذا انقطع فلا بد من إعادته في أقرب الأوقات.

و أما مسألة الجمعة، فلأن هيئة الاجتماع في جميع أحوال الصلاة من القيام و الركوع و السجود مطلوبة، فيقده الإخلال بها. و للتأمل في هذه الفروع، و في صحته تفرعها على الأصل المذكور مجال.

(١) منها ما أفاده في القاعدة المشار إليها آنفاً من قوله: «و هي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين الاستثناء و المستثنى منه»، و منها قوله في القاعدة ٨٠ (الصفحة ٢٤٣): «و هو مأخوذ من قاعدة المقتضى في أصول الفقه»، و منها قوله في القاعدة ٨٦ (الصفحة ٢٧٠): «لعلهما مأخوذان من قاعدة جواز النسخ قبل الفعل»، و منها قوله في القاعدة ١٠٥ (الصفحة ٣٠٨): «واصلة الأخذ بالاحتياط غالباً».

(٢) في «ص»: ككونه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٦١
ثم إن المعيار في الموالاة موكول إلى العرف، كما في الصلاة و القراءة و الأذان و نحوها.
و يظهر من رواية سهل الساعدي المتقدمه «١» في مسألة تقديم القبول جواز الفصل بين الإيجاب و القبول بكلام طويل أجنبي؛ بناءً على ما فهمه الجماعة من أن القبول فيها قول ذلك الصحابي: «زوجنيها»، و الإيجاب قوله صلى الله عليه و آله و سلم بعد فصلٍ طويل: «زوجتكها بما معك من القرآن»؛ و لعل هذا موهن آخر للرواية، فافهم.

(١) راجع الصفحة ١٤٢ و ١٤٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٦٢

و من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة: التنجيز في العقد

بأن لا يكون معلقاً على شيء بأداء الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء، لا في غيرها.
و ممن صرح بذلك: الشيخ «١» و الحلبي «٢» و العلامة «٣» و جميع من تأخر عنه، كالشهيدين «٤» و المحقق الثاني «٥» و غيرهم «٦» قدس الله تعالى أرواحهم.
و عن فخر الدين في شرح الإرشاد في باب الوكالة: - أن تعليق «٧» الوكالة على الشرط لا يصح عند الإمامية، و كذا غيره من

(١) المبسوط ٢: ٣٩٩، و الخلاف ٣: ٣٥٤، كتاب الوكالة، المسألة ٢٣.

(٢) السرائر ٢: ٩٩.

(٣) التذكرة ٢: ١١٤ و ٤٣٣، و القواعد ١: ٢٥٢ و ٢٦٦، و ٢: ٤، و غيرها.

(٤) للمعهة الدمشقية و شرحها (الروضة البهيئة) ٣: ١٦٨، الدروس ٢: ٢٦٣، و المسالك ٥: ٢٣٩ و ٣٥٧.

(٥) جامع المقاصد ٨: ١٨٠، و ٩: ١٤١٥، و ١٢: ٧٧.

(٦) كالمحقق الحلبي في الشرائع ٢: ١٩٣ و ٢١٦، و المحقق السبزواري في الكفاية: ١٢٨ و ١٤٠، و المحدث الكاشاني في مفاتيح

الشرائع ٣: ١٨٩ و ٢٠٧.

(٧) كذا في «ش» و مصححتي «ن» و «ص»، و في غيرها: تعلق.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٦٣

العقود، لازمة كانت أو جائزة «١».

و عن تمهيد القواعد: دعوى الإجماع عليه «٢»، و ظاهر المسالك في مسألة اشتراط التنجيز في الوقف: - الاتفاق عليه «٣». و الظاهر

عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد «٤»، و إن لم يتعرّض الأكثر في هذا المقام.

و يدلّ عليه: فحوى فتاويهم و معاهد الإجماعات في اشتراط التنجيز في الوكالة، مع كونه من العقود الجائزة التي يكفي فيها كلّ ما دلّ على الإذن، حتى أنّ العلامة ادّعى الإجماع على ما حكى عنه على عدم صحّة «٥» أن يقول الموكل: «أنت و كيلى في يوم الجمعة أن تبيع عبدى» «٦»، و على صحّة «٧» قوله: «أنت و كيلى، و لا تبيع عبدى إلّا في يوم

(١) حكاه عنه السيّد العاملى في مفتاح الكرامة ٧: ٥٢٦.

(٢) تمهيد القواعد: ٥٣٣، القاعدة ١٩٨، و فيه: «الاتفاق عليه»، و حكاه السيّد العاملى في مفتاح الكرامة ٧: ٦٣٩.

(٣) المسالك ٥: ٣٥٧.

(٤) كالعامة في التحرير ١: ٢٨٤، و المحقّق السبزواري في الكفاية: ١٤٠، و المحدث الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٣: ٢٠٧.

(٥) كذا في «ف»، «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: على صحّة.

(٦) كذا في «ف»، «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: أنت و كيلى في أن تبيع عبدى يوم الجمعة.

(٧) كذا في «ف» و «ش»، و في سائر النسخ: و على عدم صحّة، و شطب في «ن» على كلمة «عدم».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٦٤

الجمعة» «١»، مع كون المقصود واحداً. و فرّق بينهما جماعة «٢» بعد الاعتراف بأنّ هذا في معنى التعليق: - بأنّ العقود لما كانت متلقّاة من الشارع أُنيطت «٣» بهذه الضوابط، و بطلت فيما خرج عنها و إن أفادت فائدتها.

فإذا كان الأمر كذلك عندهم في الوكالة فكيف الحال في البيع؟ و بالجملة، فلا شبهة في اتّفاقهم على الحكم.

و أمّا «٤» الكلام في وجه الاشتراط، فالذى صرّح به العلامة في التذكرة: أنّه منافع للجزم حال الإنشاء، بل جعل الشرط هو الجزم ثمّ فرّع عليه عدم جواز التعليق، قال: الخامس من الشروط: الجزم، فلو علّق العقد على شرط لم يصحّ و إن شرط «٥» المشيئة؛ للجهد بثبوتها حال العقد و بقائها مدّته، و هو أحد قولى الشافعى، و أظهرهما عندهم: الصحّة؛ لأنّ هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد؛ لأنّه لو لم يشأ لم يشتر «٦»، انتهى كلامه.

(١) التذكرة ٢: ١١٤، و العبارة منقولة بالمعنى، كما صرّح بذلك المحقّق المامقانى، انظر غاية الآمال: ٢٢٥.

(٢) منهم الشهيد الثانى في المسالك ٥: ٢٤٠ ٢٤١، و تبعه السيّد العاملى في مفتاح الكرامة ٧: ٥٢٧.

(٣) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في غيرها: نيطت.

(٤) في «ف» و «ن»: و إنّما.

(٥) في «ش» و المصدر: و إن كان الشرط.

(٦) التذكرة ١: ٤٦٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٦٥

و تبعه على ذلك الشهيد رحمه الله في قواعده، قال: لأيدّ الانتقال بحكم الرضا و لا- رضا إلّا مع الجزم، و الجزم ينافى التعليق «١»، انتهى.

و مقتضى ذلك: أنّ المعتمد هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول، كما صرّح به المحقّق في باب الطلاق «٢».

و ذكر المحقّق و الشهيد الثانيان في الجامع «٣» و المسالك «٤» في مسألة «إن كان لى فقد بعته»: أنّ التعليق إنّما ينافى الإنشاء في العقود و الإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول.

لكنّ الشهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدم: أنّ الجزم ينافي التعليق؛ لأنه بعرضه عدم الحصول و لو قدر العلم بحصوله، كالتعليق على الوصف؛ لأنّ الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه، فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد. ثمّ قال: فإن قلت: فعلى هذا «٥» يبطل قوله في صورة إنكار التوكيل «٦»: «إن كان لي فقد بعته منك بكذا» «٧». قلت: هذا تعليق على واقع، لا- [على «٨»] متوقّع الحصول، فهو علة للوقوع أو

(١) القواعد و الفوائد ١: ٦٥، القاعدة ٣٥.

(٢) الشرائع ٣: ١٩.

(٣) جامع المقاصد ٨: ٣٠٥، و اللفظ له.

(٤) المسالك ٥: ٢٧٦.

(٥) عبارة «فعلى هذا» من «ش» و المصدر.

(٦) في «ف»: الوكيل.

(٧) عبارة «منك بكذا» من «ش» و المصدر.

(٨) من المصدر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٦٦

مصاحب له، لا معلق عليه الوقوع، و كذا «١» لو قال في صورة إنكار وكالة التزويج و إنكار التزويج حيث تدعيه المرأة: «إن كانت زوجتي فهي طالق» «٢»، انتهى كلامه رحمه الله.

و علل العلامة في القواعد صحه «إن كان لي فقد بعته» بأنه أمر واقع يعلمان وجوده، فلا يضرّ جعله شرطاً، و كذا كلّ شرط علم وجوده؛ فإنّه لا يوجب شكاً في البيع و لا وقوفه «٣»، انتهى.

و تفصيل الكلام: أنّ المعلق عليه، إمّا أن يكون معلوم التحقّق، و إمّا أن يكون محتمل التحقّق.

و على الوجهين، إمّا أن يكون تحقّقه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل و على التقدير، إمّا أن يكون الشرط ممّا يكون مصححاً للعقد ككون الشيء ممّا يصحّ تملكه شرعاً، أو ممّا يصحّ إخراجه عن الملك، كغير أمّ الولد، و غير الموقوف «٤» و نحوه، و كون المشتري ممّن يصحّ تملكه شرعاً، كأن لا يكون عبداً، و ممّن يجوز العقد معه بأن يكون بالغاً، و إمّا أن لا يكون كذلك.

ثمّ التعليق، إمّا مصرّح به، و إمّا لازم من الكلام، كقوله: «ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة»، و قوله في القرض و الهبة: «خذ هذا

(١) في «ش» زيادة: «نقول»، و في المصدر: و كذا القول.

(٢) القواعد و الفوائد ١: ٦٥، القاعدة ٣٥.

(٣) القواعد ١: ٢٦٠ ٢٦١.

(٤) في غير «ش» زيادة: عليه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٦٧

بعوضه»، أو «خذه بلا عوض يوم الجمعة»، فإنّ التملك معلق على تحقّق الجمعة في الحال أو في الاستقبال، و لهذا احتمل العلامة في النهاية «١» و ولده في الإيضاح «٢» بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظنّ حياته «٣»؛ معلماً بأنّ العقد و إن كان منجزاً في الصورة إلّا أنّه معلق، و التقدير: إن مات مورثي فقد بعتهك.

فما كان منها معلوم الحصول حين العقد، فالظاهر أنّه غير قادح، وفاقاً لمن عرفت كلامه كالمحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق

الثاني «٤» و الصيمري «٥» و حكى أيضاً «٦» عن المبسوط «٧» و الإيضاح «٨» في مسألة ما لو قال: «إن كان لي فقد بعته»، بل لم يوجد في ذلك خلافٌ صريح، و لذا ادعى في الرياض في باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحاً «٩».

و ما كان معلوم الحصول في المستقبل و هو المعبر عنه بالصفة الظاهر أنه داخل في معقد اتفاقهم على عدم الجواز و إن كان تعليلهم

(١) نهاية الأحكام ٢: ٤٧٧.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٤٢٠.

(٣) كذا في «ف» و نسخة بدل «ن»، و في سائر النسخ: موته.

(٤) تقدّم النقل عن هؤلاء الأعلام في الصفحة ١٦٥ ١٦٦.

(٥) لم نعر عليه فيما بأيدينا من كتابه و لا على الحاكي عنه.

(٦) الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٧: ٦٣٩.

(٧) المبسوط ٢: ٣٨٥.

(٨) إيضاح الفوائد ٢: ٣٦٠.

(٩) الرياض ٢: ١٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٦٨

للمنع باشتراط الجزم لا- يجرى فيه كما اعترف به الشهيد فيما تقدّم عنه «١»، و نحوه الشهيد الثاني فيما حكى عنه «٢»، بل يظهر من عبارة المبسوط في باب الوقف كونه ممّا لا خلاف فيه بيننا، بل بين العامّة؛ فإنه قال: إذا قال الواقف: «إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته» لم يصحّ الوقف بلا خلاف؛ لأنه مثل البيع و الهبة، و عندنا مثل العتق أيضاً «٣»، انتهى «٤»؛ فإنّ ذيله يدلّ على أنّ مماثلة الوقف للبيع و الهبة غير مختصّ بالإمامية، نعم مماثلته للعتق مختصّ بهم.

و ما كان منها مشكوك الحصول و ليست صحّة العقد معلّقة عليه في الواقع كقدوم الحاج فهو المتيقّن من معقد اتفاقهم.

و ما كان صحّة العقد معلّقة عليه كالأمثلة المتقدّمة فظاهر إطلاق كلامهم يشملها، إلّا أنّ الشيخ في المبسوط حكى في مسألة «إن كان لي فقد بعته» قولاً من بعض الناس بالصحة، و أنّ الشرط لا يضرّه؛ مستدلاً بأنّه لم يشترط إلّا ما يقتضيه إطلاق العقد؛ لأنّه إنّما يصحّ البيع لهذه الجارية من الموكل إذا كان أذن له في الشراء، فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضرّ إظهاره و شرطه، كما لو شرط في البيع تسليم الثمن أو تسليم المثلن أو ما أشبه ذلك «٥»، انتهى.

(١) تقدّم في الصفحة ١٦٥.

(٢) انظر المسالك ٥: ٢٣٩.

(٣) المبسوط ٣: ٢٩٩.

(٤) لم ترد «انتهى» في «ف».

(٥) المبسوط ٢: ٣٨٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٦٩

و هذا الكلام و إن حكاه عن بعض الناس، إلّا أنّ الظاهر ارتضاؤه له. و حاصله: أنّه كما لا يضرّ اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه، كذلك لا يضرّ تعليق العقد بما هو معلّق عليه في الواقع، فتعليقه ببعض مقدّماته كالإلزام ببعض «١» غاياته، فكما لا يضرّ الإلزام بما يقتضيه العقد التزامه «٢»، كذلك التعليق بما كان الإطلاق معلّقاً عليه و مقيداً به.

وهذا الوجه وإن لم ينهض لدفع محذور التعليق في إنشاء العقد لأنّ المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الأثر الشرعي على العقد، دون إنشاء مدلول الكلام الذي هو وظيفة المتكلم، فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شيء، والمعلق على شيء ليس معلقاً في كلام المتكلم على شيء، بل ولا -منجزاً، بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام إلا أن ظهور ارتضاء الشيخ له كافٍ في عدم الظنّ بتحقيق الإجماع عليه.

مع أن ظاهر هذا التوجيه لعدم قدح التعليق يدلّ على أن محلّ الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه و عدمه، فلا -وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم «٣».

و يؤيد ذلك: أن الشهيد في قواعد جعل الأصحّ صحّة تعليق البيع على ما هو شرط فيه، كقول البائع: «بعتك إن قبلت» «٤». و يظهر

(١) في «ف»، «ن» و «م»: كإلزام بعض.

(٢) في «ف»: أو التزامه.

(٣) لم ترد عبارة «مع أن الظاهر إلى بصورة العلم» في «ف»، و كتب عليها في «ن»: نسخة.

(٤) القواعد و الفوائد ١: ١٥٥ ١٥٦، القاعدة ٤١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٧٠

منه ذلك أيضاً في أواخر «١» القواعد «٢».

ثم إنك قد عرفت أن العمدة في المسألة هو الإجماع، و ربما يتوهم أن الوجه في اعتبار التنجيز هو عدم قابلية الإنشاء للتعليق، و بطلانه واضح؛ لأنّ المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام فالتعليق غير متصور فيه، إلا أن الكلام ليس فيه، و إن كان الكلام في أنه كما يصحّ إنشاء الملكية المتحققة على كلّ تقدير، فهل يصحّ إنشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر، كقوله: «هذا لك إن جاء زيد غداً»، أو «٣» «خذ المال قرضاً أو قراضاً إذا أخذته من فلان»، و نحو ذلك؟ فلا ريب في أنه أمر متصور واقع في العرف و الشرع كثيراً في الأوامر و المعاملات، من العقود و الإيقاعات.

و يتلو هذا الوجه في الضعف: ما قيل: من أن ظاهر ما دلّ على سبب العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه، فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك «٤».

و فيه بعد الغصّ عن عدم انحصار أدلّة الصحّة و اللزوم في مثل قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «٥»؛ لأنّ دليل حليّة البيع «٦» و تسلط الناس

(١) في «م» و «ش»: «آخر»، و هكذا في «ن» إلا أنها صححت بما أثبتناه.

(٢) انظر القواعد و الفوائد ٢: ٢٣٧، القاعدة ٢٣٨، و ٢٥٨، القاعدة ٢٥١، و غيرها.

(٣) كذا في «ف» و «ن»، و في غيرهما: و.

(٤) قاله صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ١٩٨، و ٢٧: ٣٥٢، و ٣٢: ٧٩.

(٥) المائدة: ١.

(٦) مثل قوله تعالى «وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، البقرة: ٢٧٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٧١

على أموالهم «١» كافٍ في إثبات ذلك: - أن العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله، فليس مفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ إِلَّا مفاد أَوْفُوا بِالْعَهْدِ «٢» في أن العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعليق فترتب تحقق المعلق عليه في تحقق المعلق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد.

والحاصل: أنه إن أريد بالمسبب هو مدلول العقد، فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البديهيّات التي لا يعقل خلافها، وإن أريد به الأثر الشرعي وهو ثبوت الملكية، فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكية المنجزة، بل هو مطلق الملك، فإن كان البيع غير معلق كان أثره الشرعي الملك الغير المعلق، وإن كان معلقاً فأثره الملكية المعلقة، مع أنّ تخلف الملك عن العقد كثير جداً. مع أنّ ما ذكره لا يجرى في مثل قوله: «بتك إن شئت أو إن (٣) قبلت»، فإنه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه. مع أنّ هذا لا يجرى في الشرط المشكوك المتحقق في الحال، فإنّ العقد حينئذ يكون مراعى لا موقوفاً. مع أنّ ما ذكره لا يجرى (٤) في غيره من العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنها كما لا يخفى، وليس الكلام في خصوص البيع، وليس على

(١) مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «الناس مسلطون على أموالهم»، انظر عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

(٢) الإسراء: ٣٤.

(٣) في «ف» و «ش»: وإن.

(٤) عبارة «في الشرط المشكوك إلى لا يجرى» ساقطة من «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٧٢

هذا الشرط في كل عقد دليل على حدة.

ثمّ الأضعف من الوجه المتقدم: التمسك في ذلك بتوقيفيه الأسباب الشرعية الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن، وليس إلّا العقد العارى عن التعليق.

إذ فيه: أنّ إطلاق الأدلة مثل حلية البيع، وتسلط الناس على أموالهم، وحلّ التجارة عن تراضٍ، ووجوب الوفاء بالعقود، وأدلة سائر العقود كافٍ في التوقيف (١).

و بالجمله، فإثبات هذا الشرط في العقود مع عموم أدلتها ووقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محققاً أو منقولاً مشكل.

ثمّ إنّ القادح هو تعليق الإنشاء، وأما إذا أنشأ من غير تعليق صحّ العقد وإن كان المنشئ متردداً في ترتب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً، كمن ينشئ البيع وهو لا يعلم أنّ المال له، أو أنّ المبيع ممّا يتمول، أو أنّ «٢» المشتري راضٍ حين الإيجاب أم لا، أو غير ذلك ممّا يتوقف صحّة العقد عليه عرفاً أو شرعاً، بل الظاهر أنّه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الأثر عليه إذا تحقّق القصد إلى التملك العرفي.

وقد صرح بما ذكرنا بعض المحققين؛ حيث قال: لا يخلّ زعم فساد المعاملة ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد (٣).

(١) في «ف»: بالتوقيف.

(٢) في «ف»: وأنّ.

(٣) صرح به المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١١٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٧٣

نعم، ربما يشكل الأمر في فقد الشروط المقومة كعدم الزوجية أو الشكّ فيها في إنشاء الطلاق، فإنه لا يتحقّق القصد إليه منجزاً من دون العلم بالزوجية، وكذا الرقية في العتق، وحينئذٍ فإذا مسّت الحاجة إلى شيء من ذلك للاحتياط، وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه، فلا بدّ من إبرازه بصورة التنجيز (١) وإن كان في الواقع معلقاً، أو يوكل غيره الجاهل بالحال بإيقاعه، ولا يقدح فيه تعليق الوكالة واقعاً على كون الموكل مالكاً للفعل؛ لأنّ فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن.

إلّا أنّ ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوجه «٢» امرأة يشكّ في أنّها محرّمة عليه أو محلّلة «٣»، فظهر حلّها، وعلل ذلك بعدم الجزم حال العقد. قال: وكذا الإيقاعات، كما لو خالغ امرأة أو طلقها و هو شاكّ في زوجيتها، أو ولى نائب الإمام عليه السلام قاضياً لا يعلم أهليته وإن ظهر أهلاً.

ثمّ قال: ويخرج من هذا بيع مال مورّثه لظنّه حياته، فبان ميّتاً؛ لأنّ الجزم هنا حاصل، لكن خصوصيّة البائع غير معلومة، وإن قيل بالبطلان أمكن؛ لعدم القصد إلى نقل ملكه. وكذا لو زوج أمه أبيه «٤» فظهر ميّتاً «٥»، انتهى.

(١) كذا في «ف»، «ن»، «خ» و «م»، وفي سائر النسخ: التنجز.

(٢) كذا في «ف» والمصدر، وفي سائر النسخ: زوج.

(٣) أو محلّلة من «ف» والمصدر.

(٤) في «ف»: أمته ابنه.

(٥) القواعد والفوائد ٢: ٢٣٨، القاعدة ٢٣٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٧٤

والظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه، بإمكان الجزم فيهما، دون مثال الطلاق، فافهم.

وقال في موضع آخر: ولو طلق بحضور خنثيين فظهر رجلين، أمكن الصحّة، وكذا بحضور من يظنّه فاسقاً فظهر عدلاً، ويشكلان في العالم بالحكم؛ لعدم قصدهما «١» إلى طلاق صحيح «٢»، انتهى.

(١) كذا في النسخ، والصواب: «قصده»، كما في المصدر و مصحّحة «ص».

(٢) القواعد والفوائد ١: ٣٦٧، القاعدة ١٤٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٧٥

و من جملة شروط العقد: التطابق بين الإيجاب والقبول

فلو اختلفا في المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجه خاصّ من حيث خصوص المشتري أو المثلّث أو الثمن أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشتري على وجه آخر، لم ينعقد.

ووجه هذا الاشتراط واضح، وهو مأخوذ من اعتبار القبول، وهو الرضا بالإيجاب، فحينئذٍ لو قال: «بعته من موكلك بكذا» فقال:

«اشتريته لنفسى» لم ينعقد، ولو قال: «بعته هذا من موكلك»، فقال الموكل الغير المخاطب: «قبلت» صحّ، وكذا لو قال: «بعتك» فأمر

المخاطب وكيه بالقبول فقبل، ولو قال: «بعتك العبد بكذا»، فقال: «اشتريت نصفه بتمام الثمن أو نصفه» لم ينعقد، وكذا «١» لو قال:

«بعتك العبد بمائة درهم»، فقال: «اشتريته بعشرة دينار» «٢».

ولو قال للثنتين: «بعتكما العبد بألف»، فقال أحدهما «٣»:

(١) لم ترد «كذا» في «ف».

(٢) كذا في النسخ، والصواب: دنانير.

(٣) في «ف»: أحد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٧٦

«اشترت نصفه بنصف الثمن» لم يقع، و لو قال كلُّ منهما ذلك، لا- يبعد الجواز، و نحوه لو قال البائع: «بعتك العبد بمائة» فقال المشتري: «اشترت كلَّ نصفٍ منه بخمسين»، و فيه إشكال.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٧٧

و من جملة الشروط في العقد «١»: أن يقع كلُّ من إيجابه و قبوله في حال

إشارة

يجوز لكلِّ واحدٍ «٢» منهما الإنشاء فلو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الإيجاب، لم ينعقد.

ثم إنَّ عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت و الجنون و الإغماء بل النوم فوجه الاعتبار عدم تحقُّق معنى المعاهدة و المعاهدة حينئذٍ.

و أما صحَّة القبول من الموصى له بعد موت الموصى، فهو شرط حقيقة «٣»، لا ركن؛ فإنَّ حقيقة الوصية الإيصاء، و لذا «٤» لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه، و لو ردَّ جاز له القبول بعد ذلك.

و إن كان لعدم الاعتبار «٥» برضاهما، فلخروجه أيضاً عن مفهوم

(١) لم ترد «في العقد» في «ف».

(٢) لم ترد «واحد» في «ف».

(٣) في «ص»: شرط تحقُّقه.

(٤) في غير «ن» و «ش»: و كذا.

(٥) في «ف»: اعتبار.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٧٨

التعاهد و التعاقد؛ لأنَّ المعبر فيه عرفاً رضا كلِّ منهما لما ينشئه الآخر حين إنشائه، كمن يعرض له الحجر بفلسٍ أو سيفه أو رقٍّ لو فرض أو مرض موت.

و الأصل في جميع ذلك: أنَّ الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق، و كذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راضٍ، أو كان ممَّن لا- يعتبر رضاه كالصغير-، فصحة كلِّ من الإيجاب و القبول يكون معناه قائماً في نفس المتكلِّم من أوَّل العقد إلى أن يتحقَّق تمام السبب، و به يتمُّ معنى المعاهدة، فإذا لم يكن هذا المعنى قائماً في نفس أحدهما، أو قام و لم يكن قيامه معتبراً، لم يتحقَّق معنى المعاهدة.

ثم إنَّهم صرَّحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره، و مقتضاه عدم اعتباره من أحدهما حين العقد، بل يكفي حصوله بعده، فضلاً عن حصوله بعد الإيجاب و قبل القبول، اللهم إلا أن يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعدة لأجل الإجماع.

«فرع» لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغة،

فهل يجوز أن يكتفى كلُّ منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه، ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركَّب منهما ممَّا لا قائل بكونه سبباً في النقل كما لو فرضنا أنه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب و جواز العقد بالفارسي أردوها أخيراً.

و الأولان مبتيان على أن الأحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٧٩

الواقعية الاضطرارية، فالإيجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلاً بمنزلة إشارة الأخرس و إيجاب العاجز عن العربية، و كصلاة المتيّم بالنسبة إلى واجد الماء، أم هي أحكام عذريّة لا يعذر فيها إلّا «١» من اجتهد أو قلّد فيها، و المسألة محرّرة في الأصول «٢».

هذا كلّه إذا كان بطلان العقد عند كلّ من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر، كالصراحة و العربية و الماضوية و الترتيب، و أمّا الموالاة و التنجيز و بقاء المتعاقدين على صفات صحّة الإنشاء إلى آخر العقد، فالظاهر أن اختلافها يوجب فساد المجموع؛ لأنّ بالإخلال «٣» بالموالاة أو التنجيز أو البقاء على صفات صحّة الإنشاء، يفسد عبارة من يراها شروطاً؛ فإنّ الموجب إذا علّق مثلاً، أو لم يبقَ على صفة صحّة الإنشاء إلى زمان القبول باعتقاد مشروعية ذلك، لم يجز من القائل ببطلان هذا تعقيب هذا الإيجاب بالقبول، و كذا القابل إذا لم يقبل إلّا بعد فوات الموالاة بزعم صحّة ذلك؛ فإنّه يجب على الموجب إعادة إيجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاة، فتأمل.

(١) لم ترد «إلّا» في «ف».

(٢) انظر مطارح الأنظار: ٢٢ (هداية في الأمر الظاهري الشرعي). و راجع غيرها من كتب الأصول في مبحث «إجزاء الأمر الظاهري عن الواقعي».

(٣) في «ع» و «ص»: «الإخلال»، و الظاهر من «ف» كونها: «بالاختلال».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٨٠

مسألة [أحكام المقبوض بالعقد الفاسد] «١»

[الأول] [ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]

إشارة

«٢» لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، و كان مضموناً عليه.

أمّا عدم الملك؛ فلأنّه مقتضى فرض الفساد.

و أمّا الضمان بمعنى كون تلفه عليه و هو أحد الأمور «٣» المتفرّعة على القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف، و ادّعى الشيخ في باب الرهن «٤»، و في موضع من البيع: الإجماع عليه صريحاً «٥»، و تبعه في ذلك «٦» فقيه عصره في شرح القواعد «٧».

و في السرائر: أن البيع الفاسد يجري عند المحضّلين مجرى الغصب في الضمان «٨»، و في موضع آخر نسبه إلى أصحابنا «٩».

(١) العنوان منّا.

(٢) العنوان منّا.

(٣) كذا في «ف» و مصحّحه «خ» و «ص»، و في سائر النسخ: أمور.

(٤) المبسوط ٢: ٢٠٤.

(٥) نفس المصدر ٢: ١٥٠.

(٦) في «ف»: على ذلك.

(٧) هو الشيخ الكبير كاشف الغطاء في شرح القواعد (مخطوط): ٥٢.

(٨) و (٩) السرائر ٢: ٢٨٥ و ٣٢٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٨١

[الاستدلال على الضمان]

و يدلّ عليه: النبويّ المشهور: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» (١).

والخدشة في دلالتها: بأنّ كلمة «على» ظاهرة في الحكم التكليفي فلا يدلّ على الضمان، ضعيفة جداً؛ فإنّ هذا الظهور إنّما هو إذا أُسند الظرف إلى فعلٍ من أفعال المكلفين، لا - إلى مالٍ من الأموال، كما يقال: «عليه دين»، فإنّ لفظه «على» حينئذٍ لمجرد الاستقرار في العهدة، عيناً كان أو ديناً؛ ومن هنا كان المتّجه صحّة الاستدلال به على ضمان الصغير، بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفه؛ لعدم التمييز (٢) والشعور.

و يدلّ على الحكم المذكور أيضاً: قوله عليه السلام في الأمانة المبتاعة إذا وُجِدَت مسروقة بعد أن أولدها المشتري: إنّهُ «٣» «يأخذ الجارية صاحبها، و يأخذ الرجل ولده بالقيمة» (٤)، فإنّ ضمان الولد بالقيمة مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأصل بطريقٍ أولى، و ليس «٥» استيلاها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث نمائها «٦» غير قابلٍ للملك، فهو كالتالف لا المتلف «٧»، فافهم.

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

(٢) كذا في «ن»، و في سائر النسخ: التميّز.

(٣) لم ترد «إنه» في «ف».

(٤) الوسائل ١٤: ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث ٣.

(٥) في «ش»: فليس.

(٦) في «ش»: إنمائها.

(٧) في «ش»: لا كالتلف.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٨٢

[قاعدة ما يضمن بصحيحه و عكسها]

[البحث في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده]

إشارة

ثمّ إنّ هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة «كلّ عقدٍ يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» وهذه القاعدة أصلاً و عكساً و إنّ لم أجدها بهذه العبارة في كلام من تقدّم على العلامة، إلّا أنّها تظهر من كلمات الشيخ رحمه الله في

المبسوط «١»، فإنه علل الضمان في غير واحدٍ من العقود الفاسدة: بأنه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه. و حاصله: أن قبض المال مُقَدِّماً على ضمانه بعوضٍ واقعيٍّ أو جعليٍّ موجب للضمان، وهذا المعنى يشمل المقبوض «٢» بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحتها. و ذكر أيضاً في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد: أن صحَّحه لا يوجب الضمان فكيف يضمن بفاسده «٣»؟ وهذا يدلُّ على العكس المذكور.

و لم أجد من تأمل فيها عدا الشهيد في المسالك فيما لو فسد عقد السبق في أنه «٤» يستحقُّ السابق اجرة المثل أم لا؟ «٥».

[الكلام في معنى القاعدة]

و كيف كان، فالمهم بيان معنى القاعدة أصلاً و عكساً، ثم بيان المدرك فيها.

(١) راجع المبسوط ٣: ٥٨، ٦٥، ٦٨، ٨٥ و ٨٩.

(٢) في «ش»: القبوض.

(٣) المبسوط ٢: ٢٠٤.

(٤) كذا في «ف» و هامش «خ» و «م»، و في سائر النسخ: بدل «في أنه»: فهل.

(٥) المسالك ٦: ١١٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٨٣

فنقول و من الله الاستعانة: إنَّ المراد بـ «العقد» أعمُّ من الجائر و اللازم، بل ممّا كان فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب إليه، فيشمل الجعالة و الخلع.

و المراد بالضمان في الجملتين: هو كون دَرَكَ المضمون، عليه، بمعنى كون خسارته و دَرَكَه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه؛ لوجوب تداركه منه، و أمّا مجرد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكاً له كما يتوهم «١» فليس هذا معنى للضمان أصلاً، فلا يقال: إنَّ الإنسان ضامنٌ لأمواله.

ثمَّ تداركه من ماله، تارةً يكون بأداء عوضه الجعلي الذي تراضى هو و المالك على كونه عوضاً و أمضاه الشارع، كما في المضمون بسبب العقد الصحيح.

و أخرى بأداء عوضه الواقعي و هو المثل أو القيمة و إن لم يتراضيا عليه.

و ثالثه بأداء أقلِّ الأمرين من العوض الواقعي و الجعلي، كما ذكره بعضهم في بعض المقامات «٢» مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض.

(١) قيل: إنَّه الشيخ على في حواشي الروضة في تفسير القاعدة. انظر غايه الآمال: ٢٧٧، و هداية الطالب: ٢١٠، و لعلَّ المراد من الشيخ

على المذكور هو صاحب «الدَّر المنتور» حفيد صاحب المعالم، انظر الذريعة ١٢: ٦٧.

(٢) ذكره المحقق الثاني في جامع المقاصد ٩: ١٧٨، و الشهيد الثاني في المسالك ٦: ٦٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٨٤

فإذا ثبت هذا، فالمراد بالضمان بقولٍ مطلق، هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي؛ لأنَّ هذا هو التدارك حقيقةً، و لذا «١» لو اشترط «٢» ضمان العارية لزم غرامه مثلها أو قيمتها. و لم يرد في أخبار ضمان المضمونات «٣» من المغصوبات و غيرها عدا لفظ «الضمان» بقولٍ

مطلق.

و أما تداركه بغيره فلا بد من ثبوته من طريق آخر، مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يُمضيه الشارع.

فاحتمال: أن يكون المراد بالضمان في قولهم: «يضمن بفاسده» هو وجوب أداء العوض المسمى نظير الضمان في العقد الصحيح، ضعيف في الغاية «٤»، لا لأن ضمانه بالمسمى يخرج من فرض الفساد؛ إذ يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكة وإن كان عند تلف أحدهما يتعين الآخر للعوضيَّة نظير المعاطاء على القول بالإباحة بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان، وأن التدارك بالمسمى «٥» في الصحيح لإمضاء الشارع ما تواطئا على عوضيته، لا لأن

(١) في «ف»: و لهذا.

(٢) في «ع» و «ص»: «شرط»، و كتب فوق الكلمة في «ص»: اشترط.

(٣) انظر الوسائل ١٣: ٢٥٧ ٢٥٨، الباب ١٧ من أبواب أحكام الإجارة، الأحاديث ٢ ٦، و ١٣: ٢٧١ و ٢٧٦، الباب ٢٩ و ٣٠، و ١٩: ١٧٩ ١٨٢، الباب ١١٨ من كتاب الديات و غيرها.

(٤) قال المحقق المامقاني بعد نقل العبارة: - تعريض بما في شرح القواعد، انظر غاية الآمال: ٢٧٩، و شرح القواعد للشيخ الكبير كاشف الغطاء (مخطوط): الورقة ٥٢.

(٥) كذا في «ف» و «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: المسمى.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٨٥

معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه في الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكاً في العبارة، فافهم.

ثم العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع ليكون أفرادها مثل البيع و الصلح و الإجارة و نحوها؛ لجواز كون نوع لا يقتضى بنوعه الضمان، وإنما يقتضى له بعض أصنافه، فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصنف، مثلاً الصلح بنفسه لا يوجب الضمان؛ لأنه قد لا يفيد إلّا فائدة الهبة الغير المعوضة أو الإبراء، فالموجب للضمان هو المشتمل على المعاوضة، فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب «١» للضمان أيضاً، و لا يلتفت إلى أن نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضماناً فلا يضمن بفاسده، و كذا الكلام في الهبة المعوضة، و كذا عارية الذهب و الفضة.

نعم، ذكروا في وجه عدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم: أن صحيح العارية لا يوجب الضمان فينبغي أن لا يضمن بفاسدها «٢»، و لعل المراد عارية غير الذهب و الفضة، و غير المشروط ضمانها.

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقق «٣» في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان بالفاسد

(١) في «ف»: يوجب.

(٢) انظر المسالك ٥: ١٣٩، و الحدائق ٢١: ٤٨٩، و مفتاح الكرامة ٦: ٥٦ و غيرها، و سوف يجيء الكلام في المسألة عند التعرض للإشكال في أطراد القاعدة في الصفحة ١٩٥.

(٣) في «ف»: المحقق.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٨٦

من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكاً بهذه القاعدة إشكال، كما لو استأجر إجارة فاسدة و اشترط فيها ضمان العين، و قلنا بصحة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الفاسد لأن صحیحته يضمن به «١» و لو لأجل الشرط، أم لا؟ و كذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية

المضمونة.

و يظهر من الرياض اختيار الضمان بفسادها مطلقاً «٢»، تبعاً لظاهر المسالك «٣». و يمكن جعل الهبة المعوضة من هذا القبيل؛ بناءً على أنها هبة مشروطة لا معاوضة.

و ربما يحتمل في العبارة أن يكون معناه: أن كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحاً، يضمن به مع الفساد.

و يترتب «٤» عليه عدم الضمان فيما «٥» لو استأجر بشرط أن لا اجرة كما اختاره الشهيدان «٦»، أو باع بلا ثمن، كما هو أحد وجهي العلامة في القواعد «٧».

و يضعف: بأن الموضوع هو العقد الذي يوجد «٨» له بالفعل صحيح

(١) لم ترد «به» في «ف».

(٢) انظر الرياض ١: ٦٢٥.

(٣) المسالك ٥: ١٣٩ ١٤١.

(٤) كذا في «ف»، وفي سائر النسخ: ورتب.

(٥) لم ترد «فيما» في «ف».

(٦) نقله المحقق الثاني في جامع المقاصد ٧: ١٢٠، عن حواشي الشهيد، و لكنّها لا- توجد لدينا، و نقله الشهيد الثاني أيضاً في المسالك ٥: ١٨٤، و قال: و هو حسن.

(٧) القواعد ١: ١٣٤.

(٨) كذا في «ف»، و في غيرها: وجد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٨٧

و فاسد، لا ما يفرض تارةً صحيحاً و أخرى فاسداً، فالمتعين بمقتضى هذه القاعدة: الضمان في مسألة البيع؛ لأن البيع الصحيح يضمن به.

نعم، ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة: بأنه أقدم على العين «١» مضمونة عليه، لا يجري في هذا الفرع، لكن الكلام في معنى القاعدة، لا في مدرتها.

ثم إن لفظ «الباء» في «بصحيحه» و «بفاسده»، إمّا بمعنى «في»، بأن يراد: كل ما تحقق الضمان في صحيحه تحقق في فاسده، و إمّا لمطلق السببية الشاملة للناقصة لا العلة التامة؛ فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلّا بعد القبض، كما في السلم و الصرف، بل مطلق البيع، حيث إن المبيع قبل القبض مضمون على البائع، بمعنى أن دركه عليه، و يتداركه برد الثمن، فتأمل، و كذا الإجارة و النكاح و الخلع؛ فإن المال في ذلك كله مضمون على من انتقل عنه إلى أن يتسلمه من انتقل إليه.

و أمّا العقد الفاسد، فلا يكون علة تامةً أبداً، بل يفتقر في ثبوت الضمان به «٢» إلى القبض فقبله لا ضمان، فجعل الفاسد سبباً: إمّا لأنه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان، و إمّا لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض؛ و لذا علل الضمان الشيخ «٣» و غيره «٤»

(١) كالشاهد الثاني في المسالك ٣: ١٥٤.

(٢) لم ترد «به» في غير «ف».

(٣) تقدّم في الصفحة ١٨٢.

(٤) مثل الشهيد الثاني في المسالك ٣: ١٥٤، و ٤: ٥٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٨٨

بدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه، ولا ريب أن دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقبضه. والغرض من ذلك كله: دفع ما يتوهم أن سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سبب الضمان و يقال: كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده؟ وقد ظهر من ذلك أيضاً: فساد توهم أن ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان في الفاسد على «١» القبض، فلا بد من تخصيص القاعدة بإجماع ونحوه.

[الكلام في مدرک القاعدة]

ثم إن المدرک لهذه الكلية على ما ذكره في المسالك في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل «٢» هو: إقدام الآخذ على الضمان، ثم أضاف إلى ذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» «٣». والظاهر أنه تبع في استدلاله بالإقدام الشيخ في المبسوط «٤»، حيث علل الضمان في موارد كثيرة من البيع والإجارة الفاسدين: بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى، فإذا لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة. وهذا الوجه لا يخلو عن «٥» تأمل؛ لأنهما إنما أقدما و تراضيا

(١) كذا في «ن»، وفي سائر النسخ: إلى.

(٢) المسالك ٤: ٥٦.

(٣) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦، و ١: ٣٨٩، الحديث ٢٢.

(٤) تقدّم في الصفحة ١٨٢.

(٥) في «ف»: من.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٨٩

و تواطنا بالعقد الفاسد على ضمانٍ خاص، لا الضمان بالمثل أو القيمة «١»، و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوّم بخصوصية أخرى، فالضمان بالمثل أو القيمة إن ثبت، فحكم شرعي تابع لدليله و ليس ممّا أقدم عليه المتعاقدان.

هذا كله، مع أن مورد هذا التعليل أعتم من وجه من المطلب؛ إذ قد يكون الإقدام موجوداً و لا ضمان، كما «٢» قبل القبض، و قد لا يكون إقدام في العقد الفاسد مع تحقّق الضمان، كما إذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف في يد المشتري، و كما إذا قال: «بعتك بلا ثمن» أو «آجرتك بلا اجرة».

نعم، قوى الشهيدان في الأخير عدم الضمان «٣»، و استشكل العلامة في مثال البيع في باب السلم «٤».

و بالجملة، فدليل الإقدام مع أنه مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله منقوض طرداً و عكساً.

و أمّا خبر اليد «٥» فدلالته و إن كانت ظاهرة و سنده منجبراً، إلّا أن

(١) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: و القيمة.

(٢) لم ترد «كما» في «ف».

(٣) تقدّم عنهما في الصفحة ١٨٦.

(٤) القواعد ١: ١٣٤.

(٥) و هو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»، عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٩٠

مورده مختص بالأعيان، فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة.

اللهم إلا أن يستدل على الضمان فيها بما دلّ على احترام مال المسلم «١»، و أنه لا- يحلّ مال امرئ «٢» إلّا عن طيب نفسه «٣»، و أن حرمة ماله كحرمة دمه «٤»، و أنه لا يصلح «٥» ذهاب حق أحد «٦»، مضافاً إلى أدلّة نفي الضرر «٧»، فكلّ عمل وقع من عاملٍ لأحدٍ بحيث يقع بأمره و تحصيلاً لغرضه، فلا بدّ من أداء عوضه؛ لقاعدتي الاحترام و نفي الضرر.

ثمّ إنّه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ و من تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام و الدخول عليه: بيان أن العين و المنفعة اللذين «٨» تسلّمهما الشخص لم يتسلّمهما مجاناً و تبرّعاً حتى لا يقضى احترامهما

(١) انظر الوسائل ١٧: ٣٠٩، الباب الأوّل من أبواب الغصب، الحديث ٤، و عوالي اللآلي ٣: ٤٧٣، الأحاديث ٥١.

(٢) لم ترد «مال امرئ» في غير «ف».

(٣) الوسائل ٣: ٤٢٥، الباب ٣ من أبواب مكان المصلّي، الحديث ٣، مع اختلافٍ في اللفظ، و عوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩.

(٤) الوسائل ٨: ٥٩٩، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٩، و الصفحة ٦١٠، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٣.

(٥) في غير «ش»: لا يصحّ.

(٦) الوسائل ١٣: ٣٩٠، الباب ٢٠ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٣.

(٧) منها ما ورد في الوسائل ١٧: ٣٤٠، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات.

(٨) كذا في النسخ، و المناسب: اللتين.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٩١

بتداركهما بالعوض، كما في العمل المتبرّع به و العين المدفوعة مجاناً أو أمانة، فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً، بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال و احترام الأعمال.

نعم، في المسالك ذكر كلّاً من الإقدام و اليد دليلاً مستقلاً «١»، فيبقى عليه ما ذكر سابقاً من النقص و الاعتراض «٢».

[الضمان فيما لا يرجع فيه نفع إلى الضامن]

و يبقى الكلام حينئذٍ في بعض الأعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها إلى الضامن و لم يقع بأمره، كالسبق في المسابقة الفاسدة، حيث حكم الشيخ «٣» و المحقّق «٤» و غيرهما «٥» بعدم استحقاق السابق اجرة المثل، خلافاً لآخرين «٦»، و وجهه: أنّ عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر، و لم يقع بأمره أيضاً، فاحترام الأموال التي منها الأعمال لا يقضى بضمان

(١) المسالك ٣: ١٥٤، و ٤: ٥٦.

(٢) أمّا النقص، فهو ما أفاده في الصفحة السابقة بقوله: «و بالجملة فدليل الإقدام .. منقوض طرداً و عكساً». و أمّا الاعتراض، فهو ما ذكره في الصفحة ١٨٨ ١٨٩ بقوله: «لأنّهما إنّما أقدما و تراضيا و تواطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص لا الضمان بالمثل أو القيمة».

(٣) المبسوط ٦: ٣٠٢، لكنّه نفى فيه استحقاق المسمى، و أمّا اجرة المثل فقد نسب إلى قوم ثبوته و إلى آخرين سقوطه.

(٤) الشرائع ٢: ٢٤٠.

(٥) كالشهيد الثانى فى المسالك ٦: ١٠٩ ١١٠، و السبزوارى فى الكفاية: ١٣٩.

(٦) منهم العلامة فى القواعد ١: ٢٤٣، و التذكرة ٢: ٣٥٧، و ولده فخر المحققين فى الإيضاح ٢: ٣٦٨، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٨: ٣٣٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٩٢

الشخص له «١» و وجوب «٢» عوضه عليه؛ لأنّه ليس كالمستوفى له؛ و لذا كانت شرعيته على خلاف القاعدة، حيث إنّه بذل مالٍ فى مقابل عملٍ لا ينفع الباذل، و تمام الكلام فى بابه.

ثمّ إنّ لا فرق فى ما ذكرنا من الضمان فى الفاسد، بين جهل الدافع بالفساد و بين علمه مع جهل القابض.

و توهم: أنّ الدافع فى هذه الصورة هو الذى سلّطه عليه و المفروض أنّ القابض جاهل، مدفوع: بإطلاق النصّ و الفتوى، و ليس الجاهل مغروراً؛ لأنّه أقدم على الضمان قاصداً، و تسليط الدافع العالم لا يجعلها «٣» أمانة مالكية؛ لأنّه دفعه على أنّه ملك المدفوع إليه، لا أنّه أمانة عنده أو عارية؛ و لذا لا يجوز له التصرف فيه و الانتفاع به، و سيأتى تتمّة ذلك فى مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري «٤». هذا كلّه فى أصل الكليّة المذكورة.

و أمّا عكسها، و هو: أنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده،

إشارة

فمعناه: أنّ كلّ عقدٍ لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففاسده لا يفيد ضماناً، كما فى عقد الرهن و الوكالة و المضاربة و العارية الغير المضمونة، بل المضمونة بناءً على أنّ المراد بإفادته الصحيح للضمان إفادته بنفسه، لا بأمرٍ خارج عنه، كالشرط الواقع فى متنه و غير ذلك من العقود اللازمة و الجائزة.

(١) لم ترد «له» فى «ف».

(٢) فى «ف»: أو وجوب.

(٣) كذا فى النسخ.

(٤) عبارة «ثمّ إنّ لا فرق إلى علم المشتري» لم ترد فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٩٣

[هل تضمن العين المستأجرة فاسداً؟]

ثمّ إنّ مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً؛ لأنّ صحيح الإجارة غير مفيد لضمانها كما صرح به فى القواعد «١» و التحرير «٢» و حكى عن التذكرة «٣» و «٤» إطلاق الباقي «٥»، إلّا أنّ صريح الرياض الحكم بالضمان، و حكى فيها عن بعضٍ نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب «٦»، و الظاهر أنّ المحكى عنه هو المحقق الأردبيلي فى مجمع الفائدة «٧».

و ما أبعد ما بينه و بين ما عن جامع المقاصد؛ حيث قال فى باب الغصب: إنّ الذى يلوح من كلامهم هو «٨» عدم ضمان العين المستأجرة فاسداً باستيفاء المنفعة، و الذى ينساق إليه النظر هو الضمان، لأنّ التصرف فيه «٩» حرام؛ لأنّه غضب فيضمنه، ثمّ قال: إلّا أنّ كون الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها منافٍ لذلك،

(١) القواعد ١: ٢٣٤.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٥٢، هذا وقد وردت الكلمة في أكثر النسخ هكذا: «ثر»، و لكننا لم نقف عليه في السرائر، فراجع.

(٣) التذكرة ٢: ٣١٨.

(٤) لم ترد «و» في «ف».

(٥) كابن حمزة في الوسيلة: ٢٦٧، و المحقق في الشرائع ٢: ١٧٩، و الشهيد في اللمعة و شرحها (الروضة البهية) ٤: ٣٣١.

(٦) الرياض ٢: ٨.

(٧) مجمع الفائدة ١٠: ٥٠.

(٨) لم ترد «هو» في «ف»

(٩) كذا في النسخ، و المناسب: فيها.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٩٤

يقال: إنه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و إن لم يكن مستحقاً و الأصل براءة الذمّة من الضمان فلا تكون العين بذلك مضمونة، و لو لا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن؛ لأن استيلاءه بغير حقّ و هو باطل «١»، انتهى.

[منشأ الحكم بالضمان]

و لعلّ الحكم بالضمان في المسألة:

إمّا لخروجها عن قاعدة «ما لا يضمن»؛ لأنّ المراد بالمضمون مورد العقد، و مورد العقد في الإجارة المنفعة، فالعين يُرجع في حكمها إلى القواعد، و حيث كانت في صحيح الإجارة أمانة مأذوناً فيها شرعاً و من طرف المالك، لم يكن فيه «٢» ضمان، و أمّا في فاسدها، فدفع المؤجر للعين إنّما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها؛ لحقّ الانتفاع فيه «٣»، و المفروض عدم الاستحقاق، فیده عليه «٤» يد عدوان موجبة للضمان.

و إمّا لأنّ «٥» قاعدة «ما لا يضمن» معارضة هنا بقاعدة اليد.

[الأقوى عدم الضمان]

و الأقوى: عدم الضمان، فالقاعدة المذكورة غير مخصّصة بالعين المستأجرة، و لا متخصّصة.

ثمّ إنه يشكل اطّراد القاعدة في موارد:

منها: الصيد الذي استعاره المحرم من المجلّ؛

بناءً على فساد العارية، فإنّهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة، مع أنّ صحيح العارية

(١) جامع المقاصد ٦: ٢١٦.

(٢) كذا في النسخ، و المناسب: فيها.

(٣) كذا في النسخ، و المناسب: فيها.

(٤) كذا، و المناسب: عليها.

(٥) كلمة «لأن» وردت في غير «ف» مستدركة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٩٥

لا يضمن به، ولذا ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقديرى الصحة و الفساد «١».

إلا أن يقال: إن وجه ضمانه بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله و أداء قيمته: أن المستقر عليه قهراً «٢» بعد العارية هي القيمة لا العين، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإلتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد، لا بسبب التلف.

[منها المنافع غير المستوفاه من المبيع فاسدا]

و يشكل أطراد القاعدة أيضاً في المبيع «٣» فاسداً بالنسبة إلى المنافع التي لم يستوفها؛ فإن هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح، مع أنها مضمونة في العقد الفاسد، إلا أن يقال: إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح و الفاسد، و فيه نظر؛ لأن نفس المنفعة غير مضمونة بشيء في العقد الصحيح؛ لأن الثمن إنما هو بإزاء العين دون المنافع.

[منها حمل المبيع فاسدا]

و يمكن نقض القاعدة أيضاً بحمل المبيع فاسداً، على ما صرح به في المبسوط «٤» و الشرائع «٥» و التذكرة «٦» و التحرير «٧»: من كونه مضموناً على

(١) المسالك ٥: ١٣٩.

(٢) لم ترد «قهرًا» في «ف».

(٣) كذا في «ف» و ظاهر «ن»، و في سائر النسخ: البيع.

(٤) المبسوط ٣: ٦٥.

(٥) الشرائع ٣: ٢٣٦.

(٦) التذكرة ١: ٤٩٦، و ٢: ٣٩٧.

(٧) التحرير ٢: ١٣٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٩٦

المشترى، خلافاً للشهيدين «١» و المحقق الثاني «٢» و بعض آخر «٣» تبعاً للعلامة في القواعد «٤»، مع أن الحمل غير مضمون في البيع الصحيح؛ بناءً على أنه للبائع.

و عن الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع «٥»، و حينئذ لا نقض على القاعدة.

[منها الشركة الفاسدة]

و يمكن النقض أيضاً بالشركة الفاسدة؛ بناءً على أنه لا يجوز التصرف بها، فأخذ المال المشترك حينئذ عدواناً موجب للضمان.

[مبنى عدم الضمان في عكس القاعدة هي الأولوية و المناقشة فيها]

ثم إن مبنى هذه القضية السالبة على «٦» ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط «٧» هي الأولوية، و حاصلها: أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده؟

و توضيحه: أن الصحيح من العقد إذا لم يقتضِ الضمان مع إمضاء الشارع له، فالفاسد الذي هو بمنزلة العدم لا يؤثر في الضمان؛ لأن أثر الضمان إما من الإقدام على الضمان، و المفروض عدمه، و إلا لضمن

(١) الدروس ٣: ١٠٨، و الروضة البهية ٧: ٢٤ و ٢٥، و المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٥.

(٢) جامع المقاصد ٦: ٢٢٠.

(٣) مثل المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ١٠: ٥١١.

(٤) القواعد ١: ٢٠٢.

(٥) الدروس ٣: ١٠٨، و العبارة في «ف» هكذا: إذا شرط الدخول في المبيع.

(٦) كلمة «على» و عبارة «هي الأولوية» وردتا في «ف» في الهامش استدراراً.

(٧) تقدّمت في الصفحة ١٨٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٩٧

بصحيحه، و إما من «١» حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، و المفروض أنها لا تؤثر شيئاً.

و وجه الأولوية: أن الصحيح إذا كان مفيداً للضمان أمكن أن يقال: إن الضمان من مقتضيات الصحيح، فلا يجري «٢» في الفاسد؛

لكونه لغواً غير مؤثر، على ما سبق تقريره: من أنه أقدم على ضمان خاص، و الشارع لم يمضه فيرفع أصل الضمان «٣».

لكن يخدمها: أنه يجوز أن يكون صحه الرهن و الإجارة المستلزمة لتسلط المرتهن و المستأجر على العين شرعاً مؤثرة في رفع

الضمان، بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلطاً لهما على العين، فلا أولوية.

فإن قلت: إن الفاسد و إن لم يكن له دخل في الضمان، إلا أن مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح

العقود التي يكون مواردها غير مضمونة على القابض، و بقي الباقي.

قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، و هي «٤» عموم ما دلّ على أن من لم يضمنه المالك

سواء ملكه إياه بغير عوض، أو سلطه على الانتفاع به، أو استأمنه عليه «٥» لحفظه، أو دفعه إليه لاستيفاء حقه، أو العمل فيه بلا اجرة أو

(١) كلمة «من» من «ش» و مصححة «خ».

(٢) في «ف»: و لا يجري.

(٣) سبق تقريره في الصفحة ١٨٩.

(٤) كذا في النسخ، و في «ف» غير واضحة، و المناسب: هو.

(٥) في «ف»: أو استأمنه به.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ١٩٨

معها أو غير ذلك فهو غير ضامن «١».

أما في غير التمليك بلا عوض أعنى الهبة فالدليل المخصّص لقاعدة الضمان عموم ما دلّ على أن من استأمنه المالك على ملكه غير

ضامن «٢»، بل ليس لك أن تتهمه «٣» «٤».

و أمّا في الهبة الفاسدة، فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم «اليد»: بفحوى ما دلّ على خروج صور «٥» الاستئمان «٦»؛ فإن

استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق أولى. و التقييد

بالمجانة لخروج التسليط المطلق بالعوض، كما في المعاوضات؛ فإنه عين التضمن.

فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن: أن من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعي أعنى المثل أو القيمة «٧» ولا جعلى، فليس عليه ضمان.

- (١) قال الشهيدى فى شرحه: «لم نعتز بهذا الدليل»، بل الظاهر من عبارة المصنّف فيما بعد عدم عثوره عليه أيضاً (هداية الطالب: ٢١٨).
 - (٢) راجع الوسائل ١٣: ٢٢٧، الباب ٤ من أبواب أحكام الوديعه، و الصفحة ٢٧٠، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الإجارة، الحديث الأول.
 - (٣) كما ورد فى الحديث ٩ و ١٠ من الباب ٤ من أبواب أحكام الوديعه.
 - (٤) عبارة «بل ليس لك أن تتهمه» لم ترد فى «ف».
 - (٥) كذا فى «ف» و مصححة «ن» و نسخة بدل «ش»، و فى سائر النسخ بدل «صور»: مورد.
 - (٦) انظر الهامش ٢.
 - (٧) فى «ن»، «م» و «ش»: و القيمة.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ١٩٩
- [الثانى] «١»

الثانى من الأمور المتفرّعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد، وجوب رده فوراً إلى المالك.

و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح «٢» من مجمع الفائدة «٣»، بل صرح فى التذكرة «٤» كما عن جامع المقاصد:- أنّ مئونة الردّ على المشتري لوجوب ما لا يتم الردّ إلّا به «٥»، و إطلاقه يشمل ما لو كان فى رده مئونة كثيرة، إلّا أن يقيد بغيرها بأدلة نفي الضرر.

و يدلّ عليه: أنّ الإمساك آناً ما تصرف فى مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز؛ لقوله عجل الله فرجه: «لا يجوز لأحد أن يتصرف فى مال غيره إلّا بإذنه» «٦».

(١) العنوان منّا.

(٢) الضمير فى قوله «يلوح» عائد إلى عدم جواز التصرف، لا إلى نفي الخلاف، كما صرح به المحقق المامقانى، انظر غاية الآمال: ٢٨٦.

(٣) مجمع الفائدة ٨: ١٩٢.

(٤) التذكرة ١: ٤٩٥.

(٥) جامع المقاصد ٤: ٤٣٥.

(٦) الوسائل ١٧: ٣٠٩، الباب الأول من أبواب الغصب، الحديث ٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٠٠

و لو نوقش فى كون الإمساك تصرفاً، كفى عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم «١»: «لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلّا عن طيب نفسه» «٢» حيث يدلّ على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به، التى منها كونه فى يده.

و أمّا توهم: أنّ هذا بإذنه حيث إنّه دفعه باختياره، فمندفع: بأنّه إنّما ملكه إياه عوضاً، فإذا انتفت صفة العوضيّة باعتبار عدم سلامة العوض له شرعاً «٣»، و المفروض أنّ كونه على وجه الملكيّة المجاتيبة ممّا لم ينشئها المالك، و كونه مالاً للمالك و «٤» أمانه فى يده أيضاً ممّا لم يؤذن فيه، و لو أذن له فهو استيداع جديد، كما أنّه لو ملكه مجاناً كانت هبةً جديدةً.

هذا، و لكنّ الذي يظهر من المبسوط «٥»: عدم الإثم في إمساكه «٦»، وكذا السرائر ناسباً له إلى الأصحاب «٧»، وهو ضعيف، والنسبة غير ثابتة، ولا يبعد إرادة صورة الجهل؛ لأنه لا يعاقب.

(١) في «ف»، «ن»، «خ» و «ع»: عليه السلام.

(٢) الوسائل ٣: ٤٢٥، الباب ٣ من أبواب مكان المصلّى، الحديث ٣، باختلافٍ في اللفظ. و رواه في عوالي اللآلي ٢: ١١٣ و ٢٤٠، الحديث ٣٠٩ و ٦.

(٣) الظاهر سقوط جواب الشرط، وهو «انتفى الإذن».

(٤) لم ترد «و» في «ف».

(٥) في غير «ف» و «ش» زيادة: «في قبضه معلماً بأنّه قبضه بإذن مالكة، وقد تقدّم أيضاً من التحرير التصريح بعدم الإثم»، و شطب عليها في «ن»، و لعلها كانت حاشية خلطت بالمتن، و يشهد لذلك عدم تقدّم كلام من التحرير في المسألة، و لم نقف في التحرير أيضاً على التصريح بعدم الإثم في الإمساك.

(٦) المبسوط ٢: ١٤٩.

(٧) السرائر ٢: ٣٢٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٠١

الثالث أنه لو كان للعين المتباعدة منفعة استوفاه المشتري قبل الرد، كان عليه عوضها على المشهور،

بل ظاهر ما تقدّم من السرائر، من كونه بمنزلة المغصوب «١»: الاتفاق على الحكم. و يدلّ عليه: عموم قوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئ مسلم «٢» إلّا عن طيب نفسه» «٣»، بناءً على صدق المال على المنفعة، و لذا يجعل ثمناً في البيع و صدقاً في النكاح. خلافاً للوسيلة، فنفي الضمان؛ محتجاً بأنّ الخراج بالضمان «٤» كما في النبوّ المرسل «٥». و تفسيره: أنّ من ضمن شيئاً و تقبّله لنفسه فخراجه له، فالباء

(١) تقدّم في الصفحة ١٨٠.

(٢) في «ش» زيادة: لأخيه.

(٣) عوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩.

(٤) الوسيلة: ٢٥٥.

(٥) عوالي اللآلي ١: ٢١٩، الحديث ٨٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٠٢

للسببية أو المقابلة، فالمشتري لما أقدم على ضمان المبيع و تقبّله على نفسه بتقبيل البائع و تضمينه إياه على أن يكون الخراج له مجاناً، كان اللازم على «١» ذلك أنّ خراجه له على تقدير الفساد، كما أنّ الضمان عليه على هذا التقدير أيضاً.

و الحاصل: أنّ ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، و مرجعه إلى أنّ الغنيمّة و الفائدة بإزاء الغرامة، و هذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرّقة، مثل قوله عليه السلام في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري: «ألا- ترى أنّها لو أحرقت كانت من مال المشتري؟» «٢» و نحوه في الرهن «٣» و غيره.

وفيه: أن هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بإزائه، وإنما هو أمر قهري حكم به الشارع كما حكم بضممان المقبوض بالسوم والمغصوب.

فالمراد بالضمان الذي بإزائه الخراج: التزام الشيء على نفسه و تقبله له مع إمضاء الشارع له.

و ربما ينتقض ما ذكرنا في معنى الرواية بالعارية المضمونة؛ حيث إنه أقدم على ضمانها، مع أن خراجها ليس له؛ لعدم تملكه للمنفعة، وإنما

(١) كذا في «ف»، وفي سائر النسخ: من.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٥٦، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣، و لفظ الحديث: «أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار، دار المشتري؟!»، ومثله في الدلالة الحديث الأول من هذا الباب.

(٣) الوسائل ١٣: ١٢٦، الباب ٥ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ٦، وغيره.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٠٣

تملك الانتفاع الذي عينه المالك، فتأمل.

والحاصل: أن دلالة الرواية «١» لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم واحترامه و عدم حله إلا عن طيب النفس.

و ربما يردّ هذا القول: بما ورد في شراء الجارية المسروقة، من ضمان قيمة الولد و عوض اللبن، بل عوض كل ما انتفع «٢».

وفيه: أن الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة أن مالك العين جعل خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن، لا ما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير.

و أضعف من ذلك رده بصحيحة أبي ولاد «٣» المتضمنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاء؛ رداً على أبي حنيفة القائل بأنه إذا تحقق ضمان العين و لو بالغصب سقط كراها «٤»، كما يظهر من تلك الصحيحة.

نعم، لو كان القول المذكور موافقاً لقول أبي حنيفة في إطلاق القول بأن الخراج بالضمان، انتهضت الصحيحة و ما قبلها رداً عليه.

هذا كله في المنفعة المستوفاء، و أما المنفعة الفاتئة بغير استيفاء،

(١) أي النبوي المرسل: «الخراج بالضمان»، المتقدم في الصفحة ٢٠١.

(٢) انظر الوسائل ١٤: ٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الأحاديث ٥٢.

(٣) الوسائل ١٧: ٣١٣، الباب ٧ من أبواب الغصب، الحديث الأول.

(٤) انظر بداية المجتهد ٢: ٢٣١، و المغنى لابن قدامة ٥: ٥٠١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٠٤

فالمشهور فيها أيضاً الضمان، و قد عرفت عبارة السرائر المتقدمة «١»، و لعله لكون المنافع أموالاً في يد من بيده العين، فهي مقبوضة في يده؛ و لذا يجري على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين، فتدخل المنفعة في ضمان المستأجر، و يتحقق قبض الثمن في السلم بقبض الجارية المعجول خدمتها ثمناً، و كذا الدار المعجول سكنها ثمناً، مضافاً إلى أنه مقتضى احترام مال المسلم؛ إذ كونه في يد غير مالكة مدّة طويلة من غير أجرٍ منافٍ للاحترام.

لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقة: بأن مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان، إلا أن يندرج في عموم «على اليد ما أخذت» «٢»، و لا إشكال «٣» في عدم شمول صلة الموصول للمنافع، و حصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ. و

دعوى: أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض «٤» الأعيان، مشكلةً. و أما احترام مال المسلم، فإنما يقتضى عدم حلّ التصرف فيه «٥» و إتلافه بلا عوض، و إنّما يتحقّق ذلك في الاستيفاء.

(١) تقدّمت في الصفحة ١٨٠، و إليك نصّها: إنّ البيع الفاسد يجرى عند المحصّلين مجرى الغصب في الضمان.

(٢) عوالمى اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦.

(٣) فى «ش»: فلا إشكال.

(٤) كذا فى «ش» و مصحّحة «ن»، و فى «ف»: «لبعض»، و فى سائر النسخ: لقبض.

(٥) لم ترد «فيه» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٠٥

فالحكم بعدم الضمان مطلقاً كما عن الإيضاح «١» أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر «٢» موافق للأصل السليم. مضافاً إلى أنه قد يدعى شمول قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» [له «٣»]. و من المعلوم «٤» أنّ صحيح البيع لا يوجب ضماناً للمشتري للمنفعة؛ لأنّها له مجاناً و لا يتقسّط الثمن عليها، و ضمانها مع الاستيفاء لأجل الإلتلاف، فلا ينافى القاعدة المذكورة؛ لأنّها بالنسبة إلى التلف لا الإلتلاف.

مضافاً إلى الأخبار الواردة فى ضمان المنافع المستوفاه من الجارية المسروقة المبيعة «٥»، الساكنة من ضمان غيرها فى مقام البيان. و كذا صحيحه محمّد بن قيس الواردة فى من باع وليده أبيه بغير إذنه، فقال عليه السلام: «الحكم أن يأخذ الوليدة و ابنها» «٦» و سكت عن المنافع الفائتة، فإنّ عدم الضمان فى هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى.

(١) إيضاح الفوائد ٢: ١٩٤.

(٢) نسبة المؤلف قدس سره إلى بعض من كتب على الشرائع، انظر الصفحة الآتية.

(٣) من مصحّحة «ص».

(٤) فى «ف»: إذ من المعلوم.

(٥) الوسائل ١٤: ٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الأحاديث ٥٢.

(٦) نفس المصدر، الحديث الأوّل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٠٦

و الإنصاف: أنّ للتوقّف فى المسألة كما فى المسالك «١» تبعاً للدروس «٢» و التنقيح «٣» مجالاً.

و ربما يظهر من القواعد فى باب الغصب عند التعرّض لأحكام البيع الفاسد- اختصاص الإشكال و التوقّف بصورة علم البائع «٤» على ما استظهره السيد العميد «٥» و المحقّق الثانى «٦» من عبارة الكتاب، و عن الفخر: حمل الإشكال فى العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء «٧».

فتحصّل «٨» من ذلك كلّ: أنّ الأقوال فى ضمان المنافع الغير المستوفاه خمسة:

الأوّل: الضمان، و كأنّه للأكثر.

الثانى: عدم الضمان، كما عن الإيضاح.

الثالث: الضمان إلّا مع علم البائع، كما عن بعض من كتب على الشرائع «٩».

(١) المسالك ٣: ١٥٤.

(٢) الدروس ٣: ١٩٤.

(٣) التنقيح الرائع ٢: ٣٢.

(٤) القواعد ١: ٢٠٨.

(٥) كنز الفوائد ١: ٦٧٦.

(٦) جامع المقاصد ٦: ٣٢٤ ٣٢٥.

(٧) إيضاح الفوائد ٢: ١٩٤.

(٨) كذا في «ف» و«ص»، و في «ش» و ظاهر «ن»: «فيتحصّل»، و في سائر النسخ: «فيحصل».

(٩) لم نقف عليه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٠٧

الرابع: التوقّف في هذه الصورة، كما استظهره جامع المقاصد و السيد العميد من عبارة القواعد.

الخامس: التوقّف مطلقاً، كما عن الدروس و التنقيح و المسالك و محتمل القواعد، كما يظهر من فخر الدين.

و قد عرفت أنّ التوقّف أقرب إلى الإنصاف، إلّا أنّ المحكى من التذكرة ما لفظه «١»: إنّ منافع الأموال من العبيد «٢» و الثياب و العقار

و غيرها مضمونة بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جارية «٣» أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منفعه سواء

أتلّفها بأن استعملها، أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدّة في يده «٤» لا يستعملها عند علمائنا أجمع «٥».

و لا يبعد أن يراد ب «اليد العادية» مقابل اليد الحقّة، فيشمل يد المشتري في ما نحن فيه، خصوصاً مع علمه «٦»، سيّما مع جهل البائع

به.

و أظهر منه ما في السرائر في آخر باب الإجارة:- من الاتفاق أيضاً على ضمان منافع المغصوب الفائتة «٧»، مع قوله في باب البيع: إنّ

(١) لم ترد «ما لفظه» في «ف» و «ش».

(٢) كذا في «ف» و «ن»، و في سائر النسخ: العبد.

(٣) في المصدر زيادة: أو ثوباً.

(٤) في «ف»: بأن بقيت تحت يده مدّة.

(٥) التذكرة ٢: ٣٨١.

(٦) كذا في «ش» و مصححة «ن» و «م»، و في سائر النسخ: غلبته.

(٧) السرائر ٢: ٤٧٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٠٨

البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم عن إمساكه «١»، انتهى.

و على هذا، فالقول بالضمان لا- يخلو عن قوّة، و إن كان المتراءى من ظاهر صحيحة أبي ولّاد «٢» اختصاص الضمان في المغصوب

بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به إلى غير محلّ الرخصة، إلّا أنّنا لم نجد بذلك عاملاً في المغصوب الذي هو موردها.

(١) السرائر ٢: ٣٢٦.

(٢) الوسائل ١٧: ٣١٣، الباب ٧ من أبواب الغصب، الحديث الأوّل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٠٩

الرابع إذا تلف المبيع، فإن كان مثلياً وجب مثله

بلا خلاف إلّا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي (١).

وقد اختلف كلمات أصحابنا في تعريف المثلي، فالشيخ (٢) وابن زهرة (٣) وابن إدريس (٤) والمحقق (٥) وتلميذه (٦) والعلامة (٧) وغيرهم (٨) قدس الله أسرارهم، بل المشهور على ما حكى (٩) أنه: ما يتساوى أجزاءه من حيث القيمة.

دزفولي، مرتضى بن محمد امين انصاري، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ٦ جلد، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصاري، قم - ايران، اول، ١٤١٥ هـ ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)؛ ج ٣، ص: ٢٠٩

(١) حكاية العلامة في المختلف ٦: ١٣١، والشهيد في غاية المراد: ١٣٥، وغيرهما.

(٢) المبسوط ٣: ٥٩.

(٣) الغنية: ٢٧٨.

(٤) السرائر ٢: ٤٨٠.

(٥) الشرائع ٣: ٢٣٩.

(٦) وهو الفاضل الآبي في كشف الرموز ٢: ٣٨٢.

(٧) القواعد ١: ٢٠٣.

(٨) مثل أبي العباس في المهذب البار ٤: ٢٥١، والمقتصر: ٣٤٢.

(٩) حكاية الشهيد الثاني في المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨، والمحقق السيزواري في الكفاية: ٢٥٧، والسيد الطباطبائي في الرياض ٢: ٣٠٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢١٠

و المراد بأجزائه: ما يصدق عليه اسم الحقيقة. و المراد بتساويها من حيث القيمة: تساويها بالنسبة، بمعنى كون قيمة كلٍّ بعضٍ بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار؛ ولذا قيل في توضيحه: إنَّ المقدار منه إذا كان يستوي «١» قيمة «٢»، فنصفه يستوي «٣» نصف تلك القيمة «٤».

و من هنا رجح الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين قيمياً، قال: إذ لو انفصلت نقصت قيمتها «٥».

قلت: وهذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثلياً؛ إذ لو انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع «٦»، إلّا أن يقال: إنَّ الدرهم مثلي بالنسبة إلى نوعه. وهو الصحيح؛ ولذا لا يعدّ الجريش مثلاً للحنطة، ولا الدقاقة مثلاً للأرز.

و من هنا يظهر أن كلَّ نوعٍ من أنواع الجنس الواحد، بل كلِّ

(١) كذا في النسخ، ولعله مصحّف «يسوى» بمعنى: يساوي، لكن عن الأزهري: أن قولهم «يسوى» ليس عربياً صحيحاً، انظر المصباح المنير، مادّة: «سوى».

(٢) في «م» زيادة: معيئة.

(٣) كذا في النسخ، و لعله مصحف «يسوى» بمعنى: يساوى، لكن عن الأزهرى: أن قولهم «يسوى» ليس عربياً صحيحاً، انظر المصباح المنير، مادة: «سوى».

(٤) قاله الشهيد الثاني في المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨، و السيد الطباطبائي في الرياض ٢: ٣٠٣.

(٥) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٩.

(٦) كذا في «ش» و مصححة «ن»، و في «ف» و مصححة «ص»: «نقص قيمة نصفه عن قيمة المجموع»، و في سائر النسخ: «نقص قيمة نصفه عن قيمة المجموع».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢١١

صنف من أصناف نوع واحد مثلي بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف.

فلا يرد ما قيل: من أنه إن أريد التساوى بالكليّة، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف؛ إذ ما من مثلي إلا و أجزاءه مختلفه في القيمة كالحنطة؛ فإن قفيزاً من حنطة «١» يساوى عشرة و من اخرى يساوى عشرين. و إن أريد التساوى في الجملة، فهو في القيمي موجود، كالثوب و الأرض «٢»، انتهى.

و قد لوح هذا المورد في آخر كلامه إلى دفع إيراده بما ذكرنا: من أن كون الحنطة مثليّة معناه: أن كل صنف منها «٣» متماثل الأجزاء «٤» و متساو «٥» في القيمة، لا بمعنى أن جميع أبعاد هذا النوع متساوية في القيمة، فإذا كان المضمون بعضاً من صنف، فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف، لا القيمة و لا بعض من صنف «٦» آخر «٧».

لكن الإنصاف: أن هذا خلاف ظاهر كلماتهم؛ فإنهم يطلقون المثلي على جنس الحنطة و الشعير و نحوهما، مع عدم صدق التعريف

(١) في «ف»: الحنطة.

(٢) قاله المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ١٠: ٥٢٢ ٥٢٣.

(٣) في غير «ش»: منه.

(٤) كذا في «ن»، و في «ش»: «الأجزاء»، و في سائر النسخ: للأجزاء.

(٥) في غير «ش»: متساوية.

(٦) في «ف»: الصنف الآخر.

(٧) انظر مجمع الفائدة ١٠: ٥٢٥ ٥٢٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢١٢

عليه، و إطلاق المثلي على الجنس باعتبار مثليّة أنواعه أو أصنافه و إن لم يكن بعيداً، إلا أن انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جداً، إلا أن يُهملوا خصوصيات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها، كما التزمه بعضهم «١».

غاية الأمر و وجوب رعاية الخصوصيات عند أداء المثل عوضاً عن التالف، أو القرض، و هذا أبعد.

هذا، مضافاً إلى أنه يشكل أطراد التعريف بناءً على هذا، بأنه:

إن أريد تساوى الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويًا حقيقيًا، فقل ما «٢» يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع؛ لأن أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى في القيمة؛ لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة و نقصانها، كما لا يخفى.

و إن أريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة و إن لم يتساو حقيقةً، تحقّق ذلك في أكثر القيميات؛ فإنّ لنوع الجارية أصنافاً متقاربة في الصفات الموجبة لتساوى القيمة، و بهذا الاعتبار يصحّ السلم فيها، و لذا اختار العلامة في باب القرض من التذكرة على ما

حكى عنه «٣» أن ما يصح فيه السلم من القيميات مضمون في القرض بمثله «٤».

(١) لم نقف عليه بعينه، ولعله ينظر إلى ما قاله الشهيد الثاني وغيره في المثلى: من أن المثل ما يتساوى قيمة أجزائه، أى أجزاء النوع الواحد منه، انظر المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨، والكفاية: ٢٥٧ وغيرهما.

(٢) في مصححه «ص»: فإنه قلما.

(٣) عبارة «على ما حكى عنه» لم ترد في «ش»، و شطب عليها في «ن».

(٤) التذكرة ٢: ٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢١٣

وقد عدّ الشيخ في المبسوط الرطب و الفواكه من القيميات «١»، مع أن كل نوعٍ منها مشتمل على أصنافٍ متقاربة في القيمة، بل متساوية عرفاً.

ثم لو فرض أن الصنف المتساوى من حيث القيمة في الأنواع القيمية عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثلية، لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف. نعم، يوجب ذلك الفرق بين النوعين في حكمه الحكم بضمان المثلى بالمثل، و القيمي بالقيمة.

ثم إنه قد عرّف المثلى بتعاريف أخر أعتم من التعريف المتقدم أو أخص:

فمن التحرير: أنه ما تماثلت أجزاؤه و تقاربت صفاته «٣».

و عن الدروس و الروضة: أنه المتساوى الأجزاء و المنفعة، المتقارب الصفات «٤»، و عن المسالك و الكفاية: أنه أقرب التعريفات إلى السلامة «٥».

و عن غاية المراد: ما تساوى أجزاؤه في الحقيقة النوعية «٦».

(١) المبسوط ٣: ٩٩.

(٢) لم ترد «قد» في «ف».

(٣) حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٢، و انظر التحرير ٢: ١٣٩، و فيه: «و يتفاوت صفاته»، و لم نقف على غيره.

(٤) الدروس ٣: ١١٣، الروضة البهية ٧: ٣٦.

(٥) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨، الكفاية: ٢٥٧، و اللفظ للأخير، و حكاه عنهما السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٢.

(٦) غاية المراد: ١٣٥، و فيه: ما تتساوى.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢١٤

و عن بعض العامة: أنه ما قدر بالكيل أو الوزن «١».

و عن آخر منهم زيادة: جواز بيعه سلماً «٢».

و عن ثالث منهم زيادة: جواز بيع بعضه ببعض «٣»، إلى غير ذلك مما حكاه فى التذكرة عن العامة «٤».

ثم «٥» لا يخفى أنه ليس للفظ «المثلى» حقيقة شرعية و لا متشريعته «٦»، و ليس المراد معناه اللغوى؛ إذ المراد بالمثل لغةً: المماثل، فإن أريد من جميع الجهات غير منعكس، و إن أريد من بعضها، فغير مطرد.

و ليس فى النصوص حكم يتعلّق بهذا العنوان حتى يبحث عنه. نعم، وقع هذا العنوان فى معقد إجماعهم «٧» على أن المثلى يضمن بالمثل، و غيره بالقيمة، و من المعلوم أنه لا يجوز الاتكال فى تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفته الباقين.

و حينئذٍ فينبغى أن يقال: كل ما كان مثلياً باتفاق المجمعين

(١) بداية المجتهد ٢: ٣١٧، و المغنى؛ لابن قدامة ٥: ٢٣٩ ٢٤٠، و المحلى ٦: ٤٣٧.

(٢) انظر مغنى المحتاج ٢: ٢٨١.

(٣) لم نقف عليه فى ما بأيدينا من كتب العامة.

(٤) التذكرة ٢: ٣٨١.

(٥) فى «ف»: ثم إنه.

(٦) فى النسخ: و لا متسرعة.

(٧) انظر جامع المقاصد ٦: ٢٤٥، و الرياض ٢: ٣٠٣، و المناهل: ٢٩٩، و مفتاح الكرامة ٦: ٢٤١، و الجواهر ٣٧: ٨٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢١٥

فلا إشكال فى ضمانه بالمثل؛ للإجماع، و يبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم، كالذهب و الفضة الغير المسكوكين، فإن صريح الشيخ فى المبسوط كونهما من القيميات «١»، و ظاهر غيره «٢» كونهما مثليين، و كذا الحديد و النحاس و الرصاص؛ فإن ظواهر عبارة المبسوط «٣» و الغنية «٤» و السرائر «٥» كونها قيمية.

و عبارة التحرير صريحة فى كون أصولها مثلية و إن كان المصوغ منها قيمياً «٦».

و قد صرح الشيخ فى المبسوط: بكون الرطب و العنب قيمياً «٧»، و التمر و الزبيب مثلياً «٨».

و قال فى محكى المختلف: إن فى الفرق إشكالاً «٩»، بل صرح بعض

(١) المبسوط ٣: ٦١.

(٢) كالمحقق فى الشرائع ٣: ٢٤٠، و العلامة فى التحرير ٢: ١٣٩، و التذكرة ٢: ٣٨٤، و المختلف ٦: ١٢٢، و الشهيد فى الدروس ٣:

١١٦، و نسبه الشهيد الثانى إلى المشهور، انظر المسالك ٢: ٢٠٩، و مثله فى الكفاية: ٢٥٨.

(٣) المبسوط ٣: ٦٠.

(٤) الغنية: ٢٧٨.

(٥) السرائر ٢: ٤٨٠.

(٦) التحرير ٢: ١٣٩.

(٧) كذا فى النسخ، و المناسب: «قيمين»، كما فى مصححة «ص»، و هكذا الكلام فى «مثلياً».

(٨) انظر المبسوط ٣: ٩٩ ١٠٠.

(٩) المختلف ٦: ١٣٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢١٦

من قارب عصرنا بكون الرطب و العنب مثليين «١».

و قد حكى عن موضع من جامع المقاصد: أن الثوب مثلي «٢»، و المشهور خلافه. و أيضاً فقد مثّلوا للمثلى بالحنطة و الشعير «٣»، و لم يعلم أن المراد نوعهما أو كل صنف؟ و ما المعيار فى الصنف؟ و كذا التمر.

و الحاصل: أن موارد عدم تحقق الإجماع على المثلية فيها كثيرة، فلا بدّ من ملاحظة أن الأصل الذى يرجع إليه عند الشك هو الضمان بالمثل، أو بالقيمة، أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل و القيمة؟

و لا يبعد أن يقال: إن الأصل هو تخيير الضامن؛ لأصالة براءة ذمته عمّا زاد على ما يختاره، فإن فرض إجماع على خلافه فالأصل تخيير

المالك؛ لأصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك، مضافاً إلى عموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٤) فإن مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين، خرج ما إذا رضى المالك بشيء آخر. والأقوى: تخيير المالك من أول الأمر؛ لأصالة الاشتغال، والتمسك بأصالة البراءة لا يخلو من منع.

(١) صرح به المحقق القمي في جامع الشتات (الطبعة الحجرية) ٢: ٥٤٣ ٥٤٤.

(٢) حكاها عنه السيد العامل في مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٩، وانظر جامع المقاصد ٦: ٢٥٠.

(٣) كما في جامع المقاصد ٦: ٢٤٣، والروضه البهية ٧: ٣٦، ومجمع الفائدة ١٠: ٥٢٢.

(٤) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢١٧

نعم، يمكن أن يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال، والإجماع على عدم تخيير المالك:- التخيير في الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين، أعنى: تعيين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبه القيمة ولا للضامن الامتناع، وتعيين «١» القيمة كذلك، فلا متيقن في البين، ولا يمكن البراءة اليقينية عند التشاخ، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى، فتأمل.

هذا، ولكن يمكن أن يقال: إن القاعدة المستفاد من إطلاق الضمان في المغصوبات والأمانات المفترط فيها، وغير ذلك، هو الضمان بالمثل؛ لأنه أقرب إلى التالف من حيث المائيه والصفات، ثم بعده قيمة التالف من النقدين وشبههما؛ لأنهما «٢» أقرب من حيث المائيه؛ لأن ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما.

ولأجل الاتكال على هذا الظهور لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها قد نص الشارع فيه على ذكر المضمون به، بل كلها إلّا ما شدّ وندر قد أطلق فيها الضمان، فلولا الاعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان. وقد استدلل في المبسوط «٣» والخلاف «٤» على ضمان المثلي بالمثل، والقيمي بالقيمة بقوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ

(١) في غير «ش»: و بين تعيين.

(٢) كذا في «ش»، وفي سائر النسخ: لأنه.

(٣) المبسوط ٣: ٦٠.

(٤) الخلاف ٣: ٤٠٢ و ٤٠٦، كتاب الغصب، المسألة ١١ و ١٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢١٨

مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ «١» بتقريب: أن مماثل «ما اعتدى» هو المثل في المثلي، والقيمة في غيره، واختصاص الحكم بالمتلف عدواناً «٢» لا يقدر بعد عدم القول بالفصل.

وربما يناقش في الآية بأن مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء لا المعتدى به «٣»، وفيه نظر.

نعم، الإنصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق عليه «٤» بالقول المشهور؛ لأن مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة والمائيه، وهذا يقتضى اعتبار المثل حتى في القيميات، سواء وجد المثل فيها أم لا.

أما مع وجود المثل فيها، كما لو أتلف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساوية من جميع الجهات، فإن مقتضى العرف والآية: إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك ولو بأضعاف قيمته ودفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع أن القائل بقيمته الثوب لا يقول به، وكذا لو أتلف عليه عبداً وله في ذمة المالك بسبب القرض أو السلم عبد موصوف بصفات التالف، فإنهم لا يحكمون بالتهاتر

القهرى، كما يشهد به ملاحظة كلماتهم في بيع عبدٍ من عبيدٍ «٥».

(١) البقرة: ١٩٤.

(٢) لم ترد «عدواناً» في «ف».

(٣) المناقشة من السيد الطباطبائي في الرياض ٢: ٣٠٣.

(٤) وهو استظهار الضمان بالمثل عرفاً من إطلاقات أدلة الضمان في الصفحة السابقة بقوله: و لكن يمكن أن يقال .. إلخ.

