

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْحَمْدُ لِلَّهِ

عَلَىٰ مَا رَزَقَنَا اللَّهُ مِنَ الْعِلْمِ وَالْحِكْمَةِ وَالْقُوَّةِ

وَالْعَمَلِ

وَالْجِدْلِ

الْمُسْتَعِينِ وَالْمُتَمَكِّنِ وَالْمُتَمَكِّينِ

وَالْمُتَمَكِّينِ

وَالْمُتَمَكِّينِ

وَالْمُتَمَكِّينِ

Daftar  
inv.#72/6/1259

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY PAIR



32101 025312727

Princeton University Library

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

DUE JUN 19, 1995



# محاضرات فی الفقه الجعفری

المکاسب المحرمة

تفصیراً لاجتہاد سماحة آية الله العظمى السيد ابولفاسم نخوی

بقلم

المرحوم العلامة الحجة السيد علی احسینی الشاهرودي

قدس سره

(Arab)

KBL

.S5243

1987

juz' 2



## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد وعترته  
 الطاهرين واللعنة الدائمة على أعدائهم اجمعين الى يوم الدين  
 وبعد فقد لاحظنا هذه (المحاضرات) التي كتبها العلامة الحجة المحقق الورع النقي السيد  
 علي الشاهرودي تعهد الله برحمته واسكنه فسيح جنته تقريراً لاجتهادنا الفقهيته  
 في العائلات فوجدناها في غاية الجودة والاتقان والضبط والبيان يبرع عن  
 دقائق البحث ويحافظ على مزاياه ويلم بجهاته في حسن الاداء وجودة التصريح  
 وقد تغلبت سلاسته ببيان على تعمق البحث ودقته فأبرزه الى الوجود بصورة واضحة  
 جلية . ولا عرو فقد كان رحمه الله من نفعه عليه الأمال ان يكون احد المراجع العظام  
 يزعم بالدراسة العلمية في مستقبل الأيام لكنه يؤسفنا جداً أن عاجله المنون وهو  
 في ريعان شبابه ونضارة ايامه حيث فقدنا به احد أعمدة اولادنا الذين صرفنا جهودنا  
 في تثقيفهم واعدادهم علماء ابراراً يستنبطون احكام الدين ويتسبحون مقام القيايين  
 المسلمين وما اخص به قدس الله نفسه الزكية شدة مواطبته على اجتهاد حتى اناسمناً  
 يشكر الله سبحانه وتعالى على ما منحه اياه من عدم انقطاعه عن اجتهادنا الفقهيته والأصوات  
 ولا يربأ واحداً انهاء عشرين عاماً فكان قدوة حسنة لزملائه في النشاط العلمي والانتاج  
 القيم وقد سبقهم الى طبع تقريراتنا في الاصول فقدم الهيئة العلمية ونردهم بكتاب  
 (الدراسات) الذي لا يستغني عنه طلاب العلم . وان في آثاره العلمية التي خلفها  
 من تقريرات دروسنا الكفائية في تقليد ذكره والاشادة بفضله ونراة ضريحه وخباه  
 عن العلم واهله خير جزاء المحسنين مررت بربيع ، اشارة لكم  
 ابراهيم البرسي الخوني



\* الكتاب : محاضرات في الفقه الجعفري ج ٢

\* المؤلف : السيد علي الحسيني الشاهرودي

\* الناشر : دار الكتاب الاسلامي - قم

\* العدد : ٢٠٠٠ نسخة

\* الطبعة : الاولى

\* التاريخ : ١٤٠٩ هـ

\* المطبعة : نمونة - قم



## بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

سبحانك لا علم لنا الا ما علمتنا انك انت العليم الحكيم ✨  
ولقد جئناهم بكتاب فصلناه على علم هدى ورحمة ✨ ليشبث الذين  
امنوا وهدى وبشرى للمؤمنين ✨ وما يعلم تأويله الا الله والراسخون  
في العلم يقولون آمنة به كل من عند ربنا ✨ فمن حاجك فيه من بعدما  
جاءك من العلم فقل تعالوا ندع ابناءنا وابناءكم ونساءنا ونساءكم  
وانفسنا وانفسكم ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين ✨

(القرآن الكريم)



## تعريف البيع

قوله ( ره ) وهو في الاصل - كما في المصباح - مبادلة مال بمال (١)

(١) المراد بالاصل ما سيتضح . والمراد بالمال ما يميل اليه العقلاء ويرغبون فيه ويحبونه للانتفاع به في رفع حوائجهم ، فان الانسان - على خلاف سائر الحيوانات - مدني الطبع : لا يتمكن من أن يعيش عارياً ، او من غير مسكن يأوي اليه ، او بالتغذي بالمواد الطبيعية من غير علاج واصلاح ، فلا بدله من السعي في تحصيل المال لسد حوائجه .

ثم إن اضافة المال الى الانسان أولية (تارة) وثانوية (اخرى) والأولية قد تكون أصلية وقد تكون تبعية ، والاضافة الأولية الاصلية قد تكون (ذاتية) بمعنى عدم انتزاعها من منشأ ، كأفعال الانسان ، فان اضافتها اليه لا تحتاج الى منشأ ، فليس لغيره أن يجبره على الفعل لأنه مختار في افعاله : إن شاء فعل وان شاء ترك . ويراد من هذه الاضافة السلطنة لا الملكية ، لأنه لا معنى لأن يملك الانسان فعل نفسه . وقد تكون (عرضية) : لها منشأ انتزاع وهو أحد امور على سبيل منع الخلو : -

١ - فربما يكون منشأ الانتزاع (الحيازة) وقد اشتهر أن (من حاز ملك) و (من استولى على ما لم يسبق اليه احد فهو أولى به) وثبوت الاضافة بالحيازة امر عقلائي لا يتوقف على ورود من الشارع كحيازة الانسان المباحات الاصلية .

٢ - وربما يكون منشأ الانتزاع (الصنعة) كما اذا أخذ احد ما لا مالية له

- كالطين - فصنعه كوزاً فيكون مالاً . وهذه الصنعة هي المنشأ في اضافته اليه بعنوان أنه مال . ويترتب عليه - عند الكسر - سقوط ماليته .

٣ - وقد يكون المنشأ ( ما يلحق بالصنائع ) من الاعمال : كما اذا أتى احد بالماء من النهر ، فانه يكون مالاً وان كان عند النهر لامالية له ، ومثله حفظ الثلج الى الصيف ، فانه يكون مالاً ، وان كان في الشتاء لامالية له .

وقد يجتمع الاضافة منشأً : كحيازة الحشْب وصنعه سريراً ، فان المنشأ لاضافة السرير اليه امران : من حيث المادة الحيازة ، ومن حيث الصورة الصنعة .

وأما ( الاضافة التبعية ) فهي الاضافات الثابتة فيما يوجد في ملك الانسان : كبيض الدجاج ، وصوف الغنم ، وثمر الشجر ، فان اضافتها الى المالك بتبع الاصل .

وأما ( الاضافات الثانوية ) فهي المسبوقه بالاضافة الى شخص آخر وهي على أنحاء : ( فتارة ) تنشأ من سبب غير اختياري : من إرث او وصية - بناء على كونها من الإيقاعات - او وقف ونحوه ، و ( اخرى ) تنشأ من سبب اختياري من بيع او صلح ونحوه من العقود . ومحل البحث انما هو القسم الأخير .

