

إرشاد الطالب

في التبع

تأليف

آية الله الشيخ جواد التبريزي

الجزء الثاني



PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY



32101 016194449

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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



Tabrīzī

# ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب

تأليف

الاستاد آية الله الشيخ جواد التبريزي

الجزء الثاني

مطبعة مهر - قم

2264

.1185

.9425

juz' 2

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## كتاب البيع

وهو فى الاصل كما عن المصباح مبادلة مال بمال (١) .

(١) حكى (ره) عن المصباح ان البيع لغة مبادلة مال بمال ، وذكر ان المتبادر من استعمالات لفظ البيع اختصاص المعوض المعبر عنه بالمبيع ، بالعين ، ولو قال بعث عيناً ، لكان ذكر العين تأكيداً كما انه لو قال بعث دارى او عبائى ، يكون الذكر لتعيين العين التى يستفاد من البيع تملكها بعوض .

و الحاصل لا يطلق البيع على مبادلة غير الاعيان الاتسامحاً كما فى بعض الاخبار وبعض كلمات الفقهاء كالتى ذكر فيها بيع خدمة العبد المدبر ، وبيع سكنى الدار التى لا يعلم صاحبها ، وبيع الارض الخراجية ، فان بيع خدمة العبد لا يكون الا بمعنى تملك عمله ، وبيع سكنى الدار بمعنى تملك منفعتها اى قابليتها للسكنى وكذا بيع الاراضى الخراجية ، فان نفس تلك الاراضى لا يجوز بيعها كما مرفىكون

المراد المعاملة على منفعتها فإطلاق البيع على تملك المنفعة في مثل هذه الموارد كإطلاق الاجارة على تملك العين في غيرها مجازى .

و في صحيحة الحلبي قال تقبل الثمار اذا تبين لك بعض حملها سنة و ان شئت اكثر . و ان لم يتبين لك ثمرها فلا تستاجر (١) .

و المراد بالاستيجار الابتاع لان اجارة الشجر قبل ظهور الثمرة صحيحة ، فالنهي باعتبار شراء الثمرة قبل حصولها ، و لذا نقل في الوسائل الرواية في باب البيع ، و ليس المراد افتراق الاجارة عن البيع في المتعلق ، و انه يكون متعلق الاجارة المنفعة و متعلق البيع العين ليقال بانه لافرق بينهما في هذه الجهة حيث ان الاجارة ايضاً تتعلق بالعين ، و يقال آجرت الدار سنة بكذا بل المراد افتراق التملك في البيع ، عن التملك في الاجارة . في ناحية المتعلق ، حيث ان متعلقه في الاجارة المنفعة ، و في البيع نفس العين .

و بعبارة اخرى تعلق التملك في الاجارة بالمنفعة مقتضى نفس الاجارة ، فان معناها تملك المنفعة نظير ما يقال ان الامر يتعلق بالطبيعة دون الوجود و ان الوجود يستفاد من نفس الامر ، حيث انه طلب اليجاد ، و المراد بالعين مقابل المنفعة ، و الحقوق ، لا خصوص العين الخارجية فعلا ، بل ما لو حصل في الخارج لكان عيناً لامنفعة ، و لاحقاً ، فيعم التعريف بيع الدين ونحوه .

ثم انه يبقى في البين ان عنوان البيع ينطبق عرفاً على نقل بعض الحقوق الى الغير بالعوض كما اذا ترك له حق سبقه الى السوق او الى بعض الخانات او المسجد ونحوها ، و دعوى المسامحة في الاطلاق لاتخاو عن المجازفة ، حيث لا ترى فيه اى مسامحة او تجوز ، فالمنع عن جريان الاحكام المختصة بالبيع



على ذلك النقل ، بان لا يكون فيه خيار المجلس ، والتلف قبل القبض ، ونحوهما مشكل جداً .

نعم لا يطلق البيع على تمليك المنفعة بل قوله ملكت منفعة الدار سنة بكذا بمنزلة قوله أجرتها بذلك العوض ، ولو قال بعث منفعتها سنة بكذا يجرى عليه احكام الاجارة بناء على ما هو الاظهر من صحة الاجارة ونحوها بما اذا كان انشائها بالكناية او المجاز الظاهرين .

ويبقى ايضاً ان البيع بحسب الظهور العرفي فعل البايع ، وان يكون صدقه عليه موقوفاً على تحقق القبول من المشتري ، ولكن الشراء لا يكون بيعاً ، والمبادلة من باب المفاعلة يصدق على فعل كل من البايع والمشتري ، فلا يكون تعريف المصباح الامن باب المسامحة والتعريف اللفظي المعتبر فيه تبديل لفظ بلفظ آخر يكون اوضح في الدلالة من دون اعتبار التساوي في الصدق .

نعم ربما يستعمل لفظ البيع بمعنى الشراء ، ولذا يقال ان لفظ البيع والشراء يستعمل كل منهما في فعل البايع والمشتري الا انه عند الاطلاق ينصرف الاول الى فعل البايع ، والثاني الى فعل المشتري ، لامن فعل الاثنين او انصرف الكلى الى بعض افراده بل من انصرف اللفظ المشترك الى بعض معانيه .

وبما ان تعريف البيع بالمبادلة غير صحيح كما مر ، فعرفه بعضهم بتبديل المال الذى يكون عيناً بعوض ، وهذا التبديل فى الاضافة بان يكون العوض قائماً مقام العين فى كونه طرفاً فى الاضافة الحاصلة بينها وبين مالها كما انه كان المضاف الى زيد النوب وبعد بيعه من عمر و يكون العوض قائماً مقام الثوب فى تلك الاضافة ، ويكون فى باب الارث التغيير فى المضاف اليه بان كانت ما فى الخارج من الاموال مضافة الى زيد وبعد موته تكون اضافتها الى ورثته .

وبعبارة اخرى كان البايع يبيعه يفك علقته بالمتاع ، ويشدها بالثمن ، كما

يفك علاقة المشتري بالثمن ، ويجعل مكانه المتاع ، وهذا بخلاف باب الارث فإنه يكون المضاف اليه فى الاضافة الحاصلة فى الاموال هو السوارث بعد مورثه .

وفيه انه قد لا يكون فى البيع تبديل مال بآخر بالمعنى المزبور ، كما فى بيع الكلى على الذمة ، فان ذلك الكلى مالم يقع عليه المعاملة لا يكون ملكاً ومضافاً الى احد ، نعم بالمعاملة يمتلكه المشتري على البايع ، ويكون مالاله فلا يتصور فيه فك ملك وعقد علاقة الملكية بمال آخر حتى يتحقق التبديل فى الاضافة .

ولوقيل بان البيع عبارة عن تملك المال الذى لاتكون منفعة بعوض لا يبعد شموله للكلى على الذمة ، فان الكلى وان لا يكون مضافاً لاحد مالم يتم المعاملة عليه ، الا انه يكون فى نفسه مالا حيث يبذل بازائه مال .

والحاصل الكلى المزبور قبل المعاملة لا يكون مالا للبايع ، بان يكون ملكاله ، فيقال انه ذو مال ، الا انه فى نفسه مال حيث يرغب العقلاء الى بذل العوض له ، و نظير ذلك ما نذكر فى عمل الحر ، فان عمله مال حيث يرغب الى بذل العوض له بالاستيجار ونحوه ، ولكن مادام لم يجر عليه المعاملة لا يكون مالا وملكا لاحد ، و الاجارة ايضاً تملك مال بعوض الا ان المال الذى يكون متعلق التملك فى الاجارة هى المنفعة كما تقدم ، والمراد بالعوض ما يكون موجبا لخروج العين عند تملكها عن المجانية .

ثم ان المعاوضة اما بين عوضين ، كما اذا عاوض كتابه بعباء الغير ، واما بين ثمينين ، كما اذا عاوض دراهمه بدنانير ، واما بين عرض وما هو من الاثمان ، وهل يطلق البيع على كل من الاقسام الثلاثة ، او يختص بالآخر .

فصل السيد الخوئى (طال بقاه) وذكر فى القسم الاول انه تارة لا يكون لاحدهما

## واما العوض فلاشكال (١)

غرض فى خصوص العرض الذى يأخذه ، بل غرضه من اخذه الامساك بمالية المتاع الذى يملكه للاخر ، ولذا لو كان الاخر يعطيه من الاثمان أخذه بازاء متاعه ، ولكن يكون للاخر غرض فى خصوص المتاع الذى يأخذه ، ويتفق ذلك غالباً فى الامتعة التى تباع فى القرى لاهلها ، حيث يعطى حامل القماش اياهم القماش ، و يأخذ بدل الدراهم والدنانير الحنطة والشعير ونحوهما ، باعتبار ان المشتري لا يتيسر له الدراهم والدنانير ، ففي هذه الصورة من يبذل المتاع الذى للاخر فى خصوصيته غرض بايع ، والاخر مشتر ، واخرى يكون لكل منهما غرض فى خصوص متاع صاحبه ، فهذه معاوضة ، لا بيع ، والمعاوضة اعم ويعمها مثل قوله سبحانه ( او فوا بالعهود ) .

واما القسم الثانى وهى المعاوضة بين الاثمان فلو كان الثمنان رايجين عند المتعاملين ، كمن عاوض الدينار العراقى بالدراهم العراقية ، فلا تكون المعاوضة بيعاً كما تقدم ، بخلاف ما اذا كان احدهما رايجاً عندهما ، كمن عاوض فى العراق الاسكناس بالدينار العراقى ، فان عمل صاحب الاسكناس بيع ، وعمل الثانى شراء . اقول تمييز البايع من المشتري بما ذكر مبنى على الالتزام بان البيع هى المبادلة بين المالىين ، وبما ان المبادلة فعل الاثنى ، فيحتاج فى تشخيص البايع و المشتري الى امر آخر ، واما بناء على ما ذكرنا من كون البيع هو تملك المال بعوض ، والتمليك امر انشائى فكل من انشأه فهو البايع ، كما ان الشراء هو التملك بعوض ، فكل من انشاء التملك او الرضا بالتملك فهو المشتري ، سواء كان الانشاء بالقول او الفعل ، وفى الاخبار الواردة فى السلم ، وبيع المتجانسين ، والصرف ، والرجوع الى العرف ، شهادة على ما ذكرنا فلاحظ .

(١) ذكر قسده جواز كون العوض فى المبادلة منفعة ، بلاخلاف ، نعم نسب الى البهبهانى (ره) الخلاف فى ذلك ، ولعل منشأ خلافه ما يذكر فى كلام الفقهاء من كون البيع لنقل الاعيان ، ولكن هذا الكلام كقولهم الاجارة لنقل المنافع ، ناظر

## الى بيان حال المعوض .

ثم ان عدم الاشكال فى جعل المنفعة عوضاً انما هو فيما اذا كانت المنفعة مالا كمنافع العبد ، والحرب تتعلق الاجارة بعمله ، فان عمله بها يكون مالا للمستأجر ، اذا كان العوض عمله قبل وقوع الاجارة به كما اذا بادل كتاباً بخياطة الاخر ثوبه ، ففى كونها بيعاً اشكال ، فان عمل الحر بعد هذه المبادلة ولو يكون مالا لصاحب الكتاب ، الا ان المعتبر فى كونها بيعاً كون العوض مالا قبلها ، عما هو ظاهر تعريف المصباح .

اقول لازم الاشكال فى جعل عمل الحر عوضاً فى البيع ، الاشكال فى جواز بيع الكلى على الذمة فان ما ذكره فى وجهه من لزوم كون العوضين مالين قبل المعاوضة جلفيه ايضاً ، ولا احتمال الالتزام منه (ره) او من غيره ببطلان بيع السلم ، وغيره مما يكون المبيع من الكلى على الذمة ، وعليه فلا اشكال فى جعل عمل الحر عوضاً فى البيع ، بل كما ذكرنا عمل الحر كالكلى على الذمة فى نفسه مال ، حيث يبذل بازائه المال ، بالاستيجار ، ونحوه ، غاية الامر لا يضاف الى احد قبل المعاوضة بان يقال انه ذومال .

وقد يستدل على عدم كون عمل الحر قبل المعاوضة مالا بوجهين : الاول عدم كونه محققاً للاستطاعة فى الحج فاذا كان متمكناً على عمل فى طريق الحج ، بحيث تكون اجرتة وافية لمصارف الحج ، لا يجب عليه الخروج الى الحج ، ولو كان العمل كما ذكر مالا لتمت الاستطاعة المعتبرة فى وجوبه ، وفيه ان عمل الحر قبل المعاوضة عليه مال حيث يبذل بازائه المال بالاستيجار ، ونحوه ، ولكن قبلها لا يضاف الى احد ، حتى الى فاعله ، بان يقال انه ذومال ، والعمل ملك ومال له ، والمعتبر فى وجوب الحج كون المكلف ذا مال ، بان يكون عنده ما يحج به .

الثانى ان الحر اذا لم يكن اجيراً وحجسه الجائر لا يضمن له ما يفوته بذلك ،

## واما الحقوق (١) .

من اعماله ، ولو كانت اعماله اموالاً لضمناها ، كما فى اتلاف غيرها من الاموال .  
والجواب ان عمل الحر وان كان مالا الا انه لا يضاف قبل المعاملة عليه الى  
العامل ، او غيره ، والموضوع للضمان ، اتلاف مال الغير وبهذا يظهر انه لا فرق بين  
كون الحر كسوباً او غيره ، فاحتمال الضمان فى الكسوب كما عن السيد اليزدى (ره)  
والجزم به كما عن السيد الخوئى (طال بقاه) ضعيف ، كما ظهر مما تقدم ضعف ما  
عن الايروانى (ره) من ان الاصل فى اضافة الاموال الى الاشخاص هى الحيابة ،  
فان بها تضاف الاموال الى الاشخاص ، وباقى المملكات تكون مملكة بعدها ، و  
وجه ظهور ضعفه ان العقد على عمل الحر او الكلى على السذمة مملك ، وموجب  
لاضافتهما الى المشتري ، وهذه الاضافة حادثة ، وليست مسبوقه باضافة اخرى ،  
بالحيابة او غيرها .

هذا مع ان الحيابة لا تكون مملكة فى غير المنقولات بل الموجب لدخول  
الارض الميتة فى الملك هو الاحياء كما ذكرنا ذلك عند التكلم فى اقسام الاراضى  
من المكاسب المحرمة .

(١) تعرض (ره) لكون العوض فى المبادلة من الحقوق ، وذكر أنها على

اقسام ثلاثة :

قسم منها لا يقبل الاسقاط مطلقاً ، بلا عوض او مع العوض ، كحتمى الولاية و  
الحضانة ، وهذا هو المراد من قوله لا يقبل المعاوضة بالمال .

وقسم منها قابل للاسقاط مجاناً او مع العوض ، ولكن لا يمكن تمليكها للاخر  
بحيث يكون ملكاً للمنتقل اليه ، كالخيار والشفعة ، وفى هذين القسمين لا يصح  
جعل الحق عوضاً فى البيع ، فان قوام البيع بتملك صاحب المعوض العوض بازاء  
ما يخرج من ملكه و المفروض فى مورد الكلام انه غير قابل لتملك صاحب

## المعوض .

والوجه في عدم كونه قابلاً لتملكه في القسم الاول ظاهر ، و اما في القسم الثاني فلان الحن فيه اضافة خاصة وسلطنة مخصوصة قائمة بذى الحق و من عليه الحق فذو الحق يكون مسلطاً على من عليه ذلك الحق فبتمليكه للاخر يكون ذلك الاخر مسلطاً على نفسه وتسلط الانسان على نفسه غير معقول .

و عن صاحب الجواهر (ره) قياس بيع الحق ممن عليه ببيع الدين ممن عليه وهذا القياس فاسد،فانه يفترق بين بيع الحق عن بيع الدين بانه يمكن للانسان تملك ما على ذمته فيكون نتيجة التملك سقوطه حيث ان الملكية اضافة خاصة بين المالك والمال ومن عليه المال لا يكون طرف الاضافه بان يكون دخيلاً في تحقق الملكية ليكون تملكه الدين موجباً لاتحاد طرفي الاضافة ، والشاهد لامكان تملك الانسان ما على ذمته ، ما عن الشهيد (ره) في قواعده من جعل البراء مردداً بين اسقاط الدين عن ذمة المديون ابتداءً او تمليكه اياه ، ونتيجة التملك السقوط وهذا بخلاف الحق كما مر ، فانها اضافة مخصوصة ، يكون طرفاها ذا الحق و من عليه الحق ، فيكون تمليكه ممن عليه ، موجباً لاتحاد طرفي الاضافة .

وذكر (ره) القسم الثالث من الحق وهو ما يكون قابلاً لنقله الى الغير، بان يملكه الغير كحقي التحجير والسبق، فان الحق في هذا القسم تكون سلطنة خاصة قائمة بين العين والشخص، ولا يكون المنقول اليه طرف الاضافة ، كما في القسم السابق الا ان في وقوع هذا القسم من الحق عوضاً في البيع اشكالا باعتبار ان الحق لا يكون مالا، ويعتبر في صدق البيع على المعاملة كون العوض مالا ، كما هو ظاهر تعريف المصباح وظاهر كلمات الفقهاء عند تعرضهم لشرايط العوضين في البيع ، وتعرضهم لشرايط الاجرة في الاجارة .

(اقول) ما ذكره (ره) في القسم الثاني كحقي الخيار والشفعة يرد عليه أن الخيار او الشفعة لا يتعلق بالمال ، ولا بالمالك ، بل يكون متعلقهما نفس العقد على ما ذكر توضيحه في بحث الخيارات ، وعليه فلا يلزم من نقلهما الى الغير اتحاد طرفي الاضافة و كيف لا يكون الخيار او الشفعة قابلا للانتقال الى الغير مع انهما عنده يورثان كما ذكر (ره) في احكام الخيارات ولو سلم كون مثلهما حقاً كما ذكر فلازمه عدم جواز تمليكه ممن عليه الحق لا من الغير الاجنبي لعدم محذور اتحاد طرفي الاضافة في الثاني .

واما ما ذكره في القسم الثالث من ان في وقوعه عوضاً في البيع اشكالا ، لعدم كونه مالا .

فيه اولاً انه لاشهادة في تعريف المصباح على اعتبار المالية في العوض ، فانه من التعريف اللغوي ، ولا اعتبار ايضاً بظاهر كلمات الفقهاء مع فرض صدق البيع عرفاً في مورد جعل الحق عوضاً ، فان ظاهر كلماتهم في المقام لا يزيد على ظواهرهم في عدم كون المعاطاة بيعاً حيث مع احتمال وجه الاتفاق او احرازه وعدم تماميته ، لا يرفع اليه عن أدلة جواز البيع ولزومه .

وثانياً الحق في هذا القسم مال حيث يبذل بازائه المال كسائر الاعيان و المنافع التي يكون اعتبار المالية فيهما ببذل العوض في مقابلتهما عند المعاملة و اما القسم الاول المذكور في كلامه فالصحيح انه نفس الحكم الشرعي و ليس من الحق في شيء فان الحق يطلق على سلطنة الشخص باعتبار ان سقوطها و ثبوتها بيده و اذا لم يكن السقوط و الثبوت بيده يكون كسائر الاحكام المجعولة لاحاد المكلفين في ثبوتها لموضوعاتها مادام الموضوع فلا فرق بين ولاية الاب او الجد على الطفل او ماله و بين جواز تصرفاتهما في مال نفسيهما في كون كل منهما

حكماً مجموعاً لهما من قبل الشارع وبما ان الحكم لا يتعدى عن موضوعه فلا يعقل جعله عوضاً فى البيع ونحوه .

وذكر السيد الخوئى ( طال بقاه ) عدم جواز جعل الحق عوضاً لالما ذكره المصنف ( ره ) فانه غير تام كما مر بل من جهة ان الحق على اطلاقه حكم شرعى غاية الامر يكون قابلاً للاسقاط وبالاسقاط ينتهى أمده .

وبعبارة اخرى لافرق بين جواز فسخ الهبة و الرجوع فيها وبين جواز فسخ العقد بالخيار وكذا لافرق بين جواز قتل الكافر الحربى وبين جواز قتل ولى المقتول القاتل و ان الجواز فى هذه الموارد سنخ واحد غاية الامر يكون فى موارد اطلاق الحق قابلاً للاسقاط بخلاف غير موارد اطلاقه وهذا لا يخرج عن كونه جوازاً او لزوماً شرعياً والحكم الشرعى بنفسه غير قابل لجعله عوضاً عن المبيع .

نعم يمكن جعل اسقاطه المفروض كونه عملاً عوضاً فى البيع ونحوه ولكنه خارج عن الكلام فى المقام، فان الكلام فى نقل الحق الى الغير لا اسقاط من له الحق حقه، كما ان مثل الارض التى تكون مورد حق السبق او التجحير لا يكون جعلها عوضاً مورد الكلام بل مورد جعل نفس الحق، هذا مع انه لا معنى لنقل مثل حق الشفعة الى الغير فانه ان كان تمليك حق الشفعة لمشتري الحصه فهو غير معقول فانه من اللغو لتملكه الحصه بالشراء وان كان تمليكه للاخر الاجنبى فهو من قبيل تعدية الحكم من موضوعه الى غيره ، فان الموضوع لحق الشفعة هو الشريك .

ثم لو قلنا بان الحق مرتبة ضعيفة من السلطنة حيث ان الملكية عموم السلطنة والحق خصوصها ، فلا يمكن ايضاً جعله عوضاً فى البيع فان البيع هى المبادلة فى متعلق الملكية أى المالىن فلا يعم مبادلة نفس الملكية .



(اقول) لم (يذ كر اطال الله بقاءه) اشهدأ على ان الحق عبارة عن الجواز او اللزوم الشرعيين ، غاية الامر يكونان قابلين للاسقاط ، فان ثبوت الحق فى موارد عدم ثبوت الجواز او اللزوم ، آية كونه غيرهما ، كما اذا باع داره ببيع الخيار ، ثم عرض له السفه ، فانه يقوم وليه مقامه ، وكذا كان شريك مالك الحصة المبيعة سفيهاً لا يصح له الاخذ بالشفعة ، فانه يقوم مقامه وليه ، مع ان الخيار كان مجعولاً للبايع ، والشفعة مجعولة للمولى عليه ، فانه الشريك لاوليه ، ومثل حق التحجير والسبق ، اولوية معتبرة للشخص بالاضافة الى الارض او غيرها ، وهذه الاولوية فى نفسها قابلة للنقل ، بجعلها للاخر عوضاً او مجاناً ، لما هو مقتضى ادلة حل البيع ، ونفوذ الصلح وغيرهما ، ولذا يورث حق التحجير وحق قصاص الاعضاء ، كما اذا مات من له حق القصاص قبل الاستيفاء ، ولا يكون هذا من التعدى من موضوع الحكم الى غيره .

والحاصل ان الحق فى جميع هذه الموارد امر اعتبارى ، ونحو من الاولوية ، ولا منافاة بين كون الموضوع لحق الشفعة مثلاً هو الشريك ، وبين تملكها للاجنبي ، فان ثبوتها للاجنبي بالمعاملة نتيجة العمل بخطاب حق الشفعة ، وخطاب حل المعاملات من البيع وغيره ، نظير الحبوقة حيث انها للولد الاكبر ، ولا ينافى تملك الغير اياها بالمعاملة مع الولد الاكبر .

وثانياً لابس بتعلق البيع او غيره بالحق حتى مع الالتزام بانه جواز اولزوم شرعى قابل للاسقاط ، حيث لا بعد فى اعتبار العقلاء المالية فى اللزوم او الجواز الامضائى اولتأسيسى ، وبذلك يصح وقوعهما مورد المعاملة ، والبيع كما تقدم هو التملك بالعوض ، ولولم يكن الحق صالحاً للنقل والتمليك ، فلا ينبغى الرب فى صحة جعله عوضاً فى التملك ، حيث يخرج به التملك عن المجانية ، وتعبير آخر يكون سقوطه فى تملك الشى عوضاً .

### الا ان الفقهاء قد اختلفوا فى تعريفه (١) .

وقد يقال انه عند الشك فى قابلية الحق للنقل شرعاً لا يمكن التمسك باحل الله البيع و اوفوا بالعقود و الصلح جاز بين المسلمين ، و انما يصح التمسك بها بعد احراز قابلية الشئ للنقل و الشك فى اسباب النقل ، بان يحتمل ان لنقله سبب خاص ، و لا يتحقق بتلك المعاملات ، كما لا يصح التمسك بها عند الشك فى حلية فعل ، و حرمة ، مما يقع مورد المعاملة ايضاً ، كالفناء فى كلام صحيح ، فانه لا يمكن التمسك بعموم اوفوا بالعقود و اثبات صحة المعاملة عليه ، و استكشاف حليته بالملازمة .

ولكن لا يخفى ما فيه ، فان الموضوع فى العمومات و المطلقات هو البيع و العقد و الصلح و غيرها فى اعتبار العرف ، و بعد احراز قابلية الشئ للنقل فى اعتبارهم ، و صدق عنوان البيع او الصلح و العقد بحسب انظارهم ، يكون عدم شمول العمومات و المطلقات لاحتمال التخصيص ، او التقييد ، فيؤخذ بهما مادام لم يحرز التخصيص او التقييد و لا يقاس بما اذا شك فى حلية فعل فى نفسه حيث قد يقال العمومات و المطلقات فى المعاملات لم ترد لبيان الحكم التكليفي للافعال بعناوينها الاولى ، و لا يجوز التمسك بالعموم الوارد لبيان الحكم للفعل بعنوانه الثانوى لرفع الاجمال عن الخطاب الوارد فى بيان حكم ذلك الفعل بعنوانه الاولى ، فالصحيح جواز هذا التمسك فى مثل المقام مما لا يؤخذ فى موضوع الحكم بعنوانه الثانوى ، ثبوت الحكم الاول .

(١) ثم انه اذا لم يكن للفظ البيع حقيقة شرعية و لا متشعبة يكون التعاريف الواردة فى كلمات الفقهاء بياناً لمعناه العرفى الذى تعلق به الاحكام فى الخطابات الشرعية .

وعن المبسوط و التذكرة و غيرها ان البيع انتقال عين من شخص الى آخر بعوض مقدر ، ولكن المسامحة فى هذا التعريف واضحة ، لان الانتقال اثر البيع ،

لانه عينه ، واعتبار التقدير فى العوض لوجه له ، فان تعيين الثمن من شرط صحة البيع شرعاً ، لالصدقه عرفاً .

وعن جماعة انه الايجاب والقبول الدالان على الانتقال .

وهذا ايضاً غير صحيح ، فان البيع من الامور الانشائية التى يكون الدلالة عليه بالايجاب والقبول ، وليس هو نفس الدال ، كما هو ظاهر التعريف ، والاسم يمكن انشائه باللفظ ، فان القابل له هو المعنى ، لاللفظ .

وعن جامع المقاصد تعريفه بنقل العين بالصيغة المخصوصة ، واورد المصنف (ره) على تعريفه بامور ثلاثة .

الاول ان نقل العين لا يكون مرادفاً للفظ للبيع ، حتى يصح تعريفه به ، ولذا يكون ارادة البيع من لفظ النقل ، بطور الكناية ، كما صرح به فى لتذكرة .

اقول هذا لو اريد من النقل النقل الخارجى الذى يكون بتبديل مكان الشيء ، ورفع عن محله الاولى ، فان هذا كناية عن البيع ، واما اذا كان المراد منه النقل الاعتبارى ، فهو عين البيع ، اللهم الا ان يقال لا يصدق النقل الاعتبارى فى مثل بيع الكلى على الذمة ، او تمليك عمل الحر ، فانهما لا يكونان قبل المعاملة ذات اضافة ، حتى يصدق النقل .

الثانى ان المعاطاة عند جامع المقاصد بيع ، ولكن لا يعمها التعريف ، باعتبار عدم كون المعاطاة باللفظ .

الامر الثالث ان النقل بالصيغة ايضاً غير قابل للانشاء ، بل القابل له نفس النقل .

(لا يقال) نقل العين سنخان احدهما اعتبارى وثانيهما خارجى ، فليس ذكر قوله بالصيغة لتقييد النقل بها ، ليكون معنى لفظ البيع ، هو النقل بالصيغة ، بل هو عنوان مشير وللإشارة الى كون البيع ذلك السنخ الذى يكون فى نفسه اعتبارياً

## الاولى تعريفه (١) .

فتوجد بالصيغة ، ونحوها .

فانه يقال يبقى في التعريف المزبور ، اشكال آخر ، وهو انه ان اريد بالصيغة خصوص صيغة بعث ، لزم الدور ، فانه مقتضى اخذ مادة البيع ، فسى تعريفه ، وان اريد الاعم ، بحيث يشمل ملكت ايضاً ، فلازمه الاقتصار فى انشاء البيع بلفظى نقلت وملكنت .

اقول اشكال الدور اولزوم الاقتصار فسى انشاء البيع بصيغتي نقلت وملكنت مندفع بامكان كون المراد بالصيغة المخصوصة اللفظ الصالح لانشاء ذلك السنخ من النقل ، فلم يؤخذ فى التعريف مادة البيع ، حتى يلزم الدور ، ولا خصوص الصيغتان ، حتى يلزم الاقتصار ، مع ان اخذ مادة البيع فى تعريفه كما اذا قيل بان البيع نقل العين بلفظ بعث ، لا يوجب دوراً ، فان المراد به فى المعرف بالكسر ، لفظه ، وفى المعرف بالفتح ، معناه المرتكز عند الاذهان ، المطلوب بالتعريف ، معرفة حدود ذلك المعنى المرتكز من جهة سعته وضيقه ، بان يعلم انه لا يعم نقل غير العين ، ولا نقلها المنشاء بغير ذلك اللفظ .

والحاصل يمكن معرفة المعنى من جهة ضيقه وسعته بالتعريف المزبور بلا محذور .

(١) قد عرف (ره) البيع بانه انشاء تمليك عين بمال ولكن يرد عليه ان البيع ، ليس انشاء التمليك المزبور ، بل نفس التمليك ، ويكون الانشاء ايجاداً للبيع ، و الاقلو كان الانشاء مأخوذاً فى معنى البيع لم يكن قابلاً للانشاء ، كما مر فى التكلم فى تعريف جامع المقاصد .

ثم انه (ره) تعرض لما يمكن الايراد به على تعريف الذى ذكره .

الاول انه اذا كانت حقيقة البيع تمليك العين بمال ، لصح انشائه بصيغة ملكنت ،

.....

كما هو مقتضى الترادف بين التمليك والبيع ، واجاب بصحة الانشاء .

الثانى انه يصح بيع الدين على من هو عليه ، مع انه لا يكون فيه تمليك عين بعوض ، فانه لا يصح للانسان تملك المال على نفسه ، واجاب (ره) بصحة كون الانسان مالكا لماعليه ، فتكون نتيجة ذلك ، سقوط الدين عنه ، ولو لم يمكن كونه مالكا كذلك لم يصح بيع الدين منه ، لانه لا معنى للبيع الا التمليك .

الثالث ان التعريف شامل للمعاطاة ، مع انهم ذكروا عدم كونها بيعا .

والجواب انها بيع عند الكل ، ومراد النافين انها ليست بيعاً صحيحاً كما سيأتى .

الرابع ان البيع فعل البايع على مامر سابقاً ولو يكون صدقه عليه مشروطاً بقبول المشتري ، ولكن التعريف المزبور يعم الشراء فان المشتري ايضاً يكون منه تمليك ماله بازاء المبيع .

والجواب ان البيع فى نفسه تمليك العين بمال ، والشراء لا يكون كذلك ،

بل الشراء انشاء تملك مال الغير بازاء الثمن ، نعم يكون هذا الانشاء متضمناً لتمليك الثمن بازاء المبيع وبتعبير آخر ما هو فعل البايع هو انشاء ملكية المبيع لصاحب الثمن بازاء الثمن ، ويكون لازم ذلك ، تملك الثمن بازاء المبيع ، الا ان هذا التملك لم ينشأ الاتبعاً ، كما ان فعل المشتري ابتداءً تملك المبيع بازاء الثمن ، ولازم انشائه تمليك الثمن لصاحب المبيع بازاء المبيع ، فيكون هذا التمليك ضمناً يعنى لازماً للمدلول المطابقى لانشائه ، ولذا لا يصدق عنوان الشراء على قوله ملكتك الثمن بمتاعك ، سواء تأخر عن الايجاب او تقدم ، بخلاف قوله تملكتم بمتاعك بهذا الثمن ، فانه شراء كما لا يخفى .

ومما ذكرنا يظهر الحال فى استيجار عين بعين ، و ان قبول المستأجر

لا يكون فى نفسه انشاء تمليك العين بازاء المنفعة ، بل قبوله انشاء تملك المنفعة ،

بازاء العين .

الخامس ان التعريف المزبور يعم الصلح عن عين بمال كما يعم والهبة المعوضة المتعلقة بالعين .

والجواب ان الصلح عن عين بمال ، لا يكون تملك تلك العين بذلك المال ، بل هذا التملك نتيجة الصلح المزبور . وبيان ذلك ان الصلح من الامور الاعتبارية حيث انه عقد ومدلول ذلك العقد والمتحقق به هو التسالم ، يعنى التسالم الاعتبارى الذى يكون امرأ انشائياً ، ويعبر عنه فى لغة الفرس بـ (سازش) وهذا التسالم لا بد من كونه فى امر ، وذلك الامر ، يكون ملكية العين ، او المنفعة او الانتفاع بالعين ، او سقوط حق ، او ثبوت قرار بين شخصين ، او اكثر ، كقرار الشريكين فى كون الخسران او النفع فى معاملة على احدهما ، وهكذا ، فيكون نتيجة تمامية الصلح فى الاول تملك العين ، وفى الثانى تملك المنفعة ، وفى الثالث تملك الانتفاع ، وفى الرابع سقوط الحق ، وفى الخامس ثبوت القرار .

فهذه الامور من متعلقات الصلح ، لان الصلح فى نفسه عبارة عن هذه الامور ، والالزم كون لفظ الصلح مشتركاً لفظياً ، لعدم تحقق التملك فى جميع ما ذكر من موارد ، فالصلح عن العين بمال يتضمن تملكها بذلك المال ، فيكون التملك المزبور فائده .

وهذا هو الوجه فيما ذكروا من ان طلب احد الخصمين من الاخر الصلح على العين المتنازع فى ملكها ، لا يكون اقراراً للاخر بالمالكية ، بخلاف طلب بيعها ، فانه اعتراف بمالكية الاخر ، ولو كان الصلح على عين بعوض بنفسه تملكها بعوض ، لما كان بين الصورتين فرق . واما الهبة المعوضة فالمراد الهبة التى يشترط التعويض فيها ، واما الهبة التى عوض عنها من غير كون التعويض شرطاً فلا وجه لتوهم شمول تعريف البيع له ، ولذا ذكر المصنف (ره) والمراد بها هنا (يعنى فى الاعتراض على تعريف البيع) و

## بقي القرض داخلا (١)

حاصل دفعه الاعتراض ان الهبة المعوضة ليست في حقيقتها المقابلة بين المالين ، كالبيع ، بل يكون تملك المال فيها مجانا والعوض المشروط فيها عوض لنفس الهبة ، لاعن المال الموهوب ، ولذا لا يملك الواهب ذلك العوض بمجرد هبته ماله للاخر .

وبتعبير آخر التعويض في الهبة المشروطة ، كالتعويض في غير المشروطة في كون تملك المال من الاخر بتمليك جديد ، وهذا التملك الجديد يذكّر شرطاً في الهبة المشروطة. ثم قال (ره) غاية الامر انه لولم يعمل الاخر بالشرط لكان للواهب الرجوع في هبته .

(اقول) ظاهر الشرطية اختصاص جواز رجوع الواهب في هبته بصورة عدم وفاء الاخر بالشرط ، و لكن ليس الامر كذلك ، فانه يجوز للسواهب الرجوع في هبته مالم يتحقق التعويض ، سواء اشترط التعويض اولاً ، ومع التعويض يسقط جواز الرجوع اشترط اولاً ، على ما يستفاد ذلك من مثل صحيحة عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام قال اذا عوض صاحب الهبة فليس له ان يرجع (١) .

(١) هذا هو الاعتراض الاخير في كلامه على التعريف المزبور ، وحاصله ان تملك عين بعوض صادق على القرض ايضاً ، فلا يكون تعريف البيع به مانعاً .

واجاب (ره) عن الاعتراض بان القرض في حقيقته ، تملك عين على وجه الضمان ، يعنى تملك مع التضمين .

وذكر الايرواني (ره) في تعليقه ما حاصله ان الاعتراض لا يدفع بالجواب المزبور ، فانه ان كانت للعين المفروضة في مورد القرض بدل من المثل او

ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله (١) .

القيمة ، فيكون تملكها بالبدل ، والعوض ، وهذا هو البيع على ظاهر التعريف ، و ان لم يكن للعين بدل وعوض بان يكون تملكها مجاناً ، فتكون هبة ، فاين تملك العين الذي لا يكون بيعاً ، او هبة .

(اقول) الصحيح ما ذكره المصنف (ره) فان تملك العين وتضمينها امران مختلفان ، وربما يكون تملك العين من دون تضمين ، كما في الهبة بلا عوض ، وقد يكون تضمين بلا تملك ، كما في شرط ضمان العين في اجارتها ، و اعارتها ، بل قد يحصل التضمين بالفعل كما في وضع اليد على مال الغير ، والقرض في حقيقته جمع بين تملك العين وتضمينها ، ولذا ذكرنا انه تملك العين مع التضمين .

وان اراد الايرواني (ره) من العوض والبدل ، العوض المعاملى الحاصل بانشاءه عوضاً ، فلا عوض كذلك في موارد القرض ، بل يختص هذا بمورد البيع ، وان اراد العوض الواقعي في مورد الضمان ، فهذا القسم من البدل موجود في مورد القرض ، ولكنه لم يكن بانشاء المعاوضة .

(١) تعرض (قده) لما يقال من استعمال لفظ البيع في معان اخر غير تملك العين

بعوض .

منها تملك عين بعوض بشرط تملك المشتري ؛ بل هذا هو المعنى العرفي للبيع عند بعض المشايخ لامعنى آخر ، فان البيع عند العرف ليس الاتملك العين بعوض بشرط قبول المشتري ، والشاهد لذلك تبادره في الاستعمالات ، وصحة سلب معناه العرفي عن التملك الذي لا يترتب عليه قبول من المشتري .

ومنها الانتقال الحاصل بانشاء البيع ايجاباً وقبولاً .

ومنها العقد المركب من الايجاب والقبول ، كما هو ظاهر كل من يذكر العقد



في تعريف البيع ، بل ظاهر الفقهاء هو استعمال عناوين المعاملات في ابواب الفقه ، في هذا المعنى ، فمرادهم من البيع في قولهم كتاب البيع عقده ، وكذا النكاح ، وحتى الاجارة وشبهها مما لا يكون في اللغة اسماً لاحد طرفي العقد ، فان البيع في الاصل فعل البايع ، والنكاح فعل الزوج ، بخلاف الاجارة ، فانها بمعنى الجزاء الاجر ، وليست اسماً لفعل الموجد ، بل الموضوع لفعله لغة وعرفاً ، هو الايجار ، و لكن المصنف (ره) انكر كون البيع عبارة عن تملك العين بعوض بشرط تملك المشتري كما عليه بعض المشايخ ، فضلاً عن كونه معنى آخر كما ذكره بعض من قارب عصره ، بل البيع يستعمل دائماً في تملك العين بعوض كما هو معناه المصطلح ، غاية الامر ان لهذا التملك فردين احدهما ما اذا تعقب بتمليك المشتري بقبوله البيع ، وثانيهما عدم ترتب ذلك لعدم قبوله ، وبما ان الفرد الثاني وجوده كعدمه في عدم ترتب اثر عليه ، فمثل قول القائل بعث دارى بقرينة كونه في مقام الاخبار عن الايجاب المثمر يكون ظاهراً في الايجاب المتعقب للقبول ، بل في الجامع لجميع الشروط المتبيرة في ترتب الاثر عليه .

والحاصل ان قيد كون الايجاب مشمراً مستفاد من الخارج ولم يؤخذ في المستعمل فيه ، ويقرب ذلك تبادر هذا القيد حتى من مثل قول القائل نقلت دارى الى زيد ، او ملكتها اياه ، او بديلتها بكذا ، مع ان التملك والابدال والنقل هو مجرد الايجاب قطعاً ، ولم يلتزم احد بدخالة قبول الاخر في صدقها على الايجاب .

وان شئت قلت الاثر الحاصل بالايجاب- وهو ملكية المبيع مثلاً للمشتري بازاء الثمن- يكون بنظر الموجد واعتباره ، كما يكون في اعتبار العقلاء والشرع و ما يتوقف على قبول المشتري ، هي الملكية في نظر العقلاء ، والشرع ، لافي اعتبار الموجد ، فانه يعتبرها وينشأها بمجرد الايجاب ، فملكية العين بعوض في اعتبار

العقلاء والشرع بالإضافة الى ايجاب البايع من قبيل الوجوب والايجاب ، لامن الكسر والانكسار ، فانه يمتنع تحقق الكسر بلا تحقق الانكسار ، ولكن لا يمتنع تحقق الايجاب من الامر ، مع عدم تحقق وجوب الفعل فى اعتبار العقلاء .

(اقول) ماذهب اليه بعض المشايخ ، من كون المعنى المصطلح للبيع عرفاً هو تملك العين بعوض بشرط قبول المشتري موالصحيح ، وذلك فان الموجب لا ينشأ ملكية العين لصاحب الثمن مطلقاً ولو على تقدير عدم قبوله للايجاب ، بل المكينة معلقة ومقيدة بالقبول فى ظرفه ، واذا تحقق فى ذلك الظرف تكون المكينة المنشأة بيعاً والافلا ، وكذا الامر فى الشراء ، فانه لا ينطبق على انشاء التملك الاعلى تقدير تحقق الايجاب فى موطنه ، ولا يحصل مع عدم قبول المشتري ملكية العين له ، لافى نظر الموجب ، ولا فى اعتبار العقلاء .

ويشهد لما ذكرنا صحة سلب البيع حقيقة عن التملك الذى لا يتحقق فى مورده قبول المشتري ، ولو كان البيع حقيقة فى الجامع لماصح سلبه عن التملك المزبور الادعاء ، هذا مع ان اشتراط القبول مقتضى كون البيع من العقود ، لامن الايقاعات حتى فى اعتبار الموجب فضلا عن العقلاء والشرع ، بل يمكن دعوى ذلك فى مثل لفظ النقل المراد به النقل المعاملى كما لا يخفى .

وكذا انكر (ره) المعنى الثانى وانه لم يستعمل لفظ البيع باللغة ولا عرفاً فى الانتقال الذى هو من قبيل الحكم المترتب على البيع ، بل ذكره جماعة فى تعريف البيع تبعاً للمبسوط الذى عرف به البيع .

وقد يوجه التعريف بان البيع الواقع فى تعريفه انتقال العين ، هو العنوان الانتزاعى للمبيع يعنى المبيعة ، حيث انها عبارة اخرى عن انتقال الشئ الى الاخر بالعوض ، وتعرض للمعنى الثالث ونسب الى الشهيد الثانى ان اطلاق البيع واستعمال

لفظه في العقد مجاز ، بعلاقة السببية والمسببية ، وقال فليكن مراد الشهيد (ره) من المسبب هو المعنى الاسم المصدرى المتحقق بالايجاب والقبول معاً ، واما المسبب عندالموجب فهو يتحقق بالايجاب فقط ، كما مر .

وقوله (ره) (والى هذا نظر جميع ماورد) اشارة الى المعنى الاسم المصدرى وان جميع ماورد في النصوص والفتاوى من لزوم البيع ووجوبه ، او انه لايباع بينهما ، او قال البيع ، ونحو ذلك يستعمل لفظ البيع فيها في المعنى الاسم المصدرى المتحقق في نظر العرف والشرع بالايجاب والقبول معاً ، وازافة العقد الى البيع بهذا المنى ليست بيانية بل بمعنى اللام ، ضرورة ان المعنى الاسم المصدرى لا يكون عين الايجاب والقبول ، ولذا يصح ان يقال انعقد البيع اولا ينعقد ، ولا يصح ان يقال انعقد الايجاب والقبول ، اولا ينعقد .

(اقول) مقتضى مجموع كلامه ان البيع يستعمل في معنيين آخرين ، غير معناه المصطلح الذي من قبيل المصدر ، احدهما العقد يعنى مجموع الايجاب والقبول والثانى المعنى الاسم المصدرى الحاصل بالعقد وان استعماله فى المعنى الاول مجاز ، بعلاقة المسببية والمسببية و كذا استعماله فى المعنى الثانى يعنى المعنى الاسم المصدرى غاية الامر استعماله فى الاسم المصدرى مجاز عن الحقيقة واستعماله فى العقد يعنى الايجاب والقبول معاً من قبيل سبك المجاز عن المجاز لان المسبب وهو المعنى الاسم المصدرى لم يوضع له لفظ البيع .

ان قلت ما الفرق بين المعنى الثانى من المعانى الثلاثة المتقدمة الذى ذكر (ره) ان استعمال لفظ البيع لم يوجد فيه لافى اللغة ، ولا فى العرف بل وقع تعريف البيع به فى كلام جماعة تبعاً للمبسوط وبين المسبب عن العقد الذى ذكر (ره) وقوع استعمال لفظه فيه فى النصوص والفتاوى .

## ومن ثم حمل الاقرار به (١)

قلت المراد بالاثـر فى المعنى الثانى هو الانتقال الذى يكون اثراً لتـمام البيع شرعاً وحكماً له، ومقتضى مغايرة الموضوع وحكمه ان يكون البيع غير الانتقال و تعريف البيع بالانتقال كتعريف اى موضوع بحكمه غير صحيح ومراده بالمسبب فى المعنى الثالث هو البيع بمعناه الاسم المصدرى يعنى ما يحصل بالايجاب والقبول معاً والذى يترتب عليه حكم الشارع بانتقال المالىن هذا .

ولكن لا يمكن المساعدة على ما ذكر من استعمال لفظ البيع فى عقده يعنى فى صيغتي الايجاب والقبول، فانه لم يحرز هذا الاستعمال حتى فى كلمات الاصحاب فى عناوين المعاملات الا ترى انه لا يصح ان يقال مرادهم بكتاب البيع مثلاً كتاب صيغتي الايجاب والقبول واما المعنى الاسم المصدرى فهو صحيح يقع استعمال لفظ البيع فيه كثيراً فى كلمات الاصحاب والروايات الا ان اسم المصدر لا يختلف عن المصدر بحسب الخارج بل ما تحقق خارجاً بلحاظ جهة الصدور مصدر وبلحاظ نفسه وكونه معاملة فى حياى ساير المعاملات معنى اسم المصدر والبحث فى كون استعمال لفظ المصدر فى المعنى الاسم المصدرى مجازاً او حقيقة غير مهم .

وكيف كان فقد ظهر مما ذكرنا ان تحقق البيع بمعناه المصطلح لا يكون بمجرد الايجاب بل لابد من تحقق القبول فى موطنه وأن المتحقق خارجاً بلحاظ نفسه وكونها معاملة حياى ساير المعاملات هو المعنى الاسم المصدرى ويتعلق به امضاء الشارع وحكمه باللزوم او الجواز او غير ذلك من الاحكام المناسبة للمعنى المزبور .

(١) لا يخفى ان حمل الاقرار بالبيع مثلاً على الصحيح لا يدل لعدم وضعه للقدر المشترك

قال الشهيد الاول (١) ويشكل ما ذكره (٢) .

بين الصحيح والفساد فان فى عدم سماع التفسير بالفساد مقتضى حمل المعاملة الثابتة بالاقرار بها على الصحيحة كما هو الحال فى اصالة الصحة الجارية فى عمل الغير عقداً كان او ايقاعاً .

(١) مراده (ره) ان اسامى الماهيات الجعلية كالصلاة والصوم واسامى ساير العقود لا يطلق حقيقة على الفساد الاحج لوجوب المضى فيه ويرد عليه انه لاوجه لاستثناء الحج فان وجوب المضى فيه بعد فساده لا يدل على ان اطلاق لفظ الحج على الفساد حقيقة كما فى الصوم فانه يجب مع افساده بالافطار الامساك بقية النهار مع ان ذلك لا يوجب كون اطلاق الصوم عليه حقيقة .

واضف اليه ان فساد الحج بالجماع بعد الاحرام غير ظاهر ، بل الاظهر عدم فساد غايه الامر يجب على المكلف اعاده حجه فى السنة القادمة عقوبة على عمله ولكن الواجب يعنى حجة الاسلام هو الاول وتفصيل ذلك مو كوال الى كتاب الحج .

(٢) فى المقام اشكال على القول بان اسامى المعاملات موضوعة للصحيحة فعلى الشهيدين وغيرهما ممن يلتزم بكونها موضوعة للصحيحة الجواب عنهما .

الاول ان عدم شمول المعنى الموضوع له للأفراد الفاسدة يتوقف على اخذ قيد الصحة الشرعية او ما يرد فيها فى معنى المعاملات وهذا التزام بالحقيقة الشرعية وكون معانيها مخترعات للشارع كالعبادات مع انه غير ممكن .

والثانى ان لازم كون الفاظ المعاملات موضوعة للصحيحة عدم جواز التمسك بخطاب المعاملات فى دفع احتمال اعتبار شىء شرعاً فى المعاملة فان لازم القول بكونها اسامى للصحيحة هو اجمالها .

وتعرض المصنف (ره) للاشكال الثانى صراحة وللشكال الاول فى ضمن الجواب بقوله (نعم يمكن ان يقال) وتوضيح الجواب عن الاول ان العناوين يكون

انطباقها على مصاديقها بالقصد والاعتبار تارة كعنوان اداء الدين فانه لا ينطبق على مجرد اعطاء المال للداين بل لابد من قصد كون الاعطاء بعنوان الوفاء بدينه وكذا عنوان التعظيم فانه لا ينطبق على مجرد القيام او غيره من الافعال بل لابد من كونها برعاية عظمة الغير ، وقصد احترامه وهذا بخلاف العناوين الحقيقية التي يكون انطباقها على مصاديقها قهراً كعنوان القتل فانه ينطبق على القضاء بحياة انسان قصداً او بلا قصد .

ثم ان فى القسم الاول يعنى العناوين الاعتبارية يمكن ان يكون شىء مصداقاً للعنوان فى اعتبار شخص ولا يكون مصداقاً لذلك العنوان فى اعتبار شخص آخر من غير كون احدهما مصيباً والاخر مخطئاً مثلاً كشف الانسان راسه عند ملاقاته للغير يكون تعظيماً لذلك الغير عند قوم ولا يعتبره تعظيماً قوم آخر .

والسر فى هذا الاختلاف بعد كون انطباق التعظيم على عمل موقوفاً على القصد والاعتبار واضح حيث لا يعتبر الانطباق قوم ويعتبره الآخرون وذلك لا يوجب تعدد المفهوم بل يوجب تعدد المصداق وعلى ذلك فالبيع ولو بمعناه المصدرى من العناوين القصدية، فيمكن ان يكون المستعمل فيه امرأ واحداً عند الشرع والعرف وهو ما يترتب عليه الاثر المترقب فان الاثر المترقب فى البيع انتقال المالىن، فيكون المستعمل فيه اعتبار الملكية التى يترتب عليها انتقال المالىن فالمعنى مبهم من حيث الذات والقيود ومبين من حيث الاثر واذا كان المعاطاة مثلاً امرأ يترتب عليه انتقال المالىن فى اعتبار العرف والشرع ، تكون بيعاً عندهما ، ولو لم يترتب عليها الانتقال شرعاً ، فهى لاتكون بيعاً عند الشارع .

وبالجملة يمكن ان لا يكون خلاف بين الشرع والعرف فى المعنى المصدرى ، او الاسم المصدرى ، ويصح القول بان الفاظ المعاملات موضوعة للصحيحة ، فلا تطلق على الفاسدة الا بطور المجاز .

واما وجه تمسك العلماء (١) ان يقع النقل من غير قصد (٢) .  
الثاني ان يقصد المملك المطلق (٣)

(١) وهذا دفع للاشكال الثاني من الاشكالين المتقدمين وحاصل الدفع ان البيع في مثل قوله سبحانه احل الله البيع مستعمل اما في معناه المصدرى ، كما اذا اريد منه الحلية التكليفية او الاسم المصدرى كما اذا اريد منه الحلية وضعاً ، وعلى كل تقدير فيحمل اطلاق الخطاب على امضاء المصاديق العرفية ، فان بيان جعل الحكم التكليفي او الوضعي على المصاديق التي عند الشارع لغو واضح ، وبتعبير اخر مثل هذا خطاب انحلالى فيعم الحكم جميع المصاديق العرفية ، لان الخطاب مع حمله على المصاديق الشرعية يصبح لغواً خصوصاً فيما اذا كان المراد بالحلية ، الحلية الوضعية كما هو ظاهر الآية .

(٢) المراد بالنقل النقل الخارجى والاعطاء بالنقل الاعتبارى ، الذى عبارة عن التمليك والحاصل المال الذى يصل الى الاخر ولا يقصد صاحبه خصوص تمليكه ولا اباحته له وهذا الوجه ابطله (ره) بقوله بامتناع خلو الدافع ، يعنى ان العاقل فى مقام المعاملة مع التفاته الى خصوصياتها التى لا يتحقق المعاملة الا باحداها يختار احدها ، لامحالة .

(٣) المراد بالمطلق عدم قصد خصوص عنوان البيع ، بل يجعل ماله ملكاً للظرف بازاء ما يملكه من الآخر وهذا الوجه يرد بما تقدم فى تعريف البيع من ان التمليك بالعوض على وجه المبادلة هو البيع لا غير ولكن يظهر من بعض العلماء فى مسألة تمليك لبن الشاة مدة بعوض معين أن ذلك تمليك عين وليس بيعاً وان التمليك بالعوض اعم من البيع .

ثم انه يظهر من ملاحظة كلمات الاصحاب ان النزاع بينهم فى صورة قصد

المتعاطيين التمليك ، وانه في هذه الصورة لا يحصل الملك لهما عند المشهور ولكن يباح لكل منهما التصرف في مال الآخر و حمل الاباحة في كلامهم على الملك المتزلزل كما عن المحقق الثاني او الالتزام بان محل الخلاف بينهم صورة قصد المتعاطيين الاباحة كما عن صاحب الجواهر (ره) خلاف ظاهرهم .

ثم لا يخفى ان المعنى الاول من المعاني الاربعة و هي الاباحة لا تكون أمراً انشائياً حيث ان المراد منها الاباحة المالكية ، في مقابل الاباحة الحكمية، فان التي تحصل بقصد المالك ورضاه الاباحة المالكية واما الحكمية فهي تابع لحكم الشارع وتجويزه التصرف في مال الغير كإباحته للمار أكل الثمرة من طريقه و الاباحة المالكية لا تحتاج الى غير رضا المالك بتصرف الآخر في ماله ولذا يجوز للآخر التصرف مع علمه برضاه ولو كان العلم بشاهد الحال. والحاصل يخرج التصرف مع العلم برضا الملك عن عنوان التعدى وموضوع عدم حل مال الغير الا يطيب نفسه .

واما المعنى الثاني للمعاطاة و هي اعطاء المال بقصد تملكه للآخر بالعوض فهي عبارة اخرى عن انشاء البيع بالفعل نظير انشائه بالقول .

وتوضيح ذلك ان البيع من العناوين التي لا يتحقق بمجرد اعتبار ملكية المال للآخر بعوض ، بل لابد من ابراز هذا الاعتبار قولاً او فعلاً كما لا يكون عنوان الاذن للغير في بيع ماله بمجرد علم الغير برضاه بالبيع بل اللازم ان يبرز المالك رضاه ببيعه قولاً او فعلاً حتى يحصل عنوان الاذن .

والحاصل البيع و غيره من عناوين المعاملات يحصل بالابراز ولذا يصح للبائع ان يقصد بقوله بعث مسالى بكذا ايجاد البيع بالتلفظ المزبور ولا يرد على ذلك ما تكرر في كلمات السيد الخوئي (طال بقاه) من أنه لا معنى للايجاد باللفظ حيث ان الملكية التي يعتبرها الموجب لا تحتاج الى غير اعتبار النفس والملكية التي في



كما يظهر ايضاً من بعض كتب الحنفية (١) من غير ان يكون ملكه  
او دخل (٢) ولما ذكرنا نهى (ص) عن بيع المنابذة (٣)

حقيقتها امضاء للبيع من العقلاء فعل للعقلاء لا للموجب وكذا الحال فى الملكية  
الشرعية فانها حكم الشارع لافعل الموجب فاين اليجاد والحاصل لا يكون الانشاء  
ايجاداً بل ابراز للاعتبار القائم بالنفس .

وفيه انه اذا كان الابراز فى مثل هذه الموارد مقوماً للعناوين كما هو الفرض  
يكون الموجود بالالفاظ تلك العناوين فيكون قصد البايع من قوله بعث مالى بكذا  
ايجاد البيع بهذا اللفظ صحيحاً، فالذى يحصل بالتلفظ ليست الملكية التى اعتبرها  
العائد، ليقال أنها لا تحتاج الى غير اعتبار النفس ولا الملكية التى يعتبرها العقلاء.  
او الشرع ليقال أنها لا تكون من فعل العائد بل الحاصل هو عنوان البيع .

ثم ان هذا العنوان كما يحصل بابراز الملكية باللفظ، كذلك يحصل بابرازها  
بالفعل أى باعطاء المالك العين للآخر فالاعطاء والاخذ فى هذه الصورة، بيع حقيقة  
ويقع الكلام فى حكمه الشرعى .

(١) يعنى يظهر كون محل الكلام صورة قصد المتعاطين التمليك من بعض  
كتب الحنفية حيث جعل فيها التعاطى نظير الايجاب والقبول من اسباب البيع .

(٢) ولعل مراده بالمعطوف عدم كون المال ملكاً للآخر زمان الاعطاء نظير  
زمان الاقباض فى البيع المنشأ بالايجاب والقبول و مراده بالمعطوف عدم دخوله  
فى ملك ذلك الاخر بعد أخذه .

(٣) ومراده بالتاويل الآخراً ذكره بقوله (ومعنى ذلك) أى التأويل الآخراً

## ولاينا فى ذلك (١) ومنها ظهور أدلته الثلاثة فى ذلك (٢)

يجعل اللمس بشيء والنبدله، والقاء الحصاة بيعاً موجباً أى بمنزلة ايجاب البيع و مراده بالتاويل الاول فى كلامه ان يجعل اللمس بشيء او النبد له او رمى الحصاة تعييناً للمبيع بان يقع البيع على شىء بثمن مهملاً ثم يعين ذلك الشىء باللمس والنبد والرمى وهذا من اوضح انحاء بيع الغرر بل اشبهه بالقمار .

(١) اشارة الى دفع الوهم فى كلام السرائر و حاصل الوهم ان حمل كلام السرائر على صورة قصد المتعاطين الملك ينافى قوله وليس هذا من العقود الفاسدة بل قوله هذا يناسب ما اذا كان الاعطاء بقصد الاباحة لان قصد التمليك بالاعطاء مع عدم حصول الملك يوجب كون الاعطاء من البيع الفاسد حيث لا معنى لفساد البيع الا عدم ترتب اثر الملك عليه و ظاهر قوله وليس هذا من العقود الفاسدة أن الاعطاء صحيح وليس من البيع الفاسد ولا يمكن اتصافه بالصحة الا اذا كان بقصد الاباحة، اذ حصول الاباحة خارجاً يوجب اتصافه بالصحة التى هى فى المعاملات بمعنى ترتب الاثر .

واما الدفع فان مراد السرائر من العقد الفاسد هو الذى لا يترتب عليه الملك ولا يحصل به حتى جواز التصرف و حكمه فى المعاطاة بعدم حصول الملك و ترتب اباحة التصرف مقتضاه ان لا تكون المعاطاة من ذلك العقد الفاسد وعلى ذلك فلا ينافى قوله ( ره ) وليس هذا من العقود الفاسدة لظاهر صدر كلامه من فرضه اعطاء القطعة الى البقلى او الشارب بقصد الملك وان شئت قلت ان الاعطاء المزبور لا يكون عند السرائر عقداً اصلاً لأنه عقد صحيح .

( ٢ ) المراد بالادلة الثلاثة الاجماع والقدر المتيقن والنهى الوارد عن بيع الملامسة والمنابذة والحصاة ووجه ظهورها فى كون المفروض فى المعاطاة صورة قصد الملك هو ان الادلة المزبورة ذكرت لاعتبار الايجاب والقبول فى البيع ولعدم انعقاد بالاستدعاء والايجاب او المعاطاة، فلو تمت هذه الادلة كان مقتضاها اعتبار الايجاب والقبول فى صورة قصد تمليك العين بعوض .

مع ان الواقع فى ايدى الناس (١) و قوله تعالى الا ان تكون  
تجارة عن تراض (٢) قوله (ره) وعليه يتفرع النماء و جواز وطى  
الجارية (٣) والذى يقوى فى النفس (٤) .

كان مقتضاها اعتبار الايجاب و القبول فى صورة قصد تمليك  
العين بعوض .

(١) و هذا يوجب كون حمل كلام الاصحاب على صورة قصد  
الاباحة كما عن صاحب الجواهر (ره) أبعد فانه يبعد جداً بل لا يحتمل عادة أن  
الاصحاب قد تركوا التعرض لما يتلى به عامة الناس وما هو السدارج بينهم من  
صورة التعاطى بقصد التمليك و تعرضوا لمعاملة لم تقع فى الخارج الى الان وهى  
المعاطاة بقصد اباحة كل منهما ماله للآخر .

(٢) يعنى ان قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض يتناول المعاطاة .

(٣) يعنى على ملك الرقبة يتفرع ملك النماء فيكون النماء ملكاً لمن تملك  
العين و كذا جواز وطى الجارية المأخوذة بالمعاطاة ، فانه يترتب على تملكها ومن  
منع من حصول ملك العين بالمعاطاة فقد اغرب .

(٤) و حاصله انه يؤخذ بظاهر كلمات الاصحاب فى كون المفروض فى  
المعاطاة صورة قصد التمليك و أنها تفيد الاباحة لا الملك ولا يرد عليهم غير ما ذكره  
المحقق الثانى (ره) و حاصل اليراد أنه اذا كان مقصود المتعاطيين الملك فلا وجه  
لعدم حصوله و حصول الاباحة فان الاباحة المالكية لا يمكن تحققها اذ رضا كل من  
المالكين على تقدير كون ماله ملكاً لصاحبه كما فى ساير البيع و المفروض عدم  
حصول الملك ، واما الاباحة الشرعية ، فليس عليها دليل ، كما انه ليس فى كلمات  
الاصحاب اشعار الى اعتمادهم فيها الى النص مع ان الاباحة الشرعية فى نفسها بعيدة

## ثم ان المعروف بين المتأخرين (١)

فانه يبعد الغاء الشارع ماعليه سيرة العقلاء و بنائهم من ترتب الملك على المعاطاة والحكم تعبدأ بجواز تصرف كل منهما فى مال صاحبه .

ويؤيد كون مرادهم بالاباحة هو الملك أن مقتضى ظاهر كلماتهم جواز تصرف كل من المتعاطيين فيما يصل اليه حتى التصرفات الموقوفة على الملك و احتمال التزامهم بحصول الملك قبل هذه التصرفات آنأما كما ذكروا فى تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه ، او تصرف الواهب فى العين الموهوبة قبل تلفها بعيد جداً بل عن بعض الاساطين ان الالتزام بحصول الملك قبل هذه التصرفات آنأما مستلزم لتأسيس قواعد جديدة فى الفقه هذا .

ولكن القول بالتزامهم حدوث الملك آنأما قبل التصرف أهون من حمل الاباحة فى كلماتهم على الملك المتزلزل ، والشاهد على كون مرادهم هى الاباحة المجردة عن الملك هو تصريح الشيخ ( ره ) فى مبسوطه والحلى فى سرائره بعدم حصول الملك باهداء الهدية بدين الايجاب والقبول مع كون الاهداء كذلك موجباً لجواز التصرف .

ويظهر ذلك ايضاً من العلامة فى قواعده ووجه الشهادة انه لا يمكن حمل الاباحة فى هذا الكلام على الملك الجائز فان الهبة مع الايجاب والقبول هبة مجانية لا تفيد الا الملك الجائز فعدم ثبوته فيها مع عدم الايجاب والقبول وثبوت الاباحة فقط صريح فى عدم ارادة الملك من الاباحة فى المعاطاة .

(١) المعروف بين المتأخرين ان المعاطاة على مسلك القائلين بافادتها الاباحة

ليست بيعاً وهذا الحمل مع حمل كلمات هؤلاء القائلين على الملك غير اللازم فى

اما الاول (١) اللزوم مطلقا (٢) . نعم ربما يوهمه ظاهر عبارة التحرير (٣)

طرفي الافراط والتفريط ويدفع حمل المحقق ويزيفه أمران .

الاول - ما عن بعض القائلين في المعاطاة بالاباحة، من ان شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار، بمعنى ان كل بيع لم يكن فيه خيار يكون بيعاً لازماً و مقتضى هذا الكلام ان لا تكون المعاطاة بيعاً لانه ليس فيها لزوم و لا خيار و تنزلزل الملك فيها على تقديره ليس من قبيل الخيار كما مر .

والثاني تصريح غير واحد بان الايجاب والقبول من شرايط انعقاد البيع، فانه لو كانت المعاطاة بيعاً مفيداً للملك المتزلزل لزم ان يذكروا الايجاب و القبول من من شرايط انعقاد البيع لامن شرط انعقاده .

(١) المراد الحمل الاول و هو عدم كون المعاطاة على القول بالاباحة بيعاً اصلاً .

(٢) أى سواء كانت القرينة على ارادة البيع و تراضى المتعاطيين لفظاً او غيره و يكفي في وجود القائل به قول العلامة في التذكرة الاشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة فانه لا يعبر باسم التفضيل في مسألة الامع الخلاف المعتد به فيها .

(٣) يعنى يوهم عبارة التحرير الملك المتزلزل حيث قال فيه الاقوى ان المعاطاة غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية فان تلفت لزم و ظاهر المعاوضة حصول الملك بالمعاطاة و لذا نسب في المسالك القول بالملك في المعاطاة الى التحرير ولكن ذكر فيه بعد العبارة ولا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد .

وهذه قرينة على ان مراده بتلك العبارة حصول مجرد الاباحة اذ لا معنى لذكر

## ولا يخلو عن قوة (١)

ذلك بعد فرض حصول الملك فيكون اطلاق المعاوضة على المعاطات المفروض فيها حصول مجرد الاباحة باعتبار أن المعاوضة من قصد المتعاطيين وكذا اطلاق الفسخ على الرد واللزوم مع التلف .

(١) لا يعفى ان الاصل يعنى مقتضى الاستصحاب فسى المعاطاة على تقدير عدم قيام الدليل على حكمها هو الفساد وعدم ترتب الاثر عليها لا الملك ولا اباحة التصرف واما الاباحة المالكية فهي تابعة لرضا كل منهما بتصرف الآخر فى ماله مع الاغماض عن المعاملة المعاطاتية وفرض بقاء المال فى ملكه فان هذا يكون موجبا لجواز تصرف الآخر فيما وصل الى يده تصرفاً لا يتوقف جوازه على الملك ولكن يدل على حكمها وعدم الفرق بينها وبين ساير البيوع فى كون الحاصل منها الملك اللازم (قوله سبحانه احل الله البيع) فان ظاهره صحة البيع ونفوذه وذلك فان الحلية ولو تكون ظاهرة فى الاباحة تكليفاً الا ان هذا فيما اذا تعلقت بالفعل الخارجى واما مع تعلقها بالاعتبارى عقداً او ايقاعاً فظاهرها نفوذه وصحته .

و هذا مراد من يذكر ان الآية دالة على صحة البيع و نفوذه بالدلالة المطابقة .

واما ما ذكره المصنف (ره) من تقدير الافعال الخارجية المرتبة على الملك والالتزام بتعلق الحلية بها وجواز تلك الافعال تكليفاً يلزم صحة البيع ونفوذه فتكون الآية دالة على الصحة و النفوذ بالدلالة الالتزامية فلا يمكن المساعدة عليه فان الداعى له (ره) الى تقدير الافعال والالتزام بتعلق الحلية بها هو عدم احتمال تعلق الحلية تكليفاً بالبيع بمعناه المصدرى من غير دلالة على صحته ونفوذه .

وقد ذكرنا أن ظاهر تعلق الحلية بالامر الاعتبارى هو النفوذ والامضاء ولو كان

الموجب لالتزامه عدم قابلية الملكية للمجمل استقلا لا لانها من الحكم الوضعي المنتزع عن التكليف فقد ذكرنا في محله ان مثل الملكية قابلة للمجمل بنفسها من غير حاجة الى جعل التكليف بل قد لا يثبت في مورده تكليف، حتى يتوهم انتزاعه منه ولكن قد يقال انه لا اطلاق في الاية حتى يتمسك بالصحة ببيع المعاطاة ونفوذها، لان الظاهر من صدر الاية وذيلها أنها واردة في مقام بيان حكم آخر وهو نفى التسوية بين الربا والبيع .

هذا مع ان الحكم بحل البيع وحرمة الربا قد ثبت في الشرع من قبل واعتراض عليه بانه لا فرق بينهما وان البيع مثل الربا فهذه الاية في مقام نفى التسوية واثبات الفرق بينهما، بان الله أحل احدهما وحرّم الآخر فلا بد من ملاحظة الاطلاق والتقييد في ذلك التحليل او التحريم الصادرين من قبل ولو بقول رسول الله (ص) .

ثم وجه هذا القائل الجليل التمسك بالاطلاق بدعوى ان الاعتراض كان بنحو العموم يعنى مماثلة مطلق البيع لمطلق الربا حيث لو كان الاعتراض بان بعض البيوع او البيع بقيد خاص مثل الربا لكان اللازم الحكاية بمثل ما قالوا لتخرج الحكاية عن الكذب واذا كان مقتضى الحكاية هي دعواهم مماثلة لجميع البيوع فبيان الفرق بذكر الحل له والحرمة للربا بمنزلة اثبات الحكم لجميع افرادهما .

(اقول) لو كانت الاية واردة لنفى التسوية على ما ذكره وسلم ان الاعتراض كان بنحو العموم بمعنى مماثلة جميع البيوع لجميع الربا ، لكان اللازم ان يكون هذا الاطلاق مراداً من قوله (قالوا انما البيع مثل الربا) لامن قوله (احل الله البيع وحرّم الربا) بالاضافة الى حكم الحل فانه لو كانت الحلية ثابتة للبيع بقيد لما كان ايضاً بين البيع والربا تسوية ، والمفروض ان الاية ليست في مقام البيان من جهتها ، ولكن اصل المناقشة ضعيفة ، فانه لا دلالة في الاية على صدور خطاب التحريم او التحليل من

قبل ، كما لا دلالة فيها على ورودها للتعرض للتسوية الموهومة بعد صدور خطاب تحليل البيع وتحريم الربا ، فان نقل قولهم انما البيع مثل الربا حكاية عن معتقدهم ، والداعى الى ارتكابهم لاعن لفظهم بعد صدور ذلك الخطاب والاصل فى قوله و احل الله البيع وحرم الربا كما هو ظاهر كل خطاب متضمن للحكم وموضوعه وروده فى بيان الحلية وموضوعها ، غاية الامر يستفاد منه ايضاً فساد اعتقادهم .

وقوله سبحانه (الذين يأكلون الربا ...) حكاية عن الجزاء على آكل الربا بعد تمام الحجة عليه ، حتى لو كان تمامها بوصول هذه الاية المباركة وأكله لزم التسوية او عدم زعمها ، وليست اخباراً عن الجزاء على من كان آكلاً قبل نزولها كما لا يخفى .

ومما ذكرنا يظهر الحال فى التمسك لصحة المعاطاة و نفوذها كساير البيوع اللازمة بقوله سبحانه (الان تكون تجارة عن تراض) فان التجارة هو البيع والشراء بقصد تحصيل الربح ، فتعم المعاطاة فتكون جائزة وضماً ، لان الاستثناء عن النهى عن أكل المال بالباطل ولو يكون بنحو الانقطاع ، ضرورة عدم دخولها فى المستثنى منه الان النهى فى ناحية المستثنى منه قرينة على ان الترخيص فى ناحية المستثنى وضعى لان الاكل فى الاية بمعنى التملك والاستيلاء ، حيث ان التعبير عنهما بالاكل متعارف بل هذا ظاهر الاكل المضاف الى المال كما تقدم .

ويمكن الاستدلال على حكم المعاطاة وكونها كساير البيوع اللازمة بقوله عز من قائل (اوفوا بالعقود) فانه وان يناقش فى شمول العقد لها الا انه لامجال للمناقشة بعد ورود النص الصحيح (١) على كون المراد بها العهود حيث ان العهد يعم المعاطاة مجزماً سواء قيل بان العقد مطلق العهد ، او العهد بين الاثنين والمشود كما ان المراد



## واما قوله الناس مسلطون على اموالهم (١) .

بالوفاء هو اتمام العهد وعدم نقضه بعدم العمل له ابتداءً واستدامة ، والرجوع نقض للعهد بقاءً كما لا يخفى .

وعلى ذلك ففي الآية كفاية ولو قيل بان الايتين المتقدمتين لادلالة لهما على لزوم الملك ، بل مدلولهما مجرد الصحة والامضاء ، بدعوى ان آية الحل مدلولها امضاء نفس البيع ، لامضائه بماله من الاحكام عند العقلاء و لزومه وعدم انفساخه ب رجوع احد المتبايعين من احكام البيع عندهم ، لامن مقومات صدقه .

وان شئت قلت كما أن في مثل قوله (ع) البيعان بالخيار ما لم يفترقا يراد بالبيع نفس البيع مع الاغماض عن حكمه عند العقلاء كذلك في قوله سبحانه احل الله البيع والاية الثانية مدلولها ، الترخيص في التمليك بالتجارة ، واما كون التملك جازياً او لازماً ، فلا دلالة لها على ذلك .

هذا ولكن يمكن الاستدلال بالاية الثانية على اللزوم حيث ان اطلاق الترخيص في التمليك بالتجارة ، يعم ما اذا ندم احد المتعاملين ورجع عن معاملته ، بل بالاية الاولى ايضاً باعتبار ان اطلاق الحل والامضاء ، يعم ما اذا رجع احدهما عن البيع فتأمل .

(١) هذه المرسلة لضعفها لا يمكن الاعتماد عليها ولم تذكر الا في كتب المتأخرين وقيل انها مروية في البحار ايضاً ووجه الاستدلال بهادلالها على ثبوت الولاية للمالك بالاضافة الى جميع التصرفات المتعلقة بماله ، لان السلطنة على المال يراد بها السلطنة على التصرف فيه ، وحيث لم يذكر تصرف خاص فيكون المراد جميعها ويسدخّل فيها المعاطاة حتى بناءً على عدم كونها بيعاً بل تصرفاً مستقلاً .

والمصنف (ره) لم يرض بهذا الاستدلال وذلك ، فان السلطة على المال وان

يراد بها السطنة على التصرف فيها ، الا ان التعبير بالسلطة ، فيه دلالة على كون المراد بالتصرف هو الانشائي والتصرفات الاعتبارية على ما تقدم بنفسها انواع ، كالبيع والهبة و الصلح والقرض الى غير ذلك ، وبما ان هذه كلها امور انشائية تحتاج في انشائها الى قول او فعل من كتابة او اشارة او غيرها ، فان حصل الشك في النوع بان لم يعلم ان نوع معاملة يتعلق بالمال ممضاة شرعاً اولاً ، فيمكن التمسك بالحديث في اثبات صحتها وسلطان المالك على انشائها ، واما اذا شك في فرد ذلك النوع بمعنى ان النوع الفلاني من المعاملة يحصل بانشائه كذلك اولاً يحصل به ، مثلاً تملك العين بالعوض يحصل بالمعاطاة اولاً ، فلا يمكن التمسك بهالعدم نظرها الى افراد المعاملة واسبابها ، ومن هنالما يمكن التمسك بها في اعتبار بعض الامور المحتمل دخلها في صيغتي الايجاب والقبول من البيع وغيره .

اقول الصحيح عدم نظرها الا الى انواع التصرفات ولا الى افرادها واسبابها والالكان التفصيل بين الانواع والاشخاص مجرد الدعوى ، بل هي ناظرة الى ولاية المالك على التصرفات المالية التي امضاها الشرع بانسواعها واسبابها ، وان تلك التصرفات لا تكون نافذة فيما اذا لم تصدر عن المالك ، وعلى ذلك فلو شك في ولاية المالك على التصرف الجائز كما اذا شك في ان المرأة محجورة عن التصرف في مالها بالتصدق به بلا رضا زوجها ، فيمكن الاخذ بالحديث في اثبات سلطنتها ، وعدم كونها محجورة .

فقد تحصل الى هنا دلالة الاطلاق والعموم من الكتاب العزيز على صحة المعاطاة و نفوذها اذف الى ذلك السيرة الجارية من العقلاء المتدينين منهم وغيرهم في المعاطاة ومعاملتهم معها معاملة اللازم وما ذكر المصنف (ره) من ان مثل هذه السيرة كسائر سيرهم الناشئة عن التسامح في الدين وقلة مبالاتهم به كما ترى ، فانه ليس المراد

## اللهم الا ان يقال (١)

التمسك بسيرة معظم المتشعبة التي نراها الان من المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك ، اذلا يمكن لنا احراز استمرارها الى زمان المعصومين عليهم السلام مع فتوى كبار العلماء من قديم الزمان بعدم افادتها الملك وتقليد الناس منهم بل المراد الاخذ بسيرة العقلاء كافة المتدينين منهم وغيرهم نظير السيرة الجارية على الاعتناء باخبار الثقات التي ذكر في الاصول ان الردع من مثلها يحتاج الى دليل خاص ، ولا يكفي وجود العمومات على خلافها ، فضلا عما وافقها العمومات كما في المقام ، فلا وجه للقول بان توريث المأخوذ بالمعاطات قبل التصرف الموجب لصيرورته ملكاً ناش عن قلة المبالة بالدين .

(١) وهذا منع منه (ره) لدلالة الايتين على حصول الملك بمجرد المعاطاة ، وتقديره ان دلالة الايتين على حصول الملك انما هي بالدلالة الالتزامية الناشئة عن الملازمة بين اباحة جميع التصرفات وبين حصوله ، وهذه الملازمة ثابتة في غير المعاطاة بالاجماع ، والا فالملازمة حقيقة انما هي بين تحقق وطى الامة حالاً وبين ملكيتها ، لا بين مجرد الحكم باباحة الوطى وبين ملكيتها فان هذه الاباحة تلازم ملكيتها بالاجماع الثابت في غير المعاطاة ، واما فيها فيلتزم بحصول الملك آنسأما قبل الوطى جمعاً بين دليل جوازه و دليل توقف جوازه على الملك وبين عدم حصول الملك من الاول ولو بمقتضى الاصل .

(اقول) التزامه (ره) بان اباحة جميع التصرفات لا تلازم بنفسها الملكية ولو يكون صحيحاً الا انه ينافى ما بنى عليه (ره) انتزاع الحكم الوضعي ومنه الملكية من الحكم التكليفي ، حيث ان نفى الملازمة بين اباحة جميع التصرفات وبين الملكية معناه عدم انتزاع الثاني من الاول كما لا يخفى .

ودعوى انه لم يعلم من القائل بالاباحة (١)

هذا مع امكان اثبات صحة المعاطاة فى الهبة و الاجارة (٢)

(١) هذه الدعوى تقرب لامكان التمسك باليتين فى اثبات الملك بالمعاطاة، ويانه ان القائل باباحة التصرف بالمعاطاة لم يظهر منه اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك ، فانه يحكى عن الشهيد (ره) فى حواشيه على القواعد انه لا يجوز اخراج زكاة ماله او خمسها بقاء مال آخر مأخوذ بالمعاطاة وكذالا يجوز اداء ثمن الهدى الواجب عليه فى حجه من مال مأخوذ بها ، فان اخراج الزكاة او الخمس من مال آخر موقوف على كون المودى مالكا لذلك المال وكذا فى اداء ثمن الهدى او وصى الجارية ، فانها لا يجوز بغير ملك واذا اخذ بظهور اليتين فى اباحة جميع هذه التصرفات بحصول المعاطاة فيثبت الملك بالملازمة بين اباحتها وثبوته .

ولكن ناقش (ره) فى الدعوى بان الملازمة بين اباحتها وحصول الملك غير ثابتة فى المعاطاة بمعنى انه لم يثبت ان كل من قال باباحة جميع التصرفات قال بالملك من الاول ليكون فى البين اجماع مركب .

(٢) يمكن ان يريد (ره) وجود الرواية فى الهبة والاجارة يكون مفادها ابتداء الحكم الوضعى يعنى انتقال المال ، واطلاقها يعنى ما ذكرت الاجارة بنحو المعاطاة وفى صحيحة على بن يقطين قال سئلت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يتكارى من الرجل البيت او السفينة سنة او اكثر من ذلك او اقل قال عليه السلام الكراء لازم له الى الوقت الذى تكارى اليه والخيار فى اخذ الكراء الى ربها ان شاء اخذ وان شاء ترك (١) فان مفادها صحة الاجارة ولزومها كما ان اطلاقها يعنى عدم الاستفصال فى الجواب يعم المعاطاة .

## ولذا ذكر بعض الاساطين فى شرحه على القواعد (١)

ومن هذا القبيل صحيحة حفص البخترى عن ابي عبد الله عليه السلام قال الصلح جايز بين المسلمين (١) ولكن من قال بعدم لزوم المعاطاة كالمصنف (ره) لا يمكن له التثبت بهما فان ظاهرهما اللزوم و عدم جواز الفسخ كما لا يخفى .

واما الهبة فلا يبعد ان يكون المراد بالوارد فيها صحيحة محمد بن مسلم قال ابو جعفر عليه السلام فيها ولا يرجع فى الصدقة اذا ابتغى وجه الله وقال الهبة والنحلة يرجع فيها انشاء حيزت اولم تحزلا لذى رحم فانه لا يرجع فيه (٢) فان هذه باطلاقها تعم الصدقة والهبة بالمعاطاة والقائل بعدم الفرق بين افرادهما فى الحكم حتى فيما اذا كانتا بالمعاطاة يعتمد على مثلها .

(١) اراد بعض الاساطين ان حصول الاباحة بالمعاطاة دون الملك يلازم محاذير يكون ملازمها كافية للجزم ببطلان القول بها والمحاذير امور .

الاول- الالتزام بما كان تخلف العقود وما يقوم مقامها عن قصد العاقد، فان المفروض فى المقام قصد المتعاطين الملك وهو غير حاصل، والحاصل هى الاباحة غير مقصودة، فانه قد مر ان رضا كل منهما بتصرف صاحبه فى المال منوط بحصول الملك، لانه يرضى بتصرفه مع عدم حصول الملك له .

واجاب ربه عن هذا المحذور اولا بان تبعية العقود وما يقوم مقامها للقصد انما هى مع صحتها، فانه لا يعقل صحة العقد المفروض كونه امرأ انشائيا ويكون قوامه بالقصد، بلا حصول مدلوله ومقتضاه، والمعاطاة على القول بالاباحة، ليست من العقود الصحيحة وما يقوم مقامها، بل الاباحة الحاصلة حكم شرعى، وليست من الاباحة المالكية التى

(١)- الوسائل - الجزء ١٣ الباب (٣) من احكام الصلح .

(٢)- الوسائل - الجزء ١٣ الباب (٣) من احكام الهبات الحديث (٢) .

لا يمكن تحققها بلا قصد .

(اقول) الالتزام بالاباحة الحكمية مناف لما تقدم منه (ره) سابقا من كون الاباحة مالكية حاصلة من تسليط المالك صاحبه بماله ، مع ان الاباحة الحكمية تعبد يحتاج الى الاثبات ، والتمسك لها بالسيرة كما ترى ، فانها من العقلاء جارية على الملك اللازم ومن بعض المتشعبة ناشئة عن فتوى جملة من كبار العلماء بالاباحة فلا اعتبار بهامع عدم احراز استمرارها الى زمان المعصوم عليه السلام .

وثانيا انه قد وقع تخلف العقد عن القصد في موارد ، وليكن المعاطاة منها ، وتلك الموارد كما تلى : الاول - ذكر وان الفاسد من العقد تابع لصحيحه في الضمان ، ولكن الضمان في صحيح البيع مثلا بالثمن المسمى ، وهذا مع فساد العقد غير حاصل ، والحاصل وهو ضمانه بالمثل او القيمة غير مقصود .

(اقول) عدم امكان تخلف العقد عن القصد معناه عدم امكان حصول مدلول العقد ومفاده المفروض كونه انشائيا ، بلا قصد او تحققه مع قصد الخلاف والضمان بالعوض المسمى عبارة عن تحقق ملكية ماله للاخر بالعوض ، وهذا امر انشائي جعلي الا ان الضمان مع فساد العقد بالمثل او القيمة ليس امر اجليا للمتعاقدين ، بل هو حكم شرعي امضائي تابع لموضوعه وهو الاستيلاء على مال الغير بلا استيمان ، وما في كلام المصنف (ره) من ان الموجب للضمان هو اقدام المتعاقدين عليه على ما هو مفاد العقد ، لا يمكن المساعدة عليه كما سيأتي توضيحه عن قريب .

الثاني - ذكروا ان الشرط الفاسد غير مفسد ، ومعنى ذلك ان مدلول العقد يتحقق مطلقا من غير تقييد بالشرط المزبور مع ان المقصود تحقق مدلوله مقيدابه ، فالمقيد المقصود غير موجود ، والاطلاق الموجود غير مقصود .

والجواب ان الشرط فى المعاملات كما سيأتى فى محله انشاء الله تعالى ليس من قبيل الشرط فى الجملة الشرطية حتى يكون مفاد العقد معلقا عليه ، بل الشرط عبارة عن جعل الحق لاحد المتعاقدين او كليهما ويكون انشاء العقد معلقا على التزام الاخر بذلك الحق ، لاعلى نفس الحق فلا يكون حصول الحق كما هو معنى صحة الشرط ، او عدمه كما هو معنى فساده دخيلا فى انشاء العقد او عدمه ، وتوضيح ذلك فى بحث الشروط انشاء الله تعالى .

الثالث- ذكروا ان بيع شىء قابل للملك و آخر غير قابل له بصفة واحدة صحيح عندنا بالاضافة الى القابل له بحصة من الثمن ، مع ان المقصود هى المعاوضة بين مجموعهما ومجموع الثمن ، وهذا غير متحقق ، والمتحقق وهى المعاوضة بين خصوص القابل والحصة من الثمن غير مقصود .

والجواب ما سيأتى انشاء الله تعالى من انحلال البيع بالاضافة الى كل من الامرين المفروضين فى مقصود المتبايعين وامضاء الشارع احد البيعين دون الاخر لا يوجب الاتفكيك فى الامضاء ، ولا محذوفه نعم يكون فى البين خيار تبعض الصفة ، لانه يرجع الجمع بين الشئين فى عقد واحد الى اشتراط الخيار على تقدير التبعض .

الرابع- قيل والقائل كثير ان بيع الغاصب مال الغير لنفسه يقع لذلك الغير مع اجازته ، فالواقع وهو البيع للمالك مع اجازته غير مقصود للعاقده ، والمقصود له ، وهو العقد لنفسه غير حاصل .

والجواب- ان المعاوضة على عين خارجية وتمليكها بعوض لا يتوقف على تعيين صاحبها فى القصد ، لان مقتضى كون الثمن عوضاً عنها دخوله فى ملك من يخرج تلك العين عن ملكه ، وقصد دخوله فى ملكه او غيره لا يدخل له فى تحقق البيع .

الخامس- ذكر جماعة ان ترك ذكر الاجل فى النكاح المقصود انقطاعه

يجعله مطلقا يعنى دائماً ، وهذا من تخلف العقد عن القصد ، فان الزوجية المطلقة ، امر انشائي فقد حصلت بلا قصد .

(اقول) فى المسئلة ثلاثة اقوال .

الاول- الانقلاب الى الدوام مطلقا .

الثانى- البطلان انقطاعا واما .

الثالث - التفصيل بين انشاء العقد بلفظ انكحت وزوجت وبين انشائه بلفظ تمتع فالانقلاب فى الاولين لظهورهما فى الدوام ، والبطلان فى الاخير ، ولكن الاصح هو القول بالبطلان مطلقا وذلك لان كلامنا من الانقطاع والدوام يحتاج الى القصد كما يتوقف الانقطاع على ذكر الاجل ايضاً ، والزوجية الدائمة المحققة ان كانت بالانشاء فالمفروض عدمه اذا الانشاء لا يكون بلا قصد وان كانت من قبيل الحكم الشرعى على العقد المقصود به الانقطاع كالأباحة الحكومية المترتبة على المعاطاة ، فليس عليها دليل .

نعم فى موثقة ابن بكير عن ابي عبد الله عليه السلام قال ان سمي الاجل فهو متعة وان لم يسم الاجل فهو نكاح بات (١) ولكنها فى مقام بيان الفرق بين الدوام والانقطاع من جهة العقد ، وان الدوام لا يذكر فيه الاجل ، والانقطاع يذكر فيه الاجل لان الدوام لا يحتاج الى القصد والا كان مقتضاها تحقق الانقطاع بلا قصد ، كما اذا ذكر الاجل اشتباها .

والحاصل اشتراط عقد المتعة بذكر الاجل فيه كما هو ظاهر غير واحد من الروايات التى منها هذه الموثقة ، مقتضاه الحكم ببطلانها فى صورة نسيان ذكره فيه وانه لا يترتب عليه لالتمعه ولا الدوام .

(١) - الوسائل الجزء (١٤) الباب (٢٠) من ابواب المتعة الحديث (١) .



ومنها ان يكون ارادة التصرف من المملكات (١) .  
ومنها ان الاخماس والزكوات (٢) .

نعم فى البين بعض الروايات التى يمكن استظهار الانقلاب الى الدوام منها ،  
ولكنها لضعف اسنادها لا يمكن الاعتماد عليها .

(١) وهذا هو المحذور الثانى فى كلام بعض الاساطين ، وحاصله كون ارادة  
تصرف غير المالك مملكاً كما اذا حصل ملك المال بارادة تصرفه فيه او مع تصرفه ، وهذا  
التصرف المملك فى مال الغير يحتاج الى الاذن من مالكة مع انه لم ياذن فيه ، بل وربما  
لا يخطر بباله التصرف المزبور ليأذن فيه ، فانه انما يعطى المال بقصد تمليكه و  
بقصد انه ينتهى سلطانه على المال المزبور باعطائه ، فيفترق المقام عن يقول للاخر  
اعتق عبدك عنى فانه توكيل فى تمليك عبده اياه او لائم عتقه ، كما ان قوله للاخر  
تصدق بمالى عنك اذن للغير فى تملك ماله ، ثم التصرف فيه بالتصدق .

(اقول) يمكن الالتزام بحصول اباحة التصرف بالمعاطاة قبل وقوع التصرف  
وهذه الاباحة حكمية لاحتياج الى اذن المالك ورضخته ، والتصرف الموقوف على  
الملك دخيل شرعاً فى حصول الملكية المنشأة بالمعاطاة نظير قبض الثمن فى المجلس  
فى بيع السلم ، فتتم الملكية الشرعية مقارنة للتصرف .

(١) وذكر بعض الاساطين على القول بالاباحة محذوراً ثالثاً وهو انه يجب  
ترتيب الاثار المترتبة شرعاً على الملك ، على الماخوذ بالمعاطاة مع فرض عدم كونه  
ملكاً كوجوب الخمس فى المأخوذ بالمعاطاة مع عدم صيرورته ملكاً ، كما اذا اشترى  
التاجر فى او اخر سنة ربحه متاعاً بالف دينار ، ثم زادت قيمته السوقية فباعه قبل تمام  
سنة الربح بالفين بالمعاطاة ثم نزلت القيمة السوقية الى الف فيجب عليه خمس  
الالف مع عدم صيرورته ملكاله بتصرف او تصرف المشتري فى المتاع المزبور .

(اقول) لابس للقائل بالاباحة بالالتزام بعدم وجوب الخمس فى الالف قبل صيرورته ملكا وبعد ذلك يكون من ارباح السنة الاتية ، كما اذا تصرف فيه او تصرف الاخر فى المتاع ومن تلك الاثار وجوب اخراج الزكاة من المال الزكوى كالذهب فيما اذا اخذه بالمعاطاة وحال عليه المحول من غير ان يتصرف فيه او يتصرف الاخر فى بدله .

(اقول) يمكن للقائل المزبور بالالتزام بعدم وجوب زكاته على الاخذ قبل حولان الحول عليه فى ملكه ، بل يجب زكاته على بايعه ، لفرض كونه مالكا قبل حصول الملك للاخر .

ومن تلك الاثار الاستطاعة فانه اذا فرض هبة مال له بالمعاطاة يكفى ذلك المال لمصارف حجه زائد على مؤنته ومؤنة عياله و لم يتصرف فى ذلك المال ليصير ملكا له ، فلا بد من الالتزام بحصول الاستطاعة للحج بدون الملك .

وفيه انه لابس بذلك الالتزام فان الاستطاعة الموضوع لوجوب الحج غير موقوفة على ملك المال ، بل يكفى فيه ملك التصرف ، والبحث مو كول الى كتاب الحج ونظيره وجوب اداء الدين على المديون ، او وجوب الانفاق على العيال ، فان الوجوب فى المورد كما فى وجوب الحج غير موقوف على ملك المال وقد يؤدى معظم اهل العلم ديونهم من سهم الامام عليه السلام مع عدم كون السهم المبارك ملكا لهم ، كما ينفقون على عيالهم من ذلك السهم ، وجواز اداء المديون دينه بمال الغير ، يلزم جواز اجباره عليه مع امتناعه .

ومن تلك الاثار تعلق حق الشفعة ، والمقاصة ، بالماخوذ بالمعاطاة ، فانه يجوز له المقاصة من ذلك المال ولو قبل صيرورته ملكا للجاحد ، وهذا معنى تعلق المقاصة بما ليس ملك الجاحد ، وكما اذا باع احد الشريكين فى الارض حصته المشاعة

من ثالث بالمعاطاة فيجوز للشريك الاخر استرداد الحصاة المبيعة باخذه بحق الشفعة وهذا فرض لتعلقها بغير الملك .

(اقول) للقائل بعدم الملك فى المعاطاة الالتزام بعدم جواز المقاصة من الماخوذ بالمعاطاة قبل صيرورته ملكاً للجاحد ، كما لا يجوز فى الحصاة المبيعة بها الاخذ بالشفعة قبل صيرورتها ملكاً للمشتري ، لان الموضوع لجواز المقاصة او الاخذ بالشفعة كون المال ملكاً للجاحد ، والحصاة ملكاً للمشتري ، ومن تلك الاثار ارث المال الماخوذ بالمعاطاة فيما اذا وقع الموت قبل التصرف فى ذلك المال .

والجواب ان للقائل المزبور الالتزام بعدم دخوله فى الميراث ، بل الداخلى فيه المال الاخر الموجود فى يد الطرف الاخر ، ولكن يجوز للورثة التصرف فيما كان بيد مورثهم عوضاً عن تصرف الاخر فى مالهم كما هو مقتضى رضا هما ببقاء المعاطاة ، ومع حصول التصرف المملك يحصل الملك للطرفين ، وبهذا يظهر الحال فى الموهوب بالمعاطاة .

وهذا بناءً على عدم كون الموت من ملزمات المعاطاة ، واما بناءً عليه فالمأخوذ بها كساير اموال الميت داخل فى تركته .

ومن تلك الاثار تعلق الربا بالمعاوضة بنحو المعاطاة ، كما اذا بادل الف كيلو من الارز العنبر بالفين من الارز العادى ، فلا يمكن الحكم بجواز هذه المعاطاة الربويه وصحتها ، مع ان حرمة الربا وفساد المعاوضة لا يكونان الامع التمليك .

اقول قد مر ان المعاطاة بناءً على المشهور تمليك ولكن الشارع لم يمضها الا بعد وقوع التصرف المملك ، وان التصرف المزبور ، كالتقبض فى المجلس فى معاملة الصرف شرط شرعى ، وكل من حرمة الربا ، وفساد المعاوضة الربويه يعم ما اذا كان فى المعاملة شرط شرعى آخر وقد مر ايضاً ان اباحة التصرف الثابتة قبل الملك

ومنها كون التصرف من جانب مملوكاً للجانب الآخر (١) ومنها جعل التلف السماوى من جانب (٢)

اباحة حكمية فلاينا فى ثبوتها مع كون المعاطاة معاوضة فى الملك . ومن تلك الاثار جواز الوصية بالماخوذ بالمعاطاة حتى مع عدم التصرف فيه قبل الموت .  
(اقول ) بناءً على ان موت احد المتعاطيين من ملزمات المعاطاة فلا بأس بالوصية .

ومن تلك الاثار ان الواهب لجميع امواله للغير بالمعاطاة يجوز له اخذ الزكاة باعتبار فقره بعد الهبة المزبورة ، مع ان تلك الاموال لا تخرج عن ملكه بالمعاطاة على الفرض . وكذا يحكم بعدم جواز اخذ الزكاة للمتهب بها باعتبار غناه مع عدم انتقال تلك الاموال الى ملكه .

وفيه ان وصف الغنى الموجب لعدم جواز اخذ الزكاة او الفقر الموجب لجوازه غير موقوف على حصول الملك وعدمه ، كما ذكر تفصيل ذلك فى البحث فى اوصاف المستحقين فى كتاب الزكاة .

(١) وهذا المحذور الرابع فى كلام بعض الاساطين كالاعادة للمحذور الثانى . وقد تقدم مع جوابه .

(٢) قد ادرج فى هذا المحذور امور اربعة .

الاول - الالتزام بان تلف احد المالىن فى يد احدهما بامر غير اختيارى موجب لتملك الآخر ما بيده من المال .

الثانى - الالتزام بان تلف كلا المالىن بتفريط من المتعاطيين موجب لضمان كل منهما ملك الآخر بالعوض المسمى ، كما لو اخذ متاعاً بدينار بالمعاطاة وتلف المتاع والدينار فى يدهما فيكون تلفهما موجباً لتملك كل منهما ما تلف فى يده ، مع ان مقتضى

القاعدة يعنى قاعدة اليد كون ضمان المتاع بقيمة المثل لابلقيمة المسماة ، فان اختلف القيمتان بان كانت قيمة المثل أقل فيرجع الى مالك المتاع بالتفاوت بينهما .

الثالث عدم امكان الالتزام بحصول الملك او عدم حصوله فى صورة وقوع المال بيد الغاصب او تلفه فى يده فان القول باستحقاق المأخوذ منه المطالبة بالمال من الغاصب لانه تملكه بالغصب او بالتلف فى يد الغاصب غريب و القول بانه لم يملك ولا يكون له استحقاق المطالبة ، بل يكون الاستحقاق للمبيح بعيد جدا .

الرابع انه لا يمكن الالتزام بحصول الملك عند تلفه فى يده قهراً كاملاً يمكن الالتزام بعدم حصول ملكه فانه ان كان حصول ملكه قبل تلفه فهو بلاوجه وان كان حصوله مقارناً للتلف فهو بعيد لان المال فى زمان تلفه غير قابل لحدوث ملكه و ان كان حصوله بعد تلفه فهو من ملك المعدوم، وان لم يحصل الملك اصلاً كان ملك الاخر بلا عوض و الالتزام بان الاخر ايضاً لا يملك المال الاخر الموجود فى يده مخالف للسيرة وبناء المتعاطين .

« اقول » كل ذلك وما يذكره بعد ذلك ينتهى بما ذكرنا آنفاً من أن المنشأ بالمعاطاة الملكية غاية الامر بناءً على القول بالاباحة جعل الشارع للملكية شرطاً كجعل القبض فى المجلس شرطاً فى بيع الصرف والشرط المعتبر احد الملزمات التى سياتى ذكرها .

ومن تلك الملزمات تلف المال قهراً او تفريطاً او وقوعه فى يد الغاصب الى غير ذلك فانه لاوجه لرفع اليد عن حل البيع اولزوم العقد الشامل للمعاطاة الا فى مورد اليقين ، وهو مورد عدم حدوث شىء من تلك الملزمات .

واجاب المصنف ره عن هذا المحذور المتضمن للامور الاربعة

بما حاصله .

ان مقتضى الاجماع عدم ضمان تلف المال قهراً او تفريطاً، بالمثل او القيمة وعلى ذلك فالامر يدور بين القول ببقاء المال المزبور على ملك مالكة الاول ولا ضمان فيه بان يخصص عموم حديث على اليد حيث ان مدلوله ثبوت الضمان فى كل مورد يضع انسان يده على مال الغير بلا استيمان فيقال ان فى مورد المعاطاة لا ضمان على من يتلف مال الغير فى يده وبين ابقاء الحديث على عمومه ويقال بان الماخوذ فى المعاطاة يصير ملكاً لمن يتلف فى يده كما ان المال الاخر يصير ملكاً للاخر وهذا مقتضى التحفظ على عموم الحديث مع ملاحظة الاجماع المزبور .

ثم ان فى هذا الفرض أى فرض حصول الملك مقتضى اصاله عدم حدوث الملك قبل التلف حدوئه مقارناً له فيكون المقام نظير تلف المبيع فى يدا بعيه حيث ان مقتضى عدم ضمان المبيع بالمثل او القيمة مع ملاحظة الرواية الواردة فى ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه هو الالتزام بدخول المبيع قبل تلفه فى ملك بايعه ومقتضى المعاوضة انتقال الثمن ايضاً الى ملك المشتري ولذا يقال ضمان البايع قبل القبض، معناه انحلال البيع بالتلف قبل القبض .

اقول: يرد على المصنف اولا انه لا مجال للاخذ بحديث على اليد مع العلم بعدم شموله للمورد تخصيصاً او تخصصاً كما قرر فى الاصول لان الضمان المستفاد منه لا يعم الضمان بالمسمى، فان ظاهره اداء نفس المال ولو بما لبيته وثانياً أنه لو صح الاخذ بالاجماع فى امثال المقام، فالظاهر قيامه على ملك المال بالتلف فلا حاجة الى حديث على اليد اصلاً .

والجاني عليه والمتلف له (١) وشمول الاذن له خفي (٢) ومنها  
 قصر التملك على التصرف (٣) أن لكل منهما المطالبة مادام  
 باقياً (٤) يحتمل ان يحدث النماء في ملكه (٥) وبالجملة فالخروج  
 عن اصالة عدم الملك (٦)

(١) أى الجاني على المأخوذ بالمعاطاة والمتلف لذلك المأخوذ .

(٢) يعنى شمول اذن مالك الاصل للتصرف فى نمائه خفى .

(٣) وحاصله ان القول بعدم حصول الملك فى المعاطاة من الاول بل حدوده  
 عند التصرف يبنى على ان اذن المالك فيه اذن فى التمليك ايضاً فيتعين الالتزام  
 بان المتصرف يكون بتصرفه مملكاً ومتملكاً المال الذى بيده وهذا معنى اتحاد  
 الموجب والقابل و لو صح كون التصرف تمليكاً وتملكاً لجرى ذلك فى قبض  
 المال من مالكة ، فيكون قبضه ايجاباً وقبولاً ، بل قبضه اولى بما ذكر فانه تصرف من  
 مالكة بقصد الملك .

اقول قد تقدم ان التصرف شرط لحصول الملكية نظير القبض فى الهبة ، و  
 لا يكون ايجاباً ولا قبولاً وجواز التصرف قبل حصول الملك من قبيل الاباحة الحكمية  
 لا الاباحة باذن المالك ، ولا يجرى شىء من ذلك فى قبض المال .

(٤) يعنى لكل من المبيع والمأخوذ منه حق الرجوع الى الغاصب .

(٥) يعنى فى ملك الاخذ بمجرد اباحة الاصل له .

(٦) لا يخفى ان مقتضى الاصل العملى فى المقام وان كان الفساد وعدم حصول  
 الملك بالمعاطاة كما مر سابقاً الا ان الاصل العملى لاعتباريه فى مقابل اطلاق دليل حل  
 البيع والهبة وغيرهما فلا وجه لجعل العدول عن الاصل مشكلاً والشهرة فى كلام القدماء

## بناءً على أصالة اللزوم في الملك (١)

قد عرف وجهها ، والاجماع المنقول في كلام الغنية غير ثابت ويكفي في ذلك ملاحظة الوجه الثاني الذي ذكره لعدم اعتبار الاستدعاء والايجاب والمعاطاة ، فانه لو كان عدم حصول الملك في المعاطاة اجماعياً لذكر ان البيع مع حصول الايجاب والقبول مجمع على صحته وحصول الملك به ومع عدمهما مجمع على فساده و عدم حصول الملك، مع انه ذكر ان البيع معهما مجمع على صحته ولادليل على صحته بغيرهما .

اللهم الا ان يقال ان تعبيره بذلك لثلايرجع الوجه الثانى الى الوجه الاول .

(١) وحاصل كلامه انه بناءً على حصول الملك في المعاطاة ودوران كونه ملكاً جازياً او لازماً يحكم باللزوم ويقضيه وجوه : الاول - استصحاب الملك الحاصل بالمعاطاة وعدم زواله برجوع احد المتعاطيين بلارضاصاحبه وربما يورد على هذا الاستصحاب بكونه من قبيل استصحاب الكلى فانه بعد رجوع احد المتعاطيين يعلم بعدم الملك الجائز والملك اللازم حدوثه من الاول مشكوك .

واجاب ره عن ذلك بان استصحاب الملك في المقام على تقدير كونه من قبيل استصحاب الكلى فهو من القسم الثانى منه الذى يتردد فيه الكلى الحادث بين كونه فى ضمن فرده الطويل او القصير ، وفى مثله لأبأس باستصحاب الكلى لترتيب آثار بقائه .

هذا اولاً و ثانياً فلان الاستصحاب فى المقام من قبيل استصحاب الشخص لالكلى ، والمستصحب شخص الملك المحتمل بقائه بعد رجوع احد المتعاطيين ، وذلك فان اللزوم او الجواز من الحكم للملك الحادث ، كسائر الاحكام المترتبة عليه ، و يختلف الحكم باعتبار اختلاف اسباب حصوله من كونه بالهبة او الصلح



او البيع بالايجاب والقبول لفظاً او بالمعاطاة وغيرها ، ويشهد لكونهما من الحكم  
لامن الفصل المميز لاحد النوعين عن الاخر ، عدم الفرق في المنشأ في الهبة اللازمة  
او الجائزة وايضالو كان كل منهما فصلاً مميزاً فان كانا بفعل المتعاقدين وانشائهما ،  
فاللازم كونهما تابعين لقصدهما ، وان كانا بجعل الشارع نوع الملك الذي أمر انشائي  
بلا قصد العاقد ، فهذا فرض لتخلف العقد عن القصد ، والكلام الجارى في دوران  
الامر بين كون الملك هو اللازم او الجائز لا يختصص بالمعاطاة حتى يعتذر عن تخلفها  
عن القصد بما تقدم سابقاً من عدم لزوم تحقق المعاملات الفعلية على طبق قصد  
المتعاطيين .

وذكر ايضا انه يكفي في جريان الاستصحاب الشك في ان اللزوم من خصوصيات  
الملك او من لوازم السبب المملك .

اقول لوجه لهذا الكلام اصلاً فانه بناءً على جريان الاستصحاب في القسم  
الثاني كما هو الحق ، فالاستصحاب في بقاء الملك صحيح حتى مع الجزم بان اللزوم  
من خصوصيات الملك . و بناءً على عدم جريانه فيه وكون القسم الثاني كالثالث  
منه في عدم الجريان ، فالشك في ان اللزوم من خصوصيات الملك يوجب عدم جريان  
الاستصحاب ، وذلك فان المقام يكون من قبيل الاخذ بالعام في شبهة المصادقية ،  
لامن قبيل الاخذ به في الشك في مصادق المخصص ليقال باعتبار العام معه ، كما  
عن بعض .

وان شئت قلت عدم جريان الاستصحاب في ناحية الكلى في القسمين ليس لورود  
المخصص العقلى او النقلى على عموم خطاب الاستصحاب ، بل باعتبار عدم تحقق  
نقض اليقين بالشك فيهما ، وقد ذكر في محله ان خطاب العام كساير الخطابات  
لا يتكفل لاثبات موضوعه وحصوله في الخارج ، بل مدلوله الحكم للموضوع على

## فلاشكال فى اصالة اللزوم (١)

تقدير حصوله ، ومع دوران أمر الملك بين اللزوم والجواز والشك فى كونهما من خصوصيات الملك او من احكام السبب المملكت لا يحرز موضوع اعتباره وكون رفع اليد عن الملك بعد رجوع احد المتعاطيين من نقض اليقين بالشك .

اللهم الا ان يقال الوجه فى عدم جريان الاستصحاب فى ناحية الكلى فى القسم الثانى ليس ان الكلى لا حصول له بنفسه ، وان الحاصل هو الفرد ، وبما ان الفرد مردد بين القصير والطويل ، وبلاضافة الى القصير لا يَحتمل البقاء ، وبلاضافة الى الطويل لا علم بالحدوث ، فيختل اركان الاستصحاب و مع احتمال كون الملك اللازم والجائز من هذا القبيل يكون التمسك بخطاب الاستصحاب من الاخذ به فى شبهته المصدقية بل الوجه فى عدم جريانه حكومة استصحاب عدم حدوث الفرد الطويل عليه ، لان الشك فى بقاء الكلى مسبب عن احتمال حدوثه ، واذا احرز عدم حدوثه فلا مجال لاحتمال بقاء الكلى ليجرى فيه الاستصحاب ، وفيما اذا لم يحرز كون استصحاب الملك بعد رجوع احد المتعاطيين من قبيل الشخص او الكلى فيجربى الاستصحاب فى ناحيته لعدم احراز الاصل الحاكم عليه ، وهذا معنى كفاية الشك .

ومما ذكرنا يظهر الحال فى استصحاب علقه المالك الاول . ووجه الظهور ان جواز الرجوع على تقديره لا تكون علقه فى المال ، بل هو حكم حادث ، والعلقة الحاصلة سابقاً للمالك الاول وهى الملك قد زالت جزماً ، بل لو كان جواز الرجوع من قبيل العلقه فى المال فهو مسبق بالنفى ، لالبثوت و احتمال حدوثه بعد ارتفاع الملك يدخل المقام فى القسم الثالث من استصحاب الكلى ، وقد ذكر فى محله عدم اعتباره فيه .

(١) لافرق فى جريان استصحاب الملك عند الشك فى لزومه وجوازه بين كون

الشبهة حكمية كما فى المعاطاة او موضوعية كما اذا تردد ما فى الخارج من العقدين كونها هبة او صلحا بلا عوض ، فان الملك فى الاول جايز وفى الثانى لازم ، ومقتضى بقاء الملك بعد الرجوع ، لزومه .

و احتمال المصنف ( ره ) التحالف عند التداعى ، ولكن لم يظهر له وجه صحيح ، فان الاثر الخاص فى المقام وهو جواز الرجوع مترتب على الهبة ومقتضى الاصل عدمها واما عدم جواز الرجوع فلا يحتاج الى اثبات وقوع الصلح ، بل هو مقتضى ثبوت الملك ولو بالاستصحاب فالمورد من موارد الدعوى والانكار لامن موارد التداعى .

ثم لا يخفى ان استصحاب الملك فى موارد الشبهة الحكمية من قبيل استصحاب الشخص لما عرفت من ان اللزوم والجواز من احكام الملك ، فيستصحب بعد رجوع احد المتعاطيين نفس ذلك الشخص ، بخلاف استصحاب الملك فى الشبهة الخارجية فانه يكون من استصحاب الكلى لامحالة ، فان المنشأ فى الهبة فرد من الملك وفى الصلح فرد آخر نعم الفردان متحدان فى الحقيقة كما تقدم .

وايضاً لا يكون الشك فى بقاء الملك بعد فسخ احد المتعاطيين من الشك فى مقتضى حتى بناء على كون الملك الجائز والملك اللازم سنخين مسن الملك ، و ذلك فان الشك فى مقتضى على ما يظهر من كلمات الشيخ (ره) مسايكون انتفاء الحادث بمجرد انقضاء الزمان كانقضاء وجوب الصوم بانقضاء النهار لا بحسوث زمانى آخر ، وبما ان الفسخ امر زمانى يكون ارتفاع الملك معه من الارتفاع بالرافع .

## ويدل على لزوم مضافا الى ما ذكر (١) .

(١) الوجه الثانى فى لزوم الملك الحاصل بالمعاطاة العموم فى رواية ( الناس مسلطون على اموالهم ) حيث ان مقتضى ذلك العموم ان يكون سلطنة المال المأخوذ بالمعاطاة لمن يملكه بها ولازم ذلك ان لا يكون لصاحبه سلطنة التصرف فيه بارجاعه الى ملكه برجوعه فى المعاطاة .

و بهذا يظهر فساد التوهم بان التمسك بالحديث لبطلان فسخ الاخر من التمسك بالعام فى شبهته المصدقية ، حيث ان بعد فسخه لا يحرز كون المال ملكا لمن بيده حتى يثبت بسلطانه عليه وبجواز تصرفاته فيه بطلان فسخ الاخر ووجه الظهور ان التمسك بالحديث ليس باعتبار شموله للتصرفات المتعلقة بالمال واثبات السلطنة عليه بعد فسخ الاخر ليقال انه لم يحرز بعد فسخه كونه مالا لمن بيده بل التمسك به باعتبار شمول الحديث للمال المأخوذ بالمعاطاة قبل فسخ الاخر وان مقتضاه بطلان ذلك الفسخ ، حيث ان مدلوله ان السلطنة على ذلك المال بالاضافة الى جميع التصرفات فيه ومنها ابقائه على الملك او الاخراج عنه بيد ملكه ، فلا يمكن للغير اخراجه عن ملكه قهراً عليه ، وهذا معنى بطلان الفسخ .

ولكن لم يرتض بهذا الظهور الايروانى ( ره ) فذكر ان السلطنة على المال وان يراد منها السلطنة على التصرفات فيه الا ان التصرفات تختص بالمتفرعة على كون الشيء مالا ، واما ان الشيء ماله ، او لا وانه بفسخ الاخر يسقط عن كونه مالا له ام لا فلا يثبت بالحديث كما لا يثبت به عدم سقوط الخل مثلا عن كونه مالا له بصيرورته خمراً ، وان كنت فى ريب مما ذكرنا فلاحظ دليل ولاية الاب على الصغير فان له الولاية عليه متفرعا على صغره وليس له الولاية على ابقائه صغيراً .

(اقول) السلطنة وان كانت متفرعة على كون شيء مالا لشخص الا ان التصرف فى ذلك الشيء بنحو يوجب خروجه عن ملكه فسلطانه ايضا بيد ملكه ، فان الاخراج

و منه يظهر جواز التمسك بقوله لا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه (١) .

عن الملك من التصرف المعهود المتعارف المتعلق بالمال ، وهذه السلطنة لا تجتمع مع نفوذ فسخ الاخر ورجوعه فى المعاظة ، حيث ان معنى نفوذه سلطنة الاخر على الاخراج ، وقصور يد مالكة ، ولا يقاس ذلك بولاية الاب على الصغير فان اخراج الولد عن صغره ليس من فعل الاب .

ولكن مع ذلك لانظر للحديث الى امضاء الانشاءات ولا الى انواع التصرفات المفروض تعلقها بالمال كما ذكرنا تفصيل ذلك سابقا ، بل مدلولها ان للمالك الولاية على التصرفات المشروعة ، وانه غير محجور عليه بالاضافة اليها ومن الظاهر ان الشك فى المقام ليس فى ولاية المالك على تلك التصرفات بل الشك فى مشروعية فسخ غير المالك ورجوعه فى المعاظة .

والحاصل ان مشروعية هذا الرجوع وعدمها خارجة عن مدلوله ، بل مانحن فيه نظير ما اذا شك فى مشروعية تصرف ككون الاعراض موجبا لخروج الشئ عن ملك الشخص حيث لا يصبح التمسك بالحديث لاثبات صحته . هذا كله مع الاغماض عن ضعف السند وكونها مرسلة كما لا يخفى .

(١) كان وجه الاستدلال ان اضافة الحلية او عدمها الى المال ، كاضافتها الى ساير الاعيان مقتضاها حلية جميع التصرفات المتعارفة المتعلقة به سواء كانت اعتبارية او حقيقية ، غاية الامر تكون الحلية او عدمها بالاضافة الى الاعتباريات ظاهرة فى الوضع ، وبالاضافة الى التصرفات الحقيقية ظاهرة فى التكليف ، وعلى ذلك فلا يصح رجوع احد المتعاطيين فى المال المملوك لصاحبه بالمعاظة الا برضاه حيث ان الرجوع تملك وتصرف فى مال الغير بالارضاء .

ويمكن الاستدلال ايضاً بقوله تعالى ولاتاكلوا اموالكم (١) .

ومما ذكرنا يظهر ضعف ما عن السيد الخوئي ( طال بقاءه ) من ان مدلول الحديث الحكم التكليفي فقط ولايحتمل الحرمة التكليفية فسي فسخ الطرف الاخر حتى يتمسك به في اثباتها .

ووجه الضعف ما ذكرنا من ان الظاهر من اضافة عدم الحل الى المال الذي من قبيل الاعيان تعلقه بالتصرفات المتعارف تعلقها به سواء كانت حقيقية او اعتبارية ومقتضى عدم الحل في الاعتباريات هو الوضع كماظهر وجه فساد التوهم بان الاستدلال بالرواية على عدم نفوذ رجوع احد المتعاطيين بلا رضا الاخر ، من التمسك بالعام في شبهته المصدقية ، بدعوى ان الحكم بعدم الحل في تصرفات الفاسخ في المال بعد رجوعه وان لا يكون الامع بطلان رجوعه الا انه لم يعلم ان المال بعد رجوعه ملك الاخر حتى لا يحل للفاسخ التصرف فيه .

(١) وجه الاستدلال امران : الاول - الحصر المستفاد من الاستثناء المذكور بعد النهي بدعوى انه يستفاد من الاية ان الموجب لاكل مال الغير يعنى تملكه منحصر بالتجارة والتراضى ، وان التملك بغيرهما من التملك بالباطل ، فلا يكون جازماً ، ومن الظاهر ان الرجوع في المعاطاة وتملك مال الاخر به ليس بتجارة ولا عن تراض .

والثانى - ان المراد بالاكل بالباطل في الجملة المستثنى منها هو التملك بالوجه الباطل عرفاً وفي بناء العقلاء ، وان التملك كذلك باطل في الشرع ايضاً ، كما هو مقتضى النهي ، ولو كان متعلق النهي هو الاكل بالباطل شرعاً كان الكلام لغواً ، والرجوع في المعاطاة في بناء العقلاء تملك لمال الغير بلاحق ، فان المعاطاة كما ذكرنا معاملة لازمة عندهم .

### والتوهم المتقدم في السابق غير جارها (١) .

نعم لو فرض في مورد الاذن من الشارع في تملك مال الغير بلا رضاه كما في موارد الخيارات الشرعية يكون الدليل المتضمن للاذن المزبور حاكماً على النهي المزبور ، لامخصصاً حيث ان التملك المزبور لا يكون باطلا مع التعبد المزبور كما في ساير موارد الحكومه .

( اقول ) الوجه الثاني من التمسك بالاية صحيح ، والوجه الاول غير صحيح وذلك فان الاستثناء في الاية من قبيل الاستثناء المنقطع فلا يفيد حصراً ، حيث ان التجارة عبارة عن البيع و الشراء بقصد تحصيل الربح كما هو حال التجار في الاسواق ، و التجارة بهذا المعنى لا تكون داخلية في عنوان الاكل بالبطل حتى يعمها النهي لولا ذكر الاستثناء .

وبالجمله الاية متضمنة لحكم التملك بالبطل وانه فاسد في الشرع ولحكم التملك بالتجارة والتراضي وانه جائز ، واما ساير المملكات التي لا تدخل في عنوان الاكل بالبطل بحسب بناء العقلاء كالهبة والاجارة والصلح والبيع والشراء لا يقصد تحصيل الربح الى غير ذلك فليست للاية دلالة عليها ، وعلى ذلك فعدم كون الرجوع من التجارة ولامن التراضي لا يوجب الحكم بفساده .

(١) ووجه عدم الجريان انه كان التوهم مبنياً على ان اثبات عدم الحل لتصرفات الفاسخ في المال الذي بيد الاخر الملازم لبطلان فسخه من التمسك بالعام في شبهته المصدقية حيث لا يحرز ان تصرفاته فيه بعد فسخه تصرف في مال الغير حتى لا يحل وكذا الحال في سلطنة من أخذ المال بالمعاطاة فانه او ان تلازم بطلان فسخ الاخر الا ان اثبات هذه السلطنة بعد فسخ الاخر بقوله صلى الله عليه وآله الناس مسلطون على اموالهم من التمسك بالعام في شبهته المصدقيه حيث لا يعلم بعد الفسخ انه

وقد يستدل ايضاً بعموم اوفوا بالعقود بناءً على ان المراد بالعقد مطلق العهد (١) .

ماله حتى يثبت له سلطنة التصرف فيه .

والحاصل مبنى التوهم هو ان بطلان الفسخ مدلول التزامى للروايتين و متفرع على جواز التمسك بالعام فى شبهته المصادقية و هذا بخلاف الاية فان المراد بالاكل فيها تملك المال فيكون متعلقه مال الغير لولا التملك وهذا العنوان ينطبق على نفس الفسخ فيكون بطلانه داخل فى المدلول المطابقى لها كما لا يخفى .

(١) لو كان المراد هو العهد فعمومه للمعاطاة ظاهر الان استفادة اللزوم مبنى على كون المراد بالوفاء اتمام العهد وابقاء العقد ليكون الامر به ظاهراً فى الارشاد الى لزومه كما هو ظاهر تعلق الطلب بالفعل الاعتبارى فانه كما يكون الامر بايجاد العقد ظاهراً فى صحته كذلك يكون الامر بابقائه ظاهراً فى لزومه .

و اما اذا كان المراد من الوفاء العمل على طبق العقد و العهد نظير السوفاء بالنذر واليمين فالامر به لا يكون ظاهراً الا فى الحكم التكليفى ، حيث ان الوفاء بالعقد نظير الوفاء بالنذر واليمين فعل حقيقى ووجوبه لا يلازم لزوم الملك .

اللهم الا ان يقال بقاء وجوب العمل على العقد حتى بعد فسخ احد المتعاقدين يلازم لزوم الملك ، او يقال بان الامر بالعمل على طبق العقد بتسليم المثلث والثلث غير ذلك وان يكون تكليفاً الا ان الوفاء بالعقد يعم عدم نقضه بالفسخ ، و الامر بالاضافة الى ترك نقضه ارشاد الى فساده وقد تقدم امكان كون الامر بالاضافة الى بعض الافعال تكليفياً وبالاضافة الى الاخر وضعياً .



وكذلك المؤمنون عند شروطهم (١)  
لا يقدح في الاجماع على طريق القدماء (٢) .  
ويظهر ذلك من غير واحد من الاخبار (٣) بقى الكلام فى  
الخبر الذى تمسك به (٤) .

(١) صدق الشرط وظهوره فيما يعم الالتزام الابتدائى غير محرز كما ذكر  
ذلك المصنف ره ايضا فى باب الشروط وعليه فلا يمكن التمسك به فى المقام حتى  
مع عدم اعتبار الانشاء اللفظى فى صدقه .

(٢) فان على طريقهم يكون اتفاق علماء العصر الواحد كافيا فى احراز قول  
الامام (ع) ولو بقاعدة اللطف بخلاف طريق المتأخرين ، فانه لا بد من كون الاتفاق  
بحيث يكون بينه وبين قوله عليه السلام ملازمة عادية او اتفاقية ولا يكون هذا مع  
الاختلاف فى المسألة بنحو ما ذكر من ذهاب بعضهم الى انها ليست بيعاً ولا مفيداً  
للملك ، وبعضهم الى انها بيع مفيد لملك غير لازم .

(٣) يعنى يظهر اعتبار الانشاء باللفظ فى لزوم البيع من غير واحد من  
الاخبار ، ويأتى التعرض لها فى كلامه (ره) بعد ذلك .

(٤) ورواه فى الوسائل عن الشيخ و الكلينى قدس سرهما وعلى كلا النقلين  
سنده ضعيف فان الراوى عن الامام عليه السلام وهو خالد بن الحجاج لم يوثق  
نعم اخوه يحيى بن الحجاج موثق وما فى نسخة الكافى ابن نجيب بدل ابن الحجاج  
اشتباه بقرينة محمد بن ابى عمير الراوى عن يحيى فلاحظ .

ولا يخفى ان فى البين مسلتين احدهما بيع العين الخارجى مع عدم كونه

عند البيع مالكاً لها بان يبيع تلك العين من شخص ثم يشتريها من مالكتها و يدفعها الى المشتري ، وهذه عند المشهور محكمة بالبطلان و يدل عليه مضافاً الى انه مقتضى القاعدة روايات خاصة ومنها عند المصنف ره و جماعة اخرى هذا الخبر .  
ولابأس فى المسألة بالمقابلة مع المشتري فى تلك العين ثم تملكها من مالكتها ثم يبيعها من ذلك المشتري .

الثانية ان يكون غرض الانسان تحصيل المال بلا ابتلاء بمحذور الربا فيبيع شيئاً كثوبه من شخص نقداً بمقدار ثم يشتري ذلك الثوب من المشتري المزبور فى ذلك المجلس بالازيد نسيئة ، وفى هذه الصورة يكون اشتراط بيع الثوب منه ثانياً فى البيع الاول موجباً لفساده .

نعم لابأس بمجرد المقابلة ، و ظاهر الخبر ولا أقل من الاحتمال هى المسألة الثانية وانه لولم يكن البيع الثانى شرطاً فى الاول بحيث يمكن للمبايع شراء ذلك الثوب ثانياً وعدمه فلا بأس ، ولعل هذا هو الموجب لذكر الشيخ رد الخبر فى باب النقود والنسيئة وكيف كان فلا يضر ذلك بما نحن بصدده من حكاية الاستدلال بقوله عليه السلام ( انما يحلل الكلام ويحرم الكلام ) .

وقد ذكر المصنف ره فى هذه الجملة مسع الاغماض عن ساير السرواية وجوهاً اربعة :

الاول - ان يراد بالكلام معناه اللغوى وهو اللفظ الدال على المعنى ، و ان الحلال او الحرام لا يكون الا باللفظ الدال ، فلا يكون شىء حلالاً او حراماً بمجرد القصد او مع الدلالة عليه بغير اللفظ كالفعل . و هذا الوجه على تقدير تمامه يكون موجباً لعدم الاعتبار بالمعاطاة اصلاً ، فان الدال فيها على الملك فعل لا لفظ .

الثانى ان يراد بالكلام اللفظ مع مدلوله فان اللفظ باعتبار مدلوله كما يوصف

بالصحة والبطلان كذلك يوصف بكونه محللاً ومحرمًا بان يكون الغرض الواحد تحصيله بكلام حلالاً وبكلام آخر حراماً مثلاً حصول حق الاستمتاع من المرأة بكلام يكون مضمونه نكاحاً انقطاعاً حلال ، وبكلام يكون مضمونه اجارة او نحوها حرام وان الحصة فى المزارعة تعيينها بكلام يكون مضمونه تقسيم الثمرة على البقر و البذر حرام ، و بكلام يكون مضمونه تقسيم الثمرة لصاحب الارض و الزارع حلال وهكذا .

الثالث - ان يراد بالكلام العقد ايجاباً وقبولاً ، و ان وجوده محلل و عدمه محرم او بالعكس او ان تحققه فى محل محلل و حصوله فى محل آخر محرم مثلاً الايجاب والقبول على المال قبل تملكه محرم ، فانه بيع ما ليس عندك و تحققه بعد تملك المال محلل .

الرابع ان يراد بالكلام المحلل المساومة و المقابلة من غير عقد والكلام المحرم الانشاء والعقد فيكون المقابلة على بيع ما ليس عنده محللاً و العقد عليه محرماً والاستدلال بالخبر على المعاطاة مبنى على الوجه الاول الذى ضعفه المصنف ( ره ) بوجهين .

الاول لزوم تخصيص الاكثر ، فان المحللات والمحرمات فى الشرع لا تنحصر باللفظ ، بل ندره تحريم اللفظ وتحليله بالاضافة الى ساير موجبات الحل والمحرمه لاحتياج الى البيان .

اقول - هذا الامر غير تام فان دعوى انصراف الخبر الى موجب الحل والمحرمه فى المعاملات كما هو مورد قريبه لان المعاملات تكون باللفظ وبالكتابة و الاشارة و القصد المجرد و القعل ، والمستفاد من الخبر عدم العبرة بساير المحققات غير الكلام .

كما يشعر به قوله عليه السلام فى رواية اخرى (١) .

الثانى ان المعنى فى الوجه الاول لايناسب مورد الرواية ولا الحكم فيها بنفى البأس . واورد ( ره ) بذلك على الوجه الثانى وذكر ان احتمالاه ايضا لايناسب موردها فيتعين حمل الجملة المخبرية على احد الوجهين الاخرين أى الثالث والرابع وعلى ذلك فلا دلالة لها على مسألة المعاطاة .

ثم انه ( قد ه ) وجه دلالة الخبر على عدم الاعتبار بالمعاطات باعتبار انه لو كانت المعاطات كالايجاب والقبول اللفظيين لما كان وجه لذكر خصوص الكلام بعد اداة الحصر ، بل كان المناسب ان يقال انما يحرم ايجاب البيع كان بالكلام او بغيره . ولكن ناقش ره فى التوجيه بان ذكر الكلام باعتبار ان فى مورد الرواية لايمكن ايجاب البيع بالمعاطاة لان المبيع كان عندما لكانه الاول .

اقول المفروض فى الخبر كون المبيع عند من طلب منه الشراء كما هو ظاهر الاشارة فى قوله ( اشتره هذا الثوب ) وثانياً ان انشاء البيع بالمعاطات لايتوقف على الاعطاء من الجانبين كما يأتى ، بل يكفى تحققه من طرف واحد ، بان يكون مثلاً ايجاب البيع باخذ الثمن من المشتري وقبوله باعطائه بقصد الشراء ولعله الى ذلك اشار ( ره ) بقوله فتامل .

والصحيح ان ذكر الكلام باعتبار فرض المقابلة و المساومة فى الرواية ، وانها ربما تكون متضمنة لانشاء البيع والالتزام قبل تملك المتاع ، وربما لا تكون ، لان لانشاء البيع بالكلام خصوصية لاتجرى فى المعاطاة .

(١) لا يخفى عدم الاشعار فى الرواية اصلاً فان قوله عليه السلام (ولاتواجهه . البيع قبل ان تستوجبها اولتشرها ) يعم مواجهة البيع بالمعاطاة كما مر ثم ان ظاهر هذه الرواية التى لا باس بسندها تحقق البيع بالاستيجاب والايجاب والقبول ، حيث ان ذلك مقتضى عطف الاشارة على الاستيجاب .