(٥) راجع الخلاف ٣: ٢١٧، كتاب السلم، المسألة ٣٨، و الشرائع ٢: ١٨، و الدروس ٣: ٢٠١، و مفتاح الكرامة ٤: ٣٥٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢١٩

نعم، ذهب جماعة منهم الشهيدان في الدروس و المسالك «١» إلى جواز ردّ العين المقترضة إذا كانت قيمية، لكن لعلّه من جهة صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهة ضمان القيمي «٢» بالمثل؛ و لذا اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها و إن كان مماثلاً لها من جميع الجهات.

و أمّا مع عدم وجود المثل للقيميّ التالف، فمقتضى الدليلين «٣» عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر، كما لو تعذر المثل في المثلي، فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلي، و لا يقولون به.

و أيضاً، فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصاناً فاحشاً، فمقتضى ذلك عدم وجوب «٤» إلزام المالك بالمثل؛ لاقتضاءهما «٥» اعتبار المماثلة في الحقيقة و المالية، مع أنّ المشهور كما يظهر من بعض «٦» إلزامه به و إن قوى خلافه بعض «٧»، بل ربما احتتمل جواز دفع

(١) الدروس ٣: ٣٢٠، المسالك ٣: ٤٤٩.

(٢) كذا في «ش» و «ص» و مصححة «خ»، «م»، «ع» و نسخة بدل «ن»، و في «ف»: المثلي، و في «ن»: القيميّة.

(٣) أى: الاستظهار العرفي و الآيّة.

(٤) في شرح الشهيدى: الصواب «الجواز» بدل «الوجوب» كما لا يخفى، انظر هداية الطالب: ٢٣١.

(٥) كذا في «ش» و مصححة «ن» و «خ»، و في سائر النسخ: لاقتضاءها.

(٦) انظر مفتاح الكرامة ٦: ٢٥٢، و الجواهر ٣٧: ٩٩.

(٧) قواه الشهيد قدس سره في الدروس ٣: ١١٣، و لكنّه فيما لو خرج المثلي عن القيمة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٢٠

المثل و لو سقط من القيمة بالكلية «١» و إن كان الحقّ خلافه.

فتبين: أنّ النسبة بين مذهب المشهور و مقتضى العرف و الآيّة عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين و لا يضمن به عند المشهور، كما في المثالين المتقدمين «٢»، و قد ينعكس الحكم كما في المثال الثالث «٣»، و قد يجتمعان في المضمون به كما في أكثر الأمثلة.

ثمّ إنّ الإجماع على ضمان القيميّ بالقيمة على تقدير تحقّقه لا يجدى بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً، ففي موارد الشكّ يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق «٤» و عموم الآيّة «٥»؛ بناءً على ما هو الحقّ المحقّق: من أنّ العامّ المخصّص بالمجمل مفهوماً، المتردّد بين الأقلّ و الأكثر لا يخرج عن الحجّية بالنسبة إلى موارد الشكّ.

فحاصل الكلام: أنّ ما أجمع على كونه مثلياً يضمن بالمثل، مع مراعاة الصفات التي تختلف بها الرغبات و إن فرض نقصان قيمته في

زمان الدفع أو مكانه «٦» عن قيمة التالف؛ بناءً على تحقّق الإجماع على إهمال هذا التفاوت، مضافاً إلى الخبر الوارد في أنّ الثابت في ذمّة من

(١) احتمله العلامة في القواعد ١: ٢٠٤.

(٢) يعنى: مثالي إتلاف الكرباس وإتلاف العبد، المتقدّمين في الصفحة ٢١٨.

(٣) هو ما لو فرض نقصان قيمة المثل عن قيمة التالف نقصاناً فاحشاً.

(٤) تقدّم في الصفحة ٢١٧ المشار إليه بقوله: ولكن يمكن أن يقال ..

(٥) المتقدّمة في الصفحة ٢١٧ ٢١٨.

(٦) لم ترد «مكانه» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٢١

اقترض دراهم «١» وأسقطها السلطان وروج غيرها، هي الدراهم الأولى «٢» «٣».

و ما أجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمة بناءً على ما سيجيء من الاتفاق على ذلك «٤» وإن وجد مثله أو كان مثله في ذمّة الضامن «٥».

و ما شكّ في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثلي، مع عدم اختلاف قيمته المدفوع والتالف، و مع الاختلاف الحق بالقيمي، فتأمل.

(١) كذا في «ف»، «خ»، «م»، «ع»، «ص» و نسخة بدل «ش»، و في «ن» و «ش» هكذا: «في أنّ اللازم على مَرِن عليه دراهم»، وقال الشهيد بعد نقل هذه العبارة: هكذا في النسخ المصحّحة، انظر هداية الطالب: ٢٣١.

(٢) الوسائل ١٢: ٤٨٨، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الحديث ٢.

(٣) في «ن» زيادة: «فتأمل» استدراكاً، ويشهد على وجودها في الأصل أنّ المامقاني و الشهيد قدس سرهما نقلها في شرحهما و علّقا عليها، انظر غاية الآمال: ٣٠٥، و هداية الطالب: ٢٣١.

(٤) يجيء في الأمر السابع.

(٥) في «ش»: في ذمّة المالك.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٢٢

الخامس ذكر في القواعد: أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء تردّد

«١»، انتهى.

أقول: كثرة الثمن إن كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل بأن صارت قيمته أضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء و لا خلاف، كما صرح به في الخلاف، حيث قال: إذا غضب ما له مثل كالحبوب «٢» و الأدهان فعليه مثل ما تلف في يده، يشتره بأيّ ثمن كان، بلا خلاف «٣»، انتهى «٤». و في المبسوط: يشتره بأيّ ثمن كان إجماعاً «٥»، انتهى «٦».

(١) القواعد ١: ٢٠٤.

(٢) كذا في «ش» و المصدر، و في «ف» و مصحّحة «ن» و نسخة بدل «ش»: «كاللحوم»، و في سائر النسخ: الحبوب.

(٣) الخلاف ٣: ٤١٥، كتاب البيوع، المسألة ٢٩.

(٤) لم ترد «انتهى» في «ش».

(٥) المبسوط ٣: ١٠٣.

(٦) عبارة «و في المبسوط: إلى انتهى» من «ش» و هامش «ن».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٢٣

و وجهه: عموم النصّ و الفتوى بوجوب المثل في المثلى، و يؤيده فحوى حكمهم بأنّ تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى القيمة، بل ربما احتل بعضهم «١» ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المائيه؛ كالماء على الشاطي و الثلج في الشتاء.

و أمّا إن كان «٢» لأجل تعدد المثل و عدم وجدانه إلّا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس مع وصف الإعواز، بحيث يعدّ بذل ما يريد «٣» مالكة بإزائه ضرراً عرفاً و الظاهر أنّ هذا هو المراد بعبارة القواعد «٤»؛ لأنّ الثمن في الصورة الأولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل، و إنّما زاد على ثمن التالف يوم التلف و حينئذ «٥» فيمكن «٦» التردد في الصورة الثانية كما قيل «٧»: من أنّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم، كالرقبة في الكفارة و الهدى، و أنّه يمكن معاندة البائع و طلب أضعاف القيمة، و هو ضرر.

(١) احتمله العلماء في القواعد ١: ٢٠٤.

(٢) كذا في النسخ، و المناسب: إن كانت.

(٣) في بعض النسخ: يزيد.

(٤) تقدّمت عبارته في صدر المسألة.

(٥) في مصحّحتي «ن» و «ص»: فحينئذ.

(٦) في مصحّحة «ن»: «و يمكن»، و في مصحّحة «ص»: يمكن.

(٧) قاله العلماء في التذكرة ٢: ٣٨٤، و السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦: ٢٥٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٢٤

و «١» لكنّ الأقوى مع ذلك: وجوب الشراء؛ وفاقاً للتحريز «٢» كما عن الإيضاح «٣» و الدروس «٤» و جامع المقاصد «٥»، بل إطلاق السرائر «٦»، و نفى الخلاف المتقدّم عن الخلاف «٧»؛ لعين ما ذكر في الصورة الأولى «٨».

ثمّ إنّ لا فرق في جواز مطالبته المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره، و لا بين كون قيمته «٩» في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف، أم لا؛ وفاقاً لظاهر المحكي «١٠» عن السرائر «١١» و التذكرة «١٢» و الإيضاح «١٣» و الدروس «١٤» و جامع المقاصد «١٥».

(١) لم ترد «و» في «ف».

(٢) التحريز ٢: ١٣٩.

(٣) إيضاح الفوائد ٢: ١٧٨.

(٤) الدروس ٣: ١١٣.

(٥) جامع المقاصد ٦: ٢٦٠.

(٦) انظر السرائر ٢: ٤٨٠.

(٧) تقدّم في الصفحة ٢٢٢.

(٨) و هو ما أفاده بقوله: و وجهه عموم النصّ و الفتوى بوجود المثل في المثلى.

(٩) في «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص» زيادة: «الأولى»، إلا أنه شطب عليها في «ن».

(١٠) حكاه عنهم السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ٦: ٢٥٢.

(١١) السرائر ٢: ٤٩٠.

(١٢) التذكرة ٢: ٣٨٣.

(١٣) إيضاح الفوائد ٢: ١٧٦.

(١٤) الدروس ٣: ١١٤.

(١٥) جامع المقاصد ٦: ٢٥٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٢٥

و فى السرائر: أنه الذى يقتضيه عدل الإسلام و الأدلة و أصول المذهب «١»، و هو كذلك؛ لعموم «الناس مسلطون على أموالهم» «٢».

هذا مع وجود المثل فى بلد المطالبة، و أمّا مع تعذره فسيأتى حكمه فى المسألة السادسة.

(١) انظر السرائر ٢: ٤٩٠ ٤٩١.

(٢) عوالى اللآلى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٢٦

السادس لو تعذر المثل فى المثلى، فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك؛

إشارة

لأنّ منع المالك ظلم، و إلزام الضامن بالمثل منفيّ بالتعذر، فوجب القيمة؛ جمعاً بين الحقيّن.

مضافاً إلى قوله تعالى فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ «١» فإنّ الضامن إذا ألزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه أزيد ممّا اعتدى.

و أمّا مع عدم مطالبة المالك، فلا دليل على إلزامه بقبول القيمة؛ لأنّ المتيقّن أنّ دفع القيمة علاج لمطالبة المالك، و جمع بين حقّ المالك بتسليطه على المطالبة و حقّ الضامن بعدم «٢» تكليفه بالمعذور أو المعسور، أمّا مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقه عن المثل.

و ما ذكرناه «٣» يظهر من المحكّي عن التذكرة و الإيضاح، حيث ذكرنا

(١) البقرة: ١٩٤.

(٢) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: لعدم.

(٣) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: و ما ذكرنا.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٢٧

فى ردّ بعض الاحتمالات الآتية فى حكم تعذر المثل ما لفظه: إنّ المثل لا يسقط بالإعواز، ألا ترى أنّ المغصوب منه لو صبر إلى زمان

وجدان المثل ملك المطالبة به؟ وإنما المصير إلى القيمة وقت تغريمها «١»، انتهى.

لكن أطلق كثير منهم الحكم بالقيمة عند تعذر المثل، ولعلهم يريدون صورة المطالبة، وإلا فلا دليل على الإطلاق.

و يؤيد ما ذكرنا: أن المحكي عن الأكثر في باب القرض: أن المعبر في المثل «٢» المتعذر قيمته يوم المطالبة «٣»، نعم عبر بعضهم بيوم الدفع «٤»، فلي تأمل.

و كيف كان، فلنرجع إلى حكم المسألة فنقول: المشهور «٥» أن العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمته يوم الدفع «٦»؛ لأن المثل «٧» ثابت في الذمة إلى ذلك الزمان، ولا دليل على سقوطه بتعذره، كما لا يسقط الدين بتعذر أدائه.

(١) التذكرة ٢: ٣٨٣، إيضاح الفوائد ٢: ١٧٥؛ وقوله: «إنما المصير .. إلخ» ليس في الإيضاح.

(٢) كذا في «ش»، وفي سائر النسخ: المثلى.

(٣) حكاه السيد المجاهد في المناهل: ٨، قال بعد نقل أقوال أربعة: لا يبعد أن يقال: إن الأحوط هو القول الأول؛ لأن القائل به أكثر.

(٤) عبر به العلامة في المختلف ٥: ٣٩٢.

(٥) في غير «ف»: إن المشهور.

(٦) وردت العبارة في «ف» هكذا: إن العبرة بقيمة يوم دفع قيمة المثل المتعذر.

(٧) كذا في «ف»، «م» و «ش» ومصححة «ن»، وفي غيرها: المثلى.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٢٨

وقد صرح بما ذكرنا المحقق الثاني «١»، وقد عرفت من التذكرة و الإيضاح ما يدل عليه «٢».

و يحتمل اعتبار وقت تعذر المثل، وهو للحلي في البيع الفاسد «٣»، و للتحريز في باب القرض «٤»، و محكي «٥» عن المسالك «٦»؛ لأنه وقت الانتقال إلى القيمة.

و يصفه: أنه إن أريد بالانتقال انقلاب ما في الذمة إلى القيمة في ذلك الوقت، فلا دليل عليه، و إن أريد عدم وجوب إسقاط ما في الذمة إلا بالقيمة، فوجوب الإسقاط بها و إن حدث يوم التعذر مع المطالبة، إلا أنه لو أحرر الإسقاط بقي المثل في الذمة إلى تحقق الإسقاط، و إسقاطه في كل زمان بأداء قيمته في ذلك الزمان، و ليس في الزمان الثاني مكلفاً بما صدق عليه الإسقاط في الزمان الأول. هذا، و لكن لو استندنا في لزوم القيمة في المسألة إلى ما تقدم سابقاً: من الآية «٧»، و من أن المتبادر من إطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذر المثل، توجه القول

(١) جامع المقاصد ٦: ٢٤٥ و ٢٥٥.

(٢) راجع الصفحة السابقة.

(٣) السرائر ٢: ٢٨٥.

(٤) تحرير الأحكام ١: ٢٠٠.

(٥) في «ف» و «ن»: حكى.

(٦) المسالك ٣: ١٧٤.

(٧) المتقدمة في الصفحة ٢٢٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٢٩

بصيرورة التالف قيمياً بمجرد تعذر المثل؛ إذ لا فرق في تعذر المثل بين تحققه ابتداء كما في القيميات، و بين طرؤه بعد التمكن، كما

في ما نحن فيه.

و دعوى: اختصاص الآية و إطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعدّر المثل ابتداء، لا يخلو عن تحكّم.

ثم إنّ في المسألة احتمالات أخرى، ذكر أكثرها في القواعد «١»، و قوّى بعضها في الإيضاح «٢»، و بعضها بعض الشافعية «٣».

و حاصل جميع الاحتمالات في المسألة مع مبانيها «٤»، أنّه:

إمّا أن نقول باستقرار المثل في الذمّة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة، و هو الذي اخترناه تبعاً للأكثر من اعتبار القيمة عند الإقباض، و ذكره في القواعد خامس الاحتمالات.

و إمّا أن نقول بصيرورته قيمياً عند الإعواز، فإذا صار كذلك، فإمّا أن نقول: إنّ المثل المستقرّ في الذمّة قيمى، فتكون القيمة صفة للمثل بمعنى أنّه لو تلف و جب قيمته.

و إمّا أن نقول: إنّ المغضوب انقلب قيمياً بعد أن كان مثلياً.

فإن قلنا بالأول، فإن جعلنا الاعتبار في القيمة بيوم التلف كما

(١) قواعد الأحكام ١: ٢٠٣ ٢٠٤.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ١٧٥.

(٣) قال النووي: و الأصحّ أنّ المعبر أقصى قيمة من وقت الغضب إلى تعدّر المثل. مغنى المحتاج ٢: ٢٨٣، و انظر التذكرة ٢: ٣٨٣.

(٤) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: بيانها.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٣٠

هو أحد الأقوال كان المتعين قيمة المثل يوم الإعواز، كما صرح به في السرائر في البيع الفاسد «١»، و التحرير في باب القرض «٢»؛ لأنّه يوم تلف القيمة.

و إن جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان كما هو القول الآخر في القيمة كان المتّجه اعتبار زمان تلف العين؛ لأنّه أولّ أزمته و جوب المثل في الذمّة المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه، و هذا مبنيّ على القول بالاعتبار في القيمة بوقت الغضب كما عن الأكثر «٣».

و إن جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف كما حكى عن جماعة من القدماء في الغضب «٤» كان المتّجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان الإعواز، و ذكر هذا الوجه في القواعد ثانياً الاحتمالات «٥».

و إن قلنا: إنّ التالف انقلب قيمياً، احتمل الاعتبار بيوم الغضب كما في القيمة المغضوب و الاعتبار بالأعلى منه إلى «٦» يوم التلف، و ذكر هذا أولّ الاحتمالات في القواعد «٧».

(١) السرائر ٢: ٢٨٥.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٠٠.

(٣) نسبه إلى الأكثر المحقّق في الشرائع ٣: ٢٤٠، و العلّامة في التحرير ٢: ١٣٩.

(٤) منهم: الشيخ في المبسوط ٣: ٧٢، و ابن حمزة في الوسيلة: ٢٧٦، و ابن زهرة في الغنية: ٢٧٩ و غيرهم، انظر مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٤.

(٥) القواعد ١: ٢٠٣.

(٦) في «ف» بدل «إلى»: لا.

(٧) القواعد ١: ٢٠٣ ٢٠٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٣١

و إن قلنا: إنَّ المشترك بين العين و المثل صار قيمياً، جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذّر المثل؛ لاستمرار الضمان فيما قبله من الزمان، إمّا للعين و إمّا للمثل، فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغضب إلى التلف، و هذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات «١».

و احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الغضب إلى دفع المثل «٢»، و وجهه في محكّي التذكرة و الإيضاح: بأنّ المثل لا يسقط بالإعواز، قالوا: ألا ترى أنّه لو صبر المالك إلى وجدان المثل، استحقّه؟ فالمصير إلى القيمة عند تغريمها «٣». و القيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم.

و حاصله: أنّ وجوب دفع قيمة المثل «٤» يعتبر «٥» من زمن وجوبه أو «٦» وجوب مبدله أعنى العين فيجب أعلى القيم منها، فافهم.

(١) القواعد ١: ٢٠٣ ٢٠٤.

(٢) في مصحّحه «ن»: إلى دفع قيمة المثل. قال الشهيدى قدس سرّه: و جعله في القواعد رابع الاحتمالات؛ فإنّه قال: «الرابع: أقصى القيم من وقت الغضب إلى وقت دفع القيمة»، انتهى. و منه يُعلم أنّ الصواب في عبارة المصنّف أن يقول: «إلى دفع القيمة» بدل «إلى دفع المثل»، و على تقدير صحّة النسخة فلا بدّ من الالتزام بتقدير القيمة مضافةً إلى المثل، يعنى: دفع قيمة المثل المفروض تعذّره. انظر هداية الطالب: ٢٣٤.

(٣) التذكرة ١: ٣٨٣، إيضاح الفوائد ٢: ١٧٥.

(٤) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في غيرها: «المثلى».

(٥) لم ترد «يعتبر» في «ف».

(٦) في «ش» بدل «أو»: إلى.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٣٢

إذا عرفت هذا، فاعلم: أنّ المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل في المثلى هو أنّه مع تعذّر المثل لا يسقط المثل عن الذمّة، غاية الأمر يجب إسقاطه مع مطالبة المالك، فالعبرة بما هو إسقاط حين الفعل، فلا عبرة بالقيمة إلّا يوم الإسقاط و تفرغ الذمّة. و أمّا بناءً على ما ذكرنا «١» من أنّ المتبادر من أدلّة الضمان التغريم بالأقرب إلى التالف فالأقرب كان المثل مقدّماً مع تيسّيره، و مع تعذّره ابتداءً كما في القيمي، أو بعد التمكنّ كما فيما نحن فيه، كان المتعيّن هو القيمة، فالقيمة قيمة للمغصوب من حين «٢» صار قيمياً، و هو حال الإعواز، فحال الإعواز معتبر من حيث أنّه أوّل أزمنته صيرورة التالف قيمياً، لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين، فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيمي توجه ما اختاره الحلّي رحمه الله «٣».

و لو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من حين الغضب إلى حين التلف كما عليه جماعة من القدماء «٤» توجه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغضب إلى زمان الإعواز؛ إذ «٥» كما أنّ ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذّر أدائه «٦» المتدارك لارتفاع القيم،

(١) ذكره في الصفحة ٢٢٨.

(٢) في «ف»: من حيث.

(٣) و هو ثمن المثل يوم الإعواز، راجع السرائر ٢: ٢٨٥.

(٤) تقدّم التخريج عنهم في الصفحة ٢٣٠، الهامش رقم ٤.

(٥) لم ترد «إذ» في «ف»، و وردت في مصحّحه «ن» و «م».

(٦) في «ص» و مصححة «ن»: أدائها.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٣٣

كذلك «١» بشرط «٢» تعذر المثل في المثلي؛ إذ مع رد المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية، و حيث «٣» كانت العين فيما نحن فيه مثلية «٤» كان أداء مثلها عند تلفها كرد عينها «٥» في إلغاء ارتفاع القيم، فاستقرار ارتفاع القيم إنما يحصل بتلف العين و المثل. فإن قلنا: إن تعذر المثل يسقط المثل «٦» كما أن تلف العين يسقط العين توجه القول بضمنان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإعواز، و هو أصح الاحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل «٧». و إن قلنا: إن تعذر المثل لا يسقط المثل و ليس كتلف العين، كان ارتفاع القيمة فيما بعد تعذر المثل أيضاً مضموناً، فيتوجه ضمان القيمة من

(١) عبارة «بشرط تعذر أدائه المتدارك لارتفاع القيم كذلك» لم ترد في «ف»، و كتب عليها في «ن»: زائد، و ورد في هامشها تصحيحاً العبارة التالية: «عند التلف في القيمي، كذلك ارتفاع القيمة مع بقاء العين أو المثل مضمون بشرط .. نسخة». و وردت هذه العبارة في نسخة بدل «ش» أيضاً.

(٢) في «ص»: يشترط.

(٣) في «ف»: «فحيث».

(٤) كذا في «ص»، و في غيرها: مثلها.

(٥) كذا في «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: أداء مثله عند تلفه كرد عينه.

(٦) في غير «ف» زيادة: «كما إن تلف العين يسقط المثل»، و لكن شطب عليها في غير «ش».

(٧) قاله العلامة في التذكرة ٢: ٣٨٣، و انظر مغنى المحتاج ٢: ٢٨٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٣٤

حين الغصب إلى حين دفع القيمة، و هو المحكى عن الإيضاح «١»، و هو أوجه الاحتمالات على القول بضمنان ارتفاع القيمة مراعى بعدم رد العين أو المثل.

ثم اعلم: أن العلامة ذكر في عنوان هذه الاحتمالات: أنه لو تلف المثلي و المثل موجود ثم أعوز «٢»، و ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ «٣» تعذر المثل بعد تيسره «٤» في بعض أزمنة التلف، لا ما تعذر فيه المثل ابتداءً.

و عن جامع المقاصد: أنه يتعين حينئذ قيمته «٥» يوم التلف «٦»، و لعله لعدم تنجز التكليف بالمثل عليه في وقت من الأوقات.

و يمكن أن يחדش فيه: بأن التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه في الذمة ابتداءً، كما لا يشترط في استقراره استدامة «٧» على ما اعترف به «٨» مع طرؤ التعذر بعد التلف؛ و لذا لم يذكر أحد هذا التفصيل في باب القرض.

(١) إيضاح الفوائد ٢: ١٧٥.

(٢) انظر القواعد ١: ٢٠٣.

(٣) العبارة في «ف» هكذا: «بما طرأ فيه».

(٤) كذا في «ف» و «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: بعد وجود المثل.

(٥) كذا في «ف»، و في غيرها: قيمة.

(٦) جامع المقاصد ٦: ٢٥٢.

(٧) كذا في «ش» و مصححة «ن» و «ص»، و في سائر النسخ: استدامته.

(٨) انظر جامع المقاصد ٦: ٢٥٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٣٥

و بالجملة، فاشتغال الذميه بالمثل إن قيد بالتمكّن لزم الحكم بارتفاعه بطرّو التعذر، و إلّا لزم الحكم بحدوثه مع التعذر من أوّل الأمر، إلّا أن يقول «١»: إن أدلّه وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكّن و إن لم يكن مشروطاً به عقلاً، فلا تعمّ صورة العجز.

نعم، إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل و انقلابه قيمياً.

و قد يقال على المحقق المذكور: إنّ اللازم ممّا ذكره «٢» أنّه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمة لم يكن له المطالبة، و لا أظنّ أحداً يلتزمه، و فيه تأمل.

ثمّ إنّ المحكّي عن التذكرة: أنّ المراد بإعواز المثل: أن لا يوجد في البلد و ما «٣» حوله «٤».

و زاد في المسالك قوله: ممّا ينقل عادةً منه إليه، كما ذكروا في انقطاع المشلم فيه «٥».

و عن جامع المقاصد: الرجوع فيه إلى العرف «٦».

و يمكن أن يقال: إنّ مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس «٧»

(١) في «ش»: أن يقال.

(٢) في «ف»: ممّا ذكر.

(٣) في «ف»: و لا ما.

(٤) التذكرة ٢: ٣٨٣.

(٥) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨.

(٦) جامع المقاصد ٦: ٢٤٥.

(٧) يدلّ عليه ما في الوسائل ١٧: ٣٠٨، الباب الأوّل من أبواب الغصب، و مستدرک الوسائل ١٧: ٨٧، الباب الأوّل من أبواب الغصب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٣٦

و تسليطهم على أموالهم «١» أعياناً كانت أم في الذمّة «٢»:- وجوب تحصيل المثل كما كان يجب ردّ العين أينما كانت و لو كانت في تحصيله مؤنّه كثيرة، و لذا كان يجب تحصيل المثل بأيّ ثمن كان، و ليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة «٣».

نعم، لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعواز تعيّن ما عن جامع المقاصد، كما أنّ المجمعين إذا كانوا بين معيّر بالإعواز و معيّر بالتعذر، كان المتيقّن الرجوع إلى الأخصّ و هو التعذر «٤»؛ لأنّه المجمع عليه.

نعم، ورد في بعض أخبار السلم: أنّه إذا لم يقدر المسلم إليه على إيفاء المسلم فيه تخير المشتري «٥».

و من المعلوم: أنّ المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلي المتوقّف على استحالة النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفاً ما عن التذكرة، و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

ثمّ، إنّ في معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه إشكالاً؛ من حيث إنّ العبرة بفرض وجوده و لو في غاية العزّة كالفاكهة في أوّل زمانها أو آخره أو وجود المتوسط؟ الظاهر هو الأوّل، لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب في بيعه و شرائه، فلا عبرة بفرض وجوده عند من

(١) عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

(٢) في «ف»: الذمم.

(٣) التذكرة ٢: ٣٨٣.

(٤) كذا في «ف» ظاهراً، و في سائر النسخ: المتعذر.

(٥) راجع الوسائل ١٣: ٦٩، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ٧ و غيره.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٣٧

يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه إلا إذا بذل له عوض لا يبذله «١» الراغبون في هذا الجنس بمقتضى «٢» رغبتهم. نعم «٣»، لو الجئ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك، كما لو فرض الجمد في الصيف عند ملك العراق، بحيث لا يعطيه إلا أن يبذله بإزاء عتاق الخيل و شبهها، فإن الراغب في الجمد في العراق من حيث إنه راغب لا يبذل هذا العوض بإزائه، و إنما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلاً، أو معالجة مشرف على الهلاك به، و نحو ذلك من الأغراض؛ و لذا لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدح في صدق التعذر كما ذكرنا في المسألة الخامسة «٤».

فكل موجود لا يقدح وجوده في صدق التعذر فلا عبرة بفرض وجوده في التقييم عند عدمه.

ثم إنك قد عرفت أن للمالك مطالبه الضامن بالمثل عند تمكنه و لو كان في غير بلد الضمان و كان قيمة المثل هناك أزيد «٥»، و أمّا مع تعذره و كون قيمة المثل في بلد التلف مخالفاً لها في بلد المطالبة، فهل له المطالبة بأعلى القيمتين، أم يتعين قيمة بلد المطالبة، أم بلد التلف؟ وجوه.

و فضل الشيخ في المبسوط في باب الغصب:- بأنه إن لم يكن في نقله مؤنثه كالتقدين فله المطالبة بالمثل، سواء أ كانت القيمتان

(١) في «ش»: لا يبذل.

(٢) في «ف» بدل «بمقتضى»: بمقدار.

(٣) كذا في «ف»، «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: ثم.

(٤) راجع الصفحة ٢٢٣.

(٥) راجع الصفحة ٢٢٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٣٨

مختلفتين أم لا- و إن كان في نقله مؤنثه، فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضاً؛ لأنه لا ضرر عليه في ذلك، و إلا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصبر حتى يوفيه بذلك البلد، ثم قال: إن الكلام في القرض كالكلام في الغصب «١».

و حكى نحو هذا عن القاضي أيضاً «٢»، فتدبر.

و يمكن أن يقال: إن الحكم باعتبار بلد القرض أو السلم على القول به مع الإطلاق لانصراف العقد إليه، و ليس في باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف.

بقي الكلام في أنه هل يعد من تعذر المثل خروجه عن القيمة كالماء على الشاطئ إذا أتلفه في مفازة، و الجمد في الشتاء إذا أتلفه في الصيف أم لا؟ الأقوى بل المتعين هو الأول، بل حكى عن بعض نسبه إلى الأصحاب و غيرهم «٣».

و المصرح به في محكي التذكرة «٤» و الإيضاح «٥» و الدروس «٦»: قيمة المثل في تلك المفازة، و يحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه «٧» عن المالیه.

(١) المبسوط ٣: ٧٦.

(٢) المهذب ١: ٤٤٣.

(٣) حكاية السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦: ٢٥٢ عن جامع المقاصد ٦: ٢٥٨.

(٤) التذكرة ٢: ٣٨٤.

(٥) إيضاح الفوائد ٢: ١٧٧.

(٦) الدروس ٣: ١١٣.

(٧) في «ش»: به.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٣٩

«فرع» [لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة]

لو دفع القيمة في المثلي «١» المتعذر مثله ثم تمكن من المثل، فالظاهر عدم عود المثل في ذمته؛ وفاقاً للعلامة رحمه الله «٢» و من تأخر عنه «٣» ممن تعرض للمسألة؛ لأن المثل كان ديناً في الذمة سقط بأداء عوضه مع التراضي فلا يعود، كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده. هذا على المختار، من عدم سقوط المثل عن الذمة بالإعواز، و أما على القول بسقوطه و انقلابه قيمياً، فإن قلنا: بأن المغصوب انقلب قيمياً عند تعذر مثله، فأولى بالسقوط؛ لأن المدفوع نفس ما في الذمة. و إن قلنا: بأن «٤» المثل بتعذره النازل منزلة التلف صار قيمياً، احتمل وجوب المثل عند وجوده؛ لأن القيمة حينئذٍ بدل الحيلولة عن المثل، و سيأتي أن حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة «٥».

(١) كذا في «ف» و «ن»، و في سائر النسخ: المثل.

(٢) القواعد ١: ٢٠٤، و التذكرة ٢: ٣٨٤.

(٣) مثل الشهيد في الدروس ٣: ١١٣، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٦: ٢٥٥ ٢٥٦، و الشهيد الثاني في المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨ و غيرهم.

(٤) كذا في «ف»، و في غيرها: إن.

(٥) يأتي في الصفحة ٢٦٧، عند قوله: «ثم إنه لا إشكال في أنه إذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكناً وجب ردّها إلى مالكها».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٤٠

السابع لو كان النالف المبيع فاسداً قيمياً،

[ضمان القيمي بالقيمة في المقبوض بالعقد الفاسد، و الدليل عليه]

فقد حكى: الاتفاق على كونه مضموناً بالقيمة «١»، و يدل عليه: الأخبار المتفرقة في كثير من القيميات «٢»، فلا حاجة إلى التمسك بصحيفة أبي ولاد الآتية في ضمان البغل «٣»، و لا بقوله عليه السلام: «من أعتق شقصاً من عبد قوم عليه» «٤» بل الأخبار

(١) لم نعر على حكاية الاتفاق، نعم استظهر السيد المجاهد عدم الخلاف بين الأصحاب، راجع المناهل: ٢٩٨.

(٢) انظر الوسائل ١٧: ٣٧٢، الباب ٢٣ من أبواب اللقطة، الحديث الأول، و ١٨: ٥٣٨، الباب ٣ من أبواب الحدود و التعزيرات، الحديث

الأول.

(٣) تأتي في الصفحة ٢٤٦ ٢٤٧.

(٤) رواه ابن أبي جمهور في عوالي اللآلي عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ مع اختلافٍ في اللفظ، انظر عوالي اللآلي ٣: ٤٢٧، الحديث ٢٤، و عنه في مستدرک الوسائل ١٥: ٤٦١، الباب ١٦ من أبواب العتق، الحديث ٥، و لفظ الحديث موجود في الغنية: ٢٧٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٤١

كثيرة «١»، بل قد عرفت «٢» أن مقتضى إطلاق أدلته الضمان في القيميات هو ذلك بحسب المتعارف، إلما أن المتيقن من هذا المتعارف «٣» ما كان المثل فيه متعذراً، بل يمكن دعوى انصراف الإطلاقات الواردة في خصوص بعض القيميات كالبلغ والعبد و نحوهما «٤» لصورة تعذر المثل، كما هو الغالب.

فالمرجع في وجوب القيمة في القيمي و إن فرض تيسر المثل له كما في من أتلّف عبداً من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه، و كما لو أتلّف عليه ذراعاً من مائه ذراع كرباس منسوج على طريقه واحدة لا تفاوت في أجزائه أصلاً هو الإجماع، كما يستظهر.

و على تقديره، ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل، خصوصاً مع الاستدلال عليه كما «٥» في الخلاف «٦» و غيره «٧» بقوله تعالى فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ «٨»؛ بناءً على أن القيمة

(١) انظر الوسائل ١٦: ٢٠ ٢١، الباب ١٨ من أبواب العتق، الأحاديث ١، ٤، ٥، ٩ و ١٠ و غيرها.

(٢) في الصفحة ٢٢٨.

(٣) في «ف»: من التعارف.

(٤) تقدّمت الإشارة إلى مواردها في الصفحة السابقة.

(٥) لم ترد «كما» في «ف».

(٦) الخلاف ٣: ٤٠٢، كتاب الغصب، المسألة ١١، و ٤٠٦، المسألة ١٨.

(٧) مثل السرائر ٢: ٤٨٠، و التذكرة ٢: ٣٨٣.

(٨) البقرة: ١٩٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٤٢

مماثلة «١» للتالف في المايه، فإنّ ظاهر ذلك جعلها من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذر المثل.

و كيف كان، فقد حكى الخلاف في ذلك عن الإسكافي «٢»، و عن الشيخ و المحقق في الخلاف و الشرائع في باب القرض «٣».

فإن أرادوا ذلك مطلقاً حتى مع تعذر المثل فيكون القيمة عندهم بدلاً عن المثل حتى يترتب عليه وجوب قيمة يوم دفعها كما ذكروا ذلك احتمالاً في مسألة تعين القيمة «٤» متفرعاً على هذا القول فيردّه إطلاقات «٥» الروايات الكثيرة في موارد كثيرة:

منها: صحيحه أبي ولاد الآتية «٦».

و منها: رواية تقويم العبد «٧».

و منها: ما دلّ على أنه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من ذمته «٨»

(١) كذا في مصححة «ص»، و في غيرها: مماثل.

(٢) حكى عنه و عن ظاهر الشيخ و المحقق، السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٣.

(٣) الخلاف ٣: ١٧٥، كتاب البيوع، المسألة ٢٨٧. و الشرائع ٢: ٦٨، لكنّه استحسّن ضمان المثل بعد أن أفتى بضمان القيمة.

(٤) انظر مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٣، و الجواهر ٢٥: ٢٠.

(٥) في «ف»، «ن»، «خ» و «م»: إطلاق.

(٦) يأتي في الصفحة ٢٤٦ ٢٤٧.

(٧) المراد بها ظاهراً ما تقدّم في الصفحة ٢٤٠ من قوله عليه السلام: «مَنْ أَعْتَقَ شَقِصاً مِنْ عَبْدٍ قَوْمٍ عَلَيْهِ».

(٨) في «ن» و «ش»: دينه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٤٣

بحسب ذلك «١»، فلو لا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف.

و منها: غير ذلك من الأخبار الكثيرة «٢».

و إن أرادوا أنّه مع تيسّر المثل يجب المثل لم يكن بعيداً؛ نظراً إلى ظاهر آية الاعتداء «٣» و نفى الضرر «٤»؛ لأنّ خصوصيات الحقائق

قد تقصد، اللهم إلّا أن يحقّق إجماع على خلافه و لو من جهة أنّ ظاهر كلمات هؤلاء «٥» إطلاق القول بضمان المثل، فيكون الفصل

بين التيسّر و عدمه قولاً ثالثاً في المسألة.

[ما هو المعيار في تعيين القيمة في المقبوض بالعقد الفاسد؟]

ثمّ إنهم اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد.

فالمحكّي في غاية المراد «٦» عن الشيخين و أتباعهما: تعيين قيمة يوم التلف، و عن الدروس «٧» و الروضة «٨» نسبتها إلى الأكثر.

و الوجه فيه على ما نبه عليه جماعة، منهم العلامة في التحرير «٩»:- أن الانتقال إلى البدل إنّما هو يوم التلف؛ إذ الواجب قبله

(١) انظر الوسائل ١٣: ١٢٩، الباب ٧ من أبواب أحكام الرهن.

(٢) المشار إليها في هامش الصفحة ٢٤١.

(٣) البقرة: ١٩٤.

(٤) انظر الوسائل ١٧: ٣٤٠، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات.

(٥) يعني الإسكافي و الشيخ و المحقّق قدس سرهم.

(٦) غاية المراد: ٨٥.

(٧) الدروس ٣: ١١٣.

(٨) الروضة البهية ٧: ٤١، و انظر الجواهر ٣٧: ١٠٥.

(٩) التحرير ٢: ١٣٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٤٤

هو ردّ العين.

و ربما يورد «١» عليه: أنّ يوم التلف يوم الانتقال إلى القيمة، أمّا كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا.

و يدفع: بأنّ معنى ضمان العين عند قبضه: كونه في عهده، و معنى ذلك وجوب تداركه ببدله عند التلف، حتّى يكون عند التلف «٢»

كأنه لم يتلف، و تداركه «٣» على هذا النحو بالتزام مال معادل له [قائم] «٤» مقامه.

[الأصل في ضمان التالف: ضمانه بقيمته يوم التلف]

و مما ذكرنا ظهر أنّ الأصل في ضمان التالف: ضمانه بقيمته يوم التلف، فإن خرج المغصوب من ذلك «٥» مثلاً فبدليل من «٦» خارج.

[الاستدلال بصحيحة أبي ولاد على أن العبرة بقيمة يوم الضمان]**إشارة**

نعم، لو تم ما تقدّم عن الحلّي في هذا المقام: من دعوى الاتفاق على كون البيع «٧» فاسداً بمنزلة المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم «٨»، ألحقناه بالمغصوب إن ثبت فيه حكم مخالف لهذا الأصل، بل يمكن أن يقال: إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب كما هو ظاهر صحيحة

(١) لم نعثر على المورد، نعم أورده في المناهل: ٢٩٨ بلفظ: «و لا يقال».

(٢) عبارة «حتى يكون عند التلف» لم ترد في «ف».

(٣) في «ن»، «م»، «ع» و «ص» و نسخة بدل «خ» زيادة: «ببدله»، و لكن شطب عليها في «ن».

(٤) من «ش» فقط.

(٥) لم يرد «من ذلك» في «ف».

(٦) كلمة «من» لم ترد في غير «ف».

(٧) في «ص» و مصحّحة «ن»: المبيع.

(٨) تقدّم في الصفحة ٢٠٧ ٢٠٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٤٥

أبي ولاد الآتية كشف ذلك عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف؛ إذ يلزم حينئذ أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغصب غير واجب التدارك عند التلف؛ لما ذكرنا من أن معنى التدارك التزام «١» بقيمته يوم وجوب التدارك.

نعم، لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم، أمكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى التدارك مؤاخذه له بأشق الأحوال.

فالمهم حينئذٍ صرف الكلام إلى معنى الصحيحة بعد ذكرها؛ ليلحق به البيع الفاسد، إمّا لما ادّعاه الحلّي «٢»، و إمّا لكشف الصحيحة عن معنى التدارك و الغرامة في المضمونات، و كون العبرة في جميعها بيوم الضمان، كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد.

و حيث إنّ الصحيحة مشتملة على أحكام كثيرة و فوائد خطيرة، فلا بأس بذكرها جميعاً و إن كان الغرض متعلّقاً ببعضها.

فروى «٣» الشيخ في الصحيح عن أبي ولاد، قال: اكرتت بغلاً إلى قصر بنى هبيرة «٤» ذاهباً و جائياً بكذا و كذا، و خرجت في طلب

غريم

(١) كذا في النسخ، و المناسب: «الالتزام»، كما في مصححة «ص».

(٢) راجع الصفحة السابقة.

(٣) لما كانت النسخ مختلفة اختلافاً كثيراً في نقل الرواية، آثرنا نقلها من التهذيب.

(٤) الوسائل: «قصر ابن هبيرة»، و هو الموافق لما في معجم البلدان ٤: ٣٦٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٤٦

لى، فلما صرت إلى قرب قنطرة الكوفة خُبرت أن صاحبي توجه إلى النيل «١»، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خُبرت أنه توجه إلى بغداد، فأتبعته فظفرت به و فرغت فيما بيني وبينه، و رجعت إلى الكوفة، و كان ذهابي و مجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري، و أردت أن أتحلل منه فيما صنعت و أرضيه، فبدلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل، فتراضينا بأبي حنيفة، و أخبرته بالقصة و أخبره الرجل، فقال لى: ما صنعت بالبغل؟ فقلت: قد رجعت سليماً. قال: نعم، بعد خمسة عشر يوماً! قال: فما تريد من الرجل؟ قال: أريد كرى بغلى فقد حبسه على خمسة عشر يوماً. فقال: إني ما أرى لك حقاً؛ لأنه اكتراه إلى قصر بني هبيرة فخالف فركبه إلى النيل و إلى بغداد، فضمن قيمة البغل و سقط الكرى، فلما ردّ البغل سليماً و قبضته لم يلزمه الكرى. قال: فخرجنا من عنده و جعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته ممّا أفتى به أبو حنيفة، و أعطيته شيئاً و تحللت منه، و حججت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة، فقال: في مثل هذا القضاء و شبهه تجس السماء ماءها و تمنع الأرض بركتها. قال: فقلت لأبي عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت؟ قال: أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفة إلى النيل و مثل كرى البغل من النيل إلى بغداد، و مثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة، و توفيه إياه. قال: قلت: جعلت فداك، قد علفته بدراهم، فلى عليه علفه؟ قال: لا؛ لأنك غاصب. فقلت: أ رأيت لو عطب البغل أو أنفق، أ ليس كان يلزمني؟

(١) سوف يأتي توضيحه في هامش الصفحة ٣٦٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٤٧

قال: نعم، قيمة بغل يوم خالفته. قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم تردّه عليه. قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمك. قلت: إني أعطيته دراهم و رضى بها و حللني. قال: إمّا رضى فأحللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم، و لكن ارجع إليه و أخبره بما أفتيتك به، فإن جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك .. الخبر «١».

و محلّ الاستشهاد فيه فقرتان:

الاولى: قوله: «نعم، قيمة بغل يوم خالفته» إلى ما بعد،

فإنّ الظاهر أنّ اليوم قيد للقيمة، إمّا بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانياً، يعنى قيمة يوم المخالفة للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة، لا لأنّ ذا القيمة بغل غير معيّن، حتّى توهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل، و القيمة إنّما هي قيمة المثل. و إمّا بجعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل.

و أمّا ما احتمله جماعة «٢» من تعلّق الظرف بقوله: «نعم» القائم

(١) التهذيب ٧: ٢١٥، الحديث ٩٤٣، و أورده في الوسائل ١٣: ٢٥٥، الباب ١٧ من أبواب الإجارة، الحديث الأوّل، عن الكافي.

(٢) منهم: السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٤، والمحقق النراقي في المستند ٢: ٣٦٨، وصاحب الجواهر في الجواهر ٣٧: ١٠١. ١٠٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٤٨

مقام قوله عليه السلام: «يلزمك» يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل فبعيد جداً، بل غير ممكن؛ لأن السائل إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، كما يدل عليه: «أ رأيت لو عطب البغل، أو نفق أ ليس كان يلزمني؟»، فقوله: «نعم» يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته. وقد أظن بعض في «١» جعل الفقرة ظاهرة في تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه «٢»، ولم يأت بشيء يساعده التركيب اللغوي، ولا المتفاهم العرفي.

الثانية: قوله: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكترى كذا و كذا»

فإن إثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه؛ لعدم الاعتبار به «٣»، فلا بد أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة؛ بناءً على أنه يوم الاكتراء؛ لأن الظاهر من صدر الرواية أنه خالف المالك بمجرد خروجه من «٤» الكوفة، ومن المعلوم أن اكترى البغل لمثل تلك «٥» المسافة القليلة إنما يكون يوم

(١) في «ش» بدل «في»: من.

(٢) الظاهر أنه قدس سره أشار بهذا الكلام إلى ما حكاه صاحب الجواهر رحمه الله في كتاب الغصب بقوله: «نعم، ربما قيل: إنه ظاهر فيه، يعني في تعلق الظرف بالفعل المدلول عليه بقوله عليه السلام: نعم»، كذا أفاده العلامة المامقاني في غايه الآمال: ٣١٥، وانظر الجواهر ٣٧: ١٠٢.

(٣) في «ف» زيادة: قطعاً.

(٤) كذا في «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: إلى.

(٥) لم ترد «تلك» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٤٩

الخروج، أو في عصر اليوم السابق. و معلوم أيضاً عدم اختلاف القيمة في هذه المدّة القليلة.

و أمّا قوله عليه السلام في جواب السؤال عن إصابة العيب: «عليك قيمة ما بين الصّحة و العيب يوم تردّه» فالظرف متعلق ب «عليك» لا قيد للقيمة؛ إذ لا عبرة في أرش العيب بيوم الردّ إجماعاً؛ لأنّ النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين، فالمعنى: عليك أداء الأرش يوم ردّ البغلة.

و يحتمل أن يكون قيداً ل «العيب»، و المراد: العيب الموجود في يوم الردّ؛ لاحتمال ازدياد العيب إلى يوم الردّ فهو المضمون، دون العيب القليل الحادث أولماً، لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الردّ، و العبرة حينئذٍ بالعيب الموجود حال حدوثه؛ لأنّ المعيب لو ردّ إلى الصّحة أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع على مقتضى الفتوى «١»، فهذا الاحتمال من هذه الجهة ضعيف أيضاً، فتعيّن تعلقه بقوله عليه السلام: «عليك».

و المراد ب «قيمة ما بين الصّحة «٢» و العيب» قيمة التفاوت بين الصّحة و العيب، و لا تعرّض في الرواية ليوم هذه القيمة، فيحتمل يوم الغصب، و يحتمل يوم حدوث العيب الذي هو يوم تلف وصف الصّحة الذي هو بمنزلة جزء العين في باب الضمانات و المعاوزات، و حيث عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه و اللاحقة له في اعتبار يوم الغصب، تعيّن حمل هذا أيضاً على ذلك.

(١) عبارة «على مقتضى الفتوى» لم ترد في «ف».

(٢) في «ف»: قيمة يوم الصحة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٥٠

[ما يوهن الاستدلال بالصحيحة على اعتبار قيمة يوم الضمان]

نعم، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحيحة بأنه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم في الرواية على ما هو الغالب في مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل في مدة خمسة عشر يوماً، و يكون السرّ في التعبير ب «يوم المخالفة» دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام: أن العبرة بقيمة ما اشترى به البغل و إن نقص بعد ذلك؛ لأنه حسره «١» المبلغ الذي اشترى به البغلة. و يؤيده: التعبير عن يوم المخالفة في ذيل الرواية ب «يوم الاكتراء» «٢» فإن فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلم بيوم المخالفة من حيث إنه يوم المخالفة.

إلما أن يقال: إن الوجه في التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته في زمان الاكتراء؛ لكون البغل فيه غالباً بمشهد من الناس و جماعة من المكارين، بخلاف زمان المخالفة من حيث إنه زمان المخالفة، فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبينة كاليمين «٣»، في مقابل قول السائل: «و من يعرف ذلك؟»، فتأمل.

(١) في «ع» و «خ»: «حسره»، قال في شرح الشهيدى بعد أن أثبت «حسره» و شرح معناها:- هذا بناء على «حسره» بالضمير، و أما بناء على عدمه كما في بعض النسخ المصححة من جهة حك الضمير فيه، فالمعنى واضح. انظر هداية الطالب: ٢٣٩.

(٢) التعبير الموجود في ذيل الرواية هو: «حين اكرتري»، و لعل المؤلف قدس سره نقل ذلك بالمعنى.

(٣) لم ترد «كاليمين» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٥١

و يؤيده أيضاً: قوله عليه السلام في ما بعد، في جواب قول السائل: «و من يعرف ذلك؟» قال: «أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك «١» فحلفت على القيمة «٢» لزمه، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون على «٣» أن قيمة البغل يوم اكرتري كذا و كذا، فيلزمك .. الخبر»، فإن العبرة لو كان «٤» بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفاً للأصل، ثم لا وجه لقبول بيئته؛ لأن من كان القول قوله فالبينة بيئته صاحبه.

و حمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له و يصدق فيه من دون محاكمة و التعبير برده «٥» اليمين على الغاصب من جهة أن المالك أعرف بقيمة بغله، فكأن الحلف حق «٦» له ابتداء خلاف الظاهر.

و هذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف؛ فإنه يمكن أن يحمل توجه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا في تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاقهما أو الاطلاع من الخارج على قيمته سابقاً، و لا شك حينئذ أن القول قول المالك، و يكون سماع البيئته في صورة اختلافهما في قيمة البغل

(١) كلمة «عليك» من «ش» و المصدر.

(٢) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ بدل على القيمة: له.

(٣) لم ترد «على» في المصدر، و شطب عليها في «ص».

(٤) كذا، و المناسب: «كانت»، كما في مصححة «ص».

(٥) في «ف»: برد.

(٦) في «ش»: فكان الحلف حقاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٥٢

سابقاً مع اتفاقهما على بقاءه عليها إلى يوم التلف، فتكون الرواية قد تكفلت بحكم صورتين من صور تنازعهما، و يبقى بعض الصور، مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة، و لعل حكمها أعنى حلف الغاصب يعلم من حكم عكسها المذكور في الرواية.

و أمياً على تقدير كون العبرة في القيمة بيوم المخالفة، فلا بد من حمل الرواية على ما إذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة، أو اللاحق له و ادعى الغاصب نقصانه عن تلك «١» يوم المخالفة، و لا يخفى بعده.

و أبعد منه: حمل النص على التعبد، و جعل الحكم في خصوص الدابة المغصوبة أو مطلقاً «٢» مخالفاً للقاعدة المتفق عليها نصاً «٣» و فتوى: من كون البيئة على المدعى و اليمين على من أنكر «٤»، كما حكى عن الشيخ في بابي الإجارة و الغصب «٥».

[الاستشهاد بالصحيحة على ضمان أعلى القيم و المناقشة فيه]

و أضعف من ذلك: الاستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم من

(١) في «ف» بدل «تلك»: الملك.

(٢) كذا في «ف» و مصححة «ن»، و في «ش»: «و جعل حكم خصوص الدابة أو مطلقاً»، و في سائر النسخ: «و جعل الحكم مخصوصاً في الدابة المغصوبة أو مطلقاً».

(٣) انظر الوسائل ١٨: ١٧٠، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم و الدعوى و غيره.

(٤) في «ف»: على المنكر.

(٥) انظر النهاية: ٤٤٦، هذا في الإجارة، و لم نعثر عليه في الغصب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٥٣

حين الغصب إلى التلف كما حكى عن الشهيد الثاني «١» إذ لم يعلم لذلك وجه صحيح، و لم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب.

[الاستدلال على أعلى القيم بوجه آخر، و المناقشة فيه]

نعم، استدلوا على هذا القول بأن العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة التي منها زمان ارتفاع قيمته «٢».

وفيه: إن ضمانها في تلك الحال، إن أريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلم؛ إذ تداركه لا يكون إلا بذلك، لكن المفروض أنها لم تتلف فيه.

و إن أريد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه فعلاً و إن تنزلت بعد ذلك، فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع رد العين.

و إن أريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف، فهو و إن لم يخالف الاتفاق إلما أنه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل، عدا ما حكاها في الرياض عن خاله العلامة قدس الله تعالى روحهما من قاعدة نفى الضرر الحاصل على المالك «٣»

(١) المسالك ٢: ٢٠٩، و الروضة البهية ٧: ٤٣ ٤٤، و حكاها السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٤.

(٢) ممن استدلل بذلك: الفاضل المقداد في التنقيح ٤: ٧٠، و ابن فهد الحلّي في المهذب البارع ٤: ٢٥٢، و الشهيد الثاني في المسالك ٢: ٢٠٩، و انظر مفتاح الكرامة ٦: ٢٤٤.

(٣) الرياض ٢: ٣٠٤، و المراد ب «خاله العلامة» هو العلامة الأكبر الآقا محمد باقر الوحيد البهبهاني قدس سره.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٥٤

و فيه نظر، كما اعترف به بعض من تأخر «١».

نعم، يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونه في جميع الأزمنة: بأن العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان و صار ماليتها مقومة بتلك القيمة، فكما أنه إذا تلفت حينئذ يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها و بين المالك حتى تلفت؛ إذ لا فرق مع عدم التمكن منها بين أن تلف أو تبقى.

نعم، لو ردت تدارك تلك المائبة بنفس العين، و ارتفاع القيمة السوقية أمر اعتباري لا يضمن بنفسه؛ لعدم كونه مالاً، و إنما هو مقوم لمالية المال، و به تمايز «٢» الأموال كثرة و قلة.

و الحاصل: أن للعين في كل زمان من أزمنة تفاوت قيمته مرتبة من المائبة، أزيلت يد المالك منها و انقطعت سلطنته عنها، فإن ردت العين فلا مال سواها يضمن، و إن تلفت استقرت عليها «٣» تلك المراتب «٤»؛ لدخول الأدنى تحت الأعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة، حيث إنه يضمن الأعلى منها.

و لأجل ذلك استدلل العلامة في التحرير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله: لأنه زمان إزالة يد المالك «٥».

و نقول في توضيحه: إن كل زمان من أزمنة الغصب قد أزيلت

(١) المراد به صاحب الجواهر قدس سره في الجواهر ٣٧: ١٠٥.

(٢) في «ف»: تميز.

(٣) في «ف» و «ن»: أعلى.

(٤) في «ف» زيادة: عليه.

(٥) التحرير ٢: ١٣٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٥٥

فيه يد المالك من العين على حسب ماليتها، ففي زمان أزيلت من مقدار درهم، و في آخر عن درهمن، و في ثالث عن ثلاثة، فإذا استمرت الإزالة إلى زمان التلف وجبت غرامه أكثرها، فتأمل.

[الاستدلال ثالث على أعلى القيم و توجيهه]

و استدلل في السرائر و غيرها على هذا القول بأصالة الاشتغال «١»؛ لاشتغال ذمته بحق المالك «٢»، و لا يحصل البراءة إلّا بالأعلى.

و قد يجاب بأن الأصل في المقام البراءة؛ حيث إن الشك في التكليف بالزائد «٣». نعم، لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان

المستفاد من حديث اليد «٤».

[المحكى عن جماعة أن الاعتبار بيوم البيع، و توجيهه]

ثم إنه حكى عن المفيد والقاضى والحلبى: الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض «٥» إلى حكم المشتري «٦»، و لم يعلم له وجه، و لعلهم يريدون به يوم القبض؛ لغلبة اتحاد زمان البيع و القبض، فافهم.

(١) السرائر ٢: ٤٨١، الرياض ٢: ٣٠٤، المناهل: ٢٩٩.

(٢) فى «ف»: لاشتغال ذمة المالك.

(٣) أجاب عنها بذلك فى الجواهر ٣٧: ١٠٦.

(٤) و هو ما ورد عنه صلى الله عليه و آله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، عوالى اللآلى ٣: ٢٤٦، الحديث ٢.

(٥) فى غير «ش»: تفويض.

(٦) المقنعة: ٥٩٣، و لم نعثر عليه فى الكافى و المهدب، و الظاهر أن المؤلف قدس سره أخذ ذلك عن العلامة قدس سره فى المختلف ٥: ٢٤٣ و ٢٤٤، حيث نقل عن الشيخ فى النهاية ما نصه: من اشترى شيئاً بحكم نفسه و لم يذكر الثمن بعينه كان البيع باطلاً، فإن هلك فى يد المبتاع كان عليه قيمته يوم ابتاعه إلى أن قال و كذا قال المفيد و ابن البراج و أبو الصلاح.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٥٦

ثم إنه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال،

إلا أنه تردّد فيه فى الشرائع «١»، و لعله كما قيل «٢» من جهة احتمال كون القيمي مضموناً بمثله، و دفع القيمة إنما هو لإسقاط المثل. و قد تقدّم أنه مخالفٌ لإطلاق النصوص و الفتاوى «٣».

[ارتفاع القيمة بسبب الأمانة]

ثم إن ما ذكرنا «٤» من الخلاف إنما هو فى ارتفاع القيمة بحسب الأمانة، و أمّا إذا كان بسبب الأمانة، كما إذا كان فى محلّ الضمان بعشرة، و فى مكان التلف بعشرين، و فى مكان المطالبة بثلاثين، فالظاهر اعتبار محلّ التلف؛ لأنّ مالىة الشئ تختلف بحسب الأماكن، و تداركه بحسب مالىته.

[ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية]

ثم إن جميع ما ذكرنا من الخلاف إنما هو فى ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس، و أمّا إذا كان حاصلًا من زيادة فى العين، فالظاهر كما قيل «٥» عدم الخلاف فى ضمان أعلى القيم، و فى الحقيقة ليست قيم التالف مختلفه، و إنما زيادتها فى بعض أوقات الضمان لأجل الزيادة العينية الحاصلة فيه النازلة منزلة الجزء الفائت.

(١) الشرائع ٣: ٢٤٠.

(٢) قاله الشهيد الثاني في الروضة البهية ٧: ٤٠.

(٣) راجع الصفحة ٢٤٠ ٢٤٢.

(٤) في «ف»: ما ذكره.

(٥) قاله الشهيد الثاني قدس سره في عكس المسألة، وهو ما إذا استند نقص القيمة إلى نقص في العين، انظر المسالك ٢: ٢٠٩، و الروضة البهية ٧: ٤٤، و قرره في الجواهر ٣٧: ١٠٧. و الظاهر أنّ المؤلف قدس سره أراد من الزيادة: الزيادة الفائتة، بدليل قوله فيما سيأتي: «النازلة منزلة الجزء الفائت»، و قوله: «نعم يجرى الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٥٧

نعم، يجرى الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة، و أنّ «١» العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم.

[تعذر الوصول إلى العين في حكم التلف]

ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذر الوصول إليه و إن لم يهلك، كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق؛ لما دلّ على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونة «٢».

و هل يقيّد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه، أو بعدم رجاء وجدانه، أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدّة طويلة «٣» يتصرّر المالك من انتظارها، أو «٤» و لو كانت قصيرة؟ وجوه.

ظاهر أدلته ما ذكر من الأمور «٥»: الاختصاص بأحد الأولين، لكنّ ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير، كما يظهر من إطلاقهم أنّ اللوح المغصوب في السفينة إذا خيف من نزع غرّق مالٍ لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل «٦».

(١) في «ش»: فإنّ.

(٢) راجع الوسائل ١٣: ١٢٧، الباب ٥ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ٨، و الصفحة ٢٢٩، الباب ٥، الحديث الأوّل.

(٣) كلمة «طويلة» مشطوب عليها في «خ» و «ص».

(٤) لم ترد «أو» في «خ»، «م»، «ع» و «ص».

(٥) يعني: السرقة و الغرق و الضياع و الإباق.

(٦) صرح بذلك العلامة في القواعد ١: ٢٠٧، و التذكرة ٢: ٣٩٦، و نسبه السيد العامل إلى صريح جامع المقاصد و المسالك و الروضة و ظاهر غيرها، راجع مفتاح الكرامة ٦: ٢٨٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٥٨

و يؤيده: أنّ فيه جمعاً بين الحقيين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين؛ فإنّ تسلّط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده يقتضى جواز مطالبته الخروج عن عهده عند تعذّر نفسه، نظير ما تقدّم في تسلّطه على مطالبته القيمة للمثل المتعدّر في المثلى «١». نعم، لو كان زمان التعدّر قصيراً جداً، بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة و التدارك على أداء القيمة، أشكل الحكم.

ثمّ الظاهر عدم اعتبار التعدّر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعي في مقدّماته لم يسقط القيمة زمان السعي،

لكن ظاهر كلمات بعضهم «٢»: التعبير بالتعذر، وهو الأوفق بأصاله عدم تسلط المالك على أزيد من إزامه برد العين، فتأمل، ولعل المراد به التعذر في الحال و إن كان لتوقفه على مقدمات زمانية يتأخر لأجلها ذو المقدمه.

[هل يلزم المالك بأخذ البديل؟]

ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقاً للضامن، فلا يجوز للمالك الامتناع «٣»، بل له أن يمتنع «٤» من

(١) تقدم في الأمر السادس، الصفحة ٢٢٦.

دزفولي، مرتضى بن محمد امين انصاري، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ٦ جلد، كنگره جهاني بزرگداشت شيخ اعظم انصاري، قم - ايران، اول، ١٤١٥ هـ ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)؛ ج ٣، ص: ٢٥٨

(٢) كالمحقق في الشرائع ٣: ٢٣٩ و ٢٤١، والعلامة في القواعد ١: ٢٠٥ و التحرير ٢: ١٣٩ و ١٤٠ و غيرهما، و الشهيد في الدروس ٣: ١١٢، و المحقق السبزواري في الكفاية: ٢٥٨.

(٣) عبارة «فلا يجوز للمالك الامتناع» وردت في «ف» قبل قوله: ثم إن ثبوت ..

(٤) كذا في «ص» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: أن يمنع.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٥٩

أخذها و يصبر إلى زوال العذر، كما صرح به الشيخ في المبسوط «١»، و يدل عليه قاعدة تسلط الناس على أموالهم. و كما أن تعذر رد العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم.

ثم إن المال المبذول يملكه المالك بلا خلاف،

كما في المبسوط «٢» و الخلاف «٣» و الغنية «٤» و السرائر «٥» و ظاهرهم إرادة نفي الخلاف بين المسلمين، و لعل الوجه فيه: أن التدارك لا يتحقق إلّا بذلك.

و لو لا ظهور الإجماع و أدلة الغرامة «٦» في الملكية لاحتملنا أن يكون مباحاً له إباحة مطلقه و إن لم يدخل في ملكه، نظير الإباحة المطلقة في المعاطاة على القول بها فيها، و يكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين، و حكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمي رحمه الله في أجوبة مسائله «٧».

[هل تنقل العين إلى الضامن بإعطاء البديل]

و على أي حال، فلا ينتقل العين إلى الضامن، فهي غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبذول عن ملكه و دخول العين في ملكه،

- (١) المبسوط ٣: ٨٧.
- (٢) المبسوط ٣: ٩٥.
- (٣) الخلاف ٣: ٤١٢، كتاب الغصب، المسألة ٢٦.
- (٤) الغنية: ٢٨٢.
- (٥) السرائر ٢: ٤٨٦.
- (٦) مثل قاعدة «على اليد» و آية «الاعتداء»، وقاعدة «الإقدام»، و الروايات الواردة في الموارد الخاصة، المتقدمة في الصفحات السابقة.
- (٧) لم نعثر عليه.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٦٠
- و ليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض و المعوض، فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين في عدم البدل له.
- و قد استشكل في ذلك المحقق و الشهيد الثانيان:
- قال الأول في محكي جامع: إن هنا إشكالاً؛ فإنه كيف يجب القيمة و يملكها الآخذ و يبقى العين على ملكه؟ و جعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه «١»، انتهى.
- و قال الثاني: إن هذا لا يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من دون دليل واضح، و لو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلاً، و «٢» توقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين و إن جاز له التصرف، كان وجهاً في المسألة «٣»، انتهى. و استحسنته في محكي الكفاية «٤».
- أقول: الذي ينبغي أن يقال هنا: إن معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، و لازم ذلك إقامة مقابله من ماله مقامه «٥»؛ ليصدق ذهابها من كيسه.

- (١) جامع المقاصد ٦: ٢٦١، و فيه: إن هنا إشكالاً؛ فإنه كيف تجب القيمة و يملكها بالآخذ و يبقى العبد على ملكه ..
- (٢) في مصححة «ن» و المصدر: أو.
- (٣) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢١٠.
- (٤) كفاية الأحكام: ٢٥٩.
- (٥) كذا في النسخ، و المناسب: إقامة مقابله من ماله مقامها، لرجوع الضمير إلى العين، و كذا الكلام في الضمائر في الفقرة الآتية.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٦١
- ثم إن الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقي، أو العرفي المخرج للعين عن قابلية الملكية «١» عرفاً، و جب قيام مقابله من ماله مقامه في الملكية، و إن كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكية، و جب قيام مقابله مقامه في السلطنة، لا في الملكية؛ ليكون مقابلاً و تداركاً للسلطنة الفاتئة، فالتدارك لا يقتضى ملكية المتدارك في هذه الصورة.
- نعم، لما كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفاتئة متوقفة على الملك؛ لتوقف بعض التصرفات عليها، و جب ملكيته للمبذول تحقيقاً لمعنى التدارك و الخروج عن العهدة.
- و على أي تقدير: فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونة على ملك مالكةا، إنما الكلام في البدل المبذول، و لا كلام أيضاً في وجوب الحكم بالإباحة و بالسلطنة المطلقة عليها «٢»، و بعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذ إلى أن إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك هل تستلزم الملك من حين الإباحة، أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف؟ و قد تقدم في المعاطاة بيان ذلك.

[التفصيل بين فوات معظم المنافع أو بعضها]

ثم إنه قد تحصيل مما ذكرنا: أن تحقق «٣» ملكية البدل أو السلطنة المطلقة عليه مع بقاء العين على ملك مالكةا، إنما هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحيث يعدّ بذل البدل غرامة و تداركاً، أما لو لم يفت إلّا

(١) في «ف»: الملك.

(٢) كذا في النسخ، و المناسب: «عليه»، كما في مصححة «ن».

(٣) كذا في «ن» و مصححة «م»، و في غيرهما: تحقيق.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٦٢

بعض ما ليس به قوام الملكية، فالتدارك لا يقتضى ملكه و لا السلطنة المطلقة على البدل.

و لو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته حينئذ لم يبعد انكشاف «١» ذلك عن انتقال العين إلى الغارم؛ و لذا استظهر غير واحد «٢» أن الغارم لقيمة الحيوان الذى وطأه يملكه؛ لأنه و إن وجب بالوطء نفيه عن البلد و بيعه فى بلد آخر، لكن هذا لا يعدّ فواتاً لما به قوام المائنة.

[خروج العين عن التقويم]

هذا كله مع انقطاع السلطنة عن العين مع بقائها على مقدار ملكيتها «٣» السابقة.

أمّا لو خرج «٤» عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية، فمقتضى قاعدة الضمان وجوب كمال القيمة، مع بقاء العين على ملك المالك «٥»؛ لأنّ القيمة عوض الأوصاف أو الأجزاء «٦» التى خرجت العين لفواتها عن التقويم، لا عوض العين نفسها، كما فى الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإنّ بقاءها على ملك مالكةا لا ينافى معنى الغرامة؛

(١) كذا فى النسخ، و الصواب: «كشف»، كما فى مصححة «ن» و استظهر فى «ص» و «ش».

(٢) منهم الشهيد الثانى فى الروضة البهية ٩: ٣١١، و السيد الطباطبائى فى الرياض ٢: ٤٩٩.

(٣) كذا، و الأولى التعبير ب «مائيتها» كما فى مصححة «ن».

(٤) كذا، و المناسب: خرجت.

(٥) فى ما عدا «ش» زيادة: «به»، إلّا أنه شطب عليها فى «ن».

(٦) فى «م» و «ش»: و الأجزاء.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٦٣

لفوات معظم الانتفاعات به «١»، فيقوى عدم جواز المسح بها إلّا بإذن المالك و لو بذل القيمة.

قال فى القواعد «٢» فى ما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة: - و لو طلب المالك نزعها و إن أفضى إلى التلف وجب، ثمّ يضمن الغاصب النقص، و لو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة، انتهى.

و عطف على ذلك فى محكى جامع المقاصد «٣» قوله: و لا- يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من أنّ جناية

الغاصب توجب أكثر الأمرين، و لو استوعبت «٤» القيمة أخذها و لم تدفع العين «٥»، انتهى.

و عن المسالك في هذه المسألة: أنه إن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، و لا يخرج بذلك عن ملك مالكة كما سبق، فيجمع بين العين و القيمة «٦».

لكن عن مجمع البرهان في هذه المسألة:- اختيار عدم وجوب النزاع، بل قال: يمكن أن لا يجوز و يتعين القيمة؛ لكونه بمنزلة التلف، و حينئذ يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط؛ إذ لا غضب فيه يجب

(١) لم ترد «به» في «ش».

(٢) في «ش»: «شرح القواعد»، و المظنون بل المقطوع أن ما صدر عن قلمه الشريف هو «القواعد»، كما ورد في سائر النسخ؛ بدليل قوله فيما سيأتي: «و عطف على ذلك في محكي جامع المقاصد»، لكن مصحح «ش» لما رأى أن المنقول لم يكن بتمامه في القواعد، أضاف إليه كلمة: «شرح».

(٣) عبارة «في محكي جامع المقاصد» لم ترد في «ش».

(٤) في غير «ف»: استوعب.

(٥) جامع المقاصد ٦: ٣٠٤ ٣٠٥، و انظر القواعد ١: ٢٠٧.

(٦) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٧ ٢٠٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٦٤

ردّه، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد إكمال الغسل و قبل المسح «١»، انتهى.

و استجوده بعض المعاصرين «٢»؛ ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه؛ لصيرورته عوضاً شرعاً.

و فيه: أنه لا- منشأ لهذا الاقتضاء، و أدلته الضمان قد عرفت أن محصّليها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك، سواء كان الذاهب نفس العين كما في التلف الحقيقي، أو كان الذاهب السلطنة عليها التي بها قوام ماليتها كغرق المال، أو كان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التي يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته «٣».

و لا يخفى أن العين على التقدير الأول خارج «٤» عن الملكية عرفاً.

و على الثاني: السلطنة المطلقة على البدل بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين، و هذا معنى بدل الحيلولة.

و على الثالث: فالمبذول عوض عمداً خرج المال بذهابه عن التقويم، لا عن نفس العين، فالمضمون في الحقيقة هي تلك الأوصاف التي تقابل بجميع القيمة، لا نفس العين الباقية، كيف! و لم تتلف هي، و ليس لها على تقدير التلف أيضاً عهده مالياً؟ بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال، بل لو استلزم ردّه «٥» ضرراً مالياً على الغاصب

(١) مجمع الفائدة ١٠: ٥٢١.

(٢) هو صاحب الجواهر في الجواهر ٣٧: ٨٠.

(٣) كذا، و المناسب: ملكيتها.

(٤) كذا، و المناسب: خارجة.

(٥) كذا في النسخ، و المناسب: ردها.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٦٥

أمكن سقوطه، فتأمل.

[خروج العين عن الملكية مع بقاء حق الأولوية]

و لعل ما عن المسالك: من أن ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالإخراج، فتعين القيمة فقط «١»، محمول على صورة تضرر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء المستدخل فيه الخشبة، كما لا- يأبى عنه عنوان المسألة، فلاحظ، و حينئذ فلا تنافي ما تقدم عنه «٢» سابقاً: من بقاء الخيط على ملك مالكة و إن وجب بذل قيمته «٣». ثم إن هنا قسماً رابعاً، و هو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه، كما لو صار الخلل المغصوب خمرأ، فاستشكل في القواعد وجوب ردّها مع القيمة «٤»؛ و لعلّه من استصحاب وجوب ردّها، و من أن الموضوع في المستصحب ملك المالك؛ إذ لم يجب إلّا ردّه و لم يكن المالك إلّا أولى به «٥». إلّا أن يقال: إن الموضوع في الاستصحاب عرفي، و لذا كان الوجوب مذهب جماعة، منهم الشهيدان «٦» و المحقق الثاني «٧»، و يؤيده أنه لو عاد خلا ردّت إلى المالك بلا خلافٍ ظاهر.

(١) انظر المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٧، و العبارة منقولة بالمعنى.

(٢) كلمة «عنه» من «ف» و «ش».

(٣) راجع الصفحة ٢٦٣.

(٤) القواعد ١: ٢٠٦.

(٥) في «ف»: و لم يكن المالك أولى إلّا به.

(٦) الدروس ٣: ١١٢، المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢١٤.

(٧) جامع المقاصد ٦: ٢٩٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٦٦

[حكم ارتفاع قيمة العين بعد دفع بدلها]

ثم إن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهده العين و ضمانها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع، سواء كان للسوق أو للزيادة المتصلة، بل المنفصلة كالثمره و لا يضمن منافعه، فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك. و عن التذكرة «١» و بعض آخر «٢»: ضمان المنافع، و قواه في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه «٣». و في موضع من جامع المقاصد: أنه موضع توقف. و في موضع آخر رجح الوجوب «٤».

[حكم ارتفاع القيمة بعد التعذر و قبل الدفع]

ثم إن ظاهر عطف التعذر على التلف في كلام بعضهم «٥» عند التعرّض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة يقتضى عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر و قبل الدفع، كالحاصل بعد التلف، لكن مقتضى القاعدة ضمانه له؛ لأن «٦» مع التلف يتعين القيمة؛ و لذا ليس له الامتناع من أخذها، بخلاف تعذر العين؛ فإن القيمة غير متعينة، فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك و

يبقى العين في عهده

- (١) التذكرة ٢: ٣٨٢.
- (٢) وقال السيد العامل في مفتاح الكرامة (٦: ٢٤٩): «و هو الأصح»، وفيه أيضاً: «و مال إليه في المسالك»، انظر المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢١٠.
- (٣) المبسوط ٣: ٩٦.
- (٤) جامع المقاصد ٦: ٢٥١ و ٢٧٣.
- (٥) مثل المحقق في المختصر ٢: ٢٥٦، و العلامة في التحرير ٢: ١٣٩.
- (٦) في «ف» بدل «لأن»: إذ.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٦٧
- الضامن في هذه المدّة، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف، أو أعلى القيم إليه، أو يوم الغصب، على الخلاف.
- والحاصل: أن قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة في عهده الضامن، فلا عبرة بيوم التعذر، والحكم يكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان الأجره و النماء إلى دفع البدل و إن تراخى عن التعذر، ممّا لا يجتمعان ظاهراً، فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر في المثلي.

[إذا ارتفع التعذر وجب رد العين]

ثمّ إنّه لا إشكال في أنّه إذا ارتفع تعذر ردّ العين و صار ممكناً، وجب ردّها إلى مالكيها «١» كما صرح به في جامع المقاصد «٢» فوراً، و إن كان في إحضارها «٣» مؤنّه، كما كان قبل التعذر؛ لعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدى» «٤»، و دفع البدل لأجل الحيلولة إنّما أفاد خروج الغاصب عن الضمان، بمعنى أنّه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك، و استلزم «٥» ذلك على ما اخترناه «٦» عدم «٧» ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتصل بعد دفع الغرامة.

- (١) في غير «ش»: ردّه إلى مالكيه.
- (٢) جامع المقاصد ٦: ٢٦١.
- (٣) في غير «ش»: إحضاره.
- (٤) عوالي اللآلي ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦، و الصفحة ٣٨٩، الحديث ٢٢.
- (٥) في «ش» كتب فوق الكلمة: و لازم ظ.
- (٦) تقدّم في الصفحة ٢٦٦.
- (٧) في غير «ف» و «ش»: «من عدم»، إلّا أنّه شطب على «من» في «ن» و «خ».
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٦٨
- و سقوط وجوب الردّ حين التعذر للعذر العقلي، فلا يجوز استصحابه، بل مقتضى الاستصحاب و العموم هو الضمان المدلول عليه بقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» المغنياً بقوله: «حتّى تؤدى».

و هل الغرامة المدفوعة تعود ملكه «١» إلى الغارم بمجرد طرؤ التمكن،

فيضمن العين من يوم التمكن ضمناً جديداً بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم، أو أنها باقية على ملك مالك العين، و كون «٢» العين مضمونة بها لا بشيء آخر في ذمته الغاصب، فلو تلفت استقرّ ملك المالك على الغرامة، فلم يحدث في العين إلّا حكم تكليفى بوجود رده، و أمّا الضمان و عهدة جديدة فلا؟ وجهان:

أظهرهما الثانى؛ لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة، و عدم طرؤ ما يزيل ملكيته عن الغرامة أو يحدث ضمناً جديداً، و مجرد عود التمكن لا يوجب عود سلطنة المالك حتى يلزم من بقاء ملكيته «٣» على الغرامة الجمع بين العوض و المعوض، غاية ما فى الباب قدرة الغاصب على إعادة السلطنة الفاتئة المبدلة «٤» عنها بالغرامة و وجوبها عليه.

و حينئذٍ، فإن دفع العين فلا إشكال فى زوال ملكية «٥» المالك

(١) كذا، و الصحيح: ملكها.

(٢) شطب على كلمة «كون» فى «ن»، و صُحِّح فى «ص» ب «تكون».

(٣) فى «ش»: مالكيته.

(٤) كذا، و المناسب: «المبدل»، كما فى مصححة «ن».

(٥) فى نسخة بدل «ش»: مالكية.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٦٩

للغرامة، و توهم: أن المدفوع كان بدلاً «١» عن القدر الفاتئ من السلطنة فى زمان التعذر فلا يعود لعدم عود مبدله، ضعيف فى الغاية، بل كان بدلاً عن أصل السلطنة يرتفع بعودها، فيجب دفعه، أو دفع بدله مع تلفه، أو خروجه عن ملكه بناقلٍ لازم بل جائز، و لا يجب ردّ نمائه المنفصل.

و لو لم يدفعها «٢» لم يكن له مطالبة الغرامة أولًا؛ إذ ما لم يتحقق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم؛ فإنّ الغرامة عوض السلطنة لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك، فتأمل.

نعم، للمالك مطالبة عين ماله؛ لعموم «الناس مسلطون على أموالهم» «٣»، و ليس ما عنده من المال عوضاً من مطلق السلطنة حتى سلطنة المطالبة، بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك؛ و لذا لا يباح «٤» لغيره بمجرد بذل الغرامة.

[ليس للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البديل]

و ممّا ذكرنا «٥» يظهر أنّه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع

(١) لم ترد «بدلاً» فى «ف».

(٢) كذا فى «ش» و مصححة «خ»، و فى سائر النسخ: «يدفعه»، و الصحيح ما أثبتناه كما أثبتته المامقانى و قال: هذه الجملة عطف على قوله: «فإنّ دفع العين»، و الضمير المنصوب بقوله: «لم يدفع»، عائد إلى العين، غاية الآمال: ٣١٩. و أثبتنا الشهيدي كما فى سائر النسخ، لكنّه قال: الصواب: «يدفعها»؛ لأنّ الضمير راجع إلى العين، هداية الطالب: ٢٤٥.

(٣) عوالى اللآلى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

(٤) كذا، و المناسب: «لا تباح»، كما في مصححة «خ».

(٥) في «خ»، «ع» و «ص» زيادة: أيضاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٧٠

المالك القيمة، كما اختاره في التذكرة «١» و الإيضاح «٢» و جامع المقاصد «٣».

و عن التحرير: الجزم بأن له ذلك «٤»؛ و لعله لأئذ القيمة عوض إما عن العين، و إما عن السلطنة عليه «٥»، و على أى تقدير فيتحقق

التراد، و حينئذ فلكل من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتى يتسلم ما بيد الآخر.

و فيه: أن العين بنفسها ليست عوضاً و لا- معوضاً؛ و لذا تحقق للمالك الجمع بينها و بين الغرامة، فالمالك مسلط عليها، و المعوض

للغرامة «٦» السلطنة الفاتئة التي هي في معرض العود بالتراد.

اللهم إلاً أن يقال: له حبس العين من حيث تضمنه لحبس مبدل الغرامة و هي السلطنة الفاتئة.

و الأقوى: الأول.

[لو حبس العين فتلفت]

ثم لو قلنا بجواز الحبس، لو حبسه «٧» فتلفت العين محبوساً، فالظاهر أنه لا يجرى عليه حكم المغصوب؛ لأنه حبسه بحق، نعم

(١) التذكرة ٢: ٣٨٥.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ١٧٨.

(٣) جامع المقاصد ٦: ٢٤١.

(٤) التحرير ٢: ١٤٠، و حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦: ٢٥٦.

(٥) كذا في النسخ، و المناسب: «عليها»، كما استظهر في «ص».

(٦) في «ش»: لغرامة.

(٧) كذا، و المناسب: «حبسها»؛ لعود الضمير إلى العين، و كذا الكلام فيما يأتي من الضمائر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٧١

يضمنه؛ لأنه قبضه لمصلحة نفسه، و الظاهر أنه بقيمة يوم التلف على ما هو الأصل في كل مضمون و من قال بضمان المقبوض بأعلى

القيم يقول به هنا من زمان الحبس إلى زمان التلف.

و ذكر العلامة في القواعد: أنه لو حبس فتلف محبوساً، فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع القيمة الأولى «١».

و الظاهر أن مراده ب «قيمة» «٢» الآن: مقابل القيمة السابقة؛ بناءً على زوال حكم الغضب عن العين، لكونه محبوساً بغير عدوان، لا

خصوص حين التلف. و كلمات كثير منهم لا يخلو عن اضطراب.

ثم إن أكثر ما ذكرناه مذكور في كلماتهم في باب الغضب، لكن الظاهر أن أكثرها بل جميعها حكم المغصوب من حيث كونه

مضموناً؛ إذ ليس في الغضب خصوصية زائدة.

نعم، ربما يفرق من جهة نص في المغصوب مخالف لقاعدة الضمان، كما احتمل في الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان من جهة

صحيحة أبي ولاد «٣» أو أعلى القيم على ما تقدم من الشهيد الثاني دعوى دلالة الصحيحة عليه «٤»، و أمّا ما اشتهر من أن الغاصب

مأخوذ بأشق الأحوال، فلم نعرف له مأخذاً واضحاً.

(١) القواعد ١: ٢٠٤.

(٢) في «ف»: بقيمته.

(٣) تقدّمت في الصفحة ٢٤٦ ٢٤٧.

(٤) تقدّم في الصفحة ٢٥٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٧٢

و لنختم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد و إن بقي منه أحكام «١» أخر أكثر ممّا ذكر، و لعلّ بعضها يجيء في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى «٢».

(١) لم ترد «أحكام» في «ش».

(٢) يجيء في الصفحة ٣٤٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٧٣

الكلام في شروط المتعاقدين

إشارة

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٧٥

مسألة [من شروط المتعاقدين البلوغ]

[في عقد الصبي]

[المشهور بطلان عقد الصبي]

إشارة

المشهور كما عن الدروس «١» و الكفاية «٢»:- بطلان عقد الصبي، بل عن الغنية: الإجماع عليه و إن أجاز الولي «٣».

و في كنز العرفان: نسبة عدم صحّة عقد الصبي إلى أصحابنا «٤»، و ظاهره إرادة التعميم لصورة إذن الولي.

و عن التذكرة: أنّ الصغير محجور عليه بالنصّ و الإجماع سواء كان مميّزاً أو لا في جميع التصرفات إلّا ما استثنى، كعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبيره و وصيته و إيصال الهدية و إذنه في الدخول، على خلاف في ذلك «٥»، انتهى.

و استثناء إيصال الهدية و إذنه في دخول الدار، يكشف بفحواه عن

(١) الدروس ٣: ١٩٢، لكنّه نسبه إلى الأشهر.

(٢) الكفاية: ٨٩ و حكاها عنه و عن الدروس السيّد المجاهد في المناهل: ٢٨٦.

(٣) الغنية: ٢١٠.

(٤) انظر كنز العرفان ٢: ١٠٢.

(٥) التذكرة ٢: ٧٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٧٦

شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله؛ لأن الإيصال والإذن ليسا من التصرفات القولية والفعلية، وإنما الأول آله في إيصال الملك كما لو حملها على حيوان وأرسلها، والثاني كاشف عن موضوع تعلق عليه بإباحة الدخول، وهو رضا المالك.

[الاستدلال على البطلان بحديث رفع القلم]

و احتج على الحكم في الغنية «١» بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ» «٢»، وقد سبقه في ذلك الشيخ في المبسوط في مسألة الإقرار وقال: إن مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم «٣». ونحوه الحلّي في السرائر في مسألة عدم جواز وصية البالغ عشرين «٤»، و تبعهم في الاستدلال به جماعة، كالعلامة «٥» وغيره «٦».

[الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصبي]

إشارة

و استدّلوا «٧» أيضاً بخبر حمزة بن حرمان عن مولانا الباقر عليه السلام: «إن الجارية إذا زوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم،

(١) الغنية: ٢١٠.

(٢) عوالي اللآلي ١: ٢٠٩، الحديث ٤٨.

(٣) المبسوط ٣: ٣.

(٤) السرائر ٣: ٢٠٧.

(٥) التذكرة ٢: ١٤٥.

(٦) كالمحقق الثاني في جامع المقاصد ٧: ٨٢، والمحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٠٨.

(٧) كما في الحدائق ١٨: ٣٦٩، والرياض ١: ٥١١، ومقابس الأنوار: ١٠٨، والجواهر ٢٢: ٢٦١ وغيرها.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٧٧

ودفع إليها مالها، و جاز أمرها في الشراء «١»، والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة .. الحديث «٢».

وفي رواية ابن سنان: «متى يجوز أمر اليتيم؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: ما أشده؟ قال: احتلامه» «٣»، وفي معناها روايات أخر «٤».

[المناقشة في دلالة هذه الروايات]

لكن الإنصاف: أن جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف؛ لأن الجواز مرادف للمضي، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال: بيع الفضولي غير ماضٍ، بل موقوف.

و يشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: «إلا أن يكون سفياً» «٥»، فلا دلالة لها حينئذٍ على سلب عبارته، وأنه إذا ساوم وليه

متاعاً «٦» و عيّن له قيمته «٧» و أمر الصبيّ بمجرّد إيقاع العقد مع الطرف

(١) في المصدر زيادة: و البيع.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٦٨، الباب ١٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأول، و ذيله.

(٣) الخصال ٢: ٤٩٥، الحديث ٣، و عنه في الوسائل ١٣: ١٤٣، الباب ٢ من أبواب كتاب الحجر، الحديث ٥.

(٤) انظر الوسائل ١٢: ٢٦٧، الباب ١٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، و ١٣: ١٤١ و ١٤٢، الباب ١ و ٢ من أبواب كتاب الحجر، و الصفحة ٤٢٨ و ٤٣٢، الباب ٤٤ و ٤٥ من أبواب كتاب الوصايا و غيرها.