ثم ان العقلاء - بما أنهم مدنيون - يحتاجون في معاشهم الى تبديل اموالهم ، كما اذا كان عند أحدهم عروضاً كالحنطة والارز ، وعند الآخر قاشاً ونحوه ، واحتاج كل منهما الى ما عند الآخر ، فيتبادلون بما عندهم ، فإذاً تكون المبادلة بينهم معتبرة .

وحيث ان مالية الأشياء مختلفة ، وتعيينها بالاجناس صعب ، جعلوا الدراهم والدنانير معياراً في المالية ، وفي تقويم الاشياء . وحينئذ المعاوضة - للأغراض العقلانية - قد تكون بين عروضين ، وقد تكون بين الدراهم والدنانير ، وقد تكون بين عروض ودراهم ، فالبيع إما أن يطلق على جميع ذلك ، أو يختص بالأخير .

ثم إن البيع حيث أنه تترتب عليه احكام خاصة - كبيع الخيارات واعتبار العلم بالوزن او الكيل في المثلن والثمن - إذا كانا من المكيل والموزون - وان لم يكن الجهل بهما موجبا للغرر على المشهور ، كما اذا كان الشعير والحنطة متساويين في الماالية ، فجعل احدهما في كفة الميزان ، وبمقداره في الكفة الأخرى من دون علم بمقدار ذلك - فلا بد لنا من تحقيق مفهوم البيع لترتب عليه آثاراً خاصة من بين بقية العقود . فنقول : البيع وان كان لفظاً عربياً ، إلا أن له ما يرادفه في جميع اللغات ، ففهم معناه لا يختص بالعربي ، فأهل كل لغة يرجع الى ما يرادفه في لغته ، فيتضح له معناه ، ولكل احد أن يجتهد في فهم المعنى .

وما ذكره في المصباح - في تعريف البيع - وان لم يكن تاماً ، إذ لا نشك في أن البيع لا يطلق على فعل الاثنتين - اعنى البيع والشراء - وانما يطلق على فعل طرف واحد منهما إلا أنه تعريف لفظي ، كما هو شأن اللغويين ، كقولهم ( سعدانة نبت ) و ( العود خشب ) فلا مجال للمناقشة فيه طرداً وعكساً .

وكيف كان ، فقد ذكرنا انه ( تارة ) يكون كل من العوضين عروضاً ككتابين اريد تبديل احدهما بالآخر ، و ( اخرى ) يكونان من الأثمان كتبديل الدراهم او الدينارير بمثلها ، او تبديل احدهما بالآخر ، و ( ثالثة ) يكون احدهما ثمناً والآخر عروضاً ، كما هو الغالب ، كما إذا كان قصد من عنده العروض نفس المال ، وقصد من عنده المال العروض الشخصى بحيث لا يرغب في غير ذلك الجنس وإن كانت ماليتها اكثر ، لعدم تعلق غرضه بالجنس الذى ماليتها اكثر ، ففي هذا الفرض لا اشكال في عدم صحة اطلاق البيع على فعل من عنده الثمن . فلا يقال باع ثمنه بالكتاب ، بل يقال اشترى الكتاب بثمان كذا . نعم يطلق البيع على فعل من عنده العروض ، فيقال باع كتابه او داره بثمان كذا .

وأما الفرض الأول - اعنى مبادلة العوضين - ( فتارة ) يكون مقصود احدهما تبديل مالية ماله ، وليس له نظر الى شخص العروض الذى يأخذه اصلاً

### قوله (ره) : الظاهر اختصاص المعوض بالعين (١) .

و ( اخرى ) تكون الخصوصية ملحوظة لكل منهما . والصورة الاولى ملحقة بالفرض الأول ، فيصدق البيع على من كان عرضه متمحضاً في حفظ ماله ، والشراء على فعل الآخر . وأما الصورة الثانية ، فالظاهر عدم صدق البيع والشراء على فعل كل منهما ، فاذا فرضنا ان زيدا له دار خارج البلد ، وعمرو له دار داخل البلد ، ولكل منهما رغبة في دار الآخر فعوضهما ، لا يصدق عليه البيع والشراء ، بل هو مجرد مبادلة بين المالكين ، وان كان ظاهر المصباح صدق البيع عليهما . فان الظاهر ارادة تعريف البيع بما كان متعارفاً في الزمان السابق من المعوضة بين العرويين ، لعدم تعارف المعوضة بالأثمان .

ولكن الصحيح أن البيع لا يطلق على ذلك ، وتعريف المصباح مبني على المسامحة كما ذكرناه . وما ذكره الميرزا النائيني - ( اعلى الله مقامه ) من أن احد المتبادلين لا يعينه - في الفرض - بائع والآخر مشترٍ ولا تعين لهما واقعاً - غريب ، فانا قد ذكرنا - غير مرة - ان احدهما لا يعينه لامصداق له خارجاً ، فالصحيح ان هذه المبادلة ليست بيعاً ولا شراء اصلاً ، وان كانت صحيحة بمقتضى ( او فوا بالعقود ) وكونه ( تجارة عن تراض ) .

وأما الفرض الثاني - اعني ما إذا كان العوضان كلاهما من الأثمان - فان كان أحد الثمنين رائجاً في مملكة اخرى ، كتبديل الاسكناس في العراق بالدينار ، فهو ملحوق بتبديل العروض بالثمن ، فيكون فعل صاحب الاسكناس بيعاً ، وفعل الآخر شراء . واما اذا كانا معارئين في البلد كتبديل دينار بدينار ، او تبديل وصف اجتماعه بالتفرق ، كتبديل دينار باربعة ارباع ، فليس شيء من ذلك بيعاً اصلاً ، بل هو مبادلة يعمها ( او فوا بالعقود ) وحاية ما كان ( تجارة عن تراض ) . هذا كله في بيان البيع من حيث المورد .

(١) أراد به الفرق بين البيع وغيره من حيث المتعلق ، فان التملك في البيع

يتعلق بالاعيان ، وفي الاجارة يتعلق بالمنافع وان كان متعلق العقد في كليهما هو العين ، فالاجارة كالبيع تتعلق بالعين ، فيقال آجرتك الدار ، ولا يقال آجرتك منفعة الدار ، بل يقال ملكتك منفعة الدار ، لأن تملك المنفعة مأخوذ في مفهوم الايجار ، فلا معنى لتعلقه بالمنفعة ، لأنه عليه يكون تملك منفعة المنفعة . وهذا بخلاف نفس التملك . ونظير ذلك الأمر والطلب ، فان الأمر يتعلق بالماهية ، والطلب يتعلق بايجاد الماهية ، لأن الايجاد مأخوذ في الأمر ، إذ معناه طلب الايجاد فلا معنى لتعلقه بالايجاد .

وعلى كل فالفرق بين البيع والاجارة ليس من جهة متعلق العقدين ، وانما هو من جهة متعلق التملك في كل منهما . وعليه فلاوجه لما توهمه بعض من كلام المصنف ( قده ) من اختلاف متعلق العقدين ، فأشكل عليه بأن متعلق الاجارة هو العين لا المنفعة ، كما أنه لا وجه لما أورده بعض على تعريف الاجارة - الذى هو تملك المنفعة ، مثل سكنى الدار ، وركوب الدابة - بكون فعل المستأجر تحت سلطنته وليس للآخر سلطنة عليه ليملكه ، فان ما يملكه المؤجر للمستأجر ليس فعلا من السكنى ونحوه ، بل هو حيثية في العين بها تكون قابلة للانتفاع .