## الاول الظاهر ان المعاطاة (١)

ومما ذكرنا يظهر الحال في صحيحة العلاء فان قوله عليه السلام فيها ( فاذا جمع البيع جملة واحدة ) يعم جمع البيع بالمعاطاة.

لا يقال: انشاء البيع بنحو المرابحة بان يقول اشتريت هذا بالف و ابيعك في كل عشرة بدوازه وقبول المشتري البيع كذلك مكروه ولكن لا بأس بنسبة الربح الى رأس المال في المقابلة وانشاء البيع على نحو المساومة كما هو ظاهر الرواية ومن الظاهر ان جعل الثمن مقداراً معيناً في البيع مع نسبة الربح الى رأس المال في المقابلة لا يكون الامع انشاء البيع بالايجاب والقبول لفظاً ، والا كان البناء على المقدار المعين ايضاً في المراوضة ، لافي انشاء البيع .

فانه يقال يمكن المعاطاة في الفرض ، كما اذا قال بعد المقابلة و بيان نسبة الربح الى اصل المال وعند انشائه بالمعاطاة الثمن الفان ، هذامع انه يكفي في المعاطاة الايجاب لفظاً والقبول فعلا . والحاصل ان هذه الرواية نظير صحيحة عبدالله بن سنان لاشعار فيها على اعتبار اللفظ اصلا ، حيث ان الشراء ايضاً في الصحيحة يعم المعاطاة كما لا يخفى .

(١) هذا الامر بيان لاعتبار شرايط البيع في المعاطاة وعدمه اقول قد ظهر مما قدمنا انه مع قصد المتعاطيين الاباحة يجوز للاخر خصوص التصرف الذي لا يكون موقوفاً على الملك ، بان يكفي فيه طيب نفس المالك كما هو الحال في الاباحة المالكية في غير المقام ، وبناءً على قصد الملك لافرق بين المعاطاة و ساير البيوع من حيث الحكم حتى في اللزوم ، وجريان الخيارات ، وغير ذلك من الاحكام حيث ان المعاطاة بيع حقيقة ، فيترتب عليها ما يترتب على ساير البيوع ، والتطويل في المقام بلا طائل .

والاقوى اعتبارها وان قلنا بالاباحة (١) بالنسبة الى الردون

الارش (٢)

وربما يدعى انعقاد المعاطات بمجرد ائصال الثمن واخذ

المثمن (٣)

(١) وذلك فان الاباحة على تقديرها اباحة حكمية ، لاما لكية حيث ان المفروض اعطاء كل من المالكين المال بقصد الملك ، وبعنوان المعاوضة ، وحكم الشارع بالاباحة مع عدم حصول الملك تعبد يقتصر بمورده ، وهى صورة اشتمال المعاملة على جميع شرائط البيع غير انشائه باللفظ .

(٢) فان خيار العيب بالاضافة الى رد العقد لا يختص بالبيع ، بخلاف جواز اخذ الارش ، فانه لا يجرى فى غير البيع ، والتفرقة بينهما بالاختصاص وعدمه باعتبار دليلهما ، فان الارش تعبد فى البيع ، بخلاف فسخ العقد بالعيب ، فانه مقتضى اشتراط السلامة ، وقاعدة نفى الضرر ، فيثبت الفسخ فى جميع موارد هما .

(٣) لا يخفى ان مختاره (ره) فى المعاطات هو الملك غير اللازم ومختارنا الملك اللازم ومجرد وصول المالكين الى المالكين برضاها لا يكون انشاء ملك ، لاقولا ولا فعلا ليكون الحاصل به ملك لازم او غير لازم .

نعم اذا كان فى البين توكيل من طرف ، فى انشاء الاخر ، الملك عنه و لو كان ذلك بنحو التوكيل العام ، كفى فى تحقق المعاطات ، مثلا مالك الخضروات يوكل من يضع فلساً فى دخله الموضوع هناك ، فى تملك الباقية بازاء الفلس المزبور ، فيكون أخذه الباقية بقصد كونها ملكاً له تملكها ، ووضع الفلس تملكها ، وعلى ذلك فيجوز لمن اخذ الباقية ان يبيعه من غيره فيما اذا بداله ذلك ، فانها ملكه .

ويمكن فرض هذا النحو من التوكيل في اخذ الماء ، ووضع الفلوس في دخل السقاء ودعوى ان البيع على ذلك يكون غريباً باطلا لان من يأخذ الماء لدفع عطشه قد يأخذ قليلا من الماء لعدم حاجته الى الماء الكثير ، وقد يأخذ الكثير لشدة عطشه ، وهكذا فلا يكون المبيع معلوماً لا يمكن المساعدة عليها اولا فانه يمكن ان يكون توكيلا عاما بالاضافة الى المقدار المعين مسن الكثرة ، غاية الامر يكون بعض الناس لقلة حاجته تار كالبعض ما يملكه الى السقاء .

وثانيا المقدار الذي يأخذه الممتلك المفروض وكالته ، معلوم له والمفروض ان التوكيل العام يعمه ، ولادليل على اعتبار معلوميته مقدار المبيع للموكل ايضاً ودليل نفى الغرر لايجرى في التوكيل ، فانه مختص بالبيع .

وبعبارة اخرى كون المبيع معلوماً ومعينا للوكيل كاف في صحة البيع ، وهذا حاصل في مسألة اخذ الماء ووضع الفلوس في دخل السقاء مع غيبته .

ويمكن نظير ذلك في مسألة دخول الحمام ووضع الفلوس في دخل الحمامي مع غيابه ، فان وضع الفلوس لا يكون من شراء الماء او اجارته ، فان الماء باعتبار تلف عينه بالاستعمال غير قابل للاجارة ، وشراء ماء الحمام خلاف المرتكز مع ان الجهل بالمقدار المصروف منه حتى لمستعمله ، يوجب كون بيعه غريباً ، بل الظاهر ان الاغتسال في الحمام يكون كالنوم في الفنادق او المخانات في ارتكاز العقلاء ، وانه من اجارة الحمام بتملك منفعة الخاصة ، وجهالة مقدار مكثه في الحمام للاغتسال ، لا يوجب بطلان الاجارة فانه مضافاً الى امكان تعيينه في ناحية الكثرة ، نظير تعيين الماء في مسألة اخذه مع غيبة السقاء ، ان تعيين الاغتسال بالنحو المتعارف كاف في صحة الاجارة ، ولا يحتاج الى التعيين بالزمان ، كما في اجارة

واما على القول بالاباحة فالاشكال المتقدم هنا أكد (١) تمييز  
البايع من المشتري فى المعاطات (٢)

المركب للمسافرة الى بلد معين ، فانه لايجب تعيين الزمان الذى يتم فيه الوصول  
الى المقصد ، ولايضر جهالته فى صحة الاجارة ، مع كون متعلقها هو السفر بالنحو  
المتعارف .

(١) والوجه فيه ان ما قيل فى اثبات الاباحة المزبورة من جريان السيرة  
على تصرف المتعاطين غير جارفى المقولة الخالية من الاعطاء والايصال والفاقذة  
لما يعتبر فى صحة البيع من الانشاء بنحو خاص على الفرض .

(٢) ذكر (ره) فى المقام ثلاث صور .

الاولى - ما اذا كان احد المالىين من النقود المتعارف جعلها ثمنا كالدرهم  
والدينار والاخر متاعا واعطى كل منهما ماله عوضاً عن مال الطرف الاخر فيكون  
معطى الدرهم مشترياً ومعطى المتاع بايعاً ولو فرض فى هذه الصورة اعطاء مالك  
الدرهم او الدينار بقصد التملك بازاء متاع صاحبه وكان قصد مالك المتاع تملك  
الدرهم والدينار بازاء المتاع ، بان يكون قصد تملك الدرهم والدينار من مالتهما  
اصليا ، وقصد تملك المتاع تبعا عكس قصد مالك المتاع فيكون صاحب المتاع  
مشتريا ومعطى الدرهم والدينار بايعاً .

و بهذا يظهر دخل القصد فى ذلك ، ولايعتبر خصوص التصريح كما هو  
ظاهر المصنف (ره) .

الصورة الثانية ان يكون كل من المالىين متاعاً ولكن كان أخذ احد المتاعين  
بدلان النقود وأخذ المال الاخر بما هو كما فى بيع القماش فى بعض القرى  
للفلاحين ، فان الفلاح قد يعطى بدل الدرهم او الدينار الحنطة للبايع ، ويكون



أخذ بايع القماش الحنطة باعتبار ان الفلاح لا يجد النقد ، بخلاف اخذ الفلاح القماش ، فان غرضه تملك القماش بعنوانه وعلى ذلك يكون معطى القماش بايعاً ومعطى الحنطة مشترياً ، والموجب لذلك هو بناء العقلاء ونظرهم .

وليس المراد ان الواقع عوضاً في تملك القماش هو الدرهم او الدينار ليكون أخذ الحنطة عوضاً عنهما ، مبادلة اخرى بينها وبين الدرهم او الدينار ، و يكون بايع القماش بايعاً بالاضافة الى تملك القماش ، ومشترياً بالاضافة الى تملك الحنطة ، بل المراد كون مالك القماش بايعاً باعتبار انه لا غرض له في الحنطة ، بل يكون اخذها باعتبار الامساك على مالية القماش ، ولذا واعطى الفلاح الدرهم او الدينار ، لاخذها بازاء القماش ، بخلاف الفلاح ، فان غرضه يتعلق بخصوص القماش لدفع اضطراره .

اقول يأتي تمام الكلام في ذلك .

الصورة الثالثة ما اذا كان اعطاء كل من المالكين بازاء الاخر بما هو هو او اعطاء كل منهما بدلا عن الدرهم او الدينار كما اذا احتاج مالك القماش الى الحنطة و مالك الحنطة الى القماش او اعطى كل منهما متاعه مقوماً له بالدرهم او الدينار ، كما اذا اعطى عشرة امتار مسن القماش بازاء عشر كيلوات مسن الحنطة باعتبار ان كل متر من القماش يساوي الكيلو من الحنطة في القيمة وذكر (ره) في هذه الصورة وجوها اربعة .

الاول كون كل من مالك القماش ومالك الحنطة بايعاً و مشترياً باعتبارين ، فانه يصدق تعريف البايع والمشتري على كل منهما حيث ان كلا منهما يتسرك ماله للآخر بازاء مال الاخر ، وهذا معنى الشراء كما ان كلا منهما يبادل ماله بمال الاخر ،

كما هو معنى البيع .

الوجه الثاني ان الدافع اولا المال بقصد كونه ملكاً للاخر بالعوض بايع واخذ ذلك الاخر اشتراء ، فالدفع ثانيا وفاء لماتم من المعاملة بالدفع السابق .

الوجه الثالث ان يكون اعطاء المالكين كما ذكر من المصالحة على مبادلة المالكين ، كما في قول احد الشريكين للاخر لك ما عندك من مالى ولى ما عندى من مالك .

الوجه الرابع - ان يكون اعطائهما مبادلة مستقلة ويعمها مثل قوله سبحانه الا ان تكون تجارة عن تراض .

ولكن الوجه الاول غير صحيح ، فانه ليس فى معاوضة القماش بالحنطة مثلاً حتى فيما لوحظ كل منهما كونه بدلا عن الدرهم والدينار مبادلتان كما مر ليكون مالك القماش فى احديهما بايعاً وفى الاخرى مشترياً وتعريف البايع والمشتري بما ذكر الموجب لانطباق كلا العنوانين على كل من المالكين فى مبادلة واحدة غير صحيح فانه ليس تمام الملاك فى البيع والشراء ماورد فى التعريف المزبور و الالزم صدق عنوانى البايع والمشتري على كل من طرفى المعاملة فى كل بيع كما لا يخفى .

والوجه الثانى صحيح فيما اذا كان الاعطاء من الدافع بقصد التمليك واخذ الطرف الاخر بقصد التملك ، فيكون اعطاء المال الاخر بعنوان السوفاء بالمعاملة الحاصلة من قبل . ولو كان الاعطاء من الدافع اولا بقصد التملك فينعكس الامر ، و يكون الدافع المزبور مشترياً ، و آخذ المال بايعاً .

والوجه الثالث - غير صحيح . فانه قد مر فى المناقشة على تعريف البيع ان الصلح ليس هو التسالم والتراضى الباطنى ، لان هذا التسالم موجود فى كل معاملة

بل عبارة عن التسالم الانشائي ، فيكون المنشأ فيه هو التسالم ، ومن الظاهر ان المنشأ في الاعطاء والاخذ في المقام ، هو الملك ، لا التسالم .

وبهذا يظهر الحال في قول احد الشريكين للاخر لك ما عندك من مالي ولى ما عندى من مالك .

و اما الوجه الرابع فلا مناص عنه في الموارد التي لا يكون من احدهما تملك بالاصالة ، ومن الاخر تملك كذلك ، كما اذا كان من قصد كل منهما تملك ماله بازاء مال الاخر .

وذكر الايرواني (ره) في المايز بين البايع والمشتري ان التبع يقضى بان المعيار في الاثراء النظر الى خصوصية المال الذي يأخذه من الطرف الاخر وان المعيار في البيع عدم النظر الى خصوصية المال الذي يأخذه من الطرف الاخر فيكون غرض البايع من أخذ الثمن التحفظ على مالية المبيع و الامساك بها ، كما ان غرض المشتري هو تمكنه من خصوصية المال الاخر و الاخذ بها ، نظير ما تقدم في الصورة الثانية ، وعليه فان تحقق هذا الميزان ، فيمتاز به البايع عن المشتري ، فيدخل المعاطاة في البيع ، والا فهي معاوضة مستقلة ، محكومة بالصحة ، لعموم قوله سبحانه ( اوفوا بالعقود ) ولايجرى عليها الاحكام المترتبة على خصوص البيع والشراء .

وفيه ان قضاء التبع ليس كما ذكر ، فانه اذا كان عليه دنانير و باع الحنطة بالدينار لسددينه يكون في الفرض غرض المشتري الحنطة المبيعة لكن لا بخصوصيتها بل بماهى حنطة ، وكذلك للبايع نظر في الثمن المفروض كونها دنانير بماهى دنانير وصدق البيع في الفرض على تملك الحنطة بالدنانير ، وصدق الشراء على تملكها بها لا يحتاج الى التوضيح .

ونظير ذلك ما اذا كان عنده دنانير مسكوكة وعند الاخر ايضاً دنانير مسكوكة

بقدرها و اراد افراراً عن تعلق الزكاة بمالهما بيع الصرف قبل تمام الحول ، فانه لاشكال فى صدق البايع على من ينشأ التملك ، والمشتري على من ينشأ التملك من انه لانظر لكل منهما الى خصوصية مال الاخر اصلا .

وقد يقال فيما اذا اعطى كل من المالكين متاعه بقصد تملكه للاخر بعوض من غير ان يكون قصد الاخر بالاخذ او بالاعطاء تملكه بعوض ان المعاطاة بيع يترتب عليها الاحكام المترتبة فى الادلة على عنوان البيع ولكن لا يكون احسد المتعاطين بايعاً والاخر مشترياً ، فلايجرى عليهما ماجرى فى الخطابات على عنوانى البايع و المشتري ، وذلك فان البيع له اطلاقان فقد يطلق ويراد منه مقابل الشراء ، وقد يقال ويراد منه مقابل ساير المعاملات ، ومايراد منه فى الاطلاق الثانى هو المعنى المسببى وحقيقته المبادلة بين المالكين ، وهذا المعنى المسببى يحصل بالايجاب و القبول ، ويحصل بالايجابين كما اذا قال كل من المالكين ملكتك مالى بمالك ، وقد يحصل بالايجاب الواحد ، كما اذا قال الوكيل من المالكين بادلت مالهما ، فانه لا يحتاج فى الفرض البيع المسببى الى القبول اصلا فان القبول لاظهار الرضا بفعل الموجب و مع معلومية الرضا به لا حاجة اليه .

والحاصل فيما اذا حصل فى البين الايجاب و القبول يكون احدهما بايعاً و الاخر مشترياً ، وفيما اذا كانت المبادلة بالايجابين قولاً او فعلاً او بايجاب واحد كما ذكر فيحصل البيع بالمعنى المسببى من غير ان يكون فى البين بايع و مشتري .

اقول - لايمكن المساعدة على ما ذكر اما اولا فلان لازم ما ذكر عدم الحاجة الى القبول فيما اذا علم من حال المالك الاخر انه رااض بالايجاب كما اذا ملكه متاعه الفاخر بثمن قليل جداً لغرض عقلائى ، فانه اذا قال بادلت هذا المتاع بذلك يتم البيع المسببى ، ولا يحتاج الى القبول ، باعتبار ان القبول لاظهار الرضا بالايجاب

ورضا الاخر بالايجاب معلوم بشاهد الحال على الفرض ، بل قد لا يحتاج البيع المسببي الى الايجاب ايضا كما اذا طاب نفس الوكيل من المالكين بملكية كل منهما مال الاخر بازاء ماله تم البيع بلا حاجة الى الانشاء قولاً او فعلاً ، لان الايجاب لاظهار الرضا بملكية الاخر لماله بالعوض .

وثانيا انه قد تقدم ان البيع كالشراء وكساير المعاملات مسن العناوين التي يكون الانشاء أى الابرار بمقوماته واذا اعتبر متاعه ملكاً للاخر بعوض وابرز الاعتبار يكون الابرار بيعاً والحاجة الى الابرار للكشف عن رضاه بالملكية فقط ، ليستغنى عنه فى مورد العلم به مع الخارج ، بل له موضوعيته فى حصول عنوان البيع ، وكذا الحال فى ناحية الشراء والقبول حيث ان اعتبار تملكه مال الاخر بازاء ماله مع ابراره ، يكون شراءً وقبولاً للايجاب ، ولا اظن خفاء ذلك على من لاحظ الامور الانشائية عقداً كان او ايقاعاً .

ثم انه يقع الكلام فى المراد من البيع المسببي فانه ان اريد به المعنى الاسم المصدري فى مقابل المصدري فمن الظاهر انه لا فرق بين المعنى الاسم المصدري والمعنى المصدري الا بالاعتبار حيث ان المبدء ملاحظته من حيث حصوله من الفاعل معنى حدثى يعبر عنه بالمصدر وملاحظته من حيث هو هو معنى اسم مصدرى و عليه فكيف يعقل ان يحصل البيع المسببي و لا يكون فى البين معنى مصدرى يعبر عن فاعله بالبائع ، وبما ان فعل الاخر يعنى تملك المشتري دخيل فى حصول العنوان المصدري كما ذكرنا سابقاً فيعبر عن ذلك الاخر بالمشتري ، و عن فعله بالاشترار .

هذا مع ان المبادلة ليست باسم مصدر ، بل مصدر من باب المفاعلة ، وكيف يكون مرادفاً للبيع بالمعنى الاسم المصدري مع أنه لا يتحقق عنوان

## ان اصل المعاطاة (١)

المبادلة في جميع موارد حصول البيع كما ذكرنا ذلك عند التعرض لتعريف البيع ، وان اريد بالمعنى المسببى اعتبار العقلاء بمعنى ان المالك اذا اعتبر ملكية ماله للاخر بالعوض وابرزه فتارة يعتبر العقلاء الملكية المعتبرة مع ابرازها امراً حاصلًا واخرى لايعتبرونها .

وقد ذكرنا سابقا ان البيع بهذا المعنى بالاضافة الى انشائه من الايجاب و الوجود لاالكسر والانكسار فمن الظاهر ان موضوع اعتبار العقلاء هو البيع الذى يكون بانشاء البايع وقبول المشتري على ما تقدم من كون قبوله شرطاً فى صدق عنوان البيع على فعل البايع .

والحاصل انه اذا كان فى البين انشاء المعاوضة من الطرفين بالاصالة فالعقلاء وان يعتبرونها مبادلة وهى محكومة شرعاً بالصحة كما هو مقتضى عموم قوله سبحانه او فوا بالعقود الا انها ليست بيعاً حتى يكون كل منهما بايعاً من غير ان يكون فى البين اشتراء ، وان يحصل البيع من غير ان يكون احد المالكين بايعاً او مشترياً .

(١) ذكر فى هذا الامر اربع صور للمعاطاة يكون تقسيمها اليها باعتبار قصد المتعاطيين الاولى - ما اذا قصد كل من المتعاطيين باعطائه تملك ماله للطرف بالعوض وباخذه المال من الطرف تملك مال الغير بالعوض ، واذا كان اعطاء المالىن واخذهما تدريجياً يتحقق البيع باعطاء احد المالىن واخذه ، ويكون اعطاء المال الاخر واخذه بعد ذلك وفاءً للبيع الحاصل من قبل حتى فيما اذا قصد باعطائه التملك بالعوض كما هو الفرض ، واما اذا كان الاعطاء والاخذ من الطرفين دفعة واحدة فيمكن ان يكونا معاوضة قد حصلت بتمليكين منشأين باعطائين كما ذكرنا فى التعليقة المتقدمة او بيعان وشرائان قد حصلتا دفعة واحدة باعتبار عدم تنافيهما فيترتب

على كل من المتعاطيين ما ترتب فى الخطابات على عنوانى البايع والمشتري كما لا يخفى .

ثم انه كما يمكن تحقق القبول والتملك باخذ المال من الطرف ، كذلك يمكن حصول ذلك بدفع المال الاخر ، بان يكون اخذ المال المدفوع اولا بعنوان كونه ملك الدافع ولان يحصل له الجزم بايجابه ، ولومات فى هذا القرض قبل دفع المال الاخر يكون موته بين الايجاب والقبول بخلاف ما كان اخذه المال المدفوع اولا بعنوان القبول ، فانه موت بعد تمام المعاملة ، وكان على المصنف (ره) التعرض لذلك .

وكيف كان فقد ظهر حصول البيع بدفع احد المالىن واخذه واطلاق المعاطاة على هذا النحو من البيع باعتبار انشائه بالاعطاء دون اللفظ لاعتبار تحقق الاعطاء من الطرفين نظير اطلاق المواجرة والمصالحة والمزارعة والمساقاة وغيرها ، مع ان الايجار وهو تمليك المنفعة بالعوض او انشاء الصلح او اعطاء الارض للزرع او البستان للسقى يكون من احد الطرفين ، وعلى ذلك فيمكن تحقق المعاطات فى المعاملات التى يكون الاعطاء فيها من طرف واحد كما فى الهبة والقرض و الرهن ونحوها .

والحاصل ان المعاطاة فى هذه الصورة بكل افرضيها داخلية فى اطلاقات حل البيع ونفوذه وربما يقال بحصول المعاطاة بالفعل من دون اعطاء كما فى اخذ البقل او الماء مع غيبة البقال والسقاء و وضع الفلوس فى دخلهما وقد تقدم الكلام على الكبرى والصغرى فى الامر الثانى فلانعيد .

الصورة الثانية ما اذا كان التمليك بازاء التمليك بان يكون المقابلة والمعاوضة بين الفعلين اى التملكين لا المالىن كما فى الصورة السابقة ، وذكره ان فى هذه

الصورة لومات احد الطرفين قبل تملك ماله تتم المعاملة ، وان هذه المعاملة ليست بيعا ، بل شبيهة بالهبة المعوضة ، والظاهر ان وجه شباقتها انه كما لا يكون فى الهبة المعوضة المعوضة بين المالكين ، كذلك فى الفرض ، وبما ان عدم التعويض فى الهبة لا يوجب عدم تمامية الهبة بخلاف المقام ، فيفترق المقام عن الهبة المزبورة فتكون شبيهة بها ، لاعتينها .

نعم اذا كان تملك احد الطرفين المال الاخر بعد ذلك داعياً الى تملك ماله فعلا مجاناً فيتم الملك من احد الطرفين ولو بدون تملك الاخر .

اقول - كما يمكن ان يكون تملك الطرف الاخر داعياً له الى التملك فعلا كذلك يمكن كونه شرطاً فى التملك فعلا فيكون من الهبة المشروطة ، كما ان الفرض الاول من الهبة مجاناً كما لا يخفى .

واما المعوضة والمقابلة بين التملكين فتارة يجعل العوض التملك الشخصى الخارجى واخرى يجعل العوض تملك المال الاخر بنحو ثبوت العمل على الذمة كموارد الاجارة وغيرها بان يكون الدافع ماله اولاً ، مالكاً للعمل على ذمة الاخر ، وذلك العمل تملك الاخر ماله ، وهذا يوجب تمامية الملك من احد الطرفين حتى مع موت الاخر قبل افراغ ذمته ، بخلاف جعل العوض التملك الشخصى .

هذا مع انه لا معنى معقول لمعوضة التملكين ، فان المعوضة بين الامرين تكون فى الملكية ونحوها والتملكان لا يقبلان عرفاً الملكية حتى يتعاضوا والحاصل ان التملك فى هذه الصورة اما من الهبة المجانية كما اذا كان التملك الاخر داعياً او من المشروطة كما اذا كان شرطاً فى التملك الاول ، ولا تكون من المصالحة ، لما تقدم من ان المنشأ فى موارد الصلح لا بد من ان يكون هو التسالم على شىء لا التملك كما هو الفرض فى هذه الصورة .



## فكيف كان فالاشكال فى حكم القسمين الاخيرين (١) .

(١) ينبغى الكلام فى امرين : الاول - نفوذ اذن المالك للغير فى التصرف فى ماله مطلقا ولو كان التصرف موقوفاً على الملك بلا فرق بين كون انشاء الرضا بالتصرف بالفعل او القول .

والثانى - هل يجوز اخذ العوض على اذنه ولو كان اخذه على الاذن بالاضافة الى التصرفات غير الموقوفة على الملك .

اما الاول - فلا ينبغى الاشكال فى عدم نفوذ اذنه بالاضافة الى التصرف الموقوف على الملك ، فان اذن المالك لا يكون مشرعاً كما تقدم بيان ذلك فى البحث فى رواية السلطنة .

والحاصل ان اى تصرف فى مال الغير يكون عدم جوازه وضماً او تكليفاً لاجل عدم طيب نفس مالكة وعدم اذنه فيجوز ذلك التصرف باذن المالك ورضاه ، واما كل تصرف كان عدم جوازه لاجل عدم كون المتصرف مالكاً فاذن المالك اورضاه لا يوجب جوازه ، لبقاء عدم الجواز ببقاء عدم موضوعه وهو عدم الملك ، مثلاً بيع مال الغير لنفسه بان يخرج المبيع عن ملك المبيع ويدخل الثمن فى ملك المباح له غير جائز بل غير ممكن عقلاً حيث ان البيع هو التملك بالعوض ، ومقتضى المعاوضة ان يدخل الثمن فى ملك من يخرج المبيع عن ملكه ، و الاكان فى البين تملكه مجانين ، واذا كانه اذ كر غير جائز فكيف يصح باذن المالك فيه ، بل اللازم فى دخول الثمن فى المباح له هو ثبوت احد الامرين ، الاول - ان يكون اباحة كل تصرف فى معنى توكيل المباح له فى تملك الثمن بعد البيع ، او كان بمعنى توكيله فى تملك المال عنه ، حتى يكون البيع للمباح له ، او كان اباحة التصرف بالاضافة الى الموقوف على الملك تملكه للمال اياه ، وشروع المباح له فى ذلك التصرف قبـولاً فعلياً للتمليك .

اقول لم يظهر وجه كون الشروع في ذلك التصرف قبولا للتمليك ، ولم يكن أخذه قبولا له ، الا ان يقال وجهه ان الصادر من المبيع في الفرض امران احدهما الاذن للمخاطب في التصرف في ماله .

وثانيهما تمليكه اياه ، والتمليك كما ذكرنا سابقا لا اطلاق فيه بل على تقدير القبول ولو فيما بعد ، وعلى ذلك فلا يكون في مجرد اخذ المال دلالة على قبول الملك ، لا مكان اخذه للتصرف فيه بما لا يتوقف على الملك ، وانما تكون الدلالة عليه بشروعه في التصرف الموقوف على الملك ولا يبعد تحقق التوكيل او التمليك الضمني في قول مالك العبد للآخر ، اعتق عبدى عنك بناءً على ارادة كون المخاطب معتقاً بالاصالة لا كونه معتقاً بالنيابة ، فانه يكون في الاول وكيلا في تملك العبد المزبور ابتداءً كما يمكن ان يكون تمليكا للعبد من المخاطب ضمناً و شروع المخاطب بالعتق قبولا لهذا التمليك ، واذا كان المراد وكالة المخاطب في عتق العبد فقط و ان يجعل المخاطب نفسه معتقاً عنه ، نظير وكالة الشخص في اداء دين نفسه بمال الموكل فلا يكون في البين تمليك وتملك ، وكون الشخص معتقاً عنه غير موقوف على كونه مالكاً بخلاف كونه معتقاً بالاصالة بالكسر .

ومما ذكرنا يظهر الحال في قول من عليه الكفارة لمالك العبد اعتق عبدك عنى وانه يكون توكيلا في تمليك العبد من المستدعى اولا وتوكيلا في العتق بعد ذلك بناءً على كون المستدعى معتقاً بالكسر لا ارادة جعله معتقاً عنه فقط ، كما يمكن كونه تمليكا للعبد اولا وعتق المخاطب عنه تمليكا ضمناً على ما تقدم ، وعلى الجملة فليست الاباحة في هذه الصورة متضمنة للتوكيل والتمليك ليجوز للمباح له التصرف الموقوف على الملك .

ولكن ذكر الايرواني (ره) عدم الفرق بين قوله اعتق عبدى عنك وبين قوله

ابحت لك وقف مالى اوبيعه لنفسك ، فانه كما ان قوله اعتق عبدى عنك توكيل فى تملك عبده ، كذلك قوله ابحت لك وقف مالى عنك توكيل فى تملك المال ، وبما انه لافرق ايضاً بين التصريح باباحة تصرف يتوقف جوازه على الملك ، و بين اباحة جميع التصرفات التى يدخل فيها ذلك التصرف كقوله ابحت لك مالى فيكون قوله ابحت لك مالى متضمناً للتوكيل فى التملك كتضمن قوله اعتق عبدى عنك .

ولكن لا يخفى ما فيه ، فان المطلوب فى قوله اعتق عبدى عنك صدور العتق الصحيح عن المخاطب بالاصالة ، وهذا الصحيح موقوف على تملك العبد اولاً ، ثم عتقه ثانياً ، فالتوكيل فى التملك حاصل ومقصود ولو اجمالاً والمراد بالاجمال انه لو التفت الطالب الى توقف العتق الصحيح على تملك المخاطب لاذن فيه ، ونظيره ابحت لك وقف مالى عنك اوبيعه لك اونحو ذلك بخلاف ما اذا قال ابحت لك مالى حيث لا يمكن استفادة التوكيل فى التملك ، بل يقتصر فى الجواز بالتصرفات التى لا تتوقف على الملك ، حيث لا ظهور للكلام المزبور فى الاذن فيه بل فى خصوص التصرفات غير الموقوفة عليه ، واستفادته من اطلاق الاباحة دورى حيث يتوقف الاطلاق على التوكيل ، و ثبوت التوكيل موقوف على اطلاق الاباحة ، نعم لو صرح بالعموم لكان مثل قوله اعتق عبدى .

والحاصل انما يعتبر اذن المالك ورضاه بالاضافة الى التصرف غير الموقوف على الملك ، ولا قيمة له فى التصرف الموقوف على الملك ، وعلى ذلك فظاهر قوله ابحت لك كل التصرف فى مالى اباحة ما يعتبر فى جوازه اذنه وهى التصرفات غير الموقوفة على الملك ، غاية الامر من تلك التصرفات تمليك المال لنفسه عن مالكه واذا كان العموم شئ قوله ابحت لك كل التصرف فى مالى ثابتاً حتى بالاضافة الى

فيكون هذا بيعاً ضمناً لا يحتاج الى الشروط (١)

ان يدل دليل شرعى على حصول الملكية للمباح له بمجرد

الاباحة (٢)

التصرف الاعتبارى يكون التوكيل فى التمليك المزبور مدلولاً تضمينياً لعموم الاباحة لمدلول التزامها كما فى ظاهر كلام الايروانى .

(١) كان وجه عدم اعتبار شروط البيع فى الضمنى هو ان تلك الشروط معتبرة بين ايجاب البيع وقبوله ، فلا يعتبر الا فى عقده ، لافى البيع الضمنى وهكذا بالاضافة الى غيرها من الشروط .

(٢) بان يكون مدلول ذلك الدليل كون المال ملكاً للمباح له بمجرد الاباحة اى ولو من غير قصد المبيع التمليك ، وعلى ذلك فيفح البيع من المباح له على ما هو ملكه ، او يكون مدلول ذلك الدليل انه يكون الثمن بعد البيع للمباح له ، وحيث ان مقتضى البيع دخول العوض فى ملك من يخرج عنه المعوض والمفروض على تقدير الثانى خروج المعوض عن ملك المبيع فيلتزم بدخول الثمن فى ملك المبيع انما بعد الشراء قضاءً لحكم الشراء ثم انتقاله الى المباح له ، نظير انتقال العمودين الى المشتري انما بعد الشراء ، ثم الانعتاق ، ونظير ملك الميت الدية ، فانه لا يكون ملك دية القتل الا بحصول الموت ، وحيث ان الدليل قام على ان الدية برثها من يرث المال فلا بد من فرض دخولها فى ملك الميت ، لينتقل الى السوارث ارثاً .

والحاصل ان الملك التقديرى لا بد من كونه مدلول دليل او مقتضى الجمع بين الادله ، والمفروض عدم قيام دليل عليه فى المقام ، كما انه ليس مقتضى الجمع بين الادلة لان ما دل على توقف البيع او العتق على الملك كقوله لا يبيع الا فى ملك او لاعتق

الا فى ملك حاكم على قوله الناس مسلطون على اموالهم فان المالك المبيع مسلط على التصرف المشروع فى ماله .

وقوله لاعتق اولابيع الا فى ملك يثبت عدم مشروعية البيع او العتق من غير ملك فلا يفيد فيهما اذن المالك .

ثم انما ذكره (ره) من ان الملك الحاصل للمشتري فى شراء احد عموديه ملك تقديرى ، و فى بيع الواهب العين الموهوبة او ذى الخبر المبيع من آخر حقيقى ، صحيح ، فانه لو ظهر فساد بيعهما يكون المال باقياً فى ملك الواهب او ذى الخيار ، لان ذلك مقتضى انفساخ الهبة او البيع الاول مع فرض بطلان الثانى ، و اما لو اراد المشتري او وكيله فى شراء احد عموديه ان يتصرف فى العبد فى الان المقارن لتمام الشراء لم يصح ، بل لا يقبل ذلك الملك الا انعقاد المبيع ولو كان ملك المشتري فى ذلك الان حقيقياً لكان التصرف المزبور نافذا .

والشاهد على ان مع اباحة التصرفات للاخر لا يكون بيع ذلك الاخر المال موجبا لدخوله فى ملك المباح له قبل البيع كما كان موجبا لدخوله فى ملك الواهب او ذى الخيار ان بيع الواهب او ذى الخيار يكشف عن فسخ الهبة او البيع الاول وفسخهما يوجب عود ملك العين اليهما ثانياً ، بخلاف مسألة بيع المباح له مال الغير ، فانه ليس فيه سبب لدخول المال المزبور فى ملكه قبل البيع ، ولو آناً ما .

والحق المصنف (ره) ملك الميت الدية بملك احد العمودين فى كونه فى كل منها تقديرياً ولكن لقائل ان يقول ان الملك فى الدية حقيقى يترتب عليها ما يترتب على ساير اموال الميت من اخراج ديون منها ونفوذ وصيته فى ثلثها و انتقالها الى الوارث كانتقال ساير امواله اليهم ، واما ملك الميت دية الجناية عليه

بعد موته فلم يرد رواية معتبرة في تعيين دينه اودية الجناية على اعضائه ومستحقيها .  
 نعم ورد في بعض الروايات ان دينه بمقدار دية الجنين ، ودية اعضائه ،  
 بحسابها وان الدية يملكها الميت بعدموته فتصرف في وجوه البروفى بعض الروايات  
 ان دية الجناية عليه للامام عليه السلام قال في الشرايع في قطع رأس الميت المسلم  
 الحر مائة دينار وفي قطع اعضائه بحساب دينه وكذا في شجاجة وجراحه ولا يرث  
 منها شيئاً ، بل تصرف في وجوه القرب عملاً بالرواية .  
 وقال علم الهدى يكون لبنت المال انتهى .

ولكن الا ظهر ان يقال ان دية الجناية عليه دية الجنين ودية اعضائه وشجاجة  
 بحسابها ، لان صحيحة عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام (١) دالة على ثبوت  
 الدية في قطع رأس الميت ، وبما ان مقدار دية الجنين ودية الاعضاء بحسابهما متين  
 فيكتفى بها ، ويؤيد ذلك ما اشرنا اليه من بعض الروايات وتكون هذه الدية من  
 تركة الميت فيرثها الورثة كما هو مقتضى اطلاق صحيحته الاخرى .

قال ابو عبدالله عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام ان الدية يرثها الورثة  
 الحديث (٢) فان مقتضاها عدم الفرق بين كونها ثابتة بالقتل او بالجناية عليه  
 بعد موته وعلى ذلك فيجرى على هذه الدية ما يجرى على ساير تركة الميت وامواله  
 ومادل على صرف دية الجناية على الميت في وجوه القرب وهي رواية حسين بن  
 خالد (٣) كما ذكرنا ضعيفة سنداً وان عبر عنها في المسالك بحسنة حسين بن خالد ،  
 وهذامنه (ره) اشتباه حيث ان سليمان بن خالد ممدوح ، لالحسين ، والحسين لا  
 موثق ولا ممدوح فراجع .

(١) وسائل باب (٣٤) من ابواب دية الاعضاء .

(٢) وسائل باب (١٠) من ابواب موانع الارث .

(٣) وسائل باب (٢٤) من ابواب دية الاعضاء

ولكن الذى يظهر من جماعة (١) .  
واما الكلام فى صحة الاباحة بالعوض (٢)

(١) كان مراده ان الذى يظهر من جماعة يخالف ما تقدم من أن مع الاذن للغير فى جميع التصرف ، لايجوز للغير بيع المال لنفسه ، و وجه المخالفة ان دفع الثمن الغاصب مع العلم بانه غاصب بمنزلة تسليطه و الاذن له فى التصرف فى ذلك الثمن مع انهم ذكروا انه لو اشترى الغاصب بذلك الثمن أمة يجوز له وطئها و ظاهر ذلك ، جواز البيع لنفسه مع ذلك الاذن .

ولكن لا يخفى ان الالتزام بهذا الحكم على تقديره أجنبي عن المقام أى جواز البيع وصحته بمجرد اذن المالك و اباحته جميع التصرفات التى يكون منها بيع ماله ، وذلك فان مع علم المشتري بان بايع المال غاصب يبيع مال الغير عدوانا يكون دفع الثمن اليه تسليطاً وتمليكاً مجانياً ، فيكون المسمى بالثمن ملكاً للغاصب هبة لايبياً ، و يترتب على ذلك تملك الغاصب العين اشتراها بالثمن المزبور ، و المفروض فى المقام قصد الاباحة دون التملك .

ولعله (ره) اشار الى ذلك فى آخر كلامه بامرته بالتأمل .

(١) الظاهر ان الاباحة اى اذن المالك للغير فى التصرف فى ماله بعوض عبارة عن المبادلة بين امرين احدهما اذن المالك للآخر فى التصرف فى ماله و ثانيهما مال ذلك الاخر فيكون بهذه المعاوضة ، الاذن مملوكاً للطرف فى مقابل ملك ماله للمبيح ، وهذه المعاملة لا باس بها ، و يعمها قوله سبحانه او فوا بالعقود ، فيحكم بلزومها ولورجع المبيح عن اذنه فلا يكون رجوعه نافذاً فان رجوعه نظير رجوع الموكل عن شرط الوكالة فى العقد اللازم غير صحيح ، وانما يكون الاذن او التوكيل جازياً فيما اذا كان ابتدائياً لاشترطاً اور كناً فى عقد لازم ، اذ مقتضى لزوم ذلك العقد لزوم ركنه او الشرط المذكور فيه .

نعم لو تصرف المبيع في الفرض في ماله تصرفاً مخرجاً له عن ملكه يحكم بنفوذه ، لان المفروض انه مالك للمال المزبور ، فيعمه قوله سبحانه الا ان تكون تجارة عن تراض ، وكذا قوله الناس مسلطون على اموالهم ، ولكن يثبت للمباح له خيار الفسخ باعتبار ان جعل الاذن في التصرف عوضاً متضمناً لاشتراط ابقاء المال وعدم نقله الى شخص آخر ، واما التمسك في اثبات مشروعية الاباحة بالعوض بعموم المؤمنون عند شروطهم او الناس مسلطون على اموالهم كما عن المصنف (ره) فغير صحيح ، فان الاول لا يعم الالتزامات الابتدائية التي تكون منها نفس المعاملة كما مرت اليه الاشارة ، ويأتى تفصيله في باب الشروط انشاء الله تعالى .

واما الثاني فان الكلام في المقام في مشروعية هذه المعاملة بان يكون الاذن في التصرف ركناً والمال الاخر ركناً آخر لافى ولاية المالك على هذه المعاملة المشروعة في نفسها كما لا يخفى .

وايضاً ما ذكره (ره) من احتمال كون هذه المعاملة صلحاً غير صحيح ، لما تقدم من الصلح ليس التراضي الواقعي الموجود في جميع المعاملات والا كان كل المعاملات صلحاً ، بل الصلح ما يكون المنشأ فيها هو التراضي والتسالم سواء كان متعلقاً بالمال او غيره وليس المنشأ في المقام هو عنوان التراضي بل المعاوضة بين الاباحة والمال .

ومما ذكرنا يظهر الحال في قول احد الشريكين للاخر لك ما عندك ولى ما عندي وانهما اذا ارادا انشاء التراضي على المبادلة بين ماليهما يكون ذلك صلحاً والافلا .

وكذا ما ورد في معاملة الزوجين على المهر كصحيحة الفضيل قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بالف درهم فاعطاها عبداله آبقاً وبردأ



## لاصالة التسلط (١)

إذا أمره بعمل على عوض معين فعمله استحق الاجرة (٢)

حبرة بالف درهم التي اصدقها قال اذا رضيت بالعبد وكانت عرفته فلا باس اذا هي قبضت الثوب ورضيت بالعبد قلت فان طلقها قبل ان يدخل بها قال لامهر لها وترد عليه خمسمائة درهم ويكون العبد لها (١)  
ومما ذكرنا يظهر الحال في الاباحة بالاباحة و انها مبادلة بين الاذنين فيعمها قوله سبحانه اوفوا بالعقود .

(١) هذا تعليل لجواز المعاملة بدعوى ان اصالة بقاء سلطنة كل من المالكين على ماله ، مقتضاها جوازها . وفيه ان بقاء سلطنتهما على مالهما لا ينافي لزوم المعاملة اى لزوم المبادلة بين الاذنين ، بل مقتضى بقاء السلطنة نفوذ تصرف كل منهما في ماله لافى المعاملة المزبورة .

نعم لو تصرف احدهما في ماله تصرفاً لا يبقى معه مجال لتصرف المباح له ، يثبت له خيار الفسخ ، باعتبار تخلف شرط بقاء العين كما مر .

(٢) اقول لم يظهر من هذا الكلام كون المراد من الاجرة الاجرة المسماة ليكون استحقاقها دليلاً على جريان المعاطة عندهم في الاجارة ، و الا كان الانسب ان يقال ( فعمله استحق العوض ) كما لا يخفى .

ولو كان المراد اجرة المثل فلا يكون في الكلام المزبور دلالة على جريان المعاطة في الاجارة اصلاً فانه يجوز للعامل العمل ولو بالتصرف في مال المستأجر مع بطلان الاجارة ، لان اذن المالك المستفاد من الاجارة الفاسدة كاف في جواز تصرف الاجير .

## واما مسألة الهبة (١) .

لا يقال كيف جاز للاجير مع فساد الاجارة التصرف فى مال الغير مع انهم ذكروا ان الماخوذ بالعقد الفاسد كالمغصوب فى عدم جواز التصرف فيه .

فانه يقال ذلك فيهما اذا كان التصرف فى المأخوذ بالعقد الفاسد بعنوان انه ملكه ، وبما ان الملك غير حاصل لفساد العقد فلا يجوز التصرف ، واما فيما اذا كان التصرف فيه بعنوان انه مال الغير وقد اذن فيه كما فى اخذ الاجير ثوب الاخر لصبغه مثلا فلا باس بأخذه وصبغه حتى مع فساد الاجارة ، لتحقق الاذن اللازم فى الاخذ والتصرف ولو مع فسادها ، غاية الامر لفساد المعاملة يستحق اجرة المثل على عمله لا الاجرة المسماة . .

(١) وحاصله انه اذا قيل فى المعاطاة بالاباحة لالملك ، يكون حكمهم بجواز اتلاف العين الموهوبة دليلا على جريان المعاطاة فى الهبة ايضاً باعتبار ان الهبة المعاطاتية موجبة لاباحة التصرف كالمعاطاة الجارية فى البيع ، واما اذا قيل فى المعاطاة بالملك غير اللازم فلا تكون اباحة التصرف دليلا على جريانها فى الهبة ، فان جريانها فى الهبة عند هذا المحقق يكون بالالتزام بحصول الملك مع انهم لا يلتزمون به لتصريح الشيخ والحلى والعلامة بان اعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الاباحة لالملك ، ولا يمكن حمل نفي الملك ، على نفي الملك اللازم لان الهبة اللفظية لانتفيذ الملك اللازم ليكون مرادهم نفيه فى الهبة المعاطاتية .

اقول الصحيح الالتزام بجريان المعاطات فى ساير المعاملات عقوداً او ايقاعاً اخذاً باطلاق صحتها ونفوذها ، نعم لاتجرى فى عقد او ايقاع قام الدليل على اعتبار اللفظ فى انشائه ، كما فى النكاح والطلاق ، حيث ان مطلق اللفظ غير كاف فى انشائهما فضلا عن الانشاء بمجرد الفعل .

وايضاً فان قلنا بعدم اللزوم فى المعاطاة ، فلا تجرى فى المعاملة التى تكون

## اعلم ان الاصل على القول بالملك اللزوم (٢) .

اللزوم مقتضى حقيقتها او من لوازمها شرعاً ، الاول - كما في الرهن فان لزومه من قبل الراهن مقتضى حقيقته حيث مع جوازه من طرفه لا يتحقق عنوان الوثيقة على الدين ، والثاني - كما في الوقف فان المال الموقوف محكوم بانه لا يباع ولا يوهب ولو جرى المعاطاة فيه لجاز بيعه وهبته ، هذا .

ولكن قد مر عدم تمام دليل على جوازها في البيع فضلا عن غيره ، ومقتضى اطلاق دليل لزوم المعاملات عدم الفرق بين انشائها بالقول او الفعل ، وعليه فلا باس بالوقف او الرهن معاطاة .

(٢) وحاصله انه بناءً على حصول الملك بالمعاطاة يكون لزومها مقتضى الوجوه الثمانية المتقدمة ، وتلك الوجوه كما تلى الاول - استصحاب بقاء الملك . الثاني - قوله عليه السلام الناس مسلطون على اموالهم . الثالث - قوله عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه . الرابع الحصر المستفاد من قوله سبحانه لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض الخامس - الجملة المستثنى منها يعنى قوله عز من قائل لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل السادس - قوله عليه السلام البيعان بالخيار مالم يفترقا فاذا افترقا وجب البيع . السابع - قوله سبحانه اوفوا بالعقود . الثامن - قوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم .

واما بناءً على الاباحة في مورد قصد الملك ، فمقتضى قاعدة سلطنة الملك على ماله واصالة بقاء هذه السلطنة حتى بعد حصول اباحة التصرف للاخر ، هو الجواز وهذا الاصل حاكم على استصحاب بقاء الاباحة الثابتة قبل رجوع المالك .

اقول ان اريد من الاباحة الاباحة المالكية فقاعدة سلطنة المالك او استصحابها وان تكون حاكمة عليها حيث ان معنى سلطنته عليها نفوذ رجوعه وعدم رضاه بتصرف الاخرين في ماله ، الا ان الاباحة المالكية خارجة عن مفاد المعاطاة كما تقدم .

وان اريد بها الاباحة الحكمية التى قيل بها باعتبار استمرار سيرة المشرعة على التصرف فى المأخوذ بها . فلا ينبغى الريب فى انه ، لامجال لاستصحاب هذه الاباحة ، لالكونه محكوماً بالدليل على سلطنة المالك او باستصحابها ، بل لان مقتضى عموم الامر بالوفاء بالعقد وحلية البيع والتجارة ، حصول الملك و لزوم المعاطاة من اول الامر ، غاية الامر بناءً على الاباحة يرفع اليد عن مقتضاها بالالتزام بعدم حصول الملك بها من اول الامر نظير عدم ثبوت الملك فى بيع الصرف بمجرد البيع .

ويكتفى فى هذا الرفع وفى الالتزام بالاباحة قبل حصول الملك ، بالمتيقن ، أخذاً فى غيره بالعموم او الاطلاق كما ذكرنا ذلك فى البحث عن دوران الامر بين استصحاب حكم المخصص او الاخذ بعموم العام ، فتكون النتيجة ان مقتضى الاصل يعنى الوجوه المتقدمة ، لزوم المعاطاة فى مورد الشك ، و كون الحاصل بها الملك اللازم ، قلنا بالملك من اول الامر او بالاباحة ، غاية الامر لا يجرى بعض تلك الوجوه كاستصحاب الملك على القول بالاباحة ، ولو اغمض عن ذلك وبنى على ما ذكره المصنف (ره) فى مسألة دوران الامر بين استصحاب حكم الخاص او الاخذ بعموم العام ، من انه لا يجوز الاخذ بالعموم مع عدم كونه استغراقياً من حيث الزمان ، لما كان مجال للاخذ بقاعدة سلطنة المالك ، او استصحابها ، بل اللازم استصحاب الاباحة .

والوجه فى عدم المجال ، ان الاباحة الحكمية على تقدير كونها منافية لقاعدة السلطنة فقد وقع التخصيص والتقييد فى عموم سلطنة المالك بحصول المعاطاة ، فاللازم استصحاب هذه الاباحة ، بل بناءً على الملك ، فلا يمكن ايضا الاخذ بالوجوه

الثمانية المتقدمة فان هذه الوجوه تنفع فيما اذا شك في كون المعاطاة لازمة من الاول اوجايزة ، واما اذا ثبت جوازها ، ثم احتمل طر والملمزم كما في المقام ، فاللازم على مسلكه ره استصحاب الجواز ، ولا يعارضه استصحاب بقاء الملك الذي هو الوجه الاول من الوجوه الثمانية ، لحكومة استصحاب جواز المعاملة عليه ، كما لا يخفى .

نعم يمكن على مسلكه (ره) التمسك ببعض الوجوه المتقدمة ، كعموم لا يحل مال امرء مسلم الحديث ، وقوله تعالى لا تاكلوا اموالكم الاية حيث ان الفسخ بعد تلف احدى العينين مثلا اكل و تملك لمال الغير ، فلا يحل ، ولا يصح .

نعم ذكر السيد الخوئي (طال بقاءه) ان الثابت بالاجماع في المقام جواز فسخ المعاطاة بفعل خاص وذلك الفعل تراد العينين ، نظير الفسخ المعتبر في بيع الخيار فانه كما ان الجايز في ذلك البيع هو الفسخ برد الثمن ، كذلك المعتبر في المقام هو الفسخ بتراد العينين ، وبعد تلفهما او تلف احدهما لا يبقى لثبوت الجواز موضوع حتى يستصحب .

وفيه ان المعتبر في المعاطاة هو الفسخ مطلقا لا الفسخ بنحو خاص ، الا ترى انه اذا فسخ احد المتعاطيين المعاطاة قولا مع بقاء العينين ولم يسلم صاحبه المال اليه بعد الفسخ عصياناً فانه لا ينبغي الريب في انفساخ المعاطاة ، وهذا شاهد قطعي على أن المعتبر هو نفس فسخ المعاطاة ، غاية الامر المتيقن من الاجماع جواز الفسخ حال امكان تراد العينين ، واذا شك في ثبوته في حالة اخرى كتلف احدى العينين فيستصحب جواز الفسخ ، كما في ساير موارد الاستصحاب .

والحاصل ان استصحاب الجواز في المقام لاسباس به .

مندفع بما سيجيء (١) ولم يثبت جواز المعاملة على نحو جواز  
البيع الخيارى (٢) .

واما بناء على الاباحة فقد استوجه بعض مشايخنا (٣)

(١) فى فرض تلف احد المالين و فسخ مالك المال الاخر .

(٢) اقول قد مر سابقاً ان جواز الرجوع فى الهبة وجواز ترداد العينين فى المعاطاة  
بعينه فسخ عقد الهبة او المعاطاة ، وانه لا فرق بين جواز الفسخ فيهما وجواز الفسخ  
فى موارد الخيارات ، غاية الامر جواز الفسخ فيهما حكماً لا يسقط بالاسقاط ، و  
جواز الفسخ فى موارد الخيارات باعتبار كونه حقاً قابل للاسقاط .

وبعبارة اخرى ان كان الرجوع فى الهبة بمعنى استرداد العين الموهوبة مع  
ابقاء الهبة على حالها بحيث يكون تصرف الواجب فى تلك العين بعد ذلك تصرفاً  
فى مال المتهب ، فهذا لا يلتزم به احد ، وان كان مع ازالة الهبة بان يكون استردادها  
بقصد الغاء الهبة فهذا عين الفسخ ، وعلى ذلك فلو كان الموجود فى المعاطاة الملك  
غير اللازم ، فمعناه جواز فسخ المعاطاة ، فاستصحاب هذا الجواز بعد تلف احد  
العينين او كليهما كاستصحاب الخيار بعد طر وما يحتمل معه زواله ، وهذا يعنى استصحاب  
جواز الفسخ مبنى على مسلكه ، فانه عليه لا يكون فى المقام مجال للمسك بعمومات  
لزوم الملك ومطلقاته لورود التخصيص او التقييد عليها ، ولم يبق فى البين من مقتضى  
اللزوم الا استصحاب بقاء الملك ، ومن الظاهر ان استصحاب بقاء جواز الفسخ  
حاكم عليه .

(٣) وحاصله ان استصحاب بقاء سلطنة المالك على العين الموجودة مقتضاه  
عدم لزوم الملك ، بل عدم حدوثه ، وفيه ان هذا الاستصحاب معارض باصالة عدم  
اشتغال ذمة مالك العين الباقية بمثل التالف او قيمته .

لا يقال يمكن اثبات اشتغال ذمته بقاعدة اليد فتكون نتيجة الجمع بين حديث على اليد واصالة بقاء سلطنته على العين الباقية عدم لزوم الاباحة ، وعدم حدوث الملك . فانه يقال مقتضى قاعدة اليد ضمان مال الغير مطلقاً لامعلقاً على مشية الضامن واختياره فسخ المعاملة التي قد جرت بين العين التالفة وبين الباقية كما هو المطلوب في المقام .

ثم اجاب (ره) عن معارضة استصحاب بقاء السلطنة مع اصالة براءة ذمته مالك العين الباقية بوجوه ثلاثة .

الاول - ان استصحاب براءة ذمته محكوم باستصحاب بقاء السلطنة .

الثاني - اصالة برائتها غير جارية في نفسها للعلم الاجمالي بضمانه التالف اما ببذله الواقعي ، يعنى المثل او القيمة او ببذله الجعلى ، يعنى العين الباقية ولا يجرى الاصل في اطراف العلم الاجمالي .

الثالث - ان ثبوت الضمان بالمثل او القيمة مقتضى سلطنة الناس على اموالهم فان مقتضاه سلطنة المالك على ماله الموجود ، بأخذه ، وعلى ماله التالف في يد الغير ، بأخذ بذله ، واستصحاب هذه السلطنة يكون حاكماً على اصالة براءة ذمته من تلف مال الغير في يده .

اقول : لا يمكن المساعدة على هذا الوجه اى الثالث فان سلطنة المالك على ماله عبارة عن ولايته على التصرف فيه ونفوذ ذلك التصرف وعدم ضمان الاخر بماله لا يكون منافياً لسلطنته .

الاترى ان الودعى مثلاً لا يضمن الوديعة ، ولا يكون عدم ضمانه تخصيصاً فى دليل سلطنة المالك ، والالزم القول بالضمان ولو مع فرض تلف المالىن حتى على

## ولو كان احد العوضين ديناً في ذمة (١)

الاباحة اخذاً بدليل السلطنة في حق كل واحد من المتعاطيين بالاضافة الى ماله التالف في يد صاحبه وكذا لا يمكن المساعدة على الوجه الاول ، وذلك فان الاستصحاب في سلطنة المالك على العين الموجودة ، عبارة أخرى عن استصحاب عدم كون تلك العين عوضاً ، عن التالف و انه لم يدخل في ملك الطرف الاخر ، فالمعارضة بينه وبين استصحاب عدم اشتغال ذمته للطرف الاخر بمثل التالف اوقيمته بحالها .

وان شئت قلت لايجرى اصالة بقاء السلطنة في حق من كان مالكا للعين الموجودة لعلمه اجمالا بكونه مكلفا اما بدفع تلك العين الى صاحبه ، وعدم جواز امساكها عليه ، واما بدفع البديل الواقعي للتالف الى ذلك الطرف ، واصالة بقاء سلطنته على العين وعدم وجوب دفعها او عدم حرمة امساكها ، لا يكون حاكماً على اصالة براءة ذمته عن البديل الواقعي ، فان المعيار في الحكومة ان يكون احد المجريين موضوعاً والاخر حكماً له ، وبقاء ملكه وسلطانه على العين الموجودة ، ليس موضوعاً لاشتغال ذمته بالبديل الواقعي للمال التالف .

(١) والصحيح ان يقال انه اذا كان احد المالين ديناً بذمة احد المتعاطيين يحكم من الاول بالملك اللازم مطلقاً ، ولو على القول بالاباحة ، وهذا على القول بالملك ظاهر ، لاصالة اللزوم بعد عدم احراز ماتقدم في وجه جواز الملك ، وهو الاجماع في مثل المقام مما يكون نتيجة التمليك بعوض فيه ، سقوط ما على العهدة ، ولسناندعى ان الساقط عن العهدة لا يمكن عوده اليها كما قيل لان عود ما على الذمة اليها في بعض الموارد شاهد قطعي لامكانه .

كما اذا باع المديون لآخر بعشرة دنانير متاعه منه بالف على شرط ابراء ذمته من العشر وخياطة ثوبه المعين فأخذ المشتري المتاع وسلم الالف و ابرئه عن العشرو



## ولو نقل العينان او احدهما (١)

لكن امتنع عن خياطة الثوب فانه لا ينبغي الربب في أن للبايع خيار تخلف الشرط  
وإذا فسخ يعود العشر الى ذمته ، وهذا عود بعد السقوط .

والحاصل انه لا يمكن قياس عود المال الى الذمة بعود الشيء الخارجى بعد  
صيرورته معدوماً ويقال بأن الشيء لو كان عوده بشخصه الاول لزم تخلف العدم في  
الوجود الواحد ، ولو كان بشخص آخر يكون غيره لا الاول .

والوجه في الفرق ان ثبوت المال على الذمة اعتبارى يتعلق بالطبيعى ويمكن  
اعتباره ثانياً بنحو لا يكون بينه وبين الطبيعى الاول ميزاصلا .

واما على القول بالاباحة فان الاباحة تثبت في المعاطاة بالاجماع و السيرة و  
من الظاهر ان الاباحة في مقابل الملك لا معنى لها فى المقام فيكون الاجماع و  
السيرة فى ساير الموارد ويثبت الملك فى المورد من الاول كما هو مقتضى حل البيع  
ووجوب الوفاء بالعقد .

(١) يعنى ان انتقال كلا المالىن او احدهما بعقد لازم من طرف الناقل موجب  
للزوم المعاطاة وهذا على تقدير بقاء العقد اللازم ظاهر باعتبار عدم امكان التراد  
على القول بالملك وانتهاء الاباحة وصيرورة المال ملكاً للمتصرف عند العقد اللازم  
على مسلك الاباحة .

نعم لو عاد المال الى الناقل بفسخ العقد اللازم بالاقالة او بالفسخ من الطرف  
الآخر للخيار الثابت له فيمكن الالتزام بجواز التراد اخذاً باستصحابه .

لا يقال لامجال لاستصحابه للقطع بانتفاء جواز التراد قبل فسخ العقد اللازم، والجواز  
على تقديره فعلا حكم آخر لم يعلم حدوثه ، فانه يقال المستصحب جواز التراد  
وضماً أى نفوذ التراد و صحته وعدم امكان التراد قبل فسخ العقد اللازم لا يوجب  
ارتفاع هذا الجواز .

## ولو كان الناقل عقداً جازياً (١)

ثم انه (ره) ناقش في هذا الاستصحاب بانه لا بد من الاقتصار على المتيقن في جواز التراد والرجوع في غيره باصالة اللزوم ، لعدم احراز موضوع جواز التراد ليستصحب وذكرانه لا يجوز التراد بعد فسخ العقد اللازم حتى على القول بالاباحة وذلك فان العقد اللازم بحدوثه كاشف عن دخول المال في ملك المباح له و بعد فسخه يرجع المال الى ملكه ، لا الى ملك المبيح ، و مقتضى دليل السلطنة نفوذ تصرفات المباح له لا المبيح وليس في هذا الفرض حالة سابقة لجواز التراد ليستصحب بل الثابت سابقاً هي الاباحة المنقطعة عند حدوث العقد اللازم .

نعم يتصور جواز التراد على الاباحة بالالتزام بأحد امرين .

احدهما القول بأن العقد اللازم الحادث بحدوثه وبقائه كاشف عن حصول الملك للمباح له وبارتفاع العقد اللازم يرجع المال الى ما كان عليه قبل العقد اللازم فيكون ملكاً للمبيح و مباحاً للمباح له .

والامر الثاني ان يقال العقد اللازم لا يتوقف على حصول الملك للمتصرف لجواز كون الثمن في العقد اللازم ملكاً للمتصرف مع خروج المثلث عن ملك المبيح ولكن قدم عدم امكان ذلك وانه خلاف مقتضى المعاوضة كما لا يمكن الامر الاول ايضاً فان العقد اللازم لا يبطل بالفسخ من اصله حتى لا يكون كاشفاً عن حصول الملك للمباح له بل الانفساخ يقع من حين الفسخ وصحته الى زمان الفسخ لا تكون الامع حصول الملك للمباح له قبل العقد وعلى ذلك فبفسخ العقد فيما بعد يرجع ملك المال اليه لالى المبيح .

(١) يعنى لو انتقل احد المالين بنقل جازي تكون المعاوضة لازمة و لا يجوز للمالك الفعلي للعين الموجودة الزام المتصرف بفسخ النقل الجازي و الوجهه في

## ولو باع العين ثالث فضولا فاجاز المالك الاول (١)

ذلك ان التراد غير متحقق أى غير ممكن ممن يملك العين الباقية فانه عبارة عن رد المال على مالكة الاصلى واسترجاع ما كان ملكاً له منه والمفروض ان المسال بعد النقل الجائز غير باق فى ملك صاحبه حتى يسترجع منه نعم لصاحبه فسخ النقل الجائز وبفسخه يتمكن مالك العين الباقية على التراد ولكن تمكينه من ذلك غير واجب على صاحبه .

هذا بناء على الملك فى المعاطاة واما بناء على الاباحة فالنقل الجائز ملزم لها من الجانبين لان النقل الجائز كاشف عن انتهاء ملك المبيع وحصوله للمباح له قبل تصرفه فى المال بالنقل الجائز .

نعم لو كان النقل الجائز من الهبة مجاناً بان لا تكون معاوضة فيمكن القول بان تصرف المباح له لا يوجب حصول الملك له بل تصرفه اى الهبة تقع عن المبيع فهو الواهب حقيقة فيثبت فى حقه جواز الرجوع فى الهبة وجواز التراد فى المعاطاة على تقدير بقاء المال الاخر فى يده اورجوعه الى يده من غير صيرورته ملكاً له فى زمان فانه لو صار ملكاً له فى زمان فلازمه انتهاء ملكه و سلطانه على المال الاخر كاتنها ملك صاحبه على المال الذى بيده .

(٢) فان اجازة المالك الاول كبيعه المال مباشرة فى كونها فسخاً للمعاطاة فيكون المقام نظير بيع ذى الخيار ما انتقل عنه فى الالتزام بحصول الملك له آنأما قبل البيع الثانى و لو اجاز المالك الثانى الذى انتقل المال اليه بالمعاطاة تكون اجازته كبيعه مباشرة ملزمة نافذة بلا اشكال ، باعتبار كون المال ملكه .

واما اجازة المباح له ففيها اشكال الالتزام بالملك آنأ ما قبل اجازته فتكون الاجازة على مسلك الاباحة فى جهتي الاشكال و عدمه عكس مسلك الملك المتزلزل .

ولكل منهما رده قبل اجازة الاخر (١)  
ولو امتزجت العينان الخ (٢)

(١) فلا بد من كون رد المالك الاول بناءً على مسلك المملك في المعاطاة بقصد الرجوع فيها وحيثئذ يكون رده نافذاً ومبطلاً للمعاطاة ايضاً فلا يبقى مجال لاجازة الثاني الا بناءً على كون الاجازة كاشفة عن انتقال المال الى المشتري من الفضولي وان رجوع المالك الاول واقعاً كان بعد هذا الانتقال .

ولكن الصحيح فساد هذه الاجازة لان شرط صحة الاجازة ونفوذها كون المميز مالاً للمالك مع قطع النظر عن اجازته وليس هنا كذلك لرجوع المال الى مالكة الاول لولا اجازته .

(٢) على تقدير المملك في المعاطاة يحكم بلزومها بالامتزاج بناءً على عدم جريان الاستصحاب في جواز الترادف، في مقابل اصالة اللزوم في المملك كما تقدم وبناءً على مسلك الاباحة يجري استصحاب بقاء المال على ملك مالكة الاول و بهذا يحرز موضوع الشركة و هو حصول الامتزاج بين مالين من مالكين مع عدم امكان تمييزهما عرفاً .

نعم لو كان الامتزاج موجباً لصديق التلف كما في خلط العسل القليل باللبن ، فيدخل الفرض في تلف المال حتى على مسلك الاباحة .

اقول : الصحيح عدم الفرق بين المسلكين وان الامتزاج مسوجب للزوم المعاطاة ، حتى على القول بالاباحة ، أخذاً باصالة نفوذ البيع ولزومه الا في المقدار المتيقن وهو المال قبل الامتزاج ، كما ان مقتضاها عدم الفرق في ذلك بين الامتزاج والتصرف المغير للصورة .

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا انه لا مجال للمناقشة في لزوم المعاطاة بموت احد

## السابع ان الشهيد الثانى ذكر فى المسالك الخ (١)

المتعاطيين ، فانه لادليل لرفع اليد عن صحة البيع ولزومه الا فى المقدار المتيقن سواء على القول بالملك او الاباحة ، ولكن ظاهر كلام المصنف ره هو التفصيل بين القولين . وانها تلزم على القول بالملك ، حيث ان جواز الرجوع الثابت للمتعاطيين حكمى ، نظير جواز الرجوع فى الهبة ، ولذا لاتلزم المعاطاة من الابتداء باشتراط لزومها .

والحاصل ان الجواز الحقى كالخيار يمكن القول فيه بالارث لانه من الحق الذى يتركه الميت لالجواز الحكمى فانه تابع لثبوت موضوعه فقط ، ولكن المال على القول بالاباحة ينتقل الى الورثة ، فيكون رجوع الورثة فى المعاطاة باعتبار ان المال ملكهم ، فيكون رجوعهم ، نظير رجوع من قدم الطعام الى الغير ، فى كون بقاء الاباحة لهدايرأ مدار بقاء رضاه .

اقول قد تقدم ان الاباحة على القول بها اباحة حكمية ، لا المالكية ، والاباحة الحكمية ، تدور مدار بقاء موضوعها فقط ، وذكرونا ان الثابت منها فى مقابل العموم او الاطلاق المقتضى لحصول الملك اللازم بالمعاطاة ، مقدار اليقين ، وهو ما لم يقع موت احد المتعاطيين كما لا يخفى .

(١) تعرض الشهيد الثانى ره لكون المعاطاة بعد لزومها بيعاً ، او معاوضة مستقلة ، وذكر لكل منهما وجهها ، فوجه كونها بيعا ان ساير المعاوضات محصورة ، وليست المعاطاة منها ، وكون المعاطاة معاوضة مستقلة فى مقابل تلك المعاوضات ، لايساعد عليها دليل ، فيتعين دخولها فى عنوان البيع ، ووجه كونها معاوضة مستقلة ، ان المعاطاة حين حدوثها لم تكن بيعا ، ولا موجب لدخولها فى عنوان البيع بعد ذلك .

وقال ره وتظهر ثمرة ذلك فى ترتب آثار البيع بعد لزومها ، فعلى الوجه

الاول تترتب عليها تلك الاثار ، كخيار الحيوان حيث ان هذا الخيار ، حكم لشراء الحيوان ، ثم على تقدير ثبوت هذا الخيار ، فهل الثلاثة من حين المعاطاة ، او من حين لزومها ، فيه تردد .

ويسرد على الاول ان المعاطاة ليست بيعا حين حدوثها ، فكيف يثبت خيار الحيوان من ذلك الحين ، وعلى ثبوته بعد لزومها بان التصرف او التلف لا يكون بيعا اللهم الا ان يلتزم بحدوث خيار الحيوان ، من حين التلف ، او التصرف باعتبار ان المعاطاة مع التصرف او التلف تكون بيعا تاماً ، فالمعاطاة جزء السبب المملك ، لاتمامه .

وذكره في آخر كلامه ان الاقوى عدم ثبوت خيار الحيوان فى المعاطاة لا من حينها ولا من حين لزومها ، كخيار المجلس ، و نظره (ره) ان ادلة خيارى الحيوان والمجلس ظاهرها ثبوتهما فى بيع ، يكون ذلك البيع مع قطع النظر عن الخيار لازماً والمعاطاة ليست كذلك الا على قول المفيد ومن تبعه ، القائلين بان المعاطاة كالبيع العقدى لازمة من الاول .

نعم يثبت فى المعاطاة خيار العيب و الغبن سواء قلنا بانها عند لزومها بيع او معاوضة مستقلة ، لان الدليل على ثبوتها قاعدة نفى الضرر الجارية فيها سواء قيل بانها عند لزومها بيع ام لا ، ولذا يثبتان فى ساير المعاوزات .

وذكر المصنف ره ان هذا الكلام من المسالك اى كون المعاطاة بعد لزومها بيعا او معاوضة مستقلة ، متفرع على القول بالاباحة ، واما بناء على مسلك المملك الجائز ، فلا مجال لهذا الكلام فان المحقق الثانى صرح بان المعاطاة ، بيع غير لازم ويكون المملك الحاصل بها لازماً ، بحدوث احد الامور المتقدمة ، وعلى هذا المسلك يترتب على المعاطاة من حين حدوثها جميع الاحكام المترتبة على البيع

## والمحكى عن حواشى الشهيد الخ (١) .

غير الاثر الذى يكون مترتباً على البيع اللازم اى على البيع الذى يكون لولا الخيار لازماً ، فان هذا الاثر لا يترتب على المعاطاة لان عدم لزومها ، ليست باعتبار كونها بيعاً خيارياً ، بل عدم اللزوم فيها كما فى الهبة حكى .

ثم انه اختار المصنف ره على مسلك الاباحة ، الاحتمال الاول ، وهو صيرورتها بعد لزومها بيعاً وذكر فى وجهه ماتقدم سابقاً من كون المعاطاة بيعاً عرفاً غاية الامر حصول احد الملزمات المتقدمة ، نظير التقابض فى بيع الصرف ، شرط لحصول الملك و قبل حصول احدها يكون مال كل منهما مباحاً للاخر باباحة حكمية ، و على ذلك فيترب على المعاطاة ، احكام البيع غير الاثار المترتبة على البيع الحادث صحيحاً .

اقول لازم توجيه الاباحة واشترط حصول الملك ، ترتب جميع آثار البيع بعد حصول الملك حتى الاثار المترتبة على البيع الواقع صحيحاً ، فان المعاطاة بيع صحيح عند حصول الملك ، ولا فرق بينهما وبين بيع الصرف عند حصول التقابض وكما يترتب تلك الاثار على بيع الصرف بعد حصول الملك به كذلك تترتب على المعاطاة بعد لزومها .

وايضاً ظاهر كلامه (ره) كما ذكرنا ان كون شىء ملزماً للمعاطاة على الاباحة مساوق لتمام البيع به ، فيترب عليها احكام البيع من حين حدوث ذلك الملزم ، ولكن قد ذكر فيما تقدم (فى صورة تلف العينين) كون الاباحة لازمة بمعنى عدم حدوث ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه وظاهر ذلك عدم انتقال المالىن الى الطرفين بتلفهما فراجع .

(١) يمكن ان يتوهم ان ما ذكر المصنف (ره) من ان المعاطاة على تقدير القول بحصول الملك بها بيع بلا خلاف ، وان الكلام فى كونها بيعاً او معاوضة

واما ان يشمل هذا وغيره كما هو ظاهر (١) .  
وربما يجمع بين هذا الكلام الخ (٢) .

مستقله مبنى على مسلك الاباحة بنا في ما حكى عن الشهيد في حواشيه على القواعد حيث ذكر فيها ان المعاطاة معاوضة مستقلة او جائزة .

ووجه المنافاة انه لو قيل بلزوم المعاوضة فلا بد من الالتزام بحصول الملك من الاول مع عدم كونها بيعاً ، وكانه (ره) دفع الوهم بان كلام الشهيد (ره) مبنى على مسلكه في المعاطاة وهي الالتزام بالاباحة ، والمعاوضة في كلامه معاوضة في الاباحة ، لا الملك ولزوم و وهذه الاباحة ، باعتبار معاوضتها لا يقتضى حدوث الملك .

اقول المعاوضة في الاباحة تلازم حصول الملك بالمعاطاة فانه لا بد من الالتزام بحصوله عند حدوث احد الملزمات فان تصرف المباح له في مال صاحبه بما يتوقف على كونه مالاً لا يتم الا بحصول الملك له واذا قلنا انها لازمة من ابتداء الامر فلا بد من الالتزام بحصول الملك من الاول والحاصل فرق بين الاباحة المالكية والشرعية فان لزوم الاول من الابتداء لا يلزم الملك بخلاف الثانية كما لا يخفى .

(١) ووجه الظهور عدم تقييد الفاسد في كلامهم بما اذا كان الفساد من جهة اختلال شروط الصيغة .

(٢) وحاصل الجمع ان عدم جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد و ضمانه يكون في فرض رضا كل منهما بتصرف صاحبه لصيرورته ملكاً له بالعقد ، وعلى ذلك فلا يجوز للاخر التصرف ، ويكون ضامناً للمال لان جواز تصرفه اما باعتبار الملك والمفروض عدم حصوله واما باعتبار رضا الآخر بتصرفه مع عدم كون المال ملكاً له والمفروض انتفاء هذا الرضا و اما جواز التصرف و جريان حكم المعاطاة على المقبوض بالعقد الفاسد فيكون في فرضين .

احد هما ما اذا علما فساد العقد وعدم صيرورة المال ملكاً للاخر بالعقد و



مع ذلك كان رضا هما بالملك باقياً الى ان حصل القبض .

والثانى - كون كل منهما من الاول راضياً بتصرف الاخر على كل تقدير كان العقد صحيحاً او فاسداً فيكون تصرف الاخر فى فرض صحته بما هو مالك ، و فى عدم صحته بما هو ماذون ولكن المصنف (ره) لم يرتض بهذا الجمع و ذكرانه لا يمكن حمل كلام المحقق والشهيد الثانيين على الفرضين و ذلك فان المفروض فى كلامهما حصول انشاء واحد وتمليك واحد وهو العقد الفاسد و كان تراضى المالكين بذلك العقد والتمليك و اذا فرض عدم حصول الملك و عدم تمام العقد، فلا يبقى الاذن والرضا المتعلق به ولو فرض رضا هما بالملك مع الاغماض عن ذلك العقد بحيث حصل منهما انشاء آخر بالقبض والاقباض ، كان خارجاً عن كلامهما فان كلامهما فى حصول المعاطاة بنفس ذلك العقد .

وكذا لا يصح حمل كلامهما على التراضى الجديد، بان لا يحصل منهما انشاء آخر بالقبض والاقباض ولكن يكون منهما الرضا بالتصرف حتى مع الاغماض عن العقد الفاسد والوجه فى عدم الصحة اولا ان التراضى كذلك يكون من العالم بفاسد العقد و كلام المحقق والشهيد الثانيين مطلق وثانياً انه لو كان الرضا بتصرف الاخر من دون قصد الملك والمعاوضة فلا يكون هذه معاطاة بل اباحة مالكية تبقى مادام العلم بالرضا ولا يكفى فيها عدم العلم بالرجوع ولا يترتب عليه اثر المعاطاة من حصول الملك بتلف احدى العينين او جواز التصرف الى احراز الرجوع وان كان الرضا بعنوان المعاوضة بين المالكين فى الملك فهذا هو الرضا بالملك فى العقد السابق وليس امراً حادثاً و المفروض عدم كونه مؤثراً فى حصول الملك بمجرد اومع العقد المزبور .

اقول - التراضى الجديد بمعنى مجرد رضاه بتصرف الاخر فى ملكه و ان

وهذا ليس ببعيد على القول بالاباحة (١) .  
قوله مع الاشارة اليه فى بعض النصوص (٢) .

لا يكون معاطاة فلا يجوز به الا التصرف غير الموقوف على الملك لان التراضى المزبور اباحة مالكية الا انه يكفى فى بقائها الاستصحاب وما ذكره (ره) من ان جواز التصرف يبقى مادام العلم بالرضا ولا يكفى فيه عدم العلم بالرجوع غير صحيح .  
و بتعبير آخر قد لا يحرز تعلق الرضا من الاول بهذا التصرف الذى يريده الاخر ففى مثل ذلك لا مورد للاستصحاب باعتبار كون الرضا بالتصرف انحلالياً وهذا الفرد من التصرف لم يحرز تعلق الرضا به من الاول وقد يعلم انه كان راضياً بهذا التصرف و يحتمل الان حصول البدا لسه و رجوعه عن رضاه و هذا مورد الاستصحاب .

(١) اقول الاباحة فى المعاطات ليست مالكية بل هى حكمية و يكون قصد المتعاطيين الملك لا الترخيص للاخر ففى ماله و الملك المنشأ فى المعاطاة بناءً على الاباحة لا يكون مضمياً الا بعد حصول احد الملزمات المتقدمة و على ذلك فكيف يمكن تحقق الملك بدون الانشاء قولاً او فعلاً .

واما مسألة اخذ الماء ووضع الفلوس فى دخل السقاء واخذ البقل ووضع الفلوس فى المكان المعد له فقد ذكرنا فيهما فى الامر الثانى فراجع .

(٢) المراد الروايات المتقدمة فى المعاطاة التى ذكر (ره) ان فيها ظهوراً واشعاراً الى اعتبار اللفظ فى البيع اللازم كرواية انما يحلل الكلام ويحرم الكلام .

اقول لازم ما ذكر (ره) فى هذا الامر من عدم جريان حكم المعاطاة على المعاملة المنشأة باللفظ غيرالمعتبر مع ماسياتى منه (ره) من اعتبار اللفظ فى البيع اللازم وعدم كفاية الكتابة مع التمكن على التلفظ ان يحكم بالفساد فيما اذا كان

لان الوجوب بمعنى الاشتراط كما فيما نحن فيه مقتضى الاصل (١)

انشاء البيع بالكتابة مع التمكن على التلفظ بان لا يحرى عليه حكم المعاطاة ايضاً ولا اظن امكان الالتزام ببطلان المعاملات الدارجة بين العقلاء من المشرعة وغيرهم التي يكون انشائها بالكتابة .

(١) يعنى الاشتراط مقتضى استصحاب بقاء الملك بحاله، وعدم حدوث الانتقال ولكن لا يخفى ان هذا الاصل لا اتصل النوبة اليه في مقابل اطلاق ادلة المعاملات و عموماتها فان اعتبار اللفظ فيها على تقديره شرط زايد على اصل حصول عناوينها فيكون مع الشك فى الاعتبار مقتضى الاطلاق او العموم عدمه كما مر تفصيل ذلك فى بحث المعاطاة وذكرنا عدم الفرق فى صحة هذا التمسك فى موارد الشك بين القول بافادة المعاطاة الملك او الاباحة فعلى كلا التقديرين يكون القدر المتيقن من التخصيص او التقييد ، صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ و اما مع عدمها فلا تخصيص ولا تقييد .

فما يظهر من المصنف (ره) من ان الاخذ بالعموم او الاطلاق موقوف على القول بافادة المعاطاة الملك لا يمكن المساعدة عليه .

لا يقال ماوجه افتراق المقام عن موارد دوران الامر بين الاقل و الاكثر الا رتباً طيبين حيث ان المقرر هناك جريان البرائة عن كون شىء شرطاً او جزءاً او مانعاً وتكون باعتبار كونها معينة لمتعلق الامر حاكمة على استصحاب الوجوب ، وفى المقام يكون اصالة العدم فى ناحية اعتبار اللفظ مثلاً فى حلية البيع ووجوب الوفاء به معينة لكون الموضوع لهما ذات البيع .

وبالجملة لافرق فى جريان البرائة بين مورد الحكم التكليفي والوضعي و يكون جريانها فى ناحية عدم القيدية معينة لموضوع الحكم الوضعي ومع تعيينه لا يبقى مجال لاستصحاب الحكم يعنى عدم حدوث الاثر .

فانه يقال لانجرى البرائة فى نفي الشرط او القيد للموضوع او المتعلق الا فيما اذا كان الحكم المجعول واحداً ودار الامر بين تعلقه بذات المطلق اوبه مقيداً بقيد كما فى مسالة دوران الامر بين الامر بين الاقل والاكثر الارتباطيين ، واما اذا كان الحكم انحلالياً كما فى المقام فلا مورد للبرائة عن القيد لان ثبوت الحكم للأفراد الواجدة للقيد، محرز والشك فى ثبوت حكم آخر للفرد الفاقد ومقتضى الاصل عدم جعل ذلك الحكم له كما لا يخفى .

وذكر السيد الخوئى (طال بقاه) ان عدم الرجوع الى البرائة باعتبار انه ليست الشرطية او المانعية غير اخذ الشىء الوجودى او العدمى فى متعلق الامر او موضوع الحكم وليس اخذ الشىء الوجودى او العدمى فى نفسه تكليفا لتجرى البرائة عنه ويكون فى موارد الاقل والاكثر الارتباطيين مجرى البرائة هو الوجوب المتعلق بالاكثر ولا يعارض بالوجوب المتعلق بالاقل، حيث ان اصالة البرائة لا تعم مورداً لا يكون جريانها فيه امتناناً وجريانها فى ناحية الاقل خلاف التوسعة ولا يكون فى رفعه امتنان ومن الظاهر انه لا تكليف فى المقام بسل ثبوت الاثر للمعاطاة الفاقدة للشرط المحتمل غير محرز والاصل عدمه .

اقول ليس لناسيب الى ان مجرى البرائة لا بد من ان يكون تكليفاً بسل كل ما يكون قابلاً للرفع والوضع فالبرائة يرفعه واخذ الشىء فى متعلق التكليف فيه كلفة زائدة حيث يترتب عليه حكم العقل بلزوم رعايته فى الماتى به فاصالة البرائة تجرى فى ناحيته ولو مع عدم كونه تكليفاً والصحيح فى توجيه اصالة الفساد فى المعاملة ما ذكرنا فتأمل .

بل لفحوى ماورد من عدم اعتبار اللفظ فى طلاق الاخرس (١).  
والمراد بالصريح كما يظهر (٢)

(١) وتقريره ان الطلاق يعتبر فى انشائه الصيغة الخاصة فلايكفى فيه مطلق اللفظ فضلا عن غير اللفظ ومع ذلك قدورد ان طلاق الاخرس يكون بالاشارة ولا يمكن حمل ذلك على صورة عدم تمكنه على التوكيل فانعدم التمكن عليه فرض نادر لايمكن حمل الاطلاق عليه، واذاجاز الانشاء بالاشارة مع التمكن على التوكيل فى الطلاق جاز فى غيره قطعاً .

اقول لايمكن استفادة عدم لزوم التوكيل فى مطلق غير التمكن على مباشرة اللفظ من رواية طلاق الاخرس بل غاية الامر ان يقال بجواز اشارة الاخرس فى سائر العقود والايقاعات ايضاً الحاقها بالطلاق بالفحوى واما اذاكانعدم التمكن لعدم المعرفة باللغة العربية مثلاً فلا يمكن القول بجواز طلاق غير العارف بغير الصيغة المخصوصة ليتعدى منه الى سائر العقود والايقاعات بل اللازم التوكيل اخذاً بمادل على ان الطلاق لا يكون الا بالصيغة الخاصة .

(٢) وخلاصة ما ذكره ان المراد بالصريح التعبير عن المعاملة بلفظ يكون ذلك اللفظ موضوعاً لتلك المعاملة لغة وشرعاً كما ان المراد بالكناية اللفظ الموضوع لمعنى يكون ذلك المعنى لازماً لتلك المعاملة فيكون دلالته على اللازم بالوضع وعلى الملزوم اى تلك المعاملة بالقرينة كانت تلك القرينة جلية او خفية والقول باعتبار الصراحة بهذا المعنى فى العقود اللازمة وعدم كفاية الكناية كانت القرينة جلية او خفية لايساعد عليه الروايات المتفرقة فى ابواب العقود وكلمات الاصحاب الناضرة الى بيان صيغ مطلق البيع او بعض افراده كبيع السلم وصيغ سائر العقود فان مقتضاها الاكتفاء فى الانشاء بكل لفظ يكون ظاهراً فى المعاملة المقصودة

على انها من الكنايات « ١ »  
ولكن هذا الوجه لا يجرى (٢)

سواء كان ظهوره فيها بالوضع او بالقرينة .

وقد اختار ذلك جماعة من المتأخرين وحكوه عن جماعة اخرى و بما ان ملاحظة كلمات الفقهاء فى ابواب العقود تقتضى بعدم اعتبار الصراحة بالمعنى المتقدم ومع ذلك اشتهر عنهم بعدم العبرة فى المعاملات بالمجازات فقد جمع المحقق الثانى بين الامرين بحمل المنع على المجازات البعيدة .

ثم ذكر (ره) ان الاحسن من هذا الجمع حمل المنع على ما اذا لم تكن القرينة الدالة على المقصود او تعيينه لفظاً فان مع عدم القرينة اللفظية يخرج المعاملة عن كون انشائها والدلالة عليها باللفظ .

(١) اى لا يباع ولا يوهب من الكنايات بالاضافة الى الوقف فان من لوازم الوقف يعنى احكامه عدم جواز بيعه وهبته فيكون ذكرهما و ارادة الوقف من الكناية .

(٢) اى حمل المنع فى كلماتهم على ما اذا لم تكن القرينة لفظية لا يمكن فى جميع كلمات الاصحاب فان العلامة ذكر فى التذكرة عدم جواز البيع بمثل قوله ادخلته فى ملكك بكذا مع ان كل ذلك من تمليك العين بعوض ، والدلالة عليه ، تكون باللفظ ، فان قوله جعلته لك ، دال على التمليك ، وذكر العوض بقوله بكذا ، دال على كون التمليك بعنوان المعاوضة بين المالكين ، فتم الدال اللفظى على البيع .

اقول - بل الجمع المزبور فى نفسه غير صحيح فان رعاية القرينة الحالية مثلا فى الدلالة ، لاتخرج الدلالة على المعاملة و انشائها عن كونها باللفظ ، فلاحظ مثلا

## دعوى ان العقود اسباب توقيفية (١)

من رأى بطلا شجاعاً فى الحمام و ذكر عند خروجه عنه ، أن فى الحمام اسداً ، فانه يصح القول بأنه اخبر و ذكر للناس وجود البطل فى الحمام و الزايد على هذه الدلالة اللفظية ، غير معتبر فى انشاء العقود حيث ان مع القرينة المزبورة ، يكون انشاء الملك و اعتباره بالتلفظ ، بخلاف المعاوضة التى تكون فيها اعتبار الملك و انشائه بالفعل .

نعم لا يكفى ذلك فى مثل الطلاق لاعتبار الصيغة الخاصة فيه ، لالكون القرينة حالية ، بل لو كانت مقالية ايضاً لا تكفى .

والمحصل ان غاية ما يمكن الالتزام به هو اعتبار انشاء المعاملة ، فى العقود اللازمة ، باللفظ ، وكون اللفظ المزبور دال على تلك المعاملة بوجه معتبر ، بحيث يكون له ظهور عرفى ، كان بطور الحقيقة او المجاز ، و الكناية ، و كانت القرينة حالية ، او مقالية ، و ذلك للزوم الاخذ بالاطلاق او العموم فى ادلة العقود فى غير مورد اليقين بالتخصيص و التقييد ، وهو ما اذا خلت المعاملة عن اللفظ رأساً بان كان انشائها بالفعل او نحوه .

(١) و ملخص ما ذكر أنه لا ينبغى الربى فى عدم جعل الشارع سبباً خاصاً لكل معاملة يراد بها النقل و الانتقال ، كالبيع و الاجارة ، ليكون الحكم بكون شىء سبباً لهما محتاجاً الى ورود خطاب الشارع عليه .

نعم لا بد من رعاية تعبير الشارع عن المعاملة بلفظ خاص او الفاظ مخصوصة ، بان ينشأ تلك المعاملة ، بذلك اللفظ ، او بتلك الالفاظ او ما يرادفها لغة او عرفاً فان تعبير الشارع عنها بتلك الالفاظ مقتضاه ترتب الآثار على المدلول المنشأ بها ، و اذا كان الانشاء ؛ بغير تلك الالفاظ و غير مرادفها و قصد المعنى الاخر ، كلفظ الهبة بان يكون قصد المرثة منها فى قولها للرجل و هبتك نفسى معنى التسليط مجاناً ، فيحكم بالفساد ، باعتبار أنه لم يتحقق انشاء النكاح الذى رتب الشارع عليه الآثار ، و ان لم يقصد باللفظ الاخر الا العنوان المقصود فى الالفاظ الواردة

شراه يشريه ملكه بالبيع (١) .

وعنه ايضاً كل من ترك (٢)

فى خطاب الشرع ، ففساده باعتبار دخول الفرض فى الكناية التى لا اعتبار بها لخروجها عن الدلالة اللفظية .

اقول يلحق بدعوى ان العقود المؤثرة فى النقل والانتقال اسباب شرعية توقيفية، الالتزام برعاية التعبير عنها بالالفاظ الواردة فى خطاب الشرع او بمراد فاتها من ساير اللغات وذلك فان اللازم ان يكون الكلام المستعمل دالا على العنوان المترتب عليه الاثر سواء كانت دلالة عليه بنحو تعدد الدال والمدلول او المجاز او الكناية واذ قالت المرأة للرجل و هبتك نفسى وجعلتها منك منزلة الحواء من آدم كفى ولا يحتاج الى الاتيان بما هو موضوع لعنوان النكاح لغة او عرفاً او بما ورد التعبير فى خطاب الشرع . وثانياً ان قول المرأة كما ذكر مع قصدها الزوجية يكون من الكناية التى لا تكون خارجة عن الدلالة اللفظية وهو من قبيل التعبير عن الاجارة ببيع المنفعة او بيع سكنى الدار كما فى بعض الروايات والمساواة فى الدلالة بين الاجارة وبين البيع المضاف الى المنفعة فى الصراحة وعدمها لانكون دايرة مدار ورود اللفظ والتعبير فى كلام الشارع وعدم ورودهما كما لا يخفى .

(١) بالتخفيف يعنى اشتراه وقوله باعه يعنى ملكه بالتشديد و مثل الشراء الاشترافى كونه ايضاً بمعنى ملكه بالبيع وباعه وقوله فهماعنى الشراء والاشترافى ضدان يستعمل كل منهما فى فعل البايع والمشتري ومقتضى ذلك ان يكونا من الالفاظ المشتركة لفظاً .

(٢) وظاهر الحكاية كون لفظ الاشترافى مشتركاً معنوياً بين فعل البايع والمشتري اقول- يحتمل ان يكون لفظ الشراء ايضاً كذلك .



- وما قيل من ان التملك يستعمل فى الهبة (١)  
 اذ ارادة خصوص لفظ شريت من هذا بعيد جداً (٢).  
 فرع لو اوقعا العقد (٣) .

ولعل القائل اراد ان لفظ التملك معناه الحقيقى هى الهبة فيكون استعماله فى البيع من انشائه بالمجاز او بما لا يظهور له فى البيع والجواب ان التملك مشترك معنى بين البيع وغيره فان كان فى البين ذكر العوض للمال الذى تعلق به التملك بحيث كانت المعاوضة بين المالكين فهو بيع لا غير وان لم يذكر العوض للمال المزبور فيكون ظاهراً فى الهبة وفى تملك المال مجاناً سواء كان لنفس التملك عوض كما فى الهبة المعوضة او لاولو قال ملكت هذا بكذا و اراد به الهبة المشروطة او المصالحة كانت صحتها مبتنية على جواز انشاء العقد بالمجازات حيث ان تملك العين بالعوض هو البيع لا غير بخلاف ما اذا قال ملكت هذا على ان تملكنى كذا فانه هبة معوضة بلا خلاف حيث ان التملك الاخر فى الهبة المعوضة عوض عن التملك الاول .

(١) لانه لو كان المراد خصوص لفظ شريت لكان الانسب ان يقال ايجاب البيع بعث وملك وشريت .

(٢) ظاهره انه يثبت البيع ولكن لا يترتب على كل منهما اثر خصوص عنوان البائع وعنوان المشتري ولكن ليس فى المقام اثر خاص لكل منهما حتى يكون مورد نزاعهما من موارد التحالف .

نعم قد يكون للشراء اثر خاص كما اذا وقع البيع بين الثوب والحيوان و ادعى من انتقل اليه الحيوان انه كان مشترياً له بالثوب لانشاء صاحبه ايجاب بيعه بالثوب وادعى من انتقل اليه الثوب انه اشترى الثوب بالحيوان بانشاء صاحبه

اعتبار العربية في العقد للتاسي «١» .

## وكذا اللحن في الاعراب (٢)

الثوب ايجاب البيع ، فليس في البين خيار حيوان وعلى ذلك فيدخل الفرض في مورد الدعوى والانكار حيث ان قول من انتقل اليه الثوب مطابق لاصالة اللزوم و قول صاحبه مخالف له .

(١) لا يخفى ان البيع وغيره من المعاملات التي وقعت مورد الامضاء وسائر الاحكام امور اعتبارية يعرفها ابناء الملل وسائر الاقوام وليست اموراً توقيفية ليقع فعل النبي او الائمة عليهم السلام مورد التاسي واختيارهم العربية في انشائاتهم باعتبار ان المعاملات كانت من مرادانهم التي كان تفهيمها وتفهمها في عرفهم بالعربية وبالجملة مقتضى اطلاقات المعاملات وعموماتها عدم اعتبار شيء من العربية و الماضوية او تقديم القبول وغير ذلك مما لا دخل له عند العقلاء فسي صدق العقد و عنوان المعاملة من البيع والاجارة والنكاح وغير ذلك و اما ما قيل من عدم صحة البيع بغير الماضي من العربي يستلزم عدم صحته بغير العربي بطرق اولى فلا يخفى ما فيه لان انشاء البيع وغيره بغير الماضي صحيح وصحته بغيره ايضاً مقتضى الاطلاق والعموم وثانياً ما الوجه في كون العربي غير الماضي اولى من غير العربي و مثل ذلك دعوى عدم صدق العقد على غير العربي مع التمكن على العربي .

(٢) اذا كان اللفظ ظاهراً في المعاملة المقصودة في عرف المتكلم سواء كان مع اللحن في الاعراب او المادة ام لا بحيث يصدق معه في عرفه انه باع او تزوج او غير ذلك كفى في شمول الاطلاق او العموم وعلى ذلك فما هو المتعارف عند اهل القرى والبادى من تبديل حرف الى آخر في مقام التلفظ فيقولون بدل زوجتك جوز تك كفى في انشاء المعاملة ولا يكون اللحن في الايجاب او القبول مع صدق

قوله ره مثل خبر ابان بن تغلب (١)  
 والتحقيق ان القبول اما ان يكون بلفظ قبلت «٢»

عنوان المعاملة مانعا عن صحتها .

نعم فيما اذا اعتبرت صيغة خاصة كالطلاق فاللحن فى المادة يوجب بطلانه باعتبار عدم حصول تلك الصيغة مع اللحن .

(١) وفى سنده ابراهيم بن فضل قال قلت لابي عبد الله عليه السلام كيف اقول اذا خلوت بها قال تقول اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً وتسمى الاجر فاذا قالت نعم فقد رضيت وهى امر اترك وانت اولى الناس بها ولكن ذكرنا فى باب النكاح جواز ايجاب النكاح من كل من الرجل والمرأة فان كلا منهما يخرج به عن الفرد الى الزوج وعليه فقول الرجل للمرأة بما ذكر انشاء للزواج و اظهار المرأة رضاها قبول من غير ان يكون من قبيل تقديم القبول على الايجاب .

نعم رواية سهل الساعدي من قبيل الاستيجاب والايجاب ولكن فى جعل الاستيجاب قبولاً فى القضية المزبورة كلام ياتى الاشارة اليه .

والحاصل قد يكون المعاملة بنحو لا يمتاز فيها فعل احد المتعاملين عن الاخر كما فى المصالحة حيث انها التسالم الانشائى على امر من المتصالحين وفى مثل ذلك يصح لكل منهما انشاء المعاملة وايجابها اولا وقد يكون فعل احدهما ممتازاً عن الاخر كما فى الاجارة حيث ان فعل الموجر تمليك المنفعة بالعوض وهذا لا يصح انشاءه من المستاجر الا وكالة او فضولا و النكاح مسن قبيل الاول و البيع مسن قبيل الثانى وعليه فقول الرجل للمرأة اتزوجك انشاء نكاح لا قبول مقدم .

(٢) تعرض (ره) فى المقام لتقديم قبول البيع على ايجابه اولا

ولتقديم قبول سائر العقود على ايجاباتها ثانياً وملخص ما ذكره في تقديم القبول انه لايجوز تقديمه على ايجابه فيما اذا كان بلفظ قبلت او رضيت او بنحو الامر و الاستيجاب و لكن لابس بالتقديم فيما اذا كان بلفظ ملكت بالتخفيف او اشترت او اتبعت و نحوها و الوجه في ذلك انه يعتبر اشتمال قبول البيع على امرين احدهما الرضا بايجاب البايع و الثانى تملك المشتري ماله من البايع عوضاً عن المبيع بمعنى انشاء ملكيته مال البايع لنفسه جاعلا ماله عوضاً عن المبيع.

وان شئت قلت يكون ادخال المشتري مال البايع فى ملكه اولاكما هو مدلول اشترت و اخراج ماله عوضاً ثانياً كما هو مدلول قوله بكذا وهذا عكس انشاء البايع فانه يكون اخراج ماله اولاكما هو مدلول قوله بعث و ادخال مال المشتري عوضاً ثانياً كما هو مدلول قوله بكذا ثم ان القبول بلفظ قبلت او رضيت مع تاخيره عن الايجاب يدل على الرضا بالايجاب وعلى الانشاء المزبور ولو بالالتزام و اما مع تقديمه على الايجاب فلا دلالة له الا على الرضا بما يفعله البايع فى المستقبل و اما الانشاء فعلا بان ينشأ المشتري ملكية مال البايع لنفسه فعلا جاعلا ماله عوضاً عنه فلا دلالة له على ذلك حتى بالالتزام .

نعم اذا كان القبول بلفظ اشترت و اتبعت و ملكت و نحوها فمع تقديمها ايضاً يتحقق كلا الامرين فان القبول مع الالفاظ المزبورة ظاهر فى الرضا بالايجاب و فى ان القابل قد انشأ ملكية مال صاحبه لنفسه فعلا جاعلا ماله عوضاً عنه و الحاصل يكون مدلول مثل لفظ اشترت حتى مع تقديمه على الايجاب قبولاً وليس المراد ان اشترت متضمن لمعنى المطاوعة التى هى ملاك تحقق القبول حقيقة و المراد بالمطاوعة ان ينشأ الانسان التزامه بما حصل من ايجاب الغير المعبر عن ذلك بقبول

الآثر واشتریت اونحوه من الالفاظ لا یتضمن هذه المطاوعة الامع تأخیره عن الایجاب ولذا یقال الاصل فى القبول لفظ قبلت وغیره بدل بل المراد انه لادلیل على اعتبار المطاوعة فسی تحقق قبول البیع فان المعتبر فى صدق الشراء انشاء الملكية على ما تقدم مع اظهار الرضا بالایجاب فتكون النتيجة جواز تقديم القبول بمثل اشتریت .

ومما ذکر ظهر عدم جواز تقديم القبول بالاستیجاب والامر بل لابد من قبول البیع بعد تحقق الایجاب حیث ان الامر والاستیجاب یدلان على الرضا ببیع البایع واما انشاء الملكية فهو خارج عن مدلولها والاستدلال على جواز قبول البیع بهما بفحوى ماورد فى النکاح من رواية السهل الساعدی وخبر ابان بن تغلب ضعيف لان جواز التقديم فى الاصل یعنى النکاح غیر ثابت حیث ان رواية سهل لادلالة لها على اكتفاء السهل فى قبول النکاح باستیجابہ السابق بل من المحتمل انه قد قبل الایجاب بعد قول رسول الله (ص) زوجتکها بما تحسن من القرآن فعلمها اياه .

ویؤید هذا الاحتمال وقوع الفصل الطویل بین الاستیجاب والایجاب بما جرى بینہ وبين رسول الله (ص) من اخذ ورد وخبر ابان قاصر الدلالة على جواز التقديم من حیث دلالة على جواز ایجاب النکاح بقول المرأة نعم مع ان المعروف بینهم من الفاظ النکاح انکحت وزوجت ومتعت .

ثم على تقدیر ثبوت الجواز فسی الاصل یعنى النکاح یتكون التعدى الى البیع بالا ولویة ممنوعاً فسانه یمکن ان یتكون تجویز قبول النکاح بالاستیجاب للتوسعة فان الایجاب فیه یتكون من المرأة وربما حیائها یمنعها عن البدء بالایجاب اولا فشرع فیه تقديم القبول بالامر والاستیجاب ولذا بعض العامة مع تجویزهم ذلك فى النکاح ممنوعه فى البیع .

فكل من رضيت واشتريت بالنسبة الى افادة نقل المال (١)

ثم ان ما ذكرنا جارفي كل قبول (٢)

(١) يعنى لفظ رضيت مع التقديم لايدل على انشاء الملكية بل يدل على المطاوعة أى الرضا بما يفعله البايع ولفظ اشتريت مع التقديم يدل على انشاء الملكية دون المطاوعة .

اقول : دلالة لفظ اشتريت على المطاوعة بمعنى الرضا بفعل البايع متحققه التزاماً حتى فى صورة تقديمه وانما لا يكون فيه المطاوعة بمعنى انشاء الالتزام بقبول الاثر وهذه المطاوعة لا تكون فى لفظ رضيت ايضاً مع تقديمه ولذا قيل ان القبول حقيقة لا يمكن ان يتقدم على الايجاب ويأتى منه (ره) عدم جواز تقديم قبول الرهن على ايجابه لاعتبار المطاوعة فى قبوله .

(٢) وهذا تعرض لجواز تقديم القبول على الايجاب فى سائر العقود وحاصله انه لو كان القبول المعتبر فى العقد مثل قبول البيع فى اعتبار دلالة على الرضا بالايجاب وتضمنه لانشاء مغاير لانشاء الموجب كما فى قبول الاجارة بلفظ تملك المنفعة لجاز فيه التقديم ولو قال المستاجر ملكت او تملك المنفعة الفلانية بالاجرة الكذائية وقال الموجر بعد ذلك ملكتها بها ونحو ذلك كفى ، ويجوز ايضاً تقديمه على الايجاب فى كل عقد لا يعتبر فى قبوله الا الرضا بالايجاب كما فى قبول الرهن والقرض والهبة والوكالة والعارية ونحوها الا ان الظاهر عدم كفاية القبول فى الرهن والقرض والهبة كذلك بل يعتبر فى قبولها المطاوعة بمعنى انشاء الالتزام بالاثر حتى يصدق معه عنوان الارتهان او الاقتراض او الاتهاب وقد تقدم آنفان تحقق المطاوعة يكون بتأخر القبول فقط .

والمحاصل لايجوز تقديم القبول فيها كما لايجوز تقديمه فى العقد الذى لا يختلف فيه

انشاء الموجب والقابل كالمصالحة التي تتضمن المعاوضة بين المالين ، فانه يمكن انشاء هذه المصالحة من كل منها بقوله صالحت مسالى بمالك وحيث ان المصالحة من العقود ولا تكون بالايجابين بل بالايجاب والقبول فلا بد من صدور القبول من احدهما و بما ان قبلت اورضيت مع تقدمها على الايجاب لايدلان الا على الرضا بالايجاب دون انشاء المعاوضة فلا بد من تأخيرهما عن الايجاب ليم دلالتهما على الامرين معا وهذه بخلاف المصالحة على ملك المال مجاناً او على الابراء فان الايجاب فيها يكون من الملك المال والمبرء بالكسر .

فقد تحصل من جميع ما ذكر جواز تقديم القبول على الايجاب فسى موردين احدهما- ما يكون القبول فيه حتى مع تقديمه دال على الرضا بالايجاب وعلى الانشاء المغاير لانشاء الموجب الثانى- ما لا يعتبر فى قبوله الا الدلالة على الرضا بالايجاب و انه لا يجوز تقديمه فيما اذا لم يكن انشاء القابل مغايراً لانشاء الموجب كالمصالحة فى المالين كما لا يجوز فى عقد يكون المعترف به حصول المطاوعة فى قبوله بمعنى انشاء الالتزام باثر الايجاب كما فى الرهن والهبة والقرض .

هذا ملخص كلامه (ره) فى المقام و فيه موارد للنظر منها ما ذكره من اعتبار المطاوعة بمعنى الانفعال و انشاء الالتزام بالاثرفى قبول القرض والهبة والرهن فانى لاطنه ره او غيره بالالتزام بعدم كفاية قبول القابل اذا قال للواهب تملك مسالك مجاناً وقال الواهب بعد ذلك وهبتك اياه او ملكتك اياه وكذا الحال فى القرض بان قال المقترض تملك منك مائة دينار مع الضمان وقال المقرض خذها او قال المرتهن أخذت مالك الفلانى رهناً على دينك وقال الراهن أرهنت ومنها ما ذكره (ره) من ان قبلت ورضيت لادلالة لهما على الانشاء مع تقدمهما على الايجاب والوجه فى النظر انه لو قال المشتري قبلت هذا الثوب بدينارين مثلاً وقال البايع بعد ذلك قد بعته بهما

- ومنه الفورية في استتابة المرتد (١)  
 ومنه السكوت في اثناء الاذان «٢»  
 ومنه تحريم المأمومين في الجمعة «٣»  
 ومنه الموالاتة في التعريف «٤»

فقد تم البيع لان لكل من قبلت و رضيت حتى مع تقديمه على الايجاب دلالة على الانشاء المعتبر في القبول مع ذكر المالى بنحو ما ذكر واثالثاً لا يبعد ان لا يعتبر في تحقق عنوان المعاملات الانشاء الرضا بها قبل الايجاب او بعده .

والحاصل ان المعتبر في حصول عنوان العقد هو انشاء الرضا بسا الايجاب :  
 والمحصل من جميع ما ذكرنا ان المتبع في المعاملات هو الاطلاق او العموم في ادلة امضاءها من غير فرق بين تقدم قبولها على ايجابها او تأخره عنه و دعوى الانصراف الى الثانى يدفعها تتبع المعاملات العرفية وانه لا دخل في صدق عناوينها كيفية انشائها من جهة تقديم الايجاب او تأخره .

(١) اى من اعتبار الاتصال وجوب الفورية في توبة المرتد حيث يجب عليه المبادرة اليه بعد طلب التوبة منها و قبل عليه الاجابة الى ثلاثة ايام .

(٢) اى من اعتبار الاتصال السكوت الحاصل في اثناء الاذان فاللازم ان يكون قليلا فان كان كثيراً أبطله .

(٣) يعنى من اعتبار الاتصال لزوم دخول المأمومين فى صلاة الجمعة قبل ركوع الامام .

(٤) يعنى من اعتبار الاتصال لزوم الموالات فى تعريف اللقطة بان تعرف على نحو لا ينسى فى كل مرة انه تكرر للتعريف السابق .



وما ذكره حسن لو كان حكم الملك واللزوم (١)

ساير الامور المرتبطة بالكلام لفظاً (٢)

وغاية ما يمكن في توجيهه (٣)

(١) اقول لافرق بين عنوان العقد و عنوانى البيع و التجارة و غيرهما فان المعاملات مركبات اعتبارية لها صور اتصالية عند العقلاء فان لم يصدق عنوان العقد مع الفصل الطويل لا يصدق عنوان البيع ايضاً .

هذا اولا وثانياً ان الموالات بالمعنى المزبور لا اعتبار بها حتى في صدق عنوان العقد بل لو كان الايجاب السابق بحيث له بقاء في الاعتبار يتم مع قبوله عنوان العقد و يظهر ذلك بملاحظة المعاملات الجارية بين العقلاء من الافوام و الملل بالكتابة والمخاطبة او حتى بايصال المال فان ايصال المال بقصد تملكه بالعوض الى الاخر في بلد آخر ايجاب وليس الايجاب هو الايصال السى زمان الوصول كما ذكر النائيني (ره) و ادعى ان الايجاب هو امر واحد مستمر الى حين القبض الذى يعتبر قبولاً وذلك فان الايصال بحدوثه بقصد التملك بالعوض ايجاب و قبض الاخر قبول ويشهد لذلك مراجعة بناء العقلاء نعم رد الايجاب والغائه يجعله في اعتبار العقلاء بحيث لا يلتزم مع القبول بعد ذلك .

(٢) كما اذا كان به تمام اللفظ كالاعراب ومدخول الاعراب ومدخول الحروف ونحوها والارتباط بالكلام معنى كونه من متممات المعنى كالظرف فى الكلام او ساير العقود .

(٣) ظاهر الروايات هو استتابة المرتد الى ثلاثة ايام فان تاب الى تمامها فهو والا يقتل والحاصل ان التوبة وان تكون واجبة بعد الاستتابة الا انه لا باعتبار الموالات بينها وبين التوبة بل باعتبار ان الاسلام فى كل زمان مطلوب حتى حال الاستتابة و

## ولعل هذا موهن آخر (١)

قبلها كما لا يخفى ، وكذلك يجب على المأمومين في صلاة الجمعة التكبيرة قبل ركوع الامام للاعتبار الموالاة بينها وبين تكبيرة الامام بل باعتبار انه لا يكون ادراك الصلاة الا بذلك ولذا لو كبر الامام والمأمومين دفعة واحدة كفى .

(١) الموهن الاول ما تقدم آنفاً من انه لا دلالة فيها على اقتصار الرجل في قبوله النكاح باستدعائه ووجه عدم الدلالة عدم ورودها في مقام بيان كيفية عقد النكاح بل حكاية قضية شخصية لبيان جواز جعل تعليم القرآن مهراً .  
والموهن الثاني لزوم الفصل الطويل بين الايجاب والقبول .

ولكن لا يخفى ما فيه فان قبول الايجاب ليس استدعائه الاول ليقال بتخلل الفصل الطويل بينه وبين ايجاب النكاح بل انه قد كرر استدعاء بعد نداء رسول الله (ص) ثانياً وثالثاً وقد سئله رسول الله (ص) في الثالثة عن عرفانه القراءة في الفحص عما عنده مما يمكن جعله مهراً فاجاب الرجل بنعم الذي يمكن جعله في امثال المقام قبولاً من غير تخلل بين الايجاب والقبول بالاجنبى او غيره وعلى تقدير كون القبول هو استدعائه الاخير فلا فصل بين الايجاب والقبول بالاجنبى الطويل فلاحظ الحديث (١) .

وذكر النائيني (ره) وجهاً آخر لاعتبار الموالات بين ايجاب العقد وقبوله و هو ان العقد في حقيقته خلع ولبس وان الموجب كانه يخلع ثوب سلطانة على المال مثلاً ويلبسه القابل ومع تحقق الفصل يتحقق الخلع دون اللبس : وفيه ان العقد ليس بذلك والشاهد ملاحظة العقود حتى التمليلية كبيع الكلى بالذمة فضلاً عن مثل عقد النكاح او المضاربة والوكالة ونحوها و ثانياً على تقدير كون العقد في حقيقته ما ذكر في كفى في تحقق اللبس بقاء الخلع وعدم الغائه ومع حصول اللبس

## بان لا يكون معلقاً على شىء باداة الشرط (١)

فى اى زمان يتحقق المجموع .

و الحاصل يعتبر فى حصول القبول بقاء الايجاب و عدم الغائه فى اعتبار العقلاء الى حصول القبول و عليه فاذا شك فى بقاءه و عدمه فى اعتبارهم يحكم بالبطلان لان التمسك فيه بعموم الوفاء بالعقد بل باطلاق حل البيع و نحوه كما ذكر يكون من التمسك بالعام او المطلق فى الشبهة فى المصداق .

(١) المراد بالتعليق ان يكون مفاد العقد مساوياً للقضية الشرطية التى يجعل فيها المنشأ جزاء و المعلق عليه لذلك المنشأ شرطاً سواء كان فى البين تصريح بتلك القضية الشرطية كقوله اذا كان يوم الجمعة فانت و كىلى فى بيع دارى ام لا كقوله انت و كىلى يوم الجمعة فى بيع دارى فان يوم الجمعة بحسب الظهور العرفى قيد لنفس الوكالة المنشأة و بذلك يفترق عن قوله انت و كىلى و لا تتبع الا يوم الجمعة فان يوم الجمعة فى هذا بحسب الظهور قيد لمتعلق الوكالة يعنى بيع الدار لالنفس الوكالة فيكون الفرق بينه و بين سابقه كالفرق بين الواجب المشروط و المعلق فالقيد فى الاول نظير ما فى الواجب المشروط قيد لمضمون الجزاء يعنى الحكم و فى الثانى قيد للمتعلق .

ولا يخفى ان الشرط فى المعاملات المحكوم بجوازه ليس بمعنى تعليق العقد عليه بل هو الزام و التزام آخر زايد على اصل العقد فلا يكون مثل قوله بعث هذا بكذا على ان تخطى لى هذا الثوب بمعنى تعليق البيع المزبور على الخياطة بل شرطها التزام الطرف بخياطته زائداً على اصل البيع و توضيحه مو كول الى باب الشروط .

و كيف كان فقد يظهر من العلامة و الشهيد قدس سرهما ان الوجه فى اشتراط التنجيز فى العقود و كون التعليق فيها مبطلا هو اعتبار الجزم فيها و معناه مقابل التردد بان يكون العاقد عالماً بحصول المنشأ فى نظره و اذا قال ان جاء ولدى من سفره

ان قلت فعليهذا يبطل قوله في صورة انكار التوكيل (١)  
هذا تعليق على واقع الخ (٢)

هذا اليوم فقد بعته هذا المال بكذا فلوسئله القائل المزبور عن حصول الملكية  
الطرف في نظره وبحسب انشاءه فيجيب بلا ادري وهذا التردد مانع عن صحة العقد.  
ولا يخفى انه لو كان وجه الاعتبار ما ذكر فلازمه عدم الباس بالتعليق فيما  
اذا كان المعلق عليه وصفاً الى ما يكون حصوله ولو في المستقبل محرزاً اذا مسح  
الاحراز لا يكون للعاقدة ترديد واعتذار الشهيد به بان العبرة في فساد العقد بجنس  
الشرط حيث ان جنس الشرط في معرض عدم الحصول ولا عبرة ببعض انواعه  
كما ترى .

(١) يعنى لازم ما ذكر من اعتبار الجزم وعدم جواز التعليق ان لا يصح قول  
البائع للمشتري ان كان المتاع لي فقد بعته بكذا كما اذا اشترى المشتري المزبور  
المتاع من قبل بئمن بدمته وادعى على الاخر انه اشتراه له وكالة فالمتاع له والتمن  
على عهدته فانكر الاخر الوكالة وقال للتوكيل المزبور ان كان المتاع لي فقد بعته  
بمثل الثمن المزبور حيث ذكر جماعة ان بيع الموكل المزبور بهذا النحو طريق  
الاحتياط ليكون المال ملكاً واقعياً للتوكيل المزبور ، فيثبت الثمن بدمته وكذا فيما  
اذا زوجه شخص امراً بدعوى الوكالة منه فانكر الزوج الوكالة او ادعت المرأة  
انها زوجة له فانكر الزوج فان طريق الاحتياط في امثال المقام على ما ذكروا هو  
الطلاق بقوله ان كان زوجتي فهي طالق .

وعلى ما ذكر من اعتبار الجزم لا يصح هذا الاحتياط .

(٢) وبعبارة اخرى التعليق انما يكون مانعاً فيما اذا امكن اطلاق العقد و  
تنجيذه واما اذا كان بحيث لا يمكن جعله منجزاً مع دخالة المعلق عليه في ذلك و

## وتفصيل الكلام ان المعلق عليه (١)

عدم تماميته بدونه فلا باس بالتعليق عليه .

لا يقال على ذلك فيصح ان ملكت المال الفلانى فقد بعته منك بكذا او ان تزوجت بالمرأة الفلانية فهى طالق .

فانه يقال هذا غير صحيح لعدم الاضطرار الى انشاء البيع قبل تملك المال او الطلاق قبل التزويج هذا مع النص الوارد فى عدم الطلاق قبل الزواج و عدم البيع الا بعد الملك وهكذا .

(١) ذكر (ره) للتعليق صوراً ثمانية فان المعلق عليه اما ان يكون امراً حالياً او استقبالياً وكل منهما اما محرز حصوله او محتمل وكل من هذه الاربعة اما ان يتوقف صحة العقد وتمامية على حصوله او لا ويستفاد من كلامه (ره) الحكم بالصحة . فى خمس صور منها والبطالان فى ثلث فانه ان كان المعلق عليه امراً حالياً محرزاً حصوله فلا باس بالتعليق عليه سواء كانت صحة العقد موقوفة على حصوله ام لا بل لا تعليق حقيقة مع احراز حصول المعلق عليه عند الانشاء واذا كان المعلق عليه امراً استقبالياً محرزاً حصوله فان كان حصوله الاستقبالى دخيلاً فى صحة العقد وتماميته كقبض الثمن فى المجلس فى بيع السلم فلا باس به كما تقدم عن الشهيد ويأتى فى فحوى كلام الشيخ من المبسوط فى مسألة ان كان لى فقد بعته .

وان لم يكن الامر الاستقبالى المحرز حصوله دخيلاً فى صحة العقد ويعبر عنه بالوصف بالتعليق عليه مبطل بالاجماع وان كان المعلق عليه مشكوك الحصول ولم تكن صحة العقد موقوفة عليه فالتعليق عليه مبطل سواء كان امراً حالياً او استقبالياً بل هذا هو المتيقن من صور التعليق المبطل وان كان المشكوك حصوله مما يتوقف عليه صحة العقد امراً حالياً او استقبالياً فالظاهر من كلام الشيخ (ره) فى مسألة ان كان لى فقد بعته عدم البأس به فهذه هى الصور الثمانية .

والتقدير ان مات مورثي (١)

لانه انما يصح بيع هذه الجارية من الموكل (٢)  
وهذا لوجه وان لم ينهض لدفع محذور التعليق (٣)

(١) ليس المراد ان مات مورثي مستقبلاً ليكون من قبيل ان تملك المال الفلاني فقد بعته منك بكذا اولو زوجت فلانة فهي طالق بل المراد ان كان مورثي ميتاً بالفعل فقد بعث المال وهذا من التعليق الذي ذكر الشهيد (ره) عدم البأس به باعتبار توقف صحة العقد عليه وسيأتي جوازه في كلام الشيخ (ره) ايضاً في مسألة ان كان لي فقد بعته ، ولا يخفى ان هذا التعليق انما يتصور فيما اذا لم يقع البيع من الوارث بعنوان الفضولي او نظير بيع الغاصب حيث يرى نفسه في بنائه مالكا والا لم يكن في البيع تعليق معنى كما انه لا تعليق فيه لفظاً .

(٢) فرض المسألة ما اذا اشترى جارية بمال على الذمة وادعى على آخرانه كان وكيلا عنه في شرائها فالجارية له والتمن على عهده فانكر الآخر الوكالة و قال لمدعيها ان كانت الجارية لي فقد بعته منك بمثل الثمن المزبور فهذا التعليق لا بأس به لانه انما يصح بيع ذلك الاخر تلك الجارية من الوكيل على تقدير كونه مالكا لها بان كان قداذن للوكيل المزبور في الشراء له وهو فرض صحة دعوى الوكالة.

(٣) وبتعبير آخر مدلول عقد البيع مثلاً جعل ملكية البيع للمشتري بازاء الثمن وهذا المدلول كما لا يكون معلقاً على تسليم الثمن او المثلن كذلك لا يكون معلقاً على كون البايع مالكا بل حكم الشارع بالملكية وامضائه المزبور معلق على ذلك و هذا الامضاء والحكم بالملكية امر خارج عن فعل العاقد ومرتب عليه ترتب الحكم على موضوعه فيكون النتيجة ان مدلول العقد لا يكون فيه تعليق واقعاً وما فيه التعليق ليس من كلام المتكلم اصلاً .

- والعمدة فى المسألة هو الاجماع (١)  
 وربما يتوهم ان الوجه فى اعتبار التنجيز (٢)  
 وما قيل من ان ظاهر (٣)

(١) احراز كون الاجماع تعديدا لامدركياً مشكل جداً فان مع ذكر الوجوه المذكورة فى عدم جواز التعليق وعدم تماميتها عندنا لا يمكن الاطمينان بان المدرك لاتفاقهم كان امراً آخر لم يصل اليه ولو وصل لكان تاماً عندنا ايضاً ولكن يمكن دعوى انصراف ادلة المعاملات عن التعليق فى الصور الثلث المتقدمة فالحكم فيها بالبطلان لقصور دليل الامضاء لالمانع خارجى ولذا لا يصح البيع بتملك الشئ للآخر مستقبلاً حتى فيما كان الجعل بنحو الواجب المعلق حيث ان تملك العين موقتاً غير معهود عند العقلاء بخلاف تملك المنفعة كما لا يخفى مع انه لا يبعد ان يكون تعليق البيع على مثل مجيء الولد حالاً او استقبالا موجباً لكون البيع غريباً ولكن هذا لا يجرى فى جميع العقود فضلاً عن الايقاعات .

(٢) ربما يستدل على بطلان التعليق فى العقود بما اشتهر بان الانشاء غير قابل للتعليق واجاب المصنف (ره) بما حاصله انه ان اريد بالانشاء نفس الاعتبار والجعل الذى يكون مدلول الهيئة فى قول البائع بعث او ملكك المال بكذا فانه وان لا يتصور التعليق فيه بان لا يكون للقول المزبور مدلول الاعلى تقدير حصول المعلق عليه ولكن لا كلام فى المقام فى التعليق المزبور بل الكلام فى تعليق المعتبر والمنشأ اى الملكية فى المثال بان يكون المجعول الملكية على تقدير وهذا واقع عند العرف والعقلاء فيقع البحث فى وجه عدم جوازه وكونه موجباً لبطلان العقد .

(٣) يعنى ان يكون العقد بحيث يترتب عليه وجوب الوفاء بعد تماميته واذا كان فى البين تعليق، يتخلل بين العقد ووجوب الوفاء به، انتظار حصول المعلق عليه و

اجاب (ره) عن ذلك بوجوه : اولاً - عدم انحصار دليل صحة البيع مثلاً بآية وجوب الوفاء بالعقد حتى لا يمكن التمسك بها في صورة تعليق العقد بل يمكن الاخذ في الحكم بصحة البيع على وجه التعليق بآية أحل الله البيع او حديث الناس مسلطون على أموالهم .

لا يقال كما أن ما دل على ترتب وجوب الوفاء على العقد مقتضاه عدم التخلل بين العقد و وجوب الوفاء به كذلك آية حل البيع مقتضاها عدم الفصل بين البيع وحليته ونفوذه وكذا الأمر في حديث السلطنة .

فانه يقال الظاهر من البيع معناه الاسم المصدرى كما ذكرنا سابقاً ومعناه كذلك لا يتم الابدع حصول المعلق عليه فلا يتخلل بين تمام المعنى الاسم المصدرى ونفوذه فصل هذا على تقدير كون المراد من المحلية الوضع وعلى تقدير كونها تكليفاً فالامر اوضح فان المحلية التكليفية ترخيص في ايجاد البيع او في التصرفات المترتبة عليه فتكون ثابتة للبيع قبل انشائه لاثابته له على تقدير انشائه كما في دليل وجوب الوفاء بالعقد حيث آية وجوب الوفاء بالعقد لا يقتضى وجوب نفس البيع والعقد بل مقتضاه وجوب الوفاء به على تقدير حصوله بخلاف أحل الله البيع فانها ترخيص في نفس البيع وفي التصرفات المترتبة عليه .

ومما ذكرنا يظهر الحال في حديث السلطنة ، نعم ذكرنا سابقاً أنه لا يمكن التمسك بحديث السلطنة الا في مورد الشك في ولاية المالك على التصرف المشروع في نفسه لافي مورد الشك في مشروعية نفس التصرف كما في المقام لان الكلام في مشروعية تعليق العقد وعدمها .

وثانياً بان المستفاد من آية وجوب الوفاء هو الالتزام بمدلول العقد عملاً فان كان مدلوله الملك المطلق فيكون الوفاء به هو الالتزام بالملك مطلقاً وان كان معلقاً



## نعم ربما يشكل الامر فى فقد الشروط المقومة (١)

فيكون الوفاء به بالالتزام بالملك موقوفاً .

و بالجمله فلزوم الوفاء بالعقد نظير وجوب الوفاء بالعهد الذى يكون مطلقاً ومعلقاً .

واجاب ثالثان تخلف وجوب الوفاء عن تمام العقد قد وقع فى موارد كالوقف والهبة فان الملكية فيهما مشروط بحصول القبض بل كالبيع فى الصرف والسلم قبل حصول القبض فى المجلس و كالبيع فى مورد ثبوت خيار المجلس فليكن مورد التعليق منها .

ورابعاً ان الدليل المزبور لا يمنع عن تعليق الايجاب بحصول القبول بعده لان مع هذا التعليق لا يلزم تخلل الفصل بين تمام العقد ووجوب الوفاء به حيث ان القبول جزء العقد لا امر خارج عنه .

وخامساً بان الدليل المزبور لا يجرى فى موارد التعليق على أمر حالى لم يحرز حصوله فانه لو كان حصول للمعلق عليه فى هذه الموارد فبتمام العقد يترتب عليه وجوب الوفاء به وبتعبير آخر يكون وجوب الوفاء فى تلك الموارد مراعى بانكشاف الحال لا موقوفاً على حصول أمر بعد ذلك .

وسادساً بان الدليل المزبور لا يجرى فى الموارد التى ثبت فيها عدم ترتب الوفاء على العقد كالوصية التمليلية فان الملك فيها للموصى له يحصل بعد موت الموصى فلا مانع فى تعليق الوصية على امر آخر ايضاً غير موت الموصى .

(١) يعنى ما يكون معتبراً فى صحة العقد شرعاً كملكية المبيع للبايع فانها شرط فى انتقاله الى المشتري فالعلم بانتفاء ذلك فضلاً عن التردد فيه لا يكون موجباً لانتهاء قصد الانشاء او التعليق فى العقد وما يكون -دخيلاً فى تحقق عنوان المعاملة حتى مع الاغماض عن حكم الشارع بصحتها بحيث لا يكون للعنوان المزبور تحقق عند

## الظاهر الفرق بين مثال الطلاق وطرفيه (١)

العرف بلا حصوله كما في الزوجية بالاضافة الى الطلاق فانه لا يكون لعنوان الطلاق خارجية الا في مورد ثبوت علاقة الزوجية وكالعتق فانه لا يتحقق الا في مورد الرقية - ففي مثل ذلك لا يمكن الانشاء يعنى قصد الطلاق او العتق مثلا بدون احراز الزوجية او الرقية الاعلى وجه التقدير والتعليق ولوقيل بعدم جواز التعليق حتى في مثل هذه الموارد فلا بد من الطلاق او العتق منجزاً .

ولكن يظهر من الشهيد (ره) في القواعد ان العقد حتى بصورة التنجيز مع عدم الجزم باطل وقد ذكر انه لو تزوج بامرأة يشك في كونها محرمة عليه فظهر حلها فالنكاح باطل لعدم الجزم حال العقد ثم اردف على ذلك الايقاعات كما لو خالغ امرأة او طلقها وهو شك في زوجيتها او ولي نائب الامام قاضياً لا يعلم اهليته فظهر اهلا فلا يشبث الطلاق او الولاية على القضاء باعتبار عدم الجزم بهما حال ايقاعها .

وهذا بخلاف مسألة بيع الوارث المال لظن حياة مورثه فانه صحيح فيما لو ظهر موت المورث وذلك فان قصد التمليك من الوارث حاصل جزماً كان هو المالك او مورثه غاية الامر يكون التمليك في الثاني فضولياً وتكون صحته فعلاً على تقدير موت المورث ونظير هذا البيع تزويج امه ابيه من آخر فظهر موت ابيه حال تزويجها فان القصد والجزم بالنكاح حاصل غاية الامر يكون النكاح على تقدير حياة ابيه فضولياً .

(١) المراد من طرفي الطلاق تزويج امرأة يشك في انها محرمة عليه فبان حلها وتولية نائب الامام عليه السلام قاضياً لا يعلم اهليته للقضاء فبان اهلا والوجه في الفرق بينهما وبين الطلاق ان عنوان الطلاق لا يحصل الا مع الزوجية كما مر بخلاف النكاح فان عدم كون المرأة محرمة عليه شرط شرعى ففى النكاح كما ان عدالة القاضى مثلا شرط شرعى لتولى منصب القضاء فيمكن انشاؤها مع الجزم وبلا تعليق .

## فلو اختلفا في المضمون بان اوجب البيع على وجه خاص (١)

(اقول) بل لافرق بينهما وبين بيع مال مورثه لظنه حياته فبان ميتا وحكم الشهيد (ره) بطلانها وبصحة بيع مال المورث لايمكن المساعدة عليه .