(٥) مثل رواية ابن سنان المتقدمه و الروایتين الأخرين عنه أيضاً في الوسائل ١٣: ٤٣٠ و ٤٣١، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٨ و ١١.

(٦) كذا في «ف»، «خ» و «ش» و نسخة بدل «ن»، و في سائر النسخ: متاعه.

(٧) في «ف»: قيمة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٧٨

الآخر كان باطلاً، و كذا لو وقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليه.

و أما حديث رفع القلم، ففيه:

أولاً: أن الظاهر منه قلم المؤاخذه، لا قلم جعل الأحكام؛ و لذا بنينا كالمشهور على شرعية عبادات الصبيّ.

و ثانياً: أن المشهور على الألسنة أن الأحكام الوضعية ليست مختصةً بالبالغين، فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ و حرمة تمكينه من مسّ المصحف. و ثالثاً: لو سلّمنا اختصاص الأحكام حتى الوضعية بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعولة في حقّ البالغين، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ.

و بالجملة، فالتمسك بالرواية ينافي ما اشتهر بينهم من شرعية عبادة الصبيّ، و ما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين. فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الإجماع المحكي «١»، المعتضد بالشهرة العظيمة، و إلا فالمسألة محلّ إشكال؛ و لذا تردّد المحقق في الشرائع في إجارة المميز بإذن الولي «٢» بعد ما جزم بالصحة في العارية «٣»،

(١) تقدّم حكايته عن الغنية و التذكرة في أول المسألة.

(٢) الشرائع ٢: ١٨٠.

(٣) الشرائع ٢: ١٧١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٧٩

و استشكل فيها في القواعد «١» و التحرير «٢».

و قال في القواعد: و في صحته بيع المميز بإذن الولي نظر «٣»، بل عن الفخر في شرحه: أن الأقوى الصحة؛ مستدلاً بأن العقد إذا وقع بإذن الولي كان كما لو صدر عنه «٤» و لكن لم أجده فيه و قواه المحقق الأردبيلي على ما حكى عنه «٥».

و يظهر من التذكرة عدم ثبوت الإجماع عنده، حيث قال: و هل يصحّ بيع المميز و شراؤه؟ الوجه عندي: أنه لا يصحّ «٦».

و اختار في التحرير: صحته بيع الصبي في مقام اختبار رشده «٧».

و ذكر المحقق الثاني: أنه لا يبعد بناء المسألة على أن أفعال الصبيّ و أقواله شرعية أم لا، ثم حكم بأنها غير شرعية، و أن الأصحّ بطلان

العقد «٨».

- (١) القواعد ١: ٢٢٤.
- (٢) التحرير ١: ٢٤٤.
- (٣) القواعد ١: ١٦٩.
- (٤) حكاة عنه المحقق التستري فى مقابس الأنوار (الصفحة ١١٠)، و لكنّ الموجود فى الإيضاح (٢: ٥٥) ذيل عبارة والده هكذا: «و الأقوى عدم الصحة»، و لم نعثر فيه على غيره.
- (٥) لم نعثر على الحاكي عنه بهذا النحو، نعم فى المقابس (الصفحة ١١٠): و مال المقدس الأردبيلي فى كتابه إلى جواز بيعه مع الرشد و إذن الولي، انظر مجمع الفائدة ٨: ١٥٣ ١٥٢.
- (٦) التذكرة ٢: ٨٠، و فيه: و شراؤه بإذن الولي.
- (٧) التحرير ١: ٢١٨.
- (٨) جامع المقاصد ٥: ١٩٤.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٨٠
- و عن المختلف أنه حكى فى باب المزارعة عن القاضى كلاماً يدلّ على صحّة بيع الصبي «١».
- و بالجملة، فالمسألة لا تخلو عن إشكال، و إن أطب بعض المعاصرين «٢» فى توضيحه حتى ألحقه بالبديهيات فى ظاهر كلامه.

[الحجة فى المسألة هى الشهرة و الإجماع المحكى]

إشارة

فالإنصاف: أنّ الحجّة فى المسألة هى الشهرة المحقّقة و الإجماع المحكىّ عن التذكرة «٣»؛ بناءً على أنّ استثناء الإحرام الذى لا يجوز إلّا بإذن الولي شاهد على أنّ مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة، لا نفى الاستقلال فى التصرف؛ و كذا إجماع الغنية «٤»؛ بناءً على أنّ استدلاله بعد الإجماع بحديث «رفع القلم» دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولي. و ليس المراد نفى صحّة البيع المتعقب بالإجازة، حتى يقال: إنّ الإجازة عند السيد «٥» غير مجديّة فى تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقلّ و لو كان غير مسلوب العبارة، كالبائع الفضولى.

و يؤيد الإجماعين ما تقدّم عن كنز العرفان «٦».

[المنافسة فى تحقق الإجماع]

نعم لقائل أن يقول: إنّ ما عرفت من المحقق و العلّامة و ولده

- (١) حكى المحقق التستري فى مقابس الأنوار (الصفحة ١١٠) ما نقله العلّامة عن القاضى، و قال: «و مقتضاه صحّة شراء الصبي و بيعه»، انظر المختلف ٦: ١٨٨، و المهذب ٢: ٢٠.
- (٢) الظاهر أنّ المراد هو صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٢: ٢٦١، و انظر مقابس الأنوار: ١١١ ١١٢ أيضاً.
- (٣) التذكرة ٢: ٧٣.
- (٤) الغنية: ٢١٠.

(٥) يعنى السيد ابن زهرة.

(٦) تقدّم في أول المسألة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٨١

و القاضى و غيرهم خصوصاً «١» المحقّق الثانى «٢» الذى بنى المسألة على شرعية أفعال الصبى يدلّ على عدم تحقّق الإجماع. و كيف كان، فالعمل على المشهور «٣».

[ما يستأنس به للبطالان]

و يمكن «٤» أن يستأنس له أيضاً بما ورد في الأخبار المستفيضة من أنّ «عمد الصبى و خطأه واحد» كما في صحيحة ابن مسلم «٥» و غيرها «٦»، و الأصحاب و إن ذكروها في باب الجنائيات، إلّا أنّه لا إشعار في نفس الصحيحة بل و غيرها بالاختصاص بالجنائيات؛ و لذا تمسّك بها الشيخ في المبسوط «٧» و الحلّى في السرائر «٨»، على أنّ إخلال الصبى المُحرّم بمحظورات الإحرام التى تختصّ الكفارة فيها «٩» بحال التعمّد لا يوجب كفارةً على الصبى، و لا على الوليّ؛ لأنّ عمده خطأ.

(١) لم ترد «غيرهم خصوصاً» إلّا في «ف»، «ش» و مصحّحة «ن».

(٢) تقدّم كلامهم في الصفحة ٢٧٨ ٢٨٠.

(٣) لم ترد «فالعمل على المشهور» في «ف».

(٤) في «ف»: فيمكن.

(٥) في «ف»: محمد بن مسلم.

(٦) الوسائل ١٩: ٣٠٧، الباب ١١ من أبواب العاقلة، الحديث ٢ و ٣، و الصفحة ٦٦، الباب ٣٦ من أبواب كتاب القصاص في النفس، الحديث ٢.

(٧) المبسوط ١: ٣٢٩.

(٨) السرائر ١: ٦٣٦ ٦٣٧.

(٩) كذا في «ف»، و في «ص» بدل «الكفارة فيها»: «حرمتها»، و في غيرها جمع بينهما بجعل أحدهما أصلاً و الآخر بدلاً، و في «ش» جمع بينهما مع عدم الإشارة إلى ذلك.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٨٢

و حينئذٍ فكلّ حكم شرعىّ تعلق بالأفعال التى يعتبر فى ترتّب الحكم الشرعىّ عليها القصد بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد فما يصدر منها عن الصبى قصداً بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد، فعقد الصبى و إيقاعه مع القصد كعقد الهازل و الغالط و الخاطى و إيقاعاتهم.

[استظهار البطلان من حديث رفع القلم]

بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار فى قتل المجنون و الصبى استظهار المطلب من حديث «رفع القلم» و هو ما عن قرب الإسناد بسنده عن أبى البخترى، عن جعفر، عن أبيه، عن على عليه السلام، أنّه كان يقول [فى «١»] المجنون و المعتوه الذى لا يفيق، و الصبى الذى لم يبلغ: «عمدهما خطأ تحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم «٢»» «٣»؛ فإنّ ذكر «رفع القلم» فى الذيل ليس له وجه ارتباط إلّا بأن تكون علّة لأصل الحكم، و هو ثبوت الديّة على العاقلة، أو بأن تكون معلولة «٤» لقوله: «عمدهما خطأ»، يعنى أنّه لما كان

قصدهما بمنزلة العدم فى نظر الشارع و فى الواقع رفع القلم عنهما.
و لا يخفى أن ارتباطها «٥» بالكلام على وجه العلية أو المعلولية «٦»

(١) من المصدر.

(٢) فى «ف» زيادة: «إلخ»، و فى سائر النسخ: «اه»، لكنّ المذكور هنا هو المذكور فى المصدر بتمامه.

(٣) قرب الإسناد: ١٥٥، الحديث ٥٦٩، و عنه فى الوسائل ١٩: ٦٦، الباب ٣٦ من أبواب القصاص فى النفس، الحديث ٢.

(٤) كذا، و المناسب: بأن يكون معلولاً.

(٥) كذا، و المناسب تذكير الضمير؛ لرجوعه إلى «رفع القلم».

(٦) فى «ش»: و المعلولية.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٨٣

للحكم المذكور فى الرواية أعنى عدم مؤاخذه الصبى و المجنون بمقتضى جناية العمد و هو القصاص، و لا بمقتضى شبه العمد و هو الدية فى مالهما لا يستقيم إلّا بأن يراد من «رفع القلم» ارتفاع المؤاخذه عنهما شرعاً من حيث العقوبة الأخروية و الدنيوية المتعلقة بالنفس كالقصاص-، أو المال كغرامة الدية و عدم ترتب ذلك على أفعالهما المقصودة المتعمد إليها ممّا «١» لو وقع من غيرهما مع القصد و التعمد لترتبت عليه غرامة أخروية أو دنيوية.

و على هذا، فإذا التزم على نفسه مالاً بإقرار أو معاوضة و لو بإذن الولي، فلا أثر له «٢» فى إلزامه بالمال و مؤاخذته به و لو بعد البلوغ «٣». فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته و لو كانت بإذن الولي، فليس ذلك إلّا لسلب قصده و عدم العبرة بإنشائه؛ إذ لو كان ذلك لأجل عدم «٤» استقلاله و حجره عن الالتزامات على نفسه، لم يكن عدم المؤاخذه شاملاً بصورة إذن الولي، و قد فرضنا الحكم مطلقاً، فيدلّ بالالتزام على كون قصده فى إنشائه و إخباراته مسلوب الأثر.

ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة بناءً على كونها عملة للحكم:- عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكى عن بعض

(١) فى «م» و «ع»: «بما»، و فى نسخه بدلتهما: ممّا.

(٢) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: «لها»، و فى مصححة «ص»: لهما.

(٣) عبارة «و لو بعد البلوغ» وردت فى «ف» قبل قوله: «فلا أثر له».

(٤) فى «ف» بدل «لأجل عدم»: لعدم.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٨٤

إلّا أن يلتزم بخروج ذلك من «١» عموم رفع القلم، و لا يخلو عن «٢» بعد.

لكن «٣» هذا غير وارد على الاستدلال؛ لأنه ليس مبيّناً على كون «رفع القلم» عملة للحكم؛ لما عرفت «٤» من احتمال كونه معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبى و المجنون، فيختصّ رفع قلم المؤاخذه بالأفعال التى يعتبر فى المؤاخذه عليها قصد الفاعل فيخرج مثل الإتلاف، فافهم و اغتنم.

ثم إن القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين، فلا ينافى ثبوت بعض العقوبات للصبى، كالتعزير.

[رأى المؤلف فى المسألة و دليله]

و الحاصل: أن مقتضى ما تقدم «٥» من الإجماع المحكى فى البيع وغيره من العقود، و الأخبار المتقدمة «٦» بعد انضمام بعضها إلى بعض - عدم الاعتبار بما يصدر من الصبى من الأفعال المعتر فيها القصد إلى مقتضاها، كإنشاء العقود أصالةً و وكالةً، و القبض و الإقباض، و كل التزام على نفسه من ضمانٍ أو إقرارٍ أو نذرٍ أو إيجار.

(١) فى غير «ف»: عن.

(٢) فى غير «ف»: من.

(٣) فى «ش»: و لكن.

(٤) فى الصفحة السابقة.

(٥) فى أول المسألة.

(٦) راجع الصفحة ٢٧٦ ٢٧٧ و ٢٨١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٨٥

[كلام العلامة فى عدم صحة تصرفات الصبى]

قال «١» فى التذكرة «٢»: و كما لا يصح تصرفاته اللفظية، كذا لا يصح قبضه، و لا يفيد حصول الملك فى الهبة و إن اتهب له الولى، و لا لغيره و إن أذن الموهوب له بالقبض، و لو قال مستحق الدين للمديون: سلم حقى إلى هذا «٣» الصبى، فسلم مقدار «٤» حقه إليه، لم يبرأ عن الدين و بقى المقبوض على ملكه، و لا ضمان على الصبى؛ لأن المالك ضيعه حيث دفعه إليه، و بقى الدين لأنه فى الذمة و لا يتعين إلّا بقبض صحيح، كما لو قال: ارم حقى فى البحر، فرمى مقدار حقه، بخلاف ما لو قال للمستودع: سلم مالى إلى الصبى أو ألقه فى البحر؛ لأنه امثل أمره فى حقه المعين، و لو كانت الوديعة للصبى فسلمها إليه ضمن و إن كان بإذن الولى؛ إذ ليس له تضييعها بإذن الولى.

و قال أيضاً: لو عرض الصبى ديناراً على الناقد لينقده أو متاعاً إلى مقوم ليقومه فأخذه، لم يجر له رده إلى «٥» الصبى، بل على «٦» وليه إن كان. فلو أمره الولى بالدفع إليه فدفعه إليه، برئ من ضمانه إن كان المال للولى «٧»، و إن كان للصبى فلا، كما لو أمره بإلقاء مال الصبى فى

(١) فى «ش»: و قال.

(٢) نقل السيد العاملى فى مفتاح الكرامة ٤: ١٧٢ عدّة فروع من التذكرة و نهاية الأحكام، و لم يفرزها، و لكن المؤلف قدس سره نسبها جميعاً إلى التذكرة.

(٣) كلمة «هذا» من «ش» و المصدر.

(٤) فى المصدر و نسخة بدل «ش»: قدر.

(٥) فى المصدر: على.

(٦) فى «ش» و مصححة «م»: إلى.

(٧) كذا فى «ص»، «ش» و المصدر و مصححة «ن»، و فى غيرها: للمولى.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٨٦

البحر، فإنه يلزمه ضمانه. وإذا تباع الصبيان و تقابضا و أتلّف كلّ واحدٍ منهما ما قبضه، فإن جرى بإذن الوليين فالضمان عليهما، و إلّا فلا ضمان عليهما، بل على الصبيّين. و يأتي في باب الحجر تمام الكلام «١».

و لو فتح «٢» الصبيّ الباب و أذن في الدخول على أهل الدار، أو أدخل «٣» الهدية إلى إنسان عن «٤» إذن المهدي، فالأقرب الاعتماد؛ لتسامح السلف فيه «٥»، انتهى كلامه رفع مقامه.

[لا فرق في معاملة الصبي بين الأشياء اليسيرة و الخطيرة]

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا: أنّه لا فرق في معاملة الصبي بين أن تكون في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة؛ لما عرفت من عموم النصّ و الفتوى حتّى أنّ العلامة في التذكرة لمّا ذكر حكاية «أنّ أبا الدرداء اشترى عصفوراً من صبيّ فأرسله»، ردّها بعدم الثبوت و عدم الحجّة، و توجيهه بما يخرجها عن محلّ الكلام «٦».

و به يظهر ضعف ما عن المحدث الكاشاني: من أنّ الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما «٧» جرت العادة به من الأشياء اليسيرة؛ دفعاً للحرج «٨»، انتهى.

(١) هذه العبارة للسيد العاملي في مفتاح الكرامة.

(٢) هذا الفرع ذكره العلامة في النهاية، و نقله السيد العاملي بتصرّف.

(٣) في المصدر: أوصل.

(٤) في غير «ف» و «ش»: من.

(٥) انظر التذكرة ١: ٤٦٢، و نهاية الأحكام ٢: ٤٥٤ ٤٥٥، و مفتاح الكرامة ٤: ١٧٢.

(٦) التذكرة ٢: ٨٠.

(٧) في «ف»: لما.

(٨) مفاتيح الشرائع ٣: ٤٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٨٧

فإنّ الحرج ممنوع، سواء أراد أنّ الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقرات و التزام مباشرة البالغين لشرائها، أم أراد أنّه يلزم من التجنّب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع و الشراء في الأشياء الحقيرة.

ثمّ لو «١» أراد استقلاله في البيع و الشراء لنفسه بماله من دون إذن الوليّ ليكون حاصله أنّه غير محجورٍ عليه في الأشياء اليسيرة، فالظاهر كونه مخالفاً للإجماع.

و أمّا ما ورد في رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: و نهى النبي صلّى الله عليه و آله و سلم عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعةً بيده»؛ معللاً بأنّه «إن لم يجد سرق» «٢»، فمحمولٌ على عوض كسبه من التقاط، أو اجرة عن «٣» إجارة أوقعها الوليّ أو الصبيّ بغير إذن الوليّ، أو عن عمل أمر به من دون إجارة فأعطاه المستأجر أو الأمر اجرة المثل، فإنّ هذه كلّها ممّا يملكه الصبيّ، لكن يستحبّ للوليّ و غيره اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبيّ فيها؛ لاحتمال كونها من الوجوه المحرّمة، نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممّن لا يبالي بالمحرّمات.

و كيف كان، فالقول المذكور في غاية الضعف.

[تصحيح المعاملة لو كان الصبي بمنزلة الآلة]

نعم، ربما صحح سيد مشايخنا في الرياض هذه المعاملات إذا

(١) في «ع» و «ص»: «إن»، و في نسخة بدلها: لو.

(٢) الوسائل ١٢: ١١٨، الباب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) في «ف» بدل «عن»: أو.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٨٨

كان الصبي بمنزلة الآلة لمن له أهلية التصرف؛ من جهة استقرار السيرة و استمرارها على ذلك «١».

و فيه إشكال، من جهة قوة احتمال كون السيرة ناشئة من «٢» عدم المبالاة في الدين، كما في كثير من «٣» سيرهم الفاسدة.

و يؤيد ذلك: ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين و غيرهم، و لا- بينهم و بين المجانين، و لا- بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا- يعلم الولي أصلاً، و معاملتهم لأولياتهم على سبيل الآلية، مع أن هذه «٤» ممّا «٥» لا- ينبغي الشك في فسادها «٦»، خصوصاً الأخير.

مع أن الإحالة على ما جرت العادة به كالإحالة على المجهول؛ فإن الذي جرت عليه السيرة هو الوكول إلى كل صبي ما هو «٧» فطن فيه، بحيث لا يغلب في المساومة عليه، فيكون إلى من بلغ ست سنين «٨» شراءً باقاً بقل، أو بيعاً بيضه دجاج بقل، و إلى من بلغ

(١) الرياض ١: ٥١١.

(٢) في غير «ف»: عن.

(٣) لم ترد «كثير من» في «ش».

(٤) في «م»، «ع»، «ص» و «ش»: هذا.

(٥) لم ترد «مما» في «ف».

(٦) في «ش»: فساد.

(٧) في «ن»، «خ»، «م» و «ص»: «ماهر»، لكن صحح في «ن» بما أثبتناه في المتن.

(٨) كذا في «ش» و مصححة «ص»، و في سائر النسخ: من بلغ سنتين.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٨٩

ثمانية «١» سنين اشتراء اللحم و الخبز و نحوهما، و إلى من بلغ أربع عشرة سنة شراء الثياب، بل الحيوان، بل يكون إليه أمور التجارة في الأسواق و البلدان، و لا يفرقون بينه و بين من أكمل خمس عشرة سنة، و لا يكون إليه شراء مثل القرى و البساتين و بيعها إلا بعد أن يحصل له التجارب، و لا أظن أن القائل بالصحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل. و كيف كان، فالظاهر أن هذا القول أيضاً مخالف لما يظهر منهم.

و قد عرفت حكم العلامة في التذكرة بعدم جواز رد المال إلى الصبي إذا دفعه إلى الناقد لينقده، أو المتاع الذي دفعه إلى المقوم ليقومه «٢»، مع كونه غالباً في هذه المقامات بمنزلة الآلة للولي، و كذا حكمه بالمنع من رد مال الطفل إليه بإذن الولي، مع أنه بمنزلة الآلة في ذلك غالباً.

[دعوى كاشف الغطاء إفادة معاملة الصبي الإباحة لو كان مأذونا و المناقشات فيه]

وقال كاشف الغطاء رحمه الله بعد المنع عن «٣» صحته عقد الصبي أصالة و وكالة ما لفظه: نعم، ثبت الإباحة في معاملة المميزين «٤» إذا جلسوا مقام أوليائهم، أو تظاهروا على رؤوس الأشهاد حتى يظن أن ذلك من إذن الأولياء خصوصاً في المحقرات. ثم قال: ولو قيل بتملك الآخذ منهم لدلالة مأذونيته في جميع التصرفات فيكون موجباً قابلاً، لم يكن بعيداً «٥»، انتهى.

(١) كذا في النسخ، و المناسب: «ثمانى»، كما في مصححة «ص».

(٢) راجع الصفحة ٢٨٥.

(٣) في «ف»: من.

(٤) كذا في «ن» و «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: المتميزين.

(٥) كشف الغطاء: ٤٩، ٥٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٩٠

أقول «١»: أما التصرف و المعاملة بإذن الأولياء سواء كان على وجه البيع أو المعاطاة «٢» فهو الذى قد عرفت «٣» أنه خلاف المشهور و المعروف حتى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع فى المعاطاة؛ لأنها تصرف لا محالة و إن لم تكن بيعاً، بل و لا معاوضة. و إن أراد بذلك أن إذن الولي و رضاه المنكشف بمعاملة الصبي هو المفيد للإباحة، لا نفس المعاملة كما ذكره بعضهم فى إذن الولي فى إعاره الصبي «٤» فتوضيحه ما ذكره بعض المحققين من تلامذته «٥»، و هو: أنه لَمَّا كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتفق، و كانت مفيدة لإباحة التصرف خاصة كما هو المشهور و جرت عادة الناس بالتسامح فى الأشياء اليسيرة و الرضا باعتماد غيرهم فى التصرف فيها على الأمارات المفيدة للظن بالرضا فى المعاوضات، و كان الغالب فى الأشياء التى يعتمد فيها على قول الصبي تعيين «٦» القيمة، أو الاختلاف الذى يتسامح به فى العادة، فلأجل ذلك صح القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبي من صورة البيع و الشراء مع الشروط المذكورة، كما يعتمد عليه فى الإذن فى دخول الدار و فى إيصال الهدية إذا ظهرت أمارات

(١) لم ترد «أقول» فى غير «ف».

(٢) لم ترد «سواء كان إلى أو المعاطاة» فى «ف».

(٣) راجع أول المسألة.

(٤) انظر جامع المقاصد ٦: ٦٥، و المسالك ٥: ١٣٦.

(٥) هو المحقق التستري قدس سره.

(٦) كذا فى أكثر النسخ و المصدر، و فى «ش» و مصححة «ن»: تعين.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٩١

الصدق، بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوه، و قد استند فيه فى التذكرة إلى تسامح السلف «١».

و بالجملة، فالاعتماد فى الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك فى الأخذ و الإعطاء، مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف، لا على قول الصبي و معاملته من حيث إنه كذلك، و كثيراً ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد، من غير وجود ذى يد أصلاً، مع شهادة الحال بذلك، كما فى دخول الحمام و وضع الأجرة و «٢» عوض الماء التالف فى الصندوق، و كما «٣» فى أخذ الخضر الموضوع للبيع، و شرب ماء السقائين و وضع القيمة المتعارفة فى الموضوع المعد لها «٤»، و غير ذلك من الأمور التى جرت

العادة بها، كما يعتمد على مثل ذلك في غير المعاوضات من أنواع التصرفات. فالتحقيق: أن هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب ولا منافياً له، ولا يعتمد على ذلك أيضاً في مقام الدعوى ولا فيما إذا طالب المالك بحقه وأظهر عدم الرضا «٥»، انتهى. واصله: أن مناط الإباحة ومدارها في المعاطة ليس على وجود تعاطٍ قائم بشخصين، أو بشخصٍ منزّل منزلة شخصين، بل على تحقق

(١) التذكرة ١: ٤٦٢، وتقدم عنه في الصفحة ٢٨٦.

(٢) كلمة «و» من «ف» والمصدر.

(٣) في «ش»: وكذا.

(٤) كذا في «ف» و«ص» والمصدر، وفي سائر النسخ: لهما.

(٥) مقابس الأنوار: ١١٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٩٢

الرضا من كل منهما بتصرف صاحبه في ماله، حتى لو فرضنا أنه حصل مال كل منهما عند صاحبه باتفاقٍ كإطاره الريح ونحوها فتراضيا على التصرف بإخبار صبيٍّ أو غيره من الأمارات كالكتابة ونحوها كان هذه «١» معاطة أيضاً؛ ولذا يكون «٢» وصول الهدية إلى المهدى إليه على يد الطفل الكاشف إيصاله عن رضا المهدى بالتصرف بل التملك كافيًا في إباحة الهدية، بل في تملكها. وفيه «٣»: أن ذلك حسن، إلما أنه موقوف أولًا على ثبوت حكم المعاطة من دون إنشاء إباحة و تملك، والاكْتفاء «٤» فيها بمجرد الرضا.

ودعوى حصول الإنشاء بدفع الولي المال إلى الصبي، مدفوعة: بأنه إنشاء إباحة لشخص غير معلوم، ومثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطة، مع العلم بخروجه عن موضوعها.

وبه يفرق بين ما نحن فيه ومسألة إيصال الهدية بيد الطفل؛ فإنه يمكن فيه دعوى كون دفعها «٥» إليه للإيصال إباحة أو تملكاً «٦»، كما ذكر أن إذن الولي للصبي في الإعارة إذن في انتفاع المستعير، وأما دخول

(١) كذا في النسخ، والمناسب: «هذا»، كما في مصححة «ص».

(٢) في «ش»: كان.

(٣) في «ف»: ففيه.

(٤) كذا في «ش» ونسخة بدل «ن»، وفي «ف»: «يكفي»، وفي مصححة «ص»: «أن يكتفى»، وفي سائر النسخ: يكتفى.

(٥) كذا في «ص»، وفي غيرها: دفعه.

(٦) كذا في «ن»، «ش» ومصححة «ص»، وفي سائر النسخ: تملكاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٩٣

الحمام و شرب الماء و وضع الأجرة و القيمة، فلو حكم بصحتهما «١» بناءً على ما ذكرنا من حصول المعاطة بمجرد المراضاة الخالية عن الإنشاء انحصرت صحة وساطة الصبي فيما يكتفى «٢» فيه بمجرد «٣» وصول العوضين، دون ما لا يكتفى «٤» فيه. والحاصل: أن دفع الصبي وقبضه بحكم العدم، فكل ما يكتفى فيه بوصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر بأي وجه اتفق فلا يضر مباشرة الصبي لمقدمات الوصول.

ثم إن ما ذكر «٥» مختصّ بما إذا علم إذن شخص بالغ عاقل للصبيّ ولياً كان أم غيره.
و أما ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً «٦»: من صيرورة الشخص «٧» موجباً قابلاً «٨»، ففيه:
أولاً: أن تولّى وظيفة الغائب و هو من أذن للصغير إن كان

(١) في غير «ش»: بصحّتها.

(٢) و في «ش»: «يكفى».

(٣) كذا في «ص»، و في غيرها: مجرّد.

(٤) كذا في «ص»، و في غيرها: مجرّد.

(٥) يعني ما ذكره كاشف الغطاء و تلميذه المحقّق التستري قدس سرهما في تصحيح معاملات الصبيّ.

(٦) تقدّم نصّ كلامه في الصفحة ٢٨٩.

(٧) كذا في «ش»، «ص» و مصحّحه «ن»، و في مصحّحه «خ»: «أحد الشخصين»، و في سائر النسخ: الشخصين.

(٨) في غير «ف»: و قابلاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٩٤

بإذن منه، فالمفروض انتفاؤه، و إن كان بمجرّد «١» العلم برضاه، فلاكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضوليّ مشكل، بل ممنوع.

و ثانياً: أن المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيابة عمّن أذن للصبيّ.

ثمّ إنّه لا وجه لاختصاص ما ذكره من الآئيه بالصبيّ، و لا بالأشياء الحقيرة، بل هو جارٍ في المجنون و السكران بل البهائم، و «٢» في الأمور الخطيرة؛ إذ المعامله إذا كانت في الحقيقه بين الكبار و كان الصغير آله، فلا فرق في الآئيه بينه و بين غيره.
نعم، من تمسّك في ذلك بالسيرة من غير أن يتجسّم لإدخال ذلك تحت القاعدة، فله تخصيص ذلك بالصبيّ؛ لأنّه المتيقّن من موردها، كما أنّ ذلك مختصّ بالمحقّرات.

(١) كذا في «ش»، و في غيره: مجرّد.

(٢) الواو من «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٩٥

مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين: قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به.

إشارة

و اشتراط القصد بهذا المعنى في صحه العقد بل في تحقّق مفهومه ممّا لا خلاف فيه و لا إشكال، فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ كما في الغالط. أو إلى المعنى لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه، بل بمعنى عدم تعلق إرادته «١» و إن «٢» أوجد مدلوله بالإنشاء، كما في الأمر الصوريّ فهو «٣» شبيه الكذب في الإخبار كما في الهازل. أو قصد معنى يغيّر مدلول العقد، بأن قصد الإخبار أو الاستفهام. أو أنشأ معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً، فلا يقع البيع لعدم القصد إليه، و لا المقصود إذا اشترط فيه عبارة خاصّة.
ثمّ إنّه ربما يقال بعدم تحقّق القصد في عقد الفضوليّ و المكره كما صرح به في المسالك، حيث قال: إنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله «٤».

(١) في «ص» زيادة «به» تصحيحاً.

(٢) في مصححة «ن»: بأن.

(٣) لم ترد «فهو» في «ف».

(٤) المسالك ٣: ١٥٦، نقلًا بالمعنى.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٩٦

وفيه: أنه لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد؛ مضافاً إلى ما سيجيء في أدلة الفصولي «١»، و أما معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار «٢».

[كلام صاحب المقابس في اعتبار تعيين المالكين و المناقشات فيه]

واعلم أنه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه «٣» كلاماً في هذا المقام، في أنه هل يعتبر تعيين المالكين اللذين يتحقق النقل و الانتقال «٤» بالنسبة إليهما، أم لا؟ و ذكر، أن في المسألة أوجهاً و أقوالاً، و أن المسألة في غاية الإشكال، و أنه قد اضطرت فيها كلمات الأصحاب قدس الله أرواحهم في تضاعيف أبواب الفقه. ثم قال:

و تحقيق المسألة: أنه إن توقف تعيين المالك على التعيين حال العقد؛ لتعدد وجه وقوعه الممكن شرعاً، اعتبر تعيينه في التية، أو مع اللفظ «٥» به أيضاً كييع الوكيل و الولي العاقد عن اثنين في بيع واحد، و الوكيل عنهما «٦» و الولي عليهما في البيوع المتعددة، فيجب أن يعين من يقع له البيع أو الشراء، من نفسه أو غيره، و أن يميز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كل منهما.

(١) يجيء في الصفحة ٣٧٢.

(٢) يجيء في الصفحة ٣٠٧.

(٣) هو المحقق التستري.

(٤) في غير «ش»: أو الانتقال.

(٥) في المصدر: التلّفظ.

(٦) كذا في «ش» و المصدر، و في مصححة «ن»: «منهما»، و في سائر النسخ: فيهما.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٩٧

فإذا عيّن جهة خاصية تعينت، و إن أطلق: فإن كان هناك جهة يصرف إليها الإطلاق كان كالتعيين كما لو دار الأمر بين نفسه و غيره إذا لم يقصد الإبهام و التعيين بعد العقد و إلّا وقع لاغياً، و هذا جارٍ في سائر العقود من النكاح و غيره.

و الدليل على اشتراط التعيين و لزوم متابعتها في هذا القسم: أنه لولا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالِكٍ معيّن «١» في نفس الأمر، و أن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيها «٢» العوضان، و لا- بشيء من الأحكام و الآثار المترتبة على ذلك، و فساد ذلك ظاهر.

و لا- دليل على تأثير التعيين المتعقب، و لا على صحة العقد المبهم؛ لانصراف الأدلة إلى الشائع المعهود «٣» من الشريعة و العادة، فوجب الحكم بعدمه «٤».

و على هذا، فلو شرى «٥» الفصولي لغيره في الذمة، فإن عيّن ذلك الغير تعين و وقف على إجازته، سواء تلفظ بذلك أم نواه، و إن أبهم مع قصد الغير بطل، و لا يوقف إلى أن يوجد له مجيز إلى أن قال:- و إن لم يتوقف تعين «٦» المالك على التعيين حال العقد بأن

يكون العوضان

- (١) كلمة «معين» من «ش» و المصدر.
- (٢) في «ش»: فيه.
- (٣) في «ش»: «المعروف»، طبقاً للمصدر.
- (٤) عبارة «من الشريعة إلى بعده» من «ش» و المصدر.
- (٥) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ: اشترى.
- (٦) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: «تعيين»، إلا أنه صُحِّح في «ن» و «ص» بما أثبتناه.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٩٨
- معينين، و لا يقع العقد فيهما على وجه يصحح إلا لمالكهما، ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل، و عدمه فيصحح، أو وجه، أقواها «١» الأخير، و أوسطها الوسط، و أشبهها للأصول الأول.
- و في حكم التعيين ما إذا «٢» عين المال بكونه في ذمّة زيد مثلاً.
- و على الأوسط:
- لو باع مال نفسه عن الغير، وقع عنه و لغى قصد كونه عن الغير.
- و لو باع مال زيد عن عمرو، فإن كان و كيلاً عن زيد صحح عنه، و إلا وقف على إجازته.
- و لو اشترى لنفسه بمال في ذمّة زيد، فإن لم يكن و كيلاً عن زيد وقع عنه و تعلق المال بذمته، لا عن زيد؛ ليقف على إجازته، و إن كان و كيلاً فالمقتضى لكل من العقدين منفرداً موجود، و الجمع بينهما يقتضى إلغاء أحدهما، و لما لم يتعين احتمال البطلان؛ للتدافع، و صحته عن نفسه؛ لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء و ترجيح جانب الأصالة، و عن الموكل؛ لتعين العوض في ذمّة الموكل، فقصد كون الشراء لنفسه لغو كما في المعين.
- و لو اشترى عن زيد بشيء في ذمته فصولاً و لم يجز، فأجاز عمرو، لم يصح عن أحدهما.

- (١) في المصدر: أحوطها.
- (٢) في «ش»: المعين إذا ما.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٩٩
- وقس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب، و لا فرق على الأوسط في الأحكام المذكورة بين التية المخالفة و التسمية، و يفرق بينهما على الأخير، و يبطل الجميع على الأول «١»، انتهى كلامه رحمه الله «٢».
- أقول: مقتضى المعاوضة و المبادلة دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر، و إلا لم يكن كل منهما عوضاً و بدلاً.
- و على هذا، فالقصد إلى العوض و تعيينه يغني عن تعيين المالك، إلا أن ملكية العوض و ترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك؛ فإن من الأعواض ما يكون متشخصاً بنفسه في الخارج كالأعيان. و منها ما لا يتشخص إلا بإضافته إلى مالك ك «ما في الذمم»؛ لأن «٣» ملكية الكلي لا يكون «٤» إلا مضافاً إلى ذمّة، و إجراء أحكام الملك على ما في ذمّة الواحد المرّد بين شخصين فصاعداً غير معهود.
- فتعين «٥» الشخص في الكلي إنما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكية ما في الذمم على تعيين «٦» صاحب الذمّة.
- فصح على ما ذكرنا أن تعيين المالك مطلقاً غير معتبر سواء في

(١) مقابس الأنوار: ١١٥ ١١٦.

(٢) الترحيم من «ف».

(٣) في «ف»، «خ»، «ع» و «ص»: و لأن.

(٤) كذا، و المناسب: لا تكون.

(٥) كذا في «ف»، «ن» و «ص»، و في سائر النسخ: فتعين.

(٦) في «ف» بدل «على تعيين»: على اعتبار.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٠٠

العوض المعين أو في «١» الكلى، و أن اعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة في الشق الأول من تفصيله «٢». إنما هو لتصحيح ملكية العوض بتعيين من يضاف الملك إليه، لا لتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا، فإن من اشترى لغيره في الذمة إذا لم يعين الغير لم يكن الثمن ملكا؛ لأن ما في الذمة ما لم يصف إلى شخص معين لم يترتب عليه أحكام المال: من جعله ثمنا أو مثننا، و كذا الوكيل أو الولي العاقد عن اثنين؛ فإنه إذا جعل العوضين في الذمة بأن قال: «بعت عبدا بألف»، ثم قال: «قبلت» فلا يصير العبد قابلا للبيع، و لا الألف قابلا للاشتراء به حتى يسند كلا منهما إلى معين، أو إلى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعين، فيقول: «بعت عبداً من مال فلان بألف من مال فلان» فيمتاز البائع عن المشتري.

و أما ما ذكره من الوجوه الثلاثة «٣» فيما إذا كان العوضان معينين، فالمقصود إذا كان هي المعاوضة الحقيقية التي قد عرفت أن من لوازمها العقلية دخول العوض في ملك مالك المعوض تحقيقاً لمفهوم العوضيه و البدلية، فلا حاجة إلى تعيين من ينقل عنهما و إليهما العوضان، و إذا

(١) في «ف»: و في.

(٢) يعني تفصيل صاحب المقابس، و المراد من الشق الأول هو ما أفاده بقوله: «إن توقف تعيين المالك على التعيين»، راجع الصفحة ٢٩٦.

(٣) إشارة إلى ما ذكره صاحب المقابس في الشق الثاني من تفصيله، و هو قوله: «ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل، و عدمه فيصح...»، راجع الصفحة ٢٩٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٠١

لم يقصد المعاوضة الحقيقية فالباع غير منعقد؛ فإن جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوض «١» فقال: «ملكتهك فرسى هذا بحمار عمرو»، فقال المخاطب: «قبلت»، لم يقع البيع لخصوص المخاطب؛ لعدم مفهوم المعاوضة معه، و في وقوعه اشتراءً فضولياً لعمرو كلام يأتي.

و أمّا ما ذكره من مثال «من باع مال نفسه عن غيره» «٢» فلا إشكال في عدم وقوعه عن غيره، و الظاهر وقوعه عن البائع و لغوية قصده عن الغير؛ لأنه أمر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقة، و هو معنى لغويته؛ و لذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته كما سيجيء و لا يقع عن نفسه أبداً.

نعم، لو ملكه فأجاز، قيل بوقوعه له «٣»، لكن لا - من حيث إيقاعه أو لماً لنفسه؛ فإن القائل به لا يفرق حينئذ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكة، فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً و وجوده كعدمه.

إلا أن يقال: إن وقوع بيع مال نفسه لغيره «٤» إنما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية، لم لا يجعل هذا قرينه على عدم إرادته

(١) في «ف» و «خ»: العوض.

(٢) راجع الصفحة ٢٩٨.

(٣) الظاهر أن القائل به كثير، منهم: المحقق القمي في الغنائم: ٥٥٤ ناسباً إلى الأكثر، و منهم: كاشف الغطاء في شرحه على القواعد، حيث قال في ذيل كلام العلامة: «و كذا لو باع مال غيره ثم ملكه»: «و الأقوى عدم الاشتراط»، راجع شرح القواعد (مخطوط): الورقة ٦١.

(٤) في «ف»: بيع مال الغير لغيره.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٠٢

من البيع المبادلة الحقيقية، أو على تنزيل الغير منزله نفسه في مالكيه المبيع كما سيأتي أن المعاوضه الحقيقيه «١» في بيع «٢» الغاصب لنفسه لا يتصور إلاً على هذا الوجه؟ و حينئذ فيحكم بطلان المعامله؛ لعدم قصد المعاوضه الحقيقيه مع المالك الحقيقي.

و من هنا ذكر العلامة «٣» و غيره «٤» في عكس المثال المذكور: أنه لو قال المالك للمرتهن: «بعه لنفسك» بطل، و كذا لو دفع مالاً إلى من يطلبه الطعام و قال: اشتر به لنفسك طعاماً.

هذا، و لكن الأقوى صحه المعامله المذكوره و لغويه القصد المذكور؛ لأنه راجع إلى إرادة إرجاع فائده البيع إلى الغير، لا جعله أحد ركني المعاوضه.

و أما حكمهم بطلان البيع في مثال الرهن و اشتراء الطعام، فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب، لا أن المخاطب إذا قال: «بعته لنفسى»، أو «اشتريته لنفسى» لم يقع لمالكة إذا أجازه.

و بالجملة، فحكمهم بصحة بيع الفضولي و شرائه لنفسه، و وقوعه للمالك، يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك. ثم إن ما ذكرنا كله حكم و جوب تعيين كل من البائع و المشتري من يبيع له و يشتري له.

(١) لم ترد «أو على تنزيل الغير إلى المعاوضه الحقيقيه» في «ف».

(٢) في «ف»: فبيع.

(٣) القواعد ١: ١٥١ و ١٦٦.

(٤) مثل الشهيد في الدروس ٣: ٢١١ و ٤٠٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٠٣

[هل يعتبر تعيين الموجب للمشتري و القابل للبائع؟]

إشارة

و أما تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب «١»، و القابل لخصوص البائع، فيحتمل اعتباره، إلا فيما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين كما في غالب البيوع و الإجازات فحينئذ يرد من ضمير المخاطب «٢» في قوله: «ملكتهك كذا أو منفعه» «٣» كذا بكذا» هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكاً حقيقياً أو جعلياً كالمشتري الغاصب أو من هو بمنزلة المالك بإذن أو ولاية.

و يحتمل عدم اعتباره «٤» إلّا فيما «٥» علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين، كما في النكاح، و الوقف الخاص، و الهبة، و الوكالة، و الوصية.

[مختار المؤلف و دليله]

و الأقوى «٦» هو الأول؛ عملاً بظاهر الكلام الدالّ على قصد الخصوصية، و تبعية العقود للقصود. و على فرض القول بالثاني «٧»، فلو صرح بإرادة خصوص المخاطب اتبع قصده، فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره.

(١) كلمة «المخاطب» من «ف» و «ش» و مصححة «ن».

(٢) في «ف»: الخطاب.

(٣) في «ف» بدل «منفعة»: بعته.

(٤) العبارة في «ف» هكذا: و يحتمل اعتباره.

(٥) كلمة «فيما» من «ف» و «ش» و مصححة «ن»، نعم ورد في مصححة «خ» و «ص» بدل «فيما»: إذا.

(٦) في «ن»، «م»، «ع» و «ش»: الأقوى.

(٧) كذا في «ف»، و في غيرها: الثاني.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٠٤

قال في التذكرة: لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر، فأشكال، ينشأ من أن الآخر إنما قصد تملك العقاد «١». و هذا الإشكال و إن كان ضعيفاً مخالفاً للإجماع و السيرة إلّا أنه مبني «٢» على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام.

[كلام العلامة في الفرق بين البيع و شبهه و بين النكاح و المناقشة فيه]

وقد يقال في الفرق بين البيع و شبهه و بين النكاح: إن الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود، و يختلف الأغراض باختلافهما «٣»، فلا بدّ من التعيين و توارد الإيجاب و القبول على أمر واحد، و لأن «٤» معنى قوله: «بعتك كذا بكذا» رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع، و المشتري يطلق على المالك و وكيله، و معنى قولها: «زوّجتك نفسي» رضاها بكونه زوجاً، و الزوج لا يطلق على الوكيل «٥»، انتهى.

و يرد على الوجه الأول من وجهي الفرق: أن كون الزوجين كالعوضين إنما يصح «٦» و جهاً «٧» لوجوب التعيين في النكاح، لا لعدم وجوبه في البيع؛ مع أن الظاهر أن ما ذكرنا من الوقف و إخوته «٨»

(١) التذكرة ١: ٤٦٣.

(٢) كذا في «خ»، «ع» و «ص»، و في سائر النسخ: «مبتية»، و لا يبعد أن تكون مصحفة «متبة» كما في نسخة بدل «ش».

(٣) كذا في «ص» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: باختلافها.

(٤) في «ن»: و أن.

(٥) قاله المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١١٥.

(٦) في مصححة «ص»: يصلح.

(٧) كلمة «وجهاً» من «ش» و مصححة «ن».

(٨) أى الهبة و الوكالة و الوصية، على ما تقدم في الصفحة السابقة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٠٥

كالنكاح في عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة أو الفضولي، فلا بد من وجه مطرد في الكل.

و على الوجه الثاني: أن معنى «بعتك» في لغة العرب كما نص عليه فخر المحققين وغيره هو ملكتك بعوض «١»، و معناه جعل

المخاطب مالكا، و من المعلوم أن المالك لا يصدق على الولي و الوكيل و الفضولي.

[الأولى في الفرق بين النكاح و البيع]

فالأولى في الفرق ما ذكرنا من أن الغالب في البيع و الإجارة هو قصد المخاطب لا من حيث هو، بل بالاعتبار الأعم من كونه أصالة أو

عن الغير، و لا ينافي ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير أصيل فتأمل بخلاف النكاح و ما أشبهه؛ فإن الغالب قصد

المتكلم للمخاطب من حيث إنه ركن للعقد، بل ربما يستشكل في صحته أن يراد من «٢» القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الأصيل

«٣»، كما لو قال: «زوّجتك» مريداً له «٤» باعتبار كونه و كلاً عن الزوج، و كذا قوله: «وقفت عليك» و «أوصيت لك» و «وكلتك»، و

لعل الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها، فلا يقال للوكيل: الزوج،

(١) لم نعر عليه بعينه، نعم حكى السيد العاملي في مفتاح الكرامة (٤: ١٥٢) عن شرح الإرشاد لفخر المحققين: «أن بعت في لغة العرب

بمعنى ملكت غيري»، كما تقدم في الصفحة ١٢ و غيرها.

(٢) في مصححة «ن»: مع.

(٣) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: الأصل.

(٤) لم ترد «له» في «ن» و «م».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٠٦

و لا الموقوف عليه، و لا الموصى له، و لا الوكيل «١»، بخلاف البائع و المستأجر، فتأمل؛ حتى لا يتوهم رجوعه «٢» إلى ما ذكرنا سابقاً

«٣» و اعترضنا عليه «٤».

(١) في «ش»: الموكل.

(٢) ضمير «رجوعه» راجع إلى ما ذكره بقوله: فالأولى في الفرق ما ذكرنا من أن الغالب .. إلخ.

(٣) إشارة إلى ما تقدم في الصفحة ٣٠٤ بقوله: «و قد يقال في الفرق بين البيع و شبهه .. إلخ»، و المراد من الاعتراض عليه ما تقدم في

الصفحة السابقة من قوله: «و على الوجه الثاني: إن معنى بعتك .. إلخ».

(٤) جملة «و اعترضنا عليه» لم ترد في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٠٧

مسألة و من شرائط المتعاقدين: الاختيار،

و المراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس، فى مقابل الكراهة و عدم طيب النفس، لا الاختيار فى مقابل الجبر.

[ما يدل على اشتراط الاختيار]

و يدلّ عليه قبل الإجماع قوله تعالى **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** «١». و قوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه» «٢».

و قوله صلّى الله عليه و آله و سلم فى الخبر المتفق عليه بين المسلمين: «رُفِعَ أَوْ وُضِعَ عَنْ أُمَّتِي تِسْعَةُ أَشْيَاءٍ أَوْ سِتَّةٌ .. و منها: ما اكرهوا عليه» «٣».

(١) النساء: ٢٩.

(٢) عوالمى اللآلى ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩.

(٣) انظر الوسائل ٥: ٣٤٥، الباب ٣٠ من أبواب الخلل، الحديث ٢، و ١١: ٢٩٥، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث الأول، و ١٦: ١٤٤، الباب ١٦ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٠٨ و ظاهره و إن كان رفع المؤاخذه، إلّا أنّ استشهاد الإمام عليه السلام به فى رفع بعض الأحكام الوضعيه يشهد لعموم «١» المؤاخذه فيه لمطلق الإلزام عليه بشىء.

ففى صحیحة البنزطى، عن أبى الحسن عليه السلام: «فى الرجل يستكره على اليمين» فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك، أ يلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم: وضع عن أمتى ما اكرهوا عليه، و ما لم يطيقوا، و ما أخطأوا» «٢».

و الحلف بالطلاق و العتاق و إن لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه أيضاً، إلّا أنّ مجرد استشهاد الإمام عليه السلام فى عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما اكرهوا عليه، يدلّ على أنّ المراد بالنبوى «٣» ليس رفع «٤» خصوص المؤاخذه و العقاب الأخرى. هذا كلّه، مضافاً إلى الأخبار الواردة فى طلاق المكره «٥» بضميمه عدم الفرق.

[المراد من قولهم المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله]

ثمّ إنّ يظهر من جماعة منهم الشهيدان «٦»: - أنّ المكره قاصد

(١) فى «ف»: بعموم.

(٢) الوسائل ١٦: ١٣٦، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ١٢.

(٣) لم ترد «بالنبوى» فى «ف».

(٤) كلمة «رفع» من «ف» فقط.

(٥) انظر الوسائل ١٥: ٣٣١، الباب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق، و الصفحة ٢٩٩، الباب ١٨ من نفس الأبواب، الحديث ٦.

(٦) انظر الدروس ٣: ١٩٢، و المسالك ٣: ١٥٦، و الروضة البهية ٣: ٢٢٦ ٢٢٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٠٩

إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله، بل يظهر ذلك من بعض كلمات العلامة.

وليس مرادهم أنه لا قصد له إلا إلى مجرد التكلم، كيف! والهازل الذي هو دونه في القصد قاصد للمعنى قصداً صورياً، والخالي عن القصد إلى غير التكلم هو من يتكلم تقليداً أو تلقيناً، كالطفل الجاهل بالمعاني.

فالمراد بعدم قصد المكروه: عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج، وأن الداعي له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج «١»، لا أن كلامه الإنشائي مجرد عن المدلول، كيف! وهو معلول للكلام «٢» الإنشائي إذا كان مستعملاً غير مهمل.

وهذا الذي ذكرنا لا يكاد يخفى على من له أدنى تأمل في معنى الإكراه لغته و عرفاً و أدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب في فروع الإكراه التي لا تستقيم «٣» مع ما توهمه «٤»، من خلو المكروه عن قصد مفهوم اللفظ «٥» وجعله مقابلاً للقصد، و حكمهم بعدم وجوب التورية في التفصي

(١) وردت العبارة في «ف» مختصرة هكذا: فالمراد عدم وقوع مضمونه في الخارج.

(٢) كذا في «ف»، و في غيرها: الكلام.

(٣) في «م» و «ش»: لا يستقيم.

(٤) أي توهمه عبارة الجماعة، منهم: العلامة و الشهيدان، و في مصححة «ن»: توهم.

دزفولي، مرتضى بن محمد امين انصاري، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ٦ جلد، كنگره جهاني بزرگداشت شيخ اعظم انصاري، قم - ايران، اول، ١٤١٥ ه ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)؛ ج ٣، ص: ٣٠٩

(٥) لم ترد «التي لا تستقيم إلى مفهوم اللفظ» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣١٠

عن الإكراه «١» و صحه بيعه «٢» بعد الرضا «٣»، و استدلالهم «٤» له بالأخبار الواردة في طلاق المكروه و أنه لا- طلاق إلبا مع إرادة الطلاق «٥»، حيث إن المنفص صحه الطلاق، لا تحقق مفهومه لغته و عرفاً، و في ما ورد فيمن طلق مداراةً بأهله «٦»، إلى غير ذلك، و في أن مخالفة بعض العامية في وقوع الطلاق إكراهاً «٧»، لا- ينبغي أن تحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم، الذي لا يسمى خيراً و لا- إنشاءً و غير ذلك، مما يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود في المكروه هو: القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع و عدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام.

و يكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني: من أن المكروه و الفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله «٨»، نعم ذكر في التحرير و المسالك في

(١) انظر الروضة البهية ٦: ٢١، و المسالك ٩: ٢٢، و نهاية المرام: ٢: ١٢، و الجواهر ٣٢: ١٥.

(٢) كما ادعى الاتفاق ظاهراً في الحدائق ١٨: ٣٧٣، و الرياض ١: ٥١١. و في مفتاح الكرامة ٤: ١٧٣، و الجواهر ٢٢: ٢٦٧ نسبتها إلى المشهور.

(٣) في «ف» زيادة: به.

(٤) كما استدلل به المحقق النراقي في المستند ٢: ٣٦٤.

(٥) راجع الوسائل ١٥: ٣٣١، الباب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق.

(٦) الوسائل ١٥: ٣٣٢، الباب ٣٨ من أبواب مقدمات الطلاق.

(٧) خالف في ذلك أبو حنيفة وأصحابه، انظر بداية المجتهد ٢: ٨١، والمغنى لابن قدامة ٧: ١١٨.

(٨) كما تقدم عنه في الصفحة ٢٩٥ و ٣٠٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣١١

فروع المسألة ما يوهم ذلك «١»، قال في التحرير: لو اكره على الطلاق فطلق ناوياً، فالأقرب وقوع الطلاق، إذ لا إكراه على القصد «٢»، انتهى.

و بعض المعاصرين «٣» بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهم كلامهم، فردّ عليهم بفساد المبنى، و عدم وقوع الطلاق في الفرض المزبور، لكن المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك، و سيأتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور به «٤».

[حقيقة الإكراه]

ثم إن حقيقة الإكراه لغةً و عرفاً: حمل الغير على ما يكرهه، و يعتبر في وقوع الفعل عن «٥» ذلك الحمل: اقتترانه بوعيد منه «٦» مضمون الترتب على ترك «٧» ذلك الفعل، مضرّاً بحال الفاعل أو متعلقه نفساً أو عرضاً أو مالاً.

فظهر من ذلك: أن مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يُدخِلُه في «المكره عليه»، كيف! و الأفعال الصادرة من العقلاء كلها أو جلّها ناشئة عن دفع الضرر، و ليس دفع مطلق الضرر الحاصل من

(١) انظر المسالك ٩: ٢٢.

(٢) التحرير ٢: ٥١.

(٣) انظر الجواهر ٣٢: ١٥.

(٤) يأتي في الصفحة ٣٢٥.

(٥) في غير «ف» و «ن»: من.

(٦) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: «بتوعيد»، و صُحِّح في «ن» بما أثبتناه، إلّا أنه شطب فيها على «منه».

(٧) لم ترد «ترك» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣١٢

إيعاد شخص يوجب صدق «المكره» عليه، فإن من اكره على دفع مالٍ و توقّف على بيع بعض أمواله، فالبيع الواقع منه لبعض أمواله و إن كان لدفع الضرر المتوقع به على عدم دفع ذلك المال و لذا يرتفع التحريم عنه لو فرض حرمة عليه لحلف أو شبهه، إلّا أنه ليس مُكرهاً عليه «١».

فالمعيار في وقوع الفعل مُكرهاً عليه: سقوط الفاعل من أجل الإكراه المقترن بإيعاد الضرر عن الاستقلال في التصرف؛ بحيث لا تطيب نفسه بما يصدر منه و لا يتعمّد «٢» إليه عن رضا و إن كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره؛ دفعاً للضرر أو ترجيحاً لأقلّ الضررين، إلّا أن هذا المقدار لا يوجب طيب نفسه به؛ فإنّ النفس مجبولة على كراهة ما يحمله غيره عليه مع الإيعاد عليه بما يشقّ «٣» تحمله.

و الحاصل: أن الفاعل قد يفعل لدفع الضرر، لكنّه مستقلّ في فعله و مخلى و طبعه فيه بحيث يطيب نفسه بفعله و إن كان من باب علاج الضرر، و قد يفعل لضرر إيعاد الغير على تركه، و هذا ممّا لا يطيب النفس به، و ذلك معلوم بالوجدان.

[هل يعتبر عدم إمكان التفصي عن الضرر بما لا ضرر فيه]**إشارة**

ثم إنه هل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصي

(١) عليه من «ف» فقط.

(٢) في «خ»، «ع» و «ص»: يعتمد.

(٣) كذا في «ف» و «ش»، و في «م» و «ع»: «لا يشق»، و في «ن»، «خ» و «ص» محلّ كلمة «لا» بياض.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣١٣

عن الضرر المتوعد به بما لا يوجب «١» ضرراً آخر كما حكى عن جماعة «٢» أم لا؟

[عدم اعتبار العجز عن التورية]

الذي يظهر من النصوص «٣» و الفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية؛ لأنّ حمل عموم رفع الإكراه و خصوص النصوص الواردة في طلاق المكره و عتقه «٤» و معاهد الإجماعات و الشهرة المدعاة في حكم المكره على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشه، بعيد جداً، بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد، كما لا يخفى على من راجعها، مع أنّ القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيز الإكراه عرفاً.

[هل يعتبر العجز عن التخلص بغير التورية]

هذا، و ربما يستظهر من بعض الأخبار عدم اعتبار العجز عن التفصي بوجه آخر غير التورية أيضاً في صدق الإكراه، مثل رواية ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يمين «٥» في قطيعه رحم، و لا في جبر، و لا في إكراه، قلت: أصلحك الله! و ما الفرق بين الجبر و الإكراه؟ قال: الجبر من السلطان، و يكون الإكراه من الزوجه و الأمّ

(١) في غير «ف» و «ن» زيادة: «به»، و شطب عليه في «ص».

(٢) منهم الشهيد الثاني في المسالك ٩: ١٨ ١٩ و المحدث البحراني في الحقائق ٢٥: ١٥٩، و المحقق النراقي في المستند ٢: ٣٦٤.

(٣) منها حديث الرفع المتقدم في الصفحة ٣٠٧.

(٤) انظر الوسائل ١٥: ٣٢٧، الباب ٣٤ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٣. و الصفحة ٣٣١، الباب ٣٧ من نفس الأبواب. و ١٦: ٢٤، الباب ١٩ من أبواب كتاب العتق.

(٥) في المصدر: «لا يمين في غضب و لا في قطيعه رحم».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣١٤

و الأب، و ليس ذلك بشيء «(١)» (٢).

و يؤيد: أنه لو خرج عن الإكراه عرفاً بالقدرة على التفصيى بغير التورية خرج عنه بالقدرة عليها؛ لأنَّ المناطق حينئذٍ انحصار التخلّص عن الضرر المتوعّد به «(٣)» فى فعل المكره عليه، فلا فرق بين أن يتخلّص عنه «(٤)» بكلامٍ آخر أو فعلٍ آخر، أو «(٥)» بهذا الكلام مع قصد معنىٍ آخر.

و دعوى: أن جريان حكم الإكراه مع القدرة على التورية تعبدى لا من جهة صدق حقيقة الإكراه، كما ترى.

[اعتبار العجز عن التخلص بغير التورية]

لكنّ الإنصاف: أن وقوع الفعل عن «(٦)» الإكراه لا يتحقّق إلّا مع العجز عن التفصيى بغير التورية؛ لأنّه يعتبر فيه أن يكون الداعى عليه هو خوف ترتب الضرر المتوعّد به على الترك، و مع القدرة على التفصيى لا يكون الضرر مترتباً على ترك المكره عليه، بل على تركه و ترك التفصيى معاً، فدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين: من فعل المُكْرَه عليه، و التفصيى، فهو مختار فى كلِّ منهما، و لا يصدر كلُّ منهما إلّا باختياره، فلا إكراه.

(١) فى غير «ص» زيادة: «الخبر»، و الظاهر أنّه لا وجه له؛ لأنَّ الحديث مذکور بتمامه.

(٢) الوسائل ١٦: ١٤٣، الباب ١٦ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث الأوّل.

(٣) لم ترد «به» فى «ش».

(٤) لم ترد «عنه» فى «ش».

(٥) فى «ف» بدل «أو»: و.

(٦) فى «ف»: من.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣١٥

و ليس التفصيى من الضرر أحد فردى المكره عليه، حتّى لا- يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الإكراه عنهما، كما لو أكرهه على أحد الأمرين «(١)»، حيث يقع كلُّ منهما حينئذٍ مكرهاً «(٢)»؛ لأنَّ الفعل المتفصيى به مسقط عن المُكْرَه عليه، لا بدّل له؛ و لذا لا يجرى أحكام المكره عليه إجماعاً، فلا يفسد إذا كان عقداً.

و ما ذكرناه و إن كان جارياً فى التورية، إلّا أن الشارع رخص فى ترك التورية بعد عدم إمكان التفصيى بوجهٍ آخر؛ لما ذكرنا من ظهور النصوص و الفتاوى، و بُعد حملها على صورة العجز عن التورية، مع أن العجز عنها لو كان معتبراً لأشير إليها فى تلك الأخبار الكثيرة المجوّزة للحلف كاذباً عند الخوف و الإكراه «(٣)»، خصوصاً فى قضية عمّار و أبويه، حيث اكرهوا على الكفر، فأبى أبواه فقتلا، و أظهر لهم عمّار ما أرادوا، فجاء باكياً إلى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم فنزلت الآية مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ «(٤)» فقال له رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم: «إن عادوا عليك فعد» «(٥)». و لم يتبّه على التورية، فإنّ التنبيه فى المقام و إن لم يكن واجباً، إلّا أنه لا شكّ فى رجحانه،

(١) فى «ف»: أمرين.

(٢) فى «ص» زيادة: «عليه» استدراكاً.

(٣) انظر الوسائل ١٦: ١٣٤ و ١٤٣، الباب ١٢ و ١٦ من أبواب كتاب الأيمان.

(٤) النحل: ١٠٦.

(٥) مجمع البيان ٣: ٣٨٨، والوسائل ١١: ٤٧٦، الباب ٢٩ من أبواب الأمر والنهي، الحديث ٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣١٦

خصوصاً من النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ باعتبار شفقتة على عمّار، و علمه بكرهه تكلم عمّار بألفاظ الكفر من دون توريه، كما لا يخفى.

[الفرق بين إمكان التفصي بالتورية وإمكانه بغيرها]

هذا «١»، و لكنّ الأولى: أن يفرّق بين إمكان التفصي بالتورية وإمكانه بغيرها، بتحقيق الموضوع في الأوّل دون الثاني؛ لأنّ الأصحاب «٢» وفاقاً للشيخ في المبسوط «٣» ذكروا من شروط تحقّق الإكراه: أن يعلم أو يظنّ المكروه بالفتح أنّه لو امتنع ممّا «٤» أكره عليه وقع فيما توعدّ عليه، و معلوم أنّ المراد ليس امتناعه عنه في الواقع و لو مع اعتقاد المكروه بالكسر عدم الامتناع، بل المعيار في وقوع الضرر: اعتقاد المكروه لامتناع المكروه، و هذا المعنى يصدق مع إمكان التورية، و لا يصدق مع التمكن من التفصي بغيرها؛ لأنّ المفروض تمكّنه من الامتناع مع اطلاع المكروه عليه و عدم وقوع الضرر عليه.

و الحاصل: أنّ التلازم بين امتناعه و وقوع الضرر الذي هو المعتمد في صدق الإكراه موجود مع التمكن بالتورية، لا مع التمكن بغيرها، فافهم «٥».

(١) لم ترد «هذا» في «ص».

(٢) مثل المحقّق في الشرائع ٣: ١٣، و العلّامة في التحرير ٢: ٥١، و الشهيد الثاني في الروضة ٦: ٢٠، و السيّد السند في نهاية المرام ٢: ١١، و المحقّق السبزواري في الكفاية: ١٩٨.

(٣) المبسوط ٥: ٥١.

(٤) في «م» و «ع»: ما.

(٥) لم ترد: «هذا و لكن إلى فافهم» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣١٧

[عدم اعتبار العجز في الإكراه الراجع لأثر المعاملات]

إشارة

ثمّ إنّ ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصي إنّما هو في الإكراه المسوّغ للمحرمات، و مناطه توقّف دفع ضرر المكروه على ارتكاب المكروه عليه، و أمّا الإكراه الراجع لأثر المعاملات، فالظاهر أنّ المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة، و قد يتحقّق مع إمكان التفصي، مثلاً من كان قاعداً في مكان خاصّ خالٍ عن الغير متفرّغاً لعبادة أو مطالعة، فجاءه من أكرهه على بيع شيءٍ ممّا عنده و هو في هذه الحال غير قادرٍ على دفع ضرره و هو كارّة للخروج عن ذلك المكان لكن لو خرج كان له في الخارج خدّمٌ يكفونه شرّ المكروه، فالظاهر صدق الإكراه حينئذٍ، بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء، بخلاف من كان خدّمه حاضرين عنده، و توقّف دفع ضرر

إكراه الشخص على أمر خدّمه بدفعه وطرده؛ فإنّ هذا لا يتحقّق في حقّه الإكراه، و يكذّب لو ادّعاها، بخلاف الأوّل إذا اعتذر بكراهة الخروج عن ذلك المنزل.

و لو فرض في ذلك المثل إكراهه على محرم لم يعذر فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل، و قد «١» تقدّم الفرق بين الجبر و الإكراه في رواية ابن سنان «٢».

[المراد من الإكراه الرفع لأثر المعاملات]

فالإكراه المعتبر في تسويغ المحظورات، هو: الإكراه بمعنى الجبر المذكور في الرواية «٣»، و الرفع لأثر المعاملات هو «٤»: الإكراه الذي ذكر

(١) في «ش»: فقد.

(٢) تقدّمت في الصفحة ٣١٣.

(٣) عبارة «في الرواية» من «ف» و مصحّحتي «ن» و «خ».

(٤) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «و هو»، و محلّ «و» في «ص» بياض.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣١٨

فيها «١» أنّه قد يكون من الأب و الولد و المرأة، و المعيار فيه: عدم طيب النفس فيها «٢»، لا الضرورة و الإلجاء و إن كان هو المتبادر من لفظ الإكراه؛ و لذا يحمل «٣» الإكراه في حديث الرفع «٤» عليه، فيكون الفرق بينه و بين الاضطراب المعطوف عليه في ذلك الحديث اختصاص الاضطراب بالحاصل لا من فعل الغير كالجوع و العطش و المرض، لكنّ الداعي على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو أنّ العبرة فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس؛ حيث استدّلوا «٥» على ذلك بقوله تعالى تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ «٦»، و «لا يحلّ مال امرئ مسلم «٧» إلّا عن طيب نفسه» «٨»، و عموم اعتبار الإرادة في صحّة الطلاق «٩»، و خصوص ما ورد في فساد «١٠» طلاق من طلق للمدراة مع عياله «١١».

(١) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحة «ن»، و في سائر النسخ: ذكر في تلك الرواية.

(٢) لم ترد «فيها» في «ف».

(٣) كذا في «ن»، «ص» و «ش»، و في «ف»: «نحمل»، و في سائر النسخ: تحمل.

(٤) المتقدّم في الصفحة ٣٠٧.

(٥) انظر مقابسات الأنوار: ١١٤، و الجواهر ٢٢: ٢٦٥.

(٦) النساء: ٢٩.

(٧) لم ترد «مسلم» في «ف».

(٨) عوالي اللآلي ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩.

(٩) انظر الوسائل ١٥: ٢٨٥، الباب ١١ من أبواب مقدّمات الطلاق.

(١٠) في «ف» بدل «في فساد»: في خصوص.

(١١) انظر الوسائل ١٥: ٣٣٢، الباب ٣٨ من أبواب مقدّمات الطلاق.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣١٩
فقد تلخص مما ذكرنا: أن الإكراه الراجع لأثر الحكم التكليفي أخص من الراجع لأثر الحكم الوضعي.

[الفرق بين الأحكام التكليفية و الأحكام الوضعية]

و لو لوحظ ما هو المناط في رفع كل منهما، من دون ملاحظة عنوان الإكراه كانت النسبة بينهما «١» العموم من وجه؛ لأن المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع «٢» الضرر، و في رفع الحكم الوضعي هو عدم الإرادة و طيب النفس،

[لو أكره الشخص على أحد الأمرين]

و من هنا لم يتأمل أحد في أنه إذا أكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين لا بعينه، فكل منهما وقع في الخارج لا يتصف بالتحريم؛ لأن المعيار في رفع «٣» الحرمة دفع «٤» الضرر المتوقع على فعل أحدهما، أمّا لو كانا عقدين أو إيقاعين كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه، فقد استشكل غير واحد «٥» في أن ما يختاره من الخصوصيتين «٦» بطيب نفسه و يرجّحه على الآخر «٧» بدواعيه النفسانية الخارجة عن الإكراه «٨»، مكره عليه باعتبار جنسه، أم لا؟ بل

(١) كلمة «بينهما» من «ش».

(٢) في «ف»: رفع.

(٣) كذا في «ف»، و في غيرها: دفع.

(٤) في «ف»: رفع.

(٥) استشكل فيه العلامة في التحرير ٢: ٥١، و لم نثر على مستشكل غيره، نعم في المسالك ٩: ٢١ و الحقائق ٢٥: ١٦٢ ١٦٣ ما يفيد هذا.

(٦) في «خ»، «م»، «ع» و «ش»: الخصوصيتين.

(٧) عبارة «على الآخر» وردت في «ف» و «ص» و هامش «ع» و مصححتي «ن» و «خ»، و لم ترد في غيرها.

(٨) في «ف»: من الإكراه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٢٠

أفتى في القواعد بوقوع الطلاق و عدم الإكراه «١» و إن حمله بعضهم «٢» على ما إذا قنع المكره بطلاق إحداها مبهمه. لكن المسألة عندهم غير صافية عن الإشكال؛ من جهة مدخلة طيب النفس في اختيار الخصوصية و إن كان الأقوى وفاقاً لكل من تعرض للمسألة «٣» تحقّق الإكراه لغتاً و عرفاً، مع أنه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقّق الإكراه أصلاً؛ إذ الموجود في الخارج دائماً إحدى خصوصيات المكره عليه؛ إذ لا يكاد يتفق الإكراه بجزئي حقيقي من جميع الجهات.

نعم، هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية، و إن كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك، بمعنى أن وجوده الخارجيّ ناش عن إكراه و اختيار؛ و لذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار أصل الفعل، و يستحقه باعتبار الخصوصية.

و تظهر الثمرة فيما لو ترتب أثر على خصوصية المعاملة الموجودة؛ فإنّه لا يرتفع بالإكراه على القدر المشترك، مثلاً لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر، لم يرتفع تحريم الخمر؛ لأنّه مختار فيه، و إن كان مكرهاً في أصل الشرب «٤»، و كذا لو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد،

(١) القواعد ٢: ٦٠.

(٢) نقله المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١١٨ عن بعض الأجلّة، و لكن لم نتحققه من هو.

(٣) كالشهيد الثاني في المسالك ٩: ٢١، و الروضة البهية ٦: ٢١، و سبطه في نهاية المرام ٢: ١٢، و المحدث البحراني في الحقائق ٢٥: ١٦٣ و غيرهم.

(٤) في «ف»: في جنس الشرب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ٣، ص: ٣٢١

فإنه لا يرتفع أثر الصحيح؛ لأنه مختار فيه و إن كان مكرهاً في جنس البيع «١»، لكنّه «٢» لا يترتب على الجنس أثر يرتفع بالإكراه. و من هنا يعلم أنه لو أكره على بيع مالٍ أو إيفاء مالٍ مستحق لم يكن إكراهاً؛ لأنّ القدر المشترك بين الحقّ و غيره إذا أكره عليه لم يقع باطلاً، و إلّا لوقع الإيفاء أيضاً باطلاً، فإذا اختار البيع صحّ؛ لأنّ الخصوصية غير مكره عليها، و المكره عليه و «٣» هو القدر المشترك غير مرتفع الأثر.

و لو أكرهه على بيع مالٍ أو أداء مالٍ غير مستحقّ، كان إكراهاً؛ لأنه لا يفعل البيع إلّا فراراً من بدله أو وعيده المضّرّين، كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر؛ فإنّ ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الأخرى ببدله أو التضرّر الدنيوى بوعيده.

[لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد]

ثمّ إنّ إكراه أحد الشخصين على فعلٍ واحد بمعنى إلزامه عليهما كفايةً و إيعادهما على تركه كإكراه شخصٍ واحدٍ على أحد الفعلين، في كون كلّ منهما مكرهاً.

[صور تعلق الإكراه]

و اعلم أنّ الإكراه: قد يتعلّق بالمالك و العاقد، كما تقدّم، و قد يتعلّق بالمالك دون العاقد، كما لو أكره على التوكيل في بيع ماله؛ فإنّ العاقد قاصد مختار، و المالك مجبور، و هو داخل في عقد «٤» الفصولى بعد

(١) لم ترد «و كذا لو أكرهه إلى جنس البيع» في «ف».

(٢) في «ف»: لكن.

(٣) الواو من «ف» و «خ» فقط.

(٤) في «م»، «ع»، «ص» و «ش»: العقد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ٣، ص: ٣٢٢

ملاحظة عدم تحقّق الوكالة مع الإكراه، و قد ينعكس، كما لو قال: «بيع مالى أو طلق زوجتى و إلّا قتلتك»، و الأقوى هنا الصّحة؛ لأنّ العقد هنا «١» من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في «٢» المكره إذا كان عاقداً، و الرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض، فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضى لاحقاً.

و احتمال في المسالك عدم الصّحة؛ نظراً إلى أنّ الإكراه يُسقط حكم اللفظ، كما لو أمر المجنون بالطلاق فطلقها، ثمّ قال: و الفرق بينهما أنّ عبارة المجنون مسلوّبة، بخلاف المكره فإنّ عبارته مسلوّبة لعارضٍ تخلف القصد، فإذا كان الأمر قاصداً لم يقدح إكراه

المأمور «٣»، انتهى. و هو حسن.
و قال «٤» أيضاً: لو أكره الوكيل على الطلاق، دون الموكل، ففي صحته وجهان أيضاً «٥»: من تحقّق الاختيار في الموكل المالك، و من سلب عبارة المباشر «٦»، انتهى.
و ربما يستدلّ على فساد العقد في هذين الفرعين بما دلّ على رفع حكم الإكراه.

(١) لم ترد «هنا» في «ف».

(٢) في غير «ش» زيادة: المالك، إلّا أنّه شطب عليها في «م».

(٣) المسالك ٩: ٢٢.

(٤) لم ترد «قال» في «ف».

(٥) لم ترد «أيضاً» في «ف».

(٦) المسالك ٩: ٢٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٢٣

وفيه: ما سيجيء «١» من أنّه إنّما يرفع حكماً ثابتاً على المكره لولا الإكراه، و لا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلم به لولا الإكراه. و ممّا يؤيّد ما ذكرنا: حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا، و من المعلوم أنّه إنّما يتعلّق بحاصل العقد الذي هو أمر مستمرّ، و هو النقل و الانتقال «٢»، و أمّا التلقظ بالكلام الذي صدر مكرهاً فلا معنى للحقوق الرضا به؛ لأنّ ما مضى و انقطع لا يتغيّر عمّا وقع عليه و لا ينقلب.

نعم «٣»، ربما يستشكل هنا في الحكم المذكور: بأنّ القصد إلى المعنى و لو على وجه الإكراه شرط في الاعتناء بعبارة العقد، و لا يعرف إلّا من قبل العاقد، فإذا كان مختاراً أمكن إحرازه بأصالة القصد في أفعال العقلاء الاختيارية، دون المكره عليها. اللهم إلّا أن يقال: إنّ الكلام بعد إحراز القصد و عدم تكلم العاقد لاغياً أو مؤزّياً «٤» و لو كان مكرهاً، مع أنّه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً، فتأمل.

(١) يجيء في الصفحة ٣٣٢ عند قوله: «و ثانياً».

(٢) في «ف»: مستمرّ بالنقل و الانتقال.

(٣) في «ف» بدل «نعم»: ثمّ.

(٤) لم ترد «أو مؤزّياً» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٢٤

«فروع» «١»

[الإكراه على بيع عبد من عبيد]

لو «٢» أكرهه على بيع واحد غير معيّن من عبيد فباعهما أو باع نصف أحدهما، ففي التذكرة «٣» إشكال.
أقول: أمّا بيع العبيد، فإن كان تدريجاً، فالظاهر وقوع الأوّل مكرهاً دون الثاني، مع احتمال الرجوع إليه في التعيين، سواء ادّعى

العكس، أم لا.

و لو باعهما دفعة، احتمال صحّة الجميع؛ لأنّه خلاف المكره عليه، و الظاهر أنّه لم يقع شيء منهما عن إكراه، و بطلان الجميع؛ لوقوع أحدهما مكرهاً عليه و لا ترجيح، و الأوّل أقوى.

[الإكراه على معين فضم غيره إليه]

و لو اكره على بيع معين فضم إليه غيره و باعهما «٤» دفعة، فالأقوى الصحّة في غير ما اكره عليه. و أمّا مسألة النصف، فإن باع النصف «٥» بقصد بيع «٦» النصف الآخر

(١) في «ش»: فرع.

(٢) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: و لو.

(٣) التذكرة ١: ٤٦٢.

(٤) في «ف»: فباعهما.

(٥) في غير «ف» و «ش» زيادة: «بعد الإكراه على الكل»، إلّا أنّه أشير في «ن» إلى زيادتها.

(٦) كلمة «بيع» من «ف» و «ش» و مصحّحه «م» و «ن»، و لم ترد في غيرها، و في «ص» بدلها: أن يبيع.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٢٥

امتثالاً للمكره بناءً على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعتين فلا- إشكال في وقوعه مكرهاً عليه، و إن كان لرجاء أن يقنع المكره بالنصف كان أيضاً إكراهاً، لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر.

[الإكراه على الطلاق]

إشارة

بقي الكلام فيما وعدنا ذكره «١» من الفرع المذكور في التحرير، قال في التحرير: لو اكره على الطلاق فطلّق ناوياً، فالأقرب وقوع الطلاق «٢»، انتهى.

و نحوه في المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع؛ لأنّ الإكراه أسقط أثر اللفظ، و مجرّد التية لا حكم لها «٣».

و حكى عن سبطه في نهاية المرام: أنّه نقله قولاً، و استدللّ عليه بعموم ما دلّ من النصّ و الإجماع على بطلان عقد المكره و الإكراه يتحقّق «٤» هنا؛ إذ المفروض أنّه لو لواه لما فعله ثمّ قال: و المسألة محلّ إشكال «٥»، انتهى.

و عن بعض الأجلّة: أنّه لو علم أنّه لا يلزمه إلّا اللفظ و له تجريده عن القصد، فلا شبهة في عدم الإكراه «٦» و إنّما يحتمل «٧» الإكراه مع

(١) في الصفحة ٣١١.

(٢) التحرير ٢: ٥١.

(٣) المسالك ٩: ٢٢.

(٤) في مصححة «ص» و مقابس الأنوار: متحقق.

(٥) نهاية المرام ٢: ١٢، و حكاة المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١١٧.

(٦) إلى هنا تم ما أفاده بعض الأجلّة، و هو الفاضل الأصبهاني قدس سره في كشف اللثام ٢: ١١٩، و باقي الكلمات من الحاكي.

(٧) كذا في أكثر النسخ و المصدر، و في «ف»: «تحمل على الإكراه»، و في مصححة «ن»: «يحمل على الإكراه».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٢٦

عدم العلم بذلك، سواء ظن لزوم القصد و إن لم يردده المكروه، أم لا «١»، انتهى.

ثم إن بعض المعاصرين «٢» ذكر الفرع عن المسالك «٣»، و بناه على أن المكروه لا قصد له أصلاً، فردّه بثبوت القصد للمكروه، و جزم بوقوع الطلاق المذكور مكرهاً عليه.

و فيه: ما عرفت سابقاً: من أنه لم يقل أحدٌ بخلو المكروه عن قصد معنى اللفظ، و ليس هذا مراداً من قولهم: إن المكروه غير قاصدٍ إلى مدلول اللفظ؛ و لذا شرّك الشهيد الثاني بين المكروه و الفضولي في ذلك كما عرفت سابقاً «٤»، فبناء هذا الحكم في هذا الفرع على ما ذكر ضعيف جداً.

و كذا ما تقدّم عن بعض الأجلّة: من أنه إن علم بكفاية مجرد «٥» اللفظ المجرد عن التية فنوى اختياراً صح؛ لأن مرجع ذلك إلى وجوب التورية على العارف بها المتفطن لها؛ إذ لا فرق بين التلخص بالتورية و بين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغياً، و قد عرفت أن ظاهر الأدلة و الأخبار الواردة في طلاق المكروه و عتقه: عدم اعتبار العجز عن التورية «٦».

(١) حكاة المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١١٧.

(٢) هو صاحب الجواهر قدس سره في الجواهر ٣٢: ١٥.

(٣) تقدّم الفرع عن المسالك في الصفحة السابقة.

(٤) راجع الصفحة ٣١٠.

(٥) لم ترد «مجرد» في «ص»، و شطب عليها في «ع».

(٦) راجع الصفحة ٣١٣، قوله: الذي يظهر من النصوص و الفتاوى ..

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٢٧

[أقسام الإكراه على الطلاق، و أحكامها]

و توضيح الأقسام المتصورة في الفرع المذكور:

أن الإكراه الملحق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به، إما أن لا يكون له دخل في الفعل أصلاً، بأن يوقع الطلاق قصداً إليه عن طيب النفس، بحيث لا يكون الداعي إليه هو الإكراه؛ لبنائه على تحمّل الضرر المتوقع به، و لا يخفى بداهته و وقوع الطلاق هنا، و عدم جواز حمل الفرع المذكور «١» عليه، فلا معنى لجعله في التحرير أقرب، و ذكر احتمال عدم الوقوع في المسالك، و جعله قولاً في نهاية المرام و استشكله فيه؛ لعموم النصّ و الإجماع.

و كذا لا ينبغي التأمل في وقوع الطلاق لو لم يكن الإكراه مستقلاً في داعي الوقوع، بل هو بضميمة شيءٍ اختياري للفاعل.

و إن كان الداعي هو الإكراه، فإما أن يكون الفعل لا من جهة التلخص عن الضرر المتوقع به، بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكروه بالكسر كمن قال له ولده: «طلق زوجتك و إلّا قتلتك أو قتلتك نفسك» فطلق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه، أو قتل الغير له إذا تعرّض لقتل والده، أو كان الداعي على الفعل شفقةً ديتية على المكروه بالكسر أو على المطلقة، أو على غيرها ممن يريد نكاح الزوجة لئلا

يقع الناس في محرم. والحكم في صورتين لا يخلو عن إشكال. وإن كان الفعل لداعي التخلّص من الضرر، فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكروه أنّ الحذر لا يتحقّق إلّا بإيقاع الطلاق حقيقة؛ لغفلته عن أنّ التخلّص غير متوقّف على القصد إلى وقوع أثر الطلاق

(١) أي الفرع المنقول عن التحرير.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٢٨

وحصول البيونة، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة والإعراض عنها، فيوقع الطلاق قاصداً، وهذا كثيراً ما يتفق للعوام. وقد يكون هذا التوطين والإعراض من جهة جهله بالحكم الشرعي أو كونه رأى «١» مذهب بعض العامة «٢» فزعم أنّ الطلاق يقع مع «٣» الإكراه، فإذا أكره على الطلاق طلق قاصداً لوقوعه؛ لأنّ القصد إلى اللفظ المكروه عليه بعد اعتقاد كونه سبباً مستقلاً في وقوع البيونة يستلزم القصد إلى وقوعها، فيرضى نفسه «٤» بذلك ويوطنها عليه، وهذا أيضاً كثيراً ما يتفق للعوام. والحكم في هاتين صورتين لا يخلو عن إشكال، إلّا أنّ تحقّق الإكراه أقرب.

[عقد المكروه لو تعقبه الرضا]

ثمّ «٥» المشهور بين المتأخّرين «٦»: أنّه لو رضى المُكروه بما فعله صحّ العقد، بل عن الرياض «٧» تبعاً للحدائق «٨» أنّ عليه اتّفاقهم؛ لأنّه عقد

(١) قال الشهيد في شرحه: (رأى) بصيغته الماضي، لا المصدر، هداية الطالب: ٢٦١.

(٢) مثل ما تقدّم عن أبي حنيفة وأصحابه في هامش الصفحة ٣١٠.

(٣) في «ف»: علي.

(٤) كذا في «ف» و«ش» ونسخة بدل «ص»، وفي سائر النسخ: نفسها.

(٥) في «م»، «ع» و«ص» زيادة: «إن»، لكن شطب عليها في «م».

(٦) كالمحقق في الشرائع ٢: ١٤. والعلامة في القواعد ١: ١٢٤، و التحرير ١: ١٦٤ وغيرهما. والشهيد في الدروس ٣: ١٩٢، و اللعة:

١١٠. والشهيد الثاني في المسالك ٣: ١٥٥ ١٥٦، و الروضة البهية ٣: ٢٢٦. وغيرهم.

(٧) الرياض ١: ٥١١، وفيه: إنّ ظاهرهم الاتّفاق ..

(٨) الحدائق ١٨: ٣٧٣، وفيه: و ظاهرهم أيضاً الاتّفاق ..

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٢٩

حقيقي، فيؤثر أثره مع اجتماع باقي شرائط البيع، وهو طيب النفس.

و دعوى «١» اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد، خالية عن الشاهد، مدفوعة بالإطلاقات.

وأضعف منها: دعوى اعتبارها في مفهوم العقد، اللازم منه عدم كون عقد «٢» الفضولي عقداً حقيقة.

وأضعف من الكلّ: دعوى اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده، اللازم منه عدم صحّة بيع المُكروه بحق، و كون إكراهه على العقد تعبدياً لا لتأثير فيه «٣».

و يؤيدّه: فحوى صحّة عقد الفضولي؛ حيث إنّ المالك طيب النفس بوقوع أثر العقد و غير منشىء للنقل بكلامه، و إمضاء إنشاء الغير ليس إلّا طيب النفس بمضمونه، و ليس إنشاءً مستأنفاً، مع أنّه لو كان فهو موجود هنا، فلم يصدر من المالك هنالك إلّا طيب النفس بانتقاله متأخراً عن إنشاء العقد، و هذا موجود فيما نحن فيه مع زائد، و هو إنشاؤه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد؛ لما عرفت «٤» من أنّ عقده إنشاء حقيقيّ.

و توهم: أنّ عقد الفضولي واجد لما هو «٥» مفقود هنا و هو طيب نفس العاقد بما ينشئه-، مدفوع: بالقطع بأنّ طيب النفس لا اثر له،

(١) ادّعى ذلك صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٢: ٢٦٧ ٢٦٨.

(٢) في «ف»: العقد.

(٣) في «ف»: في عقده.

(٤) راجع الصفحة ٣٠٩ و ما بعدها.

(٥) في «م» و «ش» زيادة: به.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٣٠

لا «١» في صدق العقديّة؛ إذ يكفي فيه مجرد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه، و لا في النقل و الانتقال؛ لعدم مدخليّة غير المالك فيه.