وبعبارة اخرى : فعل المستأجر له طرفان : حيثية طرفه الى الفاعل وحيثية طرفه الى ملك المؤجر وما يملكه اياه هو الحيثية الثانية .

وقد ظهر أن ماورد من اطلاق البيع على تملك المنفعة مبني على المسامحة . لانصراف البيع عن ذلك وصحة سلبه عنه .

ثم إن المراد بالعين ما يقابل المنفعة ، فالعين كل ما يحتاج في وجوده الى الحيز ، كالأجسام ، والمنافع لا تحتاج - في وجودها - الى الحيز ، كسكنى الدار فتصدق العين على الدين وبيع الكلى في الذمة ، والكلى في المعين كصاع من صبرة فان كل ذلك يحتاج وجوده في الخارج الى حيز . والفرق بين الدين وبيع ما في الذمة : أن الدين يكون قبل بيعه مملوكاً للبائع ، والكلى في الذمة ليس ملكاً لصاحب

الذمة ، وانما له السلطنة عليه ، كسلطنته على افعاله فيملك ما في ذمته لأحد دون آخر . وأما الكلى في المعين كصاع من صبرة فهو قابل للانطباق على كل صاع من الصبرة ، غاية الأمر دائرته اضيق من بيع الكلى في الذمة ، اذلا ينطبق على صاع من غير الصبرة ، كما هو ظاهر . والبيع صادق في جميع الموارد الثلاثة .

إلا أنه قد يناقش في بيع الكلى : بأن الملكية من الأعراض التي لا تتحقق خارجاً الا في موضوع ، فاذا كان المملوك معدوماً فكيف تتحقق الملكية . وقد اطليل في الجواب عنه . ومحصل ما يقال فيه : أن الملكية ليست من المقولات ، وانما هي امر اعتبارى عقلائي امضاه الشارع ، فيمكن تحققه مع عدم تحقق موضوعه خارجاً .

وتفصيل ذلك : ان الملكية قد يراد بها ( الملكية الحقيقية ) وهي المختصة بالحق جل شأنه ، فانه مالك جميع الموجودات ، وهي بمعنى الاحاطة الحقيقية القيومية ، ويعبر عنها بالاضافة الاشراقية ، فان الممكن - كما يحتاج الى المؤثر في حدوثه - يحتاج اليه في بقاءه ، فهو - جل شأنه - مقوم لتمام الموجودات ، بحيث إذا انقطعت إفاضته عن موجود انعدم لاحالة . وهذا نظير احاطة النفس بصورها الذهنية وحضورها لدى النفس ، وهذه الاحاطة ليست من المقولات ، وانما هي منتزعة من الوجود ، بل هي عين اليجاد .

وقد يراد بالملكية ( الملكية المقولية ) المعبر عنها بالجدة ، وهي هيئة حاصلة من احاطة شيء بشيء في الخارج ، كاحاطة العمامة بالرأس ، وهي من الأعراض ، لأنها لا تتحقق الا اذا كان في الخارج محيط ومحاط .

وقد يراد بالملكية ( الملكية الاعتبارية ) فان العقلاء قد يعتبرون السلطنة لشخص لبعض المصالح ، والملكية بهذا المعنى محل الكلام ، وليست هي من الاعراض ولذا نرى بالوجدان أنه - بعد تلفظ البائع بقوله بعث والمشتري بقوله قبلت - لا يتبدل شيء من اعراض المالك ولا المملوك ، وحينئذ لا يتوقف تحققها على تحقق



موضوعها خارجاً ، بل يمكن اعتبارها لكلى المملوك وكلى المالك ، كما في الزكاة التي هي ملك لكلى الفقير .

ثم إن المبادلة ليست كبقية الافعال مثل الأكل والشرب ونحوهما ، وانما هي من الافعال التعلقية التي لا بد لها من متعلق ، فالمبادلة بين شيئين قد تكون في المكان وقد تكون في غيره ، وفي البيع تكون المبادلة بين مالين في الاضافة على ماهو ظاهر المبادلة بين مالين بعنوان المالية . واذا كان نظر صاحب المصباح في اعتبار المال في تعريف البيع الى ذلك فقد أجاد ، ولا وجه للقول بكون المبادلة في الملكية ، فان البيع قد يكون تبديلياً في غير الملكية ، كما اذا بيع سهم سبيل الله من الزكاة ليصرف ثمنه في تعمير المساجد او القناطر ، فان سهم سبيل الله ليس ملكاً لأحد ولا لجهة . وسبيل الله يكون مصرفاً له لا مالكاً . فلا تبديل في الملكية ، وهذا ظاهر . ولما ذكرناه لا بد في البيع أن يدخل الثمن في كيس صاحب المثلثم وبالعكس ، والا فلا تكون هناك مبادلة ولا بيع . ويشهد لذلك جميع موارد استعمال لفظ البيع والشراء في الكتاب المحيد (١) .

ثم إن في تعريف المصباح مساحتين ، وان قلنا ان المناقشة في تعريف اللغوى بلاوجه : ( احدهما ) - انه لا يعتبر في المبيع ان يكون ذا مالبة يرغب فيها العقلاء كما اذا اشترى احد تصوير جده أو خطه لرغبته في حفظه ، ولم يكن عند العقلاء يساوي فلساً ، فيصح الشراء ، فلا تعتبر في البيع - لاعرفاً ولا شرعاً - مالبة المبيع ،

(١) كقوله تعالى في سورة البقرة ( ولا تشتروا بآياتي ثمناً قليلاً ) ( ليشتروا به ثمناً قليلاً ) ( انما البيع مثل الربا واحل الله البيع وحرم الربا ) ( واشهدوا اذا تباعتم ) الآيات (٤١ و ٧٩ و ٢٧٥ و ٤٨٢ ) وفي سورة النساء (٧٤) ( الذين يشترون الحياة الدنيا بالآخرة ) وفي سورة يوسف (٢٠) ( وشروه بثمن بخس ) وفي سورة التوبة (١١١) ( ان الله اشترى من المؤمنين انفسهم واموالهم بان لهم الجنة . . . فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به ) .

### قوله (ره) كالثمرة على الشجرة . . . (١).

ولو فرضنا اعتبارها فيه شرعاً ، فهي غير معتبرة فيه لغة و عرفاً بلا إشكال . ومن الواضح أن المصباح لم يرد تعريف البيع الصحيح شرعاً ، والالزم أن يضيف الى ما ذكره كل ما يعتبر في صحة البيع شرعاً ، كبلوغ المتعاقدين وعقلهما وغير ذلك . (ثانيتها) - أن المفاعلة على ما صرح به اهل الفن فعل الاثني وان استعمل في فعل الواحد احياناً كما في جملة من الآيات الكريمة (١) . ولاشك في أن البيع لا يطلق على مجموع فعل البائع والمشتري معاً ، وان سلمنا اطلاقه على فعل المشتري كنفس الشراء ، وقلنا بأنه موضوع للجامع بين فعل البائع والمشتري ، وحينئذ كان الأولى لصاحب المصباح ان يعرفه بالتبديل لا المبادلة . فالصحيح على ما ذكرناه يكون تعريف البيع تبديل عين بمال في جهة الاضافة .