(١) اختلاف الايجاب والقبول في المضمون اما بالاختلاف في المالك كما اذا قال البايع بعتك هذا المال بكذا وقال غير المخاطب قبلت واما بالاختلاف في العوضين كما اذا قال بعتك هذا المال بدينار فقال قبلت بعشرة دراهم واما بالاختلاف في الشرط في المعاملة كما اذا قال بعتك هذا بكذا على ان تخيط لى هذا الثوب فقال قبلت بلا شرط والاختلاف في كل مورد من الموارد الثلاثة موجب لعدم حصول عنوان البيع والمعاهدة فما ذكر من اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول لا يكون لدليل خارج عن عموم الوفاء بالعقد واطلاق حل البيع كما لا يخفى .

نعم بما ان معاملة الوكيل منسوبة الى موكله فاختلف الايجاب والقبول بخطاب الوكيل والموكل لا يضر كما اذا قال خطاباً للوكيل بما هو وكيل بعتك هذا المال بكذا وقال قبلت لموكلى او قال للموكل بعتك هذا المال بكذا وقال وكيله قبلت نعم اذا قال قبلت لنفسى لم يصح لان مع كون الثمن كلياً كما هو المفروض يختلف الاغراض وربما يرضى مالك المبيع بتملك عوض ماله بدمه شخص ويقدم على المعاملة معه ولا يرضى بتملكه على عهدة الاخر وعلى ذلك فلا يكون تملك ماله لاحد بازاء ماله بدمته وقبول شخص آخر بمثل ذلك العوض بيعاً .

نعم اذا كان العوضان عينين خارجيين فالمبادلة بينهما مقتضاها دخول احدهما في ملك من تخرج عن ملكه الاخرى فلا يضر الخطاء في تشخيص مالهما بان قال لاحد بعتك هذا المال بذلك زاعماً انه مالك العوض قال مالكة الاصلى قبلت فلا يضر الخطاء المزبور بتمام المعاملة وصدق البيع .

ومما ذكرنا في المقام يظهر انه لو قال بعته هذا المال بكذا بشرط ان ترتكب

المحرام الفلاني قال المشتري قبلت بلا شرط فلا يصح البيع نعم اذا تم البيع بانشائه الرضا بالايجاب المزبور يكون الشرط المزبور ملغى حيث انه لا يجب الوفاء ولا يجوز المحرام باشرطه في المعاملة .

وذكر السيد النحوي طال بقاءه ان اصل الشرط خارج عن اصل المعاملة ولو قال بعثك هذا المال بكذا بشرط ان تخط لي الثوب وقال المشتري قبلت بلا شرط تم الالتزام البيعي فيصح البيع فيما اذا رفع البايع يده عن شرطه وفيه ان البايع لو مات قبل الغاء شرطه او اقراره فلازم ما ذكر من خروج الشرط عن اصل المعاملة هو الحكم بدخول المبيع في ملك المشتري غاية الامر يقوم ورثة البايع مقامه في فسخ المعاملة او الغاء الشرط ولا اظن الالتزام منه او من غيره بذلك .

و ذلك فان اشتراط البايع الخياطة على المشتري معناه تعليق ايجاب البيع على التزام المشتري بحال العقد بخياطته الثوب المزبور و ليس المراد ان الخياطة خارجاً هي المعلق عليه في ايجاب البايع ليكون اشتراطها من تعليق العقد الموجب لبطلانه بل المراد ان المعلق عليه لايجب البايع هو الالتزام الخارجي حال العقد بخياطة الثوب ولذا ربما يصرح البايع بانك ان لم تلتزم بالخياطة فلا ابيعك المال نعم الخياطة خارجاً وفاء بالمعاملة المزبورة و اذا لم تتحقق هذا الوفاء من المشتري لا يجب الوفاء على البايع ايضاً لكون وجوبه حقاً ويثبت له خيار الفسخ والتفصيل في باب الشروط انشاء الله تعالى .

وعلى ذلك فلو قال البايع بعثك هذا المال على ان تخط لي هذا لثوب فقال قبلت بلا شرط لم يتم البيع باعتبار ان انشاء ملكية المبيع معلق على امر لم يحصل بالقبول المزبور .

## ولو قال لاثنين بعتمكما العبد بكذا (١)

(١) ولو قال لاثنين بعتمكما هذه العين بالف وقبل احدهما بيع نصفها بخمسائة ولم يقبل الاخر بيع النصف الاخر يكون البيع فى النصف غير تام ايضا باعتبار عدم التطابق بين الايجاب والقبول ونظير ذلك ما اذا قال لواحد بعتمك هذه العين بالف فقال اشتريت نصفها بنصف الثمن واما لو قبل الاخر ايضا النصف الاخر بخمسائة فى المثال الاول او قال المشتري فى المثال الثانى اشتريت كل نصف بخمسائة فالظاهر تمام البيع ولكنه لا يخلو عن اشكال .

اقول لاشكال فى الصحة لحصول التطابق بين الايجاب والقبول بالاضافة الى جزء المبيع وكله .

نعم الاظهر الحكم بالبطلان فيما لو كان القبول من واحد فى المثال الاول او قبول النصف فقط فى المثال الثانى والوجه فى ذلك ان بيع المضاف الى الكل ينحل الى بيع ابعاضه المشاعة من النصف والثلث والربع السى غير ذلك بنسبة ذلك البعض السى الثمن سواء كان ذلك الكل يعد عرفاً واحداً خارجياً او كان بنظرهم اثنين كما اذا جمع كتابى الرسائل و المكاسب و باعهما صفقة واحدة غاية الامر يكون فى هذا القسم للبيع انحلال آخر وهو بيع كل من الكتابين بما يخصه من ذلك الثمن واذا كانت القيمة السوقية للرسالة ثلث قيمة المكاسب يكون الانحلال الى بيعها بربع الثمن وبيع المكاسب بثلاثة ارباعه .

وما عن بعض الاعاظم دامت شوكتهم من اختصاص الانحلال بهذا القسم فقط ولا يجرى بالاضافة السى الاجزاء المشاعة للمبيع فضعفه يظهر بالرجوع السى بناء العقلاء فانه اذا ظهر ثلث الدار المبيعة ملكاً لغير البايع لا يسيرون فساد البيع رأساً بل فساده بالاضافة الى ذلك الثلث .

### ومن جملة الشروط في العقد ان يقع (١)

وعلى كل فلا ريب في انحلال البيع بالاضافة الى الاجزاء المشاعة للمبيع غاية الامر يكون التزام البايع او المشتري بالوفاء بببيع كل من تلك الاجزاء موقوفاً على تمام البيع بالاضافة الى ساير الاجزاء و مع تخلفه بالاضافة الى ساير الاجزاء يثبت للاخر خيار التبعض .

وعلى ذلك فاذا قال احدهما قبلت نصفه بنصف الثمن وسكت الاخر في المثال الاول او سكت المشتري عن قبول النصف الاخر في المثال الثاني فهو بمنزلة قبول بيع النصف بلا شرط فلا يكون بين الايجاب والقبول تطابق بخلاف ما اذا قال ذلك كل منهما او بالاضافة الى كل نصف كما لا يخفى .

(١) يعنى ان الامور المعتبرة في صحة التخاطب بحيث لا يكون الشخص مع فقد ما قبله كالحياة والعقل وعدم الاعماء يجب حصولها لكل من البايع والمشتري من حين الايجاب الى تمام القبول والوجه في اعتبارها كذلك عدم حصول عنوان التعاقد والتعاهد مع تخلل عدمها في واحد منهما قبل تمام القبول .

لا يقال كيف يتم عقد الوصية بقبول الموصى له بعد موت الموصى .  
فانه يقال الوصية حتى التمليلية منها لانكون من العقود بل هي في حقيقتها ايقاع غاية الامر صحة الايضاء ونفوذها مشروط بعدم رد الموصى له ففي اى زمان حصل الرد المستمر يكون كاشفاً عن بطلانها ولذا لا يترتب على فعل الموصى له آثار القبول فيجوز منه القبول بعد الرد ولو مات يقوم مقامه ورثته في قبولها بخلاف ساير العقود فانه لا يصح فيها ذلك .

وكذا الحال في الامور التي تعتبر في صحة تصرفات المالك و رضاه كعدم السفه وعدم الحجر بالافلاس وغيره فانه لا بد من حصولها لكل واحد من طرفي

العقد من حين الايجاب الى تمام القبول فانه مع عدم ذلك لا يتحقق عنوان التعاقد و الاصل في ذلك يعنى ما يعلم منه اعتبار الرضا كذلك من كل منهما الى تمام القبول انه لو فسخ البايع ايجابه قبل تمام قبول المشتري لغى الايجاب فان هذا الفسخ ابراز لعدم رضاه بتمام العقد ولو لم يكن حين قبول القابل رضا الموجب معتبراً بل كان المعترف رضاه عند الايجاب فقط لم يكن الفسخ المزبور نافذاً .

لا يقال على ذلك فكيف يصح بيع المكره مع لحوق رضاه به واذا كان لحوق الرضا كافياً يكون الرضا بعد الايجاب وعند القبول اولى بالكفاية .

فانه يقال يمكن القبول بان كفاية الرضا المزبور في مورد الاكراه للاجماع

انتهى .

اقول الامور المعتبرة في المتعاقدين على نحوين قسم منها ما لا يصدق مع فقده عنوان البيع او نحوه عرفاً بل يصح عند هم ان يقال لا بيع كالاتفات والقصد في كل من المتعاقدين حال الانشاء وفي هذا القسم يعتبر ما هو ملاك الصدق فلا يضر عدم الاتفات من القابل الى انشاء الموجب حال ايجابه بل لو علم ايجابه مقارناً لتمامه او بعده فقال مع عدم فوات الموالات المعتبرة قبلت يحصل البيع .

وقد ذكرنا سابقاً ان ارسال الهدية مع قصد الملك تملك وتسلم المهدي

اليه قبول وان لم يعلم بالارسال عند حدوثه .

وبالجملة المعترف في تحقق عنوان البيع حصول هذه الامور للقابل عند قبوله

ولو كان القابل عند ايجاب البايع في النوم الخفيف مثلاً وبعد ايجابه تيقظ والتفت الى الايجاب بخصوصياته فقبله تم عنوان البيع والعقد .

ومما ذكرنا يظهر أن ما ذكره السيد اليزدى ره من عدم اعتبار هذه الامور

في الموجب حال قبول القابل بل المعترف حصولها في الموجب حال ايجابه وفي

## اردئها اخيرها (١)

القابل من حين ايجاب الموجب لاساس له وكذا لايعتبر استمرار هذه الامور فى الموجب من حين ايجابه الى تمام القبول ولو أخذه النوم بعد ايجابه واستيقظ قبل قبول المشتري او قبل تمامه ولم يبلغ ايجابه تم عنوان البيع وتخلل فقدها بين ايجابه وتمام القبول غير قادح كما ذكر السيد الخوئى طال بقاءه .

والنحو الاخر ما يكون معتبراً فى صحة البيع ووقوعه مورد الامضاء عند العقلاء والشرع كاعتبار المالكية فى كل من البايع والمشتري او البلوغ او عدم الاكراه او عدم الحجر فاعتبار هذه الامور تابع للدليل الدال على اعتبارها فقد يكون مفاده حصول ذلك الامر فى الموجب حال ايجابه وفى القابل حال قبوله كالبلوغ وقد يكون مفاده حصوله ولو بعد العقد كطيب النفس ففى اى مورد حصل يتم البيع .

فقد ظهر مما ذكرنا ان القول باعبار تحقق الامور المعتبرة فى كلا القسمين فى كل من الموجب والقابل من حين العقد الى تمام القبول كما هو ظاهر المصنف (ره) وصرح النائينى (ره) بكونه من القضايا التى قياساتها معها ضعيف .

ولذا يذكر (ره) فيما يأتى ان صحة بيع المكروه بلحوق الرضا ليس بتعبد خاص للاجماع او غيره بل هى مقتضى دليل حل البيع كما ظهر حال فسخ الموجب قبل تمام القبول فان المعتبر من رضا البايع فى تأثير العقد رضاه عند تمام البيع او بعده ومع وقوع الفسخ قبل تمامه ينتفى موضوع الحكم بالصحة .

(١) ووجه كونها اردئها انه اذا قيل بان الحكم الظاهرى فى حق احد كالحكم الاضطرارى فى كونه واقعياً ثانوياً وانه يكون الايجاب بالفارسى مثلاً كاشارة الاخرس وتقديم القبول مع اعتقاد القابل جوازه كتأخيره فى تمام العقد ، يكون العقد المزبور تاماً فى حقهما معا ولو بحسب الحكم الواقعى الثانوى .



وهذا بخلاف ما ذكر (ره) في الموالاة والتنجز وعدم بقاء البايع على شرط المتعاقدين حال قبول المشتري حيث انه لو كان الايجاب معلقا على أمر وقدر رأى القابل بطلان التعليق يكون قبوله ايضا معلقا لانه لا يمكن التفكيك بين الايجاب و القبول في التعليق مع التحفظ على التطابق بينهما .

والحاصل اذا يرى الموجب عدم الباس بتعليق ايجابه ويسرى القابل بطلان التعليق لاتكون صحة الايجاب بناء على مسلك السببية وكونه كاشارة الاخرس موجبا لصحة القبول من المشتري الذى يرى بطلان قبوله باعتبار كونه معلقا وكذا الحال فى فقد الموالاة حيث ان مع فقدها بين الايجاب والقبول يكون فعل من يعتبرها باطلا ولايجدى فى صحته صحة فعل الاخر ولكن قديقال ان المعاملة لايمكن تفكيكها فى الصحة بالاضافة الى المتعاقدين فان معنى صحة البيع مثلا حصول ملكية المبيع للمشتري بالعوض وصحة النكاح بمعنى حصول الزوجية بين المتعاقدين وهكذا.

و اذا كانت المعاملة التى يرى الموجب مسح فقد الموالاة صحتها صحيحة فصحتها واقعا بحصول ملكية المبيع واقعا للمشتري بازاء الثمن كما هو مقتضى اطلاق دليل الاعتبار بناء على مسلك السببية ولايمكن مع حصولها كذلك فسادها و عدم حصول الملكية له بالاضافة الى المشتري وكذا الحال فى النكاح وغيره من المعاملات ولو امكن التفكيك فى الصحة امكن ايضا فيما كان فعل احدهما فى نظره صحيحا و فعل الاخر فاقداً للشرط فقط كما اذا انشأ الايجاب باللغة الفارسية فى النكاح ويرى القابل بطلان عقد النكاح بغير العربية فسانه يمكن معه دعوى ان صحة الايجاب باللغة الفارسية بالاضافة الى الموجب فقط لا حتى بالاضافة الى القابل المزبور و المتحصل ان الاحكام التكليفيه التى تكسون موضوعاتها الافعال الخارجيه فيمكن فيها ان يكون فعل خارجى موضوعاً لحكم تكليفى بالاضافة الى مكلف ولا يكون

موضوعاً لذلك الحكم بالاضافة الى مكلف آخر كما اذا سافر المكلف الى اربعة فراسخ ورجع فى يومه فيمكن على القول بالسببية التبعض بان يكون السفر المزبور موضوعاً لوجوب القصر واقعاً بالاضافة الى مكلف ، ولا يكون موضوعاً بالاضافة الى الاخر و كذا الحال فى الاحكام الوضعية التى تكون موضوعاتها الاعيان الخارجية او الافعال الخارجية فيمكن ان تكون عين موضوعاً واقعاً للنجاسة بالاضافة الى مكلف و لا يكون موضوعاً لها بالاضافة الى الاخر و اما المعاملات فلا يمكن فيها التفكيك فى الصحة والفساد بان تصح بالاضافة الى طرف دون الطرف الاخر وفيه انه بناءً على مسلك السببية يكون العقد المفروض فى المقام محكوماً عليه بالصحة بالاضافة الى كلا الطرفين حيث انه بعد سقوط ما يكون معتبراً فى فعل الموجب او القابل باجتهاد صاحبه او تقليده يتم العقد للمجرد ان العقد لا يتبعض بالصحة بالاضافة الى احدهما والفساد الى الاخر .

ليقال لوجه بعد عدم امكان تبعض العقد بالاضافة اليهما لتقديم الصحة على الفساد وانه لو كان عدم امكان التبعض موجباً لتقديم الصحة فلزمه ان يحكم بالصحة فيما اذا أتى المجتهد الذى يرى اعتبار العربية بالايجاب بغيرها وأتى المجتهد الثانى ايضاً القبول بغيرها حيث ان هذا العقد بنظر المجتهد الثانى صحيح و الصحة لا تتبعض بل الوجه فى عدم الحكم بالصحة فى هذا المثال هو انه بناءً على مسلك السببية الايجاب الواقع من المجتهد الاول باطل واقعا حتى بنظر المجتهد الثانى كما هو مقتضى مسلك السببية حيث ان عدم اعتبار العربية بناءً على ذلك المسلك مختص بمن يرى عدم اعتبارها و على ذلك فاذا اتى المجتهد الاول الايجاب بالعربية واتى الثانى القبول بغيرها يكون العقد بناءً على ذلك المسلك صحيحاً واقعاً بحسب نظر كلا المجتهدين اما المجتهد الثانى فلانه لا يرى اعتبار العربية واما بنظر المجتهد

الاول فلان ذلك مقتضى سقوط العربية عن الشرطية في القبول الصادر عن المجتهد الثاني .

والحاصل ان مقتضى مسلك السببية تعين صحة العقد لاتردده بين ان يحكم بالصحة لكلا الطرفين او بالفساد كذلك ليكون تقديم الصحة على الفساد ترجيحاً بالامرين معين ومما ذكرنا يظهر صحة التفصيل الذي ذكر المصنف (ره) فانه اذا أتى بالايجاب من يرى اعتبار الموالات في العقد ثم بعد فواتها قبل القابل السدى لا يرى اعتبارها يكون قبول ذلك القابل صحيحاً حتى عند الموجب بناءً على مسلك السببية ولكن ايجاب نفسه باطل حيث ان الموالات معتبرة في الايجاب الذي فعله حتى بناءً على مسلك السببية فتدبر

هذا كله بناءً على السببية واما بناءً على مسلك الطريقية فيقع الكلام تارة في المعاملة من شخصين يرى احدهما بحسب اجتهاده او تقليده صحة فعله ويرى الاخر بطلانه كما اذا كان البايع مقلداً لمن يقول ببطلان المعاطاة وقبل المشتري الايجاب بنحو المعاطات فهل يحكم بفساد البيع ام لا واخرى في أنه يجوز لشخص آخر غير المتعاملين ترتيب آثار الصحة على المعاملة الصادرة التي يرى ذلك الاخر بحسب اجتهاده او تقليده بطلانها كما اذا اراد شراء مال يعلم ان بايعه تملكه بالمعاطاة التي لا يرى مريد الشراء صحتها ونظير ذلك ما اذا اراد شراء ارض من امرأة يعلم انها تملكها من زوجها بالارث مع ان هذا الشخص يرى ان الزوجه لا ترث من العقار فنقول في المقام الاول لا ينبغي الريب في ان المعاملة الواحدة لا تتبع في الصحة والفساد بالاضافة الى المتعاملين حيث لا تبدل في الشرايط المعتبرة في المعاملة .

وانه يكفي في بطلانها واقعاً الاخلال بتلك الشرايط ولو من احدهما ولكن التفكيك بين المتعاملين في صحة المعاملة وفسادها بالحكم الظاهري امر ممكن حيث

لابعد في قيام حجة عند احدهما بصحة المعاملة المفروضة وعند الاخر على بطلانها فيعمل كل منهما على طبق الحجة القائمة عنده فان لم يلزم من عملهما على طبقهما التخاصم والتشاجر فهو والا يكون المورد من الموارد التي لا بد من الرجوع فيها الى الحاكم الذي يصح له القضاء سواء كان المتخاصمان مجتهدين او مقلدين لاعتبار قضائه في حق كل منهما ومع عدم امكان ذلك يصح لمن يرى الصحة في مثل البيع الفسخ باعتباره ان صاحبه تخلف عن الوفاء به وفي المقام تفصيل ابداه صاحب الكفاية (ره) و هو ان من لا يرى اعتبار أمر في معاملة يرى الاخر اعتباره فيها لو كان مستنداً الى اصل عملي من اصاله الطهارة او الحلية او استصحابهما او البرائة عن الشرطية مثلاً يلزم على الطرفين ترتيب آثار الصحة عليها والا كان الامر كما تقدم وتعرض لهذا التفصيل في المقام الثاني انشاء الله تعالى .

واما المقام الثاني فلا ينبغي الريب ايضاً في انه للاخر ترتيب آثار الصحة فيما اذا كان الصادر نكاحاً يرى المتعاقد ان صحته بل يجب على الآخرين ترتيب آثار الصحة حتى مع علمهم ببطلانه واقعاً بحسب حكم الشارع فان على ذلك سيرة المسلمين و يدل ايضاً معتبراً ابي الحسن الحذاء (١) .

قال كنت عند ابي عبد الله (ع) فسألني رجل ما فعل غريمك قال ذاك ابن الفاعلة فنظر الى ابو عبد الله (ع) نظر أشد يداً قال فقلت جعلت فداك انه مجوسى امه اخته فقال او ليس ذلك في دينهم نكاحاً .

ومقتضى هذه المعتبرة انه لا يجوز للابن نكاح زوجة أبيه مثلاً حتى فيما اذا علم الابن فساد ذلك النكاح نعم لولا هذه المعتبرة و السيرة المشار اليها لم يكن قوله سبحانه ولا تنكحوا ما نكح آباءكم شاملاً لذلك النكاح حيث ان ظاهره كظاهر

خطابات ساير المعاملات هو الصحيح .

والحاصل أن النكاح بناءً على مسلك الطريقة يكون مستثنى في المقام الثاني دون المقام الاول فانه اذا انشاء النكاح المرأة بايجاب يرى القابل بطلان ذلك الايجاب فلا يحكم بصحة النكاح واقعاً ولا ظاهراً بالاضافة الى الزوج .

وقد يقال ان المتعاقدين المختلفين ان كانت صحة فعل احدهما مقتضى الاصل كاصالة الحلية او الطهارة او استصحابهما او البرائة فلا بد من الحكم بصحة العقد لان الاصل المزبور مسقط لما يعتبره الآخر عن الشرطية بالاضافة الى الاول كما اذارت المرأة صحة النكاح المنشأ بغير العربية و ذكرت ايجابها بالفارسية وقبله الرجل بالعربية مع اعتقاده اعتبارها فانه يكون العقد المزبور صحيحاً عندهما اما عند المرأة فظاهر واما عند الرجل فان اصالة البرائة الجارية عند المرأة عن اعتبار العربية قد أسقطت اعتبارها عن الايجاب ويكون المقام نظير ما كان المأموم مخالفاً لامامه في جزء الصلاة او شرطها كما اذا كان الامام معتقداً عدم وجوب السورة بعد الحمد في الركعتين الاولتين فتركها والمأموم معتقداً وجوبها فانه يجوز له الاقتداء .

ومما ذكر يظهر الحال فيما اذا رأى المتعاقدان صحة العقد لعدم اعتبار امر فيه عندهما ويرى الغير الذي يريد ترتيب الاثر على عقدهما اعتباره انه لامانع من ترتيب الاثر فيما اذا كان المستند لعدم اعتبار المتعاقدين هو الاصل العملى .

اقول ما ذكر في اختلاف الامام والمأموم صحيح وانه يجوز اقتداء المأموم المفروض بالامام بلافق بين كون منشأ اعتقاد الامام صحة صلاته اصلاً عملياً و اماراً والسرفى ذلك ان مثل حديث لاتعاد يقتضى صحة صلاة الامام في غير مورد اخلاله بما ذكر في المستثنى من ذلك الحديث بسقوط غير ما ذكر فيه عن الاعتبار مع الاخلال عن عذر ولو كان اختلافهما في اعتبار ما لا يقضى حديث لاتعاد سقوطه عن الاعتبار لم

### لوقبض ما اتباعه بالعقد الفاسد (١)

يجز له الاقتداء به كما اذا تيمم الامام في مورد يرى المأموم الوضوء هي الوظيفة فلا يجوز له الاقتداء به سواء كان المنشأ لاعتقاد الامام الاصل العملى او الامارة .

والحاصل لا خصوصية للاصل العملى ولالباب الصلوة بل يعم ما ذكر كل مورد سقط فيه الاعتبار الاولى سقوطاً واقعياً للجهل او غيره ومفاد الاصل كالامارة لا يكون الاحكاماً طريقتياً والحكم الطريقتى شأنه التنجيز والتعذير لاحكاماً نفسياً ليكون حاكماً على ادلة الاشتراط و يرتفع موضوع وجوب التدارك مع كشف الخلاف بعد ذلك .

ألترى انه لو جرت اصالة الطهارة او استصحابها في ماء غسل به الممتنجنس ثم انكشف نجاسة ذلك الماء لا يحكم بطهارة ذلك المغسول مع انه على الحكومة لا بد من الحكم بطهارته وكذا لو اشترى ما يشت في كونه وفقاً ثم ظهر كونه وفقاً الى غير ذلك من موارد التخلف من المعاملات وغيرها .

(١) المراد بفساد العقد ما فساد من جهة خصوص الامور المعتبرة في نفس العقد

او الاعم منها بحيث يعم ما يعتبر في المتعاقدين والعوضين وكيف كان فالمقبوض بالبيع الفاسد لا يدخل في ملك القابض لفساد البيع ويكون ضمان تلفه عليه ويستدل على هذا الضمان برواية على اليدما اخذت حتى تؤدى التي رواها العامة وذكرها بعض اصحابنا في كتبهم الفقهية ومفادها ضمان المال المقبوض وخسارة تلفه على عهدة الآخذ كما هو مقتضى اسناد الظرف الى المال كما ان اسناد الظرف الى فعل ظاهره وجوبه تكليفاً .

وبالجملة اسناد الظرف الى المال يفيد ضمانه الذي يكون من قبيل الحكم الوضعى وحيث ان هذا الحكم لا يختص بالبالغين فلا يبعد شمول الرواية للصبي

والمجنون أيضاً فيما اذا صدق انهما وضعاً يدهما على المال كما اذا كان المصبي مميزاً  
وجنون المجنون خفيفاً .

اقول الرواية لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها و دعوى انجبار ضعفها  
بعمل المشهور لا يخفى ما فيها لقوة استنادهم في حكمهم بالضمان الى ما نذكر من جريان  
سيرة العقلاء على الضمان في مورد الاستيلاء على مال الغير بلا استيمان وبلا اذن في  
اتلافه مجاناً .

ويستدل على ضمان التلف ايضاً بمرسلة جميل بن دراج (١) عن ابي عبد الله (ع)  
عن رجل اشترى جارية فاولدها فوجدت الجارية مسروقة قال ياخذ الجارية صاحبها  
وياخذ الرجل ولده بقيمته وهذه وان كانت مرسلة الا ان مضمونها وارد في البعض  
الاخر من الروايات المعتمدة .

ووجه الاستدلال بها ان ضمان المشتري الولد بقيمته لكون الولد المفروض  
نماء الامة وباعتبار كونه حراً يكون من النماء الذي لم يستوفه المشتري فيلزم ضمان  
الاصل بطريق اولى ولكن يمكن المناقشة في الاستدلال بوجهه .

منها ان أخذ المشتري ولده بقيمته حكم تعبدى لا يقتضيه قاعدة ضمان التلف  
فان الولد تابع للاب فالولد حـر وفرضه رقا واعطاء قيمته لمالك الجارية  
عوضاً عما فات من منفعتها عند المشتري وهي قابلية رحمها للاستيلاء تعبد غاية الامر  
يكون الفرض مثل مسا اذا زرع انسان ارض الاخر فعليه عوض منفعة تلك الارض  
الفائتة بيده أى أجرة مثلها .

و دعوى ان عليه قيمة الزرع المزبور يعطيها لصاحب الارض خارجة عن  
قانون ضمان التلف وبالجملة بما ان الحكم في الرواية تعبد فلا يمكن التعدى الى

## مما كان فيه شائبة الايقاع او كان اقرب اليه (١)

ضمان تلف الجارية فضلا عن كونه بالاولوية .

ومنها ان الرواية لادلالة لها على الضمان فى تلف المال فيما اذا كان وضع اليد عليه بالمعاملة الفاسدة مع مالكة كما هو محل الكلام او داخل فيه وانما تدل على الضمان فى مورد فساد البيع بالغصب وعدم كون بايعه مالكا والضمان فى هذا لا يلزم الضمان فى الاول .

ومنها ما اشار اليه (ره) بقوله فليس استيلادها من قبيل اتلافها الخ وحاصل المناقشة ان المفروض فى الرواية من قبيل اتلاف المنفعة فيكون ضمانها ضمان اتلاف لاضمان التلف كما هو مورد الكلام فى المقام .

واجاب (ره) ان استيلاذ الامة ليس من اتلاف نماء رحمها ليدخل الفرض فى مورد اتلاف مال الغير بل يكون استيلاذها من انماؤها بنماء لا يدخل ذلك النماء فى ملك احد بحكم الشارع وليس عدم دخوله فى ملك احد فعل المشتري حتى يضاف التلف اليه بل الى حكم الشارع بكون الولد حراً فهو كالتالف لا المتلف بفعل المشتري .

اقول قد ذكرنا ان الولد لا يكون نماء الرحم الذى يكون لصاحب الجارية بل ملكه قابلية رحمها للاستيلاذ التى استوفاهما المشتري باستيلاذها فالضمان فى المورد من ضمان المنفعة المتلفة على مالك الجارية كما لا يخفى .

نعم لاحاجة فى الحكم بضمان اليد الى الرواية فان الضمان فى غير موارد الاستيمان المالكى او الشرعى قد جرت عليه سيرة العقلاء ولم يردع عنها الشرع فيكون الضمان فى ذلك نظير ساير الاحكام التى يكون الدليل عليها السيرة العقلانية. (١) الاول كما فى الجعالة حيث قيل انها من الايقاع وانها تتم بالايجاب من الجاعل فقط وان العمل من العامل لا يكون قبولا ولذا يكون رد الضالة ولو بعد زمان



## المراد بالضمان فى الجمليتين (١)

يفوت معه الموالاة بين الايجاب والقبول موجبا لاستحقاق الراد الجعل وكذا يستحق ذلك الجعل حتى الصبى الراد للضالة مع عدم الاعتبار بقبوله وكيف ما كان فلو تم القول بانها عقد يكفى فى قبولها العمل حتى مع الفصل المزبور فيكون فيها شائبة الايقاع واحتماله .

والثانى وهو ما كان اقرب الى الايقاع كالخلع فانه فى حقيقته طلاق على شرط العوض والفدية والطلاق من الايقاع ولكن لشرط الفدية على الزوجة يحتاج الى قبولها .

(١) وحاصل ما افاده (ره) ان الضمان عبارة عن كون درك المال وخسارة تلفه على الشخص بان يجب عليه تداركه من ماله باداء البذل منه والتدارك بالبذل اما ان يكون باداء العوض المسمى كاداء الثمن فى ضمان المبيع والاجرة المسماة فى ضمان المنفعة او يكون باداء البذل الواقعى يعنى المثل او القيمة او اقل الامرين من العوض المسمى والبذل الواقعى واطلاق الضمان وعدم تقييده بالعوض المسمى او باقل امرين مقتضاه ثبوت العوض الواقعى ولذا يحمل اطلاقه على ذلك فى الضمان المشترط فى مثل العارية او فيما ورد فى ادلة المضمونات من المغصوبات وغيرها .

وبالجملة فالتفكيك فى الضمان بين فرض فساد البيع بحمله على العوض الواقعى وبين فرض صحته بحمله على الثمن المسمى باعتبار القرينة فى الثانى واطلاقه فى الاول لا باعتبار ان ضمان المبيع مثلا بالثمن المسمى ينا فى فرض الفساد فانه يمكن فرض فساد المعاملة ومع ذلك يكون المال عند تلفه ملكا له كما مر نظير ذلك فى ملزمات المعاطاة على القول بالاباحة .

اقول لا يخفى ان الضمان فى صحيح البيع مثلا ضمان معاوضى يثبت ملك

## لإلان معنى الضمان فى الصحيح مغاير (١)

الضمن للبايع ويكون على المشتري دفعه اليه مع تسليم المبيع سواء تلف ذلك المبيع بعد قبضه ام لا .

وبعبارة اخرى لا يكون ثبوت هذا الضمان معلقا على تلف المبيع نعم مثل ضمان الذهب او الفضة فى عاريتها ضمان تلف كانت العارية صحيحة او فاسدة فلا بد من ان يراد بالضمان المعنى العام وهو ثبوت البدل. للمال و المعنى ان كل مورد ثبت فيه ملك بدل المال لما لکه مع صحة العقد سواء كان ثبوت ملك البدل معلقا على تلف المال كما فى مورد ضمان عارية الذهب والفضة ونحوهما او مطلقاً كما فى ضمان المشتري الثمن للبايع يثبت البدل مع فرض فساد العقد غاية الامر يكون البدل فى فرض الفساد من ضمان التلف دائماً.

والحاصل ان ما ذكره المصنف (ره) فى المراد بالضمان فى القاعدة وهو كون خسارة المال ودرکه فى ماله الاصلى وانه اذا تلف وقع النقص فيه بتداركه منه لا يتم فى ضمان المشتري المبيع مع صحة البيع لما ذكرنا من ان ضمانه المبيع لا يكون بمعنى تدارك خسارة تلفه كما لا يخفى .

نعم يكون فيه الضمان بمعنى ان المبيع يتلف مملو كالمشتري ولكن ذكر (ره) ان هذا ليس معنى الضمان فلا يقال الانسان ضامن لامواله .

(١) يعنى ان الضمان يراد به كون خسارة المال ودرکه عليه بتداركه من ماله وافادة كون التدارك بالعوض المسمى يكون بتعدد الدال والمدلول ومع عدم الدال الاخر يكون مقتضى اطلاق الضمان هو التدارك بالعوض الواقعى يعنى المثل او القيمة وقد ظهر ان لفظ الضمان فى القاعدة المزبورة لم يستعمل الا فى معنى واحد بالاضافة الى صحيح العقد وفاسده فلا يلزم فيها التفكيك بينهما .

## ثم العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الانواع (٢)

(١) انواع العقد مختلفة فى الضمان وعدمه فقد يكون نوع موجباً للضمان كالبيع و الاجارة بمعنى ان جميع افراد نوع لو كان فى صحيحها الضمان لكان الضمان فى فاسدها ايضاً وقد لا يكون نوع موجباً للضمان بمعنى انه لا يكون فى افراده الصحيحة ضمان كالوديعة فتكون افراده الفاسدة ايضاً كذلك وثالثة لا يكون النوع موجباً للضمان مع ثبوته فى بعض اصنافه كالعارية فان نوعها لا يوجب الضمان ويكون الضمان فى مثل عارية الذهب والفضة .

وعلى ذلك فلو كان العموم فى القاعدة بحسب الانواع فقط اصلاً و عكساً لكان مفادها عدم الضمان فى فاسد عارية الذهب والفضة باعتبار انه لا يكون فى نوع العارية ضمان وعلى ذلك فلا بد من كون العموم فى القاعدة بلحاظ الانواع والاصناف بان يكون مفادها ان كل نوع من العقد او صنف من نوعه كان فيه مع صحته ضمان يكون فاسده ايضاً تابعاً لصحته فى الضمان فيكون الضمان فى العارية المزبورة باعتبار ثبوته فى ذلك الصنف فى فرض صحته .

لا يقال ظاهر العموم هو الاستغراق بحسب افراد العقد لا الانواع او الاصناف فيكون مفادها ان كل ما يكون فى الخارج من اشخاص العقد فان كان فيه الضمان فى فرض صحته يكون الضمان فى فرض فساده ايضاً والى ذلك اشار (ره) فى عبارته بقوله وربما يحتمل فى العبارة الخ وعلى ذلك فلو باع البايع متاعه بلا ثمن بان قال بعتك بلا ثمن وقبله المشتري فلا يثبت فى ذلك ضمان المبيع لان هذا البيع على تقدير صحته وامضاء الشارع لم يكن فيه ضمان فلا يكون الضمان مع فساده ايضاً وهذا بخلاف ما اذا كان العموم فى القاعدة بحسب الانواع او الاصناف فانه بناءً عليها يثبت فى المثال الضمان فان نوع البيع فيه ضمان مع صحته .

ويظهر من الرياض اختيار الضمان بفاسدها مطلقاً (١)

ثم ان لفظة الباء (٢)

فانه يقال ظاهر عبارة القاعدة تبعية فاسد العقد لصحيحه في الضمان وانه اذا ثبت في مورد الضمان بالعقد الصحيح يثبت الضمان في ذلك المورد بفاسده فلا بد من كون الاستغراق بحسب النوع او الصنف ليكون له فرد صحيح وفاسد فعلاً ويكون فاسده تابعاً لصحيحه وهذا بخلاف ما كان الاستغراق بحسب الاشخاص فانه لا يمكن الصحة والفساد في الشخص الاعلى نحو التقدير والتعليق .

وبالجملة ظاهر العبارة فعلية القسمين لاتقديرها فيكون مفادها ثبوت الضمان في المثاليين المتقدمين باعتبار ثبوت الضمان في جميع الافراد الصحيحة لنوع البيع او الاجارة .

اقول الظاهر عدم الفرق في النتيجة بين ارادة النوع او الصنف او الاشخاص وانه لا يثبت الضمان في المثاليين المتقدمين باعتبار ان البيع بمعناه لا ينطبق على المعاملة المزبورة حيث ان مفاد قوله بعتمك بلا ثمن ارادة التملك مجاناً وهذه في حقيقته هبة مجانية قد عبر عنها بلفظ البيع فلا ضمان فيها ولا يبعد صحتها اذ لا يعتبر في انشاء الهبة لفظ خاص وكذا الحال في قوله اجرتك بلا اجرة فانه من تملك المنفعة مجاناً فلا ضمان فيه .

(١) أى بفاسد الاجارة سواء كان شرط الضمان ام لا .

(٢) ان كان الباء بمعنى في فالمفاد واضح وان كان بمعنى السببية فلا بد من كون المراد بها الدخالة ولو بشرط القبض وانه اذا كان صحيح العقد دخيلاً في الضمان ولو كانت دخالته بالنحو الناقص كما في بيع الصرف والسلام حيث يتم الضمان فيهما

ثم ان المدرك لهذه الكلية (١)  
هو اقسام الآخذ على الضمان (٢)

بالقبض يكون كذلك فاسد .

اقول لعمرى ان الكلام فى القاعدة وتصحيح مفادها بلاطائل فان الضمان كما ذكرنا فى اول البحث يكون ضماناً معاملياً واخرى ضمان تلف و يحتاج ثبوت كل منهما فى عقد الى دليل امضاء ذلك العقد او الحكم به فيه كالحكم فى النكاح بضمن الزوج المهر المسمى او بضمن المستعير تلف الذهب او الفضة ومع فرض فساد النكاح او العارية ينتفى الضمانان ولا يمكن الحكم بثبوتهما فى فاسدهما لان حكم الشارع بهما ثابت فى مورد صحيح العقد فكيف يقاس عليه فاسد ولو كان فى الفاسد الضمان بالادلة العامة فلا بد من التكلم فى تلك الادلة بدلا عن التكلم فى القاعدة فيرى ان تلك الادلة تعم العقود الفاسدة ام لا .

(١) ولعل مراد المسالك فى تعرضه للقاعدة فى مسألة الشروط هو ان كون العين المرهونة مبيعاً بازاء الدين عند انقضاء اجل الدين شرط فاسد حيث ان الشرط المزبور من شرط النتيجة وكون البيع محتاجاً الى الانشاء ظاهر .  
لا يقال اشترط المزبور بنفسه انشاء للبيع .

فانه يقال على تقدير كونه انشاءً فهو بيع معلق والحاصل بما انسه ليس العين المرهونة فى الرهن الصحيح مضمونة على المرتهن فلا تكون مضمونة فى فاسده ايضاً هذا بالاضافة الى قبل انقضاء الاجل والبناء على ان الشرط المزبور فاسد ومفسد للرهن واما بعد انقضاء الاجل فيدخل العين المرهونة فى ضمان المرتهن حيث ان صحيح البيع فيه ضمان فيكون الضمان فى فاسده ايضاً والمفروض تحققه بفعالية المعلق عليه بمقتضى شرط النتيجة فيكون المشتري يعنى المرتهن ضامناً للعين المرهونة بعدها .

(٢) قد ذكر فى ادلة الضمانات امور: منها قاعدة الاقدام على الضمان واوردها

## واما خبر على اليد فدلالته (١)

المصنف (ره) بوجهين .

الاول ان المشتري في البيع الفاسد يكون اقدامه على ضمان المبيع بالثمن المسمى واذا فرض عدم ثبوت هذا الضمان كما هو مقتضى الفساد يكون ضمانه بضمان التلف بلا موجب فانه ضمان لم يقدم عليه المشتري .

والثاني ان النسبة بين الاقدام و ثبوت الضمان العموم من وجه فلانه قد لا يثبت الضمان بمجرد الاقدام عليه كما في البيع قبل القبض فان اقدام المشتري على ضمان المبيع يكون بشرائه مع ان ضمانه عليه يثبت بعد قبضه وقد لا يكون اقدام ولكن يثبت الضمان كما اذا اشترى متاعاً بشرط عدم ضمان ذلك المتاع حتى بعد القبض فانه لا يكون مع الشرط المزبور اقدام من المشتري على الضمان وكذا في مورد البيع بلا ثمن او الاجارة بلا اجرة .

اقول الاولى في المثال للضمان مع عدم الاقدام بما أخذ العين الموهوبة له مجاناً فبان ان ملك الاخر فانه بقبوله الهبة من غير مال كها مع جهله بالحال لم يقدم على الضمان اصلاً .

واما ما ذكره المصنف (ره) من المثال لثبوت الضمان مع عدم الاقدام فيمكن المناقشة فيه بعدم ثبوت الضمان في مثالي البيع بلا ثمن او الاجارة بلا اجرة كما مر و امامسئلة شراء المتاع بثمن معين بشرط كون ضمان تلفه على البايح حتى بعد القبض فالشرط المزبور باعتبار فساده يكون ملغى و يصح اصل البيع و يثبت الضمان المعاملى فيجب على المشتري دفع الثمن بأخذه المبيع .

(١) قد تقدم ان الحديث نبوى ضعيف ذكر في بعض الكتب الفقهية أخذاً

من العامة .

ودعوى انجبار ضعفه بعمل المشهور مدفوعة بانهم يحرز استنادهم في حكمهم بالضمان اليه ويكفي في ذلك ملاحظة كلام الشيخ (ره) واستدلاله على الضمان بالاقدام دون الحديث وفي دلالة ايضا على ضمان المنافع قصور فان الذيل فيه قرينة على انحصار مدلوله بما اذا كان المأخوذ قابلا للرد الى مالكة كما في العين واما المنافع فهي غير قابلة للرد المستوفاة منها او غيرها حيث انها تفوت بمرور الزمان وهذا بالاضافة الى منافع الاعيان التي تؤخذ بتبع أخذ تلك الاعيان واما الافعال كالخياطة فانها غير قابلة للاخذ فلا يكون الحديث دال على ضمان المستأجر فيما اذا خاط الاجير ثوبه بالاجارة الفاسدة .

نعم يمكن ان يقال لا يكون ذيل الحديث قرينة على اختصاص الموصول بالاعيان حيث ان انتهاء الضمان كما يكون برد المأخوذ كذلك يكون برده .

وبعبارة اخرى لا بد من تقييد اطلاق الذيل بذكر العدل وهو رد البدل والمنافع كالأعيان التالفة قابلة للرد ببديلها واما ما دل على احترام مال المسلم فمقتضاه الضمان مع الاتلاف او الاستيفاء لاضمان التلف كان المتلف عيناً او منفعة فان عدم الضمان في المأخوذ بالبيع الفاسد الذي تلف عينه ومنفعته بأفة سماوية لا ينافي قاعدة الاحترام خصوصاً فيما اذا كان المشتري غافلاً عن فساد البيع وعلى ذلك فلا يكون ما دل على حرمة مال المسلم وانها كحرمة دمه وانه لا يصلح ذهاب حق احد هدرأ كافيأ في اثبات ضمان التلف وقوله لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه لا يدل على الضمان اصلا بل مدلوله حرمة التصرف في مال الغير بلار ضاه .

و اما قاعدة الاضرار فلا حكومة لها في المقام فان مقتضاها انتفاء الاحكام الموجبة للضرر والضرر هنا ناش عن التلف سواء حكم بالضمان ، اولا والحكم به

## ثم انه لا يبعد ان يكون مراد الشيخ ره (١)

مع انه معارض بالضرر على الضامن ولا يمكن عمومها لمورد تعارض الضررين تدارك للضرر بحسب الحكم ، وخارج عن مدلول القاعدة .

(١) و حاصله ان الموجب للضمان في مورد تلف العين او المنفعة هي قاعدة الاحترام ، ولكن هذه القاعدة كقاعدة اليد ليست تمام السبب للضمان حيث يمكن ان يمنع عن الضمان دفع المالك العين مجاناً او امانة او عمل العامل تبرعاً وتعليل الشيخ ومن تبعه الضمان باقدام الآخذ عليه لبيان ان المانع عن قاعدة اليد المقتضية للضمان غير حاصل فيكون القاعدة مع الاقدام المزبور تمام الموضوع للضمان ، لأن كل واحد منهما وجه مستقل للضمان ، كما هو ظاهر المسالك .

اقول : الصحيح ان يقال ان وضع اليد على مال الغير من دون الغاء مسالكه حرمة ذلك المال كما في الهبة مجاناً او الاذن في اتلافه كذلك ومن دون جعل المالك قابض المال اميناً موجب لكون ضمان تلفه عليه سواء كان المال المزبور عيناً او منفعة لان وضع اليد على المنفعة يكون بوضعها على العين وهذا الضمان في الموارد المشار اليها ماجرت عليه سيرة العقلاء ولم يردع عنها الشرع فيكون كساير الاحكام التي تكون الدليل عليها السيرة العقلانية في مواردھا .

ثم انه ربما يحكم الشارع بكون القابض اميناً ولا يكون له ضمان التلف كما في اخذ اللقطة وربما يحكم بالضمان في مورد الامانة المالكية كما في عارية الذهب والفضة فيكون المال في الاول امانة شرعية وفي الثاني مضمونا بتضمين شرعي وهذا كله بالاضافة الى ضمان التلف في الاعيان والمنافع التابعة لها واما في الاعمال فان لم يكن للعمل مالية عند العقلاء فلا يكون العمل موجباً للضمان على أحد الا اذا كان ضماناً معاملياً امضاه الشارع كما في ضمان السبق في عقده ومع البطلان لا يكون ضمان



## ثم انه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد (١)

اما المعاملی ففساد المعاملة واما ضمان الاحترام فالمفروض عدم المالیة له .

واما الاعمال التي لها مالية عند العقلاء فان كان العامل متبرعاً بها وهذا معنى اسقاطه حرمة عمله فلا ضمان على احد وكذا اذا لم يكن عمله بالمعاملة مع الغير او بأمر ذلك الغير واذنه في العمل بالاجرة واما اذا كانت في البين معاملة فانه يثبت معها ضمان الاجرة المسماة مع صحتها ، ويثبت مع فسادها ! اجرة المثل ، وكل ذلك للسيرة الدارجة فيما بينهم من اهل الملل وغيرهم .

فتحصل مما ذكرنا ان مجرد عدم اقدام الشخص على الضمان لا يمنع عن الضمان في الاعيان و منافعها بل لا بد من الغاء المالك حرمة ماله وعلى ذلك فلو ظهر العين الموهوبة مجاناً ملك الغير ضمن المتهم ضمان تلفه ولو مع عدم اقدامه عليه نعم في الاعمال مجرد عدم اقدام الشخص على ضمانها كاف في عدم ثبوت اجرة المثل عليه .

ذكر (ره) انه اذا كان في صحيح العقد ضمان يثبت ضمان تلف المقبوض في فاسده سواء كان دافع ذلك المال عالماً بفساد العقد او جاهلاً لان حديث على اليد باطلاقه يقتضى الضمان في كلا الفرضين كما أن الفتوى بالضمان في فاسد العقد مطلق يعمهما .

نعم ربما يستدل على عدم الضمان في صورة علم الدافع بوجهين .  
 الاول - ان الدافع مع علمه بفساد المعاملة وعدم كون مال الطرف عوضاً عن ماله يكون دفعه تسليطاً للطرف بماله وتمليكاً له مجاناً وليس في التملك المجاني ضمان كان صحيحاً او فاسداً وهذا الوجه على تقدير تماميته ينفي الضمان عن القابض سواء كان هو ايضا عالماً بفساد المعاملة او جاهلاً حيث ان أخذه المسال في كلا

### وغير ذلك من العقود اللازمة والجائزه (١)

الفرضين مجاني ولا يمكن دفع هذا الوجه باطلاق حديث على اليد فان موارد الغاء المالك حرمة ماله بالتسليط المجاني ونحوه خارجة عن ذلك الحديث .

والوجه الثاني كون الدافع مع علمه بفساد المعاملة غاراً لدفعه المال الى القابض الجاهل بالحال ، فيكون القابض مغروراً ، و ضمان التلف والاتلاف على الغار ، كمن قدم طعام الغير الى ضيفه الجاهل بالحال .

اقول الوجه الثاني ضعيف جدا ، فان القابض الجاهل لم يقدم على أخذ المال مجاناً ، بل اقدم على أخذه بعنوان المعاوضة ، فلا يكون مغروراً ، ولا يقاس بالضيف لاقدم الضيف على أكل الطعام مجاناً ، مع ان قاعده الغرور لاتنفى الضمان سواء كان ضمان التلف او الاتلاف وانما توجب استقرار الضمان على الغار .

ويقرب من الوجه الثاني في الضعف الوجه الاول ، فان دفعه المال الى القابض لا يكون تمليكاً مجانياً ، بل وفاءً بالمعاملة السابقة ، ودفعاً للمال الى الاخر ليقبض عوضه ، وعلمه بعدم استحقاقه العوض شرعاً ، كعلمه بعدم استحقاق الطرف المال المدفوع لينا في الدفع فساء بالمعاوضة المعتمدة عنده ، و لذا لو باع الغاصب بالمعاطاة و اجازته المالك يصح البيع للمالك ولا يكون علم الغاصب بعدم صحة المعاوضة موجباً لكون اعطائه تمليكاً مجانياً ، لتكون اجازة المالك مصححة للهبة كما لا يخفى .

(١) يعنى ساير العقود التي لاضمان في صحيحها سواء كانت لازمة كالاجارة بالاضافة الى العين المستأجرة ، او جائزة ، كما في العارية ، وعلى ذلك فمقتضى عكس القاعدة ، عدم ضمان العين في الاجارة الفاسدة لعدم ضمانها في صحيحها ، بل مقتضاه عدم ضمانها في الفاسدة حتى مع اشتراط الضمان ، فان الضمان في

صحيحها على تقدير الاشتراط كان للشرط ، للاقتضاء العقد .

وبتعبير آخر ثبوت الضمان مع الاشتراط ، باعتبار نفوذ الشرط ، ولا يكون الشرط مع فساد العقد نافذاً ، بل يكون تابعا للعقد في الفساد ، وبهذا يظهر الحال في العارية الفاسدة المشروط فيها ضمان العين .

ومع كل ذلك فقد ذكر في جامع المقاصد بعد بيان ظاهرهم عدم ضمان العين المستأجرة في الاجارة الفاسدة حتى مع استيفاء منفعتها ، أن الصحيح ثبوت الضمان في الاجارة الفاسدة حتى مع عدم اشتراط الضمان ، باعتبار ان وضع المستأجر يده على العين مع عدم كونه مالكا لمنفعتها عدوان بالاضافة الى العين والمنفعة ، ولكن هذا الضمان مخالف لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه .

واجاب المصنف (ره) عن المخالفة بوجهين .

الاول - تخصيص قاعدة ما لا يضمن بصحيحه في الاجارة الفاسدة بالاضافة الى العين المستأجرة بحديث على اليد ، فان الحديث المزبور يعم العين فيها .

نعم لو كانت الاجارة صحيحة كانت العين باعتبار كونها امانة مالكية في يد المستاجر وقد امضاها الشارع خارجة عن عموم الحديث .

والثاني - ان القاعدة المزبورة ناظرة الى بيان الضمان وعدمه في مورد العقد ومورد المعاملة في صحيح الاجارة وفسادها المنفعة لالعين .

وبعبارة اخرى ضمان العين او عدمه في الاجارة خارج عن اصل القاعدة و عكسها بالتخصص ، ولكنه (ره) ذكر في آخر كلامه عدم ضمان العين في الاجارة الفاسدة وانها باقية في عكس القاعدة ، وليست خارجة عنها لابل بالتخصص كما هو مقتضى الوجه الاول ، ولابل بالتخصص بان يكون المراد من الضمان وعدمه في اصل القاعدة وعكسها هو ضمان مورد المعاملة وعدمه كما هو مقتضى الوجه الثاني .

## ومنها الصيد الذي استعاره المحرم «١»

اقول دفع العين المستأجرة الى المستاجر في موارد تعارف دفعها انما هو بشرط ضمنى ارتكازى في عقد اجارتها ، وهذا فى حقيقته شرط جعل العين امانة فى يد المستأجر ليستوفى منها ملكه ومع اشتراط الامانه ينتفى موضوع الضمان سواء كانت الاجارة صحيحة اولاً ، لما ذكرنا من انه لا سيرة على الضمان فى موارد الاستيمان سواء كان الاستيمان مضمى شرعاً ، اولاً كما انه لو شرط الماجر على المستأجر ضمان العين يكون ضمانه عليه كما هو مقتضى عموم المؤمنون عند شروطهم وليس جعل العين المستأجرة امانة عند المستأجر من مقتضيات نفس عقد الاجارة لينافيه اشتراط الضمان لان الذى من مقتضيات الاجارة فى مثل البيوت هو وضع البيت تحت يد المستأجر اما كونه بطور الامانة او التضمين فهو تابع للاشتراط .

و على ذلك فلو اشترط التضمين فى الاجارة الفاسدة يثبت الضمان ايضاً للسيرة المشار اليها ، وان وضع اليد على مال الغير لا بطور الاستيمان ومن غير هدر ذلك الغير حرمة ماله موجب للضمان .

(١) ذكر المحقق (ره) فى الشرائع ولا يجوز للمحرم ان يستعير من محل صيداً ، لانه ليس له امساكه ، ولو امسكه ضمنه وان لم يشترط عليه انتهى .

وظاهر ذلك ضمان تلف العين فينافية هذا الضمان عكس قاعدة ما يضمن . و نقل السيد اليزدى (ره) فى تعليقه عن الشرايع العبارة هكذا ولا يجوز ان يستعير من محل صيداً لانه ليس له امساكه ولو امسكه ثم ارسله ضمنه وان لم يشترط .

وقال (ره) ظاهر ذلك ضمان الاتلاف ، فان ارسال الصيد اتلافه ، والكلام فى قاعدة ما يضمن اصلاً وعكساً فى ضمان التلف لا فى ضمان الاتلاف فلا مخالفة للقاعدة .

## بالنسبة الى المنافع التي يستوفها «١»

اقول اضافة ثم ارسله الى عبارة الشرايع باعتبار وقوعه في عبارة الجواهر  
فزعم انه من عبارة المتن أى الشرائع .

كيف كان فذكر المصنف (ره) ايضاً ان الحكم بالضمان في المسألة لا ينافي  
القاعدة ، فان الضمان فيها للاتلاف حيث ان حكم الشارع على المحرم بارسال  
الصيد ايجاب عليه اتلافه ، وهذا الايجاب اتلاف تعبدى يوجب الضمان .

وفيه ان ايجاب الاتلاف مالم يقع الاتلاف خارجا لا يوجب الضمان ، ولذا  
لولم يأكل من يجب عليه أكل طعام الغير لدفع هلاك نفسه من الجوع فمات لم  
يكن مديوناً لصاحب الطعام بمثل الطعام او قيمته ، كما لا يصح القول بان ايجاب  
الاكل عليه تحفظا على نفسه من الهلاك اتلاف لطعام الغير وعلى ذلك فلو لم يرسل  
الصيد حتى اخذه صاحبه لم يكن على المستعير شيء .

هذا مع انه لادليل على وجوب الارسال عليه ، بل غاية الامر عدم جواز  
امساكه ، ويحصل الموافقة بدفعه الى صاحبه او ايصاله اليه ، نعم لو ارسله فعليه  
ضمان الاتلاف والاولى نقض عكس القاعدة بعارية الصبي ماله من آخر ؛ فانه يثبت  
على الاخر ضمان تلف ماله ، مع انه لا ضمان في صحيح العارية .

فان قيل ما الفرق بين عارية البالغ حيث ان في عارية البالغ مع فسادها لا يكون  
ضمان على المستعير ، وبين عارية الصبي حيث يثبت للمستعير ضمان تلفها .

فانه يقال ان فساد العارية الاول لا يوجب بطلان اذن المالك للمستعير في  
حفظ ماله الموجب لارتفاع الضمان كما تقدم ، بخلاف عارية الصبي لبطلان اذنه  
كعاريته وسائر معاملاته .

(١) وربما يقال كما عن السيد الخوئي (اطال الله بقائه) بانه لا وجه لتقييد المنافع

ويمكن نقض القاعدة (١)

ويمكن النقض أيضاً بالشركة الفاسدة (٢)

بغير المستوفاة ، فان المستوفاة و غيرها كلاهما غير مضمون فى البيع الصحيح فزمانهما ينافى القاعدة وفيه ان ضمان المستوفاة لا ينافى القاعدة لابلها ولا بعكسها ، فانها ناظرة الى ضمان التلف لا الاتلاف و الاستيفاء اتلاف وعدم ضمان المنافع المستوفاة مع صحة البيع لكونها تابعة لملك العين فاستيفائها اتلاف لملك نفسه لالملك الغير ليضمن ، بخلاف صورة فساد البيع .

(١) اقول- لا يصحح ضمان الحمل فى البيع الفاسد فرض اشتراط دخوله فى البيع ، والوجه فى ذلك ان مجرد اشتراط دخوله لا يجعل الحمل جزء المبيع بان يكون الثمن بازائه وازاء الام معاً ليكون بالاضافة الى الحمل ضمان معاملى ، ويثبت ضمان تلفه مع فساد البيع .

والحاصل الضمان المعاملى يجرى فى جزء المبيع لا الشرط ، و ان الحمل على تقدير اشتراط الدخول يكون كساير المنافع التى يدخول فى ضمان المشتري مع فساد البيع من غير ثبوت ضمان معاملى بالاضافة اليها كما لا يخفى .

(٢) ووجه النقض ان مع صحة عقد الشركة وجواز تصرف كل من الشريكين فى المال المشترك يكون المال المزبور فى يد كل منهما كالمال فى يد الوكيل امانة مالكية فلا يضمن ، بخلاف صورة فساد عقدها والبناء على عدم جواز التصرف فى مال الشريك ، فانه تكون يده على مال صاحبه ، يدعدوان فيضمن وهذا ينافى القاعدة المزبورة فى عكسها لان مقتضى عكسها عدم الضمان فيما لا ضمان فى صحيحه .

اقول الظاهر انه لا ضمان على الشريكين حتى لو قلنا بعدم جواز تصرف كل

- والمفروض أنها لا توثر شيئاً (١)  
 فحاصل ادلة عدم ضمان المستامن (٢)  
 اما في غير التمليك بلا عوض (٣)

من الشريكين في المال المشترك حيث ان الضمان وعدمه في القاعدة اصلا وعكساً هو ضمان التلف ، لا الائلاف وفيما اذا لم يكن تلف المال مستنداً الى تصرف احدهما كما اذا سرق المال المشترك من يدا حدهما فلا موجب للضمان لان المال مع صحة الشركة كانت في يده امانة مالكية ، وكذلك مع فسادها و الامانة المالكية خارجة عن حديث على اليد ، ولا يعمها السيرة المشار اليها سابقا ، بل لا ضمان فيما اذا تلف المال المشترك بتصرف احد الشريكين كما اذا اشترى به متاعا ثم نزلت القيمة السوقية للمتاع فباعه بالاقبل حيث ان بطلان عقد الشركة لا يوجب بطلان الاذن في التصرف بل البطلان يوجب عدم ترتب الاثر الخاص لصحة العقد كما هو الحال في بطلان ساير العقود الاذنية .

(١) لا يخفى ما فيه فان فساد العقد معناه عدم ترتب الاثر المترقب من العقد عليه لاعدم ترتب حكم شرعى اصلا كضمان المال .

(٢) المستامن بالفتح مبنى على المفعول يعنى حاصل ادلة عدم ضمان الامين ان من دفع اليه المالك ماله على وجه لا يضمنه (بالتشديد) يعنى لا يجعله ضامنا بعوض واقعى او جعلى فليس عليه ضمان .

(٣) يعنى الدليل على عدم الضمان في غير الهبة الفاسدة من موارد الاستيوانات

## والظاهر أنه مما لا خلاف فيه (١)

اطلاق ما دل على عدم ضمان الأمين كموثقة غياث بن ابراهيم (١) حيث ان دعوى اختصاصها بالامانة المالكية الصحيحة ضعيفة ، كما ان الدليل على نفى الضمان فى الهبة الفاسدة فحوى ما دل على عدم ضمان الأمين ، فان الاستيمان مع عدم التسليط المطلق فى موارده اذا كان موجبا لنفى الضمان يكون التسليط المطلق مجاناً كذلك بطريق اولى ، نعم التسليط بالعوض مساوق للتضمين .

(١) يعنى لاخلاف فى وجوب رد المقبوض بالببيع الفاسد على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح عدم الخلاف على هذا التقدير من مجمع الفائدة ، والوجه فى ذلك ان الامساك به تصرف ، فيجب رده تخلصاً من الامساك المزبور ، والظاهر عدم جواز التصرف فى المقبوض بلا فرق بين علم الدافع بفساد البيع و عدمه .

وما ربما يقال من جواز التصرف فيه مع علم الدافع بفساده ، بدعوى ان الدفع مع العلم المزبور ترخيص فى كل تصرف فيه لا يمكن المساعدة عليه ، فان علم الدافع بفساد البيع شرعاً لا يمنعه من انشاء تملكه بعوض حيث ان امضاء الشارع التملك المزبور و عدمه خارج عن قصده وانشائه ، كما ان الرضا بالتملك المزبور لا يتضمن اذناً لصاحبه فى التصرف مع بقاء المال فى ملكه .

واما بالاضافة الى وجوب الرد فالظاهر التفصيل فيه ، وأنه فى بعض المبيعات التى يكون المتعارف فى بيعها حملها الى المشتري لغاية التسليم اليه ، ليس على المشتري مع فساد البيع الا التخلية بين المقبوض و بين بايعه ولو باخباره ان ماله عنده فله أخذه لفساد المعاملة وبقائه على ملكه ، وفى المبيعات التى يكون المتعارف



فيها تخلية البايع وأخذ المشتري المال من عند البايع يجب فيها على المشتري رد المال بإيصاله إلى بايعه ولا يكفي التخلية المزبورة ، بل لو كانت في إيصاله مؤنة كانت على المشتري ، وحديث لا ضرر لا يجرى في المقام بساعتبار ان حبس المال على بايعه ضرر على البايع .

وقد ذكر في محله ان قاعدة لا ضرر لاتعم موارد تعارض الضررين . ولو تلف المال في القسم الاول قبل التخلية المزبورة يكون ضمان تلفه على المشتري ، بخلاف ما اذا تلف بعدها ، فان اخبار البايع بان ماله عنده فله أخذه ، يخرج المال عن امساكه المحرم ويدخله في التبرئة من ضمانه على تقدير مما طلة المالك في الاخذ حيث لا يكون معها في سيرة العقلاء ضمان و هذا بخلاف الصورة الثانية فانه مادام لم يتحقق رد المال على مالكة ف ضمان تلفه عليه حتى فيما اذا كان رده حرجياً عليه و باعتباره جاز له امساكه الى ارتفاع الحرج ، حيث ان دليل نفى الحرج لا ينفي الضمان .

ثم لا يخفى ان الرد لا يكون وجوبه نفسياً حتى في الامانات المالكية عند مطالبة ملاكها بل وجوبه كما اشرنا اليه غيرى تخلصاً من حرمة الامساك بالمال كما يظهر ذلك بملاحظة ما دل عليه كصحيحة زيد الشحام عن ابي عبد الله (ع) ان رسول الله (ص) وقف بمنى حتى قضى مناسكها الى ان قال اللهم اشهد أأمن كانت عنده امانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفسه (١) .

وما يظهر من بعض الكلمات من ان المفهوم من عدم حل مال الغير وجوب الرد عليه نفساً ضعيف ، بل الامر بالعكس بشهادة مثل الصحيحة . وقد يقال ان حديث على الديدل على كل من الضمان ووجوب الرد ، اما لان ضمان العين قبل تلفه يستلزم

### الثالث لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفها المشتري (١)

وجوب الرد بل لا معنى له غير وجوب الرد اولان كلا من الضمان ووجوب الرد مدلول مطابق للحديث ومستفاد من كون المال على العهدة.

وفيه ان ظاهر اسناد الظرف الى المال هو ضمانه فقط واستفاد التكاليف من الحديث محتاج الى اسناد الظرف الى فعل مقدر ايضاً بان يقال على اليد رد ما أخذت والتقدير خلاف الاصل كما أن الجمع بين التقدير ليستفاد التكاليف وبين اسناد الظرف الى نفس المال ليستفاد الضمان غير ممكن .

واما دعوى ان اعتبار الضمان بدون وجوب الرد لغو و باستلزام الضمان ، التكاليف بالرد فلا يمكن المساعدة عليها ، لامكان اعتبار شيء على العهدة من غير التكاليف برده كما في الديون التي يعتبر على عهدة الشخص مع عدم تمكنه على اداها .

والحاصل ان وجوب الرد باعتبار ان الامساك باموال الناس غير جائز ولو لم يكن في البين حرمة الامساك بها التي يستفاد من مثل صحيحة زيد الشحام لما كان للحديث على اليد دلالة عليه ، ولو تنزلنا عن ذلك وبنينا على دلالة على وجوب الرد فلا قرينة على كون المراد بالرد هو خصوص الايصال بل يعم التخلية في الموارد التي اشرنا اليها فتدبر .

(١) لو كان للمبيع بالبيع الفاسد منفعة استوفها المشتري يكون عليه ضمانها زائداً على ضمان العين على المشهور بين اصحابنا ، بل ظاهر ما في السرائر (من ان المأخوذ بالبيع الفاسد كالمغصوب عند المجتهدين من اصحابنا) أنه عندهم مثله في عدم جواز التصرف والضمان ، ويقتضى هذا الضمان قاعدة احترام مال المسلم المستفاد من مثل موثقة غياث بن ابراهيم المتقدمة ، وذكرنا سابقاً ان استيفاء منفعة

المبيع اتلاف لملك الغير فيوجب الضمان ، واما الاستدلال بقوله عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه كما عن المصنف (ره) فلا يمكن المساعدة عليه لما ذكرنا سابقا ، من ان مقتضاه عدم جواز التصرف في مال الغير تكليفا ووضعوا اما الضمان او عدمه ، فلا دلالة فيه عليها اصلا خلافا لابن حمزة في الوسيلة حيث نفى ضمان المنافع في المقبوض بالبيع الفاسد ، وتمسك في ذلك بما في النبوي المرسل الخراج بالضمان والمراد بالخراج منافع الشيء وعوايده ، والباء بمعنى السببية او المقابلة فيكون مفاده ان ضمان العين بازائه منافعها ، او ان ضمانها سبب لكون منافعها للضامن .

والحاصل ان مقتضاه عدم الضمان في المنافع المستوفاة وغيرها .

وذكر المصنف (ره) ان هذا المعنى مستفاد من الاخبار الكثيرة مثل قوله عليه السلام في الاستشهاد على كون منافع المبيع للمشتري في بيع الخيار (الا ترى انه لو احترقت كانت من مال المشتري) فان ظاهر ذلك ان مقتضى ضمان العين على المشتري كون منافعها له .

اقول لا يظهر ما ذكر من مثل قوله عليه السلام ، وذلك لما تقدم من انه لا معنى لكون الانسان ضامنا لماله ، و بما ان المبيع فسي بيع الخيار كسائر البيوع ملك المشتري ، ولا يكون ثبوت الخيار للبايع موجبا لبقائه في ملكه ، فلا يكون لضماني المشتري معنى ليكون ضمانه في مقابل المنافع او سببا لكون المنافع له ، بل ظاهره استشهاد الامام عليه السلام لدخول المنافع تبعا للعين في ملك المشتري بكون هلاك العين وتلفها في ملكه .

والحاصل انه ليس في البين ما يكون وجهاً لما ذهب اليه ابن حمزة غير النبوي المرسل وناقش المصنف (ره) فيه مع الاغماض عن ضعف سنده بضعف دلالاته على

المقام فان مدلوله ان مع ثبوت الضمان الاقدامى بالاضافة الى العين وامضاء الشارع له يكون منافعها للضامن كما فى البيع الصحيح ، فان مع ثبوت الضمان المعاملى بالاضافة الى المبيع يكون منفعه للمشتري والضمان مع فساد البيع لا يكون ضماناً اقدامياً ، بل كالضمان فى المقبوض بالسوم حكم شرعى مستفاد من حديث على اليد ونحوه ، و ثبوت هذا الضمان بالاضافة الى العين لا يوجب كون المنافع للضامن كما فى ضمان المفصوب .

بل ربما يقال كما هو الصحيح لا يكون مجرد الضمان الاقدامى موجبا لكون المنافع للضامن حتى مع امضاء الشارع وكون منافع المبيع للمشتري باعتبار دخول العين فى ملكه لالمجرد ضمان العين ، ولذا لا يكون المنافع ملكاً للضامن باشرط الضمان على المرتهن ، او على المستعير فان الثابت للمستعير حتى فى مورد ضمان العين جواز الانتفاع وجوازه باذن المالك يعبر عنه بملك الانتفاع واما المنفعة فهى باقية على ملك المعير ولذا لومات المستعير لا ينتقل المنفعة الى ورثته ، بل تبطل العارية ولا يجوز للورثة الانتفاع بالعين بخلاف موارد ملك المنفعة فانه بموت المستأجر تنتقل المنفعة المملوكة له الى ورثته .

والحاصل يمكن ان يراد بالضمان فى النبوى ، ضمان العين بالضمان المعاملى لا مجرد الالتزام بضمانها وضمان المبيع فى مقابل الثمن مسع صحة البيع معاملى كما هو مورد فى كون المنافع للمشتري بذلك الضمان فانه قضى عمر بن عبد العزيز فى عداشترى واستعمل ثم ظهر كونه معيباً بان عمله للبايع فروى عليه عروة عن عائشة انه وقع مثله فى حياة رسول الله صلى الله عليه وآله فقال رسول الله صلى الله عليه وآله عمله للمشتري لان الخراج بالضمان .

وربما يرد هذا القول (١)

واضعف من ذلك (٢)

فلا اشكال في عدم شمول صلة الموصول (٣)

(١) يعنى يرد قول ابن ابي حمزة بما ورد فيمن اشترى امة واولدها فوجدها انها مسروقة من مالها حيث ان مشتريها ضامن لما لكها بقيمة ولدها وعوض لبنيها بل عوض كلما انتفع بها ولكن هذا الرد ضعيف ، فان مورد كلام ابن ابي حمزة ما اذا كان ضمان العين بتضمين مالها وعدم تضمينه منافعها ومثل الامة المفروضة خارج عن ذلك ، فانه ليس فيها تضمين العين من مالها وجعل منافعها بل بتضمين بل الضمان فيها من قبيل ضمان الغصب حيث ان بايعها لم يكن مالكا لها .

(٢) ووجه كونه اضعف من الرد السابق ، ان فسى مورد بيع الامة المسروقة يكون التضمين بالاضافة الى العين فقط حيث يجعل الثمن بازاء المبيع ولكن بما ان جعل المنافع مجانا كان من بايع غير مالك لم يوتر في ارتفاع الضمان ، ولا يقتضى ضمان العين ضمان المنافع فيما اذا كان الجعل المزبور باتفاق المالكين ، وهذا بخلاف صحيحة ابي ولا دالدالة على ضمان المنافع فان موردها اجارة العين التي تكون المنافع فيها مضمونة بتضمين ما لكها فالضمان فسى مورد الصحيحة لا تقتضى ضمان المنافع التي لا تكون فيها تضمين كما هو مورد الكلام في المقام .

نعم لو فرض ان دعوى الوسيلة هي عدم ضمان المنافع اصلا ، وأن ضمانها لا تجتمع مع ضمان العين حتى في مورد الغصب والاجارة ، فيصح الرد عليه بالرواية والصحيحة .

(٣) وحاصله ان المنفعة وهي قابلية العين للانتفاع بهالا تكون قابلة للاخذ ،

وتناول اليد ، بل القابل له هي العين فقط ، والحاصل ان حديث علي اليد قاصر عن الشمول للمنافع ، باعتبار عدم عموم الصلة ، أى الاخذ للمنافع .

اقول المراد بالاخذ الاستيلاء ، لا الاخذ الخارجى وتناول اليد ، وما ذكر المصنف (ره) من كون الاخذ بمعنى الاستيلاء مشكلا ، ضعيف ، والا لم تصدق الصلة المزبورة على وضع اليد بمثل البساتين والاشجار ونحوهما من الاعيان التى لاتكون قابلة للنقل الخارجى ، وتناول اليد .

نعم قيل ان الحديث لايعم المنافع باعتبار ان الذيل فيه وهو قوله حتى تؤدي قرينة على اختصاص صدره بالاعيان فانها القابلة للاداء ، دون المنافع ، ولكن اجبنا عنه بأن الاداء فى الذيل يعم اداء المأخوذ بنفسه وورده ببده ، حيث ينتهى الضمان بكل من رد العين ، والبدل ، ومع ذلك لايمكن الاعتماد على الحديث لضعفه سنداً ، وكذا لايمكن التثبت فى الحكم بضمان المنافع غير المستوفاة بمافى موثقة غياث وصحيحة زيد الشحام (من قوله (ص) من ان حرمة مال المسلم كحرمة دمه) فان مقتضاها وان يكون الضمان كما هو مقتضى اطلاق تنزيل المال بالدم ، الا انه لايعم المنافع غير المستوفاة ، حيث ان عدم ضمانها لاينافى احترام المال ، وانما ينافى احترامه عدم ضمان الاتلاف ، كما هو الحال فى الدم فان احترامه لايجب ضمان التلف ، بل يوجب ضمان الاتلاف .

والعمدة فى الضمان فى تلك المنافع ايضاً السيرة العقلائية فانه لافرق عندهم بين المنافع القائمة تحت يده ، وبين المنافع المستوفاة .

ودعوى انها غير محرزة فى مورد فوت المنفعة تحت اليد من غير استيفاء ، مدفوعة بملاحظة موارد الغصب كما فى وضع اليد على دار لم يسكنها او على بستان لم ينتفع منه ، وهكذا ولا وجه لما قديقال من انه لا موجب فى الغصب لضمان المنافع

## مضافا الى الاخبار الواردة في ضمان (١)

غير المستوفاة فيما اذا كانت تلك المنافع شأنية كمن يكون عنده مراكب لايركبها نادراً ولو وضع الغير يده على تلك المراكب يوماً ولكن لم يركبها لا يضمن للمالك اجرة المثل بخلاف ما اذا وضع اليد على مراكب يركبها صاحبها غالباً ، او يوجرها للركوب كذلك وذلك فانه لا يرى في سيرتهم الفرق بين كون المالك ممن يستعمل المركب كل يوم او لا .

نعم اذا لم يمكن عادة ركوب المركب في زمان ، لالمانع شخصي بل نوعي كنزول الثلج او المنع العام من الخروج من البلد وغيره مما لا يعدمه المركب ذامنفة فلا يكون ضمان باعتبار عدم فوت المنفعة في يده .

(١) كرواية زرارة قال قلت لابي جعفر عليه السلام الرجل يشتري الجارية فيولدها ثم يجيء الرجل فيقيم البينة على انها جاريته ولم تبع ولم تهب فقال يرد اليه جاريته ويعوضه بما انتفع (١) .

وفي رواية اخرى عن ابي عبد الله عليه السلام قلت له رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى ارضه فولدت منه اولاداً ثم اتاهما من يزعم انها له واقام على ذلك البينة قال يقبض ولده ويدفع اليه الجارية ويعوضه في قيمته ما اصاب من لبنها وخدمتها (٢) ولا يبعد اعتبار سند الاولى ولكن لادلالة فيها على عدم ضمان المنافع الفاتية ، فانه لم يفرض فيها فوت منفعة بل مقتضى العادة في مثل الامة المزبورة استيفاء منافعها .

واما صحيحة محمد بن قيس الواردة فيمن باع ووليدة ابية فليس فيها بيان ضمان المنافع اصلاً لا المستوفاة ولا غيرها ولا يمكن ان يقال ان السكوت فيها عن ضمان

وان كان المترائي من ظاهر صحيحة ابي ولاد (١)

اذا تلف المبيع فان كان مثلياً (٢)

المنافع دليل على عدم ضمانها وذلك لعدم احراز كونها فى مقام البيان من هذه الجهة ليرفع اليد عن اطلاقها بالاضافة الى المنافع المستوفاة بقرينة ما تقدم ، و يتمسك بها فى نفى ضمان غيرها .

والحاصل الاطلاق الموهوم فى الصحيحة اطلاق مقامى وليس من الاطلاق اللفظى ليتمكن احرازه بالاصل العقلاى ، واثبات الاطلاق المقامى موقوف على احراز كون المتكلم فى مقام بيان الحكم الاخر ايضاً غير الحكم الوارد فى الخطاب . (١) لم يظهر وجه ما ذكر فانه لم يفرض فيها فوت منفعة بلاستيفاء ، كما اذا مكث المستأجر بالبغل اياماً من غير ركوبه ، ليقال بان عدم ضمانه اجرة تلك الايام فى مورد الغصب يستلزم عدم ضمانها فى المقام .

نعم بالاضافة الى ضمان الاجرة المسماة فى مورد مخالفة عقد الاجارة كلام موكول الى كتاب الاجارة وظاهر الصحيحة عدم ضمان المستأجر تلك الاجرة فلاحظ . (٢) المعروف ان التالف فى يد المشتري مضمون بالمثل فى المثليات خلافا لما يحكى عن الاسكا فى حيث ذكر ان التالف يكون مضموناً بالقيمة مطلقاً والكلام فعلاً فى ضابط كون التالف مثلياً حيث ذكر جماعة انه ما يتساوى اجزائه من جهة القيمة والمراد بالاجزاء الافراد حيث يصدق الحقيقة على كون واحد منها وتساويها من حيث القيمة بالنسبة الى باضافة بعضها الى بعضها الاخرى من حيث المقدار فاذا كانت حنطة متساوية للاخرى فى الكم ، تكون متساوية لها فى القيمة ايضاً .

و على ذلك فيلزى ما ذكر الشهيد (ره) من كون المسبوك من الذهب قيمة ، فانه اذا انفصل و كانت نطعة منه نصف مسبوك اخسر ، فلا تكون



قيمتها نصف قيمة ذلك المسبوك ، لدخالة الهيئة في قيمته ، وكذا يلزم ان لا يكون الدرهم مثليا ، فان الدرهم اذا كسرو صار قطعاً تكون تلك القطع مساوية للدرهم من حيث الكم مع انه لا يشتري تلك القطع بالدرهم .

ويمكن ان يجاب بان الدرهم مثلى بالاضافة الى نوعه الصحيح ، فلاينا في عدم كونه مثلاللقطع من درهم آخر كما ان كون الحنطة مثلياً لاينا في عدم كونها مثلاً بالاضافة الى قطع الحنطة المعبر عنها بالجريش ويلتزم كما عن الشهيد ره بان المسبوك من الذهب او الفضة قيمي .

ثم ان لازم التعريف والتوضيح ان لا يكون مثل الحنطة مثلياً ، فانه ربما تكون حنطة ضعف الاخرى في المقدار ومع ذلك تكون قيمتها مساوية له كالمثل من الحنطة الجيدة مع المنين من الردية ، فيلزم ان لا يكون الحنطة مثلية بل المثلى اصنافها و هذا لا يناسب كلماتهم حيث يجعلون الحنطة مثلية وعلى ذلك فلو تلف او اتلف فرداً من صنفها يجب عليه الخروج من ضمانه بدفع فرد آخر من ذلك الصنف ويبقى ان اطلاق المثلى على الجنس بلحاظ مثلية اصنافها ولو لم يكن بعيداً الا ان تطبيق تعريف المثلى في كلماتهم على الجنس بلحاظ افراد اصنافه بعيد .

وابعد منه القول بان قولهم الحنطة مثلى ، نظرهم الى الجنس ، وعدم ملاحظتهم اختلاف افراد اصنافها مع كون المثلى كل واحد من تلك الاصناف باعتبار ان التالف مضمون بالجنس عندهم ، غاية الامر يجب عند اداء ما عليه من الجنس ، رعاية الخصوصيات الصنفية التي كانت في التالف ، ووجه كون هذا أبعد ، أنه لا وجه لرعاية الخصوصيات بعد فرض عدم اشتغال الذمة بها ، كما ان مع وجوب رعايتها لا وجه لعدم اعتبارها ، على الذمة .

وبالجملة لا موجب لاعتبار الجنس مثلياً مع كون المثلى نوعه او صنفه .

- يشكل اطراد التعريف بناءً على هذا (١)  
 وبهذا الاعتبار يصح السلم (٢)  
 ولذا اختار العلامة في باب القرض (٣)

(١) يعنى لا يتم التعريف المزبور حتى بناء على كون المراد من تساوى افراد الحقيقة تساوى افراد كل واحد من اصنافها ، ووجه عدم التمامية انه ان اريد تساوى تلك الافراد من جميع الجهات الموجبة لرغبة الناس التى تكون بها زيادة القيمة و نقصانها ، فهذا النحو من التساوى غير حاصل ، حتى فى افراد الصنف الواحد ، وان اريد من التساوى التقارب بين تلك الافراد فى تلك الجهات . فهذا حاصل فى افراد الصنف من القيميات ايضاً كاصناف الغنم والبقر وغيرهما من الحيوان مع كونه قيمياً عندهم .

نعم التقارب كذلك فى اصناف القيمي قليل ، وفى اصناف المثلى كثير ولكن القلة والكثرة تصلحان لملاك الحكم بضمنان القيمة فى الاول وبضمنان المثل فى الثانى ولاتوجب ان كون التعريف المزبور مانعاً عن الغير ، و بالجملة فالتعريف المزبور للمثلى شامل للقيمي ايضاً .

(٢) أى باعتبار تقارب افراد القيمي ايضاً فى الصفات الموجبة للمالية ، يجوز السلم فى القيمي ، حيث يعبر فى السلم ان لا يكون توصيف المبيع موجباً لندرة وجوده .

(٣) وهذا ايضاً استشهد لما ذكره من ان تقارب الافراد فى الجهات الموجبة للمالية لا يختص بالمثليات ، وبيانه أنه لو كان تقارب الافراد فيها ، مختصاً بها ، لم يكن للعلامة الحكم على القيمي فى السلم بانسه مضمون فى مورد القرض بالمثل ،

- فمن التفرئر مائماثلت اجزائه (١)  
وعن الروضة انه المئساوى الاجزاء (٢)  
وعن غاية المراد انه مائساوى اجزائه (٣)

والحاصل حكمه (ره) بان ما يصح فئه السلم من القئمىات ، اذا وقع مورد القرض ، يكون مضموناً بالمئ ، فرض لوجود المئ للقئمى .

(١) لا يخفى ان هذا مئ التعرئف السابق ، فان مائئ الافراد وتقارب صفائها يكون فى المئلىات ، والقئمىات ، ولوبا اعتبار افراد الصئف ، وبعبارة اخرى ان ارئد المائئ من جمئع الجهات ، فلا يعم التعرئف جمئع المئلىات ، وان ارئد التقارب فئها ، فئشمل القئمىات ائضاً .

(٢) وهذا بظاهره ائخص من التعرئف المئقم ، حئث ائخذ فئه مع ئساوى الافراد ، ئساوئها فى المنئعة ، وتقاربها فى صفائها ، اللهم الا ان ئقال ئقئئد ئساوى فى التعرئف المئقم بالقئمىة فى قوة ذكر ئساوئها فى المنئعة ، وتقاربها فى الصفات ، وعلئه فئرء على هذا التعرئف ما اورءبه على سابقئه .

(٣) و هذا اعم من التعرئف المئقم ، حئث ان هذا يعم جمئع المئلىات والقئمىات ، فان الافراد فئهما مئشركة فى الحقئمة النوعئة ، كما ان ما ذكره بعض العامة من ان المئلى ما قدر بالكئل و الوزن ، غير تام ، فان التقررئ بهما ربما يكون فى القئمى ، كبعض الفواكه ، والتقررئ بالعد ائضاً يكون فى المئلى كالئوب ، ومئله ما عن بعض آخر منئهم ، من جواز بئعه سلماً ، فان القئمى ائضاً يجرز بئعه سلماً فئما لا يكون التوصئف موجباً لئدرة وجوده ، وكذا ما عن ئالث منئهم من ائضافة بئع بعضه بئعض ، فان جواز هذا البئع لا ئختص بالمئلىات .

## فلا بد من ملاحظة ان الاصل الذى يرجع (١)

اقول الاظهر ان يقال ضمان التالف اما بالمثل او القيمة والاول - فى موارد عدم ندرة المثل للتالف غالباً والثانى - فى موارد ندرته كذلك ، والمراد بالمثل هو القريب الى التالف فى الاوصاف التى تكون بها المالية اوزيادتها ، لاساير الخصوصيات التى قد يتعلق غرض شخصى بالشىء باعتبارها ، وربما يزيد بها الثمن عند شرائه ، ولكن لاتكون الخصوصية المزبورة منظورة مقصودة للعقلاء الراغبين فى الشىء المزبور .

ولو احرز ان المال بالاضافة الى التالف كذلك ، ولم يكن وجوده عزيزاً نوعاً ، بحيث لا يعاد الظفر به من الاتفاق ، فالمال مثلى وفى صورة عزة وجوده وندرة الظفر به فالمال قيمى ، كبعض الجواهر فلو تراضى المالك والضامن فى الاول على القيمة فهو ، والا فلا يستحق المالك غير المطالبة بالمثل ، كما أنه فى الثانى لا يستحق الا المطالبة بالقيمة ، وليس له الزامه بدفع المثل ، وان اتفق تيسر تحصيله فان عمدة الدليل على الضمان فى مورد الكلام سيرة العقلاء ومقتضى سيرتهم فى موارد ضمان التلف والاتلاف ما ذكرنا فلاحظ .

(١) اقول مقتضى القاعدة فى مورد دوران التالف بين المثلى والقيمى ، هو تخيير الضامن ، وبيان ذلك ان العلم الاجمالى الحاصل للضامن يكون ذمته مشغولة اما بالمثل او القيمة وان كان من قبيل العلم الاجمالى بالتكليف بين المتبائنين ، الا انه لا ينبغى الريب فى انه لا يجب على الضامن دفع المثل او القيمة معاً ، لعدم وجوب هذا الاحتياط فى الماليات ، وليس دوران الامر بين استحقاق المالك القيمة او المثل من دوران الامر بين الاقل والاكثر ، بان يكون الثابت فى ذمته مطلقاً مالية التالف او ماليته فى ضمن المثل ليكون دفع المثل احتياطاً ، ودفع القيمة عملاً باصالة البرائة ،

وذلك لان المراد بالمالية في المقام ، ليست هي القيمة في ضمن اي شيء ، بل بالنقود المتعارفة للاثمان ، كالدرهم ، والدنانير ، ودوران الامر بين القيمة كذلك و بين المثل من قبيل المتبائنين ، وبعد فرض عدم وجوب الموافقة القطعية في المقام بدفع القيمة والمثل معاً ، تصل النوبة الى الموافقة الاحتمالية ، باعتبار العلم بعدم جواز اهمال الموافقة رأساً .

لا يقال كيف يجوز للمالك أخذ ما يختاره الضامن ، حيث يحتمل ان يكون المدفوع اليه غير ما يستحقه .

فانه يقال دفع الضامن واحداً من المثل او القيمة باعتبار انه اما عين ما يستحقه المالك عليه او عوض عنه ، فيجوز للمالك أخذه ، اما لانه عين ماله او بدله بجعل الضامن مع ان للمالك اخذه تقاصاً من ماله على تقدير كونه غير ما يستحقه على الضامن لان الضامن لا يدفع اليه ذلك المال .

ودعوى تخيير المالك فانه مقتضى قاعدة الاشتغال الجارية في حق الضامن حيث ان المالك اذا رضى بالمثل فدفعه اليه مبرء لذمة الضامن قطعاً فانه ان كان عين ما يستحقه عليه فهو وان كان ما يستحقه عليه هي القيمة فقد رضى المالك منها بالمثل على الفرض وهذا بخلاف ما اذا رفع اليه غير ما اختاره فانه يحتمل عدم فراغ ذمته مدفوعة بانه لم يتم دليل على وجوب تفرغ الذمة فسي الفرض على الضامن لعدم تنجز التكليف المعلوم بالاجمال بوجود موافقة القطعية وانما الثابت في حقه في الفرض لزوم الموافقة الاحتمالية ، حتى لا يمنع الغير قطعاً عما يستحقه عليه ، ولذا لو طالب المالك بغير المثل او القيمة في الفرض بان رضى عن عوض التالف المردد بين كونه مثلياً او قيمياً بثوب الضامن مثلاً فلا يجب على الضامن دفع الثوب المزبور بدعوى

وربما يناقش في الآية بان مدلولها (١) .

انه يجب عليه تفريغ ذمته وان التالف لو كان قيماً فقد رضى المالك من قيمته بالثوب ، وان كان مثلياً فقد رضى به من المثل .

و بالجمله كما لايجب على الضامن فى المقام الموافقة القطعية بدفعه القيمة والمثل معاً كذلك لايجب عليه تحصيل رضا المالك ، بل الثابت فى حقه الموافقة الاحتمالية بل اذا أخذ المالك مادفع اليه يحصل فراغ ذمة الضامن لما ذكرنا من كونه اما عين ما يستحقه او بدله جعلاً او تقاصاً من المالك واما احتمال تخيير المجتهد فى الافتاء بضمان المثل او القيمة فى صورته تشاح الضامن مع المالك فلا دليل عليه بل لوقيل بجواز تخيير المجتهد فى الافتاء فهو فى مورد تعارض الخبرين وتكافؤهما لامثل المقام من موارد فقد النص وعدم وجوب الاحتياط فى الواجب الدائر بين المتبائنين وعن السيد الخوئى (طال بقاه) انه يقرع عند دوران التالف بين كونه مثلياً او قيمياً اخذاً بمادل على انها لكل امر مشكل .

ولكن لا يخفى ما فيه ، فانه لا اعتبار بالقرعة فى الشبهات الحكمية ومنها المقام سواء كان امكن فيها الاحتياط ام لا ولذا لم يذكر هو ولا غيره فى دوران الامر بين المحذورين فى موارد الشبهة الحكمية تعين القرعة .

(١) ولعل مراد القائل ان كلمة ما فى قوله سبحانه بمثل ما اعتدى مصدرية فيكون التقدير فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه مثل اعتدائه ، مثلاً اذا اتلف الغير مال احد يجوز له اتلاف مال ذلك الغير وان اخذ ماله فيجوز له اخذ مال ذلك الغير ، واعتبار المماثلة فى الاعتداء كذلك لا ينفع فى المقام ، فان المهم فى المقام اثبات المماثلة فى المال المعتدى به ولو اتلف كتابه فالدعوى انه يجوز له اخذ ذلك الكتاب منه لا اتلاف كتابه عوضاً هذا .

ولكن المناقشة غير تامة فان صدر الاية قرينة على كون المراد المماثلة فى المعتدى به النفس بالنفس والعين بالعين والاذن بالاذن الى غير ذلك ولا يعتبر المماثلة فى الاعتداء ولو قتله بالحرق او الخنق فلا يكون القصاص الا القتل بالسيف لبالحرق او الخنق ، ولعله (ره) اشار الى ذلك بقوله (وفيه نظر) ولكن مع ذلك لادلالة للاية على الضمان حتى فى مورد الاتلاف عمداً فضلاً عن التعدى الى ساير الموارد و ذلك فان المراد بالاعتداء فى قوله سبحانه هى الجزاء على المعتدى بالكسر واطلاق الاعتداء عليها بهذا الاعتبار نظير ماورد فى بعض روايات الاستصحاب من قوله عليه السلام) ولكن ينقض الشك باليقين) فان اطلاق النقص فى مورد الشك مع انه لا ابرام ولا استحكام فى الشك باعتبار المقابلة لليقين حيث يطلق فيه النقص لابرامه واستحكامه ، فالمستفاد من الاية انه لو اتلف الغير مال احد عدوانا يجوز له استيفاء مثل المال المزبور من المعتدى بان يمتلك ذلك المثل من المعتدى بالاخذ منه ولو بالمقاصة او قهراً عليه والمناسب لذلك ارادة المماثلة ولو فى المقدار فقط ومن الظاهر ان جواز اخذ هذا المثل لاير تبط بضمان المعتدى المثل بالمعنى المتقدم او القيمة بالنقود المتعارفة ، بل لاير تبط باصل الضمان ايضا بان يكون المعتدى عليه مالكا على ذمة المعتدى المال ، فانه يمكن الالتزام بجواز الاخذ من مال المعتدى وتملكه ولو قهراً عليه نظير تملك اللقطة من دون اشتغال ذمة المعتدى كما لا يخفى .

كما فى المثالين المتقدمين (١) .

كما فى المثال الثالث (٢) .

فحاصل الكلام ان ما اجمع على كونه مثلياً (٣) .

(١) اى مثال الاتلاف من الكرباس المنسوخ بنحو واحد ومثال اتلاف عبدو له بذمة مالكة عبد موصوف بصفات التالف . اقول - قد مر ان وجدان المثل نادراً بحيث يكون الظفر به من المصادفة والاتفاق ، لا يعتبر عند العقلاء ، فدعوى انصراف اطلاق الضمان اليه فى بعض ماورد فى التلف والاتلاف ضعيفة .

(٢) اى ما اذا فرض نقصان المثل عن التالف نقصاناً فاحشاً بتنزل القيمة السوقية ، حيث ان مقتضى العرف والاية تعين قيمة التالف عند تلفه ، مع ان المشهور على ضمان التالف بالمثل .

(٣) و الوجه فى تعيين الضمان بالمثل فى مورد التسالم على كون التالف مثلياً وفى تعيين الضمان بالقيمة فى مورد التسالم على كونه قيمياً ، هو الاخذ بالاجماع فان مقتضاه الضمان فى المثلى بالمثل حتى فيما اذا نقص مالية التالف بتنزل القيمة السوقية .

ويشهد لذلك مع الاجماع المشار اليه الخبر الوارد فى ان اللازم على من عليه دراهم و اسقطها السلطان و زوج غيرها هسى الدراهم الاولى (١) حيث ان اسقاطها يوجب تنزل قيمتها لاسقوطها عن المالية رأساً لكون موادها فضة ، و لكنه مع امكان الخدشة فى سنده معارض بغيره مما يدل على ان على المديون الدراهم التى روجها السلطان بعد استقاط الاولى .



## ذكر القواعد انه لولم يوجد (١) .

وفى موارد عدم التسالم يرجع الى المستفاد من آفة الاعثناء ومنصرف اطلاق الضمان فتكون النتيجة الضمان بالمثل مع عدم السقوط او النقص عن مالئته ومع احدهما يكون المتعین هئ القيمة كما مر بيانه فى تقرير النسبة بين مفاد الآفة ومنصرف الضمان وبين ما عليه المشهور .

اقول قد ذكرنا ان الاظهر فى مورد تردد التالف بين كونه مثلباً او قلمياً هسو تخبير الضامن ، فان اشتغال ذمته بواحد من المثل او القيمة وان يكون من قبيل دوران الواجب بين المتبائئئن ، الا ان التكليف الواقعى لا يجوز عقلا مخالفته القطعية .

واما موافقة القطعية فغير لازمة فى الفرض ، لحكومة قاعدة نفئ الضرر على التكليف الواقعى فى فرض بقاءه بعد اداء الضامن احد الامرئن من المثل او القيمة لانه يجب عقلا مع بقاء التكليف اداء الاخر ، وحيث لا يعلم بقاءه فيجتمع عند المالك المثل او القيمة معاً ، وهذا ضرر على الضامن ، ولا يكون انتفاء التكليف بقاعدة الاضرار منافياً للامتنان على لمالك ، لان الضرر على المالك يكون بحسب المالبة والمفروض ان مالبة التالف متدارك بالمثل او القيمة .

(١) قال فى القواعد انه لولم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل ففى وجوب الشراء تردد انتهى و ذكر المصنف (ره) صورتئن : الاولى - ما اذا كانت زبادة قيمة المثل باعتبار تغيير القيمة السوقية واختار فى هذه وجوب تحصيل المثل ، فانه مقتضى عموم مادل على ضمان المثلئ بالمثل كأفة الاعثناء ، بل لئس فى هذا اشكال ولا خلاف .

وما ذكر فى القواعد من التردد لا يعمها ، فان المثل فىها يوجد بقيمة السوقية وبثمن المثل ، ويؤيد الحكم ما ورد فى ضمان المثل فى الدراهم التى اسقطها

ثم انه لافرق جواز مطالبة المالك (١) .

السلطان ، لان الدراهم باعتبار كون موادها فضة لاتسقط عن المالية بسقوط سكنها عن الاعتبار ولكن تنقص بهما ليتها و اذا كان ضمان المثلى بالمثل مع نقص قيمته ، كان ضمانه به مع زيادتها ايضاً لان احتمال الفرق بعيد .

الصورة الثانية ان لاتكون زيادة في قيمته السوقية بل الزيادة باعتبار قلة وجود المثل وعدم وجدانه الا عند من يعطيه الا بالزيادة وظاهر عبارة القواعد هذه الصورة وذكر (ره) ان الاقوى فسى هذا الفرض ايضاً تحصيل المثل اخذاً بما ذكر في الوجه السابق من كونه مقتضى الاية ومنصرف اطلاق الضمان .

اقول لايبعد القول بانتقال الامر الى قيمة المثل او الصبر الى ان يوجد المثل بقيمة السوقية فان تكليف الضامن بتحصيل المثل ولو باضعاف قيمته السوقية يكون احجافاً وضرراً عليه وبعبارة اخرى الزايد على القيمة السوقية بشراء المثل باضعاف قيمته ضرر على الضامن فينبى وجوبه بقاعدة لا ضرر كما ينفى به وجوب شراء الرقبة او الهدى باضعاف قيمتهما .

ودعوى اقدم الضامن على الضمان فلا يعمه قاعدة لا ضرر مدفوعة بان اقدامه على الضمان بالمسمى لا يكون اقداماً على الضرر المزبور نعم في جريان ما ذكر في الغاصب تأمل كما انه لو اقدم الضامن بشراء المثل وتحمل الضرر فللمالك المطالبة بالمثل .

(١) قد ذكرنا سابقاً في بيان المثلى انه ليس المأخوذ فسى المثل جميع خصوصيات التالف بل الخصوصية التى لها دخل فى المالية او زيادتها ونقصانها و عليه فلو كان قبض التالف فى مكان يكون العين فيها رخص بكثير من مثلها الموجود فى بلد آخر يكون خصوصية كونها فى بلد التالف مأخوذاً فى مثلها ولو طالب المالك الضامن فى بلد آخر يكون المطالب به هو المثل فى بلد التالف فعلى المالك

## فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة (١) .

الصبر الى دفع المثل في ذلك البلد او الاخذ في بلد المطالبة بقيمة المثل الموجود في بلد التالف .

وهذا كما ذكرنا مع اختلاف البلاد في القيمة بالفاحش واما مع عدمه فلا يؤخذ في المضمون خصوصية بلد القبض او غيره فيكون للمالك المطالبة بالمثل في كل بلد لا يختلف مع بلد التالف في القيمة .

(١) يقع الكلام في المقام في جهتين الاولى جواز مطالبته المالك مع تعذر المثل بالقيمة والثانية تعيين القيمة التي يستحق المالك المطالبة بها وذكر المصنف (ره) في الجهة الاولى ان جواز مطالبة المالك بقيمة المثل مقتضى الجميع بين امرين حق المالك في عدم جواز منعه عن وصوله الى حقه وعدم الزام الضامن بالمثل مع عدم تمكنه او كون تحصيله حرجاً عليه مع ان الاستفادة من آية الاعتداء جواز مطالبة القيمة مع تعذر المثل حيث ان القيمة مع تعذر المثل تعد مثلاً فلا يكون اخذها اعتداءً بالازيد .

اقول يرد على الاول بان ما على الضامن هو المثل فلا يجوز منع المالك عن ماله المفروض كونه مثلاً عن القيمة بالنقود التي تعد بالاضافة الى المثل من المتباينين لا الاقل و الاكثر وآية الاعتداء لادالة لها على المثل المطلوب في المقام كما مر سابقاً و ذكر السيد الخوئي طال بقاه ان للمالك حق المطالبة بالخصوصيات والجهات الموجبة للمالية في المال المفروض تلفه و اذا رفع يده عن حقه هذا بمطالبته باصل مالية التالف فله ذلك ولذا لا يجب على المالك قبول القيمة عند تعذر المثل وليس للضامن الزامه بأخذها بل له الصبر الى حين وجسدان المثل وفيه ما تقدم من ان اعطاء المالية بالنقود امر مباحين لاداء المثل وحق المالك هي المطالبة

## ويؤيد ما ذكرنا (١) .

بالتالي دون الاول ولذا لا يجب في المثل اعطاء القيمة مع مطالبة المالك بها ووجود المثل خارجاً ولو كان المطالبة بالجهات و الخصوصيات مجرد حق المالك لكان اللازم على الضامن اعطاء القيمة مع التمكّن على المثل والصحيح ان جواز مطالبة المالك المثل بقيمته عند تعذره او تعسره بسيرة العقلاء الجارية في موارد الضمانات حيث ان بنائهم على ان للمالك حق المطالبة بالقيمة او الصبر الى وجدان المثل ولم يردع الشرع عن ذلك .

(١) يعنى يؤيد ان المطالبة بالقيمة عند تعذر المثل حق للمالك وليس الضامن اجباره على اخذها ما عن الاكثر في باب القرض ان المعتبر في المثل المتعذر قيمته يوم المطالبة فان هذا الكلام يشير الى انه لو لم يطالب المالك تعين دفع القيمة .

نعم ذكر بعضهم ان المعتبر في المثل المتعذر قيمته يوم الدفع ولا اشارة في ذلك الى كون المطالبة حقاً للمالك وليس للضامن اجباره على اخذ القيمة وذكر (ره) في الجهة الثانية ان المثل لا يسقط عن عهدة الضامن بمجرد تعذره بل المثل المتعذر كالدين في عدم سقوطه عن عهدة المديون بعدم تمكنه على الاداء .

ولو كان تعذر المثل موجباً لسقوط المثل واشتغال الذمة بالقيمة لكان المتعين قيمة المثل يوم تعذره فانه يوم الانتقال الى القيمة ويترتب على بقاء المثل على عهدة الضامن انه على تقدير مطالبة المالك يتعين قيمة المثل يوم الدفع حيث ان دفعها دفع للمثل بماليتها و لكن اورد (ره) على بقاء المثل في العهدة بان آية الاعتداء و انصراف الضمان الوارد في بعض الموارد مقتضاها ان انقلاب العهدة بتعذر المثل الى القيمة حيث ان مقتضاها هما تعين اداء اقرب الاموال التالف وكما تكون القيمة

أقرب الاموال الى التالف عند تعذر المثل من اول الامر كذلك تكون اقرب الاموال اليه بالتعذر فيما بعد والتفرقة بين تعذر المثل من الابتداء وطريان التعذر عليه فيما بعد تحكّم .

أقول المثل للتالف على ما تقدم عبارة عن البديل الذي يقارب التالف في الجهات التي كانت موجبة لماليتها او زيادتها او نقصانها و يقال للتالف المثلى فيما اذا كان وجدان البديل له كذلك نوعياً ولا يعتبر كونه دائماً كما انه يقال للتالف القيمي باعتبار كون البديل له كذلك نادراً لانوعياً .

وعليه ففي مورد تلف المثلى في اليد او اتلافه يكون اشتغال الذمة بالمثل ولو كان المثل متعذراً لما ذكرنا من ان الاعتبار في اشتغال الذمة بالمثل وجدانه نوعاً لادائماً و اذا كان الحال في التعذر من الابتداء كذلك فطريان التعذر فيما بعد لا يزيد على ذلك ولا يوجب سقوط المثل على العهدة بل تبقى مشغولة به ولازمه ادائه بقيمة يوم الدفع حيث ان ادائها اداء للمثل بماليتها .

وعن السيد اليزدي (طاب ثراه) ان نفس العين في موارد ضمانها تكون على العهدة ولا يعتبر في اشتغال الذمة بها التمكن على ادائها بلافرق بين كونها قيمة او مثلية ولا يصح ما عليه المشهور من انتقال المثل الى العهدة في المثلى والقيمة في القيمي بل يكون اعطاء القيمة اداءً للعين بماليتها كما في القيمي او مع بعض خصوصياتها كما في المثلى ويشهد لذلك حديث على اليد ما أخذت حتى تؤدي فان ظاهره كون المأخوذ بنفسه على العهدة لامثله ولا قيمته و على ذلك فيعتبر القيمة يوم الدفع حيث ان اداء القيمة المزبورة أداء للعين بماليتها .

اقول حديث على اليد لضعفه لا يمكن الاعتماد عليه كما مر والضمان في بناء العقلاء يكون باشتغال الذمة بالمثل او القيمة وشاهد ذلك ملاحظة مورد القرض فان

## ثم ان في المسئلة احتمالات آخر (١)

القرض في حقيقته تملك العين للآخر مع اعتبار اشتغال عهدة الآخر بمثلها او قيمتها لابنفس تلك العين حيث انها صارت ملكاً للمقترض ولا يتفاوت الضمان في اعتبار العقلاء بين مورد القرض وسائر موارد من موارد الاتلاف او التلف .

(١) ذكر في القواعد في المثلى المتعذر مثله احتمالات وعن ولده في الايضاح تقوية بعضها وعن بعض الشافعية بعضها الآخر .

وأضاف المصنف ره اليها بعض الاحتمالات الاخرى مع الاشارة الى مبانيها و الاحتمالات كما تلى: الاحتمال الخامس- على ما في القواعد هو اعتبار قيمة المثل يوم تفريغ الذمة وهذا مبني على بقاء المثل على العهدة وعدم سقوطه بالاعواز أى تعذره والاحتمال الثاني- في كلام القواعد مبني على انقلاب المثل الى القيمي بالتعذر مع ضمان اعلى قيم المثل من زمان ضمانه يعنى زمان تلف العين الى زمان تلف المثل وهو زمان اعوازه وتعذره ولوقيل في القيمي بقيمة يوم الضمان تعين قيمة المثل يوم تلف العين فان زمان تلفها زمان ضمان المثل كما انه لوقيل في القيمي بكون العبرة بزمان التلف فالعبرة بقيمة المثل يوم اعوازه فانه زمان تلف المثل .

والاحتمال الاول في كلام القواعد مبني على انقلاب العين التالف الى القيمي بعد كونها مثلياً فيعتبر أعلى القيم من يوم غضب تلك العين الى زمان تلفها ويحتمل ضمان يوم غضبها .

اقول فات عن المصنف (ره) اضافة احتمال قيمة يوم تلف العين .

والاحتمال الثالث في كلام القواعد مبني على انقلاب الجامع بين العين التالفة والمثل المتعذر الى القيمي والمراد ضمان المالية التي تحصل بالعين والمثل فيجربى احتمال ضمان اعلى القيم من زمان غضب العين الى زمان تعذر المثل و

وحاصله ان وجوب دفع قيمة المثل يعتبر (١)

فاعلم ان المناسب لاطلاق كلامهم (٢)

اعوازه .

و الاحتمال الرابع مبنى على ضمان الجامع بين المثل و العين التالفة مع عدم تبدل المثل الى القيمة مع التعذر بل يبقى المثل على العهدة الى زمان دفعه بالقيمة ولذا لو صبر المالك الى وجدان المثل استحقه .

(١) يعنى يعتبر فى القيمة المدفوعة على الاحتمال الرابع اعلاها من زمان وجوب دفع المثل وهو زمان مطالبة المالك بالقيمة الى زمان حدوث ضمان العين أى زمان غضبها فيعتبر دفع اعلى القيم المفروضة فى هذه المدة ولا يخفى ان مقتضى ذلك اعتبار اعلى القيم من زمان غضب العين الى زمان مطالبة المالك لالى زمان دفع القيمة كما هو المدعى ولعل (ره) اشار الى ذلك بقوله فافهم .

(٢) هذا تعرض للصحيح من الاحتمالات المتقدمة وحاصله ان مقتضى الالتزام ببقاء المثل على العهدة حتى بعد تعذره هو قيمة يوم الدفع ومقتضى آية الاعتداء و انصراف الضمان الى اقرب الاموال الى التالف هو صيرورة نفس التالف قيمياً عند تعذر المثل فيكون الاعتبار بقيمة العين التالفة يوم اعواز المثل اذ قبل ذلك اليوم كانت العين التالفة مثلية ولا يعتبر القيمة فى المثلى وعلى مسلك اعلى القيم يكون الاعتبار باعلى القيم من زمان ضمان العين الى صيرورة تلك العين قيمية .

والى ذلك اشار المصنف (ره) بقوله (ولو قلنا بضمن القيمي باعلى القيم الخ) يعنى بناءً على اعتبار اعلى القيم من زمان غضب العين الى زمان تلفها توجه فيما نحن فيه ضمان اعلم القيم من حين ضمان العين التالفة أى من زمان غضبها الى زمان اعواز مثلها والوجه فى حساب اعلى القيم الى زمان اعواز المثل مع فرض تلف العين قبل

## ويقال على المحقق المذكور (١) .

ذلك ما اشار(ره) اليه بقوله (كما أن ارتفاع القيمة السخ) يعنى كما ان زيادة القيمة قبل تلف العين مضمونة بشرط تعذر رد العين حيث ان مسع رد العين لا يضمن الغاصب شيئاً حتى لو كانت قيمتها زمان ردها عشر قيمتها يوم غضبها و بتعبير آخر و بالجملة اداء العين برد نفسها متدارك (بالكسر ) ارتفاع القيمة السوقية فكذلك رد المثل فى المثليات متدارك (بالكسر) ضمان ارتفاع القيمة من يوم غضب العين الى زمان تلفها وبالجملة ارتفاع القيمة فى المثلى مضمون بشرط عدم رد العين وعدم رد المثل فيكون رد المثل متداركاً لارتفاع القيمة فى المثلى واذا تعذر المثل يكون الارتفاع مضموناً مطلقاً فيعتبر قيمة العين الى هذا الزمان باعتبار ان العين ولو كانت تالفه قبل ذلك الا ان كونها قيمية حدثت فى الزمان المزبور .

هذا مع القول بانقلاب المثلى الى القيمى بتعذر المثل واما بناءً على بقاء المثل على العهدة حتى بعد تعذره يكون زيادة القيمة مضمونة الى زمان تفريغ الذمة بدفع القيمة .

اقول لا يخفى بناءً على صيرورة العين التالفة قيمية وكون الاعتبار فى القيمى بيوم التلف يكون اعتبار القيمة يوم اعواز المثل ولكن المعبر قيمة يوم تلف العين كما انه لو قيل فى القيمى بالقيمة يوم الغصب يكون المعبر بعد اعواز المثل تلك القيمة وعلى اعلى القيم يكون المعبر اعلاها من زمان غضب العين الى زمان تلفها . وبالجملة اشبهه على المصنف (ره) ظرف الاعتبار بظرف المعبر .

(١) ذكر المحقق الثانى انه لو كان المثل متعزراً عند تلف العين يتعين قيمة زمان التلف انتهى اى قيمة العين زمان تلفها وبعبارة اخرى تكون العين المزبورة



ثم ان المحكى عن التذكرة ان المراد بالاعواز (١) .

كسائر القيميات ولا يكون فى الفرض اشتغال الذمة بالمثل وبقائه على الذمة الى زمان ادائه بما ليتها كما ذكروا فى صورة طريان تعذر المثل فى الاثناء فيقال عليه بان لازم ذلك انه لو كان المثل عند تلف العين متعذراً و وجد بعد ذلك فلا يكون للمالك حق مطالبة المثل لان المفروض حدوث الضمان بالقيمة من الاول كسائر القيميات ولكن الايراد غير صحيح لان للمحقق الثانى ان يلتزم بصيرورة العين بوجودان المثل مثلياً كسائر المثليات بعد كونها قيمة ولعله الى ذلك يشير المصنف (ره) بقوله وفيه تأمل اى فى الايراد على المحقق بما ذكر تأمل .

(١) اقول قد ذكرنا اشتغال الذمة بالمثل فى المثلى حتى عند التعذر من الابتداء او فى الاثناء غاية الامر مع التعذر يسقط حق المالك عن المطالبة بالمثل فعلا الا بما ليتها وعلى ذلك فان كان فى البين تعذر اداء المثل بالاضافة الى الضامن او كان تحصيله حرجاً او اجحافاً عليه فمقتضى قاعدة اللاحرج او اللاضرر سقوط حق المالك فعلا عن المطالبة بالمثل الا بقيمته ولو لم يكن ذلك فمقتضى حرمة مال المسلم و ما دل على وجوب اداء الدين وجوب دفع المثل فلا يتم ما ذكره فى التذكرة من ان المراد باعواز المثل عدم وجوده فى البلد و ما حوله وما عن جامع المقاصد من الرجوع فيه الى العرف فان مع مطالبة المالك بالمثل و تمكن الضامن عليه بلا حرج او اجحاف فعليه رد المثل سواء كان فى العرف اعواز ام لافان العبرة بتمكن شخص الضامن لا اعوازه فى العرف كما هو الحال فى سائر التكاليف المشروطة بالتمكن وعلى ذلك فلو لم يكن مثل التالف الا عند الضامن فقط فعليه رده على المالك مع مطالبته .

ثم ان فى معرفة قيمة المثل (١) .

ثم انك قد عرفت ان للمالك (٢) .

(١) قد تقدم ان المثل مع وجوده يتعين دفعه سواء كان عزيز الوجود ام لا نعم لا بد من كونه بحيث يباع بالقيمة السوقية والا تكون الوظيفة دفعه بقيمته السوقية كما اذا كان عند من لا يبيعه الا باضعاف قيمته السوقية و تقدم ان الميزان فى قيمة المثل بيوم الدفع فيتعين فى الفرض اعطاء قيمته السوقية التى حال عزة وجوده و اما اذا لم يكن للمثل وجود اصلا فلا بد فى تعيين قيمته السوقية من فرض وجوده فى السوق ثم دفع القيمة ولا موجب فى حساب قيمته فرض عزة وجوده فان مع وجود المثل يكون رده موجبا لارتفاع الضمان ولو كانت له فى الاول عزة الوجود و باعتبارها كانت قيمته السوقية ازيد وعند دفعه لم يكن بتلك العزة و كان فى قيمته نقصان و اذا كان دفع المثل بنفسه كذلك فما الوجه فى فرض عزة الوجود له فى دفع ماليته يوم لا يكون فيه فى السوق مثل اصلا .

وبعبارة اخرى لا يوجب لدفع الازيد لقيمة المثل فى الفرض الا ان يكون ذلك للاحتياط او استصحاب عدم فراغ العهدة بدفع الاقل فتدبر .

(٢) وحاصله ان مع تعذر المثل فى بلد تلف العين و وجدانه فى بلد آخر يجوز للمالك المطالبة بالمثل فيه سواء كانت قيمة المثل فى ذلك البلد مساويا للمثل فى بلد الضمان او ازيدة عليها وهل مع تعذر المثل فى ذلك البلد للمالك المطالبة بقيمة ذلك البلد فيحتمل تعيين قيمة بلد الضمان وقيمة المثل لبلد المطالبة وتخيير المالك بينهما فيجوز له المطالبة بالازيد منهما .

وعن الشيخ (ره) فى مبسوطه فى باب الغصب انه مع عدم المؤنة فى نقل

المثل الى بلد المطالبة من بلد التلف فله المطالبة بالمثل ولو كانت القيمة فى بلد المطالبة ازيد واما اذا كانت فى نقله اليه مؤنة يكون له المطالبة بها بشرط تساوى القيمتين ومع عدم تساويهما فلا يجوز له الا المطالبة بقيمة بلد التلف او الصبر الى اداء المثل بنفسه فيه .

اقول قد تقدم منع اصل الحكم الذى ذكره المصنف (ره) وانه مع وجدان المثل فى بلد المطالبة وتفاوت قيمته مع قيمة بلد التلف لا يكون الموجود فى بلد المطالبة مثلاً ليستحق المالك المطالبة به ومع عدمه المطالبة بقيمته بل عليه الصبر الى وجدان المثل فى بلد العين او المطالبة بقيمة المثل فى ذلك البلد و الى ذلك يرجع ما ذكر الشيخ (ره) فى مبسوطه فى كتاب الغصب .

وبالجملة اختلاف البلاد فى قيمة الشئ باختلاف فاحش يوجب ان لا يكون الا زيد قيمة فى بلد مثلاً للتالف فى بلد آخر نعم التفاوت فى القيمة فى بلد بحسب الازمنة اى باعتبار الفصول غير معتبر كما اذا تلف المثلئ فى زمان كانت قيمته اقل ثم زادت فانه يجب فى الفرض اداء المثل ومع تعذره ادائه بقيمته يوم الاداء ولا عبرة باختلاف قيمته بحسب زمانى الضمان والاداء .

نعم يعتبر بقاء اصل المالية فى المثل ولو سقط عن المالية رأساً او كان كالساقط كالنقود المرسومة فعلاً فانها بعد سقوطها عن الاعتبار تكون عند العقلاء تالفة ولا يكون رد العين موجباً لارتفاع الضمان فضلاً عن اداء مثله .

والسرفى ذلك ان الضمان فى اعتبارهم فى الاشياء فى موارد التلف والاتلاف باعتبار ماليتها ومع سقوط الشئ عن المالية يكون الشئ المزبور من القيميات التى يأتى الكلام فى كون العبرة فيها بالقيمة يوم الضمان او التلف والاداء .

- كالماء على الشاطى (١) .  
 لان القيمة بدل الحيلولة (٢)  
 ولو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً (٣)

(١) قد ذكرنا سابقاً انه يؤخذ خصوصية المكان فى المثل فيما اذا كانت تلك الخصوصية دخيلة فى المالية وعليه فالماء على الشاطى لا يكون مثلاً للتالف فى المفازة ليتوهم ارتفاع الضمان بدفعه .

نعم لو كانت عين ذلك الماء موجودة فيجوز دفعها مالم تسقط عن المالية و بعد سقوطها عنها فيدخل فى فرض تلفها و على ذلك فلا بد من اعطاء الماء الآخر فى المفازة المزبورة او الاعطاء فى الشاطى بقيمته فى تلك المفازة .

(٢) لا يخفى انه بناءً على تصوير بدل الحيلولة فهو فى المقام غير محتمل الا على مسلك بقاء المثل على العهدة حتى بعد اعوازه ليكون دفع القيمة من قبيل بدل الحيلولة بين المالك وماله وهذا بخلاف ما اذا قيل بالانقلاب الى القيمة سواء كانت القيمة بدلاً عن العين او عن المثل فانه على الانقلاب يتعين حق المالك فى القيمة ولا يكون مالكا الا القيمة التى تسلمها بعد تعذر المثل وليس له حق آخر على العهدة ليقال بان له المطالبة به .

(٣) الضمان فى القيميات بمعنى اعتبار قيمة التالف ديناً على عهدة الضامن فى مقابل المثلى الذى يكون الدين على عهده هو المثل .

وقد ذكرنا سابقاً ان الاعتبار فى كون التالف مثلياً ليثبت المثل على العهدة وجدان المثل نوعاً ولا يعتبر وجدانه دائماً فلا يضر على اعتبار المثل على العهدة عدم وجدانه احياناً ويعتبر فى كون التالف قيمياً عدم وجدان المثل له نوعاً وان وجد

أحياناً بحيث يكون الظفر عليه من الاتفاق .

وما ذكر المصنف (ره) من ان المتيقن من اطلاقات الضمان الدالة على اعتبار القيمة صورة تعذر المثل لا يمكن المساعدة عليه فان الشارع لم يتصرف فى طور الضمان فى المثلى او القيمى ولا موجب لانصراف الاطلاق فى بعض ماورد بضمان القيمة الى صورة تعذر المثل كيف وقد جرت سيرة العقلاء على اعتبار القيمة ديناً فى مال لا يوجد له مثل نوعاً .

ويقتضيه ايضاً الاطلاق فى صحيحة ابى ولاد الآتية الدالة على ضمان البغل بقيمته فانها تعم ما اذا كان للبغل المفروض مثل اولاً وكذا قوله (ع) فى رواية عتق الحصاة من العبد المشترك وماورد فى ضمان الرهن بتفريط المرتهن .

وما ذكر المصنف (ره) فى وجه اعتبار القيمة فى القيمى مطلقاً من الرجوع الى الاجماع ضعيف لعدم ثبوت اجماع وعلى تقديره فليس من الاجماع التعبدى بحيث يحرز اعتمادهم على أمر تعبدى قد وصل اليهم ولم يصل اليئابل الوجه عندهم هى السيرة او بعض الروايات المشار اليها كما لا يخفى .

وقد ظهر ايضاً ضعف ما نسب الى الاسكافى وحكى عن الشيخ (ره) والمحقق فى الخلاف والشرايع من اعتبار المثل على العهدة فى المضمونات مطلقاً غاية الامر يكون دفع المثل بقيمته عند تعذره فان السيرة او الروايات المشار اليها كافية فى -  
الظهور المزبور .

وعن السيد اليزدى (ره) بقاء العين التالفة على العهدة فى المثلى والقيمى وان انتقال المثل او القيمة على العهدة لاساس له بل يكون دفعهما موجباً لفراغ الذمة عن عهدة العين وذكر ان هذا مقتضى حديث على اليد ما أخذت حتى تؤدى وليس فى الروايات ما ينابى فى ذلك اما فى الاخبار الدالة على الضمان فواضح فانه ليس فيها دلالة

على اعتبار القيمة او المثل على العهدة .

واما الاخبار الدالة على القيمة فليست لها دلالة الاعلى وجوب دفع القيمة لاشتغال الذمة بها كما في صحيحة ابي ولاد او الرواية الواردة في تقويم العبد .  
نعم فى سقوط الدين بحساب الرهن عند تلفه دلالة على ثبوت قيمة الرهن على العهدة والالم يكن سقوط الدين بمجرد تلف الرهن ولكن ولم اعثر على هذا الخبر .

اقول قد تقدم دلالة صحيحة ابي ولاد على ضمان القيمة حتى مع التمكن على مثل البغل المفروض فيها و يأتى بيانه تفصيلا عند التعرض لها كما ان ظاهر موثقة سماعة ضمان القيمة قال سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه فقال هذا فساد على اصحابه يقوم قيمة ويضمن الثمن الذى اعتقه لانه أفسده على اصحابه (١) فانه لو اضمن العبد بالقيمة لم يكن مجرد تقويمه مصححاً لضمان الثمن بالعتق الذى عبر عنه فى المورد بالافساد على المالك بل لا بد من التعبير بضمان نفس العبد و نحوها غيرها .

و فى موثقة ابن بكير قال سألت ابا عبد الله ( ع ) فى الرهن فقال ان كان اكثر من مال المرتهن فهلك ان يؤدى الفضل الى صاحب الرهن وان كان اقل من ماله فهلك الرهن ادى اليه صاحبه فضل ماله وان كان الرهن سواء فليس عليه شىء (٢) فان ظاهرها ضمان الرهن بالقيمة ولذا ذكر عدم ثبوت شىء على عهدة المديون او المرتهن مع تساوى الدين والرهن .

(١) الوسائل الجزء (١٦) الباب (١٨) من ابواب العتق الحديث (٥)

(٢) الوسائل الجزء (١٣) الباب (٧) من ابواب الرهن الحديث (٣)

## وربما يورد عليه ان يوم التلف (١)

(١) الايراد صحيح فان اشتغال الذمة بقيمة العين يحدث يوم تلفها ولكن القيمة التى تكون على العهدة قيمة ذلك اليوم او غيرها فلا بد من معين و احتمال اشتغال الذمة بالقيمة بحيث يكون المعتبر فى كل زمان الى تفرغ الذمة قيمة العين فى ذلك الزمان حتى يتعين قيمة يوم الدفع مدفوع بانه لا عبرة بالازمنة بعد تلف العين ولذا لو سقطت العين عن المالية بعد ذلك بحيث لو كانت باقية لما كانت لها قيمة يتعين ايضاً على الضامن دفع القيمة ولو كان المعيار بالقيمة يوم الدفع لسقط الضمان بانقضاء المالية فافهم .

ولكن مع ذلك لا يلزم اعتبار قيمة يوم التلف بل يحتمل كون المعتبر فى زمان تلف العين قيمة يوم غضبها أو أعلى القيم من يوم دخولها فى الضمان الى زمان تلفها .

وبذلك يظهر ما فى قوله (ره) ومما ذكرنا ظهر ان الاصل فى ضمان التالف ضمانه يوم التلف الخ فانه كما ذكرنا ليس فى البين ما يقتضى كون المعتبر على العهدة من القيمة قيمة يوم التلف .

نعم حدوث الاعتبار يكون ذلك اليوم كما مر ولا يمكن اثبات قيمة ذلك اليوم بالسيرة العقلانية ايضاً حيث لم يحرز استقرارها على تلك القيمة بل لو ثبت قيمة يوم الغضب بصحيفة ابى واد الآتية فيمكن التعدى الى ساير موارد الضمان فى القيميات اما باعتبار الاتفاق على عدم الفرق بين الضمان فى مورد الغضب و بين المقبوض بالعقد الفاسد كما ادعاه الحلى (ره) او انه لا يحتمل الغاء ضمان زيادة القيمة من يوم الضمان الى يوم التلف فى مورد الغضب وعدم الغائها فى غيره .

وعن السيد اليزدى ره ان العبرة بقيمة يوم الدفع باعتبار بقاء نفس العين على

العهدۃ الی فراغها وعلى تقدير الانقلاب يكون العبرة بيوم التلف فان ضمان قيمته على القاعدة ولا دلالة لصحيحة ابي ولاد على ضمان قيمته يوم الغصب وعلى تقديرها تكون مختصة بباب الغصب بل يمكن الاستدلال على ضمان يوم التلف بما ورد فى تقويم العبد المشترك المعتقد من بعض مواليه .

وفى صحيحة محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال من كان شريكاً فى عبد او امة قليل او كثير فاعتق حصته ولم يبعه فليشتره من صاحبه فيعتقه كله وان لم يكن له سعة من مال نظر قيمته يوم عتق ثم يسعى العبد فى حساب ما بقى حتى يعتق (١) .

وفى صحيحته الاخرى قضى امير المؤمنين عليه السلام فى عبد بين رجلين فحرر احدهما نصفه وهو صغير وامسك الاخر نصفه حتى كبر الذى حرر نصفه قال يقوم قيمة يوم حرر الاول وامر الاول ان يسعى فى نصفه الذى لم يحرر حتى يقضيه .

وفيه ما تقدم فى دعوى كون قيمة التلف على القاعدة ولادلالة فى الروايتين على اعتبار قيمة ذلك اليوم فان الضمان فيهما من جهة الاتلاف كما فى بعض الروايات المروية فى ذلك الباب من تعليل ضمان المعتقد القيمة لباقي الشركاء مع يساره بانه لما افسده على اصحابه اوضيعه عليهم ولا يختلف فيه حدوث الضمان والاتلاف فى الزمان فيحتمل ان يكون تعيين قيمة يوم الافساد باعتبار كونه زمان حدوث الضمان فلا يمكن استظهار قيمة يوم التلف فى الموارد التى يختلف فيها زمان حدوث الضمان عن زمان التلف كما فى التلف فى اليد حيث يتحقق الضمان بوقوع المال فى اليد والاستيلاء عليه بنحو لا يكون المال امانة مالكية او شرعية ولا يكون الشخص مأذوناً فى اتلافه مجاناً قبل التلف .



- توجه الى النيل (١) .  
 مثل كراء البغل ذاهباً (٢) .  
 لوعطب (٣) .  
 اليس كان يلزم منى (٤) .  
 ان اليوم قيد للقيمة اما باضافة (٥) .

(١) النيل قيل قرية بين البغداد والكوفة .

(٢) الوجه فى حساب الذهب من الكوفة الى النيل ومن النيل الى البغداد وحساب الرجوع من بغداد الى الكوفة تفاوت اجرة المثل بالاضافة الى الذهب والاياب المفروضين .

(٣) عطب ونفق كضرب بمعنى هلك ومات و العقر بمعنى الجرح و الدبر بالتحريك قرحة الدابة .

(٤) من المجرد بمعنى يثبت على .

(٥) ليس المراد اضافة القيمة الى كل من البغل ويوم المخالفة بحسب التركيب الكلامى بل المراد اضافة القيمة الى البغل ، ثم اضافة البغل الى يوم المخالفة ولذا ذكر سقوط حرف التعريف من البغل للاضافة ، ولو كانت القيمة مضافاً والبغل مضافاً اليه فقط لم يكن وجه لسقوط الالف واللام عن الثانى .

وحيث ان المضاف اليه يعنى يسوم المخالفة لا يصح كونه قيداً للبغل ، فان البغل لا ينسب الى الايام فيكون اليوم المزبور قيداً للمضاف الى القيمة ، فتنسب القيمة المنسوبة الى البغل اولا الى يوم المخالفة ثانياً والمعنى نعم يلزمك قيمة يوم المخالفة للبغل .

وهذا مراد من ذكر ان مقتضى الحديث الاعتبار فى الضمان بقيمة يوم الغصب وحدث الضمان ، دون يوم التلف او اعلى القيم .

وقيل ان يوم المخالفة ظرف للفعل المستفاد من حرف الجواب يعنى لفظة نعم فانها بعد السؤال المزبور قائم مقام قوله يلزمك اى يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل فيكون الجواب ناظراً لبيان حدوث الضمان يوم المخالفة و ان قبلها لم يكن ضمان لا ان المعترف فى الضمان هى القيمة بحسب يوم المخالفة .

واورد على ذلك المصنف (ره) ان هذا لا يناسبه ظاهر الرواية ولا الفهم العرفى بل هذا الاحتمال غير صحيح لان السائل لم يسئل عن حدوث اصل الضمان بمخالفته لمقتضى الاجارة بل كان هذا معلوماً عنده وانما سئل عما يلزمه على تقدير تلف الحيوان المفروض ضمانه .

اقول لم يظهر وقوع السؤال عن ساير الجهات بعد الفراغ عن اصل حدوث الضمان يوم المخالفة كيف ولو كان السؤال عن تعيين ما يضمن به بعد الفراغ عن اصل الضمان لكان الامر كذلك بالاضافة الى ضمان الوصف ايضاً مع انه (ره) تسلم ان قوله عليه السلام عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه بيان لاصل الضمان بالاضافة الى وصف الصحة والمعنى عليك اداء الارش يوم رد البغلة واما الارش فتعيينه بحسب يوم الغصب او التلف او الرد فلانظر له اليه .