نعم، لو صحّ ما ذكر سابقاً «٢»: من توهم أنّ المكره لا- قصد له إلى مدلول اللفظ أصلاً، و أنّه قاصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت كما صرح به بعض «٣» صحّ أنّه لا يجدي تعقب الرضا، إذ لا عقد حينئذٍ، لكن عرفت سابقاً أنّه خلاف المقطوع من النصوص و الفتاوى، فراجع «٤».

فظهر ممّا ذكرنا ضعف وجه التأمّل في المسألة كما عن الكفاية «٥» و مجمع الفائدة «٦» تبعاً للمحقّق الثاني في جامع المقاصد «٧». و إن انتصر لهم بعض من تأخّر عنهم «٨» بقوله تعالى إلّا أنّ تكون تجارة عن تراض «٩» الدالّ على اعتبار كون العقد عن التراضي مضافاً إلى النبويّ

(١) لم ترد «لا» في «ف».

(٢) راجع الصفحة ٣٠٨ و ما بعدها.

(٣) لم ترد «كما صرح به بعض» في «ف»، و المصرح بذلك هو صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٢: ٢٦٧.

(٤) راجع الصفحة ٣٠٨ ٣٠٩.

(٥) الكفاية: ٨٩، و فيها: فالمسألة محلّ إشكال.

(٦) مجمع الفائدة ٨: ١٥٦، و فيه بعد نقل الصحّة عن المشهور:- و ما نعرف لها دليلاً.

(٧) جامع المقاصد ٤: ٦٢، و فيه: فللنظر فيها مجال.

(٨) لم ترد «عنهم» في «ف»، و لم نعر على هذا البعض.

(٩) النساء: ٢٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٣١

المشهور الدالّ على رفع حكم الإكراه «١»، مؤيداً بالنقض بالهازل، مع أنّهم لم يقولوا بصحّته بعد لحوق الرضا.

و الكل كما ترى؛ لأنّ دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي إمّا بمفهوم الحصر و إمّا بمفهوم الوصف، و لا حصر كما لا

يخفى؛ لأن الاستثناء منقطع غير مفرغ، ومفهوم الوصف على القول به مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في رَبَائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ «٢»، ودعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعه، وسيجيء زيادة توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضي في بيع الفضولي «٣».

و أما حديث الرفع، ففيه:

أولاً: أن المرفوع فيه هي المؤاخذه و الأحكام المتضمنة لمؤاخذه المكره و إزماءه بشيء، و الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أن له أن يرضى بذلك، و هذا حق له لا عليه.

نعم، قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره أو يفسخ، و هذا إلزام لغيره، و الحديث لا يرفع المؤاخذه و الإلزام عن غير المكره كما تقدم «٤»، و أما إزماءه بعد طول المدّة باختيار البيع أو فسخه، فهو من توابع الحق الثابت له بالإكراه، لا من أحكام الفعل المتحقق

(١) المتقدم في الصفحة ٣٠٧.

(٢) النساء: ٢٣.

(٣) ستأتي مسألة بيع الفضولي في الصفحة ٣٤٥.

(٤) لم نقف على التصريح به فيما تقدم.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٣٢
على وجه الإكراه.

ثم إن ما ذكرنا واضح على القول بكون الرضا ناقلاً، و كذلك على القول بالكشف بعد التأمل.

و ثانياً: أنه يدل على أن الحكم الثابت للفعل المكره عليه لولا الإكراه يرتفع عنه إذا وقع مكرهاً عليه كما هو معنى رفع الخطأ و النسيان أيضاً و هذا المعنى موجود فيما نحن فيه؛ لأن أثر «١» العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم «٢» الإكراه، السببية المستقلة «٣» لنقل المال، و من المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه، و هذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الإكراه حيث إنه جزء العلة التامة للملكية، لم يكن ثابتاً للفعل مع قطع النظر عن الإكراه ليرتفع به؛ إذ المفروض أن الجزئية ثابتة له بوصف الإكراه، فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه «٤»؟

و بعبارة أخرى: اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار «٥» عدم «٦» الإكراه هو اللزوم المنفص بهذا الحديث، و المدعى ثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه على رضا المالك، و هذا غير مرتفع

(١) شطب في «ن» و «م» على كلمة «أثر».

(٢) شطب في «ن» على «اعتبار عدم»، و شطب في «م» على كلمة «عدم».

(٣) كذا في «ف» و «ش» و مصححه «خ»، و في سائر النسخ: سبب مستقل.

(٤) لم ترد عبارة «إذ المفروض إلى بالإكراه» في «ف».

(٥) شطب في «ن» على كلمة «اعتبار».

(٦) كلمة «عدم» من «ش» فقط.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٣٣

بالإكراه «١».

لكن يرد على هذا: أن مقتضى حكومة الحديث على الإطلاقات هو تقيدها بالمسوقية بطيب النفس، فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المكروه ووقفه على الرضا اللاحق، فلا يبقى دليل على صحة بيع المكروه، فيرجع إلى أصالة الفساد.

و بعبارة أخرى: أدلة صحة البيع تدلّ «٢» على سببته المستقلة «٣»، فإذا قيدت بغير المكروه لم يبق لها دلالة على حكم المكروه، بل لو كان هنا ما يدلّ على صحة البيع بالمعنى الأعمّ من السببته المستقلة كان دليل الإكراه حاكماً عليه مقيداً له فلا ينفع «٤».

اللهم إنا أن يقال: إن الإطلاقات المفيدة «٥» للسببته المستقلة «٦» مقيدة بحكم الأدلة الأربعة المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل و مع عدم طيب النفس بالبيع المرضي به، سيقه الرضا أو لحقه، و مع ذلك فلا حكومة للحديث عليها؛ إذ البيع المرضي به سابقاً لا يعقل عروض الإكراه له.

(١) لم ترد «و هذا غير مرتفع بالإكراه» في «ف».

(٢) في «ف»: إنما يدلّ.

(٣) في «ف» و «ن»: سببته المستقلة.

(٤) وردت عبارة «بل لو كان إلى فلا ينفع» في «ف» و «ش»، و هامش «ن» تصحيحاً.

(٥) في «خ»، «ع» و «ش»: المقيدة.

(٦) لم ترد «المفيدة للسببته المستقلة» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٣٤

و أمّا المرضي به بالرضا اللاحق، فإنما يعرضه الإكراه من حيث ذات الموصوف، و هو أصل البيع «١»، و لا نقول بتأثيره، بل مقتضى الأدلة الأربعة مدخليته الرضا «٢» في تأثيره و وجوب الوفاء به.

فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكروه عليه و الرضا به لاحقاً، و لازمه بحكم العقل كون العقد المكروه عليه «٣» بعض المؤثر التام، و هذا أمر عقلي غير مجعول «٤» لا يرتفع بالإكراه؛ لأن الإكراه مأخوذ فيه بالفرض، إلا أن يقال: إن أدلة الإكراه كما ترفع السببته المستقلة التي أفادتها الإطلاقات قبل التقييد، ترفع مطلق الأثر عن العقد المكروه عليه؛ لأن التأثير الناقص أيضاً استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرضا الأعمّ من اللاحق «٥»، و هذا لا يفرق فيه أيضاً بين جعل الرضا ناقلاً أو كاشفاً؛ إذ على الأول يكون تمام المؤثر نفسه، و على الثاني يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد و هو تعقبه للرضا.

(١) في «ص» زيادة: «قبل الرضا»، و وردت في «خ» و «ع» أيضاً استدراكاً.

(٢) كذا في «ش» و العبارة في «ف» هكذا: «بل مقتضى الأدلة الأربعة بمدخليته للرضا»، و في سائر النسخ: بل تقتضى الأدلة الأربعة مدخليته للرضا.

(٣) لم ترد «المكروه عليه» في «ف».

(٤) عبارة «أمر عقلي غير مجعول» من «ف» و نسخة بدل «ش».

(٥) من قوله: لأن الإكراه .. إلى هنا لم يرد في «ف»، و من قوله: إلا أن يقال .. إلى هنا كتب عليه في «ن»: زائد، و هذا المقدار لم يرد أيضاً في «ش» باستثناء عبارة «كما ترفع السببته المستقلة».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٣٥

و كيف كان، فذات العقد المكروه عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له لا يترتب عليه إلا كونه جزء المؤثر التام، و هذا أمر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه و من الرضا أو وصف تعقبه له، فتأمل.

بقي الكلام في أن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟

مقتضى الأصل و عدم حدوث حلّ مال الغير إلّا عن طيب نفسه هو الأوّل، إلّا أن الأقوى بحسب الأدلّة النقلية هو الثاني، كما سيجيء في مسألة الفضولي (١).

و ربما يدعى «٢»: أن مقتضى الأصل هنا و في الفضولي هو «٣» الكشف؛ لأن مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره، فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى و هو النقل من حين العقد و ترتب الآثار عليه لا يكون إلّا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل.

و فيه: أن مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه، بل نفس النقل، إلّا أن إنشاءه لما كان في زمان التكلم، فإن كان ذلك الإنشاء مؤثراً في نظر الشارع في زمان التكلم حدث الأثر فيه، و إن كان مؤثراً بعد حصول أمر حدث الأثر بعده.

(١) يجيء في الصفحة ٤٠٨ ٤٠٩.

(٢) لم نعر على من ادعى ذلك صريحاً، نعم في الرياض ١: ٥١٣ بعد اختياره ذلك في الفضولي و جعله موافقاً للأشهر، قال: عملاً بمقتضى الإجازة.

(٣) لم ترد «هو» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٣٦

فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما يعتبر في الحكم؛ و لذلك كان الحكم بتحقق الملك بعد القبول أو بعد القبض في الصرف و السلم و الهبة، أو بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ «١» غير منافٍ لمقتضى الإيجاب، و لم يكن تبعيضاً في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة.

فإن قلت: حكم الشارع بثبوت الملك و إن كان بعد الرضا، إلّا أن حكمه بذلك لما كان من جهة إمضائه للرضا بما وقع فكأنه «٢» حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله.

قلت: المراد هو الملك شرعاً، و لا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعي بالملك، و سيأتي توضيح ذلك في بيع الفضولي إن شاء الله «٣».

و إن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد؛ فإنّه و إن كان حلاً للعقد السابق و جعله كأن لم يكن، إلّا أنّه لا يرتفع به الملكية السابقة على الفسخ؛ لأنّ العبرة بزمان حدوثه لا بزمان متعلقه.

ثمّ على القول بالكشف، هل للطرف الغير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره، أم لا؟ يأتي بيانه في الفضولي إن شاء الله «٤».

(١) الخلاف ٣: ٢٢، كتاب البيوع، المسألة ٢٩.

(٢) في «ف»: فكان.

(٣) يأتي في الصفحة ٣٩٩ في بحث «القول في الإجازة و الرد»، و ٤١٢، في بحث الثمرة بين النقل و الكشف.

(٤) يأتي في الصفحة ٣٩٩ في بحث «القول في الإجازة و الرد»، و ٤١٢، في بحث الثمرة بين النقل و الكشف.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٣٧

مسألة و من شروط المتعاقدين: إذن السيّد لو كان العاقد عبداً،

إشارة

فلا- يجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلا بإذن سيده، سواء كان لنفسه في ذمته أو بما في يده، أم لغيره؛ لعموم أدلته عدم استقلاله في أموره، قال الله تعالى ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ ﴿١﴾.

و عن الفقيه بسنده إلى زرارة عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام، قالوا: «المملوك لا يجوز نكاحه و لا طلاقه إلا بإذن سيده. قلت: فإن كان السيد زوجته، بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ، أ فشىء «٢» الطلاق؟» «٣». و الظاهر من القدرة خصوصاً بقريته الرواية هو الاستقلال؛ إذ

(١) النحل: ٧٥.

(٢) كذا في «ف» و مصححة «ن» كما في بعض نسخ الفقيه-، و في سائر النسخ: فشىء.

(٣) الفقيه ٣: ٥٤١، الحديث ٤٨٦٠، و الوسائل ١٥: ٣٤٣، الباب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٣٨

المحتاج إلى غيره في فعل غير قادر عليه، فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق عليه أنه شيء، فكل ما صدر عنه من دون مدخلية المولى فهو شرعاً «١» بمنزلة العدم، لا- يترتب عليه الأثر المقصود منه، لا- أنه لا- يترتب عليه حكم شرعي أصلاً، كيف؟! و أفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار.

[هل ينفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيد؟]

و كيف كان، فإنشاءات العبد لا يترتب عليها آثارها من دون إذن المولى، أمّا مع الإذن السابق فلا إشكال، و أمّا مع الإجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع؛ لأنّ المنع فيه ليس من جهة العوضين اللذين يتعلّق بهما حقّ المجيز، فله أن يرضى بما وقع على ماله «٢» من التصرف في السابق و أن لا يرضى، بل المنع من جهة راجعة إلى نفس الإنشاء الصادر، و ما صدر على وجه لا يتغير منه بعده. و بتقرير آخر: إن الإجازة إنّما تتعلّق بمضمون العقد و حاصّته له أعني: انتقال المال بعوض و هذا فيما نحن فيه ليس منوطاً برضا المولى قطعاً؛ إذ المفروض أنه أجنبى عن العوضين، و إنّما له حقّ في كون إنشاء هذا المضمون قائماً بعده، فإذا وقع على وجه يستقلّ به العبد فلحوق الإجازة لا يخرج عن الاستقلال الواقع عليه قطعاً.

إلا أنّ الأقوى هو لحوق إجازة المولى؛ لعموم أدلته الوفاء بالعقود «٣»، و المنخصص إنّما دلّ على عدم ترتّب الأثر على عقد العبد من

(١) في «ف» زيادة: لا شيء.

(٢) كذا في «ف» و «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: بما وقع له.

(٣) كما في قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، المائدة: ١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٣٩

دون مدخلية المولى أصلاً سابقاً و لاحقاً لا مدخلية إذنه السابق، و لو شكك أيضاً وجب الأخذ بالعموم في مورد الشكّ. و يؤيد إرادة الأعمّ من الإجازة: الصحيحة السابقة؛ فإنّ جواز النكاح يكفي لحوق الإجازة، فالمراد بالإذن هو الأعمّ، إلا أنه خرج الطلاق بالدليل، و لا- يلزم تأخير البيان؛ لأنّ الكلام المذكور مسوق لبيان نفى استقلال العبد في الطلاق بحيث لا يحتاج إلى رضا المولى أصلاً، بل و مع كراهة المولى كما يرشد إليه «١» التعبير عن السؤال بقوله: «بيد من الطلاق؟» «٢».

و يؤيد المختار بل يدل عليه:- ما ورد في صححة نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى إذا أجازته، معللاً ب: «أنه لم يعص الله تعالى وإنما عصى سيده، فإذا أجاز جاز» (٣)، بتقريب: أن الرواية تشمل (٤) ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه، و حمله على ما إذا عقد الغير له منافٍ لترك الاستفصال، مع أن تعليل الصححة بأنه: لم يعص الله تعالى .. إلخ، في قوة أن يقال: «إنه إذا عصى الله بعقد كالعقد على ما حرّم الله تعالى على ما مثل به الإمام عليه السلام في روايات أخر

(١) كلمة «إليه» من «ش» و مصححة «ن».

(٢) المتقدم في الصفحة ٣٣٧.

(٣) الوسائل ١٤: ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث الأول، و لفظه: «فإذا أجازته فهو له جائز».

(٤) كذا في «ص» و مصححة «ن»، و في «ع» و «ش»: «يشتمل»، و في سائر النسخ: تشتمل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٤٠

واردة في هذه المسألة (١) كان العقد باطلاً؛ لعدم تصوّر رضا الله تعالى بما سبق من معصيته، أمّا إذا لم يعص الله و عصى سيده أمكن رضا سيده فيما بعد بما لم يرض به سابقاً، فإذا رضى به و أجاز صحّ.

فيكون الحاصل: أن معيار الصححة في معاملة العبد بعد كون المعاملة في نفسها ممّا لم ينه عنه الشارع هو رضا سيده بوقوعه، سابقاً أو لاحقاً، و أنه إذا عصى سيده بمعاملة ثم رضى السيد بها صحّ، و أن ما قاله المخالف: من أن معصية السيد لا يزول حكمها برضاه بعده، و أنه لا ينفع الرضا اللاحق كما نقله السائل عن طائفة من العامة (٢) غير صحيح، فافهم و اغتتم.

و من ذلك يعرف: أن استشهاد بعض (٣) بهذه الروايات على صححة عقد العبد و إن لم يسبقه إذن و لم يلحقه إجازة، بل و مع سبق النهي أيضاً لأن غاية الأمر هو عصيان العبد و إثمه في إيقاع العقد و التصرف في لسانه الذي هو ملك للمولى، لكن النهي مطلقاً لا يوجب الفساد خصوصاً النهي الناشئ عن معصية السيد كما يومئ إليه هذه الأخبار الدالة على أن معصية السيد لا يقدح بصحة العقد في غير محلّه، بل الروايات ناطقة كما عرفت بأن الصححة من جهة ارتفاع كراهة

(١) انظر الوسائل ١٤: ٥٢٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ٢.

(٢) الوسائل ١٤: ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث الأول. و انظر أيضاً المغني؛ لابن قدامة ٦: ٥١٥، و المجموع ١٧: ٢٤٩.

(٣) انظر الجواهر ٢٢: ٢٧١، و ٢٥: ٧٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٤١

المولى و تبدّله بالرضا بما فعله العبد، و ليس ككراهة الله عزّ و جلّ بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه السابق، فكأنه قال: «لم يعص الله حتّى يستحيل تعقّبه للإجازة و الرضا و إنّما عصى سيده، فإذا أجاز جاز» فقد علّق الجواز صريحاً على الإجازة.

و دعوى: أن تعليق الصححة على الإجازة من جهة مضمون العقد و هو الترويج المحتاج إلى إجازة السيد إجماعاً، لا نفس إنشاء العقد حتّى لو فرضناه للغير يكون محتاجاً إلى إجازة مولى العاقد، مدفوعة: بأنّ المنساق من الرواية إعطاء قاعدة كليّة: بأنّ (١) رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفي في كلّ ما يتوقّف على مراجعته السيد و كان فعله من دون مراجعته (٢) أو مع النهي عنه معصية له، و المفروض أن نفس العقد من هذا القبيل.

ثمّ إنّ ما ذكره (٣) من عصيان العبد بتصرّفه في لسانه و أنه لا يقتضى الفساد، يشعر بزعم أنّ المستند في بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفّظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى.

و فيه:

أولاً: منع حرمة هذه التصرفات الجزئية؛ للسيرة المستمرة على مكالمة العبيد «٤»، و نحو ذلك من المشاغل الجزئية.

(١) في «ف»: في أن.

(٢) كذا في النسخ، والأصح: مراجعته.

(٣) فاعله «بعض» في قوله: «و من ذلك يعرف أن استشهاد بعض..»، راجع الصفحة السابقة.

(٤) في «ف»: العبد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٤٢

و ثانياً: بدهاء أن الحرمة في مثل هذه لا توجب الفساد، فلا يظن استناد العلماء في الفساد إلى الحرمة.

و ثالثاً: أن الاستشهاد بالرواية لعدم كون معصية السيد بالتكلم بألفاظ العقد و التصرف في لسانه قادحاً «١» في صحة العقد، غير صحيح؛ لأن مقتضاه أن التكلم إن كان معصية لله تعالى يكون مفسداً، مع أنه لا يقول به أحد؛ فإن حرمة العقد من حيث إنه تحريك اللسان كما في الصلاة و القراءة المضيقه و نحوهما لا يوجب فساد العقد إجماعاً.

فالتحقيق: أن المستند في الفساد هو الآية المتقدمة «٢»، و الروايات الواردة في عدم جواز أمر العبد و مضيه مستقلاً، و أنه ليس له من الأمر شيء «٣».

«فرع» لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاة فباعه مولاة صح و لزم؛

بناءً على كفاية رضا المولى الحاصل من تعريضه للبيع من إذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجباً للإذن الضمني.

(١) كذا، و المناسب: قادحاً.

(٢) المتقدمة في الصفحة ٣٣٧.

(٣) انظر الوسائل ١٤: ٥٢٢، الباب ٢٣ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، و الصفحة ٥٧٥، الباب ٦٤ من نفس الأبواب، الحديث ٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٤٣

و لا- يقدح عدم قابلية المشتري للقبول في زمان الإيجاب؛ لأن هذا الشرط ليس على حدّ غيره من الشروط المعتمدة في كل من المتعاقدين من أول الإيجاب إلى آخر القبول، بل هو نظير إذن مالك الثمن في الاشتراء، حيث يكفي تحققه بعد الإيجاب و قبل القبول الذي بنى المشتري على إنشائه فصولاً.

و عن القاضي: البطلان في المسألة؛ مستدلاً عليه باتحاد عبارته مع عبارة السيد فيتحد الموجب و القابل «١».

و فيه مع اقتضائه المنع لو أذن له السيد سابقاً: منع الاتحاد أولاً، و منع قدحه ثانياً.

هذا إذا أمره «٢» الأمر بالاشتراء من مولاة، فإن أمره بالاشتراء من وكيل المولى، فعن جماعة منهم المحقق و الشهيد الثانيان «٣»: أنه لا يصح؛ لعدم الإذن من المولى.

و ربما قيل بالجواز «٤» حينئذ أيضاً؛ بناءً على ما سبق منه من أن المنع لأجل النهي و هو لا يستلزم الفساد.

(١) حكاه عنه الصيمري في غاية المرام (مخطوط) ٢٧٣، و صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٢: ٢٧١، و لكن لم نعر عليه فيما بأيدينا من كتب القاضي قدس سره.

(٢) في «ف»: أمر.

(٣) انظر جامع المقاصد ٤: ٦٨، و المسالك ٣: ١٥٨، و حكاة عنهما و عن غيرهما صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٧٢.

(٤) قاله صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٧١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٤٤

وفيه: ما عرفت من أن وجه المنع أدلة عدم استقلال العبد في شيء، لا منعه عن التصرف في لسانه، فراجع ما تقدم «١»، و الله أعلم.

(١) في الصفحة ٣٤٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٤٥

مسألة و من شروط المتعاقدين: أن يكونا مالكيين أو مأذونين من المالك أو الشارع.

إشارة

ف عقد الفضولي لا يصح، أي لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم.

و هذا مراد من جعل الملك و ما في حكمه شرطاً، ثم فرع عليه أن «١» يبيع الفضولي موقوف على الإجازة كما في القواعد «٢»،

فاعترض جامع المقاصد: عليه بأن التفريع في غير محله «٣»، لعله في غير محله.

[الكلام في عقد الفضولي]

إشارة

و كيف كان، فالمهم التعرض لمسألة عقد الفضولي التي هي من أهم المسائل، فنقول:

اختلف الأصحاب و غيرهم في بيع الفضولي

، بل مطلق عقده بعد

(١) كذا في «ن» و هكذا نقله المامقاني في شرحه (غاية الآمال: ٣٥٠) و في سائر النسخ: بأن.

(٢) القواعد ١: ١٢٤.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٦٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٤٦

اتَّفاهم على بطلان إيقاعه كما في غاية المراد «١» على أقوال.

و المراد بالفضولي كما ذكره الشهيد قدس سره «٢»:- هو الكامل الغير المالك للتصرف و لو كان غاصباً. و في كلام بعض العامة: أنه

العاقلة بلا إذن من يحتاج إلى إذنه «٣». و قد يوصف به نفس العقد «٤»، و لعله تسامح.

و كيف كان، فيشمل العقد الصادر من البكرة «٥» الرشيدة بدون إذن الولي، و من المالك إذا لم يملك التصرف؛ لتعلق حق الغير

بالمال، كما يومئ إليه استدلالهم لفساد «٦» الفضولي بما دلّ على المنع من نكاح الباكرة بغير إذن وليها «٧»، وحينئذٍ فيشمل بيع الراهن و السفية و نحوهما، و بيع العبد بدون إذن السيد.
و كيف كان، فالظاهر شموله لما إذا تحقّق رضا المالك للتصرّف باطناً، و طيب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحاً أو فحوى؛

(١) في غير «ن» و «ش»: غاية المرام، و الاتفاق المدعى موجود فيما أثبتناه، انظر غاية المراد: ١٧٧.

(٢) غاية المراد: ١٧٧.

(٣) لم نقف عليه.

(٤) يعنى يقال: «البيع الفضولي»، كما عبّر به الشهيد في غاية المراد: ١٧٧.

(٥) قال المامقاني قدس سرّه: الأولى التعبير بالبكر بكسر الباء و سكون الكاف فإنّه الذى ضبطه أهل اللغة مرادفاً للعذراء، و قد صرح في شرح القاموس بأنّ التعبير عن هذا المعنى بلفظ «الباكرة» غلط، غاية الآمال: ٣٥٢.

(٦) كذا في «ص» و «ش»، و في سائر النسخ: بفساد.

(٧) انظر الوسائل ١٤: ٢٠٥، الباب ٤ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٢. و الصفحة ٢١٣، الباب ٩ من نفس الأبواب. و الصفحة ٤٥٨ و ٤٥٩، الباب ١١ من أبواب المتعة، الحديث ٥ و ١٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٤٧

لأنّ العاقد لا يصير مالكاً للتصرّف و مسلطاً عليه بمجرد علمه برضا المالك.

و يؤيّد: اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكاً أو مأذوناً أو ولياً، و فرعوا عليه بيع الفضولي.

و يؤيّد أيضاً: استدلالهم على صحّة الفضولي بحديث عروة البارقي «١» مع أنّ الظاهر علمه برضا النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلم بما يفعله. و إن كان الذى يقوى في النفس لولا-خروجه عن ظاهر الأصحاب عدم توقّفه على الإجازة اللاحقة، بل يكفى فيه رضا المالك المقرون بالعقد، سواء علم به العاقد، أو انكشف بعد العقد حصوله حينه، أو لم ينكشف أصلاً؛ فيجب على المالك فيما بينه و بين الله تعالى إمضاء ما رضى به و ترتيب «٢» الآثار عليه؛ لعموم وجوب الوفاء بالعقود «٣»، و قوله تعالى إلاً أن تكون تجارة عن تراض «٤»، و «لا- يحلّ مال امرئ مسلم إلاً عن طيب نفسه» «٥»، و ما دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه «٦»، و رواية عروة البارقي الآتية «٧»، حيث أقبض المبيع و قبض

(١) عوالى اللآلى ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٦، و مستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٢) كذا في «ف» و مصححة «ن» و «خ»، و في «ش»: بترتيب، و في سائر النسخ: يترتب.

(٣) في قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، المائدة: ١.

(٤) النساء: ٢٩.

(٥) عوالى اللآلى ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩.

(٦) راجع الوسائل ١٤: ٥٢٥، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

(٧) في الصفحة ٣٥١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٤٨

الدينار؛ لعلمه برضا النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلم، و لو كان فضولياً موقوفاً على الإجازة لم يجز التصرّف في المعوض و العوض

بالقبض و الإقباض، و تقريرُ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ له على ما فعل دليلٌ على جوازه.

هذا، مع أن كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منها «١» خروج هذا الفرض عن الفضولي و عدم وقوفه على الإجازة، مثل قولهم في الاستدلال على الصحة: إن الشرائط كلها حاصلة إلا رضا المالك، و قولهم: إن الإجازة لا يكفي فيها السكوت؛ لأنه أعم من الرضا، و نحو ذلك.

ثم لو سلم كونه فضولياً، لكن ليس كل فضولي يتوقف لزومه على الإجازة؛ لأنه «٢» لا دليل على توقفه مطلقاً على الإجازة اللاحقة، كما هو أحد الاحتمالات في من باع ملك غيره ثم ملكه.

مع أنه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آنفاً؛ إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات. ثم إنه لو أشكل في عقود غير المالك، فلا ينبغي الإشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيد و لو لم يأذن له؛ لعدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار، و عدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف.

[صور بيع الفضولي]

إشارة

ثم اعلم: أن الفضولي قد يبيع للمالك، و قد يبيع لنفسه، و على الأول فقد لا يسبقه منع من المالك، و قد يسبقه المنع؛ فهنا مسائل ثلاث

(١) كذا في «ص» و هامش «خ»، و في سائر النسخ: منه.

(٢) في «ف»: و لأنه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٤٩

الأولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك،

إشارة

و هذا هو المتيقن من عقد الفضولي.

و المشهور: الصحة

إشارة

، بل في التذكرة نسبه إلى علمائنا، تارة صريحاً، و أخرى ظاهراً بقوله: «عندنا»، إلا أنه ذكر عقيب ذلك: أن لنا فيه قولاً بالبطلان «١». و في غاية المراد «٢»: حكى الصحة عن العماني و المفيد «٣» و المرتضى «٤» و الشيخ في النهاية «٥» و سلار «٦» و الحلبي «٧» و القاضي «٨» و ابن حمزة «٩». و حكى عن الإسكافي «١٠»، و استقر عليه رأي من

(١) تعرض للفضولي في موضعين من التذكرة حسب ما تتعناه، و لم نثر على نسبة ذلك إلى علمائنا، انظر التذكرة ١: ٤٦٢ و ٤٨٦.

(٢) غاية المراد: ١٧٨.

(٣) راجع المقنعة: ٦٠٦.

(٤) راجع الناصريات (الجوامع الفقهية): ٢٤٧، المسألة ١٥٤.

(٥) انظر النهاية: ٣٨٥.

(٦) المراسم: ١٥٠.

(٧) الكافي في الفقه: ٢٩٢.

(٨) المهذب ٢: ١٩٤، ١٩٥، ٢١٦.

(٩) الوسيلة: ٢٤٩.

(١٠) حكاة العلامة في المختلف ٥: ٥٣، وولده في الإيضاح ١: ٤١٦، وابن فهد في المقتصر: ١٦٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٥٠

تأخر «١» عدا فخر الدين «٢» وبعض متأخري المتأخرين، كالأردبيلي «٣» و السيد الداماد «٤» وبعض متأخري المحدثين «٥»؛ لعموم أدلة البيع والعقود؛ لأنّ خلوه عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه، واشتراط ترتب الأثر بالرضا وتوقفه عليه أيضاً لا مجال لإنكاره، فلم يبق الكلام إلّا في اشتراط سبق الإذن، وحيث لا دليل عليه فمقتضى الإطلاقات عدمه، و مرجع ذلك كلّه إلى عموم «حلّ البيع» و «وجوب الوفاء بالعقد»، خرج منه العارى عن الإذن والإجازة معاً، ولم يعلم خروج ما فقد الإذن ولحقه الإجازة. و إلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم: بأنّه عقد صدر عن أهله في محله «٦».

فما ذكره في غاية المراد: من أنّه من باب المصادرات «٧»، لم أتحقّق وجهه؛ لأنّ كون العاقد أهلاً للعقد من حيث إنّه بالغ عاقل لا كلام

(١) مثل المحقّق في الشرائع ٢: ١٤ وغيره، و ابن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع: ٢٤٦، و العلامة في كتبه و تقدّم آنفاً عن التذكرة و الشهيد في الدروس ٣: ١٩٢ وغيره.

(٢) الإيضاح ١: ٤١٧.

(٣) مجمع الفائدة ٨: ١٥٨، و زبدة البيان: ٤٢٨.

(٤) انظر ضوابط الرضاع (كلمات المحقّقين): ٥٦.

(٥) و هو المحدث البحراني في الحدائق ١٨: ٣٧٨.

(٦) كما في المختلف ٥: ٥٤، و الرياض ١: ٥١٢، و انظر المهذب البارع ٢: ٣٥٦، و المناهل: ٢٨٧.

(٧) غاية المراد: ١٧٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٥١

فيه، و كذا كون المبيع قابلاً للبيع، فليس محلّ الكلام إلّا خلوّ العقد عن مقارنة إذن المالك، و هو مدفوع بالأصل، و لعلّ مراد الشهيد: أنّ الكلام في أهليته العاقد، و يكفي «١» في إثباتها العموم المتقدّم.

و قد اشتهر الاستدلال عليه بقضية عروة البارقي

إشارة

، حيث دفع إليه النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلم ديناراً، و قال له: «اشتر لنا به شاء للأضحية» فاشترى به شاتين، ثمّ باع أحدهما في الطريق بدينار، فأتى النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلم بالشاء و الدينار، فقال له رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم: «بارك الله لك

في صفقة يمينك» (٢)، فإنَّ بيعه وقع فضولاً وإنَّ وجَّهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولي.

[المناقشة في الاستدلال بقضية عروة البارقي]

هذا، ولكن لا يخفى (٣) أنَّ الاستدلال بها يتوقَّف على دخول المعاملة المقرَّنة برضا المالك في بيع الفضولي. توضيح ذلك: أنَّ الظاهر (٤) علم عروة برضا النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بما يفعل، وقد أقبض المبيع وقبض الثمن، ولا ريب أنَّ الإقباض والقبض في بيع الفضولي حرام؛ لكونه تصرفاً في مال الغير، فلا بدَّ: إمَّا من التزام أنَّ عروة فعل الحرام في القبض والإقباض، وهو

(١) كذا في «ش»، وفي غيرها: يكتفى، إلَّا أنَّها صحَّحت في «ن» بما أثبتناه، واستظهرها مصحَّح «ص» كذلك.
(٢) انظر السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١١٢، وعوالي اللآلي ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٦، ومستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٣) في «ف» زيادة: عليك.

(٤) لم ترد «الظاهر» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٥٢

منافٍ لتقرير النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ.

و إمَّا من القول بأنَّ البيع الذي يعلم بتعقُّبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة؛ بناءً على كون الإجازة كاشفة، وسيجيء ضعفه.

فيدور الأمر بين ثالث، وهو جعل هذا الفرد (١) من البيع وهو المقرَّون برضا المالك خارجاً عن الفضولي، كما قلناه (٢).

ورابع، وهو علم عروة برضا النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بإقباض ماله للمشتري حتَّى يستأذن، وعلم المشتري بكون البيع فضولياً حتَّى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة، وإلَّا فالفضولي ليس مالكاً ولا وكيلًا، فلا يستحقَّ قبض المال، فلو كان المشتري عالمًا فله أن يستأمنه على الثمن حتَّى ينكشف الحال، بخلاف ما لو كان جاهلاً.

ولكنَّ الظاهر هو أوَّل الوجهين، كما لا يخفى، خصوصاً بملاحظة أنَّ الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة، وقد تقدَّم أنَّ المناطق فيها مجرَّد المراضاة و وصول كلِّ من العوضين إلى صاحب الآخر و حصوله عنده بإقباض المالك أو غيره و لو كان صبيّاً أو حيواناً (٣)، فإذا حصل التقابض بين فضوليين (٤) أو فضولي و غيره مقرَّوناً برضا المالكين،

(١) في «م» و «ع» و «ص»: الفروض، إلَّا أنَّها صحَّحت في «ع» و «ص» بما أثبتناه.

(٢) انظر الصفحة ٣٤٦ ٣٤٧.

(٣) راجع الصفحة ٧٥ و ١١٢.

(٤) كذا في «ف»، «خ» و «ن»، وفي سائر النسخ: الفضوليين.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٥٣

ثم وصل (١) كلِّ من العوضين إلى صاحب الآخر و علم برضا صاحبه، كفى في صحَّة التصرف.

و ليس هذا من معاملة الفضولي؛ لأنَّ الفضولي صار آله في الإيصال، و العبرة برضا المالك المقرَّون به.

إشارة

و استدلل له «٢» أيضاً تبعاً للشهيد في الدروس بصحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني. فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها. فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك. فلما رآه أبوه قال له: أرسل ابني. قال: لا و الله! لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني؛ فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه .. الحديث» «٣».

قال في الدروس: و فيها دلالة على صحة الفضولي و أن الإجازة كاشفة «٤».

(١) كذا في «ش» و مصححة «ن» و «ص»، و في سائر النسخ: دخل.

(٢) كما في الرياض ١: ٥١٢ ٥١٣، و مقابس الأنوار: ١٢٣، و غيرهما.

(٣) الوسائل ١٤: ٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العيب و الإماء، الحديث الأول، و الحديث منقول في الكتب الأربعة. و ما نقله المؤلف قدس سره أوفق بما في الكافي ٥: ٢١١، الحديث ١٢.

(٤) الدروس ٣: ٢٣٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٥٤

[المناقشة في الاستدلال بصحيحه محمد بن قيس]

و لا يرد عليها شيء مما يوهن الاستدلال بها، فضلاً عن أن يسقطه. و جميع ما ذكر فيها من الموهنات «١» موهونة، إلّا ظهور الرواية في تأثير الإجازة المسبوقة بالرد، من جهة ظهور المخاصمة في ذلك، و إطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعيين «٢» أخذ الجارية و أنها «٣» من المالك بناء على أنه لو لم يرد البيع و جب تقييد الأخذ بصورة اختيار الرد و مناشدة المشتري للإمام عليه السلام و إلحاحه عليه في علاج فكاك ولده، و قوله: «حتى ترسل ابني» الظاهر في أنه حبس الولد و لو على قيمته يوم الولادة.

و حمل إمساكه الوليدة على حبسها لأجل ثمنها كحبس ولدها على القيمة ينافيه قوله عليه السلام: «فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع الولد» «٤».

و الحاصل: أن ظهور الرواية في رد البيع أولاً مما لا ينكره المنصف، إلّا أن الإنصاف أن ظهور الرواية في أن أصل الإجازة مجدية في الفضولي مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية في مورد الرواية غير قابل للإنكار، فلا بد من تأويل ذلك الظاهر؛ لقيام القرينة و هي الإجماع على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد.

(١) و هي على ما ذكرها المحقق المامقاني قدس سره في غاية الآمال: ٣٥٧-: أربعة.

(٢) في «ش»: بتعين.

(٣) في «ف» و «ن» و مصححة «ص»: و ابنها.

(٤) كذا في «ف» و «خ» و مصححة «ن» و نسخة بدل «ص»، و في غيرها: الوليد، و في «ص»: الوليدة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٥٥

و الحاصل: أن مناط الاستدلال لو كان نفس القضية الشخصية من جهة اشتغالها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة بناءً على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتحدة نوعاً في الحكم الشرعي كان ظهورها في كون الإجازة الشخصية في تلك القضية مسبوقة بالرد مانعاً

عن الاستدلال بها، موجباً للاقتصار على موردها؛ لوجه عِلْمِه الإمام عليه السلام، مثل: كون مالك الوليدة كاذباً في دعوى عدم الإذن للولد، فاحتال عليه السلام حيلة يصل بها الحق إلى صاحبه.

[توجيه الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس]

أما لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الأمير عليه السلام في قوله: «خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع»، وقول الباقر عليه السلام في مقام الحكاية: «فلما رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه» في أنّ للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه وينفذه، لم يقدح في ذلك ظهور الإجازة الشخصية في وقوعها بعد الردّ، فيؤوّل ما يظهر منه الردّ بإرادة عدم الجزم بالإجازة والردّ، أو كون حبس الوليدة على الثمن، أو نحو ذلك.

و كأنّه قد اشتبه مناط الاستدلال على من لم يستدلّ بها في مسألة الفضولي، أو يكون الوجه في الإغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة، فإنّها لا تزيد على الإشعار؛ ولذا لم يذكرها في الدروس في مسألة الفضولي، بل ذكرها في موضع آخر «١»، لكنّ الفقيه في غنى عنه «٢» بعد العمومات المتقدمة.

(١) ذكرها في بيع الحيوان كما تقدّم التخرّيج في الصفحة ٣٥٣.

(٢) كذا في مصحّحة «ن» و «ص»، و في النسخ: منه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٥٦

[الاستدلال لصحة بيع الفضولي بفحوى صحة نكاحه]

إشارة

وربما يستدلّ أيضاً «١»: بفحوى صحّة عقد النكاح من الفضولي في الحرّ والعبد، الثابتة بالنصّ «٢» و الإجماعات المحكيّة «٣»؛ فإنّ تمليك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تمليك ماله أولى بذلك، مضافاً إلى ما علم من شدّة الاهتمام في عقد النكاح؛ لأنّه يكون منه الولد، كما في بعض الأخبار «٤».

[المناقشة في الاستدلال المذكور]

وقد أشار إلى هذه الفحوى في غاية المراد «٥»، واستدلّ بها في الرياض، بل قال: إنّه لولاها أشكل الحكم من جهة الإجماعات المحكيّة على المنع «٦». وهو حسن، إلّا أنّها ربما توهم بالنصّ الوارد في الردّ على العامّة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه، بالصحّة في الثاني؛ لأنّ المال له «٧» عوض، و البطالان في الأوّل؛ لأنّ البضع ليس له عوض، حيث قال الإمام عليه السلام في مقام ردّهم

(١) كما في المناهل: ٢٨٧، و مقابس الأنوار: ١٢١، و الجواهر ٢٢: ٢٧٦.

(٢) انظر الوسائل ١٤: ٢١١، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٣. و الصفحة ٢٢١، الباب ١٣ من الأبواب، الحديث ٣. و الصفحة ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث ١ و ٢ و غيرها.

(٣) كما في الناصريات (الجوامع الفقهية): ٢٤٧، المسألة ١٥٤. و السرائر ٢: ٥٦٥. و انظر كشف اللثام ٢: ٢٢، و الرياض ٢: ٨١.

(٤) انظر الوسائل ١٤: ١٩٣، الباب ١٥٧ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ١ و ٣.

(٥) انظر غاية المراد: ١٧٨.

(٦) انظر الرياض ١: ٥١٢.

(٧) كذا فى «ش» و مصححة «ن»، و فى غيرهما: منه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٥٧

و اشتباههم فى وجه الفرق «سبحان الله! ما أجور هذا الحكم و أفسده؛ فإنّ النكاح أولى و أجدر أن يحتاط فيه؛ لأنّه الفرج، و منه يكون الولد .. الخبر» «١».

و حاصله: أنّ مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع؛ من حيث الاحتياط المتأكد فى النكاح دون غيره، فدلّ على أنّ صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى، خلافاً للعامة حيث عكسوا و حكموا بصحة البيع دون النكاح، فمقتضى حكم الإمام عليه السلام: أنّ صحة المعاملة المالية الواقعة فى كلّ مقام؛ تستلزم صحة النكاح الواقع بطريق أولى، و حينئذٍ فلا يجوز التعدى من صحة النكاح فى مسألة الفضولى إلى صحة البيع؛ لأنّ الحكم فى الفرع لا يستلزم الحكم فى الأصل فى «٢» باب الأولوية، و إلّا لم يتحقّق الأولوية، كما لا يخفى.

فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة من كون النكاح أولى بالبطلان؛ من جهة أنّ البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

بقى الكلام فى وجه جعل الإمام عليه السلام الاحتياط فى النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله؛ مستدلاً بأنّه يكون منه الولد، مع أنّ الأمر فى الفروج كالأموال دائر بين محذورين، و لا احتياط فى البين.

(١) انظر الوسائل ١٣: ٢٨٦ ٢٨٧، الباب ٢ من أبواب الوكالة، الحديث ٢.

(٢) شطب فى «ص» على «فى» و كتب فوقه «من»، و كذا أثبتته العلامة المامقانى قدس سره فى شرحه (غاية الآمال: ٣٦٠).

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٥٨

و يمكن أن يكون الوجه فى ذلك: أنّ إبطال النكاح فى مقام الإشكال و الاشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعاً، فتتزوج المرأة و يحصل الزنا بذات البعل، بخلاف إبقائه؛ فإنّه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلّا وطء المرأة الخالية عن المانع، و هذا أهون من وطء ذات البعل.

فالمراد بالأحوط هو الأشدّ احتياطاً.

و كيف كان، فمقتضى هذه الصحيحة: أنّه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولى، لم يوجب «١» ذلك التعدى إلى الحكم بصحة بيع الفضولى. نعم، لو ورد الحكم بصحة البيع أمكن الحكم بصحة النكاح؛ لأنّ النكاح أولى بعدم الإبطال، كما هو نصّ الرواية. ثمّ إنّ الرواية و إن لم يكن لها دخل بمسألة الفضولى، إلّا أنّ المستفاد منها قاعدة كليّة، هى: أنّ إمضاء العقود المالية يستلزم إمضاء النكاح، من دون العكس الذى هو مبنى الاستدلال فى مسألة الفضولى.

[ما يؤيد لصحة بيع الفضولى]

[ما ورد فى المضاربة]

هذا، ثمّ إنّّه ربما يؤيد صحة الفضولى، بل يستدلّ عليها: بروايات كثيرة وردت فى مقامات خاصّة، مثل موثقه جميل عن أبى عبد الله عليه السلام: «فى رجل دفع إلى رجل مالا ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربه، فاشترى غير الذى أمره، قال: هو ضامن، و الربح بينهما على ما شرطه» «٢». و نحوها غيرها الواردة فى هذا الباب.

(١) في «ن»، «خ» و «م» و نسخة بدل «ص»: «لا يوجب»، و صحح في «ن» بما أثبتناه في المتن.

(٢) الوسائل ١٣: ١٨٢، الباب الأول من كتاب المضاربة، الحديث ٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٥٩

فإنها إن أبقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك «١» الربح على الإجازة كما نسب إلى ظاهر الأصحاب «٢»، و عدّ هذا خارجاً عن بيع الفضولي بالنص، كما في المسالك «٣» و غيره «٤» كان فيها استثناس لحكم المسألة؛ من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك إلى غيره.

و إن حملناها على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح كما هو الغالب، و مقتضى «٥» الجمع بين هذه الأخبار، و بين ما دلّ على اعتبار رضا المالك في نقل ماله «٦» و النهي عن أكل المال بالباطل «٧» اندرجت المعاملة في الفضولي. و صحتها في خصوص

(١) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: تلك، و صحح في «ن» بما أثبتناه.

(٢) لم نقف عليه بعينه، نعم قال السيد الطباطبائي قدس سره في الرياض ١: ٦٠٧، بعد أن ذكر النصوص: «و هذه النصوص مع اعتبار أسانيدها و استفاضتها و اعتضاها بعمل الأصحاب ..» و قال ولده السيد المجاهد في المناهل (الصفحة ٢٠٧): و لهم وجوه منها: ظهور الاتفاق عليه.

(٣) انظر المسالك ٤: ٣٤٥ و ٣٥٢ ٣٥٣.

(٤) انظر الحقائق ٢١: ٢٠٧، و المناهل: ٢٠٧.

(٥) كذا في مصححة «ن»، و في سائر النسخ: و بمقتضى.

(٦) مثل قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، و قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه»، و غيرهما ممّا تقدّم في الصفحة ٣٠٧ و ما بعدها.

(٧) يدلّ عليه قوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ» * البقرة: ١٨٨، و النساء: ٢٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٦٠

المورد و إن احتمل كونها للنص الخاص، إلّا أنّها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

[ما ورد في اتجار غير الولي في مال اليتيم]

و من هذا القبيل: الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم، و أنّ الربح لليتم «١»، فإنها إن حملت على صورة إجازة الولي كما هو صريح جماعة «٢» تبعاً للشهيد «٣» كان من أفراد المسألة، و إن عمل بإطلاقها كما عن جماعة «٤» ممّن تقدّمهم خرجت عن مسألة الفضولي، لكن يستأنس بها لها «٥» بالتقريب المتقدّم. و ربما احتمل دخولها في المسألة من حيث إنّ الحكم بالمضى إجازة إلهية لاحقة للمعاملة، فتأمل.

(١) انظر الوسائل ٦: ٥٨ ٥٧، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، الحديث ٢ و ٧ و ٨، و ١٢: ١٩١، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢ و ٣.

(٢) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد ٣: ٥، و الشهيد الثاني في المسالك ١: ٣٥٧، و السيد العاملي في المدارك ٥: ٢٠، و المحدّث البحراني في الحقائق ١٢: ٢٦.

(٣) راجع الدروس ١: ٢٢٩.

(٤) مثل الشيخ في النهاية: ١٧٥، و المحقق في الشرائع ١: ١٤٠ و غيرها، و العلامة في القواعد ١: ٥١ و غيرها، و قال السيد الطباطبائي في الرياض (٥: ٣٨): و أطلق الماتن و كثير أن الربح لليتيم.

(٥) كذا في «ف» و مصححة «ن»، و في «ش»: «يستأنس لها»، و في مصححة «ص»: «يستأنس بها للمسألة»، و في سائر النسخ: يستأنس بها المسألة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٦١

[رواية ابن أشيم]

و ربما يؤيد المطلب أيضاً: برواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون الذي دفع إليه مال ليشتري به نسمة و يعتقها، و يُحجَّه عن أبيه «١»، فاشترى أباه و أعتقه، ثم تنازع مولى المأذون و مولى الأب و ورثة الدافع، و ادعى كل منهم أنه اشتراه بماله، فقال أبو جعفر عليه السلام: «يرد المملوك رقاً لمولاه، و أيّ الفريقين أقاموا البيئته بعد ذلك على أنه اشتراه بماله كان رقاً له .. الخبر» «٢»؛ بناءً على أنه لولا كفاية الاشتراء بعين المال في تملك المبيع بعد مطالبته المتضمنة لإجازة البيع، لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال و لا إقامة البيئته عليها كافية في تملك المبيع.

[صحيفة الحلبي]

و ممّا يؤيد المطلب أيضاً: صحيفة الحلبي عن الرجل يشتري ثوباً و لم يشترط على صاحبه شيئاً، فكرهه ثم ردّه على صاحبه، فأبى أن يقبله إلّا بوضيعة، قال: لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه، ردّ «٣» على صاحبه الأول ما زاد «٤»؛

(١) كذا في النسخ، لكنّ الموجود في الرواية و هي عن أبي جعفر عليه السلام: «عن عبد لقوم، مأذون له في التجارة، دفع إليه رجل ألف درهم، فقال: اشتر بها نسمة و أعتقها عنّي و حجّ عنّي بالباقي، ثم مات صاحب الألف، فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي يحجّ عن الميت، فحجّ عنه، فبلغ ذلك موالى أبيه و مواليه و ورثة الميت، فاختصموا جميعاً في الألف ..».

(٢) الوسائل ١٣: ٥٣، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان.

(٣) في «ص» و «ش»: يرّد.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٩٢، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٦٢

فإن الحكم برّد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلّا على صحّة بيع الفضولي لنفسه.

[موثقة عبد الله]

و يمكن التأييد له أيضاً: بموثقة عبد الله «١» عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق، فيشترط عليه أنك تأتي بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته، فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع «٢»، فيقول: خذ ما رضيت و دع ما كرهت. قال: لا بأس .. الخبر» «٣».

بناءً على أن الاشتراء من السمسار «٤» يحتمل أن يكون لنفسه، ليكون الورق عليه قرضاً فيبيع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعة، و يوفيه «٥» دينه.

ولا ينافي هذا الاحتمال فرض السمسار في الرواية ممن يشتري بالأجر؛ لأن توصيفه بذلك باعتبار أصل حرفته و شغله، لا بملاحظة هذه القضية الشخصية.

(١) كذا في النسخ، والصواب: رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله الموثقة بابن سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام.
(٢) كذا في «ص» و المصدر، و في «ش» بدل «فيشتري»: ليشتري، و العبارة في سائر النسخ هكذا: «فذهب ليشتري المتاع»، و صححت في بعضها بما أثبتناه.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٩٤، الباب ٢٠ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

(٤) أي: الاشتراء الصادر من السمسار، و صححت في «ن» ب: اشتراء السمسار.

(٥) في «ف»: فيؤقيه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٦٣

و يحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعة، فيلتزم بالبيع فيما رضى و يفسخه فيما كره. و يحتمل أن يكون فضولياً عن صاحب الورق، فيتخير ما يريد و يرد ما يكره.

دزفولى، مرتضى بن محمد امين انصاري، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ٦ جلد، كنگره جهانى بزرگداشت شيخ اعظم انصاري، قم - ايران، اول، ١٤١٥ ه ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)؛ ج ٣، ص: ٣٦٣

و ليس في مورد الرواية ظهور في إذن صاحب الورق للسمسار على وجه ينافي كونه فضولياً، كما لا يخفى، فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه، و حكم الإمام عليه السلام بعدم البأس من دون استفصال عن المحتملات أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات.

[أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه]

و ربما يؤيد المطلب بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه، معللاً بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده «١». و حاصله: أن المانع من صحة العقد إذا كان لا يرجى زواله «٢» فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً، و هو عصيان الله تعالى، و أما المانع الذي يرجى زواله كعصيان السيد فبزواله يصح العقد، و رضا المالك من هذا القبيل، فإنه لا يرضى أولاً و يرضى ثانياً، بخلاف سخط الله عز و جل بفعل؛ فإنه يستحيل رضاه.

[مختار المؤلف الصحة]

هذا غاية ما يمكن أن يحتج و يستشهد به للقول بالصحة، و بعضها و إن كان ممّا يمكن الخدشه فيه، إلا أن في بعضها الآخر غنى و كفاية.

(١) راجع الوسائل ١٤: ٥٢٣ ٥٢٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ١ و ٢.

(٢) العبارة في «ف» هكذا: إن المانع الذي لا يرجى زواله.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٦٤

و احتج للبطان بالأدلة الأربعة:

أما الكتاب، [الاستدلال بآية التجارة عن تراض]

فقوله تعالى: لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ «١».

دلّ بمفهوم الحصر «٢» أو سياق التحديد على أنّ غير التجارة عن تراض أو التجارة لا عن تراض غير مبيح لأكل مال الغير وإن لحقتها الرضا، و من المعلوم أنّ الفضولي غير داخل في المستثنى.

و فيه: أنّ دلالة على الحصر ممنوعه؛ لانقطاع الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ و صريح المحكى عن جماعة من المفسرين «٣» ضرورة عدم كون التجارة عن تراض فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه.

و أما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد، فهو مع تسليمه مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة أخرى، ككونه «٤» وارداً مورد الغالب، كما فيما نحن فيه و في قوله تعالى وَ رَبَّائِبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ «٥»، مع احتمال أن يكون «عن تراض» خبراً بعد خبر ل «تكون» «٦» على قراءة نصب «التجارة» لا قيلاً لها و إن كان غلبه توصيف النكرة تؤيد التقييد فيكون المعنى: إلّا أن يكون سبب الأكل

(١) النساء: ٢٩.

(٢) لم ترد «الحصر» في «ف».

(٣) راجع التبيان ٣: ١٧٨، و مجمع البيان ٢: ٣٦، و الكشاف ١: ٥٠٢.

(٤) كذا في «ف» و «م» و مصححه «ص»، و في سائر النسخ: لكونه.

(٥) النساء: ٢٣.

(٦) في غير «ص»: ليكون، و هو سهو.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٦٥

«تجارة»، و تكون «١» «عن تراض».

و من المعلوم: أنّ السبب الموجب لِحَلِّ الأكل في الفضولي إنّما نشأ عن التراضى، مع أنّ الخطاب للمُلاك الأموال، و التجارة في الفضولي إنّما تصير «٢» تجارة المالك بعد الإجازة، فتجارتها عن تراض.

و قد حكى عن المجمع: أنّ مذهب الإماميّة و الشافعيّة و غيرهم أنّ معنى التراضى بالتجارة إمضاء البيع بالتفرّق «٣» أو التخاير بعد العقد «٤». و لعله يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خبراً بعد خبر.

و أمّا السنّة، فهي أخبار:

إشارة

منها: النبوي المستفيض، و هو قوله صلّى الله عليه و آله و سلم لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك» «٥» فإنّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه؛ لعدم تملكه، فيكون مساوقاً للنبوي الآخر: «لا بيع إلّا في ما يملك» بعد قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «لا طلاق إلّا في ما يملك، و لا عتق إلّا في ما يملك» «٦»، و لما ورد في توقيع العسكري صلوات الله عليه إلى الصفّار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك» «٧».

(١) في غير «ف»: يكون.

(٢) في غير «ص»: يصير.

(٣) كذا في «ف» والمصدر، وفي سائر النسخ: بالتصرف.

(٤) مجمع البيان ٢: ٣٧.

(٥) راجع سنن البيهقي ٥: ٢٦٧، ٣١٧ و ٣٣٩.

(٦) كنز العمال ٩: ٦٤١، الحديث ٢٧٧٧٩، و راجع المستدرک ١٣: ٢٣٠، الباب الأول من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٣ و ٤.

(٧) الوسائل ١٢: ٢٥٢، الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٦٦

و ما عن الحميري أنّ مولانا عجل الله فرجه كتب في جواب بعض مسأله: «أنّ الضيعة لا يجوز ابتياعها إلّا عن مالکها أو بأمره أو رضاً منه» ١.

و ما في الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد في أرض بقم النيل «٢» اشتراها رجل، و أهل الأرض يقولون: هي أرضنا «٣»، و أهل [الأسياف] «٤» يقولون: هي من أرضنا. فقال: «لا تشتريها إلّا برضا أهلها» ٥.

و ما في الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضل «٦» في رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم، فكتب عليها «٧» كتاباً

(١) الوسائل ١٢: ٢٥١، الباب الأول من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٨.

(٢) النيل» بليدة في سواد الكوفة يخترقها خليج كبير يتخلّج من الفرات الكبير، حفره الحجاج بن يوسف و سمّاه بنيل مصر، معجم البلدان ٥: ٣٣٤ «نيل».

(٣) في مصححة «ن» و المصدر: أرضهم.

(٤) في النسخ: «الأسناف»، و في الكافي و التهذيب و مصححة بعض النسخ: «الأستان»، و ما أثبتناه مطابق لما نقله الشهيد عن بعض النسخ المصححة في شرحه (هداية الطالب: ٢٧٤)، و لعلّ ما نقله الشهيد أقرب إلى الصواب؛ لأنّ الأسياف كما في القاموس جمع سيف بالكسر و هو ساحل البحر و ساحل الوادي، أو كلّ ساحل، فأصحاب السيف هم أصحاب ساحل النيل الذي تقدّم تفسيره و يؤيّد قول السائل: «أرض بقم النيل» أي فم الخليج.

(٥) الوسائل ١٢: ٢٤٩، الباب الأول من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٣ بتفاوت يسير.

(٦) في مصححة «ص» و المصادر الحديثية: الفضيل.

(٧) كذا في «ف» و «ن» و المصدر، و في سائر النسخ: «إليها»، إلّا أنّه صحّح في بعضها بما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٦٧

أنّها «١» قد قبضت المال و لم تقبضه «٢»، فيعطيه المال أم يمنعها؟ قال: قل له «٣»: يمنعها أشدّ المنع، فإنّها باعت ما لم تملكه» ٤.

[المناقشة في الاستدلال بالروايات]

و الجواب عن النبوي:

أولاً: أنّ الظاهر من الموصول هي العين الشخصية؛ للإجماع و النصّ على جواز بيع الكلّي «٥»، و من البيع البيع لنفسه، لا- عن مالك العين، و حينئذٍ فإمّا أن يراد بالبيع مجرّد الإنشاء، فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه، فلا يقع له و لا للمالك بعد إجازته. و إمّا أن يراد ما عن التذكرة من أن يبيع عن نفسه ثم يمضى ليشتره من مالکة، قال: لأنّه صلّى الله عليه و آله و سلم ذكره جواباً لحكيم بن حزام، حيث سأله عن أن يبيع الشيء فيمضى و يشتره و يسلمه، فإنّ هذا البيع غير جائز، و لا نعلم فيه خلافاً؛ للنهي المذكور

و للغرر؛ لأنَّ صاحبها قد لا يبيعهها «٦»، انتهى.

وهذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتي خالد و يحيى الآتيتين في بيع الفضولي لنفسه «٧»، و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرد انتقاله إليه بالشراء، فلا ينافي أهليته لتعقب الإجازة من المالك.

(١) لم ترد «أنها» في غير «ف»، لكنّها استدركت في «م» و «ص» بلفظ: «بأنها»، و في «ن» كما أثبتناه.

(٢) في «ف»: قد قضت المال و لم تقضه.

(٣) كلمة «له» من «ن»، «م» و «ص» و المصدر.

(٤) الوسائل ١٢: ٢٤٩، الباب الأول من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.

(٥) انظر الوسائل ١٣: ٦٠، الباب ٥ من أبواب السلف.

(٦) التذكرة ١: ٤٦٣، و حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٨٦.

(٧) تأتيان في الصفحة ٤٤٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٦٨

و بعبارة اخرى: نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثراً في حقه، فلا يدل على الغاية بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة «١» المالك في وقوعه له، و هذا المعنى أظهر من الأول و نحن نقول به، كما سيجيء «٢».

و ثانياً: سلّمنا دلالة النبوي على المنع، لكنّها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدّم «٣» من الأدلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكه إذا أجاز.

و بما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب عن دلالة قوله: «لا بيع إلّا في ملك»؛ فإنّ الظاهر منه كون المنفى هو البيع لنفسه، و أنّ النفي راجع إلى نفي الصحة في حقه لا في حق المالك، مع أنّ العموم لو سلّم وجب تخصيصه بما دلّ على وقوع البيع للمالك إذا أجاز. و أمّا الروايتان «٤»، فدلالتهما على ما حملنا عليه السابقين «٥» أوضح،

(١) كذا في «ف» و «ن»، و في غيرهما: بإجازة.

(٢) سيجيء في الصفحة ٤٤٧ و ٤٥٢.

(٣) راجع الصفحة ٣٥٠ و ما بعدها.

(٤) قال المامقاني قدس سره: الروايتان عبارة عن توقيع العسكري عليه السلام إلى الصفار، و ما عن الحميري. (غاية الآمال: ٣٦٤) و استظهر السيد اليزدي قدس سره أنّ المراد بهما روايتا خالد و يحيى الآتيتان في بيع الفضولي لنفسه، ثمّ قال: و أمّا دعوى أنّ المراد بهما التوقيعان، فهي كما ترى. (حاشية المكاسب: ١٤٠) و قال الشهيدي قدس سره أيضاً: يعني بهما روايتي خالد و يحيى الآتيتين. (هداية الطالب: ٢٧٥).

(٥) المراد بهما: النبويان السابقان، كما قاله المامقاني قدس سره في غاية الآمال: ٣٦٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٦٩

و ليس فيهما ما يدلّ و لو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز.

و أمّا الحصر في صحيحة ابن مسلم و التوقيع، فإنّما هو في مقابلة عدم رضا أهل الأرض و الضيعة رأساً، على ما يقتضيه السؤال فيهما. و توضيحه: أنّ النهي في مثل المقام و إن كان يقتضي الفساد، إلّا أنّه بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود من المعاملة عليه.

و من المعلوم: أنّ عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه «١» الملك المقصود منه؛ و لذا يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيراً، و لذا عدّ

فى الشرائع «٢» و القواعد «٣» من شروط المتعاقدين أعنى شروط الصحة -: كون العاقد مالكاً أو قائماً مقامه، و إن أبيت إلّا عن ظهور الروايتين فى لغوية عقد الفضولى رأساً، و جب تخصيصهما «٤» بما تقدّم من أدلة الصحة.

و أما رواية القاسم بن فضل «٥»، فلا دلالة فيها إلّا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولى؛ لأنه باع ما لا يملك، و هذا حق لا ينافى صحة الفضولى.

و أما توقيع الصفار، فالظاهر منه نفي جواز البيع فى ما لا يملك بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب و اللزوم، و يؤيده «٦» تصريحه عليه السلام

(١) لم ترد «بنفسه» فى «ف».

(٢) الشرائع ٢: ١٤.

(٣) القواعد ١: ١٢٤.

(٤) كذا فى ظاهر «ف» و مصححة «ن»، و فى غيرهما: تخصيصها.

(٥) تقدّم أنه فى المصادر الحديثة: الفضيل.

(٦) كذا فى «ف» و «ص» و مصححة «ن»، و فى سائر النسخ: يؤيد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٧٠

بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك «١»، فلا دلالة على عدم وقوعه لمالكة إذا أجاز.

و بالجملة، فالإنصاف أنه لا دلالة فى تلك الأخبار بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز، و لا تعرض فيها إلّا لنفى وقوعه للعاقد.

الثالث: الإجماع على البطلان،

ادّعاه الشيخ فى الخلاف معترفاً بأنّ الصحة مذهب قوم من أصحابنا، معتذراً عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم «٢»، و ادّعاه ابن زهرة أيضاً فى الغنية «٣»، و ادّعى الحلّى فى باب المضاربة عدم الخلاف فى بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب «٤».

و الجواب: عدم الظنّ بالإجماع، بل الظنّ بعدمه، بعد ذهاب معظم القدماء كالقديمين و المفيد و المرتضى و الشيخ بنفسه فى النهاية التى هى آخر مصنفاته على ما قيل و أتباعهم على الصحة، و إطباق «٥» المتأخرين عليه، عدا فخر الدين و بعض متأخرى المتأخرين «٦».

(١) و هو قوله عليه السلام: «و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك»، راجع الوسائل ١٢: ٢٥٢، الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأوّل.

(٢) الخلاف ٣: ١٦٨، كتاب البيوع، المسألة ٢٧٥.

(٣) الغنية: ٢٠٧.

(٤) السرائر ٢: ٤١٥.

(٥) كذا فى «ف» و نسخة بدل «خ» و «ع»، و فى سائر النسخ: «أتباع»، إلّا أنه صحّح فى «ن» بما أثبتناه.

(٦) تقدّم التخريج عنهم جميعاً فى الصفحة ٣٤٩ ٣٥٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٧١

الرابع: ما دلّ من العقل و النقل

على عدم جواز التصرف في مال الغير إلّا بإذنه، فإنّ الرضا اللاحق لا ينفع في رفع القبح الثابت حال التصرف، ففي التوقيع المروي في الاحتجاج: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلّا بإذنه» (١)، ولا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً. والجواب: أن العقد على مال الغير متوقفاً لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرفاً فيه. نعم، لو فرض كون العقد علمة تامّة ولو عرفاً لحصول الآثار كما في بيع المالك أو الغاصب المستقل كان حكم العقد جوازاً و منعاً حكم معلوله المترتب عليه.

ثم لو فرض كونه تصرفاً، فمما استقلّ العقل بجوازه مثل الاستضاءء و الاصطلاء بنور الغير و ناره، مع أنّه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن في هذا من المقال أو الحال؛ بناءً على أنّ ذلك لا يخرج عن الفضولي، مع أنّ تحريمه لا يدلّ على الفساد، مع أنّه لو دلّ لدلّ على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الأثر عليه و عدم استقلاله في ذلك، و لا ينكره القائل بالصحة، خصوصاً إذا كانت الإجازة ناقلة. و ممّا ذكرنا ظهر الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولي قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري؛ بناءً على أنّ العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرّم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد.

(١) الاحتجاج ٢: ٢٩٩، و انظر الوسائل ٦: ٣٧٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال، الحديث ٦ و ذيل الحديث ٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٧٢

و قد يستدلّ للمنع بوجوه آخر ضعيفة،

أقواها: أنّ القدرة على التسليم معتبرة في صحة البيع، و الفضولي غير قادر «١»، و أنّ الفضولي غير قاصد حقيقةً إلى مدلول اللفظ كالمكره، كما صرح في المسالك «٢».

و يضعف الأوّل مضافاً إلى أنّ الفضولي قد يكون قادراً على إرضاء المالك «٣» بأنّ «٤» هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعاً، بل يكفي تحقّقه في المالك، فحينئذٍ يشترط في صحة العقد مع الإجازة قدرة المجيز على تسليمه أو «٥» قدرة المشتري على تسلّمه على ما سيجيء «٦».

و يضعف الثاني بأنّ «٧» المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي و المكره، لا أزيد منه، بدليل الإجماع على صحة نكاح الفضولي و بيع المكره بحق؛ فإنّ دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك للإجماع، كما ترى!

(١) انظر الإيضاح ١: ٤١٧، و المناهل: ٢٨٨، و مقابس الأنوار: ١٢٨.

(٢) المسالك ٣: ١٥٦.

(٣) كذا في «ف» و مصحّحة «ن»، و في سائر النسخ: رضا المالك.

(٤) في «ف»: أن.

(٥) في «م» و «ش» يدلّ «أو»: و.

(٦) يجيء إن شاء الله في الجزء الرابع من طبعتنا هذه عند قول المؤلف قدس سرّه: «الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم».

(٧) في «ف»: أن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٧٣

المسألة الثانية أن يسبقه منع المالك،

و المشهور أيضاً صحته، و حكي عن فخر الدين: أن بعض المجوزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهى المالك «١». و يلوح إليه ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل النبوي: «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر» «٢» بعد تضعيف السند على أنه «٣» نكح بعد منع مولاه و كراهته؛ فإنه يقع باطلاً «٤». و الظاهر أنه لا يفرق بين النكاح و غيره «٥»، و يظهر من المحقق الثاني، حيث احتمل «٦» فساد بيع الغاصب؛ نظراً إلى القرينة الدالة «٧» على عدم الرضا و هي الغصب «٨».

و كيف كان، فهذا القول لا وجه له ظاهراً، عدا تخيل: أن المستند في عقد الفضولي هي رواية عروة «٩» المختصّة بغير المقام، و أن العقد إذا

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤١٧.

(٢) سنن البيهقي ٧: ١٢٧.

(٣) في غير «ف» زيادة «إن»، و شطب عليها في «م».

(٤) التذكرة ٢: ٥٨٨.

(٥) انظر مقابس الأنوار: ١٢١.

(٦) في النسخ: «حمل»، و الصواب ما أثبتناه، كما في مصححه «ن».

(٧) لم ترد «الدالة» في «ص».

(٨) جامع المقاصد ٤: ٦٩.

(٩) تقدّمت في الصفحة ٣٥١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٧٤

وقع منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد و لو آنما ما كافٍ في الرد، فلا ينفع الإجازة اللاحقة؛ بناءً على أنه لا يعتبر في الرد سوى عدم الرضا الباطني بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم «١» بأنه إذا حلف الموكّل على نفى الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد؛ لأنّ الحلف عليه أمانة عدم الرضا.

هذا، و لكنّ الأقوى عدم الفرق؛ لعدم انحصار المستند حينئذٍ «٢» في رواية عروة، و كفاية العمومات، مضافاً إلى ترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس «٣»، و جريان فحوى أدلّة نكاح العبد بدون إذن مولاه «٤»، مع ظهور المنع فيها و لو بشاهد الحال بين الموالى و العبيد، مع أنّ رواية إجازته صريحة في عدم قدح معصية السيد «٥»، مع جريان المؤيّدات المتقدّمة له: من بيع مال اليتيم «٦» و المغصوب «٧»، و مخالفة العامل لما اشترط عليه ربّ المال «٨»، الصريح في منعه عمّا عداه.

(١) انظر جامع المقاصد ٨: ٢٩٣، و المسالك ٥: ٣٠٠، و مفتاح الكرامة ٧: ٦٣٢.

(٢) لم ترد «حينئذٍ» في «ف».

(٣) المتقدّمة في الصفحة ٣٥٣.

(٤) انظر الوسائل ١٤: ٥٢٣ و ٥٢٥، الباب ٢٤ و ٢٥ من أبواب نكاح العبيد و الإمام و غيرهما.

(٥) في «م»، «ص» و «ش» زيادة: حينئذٍ.

(٦) المتقدّمة في الصفحة ٣٦٠.

(٧) راجع الصفحة ٣٥٨ ٣٦٠.

(٨) كما في موثقة جميل المتقدمة في الصفحة ٣٥٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٧٥

و أما ما ذكر «١» من المنع الباقي بعد العقد و لو آناً ما، فلم يدل دليل على كونه فسحاً لا ينفع بعده الإجازة.

و ما ذكره في حلف الموكّل غير مسلم، و لو سلّم فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره في ردّ البيع و عدم تسليمه له.

و ممّا ذكرنا يظهر وجه صحّة عقد المكره بعد الرضا، و أنّ كراهة المالك حال العقد و بعد العقد لا تقدح في صحّته إذا لحقه

الإجازة.

(١) في «م» و «ش»: ما ذكره.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٧٦

المسألة الثالثة أن يبيع الفضولي لنفسه،

إشارة

و هذا غالباً يكون في بيع الغاصب، و قد يتفق من غيره بزعم ملكية المبيع، كما في مورد صحيحة الحلبي المتقدمة في الإقالة بوضيعة

«١».

[الأقوى الصحة و الدليل عليه]

إشارة

و الأقوى فيه: الصحة وفاقاً للمشهور؛ للعمومات المتقدمة «٢» بالتقريب المتقدم، و فحوى الصحة في النكاح «٣»، و أكثر ما تقدّم من

المؤيّدات «٤»، مع ظهور صحيحة ابن قيس المتقدمة «٥».

[الإشكال على صحة هذا البيع من وجوه]

إشارة

و لا- وجه للفرق بينه و بين ما تقدّم من بيع الفضولي للمالك إلّا ووجه تظهر من كلمات جماعة، بعضها مختصّ ببيع «٦» الغاصب، و

بعضها مشترك بين جميع صور المسألة:

[الوجه الأول و جوابه]

منها: إطلاق ما تقدّم من النبيين «٧»: «لا تبع ما ليس عندك» و «لا يبيع إلّا في ملك» [و غيرهما «٨»]؛ بناءً على اختصاص مورد الجميع

(١) المتقدمة في الصفحة ٣٤١.

(٢) تقدّمت في المسألة الأولى و الثانية.

(٣) تقدّمت في الصفحة ٣٥٦.

(٤) راجع الصفحة ٣٥٨ ٣٦٣.

(٥) المتقدمة في الصفحة ٣٥٣.

(٦) كذا في «ف» و مصححة «ن» و «ص»، و في سائر النسخ: على بيع.

(٧) تقدمتا في الصفحة ٣٦٥.

(٨) كلمة «و غيرهما» من مصححة «ن»، و قد أثبتها المامقاني قدس سره في متن شرحه (غاية الآمال: ٣٦٧) و يقتضيها السياق أيضاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٧٧

بيع الفضولي لنفسه.

و الجواب عنها يعرف مِمَّا تقدم، من أن مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه الغير المالك، بلا تعرضٍ فيها لوقوعه و عدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز.

[الوجه الثاني و جوابه]

و منها: بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك، و هذا غالباً مفقود في المغصوب، و قد تقدم عن المحقق الكركي أن الغصب قرينه عدم الرضا «١».

و فيه:

أولاً: أن الكلام في الأعم من بيع الغاصب.

و ثانياً: أن الغصب أمانة عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً، فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة و تملك الثمن، فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع، بل الغاصب و غيره من هذه الجهة سواء.

و ثالثاً: قد عرفت أن سبق منع المالك غير مؤثر.

[الوجه الثالث و جوابه]

و منها: أن الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه، لم «٢» يقصد حقيقة المعاوضة؛ إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر، فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة، فحقيقته يرجع إلى إعطاء المبيع و أخذ الثمن لنفسه، و هذا ليس بيعاً.

و الجواب من ذلك مع اختصاصه ببيع الغاصب:- أن قصد

(١) تقدم في الصفحة ٣٧٣.

(٢) كذا في «ص»، و في غيرها: فلم.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٧٨

المعاوضة الحقيقية مبني على جعل الغاصب نفسه مالكاً حقيقياً و إن كان هذا الجعل لا حقيقة له، لكن المعاوضة المبتية على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقته، نظير المجاز الادعائي في الأصول.

نعم، لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثلث و لا اعتقاد له، كانت المعاملة باطله غير واقعه له و لا للمالك؛ لعدم تحقق معنى المعاوضة؛ و لذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئاً بطل، و لم يقع له و لا لغيره، و المراد ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه.

و قد تخيل بعض المحققين «١»: أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام، و هو ما لو باع مال غيره لنفسه؛ لأنه عكسه، و قد عرفت أن عكسه هو ما إذا قصد تملك الثمن من دون بناء و لا اعتقاد لتملك المثلث؛ لأن المفروض الكلام في وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز.

[الوجه الرابع و المناقشات فيه و الجواب عنها]

ومنها: أن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافياً لصحة العقد؛ لأن معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلن بإجازته، وإن تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف، لا- إمضاء لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، و المجاز غير مُنشأ.

و قد أجاب المحقق القمي رحمه الله عن هذا «٢» في بعض أجوبة مسائله بأن الإجازة في هذه الصورة مصححة للبيع، لا بمعنى لحوق الإجازة لنفس العقد كما في الفضولي المعهود بل بمعنى تبديل رضا

(١) لم نعر عليه.

(٢) كذا في «ف»، و العبارة في غيرها هكذا: و قد أجاب عن هذا المحقق القمي رحمه الله.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٧٩

الغاصب و يبعه لنفسه برضا المالك و وقوع البيع عنه «١»، و قال نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه «٢».

و قد صرح في موضع آخر: بأن حاصل الإجازة يرجع إلى أن العقد الذي قصد إلى كونه واقعاً على المال المعين لنفس البائع الغاصب و المشتري العالم قد بدّله على كونه «٣» على هذا الملك بعينه لنفسه، فيكون عقداً جديداً، كما هو أحد الأقوال في الإجازة «٤».

و فيه: أن الإجازة على هذا تصير كما اعترف معاوضة جديدة من طرف المجيز و المشتري؛ لأن المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالتبديل المذكور؛ لأن قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره في مغايرة العقد الواقع للعقد المجاز، فالمشتري إنما رضى «٥» بذلك

الإيجاب المغاير لمؤدى الإجازة، فإذا التزم بكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد، و بعدم الحاجة إلى قبول «٦» المشتري ثانياً، فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه و قبول المشتري، و هذا خلاف الإجماع و العقل.

(١) جامع الشتات ٢: ٣١٩، و غنائم الأيام: ٥٥٤.

(٢) انظر جامع الشتات ٢: ٣٢٠ و ما بعدها، و غنائم الأيام: ٥٥٥.

(٣) في «ش»: بكونه.

(٤) راجع جامع الشتات ٢: ٢٧٦، و في الصفحة ٣١٨ منه نقل هذا القول عن صاحب كشف الرموز وفاقاً لشيخه المحقق، و انظر أيضاً غنائم الأيام: ٥٤١ و ٥٥٤ أيضاً.

(٥) في مصححة «ن» زيادة: في قبوله.

(٦) في غير «ش» و «ص»: «قول»، و صحح في هامش «ن» بما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٨٠

و أما القول بكون الإجازة عقداً مستأنفاً، فلم يعهد من أحد من العلماء و غيرهم، و إنما حكى كاشف الرموز عن شيخه «١»: أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل فهو بيع بغير لفظ البيع قائم «٢» مقام إيجاب البائع، و ينضم إليه القبول المتقدم «٣» من المشتري «٤».

و هذا لا يجرى فيما نحن فيه؛ لأنه إذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشتري تملك الثمن للبائع و تملك المبيع منه، فإذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع، فلا بد له «٥» من قبول آخر، فالإكتفاء عنه بمجرد إجازة البائع الراجعة إلى تبديل البيع

للغاصب بالبيع لنفسه، التزم بكفاية رضا البائع و إنشائه عن رضا المشتري و إنشائه، و هذا ما ذكرنا أنه خلاف الإجماع و العقل.

فالأولى في الجواب: منع مغايرة ما وقع لما أجزى، و توضيحه:

أنَّ البائع الفضولي إنَّما قصد تمليك المثلث للمشتري بإزاء الثمن، و أمَّا كون الثمن مالاً له أو لغيره، فإيجاب البيع ساكت عنه، فيرجع فيه

(١) لم يحك ذلك عن شيخه و هو المحقق الحلي قدس سره بل حكم نفسه بالملازمة بين القول بعدم لزوم اللفظ في البيع و كون الإجازة بمثابة عقد ثانٍ فقط.

(٢) العبارة في «ش» هكذا: «بيع مستقل بغير لفظ البيع و هو قائم ..»، و هكذا في مصححه «ن» إلَّا أنَّها بلفظ «فهو قائم».

(٣) في غير «ف»: المقدم.

(٤) انظر كشف الرموز ١: ٤٤٥ ٤٤٦.

(٥) كذا في «ص» و «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ بدل «فلا بد له»: «فكذا بدله»، و في مصححه «م»: «فكذا لا بد من».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٨١

إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض في ملك مالك المعوض؛ تحقيقاً لمعنى المعاوضة و المبادلة، و حيث إنَّ البائع يملك المثلث بانياً على تملكه له و تسلطه عليه عدواناً أو اعتقاداً، لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن و التسلط عليه، و هذا معنى قصد بيعه لنفسه، و حيث إنَّ المثلث ملك لمالكة واقعاً فإذا أجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه، فعلم من ذلك أنَّ قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتَّى يتردد «١» الأمر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين، بل مفهوم الإيجاب هو تمليك المثلث بعوض من دون تعرُّض فيه لمن يرجع إليه العوض، إلَّا باقتضاء المعاوضة لذلك.

و لكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير فقال للبائع الأصيل: تملك منك أو ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم؛ فإنَّ مفهوم هذا الإنشاء هو تملك «٢» الفضولي للثوب، فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، فلا بد من التزام كون الإجازة نقلًا مستأنفاً غير ما أنشأه الفضولي الغاصب.

و بالجملة، فنسبة «٣» المتكلم الفضولي ملك «٤» المثلث إلى نفسه بقوله: ملكت أو تملك، كإيقاع المتكلم الأصيل التمليك على المخاطب الفضولي

(١) كذا في «ص»، و في غيرها: تردّد.

(٢) كذا في «ش» و مصححه «ن»، «ع» و «ص»، و في سائر النسخ: تمليك.

(٣) في «ف»: نسبة.

(٤) كذا في «ف» و مصححه «م» و «ن»، و في «ش» و مصححه «ع»: بتملك، و في «خ» و مصححه «ص»: تملك.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٨٢

بقوله: ملكتك هذا الثوب بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك.

و بهذا استشكل العلامة رحمه الله في التذكرة، حيث قال: لو باع الفضولي مع جهل الآخر فإشكال، من أن الآخر إنَّما قصد تمليك العاقد «١»، و لا ينتفض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد أو ولايته؛ لأنَّه حينئذٍ إنَّما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصلياً أو نائباً، و لذا يجوز مخاطبته و إسناد الملك «٢» إليه مع علمه بكونه نائباً، و ليس إلَّا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائباً، فإذا صحَّ اعتباره نائباً صحَّ اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائباً أو أصلياً، أمَّا الفضولي فهو أجنبي عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار.

و قد تفتن بعض المعاصرين «٣» لهذا الإشكال في بعض كلماته، فالتزم تارة ببطان شراء الغاصب لنفسه، مع أنَّه لا يخفى مخالفته للفتاوى و أكثر النصوص المتقدمة في المسألة كما اعترف به أخيراً، و أخرى بأنَّ الإجازة إنَّما تتعلق بنفس مبادلة العوضين و إن كانت

خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذة فيها.

و فيه: أن حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناها في الإشكال أعنى قول المشتري الغاصب: تملك أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم ليس إلا إنشاء تملكه للمبيع، فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك

(١) التذكرة ١: ٤٦٣.

(٢) في «ف»: التملك.

(٣) انظر مقابس الأنوار: ١٣١ ١٣٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٨٣

الأصلي له، بل يتوقف «١» على نقل مستأنف.

فالأنسب في التفصي أن يقال: إن نسبة الملك «٢» إلى الفضولي العاقد لنفسه في قوله: «تملكت منك»، أو قول غيره له: «ملكتك» ليس من حيث هو، بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقاداً أو عدواناً؛ ولذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن «٣» التزنا بلغوئته؛ ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة بتملك شخص المال بإزاء مال غيره، فالمبادلة الحقيقية من العاقد لنفسه لا يكون إلا إذا كان مالكا حقيقياً أو ادعائياً، فلو لم يكن أحدهما وعقد لنفسه لم يتحقق المعاوضة والمبادلة حقيقة، فإذا قال الفضولي الغاصب المشتري لنفسه: «تملكت منك كذا بكذا» فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم لا - من حيث هو، بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقاداً أو عدواناً، و حيث إن الثابت للشيء من حيثية تقيديه ثابت لنفس تلك الحيثية، فالمسند إليه التملك حقيقة هو المالك للثمن «٤»، إلا أن الفضولي لما بنى على أنه «٥» المالك المسلط على الثمن «٦» أسند ملك المثمن الذي هو بدل الثمن إلى

(١) كذا في «ف» و «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: توقف.

(٢) في «ع» و نسخة بدل «ن»، «خ» و «م»: «المالك»، و في نسخة بدل «ع»: «الملك».

(٣) في «ف» و «خ» و مصححة «ع»: للمثمن.

(٤) في «ف»، «خ» و «ع»: للمثمن.

(٥) في «ف» زيادة: هو.

(٦) في «ف»، «خ» و «ع»: المثمن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٨٤

نفسه، فالإجازة الحاصلة من المالك متعلقة بإنشاء الفضولي و هو التملك المسند إلى مالك الثمن «١»، و هو حقيقة نفس المجيز، فيلزم من ذلك انتقال المثمن «٢» إليه.

هذا، مع أنه ربما يلتزم صحة أن يكون الإجازة لعقد الفضولي موجبة لصيرورة العوض ملكاً للفضولي، ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد «٣»، و تبعه غير واحد من أجلة تلامذته «٤».

و ذكر بعضهم «٥» في ذلك وجهين:

أحدهما: أن قضية بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه، جعل ذلك المال له ضمناً، حتى أنه على فرض صحة ذلك البيع أو «٦» الشراء تملكه «٧» قبل أن «٨» انتقاله إلى غيره، ليكون انتقاله إليه عن ملكه، نظير ما إذا قال: «أعتق عبدك عني» أو قال: «بع مالي عنك» أو «اشتر لي بمالي كذا» فهو تملك ضمناً حاصل ببيعه أو الشراء.

و نقول في المقام أيضاً: إذا أجاز المالك صح البيع أو «٩» الشراء، و صحته تتضمن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء، فكما أن الإجازة

- (١) في «ف»، «خ» و «ع»: المثلثن.
- (٢) كذا في «ص» و مصححتي «م» و «ن»، و في سائر النسخ: الثلثن.
- (٣) انظر شرح القواعد (مخطوط): الورقة ٦٠.
- (٤) منهم المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٢.
- (٥) لم نعر عليه.
- (٦) و (٩) في «ش» بدل «أو»: و.
- (٧) في «ن»: يملكه.
- (٨) لم ترد «آن» في «ش»، و شطب عليها في «م».
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٨٥
- المذكورة تصحح البيع أو الشراء، كذلك تقضى بحصول الانتقال الذي يتضمّن البيع الصحيح، فتلك الإجازة اللاحقة قائمة مقام الإذن السابق، قاضية بتملكه «١» المبيع؛ ليقع البيع في ملكه، و لا مانع منه.
- الثاني: أنه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقِد في انتقال بدله إليه، بل يكفي أن يكون مأذوناً في بيعه لنفسه أو الشراء به، فلو قال: «بع هذا لنفسك» أو «اشتر لك بهذا» ملك الثلثن في الصورة الأولى بانتقال المبيع عن مالكة إلى المشتري، و كذا ملك المثلثن «٢» في الصورة الثانية، و يتفرّع عليه: أنه لو اتّفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع الملك إلى مالكة، دون العاقِد.
- أقول: و في كلا الوجهين نظر:
- أما «٣» الأول، فلأنّ صحّة الإذن في بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعه، كما تقدّم في بعض فروع المعاظة «٤»، مع أن قياس الإجازة على الإذن قياس مع الفارق؛ لأنّ الإذن في البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملك آنأ ما قبل البيع، بخلاف الإجازة؛ فإنّها لا تتعلّق إلّا بما وقع «٥» سابقاً، و المفروض أنه لم يقع إلّا مبادلة مال الغير بمال آخر.