(١) قد عرفت ان متعلق التمليك في البيع هو الأعيان في مقابل المنفعة . واطلاقه - احياناً - على تمليك المنافع - كسكنى الدار وخدمة العبد - مسامحة واضحة كما أن استعمال الاجارة في تمليك العين مسامحة . وهذا ظاهر . إلا أنه لم يظهر لنا مراد المصنف (ره) من تمثيله لاستعمال الاجارة في نقل الاعيان باجارة الثمرة على الشجرة ، فان احتملات في اجارة الاشجار ثلاثة :

(الأول) - أن يستأجر الشجرة قبل ظهور الثمرة فيها ، ثم تظهر الثمرة لها . وعليه لإشكال في كون الاجارة لنقل المنفعة فقط ، وهي حيثية الانتفاع بالشجرة فاذا ملك المستأجر حيثية الانتفاع بالشجرة حدثت الثمرة في ملكه تبعاً ، نظير نتاج الاعيان المملوكة للانسان . فالاجارة هنا لم تستعمل في تمليك العين اصلاً .

(١) (يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون الا انفسهم وما يشعرون)

البقرة/٩ (ان المنافقين يخادعون الله وهو خادعهم) النساء/١٤٢ .

قوله (ره) وأما العوض فلا اشكال في جواز كونه منفعة (١) .

(الثاني) - أن يستأجر الشجرة بعد تحقق الثمرة لتدخل الثمرة بذلك في ملك المستأجر ، وهذا غير صحيح ، فإن الثمرة الموجودة على الشجرة يجوز بيعها مستقلاً ، ولا تدخل في بيع الشجرة تبعاً ، كما صرح به الفقهاء في كتبهم فضلاً عن دخولها في اجارة البستان او الاشجار ، إلا اذا اشترط ذلك في بيع الأشجار او اجارة البستان . وأما اطلاق الاجارة على نقل الثمرة نفسها فلم نعر عليه في كلمات الأئمة (ع) ولا في كلمات الفقهاء . وأما اهل القرى فلا اعتبار باطلاقهم المسامحي ، وهو واضح .

(الثالث) - أن يستأجر الأشجار بعد وجود الثمرة لها ، ولكن بحيث يكون متعلق التمليك فيها هو حيثية الانتفاع من التنزه وغيره ، ويشترط في ضمنها دخول الأثمار في ملك المستأجر . وفي هذا الفرض ايضاً لم تستعمل الاجارة في نقل العين ، وإنما يكون نقلها بالشرط في ضمن العقد . والحاصل : أن المصنف (ره) اجمل المراد من هذه النواحي الثلاث ، ولم يفهم المراد من عبارته (اعلى الله مقامه) .

(١) قد ذكرنا أن البيع لإنشاء تبديل عين بهال ، فمن طرف الموجب لا بد وأن يكون المنقول عيناً ، ومن طرف القابل يجوز ان يكون عيناً ، كما يجوز أن يكون منفعة . وأما الاجارة فحيث أنها تبديل المنفعة بالمال ، فمن طرف الموجب يكون المنقول منفعة ، ومن طرف القابل يمكن ان يكون عيناً - كما هو الغالب - ويجوز أن يكون منفعة كما يجار دار بسكنى دار اخرى .

قوله (ره) وأما عمل الحر . . . (١) .

## عمل الحر

(١) توضيح ما أفاده - أعلى الله مقامه - على ما ذكره بعض المحشين : أنه لإشكال في أن عمل العبد يكون مالاً ومملوكاً لمولاه ، ومثله عمل الحر بعد وقوع المعاوضة عليه ، ولذا يضمن للمالك إذا منعه الجائر من الانتفاع بذلك ، كما أنه يكون موجباً لحصول الاستطاعة في الحج . وأما عمل الحر قبل وقوع المعاوضة عليه فليس من الأموال .

واستدل عليه بوجهين :

(الأول) - عدم كونه محققاً للاستطاعة في الحج ، فإذا فرضنا أحداً غير مستطيع بالفعل ، ولكنه يقدر على صنعة كالكتابة يتمكن بها من تحصيل مقدار من المال يفي للحج في زمن قصير لا يكون مستطيعاً ، ولا يكون وجوب الحج عليه فعلياً . وهذا كاشف عن عدم كون العمل مالاً له .

(الثاني) - أن الحر إذا لم يكن أجيراً ، وحبسه الجائر لا يضمن له ما يقوته بذلك من أعماله ، ولو كانت أعماله مالاً لضمنها ، كما في إتلاف غيرها من الأموال فإذا لم يكن عمل الحر مالاً قبل المعاوضة لا يمكن جعله عوضاً في البيع من جهة اعتبار مالية المبيع قبل وقوع المعاوضة .

(وفيه) : أنه لا تعتبر في البيع الملكية في العوضين قطعاً ، وإلا لكان بيع الكلي في الذمة أولى بالاشكال ، فإن الانسان لا يكون مالاً لما في ذمته . ومن هنا لا تتحقق به الاستطاعة ، ولا يكون موجباً للضمان فيما إذا أراد أحد بيع ما في ذمته ومنعه غيره منه ، فالعقلاء لم يعتبروا الملكية للحر بالإضافة إلى أعماله ، كما لم يعتبروا الملكية في المبيع والتمن . وإنما المعتبر فيها المالية ، وهي ثابتة في عمل الحر ، فانه مما يرغب فيه العقلاء ويكون مضافاً إلى الفاعل كما بيناه سابقاً ، فلان منع من جعله عوضاً

وما ذكر من الوجهين يرد على أولهما : أن الموضوع في وجوب الحج - على ما يظهر من الأخبار (١) الواردة فيه - هو أن يكون عنده من المال ما يفي بزاده وراحلته ، وهذا العنوان غير صادق في محل الكلام ، فان العمل وإن كان مالا ، إلا أنه لا يصدق عليه عرفاً أنه عنده مال ، ولا ينتقض بعمل العبد والحر الأجير ، فانه يكون نظير منافع الدار مما تحصل به الاستطاعة .

ويرد على الوجه الثاني : - أن الحر اذا لم يكن كسوباً ، ولكن كان له شأنية الكسب وقابليته ، فلا يكون ذا مال عرفاً ، فلا يصدق إتلاف المال اذا حبسه الجائر ومنعه عن أعماله . وأما إذا كان كسوباً بالفعل فحبسه الجائر ، يكون ضامناً لما يفوته بسببه من الاعمال ، لصدق ( من أتلف مال غيره فهو له ضامن ) .

(١) - ١ - محمد بن يعقوب باسناده عن عثمان الحلبي عن ابي عبد الله ( ع ) في قول الله تعالى : ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً « ما السبيل ؟ قال : أن يكون له ما يحج به » .

٢ - محمد بن علي بن الحسين في عيون الأخبار عن الفضل بن شاذان عن الرضا ( ع ) في كتابه الى المأمون ، قال : « وحج البيت فريضة على من استطاع اليه سبيلاً ، والسبيل الزاد والراحلة مع الصحة » .

٣ - وفي كتاب التوحيد . . . عن هشام بن الحكم عن ابي عبد الله ( ع ) في قوله عز وجل ، ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً « ما يعني بذلك ؟ قال : من كان صحيحاً في بدنه مخلاً سر به له زاد وراحلة » .

الوسائل - الباب الثامن من ابواب وجوب الحج بوجود الاستطاعة الحديث (٣ و ٦ و ٧) .