والصحيح ان يقال ان قيد يوم المخالفة راجع الى القيمة لا لاصل الضمان فان القيمة لا يثبت على العهدة يوم المخالفة مع فرض بقاء العين بل ثبوتها على العهدة يكون زمان التلف ولا وجه لدعوى ان تقييد الضمان بيوم المخالفة للتنبه بعدم الضمان بقيمة يوم التلف قبلها .

فانه مضافاً الى كونه خلاف الظاهر ينافية الفقرة الثانية يعنى قوله عليه السلام

## ولكن يحتمل ان العيب قد تناقص (١) .

او يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرت كذا وكذا حيث انه لا ينبغى الريب فى ان ظاهره كون حين اكرت قيماً للقيمة وسيأتى انه لا يختلف فى مثل مورد الرواية قيمة زمان الغصب عن قيمة يوم الاكتراء كما ان ظاهره كون المراد بالبغل الاشارة الى المفروض فى السؤال فلامورد لتوهم ان مدلول الرواية الضمان بقيمة طبيعى البغل .

(١) الظاهر ان مع تناقص العيب او براء الحيوان لا يكون ضمان فانه لم يتلف على المالك شىء ليكون على الضامن تسدركه ولم اظفر على الفتوى التى اشار اليها من ضمان العيب حتى مع براء الحيوان ورده الى مالكه سالماً .

والحاصل يحتمل كون الظرف يعنى يوم ترده ظرفاً للعيب وقيداً له بل هذا الاحتمال اظهر فانه لو كان الظرف متعلقاً بعليك لكان ذكره بلافاضة مع ان تعلقه بالعيب يوافق ما عليه بناء العقلاء من عدم ضمان مع رد العين كما كانت عليه زمان الاخذ والاستيلاء عليها ولو مع تخلل العيب بين الاخذ والرد .

لا يقال لو كانت قيمة العين يوم غصبها عشرة دراهم ثم زادت وصارت معيها عشرين وصحيحها خمسين فيكون على الضامن ثلاثون درهماً فانها تفاوتت قيمة العيب الموجود حال الرد وهذا لا يحتمل بان يكون على الغاصب على تقدير تلف العين عشرة دراهم وعلى تقدير عيبها ثلاثون درهماً .

فانه يقال اعتبار العيب الموجود حال الرد لا يلزم منه تقويم العيب بقيمة زمان الرد بل مقتضى تبعية ضمان الوصف لضمنان العين ان يكون على الضامن فى الفرض ستة دراهم من عشرة دراهم بان يكون تقويم العيب الموجود حال الرد بحسب قيمة يوم الغصب وحيث ان التفاوت بين الصحيح والمعيب ثلاثون درهماً يعنى ثلاث اخماس قيمة

- ويكون السرفى التعبير بيوم المخالفة (١) .  
 الا ان يقال (٢) .  
 ويؤيده ايضاً (٣) .

العين صحيحاً فيؤخذ بذلك من قيمة يوم الغصب .

(١) يعنى ان يوم المخالفة قيد للقيمة ولكن القيد ليس للاحتراز عن قيمة يوم التلف بل للاحتراز عن قيمة يوم الاثراء حيث يكون المرتكز فى ذهن مثل صاحب البغل مطالبة الضامن بقيمة شراء البغل بزعم انه المبلغ الذى خسره .  
 وبعبارة اخرى يوم المخالفة قيد احترازى للقيمة ولكن لا مطلقاً بل بالاضافة الى قيمة يوم الشراء .

(٢) يعنى يقال فى تأييد ان الاعتبار بقيمة يوم الغصب ووجه التأييد ان ذكر يوم الاكتراء ليس من جهة عدم الاهتمام بيوم المخالفة فى تقويم العين بل للتنبيه بطريق سهل الى معرفة قيمة يوم المخالفة للبغل المفروض فى الرواية وان اقامة البينة على تلك القيمة كتعيينها باليمين سهل حيث ان البغل المزبور يكون يوم الاكتراء بمرآى ومشهد من الناس والمكارين ولايتفاوت عادة قيمة الى يوم المخالفة التى يكون الفصل بينها وبين يوم الاكتراء بيوم او اقل منه .

(٣) يعنى يؤيد عدم العبرة بيوم المخالفة فى ضمان القيمة ظاهر قوله عليه السلام فى الجواب عن كيفية معرفة القيمة بكون الحلاف على القيمة حقاً لصالب البغل فانه يصح ذلك بناءً على اعتبار قيمة يوم التلف دون ما اذا كان الاعتبار بيوم المخالفة فانه اذا احرزت القيمة قبل يوم التلف وكان دعوى الضامن نقصانها عن تلك القيمة يوم تلف العين فيتوجه اليمين الى صاحب البغل باعتبار كونه منكر الدعوى النقصان

كما ان اقامة صاحب البغل البينة فيما اذا كان اختلافهما في قيمة البغل بلا اتفاق سابق  
اقول التأيد عليل فانه يمكن توجيه توجه اليمين الى صاحب البغل مع  
كون الاعتبار بقيمة يوم الغصب كما اذا اتفقا على قيمة البغل سابقاً كقبل غصبها بشهر  
و كان دعوى الضامن نقصان القيمة يوم اكترائه وغصبه بل الظاهر من الحلف هو  
الحلف المتعارف عند عامة الناس الذي يرضى به المحلوف له ابتداءً ورداً .

والمتحصل من جميع ما ذكرنا ان قوله عليه السلام في الجواب عن السؤال  
عن تلف الدابة يرجع الى انه لو عطب البغل ونفق فعليك قيمة يوم المخالفة للبغل  
وحيث ان ظاهر القضية الشرطية كون الجزاء مقارناً لتحقق الشرط كما هو شأن  
الشرط المقارن يكون مفادها حدوث الضمان بالقيمة عند فعلية التلف لحدوثه يوم  
المخالفة فان يوم المخالفة قيد للقيمة على ما تقدم فيكون الاعتبار بقيمة يوم الضمان  
مطلقاً الحاقاً للضمان في غير مورد الغصب بالغصب بالتقريب المتقدم .

واما احتمال ان يكون الجواب بنعم نفياً لما فرض في السؤال انه لا يضمن  
البغل بقيمة يوم المخالفة على ما فتى به ابو حنيفة اذ لو كان الجواب اثباتاً لذكر  
الجواب بكلمة بلى على ما ذكره علماء الادب فلا يمكن المساعدة عليه فان العرف  
العام لا يفرقون بين الجواب بنعم او بكلمة بلى في استعمالهم وانما يراعى ما ذكر  
في الكلام الفصيح كالكتاب المجيد وال اخبار الواردة في بيان الاحكام هي على طبق  
الاستعمالات في العرف العام ولم يلاحظ فيها اعمال الفصاحة ورعاية البلاغة .

و قد ذكر الفقهاء في باب الاقرار انه لا فرق بين الجواب بـ نعم او بلى  
في العرف العام في حمله على الاثبات كما لو سئل اليس لزيد عليك درهم فاجاب  
بنعم فانه يعتبر من الاقرار بالدين .

ويشهد لما ذكرنا من عدم الفرق بينهما في العرف العام فهم ابي ولاداشتغال

وهذا بخلاف مالوا اعتبرنا يوم التلف (١) .

استدلوا على هذا القول (٢) .

الذمة بقيمة يوم المخالفة من الكلام المزبور ولذا سئل ثانياً عن طريق احراز تلك القيمة وتعيينها .

(١) لا يخفى ان توجيه اليمين الى صاحب البغل باعتبار حمل الجواب على صورة اختلافهما في نقصان القيمة يوم التلف عما كانت عليها يوم المخالفة من الحمل على الصورة النادرة فانه كما لا يختلف قيمة البغل في خمسة عشر يوماً غالباً كذلك اختلاف صاحب البغل والضامن في النقصان المزبور نادر واذا فرض جواز حمل الجواب على الصورة النادرة فليحمل على ما ذكرنا من فرض اتفاقهما على قيمة البغل سابقاً واختلافهما في نقصان تلك القيمة يوم المخالفة ولا وجه للمناقشة في هذا الحمل دون الاول كما هو ظاهر المصنف (ره) في قوله بعد ذكر الاحتمال الذي ذكرنا ( ولا يخفى بعده وابعده منه حمل النص على التعبد ) .

(٢) اختار (ره) عدم دلالة الصحيحة على ان الملاك في الضمان بقيمة يوم الضمان بل يرجع في تعيينها الى القاعدة الاولى وهي قيمة يوم التلف لان ذلك زمان اشتغال العهدة بالقيمة وعلى ذلك فلا بد من النظر في وجه القول بان العبرة في الضمان باعلى القيمة من حين الضمان الى حين التلف حيث يتعين الرجوع الى القاعدة مع عدم المخرج عنها وما يقال في وجهه امور :

الاول- ان العين في تمام تلك الازمنة في ضمان الشخص فان أدى اعلى القيم فيخرج عن عهدة جميع تلك الضمانات لدخول الاقل في الاكثر بخلاف ما اذا أدى قيمة

زمان التلف او غيره فانه لا يخرج بساداء تلك القيمة عن ضمان العين حين كانت قيمتها اكثر .

واجاب (ره) عن ذلك بانه ان اريد من ضمان العين فى جميع الازمنة التى منها زمان علو قيمتها انه على تقدير تلفها فيه كانت العهدة مشغولة بتلك القيمة فهذا صحيح ولكن المفروض انها لم تتلف فيه .

وان اريد اشتغال العهدة بتلك القيمة حتى مع عدم تلفها فيه وفيما بعده بحيث لورد العين الى مالكيها كان اللازم دفعها مسع الزيادة فهذا مخالف لما تسالمو عليه من عدم ضمان الزيادة مع رد العين .

وان اريد اشتغال العهدة بتلك القيمة مشروطاً بهلاك العين و عدم امكان رد العين بنفسها فهو امر معقول ولكن لا بد من قيام الدليل عليه و اصالة البرائة تدفع لزوم دفع الزايد على القيمة يوم تلفها .

نعم حكى فى الرياض عن العلامة ان قاعدة نفي الضرر دليل على اشتغال العهدة بتلك الزيادة فانه لو لم يكن الضامن واضعاً يده على العين زمان علو قيمتها امكن للمالك استيفاء تلك القيمة ببيع العين فيكون عدم ضمان تلك القيمة مع تلف المال ضرراً على المالك ومقتضى قاعدة نفيه ضمانها ولكنه (ره) اشار الى ضعف هذا الاستدلال بقوله وفيه نظر .

ووجهه انه قد تقدم ان مفاد قاعدة نفي الضرر نفي الاحكام التى تكون العمل بها موجباً لتضرر الشخص واما تدارك الضرر الواقع خارجاً فلا يثبت بها .

ثم انه (ره) وجه الاستدل المتقدم على ضمان اعلى القيم بان مالية العين فى كل زمان ومنها ماليتها زمان علو قيمتها تكون مضمونة فى ضمن النقود او مال آخر اذ ليست المالية بنفسها امراً قابلاً للضمان وعلى ذلك فان كانت العين باقية و ردها

ولاجل ذلك استدلت العلامة في التحرير (١) .

فاصالة الاشتغال (٢) .

الى مالكةا فلا يكون للمالك مال آخر غير العين لتكون زيادة القيمة مضمونة في ضمنه  
وإذا تلف العين تكون ضمان الزيادة في ضمن النقود ولو مع عدم تلف العين في  
زمان تلك الزيادة وذلك فان الضامن قد حال بين المالك وعينه ماله في ذلك الزمان وكما ان  
اتلاف المال في زمان موجب لضمان قيمة ذلك الزمان كذلك الحيلولة بين المالك  
وماله في زمان حتى يتلف ذلك المال .

اقول سيأتي انه لا اساس لبطل الحيلولة وانما الثابت بحسب الادلة بدل التلف  
وبدل التلف يثبت على العهدة بتلف العين او كزوال ماليتها رأساً الملحوق بالتلف  
عند العقلاء ولا يثبت فسى غير ذلك وليست القيمة السوقية للعين بحسب الازمنة  
كالمنافع المتضادة للعين في زمان واحد فلا يقاس الاول بالثاني .

وذلك فان المنافع المتضادة يمكن استيفاء كل منها بشرط ترك غيره فيفوت  
على المالك المنفعة التي اكثر في ذلك الزمان بخلاف القيم في الازمنة المتعددة  
لان العين لا تكون تالفة على مالكةا مادامت باقية لتضمن بقيمتها في ذلك الزمان.

(١) يعنى حيث ان العين فسى جميع الازمنة الى ان تتلف مضمونة بوقوع  
الحيلولة في كل من تلك الازمنة بين العين ومالكها علل العلامة ضمان قيمة يوم الغصب  
بانه اول زمان ازيلت يد المالك عن عين ماله فانه لو لم يكن مجرد ازالة يد المالك  
عن العين موجباً لضمانها بان يتوقف الضمان على التلف لما صح التعليل المزبور .

(٢) ان كان الاشتغال في القيميات بالقيمة كما هو الفرض يكون المرجع عند



فالظاهر اعتبار محل التلف (١) .

ثم ان جميع ما ذكرنا من الخلاف (٢) .

دوران كون القيمة المضمونة اعلى القيم او قيمة يوم التلف البرائة عن الزيادة .

واما ما ذكره المصنف (ره) من انه لو كان النظر الى الضمان المستفاد من حديث على اليد يكون المقام فى مورد استصحاب الضمان لالرجوع الى البرائة فلعل مراده ضمان نفس العين بكون نفسها على العهدة على ما ذكره السيد اليزدى طاب ثراه ولكن قد تقدم عدم كون ذلك معنى ضمانها .

(١) هذا بناءً على كون العبرة فى القيمى بقيمة يوم التلف واما بناءً على ما استظهرناه من صحیححة ابى ولاد من اعتبار قيمة يوم الغصب فالمتعین ملاحظة مكان العين فى ذلك اليوم فيما اذا كان لمكانها دخل فى زيادة قيمتها ولو كان قيمتها فى مكان التلف ازید فیدخل وصف كونها فى ذلك البلد فى الزيادة العينية الحادثة زمان الغصب .

(٢) اذالم يكن للحيوان التالف زيادة عينية كالسمن ثم حصلت له هذه الزيادة فان ظاهر كلماتهم ضمان الزيادة حتى لو فرض عدم تلف العين كما لو ردها بعد زوال تلك الزيادة الحادثة وذلك فان العين مملوكة فتكون الزيادة الحادثة ملكاً لملكها .

والمفروض ان اليد على العين يد ضمان فيكون الوصف ايضاً تابعاً للعين سواء كان حادثاً من الاول او ايام غضبها غاية الامر تكون تلك الزيادة محسوبة بقيمة يوم حدوثها بمعنى انه يعين قيمة العين فى ذلك اليوم مع تلك الزيادة كما لو كانت قيمتها فى ذلك اليوم مع الزيادة عشرة دراهم ومع عدمها ثمانية فيكون الوصف المزبور مضمونة بدرهمين .

ولو فرض تلف نفس العين بعد حدوث تلك الزيادة فيها فيلاحظ قيمة العين

## وهل يقيد ذلك بما اذا حصل اليأس (١) .

بدون الزيادة يوم غصبها فيضمن نفس العين ايضاً بتلك القيمة كما هو ظاهر صحيحة  
ابى ولاد على ماتقدم .

والحاصل ان غاية ما يستفاد من الصحيحة ضمان ما يوضع اليد عليه مع تلفه  
بقيمة يوم وضع اليد يعنى حدوث الضمان فتكون الزيادة الحادثة فى يد الغاصب  
داخلة فى ضمانه بقيمة يوم حدوثها لانه اول زمان بالاضافة الى ضمان تلك الزيادة.

وما ربما يقال بان مقتضى اطلاق صحيحة ابى ولاد ضمان العين بقيمتها عند  
غصبها وانه لاعتبار بزيادة قيمتها بعد ذلك سواء كانت زيادتها باعتبار تغير القيمة  
السوقية او حصول الزيادة العينية لا يمكن المساعدة عليه لان الحكم المزبور وارد فى  
البغل المعد للكراء و حدوث الزيادة العينية الفاحشة الموجبة لتغير قيمته السوقية  
فى خلال خمسة عشر يوماً فرض نادر بل غير واقع لان البغل لو لم يخرج بالمشى  
الى المسافة البعيدة فى خلالها الى الهزال فلا اقل من عدم زيادته عما كان عليه يوم  
اكتراه .

(١) يعنى هل يقيد ضمان المثل او القيمة بما اذا حصل الاطمينان بعدم وصول  
المالك الى ماله المعبر عن ذلك باليأس عن الوصول اولم يكن ظن بالوصول اليه  
المعبر عنه بعدم رجاء وجدان المال او يشمل استحقاق المالك المثل او القيمة ما لو علم  
وجدان المال فى مدة طويلة او حتى مالو كانت قصيرة ظاهر ما ورد فى الامانات  
المضمونة اختصاص استحقاق المالك بمطالبة المثل او القيمة باحد الاولين اى ما  
اذا حصل الاطمينان بعدم وصوله الى المال او عدم الظن بالوصول .

ويظهر الاخير من اطلاق فتاوى الاصحاب فى بعض الموارد كاطلاقهم فى  
اللوح المغصوب فى السفينة انه اذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب انتقل

الى القيمة الى ان يبلغ الساحل فانهم لا يقيدون ذلك بما اذا كان البلوغ الى الساحل محتاجاً الى زمان طويل .

اقول لاموجب لضمان القيمة بمجرد عدم تيسر الوصول اليها مالم يعد العين تالفة فى اعتبار العقلاء كما اذا علم حصولها فى اليد بعد حين خصوصاً اذا كانت المدة قليلة فلا يحق للمالك مطالبة الضامن ببدلها .

نعم اذا كانت لها منفعة فيها اجرة فله المطالبة بتلك المنفعة الفائتة كما فى مسألة اللوح المغصوب والاستدلال على استحقاق المالك ببدل العين بكونه جمعاً بين الحقين قد ذكرنا ما فيه سابقاً وان العين بالاضافة الى قيمتها او مثلها ليست من قبيل الاكثر الى الاقل ليرفع المالك يده عن الزيادة ويطلب بالاقبل بل بالاضافة الى بدلها من المتباينين ولذا لا يحق له المطالبة ببدل العين مع بقائها وتيسر ردها .

وكذا لا يمكن التمسك فى اثبات استحقاق المالك المطالبة بالبدل فى مورد عدم تلف العين بحديث الناس مسلطون على اموالهم فانه مضافاً الى ضعف سنده مدلوله سلطنة المالك على التصرف فى ماله وانه ليس محجوراً عليه وتغريم شخص آخر بمطالبة البدل ليس من التصرف فى ذلك المال .

وبالجملة لم يثبت للمالك استحقاق مطالبة البدل مع عدم كون ماله تالفاً فى اعتبار العقلاء كما اذا كان رده عليه محتاجاً الى السعى فى مقدماته فانه لا يحق له مطالبة الضامن ببدل العين كما هو ظاهر المصنف (ره) .

و الاستدلال على ذلك بقاعدة نفي الضرر ضعيف فان قاعدة نفيه لا يقتضى تدارك الضرر وعلى تقديره فتداركه مع بقاء العين وعدم عدها تالفة بتدارك منافعها الفائتة الى ان يحصل رد نفس العين .

والحاصل ما يسمونه ببدل الحيلولة لم يتم عليه وجه يعتمد عليه بل ان كانت

ويدل عليه قاعدة تسلط الناس على اموالهم (١) .  
ثم ان المال المبذول (٢) .

العين التي يتعذر الوصول اليها بحيث يعد تالفة على مالكةا فالبدل بدل لها ومع عدم كونها تالفة كذلك فلا موجب لاستحقاق مالكةا بد لها حيلولة كانت او غيرها .  
نعم لمالكةا مطالبة البدل بالاضافة الى منافعها الفائتة وعلى ما ذكرنا فيسقط جميع ما يتفرع على الالتزام بالبدل الحيلولة واذا كانت العين بحيث تعد تالفة يكون للمالك على الضامن البدل ولو اخذ البدل واتفق الوصول الى العين بعد مدة فلا يستحق المالك الا ما اخذه وليس له الزام الضامن باسترجاع البدل حيث يأتي ان اعطاء البدل من قبيل المعاوضة القهرية بينه وبين المبدل .

(١) يعنى ان مقتضى سلطنة الناس على اموالهم جواز امتناع المالك عن بدل الحيلولة ومطالبته بعين ماله ولو بعد حين .

(٢) وحاصله ان ظاهر كلماتهم كون المبذول للمالك بعنوان بدل الحيلولة ملكا له ويقتضيه ماورد فى موارد الضمانات فان ظاهره كون البدل المعطى للمالك فى موارد الحيلولة كاعطائه فى موارد التلف فى صيرورته ملكا له ..

نعم لو لم يكن الاجماع المشار اليه وظاهر ادلة الضمان والغرامة لا يمكن القول بانه لا يملكه بمجرد الاعطاء بل يجوز التصرف فى البدل المزبور الى ان يدخل فى ملكه بتلف المبدل وسواء قلنا بدخول البدل فى ملك المالك من الاول او بعد تلف المبدل فلا يدخل ذلك المبدل فى ملك الضامن بدفعه البدل .

ونتيجة ذلك اجتماع البدل والمبدل فى ملك المالك ولا ضير فيه لان دفع البدل الى المالك ليس من المبادلة بين المالكين ليمتنع اجتماعهما فى ملكه بل

ثم انه قد تحصل مما ذكرنا (١) .

دفعه فى المقام نظير دفعه مع تلف المال فى عدم المبادلة والوجه فى عدم المبادلة مع التلف ايضاً ان المبادلة تقتضى وجود طرفيها ولا تعقل بين الوجود والمعدوم ولكن مع ذلك ناقش المحقق و الشهيد الثانى فى بدل الحيلولة باجتماع البدل والمبدل فى ملك المالك .

واضاف الشهيد الثانى (ره) بانه لا بد من الالتزام بدخول البدل فى ملك المالك وخروج المبدل الى ملك الضامن ولكن متزلزلا الى ان يتلف المبدل او يقال بان البدل باق على ملك الضامن وانما يجوز للاخر التصرف فيه على ماتقدم .

ودافع المصنف (ره) عن بدل الحيلولة بان المناقشة ناشئة عن زعم ان البدل فى المقام نظير البدل مع تلف العين بدل عن نفس العين و الزعم غير صحيح لان البدل يعطى للمالك بعنوان الغرامة ومن الظاهر ان مع تلف العين يكون الغرامة تداركاً لما فات عن المالك من نفس العين والفائت عن المالك فى الفرض ليس نفس العين بل السلطنة على التصرفات فيها فلا بد من قيام البدل مقامها فى هذه الجهة والقيام كذلك لا يقتضى دخول البدل فى ملك مالك المبدل ابتداءً بل يقتضى جواز تصرفاته فى ذلك البدل .

نعم لو كان التصرف موقوفاً على الملكية فلا بد من الالتزام بدخول البدل فى ملك المتصرف من ذلك الحين نظير ماتقدم فى المعاطاة .

(١) وحاصله ان ما ذكر من بقاء العين على ملك مالكيها ودفع البدل بعنوان الغرامة عما فات من سلطنة المالك ينحصر بما اذا كان الفائت على المالك معظم الانتفاعات حتى يوصف المدفوع بكونه غرامة واما اذا ثبت البدل مع بقاء سلطنة المالك على معظم الانتفاعات كما فى تغريم الواطى الحيوان الذى يركب بقيمته

فلا يبعد ان يستكشف عن ايجاب دفع البديل دخول المبدل فى ملك الغارم بالدفع حيث انه وان وجب نفى الحيوان عن ذلك البلد وبيعه فى بلد آخر الا ان هذا لا يوجب سقوط الحيوان عن المالية غاية الامر يكون ذلك عيباً فى الحيوان واذا حكم الشارع بدفع تمام قيمته الى مالكة يستفاد ان دفعها مبادلة شرعية بينها وبين الحيوان. وهذا بخلاف ما اذا خرج الشيء عن المالية فان خروجه عنها موجب لفوت سلطنة المالك على معظم انتفاعه فلا يكون دفع البديل اليه موجباً لخروج المبدل عن ملكه لما تقدم من ان البديل غرامة لتلك السلطنة الفائتة و للخروج عن المالية . ويترتب على ذلك انه لو التفت قبل تمام غسل اليدين وقبل المسح فى الوضوء الى كون الماء غصباً لا يرضى مالكة بالتصرف فيه فلا يكون المسح بالبلل الباقي بيديه ولو بعد دفع البديل موجباً لتمام الوضوء لان غرامة البديل لا يوجب دخول الماء فى ملكه حتى يجوز له التصرف فيه بمسح اعضاء الوضوء بالرطوبة الباقية بيديه. وذكر فى شرح القواعد انه لسو خا ط ثوبه بخيوط الغصب وطلب المالك وجب نزعها وان افضى ذلك الى تعيب الخيوط او زوال ماليتها ومعهما يجب ايضاً غرامة العيب او المالية .

اقول خلاصة الكلام فى ضمان التالف ان مجرد التلف حقيقة او حكماً وثبوت البديل على عهدة الضامن لا يوجب انتقال العين التالفة الى ملك الضامن حيث ان ثبوت البديل على العهدة تغريم وليست مبادلة ويترتب على ذلك كون بقايا العين التالفة ملكاً للمالك .

نعم اذا دفع الضامن العين التالفة والبديل المزبور يكون الدفع موجباً لدخول تلك العين فى ملك الضامن وكل ذلك بالسيرة العقلانية الذى اعتمدنا عليها فى اثبات الضمان فانهم لا يرون للمالك استحقاق المطالبة بالبقايا بعد اخذه البديل

بـخلاف مالم يأخذ البدل فانه مادام لم يدفع تكون البقايا ملكاً لمالكها الاول حتى مع ملكه البدل على عهدة الضامن .

ويوضح ذلك خير ايضاح ماورد فى ضمان الواطى قيمة الحيوان الذى يركب وهى موثقة سدير (١) حيث البايع المفروض فيها هو الواطى بعد دفعه القيمة الى مالك الحيوان فيكون الحيوان الموطوء ملكاً له بدفعه قيمته .

وما ذكر المصنف (ره) من انه فى صورة تلف المال ايضاً لا يكون دفع البدل مبادلة قهرية بين العين التالفة والبدل لاقتضاء المبادلة وجود طرفيها يدفعه ان اعتبار المبادلة حال تلف العين لا بأس به كما يعتبر مثلها فى موارد فسخ المعاملة بالخيار و نحوه مع تلف احد العوضين .

ويترتب على اعتبارها انه لورجع المالك فى مسألة تعاقب الايدى على المال الى من تلف المال بيده فلا يرجع الغارم المزبور الى غيره ممن جرت ايديهم على المال المزبور بخلاف ما اذا رجع الى غيره فانه يرجع الى من تسلم المال منه الى ينتهى استقرار الضمان الى من تلف المال بيده فان الدافع بدفعه البدل يملك التالف على من تسلم المال منه على وجه الضمان الى ان ينتهى قرار الضمان الى من تلف المال بيده .

ومما ذكرنا يظهر انه لا يجوز لمن توضع غفلة بماء الغير والتفت السى ذلك قبل المسح اتمام وضوئه بالمسح بالرطوبة الموجودة بيديه فانها ملك الغير كما ذكرنا فلا يجوز التصرف فيها بلارضاء .

نعم اذا دفع البدل قبل جفاف يديه واستحق الرطوبة فلا بأس بالمسح بها وكذلك لو طالب المالك نزع الخيوط فى فرض جامع المقاصد وانه مع دفع الضامن

(١) الوسائل الجزء (١٨) الباب (١) من ابواب نكاح البهائم الحديث (٢) .

ثم ان هنا قسماً رابعاً (١).

بدل الخيوط فلا يستحق مالها طلب نزعها لدخولها بدفع البدل في ملك الضامن. هذا مع تلف الخيوط وسقوطها عن المالية بالنزع واما مع تعييبها بحيث يكون على الضامن ارش العيب فيجب عليه مع عدم رضا المالك نزعها وردها اليه مع الارش .

(١) لا يقال ما الفرق بين هذا القسم الذي يسقط العين فيه عن المالية والملكية معاً وبين القسم الثالث الذي ذكر (ره) ان فوات اجزاء العين واوصافها يكون موجبا لسقوطها عن المالية فقط مع بقائها على الملكية .

فانه يقال الموجب لسقوط العين عن المالية في القسم الثالث فوات منافعها المقصودة التي تكون بها ماليتها ومع فواتها وجود بعض المنافع المحللة لها لعدم كونها مقصودة لا توجب ماليتها كالاوراق الممزقة التي ينفع بها في الاحراق وبعض الحبات من الحنطة حيث يمكن الانتفاع بها بطحنها في ضمن ساير الحنطة ولكن مثل هذا الانتفاع يوجب اعتبار الملكية في العين .

وهذا بخلاف القسم الرابع الذي لا يكون العين فيه قابلاً للانتفاع فعلاً لا مقصوداً ولا غير مقصود ولذا يسقط عن الملكية ايضاً كما في الخل المنقلب الى الخمر .

نعم تكون العين في الفرض مورداً لحق الاولوية الثابتة ببناء العقلاء دون الاستصحاب ليقل بعدم جريانه باعتبار ان الاولوية سابقاً كانت بمعنى الملك وبعد الانقلاب الى الخمر لملك والاولوية لا بمعنى الملك ليست لها حالة سابقة ومع ذلك عدم امكن الانتفاع فعلاً موجبا لسقوط الشيء عن الملكية تأمل .

نعم لاشكال فيه فيما اذا لم يمكن الانتفاع به اصلاً ولو فيما بعد .



ثم ان مقتضى صدق الءرامة (١)

ثم ان ظاهر عطف الءءءر على الءلف (٢)

(١) فانه يكون دفع بدل الءلولة بمنزلة دفع بدل الءلف فى كونه تءار كآ وءرامة وكما ىءرء بالءانى عن ءمان العىن ومنافعها و زىءاءة قىمءتها كذلك بالاول ءاية الامران دفع بدل الءلولة متزلزل ىءصف بالءنءءر بءلف العىن او بالانفساخ بطروء الءمكن على رءءها بءءلاف بدل الءلف فان دفعه من الاول منءءر .

وبذلك ىءهر ءضعف ماعن بعض من ءمان منافع العىن ءءى بعء دفع بسءل الءلولة ووجه الظهور انه لو كانت المنافع على العهءة ءءى بعء دفع البءل فكىف ىءصف المءءوع بكونه بءلا وءار كآ لما ىءوت عن المالك .

(٢) وءاصله انه كما لا ىءبء على الضامن زىءاءة القىمة السوءىة بعء زمان ءلف العىن كذلك لا ىءبء عليه زىءاءتها بعء ءءررءءا فىءىن فى بدل الءلولة قىمة ىسوم ءءررءءا أو أعلى القىم الىه او قىمة ىوم الءصب وءذا مقتضى الءاق ءءررء العىن فى كلماءهم بءلفها ولكن لا ىءفى الفرق بىنهما فانه مع الءلف ىكون قىمءتها ءىناً على عهءة الضامن فىءر ى فى انها قىمة ىوم الءلف او ىوم الءصب أو أعلى القىم .

وءذا بءءلاف صورءة الءءر فان العىن بئفسها مءءمونة بمعنى انه لا ءبء قىمءتها بمءءررءءا وءذا ىكون للمالك الءمءناع عن قبول البءل والمطالبة بئفس العىن فىما بعء نظىر ما ءءءم فى اسءءقاق المالك المطالبة بالقىمة فى المءلى المءءر مءله .

ثم انه لا ىءءمع الءكم بان ءءررء العىن بمنزلة ءلفها مع الءكم باسءءقاق

### وهل الغرامة المدفوعة تعود الى ملكه (١)

المالك اجرة المثل لمنافع العين حتى بعد تعذرردها الى زمان دفع بدل الحيلولة وكذا ضمان نمائها الى ذلك الزمان حيث انه لو كانت تعذررد العين بمنزلة التلف يكون المنافع بعد تعذر رد ها كما نافعها بعد تلفها في عدم الضمان بالاضافة اليها .

نعم اذا قيل بالفرق بين التعذر والرد بثبوت القيمة يوم التلف في الاول و بقاء نفس العين على العهدة في الثاني تعين الحكم بضمان المنافع و النماء بل زيادة القيمة السوقية للعين الى زمان دفع بدل الحيلولة كما مر .

(١) وحاصله انه لو تجدد للضامن التمكّن على رد العين فيحتمل رجوع بدل الحيلولة بمجرد ذلك السى ملكه فيكون ضامناً للعين بضمان جديد بحيث لو تلفت يثبت بذمته بدل التلف ويحتمل بقاء بدل الحيلولة في ملك المالك الى حين وصول العين بيده بحيث لو تلفت العين قبل وصولها بيده لا يكون ضمان آخر على الضامن بل يملك المالك بدل الحيلولة منجزاً بعد ما كان مالكا له متزلزلا كما تقدم و مقتضى الاستصحاب بقاء بدل الحيلولة على حاله وعدم حدوث ضمان جديد بتجدد تمكّن الضامن .

لا يقال كان بدل الحيلولة عوضاً عن سلطنة المالك على العين و بعد تجدد تمكّن الضامن على رد العين يكون ملك المالك البديل مع ملكه العين من الجمع بين العوض والمعوض .

فانه يقال تمكّن الضامن على رد العين على مالكة لا يوجب عود سلطنة المالك على العين ولذا لو امتنع الضامن عن رد العين لا يتمكّن مالكة على بيعها او اجارتها من شخص آخر الى غير ذلك من التصرفات و انما يعود سلطنة المالك

## نعم للمالك مطالبة عىن ماله (١)

بعود العىن ووصولها بىده فلا يلزم من ملكه للبدل والعىن الءمء بىن العوض و  
المعوض .

نعم لو كان ملكه بدل الءىلولة عوضاً عن تمكن الضامن على رد العىن على  
صاحبها لزم الءمء بىنهما ولكن من الضاهر ان تمكن الضامن على رد العىن أءنبى  
عن المالك فلا يأءذ عنه بدلا اصلا وعلى ما ذكر فلورد الضامن العىن على مالءها  
ىرءع بدل الءىلولة الى ملك الضامن فلو كان نفس ذلك البدل باقىاً يأءذه وان  
كان تالفاً أو ءارءاً عن ملك المالك بعقد لازم أو ءاىز يأءذ الضامن بدله من المثل  
او القىمة ونماء بدل الءىلولة المءءلل بىن أءذ المالك وءءوعه الى ملك الضامن  
للمالك لان الاصل يعنى بدل الءىلولة كان فى تلك المءة ملكاً له والنماء تابءع  
للاصل .

لا ىقال لوجه لءءوع بدل الءىلولة الى ملك الضامن اصلا لان ذلك البدل  
كان عوضاً عن السلطنة الفائءة عن المالك ولا ىءءارك تلك السلطنة بوصول العىن  
بىده ثانىاً .

فانه ىقال كان بدل الءىلولة عوضاً عن مءلق سلطنته لاءصوص سلطنته الفائءة السابقة  
فىكون ءءوع العىن موءبباً لءود سلطنته والفائءة منها كانت مءءارءة بسلطنته على  
بدل الءىلولة قبل ذلك .

(١) يعنى ءىء ان العىن لم ءءءء عن ملك المالك فى مورد بدل الءىلولة  
فىكون له مطالبته بها ءىن ءءءء تمكن الضامن على رءها وءواز المطالبة مءءضى  
قوله عليه السلام الناس مسلءون على أموالهم ولىس بدل الءىلولة فى ىء المالك عوضاً  
عن ءمىع السلطنة المءصورة للمالك لىقال بانه لىس له سلطان على مطالبة العىن لان

## ثم لو قلنا بجواز الحبس (١)

بدل الحيلولة عوض عن هذه السلطنة ايضاً والالو كان البديل عوضاً عن جميع ذلك  
لزم خروج العين عن ملكه وجاز للاخرين تملكها بوضع يدهم عليها .

وقد ظهر انه ليس للضامن الامتناع عن تسليم العين حتى يسترجع بدل الحيلولة  
عن المالك ووجه الظهور انه لو كان بدل الحيلولة عوضاً عن نفس العين جاز له  
الامتناع حيث يجوز لكل من المالكين الامتناع عن تسليم ملك الاخر حتى يتسلم منه  
ملكه ولكن بدل الحيلولة كما تقدم ليس عوضاً عن العين بل عوض سلطنة المالك  
المالك التي تتجدد له بوصول العين بيده وبعد وصولها بيده يخرج بدل الحيلولة  
عن ملكه برجوعه الى ملك الضامن ففي ذلك الحين يكون له المطالبة به .

اللهم الان يقال يجوز للضامن حبس العين حتى يسترجع البديل من المالك  
لان حبسه العين يكون حبساً لسلطنة المالك التي عوض عنها ببديل الحيلولة ولكن  
لا يخفى ما فيه فانه مادام لم يرجع العين الى يد المالك ولم يتجدد سلطنته عليها  
لا يرجع البديل الى ملك الضامن ليكون له سلطنة على ماله بالمطالبة او غيرها .

(١) يعنى اذا قيل انه يجوز للغاصب حبس العين بعد تجدد نمكنه على ردها  
ليسترجع بدل الحيلولة لايجرى على العين بيده زمان جواز حبسها حكم  
الغصب .

نعم يضمن العين لان حبسها يكون لمصلحة نفسه لالاحسان الى مالکها وعلى  
ذلك فلو تلفت بيده يتعين عليه دفع قيمة يوم تلفها بناءً على ان الاصل فى كل مضمون  
قيمة ذلك اليوم وبناءً على ضمان أعلى القيم يتعين أعلاها من يوم حبسها الى زمان  
تلفها لان يوم حبسها يوم حدوث الضمان الجديد اذ قبله كان خارجاً عن ضمان العين  
بدفع بدل الحيلولة .

## المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصبي (١)

ويقرب من ذلك قول العلامة في القواعد انه لو حبس العين فنلفت فعليه ضمان قيمتها الان وليس المراد من قيمة الان خصوص قيمة حين التلف بل القيمة بعد حدوث الضمان .

فلو قيل في القيميات بقيمة يوم التلف يتعين في المقام قيمة يومه و ان قيل باعلى القيم يتعين اعلاها من حين حبسها الى يوم تلفها فانه ينقطع حكم الغصب بدفع بدل الحيلولة وبحبس العين يحدث ضمان جديد .

اقول هذا يناهى ماتقدم منه (ره) من ان العين بعد تجدد التمكّن على ردها لاتدخل في الضمان وبدل الحيلولة لا يخرج عن ملك المالك بمجرد التمكّن على رد العين عليه ليكون ضمان البدل عليه وضمان العين على الغاصب ويجوز لدافع بدل الحيلولة حبس العين لان حبسها يلزم حبس سلطنة المالك على العين، والمالك قد تسلم بدل الحيلولة الذي عوض عن هذه السلطنة وليس وجه الجواز خروج البدل الى ملك الغاصب بمجرد التمكّن على رد العين ليجوز له حبس العين لاسترداد ملكه من مال كها فلا حظ وتدبر .

(١) ويستدل على اعتبار البلوغ في المتعاقدين برفع القلم عن الصبي حتى

يحتلم كما في مضمرة ابن ظبيان (١)

واورد المصنف (ره) على الاستدلال المزبور بوجوه: اولا- احتمال ان يكون

المرفوع هو قلم المؤاخذة بان لا يكتب عليه سيئة بما يصدر عنه حال صباوته وكذا لا يثبت في حقه نظير القصاص والحدود من الاحكام المجعولة مؤاخذة على بعض الافعال وهذا لا يقتضى عدم تعلق الحرمة والوجوب فضلا عن ساير الاحكام بافعال

الصبي ومعاملاته بل مقتضى عموم أدلة الاحكام واطلاقها ثبوتها في حقه ايضاً فيستحق الثواب على امثال تلك الاحكام ولكن لا يثبت في حقه استحقاق العقاب و نظير القصاص والحدساير ما يكون من قبيل المؤاخذة .

وبالجملة كما تثبت حرمة شرب الخمر على البالغين تثبت في حق الصبي ايضاً ولكن لا يؤخذ على شربها وكذا يثبت في حقه وجوب الصلوة وسائر الواجبات ولكن لا يؤخذ على تركها وهذا يوافق الالتزام بشرعية عبادات الصبي .  
وأورد (ره) ثانياً أنه لو فرض رفع الاحكام التكليفية عن الصبي فالاحكام الوضعية نظير الملكية المترتبة على بيعه غير مرفوع .

وبتعبير آخر يكون بيعه موجباً لانتقال المبيع الى المشتري والتمن الى البايع غاية الامر لا يثبت حكم تكليفي على الصبي الى بلوغه فيجب بعد بلوغه الوفاء بالعقد الذي أنشأه حال صباه كما يجب عليه الاغتسال من الجنابة التي حصلت بوطيه زوجته أو الاجنبية حال صباه وهذا يوافق ما يقال من عدم اختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين .

واورد ثالثاً انه مع فرض كون المرفوع عنه جميع الاحكام التكليفية والوضعية فمقتضاه عدم صحة عقد الصبي فيما اذا كان الصبي احد طرفي العقد واما اذا كان انشائه العقد بالوكالة كما اذا وكله الزوجان في اجراء عقد الزواج بينهما أو اجراء عقد البيع بين مالئهما فلادلالة لحديث رفع القلم على بطلان عقده بمعنى كونه مسلوب العبارة فانه ليس على الصبي في مورد الوكالة حكم كان عقده صحيحاً مفسداً ونظير وكالته اجرائه العقد فضولاً مع اجازة المالك .

اقول ما ذكر المصنف (ره) من احتمال كون المرفوع عن الصبي هو قلم المؤاخذة غير صحيح بل ظاهر الحديث رفع الاحكام والتكاليف بقريئة رفع القلم

عن المجنون والنائم فانه لا يمكن الالتزام بان احكام الشريعة و تكاليفها مجعولة بنحو تعم المجانين وأنه يكون المرفوع عن المجنون خصوص قلم المؤاخذة و الحديث المزبور ضعيف .

ولكن رفع القلم وارد في موثقة اسحاق بن عمار ومقتضاه عدم جواز استقلال الصبي بالمعاملة لاكون انشائه لغواً محضاً حتى في فرض و كالتة عن الغير واذنه للصبي في اجراء عقد او معاملة تكون موضوعاً للحكم على البالغين .

والحاصل ان المرفوع عن الصبي لا يختص بالاحكام التكليفية بل يعم الوضعية ووجوب الاغتسال عليه بعد بلوغه من الجنابة حال صباه أو وجوب دفع البدل عما اتلفه في ذلك الحال ليس باعتبار عموم الاحكام الوضعية لغير البالغين بل باعتبار ان الموضوع لوجوب الاغتسال على البالغ هو الوطى ولو كان ذلك قبل التكليف نظير وجوب الاغتسال من الانزال الحاصل حال النوم والموضوع لوجوب التدارك هو تضييع مال الغير ولو كان ذلك الضياع حال صباه .

نعم عموم الرفع كما ذكرنا لا يوجب أيضاً بطلان عقد الصبي او معاملته فيما اذا لم يكن مستقلاً في انشائها كما اذا كان باذن الغير بل مثل رواية حمزة بن حمران ايضاً لا يقتضى بطلانه فال ابو جعفر عليه السلام فيها والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمسة عشر سنة او يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك (١) .

فتكون صحته مقتضى العمومات والاطلاقات في المعاملات حيث ان المعاملة التي اجراها الصبي باذن وليه او اجازته، على ماله تكون من أمر الوالى ومعاملته

## ويشهد له الاستثناء في بعض الاخبار (١)

كما هو مقتضى اضافة المعاملة الى الموكل وكذا في مورد وكالته عن الغير ولو بلا اذن وليه او اجازته في اجراء عقد نكاح او غيره للغير مما لا يكون من التصرف في مال نفسه فان هذا كله يكون من امر الغير ومقتضى العمومات والاطلاقات نفوذه على ذلك الغير واما عبادات الصبي فيستفاد مشروعيته من أمر الاولياء بترغيب اطفالهم اليها وظاهر الامر بالامر بشيء مطلوبية ذلك الشيء .

ثم انه لا وجه لاستثناء ايصال الهدية واذنه في الدخول من معاملات الصبي لانهما ليسا من المعاملات بل ولا تصرفاته التي تكون موضوعاً لحكم شرعي لان ايصال الهدية من جهة اعتبار القبض في الهبة والمعتبر فيه قبض المتهب واما نفس الايصال فلا اعتبار له ولذا يمكن بواسطة حيوان او غيره واما الاذن في الدخول فلان المعتبر في جواز الدخول في الدار رضا مالكة لارضها الطفل واذنه .

وعليه فلو كان اذنه موجباً للاطمينان الى رضا مالكة كما هو الغالب فهو و الا فلا يجوز التصرف فيها بالدخول او غيره .

(١) كما في رواية ابي الحسين الخادم يباع اللؤلؤ عن ابي عبد الله عليه السلام ووجه الشهادة ان عدم نفوذ امر السفينة عبارة عن عدم مضي معاملته في صورة استقلاله بها لا كونها لغواً محضاً بان يكون السفينة مسلوب العبارة وعلى ذلك فالحكم بعدم جواز امر الصبي وجواز امره بعد بلوغه الا ان يكون سفينة لا يناسب الا ان يكون المراد بالجواز وعدمه هو المضي لا كون عبارته لغواً وبعبارة اخرى ظهور الاستثناء فيها في عدم الانقطاع قرينة على كون المراد بالجواز هو المضي .



- فالعمدة فى سلب عبارة الصبى هو الاجماع (١)  
وكذا اجماع الغنية (٢)  
ويمكن ان يستأنس له أيضاً بماورد (٣)

(١) لا يخفى عدم امكان الاعتماد على حكاية الاجماع فانه لو كان اجماعاً محصلاً لم يصح الاعتماد عليه لاحتمال كون وجه اتفاقهم ساير الوجوه المذكورة لسلب عبارة الصبى فكيف فيما اذا كان منقولاً ومع الخلاف.

(٢) يعنى كما ان الاجماع المحكى عن التذكرة يعم ما اذا لم يكن الصبى مستقلاً فى انشاء المعاملة كذلك اجماع الغنية حيث ان استدلال الغنية على عدم الاعتبار بمعاملته بعد الاجماع بحديث رفع القلم قرينة على العموم المزبور فانه سيأتى ان مقتضى ذلك الحديث بطلان معاملة الصبى سواء كان مستقلاً فى انشائها اولاً .

وايضاً المراد بالاجازة فى قول ابن زهرة ( عقد الصبى باطل بالاجماع وان أجاز الولى) ليس خصوص الاجازة المعروفة فى باب عقد الفضولى ليقال ان عقد الفضولى عند ابن زهرة باطل حتى وان لحقه الاجازة فحكمه ببطلان عقد الصبى ولو مع اجازة وليه، لا يقتضى حكمه ببطلان معاملته مع اذن وليه بل مراده بالاجازة ما يعم الاذن .

(٣) وفى صحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام قال عمد الصبى و خطائه واحد وذكر المصنف (ره) ما حاصله ان مثل هذه الصحيحة وان وقعت روايتها فى ابواب الجنابات ولكن لادلالة لذلك على اختصاصها بتلك الموارد .

نعم فى مثل موثقة اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام كان

يقول عمد الصبى خطأ يحمل العاقلة وحمل الدية على العاقلة بعد قوله عمد الصبى خطأ قرينة على كون المراد بالعمد والخطأ مورد الجنابة ولكن لا يكون ذلك موجباً لرفع اليد عن اطلاق مثل الصحيحة الاولى فانه لامنافاة بين ثبوت الاطلاق والتقييد معاً لعدم وحدة الحكم وكونهما متوافقين ولذا أخذ الشيخ (ره) بالاطلاق فى الميسوط والحلى فى السرائر فذكر أنه لا يجب الكفارة على الصبى بارتكابه محظورات الاحرام التى يختص وجوبها بصورة التعمد حيث ان عمد الصبى خطأ وعلى ذلك فاذا كان عمد الصبى وقصده ملغى شرعاً يكون جميع انشائه باطلة لا يترتب عليها أى أثر حتى فيما اذا كان انشائه باذن وليه حيث لا ينبغى الريب فى اعتبار القصد فى ترتب الاثر على العقود والايقاعات بل قوامهما به لان حصول الانشاء والاعتبار بلا قصد أمر غير معقول بل يمكن استفادة ذلك أى كون جميع انشاءات الصبى ملغاة حتى فيما اذا كان الانشاء باذن وليه من حديث رفع القلم عنه.

وبيان ذلك انه قد ورد فى رواية ابى البخترى عن جعفر عن ابيه عن على عليهم السلام انه كان يقول فى المجنون والمعتوه الذى لا يفيق والصبى الذى لم يبلغ عمدهما خطأ يحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم فان المذكور فى هذه الرواية امور ثلاثة :

الاول- الحكم بان دية جنابة الصبى والمجنون دية خطأ تحمله العاقلة .

والثانى- ان عمد الصبى والمجنون خطأ .

الثالث - ان القلم مرفوع عنهما ورفع القلم هذا ما معلول للحكم بكون عمدهما خطأ فيختص رفع القلم بالاحكام التى يعتبر فى ترتبها على موضوعاتها التعمد اليها كاحكام المعاملات حيث ان المعاملة لا تكون ذات حكم بل لا تكون الامع القصد

بها ومقتضى ذلك بطلان معاملة الصبى ولو كانت باذن وليه اذلا يحصل القصد من الصبى بالاذن المزبور بل مقتضى اطلاق نفسى القصد عنه يعم الصورة المزبورة واما ان يكون رفع القلم علة لعدم ثبوت حكم العمد ولاشبه العمد لجناية الصبى ولكون قصده كالخطاء .

وعلى ذلك ايضا يحكم ببطلان معاملة الصبى ولو مسح اذن وليه حيث ان اقتضاء رفع قلم المؤاخذة عنه الغاء قصده فى بيعه واقراره حتى فيما اذا كان ذلك باذن وليه .

ولكن الصحيح فى معنى الرواية هو الاحتمال الاول يعنى تنزيل عمدته منزلة الخطاء موجب لرفع قلم المؤاخذة عنه فانه لو كان رفع قلم المؤاخذة علة لتنزيل عمدته منزلة الخطاء لما كان عليه الضمان فى اتلافه حيث ان رفع قلم المؤاخذة كما يقتضى تنزيل عمدته منزلة الخطاء كذلك يقتضى عدم الضمان فى اتلافه حيث ان الضمان من قبيل المؤاخذة كما لا يخفى .

اقول مثل الصحيحة لا تكون دالة على بطلان انشاءات الصبى وكونها ملغاة حتى مع اذن وليه او كانت بالوكالة عن الغير وذلك فان مقتضاها أن كل أثر قدرتب على التعمد الى الفعل لا يترتب على الصادر عن الصبى ولو مع تعمدته كما فى ترتب بطلان الصوم على ارتكاب المفطرحق القصاص المترتب على القتل، والكفارة على ارتكاب المحظورات حال الاحرام، فانه اعتبر فى ترتب كل واحد من الاحكام المزبورة القصد الى تلك الافعال .

والحاصل ان مدلول الصحيحة ومقتضى اطلاقها انتفاء تلك الاحكام و عدم ترتبها على فعل الصبى ولو مع تعمدته واما الاحكام المترتبة على العناوين التى لا يكون لها تحقق بدون القصد لامن جهة تقييد الموضوع بالقصد كما فى الاحكام السابقة بل لتوقف نفس العنوان وقوامه بالقصد كما فى العناوين القصدية فلا دلالة

للمصحية على نفى تلك العناوين وعدم تحققها عن الصبي .

وهذا كما يقال في الاستصحاب من انه يثبت به كل اثر يترتب على نفس المستصحب لاعلى مايلازمه او مثل مايقال في الرضاع من انه يكون محرماً فيما اذا ثبت به نفس العنوان المحرم لا مايلازم العنوان المزبور وهنا أيضاً ظاهر الصحة نفى اثر شرعى يكون مترتباً على نفس القصد و التعمد الى الفعل لانفى اثر عن عنوان يكون القصد موجبا لحصول ذلك العنوان كما في العقود والابقاعات فان المعاملات كلها من العناوين القصدية التى يكون القصد مقوماً ومحصلها .

ولذا لا يكون مشروعية صلوة الصبي وصومه وسائر عباداته وتحيته وغيرها من

العناوين القصدية تخصيصاً فى حديث عمد الصبي خطأ

بل يمكن دعوى ان الصحة لا تكون مقتضاها نفى الاحكام المترتبة على القصد والتعمد الى الفعل مطلقاً بل فى خصوص ما اذا كان الحكم مترتباً على الخطأ أيضاً بان يكون التعمد الى الفعل موضوعاً لحكم والفعل خطأً موضوعاً لحكم آخر كما فى مورد الجناية فلا يعم ما اذا كان الحكم مترتباً على عنوان التعمد الى الفعل فقط كما فى مورد وجوب الكفارة وبطلان الصوم ونحوهما فان المذكور فى الصحة ان عمد الصبي خطأ .

وفرق بين هذا التعبير والتعبير بانه لاعمد للصبي فان الاول يختص بموارد ثبوت حكم آخر للخطأ فى مقابل ثبوت الحكم للعمد بخلاف الثانى فانه يعم موارد ثبوت الحكم للعمد الى الفعل من غير فرق بين ثبوت حكم آخر للخطأ و عدمه .

وقد تحصل مما ذكرنا أنه لا يمكن الحكم بعدم فساد صوم الصبي بتناوله المفطر او فساد عباداته او معاملاته استظهاراً من الصحة .

وان اتهب له الولي (١) وللغيره (٢)

كما قال ارم حقى في البحر (٣)

(١) يعنى ولو كان قبول الهبة المزبورة من ولي الصبي حيث ان أخذ الصبي

الهبة حتى مسع قبول وليه لا يوجب حصول القبض المعترف بها

(٢) يعنى كما لا يكون قبض الصبي مفيداً لحصول الملك لنفسه كذلك لا يفيد

قبضه فى حصول الملك لغيره كما اذا كان الموهوب له غيره ويكون قبض الصبي

بتوكيل ذلك الغير .

(٣) يعنى كما انه لا يتعين الدين بالقاء المديون مقداره فى البحر فيما اذا قال

له مستحقه ارم حقى فى البحر كذلك لا يتعين بقبض الصبي فيما اذا قال مستحقه سلم

حقى الى هذا الصبي .

نعم اذا كان المال متعيناً كما فى الوديعة بان يقول صاحبها سلمها الى هذا

الصبي فسلمها المستودع اليه براء من ضمانها كما يبرء اذا قال له ارمها فى البحر فرماها

وذلك فان المال فى نفسه متعين لا يحتاح فى تعيينه الى قبض صحيح .

نعم لو كانت الوديعة من مال الصبي فلا يجوز دفعها اليه حتى مع اذنيه فانه من

التعدى فيها ولا يفيد فى جواز التعدى وعدم ثبوت الضمان اذن الولي حيث انه

لا ولاية له فيما لا صلاح فيه للطفل .

وبالجملة لا يصح توكيل الصبي فلا يكون المدفوع اليه قبضاً للمستحق

ليتعين به الدين ولكن لا يبعدان يكون المثالان من توكيل المديون فى تعيين السدين

فيتعين عند اللقاء فى البحر او الدفع الى الصبي .

بل على الصبيين (١)

دها بعدم الثبوت (٢) .

اما ما ورد في رواية السكوني (٣) .

اقول قد تقدم عدم الغاء قصد الصبي وعليه فلا بأس بتوكيله في القبض و يتعين به الدين كما يخرج بقبضه وكالة، البايع من ضمان المبيع الى غير ذلك فلاحظ وتدبر .

(١) لما مر من ثبوت ضمان الاتلاف على الصبي أيضاً.

(٢) يعني قدرد الحكاية بعدم ثبوت الشراء لعدم اعتبار الحكاية المزبورة هذا اولا وثانياً بانه لاحجية في شراء ابي الدرءاء حيث ان فعله ليس من فعل المعصوم ليكون كاشفاً عن اباحة ذلك الفعل وثالثاً ذكر توجيهها يخرج به الشراء عن معاملة الصبي .

(٣) كأن هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان رواية السكوني المزبورة ظاهرة في صحة معاملة الصبي فان المراد بكسب الصبي فيها المال الذي اكتسبه فيكون مقتضى تقييد الصغير بالذي لا يحسن صناعة ان كسبه لا بأس به مع عرفانه الصناعة بل مقتضى التعليل الوارد فيه كون المال الذي اكتسبه الصبي المزبور مالا مشتبهاً ولو كانت معاملته باطلة لكان حرمة المال الذي اكتسبه معلوماً .

واجاب (ره) عن ذلك بان ملك الصبي المال لا يلزم صحة معاملاته حيث يمكن ان يحصل المال من التقاطه حيث يصير المال بالالتقاط ملكاً له لما تقدم من عدم الغاء قصده في مثل الحيازة والسبق الى الشيء المباح كما يمكن كونها جرة في

مع ان هذا مما لا ينبغي الشك في فساده (١)  
 واما التصرف والمعاملة باذن الاولياء (٢)

اجارة او قعها الولي فان بايقاع الولي يملك الصبي الاجرة على المستأجر فيتعين المدفوع الى الصبي في الاجرة بوصولها الى بدوليته ويمكن ايقاع الصبي الاجارة فيستحق على المستأجر اجرة المثل او كان عمل الصبي باعتبار امر شخص آخر بذلك العمل فيستحق الصبي في الفرض اجرة المثل على العمل وفي هذه الصور ونحوها لا يكون ملك الصبي ملازماً لصحة معاملته ولو مع اذن وليه كما لا يخفى .

(١) يعنى لا ينبغي الشك في فساد سيرتهم في عدم فرقهم بين معاملة المميزين وغيرهم خصوصاً الاخير أى سيرتهم على عدم فرقهم بين معاملة الاطفال لانفسهم بحيث لا يطلع اوليائهم على معاملاتهم وبين المعاملة لاوليائهم .

(٢) كان هذا جواب عما ذكره كاشف الغطاء (ره) من حصول الاباحة من معاملة الطفل الجالس مقام وليه وحاصله ان اراد كاشف الغطاء حصول الاباحة بنفس تصرف الطفل ومعاملته بان كانت معاملة الطفل مفيدة للاباحة سواء كانت المعاملة بنحو البيع العقدي او المعاطاة فهذا خلاف المشهور حتى عند القائلين بعدم اعتبار شرايط البيع في المعاطاة فانها على ذلك المسلك وان لم تكن مشروطة بشروط البيع الا انها تصرف في المال فلا يصح من الصبي وان اراد ان وصول المال الى يداخذ واذن الولي ورضاه في تصرفه هو الموجب للاباحة ومعاملة الصبي تكون كاشفة عن هذا الرضا ويعتمد عليها في الكشف عنه كما يعتمد في كشف رضا مالك الدار ومالك الهدية باذن الصبي في الدخول في الدار وايصال الهدية كما اوضحه بعض المحققين من تلميذه فهذا مبنى على كفاية مجرد وصول المالكين الى يد كل من المالكين مع رضاهما في حصول الاباحة بالمعاطاة وقد تقدم الكلام فيه في بحث المعاطاة .

الى المعنى لا بمعنى (١) .

والاوقع لاغياً (٢) ولادليل على تأثير (٣)

(١) وحاصله أنه يعتبر في المتعاقدين القصد الى اللفظ فلا عقد مع التلفظ بلا قصد كما في الغالط بان كان قصده التلفظ بلفظ فاشتبه وتلفظ بلفظ آخر ويعتبر القصد الى المعنى وليس المراد من عدم قصد المعنى عدم استعمال اللفظ فيه بل المراد عدم ارادته جدلان المفروض فى المقام وان كان حصول الانشاء و تحقق الاستعمال الا انه بداع آخر كما اذالم يكن غرض المستعمل من انشاء البيع حصوله حقيقة بل الهزل ونحوه .

وان شئت فلاحظ موارد الامر الصورى فانه كما لا يكون الغرض فيه هو البعث الى الفعل كذلك ليس الغرض فى المقام من الانشاء هو البيع خارجاً وكما ان فى مورد الاخبار هزلا او كذبا يكون الكلام مستعملا فى معناه الموضوع له ويكون القصد الى التلفظ واحضاره معناه ولكن بداعى الهزل و الاغراء كذلك فى مورد البيع هزلة يكون الكلام مستعملا فى معناه الانشائى ولكن بداعى الهزل لا الجد .

ثم لا يخفى انه ليس اعتبار هذا القصد فى المتعاقدين نظير شرط البلوغ و الاختيار فهما بان يكون هذا الشرط أمراً زائداً على حصول البيع وغيره مسن المعاملات بل هذا القصد مقوم لعنوان المعاملة حيث لا يكون البيع او غيره مسن المعاملة فى مثل مورد الانشاء هزلا .

(٢) يعنى لو لم يكن هناك جهة بصرف اليه الاطلاق كان العقد لغواً

(٣) كأن هذا دفع لما يقال من جواز عدم جهة بصرف اليها الاطلاق وجواز

عدم تعيين للمالك فى العقد وتعيينه بعد ذلك فلا اشتراط .



- وفى حكم المعين ما اذا عين المال (١)  
 لوباع مال نفسه عن الغير (٢)  
 لوباع مال زيد عن عمرو (٣)  
 ولو اشترى لنفسه بمال فى ذمة زيد (٤)

(١) يعنى اذا عين العاقد فى عقده المال بكونه بذمة زيد يجرى على هذا المعين على العهدة حكم المعين خارجاً فى كون التصريح بالخلاف مبطلاً او لا كما لو اشترى لنفسه بثمن بذمة زيد.

(٢) يعنى باع مال نفسه ليكون البيع عن الغير لاعتن نفسه بان يدخل الثمن فى ملك ذلك الغير .

(٣) يعنى باع مال زيد ليكون البيع عن عمرو لاعتن زيد بان يدخل الثمن فى ملك عمرو .

(٤) بان يكون قصده دخول المبيع فى ملكه فى مقابل الثمن المعتبر بذمة زيد وذكرانه على تقدير عدم كائنه عن زيد يقع البيع لنفسه ويثبت الثمن بذمته وعبارة اخرى يؤخذ بمقتضى اضافة البيع الى نفسه ويترك اعتبار الثمن بذمة زيد فلا يكون البيع فضولياً ليجتاج فى تمامه الى اجازة زيد .

ويظهر من كلامه ان الوجه فى ذلك عدم ثبوت المقتضى لوقوعه لزيد وهذا بخلاف صورة كائنه عنه حيث ذكر فيها احتمالات ثلاثة بطلان البيع وعدم وقوعه لواحد منهما لان المقتضى لوقوعه لكل منهما موجوداً فالبطلان للتدافع ووقوعه لنفسه لعدم المقتضى لوقوعه لزيد لان التوكيل لا يشمل مثل هذا الاشتراء

لو اشترى عن زيد بشيء في ذمته فضولاً (١)  
ومقتضى المعاوضة والمبادلة (٢)

بان يقصد دخول المبيع في ملكه مع خروج الثمن عن ملكه ولا اقل مسن  
ترجيح جانب الاصاله ووقوعه عن زيد لما مر من ان تعيين المال بذمة زيد في حكم  
الثمن المعين الخارجى فى كون التصريح بخلاف مقتضاه لغوا .

(١) يعنى لو اشترى لزيد بثمان فى ذمته ولم يجز الاشترى زيد فاجازه عمرو  
فلا يصح لامن زيد فان المفروض عدم اجازته ولا من عمرو لعدم انشاء المعاملة عنه  
وعدم اعتبار الثمن فى ذمته .

(٢) وحاصل ما ذكر المصنف (ره) فى المناقشة على الكلام المزبور هو عدم  
اعتبار تعيين المالكين اصلا بل المعتبر فى البيع قصد المعاوضة بان يخرج المبيع  
الى ملك من يكون خروج الثمن منه اذ لو صار المبيع الى غير ملكه لم يتحقق  
عنوان المعاوضة بين المالكين بل يكون تمليك كل منهما مجاناً وعلى ذلك فلو فرض  
قصد المعاوضة من المتعاقدين فلامحالة يتعين مالك المبيع والثمن واقعاً بلا حاجة  
الى التعيين .

نعم لا بد فى موارد كون احد العوضين كلياً فى الذمة من تعيين من يضاف الى  
ذمته المال ولا تكون تعيينه معتبراً بما هو هو بل باعتبار ان الكلى مالم يكن مضافاً  
الى ذمة معين لا يعتبر مالا يقع طرفاً فى المعاوضة فالتعيين لا اعتبار المعاوضة بين  
المالكين .

ويترتب على ما ذكر انه لا يعتبر تعيين المالكين اصلا فيما كان العوضان معينين  
مع فرض قصد المعاوضة واقعاً بل يكون التصريح على خلاف مقتضى المعاوضة

## ولكن الاقوى صحة المعاملة المذكورة (١)

راجعاً الى فائدة البيع والشراء كما اذا قال بعث مالى عن زيد فانه مع قصد المعاوضة يكون المفاد ارجاع فائدة البيع بمعنى تمليك الثمن لزيد ثانياً واذا قال بعث مال زيد عن نفسى فمع قصده المعاوضة يكون قيد عن نفسى لغواً ولذا ذكروا انه لو اجاز زيد البيع يقع له كما انه لو ملك البايع المال فاجاز البيع المزبور يقع له لامن جهة اضافة البيع الى نفسه بل بناءً على صحة الاجازة فى مسألة من باع شيئاً ثم ملك فاجاز فانه بناءً عليها يتم البيع سواء اضافه الى نفسه ام لا بل وحتى مع اضافته الى المالك الاول .

(١) المراد بتلك المعاملة بيع ماله عن غيره فان قصد كونه عن غيره لغو حيث ان القيد المزبور لارجاع فائدة البيع الى ذلك الغير اى تمليك الثمن لذلك الغير قبل تملكه فيكون لغواً لاجعله احد ركنى المعاوضة وحكمهم ببطلان البيع فى عكس المسألة اى فيما اذا قال للمرتهن بع مالى لنفسك او قال للمدفع اليه مالا اشتر لنفسك بهذا المال طامعاً لا ينافى ذلك باعتبار ان مرادهم بالبطلان عدم وقوع البيع او الشراء للمرتهن او المدفوع اليه لا انه لا يصح عن المالك مع اجازته .

(١) كان الكلام الى الان فى اشتراط البيع بتعيين كل من يقع له البيع والشراء بان يقصد الموجب من يقع انتقال المبيع عنه و ان لم يذكره للاخر و كذا ان يقصد القابل من يقع له الشراء وان يذكره للموجب وعدم اشتراطه بمعنى انه لو لم يقصد ذلك بل قصداً مجرد المعاوضة كفى .

وقد ظهر انه لا بد من التفصيل بين موارد تعلق البيع او الشراء

بالمعين خارجاً وبين تعلقه بالكلية على العهدة و الكلام فعلا في امرين .  
 الاول - انه لو كان المشتري هو المخاطب بمقتضى تعيين الموجب وقصده  
 فهل يجوز للمخاطب المزبور الشراء وقبول الايجاب لغيره ام لا .  
 الثانى انه هل يتعين على كل منهما تعيين الطرف الاخر فى المعاملة بان يعتبر  
 فيها تعيين المشتري للموجب وانه المخاطب او انه موكله مثلا وكذا يعتبر تعيين  
 البايع للقابل وانه الموجب او موكله مثلا .

وذكر (ره) فى الاسر الاول ان تعيين الموجب او القابل يكون متبعاً الا فيما  
 احرز عدم لحاظ الخصوصية فى نظرهما كما اذا كان المراد من ضمير الخطاب فى  
 قول الموجب ملكتك المال بكذا المخاطب المتملك للمبيع بالاصالة او الوكالة .  
 وبعبارة اخرى اذا كان ظاهر الكلام تعيين خصوص المخاطب فى القصد فلا بد  
 من اتباعه باعتبار ان العقود تابعة للقصد .

ويظهر ذلك من كلام التذكرة حيث ذكر ان فى صحة بيع الفضولى باجازة  
 المالك مع جهل الطرف الاخر بالحال اشكال ووجه الظهور كون الاشكال من جهة  
 ان قصد الجاهل تعلق بتملك الفضولى او التملك منه فوقع الملك للمالك المجيز  
 غير مقصود للجاهل وهذا الاشكال وان كان ضعيفاً باعتبار ان تعلق قصد الجاهل بنقل  
 المال الى الفضولى وانتقاله منه ليس الالكونه صاحب المتاع او الثمن لالخصوصية  
 له فلا ينافى هذا القصد وقوع البيع او الشراء للمالك المجيز باجازته الا ان المفهوم  
 من كلامه اعتبار تعيين الموجب او القابل باتباع ظاهر كلامهما .

ويحتمل عدم اعتبار التعيين المزبور بان كان الاصل الاولى فى البيع الغاء  
 قصد الخصوصية فى كل من الطرفين بحيث يجوز للقابل المخاطب القبول عن  
 الغير ولو كان انشاء الموجب تملك المتاع اياه بازاء الثمن بان قال ملكتك المتاع بكذا

## فتأمل حتى لايتوهم رجوعه الى ما ذكرنا سابقاً (١)

فقال قبلت لزيد تم البيع الا فى مورد تصريح الموجب اوقيام القرينة المخارجية بانه لا يريد البيع الا من القابل المزبور .

وتعرض (ره) للامر الثانى بقوله (وقديقال فى الفرق بين البيع وشبهه السخ) وحاصله انه فى الموارد التى يكون من له العقد مقوماً لعنوان العقد كما فى النكاح فان الزوجين فيه بمنزلة المالىن فلا بد من التعيين ليكون بين الايجاب والقبول تطابق ولان عنوان المشتري يصدق على الوكيل او الولى .

هذا ولكن كلا الوجهين ضعيف .

اما الوجه الاول فلان مقتضاه لزوم تعيين الزوج والزوجة فى النكاح لاعدم لزوم تعيين البايع والمشتري كيف ولا يكون الموقوف عليه او الموصى اليه او المتهب ركناً فى الوقف والوصية والهبة مع انه لا بد من تعيينهم كالنكاح والوجه فى عدم كونهم ركناً ان كلا من العقود المزبورة نظير البيع تمليك والملك لا يكون بلا مالك لامحالة واما الوجه الثانى فان عنوان المشتري ايضاً لا يصدق حقيقة على الوكيل فى اجراء عقد الصيغة وقد نص فخر المحققين وغيره بان معنى البيع فى لغة العرب جعل المخاطب مالكاً ومقتضى ذلك ان مع عدم جعل الملك الاللموكل لا يكون الوكيل القابل مشترياً .

(١) ما ذكر سابقاً هو صدق عنوان المشتري على الوكيل فى الشراء حقيقة

وعدم صدق عنوان الزوج على الوكيل فى قبول الزواج .

واعترض (ره) عليه بانه لافرق بينهما وان المشتري بمعناه الحقيقى لا يصدق

على الوكيل فى قبول الايجاب كعدم صدق عنوان الزوج على الوكيل فى قبول

## ايجاب النكاح .

نعم التزم (ره) بقوله ولعل الوجه عدم تعارف الخ بانه قد يطلق عنوان المشتري بالناية على الوكيل فى قبول ايجاب البيع كما يتعارف ارادة الاعم من الاصاله من ضمير الخطاب فى مثل قوله ملكتك بخلاف الضمير فى قول المرأة زوجتك وبخلاف عنوان الزوج فان الاطلاق بنحو العناية فى عنوان الزوج او ارادة الاعم من ضمير الخطاب فى قول المرأة غير متعارف .

وعلى ذلك فلا بأس بان يقول البايع ملكتك المال بكذا ويقول الثاقبل قبلت عن فلان بخلاف النكاح فانه لا يصح فى قبول قول المرأة زوجتك نفسى ان يقول المخاطب قبلت عن فلان وجواز الاطلاق و ارادة الاعم من الضمير فى البيع بنحو العناية لا ينافى تقديم مدعى الاصاله عند اختلافهما فى ان قبول الايجاب كان بنحو الوكالة او الاصاله لان مقتضى ظهور العقد او اصاله عدم النيابة هو التقديم المزبور وتعارف الاستعمال بنحو العناية لا ينافى كونه خلاف الاصل كما ان تعارف المجاز فى ساير الالفاظ لا ينافى حملها على الحقيقة مع عدم احراز العناية فى الاستعمال .

اقول قدم ان مع كون العوضين معينين لاحاجة الى تعيين المالك وتمييز من يكون له البيع او الشراء بل يكون تمام البيع بقصد المعاوضة بين المالىن و انشائها بين العوضين ولو اعتقد البايع مثلاً ان الثمن المفروض ملك المخاطب وقال له ملكتك مالى بذلك المال وقبله المخاطب عن مالك الثمن بالوكالة او الولاية تم البيع .

وبالجملة الخطاء والاشتباه فى المال المفروض كونه شخصاً لا يوجب انتفاء التطابق المعترف بين الايجاب والقبول فان قصد المعاوضة مقتضاه اعتبار النقل والانتقال عن المالك واقعاً .

نعم لو صرح البايع بانه انما يبيع ماله من المخاطب على شرط كون الثمن

المزبور ملكآله فقال المخاطب قبلت عن مالكه وهو زيد بطل البيع باعتبار عدم التطابق بين الايجاب المشروط والقبول الخالى عنه فان الايجاب المزبور بمنزلة ان يقول البايع بعتك هذا المال على ان الثمن المفروض موصوفاً بكذا فيقول القابل قبلت بلا شرط فالبطلان باعتبار عدم التطابق من ناحية الشرط فان شرط كون فلان مالكا للثمن المزبور كساير الشروط والاوصاف المعتبرة فيه التى يكون الغائتها فى القبول موجبا لانتفاء التطابق .

ولو وقع فى هذا الفرض بعد تمام العقد الاختلاف فى اعتبار خصوصية المالك فى ناحية الثمن او المضمن فالاصل عدم اشتراطها ويكون القول قول منكرها واما اذا كان العوضان بنحو الكلى على العهدة فاللازم تعيين صاحب العهدة فى العقد لما مر من ان الكلى مع عدم اضافته الى عهدة معين لا يقع عليه المبادلة فان ما على عهدة المعتبر غير ما على عهدة الاخر فلو قال البايع للوكيل بعتك المال بكذا من الدراهم على عهدة زيد وقبل الوكيل المال بالدراهم على عهدة عمرو لم يتم البيع لعدم تطابق بين الايجاب والقبول فى ناحية الثمن .

نعم لو قال بعتك المال بكذا من الدراهم وقال قبلت لموكلى صح فيما اذا كان المراد بضمير الخطاب الاعم من الاصاله والنيابة ويكون مع الاختلاف فى الاصاله والنيابة فى هذا الفرض الترجيح لقول من يدعى الاصاله أخذاً باصاله الظهور . وقد ظهر مما ذكرنا حكم ما لو كان احد العوضين فى المعاملة شخصاً والاخر كلياً على العهدة فانه يجرى على الكلى ما ذكر للكلى وعلى الشخصى ما ذكر للشخصى .

### من شرائط المتعاقدين الاختيار (١) .

(١) فسر (ره) الاكراه بما يقابل الاختيار الذى يكون المراد به فى المقام القصد الى حصول مضمون العقد وطيب النفس به ومقتضى المقابلة ان يكون الاكراه هو القصد الى مضمون العقد عن كراهة وبلا طيب النفس به .  
وبعبارة اخرى ليس المراد بالاختيار هنا مقابل الجبر الذى لا يكون فى مورده قصد من المباشر اصلا او يكون مقهوراً فى قصده وفعله بحيث لا يصح معه اسناد الفعل الى المباشر حقيقة كافعال العباد على مسلك الجبر .

والحاصل ان الاختيار المعتبر فى البيع وغيره من العقود والايقاعات امر زايد على الاختيار المقابل للجبر واستدل على اعتبار هذا الاختيار بقوله سبحانه الا ان تكون تجارة عن تراض حيث ان تقييد التجارة بكونها عن تراض مقتضاه اعتبار طيب النفس بها وبقوله عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه وبحديث الرفع حيث ورد فيه رفع عن أمتى ما استكرهوا عليه .

والحديث وان كان ظاهره بقرينة وحدة السياق نفى المؤاخذة فان نفيها مراد فى قوله رفع عن أمتى ما لا يعلمون والطيرة والحسد الا انه يرفع اليد عن الظهور بقرينة ما فى بعض الروايات كصححة البنظى من استشهاده عليه السلام على بطلان الحلف بالطلاق والعتاق بفقرة رفع عن أمتى ما استكرهوا عليه (١) والمراد بالحلف بالطلاق والعتاق ان يقول الحالف مثلا ان فعلت كذا فامرأتى طالق او أمتى حرة و هذا الحلف وان كان باطلا ولا يقع به طلاق او عتاق او سومع عدم الاكراه الا ان استشهاده عليه السلام لبطلانه بالحديث قرينة على عدم اختصاصه برفع المؤاخذة .



## وحكمهم بعدم وجوب التورية (١)

اضف الى ذلك ماورد فى بطلان طلاق المكره بضميمة عدم احتمال الفرق بين الطلاق وسائر العقود والايقاعات فى البطلان وعدمه مع الاكراه .

ثم تعرض (ره) لما ذكره الشهيدان من كون المكره بالفتح قاصداً للفظ و غير قاصد مدلول العقد فذكر ان مدلول العقد مضمونه و كون المكره غير قاصدله معناه انه لا يقصد حصول ذلك المضمون خارجاً بان يثبت لسلك المضمون واقعية.

وان شئت قلت ولو كان قصد المكره بالفتح بقوله بعث كذا بكذا انشاء الملكية الا ان انشائها لا يكون لغاية حصولها خارجاً بل بداعى دفع الضرر المتوقع به وليس المراد انه لا ينشأ الملكية اصلاً كما توهمه بعض من كلامهما فانه مع عدم الانشاء لا يكون قوله بعث كذا بكذا بيعاً او قوله هى طالق طلاقاً .

وبالجمله الخالى عن قصد الاستعمال والانشاء هو الذى يتلفظ تقليداً او تلقيناً كما فى الطفل الجاهل بالمعانى ولا يكون المكره بالفتح كذلك فمرجع كلام الشهيدين الى ان انشاء المكره ليس بداعى تحقيق الشئ بحيث يترتب عليه الاثر بل لغرض التخلص عن الوعيد فالفرق بين المكره بالفتح وغيره ان انشاء الملكية فى الاول لا يكون بداعى حصولها خارجاً بل بداعى التخلص عن وعيد المكره وضرره بخلاف بيع المختار فان انشاء الملكية منه يكون بداعى حصولها خارجاً .

(١) ذكر (ره) كما مر ان انشاء البيع مثلاً بداعى التخلص عن الوعيد لا لغاية

تحقيقه خارجاً هو المراد من عدم قصد المكره بالفتح مدلول العقد وكون هذا هو المراد من عدم قصده لا يكاد يخفى على من تأمل فى معنى الاكراه لغة وعرفاً و على من تتبع فيما ذكره الاصحاب فى فروع الاكراه فان تلك الفروع لا يناسب توهم

خلو المكره بالفتح عن القصد بان لا يستعمل قوله بعث كذا بكذا فى انشاء الملكية ليكون الاكراه مقابلاً للقصد اى استعمال اللفظ فى المعنى .

وقوله (ره) وحكمهم - بعدم وجوب التورية وبصححة بيع المكره بعد الرضا واستدلالهم على بطلان بيع المكره بالاخبار الواردة فى طلاق المكره بضميمة عدم الفرق بين الطلاق و ساير العقود و الايقاعات وبماورد انه لاطلاق الامع الارادة و استدلالهم ايضاً على بطلان بيع المكره بما ورد فى بطلان من يكون طلاقه مسداً باهله بان ينشأ الطلاق لا لحصوله واقعاً بل لان يوهم زوجته الاخرى مثلاً بانها زوجته الوحيدة الباقية فى علقته لتترك نشوزها - كل ذلك معطوف على ما ذكره الاصحاب فى قوله ادنى تتبع فيما ذكره الاصحاب و يكون عطفها تفسيرياً فانها من الفروع التى يكون التتبع فى المذكور فيها موجباً للجزم بعدم خلو المكره بالفتح عن قصد المعنى والانشاء .

بل يكفى فى الجزم بذلك ما ذكره الشهيد الثانى من ان المكره و الفضولى قاصدان الى اللفظ دون مدلوله ووجه الكفاية انه لا ريب فى تحقق قصد الاستعمال من الفضولى وجعل المكره مثله قرينة جلية على كون المراد من عدم قصد المعنى ما تقدم تفصيله .

اقول ان كانت ملكية العين فى انشاء البيع بنظر العاقد فلاريب فى حصولها من المكره بالفتح فانه لا يكون انشاء بدون قصد حصولها او قصد ابراز حصولها على الوجهين فى معنى الانشاء وعلى ذلك يبنى ماسياتى من عدم لزوم التورية على المكره وتمام بيع المكره بل حقوق الرضا وان كانت الملكية بنظر العقلاء او اعتبار الشرع فهذه الملكية اجنبية عن قصد العاقد فانها اعتبار الغير ترتب على تمام موضوعها سواء قصدتها العاقد ام لا .

فان اراد الشهيدان بقولهما (ان المكره بالفتح قاصد الى اللفظ دون المدلول) الملكية بنظر العاقد فقد ذكرنا انه لا يكون بيع الامسح قصد حصولها او ابراز حصولها وان كان مرادهما الملكية فسى اعتبار العقلاء و الشرع المعبر عنها بالائثر فلا يعتبر فى حصول البيع قصد حصولها بل قد لا يكون قصد حصولها فى بيع المختار ايضاً كما اذا اعتقد فقد شرط صحة البيع وقد يقصدها المكره بالفتح كما اذا اعتقد صحة بيعه ونفوذه كبيع المختار .

والحاصل ان كلام الشهيدين غير تام بل لانجد فرقاً بين بيع المكره اى انشائه ملكية المثلثن بازاء الثمن وبين بيع المختار الا فى جهة واحدة و هى انطباق عنوان الاكراه على البيع فى الاول دون الثانى .

(لا يقال) الفرق بينهما فى حصول طيب النفس والتراضى فى الثانى دون بيع المكره .

(فانه يقال) التراضى المعتبر فى المعاملات موجود فى بيع المكره ايضاً فاذا اكرهه الجائر على دفع مقدار من المال وتوقف تحصيل ذلك المال على بيع داره يصح البيع ولا يكون ذلك اكرهاً على البيع بخلاف ما اذا اكرهه على بيع تلك الدار فانه لا يصح لوقوعه مكرها عليه مع ان فى الرجوع الى الوجودان كفاية بانه لو لم يكن اكره الجائر لم يكن البيع فى الموردین فان الداعى الى بيعها فى الفرضين التخلص من وعيد الجائر وضرره .

وقد بينا فى بحث المقدمة من الاصول ان الداعى الى الاتيان بذى المقدمة بعينه داع الى الاتيان بمقدمته واذا كان دفع المال الى الجائر فى الفرض الاول للتخلص من وعيده يكوّن الداعى السى مقدمته ايضاً يعنى بيع الدار التخلص المزبور .

وبهذا يظهر ان ما ذكره المصنف (ره) في توجيه كلام الشهيدين من ان الداعى الى البيع من المختار لا يكون التخلص من وعيد الغير و ضرره بخلاف صورة الاكراه فانه يكون داعيه اليه التخلص المزبور غير صحيح كما ان دعوى حصول الرضا وطيب النفس بالبيع فى صورة الاكراه على دفع المال الذى يتوقف تحصيله على بيع المكره داره وعدم حصوله فى صورة الاكراه على بيع داره تحكم.

و ما ذكر ايضا فى الفرق بين مورد الاكراه على البيع و البيع لدفع الضرر بقوله والحاصل ان الفاعل قد يفعل لدفع الضرر ولكنه مستقل فى فعله ومخلى وطبعه بحيث يطيب نفسه به وان كان من باب علاج الضرر وقد يفعل لدفع ضرر ابعاد الغير على تركه وهذا مما لا يطيب النفس به وذلك معلوم بالوجدان كما ترى فانه نفرض فرضاً ان الفرق بين موارد البيع لدفع الاضرار الى ثمنه وبين البيع لدفع ضرر ابعاد الغير تام فكيف يصح الفرق بين الاكراه مثلاً على بيع داره والاكراه على دفع مال يتوقف تحصيله على بيع داره بان يقال بحصول طيب النفس والرضا بالبيع فى الثانى دون الاول بل ذكرنا عدم الفرق بينهما فى طيب النفس اصلاً وانما الفرق بينهما فى صدق الاكراه على بيع الدار فى الاول دون الثانى والموجب لصدقه عليه فى الاول امر الجائر ببيعها ووعيده على تركه بخلاف الثانى فان بيعها فيه لا يكون لامر الجائر به ليعمه حديث رفع الاكراه بل للتمكن على مال امر الجائر بدفعه اليه فلا يكون نفس البيع مكرهاً عليه .

فتحصل مما ذكرنا ان الموجب لصدق الاكراه على البيع او غيره تعلقه بنفس البيع او غيره من الانشائيات فالتفرقة بالحكم بصحة البيع فى مورد الاضرار السى

البيع او الاكراه على مثل دفع المال الموقوف تحصيله على بيع متاعه والحكم بالبطالان فى مورد الاكراه على البيع باعتبار شمول حديث رفع الاكراه للاخير دون الاولين وذكروا رفع الاضطرار فى حديث الرفع لا يقتضى الحكم ببطالان البيع فى مورد الاضطرار الى ثمنه ، وذلك فان رفعه كرفع غيره من المذكورات فى الحديث للامتنان والتوسعة على الامة ولا امتنان فى نفي البيع والحكم بفساده فى مورد الاضطرار بخلاف الحكم بالفساد فى مورد الاكراه على بيع شىء فان فيه توسعة على المكروه بالفتح كما لا يخفى .

ثم ان الحكم ببطالان بيع المكروه ونحوه من المعاملات لا يحتاج الى ضمنية صحيحة البزنطى المتقدمة ليقال ان استشهاده عليه السلام ببطالان الحلف بالطلاق وعتاق عند الاكراه عليهما بحديث رفع يمكن ان يكون جدلياً مبنياً على اعتقاد العامة بان حديث الرفع لا يختص برفع المؤاخذة ووجه عدم الحاجة ان المراد بالمكروه عليه هو الفعل حيث لا يتعلق الاكراه و الاضطرار بالفعل و من الظاهر ان رفعهما يكون فى مقابل وضعهما والوضع فيهما معناه ان يثبت الحكم الثابت بالفعل مع قطع النظر عن طريانهما و اذا كان الفعل المكروه عليه من الافعال الخارجية يكون المرتفع الحكم التكليفي و اذا كان من المعاملات فالمرتفع الحكم الوضعى يعنى امضاء الشارع او هو مع الحكم التكليفي على اختلاف الموارد .

ومما ذكرنا يظهر انه لا يرتفع بحديث الرفع الاحكام التى لا تكون موضوعاتها الافعال بل يثبت بالافعال باعتبار حصول موضوعاتها بها بعضاً كما اذا اكرهه على افطار صومه فانه لا يرتفع بحديث رفع الاكراه وجوب قضائه لان وجوب القضاء موضوعه فوت الصوم لا افطاره .

نعم قد يفوت الصوم بافطاره كفوته بنسيان الصوم او نسيان جنبته او كون  
المكلف مريضاً أو مسافراً ونحو ذلك مما لا يكون من قبيل الافطار وهذا بخلاف  
وجوب الكفارة فان موضوعه الفعل يعنى الافطار او الجماع فى نهار شهر رمضان  
فيرتفع وجوبها عند الاكراه عليهما .

لا يقال لاحاجة فى الحكم ببطلان بيع المكروه ونحوه من المعاملات بحديث  
الرفع أصلاً فان ادلة امضاء البيع ووجوب الوفاء بالعقود منصرف عن مثل البيع  
المكروه عليه فان البيع المزبور لا يكون مورد الامضاء حتى فى اعتبار العقلاء فالحكم  
ببطلانه لقصور ادلة الامضاء لالوجود حاكم او مخصص لها .

فانه يقال لوجه لدعوى انصراف أحل الله البيع ونحوه عن بيع المكروه  
لان الموضوع لامضاء الشرعى نفس البيع لا البيع الممضى فى اعتبار العقلاء وقد  
ذكرنا فى بحث الصحيح والاعم ان امضاء العقلاء كامضاء الشرع غير داخل فى  
معنى البيع ونحوه فان بيع السارقين والغاصبين لا يكون ممضى حتى عند العقلاء  
مع صحة اطلاق البيع عليه بلاعناية .

وبعبارة أخرى اذا كان تملك عين بعوض بيعاً عند العرف ولكن غير ممضى من  
ناحيتهم فهو داخل فى الموضوع فى مثل حل الله البيع فلا بد فى رفع اليد عن اطلاقه من  
وجود مقيد نظير قوله لا يبيع الا فى ملك ويترتب على كون الموضوع لامضاء الشرع نفس  
البيع انه لو باع اللقطة بعد تعريفها سنة و تملكها حتى مع احتمال الظفر بما لكها  
ثم ظهر المالك فلا يستحق المالك المطالبة بعين اللقطة حتى مع بقائها بيد المشتري  
فان هذا مقتضى حل الله البيع ووفوا بالعقود مع ان العقلاء لا يميزون البيع من  
البايع فى الفرض ولا يفرقون بين هذا البيع وبيع مسال الغير اشتهاً واعتقاداً بانه  
ماله ثم ظهر انه مال الغير .

وما ذكر من سيرة العقلاء على عدم لزوم بيع المكره فتكون هذه السيرة كاشفة عن عدم امضاء الشرع والاورد الردع عنها برادع خاص ولا يكفي فيها الاطلاق والعموم ففيه ان سيرة العقلاء يمكن دعواها في الموارد التي يكون الاكراه فيها من قبيل الجور الشخصى واما اذا كان بنحو الجور العام كما اذا أمر السلطان بان كل اجنبى يلزم عليه بيع داره من اهل هذه البلاد خلال شهرين والا يؤخذ منه داره ففي مثل ذلك لا يرى العقلاء بيع الاجانب دورهم مع اعترافهم بان أمر السلطان جور عليهم بيعاً لغواً بل يرتبون عليه الاثر كما يظهر ذلك لمن تتبع سيرتهم والمتحصل ان العمدة في الحكم بالبطلان في بيع المكره ونحوه حديث رفع الاكراه .

لا يقال كيف يكون التراضى وطيب النفس بالمعاملة في مورد الاكراه مع ان الاكراه مع طيب النفس والتراضى متضادان .

فانه يقال نعم الكره وهو عدم كون الشيء ملايماً للطبع مسع طيب النفس بمعنى ابتهاجها والرضا القلبي متضادان ولكن طيب النفس او الرضا القلبي غير معتبر في بيع ولا في غيره حتى في الطلاق الوارد فيه كونه بارادة القلب كما يأتى ولذا قالوا بصحة الطلاق لعدم صدق الاكراه في مثل ما رأى الزوج أنها لوبقيت في حباله لوقعت عليه وقبعة من أخيها أو ابنيها أو غيرهما فالتجأ الى طلاقها ولا تكون كراهته قلباً موجباً لبطلانه .

وبالجملة المعتبر في صحة البيع وغيره من المعاملات التراضى المعاملى وهو موجود في موارد الاكراه فانه مساوق للانشاء وقد ذكر المفسرين ان قوله سبحانه عن تراض في قوله الا ان تكون تجارة عن تراض خبر بعد خبر وهذا شاهد على ان التراضى المعاملى يعم جميع المعاملات وان التجارة احد افرادها ولو كان المدرك لاعتبار طيب النفس قوله عليه السلام (لا يحل مال امرء مسلم الا بطيبة نفسه) بدعوى انه يعم تملك مال الغير بالبيع و

نحوه مع ظهور طيبها فى الطيب القلبى و الرضا الواقعى كما لا يبعد فلا بد من رفع اليد عن عمومه فى المعاملات بما تقدم .

نعم لا يبعد اعتبار طيب النفس بذلك المعنى فى التصرف فى مال الغير كما اذا اقام فى بيته تعزية كعزاء خامس أهل البيت العصمة سلام الله عليه ودخل فى البيت بتلك المناسبة شخص وتصرف فيها بما يكون خارجاً عن المتعارف باستعمال الماء الكثير بغسل بعض ثيابه او المكث فى مرحاضها طويلاً مع عدم علمه برضا صاحب البيت فهذه التصرفات التى ربما يمتنع المالك عن اظهار عدم رضاه بها للحفاظ على كرامته غير جائز لذلك الشخص فانه لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه .

وهذا بخلاف فرض حصول المعاملة كما اذا وهب المال للسائل تحفظاً على كرامته فان دليل نفوذ الهبة او غيرها مع عدم حاكم فى البين من حديث رفع الاكراه او الاضرار مقتضاه دخول العين الموهوبة فى ملك المتهب فلا يكون الموهوب مال الغير حتى لا يجوز التصرف فيه بلا طيب نفس مالكة وما يتعارف فى الالسنه من ان المأخوذ حياءً كالمأخوذ غصباً بلا شاهد فى مثل المورد المزبور من المعاملات. لا يقال قدورد فى روايات أنه لا طلاق الا ما اريد به الطلاق ومقتضى تلك الروايات عدم القصد فى مورد الاكراه .

فانه يقال لم يظهر أن الروايات المشار اليها قدوردت فى طلاق المكره وبيان بطلانه بل لا يبعد كونها ناظرة الى ما يصدر عن الزوج أحياناً لتخويف زوجته من الاتيان بصورة الطلاق جلباً لطاعتها وفى مثله لا يكون انشاء الفرقة بينه وبين زوجته حقيقة فمدلول تلك الروايات أن لا أثر للتكلم التخويفى المزبور الذى فى حقيقته تلفظ بصيغة أنت طالق ونحوها من غير قصد الانشاء لمضمونها بل يكون التلفظ بها



حقيقة الاكراه لغة وعرفاً (١)

هل يعتبر فى موضوع الاكراه (٢) أو حكمه (٣)

مع امرار المتكلم معناها الى ذهن السامع فقط وربما يكون ذلك فى مورد الاكراه أيضاً بان يتلفظ المكروه بالفتح بصيغة الايجاب فى الطلاق و نحوه من غير قصد الانشاء و هذا لا يترتب عليه ما سنذكر من تمام البيع بل حقوق الاجازة و غيره من الاحكام .

ويشهد لعدم نظر تلك الروايات الى صورة الاكراه على الطلاق ان صاحب الوسائل (ره) أوردها فى باب اشتراط الطلاق بالقصد لافى باب اشتراط الاختيار فى الطلاق بل فى حسنة يحيى بن عبد الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال سمعته يقول لا يجوز طلاق فى استكراه ولا تجوز يمين فى قطيعة رحم الى ان قال وانما الطلاق ما اريد به الطلاق من غير استكراه (١) و هذه الحسنة قرينة واضحة على ان المراد بارادة الطلاق غير الطلاق بغير الاكراه .

(١) لا يخفى ان المعتبر فى صدق الاكراه هو الامر بالبيع أو غيره بحيث تكون مخالفة الامر مظنة الضرر بحاله أو بحال متعلقه وقد يكون الفعل من الفاعل لمجرد دفع ذلك الضرر و اما الوعيد من الامر فلا يعتبر اقتران أمره به كما يظهر ذلك من ملاحظة موارد الاكراه على المعاملة او غيرها من الافعال.

(٢) بان يكون عدم امكان التفصى بالتورية او غيرها مقوماً لعنوان الاكراه .

(٣) بان لا يكون البيع أو غيره محكوماً بالفساد مع امكان التفصى عن انشائه

## ثم انه هل يعتبر في موضوع الاكراه (١)

بالتورية أو غيرها ولومع صدق الاكراه عليها .

(١) ذكر (ره) بما حاصله ان ظاهر الروايات وفتاوى الاصحاب عدم اعتبار العجز عن التفصي بالتورية فان حمل عموم حديث رفع الاكراه والروايات الدالة على عدم الاثر للطلاق باستكراه أو العناق والحلف كذلك على صورة عدم امكان التفصي بالتورية من جهة غفلة المكره بالفتح عنها و نسيانها لدهشته او جهله بكيفيتها بعيد حيث أنه من حمل المطلق على الفرد النادر بل لا يمكن هذا الحمل في مورد بعض الروايات والمراد ماورد في قضية عمار لما سيأتى أنه لو كان عدم امكان التفصي بالتورية معتبراً في رفع الاكراه لذكر (صلى الله عليه وآله) لعمار أن عليه أن يورى فيما اذا ابتلى بمثل الواقعة لأن يقول له (ان عادوا فعد) .

بل يظهر من بعض الروايات عدم اعتبار التفصي بغير التورية أيضاً كرواية عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام قال لايمين في غضب ولا في قطيعة رحم ولا في اكراه ولا في اجبار قلت اصلحك الله فما الفرق بين الاكراه والاجبار قال الاجبار من السلطان ويكون الاكراه من الزوجة والام والاب وليس ذلك بشيء (١) ووجه الظهور انه يمكن التفصي عادة في اكراه الام والاب وقوله عليه السلام على ما في الرواية وليس ذلك بشيء المراد أن اليمين في الموارد المزبورة لا يكون موجباً لوجوب الوفاء وعدم جواز الحنث ويؤيد عدم اعتبار التفصي بغير التورية أيضاً عدم الفرق بينها وبين التفصي غيرها فانه لو كان امكان التفصي بغير التورية موجباً لانتفاء عنوان الاكراه لكان امكان التفصي بها كذلك لان المصحح لعنوان الاكراه انحصار التخلص عن الضرر المتوعد به بارتكاب ما اكراهه عليه كما هو الفرض فلا فرق بين

التخلص بكلام آخر او فعل آخر او ارادة المعنى الاخر .  
 و دعوى ان مع امكان التورية وان لا يكون اكراه حقيقة لامكان التفصلي  
 بغيرها الا ان الشارع قد وسع حكم الاكراه مع امكان التورية مدفوعة بعدم  
 الشاهد لها .

ثم انه (ره) قدوجه الدعوى المزبورة بانه يعتبر في صدق الاكراه خوف  
 ترتب الضرر على مخالفة المكره بالكسر ومع امكان التفصلي بغير التورية لا يحصل  
 الخوف في مخالفة المكره حيث ان الضرر مع امكان التفصلي يترتب على ترك  
 الفعل المكره عليه وترك التفصلي معاً وليس التفصلي مكرهاً عليه ولا بدل عنه حيث لم  
 يأمر به الجائر لاتعييناً ولا تخييراً ليكون نظير ما اذا اكرهه على شرب الخمر او فعل  
 القمار بل الفعل المتفصلي به مسقط للاكراه يعني رافع موضوعه وكون التفصلي  
 مسقطاً للاكراه يجرى في مورد امكان التفصلي بالتورية ايضاً الا ان الشارع قد رخص  
 في مورد امكان التفصلي بالتورية في تركها حيث لم يعتبر التورية تفصيلاً ويستفاد ذلك  
 من اطلاق الروايات الواردة في طلاق المكره وعتقه ومما دل على جواز الحلف بالله  
 كاذباً عند الخوف والاكراه فان حمل الاطلاق على صورة العجز عن التورية كما تقدم  
 حمل على الفرد النادر بل لو كان العجز عن التورية معتبراً لاشير اليها في تلك  
 الاخبار خصوصاً في قضية عمار فان تنبيه رسول الله صلى الله عليه وآله عمار على  
 التورية وان لم يكن واجباً الا ان شفقتة (صلى الله عليه وآله) لعمار تقتضي ذلك  
 لمارآه صلى الله عليه وآله من اضطرابه وتأثره من تكلمه بكلمة الكفر لان يقول له  
 وان عادوا عليك فعد .

ولعل وجه عدم وجوب التنبيه ان المورد من قبيل الارشاد الى الموضوع مع  
 غفلة المكلف عنه حيث لا بد من فرض ان عمار قد نسي التورية وغفل عنها عند اكراهه

على الاعتراف بالشرك لان تركه التورية كان لجهله بالحكم وعدم علمه بوجود التورية في هذه الموارد كما هو الحال في ترك بعض الناس أو جلهم فان عدم رعاية بعض تكاليف الشرع منهم يكون لجهلهم بها وفرض مثل هذا الجهل لا يناسب شأن عمار ولا تطبيق الاكراه على فعله كما هو مقتضى نزول الآية الامن اكسره وقلبه مطمئن بالايمان .

ثم انه ( ره ) قد فصل اخيراً بين التورية وغيرها بان التمكن على التفصي بالتورية لا ينافي صدق الاكراه على العمل بخلاف غير التورية فان التمكن على التفصي به يمنع عن صدق الاكراه وذلك فان ترتب الضرر على مخالفة المكره لا يترتب على المخالفة الواقعية بل على اعتقاد المكره بالكسرها بمعنى أنه لو أحرز مخالفة المكره بالفتح لاضر به وهذه القضية الشرطية صادقة مع تمكن المكلف على التورية حيث ان المكره بالكسر لو أحرز ان المكره بالفتح ورى في نفسه ولم ينشأ العقد لاضر به بخلاف التفصي بغير التورية فان الجائر لا يتمكن على اضرار المكره بالفتح مع تفصيه بغير التورية كما اذا تفصي بالسفر الى بلاد آخر لا يصل اليه فيها يد الجائر وعلى ذلك لا يعتبر العجز عن التورية في صدق الاكراه ويعتبر العجز عن التفصي بغيرها في صدقه .

( اقول ) ما ذكره ( ره ) من أن حمل رفع الاكراه وما ورد في بطلان الطلاق والعتاق عن استكراه على صورة العجز عن التورية بعيد لا يمكن المساعدة عليه فان حديث رفع الاكراه لا يختص بالعقود والايقاعات ليقال ان التمكن على التورية فيهما غالبى فاختصاصه بصورة العجز عن التورية حمل لعموم رفعه على الموارد النادرة بل يعم عمومه الاكراه على فعل الحرام وترك الواجب مما لا يدخل في مورد هما للتورية

وعدمها .

أضف الى ذلك أنه لا يوجب اعتباره حمل المطلق على فرده النادر حتى فيما فيماورد في بطلان الطلاق أو العتاق أو الحلف كاذباً عن اكراه و ذلك فان الذى لا يمكن هو حمل المطلق على فرده النادر مع ورود الحكم فى الخطاب على ذلك المطلق كما اذا ورد فى الخطاب اقتلوا الضال المضل فان حمله على خصوص مدعى النبوة مثلا حمل للمطلق على فرده النادر .

واما بيان الحكم فى الخطاب للمطلق الذى لا يوجد له افراد كثيرة بل يوجد فرده نادراً كما اذا ورد فى الخطاب اقتلوا المتنبي فالالتزام بمدلوله مع قلة افراده لا محذور فيه و الامر فى المقام كذلك لان الاكراه على الطلاق و العتاق لا يصدق الامع العجز عن التفصى بالتورية او بغيرها حيث ان المعتبر فى صدق الاكراه على فعل خوف ترتب الضرر على المخالفة و المفروض فى موارد امكان التفصى انه يترتب على المخالفة وترك ذلك التفصى معا .

والحاصل ان ماورد فى بطلان طلاق المكره وعتاقه وجواز الحلف كاذباً مع الاكراه من قبيل ورود الحكم فى الخطاب على المطلق الذى لا يوجد له فرد الانادراً .

هذامع ان العجز عن التورية للغفلة عنها للدهشته ونحوها كثيرة و لا يكون من الفرض النادر واما قضية عمار فيمكن ان يقال ان التورية فيها لا يكون من التفصى اصلاً ولذا لم يأمر بهار رسول الله صلى الله عليه وآله وذلك فان اظهار الكفر والاعتراف به محرم حتى فيما اذا كان بنحو التورية فى مقابل وجوب اظهار الحق والاعتراف بالتوحيد .

وبعبارة اخرى اذا كان التكلم بكلمة الكفر والشرك مع نصب القرينة على ان

التلفظ بها ليس للانكار والعناد كما اذا قال يقول اليهود ان محمداً ليس بنبي فلا بأس به فانه نقل قول وحكاية كفر عن الاخرين .

واما اذا لم ينصب قرينة على ذلك فالتلفظ بها حرام ورى فى نفسه اولافان التكلم المزبور اعزاز للشرك والكفر واذلال ووهن للاسلام ونظيره موارد السب فان التلفظ بكلمة تكون ظاهرة فى سب المؤمن حرام ولو كان بنحو التورية حيث ان وهن المؤمن ونقص حرمة يترتب على السب ورى فى نفسه ام لا .

والحاصل لا يخرج الفعل فى مثل هذه الموارد بالتورية عن عنوان الحرام لتجب التورية ولا يكون معها من الاكراه على الحرام وكذا لا يمكن المساعدة على استظهاره (ره) عدم اعتبار العجز عن التفصى بغير التورية ايضاً من رواية عبد الله بن سنان و ذلك فانه مع الاغماض عن سندها ان الاكراه فيها لا يكون بمعنى الاكراه الوارد فى حديث الرفع ونحوه مما يكون طريانه موجباً لارتفاع حكم الفعل ليجعل شاهداً لعدم اعتبار التفصى فان الام والاب لا يكون فى مخالفتهم خوف الضرر عادة ولذا جعل طلبهم مقابلاً لامر السلطان وعبر عنه بالاجبار باعتبار ترتب خوف الضرر على مخالفته .

وبتعبير آخر اطلاق الاكراه على طلب الزوجة والام والاب بضرب من العناية والتجوز .

وما ذكر (ره) اخيراً من صدق الاكراه حتى مع التمكن على التورية و عدم صدقه مع التمكن على التفصى بغيرها غير صحيح فانه يعتبر فى صدق الاكراه خوف المكروه بالفتح من المخالفة وهذا لا يكون الا مع احتمال اطلاق المكروه بالكسر على حاله واذا علم عدم امكان اطلاعه على توريته فكيف يحصل له خوف الضرر المصحح

## ثم ان ماذكرنا من اعتبار العجز (١)

لصدق الاكراه .

ولو كان الميزان في صدق الاكراه مجرد القضية الشرطية المزبورة فلازمها جواز شرب الخمر مثلا فيما اذا امر الجائر بشربها مع تمكن المأمور بصيها في الارض او خارج الفم وايهام الجائر بانه يشربها فان هذا الفعل نظير التورية في انه لو اطلع الجائر عليه لوقعه في الضرر .

فتحصل من جميع ما ذكرنا الى الان انه لا فرق بين الاكراه الراجع للتكليف والراجع للوضع في انه مع امكان التفصي بالتورية او بغيره لا يكون اكراه ليقال بانه يقتضى رفع التكليف او الوضع .

(١) و حاصله ان ما ذكر من اعتبار العجز عن التفصي بغير التورية يختص بالاكراه المسوغ للمحرمات واما الاكراه في المعاملات فيشمل موارد امكان التفصي سواء كان بالتورية او بغيرها وذلك فان الملاك في فسادها فقد طيب النفس وربما يطيب النفس بالمعاملة مع امكان التفصي كما اذا كان قاعداً في مكان خال عن معاونيه متفرعاً نفسه للعبادة ونحوها فجائه من اكرهه على بيع شيء من امواله وهو مع عدم خروجه من ذلك المكان غير قادر على دفع ضرره ولكن لو خرج واخبر الحال بمعاونيه وخدمه فهم يدفعون شر المكروه و لكن لا يريد الخروج لثلا يزول الخلوة مع ربه فالظاهر صدق الاكراه على بيعه بمعنى عدم طيب نفسه به بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده وتوقف دفع شر المكروه على امرهم بدفعه فلم يأمرهم فان هذا لا يتحقق في حقه الاكراه بمعنى عدم طيب النفس ولذا يكذب لو ادعاه بخلاف المثال الاول فانه يصدق فيه .

هذا في الاكراه على المعاملات و اما المحرمات فانه لا يحل الحرام لا في المثال الثاني ولا في المثال الاول فان الاكراه على الحرام لا يتحقق الا اذا توقف دفع الضرر على ارتكاب ذلك الحرام بان كان المكلف مضطراً الى ارتكابه فيكون الفرق بين الاكراه على الحرام والاضطرار اليه الوارد كل منهما في حديث الرفع هو ان الاكراه على الحرام هو الاضطرار اليه من جهة امر الغير به والاضطرار اليه هو الاضطرار لامن جهة امر الغير بل من جهة الجوع والعطش ونحوهما .

والحاصل ان الاكراه على المحرمات اخص من الاكراه على المعاملات حيث قد لا يعد الاكراه على المعاملة كما في مورد امكان التفصي بغير التورية اكرهاً في المحرمات ولولو حظ مناط جواز ارتكاب الحرام عند الاكراه عليه وهو توقف دفع الضرر على ارتكابه ومناط فساد المعاملة عند الاكراه وهو فقد طيب النفس بها لكانت النسبة بين المناطين بحسب الاجتماع و الافتراق العموم من وجهه فمورد اجتماعهما الاكراه على المعاملة او الحرام مع العجز عن التفصي عنهما ومورد تحقق الاكراهي المعاملتي فقط هو فرض الاكراه على المعاملة او الحرام مع امكان التفصي عنهما فانه يحصل الاكراه بالاضافة الى المعاملة ولا يحصل بالاضافة الى الحرام و مورد حصول مناط الاكراه على الحرام فقط دون المعاملة ما اذا توقف دفع الضرر الى ارتكاب الحرام او على المعاملة كما اذا توقف دفع هلاكة نفسه على شرب الماء المتنجس لدفع عطشه فانه يحل بذلك بخلاف ما اذا توقف دفع هلاكة نفسه على بيع ماله فان النفس تطيب بالبيع كما تقدم فسي مسألة توقف علاج مرضه الى بيع داره .

ثم انه (ره) استشهد على افتراق ملاك الاكراه المجوز للمحرام عن ملاك الاكراه الموجب لفساد المعاملة بانه لا اشكال ولا خلاف في ان الاكراه على احد



الفعلين المفروض حرمة كل منهما يكون موجبا لجواز ارتكاب احد هما بمعنى  
اي منهما اختاره المكلف دعواً لضرر مخالفة الجائر يكون جازياً ومباحاً فالفعل المختار  
وان لا يكون بخصوصه مكرهاً عليه لان ملاك جسوازه دفع الضرر لخصوصية  
عنوان الاكراه .

واما اذا كانا عقدين فاكرهه الجائر على انشاء احدهما كما اذا امره بطلاق  
احدى زوجتيه فانه ربما يستشكل في الحكم ببطلان الطلاق باعتبار ان من يختار طلاقها  
منهما ليس بخصوصه مكرهاً عليه بل يكون اختيار طلاقها بارادته ورضاه و لذا افتى  
في القواعد بصحة الطلاق في الفرض وان حمل بعض الاصحاب حكمه بالصحة على  
ما اكرهه الجائر على طلاق احدى زوجتيه مبهمه فطلق احداهما معينة .

وكيف كان فهذا الكلام يعني تصحيح الطلاق في الفرض وان كان مخدوشاً  
بل ممنوعاً الا انه شاهد على ان الملاك في الاكراه الموجب لحرمة الفعل غير الاكراه  
الموجب لفساد المعاملة والوجه في منعه ان اختيار احدى الزوجين بطلاقها باعتبار  
ان الطبيعي المكره عليه المفروض عدم الرضا وطيب النفس بانشائه لا يكون الا في  
ضمن خصوصية واختيار الخصوصية باعتبار الاكراه على الجامع لا الرضا به ولو كان  
اختيار الخصوصية في مثل المقام موجبا للخروج المقام موجبا لخروج المعاملة عن  
الاكراه عليها لما كان في المعاملات مورد للاكراه فان المعاملة تكون مقارنة  
بخصوصية لم يتعلق بها الاكراه لامحالة .

وعلى ما ذكر يكون اختيار المشتملة على تلك الخصوصية بالرضا بها فتكون

صحيحة .

اقول قد تقدم عدم الفرق بين الاكراه على الحرام وبين الاكراه على المعاملة

في انه لا يتحقق الاكراه عليهما مع امكان التفصي بالتورية او غيرها وان الاكراه

وان الاكراه الموجب لجواز ارتكاب الحرام و الاكراه الموجب لفساد المعاملة امر واحد و اما طيب النفس بالمعاملة وعدم طيبها بها بمعناه المعروف غير دخيل فى صحة المعاملة و فسادها وان المراد بالتراضى فى قوله سبحانه الا ان تكون تجارة عن تراض هو التراضى المعاملى من المالكين فيخرج بالقيء ما اذا اشترى متاعاً من بايع يبيعه عدواناً وقهراً على مالكة كما فى الغاصب او من بايع يبيعه من غير اذن من مالكة كما فى الفضولى الجاهل والوكيل الخارج عن المقدار المأذون له فى تجارته و ذكرنا احتمال ان يكون عن تراض خبراً بعد خبر لا قيئاً للتجارة .

والحاصل لولا تحقق عنوان الاكراه و صدقه لا يحكم بجواز ارتكاب الحرام و لا بفساد المعاملة المنشأة .

نعم ذكرنا عند التكلم فى جواز الكذب والحلف كاذباً فى مورد دفع ضرر الغير به انه لا يعتبر فى جوازهما المعجز عن التورية او التفصى بغيرها لا لصدق الاكراه و الاضطراب الى الكذب والحلف ليجرى فى المقام ايضاً بل ببعض الروايات الخاصة المقتضية لعدم اعتبار التفصى فى الجواز فراجع .

(١) و محصل كلامه فى المقام ان الاكراه على الجامع الذى له افراد متعددة يعتبر اكراهاً على فرده فيما اذا لم يكن فى خصوصية ذلك الفرد المختار محذور آخر و اما اذا كان فى خصوصيته محذور كذلك فلا يعتبر الاكراه على الجامع اكراهاً على تلك الخصوصية ليرتفع محذورها .

والسرفى ذلك ان تلك الخصوصية اختيارية فيستحق الذم والتوبيخ عليها فى هذه الصورة بخلاف صورة عدم المحذور فى خصوصية الفرد فلا يستحق على ذلك الفرد توبيخاً ولا ذماً لان المحذور كان فى ايجاد الجامع وقد ارتفع بطروا الاكراه

عليه فاذا اكرهه على شرب الخمر او الماء فان اختار شرب الخمر يستحق العقاب فانه لا ترتفع حرمة بالاكراه المزبور لان الاكراه فى الفرض لم يتعلق بشرب الخمر الذى حرمه الشارع والجامع بين شربها وشرب الماء الذى تعلق به الاكراه لم يكن مورد التكليف ليرتفع بالاكراه عليه وكذا الامر فيما اذا اكرهه على الجامع بين البيع الصحيح والفاسد فانه اذا اختار البيع الصحيح لايحكم ببطلانه بحديث رفع الاكراه لان الاكراه لم يتعلق بخصوصه بل تعلق بالجامع الذى لا يكون له حكم شرعى ليرتفع بالاكراه .

ومن هنالوا اكرهه على بيع ماله أو أداء دينه مع تمكنه على أدائه فان اختار البيع صح لان الاكراه بالاضافة الى أداء دينه لا اثر له حيث انه اكرهه بحق ولم يتعلق بخصوص بيع ماله ليحكم ببطلانه .

وذكر (ره) فى المثال انه لو حكم ببطلان البيع فى المثال باعتبار ان الاكراه على الجامع اكرهه عليه فلا بد من الحكم بالبطلان فيما اذا اختار أداء الدين باعتبار ان الاكراه على الجامع اكرهه على أداء الدين .

اقول لاملازمة بين الامرين فان الاكراه المزبور حتى مع اعتباره اكرهاً على أداء الدين حيث انه اكرهه بحق لا يعمه حديث الرفع ثم ذكر انه لو اكرهه على بيع ماله او أداء مال غير مستحق يعتبر البيع كإداء ذلك المال مكرهاً عليه فإى منهما اختير لدفع الاكراه كان مورداً لحديث رفع الاكراه ولو اكرهه على بيع ماله او شرب الخمر فلا بد من دفع الاكراه بالبيع فانه لا محذور فى ايجاده فانه ليس بمحرم تكليفاً بخلاف شرب الخمر فانه محرم واذا انشأ البيع يحكم بفساده فان البيع المزبور بالاضافة الى حكمه الوضعى يعتبر مكرهاً عليه حيث انه انشاء لدفع ضرر الاكراه مع المحذور فى الفرد الاخر .

اقول يبقى على المصنف (ره) بيان ان الاكراه على الجامع كيف يعتبر اكرهاً على فرده مع تعدده فان الاكراه على الجامع في حقيقته امر بالجامع .

ومن المقرر في محله ان الامر لا يسرى من متعلقه السى غيره مثلاً ما يختاره المكلف من صلاة الظهر خارجاً ليس بمتعلق الوجوب وانما هو مسقط له وانما يتعلق الوجوب بالطبيعى الجامع وعلى ذلك فلو اكرهه على شرب الخمر او شرب الماء فالجامع بين شرب الماء وشرب الخمر لم يتعلق به التكليف ليرتفع بالاكراه فيبقى شرب الخمر على حرمة واذا اكرهه على شرب الخمر او القمار فالجامع بينهما غير متعلق للحرمة ليرتفع بالاكراه بل المتعلق للحرمة كل من خصوص شرب الخمر والقمار ولم يتعلق به الاكراه ليرتفع حرمة .

فالصحيح ان يقال ان الاكراه كما ذكرنا سابقاً مقابل وضعه وفيما اذا كان المكروه عليه احد فعلين كل منهما محكوم بالحرمة كما اذا اكرهه على شرب احد الخمرين او على شرب الخمر و فعل القمار يكون وضعه بثبوت الحرمة لكل منهما كما هو مقتضى حرمة شرب الخمر او القمار بوجوده السعى الاستغراقى فيكون ما اكرهه عليه موضوعاً فمقتضى حديث رفع الاكراه عدم ثبوت الحرمة لكل منهما كذلك ومقتضى الجمع العرفى بين حديث الرفع وبين خطاب حرمة شرب الخمر او القمار كما ذكر بقريته كون مصلحة رفع الاكراه تخلص المكلف من ضرر مخالفة الجائر ثبوت الترخيص فى احد الفعلين وتعلق الحرمة بشرب كل خمر او قمار بوجوده السعى الا فى مورد اكراه على شرب احدهما او ثبوت الاكراه على شربها او فعل القمار فان الحرمة فى مورده تتعلق بشرب احدهما لا بعينه او تتعلق بشرب واحد من الخمر او القمار .

ويترتب على ذلك ان المكروه عليه لو شربهما دفعة او شرب الخمر وقامر دفعة فلا يستحق العقاب على فعل احدهما لابعينه ويستحق على فعل الاخر لان الاكراه يتعين في الوجود الاول بما هو الوجود الاول حتى لا يستحق العقاب على ارتكابهما دفعة باعتبار ان ارتكابهما دفعة وجود اول للعنوان المكروه عليه .

والحاصل كما لا يكون في الفرض لمتعلق الاكراه في مرحلة تعلقه تعين اصلاً كذلك لا يكون لمتعلقه في مرحلة موافقته بارتكابهما دفعة تعين .

نعم قديتعيين في مرحلة الموافقة كما في ارتكابهما تدريجاً وفي كلتا صورتين المكروه عليه المرخص فيه شرعاً بقرينة الجمع بين حديث رفع الاكراه وخطاب تحريم الفعل هو صرف الوجود الواحد لاحدهما الا صرف الوجود مطلقاً ولا التحديد بالوجود الاول .

وبهذا يظهر الحال فيما اذا اكرهه على شرب الخمر او شرب الماء فانه لا موجب في الفرض لرفع اليد عن عموم تحريم الخمر بعد ملاحظة ان رفع الاكراه ملاكه تخلص المكلف من ضرر مخالفة الجائر فلا يجري فيه حديث رفع الاكراه لانه يمكن للمكلف مع موافقته تحريم الخمر التخلص من ضرر مخالفة الجائر باختياره شرب الماء وكذا لو اكرهه على شرب الخمر او بيع ماله فان بيع ماله بمعنى انشائه لامحذور فيه تكليفاً وانشائه يتخلص من ضرر مخالفة المكروه فلا يكون لحديث رفع الاكراه مجال فيؤخذ بعموم حرمة شرب الخمر .

نعم البيع بعد انشائه محكوم بالفساد لانطباق عنوان الاضطرار عليه فان المكلف انشائه للتخلص من وذر شرب الخمر الذي منع عنه الشرع والضرر السدى لا يمكن الفرار منه الا بانشائه وليس نفى صحته برفع الاضطرار منافياً للامتنان كما في ساير موارد الاضطرار الى بيع ماله كما لا يخفى .

ثم ان اكراه أحد الشخصين على فعل بمعنى الزامه عليهما كفاية (١) .

فقد تحصل من جميع ما ذكرنا انه لا يلزم في موارد رفع الاكراه او الاضطرار ان يكون العنوان المتعلق به الاكراه او الاضطرار بنفسه موضوعاً او متعلقاً للحكم في الخطاب الشرعى ليرتفع ذلك الحكم عن ذلك العنوان بطريان عنوان الاكراه او الاضطرار بل كل ما يكون به وضع الاكراه او الاضطرار يكون بنفيه رفع الاكراه او الاضطرار وانه اذا اكره على احد بيعين وكان احدهما صحيحاً لولا الاكراه دون الاخر فان اختار الصحيح لدفع الاكراه يحكم بصحته اخذاً بعموم البيع وبما ان ملاك رفع الاكراه تمكين المكلف للتخلص من ضرر وعيد المكروه فمع تمكن المكلف على دفع ضرره باختيار البيع الفاسد لامجري لحديث رفع الاكراه بخلاف ما اذا اكرهه على بيعين يكون كل منهما محكوماً بالصحة لولا الاكراه او شرب احد الخمرين فانه ليس جواز الارتكاب بشرب احد الخمرين او البطلان للاضطرار بالاضافة الى ما اختاره فانه لا فرق في الاضطرار والاكراه في ان متعلقهما في الفرض لا يكون خصوص ما اختاره فتدبر جيداً .

(١) لا يخفى ان اكراه احد الشخصين بنحو الواجب الكفائي لا يعتبر اكراهاً بالاضافة الى من قد احرز أن الاخر يأتي بالمكروه عليه ولو مع فعله فان مع احرازه ذلك لا يكون ما يأتي به مكرهاً عليه ولو كان عمله قبل الاخر فانه يعتبر فسى صدق الاكراه كما مرخوف ترتب الضرر على مخالفته ومع احراز ان الاخر يأتي بالعمل على كل تقدير لا يكون له خوف ضرر في تركه .

وكذا لا يجوز له الاتيان بالعمل فيما أحرزانه على تقدير تركه يأتي به الاخر لانه مع الاحراز المزبور يعلم بانه لا يتوجه اليه ضرر من تركه واما اذا لم يحرز ذلك بأن احتمال ترك الاخر حتى على فرض تركه أيضاً يكون فعله مضطراً اليه لامحالة لان الاتيان به لدفع خوف الضرر المترتب على تركه .

## واعلم ان الاكراه (١) .

لا يقال الاكراه على فعله او فعل صاحبه يعتبر كالواجب الكفائي فيجربى عليه سقوط الاكراه بصرف وجود الطبيعى من أيهما أولاً .

فانه يقال ذكرنا انه يعتبر في صدق الاكراه مضافاً الى الامر بالطبيعى خوفاً ترتب الضرر على تركه ومع احراز ان الاخر يأتى بالعمل على كل تقدير او على تقدير تركه لا يتحقق الاكراه او الاضطرار بالاضافة اليه .

ولذا لا يقاس الاكراه فى الفرض على الواجب الكفائى فان المعتبر فى الواجب الكفائى صرف الوجود من ايهما اولاً فلا يكون الوجود الثانى مصداقاً للواجب بخلاف المقام فان الوجود الاول قد لا يكون مصداقاً للمكروه عليه بما هو مكروه عليه كما اذا احراز ان الاخر يأتى بالعمل المزبور على كل تقدير او على تقدير تركه حتى فيما اذا سبق الاخر فى العمل ولو اتى فى الفرض بالعمل اولاً ثم الاخر مع اطلاعه بالحال اتى بالفعل ثانياً لا يكون العمل المزبور مرفوعاً عنهما اصلاً باعتبار عدم صدق الاكراه والاضطرار على فعلهما اصلاً .

(١) اما اكراه المالك دون العاقد كما اذا اكراه المالك على التوكيل بان يوكل الجائر او غيره فى بيع داره فوكله فان التوكيل باعتبار الاكراه عليه كعدم فيكون بيعه عن الوكيل المزبور فضولياً حيث ان الموجب لخروج البيع عن الفضولية انتسابه الى الموكل والتوكيل على وجه الاكراه لا يصحح الانتساب كما هو مقتضى رفع الاكراه مقابل وضعه بل اكراه المالك على التوكيل يوجب كون البيع على تقدير انتسابه اليه مكروهاً عليه .

واما فرض الاكراه فى حق العاقد دون المالك كما اذا اكراه المالك الاخر على اجراء العقد على ماله والظاهر صحة هذا العقد فان المعتبر من العاقد

قصد مضمون العقد بانشائه والمفروض حصوله .

واما عدم الاكراه على المالك ورضاه بالمعاملة فالمفروض حصول كل ذلك في المقام ونظير ذلك ما وكل الاخر في طلاق زوجته او بيع داره واكره الجائر الوكيل المزبور على العمل بمقتضى التوكيل باجراء الطلاق او انشاء البيع حيث ان المعبر من عدم اكراه المالك او الزوج حاصل .

لا يقال لا يمكن الحكم بالصحة مع الاكراه على العاقد في الفرضين فان مقتضى

حديث رفع الاكراه ان لا يثبت للمعاملة او الايقاع المزبور اثر .

فانه يقال لا تكون المعاملة ذات اثر بالاضافة الى العاقد ليرتفع ذلك الاثر

بالاضافة اليه بل اثرها المطلوب في المقام انما هو بالاضافة الى المالك او الزوج و المفروض ان المعاملة بالاضافة اليهما ليست بالاكراه ويؤيد الحكم بالصحة في الفرضين حكم المشهور بصحة بيع المكره بل حقوق الرضا ووجه التأييد ان لحقوق الرضا معناه الرضا بمضمون العقد والافالانشاء لا يمكن تغييره بعد وقوعه عن اكراهه والرضا بالمضمون من المالك او الزوج حاصل في الفرضين من الاول فيكون الفرضان اولي بالصحة من العقد المكره الذي يلحق به الرضا (لا يقال) لا يمكن في الفرضين الحكم بتمام المعاملة او الطلاق فان العاقد والمنشئ مكره فيهما ولا يمكن للمالك او الزوج احراز ان العاقد قد قصد انشاء المعاملة او الطلاق فانه من المحتمل ان لا يقصدهما بان يتلفظ بالايجاب والقبول او بصيغة الطلاق بلا قصد الانشاء او بقصد المعنى الاخر (فانه يقال) فرض عدم قصد العاقد واحتماله خارج عن مسود الكلام فان الكلام انه لا يمنع صدور العقد عن العاقد اكراهاً عن صحته مع رضا المالك به وعدم اكراهه عليه واما



فانه عبارة مسلوقة لعارض تخلف القصد (١)  
والظاهر وقوع الاول مكرهاً عليه دون الثاني (٢)

احتمال عدم صدور العقد بعدم قصد التعاقد فهو فرض آخر يمكن احراز قصده باصالة القصد فان بناء العقلاء على اصالة القصد فسى كل فعل يصدر عن العاقل الملتفت ولا يختص اعتبارها بصورة عدم الاكراه و لذا يقتنع المكره بالكسر بسماع الايجاب و القبول ولو لم يكن البناء المزبور لم يكن يقتنع بمجرد سماعهما كما لا يخفى .

(١) المراد بالقصد الاختيار المقابل للاكراه كما فسرته (ره) بذلك عند التعرض لقوله من ان المكره قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله والمراد ان الفرق بين عبارة المجنون والمكره بالفتح ظاهر فان عبارة المجنون لا تكون انشاءً لانه يتكلم لاغياً بخلاف المكره فان عبارته انشاء ولكن لا يكون مختاراً فسى الانشاء والاختيار غير معتبر في التعاقد بل يعتبر في المالك وهو حاصل في الفرض كما لا يخفى .

(٢) فيحكم بطلان الاول فقط فيما اذا كان ذلك البيع للتخلص عن ضرر وعيد المكره وفي غير ذلك يحكم بصحة كلا البيعين على الاصح .

وبيان ذلك انه مع الاكراه على بيع احد عبديه فان باع احدهما للتخلص عن ضرر وعيد المكره فلا يمكن الحكم بصحته لان امضاء الشارع ذلك البيع وضع للاكراه المزبور على المالك فحديث نفى الاكراه ينفي ذلك الوضع فيرفع اليد عن اطلاق حل البيع بالاضافة اليه ولو باعه لقصده الى بيعه مع قطع النظر عن الاكراه فيحكم بصحته لان الاكراه على البيع انما يكون رافعاً لحكمه وموجباً لبطلانه فيما اذا كان انشائه بالاكراه على المالك لابرادة المالك وقصده اليه مع قطع النظر

عن الاكراه فاذا كان المالك بصدديع ماله وصادف ذلك أمر الجائر به فهذا الامر من الجائر لا يوجب الحكم ببطلان البيع المزبور لان حديث رفع الاكراه وما هو مضمونه مقتضاه ان الرفع للامتنان ولا امتنان في عدم امضاء الشارع معاملة يريد بها المالك مع قطع النظر عن أمر الجائر بها .

ففي الفرض لو باع احد العبدین اولا لقصدته الى بيعه ثم باع الثاني يحكم بصحة كلا البيعين اما البيع الاول فلما تقدم واما الثاني باعتبار عدم الاكراه عليه فان الاكراه يبيع احدهما قد سقط بتحقيق البيع الاول فلا يكون للجائر أمر به .

وقد تقدم ان الامر مقوم لعنوان الاكراه فما ذكره المصنف (ره) من احتمال الرجوع الى المالك في تعيين المكره عليه ضعيف جداً .

(١) وحاصله ان مع وقوع بيعهما دفعة يكون الواقع خارجاً خلاف المكره عليه حيث ان المكره عليه كان يبيع أحدهما لا يبيعهما فيكون ظاهر بيعهما كونه بطيب نفس المالك ورضاه ويحتمل بطلان البيع بالاضافة الى الجميع لان البيع بالاضافة الى كل من المالكين لا يمكن صحته لوقوع الاكراه على احدهما وبما انه لامعين للباطل فيكون ترجيح احدهما بالحكم بصحته بلا مرجح .

اقول اذا كان ذلك في الموارد التي لا يمكن للمالك ابقاء احدهما في ملكه وبيع الاخر لكون ذلك ضرراً او حرجاً عليه كما في الحيوان وولده او كاحد مصرعى الباب فيحكم ببطلان بيعهما باعتبار ان الحكم ببطلان بيع احدهما مقتضى رفع الاكراه والحكم ببطلان الاخر مقتضى رفع الاضطراب اليه لانه لو لم يقدم على بيع الاخر يتوجه الضرر او الحرج بل يمكن ان يقال ان الاكراه على بيع احدهما في الفرض يعتبر اكراهاً على بيع الاخر ايضاً وان كان بيعهما للمجرد التخلص عن ضرر وعيد المكره باعتبار ان مع بيعهما ايضاً لا يتوجه اليه ضرر وعيده فلا يمكن الحكم بصحة البيعين معاً لان الحكم بصحة كل واحد وضع للاكراه على المالك .