- (١) في «ع» و «ص»: بتملكه.
- (٢) في «ف»، «خ» و «ع»: الثلثن.
- (٣) في «ف» زيادة: في.
- (٤) تقدّم في الصفحة ٨٣ و ٨٥.
- (٥) كذا في «ص» و «ش» و مصححة «ع»، و في سائر النسخ: يقع.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٨٦
- نعم، لَمّا بنى هو على ملكية ذلك المال عدواناً أو اعتقاداً قصد «١» بالمعاوضة «٢» رجوع البدل «٣» إليه، فالإجازة من المالك إن رجعت إلى نفس المبادلة أفادت دخول البدل في ملك المجيز، و إن رجعت إلى المبادلة منضمّة إلى بناء العاقِد على تملك المال، فهي و إن أفادت دخول البدل في ملك العاقِد، إلّا أن مرجع هذا إلى إجازة ما بنى عليه العاقِد من التملك و إمضائه له؛ إذ بعد إمضائه يقع البيع في ملك العاقِد فيملك البدل، إلّا أن من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة في تأثير «٤» ذلك البناء في تحقّق متعلّقه شرعاً، بل الدليل على عدمه؛ لأنّ هذا ممّا لا يؤثر فيه الإذن؛ لأنّ الإذن في التملك لا يؤثر التملك، فكيف إجازته؟
- و أمّا الثاني، فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع التي هي المبادلة؛ و لذا صرّح العلّامة رحمه الله في غير موضع من كتبه «٥» تارة بأنّه لا يتصوّر، و أخرى بأنّه لا يعقل أن يشتري الإنسان لنفسه بمال غيره شيئاً، بل ادّعى بعضهم «٦» في مسألة قبض المبيع: عدم «٧» الخلاف

في بطلان قول مالك الثمن:

- (١) كلمة «قصد» من «ش» و مصححة «ن».
- (٢) في «ف»: المعاوضة.
- (٣) في «ف» ظاهراً: المبدل.
- (٤) لم ترد «تأثير» في «ف».
- (٥) انظر القواعد ١: ١٥١ و ١٦٦، و التذكرة ١: ٤٧٣.
- (٦) ادعاه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ١٧٤.
- (٧) كذا في «ف» و «ش» و مصححة «ن»، و في غيرها: بعدم.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٨٧
- «اشتر لنفسك به طعاماً» و قد صرح به الشيخ «١» و المحقق «٢» و غيرهما «٣».
- نعم، سيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب «٤»، أن ظاهر جماعة قطب الدين و الشهيد و غيرهما: أن الغاصب مسلط على الثمن و إن لم يملكه، فإذا اشترى به شيئاً ملكه، و ظاهر هذا إمكان أن لا يملك الثمن و يملك الثمن المشتري، إلا أن يحمل «٥» ذلك منهم على التزام تملك «٦» البائع الغاصب للثمن «٧» مطلقاً كما نسبه الفخر رحمه الله إلى الأصحاب «٨»، أو أننا ما قبل أن يشتري به شيئاً؛ تصحيحاً للشراء.
- و كيف كان، فالأولى في التفصي عن الإشكال المذكور في البيع لنفسه ما ذكرنا «٩».

- (١) راجع المبسوط ٢: ١٢١.
- (٢) الشرائع ٢: ٣٢.
- (٣) كالقاضي في المهذب ١: ٣٨٧، و الشهيد الثاني في المسالك ٣: ٢٥٢، و انظر مفتاح الكرامة ٤: ٧١٥.
- (٤) يأتي في الصفحة ٤٧١.
- (٥) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: «يجعل»، إلا أنه صحح في أكثر النسخ بما أثبتناه.
- (٦) كذا في «ش»، و في غيرها: «تمليك»، لكن صحح في «ن»، «م» و «ص» بما أثبتناه.
- (٧) في «ش» و مصححة «ع»: للمثمن.
- (٨) إيضاح الفوائد ١: ٤١٧.
- (٩) راجع الصفحة ٣٨٣.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٨٨

[الوجه الخامس و جوابه]

ثم إن مما ذكرنا من أن نسبة ملك العوض حقيقة إنما هو إلى مالك المعوض، لكنه بحسب بناء الطرفين على مالكية الغاصب للعوض منسوب إليه يظهر اندفاع إشكال آخر في صحة البيع لنفسه، مختص بصورة علم المشتري، و هو: أن المشتري الأصيل إذا كان عالماً بكون البائع لنفسه غاصباً فقد حكم الأصحاب على ما حكى عنهم «١» بأن المالك لو رد فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن، و هذا كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية، و إلا لكان ردّها موجباً لرجوع كل عوض إلى مالكه، و حينئذ إذا أجاز المالك لم

يملك الثمن؛ لسبق اختصاص الغاصب به، فيكون البيع بلا ثمن «٢».

ولعل هذا هو الوجه في إشكال العلامة في التذكرة، حيث قال بعد الإشكال في صحّة بيع الفضولي مع جهل المشتري:- إن الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل «٣»، انتهى.

أقول: هذا الإشكال بناءً على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع ردّ المالك وبقائه «٤»، و بعد تسليم أن الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقديرى الردّ والإجازة، لا «٥» التسليط المراعى بعدم إجازة البيع إنّما يتوجه على القول بالنقل،

(١) حكى ذلك عنهم الفخر في الإيضاح كما تقدّم آنفاً، و أنظر مفتاح الكرامة ٤: ١٩٣.

(٢) لم ترد «به فيكون البيع بلا ثمن» في «ف».

(٣) التذكرة ١: ٤٦٣.

(٤) و بقائه «من «ف» و «ش» و مصحّحه «ن».

(٥) في غير «ش»: «لأنّ»، لكنّه صحّح في أكثر النسخ بما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٨٩

حيث إنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.

و أمّا على القول بالكشف، فلا يتوجه إشكال أصلاً؛ لأنّ الردّ كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطاً له على مال نفسه، و الإجازة كاشفة عن كونه تسليطاً له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض؛ و لذا لو لم يقبضه الثمن حتّى أجاز المالك أو ردّ، لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري أو المالك، و سيأتى في مسألة جواز تتبع العقود للمالك «١» تتمّة لذلك، فانتظر.

ثمّ اعلم: أنّ الكلام في صحّة بيع الفضولي لنفسه غاصباً كان أو غيره إنّما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز، و هو الذى لم يفرّق المشهور بينه و بين الفضولى البائع للمالك، لا لنفسه.

و أمّا الكلام في صحّة بيع الفضولى و وقوعه لنفسه إذا صار مالاً للمبيع و أجاز سواء باع لنفسه أو المالك «٢» فلا دخل له بما نحن فيه؛ لأنّ الكلام هنا في وقوع البيع للمالك، و هناك في وقوعه للعاقده إذا ملك. و من هنا يعلم: أنّ ما ذكره في الرياض من أنّ بيع الفضولى لنفسه باطل «٣» و نسب إلى التذكرة نفى الخلاف فيه «٤» في غير محلّه، إلّا أن يريد ما ذكرناه، و هو خلاف ظاهر كلامه.

(١) يأتى في الصفحة ٤٦٩ و ما بعدها.

(٢) في مصحّحه «ن»: للمالك.

(٣) في «ف»: فاسد.

(٤) الرياض ١: ٥١٢، و التذكرة ١: ٤٦٣، و تقدّمت عبارة التذكرة في الصفحة ٣٦٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٩٠

بقي هنا أمران:

الأول: أنه لا فرق على القول بصحّة بيع الفضولى بين كون مال الغير عيناً أو ديناً «١» في ذمّة الغير،

و منه جعل العوض ثمناً أو مثمناً في ذمّة الغير.

ثم إنَّ تشخيص «٢» ما في الذمِّية الذي يعقد عليه الفضولي إمَّا بإضافة الذمِّية إلى الغير، بأن يقول: «بعت كذاً من طعام في ذمِّية فلان بكذا» أو «بعت هذا بكذا في ذمِّة فلان» و حكمه: أنه لو أجاز فلان يقع العقد له، وإن ردَّ بطل رأساً.

و إمَّا بقصده العقد له؛ فإنَّه إذا قصده في العقد تعيّن كونه صاحب الذمِّة؛ لما عرفت من استحالة دخول أحد العوضين في ملك غير من خرج عنه الآخر، إلَّا على احتمال ضعيف تقدّم عن بعض «٣».

فكما أنّ تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقد، فكذا قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الثمن الكلّي بإضافته إلى ذمِّية شخص خاصّ، و حينئذٍ فإن أجاز من قصد مالكيته «٤» وقع العقد «٥»، وإن ردّ فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعاً؛ لأنَّ مقتضى ردّ العقد بقاء كلّ عوض على ملك صاحبه، إذ المال مردّد في باب الفضولي

(١) كلمة «دينياً» من «ف» و «ش».

(٢) في غير «ش» زيادة «كون»، لكن شطب عليها في «ن».

(٣) تقدّم في الصفحة ٣٨٤.

(٤) كذا في «ف»، «خ» و «ش»، و في سائر النسخ: ملكيته.

(٥) في «ف»، «ن» و «خ» زيادة: له.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٩١

بين مالكة الأصلي و من وقع له العقد، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة و تردّده بين الفضولي و من وقع له العقد؛ إذ لو صحّ وقوعه للفضولي لم يحتج إلى إجازة و وقع له، إلَّا أنّ الطرف الآخر لو لم يصدّقه على هذا القصد «١» و حلف على نفى العلم حكم له على الفضولي؛ لوقوع «٢» العقد له ظاهراً، كما عن المحقّق «٣» و فخر الإسلام «٤» و المحقّق الكركي «٥» و السيوري «٦» و الشهيد الثاني «٧».

و قد يظهر من إطلاق بعض الكلمات كالقواعد «٨» و المبسوط «٩» وقوع العقد له واقعاً، و قد نسب ذلك إلى جماعة «١٠» في بعض فروع المضاربة.

و حيث عرفت أنّ «١١» قصد البيع للغير أو إضافته إليه في اللفظ

(١) في «ف»، «ن» و «ع»: العقد.

(٢) في مصحّحة «ن»: بوقوع.

(٣) الشرائع ٢: ٢٠٥.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٣٤٧.

(٥) جامع المقاصد ٨: ٢٥١ و ٢٥٢.

(٦) لم نقف عليه في التنقيح.

(٧) المسالك ٥: ٣٠٠، و انظر المسالك ٤: ٣٧٩ أيضاً، و حكاها عنهم المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٧.

(٨) انظر القواعد ١: ٢٤٧.

(٩) انظر المبسوط ٢: ٣٨٦ و غيره من المواضع.

(١٠) لم نقف على المناسب، انظر الشرائع ٢: ١٤٢، و القواعد ١: ٢٤٧، و الرياض ١: ٦٠٧، و الجواهر ٢٦: ٣٨٤.

(١١) في غير «ش» زيادة: «لازم»، إلَّا أنّه شطب عليها في «ن»، «خ» و «م».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٩٢

يوجب صرف الكلي إلى ذممة ذلك الغير، كما أن إضافة الكلي إليه يوجب صرف البيع أو الشراء إليه و إن لم يقصده أو لم يصفه إليه، ظهر من ذلك التنافي بين إضافة البيع إلى غيره و إضافة الكلي إلى نفسه أو قصده من غير إضافة، و كذا بين إضافة البيع إلى نفسه و إضافة الكلي إلى غيره.

فلو جمع بين المتنافيين، بأن قال: «اشترت هذا لفلان بدرهم في ذمتي» أو «اشترت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان» ففي الأول يحتمل البطلان؛ لأنه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله، و يحتمل إلغاء أحد القيدتين و تصحيح المعاملة لنفسه أو للغير «١»، و في الثاني يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير، فيقع للغير بعد إجازته، لكن بعد تصحيح المعاوضة بالبناء على التملك في ذمة الغير اعتقاداً، و يحتمل الصحة بإلغاء قيد «ذمة الغير»؛ لأن تقييد الشراء أولاً بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من إضافة الذمة إلى الغير، و المسألة تحتاج إلى تأمل.

ثم إنه قال في التذكرة: لو اشترى فضولياً، فإن كان بعين مال الغير، فالخلاف في البطلان و الوقف على الإجازة، إلا أن أبا حنيفة قال: يقع «٢» للمشتري بكل «٣» حال «٤». و إن كان في الذمة لغيره و أطلق

(١) في «ص»: لغيره.

(٢) لم ترد «يقع» في غير «ش»، إلا أنها استدركت في «ن»، «م» و «ص».

(٣) كذا في «ص» و مصححة «ن» و «م»، و في سائر النسخ: لكل.

(٤) راجع المغني؛ لابن قدامة ٤: ٢٢٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٩٣

اللفظ، قال علماؤنا: يقف على الإجازة، فإن أجاز صحح و لزمه أداء الثمن، و إن ردّ نفذ عن المباشر، و به قال الشافعي في القديم «١» و أحمد «٢».

و إنما يصحح الشراء؛ لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره، و إنما وقف على الإجازة لأنه عقد الشراء له، فإن أجاز له لزمه، و إن ردّه لزم من اشتراه، و لا فرق بين أن ينقد «٣» من مال الغير أو لا.

و قال أبو حنيفة: يقع عن المباشر، و هو جديد للشافعي «٤»، انتهى.

و ظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الردّ للمشتري واقعاً، كما يشعر به تعليقه بقوله: «لأنه تصرف في ذمته لا في مال الغير»، لكن أشرنا سابقاً «٥» إجمالاً إلى أن تطبيق هذا على القواعد مشكل؛ لأنه إن جعل المال في ذمته بالأصالة، فيكون ما في ذمته كعين «٦» ماله، فيكون كما لو باع عين ماله لغيره. و الأوفق بالقواعد في مثل هذا: إما البطلان لو عمل بالتيه؛ بناءً على أنه لا يعقل في المعاوضة دخول عوض مال

(١) انظر فتح العزيز (المطبوع ضمن المجموع) ٨: ١٢٢، و المجموع ٩: ٢٦٠.

(٢) انظر المجموع ٩: ٢٦٠، و فتح العزيز ٨: ١٢٢ و ١٢٣، و حلية العلماء ٤: ٧٧.

(٣) في «خ»، «ع» و «ص»: «ينفذ»، لكن صحح في «ع» بما في المتن.

(٤) التذكرة ١: ٤٦٣.

(٥) انظر الصفحة ٣٨١.

(٦) كذا في «ش» و «ص»، و في غيرهما: «كغير»، إلا أنها صححت في أكثر النسخ بما في المتن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٩٤

الغير في ملك غيره قهراً، وإمّا صحّته ووقوعه لنفسه لو ألغى التّية؛ بناءً على انصراف المعاملة إلى مالك العين قهراً «١» وإن نوى خلافه.

وإن جعل المال في ذمته، لا من حيث الأصل، بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً، ففيه مع «٢» الإشكال في صحّة هذا لو لم يرجع إلى الشراء في ذمّة الغير: - أن اللازم من هذا أن الغير إذا ردّ هذه المعاملة وهذه النيابة تقع فاسدة من أصلها، لا أنّها تقع للمباشر. نعم، إذا عجز المباشر من إثبات ذلك على البائع لزمه ذلك في ظاهر الشريعة، كما ذكرنا سابقاً «٣» ونصّ عليه جماعة في باب التوكيل «٤» وكيف كان، فوقوع المعاملة في الواقع مرددةً بين المباشر والمنوي، دون التزامه خرط القتاد! ويمكن تنزيل العبارة «٥» على الوقوع للمباشر ظاهراً، لكنّه بعيد.

الثاني: الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي والمعاطاة؛

بناءً على إفادتها للملك؛ إذ لا فارق بينها وبين العقد؛ فإنّ التقابض بين الفضوليين أو فضوليّ وأصيلٍ إذا وقع بتية التمليك والتملك فأجازه المالك، فلا مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة، فعموم مثل قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** «٦» شامل له.

(١) لم ترد «قهراً» في «ف».

(٢) كذا في «ش» ومصحّحة «ن»، وفي سائر النسخ بدل: «فيه مع»: فمع.

(٣) تقدّما في الصفحة ٣٩١.

(٤) تقدّما في الصفحة ٣٩١.

(٥) يعني ما نقله العلّامة عن علمائنا في الصفحة السابقة، بقوله: «وإن ردّ نفذ عن المباشر».

(٦) البقرة: ٢٧٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٣٩٥

و يؤيده: رواية عروة البارقي «١»؛ حيث إنّ الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة.

وتوهم الإشكال فيه: من حيث إنّ الإقباض الذي يحصل به التمليك محرّم؛ لكونه تصرفاً في مال الغير فلا يترتب عليه أثر، في غير محلّه؛ إذ قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير، كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمّة.

مع أنّه قد يقع الإقباض مقروناً برضا المالك؛ بناءً على ظاهر كلامهم من أنّ العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولي. مع أنّ النهي لا يدلّ على الفساد، مع أنّه لو دلّ لدلّ على عدم ترتّب الأثر المقصود وهو استقلال الإقباض في السبيّة، فلا ينافي كونه جزءً سبب.

وربما يستدلّ على ذلك «٢» بأنّ المعاطاة منوطه بالتراضي وقصد الإباحة أو التمليك، وهما من وظائف المالك، ولا يتصور صدورهما من غيره ولذا ذكر الشهيد الثاني: أنّ المكره والفضولي قاصدان للفظ دون المدلول، وذكر: أنّ قصد المدلول لا يتحقّق من غير المالك «٣» ومشروطة أيضاً بالقبض والإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارناً للأمرين، ولا- أثر له إلّا إذا صدر من المالك أو بإذنه.

وفيه: أنّ اعتبار الإقباض والقبض في المعاطاة عند من اعتبره

(١) تقدّمت في الصفحة ٣٥١.

(٢) استدلل على ذلك المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٨.

(٣) ذكره في المسالك ٣: ١٥٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٩٦

فيها إنما هو لحصول إنشاء التملك أو الإباحة، فهو عندهم من الأسباب الفعلية كما صرح الشهيد في قواعده «١» و المعاطاة عندهم عقد فعلى، و لذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها: أن البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى «٢»، و حينئذ فلا مانع من أن يقصد الفضولى بإقباضه: المعنى القائم بنفسه، المقصود من قوله: «ملكته». و اعتبار مقارنة الرضا من المالك للإنشاء الفعلى دون القولى مع اتحاد أدلته اعتبار الرضا و طيب النفس فى حل مال الغير لا يخلو عن تحكّم.

و ما ذكره من «٣» الشهيد الثانى لا يجدى فيما نحن فيه؛ لأننا لا نعتبر فى فعل الفضولى أزيد من القصد الموجود فى قوله؛ لعدم الدليل، و لو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنة فى العقد القولى أيضاً، إلا أن يقال: إن مقتضى الدليل ذلك، خرج عنه بالدليل معاملة الفضولى إذا وقعت بالقول، لكنك قد عرفت أن عقد «٤» الفضولى ليس على خلاف القاعدة «٥». نعم، لو قلنا: إن المعاطاة لا يعتبر فيها قبض و لو اتفق معها، بل السبب المستقل هو تراضى المالكين بملكيته «٦» كل منهما لمال صاحبه مطلقاً

(١) انظر القواعد و الفوائد ١: ٥٠، القاعدة ١٧، و ١٧٨، القاعدة ٤٧.

(٢) راجع الفتاوى الهندية ٣: ٢.

(٣) لم ترد «من» فى «ش»، و شطب عليها فى «ص».

(٤) فى «ش»: العقد.

(٥) تقدّم تحقيق ذلك فى أوائل المسألة فى الصفحة ٣٤٩ و ما بعدها.

(٦) فى نسخة بدل «ن»: بالمكية.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٩٧

أو مع وصولهما «١» أو وصول أحدهما، لم يعقل وقوعها من الفضولى.

نعم، الواقع منه إيصال المال، و المفروض أنه لا مدخل له فى المعاملة، فإذا رضى المالك بالمكية من وصل إليه المال تحققت المعاطاة من حين الرضا و لم يكن إجازة لمعاطاة سابقة، لكنّ الإنصاف أن هذا المعنى غير مقصود للعلماء فى عنوان المعاطاة و إنما قصدهم إلى العقد الفعلى.

هذا كله على القول بالملك، و أما على القول بالإباحة، فيمكن القول بطلان الفضولى؛ لأنّ إفادة المعاملة المقصود بها الملك للإباحة خلاف القاعدة، فيقتصر فيها على صورة تعاطى المالكين، مع أن حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن، و الآثار الأخر مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف إذا وقعت فى غير زمان الإباحة الفعلية، لم تؤثر أثراً، فإذا أجاز حدث الإباحة من حين الإجازة، اللهم إلا أن يقال بكفاية وقوعها مع الإباحة الواقعية إذا كشف «٢» عنها الإجازة، فافهم.

(١) فى غير «ش» وصولها، إلا أنه صحّح فى «ن»، «ع» و «ص» بما فى المتن.

(٢) فى غير «ش»: انكشف، و لكن صحّح فى «ن».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٣٩٩

القول في الإجازة والرد**أما الكلام في الإجازة:****إشارة**

فيقع تارة في حكمها و شروطها، و أخرى في المجيز، و ثالثة في المجاز.

أما حكمها،

[هل الإجازة كاشفة أم ناقلة]

إشارة

فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي بعد اتفاقهم على توقفها على الإجازة في كونها كاشفة بمعنى أنه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتى كأن الإجازة وقعت مقارنة للعقد، أو ناقلة بمعنى ترتب آثار العقد من حينها حتى كأن العقد وقع حال الإجازة، على قولين:

[الأكثر على الكشف]

[الكلام في أدلة القائلين بالكشف و المناقشات فيها]

فالأكثر على الأول، و استدلل عليه كما عن جامع المقاصد «١» و الروضة «٢» بأن العقد سبب تام في الملك؛ لعموم قوله تعالى أو فؤا بالعقود «٣»، و تمامه في الفضولي إنما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبين كونه تاماً يوجب «٤» ترتب الملك عليه، و إلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد

(١) جامع المقاصد ٤: ٧٤ ٧٥.

(٢) الروضة البهية ٣: ٢٢٩، و حكاها عنهما السيد المجاهد في المناهل: ٢٩٠.

(٣) المائة: ١.

(٤) في «ش»: فوجب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٠٠

خاصة، بل به مع شيء آخر.

و بأن الإجازة متعلقة بالعقد، فهي «١» رضا بمضمونه، و ليس إلّا نقل العوضين من حينه «٢».

و عن فخر الدين في الإيضاح: الاحتجاج لهم بأنها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود؛ لأن العقد حالها عدم «٣»، انتهى. و يرد على الوجه الأول: أنه إن أريد بكون العقد سبباً تاماً كونه «٤» علمة تامة للنقل إذا صدر عن رضا المالك، فهو مسلم، إلا أن بالإجازة لا- يعلم تمام ذلك السبب، و لا- يتبين كونه تاماً؛ إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا، غاية الأمر: أن لازم صحة عقد الفضولي كونها قائمة مقام الرضا المقارن، فيكون لها «٥» مدخل في تمامية السبب كالرضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها «٦».

و منه يظهر فساد تقرير الدليل «٧» بأن العقد الواقع جامع «٨» لجميع

- (١) في غير «ش»: فهو.
- (٢) استدلل بهذا السيد الطباطبائي في الرياض ١: ٥١٣، و المحقق القمي في جامع الشتات ٢: ٢٧٩، و غنائم الأيام: ٥٤٢.
- (٣) إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.
- (٤) في غير «ش»: كونها.
- (٥) في غير «ش»: له.
- (٦) في غير «ش»: قبله.
- (٧) قرره الشهيد في الروضة البهية ٣: ٢٢٩.
- (٨) في غير «ش» و «ص»: «جامعه»، إلا أنها صححت في «ن» بما أثبتناه.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٠١
- الشروط، و «١» كلها حاصله إلا رضا المالك، فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله.
- فإنه إذا اعترف أن رضا المالك من جملة الشروط، فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله؟
- و دعوى: أن الشروط الشرعية ليست كالعقلية، بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس و إعطاء الفطرة قبل وقته فضلاً عن تقدم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة، و كغسل العشاءين لصوم اليوم الماضي على القول به «٢»-، مدفوعة: بأنه لا فرق فيما فرض شرطاً أو سبباً بين الشرعي و غيره، و تكثير الأمثلة لا- يوجب وقوع المحال العقلي، فهي كدعوى أن التناقض الشرعي بين الشئيين لا يمنع عن اجتماعهما؛ لأن النقيض الشرعي غير العقلي.
- فجميع ما ورد مما يوهم ذلك «٣» لا بد فيه من التزام أن المتأخر ليس سبباً أو شرطاً، بل السبب و الشرط: الأمر المنتزع من ذلك، لكن ذلك لا- يمكن في ما نحن فيه، بأن يقال: إن الشرط تعقب الإجازة و لحوقها بالعقد، و هذا أمر مقارن للعقد على تقدير الإجازة؛ لمخالفته الأدلة «٤»، اللهم إلا أن يكون مراده بالشرط ما يتوقف تأثير السبب

- (١) لم ترد «الواو» في «ف».
- (٢) كما قواه النراقي في المستند ٣: ٣٨.
- (٣) في «ش» زيادة: أنه.
- (٤) في «ف»: للأدلة.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٠٢
- المتقدم في زمانه على لحوقه، و هذا مع أنه لا- يستحق إطلاق الشرط عليه، غير صادق على الرضا؛ لأن الاستفادة من العقل و النقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، و أنه «١» لا يحلّ لغيره بدون طيب النفس «٢»، و أنه لا ينفع لحوقه في حلّ تصرف الغير و انقطاع سلطنة المالك.
- و مما ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام «٣» بل التزم به غير واحد من المعاصرين «٤» من أن معنى شرطية الإجازة مع كونها كاشفة: شرطية الوصف المنتزع منها، و هو كونها لاحقة للعقد في المستقبل، فالعلة التامة: العقد الملحوق بالإجازة، و هذه صفة مقارنة للعقد و إن كان نفس الإجازة متأخرة عنه.
- و قد التزم بعضهم «٥» بما «٦» يتفرع على هذا، من أنه إذا علم المشتري أن المالك للمبيع سيجيز العقد، حلّ له التصرف فيه بمجرد

العقد، وفيه ما لا يخفى من المخالفة للأدلة.

(١) في «ش»: لأنه.

(٢) وردت عبارة «اعتبار رضا إلى طيب النفس» في «ف» هكذا: اعتبار رضا المالك في زمان التصرف وأنه لا يحل بدون طيب النفس.

(٣) احتمله صاحب الجواهر على ما ذكره السيد الزدى في حاشيته على المكاسب: ١٤٨، وانظر الجواهر ٢٢: ٢٨٦ ٢٨٧.

(٤) انظر الفصول الغروية: ٨٠، و مفتاح الكرامة ٤: ١٩٠، والمستند ٢: ٣٦٧.

(٥) انظر الجواهر ٢٢: ٢٨٨.

(٦) كذا في «ف»، وفي سائر النسخ: «مما»، وقد صحح في «ن» و «ص» بما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٠٣

و يرد على الوجه الثاني «١»:

أولاً: أن الإجازة وإن كانت رضاً بمضمون العقد، إلا أن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى يتعلق الإجازة و الرضا بذلك النقل المقيّد بكونه في ذلك الحال، بل هو نفس النقل مجرداً عن ملاحظة وقوعه في زمان، وإنما الزمان من ضروريات إنشائه؛ فإن قول العاقد: «بعت» ليس «نقلت من هذا الحين» وإن كان النقل المنشأ به واقعاً في ذلك الحين، فالزمان ظرف للنقل لا قيد له، فكما أن إنشاء مجرد النقل الذي هو مضمون العقد في زمان يوجب وقوعه من المنشئ في ذلك الزمان، فكذلك إجازة ذلك النقل في زمان يوجب وقوعه من المجيز في زمان الإجازة، و كما أن الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه، فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان «٢» الإجازة.

ولأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب، مع أنه ليس إلاً رضاً بمضمون الإيجاب، فلو كان مضمون الإيجاب النقل من حينه و كان القبول رضاً بذلك، كان معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب؛ لأنّ الموجب ينقل من حينه، و القابل يتقبل ذلك و يرضى به.

و دعوى: أن العقد سبب للملك فلا يتقدّم عليه، مدفوعة: بأنّ سببته للملك ليست إلاً بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه، فإذا فرض

(١) أى الوجه الثانى من وجوه الاستدلال على كون الإجازة كاشفة، و هو ما ذكره بقوله: «و بأنّ الإجازة متعلّقة بالعقد .. إلخ»، راجع الصفحة ٤٠٠.

(٢) في «ف» زيادة: إمضاء.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٠٤

مقتضاه مركباً من نقل في زمان و رضاً بذلك النقل، كان مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب.

ولأجل ما ذكرنا أيضاً لا- يكون فسخ العقد إلماً انحلاله من زمانه، لا من زمان العقد؛ فإنّ الفسخ نظير الإجازة و الردّ لا يتعلّق إلماً بمضمون العقد و هو النقل من حينه، فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذاً فى العقد على وجه القيدية لكان ردّه و حلّه موجباً للحكم بعدم الآثار من حين العقد.

و السرّ فى جميع ذلك ما ذكرنا: من عدم كون زمان النقل إلماً ظرفاً، فجميع ما يتعلّق بالعقد من الإمضاء و الردّ و الفسخ، إنّما يتعلّق بنفس المضمون، دون المقيّد بذلك الزمان.

و الحاصل: أنه لا إشكال فى حصول الإجازة بقول المالك: «رضيت بكون مالى لزيد بإزاء ماله» أو «رضيت بانتقال مالى إلى زيد» و

غير ذلك من الألفاظ التي لا- تعرّض فيها لإنشاء الفضولي فضلاً عن زمانه. كيف! وقد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها إجازة منها، و نحو ذلك، و من المعلوم: أنّ الرضا يتعلّق بنفس نتيجة العقد، من غير ملاحظة زمان نقل الفضولي. و بتقرير آخر: أنّ الإجازة من المالك قائمة مقام رضاه و إذنه المقرون بإنشاء الفضولي أو مقام نفس إنشائه، فلا يصير المالك بمنزلة العاقد إلّا بعد الإجازة، فهي إمّا شرط أو جزء سبب للملك. و بعبارة أخرى: المؤثر هو العقد المرضي به، و المقيّد من حيث أنّه مقيّد لا يوجد إلّا بعد القيد، و لا يكفي في التأثير وجود ذات المقيّد

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٠٥
المجرّدة «١» عن القيد.

و ثانياً: أنا «٢» لو سلّمنا عدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً ليؤخذ فيه تقدّمه على المشروط، و لا جزء سبب، و إنّما هي من المالك محدثة للتأثير في العقد السابق و جاعله له «٣» سبباً تامّاً حتّى كأنه وقع مؤثراً، فيتفرّع عليه أنّ مجرّد رضا المالك بنتيجة العقد أعنى محض الملكية من غير التفات إلى وقوع عقد سابق ليس «٤» بإجازة؛ لأنّ معنى «إجازة العقد»: جعله جائزاً نافذاً ماضياً، لكن نقول: لم يدلّ دليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه؛ لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجّه إلى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النذر و من المعلوم: أنّ المالك لا يصير عاقداً أو بمنزلة إلّا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء إلّا بعدها، و من المعلوم: أنّ الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي، فما لم يجب الوفاء فلا ملك. و ممّا ذكرنا يعلم: عدم صحّة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود، بدعوى: أنّ الوفاء بالعقد و العمل بمقتضاه هو الالتزام «٥»

(١) في «ف»: المجرّد.

(٢) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في غيرهما: و أمّا ثانياً فلائنا.

(٣) كذا في «ش» و مصحّحتي «ن» و «ص»، و في غيرها بدل «جاعله له»: جاعله.

(٤) كذا في «ش» و مصحّحتي «ن» و «ص»، و في غيرها: ليست.

(٥) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: «الإلزام»، إلّا أنّها صحّحت في أكثر النسخ بما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٠٦

بالنقل من حين العقد، و قس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم أحلّ الله البيع «١» فإنّ الملك ملزوم لحليّة التصرف «٢»، و قبل «٣» الإجازة لا يحلّ التصرف، خصوصاً إذا علم عدم رضا المالك باطناً أو تردّد في الفسخ و الإمضاء. و ثالثاً: سلّمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوي و العرفي أعنى جعل العقد السابق جائزاً ماضياً بتقريب أن يقال: إنّ معنى الوفاء بالعقد: العمل بمقتضاه و مؤداه العرفي، فإذا صار العقد بالإجازة «٤» كأنه «٥» وقع مؤثراً ماضياً «٦»، كان مقتضى العقد المُجاز عرفاً ترتّب الآثار من حينه، فيجب شرعاً العمل به على هذا الوجه. لكن نقول بعد الإغماض عن أنّ مجرّد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزاً نافذاً، لا يوجب كون مقتضى العقد و مؤداه العرفي ترتّب الأثر من حين العقد، كما أنّ كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الإيجاب و إمضاء «٧» له لا- يوجب ذلك، حتّى يكون مقتضى الوفاء بالعقد

(٢) في «ف»: لِحْلِيَةِ الإِجَازَةِ.

(٣) في «ع»، «ص» و «ش»: فقبل.

(٤) في «م» و «ع» زيادة: ماضياً ظ.

(٥) في غير «ف» و «ش»: «فكأنه»، و لكن صحَّح في «خ» و «ن» بما أثبتناه.

(٦) العبارة في مصحَّحه «ص» هكذا: فإذا صار العقد بالإجازة مؤثراً ماضياً..

(٧) كذا في «ش» و مصحَّحتي «ن» و «ص»، و في سائر النسخ: إمضائه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٠٧

ترتيب الآثار من حين الإيجاب، فتأمل:-

إنَّ «١» هذا المعنى على حقيقته غير معقول؛ لأنَّ العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له؛ لاستحالة خروج الشيء عمّا وقع عليه، فإذا دلّ الدليل الشرعي على إمضاء الإجازة على هذا الوجه الغير المعقول، فلا بدّ من صرفه بدلالة الاقتضاء إلى إرادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتب الآثار الممكنة، فإذا أجاز المالك حكماً بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري و إن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك و وقع النماء في ملكه.

والحاصل: أنه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار، و هذا نقل حقيقي في حكم الكشف من بعض الجهات، و سيأتي الثمرة بينه و بين الكشف الحقيقي «٢».

و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلّا الأستاذ شريف العلماء قدس سره فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته، و إلّا فظاهر كلام القائلين بالكشف أنّ الانتقال في زمان العقد؛ و لذا عنون العلامة رحمه الله في القواعد مسألة الكشف و النقل بقوله: «و في زمان الانتقال إشكال» «٣». فجعل النزاع في هذه المسألة نزاعاً في زمان الانتقال.

(١) في «ش» و «ص» بدل «أن»: إذ.

(٢) يأتي في الصفحة ٤١٠ و ما بعدها.

(٣) القواعد ١: ١٢٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٠٨

[معاني الكشف]

و قد تحصّل ممّا ذكرنا: أنّ كاشفة الإجازة على وجوه ثلاثة، قال بكلّ «١» منها قائل:

أحدها و هو المشهور:- الكشف الحقيقي و التزام كون الإجازة فيها شرطاً متأخراً؛ و لذا اعترضهم «٢» جمال المحققين في حاشيته على الروضة «٣» بأنّ الشرط لا يتأخّر «٤».

و الثاني: الكشف الحقيقي و التزام كون الشرط تعقّب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة؛ فراراً عن لزوم تأخّر الشرط عن المشروط، و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحقّقها فيما بعد «٥».

الثالث: الكشف الحكمي، و هو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقّق الملك في الواقع إلّا بعد الإجازة.

و قد تبين من تضاعيف كلماتنا: أنّ الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل، ثمّ بعده الكشف الحكمي، و أمّا الكشف الحقيقي مع كون نفس الإجازة من الشروط، فإتمامه بالقواعد في غاية الإشكال؛ و لذا استشكل فيه العلامة في القواعد «٦» و لم يرجّحه المحقّق الثاني في حاشية الإرشاد «٧»،

(١) في غير «ص» و «ش»: لكل.

(٢) في «ص» كتب فوق الكلمة: اعترض عليهم ظ.

(٣) في «ف»: حاشية الروضة.

(٤) انظر حاشية الروضة: ٣٥٨.

(٥) تقدّم في الصفحة ٤٠٢.

(٦) القواعد ١: ١٢٤.

(٧) حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢١٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٠٩

بل عن الإيضاح اختيار خلافه «١»، تبعاً للمحكي عن كاشف الرموز «٢» و قوّاه في مجمع البرهان «٣»، و تبعهم كاشف اللثام في النكاح «٤».

هذا بحسب القواعد و العمومات، و أمّا الأخبار، فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس «٥»: الكشف كما صرّح به في الدروس «٦» و كذا الأخبار التي بعدها «٧»، لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور، فتحتمل الكشف الحكمي. نعم، صحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولاً، الأمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات، للزوجة الغير المدركة حتى تدرك و تحلف «٨» ظاهرة في قول الكشف؛ إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية «٩» على ملك سائر الورثة، كان العزل

(١) الإيضاح ١: ٤٢٠، و حكاها عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٨٩، و قال: و هو الظاهر من الفخر في الإيضاح.

(٢) انظر كشف الرموز ١: ٤٤٥ ٤٤٦.

(٣) مجمع الفائدة ٨: ١٥٩.

(٤) لم نعثر على التصريح بذلك فيه، لكن قال السيّد العاملي في مفتاح الكرامة (٤: ١٨٩): و إليه مال صاحب كشف اللثام في باب النكاح، (انظر كشف اللثام ٢: ٢٢).

(٥) المتقدمة في الصفحة ٣٥٣.

(٦) الدروس ٣: ٢٣٣.

(٧) و هي روايات تقدّمت في الصفحات ٣٥٨ ٣٦٣. هذا، و في «ش» شطب على عبارة: «التي بعدها».

(٨) الوسائل ١٧: ٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث الأول.

(٩) كذا في النسخ، و المناسب: باقياً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤١٠

مخالفاً لقاعدة «تسلّط الناس على أموالهم»، بإطلاق الحكم بالعزل منحصراً إلى عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» «١» يفيد أن العزل لاحتمال كون الزوجة الغير المدركة وارثة في الواقع، فكأنه احتياط في الأموال قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة، كعزل نصيب الحمل و جعله أكثر ما يُحتمل.

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل.

فنقول: أمّا الثمرة على الكشف الحقيقي، بين كون نفس الإجازة شرطاً، و كون الشرط تعقّب العقد بها و لحوقها له، فقد يظهر في جواز تصرف كل منهما فيما انتقل إليه بإنشاء الفصولي إذا علم إجازة المالك فيما بعد.

و أما الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمى مع كون نفس الإجازة شرطاً، يظهر «٢» فى مثل ما إذا وطئ المشتري الجارية قبل إجازة مالكة فإجازة، فإن الوطاء على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً؛ لأصالة عدم الإجازة، حلال واقعاً؛ لكشف الإجازة عن وقوعه فى ملكه. و لو أولدها صارت أمّ و ولد على الكشف الحقيقي و الحكمى؛ لأن مقتضى جعل العقد الواقع ماضياً: ترتب حكم وقوع الوطاء فى الملك، و يحتمل عدم تحقق الاستيلاء على الحكمى؛ لعدم تحقق حدوث الولد فى الملك و إن حكم بملكته للمشتري بعد ذلك.

(١) عوالى اللآلى ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

(٢) فى «ص»: فإنه يظهر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤١١

و لو نقل المالك [أم «١»] الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز، بطل النقل على الكشف الحقيقي؛ لانكشاف وقوعه فى ملك الغير مع احتمال كون النقل بمنزلة الردّ و بقى صحيحاً على الكشف الحكمى، و على المجيز قيمتها «٢»؛ لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه و مقتضى صحّة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما فى الفسخ بالخيار مع انتقال متعلقه بنقل لازم. و ضابط الكشف الحكمى: الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكية المشتري من حين العقد، فإن ترتب شىء من آثار ملكية المالك قبل إجازته كإتلاف النماء و نقله و لم يناف الإجازة، جمع بينه و بين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل، و إن نافي الإجازة كإتلاف العين عقلاً أو شرعاً كالتعقّ فات محلّها، مع احتمال الرجوع إلى البدل، و سيجىء.

ثم، إنهم ذكروا للثمرة بين الكشف و النقل مواضع:

منها: النماء،

فإنه على الكشف بقولٍ مطلق لمن انتقل إليه العين، و على النقل لمن انتقلت عنه، و للشهيد الثانى فى الروضة عبارة «٣»، توجيه

(١) لم يرد فى «ف»، و الظاهر عدم وروده فى النسخة الأصلية، حيث كتب فوقه فى «ن»، «خ»، «م» و «ع» العلامة: «ظ».

(٢) كذا فى «ش» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: قيمته.

(٣) و العبارة هى: «و تظهر الفائدة فى النماء، فإن جعلناها كاشفةً، فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد و الإجازة الحاصل من المبيع للمشتري، و نماء الثمن المعين للبائع، و لو جعلناها ناقلةً فهما للمالك المجيز» الروضة البهية ٣: ٢٢٩ ٢٣٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤١٢

المراد منها كما فعله بعض «١» أولى من توجيه حكم ظاهرها، كما تكلفه آخر «٢».

و منها: أن فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل، دون الكشف،

بمعنى أنه لو جعلناها ناقلةً كان فسخ الأصيل كفسخ الموجب قبل قبول القابل «٣» فى كونه ملغياً لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفةً؛ فإن العقد تامّ من طرف الأصيل، غاية الأمر تسلط الآخر على فسخه، و هذا مبنى على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه، بل قبل تحقق شرط صحّة العقد كالقبض فى الهبة و الوقف و الصدقة فلا يرد ما اعترضه بعض: من منع جواز الإبطال على القول بالنقل؛ معللاً بأن ترتب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع لا مدخل لاختيار المشتري فيه «٤».

و فيه: أن الكلام فى أن عدم تخلل الفسخ بين جزئى السبب

(١) كما وجهه جمال الدين في حاشية الروضة: ٣٥٨ يكون العقد فضولياً من الطرفين.

(٢) المراد منه ظاهراً صاحب مفتاح الكرامة و بعض من تبعه كما في غاية الآمال: ٣٨٠ و راجع مفتاح الكرامة ٤: ١٩٠، و غنائم الأيام: ٥٤٢ ٥٤٣، و جامع الشتات ٢: ٢٨١.

(٣) في «م»، «ع»، و «ش»: القائل.

(٤) أورد الاعتراض المحقق القمي في غنائم الأيام: ٥٤٣، و جامع الشتات ٢: ٢٨٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤١٣

شرط، فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجدٍ في وجود المسبب؛ فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ بإطلاقات صحّة العقود و لزومها، و لا يخلو عن إشكال.

و منها: جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناءً على النقل،

و إن قلنا بأنّ فسخه غير مبطل لإنشائه، فلو باع جارية من فضولياً جاز له وطؤها، و إن استولدها صارت أمّ ولد؛ لأنّها ملكه، و كذا لو زوّجت نفسها من فضولي جاز لها التزويج من الغير، فلو حصل الإجازة في المثالين لغت؛ لعدم بقاء المحلّ قابلاً.

و الحاصل: أنّ الفسخ القولي و إن قلنا: أنّه غير مبطل لإنشاء الأصيل، إلّا أنّ له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محلّ الإجازة، فيفسخ العقد بنفسه بذلك.

و ربما احتّم عدم جواز التصرف على هذا القول أيضاً؛ و لعلّه لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حقّ الأصيل و إن لم يجب في الطرف الآخر، و هو الذي يظهر من المحقق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب؛ حيث قال: لا يجوز للبايع و لا للغاصب التصرف في العين لإمكان الإجازة، سيّما على القول بالكشف «١»، انتهى.

و فيه: أنّ الإجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطاً أو شرطاً، فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من «٢»

(١) جامع المقاصد ٦: ٣٣١.

(٢) لم ترد «من» في «ش».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤١٤

المتعاقدين؛ لأنّ المأمور بالوفاء به «١» هو العقد المقيّد الذي لا يوجد إلّا بعد القيد.

هذا «٢» كلّ على النقل، و أمّا على القول بالكشف، فلا يجوز التصرف فيه، على ما يستفاد من كلمات جماعة، كالعلامة و السيد العميدى «٣» و المحقق الثاني «٤» و ظاهر غيرهم.

و ربما اعترض عليه بعدم المنع له «٥» من التصرف؛ لأنّ مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع، لا يقدح في السلطنة الثابتة له؛ و لذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقاً. نعم، إذا حصلت «٦» الإجازة كشفت عن بطلان كلّ تصرف منافٍ لانتقال المال إلى المجيز، فيأخذ المال مع بقاءه و بدله مع تلفه. قال: نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرف «٧»، انتهى.

أقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء: وجوبه على الأصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه، و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك، بل مقتضى العموم وجوبه حتّى مع العلم بعدم إجازة

(١) لم ترد «به» في «ش».

(٢) في غير «ف»: و هذا.

(٣) انظر كنز الفوائد ١: ٣٨٥.

(٤) راجع الصفحة السابقة.

(٥) لم ترد «له» في «ف».

(٦) في غير «ف»: حصل.

(٧) لم نعر عليه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤١٥

المالك، و من هنا يظهر أنه لا فائدة في أصالة عدم الإجازة.

لكن ما ذكره البعض «١» المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف: من كون العقد مشروطاً بتعقبه بالإجازة؛ لعدم إحراز الشرط مع الشك، فلا- يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين: و أما على المشهور في معنى الكشف: من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد، و قد تحقق، فيجب على الأصيل الالتزام به و عدم نقضه إلى أن ينقض؛ فإن ردّ المالك فسخ للعقد «٢» من طرف الأصيل، كما أن إجازته إمضاء له من طرف الفضولي. و الحاصل: أنه إذا تحقق العقد، فمقتضى العموم على القول بالكشف، المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضميمه شيء شرطاً أو شرطاً-: حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً، فكلّ تصرف يعدّ نقضاً لعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحه العقد فهو غير جائز.

و من هنا تبين فساد توهم: أن العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه؛ لأن مقتضى العقد مبادلة المالكين، فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه ينافي «٣» مقتضى العقد، أعني المبادلة.

(١) في «ف»: بعض.

(٢) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: العقد.

(٣) في «ص»: تنافي.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤١٦

توضيح الفساد: أن الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة: حرمة نقضه و التخطي عنه، و هذا لا يدلّ إلّا على حرمة التصرف في ماله؛ حيث التزم بخروجه عن ملكه و لو بالبدل، و أمّا دخول البدل في ملكه فليس ممّا التزمه على نفسه، بل ممّا جعله لنفسه، و مقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عمّا التزم على نفسه، و أمّا قيد «كونه بإزاء مال» فهو خارج عن الالتزام على نفسه و إن كان داخلاً في مفهوم المبادلة، فلو لم يتصرف في مال صاحبه لم يكن ذلك نقضاً للمبادلة، فالمرجع في هذا التصرف فعلاً و تركاً «١» إلى ما يقتضيه الأصل، و هي أصالة عدم الانتقال.

و دعوى: أن الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة و دخول البدل في ملكه، فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه، فهو كالنذر المعلق على شرط؛ حيث حكم جماعة «٢» بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه، فكما أن التصرف حينئذ لا يعدّ حثاً، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الإجازة لا يعدّ نقضاً لما التزمه؛ إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلّا معلقاً.

مدفوعة بعد تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالإشكال-: بأن «٣» الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير معلق على الإجازة،

(١) في «ن»، «خ» و «م»: أو تركاً.

(٢) منهم المحقق في الشرائع ٣: ١٠٨، و الشهيد الأول في الدروس ٢: ٢٠٥، و الشهيد الثاني في الروضة البهية ٦: ٢٩٤ ٢٩٦ و المسالك ١٠: ٣٠٦، و التستري في مقابس الأنوار: ١٩٢ ١٩٣.

دزفولي، مرتضى بن محمد امين انصاري، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ٦ جلد، كنگره جهاني بزرگداشت شيخ اعظم انصاري، قم - ايران، اول، ١٤١٥ ه ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)؛ ج ٣، ص: ٤١٦
(٣) في غير «ص»: أن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤١٧

و إنما التزم بالمبادله متوقعاً للإجازة، فيجب عليه الوفاء به، و يحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة، أو ينتقض التزامه برّد المالك.

و لأجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النقص بما يعدّ من التصرفات منافياً لما التزمه الأصيل على نفسه، دون غيرها قال في القواعد في باب النكاح: و لو تولى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حقّ المباشر تحريم المصاهرة، فإن كان زوجاً حرمت عليه الخامسة و الأخت و الأمّ و البنت، إلّا إذا فسخت، على إشكال في الأمّ، و في الطلاق نظر؛ لترتبه على عقد لازم، فلا يبيح «١» المصاهرة، و إن كانت زوجة لم يحلّ لها نكاح غيره إلّا إذا فسخت، و الطلاق هنا «٢» معتبر «٣»، انتهى.

و عن كشف اللثام نفى الإشكال «٤»، و قد صرح أيضاً جماعةً بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصيل، و فرعوا عليه تحريم المصاهرة «٥».

و أما مثل النظر إلى المزوجه فصولاً و إلى أمها مثلاً و غيره ممّا لا يعدّ تركه نقضاً لما التزم العاقد على نفسه، فهو باقٍ تحت الأصول؛

(١) كذا في «ش» و مصحّحه «ن» و المصدر، و في سائر النسخ: فلا يقع.

(٢) لم ترد «هنا» في غير «ف» و «ش»، و زيدت في «ن» تصحيحاً.

(٣) القواعد ٢: ٧.

(٤) كشف اللثام ٢: ٢٣.

(٥) كما فرّع عليه المحقق الثاني في جامع المقاصد ١٢: ١٥٩، و البحراني في الحدائق ٢٣: ٢٨٨ ٢٨٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤١٨

لأنّ ذلك من لوازم علاقة الزوجية الغير الثابتة، بل المنفية بالأصل، فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقف على ثبوت نتيجة العقد أعني علاقة الملك أو الزوجية بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقص من الطرفين.

نمّر إن بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات أخر لا بأس بذكرها للتنبيه بها

«١» و بما يمكن أن يقال عليها:

منها: ما لو انسلخت قابليّة الملك عن أحد المتبايعين بموته قبل إجازة الآخر أو بعروض كفر بارتداد فطري أو غيره مع كون المبيع

عبداً مسلماً أو مُصَحِّفاً، فيصح حينئذٍ على الكشف دون النقل.

و كذا لو انسلخت قابلية المنقول بتلفٍ أو عروض نجاسة له مع ميعانه .. إلى غير ذلك.

و في مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها حال العقد، كما لو تجددت الثمرة و بدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة، و

فيما قارن العقد فقد الشروط «٢» ثم حصلت «٣» و بالعكس «٤».

و ربما يعترض «٥» على الأول: بإمكان دعوى ظهور الأدلة في

(١) لم ترد «للتبها» في «ف».

(٢) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: الشرط.

(٣) في مصححتي «ن» و «ص»: حصل.

(٤) إلى هنا ينتهي ما ذكره بعض متأخري المتأخرين و هو كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): ٦٢ مع تغيير في العبارة.

(٥) اعترض عليه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٩١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤١٩

اعتبار استمرار القابلية إلى حين الإجازة على الكشف، فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمراً إلى حين الإجازة.

و فيه: أنه لا- وجه لاعتبار استمرار القابلية، و لا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها، كما لو وقعت بيع متعددة على

ماله «١»، فإنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحه الجميع «٢»، مع عدم بقاء مالكية الأول مستمراً، و كما يشعر بعض أخبار المسألة

المتقدمة؛ حيث إن ظاهر بعضها و صريح الآخر «٣» عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة، مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين

«٤» الذي يصلح ردّاً «٥» لما ذكر في الثمرة الثانية أعنى: خروج المنقول عن قابلية تعلق إنشاء عقد أو إجازة به؛ لتلف و شبهه فإن موت

أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد، مضافاً إلى إطلاق رواية عروة «٦»، حيث لم يستفصل النبي صلى الله

عليه و آله و سلم عن موت الشاة أو ذبحه و إتلافه «٧».

(١) في «ص»: مال.

(٢) راجع المسالك ٣: ١٥٨، و غنائم الأيام: ٥٤٣، و جامع الشتات ٢: ٢٨٢ ٢٨٣، و مفتاح الكرامة ٤: ١٩١، و الجواهر ٢٢: ٢٩٢.

(٣) مثل رواية ابن أشيم، المتقدمة في الصفحة ٣٤١.

(٤) المتقدم في الصفحة ٤٠٩.

(٥) كلمة «ردّاً» من «ش» و مصححة «ن».

(٦) المتقدمة في الصفحة ٣٥١.

(٧) كذا في النسخ، و المناسب: ذبحها و إتلافها.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٢٠

نعم، ما ذكره أخيراً من تجدد القابلية بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمرة للمسألة؛ لبطلان العقد ظاهراً على القولين، و كذا فيما لو

قارن العقد فقد الشرط.

و بالجملة، فباب المناقشة و إن كان واسعاً، إلّا أن الأرجح في النظر ما ذكرناه.

و ربما يقال «١» بظهور الثمرة في تعلق الخيارات و حق الشفعة و احتساب مبدأ الخيارات و معرفة مجلس الصرف و السلم و الايمان و

الندور المتعلقة بمال البائع أو المشتري، و تظهر الثمرة أيضاً في العقود المترتبة على الثمن أو المثل، و سيأتي إن شاء الله.

(١) قاله كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط)، الورقة ٦٢.
كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٢١

[أما شروطها]

و ينبغي التنبيه على أمور:

الأول أن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي

و معنى الإجازة وضعاً أو انصرافاً، بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك و أدلة وجوب الوفاء بالعقود و غيرهما من الأدلة الخارجية، فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف، أو «١» الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل، ففي صحتها وجهان.

الثاني أنه يشترط في الإجازة أن يكون باللفظ الدالّ عليه «2» على وجه الصراحة العرفية.

إشارة

كقوله: «أمضيت» و «أجزت» و «أنفذت» و «رضيت»، و شبه ذلك.
و ظاهر رواية البارقي «٣» وقوعها بالكنية، و ليس ببعيد إذا اتكل

(١) في «م» بدل «أو»: و.

(٢) كذا في النسخ، و المناسب: «أن تكون باللفظ الدالّ عليها» كما في مصححة «ص».

(٣) تقدّمت في الصفحة ٣٥١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٢٢
عليه «١» عرفاً.

[كفاية الفعل الكاشف عن الرضا في الإجازة]

و الظاهر أن الفعل الكاشف عرفاً عن الرضا بالعقد كافٍ، كالتصرّف في الثمن، و منه إجازة البيع الواقع عليه كما سيجيء «٢» و كتمكين الزوجة من الدخول بها إذا زوجت فضولاً، كما صرح به العلامة قدس سره «٣».
و ربما يحكى عن بعض اعتبار اللفظ «٤»، بل نسب إلى صريح جماعة و ظاهر آخرين «٥»، و في النسبة نظر.
و استدللّ عليه بعضهم «٦»: من أنه «٧» كالبيع في استقرار الملك، و هو يشبه المصادر.
و يمكن أن يوجه: بأنّ الاستقراء في النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع و شبهه يقتضى اعتبار اللفظ، و من المعلوم أنّ النقل الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الإجازة.

و فيه نظر، بل لولا شبهة الإجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين «٨» تعين القول بكفاية نفس الرضا إذا علم حصوله من أيّ

(١) كذا في النسخ، و المناسب: «عليها»، كما استظهره مصحح «ص».

(٢) يجيء في الصفحة ٤٦٩ في الأمر الثالث «الكلام في المجاز».

(٣) انظر القواعد ٢: ٨.

(٤) اعتبره الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢: ٢٧.

(٥) نسبة السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٩٨.

(٦) استدللّ عليه الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢: ٢٧.

(٧) في مصححة «ص»: بأنّها.

(٨) انظر مفتاح الكرامة ٤: ١٩٨، والجواهر ٢٢: ٢٩٣ ٢٩٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٢٣

طريق، كما يستظهر من كثير من الفتاوى «١» والنصوص «٢».

فقد علل جماعة «٣» عدم كفاية السكوت في الإجازة بكونه أعتم من الرضا فلا يدلّ عليه، فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا.

و حكي عن آخرين «٤» أنّه إذا أنكر الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت؛ لأنّ الحلف يدلّ على كراهتها.

و ذكر بعض: أنّه يكفي في إجازة البكر للعقد الواقع عليها فصولاً سكوتها «٥».

و من المعلوم: أن ليس المراد من ذلك أنّه لا يحتاج إلى إجازتها، بل المراد كفاية السكوت الظاهر في الرضا و إن لم يفد القطع؛ دفعاً

(١) منها ما ذكره المقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨: ١٦٠، و السيد المجاهد في المناهل: ٢٨٩، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٩٤.

(٢) كالنصوص الآتية في إجازة البكر و إجازة المولى و غيرهما.

(٣) منهم العلّامة في نهاية الأحكام ٢: ٤٧٥ ٤٧٦، و الشهيد الثاني في الروضة ٣: ٢٣٤، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٩٣.

(٤) حكاها السيد المجاهد في المناهل: ٤٦٦ عن الغنية و المختصر النافع و الشرائع و الإرشاد و القواعد و غيرها، و انظر الغنية: ٢٦٩، و

المختصر النافع: ١٥٥، و الشرائع ٢: ٢٠٥، و الإرشاد ١: ٤١٩، و القواعد ١: ٢٥٩ ٢٦٠، و الرياض ٢: ١٢، و الجواهر ٢٧: ٤٠٣.

(٥) هذا هو المشهور بين الأصحاب كما صرح به الشهيد الثاني في المسالك ٧: ١٦٤، و المحدّث البحراني في الحدائق ٢٣: ٢٦٣، و

الأشهر الأظهر، كما قال في الرياض ٢: ٨٢، و نسب الخلاف فيها إلى الحلّي فقط.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٢٤

للحرج عليها و علينا.

[كفاية الرضا الباطني، و الاستدلال عليه]

ثمّ إنّ الظاهر أنّ كلّ من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا كأكل الثمن و تمكين الزوجة اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به، لا من جهة سبب الفعل تبعداً.

و قد صرح غير واحد «١» بأنّه لو رضى المكره بما فعله صحّ، و لم يعتبروا بالإجازة.

و قد ورد فيمن زوجت نفسها في حال السكر: أنّها إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فذلك رضاً منها «٢».

و عرفت «٣» أيضاً استدلالهم على كون الإجازة كاشفة بأنّ العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك، فإذا حصل عمل السبب التام عمله.

و بالجملة، فدعوى الإجماع في المسألة دونها خرط القتاد! و حينئذٍ فالعمومات المتمسك بها لصحة الفضولي «٤» السالمة عن ورود مخصص عليها، عدا ما دلّ على اعتبار رضا المالك في حلّ ماله و انتقاله إلى الغير و رفع سلطنته عنه «٥» أقوى حجّة في المقام. مضافاً إلى ما ورد في عدّة أخبار من أنّ سكوت المولى بعد

(١) منهم المحقق في الشرائع ٢: ١٤، و العلامة في القواعد ١: ١٢٤ و غيره، و الشهيد في الدروس ٣: ١٩٢ و اللمعة: ١١٠.

(٢) الوسائل ١٤: ٢٢١، الباب ١٤ من أبواب عقد النكاح.

(٣) راجع الصفحة ٤٠٠ و ٤٠١.

(٤) راجع الصفحات ٣٥١ ٣٦٢.

(٥) راجع الصفحة ٣٦٤ و ما بعدها.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٢٥

علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه «١»، و ما دلّ على أنّ قول المولى لعبده المتزوج بغير إذنه-: «طلق»، يدلّ على الرضا بالنكاح فيصير إجازة «٢»، و على أنّ المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصية المولى التي ترتفع بالرضا «٣»، و ما دلّ على أنّ التصرف من ذى الخيار رضاً منه «٤»، و غير ذلك.

[هل يكفي الرضا مقارناً للعقد أو سابقاً عليه؟]

بقي في المقام: أنّه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ، و كفاية مطلق الرضا أو الفعل الدالّ عليه، فينبغي أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك مقارناً للعقد أو سابقاً، فإذا فرضنا أنّه علم رضا «٥» المالك بقول أو فعل يدلّ على رضاه ببيع ماله كفى في اللزوم؛ لأنّ ما يؤثّر بلحوقه يؤثّر بمقارنته بطريق أولى. و الظاهر أنّ الأصحاب لا يلتزمون بذلك، فمقتضى ذلك: أن لا يصحّ الإجازة إلّا بما لو وقع قبل العقد كان إذناً مخرجاً للبيع عن بيع الفضولي.

و يؤيد ذلك: أنّه لو كان مجرد الرضا ملزماً، كان مجرد الكراهة فسخاً «٦»، فيلزم عدم وقوع بيع الفضولي مع نهى المالك؛ لأنّ الكراهة

(١) راجع الوسائل ١٤: ٥٢٥، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٢) راجع الوسائل ١٤: ٥٢٦، الباب ٢٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٣) يدلّ عليه ما في الوسائل ١٤: ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ١ و ٢ و غيرهما.

(٤) انظر الوسائل ١٢: ٣٥١ ٣٥٢، الباب ٤ من أبواب الخيار.

(٥) في «ف»: و رضى.

(٦) في «ف»: فاسخاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٢٦

الحاصلة حينه و بعده و لو أنّا ما تكفى في الفسخ، بل يلزم عدم وقوع بيع المكره أصلاً، إلّا أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسخاً و إن كان مجرد الرضا إجازة.

إذ مع الردّ يفسخ العقد، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة «١».

والدليل عليه بعد ظهور الإجماع، بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا «٢»:- أن الإجازة إنما تجعل المجيز أحد طرفي العقد، وإلا لم يكن مكلفاً بالوفاء بالعقد؛ لما عرفت من أن وجوب الوفاء إنما هو في حقّ العاقدين أو من قام «٣» مقامهما، وقد تقرّر: أن من «٤» شروط الصيغة أن لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة.

هذا، مع أن مقتضى سلطنة الناس على أموالهم تأثير الردّ في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة، فتأمل.

نعم، الصحيحة الواردة في بيع الوليدة «٥» ظاهرة في صحّة الإجازة

(١) في «ف» بدل «فلا يبقى ما يلحقه الإجازة»: فلا تقع قابلاً.

(٢) صرح به صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٧٨.

(٣) في «ف»: يقوم.

(٤) في «ف»: وقد تقرّر في شروط.

(٥) تقدّمت في الصفحة ٣٥٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٢٧

بعد الردّ، اللهم إلا أن يقال: إن الردّ الفعلي كأخذ المبيع مثلاً غير كافٍ، بل لا بدّ من إنشاء الفسخ.

ودعوى: أن الفسخ هنا ليس بأولى من الفسخ في العقود اللازمة وقد صرحوا بحصوله بالفعل.

يدفعها: أن الفعل الذي يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطء والعتق ونحوهما، لا مثل أخذ المبيع.

و بالجملة، فالظاهر «١» هنا وفي جميع الالتزامات: عدم الاعتبار بالإجازة الواقعة عقيب الفسخ، فإن سلّم ظهور الرواية في خلافه فليطرح

أو يؤوّل «٢».

الرباع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله،

فموضوعها المالك، فقولنا: «له أن يجيز» مثل قولنا: «له أن يبيع»، والكُلّ راجع إلى أن له أن يتصرّف. فلو مات المالك لم يورث

الإجازة، وإنما يورث المال الذي عقد عليه الفضولي، فله الإجازة؛ بناءً على ما سيجيء من جواز مغايرة المجيز والمالك حال العقد

في من باع مال أبيه فبان ميتاً-، والفرق بين إرث الإجازة وإرث المال يظهر بالتأمل «٣».

(١) في «ف» زيادة: من الأصحاب.

(٢) كذا، والأنسب: «فلتطرح أو تؤوّل»، كما في مصحّحه «ص».

(٣) قالوا: الفرق بينهما يظهر في إرث الزوجة، وتعدّد الورثة، انظر هداية الطالب (شرح الشهيد): ٢٩٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٢٨

الخامس إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن، ولا لإقباض المبيع.

ولو أجازهما صريحاً أو فهم إجازتهما من إجازة البيع مضت الإجازة؛ لأن مرجع إجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهده

المشتري، و مرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع، فيترتب عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع.

لكن ما ذكرنا إنما يصحّ في قبض الثمن المعين، وأمّا قبض الكليّ وتشخصه به فوقوعه من الفضولي على وجه تصحّحه الإجازة

يحتاج إلى دليلٍ معتمّمٍ لحكم عقد الفضولي لمثل القبض والإقباض، وإتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن «١» صعوبة.

و عن المختلف: أنه حكى عن الشيخ: أنه لو أجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب المشتري بالثمن، ثم ضعفه بعدم استلزام إجازة العقد لإجازة القبض «٢».

و على أى حال، فلو كان إجازة العقد دون القبض لغواً كما فى الصرف و السلم بعد قبض الفضولى و التفرق كان إجازة العقد إجازة للقبض؛ صوتاً للإجازة عن اللغوية.

(١) فى «ف»: من.

(٢) المختلف ٥: ٥٧، المقام السادس من مقامات بيع المغصوب، و انظر النهاية: ٤٠٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٢٩
و لو قال: أجزت العقد دون القبض، ففى بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض وجهان.

السادس الإجازة ليست على الفور؛

لعمومات و لصحيحة محمّد بن قيس «١» و أكثر المؤيّدات المذكورة بعدها «٢»، و لو لم يجز المالك و لم يردّ حتّى لزم تضرّر الأصل بعدم تصرّفه فيما انتقل عنه و إليه على القول بالكشف فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين «٣».

السابع هل يعتبر فى صحّة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو «٤» خصوصاً، أم لا؟

وجهان:

الأقوى: التفصيل، فلو أوقع العقد على صفقه فأجاز المالك بيع بعضها، فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقة بين مالكين فأجاز أحدهما، و ضرر التبعض «٥» على المشتري يجبر بالخيار.

(١) المتقدّمة فى الصفحة ٣٥٣.

(٢) راجع الصفحة ٣٥٤ و ما بعدها.

(٣) لم ترد «على أحد الأمرين» فى «ف».

(٤) فى «ف» بدل «أو»: و.

(٥) فى «ف»، «م»، «خ» و «ع»: «البعض»، و فى نسخه بدل الأخيرين مثل ما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٣٠

و لو أوقع العقد على شرط فأجازه المالك مجزّداً عن الشرط، فالأقوى عدم الجواز؛ بناءً على عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط و إن كان قابلاً للتبعض من حيث الجزء؛ و لذا لا يؤثّر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط.

و لو انعكس الأمر، بأن عقد الفضولى مجزّداً عن الشرط «١» و أجاز المالك مشروطاً، ففى صحّة الإجازة مع الشرط إذا رضى به الأصل فيكون نظير الشرط الواقع فى ضمن القبول إذا رضى به الموجب أو بدون الشرط؛ لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلّا إذا وقع فى حيز العقد، فلا يجدى وقوعه فى حيز القبول إلّا إذا تقدّم على الإيجاب، ليرد الإيجاب عليه أيضاً أو بطلانها؛ لأنّه إذا لغى الشرط لغى المشروط؛ لكون المجموع التزاماً واحداً، وجوه، أقواها الأخير.

(١) عبارة «مجزّداً عن الشرط» من «ش»، و استدركت فى هامش «م» و «ن».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٣١

و أما القول في المجيز،

إشارة

فاستقصاؤه يتم ببيان أمور:

الأول: يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جازئ التصرف بالبلوغ والعقل والرشد،

و لو أجاز المريض بُني نفوذها على نفوذ منجزات المريض، و لا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف والنقل.

الثاني: هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مجيز حين العقد،

فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحة و لا ينفعه إجازته إذا بلغ أو إجازة وليه إذا حدثت المصلحة بعد البيع، أم لا يشترط؟ قولان: أولهما للعلامة في ظاهر القواعد «١»، و استدل «٢» له بأن صحة العقد و الحال هذه ممتنعة، فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً، و بلزوم الضرر على المشتري؛ لامتناع تصرفه في العين لإمكان عدم الإجازة، و لعدم تحقق مقتضى و لا في الثمن؛ لإمكان تحقق الإجازة، فيكون قد خرج عن ملكه.

و يضعف الأول مضافاً إلى ما قيل: من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول إليه عادة-: منع ما ذكره «٣» من أن امتناع صحة العقد في زمان يقتضى امتناعه دائماً، سواء قلنا بالنقل أم بالكشف، و أما الضرر فيتدارك «٤» بما يتدارك به صورة النقض المذكورة.

(١) القواعد ١: ١٢٤.

(٢) المستدل هو المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٧٢.

(٣) في غير «ن» و «ش»: ما ذكرناه.

(٤) في «ف»: فتداركه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٣٢

هذا كله، مضافاً إلى الأخبار الواردة في تزويج الصغار «١» فصولاً «٢» الشاملة لصورة وجود ولي النكاح و إهماله الإجازة إلى بلوغهم، و صورة عدم وجود الولي؛ بناءً على عدم ولاية الحاكم على الصغير في النكاح، و انحصار الولي في الأب و الجد و الوصي، على خلاف فيه.

و كيف كان، فالأقوى عدم الاشتراط؛ وفقاً للمحكى عن ابن المتوج البحراني «٣» و الشهيد «٤» و المحقق الثاني «٥» و غيرهم «٦»، بل لم يرجحه غير العلامة.

ثم اعلم أن العلامة في القواعد مثل لعدم وجود المجيز: بيع مال اليتيم «٧».

و حكى عن بعض العامة و هو البيضاوي على ما قيل «٨» الإيراد

(١) راجع الوسائل ١٤: ٢٠٧، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٢، و ١٧: ٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث

الأزواج. و الظاهر أن المراد من الولي في الرواية غير الأب و الجد كما قاله الشهيد الثاني في المسالك ٧: ١٦٠ و ١٧٩.

(٢) لم ترد «فصولاً» في «ف».

(٣) لا يوجد عندنا كتابه، و لم نثر على الحاكي، نعم حكاها السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٩٥ عن غيره.

(٤) الدروس ٣: ١٩٣.

(٥) جامع المقاصد ٤: ٧٣.

(٦) مثل الفاضل المقداد في التنقيح ٢: ٢٦، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٩٩.

(٧) القواعد ١: ١٢٤.

(٨) لم نعثر على القائل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٣٣

عليه: بأنه لا يتم على مذهب الإمامية من وجود الإمام عليه السلام في كل عصر.

و عن المصنّف قدس سرّه: أنّه أجاب بأنّ الإمام غير متمكّن من الوصول إليه «١».

و انتصر للمورد بأنّ نائب الإمام عليه السلام و هو المجتهد الجامع للشرائط موجود، بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود، بل للفساق الولاية على الطفل في مصالحه مع عدم العدول «٢».

لكنّ الانتصار في غير محله؛ إذ كما يمكن فرض عدم التمكّن من الإمام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد و العدول أيضاً، فإن أُريد وجود ذات المجيز، فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض بعدم «٣» التمكّن من الإمام عليه السلام، و إن أُريد وجوده مع تمكّنه من الإجازة، فيمكن فرض عدمه في المجتهد و العدول إذا لم يطلعوا على العقد.

فالأولى: ما فعله فخر الدين «٤» و المحقّق الثاني «٥» من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة، فيرجع الكلام أيضاً إلى اشتراط إمكان فعلية الإجازة من المجيز، لا وجود ذات من شأنه «٦»

(١) حكاة السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٩٥، عن حواشي الشهيد.

(٢) لم نعثر على هذا الانتصار بتمامه، نعم انتصر المحقّق القمي للمعتز في جامع الشتات ٢: ٣١٤ و غنائم الأيام: ٥٥٣ بوجود النائب.

(٣) في «ف»، «خ»، «م» و «ع»: لعدم.

(٤) إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

(٥) جامع المقاصد ٤: ٧٢.

(٦) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: من شأنه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٣٤

الإجازة؛ فإنّه فرض غير واقع في الأموال.

الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد،**إشارة**

سواء كان عدم جواز «١» التصرف لأجل عدم المقتضى أو للمانع. و عدم المقتضى قد يكون لأجل عدم كونه مالكاً و لا مأذوناً حال العقد، و قد يكون لأجل كونه محجوراً عليه لسفه أو جنون أو غيرهما. و المانع كما لو باع الراهن بدون إذن المرتهن ثم فكّ الرهن.

فالكلام يقع في مسائل:

المسألة الاولى أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة.

لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر «٢».

و الأقوى «٣»: صحّة الإجازة، بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حقّ الغير، كما لو باع الراهن ففكّ الرهن قبل مراجعة المرتهن، فإنه لا حاجة إلى الإجازة كما صرح به في التذكرة «٤».

(١) كلمة «جواز» من «ف».

(٢) لم ترد «لحجر» في «ف».

(٣) في «ف»: فلا ينبغي الإشكال في صحّة الإجازة.

(٤) التذكرة ١: ٤٦٥ و ٢: ٥٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٣٥

[المسألة] الثانية أن يتجدد الملك بعد العقد فيجوز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره.

إشارة

لكنّ عنوان المسألة في كلمات «١» القوم هو الأول، وهو ما لو باع شيئاً ثم ملكه «٢»، وهذه تتصوّر على صور؛ لأنّ غير المالك إمّا أن يبيع لنفسه أو للمالك «٣». و الملك إمّا أن ينتقل إليه باختياره كالشراء، أو بغير اختياره كالإرث. ثمّ البائع الذي يشتري الملك إمّا أن يجيز العقد الأول و إمّا أن لا يجيزه، فيقع الكلام في وقوعه للمشتري الأول بمجرد شراء البائع له.

[لو باع لنفسه ثم اشتراه و أجاز]

إشارة

و المهمّ هنا التعرّض لبيان ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من المالك و أجاز، و ما لو باع و اشترى و لم يجز؛ إذ يعلم «٤» حكم غيرهما منهما.

أمّا المسألة الأولى: فقد اختلفوا فيها، فظاهر المحقّق في باب الزكاة من المعتبر فيما إذا باع المالك النصاب «٥» قبل إخراج الزكاة أو رهنه: - أنّه صحّ «٦» البيع و الرهن فيما عدا الزكاة، فإن اغترم حصّة الفقراء قال

(١) في «ف»: كلام.

(٢) كما في القواعد ١: ١٢٤، و الدروس ٣: ١٩٣، و التنقيح ٢: ٢٦.

(٣) في «ف»: أو المالك.

(٤) في «ش»: و يعلم.

(٥) في «ف»: نصابه.

(٦) في «ف»: يصحّ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٣٦

الشيخ رحمه الله: صحّ البيع و الرهن «١». و فيه إشكال؛ لأنّ العين مملوكة «٢»، و إذا أدّى العوض ملكها ملكاً مستأنفاً، فافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفة، كما لو باع مال غيره ثم اشتراه «٣»، انتهى.

بل يظهر ممّا حكاه عن الشيخ: عدم الحاجة إلى الإجازة، إلّا أن يقول الشيخ بتعلق الزكاة بالعين كتعلق «٤» الدين بالرهن، فإنّ الراهن

إذا باع ففكَّ الرهن قبل مراجعة المرتهن لزم و لم يحتج إلى إجازة مستأنفة.
و بهذا القول صرح الشهيد رحمه الله فى الدروس «٥»، و هو ظاهر المحكى عن الصيمرى «٦».
و المحكى عن المحقق الثانى فى تعليق الإرشاد: هو البطلان «٧»، و مال إليه بعض المعاصرين «٨»، تبعاً لبعض معاصريه «٩».

(١) انظر المبسوط ١: ٢٠٨.

(٢) فى المصدر: غير مملوكة له.

(٣) المعتبر ٢: ٥٦٣.

(٤) فى «ف»: تعلق الزكاة بالعين تعلق.

(٥) الدروس ٣: ١٩٣.

(٦) حكاية المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٣٤، و راجع غاية المرام (مخطوط): ٢٧٥.

(٧) حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢١٩، و حكى عنه ذلك المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٣٤.

(٨) انظر الجواهر ٢٢: ٢٩٨.

(٩) انظر مقابس الأنوار: ١٣٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٣٧

[الأقوى الصحة]

إشارة

و الأقوى هو الأول؛ للأصل و العمومات السليمة عما يرد عليه «١»،

[ما أورده المحقق التستري على الصحة و الجواب عنه]

إشارة

ما عدا أمور لفقها بعض من قارب عصرنا «٢» مما يرجع أكثرها إلى ما ذكر فى الإيضاح «٣» و جامع المقاصد «٤»:

الأول: أنه «٥» باع مال الغير لنفسه،

و قد مر الإشكال فيه، و ربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك.

و فيه: أنه قد سبق أن الأقوى صحته، و ربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

الثانى: إننا حيث جوزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك و رضا المالك و القدرة على التسليم اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز؛

لأنه البائع حقيقة، و الفرض هنا عدم إجازته، و عدم وقوع البيع عنه.

و فيه: أن الثابت هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرضا، سواء ملك حال العقد أم لا؛ لأن الداعى على اعتبار الرضا سلطنة الناس

على أموالهم و عدم حلها لغير ملاكها بغير طيب أنفسهم و قبح التصرف فيها بغير رضاهم، و هذا المعنى لا يقتضى أزيد مما ذكرنا. و

أما القدرة على التسليم فلا نضايق من اعتبارها في المالك حين العقد،

(١) في مصححة «ن»: عليها.

(٢) و هو المحقق التستري في مقابيس الأنوار: ١٣٤ ١٣٥.

(٣) إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

(٤) جامع المقاصد ٤: ٧٣ ٧٤.

(٥) في «ش» زيادة: «قد»، و لم ترد في سائر النسخ، نعم في بعض النسخ زيادة: «لو»، و في بعضها الآخر زيادة: «إذا»، استظهاراً أو كنسخة بدل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٣٨

و لا- يكتفى بحصولها «١» فيمن هو مالك حين الإجازة، و هذا كلام آخر لا يقدر التزاه في صحته البيع المذكور؛ لأن الكلام بعد اجتماعه للشروط المفروغ عنها.

الثالث: أن الإجازة حيث صحت كاشفه على الأصح مطلقاً؛

لعموم الدليل الدال عليه، و يلزم حينئذ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه «٢».

و فيه: منع كون الإجازة كاشفه مطلقاً عن خروج الملك عن ملك المميز من حين العقد حتى فيما لو كان المميز غير مالك حين العقد، فإن مقدار كشف الإجازة تابع لصحة البيع، فإذا ثبت بمقتضى العمومات أن العقد الذي أوقعه البائع لنفسه «٣» عقد صدر من أهل العقد في المحل القابل للعقد عليه، و لا مانع من وقوعه إلا عدم رضا مالكة، فكما أن مالكة الأول إذا رضى يقع البيع له، فكذلك مالكة الثاني إذا رضى يقع البيع له «٤»، و لا دليل على اعتبار كون الرضا المتأخر ممن هو مالك حال العقد، و حينئذ إذا ثبت صحته بالدليل فلا محيص عن القول بأن الإجازة كاشفه عن خروج المال عن ملك المميز في أول أزمته قابليته؛

(١) كذا في «ش»، و في أكثر النسخ: «و لا- يكفي حصولها»، و في «ص»: «و لا يكفي حصولها»، و الأصح: «و لا نكتفى بحصولها»، بقرينة «فلا نضايق» كما احتمله مصحح «ن».

(٢) لم ترد «فيه» في «ف».

(٣) في «ف»: نفسه.

(٤) لم ترد «له» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٣٩

إذا لا- يمكن الكشف فيه على وجه آخر، و لا «١» يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلي و لا شرعي حتى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة، فإن كان لا بد من الكلام فينبغي في المقتضى للصحة، أو في القول بأن الواجب في الكشف عقلاً أو شرعاً أن يكون عن خروج المال عن ملك المميز وقت العقد.

و قد عرفت أن لا كلام في مقتضى الصحة؛ و لذا لم يصدر من المستدل على البطلان، و أنه لا مانع عقلاً و لا شرعاً من كون الإجازة كاشفه من زمان قابليته تأثيرها.

و لا- يتوهم أن هذا نظير ما لو خصص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد؛ إذ التخصيص إنما يقدر مع القابلية، كما أن تعميم الإجازة لما قبل ملك المميز بناءً على ما سبق في دليل الكشف من أن معنى الإجازة إمضاء العقد من حين الوقوع أو إمضاء العقد

الذي مقتضاه النقل من حين الوقوع غير قادح مع عدم قابليته تأثيرها إلّا من زمان ملك المميز للمبيع.

الرابع: أن العقد الأوّل إنّما صحّح و ترتّب عليه أثره بإجازة الفضولي،

وهي متوقّفة على صحّة العقد الثاني المتوقّفة على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي، فيكون صحّة الأوّل مستلزماً «٢» لكون المال المعين ملكاً للمالك و «٣» المشتري معاً في زمان واحد، و هو محال؛

(١) في غير «ف»: فلا.

(٢) كذا، و المناسب: مستلزماً، كما في مصحّحه «ص».

(٣) في غير «ش» زيادة: ملك.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٤٠

لتضادهما، فوجود الثاني يقتضى عدم الأوّل، و هو موجب لعدم الثاني أيضاً، فيلزم وجوده و عدمه في آن واحد، و هو محال.

فإن قلت «١»: مثل هذا لازم في كلّ عقد فضولي، لأنّ صحّته موقوفه على الإجازة المتأخّرة المتوقّفة على بقاء ملك المالك و مستلزماً «٢» لملك المشتري كذلك، فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك و المشتري معاً في آن واحد، فيلزم إمّا بطلان عقد الفضولي مطلقاً أو بطلان القول بالكشف، فلا اختصاص لهذا الإيراد بما نحن فيه.

قلنا: يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهراً، و هو الحاصل من استصحاب ملكه السابق؛ لأنها في الحقيقة رفع اليد «٣» و إسقاط للحق، و لا يكفي الملك الصوري في العقد الثاني «٤».

أقول: قد عرفت أن القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأوّل بعد إجازة العاقد له هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد، لا من حين العقد، و حينئذ فتوقّف إجازة العاقد «٥» الأوّل على صحّة العقد الثاني مسلّم، و توقّف صحّة العقد الثاني على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي إلى زمان العقد مسلّم أيضاً، فقله: «صحّة

(١) إدامه كلام المحقّق التستري قدس سره.

(٢) في «ش»: و المستلزماً.

(٣) في «ص»: لليد.

(٤) إلى هنا ينتهي كلام المحقّق التستري، و سوف تأتي تتمّته في الصفحة ٤٤٣، عند قوله: «الخامس».

(٥) في «ش» و مصحّحه «خ»: العقد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٤١

الأوّل تستلزم كون المال ملكاً للمالك و المشتري في زمان ممنوع «١»، بل صحّته تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الأصلي «٢». نعم، إنّما يلزم ما ذكره من المحال إذا ادّعى وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك حين العقد، و لكن هذا أمر تقدّم دعواه في الوجه الثالث و قد تقدّم منعه «٣»، فلا وجه لإعادته بتقرير آخر، كما لا يخفى.

نعم، يبقى في المقام الإشكال الوارد في مطلق الفضولي على القول بالكشف، و هو كون الملك حال الإجازة للمميز و المشتري معاً، و هذا إشكال آخر تعرّض لاندفاعه «٤» أخيراً، غير الإشكال الذي استنتجه من المقدمات المذكورة، و هو لزوم كون الملك للمالك الأصلي و للمشتري «٥».

نعم، يلزم من ضمّ هذا الإشكال العامّ إلى ما يلزم في المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد

قبل العقد الثاني؛ لوجوب التزام مالكيته المالك الأصلي حتى يصحّ العقد الثاني، و مالكيته «٦» المشتري له لأنّ الإجازة تكشف عن ذلك، و مالكيته «٧» العاقد له لأنّ ملك المشتري لا بدّ أن يكون عن ملكه، وإلا لم ينفع

(١) في غير «ص» و «ش»: ممنوعه.

(٢) في مصحّحه «خ»: الفعلى.

(٣) تقدّم في الصفحة ٤٣٨.

(٤) كذا في النسخ، و المناسب: «لدفعه»، كما استظهره مصحّح «ص».

(٥) في «ف»: و المشتري.

(٦) في غير «ش»: ملكية.

(٧) في النسخ: ملكية.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٤٢

إجازته في ملكه من حين العقد؛ لأنّ إجازة غير المالك لا يخرج ملك الغير إلى غيره.

ثمّ إنّ ما أجاب به عن الإشكال الوارد في مطلق الفضولي لا- يُسمن و لا- يغنى؛ لأنّ الإجازة إذا وقعت، فإن كشفت عن ملك «١» المشتري قبلها كشفت عمّا يبطلها؛ لأنّ الإجازة لا تكون إلّا من المالك الواقعي، و المالك الظاهري إنّما يجدي إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكاً حين الإجازة؛ و لذا لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته «٢»؛ لأنّ المالكية من الشرائط الواقعية دون العلمية.

ثمّ إنّ ما ذكره في الفرق بين الإجازة و العقد الثاني من كفاية الملك الصوري «٣» في الأوّل دون الثاني تحكّم صّرف، خصوصاً مع تعليقه بأنّ الإجازة رفع لليد و إسقاط للحقّ، فليت شعري! أنّ إسقاط الحقّ كيف «٤» يجدي و ينفع مع عدم الحقّ واقعاً! مع أنّ الإجازة رفع لليد «٥» عن «٦» الملك أيضاً بالبدية.

و التحقيق: أنّ الإشكال إنّما نشأ من الإشكال الذي ذكرناه سابقاً في كاشفية الإجازة على الوجه المشهور «٧» من كونها شرطاً متأخراً

(١) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «ذلك»، و صحّحت فيما عدا الأخير ب «ملك».

(٢) في «ف»: «لم ينفع»، بدون كلمة «إجازته».

(٣) في «ش»: الظاهري.

(٤) كلمة «كيف» من «ش» و هامش «م».

(٥) في غير «ش»: اليد.

(٦) في غير «ف»: من.

(٧) راجع الصفحة ٤٠٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٤٣

يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدّم من زمانه.

الخامس «١»: أنّ الإجازة المتأخّرة لمّا كشفت عن صحّة العقد الأوّل و عن كون المال ملك المشتري الأوّل، فقد وقع العقد الثاني على ماله،

فلا بدّ من إجازته له «٢» كما لو بيع المبيع من شخص آخر فأجاز المالك البيع الأول، فلا بدّ من إجازة المشتري البيع الثاني حتى يصحّ و يلزم، فعلى هذا يلزم توقّف إجازة كلّ من الشخصين على إجازة الآخر، و توقّف صحّة كلّ من العقدين «٣» على إجازة المشتري الغير الفضولي، و هو من الأعاجيب! بل من المستحيل؛ لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصلي «٤» شيئاً من الثمن و المثل، و تملك المشتري الأوّل المبيع بلا- عوض إن اتحد الثمنان، و دون تمامه إن زاد الأوّل، و مع زيادة إن نقص «٥»؛ لانكشاف وقوعه في ملكه «٦» فالثمن له، و قد كان المبيع له أيضاً بما بذله من الثمن، و هو ظاهر.

و الجواب عن ذلك: ما تقدّم في سابقه من ابتناؤه على وجوب

(١) هذه تتمّة كلام المحقّق التستري في المقابس.

(٢) كلمة «له» من «ف».