قوله (ره) : وأما الحقوق الاخر . . . (١) .

## الحقوق

(١) لم يتقدم ذكر الحقوق ليصح وصفها بالاخر . وقد ذكر السيد (اعلى الله مقامه) في توجيهه ما نصه : « يمكن ان يكون الوصف توضيحياً ، ويمكن أن يكون تقييدياً بعد اعتبار كون العين والمنفعة ايضاً من الحقوق بالمعنى الأعم » .  
ولا يخفى ما فيه : - فان حمل التقييد في المقام على التوضيح - مع عدم ترتب أية فائدة على ذكره - لغو ظاهر ، وحمله على التقييد والاحتراز بالاعتبار المذكور في كلامه غير صحيح ، فان العين او المنفعة مما يتعلق به الحق المبحوث عنه في المقام ، فانه سنخ من الاعتبار والنسبة بين الانسان وما يتعلق به ، فهو مبين للعين والمنفعة فكيف يمكن حمله على ما يعمها ؟ فالظاهر أن في العبارة تقييداً وتأخيراً ، ولعلها من النساخ . والصحيح هكذا : -

« وأما الحقوق ، فان لم تقبل المعاوضة بالمال ، كحق الحضانة والولاية فلا إشكال ، وكذا لو لم يقبل النقل : كحق الشفعة وحق الخيار . وأما الحقوق الاخر القابلة للانتقال : كحق التحجير ونحوه ، فهي وان قبلت النقل وقوبلت بالمال في الصلح . . . » .

وكيف كان ، فقد قسم المصنف (ره) الحقوق الى ثلاثة أقسام : -  
(الأول) - ما لا يقبل المعاوضة بالمال ، ومثل له بحق الحضانة والولاية .  
(الثاني) - ما لا يقبل النقل وإن قبل الاسقاط بل الانتقال بارث ونحوه ومثل له - على ما ذكرناه - بحق الشفعة وحق الخيار .

(الثالث) - ما يقبل النقل والانتقال : كحق التحجير ، وحكم بعدم جواز جعل الحق في القسمين الأولين ثمناً في البيع ، وتردد في ذلك في القسم الثالث ، مع صحة مقابله بالمال في الصلح . وقبل التكلم في حكم كل من الأقسام لابد من بيان الفارق بين الحق والملكية : -

فنقول : الملكية تطلق ( نارة ) ويراد بها السلطنة والاحاطة الحقيقية كملكية الله تعالى بالاضافة الى مخلوقاته . و ( اخرى ) تطلق على السلطنة الخارجية التكوينية كمالكية الانسان لأفعال نفسه أو ذمته ، فان الانسان - تكويناً - يملك ذلك وليست مالكيته لذمته او لفعل نفسه كمالكيته لعمل عبده أو أجيره ، وهذه الملكية بمعنى الاختيار ، بحيث إن شاء فعل وإن شاء ترك ، وهذا هو المراد من قوله تعالى - حكاية عن كلمه ( ع ) - ( لا أملك إلا نفسي وأخي ) اي ليس تحت اختياري غير نفسي وأخي .

و ( ثالثة ) - تطلق الملكية على الملكية الاعتبارية ، وهي سلطنة اعتبارية ثبتت باعتبار من بيده الاعتبار من الشارع والعقلاء . وهذه الملكية ليست منتزعة من الأحكام التكليفية ، لثبوتها في موارد عدم ثبوت حكم تكليفي رأساً ، كما اذا كان المالك مجبوراً عليه او كلياً او جهة . وقد ينعكس الأمر ، وقد يجتمعان ، فبينهما عموم من وجه ، كما أنها ليست من الأعراض المقولية .

وقد استدل شيخنا المحقق ( قده ) على ذلك بوجوده ثلاثة : ( ثالثها ) - وهو الصحيح - أن الملكية لو كانت من الأعراض لاستحال تحققها في الخارج مع عدم تحقق موضوعها ، كما هو شأن الأعراض ، فان وجود العرض لنفسه عين وجوده لموضوعه ، وقد نرى ثبوتها للكلي كما في الزكاة ، فانها ملك لكلي الفقير وللجهات ، كما في الوقف على الجهات ، وهكذا تعتبر الملكية للكلي في الذمة فتتحقق الملكية . واعتبارها للكلي شاهد على عدم كونها من الأعراض .

وأما الوجهان الآخران : فغير تامين . وحاصل الوجه الثاني - أن الوجدان اقوى شاهد على أنه لا يتغير - بعد البيع والشراء مثلاً - عرض من اعراض المالك ولا المملوك .

وفيه : أنه مصادرة واضحة ، إذ كيف يمكن أن يقال أنه لا يوجد في الخارج شيء بعد حصول النقل والانتقال بالبيع أو الارث او غيره ، مع أن

الملكية قد وجدت لامحالة ، فان الوارث كان فقيراً قبل موت مورثه وبعده صار غنياً ، وكون الملكية المتحققة عرضاً او امراً اعتبارياً هو محل الدعوى .

وأما الوجه الأول - فحاصله : أن الملكية لو كانت من الأعراض لم تختلف فيها الانظار ، مع أن الملكية تختلف فيها الأنظار ، فقد يكون شيء مملوكاً لاحد بنظر دون نظر ( ففيه ) أن اختلاف الأنظار في الامور الحقيقية غير عزيز ، فليس كل أمر واقعي - من الجوهر أو العرض - غير قابل للاختلاف فيه ، بل الامور على قسمين : ( أحدهما ) - ما هو بديهى كاستحالة اجتماع النقيضين فلا تختلف فيه الأنظار ( ثانيهما ) - ما يكون نظرياً يقع فيه الاختلاف لامحالة . فالصحيح من الوجوه هو الوجه الأخير في كلامه ، زيد في علو مقامه .

فظهر بما بيناه أن الملكية امر اعتباري في مقابل بقية الاعتباريات ، وليست منتزعة من الحكم التكليفي ، فهو قسم من الحكم الوضعي . وقد أوضحنا حقيقة الحكم التكليفي والوضعي في محله .

وأما الحق في اللغة فبمعنى الثابت ، إلا أنه بحسب الاصطلاح لا يطلق إلا على الحكم القابل للاسقاط . ومرجه الى عدم جواز مزاحمة من عليه الحق لمن له الحق ، سواء كان من عليه الحق شخصاً خاصاً كمن عليه الخيار في البيع ، فان من له حق الفسخ لا يجوز أن يزاحمه من عليه الحق في الفسخ ، او لم يكن شخصاً خاصاً كما في حق التحجير أو حق السبق الى الوقف ونظائره من الحقوق ، فانه لا يجوز لغير من له الحق من المكلفين أن يزاحمه في تعميم مورد التحجير ، أو في الجلوس في المسجد مثلاً وهكذا دائماً ينتزع الحق من عدم جواز المزاحمة الثابت في مورد الحقوق لكونه متعلقاً بشخصين ، كما عرفت . ويمكن أن يكون هذا وجهاً للفرق بين الحق وسائر الاحكام ومن هنا لا يتعلق الحق الا بالافعال كحق العماره في موارد التحجير وحق القصاص والفسخ ونحو ذلك .

فالصحيح أن يقال أن الحق لا يغير الحكم بل هو حكم شرعي اختياره بيد



من له الحق فله إسقاطه .