واما بالاضافة الى صحة احدهما فرما يقال انها مقتضى الجمع بين خطاب حل البيع على نحو العموم وبين حديث رفع الاكراه نظير ما تقدم فى الاكراه على شرب احد الخمرين فيرجع فى تعيين بيع الصحيح الى القرعة لانها لكل امر مجهول او مشكل وتميز الصحيح عن الفاسد فى المقام كذلك .

ولا يعتبر فى مورد القرعة ان يكون للمجهول او المشكل تعيين واقعى كما يظهر ذلك لمن راجع الموارد التى حكم الاصحاب فيها بالقرعة كما اذا كان له زوجات ثلاث وتزوج بأمراتين اخرتين احدهما مباشرة والاخرى بتزويج وكيله وكان التزويجان فى زمان واحد فانه ذكر جماعة انه يرجع فى تعيين الرابعة الى القرعة .

بل ذكر السيد الخوئى طال بقاه انه فى المقام لاحاجة الى القرعة بل تعيين المبيع يكون بتنجز المالك وتعيينه فان المورد من موارد البيع الكلى فى المعين لان البيع بالاضافة الى ما يطيب نفس المالك به من الكلى فى المعين فيعين بتعيينه .

اقول الصحيح الحكم بالبطلان بالاضافة الى بيع كل من العبدین فان عموم حل البيع لا يمكن الاخذ به بالاضافة الى بيع كل منهما فانه مقتضى وضع الاكراه وشموله لاحدهما المعين بلا مرجح وبيع احدهما بنحو الكلى فى المعين غير منشأ ليكون مقتضى الجمع بين خطاب عموم حل البيع وحديث رفع الاكراه امضائه و مجرد طيب نفس المالك ببيع احدهما كذلك لا يصح انشاءه .

وبهذا يفرق مسألة شرب الخمرين دفعة مع الاكراه على شرب احدهما عن بيع العبدین مع الاكراه على بيع احدهما .

واما الرجوع الى القرعة فمرجهه الى ان الاخراج بالقرعة معين لما يعمه عموم

ولكن فى سماع دعوى البايع (١)  
وعن سبطه فى نهاية المرام انه نقله قولاً (٢)

حل البيع بعد الاخراج وهذا لا يستفاد من عمومات الرجوع الى القرعة فى كل مجهول أو مشكل بل يحتاج الى النص فى المورد كبعض موارد الرجوع اليها فان قبل الاخراج لا يعم حل البيع شيئاً من البيعين ليكون ذلك المشمول داخل فى عنوان المجهول والمشتبه فان شموله لاحدهما معيناً ترجيح بالمرجح واما بيع المررد الخارجى فلان المررد الخارجى غير موجود أصلاً ليصح بيعه ، واما بنحو الكلى فى المعين فلان بيعه غير منشأ .

ولذا ذكروا انه لو تزوج بالام وبنتها بعقد واحد بطل النكاح بالاضافة الى كل منهما فراجع .

(١) لا يبعد كون الاكراه المزبور امانة على صدور البيع لدفع ضرر الوعيد بعد فرض ان متعلق الاكراه يعم بيع كل نصف فى بيع مستقل كما هو ظاهر بيع الشئ بالاضافة الى بيع اجزائه المشاعة .

ونظير المقام ما اذا اكراهه على بيع داره وطلاق زوجته ، وباع السدار فقط برجاء اقتصار الجائر به فى رفع يده عن اضراره .

(٢) يعنى نقل عدم وقوع الطلاق فى الفرض قولاً واستدل على القول المزبور بعموم رفع الاكراه ، والاجماع ، وذكر بعض الاجلة وهو كاشف اللثام ان الزوج اذا كان ملتفتاً الى انه لا يلزم عليه انشاء الطلاق وانه يمكن له الاكتفاء بالتلفظ بصيغته فقط ، ومع ذلك انشائه ، فيمكن الحكم بصحته ، واما اذا لم يلتفت الى ذلك سواء اعتقد لزوم الانشاء ، او احتمله ، يكون الطلاق المزبور مكرهاً عليه ، فيبطل .

وذكر صاحب الجواهر (ره) ان حكم العلامة بصحة الطلاق فيما اذا نواه المكروه بالفتح، مبنى على ان المكروه بالفتح لا يقصد الانشاء ، وانه لا يتلفظ الا بالالفاظ المجردة عن الاستعمال ، واذا استعملها فى انشاء الطلاق فالاقرب صحته ، ولكن المبنى غير صحيح ، وان المكروه كالمختار يستعمل الالفاظ فى الانشاء فيكون الحكم على الطلاق المزبور بالصحة ضعيفاً .

وذكر المصنف (ره) فى توضيح الفرع المزبور ستة فروض .

١- ان لا يكون الاكراه دخيلاً فى طلاق زوجته لابنحو الداعى المستقل ولامنضماً الى غيره من الدواعى ، ولا ريب فى الفرض فى صحة الطلاق ، ولا يكون الفرع المزبور من التحرير محمولاً على هذا الفرض .

٢- ان يكون الاكراه دخيلاً فى الطلاق المزبور ، و لكن منضماً الى غيره ،

بان يكون المجموع من الاكراه وغيره من حيث المجموع داعياً .

وجعل (ره) هذا الفرض كالاول فى الحكم بصحة الطلاق .

اقول لا يبعد شمول حديث رفع الاكراه على الطلاق فى الفرض باعتبار ان

رفعه يناسب الامتنان ، حيث ان المفروض عدم وقوعه لولا الاكراه .

٣- ان يكون قصد الطلاق والداعى اليه دفع الضرر المتوجه الى المكروه

بالكسر ، كما اذا قال الولد لوالده طلق زوجتك ، والقتلتك او قتلت نفسى ، مع

احراز الوالد ، ان الولد لا يتمكن على قتله ، بل يقتل نفسه او يقتل الولد شخصاً آخر عند

ارادته قتل والده .

٤- كون الداعى الى الطلاق شفقة المكروه بالفتح على المكروه بالكسر او

على الزوجة التى يطلقها من جهة وقوعهما فى معصية الزنا واستشكل (ره) فى الحكم

بصحة الطلاق فى الفرض ، وسابقه ، من جهة طيب النفس فيهما و عدمه ، ولكن

وأضعف منها دعوى اعتبارها فى مفهوم العقد (١)

وأضعف من الكل (٢)

الظاهر الحكم بالصحة ، لعدم كون الاكراه فيهما من قبيل الضرر اللاحق على المكره بالفتح .

نعم فى مثل المثالين مما يعد الضرر على الولد او على الزوجة ضرراً على الوالد والزوج بتحقيق عنوان الاكراه ، ولو قال الاجنبى طلق زوجتك والقتلت نفسى فلا يعد هذا اكراهاً بل لا يجب الطلاق حفظاً لحياته .

٥- اذا كان الاكراه موجباً لتوطين نفسه على الطلاق لتخيله ان الخلاص من ضرر المكره بالكسر لا يكون الا بانشاء الطلاق فيطلق كطلاق المختار .

٦- ما اذا كان الاكراه موجباً لتوطين نفسه عليه لاعتقاده حصول الطلاق شرعاً حتى فى موارد الاكراه عليه ، واستشكل فى الحكم فى الفرض ، وسابقه ، ولكن مع ترجيح وقوع الاكراه .

اقول - لا ينبغى الريب فى حصول الاكراه فيهما لان الموجب لحصوله كما تقدم ليس فقد الرضا وطيب النفس ، بل باعتبار حصول المعاملة بداعى الخوف عن مخالفة امر الجائر وهذا حاصل فى الفرضين كما لا يخفى .

(١) يعنى دعوى اعتبار مقارنة طيب النفس من مالك المال فى تحقق عنوان العقد ، ولازم ذلك ان لا يكون العقد الفضولى عقداً ، فانه لا يكون فيه طيب نفس المالك مقارنة لانشاء العقد .

(٢) يعنى الاضعف من دعوى اعتبار مقارنة طيب نفس المالك فى صحة العقد ، ومن دعوى اعتبار مقارنة طيب نفس المالك فى تحقق عنوان العقد ، دعوى

### وؤؤءه فءوى صءة عءء الفءولى (١)

اعءبار طىب نفس العاقء فى ءأؤر عءءه ، ولازم ذلك ان لاىكون بىع المءره بءق بىعاً ءىققة ، بل بىعاً ءعبءياً اى صورة بىع فىكون موضوعاً لاكل ماله وءملكه لءاؤبره فى النقل والاءنءقال ، كساىر العقوء والبىوع ، والوءه فى كونها اضعف انه لاموءب لاءءبار طىب نفس العاقء فى صءة العءء ، فان الءلئل انما اعءبر الرضا و طىب نفس المالك ، لاطىب نفس الاءءبى الذى منه العاقء فى الفرض .

(١) يعنى وؤؤء الءءم بالصءة فى المءام فءوى الءءم بصءة عءء الفءولى باءازة المالك ، ووءه ءأؤءء بالفءوى ان قءور عءء الفءولى فى ءهءىن ، عءم اسءناء العءء الواقع الى المالك ، وعءم طىب نفسه بمءمونه ، والقءور فى عءء المءره فىكون فى ءهءة واءءة ، وهى عءم طىب نفس المالك بمءمونه العءء ، و اما اسءناء العءء الى المالك ، فهو موءوء من الاءل بانءاء المالك البىع ولو مءرءاً و اذا كانت الاءازة ىءءارك بها الءهءىن فى عءء الفءولى ، فالءهءة الواءءة فى العءء المءره اولى بالءءءارك بها ، واءازة المالك فى عءء الفءولى لانءون عءءاً ءءءءاً بل هى امضاء ورضاء بمءمونه العءء الواقع سابقاً وهذا ءاصل فى اءازة المالك بل لو كانت عءءاً ءءءءاً ءرى مءله فى اءازة العءء من المءره كما لا ىءفى .

هذا وىسءءل على عءم كفاىة لءوق رضا المالك المءره بوءهءىن آءرىن اءار الءها المءنء (ره) .

الاول - ءعوى اعءبار صءور العءء عن رضا المالك . كما هو ظاهر قولة ءعالى (لانا كلوا أموالكم بىنكم بالباطل الا ان ءكون ءءارة عن ءراض) واءازة المالك المءره لا بوءب انءلاب العءء الى كونه عن ءراض .

والءواب عن ذلك انه لاءهور للالة فى ذلك فان الاسءظهار منها ان كان

بلحاظ المحصر فيها يعنى حصر جواز تملك مال الغير بالتجارة الصادرة عن رضاه، فهذا المحصر لا يستفاد منها ، لان الاستثناء فى الاية منقطع ، حيث ان النهى عن اكل مال الغير وتملكه بوجه باطل لا يعم المعاملات الدارجة عند العقلاء ، ومنها التجارة عن تراض ليكون النهى عن التملك بالباطل مع استثناء احدها ادراجا لباقيها فى النهى فى المستثنى منه ، بل حمل الاية على المحصر بوجوب تخصيص الاكثر ، فان التجارة هو البيع والشراء بقصد حصول الربح وانحصار سبب تملك مال الغير بها ، فضلا عن انحصاره بما اذا كان صدورها برضا المالك ، غير محتمل ، حيث أن أسباب التملك عند العقلاء والشرع كثيرة .

والحاصل أن المستفاد من الاية حكمان عدم جواز تملك مال الغير بالوجوه التى تكون فى بناء العقلاء من الاكل بالباطل ، وجواز التملك بالتجارة عن تراض واما ساير المعاملات ، ومنها التجارة مع لحوق التراضى بها ، فلا تعرض فى الاية لها نفيًا واثباتًا ، واما احتمال اتصال الاستثناء فى الاية بدعوى ان المنهى عنه هو مطلق أكل المال والمراد بالباطل هو الباطل الشرعى ، فتكون التجارة عن تراض خارجة عن الاكل ، فانه لولا اخراجها لدخلت فيه والمعنى لاتأكلوا اموالكم بينكم فان أكلها باطل شرعاً الا ان يكون الاكل تجارة عن تراض كما عن السيد اليزدى و تبعه السيد الخوئى طال بقاءه لا يمكن المساعدة عليه فان الباطل قيد للاكل كما مقتضى دخول الجار عليه وتعلقه بالاكل ، وليس حكماً على الاكل ، ولو كان المراد بالباطل مع كونه قيداً للاكل ، الباطل الشرعى ، لكان الكلام لغواً بخلاف ارادة الباطل فى اعتبار العرف والعقلاء ، فانه يكون مدلوله بمقتضى كون النهى عن المعاملة ارشاداً الى فسادها ، ان أكل الاموال بالتحو الباطل عند العقلاء واعتبار العرف باطل عند الشرع أيضاً فلا يدخل فيه التجارة عن تراض فيكون الاستثناء منقطعاً لا محالة



وان كان استظهار بطلان عقد المكره مع لحوق الرضا به من مفهوم الوصف يعنى تقييد التجارة بكونها عن تراض ، فلادلالة للوصف على ذلك فان المراد من التجارة تجارة المالك وتجارته تكون غالباً برضاه والوصف فى مثل ذلك من موارد الاتيان به لرعاية الغلبة لا يوجب رفع اليد عن الاطلاق او العموم المقتضى لثبوت الحكم لفاقد القيد أيضاً .

والحاصل القيد المزبور لا يكون موجباً لرفع اليد عن اطلاق أحل الله البيع وعموم أوفوا بالعقود ، بل مقتضى مفهوم الوصف ان لا تكون التجارة على اطلاقها موجبة لجواز التملك ، واما كونها موجبة له مع القيد الاخر ولحقوق الاجازة بها مثلاً ، فلا ينافيه الوصف على ما ذكرناه فى بحث مفهوم الوصف من عدم الاصول.

الوجه الثانى فى الاستدلال على بطلان عقد المكره رأساً وعدم كونه قابلاً للحقوق الاجازة حديث رفع الاكراه ، فان مقتضاه ان لا يترتب على المعاملة المكره عليها أثر من حصول الملك ولو بعد لحوق الرضا واجازة المالك . و اجاب المصنف (ره) عن ذلك اولابان كون الاكراه رافعاً معناه عدم ترتب الاحكام الالزامية المؤاخذية على الفعل المكره عليه الثابتة له لولا الاكراه و كون المعاملة المكره عليها بحيث يحصل بها الملك باجازة المالك ، ليس من الزام المكره بالفتح ، ومؤاخذته ، بل هذا من ثبوت الحق له ، والزامه بالغاء المعاملة او اجازتها من تأخيرها وتهاونه فى اختيار احدهما ، ليس الزاماً عليه مترتباً على المعاملة المكره عليها لولا الاكراه ليرتفع بحديث الرفع ، بل هو اثر ثبوت الحق له ، وقد فرض عدم ارتفاع هذا الحق بحديث الرفع .

## اللهم الا أن يقال ان الاطلاقات (١)

لا يقال المعاملة المزبورة موضوع لاثر الزامى بالاضافة الى الطرف الاخر فانه لو اكره على بيع داره وباعها من زيد فالبيع المزبور على تقدير كونه قابلاً للحقوق الاجازة ، لازم من ناحية المشتري كما هو مقتضى قوله عز من قائل ( أوفوا بالعقود ) الجارى فى حق المشتري المزبور حيث يجب عليه الوفاء به لتمام العقد من ناحيته ، فيكون مقتضى حديث الرفع عدم ترتب الالزام .

فانه يقال نعم الوفاء بالعقد لازم على المشتري حتى يرضى المكره بالفتح او يفسخ الا ان حديث رفع الاكراه لا يرفع هذا الالزام ، فان مقتضاه رفع الالزام عن المكره ، لارفعه عن طرفه المختار ، كالمشتري فى المثال .

وأجاب ثانياً بما ذكر فى بحث البرائة من الاصول ان الحديث المزبور انما يوجب ارتفاع الاثار المجعولة للافعال مع قطع النظر عن العناوين الرافعة ، واما الاثار الثابتة لها بتلك العناوين ، فلا يقتضى ارتفاعها ، فان تلك العناوين موجبة لثبوتها فكيف ترتفع بطريان الاكراه ، والسببية الناقصة يعنى حصول الملك بها باجازة المالك أثر للمعاملة بوصف كونها مكره عليها فلا يرفع .

(١) مراده انه يمكن ان يقال انه لامجرى لحديث الرفع فى بيع المكره ، و لا يكون الحكم ببطلانه مبني على رفع الاكراه ، وذلك فان مثل قوله سبحانه أحل الله البيع المستفاد منه كون البيع تمام السبب للنقل والانتقال ، مقيدة بالدلة الاربعه الدالة على حرمة أكل أموال الناس بالباطل ، وحرمة أكلها مع عدم التراضى ، بالبيع المرضى به سابقاً أو لاحقاً ، فيكون تمام السبب للحل هو البيع مع الرضا به سابقاً أو لاحقاً ومن الظاهر ان البيع كذلك لا يتعلق به الاكراه لينتقى الحل بطريانه اما عدم امكان تعلق الاكراه بالبيع المرضى به سابقاً فظاهر ، واما المرضى به لاحقاً فان الاكراه يتعلق بنفس البيع ، لا بالرضا اللاحق ، والمفروض ان نفس البيع لا يكون سبباً تاماً للنقل والانتقال .

والحاصل بعد فرض الرضا بالبيع سابقاً او لاحقاً يعمه قوله سبحانه (أحل الله البيع) وبما ان المركب اذا كان موضوعاً للنقل و الانتقال يكون بعض اجزائه سبباً ناقصاً ، فهذه السببية الناقصة لا يعقل نفيها بحديث الرفع ، فانها ثابتة للبيع بوصف كونه مكرهاً عليه .

ثم انه لا يفرق في عدم كون نفس البيع سبباً مستقلاً بين الالتزام بكون الرضا اللاحق ناقلاً او كاشفاً فان عدم كون نفس البيع سبباً تاماً للنقل و الانتقال على القول بالنقل ظاهر ، وكذا على الكشف فانه بناءً عليه يكون السبب التام ، هو البيع بوصف تعقبه بالرضا ، فالاكراه يتعلق بنفس البيع لا بوصف تعقبه للرضا .

اقول ما ذكر ( ره ) من عدم جريان حديث رفع الاكراه في بيع المكره مبنى على ما تقدم من اعتبار الرضا القلبي وطيب النفس في صحة البيع فان بيع المكره بناءً عليه من الاول غير داخل في موضوع حل البيع اذا الموضوع لحله ، البيع بتراضى المالك وطيب نفسه ، وهذا الموضوع يتم بعد اجازة المالك ورضاه فيعمه عموم الحل وما ذكر (ره) من ان السببية الناقصة ، موضوعها ، البيع بوصف كونه مكرهاً عليه ، غير صحيح على مسلكه ، فان تلك السببية ثابتة لنفس البيع ، فالصحيح على ذلك المسلك في عدم ارتفاع هذه السببية بحديث رفع الاكراه هو القول بانها ليست اثرأ شرعياً ، قابلاً للرفع ، بل هي حكم قهري يحصل بجعل السببية التامة للكحل الذي لا يعمه حديث رفع الاكراه .

ولكن قد ذكرنا فيما تقدم ضعف المسلك المزبور، وان المعتبر في المعاملات وهو التراضى المعاملى الحاصل بانشاء المالك موجود في بيع المكره ايضاً والحكم بفساده انما هو لرفع الاكراه .

وعلى ما ذكرنا فربما يقال بانه اذاخرجت المعاملة المكروه عليها عن عموم الحل ولوجوب الوفاء بالعقد فكيف يمكن التمسك بهما بعد لحوق الاجازة بتلك المعاملة فان المقام من موارد التمسك باستصحاب حكم المخصص لا التمسك بالعموم والاطلاق ولايقاس المقام باجازة بيع الفضولى ، فان ذلك البيع لم يكن داخلا فى عموم حل البيع اوعموم وجوب الوفاء بالعقد ، فان خطابهما متوجه الى المالك ومن حين الاجازة يستند البيع الى المالك فيعمن ذلك البيع وبتعبير آخر كان خروج بيع الفضولى عن عمومهما بالتخصص ، لا بالتخصيص ، وهذا بخلاف بيع المكروه ، فان بيعه باعتبار استناده الى المالك ، كان خارجاً عن عموم الخطابين بالتخصيص ، ويتردد الامر بين كون التخصيص الى الابدوين كونه مادام لم يلحق به الرضا، ولاجل ذلك لا يستلزم صحة لبيع الفضولى باجازة المالك صحة بيع المكروه بلحوق الرضا فضلا عن كون الثانى اولى بالصحة .

ولكن لا يخفى ما فى الفرق ، فاناقد ذكرنا فى الاصول صحة التمسك بالاطلاق والعموم عند الشك فى الخارج من الفرد و كون خروجه الى الابدوا الى زمان ، بلالفرق بين كون العموم والاطلاق بالاضافة الى الازمان افرادياً واستمرارياً ، و فى المقام يؤخذ بعد لحوق الرضا بالمعاملة المكروه عليها ، بحلها ووجوب الوفاء بها، ولاتصل النوبة الى استصحاب حكم المخصص ، و تمام الكلام فى بحث الاصول .

بقى فى المقام شىء وهو انه يستفاد من كلام المصنف (ره) انه يجب على الطرف الاخر الالتزام بالعقد قبل فسخ المكروه اواجازته ، وان العقد من ناحيته لازم وذكر ان حديث رفع الاكراه انما يرفع الاحكام الالزامية التى تعدد مؤاخدة عن المكروه بالفتح ، لاعن طرفه الاخر الذى لم يكن اكراه عليه .

## مقتضى الاصل وعدم حدوث حل مال الغير (١) .

ولكن لا يخفى عدم امكان المساعدة عليه لما ذكرنا في اول البيع انه لا يمكن تبعض المعاملة في الصحة والفساد بالاضافة الى طرفيها بان يكون البيع صحيحاً بالاضافة الى المشتري ولا يصح بالاضافة الى البايع فان صحته بالاضافة الى المشتري فرض لدخول المبيع الى ملكه و كيف لا يخرج معه الثمن الى ملك البايع ولو باع داره بالاكره فكما لا يدخل المبيع الى ملك المشتري كذلك لا يدخل الثمن الى ملك البايع فيكون تصرف المشتري في الثمن المزبور قبل لحوق الاجازة من البايع المكروه تصرفاً في ملكه و نافذاً .

والحاصل اذا فرض ان وجوب الوفاء بالعقد موضوعه العقد لاعن اكرهه فمادام لم يتم هذا الموضوع لا يترتب عليه حكمه و هو لزوم الوفاء به ، و عليه فالغاء المشتري قبوله قبل اجازة البايع المكروه نظير الغاء الموجب ايجابه قبل قبول المشتري يوجب ان لا يحصل عنوان العقد لاعن اكرهه .

(١) اقول مقتضى استصحاب عدم حدوث ملكية الثمن والمثمن الى الطرفين الى زمان الاجازة هو النقل واما حديث عدم حل مال الغير الا بطيب نفسه فظاهر المصنف (ره) ان مقتضاه ايضاً النقل لانه يدل على عدم جواز التصرف في المال تكليفاً الى زمان الاجازة ولكن لا يمكن المساعدة على ذلك فان عدم جواز التصرف تكليفاً الى زمان الاجازة يجتمع مع الكشف الحكمي ايضاً حيث ان التصرفات الواقعة قبل اجازة المالك كلها محكومة على الكشف الحكمي ايضاً بعدم الجواز و اعتبار الملكية و جعل مبدئها من السابق بعد اجازة المالك لا يوجب خروج تلك التصرفات الواقعة قبل ذلك من الحرمة . تكليفاً الى الجواز .

الان الاقوى بحسب الادلة النقلية (١)  
وربما يدعى أن مقتضى الاصل (٢)

(١) يأتي استظهار الكشف من صحيحة ابي عبيدة الحذاء الواردة في نكاح الصغيرين الذين زوجها غير وليهما ومات احدهما بعد بلوغه واجازته ثم ادرك الاخر فان الحكم بثبوت الميراث للاخر مع اجازته وحلفه على ارادة اجازته لا يكون الامع كون الاجازة كاشفة ، بل لا يمكن في المورد المزبور الاجازة بنحو النقل ، حيث ان حدوث علاقة الزوجية بين الميت والحي ، لغو محض ، ونظيرها في الدلالة صحيحة محمد بن قيس الواردة فيمن باع وليدة ابيه فضولا (١) حيث ان سقوط عوض البضع عن مشتري الجارية الذي وطأها مع جهله بكون بايعها فضولياً ، لا يكون الامع الكشف وبما ان الفرق بين اجازة المالك في بيع الفضولي ، وبين اجازته في بيع المكره ، غير محتمل يثبت الكشف في المقام أيضاً .

(٢) اقول الظاهر صحة الدعوى فانا قد ذكرنا ان المعاملة بلحوق الاجازة بها تدخل في ادلة الامضاء حيث يتم بالاجازة الموضوع للحلية والنفوذ واللزوم ومقتضى ذلك ثبوت مدلولها شرعاً بعدها .

نعم الكشف الحقيقي مخالف لظاهر تلك الادلة لان ظاهرها كون البيع لاعن اكره ، والعقد لاعن اكره ، هو الموضوع للحل واللزوم ، ومعنى الكشف الحقيقي ثبوت هذه الاحكام قبل تمام الموضوع واما الكشف الحكمي بان يثبت بعد الاجازة الملكية التي مبدئها حين اعتبار العاقد فهو يناسب الادلة فان الاجازة تتعلق بمضمون العقد ، وامضاء الشارع العقد يتبع اجازة المالك .

وبعبارة أخرى بالاجازة يتم الموضوع لاعتبار الشارع الملك ، والمملك  
يمكن جعل مبدئه الماضى ، كما يمكن جعل مبدئه المستقبل ، كما فى الوصية التمليلية  
ولا يجب اتحاد زمان الاعتبار مع زمان المعتبر ، بل يمكن التفكيك بينهما بحسب  
الحال والماضى كما وقع التفكيك بينهما بحسب الحال والمستقبل ، فان الاعتبار مع  
المعتبر من قبيل الايجاب والوجوب ، لامن الابداد والوجود .

لا يقال ليس مدلول العقد الملك من حين العقد لتكون اجازة المالك اثباتاً  
لذلك المدلول ويتبعه امضاء الشارع .

فانه يقال الملكية التى تكون منشأة بالعقد لا يمكن كونها مهملة من جهة مبدئها  
فى اعتبار العاقد ، فان العاقد يعتبر فى انشائه الملكية للطرف من حين فعلية ما يأخذه  
قيداً لها ، كحصول القبول ، او القبض ، او غير ذلك .

لا يقال كيف يكون مبدء الملكية المعتبرة فى البيع مثلاً حين تمام العقد ، مع  
انهم ذكروا عدم دلالة الانشاء على الزمان .

فانه يقال عدم دلالة ايجاب البيع على الزمان مثلاً لا ينافى الدلالة عليه بدال آخر  
وهو فى المقام عدم امكان الاهدال فى الملك المجهول من جهة المبدء واما تنظيم  
المصنف (ره) الاجازة بالفسخ فهو غير صحيح فان الفسخ يقابل الامضاء ، فامضائه  
عبارة اقرار العقد وعدم قطع استمراره ، كما يفعله ذو الخيار ، كما ان فسخه ازالته  
وقطع استمراره وهذا بخلاف الاجازة فانها تقابل رد العقد ، كما فى المالك المجيز  
حيث انه يرد البيع تارة ، ويجيزه أخرى ، وحيث ان رده عبارة عن الغائه من الاول ،  
فيكون اجازته اقراراً له من الاول ، وهو المراد بالكشف الحكيمى ، ويأتى توصيحه  
فى بيع الفصولى .

### فقد الفضولي لا يصح (١)

بقي في المقام أمر وهو أنه هل يكفي في صحة بيع المكره مجرد لحوق رضاه به باطناً أو لا يكفي بل يعتبر اظهار رضاه بذلك البيع المعبر عن ذلك بالاجازة ، ولا يبعد اعتبار الثاني وذلك لان البيع حال حدوثه كان مستنداً الى اكراه المالك فلا بد في شمول دليل الامضاء من ان يستند بقاء الى المالك لاعن اكراه عليه ، ولم يحرز تحقق الاسناد كذلك بمجرد لحوق الرضا باطناً .

نعم لو كان هذا الرضا من الاول بحيث كان داعى المالك الى انشائه رضاه به ، لم يكن ذلك البيع شمولاً للدليل رفع الاكراه ، كما تقدم ، ولكن بعد انشائه بداعى الاكراه لا يحرز خروجه عن كونه بيعاً مكرهاً عليه ، الا باظهار الرضا به ، وكان الاجازة في اعتبار العقلاء الغاء لذلك الاسناد الحاصل من قبل ، والله سبحانه هو العالم .

(١) ذكروا من شرائط المتعاقدين كونهما مالكين أو مأذونين منهما كما فى موارد الوكالة او من الشارع كما فى موارد الولاية فلا يصح بيع الفضولى ، يعنى لا يترتب عليه ما يترتب على بيع المالك او المأذون ، لانه يكون لغواً بحيث لا يفيد لحوق الاجازة به ولذا ذكر العلامة فى القواعد ان من شرط البيع كون العاقد مالكاً ، او مأذوناً وفرع عليه وقوف بيع الفضولى على الاجازة فان التفريع المزبور ظاهر فيما ذكرنا فما ذكره فى جامع المقاصد من الاعتراض على عبارة القواعد ، من ان تفريع وقوف بيع الفضولى على الاجازة على اشتراط الملك ، غير صحيح - فى غير محله .

ثم ان الفضولى وصف للعاقد ، والمراد به من لا يكون مالكاً للتصرف سواء كان مالكاً للمال ، كما فى مثال بيع الراهن و السفهه والعبد ، أملاً ، وقد يوصف به



العقد ولعله تسامح من باب توصيف الشيء بوصف متعلقه وكيف كان فلا خلاف عندهم فى بطلان الايقاع فضولا وعدم صحته بلحقوق الاجازة اصلا وقد يقال ان البطلان فى الايقاعات على القاعدة ، ولا يقاس امرها بالعقود ، وذلك فان العقود بما انها من فعل اثنين يعتبر لها بقاء ، ولذا يتعلق بها الفسخ ، مع انه حل للعقد فى جهة بقائه كما تقدم ، وعليه فباجازة المالك يتم تمام الموضوع لوجوب الوفاء بها ، واما الايقاع فانه فعل واحد فيعتبر امراً آتياً ، فان حصل ممن له سلطنة على ذلك الامر ، فهو ، والا فلا يحصل ذلك الامراصلا ولا يخفى ان ما ذكر لا يخرج عن حدود الدعوى المحضه ، فانه كيف يمكن الالتزام ببقاء العقد اعتباراً دون الايقاع مع انه لو لم يكن للايقاع بقاء فكيف يجوز للزوج فى الطلاق الرجعى الغاء طلاقه ، فان الرجوع فى الطلاق كالرجوع فى الهبة الغاء .

نعم لو صح ان الصحة فى العقود على خلاف القاعدة والالتزام بها للروايات الخاصة لا يمكن ان يقال ان النصوص كلها وارده فى العقود ، ولانتم الايقاعات ، ولكن يلزم على ذلك الاقتصار فى الحكم بالصحة ، بالعقود التى وردت الروايات فى موردها .

والحاصل انه يبقى فى التفرقة بين العقود والايقاعات مجرد دعوى الاجماع كما لا يخفى .

ثم ان المصنف (ره) قد تعرض اولا لكون مجرد رضا المالك بحصول العقد دون اظهاره ذلك واذنه فيه غير موجب لخروج العقد عن الفضولية موضوعاً او حكماً بان لا يحتاج ذلك العقد فى تمامه الى حقوق الاجازة به ، وذكر فى وجه عدم الخروج ان مجرد رضا المالك وحتى العلم به ، لا يوجب كون العاقد مالكا للتصرف ويظهر ذلك من كلماتهم ، حيث اعتبروا كون العاقد مالكا او وكيل او ولياً ، ومجرد رضا المالك

لا يوجب حصول شيء من هذه العناوين وكذا يظهر من ذكر رواية عروة البارقي دليلاً على تمام بيع الفضولي بلحوق الاجازة ، مع فرض تحقق رضا المالك في موردها .

واستقرب في آخر كلامه ، خروجه بالرضا المزبور عن عقد الفضولي حتى فيما اذالم يظهر المالك رضاه ، فيجب على المالك بينه وبين ربه الوفاء بالعقد ، واستدل على ذلك باطلاق حل التجارة عن تراض ، وعموم وجوب الوفاء بالعقد ، وبحديث لا يحل مال امرء مسلم الا بطيبة نفسه ، حيث ان مقتضاه ، حل مال الغير وجواز تملكه برضا المالك وطيب نفسه ، وبما دل على ان سكوت المولى على نكاح العبد مع علمه به ، امضاء ورضاء به وبما يظهر من رواية عروة البارقي ، من تمام البيع وجواز ترتيب الاثار عليه بمجرد احراز رضا المالك ، كما هو مقتضى اقباض العروة احد الشاتين من المشتري واخذ الدينار منه فانه لا يجوز في بيع الفضولي للعقد القبض والقباض وتقرير النبي صلى الله عليه وآله للعروة شاهد لجواز فعله اذ صنف الى ذلك ظاهر كلمات بعض الاصحاب من ان الوجه في عدم تمام بيع الفضولي ووقوفه على اجازة المالك فقد رضاه فان مقتضى ذلك عدم احتياجه الى الاجازة فيما كان مقارناً لرضا المالك ، بل لو فرض اطلاق عقد الفضولي عليه فلا دليل على احتياج كل عقد فضولي الى الاجازة مع ان علم المالك بحصول العقد ورضاه به وبقاء هذا الرضا الى ما بعد ولو آناً ما اجازة للعقد المزبور .

اقول - ما ذكره قده لخروج عقد الاجنبى بمقارنة رضا المالك عن الفضولية من الوجوه ضعيف اما التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعقد او اطلاق التجارة عن تراض فان مدلولهما بمناسبة الحكم والموضوع وجوب وفاء كل بعقده وجواز

الاكل بتجارته ولا يكون عقد الاجنبى عقد المالك وتجارته بمجرد الرضا باطناً ، بل لابد فى اضافة العقد والتجارة اليه ، من انشاء رضاه وامضائه واما حديث عدم الحل فمفاده دخالة رضا المالك وطيب نفسه فى حل ماله للغير ، وان الحل لا يكون بدون ، واما ان الطيب والرضا تمام الموضوع للحل فلا ، لاحظ قوله عليه السلام لاصلاة الابطهور ، فان مقتضاه عدم حصول الصلاة بدون الطهارة ، لا ان الطهارة تمام ما يحصل بها الصلاة .

وبما ذكر يظهر الجواب عن الاستدلال لكفاية الرضا باطناً بقوله عليه السلام فى صحبة محمد بن مسلم لانتشرها الا برضا أهلها (١) حيث ان مدلولها دخالة رضا المالك فى نفوذ الشراء ، واما انه يكفى مجرد الرضا فيه ، فلا هذا مع احتمال ان يراد بالرضا ابرازه كما لا يخفى .

واما ما دل على ان سكوت المولى على نكاح العبد اقرار ورضاء به ، فلا يدل على ما ذكر ، فان كون العقد فضولياً تارة باعتبار عدم رضا من يعتبر رضاه فى ذلك العقد ، لالفقد استناده الى المالك ، كما فى نكاح الرشيدة الباكرة ، فانها هى التى تجعل نفسها زوجة للآخر غاية الامر يعتبر فى هذا الجعل رضا أبيها أو جداه فى مثل ذلك يتم العقد بمقارنة الرضا ولحوقه .

ومن هذا القبيل نكاح العبد ولحوق رضا مولاه به ، وهذا بخلاف ما اذا كان فضولياً باعتبار عدم استناد العقد الى المالك كما فى بيع الاجنبى مال شخص من آخر حيث ان رضا المالك واقعاً ما دام لم يكن اظهار وامضاء لا يوجب استناد العقد اليه .

ومما ذكرنا يظهر ان ما ذكره (قده) من ان بقاء رضا المالك الى ما بعد العقود

(١) الوسائل - الجزء (١٢) الباب (١) من ابواب عقد البيع الحديث (٣)

ولو آناً ما اجازة له مدفوع بان الرضا الواقعي مالم يكن اظهار من المالك لا يكون مصححاً للاستناد حتى مالو بقى الى الابد وقد يقال كما عن بعض الاجلة (دامت شو كته) بانه لا يعتبر في صحة البيع وغيره من العقود الانتساب بالمعنى المذكور بان يكون العقد عقد المالك وبيعه وكون المراد بقوله سبحانه (او فوا بالعقود) و (الان تكون تجارة عن تراض) او فوا بعقودكم او كان الاكل بتجاركم غير صحيح فانه كيف يكون البيع الصادر عن الغير بعباً للمالك بالاجازة مع ان الاجازة مفهومها العرفي تنفيذ للفعل الصادر عن الغير فهي بنفسها تدفع انتساب الفعل الى المجيز بل الامر في موارد الوكالة و الاذن السابق كذلك، فان البيع لا يكون منتسباً الى الموكل و الاذن حقيقة ولذا لو سئل الموكل عن انك بعث دارك فيقول لا بل باعها و كيلي ومن الظاهر ان الاحكام الواردة في الخطابات على العناوين ظاهرها ثبوت تلك الاحكام على افرادها الحقيقية .

والحاصل انه لا يعتبر في صحة البيع او نحوه من العقود الا كونه مع اذن المالك اورضاه او اجازته ولو لم ينتسب ذلك البيع الى المالك وقد تقدم بيان المراد بالتجارة عمن تراض ان مقتضى مقابلتها بالاكل بالباطل اعتبار كونها اكلا بحق لا لخصوصية لصدورها عن تراض وكون التجارة اكلا بحق يعم البيع الفضولي مع لحوق الاجازة به او تقارنه برضا المالك انتهى .

اقول الجواب عما ذكر تارة بالنقض واخرى بالحل .

اما الاول فان القول المزبور يستلزم محاذير ولاظن الالتزام بها .

منها ما اذا اخبر المحرم بأن الاجنبى قد اجرى في حقه نكاحاً وانه قد زوج بنت فلان منه وان له ان يجيزه وذلك المحرم قد أخر اجازته الى ما بعد احرامه مع فرحته وابتهاجه باطناً من سماع الخبر فلا بد من ان يلتزم بان البنت المزبور قد

حرمت عليه مؤبداً فان فرحته بالنكاح المزبور قلباً موجب لتحقق النكاح فيعمه قوله عليه السلام (من تزوج امرأة في احرامه فرق بينهما ولا تحل له ابداً) .

ومنها انه لو انشأ ايجاب البيع او قبوله وكيه في مجرد انشاء بيع الحيوان او غيره فلا يكون له خيار المجلس ولا خيار الحيوان لان البايع او المشتري حقيقة هو الوكيل وقد ذكر في الروايات ان البيعان بالخيار مالم يفترقا وان مشتري الحيوان بالخيار الى ثلاثة ايام والموكل لا يكون بايعاً ولا مشترياً في الحقيقة .

ومنها انه لو اخذ اظافير المحرم باستدعاء من المحرم او حلق رأسه كذلك فلا بد من ان يلتزم بان المحرم لم يفعل حراماً وليس عليه شيء لان قوله عليه السلام من قلم اظافيره في احرامه او اخذ شعره لا ينطبق على المحرم فان التقليم في الفرض فعل غير المحرم الى غير ذلك واما الحل فلان اجازته وان تتعلق بفعل الغير وعقده الا انه عقد الغير وبيعه مع قطع النظر عن الاجازة وينتسب الى المجيز باجازته وهذا الانتساب و لو كان اعتبارياً الا ان الخطابات الشرعية قد يكون بمناسبة الحكم والموضوع ناظرة الى بيان الحكم بهذا الانتساب ويجرى ذلك حتى في الافعال الخارجية كقوله من بنى مسجداً بنى الله له بيتاً فسى الجنة والدعوى ان هذا الانتساب لا يعتبر ولا يصححه مجرد الرضا الباطنى من المالك بل لا بد من ابرازه وانشائه بالاذن او بالاجازه فتدبر .

واما رواية عروة البارقي فالظاهر ان شراء الشاتين لا يكون من شراء الفضولى حيث ان توكيل النبي صلى الله عليه وآله في شراء شاة بدينار بفحواه توكيل واذن في شراء الزايد عن الواحدة بالمبلغ المزبور واما بيعه واحدة منهما بدينار فلا بعد في كونه بيعاً فضولياً يحتاج الى الاجازة ولكن يجوز معه القبض والاقباض فان عدم جوازهما من الفضولى باعتبار كونهما تصرف خارجي في مال الغير ومع احراز

واما القول بان البيع الذى يعلم بتعقبه (١) .  
لكن الظاهر اول الوجهين (٢) .

رضا المالك بهما فلاحرمة بل قديكون اجازة العقد بعد ذلك اجازة لذلك القبض  
او الاقباض كما لا يخفى .

(١) يعنى ان يقال بان الاجازة معتبرة على نحو الكشف الحقيقى، وحيث كان  
عروة عالمأ بحصولها وتعقب العقد بها وقع منه القبض والاقباض باعتبار احرازه انتقال  
المالين وكون الشاة ملكاً للمشتري والدينار ملكاً للنبي صلى الله عليه وآله واقعاً لكن  
اعتبار الاجازة بنحو الكشف الحقيقى ضعيف جداً كما سيأتى .

أقول - و أضعف منه احتمال كون عروة معتقداً لاعتبار الاجازة فى عقد  
الفضولى بهذا النحو .

(٢) المراد اول الوجهين الاخيرين وهو كون هذا النحو من العقد المقرون  
برضا المالك خارجاً عن الفضولى و المراد برضا المالك الاعم الشامل لرضاه  
التقديرى أى بحيث لو التفت الى العقد لرضى به .

أقول لم يظهر جهة ظهور هذا الوجه مع قوة احتمال كون بيعه احدى الشاتين  
فضولياً وحصول القبض والاقباض باعتبار علمه برضا النبي (ص) واطلاع المشتري  
بحال المعاملة وهذا هو الوجه الرابع فى كلام المصنف (ره) و اما ما ذكره (ره)  
من ان الظاهر وقوع معاملة احدى الشاتين على وجه المعاطة فعجيب فانه ان أراد  
حصول المعاطة باقباض عروة الشاة وأخذ الدينار وان هذا القبض والاقباض كان  
بعنوان المعاملة المعاطية ولم يكن فى البين ايجاب و قبول لفظاً فلا سبيل لنا الى  
احراز ذلك وان اراد أن وصول الشاة الى المشتري المزبور باقباض عروة ووصول

قال في الدروس وفيها دلالة (١) .  
ولا يرد عليها شيء مما يوهن الاستدلال (٢) .

الدينار الى النبي (ص ع) مع تراضيها محقق للمعاطاة فليس فسى البين بيع فضولى ليجتاج الى الاجازة فيه أولاً أنه يعتبر فى حصول المعاطاة من انشاء الملك بالقبض ولا يكفى مجرد وصول المالىن كما مرفى ببحث المعاطاة .

وثانياً نفرض كفاية ذلك فى حصولها ولكن المعاطاة لا يصح قباض عروة وقبضه حيث أنهما من التصرف فى مال الغير بلارضاه .

ثالثاً ان قول النبي (ص ع) بارك الله فى صفقة يمينك ظاهره حصول المعاملة من العروة لا أنه كان مجرد واسطة فى وصول المالىن الى الطرفين .

(١) اما دلالتها على صحة بيع الفضولى فلان المفروض فيها وقوح البيع على مال الغير وقد حكم بتمام ذلك البيع باجازة المالك و اما دلالتها على اعتبار الاجازة بنحو الكشف فانه مقتضى استحقاق المشتري استرداد الغلام وسقوط قيمته عن عهده اذ لو كانت الاجازة معتبرة بنحو النقل لم يكن وجه لسقوطها حيث ان قيمة الولد تدارك لمنفعة البضع التى اتلفها المشتري على المالك ولا يعتبر هذه المنفعة ملكاً للمشتري على مسلك النقل حتى لم يكن عليه ضمانها كما لا يخفى .

(٢) قيل لا يمكن الحكم لاب البايع باستحقاقه الوليدة وابنها بمجرد دعوى ملكها و بعدم اذنه لابنه فى بيعها بل يحتاج الدعوى الى الاثبات فانها على خلاف مقتضى يد البايع عليها وفيه أنه ليس فى الرواية عدم اثباته دعواه وأنه كان حكم على عليه السلام باخذه الوليدة وابنها بمجرد الدعوى كما ان حكمه عليه السلام

## فانها لاتزيد على الاشعار (١) .

بامساك الولد يمكن كونه لجبسه على قيمته .

و ما ذكره المصنف (ره) من ظهور الرواية فى كون الاجازة فيها مسبوقه بالرد ايضاً لايمكن المساعدة عليه فان - المخاصمة ودعوى ان الوليدة ملك له فعلا لوقوع البيع عليها بغير اذنه وانه يريد اخذها من مشتريها - لاتكون قرينة على (رد) البيع والغائه بالقول او الفعل بل غايتها انه لايجيزه فعلا وكذا اطلاق حكم الامام عليه السلام فانه باعتبار عدم حصول الاجازة ولا يلزم من ذلك انشاء الرد و الغاء العقد الواقع .

وبعبارة اخرى حكم الامام عليه السلام باخذه الوليدة وابنها باعتبار عدم تمام المعاملة فعلا لالغاء انشائها .

وبهذا يظهر أن أخذ أب البايع وامساكه الوليدة وابنها لا يكشف الا عن عدم امضائه المعاملة فعلا لاعن الغائها قولاً او فعلاً من اولها كما هو المراد بردها و عدم اجازة المالك فعلا كاف فى المحاح المشتري على الامام عليه السلام و مناقشته فى خلاص الابن و أمه .

والمتحصل ان ما ذكر السيد اليزدى (ره) من أن الصحيحة تسدل على نفوذ الاجازة حتى بعد رد المالك المعاملة بـرد فعلى وانه يمكن الالتزام بذلك فان الاجماع على عدم نفوذ الاجازة بعد الرد دليل لبي و المتيقن منه عدم نفوذها بعد الرد القولى - لايمكن المساعدة عليه لما ذكر من عدم الدلالة فى الرواية على حصول الرد من مالك الجارية فعلا او قولاً فلاحظ .

(١) والوجه فى ذلك ان الحكم المذكور فى الرواية حكم لواقعة خاصة لا اطلاق فى الحكم المزبور ولا عموم ولو لم يكن فى الرواية فرض سبق الرد لكان



التعدى منها الى ساير موارد اجازة بيع الفضولي متعيناً باعتبار عدم احتمال الخصوصية فى المفروض فيها و لكن ظاهراً لحقوق الاجازة بالبيع بعد رده و الحكم بنفوذ الاجازة فى الفرض يتعين توجيهه بمثل أن الاب كان كاذباً فى نفيه الاذن فى بيع ابنه فقول على عليه السلام للمشتري خذابنه حتى ينفذ لك البيع تعليم حيلة له حتى يصل الى حقه الواقعى .

و الحاصل ان الاجازة فى فرض الرواية ليست مصححة للبيع واقعاً ليمكن التعدى منها .

نعم تعليق نفوذ البيع المزبور على اجازة الاب فى قوله عليه السلام (حتى ينفذ لك البيع) من تعليق الحكم على الوصف و فيه اشعار بكون اجازة المالك مصححة للمعاملة الواقعة على ماله فضولاً .

اقول - قد ظهر مما ذكرنا عدم المجال لما ذكره المصنف (ره) من انه ان كان النظر فى الاستدلال على صحة بيع الفضولي بلحقوق الاجازة الى نفس القضية الشخصية فالاجازة فيها باعتبار كونه مسبوقاً بالرد لا يفيد صحة العقد ولا بد من توجيه الحكم فيها بان البايع كان كاذباً فى دعواه فعلم الامام عليه السلام للمشتري حيلة حتى تصل بها الى حقه الواقعى ولا يمكن استفادة الحكم فى البيوع الفضولية بلحقوق الاجازة بها .

واما اذا كان النظر الى قوله عليه السلام للمشتري (خذابنه حتى ينفذ لك البيع) وقول ابي جعفر عليه السلام فى مقام الحكاية (فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز البيع) فيمكن استفادة الحكم فى ساير البيوع الفضولية وانها تتم بلحقوق الاجازة بها .

والوجه فى عدم المجال انه لم يذكر فى الجواب حكم لمطلق بيع الفضولى ليؤخذ باطلاقه ويقال ان تطبيق ذلك الحكم الكلى على المفروض فى السؤال

مع كونه غير مورده باعتبار تعليم الحيلة لوصول المشتري الى حقه .  
 بل الجواب حكم لخصوص الواقعة المفروضة التي لا يصححها الاجازة  
 ولا تفيد فيها شيئاً فكيف يمكن استفادة الحكم فى ساير البيوع الفضولية الا بالاشعار  
 الذى ذكرنا خروجه عن قسم الدلالات .

ثم ان فى الرواية من جهة فقهاء اشكالين سواء قيل باستفادة حكم بيع  
 الفضولى بلحوق الاجازة منها اولاً .

الاول - انه كيف حكم سلام الله عليه بان السيد الاول يأخذ ابن الوليدة مع  
 ان الولد المزبور حرلاً يدخل فى الملك و الوجه فى كونه حراً قول المشتري  
 (لأرسل ابنتك حتى ترسل ابني) وانه لو كان المشتري عالماً بان بيع الوليدة فضولى  
 لكان الولد باعتبار كونه من زناً لسيّد الوليدة ولما كان اعتناؤه عليه السلام بمناشدة  
 المشتري والحاحه مناسباً بل الانسب ان يجرى عليه الحد باعتبار كونه زانياً .

والحاصل انه لا موجب لآخذ الولد الحر حتى مع فرض امتناع المشتري  
 عن دفع قيمته ولو فرض جواز حبس الولد لقيّمته لكان المتعين ان يحكم بأخذ  
 الولد ولكن معلقاً على امتناع المشتري عن دفع قيمته لامطلاقاً .

والثانى - انه كيف حكم للمشتري بانه يأخذ البايع الابن و ما قبل من ان  
 اخذه لحبسه على استرداد ما اخذه من المشتري بعنوان ثمن الوليدة حيث ان المديون  
 الممتنع بحبس لدينه يدفعه قوله عليه السلام: اخذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى  
 ينفذ لك البيع فانه على الاحتمال المزبور يلزم ان يحكم خذ ابنه حتى يسترد هو الثمن  
 الذى اخذ منك او يغرم ابوه ذلك الثمن لا ان يجعل غاية الاخذ انفاذ البيع .

ولكن لا يخفى ان عجزنا عن فهم هذا الامرين لا يضر بالاستدلال بها على  
 ان بيع الفضولى يتم بلحوق الاجازة .

وربما يستدل ايضاً بفحوى صحة عقد النكاح (١) .

(١) ويستدل على صحة بيع الفضولي وتمامه باجازة المالك بفحوى ماورد في تمام النكاح فضولا بلحوق الاجازة به كما اذا زوج الصغير غير وليه فاجاز النكاح بعد بلوغه او تزوج العبد بغير اذن مولاه فاجازه المولى فان صحة النكاح بلحوق الاجازة به مع ما فيه من الاهتمام من كونه تحليل فرج وتملك بضع أى انشاء حق الاستمتاع ويكون منه الولد يستلزم صحة بيع الفضولي بلحوق الاجازة به بالاولوية .

واشار الى هذا الفحوى في غاية المراد واستدل بها في الرياض وذكر انه لولاها لكان الحكم بصحة بيع الفضولي بلحوق الاجازة به مشكلا من جهة الاجماع المنقولة على بطلان البيع المزبور .

وكيف كان فقد ذكر المصنف (ره) ان هذه الفحوى حسن الا انه ربما يضعفها ماورد في رد العامة في مسألة تصرف الوكيل قبل بلوغ عزله اليه فان العامة قالوا ان تصرف الوكيل في النكاح قبل بلوغ عزله اليه باطل لبطلان الوكاله فيه بالعزل واقعا بخلاف تصرف الوكيل في المعاوضة المالية فانه محكوم بالصحة حيث لا يبطل وكالته فيها الا ببلوغ العزل وعللو الفرق بان المال له عوض فلا مانع من نفوذ التصرف فيه، بخلاف النكاح فانه لا عوض فيه بان تقع المعاوضة بين البضع والمال ، فيقتصر في ثبوت ملك البضع على الأقل ، وقد تصدى الامام عليه السلام في معتبرة علاء بن سيابة لانكار هذا التفصيل ( وأنه ما أجوره وأفسده فان النكاح اولى بالاحتياط فيه فانه يكون منه الولد ) و المستفاد من رده سلام الله عليه ان الحكم بالصحة في البيع يستلزم الحكم بها في النكاح بالاولوية دون العكس وعلى ذلك فماورد في صحة نكاح الفضولي بلحوق

الاجازة به لا يدل على الصحة في البيع الفضولي بالفحوى .

ثم تعرض (ره) لما يستفاد من الرواية من كون الحكم بصحة نكاح الوكيل قبل بلوغ عزله اليه احتياطاً مع ان في دوران المرأة بين كونها زوجة أو اجنبية لا يكون ترتيب آثار الزوجية من الاحتياط كما انه لا يكون ترتيب آثار الملك في مورد دوران المال بين كونه ملكه لصحة البيع وملك غيره لفساد البيع من الاحتياط ووجه (ره) ذلك بان المراد منه الاحتياط بالاضافة اى ما يكون محذور مخالفة الواقع فيه اخف للاحتياط المطلق ، يعنى التحفظ على الواقع على كل تقدير و ذلك فان الحكم يبطلان النكاح في مورد ترده بين الصحة والفساد قديكون تفريقاً بين الزوجين فيتزوج الزوجة من آخر فيحصل الزنا بذات البعل بخلاف ما اذا حكم بالصحة فانه على تقدير عدم ثبوت الزوجية واقعاً يكون الوطى بالشبهة بغير ذات البعل وهذا اهون من الاول .

اقول : لا يخفى ان حكم العامة بصحة البيع لم يكن للاحتياط ليكون قوله عليه السلام ( فان النكاح اولى واجدر ان يحتاط فيه لانه الفرج ) ناظراً الى ان الاحتياط في النكاح يحصل بالحكم بصحته في مورد دورانه بين الصحة و الفساد ، فان لازم ما ذكر البناء على صحة النكاح ورفع اليد عن اصالة الفساد في كل مورد تردد النكاح بين الصحة والفساد حيث يكون البناء عليها اخف محذوراً من البناء على الفساد وعدم ثبوت الزواج ولاظن احداً يلتزم بذلك مع ان المورد ليس من دوران الامر بين المحذورين حتى لا يمكن فيه الاحتياط المطلق والتحفظ على الواقع على كل تقدير فان مقتضى كون النكاح فرجاً يحتاط فيه لزوم ايقاع الطلاق او تجديد العقد عند الشك في العقد السابق .

والظاهر بقريئة حكاية الوجه الاستحسانى المنقول عن العامة فى حكمهم

## ويحصل الزنا بذات البعل (١)

ببطلان النكاح وصحة البيع وبقرينة نقل الامام عليه السلام قول على عليه السلام فسى مسألة نكاح الوكيل قبل عزله اليه ان مراده عليه السلام بالاحتياط فى الصحيحة هو طرح الوجه الاستحسانى المزبور والاخذ بقول على عليه السلام حيث ان قوله عليه السلام لا يقصر عن قول ابن عباس و عبد الله بن عمر وغيرهما مما يأخذون به ويرفعون به اليد عن الوجوه الاستحسانية .

وبعبارة اخرى الحكم بصحة النكاح فى مسألة عزل الوكيل احتياط من جهة طرح الاستحسان فيها والاخذ بقول على عليه السلام فلا تمنع ذلك عن الفحوى المتقدمة .

اللهم الان يقال بمنع الفحوى فان - اهمية النكاح وترغيب الشارع الناس اليه لقوام العالم بالتوالد والتناسل الموقوف عليه مع النهى عن مقابله يعنى الزنا والسفاح - يقتضى التوسعة فى سببه حتى لا يكون ضيق السبب حائلا بين الناس والوصول اليه .

وهذا بخلاف البيع والشراء فان لتحصيل المال اسباب اخرى كالمصالحة والهبة المعوضة وغير ذلك و عليه فلو حكم الشارع بصحة النكاح فضولا بلحوق الاجازة فيحتمل كون ذلك للتوسعة فى السبب فى خصوص النكاح ولا يمكن مع هذا الاحتمال التعدى الى البيع .

(١) هذا فيما اذا احرز المرأة او زوجها الثانى صحة النكاح السابق او ترده عندهم بين الصحة والفساد من غير معين للفساد او الصحة والا فلا يتحقق عنوان الزنا كما لا يخفى .

## وعدهذا خارجاً عن بيع الفضولى بالنص (١)

(١) يعنى مقتضى القاعدة الاولى ان لا يكون لبيع الفضولى صحة فعلية بدون اجازة المالك ويستثنى من ذلك ما يكون من العامل فى المضاربة كما اذا اشترط عليه فى المضاربة شراء جنس فخالف و اشترى جنساً آخر فان هذا الشراء ولومع ظهور الربح فضولى ولكن محكوم بالصحة الفعلية حتى مع عدم اجازة المالك و ذلك استيناس لحكم بيع الفضولى حيث يظهر منه انه لايعتبر فى صحة بعض البيوع الاذن السابق .

اقول - لا يرتبط هذه الاخبار بحكم بيع الفضولى ولا استيناس فيها وذلك فان شراء العامل الجنس الاخر وصحة ذلك الشراء بظهور الربح حتى مع عدم لحوق اجازة المالك لا يوجب انساً لبيع الفضولى الذى يكون مصححه لحوق الاجازة به بل فى هذه الاخبار استيناس للموارد التى يكون التصرف فيها فى مال الغير نافذاً بلا اذن ذلك الغير او اجازته كنفوذ التصديق بالمال المجهول مالكة و كبيع الوكيل قبل بلوغ عزله اليه .

ولو قيل بدلالة الاخبار على نفوذ شراء العامل مع ظهور الربح باعتبار لحوق اجازة المالك حيث ان المالك مع ظهور الربح يرضى بمعاملة العامل عادة ، و اظهار هذا الرضا ولو بمطالبة الربح اجازة فلا يرتبط ايضاً مدلولها بصحة الفضولى باجازة المالك ، فان مقتضى صحة البيع والشراء فضولا انتقال تمام الربح الى المالك بل ولايستحق العامل المزبور فى الفرض حتى اجرة المثل باعتبار وقوع عمله بلا امر المالك واذنه .

و قد يقال فى توجيه هذه الاخبار و تطبيق مدلولها على القواعد

الاول - ما عن الايروانى (ره) من ان اشتراط المالك على العامل جنساً او عدم اخراج المال الى بلد او بيع المال نقداً وغير ذلك يكون باعتقاد المالك دخالة هذه الامور فى الربح وكان المالك اشترط على العامل المعاملة التى فيها ربح فيكون الشراء المزبور داخلاً فى المضاربة ويستحق العامل الحصة المعينة له من الربح .

اقول اعتقاد المالك دخالة امر فى حصول الربح واشترطه على العامل لا يكون من اشتراط المعاملة التى فيها ربح ، ولذا لو اشترى الوكيل ما عينه موكله ولم يحصل الربح كان شرائه نافذاً ولو اشترى غير ما عينه كما اذا وكله فى شراء حيوان واشترى الكتاب وكان الربح فى شراء الكتاب دون الحيوان كان الشراء فضولياً ، و اذا وكلته الزوجة فى تزويجها من زيد فزوجها الوكيل من عمرو باعتبار كون عمرو اصبح وجهاً واملى مالا لا يمكن الالتزام بلزوم هذا التزويج على المرأة والسر فى ذلك ان الاعتقاد بدخالة شىء فى حصول الربح يكون داعياً الى اشتراط ذلك الشىء وتخلف الداعى وعدم صواب الاعتقاد لا يسقط الاشتراط ، هذا اولاً .

وثانياً لم يفرض فى الرواية ان المال الذى شرط المالك على العامل شرائه لم يكن فيه ربح او كان اقل ربحاً مما اشترى العامل ليقال بان صحة شراء العامل مقتضى اشتراط المعاملة التى فيها ربح او ما يكون ربحه اكثر .

وثالثاً ربما لا يكون غرض المالك مجرد انماء المال حتى لو كان فى انماه وقية عرفية كما فى اتجار عامله مع الكفار ، أو بشراء ما فيه حضاضة عرفية بل قد يكون غرضه الانماء بتجارة لا تكون فيها هذه الوقية ولو كانت ربحها أقل . الثانى كما عن السيد البيزدى (ره) وأوضحه بعض الاجلاء (دامت شو كته) ان هذه الروايات

بعضها ظاهرة في موافقة القاعدة كصحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن رجل يعطى المال مضاربة وينهى عن يخرج فخرج قال يضمن المسال والربح بينهما (١) و بعضها الاخرى محمولة على موافقتها كصحيحة جميل عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فذهب فاشترى به غير الذى امره قال هو ضامن والربح بينهما على ما شرط (٢)

وبيان ذلك ان شرط عدم الخروج الى بلد فلان ، فى الصحيحة الاولى شرط خارج عن أصل المضاربة التى مقتضاها الشركة فى الربح والاشتراط المزبور ، مقتضاها ضمان العامل لرأس المال على تقدير مخالفة الشرط وليس فى ذلك أمر مخالف لمقتضى المضاربة ولما مقتضى الاشتراط ويحمل الصحيحة الثانية على صورة اشتراط شراء ضرب من المتاع بنحو يكون زائداً على أصل المضاربة لا اخذه فى أصل المضاربة بنحو التقييد .

ولو قال ضاربتك بهذا المال لشراء الغنم على المناصفة فى الربح كان شراء الغنم مأخوذاً بنحو التقييد ولو قال ضاربتك بهذا المال لتجربه على المناصفة فى الربح وعلى ان تشتري غنماً ف شراء الغنم يكون من الشرط الخارجى ولا يوجب مخالفته الاضمان العامل لرأس المال وهذه الروايات وان تكون مضمونها موافقة للقاعدة الا انها اجنبية عن تمام بيع الفضولى بلحوق الاجازة وقد ذكر ان الشاهد لحمل الاخبار على صورة الاشتراط الخارجى هى صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال فى المال الذى يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضعية شىء الا ان يخالف امر صاحب المال فان العباس كان كثير المال وكان يعطى الرجال يعملون

(١) الوسائل الجزء (١٣) الباب (١) من ابواب المضاربة الحديث (١)

(٢) الوسائل الجزء (١٣) الباب (١) من ابواب المضاربة الحديث (٩).



بمضاربة ويشترط عليهم ان لا ينزلوا بطن واد ولا يشتر واذا كبدرطبة فان خالفت شيئاً مما امرتك به فانت ضامن للمال (١) حيث فسر مخالفة امر صاحب المال الواردي في المستثنى بما عن العباس من الشرط الخارجى .

والحاصل ان المفروض في هذه الروايات ليس تقييد الاذن للعامل في التجارة كما هو مقتضى نفس عقد المضاربة بل الزام خارجى على العامل بان لا يشتري مناعاً خاصاً او ان لا يسافر او ان لا يشتري من شخص ويترتب على مخالفة هذا الالزام ضمان العامل لرأس المال على تقدير مخالفته ما اشترط عليه .

ولذا وقع في حكاية قول عباس لعامله فان خالفت شيئاً مما امرتك به فانت ضامن المال .

والمتحصل انه يجب تكليفاً على العامل موافقة الشرط لعموم قوله عليه السلام (المسلمون عند شروطهم) وعلى تقدير المخالفة يترتب عليه الضمان .

اقول لا يخفى ما فيه اما اولاً فانه يكون اشتراط عمل على احد المتعاقدين خارجاً عن المعاملة فيما اذا كان مدلول المعاملة امراً مغايراً للالزام الطرف بالالتزام بذلك العمل كما اذا باع المتاع من زيد واشترط عليه ان لا يملك ذلك المتاع من شخص آخر او من عمرو فان بيع المتاع عبارة عن تملكه بعوض واما تصرف زيد فيه بعد تملكه بالابقاء او تملكه من آخر فهو خارج عن مدلول البيع فيجوز لباعه ان يلزم المشتري حين بيعه بالالتزام بعدم تملكه من شخص آخر او من عمرو .

واما اذا كان مدلول المعاملة امراً لا يجتمع اطلاقه مع الزام الطرف بالالتزام بذلك العمل كما في العقود الاذنية فانه اذا عارثوبه من زيد واشترط عليه ان لا يلبسه

ايام المطر فهذا الشرط لايجتمع مع اطلاق الاذن للمستعير في لبسه بمعنى ان الاذن في لبسه كما هو مدلول عاريته لا يكاد يعم اللبس ايام المطر ولذا لا يصح ان يصرح المعير بانى اذنت لك في لبسه حتى ايام المطر ولكن عليك الالتزام بترك لبسه ايام المطر وفي مثل ذلك لا بد من ورود القيد على متعلق الاذن فيكون المأذون فيه هو لبسه في غير ايام المطر سواء اتى ذلك في عقد العارية بصورة التقييد بان يقول اعرتك الثوب واشترط عليك ان لا لبسه ايام المطر ويفصح عن ذلك انه لو سئل المعير عن انك اذنت له في لبسه ايام المطر يقول لا بل نفيت الاذن فيه صريحاً .

والسرفى ذلك ان الزام الطرف بترك فعل لايجتمع مع الترخيص فيه بل لا بد من رفع اليد عن الالتزام وعقد المضاربة من العقود الاذنية حيث ان مدلولها الاذن للعامل في التجارة براس المال على نحو المشاركة في الربح واذا اشترط على العامل متاعاً خاصاً بأن يقول اذنت لك في التجارة بهذا المال على نحو المناصفة في الربح على ان لا تشتري الحيوان فهو في الحقيقة الاذن في التجارة بغير الحيوان لان الزام العامل بالالتزام بترك تجارة غير الحيوان لايجتمع مع الاذن في تجارة الحيوان .

ولذا لا يفرق بين ان يقول ضاربتك هذا المال لتتجر غير الحيوان او يقول ضاربتك بهذا المال على ان لا تتجر بالحيوان .

فقد ظهر مما ذكرنا ان ما في قول عباس من اشترطه على عامليه بان لا يشتروا ذاكبدرطبة لا يمكن حمله على الشرط الخارجى فضلاً ما فى صحيححة جميل وغيرها .

واما ثانياً فإنه فرق بين التفسير والاستشهاد على الحكم فان الاول من قسم الحكومة

يوجب سقوط الاطلاق عن المفسر بالفتح بخلاف الثاني فانه لا يوجب تقييد أصلاً فانه يصح الاستشهاد على الحكم العام ببعض موارد ثبوته المعروف من قبل .

ومافي صحيحة الحلبي من قوله عليه السلام (الان يخالف امر صاحب المال) مطلق يعم المخالفة فيما اذا كان امره بنحو التقييد في متعلق المضاربة وفيما كان امره بنحو الاشتراط وقوله عليه السلام فان العباس الخ استشهاد على الحكم وان مخالفة امر مالك راس المال يوجب ضمان المال ولا فرق في الضمان بين اشتراط الترك او تقييد متعلق المضاربة ولعله لذلك ذكر السيد اليزدي (ره) بان في الاستشهاد اشارة الى صورة الشرط الخارجي لانه ظاهر في ارادته بخصوصه .

واما ثالثاً فنفرض ان الروايات كلها ناظرة الى صورة الاشتراط الخارجي وان الشرط في المقام لا يوجب تقييداً في متعلق المضاربة فالحكم الوارد ايضاً لا ينطبق على القاعدة فانه بعد كون العامل مأذوناً في شراء ما شرط عليه ترك شرائه يقع الشراء لمالك راس المال فكيف يكون خسارته على العامل فان النقص قد حصل في راس المال باذن مالكة فلا موجب لكونه على العامل فان الشرط مقتضاه انقلاب يد العامل على راس المال بالمخالفة الى يد ضمان فيضمن تلفه وهلاكه والخسارة غير التلف وفي صحيحة الحلبي الاخرى عن ابي عبد الله عليه السلام قال في الرجل يعطى المال فيقول له ائت ارض كذا وكذا ولا تجاوزها واشترمنها قال فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه وان ربح فهو بينهما فقد ذكر سلام الله عليه الخسارة في مقابل هلاك المال وحكم بانهما على العامل .

والحاصل ان ماورد في هذه الروايات حكم تعبدى ومع صحة اسنادها وتمام دلالتها يتعين الاخذ بمقتضاها والله سبحانه هو العالم .

والنهي عن اكل المال بالباطل (١)

ومن هذا القبيل الاخبار الواردة في اتجار غير الولي (٢)

(١) لا يخفى ان روايات الباب حاكمة على النهي عن تملك مال الغير بالباطل فان مع ترخيص الشارع في التملك المزبور ، لا يكون الاكل اكلا بالباطل كما انها بالاضافة الى ما دل على عدم حل المال بغير رضا صاحبه اخص مطلق فيرفع اليد بها عن اطلاقه والوجه في كونها اخص ما تقدم من ان مقتضى اجازة المالك لمعاملة العامل انتقال تمام الربح الى المالك فيكون تملك العامل الحصصة من الربح ، تملك مسال الغير بلارضاه كما ان مقتضاها انه يجوز لمن انتقل اليه رأس المال تملكه ولسويلا اجازة مالكة فيرفع بذلك عن اطلاق حديث عدم حل المال بغير رضا مالكة .

(٢) وهذه الروايات لاتعم ما اذا اتجر الولي للطفل فان تجارته نافذة في حق الطفل وليس على الولي ضمان كان ملياً او لا فان التفصيل في تلك الروايات بين كون العامل له مال او لا قرينة على ذلك لان اعتبار كون العامل ملياً لاجل ان يعوض عن مال الطفل في صورة تلفه او الخسارة ، وهذا لايجرى في صورة اتجار الولي لمصلحة الطفل لعدم الموجب لضمانه بل يجرى الضمان في صورة اتجار الولي بمال الطفل لنفسه باستقراضه او كان العامل بمال الطفل اجنبياً لم يكن له ولاية على مال الطفل او وكالة فيه .

وبتعبير آخر اذا كان ولي الطفل ملياً يجوز له الاستقراض بمال الطفل و الاتجار لنفسه وفي صحيحه منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل ولسى مال يتيم استقرض منه فقال ان على بن الحسين قد كان يستقرض من مال ايتام كانوا

في حجره فلا باس بذلك (١) ويرفع عن اطلاقها بمثل صحيحة ربي عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل عنده مال اليتيم فقال ان كان محتاجاً وليس له مال فلا يمس ماله وان هو اتجر فالربح لليتيم وهو ضامن وفي رواية منصور الصيقل قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به قال فقال اذا كان عندك مال وضمنته فلك الربح وانت ضامن للمال وان كان لامال لك وعملت به فالربح للغلام وانت ضامن للمال (٢).

وكذا يجوز للولي المضاربة بمال الطفل فيما اذا رأى ذلك صلاحاً للطفل وهذا مقتضى ولايته على الطفل وماله وذكرنا ان الروايات الواردة في كون الربح لليتيم والخسارة والضمان للعامل لا تكون ناظرة الى هذه الصورة بقرينة اعتبار كون الولي ملياً فان ملائته وعدمها لا دخل لهما في جواز المضاربة للطفل وفي رواية ابي الربيع قال سئل ابو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لاخته يتيمة وهو وصيه ايصلح له ان يعمل به قال نعم كما يعمل بمال غيره والربح بينهما قال قلت فهل عليه ضمان قال لا اذا كان ناظراً له فان ظاهرها عدم الضمان للولي فيما اذا كان في اتجاره مراعياً لمال الطفل .

واما رواية اسباط قال قلت لابي عبد الله عليه السلام كان لى اخ وهلك واوصى الى اخ اكبر منى وادخلنى معه فى الوصية وترك ابناً صغيراً وله مال ايفضرب به اخى فما كان من فضل سلمه لليتيم وضمن له ماله فقال ان كان لاختك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف فلا باس و ان لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم فانها غير ظاهرة فى اعتبار الملائة فى الولي فى صورة تجارته للطفل بل ظاهرها اعتبارها فى صورة استقراض الولي ولا يكون فرض دفع الربح الى اليتيم قرينة على كون تجارته

(١) الوسائل الواجز (١٦) باب (٣٤) من ابواب العتق .

(٢) الوسائل الجزء (٦) الباب (٢) من ابواب من يجب عليه الزكاة الحديث (٧)

لليتميم مع ان الرواية ضعيفة سنداً ولا يمكن الاعتماد عليها في رفع اليد عن القواعد العامة .

لا يقال يظهر من بعض الروايات جواز استقراض الولي من مال الطفل ولو مع عدم الملائة وفي رواية البنزنطى قال سالت ابالحسن عليه السلام عن الرجل يكون في يده مال لا يتم فيحتاج اليه فيمديده فيأخذه وينوى ان يرده فقال لا ينبغي له ان يأكل الا القصد ولا يسرف فان كان من نيته ان لا يرد عليهم فهو بالمنزل الذي قال الله عزوجل ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلماً .

(فانه يقال) مع ظهورها في الترخيص في الاستقراض لقوته لالتجارة و نحوها ومعارضتها بما هو من قبيل الحاكم بالاضافة اليها كرواية زرارة ومحمد بن مسلم معاً عن ابي عبد الله عليه السلام قال ( مال اليتيم ان عمل به الذي وضع على يديه ضمن ولليتميم ربحه قالوا قلنا له قوله ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف قال انما ذلك اذا حبس نفسه عليهم في اموالهم فلم يجد لنفسه فليأكل بالمعروف من مالهم لا يمكن الاعتماد عليها لضعف سندها .

والحاصل ينحصر ضمان مال الطفل وكون تمام الربح لليتميم بموردين : احدهما - ما اذا كان العامل اجنبياً يعمل بمال الطفل من غير ولاية ووكالة عن وليه وثانيهما - ما اذا لم يكن وليه مالياً وقد استقرض مال الطفل واتجره لنفسه وفي صحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام في مال اليتيم قال العامل به ضامن ولليتميم الربح اذا لم يكن للعامل مال وان عطف اياه .

فانه يرفع اليد عن اطلاقها بالاضافة الى الولي المولى المستقرض مال الطفل والتجارة به لنفسه بما تقدم وقد ذكر كون الربح لليتميم في صورة عدم ملائة الولي في صحيحة ربيعي المتقدمة .

وربما يؤيد المطلب أيضاً برواية ابن أشيم (١).

ثم انه لا فرق في كون تمام الربح لليتم بين كون الاتجار بعين مال اليتيم او ادى العامل به ما عليه من ثمن ما اشتراه بذمته وفي صحيحة زرارة و بكير معاً عن ابي جعفر عليه السلام قال ليس على مال اليتيم زكاة الا ان يتجر به فقيه الزكوة والربح لليتم و على التاجر ضمان المال فان هذه أيضاً تعم ما اذا كان التاجر بمال الطفل ولياً او غيره .

فتحصل من جميع ذلك ان مفاد هذه الروايات أجنبي عن بيع الفضولى بل ولا استيناس فيها له وأن الحكم الوارد فيها تعبدى وهو الحكم على المعاملة بكون ربحها للطفل حتى فيما اذا كان ذلك على خلاف القواعد كما اذا اشترى غير الولي بضمن بذمته ودفع ما عليه من مال الطفل أو اشترى الولي غير الملى كذلك .

و بذلك يظهر أن ما قيل من أن حكم الشارع بثبوت الربح لليتم اجازة للمعاملة الفضولية غير صحيح، فان مقتضى الاجازة في المثالين وقوع المعاملة للمتجر للطفل كما ظهر انه لا يمكن تطبيق الروايات على القاعدة بدعوى أنه اذا لم يجز للولى الاستقراض بمال الطفل و كان القرض محكوماً بالبطلان تكون المضاربة واقعة على مال الطفل فيكون الربح له فان ظاهرها كون تمام الربح لليتم وهذا لا يناسب صحة المضاربة كما ان كون الخسران على الذى وضع يديه بمال الطفل لا يناسبها . أضف الى ذلك انه اذا كان اشتراء العامل بذمته و دفع مال اليتيم أداء لما عليه لا تقتضى القاعدة الابطلان الاداء لادخول الربح في ملك اليتيم .

(١) اقول يحتمل كون العبد المأذون مأذوناً حتى من قبل الورثة بالبيع و الشراء لهم بان كان لهم عنده مال غير الالف الذى دفع اليه مورثهم و على ذلك فمطالبتهم باب العبد المأذون، ليس من اجازة شراء الفضولى ليؤيد بهذه الرواية

صحة عقد الفضولي بلحوق الاجازة به ويحتمل كون دعوى الورثة من جهة ان العبد المعتق بالكسر كان وكيلاً من قبل أبيهم لا وصياً عنه حيث لم يصرح فى الرواية بانه أوصى الى العبد المدفوع اليه المال وبما ان الوكالة تبطل بموت الموكل فدعواهم ان الشراء كان بعين مالهم بمنزلة اجازة لشراء الفضولى .

ثم ان الحكم بعود المعتق بالفتح رقاً لمولاه الاول باعتبار ان الورثة ومولى العبد المأذون ومولى العبد الحاج لا دعوى لهم على العبد المأذون بان يطالبوه بحق لازم عليه بل المخاصمة تكون بين ورثة الميت ومولى العبد المأذون ومولى العبد الحاج وكيل من الورثة ومولى العبد المأذون يدعى مالكية العبد الحاج بالشراء وكالة او باجازة شراء الفضولى وينكر ذلك عليهم مولاه يعنى مالكة الاول والاصل المعتبر وهو استصحاب عدم الانتقال مقتضاه كون مالكة الاول منكراً .

(لا يقال) لا مجال للاستصحاب المزبور حيث ان اصالة الصحة فى الشراء تكون حاكمة عليه فانه يقال انما تجرى اصالة الصحة مع احراز تحقق اصل الشراء كما اذا شك فى بعض شروط صحته واما مع عدم احراز وجود اصل المعاملة و تحقق عنوانها فلا مورد لاصالة صحتها والمقام كذلك فانه على انكار مولى المعتق بالفتح لا يحصل الشراء اصلاً .

(لا يقال) يؤخذ باقرار العبد المأذون بانه اشترى اباه بما دفعه اليه الرجل كما هو مقتضى قاعدة من ملك شيئاً اى تصرفاً ملك الاقرار بذلك التصرف .

(فانه يقال) لا مجرى فى المورد للقاعدة ايضاً حيث يقبل اقرار المالك بالعمل اى اخباره عن وقوعه اولاً ووقوعه مع احراز انه سلطان للعمل المزبور فى زمان اخباره لا بعد انقضاء زمان سلطنته على ذلك التصرف مثلاً اذا اخبر الزوج بالرجوع فى زمان عدة زوجته فان كان اخباره فى زمان العدة يقبل منه وبعد انقضائه لا يقبل



وفى المقام اقرار العبد المأذون بانه اشترى بالمال الذى دفعه اليه الرجل اقرار بعد انقضاء زمان وكالته عن المورث فلا يسمع .

اضف الى ذلك ان القاعدة المزبورة موردها اختلاف الوكيل مع موكله لامورد دعوى موكله على الاخر او بالعكس بان يكون اخبار الوكيل موجباً لثبوت حق موكله على الاخر او بالعكس كما اذا قال موكله باع وكيلى المتاع بمائة وقال المشتري بل اشتريته بثمانين فان اعتراف الوكيل بكون الثمن مائة لا يوجب تعيين الثمن بل يحسب الوكيل على تقدير عدالته شاهداً و تفصيل الكلام مو كول الى محله .

نعم فى الرواية اشكال آخر وهو انه كيف حكم الامام عليه السلام بصحة الحج مسع اشتراط الحج بكون الحاج حراً او يكون حجه باذن مولاه وكيف يستحق الاجرة مع ان المال المدفوع اليه ملك الورثة .

و (الجواب) عن ذلك بان الرواية غير ناظرة الى صحة الحج بل ظاهرها ان العبد الحاج قابل للرد الى مواليه ولكن حجه لتصرمة وانقضائه غير قابل للرد ضعيف فان ظاهر مضى الحج صحته وظاهر عدم رده عدم جواز استرداد ما دفع اليه بعنوان الاجرة على الحج .

والحاصل ان عدم جواز حج العبد من غير اذن مولاه ليس من جهة حرمة تصرف العبد فى ملك مولاه ليقال بانه لا تثبت هذه الحرمة مع غفلة العبد عن بطلان عتقه فيعم الحج ما دل على مشروعية حج الانسان عن نفسه او غيره بل عدم جوازه باعتبار اشتراط ادن مولاه فى حجه كما هو ظاهر قوله سبحانه عبداً مملوكاً لا يقدر على شىء و ظاهر الروايات الواردة فى حج العبيد والاماء فلاحظ و الذى يسهل الامر ضعف الرواية سنداً فان الشيخ (ره) رواها باسناده عن الحسين بن سعيد عن

## ومما يؤيد المطلب صحيحة الحلبي (١) .

ابن محبوب عن صالح بن رزين عن ابن اشيم وصالح بن رزين وان وقع في اسناد تفسير على بن ابراهيم الا ان ابن اشيم ضعيف .

(١) رواها الشيخ (ره) باسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي وظاهر أخذ الثوب بوضعية الاقالة بتتقيص من ثمنه فيكون النهي عن الاخذ المزبور كما هو مقتضى النهي عن المعاملة ارشاداً الى بطلانها وعلى ذلك فاذا باعه البايع ثانياً يكون بيعه من المشتري الثاني فضولياً وحيث ان مشتريه الاول المالك للثوب واقعاً كاره للثوب يكون أخذه التفاوت عند رده عليه اجازة للبيع الثاني .

وربما يقال ان الرواية لا ترتبط ببيع الفضولي اصلا فانه لم يفرض في الرواية ان المشتري الاول قد اجاز البيع الثاني ولعله لا يرضى بالبيع الثاني بعد وقوعه لزيادة القيمة السوقية للثوب بعد اقالته ولو كان الحكم بصحة البيع الثاني باعتبار كونه فضولياً قد لحق به الاجازة لزم رد تمام الثمن فيه، على المشتري واسترداد المدفوع اليه بالاقالة الفاسدة بل الظاهر ان البيع الثاني يبيع تام يقع للمشتري الاول حيث ان رده الثوب على بايعه بوضعية ابراز منه لرضاه ببيعه باكثر من ثمنه ومع هذا الابراز يقع البيع الثاني من البايع مقارناً لرضاه المبرز فيصح .

(اقول) كيف يكون مع غفلة البايع والمشتري الاول عن بطلان الاقالة ابراز من المشتري الاول والاذن منه للبايع بيعه باكثر من ثمنه نظير ما اذا باع متاعه ببيع فاسد شرعاً فانه كيف يمكن الالتزام ان البيع المزبور مع الغفلة عن فساده توكيل للمشتري ببيعه بازيد من الثمن المزبور .

ويمكن التأييد له أيضاً (١) .

نعم فى مثل ما وكل الغير فى بيع متاعه بالاقبل باعتقاد ان متاعه لا يساوى اكثر من ذلك يكون ذلك تو كيلا باكثر من المقدار المزبور وقد ذكر نظير ذلك فى تو كيل رسول الله صلى الله عليه وآله عروة بشراء شاة واحدة بدينار فاشترى شاتين فان التوكيل المزبور يدل بالفحوى على تو كيله فى شراء شاتين بالمقدار المزبور . والحاصل الظاهر وقوع المعاملة المزبورة بنحو الفضولى و كراهة المشتري الثوب المزبور واخذه مازاد على المقدار المدفوع اليه عند رده عليه اجازة عملية للبيع المزبور كما ان اخذ ذلك التفاوت مبادلة معاطية بين المدفوع اليه اولا و مقدار مساويه الباقي بيد البايع ويتعين الالتزام بها سواء كان البيع الثانى من البيع القضولى او من البيع التام باعتبار الرضا المبرز بالاقالة .

(١) لا يخفى ان حمل الموثقة على صورة كون شراء السمسار فضولياً ليجيره دافع الورق فيما اراد ويرده فيما لم يرد ضعيف غاية فانه ان فرض ان مالك الورق قد اذن له فى شراء المتاع فشرائه يخرج عن الفضولى لا محالة وان لم يأذن له فى شرائه فالشراء وان يكون فضولياً الا ان لازم ذلك ان لا يكون للسمسار حق المطالبة بالاجرة على شرائه حتى بعد اجازة مالك الورق فان الموجب لاستحقاق الاجرة تو كيله او الاذن فى الشراء والمفروض عدمهما .

وكذا لا تحمل على شراء السمسار لنفسه بان يكون الورق المدفوع اليه قرضاً عليه فيشتري به المتاع لنفسه او يوفى به دينه اى الثمن الكلى بذمته فان هذا لا يناسب توصيف السمسار بانه يشتري بالاجر فان توصيفه به بمنزلة ذكر انه فى فرض السؤال ايضاً يشتري بالاجر و الا لم يكن للتوصيف المزبور معنى فان السمسار و هو الدلال شأنه اخذ الاجرة على شرائه وبيعه للغير .

## وربما يؤيد المطلب بالاخبار الدالة (١)

وأيضاً ان السمسار مع شرائه لنفسه ثم بيعه لصاحب الورق ، لا يستحق على الشراء المزبور أجرة اصلاغيته ان له ان يبيع ما اشتراه بالاكثر ، فيتعين في فرض الرواية الشراء لصاحب الورق مسح جعل الخيار له ، و لعل نظر السائل ليس السؤال عن جواز هذا النحو من الشراء ، بل عن عدم اعطاء صاحب الورق الاجرة على شراء السمسار في فرض عدم أخذه ما اشتراه السمسار .

وحاصل الجواب انه لا بأس بذلك بعد المقالة بانه لا يعطى أجرة على شراء متاع لا يريد اخذه ، والله سبحانه هو العالم .

(١) وتوضيحه ان مجرد اجراء النكاح وعقده ، لا يكون محرماً على العبد تكليفاً فان اجرائه كسائر تكلمه لا يكون من المحرمات ولو مع عدم اذن صاحبه ، و المراد من معصية السيد عدم حصول رضاه مع اعتبار حصوله في نفوذ نكاحه ، و المستفاد من تلك الاخبار انه كلما كان نقص المعاملة وعدم نفوذها من جهة معصية احد يعنى من جهة فقد رضاه من يعتبر في نفوذها رضاه ، فتتم تلك المعاملة بحصول ذلك الرضا ولو بعد زمان ، وهذا بخلاف المعاملات التي يكون عدم نفوذها باعتبار عدم رضاه الشارع بها كالنكاح في العدة ، فانه لا يحتمل عروض الصحة له . ومما ذكرنا يظهر ان هذه الاخبار تفيد فيما كان نقص المعاملة من جهة اعتبار الرضا فقط كبيع الراهن بدون رضا المرتهن ، واما اذا كان عدم نفوذه من جهة عدم اضافته أيضاً الى المالك كما هو مورد كلامنا ، فلا .

ويستدل على صحة بيع الفضولي بروايات تحليل الخمس للشعبة مطلقاً وفي خصوص المناكح والمساکن والمتاجر فان المراد بالمناكح الجوارى التي تدخلن في الرق بالاسر ، فهن اما ملك الامام عليه السلام كما اذا وقعن في الاسر في الحرب

بلا اذنه عليه السلام او ان له عليه فيهن الخمس ، كما اذا كان الحرب باذنه عليه السلام فيكون شرائهن ممن عنده من الشراء فضولاً و تحليلهن للمشتري فيما اذا كان شيعياً من لحوق الاجازة بالشراء المزبور فينتقل الخمس الى بدلهن وهو الثمن الذى يأخذه البايع .

وكذا الاراضى التى تكون ملكاً للامام عليه السلام ، كالتى تؤخذ من الكفار بالحرب من غير اذنه عليه السلام او تكون له فيها الخمس كالارض المشتراة من الذمى فيما اذا تملكها باشرائها من المسلم فانه اذا باعها الذمى من الشيعى يكون الشراء فضولياً بالاضافة الى خمس الارض وتحليل تلك الارض للمشتري اجازة لشرائها ، والمراد بالمناجر الاموال المشتراة المتعلقة بها الخمس بيد من لا يعتقد بالخمس ، فان شرائها من البايع المزبور يكون من الشراء الفضولى وتحليلها للمشتري الشيعى اجازة لشرائها ، كما ذكر .

بل ذكرنا فى محله ان ظاهر اخبار التحليل هو تحليل الخمس مطلقاً سواء كان من قبيل المناكح والمساكن او المناجر بالمعنى المزبور اولاً ، ومقتضى الجمع بينها وبين مثل صحيحة على بن مهزيار الدالة على ان الخمس فى كل ما يفيد الرجل الى ان قال ( ان يبلغ مواليه بايصال حقه عليه السلام اليه او وكيله ) هو ان الذى يتعلق الخمس بالمال فى يده مكلف بايصاله الى اربابه وانه لم يتعلق بالخمس المزبور حل بالاضافة اليه واما الذى يقع هذا المال بيده قبل اخراج خمسه لا يجب عليه اخراج الخمس السابق ، وانه يحل له تمام ذلك المال .

وعلى ذلك فلو اشترى متاعاً تعلق به الخمس فى يد بايعه ، يملك تمام ذلك المتاع كما هو مقتضى شمول اخبار التحليل للمشتري وينتقل الخمس بثمنه المدفوع كما هو مقتضى عدم تحليل الخمس للبايع واذا وصل الى يد الشيعى من غير معاوضة كما اذا

دفع المشتري ما فيه الخمس الى البايع وفاءً لما عليه من الثمن الكلى فيمكن أن يقال بضممان المشتري الخمس حيث ان دفعه اليه وفاءً لما عليه من الثمن مع تحليل الخمس للبايع اتلاف منه للخمس فيضمن وكذا في موارد دفعه الى المشتري مجاناً بخلاف ما اذا كان انتقال ذلك المال الى الشيعى بحكم الشارع فقط كما فى موارد ارث المال الذى تعلق به الخمس بيد المورث ، فان مقتضى تلك الاخبار حل ما فيه الخمس للمورث ، و المورث لا يضمن الخمس حيث انه لم يدفعه ليضمن اتلافه ، وهكذا .

ويشهد أيضاً على ان من بيده تعلق الخمس بالمال ، مكلف باخراجه صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام فى الرجل من اصحابنا يكون فى لوائهم ويكون معهم فيصيب غنيمة قال يؤدى خمساً ويطيب له وصحيحة حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال خذ مال الناصب حيثما وجدته وادفع الينا الخمس وفى موثقة عمار عن أبي عبد الله عليه السلام انه سئل عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل قال لا الا ان لا يقدر شىء بأكل ويشرب ولا يقدر على حيلة فان فعل فصار فى يده شىء فليبعث بخمسه الى اهل البيت وفى صحيحة ابن ابي نصر قال كتبت الى ابي جعفر عليه السلام الخمس اخراجه قبل المؤنة أو بعد المؤنة فكتب بعد المؤنة ، الى غير ذلك .

نعم ورد فى بعض الروايات التحليل بالاضافة الى من تعلق الخمس بيده ولكن مدلولها تحليل شخصى لا يمكن التعدى أو استفادة الحكم الكلى ، كروايتى مسمع بن عبد الملك وعلى بن مهزيار .

ثم ان الروايات الواردة فى تحليل الخمس للشيعه قد تدتد كرشاهدة لتمام شراء الفضولى بلحوق الاجازة به بل قيل ان التحليل اجازة بنحو الكشف كما هو مقتضى قول على عليه السلام ( الاوان شيعتنا من ذلك وآبائهم من حل ) وربما يدكر انه قد

تقدم عدم خروج البيع عن الفضولية بمجرد مفارنته برضا المالك واقعاً بل لابد من ابراز الرضا و عليه فيقل الكلام في ان مجرد ابراز الرضا كاف في خروجه عن الفضولية وان لم يصل ذلك الا براز الى العاقد كما اذا باع مال الغير قبل وصول ابراز المالك رضاه اليه او انه يعتبر في خروجه عن الفضولية وصول ذلك الا براز الى العاقد قبل عقده المعبر عن ذلك بالاذن الظاهر هو الثاني لانه لا يصح استناد البيع الى المالك وانه قد باع ماله مع حصول العقد من العاقد قبل وصول ذلك الا براز اليه فيكون الا براز المزبور من الاجازة اللاحقة للبيع الفضولي اقول هذا الكلام عجيب فانه اذا لم يكن الا براز المزبور مصححاً لاستناد البيع الى المالك ، فكيف يعتبر ذلك الا براز اجازة مع انه يعتبر في الاجازة كونها مصححة لاستناد العقد الى المجيز .

وبعبارة اخرى كما يعتبر في صحة الاستناد وصول ابراز الرضا من المالك الى العاقد كذلك يعتبر فيها وصول خبر البيع الى المالك واظهار رضاه به بعد الاطلاع المعبر عن ذلك بالاجازة .

والحاصل انه لا يعقل ان يكون ابراز الرضا من على عليه السلام توكيلاً للشيعه في الشراء او اجازة منه لذلك الشراء حيث لا يعقل الوكالة لما بعد موت الموكل او الاجازة للعقد الواقع بعد موته و الصحيح ان التحليل المزبور لا يرتبط باجازة شراء الفضولي ولا بالتوكيل فيه ليقال انه كيف يصحح استناد الشراء الى الامام عليه السلام بل هو من قبيل اعطاء الولاية لمن ينتقل اليه ما فيه الخمس على المعاملة عليه نظير اعطاء الموصى الولاية على الوصى على التصرف في ثلثه باجارته او بيعه او بيع منافع .

## وفيه ان دلالة على الحصر ممنوعة (١)

وقد تقدم نظير ذلك في شراء الخراج و تقبل الارض من السلطان حيث ذكرنا ان تحليل الخراج المأخوذ منه وتحليل تلك الارض ، اعطاء ولاية للمشتري والمتقبل في الشراء والتقبل .

(لا يقال) تحليل الخمس للشيعي لا يلزم الحكم بصحة شراء الخمس ليتكلم في انه بنحو التوكيل أو الاجازة او من اعطاء الولاية بل مقتضاه أن يجوز للشيعي تملك ما فيه الخمس فاذا اشترى متاعاً تعلق به الخمس بيد بايعه ، فمقتضى اخبار التحليل ، انتقال ذلك المتاع بتمامه الى المشتري ولو تملك البايع تمام الثمن يكون ذلك تحليلاً للخمس له فلا بد من القول بانه لا يملك من الثمن المقسدار الواقع مقابل خمس المتاع بل يبقى ذلك المقسدار من الثمن في ملك المشتري فيجوز له الامتناع من دفعه الى البايع على تقدير تمكنه على الامتناع وكذا في مورد اشتراء المتاع بثمن فيه الخمس فانه يكون تمام الثمن ملكاً للبايع ، و اما المتاع فخمسه يبقى في ملك البايع فيجوز له الامتناع عن دفعه الى المشتري وعلى تقدير دفعه لا يدخل في ملك المشتري .

(فانه يقال) لسان اخبار التحليل ان التحليل لتسهيل الامر على الشيعة في معاملاتهم ومناكحتهم ومعاشراتهم ، وهذا يناسب امضاء المعاملة الجارية على مال الخمس او اعطاء الولاية على تلف المعاملة لا الاذن في تملك كل ما وقع بيده مما فيه الخمس ولو كان ذلك الوقوع عدواناً على من تعلق الخمس بالمال في يده او على ارباب الخمس .

(١) قد تقدم في بيان صحة بيع المكره بلحوق الاجازة به بيان كون الاستثناء في الآية منقطعاً فلا دلالة فيها على الحصر وان مقتضى تقييد التجارة بكونها عن تراض ، عدم كونها باطلاقها موجبة لتملك مال الغير واما كون التجارة ناشئة عن التراضى بحيث



لا ينعى لحقوق الاجازة بها فلا يعتبر باعتبار ان القيد كما ذكر غالبى لا يمنع عن التمسك فى صحتها مع لحقوق الاجازة بها باطلاق حل البيع وعموم وجوب الوفاء بالعقد .

لا يخفى ان المنسوب الى اهل الكوفة قرائة تجارة بالنصب والباقي بالرفع و على قرائة رفعها يكون عن تراض قيذاً للتجارة او خبراً عنها والخبر فى معنى القيد لها واما على قرائة النصب فيحتمل ان يكون عن تراض خبراً بعد الخبر فمفاد الاية لاتتملكوا أموال الناس بالباطل وتملكوها بالتجاره و بالتراضى و المصالحة ، و على ذلك فلا يكون فى الاية ، تقييد التجارة بكونها ناشئة عن التراضى ولكن غلبة توصيف النكرة و منها التجارة فى الاية يوجب كون الظرف قيذاً لا خبراً بعد خبر .

ثم انه (ره) قد قرب شمول الاية للعقد الفضولى بلحقوق الاجازة به و ان مقتضى الاية صحته حتى على تقدير كون القيد قيذاً غير غالبى وان له مفهوماً كسائر القيود ووجه التقريب ان خطاب النهى متوجه الى الملاك وانهم قد نهوا عن يأكل بعضهم مال بعض آخر بالوجه الباطل بل يجوز التملك بتجارة الملاك الناشئة عن رضاهم و من الظاهر ان التجارة قبل اجازة المالك لاتكون تجارته بل يتم استنادها اليه باجازتها فتكون تجارته عن رضاه كما لا يخفى .

و قد ذكر اليزدى (ره) الصحيح فى الجواب عن الاستدلال بالاية على بطلان بيع الفضولى هو كون خطاب النهى متوجه الى المسالك بالتقريب المزبور والا فدعوى ان الاستثناء فيها منقطع فلا يبدل على الحصر غير صحيحة لان الاستثناء المنقطع فى نفسه مستحيل فانه لا يصح ان يقال ما رأيت من العلماء احداً الا بطيحاً و ماجائئى

زيد الاعمر و من الظاهر انه لو كان الافى موارد استثناء المنقطع بمعنى (لكن) لصح كلا الاستعمالين وعدم صحتهما كاشف عن ان الافى جميع موارد استعماله يستعمل فى الاستثناء .

غاية الامر يكون المراد من المستثنى منه ما يعم الاستثناء ادعاءً بان يراد فى قوله ماجائى من العلماء الاخادمهم العلماء ومن يتعلق بهم وعلى ذلك ففى قوله سبحانه لاتاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض لا يكون المستثنى منه شيئاً من المذكورات فيهما من الاكل والاموال والباطل بل المستثنى منه محذوف وهو بشىء من الاسباب والمعنى لاتاكلوا اموالكم بينكم بشىء من الاسباب فانها باطلة الا ان يكون ذلك السبب تجارة عن تراض فقد حذف المستثنى منه واقسم علته مقامه نظير قوله سبحانه وان تكفروا فان الله غنى عن العالمين وان سرق فقد سرق أخ له من قبل .

( اقول ) لا يقاس آية النهى عن الاكل بشىء من الايتين فى حذف الجزاء وقيام تعليقه مقامه فان المذكور فيهما لا يصلح ان يكون جزاءً مترتباً على الشرط الوارد فيهما ولكن الامر فى آية النهى عن الاكل ليس كذلك و ليس فيها تلك القرينة ولم يذكر فيها لاتاكلوا اموالكم بينكم فان أكلها باطل بل قوله سبحانه بالباطل فى نفسه ظاهر فى كونه متعلقاً بالااكل الوارد عليه النهى وانه عنوان لسبب الاكل لظهور الباء فى السببية فيكون المنهى عنه هو الاكل الخاص وهو الاكل بسبب الباطل فيكون التجارة عن تراض من الاستثناء المنقطع فانه لولا الاستثناء لما تدخل فى المستثنى منه .

وما قيل فى وجه استحالة استثناء المنقطع وعدم كون الابعنى لكن والاستشهاد بالمثاليين المتقدمين غير صحيح غاية الامر ان لا يكون الافى موارد استثناء المنقطع

## واما السنة (١)

بمعنى لكن بل بمعنى الاستثناء ولو ادعاء وهذه الادعاء صحيحة فيما كان المستثنى مناسباً للمستثنى منه ولا يستلزم ان يكون المراد بالمستثنى منه معناه المجازى ليعم المستثنى فاذا قيل ماجائى من العلماء الاخادمهم فالمستثنى مع المستثنى منه يعد فى العرف عائلة والاكل بالتجارة مع الاكل بالاسباب الباطلة يعد تملكاً بالسبب وهكذا وهكذا فلا حظ وتدبر .

## (١) الروايات التى ذكرها فى المقام على طوائف :

الاولى - ماتضمن النهى عن بيع ماليس عنده وفى النبوى المحكى فى اخبار العامة قوله صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام لا تبع ماليس عندك وفى رواية سليمان ابن صالح عن ابي عبد الله عليه السلام ورواية حسين بن زيد عن الصادق عن آبائه فى مناهى النبى صلى الله عليه وآله قال ونهى عن بيع ماليس عندك وعدم حضور المبيع عند البايع كناية عن عدم تمكنه على تسليمه لعدم ملكه حال البيع وذلك للجزم بعدم اعتبار وجود المبيع فى مكان يكون البايع فيه حال البيع .

وعلى ذلك فتكون هذه مساوية للطائفة الثانية وهى - ماتضمن نفى البيع الا اذا تعلق بملكه كقوله فى النبوى الاخر لا بيع الا فيما يملك بعد قوله لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك وهذا كما يظهر من الروايات المتعددة (١) الغاء للبيع قبل الملك والغاء للطلاق قبل الزواج والعتق قبل الملك ولو بان يقول لوتزوجتك فانت طلاق اولو تملكنتك فانت حر .

الثالثة ماتضمن نفى الجواز عن بيع غير الملك وفى التوقيع لا يجوز بيع ماليس يملك

وقد وجب الشراء من البايع على ما يملك (١) ولكن لا يخفى ان ظاهره عدم نفوذ بيع ما لا يملكه بايعه .

واما انه لا يتم أيضاً لما لكة باجازه فلا تعرض له في الصحيحة بقرينة الحكم في ذيلها بوجوب البيع ولزومه فيما يملك فان المقابلة المزبورة مقتضاها ان النفي والاثبات بالاضافة الى البايع فقط .

الرابعة صحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال سئل رجل من اهل النبل عن ارض اشتراها بقم النبل و اهل الارض يقولون هي ارضهم واهل الاسنان يقولون هي من ارضنا فقال لا تشتريها الا برضا أهلها (١) ورواية الحميري انه كتب الى صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه الشريف الى ان قال فاجابه الضيعة لا يجوز ابتياعها الا من مال كها او بامرهم أو رضى منه (٢) و الرواية مرفوعة لعدم ذكر الطبرسي سنده الى الحميري والمراد برضا المالك هو الرضا المحرز باظهاره والا فلا عبرة بالرضا المعلوم بغيره ولا يخرج العقد به عن الفضولية كما مر بيانه عند التعرض لقضية عروة البارقي و كذا الحال في الرضا الوارد في صحيحة محمد بن مسلم و اعتبار رضا اهل الارض في تلك الصحيحة باعتبار انهم ذوى اليد عليها .

والحاصل مدلول الروايتين دخالة رضا المالك في تمام البيع والشراء وهذا مما يقبله القائل بتمام بيع الفضولي بل حقوق الاجازة به فان اجازة المالك اظهر لرضاه بالبيع والشراء كما تقدم .

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٢) ابواب عقد البيع الحديث (١)

(٢) الوسائل الجزء ١٢ الباب (١) ابواب عقد البيع الحديث (٣-٨-٢)

## الظاهر من الموصول (١) .

الخامسة-رواية محمد بن القاسم الفضيل قال سألت ابا الحسن الاول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطايعهم وكتب عليها كتابا بانها قد قبضت المال ولم تقبضه فيعطيهما المال أم يمنعهما قال قل له ليمنعهما اشد المنع فانها باعتها مالم تملكه (١) ولا يخفى ضعف الرواية سنداً لعدم ثبوت توثيق لابي عبد الله البرقى مع انها لا ترتبط بصحة بيع الفضولى بلحوق الاجازة و عدمها فان مدلولها عدم جواز القبض والاقباض للبايع غير المالك وهذا امر متسالم عليه بين القائلين بتمام بيع الفضولى بلحوق الاجازة به وبين المنكرين له .

(١) المراد بما الموصولة فى قوله صلى الله عليه وآله العين الخارجى بقرينة ما ورد فى صحة بيع الكلى على الذمة حالاً او سلماً ولسو مع عدم تملك شىء منه حال البيع وقد ورد فى بعض الروايات الرد على العامة حيث انهم يجوزون بيع الكلى سلماً ولا يجوزون بيع الكلى حالاً من غير ان يكون البايع مالكا له حال البيع كصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً قال ليس به بأس قال قلت انهم يفسدونه عندنا قال واى شىء يقولون فى السلم قلت لا يرون به بأساً يقولون هذا الى اجل فاذا كان الى غير اجل و ليس عند صاحبه فلا يصلح فقال اذا لم يكن الى اجل كان اجود (٢) .

(١) الوسائل الجزء ١٢ الباب (١) ابواب عقد البيع الحديث (٣-٨-٢)

(٢) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٧) من ابواب احكام العقود الحديث (١) ص ٣٧٤.

## ومن البيع البيع لنفسه (١) .

وهذا الرد منه عليه السلام مبنى على مسلك العامة من اخذهم فى الاحكام بالاستحسان والقياس الى موارد النص وبما ان جواز السلم مورد النص عندهم وان تسليم المبيع منه يكون بعدمدة لا يعلم تمكن البايع فيه عليه فيكون بيع الكلى حالاً مع احراز التمكّن على تسليمه اولى بالجواز .

وبعبارة اخرى لو كان النهى عن بيع ما ليس عنده او ليس ما يملكه مطلقاً فلا بد من رفع اليد عن اطلاقه وحمله على صورة كون المبيع عيناً خارجياً او بنحو الكلى فى الخارج .

(لا يقال) هذه الروايات مع ضعف اسنادها معارضة بمادل على جواز بيع الكلى على الذمة حالاً فتحمل على رعاية التيقية لوقوعها مورد التكذيب .

(فانه يقال) ليس فى الروايات المشار اليها ما يدل على تكذيب المنقول عن النبى صلى الله عليه وآله بل مدلولها جواز بيع الكلى على الذمة حالاً او سلماً فتكون مقيدة للنهى المنقول ولا تصل النوبة مع الجمع العرفى بين المتعارضين الى طرح احدهما او حملة على رعاية التيقية كما هو المقرر فى بحث التعارض .

(١) والوجه فى ظهوره فى ذلك هو السؤال الوارد فيه حيث سأل الحكيم النبى صلى الله عليه وآله عن بيع الشيء ثم اشترائه وتسلمه الى مشتريه .

وعلى ذلك فالمحتمل فيه احد امرين : الاول - كون النهى ارشاداً الى فساد البيع الذى انشأه البايع غير المالك لنفسه وكونه لغواً لا يقع له ولا لمالكه حتى بالاجازة ويناسب ذلك للاستدلال به على بطلان بيع الفضولى وعدم صحته بالاجازة الثانى - كون النهى ارشاداً الى عدم وقوع البيع المنشأ عن بايعه الفضولى بل

يعتبر في وقوعه ان يبيعه بعد ان يملكه وهذا يناسب السؤال الوارد فيه ولا تعرض فيه لعدم وقوعه عن مالكة باجازته ويرجع الى الاحتمال الثاني ما في روايتي خالد ويحيى الاتيين في مسألة بيع الفضولي لنفسه اى مسألة وقوع بيع الفضولي لبايعه كما اذا باع ثم ملك واجاز حيث ان الخبرين يذكر ان فى تلك المسئلة وجهاً سابعاً من الوجوه المقتضية لبطلان ذلك البيع .

(لايقال) خصوص المورد فى النبوى لا يكون موجباً لتخصيص عموم الجواب او اطلاقه وظاهر النهى عن بيع ماليس عندك او نفى البيع عنه عدم تمام ذلك البيع لاعن بايعه الفضولى ولا عن مالكة ولو باجازته .

(فانه يقال) لو سلم هذا الاطلاق او العموم لزم رفع اليد عنه بالاخبار الخاصة الواردة فى عقد الفضولى والدالة على ان المعاملة الفضولية تتم للمالك مع اجازته وليس المراد حمل اطلاق النهى او عموم نفى البيع على ما ذكر بقريئة وجوب الوفاء بالعقود او دليل حل البيع فان النهى او النفى فى النبوى بالاضافة الى دليل وجوب الوفاء بالعقود او دليل حل البيع خاص او مقيد ومن المقرر فى محله ان اطلاق المخصص او المقيد يكون مقدماً على عموم العام و اطلاق المطلق بل القرينة على حمل النبوى تلك الاخبار الخاصة الدالة على تمام بيع الفضولى لمالكة مع اجازته .

و ذكر المحقق الايروانى فى تعليقه ان النسبة بين الطائفتين اى الاولى و الثانية و بين مادل على تمام البيع فضولا بلحوق الاجازة به عموم مسن وجه فان الطائفتين ظاهرتان فى فساد البيع لنفسه سواء اجازته المالك او لا فهاتان خاصتان من جهة قصد الفضولى البيع لنفسه وعامتان بلحوق الاجازة به عدمه ومادل على تمام

واما الروايتان فدلالتهما على ما حملنا (١) .

وان ابيت الا عن ظهور الروايتين (٢) .

بيع الفضولى بلحوق الاجازة به خاصة من جهة لحوق الاجازة به وعامة من جهة قصد الفضولى البيع لنفسه او لمالكة فيجتمعان فيما اذا قصد الفضولى البيع لنفسه مع لحوق الاجازة به فمقتضى الطائفتين بطلانه ومقتضى ماورد فى تمام بيع الفضولى بلحوق الاجازة صحته فيتساقتان .

اقول لا يخفى ان الكلام فى المقام فى المسألة الاولى من مسائل بيع الفضولى وهى ما اذا قصد الفضولى البيع عن مالكة مع لحوق الاجازة به واذا كان ذلك محكوماً بالصحة كما هو مقتضى كونه احد موردى الافتراق، فيحكم بصحته بلحوق الاجازة به فيما اذا قصد الفضولى البيع لنفسه لعدم احتمال الفرق بين المسألتين على ماسياتى مع انه بعد تساقط الاطلاق من الجانبين يكون المرجع اطلاق حل البيع وعموم وجوب الوفاء بالعقود .

اضف الى ذلك ان النبوى مفاده عدم وقوع البيع للبايع الاجنبى سواء اجازته المالك ام لا واما وقوعه للمالك باجازته سواء باع الفضولى لنفسه او لمالكة فهو مفاد الروايات الخاصة الواردة فى تمام بيع الفضولى باجازة المالك فلا تعارض بينها وبين النبوى اصلاحيث ان المنفى فى النبوى وهو وقوع البيع للبايع الفضولى لم يكن مورد الاثبات فى تلك الروايات اصلا .

(١) المراد بهما روايتا خالد ويحيى .

(٢) المراد بهما مكاتبة الحميرى وصحيححة محمد بن مسلم .



## والجواب ان العقد (١) .

(١) ذكر (ره) اولاً بان اجراء العقد على مال الغير اذا لم يقصد ترتيب الاثر عليه بلا اجازة مالكة لا يكون تصرفاً فى ذلك المال خارجاً ليكون محرماً تكليفاً وقد مر سابقاً ان اجرائه لا يزيد على التكلم الذى لا يكون المتكلم متصرفاً الا فى لسانه .

نعم اذا كان البيع علة تامة لترتيب الاثر عليه كما فى بيع المالك او الغاصب كان جواز العقد وحرمة تابعين لجواز ذلك الترتيب وحرمة .

اقول لا يكون بيع الغاصب او المالك علة تامة اصلاً فان القبض و الاقباض امر اختياري للمتعاقدين قد يترتب على البيع سواء كان صحيحاً او فاسداً وقد لا يترتب عليه واذا كان ذلك القبض او الاقباض تصرفاً فى ملك الغير فلا تكون حرمة موجبة لحرمة نفس العقد الذى لا يخرج فى حقيقته عن التكلم بالالفاظ وقصد المعانى منها نعم اذا كان البيع بنحو المعاطاة يكون نفس القبض او الاقباض بقصد حصول البيع تصرفاً فى ملك الغير فيكون المحرم نفس القبض و الاقباض لا احدهما بعنوان العقد كما لا يخفى .

وذكر ثانياً انه لو فرض كون اجراء العقد على مال الغير تصرفاً ولكنه من قبيل الاستئذاة بضوء الغير والاصطلاء بنا ره من قبيل التصرف الجائز عقلاً .

(اقول) الاستئذاة والاصطلاء من قبيل الانتفاع بمال الغير الذى لا يكون فيه تصرف وهذا الانتفاع محكوم فى الشرع بالجواز لعدم الدليل على حرمة ومجرد اجراء العقد على مال الغير فضولاً لا يكون من التصرف ولا من مجرد الانتفاع بمال الغير كما لا يخفى .

وذكر ثالثاً بأنه لا ملازمة بين العقد فضولاً وبين حرمة حتى ما لو قلنا بحرمة التصرف والانتفاع بمال الغير فانه قديعلم من الخارج وبالقرائن رضاء المالك باجراء العقد على ماله وهذا لا يخرج عن الفضولية كما مرفى التكلم فى قضية عروة البارقى و على ذلك فلا يمكن الحكم بفساد العقد فضولاً فى كل مورد بدعوى انه محرم .

وذكر رابعاً انه على تقدير الملازمة بين فضولية العقد وحرمة فلا يمكن الحكم بفساده فان النهى عن المعاملة تكليفاً لا يقتضى فسادها .

وذكر خامساً انه على تقدير استفادة الفساد من الحرمة فالمستفاد فساد العقد من ناحية البايع الفضولى بمعنى عدم كونه سبباً مستقلاً للنقل والانتقال لا لفساد حتى من جهة مالكة ولو مع اجازته بان يكون العقد جزء السبب فيتم باجازه المالك .

وبما ذكر ظهر انه لو كان قصد العاقد الفضولى ترتيب الاثر على العقد وفرض سراية قبح هذا التجرى الى الفعل الخارجى يعنى العقد فلا يكون قبح ذلك العقد او حرمة من جهة التجرى مقتضياً لفساده الا بمعنى عدم كونه سبباً تاماً .

اقول: ما ذكره - من ان حرمة بيع الفضولى على تقديرها لا تلازم فسادها كما هو المقرر فى محله من ان النهى عن معاملة تكليفاً لا تقتضى فسادها - صحيح واما - ما افاده من انه على تقدير اقتضاء حرمتها فسادها لا يحكم ايضاً بفساد العقد الفضولى وانه لا يتم بل حقوق اجازة المالك لان مقتضى حرمة البيع فساده بمعنى عدم كونه سبباً تاماً فى حصول النقل والانتقال وهذا مما يعترف به القائل بصحة بيع الفضولى ، فانه يترتب عنده النقل و الانتقال على البيع المزبور مع لحوق الاجازة به - لا يمكن المساعدة عليه فان تمام السبب للنقل والانتقال ليس هو نفس العقد ، بل هو مع رضا المالك ،

فتعلق النهى بنفس العقد فى مورد مقتضاه انه لا يتم السبب بالعقد المزبور ولو مع  
لحوق رضاء المالك به ، وهذا هو المراد بفساد بيع الفضولى .

وعن النائىنى (ره) ان النهى عن معاملة انما لا تقتضى فسادها فيما اذا تعلق النهى  
بالسبب كما فى النهى عن البيع وقت النداء فان مبغوضيته الايتان بالايجاب والقبول  
بما هو مفوت لصلوة الجمعة لا يقتضى مبغوضيته ملكية المتاع للمشتري بازاء  
التمن واما اذا تعلق النهى بالمسبب كالتنهى عن بيع السلاح من اعداء الدين وبيع  
المصحف من الكافر فمقتضى تعلق النهى بالمسبب عدم تمكن المكلف على ايجاده  
بالسبب ويعتبر فى صحة البيع سلطنة البايع على جعل ملكية المتاع للمشتري و  
عدم كونه محجوراً فى هذا التصرف .

ولذا ذكر الفقهاء ببطلان الاجازة فى الواجبات المجانية فان ايجاب الشارع  
العمل على المكلف يوجب عدم سلطنته على ذلك العمل وكونه محجوراً بالاضافة  
اليه وكذا ذكروا ببطلان بيع منذور الصدقة فان ايجاب الوفاء بالنذر والتصدق  
بذلك المال يوجب عدم كون المالك سلطاناً على التصرف وانتقاله الى الاخر  
بالبيع ونحوه .

والحاصل ان النهى عن المسبب باعتبار اقتضائه الحجر على المالك فى جعل  
ملكية المتاع للغير يوجب بطلان البيع .

(اقول ) المنع عن البيع بمعنى المسبب حقيقته المنع عن اعتبار ملكية  
المتاع للمشتري وهذه الملكية امر يعتبرها البايع ومبغوضيتها من المالك كما هو  
مدلول النهى عن المسبب لاينافى امضاها على تقدير حصولها .  
ودعوى ان النهى يقتضى عدم تمكن المالك على ايجاده بالسبب فان اريد

عدم تمكنه حقيقة فبطلانه اوضح من ان يذكر .

وان كان المراد عدم التمكن شرعاً فلامعنى له الامبغوضيته كما هو فرض حرمة تكليفاً .

نعم اذا كان النهى وضعياً فمفاده عدم امضاء المسبب وهذا خارج عن مورد الكلام .

و بالجمله النهى عن معاملة بمعنى النهى عن السبب او المسبب لا يقتضى فسادها نعم اذا كان متعلق النهى التحريمى عملاً يترتب على تمام البيع كحرمة القبض والاقباض كما فى بيع السلاح لاعداء الدين ، حيث ان اقباضه شوكة لهم على المسلمين فيمكن دعوى ان حرمة الاقباض تنافى صحة البيع المزبور ، فانه لا يمكن ان يعمه دليل حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد فتامل .

واما مسألة نذر التصديق بالمال فان وجوب الوفاء بالنذر و التصديق بذلك المال لا يوجب خروجه عن ملك الناذر كما انه لا يوجبه النهى عن ساير التصرفات المنافية للتصدق به لان الامر بشيء لا يقتضى النهى عن ضده الخاص .

وعليه فيبيع المال المزبور وان يلزم ترك الوفاء بالنذر الا ان البيع المزبور لم يتعلق به نهى فضلاً عن كونه موجباً لفساده والمنسوب الى الفقهاء من التزامهم بفساد البيع المزبور خلافه محرز كما يظهر ذلك بالمراجعة الى كلماتهم .

نعم اذا كان نذر الصدقة بمفاد نذر النتيجة لماصح بيع المال المنذور ، لخروجه عن ملك الناذر بالنذر ودخوله فى ملك المنذور لهم .

واما مسألة الاجارة على الواجبات فقد ذكرنا فى ذلك البحث انه لا مانع من

وان الفضولى غير قاصد حقيقة (١)

ان يسبقه منع المالك (٢).

اخذ الاجرة على الواجب اذا كان متعلق الوجوب الاتيان بالعمل مجاناً بمعنى الغاء المالية عن ذلك العمل فانه مع الالغاء لم يصح اخذ الاجرة عليه حتى لو كان مستحباً فضلاً عن كونه واجباً .

(١) قد نسب هذا الوجه الى السيد بحر العلوم ايضاً ولعل مراده انه يعتبر فى صحة البيع انشاء الملكية حقيقة بان يرى العاقد بنظره ملكية المبيع للمشتري بازاء الثمن ، كما اذا كان العاقد مالكاً او وكيلاً او ولياً على المالك واما اذا كان العاقد فضولياً ويبيع المال للمالك متوقفاً لاجازته كما هو الفرض فى المقام فلا ريب فى انه لا يرى ملكية المبيع للمشتري بازاء الثمن فيكون كبيع الهازل فى كونه لغواً .

والجواب انه ان اريد انه يعتبر فى صحة العقد ان يرى العاقد ملكية المبيع للمشتري بازاء الثمن مطلقاً فاعتبار ذلك فى حقيقة الانشاء ممنوع فانه كيف يعتبره ملكاً للمشتري بازاء الثمن ولو مع عدم قبول المشتري وان اريد اعتبارها ولو معلقاً فهو موجود فى العاقد الفضولى ايضاً فانه يرى ملكية المبيع للمشتري معلقاً على قبوله واجازة المالك و مثل هذا التعليق لا يضر بصحة البيع فانه تعليق على ما يتوقف حصول البيع عليه كما لا يخفى .

(٢) المسئلة الثانية ما اذا سبق منع المالك بيع الفضولى وعن فخر الدين ان

هذا البيع ممنوع عند بعض من قال بتمام بيع الفضولى بلحوق اجازة المالك و يشير الى ذلك كلام والده فى التذكرة حيث حمل النبوى ( ايما عبد تزوج بغير اذن

مولاه فهو عاهرأى زان) بعد تضعيف سنده على تزوجه بعد كراهة مولاه ومنعه ، و مقتضى اطلاقه عدم اعتبار لحوق الاجازة ورضامولاه و اذا كان النكاح مع سبق المنع عنه كذلك يثبت هذا فى غيره ايضاً حيث ان الفرق بين النكاح و غيره من هذه الجهة ضعيف و يظهر اعتبار عدم سبق منع المالك من المحقق الثانى ايضاً حيث ذكر فى بطلان بيع الغاصب وجود القرينة العامة وهى الغصب على عدم رضا المالك ببيعه .

و كيف كان وقد ذكر المصنف (ره) فى وجه عدم تمام هذا البيع بلحوق الاجازة أمرين : الاول- ان الدليل على صحة عقد الفضولى و تمامه بالاحازة رواية عروة البارقى وهى لاتشمل صورة سبق المنع .

اقول مقتضى ذلك ان يعتبر ايضاً فى صحته بلحوق الاجازة رضا المالك به حال العقد واقعاً كما هو المفروض فى قضية عروة البارقى .

الثانى- ان بقاء النهى الى ما بعد البيع وعدم نسخه الى حصوله بمنزلة رد البيع وفيه ان النهى السابق كاشف عن عدم رضا المالك بالعقد بمعنى كراهته له وسيأتى انشاء الله تعالى ان مجرد عدم الرضا بالبيع وكراهته له لا يكفى فى رده بل لا بد فيه من الغاء انشائه حتى لا ينفذ لحوق الاجازة به واستظهار كفايته من بعضهم فى مسألة حلف الموكل بعدم اذنه للوكيل فى الشراء وبطلان الشراء بهذا الحلف ممنوع لان بطلان الشراء انما هو فيما اذا كان للحلف ظهور فى الغاء الموكل الشراء فعلاً والافالشراء المزبور ايضاً ، قابل للحقوق الاجازة .

والحاصل ان ما دل على تمام بيع الفضولى بلحوق الاجازة به فى المسألة الاولى جارمع مؤيداته فى هذه المسئلة ايضاً والتفصيل بين المسئلتين بلاوجه .

- مضافاً الى ترك الاستفصال فى صحيحة محمد بن قيس (١)  
 الصريح فى منعه عما عداه (٢)  
 كما هو مورد صحيحة الحلبي المتقدمة فى الاقالة بوضيعة (٣)  
 وفحوى الصحة فى النكاح (٤)

(١) حيث ان الوارديها ان وليدتى باعها بغير اذنى والدعوى المزبورة أى بيعها بغير اذنه يصدق مع النهى السابق عنه وبدونه و ترك الاستفصال فى الجواب مقتضاه ، عدم الفرق بين الصورتين وتمام البيع بلحوق الاجازة به ، و لكن لا يخفى انه لو كان قد نهى ابنه عن بيع الوليدة لكان الانسب ان يذكره فى دعواه لان يدعى ان ابنه باعها بغير اذنه .

(٢) يعنى اشتراط رب المال على العامل صريح فى منع العامل عن غير ما اشترط عليه كما لو اشترط عليه ان يشتري غير الحيوان فانه صريح فى منعه عن شراء الحيوان .

(٣) حيث كان المفروض فيها اقالة البايع مع جهله بفسادها ومعه يكون يبيعه المتاع المزبور من المشتري الاخر بقصد كون البيع له .

(٤) كان مراده ماورد فى نكاح العبد حيث يجعل نفسه فى انشائه طرفاً فى النكاح مع كونه فضولياً ولكن فيه ان الفضولية فى النكاح لعدم رضامولاه بالنكاح ، وطرفا النكاح العبد والمرأة و المولى خارج عن طرفيه ، وانما يعتبر رضاه فى حصوله ، وبعد الاجازة تثبت الزوجية المفروضة ، بخلاف المقام ، فان الملكية المنشأة تكون للبايع

- مع ظهور صحيحة محمد بن قيس (١)  
 لتوقع الاجازة (٢) .  
 وهذا ليس بيعاً (٣)  
 مع اختصاصه ببيع الغاصب (٤)

الفضولى ، و بعد الاجازة تثبت للمالك ، فلا يستفاد صحة هذه من فحوى النكاح .

(١) لم يظهر وجه ظهورها فى ان بيع الوليدة فيها من ابن مولاها كان بدعوى انها ملكه ، بل من المحتمل كون بيعه بدعوى الاذن والوكالة من ابيه .

نعم لباأس بالتمسك باطلاقها بمعنى ترك الاستفصال فى الجواب.

(٢) متعلق ببيع الغاصب يعنى قد يرضى المالك ببيع الغاصب الذى باع المال لرجاء ان يجيزه مالكة ويتملك ذلك المالك الثمن و هذا يتصور فى بعض صور الاستيلاء على مال الغير على وجه الضمان .

(٣) يعنى تمليك مال الغير للطرف مجاناً ، و تملك الثمن لنفسه من حقيقة البيع المفروض كونه نوعاً من المعاوضة .

(٤) يعنى ما ذكر من عدم قصد المعاوضة حقيقة يكون فى بيع الغاصب، حيث مع علمه بان المتاع ملك الغير لا يمكن له ، انشاء المعاوضة والقصد بتملك الثمن لنفسه واعطاء مال الغير ، بل يكون تمليكه المتاع من الهبة فضولا ، وتملكه الثمن من المشتري تملكاً مجانياً ، واما غير الغاصب كالجاهل بفساد الاقالة فى صحيحة



## قصد المعاوضة الحقيقية مبنى (١)

الحلبي المتقدمة فهو يقصد دخول الثمن في ملك من يخرج المتاع عن ملكه ، غاية الامر يكون مشتبهاً في تعيين مالك المتاع ، فيكون كما اذا باع الولي مال احد الطفلين باعتقاد انه للطفل الفلاني فبان بعد ذلك انه كان للاخر منهما ، فان مثل هذا الاشتباه لا يمنع عن قصد المعاوضة حقيقة .

(١) يعنى كما ان في مورد الاستعارة يكون اللفظ مستعملا في معناه الحقيقي ويكون تطبيق ذلك المعنى بالعناية والادعاء كذلك في مورد بيع الغاصب يكون انشاء المعاوضة وقصدها بصيغة بعث او غيرها حقيقيا ويكون الغاصب قاصداً دخول احد المالكين في مورد خروج الاخر الا ان هذا الانشاء منه بعد تنزيل نفسه و اعتباره مالكا للمبيع ، وهذا التنزيل والبناء هو المصحح لانشاء المعاوضة ، حيث يكون انشائها بعد البناء المزبور ، كانشاء المالك من غير فرق بينهما .

نعم لو باع مال غيره لنفسه من دون البناء على كونه مالكا لم يحصل البيع لاله وللمالك حتى مع لحوق الاجازة ولذا ذكر وانه لو اشترى بماله لغيره بان يقصد تملك الغير المبيع من بايعه بازاء ثمن يدفعه المشتري الى البايع بطل باعتبار ان مع القصد كذلك لا يتحقق المعاوضة .

وربما ذكر بعض المحققين ان بيع الغاصب مال الغير لنفسه عكس ما ذكره فيكون باطلا ولكن الامر ليس كما ذكر فان عكسه ما اذا اعطى مال الغير ويقصد تملك الثمن من دون بناء اولا على كونه مالك المبيع فان هذا لا ينفعه الاجازة بخلاف صورة البناء على ملك المبيع .

## لان المفروض (١)

(١) هذا تعليل لعدم كون بيع الغاصب عكساً لما ذكره وبيانه ان عكس ما ذكره هو بيع مال الغير لنفسه بلا تنزيل نفسه او اعتبار كونه مالكاً للمبيع ، بان يقصد خروج المبيع عن ملك آخر ودخول الثمن فى ملك نفسه وهذا محكوم بالبطلان ، ولا ينفعه اجازة المالك ولو فرض صحته باجازته فرضاً ، يكون الثمن فيه ملكاً للبايع لا المالك ، كما انه لو فرض صحة شراء المال للغير بمال نفسه كان المال للغير ، مع ان الكلام فى بيع الغاصب فى وقوع البيع للمالك مع اجازته ، فلا بد من ان لا يكون المفروض فى المقام عكس المسئلة المذكورة .

اقول قديورد على ما افاده المصنف (ره) كما عن المحقق الايروانى من ان المعاوضة المنشأة اذا كانت مبنية على الادعاء والتنزيل لا تكون المعاوضة حقيقة و خطاب حل البيع او وجوب الوفاء بالعقد ناظر الى ما كان بيعاً حقيقة وعقداً واقعياً وبتعبير آخر بناء الغاصب على تملك المتاع الذى باعه اما واسطة فى العروض بان يبيع المتاع لعنوان مالكه و ادعى انطباق ذلك العنوان على نفسه . وهذا خلاف الوجدان ، لما سياتى من ان المتاع ملك للشخص ، لا للعنوان ، ولا يحصل الانشاء على العنوان المزبور ، واما واسطة فى الثبوت بان يبيع المتاع لنفسه بدعوى انه مالك ويرد عليه ان هذا بيع صورى وفى الحقيقة يخرج المتاع عن ملك مالكه و قد قصد دخول العوض فى ملك الغاصب ، فيرجع المنشأ الى تملكه مجانين فلا يعمه خطاب حل البيع و لا خطاب وجوب الوفاء بالعقد ، اى العقد البيعى .

ولكن لا يخفى ما فى الايراد فان بناء الفضولى على تملك المتاع لا واسطة

العروض ولا واسطة في الثبوت وذلك فان دخول العوض في ملك معطى المعوض من لوازم البيع ومقتضاه وليس بداخل في حقيقة البيع حيث ان البيع عبارة عن تمليك المال بالعوض واذا قصد خلاف مقتضى البيع بان يكون معطى المعوض هو زيد ، ويدخل العوض في ملك عمرو ، فلا يتمشى من العاقد مع هذا القصد انشاء البيع نظير ما ذكره في اعتبار ان لا يكون الشرط في المعاملة على خلاف مقتضى العقد حيث مع كونه مخالفاً لمقتضاه يبطل الشرط بل العقد وذلك فانه اذا باع المتاع من الاخر مثلا واشترط عليه ان لا يكون له حق المطالبة بالمبيع والتصرف فيه اصلا فان حق المطالبة بالمبيع و التصرف فيه و ان لا يدخل في مدلول البيع الا ان البناء على عدم حق المشتري في مطالبته بالمبيع و التصرف فيه الى الابد ، لا يجتمع مع قصد تمليك المتاع منه ، فان جعل ملكيته له مع القصد المزبور بالامعنى .