(٣) كذا في «ش» و المصدر و هامش «ن»، و في «ف»: العقد، و في سائر النسخ: العقد و الإجازة.

(٤) كذا في «ف» و المصدر و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: الأصيل.

(٥) العبارة في «ف» هكذا: أو زاد الأوّل مع زيادة؛ لانكشاف ..

(٦) لم ترد «في ملكه» في غير «ش»، إلّا أنّها استدركت في «ن»، «خ» و «م».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٤٤

كون الإجازة كاشفة عن الملك من حين العقد، و هو ممنوع.

و الحاصل: أنّ منشأ الوجوه الثلاثة «١» الأخيرة شيء واحد، و المحال على تقديره مسلم بتقاريرات مختلفه قد بّنه عليه في الإيضاح «٢» و جامع المقاصد «٣».

السادس: أنّ من المعلوم أنّه يكفي في إجازة المالك و فسخه فعل «٤» ما هو من لوازمهما

«٥»، و لما «٦» باع المالك ماله من الفضولي بالعقد الثاني فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن، و هو لا يجمع صحّة العقد الأوّل، فإنّها تقتضى تملك «٧» المالك للثمن الأوّل، و حيث وقع الثاني يكون فسحاً له و إن لم يعلم بوقوعه، فلا يجدى الإجازة المتأخّرة. و بالجملة، حكم عقد الفضولي قبل الإجازة كسائر العقود الجائزة بل أولى منها، فكما أنّ التصرف المنافي مبطل لها فكذلك «٨» عقد الفضولي.

و الجواب: أنّ فسخ عقد الفضولي هو إنشاء ردّه، و أمّا الفعل

(١) لم ترد «الثلاثة» في «ش».

(٢) انظر إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

(٣) انظر جامع المقاصد ٤: ٧٣ ٧٤.

(٤) في «ف»: نقل.

(٥) في «ف» و «ش»: لوازمها.

(٦) كذا في أكثر النسخ و المصدر، و في «خ» و «ش» و نسخة بدل «ع»: «و لو»، و في «ص»: فلما.

(٧) في غير «ش»: ملك.

(٨) في غير «ف»: كذلك.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٤٥

المنافى لمضيه كتزويج المعقودة فضولاً نفسها من آخر وبيع المالك ماله «١» المبيع فضولاً من آخر فليس فسحاً له، خصوصاً مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي، غاية ما في الباب أن الفعل المنافى لمضى العقد مفوت لمحل الإجازة، فإذا فرض وقوعه صحيحاً فات محل الإجازة و يخرج العقد عن قابلية الإجازة، إما مطلقاً كما في مثال التزويج، أو بالنسبة إلى من فات محل الإجازة بالنسبة إليه كما في مثال البيع، فإن محل الإجازة إنما فات بالنسبة إلى الأول، فللمالك الثاني أن يجيز.

نعم، لو فسخ المالك الأول نفس العقد بإنشاء الفسخ بطل العقد من حينه إجماعاً، وعموم تسلط الناس على أموالهم بقطع علاقة الغير عنها.

فالحاصل: أنه إن أريد من كون البيع الثاني فسحاً: أنه إبطال لأثر العقد في الجملة، فهو مسلم، ولا يمنع ذلك من بقاء العقد مترزلاً بالنسبة إلى المالك الثاني، فيكون له الإجازة، وإن أريد أنه إبطال للعقد رأساً، فهو ممنوع؛ إذ لا دليل على كونه كذلك، وتسميته مثل ذلك الفعل ردّاً في بعض الأحيان؛ من حيث أنه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة إلى فاعله بحيث يكون الإجازة منه بعده لغواً.

نعم، لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل «٢» فسح العقد بحيث يعدّ فسحاً فعلياً، لم يبعد كونه كالإنشاء بالقول، لكن الالتزام بذلك لا يقدح في المطلب؛ إذ المقصود أن مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان

(١) في غير «ش» بدل «ماله»: «له»، و شطب على «له» في «ص».

(٢) لم ترد «الفعل» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٤٦

العقد؛ ولذا لو فرضنا انكشاف فساد هذا البيع بقى العقد على حاله من قابلية لحوق الإجازة.

و أمّا الالتزام في مثل الهبة و البيع في زمان الخيار بانفساخ العقد من ذى الخيار بمجرد الفعل المنافى؛ فلأن صحه التصرف المنافى يتوقف على فسخ العقد، وإلّا وقع في ملك الغير، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن تصرف المالك في ماله المبيع فضولاً صحيح في نفسه لوقوعه في ملكه، فلا يتوقف على فسحه، غاية الأمر أنه إذا تصرف فات محل الإجازة.

و من ذلك يظهر ما في قوله رحمه الله أخيراً: «و بالجملة حكم عقد الفضولي حكم سائر العقود الجائزة، بل أولى»؛ فإن قياس العقد المترزل من حيث الحدوث، على المترزل من حيث البقاء قياس مع الفارق، فضلاً عن دعوى الأولوية، و سيجىء «١» مزيد بيان لذلك في بيان ما يتحقق به الرد.

السابع «٢»: الأخبار المستفيضة الحاكية لنهى النبى صلى الله عليه و آله عن بيع ما ليس عندك

«٣»، فإن النهى فيها إما لفساد البيع المذكور مطلقاً

(١) يجىء في الصفحة ٤٧٧.

(٢) الوجوه التي ذكرها المحقق التستري هي الستة المتقدمة، و ما نقله عنه المؤلف قدس سره بعنوان «السابع» ليس في عداد الوجوه

المذكورة، بل هو استدلال من المحقق التستري قدس سره على ما اختاره، راجع مقابس الأنوار: ١٣٤ ١٣٥.

ثم إن العبارات الآتية أيضاً تغاير عبارة صاحب المقابس بنحو يشكل إطلاق النقل بالمعنى عليه أيضاً.

(٣) انظر الوسائل ١٢: ٣٧٤ ٣٧٥، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ و ٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٤٧

بالنسبة إلى المخاطب و إلى المالك، فيكون دليلاً على فساد العقد الفضولي، و إما لبيان فساده بالنسبة إلى المخاطب خاصة كما استظهرناه سابقاً «١» فيكون دالاً على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقاً و لو ملكه فأجاز، بل الظاهر إرادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع، و إلا فعدم وقوعه له قبل تملكه مما لا يحتاج إلى البيان.

و خصوص رواية يحيى بن الحجاج المصحح إليه «٢»، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لي: اشتر لي هذا الثوب و هذه الدبابة و بعنيها، أربحك كذا و كذا. قال: لا بأس بذلك، اشترها و لا تواجهه البيع «٣» قبل أن تستوجبها أو تشتريها» «٤».

و رواية خالد بن الحجاج، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئني و يقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا. قال: أ ليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس به، إنما يحلل

(١) راجع الصفحة ٣٤٨.

(٢) قال المامقاني قدس سره: هذه العبارة من المصنف، و ليست عبارة المقابس هكذا إلى أن قال: و لا يظهر وجه لتغيير المصنف رحمه الله عبارته إلى قوله: «المصحح إليه»، و ليس بين يحيى بن الحجاج و بين أبي عبد الله عليه السلام واسطة أصلاً فكيف بالواسطة الغير المعبرة! و ليس مؤداها إلا كون الواسطة بينهما ممن لا يوصف روايته بالصحة (غاية الآمال: ٣٩٣).

(٣) في غير «ش» بدل «و لا تواجهه البيع»: «و لا تواجهها»، و لكن صحح في «ن» و «ص» بما أثبتناه.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٧٨، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٤٨

الكلام و يحرم الكلام» «١» بناءً على أن المراد بالكلام عقد البيع، فيحلل نفيًا و يحرم إثباتاً، كما فهمه في الوافي «٢»، أو يحلل إذا وقع بعد الاشتراء و يحرم إذا وقع قبله، أو أن الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم و يحلل إذا كان على وجه المساومة و المراضاة.

و صحيحة ابن مسلم، قال: «سألته عن رجل أتاه رجل، فقال له: ابتع لي متاعاً لعلني أشتريه منك بنقده أو نسيته، فابتاعه الرجل من أجله، قال: ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه» «٣».

و صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل أمر رجلاً ليشتري له متاعاً فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما يشتريه» «٤».

و صحيحة معاوية بن عمار، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب «٥» بيع الحرير، و ليس عندي شيء فيقولني عليه و أقوله في الريح و الأجل حتى نجتمع «٦» على شيء، ثم أذهب لأشتري الحرير فأدعوه إليه، فقال: أ رأيت إن وجد مبيعاً هو «٧» أحب إليه مما

(١) الوسائل ١٢: ٣٧٦، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

(٢) الوافي ١٨: ٧٠٠، ذيل الحديث ١٨١٤٤ ٧.

(٣) الوسائل ١٢: ٣٧٧، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٨.

(٤) الوسائل ١٢: ٣٧٦، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

(٥) في «ش» زيادة: منى.

(٦) كذا في «ن» و «ص»، و الظاهر أنهما مصححتان، و في سائر النسخ: يجتمع.

(٧) في غير «ش»: «هو مبيعاً»، و في الوسائل: إن وجد بيعاً هو.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٤٩

عندك، أ يستطيع أن ينصرف إليه و يدعك؟ أو وجدت أنت ذلك أ تستطيع أن تنصرف عنه «١» و تدعه؟ قلت: نعم. قال: لا بأس» «٢»، و غيرها من الروايات.

و لا يخفى ظهور هذه الأخبار من حيث المورد في بعضها و من حيث التعليل في بعضها الآخر:- في عدم صحه البيع قبل الاشتراء، و أنه يشترط في البيع الثاني تملك البائع له و استقلاله فيه، و لا يكون قد سبق منه و من المشتري إلزام و التزام سابق بذلك المال. و الجواب عن العمومات «٣»: أنها إنما تدل على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع، و هو النقل و الانتقال المنجز على بيع ما ليس عنده، فلا يجوز ترتب الأثر على هذا البيع، لا من طرف البائع بأن يتصرف في الثمن، و لا من طرف المشتري بأن يطالب البائع بتسليم المبيع.

و منه يظهر الجواب عن الأخبار؛ فإنها لا تدل خصوصاً بملاحظة قوله عليه السلام: «و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها» «٤» إلا على أن الممنوع منه هو الإلزام و الالتزام من المتبايعين بأثار البيع المذكور قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجة إلى إجازة، و هي المسألة الآتية، أعنى لزوم البيع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجة إلى الإجازة،

(١) العبارة من قوله: «أ يستطيع» إلى هنا مختلفه في النسخ، و ما أثبتناه من مصححه «ن»، طبقاً للوسائل.

(٢) الوسائل ١٢: ٣٧٧، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٧.

(٣) المشار إليها في الصفحة ٤٤٦ و ما بعدها.

(٤) في روايه يحيى بن الحجّاج، المتقدمه في الصفحة ٤٤٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٢٥٠

و سيأتي أن الأقوى فيها البطلان «١».

و ما قيل: من أن تسليم البائع للمبيع بعد اشترائه إلى المشتري الأول مفروض في مورد الروايات «٢» و هي إجازة فعليته «٣»، مدفوع: بأن التسليم إذا وقع باعتقاد لزوم البيع السابق و كونه من مقتضيات لزوم العقد و أنه ممّا لا اختيار للبائع فيه بل يجبر عليه إذا امتنع، فهذا لا يعدّ إجازة «٤» و لا- يترتب عليه أحكام الإجازة في باب الفضولي؛ لأنّ المعبر في الإجازة قولاً و فعلاً ما يكون عن سلطنه و استقلال؛ لأنّ ما يدل على اعتبار طيب النفس في صيرورة مال الغير حلالاً لغيره، يدل على عدم كفايه ذلك.

نعم، يمكن أن يقال: إن مقتضى تعليل نفى البأس في روايه خالد المتقدمه بأن المشتري إن شاء أخذ و إن شاء ترك «٥»: ثبوت البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الأصيل، و هذا محقق فيما نحن فيه؛ بناءً على ما تقدّم: من أنه ليس للأصيل في عقد الفضولي فسخ المعامله قبل

(١) يأتي في الصفحة ٤٥٣.

(٢) كما في مورد روايه ابن سنان: «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتيني يريد مني طعاماً أو يبعاً نسيّاً و ليس عندي، أ يصلح أن أبيع له إياه و أقطع له سعره ثم أشتريه من مكان آخر فأدفعه إليه؟ قال: لا- بأس به»، الوسائل ١٢: ٣٧٥، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

(٣) لم نقف على القائل.

(٤) في «ص»: الإجازة.

(٥) تقدّمت في الصفحة ٤٤٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٥١

إجازة المالك أو ردّه «١»، لكنّ الظاهر بقربنه النهى عن مواجهة البيع فى الخبر المتقدّم «٢» إرادة اللزوم من الطرفين.

والحاصل: أنّ دلالة الروايات عموماً وخصوصاً على النهى عن البيع قبل الملك ممّا لا مساغ لإنكاره، ودلالة النهى على الفساد أيضاً ممّا لم يقع فيها المناقشة فى هذه المسألة، إلّا أنّنا نقول: إنّ المراد بفساد البيع عدم ترتّب ما يقصد منه عرفاً من الآثار، فى مقابل الصحّة التى هى إمضاء الشارع لما يقصد عرفاً من إنشاء البيع، مثلاً لو فرض حكم الشارع بصحّة بيع الشىء قبل تملكه على الوجه الذى يقصده أهل المعاملة، كأن يترتب عليه بعد البيع النقل والانتقال، و جواز تصرّف البائع فى الثمن، و جواز مطالبة المشتري البائع بتحصيل المبيع من مالكة و تسليمه، و عدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه، ففساد البيع بمعنى عدم ترتّب جميع ذلك عليه، و هو لا ينافى قابلية العقد للحقوق الإجازة من مالكة حين العقد أو ممّن يملكه بعد العقد.

و لا يجب على «٣» القول بدلالة النهى على الفساد وقوع المنهى عنه لغواً غير مؤثّر أصلاً، كما يستفاد من وجه دلالة النهى على الفساد، فإنّ حاصله: دعوى دلالة النهى على إرشاد المخاطب و بيان أنّ مقصوده من الفعل المنهى عنه و هو الملك و السلطنة من الطرفين لا يترتب عليه، فهو غير مؤثّر فى مقصود المتبايعين، لا أنّه لغوٌ من جميع الجهات، فافهم.

(١) راجع الصفحة ٤١٣ ٤١٤.

(٢) و هو خبر يحيى بن الحجّاج، المتقدّم فى الصفحة ٤٤٧.

(٣) فى «ف» بدل «على»: فى.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٥٢

اللهم إلّا أن يقال: إنّ عدم ترتّب جميع مقاصد المتعاقدين على عقدٍ بمجرّد إنشائه مع وقوع «١» مدلول ذلك العقد فى نظر الشارع مقيداً بانضمام بعض الأمور اللاحقة كالقبض فى الهبة و نحوها و الإجازة فى الفضولى لا يقتضى النهى عنها بقولٍ مطلق؛ إذ معنى صحّة المعاملة شرعاً أن يترتب عليها شرعاً المدلول المقصود من إنشائه و لو مع شرط لاحق، و عدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط لا- يوجب النهى عنه إلّا مقيداً بتجزّده عن لحوق ذلك الشرط، فقصدهم ترتّب الملك المنجز على البيع قبل التملك بحيث يسلمون الثمن و يطالبون المبيع لا يوجب الحكم عليه بالفساد.

فالإنصاف: أنّ ظاهر النهى فى تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع و عدم ترتّب أثر الإنشاء المقصود منه عليه مطلقاً حتّى مع الإجازة، و أمّا صحّته بالنسبة إلى المالك إذا أجاز؛ فلاّ أنّ النهى راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع، فلا تعرّض فيه لحال المالك إذا أجاز، فيرجع فيه إلى مسألة الفضولى.

نعم، قد يحدّث «٢» فيها «٣»: أنّ ظاهر كثير من الأخبار المتقدّمة «٤»، ورودها فى بيع الكلّى، و أنّه لا- يجوز بيع الكلّى فى الذمّة ثمّ اشتراء

(١) فى «ف»: مع عدم وقوع.

(٢) لم نقف على الخدش بعينها، نعم فى جامع الشتات ٢: ٣٣١ و غنائم الأيام: ٥٥٨، ما يلى: و المراد من تلك الأخبار البيع فى الذمّة، و هو كلّى.

(٣) أى فى دلالة الروايات على عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع.

(٤) أى الأخبار المتقدّمة فى الصفحة ٤٤٦ ٤٤٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٥٣

بعض أفرادها و تسليمه إلى المشتري الأول، و المذهب جواز ذلك و إن نسب الخلاف فيه إلى بعض العبائر «١»، فيقوى في النفس: أنها و ما ورد في سياقها «٢» في بيع الشخصي أيضاً كروايتي يحيى و خالد المتقدمين «٣» أريد بها الكراهة، أو وردت في مقام التقيّة؛ لأنّ المنع عن بيع الكلّي حالاً مع عدم وجوده عند البائع «٤» حال البيع مذهب جماعة من العاقبة كما صرح به في بعض الأخبار «٥» مستنديين في ذلك إلى النهي النبوي عن بيع ما ليس عندك، لكنّ الاعتماد على هذا التوهين في رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين في بيع الشخصي، و عموم مفهوم التعليل في الأخبار الواردة في بيع الكلّي «٦»، خلاف الإنصاف؛ إذ غاية الأمر حمل الحكم في مورد تلك الأخبار و هو بيع الكلّي قبل التملك على التقيّة، و هو لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأساً، فتدبر.

فالأقوى: العمل بالروايات و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور.

و ممّا يؤيد المنع مضافاً إلى ما سيأتي عن التذكرة و المختلف

(١) انظر مقابس الأنوار: ١٣٥.

(٢) في «ف»: بسياقها.

(٣) تقدّمتا في الصفحة ٤٤٧.

(٤) في غير «ش»: المشتري.

(٥) انظر الوسائل ١٢: ٣٧٤، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ و ٣.

(٦) مثل قوله عليه السلام في ذيل صحيحة ابن مسلم: «إنما يشتريه منه بعد ما يملكه»، و قوله عليه السلام في صحيحة منصور بن حازم: «إنما البيع بعد ما يشتريه»، راجع الصفحة ٤٤٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٥٤

من دعوى الاتفاق:- رواية الحسن بن زياد الطائي الواردة في نكاح العبد بغير إذن مولاه، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي ثم أعتقني «١» بعد، فأجدد النكاح؟ فقال: علموا أنك تزوجت؟ قلت: نعم، قد علموا فسكتوا و لم يقولوا لي شيئاً. قال: ذلك إقرار منهم، أنت على نكاحك .. الخبر» «٢» فإنها ظاهرة بل صريحة في أنّ علّة البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته، فلو كان صيرورته حرّاً مالكاً لنفسه مسوغاً للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج إلى الاستفصال عن أنّ المولى سكت أم لا؛ للزوم العقد حينئذٍ «٣» على كلّ تقدير.

[مورد الروايات ما لو باع لنفسه غير مترقب للإجازة]

ثم إن الواجب على كلّ تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات، و هو ما لو باع البائع لنفسه و اشترى المشتري غير مترقب للإجازة المالك و لا لإجازة البائع إذا صار مالكاً، و هذا هو الذي ذكره العلامة رحمه الله في التذكرة نافية للخلاف في فساده، قال: لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها و يمضى ليشتريها و يسلمها، و به قال الشافعي و أحمد، و لا نعلم فيه خلافاً؛ لقول النبي صلى الله عليه و آله و سلم: «لا تبع ما ليس عندك» و لاشتمالها على الغرر، فإن صاحبها قد لا يبيعها، و هو غير مالك لها و لا قادر على تسليمها، أمّا لو اشترى موصوفاً في الذمة سواء كان

(١) في المصدر: أعتقني الله.

(٢) الوسائل ١٤: ٥٢٦، الباب ٢٦ من أبواب أحكام العبيد و الإماء، الحديث ٣.

(٣) لم ترد «حينئذ» في «ش».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٥٥

حالاً أو مؤجلاً فإنه جائز إجماعاً «١»، انتهى، وحكى عن المختلف أيضاً الإجماع على المنع «٢» أيضاً «٣»، واستدل بالغرر وعدم القدرة على التسليم ظاهر، بل صريح في وقوع الاشتراء غير مترقب لإجازة مجيز، بل وقع على وجه يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع و تسليمه.

فحينئذ لو تبايعا على أن يكون العقد موقوفاً على الإجازة، فاتفقت الإجازة من المالك أو من البائع بعد تملكه، لم يدخل في مورد الأخبار ولا في معقد الاتفاق.

ولو تبايعا على أن يكون اللزوم موقوفاً على تملك البائع دون إجازته، فظاهر عبارة الدروس: أنه من البيع المنهى عنه في الأخبار المذكورة؛ حيث قال: وكذا لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجاز، ولو أراد «٤» لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده، وقد نهى عنه «٥»، انتهى.

لكن الإنصاف: ظهورها في الصورة الأولى، وهي ما لو تبايعا

(١) التذكرة ١: ٤٦٣، وفيه: «.. سواء كان حالاً أو مؤجلاً؛ فإنه جائز وكذا لو اشترى عيناً شخصياً غائبه مملوكة للبائع موصوفة بما ترفع الجهالة فإنه جائز إجماعاً».

(٢) لم نقف عليه بعينه، نعم في مقابس الأنوار: ١٣٤، بعد نقل عبارة التذكرة، ونسبة البطلان إلى ظاهر التحرير هكذا: وهو الظاهر من المختلف.

(٣) كذا في النسخ، لكن شطب في مصححه «ن» على كلمة «أيضاً».

(٤) في مصححه «ن»: أراداً.

(٥) الدروس ٣: ١٩٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٥٦

قاصدين لتنجز النقل والانتقال وعدم الوقوف على شيء.

وما ذكره في التذكرة كالصريح في ذلك؛ حيث علل المنع بالغرر وعدم القدرة على التسليم. وأصرح منه كلامه المحكى عن المختلف في فصل النقد والنسيئة «١».

ولو باع عن «٢» المالك فاتفق انتقاله إلى البائع فأجاز «٣»، فالظاهر أيضاً الصحة؛ لخروجه عن مورد الأخبار.

نعم، قد يشكل فيه من حيث إن الإجازة لا متعلق لها «٤»؛ لأن العقد السابق كان إنشاءً للبيع عن «٥» المالك الأصلي، ولا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه.

ويمكن دفعه بما اندفع به سابقاً الإشكال في عكس المسألة وهي ما لو باعه الفضولي لنفسه فأجاز المالك لنفسه «٦»، فتأمل.

ولو باع لثالث معتقداً لملكه أو بانياً عليه عدواناً، فإن أجاز المالك فلا كلام في الصحة؛ بناءً على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك، وإن ملكه الثالث وأجاز، أو ملكه البائع فأجاز، فالظاهر أنه داخل في المسألة السابقة.

(١) حكاية المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٤، وراجع المختلف ٥: ١٣٢.

(٢) في «ف»: من.

(٣) في «ف»: فأجاز.

(٤) في «ف»: «لا تعلق لها»، وفي مصححه «ن»: لا يتعلق بها.

(٥) في «ف»: من.

(٦) راجع الصفحات ٣٧٨ ٣٨٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٥٧

[لو باع لنفسه ثم تملكه و لم يجز]

ثم إنه قد ظهر ممّا ذكرنا في المسألة المذكورة حال المسألة الأخرى، و هي: ما لو لم يجز البائع «١» بعد تملكه؛ فإنّ الظاهر بطلان البيع الأوّل لدخوله تحت الأخبار المذكورة يقيناً، مضافاً إلى قاعدة تسلّط الناس على أموالهم، و عدم صيرورتها حلالاً من دون طيب النفس؛ فإنّ المفروض أنّ البائع بعد ما صار مالكاً لم تَطَب نفسه بكون ماله «٢» للمشتري الأوّل، و التزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشتري ليس التزاماً إلّا بكون مال غيره له.

اللهم إلّا أن يقال: إنّ مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود و الشروط على كلّ عاقد و شارط هو لزوم على البائع بمجرّد انتقال المال إليه و إن كان قبل ذلك أجنبياً لا حكم لوفائه و نقضه، و لعلّه لأجل ما ذكرنا رَجِح فخر الدين في الإيضاح بناءً على صحّة الفضولي صحّة العقد المذكور بمجرّد الانتقال من دون توقّف على الإجازة «٣».

قيل «٤»: و يلوح هذا من الشهيد الثاني في هبة المسالك «٥»، و قد سبق استظهاره من عبارة الشيخ المحكيّة في المعبر «٦».

(١) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: المالك.

(٢) في «ف» بدل «بكون ماله»: بكونه.

(٣) انظر إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

(٤) قاله المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٤.

(٥) انظر المسالك ٦: ٤٩.

(٦) راجع الصفحة ٤٣٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٥٨

لكن يضعفه: أنّ البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب، و المقام مقام استصحاب حكم الخاصّ، لا مقام الرجوع إلى حكم العامّ، فتأمل. مضافاً إلى معارضة العموم المذكور بعموم سلطنة الناس على أموالهم و عدم حلّها لغيرهم إلّا عن طيب النفس، و فحوى الحكم المذكور في رواية الحسن بن زياد المتقدّمة «١» في نكاح العبد بدون إذن مولاه «٢» و أنّ عتقه لا يجدي في لزوم النكاح لولا سكوت المولى الذي هو بمنزلة الإجازة.

ثمّ لو سلّم عدم التوقّف على الإجازة فإنّما هو فيما إذا باع الفضولي لنفسه، أمّا لو باع فضولاً للمالك أو لثالثٍ ثمّ ملك هو، فجرىان عموم الوفاء بالعقود و الشروط بالنسبة إلى البائع أشكال.

و لو باع وكالته عن المالك «٣» فبان انزاله بموت الموكل، فلا إشكال في عدم وقوع البيع له بدون الإجازة و لا معها، نعم يقع للوارث مع إجازته.

المسألة الثالثة ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف.

إشارة

و عدم جواز التصرف المنكشّف خلافه، إمّا لعدم الولاية فانكشف

(١) تقدّمت في الصفحة ٤٥٤.

(٢) في «ف»: المولى.

(٣) كذا في «ش» و مصحّحه «ن» و نسخة بدل «خ»، و في غيرها: عن البائع.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٥٩

كونه ولياً، و إما لعدم الملك فانكشف كونه مالكاً.

و على كلّ منهما، فإما أن يبيع عن المالك، و إما أن يبيع لنفسه، فالصور أربع:

الاولى: أن يبيع عن المالك فانكشف «١» كونه ولياً على البيع.

فلا- ينبغي الإشكال في اللزوم حتى على القول ببطلان الفضولي. لكنّ الظاهر من المحكى عن القاضي: أنّه إذا أذن السيد لعبده في التجارة فباع و اشترى و هو لا- يعلم بإذن سيّده و لا علم به أحد، لم يكن مأذوناً في التجارة، و لا يجوز شيء مما فعله، فإن علم بعد ذلك و اشترى و باع جاز ما فعله بعد الإذن، و لم يجز ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيد قوماً أن يبيعوا العبد و العبد لا يعلم بإذنه له كان يبيعه و شراؤه منهم جائزاً، و جرى ذلك مجرى الإذن الظاهر، فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم و باع جاز «٢»، انتهى. و عن المختلف الإيراد عليه: بأنّه لو أذن المولى «٣» و لا يعلم العبد، ثمّ باع العبد صحّ؛ لأنّه صادف الإذن، و لا يؤثّر فيه إعلام المولى بعض المعاملين «٤»، انتهى. و هو حسن.

(١) في «ف»: و انكشف.

(٢) حكاها العلّامة في المختلف ٥: ٤٣٥، و لم نعثر عليه في المهدّب و غيره من كتب القاضي.

(٣) في غير «ش» و مصحّحه «ن»: الولي.

(٤) المختلف ٥: ٤٣٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٦٠

الثانية: أن يبيع لنفسه فانكشف كونه ولياً.

فالظاهر أيضاً صحّة العقد، لما عرفت من أن قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع و لا يقدر «١»، و في توقّفه على إجازته للمولى عليه وجه؛ لأنّ قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون، فتأمل.

الثالثة: أن يبيع عن المالك ثمّ ينكشف كونه مالكاً.

و قد مثله الأكثر بما لو باع مال أبيه بظنّ حياته فبان ميتاً، و المشهور الصحّة، بل ربما استفيد من كلام العلّامة في القواعد «٢» و الإرشاد «٣» في باب الهبة الإجماع، و لم نعثر على مخالف صريح، إلّا أن الشهيد رحمه الله ذكر في قواعده: أنّه لو قيل بالبطلان أمكن «٤»، و قد سبقه في احتمال ذلك العلّامة و ولده في النهاية «٥» و الإيضاح؛ لأنّه إنّما قصد نقل المال عن الأب، لا عنه، و لأنه و إن كان منجزاً في الصورة إلّا أنّه معلق، و التقدير: إن مات مورثي فقد بعتهك، و لأنه كالعابث عند مباشرة العقد؛ لاعتقاده أن المبيع لغيره «٦»، انتهى.

أقول: أمّا قصد نقل الملك عن الأب فلا يقدح في وقوعه؛ لأنه إنّما قصد نقل الملك عن الأب من حيث إنّهُ مالك باعتقاده، ففي الحقيقة

(١) راجع الصفحة ٣٧٧ و ٣٨٣.

(٢) القواعد ١: ٢٧٥.

(٣) الإرشاد ١: ٤٥٠.

(٤) القواعد و الفوائد ٢: ٢٣٨، ذيل القاعدة: ٢٣٨.

(٥) نهاية الأحكام ٢: ٤٧٧.

(٦) إيضاح الفوائد ١: ٤٢٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٦١

إنّما قصد النقل عن المالك لكن أخطأ في اعتقاده أنّ المالك أبوه، وقد تقدّم توضيح ذلك في عكس المسألة، أى: ما لو باع ملك غيره باعتقاد أنّه ملكه «١».

نعم، من أبطل عقد الفضولي لأجل اعتبار مقارنة طيب نفس المالك للعقد قوى البطلان عنده هنا؛ لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه؛ و لذا نقول نحن كما سيحيى «٢» باشتراط الإجازة من المالك بعد العقد؛ لعدم حصول طيب النفس حال العقد. و أمّا ما ذكر: من أنّه في معنى التعليق، ففيه مع مخالفته لمقتضى الدليل الأوّل، كما لا يخفى -: منع كونه في معنى التعليق؛ لأنّه إذا فرض أنّه يبيع مال أبيه لنفسه، كما هو ظاهر هذا الدليل، فهو إنّما يبيعه مع وصف كونه لأبيه في علمه، فبيعه كبيع الغاصب مبنى على دعوى السلطنة و الاستقلال على المال، لا على تعليق للنقل «٣» بكونه منتقلاً إليه بالإرث عن «٤» مورثه؛ لأنّ ذلك لا يجمع مع ظنّ الحياة.

اللهم إلّا أن يراد أنّ القصد الحقيقي إلى النقل معلق على تملك الناقل، و بدونه فالقصد صوري، على ما تقدّم من المسالك من أنّ الفضولي و المكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله «٥».

(١) راجع الصفحة ٣٧٦ و ٣٨٠.

(٢) يحيى في الصفحة الآتية.

(٣) في «ف»: النقل.

(٤) في «ف»، «خ» و «ن»: من.

(٥) تقدّم في الصفحة ٣٧٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٦٢

لكن فيه حينئذ: أنّ هذا القصد الصوري كافٍ؛ و لذا قلنا بصحة عقد الفضولي.

و من ذلك يظهر ضعف ما ذكره أخيراً من كونه كالعابث عند مباشرة العقد، معللاً بعلمه بكون المبيع لغيره.

و كيف كان، فلا- ينبغي الإشكال في صحّة العقد، إلّا أنّ ظاهر المحكيّ من غير واحد «١» لزوم العقد و عدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة؛ لأنّ المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لإجازة فعل نفسه، و لأنّ قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد إلى نقل المال المعين الذي هو في الواقع ملك نفسه و إن لم يشعر به فهو أولى من الإذن في ذلك فضلاً عن إجازته، و إلّا توجّه عدم وقوع العقد له.

لكن الأقوى وفاقاً للمحقق والشهيد الثانيين «٢»:- وقوفه على الإجازة، لا لما ذكره في جامع المقاصد من أنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن، بل مع إجازة المالك؛ لاندفاعه بما ذكره بقوله: إلّا أن يقال: إن قصده إلى أصل البيع كافٍ «٣».

و توضيحه: أن انتقال المبيع شرعاً بمجرد العقد أو بعد إجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده أو يقدر قصد خلافه، وإتما هو من الأحكام الشرعية العارضة للعقود بحسب اختلافها في التوقف على الأمور المتأخرة وعدمه، مع أن عدم «٤» القصد المذكور

(١) حكاة المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٦، عن ظاهر الشهيد وغيره.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٧٦، والمسالك ٦: ٥١.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٧٦.

(٤) لم ترد «عدم» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٦٣

لا يقدر بناءً على الكشف، بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدحه، فالدليل على اشتراط تعقب الإجازة في اللزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم، وعدم حلها لغيرهم إلّا بطيب أنفسهم، و حرمة أكل المال إلّا بالتجارة عن تراض. وبالجملة، فأكثر أدلة اشتراط الإجازة في الفضولي جارية هنا.

و أما ما ذكرناه من أن قصد نقل ملك نفسه إن حصل أغنى عن الإجازة، وإلّا فسد العقد.

ففيه: أنه يكفي في تحقق صورة العقد القابلة للحقوق اللزوم «١» القصد إلى نقل المال المعين. وقصد كونه ماله «٢» أو مال غيره مع خطائه «٣» في قصده أو صوابه «٤» في الواقع لا يقدر ولا ينفذ؛ ولذا بنينا على صحة العقد بقصد «٥» مال نفسه مع كونه مالاً لغيره.

و أما أدلة اعتبار التراضي وطيب النفس، فهي دالة على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنه ماله، لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكاً له في الواقع، فإن حكم طيب النفس والرضا لا يترتب على ذلك، فلو أذن في التصرف في مال معتقداً أنه لغيره، والمأذون يعلم أنه له، لم يجز له التصرف بذلك الإذن. ولو فرضنا أنه أعتق

(١) العبارة في «ف» هكذا: القابلة للزوم القصد.

(٢) في مصححة «ص» ونسخة بدل «ش»: مال نفسه.

(٣) في بعض النسخ: خطأ.

(٤) في مصححة «ص»: و صوابه.

(٥) في «ص» زيادة: نقل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٦٤

عبداً عن غيره فبان أنه له لم ينعقد، وكذا لو طلق امرأة وكاله عن غيره فبان زوجته؛ لأن القصد المقارن إلى طلاق زوجته وعتق مملوكه معتبر فيهما، فلا تنفع الإجازة.

و لو غزه الغاصب فقال: «هذا عبدى أعتقه عنك» فأعتقه عن نفسه، فبان كونه له، فالأقوى أيضاً عدم النفوذ، وفاقاً للمحكى عن التحرير «١» و حواشى الشهيد «٢» و جامع المقاصد «٣» مع حكمه بصحة البيع هنا و وقوفه على الإجازة «٤»؛ لأن العتق لا يقبل الوقوف، فإذا لم يحصل القصد إلى فك ماله مقارناً للصيغة وقعت باطله، بخلاف البيع؛ فلا تناقض بين حكمه ببطلان العتق و صحته البيع مع الإجازة، كما يتوهم.

نعم، ينبغي إيراد التناقض على من حكم هناك بعدم النفوذ، و حكم في البيع بالزوم و عدم الحاجة إلى الإجازة؛ فإنَّ القصد إلى إنشاء يتعلّق بمعيّن هو مال المنشئ في الواقع من غير علمه به، إن كان يكفي في طيب النفس و الرضا المعترف في جميع إنشاءات الناس المتعلّقة بأموالهم و جب الحكم بوقوع العتق، و إن اعتبر في طيب النفس المتعلّق بإخراج الأموال عن الملك، العلم بكونه مالاً له و لم يكف مجرد مصادفة الواقع، و جب الحكم بعدم لزوم البيع.

(١) التحرير ٢: ١٤١.

(٢) لا يوجد لدينا «حواشي الشهيد»، نعم حكاها عنه المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٦: ٢٣٣.

(٣) جامع المقاصد ٦: ٢٣٣.

(٤) جامع المقاصد ٤: ٧٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٦٥

فالحقّ: أنّ القصد إلى الإنشاء المتعلّق، بمال معيّن مصحّح للعقد، بمعنى قابليته للتأثير، و لا يحتاج إلى العلم بكونه مالاً له، لكن لا يكفي ذلك في تحقّق الخروج عن ماله بمجرّد الإنشاء، ثمّ إن كان ذلك الإنشاء ممّا يقبل الزوم بلحوق الرضا كفت الإجازة كما في العقود، و إلّا وقع الإنشاء باطلاً كما في الإيقاعات.

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا في وجه الوقوف على الإجازة: أنّ هذا الحقّ للمالك من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ، فعقده مترلزل من حيث الحدوث، لا البقاء كما قوّاه بعض من قارب عصرنا «١»، و تبعه بعض من عاصرناه «٢»؛ معللاً بقاعدة نفى الضرر؛ إذ فيه: أنّ الخيار فرع الانتقال، و قد تقدّم توقّفه على طيب النفس.

و ما ذكره من الضرر المترتب على لزوم البيع، ليس لأمرٍ راجع إلى العوض و المعوّض، و إنّما هو لانتقال الملك عن مالكة من دون علمه و رضاه؛ إذ لا فرق في الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال كما يتفق في الفضولي، أو يعلمه و يجهل تعلّقه بماله.

و من المعلوم: أنّ هذا الضرر هو المثبت لتوقّف عقد الفضولي على الإجازة؛ إذ لا يلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر.

ثمّ، إنّ الحكم بالصحة «٣» في هذه الصورة غير متوقّف «٤» على القول

(١) قوّاه المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٧.

(٢) و هو صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٩٨.

(٣) لم ترد «بالصحة» في «ف».

(٤) كذا في النسخ، و المناسب: «غير متوقّف»، كما في مصحّحه «ص».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٦٦

بصحة عقد الفضولي، بل يجيء على القول بالبطلان، إلّا أن يستند في بطلانه بما تقدّم من قبح التصرف في مال الغير «١»، فيتّجه عنده حينئذٍ البطلان، ثم يغرم المثلث و إن كان جاهلاً «٢».

الرابعة: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنّه لغيره فانكشف أنّه له،

و الأقوى هنا أيضاً الصحة و لو على القول ببطلان الفضولي و الوقوف على الإجازة؛ بمثل ما مرّ في الثالثة، و في عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثة؛ و لذا قوّى الزوم هنا بعض من قال بالخيار في الثالثة «٣».

(١) تقدّم في الصفحة ٣٧١.

(٢) عبارة «ثم يغرم المثلثن و إن كان جاهلاً» لم ترد في «ف» و «ش»، و شطب عليها في «ن».

(٣) قاله المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٦، في الخامس من موارد بيع الفضولي.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٦٧

و أمّا القول في المجاز:

إشارة

فاستقصاؤه يكون بيان أمور:

الأول: يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط المعترية في تأثيره عدا رضا المالك،

فلا يكفي اتّصاف المتعاقدين بصحة الإنشاء، و لا إحراز سائر الشروط بالنسبة إلى الأصيل فقط على الكشف؛ للزومه عليه حينئذٍ «١»، بل مطلقاً؛ لتوقف تأثيره الثابت و لو على القول بالنقل عليها؛ و ذلك لأنّ العقد إمّا تمام السبب أو جزؤه، و على أيّ حال فيعتبر اجتماع الشروط عنده؛ و لهذا لا- يجوز الإيجاب في حال جهل القابل بالعوضين، بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا؛ لأنّ الإجازة على القول بالنقل أشبه بالشرط، و لو سلّم كونها جزءاً فهو جزءٌ للمؤثّر لا للعقد، فيكون جميع ما دلّ من النصّ و الإجماع على اعتبار الشروط في البيع ظاهرة في اعتبارها في إنشاء النقل و الانتقال بالعقد.

نعم، لو دلّ دليل على اعتبار شرط في ترتّب الأثر الشرعي على العقد من غير ظهور في اعتباره في أصل الإنشاء، أمكن القول بكفايته وجوده حين الإجازة، و لعلّ من هذا القبيل: القدرة على التسليم، و إسلام مشتري المصحّف و العبد «٢» المسلم.

ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعترية حين العقد إلى زمان الإجازة، أم لا؟ لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين

(١) لم ترد «حينئذٍ» في «ف» و «ش».

(٢) كلمة «العبد» من «ش» فقط.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٦٨

على شروطهما «١» حتّى على القول بالنقل. نعم، على القول بكونها بيعاً مستأنفاً يقوى الاشتراط.

و أمّا شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناءً على النقل، و أمّا بناءً على الكشف فوجهان، و اعتبارها عليه أيضاً غير بعيد.

الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل

من تعيين العوضين، و تعيين نوع العقد من كونه بيعاً أو صلحاً، فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً لجاريته أو بيعاً لها أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقد قابل للإجازة؟ وجهان: من كون الإجازة كالإذن السابق فيجوز تعلّقه بغير المعين إلّا إذا بلغ حدّاً لا يجوز معه التوكيل، و من أنّ الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد؛ لأنّ المعاهدة الحقيقية إنّما تحصل بين المالكين «٢» بعد الإجازة، فيشبهه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل.

و من هنا يظهر قوّة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد، و لا- يكفي مجرد احتمال فيجيزه على تقدير وقوعه إذا انكشف وقوعه؛ لأنّ

الإجازة و إن لم تكن من العقود حتّى يشملها معاهد إجماعهم «٣» على عدم جواز التعليق فيها «٤»، إلّا أنّها في معناها «٥»؛ و لذا

يخاطب المجيز بعدها بالوفاء

(١) كذا في «ف» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: شروطها.

(٢) في «ش»: من المالكيين.

(٣) كذا، و المناسب: إجماعاتهم، كما استظهره مصحح «ص».

(٤) كذا في «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: فيه.

(٥) كذا في «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: معناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٦٩
بالعقد السابق، مع أن الوفاء بالعقد السابق «١» لا يكون إلّا في حقّ العاقد، فتأمل.

الثالث: المجاز، إمّا العقد الواقع على نفس مال الغير، و إمّا العقد الواقع على عوضه،

و على كلّ منهما إمّا أن يكون المجاز أوّل عقد وقع على المال أو عوضه، أو آخره، أو عقداً بين سابق و لاحق واقعين على مورده، أو بدله، أو بالاختلاف.

و يجمع «٢» الكلّ: فيما إذا باع عبداً لمالك بفرس، ثمّ باعه المشتري بكتاب، ثمّ باعه الثالث بدينار، و باع البائع الفرس بدرهم، و باع الثالث الدينار بجارية، و باع بائع الفرس الدرهم برغيف، ثمّ بيع الدرهم بحمار، و بيع الرغيف بعسل.
أمّا إجازة العقد الواقع على مال المالك أعنى العبد بالكتاب فهي ملزمة له و لما بعده ممّا وقع على مورده أعنى العبد بالدينار بناءً على الكشف، و أمّا بناءً على النقل، فيبني على ما تقدّم من اعتبار ملك المجيز حين العقد و عدمه، و هي فسخ بالنسبة إلى ما قبله ممّا ورد على مورده، أعنى بيع العبد بفرس بالنسبة إلى المجيز.

دزفولي، مرتضى بن محمد امين انصاري، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ٦ جلد، كنگره جهاني بزرگداشت شيخ اعظم انصاري، قم - ايران، اول، ١٤١٥ ه ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)؛ ج ٣، ص: ٤٦٩
أمّا بالنسبة إلى من ملك بالإجازة و هو المشتري بالكتاب فقابليته للإجازة مبنيّة على مسألة اشتراط ملك المجيز حين العقد.
هذا حال العقود السابقة و اللاحقة على مورده، أعنى مال المجيز.

(١) لم ترد «السابق» في «ف».

(٢) كذا، و الأنسب: يجتمع، كما استظهره مصحح «ص».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٧٠

و أمّا العقود الواقعة على عوض مال المجيز: فالسابقة على هذا العقد و هو بيع الفرس بالدرهم يتوقف لزومها على إجازة المالك الأصلي للعوض و هو الفرس «١»، و اللاحقة له أعنى بيع الدينار بجاريه تلزم بلزوم هذا العقد.

و أمّا إجازة العقد الواقع على العوض «٢» أعنى بيع الدرهم برغيف فهي ملزمة للعقد السابقة عليه، سواء وقعت على نفس مال المالك أعنى بيع العبد بالفرس أو على «٣» عوضه و هو بيع الفرس بالدرهم، و للعقد اللاحقة له إذا وقعت على العوض «٤»، و هو بيع الدرهم بالحمار.

أما الواقعة على هذا البديل المجاز أعنى بيع الرغيف بالعلس فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداءً. و ملخص ما ذكرنا: أنه لو ترتبت عقود متعدّدة «٥» مترتبة «٦» على مال المجيز، فإن وقعت من أشخاص متعدّدة كان إجازة وسط منها فسحاً لما قبله و إجازة لما بعده على الكشف، و إن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر.

(١) عبارة «يتوقف لزومها إلى و هو الفرس» ساقطة من «ف».

(٢) في «ف» و «ع» و نسخة بدل «ن» و فيما يلوح من «ص»: المعوض.

(٣) لم ترد «على» في «ف».

(٤) في «م» و «ن»: «العوض»، و في نسخة بدل الأخير: المعوض.

(٥) لم ترد «متعدّدة» في «خ».

(٦) لم ترد «مترتبة» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٧١

ولعل هذا هو المراد من المحكى عن الإيضاح «١» و الدروس «٢» في حكم ترتب العقود: من أنه إذا أجاز عقداً على المبيع صحّ و ما بعده، و في الثمن ينعكس؛ فإنّ العقود المترتبة على المبيع لا يكون إلّا من أشخاص متعدّدة، و أما العقود المترتبة على الثمن، فليس مرادها أن يعقد على الثمن الشخصى مراراً؛ لأنّ حكم ذلك حكم العقود المترتبة على المبيع، على ما سمعت سابقاً من «٣» قولنا: أما الواقعة على هذا البديل المجاز .. إلخ، بل مرادها ترامي الأثمان في العقود المتعدّدة، كما صرح بذلك المحقق و الشهيد الثانيان «٤». و قد علم من ذلك أنّ مرادنا بما ذكرنا في المقسم من العقد المجاز على عوض مال الغير، ليس العوض الشخصى الأوّل له، بل العوض و لو بواسطة.

ثمّ إنّ هنا «٥» إشكالاً في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب، أشار إليه العلامة رحمه الله في القواعد «٦»، و أوضحه قطب الدين و الشهيد في الحواشى المنسوبة إليه.

(١) الإيضاح ١: ٤١٨.

(٢) الدروس ٣: ١٩٣، و حكى ذلك عنهما المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٧٠، و السيّد العاملى في مفتاح الكرامة ٤: ١٩١، و غيرهما.

(٣) في غير «ش» زيادة «أن»، و لكن شطب عليها في «ن».

(٤) انظر جامع المقاصد ٤: ٧٠، و المسالك ٣: ١٥٩، و الروضة البهية ٣: ٢٣٣.

(٥) في «ف»: ها هنا.

(٦) القواعد ١: ١٢٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٧٢

فقال الأوّل فيما حكى عنه: إنّ وجه الإشكال أنّ المشتري مع العلم يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن؛ و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع، و لو بقى ففيه الوجهان، فلا ينفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمناً عن مبيع اشتراه، و من أنّ الثمن عوض عن العين المملوكة و لم يمنع من نفوذ الملك فيه إلّا عدم صدوره عن المالك، فإذا أجاز جرى مجرى الصادر عنه «١»، انتهى.

و قال في محكّي الحواشى: إنّ المشتري مع علمه بالغصب يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل في ملك ربّ العين، فحينئذٍ إذا اشترى به البائع متاعاً فقد اشتراه لنفسه و أتلفه عند الدفع إلى البائع فيتحقّق ملكيته للمبيع، فلا يتصور نفوذ الإجازة هنا «٢»

لصيورته ملكاً للبائع وإن أمكن إجازة البيع «٣»، مع احتمال عدم نفوذها أيضاً؛ لأنَّ ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه فلا يكون ثمناً، فلا- تؤثر الإجازة في جعله ثمناً، فصار الإشكال في صحَّة البيع و في التتبع، ثم قال: إنَّه يلزم من القول ببطان التتبع «٤» بطلان إجازة البيع في المبيع؛ لاستحالة كون المبيع بلا ثمن، فإذا قيل: إنَّ الإشكال في صحَّة

(١) لا يوجد لدينا كتابه، و حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٩٢.

(٢) كذا في «ش» و نسخه بدل «ن»، و في «ف»: بها، و في سائر النسخ: فيها.

(٣) كذا في «م» و نسخه بدل «خ» و «ع»؛ وفاقاً للمحكي عن المصدر، و في سائر النسخ: المبيع.

(٤) كذا في «ش» و نسخه بدل «ص»، و في سائر النسخ: البيع؛ وفاقاً للمحكي عن المصدر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٧٣

العقد كان صحيحاً أيضاً «١»، انتهى.

و اقتصر في جامع المقاصد «٢» على ما ذكره الشهيد أخيراً في وجه سرايه هذا الإشكال إلى صحَّة عقد الفضولي مع علم المشتري بالغصب.

و المحكي عن الإيضاح: ابتداء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري على كون الإجازة ناقلة، فيكون منشأ الإشكال في الجواز و العدم: الإشكال في الكشف و النقل.

قال في محكي الإيضاح: إذا كان المشتري جاهلاً فللمالك تتبع العقود و رعايه مصلحته و الربح في سلسلتى الثمن و المثلث، و أمّا إذا كان عالماً بالغصب فعلى قول الأصحاب من أنّ المشتري إذا رجع عليه بالسلعة لا يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه، فيكون قد ملك الغاصب مجاناً؛ لأنَّه بالتسليم إلى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنصّ الأصحاب، و المالك قبل الإجازة لم يملك الثمن؛ لأنَّ الحقّ أنّ الإجازة شرط أو سبب، فلو لم يكن للغاصب فيكون «٣» الملك بغير مالك، و هو محال، فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له أي الإجازة فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله، و يكون ما يشتري الغاصب بالثمن و ربحه له، و ليس للمالك أخذه لأنَّه ملك الغاصب. و على القول بأنَّ إجازة المالك كاشفة، فإذا أجاز العقد كان له، و يحتمل أن يقال: لمالك العين حقّ تعلق بالثمن، فإنَّ

(١) حكى عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٩٢.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٧١.

(٣) كذا، و المناسب: «لكن» كما في المصدر، و استظهر مصحح «ص»: يكون.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٧٤

له إجازة البيع و أخذ الثمن، و حقّه مقدّم على حقّ الغاصب، لأنَّ الغاصب يؤخذ بأخسّ أحواله و أشقّها عليه «١»، و المالك بأجود «٢» الأحوال، ثم قال: و الأصحّ عندى [أنَّه «٣»] مع وجود عين الثمن، للمشتري العالم أخذه، و مع التلف ليس له الرجوع به «٤». انتهى كلامه رحمه الله.

و ظاهر كلامه رحمه الله: أنّه لا وقع للإشكال على تقدير الكشف، و هذا هو المتّجه؛ إذ حينئذٍ يندفع ما استشكله القطب و الشهيد رحمهما الله: بأنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن على تقدير الكشف تسليطاً على ما ملكه «٥» الغير بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض، فإذا انكشف ذلك بالإجازة عمل مقتضاه «٦»، و إذا تحقّق الردّ انكشف كون ذلك تسليطاً من المشتري على ماله، فليس له أن يستردّه؛ بناءً على ما نقل من الأصحاب.

نعم، على القول بالنقل يقع الإشكال في جواز إجازة العقد الواقع على الثمن؛ لأن إجازة مالك «٧» المبيع له موقوفة على تملكه للثمن؛ لأنه

- (١) عبارة «و أشقها عليه» وردت في «ش» و هامش «ن» فقط.
- (٢) كذا في «ش» و «ن» و المصدر، و في سائر النسخ: «مأخوذ» و لعله مصحف «بأجود» و صحح في «ص» هكذا: «مأخوذ بأحسن».
- (٣) أثبتناه من المصدر.
- (٤) الإيضاح ١: ٤١٧ ٤١٨.
- (٥) في «م» و «ص»: «على ملك»، و في «ع»: «على مالكة».
- (٦) في «ص» و مصححة «ن»: بمقتضاه.
- (٧) كذا في «ف» و «ش» و مصححة «خ»، و في سائر النسخ: المالك.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٧٥
- قبلها أجنبي عنه، و المفروض أن تملكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل. و كذا الإشكال في إجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض البائع الثمن أو بعد إتلافه إياه على الخلاف في اختصاص عدم رجوع المشتري على «١» الثمن بصورة التلف و عدمه؛ لأن تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى «٢» مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.
- و ما ذكره في الإيضاح: من احتمال تقديم حق المجيز لأنه أسبق و أنه أولى من الغاصب المأخوذ بأشق الأحوال «٣»، فلم يعلم له «٤» وجه بناءً على النقل؛ لأن العقد جزء سبب لتملك المجيز، و التسليط «٥» المتأخر عنه علمه تأميره لتملك الغاصب، فكيف يكون حق المجيز أسبق؟
- نعم، يمكن أن يقال: إن حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن، لعله لأجل التسليط «٦» المراعى بعدم إجازة مالك المبيع، لا لأن نفس التسليط «٧» علمه تأميره لاستحقاق الغاصب على تقدير الرد و الإجازة، و حيث إن حكمهم هذا مخالف للقواعد الدالة على عدم حصول الانتقال

- (١) في مصححة «م»: إلى.
- (٢) كذا في «ص» و «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: على.
- (٣) تقدّم نص عبارته في الصفحة السابقة.
- (٤) لم ترد «له» في غير «ش»، لكنّها استدركت في «م» و «خ»، و في «ن» صححت العبارة بتبديل «وجه» ب «وجهه».
- (٥) في غير «ف» و «ش»: «التسلط»، لكنّه صحح في «م» و «ن» بما أثبتناه.
- (٦) في غير «ش»: «التسلط»، لكن صحح في «م» و «ن» بما أثبتناه.
- (٧) في غير «ش»: «التسلط»، لكن صحح في «م» و «ن» بما أثبتناه.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٧٦
- بمجرد التسليط المتفرّع على عقد فاسد، و جب الاقتصار فيه على المتيقن، و هو التسليط على تقدير عدم الإجازة، فافهم.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٧٧

[ما يتحقق به الرد]

لا يتحقق الرد قولاً إلا بقوله: «فسخت» و «رددت» و شبه ذلك مما هو صريح فى الرد؛ لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل و قابليته من طرف المجيز، و كذا يحصل بكل فعل مخرج «١» له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف و شبههما، كالعق و البيع و الهبة و الترويح و نحو ذلك، و الوجه فى ذلك: أن تصرفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الإجازة؛ لفرض خروجه عن ملكه.

[هل يتحقق الرد بالتصرف غير المخرج عن الملك؟]

و أما التصرف الغير المخرج عن الملك كاستيلاء الجارية و إجازة الدار «٢» و ترويح الأمة فهو و إن لم يخرج الملك عن قابليته وقوع الإجازة عليه، إلا أنه مخرج له عن قابليته وقوع الإجازة من زمان العقد؛ لأن صحته الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطله، و إذا فرض وقوعها صحيحة منعت عن وقوع الإجازة. و الحاصل: أن وقوع هذه الأمور صحيحة، مناقض «٣» لوقوع

(١) فى غير «ن» و «ش»: «يخرج»، و صحح فى «ص» بما أثبتناه.

(٢) فى «ع» و «ص»: «الدابة»، و فى نسخة بدل «ص»: الدار.

(٣) كذا فى «ش»، و فى «ف»: «متناقض»، و فى سائر النسخ: «مناقضة»، إلا أنها صححت فى «ن» بما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٧٨

الإجازة لأصل العقد، فإذا وقع أحد المتنافيين صحيحاً فلا بد من امتناع وقوع الآخر «١»، أو إبطال صاحبه، أو إيقاعه على غير وجهه «٢»، و حيث لا سبيل إلى الأخيرين تعين الأول. و بالجملة، كل ما يكون باطلاً على تقدير لحوق الإجازة المؤثر «٣» من حين العقد، فوقوعه صحيحاً مانع من لحوق الإجازة؛ لامتناع اجتماع المتنافيين.

نعم، لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكنى و اللبس، كان عليه اجرة المثل إذا أجاز، فتأمل.

و منه يعلم: أنه لا فرق بين وقوع هذه مع الاطلاع على وقوع العقد، و وقوعها «٤» بدونه؛ لأن التنافى بينهما واقعى «٥».

و دعوى: أنه لا دليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد فى «٦» الإجازة؛ و لذا صحح جماعة كما تقدم «٧» إجازة المالك الجديد فى من باع شيئاً ثم ملكه.

مدفوعة: بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد

(١) فى غير «ش»: «الأخير»، لكن صحح فى «ن» بما أثبتناه.

(٢) كذا فى «ص» و «ش» و مصححة «ن»، و فى سائر النسخ: وجه.

(٣) فى «ن»: «المؤثرة»، و الظاهر أنها مصححة.

(٤) فى غير «ش»: «وقوعه»، لكن صحح فى «ن» و «ص» بما أثبتناه.

(٥) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: «واقع»، إلا أن فى هامش «ن»: واقعى خ.

(٦) فى غير «ش» و مصححة «ن» بدل «فى»: و.

(٧) تقدم فى الصفحة ٤٣٥ ٤٣٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٧٩

مؤثرة من حينه.

نعم، لو قلنا بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقي الراجع إلى كون المؤثر التام هو العقد الملحق بالإجازة كانت التصرفات مبيته على الظاهر، و بالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك، فتبطل هي و تصح الإجازة.

[التصرفات الغير المنافية لملك المشتري]

بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري من حين العقد، كتعريض المبيع للبيع، و البيع الفاسد «١»، و هذا أيضاً على قسمين: لأنه إما أن يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي على ماله «٢»، و إما أن يقع في حال عدم الالتفات. أما الأول، فهو رد فعلي للعقد، و الدليل على إلحاقه بالرد القولي مضافاً إلى صدق الرد عليه، فيعمه ما دل على أن للمالك الرد، مثل: ما وقع في نكاح العبد و الأمة بغير إذن مولاه «٣»، و ما ورد في من زوّجته أمه و هو غائب، من قوله عليه السلام: «إن شاء قبل «٤» و إن شاء ترك» «٥»، إلا أن يقال: إن الإطلاق مسوق لبيان أن له الترك، فلا

(١) كذا في «ف» و «ص»، و في «ش»: «كتعريض المبيع و البيع الفاسد»، و في سائر النسخ: «كتعريض المبيع للبيع الفاسد»، لكن صحح في هامش «م» و «ن» بما أثبتناه.

(٢) في «ف» و «خ» و نسخة بدل «ع»: في ماله.

(٣) راجع الوسائل ١٤: ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٤) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: فعل.

(٥) الوسائل ١٤: ٢١١، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٨٠

تعرض فيه لكيفيته «١»: أن المانع من صحه الإجازة بعد الرد القولي موجود في الرد الفعلي، و هو خروج المجيز بعد الرد عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد، مضافاً إلى فحوى الإجماع المدعى «٢» على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل، كالوطء و البيع و العتق؛ فإن الوجه في حصول الفسخ هي دلالتها على قصد فسخ البيع، و إنما فتوقّفها «٣» على الملك لا- يوجب حصول الفسخ بها، بل يوجب بطلانها؛ لعدم حصول الملك المتوقف على الفسخ قبلها «٤» حتى تصادف الملك.

و كيف كان، فإذا صلح الفسخ الفعلي لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلاً، صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير، بطريق أولى.

و أمّا الثاني و هو ما يقع في حال عدم الالتفات فالظاهر عدم تحقق الفسخ به؛ لعدم دلالة على إنشاء الرد، و المفروض عدم منافاته أيضاً للإجازة اللاحقة، و لا يكفي مجرد رفع اليد عن الفعل «٥» بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرد «٦» الموقوف على القصد و الالتفات إلى

(١) في غير «ش»: «لكيفية»، لكن صححت في «م»، «ن» و «ص» بما أثبتناه.

(٢) ادّعه الشيخ في المبسوط ٢: ٨٣، و الحلّي في السرائر ٢: ٢٤٨.

(٣) في «ش»: فتوقّفهما.

(٤) في «ف» زيادة: فيها خ.

(٥) في نسخة بدل «ن»: عن العقد.

(٦) العبارة في «ف» هكذا: مع عدم اعتبار صدق الرد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٨١

وقوع المردود، نظير إنكار الطلاق «١» الذي جعلوه رجوعاً و لو مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق، على ما يقتضيه إطلاق كلامهم. نعم، لو ثبت كفاية ذلك في العقود الجائزة كفى هنا بطريق أولى، كما عرفت «٢»، لكن لم يثبت ذلك هناك «٣»، فالمسألة محل إشكال، بل الإشكال في كفاية سابقه أيضاً؛ فإن بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ كالأجزة «٤»؛ ولذا استشكل في القواعد في بطلان الوكالة بإيقاع العقد الفاسد على متعلقها جاهلاً بفساده «٥»، وقرره في الإيضاح «٦» و جامع المقاصد «٧» على الإشكال.

و الحاصل: أن المتيقن من الرد هو الفسخ القولي، و في حكمه تفويت محل الإجازة بحيث لا يصح وقوعها على وجه يؤثر من حين العقد.

و أما الرد الفعلي و هو الفعل المنشأ به مفهوم «٨» الرد فقد عرفت نفى البعد عن حصول الفسخ به.

(١) هذا مثال للمنفى، لا النفي.

(٢) عرفت الأولوية في الصفحة السابقة.

(٣) في «م» و «ش»: هنا.

(٤) انظر مفتاح الكرامة ٤: ١٩٨.

(٥) القواعد ١: ٢٥٩.

(٦) إيضاح الفوائد ٢: ٣٥٤.

(٧) جامع المقاصد ٨: ٢٨٢.

(٨) كذا في «ش»، و في غيرها: المنشئ لمفهوم.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٨٢

و أمّا مجرد إيقاع ما ينافي مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقّق مفهوم الردّ لعدم الالتفات إلى وقوع العقد فلاكتفاء به مخالف للأصل.

و في حكم ما ذكرنا: الوكالة و الوصاية، و لكنّ الاكتفاء فيهما بالردّ الفعلي أوضح.

و أمّا الفسخ في العقود الجائزة بالذات أو الخيار، فهو منحصر باللفظ أو الردّ الفعلي.

و أمّا فعل ما لا يجمع صحّة العقد كالوطء و العتق و البيع «١» فالظاهر أنّ الفسخ بها من باب تحقّق القصد قبلها، لا لمنافاتها لبقاء العقد؛ لأنّ مقتضى المنافاة بطلانها، لا انفساخ العقد، عكس ما نحن فيه، و تمام الكلام في محله.

ثمّ إنّ الردّ إنّما يثمر في عدم صحّة الإجازة بعده، و أمّا انتزاع المال من المشتري لو أقبضه الفضولي فلا يتوقف على الردّ، بل يكفي فيه عدم الإجازة، و الظاهر أنّ الانتزاع بنفسه ردّ مع القرائن الدالّة على إرادته منه، لا مطلق الأخذ؛ لأنه أعمّ، و لذا ذكروا أنّ الرجوع في الهبة لا يتحقّق به.

(١) و البيع «من «ش» فقط.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٨٣

[مسائل متفرقة]

مسألة لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع فى يده فهو، وإلا فله انتزاعه

إشارة

ممن وجده فى يده مع بقاءه، و يرجع بمنافعه المستوفاه و غيرها على الخلاف المتقدم «١» فى البيع الفاسد «٢» و مع التلف يرجع إلى من تلف عنده بقيمته يوم التلف أو بأعلى القيم من زمان وقع فى يده. و لو كان قبل ذلك فى ضمان آخر، و فرض زيادة القيمة عنده، ثم نقصت عند الأخير، اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه، كما صرح به جماعة فى الأيدى المتعاقبة «٣».

هذا كله حكم المالك مع المشتري، و أقيا حكم المشتري مع الفضولى، فيقع الكلام فيه «٤» تارة فى الثمن، و أخرى فى ما يغرمه للمالك

(١) كذا فى «ص» و مصححة «ن»، و فى سائر النسخ: المقدم.

(٢) راجع الصفحة ٢٠١ ٢٠٨ (الثالث من الأمور المتفرعة على المقبوض بالعقد الفاسد).

(٣) منهم العلامة فى القواعد ١: ٢٠٢ و التذكرة ٢: ٣٧٧، و الشهيد الثانى فى المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٥، و المحقق السبزواري فى الكفاية: ٢٥٩.

(٤) لم ترد «فيه» فى «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٨٤ زائداً على الثمن،

فهنا مسألان:

الاولى أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلاً بكونه فضولياً،

سواء كان باقياً أو تالفاً، و لا يقدح فى ذلك اعترافه بكون البائع مالكا؛ لأن اعترافه مبنى على ظاهر يده، نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد كأن يكون اعترافه «١» بذلك بعد قيام اليقينة لم يرجع بشىء. و لو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيره، ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ «الإقرار» من دلالاته على الواقع وجهان.

و إن كان عالماً بالفضولية، فإن كان الثمن باقياً استردّه وفاقاً للعلامة «٢» و ولده «٣» و الشهيدين «٤» و المحقق الثانى «٥» رحمهم الله؛ إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعاً، و مجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال فى البيع الفاسد؛ لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله، و لأن الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك كما هو المشهور -

(١) فى «ف»: كأن اعترف.

(٢) القواعد ١: ١٢٤ و التذكرة ١: ٤٦٣.

(٣) إيضاح الفوائد ١: ٤١٨ و ٤٢١.

(٤) الدروس ٣: ١٩٣، و اللمعة الدمشقية: ١١٠، و الروضة البهية ٣: ٢٣٤ ٢٣٥، و المسالك ٣: ١٦٠ ١٦١.

(٥) جامع المقاصد ٤: ٧٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٨٥

يستلزم تملك المالك للثمن، فإن تملكه البائع قبله يلزم فوات محل الإجازة؛ لأن الثمن إنما ملكه الغير، فيمتنع تحقق الإجازة، فتأمل.
و هل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان، بل قولان، أقواهما العدم؛ لأنه أكل مالٍ بالباطل.
هذا كله إذا كان باقياً، و أما لو كان تالفاً، فالمعروف عدم رجوع المشتري، بل المحكى «١» عن العلامة «٢» و ولده «٣» و المحقق «٤» و الشهيد «٥» الثانيين و غيرهم «٦» الاتفاق عليه، و وجهه كما صرح به بعضهم كالحلى «٧» و العلامة «٨» و غيرهما «٩» و يظهر من آخرين «١٠» أيضاً «١١»:- أنه سلطه على ماله بلا عوض.

(١) لم نعتز على الحاكي بعينه، نعم حكى السيد العاملى فى مفتاح الكرامة (٤: ١٩٣ ١٩٤) ما يظهر منه هذا، و راجع الجواهر ٢٢: ٣٠٥.
٣٠٦.

(٢) انظر التذكرة ١: ٤٦٣، و المختلف ٥: ٥٦ ٥٥.

(٣) إيضاح الفوائد ١: ٤٢١.

(٤) انظر جامع المقاصد ٤: ٧٧ و ٦: ٣٢٦.

(٥) انظر المسالك ٣: ١٦٠، و الروضة البهية ٣: ٢٣٥.

(٦) مثل المحلّث البحراني فى الحدائق ١٨: ٣٩٢، و كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد (مخطوط): ٦٤ و غيرهما.

(٧) راجع السرائر ٢: ٢٢٦ و ٣٢٥.

(٨) انظر التذكرة ١: ٤٦٣ و نهاية الأحكام ٢: ٤٧٨.

(٩) مثل الشهيد الثانى فى المسالك ٣: ١٦٠ و الروضة البهية ٣: ٢٣٥، و السيد الطباطبائي فى الرياض ١: ٥١٣، و انظر الجواهر ٢٢: ٣٠٥.

(١٠) فى «ش»: من آخر.

(١١) كلمة «أيضاً» من «ش» و مصححة «ن».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٨٦

توضيح ذلك: أن الضمان إمّا لعموم «على اليد ما أخذت» «١»، و إمّا لقاعدة الإقدام على الضمان الذى استدلّ به الشيخ «٢» و غيره «٣» على الضمان فى فاسد ما يضمن بصحيحه.

و الأول مخصّص بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه إليه لحفظه كما فى الوديعه «٤»، أو الانتفاع به كما فى العارية «٥» «٦»، أو استيفاء المنفعة منه كما فى العين المستأجرة «٧»، فإنّ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرف فيه و إتلافه له ممّا لا يوجب ذلك بطريق أولى.

و دعوى: أنه إنّما سلطه فى مقابل العوض، لا مجاناً حتّى يشبه الهبة الفاسدة التى تقدّم عدم الضمان فيها.

مندفعة: بأنّه إنّما سلطه فى مقابل ملك غيره، فلم يضمنه فى الحقيقة شيئاً من كيسه، فهو يشبه الهبة الفاسدة و البيع بلا ثمن

(١) عوالى اللآلى ١: ٣٨٩، الحديث ٢٢.

(٢) راجع المبسوط ٣: ٨٥ و ٨٩، و تقدّم فى الصفحة ١٨٢ من هذا الكتاب.

(٣) كالمحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤: ٦١ و ٦: ٣٢٤، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣: ١٥٤.

(٤) انظر الوسائل ١٣: ٢٢٧، الباب ٤ من أبواب كتاب الوديعه.

(٥) في «ف»: كالعارية.

(٦) انظر الوسائل ١٣: ٢٣٥ و ٢٣٩، الباب ١ و ٣ من أبواب كتاب العارية.

(٧) انظر الوسائل ١٣: ٢٨١، الباب ٣٢ من أبواب الإجارة و غيره من الأبواب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٨٧

و الإجارة بلا أجره، التي قد حكم الشهيد و غير واحد «١» بعدم الضمان فيها.

و من ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثاني للضمان و هو الإقدام على الضمان هنا؛ لأنّ البائع لم يُقدم على ضمان الثمن إلّا بما علم المشتري أنّه ليس ملكاً له.

فإن قلت: تسلّطه «٢» على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه و لو عدواناً على كونه ملكاً له، و لو لا هذا البناء لم يتحقّق مفهوم المعاوضة «٣» كما تقدّم في تصحيح بيع الغاصب لنفسه «٤» فهو إنّما سلّطه على وجه يضمّنه بماله، إلّا أنّ كلّاً منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكية البائع للمثمن «٥»، و تعاقدًا مُعرضين عن ذلك كما هو الشأن في المعاوضات الواردة على أموال الناس بين السراق و الظلمة بل بنى المشتري على كون المثمن ملكاً للبائع، فالتسليط ليس مجاناً، و تضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقي، إلّا أنّ كون المثمن مالاً له ادّعائي،

(١) لم نعر في الهبة الفاسدة على شيء من الشهيد و لا من غيره، و أمّا في البيع بلا ثمن و في الإجارة بلا أجره فقد تقدّم في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد عن الشهيد و العلّامة عدم الضمان، راجع الصفحة ١٨٦.

(٢) في مصحّحه «م»: تسليطه.

(٣) في «ف» زيادة: «و المبادله»، و في هامش «ن»: و المبادله خ.

(٤) تقدّم في الصفحة ٣٨١ و ما بعدها.

(٥) في غير «ص» و «ش»: «للمثمن»، لكن صحّح في «ن» بما أثبتناه، و اختلفت النسخ في هذه الكلمة في السطور الآتية أيضاً، أعرضنا عن الإشارة إليها اعتماداً على صحّحه ما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٨٨

فهو كما لو ظهر المثمن المعين ملكاً للغير، فإنّ المشتري يرجع إلى البائع بالثمن مع التلف اتفاقاً، مع أنّه إنّما ضمّنه الثمن بإزاء هذا الشيء الذي هو مال الغير، فكما أنّ التضمين هنا حقيقي، و كون المثمن مالاً له اعتقادي لا يقدر تخلفه في التضمين، فكذلك بناء المشتري في ما نحن فيه على ملك المثمن عدواناً لا يقدر في التضمين الحقيقي بماله.

قلت: الضمان كون الشيء في عهدة الضامن و خسارته عليه، و إذا كان المضمون به ملكاً لغير الضامن واقعاً فلا يتحقّق الضمان الحقيقي مع علمهما بذلك.

و ما ذكر: من بناء المتعاقدين في هذا العقد على كون المثمن ملكاً للبائع الغاصب مع كونه مال الغير، فهو إنّما يُصحّح وقوع عقد التمليك و التملك منهما ادّعاءً مع عدم كون البائع أهلاً لذلك في الواقع، و إلّا فأصل المعاوضة حقيقه بين المالكين و الضمان و التضمين الحقيقي بالنسبة إليهما؛ و لذا ينتقل الثمن إلى مالك المبيع و يدخل في ضمانه بمجرد الإجارة.

و الحاصل: أنّه لا- تضمين حقيقه في تسليط المشتري البائع على الثمن، و أمّا رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لمالكية «١» البائع للمثمن عند انكشاف الخطأ مع أنّه إنّما ضمّنه بمال الغير فلعدم طيب نفسه على تصرّف البائع فيه من دون ضمان، و إن كان ما ضمّنه به غير ملك له و لا يتحقّق به التضمين؛ لأنّه إنّما طاب نفسه بتصرّف البائع لاعتقاد كون المثمن ملكاً له و صيرورته مباحاً له بتسليطه

عليه، و هذا مفقود فيما

(١) كذا في «ش» و نسخة بدل «ن»، و في سائر النسخ: لملكيته.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٨٩

نحن فيه؛ لأن طيب النفس بالتصرف و الإتلاف من دون ضمان له بماله حاصل.

و ممّا ذكرنا يظهر أيضاً فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد، حيث إنّه ضمّن البائع بما يعلم أنّه لا يضمن الثمن به، و

كذا البائع مع علمه بالفساد ضمّن المشتري بما يعلم أنّ «١» المشتري لا يضمن به، فكأنه لم يضمنه بشيء.

وجه الفساد: أنّ التضمين الحقيقي حاصل هنا؛ لأنّ المضمون به مال الضامن، غاية الأمر أنّ فساد العقد مانع عن مضي هذا الضمان و

التضمين في نظر الشارع؛ لأنّ المفروض فساده، فإذا لم يمتص الشارع الضمان الخاص صار أصل إقدام الشخص على الضمان

الحقيقي، أو قاعدة إثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني أو استئمان عن مالكه، موجبا لضمانه على الخلاف في مدرك الضمان

في فساد ما يضمن بصحيحه «٢» و شيء منهما غير موجود فيما نحن فيه، كما أوضحناه بما لا مزيد عليه «٣»، و حاصله: أنّ دفع المال

إلى الغاصب ليس إلماً كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع و تسليطه على إتلافه، في أنّ رد المالك لا يوجب الرجوع إلى

هذا الثالث «٤».

نعم، لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر

(١) في «ع» و ظاهر «ن» بدل «أن»: «إذ»، و في مصححتي «م» و «ن»: «أن».

(٢) راجع الصفحة ١٨٨ ١٩١.

(٣) راجع الصفحة ٤٨٦ ٤٨٧.

(٤) في «ف» زيادة: أو السلطنة على إتلافه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٩٠

و الخنزير و الحرّ قوى أطراد ما ذكرنا فيه: من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال، كما صرح به شيخ مشايخنا في

شرحه على القواعد «١».

هذا، و لكن «٢» إطلاق قولهم: «إنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده» يقتضى الضمان فيما نحن فيه و شبهه؛ نظراً إلى أنّ البيع

الصحيح يقتضى الضمان بفساده كذلك، إلّا أنّ يفسر بما أبطلناه سابقاً: من أنّ كلّ عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض

فساده «٣»، و لا ريب أنّ العقد فيما نحن فيه و في مثل المبيع «٤» بلا ثمن و الإجارة بلا اجرة إذا فرض صحيحاً لا يكون فيه «٥» ضمان،

فكذلك مع الحكم بالفساد، لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقاً في توضيح هذه القضية؛ فإنّ معناه: أنّ كلّ عقد تحقّق

الضمان في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان في الفرد الفاسد منه، فيختصّ موردها بما إذا كان للعقد فردان فعليّان، لا الفرد الواحد

المفروض تارة صحيحاً و أخرى فاسداً.

نعم، يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه و شبهه، بأن لا يكون المراد من العقد في موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من

أنواع العقود كالبيع و الصلح بل يراد مطلق المعاملة المائيّة التي يوجد لها

(١) شرح القواعد (مخطوط): ٦٨.

(٢) في «ف» زيادة: مقتضى.

(٣) سبق إبطاله في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، راجع الصفحة ١٨٦.

(٤) في مصححة «م»: البيع.

(٥) كذا في «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: فيها.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٩١

فردان صحيح و فاسد، فيقال: إن ما نحن فيه و البيع بلا ثمن و الإجارة بلا اجرة، تمليك بلا عوض من مال الآخر، و الفرد الصحيح من هذه المعاملة و هي الهبة الغير المعوضة لا ضمان فيها، ففاسدها كذلك، فتأمل.

و بالجملة، فمستند المشهور في مسألتنا لا يخلو من غموض؛ و لذا لم يصرح أحد بعدم الضمان في «بعتك بلا ثمن» مع اتفاقهم عليه هنا «١»، و صرح بعضهم «٢» بضمان المرتشى مع تلف الرشوة التي هي من قبيل الثمن فيما نحن فيه. نعم، ذكر الشهيد رحمه الله و غيره عدم الضمان في الإجارة بلا اجرة «٣».

و يؤيد ما ذكرنا: ما دلّ من الأخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سحتاً «٤»، و إن أمكن الذبّ عنه بأن المراد التشبيه في التحريم، فلا ينافي عدم الضمان مع التلف كأصل السحت.

ثم إن مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن: ثبوت

(١) لم ترد «هنا» في غير «ف» و «ش»، و استدركت في «ن».

(٢) صرح به المحقق في الشرائع ٤: ٧٨، و العلامة في القواعد ٢: ٢٠٥، و في المستند (٢: ٥٢٧) هكذا: على المصرح به في كلام الأصحاب بل نفي الخلاف بيننا عليه.

(٣) تقدّم عن الشهيدين في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد (راجع الصفحة ١٨٦)، و استحسنة السيد الطباطبائي في الرياض ٢: ٨ فيما لو اشترط عدم الأجرة.

(٤) انظر الوسائل ١٢: ٦١ و ٨٣، الباب ٥ و ١٤ من أبواب ما يكتسب به، و غيرهما من الأبواب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٩٢

الرجوع إذا باع البائع الفضولي غير بائع لنفسه، بل باع عن المالك و دفع المشتري الثمن إليه لكونه واسطة في إيصاله إلى المالك فتلف في يده؛ إذ لم يسأله عليه و لا أذن له في التصرف فيه، فضلاً عن إتلافه، و لعلّ كلماتهم و معاقد اتفاقهم تختص بالغاصب البائع لنفسه، و إن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضوليّة. و كذا يقوى الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري، بل أخذه بناءً على العقد الواقع بينهما؛ فإنه لم يحصل هنا من المشتري تسليط «١» إلّا بالعقد، و التسليط العقدي مع فساده غير مؤثر في دفع «٢» الضمان، و يكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم «٣» بإباحة تصرف البائع الغاصب «٤» فيه مع اتفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة.

و كذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العين صاحبها.

و لو كان الثمن كلياً فدفع إليه المشتري بعض أفراده، فالظاهر عدم الرجوع؛ لأنه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجاناً.

(١) في غير «ص» و «ش»: «تسلط»، لكن صحح في «ن» و «م» بما أثبتناه.

(٢) في «ص»: رفع.

(٣) لم نقف على المصرح بهذا، نعم نسبه في جامع المقاصد ٤: ٧١ إلى الأصحاب، و في الجواهر ٢٢: ٣٠٧ نسبة جواز التصرف إلى ظاهر المحقق الكركي و غيره.

(٤) كلمة «الغاصب» من «ش» و مصححة «ن».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٩٣

المسألة الثانية أن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن:

فإمّا أن يكون في «١» مقابل العين، كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كانت القيمة المأخوذة منه عشرين و الثمن عشرة.

و إمّا أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري، كسكنى الدار و وطء الجارية و اللبن و الصوف و الثمرة. و إمّا أن يكون غرامة لم يحصل له في مقابلها نفع، كالنفقة و ما صرفه في العمارة، و ما تلف منه أو ضاع من الغرس و الحفر، أو إعطائه قيمةً للولد المنعقد حرًا و نحو ذلك، أو نقص من الصفات و الأجزاء.

ثم المشتري، إن كان عالماً فلا رجوع في شيء من هذه الموارد؛ لعدم الدليل عليه.

و إن كان جاهلاً، فأما الثالث فالمعروف من مذهب الأصحاب كما في الرياض «٢» و عن الكفاية «٣»:- رجوع المشتري الجاهل بها على البائع، بل في كلام بعض «٤» تبعاً للمحكي عن فخر الإسلام في

(١) كذا في «ف» و «ص» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: من.

(٢) الرياض ٢: ٣٠٧.

(٣) الكفاية: ٢٦٠، و فيه: «و ذكر الأصحاب .. إلخ»، كما نقله عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٩٩.

(٤) مفتاح الكرامة ٤: ١٩٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٩٤

شرح الإرشاد «١» دعوى الإجماع على الرجوع بما «٢» لم يحصل في مقابله نفع.

و في السرائر «٣»: أنه يرجع قولاً واحداً «٤»، و «٥» في كلام المحقق «٦» و الشهيد «٧» الثانيين في كتاب الضمان:- نفى الإشكال عن ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشتري إذا قلعه «٨» المالك.

و بالجملة، فالظاهر عدم الخلاف في المسألة؛ للغرور فإنّ البائع مغرّر للمشتري و موقع إتياء في خطرات الضمان و متلف عليه ما يغرمه، فهو كشاهد الزور الذي يُرجع إليه إذا رجع عن «٩» شهادته و لقاعدة نفى الضرر، مضافاً إلى ظاهر رواية جميل أو فحواها: «عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحقّ الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحقّ، و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التي أخذت منه» «١٠» فإنّ حرّية ولد

(١) لا يوجد لدينا، لكن حكاها عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٩٩.

(٢) في غير «ف» و «ش» بدل «بما»: ما.

(٣) في «ش»: ير (رمز التحرير)، و انظر التحرير ٢: ١٤٢.

(٤) السرائر ٢: ٤٩٣.

(٥) الواو من «ف» و «ش».

(٦) جامع المقاصد ٥: ٣٤٠.

(٧) المسالك ٤: ٢٠٥.

(٨) في «خ» و «ع» كتب على «قلعه»: تلفه خ، و في «ص»: أتلفه خ.

(٩) كذا في «م»، و في سائر النسخ: من.

(١٠) الوسائل ١٤: ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث ٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٩٥

المشترى إما أن يعدّ نفعاً عائداً إليه أو لا، و على التقديرين يثبت المطلوب، مع أن في توصيف قيمة الولد بأنها «أخذت منه» نوع إشعار بعليّه «١» الحكم، فيطرد في سائر ما أخذت «٢» منه.

و أما السكوت عن رجوع المشتري إلى البائع في بعض الأخبار، فهو لعدم كونه مسوقاً لذلك.

كرواية زرارة: «في رجل اشترى من سوق المسلمين جارية فخرج بها إلى أرضه فولدت منه «٣» أولاداً، ثم أتاه من يزعم أنها له و أقام على ذلك البيئته، قال: يقبض ولده و يدفع إليه الجارية، و يعوّضه من قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها» «٤».

و رواية زريق، قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام يوماً إذ دخل عليه رجلان، فقال أحدهما: إنه كان عليّ مالٌ لرجل من بنى عمّار، و له بذلك ذكر حقّ «٥» و شهود، فأخذ المال و لم أسترجع عنه «٦» الذكر بالحقّ، و لا كتبت عليه كتاباً، و لا أخذت منه براءة بذلك؛ و ذلك لأنني وثقت به، و قلت له: مزق الذكر بالحقّ الذي عندك، فمات و تهاون

(١) كذا في «ن»، و استظهر في «ص»، و في سائر النسخ: لعليّه.

(٢) كذا، و المناسب: ما أخذ.

(٣) في «ف»: فولد منها.

(٤) الوسائل ١٤: ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث ٤.

(٥) ذكر الحقّ: الوثيقة التي يُذكر فيها الدين، انظر لسان العرب ٧: ٣٧٩، و الإفصاح: ١٢٠٨.

(٦) في الوسائل: منه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٩٦

بذلك و لم يمزّقه، و عقيب هذا طالبني بالمال ورّأته و حاكموني و أخرجوا بذلك ذكر الحقّ «١»، و أقاموا العدول فشاهدوا عند الحاكم، فأخذت بالمال، و كان المال كثيراً، فتواريت عن الحاكم، فباع عليّ قاضي الكوفة معيشةً لى و قبض القوم المال، و هذا رجل من إخواننا ابتلى بشراء معيشتي من القاضي.

ثم إن ورثة الميت أقروا أن أباهم قد قبض المال، و قد سألوه أن يرّد عليّ معيشتي و يعطونه الثمن في أنجم معلومة، فقال: إنّي أحبّ أن أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن هذا.

فقال الرجل يعني المشتري: - كيف أصنع جعلت فداك؟ قال: تصنع أن ترجع بمالك على الورثة، و ترّد المعيشة إلى صاحبها و تخرج يدك عنها.

قال: فإذا فعلت ذلك، له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلّة من ثمن الثمار، و كلّ ما كان مرسوماً في المعيشة يوم اشتريتها يجب أن ترّد ذلك، إلّا ما كان من زرع زرعته أنت، فإنّ للزارع إما قيمة الزرع، و إما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل ذلك «٢» كان ذلك له، و ردّ عليك القيمة و كان الزرع له.

قلت: جعلت فداك! فإن كان هذا قد أحدث فيها بناءً أو غرساً «٣»؟

(١) في الوسائل: الذكر بالحقّ.

(٢) لم ترد «ذلك» في الوسائل، و شطب عليها في «ص».

(٣) في الوسائل: قد أحدث فيها بناء و غرس.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٩٧

قال: له قيمة ذلك، أو يكون ذلك المحدث بعينه «١» يقلعه و يأخذه.

قلت: أ رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس و هُدم البناء؟ فقال: يردّ «٢» ذلك إلى ما كان أو يغرّم القيمة لصاحب الأرض، فإذا ردّ جميع ما أخذ من غلاتها على «٣» صاحبها و ردّ البناء و الغرس و كلّ محدث إلى ما كان، أو ردّ القيمة كذلك، يجب على صاحب الأرض أن يردّ عليه «٤» كلّ ما خرج عنه «٥» في إصلاح المعيشة، من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة، و دفع النوائب عنها «٦»، كلّ ذلك فهو «٧» مردود إليه «٨».

و فيه مع أننا نمنع ورودها «٩» إلّا في مقام حكم المشتري مع المالك:- أن السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل، مع أن «١٠»

(١) في «ف» و «خ» و نسخة بدل «ن»، «م»، «ع» و «ش»: نفسه.

(٢) في «ف»، «م» و «ع»: ترد.

(٣) في الوسائل و مصححة «م» و «ص»: إلى.

(٤) عبارة «أن يردّ عليه» من الوسائل، و قد استدركت في هامش «خ»، «م»، «ص» و «ش».