والحاصل ان الحق حكم تكليفي إلزامي ، أو ترخيصي ، أو وضعي جوازي أو لزومي . ومرادنا من الحكم الوضعي في المقام الحكم بنفوذ التصرف وهو الجواز الوضعي ، أو الحكم بعدم نفوذه وبطلانه ، وهو اللزوم الوضعي لا بقية الاحكام الوضعية : كالزوجية والرقية ونحوهما .

ومما يشهد لما ذكرناه - من أن الحق هو الحكم بعينه - أنا لا نرى فرقاً بين الجواز الحكمي غير القابل للإسقاط في جواز قتل الكافر تكليفاً وبين الجواز الحقي في جواز قتل الجاني قصاصاً ، وهكذا لافرق في جواز رجوع الواهب وضعاً وجواز رجوع من له الخيار في البيع ، مع أن الاول حكمي والثاني حقي ، وكذلك لافرق بين اللزوم الحقي والحكمي ، فليس في موارد ثبوت الحق أمر آخر سوى الحكم الشرعي القائم بالملكف ، غاية الأمر أنه قابل للإسقاط دون غيره من الاحكام الشرعية . ولهذا قلنا أن الملكية قد تتعلق بالاعيان والحق لا يتعلق إلا بالافعال ، فان الملكية اعتبار شرعي او عقلائي ، وليست منتزعة من الحكم التكليفي لثبوتها في موارد عدم تحقق الحكم التكليفي كالصبي فانه مالك وليس له حكم تكليفي فالحق عين الحكم وبالعكس .

ثم إن الحكم الوضعي أو التكليفي ربما يستفاد من الدليل قابليته للإسقاط ، فيعبر عنه اصطلاحاً بالحق ، وقد لا يكون قابلاً للإسقاط ، فيعبر عنه بالحكم ، وقد يطلق الحق على الحكم غير القابل للإسقاط احياناً ، كما في حق المارة ، فانه ليس إلا جواز التصرف في مال الغير وهو غير قابل للإسقاط . هذا كله بالاضافة إلى من له الحق .

وأما من عليه الحق ، فلم يكن بالنسبة إليه سوى الحكم التكليفي ، فان كلام من الزوج والزوجة له حق على الآخر كما هو صريح الآية (١) إلا أن حق الزوج

(١) ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة (البقرة/ ٢٢٨)

أكثر درجة من حق الزوجة ، فعلى الزوج حق الانفاق وليس معناه إلا وجوب الانفاق عليه ، وعلى الزوجة حق التمكين وليس معناه الا وجوبه عليها ، وهكذا في غير ذلك من الموارد ، فلم نعتبر على امر اعتباري - غير الحكم الشرعي باقسامه يكون ثابتا لمن له الحق او من عليه الحق - يسمى بالحق اصلا ، وهكذا الحق العرفي ليس الا أحكاما عرفية على ما ذكرناه .

## ( حكم الشك في قابلية الحق للاسقاط والنقل )

إذا عرفت ما ذكرناه يقع الكلام في موارد :-

( الاول ) - في جواز جعل الحق القابل للنقل عوضا في البيع .

( الثاني ) - فيما إذا شك في قابلية الحكم للاسقاط أو للنقل وما تقتضيه

القاعدة في ذلك .

( الثالث ) - في الشك في قابلية الحق للانتقال .

( أما المورد الاول ) فالظاهر عدم جواز جعل الحق عوضا سواء قلنا بأنه سلطنة ضعيفة كما هو المشهور ، أو قلنا بأنه حكم شرعي كما هو المختار ، فعلى الاول يكون البيع - على ما مر تعريفه من المصباح - عبارة عن المبادلة بين المالكين في الاضافة أو في الملكية ، فالمبادلة في متعلق الاضافة ، فلا تتم مبادلة نفس المالكيتين أو السلطنتين وإن كانت السلطنة مالا وما يرغب فيها العقلاء ، فلو كان نظر المصنف اعلى الله مقامه - في ترده في جواز جعل الحق عوضا ونفي الميرزا النائيني ( ره ) لذلك - الى ما ذكرناه ، فهو متين جدا .

نعم على هذا لا مانع من جعل متعلق الحق عوضا في البيع كحل البيع في الخيار إلا أنه خلاف المتعارف وخارج عن محل البحث ، وهو جعل نفس الحق عوضا كما لا مانع من جعل الاسقاط عوضا في البيع .

هذا بناء على كون الحق سلطنة . وأما بناء على كونه حكما شرعيا ، فالظاهر

أن الحكم الشرعي - باقسامه - لا تكون له اضافة مالية الى من يقوم به الحكم من المكلفين أصلاً . وقد عرفت أن البيع هو تبديل المالكين في الاضافة ، فحكم الشارع بالجواز أو اللزوم وإن كان قابلاً للاسقاط والنقل ، وكان مما يرغب فيه العقلاء ، إلا أنه لا يكون مضافاً الى المكلف باضافة مالية أو دونها مما يكون مصححاً لصدق البيع . نعم على هذا يمكن جعل اسقاطه عوضاً .

(و أما المورد الثاني ) وهو ما إذا شككنا في قابلية الحكم للاسقاط ، فإن كان لدليله اطلاق يعم ثبوته فيما بعد الاسقاط جاز التمسك به ، وان لم يكن له إطلاق : كما إذا كان دليل الحكم الاجماع ، فإن قلنا بجريان الاستصحاب في الحكم الكلي الشرعي فنستصحبه ، وإلا فمقتضى عموم مثل قوله (ع) « لا يجوز التصرف في مال احد الا باذنه » (١) عدم جواز التصرف فينتفي الحكم السابق بالاسقاط وهكذا الكلام في الحكم الوضعي ، إلا أن في استصحابه اشكالا آخر وهو كونه تعليقياً . (و أما المورد الثالث ) وهو الشك في قابلية الحق للانتقال بالارث ونحوه ، فالصحيح فيه الحكم بعدم الانتقال ، لأن ما ينتقل الى الوارث هو ما تركه الميت . والمراد به بحسب الفهم العرفي ما يبقى بعد ذهاب الميت ولا يكون قائماً بشخصه ، فإن ما يكون متقوماً بشخص الميت يذهب بذهابه ولا يصدق عليه عنوان ما تركه الميت ، فاذا شككنا في قابلية الحق للانتقال وعدمه يشك في شمول ما تركه الميت له ، والاصل عدم انتقاله اليه .

(وبما ذكرنا ) ظهر أن القابلية للانتقال من شؤون قابلية الشيء للنقل فانه إذا كان قابلاً له يصدق عليه ما ترك فينتقل الى الوارث ، واذا شككنا في قابلية الحكم للنقل فمقتضى الاصل العملي دائماً والاصل اللفظي في بعض الموارد هو عدم

(١) لم اعثر على هذا اللفظ والموجود في الوسائل الباب الأول من ابواب كتاب

الغصب الحديث (٤) عن صاحب الزمان عجل الله فرجه قال « لا يحل لاحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه » .

قوله (ره) : ثم ان لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية . . . (١) .