وعلى ذلك فان باع الفضولى المتاع من زيد بقصد ان يتملك الثمن من زيد بلا بناء على تملك المتاع اولا ، فلا يكون في البين انشاء البيع حقيقة ، حيث ان مع قصد خلاف مقتضى البيع ، لا يحصل قصد البيع ، بخلاف ما اذا قصد تملك المتاع و يأخذ ثمنه فان مع البناء المزبور ، يمكن انشاء البيع ، والحاصل ان البناء المزبور أمر زايد على مدلول البيع و لكن قصد خلافه لا يجتمع مع انشاء البيع .

ثم ان تملك الغاصب المتاع والثمن امر لا يمضه الشرع فان اجاز المالك البيع المنشأ من الغاصب يترتب عليه مقتضاه الواقعى وهو دخول الثمن فى ملك مالك المتاع نظير بيع المتاع فى الاقالة الفاسدة كما هو مورد صحيحة الحلبي

المتقدمة فان بناء البايع على كونه مالكا للمتع والتمن المأخوذ من المشتري الثانى غير مضمى شرعاً فيترتب على اجازة المشتري الاول البيع المزبور مقتضاه الشرعى وهو دخول الثمن فى ملكه لانه يعطى المعوض كما لا يخفى .

ثم انه ربما يذكر انه لا يعتبر فى البيع دخول العوض فى ملك من يخرج منه المعوض وما ذكره العلامة (ره) من ان مقتضى البيع دخول الثمن فى ملك من يخرج منه المضمن غير صحيح بل حقيقة البيع ليس الا الاعطاء اللامجان ولو اعطى زيد المتاع للمشتري ليدخل الثمن فى ملك شخص ثالث صح البيع ولذا يصح بيع الكلى على الذمة سلماً او حالاً مع عدم كون ذلك الكلى ملكاً للبايع وكذا يصح بيع الاوقاف والزكوات وامثال ذلك .

ثم ذكر هذا القائل الجليل انه اذا باع السارق متاع الغير من دون بناء على كونه مالكا لذلك المتاع بتمن يتملكه واجازه المالك ، وقع البيع للمالك ويدخل الثمن فى ملكه ، ومجرد اقتران البيع بقصد لغو لا يمنع عن الصحة .

اقول اما جواز بيع الكلى على الذمة فلا شهادة فيه على انه لا يكون البيع هو التمليك بعوض وانه ليس مقتضاه دخول الثمن فى ملك من يعطى المعوض للمشتري وانهما يكون شاهداً على انه ليس البيع فى حقيقته انشاء المعاوضة والمبادلة بان يعتبر فى البيع كون المبيع ملكاً لبايعه ولكن لاشهادة فى بيع الزكوات والاوقاف اصلاً فان فى بيع الزكاة او الوقف العام بل الخاص ايضاً يدخل العوض فى ملك من يخرج عن ملكه المعوض و لو كان المخرج عن ملكه هو الجامع المنطبق على كل من الاصناف الثمانية او العنوان العام او الاشخاص المعبر عنها بالموقوف عليهم فى الوقف العام او الخاص .

## كان منافياً لصحة العقد (١) .

واما ما ذكر اخيراً من انه لو اجاز المالك البيع فيما اذا قصد السارق تملك الثمن لنفسه من دون بناء منه على تملك المثلثن صح البيع ومجرد اقتران الانشاء بقصد لغو لا يمنع عن الصحة ، ففيه انه قد تقدم ان البناء على كون المتاع مال الغير و القصد الى تملك الثمن من المعطى له لا يجتمع مع قصد انشاء البيع فكيف يتم باجازه المالك .

واما ما هو المتعارف من ان المشتري يقول لمالك المتاع سلمه الى فلان بهذا الثمن فهو من الحقيقة توكيل للبايع في تمليك المتاع الى ذلك الشخص بعد دخوله في ملك المشتري ، وكذا الحال فيما اذا قال للغير اشتر بمالى هذا كتاباً لنفسك ، فانه ايضاً في الحقيقة توكيل للعاقد في تمليك المبيع لنفسه بعد الاثراء او تمليك ذلك المال منه على ان يصرفه في شراء الكتاب .

(١) يعنى اجازة ما قصده الفضولى تكون منافية لصحة العقد لان معنى صحة العقد بالاجازة وقوع المعاملة للمالك بدخول الثمن فى ملكه ، وعقد الفضولى مدلوله دخول الثمن فى ملك الفضولى لا المالك ، وان فرض تعلق الاجازة بغير المقصود ، بان يكون مقتضى الاجازة دخول الثمن فى ملك المالك لا الفضولى ، فلازمه كون الاجازة عقداً مستانفاً ، لامضاء للعقد المنشأ سابقاً ، حيث ان دخول الثمن فى ملك المالك لم ينشأ لاصالة ولا فضولا .

واجاب عن الاشكال المحقق القمى فى اجوبة بعض مسائله ان اجازة المالك فى هذه الصورة تكون مصححة للعقد السابق ولا تكون مجرد امضاء لمضمونه كما فى المسئلتين الاولى و الثانية والتصحيح هو صرف البيع عن الفضولى و اضافته

## فالاولى فى الجواب منع مغايرة ماوقع لماأجيز(١)

الى المالك نظير ما فى مسئله من باع شيئاً ثم ملك فانه كما تكون الاجازة فى تلك المسئلة صرفاً للبيع المزبور عن مالكة السابق الى العاقد ، كذلك فى هذه المسئلة تكون ، صرفاً لمضمون العقد عن العاقد فضولاً واطافة له الى المالك .

وهذا التصحيح كما صرح المحقق المزبور فى موضع آخر فى حقيقته ، عبارة عن انشاء تبديل فى مضمون العقد ، ولذا اورد عليه المصنف ان لازم ذلك ان تكون اجازة المالك عقداً مستأنفاً يتضمن الايجاب والقبول لايجاباً مستأنفاً لينضم الى القبول السابق فيلثم العقد ليتمكن احتمالاً كما حكاه كاشف الرموز عن شيخه ، و ذلك فان قبول العقد السابق انما يتضمن تملك المبيع من العاقد و تملك الثمن اياه و هذا القبول كما ترى لا يتضمن تملك المبيع من المالك و تملك الثمن منه ليكون اجازة المالك ، ايجاباً متأخراً للقبول المتقدم ، و كون الاجازة بمنزلة العقد المستأنف وقيامها مقام الايجاب والقبول ، خلاف الاجماع وخلاف العقل الحاكم بعدم تمام المركب ومنه العقد الابلجائه وهى فى المقام الايجاب والقبول المفروض كون احدهما فعلاً للبايع والاخر للمشتري .

(١) وحاصله ان ما قصده الفضولى أمران : احدهما - انشاء البيع وحقيقته تملك المال بعوض لامجاناً ومقتضى ذلك ان يكون الثمن داخل فى ملك من يعطى منه المبيع وثانيهما - دخول الثمن فى ملك العاقد الفضولى سواء كان غاصباً او معتقداً بكونه مالكا للمبيع خطأً وقصد الامر الثانى لاينافى الاول حيث ان قصد المعاوضة كما تقدم لايجتمع مع قصد دخول الثمن فى ملك العاقد فيما اذالم يكن العاقد



والمتعين في الجواب ان يقال ان انشاء المشتري الفضولي تملك الثوب  
مثلاً بالدرهم المفروضة ، ملازم لانشاء البيع بين الثوب والدرهم ، وهذه المعاوضة  
المستفادة من انشاء تملكه ، مورد لامضاء المالك .

والحاصل انه لافرق بين كون المنشأ ابتداءً أهى المعاوضة بين المالكين ويستفاد  
قصد الفضولي من القرينة كما في قول البايع الغاصب للمشتري بعث هذا المال بكذا  
و بين ان يكون المنشأ تملك الغاصب المال من الاصيل و استفاد انشاء المعاوضة  
بالتبع كما في قول المشتري الغاصب تملك الثوب بهذه الدراهم .

بقى في المقام امر لابس بالتعرض له وهو انه قد يقال ان البيع في حقيقته فعل  
البايع وركنه الوحيد هو الايجاب المتضمن لتملك المال بعوض و اما القبول  
فلا يكون ركناً للبيع ولا العقد بل امضاء لايجاب البايع و تملكه المال بعوض  
و بتعبير آخر الايجاب من المالك يتضمن التملك بعوض و يكون اصلياً بالاضافة  
الى مال المالك و فضولياً بالاضافة الى المشتري فقبول المشتري اجازة للايجاب  
بالاضافة الى الثمن .

ولذا لو لم يكن الايجاب فضولياً من ناحيتي الثمن و المثل فلابتياج الى  
القبول اصلاً كما اذا باع الولي على الطفلين مال احدهما بمال الاخر فانه حيث  
لافضولية في الايجاب اصلاً فلابتياج الى القبول السدى في حقيقته اجازة  
للايجاب .

وعلى ذلك فاذا اشترى الاصيل مال الغير بثمن وقال تملك المال بكذا فهذا  
في الحقيقة ايجاب و اجازة المالك بعد ذلك ، قبول لذلك الايجاب ، واما انشاء الفضولي قبل



ذلك وقوله: بعث المال بكذا فهو أمر لغو لا يكون إيجاباً ولا قبولاً والمتحصل من هذا الكلام أمران أحدهما أن البيع فعل البائع فقط وحقيقته الإيجاب المتضمن لتمليك المال أو تملكه بعوض وأما القبول فهو اجازة للإيجاب فلا يحتاج إليه إلا إذا كان الإيجاب فضولياً من ناحية الثمن أو المثلن والثانى أنه لا يعتبر الموالاة بين الإيجاب و القبول فاجازة المالك المجيز يعتبر قبولاً للإيجاب الاصيل الذى يكون فضولياً من جهة الثمن أو المثلن فيكون الإيجاب المزبور اصلياً من جهة كلا العوضين فيعمه اطلاق حل البيع او عموم وجوب الوفاء .

اقول لا ينبغى الربى فى انه لا يصدق عنوان البيع على الإيجاب ولو مع عدم حصول القبول من المشتري فلا يقال لزيدانه باع داره مالم يحصل القبول من المشتري ولا بعد فى ان يكون صدق عنوان على فعل شخص موقوفاً على صدور فعل عن شخص آخر ونظير ذلك فى غير المعاملات ما ذكرناه فى عنوان غيبة المؤمن فان غيبته عبارة عن كشف ماستره الله عليه للناس واذا لم يكن للمخبر عن سوء المؤمن مستمع لا يحصل عنوان كشف عيوبه ولكن الكشف عند وجود المستمع يستند الى القائل ويطلق عليه المقتاب بالكسر .

والحاصل انه بعد حصول الشراء من المشتري يطلق عنوان البيع على إيجاب الموجب ويقال انه باع داره او غيرها من امواله .

ثم ان تمييز فعل البائع عن فعل المشتري يكون بالعرف فانه ليس للشراء حقيقة غير ما عند العقلاء ولا ينبغى الربى فى ان الشراء عندهم الذى يحصل بالقبول ليس بمعنى اجازة الإيجاب فان اجازة الإيجاب فى مقابل رده يقوم مقام الاذن فى الإيجاب ولذا يحصل اجازة الإيجاب ورده فى مورد لم يكن للموجب فيه سلطنة على

الايجاب فمفاد القبول عندهم المصحح لاطلاق عنوان الاشتراء عليه فى باب البيع عبارة عن انشاء تملك المثلثن بازاء الثمن الا ترى انه لم يعهد من احد القول بان انتقال الثمن الى ملك البايع وانتقال المثلثن الى ملك المشتري يحصل من حين تمام الايجاب بل كلهم متفقون على ان حصول النقل والانتقال بعد تمام القبول .

وقد ذكرنا ان الامر كذلك حتى فى نظر المتعاقدين حيث ان الموجب يجعل ملكية متاعه للطرف من حين انشاء الطرف تملكه ولكن المشهور فى بيع الفضولى يلتزمون بالكشف وان مبدء النقل والانتقال يكون من حين تمام العقد لا من حين حصول الاجازة على ماسياتى ولو كانت الاجازة من المالك الفضولى مساوياً للقبول من المشتري فى المفاد لما امكن ذلك الا بالتعبد .

والحاصل ان الناظر فى المعاملات الدارجة بين العقلاء يمكن له الجزم بان اعتبار القبول فى المعاملات ليس باعتبار انه اجازة لجهة فضولية فى الايجاب ، الا ترى الهبة وهو تملك المال للغير مجاناً يحتاج الى القبول مع انه ليس فى الهبة تصرف فى مال الغير اصلاً .

وقد ظهر مما ذكرناه لا يمكن حصول البيع بالايجاب فقط حتى فيما كان الموجب وكيل او ولياً بالاضافة الى مالك المثلثن ومالك الثمن ، فان قوله بعتهذا بكذا انشاء لتمليك المال بالعوض وذكرنا ان مجرد ذلك لا يكون بيعاً بل لابد فى صدق عنوانه من انشاء تملك المتاع بالثمن ، وهذا الانشاء لم يحصل من الوكيل او الوالى على الفرض .

مع انه ربما يلتزم صحة ان تكون الاجازة لعقد الفضولي (١)

(١) كان الكلام في المسئلة الى هنا مبنياً على ان صحة العقد باجازة المالك مقتضاها وقوع المعاملة له بان يكون الثمن مثلاً داخلاً في ملكه باجازته وقد نقض في ذلك كما مر بان الصحة بهذا المعنى مخالف لمضمون العقد ، حيث ان مضمونه راجع الى تملك العاقد فضولاً كما هو مقتضى بيعه لنفسه ، و ارجاعه الى المالك باجازته التزام بكسونه الاجازة عقداً مستأنفاً ، لانها امضاء لمضمون العقد السابق .

والكلام فعلاً راجع الى ان صحة عقد الفضولي يمكن ان تكون على طبق مضمون العقد بان تكون اجازة المالك موجبة لوقوع المعاملة و تمامها للعاقد .

وتقرير ذلك بوجهين :- احدهما - ان العاقد الفضولي يعتبر المال ملكاً لنفسه اولاً ليكون بيعه باعتبار ذلك موجباً لدخول العوض في ملكه ، وكما ان الاذن في هذا النحو من البيع في الحقيقة ، توكيل له في تملكه المال اولاً ثم بيعه ليدخل العوض في ملك الماذون بان يقول له بع مالي لنفسك واشتر لنفسك بمالي كذلك الحال في الاجازة حيث ان الاجازة ، تفيد فائدة الاذن السابق .

والوجه الثاني المنع عن كون لازم المعاوضة دخول احد المالكين في ملك من يخرج المال الاخر عن ملكه بل يكفي في تملك الثمن كون العاقد مأذوناً في بيع مال الغير لنفسه كما يكفي في تملك المبيع كونه مأذوناً في الشراء لنفسه بمال الغير والفرق بين الوجهين انه لو فرض فسخ البيع باحد موجباته يرجع المال الى مالكة المجيز على الوجه الثاني لعدم صيرورته ملك العاقد قبل البيع بخلاف الوجه الاول ،

ويملك المثلثن المشتري (١) .

التزام تملك البايع الغاصب للمثلثن مطلقاً (٢)

فانه عليه ، يرجع المال الى العاقد ، باعتبار انه كان مالاله قبل المعاوضة .

واورد المصنف (ره) على الوجه الاول بان بناء العاقد وقصده تملك المال قبل بيعه ، لا يفيد شيئاً ولا يدخل بذلك المال في ملكه حتى فيما اذا كان باذن المالك فانه لا بد في تملك المال من انشاء تملكه قولاً او فعلاً ولو بمثل ما اذا انشأ ذلك بقوله بعث هذا المال لنفسى بكذا بان قصد به جعل المال له اولاً ثم تملكه للآخر ولكن المفروض في مثل الغاصب انه يعتبر المال ملكاً قبل بيعه ويكون بيعه مجرد التصرف في ماله .

وبالجملة فالاذن السابق لا يفيد في هذا النحو من التملك الذي يكون بمجرد البناء والقصد فكيف اذا كان بالاجازة اللاحقة .

وبهذا يظهر الحال في مسألة ما اذا قال له بيع مالى لنفسك او اشتر لنفسك بمالى فانه اذا حصل من المأذون انشاء تملك المال لنفسه وار مقارنة للتصرف فيه ببيعه من الغير فهو والا فلا يفيد الاذن المزبور شيئاً ويكون بيعه واقعاً عن المالك لامحالة .

واجاب (ره) عن الوجه الثانى بما تقدم من انه لا يمكن في المعاوضة دخول احد العوضين في ملك من لا يخرج المال الاخر عن ملكه و الا كان تملك كل من المالكين مجانياً .

(١) المشتري بصيغة المفعول صفة للمثلثن .

(٢) المراد بالاطلاق تملك الغاصب الثلثن من الاول في مقابل تملكه

## يظهر اندفاع اشكال آخر (١)

آنأما قبل التصرف فيه .

(١) لا يخفى ان هذا الاشكال لا يدفع بالالتزام بجعل ملك العوضين لعنوان مالك الثمن والمثمن بل يجرى حتى بناءً على الالتزام المزبور ، فان حاصل الاشكال انه في مورد بيع البايع الفضولى المال لنفسه و قبض الثمن من المشتري العالم بالحال لا يمكن ان تكون اجازة المالك نافذة لاستلزام نفوذها كون البيع بلائمن .

وبيان ذلك انه قد اورد على صحة البيع فى المسئلة الثالثة باجازة المالك بوجه آخر وهوان المنسوب الى الاصحاب عدم جواز رجوع المشتري الاصيل الى البايع الغاصب بالثمن المدفوع اليه مع العلم بالحال فيما اذا رد مالك المبيع البيع المزبور وهذا الحكم ، كاشف عن صيرورة الثمن ملكاً للغاصب .

وعلى ذلك فاجازة المالك لانفيد شيئاً ولا يدخل الثمن فى ملكه ، لان البيع فى الفرض بلائمن ، ولعل نظر العلامة (ره) الى ذلك ، حيث قال بعد الاشكال فى صحة الفضولى مع جهل المشتري (ان الحكم فى الغاصب مع علم المشتري اشكل) واجاب المصنف (ره) عن ذلك بما توضيحه ان ملك الثمن للغاصب لا يحصل بمجرد العقديل بالعقد يجعل ملك الثمن لمالك المبيع وملك المبيع لمالك الثمن غاية الامر يكون المشتري العالم بالحال دفعه الثمن الى الغاصب تسليطاً للغاصب على الثمن مجاناً فان اجازة المالك البيع وقلنا بكون الاجازة كاشفة بكون الثمن المزبور ملكاً للمالك دون الغاصب لان الاجازة تكشف عن دخول الثمن فى ملك المالك المجيز قبل

دفعه الى الغاصب فيكون دفعه الى الغاصب تسليطاً للغاصب على مال غيره فلا يدخل في ملك الغاصب .

والشاهد على ذلك أى تسليط الغاصب على الثمن يكون بالدفع دون العقد انه لو لم يدفع الثمن الى الغاصب لا يكون للغاصب انتزاعه سواء اجاز المالك البيع المزبور ام لا .

نعم للاشكال وجه بناءً على كون الاجازة ناقلة ولكن يمكن القول ان تسليط الغاصب على الثمن ، يكون مراعى بعدم اجازة المالك خصوصاً اذا كان الشراء من الغاصب بتوقع اجازة المالك .

اقول لا يخفى انه لو كان المراد بالتسليط هو تمليك المال مجاناً فكونه مراعى بعدم الاجازة يوجب بطلانه لانه من التعليق في الهبة فلا بد من ان يكون المراد منه هو الاذن في كل تصرف حتى الموقوف على الملك بان يتملك المال اولاً ثم يتصرف فيه وان بطلان تسليط المشتري الغاصب على الثمن ، يبنى على الكشف الحقيقي فى الاجازة ، ولو بان يكون الشرط فى صحة عقد الفضولى وصفه تعقبه بالاجازة فان هذا الوصف يحصل للعقد من الاول على تقدير الاجازة ، فيكون الثمن منتقلاً فى علم الله الى المالك المجيز من حين انشاء عقد الفضولى ، فتسليط المشتري الغاصب على الثمن المزبور يكون فى الواقع تسليطاً على مال الغير ، فلا يصح .

نعم على القول بالكشف الحكمى واعتبار ملكية المثلث والثمن لطرفى العقد حين الاجازة من زمان العقد يكون التسليط المزبور حينه نافذاً لكون الثمن كان

## الكلام فم صحة بيع الفضولى (١)

اذا لمال مردد فى باب الفضولى بين مالكة الاصلى ومن وقع

له العقد (٢)

ملكاً للمشتري فى ذلك الحين وبعد حصول الاجازة يعتبر التسليط المزبور اتلافاً على المالك المجيز ، فيضمن له المشتري بدله على ماسياتى .

هذا مع ان اصل دعوى تسليط المشتري الغاصب على الثمن مجاناً غير صحيح لان دفعه اليه كان بعنوان كونه بدل المثلث ، وكما ان الغاصب كان بانياً على ملك المبيع وقد قصد تملك الثمن بازائه كذلك يكون المشتري ايضاً بانياً عليه ولذا قد دفع الثمن الى البايع المزبور ، فأين التسليط او التمليك المجانى .

(١) ذكر فى الرياض ان بيع الفضولى لنفسه باطل اجماعاً كما صرح به جماعة كالعلامة فى جملة من كتبه كالمختلف والتذكرة مدعيماً عدم الخلاف فيه و ذكر المصنف (ره) ان الحكم بالبطلان فى المسئلة الثالثة فى الرياض ونسبة دعوى عدم الخلاف فيه الى العلامة اشتباه وذلك فان الكلام فى المسئلة الثالثة فى وقوع البيع لمالك المال مع اجازته وقد تقدم ان البيع مع اجازته يقع له على المشهور الاقوى ولم يخالف فيه العلامة فضلاً عن ذكره عدم الخلاف فى بطلانه .

واما فيما اذا باع مال الغير ثم تملك البايع ذلك المال واجاز بيعه السابق فهذا باطل لا يقع للبايع وهذا هو الذى ذكر العلامة عدم الخلاف فى بطلانه ، ولا يرتبط بالمسئلة الثالثة ، فما ذكر فى الرياض اشتباه الا ان يريد البطلان فى مسئلة وقوع البيع للبايع بعد تملكه ، ولكن ظاهر عبارته لا يساعد على ذلك .

(٢) المراد بمالكة الاصلى الذى ينتقل منه المال بتمام العقد كما ان المراد

بمن وقع له العقد من ينتقل اليه المال بتمامه ولا فرق فيما ذكر من وقوع العقد عن المالك المجيز باجازته و بطلانه مع رده بين كون المال المزبور ملكاً قبل عقد الفضولي كما في مورد جريان البيع على العين الخارجية او الكلى الثابت على الذمة من قبل او ملكاً بذلك العقد كما في مورد بيع الكلى الذى يثبت على الذمة بتمام البيع المزبور .

نعم قد يستشكل في جريان الفضولية في الكلى الذى يثبت على العهدة بالبيع ووجه الاشكال ان العوضين في باب البيع يعتبر ان يكونا مالين قبل وقوع المعاملة حيث انه تمليك مال بعوض واذ اباع الاصيل الكلى بذمته يكون عرضه الكلى المزبور للبيع موجباً لصيرورته مالا فانه يبذل العقلاء بازائه المال ، فيقع البيع على ما صار مالا بعرضه للبيع ، بخلاف ما اذا كان البايع فضولياً واعتبر الكلى على عهدة الغير فضولاً ، فانه لا يكون الكلى بذلك مالا ، فلا يكون تملكه بعوض من تمليك المال بالعوض .

وربما يجاب عن ذلك بان تمليك الفضولى الكلى على عهدة الغير و ان لا يكون من قبيل تمليك المال بالعوض قبل اجازة ذلك الغير الا انه باجازته يصير مالا ، وهذا المقدار يكفى في تمام البيع وقد اورد على هذا الجواب بعض الاعاظم وهو الخمينى العزيز (دامت شو كته ) بان اجازة المالك لا يصحح كون الكلى المزبور مالا لان الاجازة انشاء واحد وصيرورة الكلى مالا وتمليكه بعوض امران مترتبان حيث يتعين ان يكون المضمن والثمن مالين قبل انشاء ملكية الاول بازاء الثانى .

وذكر ان المتعين في الجواب عن الاشكال هو الالتزام بان الكلى مع قطع النظر عن اضافته الى ذمة احد في نفسه مال فانه يصح ان يقال ان الكرمن الحنطة



يساوى عشرين ديناراً والمثقال من الذهب يساوى كذا من المال ، وهذا شاهد لكون الكلى مع قطع النظر عن اضافته الى ذمة الاصيل او الاجنبى فى نفسه مال يصح تقويمه ويكون تملكه بعوض من تملك المال بالعوض والا لاضافة لا توجب المالية ، بل اعتباره فى الذمة يوجب سلب ماليته ، فانه بالاعتبار فى الذمة يكون من الكلى العقلى الذى لاموطن له فى الخارج .

( اقول ) لا يخفى ان اضافة الكلى الى ذمة احد ليس بمعنى تقييد الكلى الطبيعى الذى يصح اتصافه بالوجود والعدم بوجوده الذهبى ليقال انه بهذا الاعتبار كلى عقلى لاموطن له فى الخارج الا ترى ان الثمن فى بيع النسبة او البديل فى مورد القرض كلى بالذمة من غير خلاف و ان اعطاء الفرد منه للبايع او الدائن خارجاً بقصد افراغ ذمته اداءً لذلك الثمن وفاء للدين الذى على عهده ولو كان المال على الذمة معناه تقييده بالوجود الذهبى لما كان ما ذكر اداءً أو وفاءً حيث انه لاموطن للموجود الذهبى الا للذهن بل المراد من الذمة هو تعهد الشخص بذلك الكلى بان يطبقه على الخارج باء فرده ولولم يكن فرده وجود فعلاً ، وهذا فى مقابل اجراء المعاملة على الكلى فى المعين ، بان يكون مورد المعاملة الكلى الذى يصلح تطبيقه على احد الافراد المعينة المملوكة فعلاً لبايعه .

ثم ان الكلى القابل للاتصاف بالوجود والعدم لا يكون مالا حيث لا يساوى مالا فى اعتبار العقلاء بل اتصافه بالمالية الفعلية و تساويه بالمال على تقدير الوجود فعلاً كما هو الحال فى بيع الفرد الفعلى او الكلى فى المعين او على تقدير الالتزام باعطائه والوفاء به ولو مستقبلاً وان لم يكن موجوداً بالفعل وعليه فان مع التزام البايع فى بيع الكلى باعطائه وتسليمه كما هو معنى اعتباره على ذمته يكون بيعه بالعوض

من تمليك المال بالعوض و ان اعتبر الكلى فى عهدة الغير فضولا و ملكه بعوض فهذا الكلى على تقدير اجازة الغير يصير مالا حيث معنى اجازته الا لتزام باعطائه .

وقد ذكرنا سابقاً انه لا يعتبر فى صدق عنوان البيع كسبون المبيع او الثمن مالا قبل انشاء البيع او حين انشائه و ان ما ذكر فى تعريفه من انه مبادلة مال بمال من قبيل شرح الاسم بل اعتبار المالية فيهما باعتبار ان لا يكون تملك احد هما بازاء الاخر من اكل المال بالباطل وعلى ذلك فباجازة من اعتبر العاقد ، الكلى بذمته ، يكون المبيع مالا وقد ملك بعوض كما هو الفرض فيخرج التمليك المزبور عن كونه اكلا للثمن بالباطل ، وليس اجازة البيع فى بيع الكلى على الذمة الا للالتزام باعطاء ذلك الكلى فيدخل الثمن فى ملكه لما تقدم من ان مقتضى البيع دخول الثمن فى ملك من يعطى عنه المعوض و المال فى جميع ذلك مسرود بين بقائه على حالته الاولية كما فى فرض عدم اجازة من ينتقل منه المال او انتقاله الى من ينتقل اليه كما فى فرض اجازته و اما العاقد الفضولى فهو خارج عن طرفى المعاملة .

نعم لو وقع بينه وبين الاصيل منازعة فى كون العقد لنفسه او لغيره بان كانت دعوى العاقد انه قد باع واشترى للغير وانكرها عليه الاصيل وقال بعث واشتريت لنفسك حلف الاصيل على عدم علمه بدعوى العاقد ، ويثبت المال على ذمة العاقد ، لاصالة العاقد وصحة العقد .

والحاصل ان مع اجراء البيع على مال الغير او مع اعتبار المال على ذمة الغير او اضافة البيع للغير فان كان فى البين اجازة من ذلك الغير فهو والايقع العقد باطلا واقعاً غاية الامر على تقدير منازعة الاصيل و العاقد يثبت العقد للعاقد ظاهراً .

ولكن المنسوب الى ظاهر جماعة في بعض فروع المضاربة وقوع العقد للعاقد واقعاً ، قال في الشرايع في باب المضاربة انه لو اشترى من ينعق على رب المال فان كان باذنه صح السى ان قال وان كان بغير اذنه وكان الشراء بعين المال بطل وان كان فى الذمة وقع الشراء للعامل ، الا ان يذكر رب المال ، وظاهر ذلك وقوع الشراء للعاقد واقعاً لانه لم يفرض فى البين تنازع ليحمل العبارة على الحكم الظاهرى ، وربما يذكر انه اذا اتفق البايع والقابل على وحدة قصدهما و لكن قال البايع بعتك المال وقبلت لنفسك ، وقال المشتري بعث المال بئمن على عهد زيد و اشتريته له يكون المورد من موارد التحالف ، واما اذا لم يتفقا على ذلك بان قال البايع بعتك المال ، وقال المشتري نعم ، ولكن قصدت الشراء لزيد ، يكون المورد من موارد الدعوى والانكار ، فان المشتري لادعائه خلاف مقتضى ظهور الشراء يكون مدعياً ، فلا بد من ان يحلف البايع على نفى دعوى المشتري .

وانه لم يقصد ذمة زيد لاعلى نفى علمه بالقصد المزبور ، كما هو ظاهر الشيخ (ره) لان نفى علمه لا ينافى دعوى المشتري ، وحيث لا يمكن للبايع هذا الحلف لعدم طريق له الى العلم بقصد المشتري ، فيرد الحلف على المشتري ، واذا حلف على قصده ، يحكم ببطلان البيع ، لكون البيع المزبور فضولياً لم يلحقه اجازة زيد ، وفى النتيجة يكون البيع كمورد التحالف محكوماً بالبطلان .

(اقول) ظاهر كلام المصنف (ره) وجماعة انه يكفى فى صحة البيع فيما اذا كان احد العوضين كلياً فى الذمة تعيين العاقد صاحب الذمة بقصده فقط وان لم يعينه عند انشاء العقد بقرينة حالية او مقالية ، كما اذا قال البايع بعتك المال بعشرة دراهم

وقال قبلت مع قصده كون عشرة دراهم على ذمة زيد او كون الشراء له الذى يكون بمعنى ان زيدا صاحب الذمة فان هذا مقتضى دخول المبيع الى ملكه ، ولكن صحة هذا البيع لا يخلو عن تأمل ، بل منع ، لما ذكرنا من ان الكلى مالم يضاف الى ذمة شخص لا يصلح جعله عوضاً .

وايضاً المحتاج الى تعيين الذمة هو ذمة الغير لازمة للعاقدا فان قول البايع بعث المال بعشرة دراهم وان يعم بيعه بالعشرة سواء كانت بذمة العاقدا وشخص آخر ولذا يصح للمشتري ان يقول فى قبوله قبلت لزيد او ما هو بمعناه الا ان مع عدم تعيين الغير ينصرف اطلاق القبول المتضمن لاضافة القابل تملك المتاع الى نفسه الى كون الثمن بعهدته والمفروض ان الذى ينصرف اليه الاطلاق غير مقصود ولم يجعل عوضاً وما قصده العاقدا من كون الثمن بعهدته زيد لم يذكر فى العقد ولم ينصب عليه قرينة فالشراء باعتبار عدم تعيين العوض باطل .

وعلى ذلك فلو اختلف البايع والقابل فقال البايع بعثك المال بعشرة على عهدتك فقال المشتري اشتريته ولكن قصدت كون الثمن على عهدته زيد فيقدم قول البايع لكون قوله على طبق ظهور القبول وقول المشتري قصده الى كون الثمن على عهدته زيد على خلاف ظهور المزبور فيكون مدعياً ، فيتوجه الى البايع الحلف على عدم علمه بقصد القابل ان ادعى علم البايع بقصده ، ولا يتوجه الى البايع حلف اصلا اذا لم يدع القابل علم البايع بقصده وعلى التقديرين يحكم بكون الثمن على عهدته المشتري ، ولادليل فى مثل الفرض على لزوم الحلف على المنكر ، فضلا عن رده الى المدعى ، وتفصيل ذلك مو كول الى بحث القضاء ، ولو قيل بكفاية تعيين القابل صاحب الذمة بقصده فى صحة الشراء و وقوعه لزيد يكون الامر فى مقام الاختلاف ايضاً كذلك ، بل الامر

ظهر من ذلك التنافى (١) .

كذلك فيما اذا اختلفا في صورة العقد وقال البايع بعتك المال و اشتريته ، وقال المشتري بل اشتريته لزيد باضافة شرائى اليه ؛ او بتعيينه صاحب الذمة فيقدم قول البايع ، لموافقته لاصل لفظى معتبر ، وهى اصالة عدم ذكر المشتري القرينة على خلاف ظهور الشراء الذى اشرنا اليه ، فيكون المشتري مدعياً لادعائه خلاف الاصل المزبور ويحلف البايع على نفى تعيين القابل كما لا يخفى .

(١) قد تقدم ان وقوع الشراء للغير يكون باضافته الى الغير تارة ، وباعتبار الثمن فى عهده اخرى ، وعلى ذلك فيقع الكلام فيما اذا جمع العاقدين المتنافيين وللجمع صورتان : الاولى - بان اضاف الشراء الى الغير واعتبر الثمن بذمته و الثانية - ان يضيف الشراء الى نفسه ويعتبر الثمن على عهدة الغير .

وقد ذكر المصنف (ره) فى الصورة الاولى انه يحتمل بطلان الشراء لان قصد انشاء الشراء لا يحصل من العاقدمع اعتباره العوض على عهدة الغير وقصده دخول المعوض الى ملكه ، ويحتمل الغاء احد القيدتين بالالتزام بحصول قصد انشاء الشراء اما بان يكون قصده الشراء للغير لغواً فيصح الشراء للعاقد ، واما ان يلغى اعتبار المال على عهده فيكون الشراء فضولياً .

وذكر فى الصورة الثانية انه لا يحتمل بطلان الشراء لحصول قصد انشاءه و يحتمل وقوع الشراء للغير لانه مع اعتبار الثمن على عهدة الغير يكون قصده الشراء لنفسه ، مبنياً على بنائه بان ما على عهدة الغير ، ملك له عدواناً او اشتهاً ، و هذا هو الفرق بين هذه الصورة والصورة الاولى .

ويحتمل وقوع الشراء لنفسه لان اضافته الى نفسه اولاً ، مقتضاه اعتبار المال

## يقع للمشتري لكل حال (١) وان كان في الذمة لغيره واطلق اللفظ (٢)

على عهده ، فيكون قصده ثانياً الثمن على عهدة الغير لغواً .  
(اقول) لافرق بين الاشترى للغير بمال في ذمته كما هو الحال في الصورة الاولى  
وبين الشراء لنفسه بمال في ذمة الغير . كما هو الحال في الصورة الثانية في انه لا يمكن  
فيهما قصد انشاء الشراء حقيقة ، فان مقتضاه كما تقدم دخول احد العوضين في ملك  
من يعطى العوض الاخر .

وما ذكر (ره) في الصورة الثانية من احتمال وقوع الشراء للغير باعتبار ان كون  
الغير صاحب الذمة ، مقتضاه دخول المعوض الى ملكه واطرافه العاقد الشراء الى نفسه  
مبنى على تملك ما في ذمة الغير غير صحيح ، فانه مع انه لا يخرج عن الاحتمال ان  
البناء على تملك ما بذمة الغير لا معنى له ، ولا يقاس على الاستيلاء بعين خارجي مملوكة  
للغير كما لا يخفى .

والمحاصل ان الشراء حقيقة في الصورتين غير محقق فيحكم ببطلانه الا اذا  
قيل بعدم كون مقتضاه دخول المعوض في ملك من يعطى عنه المعوض و لا تحتاج  
المسئلة الى تأمل زايد .

(١) لعل المراد بكل حال وقوع البيع للمشتري سواء اجاز الشراء مالك  
الثمن ام لا ، ووقوعه له مع اجازة المالك بمعنى دخول المبيع في ملك المشتري  
مع خروج الثمن من ملك المجيز ، ووقوعه له مع عدم اجازته ثبوت بدل ذلك  
الثمن على المشتري .

(٢) يعني لو اشترى المتاع بثمن بذمته وقصد كون الشراء للغير من غير ذكر ذلك

## ويؤيده رواية البارقي (١)

في العقد كما اذا قال بعد قول البايع بعث المال بعشرة دنانير قبلت فان اجاز ذلك الغير وقع الشراء لذلك الغير ، فيدخل المبيع في ملكه ، ويثبت الثمن بذمته ، وان رد ذلك الغير نفذ الشراء على القابل ، ويثبت الثمن بذمته ، والوجه في نفوذ اجازة الغير هو اضافة الشراء اليه في القصد ، فيلغى اعتبار العاقد كون الثمن بذمته ، كما ان الوجه في نفوذ الشراء على العاقد على تقدير رد ذلك الغير ، هو كون الثمن بذمته فيلغى قصد كون الشراء للغير ، ولا يضر في وقوعه عن العاقدين وفاء العاقد ما بذمته بمال ذلك الغير لا .

(١) قد ذكرنا سابقاً انه ليس في تلك الرواية ما تكون قرينة على ان بيع الشاة او شرائها كان بالمعاطاة والتمسك باطلاق قوله (ص) فيها بارك الله فسى صفقة يمينك وعدم استفصاله عن عروة بان بيع الشاة الواحدة بدينار كان بالايجاب والقبول اللفظيين او بالمعاطاة ، ومقتضى ذلك ، تمام المعاطاة الفضولية بالاجازة ، يمكن دفعه بانه يحتمل ان يكون عروة كان ملتفتاً الى ان يبيعه الشاة بدينار فضولى ، يحتاج الى اجازة النبي (ص) وحيث كان عالماً بانه لا بد في تمام بيع الفضولى بالاجازة وقوعه بغير المعاطاة فباعها بالايجاب والقبول اللفظيين ، ومع احتمال ذلك يكون حمل بيعه على الصحيح من غير جهة الاجازة ، مغنياً عن الاستفصال ، ولذا لم يسئل رسول الله (ص) عن حصول ساير شرايط البيع وعدمه .

نعم لا يجرى ذلك في صحيحة محمد بن قيس لان المفروض فيها عدم علم المشتري بكون البيع فضولياً ومقتضى حمل فعله على الصحة من غير جهة اجازة المالك لا يقتضى الشراء بغير المعاطاة ، ولو كان في تمام بيع الفضولى وقوعه بغير المعاطاة معتبراً لكان الاستفصال عنه في الجواب متعيناً .

### لدل على عدم ترتب الاثر المقصود (١)

(١) قد تقدم سابقاً ان النهى عن عقد الفضولى لو كان مقتضياً فساده ، لما يتم ذلك باجازه المالك وذلك فان العقد لا يكون بنفسه سبباً تاماً للنقل ، بل هو مع رضا المالك و النهى لا يتعلق برضا المالك ، وانما يتعلق بنفس العقد ، ومعنى صحته كونه جزء السبب للنقل واذا حكم بفساده باقتضاء النهى ينتفى كونه جزء السبب ، فلا يثمر معه اجازة المالك .

وذكر النائينى (ره) وجهاً آخر لعدم جريان تمام عقد الفضولى باجازه المالك فى المعاطاة الفضولية وهو ان انشاء البيع بالايجاب والقبول ، يكون له بقاء ، ويتعلق الاجازة بذلك الامر الباقى ، حيث ان تبديل المالىن فى الاضافة الحاصلة بانشاء البيع المعبر عن ذلك بالمعنى الاسم المصدرى ، امر مغاير لانشاءه المعبر عنه بالمعنى المصدرى الذى ينقضى بانقضاء التكلم ، ويتعلق الاجازة بذلك الامر الاسم المصدرى وهذا بخلاف اعطاء المالىن فانه ليس للاعطاء اسم مصدر الاعطاء المتحد مع الاعطاء خارجاً والاعطاء عبارة اخرى عن تبديل المالىن من حيث المكان وتبديل المالىن من حيث المكان ، لا يتعلق به الاجازة .

ولكن لا يخفى ما فيه فانه ليس المعاطاة مجرد الاعطاء وتبديل المالىن مكاناً ، بل بقصد تبديلهما فى الملكية ، والمفروض ان هذا التبديل امر اعتبارى منشاء بالفعل ويتعلق به الاجازة كالتبديل المنشأ باللفظ .

هذا مع ما تقدم من ان البيع بمعنى اسم المصدر وعين البيع بمعنى المصدر وتغايرهما بالاعتبار وان البيع بهذا الاعتبار ، قابل للبقاء اعتباراً ، ولذا يتعلق به الفسخ بالخيار او بالاقالة كما ذكرنا تفصيلاً ذلك فى تعريف البيع .



وقد يستدل على ذلك بان المعاطاة منوطة (١)  
واما على القول بالاباحة (٢)

(١) وحاصله انه يعتبر في المعاطاة التراضي بالملك بناءً على كونها مفيدة للملك او التراضي باباحة التصرف بناءً على كونها مفيدة للاباحة ، ومن الظاهر ان التراضي بالملك او الاباحة من شئون المالك ، ولا معنى لحصوله من غير المالك .

ولذا ذكر الشهيد الثاني ان المكروه والفضولي قاصد ان لللفظ دون المدلول وايضاً يعتبر في المعاطاة حصول القبض والاقباض مقارناً بالتراضي على الملك ، او التراضي على الاباحة ، ومن الظاهر ان التراضي عليهما لا اثر له الا اذا صدر عن المالك او باذن منه .

واجاب عن ذلك المصنف (ره) من ان اعتبار القبض والاقباض في المعاطاة عند من اعتبرهما فيها لانشاء الملك او الاباحة كما يكون باللفظ ، كذلك يكون بالفعل وكما ان في صورة انشائهما باللفظ ، يمكن الانشاء من غير المالك والوكيل فضولا كذلك في صورة انشائهما بالفعل ، وكما انه لا يعتبر رضا المالك مقارناً لانشاء المالك او الاباحة باللفظ ، كذلك لا يعتبر مقارنته لانشائهما فيما اذا كان بالفعل ، ودعوى اعتبار مقارنته لانشاء الفعلي دون الانشاء القولي تحكّم .

(٢) لا يخفى ان الاباحة في المعاطاة على تقديرها شرعية ، لاملكية ، فان المفروض في المعاطاة قصد الملك ، لا الاذن لصاحبه في التصرف في ماله ، فالقائل بالاباحة لابد من ان يلتزم بورود التقييد في دليل امضاء البيع ، ونفوذه بالاضافة الى البيع المعطاتي قبل حصول احد المازمات ، ويكون حصول احدها فسي ذلك البيع

## مع ان حصول الاباحه قبل الاجازة (١)

كالتقبض فى بيع الصرف والسلم شرطاً لحصول الملك ، وقبل حصول احد ها يكون كل من المالين مباحاً للاخر ، ومقتضى ذلك الاقتصار فى التقييد على مورد اليقين ، وهى صورة تعاطى المالكين ، وفى غيرها يرجع الى اطلاق حل البيع و نفوذه ، فتكون النتيجة ان المعاطاة فضولاً كالببيع اللفظى فضولاً فى حصول الملك بالاجازة فى كشفها عن الملك السابق .

والمحاصل لان تكون فى مورد المعاطاة فضولاً الاحصول الملك لا الاباحه ، و دعوى ان الاباحه فى المعاطاة مالكية ، لانها وان تكون بقصد الملك الا انها تتضمن الاباحه المالكية الضمنية ، امر لا اساس لها ، حيث انه لامعنى للاباحه المالكية الا الاذن فى التصرف فى ماله . ومن الظاهر ان جعل المالك ملكية ماله للطرف ، لا يجتمع مع الاذن له فى التصرف فى ماله ، فان معنى البيع نقل المال ومعنى الاباحه ابقاء المال فى ملكه .

(١) هذا هو الوجه الثانى فى عدم جريان الفضولى فى المعاطاة على القول بالاباحه ، وتقريره ان الاجازة معتبرة فى بيع الفضولى بنحو الكشف ، فتكون كاشفة عن صحة كل تصرف وقع من الاصيل فى مال المالك قبل اجازته ، وهذا الكشف بناه على الاباحه غير ممكن ، اذ لا يعقل الكشف فى الاباحه المالكية ، ولا فى الاباحه التى من الحكم التكليفى ، فان الاحكام التكليفية تكون للافعال المستقبلية لا الماضية التى انتهت أمرها بالوجود او العدم ، مثلاً اذا باع الاصيل مال الاخر قبل اجازته فانه بعد اجازته البيع الاول يحكم بصحة البيع الثانى ايضاً لاعتبار وقوعه فى ملك الاصيل ، وهذا على القول بالملك .

واما بناءً على حصول الاباحه فلا يحكم بصحة البيع الثانى حتى بعد اجازة

## واستدل عليه كما عن جامع المقاصد والروضة (١)

المالك لما ذكرنا من ان الاجازة لا تكشف عن اباحة تصرفات الاصيل التى منها البيع الثانى لتكون الاباحة بالاضافة الى التصرفات الموقوفة على الملك ملازمة لحصول الملك للمتصرف قبل تصرفه او مقارناً له .

والحاصل لاتعقل فى الاجازة على القول بالاباحة فى المعاطاة الانقلى اي الالتزام بحصول الاباحة من زمان الاجازة ولعله الى ذلك اشار (ره) بقوله فافهم بعد احتماله تمام البيع الثانى من الاصيل مع الاباحة الواقعية المكشوفة بالاجازة اللاحقة .

نعم هذا مبني على ما هو الصحيح من كون الاجازة معتبرة بنحو الكشف الحكمى واما بناءً على الكشف الحقيقى فلأمانع عن كشف الاجازة عن كون تلك التصرفات مباحة من حين وقوع المعاطاة فضولا .

(١) يستدل على اعتبار الاجازة فى عقد الفضولى بنحو الكشف بوجوه : اولها ما عن المحقق والشهيد الثانى من ان الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد ، ويقتضى وجوب الوفاء به حصول الملك ، ويعلم تمام العقد الموضوع لوجوب الوفاء ، باجازة المالك ، واورده عليه المصنف (ره) بان العقد اى الايجاب والقبول لا يكون تمام الموضوع لوجوب الوفاء وتمام السبب لحصول الملك ، بل تمامه هو العقد مع صدوره برضا المالك ، ولا يعلم ذلك باجازة المالك حيث لا تكشف الاجازة ، عن مقارنة رضا المالك بصدور العقد لاعن رضاه الفعلى فى ذلك الزمان ، وهذا ظاهر ولاعن رضاه التقديرى بمعنى انه لو كان ملتفتاً بالعقد لكان راضياً به ، فانه يمكن ان تكون اجازته لحصول البداء له وتغير اعتقاده الى صلاح العقد بعد كونه جازماً بعد صلاحه .

نعم لازم القول بصحة الفضولى ، هو الالتزام بان اجازة المالك يقوم مقام رضاه المقارن لصدور العقد وان الاجازة احد القيدين المعبرين فى العقد على سبيل التخبير . وعلى ذلك فكما يتم بالرضا المقارن الموضوع لوجوب الوفاء ، ويحصل به الملك . كذلك بالاجازة اللاحقة .

وبعبارة اخرى الاجازة يكون بها تمام الموضوع لان تكون كاشفة عن تمام الموضوع والسبب قبلها .

اللهم الا ان لا تكون الاجازة بنفسها شرطاً ، بل الشرط لوجوب الوفاء تعقب العقد بها ، وهذا التعقب يحصل من الاول على تقدير حصول الاجازة فى المستقبل ، و يكون حصولها كاشفاً عن اتصاف العقد به زمان صدوره ولكن هذا خلاف الظاهر حيث ان الشرط فى تمام العقد نفس الرضا وطيب نفس المالك للاحوقه .

لا يقال المراد بالشرط فى المقام ما يكون لحوقه بالعقد موجباً لحصول الملك فاطلاق الشرط على الرضا باعتبار ان المؤثر فى الملك الحاصل بالعقد لحوقه لانه بنفسه دخيل .

فانه يقال اطلاق الشرط على شىء مقتضاه كون ذلك الشىء بنفسه دخيلاً وكون المراد بالشرط ذلك ظاهر الادلة فان ظاهرها كون رضا المالك وطيب نفسه معتبراً فى التجارة وحل اكل مال الغير او التصرف فيه ووجوب الوفاء بالعقد ولازم ذلك ان لا يحصل شىء من ذلك قبل حصول الاجازة ولا يفيد فيه وصف لحوق الاجازة فى العقد كما احتمل كفاية وصف لحوقها صاحب الفصول ، والتزم به بعض المعاصرين ويتفرع على دخالة وصف لحوق الاجازة وكونه شرطاً فى تمام العقد انه لو علم الاصيل حصول الاجازة فيما بعد لجاز له التصرف فى مال الطرف حتى الموقوف على كون المتصرف مالكا .

ثم انه لا بأس بالالتزام بما ذكر وان المراد بالشرط لحقوقه فى مثل اشتراط صوم المستحاضة بغسلها بعد الفجر اول للعشائين بان يقال بان المعتبر فى صحة صومها عند طلوع الفجر اتصاف امساكها عند الفجر بلحوق الاغتسال ولو فى الليلة الآتية ويقال فى الغسل يوم الخميس ان اتصاف المكلف بكونه لا يتمكّن على الاغتسال يوم الجمعة دخيل فى استحباب الغسل له يوم الخميس واتصافه بكونه يدرك مستقبلا هلال الشوال دخيل فى وجوب الزكوة عليه من اول شهر رمضان .

ولكن مع ذلك قد يقال بامتناع تحقق وصف التعقب فعلا قبل حصول ذلك اللاحق وانه لا يمكن تصحيح مذهب الكشف بالالتزام بان الشرط فى حصول الملك بالعقد تعقبه بالرضا وان وصف التعقب حاصل حال العقد على تقدير حصول الاجازة فيما بعد فان المتضايقين متلازمين فى القوة و الفعلية فاتصاف احد بالابوة لا ينفك عن اتصاف الآخر بالبنوة واتصاف شىء بالعلية لا ينفك عن اتصاف الآخر بالمعلولية وعنوان التعقب والتقدم والتأخر من الاضافات .

والحاصل ان اتصاف شىء باحد الوصفين المتضايقين فى زمان مع عدم اتصاف الآخر بالوصف الآخر فى ذلك الزمان أمر غير معقول فلا يعقل ان يقال بحصول وصف التعقب بالاجازة للعقد قبل حصول الاجازة .

اقول الاوصاف الاضافية التى يوصف بها الشىء ليست فى حقيقتها الا باعتبار العقل وقياس احد الموجودين بالآخر فان كان الموجودان متحدين زماناً يكون اتصاف احدهما بوصف ملازماً لا تصاف الآخر بالوصف الآخر المقابل لا محالة لفعلية الموجود الآخر فى ذلك الزمان ايضاً على الفرض كما فى وصفى العلية والمعلولية

او الابوة والبنوة ونحوهما وان كان الموجودان في زمانين كما في الموصوفين بوصفي التقدم والتأخر فلا يمكن اتصاف احدهما بوصف في زمان ملازماً لفعلية الموجود الاخر او فعلية وصفه في ذلك الزمان فضلاً عن لزومها لان تحققه فيه خلف .

نعم لا بأس بتوصيف ذلك الاخر بالوصف المقابل بلحاظ طرف وجوده ولو بملاحظته بالعنوان الاجمالي ويكفي في انتزاع وصف التقدم للموجود المتقدم ملاحظة المتأخر بعنوانه الاجمالي ولو ادعى في فعلية وصف التقدم للمتقدم او وصف التعقب له لزوم فعلية المتأخر لزم ان لا يوجد الموصوف الحقيقي بالتقدم والتأخر اصلاً لان الموصوف بالتأخر في ظرف وجود المتقدم معدوم والموصوف بالتقدم في ظرف فعلية المتأخر قد انقضت عنه الوجود فاين فعلية الموصوفين و فعلية وصفيهما هذا بالاضافة الى الاعتبار العقلي .

واما جعل المتأخر موضوعاً لحكم مقدم فهو امر ممكن لاستحالة فيه كما يأتي فتصوير الملكية للطرفين من زمان العقد وجعل موضوعها تحقق الاجازة مستقبلاً لا يوجب محالاً فان المراد بشرط الحكم قيد الموضوع ولا يفرق في ذلك بين موارد كون ذلك الحكم وضعياً كالملكية كما في المقام او كونه حكماً تكليفاً وقد يعبر عن قيد موضوع الحكم في الاحكام التكليفية بالسبب كقولهم دخول الوقت سبب لوجوب الصلوة والجنابة سبب لوجوب الغسل وطلوع الفجر سبب لوجوب الصوم .

وقد يعبر عنه بالشرط كقولهم الاستطاعة شرط لوجوب الحج وبلوغ المال حد النصاب شرط لوجوب الزكوة كما انه يعبر عن قيد الحكم الوضعي بالشرط كما يقال رضا المالك او معلومية العوضين شرط في صحة البيع وحصول النقل والانتقال

وقديعبر عنه بالسبب كما يقال التقاء الختانيين او خروج المنى سبب للجنابة وخروج البول او غيره سبب للحدث الى غير ذلك .

ولكن كما ذكرنا ان ذلك مجرد تعبير والمراد فى جميع ذلك قيد الحكم و موضوعه تكليفاً كان او وضعاً ومن الظاهر ان قيد الموضوع ومنه اجازة المالك ليس شرطاً باصطلاح الفيلسفى فى مقابل السبب والمانع من اجزاء العلة ليقال بعدم امكان تقديم المشروط على شرطه ، فانه من تقدم المعلول على علته زماناً ، بل الشرط فى المقام وهو قيد الموضوع ، تابع لجعل الحكم .

فانه قد يكون الحكم متقدماً على موضوعه زماناً ، وعليه فيمكن ان تكون اجازة المالك العقد شرطاً فى حصول الملك بنحو الشرط المتأخر بان يجعل الشارع ملكية المال للطرف الاصيل بالعقد مراعى بحصول الاجازة ، بحيث تكون الاجازة مع كونها بنفسها شرطاً لحصول الملك كاشفة عن حصول الملك للاصيل بحصول العقد ، ولكن اعتبار قيد للموضوع فى خطاب الحكم او غيره ظاهره ، نحو الشرط المقارن ، واما المتقدم والمتأخر فاعتبارهما وان كان ممكناً الا انه يحتاج الى قرينة خاصة .

لا يقال اذا كان امر شرطاً للحكم يكون له دخل فى ذلك الحكم لامحالة والا لكان جعله شرطاً بلاملاك و اذا فرض دخاله فيه فكيف يحصل ذلك الحكم قبل حصوله .

( فانه يقال ) كما ذكرنا فى بحث الاصول ان الحكم المجمعول ، غير جعله ، كما هو شأن كل انشاء مع منشائه ، بخلاف الابداد ، و الوجود فانهما امر واحد ، ويختلفان بالاعتبار وذلك الامر ، بلحاظ نفسه وجود و بلحاظه الى فاعله ايجاد ، واما الانشاء والمنشأ ، فهما متعددان .

مثلا الملكية التي يعتبرها العاقد بعنوان البيع او غيره منشأ وقصد ابرازه بقوله بعث او آجرت ونحوهما انشاء واذا كان في ملكية المال للطرف من حين العقد صلاح على تقدير اجازة المالك فيما بعد فيعتبرها الشارع كذلك ، فلانكون ملكية على تقدير عدم حصولها فيما بعد فدخالة الاجازة في الملكية ليست نظير دخالة الشرط الفلسفي في مشروطه ، لان حصول الملكية يكون بالجعل والاعتبار على الفرض ، و الداعي للجاعل الى جعلها ، اعتقاد الصلاح في المجمعول ، كما يأتى توضيحه .

والحاصل ان دخالة الشرط وهى الاجازة فى المقام عبارة عن كونها قيداً لموضوع الملكية المجمعولة من الشارع وهذا فى الاحكام الوضعية .

واما فى الاحكام التكليفية كالوجوب والحرمة فانهما ايضاً أمر انشائى يحصل بالابراز والانشاء والجعل فالاستطاعة فى وجوب الحسج مثلا لانكون دخيلة فى حصول الوجوب نظير دخالة الشرط الفلسفى بل باعتبار كونها قيداً لموضوع وجوب الحسج والداعى الى جعل وجوبه اعتقاد الجاعل الصلاح فى الحسج عند حصول الاستطاعة وحيث ان الصلاح والفساد فى موارد الوجوب النفسى و الحرمة النفسية يكون فى متعلقهما فلا محذور فى ترتب الصلاح أى الغرض على الفعل على تقدير مقارنته ، بأمر يعبر عن ذلك الامر بالشرط المقارن او على تقدير تقدم أمر على ذلك الفعل او تأخره عنه ويعبر عنهما بالشرط المتقدم والمتأخر .

وبهذا يظهر ان ما ذكره صاحب الكفاية من ان الدخيل فى شرط الحكم مقارناً كان او متقدماً او متأخراً لحاظ ذلك المقارن والمتقدم والمتأخر خلط بين الدخالة فى الجعل أى الداعى اليه وبين الدخيل فى المجمعول حيث ان الدخيل فى الجعل



## وبان الاجازة متعلقة بالعقد (١)

هو لحاظ ذلك الامر المقارن او المتأخر او المتقدم ولكن الدخيل فى الحكم المجعول اى المأخوذ فى موضوعه نفس ذلك الامر كما لا يخفى .

والمتحصل من جميع ما ذكرنا انه لو تم دليل على ثبوت الملكية شرعاً قبل حصول الاجازة فيلتزم به مع التحفظ على كونها شرطاً فى حصول الملكية ، ولو بنحو الشرط المتأخر ولا يلزم من ذلك أى محذور .

(١) الوجه الثانى للقول بالكشف ذكره ايضاً الشهيد والمحقق الثانى ، واصله ان تعلق الاجازة بالعقد الصادر سابقاً رضاء بمضمون ذلك العقد ، ومضمونه نقل العوضين من حينه لامن حين الاجازة .

واورد عليه المصنف (ره) بامور الاول - ان الاجازة وان تكون متعلقة بالعقد السابق الا ان مضمونه نفس النقل لا المقيد بكونه من حين العقد وبتعبير آخر يقع العقد فى ذلك الزمان باعتبار ان العقد زمانى لا ان معنى بعث بنحو الانشاء هو النقل من ذلك الزمان ، وان شئت فلاحظ القبول بالاضافة الى الايجاب فان القبول رضاً بمضمون الايجاب ولكن لا يحصل الملك بعد تمام الايجاب وقبل القبول وليس هذا الا باعتبار ان معنى الايجاب هو نفس النقل ، وفى أى زمان يتم العقد يحصل الملك من ذلك الزمان وكما ان تمام العقد من المالكين يكون بعد القبول فيحصل الملك بعده كذلك تمام عقد الفضولى يكون بعد الاجازة فيكون الملك بعدها .

وأيضاً بما ان مدلول العقد نفس النقل لا النقل من حينه ، لم يكن الفسخ وابطال مضمونه الغاء للنقل من حين العقد بل يكون الغاء لنفس النقل فى أى زمان حصل

الالغاء ، يبطل النقل من ذلك الزمان .

اضف الى ذلك انه لا ينبغي الاشكال في حصول الاجازة بقول المالك قد رضيت بكون مالى لزيد بكذا مع ان المالك المجيز لم يتعرض فى القول المزبور لبيع ماله فضولا من زيد فضلا عن تعرضه بزمان نقله وقد ذكروا ان تمكين الزوجة من الزوج فيما اذا زوجها الاخر منه فضولا اجازة لنكاح الفضولى باعتبار ان التمكين كاشف فعلى عن رضاه بالزوجية المنشأة من غير نظر الى زمانها من حيث المبدء .

اقول الايراد المزبور على الاستدلال غير صحيح وذلك فان الملكية امر اعتبارى وانشائها ليس من الابداد الحقيقى الذى يكون عين الوجود حقيقة ويتحد زمانها لامحالة . بل الانشاء كما تقدم توضيحه غير المنشأ وبينهما تعدد .

ولذا يمكن التفكيك بينهما فيمكن انشاء الملكية المستقبلية بان يكون الانشاء فعليا ، والمنشأ امراً استقبالياً ، كما فى الوصية التمليلية ، وعلى ذلك فاللازم على اقسد فى اعتبار ملكية المبيع للمشتري من تعيين المبدء فيكون الزمان المزبور قيدا للنقل اى الملكية ، ولا يقاس الاجازة بقبول الايجاب ، فان الموجب فى ايجابه لا يجعل ملكية المبيع للمشتري مطلقا ، حتى ولو لم يقع منه قبول بل الظاهر ان اعتبارها له معلق على قبوله بنحو الشرط المقارن ، وهذا بخلاف اجازة المالك فان الملكية المنشأة بالعقد لا تكون معلقة عليها كما يظهر الحال بملاحظة بيع الغاصب وعلى تقدير التعليق يكون بنحو الشرط المتأخر ، كما اذا باعه لتوقع اجازة المالك .

والحاصل ان الاجازة تتعلق بمدلول العقد الذى هو الملك من حينه ويدخل العقد به فى موضوع الامضاء واللزوم وقبل الاجازة لا يكون امضاء واللزوم واما قضية

الفسخ فانه الغاء للعقد بقاءً فيكون الغاء السلكية ايضاً في بقائها ولا منافاة بين ان يكون مبدء الملكية في الاجازة حين العقد ومبدها في الالغاء حين الفسخ ، فان الفسخ لا يقابل الاجازة بل مقابل الاجازة ، هو الرد وهو عبارة عن الغاء العقد من اصله ، ولا فرق فيما ذكر كله بين ان تكون الاجازة بالقول او بالفعل كتمكين الزوجة المزوجة فضولا ، ولا يخفى ان مرادنا بمدلول العقد ، ليس مدلوله بالدلالة الوضعية ليقال بان بعثت مثلاً انشاء لا يدل على الزمان فكيف تكون دالا على مبدء الملكية ، بل المراد الدلالة ولو بالقرينة التي اشرنا اليها من لزوم المبدء للمنشأ لا محالة .

ولا يخفى ان ما ذكره المصنف (ره) في الايراد على الاستدلال الثاني على الكشف بقوله ( وبتقرير آخر ان الاجازة من المالك قائمة ) ليس تقريراً آخر للايراد المزبور بل التقرير يناسب الرد على الاستدلال الاول الذي ذكر فيه ان العقد سبب تام للنقل والانتقال واجازة المالك كاشفة عن كون عقد الفضولي عند حدوثه تاماً .

ثم انه (ره) ذكر الايراد الثاني على الاستدلال المتقدم بقوله ( وثانياً لو سامنا عدم كون الاجازة شرطاً اصطلاحياً ) وحاصله ان القول بالكشف لا يساعده عليه دليل بان يكون المبيع ملكاً للمشتري شرعاً و الثمن ملكاً للمالك المجيز من حين العقد ولو قيل بتعلق الاجازة بالعقد السابق الذي مدلوله النقل من حينه او ان الاجازة اللاحقة تجعل العقد السابق كانه سبب تام للنقل وذلك فان العقد الفضولي مالم ينتسب الى المالك ، لا يعمه دليل وجوب الوفاء به وخطاب حل البيع فانه يصير باجازة المالك عقده ، والببيع يبعأ برضاه ، ولازم ذلك ان لا يكون نقل وانتقال قبل حصول الاجازة لان حدوث ملكية المبيع للمشتري وانتقال الثمن الى البايح يلزم حدوث وجوب الوفاء الذي يحدث بالاجازة كما ان حل البيع بمعنى حل التصرفات المترتبة

## وثالثاً سلمنا دلالة الدليل على امضاء الشارع (١)

على البيع تحدث بالاجازة ومن الظاهر ان حدوث الحلية المزبورة ، ينتزع عنها النقل والانتقال .

اقول هذا الايراد ايضاً غير صحيح وذلك فان العقد وان يكون بالاجازة منتسباً الى المالك المجيز من حين الاجازة و ان البيع بالاجازة يكون بيعاً برضا المالك فيدخل العقد المزبور من حين الاجازة في موضوع الخطابين الا ان خطاب وجوب الوفاء بالعقد ليس حكماً تكليفاً بالاضافة الى البيع ونحوه حتى لو فرض ان البائع اذا أمسك بالمبيع ولم يسلمه الى المشتري فقد عصى بعصيانين احدهما التصرف في مال المشتري بامساكه بالمبيع ، والثاني عدم وفائه بالعقد ، بل هو ارشاد الى لزومه ، وعدم كونه قابلاً للفسخ كما ان خطاب حل البيع ليس ناظراً الى الحلية التكليفية بل الى الحل الوضعي أى الارشاد الى امضاء الشرع ، البيع من حيث المدلول ، و اذا فرض ان مدلول البيع المزبور ، ملكية المبيع للمشتري من حين تحقق العقد ، يكون امضائه بمدلوله عبارة عن اعتبار الشرع الملكية على طبق انشاء العاقد . ورضا المالك المجيز به وقد ذكرنا في محله ان الملكية ونحوها من الاحكام الوضعية ، قابلة للجعل بنفسها ، والالتزام بانتزاعها من التكليف بلاوجه .

(١) وهذا هو الايراد الثالث على الاستدلال المتقدم . وحاصله لو سلم امضاء الشارع عقد الفضولي على طبق اجازة المالك المفروض كونها رضاءاً بالعقد بمدلوله وهو النقل من حينه ولكن حكم الشارع وامضائه يحدث عند حصول الاجازة . ولازم ذلك ان يكون ملكية المبيع للمشتري وملكيته الثمن للمالك المجيز بالاضافة الى الازمنة بعد الاجازة حقيقية وبالاضافة الى الازمنة السابقة على الاجازة تنزيلية ، بمعنى انه يترتب

بعد الاجازة الاثار الممكنة بالاضافة الى تلك الازمنة ، كما اذا حصل للمبيع نماء بعد العقود قبل الاجازة فانه يحكم بعد الاجازة ، بان النماء المزبور ملك للمشتري و هذا فى الحقيقة قول بالنقل يشترك مع القول بالكشف فى بعض الاثار ، والوجه فى عدم كون الملكية بالاضافة الى الازمنة قبل الاجازة حقيقية هو عدم كون العقد فى تلك الازمنة سبباً تاماً للملكية حيث لم يكن معه رضا المالك الذى جزء السبب او شرطه .

اقول وانت خبير بانه لا يمكن المساعدة على هذا اليراد ايضاً وانسه يتعين الالتزام بكون الملكية كما انها بالاجازة واقعية بالاضافة الى الازمنة اللاحقة كذلك انها واقعية بالاضافة الى الازمنة السابقة حيث ان التنزيل بجعل الاثار يكون فى الموارد التى لا يمكن فيها جعل الموضوع بنفسه حقيقة كما فى تنزيل الفقاع منزلة الخمر واما الموضوع القابل للجعل بنفسه كالملكية التى لها آثار فلماوجب لجعل آثارها بل تجعل نفسها فيترب عليها تلك الاثار

ودعوى ان العقد لم يكن سبباً تاماً للملك فى الازمنة التى قبل الاجازة فقد تقدم انه لاسببية ولا مسببية فى الملكية الشرعية بمعناهما المصطلح عند الفيلسوف بل العقد مع رضا المالك بنحو الشرط المقارن او بنحو الشرط المتأخر موضوع للملكية الشرعية .

والمتحصل الى هنا ان الاستدلال الثانى على الكشف مقتضاه الكشف الحكيمى

بخلاف الاستدلال الاول فان مقتضاه كان الكشف الحقيقى .

لا يقال لا يمكن الالتزام بالكشف الحكيمى فانه كيف يعقل جعل ملكية متاع لزيد مثلاً فى زمان انقضى و قد كان المتاع فيه ملكاً للاخر كما اذا اشترى زيد متاع عمرو فضولاً فانه مالم تحصل الاجازة فالمتاع باق على ملك عمرو ولو صار

المتاع بعد الاجازة ملكاً لزيد حتى فى الازمنة التى انقضت قبل الاجازة لسزم كون المتاع المزبور فى تلك الازمنة التى قد انقضت ملكاً لكل من عمرو وزيد مستقلاً بل لا يمكن جعل ملكية المتاع لزيد فى تلك الازمنة الابعة الازمنة المنقضية او الالتزام ببقائها فى الازمنة اللاحقه وكل من الاعادة وبقائها أمر غير معقول اما الاول فظاهر و اما الثانى فلاستلزامه كون الزمان فى زمان .

والحاصل ان المتاع المزبور كان ملكاً لعمرو وفى زمان واقعى قد انقضى ولا يمكن ان يكون المتاع المزبور لزيد فى ذلك الزمان الواقعى لانقضائه واما جعل الملكية بفرض ذلك الزمان الماضى فهو فى الحقيقة ملكية فى زمان فرضى موهوم مستلزم لكون كل من عمرو وزيد مالكا مستقلاً لذلك المتاع فى زمان واحد .

فانه يقال الحل ما تقدم من الانشاء والمنشأ غير اليجاد والوجود فان اليجاد والوجود فى الحقيقة واحد واختلافهما بالاعتبار فقط واذا كان اليجاد فى زمان يكون الوجود فى ذلك الزمان لامحالة .

واذا انقضى زمان فارغاً عن وجود الشيء فيستحيل ايجاد ذلك الشيء فى ذلك الزمان الماضى بان يكون اليجاد فى الزمان اللاحق و الوجود فى الزمان المنقضى الا ان يقع المستحيل وهو عود ذلك الزمان الماضى وكذا الحال فى ايجاد شيء استقبالى بان يكون اليجاد فى الحال و الوجود فى المستقبل فانه ايضاً لا يمكن الا ان يقع المستحيل وهو جرح الزمان الاستقبال الى الحال واما الانشاء والمنشأ فلا استحالة فى التفكيك بين زمانى الانشاء والمنشأ فان الموصى لداره للغير بالموصية التمليلية يحصل انشائه حال حياته ولكن منشأه وهى ملكية داره تحصل من زمان موته وكما ان الموصى حين الوصية يعتبر ملكية داره مثلاً للغير ولا تكون

الملكية المعتبرة مطلقة بل مقيدة بالزمان المستقبل و يكفى فى الوصية ان يلاحظ الموصى ذلك الزمان ويعتبر الملكية المقارنة له كذلك يمكن للمنشى لحاظ الزمان الماضى ويعتبر الملكية المقارنة لذلك الزمان فان الاعتبار ليس من الابداجاد الحقيقى والمعتبر شبيه بأمر خيالى لو لم يكن عينه يجعله العقلاء والشرع تنظيماً لامر معاش العباد ومعادهم .

ومن الفروع التى توضح المقام ما اذا اختلف الوارث مع الاخر فى عين كانت مملوكة للمورث باعترافهما فقال الاخر قد تملكته مسن المورث بالهبة وقال الوارث بل العين من تركه مورثه وانه لم يملكه لاحد فى حياته فانه لا ينبغى الربب فى تقديم قول الوارث أخذاً باستصحاب بقائها فى ملك المورث الى زمان موته و من الظاهر ان هذه عبارة اخرى عن التعبد فى الزمان اللاحق بالملكية السابقة والتعبد بها معناه جعل الملكية بالاضافة الى الزمان السابق بعنوان الحكم الظاهرى واما قضية كون ملكية المتاع فى زمان واحد لمالكين مستقلاً فلما محذور فيه فيما اذا كان زمان الاعتبار متعدداً و اى محذور فى ان يعتبر ملكية المتاع لعمره فى زمان سابق بان يكون زمان الاعتبار سابقاً على زمان المعتبر لغرض ثم يعتبر بعد انقضاء زمان المعتبر ملكيته فى ذلك الزمان الماضى لزيد لغرض آخر وقد ذكرنا سابقاً ان الاحكام الوضعية ومنها الملكية لا تقاس بالتكليفية حيث ان الاحكام التكليفية لا يمكن تعلقها بالافعال الماضية لان الافعال الماضية بانتهاء أمرها بالوجود او العدم لا يفيد فيها النهى والامر والترخيص وهذا بخلاف الاحكام الوضعية فانها لا تتعلق بالافعال وليست مسن سنخ البعث او الزجر او الترخيص وتقبل اعتبارها للامور الماضية والمستقبله كاعتبارها للامور الحالية كما لا يخفى .

فتحصل مما ذكرنا ان ماذكره النائيني (ره) في وجه استحالة الكشف الحكمي من ان اعتبار ملكية مال لعمرو في زمان معين ثم اعتبار ملكية ذلك المال لزيد فسي ذلك الزمان بعينه غير ممكن لان المصحح للتعدد تعدد زمان المعبر لان تعدد زمان الاعتبار و ان مع وحدة زمان المعبر يكون الحال من قبيل الحكم بوجود فعل في زمان ثم الحكم بحرمة ذلك الفعل في ذلك الزمان ولذا لا يمكن في مسألة التوسط في الدار لمغصوبة الحكم بحرمة التصرف فيها بالخروج قبل الدخول فيها و الحكم بوجوده بعده لما ذكرنا في ان الفعل بعد انقضاء زمانه لا يقبل البعث اليه او الزجر عنه او الترخيص فيه و ان تعلق الحرمة بفعل مقتضاه وجود المفسدة الملزمة المخالفة فيه وتعلق الوجوب بمقتضاه وجود المصلحة الملزمة المخالفة و الترخيص بمقتضاه عدم ثبوتها و لا يمكن حصول الملاكين في فعل واحد في زمان واحد بخلاف ملكية المال في زمان واحد فيمكن ان يتعدد الغرض فيها باعتبار تعدد زمانى الاعتبار لان المصلحة كساير الاحكام الوضعية تكون في نفس اعتبارها .

لا يقال اذا كان كل من ملكية المال لعمرو في زمان و ملكية ذلك المال لزيد في ذلك الزمان مورد الغرض فيمكن اعتبارهما ولو مع وحدة زمان الاعتبار ايضاً .  
(فانه يقال) لا يمكن ذلك فان معنى اعتبار ملكية المال لعمرو في زمان مقتضاه استقلال عمرو في التصرف في ذلك المال في ذلك الزمان دون غيره و اعتبار ملكية ذلك المال لزيد في ذلك الزمان معناه استقلال زيد في ذلك الزمان للتصرف دون غيره و لا يمكن ذلك مع وحدة زمان الاعتبار بخلاف ما اذا كان زمان الاعتبار متعدداً فان اعتبار الملكية لعمرو في زمان او لا مقتضاه انه يجوز له في ذلك الزمان التصرف في ذلك



## فالظاهر من صحيحة قيس الكشف (١) .

المال وبالإضافة الى التصرفات الخارجية يكون الجواز بمعنى الترخيص والاباحة تكليفاً وبالإضافة الى التصرفات المعاملية بمعنى نفوذها وصحتها وانه لا يجوز لغيره زبداً كان او غيره التصرف في ذلك المال وعدم الجواز بالإضافة الى التصرفات الخارجية هي الحرمة وبالإضافة الى التصرفات المعاملية بمعنى عدم نفوذها .

ثم بعد اجازة عمر والمعاملة الفضولية واعتبار ذلك المال لزيد في ذلك الزمان يكون مقتضى الاعتبار امضاء تصرفات زيد في ذلك الزمان وكون نماء المال فسي ذلك الزمان له للعمر وكما لا يخفى .

واما ما استدل به فخر المحققين على القول بالكشف بانه لولاه لزم تاثير المعدوم في الموجود باعتبار ان المؤثر في الملكية هو العقد ولو قلنا بان اجازة المالك كاشفة عن حصول الملكية من زمان العقد فلا محذور واما اذا قلنا بحدوث الملكية حين الاجازة لزم تاثير العقد المعدوم في ذلك الزمان في الملكية فلا يخفى ما فيه فانه بعد الاحاطة بما ذكرنا من ان العقد لا يؤثر في الملكية الشرعية بسلك الملكية حكم شرعى مجعول للشارع يمكن ان يكون موضوعه الامر المقارن للحكم زماناً ويمكن ان يكون تمام الموضوع او بعض قيوده الامر المتأخر عن الحكم وليس للموضوع اى تأثير خارجي في الحكم بل ثبوته على تقدير الموضوع لتحقق الجعل في ذلك الفرض وعدم تحقق الحكم مع عدم الموضوع لعدم الجعل مع عدمه وان شئت الاستيناس للمقام فلاحظ الملكية شرعاً في بيع التصرف والسلم فانها تحدث حين حصول القبض في المجلس والعقد في ذلك الحين معدوم .

(١) وجه ظهورها في الكشف هو ما تقدم من دلالتها على سقوط قيمة الولد

عن عهدة المشتري باجازه المولى البيع الواقع على وليدته فضولا واما التفرقة بين صحيحة ابى عبيدة الواردة فى تزويج الصغيرين فضولا وبين ساير الاخبار بدلالتها على الكشف الحقيقى بخلاف ساير الاخبار باعتبار انه لم يذكر فى تلك الاخبار حكم يناسب خصوص الكشف الحقيقى بخلاف الصحيحة فان الوارد فيها وهو لزوم عزل نصيب الصغيرة وهو يناسب خصوص الكشف الحقيقى فقط كما يأتى توضيحه فى التعليقة الآتية والحاصل ان الحكم لاب البايع بأخذ ابن الوليدة لا يصح الا اذا كان الاخذ المزبور لقيمة الولد فقط او مع قيمة ما استوفاهما المشتري من ساير منافع الجارية .

ثم لا يكون ارساله بعد اجازة البيع الاعلى مذهب الكشف دون النقل فانه على النقل لا يسقط قيمة الولد او قيمة ساير منافعها التى استوفاهما عن عهدة المشتري ليتعين على أب البايع ارسال الولد بخلاف القول بالكشف حقيقياً كان او حكماً .  
واما وجه تعلق المشتري بالبايع الفضولى فلعله باعتبار ضمانه الثمن المدفوع اليه فانه كما كان بيعه فضولياً كان قبضه الثمن فضولياً سواء كان المدفوع اليه نفس الثمن او فائه وانه اذا اجاز مولى الوليدة بيعها كانت اجازته اجازة للقبض المزبور ايضاً وقد سأل المشتري هذه الاجازة عنه بقوله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني .

واحتمال ان البايع كان مديوناً للمشتري ببذل الثمن بمقتضى ضمانه والمشتري كان مديوناً للمولى بقيمة الولد وقيمة منافع الجارية فلعل الاجازة معتبرة بنحو النقل وان ارسال المولى ولد المشتري وارسال المشتري البايع أى ابن المولى كان لاسقاط المولى دين المشتري فى مقابل دين الابن البايع لا يمكن المساعدة عليها لان هذا الاسقاط لا يحتاج الى اجازة بيع الجارية و ظاهر الرواية ان ارسال

## فاطلاق الحكم بالعزل منضمماً الى عموم الناس مسلطون (١) .

الولدين كان علاجه باجازة البيع ولا تكون اجازته علاجاً الا اذا اعتبر الاجازة بنحو الكشف وان تكون بحيث تعم اجازة قبض الثمن ايضاً .

(١) المراد من اطلاق الحكم بالعزل عدم تقييده بصورة رضا الورثة وهذا الاطلاق بانضمامه الى عموم الناس مسلطون على امورهم المقتضى لسلطنة ساير الورثة لجميع حصصهم من تركة الزوج الميت يفيد مسلك الكشف الحقيقي حيث بناءً على هذا المسلك لا يكون لزوم عزل نصيب الزوجة تخصيصاً لعمومه بخلاف مسلك النقل او الكشف الحكمي فانه بناءً عليهما يكون المقدار المعزول ملكاً لساير الورثة واقعاً وقد منعوا عن التصرف في ملكهم بتعين العزل عليهم .

(اقول) لا يمكن المساعدة على الاستظهار المزبور وذلك لما تقرر في الاصول من بحث العام و الخاص انه اذا علم عدم شمول حكم العام لشيء ودار أمر عدم الشمول بين ان يكون بنحو التخصيص او بنحو التخصيص فلا يمكن التمسك بعموم العام في اثبات كون الخروج بنحو التخصيص لا التخصيص كما اذا قام دليل على عدم لزوم الاجتناب عن غسالة الاستنجاء ودار أمر الغسالة بين كونها تخصيصاً في خطاب كون الماء المتنجس منجساً وبين ان يكون خروجها عن الخطاب المزبور بالتخصيص بان تكون الغسالة المزبورة طاهرة فانه لا يمكن اثبات طهارتها بالاخذ بعموم خطاب كون الماء المتنجس منجساً هذا اولاً .

وثانياً انه على الكشف الحقيقي يكون تعين عزل سهم الزوجة ايضاً تخصيصاً في خطاب اعتبار الاستصحاب فالمتعين ان العزل حكم ظاهري واحتياط في الواقعة التي من الشبهة الموضوعية كوجوب عزل نصيب الحمل وجعله اكثر ما يحتمل عادة .

و الحاصل ان الحكم بتعين عزل نصيب الزوجة مع احتمال اجازتها بعد بلوغها منضمّاً الى عموم خطاب الاستصحاب مقتضاه عدم الكشف الحقيقي وقد اورد بعض الاعاظم على دلالة الصحيحة على اعتبار الاجازة بنحو الكشف او غيره بانه لم يظهر منها ان التزويج المفروض فيها فضولى وان رضاء الصبى والصبية به بعد بلوغهما اجازة لذلك التزويج الفضولى بل ظاهرها ان النكاح المزبور قد وقع من الوليين وان ذلك النكاح جائز أى صحيح ولكن يكون لكل منها بعد بلوغهما الخيار فى فسخه واقراره وان من شرط التوارث بين الزوجين المفروضين رضا كل منهما بالنكاح المزبور أى فسخه واقراره واذا مات احد هما بعد رضاه به وقبل بلوغ الاخر يكون الارث مشروطاً برضاء الاخر بعد بلوغه وهذا ظاهر الرواية أى ظاهر جواز النكاح وفرض صدوره من الوليين ولا موجب لحملها على نكاح الفضولى ثم حمل الرضا الوارد فيها على الاجازة و الاستظهار يكون اعتبارها بنحو الكشف نعم قوله عليه السلام فى ذيلها ( فان كان ابوها هو الذى زوجها ) ظاهر فى ان نكاح الاب لا يكون كنكاح غيره ولا يعتبر فى نكاحه خيار الفسخ بل يلزم ويثبت التوارث ولو قيل بان الاب يعم الجد اى أب الاب يكون نكاح الجد كنكاح الاب فيختص صدرها بنكاح غير الاب والجد هذا مع ان الذيل معارض بصحيفة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام عن الصبى يزوج الصبية قال اذا كان ابوها اللذان زواجهما فنعم جائز ولكن لهما الخيار اذا ادركا فان رضيا بعد ذلك فان المهر على الاب قلت فهل يجوز طلاق الاب على ابنه فى صغره قال لا (١) .

## اما الثمرة على الكشف الحقيقى (١) .

وكذا معارض بذيل صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام الغلام له عشر سنين فيزوجه ابوه في صغره ايجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين قال فقال اما تزويجه صحيح الى ان قال فان ماتت او مات يوقف الميراث حتى يدرك ايها بقى ثم يحلف بالله مادعاه الى اخذ الميراث الا الرضا بالنكاح (١) .

اقول اذا تسلم اطال الله بقائه ان قوله عليه السلام فى ذيل صحيحة ابي عبيدة الحذاء يكون دالا على نفوذ نكاح الاب وثبوت التوارث معه وان الاب يعم الجد فيلزم عليه ان يحمل الوليين فى صدرها على غير الاب والجد ومن الظاهر ان غير غير الاب والجد لا يكون ولياً شرعياً فيكون نكاحه فضولياً لامحالة وحمل الوليين على خصوص الوصى مع ان ولايته على النكاح الصغيرة غير محرزة حمل بعيد وابعده منه حملة على نكاح الحاكم الشرعى لضرورة الطفل واما معارضة ذيلها بصحيفة محمد بن مسلم وصحيحة الحلبي فلا يضر بالاستدلال فانه لا يمكن العمل بمثلها فى مقابل غير واحد من الروايات الدالة على نفوذ نكاح الاب والجد وعليه شهرة اصحابنا قديماً وحديثاً وتمام الكلام فى ذلك مو كول بكتايب النكاح والارث .

(١) لاتظهر الثمرة على الكشف الحقيقى بين كون الشرط فى صحة المعاملة تعقبها بالاجازة او تكون الاجازة بنفسها شرطاً متأخراً وانه يجوز لكل من المالك المجيز والاصيل التصرف فيما انتقل اليه قبل حصول الاجازة على تقدير احراز حصولها فيما بعد سواء كان التصرف أمراً خارجياً او اعتبارياً ويأتى الاعتراف بذلك من المصنف فى بيان الثمرة بين الكشف الحقيقى والكشف الحكيمى .

## واما الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي (٢) .

(١) اذا وطأ المشتري الجارية التي اشتراها من الفضولي قبل اجازة المالك فولدها ثم اجاز الشراء مال كها فعلى القول بالكشف الحقيقي يكون الوطى المزبور حلالاً واقعياً لوقوعه في لملك واقعاً كما انه حرام واقعاً على الكشف الحكمي وتكون الجارية المزبورة ام ولسد للمشتري على الكشفين وهذا بناءً على الكشف الحقيقي ظاهر لحدوث الوطى في الملك الواقعي للمشتري وعلى الحكمي باعتبار انه بعد الاجازة يملك المشتري الجارية حتى بالاضافة الى الازمنة السابقة ومنه زمان الوطأ واحتمل (ره) عدم كونها ام ولد بذلك لان الاستيلاء لم يحدث في الملك وان حكم بملكية الجارية في ذلك الزمان للمشتري ولكن لا يخفى ما في الاحتمال من الضعف فان مقتضى اعتبار الجارية ملكاً للمشتري زمان الاستيلاء مقتضاه كون الجارية ام ولد .

وذكر السيد الخوئي اطال الله بقائه انه لا يحكم على الامة بناءً على الكشف الحكمي بانها أم الولد لان ظاهر ما دل على انها لا يباع او غيره من الاحكام ترتبها على أمة يحدث استيلاؤها في ملك الواطي وعلى الكشف الحكمي يكون الاستيلاء بقاءً في ملكه نظير ما شرع في صلواته بقراءة سورة ثم تركها في الاثناء بالعدول الى سورة اخرى فانه بالعدول واتمام السورة الثانية وان تكون الاولى زائدة الا انها لا تحسب زيادة في الصلاة ولا تعمه قوله عليه السلام من زاد في صلواته فعليه اعادتها فان ظاهره احداث الزائد لاجل الحادث سابقاً زائداً فيما بعد .

اقول اذا فرض مبدء الملكية المجعولة هو الزمان السابق يكون الاستيلاء بحدوثه محكوماً بوقوعه في الملك لا محالة ولا يقاس بمسئلة الزيادة في الصلوة فان

ولو نقل المالك أم الولد عن ملكه (١) .

مبدء اتصاف القراءة السابقة بالزيادة من حين العدول الى السورة اللاحقة نظير ما اخبر القائل بانه يفعل كذا صباح الغد مع بناءه على الفعل المزبور ثم بداله صباح الغد فلم يفعله يكون اتصاف الكلام المزبور بالكذب بحسب نظر المتكلم من حين البداء له بل يقاس بما اذا اغتسل المكلف بماء مشكوك طهارته اخذاً باصالة طهارته . ثم بعد الاغتسال والصلاة علم بان الماء المزبور كان متنجساً قبل الاغتسال وشك في وقوع المطهر عليه قبل اغتساله فانه لا اشكال في ان الماء الى حين حصول هذا العلم والشك كان محكوماً بالطهارة وبعد حصولهما يحكم على الماء المزبور حتى بالاضافة الى حين الاغتسال بالنجاسة مع انه يلزم عليه طال بقاء الحكم بصحة الاغتسال ولا أقل بعدم وجوب قضاء صلاة صلاحها بذلك الغسل لانهما مقتضى قاعدة الطهارة السابقة او اصالة عدم وجوب قضائها .

(١) وحاصله انه لو اشترى الامه فضولا فاولدها ونقلها مالكتها عن ملكه ثم اجاز الشراء المزبور فعلى الكشف الحقيقي يحكم ببطلان النقل المزبور وبصحة الشراء لان الاجازة تكشف عن وقوع نقله في ملك المشتري واقعاً ويحتمل بطلان اجازة الشراء لان النقل سابقاً بمنزلة رده الشراء المزبور وسيأتى ان من شرط نفوذ الاجازة عدم سبقها بالرد هذا على الكشف الحقيقي .

وعلى الكشف الحكمي فيحكم بصحة النقل المزبور وعلى المالك المجيز اداء عوض الامه أى قيمتها الى المشتري جمعاً بين صحة النقل المزبور وبين المعاملة مع الجارية المزبورة بعد الاجازة معاملة ملك المشتري بالاضافة الى الازمنة الماضية

ويكون المقام نظير ما اذا فسخ ذو الخيار العقد مع نقل المال عن ملكه قبل ذلك فان بعد فسخه عليه بسدل المال جمعاً بين نفوذ نقله ورجوع ذلك المال بالفسخ الى مالكة الاول .

والحاصل ان ضابط الكشف الحكمي انه يترتب آثار الملكية بالاضافة الى الازمنة السابقة بعد حدوث الاجازة فان كان الجمع بين تلك الاثار وتصرف المالك قبل اجازته ممكناً فهو والا كما اذا اتلف المالك المال حقيقة او شرعاً كالعتق بطلت الاجازة لفوات محلها وان يحتمل الرجوع اليه بالبدل مع الاتلاف ايضاً جمعاً بخلاف الكشف الحقيقي فانه بالاجازة ينكشف كون المال ملكاً للغير واقعاً من حين عقد الفضولي فيبطل كل تصرف من المالك لاحق بالعقد المزبور .

اقول مجرد تلف المال او العتق لا يوجب التنافي بينه وبين اجازة عقد الفضولي فانه بعد اجازته يرجع الاصيل الى المالك المجيز ببدل المال المتلف او المعتق كما في مسألة البيع بشرط الخيار للمشتري فانه اذا تلف المبيع في يد المشتري او اعتقه فيرجع اليه البايع بعد الفسخ ببدل التالف او المعتق بل التنافي بين الاجازة والتصرف من المالك المجيز يتصور في موارد لا يكون فيها الرجوع الى المالك المجيز بالبدل كما اذا زوج الفضولي المرأة من زيد ثم المرأة مع جهلها بالحال زوجت نفسها من عمرو فانه لا يمكن الجمع بين نفوذ النكاح الثاني واجازة النكاح الاول وفي مثل ذلك لا ينبغي الريب في نفوذ النكاح الثاني وفساد النكاح الاول وذلك فان النكاح الثاني بحصوله يعمه ما دل على مشروعية النكاح ونفوذه ومع هذا الشمول لانفيد اجازتها النكاح الاول حيث لا يمكن ان يعمه ذلك الدليل بل يمكن ان يقال الامر كذلك حتى على الكشف الحقيقي لالكون النكاح الثاني رداً للنكاح الاول



حيث نفرض وقوع النكاح الثانى غفلة عن النكاح الاول بل لان الاجازة المصححة للنكاح الاول اجازة الخلية لاجازة ذات البعل .

واما اذا لم يكن تصرف المالك المجيز منافياً لصحة عقد الفضولى باجازته فقد يقال كما عن المصنف (ره) وغيره بانه يجمع بين التصرف الثانى وعقد الفضولى باجازته برجوع الاصيل الى المالك المجيز ببديل ذلك المال نظير رجوع من عليه الخيار الى المشتري بعد فسخ الشراء ببديل المبيع التالف حقيقة او حكماً .

ولكن لا يخفى انه لا يمكن المساعدة على الجمع بذلك فى المقام بل المتعين هو الالتزام بان تصرف المالك فى المبيع ونقله الى الغير واتلافه يوجب ان لا يبقى مورد للاجازة لالكون التصرف المزبور رداً فعلياً لعقد الفضولى ليقال بان تصرفه مع غفلته عن جريان العقد فضولا على ماله لا يكون من الرد الذى من الانشائيات ولا يحصل بدون القصد سواء كان بالفعل او بالقول بل لان المعترف فى الاجازة ان تكون موجبة لاستناد عقد الفضولى الى المالك المجيز بان يصح ان يقال انه باع ماله او آجره او صالحه الى غير ذلك ولا تكون الاجازة مع التصرف المزبور مصححة لذلك لان نفوذ ذلك التصرف يوجب كون المالك اجنبياً عن المال المزبور ولا تكون اجازته موجبة لان يقال انه باع داره و آجرها او صالحها الى غير ذلك .

وهذا هو السر فيما يأتى من ان من شرط الاجازة ان يكون المجيز مالكا للمال الذى جرى عليه العقد فضولا لولا اجازته وبتعبير آخر المصحح لاستناد عقد الفضولى الى المجيز باجازته كونه مالكا للمال لولاها والمفروض انه مع التصرف المزبور لا يكون مالكا لتكون جازته باعتباره مصححة للاستناد بل الامر كذلك فى صورة تلف المال فان المال بعد تلفه فى يد مالكة لا يعتبر ملكاً له ولا يقاس بما اذا اشترى متاعاً

وللشهيد الثاني في الروضة عبارة توجيه المراد منها (١) .

بشرط الخيار له وتصرف في ذلك المال بالنقل او تلف في يده فانه يكون له فسخ  
الشراء ويرجع البايع اليه ببدل المبيع وذلك فان الخيار حق له متعلق بالعقد الواقع  
والتصرف في المبيع اذا لم يكن بقصد اسقاط الخيار لا يوجب سقوطه فيكون له  
فسخه ويتعين عليه بعد الفسخ دفع البدل والاجازة في المقام ليست من قبيل الحق  
المتعلق بالعقد ولذا لا يكون للمالك المجيز اسقاطها بل اعتبارها لكونها مصححة  
لاستناد عند الفضولي اليه ووجه التصحيح ما ذكرنا من كونه مالكا للمال لولا  
الاجازة .

فتحصل مما ذكرنا انه على الكشف الحكمي يكون تلف المال او تصرف  
ماله بنقله الى الغير او عتقه موجبا لانقضاء مورد الاجازة فيصح تلك التصرفات و  
يلغو عقد الفضولي .

بل يمكن ان يقال ان الحال كذلك حتى على الكشف الحقيقي فان المعقول  
منه هو الالتزام بكون الاجازة شرطا متأخرا او ان الشرط تعقب العقد بالاجازة وما  
هو شرط متأخر اول حوقه شرطه هي اجازة المالك لولاها لا مجرد اجازة المالك حال العقد  
ويأتى بقية الكلام في ذلك في بحث اشتراط كون المجيز مالكا .

(١) قال في الروضة وتظهر الفائدة يعني فائدة القولين الكشف والنقل في النماء  
فان جعلناهما كاشفة فالنماء المنفصل للمبيع المتخلل بين العقد والاجازة للمشتري و  
نماء الثمن المعين للبايع ولو جعلناهما ناقلة فهما للمالك المجيز انتهى .

وذكر المصنف (ره) ان توجيه المراد من هذه العبارة بان تحمل هذه العبارة  
على خلاف ظاهرها اولى من الاخذ بظاهرها والتكلف في تطبيق ذلك الظاهر على  
القواعد وتوضيح ذلك ان نماء المبيع المتخلل بين العقد والاجازة للمشتري ونماء

ومنها ان فسخ الاصيل لانشائه قبل اجازة الاخر مبطل (١) .

عين الثمن للبايع على الكشف الحقيقي او الحكمى والنماء المزبور يكون للمالك الاصلى على النقل ومراد الشهيد من المالك المجيز هو المالك الاصلى الشامل لمالك المبيع ومالك الثمن مع فرضه الفضولية فى العقد من الطرفين فيصح ان يقال انه بناء على النقل يكون نماء كل من المبيع و الثمن للمالك المجيز اى لمالكهما الاصلى وهذا الحمل اولى من الاخذ بظاهاها بان يقال اذا كان العقد فضولياً من طرف البايع مثلاً يكون نماء المبيع والثمن له على النقل امانمء المبيع فظاهر حيث ان المبيع لا يخرج عن ملكه قبل الاجازة على الفرض واما نماء الثمن له فلان الاصيل باقدامه على المعاملة الفضولية قد رفع يده عن الثمن وعن نمائه من حين العقد .

والاولى المذكور فى كلام المصنف (ره) من قبيل الاولى فى آية ارث اولى الارحام وذلك فان تعنيل ظاهر كلام الشهيد الثانى بما ذكر ضعيف غاية ومجرد اقدام المشتري الاصيل على المعاملة الفضولية لا يوجب خروج الثمن عن ملكه حين العقد حتى يتبعه نمائه بل قد لا يعلم المشتري بان البيع من البايع المزبور فضولى .

(١) يعنى اذا فسخ الاصيل العقد ثم اجازه المالك فعلى الكشف الحقيقي يحكم ببطلان فسخ الاصيل فانه بناء علىه يعلم بوقوع فسخه بعد تمام العقد بخلاف ما اذا قيل بالنقل فانه بناء علىه يحكم ببطلان الاجازة وكونها لغواً لان لكل من المتعاقدين الغاء انشائه قبل تمام العقد جزءاً او شرطاً بالاجماع .

اقول ينبغي ان يذكر هذه ثمرة بين الكشف الحقيقي المبني على كون الشرط فى تمام العقد تعقبه باجازة المالك وبين غيره سواء قيل بالنقل او بالكشف الحكمى

او الحقيقى المبنى على كون الاجازة بنفسها شرطاً متأخراً فانه بناءً على جميع ذلك يكون تمام العقد بنفس الاجازة فيكون الفسخ المزبور قبل تمامه فلا تفيد الاجازة بعده .

ولكن نوقش فى الثمرة كما تعرض لها المصنف (ره) بما حاصله انه لا اثر لفسخ الاصيل وانه يتم العقد بلحوق الاجازة على الكشف والنقل وذلك فان العقد سبب للنقل مع حصول شرطه والشرط فى المقام بناءً على النقل او الكشف على بعض فروضه هى الاجازة واذ حصلت يترتب الاثر على العقد السابق لتمام السبب معها وترتب الاثر على تمام السبب من احكام الوضع يعنى غير موقوف على ارادة احد المتعاقدين ليكون فسخه موجباً لبطلان هذا الترتب ولكن المناقشة ضعيفة لان من شرط صحة العقد وترتب الاثر عليه عدم تدخل الفسخ قبل تمام السبب ومع تدخل الفسخ كما ذكر لا يتم العقد بشرطه ليرتب عليه اثره .

اللهم الا ان يمنع عن هذا الاشتراط بعدم ثبوت الاجماع المدعى ومقتضى الاطلاقات عدم اعتباره . مثلاً اذا انشأ البايع البيع وفسخه قبل قبول المشتري او قبل حصول شرطه ، فمقتضى عموم ( اوفوا بالعقود ) بطلان الفسخ المزبور .

وذكر النائينى (ره) انه فرق بين فسخ الايجاب قبل القبول وبين الفسخ بعد الايجاب والقبول وقبل حصول ساير الشرايط فان فسخ الايجاب قبل القبول لا بأس به حيث لا يتم عنوان العقد الا بعد القبول بخلاف الفسخ بعد الايجاب والقبول وقبل حصول سائر الشرايط فان الفسخ المزبور غير جاز كما هو مقتضى اوفوا بالعقود .

نعم اذا قام فى مورد دليل خاص على جواز الفسخ قبل حصول ساير الشرايط

ايضاً يلتزم به كما في الهبة والوقف قبل القبض وامام عدم قيامه فمقتضى خطاب اوفوا بالعقود وجوب انتهاء العقد وعدم جواز فسخه وهذا حكم تكليفي انحلالى يتعلق بكل من البايح والمشتري وليس من النقل والانتقال الذى من قبيل الحكم الوضعى والحكم التكليفي المزبور يترتب على العقد وان لم يترتب عليه الحكم الوضعى باعتبار عدم حصول بعض الشرائط والاجازة في المقام شرط للحكم الوضعى حيث لا يحصل النقل والانتقال بدون حصولها .

والحاصل وجوب الوفاء وعدم جواز الفسخ موضوعه العقد الذى يحصل بالايجاب والقبول وعلى ذلك فلا يجوز للاصيل فسخ العقد قبل اجازة المالك المميز سواء قيل بان اجازته كاشفة عن تمام العقد قبله او قيل بالنقل ولا يقاس الفسخ على القول بالنقل بفسخ الموجب ايجابه قبل قبول المشتري .

اقول وجوب الوفاء بالعقود لا يمكن ان يكون حكماً تكليفاً بالاضافة الى مثل البيع والاجارة من المعاملات ، فان الوفاء بالعقد بمعنى عدم فسخه لا يراد من تحريمه حرمة مجرد التكلم بلفظ فسخت ونحوه مع قصد انحلال العقد مع بقاء العقد بحاله فتحريم الفسخ يمكن فيما اذا كان الفسخ مقدوراً وحاصلاً بالانشاء المزبور واذا فرض حصول الفسخ في موارد حرمة لا يكون خطاب اوفوا بالعقود دال على لزومها وعدم انحلالها بالفسخ كما يتمسك هو (ره) وغيره بالخطاب المزبور لاثبات لزوم المعاملات فالمتعين ان يكون وجوب الوفاء بالعقود بالاضافة الى مثل البيع حكماً وضعياً وارشاداً الى لزومها ومن الظاهر ان العقد المحكوم باللزوم فسى مثل البيع والاجارة مما يكون من العهد المشدود هو العقد المنتسب الى المالكين ومالم تحصل الاجازة لم يتحقق ذلك العهد ولا يترتب الحكم باللزوم سواء قيل بان الاجازة ناقلة

ومنها جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه بناءً أعلى

### النقل (١)

او كاشفة بكشف حكمى او حقيقى بمعنى كون الاجازة بنفسها شرطاً متأخراً .

نعم اذا قيل بعدم كون الاجازة بنفسها شرطاً بل الشرط تعقب العقد بالاجازة فيمكن ان يقال انه لا يكون لفسخ الاصيل اثر لوقوع ذلك الفسخ بعد تمام العقد لان وصف التعقب يحصل للعقد من حين انشائه فتحصل عماد كرنا ان مع تخلل الفسخ بين العقد والاجازة لا تحصل بالاجازة عنوان العقد المشدود المنسوب الى المالكين نظير تخلله بين ايجاب مالك المبيع وقبول المشتري بل الامر كذلك فيما اذا تخلل الفسخ بعد حصول العقد المشدود وقبل حصول بعض الشرايط المعتبرة فى ترتب الاثر على ذلك العقد كما اذا فسخ البايع بيع الصرف قبل حصول القبض فى المجلس فان الحكم على العقد باللزوم باعتبار مدلوله الممضى شرعاً ومالم يحصل امضاء مدلوله بحصول ذلك الشرط لا يحكم عليه باللزوم واذا حصل الفسخ قبل حصوله لا يحصل العقد المشدود بحصول الشرط لان المفروض الغائه قبل حصوله .

(١) هذه ايضا ثمرة بين القول بالكشف الحقيقى وبين غيره من النقل والكشف

الحكمى فانه بناءً على النقل او الكشف الحكمى يجوز للاصيل التصرف فيما انتقل عنه ولو بتصرف ينافى انتقال المال عنه وذلك فان المال بناءً عليهما قبل الاجازة ملكه فيجوز له ترتيب آثاره تكليفاً ووضعاً فلو باع جارية من فضولى فللبايع الاصيل وطبها قبل الاجازة وان استولدها صارت ام وولد فيفوت محل الاجازة باعتبار انه لا يجوز بيع ام الولد وكذا اذا زوجت نفسها من آخر فضولا يجوز لها التزويج من غيره و يخرج نكاح الفضولى عن جواز لحق الاجازة به الى غير ذلك .

والحاصل انه بناءً على النقل والكشف الحكمى لا يحصل تمام الموضوع لوجوب الوفاء بالعقد قبل الاجازة ليمنع وجوبه على الاصيل عن ترتيب آثار بقاء ملكه فلا يصح ما يظهر من المحقق الثانى من عدم جواز هذا النحو من تصرف الاصيل حتى بناءً على النقل حيث ذكر فى بيع العين بالثمن المغصوب انه لا يجوز تصرف البايع الاصيل ولا المشتري الغاصب فى تلك العين لاحتمال حصول الاجازة سيما على القول بالكشف انتهى .

وربما يقال بجواز التصرفات للاصيل ظاهراً حتى على الكشف باعتبار انه لا يعلم حصول الاجازة وانتقال المال عنه واقعاً ومقتضى اصالة عدم انتقاله وبقائه فى ملكه جوازها .

نعم حصول الاجازة فيما بعد كاشف عن بطلان تلك التصرفات فيأخذ المالك المجيز العين مع بقائها وبدلها مع تلفها .

ولكن منع المصنف (ره) عن ذلك وذكر انه بناءً على الكشف اى الحقيقى منه لا يجوز للاصيل التصرف المنافى للاجازة حتى مع علمه بعدم حصول الاجازة وذلك فانه بناءً على هذا الكشف يكون الموضوع لوجوب الوفاء وهو نفس العقد حاصلًا فيجب على الاصيل الوفاء به وهذا الوجوب يمنعه عن ترتيب آثار بقاء الملك الى ان يحصل الرد من المالك المجيز حيث يكون الغاء العقد وابطاله برده فقط .

لا يقال كيف لا يجوز الاصيل التصرف فى المال المحتمل بقاءه فى ملكه و لا يجوز له التصرف فى المال الاخر مع أنه لو لم يجزله التصرف فى الاول واقعاً لجاز التصرف فى الاخر بمقتضى المبادلة بينهما .

فانه يقال لايجوز له التصرف المنافى فيما كان ملكاً له كما لايجوز له التصرف في المال الاخر مطلقاً وذلك فان العقد الموضوع لوجوب الوفاء به وان كان بمعنى مطلق العهد الحاصل بالايجاب والقبول الا ان التكليف بالوفاء قرينة على ان المراد هو العهد على نفسه وما هو عهد المكلف على نفسه هو انتقال ماله الى ملك المشتري أى صاحب الثمن والتكليف بالوفاء به يمنعه عن التصرف في ماله بما ينافى الاجازة المتوقعة والتصرف في المال الاخر لايعمه وجوب الوفاء ولا يناسبه حيث انه لا يكون من العهد على نفسه .

لا يقال قد تقدم جواز هذه التصرفات للاصيل بناءً على النقل والكشف الحكمى مع ان العهد على نفسه موجود عليهما ايضاً .

فانه يقال قد مر ان تمام الموضوع لوجوب الوفاء هو نفس العقد بناءً على الكشف الحقيقي فلايجوز للاصيل نقضه بخلاف النقل او الكشف الحكمى فان الموضوع له لا يكون العقد فقط بل العقد مع قيد الاجازة حتى لو قيل فسى تصحيح الكشف الحقيقي بكون الشرط تعقبه بالاجازة ويجب الوفاء به مع الشرط المزبور لكان مقتضى اصالة عدم حصول الشرط في صورة الشك في الاجازة جواز التصرف ظاهراً بخلاف ما لو قيل بان الاجازة في المستقبل كاشفة عن كون العقد من الاول تمام الموضوع لوجوب الوفاء .

لا يقال انتقال المال عن الاصيل ودخوله في ملك الاخر وان كان عهداً على نفسه الا انه مشروط بحصول أمر وهو انتقال الثمن عن الاخر اليه بازاء ماله ولا يعلم هذا الشرط غالباً لاحتمال عدم حصول الاجازة فيكون المقام نظير التذر المشروط في ماله حيث ذكروا أنه يجوز للناذر التصرف في المال المزبور قبل حصول الشرط .



فانه يقال فرق بين النذر المشروط والمقام فان العهد في باب النذر كما هو قضية الشرطية في قول الناظر معلق ومراعى بخلاف المقام حيث يكون احتمال الاجازة و انتقال المال اليه داعياً له الى تملك ماله بازاء المال الاخر كما هو ظاهر قول البايع بعتك هذا المال بذلك فلا يكون حصول الشراء من الاخر ولو احتملا شرطاً وتقديراً في الايجاب المزبور .

اقول ما ذكر (ره) من انه على الكشف لايجوز للاصيل التصرف المنافى للاجازة حتى مع احرازه عدم الاجازة مستقبلاً بدعوى ان وجوب الوفاء بالعقد يمنعه عن التصرف المزبور ضعيف وذلك فان كون الاجازة كاشفة عن الملكية وتعلق الوفاء بالعقد من الاول مرجعه الى اعتبار الاجازة بنحو الشرط المتأخر بان يكون الموضوع لوجوب الوفاء وهو العقد ، له قيد وظرف تحقق ذلك القيد ، هو الاستقبال واذالم يحرز حصولها في المستقبل فاصالة عدم حصولها مقتضاها جواز تصرف الاصيل في ماله ولو حصلت بعد ذلك تكون كاشفة عن بطلان ذلك التصرف ووقوعه على ملك الغير كما مر .

ومما ذكرنا يظهر ضعف ما ذكر في القواعد من ترتب احكام المصاهرة على التزويج فضولا هذا والا .

وثانياً ان وجوب الوفاء بالعقد اما تكليف بعدم جواز نقضه عملاً بان يتصرف في المال الذي ملكه الغير وهذا التكليف من جهة حرمة التصرف في مال الغير والامسك به ولا يكون الا بعد حصول الملكية لذلك الغير واما ارشاد الى لزوم العقد وعدم نفوذ فسخه والموضوع في اللزوم وعدم لزوم الفسخ هو العقد المنسوب الى المالكين الذي لا يحصل الا بعد الاجازة وبعبارة اخرى وجوب الوفاء حتى على القول بكونه تكليفاً انحلالياً

يعم كلا من الاصيل والمالك الاخر و يكون الموضوع لحكم كبل منهما العقد المنسوب اليهما فقبل اجازة الطرف الاخر لا يتم الموضوع حتى في حق الاصيل وعلى ذلك فيجوز لكل منهما التصرف المنافى قبل الاجازة بل يجوز لهما التصرف المنافى بعد تمام الايجاب والقبول المنتسبان المالكين وقبل حصول تمام شرايط صحته كالتصرف في بيع الصرف والسلم قبل القبض وذلك فان خطاب اوفوا بالعقود وظاهره لزوم العقد وعدم جواز نقضه بعد الفراغ عن تمامه فمالم يحصل الشرط المعتبر فيه فلا يتم العقد .

لا يقال على ذلك لا يمكن الحكم بلزوم العقد فيما اذا لم يكن في البين خطاب آخر دال على تمامه وامضائه حدوداً مثلاً مقتضى قوله احل الله البيع ظاهره امضاء كل بيع فيمكن عند الشك في لزوم بيع وجوازه كالمعاطاة التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعقود والحكم بلزومها واما اذا لم يكن خطاب على امضاء عقد فلا يمكن التمسك المزبور .

والحاصل يلزم على ما ذكر ان لا يصلح خطاب اوفوا بالعقود للتمسك به في صحة عقد وفساده .

فانه يقال لأبأس بالتمسك بخطاب وجوب الوفاء لاثبات صحة عقد ولزومه فان الموضوع لوجوب الوفاء وان كان هو العقد التام الا ان المراد هو التام بحسب اعتبار العقلاء كما ان الموضوع للحلية في خطاب حل البيع هو البيع بحسب اعتبارهم حيث انه ليس للعقد و البيع حقيقة شرعية و اذا كان العقد التام بحسب نظرهم محكوماً باللزوم يكون محكوماً بالصحة ايضاً لامحالة .

غاية الامر اذا ثبت شرط لتتمام العقد شرعاً كاعتبار القبض في بيع الصرف

### الا اذا فسخت على اشكال فى الام (١) .

يكون ذلك تقييداً لموضوع وجوب الوفاء ولو بلسان الحكومة بمعنى ان تمام العقد فى مورده يكون بعد القبض .

والمتحصل مما ذكرنا انه يجوز للاصيل التصرف فيما انتقل عنه على النقل والكشف الحكمى ويخرج عقد الفضولى مع التصرف المنافى عن القابلية للحقوق الاجازة ولايجوز على الكشف الحقيقى سواء كان الشرط تعقب بالاجازة او نفس الاجازة بنحو الشرط المتأخر فيما اذا علم الاجازة فيما بعد واما اذا لم يعلم يكون جواز التصرف حكماً ظاهرياً .

واما الفسخ فيجوز للاصيل سواء كان قولياً او فعلياً حتى على الكشف الحقيقى الذى يلتزم فيه بكون الاجازة شرطاً متأخراً كما تقدم .

لايقال كيف يمكن على الكشف استصحاب عدم الاجازة والحكم للاصيل بجواز تصرفه فيما انتقل عنه ولو بما ينافى الاجازة مع ان المستفاد من صحیحة عبدة الحذاء المتقدمة الامرة بعزل حصة المزوجة فضولا من زوجها المتوفى عدم الاعتبار باستصحاب عدم الاجازة .

فانه يقال المستفاد من الصحیحة المشار اليها عدم الاعتبار بالاستصحاب لتجويز تصرف ساير الوزئة فى جميع التركة واما عدم الاعتبار به بالاضافة الى تصرفات الاصيل فى نكاح الفضولى فضلا عن تصرفات الاصيل فى ساير العقود فلا دلالة لها عليه كما لا يخفى .

(١) يعنى يجوز للمباشر أى للاصيل نكاح الخامسة واخت المنكوحة فضولا وأمها بعدد المنكوحة ولكن فى جواز نكاح أمها اشكال ووجه ان نكاح البنت

## وفي الطلاق نظر (١) .

فى زمان ما ولومع عدم الدخول بها كاف فى حرمة أمها الى الابد بخلاف نكاح الخامسة او نكاح اخت المنكوحه فان حرمة الخامسة او الاخت مادام زوجاته الاربع او الاخت فى حباله ومع رد المنكوحه فضولا لا يكون دخول كما انها تخرج عن حباله فلا يحرم عليه بنتها .

(١) يعنى لو ارد الزوج الاصيل طلاق المنكوحه فضولا قبل اجازتها اوردها ليجوز له بالطلاق المزبور نكاح الخامسة او التزويج باختها او بنتها وأمها ففى الطلاق المزبور اشكال حيث انها ازالة علقه الزوجية فيكون بعد تمام النكاح لاقبلها نعم لو كان النكاح فضولياً من ناحية الزوج دون الزوجة فلا يجوز للزوجة نكاح نفسها من شخص آخر قبل رد الزوج أو اجازته ولو اراد الزوج المزبور طلاق الزوجة المزبورة فلا اشكال فى صحته لان طلاقه كاشف عن اجازته النكاح فيكون الطلاق بعد تمام النكاح وحصول الزوجية كما لا يخفى .

بقى الكلام فى مسألة النذر المشروط فنقول ان كان الشرط المفروض فيه قيداً لاصل النذر والتعهد كما اذا قال ان جاء ولدى من سفره فله على التصديق بمالى هذا فلا ينبغى الاشكال فى جواز تصرف الناذر فى نذره قبل حصول الشرط لانه مادام لم يحصل الشرط لم يجب عليه التصديق بالمال المزبور حتى لا يحوز ضده الخاص وبعد حصوله لا يكون التصديق المزبور مقدوراً حتى يجب عليه من غير فرق بين ان يكون حال التصرف عالمياً بحصول الشرط فيما بعد او عدمه ودعوى عدم جواز التصرف قبل حصول الشرط مع العلم بحصوله مستقبلاً لكونه تفويتاً لملاك ملزم لا يمكن المساعدة عليها فانه لا طريق لنا الى تحصيل العلم بالملاك الملزم غير

الامر بالفعل ومع عدمه قبل حصول الشرط كما هو الفرض لم تصح دعوى تفويتهو  
بتعبير آخر يكون التصديق بالمال المزبور نظير ساير الواجبات المشروطة او الموقته  
فى عدم وجوب حفظ القدرة عليها قبل حصول الشرط والوقت .

و ان كان الشرط قيداً للمندور بسان كان النذر فعلياً و التقدير للمندور نظير  
الواجب المعلق كما اذا قال الله على التصديق بمالى هذا عند مجيء ولدى يكون  
وجوب الوفاء بالنذر فعلياً ومقتضى فعليته ابقاء المال مع العلم بحصول الشرط و  
اما اذا احتمله لم يجب عليه الابقاء بل يجوز التصرف أخذاً باصالة عدم حصول الشرط  
فان القيد الاستقبالى فى الواجب المعلق على ما هو التحقيق يرجع الى شرط الوجوب  
بنحو الشرط المتأخر واصالة عدم حدوثه فى ظرفه يثبت عدم وجوب ذلك الفعل  
نعم اذا كان فى هذه الصورة وفى الصورة السابقة قصد الناذر ابقاء المال الى زمان  
يحتمل حصول الشرط لزم الوفاء بنذره على ما هو عليه قصده .

ثم انه اذا تصرف فى المال المندور بما ينافى الوفاء بالنذر فان كان فى موارد  
جوازه فلا اشكال فى صحة ذلك التصرف ونفوزه واما اذا تصرف فيه فى مورد كون  
وجوب الوفاء فعلياً اولزم ابقاء المال يكون التصرف المنافى غير جازم تكليفاً للحرمة  
نفسه لعدم اقتضاء الامر بالنذر النهى عنه بل باعتبار ترك الوفاء بالنذر معه ولكن  
المعاملة نافذة وضماً لان النهى عن معاملة لا يقتضى فسادها فضلاً عما اذا لم يتعلق  
بها نهى كما ذكرنا ودعوى فسادها باعتبار تعلق الحق بالمال اولعدم التمكن على تسليم  
ذلك المال الى الطرف مع وجوب الوفاء بالنذر لا يمكن المساعدة عليها فانه لا يوجب  
النذر حقاً للمندور له بالاضافة الى المال ولذا لا يستقط وجوب الوفاء بالنذر باسقاط  
المندور له مع انه لا دليل على ان تعلق كل حق بالمال يمنع عن التصرف فيه فان

## ثم ان بعض متأخري المتأخرين (١) .

ما في كلمات الاصحاب في شرايط العوضين كون ملكهما طلقاً تعبير عن موارد خاصة قد تعلق النهى فيها بالبيع كما في بيع الوقف وأم الولد ونحوهما فلا يجرى في موارد لم يكن فيها ذلك النهى وانه بعد التصرف لامانع من شمول خطابي حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد لذلك التصرف لسقوط وجوب الوفاء بالنذر بخروج المال عن ملك الناذر كما هو مقتضى الخطابين .

والحاصل ان القدرة على التسليم المعتبرة في ظرفه وهو تمام المعاملة حاصل في المقام ايضاً لان تسليم المال المنذور الى مشتريه كبيعه منه لا يكون في نفسه محرماً وانما الحرام ترك الوفاء بالنذر ولذا لا يفرق في فرض ترك الوفاء بالنذر بين ان يبيع المال من الغير ويسلمه اليه او ان لا يبيع اصلاً بل لو كان يبيعه حراً ما كما اذا حلف على ترك بيعه لم يكن حرمة البيع تكليفاً موجباً لفساده وانتفاء القدرة على تسليمه فانه يكفي في صحة البيع التمكن على التسليم ولو بنفس انشاء البيع و امضائه كما لا يخفى .

(١) حكى عن كاشف الغطاء انه ذكر ظهور الثمرة بين القول بالكشف والنقل في موارد : الاول - ما اذا خرج احد المتبايعين ونفرضه الاصيل بعد العقد وقبل الاجازة عن قابلية كونه مالكا لموته او عروض الكفر كما اذا ارتد سواء كان ارتداده عن فطرة او غيرها مع كون المبيع عبداً مسلماً او مصحفاً فيصع على الكشف دون النقل وكون المبيع عبداً مسلماً او مصحفاً قيد للارتداد غير الفطري فقط و كان المرتد الفطري لا يملك شيئاً بعد ارتداده وينتقل امواله التي كانت له قبل ارتداده الى ورثته فخروجه عن قابلية كونه مالكا يعم كل مبيع واما المرتد غير الفطري فلا يملك العبد

المسلم والمصحف ويملك ساير الاموال واحتمال رجوع القيد الى مطلق الارتداد ضعيف والا لكان الانسب ان يقول بعروض كفر كما اذا ارتد مع كون المبيع عبداً مسلماً او مصحفاً لا كون عدم القابلية لتملك المصحف او العبد المسلم من احكام الكفر معروف فلا حاجة الى التصريح بالتعميم لقسمى الارتداد فالتصريح بالتعميم قرينة على التفصيل المزبور .

ولكن ذكرنا في كتاب الارث ان غاية ما دللت عليه الروايات انتقال اموال المرتد الفطرى الى ورثته بارتداده واما ما يملك ويكسبه بعد ارتداده فلا دلالة لها على حكمه ومقتضى عموم أدلة امضاء المعاملات واطلاقاتها جواز التكسب له وضماً و تكليفاً كساير الناس .

ثم ان بطلان البيع على النقل فسى فرض موت الاصيل مختص بما اذا كان العوض كلياً بذمته والافلو كان كلا العوضين عيناً خارجية يكون العقد قابلاً للاجازه غاية الامر على الكشف تثبت المعاملة لمن كان مالكاً حال العقد وعلى النقل تقع على ملك الورثة فتحتمل الى اجازتهم وكذا الحال فى الخروج عن القابلية بالارتداد الفطرى فانه اذا كان الثمن كلياً بذمته يصح البيع له بناءً على كون الاجازة كاشفة ولا يمكن ان يصح له ولا للورثة على النقل بخلاف ما اذا كان العوض عيناً خارجية فانه يكون معه البيع بناءً على النقل فضولياً حتى بالاضافة الى الورثة فيحتاج الى اجازتهم .

نعم لا يعتبر كون الثمن كلياً على العهدة فى غير الفطرى لان الثمن الشخصى لا ينتقل بارتداده الى ورثته فيكون بيع المصحف منه بازاء الثمن المزبور غير قابل للاجازه على مسلك النقل .

ربما يعترض على الاول بامكان ظهور الادلة (١) .

المورد الثانى ماذا خرج احد العوضين بعد العقد وقبل الاجازة عن قابلية المعاملة عليه فبناءً على الكشف يصح البيع السابق بالاجازة حيث يثبت الملك بالاضافة الى زمان كان فيه العين قابلة له بخلاف مسلك النقل .

والثالث ماذا طرأ القابلية على احد العوضين او على احد المتبايعين بعد ما كان غير قابل فى زمان العقد كما اذا اسلم الكافر السدى اشترى العبد المسلم او المصحف حال كفره فانه يصح بالاجازة على النقل دون الكشف ومثل ذلك ما اذا قارن العقد فقد بعض شرايط الصحة وتجدد الشرط المزبور قبل الاجازة .

(١) المعترض هو صاحب الجواهر (ره) فانه اعترض على الثمرة فى الموارد الثلاثة بانه يحكم ببطلان البيع فيها على كلا المسلكين اما فى المورد الاول فان ظاهر الادلة اعتبار استمرار قابلية الاصيل للتملك الى حين الاجازة لتكون كاشفة عن حصول المالك له من حين العقد الى حينها واما فى المورد الثانى فانه يعتبر ايضاً بقاء العوضين قابلاً للملك الى حين الاجازة حيث يعتبر فى اجازة المالك ان يكون مالكاً لولا الاجازة ومع خروج المال عن قابلية الملك لا تكون الاجازة عن المالك المزبور واما فى المورد الثالث فان العقد المزبور غير قابل للاجازة على الكشف والنقل لفقد شرط صحة العقد مع قطع النظر عن رضا المالك على الكشف وكون انشاء العقد فى مورد غير قابل له على النقل .

وتسلم المصنف (ره) الاعتراض على المورد الثالث ومنعه فى الاولين حيث قال فى المورد الاول انه ليس فى البين ما يدل على اعتبار بقاء قابلية المتبايعين



للمالكية الى حين الاجارة بل الامر بالعكس فان بعض الروايات ظاهرة و بعضها صريحة فى عدم اعتبار بقاء القابلية والمراد من بعض الروايات الظاهرة ما ورد فى اتجار العامل فى المضاربة بغير متاع اشترط مالك رأس المال الاتجار به حيث لم يستفصل فيها بين بقاء الطرف فى تجارة العامل على الحياة حين الاجازة وعدمه ونحوها ما ورد فى الاتجار بمال اليتيم و مراده من بعض الصريح رواية ابن اشيم الواردة فى العبد المأذون الذى اشترى اباه واعتقه ويدل على عدم الاعتبار فحوى الخبر الوارد فى تزويج الصغيرين وذلك فان كلامن الزوجين فى النكاح كالعوضين والبيع ركن واذا دلت الرواية على عدم اعتبار بقاء الركن الى حين الاجازة كان عدم اعتبار بقاء المتبايعين على القابلية اولى لعدم كونهما ركنين فى البيع .

وايضاً يدفع اعتبار كون الاجازة كاشفة عن تملك الممتلك واستمراره الى حين الاجازة ما ذكره فى مسألة ترتب العقود على مال المالك من ان اجازة السابق من العقود تكون موجبة لصحته وصحة اللاحق فان تملك الاول فى الفرض المكشوف عنه بالاجازة غير باق الى حينها كما هو مقتضى صحة العقود المترتبة عليه .

اقول يمكن ان يقال دعوى صاحب الجواهر اعتبار بقاء الاصيل على قابلية المالكية لتكون الاجازة كاشفة عن تملكه المال المنقول اليه واستمرار ذلك التملك الى حينها لولا نقله الى الغير وفى فرض ترتب العقود على مال المجيز يكون عدم البقاء لنقل الاصيل لاسقوطه عن قابلية المالكية .

الذى يصلح رداً لما ذكر في الثمرة الثانية «١» .

مضافاً الى اطلاق رواية عروة «٢» .

(١) الموصول مع صلته وصف للخبر تزويج الصغيرين للفقوى يعنى الخبر المزبور صالح لرد ما ذكر صاحب الجواهر فى اعتراضه على الثمرة فى المورد الثانى ووجه صلاحه له أن الزوجين فى عقد النكاح بمنزلة العوضين فى عقد البيع و اذا دل الخبر المزبور على صحة النكاح بالاجازة فى فرض خروج احدهما بالموت عن قابلية الزواج كان مقتضاه صحة البيع ايضاً بالاجازة فى فرض خروج احد العوضين عن قابلية الملك بالتلف ونحوه .

(٢) وهذا وجه ثان لرد ما ذكر صاحب الجواهر (ره) فى اعتراضه على الثمرة الثانية من اعتبار بقاء العوضين على المالية الى حين الاجازة ووجه الرد ان اطلاق رواية عروة البارقى يعنى عدم استفصال النبى صلى الله عليه وآله منه حين اجازته عن بقاء الشاة التى باعها عروة بدينار واحد او تلفها دليل على عدم اعتبار بقائها حال الاجازة .

اقول ما ذكر (ره) من ظهور بعض الروايات وصريح بعضها الاخرى غير تام ولادلالة كما تقدم فى ماورد فى المضاربة والاتجار بمال اليتيم على حكم بيع الفضولى اصلاً كما ان رواية ابن اشيم المفروض فيها دفع المال الى العبد المأذون لم يفرض فيها موت الاصيل الذى هو مولى العبد المعتقد بالفتح ولاموت المالك المجيز الذى هى الورثة واما الدافع فلم يكن طرفاً فى عقد الفضولى اصلاً .

ورواية عروة البارقى واردة فى قضية خاصة فلعل النبى صلى الله عليه وآله كان يعلم بقاء الشاة المبيعة فضولا ولبعد تلف الشاة فى تلك المدة القصيرة و خبر تزويج

الصغيرين باعتبار تضمنه لحكم تعبدى وهو لزوم الحلف على المجيز بان أجازتها لاتكون لاجل الميراث غير صالح للتعدى منه الى غير مورده فضلا الى ساير العقود. ثم انه اعترض النائى (ره) على الثمرة فى المورد الثانى بانه يحكم بفساد عقدا الفضولى وعدم صحته بالاجازة سواء على الكشف او النقل اما على النقل فظاهر واما على الكشف فانه مقتضى فساد البيع بتلف المبيع قبل القبض ولكن لا يخفى مافيه فان تلف احد العوضين قبل الاجازة لايلزم كونه قبل القبض حيث يمكن كون العين المببوعة فضولا عند مشتريها بنحو العارية او اجارتها من مالكها ثم اشترائها من بايعها فضولا وتلفها قبل اجازة مالكها وبصح هذا الشراء باجازته على الكشف دون النقل .

فقد تحصل من جميع ما تقدم انه لايمكن الاخذ بالاخبار الخاصة فى اثبات الثمرة فى الموارد الثلاثة المتقدمة او عدم ثبوتها والصحيح انه يمكن اثبات الثمرة بين النقل والكشف فى الموردین الاولين بالاخذ باطلاق حل البيع ووفوا بالعقود فان مقتضاها تمام بيع الفضولى بالاجازة على الكشف الحقيقى ولايمكن تصحيحه بها على النقل والكشف الحكمى لان مع سقوط الاصيل عن قابلية المالكية لايمكن جعل الملكية له حال الاجازة ولو كان مبدء الملكية من السابق وكذا فى صورة سقوط الشئ عن قابلية الملك .

وبتعبير آخر الموضوع للحلية او وجوب الوفاء هو البيع والعقد المنتسب الى المالكين ومع سقوط الاصيل عن صلاحية الانتساب او سقوط احد العوضين عن المالية لا يكون حال اجازة العقد المنتسب اليهما او تمليك مال بعوض واما المورد الثالث فالثمره غير تامة باطلاقها فانه لايعتبر فى جميع الشروط حصولها من حين

بظهور الثمرة في تعلق الخيارات (١)

وحق الشفعة (٢)

واحتساب مبدء الخيارات (٣)

العقد بل الشرايط مختلفة ويكفى في بعضها حصولها بعد العقد فلا بد من ملاحظة اعتبار كل منها سواء قيل بالنقل او الكشف .

(١) كما اذا تغيرت القيمة السوقية او تعيب المبيع بعد العقد وقبل الاجازة ولم يعلم به المشتري الاصيل حتى اجاز المالك فانه على النقل يثبت له خيار الغبن او خيار العيب لكون المبيع عند تحقق البيع معيوباً او مشتريه مغبوناً بخلاف القول بالكشف الحقيقي بمعنى كون الشرط في تمام البيع تعقبه للاجازة كما لا يخفى .