(٥) كذا في الوسائل و مصححة «ص»، و في النسخ: منه.

(٦) كلمة «عنها» من الوسائل، و استدركت في «م» و «ص».

(٧) كلمة «فهو» من الوسائل، و استدركت في «م» و «ص».

(٨) في النسخ زيادة: «إلخ»، و الظاهر أنّه لا وجه له، لأنّ الحديث المذكور بتمامه، انظر الوسائل ١٢: ٢٥٣، الباب ٣ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٩) كذا في النسخ، و الظاهر أنّ الصواب: «ورودهما» كما في مصححة «ن».

(١٠) في «ش»: أنّه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٤٩٨

رواية زرارة ظاهرها عدم التمكّن من الرجوع إلى البائع، مع أنّ البائع في قضيه زريق هو القاضى، فإن كان قضاؤه صحيحاً لم يتوجّه إليه غرم؛ لأنّ الحاكم من قبل الشارع ليس غازياً «١» من جهه حكمه على طبق البيئه المأمور بالعمل بها، و إن كان قضاؤه باطلاً كما هو الظاهر فالظاهر علم المشتري بطلان قضاء المخالف و تصرّفه في أمور المسلمين، فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له.

و أمّا الثانى، و هو ما غرّمه في مقابل النفع الواصل إليه من المنافع و النماء، ففي الرجوع بها خلاف، أقواها «٢» الرجوع؛ وفاقاً للمحكى عن المبسوط «٣» و المحقق «٤» و العلّامة في التجارة «٥» و الشهيد «٦» و المحقق

(١) في «ع» و «ص»: غارماً.

(٢) كذا، و لعلّ الأولى: أقواهما.

(٣) حكاة السيد العاملى في مفتاح الكرامة ٤: ١٩٩ و ٦: ٣٠١ عن موضع من المبسوط، و لم نعثر عليه فيه، و فى الإيضاح (٢: ١٩١) و التنقيح (٤: ٧٥) أنّ للشيخ قولين، و لكنّ الشهيد الثانى فى المسالك (٢: ٢١٣) الطبعة الحجرية حكى عن الشيخ فى المبسوط: العدم، و

مثله المحقق السبزواري فى الكفاية: ٢٦٠ و السيد الطباطبائي فى الرياض: ٢: ٣٠٧.

(٤) حكاة الشهيد الثاني في المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢١٣، و السيد الطباطبائي في الرياض ٢: ٣٠٧ وغيرهما عن متاجر الشرائع، انظر الشرائع ٢: ١٤.

(٥) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦: ٣٠١، عن ظاهر القواعد في المتاجر، و انظر القواعد ١: ١٢٤.

(٦) الدروس ٣: ١١٥، و الروضة البهية ٣: ٢٣٨، و المسالك ٣: ١٦٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٤٩٩

الثاني «١» و غيرهم «٢»، و عن التنقيح: أن عليه الفتوى «٣»؛ لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهراً في من قدّم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله.

و يؤيده: قاعدة نفي الضرر؛ فإنّ تغريم من أقدم على إتلاف شيء من دون عوض مغروراً من آخر بأن له ذلك مجاناً، من دون الحكم برجوعه إلى من غرّه، في ذلك ضرر عظيم، و مجرّد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر. و كيف كان، فصدق الضرر و إضرار الغازّ به ممّا لا يخفى، خصوصاً في بعض الموارد.

فما في الرياض: من أنّه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر المفقود في المقام؛ لوصول العوض إلى المشتري «٤»، لا يخلو عن شيء.

مضافاً إلى ما قيل عليه: من منع مدخليّة الضرر في قاعدة الغرور، بل هي مبيته على قوّة السبب على المباشر «٥».

لكنّه لا يخلو من نظر؛ لأنّه إنّما يدعى اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصّة و الإجماع بصورة الضرر.

(١) جامع المقاصد ٦: ٣٢٦.

(٢) كفخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢: ١٩١، و المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨: ١٦٤، و غيرهما.

(٣) التنقيح ٤: ٧٥.

(٤) الرياض ٢: ٣٠٧.

(٥) قاله صاحب الجواهر في الجواهر ٣٧: ١٨٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٠٠

و أمّا قوّة السبب على المباشر، فليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور، إلّا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه، كما في المُكرّه و كما في الريح العاصف الموجب للإحراق، و الشمس الموجبة لإذابة الدهن و إراقتها.

و المتّجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً، كما نُسب إلى ظاهر الأصحاب في المكره «١»؛ لكون المباشر بمنزلة الآلة، و أمّا في غير ذلك فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج إلى دليل مفقود، فلا بدّ من الرجوع بالآخرة إلى قاعدة الضرر، أو الإجماع المدعى في الإيضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى «٢»، أو بالأخبار الواردة في الموارد المتفرّقة «٣»، أو كون الغازّ سبباً في تغريم المغرور، فكان كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ بشهادته «٤».

و لا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه، أمّا الأخير فواضح، و أمّا الأوّل فقد «٥» عرفته، و أمّا الإجماع و الأخبار فهما و إن لم يردا في خصوص المسألة، إلّا أنّ تحقّقهما «٦» في نظائر المسألة كافٍ، فإنّ

(١) نسبه صاحب الجواهر في الجواهر ٣٧: ٥٧.

(٢) الإيضاح ٢: ١٩١.

(٣) منها ما تقدّم في الصفحة ٤٩٤ و ما بعدها.

(٤) في غير «ف» و «ن»: «لشهادته»، راجع الوسائل ١٨: ٢٣٨ و ٢٤٢، الباب ١١ و ١٤ من أبواب الشهادات.

(٥) في «ف»، «ن» و «خ»: قد.

(٦) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: «تحققها»، لكن صححت في «ن»، «م» و «ص» بما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٠١

رجوع آكل طعام الغير إلى من غره بدعوى تملكه و إباحته له مورد الإجماع ظاهراً، و رجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزور مورد الأخبار، و لا يوجد فرق بينهما و بين ما نحن فيه أصلاً.

و قد ظهر ممّا ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه، كما في كلام بعض «١»، حيث عدل في ردّ مستند المشهور عمّا في الرياض «٢» من منع الكبرى، إلى منع الصغرى، فإنّ الإنصاف أنّ مفهوم الغرور الموجب للرجوع في باب الإتلاف و إن كان غير منقّح، إلّا أنّ المتيقّن منه ما كان إتلاف المغرور لمال الغير و إثبات يده عليه لا بعنوان أنّه مال الغير، بل قصده إلى إتلافه «٣» مال نفسه أو مال من أباح له الإتلاف، فيكون غير قاصد لإتلاف مال الغير، فيشبه المكره في عدم القصد.

هذا كلّه، مضافاً إلى ما قد يقال: من دلالة رواية جميل المتقدّمة «٤» بناءً على أنّ حرّية الولد منفعه راجعة إلى المشتري، و هو الذي ذكره المحقق احتمالاً في الشرائع في باب الغصب «٥»، بناءً على تفسير المسالك «٦»، و فيه تأمل.

(١) و هو صاحب الجواهر في الجواهر ٣٧: ١٨٣.

(٢) الرياض ٢: ٣٠٧.

(٣) في «م»: إتلاف.

(٤) تقدّمت في الصفحة ٤٩٤.

(٥) الشرائع ٣: ٢٤٦.

(٦) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢١٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٠٢

ثمّ إنّ ممّا ذكرنا في حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه في مقابل العين من زيادة القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد، كما لو باع ما يسوى «١» عشرين بعشرة، فتلف فأخذ منه المالك عشرين «٢»، فإنّه لا يرجع بعشرة الثمن، و إلّا لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغره «٣» في ذلك؛ لأنّه لو فرض صدق البائع في دعوى الملكية لم يزل غرامة المشتري «٤» للثمن بإزاء المبيع التالف، فهذه الغرامة للثمن «٥» لم تنشأ عن كذب البائع، و أمّا العشرة الزائدة فإنّما جاء غرامتها من كذب البائع في دعواه، فحصل الغرور فوجب الرجوع.

و ممّا ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر «٦» في وجه عدم الرجوع: من أنّ المشتري إنّما أقدم على ضمان العين و كون تلفه منه، كما هو شأن فاسد كلّ عقد يُضمن بصحيحه، و مع الإقدام لا غرور؛ و لذا لم يقل به في العشرة المقابلة للثمن.

توضيح «٧» الاندفاع: أنّ الإقدام إنّما كان على ضمانه بالثمن، إلّا أنّ

(١) في «خ»، «م»، «ع» و «ص»: «سوى»، و في الأخيرة مكتوب فوقها: ساوى ظ.

(٢) كذا في «ش» و مصحّحة «ن»، و في غيرهما: عشرين.

(٣) في «ع»: يغرمه.

(٤) في غير «ش» بدل المشتري: «البائع»، لكن صححت في «خ»، «م»، «ن» و «ص» بما أثبتناه.

(٥) لم ترد «للثمن» في «ف».

(٦) انظر المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢١٣، والجواهر ٣٧: ١٧٩.

(٧) في «ف»: و توضيح.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٠٣

الشارع جعل القبض على هذا النحو من الإقدام مع فساد العقد و عدم إمضاء الشارع له سبباً لضمان المبيع بقيمته الواقعيه، فالمانع من تحقق الغرور و هو الإقدام لم يكن إلّا في مقابل الثمن، و الضمان المسبب عن هذا الإقدام لما كان لأجل فساد العقد المسبب عن تغير البائع كان المرتب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقراً على الغاز، فغرامه العشرة الزائدة و إن كانت مسببه عن الإقدام، إلّا أنّها ليست مقدماً عليها.

هذا كله، مع أنّ التحقيق على ما تقدّم سابقاً «١»:- أنّ سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الائتمان، و أن ليس الإقدام على الضمان علّه له مع عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان و إن استدّل به الشيخ «٢» و أكثر من تأخر عنه «٣»، و قد ذكرنا في محلّه توجيه ذلك بما يرجع إلى الاستدلال باليد، فراجع «٤». و كيف كان، فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى منه فيما حصل في مقابله نفع.

هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد، و لو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه أولى.

هذا كله فيما يغرمه المشتري بإزاء نفس العين التالفه، و أمّا ما يغرمه بإزاء أجزائه التالفه، فالظاهر أنّ حكمه حكم المجموع في

(١) تقدّم في الصفحة ١٩٠ ١٩١ و ٤٨٩.

(٢) كما تقدّم في الصفحة ٤٨٦، و راجع الصفحة ١٨٢ و ١٨٨، أيضاً، في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد.

(٣) كما تقدّم في الصفحة ٤٨٦، و راجع الصفحة ١٨٢ و ١٨٨، أيضاً، في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد.

(٤) راجع الصفحة ١٩٠ ١٩١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٠٤

أنّه يرجع في الزائد على ما يقابل ذلك الجزء لا فيما يقابله على ما اخترناه و يجيء على القول الآخر عدم الرجوع في تمام ما يغرمه. و أمّا ما يغرمه بإزاء أوصافه، فإن كان ممّا لا يقسّط عليه الثمن كما عدا وصف الصحه من الأوصاف التي يتفاوت بها القيمة، كما لو كان عبداً كاتباً فنسى الكتابه عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشتري على البائع؛ لأنّه لم يُقدم على ضمان ذلك.

ثمّ إنّ ما ذكرنا كلّ من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه إنّما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهه كون البائع غير مالك، أمّا لو كان فاسداً من جهه أخرى فلا رجوع على البائع؛ لأنّ الغرامه لم تجيء من تغير البائع في دعوى الملكيه، و إنّما جاءت من جهه فساد البيع، فلو فرضنا البائع صادقاً في دعواه لم تزل الغرامه، غايه الأمر كون المغرور له هو البائع على تقدير الصدق، و المالك على تقدير كذبه، فحكمه حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على تقدير صدق البائع و كذبه.

ثمّ إنّّه قد ظهر «١» ممّا ذكرنا: أنّ كلّ ما يرجع المشتري به على البائع إذا رُجع عليه «٢»، فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رُجع عليه؛ لأنّ المفروض قرار الضمان على البائع، و أمّا ما لا يرجع المشتري

(١) في «ف»: قد تلخص.

(٢) كذا في «ف» و نسخة بدل «ن»، و في سائر النسخ: إليه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٠٥

به على البائع كمساوى الثمن من القيمة فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك، و الوجه فى ذلك حصول التلف فى يده. فإن قلت: إن كلاً من البائع و المشتري يتساويان فى حصول العين فى يدهما العادية التى هى سبب للضمان «١»، و حصول التلف فى يد المشتري «٢» لا دليل على كونه سبباً لرجوع البائع عليه. نعم، لو أتلف بفعله رجع؛ لكونه سبباً لتنجز الضمان على السابق. قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمّة كل من اليدين ببدل التالف و صيرورته فى عهدة كل منهما، مع أنّ الشئ الواحد لا يقبل الاستقرار «٣» إلّا فى ذمّة واحدة، و أنّ الموصول فى قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» «٤» شئ واحد، كيف يكون على كل واحدة من الأيدى المتعددة؟ فنقول: معنى كون العين المأخوذة على اليد: كون عهدها و دركها بعد التلف عليه، فإذا فرض أيد متعددة يكون العين الواحدة فى عهدة كل من الأيدى، لكن ثبوت الشئ الواحد فى العهدة المتعددة معناه: لزوم خروج كل منها عن العهدة عند تلفه، و حيث إنّ الواجب هو

(١) فى «ف»: الضمان.

(٢) فى غير «ف» و «ش» زيادة: «لا وجه له، و»، و قد شطب عليها فى «ن».

(٣) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: «لا يعقل الاستقرار»، لكن صحّح فى «خ» و «ص» ب «لا يعقل استقراره».

(٤) عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٠٦

تدارك التالف الذى يحصل ببدل واحد لا أزيد، كان معناه: تسلط المالك على مطالبه كل منهم بالخروج «١» عن العهدة عند تلفه «٢»، فهو يملك ما فى ذمّة كل منهم على البديل، بمعنى أنّه إذا استوفى أحدها «٣» سقط «٤» الباقي؛ لخروج الباقي عن كونه «٥» تداركاً، لأنّ المتدارك لا يتدارك.

و الوجه فى سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي: أنّ مطالبته ما دام لم يصل إليه المبدل و لا بدله، فأيتها «٦» حصل فى يده لم يبق له استحقاق بدله «٧»، فلو بقى شئ له فى ذمّة واحدة «٨» لم يكن بعنوان

(١) فى غير «ف» و «ن»: الخروج.

(٢) عند تلفه «ساقطه من «ف»».

(٣) كذا فى «ش» و مصححتى «ن» و «م»، و فى مصححتى «خ» و «ص»: أحدهم، و فى نسختى «ف» و «ع»: «أحدهما»، و الظاهر أنّها كانت فى أصل النسخ مثناة، ثم أضيف إليها فى بعض النسخ كلمة «من» قبلها تصحيحاً أو استظهاراً.

(٤) فى «ص» زيادة: من خ.

(٥) كذا فى «ع» و «ص» و مصححة «خ»، و فى سائر النسخ: «كونها»، قال الشهيدى: ضمير «كونها» على تقدير صحّة النسخة راجع إلى «الباقي» بلحاظ المعنى، فإنّ المراد منه الأبدال، و الصواب «كونه» بدل «كونها». (هداية الطالب: ٣١١).

(٦) كذا فى «ف»، و فى «ن» و «خ» قبل التصحيح، و فى سائر النسخ: «فأيتها»، و الصواب ما أثبتناه، و الضمير راجع إلى «الأبدال» المستفاد من الكلام.

(٧) فى «خ» شطب على «بدله».

(٨) فى «ف» و «ن»: واحد.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٠٧

البديئية، و المفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

و يتحقق ممّا ذكرنا: أنّ المالك إنّما يملك البدل على سبيل البديئية، و «١» يستحيل اتّصاف شيء منها بالبديئية بعد صيرورة أحدها بدلًا عن التالف واصلًا إلى المالك.

و يمكن أن يكون نظير ذلك: ضمان المال على طريقة الجمهور؛ حيث إنّ ضمّ ذمّة إلى ذمّة أخرى «٢»، و ضمان عهدة العوضين لكلّ من البائع و المشتري عندنا كما في الإيضاح «٣» و ضمان الأعيان المضمونة على ما استقر به في التذكرة «٤» و قوّاه في الإيضاح «٥»، و ضمان الاثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة «٦».

و قد حكى فخر الدين «٧» و الشهيد «٨» عن العلّامة رحمه الله في درسه «٩»: أنّه نفى المنع عن «١٠» ضمان الاثنين على وجه الاستقلال، قال: و نظيره في

(١) في غير «ش» بدل «و»: «إذ»، لكن صحّح في «ن» بما أثبتناه.

(٢) انظر المغنى؛ لابن قدامة ٤: ٥٩٠.

(٣) لم نقف عليه.

(٤) التذكرة ٢: ٩٢، و فيه: و في ضمان الأعيان المضمونة و العهدة إشكال، أقربه عندي جواز مطالبة كلّ من الضامن و المضمون عنه بالعين المغصوبة.

(٥) لم نقف عليه.

(٦) راجع الوسيلة: ٢٨١.

(٧) الإيضاح ٢: ٨٩.

(٨) لم نقف عليه في كتبه و لا على من حكى عنه.

(٩) في «ش»: دروسه.

(١٠) في غير «ف»: من.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٠٨

العبادات: الواجب الكفائي، و في الأموال: الغاصب من الغاصب.

هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوى الأيدي.

و أمّا حال بعضهم بالنسبة إلى بعض، فلا ريب في أنّ اللاحق إذا رُجع عليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجباً لإيقاعه في خطر الضمان، كما لا ريب في أنّ السابق إذا رُجع عليه و كان غاراً لللاحق لم يرجع إليه، إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له؛ فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غاراً له.

فنقول: إنّ الوجه في رجوعه هو أنّ السابق اشتغلت ذمّته «١» بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدل، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل و المبدل على سبيل البدل؛ إذ لا يُعقل ضمان المبدل معيّناً من دون البدل، و إلّا خرج بدله عن كونه بدلًا، فما يدفعه الثاني فإنّما هو تدارك لما استقرّ تداركه في ذمّة الأوّل، بخلاف ما يدفعه الأوّل؛ فإنّه تدارك نفس العين معيّناً؛ إذ «٢» لم يحدث له تدارك آخر بعد؛ فإن أدّاه إلى المالك سقط تدارك الأوّل له. و لا يجوز دفعه إلى الأوّل قبل دفع الأوّل إلى المالك؛ لأنّه من باب الغرامة و التدارك، فلا اشتغال للذمّة قبل حصول التدارك «٣»، و ليس من قبيل العوض لما في ذمّة الأوّل.

فحال الأوّل مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنّه

(١) في غير «ف» و «ش» زيادة: «له»، لكن شطب عليها في «ن».

(٢) في «خ» و «ع»: إذا.

(٣) كذا في «ش» و مصححه «ص»، و في سائر النسخ: قبل فوات المتدارك.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٠٩

لا يستحقّ الدفع إليه إلّا بعد الأداء.

والحاصل: أنّ من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البذل من المالك و من سبقه في اليد، فيشتغل «١» ذمته إمّا بتدارك العين، و إمّا بتدارك ما تداركها «٢»، و هذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البذل، كما كان في الأيدي المتعاقبة اشتغال ذمّة أشخاص على البذل بشيء «٣» واحد لشخص واحد.

و ربما يقال «٤» في وجه رجوع غير من تلف المال في يده إلى من تلف في يده «٥» لو رجع عليه: إنّ ذمّة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبذل و إن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغل ذمته به، فيملك حينئذٍ من أدّى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعيّة القهرية، قال: و بذلك أتضح الفرق بين من تلف المال في يده، و بين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمي؛ إذ لا دليل على شغل ذمّ متعدّدة بمال واحد، فحينئذٍ يرجع عليه و لا يرجع هو «٦»، انتهى.

و أنت خبير بأنّه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده و خطاب غيره بأنّ خطابه ذمي و خطاب غيره شرعي؛ مع كون دلالة

(١) في «ف»: «فيستقل»، و في «ش»: و يشتغل.

(٢) في «ف»: تداركه.

(٣) في غير «ن» و «ش»: لشيء.

(٤) قاله صاحب الجواهر في الجواهر ٣٧: ٣٤.

(٥) عبارة «إلى من تلف في يده» ساقطة من «ش».

(٦) انتهى ما قاله صاحب الجواهر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥١٠

«على اليد ما أخذت» بالنسبة إليهما على السواء، و المفروض أنّه «١» لا- خطاب بالنسبة إليهما غيره، مع أنّه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء و الخطاب الذمي.

مع أنّه لا- يكاد يعرف خلاف من أحد في كون كلٍّ من ذوى الأيدي مشغول الذمّة بالمال فعلاً ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك، نظير الاشتغال بغيره من الديون في إجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله، و تقديمه على الوصايا و الضرب فيه مع الغرماء، و مصالحته المالك عنه مع آخر، إلى غير ذلك من أحكام ما في الذمّة.

مع أنّ تملك غير من تلف المال بيده لما في ذمّة «٢» من تلف المال بيده بمجرد دفع البذل، لا يعلم له سبب اختياري و لا قهري، بل المتّجه على ما ذكرنا سقوط حقّ المالك عمّن تلف في يده بمجرد أداء غيره؛ لعدم تحقّق موضوع التدارك بعد تحقّق التدارك.

مع أنّ اللانزم ممّا ذكره أن لا يرجع الغارم فيمن «٣» لحقه في اليد «٤» العادية إلّا إلى «٥» من تلف في يده، مع أنّ الظاهر خلافه؛ فإنّه يجوز له أن يرجع إلى كلٍّ واحد ممّن بعده.

نعم، لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى

(١) في «ف»: أن.

(٢) في غير «ش»: ذمته، لكن صححت في «ص» و ظاهر «ن» بما أثبتناه.

(٣) في «ش»: بمن.

(٤) في مصححة «ص»: الأيدي.

(٥) كلمة «إلى» من «ش» و مصححة «ن»، و العبارة في «ص»: إلّا بمن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥١١

أن يستقرّ على من تلف في يده.

هذا كله إذا تلف المبيع في يد المشتري. و قد عرفت الحكم أيضاً في صورة بقاء العين «١» و أنه يرجع المالك بها على من في يده أو «٢» من جرت يده عليها، فإن لم يمكن انتزاعها ممن هي في يده غرم للمالك بدل الحيلولة، و للمالك استرداده «٣» فيردّ بدل الحيلولة.

و لا- يرتفع سلطنة المالك على مطالبه الأول بمجرد تمكنه من الاسترداد من الثاني، لأنّ عهدها «٤» على الأول فيجب عليه «٥» تحصيلها و إن بذل ما بذل. نعم، ليس للمالك أخذ مئونة الاسترداد، لياشر «٦» بنفسه.

و لو لم يقدر على استردادها إلّا المالك، و طلب من الأول عوضاً عن الاسترداد، فهل يجب عليه بذل العوض، أو ينزل منزلة التعذر فيغرم بدل الحيلولة، أو يفرّق بين الأجرة المتعارفة للاسترداد و بين الزائد عليها ممّا يعدّ إجحافاً على الغاصب الأول؟ وجوه. هذا كله مع عدم تغير العين، و أمّا إذا تغيرت فيجىء صور كثيرة

(١) في الصفحة ٤٨٣.

(٢) في «ف» زيادة: على.

(٣) في «ش»: «استردادها»؛ قال الشهيدى قدّس سرّه: و ضمير «استرداده» راجع إلى «من» في قوله: ممن هي في يده. (هداية الطالب: ٣١١).

(٤) في غير «ش»: عهده.

(٥) في غير «ش»: «عليها»، لكن صححت في «ن» و «ص» بما أثبتناه.

(٦) في «ف»: لياشره.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥١٢

لا- يناسب المقام التعرّض لها و إن كان كثير ممّا ذكرنا أيضاً ممّا لا يناسب ذكره إلّا في باب الغصب، إلّا أنّ الاهتمام بها دعانى إلى ذكرها في هذا المقام بأدنى مناسبة؛ اغتناماً للفرصة.

وفّقنا الله لما يرضيه عنّا من العلم و العمل، إنّه غفّار الزلل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥١٣

مسألة لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه:

فعلى القول بطلان الفضولى فالظاهر أنّ حكمه حكم بيع «١» ما يقبل الملك مع ما لا يقبله، و الحكم فيه: الصّحة؛ لظهور الإجماع، بل دعواه عن غير واحد «٢»، مضافاً إلى صحیحته الصّفار المتقدّمة في أدلّته بطلان الفضولى من قوله عليه السلام: «لا- يجوز بيع ما لا يملك، و قد وجب الشراء في ما يملك» «٣».

و لما ذكرنا قال به من قال ببطلان الفضولي كالشيخ «٤» وابن

- (١) كلمة «بيع» لم ترد في «ص»، و وردت في «ن»، «خ»، «م» و «ع» استدراكاً أو كنسخة بدل.
- (٢) منهم السيد ابن زهرة في الغنية: ٢٠٩، و كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): ٦٥، و في الرياض (١: ٥١٣)، و الجواهر (٢٢: ٣٠٩): بل ظاهرهم الإجماع عليه.
- (٣) الوسائل ١٢: ٢٥٢، الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، و قد تقدّمت في الصفحة ٣٦٥.
- (٤) راجع المبسوط ٢: ١٤٥، و الخلاف ٣: ١٤٤، كتاب البيوع، المسألة ٢٣٢.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥١٤
- زهرة «١» و الحلبي «٢» و غيرهم «٣». نعم، لولا النصّ و الإجماع أمكن الخدشة فيه بما سيجيء في بيع ما يملك و ما لا يملك «٤».
- و أمّا على القول بصحة الفضولي، فلا- ينبغي الريب في الصحة مع الإجازة، بل و كذا مع الرد؛ فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك، غاية الأمر ثبوت الخيار حينئذٍ للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا كما عن التذكرة «٥»، و سيجيء في أقسام الخيار بل عن الشيخ في الخلاف تقوية ثبوت الخيار للبائع «٦»، لكن عن الغنية الجزم بعدمه «٧»، و يؤيده صحيحة الصفار «٨».
- و ربما حُمل كلام الشيخ على ما إذا ادعى البائع الجهل أو الإذن، و كلام الغنية على العالم «٩».

- (١) الغنية: ٢٠٩ و ٢٣٠.
- (٢) السرائر ٢: ٢٧٥.
- (٣) لم نقف على من صرح بهذا من القائلين بالبطلان في الفضولي، نعم يظهر من المحدّث البحراني في الحدائق ١٨: ٣٩٩ ٤٠٠ و ١٩: ٣١٥.
- (٤) يجيء في الصفحة ٥٣١.
- (٥) التذكرة ١: ٥٦٦.
- (٦) لم نعتز عليه في الخلاف و لا على من حكاه عنه، بل أنكره الشيخ في الخلاف، راجع الخلاف ٣: ١٤٦، المسألة ٢٣٥، نعم قوّاه في المبسوط كما هو المحكى في الجواهر، راجع المبسوط ٢: ١٤٥، و الجواهر ٢٢: ٣١٦.
- (٧) الغنية: ٢٣٠.
- (٨) المشار إليها آنفاً.
- (٩) راجع مفتاح الكرامة ٤: ٢٠٧، و الجواهر ٢٢: ٣١٦.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥١٥
- ثم إن صحّة البيع فيما يملكه مع الردّ مقيدة في بعض الكلمات بما إذا لم يتولّد من عدم الإجازة مانع شرعي، كلزوم ربا، و بيع آبق من دون ضميمه «١»، و سيجيء الكلام في محلّها «٢».
- ثم إن البيع المذكور صحيح بالنسبة إلى المملوك بحصّته من الثمن، و موقوف في غيره بحصّته.
- و طريق معرفة حصّته كلّ منهما من الثمن في غير المثلي: أن يقوم كلّ منهما منفرداً، فيؤخذ لكلّ واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين، مثاله كما عن السرائر «٣»: ما إذا كان ثمنهما «٤» ثلاثة «٥» دانير، و قيل: «إن قيمة المملوك قيراط و قيمة غيره قيراطان» فيرجع المشتري بثلي الثمن.
- و ما ذكرنا من الطريق هو المصرّح به في الإرشاد، حيث قال: و يقسّط المسمّى «٦» على القيمتين «٧». و لعله أيضاً مرجع «٨» ما في

الشرائع «٩»

- (١) قيده صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٣٠٩.
- (٢) كذا في النسخ، و الظاهر أن الصحيح: «في محله» كما استظهر في «ص».
- (٣) السرائر ٢: ٢٧٦.
- (٤) كذا في «ص» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: ثمنها.
- (٥) كذا في «ف» و مصححة «ص»، و في سائر النسخ: ثلاث.
- (٦) في «ف»: «الثلث»، و في هامش «م» زيادة: الثمن خ ل.
- (٧) الإرشاد ١: ٣٦٠.
- (٨) في «ف»: يرجع إلى.
- (٩) الشرائع ٢: ١٥.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥١٦
- و القواعد «١» و اللعة «٢»: من أنهما يقومان جميعاً ثم يقوم أحدهما؛ و لهذا «٣» فتر بهذه العبارة المحقق الثاني عبارة الإرشاد، حيث قال: طريق تقسيط المسمى «٤» على القيمتين .. إلخ «٥».
- لكن الإنصاف: أن هذه العبارة الموجودة في هذه الكتب لا- تنطبق بظاهرها على عبارة الإرشاد التي اخترناها في طريق التقسيط و استظهرناه من السرائر؛ إذ لو كان المراد من «تقويمهما معاً»: تقويم كل منهما لا- تقويم المجموع لم يحتج إلى قولهم: «ثم يقوم أحدهما، ثم تنسب قيمته» إذ ليس هنا إلّا أمران: تقويم كل منهما، و نسبة قيمته إلى مجموع القيمتين؛ فالظاهر إرادة قيمتهما مجتمعين، ثم تقويم أحدهما بنفسه، ثم ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع.
- و من هنا أنكر عليهم جماعة «٦» تبعاً لجامع المقاصد «٧» إطلاق القول بذلك؛ إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة، كما في مصراعى باب و زوج خفّ إذا فرض تقويم

- (١) القواعد ١: ١٢٥.
- (٢) اللعة الدمشقية: ١١٠.
- (٣) كذا في «ف»، «ع» و «ص»، و في سائر النسخ: و لذا.
- (٤) في «ف»: «الثلث»، و في هامش «م» زيادة: الثمن خ ل.
- (٥) حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢١٩.
- (٦) مثل الشهيد الثاني في المسالك ٣: ١٦٢ و الروضة ٣: ٢٣٩، و المحدث البحراني في الحقائق ١٨: ٤٠٢، و السيد الطباطبائي في الرياض ١: ٥١٤، و انظر مفتاح الكرامة ٤: ٢٠٤.
- (٧) جامع المقاصد ٤: ٧٨.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥١٧
- المجموع بعشرة و تقويم أحدهما بدرهمين و كان الثمن خمسة، فإنه إذا رجع المشتري بجزء من الثمن نسبته إليه كنسبة الاثنين إلى العشرة استحق من البائع واحداً من الخمسة فيبقى للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد، مع أنه لم يستحق من الثمن إلّا مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر أعني درهمين و نصفاً «١».

والحاصل: أن البيع إنما يبطل في ملك الغير بحصية من الثمن يستحقها الغير مع الإجازة، و يصح في نصيب المالك بحصية كان يأخذها مع إجازة مالك «٢» الجزء الآخر.

هذا، و لكن الظاهر أن كلام الجماعة إما محمول على الغالب: من عدم زيادة القيمة و لا نقصانها بالاجتماع، أو مرادهم من «تقويمهما» تقويم كل منهما منفرداً، و يراد «٣» من «تقويم أحدهما ثانياً» ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين، و إنما فساد الضابط المذكور في كلامهم لا يحتاج إلى النقص بصورة مدخلة الاجتماع في الزيادة التي يمكن القول فيها و إن كان ضعيفاً بأخذ النسبة للمشتري بين قيمة أحدهما المنفرد و بين قيمة المجموع، بل ينتقض بصورة مدخلة الاجتماع في نقصان القيمة بحيث يكون قيمة أحدهما منفرداً مثل قيمة المجموع أو أزيد، فإن هذا فرض ممكن كما صرح به في رهن جامع المقاصد «٤»

(١) في غير «ش» و مصححة «ص»: نصف.

(٢) في «ش»: المالك.

(٣) شطب في «ن» على «يراد».

(٤) جامع المقاصد ٥: ٥٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥١٨

و غيره «١» فإن الالتزام هنا بالنسبة المذكورة يوجب الجمع بين الثمن و المثل، كما لو باع جارية مع أمها قيمتهما مجتمعين عشرة، و قيمة كل واحدة منهما منفردة عشرة، بثمانية؛ فإن نسبة قيمة إحداهما المنفردة إلى مجموع القيمتين «٢» نسبة الشيء إلى مماثله، فرجع «٣» بكل الثمانية «٤». و كأن من أورد عليهم ذلك غفل عن هذا، أو كان عنده غير ممكن.

فالتحقيق في جميع الموارد: ما ذكرنا، من ملاحظة قيمة كل منهما منفرداً، و نسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين.

فإن قلت: إن المشتري إنما «٥» بذل الثمن في مقابل كل منهما مقيداً باجتماعه مع الآخر، و هذا الوصف لم يبق له مع رد مالك أحدهما، فالبايع إنما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفرداً، فله من الثمن جزءً نسبتاً إليه كنسبة الدرهمين إلى العشرة، و هو درهم واحد، فالزيادة ظلم على المشتري، و إن كان ما أوهمه عبارة الشرائع و شبهها «٦» من أخذ البائع أربعة، و المشتري واحداً أشد ظمناً، كما تبين عليه في

(١) انظر الجواهر ٢٥: ١٤٠.

(٢) الأصح في العبارة أن يقال: «إلى قيمتهما مجتمعين» كما تبين عليه بعض المحشيين، انظر هداية الطالب: ٣١٣.

(٣) كذا في النسخ، و الظاهر: «فيرجع» كما في مصححة «ن» و «ص».

(٤) كذا في «ص» و «ش» و نسخة بدل «ن»، و في سائر النسخ: العشرة.

(٥) في «ش»: إذا.

(٦) تقدمت العبارة في الصفحة: ٥١٥ ٥١٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥١٩

بعض حواشي الروضة «١»، فاللازم أن يقسط الثمن على قيمة كل من المالكين منفرداً و على الهيئة «٢» الاجتماعية، و يُعطى البائع من الثمن بنسبة قيمة ملكه منفرداً، و يبقى للمشتري بنسبة قيمة ملك «٣» الآخر منفرداً و قيمة هيئة الاجتماع «٤».

قلت: فوات وصف الانضمام كسائر الأوصاف الموجبة لزيادة القيمة ليس مضموناً في باب المعاوضات و إن كان مضموناً في باب العدوان، غاية الأمر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفة.

و لا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع و ملك غيره متعددين «٥» في الوجود كعبد و جارية، أو متحداً كعبد ثلثه للبائع و ثلثاه لغيره، فإنه لا يوزع الثمن على قيمة المجموع أثلاثاً؛ لأنّ الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان؛ لكونه أقلّ رغبة منه، بل يلاحظ قيمة الثلث و قيمة الثلثين و يؤخذ النسبة منهما «٦» ليؤخذ «٧» من الثمن بتلك النسبة.

- (١) تبه عليه سلطان العلماء في حاشيته على الروضة البهية ذيل قول الشارح: «و إنما يعتبر قيمتهما»، و حكاها عنه المحقق الخوانساري في حواشيه على الروضة، انظر حاشية سلطان العلماء على الروضة: ٦٥، و حاشية الروضة: ٣٥٩.
- (٢) في غير «ف»: هيئته.
- (٣) في «ص» كتب فوق ملك: ملكه ظ.
- (٤) في غير «ف»: هيئته الاجتماعية.
- (٥) في مصححه «ص»: متعدداً.
- (٦) كذا في «ش»، و استظهره مصحح «ص»، و في «ف»: «بينها»، و في سائر النسخ: منها.
- (٧) في «ف»: و يؤخذ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٢٠

هذا كله في القيمي. أما المبيع المثلي: فإن كانت الحصّة مشاعة فُسِّطَ الثمن على نفس المبيع، فيقابل كلُّ من حصّتي البائع و الأجنبي بما يخصّه، و إن كانت حصّة كلٍّ منهما معيّنة كان الحكم كما في القيمي: من ملاحظة قيمتي الحصّتين و تقسيط الثمن على المجموع، فافهم.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٢١

مسألة لو باع من له نصف الدار نصف ملك «١» الدار،

فإن علم أنه أراد نصفه أو نصف الغير عمل به، و إلّا فإن علم أنه لم يقصد بقوله: «بعتك نصف الدار» إلّا مفهوم هذا اللفظ، ففيه احتمالان: حملة على نصفه المملوك له، و حملة على النصف المشاع بينه و بين الأجنبي.

و منشأ الاحتمالين: إمّا تعارض ظاهر النصف أعني الحصّة المشاعة في مجموع النصفين مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف إلى نصفه المختصّ و إن لم يكن له هذا الظهور في غير «٢» المقام، و لذا يحمل الإقرار على الإشاعة كما سيجيء «٣» أو مع ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه؛ لأنّ بيع مال الغير لا بدّ فيه: إمّا من تيّنه الغير، أو اعتقاد كون المال لنفسه، و إمّا من بناءه على تملكه للمال

(١) في «ش»: «تلك». قال الشهيدى قدس سرّه: إضافة «الملك» إلى «الدار» بيانية، و لو ترك المضاف لكان أولى. (هداية الطالب: ٣١٣).

(٢) لم ترد «غير» في «ف».

(٣) يجيء في الصفحة ٥٢٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٢٢

عدواناً كما في بيع الغاصب و الكلّ خلاف المفروض هنا.

و ممّا ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه، و بين قول البائع: «بعت غانماً» مع كون الاسم مشتركاً بين عبده و عبد غيره، حيث ادّعى فخر

الدين قدس سره الإجماع على انصرافه إلى عبده، ففاس عليه ما نحن فيه «١»؛ إذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور في عبد الغير فيبقى «٢» ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع، وانصراف لفظ المبيع في مقام التصرف إلى مال المتصرف، سليمين عن المعارض، فيفسر بهما «٣» إجمال لفظ المبيع.

ثم إنه لو كان البائع وكلياً في بيع النصف أو ولياً عن مالكة، فهل هو كالأجنبي؟ وجهان، مبتنان على أن المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ «المبيع» إلى مال البائع في مقام التصرف، أو ظهور التملك في الأصالة. الأقوى هو الأول؛ لأن ظهور التملك في الأصالة من باب الإطلاق، وظهور النصف في المشاع وإن كان كذلك أيضاً، إلما أن ظهور المقيّد وارد على ظهور المطلق.

وما ذكره الشهيد الثاني: من عدم قصد الفضولي إلى مدلول اللفظ «٤»، وإن كان مرجعه إلى ظهور وارد على ظهور المقيّد، إلما أنه مختص بالفضولي؛ لأن القصد الحقيقي موجود في الوكيل والولي، فالأقوى

(١) الإيضاح ١: ٤٢١.

(٢) كذا في «ف» و«ص»، وفي سائر النسخ: فبقي.

(٣) كذا في «ش» ومصححة «ن» و«ص»، وفي غيرها: بها.

(٤) المسالك ٣: ١٥٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٢٣

فيهما «١» الاشتراك في البيع «٢»؛ تحكيمياً لظاهر النصف، إلما أن يمنع ظهور «النصف» إلما في النصف المشاع في المجموع، و أما ملاحظة حقّ المالين وإرادة الإشاعة في الكلّ من حيث إنه مجموعهما فغير معلومة، بل معلوم «٣» العدم بالفرض. ومن المعلوم: أن النصف المشاع بالمعنى المذكور يصدق على نصفه المختص، فقد ملك كلياً يملك مصداقه، فهو كما لو باع كلياً سلفاً، مع كونه مأذوناً في بيع ذلك من «٤» غيره أيضاً، لكنّه لم يقصد إلما مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه أو عن غيره، فإنّ الظاهر وقوعه لنفسه؛ لأنّه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له.

ولعلّه لما ذكرنا ذكر جماعة كالفاضلين «٥» والشهيدين «٦» وغيرهم «٧»:- أنّه لو أصدق المرأة عيناً، فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق، استحقّ الزوج بالطلاق النصف الباقي، لا نصف الباقي وقيمة نصف الموهوب وإن

(١) في «ف»: فيها.

(٢) في «ف»: «المنع»، وفي «ش»: المبيع، واستظهره مصحح «ص» أيضاً.

(٣) كذا في النسخ، والمناسب: معلومة، كما في مصححة «ص».

(٤) في سوى «م» و«ش»: عن.

(٥) الشرائع ٢: ٣٣٠، المسألة العاشرة، ولم نثر عليه في كتب العلماء، نعم ذكره في القواعد ٢: ٤٣ على أحد الاحتمالين.

(٦) للعبة الدمشقية: ١٩٧، والروضه البهية ٥: ٣٦٧، والمسالك ٨: ٢٥٥.

(٧) مثل فخر المحققين في الإيضاح ٣: ٢٣٣، والمحقق السبزواري في الكفاية: ١٨٢. والسيد الطباطبائي في الرياض ٢: ١٤٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٢٤

ذكروا ذلك احتمالاً «١» «٢»، وليس إلما من جهة صدق «النصف» على الباقي، فيدخل في قوله تعالى فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ «٣» وإن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم: بأنّه لمّا كان الربع الباقي للمرأة من الموجود مثلاً للربع التالف من الزوج، ومساوياً «٤» له من جميع

الجهات، بل لا تغاير بينهما إلّا بالاعتبار، فلا وجه لاعتبار القيمة، نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضة مع كونها قيمية. لكنّ الظاهر أنّهم لم يريدوا هذا الوجه، وإنّما «٥» علّوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقّه، فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام. و نظيره في ظهور المنافاة لما هنا: ما ذكروه «٦» في باب الصلح: من أنّه إذا أقرّ من بيده المال لأحد المدعيين للمال بسبب موجبٍ للشركة كالإرث فصالحه المقرّ له على ذلك النصف كان النصف مشاعاً في نصيبهما، فإنّ أجاز شريكه نفذ في المجموع و إلّا نفذ في الربع؛ فإنّ مقتضى ما ذكروه هنا اختصاص المصالح «٧» بنصف المقرّ له؛ لأنّه إن أوقع الصلح على نصفه الذي أقرّ له به فهو كما لو صالح نصفه قبل الإقرار

(١) في «ن»، «م» و «ع»: إجمالاً.

(٢) ذكره العلامة في القواعد ٢: ٤٣، و الشهيد الثاني في المسالك ٨: ٢٥٥، و الروضة البهية ٥: ٣٦٨.

(٣) البقرة: ٢٣٧.

(٤) في غير «ش»: متساوياً.

(٥) في «ش»: و إنّهم.

(٦) ذكره المحقق في الشرائع ٢: ١٢٢، و العلامة في القواعد ١: ١٨٦، و راجع لتفصيل الأقوال مفتاح الكرامة ٥: ٤٩٢.

(٧) في «ص»: «المصالحة»، و كتب فوقه: المصالح خ ل.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٢٥

مع غير المقرّ أو معه، و إن أوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف أيضاً إلى حصّته، فلا وجه لاشتراكه بينه و بين شريكه؛ و لذا اختار سيّد مشايخنا قدس الله أسرارهم اختصاصه بالمقرّ له «١».

و فضّل في المسالك بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف، و بين ما إذا وقع على النصف الذي أقرّ به ذو اليد، فاختر مذهب المشهور في الثالث؛ لأنّ الإقرار منزّل على الإشاعة، و حكم بالاختصاص في الأولين؛ لاختصاص النصف وضعاً في الأوّل و انصرافاً في الثاني إلى النصف المختصّ «٢».

و اعترضه في مجمع الفائدة: بأنّ هذا ليس تفصيلاً، بل مورد كلام المشهور هو الثالث؛ لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقرّ به «٣»، و تمام الكلام في محلّه.

و على كلّ حال، فلا إشكال في أنّ لفظ «النصف» المقرّ به إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع مجرداً عن حالٍ أو مقالٍ يقتضى صرفه إلى نصفه، يحمل على المشاع في نصيبه و نصيب شريكه؛ و لهذا أفتوا ظاهراً على أنّه لو أقرّ أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كلّ منهما على نصف العين، بأنّ ثلث العين لفلان، حمل على الثلث المشاع في النصيبين، فلو كذّب به الشريك الآخر، دفع المقرّ إلى المقرّ له نصف ما في يده؛ لأنّ

(١) اختاره السيّد المجاهد في المناهل: ٣٥٨.

(٢) المسالك ٤: ٢٧٢.

دزفولي، مرتضى بن محمد امين انصاري، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ٦ جلد، كنگره جهاني بزرگداشت شيخ

اعظم انصاري، قم - ايران، اول، ١٤١٥ ه ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٢٥
(٣) راجع مجمع الفائدة ٩: ٣٤٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٢٦

المنكر بزعم المقرّ ظالم للسدس بتصرّفه في النصف؛ لأنه باعتقاده إنّما يستحقّ الثلث، فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبتته إلى المقرّ والمقرّ له على حدّ سواء؛ فإنّه قدر تالف من العين المشتركة، فيوزّع «١» على الاستحقاق.

و دعوى: أنّ مقتضى الإشاعة تنزيل المقرّ به على ما في يد كلّ منهما، فيكون في يد المقرّ سدس، وفي يد المنكر سدس، كما لو صرح بذلك، وقال: «إنّ له في يد كلّ منهما «٢» سدساً»، وإقراره بالنسبة إلى ما في يد الغير غير مسموع، فلا يجب إلّا أن يدفع إليه ثلث ما في يده، وهو السدس المقرّ به، وقد تلف السدس الآخر بزعم المقرّ على المقرّ له بتكذيب المنكر.

مدفوعة: بأنّ ما في يد الغير ليس عين ماله، فيكون كما لو أقرّ شخص بنصف كلّ من داره و دار غيره، بل هو «٣» مقدار حصّته المشاعه، كحصّية المقرّ و حصّية المقرّ له بزعم المقرّ، إلّا أنّه لم يجبر المكذب على دفع شيء ممّا في يده فقد تلف سدس مشاع يوزّع على المقرّ و المقرّ له، فلا معنى لحسابه على المقرّ له وحده، إلّا على احتمالٍ ضعيف، وهو تعلق الغصب بالمشاع و صحّة تقسيم الغاصب مع الشريك، فيتمخض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه و ما يأخذه

(١) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «فوزّع»، لكن صحّح في «خ» و «ع» بما أثبتناه.

(٢) في هامش «ن»: الظاهر: ممّا، بدل منهما.

(٣) في «ش»: و هو.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٢٧

الشريك لنفسه، لكنّه احتمال مضعّف في محلّه و إن قال به أو مال إليه بعض على ما حكى «١» للخرج أو السيرة. نعم، يمكن أن يقال «٢»: بأنّ التلف في هذا المقام حاصل بإذن الشارع للمنكر الغاصب لحقّ المقرّ له باعتقاد المقرّ، و الشارع إنّما أذن له في أخذ ما يأخذه على أنّه من مال المقرّ له، فالشارع إنّما حسب السدس في يد المنكر على المقرّ له، فلا يحسب منه على المقرّ شيء، و ليس هذا كأخذ الغاصب جزءاً معيّناً من المال عدواناً بدون إذن الشارع حتّى يحسب على كلا الشريكين.

و الحاصل: أنّ أخذ الجزء لمّا «٣» كان بإذن الشارع و إنّما «٤» أذن له على أن يكون من مال المقرّ له؛ و لعلّه لذا ذكر الأكثر بل نسبه في الإيضاح إلى الأصحاب في مسألة الإقرار بالنسب: أنّ أحد الأخوين إذا أقرّ بثالث، دفع إليه الزائد عمّا يستحقّه باعتقاده، و هو الثلث، و لا يدفع إليه نصف ما في يده؛ نظراً إلى أنّه أقرّ بتساويهما في مال المورث، فكلّ ما حصل كان لهما، و كلّ ما توى «٥» كان كذلك «٦».

(١) لم نعرّ عليه.

(٢) في غير «ش» زيادة: في هذا المقام.

(٣) لم ترد «لمّا» في «ش»، و شطب عليها في «ص»، و الظاهر زيادتها؛ لعدم وجود جواب لها في العبارة.

(٤) في مصحّحة «ن»: فإنّما.

(٥) أي: هلك و تلف.

(٦) إيضاح الفوائد ٢: ٤٦٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٢٨

هذا، و لكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال؛ من جهة أنّ الشارع ألزم بمقتضى الإقرار معاملة المقرّ مع المقرّ له بما يقتضيه الواقع الذي أقرّ به، و من المعلوم: أنّ مقتضى الواقع لو فرض العلم بصدق المقرّ هو كون ما في يده على حسب إقراره بالمنصفة، و أمّا المنكر «١» عالمًا، فيكون ما في يده مالًا مشتركًا لا يحلّ له منه إلّا ما قابل حقه «٢» ممّا «٣» في يدهما، و الزائد حقّ لهما عليه.

و أمّا مسألة الإقرار بالنسب، فالمشهور و إن صاروا إلى ما ذكر، و حكاة الكليني عن الفضل بن شاذان «٤» على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته «٥»، إلّا أنّه صرح جماعة ممّن تأخّر عنهم «٦» بمخالفته للقاعدة حتّى قوى في المسالك الحمل على الإشاعة «٧»، و تبعه سبطه «٨» و سيّد الرياض «٩» في شرحي «١٠» النافع.

(١) في مصحّحه «ص» زيادة: فإن كان.

(٢) في «ش» و مصحّحه «ن»: حصّته.

(٣) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: عمّا.

(٤) حكاة الشيخ الكليني في الكافي ٧: ١٦٦، في باب الإقرار بوارث آخر.

(٥) في غير «ش»: كروايته، لكن صحّحت في أكثرها بما أثبتناه.

(٦) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٩: ٣٥٦، و المحقّق الخراساني في الكفاية: ٢٣٢.

(٧) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ١٤٥.

(٨) لا يوجد لدينا ما يتعلّق بهذا المبحث من نهاية المرام.

(٩) الرياض ٢: ٢٤٦.

(١٠) في «ف»: شرح.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٢٩

و الظاهر: أنّ مستند المشهور بعض الروايات الضعيفة المنجبر بعمل أصحاب الحديث، كالفضل و الكليني، بل و غيرهما.

فروى الصدوق مرسلًا و الشيخ مسنداً عن أبي البختری و هب ابن و هب «١»، عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل مات و ترك ورثته فأقرّ أحد الورثة بدين علي أبيه: - أنّه يلزم ذلك في حصّته «٢» بقدر ما ورث، و لا- يكون ذلك في ماله كلّ، و «٣» إن أقرّ اثنان من الورثة و كانا عدلين أُجيز ذلك على الورثة «٤»، و إن لم يكونا عدلين أُلزم في حصّتهما «٥» بقدر ما ورثا «٦»، و كذلك إن أقرّ أحد الورثة بأخ أو أخت فإنّما «٧» يلزمه ذلك في حصّته.

و بالإسناد، قال: «قال علي عليه السلام: من أقرّ لأخيه فهو شريك في المال، و لا يثبت نسبه، فإن أقرّ اثنان فكذلك، إلّا أن يكونا عدلين، فيثبت نسبه و يضرب في الميراث معهم» «٨».

(١) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: عن و هب بن و هب أبي البختری.

(٢) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: حقه.

(٣) في غير «ف» و «ش» زيادة: كذلك، و شطب عليها في «ن».

(٤) عبارة «أجيز ذلك على الورثة» لم ترد في غير «ش»، لكنّها استدركت في هامش «ن»، «خ» و «ص».

(٥) في «ف»، «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: حقّهما.

(٦) عبارة «بقدر ما ورثا» وردت في «ش» فقط.

(٧) كلمة «فإنّما» من «ش» و مصحّحه «ن».

(٨) الفقيه ٣: ١٨٩، الحديث ٣٧١٤، و التهذيب ٦: ١٩٨ ١٩٩، الحديث ٤٤٢، و عنهما الوسائل ١٣: ٤٠٢، الباب ٢٦ من أبواب الوصايا، الحديث ٥ و ٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٣٠
و عن قرب الإسناد رواية الخبرين عن السندی بن محمّد «١»، و تمام الكلام في محلّه من كتاب الإقرار أو الميراث «٢» إن شاء الله.

(١) قرب الإسناد: ٥٢، الحديث ١٧١.

(٢) في «ش»: و الميراث.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٣١

مسألة لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفقةً بثمن واحد، صح في المملوك عندنا،

كما في جامع المقاصد «١»، و إجمالاً، كما عن الغنية «٢»، و يدلّ عليه: إطلاق مكاتبه الصفار المتقدّمة «٣». و دعوى: انصرافه إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير، ممنوعه، بل لا مانع من جريان قاعدة الصحّة، بل اللزوم في العقود، عدا ما يقال: من أن التراضي و التعاقد إنّما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعاً، فالحكم بالإمضاء في البعض مع عدم كونه مقصوداً إنّما في ضمن المركّب يحتاج إلى دليلٍ آخر غير ما دلّ على حكم العقود و الشروط و التجارة عن تراضٍ؛ و لذا حكموا بفساد العقد

(١) لم نقف عليه صريحاً، و لعله يستفاد ممّا قاله في مسألة ما لو باع المملوك و غير المملوك، حيث قال: فلا- سبيل إلى القول بالبطلان في الأخير عندنا. انظر جامع المقاصد ٤: ٤٣٢.

(٢) الغنية: ٢٠٩.

(٣) تقدّمت في الصفحة ٣٦٥ و ٥١٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٣٢
بفساد شرطه، و قد نبه عليه في جامع المقاصد في باب فساد الشرط، و ذكر: أن في الفرق بين فساد الشرط و الجزء عسراً «١»، و تمام الكلام في باب الشروط، و يكفي هنا الفرق بالنص «٢» و الإجماع.

نعم، ربما يقتيد الحكم بصورة جهل المشتري، لما ذكره في المسالك وفقاً للمحكّي في التذكرة عن الشافعي -: من جهة إفضائه إلى الجهل بثمن المبيع «٣»، قال في التذكرة بعد ذلك: و ليس عندي بعيداً من «٤» الصواب الحكم بالبطلان فيما إذا علم المشتري حرية «٥» الآخر، أو كونه ممّا لا ينقل إليه «٦»، انتهى.

و يمكن دفعه بأنّ اللازم هو العلم بثمن المجموع الذي قصد إلى نقله عرفاً و إن علم الناقل بعدم إمضاء الشارع له، فإنّ هذا العلم غير منافٍ لقصد النقل «٧» حقيقة، فبيع الغرر المتعلّق لنهي الشارع و حكمه عليه بالفساد، هو ما كان غرراً في نفسه مع قطع النظر عمّا يحكم عليه من «٨» الشارع، مع أنّه لو تمّ ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن إلى

(١) جامع المقاصد ٤: ٤٣٢.

(٢) المراد به ظاهراً مكاتبه الصفار المشار إليها آنفاً.

(٣) المسالك ٣: ١٦٣.

(٤) في «ف»: عن.

(٥) في «ش»: حرمة.

(٦) التذكرة ١: ٥٦٥، وراجع قول الشافعي في المجموع ٩: ٤٦٩ و ٤٧٣.

(٧) في «ف» و نسختي بدل «ن» و «ش»: البيع.

(٨) في «م» و «ش»: عن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٣٣

المملوك، لا- البطلان؛ لأن المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامة البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن، كما صرح به الشهيد في محكي الحواشي المنسوبة إليه، حيث قال: إن هذا الحكم مقتيد بجهل المشتري بعين المبيع أو حكمه «١» و إلا لكان البذل بإزاء المملوك؛ ضرورة أن القصد إلى الممتنع كلا قصد «٢»، انتهى.

لكن ما ذكره قدس سره مخالف لظاهر المشهور، حيث حكموا بالتقسيت و إن كان مناسباً لما ذكروه في بيع مال الغير من العالم: من عدم رجوعه بالثمن إلى البائع؛ لأنه سلطه عليه مجاناً، فإن مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك، إما لوقوع المجموع في مقابل المملوك كما عرفت من الحواشي و إما لبقاء ذلك القسط له مجاناً كما قد يلوح من جامع المقاصد «٣» و المسالك «٤» إلا أنك قد عرفت أن الحكم هناك «٥» لا يكاد ينطبق على القواعد.

ثم إن طريق تقسيت الثمن على المملوك و غيره يعرف ممياً تقدّم في بيع ماله مع «٦» مال الغير «٧»: من أن العبرة بتقويم كل منهما منفرداً،

(١) لم ترد «أو حكمه» في «ف» و «ش»، و شطب عليها في «ن».

(٢) حكاها عنه السيد العامل في مفتاح الكرامة ٤: ٢٠٩ ٢١٠.

(٣) انظر جامع المقاصد ٤: ٨٢ ٨٣.

(٤) انظر المسالك ٣: ١٦٤.

(٥) في «ف»: هنا.

(٦) في «ن»، «خ»، «م» و «ع» بدل «مع»: من.

(٧) في «ف» بدل «الغير»: غيره.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٣٤

و نسبة قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين.

لكن الكلام هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك، و قد ذكروا «١»: أن الحرّ يُفرض عبداً بصفاته و يقوّم، و الخمر و الخنزير «٢» يقوّمان بقيمتها عند من يراها مالا، و يعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطلعين على ذلك؛ لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفار.

و يشكل تقويم الخمر و الخنزير بقيمتها إذا باع الخنزير بعنوان أنها «٣» شاء. و الخمر بعنوان أنها خلّ فبان الخلاف، بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمهما قيمة الخلّ و الشاء، كالحرّ «٤».

(١) راجع جامع المقاصد ٤: ٨٣، و المسالك ٣: ١٦٣، و مجمع الفائدة ٨: ١٦٣، و مفتاح الكرامة ٤: ٢١٠، و الجواهر ٢٢: ٣٢١.

(٢) في «ف»: أو الخنزير.

(٣) في مصححة «ص»: أنه.

(٤) لم ترد «كالحز» في «ف» و «ش».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٣٥

مسألة [في ولاية الأب و الجد]

«١» يجوز للأب و الجد أن يتصرفا في مال الطفل بالبيع و الشراء.

و يدلّ عليه قبل الإجماع:- الأخبار المستفيضة المصرحة في موارد كثيرة «٢»، و فحوى سلطنتهما على بضع البنت في باب النكاح «٣».

و المشهور عدم اعتبار العدالة؛ للأصل، و الإطلاقات، و فحوى الإجماع المحكى عن التذكرة على ولاية الفاسق في التزويج «٤».

خلافاً للمحكى عن الوسيلة «٥» و الإيضاح «٦» فاعتبراها فيهما؛

(١) العنوان منّا.

(٢) منها ما في الوسائل ١٢: ١٩٤ و ١٩٨، الباب ٧٨ و ٧٩ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) راجع الوسائل ١٤: ٢٠٧ و ٢١٧، الباب ٦ و ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

(٤) التذكرة ٢: ٥٩٩، و حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٧.

(٥) لم نعثر عليه في الوسيلة، و لا- على من حكى عنه، نعم اشترط في تصرف الولي كونه ثقة و في الوصي أن يكون عادلاً. راجع

الوسيلة: ٢٧٩، ٣٧٣.

(٦) إيضاح الفوائد ٢: ٦٢٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٣٦

مستدلاً في الأخير: بأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه و لا يصرف عن ماله، و يستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل

إقراراته «١» و إخباراته عن «٢» غيره مع نص القرآن على خلافه، انتهى «٣».

و لعله أراد بنص القرآن آية الركون إلى الظالم «٤» التي أشار إليها في جامع المقاصد «٥»، و في دلالة الآية نظر.

و أضعف منها ما ذكره في الإيضاح من الاستحالة؛ إذ المحذور يندفع كما في جامع المقاصد:- بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن

الأحوال اختلال «٦» حال «٧» الطفل عزله و منعه من التصرف في ماله و إثبات اليد عليه، و إن لم يظهر خلافه فولايته ثابتة، و إن لم

يعلم استعلم حاله بالاجتهاد و تتبع سلوكه و شواهد أحواله «٨»، انتهى.

و هل يشترط في تصرفه «٩» المصلحة، أو يكفي عدم المفسدة،

(١) في «ن»، «م»، «ع» و «ص» زيادة: «عن غيره»، لكن شطب عليها في «ن».

(٢) في المصدر: على.

(٣) لم ترد «انتهى» في «م»، «ن» و «ص».

(٤) هود: ١١٣.

(٥) جامع المقاصد ١١: ٢٧٥.

(٦) كذا في «ف» و «ص» و نسخة بدل «ن»، و في سائر النسخ و نسخة بدل «ص»: اختلاف.

(٧) في «ش» زيادة: أبو.

(٨) جامع المقاصد ١١: ٢٧٦، مع تفاوت في بعض الكلمات.

(٩) في «ف»: «تصرّفها»، و لعلّه مصحف «تصرّفهما» وهذا هو الأصح؛ لرجوع الضمير إلى الأب و الجدّ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٣٧

أم لا يعتبر شيء؟ وجوه، يشهد للأخير: إطلاق ما دلّ على أنّ مال الولد للوالد، كما في رواية سعد بن يسار «١»، و أنّه و ماله لأبيه، كما في النبوي المشهور «٢»، و صحيحه ابن مسلم: «أنّ الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء» «٣»، و ما في العلل عن «٤» محمد بن سنان عن الرضا صلوات الله عليه: من أنّ علّة تحليل مال الولد لوالده؛ أنّ الولد موهوب للوالد في قوله تعالى يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِئَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ «٥». و يؤيّد أخبار «٦» جواز تقويم جارية الابن على نفسه.

لكن الظاهر منها تقييدها بصورة حاجة الأب، كما يشهد له قوله عليه السلام في رواية الحسين بن أبي العلاء، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إذا اضطرّ إليه. قال: فقلت له: فقول «٧» رسول الله صلّى الله عليه و آله للرجل

(١) الوسائل ١٢: ١٩٦، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.

(٢) الوسائل ١٢: ١٩٥، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ و ٢.

(٣) الوسائل ١٢: ١٩٥، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

(٤) في غير «ش»: و ما في علل محمد بن سنان.

(٥) علل الشرائع: ٥٢٤، الباب ٣٠٢، و عنه الوسائل ١٢: ١٩٧، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩، و الآية من سورة الشورى: ٤٩.

(٦) راجع الوسائل ١٢: ١٩٥، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣، و ١٩٨، الباب ٧٩ من الأبواب، الحديث ١ و ٢، و ١٤: ٥٤٣، الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء، الأحاديث ١، ٣ و ٤.

(٧) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: قول.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٣٨

الذي أتاه فقدّم أباه، فقال له: أنت و مالك لأبيك؟ فقال: إنّما جاء بأبيه إلى النبيّ صلّى الله عليه و آله، فقال: يا رسول الله هذا أبي و قد «١» ظلمني ميراثي من أمّي، فأخبره الأب أنّه قد أنفق عليه و على نفسه، فقال «٢» صلّى الله عليه و آله: أنت و مالك لأبيك. و لم يكن عند الرجل شيء، أفكان «٣» رسول الله صلّى الله عليه و آله يحبس الأب لابن؟! «٤».

و نحوها صحيحه أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلّى الله عليه و آله لرجل «٥»: أنت و مالك لأبيك، ثمّ قال: لا نحبّ «٦» أن يأخذ من مال ابنه إلّا ما يحتاج إليه ممّا لا بدّ منه؛ إنّ الله لا يحبّ الفسّاد» «٧».

فإنّ الاستشهاد بالآية يدلّ على إرادة الحرمة من عدم الحبّ دون الكراهة، و أنّه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسدة للطفل.

هذا كلّه، مضافاً إلى عموم قوله تعالى و لا تقرّبوا مال النّسيم إلّا بالتي هي أحسن* «٨» فإنّ إطلاقه يشمل الجدّ، و يتمّ في الأب «٩» بعدم الفصل.

(١) كلمة «و قد» من «ص» و المصدر.

(٢) في غير «ف»: فقال النبيّ.

(٣) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: أو كان.

(٤) الوسائل ١٢: ١٩٦ ١٩٧، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨.

(٥) كلمة «لرجل» من «ص» والمصدر.

(٦) في «ص»: «ما أحب»، وفي نسخة بدلها: لا تحب.

(٧) الوسائل ١٢: ١٩٥، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢، والآية من سورة البقرة: ٢٠٥.

(٨) الأنعام: ١٥٢، والإسراء: ٣٤.

(٩) في «ف» و مصححة «ن»: وفي الأب يتم.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٣٩

و مضافاً إلى ظهور الإجماع على اعتبار عدم المفسدة، بل في مفتاح الكرامة «١» استظهر الإجماع تبعاً لشيخه في شرح القواعد «٢» على إناطة جواز تصرف الولي بالمصلحة، وليس ببعيد؛ فقد صرح به في محكي المبسوط، حيث قال: و من يلي أمر الصغير والمجنون خمسة: الأب، و الجد «٣»، و وصي الأب و الجد، و الحاكم، و من يأمره، ثم قال: و كل هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم إلّا على وجه الاحتياط و الحظ للصغير؛ لأنهم إنما نصبوا لذلك، فإذا تصرف فيه على وجه لا حظ فيه كان باطلاً؛ لأنه خلاف ما نصب له «٤»، انتهى. و قال الحلبي في السرائر: لا يجوز للولي التصرف في مال الطفل إلّا بما يكون فيه صلاح المال و يعود نفعه إلى الطفل، دون المتصرف فيه، و هذا الذي يقتضيه أصول المذهب «٥»، انتهى.

و قد صرح بذلك أيضاً المحقق «٦» و العلامة «٧» و الشهيدان «٨» و المحقق

(١) مفتاح الكرامة ٤: ٢١٧، و فيه: و هذا الحكم إجماعي على الظاهر.

(٢) حاشية القواعد (مخطوط): الورقة ٧١ ذيل قول العلامة: مع المصلحة للمولى عليه و فيه: و ظاهرهم الإجماع على ذلك.

(٣) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ زيادة: للأب.

(٤) المبسوط ٢: ٢٠٠.

(٥) السرائر ١: ٤٤١.

(٦) انظر الشرائع ٢: ٧٨ ٧٩ و ١٧١.

(٧) القواعد ١: ١٢٥، و الإرشاد ١: ٣٦٠.

(٨) انظر اللمعة الدمشقية: ١٣٨، و الدروس ٣: ٣١٨ و ٤٠٣، و المسالك ٣: ١٦٦، و ٤: ٣٣ و ٣٥، و ٥: ١٣٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٤٠

الثاني «١» و غيرهم «٢»، بل في شرح الروضة للفاضل الهندي: أن المتقدمين عمّموا الحكم باعتبار المصلحة من غير استثناء «٣». و استظهر في مفتاح الكرامة «٤» من عبارة التذكرة في باب الحجر نفى الخلاف في ذلك بين المسلمين «٥».

و قد حكى عن الشهيد في حواشي القواعد: أن قطب الدين قدس سره نقل عن العلامة قدس سره: أنه لو باع الولي بدون ثمن المثل، لم لا ينزل منزلة الإلتلاف بالاقتراض؟ لأننا قائلون بجواز اقتراض ماله و هو يستلزم جواز إلتلافه، قال: و توقّف زاعماً أنه لا يقدر على مخالفة الأصحاب «٦».

هذا، و لكن الأقوى كفاية عدم المفسدة، وفاقاً لغير واحد من الأساطين الذين عاصرناهم «٧»؛ لمنع دلالة الروايات «٨» على أكثر من

(١) انظر جامع المقاصد ٤: ٨٧، و ٥: ٧٢.

(٢) مثل المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٤: ١٤، و ٦: ٧٧، و المحقق السبزواري في الكفاية: ٨٩، ١٠٨ و ٢٢٠.

(٣) المناهج السوية (مخطوط): ٦، في ذيل قول الشارح: و كذا لو اتجر الولي أو مأذونه للطفل.

(٤) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٠.

(٥) انظر التذكرة ٢: ٨٠.

(٦) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ٢١٧.

(٧) منهم كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): ٧١، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٣٣٢ و ٢٨: ٢٩٧، و غيرهما.

(٨) تقدّم تخريجها في الصفحة ٥٣٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٤١

النهى عن الفساد، فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدمة «١» الظاهرة في سلطنة الوالد على الولد و ماله.

و أما الآية الشريفة «٢»، فلو سلّم دلالتها، فهي مخصّصة بما دلّ على ولاية الجدّ و سلطنته، الظاهرة في أنّ له أن يتصرّف في مال طفله

«٣» بما ليس فيه «٤» مفسدة له؛ فإنّ ما دلّ على ولاية الجدّ في النكاح معللاً بأنّ البنت و أباهما للجدّ «٥»، و قوله صلّى الله عليه و آله:

«أنت و مالك لأبيك» «٦»، خصوصاً مع استشهاد الإمام عليه السلام به في مضيّ نكاح الجدّ بدون إذن الأب؛ ردّاً على من أنكر ذلك

و حكم بطلان ذلك من العائمة في مجلس بعض الأمراء «٧» و غير ذلك «٨» يدلّ على ذلك.

مع أنّه لو سلّمنا عدم التخصيص، و جب الاقتصار عليه في حكم الجدّ، دون الأب.

(١) تقدّمت في الصفحة ٥٣٧.

(٢) و هي قوله تعالى «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» * الإسراء: ٣٤.

(٣) في «ن»، «م» و «ص»: «طفل»، و في الأخير كتب فوقه: الطفل ظ.

(٤) في «ف» بدل «فيه»: له.

(٥) الوسائل ١٤: ٢١٩، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٨.

(٦) الوسائل ١٢: ١٩٥، ١٩٧، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الأحاديث ١، ٢، ٨، و ٩.

(٧) الوسائل ١٤: ٢١٨، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٥.

(٨) كما في الأحاديث المتقدمة آنفاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٤٢

و دعوى عدم القول بالفصل ممنوعة؛ فقد حكى عن بعض متأخري المتأخرين القول بالفصل بينهما في الاقتراض مع عدم اليسر «١».

ثمّ لا-خلاف ظاهراً كما ادّعى «٢» في أنّ الجدّ و إن علا يشارك الأب في الحكم، و يدلّ عليه ما دلّ على أنّ الشخص و ماله الذي

منه مال ابنه لأبيه «٣»، و ما دلّ «٤» على أنّ الولد و والده لجدّه «٥».

و لو فقد الأب و بقي الجدّ، فهل أبوه أو «٦» جدّه يقوم مقامه في المشاركة أو يخصّ هو بالولاية؟ قولان: من ظاهر أنّ الولد و والده

لجدّه، و هو المحكى عن ظاهر جماعة «٧»، و من أنّ مقتضى قوله تعالى «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» * «٨» كون القريب أولى

بقريبه من البعيد، فنفي «٩» ولاية البعيد خرج «١٠» منه الجدّ مع الأب و بقي الباقي.

و ليس المراد من لفظ «الأولى» التفضيل مع الاشتراك في المبدأ،

(١) لم نعر عليه.

(٢) انظر المناهل: ١٠٥، و الجواهر ٢٦: ١٠٢.

(٣) كما تقدم آنفاً.

(٤) لم ترد «و ما دل» في غير «ف» و «ش»، لكنّه استدرك في «ن» و «ص».

(٥) مثل ما تقدم في الصفحة السابقة.

(٦) في «ع» و «ش» بدل «أو»: «و».

(٧) حكاة السيد المجاهد في المناهل: ١٠٥، وفيه: و يظهر الأوّل من إطلاق الشرائع و النافع.

(٨) الأنفال: ٧٥، و الأحزاب: ٦.

(٩) في «ص»: فينفي.

(١٠) في غير «ف»: و خرج.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٤٣

بل هو نظير قولك: «هو أحقّ بالأمر» (١) من فلان» و نحوه، و هذا محكي (٢) عن جامع المقاصد (٣) و المسالك (٤) و الكفاية (٥)، و للمسألة مواضع أخر (٦) تأتي إن شاء الله.

(١) كذا في «ف» و «ش»، و في سائر النسخ: بالأجر.

(٢) حكاة السيد المجاهد في المناهل: ١٠٥.

(٣) لم نقف عليه بعينه، نعم في جامع المقاصد ٥: ١٨٧ هكذا: و هل يكون للجد الأعلى مع وجود الأولى ولاية؟ فيه نظر.

(٤) المسالك ٧: ١٧١.

(٥) لم نعثر عليه في الكفاية.

(٦) مثل كتاب النكاح و كتاب الحجر.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٤٥

مسألة [في ولاية الفقيه]

إشارة

(١) من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله: الحاكم، و المراد منه: الفقيه الجامع لشرائط الفتوى، و قد رأينا هنا (٢) ذكر مناصب الفقيه، امتثالاً لأمر أكثر حضار مجلس المذاكرة، فنقول مستعيناً بالله

للفقيه الجامع لشرائط مناصب ثلاثة:

أحدها: الإفتاء فيما يحتاج إليها العامي في عمله،

و مورده المسائل الفرعية، و الموضوعات الاستنباطية من حيث ترتب حكم فرعي عليها. و لا- إشكال و لا- خلاف في ثبوت هذا المنصب للفقيه، إلّا ممن لا يرى جواز التقليد للعامي.

و تفصيل الكلام في هذا المقام موكول إلى مباحث الاجتهاد و التقليد.

الثاني: الحكومة،

فله الحكم بما يراه حقاً في المرافعات وغيرها في الجملة. وهذا المنصب أيضاً ثابت له بلا خلاف فتوى و نصاً، و تفصيل الكلام فيه من حيث شرائط الحاكم و المحكوم به و المحكوم عليه مو كول إلى كتاب القضاء.

(١) العنوان منّا.

(٢) لم ترد «هنا» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٤٦

الثالث: ولاية التصرف في الأموال و الأنفس،

إشارة

و هو المقصود بالتفصيل هنا،

فنقول: الولاية تتصور على وجهين:

الأول: استقلال الولي بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطاً بإذنه أو غير منوط به،

و مرجع هذا إلى كون نظره سبباً في جواز تصرفه.

الثاني: عدم استقلال غيره بالتصرف، و كون تصرف الغير منوطاً بإذنه و إن لم يكن هو مستقلاً بالتصرف.

و مرجع هذا إلى كون نظره شرطاً في جواز تصرف غيره. و بين موارد الوجهين عموم من وجه.

ثمّ إذنه المعتبر في تصرف الغير:

إمّا أن يكون على وجه الاستنابة، كوكيل الحاكم.

و إمّا أن يكون على وجه التفويض و التولية، كمتولّى الأوقاف من قبل الحاكم.

و إمّا أن يكون على وجه الرضا كإذن الحاكم لغيره في الصلاة على ميت لا ولي له.

[ثبوت الولاية بالمعنى الأول للنبي و الأئمة عليهم السلام]

إشارة

إذا عرفت هذا، فنقول: مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد بشيء «١» من الوجوه «٢» المذكورة، خرجنا عن هذا الأصل في خصوص النبي و الأئمة صلوات الله عليهم أجمعين بالأدلة الأربعة،

[الاستدلال بالكتاب]

قال الله تعالى النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ

(١) كذا في «ف» و «ش»، و في سائر النسخ: «لأخذ شيء»، لكن صححت العبارة في بعضها بما أثبتناه، و في بعضها الآخر ورد ما أثبتناه في الهامش، و صححها مصحح «ص» هكذا: لأخذ على أحد في شيء.

(٢) في «ش»: الأمور.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٤٧

مِنْ أَنْفُسِهِمْ «١»، وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذْ قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ «٢»، فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ «٣»، وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ «٤»، وَإِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ .. الْآيَةُ «٥»، إِلَى غير ذلك.

[الاستدلال بالروايات]

وقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ كَمَا فِي رِوَايَةِ أَيُّوبَ بْنِ عَطِيَّةٍ: «أَنَا أَوْلَى بِكُلِّ مُؤْمِنٍ مِنْ نَفْسِهِ» «٦»، وَقَالَ فِي يَوْمِ غَدِيرِ خَمٍ: «أَلَسْتُ أَوْلَى بِكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ؟ قَالُوا: بَلَى. قَالَ: مَنْ كُنْتُ مَوْلَاهُ فَهَذَا عَلَيَّ مَوْلَاهُ» «٧».

وَالْأَخْبَارُ فِي افْتِرَاضِ طَاعَتِهِمْ وَكُونَ مَعْصِيَتِهِمْ كَمَعْصِيَةِ اللَّهِ كَثِيرَةٌ، يَكْفِي فِي ذَلِكَ مِنْهَا مَقْبُولَةُ عُمَرَ بْنِ حَنْظَلَةَ «٨»، وَمَشْهُورَةُ أَبِي خَدِيجَةَ «٩»، وَالتَّوْقِيعُ الْآتِي «١٠»، حَيْثُ عَلَّلَ فِيهَا حُكْمَةَ الْفَقِيهِ وَتَسَلُّطَهُ عَلَى النَّاسِ: بِأَنِّي قَدْ جَعَلْتَهُ كَذَلِكَ، وَأَنَّهُ حَجَّتِي عَلَيْكُمْ.

(١) الأحزاب: ٦.

(٢) الأحزاب: ٣٦.

(٣) النور: ٦٣.

(٤) النساء: ٥٩.

(٥) المائدة: ٥٥.

(٦) الوسائل ١٧: ٥٥١، الباب ٣ من أبواب ولاء ضمان الجريرة و الإمامة، الحديث ١٤.

(٧) الحديث من المتواترات بين الخاصة والعامة، انظر كتاب الغدير ١: ١٤ ١٥٨.

(٨) الوسائل ١٨: ٩٨ ٩٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث الأول.

(٩) الوسائل ١٨: ١٠٠، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٦.

(١٠) الآتي في الصفحة ٥٥٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٤٨

[الاستدلال بالإجماع والعقل]

وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ فَغَيْرُ خَفِيٍّ.

وَأَمَّا الْعَقْلُ الْقَطْعِيُّ، فَالْمُسْتَقَلُّ مِنْهُ حُكْمُهُ بِوَجُوبِ شُكْرِ الْمُنْعَمِ بَعْدَ مَعْرِفَتِهِ أَنَّهَا أَوْلِيَاءُ النِّعَمِ، وَالْغَيْرِ الْمُسْتَقَلُّ حُكْمُهُ بِأَنَّ الْأَبْوَةَ إِذَا اقْتَضَتْ وَجُوبَ طَاعَةِ الْأَبِّ عَلَى الْإِبْنِ فِي الْجُمْلَةِ، كَانَتْ الْإِمَامَةُ مُقْتَضِيَةً لَوْجُوبِ طَاعَةِ الْإِمَامِ عَلَى الرَّعِيَّةِ بِطَرِيقِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْحَقَّ هُنَا أَعْظَمُ بِمَرَاتِبٍ، فَتَأَمَّلْ.

وَالْمَقْصُودُ مِنْ جَمِيعِ ذَلِكَ: دَفْعُ مَا يَتَوَهَّمُ مِنْ أَنَّ وَجُوبَ طَاعَةِ الْإِمَامِ مُخْتَصِّصٌ بِالْأَوْامِرِ الشَّرْعِيَّةِ، وَأَنَّهُ لَا دَلِيلَ عَلَى وَجُوبِ إِطَاعَتِهِ «١» فِي أَوْامِرِهِ الْعَرَفِيَّةِ أَوْ سُلْطَنَتِهِ عَلَى الْأَمْوَالِ وَالْأَنْفُسِ.

وَبِالْجُمْلَةِ، فَالْمُسْتَفَادُ مِنَ الْأَدْلَةِ الْأَرْبَعَةِ بَعْدَ التَّبَعِ وَالتَّأَمُّلِ: أَنَّ لِلْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ سُلْطَنَةً مُطْلَقَةً عَلَى الرَّعِيَّةِ مِنْ قِبَلِ اللَّهِ تَعَالَى، وَأَنَّ تَصَرُّفَهُمْ نَافِذٌ عَلَى الرَّعِيَّةِ مَاضٍ مُطْلَقًا.

هذا كله في ولايتهم بالمعنى الأول.

[الاستدلال بالروايات بالمعنى الثاني والاستدلال عليه]

و أمّا بالمعنى الثاني أعني اشتراط تصرف الغير بإذنتهم فهو وإن كان مخالفاً للأصل، إلّا أنه قد ورد أخبار خاصّة بوجوب الرجوع إليهم «٢»، و عدم جواز الاستقلال لغيرهم بالنسبة إلى المصالح المطلوبة للشارع الغير المأخوذة على شخص معيّن من الرعيّة، كالحدود و التعزيرات، و التصرف في أموال القاصرين، و إلزام الناس بالخروج عن الحقوق، و نحو ذلك.

(١) في «ش»: طاعته.

(٢) انظر الكافي ١: ١٨٥، باب فرض طاعة الأئمة، و ٢١٠، باب أنّ أهل الذكر الذين أمر الله الخلق بسؤالهم هم الأئمة، و البحار ٢٣: ١٧٢، الباب ٩ من كتاب الإمامة، و ٢٨٣، و كذا الباب ١٧ منه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٤٩

و يكفي في ذلك ما دلّ على أنّهم أولو الأمر و ولاته «١»؛ فإنّ الظاهر من هذا العنوان عرفاً: من يجب الرجوع إليه في الأمور العامّة التي لم تحمل في الشرع على شخص خاصّ.

و كذا ما دلّ على وجوب الرجوع في الوقائع الحادثة إلى رواة الحديث معللاً ب «أنهم حجّتي عليكم و أنا حجّة الله» «٢»؛ فإنّه دلّ على أنّ الإمام هو المرجع الأصلي.

و ما عن العلل بسنده إلى الفضل بن شاذان عن مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام في علة حاجة الناس إلى الإمام عليه السلام، حيث قال بعد ذكر جملة من العلل - «و منها: أنا لا نجد فرقة من الفرق، و لا ملّة من الملل عاشوا و بقوا» «٣» إلّا بقيم و رئيس؛ لما لا بدّ لهم منه في «٤» أمر الدين و الدنيا، فلم يجز في حكمه الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم «٥» أنّه «٦» لا بدّ لهم منه «٧» و لا قوام لهم إلّا به «٨».

(١) راجع الكافي ١: ٢٠٥، باب أنّ الأئمة عليهم السلام ولاة الأمر، و البحار ٢٣: ٢٨٣، الباب ١٧ من كتاب الإمامة.

(٢) كما في التوقيع الآتي في الصفحة ٥٥٥.

(٣) في «ف»: «عاشوا و لا بقوا»، و في «ش» و المصدر: بقوا و عاشوا.

(٤) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: لما لا بدّ لهم من أمر.

(٥) في «ف» و «خ» و نسخة بدل «ع»: «و هو يعلم»، و في المصدر: «مما يعلم»، و في مصححة «ص»: بلا رئيس و هو يعلم.

(٦) في «ف»: أنّهم.

(٧) لم ترد «منه» في غير «ش».

(٨) علة الشرائع: ٢٥٣، الباب ١٨٢، ذيل الحديث ٩.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٥٠

هذا، مضافاً إلى ما ورد في خصوص الحدود و التعزيرات و الحكومات، و أنّها لإمام المسلمين «١»، و في الصلاة على الجنائز من: أنّ سلطان الله أحقّ بها من كلّ أحد «٢»، و غير ذلك ممّا يعثر عليه المستبح.

و كيف كان، فلا إشكال في عدم جواز التصرف في كثير من الأمور العامّة بدون إذنتهم و رضاهم، لكن لا عموم يقتضى أصالة توقّف كلّ تصرف على الإذن.

نعم، الأمور التي يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم، لا- يبعد الاطراد فيها بمقتضى كونهم اولى الأمر وولاته و المرجع الأصلي في الحوادث الواقعة، و المرجع في غير ذلك من موارد الشك إلى إطلاقات أدلة تلك التصرفات إن وجدت على الجواز أو المنع، و إلا فإلى الأصول العملية، لكن حيث كان الكلام في اعتبار إذن الإمام عليه السلام أو نائبه الخاص مع التمكن منه لم يجز إجراء الأصول؛ لأنها لا تنفع مع التمكن «٣» من الرجوع إلى الحجّة، و إنما تنفع «٤» مع عدم التمكن من الرجوع إليها

(١) راجع الوسائل ١٨: ٤، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، و ٢٢١، الباب ٣٢ من أبواب كيفية الحكم و الدعوى، الحديث ٣، و ٣٣٠، الباب ١٧ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ٣، و ٣٤٣، الباب ٣٢ من الأبواب، و ٥٣٢، الباب الأول من أبواب حدّ المحارب، و المستدرک ١٧: ٢٤١، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، و ١٨: ٢٩، الباب ٢٥ من أبواب مقدمات الحدود، و غيرها.

(٢) الوسائل ٢: ٨٠١، الباب ٢٣ من أبواب صلاة الجنائز، الحديث ٤.

(٣) العبارة في «ف» هكذا: لأنها إنما تنفع مع عدم التمكن ..

(٤) في غير «ش» زيادة: «ذلك»، لكن شطب عليها في «ن».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٥١

لبعض العوارض «١».

[الكلام في ولاية الفقيه بالمعنى الأول]

إشارة

و بالجملة، فلا يهتّمنا التعرّض لذلك، إنّما المهمّ التعرّض لحكم ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين، فنقول:

[الاستدلال عليها بالروايات]

إشارة

أمّا الولاية على الوجه الأول أعنى استقلاله في التصرف فلم يثبت بعموم عدا ما ربما يتخيل من أخبار واردة في شأن العلماء مثل: «أنّ العلماء ورثة الأنبياء، و [ذاك] «٢» أنّ الأنبياء لم يورثوا ديناراً و لا درهماً و لكن ورثوا أحاديث من أحاديثهم، فمن أخذ بشيء منها أخذ بحظّ وافر» «٣».

و «أنّ العلماء أمناء الرسل» «٤».

و قوله عليه السلام: «مجارى الأمور بيد العلماء بالله، الامناء على حلاله و حرامه» «٥».

و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «علماء أمتي كأنبيا بني إسرائيل» «٦».

(١) في «ف» و «خ»: «في بعض الموارد»، لكن صحّح في الأخير بما أثبتناه.

(٢) من المصدر.

(٣) الوسائل ١٨: ٥٣، الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢.

(٤) لم نقف عليه بهذا اللفظ في مجاميعنا الحديثية، بل ورد في الكافي (١: ٣٣، الحديث ٥): «العلماء أمناء»، و في (٤٦، الحديث ٥):

«الفقهاء أمناء الرسل»، نعم ورد بهذا اللفظ في كنز العمال ١٠: ١٨٣، و ٢٠٤، الحديث ٢٨٩٥٢ و ٢٩٠٨٣.

(٥) تحف العقول: ٢٣٨، و عنه في البحار ١٠٠: ٨٠، الحديث ٣٧.

(٦) عوالي اللآلي ٤: ٧٧، الحديث ٦٧، و عنه البحار ٢: ٢٢، الحديث ٦٧، و نقله في المستدرک ١٧: ٣٢٠، الحديث ٣٠ عن العلامة في التحرير.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٥٢

و في المرسله «١» المرويّه في الفقه الرضوي: «إن منزله الفقيه في هذا الوقت كمنزله الأنبياء في بني إسرائيل» (٢).

و قوله عليه السلام «٣» في نهج البلاغه: «أولى الناس بالأنبياء: أعلمهم بما جاؤوا به إن أولى الناس بإبراهيم للذين اتبعوه الآية» (٤).

و قوله صلى الله عليه و آله و سلم ثلاثاً: «اللهم ارحم خلفائي. قيل: و من خلفائك يا رسول الله؟ قال: الذين يأتون بعدي، و يروون حديثي و سنتي» (٥).