قابليته للنقل ، وذلك لان الانتقال وعدم جواز مزاحمة المنقول اليه كما لم يجز مزاحمة الناقل مخالف للاصول والقواعد، ففي حق الفسخ مثلا إذا نقله من له الحق الى غيره ، وشك في قابليته للنقل ففسخ المنقول اليه البيع وأخذ مال الغير منه قهرا كان هذا من اكل مال الغير بالباطل لانه ليس بالتجارة عن تراض ، وقد نهى المولى سبحانه عنه بقوله (لاتاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض) والمفروض أن الفسخ ليس عن تراض ، وهكذا ثبوت حق التحجير لمن نقله من له الحق اليه وعدم جواز مزاحمة الناس اياه مناف لعموم ( من سبق الى مالم يسبقه اليه غيره فهو اولى به ) إلى غير ذلك ،

نعم تبقى في البين عمومات ( او فوا بالعقود ) ( واحل الله البيع ) وقوله (ع) (الصلح جائز بين المسلمين) فهل يمكن ان يستفاد منها قابلية الحكم للنقل إذا وقع عليه شيء منها ام لا؟ الظاهر العدم، لأنها لا تكون مشرعة ومبينة لما يكون للمتعاقدين السلطنة عليه وما لا يكون ، بل هي ناظرة الى نفوذ اسباب النقل والانتقال في موارد ثبوت السلطنة التامة لكل من المتعاقدين على ماله ولو عند العرف والعقلاء ، ولذا إذا فرضنا أن أحداً آجر نفسه للغناء أو جعل فعله هذا عوضاً في البيع ، ونفرض أنا نشك في حرمة الغناء وكونه تحت سلطنته وضعا ، فان الحرام لا يجعل عوضاً ، ولا تقع المعاملة عليه - لا يمكننا التمسك بعموم ( أو فوا بالعقود ) والحكم بدلالته بالالتزام على صحة العقد وجواز الغناء تكليفاً ، وهذا ليس إلا لما ذكرناه من أن هذه العمومات لا تثبت السلطنة على اصل النقل ، بل هي ناظرة الى اسبابه .

فالحق أن مقتضى الاصل عند الشك في قابلية الحكم للنقل هو العدم .

(١) أقول : البيع - كما عرفت - انشاء تبديل عين بمال ، فيعتبر أن يكون المبيع عيناً . وأما الثمن فيمكن أن يكون عيناً ، كما يمكن أن يكون منفعة أو عملاً . وأما الحق فقد عرفت الكلام فيه . ويعتبر في صدق عنوان البيع أن يكون عرض

البائع حفظ ما بيته وإن كان في شخص الثمن وغرض المشتري شخص المبيع ، وإلا فلا يصدق البيع ، كما إذا فرضنا تعلق غرض كل منهما بشخص مال الآخر كتبديل كتاب بكتاب ، فانه لو سئل كل من المتبادلين هل بعث كتابك ؟ يقول لا ولكن بدلته بكتاب آخر .

## الفرق بين الانشاء والاخبار

المشهور ذهبوا إلى أن الانشاء عبارة عن إيجاد المعنى باللفظ ، فلا يتصف بالصدق والكذب ، والاخبار عبارة عن حكاية النسبة الخارجية لإثباتنا أو نفيها فيمكن اتصاف الاخبار بلحاظ الخارج بالصدق والكذب ، ومن هذه الجهة فرقوا بينهما .  
( والصحيح ) استحالة إيجاد المعنى باللفظ ، سواء كان المعنى من المقولات المتأصلة أو من الامور الاعتبارية ، فان المتأصلات مستندة الى مبادئها الخارجية والامور الاعتبارية إنما هي بيد من له الاعتبار . واللفظ أجنبي عن كل ذلك ( نعم ) ربما يكون للفظ لوازم كخرقه للهواء أو ترتب انتباه الغير أو هتكه عليه ، ولكنه غير إيجاد المعنى باللفظ .

واما كون الانشاء استعمالا للفظ في المعنى ، فهو وان كان صحيحا ، إلا أن الاستعمال ما يعبر عنه بالفارسية ( بكار بردن ) اي اعمال الشيء في مورده ، واستعمال الاشياء يختلف ، فمثل استعمال اللباس يكون باللبس ، واستعمال الاناء يكون بالشرب والأكل ، واستعمال اللفظ عبارة عن إعمال تعهد الواضع ، فان الواضع قد تعهد التوصل باللفظ الى تفهيم المعنى واحضاره في ذهن السامع ، فعنى استعمال اللفظ اعماله في ذلك ، وهذا أجنبي عن إيجاد المعنى باللفظ ، كما هو ظاهر .

( وبالجملة ) لا يوجد بقول ( بعث واشترت ) اي موجود لا في الخارج ولا في الاعتبار ( فالصحيح ) - كما بيناه في الاصول - أن الالفاظ - من المفردات والمركبات من الجمل الخبرية والانشائية - كلها موضوعة لبراز الامر النفساني

الذي به يمتاز الانسان عن سائر انواع الحيوان ، فانه يمكن إبراز ما في ضميره بانحاء من الكتابة والاشارة و اراءة فرد من الطبيعي في الخارج ، إلا أن ذلك قد يتعسر أو يتعذر ، فالواضع إنما وضع الألفاظ لذلك تسهيلا ، وتعهداً أن يتلفظ بلفظ خاص إذا أراد تفهيم المعنى المخصوص ، فاللفظ دائما يدل على قصد التفهيم .

ثم إن الجمل الانشائية دالة على الاعتبار النفساني على اختلاف انواع ما يتعلق به الاعتبار ، فانه قد يكون ثبوت شيء في ذمة المكلف ، وقد يكون الملكية او الزوجية او الحرية أو غير ذلك .

و ( الجمل الخبرية ) تدل على قصد الحكاية ، ومن هذه الجهة لافرق بينهما وبين الجمل الانشائية في عدم الاتصاف بالصدق والكذب . وإنما الفرق بينهما من ناحية المتعلق ، فان متعلق الابرار في الجمل الخبرية الحكاية ، وهي تتصف بالصدق والكذب ، والانشاء عبارة عن ابراز الاعتبار النفساني الذي لا تعلق له بأمر خارجي .

ثم إن الانشاء قد يكون موضوعا لحكم الشارع أو العقلاء وامضائهم ، وقد لا يكون ، كما أن المسافر يكون موضوعا لوجوب القصر ، والحاضر موضوعا لوجوب التمام ، ولا معنى لان يتسبب المنشيء بالانشاء الى اعتبار الشارع كما لا يتسبب الى حكمه بوجوب القصر في السفر ، وهكذا لا يتسبب المنشيء بالانشاء الى اعتبار العقلاء ، بل يمكن أن يتحقق البيع مع عدم وجود عاقل في العالم سوى المتبايعين ، ومع وجودهم ايضا ، فالغالب أن المتبايعين لا يقصدان التسبب الى ذلك ، بل يكونان غافلين عن اعتبار العقلاء .

( وبالجمله ) فكما لا يوجد المعنى بالانشاء كذلك لا يتسبب به الى اعتبار الشارع او العقلاء اصلا ، بل ليس في مورده سوى ابراز الاعتبار النفساني ، وربما يترتب عليه اعتبار العقلاء او الشارع ، وهذا غير التسبب . وما ذكرناه جار في جميع الانشاءات من العقود والايقاعات من غير فرق بينهما .