(٢) كما اذا باع الفضولي نصف الارض المملوكة للغير من زيد بنحو المشاع ثم باع مالكها نصف تلك الارض من آخر ثم اجاز بيع الفضولي فانه بناءً على مسلك الكشف لا يثبت حق الشفعة لمن اشترى نصفها المشاع من مالكها حيث ان تملك المشتري من البائع الفضولي نصف الارض كان قبل تملكه بل يثبت حق الشفعة للمشتري من البائع الفضولى بخلاف القول بالنقل فانه عليه يثبت الشفعة للمشتري من المالك .

(٣) اما خيار الحيوان فان مبدئه على النقل حين الاجازة لان مشتري الحيوان يصبر حينها صاحباً له بخلاف الكشف الحقيقي فان كونه صاحبه من زمان العقد واما مبدء خيار المجلس او القبض المعتبر في بيع الصرف او السلم فبناءً على ان الاجازة شرط متأخر يكون تحقق البيع بشرايطه حين الاجازة كما هو الحال على النقل والكشف الحكمى .

## والايمان والندور (١)

ان الخلاف في كون الاجازة كاشفة او ناقلة ليس في مفهومها

## اللغوى (٢)

والحاصل أن مجلس البيع او القبض مجلس حصول الاجازة الاعلى الكشف الحقيقي بمعنى كون الشرط في تمام البيع هو تعقبه للاجارة فانه على ذلك الكشف يكون مجلس البيع مجلس العقد كما لا يخفى .

(١) فانه اذا حلف المشتري الاصيل التصديق بالمبيع قبل الاجارة ثم اجار المالك فانه يبطل الحلف المزبور على النقل ويصح على الكشف .

(٢) وحاصله ان الخلاف في كون الاجازة كاشفة او ناقلة ليس خلافاً في معنى قول المالك أجزت العقد اورضيت به ونحوهما بل الخلاف في ان الملكية وغيرهما من احكام المعاملة تترتب من حين العقد لكون الاجازة معتبرة بنحو الكشف او أنها تترتب من حين الاجازة ويرجع ذلك الى البحث عن نحو اعتبار رضا المالك وانه معتبر بالنحو الشرط المقارن والاعم منه ومن الشرط المتأخر او ان المعتبر تعقب العقد بالاجازة وكيفية الاعتبار يظهر بملاحظة ادلة اعتبار الرضا ووجوب الوفاء بالعقود والروايات الخاصة التي مدليلها لا يرتبط بمعنى الاجازة .

بل يمكن ان يقال انه على الكشف يترتب تلك الاحكام من حين العقد حتى فيما اذا كان مراد المالك من قوله أجزت ونحوه الرضا بالعقد من حين الاجازة وعلى النقل يترتب تلك الاحكام من حين الاجازة حتى فيما اذا اراد المجيز الرضا بالعقد من حين العقد .

ظاهر رواية البارقي وقوعها بالكناية «١» .  
والظاهر ان الفعل الكاشف (٢).  
فيه نظر (٣).

اقول الصحيح هو التفصيل وذلك لما ذكرنا سابقاً ان العقد مدلوله النقل من حينه ولو بضميمة قرينة خارجية وهي عدم امكان الاهمال في الامر الاعتباري من جهة المبدء وحيث ان الاجازة عبارة عن اظهار الرضا بالنقل المزبور يكون مقتضى ادلة الامضاء هو الكشف الحكمي ولو اظهر المالك رضاه بالنقل من حين اظهاره الرضا لامن حين العقد فلا يكون ذلك رضاهم بمضمون ذلك العقد ليكون موجباً لتمامه وشمول ادلة الامضاء له .

والحاصل أن الاجازة لاتصحح عقد الفضولي الا اذا تعلق بمضمون العقد و مدلوله نعم بناء على ان مضمونه مطلق النقل او من حين تمام ماله الدخول في المعاملة كما هو مقتضى سلك النقل تكون اجازة العقد من حين العقد رضاهم بمضمونه بالاضافة الى جميع الازمنة التي منها زمان حصول الاجازة فيصح .

(١) المراد بالكناية ذكر شبهه اللازم و ارادة الملزوم او بالعكس وفي قوله (ص) للعروة (بارك الله) تبريك له في بيعه وهذا لا يكون الا بعد فرض وقوع البيع وتمامه .  
(٢) بان يكون الفعل المزبور كاشفاً نوعياً عن ارادة المالك ثبوت العقد و تمامه فيكون من الامارة المعتمدة من باب الكشف النوعي .

(٣) يعني في تمامية الاستقراء المربور تأمل بل لولا شبهة الاجماع على اعتبار الانشاء في الاجازة لكان الاقوى كفاية رضا المالك بأي وجه علم حصوله .

اقول قد ذكرنا سابقاً ان العقد ربما يكون فضولياً باعتبار عدم رضا من يعتبر

رضاه في صحة العقد وتمامه وهذا القسم يكفي فيه احراز الرضا بأى وجه كان نظير رضا السيد بنكاح عبده او رضا العممة والخالة بنكاح بنت الاخ او بنت الاخت بل لو انكشف الرضا بوجه معتبر قبل العقد لم يكن فضولياً وربما يكون العقد فضولياً باعتبار عدم انتساب العقد الى من يعتبر في شمول دليل الاعتبار له انتسابه اليه وهذا القسم لا يكفي فيه العلم بحصول الرضا مطلقاً بل يعتبر انشاء رضاه بالعقد ليطم انتسابه اليه سواء كان الانشاء بفعله او قوله وليس فيما ذكر المصنف من الوجوه دلالة على كفاية مجرد احراز الرضا في هذا القسم .

ويظهر ايضاً حال الفسخ او الرد وانه لا يكفي فيهما مجرد احراز عدم الرضا بل يعتبر الانشاء والغاء العقد بفعل او قول عمن له ولاية الفسخ او الرد .

لا يقال كيف يعتبر في الفسخ او الرد او الاجازة الانشاء ولا يكفي فيها مجرد عدم الرضا مع أنهم ذكروا أنه لو حلف على نفى الاذن في المعاملة التي او قعها الوكيل انفسخت المعاملة حيث ان غاية ما يدل عليه الحلف المزبور عدم الرضا بتلك المعاملة ولا يدل على قصد الحالف بالغائها وذكر سلام الله عليه في بعض اخبار خيار الحيوان فان أحدث المشتري حدثاً قبل ثلاثة ايام فذلك رضى منه فلا شرط قبيل وما المحدث قال ان لامس او قبل او نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء حيث ظاهره ان مجرد الرضا ببقاء العقد مسقط للخيار ولا يحتاج معه الى قصد الاسقاط و في صحيحة ابن بزيع قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن امرأة أبتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلاً في سكرها ثم أفاقت فانكرت ذلك ثم ظنت انه يلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها فقال اذا أقامت معه بعدما أفاقت فهو رضاء

### الثالث من شروط الاجازة أن لا يسبقها الرد (١) .

منها قلت و يجوز ذلك التزويج عليها فقال نعم (١) فانه يتعين حملها على صورة التزويج بالوكالة حيث ان انشاء العقد لا يتحقق من السكران الفاقد للقصد فيكون توكيلها في حال السكر موجبا لكون الزواج فضولياً ورضاهما بعد أفاقتها بالنكاح اجازة .

اقول اما قولهم بانفساخ البيع بحلف الموكل فلا بد من أن يراد عدم تمام تلك المعاملة فتكون فضولية والا فلا مورد للانفساخ حقيقة ففى الفرض حيث أن حقيقته بطلان المعاملة بقاءً أبعد تمامها حدوثاً واما ما ورد فى خيار الحيوان فلا نضائق بأن اظهار الرضا بابقاء العقد الى تمام الثلاثة بالفعل كاظهاره بالقول عبارة اخرى عن أسقاط الخيار على كلام يأتي التعرض له فى بحث الخيارات واما صحیحة ابن بزيع فالمفروض فيها اظهار الرضا بالفعل كما لا يخفى .

(١) وحاصل ما ذكره (ره) فى هذا الامر هو أنه يعتبر فى نفوذ الاجازة و تمام العقد بها ان لا يسبقها الرد والوجه فى ذلك مسح ظهور الاجماع بل تصريح بعض بالاجماع ان المجهز باجازته يكون احد طرفى العقد فان كان مالكا للمبيع يكون بايعاً وان كان مالكا للثمن يكون مشترياً وتقدم سابقاً أن تخلل الالغاء من احد طرفى العقد قبل تمامه يوجب ارتفاع عنوان العقد الذى بمعنى المعاهدة والعهد المشدود وايضاً تأثير الرد قبل الاجازة فى الغاء العقد السابق وجعله كالعدم مقتضى قوله عليه السلام الناس مسلطون على اموالهم لان مقتضى سلطنة المالك على ماله ان يكون له قطع علاقة الاصيل عن ملكه .



اقول دعوى الاجماع التبعدى فى المقام كما ترى وايضاً عدم صدق عنوان العقدعلى الايجاب والقبول الصادرين عن الاصيل والفضولى بالغاء المالك ممنوع ولايقاس بصورة الغاء البايع ايجابه قبل قبول المشتري او الغاء المشتري قبوله قبل حصول شرط تمام البيع فان انتفاء عنوان العقد مع الالغاء المزبور لو لم يكن مقطوعاً فلاينبغى فى عدم احراز عنوان العقد معه وايضاً لا يكون قبل تمام عقد الفضولى باجازة المالك علاقة للاصيل فى مال المالك المميز ليجوز للمميز قطع تلك العلاقة لان العلاقة وهى الملك للاصيل غير حاصل قبل الاجازة ولعلاقة اخرى حتى يقطعها المالك وكون عقد الفضولى بحيث لم انضم اليه اجازة المالك لتملك الاصيل ماله ليس من تعلق حق الاصيل بذلك المال بل هو مقتضى تحقق بعض الموضوع للحكم فى كل مورد كما لا يخفى . ومع الاغماض عن ذلك فاثبات جواز قطع علاقة الاصيل عن ملك صاحبه كاثبات صحة مطلق العقد فضولا باجازة المالك خارج عن مدلول الرواية كما ذكرنا فى بحث المعاطاة فان مدلولها السلطنة على التصرفات المشروعة المتعلقة بالاموال من المعاملات ونحوها وانها ثابتة لملاكها واما ان اى تصرف فى المال مشروع فليست واردة فى مقام بيان ذلك ولعله الى ذلك اشار فى ذيل كلامه بقوله فتأمل .

وعن النائنى (ره) انه كما لا يصح الرد بعد الاجازة كذلك لا تصح الاجازة بعد الرد وفيه أن القياس مع الفارق فان بالاجازة يتم العقد وينتقل المال الى ملك الطرف الاخر وخروج المال ثانياً عن ملكه وعوده الى مالكة الاولى يحتاج الى سبب ناقل او موجب لفسخ العقد ولم يثبت ان الرد سبب ناقل بل مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود لزوم العقد وعدم جريان الرد والفسخ فيه بخلاف الرد السابق على الاجازة فان كونه موجبا لالغاء عقد الفضولى بحيث لا يتم موضوع النقل و الانتقال بالاجازة اللاحقة

نعم الصحيحة الواردة في بيع الوليدة (١).  
 الرابع الاجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله (٢).

يحتاج الى دليل .

(١) قد ذكرنا عند التعرض لها في أدلة صحة عقد الفضولي باجازة المالك أنه لا ظهور للصحيحة في نفوذها مع سبق الرد فراجع .

واما الاستدلال على عدم قدح الرد قبل الاجازة بصحيحة ابن بزيع المتقدمة فلا يخفى ما فيه لعدم الملازمة بين انكار النكاح ورده فانه قد تقدم تعيين حملها على وقوع النكاح بنحو التوكيل باعتبار أن انشاء النكاح كانشاء ساير العقود لا يقع من السكران الفاقد للقصد والالتفات وحيث أن التوكيل المزبور وقع حال السكر يكون النكاح المزبور فضولياً وانكار الزوجة بعد افاقتها يمكن أن يكون لعدم التفاتها الى وقوع النكاح بتوكيلها وبعدهما استيقنت بوقوعه اقامت مع الزوج المزبور لتوطين نفسها للرضا به ولو حمل التزويج المفروض على التزويج بالمباشرة لكون سكرها خفيفاً لا ينافي القصد والالتفات فيخرج النكاح المزبور عن الفضولي ولا يرتبط الوارد فيها بمسئلة الاجازة بعد الرد بل يكون حكماً تعديلاً وأنه يعتبر فيمن زوج نفسها حال السكر الخفيف رضاها بذلك النكاح بعد ارتفاع ذلك السكر .

(٢) وبتعبير آخر نفوذ العقد وتامه بالاجازة كساير آثار الملك من الاحكام واذا فرض ارث المبيع فضولاً تكون اجازة الورثة البيع موجبة لتمام ذلك البيع باعتبار كونهم مالكين للمبيع ويثبت في حقهم ما ثبت لساير الملاك ويأتي عدم اعتبار اتحاد المجيز مع المالك حال العقد في نفوذ الاجازة والفرق بين ارث الاجازة ونفوذ اجازتهم لكونهم مالكين يظهر فيما اذا لم يرث بعضهم من المال المزبور كما اذا كان

المبيع فضولا عقاراً حيث ان الزوجة لاترث من العقار فلاتكون لها اجازة بيع الفضولى اورده .

وايضاً لكل من الورثة أن يجيزالبيع فى حصته لانها ملكه بخلاف ما اذا قيل بارث الاجازة بدعوى أنها كحقى الخيار والشفعة من الحقوق القابلة للارث فانه بناءاً عليه يكون الموروث حقاً واحداً فكل من سبق من الورثة الى اعمال ذلك الحق ينفذ فيصح البيع الواقع على تمام المال او يعتبر اجتماعهم على الرد او الاجازة .

وقديقال أن اجازة الورثة بماأنهم ملاك المال لالارثهم الاجازة حتى وان قلنا بان الاجازة كالخيارات من الحقوق الأنها تختلف عن الخيارات فسى أن الخيارات تورث والاجازة لاتورث وذلك فان الورثة بماانهم ملاك المال لهم حق اجازة العقد الواقع على مالهم بالاصالة واذا كان لهم بالاصالة هذا الحق فلا يعقل ان يكون لهم الاجازة بارثها لان حق الاجازة لايتعدد لشخص واحد بالاضافة الى عقد واحد ولا يقاس بتعدد الخيار لشخص واحد فى بيع واحد كما اذا اشترى حيواناً بشراء غبن فان للمشتري المزبور خيار المجلس والحيوان والغبن وهذا لامانع عنه لان الخيارات لاختلاف احكامها متعدد بخلاف الاجازة .

والحاصل أن الاجازة وان قيل بانها من الحقوق الأنها كحق القسم للزوجة غير قابلة للارث وفيه ما لا يخفى فان الورثة لايمكن لكل منهم اجازة بيع الفضولى الواقع على المال الا بالاضافة الى حصته من المال فانه غير مالك لتمام المال بخلاف الاجازة الموروثة فانها حق واحد ثابت لطبيعى الورثة اولمجموعهم حيث كان لمورثهم حق واحد ولا تتبعض على كل تقدير .

لان مرجع اجازة القبض الى أسقاط (١)  
يحتاج الى دليل معمم (٢)

(١) المراد من ضمان الثمن ضمان تسليمه فانه على عهدة المشتري فلا يجب عليه بعد اجازة القبض اخذ ذلك الثمن من البايع الفضولى ودفعه الى المجيز و ذلك فان تسليم الثمن الى المجيز حق للمجيز على المشتري فيجوز له رفع يده عن حقه باجازته القبض المزبور و مرجع اجازة الاقباض الى حصول المبيع بيد المشتري برضاه و بتعبير آخر اجازة الاقباض اظهار للرضا بحصول المبيع فى يد المشتري و أنه لا يكون بين المبيع والمشتري اى مانع فيترتب على حصوله بيده ما يترتب على القبض الصحيح كعدم جواز استرداده ليتسلم الثمن وأن تلفه فى يد المشتري بعد ذلك لا يكون من تلف المبيع قبل القبض .

(١) يعنى اذا كان الثمن فى العقد فضولا كلياً على عهدة المشتري و فرض قبض البايع الفضولى ذلك الكلى ففى نفوذ اجازة المالك بالاضافة الى القبض المزبور اشكال و وجهه أن المدفوع الى البايع فضولا كان بعنوان السوفاء (بما على الذمة لابنوان مبادلة ما على ذمته بالمدفوع ليكون الدفع معاملة أخرى قابلة للحقوق الاجازة بها و الكلى على العهدة انما يتعين فى المدفوع فيما أخذه المستحق مباشرة او تسبيهاً كما فى موارد ولاية القابض او وكالته و المفروض فى المقام عدم ولاية القابض او وكالته عن المالك المجيز .

اقول اجازة القبض فى الحقيقة اذن للبايع فضولا فى الامساك بما دفع اليه ثمناً او وفاءاً بالثمن فيكون امساكه بقاءً من قبض المستحق و لا يعتبر فى القبض الموجب لتعين الثمن بالمدفوع كون القبض بحدوثه من قبض المستحق الا ترى انه

## وعن المختلف أنه حكى عن الشيخ (ره)

لو كان لزيد عنده الف دينار أمانة وباع متاعاً من زيد بالف دينار بدمته وقال للبايع الالف الذي لى عندك خذه بحساب الثمن فانه لا ينبغي الربى فى تمام القبض بذلك .

والحاصل أن اجازة القبض فى الحقيقة توكيل فىكون البايع الفضولى مأذوناً فى استيفاء الثمن والامساك به وهذا بخلاف ما اذا كان الاثر مترتباً على الفعل الحدوثى فانه لا يفيد فيه الاجازة اللاحقة مثلاً للحاج ذبح هديه بالاستنابة كما اذا أمر الآخر بذبحه واما اذا ذبح الآخر هديه بتخييل أنه هدى نفسه او عدواناً او بقصد النيابة عن مالكة فلا يجدى اجازة المالك فى اسقاط وجوب الهدى عن نفسه .

ثم ان اجازة القبض التى فى الحقيقة توكيل تكون كساير العقود الاذنية فى عدم تعقل الكشف فيها حيث أن الاذن لا يحصل الاحال الاجازة و اذا تحقق الاجازة يحكم بتمام عقد الفضولى فيما اذا كان القبض شرطاً فى صحة ذلك العقد كما فى الهبة فانه تدخل العين الموهوبة فى ملك الموهوب له المجيز من حين اجازة القبض او كان القبض الخاص شرطاً كما فى بيع الصرف والسلم فان مع رضا المالك المجيز يكون الثمن فى يد البايع فضولاً يحصل القبض فى مجلس انتساب البيع الى المجيز هذا مع بقاء المعوض والعوض الى زمان اجازة البيع واجازة القبض واما مع تخلل تلفهما او تلف احدهما قبلها فيدخل المقام فى المسئلة المتقدمة من تلف احد العوضين او كلاهما قبل الاجازة كما لا يخفى .

(١) هذا استشهاد لما ذكره فى اول التنبيه من ان اجازة العقد لا تكون اجازة

وجهان (١).

الاجازة ليست على الفور (٢) .

للقبض والاقباض .

لا يقال كيف لا تكون اجارته اجازة لاقباض المبيع مع فرض حصوله بيد المشتري وتملكه اياه بالاجازة .

فانه يقال يجوز للمالك المميز مع اجارته البيع أخذ المبيع من يد المشتري ليتسلم منه الثمن وباجارته الاقباض يسقط هذا الحق .

(٢) يتعين في الفرض الحكم ببطلان البيع فانه لامجال لصون اجازته عن اللغوية او حملها على الاجازة النافذة مع تصريحه بخلافها وعدم اعترافه بالبيع الفاسد والبيع اللغو وقد ظهر مما ذكرنا الى هنا انه اذا وقع التقابض في بيع الصرف بين الاصيل والفضولى فبالاجازة المالك البيع والقبض يتم البيع وكذا في قبض الثمن فى بيع السلم .

لا يقال كيف يعتبر التقابض فى مجلس البيع مع عدم اقتضاء الاجازة حصوله فى ذلك المجلس فانه يقال المراد من التقابض فى ذلك المجلس عدم تأخره الى ما بعد مجلس العقد لاحدوثة فيه ولو كان مال كل من المتبايعين عند الاخر من قبل و قال احدهما للاخر فى مجلس آخر بيعت ما عندك بما عندى وقال الاخر قبلت يتم بيع الصرف .

(١) لا يعتبر فى تمام العقد بالاجازة وقوعها فى اول ازمة الامكان بل فى أى زمان فرض حصولها يكون العقد داخلا فى أدلة الامضاء و وجوب الوفاء بالعقود وهذا هو المراد من اقتضاء العمومات عدم الفورية .

## فالاقوى تداركها بالخيار أو اجبار المالك (١) .

واما صحيحة محمد بن قيس فدلائنها على عدم الفورية باعتبار أنه مقتضى نفوذ الاجازة فيها بعد امتناع المالك عنها والحاح المشتري والجاهه الى على عليه السلام وتعليمه طريق الوصول الى اجازة المالك كما لا يخفى .

واما المؤيدات المذكورة بعد الصحيحة فمقتضى اطلاقها نفوذ الاجازة حتى مع لحوقها بالعقد فى آخر أزمته امكانها فان ما ورد فى المضاربة والاتجار بمال اليتيم مطلق لم يستفصل فيهما عن رضا مالك رأس المال اوولى الطفل بتجارة العامل او المتصرف فى مال الطفل بمجرد اطلاعهما او بعده كما لا يخفى .

(١) قدمر آنفأ أن الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد التام والبيع قبل انتسابه الى كلا الطرفين لا يكون عقداً حيث أنه عهد مشدود وعليه فلا يجب على الاصيل قبل اجازة المالك شىء ليجبر ضرر تأخير المالك فى رده واجازته بخيار او جواز اجبار المالك على الاجازة او الرد بل لامجال للخيار او الاجبار على تقدير لزوم العقد على الاصيل فيما اذا كان مقدماً على المعاملة الفضولية وفى فرض عدم اقدامه كما اذا كان جاهلا يكون البايع فضولياً يرتفع لزوم العقد عليه لكونه ضرورياً فيجوز له التصرف فيما انتقل عنه ومعه يخرج عقد الفضولى عن قابلية لحوق الاجازة به لان مع التصرف يتلف احد العوضين وهو مخرج للعقد عن قابلية لحوقها على النقل والكشف الحكمى كما تقدم .

و الحاصل أن حرمة تصرف الاصيل فيما انتقل عنه لم تكن لخروجه عن ملكه على النقل والكشف الحكمى بل باعتبار أنها مقتضى لزوم العقد عليه واذا انتفى اللزوم جاز تصرفاته بل الغائه البيع كما لا يخفى .

هل يعتبر فى صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً و  
 خصوصاً . (١)

(١) اختلاف الاجازة مع العقد فى العموم والخصوص تارة يكون باعتبار  
 العوضين وأخرى باعتبار الاشتراط وعدمه بان يبيع الفضولى شيئين بثمان كذا ويجوز  
 المالك بيع احدهما وان يبيع الفضولى متاعاً ويجوز المالك بيع نصف ذلك المتاع  
 بنحو المشاع او يبيع الفضولى بشرط كذا فيجوز المالك بلا شرط او يبيع بلا شرط ويجزيه  
 المالك مع الاشتراط اذا كانت الاجازة مختلفة مع العقد فى العوضين باعتبار الكل و  
 الجزء فلا يوجب ذلك بطلان الاجازة بل يتم معها البيع فى البعض وضرر تبعض  
 الصفة على الاصيل يجبر بالخيار نظير ما اذا باع المالك متاعين بثمان وظهر احدهما  
 غير مملوك فانه يتم البيع بالاضافة الى الاخر ويثبت خيار التبعض للمشتري .

والوجه ما ذكرنا سابقاً من انحلال البيع الى البيوع المتعددة بالاضافة الى  
 الابعاض المشاعة للعوضين وبالاضافة الى الجزء الخارجى المعين فيما كان بيعه مع  
 الاخر بنظر العرف من بيع المتعدد والاجازة كما تقدم من احكام الملك فيجوز  
 للمالك اجازة بعض تلك البيوع .

وبهذا يظهر الفرق بين الاجازة وخيار الفسخ حيث لا يجوز لذى الخيار الافسخ  
 البيع بتمامه ووجه الظهور أن الاجازة من آثار المملك فللمالك ان يبيع بعض ما له  
 كما ان له ان يبيع كله ولكن بخلاف الخيار فانه حق وسلطنة على فسخ العقد وظاهر  
 أدلة الخيار ثبوت حق واحد بالاضافة الى البيع المنشأ ابتداءً لاثبوت حقوق متعددة  
 بالاضافة الى البيوع المنحلة .



وذكر المصنف (ره) بطلان الاجازة فيما كان العقد مشروطاً بشرط على المالك فاجاز المالك العقد بلا شرط ولا يقاس الفرض بأجازة بيع البعض وذلك فان البيع كما تقدم ينحل الى البيوع المتعددة بالاضافة الى ابعاض العوضين فتكون اجازة بعضها نافذة بخلاف الاشتراط في العقد فان العقد لا ينحل بالاضافة الى الشرط حتى يصححه الاجازة ولذا يكون بطلان الشرط في عقد موجباً لبطلانه بخلاف بطلان البيع في الجزء .

وذكر النائي (ره) انه يحكم بصحة البيع دون الشرط فان الشرط في المعاملات التزام آخر غير التزام العقدى فاجازة الثاني وعدم اجازة الاول أمر ممكن غاية الامر يكون عدم اجازة الشرط من قبيل تعذر الشرط الذي يوجب للمشروط له وهو الاصيل في المقام الخيار .

اقول الشرط كما ذكر التزام آخر ولا يكون جزءاً لاحد العوضين ليجرى عليه حكم الجزء وارتباطه بالعقد ليس هو مجرد الظرفية والاتحاد معه فسي الزمان كما هو مقتضى قولهم الشرط التزام في الالتزام ليمكن اجازة العقد دون الشرط بل وجه ارتباطه بالعقد أن أصل الالتزام المعاملى من المشروط له معلق على التزام الاخر بالشرط أى المشروط فقوله بعث المال بكذا على ان تحيط لى هذا الثوب معناه ان اصل البيع من البايع معلق على التزام المشتري بالخياطة لا أنه معلق على نفس الخياطة المعبر عنها بالمشروط .

والحاصل يكون الايجاب فسي الفرض معلقاً على الشرط بمعنى المصدرى أى الالتزام بالخياطة وهذا التعليق لا يقتضى بطلان البيع لان المعلق عليه وهو الالتزام بالخياطة حاصل بالقبول وما ياحتمل عدم حصوله هو الشرط بمعنى المشروط لا يكون

الايجاب معلقاً عليه .

و الحاصل أنه اذا قبل المشتري الايجاب المزبور و التزم بالخياطة تتم المطابقة المعتبرة بين الايجاب والقبول ويتم البيع حتى وان لم يفعل المشتري ما التزم على نفسه بترك الخياطة غاية الامر يثبت للاخر معه خيار تخلف الشرط لان مرجع التزامه بالخياطة ثبوت حق الفسخ للمبايع على تقدير عدم حصول الشرط بمعنى المشروط .

وبهذا يظهر أن فساد الشرط في البيع او غيره لا يوجب فساد اصل البيع او ساير العقد كما ذكر المصنف (ره) فان في موارد فساده يكون التطابق بين الايجاب والقبول حاصلًا لحصول الالتزام من الطرف الاخر وفساد الشرط معناه عدم وجوب الوفاء للالتزام المزبور أى الاتيان بالمشروط .

والحاصل أنه يعتبر في تمام البيع تطابق الايجاب والقبول فيما اذا كان البيع من اصليين والتطابق بينهما وبين الاجازة فيما اذا كان البيع فضولياً حيث ان الاجازة أمضاء للعقد بمضمونه ومصححه لاستناده الى المالك واذا كان بيع الفضولى على شرط كما اذا باع الفضولى المتاع بالف على ان يخيط للمشتري الثوب و أجاز المالك البيع بدون الشرط المزبور لم يحصل التطابق لان قبول المشتري البيع كان معلقاً على التزام مالك المبيع بخياطة ثوبه ولم يحصل فتبطل الاجازة كما لا يخفى .

لا يقال يلزم على ذلك بطلان الاجازة في صورة وقوع البيع على تمام المتاع واجازة المالك البيع في نصفه فانه اذا قال البايع الفضولى بعث المتاع بكذا وقبله المشتري فالبيع المزبور وان ينحل الى بيع كل نصف الا ان بيع كل نصف بشرط

بيع النصف الاخر ولذا لو ظهر بعض المبيع غير مملوك للبايع يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة .

والحاصل اذا اجاز المالك البيع في نصف المتاع لم تكن اجازته مطابقة للايجاب والقبول حيث أن قبول المشتري كان على تقدير التزام مالك المبيع ببيع النصف الاخر والاجازة وقعت على البيع بدون ذلك التقدير فلم تحصل المطابقة المعتمدة .

فانه يقال ما ذكرنا من انه يعتبر تطابق الاجازة والعقد فلامنص من الالتزام به في كل مورد لما بينا أن المصحح لاستناد البيع بمدلوله الى المالك هي الاجازة فكيف تكون مصححة للاستناد مع الاختلاف ولكن اذا كان الشرط بمعنى المشروط هو الفعل كما اذا قال بعتك المتاع بكذا على ان اخيط لك ثوباً وقال المشتري قبلت فما يكون الايجاب والقبول معلقاً عليه هو الالتزام بأمرين احدهما الفعل أى الخياطة والثاني الالتزام بثبوت الخيار للمشتري على تقدير عدم الفعل واذا كان الشرط أى المشروط غير فعل فما علق عليه الايجاب والقبول هو الالتزام بأمر واحد وهو ثبوت الخيار على تقدير عدم حصول المشروط كما اذا قال بعتك هذا العبد بكذا على أنه كاتب وقبله المشتري فان مرجع اشتراط كون العبد كاتباً الى ثبوت الخيار للمشتري على تقدير عدم الوصف واذا باع شيئين وقبله المشتري يكون المشروط في بيع كل منهما ثبوت الخيار على تقدير عدم تمام البيع في الاخر لا الفعل وعلى ذلك فلو قال الفضولى للمشتري بعتك هذين المتاعين بكذا وقبله المشتري يكون اجازة المالك ببيع احدهما مع الالتزام بثبوت الخيار للمشتري المزبور اجازة موافقة للبيع المجاز كما لا يخفى .

وذكر (ره) فيما اذا كان العقد مطلقاً والاجازة مشروطة بشرط على الاصيل  
وجوهاً ثلاثة الاولى - تمام العقد بالاجازة المزبورة و لزوم الشرط على الاصيل  
فى فرض رضاه بالشرط نظير رضا الموجب بالشرط الذى يشترطه عليه القابل فى  
قبوله ومع عدم رضاه يلغو الاجازة .

والثانى - صحة العقد بالاجازة المزبورة ولا يلزم الشرط على الاصيل حتى  
فى فرض رضاه فانه من الشرط بعد الايجاب والقبول .

والوجه الثالث الذى قواه (ره) بطلان الاجازة وعدم صحة عقد الفضولى  
بها حتى مع رضا الاصيل لان الاجازة مع الشرط أمر واحد واذا بطل شرطها باعتبار  
وقوعها خارج المعاملة تكون الاجازة باطلة .

اقول الاظهر صحة الاجازة مع رضا الاصيل بالشرط فيتم عقد الفضولى بها  
يجب على الاصيل رعاية الشرط اخذاً بعموم وجوب الوفاء بالعقود ونفوذ الشروط  
لان الشرط فى الاجازة مع رضا الاصيل به لا يكون شرطاً ابتدائياً بل هو شرط فى  
البيع حيث ان تمامه واستناده الى المالك يكون بالاجازة فيكون الزام المالك الزاماً  
فى بيعه نظير الزام المشتري فى قبوله البايع بأمر رضا البايع به بعد القبول فلاحظ  
وتدبر .

بقى فى المقام أمور: الاول - ما ذكرناه فى صورة اختلاف الاجازة مع عقد  
الفضولى بالجزء والكل بان كان المبيع فى عقد الفضولى الكل والمجاز البعض  
ناظر الى أن اختلاف المزبور لا يضر بالتطابق المعتبر بين العقد والاجازة لأنه لا يعتبر  
التطابق بينهما فيما اذا كان عقد الفضولى على شرط و أجاز المالك العقد دون  
الشرط لا يحصل التطابق المعتبر بين العقد والمجاز والاجازة ولذا تبطل الاجازة و  
كذا فيما كان العقد بلا شرط واجازة المالك مع الاشتراط فانه لا يحصل التطابق مع

عدم رضا الاصيل بالشرط المزبور ويحصل مع رضاه به .

والحاصل لا ينبغي الخلاف والاشكال فى اعتبار التطابق بين العقد المجاز والاجازة فى الصور الثلاث حيث ان الاجازة امضاء للعقد باعتبار مسدلوله وانما الخلاف فى تحقق التطابق وعدمه فى تلك الصور فيكون النزاع و الخلاف فى الصور الثلاث صغروياً بعد الاتفاق على الكبرى .

الثانى - قد ذكرنا انحلال البيع باعتبار الاجزاء المشاعة للمبيع فى كل بيع وبالإضافة الى أجزائه الخارجية فى خصوص ما كان المبيع بنظر العرف متاعين او اكثر قد جمع بينهما فى عقد واحد واما فى غير ذلك فلا يكون انحلال بالاضافة الى الاجزاء الخارجية والشاهد للانحلال فى الموردين وعدم انحلاله فى غيرهما هو العرف وقد ذكر بعض الاعاظم (دامت شو كته) فى الاستدلال على عدم انحلال البيع بانه اذا باع كتاباً فلا يصح ان يقال ان البيع المزبور قرارات وبيوع متعددة بعدد صفحات الكتاب وأنه لو انحل البيع بالاضافة الى الاجزاء المشاعة يتعين الالتزام بان البيع الواحد بيوع الى غير النهاية حيث أن الجزء المشاع لا يقف على حد و أن الانشاء كالاخبار فى عدم الانحلال وكما انه لا ينحل الخبر بالاضافة الى مسدلوله مثلاً اذا قال كل ما فى الارض جماد لا يمكن ان يلتزم بان المخبر قد كذب كذباً متعدداً بعدد ما فى الارض من الحيوان والانسان والنبات والشجر كذلك لا يمكن الالتزام بتعدد البيع فيما اذا قال بعث الدار بكذا وقال الاخر قبلته فانه لا ينحل الى بيوع متعددة وكذا الحال فى النذر والحلف ونحوهما فانه اذا قال لله على صوم كل جمعة يكون النذر واحداً ولو ترك الصوم فى جمعة واحدة لحصل الحنث ووجب الكفارة ولا يجب الصوم بعده لانه نذر لصوم كل جمعة وجمعة على سبيل الاستقلال والاستيعاب

ولكن قد التزم هذا القائل الجليل بالانحلال فيما اذا باع ما يملك وما لا يملك وفيما اذا كان المتاع لاثنين فباعه احدهما وفيما اذا جمع بين متاعين مالتهما في ايجاب البيع وقبل المشتري بيع احدهما او باعهما فضولى وأجاز المالك بيع احدهما ولا انحلال في غير ذلك .

اقول اما الاستشهاد بعدم انحلال البيع بان بيع الكتاب لا ينحل عرفاً الى بيع كل ورقة ورقة من اوراقه فقد ذكرنا أن مع وحدة المتاع لا ينحل بيعه الى الاجزاء الخارجية وانما يكون الانحلال بالاضافة الى اجزائه المشاعة وهذا الانحلال لا يستلزم البيوع الى غير النهاية لان الاجزاء المشاعة وان لا تقف الى حد الا ان عدم وقوفها لا يلزم عدم وقوف بيعها وذلك فانه يعتبر في البيع ان تكون للمعوض كالعوض مالية ولا تكون المالية في الاجزاء المشاعة للمتاع الا الى حد معين فان المالية للجزء كما يأتى في مسألة تقسيط الثمن ان يكون له قيمة في بيعه بانفراده وعليه فنصف العشر من الكيلو من الحنطة اذا فرض كونه خمسين حبة فلا ينحل بيع الكيلو اليه حيث ان الخمسين من حبة الحنطة لا مالية لها بل ولا غرض في تملكها .

ثم انه لا فرق بين الانشاء و الاخبار في الانحلال وعدمه وان الانحلال فيها باعتبار الدلالة والمدلول لا باعتبار الدال وبتعبير آخر ان الدال وان لا يتصف بكونه دالا الامع فرض المدلول له كما انه لا يكون مدلول الامع فرض الدال عليه كما هو الحال في كل متضامين الا ان الانحلال يكون في ناحية الدلالة والمدلول لافى ناحية الدال وعليه فان كان موضوع الحكم عنواناً ينطبق على الدال كحرمة الكذب حيث ان الكذب عبارة عن التكلم بكلام لا يكون المقصود منه مطابقاً للواقع فلا يتعدد ذلك الحكم ولو كان مدلول ذلك الكلام منحل الى المتعدد بخلاف ما اذا كان الموضوع عنواناً

## بنى على نفوذ منجزات المريض (١) .

ينطبق على الدلالة او المدلول فانه يتعدد بتعددهما كما فى حرمة الاغتياى كما ذكرنا فى المكاسب المحرمة فانها كشف ماستره الله على المؤمن مسن العيب و اذا قال المخبر كل اولاد زيد قد شربوا الخمر فقد اغتاب بعدد اولاده حيث ان الاغتياى ينطبق على الكشف والدلالة لاعلى الدال كما لا يخفى .

واما النذر او العهد فكل منهما عنوان للالتزام ويتعدد بتعدد الملتزم به و اذا قصد الناظر فى قوله لله على صوم كل يوم جمعة الالتزام بصوم كل جمعة على سبيل الاستغراق والاستقلال فيتعدد الحث بخلاف ما اذا كان الملتزم به صوم مجموع تلك الايام ويشهد لانحلال الالتزام بتعدد الملتزم به سقوط بعض الدين باء ذلك البعض او ببراء الدين .

الثالث - ما ذكرنا من ان شرط غير الفعل يرجع الى اشتراط الخيار وان البيع والشراء يكون معلقاً على التزام الطرف بذلك الخيار كما اذا اشترى عبداً و اشترط كونه كاتباً ينحصر بما اذا كان المبيع عيناً خارجياً واما اذا كان بنحو الكلى على الذمة فمرجع الاشتراط الى تقييد المبيع ولو دفع الى المشتري عبداً لا يكتب فلا يكون للمشتري الا الاستبدال لافسخ البيع كما ان رجوع الاشتراط الى جعل الخيار يختص بما اذا لم يكن الشرط عنواناً مقوماً للمبيع و اذا اشترى فلزاً و اشترط كونه ذهباً فبان مذهباً فانه يبطل البيع لانه يثبت للمشتري الخيار و تمام الكلام فى باب الشروط انشاء الله تعالى .

(١) يعنى بناءً على نفوذ منجزات المريض تكون اجازته مفيدة فى صحة عقد الفضولى بتمام مدلوله على النقل والكشف وبناءً على انها كالوصية فى نفوذها

لا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف والنقل (٢) .

لامتناع تصرفه في العين (٢) .

من ثلث التركة فيكون صحة الاجازة مراعى بان يكون المال الجارى عليه العقد فضولا بمقدار ثلث تركة المجيز أو اقل .

(١) اما على النقل والكشف الحكمى فظاهر حيث ان تصرف المالك في ماله يكون باجازته فيعتبر كونه حال الاجازة مالكا للتصرف و اما بناء على الكشف الحقيقى فالاجازة الكاشفة عن الملك بالعقد هي اجازة المالك الذى يجوز له التصرف في ماله حيث ان الاجازة لا بد من كونها بنحو لو كانت مقارنة للعقد كان العقد مفيداً في النقل والانتقال بلافق بين اعتبار الاجازة بنحو الشرط المتأخراو بتعقب العقد بها .

(٣) اى لا يجوز تصرف الاصيل في العين التى اشتراها لامكان عدم الاجازة ولامكان عدم المقتضى يعنى عدم دخول تلك العين في ملكه ولا في الثمن لامكان عدم تحقق الاجازة .

اقول لا يخفى ان احتمال الاجازة لا يمنع عن الاخذ بأصالة بقاء الثمن في ملكه فيجوز تصرفاته ظاهراً مع ان هذا مبنى على لزوم العقد على الاصيل قبل الاجازة فقد تقدم منعه سابقاً وان لزومه على تقديره يسقط في موارد الضرر .

واما الاستدلال على اعتبار المجيز حال العقد بانه لو امتنع العقد فسي زمان امتنع دائماً فقد أجاب عنه المصنف (ره) مضافاً الى النقص بما اذا كان مالك المال حال العقد في مكان لا يمكن الوصول اليه انه لا ملازمة بين عدم امكان تمام العقد في زمان وعدم امكان تمامه بعد ذلك وبتعبير آخر اذا امتنع الشيء في زمان ذاتاً



## لامتنع دائماً .

واما اذا كان امتناعه في زمان بالغير فيمكن ان يخرج الى الامكان بل الوجوب بعد ذلك بتمام علته .

والحاصل يحتمل ان يكون المراد بالمجيز ذات المجيز أى من يكون شأنه أجازة العقد ولكن احتمال عدم اعتبار هذا المجيز حال العقد او الجزم بعدمه لا يفيد شيئاً في المعاملات المالية كالبيع فانه لا يمكن تخلف مال عن المالك او من له ولاية على مالك ذلك المال .

نعم يصح فى مثل النكاح كما اذا زوج الفضولى صبياً من صبية لا يكون لهما أب اوجد بناءً على عدم ولاية غير الاب والجد عليهما حتى الامام عليه السلام فان ولايته على نكاحهما مورد المناقشة ويحتمل ان يكون المراد بالمجيز من يتمكن على الاجازة حين العقد واذا كان المالك بعيداً عن مكان العقد بحيث لا يمكن وصول خبره اليه الى مدة يكون العقد المزبور على الاعتبار غير قابل للاجازة .

ثم انه لا دليل على اعتبار المجيز حال العقد باحتماليه فان البيع او غيره يستند الى المجيز فيكون بيعه باجازته فيعتبر ان يكون حال الاجازة مالكاً للتصرف واما قبلها فكون ذات المجيز او مسح تمكنه على اجازته غير دخيل فى تمام عقد الفضولى أضف الى ذلك ماورد فى نكاح الصغيرين حيث لم يستفصل فيه عن وجود الولي عليهما حين العقد وعدمه وكذا اذا كان المراد بالمجيز وجود من تصح اجازته حال العقد فاذا بيع مال اليتيم بنصف قيمته السوقية ثم تنزلت القيمة بحيث تكون اجازته صلاحاً فيصح بالاجازة بناءً على عدم الاعتبار بخلاف ما اذا قيل بالاعتبار فانه لا بد من تجديد العقد ولكن اعتبار وجود المجز بهذا المعنى ضعيف ايضاً يدفعه عدم الاستفصال فى مثل خبر نكاح

على خلاف فيه (١)

فالاولى منع تسليم دفع الاعتراض (٢)

الثالث لا يشترط في المجيز كونه جازي التصرف (٣)

الصغيرين والاطلاق او العموم الشامل للعقد بعدلحقوق الاجازة به .

ولا يخفى ان اعتبار وجود المجيز حال العقد باحتمالاته الثلاثة على تقديره ينبغي ان يعد في شرائط المجاز لامن شرايط المجيز الذي يلحق اجازته بعقد الفضولى كما في الشرطين الاول والثالث .

(١) أى على خلاف فى ولاية الوصى .

(٢) يعنى الاولى الالتزام بورود الاعتراض مع فرض كون المراد بالمجيز من يكون شأنه اجازة العقد فضولا وان اريد وجود المجيز المزبور مع تمكنه على الاجازة فيمكن فرض عدم هذا المجيز فى العقد الجارى على الاموال فضولا حتى مع فرض ولاية المجتهد والعدول لامكان عدم تمكنهم على اجازته باعتبار عدم اطلاعهم على العقد المزبور .

(٣) هذا الامر ناظر الى ان من يجيز العقد فعلا وانه هل يعتبر فى نفوذ اجازته ان يكون حال العقد ايضا نافذ التصرف بحيث لو كانت اجازته فى ذلك الزمان لثم بها العقد او انه لا يعتبر فى نفوذ اجازته الا كونه جازي التصرف حال الاجازة فتصح اجازته فعلا ولولم تكن له الاجازة فى ذلك الزمان سواء كان عدم نفوذ اجازته سابقا لعدم المقتضى او للمانع والمراد بعدم المقتضى عدم الملك او الوكالة او فقد ساير القيود المعتبرة فى المالك والمراد بالمانع تعلق حق الغير بالمال الذى وقع مورد العقد ضولا .

وفى المقام مسائل ثلاث : ندرجها فى مسالتين تبعا للمصنف (ره) : الاولى-  
 ما اذا بيع المال وكان حال البيع فاقداً لما يعتبر فى البايع من القيود من كونه  
 بالغاً او عاقلاً او رشيداً او عدم الحجر عليه بتعلق حق الغير بماله وصار حال الاجازة  
 واجداً لتلك القيود .

والثانية ما اذا بيع المال حال عدم ملكه ثم ملك المال واجاز البيع اما الاولى  
 فنقول اذا بيع المال حال جنونه او صغره او سفهه ثم افاق او بلغ او صار رشيداً فاجاز  
 البيع فانه لا ينبغى الربيب فى صحة البيع المزبور باعتبار انه يتم بالاجازة الموضوع  
 لاعتبار المعاملة وامضائها حيث يتم بها استناد المعاملة المفروضة الى المالك البالغ  
 الرشيد والاستناد السابقى على تقدير المباشرة فى انشاء البيع كان ملغى لخروج بيع  
 الصغير والمجنون والسفيه عن موضوع الامضاء ولزوم الوفاء لاعتبار تعلق حق  
 الغير بالمال بل لقصور انفسهم واذا باع مع المانع أى مع تعلق حق الغير بماله ثم  
 ارتفع ذلك المانع بسقوط ذلك الحق تتم المعاملة ويشملها دليل الاعتبار من غير حاجة  
 الى الاجازة حيث ان استنادها الى المالك العاقل البالغ الرشيد كان من قبل وانما لم  
 يشملها دليل الاعتبار لتعلق حق الغير بالمال الذى وقع مورد المعاملة فى أى زمان  
 سقط ذلك المانع يشملها دليل الاعتبار .

وان شئت فلاحظ المعاملة التى يكون القبض شرطاً فى تمامها فان دليل  
 الاعتبار لا يعمها مالم يحصل القبض فى أى زمان حصل القبض يعمها دليل  
 اعتبارها .

لا يقال لايقاس المقام بمسئلة اعتبار القبض فى الهبة والوقف فان ما دل على عدم  
 انتقال المال عن ملك الواهب او الواقف الى ان يقبض العين مقتضاه ترتب الامضاء

على الهبة والوقف بعد القبض بخلاف بيع المالك المال مع كونه رهناً أو محجوراً عليه للفلس فإن بيعه في حدوده مستند الى مالكة ومع ذلك لا يعمه اطلاق حل البيع او عموم وجوب الوفاء بالعقد باعتبار أن امضائه اولزوم الوفاء به مناف لتعلق حق الغير بالمال وبعد ارتفاع المانع وسقوط الحق دخوله في الاطلاق والعموم يحتاج الى التوضيح .

فانه يقال قد ذكرنا في بحث الاصول انه كلما دار أمر الفرد بين خروجه عن تحت العام او المطلق الى الا بدو وخروجه عنهما الى زمان يتعين الالتزام بالتأني للاقتصار على المتيقن لان طرح ظهور العام او الاطلاق بالاضافة الى ما بعد ذلك الزمان بلا موجب .

ومما ذكرنا يظهر انه لو باع الراهن او المفلس عين الرهن او عين ماله فاجاز المرتهن او الغرماء البيع لانكون اجازتهم كاشفه عن النقل والانتقال من حين العقد لا بكشف حقيقى ولا بكشف حكمى بل تكون اجازتهم كفك الرهن او ارتفاع الفلس موجباً لانتقال العوضين من حين الاجازة وذلك فان المال بالاضافة الى الازمنة السابقة غير قابل للنقل والانتقال وفي أى زمان سقط الحق عن المال وصار ملك طلق يقبل النقل من ذلك الزمان ولا يقاس باجازة المالك فى بيع الفصولى المعروف حيث التزمنا فيه بالكشف الحكمى باعتبار أن المال كان قابلاً للنقل فى زمان سابق الا ان البيع الناقل لم يكن مستندا الى المالك او من له ولاية النقل وباجازته يستند النقل من ذلك الزمان الى المعجز على ما تقدم .

وعلى ذلك فاذا بيع المال حال صغره او جنونه اوسفه ثم صار المالك بالغاً او افاق او صار رشيداً فاجاز البيع المزبور تكون اجازته كاشفة بخلاف ما اذا باع

## الثانية ان يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد (١)

المال ثم فك الرهن فانه يتعين الالتزام في الثاني بالنقل كما لا يخفى .

(١) المسئلة الثانية - ما اذا كان المجيز غير مالك للمال حال العقد ، ولهذه المسئلة صور ، ولكن العمدة البحث في جهات : الاولى - ما اذا باع غير المالك ، لنفسه ثم ملك المال ، واجاز البيع ، والثانية - ما اذا باع المال لنفسه ثم ملكه ولم يجزه ، والثالثة هل فرق بين ما اذا باع غير المالك لنفسه ثم ملكه او اجازاه او لم يجزه ، وبين ما اذا باع المال لملكه ثم ملكه واجاز او لم يجز .

فنقول قديقال بان غير المالك اذا باع المال لنفسه ثم ملكه واجازاه يصح البيع المزبور ، وبتعبير آخر لا يعتبر في المجيز ان يكون مالكا للمال حين انشاء عقد الفضولى ، كما هو ظاهر المحقق في باب الزكوة من المعتبر ، حيث ذكر انه لو باع المالك النصاب قبل اخراج الزكاة اورهنه صح البيع والرهن بالاضافة الى غير مقدار الزكاة فان ادى الزكاة من مال آخر ، قال الشيخ صح البيع والرهن في تمام النصاب ، وفيه اشكال لان حصة الزكاة مملوكة لارباب الزكاة واذا ادى المالك الزكاة من مال آخر ملك تلك الحصة بملك جديد ، فافتقر بيع تلك الحصة الى اجازة جديدة ، كما في مسئلة من باع شيئا ثم ملك انتهى . فان ظاهر هذا الكلام ان المحقق (ره) يرى تمام البيع فيما اذا باع المال ثم ملكه واجازاه .

بل يمكن ان يستظهر مما حكاه عن الشيخ (ره) عدم الحاجة فسى تمام البيع المزبور الى اجازة ، ولكن الاستظهار قابل للخدشة ، فانه يحتمل ان يكون تعلق

الزكاة من قبيل الكلى على الذمة ، وان العين الزكوية كالرهن لذلك الكلى ، فلو امتنع مالك النصاب عن اداء ما عليه من الزكاة ، يجوز لوليها الاخذ بتلك العين لاستيفاء ما على عهدة مالك النصاب ، نظير اخذ المرتهن بالعين المرهونة ، لاستيفاء ما على عهدة الراهن في فرض امتناعه عن أداء دينه ، وعلى ذلك فالعين الخارجية بتمامها ملك لمالك النصاب ، غاية الامر يتعلق بها حق الزكاة ، ويسقط ذلك الحق بأدائها من مال آخر ، نظير ما اذا باع الراهن العين المرهونة ثم فك الرهن باءادائه فانه قد مر عدم الحاجة في صحة هذا البيع الى الاجازة ، كما يحتمل ان يكون تعلق ايزكاة بالعين الخارجية كتعلق حق الجناية بالعبء في جنائته خطاء بأن يجوز لمالك النصاب بيعه بتمامه ويصح منه البيع ، كجواز بيع العبد الجاني ، وتعلق الزكاة بذمة المالك ، غاية الامر ان المالك لو امتنع عن أداء الزكاة وافراغ ذمته منه ، يجوز لولي الزكاة أخذ الزكاة من النصاب بابطال البيع المزبور ، وفسخه في مقدارها ، كما في امتناع مولى العبد الجاني من أداء أرش الجناية فيمكن ان يكون ظاهر كلام الشيخ (ره) في عدم الحاجة الى الاجازة مبنياً على ذلك ، فلا يرتبط عدم الحاجة الاجازة في الفرع المزبور بمسئلة من باع شيئاً ثم ملك .

وذكر السيد اليزدي (ره) في تعليقه ان تعلق الزكاة بالنصاب لا يحتمل كونه من قبيل تعلق حق الجناية بالعبء الجاني خطاء لأن المعروف بينهم انه يجوز للساعي والحاكم تتبع العين فيما اذا باع المالك النصاب قبل أداء الزكاة من مال آخر .

(اقول) ان كان مرادهم من تتبع العين فيما اذا لم يؤد الزكاة بعد بيع النصاب تتبعها مع امتناع المالك من مال آخر فحق الرهانة وحق الجناية مشتر كان في ذلك ،

وان كان مرادهم تتبعها ولو من غير امتناعه فالامر ايضاً كذلك لان جواز تتبع العين لا يلزم جواز تملكها مطلقاً بل جواز التملك يكون بعد امتناع المالك من أداء الزكاة من مال آخر سواء كان تعلقها من قبيل حق الرهانة او من قبيل حق ارش الجناية .

والحاصل - ان الفرق بين تعلق حق الرهن وتعلق حق الجناية بعدم تمام بيع العين المرهونة الا بفك الرهن او اجازة المرتهن بخلاف بيع العبد الجاني خطأ فإنه يتم ، ولكن يكون للمجنى عليه او وليه حق فسخ بيعه في فرض امتناع مـولاه البايع عن أداء اقل الامرين من قيمته وارش الجناية - غير منافع لما هو المعروف بينهم من جواز تتبع العين وفي صحيحه عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلام رجل لم يرك أبله او شاته عامين فباعها على من اشتراها أن يزكيها المامضى قال نعم تؤخذ منه ذكاتها ويتبع بها البايع او يؤدى ذكاتها البايع (١) و ظاهرها لا ينافي كون الزكاة من قبيل حق الرهن او حق ارش الجناية .

ولكن الاظهر عدم كون الزكاة من قبيلهما ، ولان قبيل الكلى في المعين لعدم حساب التالف على مالك النصاب فقط ، كما لا تكون من الاشاعة في العين ، كما هو مقتضى ايجاب الشاة في نصاب الابل ، بل بنحو الاشاعة في المالية ويجوز للمالك التصرف في بعض النصاب فيما اذا كان قصده اخراجها من الباقي ، لان القصد المزبور عزل للزكاة في الباقي ، ويصح بيع تمام النصاب مع اخراج الزكاة من مال آخر ولو بعد البيع ، وتتمام الكلام في محله .

## وبهذا القول صرح الشهيد (ره) فى الدروس (١)

(١) اى صرح الشهيد (ره) فى الدروس بصحة البيع فيما اذا باع المال لنفسه ثم ملكه وأجازته ، وهذا ايضاً ظاهر المحكى عن الصيمرى ، ولكن المحكى عن المحقق الثانى فى تعليق الارشاد هو البطلان ، ومال اليه بعض المتأخرين ، والاقوى هو القول بالصحة للاصل والعمومات .

اقول - لعل مراده (ره) من الاصل هو الاطلاق والعموم فى ادلة امضاء البيع ووجوب الوفاء بالعقود فيكون العمومات السليمة عطفاً تفسيرياً ، ولو كان مراده بالاصل اصالة عدم اشتراط كون المجيز مالكاً حال انشاء العقد ، فقد ذكر (ره) فى موارد من أن مقتضى الاصل العملى فى موارد المعاملات هو الفساد ، لاصالة عدم ترتب الاثر عليها .

لا يقال - ما الفرق بين المقام اى ما اذا شك فى شرطية ملك المجيز حال العقد فى صحة البيع ، وبين الشك فى شرطية شىء لمتعلق الامر على ما هو المعروف فى دوران أمر الواجب بين الاقل والاكثر الارتباطيين ، حيث يرجع هناك بأصالة عدم الشرطية ، ولا يرجع اليها فى المقام .

فانه يقال - المراد بأصالة عدم الشرطية فى دوران أمر الواجب بين كونه مطلقاً او مشروطاً هى البرائة عن وجوب المشروط والفرق بين هناك والمقام ان الحكم المفروض فى مسألة دوران الواجب بين الاقل والاكثر واحد يتردد متعلقه بين كونه الطبيعى بنحو اللابشرط ، او كونه بشرط شىء فتجرى أصالة البرائة فى ناحية تعلقه بالطبيعى بشرط شىء ، بعد معارضة استصحاب عدم تعلق الوجوب بالطبيعى بشرط شىء مع أصالة عدم تعلقه بالطبيعى بنحو اللابشرط و اصالة البرائة عن وجوب



وربما لايجرى فيه ما ذكرهناك (١) .

الطبيعى المشروط بشيء لايعارضها اصالة البرائة عن وجوب الطبيعى بنحو لا بشرط ، لان رفع التكليف على تقدير تعلقه بالطبيعى بنحو اللا بشرط خلاف الامتنان ، ولكن لايجرى ذلك فى مثل المقام مما يكون الحكم فيه انحلالياً كحل البيع او وجوب الوفاء بالعقد فان كل بيع يكون مجيزه مالكاً حال انشائه تعلق به الحل ولزوم الوفاء جزماً والشك فى تعلق حل آخر او وجوب الوفاء بالبيع الاخر ايضاً وهو البيع الذى لا يكون مجيزه حال انشائه مالكاً للمال ، واستصحاب عدم تعلق الحل والامضاء ووجوب الوفاء به يجرى بلا معارض ، ولذا يحتاج فى الحكم بصحة البيع فيما اذا باع شيئاً ثم ملك وأجاز الى اثبات الاطلاق والعموم فى أدلة الامضاء ولزوم العقد .

(١) يعنى ربما لاياتى فى توجيه الصحة فى هذه المسئلة ماوجه بصحة البيع فيما اذا بيع المال فضولاً وأجازه من كان مالكاً له زمان العقد حيث تقدم فى توجيه الصحة هناك ان العاقد ولو قصد البيع لنفسه الا انه فى الحقيقة قاصد البيع للمالك حال العقد فان قصده البيع لنفسه مبنى على كونه مالكاً للمال ولو عدواناً فيتم البيع للمالك باجازه بخلاف المقام فان البيع واقع فى الحقيقة للمالك حال العقد للبائع المفروض كونه مجيزاً .

(اقول) قد ذكرنا فى تلك المسئلة ان البيع لايقع للمالك لان حقيقته تمليك عين بعوض والمراد بوقوعه للمالك هو انتسابه اليه وهذا الانتساب وان لا يدخل فى حقيقة البيع الا انه يعتبر فى صحته ونفوذه ويتحقق بمباشرة المالك لانشاء البيع او يكون انشائه باذنه او باجازه .

والحاصل قصد الفضولى البيع لنفسه لغو وقصد زايد على اصل انشاء البيع

### الثانى حيث جوزنا بيع غير المملوك (١) .

وينتسب البيع الى المالك بالاجازة سواء كان المالك المجيز مالكا للمال حال العقد ايضاً ام لا .

(١) وحاصله قد التزمنا بان عقد الفضولى المعروف يتم باجازة مالك المال مع كون العاقد غير مالك للمال ولم يكن عقده باذن المالك وبرضاه كما انه لم يكن قادراً على تسليم المال لان ملك المال والرضا والتمكن على التسليم يعتبر فى المالك حال العقد الذى يجيزه لانه البايع حقيقة والمفروض فى مسئلة من باع شيئاً ثم ملك واجاز ان المالك المزبور لم يجز العقد بل اجازة من تملك المال بعد ذلك العقد واجاب (ره) عن ذلك بانه لايعتبر فى تمام عقد الفضولى ملك المجيز المال حال العقد بل يكفى فيه ملكه حال الاجازة والرضا لان الوجه فى اعتبار كل ذلك عدم حل المال للغير بغير طيب نفس مالكة ورضاه وكون تصرف الغير فى المال المزبور بلارضاه ظلماً وتعدياً على المالك وان سلطنة التصرف فى المال تثبت للمالك للغيره ومع اجازة المالك الجديد يراعى كل ذلك واما التمكن على التسليم فلا بعد فى اعتباره فى مالك المال حال العقد لان الاجازة تصحح العقد الذى لا يكون فيه نقص من غير جهة اجازة المالك .

(اقول) لاوجه لاعتبار القدرة على التسليم فى المالك حال العقد بل يعتبر التمكن فيمن يجب عليه الوفاء بالعقد فى ظرف استحقاق الطرف المطالبة بالمال وباحراز هذا التمكن حال العقد ينتفى الغرور ويتم البيع كما هو مقتضى اطلاق ادلة الامضاء وعموم دليل وجوب الوفاء بالعقد .

## الاجازة حيث صحت كانت كاشفة على الاصح مطلقاً (٢) .

(١) وحاصله ان اعتبار الاجازة يكون على الاصح بطور الكشف لا النقل كما تقدم سابقاً واعتبارها بالنحو المزبور لا يختص بمورد دون مورد بل كلما فرض نفوذ الاجازة وصحتها فاللازم كونها كاشفة لان الدليل على اعتبارها بنحو الكشف مطلق يعم جميع مواردنا وحيث ان اعتبارها في المقام بنحو الكشف بان تكون اجازة البايع المجيز كاشفة عن تمام الملك للطرفين من حين العقد مع الاصيل غير ممكن لاستلزام ذلك دخول المال في ملك الاصيل قبل دخوله في ملك البايع فلا بد من القول بعدم نفوذ الاجازة وكونها لغواً حيث لا دليل على اعتبارها في المقام بالنحو الاخر .

وفيه ان ما ذكر من اعتبار الاجازة بنحو الكشف لا يختص بمورد دون مورد صحيح الا انه ليس لازم ذلك تمام الملك للطرفين من حين العقد فضولا اى من زمان ايجابه وقبوله ولذا تكون في الهبة الفضولية كاشفة عن تمام الملك للمتهد من حين حصول القبض و بما ان من شرط تمام الملك للاصيل انتقال المال اليه من البايع المجيز لانه المالك حال الاجازة و بها يستند البيع اليه فيكون انتقال مال المجيز الى الاصيل من زمان كون المجيز مالكا وهذا معنى كون الاجازة معتبرا بنحو الكشف وليس في الالتزام بذلك اى محذور لا محذور فقد مقتضى اى فقد الدليل على اعتبار الاجازة فانه يكفي في اعتبارها اطلاق دليل امضاء المعاملات و عموم وجوب الوفاء بالعقود على ما مر آنفاً ولا محذور المانع سواء كان من ناحية العقل او من الشرع بان قام دليل على الغاء هذا النحو من الكشف .

لا يقال اذا كان في المقام انتقال المال الى المشتري الاصيل من حين تملك

المجيز المتاع تكون اجازته نظير تخصيص المالك حال العقد اجازته فسي عقد الفضولي المعروف بزمان متأخر عن زمان العقد .

فانه يقال هذا التخصيص يمنع عن صحة الاجازة فيما اذا كان انتقال المال الى الاصيل من حين العقد ممكناً ولا يمكن الانتقال كذلك في المقام وكذا لا يضر في اجازة البايع كونها رضاءاً بالعقد الذي مدلوله النقل من حينه ووجه عدم القدر ان المال غير قابل للانتقال الامن زمان تملك المجيز فيكون عموم الاجازة بالاضافة الى ما قبل ذلك الزمان ملغى نظير الاجازة فيما اذا كان القبض فيه شرطاً للانتقال . اقول لا يخفى ان اجازة البايع في المسئلة تتعلق بالعقد السابق بتمام مدلوله وهو جعل ملكية المال للمشتري من حين ذلك العقد ولكن لا يتبع الامضاء الشرعى تلك الاجازة الامن زمان تملك المجيز جمعاً بين مثل قوله سبحانه احل الله البيع و ما دل على عدم سلطنة الانسان بمال الغير فيكون التفكيك في المقام نظير عدم تبعية الامضاء الشرعى للبيع في الصرف والسلم الامن حين حصول القبض ولو اجاز البايع في المسئلة بعد تملكه المال العقد السابق لا بتمام مدلوله كما لو صرح باجازته ذلك العقد بامضائه بعض مدلوله وهى الملكية من حين تملكه فلا تكون اجازته مطابقة لمدلوله من غير فرق بين المقام واجازة عقد الفضولي المعروف كما اذا اجاز المالك فيه على مسلك الكشف بنحو النقل حيث تقدم فساد تلك الاجازة .

والحاصل اجازة البايع العقد من حين تملكه المتاع غير المحكم بانتقال المتاع الى المشتري الاصيل من ذلك الحين فان الثانى يتعين الالتزام به واما الاول فلا تصحح البيع السابق لما تقدم من انه لا بد من مطابقة الاجازة مع مدلول العقد .

وذكر النائينى (ره) فى المقام انه فرق بين عقد الفضولى وتمامه باجازة المالك

## الرابع ان العقد الاول (١) .

حال العقد وبين مسألة من باع شيئاً ثم ملك وأجاز حيث ان الاجازة فى الثانى لاثوثر شيئاً والوجه فى ذلك ان من شرط الاجازة ونفوذها عدم رد العقد قبلها وان مع الرد لا يبقى عقد لىتعلق به الاجازة ويباع المالك المال من البايع رد فعلى لذلك العقد فلا ينفعه اجازة البايع بعد تملك المال .

ولكن لا يخفى ما فيه فانه كما تقدم سابقاً لاثوثر لرد المالك وان عقد الفضولى لا يكون معه ملغى وعلى تقدير الالتزام بنفوذ الرد فلا ينبغى الريب فى ان الرد من الامور الانشائية يحتاج الى القصد والمفروض فى المقام ان المالك باع المال من بايعه ولم يرد الغاء العقد السابق وينتفى ببيعه قابلية عقد الفضولى لاجازة المالك حال العقد حيث يخرج ببيعه عن كونه مالكا للمال ويبقى قابليته لاجازة البايع الذى تملك المال من مالكة .

اضف الى ذلك انه ربما يكون تملك البايع فضولا المال لا بالمعاملة مع المالك بل بالارث ونحوه ومعها مجال لتوهم الرد .

(١) و بتعبير آخر صحة الاجازة مسن البايع موقوفة على تمام البيع الثانى لىتملك البايع المزبور المال مسن مالكة الاصلى ليجيز ببيعه الاول الذى كان فضولياً فى زمان البيع الثانى لابد من كون المال ملكاً لمالكة الاصلى لىجعل ملكه للبايع المجيز بالبيع المزبور كما يلزم ان يكون ملكاً للمشترى فى البيع الاول الذى اشتراه من البايع الفضولى باعتبار ان ذلك مقتضى اعتبار الاجازة وصحتها بنحو الكشف .

والحاصل يجتمع ملكان فى زمان واحد فى مال واحد وهذا غير ممكن .

فيكون صحة الاول مستلزمة لكون المال المعين ملكاً للمالك  
والمشتري معاً في زمان واحد (١) .

لا يقال يأتي هذا الاشكال في كل بيع فضولى فان صحة الاجازة موقوفة على  
كون المعجز مالكاً حال الاجازة حيث يعتبر في تمام البيع فضولا اجازة المالك و  
صحة اجازته واعتبارها بطورالكشف مقتضاها كون المال فى زمان الاجازة ملكاً  
للمشتري فى ذلك البيع الفضولى فاجتمع فى مال واحد فى زمان واحد ملكان .  
فانه يقال يكفى فى الاجازة و نفوذها الملك الظاهرى للمعجز الحاصل له  
بالاستصحاب بخلاف صحة البيع الثانى فى مسألة من باع شيئاً ثم ملكه بالشراء و  
اجاز البيع الاول فان الاثراء لا يتم الامع ثبوت الملك حقيقة للمالك الاصلى .

(١) يعنى يكون صحة بيع البايع فضولا بلحوق اجازته مستلزمة لكون المتاع  
ملكاً للمالك الاصلى ليشتريه البايع منه ويجيز البيع الاول وان يكون ملكاً للمشتري  
من البايع فضولا فى ذلك الزمان كما هو مقتضى كون الاجازة كاشفة فوجود الثانى  
أى صحة بيع المالك الاصلى يقتضى عدم صحة بيع البايع فضولا و ان لا يكون  
المتاع ملكاً للمشتري الاول وصحة بيع البايع أى الاول فضولا يقتضى بطلان بيع  
المالك الاصلى وان لا يكون مالك الاصلى فى زمان البيع الثانى مالكاً للمتاع فيلزم  
ان يكون المالك الاصلى فى زمان مالكاً وان لا يكون فى ذلك الزمان .

ولا يخفى ان الوجه الرابع كما ذكرمبنى على كون اجازة البايع بعد تملكه  
المال كاشفة عن حصول الملك للمشتري من حين العقد الاول ولكن قد تقدم فى  
الجواب عن الوجه الثالث ضعفه و ان اجازته تكون كاشفة عن حصول الملك

## نعم يبقى في المقام الاشكال الوارد (١) .

للمشترى من حين تملك المجيز فانه اول زمان امكان انتقال ذلك المال الى ملك المشتري عن ملك المجيز .

(١) الاشكال العام مبنى على مسلك الكشف الحقيقي فانه بناءً عليه يكون المال قبل حصول الاجازة ملكاً للمشترى كما هو مقتضى اعتبارها بنحو الكشف و يكون ملكاً للمجيز لتكون اجازته نافذة حيث يعتبر ملك المجيز و اذا انضم هذا الاشكال العام الى الاشكال الجارى فى خصوص المقام يلزم كون المال قبل وقوع البيع الثانى ملكاً لثلاثة المالك الاصلى ليصح بيعه من العاقد وللعاقد فانه مقتضى تلقى المشتري الملك منه وللمشترى كما هو مقتضى اعتبار الاجازة بنحو الكشف وما ذكر فى دفع الاشكال العام بكفاية الملك الظاهرى الحاصل للمجيز بالاستصحاب فاسد لان استناد البيع الى المجيز وكشف اجازته عن حصول الملك للطرف يتوقف على كون ذلك المجيز مالكاً و اذا احرز بعد ذلك عدم كونه مالكاً فلا يفيد اجازته حيث لا أثر للحكم الظاهرى بعد انكشاف الواقع فيكون الفرض كما اذا انكشف ان المال كان ملكاً لشخص آخر .

والحاصل ان اعتبار الملك فى المجيز شرط واقعى .

وايضاً ما ذكره فى مقام التفرقة بين نفوذ الاجازة ونفوذ البيع الثانى من اعتبار الملك الواقعى فى الثانى، دون الاجازة فان الاجازة اسقاط حق يكفى فيه الملك الظاهرى لا يمكن المساعدة عليه فان تمام بيع المالك يكون باجازه فيلزم كونه مالكاً واقعاً بل اذا لم يكن له ملك واقعاً او حق كذلك فكيف يصح منه الاسقاط .

اقول لو قام الدليل على اعتبار الاجازة بنحو الكشف الحقيقي فلا بد من

## والخامس ان الاجازة المتأخرة (١) .

الالتزام بان المعتبر فى الاجازة كون المميز مالكا لولا الاجازة ولا وجه لما يظهر من المصنف (ره) من التزام بالاشكال العام وانه يلزم عليه اجتماع ملكين مستقلين فى مال واحد على مسلك الكشف الحقيقى كما لا يخفى .

(١) وهذا الوجه ايضا مبنى على كون الاجازة كاشفة عن حصول الملك للمشتري الاصيل من حين وقوع البيع الاول فانه عليه تكون اجازة البايع البيع الاول بعد تملكه المال كاشفة عن حصول ملك ذلك المال للمشتري من حين البيع الاول فيكون بيع المالك الاصلى ذلك المال من البايع الاول مصادفاً لملك المشتري الاصيل واقعا فيتوقف نفوذ البيع الثانى على اجازة ذلك المشتري نظير ما صدر بالبيع الثانى عن اجنبى واجاز المالك الاصلى البيع الاول فان معها تكون صحة البيع الثانى الصادر عن الاجنبى موقوفة على اجازة المشتري الاول بلا كلام وحيث ان فى المقام صحة البيع الاول موقوفة على اجازة البايع فضولا تكون النتيجة توقف نفوذ كل مسن اجازتى المشتري الاول و البايع فضولا على الاخرى وتكون صحة كلا البيعين موقوفة على اجازة المشتري الاول لاعتبار رضاه فى تمام البيع الثانى ولتوقف تمام البيع الاول على البيع الثانى الموقوف على اجازته على الفرض .

ولازم ذلك عدم استحقاق المالك الاصلى شيئا من الثمن والمثمن بل يكون المبيع للمشتري الاول بلا ثمن فيما اذا كان مقدار الثمن فى البيع الاول مساويا لمقداره فى البيع الثانى لان الثمن فى البيع الاول يستحقه البايع عليه و يستحق المشتري المزبور الثمن فى البيع الثانى على البايع باعتبار مصادفة ذلك البيع ملكه واقعا .



## السادس - ان من المعلوم انه يكفى (١)

وبهذا يظهر ان المشتري المزبور يستحق المبيع باقل من الثمن ففى البيع الاول فيما اذا كان الثمن فيه اكثر من الثمن فى البيع الثانى وتسحقه مع زايد فيما اذا كان الامر بالعكس .

(١) وحاصل هذا الوجه ان بيع المالك الاصلى المال من العاقد الفضولى فسخ فعلى لبيع الفضولى فلا يكون ذلك البيع قابلاً للاجازة والوجه فى كونه فسحاً فعلياً ان عقد الفضولى لا يزيد على العقد الخيارى وكما ان تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه ببيعه من آخر فسخ فعلى لذلك البيع الخيارى كذلك تصرف المالك الاصلى فى ماله ببيعه من العاقد الفضولى او غيره فسخ وابطال لبيع الفضولى بل يكون تصرف المالك الاصلى اولى بالفسخ من تصرف ذى الخيار حيث يمكن ان يقال ان البيع بعد انعقاده لا يكون ملغى الا بالفسخ القولى بخلاف الغاء بيع الفضولى فهو باعتبار عدم تمامه قبل الاجازة يكون ملغى بالفعل قطعاً .

واجاب المصنف (ره) عن هذا الوجه بان مجرد تصرف المالك الاصلى فى ماله الجارى عليه البيع فضولاً لا يكون رداً أو الغاء لعقد الفضولى حتى لا يكون قابلاً للاجازة بل غاية الامر يكون تصرفه موجباً لفوت محل الاجازة امام مطلقاً كما اذا زوجت المنكوحه فضولاً نفسها من الاخر او بالاضافة الى المتصرف فقط كما فى مسئله بيع المالك الاصلى فان للتملك اجازة البيع الجارى على ذلك المال فضولاً و قياس تصرف المالك الاصلى بتصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه فاسد لان تصرف ذى الخيار فيما انتقل

السابع - الاخبار المستفيضة الحاكية لنهى النبي (ص) عن بيع

ماليس عندك (١)

عنه لا يمكن الابفسخ البيع الخيارى و ابطاله بخلاف تصرف المالك الاصلى فان المال باعتبار عدم تمام البيع فضولا باق على ملكه فيجوز له التصرف فيه مع امكان اجازة البيع الاول ولحوق الاجازة به من مالكة الجديد .

نعم لو كان قصد المالك الاصلى من تصرفه الغاء البيع الاول يكون تصرفه مع القصد المزبور رداً لذلك العقد فلا يصلح بعده للحقوق الاجازة .

اقول قد تقدم في ذيل نقل هذا الوجه عن النائينى (ره) انه لا موجب لرفع اليد عن عموم وجوب الوفاء بالعقد واطلاق دليل حل البيع بالاضافة الى البيع الاول فيما اذا اجازته المالك الجديد حتى في مورد قصد المالك الاصلى الغاء ذلك البيع فانه ذكرنا عدم الاثر لقصد الغاء ولا يمكن اثباته بحديث سلطة الناس على اموالهم .

(١) الاخبار المذكورة في هذا الوجه على طوائف ثلاث : الاولى بعض الاخبار الضعاف الحاكية لنهى النبي (ص) عن بيع ماليس عندك كروايتى الحسين ابن زيدوسليمان بن صالح (١) والنهى المزبور يعم ما اذا كان بيع ما ليس عنده من بيع الكلى او الشخصى ولكن يتعين رفع اليد عن اطلاقه بالحمل على صورة كون المبيع شخصاً لمانشير الى الروايات المعتبرة الدالة على جواز بيع الكلى على العهدة مع عدم ملك الشخص حال البيع كما ان النهى المزبور اما ارشاد الى فساد

بيع ما ليس عنده بالاضافة الى كل من بايعه ومالك المال او الى فساد به بالاضافة الى بايعه فقط .

وعلى الاول يرفع اليد عن الاطلاق بالاضافة الى مالك المال لما تقدم من الدليل على صحة بيع الفضولي وتمامه باجازه المالك وعلى التقديرين يكون مقتضى النهى عدم تمام ذلك البيع بالاضافة الى بايعه سواء تملك المال واجاز بيعه ام لا بل الظاهر ارادة صورة تملكه لان عدم تمام البيع بالاضافة الى بايعه فسي غير صورة تملكه لا يحتاج الى البيان .

واجاب المصنف (ره) عن الاستدلال بانه لانظر في النهى المزبور الى صورة اجازة بايعه بعد تملكه لان المنفى بالنهى الارشادى الصحة التى يراها المتبايعان بحسب معاملتهم وهى انتقال ذلك المتاع الى المشتري وانتقال الثمن الى البايع بحيث يكون للمشتري حق الزام البايع بتحصيل ذلك المتاع وللبايع حق الزام المشتري بأخذه والتصرف فى الثمن واما الصحة التى يلتزم بها فى المقام وهى ترتب اثر المعاملة على البيع باجازه بايعه بعد تملكه المتاع أخذاً باطلاق دليل حل البيع رعموم وجوب الوفاء بالعقد فلا دلالة للنهى المزبور على نفيها .

اقول لا يخفى ان الزام المشتري البايع بتحصيل المبيع ودفعه اليه وكذا جواز تصرف البايع فى الثمن من آثار انتقال المالكين واذا كان النهى المزبور بياناً لعدم حصول النقل والانتقال شرعاً يكون مقتضى اطلاقه عدم حصوله حتى فيما اجاز البيع بايعه بعد تملكه المال .

ولو كان مدلول النهى عدم حصول النقل والانتقال بمجرد البيع المزبور لما صح التمسك به فى دفع دعوى حصول النقل والانتقال فى بيع ما ليس عنده بعد تملك البايع المال وحصول التقابض بين البايع والمشتري .

والحاصل ان المنفى بالنهى هى صحة المعاملة شرعاً وهى حصول النقل و الانتقال كما فى النهى عن بيع فى ساير الموارد ومقتضى اطلاقه وعدم تقييده بمثل قوله الا ان يجيزه اذا صار المال عندك عدم صحته باجازه بايعه .

نعم بالاضافة الى اجازة المالك حال العقد فيرفع اليد عن اطلاق النهى على تقديره بمادل على تمام بيع الفضولى باجازه أى بالروايات الخاصة الدالة على صحة بيع الفضولى باجازه المالك حال العقد لا باطلاق خطاب حل البيع و عموم وجوب الوفاء بالعقد كما لا يخفى .

الطائفة الثانية ما تضمن النهى عن بيع الكللى مع عدم ملك الشخص حال البيع كما هو ظاهر صحيحة معاوية بن عمار قال قلت لابي عبد الله عليه السلام يجيئنى الرجل يطلب منى بيع الحرير و ليس عندى منه شىء فيقاولنى عليه واقوله فى الربح والاجل حتى يجتمع على شىء ثم اذهب فاشترى له الحرير فادعوه اليه قال رأيت ان وجد بيعاً هو احب اليه مما عندك أيستطيع ان ينصرف اليه ويدعك او وجدت أنت ذلك اتستطيع ان تنصرف اليه وتدعه قلت نعم قال فلا بأس (١) فلا بد من ان يحمل النهى فى هذه على الكراهة او على التقية لانها معارضة بالروايات المعتبرة الدالة على جواز بيع الكلسى مع عدم تملك الفرد منه حال البيع كصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا قال لا بأس به قلت انهم يفسدون عندنا

قال واى شىء يقولون فى السلم قلت لا يرون به بأساً يقولون هذا الى أجل واذا كان الى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح فقال اذا لم يكن الى أجل كان اجود ثم قال لا بأس بان يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه حالا والى أجل الحديث (١) وقريب منها غيرها واما صحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال سألته عن رجل اتاه رجل فقال ابتع لى متاعاً لعلنى اشترىه منك بنقد اونسية فابتاعه الرجل من اجله قال ليس به بأس انما يشتريه منه بعد ما يملكه (٢) فقد يقال بظهورها فى خصوص بيع العين الخارجية.

ولكن لا يخفى ما فيه فان ظهورها فى تعلق الشراء الثانى بنفس ما ابتاعه البايع وان لا ينكر الا انه لم يفرض فيها ان ما ابتاعه البايع كانت عيناً خارجية او كلياً على العهدة ويبيعه من طالبه بعد قبضه بل يعم ما اذا كان ما اشتراه كلياً ويبيعه من الطالب قبل قبضه ونظيرها صحيحة منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام فى رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً فيشترىه منه قال لا بأس بذلك انما البيع بعد ما يشتريه (٣).

والحاصل ان مقتضى تعليل الجواز فيهما بقوله انما البيع بعد ما يشتريه اوبانه انما يشتريه منه بعد ما يملكه عدم جواز بيع الشىء قبل تملكه حتى فيما كان البيع ملحوقاً باجازة بايعة غاية الامر يحمل الصحيحتين على خصوص بيع العين الخارجية لما تقدم من جواز بيع الكلى قبل تملك الشخص .  
الطائفة الثالثة ماورد فى بيع العين الخارجية كمصححة يحيى بن الحجاج

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٧) من ابواب احكام العقود الحديث (١)

(٣٠٢) الوسائل الجزء ١٢ الباب (٨) من ابواب احكام العقود الحديث (٨-٦)

قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لى اشترى لى هذا الثوب وهذه الدابة وبعينها اربحك فيها كذا وكذا قال لا بأس اشترها ولا توأجبه قبل ان تستوجبها او تشتريها (١) ورواية خالد بن الحجاج قال قلت لا بعد الله عليه السلام الرجل يجئى فيقول اشتر هذا الثوب واربحك كذا وكذا قال أليس ان شاء أخذ وان شاء ترك قلت بلى قال لا بأس انما يحلل الكلام ويحرم الكلام (٢) ومقتضاهما انه لا بد من انشاء البيع مع المشتري بعد تملك المتاع بان لا يكون فى البين الزام والتزام معاملى بالاضافة الى كل من البايع والمشتري من قبل ولو كان البيع فى مسألة من باع شيئاً ثم ملك وأجاز نافذاً لكان فى البين الزام والتزام معاملى من قبل على المشتري للزوم العقد عليه من الاول أو من حين تملك البايع ورضاه ببيعه مع أن ظاهر الروايتين ان المشتري لا بد من أن يكون مختاراً حتى بعد تملك البايع ورضاه بالبيع منه وهذا لا يكون الا مع فساد البيع الاول وعدم تمامه باجازه بايعه .

ولكن فى النفس بالاضافة الى الروايتين احتمال آخر وهو أن يكون الثوب أو الدابة المفروض فيهما كان ملكاً للمشتري وطلب من الرجل اشترائه منه نقداً وبيعه منه ثانياً نسبة كما هو قسم من بيع العينة ومعه يكون بيع الرجل الثوب او الدابة قبل تملكه محكوماً بالبطلان ولو قيل فى مسألة من باع شيئاً ثم ملك وأجاز بصحة البيع الاول وذلك فان الثوب أو الدابة يبيعه من المشتري قبل تملكه من بيع المال مسن من مالكة وهذا أمر باطل وفى رواية حسين بن المنذر قال قلت لا يبيع الله عليه السلام يجيئنى الرجل فيطلب العينة فاشترى له المتاع مرابحة ثم أبيعها اياه ثم اشترى منه

(٢) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٨) من ابواب احكام العقود الحديث (١٣)

(١) الوسائل الجزء ١٢ الباب (٨) من ابواب احكام العقود الحديث (٤)

ومنه يظهر الجواب عن الاخبار (١) .

مكاني قال اذا كان بالخيار انشاء باع وانشاء لم يبع و كنت انت بالخيار ان شئت اشتريت وان شئت لم تشتري فلا بأس فقلت ان اهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد ويقولون ان جاء به بعد أشهر صلح قال انما هذا تقديم وتأخير فلا بأس (١) .

والمتحصل من جميع ما ذكرنا أنه يتعين المحكم بالبطلان في مسألة من باع شيئاً ثم ملك واجاز لا بمجرد بعض الروايات الحاكية لنهي النبي (ص) عن بيع ما ليس عندك ليقال انها ضعيفة سنداً لا يمكن الاعتماد عليها ولا بهاتين الروايتين ليقال انهما غير ظاهرتين في المفروض في المقام بل للنهي الاستفادة من صحیحته محمد بن مسلم ومنصور بن حازم ويرفع اليد عن عموم ذلك النهي بالاضافة الى بيع الكلبي ويشير الى ان مجرد تملك البايع واجازته لا يفيد في المقام مصححة الحسن بن زياد الطائي قال قلت لابي عبد الله عليه السلام اني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير اذن مولاي ثم اعتقني الله بعد فاجدد النكاح قال فقال علموا انك تزوجت قلت نعم قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً قال ذلك اقرار منهم انت على نكاحك (٢) ونحوها صحیحة معاوية بن وهب (٣) ووجه الاشارة ان مع عتق العبد يكون نكاحه بيده ولو كان لحوق اجازته بنكاحه السابق موجباً لتمامه لما كانت حاجة الى الاستفسار عن علم مولاة بنكاحه وسكوته كما لا يخفى .

(١) يعنى يظهر مما تقدم من ان الصحة التي يلتزم بها في المقام ترتب الاثر

(١) الوسائل الجزء ١٢ الباب (٥) من ابواب احكام العقود الحديث (٤)

(٢) الوسائل الجزء (١٤) الباب (٢٦) من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث (٣).

(٣) الوسائل الجزء (١٤) الباب (٢٦) من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث (١)

على البيع السابق باجازه بايعه بعد تملكه المتاع أخذاً باطلاق دليل حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد ونفى هذه الصحة لا يستفاد من قوله (ص) لاتبع ماليس عندك وانما يستفاد منه نفى الصحة التى يراها المشتري و البايع بحسب البيع السابق و هى انتقال المتاع الى المشتري و انتقال الثمن البايع بحيث يكون للبايع التصرف فى ذلك الثمن و للمشتري الزام البايع بتحصيل المتاع بلا حاجة الى اجازة البايع ثانياً - الجواب عن ساير الاخبار وانها ايضاً ناظرة الى نفى هذه الصحة خصوصاً بقرينة قوله عليه السلام فى صحيحة يحيى بن الحجاج (ولا تواجبه البيع) اى لاتتم البيع مع المشتري المزبور قبل شرائك .

لا يقال اجازة البايع ثانياً فى مورد تلك الاخبار مفروضة حيث ان دفع البايع المال بعد تملكه الى المشتري اجازة فعلية والنهى عن البيع مع فرض هذه الاجازة مقتضاه فساد ذلك البيع وعدم صحته بلحرق اجازته .

فانه يقال لا يكون الدفع اجازة حيث انه وقع بعنوان الوفاء بالبيع الذى حصل قبل تملك البايع ويرى البايع انه يلزم بالعمل به و هذا لاتحسب اجازة فانه يعتبر فى الاجازة اظهار رضاه به من غير جهة الالتزام السابق كما هو مقتضى ما دل على دخل طيب النفس فى صيرورة المال حلالاً للغير .

لا يقال لا يمكن الحكم بصحة البيع السابق باجازه بايعه لان صحته بهائنا فى ما فى رواية خالد بن الحجاج حيث ذكر فيها اليس ان شاء أخذ وان شاء ترك ووجه المنافاة انه بناءً على صحة البيع السابق وتمامه باجازه بايعه لا يكون للمشتري الامتناع ورفع اليد عن البيع حتى قبل اجازة بايعه لما تقدم سابقاً من لزوم عقد الفضولى على الاصيل ولو قبل اجازة المالك مع ان ظاهر الرواية خلاف ذلك وان



ثم ان الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد

الروايات (١).

البيع السابق لا يوجب على المشتري أمراً .

فانه يقال قوله (ع) (اليس ان شاء ...) ولوبقرينة صحيحة يحیی بن الحجاج كناية عن انه لا يكون قبل تملك البايع البيع اللازم على الطرفين ولاينا في حصول اللازم من طرف المشتري فقط .

(١) لا يخفى عدم حسن التعبير فان المراد انه لو قيل بفساد البيع فيمن باع شيئاً ثم ملك واجاز للاخبار المتقدمة فلا بد من الاقتصار في الحكم بالبطلان بمدلول الاخبار وهو ما اذا وقع بيع الشيء عن البايع منجزاً فانه في هذه الصورة لا يفيد اجازة البايع بعد تملك المال .

واما اذا باع الشيء معلقاً على اجازة بيعه بعد تملكه المال او باعه معلقاً على تملكه المال فيما بعد فسانه يحكم فيهما بتمام البيع السابق باجازة بيعه بعد تملكه لخروج الفرضين عن الاخبار .

ويظهر ذلك ايضاً من العلامة في التذكرة والمختلف حيث علل المنع بالغرر وبعدم قدرة البايع على التسليم ومع تعليق البيع على تملكه المال او على اجازته بعد تملكه لا يحصل البيع قبل الشرط ليكون غريباً او لم يكن متمكناً على تسليم المال بل فعليته تكون مع حصول الشرط ولا يكون في ذلك الزمان في البين غرر ولا العجز عن التسليم .

اقول تقييد البيع باجازة بايعه بعد تملك المال او بنفس تملكه وان يقتضى عدم حصول البيع الا بعد فعلية الاجازة او بعد تملك المال حيث ان المشروط لا يكون

فعلياً الإبحصول شرطه ومع فعلية البيع كما ذكرنا لا يكون فيه غرر اى جهالة فى وصول المال الى المشتري ويحصل القدرة على التسليم لان القدرة المعتبرة هى القدرة عند تمام البيع وفى ظرف لزوم الوفاء بالعقد الا ان مع ذلك يحكم ببطلان البيع فى الصورتين أخذاً باطلاق ما دل على اعتبار انشاء البيع بعد الشراء والتملك كما هو ظاهر صحيحتهى محمد بن مسلم ومنصور بن حازم المتقدمين فان مقتضاها ان البيع لا يقع لباعه الا اذا كان انشائه بعد تملك المال .

وبتعبير آخر كون البايع مالكاً شرط فى انشاء البيع ووقوعه له .

هذا مع ان البيع موقوفاً على تملك بايعه او اجازته بعد تملكه من التعليق المبطل للمعاملة .

لا يقال قد تقدم سابقاً انه لا مانع من تعليق المعاملة على ما يتوقف عليه صحيحتها فانه يقال نعم ولكن قد ذكرنا فى المسألة ان تملك البايع ما باعه واجازة بيعه بعده لا يصحح البيع السابق فلا يكون تعليق البيع على احدهما موجباً لخروجه عن التعليق المبطل .

ويشير الى ما ذكرنا مثل صحيحته محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن رجل قال ان تزوجت فلانة فهى طالق وان اشتريت فلاناً فهو حروان اشتريت هذا الثوب فهو للمساكين فقال ليس بشىء لا يطلق الا بعد ما يملك ولا يعتق الا بعد ما يملك ولا يصدق الا بعد ما يملك (١) حيث ان ظاهرها اعتبار وقوع الانشاء حال فعلية الملك .

ثم انه بقى فى المقام انه كيف يمكن للبايع بيع المال عن نفسه منجزاً و

(١) الوسائل الجزء (١٥) الباب (١٢) من ابواب مقدمات الطلاق الحديث (٢) .

## ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله الى البايع (١).

كيف تتم المعاملة كذلك مع بناء المشتري والبايع ان المبيع ملك للغير ولايجرى هنا ما ذكر في بيع الغاصب سابقاً لان بيع الغاصب كان مبنياً على تملك المال قبل بيعه ولو عدواناً بخلاف المقام حيث ان المشتري فى المسألة يملك المال من بايعه مع بنائهما انه ملك الغير ولذا يكون بعد بيعه بصدد شراء ذلك المال من مالكة ليسلمه الى المشتري .

ويمكن الجواب عن ذلك بانه لامانع عن تملك المال بازاء الثمن باعتبار البايع نفسه مالكاً لذلك المال عند بيعه لاعدواناً بل باعتبار أن عليه تحصيل ذلك المال وتسليمه الى المشتري نظير ما اذا باع المشتري المبيع من ثالث زمان خيار البايع ثم فسخ البايع البيع حيث يعتبر بالفسخ كون البايع مالكاً للمبيع مع انه ملك للثالث وكما ان الاعتبار من جهة رجوع البايع ببدله الى المشتري كذلك اعتبار البايع فى المقام مالكاً باعتبار ان عليه تخليص ذلك المال وتسليمه الى المشتري .

(١) لايبعد انصراف اخبار لاتبع ما ليس عندك عن بيع المال لمالكة فاتفق انتقاله الى البايع وأجاز لانها ناظرة الى عدم وقوع البيع عن البايع الذى قصد البيع عن نفسه الا ان المذكور فى صحيحة محمد بن مسلم ليس به بأس وقد وله عليه السلام انما يشتره بعد ما يملك يعمه فان ظاهره اعتبار وقوع انشاء البيع بعد تملك المال وفى الفرض المزبور لم ينشأ البيع بعد تملكه .

و الحاصل ان دعوى خروج الفرض عن مورد الاخبار كدعوى خروج الفرضين المتقدمين بلاوجه نعم دعوى بطلان الاجازة فى الفرض لا لما ذكرنا بل لان الاجازة لا متعلق لها فى الفرض لان البيع السابق المنشأ يكون عن المالك الاصلى

## ولو باع لثالث معتقداً لتملكه (١) .

ولامعنى لاجازته بعد خروج المال عن ملكه والبيع عن البايع المجيز غير منشأ  
لايمكن المساعدة عليها لما تقدم سابقاً من ان البيع عبارة عن تملك المال بالعرض  
واما تعيين مالك المثلن او الثمن فلا يدخل فى حقيقة البيع ومقتضى المعاوضة دخول  
الثمن فى ملك من يخرج عن ملكه المعوض واسناد الغاصب البيع لنفسه وقصده  
تملك الثمن كان باعتبار بنائه على انسه مالك المثلن فلا ينافى انشاء المعاوضة و  
قصدها .

وفيما نحن فيه ايضاً حقيقة البيع عبارة عن تملك العين بعوض وحيث ان  
المثلن حال انشاء البيع كان لملكه الاصلى فقصده دخول الثمن فى ملكه لا ينافى انشاء  
المعاوضة بل يلائمها ثم اذا انتقل ذلك المال الى البايع فبعد تملكه واجازته البيع  
لايختلف الاجازة عن العقد المجاز .

(١) يعنى اذ باع البايع المال عن ثالث اعتقاداً بأنه مالكه حال البيع او عدواناً  
كما اذا كان ذلك الثالث غاصباً لذلك المال اجاز هذا البيع مالكة الواقعى حال  
العقد فلا ينبغى الاشكال فى صحته لان الفرض داخل فى مسألة بيع الفضولى  
المعروف واما اذا اتفق انتقال ذلك المال الى الثالث الذى بيع عنه او الى نفس البايع  
واجاز ذلك الثالث او البايع فالظاهر ان هذا يدخل فى مسئلة من باع شيئاً ثم ملك و  
اجاز فيحكم بفساده .

ووجه دخوله فيها انه قد استفيد من الاخبار المتقدمة فيها ان اجازة المالك  
الجديد لا يصحح العقد المنشأ حال عدم ملكه المال فتدبر .

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا فى مسألة المذكورة (١) .

(١) وحاصله انه اذا لم يصح البيع فى المسألة السابقة اى فيما اذا باع المال ثم ملكه واجاز بيعه لم يصح البيع فيما اذا باع المال ثم ملكه بطريق الاولوية لان المفروض فى المسألة الثانية عدم اجازة البيع السابق وعدم رضاه به بعد تملكه المال ويزيد هذه على السابقة فى ان مقتضى سلطنة المالك على ماله وعدم حله لغيره الا بطيب نفسه عدم تمام البيع السابق بمجرد تملك المال حيث يكون ظاهر رواية السلطنة و اعتبار طيب نفس المالك فى تملك الغير ماله سلطنته وطيب نفسه حال كونه مالكا .

لا يقال مقتضى عموم او فوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم لسزوم البيع السابق وتماهه باتفاق انتقال المال الى بايعه ولذا ذكر فى الايضاح انه بناءً على تمام بيع الفضولى وصحته باجازة المالك يصح بيع البايع لنفسه بمجرد اتفاق ملكه المال الذى باعه قبل ذلك من غير حاجة الى اجازته .

فانه يقال ان بيعه السابق كان خارجاً عن عموم وجوب الوفاء بالعقد فيستصحب الخروج بعد اتفاق ملكه و المقام من موارد استصحاب الخروج لا التمسك بعموم العام حيث ان عموم او فوا بالعقود بالاضافة الى الازمنة استمرارى لافرادى وعلى تقدير الاغماض عن ذلك يكون عموم وجوب الوفاء بالعقود معارضاً بعدم حل المال للغير الابطية نفس مالكة فيرجع الى اصالة الفساد هذا مع جريان فحوى ماورد فى نكاح العبد بدون اذن مولاه وان عتقه لا يفيد فى صحة النكاح السابق حتى مع رضاه العبد بالنكاح المزبور بعد عتقه الذى بمنزلة كونه مالكا لنفسه بسل كان المجدى فى تمامه سكوت مولاه بعد اطلاعه على نكاحه .

ولوباع وكالة عن المالك (١) .

المسألة الثالثة - مالو باع معتقداً لكونه غير جازن التصرف (٢).

ثم انه لايجرى عموم وجوب الوفاء فيما اذا باع المتاع عن المالك او عن ثالث فاتفق ملك ذلك البايع حيث انه لم يكن العقد فسى انشائه مستنداً الى البايع ليقال بشمول وجوب الوفاء له بعد ملكه فالبيع فى الفرض مع عدم لحوق الاجازة به من بايعه باطل لان شمول العموم له اشكل من الفرض السابق . اقول قد تقدم ان خطاب اوفوا بالعقود ظاهره العقود المنتسبة الى الملاك بان يكون استناد العقد الى المالك حال كونه مالكاً لاحال كونه اجنبياً فيكون خروج بيع الاجنبى عن العموم المزبور بالتخصص قبل تملكه المال وبعده .

والحاصل ان المقام ليس من قبيل خروج فرد عن العام بالتخصيص ثم وقع الشك فى بقاء خروجه او ثبوت حكم العام له ثانياً كما لا يخفى .

(١) ولوباع عن المالك وكالة ثم بان انعزاله عن الوكالة حال انشاء البيع بموت الموكل ونحوه فلا ينبغى الريب فى عدم وقوع البيع للبايع سواء اجاز البيع ام لالان البايع اجنبى عن المال نعم يقع البيع للوارث مسع اجازته حيث ان الفرض بالاضافة الى الوارث يدخل فى مسألة بيع الفضولى المعروف و التقييد بالانعزال باعتبار ان مع عزله وظهوره بعد البيع يقع البيع للموكل حيث دلت الرواية على ان بيع الوكيل قبل عزله اليه نافذ على الموكل .

(٢) كان المفروض فى المسئلة الاولى كون المجيز مالكاً حال العقد ولكن مع الحجر عليه لسفه اورهن المال وفى المسئلة الثانية عدم كون المجيز مالكاً حال

العقد مع تجدد ملكه بعده وفي المسألة الثالثة اى هذه المسألة يكون المفروض ملك البايع وعدم الحجر عليه او ولايته ولكن مع الاعتقاد بالخلاف بان يعتقد بان المال ليس له بل لغيره او انه لا ولاية له على مالك المال.

ويقع الكلام فى هذه المسألة فى صور اربع الاولى - ما اذا باع المال عن مالكة باعتقاد انه لا ولاية له على مالك المال فظهر كونه ولياً والمراد بالولاية ما تتم الولاية الشرعية والوكالة كما اذا باع الجد مال الطفل باعتقاد عدم ولايته عليه او باع مال الغير جاهلاً بكونه وكيلاً او مأذوناً عن قبله فسى يبيعه وينبغى القول بصحة المعاملة فى الفرض وتماها بلا حاجة الى لحوق الاجازة بها والوجه فى ذلك ان تمام العقد من الولى يتوقف على استناده اليه ورضاه به والمفروض حصولهما حيث ان العقد كان بانثائه ورضاه بانتقال مال الطفل الى الغير بالعوض وكذا اذا كان العاقد مأذوناً واقعاً او وكيلاً فانه يكفى فى استناد معاملة المأذون او الوكيل الى المالك او موكله اظهاره رضاه بالمعاملة سواء كان ذلك الاظهار عند المأذون او عند الاخرين او كان اظهاره بنحو يصل الى المأذون او السائرين بعد المعاملة اولس يكن اظهار المالك الاعند نفسه ولذا لو كان العاقد على مال الغير فى مكان يراه مالك المال وكتب المالك عند المعاملة او قبلها فى ورقة رضاه بتلك المعاملة ولم يعلم العاقد او ساير الناس ما كتبه الا بعد المعاملة صح استناد تلك المعاملة الى المالك .

و بتعبير آخر اظهار المالك رضاه بمعاملة الغير قبل انثائها او حينه يوجب خروج تلك المعاملة عن الفضولية .

وعن السيد اليزدى (ره) انه يحتاج العقد المفروض فى المقام الى اجازة العاقد فى موردين احدهما ما اذا كان اظهار المالك رضاه ببيع الاخر عند نفسه فقط

فان هذا الرضا لا يصح استناد البيع الصادر عن الغير اليه حيث لا فرق بين البيع المزبور وبين البيع الصادر عن الاجنبى المقارن لطيب نفس المالك واقعاً وقد تقدم عدم خروج العقد بمجرد ذلك عن الفضولية .

وثانيهما ما اذا باع مال المولى عليه باعتقاد عدم الولاية ثم ظهرت ولايته على المال والوجه فى الحاجة الى الاجازة عدم رضا الولى بتمليك المال بما هو ولى ويعتبر فى نفوذ التصرف فى مال المولى عليه اذن الولى ورضاه بما هو ولى ولذا لو كان ملتفتاً الى انه ولى فربما لا يرضى بالبيع المزبور ويختار فرداً آخر من المعاملة وهذا كاشف عن عدم رضاه بها بما هو ولى .

اقول لا يبعد اعتبار الاجازة فى المورد الاول فانه لا ينبغى الرب فى اعتبار استناد البيع الصادر عن الاجنبى الى مالك المال بالاذن او الاجازة وقد ذكرنا مراراً ان كلا من الاذن والاجازة من الامور الانشائية ويكون الابرار مقوماً لهما ومجرد اظهار المالك عند نفسه رضاه بالمعاملة التى يصدر عن الغير أو صدرت عنه لا يكون اذنًا او اجازة بل لا بد من كون الاظهار بحيث يصل الى الغير سواء كان ذلك الغير هو العاقد او غيره وبتعبير آخر لا يكون فى الحقيقة اظهار فيما اذا كان الابرار بحيث لا يصل الى الغير ولا يبعد ان يكون المحكى عن القاضى فى المقام يرجع الى ما ذكر .

واما المورد الثانى فلا يحتاج العقد فيه الى الاجازة فان استناد البيع الى الولى حاصل بمباشرة لانشاء العقد ولا فرق بين رضا الولى بذلك العقد وبين رضا الاجنبى به الا فى نفوذ رضا الاول وعدم الاثر لرضا الثانى واحتمال دخالة رضا الولى بالمعاملة مع التفاته بانه ولى مدفوع ببعض الاطلاقات الواردة فى نفوذ نكاح الاب و الجسد و يتعدى الى مثل بيعهما باعتبار عدم احتمال الفرق فى ذلك بين المعاملات .



الثانية ان يبيع لنفسه وانكشف كونه ولياً (١) .

(١) واما الصورة الثانية فهي ما اذا باع الولي او المأذون لنفسه مع غفلته عن كونه ولياً او مأذوناً وقصده البيع لنفسه يكون بينائه على تملك المال عدواناً واشتباهاً وعلى كسل تقدير يصح البيع للمولى عليه من غير حاجة الى الاجازة فان الحاجة الى الاجازة اما لتصحيح استناد البيع الى الولي او المالك او باعتبار دخالة رضا هما في انتقال المال بالعوض و المفروض حصول الاستناد بمباشرة العقد او الاذن وكذا الرضا .

و اما قصده البيع لنفسه بان يملك الثمن بازاء المبيع اشتباهاً او عدواناً فقد تقدم في تصحيح بيع الغاصب للمالك مع اجازته انه لا اثر للقصد المزبور وغير داخل في حقيقة البيع .

لا يقال لا يصح البيع المفروض في المقام للمولى عليه لعدم ولاية العاقد على البيع بهذا النحو كما ان اذن المالك لا يعمه في موارد الوكالة .

فانه يقال قد تقدم ان القصد المزبور امر زائد على انشاء المعاوضة والبيع و المفروض تمام البيع من ساير الجهات التي منها عدم كونه فساداً لمال المولى عليه فلا وجه لبطلانه او احتياجه الى الاجازة .

نعم لا يتم ذلك فيما اذا باع الولي لنفسه مال المولى عليه اشتباهاً فان رضاه بكون المال للمشتري بازاء الثمن باعتبار كونه مالكاً ولم يعلم رضاه بالانتقال على تقدير كون المال للمولى عليه ولذا لا يجوز الاخذ فيما لو اذن الولي للغير في اخذ مال يعتقد انه ملكه ولكن الغير يعلم بان المال ليس للولي وانما يأذن له في اخذه اشتباهاً وانه على تقدير التفاته يمكن ان لا يرضى بالاخذ .

الثالثة ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكاً (١) .

وبتعبير آخر ما يذكر في الصورة الثالثة في وجه الحاجة الى الاجازة يجرى في الفرض ايضاً .

(١) الصورة الثالثة ما اذا باع المال عن الغير باعتقاد ان الغير مالكة ثم ظهر ان المالك هو لالغير وقد يمثل لذلك مالو باع مال ابيه باعتقاد حياته ثم ظهر انه حال البيع كان ميتاً .

ويقع الكلام في هذه الصورة في جهتين : الاولى - في صحة البيع وفساده بمعنى كونه لغواً لا يترتب عليه اى اثر والثانية - توقف تمامه على اجازة العاقد او عدم توقفه عليها .

اما الجهة الاولى فقد قيل ببطلان البيع لوجوه الاول - ان المنشأ هو البيع للغير وهو غير قابل للاجازة والبيع لنفسه لم ينشأ ليلحق به الاجازة .

الثانى ان البيع المزبور وقوعه للبايع يكون على وجه التعليق وتقديره ان مات ابي فقد بعته والتعليق يوجب بطلانه .

والثالث ان العاقد غير قاصد للبيع فان مع اعتقاده حياة ابيه وانه مالك المال ولم يأذن له في بيعه لا يحصل انشائه وقصده حقيقة ولكن لامجال لشيء مما ذكر فان قصد بيع المال عن الغير لاعتقاد ان الغير مالكة تمليك في الحقيقة عن المالك وما ذكرنا ثانياً في كون هذا البيع من البيع المعلق ينافى الامر الاول حيث ان مقتضى التعليق كون المنشأ البيع لنفسه ومقتضى الوجه الاول وقوع البيع لغيره . وبالجملة يكفي في حصول عنوان البيع او المبادلة انشائها وقصد كونها له او لغيره غير داخل في اصل البيع والمبادلة .

وبهذا يظهر ما في الوجه الثالث وان العاقد كالعابث حيث يبيع المال عن الغير مع اعتقاده كون ذلك الغير مالكا من غير كونه مأذوناً او وكيلاً عنه ووجه الظهور ان انشاء المعاوضة وقصدها لا ينافي الاعتقاد بان المالك هو الغير ولم يأذن له في بيع المال كما في البيع فضولا .

واما الجهة الثانية وان تمام البيع للعاقد يحتاج الى اجازته او انه لازم له بلا حاجة اليها فقد قيل بعدم الحاجة لان البيع من الاول مستند الى العاقد باعتبار حصوله بانثائه فلا معنى لاجازة بيع نفسه ولان رضا العاقد بكون المال المعين الخارجى للمشتري بازاء الثمن كاف في رضاه بملك ماله للمشتري وان لم يلتفت الى كونه ماله فان صدور العقد عن المالك اولى واقرى من اذنه و اجازته .

وذكر المصنف (ره) ان الاظهر وفاقاً لجماعة توقف تمامه على اجازة العاقد بعد التفاته الى كونه مالك المال وليس الوجه في الاحتياج الى اجازته ما ذكره في جامع المقاصد حيث قال ان العاقد لم يكن قاصداً لنقل المال الى المشتري منجزاً بل كان قصده هو النقل مع اجازة المالك حيث باع المال عن الغير باعتقاد ان الغير مالكة ثم اورد على نفسه بان قصد العاقد بيع المال كاف في النقل وتوضيح الايراد ان توقف انتقال المال شرعاً على اجازة المالك او بمجرد العقد ليس من مدلول العقد ليعتبر قصده او يقدر عدم قصده او قصده معلقاً او منجزاً بل الانتقال المزبور حكم شرعى و المنشأ الذى مدلول العقد هو النقل في اعتبار العاقد و هو منجز بل عدم قصده النقل شرعاً الامع حصول الاجازة لا يضر على الكشف حيث يكون النقل على ذلك المسلك قبل حصولها و يمكن ان يكون قصد النقل عند حصولها مضراً على مسلك الكشف .

بل الوجه فى الحاجة الى الاجازة هوان يخرج تملك المشتري المال بازاء  
 الثمن عن عنوان الاكل بالباطل و دخوله فى عنوان التجارة عن تراض فان رضا  
 العاقد بنقل المال الى المشتري مع غفلته عن كون المال ملكه لا يوجب كون البيع  
 المزبور تراضياً من المالك .

وبتعبير آخر قصد العاقد بكون المال الخارجى ملكاً للمشتري بازاء الثمن  
 يوجب حصول انشاء البيع واما كون ذلك البيع تراضياً معاملياً منه فلا يكون الامع  
 رضاه بالبيع بعنوان كونه مالك المال ولذا لا يجوز للمأذون التصرف فيما لسواذن  
 المالك فيه باعتقاد ان المال للغير والمأذون يعلم بان المال ليس للغير بل للمبيح و  
 لكن بحيث لو التفت الى ان المال له لا يرضى بتصرفه .

ولو قال ان هذه زوجتى فطلقها وبعد الطلاق ظهر انها كانت زوجة المباشر  
 للطلاق فلا يصح وكذا لو قال هذا عبدى فاعتقه وبعد العتق ظهر انه كان عبداً للمباشر  
 فانه يحكم ببطلان العتق .

والحاصل ان فى البين امرين احدهما انشاء البيع و حصول عقده والثانى  
 رضا من يعتبر استناد البيع اليه و اذا انشأ المالك البيع لنفسه اولغيره يحصل انشاء  
 البيع المفروض فى المقام وهو تمليك عين خارجية بازاء الثمن وقصد كونه لنفسه  
 اولغيره لا اثر له فى حصول انشائه واما الامر الثانى وهو اعتبار رضاه ليكون بيعه تجارة  
 عن تراض فيتوقف على رضاه بالبيع المنشأ مع الالتفات الى كونه مالث المال و  
 مجرد رضاه بكون تلك العين بازاء الثمن مع الاعتقاد بان المال للغير و ان رضاه  
 بالبيع المزبور من رضا الاجنبى فلا يفيد فى انتساب البيع اليه بمعنى كونه تجارة  
 عن تراض .

ان هذا الحق للمالك من باب الاجازة لا من باب خيار

الفسخ (١)

وبتعبير آخر اعتقاد العاقد ان المال للغير وقصده البيع عن المالك بالاضافة الى البيع لا تكون جهة تقييدية لما ذكرنا من ان قصد كونه لنفسه او لغيره خارج عن حقيقة انشاء البيع واما بالاضافة الى رضاه بانتقال المال الى الطرف بازاء الثمن جهة تقييدية حيث لم يرض بانتقال المال منه الى الاخر بازاء الثمن المزبور بل انما رضى بانتقاله الى الاخر من ناحية الغير نعم لو اجاز العاقد البيع بعد التفاته الى كونه مالك المال يتم البيع ويصير تراضياً معاملياً له .

وبهذا يظهر ان الاجازة انما تفيد في العقود حيث تجرى الفضولية فيها واما في الايقاعات نظير ما اعتق عبداً باعتقاد أنه عبد الغير ثم بان أنه عبده فيحكم ببطلان العتق لعدم جريان الفضولية في الايقاعات وايضاً يظهر أنه لانتهافت في كلام من حكم في المسألة بتوقف البيع على اجازة العاقد بعد التفاته الى كونه مالك المال وبين حكمه ببطلان العتق المزبور وانما يكون التهافت ممن حكم في مسألة البيع بلزومه وعدم حاجته الى الاجازة وفي مسألة العتق بالبطلان حيث ان مقتضى الحكم بلزوم البيع كفاية الرضا به ولو مع عدم الالتفات الى كونه مالك المال ومقتضى الحكم ببطلان العتق عدم كفاية الرضا المزبور .

(١) يعني كما ان الاجازة في عقد الفضولي مصححة للعقد بحيث يتم بها استناده الى المالك ويكون تراضياً معاملياً له كذلك استناد العقد في المقام الى المالك ورضاه المعتبر بمدلوله يحصل بها فيكون العقد متزلزلاً حدوثاً بخلاف موارد الخيار

التي يكون البيع فيها تاماً حدوثاً و متزلزلاً بقاءً و بتعبير آخر ثبوت الخيار الذي في حقيقته ملك فسخ العقد و ازالة بقاءه فرع حدوث البيع بان يكون انشائه و استناده الى من يعتبر استناده اليه و رضاه بمدلوله مفروغاً عنه و يثبت الخيار لتضرر احد المتعاملين باعتبار خصوصيته في احد العوضين ككونه معيوباً أو فيه غبن فيكون الضرر في لزوم البيع. وهذا بخلاف البيع في المسألة فانه في حدوثه غير تام لتوقف حدوثه على رضا المالك بالبيع مع التفاته الى كونه مالكا للمال .

والمحاصل أنه لا وجه لما ذهب اليه صاحب الجواهر (ره) من ان البيع في هذه الصورة كبيع المتعلق به الخيار متزلزل بقاءً فان الضرر في المقام كالضرر في اجازة بيع الفضولي المعروف يكون في اصل انتقال المال عن مالكة اما لجعله باصل الانتقال كما في بيع الفضولي المعروف او لجعله بكون المال له كما في مفروض الكلام .

اقول الضرر هو النقص في المال او في غيره من العرض و النفس ونحوهما وهو يحصل في موارد الغبن أو العيب باصل البيع حيث يخرج به ماله عن ملكه بعوض معيوب أو بالاقبل كما اذا باع المتاع باقل من ثمن المثل او اشترى المال باكثر منه و لو جرت قاعدة اللاضرر في تلك الموارد تكون مفادها فساد العقدا انتفاء لزمه ولكن الصحيح انه لا مجرى للقاعدة في موارد ثبوت الخيار كما لا مجرى لها في البيع المفروض في المقام و لا في البيع في مسألة بيع الفضولي المعروف لما ذكرنا من ان عدم تمام البيع في المقام و في مسألة بيع الفضولي باعتبار عدم استناد المعاملة الى من يعتبر استنادها اليه بحيث تكون تراضياً معاملياً له و في مورد الغبن والعيب باعتبار اشتراط السلامة او عدم النقص في المالية

ثم ان الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة (١)

في ناحية العوضين ومرجع الاشتراط كما تقدم الى جعل الخيار في صورة التخلف وحيث لا امتنان في رفع الحكم عن البيع المجمعول فيه الخيار فلا تجرى فيه قاعدة نفى الضرر لعدم ثقل على المكلف في وضع البيع المزبور و امضائه كما لا يخفى .

(١) يعنى لو قيل ببطلان بيع الفضولى وعدم تمامه باجازه المالك فلا يكون ذلك ملازماً للقول بالبطلان وعدم تمام العقد باجازه العاقد فيما اذا باع ماله عن الغير باعتقاد ان المال له .

والوجه في عدم الملازمة ان العمدة في وجه القول ببطلان بيع الفضولى النهى الوارد عن بيع ماله عنده وهذا لا يجرى في المقام حيث ان المفروض فيه اجراء المالك البيع على ماله .

نعم لو بنى بطلان بيع الفضولى على حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير يتعين البطلان في الفرض ايضاً لان قبح التصرف لا يختص بصورة كون المال للغير واقعاً بل يعم مورد التجري ايضاً .

اقول لامجال لمثل المصنف ره ممن لا يرى في التجري قبحاً فعلياً بل يلتزم فيه بالقبح الفاعلى فقط دعوى التعميم المزبور ولكن لو بنى الحكم ببطلان بيع الفضولى على اعتبار مقارنة طيب نفس المالك لانشاء العقد كان اللازم الحكم بالبطلان في الفرض ايضاً باعتبار ان اللازم حصول طيب نفس المالك مقارناً للانشاء بما هو مالك وهذا غير حاصل في المقام ايضاً .

وفي عدم الوقوف هنا وجه لايجرى في الثالثة (١)  
 يشترط كونه جامعاً لجميع الشروط (٢)

(١) الظاهر عدم توقف تمام البيع في الصورة الرابعة على الاجازة لان الحاجة اليها امل التصحيح استناد البيع الى المالك اول رعاية رضاه بملكية المال للطرف بازاء الثمن بما هو مالك والمفروض حصول كلا الامرين في الفرض كما هو مقتضى بيع المالك المال لنفسه ولو باعتقاده انه عدوان على الغير كما لا يخفى .

(٢) اذا باع الفضولي صبرة من الحنطة من زيد بمائة دينار وزيد يعلم كيل الصبرة ولكن لا يعلمه البايع وفرض ظهور مقدار الصبرة وكيلها المالكها فاجاز البيع المزبور فظاهر ما ذكر المصنف (ره) في هذا الامر عدم تمام البيع المزبور وذلك فان الاجازة تكون مفيدة في بيع يكون ذلك البيع تاماً حين انشائه من غير جهة الاجازة ولا يكون البيع في الفرض كذلك باعتبار جهالة كيلها وعدم تعيينه حال البيع لغير المشتري .

وبتعبير آخر يجب حصول الشرائط المعتبرة في المتعاقدين لكل من الاصيل والبايع فضولا ليعتبر انشائهما وكذا ساير الشرائط في نفوذ البيع وصحته يعتبر حصولها حال انشاء البيع حيث ان ظاهر دليل اعتبارها حصولها في انشاء البيع وأدلة اعتبار اجازة المالك مقتضية لتمام البيع فيما اذا كان تاماً عند انشائه من غير جهة رضاه واذنه وكما لا يكفي حصول تلك الشرائط بعد الايجاب وقبل القبول في ساير البيوع كما اذا باع المالك متاعاً مجهولاً جنسه او قدره للمشتري ولكن ظهر المتاع جنساً وقدرًا للمشتري قبل قبوله كذلك في المقام .



بل لو قيل بالصحة في المثال باعتبار ان العلم بالمبيع قبل القبول علم بحال المبيع قبل تمام انشاء البيع فلا يمكن القول بالصحة في المقام حيث ان الاجازة لاتكون جزء البيع ليكون حصول الشرط قبلها من حصول الشرط قبل تمام البيع بل البيع كما تقدم في اول الكتاب هو الحاصل بالايجاب والقبول فلا تكون الاجازة مقومة لعنوان البيع عرفاً ولو اطلق عليها الجزء فهو باعتبار كونها مقومة لعنوان البيع المؤثر اى البيع المنتسب الى المالك.

والحاصل لا يكفي في صحة بيع الفضولي وتامه بالاجازة حصول الشرايط من زمان البيع بالاضافة الى الاصيل على الكشف فقط بان لا يعتبر حصولها على النقل بالاضافة اليه أيضاً بل المعتبر حصولها مطلقاً اى بالاضافة الى الاصيل والبايع من زمان العقد ولو على مسلك النقل حيث ان مقتضى ما تقدم ان كل مورد يتم العقد بالاذن السابق يتم بالاجازة أيضاً واما اذا لم يكن الاذن السابق مفيداً كما في نقص العقد من جهة ساير الشرايط فلا يفيد الاجازة اللاحقة .

نعم لو كان الدليل على الاشتراط مقتضاه حصول ذلك الشيء في ترتب الاثر الشرعى على البيع من غير ظهور في اعتبار حصول ذلك الشرط من حين انشاء البيع كالقدرة على التسليم حيث ان اعتبارها للاجل ان لا يكون البيع غريباً كما تقدم سابقاً فيكفى ان يحرز عند العقد حصولها في ظرف استحقاق التسليم وكذا في اسلام المشتري المصحف أو العبد المسلم حيث ان انتقالهما الى الكافر منافع لعلوم الاسلام وذل الكفر ومجرد انشاء الملكية حال كفر المشتري مع اسلامه حين تمام البيع لا يكون علواً للكفر على الاسلام كما لا يخفى .

لا يقال العلم بالعوضين ومقدارهما يعتبر في صحة البيع ولكن المعتبر علم

الثانى هل يشترط فى المجاز كونه معلوماً بالتفصيل (١)  
ولذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق «٢» .

المتبايعين لاجنبى واستناد البيع الى المالك يكون باجازه وعلى ذلك فاللازم اعتبار علم المالك بمقدار المبيع والثلث ولو من زمان انشاء البيع لالعاقدين الفصولى فانه من الاجنبى بالاضافة الى البيع المزبور كما هو ظاهر المصنف (ره) فى الامر الثانى .

فانه يقال الاجازة بمنزلة الاذن التفويضى فى اعتبار العرف والعقد فصولاً وان كان اجنبياً عن المال الان مع اجازة المالك يعتبر العاقد منزلة المأذون المفوض لامجرد المأذون فى اجراء الايجاب والقبول وفى مثل ذلك يعتبر علم المأذون بمقدار العوضين لالمالك كما باتى .

(١) بان يكون العوضان معلومين للمجيز تفصيلاً واذا كان عقد الفصولى بيعاً يعتبر علم المجيز بذلك البيع واذا كان صلحاً يعتبر علمه وتعيين الصلح له .  
ولا يخفى أن عد ذلك من شرايط صحة الاجازة اولى من عده من شرايط العقد المجاز .

(٢) هذا استشهد لكون الاجازة فى معنى العقد ووجهه ان شمول دليل وجوب الوفاء بالعقد للمالك يكون بعد اجازته وشموله بعدها وعدم شموله قبلها كاشف عن كون الاجازة بمنزلة العقد .

ولكن لا يخفى ما فى الاستشهاد وذلك فان المجيز وان يضاف العقد بعد اجازته اليه فيعمه ما دل على وجوب الوفاء على المتعاقدين الان نسبة العقد اليه بعد اجازته ليست من جهة كون اجازته عقداً أو منزلته لثلاثاً تقبل التعليق أو عدم التعيين بل باجازته

## الثالث - المجاز اما العقد (١) .

يستند العقد الصادر سابقاً اليه كاستناده اليه بالاذن فالذى لايقبل التعليق اوعدم التعيين هو العقد الصادر سابقاً واما اجازته فليست من العقود .

وبتعبير آخر الاجازة اللاحقة لانزيد على الاذن السابق وكما ان المالك بمجرد اذنه للغير فى بيع ماله لا يكون بايعاً ولا يعمه ما دل على لزوم البيع ووجوب الوفاء به بل الاذن يوجب استناد البيع الصادر عن المأذون اليه وذلك البيع الصادر لا يقبل التعليق اوالجهالة كذلك الحال فى الاجازة اللاحقة .

لا يقال لو لم تكن الاجازة من العقود فلا ريب فى انها ايقاع و التعليق فى الايقاعات ايضاً يوجب بطلانها .

فانه يقال مضافاً الى عدم تمام الاجماع على بطلان كل ايقاع بالتعليق بل مورده هى الايقاعات التى لها عناوين خاصة كالطلاق والعتق ونحوهما ان الاجماع المزبور على تقديره مقتضاه علم المجيز بوقوع العقد لاعتبار علمه بتعيين العوضين او نوع العقد فان الاجازة يصحح استناد العقد الى المجيز كالاذن ويكفى فيه الاجازة مطلقاً وبنحو العموم وقد تقدم ان الاجازة ليست بمنزلة الاذن فى مجرد انشاء العقد بان يكون المأذون نظير الالة فى انشاء العقد بل بمنزلة الاذن التفويضى بحيث تكون المساومة والمناقشة فى تعيين الثمن والمثمن بعهدة المأذون وفى مثله يعتبر علم المأذون بمقدار الثمن والمثمن ولا يعتبر علم المالك .

(١) المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير و اما العقد الواقع على

عوضه والمراد بالعوض الاعم من العوض الاولى لمال المالك اوالعوض لعوضه وقوله (ره) على كل منهما اى على كل تقدير يكون المجاز اول عقد وقع على المال

الاصلى للمالك او على عوضه او يكون المجاز آخر العقد المتعلق باحدهما او يكون عقداً بين سابق ولاحق واقعين على مورده اى على المال الاصلى للمالك او على بدله او بالاختلاف بان يقع السابق على العقد المجاز على عين ذلك المال واللاحق على بدله او بالعكس ويجمع الكل اى كل فروض العقد المجاز بيوع ثمانية ثلاثة منها واقعة على عين مال المالك المميز المفروض كونه عبداً (١) بيع العبد بفرس (٢) بيع العبد بكتاب (٣) بيع العبد بدينار واثنان منها واقعة على عوض مال المالك اى على عوضه الاولى وهما (٤) بيع الفرس بدرهم (٥) وبيع الدينار بجارية و ثلاثة منها واقعة على بدل بدل المالك وهى (٦) بيع الدرهم برغيف (٧) وبيع الدرهم بحمار (٨) وبيع الرغيف بعسل واذا اجاز مالك العبد العقد الواقع على العبد بكتاب تكون اجازته ملزمة له ولما بعده فيما وقع على مورده اى فيما وقع اللاحق على عين المال الاصلى للمالك وهو بيع العبد بدينار وهذا بناءً على الكشف ظاهر .

واما بناءً على النقل فيبنى على ما تقدم من اعتبار ملك المميز حين العقد وعدمه يعنى بناءً على النقل تكون صحة العقد اللاحق مبتنياً على عدم اشتراط ملك المميز حال العقد فان المميز له وهو بايع العبد بالدينار لم يكن مالكا للعبد حال بيعه على هذا المسلك وهى فسخ بالنسبة الى ما قبله يعنى اجازة بيع العبد بالكتاب فسخ بالاضافة الى ما قبل هذا البيع وهو بيع العبد بفرس سواء على الكشف او النقل فان البيع الاول لا يصح بالاضافة الى مالك العبد اى مالكة الاول .

واما صحة ذلك البيع الاول بالاضافة الى من ملك العبد باجازه مالكة الاول فمبنى على عدم اشتراط كون المميز مالكاً حال العقد والمالك الجديد هو المشتري

- واما العقود الواقعة على عوض مال المجيز (١) .  
واما اجازة العقد الواقع على العوض (٢) .

الثالث للعبد على الكشف بلا كلام وهو اوالمشترى الثانى على النقل واجازة كل منهما العقد الاول اى بيع العبد بفرس داخل فى مسألة من باع ثم ملك و اجاز كما لا يخفى .

(١) قد تقدم ان العقود الواقعة على عوض مال الغير خمسة اثنان امنها واقعان على عوضه الابتدائى وهما بيع الفرس بالدرهم وبيع الدينار بالجارية حيث ان كلامن الفرس والدينار عوض فى البيوع الجارية على نفس العبد وثلاثة منها جارية على عوض مال الغير اى على عوض عوض العبد وهى بيع الدرهم برغيف وبيع الدرهم بحمار وبيع الرغيف بعسل فالاول من هذه البيوع وهو بيع الفرس بالدرهم يتوقف تمامه وصحته على اجازة المالك الاصلى للفرس .

وقوله (ره) واما العقود الواقعة على عوض مال المجيز من تنمة فرض اجازة المالك بيع عبده بالكتاب فان مع اجازته تكون صحة بيع الفرس بالدرهم موقوفاً على اجازة المالك الاصلى للفرس و بدونها لاتصح و اللاحق وهو بيع الدينار بالجارية يكون صحيحاً بمجرد اجازة مالك العبد هذا البيع يعنى بيع العبد بالكتاب فانه بناءً على اعتبار اجازته يكون بيع العبد بالدينار و بيع الدينار بالجارية كلاهما صحيحاً .

(٢) يعنى اجازة مالك العبد العقد الواقع على العوض لعوض العبد يعنى بيع الدرهم برغيف وصحتها ونفوذها موقوفة على دخول الدرهم فى ملك المالك الاصلى للعبد ودخوله فى ملكه موقوف على اجازته بيع الفرس بالدرهم وبيع

وان وقعت من شخص واحد انعكس الامر (١) .

عبده بالفرس ولذا قال (ره) فهي ملزمة للعقود السابقة عليه سواء وقعت تلك العقود على نفس مال المالك اعنى بيع العبد بالفرس او على عوضه وهو بيع الفرس بالدرهم كما انها ملزمة للعقود اللاحقة على تقدير جريان اللاحق على المعوض اى على المعوض فى بيع الدرهم برغيف وهو بيع الدرهم بالحمار فان الاجازة المزبور تكون كاشفة عن دخول الدرهم فى ملك صاحب الرغيف فيتم له بيع ذلك الدرهم بالحمار .

و اما العقد اللاحق الجارى على العوض فى ذلك العقد المجاز اى بيع الرغيف بالعلس فصحته موقوفة على اجازة المجيز له مستقلا وهذا هو المراد من قوله (ره) و اما الواقعة على هذا البدل المجاز اى بيع الرغيف بالعلس فتحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداءً .

(١) يعنى لو وقع البيوع المتعددة من شخص واحد بان يقع العوض فى كل بيع معوضاً فى بيعه الاخر كما فرضنا ان البايع فضولا باع العبد المفروض كونه للغير بالفرس اولا وباع الفرس بالدرهم ثانياً و باع الدرهم بالرغيف ثالثاً و باع الرغيف بالعلس رابعاً فان اجازة اى من البيوع الاربعة تكون اجازة له ولما قبله لا البيع الذى بعده وهذا هو المراد من ترمى الاثمان بان يقع الثمن فى كل بيع مثنياً فى بيعه الاخر الصادر عن واحد كما فى المثال .

وقد يقال انه كيف يجوز للمالك اجازة العقد الجارى على بدل ماله وكيف تكون اجازته ملزمة للعقود الجارية على عين ماله او بدله فان بيع الدرهم بالرغيف مثلاً اجنبى عن مالك العبد فكيف يجوز له اجازته بل يتعين اجازة بيع العبد بالفرس

اولا ثم اجازة بيع الفرس بالدرهم ثم اجازة بيع الدرهم بالرغيف و دعوى ان اجازة بيع الدرهم بالرغيف مستلزمة لاجازة البيوع السابقة او انها بنفسها اجازة للعقود السابقة فاسدة فان المفروض ان الاجازة تعلقت ببيع الدرهم بالرغيف ولو كانت هذه اجازة للعقد لسابق لصح السابق دون اللاحق .