و قوله عليه السلام في مقبولة ابن حنظله: «قد جعلته عليكم حاكماً» (٦).

و في مشهوره أبي خديجه: «جعلته عليكم قاضياً» (٧).

و قوله عجل الله فرجه: «هم حجتي عليكم و أنا حجة الله» (٨).

(١) لم ترد هذه الرواية في «ف».

(٢) الفقه المنسوب إلى الإمام الرضا عليه السلام: ٣٣٨. و عنه في البحار ٧٨: ٣٤٦، ذيل الحديث ٤.

(٣) لم يرد هذا النص في «ف».

(٤) نهج البلاغه: ٤٨٤، باب المختار من حكم أمير المؤمنين عليه السلام، الحكمة ٩٦، و الآية من سورة آل عمران: ٦٨.

(٥) الوسائل ١٨: ١٠٠، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٧.

(٦) الوسائل ١٨: ٩٨ ٩٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث الأول.

(٧) الوسائل ١٨: ١٠٠، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٦.

(٨) ستاتي مصادره في الصفحة ٥٥٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٥٣

إلى غير ذلك مما يظفر به المتتبع.

[المناقشة في الاستدلال]

لكن الإنصاف بعد ملاحظة سياقها أو صدرها أو ذيلها يقتضي الجزم بأنها في مقام بيان وظيفتهم من حيث الأحكام الشرعية، لا كونهم كالتبّي و الأئمة صلوات الله عليهم في كونهم أولى بالناس «١» في أموالهم، فلو طلب الفقيه الزكاة و الخمس من المكلف فلا دليل على وجوب الدفع إليه شرعاً. نعم، لو ثبت شرعاً اشتراط صحّة أدائهما بدفعه إلى الفقيه مطلقاً أو بعد المطالبة، و أفتى بذلك الفقيه، و جب أتباعه إن كان ممن يتعين تقليده ابتداءً أو بعد الاختيار، فيخرج عن محلّ الكلام.

هذا، مع أنه لو فرض العموم فيما ذكر من الأخبار، و جب حملها على إرادة الجهة «٢» المعهودة المتعارفة من وظيفته، من حيث كونه رسولاً مبلغاً، و إلّا لزم تخصيص أكثر أفراد العام؛ لعدم سلطنة الفقيه على أموال الناس و أنفسهم إلّا في موارد قليلة بالنسبة إلى موارد عدم سلطنته.

و بالجملة، فأقامه الدليل على وجوب طاعة الفقيه كالإمام عليه السلام إلّا ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد!

بقي الكلام في ولايته على الوجه الثاني أعني توقف تصرف الغير على إذنه،

إشارة

فيما كان متوقفاً على إذن الإمام عليه السلام و حيث إن موارد التوقف على إذن الإمام عليه السلام غير مضبوطة فلا بد من ذكر ما يكون كالضابط لها، فنقول:

[الضابطة لما يجب استئذان الفقيه فيه]

كل معروف علم من الشارح إرادة وجوده في الخارج، إن علم

(١) في «ع» و «ش»: أولى الناس.

(٢) كذا في «ف» و «ش»، و في سائر النسخ: على إرادة العام من الجهة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٥٤

كونه وظيفة شخص خاص، كنظر الأب في مال ولده الصغير، أو صنفٍ خاص، كالإفتاء والقضاء، أو كل من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف، فلا إشكال في شيء من ذلك. و إن لم يُعلم ذلك و احتمال كونه مشروطاً في وجوده أو وجوبه بنظر الفقيه، و جب الرجوع فيه إليه.

ثم إن علم الفقيه من الأدلة جواز توليه «١»؛ لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاص، تولاه مباشرة أو استنابةً إن كان ممن يرى الاستنابة فيه، و إلاّ عطّله؛ فإن كونه معروفاً لا ينافي إناطته بنظر الإمام عليه السلام و الحرمان عنه عند فقده، كسائر البركات التي حُرمانها بفقده عجل الله فرجه.

و مرجع هذا إلى الشك في كون المطلوب مطلق وجوده، أو وجوده من موجد خاص.

[ما يدل على وجوب استئذان الفقيه في الأمور المذكورة]

أمّا وجوب الرجوع إلى الفقيه في الأمور المذكورة، فيدلّ عليه مضافاً إلى ما استفاد من جعله حاكماً، كما في مقبوله ابن حنظلة، الظاهرة في كونه كسائر الحكام المنصوبة في زمان النبي صلى الله عليه وآله وسلم و الصحابة في إلزام الناس بإرجاع الأمور المذكورة إليه، و الانتهاء فيها إلى نظره، بل المتبادر عرفاً من نصب السلطان حاكماً وجوب الرجوع في الأمور العامة المطلوبة للسلطان إليه، و إلى ما تقدّم من قوله عليه السلام: «مجارى الأمور بيد العلماء بالله الامناء على حلاله و حرامه» «٢» -

(١) في غير «ف» و «ش»: «توليته»، و لكن صحّح في «ن» بما أثبتناه.

(٢) تقدّم في الصفحة ٥٥١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٥٥

التوقيع «١» المروى في إكمال الدين «٢» و كتاب الغيبة «٣» و احتجاج الطبرسي «٤» الوارد في جواب مسائل إسحاق بن يعقوب، التي ذكر أنّي «٥» سألت العمري رضي الله عنه أن يوصل لي «٦» إلى صاحب عجل الله فرجه كتاباً «٧» فيه تلك المسائل التي قد أشكلت عليّ، فورد الجواب «٨» بخطه عليه آلاف الصلاة والسلام في أجوبتها، و فيها: «و أمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا؛ فإنّهم حجّتي عليكم و أنا حجّة الله».

فإنّ المراد ب «الحوادث» ظاهراً: مطلق الأمور التي لا بدّ من الرجوع فيها عرفاً أو عقلاً أو شرعاً إلى الرئيس، مثل النظر في أموال القاصرين لغيبه أو موت أو صغر أو سفه.

و أمّا تخصيصها بخصوص المسائل الشرعية، فبعيد من وجوه:

نعم، الولاية على هذه وغيرها ثابتة للإمام عليه السلام بالأدلة المتقدمة المختصة به، مثل آية أولي بالمؤمنين من أنفسهم (٣).

(١) الوارد في قوله تعالى «أطيعوا الله»، و تقدّم في الصفحة ٥٤٧.

(٢) في «ف»: اولي الأمر.

(٣) الأحزاب: ٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٥٨

و قد تقدّم «١»: أن إثبات عموم نيابة الفقيه «٢» عنه عليه السلام في هذا النحو من الولاية على الناس ليقصر في الخروج عنه على ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد.

و بالجملة، فهذا هنا مقامان:

أحدهما: وجوب إكمال المعروف المأذون فيه إليه؛ ليقع خصوصياته عن نظره ورائه، كتجهيز الميت الذي لا ولي له، فإنه يجب أن يقع خصوصياته من تعيين الغاسل و المغسل و تعيين شيء من تركته للكفن و تعيين المدفن عن رأى الفقيه.

الثاني: مشروعيتها تصرف خاص في نفس أو مال أو عرض.

و الثابت بالتوقيع و شبهه هو الأول دون الثاني، و إن كان الإفتاء في المقام الثاني بالمشروعية و عدمها أيضاً من وظيفته، إلّا أن المقصود عدم دلالة الأدلة السابقة على المشروعية.

نعم، لو ثبتت أدلة النيابة عموماً تم ما ذكر.

ثم إنه قد اشتهر في الألسن و تداول في بعض الكتب «٣» رواية «٤» أن «السلطان ولي من لا ولي له» و هذا أيضاً بعد الانجبار سنداً أو

(١) تقدّم في الصفحة ٥٥٣.

(٢) في غير «ش»: «نيابته للفقيه»، و صححت في «ن» بما أثبتناه.

(٣) كما في المسالك ٧: ١٤٧، و عوائد الأيام: ٥٦٣، ذيل العائدة: ٥٤، و الجواهر ٢٩: ١٨٨، و راجع الحديث في كنز العمال ١٦: ٣٠٩، الحديث ٤٤٦٤٣ و ٤٤٦٤٤.

(٤) لم ترد «رواية» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٥٩

مضموناً «١» يحتاج إلى أدلته عموم النيابة، و قد عرفت ما يصلح أن يكون دليلاً عليه «٢»، و أنه لا يخلو عن وهن في دلالته، مع قطع النظر عن السند، كما اعترف به جمال المحققين في باب الخمس بعد الاعتراف بأن المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نواب الإمام عليه السلام «٣»، و يظهر من المحقق الثاني أيضاً في رسالته الموسومة ب «قاطع اللجاج» «٤» في مسألة جواز أخذ الفقيه اجرة أراضى الأنفال من المخالفين كما يكون ذلك للإمام عليه السلام إذا ظهر الشك «٥» في عموم النيابة «٦»، و هو في محله.

ثم إن قوله «٧»: «من و لا ولي له» في المرسل المذكورة ليس مطلق من لا ولي له، بل المراد عدم الملكة، يعنى: أنه ولي من شأنه أن يكون له ولي بحسب شخصه أو صنفه أو نوعه أو جنسه، فيشمل الصغير الذي مات أبوه، و المجنون بعد البلوغ، و الغائب، و الممتنع، و المريض، و المغمى عليه، و الميت الذي لا ولي له، و قاطبة المسلمين إذا كان لهم ملك، كالمفتوح عنوة، و الموقوف عليهم في الأوقاف العامة، و نحو ذلك.

(١) قال الشهيد قدس سره: منشأ التردد هو الشك في أن المتداول في الألسنة متن الرواية و نقلت باللفظ، أو مضمونها و نقلت

بالمعنى (هداية الطالب: ٣٣٢).

(٢) راجع الصفحة ٥٥١ ٥٥٣.

(٣) حاشية الروضة: ٣٢٠، ذيل عبارة: أو إلى توابه و هم الفقهاء.

(٤) كذا في النسخ، والمعروف تسميتها ب «قاطع اللجاج».

(٥) كذا في «ف»، «خ» و «ص»، و في سائر النسخ: للشك.

(٦) قاطع اللجاج في تحقيق حلّ الخراج (رسائل المحقق الكركي) ١: ٢٥٧.

(٧) في «ف» زيادة: عليه السلام.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٦٠

لكن يستفاد منه ما لم يمكن «١» يستفاد من التوقيع المذكور، و هو الإذن في فعل كل مصلحة لهم، فثبت «٢» به مشروعيتها ما لم يثبت مشروعيتها بالتوقيع المتقدم، فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين.

نعم، ليس له فعل شيء لا يعود مصلحته إليهم، و إن كان ظاهر «الولي» يوهم ذلك؛ إذ بعد ما ذكرنا: من أن المراد ب «من لا ولي له» من شأنه أن يكون له ولي، يراد به كونه ممن ينبغي أن يكون له من يقوم بمصلحته، لا- بمعنى: أنه ينبغي أن يكون عليه ولي، له عليه «٣» ولاية الإجمار، بحيث يكون تصرفه ماضياً عليه.

و الحاصل: أن الولي المنفّي هو الولي للشخص لا عليه، فيكون المراد بالولي المثلث، ذلك أيضاً، فمحصّيه: إن الله جعل الولي الذي «٤» يحتاج إليه الشخص و ينبغي أن يكون له، هو «٥» السلطان، فافهم.

(١) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: يكن.

(٢) في «ص»: فثبتت.

(٣) عبارة «ولي، له عليه» لم ترد في «م»، و استدركت في «ع» و «ص».

(٤) كذا في «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: للذي.

(٥) الضمير في «ص» مشطوب عليه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٦١

مسألة في ولاية عدول «١» المؤمنين

[حدود ولاية المؤمنين]

اعلم أن ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه و هو ما كان تصرفاً مطلوباً للشارع إذا كان الفقيه متعذراً الوصول، فالظاهر جواز توليه «٢» لآحاد المؤمنين؛ لأن المفروض كونه مطلوباً للشارع غير مضاف إلى شخص، و اعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط «٣» بفرض التعذر، و كونه شرطاً مطلقاً له لا شرطاً اختيارياً مخالف لفرض العلم بكونه مطلوباً للوجود مع تعذر الشرط؛ لكونه من المعروف الذي أمر بإقامته في الشريعة «٤».

نعم، لو احتمل كون مطلوبيته مختصة بالفقيه أو «٥» الإمام، صح

(١) في غير «ش» و «ص»: العدول.

(٢) كذا في «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: توليته.

(٣) في غير «ش» زيادة: «له»، لكن شطب عليها في «ن».

(٤) كما في الآية: «وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ» آل عمران: ١٠٤، وغيرها من الآيات، وراجع الوسائل ١١: ٣٩٣، الباب الأول من أبواب الأمر والنهي.

(٥) في «ف»: و الإمام.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٦٢

الرجوع إلى أصالة عدم المشروعية، كبعض مراتب النهي عن المنكر؛ حيث إن إطلاقاته لا تعم ما إذا بلغ حد الجرح «١». قال الشهيد قدس سره في قواعده: يجوز للأحاد مع تعدد الحكام تولية أحاد التصرفات الحكيمية على الأصح، كدفع ضرورة اليتيم، لعموم ﴿تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ (٢)، وقوله عليه «٣» السلام: «و الله تعالى في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه» (٤)، وقوله صلى الله عليه وآله: «كل معروف صدقه» (٥). وهل يجوز أخذ الزكوات والأخماس من الممتنع وتفريقها في أربابها، وكذا بقیة وظائف الحكام غير ما يتعلق بالدعاوى؟ فيه وجهان: وجه الجواز ما ذكرنا، ولأنه لو منع من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الأموال، وهي مطلوبة لله تعالى.

وقال بعض متأخري العامة: لا شك أن القيام بهذه المصالح أهم من ترك تلك الأموال بأيدي الظلمة يأكلونها بغير حقها ويصرفونها إلى غير مستحقها. فإن توقع إمام يصرف ذلك في وجهه، حفظ المتمكن تلك الأموال إلى حين تمكنه من صرفها إليه، وإن يئس من ذلك كما

(١) في «خ»، «ع» و «ص»: الحرج.

(٢) القواعد والفوائد ١: ٤٠٦، القاعدة ١٤٨، والآية من سورة المائدة: ٢.

(٣) في «ف»: عليه الصلاة والسلام.

(٤) المستدرک ١٢: ٤٢٩، الباب ٣٤ من أبواب فعل المعروف، الحديث ١٠، وانظر الوسائل ١١: ٥٨٦، الباب ٢٩ من أبواب فعل المعروف، الحديث ٢، وفيه: عون المؤمن .. عون أخيه.

(٥) الوسائل ١١: ٥٢٢، الباب الأول من أبواب فعل المعروف، الحديث ٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٦٣

في هذا الزمان تعين صرفه على الفور في مصارفه؛ لما في إبقائه من التغير و حرمان مستحقيه «١» من تعجيل أخذه مع ميسر حاجتهم إليه. ولو ظفر بأموال مغصوبة حفظها لأربابها حتى يصل إليهم، ومع اليأس يتصدق بها عنهم «٢»، وعند العامة تصرف في المصارف «٣» العامة «٤». انتهى.

والظاهر أن قوله: «فإن توقع .. إلى آخره» من كلام الشهيد قدس سره، ولقد أجاد فيما أفاد إلا أنه قدس سره لم يبين وجه عدم الجواز، ولعل وجهه: أن مجرد كون هذه الأمور من المعروف لا ينافي اشتراطها بوجود الإمام أو نائبه كما في قطع دعاوى وإقامة الحدود، وكما في التجارة بمال الصغير الذي له أب وجد؛ فإن كونها من المعروف لا ينافي وكوله إلى شخص خاص.

نعم، لو فرض المعروف على وجه يستقل العقل بحسنه مطلقاً كحفظ اليتيم من الهلاك الذي يعلم رجحانه على مفسدة التصرف في مال الغير بغير إذنه صحح المباشرة بمقدار يندفع به الضرورة، أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديده لكل أحد إلا أنه خرج ما لو تمكن من الحاكم، حيث دلت الأدلة على وجوب إرجاع الأمور إليه، وهذا كتجهيز الميت، وإلا فمجرد كون التصرف معروفاً لا ينهض في تقييد ما دل على عدم ولاية أحد على مال أحد أو نفسه،

(١) في «ف»: مستحقّه.

(٢) في المصدر زيادة: «و يضمن»، و استدرکہا مصحح «ص».

(٣) في المصدر و نسخة بدل «ص»: المصالح.

(٤) القواعد و الفوائد ١: ٤٠٦، القاعدة ١٤٨.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٦٤

و لهذا لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له بمجرد كونه معروفاً و مصلحه، و لا يفهم من أدلّه المعروف ولايه للفضولي على المعقود عليه؛ لأنّ المعروف هو التصرف في المال أو النفس على الوجه المأذون فيه من المالك أو العقل أو الشارع من غير جهة نفس أدلّه المعروف.

و بالجملة، تصرف غير الحاكم يحتاج إلى نصّ عقلي، أو عموم شرعي، أو خصوص في مورد جزئي، فافهم.

بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولى المصلحة عند فقد الحاكم،

إشارة

كما هو ظاهر أكثر الفتاوى؛ حيث يعتبرون بعدول المؤمنين «١»، و هو مقتضى الأصل، و يمكن أن يستدلّ عليه ببعض الأخبار أيضاً: ففي صحيحه محمد بن إسماعيل: «رجل مات من أصحابنا بغير وصيّه، فرجع أمره إلى قاضي الكوفة، فصير عبد الحميد القيم بماله، و كان الرجل خلّف ورثه صغاراً و متاعاً و جوارى، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهنّ، إذ لم يكن الميت صير إليه وصيّه، و كان قيامه فيها «٢» بأمر القاضي؛ لأنهنّ فروج، قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام، و قلت له: يموت الرجل من أصحابنا، و لا يوصى إلى أحد، و يخلف جوارى «٣»، فيقيم القاضي رجلاً منّا لبيعهنّ

(١) كما في المسالك ٦: ٢٥٩، و الحدائق ١٨: ٣٢٣ و ٤٠٣ و ٤٤٤، و الرياض ٢: ٣١ و ٥٩، و الجواهر ٢٢: ٢٧٢.

(٢) في «ش» بدل «فيها»: بهذا.

(٣) في «ش»: الجوارى.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٦٥

أو قال: يقوم بذلك رجلاً منّا فيضعف قلبه؛ لأنهنّ فروج «١»، فما ترى في ذلك؟ قال: إذا كان القيم «٢» مثلك و «٣» مثل عبد الحميد فلا بأس «٤».

بناء على أنّ المراد من المماثلة: أمّا المماثلة في التشيع، أو في الوثاقه و ملاحظه مصلحه اليتيم و إن لم يكن شيعياً، أو في الفقاهه بأن يكون من نواب الإمام عليه السلام عموماً في القضاء بين المسلمين أو في العدالة.

و الاحتمال «٥» الثالث منافٍ لإطلاق المفهوم الدالّ على ثبوت البأس مع عدم الفقيه و لو مع تعدّره. و هذا بخلاف الاحتمالات الأخرى؛ فإنّ البأس ثابت للفساق أو الخائن أو المخالف و إن تعدّر غيرهم، فتعيّن أحدها «٦» الدائر بينها، فيجب الأخذ في مخالفة الأصل بالأخصّ منها، و هو العدل.

لكن الظاهر من بعض الروايات كفاية الأمانة و ملاحظه مصلحه اليتيم، فيكون مفسّراً للاحتمال الثاني في وجه المماثلة المذكورة في الصحيحة.

(١) عبارة «قال فذكرت إلى فروج» لم ترد في غير «ش»، و استدركت في هامش «ص».

(٢) في «ص» و «ش» زيادة: به.

(٣) في «ص»: أو.

(٤) الوسائل ١٢: ٢٧٠، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢، و في غير «ش» زيادة: الخبر.

(٥) كذا في «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: و احتمال.

(٦) في «ف»: أحدهما.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٦٦

ففي صحيحة علي بن رثاب: «رجل مات و بيني و بينه قرابة و ترك أولاداً صغاراً و مماليك غلماناً» (١) و جوارى و لم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها (٢) أم ولد؟ و ما ترى في بيعهم؟ قال (٣): «إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم، باع عليهم و نظر لهم و (٤) كان مأجوراً فيهم (٥). قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية و يتخذها (٦) أم ولد؟ فقال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم، و ليس لهم أن يرجعوا فيما فعله القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم» (٧). و موثقة زرعة، عن سماعة: «في رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار، من غير وصية، و له خدم و مماليك و عقد (٨) كيف يصنع

(١) لم ترد «غلماناً» في غير «ش» و «ص».

(٢) في «ص» و مصححة «ن»: «و يتخذها»، و في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «و يجدها»، و في «ش»: «يتخذها».

(٣) في «ص» و «ش» زيادة: فقال.

(٤) في «ن» شطب على الواو.

(٥) لم ترد «فيهم» في غير «ش»، و استدركت في «ص».

(٦) في غير «ص» و «ش»: «و يجدها»، و لكن صححت في «ن» بما أثبتناه.

(٧) في غير «ش» زيادة: الخبر، و شطب عليها في «ص»، و لا وجه لها إذ الحديث المذكور بتمامه، راجع الوسائل ١٢: ٢٦٩، الباب ١٥ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٨) كذا استدركت في «ص» طبقاً للمصادر الحديثية، و في «ش»: «و عقر»، و لم ترد الكلمة في سائر النسخ.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٦٧

الورثة بقسمه ذلك (١)؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك فلا بأس (٢)؛ بناءً على أن المراد من يوثق به و يطمئن بفعله عرفاً و إن لم يكن فيه ملكة العدالة.

لكن في صحيحة إسماعيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة: «قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغير وصية، و له ولد صغار و كبار، أ يحلّ شراء شيء من خدمه و متاعه (٣) من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلك؟ فإن تولاه قاضٍ قد تراضوا به و لم يستخلفه (٤) الخليفة، أ يطيب الشراء منه أم لا؟ قال عليه السلام: إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضى الورثة بالبيع و قام عدل في ذلك» (٥).

هذا، و الذى ينبغى أن يقال: إنك قد عرفت أن ولاية غير الحاكم لا تثبت إلا في مقام يكون عموم عقلى أو نقلى يدل على رجحان التصدي لذلك المعروف، أو يكون هناك دليل خاص يدل عليه، فما ورد فيه نص خاص على الولاية أتبع ذلك النصّ عموماً أو (٦) خصوصاً فقد يشمل الفاسق و قد لا يشمل.

(١) في المصادر الحديثية زيادة: «الميراث»، و استدركت في مصححة «ص».

(٢) الوسائل ١٣: ٤٧٤، الباب ٨٨ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٢.

(٣) في نسخة بدل «ن» و «م» و «ع»: متاعهم، و في نسخة بدل «ص»: خدمهم و متاعهم.

(٤) في الكافي: «لم يستأمره»، و في التهذيب و الوسائل: لم يستعمله.

(٥) الوسائل ١٢: ٢٦٩-٢٧٠، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع، الحديث الأول.

(٦) في «ف» بدل «أو»: «و».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٦٨

و أما ما ورد فيه العموم، فالكلام فيه قد يقع في جواز مباشرة الفاسق و تكليفه بالنسبة إلى نفسه، و أنّه هل يكون مأذوناً من الشرع في المباشرة، أم لا؟ و قد يكون بالنسبة إلى ما يتعلّق من فعله بفعل غيره إذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحة، كالشراء منه مثلاً.

[الظاهر عدم اعتبار العدالة في المباشرة]

أما الأول: فالظاهر جوازه، و أنّ العدالة ليست معتبرة في منصب المباشرة؛ لعموم أدلّة فعل ذلك المعروف، و لو مثل قوله عليه السلام: «عون الضعيف من أفضل الصدقة» (١)، و عموم قوله تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ * (٢) و نحو ذلك. و صحيحة محمد بن إسماعيل السابقة-، قد عرفت أنّها محمولة على صحيحة على بن رثاب المتقدمة-، بل و موثقة زرع (٣) و غير ذلك ممّا سيأتي. و لو ترتّب حكم الغير على الفعل الصحيح منه، كما إذا صلّى فاسق على ميت لا وليّ له، فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه و شكّ في صحّته، و لو شكّ في حدوث الفعل منه و أخبر به، ففي قبوله إشكال.

[الظاهر اشتراط العدالة فيما يتعلّق بفعل الغير]

و أما الثاني: فالظاهر اشتراط العدالة فيه، فلا يجوز الشراء منه و إن ادّعى كون البيع مصلحة، بل يجب أخذ المال من يده. و يدلّ عليه بعد صحيحة إسماعيل بن سعد المتقدمة، بل و موثقة زرع، بناء على إرادة العدالة من الوثيقة-: أنّ عموم أدلّة القيام بذلك

(١) الوسائل ١١: ١٠٨، الباب ٥٩ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢، و فيه: «عونك للضعيف ..».

(٢) الأنعام: ١٥٢، و الإسراء: ٣٤.

(٣) راجع الصفحة ٥٦٤ ٥٦٦.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٦٩

المعروف لا يرفع اليد عنها بمجرد تصرّف الفاسق؛ فإنّ وجوب إصلاح مال اليتيم و مراعاة غبطته، لا يرتفع (١) عن الغير بمجرد تصرّف الفاسق.

و لا- يجدى هنا حمل فعل المسلم على الصحيح، كما في مثال الصلاة المتقدّم؛ لأنّ الواجب هناك هي صلاة صحيحة، و قد علم صدور أصل الصلاة من الفاسق، و إذا شكّ في صحّتها أحرزت بأصالة الصلّة. و أمّا الحكم فيما نحن فيه، فلم يحمل على التصرّف الصحيح، و إنّما حمل على موضوع هو «إصلاح المال و مراعاة الحال» و الشكّ في أصل تحقّق ذلك، فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاة مع الشكّ فيها.

و إن شئت قلت: إنّ شراء مال اليتيم لا- بدّ أن يكون مصلحة له، و لا- يحرز (٢) ذلك بأصالة صلّة البيع من البائع، كما لو شكّ المشتري في بلوغ البائع، فتأمل.

نعم، لو وجد في يد الفاسق ثمن من «٣» مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري و أخذ الثمن من الفاسق؛ لأن مال اليتيم الذي يجب إصلاحه وحفظه من التلف لا يعلم أنه الثمن أو المثل، وأصالة صحة المعاملة من الطرفين يحكم بالأول، فتدبر.

[هل يجوز مزاحمة من تصدى من المؤمنين]

ثم إنه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر أنه على وجه التكليف الوجوبي أو الندبي، لا- على وجه النيابة من حاكم الشرع، فضلاً عن كونه على وجه النصب من الإمام عليه السلام، فمجرد وضع العدل

(١) في غير «ص»: لا ترتفع.

(٢) كذا في «ف» ونسخة بدل «خ»، واستظهره مصحح «ص» أيضاً، وفي سائر النسخ: ولا يجوز.

(٣) لم ترد «من» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٧٠

يده على مال يتيم لا يوجب منع الآخر و مزاحمته بالبيع ونحوه.

و لو نقله بعقد جائز، فوجد الآخر المصلحة في استرداده، جاز الفسخ إذا كان الخيار ثابتاً بأصل الشرع أو يجعلهما مع جعله للصغير «١» أو مطلق وليه من غير تخصيص بالعاقلة. و أما لو «٢» أراد بيعه من شخص «٣» و عرض ذلك جاز لغيره يبعه من آخر مع المصلحة و إن كان في يد الأول.

و بالجملة، فالظاهر أن حكم عدول «٤» المؤمنين لا يزيد عن «٥» حكم الأب و الجد من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر.

[مزاحمة فقيه لفقير آخر]

و أما حكم الشرع، فهل هم كذلك؟ فلو عين فقيه من يصلّى على الميت الذي لا ولي له، أو من يلي أمواله، أو وضع اليد على مال يتيم، فهل يجوز للآخر مزاحمته، أم لا؟

الذي ينبغي أن يقال: إنه إن استندنا في ولاية الفقيه إلى مثل التوقيع المتقدم «٦»، جاز المزاحمة قبل وقوع التصرف اللازم؛ لأن المخاطب بوجوب إرجاع الأمور إلى الحكام هم العوام، فالنهي عن المزاحمة

(١) في «ن»، «م»، «ع» و «ص» و نسخة بدل «خ»: لليتيم، و في نسخة بدل «ع»: للصغير.

(٢) لم ترد «و أما» في «ش»، و في «ف»: «أما»، و شطب على «أما» في «ن».

(٣) في غير «ف» و «ش»: شخصه، و صححت في «ن» و «ص» بما أثبتناه.

(٤) في غير «ش»: «العدول»، و صححت في «ص» بما أثبتناه.

(٥) كذا، و المناسب «على»، كما في مصححة «ن».

(٦) تقدم في الصفحة ٥٥٥.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٧١

يختص بهم، و أما الحكم فكلّ منهم حجة من الإمام عليه السلام، فلا يجب على واحد منهم إرجاع الأمر الحادث إلى الآخر، فيجوز له مباشرته و إن كان الآخر دخل فيه و وضع يده عليه، فحال كلّ منهم حال كلّ من الأب و الجد في أن النافذ تصرف السابق، و لا عبرة

بدخول الآخر في مقدمات ذلك و بنائه على ما يغير تصرّف الآخر، كما يجوز لأحد الحاكمين تصدّي المرافعة قبل حكم الآخر و إن حضر المترافعان عنده و أحضر الشهود و بنى على الحكم.

و أما لو استندنا في ذلك إلى «١» عمومات النيابة «٢»، و أنّ فعل الفقيه كفعل الإمام، و نظره كنظره الذي لا يجوز التعدّي عنه لا من حيث ثبوت الولاية له على الأنفس و الأموال حتّى يقال: إنّه قد تقدّم عدم ثبوت عموم يدلّ على النيابة في ذلك «٣»، بل من حيث وجوب إرجاع الأمور الحادثة إليه؛ المستفاد من تعليل الرجوع فيها إلى الفقيه بكونه حجّة منه عليه السلام على الناس فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذي دخل في أمر و وضع يده عليه و بنى فيه بحسب نظره على تصرّف و إن لم يفعل نفس ذلك التصرّف؛ لأنّ دخوله فيه كدخول الإمام، فدخول الثاني فيه و بناؤه على تصرّف آخر مزاحمة «٤» له، فهو «٥» كمزاحمة

(١) كذا في «ف»، «ن» و «خ» و نسخة بدل «ص»، و في سائر النسخ: على.

(٢) المتقدمة في الصفحة ٥٥١ ٥٥٢.

(٣) راجع الصفحة ٥٥٣.

(٤) في «ف»، «خ»، «م» و «ع»: يزاحمه.

(٥) لم ترد «فهو» في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٧٢

الإمام عليه السلام، فأدلة النيابة عن الإمام عليه السلام لا تشمل ما كان فيه مزاحمة الإمام «١» عليه السلام.

فقد ظهر ممّا ذكرنا: الفرق بين الحكّام، و بين الأب و الجدّ؛ لأجل الفرق بين كون كلّ واحد منهم حجّة و بين كون كلّ واحد منهم نائباً.

و ربما يتوهم: كونهم حينئذٍ كالوكلاء المتعدّدين، في أنّ بناء واحد منهم على «٢» أمر مأذون فيه لا يمنع الآخر عن تصرّف مغاير لما بنى عليه الأوّل.

و يندفع بأنّ الوكلاء إذا فرضوا و كلاء في نفس التصرّف لا في مقدماته، فما لم يتحقّق التصرّف من أحدهم كان الآخر مأذوناً في تصرّف مغاير و إن بنى عليه الأوّل و دخل فيه، أمّا إذا فرضوا و كلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون إلزامهم كإلزامه و دخولهم في الأمر كدخوله، و فرضنا أيضاً عدم دلالة دليل و كالتهم على الإذن في مخالفة نفس الموكل، و التعدّي عمّا بنى هو عليه مباشرة أو استنباهً، كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زيادة و لا نقيصة.

و الوهم إنّما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة للوكلاء المتعدّدين المتعلقة بنفس ذى المقدمه، فتأمل.

هذا كلّه مضافاً إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة إلى الحكّام سيّما في مثل هذا الزمان «٣» الذي شاع فيه القيام بوظائف الحكّام ممّن

(١) في «ف»: للإمام.

(٢) في «ف» بدل «على»: في.

(٣) كذا في «ش»، و في «خ» و «ص»: «هذه الأزمان»، و في سائر النسخ: هذا الأزمان.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٧٣

يدعى الحكومة.

و كيف كان، فقد تبين ممّا ذكرنا عدم جواز مزاحمة فقيهٍ لمثله في كلّ إلزام قوليّ أو فعليّ يجب الرجوع فيه إلى الحاكم، فإذا قبض

«١» مال اليتيم من شخص أو عين شخصاً لقبضه أو جعله ناظراً عليه، فليس لغيره من الحكام مخالفة نظره؛ لأنَّ نظره كنظر الإمام. و أما جواز «٢» تصدّي مجتهدٍ لمرافعه تصدّاهما مجتهد آخر قبل الحكم فيها إذا لم يعرض عنها بل بنى على الحكم فيها؛ فلائن وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم.

[هل يشترط في ولاية غير الأب و الجد ملاحظة الغبطة لليتيم؟]

إشارة

ثم إنّه هل يشترط في ولاية «٣» غير الأب و الجد ملاحظة الغبطة لليتيم، أم لا؟ ذكر الشهيد في قواعده: أن فيه وجهين «٤»، و لكن ظاهر «٥» كثير «٦» من كلماتهم: أنّه لا- يصحّ إلما مع المصلحة، بل في مفتاح الكرامة: أنّه إجماعي «٧»، و أنّ الظاهر من التذكرة في باب الحجر كونه اتفاقياً بين

(١) في غير «ف» و «ش»: أقبض.

(٢) في «ف»: عدم جواز.

(٣) كذا، و في التعبير ما لا يخفى.

(٤) راجع القواعد و الفوائد ١: ٣٥٢، القاعدة ١٣٣، و سيأتي نصّ كلامه في الصفحة ٥٧٩.

(٥) في «خ» و «ص»: ظهر.

(٦) كلمة «كثير» وردت في «ف» و «ش»، و استدركت في هامش «ن».

(٧) مفتاح الكرامة ٤: ٢١٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٧٤

المسلمين «١»، و عن شيخه في شرح القواعد: أنّه ظاهر الأصحاب «٢»، و قد عرفت تصريح الشيخ و الحلّي بذلك حتّى في الأب و الجد «٣».

[الاستدلال بقوله تعالى وَ لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ*]

و يدلّ عليه بعد ما عرفت من أصالة عدم الولاية لأحد على أحد:- عموم قوله تعالى وَ لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ* «٤»، و حيث إنّ توضيح معنى الآية على ما ينبغي لم أجده في كلام أحد من المتعرضين لبيان آيات الأحكام، فلا بأس بتوضيح ذلك في هذا المقام، فنقول: إنّ «القرب» في الآية يحتمل معاني «٥» أربعة:

الأول: مطلق التقلب «٦» و التحريك حتّى من مكان إلى آخر، فلا يشمل مثل إبقائه «٧» على حال أو عند «٨» أحد.

الثاني: وضع اليد عليه بعد أن كان بعيداً عنه و مجتنباً، فالمعنى: تجنّبوا عنه، و لا تقربوه إلّا إذا كان القرب أحسن، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع «٩».

الثالث: ما يعدّ تصرفاً عرفاً كالاقتراض و البيع و الإجارة و ما أشبه

(١) استظهره السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٠، و انظر التذكرة ٢: ٨٠.

(٢) شرح القواعد (مخطوط): الورقة ٧١.

(٣) راجع الصفحة ٥٣٩.

(٤) الأنعام: ١٥٢، والإسراء: ٣٤.

(٥) في «ف»: معان.

(٦) كذا في «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: التقلب.

(٧) في «ف»: البقاء.

(٨) في مصححة «ص»: على حاله و عند.

(٩) في «ف» و «خ» و نسخة بدل «ش»: بعد الارتكاب.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٧٥

ذلك فلا يدل على تحريم إبقائه بحاله تحت يده إذا كان التصرف فيه أحسن منه، إلا بتقحيح المناط.

الرابع: مطلق الأمر الاختياري المتعلق بمال اليتيم، أعم من الفعل و الترك، و المعنى: لا تختاروا في مال اليتيم فعلاً أو تركاً إلا ما كان أحسن من غيره، فيدل على حرمة الإبقاء في الفرض المذكور؛ لأن إبقائه قرب له بما ليس أحسن.

و أمّا لفظ «الأحسن» في الآية، فيحتمل أن يراد به ظاهره من التفضيل، و يحتمل أن يراد به الحسن. و على الأول، فيحتمل التصرف الأحسن من تركه كما يظهر من بعض و يحتمل أن يراد به ظاهره و هو الأحسن مطلقاً من تركه و من غيره من التصرفات. و على الثاني، فيحتمل أن يراد ما فيه مصلحة، و يحتمل أن يراد به ما لا مفسدة فيه، على ما قيل: من أن أحد معاني الحسن ما لا حرج في فعله (١).

ثم إن الظاهر من احتمالات «القرب» هو الثالث، و من احتمالات «الأحسن» هو الاحتمال الثاني، أعنى التفضيل المطلق.

و حينئذ إذا فرضنا أن المصلحة اقتضت بيع مال اليتيم، فبعناه بعشرة دراهم، ثم «٢» فرضنا أنه لا يتفاوت لليتيم إبقاء الدراهم أو جعلها ديناراً، فأراد الولي جعلها ديناراً، فلا يجوز؛ لأن هذا التصرف ليس أصلح من تركه، و إن كان يجوز لنا من أول الأمر بيع المال بالدينار؛ لفرض عدم التفاوت بين الدراهم و الدينار بعد تعلق المصلحة بجعل المال نقداً.

(١) لم نعثر على قائله.

(٢) في «ف» زيادة: لو.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٧٦

أمّا لو جعلنا «الحسن» بمعنى ما لا مفسدة فيه، فيجوز.

و كذا لو جعلنا «القرب» بالمعنى الرابع؛ لأننا إذا فرضنا أن القرب يعم إبقاء مال اليتيم على حاله كما هو الاحتمال الرابع فيجوز التصرف المذكور؛ إذ بعد كون الأحسن هو جعل مال اليتيم نقداً، فكما أنه مخير في الابتداء بين جعله دراهم أو ديناراً لأن القدر المشترك أحسن من غيره، و أحد الفردين فيه لا مزية لأحدهما «١» على الآخر فيخير فكذلك بعد جعله دراهم إذا كان كل من إبقاء الدراهم على حالها و جعلها ديناراً قرباً، و القدر المشترك أحسن من غيره، و أحد «٢» الفردين لا مزية فيه على الآخر فهو مخير بينهما. و الحاصل: أنه كلما يفرض التخيير بين تصرفين في الابتداء لكون القدر المشترك بينهما أحسن «٣»، و عدم مزية لأحد الفردين تحقق التخيير لأجل ذلك استدامة، فيجوز العدول من «٤» أحدهما بعد فعله إلى الآخر إذا كان العدول مساوياً للبقاء بالنسبة إلى حال اليتيم و إن كان فيه نفع يعود إلى المتصرف.

لكن الإنصاف: أن المعنى الرابع ل «القرب» مرجوح في نظر العرف بالنسبة إلى المعنى الثالث، و إن كان الذي يقتضيه التدبر في

(١) كذا في النسخ، و كان الأولى الإتيان بكلمة «له» مكان «لأحدهما»، كما أشار إليه مصحح «ص».

(٢) في غير «ف»: فأحد.

(٣) في غير «ف» و «ش»: «حسن»، و كتب في «ص» فوقه: حسناً.

(٤) في «ص»: عن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٧٧
غرض الشارع و مقصوده من مثل هذا الكلام: أن لا يختاروا في أمر مال اليتيم إلا ما كان أحسن من غيره.

[ظاهر بعض الروايات كفاية عدم المفسدة]

نعم، ربما يظهر من بعض الروايات أن مناط حرمة التصرف هو الضرر، لا أن مناط الجواز هو النفع.
ففي حسنة «١» الكاهلي: «قيل «٢» لأبي عبد الله عليه السلام: إننا ندخل «٣» على أخ لنا في بيت أيتام و معهم «٤» خادم لهم، فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم، و يخدمنا خادمهم، و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا و فيه من طعامهم، فما ترى في ذلك؟ قال: إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، و إن كان فيه ضرر فلا» «٥».

دزفولي، مرتضى بن محمد امين انصاري، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ٦ جلد، كنگره جهاني بزرگداشت شيخ اعظم انصاري، قم - ايران، اول، ١٤١٥ ه ق

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٧٧
بناءً على أن المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون «٦» من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الذيل: أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك، فلا تنافي بين الصدر و الذيل على ما زعمه بعض المعاصرين «٧»: من أن الصدر دال على إناطة الجواز

(١) في «ف» و «خ» و نسخة بدل «ع» و «ش»: رواية.

(٢) في غير «ف» و «خ»: «قال»، و في مصححة «ص»: «قال: قيل».

(٣) في غير «ف»: لدخل.

(٤) كذا في «ص» و «ش»، و في سائر النسخ: معه.

(٥) الوسائل ١٢: ١٨٣ ١٨٤، الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

(٦) كذا، و الأولى: «يصرفون»، كما تبه عليه مصحح «ص».

(٧) لم نعره عليه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٧٨
بالنفع، و الذيل دال على إناطة الحرمة بالضرر، فيتعارضان في مورد يكون التصرف غير نافع و لا مضر. و هذا منه مبني على أن المراد بمنفعة الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما يزاء مال اليتيم إليه، بمعنى أن تكون المنفعة في معاوضة ما يتصرف «١» من مال اليتيم بما يتوصل «٢» إليهم من ماله، كأن يشرب ماءً فيعطى «٣» فلساً بإزائه، و هكذا.. و أنت خبير بأنه لا ظهور للرواية حتى يحصل التنافي.
و في رواية ابن المغيرة: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن لي ابنة أخ يتيمة، فربما اهدى لها الشيء فأكل منه ثم أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي، فأقول: يا رب هذا بهذا «٤»؟ قال: لا بأس» «٥».

فإن ترك الاستفصال عن «٦» مساواة العوض و زيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة، إلّا أن يحمل على الغالب: من كون التصرف في الطعام المهدي إليها «٧» و إعطاء العوض بعد ذلك أصلح؛ إذ الظاهر من «٨» «الطعام المهدي إليها» «٩» هو المطبوخ و شبهه.

(١) كذا، و الأولى: «ما يصرف»، كما في مصححة «ص».

(٢) كذا، و الظاهر: «بما يوصل»، كما استظهره مصحح «ص».

(٣) في «ف»: و يعطى.

(٤) في «ف» و «خ» و نسخة بدل «ن» و «م» و «ع» بدل «بهذا»: بذأ.

(٥) الوسائل ١٢: ١٨٤، الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

(٦) في «ش»: من.

(٧) في «ف»: المهدي إليه.

(٨) في «ش» بدل «من»: أن.

(٩) في «ف»، «ن» و «م»: المهدي إليه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٧٩

و هل يجب مراعاة الأصلح أم لا؟

□
وجهان «١». قال الشهيد رحمه الله في القواعد: هل يجب على الولي مراعاة المصلحة في مال المولى عليه، أو يكفي نفى المفسدة؟ يحتمل الأول؛ لأنه منصوب لها، و لأصالة بقاء الملك على حاله، و لأنّ النقل و الانتقال لا بدّ لهما من غاية، و العدميات لا تكاد تقع غاية. و على هذا، هل يتحرى الأصلح أم يكتفى بمطلق المصلحة؟ فيه وجهان: نعم، لمثل ما قلنا، لا؛ لأنّ ذلك لا يتناهى. و على كلّ تقدير: لو ظهر في الحال الأصلح و المصلحة، لم يجز العدول عن الأصلح، و يترتب على ذلك: أخذ الولي بالشفعة للمولى عليه حيث لا مصلحة و لا مفسدة، و تزويج المجنون حيث لا مفسدة؛ و غير ذلك «٢»، انتهى.

الظاهر أنّ فعل الأصلح في مقابل ترك التصرف رأساً غير لازم؛ لعدم الدليل عليه، فلو كان مال اليتيم موضوعاً عنده و كان الاتجار به أصلح منه، لم «٣» يجب إلّا إذا قلنا بالمعنى الرابع من معانى القرب في الآيه، بأن يراد: لا- تختاروا في مال اليتيم أمراً من الأفعال أو التروك إلّا أن يكون أحسن من غيره، و قد عرفت الإشكال في استفادة هذا المعنى، بل الظاهر التصرفات الوجودية فهي المنهي عن جميعها، إلّا «٤»

(١) عبارة: «و هل يجب مراعاة الأصلح، أم لا؟ وجهان»، لم ترد في «ف».

(٢) القواعد و الفوائد ١: ٣٥٢، القاعدة ١٣٣.

(٣) حرف النفي لم يرد في غير «ش»، و في نسخة بدل «ش» و مصححة «ن»، «خ» و «ص»: لا.

(٤) في «ش» بدل «إلّا»: لا.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٨٠

ما كان أحسن من غيره و من الترك، فلا يشمل ما إذا كان «١» فعل أحسن من الترك.

نعم، ثبت بدليل خارج حرمة الترك إذا كان فيه مفسدة، و أمّا إذا كان في الترك مفسدة و دار الأمر بين أفعال بعضها أصلح من بعض، فظاهر الآيه عدم جواز العدول عنه، بل ربما يعدّ العدول في بعض المقامات إفساداً، كما إذا اشترى في موضع بعشرة، و في

موضع آخر قريب منه بعشرين، فإنه يعدّ بيعه في الأوّل إفساداً للمال، لو «٢» ارتكبه عاقل عدّ سفيهاً ليس فيه ملكة إصلاح المال، و هذا هو الذي أرادته الشهيد بقوله: و لو ظهر في الحال .. إلخ «٣».

نعم، قد لا يعدّ العدول من السفاهة، كما لو كان بيعه مصلحة، و كان بيعه في بلد آخر أصلح «٤» مع إعطاء الأجرة منه أن ينقله إليه و العلم بعدم الخسارة «٥»؛ فإنه قد «٦» لا يعدّ ذلك سفاهة، لكن ظاهر الآية وجوبه.

(١) في «ف» و «ن» زيادة: «الترك»، و لكن شطب عليها في «ن».

(٢) في «ش» و مصححة «خ»: و لو.

(٣) راجع الصفحة السابقة.

(٤) كذا في «ش» و مصححة «ن» و «خ»، و العبارة في سائر النسخ هكذا: أو كان بيعه في بلد آخر مع إعطاء ..

(٥) في «ص» بعد كلمة «الخسارة» زيادة «أصلح» تصحيحاً.

(٦) لم ترد «قد» في «ص».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٨١

مسألة يشترط في من ينتقل إليه العبد المسلم ثمناً أو مثنياً أن يكون مسلماً،

[المشهور عدم صحة نقل العبد المسلم إلى الكافر]

فلا- يصحّ نقله إلى الكافر عند أكثر علمائنا، كما في التذكرة «١»، بل عن الغنية: عليه الإجماع «٢»، خلافاً للمحكي في التذكرة عن بعض علمائنا «٣»، و سيأتي عبارة الإسكافي في المصحف «٤».

و استدلل «٥» للمشهور تارةً: بأن الكافر يمنع من استدامته؛ لأنّه لو ملكه قهراً بإرث أو أسلم في ملكه بيع عليه، فيمنع من ابتدائه كالنكاح.

و أخرى: بأن الاسترقاق سبيل على المؤمن، فينتفى بقوله «٦» تعالى:

(١) التذكرة ١: ٤٦٣.

(٢) الغنية: ٢١٠.

(٣) التذكرة ١: ٤٦٣.

(٤) سيأتي في الصفحة ٦٠١.

(٥) انظر التذكرة ١: ٤٦٣، و مفتاح الكرامة ٤: ١٧٥.

(٦) في غير «ش» و مصححة «ن»: لقوله.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٨٢

وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا «١»، و بالنبوي المرسل في كتب أصحابنا المنجبر بعملهم و استدلالهم به «٢» في موارد متعدّدة «٣»، حتّى في عدم جواز علوّ بناء الكافر على بناء المسلم، بل عدم جواز مساواته «٤» و هو قوله صلّى الله عليه و آله: «الإسلام يعلو و لا يعلو عليه» «٥»، و من المعلوم: أنّ ما نحن فيه أولى بالاستدلال عليه به.

لكن الإنصاف: أنّه لو أغمض النظر عن دعوى الإجماع «٦» المعتضد «٧» بالشهرة و «٨» اشتهار التمسك بالآية حتّى أسند في كنز العرفان إلى الفقهاء «٩»، و في غيره إلى أصحابنا «١٠» لم يكن ما ذكروه من الأدلّة خالياً عن الإشكال في الدلالة.

أما حكاية قياس الابتداء على الاستدامة (١١)، فغاية توجيهه: أن

(١) النساء: ١٤١.

(٢) كذا في «ش» و مصححة «ن»، و في سائر النسخ: عليه.

(٣) منها عدم جواز إعاره العبد المسلم للكافر، و منها عدم ولاية الكافر على المسلم، و غيرهما مما يقف عليها المتتبع. انظر جامع المقاصد ٤: ٥٦، و ١٢: ١٠٧.

(٤) كما في المبسوط ٢: ٤٦، و جامع المقاصد ٣: ٤٦٣.

(٥) الوسائل ١٧: ٣٧٦، الباب الأول من أبواب موانع الإرث، الحديث ١١.

(٦) المتقدم عن الغنية في الصفحة السابقة.

(٧) في «ص»: المعتضدة.

(٨) كذا في «خ» و مصححة «ص»، و في سائر النسخ بدل «واو»: أو.

(٩) كتر العرفان ٢: ٤٤.

(١٠) كما في زبدة البيان: ٤٣٩، و فيه: و احتج به أصحابنا.

(١١) يعنى الدليل الأول مما استدلل به للمشهور.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٨٣

المستفاد من منع الشارع عن استدামته عدم رضاه بأصل وجوده حدوداً و بقاءً، من غير مدخلة لخصوص البقاء، كما لو أمر المولى بإخراج أحد من الدار أو بإزالة النجاسة عن المسجد؛ فإنه يفهم من ذلك عدم جواز الإدخال.

لكن يرد عليه: أن هذا إنما يقتضى كون عدم «١» الرضا بالحدوث على نهج عدم الرضا بالبقاء، و من المعلوم: أن عدم رضاه بالبقاء مجرد تكليف بعدم إبقائه و بإخراجه عن ملكه، و ليس معناه: عدم إمضاء الشارع بقاءه، حتى يكون العبد المسلم خارجاً بنفسه شرعاً

عن ملك الكافر، فيكون عدم رضاه بالإدخال على هذا الوجه، فلا يدل على عدم إمضائه لدخوله في ملكه ليثبت بذلك الفساد.

و الحاصل: أن دلالة النهي عن الإدخال في الملك، تابعة لدلالة النهي عن الإبقاء، في الدلالة على إمضاء الشارع لآثار المنهي عنه و عدمه، و المفروض انتفاء الدلالة في المتبوع.

و مما ذكرنا يندفع التمسك للمطلب بالنص الوارد في عبد كافر أسلم، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: «أذهبوا فيعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه إلى صاحبه و لا تقرّوه عنده» (٢)؛ بناء على أن تخصيص البيع بالمسلمين في مقام البيان و الاحتراز يدل على المنع من بيعه من الكافر، فيفسد.

توضيح الاندفاع: أن تخصيص البيع بالمسلمين إنما هو من جهة أن

(١) كذا في «ش» و مصححة «ن» و «خ»، و في سائر النسخ: عدم كون.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٨٢، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع، الحديث الأول.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٨٤

الداعي على الأمر بالبيع هي إزالة ملك الكافر و النهي عن إبقائه عنده «١»، و هي لا تحصل بنقله إلى كافر آخر، فليس تخصيص المأمور به لاختصاص مورد الصحة به، بل لأن الغرض من الأمر لا يحصل إلّا به، فافهم.

و أما الآية: فباب الخدشة فيها واسع:

تارةً: من جهة دلالتها في نفسها و لو بقرينة سياقها الآبي عن التخصيص، فلا بد من حملها «٢» على معنى لا يتحقق فيه تخصيص، أو بقرينة ما قبلها «٣» الدالة على إرادة أن «٤» نفى الجعل في الآخرة.

و أخرى: من حيث تفسيرها في بعض الأخبار بنفى الحجّة للكفار على المؤمنين، و هو ما روى في العيون، عن أبي الحسن عليه السلام، رداً على من زعم أن المراد بها نفى تقدير الله سبحانه بمقتضى الأسباب العادية «٥» تسلط الكفار على المؤمنين، حتى أنكروا لهذا المعنى الفاسد الذي لا يتوهمه ذو مسكة أن الحسين بن علي عليهما السلام «٦» لم يقتل، بل

(١) عبارة «و النهى عن إبقائه عنده» لم ترد في «ف»، و الظاهر زيادتها، لأنه لا معنى لأن يكون النهى عن الإبقاء داعياً على الأمر بالبيع، قال الشهيدى: المناسب تقديم هذه الجملة على قوله «هى إزالة ملك الكافر»، و لعلها مقدّمة فى أصل النسخة و الاشتباه من النسخ (هداية الطالب: ٣٣٧).

(٢) فى غير «ش»: «حمله»، و صححت فى «ن» بما أثبتناه.

(٣) و هو قوله تعالى «فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»، النساء: ١٤١.

(٤) لم ترد «أن» فى «ش».

(٥) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٢٠٣، الباب ٤٦، الحديث ٥، و عنه البحار ٤٤: ٢٧١، الحديث ٤.

(٦) فى «ف»: صلوات الله على رسوله و عليهما و على أولادهما.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٨٥

شبه لهم و رُفِع كعيسى على نبينا و آله و عليه السلام.

و تعميم الحجّة على معنى يشمل الملكية، و «١» تعميم السبيل «٢» على وجه يشمل الاحتجاج و الاستيلاء لا يخلو عن تكلف.

و ثالثةً: من حيث تعارض عموم الآية مع عموم ما دلّ على صحّة البيع «٣»، و وجوب الوفاء بالعقود «٤»، و حلّ أكل المال بالتجارة «٥»، و تسلط الناس على أموالهم «٦»، و حكومة الآية عليها غير معلومة.

و إباء سياق الآية عن التخصيص مع وجوب الالتزام به فى طرف الاستدامة، و فى كثير من الفروع فى الابتداء «٧»، يقرب تفسير السبيل بما لا يشمل الملكية، بأن يراد من السبيل السلطنة، فيحكم بتحقيق الملك و عدم تحقق السلطنة، بل يكون محجوراً عليه مجبوراً على بيعه.

و هذا و إن اقتضى «٨» التقييد فى إطلاق ما دلّ على استقلال الناس

(١) فى «ش» بدل «واو»: أو.

(٢) فى غير «ش»: «الجعل»، و لكن صححت فى «ن» و «خ» بما أثبتناه.

(٣) مثل «أحلّ الله البيع»، البقرة: ٢٧٥.

(٤) المائدة: ١.

(٥) النساء: ٢٩.

(٦) راجع عوالى اللاكى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

(٧) قال المامقانى قدس سره: الظاهر أنه أشار بذلك إلى الملك القهرى كالإرث، و من غير القهرى مثل بيعه على من يعتق عليه، و مثل ما لو قال الكافر للمسلم: أعتق عبدك عنى، و مثل ما لو اشترط عند بيعه على الكافر عتقه. (غاية الآمال: ٤٢٣).

(٨) كذا فى «ش»، و فى غيرها: «اقتضت»، و صححت فى «ن» و «خ» بما أثبتناه.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٨٦

في أموالهم و عدم حجرهم بها، لكنّه مع ملاحظة وقوع مثله كثيراً في موارد الحجر على المالك أهون من ارتكاب التخصيص في الآية المسوقة لبيان أنّ الجعل شيء لم يكن و لن يكون، و أنّ نفى الجعل ناشئ عن احترام المؤمن الذي لا يقيد بحال دون حال. هذا، مضافاً إلى أنّ استصحاب الصحّة في بعض المقامات يقتضى الصحّة، كما إذا كان الكافر مسبقاً بالإسلام بناءً على شمول الحكم لمن كفر عن الإسلام أو كان العبد مسبقاً بالكفر، فيثبت في غيره بعدم الفصل، و لا يعارضه أصالة الفساد في غير هذه الموارد؛ لأنّ استصحاب الصحّة مقدّم عليها، فتأمل. ثمّ إنّ الظاهر أنّه لا فرق بين البيع و أنواع التمليكات كالهبة و الوصية.

[تمليك منافع المسلم من الكافر]

و أمّا تمليك المنافع، ففي الجواز مطلقاً كما يظهر من التذكرة «١»، و مقرب النهاية «٢»، بل ظاهر المحكى عن الخلاف «٣»، أو مع وقوع الإجارة على الذمّة كما عن الحواشي «٤» و جامع المقاصد «٥» و المسالك «٦»، أو مع كون

(١) راجع التذكرة ١: ٤٦٣، الفرع الخامس.

(٢) نهاية الأحكام ٢: ٤٥٧.

(٣) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٧٨، و راجع الخلاف ٣: ١٩٠، كتاب البيوع، المسألة ٣١٩.

(٤) لا يوجد لدينا، و لكن حكاة عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٧٨.

(٥) جامع المقاصد ٤: ٦٣.

(٦) المسالك ٣: ١٦٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٨٧

المسلم الأجير حرّاً كما عن ظاهر الدروس «١»، أو المنع مطلقاً كما هو ظاهر القواعد «٢» و محكى الإيضاح «٣»، أقوال: أظهرها الثاني، فإنّه كالدين ليس ذلك سبيلاً، فيجوز.

و لا فرق بين الحرّ و العبد، كما هو ظاهر إطلاق كثير: كالتذكرة «٤» و حواشي الشهيد «٥» و جامع المقاصد «٦»، بل ظاهر المحكى عن الخلاف: نفى الخلاف فيه، حيث قال فيه: إذا استأجر كافر مسلماً لعمل في الذمّة صحّ بلا خلاف، و إذا استأجره مدّة من الزمان شهراً أو سنة ليعمل عملاً صحّ أيضاً عندنا «٧»، انتهى.

و ادعى في الإيضاح: أنّه لم ينقل من الأئمّة فرق بين الدين و بين الثابت في الذمّة بالاستئجار «٨».

خلافاً للقواعد «٩» و ظاهر الإيضاح «١٠»، فالمنع مطلقاً؛ لكونه سبيلاً.

(١) عبارة «كما عن ظاهر الدروس» لم ترد في «ف»، و شطب عليها في «ن»، انظر الدروس ٣: ١٩٩.

(٢) القواعد ١: ١٢٤.

(٣) عبارة «كما هو ظاهر القواعد و محكى الإيضاح» لم ترد في «ف»، و شطب عليها في «ن»، راجع إيضاح الفوائد ١: ٤١٣.

(٤) راجع الصفحة السابقة.

(٥) تقدّم نقله عن مفتاح الكرامة في الصفحة السابقة.

(٦) جامع المقاصد ٤: ٦٣.

(٧) تقدّم عنه فى الصفحة السابقة.

(٨) إيضاح الفوائد ١: ٤١٣.

(٩) القواعد ١: ١٢٤.

(١٠) إيضاح الفوائد ١: ٤١٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٨٨

و ظاهر الدروس: التفصيل «١» بين العبد و الحرّ، فيجوز فى الثانى دون الأوّل، حيث ذكر بعد أن منع إجارة العبد المسلم الكافر مطلقاً، قال: و جوّزها الفاضل، و الظاهر أنه أراد إجارة الحرّ المسلم «٢»، انتهى.

و فيه نظر؛ لأنّ ظاهر الفاضل فى التذكرة: جواز إجارة العبد المسلم مطلقاً و لو كانت على العين.

نعم، يمكن توجيه الفرق بأنّ يد المستأجر على الملك الذى ملك منفعته، بخلاف الحرّ؛ فإنّه لا يثبت للمستأجر يد عليه و لا على منفعته، خصوصاً لو قلنا بأنّ إجارة الحرّ تملك الانتفاع لا المنفعة، فتأمل.

[ارتهان العبد المسلم عند الكافر]

و أمّا الارتهان عند الكافر، ففى جوازه مطلقاً، كما عن ظاهر نهاية الأحكام «٣»، أو المنع، كما فى القواعد «٤» و الإيضاح «٥»، أو التفصيل بين ما لم يكن تحت يد الكافر كما إذا وضعه عند مسلم كما عن ظاهر المبسوط «٦» و القواعد «٧» و الإيضاح فى كتاب الرهن «٨» و الدروس «٩» و جامع

(١) فى غير «ش»: «تفصيل»، لكن صحّحت فى «خ» بما أثبتناه.

(٢) الدروس ٣: ١٩٩.

(٣) حكاة السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ٤: ١٧٩.

(٤) القواعد ١: ١٢٤.

(٥) إيضاح الفوائد ١: ٤١٣.

(٦) المبسوط ٢: ٢٣٢.

(٧) القواعد ١: ١٥٨ ١٥٩.

(٨) إيضاح الفوائد ٢: ١١.

(٩) الدروس ٣: ٣٩٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٨٩

المقاصد «١» و المسالك «٢»، أو التردّد كما عن «٣» التذكرة «٤»، وجوه:

أقواها الثالث؛ لأنّ استحقاق الكافر لكون المسلم فى يده سبيل، بخلاف استحقاقه لأخذ حقه من ثمنه.

[إعارة العبد المسلم و إيداعه من الكافر]

و أمّا إعارته من كافر، فلا يبعد المنع، وفاقاً لعاريه القواعد «٥» و جامع المقاصد «٦» و المسالك «٧»، بل عن حواشى الشهيد رحمه الله: أنّ الإعارة و الإيداع أقوى منعاً من الارتهان «٨».

و هو حسن فى العارية؛ لأنّها تسليط على الانتفاع، فيكون سبباً و علوّاً، و محلّ نظر فى الوديعة؛ لأنّ التسليط على الحفظ و جعل نظره

إليه مشترك بين الرهن و الوديعة، مع زيادة في الرهن التي قيل من أجلها بالمنع «٩» و هي التسلّط على منع المالك عن التصرف فيه إلّا بإذنه و تسلّطه على إلزام المالك ببيعه.

- (١) جامع المقاصد ٤: ٦٣، و ٥: ٥١.
 - (٢) المسالك ٤: ٢٤.
 - (٣) في «ش» بدل «عن»: في.
 - (٤) لم نقف على من حكاه عن التذكرة، بل المحكى عنه في مفتاح الكرامة (٤: ١٧٩) و (٥: ٨٣) هو المنع، نعم جاء في مفتاح الكرامة (٤: ١٧٩): في التذكرة: «فيه وجهان للشافعي»، انظر التذكرة ٢: ١٩، الشرط الثالث.
 - (٥) القواعد ١: ١٩١.
 - (٦) جامع المقاصد ٤: ٦٥.
 - (٧) المسالك ٣: ١٦٧.
 - (٨) حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٨٠.
 - (٩) لم نقف على القائل.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٩٠
و قد صرّح في التذكرة بالجواز في كليهما «١».
و ممّا ذكرنا يظهر عدم صحّة وقف الكافر عبده المسلم على أهل ملّته.

[الظاهر من الكافر]

ثمّ إنّ الظاهر من الكافر: كلّ من حكم بنجاسته و لو انتحل الإسلام كالنواصب و الغلاة و المرتدّ غاية الأمر عدم وجود هذه الأفراد في زمان نزول الآية؛ و لذا استدللّ الحنفية «٢» على ما حكى عنهم «٣» على حصول «٤» البيونة بارتداد الزوج «٥».
و هل يلحق بذلك أطفال الكفار؟ فيه إشكال، و يعمّ «المسلم» المخالف؛ لأنّه مسلم فيعلو و لا يُعلى عليه.
و المؤمن في زمان نزول آية «نفى السبيل» لم يُردّ به إلّا المقرّ بالشهادتين، و نفيه عن الأعراب الذين قالوا: «آمنّا» بقوله تعالى «٦» و لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ «٧» إنّما كان لعدم اعتقادهم بما أقروا، فالمراد بالإسلام هنا: أن يُسلم نفسه لله و رسوله في الظاهر لا الباطن،

- (١) التذكرة ١: ٤٦٣.
 - (٢) في مصحّحة «ص» زيادة «بالآية».
 - (٣) في هامش «ن» زيادة: ب «لن يجعل».
 - (٤) كذا في «ش» و مصحّحة «خ»، و في سائر النسخ: «بحصول»، إلّا أنّها صحّحت في بعض النسخ بما أثبتناه، و في بعضها ب «لحصول».
 - (٥) انظر الفقه على المذاهب الأربعة ٤: ٢٢٣.
 - (٦) عبارة «بقوله تعالى» من «ش»، و استدركت في هامش «ن» أيضاً.
 - (٧) الحجرات: ١٤.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٩١

بل قوله تعالى وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ دَلَّ عَلَى أَنَّ مَا جَرَى عَلَى أَسْنَتِهِمْ مِنَ الْإِقْرَارِ بِالشَّهَادَتَيْنِ كَانَ إِيمَانًا فِي خَارِجِ الْقَلْبِ. والحاصل: أَنَّ الْإِسْلَامَ وَالْإِيمَانَ فِي زَمَانِ الْآيَةِ كَانَا بِمَعْنَى وَاحِدٍ، وَأَمَّا مَا دَلَّ عَلَى كُفْرِ الْمَخَالِفِ بِوَسْطَةِ انْكَارِ الْوَلَايَةِ «١»، فَهُوَ لَا يَقَومُ بِظَاهِرِهِ، لَمَّا دَلَّ عَلَى جَرِيَانِ جَمِيعِ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ عَلَيْهِمْ: مِنَ التَّنَاحُحِ وَ التَّوَارِثِ، وَ حَقْنِ الدَّمَاءِ، وَ عَصْمَةِ الْأَمْوَالِ، وَ أَنَّ الْإِسْلَامَ مَا عَلَيْهِ جَمْهُورُ النَّاسِ «٢».

□
ففي رواية حمزان بن أعين: سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ: «الْإِيمَانُ مَا اسْتَقَرَّ فِي الْقَلْبِ، وَ أَفْضَى بِهِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى وَ صَدَقَهُ الْعَمَلُ بِالطَّاعَةِ لِلَّهِ وَ التَّسْلِيمِ لِأَمْرِ اللَّهِ، وَ الْإِسْلَامُ مَا ظَهَرَ مِنْ قَوْلٍ أَوْ «٣» فَعَلٍ، وَ هُوَ الَّذِي عَلَيْهِ جَمَاعَةُ النَّاسِ مِنَ الْفِرْقِ كُلِّهَا، وَ بِهِ حَقِنْتَ الدَّمَاءَ، وَ عَلَيْهِ جَرَتِ الْمَوَارِيثُ، وَ جَازَ «٤» النِّكَاحُ، وَ اجْتَمَعُوا عَلَى الصَّلَاةِ وَ الزَّكَاةِ وَ الصَّوْمِ وَ الْحَجِّ فَخَرَجُوا بِذَلِكَ مِنَ الْكُفْرِ وَ أُضِيفُوا إِلَى الْإِيمَانِ .. إِلَى أَنْ

(١) يدل عليه ما في الوسائل ١: ١٥٨، الباب ١١ من أبواب الماء المضاف، و ما ورد في كتاب الحجّة من الكافي، انظر الكافي ١: ١٨٧، الحديث ١١، و ٤٢٦، الحديث ٧٤، و ٤٣٧، الحديث ٧.

(٢) يدل عليه ما في الكافي ٢: ٢٥ ٢٦، الحديث ١ و ٣، و الوسائل ١٤: ٤٣٣، الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه، الحديث الأوّل.

(٣) كذا في «ص» و الكافي، و في سائر النسخ: «و».

(٤) في النسخ: «جازت»، و الصواب ما أثبتناه من الكافي و مصححة «ص».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٩٢

قال: فهل للمؤمن فضل على المسلم في شيء من الفضائل و الأحكام و الحدود و غير ذلك؟ قال: لا، إنهما «١» يجريان في ذلك مجرى واحد، و لكن للمؤمن فضل على المسلم في إعمالهما، و ما يتقربان به إلى الله تعالى «٢».

[بيع العبد المؤمن من المخالف]

و من جميع ما ذكرنا ظهر: أنّه لا بأس ببيع المسلم من المخالف و لو كان جارية، إلّا إذا قلنا بحرمة تزويج المؤمنة من المخالف؛ لأخبار دلت على ذلك «٣»، فإنّ فحواها يدلّ على المنع من بيع الجارية المؤمنة، لكن الأقوى عدم التحريم.

[موارد جواز تملك الكافر للعبد المسلم]

إشارة

ثمّ إنّه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع:

منها: ما إذا كان الشراء مستعجاباً للانعتاق،

بأن يكون مَمَّنْ يَنْعَقُ عَلَى الْكَافِرِ قَهْرًا وَاقِعًا كَالْأَقْرَابِ، أَوْ ظَاهِرًا كَمَنْ أَقْرَبَ بِحَرِيَّةٍ مُسْلِمًا ثُمَّ اشْتَرَاهُ، أَوْ بَأَنْ يَقُولَ الْكَافِرُ لِلْمُسْلِمِ: أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي بِكَذَا، فَأَعْتَقَهُ. ذَكَرَ ذَلِكَ الْعَلَّامَةُ فِي التَّذَكُّرَةِ «٤»، وَ تَبِعَهُ «٥» جَامِعُ الْمَقَاصِدِ «٦» وَ الْمَسَالِكِ «٧».

(١) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: «لا، بل هما»، و في الكافي: لا هما.

(٢) الكافي ٢: ٢٦، الحديث ٥.

(٣) راجع الوسائل ١٤: ٤٢٣، الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه.

(٤) التذكرة ١: ٤٦٣.

(٥) في «ف» بدل «و تبعه»: و المحقق في.

(٦) جامع المقاصد ٤: ٦٢ ٦٣.

(٧) المسالك ٣: ١٦٧.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٩٣

و الوجه في الأول واضح، وفاقاً للمحكى عن الفقيه «١» و النهاية «٢» و السرائر مدعياً عليه الإجماع «٣» و المتأخرين كافه «٤»؛ فإن مجرد الملكية الغير المستقره لا يعد سبيلاً، بل لم يعتبر الملكية إلّا مقدّمه للاعتاق.

خلافاً للمحكى عن المبسوط «٥» و القاضي «٦»، فمنعاه؛ لأن الكافر لا يملك حتى ينعق؛ لأن التملك بمجرد سبيل، و السيادة علو. إلّا أن الإنصاف: أن السلطنة غير متحققه في الخارج، و مجرد الإقدام على شرائه لينعق، من الكافر على المسلم، لكنّها غير منفيّه «٧».

و أمّا الثاني، فيشكل بالعلم بفساد البيع على تقدير الصدق و الكذب؛ لثبوت الخلل: إمّا في المبيع لكونه حرّاً، أو في المشتري لكونه

(١) لم نقف على من حكاه عن الفقيه، نعم حكى ذلك عن المقنعه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٣٤٠، و السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٧٧، و انظر المقنعه: ٥٩٩.

(٢) حكى ذلك في مفتاح الكرامة ٤: ١٧٧، و الجواهر ٢٢: ٣٤٠، و انظر النهاية: ٤٠٨ و ٥٤٠.

(٣) حكى ذلك في مفتاح الكرامة ٤: ١٧٧، و الجواهر ٢٢: ٣٤٠، و انظر السرائر ٢: ٣٤٣، و ٣: ٧.

(٤) حكى ذلك في مفتاح الكرامة ٤: ١٧٧، و الجواهر ٢٢: ٣٤٠.

(٥) المبسوط ٢: ١٦٨، و حكاه عنه و عن القاضي، العلّامة في المختلف ٥: ٥٩.

(٦) راجع جواهر الفقه: ٦٠، المسألة ٢٢٢.

(٧) عبارة «إلّا أن الإنصاف إلى غير منفيّه» لم ترد في «ف».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٩٤

كافراً، فلا يتصور صورة صحيحة لشراء من أقر بانعاقه، إلّا أن نمع «١» اعتبار مثل هذا العلم الإجمالي، فتأمل.

و أمّا الثالث، فالمحكى عن المبسوط و الخلاف التصريح بالمنع «٢»؛ لما ذكر في الأول.

و منها: ما لو اشترط البائع عتقه،

فإن الجواز هنا محكى عن الدروس «٣» و الروضة «٤»، و فيه نظر؛ فإن ملكيته قبل الإعتاق سبيل و علو، بل التحقيق: أنه لا فرق بين هذا، و بين إجباره على بيعه، في عدم انتفاء السبيل بمجرد ذلك.

و الحاصل: أن «السبيل» فيه ثلاثة احتمالات كما عن حواشي الشهيد «٥»:-

مجرد الملك «٦»، و يترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورة الإقرار بالحرية.

و الملك المستقرّ و لو بالقابلية، كمشروط العتق، و يترتب عليه استثناء ما عدا صورة اشتراط العتق.

(١) في «ش» و «خ»: يمنع.

- (٢) المبسوط ٢: ١٦٨، والخلاف ٣: ١٩٠، كتاب البيوع، المسألة ٣١٧، وحكى ذلك عنهما السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ٤: ١٧٧.
- (٣) الدروس ٣: ١٩٩.
- (٤) الروضة البهية ٣: ٢٤٤.
- (٥) لا يوجد لدينا، نعم حكاة السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة ٤: ١٧٨.
- (٦) فى «ش»: الملكية.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٩٥
والمستقرّ فعلاً، و يترتب عليه استثناء الجميع.
و خير الأمور أوسطها.

[حكم تملك الكافر للمسلم قهراً]

ثم إن ما ذكرنا كلّ حكم ابتداء تملك الكافر للمسلم «١» اختياريًا، أما التملك القهري فيجوز ابتداءً، كما لو ورثه الكافر «٢» من كافر اجبر على البيع، فمات قبله، فإنّه لا- ينعق عليه و لا- على الكافر الميت؛ لأصله بقاء رقيته، بعد تعارض دليل نفي السبيل و عموم أدلّة الإرث.

لكن لا يثبت بهذا الأصل «٣» تملك الكافر، فيحتمل أن ينتقل إلى الإمام عليه السلام، بل هو مقتضى الجمع بين الأدلّة؛ ضرورة أنّه إذا نفى إرث الكافر بأية نفي السبيل، كان الميت بالنسبة إلى هذا المال ممّن لا وارث له فيرثه الإمام عليه السلام.

و بهذا التقرير يندفع ما يقال: إن إرث الإمام عليه السلام منافعٍ لعموم أدلّة ترتيب طبقات الإرث.

توضيح الاندفاع: أنّه إذا كان مقتضى نفي السبيل عدم إرث الكافر، يتحقّق نفي الوارث الذى هو مورد إرث الإمام عليه السلام، فإنّ الممنوع من الإرث كغير الوارث.

(١) فى «ش»: المسلم.

(٢) فى النسخ زيادة: «أو»، و لكن شطب عليها فى «ن»، «خ» و «ص».

(٣) كذا فى «ش»، و العبارة فى «ف» هكذا: «لكن لما ثبت فى الأصل»، و فى سائر النسخ: «لكن لا يثبت بها لأصل»، إلّا أنّها صحّحت فى «ن» و «خ» بما أثبتناه، و فى «ص»: «لا يثبت بها أصل».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٩٦

فالعمدة فى المسألة: ظهور الاتفاق المدعى صريحاً فى جامع المقاصد «١».

ثم هل يلحق بالإرث كلّ ملك قهريّ، أو لا يلحق، أو يفرق بين ما كان سببه اختياريًا و «٢» غيره؟ وجوه، خيرها: أوسطها، ثم أخيرها.

[عدم استقرار المسلم على ملك الكافر و وجوب بيعه عليه]

ثم إنّه لا إشكال و لا خلاف فى أنّه لا يقبّر المسلم على ملك الكافر، بل يجب بيعه عليه؛ لقوله عليه السلام فى عبد كافرٍ أسلم: «أذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا إليه ثمنه و لا تقرووه عنده» «٣».

و منه يعلم: أنّه لو لم يبيعه باعه الحاكم، و يحتمل أن يكون ولاية البيع للحاكم مطلقاً؛ لكون المالك غير قابل للسلطنة على هذا المال غاية الأمر أنّه دلّ النصّ و الفتوى على تملكه له و لذا ذكر فيها «٤»: أنّه يباع عليه «٥»، بل صرح فخر الدين قدس سره فى الإيضاح بزوال ملك السيّد عنه، و يبقى له حقّ استيفاء الثمن منه «٦». و هو مخالف لظاهر النصّ و الفتوى، كما عرفت.

(١) جامع المقاصد ٤: ٦٣.

(٢) كذا في «ف» و مصححة «ن»، و في غيرهما: أو.

(٣) الوسائل ١٢: ٢٨٢، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع.

(٤) كلمة «فيها» من «ف» و «ش» و مصححة «ن»، و لم ترد في سائر النسخ، و الأنسب: فيهما.

(٥) انظر المختلف ٥: ٥٩، و الدروس ٣: ١٩٩، و الروضة البهية ٣: ٢٤٥، و غيرها.

(٦) إيضاح الفوائد ١: ٤١٤.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٩٧

و كيف كان، فإذا تولاه المالك بنفسه «١»، فالظاهر أنه لا خيار له و لا عليه، وفاقاً للمحكى عن الحواشي في خيار المجلس و الشرط «٢»؛ لأنه إحداث ملك فينتفى؛ لعموم «٣» نفى السبيل؛ لتقديمه على أدلة الخيار كما يقدم على أدلة البيع. و يمكن أن يبتنى على أن الزائل العائد كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد؛ فإن قلنا بالأول، ثبت الخيار؛ لأن فسخ العقد يجعل الملكية السابقة كأن لم تزل، و قد أمضاها الشارع و أمر بإزالتها، بخلاف ما لو كان الملكية الحاصلة غير «٤» السابقة، فإن الشارع لم يمضها. لكن هذا المبني ليس بشيء؛ لوجوب الاقتصار في تخصيص نفى السبيل على المتيقن. نعم، يحكم بالأرش لو كان العبد أو ثمنه معيباً.

و يشكل في الخيارات الناشئة عن الضرر؛ من جهة قوة أدلة نفى الضرر، فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع، بخلاف ما لو تضرر الكافر، فإن هذا الضرر إنما حصل من كفره الموجب لعدم قابليته تملك المسلم إلا فيما خرج بالنص. و يظهر مما ذكرنا، حكم الرجوع في العقد الجائر، كالهبة.

(١) عبارة «إذا تولاه المالك بنفسه» لم ترد في «ف».

(٢) حواشي الشهيد (مخطوط) و لا يوجد لدينا، نعم حكاها عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤: ١٨٠.

(٣) في مصححة «ن»: بعموم.

(٤) لم ترد «غير» في «ش».

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٥٩٨

و خالف في ذلك كله جامع المقاصد، فحكم بثبوت الخيار و الرد بالعيب تبعاً للدروس «١» قال: لأن العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون المبيع عبداً مسلماً لكافر؛ لانتفاء المقتضى؛ لأن نفى السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه، فعلى هذا، لو كان البيع معاطة فهي على حكمها، و لو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيه أحكامها.

نعم لا يبعد أن يقال: للحاكم إلزامه بإسقاط نحو خيار المجلس أو مطالبته بسبب ناقلٍ يمنع الرجوع إذا «٢» لم يلزم منه تخسير للمال «٣»، انتهى.

و فيما ذكره «٤» نظر؛ لأن نفى السبيل لا يخرج منه إلا الملك الابتدائي، و خروجه لا يستلزم خروج عود الملك إليه بالفسخ، و استلزام البيع للخيارات ليس عقلياً، بل تابع لدليله الذي هو أضعف من دليل صحه العقد الذي خص بنفى السبيل، فهذا «٥» أولى بالتخصيص به، مع أنه على تقدير المقاومة يرجع إلى أصالة الملك و عدم زواله بالفسخ و الرجوع، فتأمل.

و أما ما ذكره أخيراً بقوله: «لا يبعد» ففيه: أن إلزامه بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع، فيكون «٦» خروج المسلم من

(١) الدروس ٣: ١٩٩.

(٢) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ بدل «إذا»: «و».

(٣) جامع المقاصد ٤: ٦٥.

(٤) في «ص»: ذكرها.

(٥) في «ف»: فهو.

(٦) في «ف»: ليكون.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٥٩٩

ملك الكافر إلى ملك المسلم «١» بمنزلة التصرف «٢» المانع من الفسخ و الرجوع.

و مما ذكرنا يظهر: أنّ ما ذكره في القواعد من قوله قدس سره: و لو باعه من مسلم «٣» بثوب ثم وجد في الثمن «٤» عيباً، جاز ردّ الثمن «٥»، و هل يستردّ العبد أو القيمة؟ فيه نظر ينشأ من كون الاسترداد تملكاً للمسلم اختياراً، و «٦» من كون الردّ بالعيب موضوعاً على القهر كالإرث «٧»، انتهى محلّ تأمّل، إلّا أن يقال: إنّ مقتضى الجمع بين أدلّة الخيار، و نفى السيل: ثبوت الخيار و الحكم بالقيمة، فيكون نفى السيل مانعاً شرعياً من استرداد المثل «٨»، كنقل المبيع في زمن الخيار، و كالتلف الذي هو مانع عقليّ.

و هو حسن إن لم يحصل السيل بمجرد استحقاق الكافر للمسلم

(١) في «ف»: مسلم.

(٢) في غير «ف» و مصحّحه «ن»، «م» و «ص» زيادة: التصرف.

(٣) كذا في «ش» و مصحّحه «ن» و المصدر، و في سائر النسخ: «و لو باعه المسلم»، و في مصحّحه «ص»: و لو باعه لمسلم.

(٤) في نسخه بدل «ش»: الثوب.

(٥) في نسخه بدل «ن» و «ش»: الثوب.

(٦) عبارة «ينشأ من كون الاسترداد تملكاً للمسلم اختياراً و» من «ش» و المصدر، و لم ترد في سائر النسخ، و استدركه مصحّح «ن» في الهامش، و قال: كذا في نسخه من القواعد.

(٧) القواعد ١: ١٢٤.

(٨) في غير «ش» و مصحّحه «ن»: الثمن.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٦٠٠

المنكشف باستحقاق بدله؛ و لذا حكموا بسقوط الخيار في من يعتق على المشتري «١»، فتأمل.

(١) راجع مفتاح الكرامة ٤: ٥٤٨، و الجواهر ٢٣: ١٨، و نسب في الحدائق ١٩: ١٦ سقوط خيار المشتري إلى المشهور.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٦٠١

مسألة المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر،

ذكره الشيخ «١» و المحقق «٢» في الجهاد، و العلامة في كتبه «٣» و جمهور من تأخر عنه «٤».

و عن الإسكافي أنّه قال: و لا أختار أن يرهن الكافر مصحفاً، و ما يجب «٥» على المسلم تعظيمه، و لا صغيراً من الأطفال «٦»، انتهى.

و استدّلوا «٧» عليه بوجوب احترام المصحف، و فحوى المنع من بيع

- (١) المبسوط ٢: ٦٢.
- (٢) الشرائع ١: ٣٣٤.
- (٣) التذكرة ١: ٤٦٣، والقواعد ١: ١٢٤، ونهاية الأحكام ٢: ٤٥٦، والإرشاد ١: ٣٦٠.
- (٤) منهم الشهيدان في الدروس ٣: ١٩٩، والمسالك ٣: ١٦٦، واللمعة دمشقية وشرحها (الروضه البهية) ٣: ٢٤٣، والمحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨: ١٦١، وانظر مفتاح الكرامة ٤: ٨٣ و ١٧٦.
- (٥) في غير «ش»: أو ما يجب.
- (٦) حكاه عنه العلامة في المختلف ٥: ٤٢٢.
- (٧) فقد استدلل بالأول الشيخ في المبسوط ٢: ٦٢، والمحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨: ١٦١، واستدل بالثاني صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٣٣٨ ٣٣٩.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٦٠٢
- العبد المسلم من الكافر.
- وما ذكروه حسن وإن كان وجهه لا يخلو عن تأمل أو منع.
- و في إلحاق الأحاديث النبوية بالمصحف كما صرح به في المبسوط «١» و الكراهة كما هو صريح الشرائع «٢»، و نسبه الصيمري إلى المشهور «٣»، قولان، تردّد بينهما العلامة في التذكرة «٤».
- ولا يبعد أن يكون الأحاديث المنسوبة إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم من طرق الآحاد، حكمها حكم ما علم صدوره منه صلى الله عليه وآله وسلم، وإن كان ظاهر ما ألحقه بالمصحف هو أقوال النبي صلى الله عليه وآله وسلم المعلوم صدورها عنه صلى الله عليه وآله وسلم.
- و كيف كان، فحكم أحاديث الأئمة صلوات الله عليهم حكم أحاديث النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

- (١) المبسوط ٢: ٦٢.
- (٢) الشرائع ١: ٣٣٥.
- (٣) غاية المرام (مخطوط): ٢٦٨، وفيه بعد نقل المنع عن الشيخ -: والمشهور الكراهية؛ لأصالة الجواز، ولأن حرمتها أقل من حرمة المصاحف فلا يتعدى حكم المصاحف إليها.
- (٤) التذكرة ١: ٤٦٣.
- كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ج ٣، ص: ٦٠٣
- تمّ الجزء الثالث و يليه الجزء الرابع و أوله القول في شرائط العوضين

دزفولي، مرتضى بن محمد امين انصاري، كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثه)، ٦ جلد، كنگره جهاني بزرگداشت شيخ اعظم انصاري، قم - ايران، اول، ١٤١٥ هـ ق

جاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).

قال الإمام علي بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أُخِيًّا أَمَرْنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عُيُونُ أَخْبَارِ الرُّضَا(ع)، الشَّيْخُ الصَّدُوقُ، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رَحِمَهُ اللَّهُ - كان أحدًا من جهابذة هذه المدينة، الذي قد اشتهر بشغفه بأهل بيت النبي (صلوات الله عليهم) ولاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ ولهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه وطريقة لم ينطفيء مصباحها، بل تتبّع بأقوى وأحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحرّي الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطه من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - ومع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل والنهار، في مجالات شتى: دينية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافته الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحرّي الأدقّ للمسائل الدينيّة، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايتي المتبدلة أو الرديئة - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامعة ثقافية على أساس معارف القرآن و أهل البيت -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلامية، إناله المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشبّهات المنتشرة في الجامعة، و...

- منها العدالة الاجتماعية: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعدة، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في آكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلامية و الإيرانية - في أنحاء العالم - من جهة أخرى.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبة، نشره شهريّة، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيّة و مكتبيّة، قابلة للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثية الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمية" www.Ghaemiyeh.com و عدّة مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيّة، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدّعم العلميّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائي و اليدوي للبلوتوث، ويب كمشك، و الرسائل القصيرة SMS

(ح) التعاون الفخري مع عشرات مراكز طبيعيّة و اعتباريّة، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الدينيّة كمسجد جمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسة" الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين في الجلسة

(ي) إقامة دورات تعليميّة عموميّة و دورات تربية المربي (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنة

المكتب الرئيسي: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد" / ما بين شارع "بنج رمضان" و "مفتق" و فاني/ "بنايه" القائمية

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الإلكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الإلكتروني: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠٢٣ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزاتية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعه، غير حكوميته، و غير ربحيته، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافي الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينيه و العلميه الحاليه و مشاريع التوسعه الثقافيه؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمية) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحه بقبه الله اعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متزائداً ليعانثهم - في حد التمكّن لكل احد منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله ولي التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصححان

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