واما الاستلزام فالامر فى دعواه افسد لان اجازة بيع الدرهم بالرغيف فعل اختيارى له مباد واجازة بيع العبد بالفرس فعل اختيارى آخر يكون له مباد ولا يعقل ان يكون احد الفعلين الاختياريين مستلزماً لفعل اختيارى آخر نعم اجازة اللاحق تكشف عن الرضا بالعقد السابق عليه ولكن الرضا لا يكفى فى اجازة العقد كما تقدم . اقول يرد عليه النقض ببيع ذى الخيار والواهب فانهم ذكروا ان بيع ذى الخيار المال المنتقل عنه فسخ للبيع السابق وكذا بيع الواهب المال الموهوب رجوع فى الهبة مع ان كلا من البيع والفسخ والرجوع كالا اجازة فعل اختيارى و حله انه يمكن ان ارادة احد الفعلين موجباً لانقداح ارادة الفعل الاخر كما فى ارادة ذى المقدمة بالاضافة الى الفعل الاخر الذى مقدمة له والفسخ والرجوع مقدمة لبيع ذى الخيار والواهب كما ان اجازة العقد السابق مقدمة للعقد اللاحق وبما ان كلامن الفسخ والرجوع والاجازة كالتملك من الامور الانشائية ويحتاج بعد الاعتبار الى الابرار يكون ابراز الامر الاعتبارى الموقوف على الامر الاعتبارى الاول ابرازاً للامر الاول ايضاً .

وايضاً ما تقدم من عدم كفاية الرضا فى خروج العقد عن الفضولية هو مجرد الرضا الباطنى من دون اظهار وفى المقام اجازة العقد الجارى على البديل يكون مبرزاً للرضا بالبيوع السابقة ايضاً كما لا يخفى .

- فليس مرادهما ان يعقد على الثمن الشخصى (١)  
ثم ان فى شمول الحكم (٢)  
فقال الاول (٣)

(١) يعنى ليس مرادهما ان يعقد اشخاص على الثمن الشخصى بان يشتري الفضولى ثوباً بعشرة دنانير وباع الاخر تلك العشرة بمائة درهم وباع الثالث تلك العشرة بمائتين درهم فان حكم وقوع البيوع المتعددة من اشخاص على الثمن الشخصى المملوك للغير حكم البيوع المتعددة من اشخاص الواقعة على المفروض كونه للغير فى ان اجازة السابق من البيوع يكون موجبا لصحة اللاحق على الكشف .

(٢) يعنى ماتقدم من أن للمالك اجازة أى من العقود الجارية على عين ماله أو بدله فيه اشكال فيما اذا دفع المشتري الثمن الى البايع فضولا مسع علمه بالحال .

اقول لو تم الاشكال لكان مقتضاه عدم صحة اجازة المالك العقد الواقع على عوض ماله مع دفع العوض المزبور الى البايع فضولا مع العلم بالحال وكذا لا يصح اجازة العقد الجارى على عين ماله بذلك العوض واما العقود الجارية على عين ماله بغير ذلك العوض من الاثمان المختلفة ممن وصلت تلك العين الى أيديهم فلا بأس باجازتها .

(٣) يعنى قال قطب الدين فى توضيح الاشكال الذى اشار اليه العلامة فى قواعده أن المشتري العالم بالحال يكون دفعه الثمن الى البايع الغاصب تسليطاً له على الثمن ولو تلف ذلك الثمن فى يد البايع المزبور لا يكون للمشتري الرجوع



## قال فى محكى الحواشى ان المشتري مع علمه بالغصب (١)

اليه لعدم الضمان فى مورد تسليط الغير على ماله مجاناً وفى جواز رجوعه اليه مع بقاءه وجهان وعلى أى حال فلا ينفذ اجازة مالك المبيع فى الثمن المزبور فيما اذا تلف بفعل المسلط بالفتح يعنى بفعل البايع فضولاً كما اذا دفع هذا البايع ذلك الثمن عوضاً لمتاع اشتراه وهذا وجه عدم نفوذ اجازة مالك المبيع فى الثمن المزبور .

واما وجه نفوذها أن الثمن قبل دفعه الى البايع الغاصب قد جعل عوضاً للعين المملوكة للغير وعدم اتصاف ذلك الثمن بكونه عوضاً لها لاجل عدم صدور البيع عن ذلك الغير واذا اجازتكون اجازته بمنزلة صدور البيع عنه فيكون الثمن المزبور عوضاً .

اقول ما فى كلامه (ره) من ان فى رجوع المشتري الى الثمن مع بقاءه وجهين ضعيف بل لا ينبغي الاشكال فى جواز رجوعه اليه فان دفعه اليه مع علمه بالحال اما تمليك مجاني او اباحة مالكية ولا كلام فى جواز الرجوع فى الهبة المجانية والاباحة المالكية .

(١) حاصل ما ذكر الشهيد (ره) انه لا يصلح لمالك المبيع اجازة العقد الجارى على الثمن بل لا يصح له اجازة العقد الجارى على المبيع بذلك الثمن وذلك فان دفع المشتري العالم بالحال ذلك الثمن الى البايع الغاصب لتسليط للغاصب على الثمن المزبور واذن له فى اتلافه واذا اشترى الغاصب بذلك الثمن متاعاً يكون اشترائه اتلاً للثمن على المشتري الاول فيملك الغاصب المتاع الذى اشتراه بذلك الثمن ولا تنفذ اجازة المالك فى الثمن لصيرورته ملكاً لبايع المتاع قبلها بل لا تنفذ

### ويحتمل ان يقال لمالك العين حق تعلق بالثمن (١)

اجازته في بيع ماله بذلك الثمن فضولا باعتبار ان الثمن المزبور كان كالمال المأذون في اتلافه فلا يؤثر فيه الاجازة بعد صيرورته ملكاً لاخر ولو نفذ اجازة العقد الجارى على ماله بذلك الثمن يكون المبيع بلاعوض فيكون الاشكال في صحة العقد المترتب على الثمن وفي صحة العقد الجارى على المبيع بذلك الثمن.

اقول لاوجه للاشكال اصلا سواء على الكشف او النقل بل على كل منهما يجوز لمالك المبيع اجازة العقد الجارى على عين ماله او بدله وذلك فان دفع المشتري العالم بالحال الثمن الى البايع فضولا ليس فيه انشاء آخر ليكون ذلك الانشاء من الهبة مجاناً او اباحة مالكية بل الدفع المزبور بعنوان الوفاء بالعقد حيث ان الغاصب كما يبيع مال الغير لنفسه بعد البناء على كونه مالكاً و هذا البناء مصحح لحصول عنوان البيع كذلك المشتري العالم بالحال يدفع الثمن اليه باعتباره ايضاً مالكا للمبيع و بما ان هذا البناء غير ممضى شرعاً فلا يجوز للبايع المزبور التصرف في الثمن .

(١) كان مراده انه بناء على مسلك النقل ايضاً يحتمل تقديم اجازة المالك لتعلق حقه بالثمن قبل تملك الغاصب الثمن مجاناً وهذا الاحتمال كما يذكر المصنف (ره) ضعيف فان تملك الغاصب الثمن غير موقوف على شيء بخلاف تملك المالك المجيز فانه موقوف على بقاء ذلك الثمن في ملك المشتري الى حين اجازته وهذا غير حاصل في الفرض .

وأضف الى ذلك انه لاحق للمالك المجيز في الثمن أصلاً فان الحق بمعنى الملك غير ثابت وبمعنى غيره غير معهود وقد تقدم أن جواز اجازة المالك من احكام

فافهم (١)

بما هو صريح في الرد (٢)

لاصالة بقاء اللزوم (٣)

الملك شرعاً لامن الحق في عقد الفضولى فضلاً عن الثمن المقرر فيه .

(١) لعله اشارة الى ان حكمهم بتملك الغاصب الثمن ليس لوجه تعبدى ليؤخذ به في مورد اليقين بل لتعليهم ذلك الحكم بان دفع المشتري الثمن الى البايع الغاصب مع علمه بالحال تسليط له على ذلك الثمن مقتضاه كونه للتحفظ على قاعدة التسليط .

(٢) بل يكفي ما يكون ظاهراً في الردلان اعتبار الظهور بعم المقام بل باتى كفاية دلالة الفعل ولا يختص الاعتبار باللفظ .

(٣) لا يخفى ان رجوع الوفاء بالعقد بالاضافة الى الاصيل كما تقدم سابقاً غير ثابت ليستصحب وعلى تقديره فاستصحابه لا يثبت اضافة العقد الى المميز باجازته بعد احتمال الغاء العقد قبلها فانه من اثبات الموضوع باستصحاب حكمه نظير استصحاب بقاء وجوب الصلوة واثبات عدم خروج وقتها بل مانحن فيه من قبيل ما اذا قبل القابل الايجاب في زمان يحتمل الغاء الموجب ايجابه بالشبهة الحكمية او الموضوعية فان المتيقن في مثله الحكم ببقاء الايجاب وضمه الى القبول المحرز بالوجدان و ثبت البيع بذلك فان ترتب البيع المضاف الى المالكين على الايجاب و القبول شبيه بترتب المسبب الجعلي على السبب حيث يمكن فيه اثبات جزء السبب بالوجدان والجزء الاخر بالاصل .

وكذا يحصل بكل فعل مخرج له عن ملكه (١)

والتزويج (٢)

(١) يعنى يحصل الرد بكل فعل يكون ذلك الفعل مخرجاً للمال عن ملك المعجز والخروج يكون بالنقل والاتلاف وشبههما كالعتق والنكاح ولكن لا يخفى ان مجرد هذه التصرفات لا تكون رداً للعقد السابق بمعنى الغائه بل لا يكون معها العقد السابق قابلاً للاجازة .

نعم اذا قصد بها الغائه تكون رداً كساير الافعال المراد بها رده .

والحاصل عدم قابلية العقد للاجازة بمجرد تلك التصرفات ليس لكونها رداً فعلياً للعقد السابق بل انها مخرجة للعقد عن قابلية لحوق الاجازة ولذا لا تبقى معها للاجازة مورد حتى بناءً على عدم اشتراط الاجازة بعدم مسبقيتها للرد كما لا يخفى .

(٢) كما اذا زوج غير الولى والوكيل المرأة من رجل ثم زوجت نفسها من آخر فان مع التزويج الثانى لا يبقى مورد لاجازتها النكاح الاول والظاهر ان التزويج كالعتق مثال لشبه النقل والاتلاف والوجه فى عدم بقاء مورد للاجازة معها هو ان مثل هذه التصرفات من المالك صحيحة لوقوعها فى زمان كونه مالكاً واذا صحت فلا يبقى مجال لاجازة عقد الفضولى لفوات مورد الاجازة فان الاجازة تؤثر فيما اذا كان المعجز مالكاً للمال لولا اجازته والمفروض مع التصرفات المزبورة خروج المال عن ملكه قبل اجازته وصيرورته اجنبياً بالاضافة الى المال المزبور .

## واما التصرف الغير المخرج عن الملك (١)

وبهذا يظهر نفوذ تلك التصرفات وعدم صحة الاجازة حتى على الكشف الحقيقى فانه يعتبر عليه ايضا ان يكون المجيز مالكا لولا اجازته .

والحاصل ان مع شمول خطابات الصحة والنفوذ للتصرفات المزبورة لا يبقى مورد فى العقد السابق لعموم وجوب الوفاء وحل البيع ونحوه كما لا يخفى .

(١) اذا لم يكن تصرف المالك موجبا لخروج المال عن ملكه ولكن تكون صحته منافية لنفوذ الاجازة كان التصرف المزبور كالتصرف الموجب لخروج المال عن ملكه فى كونه مفوتاً لمورد الاجازة كاستيلاء المالك أمته التى بيعت فضولا او اجارته الدار التى بيعت فضولا او تزويجه امته التى بيعت فضولا والوجه فى كونها ايضا مفوتة لمورد الاجازة ان نفوذ الاجازة مع صحة تلك التصرفات غير ممكن واذا فرضت صحة تلك التصرفات باعتبار وقوعها فى ملكه فيمتنع وقوع الاخرى عنى اجازة العقد فضولا او ان يكون الاخرى عنى الاجازة تكون مبطللة لتلك التصرفات أو ان تقع الاخرى عنى الاجازة على غير وجهها بان يكون انتقال المبيع الى المشتري فى العقد فضولا بعد انقضاء مدة الاجارة او انتقاله اليه خالياً عن المنفعة التى وقعت مورد التملك فى الاجارة وحيث ان ابطال الاجازة تلك التصرفات او وقوع الاجازة على غير نحو الكشف عن انتقال المبيع الى المشتري من حين العقد غير ممكن فيتعين الاول يعنى كون الاجازة فاسدة .

نعم اذا انتفع المالك بماله بالسكنى او باللبس ونحوهما فلا ينافى ذلك نفوذ الاجازة بنحو الكشف غاية الامر يثبت على المالك بعد اجازته اجرة المثل للمشتري باعتبار أنه قد فوت عليه المنفعة بسكناه او لبسه .

و دعوى انه لادليل على اشتراط قابلية التأثير من حين

العقد (١) .

(١) لو تمت هذه الدعوى لكانت نتيجتها صحة الاجازة مع التصرفات التي لا تخرج العين عن ملك مالكيها وصحة الاجازة عبارة عن كونها موجبة لانتقال المبيع مثلاً الى المشتري بعد انقضاء مدة الاجارة حتى لو قيل بان مدلول العقد هو النقل من حين العقد وان الاجازة تتعلق بهذا المدلول ولكن تأثيرها في النقل يكون من زمان كونه قابلاً وهو في الفرض زمان انقضاء الاجارة .

واجاب (ره) عن ذلك بان نفوذ الاجازة على الوجه المذكور بان يكون الانتقال من زمان انقضاء الاجارة خلاف اجماع اهل الكشف فانهم يلتزمون بان الاجازة تكون كاشفة عن حصول النقل والانتقال من حين العقد فيما كان مجيزه مالكاً حال العقد وبما ان المجيز في الفرض مالك حال العقد فلا بد من كون اجازته كاشفة عن النقل والانتقال من حين العقد ولازم ذلك عدم امكان الاجازة مع صحة التصرفات المزبورة .

اقول الظاهر التفصيل في المقام وهو انه لا يصح الاجازة بعد استيلاء الامة المبتاعة فضولا لما تقدم سابقاً من ان استناد البيع الى المالك يكون باجازته سواء على النقل او الكشف وعليه فاجازة المالك بيع أمته بعد استيلاءها بيع لام الولد فلا تصح كما هو مقتضى النهي عن بيع امهات الاولاد الظاهر في الارشاد الى فساد بيعهن .

واما اجازة بيع الدار بعد اجارتها فلا بأس بها فان الفرض لا يزيد عما اذا آجر

نعم لو قلنا بان الاجازة كاشفة بالكشف الحقيقي (١) .

المالك داره سنة مثلثم باعها من آخرفانه يصح الاجارة و البيع معاً غاية الامر مع جهل مشتري الدار بالاجارة يثبت له خيار الفسخ باعتبار ان نقص منفعتها و لسو بالاجارة عيب ويثبت هذا الخيار في مفروض الكلام باعتبار حدوث العيب في الدار قبل اجازة بيعها .

وبهذا يظهر الحال في اجازة بيع الامة التي زوجها سيدها قبل اجازة بيعها و انه يصح البيع و التزويج معاً غاية الامر يثبت لمشتريها خيار الفسخ باعتبار ان التزويج في الامة عيب .

(١) لا يقال لو صح هذا الكلام بان كانت اجازة المالك كاشفة عن حصول النقل والانتقال من حين العقد فضولاً بحيث يكون استيلاء الامة بعده واقعاً على غير ملكه لجرى ذلك في القسم الاول من الافعال ايضاً بان تكون اجازة المالك كاشفة عن حصول النقل والانتقال من حين العقد فضولاً فلا يكون العتق او النقل والهبة و التزويج ونحو ذلك نافذة لوقوعها على ملك الغير واقعاً .

فانه يقال فرق بين هذا القسم والتصرفات السابقة فان مع تلك التصرفات ونفوذها لا يكون المجيز مالاً لتنفيذ اجازته فان من شرط الاجازة وقوعها عن المالك لولا الاجازة بخلاف مثل الاستيلاء واجارة البيت او تزويج الامة المملوكة فان مع هذه التصرفات لا ينتفى ملك المالك حتى لا تنفذ اجازته .

ثم ان الظاهر عدم الفرق في ذلك بين الالتزام بكون الاجازة كاشفة محضاً او كون لحوقها بالعقد شرطاً فان الكاشف اجازة المالك لولا الاجازة كما لا يخفى .

بقي الكلام فى التصرفات الغير المنافية لمملك المشتري من حين العقد (١).

(١) يقع الكلام فى نفوذ الاجازة بعد تصرف المالك فى ماله تصرفاً لا يمنع عن ملك المشتري من حين عقد الفضولى كتعريض المالك المال للبيع بعد وقوع العقد عليه فضولاً او ايقاع البيع الفاسد عليه بعد العقد فضولاً .

وذكر (ره) ان مثل هذه التصرفات فيما كانت مع التفات المالك الى تعلق العقد فضولاً بماله تكون رداً وفيما لم يكن ملتفتاً الى تعلق العقد بماله فلا رد ويجوز اجازته بعدها واستشهد على كونها مع الالتفات المزبور رداً بوجوه :

الاول - انطباق عنوان الرد الوارد فى بعض الروايات عليها مثل ما ورد فى تزويج العبد بغير اذن مولاه وفى موثقة زرارة ذلك الى مولاه ان شاء فرق بينهما وان شاء اجاز او من زوجته أمه وهو غائب من قوله عليه السلام وان شاء قبل وان شاء ترك . ولكن اورد (ره) على هذا الوجه بان مدلول الرواية ان للمجيز ترك عقد الفضولى واما كيفية تركه وأنه اذا تركه يكون كالرد القولى بحيث يخرج المالك المجيز عن كونه أحد طرفى العقد وانه لا ينفعه اجازته بعد ذلك فلا دلالة للرواية عليه .

الوجه الثانى - ان الرد اللفظى كان موجباً لخروج المجيز عن صلاحية كونه احد طرفى العقد وهذا المانع موجود فى الرد الفعلى أيضاً بمعنى أنه لا يحتمل الفرق بين الرد فعلاً ورد ذلك العقد قولا فى الخروج المزبور .

والوجه الثالث فحوى حصول الفسخ فى العقد الخيارى بالفعل كوطى البايع الامة التى باعها بخيار أو بيعها من آخر أو عتقها زمان خياره فان حصول الفسخ بمثل



هذه الافعال باعتبار دلالتها على حل ذى الخيار العقد واذا اعتبر دلالة الفعل على حل العقد وازالته التى فى الحقيقة رفع لاثرا العقد المؤثر بالفعل اعتبرت دلالته على الغاء العقد المتزلزل من حيث الحدوث .

اقول مجرد التفات المالك الى العقد فضولا لا يوجب كون مثل تعريض ذلك المال للبيع رداً للعقد السابق فضولا لا يمكن كون التعريض لاحتمال ان يباع المال بازيد من الثمن فى عقد الفضولى و كان من قصده اجازة ذلك البيع مع عدم وجدان من يشتريه بالازيد .

والحاصل أنه لا بد فى انشاء الرد قصده و مجرد الالتفات الى وقوع العقد لا يلازم قصده والحكم بحصول الفسخ فى مثل وطى البايع الامة التى باعها أو عتقها بعد بيعها حكم ظاهرى مستفاد من دليل حمل فعل الغير على الصحيح وحصول الفسخ واقعاً موقوف على قصد البايع وانشائه بالفعل وهذا الكلام لا يجرى فى مثل تعريض المال للبيع او اجراء العقد الفاسد فانه لامجال فى مثلها لاصالة الصحة فيكون الحكم بالرد بذلك موقوفاً على قرينة دالة على قصده انشاء الرد كما لا يخفى .

هذا كله مع الالتفات الى العقد فضولا واما مع عدمه فلا يكون مجرد الفعل رداً الا ان يقوم دليل خاص على كون فعل رداً كما فى الرجوع فى عدة الطلاق وذلك لما أشرنا اليه مراراً من أن الرد كالأجازة من الانشائيات و هى لا تحصل بدون القصد .

وفى حكم ما ذكرنا الوكالة والوصاية (١)  
 لولم يجز المالك فان كان المبيع فى يده فهو (٢)

(١) يعنى لا يحصل فسخ الوكالة والوصاية بمجرد ارادة الفعل المنافى لبقاء عقدهما من دون قصد فسخهما نعم جواز انشاء فسخهما بالفعل أوضح من جواز فسخ البيع للزوم البيع فى نفسه وهما من العقود الجائزة والامر فى فسخها وانشائها أهون .

(٢) وحاصله انه لاموضوع لرجوع المالك الى غيره مع عدم اجازته العقد فيما اذا كان المبيع بيده وامام كونه بيد غيره فله أخذه منه مع بقاءه ولو استوفى الغير من منافعه يرجع اليه ببذل تلك المنفعة ايضاً كما هو مقتضى قاعدة اتلاف مال الغير بل له الرجوع الى بدل غير المستوفاة على خلاف تقدم فى البحث عن احكام بيع الفاسد هذا مع بقاء المبيع .

وامام تلفه فيرجع المالك الى من تلف بيده فيأخذ منه قيمة يوم تلفه على قول وأعلى القيم من يوم ضمانه الى يوم تلفه على قول آخر ولو كانت الزيادة فى يد احد الشخصين الذين جرى يدهما على المبيع كما اذا نقصت قيمته بعد وقوعه بيد الاخر فيختص الاول بالرجوع اليه بتلك الزيادة باعتبار عدم اشتغال ذمة الاخر بتلك القيمة فى زمان حيث لم يجريده على المبيع فى زمانها على الفرض .

اقول لا يختص رجوع المالك بمن يكون المبيع بيده كما هو ظاهر ( ره )  
 بل له الرجوع الى كل من جرى يده على المبيع وان تلف فى يد غيره كما هو مقتضى ضمان اليد ويكون رجوع المالك اليه بالزامه بأخذ المبيع من الغير ورده عليه نعم

لايعد ان لا يكون للمالك الرجوع اليه بأخذ قيمة المبيع منه مع عدم تمكنه على تحصيل المبيع وتمكن المالك على اخذه ممن يكون بيده كما ان للمالك مع تلفه الرجوع الى كل من جرت يده على المبيع غاية الامر لورجع الى من تلف بيده فلا يرجع ذلك الى غيره بخلاف ما لو رجع المالك الى غيره فان الغير مع دفع قيمة المبيع الى المالك يرجع الى من تلف فى يده فيأخذ قيمته منه وذلك لما ذكرنا فى البحث فى احكام بيع الفاسد من ان الضامن بدفعه البديل يملك التالف فان كان تلف المال بيده فلا موجب لرجوعه الى غيره لانه قد تسلم المبيع سابقاً منه .

واما اذا كان تلفه بيد غيره فان له الرجوع بما ملكه بدفع البديل الى كل من جرى يده على المال المزبور بعده الى ان يستقر الضمان على من تلف بيده .

ثم انه قد تقدم سابقاً ان المستفاد من صحيحة أبى ولاد ان المعيار فى الضمان بقيمة يوم حدوث الضمان وعليه فان رجع المالك الى من تلف المال بيده وأخذ منه قيمة يوم دخوله فى ضمانه فلا يرجع ذلك الضامن الى غيره و ان رجع المالك الى غيره وأخذ قيمة العين منه يوم دخولها فى ضمانه يرجع ذلك الغارم الى من تلف المال بيده بقيمة العين يوم دخولها فى ضمان من تلف المال بيده سواء كانت أقل مما دفعها الى المالك او اكثر كذا الحال بالاضافة الى منافعها .

ولو كانت العين فاقدة لوصف فى يد الضامن الاول ثم صار موصوفاً به فى يد من تلف المال بيده فليس للمالك الرجوع الى الضامن الاول ببديل ذلك الوصف حيث لم يأخذ العين بذلك الوصف ليكون ضامناً بالاضافة اليه ولا يقاس الوصف بالمنافع حيث ان المنفعة وهى قابلية العين للانتفاع بها أمر فعلى ماخوذ بتبع أخذ العين كما لا يخفى .

## ولا يقدح في ذلك اعترافه بكون البايع مالكاً (١) .

(١) اذا كان اعتراف المشتري بكون الثمن للبايع مبنياً على قاعدة اليد القاضية بان المبيع كان ملكاً له فبظهور عدم ملك البايع للمبيع بالبينة أو حتى حكم الحاكم ينتفى الاعتراف المزبور كما هو مقتضى كون الاعتراف من جهة الاخذ بظاهر اليد واذا كان اعتراف المشتري بكون الثمن للبايع لاعتقاده بان المبيع للبايع حتى بعد علمه بقيام البينة على انه للغير للبايع فلا يجوز له الرجوع الى البايع بالثمن حتى مع اخذ الغير المبيع من يده بالمرافعة مع البايع أو معه عند الحاكم لان اخذ الغير باعتقاده ظلم واضرار فلا يجوز له تدارك هذا الضرر باضرار البايع واذا لم يعلم حال اعتراف المشتري كما اذا لم يذكر عند اعترافه بانه مبنى على يد البايع للمبيع او انه يعلم بان المبيع له فهل للحاكم الاخذ بظاهر اقراره ليحكم بأن الثمن ملك للبايع وليس للمشتري الرجوع به اليه او يقدم ظاهر الحال وان اعترافه مبنى على قاعدة اليد لم يذكر المصنف (ره) ترجيح احد الوجهين على الاخر وربما يذكر أنه يحتمل اعتراف المشتري على كونه مبنياً على قاعدة اليد للاخذ بظاهر الحال فان الظهور ليس ظهوراً لفظياً ليكون معتبراً وظاهر الحال لا يخرج عن مطلق الظن الذي لا يغني عن الحق شيئاً بل لان البينة القائمة على كون المبيع للغير بالدلالة الالتزامية تدل على كون الثمن المزبور ملك للمشتري ودليل اعتبارها كما يقتضى اعتبارها في الدلالة المطابقة كذلك يدل على اعتبارها في الدلالة الالتزامية .

نعم لو احرزان الاعتراف من المشتري كان مطلقاً يكون موجباً لالغاء تلك

## وان كان عالماً بالفضولية (١)

الدلالة الالتزامية باعتبار انه لامجال للبينة مع الاقرار على نفسه بخلافها وانه يقدم الاعتراف عليها .

اقول الظاهر ان الامر بالعكس فان ظهور الاعتراف هو الاخبار عن الواقع ومقتضى دليل نفوذ الاقرار على المقرحتى مع البينة هو طرح البينة فى دلالتها للالتزامية لانه لا اعتبار للبينة مع الاعتراف كما هو المقرر فى باب القضاء .

نعم اذا أحرز أن الاعتراف مبنى على قاعدة اليد التى لامجال لها مع البينة الكاشفة عن الواقع لا يكون فى البين اعتراف ليكون موجباً لالغاء البينة .

هذا مع انه لا يلزم ان يكون حكم الحاكم بان المبيع للغير بالبينة بل يمكن كونه لليمين المردودة من البايع و معه لا يكون فى البين تلك الدلالة للالتزامية .

(١) يقع الكلام فيما اذا كان المشتري عالماً بعدم ملك البايع للمبيع ومع ذلك قد دفع الثمن اليه فى جهات : الاولى فى جواز رجوعه الى البايع بذلك الثمن مع بقاءه .

الثانية - فى جواز تصرف البايع فى ذلك الثمن

الثالثة فى جواز رجوع المشتري الى البايع بذلك الثمن مع تلفه و ذكر المصنف (ره) فى الجهة الاولى جواز رجوعه الى البايع بالثمن وفقاً للعلامة وولده والشهيدىن والمحقق الثانى لوجوه ثلاثة :

الاول - انه ليس فى البين ما يكون موجباً لدخول الثمن فى ملك البايع

## المزبور .

الثانى انه لو كان مجرد دفع المشتري الثمن الى البايع المزبور مع علمه بعدم ملكه موجبا لانتقال ذلك الثمن اليه لزم القول بدخول الثمن فى ملك البايع فى جميع الموارد التى يدفع المشتري فيها الثمن الى البايع مع علمه بفساد البيع ولو كان فساده من ساير الجهات غير عدم ملك البايع لان تسليط البايع على الثمن مجاناً مع علمه بعدم ملكه جار فى جميعها .

والثالث انه لو كان دفع الثمن الى البايع المزبور موجبا لملكه لزم عدم كون العقد قابلا لاجازة المالك لان المفروض عدم بقاء الثمن فى ملك المشتري ليكون باجازة المالك ملكاً له .

اقول ما ذكر (ره) اولا من انه ليس فى البين ما يوجب انتقال الثمن الى البايع الفضولى صحيح ولكن لو فرض انتقاله اليه يكون الانتقال المزبور من الهبة المجانية التى يجوز للواهب الرجوع فيها مع بقاء العين كما هو المفروض .

وما ذكر ثانياً من أنه لو كان دفع الثمن الى البايع الفضول موجبا لدخوله فى ملكه لزم الالتزام بالانتقال فى جميع الموارد التى يدفع المشتري فيها الثمن الى البايع مع علمه بفساد البيع غير صحيح فانه يمكن القول بان فى ساير الموارد التى يكون البايع فيها مالكا للمبيع يكون دفع الثمن بازاء المبيع بعنوان المعاوضة وحيث لا تكون المعاوضة ممضاة شرعاً فلا يدخل الثمن فى ملك البايع بخلاف المقام فان المفروض فيه عدم كون المبيع ملك البايع حتى فى علم المشتري فيكون دفعه الثمن اليه من تملكه مجاناً لا بعنوان المعاوضة .

وكذا لا يصح ما ذكر (ره) ثالثاً فان الاجازة من المالك كاشفة عن انتقال الثمن

واما لو كان تالفاً (١)

الى ملك المالك من حين العقد فلا ينفذ تصرف المشتري فى الثمن المزبور فان دفعه الى البايع تسليط للبايع على ملك الغير ولعله (ره) اشار الى ذلك بالامر بالتأمل .

وبتعبير آخر حيث ان العقد لازم من طرف الاصيل كما هو مقتضى مذهب الكشف عند المصنف (ره) يكون تملك المشتري الثمن الى البايع اول الاخر ولو بانشاء التملك محكوماً بالبطلان فلا يمنع هذا التملك الفاسد المفروض انشاءه بالفعل مانعاً عن نفوذ اجازة المالك .

وكيف كان فقد ظهر مما ذكرنا فى الجهة الاولى الحال فى الجهة الثانية وانه لا يجوز للبايع فضولا التصرف فى الثمن المزبور فانه تصرف بلامجوز لان المجوز يكون بالملك واذن المالك المعبر عنه بالاباحة المالكية واذن الشارع المعبر عنه بالاباحة الحكمية وقد تقدم عدم حصول ملك الثمن للبايع كما ان المفروض عدم الاباحة الحكمية واذن المشتري ورضاه بتصرف البايع بعنوان ان الثمن ملكه بازاء المبيع لا الاذن فى تصرفه مع بقاءه فى ملك المشتري كما لا يخفى .

(١) هذا شروع فى الجهة الثالثة وهى جواز رجوع المشتري الى البايع بالثمن

مع تلفه وقد منع المشهور عن ذلك بل فى المحكى عن العلامة وولسده و الشهيد والمحقق الثانىين الاجماع عليه وقد اختاره المصنف (ره) وذكر ان عدم الضمان مقتضى تسليط المشتري البايع على الثمن من غير تضمين .

وبيان ذلك ان ضمان اليد الجارى فى ساير موارد الضمان لا يجرى فى المقام

لانه لاضمان فى مورد جعل المالك الغير أميناً بماله لحفظه كما فى السودية ، او

للانتفاع به ، كما فى العارية ، او لاستيفاء مملكته من منفعة ذلك المال ، كما فى الاجارة .

والحاصل ان قاعدة على اليد قد خصصت فى موارد الاستيمان ، واذالم يكن ضمان فى تلك الموارد يكون عدم الضمان فى المقام اولى فانه اذالم يكن للغير ضمان مع عدم اذن المالك فى التصرف فى المال ، كما فى الوديعة ، يكون عدم الضمان مع الاذن فى اتلافه اولى وكذا الضمان الثابت فى ساير الموارد بقاعدة الاقدام ، لايجرى فى مورد الكلام لان البايع الفضولى لم يقدم على ضمان الثمن من كيسه ، بل اقدم على ضمانه بالمشمن الذى ملك الغير حتى فى علم المشتري .

وبتعبير آخر لم يجعل المشتري البايع ضامناً على الثمن بان تكون خسارة تلفه عليه فيخرج من كيسه ليكون تضمين ، بل تسليطه البايع على الثمن فى مقابل مال الغير بمنزلة تملك ذلك الثمن له مجاناً .

(لايقال) دفع المشتري الثمن الى البايع يكون بعنوان تضمينه غاية الامر كما ان البايع يعتبر نفسه مالكا للمبيع وبهذا الاعتبار يصح له قصد عنوان المعاوضة ، كذلك المشتري يعتبره مالكا لذلك المبيع ويقصد عنوان المعاوضة حتى مع علمه بعدم كونه مالكا للبايع شرعاً والتضمين المعامل على عين قصد المعاوضة ، لانه امر آخر كما لا يخفى .

وبعبارة اخرى قصد المعاوضة من المشتري التى معنى التضمين حقيقى وانما يكون الادعاء والاعتبار فى أحد طرفى المعاوضة والتضمين ولولم يكن فى المقام تضمين ، لم يثبت الضمان للبايع فى مورد ظهور المبيع ملكاً للغير حتى مع جهل المشتري لان المفروض فيه جعل البايع ضامناً للثمن بذلك المشمن الذى كان فى



الواقع ملك الغير ، ومعه لا يخرج شيء من كيس الضامن فلا يكون فسى الحقيقة تضمين حيث ان التضمين عبارة عن جعل عهدة الثمن على شخص ليخرج عوضه من كيسه .

واجاب (ره) عن ذلك بما حصله ان التضمين و التملك بالعوض في موارد علم المشتري ادعائي بالاضافة الى البايع الفضول وحقيقى بالاضافة الى مالك المبيع والشاهد لذلك انتقال الثمن الى المالك بازاء المبيع بمجرد اجازته واما ثبوت الضمان في مورد ظهور المبيع ملك الغير فهو باعتبار ان المشتري لا يرضى بتصرف البايع في الثمن بلا عوض ليكون عدم الضمان فيه مستفاداً من فحوى عدم الضمان في مثل الوديعة ، فيدخل المثال في عموم ضمان اليد .

والحاصل ان الضمان في صورة جهل المشتري بعدم ملك المبيع للبايع ليس للاقدام والتضمين ، بل لقاعدة اليد وكذا يثبت ضمان البايع بالثمن في موارد علم المشتري بفساد البيع من ساير الجهات لامن جهة علمه بعدم كون البايع مالكا للمبيع حيث ان التضمين وهو قصد خروج البدل من كيس البايع في تلك الموارد حقيقى غاية الامر لا يكون هذا الضمان المعاملى مضمى شرعاً ولذا يثبت فيه التضمين او ضمان اليد كما لا يخفى .

(اقول) قد ذكرنا ان التضمين المعاملى عبارة عن قصد المعاوضة وانشائها واذا فرض ان المتبايعين اى البايع الفضول والمشتري قد قصدا المعاوضة فبانشائها يحصل التضمين المعاملى واما ضمان اليد فهو تابع على الاستيلاء على مال الغير مع عدم اسقاط ذلك الغير احترام ماله ، وجعله للاخذ مجاناً والمفروض في مورد الكلام ان المشتري لم يجعل الثمن للبايع مجاناً والا كان الثمن له مجاناً فيجوز له تصرفه

## نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض الملك (١)

فيه مع ان المصنف (ره) صرح في الجهتين المتقدمتين بعدم انتقال الثمن الى البايع وانه لا يجوز له التصرف فيه .

وما ذكر (ره) من ان دفع المشتري الثمن الى البايع مع علمه بالحال ليس الا كدفعه الى شخص ثالث غير البايع فضولاً مع علمه بالحال في ان هذا الدفع لا يكون فيه تضمين لا يمكن المساعدة عليه فان دفعه الى الثالث المزبور مع الاذن له في التصرف كيف يشاء ، عبارة عن تملك المال له مجاناً ، ولذا يجوز لذلك الثالث التصرف فيه ، بخلاف البايع فضولاً ، حيث ان دفع الثمن اليه بعنوان الوفاء بالمعاوضة ولذا لا يجوز له التصرف فيه كما مر .

والحاصل ان مقتضى دليل ضمان اليدفي ساير المقامات ثبوت ذلك الضمان في المقام ايضاً والاقدام على الضمان المعبر عنه بالتضمين ، ليس بموجب مستقل للضمان نعم مع الاقدام على عدم الضمان لا يتم موضوع ضمان اليد كما تقدم بيانه سابقاً .

(١) قد ظهر مما ذكرنا ثبوت الضمان حتى في مورد عدم قبول العوض الملك شرعاً وان دفع الثمن الى بايع الخمر بعنوان المعاوضة على الخمر لا يكون اسقاطاً لحرمة الثمن ، بان ينتقل الثمن الى بايع الخمر مجاناً بل يكون الدفع بعنوان الوفاء بالمعاوضة المزبورة ولذا لا يجوز لبايع الخمر التصرف فيه ، كيف وقد دل النص على كون ثمن الخمر او الكلب سحتاً ولو كان تسليط البايع على الثمن تملكاً مجانياً لكان التملك من الهبة الصحيحة ، ولما كان الثمن سحتاً للبايع كما نقول بتلك الهبة فيما اذا قال المالك بعثك المتاع بلا ثمن مع قصد تملك المتاع ، فانه يجوز

للقابل التصرف في المتاع المزبور من غير ضمان ، لصيرورته ملكاً له مجاناً ، على ما هو الاظهر ، من جواز انشاء المعاملة بكل لفظ يدل عليها ، ولو بالقرينة .  
ونظيره ما اذا جعل العوض ما لا يعتبر مالا لاحد في بناء العقلاء كما اذا قال بعتك المال بماء البحر وقبله المشتري . فان دفع البايع المال الى القابل يعتبر من القبض في الهبة ، كما في قوله بعتك المال بلائمن فلاحظ وتدبر .

(١) يعني اطلاق قولهم كل عقد يضمن بصيحه يضمن بفساده ، يقتضى ضمان البايع فضولا لثمن المدفوع اليه ، ولو مع علم المشتري بالحال نعم يحتمل ان لا تقتضى القاعدة الضمان ، فانه يحتمل ان يكون المراد بمدخول كل في قولهم كل عقد ، الفرد الخارجى من العقد ، وحيث ان الفرد لا يمكن اتصافه بالصحة والفساد معاً ، فلا بد من حمل الصحة والفساد فيه على التقدير ، والفرض ، بان يكون معنى القاعدة ان كل فرد من افراد العقد كان فيه ضمان على تقدير صحته يكون فيه ضمان على تقدير فساده ايضا وكل فرد لا يكون فيه ضمان على تقدير صحته لا يكون فيه ضمان على تقدير فساده ايضا ، و من الظاهر ان البيع بلائمن والثمن المدفوع في الفرض على تقدير صحته ، لم يكن فيه ضمان بان يخرج بدل المال من كيس الطرف فعلى تقدير فساده ، لا يكون ايضا فيه ضمان .

ولكن هذا المعنى في اصل القاعدة وعكسها ضعيف فان المراد بمدخول كل نوع المعاملة او صنفها ويكون في ضمن ذلك النوع او الصنف فرد صحيح وفرد فاسد ، واذا لم يكن في الفرد الصحيح منهما ، ضمان لم يكن في فساده ايضا ضمان ومقتضى ذلك ان يكون في البيع بلائمن وفي الثمن في محل الكلام ضمان ، لانه مقتضى ثبوت الضمان في الفرد الصحيح من البيع ، اللهم ان يطبق عدم الضمان في مسألة البيع بلائمن وفي محل الكلام على تلك القاعدة بان لا يراد من اصلها وعكسها

- ودفع المشتري الثمن اليه لكونه واسطة (١)  
لو اشترط على البايع الرجوع بالثمن (٢)  
المشتري اذا اغترم للمالك غير الثمن (٣)

الفرد الخارجى من العقد او خصوص النوع المتعارف أى المسمى باسم خاص بل الاعم عنه ومن النوع الغير المتعارف الذى لا يكون مسمى باسم خاص ويكون فيه صحيح وفسد فعلا كما فى تملك المال مجاناً فان هذا النوع الغير المتعارف كما يعم تملك العين مجاناً بقوله وهبتك المال ونحوه المعبر عنه بالهبة ، كذلك يعم تملك العين او المنفعة مجاناً كما فى قوله بعتك المال بلائمن او أجرته بلا اجرة وما اذا دفع المشتري الثمن الى البايع فضولا مع العلم بالحال .

(اقول) هذا لا يوجب انطباق عدم الضمان فى مورد الكلام على القاعدة المزبورة فان العقد فيها يشمل المتعارف ايضاً كالبيع ويكون مقتضى شمولها له ثبوت الضمان فى مورد الكلام باعتبار ثبوت الضمان فى البيع الصحيح ، فيقع التكاذب والتنافى مدلولها ، كما لا يخفى .

(١) الظاهر ان هذا من سهو القلم ، فانه كيف يثبت ضمان التلف على البايع فضولا فيما اذا جعله المشتري امينا بالثمن لا يصاله الى مالك المبيع على تقدير اجازته .

(٢) الوجه فى الضمان مع الاشتراط المزبور عدم حصول تسليط البايع مجاناً على الثمن المزبور ، ولكن فى صحة الاشتراط تأمل بل منع .

(٣) ما يغترم المشتري للمالك زائداً على الثمن على اقسام : الاول - ان يكون

ذلك في مقابل العين ، كما اذا تلف العين بيدالمشترى واخذ منه مالکها قيمتها وهي عشرون مثلاً و كان الثمن المسمى عشرة فالعشرة الزائدة على الثمن المسمى قد اغترمها المشتري للمالك في مقابل العين .

الثاني - ان تكون الزيادة في مقابل ما استوفاه المشتري من منافع العين ، كما اذا أخذ المالك أجرة السكنى او عوض اللبن او الصوف او الثمرة الى غير ذلك مما استوفاه المشتري من العين المببعة له فضولا .

الثالث - ان لا يحصل للمشتري بازاء تلك الزيادة نفع اصلا كالنفقة التي صرفها للعين في المدة التي كانت بيده ، و كقيمة الغرس الذي قلعه المالك بعد أخذه الارض من يدالمشترى ، واما بدل نقص بعض صفات العين أو أجزائها في يد المشتري فهو من القسم الاول كما لا يخفى .

وذكر المصنف (ره) انه ليس للمشتري الرجوع الى البايع في شيء من هذه الغرامات الثلاث فيما اذا كان عالماً بالحال ، وبان المبيع ليس لبايعه ، واما اذا كان جاهلاً بالحال فيجوز له الرجوع عليه في القسم الثالث بلاخلاف .

واستدل على عدم جواز رجوعه فيه بامور : الاول - قاعدة الغرور والمراد به في المقام ، ايقاع البايع المشتري في الغرامة المزبورة ببيعه اياه ماليس له من غير بيان وهذا بخلاف البيع مع علم المشتري بالحال او مع بيان البايع ، فان الايقاع في خطرات الضمان لا يكون فيه من البايع ، وقوله ( وملتف عليه ما يغرمه ) اماعطف تفسيري للغرور أو بيان وجه آخر لضمان البايع وهي قاعدة اتلاف مال الغير حيث دفع البايع المبيع الى المشتري من غير بيان فضولية البيع اتلاف للمال على المشتري المزبور .

والحاصل ان ضمان البايع فى المقام نظير ضمان شاهد الزور ، ضرر المشهود عليه فيما اذا تم الحكم واعترف بعده ببطان شهادته ، وفى صحيحة محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلام فى رجل شهد عليه رجلان بانه سرق فقطع يده حتى اذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقال هذا السارق وليس الذى قطعت يده وانما شبهنا ذلك بهذا قضى عليهما ان غرهما نصف الدية ولم يجز شهادتهما على الاخر (١) وصحيحة جميل عن ابي عبد الله عليه السلام فى شاهد الزور قال ان كان الشئ قائماً بعينه رد على صاحبه وان لم يكن قائماً ضمن بقدر ما اتلف من مال الرجل (٢) .

اقول الحكم فى الشاهد ليس للغرور والخدعة كما هو ظاهر الصحيحة الاولى فيعم ضمان الشاهد ما اذا كانت شهادته للاشتباه واعتقاد الخلاف .

والحاصل ان ظاهر ما ورد فى ضمان شاهد الزور اورجوع الشاهد كون ضمانه للاتلاف على المشهود عليه ، ومن الظاهر ان تطبيق قاعدة الاتلاف على شهادته تعبد ، لان التلف على المشهود عليه قد حصل بفعل الحاكم والشاهد معاً ، ولذا الورجوع الشاهد قبل حكم الحاكم لا يفرم شيئاً ، وبتعبير آخر لا يمكن استفادة حكم المقام ما ورد فى ظهور بطلان شهادة الشاهد ، اورجوعه بعد الحكم عن شهادته ، كما للدلالة لذلك على اعتبار قاعدة العزور ، ولعل هذا الحكم لسد شهادة الزور والتشديد على الناس ، لئلا يتسامحوا فى شهاداتهم ولو كان الحكم بضمان الشاهد فى مسألة رجوعه عن شهادته وفى مسألة شهادة الزور ، لكون الحاكم متلفاً للمال بغرور الشاهد او كون الحاكم

(١) الوسائل الجزء (١٨) الباب (١٤) من ابواب الشهادات الحديث (١) .

(٢) الوسائل الجزء ١٨ الباب ١١ من ابواب الشهادات لحديث (٣) .

نظير من قدم اليه طعام الغير فاكله جهلا بالحال لصح رجوع المشهود عليه الى الحاكم ايضاً غاية الامر يكون قرار الضمان على الشاهد كما لا يخفى .

ونظير ماورد في شاهد الزور اورجوع الشاهد ماورد في ان تدليس ولي المرأة وظهور حالها بعد الدخول بها وانه مسوجب لكون المهر المسمى على وليها المدلس ، فانه لا يمكن استفادة حكم غير التدليس في النكاح منه ، فراجعه .

نعم وردو في بعض الموارد ، ما استظهر منه اعتبار قاعدة الغرور ، كرواية اسمعيل بن جابر قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل نظر الى امرئة فاعجبته فسئل عنها فقيل هي ابنة فلان فأتى أباها فقال زوجني ابنتك فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد أنها غير ابنته وأنها أمة قال ترد الوليدة على موالها والولد للرجل وعلى الذى زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل وخدعه (١) ولكن الرواية ضعيفة سنداً ودلالة اما سنداً لوقوع محمد بن سنان فيه واما دلالة فباعتبار أن غاية مدلولها ، ان تغريب الرجل الزوج وابقاعه فى ضرر قيمة الولد ، موجب لكون تلك القيمة على الغار ، واما تغريبه فى غير تلك القيمة من الغرامات فضلاً عن التعدى من النكاح الى غيره من المعاملات فلا يستفاد منها ويأتى ان ضمان قيمة الولد فى مثل الفرض حكم تعبدى .

الثانى قاعدة نفى الضرر فان عدم ضمان البايع لما اغترمه المشتري ضرر عليه ، وفيه ان قاعدة نفى الضرر مقتضاها نفى الحكم الشرعى الذى تكون رعايته موجبا لتضرر المكلف ، وعدم الضمان ليس من الحكم المجعول ، وعلى تقدير الاغماض عن ذلك فكما ان عدم الضمان ضرر على المشتري ، كذلك الضمان ضرر

(١) الوسائل الجزء (١٤) الباب (٧) ابواب احكام العيوب والتدليس الحديث (٢)

على البايع ، وليس بيع البايع خصوصاً مع غفلته عن الواقع واعتقاده بكون المبيع له ، اقداماً منه على الضرر الحاصل من ضمان غرامة المشتري كما لا يخفى .

الامر الثالث صحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية قال يأخذ الجارية المستحق و يدفع اليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه (١) .

فان الولد الحراما من قبيل النفع الحاصل للمشتري ، اولا ، وعلى الاول يكون دلالتها على جواز رجوعه في الغرامة التي لم يحصل في مقابلها نفع بالفحوى وعلى الثاني تكون الغرامة المزبورة من القسم الثالث بل توصيف القيمة بالتى أخذت منه فيه اشعار بالعلية و ان الموجب لرجوع المشتري الى البايع هو أخذ المال منه .

اقول هذه الرواية لادلالة لها على حكم المقام اصلا لا بالفحوى ، ولا غيرها وذلك فان دفع قيمة الولد الى المالك حكم تعبدى ، باعتبار كون الولد فى الانسان تابعا للاب فيكون الولد فى المفروض حراً وليس لمالك الام الا اخذ الام وأجرة المثل لمنافعها التى استوفاها المشتري ، او فانت بيده ، واذا كان دفع القيمة حكماً تعبدياً فمن المحتمل ان يكون رجوع المشتري الى بايعها بتلك القيمة حكماً تعبدياً آخر ، واما ما ذكر من ان توصيف القيمة بالتى أخذت منه اشعار لعل الحكم ، ففيه من المحتمل ان يكون قوله عليه السلام التى أخذت منه من قبيل تقييد القيمة ، لا توصيفها ، بان يكون المتعين الرجوع بتلك القيمة ، لاقيمة الولد يوم الرجوع ، و

(١) الوسائل الجزء (٨٨) الباب (١٤) من ابواب نكاح العيود والاماء الحديث (٥) .



واما السكوت عن رجوع المشتري الى البايع (١)  
مع ان رواية زرارة ظاهرها عدم التمكّن (١)

قد قرر في بحث الاصول أنه لادلالة فسي التقييد على علة الحكم ، ولا يستفاد منه المفهوم .

(١) وعن صاحب الحدائق (ره) عدم جواز رجوع المشتري الى البايع بغير الثمن ، من الغرامات ، وعلل ذلك بعدم ذكر جواز رجوعه اليه في صحيحة زرارة ورواية زريق وفي الاولى رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى أرضه فولدت منه اولاداً ثم ان أتاها من يزعم أنها له واقام على ذلك البينة قال يقبض ولده ويدفع اليه الجارية ويعوضه في قيمة ما اصاب من لبنها وخدمتها (١)

وأشار المصنف (ره) الى الجواب عنه ، بان رواية زرارة ورواية زريق (٢) لادلالة لهما على عدم جواز رجوع المشتري الى البايع ، لان السكوت أي عدم التعرض فيهما على جواز رجوع المشتري الى البايع الفضول بالغرامات باعتبار عدم كون الروايتين في مقام البيان من هذه الجهة ، وانهما في مقام بيان وظيفة المشتري مع مالك المال ، وعلى تقدير دعوى اطلاقهما فيرفع اليد عنه بالتقييد الوارد في ساير الروايات وسائر ما دل على ضمان البايع الفضولي .

(٢) وذلك فان المفروض فيها شراء الجارية من سوق المسلمين وظهور المالك بعدما ولدت من المشتري اولاداً ومن الظاهر أن الامة المبتاعة في السوق فسي ذلك

(١) الوسائل الجزء (١٤) الباب ٨٨ من ابواب النكاح العبيد الحديث (٤) .

(٢) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٣) من ابواب عقد البيع الحديث (١)

## لان الحاكم من الشارع ليس غاراً (١) فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف (٢)

الزمان نظير بيع الحيوانات في السوق في زماننا هذا يكون من أشخاص مختلفة و ربما لا يكون البايع في يوم في السوق باعاً فيه بعد ذلك اليوم ، فلا يمكن الظرف به خصوصاً اذا كان ذلك بعد مدة طويلة قد انجبت فيها الامة المبتاعة من مشتريها أولاداً .

(١) اقول لا يمكن الالتزام بان الحاكم البايع المنصوب من قبل الشارع ليس بغارفانه لا يعتبر في جريان قاعدة الغرور الخديعة وعلم الغاربان ما يدفعه الى الغير ليس بماله بل مال الغير ، ولذا قالوا في مسألة من قدم طعام الغير للاخر لياكله ان المالك اذا رجع الى الاكل فيرجع الاكل الى مقدمه للغرور ، ولم يفصلوا بين ما كان مقدمه عالماً بالحال او مشتبهاً بان اعتقد ان الطعام له بل صرح بعضهم بالتعميم وعليه فالمشتري من القاضى في رواية زريق مغرور ، غاية الامر ليس على الحاكم غرم بان يعطى الغرامة من كيسه بل له الاعطاء من بيت المال ، لمادل على ان خطأ القضاة في بيت مال المسلمين ، وهذا على تقدير القول برجوع المشتري الى البايع الفضولى في ساير المقامات .

(٢) فيه منع ظاهر ، فان ما ذكر في الرواية من رجوع المشتري الى مالك المعيشة فيما صرفه في اصلاحها ، ودفع النوائب عنها قرينة على جهل المشتري ببطلان البيع ولو كان عالماً بفساده لكان وضع يده على المعيشة المزبورة غصباً ، ولم يكن له حق في الرجوع الى مالكها بالمال المصروف في اصلاحها ، لانه ليس لعرق الظالم حق .

## ويؤيده قاعدة نفي الضرر (١)

والحاصل ان الصحيح فى الجواب عن الحدائق ماتقدم من ان غاية الامر دلالة الروايتين على عدم ضمان البايع بالسكوت والاطلاق فى مقام البيان فيرفع اليد عن هذا الاطلاق بما تقدم .

(١) يعنى يؤيد قرار الضمان على البايع بالاضافة الى المنافع المستوفاة أيضاً قاعدة نفي الضرر فان عدم ضمان البايع غرامة المشتري فى تلك المنافع ضرر على المشتري ومجرد وصول العوض أى المنافع الى المشتري لا يوجب ارتفاع عنوان الضرر عن عدم ضمان البايع نعم وصول العوض أى المنافع مع عدم غرور المشتري ينافى صدق الضرر .

وبهذا يظهر ضعف ما ذكر فى الرياض من انه لا اعتبار لقاعدة الغرور فيما لا ينطبق على موردها ، قاعدة نفي الضرر كما فى المقام فان مع وصول عوض الغرامة الى المشتري باستيفائه منفعة العين ، لا ينطبق على غرامته عنوان الضرر .

اقول - قد ذكرنا فيما تقدم عدم جريان قاعدة نفي الضرر فى المقام فلانعيدو على تقدير جريانها تكون دليلاً على قرار الضمان على البايع الفضولى ، فلا وجه لذكرها تأييداً .

ثم انه (ره) ذكر لقرار الضمان على البايع فى المقام ، الاجماع ويظهر هذا من ملاحظة ما ذكره فى نظير المقام ، وهورجوع آكل الطعام الى من قدمه اليه لياكله والابخار الواردة فى موارد متفرقة ، كالواردة فى ضمان شاهد الزور ، واما قاعدة الاتلاف فلا تكون مقتضاها قرار الضمان على البايع ، لان مورد قاعدة الاتلاف ما اذا كان المباشر كالاتلاف بحيث يستند الاتلاف الى السبب ، كما اذا وضع فى قرب متاع الغير ناراً بحيث يضرب الريح العاصف النار على المتاع ، وكذا اذا وضع

السمن المنجمد فى اثناء مثقوب فى الشمس ، فاذا بته باصابتها ، فان اتلاف السمن يسند الى واضعه فى الشمس ، وتحسب اصابتها وسيلة لاتلافه ومثل ذلك ما اذا اعطى مال الغير بيد المجنون والطفل الغير المميز فان الاتلاف يستند الى الدافع و فيما نحن فيه لا يكون المشتري كالاتلاف فى اتلاف البايع ولو كان المتلف هو البايع دون المشتري ، فلا يجوز رجوع المالك الى المشتري اصلا ، كما هو مفاد قاعدة من اتلف ، والقول باعتبار قوة السبب على المباشر فيه ما لا يخفى ، فانه لا دليل على اعتبارها ما لم يكن السبب مما ذكر من اسناد الاتلاف اليه ، وكون المباشر كالاتلاف كما فى المكره بالفتح ، فان الضمان على المكره بالكسر فيما لو اكره الاخر على اتلاف مال الغير .

اقول قد تقدم الكلام فى دلالة الاخبار كما تقدم عدم جريان قاعدة نفسى الضرر فى المقام ، واما الاجماع الظاهر فى مسألة من قدم طعام الغير الى الاكل الجاهل بحال الطعام ، فهو مسبوق بالسيرة العقلانية التى هى العمدة فى ضمان التلف فى اليد ، والاتلاف ، ومقتضى تلك السيرة الالتزام بقرار الضمان على البايع فى المقام ولكن بالاضافة الى المنافع التى قدمها البايع الى المشتري بان كان البايع مستولياً على تلك المنافع كسكنى الدار وقابلية الحيوان للركوب سواء استوفاهما المشتري أم لا .

واما مثل الثمرة المتجددة على الشجرة مما تكون المنافع من الاعيان المتجددة فى العين فلا يجزى فيها السيرة المزبورة حيث ان هذه المنافع لم تكن فى يد البايع ليكون دفعه العين الى المشتري الجاهل بالحال تقديماً لتلك المنافع اليه مجاناً ، بل لا يجوز للمالك الرجوع فى تلك المنافع الى البايع لعدم اتلاف البايع وعدم وضع يده عليها اصلا ، فيتعين للمالك الرجوع فيها الى المشتري

## في شبه المكره في عدم القصد (١)

لاتلافه اياها كما في فرض الاستيفاء ، او وضع يده عليها كما في فرض عدم الاستيفاء .

والحاصل سيرة العقلاء جارية على قرار الضمان فيما اذا كان الشخص المستولى على مال الغير مقدماً ذلك المال الى آخر ، او الى مالكة ، لاتلافه مجاناً مع جهل المتلف بالحال ، واما في غير ذلك ، فلاموجب لقرار الضمان على الغار ، ومن هنا ذكر وان انه لو دخل دار الغير فاكل فيها طعاما ثم ظهر ان الطعام كان ملك الاكل وقد غصبه صاحب الدار ، فلا ضمان على صاحب الدار بخلاف ما لو دخل داره فقدم اليه الغاصب ذلك الطعام فيكون الغاصب ضامناً .

ثم انه لا وجه لدعوى ان قرار الضمان على البايع في المقام ، وعلى من قدم الطعام الى الجاهل بحاله ، مختص بصورة علم البايع أو المقدم ، حيث ان مقتضى السيرة المشار اليها عدم الفرق بين علمهما ، وجعلهما .

فتحصل من جميع ما ذكرنا ان المنافع التي كانت في يد البايع يكون قرار الضمان عليه سواء استوفاه المشتري ام لا و بلا فرق بين جهل البايع بالحال وعدمه .

(١) لا يخفى ان المكره (بالفتح) على اتلاف مال الغير قاصد لاتلافه ، فانه لا يمكن الفرق بين المكره على المعاملة ، والمكره على الفعل الخارجى ، كالاتلاف وقد تقدم من المصنف (ره) ان المكره على المعاملة قاصد لها فكيف لا يكون المكره على الفعل الخارجى قاصدأله . بل لا يبعد الالتزام بان الضمان في مورد الاكراه على اتلاف مال الغير على المكره (بالفتح) حيث انه المتلف للمال ، غاية الامر ان جواز

## يظهر حكم ما يغرمه فى مقابل العين (١)

ذلك الاتلاف مقتضى الاضرار ورعاية التزام ، ولا يمكن نفى الضمان عن المكره (بالفتح) واثباته للمكره (بالكسر) بحديث الرفع ، فان الحديث المزبور لا يثبت حكماً ، وانما يرفع حكماً يكون ثبوته مقتضى الخطابات الاولية مع الامتنان فى رفعه ولا امتنان فى نفى الضمان عن المكره (بالفتح) حيث انه مساوق لذهاب مال المالك هدرأ .

(١) ذكر (ره) ان المشتري يرجع الى البايع الفضولى بالزايد على الثمن المسمى لقرار ضمان تلك الزيادة عليه بمقتضى قاعدة الغرور ، مثلاً اذا كانت قيمة العين الثالثة عشرين ، والثمن المسمى فى عقد الفضولى العشرة و قد أخذ المالك العشرين من المشتري ، فيرجع المشتري الى البايع بالعشرة الزائدة .

لا يقال - لاموجب لرجوعه الى البايع بتلك الزيادة لاقدامه على ضمان العين الثالثة غاية الامر كان اقدام المشتري على ضمانها بالثمن المسمى ، واذالم يصح الضمان بالثمن المسمى يكون الضمان بالبدل الواقعى ، كما هو الحال فى جميع موارد فساد البيع ، ومع اقدامه على الضمان لا يكون غرور ، والا كان قرار ضمان مقدار الثمن المسمى ايضاً على البايع .

فانه يقال نعم المشتري مقدم على ضمان بازاء الثمن المسمى واذالم يصح له هذا الضمان يكون ضمانها بالبدل الواقعى اى قيمتها السوقية فيصح للمالك الرجوع الى المشتري بتلك القيمة ، و لكن رجوع المالك الى المشتري ليس لاقدام المشتري على ضمان العين بالقيمة السوقية ، بل لان الشارع جعل اقدامه على الضمان بالثمن المسمى مع فساد العقد موجباً لضمان العين بها ، وبما ان فساد البيع

## فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه اولى (١)

فى المقام ناش عن غرور البايع وكذبه فى دعوى الملكية ، يكون غرامة المشتري بالاضافة الى الزايد على الثمن المسمى ناشئاً عن غرور البايع ، ولذالو كان البايع صادقاً فى دعواه كان عليه تلف العشرة فقط دون الزايد .

والى ذلك يشير (ره) بقوله ، والضمان المسبب عن هذا الاقدام ، أى الضمان بالبدل الواقعى المسبب عن اقدام المشتري على الضمان المعاملى يكون لاجل فساد العقد والعقد مسبب عن غرور البايع ، فيكون المترتب على فساد العقد ، وهو ضمان العشرة الزايدة مستقراً على البايع الغار ، اصف الى ذلك انه ليس الموجب لضمان المشتري العين الثالثة بقيمتها السوقية فى فرض فساد العقد هو اقدامه على ضمانها بالثمن المسمى ليتوهم عدم اجتماع هذا الاقدام مع الغرور بل سبب ضمان المشتري العين بتلك القيمة هو مقتضى وضع يده على مال الغير من غير ايتمان مالكى او شرعى ، وهذا السبب للضمان لا ينافى الغرور .

اقول لا يبتنى الاشكال على كون الموجب لضمان المشتري ، اقدامه على ضمان العين ، ليجاب عنه بان الموجب له ليس هو الاقدام ، بل وضع يده على مال الغير بلا ايتمان ، بل الاشكال هو ان الغرور مقتضاه قرار الضمان على البايع واقدام المشتري مقتضاه عدم هذا القرار فلا يجتمعان حتى لو قيل بان الموجب لضمان المشتري هو وضع يده على مال الغير بلا ايتمان .

(١) اما جريان قاعدة الغرور فلما مر من كون المشتري مغروراً بالاضافة الى العشرة الزايدة على الثمن واما كونه اولى من رجوع المشتري ببديل المنافع المستوفاة فلان استيفاء تلك المنافع مع كونه نحو وصول العوض الى المشتري لا يمنع عن رجوعه الى البايع ويجرى ضمان زيادة القيمة السوقية فى مورد تلف العين ، و

ولو تجددت بعده (١) .

والظاهر ان حكمه حكم المجموع (٢) .

وان كان ممالا يقسط عليه الثمن (٣)

لا يكون معه اى وصول للعوض الى المشتري فيكون رجوعه بغرامة المنافع الى  
البايع مقتضياً لرجوعه اليه بغرامة العين بالفحوى .

(١) يحتمل كون الاولوية باعتبار أن اقدام المشتري على ضمان العين بالثمن  
المسمى فى قوة اقدامه على ضمانها بقيمتها السوقية زمان العقد ، حيث يكون  
الاشتراف بالثمن المسمى باعتقاد كونه مساوياً للقيمة السوقية ، واما زيادة القيمة السوقية  
بعد ذلك الزمان فلا يتوهم الاقدام بالاضافة اليها كما لا يخفى .

(٢) الظاهر ان تلف الجزء يكون نظير تلف المجموع فيما اذا كان الجزء  
مما يقسط عليه الثمن كما فى بيع المن من الحنطة واما ما لا يقسط عليه الثمن فحكمه  
حكم الوصف حيث يعد المبيع مع تلف ذلك الجزء معيباً ويكون فى الوصف  
قرار الضمان مع الغرور على البايع ، لان كلامن البايع والمشتري ضامن للوصف  
بضمان اليد ، ويكون غروره موجباً لقراره على البايع ، من غير أن يكون من المشتري  
اقدام على ضمان الوصف بمقدار من الثمن كما لا يخفى .

(٣) مراده أن الاوصاف التى لها دخل فى صحة المبيع فى مقابل كونه معيباً ،  
فيقسط عليها الثمن ، فيثبت لها حكم الاجزاء ، واما الاوصاف التى لا يكون لها  
دخل فى صحة المبيع كوصف الخياطة فلا يقسط عليها الثمن ، ويرجع المشتري فى  
غرامة تلفها الى البايع .



انما هو اذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهة كون

### البايع (١)

اقول - لا يقسط الثمن حتى بالاضافة الى الاوصاف التي لها دخل فى صحة الشئ ، ولذا ذكر المصنف (ره) كغيره ان الارش فى مورد خيار العيب لا يكون جزء الثمن ، بل هى غرامة تثبت على البايع بمطالبة المشتري و لا يقسط الثمن بالاضافة الى اجزاء المبيع أى اجزائه الخارجية ، بان يكون بعض الثمن بازاء يدالحيوان ، وبعضه بازاء رجله ورأسه الى غير ذلك ، بل يقسط على اجزائه المشاعة نعم لو كان المبيع مجموع من المتعدد بنظر العرف كالمن من الحنطة أو مصرعى الباب ينحل الثمن بالاضافة الى اجزائه الخارجية أيضاً كما مر .

(١) وحاصله انه لو كان البيع فاسداً من جهة كون بايعه غير مالك ومن جهة اخرى ايضاً كما اذا كان المبيع عيناً غائبة لم توصف حال العقد بوصف رافع للجهاالة ، وفرض ان المشتري وضع يده عليها بعد البيع ، وتلفت بيده فرجع المالك بها عليه ، فان المشتري لا يرجع الى البايع بشئ من الغرامات ، لانها لم تكن مسببة عن غرور البايع ، وكذبه فى دعواه مالكية العين ، بل لو فرض صدقه فى دعواه كانت تلك الغرامات على المشتري ، غاية الامر على تقدير صدقه يكون المستحق لتلك الغرامات هو البايع ، وعلى تقدير كذبه يكون هو المالك ، فتكون الغرامات المزبورة من قبيل مساوى الثمن الذى تقدم عدم رجوع المشتري به الى البايع .

لا يقال - لازم ما ذكر من قاعدة الغرور عدم ضمان المشتري منافع المبيع ولو كان فساد البيع من غير جهة كون البايع فضولياً لان البايع مقدم تلك المنافع الى المشتري مجاناً ، لوقوع الثمن بازاء المبيع ، لا المنافع .

فان قلت كلامن البايع والمشتري (١)  
ويمكن ان يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور (٢)

فانه يقال نعم لا يقع الثمن بازاء المنافع الا ان المعتبر في قاعدة الغرور جهل المقدم عليه بحال المال ، والمفروض علم المشتري ببطلان تقديم المنافع لان تقديمها يتبع البيع الفاسد ، بل لو فرض جهله بفساده لما كان الجهل بحكم الشرع موجباً للغرور من البايع كما لا يخفى .

(١) الاشكال هو ان كلامن البايع الفضول والمشتري باعتبار جريان يدهما على العين ضامن للمالك ، ولذا يجوز له الرجوع الى اى منهما ويبقى فى البين وجه رجوع البايع الى المشتري فيما اذا رجع المالك الى البايع ، حيث أن تلف المال بيد المشتري لا يصلح لكونه موجباً لذلك .

نعم لو اتلف المشتري العين فيمكن القول برجوع البايع اليه فيما اذا دفع البديل الى المالك ، باعتبار ان اتلاف المشتري العين كما انه اتلافها على المالك كذلك اتلاف للغرامة المزبورة على البايع .

(٢) حيث ان ضمان الدين على مذهب الخاصة عبارة عن نقل الضامن الدين عن ذمة المديون الى ذمته بحيث لا يجوز للداين بعده مطالبة المديون بذلك الدين بل يتعين عليه الرجوع الى الضامن ، غاية الامر لو وفى الضامن بالدين يكون له الرجوع الى المديون ، وعلى ذلك فلا يكون اشتغال ذمم متعددة للمالك الداين .

وهذا بخلاف الضمان على مذهب الجمهور حيث ان الضمان عندهم عبارة عن ضم ذمة الى ذمة المديون ، بان كان المشغول للمالك الداين ذمة المديون . وبالضمان يشتغل له ذمة الضامن ايضاً ، ولكن تملك الداين ما على الذميتين على

## ضمان عهدة العوضين (١)

البدل ، ويلزم على ما عليه الجمهور جواز رجوع المالك الى كل من المسديون والضامن .

(١) المراد أن يضمن أحد عن المشتري للبايع ، بانه اذا ظهر بطلان البيع بكون الثمن ملك الغير ، فعليه مع تلف المبيع بيد المشتري ، بدل ذلك المبيع ، وهذا هو المراد بضمان عهدة المبيع للبايع ، او يضمن احد عن البايع للمشتري ، بانه اذا ظهر فساد البيع بكون المبيع ملك الغير فعليه مع تلف الثمن في يد البايع عوض ذلك الثمن ، وهذا هو المراد بضمان عهدة الثمن للمشتري ، ويكون في ضمان عهدة المبيع كل من المشتري والضامن المزبور ضماناً للبايع ، فله مع تلف المبيع بيد المشتري ، الرجوع الى كل منهما ، كما يكون في صورة ضمان عهدة الثمن للمشتري الرجوع الى البايع والضامن المزبور .

اقول الضمان في الاعيان المضمونة هو ان يضمن أحد للمالك تلف العين التي يأخذها الاخر بيد ضمان كمن ضمن للمالك تلف العين المستعارة التي يأخذها المستعير مع الضمان كما في عارية الذهب والفضة ، وعلى ذلك فيجوز للمالك الرجوع مع تلف العين الى الضامن ايضاً ولا يخفى ان هذا الضمان وما تقدم من ضمان عهدة المبيع أو الثمن من قبيل ضمان العين الخارجية ، لامن قبيل ضمان الدين لينتقل الدين الى ذمة الضامن ، فللمالك الرجوع في المورددين الى الضامن والى من تلف المال بيده ، اما الرجوع الى من تلف المال بيده فلضمان اليد واما الرجوع الى الضامن فانه مقتضى وجوب الوفاء لعقد الضمان ، ولكن ظاهر كلام الاصحاب لا يساعد على رجوع المالك الى من تلف المال بيده بل مادامت باقية ، فله الرجوع

## و ضمان الاثنین لواحد (١)

الى من بيده العين ، و مع تلفها او عدم امكان اخذها عن بيده يرجع الى الضامن .

(١) ينبغي فرض ضمان الاثنین لواحد على سبيل الاستقلال فيما اذا كان كل منهما ضامنا في زمان واحد ليكون شمول ما دل على مشروعية الضمان بالاضافة اليهما على حد سواء ، والا فلا بد من الحكم ببطلان الثاني ، لان مع الضمان اولاً ينتقل المال الى ذمة الضامن ، فلا يبقى للداين مال بذمة المديون ليضمنه الاخر والمتحصل ان كلام المتعدين يصح ان يضمن للمالك فيجوز له الرجوع الى اى منهم ، ولكن اذا رجع الى واحد منهم سقط حقه عن الباقيين حيث انه ليس له الامال واحد وقد تسلمه بأخذ بدله فيكون الرجوع الى الاخرين بلا موجب واما تنزيل هذا الضمان على الواجب الكفائي و انه كما يجب فيه الفعل على كل من المكلفين مادام لم يحصل طبيعي الفعل ، كذلك ثبوت البدل على عهدة كل من المتعدين مادام لم يدفع البدل الى المالك فلا يخلو عن المناقشة فان لازمه ان يتعين البدل بالجميع فيما اذا كان اداء الجميع دفعة واحدة اللهم الا ان يقال المملوك للمستحق طبيعي البدل المقيد بالوحدة لطبيعي البدل ومع اخذ البدل من المتعدين يكون ملك المستحق بالاضافة الى الاموال المأخوذة من الكلى في المعين فيختار فرداً واحداً وعليه رد الباقي الى اربابه .

والحاصل المتصور من ضمان الاشخاص المتعددة انحاء ثلاثة :

الاول - ان يكون ضمان كل واحد من الاشخاص مشروطاً بعدم اداء الاخرين البدل نظير ما يذكر في الواجب الكفائي من وجوب طبيعي الفعل على كل واحد من

المكلفين مالم يحصل ذلك الطبيعي في الخارج من الاخرين ولا يلزم ما اشرنا اليه من استحقاق المالك جميع ما دفع اليه بعنوان البدل فيما اذا كان الدفع من الكل دفعة واحدة .

الثاني - ان يكون الضامن الاول مديوناً بالبدل بان يثبت البدل بذمته ويكون الثاني ضامناً لادائه بمعنى انه لو لم يؤد الضامن الاول البدل، يثبت المال بذمته فعلياً ادائه وهكذا ولازم ذلك عدم تخيير المالك في الرجوع الى كل واحد منهم، بل له الرجوع الى الثاني مع عدم تمكنه على الاستيفاء من الاول اذ يثبت ذلك ان دليل الضمان في كل من الاشخاص هي قاعدة اليد ولا يمكن ان يختلف مفادها بالاضافة الى الضامين .

الثالث - ان يقال ضمان المال ليس على كل واحد واحد من المتعديدين بل يثبت البدل الواحد على الكلي الصالح في انطباقه على كل واحد من المتعديدين وبتعبير آخر كما يمكن كون الجامع بين المتعديدين مالاً للمالك كما في ملك الزكاة لطبيعي الفقير وسهم السادات لطبيعي الهاشمي الفقير فيصح لكل واحد من الافراد اخذ ذلك السهم كذلك يمكن ان يثبت ملك المال للشخص على عهدة الجامع بين المتعديدين فيصح لذلك الشخص اخذ ذلك المال من أي من المتعديدين .

ولكن مفاد قاعدة على اليد ضمان كل من وضع يده على مال الغير لضمان الجامع بينهم فالظاهر في المقام هو النحو الاول فتدبر .

### واما حال بعضهم بالنسبة الى البعض (١) .

(١) ما ذكر قبل ذلك، كان حال الاشخاص المتعاقبة ايديهم على العين بالاضافة الى المالك فى انه اذا ادى اليه بدل تلك العين احد هم يسقط البدل عن ذمة الباقيين اى لا يكون للمالك حق فى الرجوع اليهم ، واما حال بعضهم بالاضافة الى الاخرين منهم فى جواز رجوع مؤدى البدل الى غيره فحاصل الكلام فيه انه اذا كان المؤدى هو الذى تلف العين بيده فمع عدم كونه مغروراً كما هو الفرض لا يرجع الى غيره واذا لم يكن تلفها بيده ، فله ان يرجع الى كل من تسلم العين منه ولو بالواسطة الى ان يستقر الضمان على من تلف العين بيده .

وذكر (ره) فى وجه ذلك ان من وضع يده على العين ابتداءً يكون ضمانه العين قبل ضمان من تسلمها منه كما هو مقتضى ضمان اليد فتكون العين بيد السابق موصوفة بوصف وهو كون العين ذات بدل واذا تسلم الثانى العين من السابق يكون ضمناً بتلك العين مع اوصافها التى منها الوصف الحادث فيها بيد السابق ومرجع ضمان العين ووصفها المزبور هو ضمان تلك العين أى المبدل والوصف اى بدلها الثابت بذمة السابق على سبيل البدل و التخيير ، حيث لا يمكن ان يكون اللاحق ضمناً للعين فقط ، دون وصفها اى البدل الثابت بذمة السابق والالخرج البدل الذى يثبت بذمة اللاحق عن كونه بدلاً للعين المزبورة حيث يجب ان يكون الثابت بذمة الاخر بدلا عن العين و اوصافها .

والمتحصل ان ما يدفعه اللاحق تدارك للعين الموصوفة اى التى استقر تداركها بذمة السابق بخلاف ما يدفعه السابق ، فانه تدارك لنفس العين معيناً ، اذ لم يثبت بدلها بذمة احد قبل أخذه ، ليكون ضمناً لذلك البدل ايضاً بنحو

ما ذكر .

ثم اذا ادى اللاحق البديل الى المالك سقط تدارك السابق لان ضمان اللاحق العين وبديلها الذي كان بذمة السابق تخييرى بان كان ضمان العين للمالك و ضمان بديلها للسابق ولا يجوز للسابق مطالبة اللاحق بالبديل قبل ادائه الى المالك لان ضمان اللاحق بذلك البديل للسابق من باب الغرامة لا الدين لذلك السابق ويكون حال الضامن الاول مع الثانى حال الضامن مع المضمون عنه فى عقد الضمان ، فى انه كما لا يجوز للضامن قبل اداء المال الى الدين مطالبة المضمون عنه كذلك لا يجوز للضامن الاول فى المقام قبل ادائه البديل الى المالك مطالبة الضامن اللاحق .

اقول لا يصلح ما ذكر (ره) وجهاً لرجوع السابق الى اللاحق ، اما اولافلان الاوصاف المضمونة هى التى يكون لها دخل فى مالية العين وثبوت البديل لها بذمة السابق لا يوجب زيادة ماليتها ونقصها .

وثانياً فلان ضمان الاوصاف باعتبار ان وضع اليد على العين وضع لليد على الاوصاف واللاحق فى المقام لا يوضع يده على البديل الثابت بذمة السابق ليكون ضامناً له .

وثالثاً فلانه على تقدير وضع يده على البديل المزبور فاللازم ان يكون ضامناً بذلك البديل للمالك للعين والوصف ولا موجب لضمان اللاحق لاحد شخصين ، بأحد أمرين .

ورابعاً فلانه لا موجب لتقدم ضمان السابق على اللاحق فان ضمان العين بمعنى ثبوت البديل على العهدة يحصل بتلفها وقبل التلف لا يثبت البديل لاعلى ذمة السابق ولاعلى ذمة اللاحق ومع تلفها يثبت البديل على عهدة كل منهما فى زمان

## وربما يقال (١)

واحد .

اللهم الا ان يقال ان زمان ثبوت البدل بالذمة هو زمان الاستيلاء على العين غاية الامر يكون استقرار ذلك البدل مشروطاً بتلف العين بنحو الشرط المتأخر و على ذلك فيكون ضمان اللاحق بمعنى ثبوت البدل بذمته بعد ضمان السابق ولكن اعتبار التلف بنحو الشرط المتأخر غير ظاهر من ادلة الضمان .

(١) القائل صاحب الجواهر وحاصل ما ذكره (ره) ان رجوع من لم يتلف العين بيده الى من تلفت بيده باعتبار أن البدل ثابت بذمة من تلف العين بيده فقط غاية الامر يجوز للمالك الزام السابق باداء ما يملكه بذمة من تلف العين بيده والزامه بذلك مقتضى وضع يده على ملك الغير عدواناً .

ثم ان السابق بادائه البدل الى المالك يملك مال المالك بذمة اللاحق بالمعاوضة القهرية أى المعاوضة التي لاتوقف على الانشاء والقصد .

وأورد المصنف (ره) على هذا الوجه بامور الاول - ان موجب الضمان على السابق و هو حديث على اليدو دلالة على الضمان عليهما على حد سواء فان كان الضمان على اللاحق بمعنى ثبوت البدل على عهدته يكون كذلك فى السابق ايضاً .

الثانى - ان الفرق بين الخطاب بالاداء والخطاب الذمى غير واضح فان ثبوت البدل بالذمة ( وهو الحكم الوضعى ) يكون يتبع التكليف بالاداء .

الثالث - ان الفرق بين السابق و اللاحق بثبوت البدل على اللاحق وعدم



ثبوته على السابق خلاف الاجماع فان اجراء احكام الدين على ما بذمة السابق أيضاً من تقديمه على الوصايا وضربه مع الغرماء وجواز مصالحة المالك مع السابق على ما بذمته متسالم عليه عندهم .

الرابع - ان تملك السابق البديل على اللاحق بلا موجب لعدم وقوع المعاوضة الاختيارية مع المالك ولادليل على المعاوضة القهرية وبتعبير آخر اداء السابق ما على اللاحق الى المالك نظير اداء شخص دين الاخر فسي ان المؤدى لا يملك على المديون غاية الامر اداء دين الغير في ساير المقامات مستحب ، وفي المقام واجب على السابق .

والخامس - ان لازم ما ذكر عدم جواز رجوع السابق بعد اداء البديل الاعلى خصوص من تلف العين بيده لالى كل من تسلمها منه وان لم تتلف بيده حيث ان البديل الذى ملكه السابق بالمعاوضة القهرية ثابت بذمة من تلف العين بيده دون الاخرين .

اقول الصحيح في وجه استقرار الضمان على من تلف المال بيده ما ذكرنا سابقاً من أن دفع الضامن البديل الى المالك معاوضة قهرية بين ذلك البديل والعين التالفة حيث ان عمدة الدليل على الضمان في موارد ضمان اليد هي السيرة الدارجة بين العقلاء ومقتضاها حصول المعاوضة المزبورة بالدفع ولذا لا يكون للمالك بعد تسليم البديل طلب بقايا العين وعليه ففي مورد تعاقب الايدي على العين و تلفها يجوز لدافع البديل مطالبة ذلك البديل من كل من تسلم العين منه و لو بالواسطة الى ان يستقر الضمان على من تلف العين بيده باعتبار وضع كل منهم يده على تلك العين ولكن لا يجوز له الرجوع الى سابقه لان السابق قد دفع تلك العين اليه قبل ذلك

## غرم للمالك بدل الحيلولة (١)

فلا يكون لضمان السابق موجب

وربما يقال كما عن بعض الاجلاء العظام ان المبادلة القهرية امر لاساس له عند العقلاء وانما ذكرها بعض المتأخرين ولعل احتمالها قد نشأ من تعبير الاصحاب عن الغرامة بالبدل حيث لا يعقل كون المعدوم حال عدمه ملكاً لصاحبه او ملك الغارم .

وفيه انه قد تقدم في توضيح الكشف المحكمي في اجازة المالك امكان كون شئ في زمان ملكاً لواحد و في ذلك الزمان بعينه ملكاً لآخر مع تعدد زمان الاعتبار و عليه فقبل دفع الضامن الاول البدل يعتبر التالف ملكاً للمالك في زمان طريان التلف عليه و بعد دفعه البدل يعتبر ذلك التالف في ذلك الان ملكاً للضامن و المصحح لذلك الاعتبار ترتب الاثر عليه ، من ملك الضامن بقايا التالف و رجوعه الى الضامن الثاني .

ويشهد لذلك ملاحظة فسخ البايع البيع بالخيار المشروط له مع تلف المبيع في يد المشتري فانه قبل الفسخ يكون المبيع زمان طريان التلف عليه ملك المشتري و بعد الفسخ يعتبر ذلك المبيع في ذلك الان ملك البايع و لذا يرجع اليه ببذله كما لا يخفى .

(١) يعني اذا لم يمكن انتزاع العين ممن تكون بيده يغرم من رجوع اليه المالك ، بدل الحيلولة .

اقول قد ذكرنا سابقاً انه لاساس لبطل الحيلولة ، بل ان كانت العين بحيث تعد تالفة فللمالك الرجوع الى الضامن بالبدل ، والا فعليه الصبر ليتمكن الضامن

## نعم ليس للمالك اخذ مؤنة الاسترداد (١)

او هو على استرداد العين غاية الامر يكون له عوض المنافع الفائتة ، كما تقدم ، كما انه بعد أخذ المالك البديل للعين لا يستحقها فيما اذا اتفق امكان استردادها مستقبلاً لحصول المبادلة قبل ذلك .

(١) لا يبعد ان يكون للمالك ذلك فيما اذا لم تكن الاجرة المزبورة زائدة على اجرة المثل ، لامع زيادتها ، لان العين له ، فلا يجوز للاخرين التصرف فيها ولو بالاسترداد المزبور ، وعمل المالك محترم فيستحق الاجرة عليه ، نعم اذا كانت الاجرة زائدة على أجرة المثل فلا تتعين تلك الزيادة على الضامن فانه مقتضى حديث نفي الضرر ولا يعارض بضرر المالك فان عدم استحقاق المالك تلك الزيادة من قبيل عدم النفع ولا يكون ضرراً عليه .

وبهذا يظهر الحال فيما اذا لم يتمكن على الاسترداد غير المالك وطلب من الضامن الزايد على الاجرة المتعارفة فان في الفرض مقتضى حديث نفي الضرر عدم وجوب الاستجابة لتلك الزيادة .

وظهر ايضاً انه لو تمكن الضامن على استرداد العين من غير صرف المال وطلب المالك أجرة المثل لياشر باستردادها يكون وجوب القبول مقتضى حرمة التصرف في مال الغير بلا اذن مالكة ، واحترام عمل ذلك المالك والله سبحانه هو العالم .

ثم انه بقي في المقام امر وهو انه لو ابرء المالك أحد الاشخاص المتعاقبة ايديهم على المال التالف فهل يسقط حق المالك بمطالبة البديل عنه فقط او لا يبقى له بعد ذلك حق بان يطالب البديل عن السائرين الاظهر هو الثاني ، لان للمال بدل

الظاهر ان حكمه حكم بيع ما يقبل (١)  
 لظهور الاجماع (٢)  
 مضافاً الى صحيحة الصفار (٣)

واحد وذلك البديل ثابت على كل من الاشخاص المتعددة بحيث يصح له مطالبة اى منهم بذلك البديل ولا يبعد ان يكون جواز المطالبة من حقوق المالك ، بحيث له ان يسقطه عن احد مع ابقاء البديل بذمته كما يشهد بذلك جواز تأجيل الدين بالاشترط ، فبالجملة للمالك ان يسقط حق مطالبته عن احد مع بقاء المال على عهده ، ولكن اذا سقط المال عن عهده ، فهو مساوق لاستيفاء ذلك البديل ، و قد تقدم ان مع استيفاء البديل من احدهم يسقط البديل عن عهدة الاخرين ، وانه لا يبقى له دين على عهدة الاخرين كما لا يخفى .

(١) وجه الظهور عدم احتمال الفرق بين ما اذا باع ملكه مع غيره بصفقة واحدة و بين ما اذا باع ما يقبل الملك مع مالا يقبله بثمن واحد فى صفقة واحدة .

(٢) تعليل للحكم بالصحة بالاضافة الى ما يقبل الملك فيما اذا باعه مع مالا يقبله .

(٣) يعنى مضافاً الى عدم احتمال الفرق بين المسألتين يدل على الحكم فى المقام صحيحة الصفار (١)

فان قوله عليه السلام فيها ووجب الشراء فيما يملك و ارد فيما اذا باع مملوكه

## نعم لولا النص والاجماع (١)

مع غيره بصفة واحدة كما لا يخفى .

(١) يعنى لو لم يكن فى البين صحيحة الصفار و الاجماع على الصحة فى المسألة الاتية مع ملاحظة عدم الفرق بين المسألتين فى الحكم ، لامكن المناقشة فى صحة البيع بالاضافة الى ملك البايع بما يأتى فى المسألة الاتية من ان مع اجراء البيع على المجموع بثمن واحد ، لا يكون تبعضه والحكم بصحته بالاضافة الى ملك البايع ، مقتضى اطلاق دليل الامضاء حيث أن نقل بعض المثلث لا يكون مقصوداً الا فى ضمن نقل المجموع بمجموع الثمن .

اقول التبعض والحكم بالصحة بالاضافة الى ملك البايع او ما يقبل الملك لا يحتاج الى الاجماع ، او النص ، بل - انحلال البيع بالاضافة الى أجزاء المبيع يعنى أجزاء المشاعة على الاطلاق ، وأجزائه الخارجية فيما اذا كان بنظر العرف من بيع المجموع من الشيشين كما ذكرنا سابقاً - مقتضاه دخول كل من البيوع الانحلالية فى دليل الامضاء على الاستقلال كما فى انحلال الموضوع فى ساير الخطابات بالاضافة الى افراد ذلك الموضوع ، وهذا بناء على عدم تمام بيع الفضولى باجازة المالك .

واما بناء على تمامه بها ، فلا ينبغى الريب فى صحته بالاضافة الى ملك الاخر ايضاً مع اجازته ، وبالاضافة الى ملك البايع مع عدمها غاية الامر مع صحة البيع فى بعض ماجرى عليه العقد فقط يثبت للمتبايعين مع جهلهما بان بعض ماجرى عليه البيع ملك الغير ولا يقبل الملك ، خيار تبعض الصفة الذى مرجعه الى خيار تخلف الشرط على ما يأتى فى بحث الخيارات انشاء الله تعالى .

- بما سيحى فى بيع ما يملك وما لا يملك (١)  
فانه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك (٢)  
مقيد فى بعض الكلمات بما اذا لم يتولد (٣)

ونظير جهل البايع مالو كان بيعه بدعوى وكالته فى المال الاخر وانكرها مالكة فانه يثبت فى الفرض للبايع ايضاً خيار تبعض الصفقة واذا كان البايع او المشتري عالماً بالحال فلا مجال لثبوت الخيار له ولعل كلام الغنية الذى نفسى الخيار للبايع يراد به صورة علمه بالحال وكلام الشيخ (ره) فى الخلاف الذى قوى ثبوته له ناظر الى صورة جهله بالحال .

واما صححة الصفار فان كان المراد بالوجوب فيها اللزوم فمقتضاها عدم ثبوت الخيار للبايع ولا المشتري حيث ذكر فيها ( وجب الشراء من المالك ) وهو غير وجوب الشراء على المالك ولكن الظاهر ولا اقل من الاحتمال بان المراد هو ثبوت البيع فلا ينافى كونه خيارياً .

(١) بالبناء للمفعول أى بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبل الملك .  
(٢) بان كان البايع معتقداً بأن المبيع بتمامه ملكه ، ثم ظهر خلاف اعتقاده وان بعضه مملوك الغير ، فان مع رد ذلك الغير البيع فى ماله ، يصح البيع بالاضافة الى ملك البايع .

اقول لا يحتمل الفرق بين المقام وظهور بعض المبيع ملك الغير بل ظهوره ملك الغير من فروض المسألة فلا وجه للاستشهاد للحكم بالصحة فى المسألة بالصحة فى ذلك الفرض .

(٣) كما اذا باع دينارين ودرهمين ، بدينار ودرهم ، فانه يكون صحة هذا

البيع ، و عدم لزوم الربا ، باعتبار وقوع كل جنس بازاء مخالفه ، فيكون بيع الدينارين بدرهم ، وبيع الدرهمين بدينار ، وهذا مستفاد من بعض الروايات الواردة في الفرار من الربا ، واذ اظهر في المثال كون الدينار المنضم الى الدرهم ملك الغير تكون المعاملة بالاضافة الى الدرهم ربوية ، حيث يقع بازائه ازيد من الدرهم الواحد .

لا يقال مقتضى وقوع كل جنس بازاء مخالفه لتصحيح المعاملة ، صحة بيع الدينارين بالدرهم وبطلان بيع الدرهمين بالدينار ، ولا يلزم من ذلك ربا . فانه يقال انحلال المبادلة الى مبادلتين كما ذكر لم يكن من قصد المتعاملين بل بالتعبد المستفاد من بعض الروايات ، ولذا تصح المبادلة فيما اذا قصد مبادلة المجموع بالمجموع وعلى ذلك فلو تم البيع بالاضافة الى مجموع العوضين يكون مقتضى تلك الرواية وقوع كل جنس بازاء مخالفه ، فلا ربا ، واما مع فساد البيع في بعض العوضين ولو بظهور كونه ملك الغير ، فلا موجب للقول بوقوع الجنس المملوك لبايعه بازاء مخالفه ، فان الوقوع كذلك اما بقصد المتعاقدين ، او بالتعبد ، والمفروض انتفاء الاول ، وورود التعبد في صورة صحة البيع في الضميمة .

وربما يقال ان ضم مال الغير للفرار من الربا غير مفيد حتى مع اجازة مالك تلك الضميمة . وكذا في مسألة بيع العبد الابق ، وذلك فان كلامنا المالكين يكون بايعاً بالاضافة الى ماله فقط ومكلفاً بالوفاء ببيعه ، فيكون البايع مع كون الضميمة ملك الغير بايعاً ماله بجنسه مع الزيادة ، مثلاً اذا باع دينار غيره منضمماً الى درهمه بخمسة عشر درهماً ، وفرض ان الدينار يساوي عشرة دراهم فيكون بيع درهمه بالازيد من الدرهم ، كما يكون بيع الاخر ديناره بالازيد من عشرة دراهم .

## وطريق معرفة حصة كل منهما من الثمن (١)

اقول قد ذكرنا أن ظاهر الروايات الواردة في الفرار من الربا ، وقوع درهم واحد بازاء درهمه ، و الباقي و هى اربعة عشر بازاء الدينار ، فلا ربا مع التعبد بالانحلال بهذا النحو و لم يذكر فى تلك الروايات الا اعتبار الضميمة ، لا اعتبار كونها ملك البايع ايضاً .

نعم ناقش صاحب الجواهر (ره) فى استحقاق مالك الدرهم درهماً ومالك الدينار اربعة عشر درهماً ، و لكن لا اعتبار ملك البايع الضميمة بل مناقشته مع الالتزام بصحة البيع ، و ايضاً لاوجه لا اعتبار ملك الضميمة فى مسألة بيع العبد الا بقى فانه وان ذكر فى بعض الروايات ان الضميمة باعتبار أنه لو لم يظفر المشتري بالابق يكون قد وصل اليه بازاء ثمنه تلكا لضميمة ، الا ان المراد ان لا يخرج تمام الثمن عن ملكه بلا عوض اصلاً ، ولا يقتضى ذلك اعتبار كون الضميمة ملك بايع العبد وتملكها منه .

(١) ذكر (ره) فى تعيين حصة البايع من الثمن مع اجازة المالك وعدمها ، ان يقوم كل من مال البايع والمال الاخر منفرداً و يجمع قيمتهما ، ويلاحظ نسبة قيمة كل الى ذلك المجموع فيؤخذ من الثمن المسمى بتلك النسبة مثلاً اذا كانت القيمة لمال البايع اربعة دراهم والقيمة السوقية للمال الاخر ثمانية ، يصير مجموعهما اثني عشر درهماً فتكون قيمة مال البايع ثلث المجموع ، ولو فرض ان الثمن المسمى ستة دراهم فيستحق البايع منه الثلث ، يعنى درهمين ، و يجرى هذا حتى فيما اذا كان للهيئة الاجتماعية دخل فى زيادة القيمة السوقية كمصراعى الباب ، والى هذا النحو من التقييط يشيرما فى الارشاد من انه يقسط المسمى على القيمتين أى على



## ولعله ايضاً مرجع ما فى الشرايع والقواعد (١)

القيمة السوقية لمال البايع و القيمة السوقية للمال الاخر فان تقسيط الثمن المسمى عليهما لا يكون الا بما ذكر .

(١) ذكر فى الشرايع والقواعد واللمعة فى تعيين حصة البايع من الثمن ، انه يقومان معاً ، ثم يقوم احدهما ولعل المراد بذلك ايضاً ما تقدم من تقويم كل من المالين منفرداً ثم جمع القيمتين وتعيين نسبة احدهما الى المجموع و الاخذ من الثمن المسمى بتلك النسبة .

ويؤيد كون المراد ما ذكر تفسير جامع المقاصد عبارة الارشاد بما فى الكتب المزبورة ولكن للمناقشة فى ذلك مجال واسع فان ظاهرها تقويم المالين معاً ثم تقويم احدهما منفرداً وتعيين النسبة بين قيمة احدهما منفرداً و قيمة كليهما معاً ، و الاخذ من الثمن المسمى بتلك النسبة ، مثلاً اذا كان المبيع مصراعى الباب وقوم المصراعان معاً بعشرة دراهم وقوم أحد المصراعين بدرهمين تكون النسبة بين قيمة احدهما منفرداً و قيمة كليهما معاً الخمس ، ولو فرض الثمن المسمى خمسة دراهم فيرجع المشتري الى البايع بخمس الثمن ، اى بدرهم واحد و يبقى للبايع اربعة دراهم بازاء مصراع واحد و الوجه فى ظهور عبارة الكتب فى ذلك ان المذكور فيها تقويم احدهما بعد تقويم المالين و هذا لا يكون الا اذا كان تقويم المالين بتقويمهما معاً .

وهذا بخلاف الطريق السابق فانه عليه يكون للبايع نصف المسمى اى درهمان ونصف ويرجع المشتري بنصفه الاخر لان النسبة على الطريق المزبور بين قيمة احدهما ومجموع القيمتين هو النصف .

فان الالتزام هنا بالنسبة المذكورة يوجب الجمع (١)  
فان قلت ان المشتري اذا بذل (٢)

(١) ولكن لا يلزم الجمع بين العوض والمعوض على التقسيط الذي ذكره (ره) بل بناءً عليه يرجع المشتري بنصف الثمانية باعتبار ان قيمة كل من الجارية وامها على الانفراد عشرة فيصير مجموع قيمتهما عشرين و النسبة بين قيمة احدهما اى العشرة والمجموع هو النصف ، ولكن ينبغي أن يعد هذا الفرض على تقدير اتفاقه اشكالا ايضاً على التقسيط الذي ذكره (ره) و استظهره من عبارة الارشاد و غيره حيث لا وجه لاستحقاق البايع اربعة دراهم مع كون ملكه مساوياً لتمام الثمن المسمى .

(٢) وحاصله ان المتعبد في طريق تقسيط المسمى هو ما ذكر في الشرايع و القواعد واللمعة ، ولكن ينبغي أن يكون المراد بأحدهما في قولهم ( يقومان جميعاً ثم يقوم أحدهما) هو مال البايع وانه اذا قوم المالان ثم قوم مال البايع منفرداً و عين النسبة بينهما يكون البايع مستحقاً من المسمى بتلك النسبة كما اذا قوم الباب بمصراعيه بعشرة دراهم و قوم مال البايع بدرهمين والنسبة بين الدرهمين والعشرة هى الخمس فيستحق البايع درهماً فى فرض كون المسمى خمسة دراهم و الوجه فى تعيين التقسيط بهذا النحو هو جريان البيع على المالىين مع الهيئة الاجتماعية و ماتم بيعه هو مال البايع منفرداً .

وعلى ذلك يستحق البايع فى مثال الامة و امها تمام الثمانية لانه لا قيمة للهيئة الاجتماعية ولا يلزم من استحقاق الثمانية الجمع بين العوض و المعوض هذا .

ولكن ما ذكر غير صحيح ، وان البايع فى بيع مصراعى الباب ، يستحق

## ولو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار (١)

نصف الثمن المسمى والوجه في ذلك ان الهيئة الاجتماعية من قبيل الاوصاف ، و الاوصاف لاتقع بازائها الثمن ليقسط عليها كتقسيطه على المالكين وهذا في الضمان المعاوضى واما في ضمان اليد فالوصاف ومنها الهيئة الاجتماعية تدخل في الضمان ويكون تلف الوصف في يد الغاصب كتلف نفس العين مضموناً عليه .

اقول - بالتأمل في جميع ما تقدم يظهر انه يعتبر في تقسيط الثمن على المالكين تقويمهما حال بيعهما اجتماعاً ثم تقويم ملك البايع منفرداً في فرض عدم اجازة مالك الاخر البيع في ماله وان البايع يستحق من الثمن المسمى بتلك النسبة كما انه يقوم مال البايع بلحاظ بيعه منضمماً الى المال الاخر في فرض اجازة مالك المال الاخر ، فان عدم ضمان الهيئة الاجتماعية كساير الاوصاف بضمان معاوضى ، ليس مقتضاه تقويم كل من المالكين منفرداً مع دخالة الهيئة الاجتماعية في زيادة الثمن كما لا يخفى .

(١) وحاصله لو فرض اشراك الاثنين او الازيد في عين بنحو الاشاعة كما اذا كانت الدار مشتركة بينهما بالمناصفة و باع احدهما نصفها فان علم ارادة البايع بيع حصته وشريكه او الاشاعة بين الحصتين فلا كلام ، واما اذا لم يقصد الامدلول قواه بعث نصف تلك الدار بكذا وفرض قبول المشتري ذلك المدلول ، فهل ينتقل الى المشتري تمام حصة البايع من تلك الدار او يكون المبيع نصف كل مسن حصتى البايع وشريكه ، فيكون البيع المزبور نافذاً بالاضافة الى نصف حصة البايع ، و فضولياً بالاضافة الى نصف حصة شريكه ، احتمالان .

ويقتضى الاول ظهور النصف وانصرافه في مقام التصرف الى ما ينفذ فيه تصرف

البائع ولكن هذا الظهور معارض بظهور النصف في نفسه في الاشاعة بين الحصتين كما انه معارض بظهور بيع البائع في كونه بالاصالة .

وبالجملة ان البيع بالاضافة الى نصف حصة البائع محرز ، واما بالاضافة الى نصفها الاخر أو نصف حصة شريكه فمقتضى المعارضة المزبورة عدم احراز شيء منهما .

وبهذا يفترق المقام من قول البائع بعث غانماً حيث ان الغانم بمعنى العبد ، من الكلى الطبيعي الصادق على كل من عبد البائع وعبد غيره ، ويحمل على عبد البائع بمقتضى وقوعه مقام التصرف ، وظهور الهيئة في قوله بعث غانماً في الاصالة من غير ظهور معارض ، وهذا بخلاف ما اذا قال بعث نصف الدار المفروض كونها مشتركة بين الاثنين بنحو الاشاعة ، فان ظهور النصف في الاشاعة بين الحصتين مانع عن الحمل على خصوص حصة البائع .

ثم اذا كان البائع المزبور وكيلا عن شريكه أو ولياً عليه فهل يكون الحكم كما في صورة كونه أجنبياً أم لا الصحيح ان يقال اذا كان المعارض لظهور النصف في الاشاعة بين الحصتين في الصورة السابقة ، هو ظهور النصف بقرينة مقام التصرف في النصف المختص للبائع كما هو الاظهر ، فلان معارضة في صورتى الوكالة والولاية بل يؤخذ بظهور النصف في الاشاعة بين الحصتين ، لان الموجب لظهور النصف في خصوص حصة البائع ، عدم نفوذ تصرفه في غير تلك الحصة ، ومع الوكالة او الولاية ، يكون تصرفه نافذاً في حصته وحصة شريكه على السواء .

وعلى ذلك فمع عدم تعيين احدى الحصتين بخصوصها كما هو المفروض يحتمل المبيع على الاشاعة بينهما .

## وما ذكره الشهيد الثاني (ره) من عدم قصد الفضولي (١)

واما ظهور البيع في كونه بالاصالة فهذا لا يعارض ظهور النصف في الاشاعة بين الحصتين بل ظهور النصف ، يكون حاكماً على ظهور البيع في الاصالة ، فان ظهور البيع في الاصالة من قبيل الظهور الاطلاقى للفعل وبمقدمات الحكمة و لئذا لو قيد البيع بكونه عن الغير أو للغير فلا يكون له ظهور في الاصالة وظهور النصف في الاشاعة بين الحصتين أيضاً ظهور اطلاقى ولا يكون له ظهور في الاشاعة بينهما فيما اذا قيدتلك النصف بسهمه أو سهم شريكه ، الا ان ظهور المتعلق ولو كان اطلاقياً يكون حاكماً على ظهور الفعل حيث ان المتعلق بالاضافة الى الفعل من قبيل المقيد بالاضافة الى المطلق .

وبهذا يظهر انه لو لم يكن في الصورة الاولى ظهور النصف وانصرافه الى حصة البايع بقريئة مقام التصرف ، لكان ظهور البيع في الاصالة محكوماً بظهور النصف في الاشاعة بين الحصتين .

والحاصل ان مع عدم وكالة البايع او ولايته لا يحمل النصف على الاشاعة بين الحصتين بل يكون انشاء البيع مجملاً بالاضافة الى بعض المبيع بخلاف صورتي الوكالة والولاية فانه يحمل فيهما النصف على الاشاعة واليه يشير قوله (ره) (فلاقوى فيهما الاشتراك) .

(١) وحاصله أنه بناءً على كلام الشهيد الثاني من عدم قصد الفضولي مدلول اللفظ يكون النصف محمولاً على خصوص حصة البايع فيما اذا كان أجنبياً ويحمل على الاشاعة بين الحصتين على تقدير كونه وكيلاً او ولياً على شريكه وذلك فان اصالة القصد في كل متكلم ومتصرف ومنه البايع يكون معينة للمراد من النصف في قوله (بعث نصف الدار) وان المبيع خصوص حصته بخلاف صورة الوكالة او الولاية

## الان يمنع ظهور النصف الا في النصف المشاع (١)

فان الاخذ فيهما بظاهر النصف يعنى الاشاعة بين الحصتين لا ينافى اصالة القصد حيث ان البايع لكونه وكيلا او ولياً يقصد البيع لامحالة .

(١) وحاصله انه يمكن منع ظهور النصف في الاشاعة بين الحصتين بان يقال غاية ظهوره الاشاعة في مجموع العين لافى كل من الحصتين فيكون مقتضى قوله ( بعث نصف الدار بكذا ) حتى في صورة وكالته او ولايته هو بيع خصوص حصته وكما كان في قوله ( بعث غانماً ) مقتضى الاصاله ، بيع عبده كذلك في قوله ( بعث نصف الدار ) .

ولذا ذكروا في مسألة ما اذا وهبت الزوجة نصف مهرها لزوجها ، ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها ، انه يستحق الزوج بالطلاق ، النصف الباقي ، ولو كان النصف ظاهراً في الاشاعة بين الحصتين ، لكان للزوج بعد الطلاق ، نصف النصف الباقي ، وقيمة نصف الموهوب .

(لا يقال) لاشهادة في الفرع على كون النصف المضاف الى العين ظاهراً في الاشاعة في مجموع تلك العين ، لافى الاشاعة بين الحصتين ، وذلك فان استحقاق الزوج النصف الباقي من المهر باعتبار ان حقه الاول هو نصف النصف الباقي ، وقيمة نصف النصف الموهوب ، ولكن يجوز في القيميات مع التمكن على المثل دفعه وحيث ان النصف الباقي على ملك الزوجة ، مثل النصف الموهوب فلا تعتبر قيمة الموهوب ، نظير ما ذكروا في باب القرض انه لو أقرض قيمياً ، فللمقترض دفع العين التي اقترضها باعتبار أن مع دفعها لا تعتبر القيمة .

(فانه يقال) نعم يمكن ان يكون ما ذكروا لزوجها لاستحقاق الزوج تمام المهر في

الفرض المزبور الا ان ظاهر كلماتهم فيه ، لا يساعد على هذا الوجه ، بل ظاهرهم ان استحقاق الزوج تمام المهر ، باعتبار صدق نصف المهر على النصف الباقي ، وانه لافرق بين النصف المضاف الى العين ، و بين ساير الكلى الطبيعى المحمول على الفرد المملوك .

وعلى ذلك يكون حكمهم باستحقاق الزوج النصف الباقي من المهر بالطلاق قبل الدخول باعتبار صدق النصف عليه ، منافياً لما يذكر فى المقام من ظهور النصف فى الاشاعة بين الحصتين ولكنه يحمل على خصوص حصة البايع بقريئة مقام التصرف .

وايضاً ينافى ما يذكر فى المقام ما ذكره فى باب الصلح من انه لو كانت العين بيد أحد وادعاها اثنان بسبب موجب للشركة بين المدعين كما اذا قالانها ورثاها من أبيهما وفرض اقرار ذى اليد لاحدهما بنصفها ولم يعترف للاخر بنصفها الاخر ثم بعد ذلك صالح المقر له مع المقر فى النصف الذى اعترف له بالف دينار ، فانهم ذكروا صحة الصلح ونفوذه فى ربع الدار واما فى ربعها الاخر فتمام الصلح موقوف على اجازة المدعى الاخر .

ووجه المناقاة ان النصف الذى وقع مورد الصلح بالف دينار يصدق على كل من نصفها الذى يدعيه المصالح وعلى النصف الذى يدعيه الاخر ، وعلى النصف من الحصتين ومقتضى وقوعه فى مقام المصالحة والتمليك حملة على النصف الذى ملكه باعترا ف ذى اليد ، ولذا الوصالح المقر له ذلك مع شخص آخر قبل اعتراف ذى اليد ، نفذ الصلح فى نصفه المختص .

ولذا اختار سيد مشايخنا ( قدسهم ) اختصاصه بالمقرله (١)  
و على كل حال فلا اشكال في ان لفظ (٢)

(١) يعنى حيث ان ما ذكره في مسألة المصالحة من نفوذها في ربع المال ينافي  
ظاهرهم من حمل النصف في مقام التصرف على خصوص حصة المتصرف اختار  
بحر العلوم (ره) ان النصف في مسألة المصالحة ايضاً يحتمل على خصوص حصة  
المقرله فتكون المصالحة نافذة في تمام حصة المقرله و هي نصف العين .  
وايضاً فصل في المسالك وقال لو اجريت المصالحة على نصف المقرله او على  
نصف العين فتحتمل على الحصة الواقعية للمقرله لان مقتضى الاضافة في  
الاول ومقتضى الظهور في مقام التصرف في الثاني ، هو الحمل على حصة  
المتصرف .

واما اذا اجريت على النصف المعترف به فتحتمل على الاشاعة بين الحصتين  
فتكون نفوذ معابتهما محتاجاً الى اجازة صاحبه ولكن يرد على المسالك ان ما ذكر ليس  
تفصيلاً في مسألة المصالحة بل اختيار لقول المشهور القائلين بالحمل على الاشاعة  
بين الحصتين ، لان المفروض في كلماتهم اجراء المصالحة على النصف المعترف به  
فراجع .

(٢) يعنى يحتمل النصف المضاف الى العين في مقام الاقرار على الاشاعة بين  
الحصتين ، بلا خلاف نعم مع القرينة على ارادة المقر ، حصته أو حصة غيره ، فلا  
كلام ، ولهذا أفتوا فيما اذا كانت العين بيد اثنين وكانت يد كل منهما عليها بالمنصفة  
و اعترف أحدهما لثالث بثلاثها و أنكره صاحبه ، بأن ما يبيد المعترف من نصف العين  
يكون بينه وبين الثالث المزبور على حد سواء ، كما ان ما يبيد الاخر من نصف الدار



يكون الزايد على حصته وهو سدس العين محسوباً على المعترف و الثالث على حد سواء .

لا يقال - هذا الفتوى غير مناسب لحمل الاعتراف لثالث على الاشاعة بين الحصتين ، فان مقتضى حمله عليها ان يكون ثلث ما بيد المعترف الذى هو سدس العين وثلث ما بيد الاخر وهو سدسها أيضاً لذلك الثالث ، وحيث ان صاحب المعترف ينكر الاعتراف ، فقد تلف سدس العين على ذلك الثالث ، ويبقى له السدس الذى بيد المعترف .

(فانه يقال) ما بيد المنكر من نصف العين ليس عين ماله ، بل مقدار حصته بزعم المقر و زايد على ذلك المقدار ، بثلث ولو كان مال المنكر متعيناً بما بيده كما اذا كان داران احدهما بيد زيد والاخرى بيد عمرو و اعترف زيد لثالث بنصف كل من الدارين ففي هذه الصورة باعتبار تعيين مال عمرو بما بيده ، يكون النصف الاخر مما بيده تلقاً على الثالث فقط للانكار .

والحاصل ما بيد المعترف فى المثال المتقدم ، مقدار حصته مع زيادة لانه حصته بل حصة ذلك الثالث و المعترف مقدار بلاتعيين خارجي لهما وعلى ذلك فما يحصل من العين بيد المعترف نسبتة اليه والى الثالث على حد سواء ، كما ان ما بيد المنكر زايد على حصته ، و هو سدس العين ، نسبتة أيضاً الى المعترف و الثالث على حد سواء ، و نتيجة ذلك هو الحكم بالمنصفة فى التالف و ما بيد المعترف حتى مسع حمل الاعتراف على الاشاعة بين الحصتين .

نعم لو قيل بامكان تعلق الغصب بالمشاع ، و بجواز تقسيم احد الشريكين مع الغاصب فى افراز حصته لامكن القول بان سدس العين المفروض كونها بيد

## نعم يمكن ان يقال ان التلف في هذا المقام (١)

المنكر يحسب تالفاً على الثالث فقط بدعوى ان وضع كل منهما يده على نصف العين بمنزلة تعيين كل منهما حصته بما بيده ، فلامال للمعترف بيد المنكر ليحسب تالفاً عليه وعلى الثالث معاً ولكن تعلق الغصب بالمشاع وان كان ممكناً الا انه لا يصح الافراز مع الغاصب بل لا بد من كونه برضاء الشركاء .

ويتفرع على ذلك أى على تعلق الغصب بالمشاع وعدم صحة الافراز مع الغاصب ، انه لو كانت الدار لاثنين على الاشاعة وكانا ساكنين فيها واخرج الظالم احدهما و سكن مكانه ، فيلزم على الشريع الساكن نصف اجرة المثل فى نصف الدار لصاحبه الذى اخرج الظالم لان حصة الشريك الساكن لا يتعين فى النصف الذى يسكن باعتبار عدم صحة الافراز مع الغاصب ، نعم يكون ما على الظالم ايضاً من أجره المثل له و لشريكه بالمناصفة .

(١) يعنى يمكن ان يقال عدم جواز الافراز مع الغاصب ، لا يلزم عدم الافراز فى المقام ، بل فى المقام يكون الزايد فى يد المنكر محسوباً على المقر له ، وذلك لان انكاره موجب لجواز وضع يده على نصف المال الزايد على حصته بزعم المقر ، حساباً لذلك الزايد على المقر له .

ونظير المقام مسألة الاقرار بالنسب فان مقتضى انكار الوارث الاخر ان يضع يده على الزايد على حصته حساباً على من لم يقرب نسبه فلا يكون ما بيد المقر مشتركاً بينه وبين المقر له على حد سواء .

ولكن لا يخفى ان مقتضى نفوذ الاقرار على المقر ان يترتب على ما بيده من المال اثر الواقع والمفروض ان ما بيده بحسب اقراره ملك له وللمقر له على حد سواء كما ان الموجود بيد المنكر يكون الزايد مته على حصته مشتركاً بينه وبين

المقر له كذلك .

اقول لا ينبغي الريب في ان النصف او نحوه عند اضافته الى عين لا يكون ظاهراً في الاشاعة بين الحصتين كما تقدم في تقرير مسألة الطلاق واذا ملك زيد وعمرو داراً بالمناصفة فأى جزء يفرض من الدار فهو وان كان مشتركاً بينهما بالمناصفة الا ان حصة كل منهما لا ينتصف بينهما بالمناصفة ولذا لا يكون عندما يقال نصف تلك الدار في مقام البيع والاقرار ظاهراً في الاشاعة بين الحصتين بل النصف او نحوه بالاضافة الى الحصتين من قبيل الكلى في المعين والمراد بالاشاعة فيه عدم تعيين النصف في جهة العين بكونه طرفها الشرقي او الغربي بل أى جزء يفرض من العين يقع مورد الحكم بمقدار النصف واما حساب ذلك المقدار على اى من الحصتين أو عليهما فلا بد من القرينة عليه ، ومقتضى القرينة في مقام التصرف حمله على حصة المتصرف فقط حيث ان مقتضى الاطلاق اى مقدمات الحكمة في ذلك المقام وقوع التصرف لنفسه لا عن الاخر بالولاية او فضولا فان الوقوع عن الاخر كذلك يحتاج الى التقييد والقصد فيما اذا كان المال الذى يتصرف فيه كلياً فى الذمة ، او كلياً فى المعين ، والمفروض فى المسألة ، ان البايع لم يقصد من قوله بعث نصف الدار بكذا ، الا ما يكون ظاهراً منه عند تمام الاطلاق .

ولا يبعد ان يكون الامر كذلك فى مسألة استحقاق الزوج تمام المهر مع الطلاق قبل الدخول و بعدة الزوجة نصف مهرها له ، حيث ان مقتضى خروج النصف من ملك الزوجة الى ملك زوجها بالطلاق قبل الدخول استحقاق تمام المهر . وما تقدم من المصنف (ره) من ان ظهور المتعلق حاكم على ظهور الفعل بمعنى انه لا تتم مقدمات الاطلاق فى ناحية الفعل المقتضى لصدور الفعل عن الفاعل بالاصالة مع ظهور المتعلق فى الاشاعة بين الحصتين ، ففيه اولاً ان المتعلق كما

## واما مسألة الاقرار بالنسب (١)

ذكرنا لظهور له في الاشاعة بين الحصتين .

وثانياً لا يكون ظهور المتعلق بياناً قى كل مقام بل ربما يكون ظهور الفعل ، بياناً لاطلاق المتعلق، نظير قوله لا تضرب احداً فان النهى عن الضرب الظاهر فى المولم ، قرينة على تقييد المتعلق بالاحياء ، وقد ذكر (ره) فى بحث الاستصحاب ان النهى عن النقص قرينة على اختصاص المراد من اليقين و الشك بموارد الشك فى الرافع .

هذا كله فى مقام التصرف ونحوه و اما فى مقام الاقرار ، فليس فى البين ما يوجب تعيين المقر به بخصوص حصة المقر ، بل الاخبار عن حصة من العين بانها للغير ، مقتضاه ان الحصة المزبورة تخرج عن تمام العين فينفذ من الاقرار بمقدار الاقرار على النفس ولا ينفذ ما يكون اقراراً على الغير .

(١) ومما ذكرنا فى مسألة اعتراف احد الشريكين بثلت العين للاخر يظهر حال اقرار احد الوارثين بالنسب للثالث فى ان ما يكون بيد الوارث المنكر لا يحسب تالفاً على ذلك الثالث فقط بل يكون ما بيد المقر لهما وما بيد المنكر تالفاً عليهما على حد سواء .

نعم فى البين روايات (١) وربما يستظهر منها ان التالف بالانكار لا يحسب على المقر بالنسب للثالث ولكنها لضعفها غير قابلة للاعتماد عليها ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور فيها ما لا يخفى لان نقل اصحاب الحديث تلك الروايات فى كتبهم لا يدل على عملهم بها كما يمكن ان يكون عمل البعض من غيرهم لاعتقادهم

## ودعوى انصرافه الى صورة (١)

موافقة مضمونها للقاعدة حيث تقدم دعوى ان مقتضاها حساب التالف بالانكار على المقر له فقط.

(١) حاصل الدعوى ان المراد بما لا يملك في قوله عليه السلام ولا يجوز بيع ما لا يملك بعض القرية ان مفروضة في السئوال والبعض المزبور كان بيعه من بيع مال الغير وبتعبير آخر لا يتصور في قسم الاراضى ما لا يكون قابلاً للملك شرعاً فان الاراضى الموقوفة او المفتوحة عنوة او الميتة كلها مملوكة حتى مع عدم جواز بيعها وقوله عليه السلام ووجب الشراء من البايع فيما يملك ناظر الى حكم مورد السئوال الذى فرض فيه كون بعض المبيع غير مملوك للبايع بل مملوك للآخرين فالتعدى الى حكم المقام يحتاج الى عدم احتمال الفرق في الحكم بين المسئلتين ولا مجال لمنع المصنف (ره) والتزامه باطلاق الصحيحة وشمولها للمقام كما لا يخفى .

نعم خطاب حل البيع وصحته يعم المقام حيث ان البيع بالاضافة الى ما يقبل الملك داخل في ذلك الخطاب.

ولكن ربما يناقش في صحة البيع بالاضافة الى ما يقبل الملك ايضاً ويوجهين: احدهما - ان ما قصد بيعه هو لمجموع بازاء مجموع الثمن و بيع ما يقبل الملك بازاء بعض الثمن غير مقصود مستقلاً وانما المقصود بيعه فى ضمن بيع المجموع .

وهذه المناقشة ضعيفة جداً لما ذكرنا سابقاً من ان البيع الواقع على المجموع فى امثال المقام ينحل بالاضافة الى اجزاء الصفقة غاية الامر يكون تمام البيع بالاضافة الى كل من جزئى الصفقة شرطاً فى بيع جزئها الاخر ولذا يثبت فى صورة

الجهل بالحال خيار تبعض الصفقة .

وبهذا يظهر ان قياس بطلان البيع بالاضافة الى مجموع الصفقة ببطلان الشرط بلاوجه فان فساد الشرط ايضاً كما سيأتى انشاء الله تعالى فى محله لا يوجب فساد البيع وان البيع لا ينحل بالاضافة الى شرطه بخلاف اجزاء المبيع كما ذكرنا .

وثانيهما انه وان ينحل البيع المتعلق بالمجموع الى بيع اجزائه الا ان دليل حل البيع ولزومه لا يمكن ان يعم ما يقبل الملك لان بيع ذلك الجزء بازاء بعض الثمن غررى حيث لا يعلم حال البيع مقدار الثمن الواقع بازائه .

والحاصل لو امكن التعدى من صحيحة الصفار بدعوى عدم احتمال الفرق بين المسئلتين فهو و الالزم الحكم ببطلان البيع بالاضافة الى ما يقبل الملك ايضاً .

والجواب انه لا يعتبر العلم بمقدار الثمن فى البيوع الانحلالية بل يكفى فى خروج البيع عن كونه غررياً معلومية مجموع الثمن الواقع بازاء مجموع المبيع بلا فرق بين صورة بطلان البيع بالاضافة الى بعض البيوع الانحلالية وعدمه وبلا فرق بين جهل المتبايعين أو أحدهما ببطلان بعض تلك البيوع وعدمه لان العلم بالبطلان و عدم الامضاء شرعاً لا يمنع من قصد مبادلة المجموع بالمجموع ولو كان المعلومية فى البيوع الانحلالية معتبرة لزم الحكم ببطلان البيع فى غالب موارد الانحلال لجهل المشتري بل البايع غالباً بمقدار الثمن فى كل واحد من تلك البيوع الانحلالية حال انشاء البيع المتعلق بالمجموع فى مقابل المجموع .

## مع انه لو تم ما ذكر (١)

وقد يقال انه لا يكون الغرر حال البيع موجباً لفساده فيما اذا ارتفع حال التسليم وفي المقام يرتفع الغرر عن الثمن بتقويم ما يقبل الملك وما لا يقبله وملاحظة النسبة بينهما .

وفيه انه لا يمكن الالتزام بذلك فان ظاهر النهى عن بيع الغرر ان البيع فيما اذا كان في انشائه متصفاً بكونه غرراً فهو محكوم بالفساد ولذا لا يمكن الالتزام فيما اذا باع صبرة مجهول المقدار ثم يكال قبل التسليم الى المشتري .

وما يقال من ان الغرر غير الجهل بالمقدار وفي المقام ليس في البيع غرر بل مقدار الثمن مجهول والدليل على كون الجهالة في الثمن او في المثلث موجبة لبطلان البيع هو الاجماع ومن الظاهر انه ليس في المسألة اجماع لذهاب جل الاصحاب الى صحة البيع بالاضافة الى ما يقبل الملك .

وفيه ان كان المراد بعدم الغرر في البيع معلومية مجموع الثمن بازاء الصفقة الجارية عليها البيع فهو وان كان صحيحاً لانه كما العرر منتف كذالك الجهالة في ذلك الثمن ايضاً منتفية واما الجهالة في البيوع المتعددة المنحلة والغرر فيها لا يضر بالبيع لافى المقام ولا في غيره فلا وجه لدعوى ان الغرر غير الجهالة كما لا يخفى .

(١) يعنى لو تم ان المشتري مع علمه بالحال لا يمكن ان يقصد شراء تمام الصفقة بازاء مجموع الثمن لزم الالتزام بان قصده في الحقيقة تعلق بشراء ما يملك بازاء تمام ذلك الثمن لان مع اقدمه على ضمان الصفقة بازاء تمام الثمن مع علمه بان بعض الصفقة لا يدخل في هذا الضمان في الحقيقة اقدام على ضمان ما يدخل في هذا الضمان بازائه كما صرح بذلك الشهيد (ره) في حواشى القواعد.

### بل جزم بعض هنا بوجود تقويمهما (١).

وما ذكر (ره) في تلك الحواشي يناسب ما ذكرنا في بيع مال الغير من العالم بالحال من انه لا يرجع بالثمن لانه سلط البايع على ذلك الثمن مجاناً فانه على ذلك يكون المشتري العالم بالحال في المقام مسلطاً للبايع على تمام الثمن اما في مقابل المملوك فقط او بعضه في مقابل ما يقبل الملك وبعضه مجاناً.

(١) وهذا هو الصحيح فانه في مورد بيع ما لا يقبل الملك بعنوانه كما اذا بيع الخمر بعنوانه فلا بد في تقويمه من تقويمه خمراً واما اذا بيع بعنوان ما يقبل الملك كعنوان الخل مثلا فلا بد من تقويمه خلا وهذا مقتضى بذل الثمن وجعله في المبادلة بازائه كما لا يخفى .

هذا كله فيما اذا كان ما لا يقبل الملك شرعاً مالا عرفياً واما اذا لم يكن مالا عرفياً كما اذا باع الشاة مع الوزغ صفقة بثمن فلا يمكن تقسيط الثمن على الشاة والوزغ لعدم قيمة للوزغ عرفياً والامر يدور بين ان يكون تمام الثمن بازاء الشاة فهذا خلاف مقصود المتعاقدين وبين ان يكون البيع فاسداً حتى بالاضافة الى الشاة وهذا هو المتعين باعتبار عدم طريق الى معرفة الثمن بل لكون اصل البيع غريباً لان عنوان البيع لا يحصل بالاضافة الى الوزغ حتى بنظر العرف وبالاضافة الى الشاة غررى الى هنا انتهى الجزء الثاني من مباحث البيع بقلم مؤلفه اقل العباد جواد بن على عفى عنهما ويتلوه الجزء الثالث انشاء الله تعالى اللهم انفع به اخواني ارباب الفضل وعشاق العلم واجعله ذخر اليوم فقرى وفاقتى آمين يارب العالمين .



## الفهرست

### صفحه

- ٣ - تعريف البيع  
٢٠ - استعمال لفظ البيع  
٢٤ - الفاظ المعاملات اسامى للصحيحة  
٣١- فى المعاطاة  
٣٧ - الاستدلال برواية الناس مسلطون على اموالهم  
٣٩ - حول كلام بعض الاساطين  
٧١ - التمليك الضمنى  
٨٥ - جريان المعاطاة فى ساير المعاملات  
٨٧ - ملزمات المعاطاة  
١٠٢ - الامور المعتبرة فى انشاء البيع  
١٢٠ - التعليق فى العقود  
١٢٧ - اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول

صفحة	متمن
١٤١	- قاعدة ما يضمن و ما لا يضمن
١٥٧	- حكم المقبوض مع فساد العقد
١٦٥	- الضمان فى المثلئ والقيمئ
١٨٩	- صحيحة ابئ ولاد
١٩٩	- بدل الحيلولة
٢٠٩	- معاملات الصبئ
٢٢٢	- اعتبار تعيين من له البيع
٢٢٨	- من شرايط المتعاقدين الاختيار
٢٤١	- الاكراه والتمكن على التفصئ
٢٦٥	- لزوم العقد لاحد طرفه
٢٧٢	- عقد الفضولى والرضا للباطئ
٢٨٦	- الروايات الواردة فى المضاربة
٢٨٩	- الاخبار فى الاتجار بمال اليتيم
٢٩٧	- الاخبار فى تحليل الخمس
٣٤٣	- الاجازه وحكمها
٣٦٥	- الثمرة بين الكشف والنقل
٣٨٥	- الاجازه والامور المعتره فيها
٤٠٢	- شرايط المجيز
٤١٠	- مسالة من باع شيئاً ثم ملك
٤٤٧	- شرايط العقد المجاز
٤٦٠	- فى الرد واحكامه
٤٧٠	- رجوع المشتري الى البائع بالغرامات

- ٤٨٩ - تعاقب الايدي بمال الغير  
٤٩٠ - قرار الضمان على من تلف المال بيده  
٤٩٧ - بيع ملكه مع ملك غيره بصفقة  
٥٠١ - تقسيط الثمن على المالكين  
٥٠٧ - بيع من له الدار نصفها  
٥٠٩ - مسألة الاقرار بالحصة للغير  
٥١٣ - بيع مايقبل الملك مع غيره بصفقة

## غلطنامه

الصواب	الخطاء	سطر	صفحة
بناء آ	بناء	٤	٥
عرضين	عوضين	١٨	٦
الحق	الحن	٣	١٠
التاسيسي	لتاسيسي	١٨	١٣
برضا المالك	برضا الملك	١١	٢٨
لزوم البيع	انعقاد البيع	١٠	٣٣
بحيث يكون مفادها	يكون مفادها	١٤	٤٠
لتنقل	ليتنقل	١٨	٨٠
ما يكون	يكون	١٢	١٠٤
تقديم	تقد	١	١١٣
المدرک	المدک	١	١٤٥
فاسده	فاسد	٤	١٤٥
فاسده	فاسد	٩	١٤٥

الصواب	الخطاء	سطور	صفحة
قطعه	نطعه	٢٢	١٦٤
المالك	لمالك	١٤	١٧٣
للضامن	الضامن	٩	١٧٦
لماتعين	تعين	١١	١٧٦
زايد	وبالجملة	٥	١٨٠
لايوجب امر دفع	لايوجب لدفع	١٤	١٨٢
اشكالا	اشكال	١٥	٢٠٤
كامكان	الامكان	٤	٢٣٩
ان رفع الاكراه	ان الاكراه	١٢	٢٤٨
تبخير	بتنجيز	١٢	٢٥٥
الجهتان	الجهتين	١٣	٢٥٩
تعد	تعدد	١٢	٢٦٤
بطلان الاجارة	ببطلان الاجارة	١٢	٣١١
ملكا	كان ملكا	٢١	٣٣٠
عين البيع	وعين البيع	١٩	٣٤٠
على العاقد	على اقد	١٤	٣٥٩
الصرف	التصرف	١٩	٣٥٧
فباعتبار	باعتبار	٥	٣٥٨
الملك	المملك	١٧	٣٩٦
بينامن ان	بينان ان	٩	٣٩٩

الصواب	الخطا.	سطر	صفحة
الوجه الاول	الوجه الاولى	٤	٤٠٠
المجيز	المجز	٢٢	٤٠٥
الاجازة	لاجازه	٢٢	٤٠٩
الى الاجازة	الاجارة	١٤	٤١٠
انعقاده	انعماده	١١	٤٢١
واجاز	اجاز	١٥	٤٣٢