قوله (ره) : حيث ان البيع من مقولة المعنى دون اللفظ . . . (١)

## (إشكالات على تعريف البيع)

(١) لا يخفى ما في كلامه ( قدس سره ) في المقام فانه او رد - على تعريف العلامة (ره) للبيع بالايجاب والقبول الدالين على الانتقال - بانه من مقولة المعنى دون اللفظ ، والالم يعقل انشاؤه باللفظ ، ثم قال الاولى تعريفه بانه انشاء تملك عين بمال ويرد عليه مثل ما اورده على العلامة ( ره ) بعينه .

والتحقيق أن البيع ليس من قبيل المعنى محضاً ولا من قبيل اللفظ محضاً ، بداهة ان الاعتبار المحض القائم بالنفس لا يكون بيعاً ولا صلحاً ولا غيره من العقود ، كما أن اللفظ المجرد لا يكون عقداً وإنما العقد عبارة عن الاعتبار المبرز كما كان الحال كذلك في الأمر وأما ما ذكره من الاشكال فيرد عليه نقضاً وحلاً :

( أما النقض ) فمثل الاذن الذي هو من الايدان بمعنى الاعلام ، فلا يطلق على الرضا ما لم يبرزه الراضي ومع ذلك ينشأ بلفظ اذنت ، وهكذا الامر معناه الطلب المبرز ويمكن انشاؤه بلفظ آمرك ، وفي المقام كذلك فيمكن ان يكون البيع بمعنى انشاء تبديل العين بالمال او التبديل الانشائي ، ومع ذلك ينشأ بلفظ بعت .

( وأما الحل ) فهو أن هذه العناوين لم توضع لمصداق الاعتبار المبرز ليستحيل ابرازها وانشاؤها ، وإنما هي موضوعة للاعتبار المنشأ الذي قد يكون موجوداً ، وقد يكون معدوماً ، فلا مانع من ايجاد هذا المفهوم وانشائه باللفظ ، ولعل الشبهة نشأت من اشتباه المفهوم بالمصداق ، فالبيع عبارة عن مفهوم انشاء تبديل العين بالمال او التبديل الانشائي . فاذا أبرز اعتبار التبديل بلفظ بعت او غيره كان مصداقاً للبيع وهكذا الحال في الأمر فانه موضوع لابرز اعتبار شيء على ذمة المأمور فاذا ابرز ذلك بلفظ آمرك أو غيره كان مصداقاً للأمر .

- قوله (ره) : منها - أنه موقوف على جواز . . . (١)  
 قوله (ره) : ومنها - أنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه . . . (٢)  
 قوله (ره) : ومنها - أنه يشمل التملك بالمعاطاة مع حكم المشهور بل  
 دعوى الاجماع على انها ليست بيعا . . . (٣)

(١) اورد على تعريفه (قده) - البيع بأنه إنشاء تملك عين بمال - بوجوه :  
 (منها) - أن لازمه جواز انشاء البيع بلفظ ملكت ، ثم التزم بعدم الضير فيه . (أقول) :  
 لا إشكال في جواز انشاء البيع بلفظ ملكت ، إلا أنه لا يلزم مرادفة البيع والتملك  
 فان البيع يمكن إسناده الى الطرف مطلقا ، سواء كان اصيلا أو وكيلاً أو ولياً ،  
 فيصح ان يقال في البيع للولي بعثك هذا المال بمال ابنك ، وهذا بخلاف بقية عناوين  
 العقود ، ففي التزويج لا يصح الاسناد الى الولي او الوكيل ، فلا يقال زوجتك ، بل  
 يقال زوجت ابنك او موكلك ، والتملك ايضا يكون نظير التزويج ، فلا يقال  
 لولي المشتري ملكتك السلعة بكذا وهكذا الوكيل . لان دخول المثلث في كيس  
 من يخرج الثمن من كيسه وبالعكس مأخوذ في عنوان البيع ، بل قد يتحقق البيع  
 بلا تملك ، كما إذا وصى بصرف ماله في جهة خاصة : كعمارة المسجد ونحوها ،  
 فاشترى به مال ، فانه لا يدخل في ملك أحد أصلا ، ومع ذلك يصدق عليه البيع .  
 (٢) أجاب (قده) عن هذا النقص بما تقدم الكلام فيه . والصحيح في الجواب  
 أن يقال إن التملك في بيع الدين على من هو عليه ثابت ، إلا انه تملك بالملكية  
 الحقيقية لا الاعتبارية ، وقد ذكرنا فيما تقدم أن ما يزول عن البائع عندهما يبيع ما  
 في ذمته من الملكية هو الذي يرجع اليه عند شرائه لما في ذمة نفسه ، فلا يبقى حينئذ  
 لما أفاده من السقوط والتهاز وجه صحيح .

(٣) فيه أولا - أن المعاطاة - على ماسيجي الكلام فيها - بيع صحيح حقيقة  
 بل لازم . و (ثانياً) - أن المنفي عند المشهور او المجمعين انما هو صحتها ، ولا ينافي  
 ذلك صدق البيع عليها عرفا ، غاية تكون بيعا فاسدا كغيرها من اقسام البيع الفاسد



## قوله (ره) : ومنها صدقه على الشراء . . . (١)

شرعاً ، لاختلال بعض ما يعتبر في الصحة . ومن الواضح أن التعريف المذكور تعريف لمفهوم البيع عرفاً لا البيع الممضى شرعاً ، ويشهد لما ذكرناه - أن المنقى عندهم صحته لا كونها بيعاً - نفس التمسك بالاجماع والشهرة ، فإنه انما يرجع اليهما في الاحكام الشرعية لاني تعيين المفاهيم العرفية ، فالمشهور انما نفوا صحته اولزومها ، وذهبوا الى كونها مفيدة لباحة التصرف ولم ينفوا كونها بيعاً عرفاً .

(١) حاصله أن المشتري ايضاً يملك العين بالمال ، وهكذا المستأجر يملك العين غالباً بالمنفعة ، ولا فرق بين الشراء والاستيجار إلا في أن العوضين في الشراء يمكن أن يكون كلاهما عيناً ، وفي الاجارة يكون أحد الطرفين منفعة . وأجاب (قده) عن النقض بان التملك في الشراء ضمني ، ثم عطف عليه دفع النقض بالاستيجار ، وذكر أن جوابه يظهر مما ذكره في الشراء .

(نقول) : لم نفهم ما أراه (قده) من كون التملك من جهة المشتري ضمنياً ، فإنه إن أراد به أن تملكه يكون بنحو المطاوعة والقبول أي تبعاً لفعل البائع ، فهو لا ينافي صدق التملك . وعليه لا بد وأن يكون الشراء بيعاً تبعياً ، مع أن ذلك غير معتبر في الشراء . وإن أراد أن القبول يعتبر فيه أن يتأخر عن الايجاب ، ففيه أنه إنما يعتبر فيما إذا أنشأ القبول بلفظ قبلت أو رضيت ونحوه مما اخذ في معناه المطاوعة . وأما إذا أنشأ بلفظ اشتريت أو تملكيت ، فلأمانع من تقديمه على الايجاب فابتداءً يقول المشتري اشتريت منك المتاع الفلاني بكذا درهم ، فيقول البائع قبلت أو بعته ، كما أن النكاح أيضاً يمكن إنشاؤه من طرف الزوج ، فيقول للزوجة تزوجك في المدة المعلومة بمبلغ كذا ، فاذا قالت قبلت يتم النكاح وهو منصوص . (وبالجملة) كما أن البائع يملك المشتري شيئاً ويتملك منه شيئاً آخر ، كذلك المشتري ، والقول - بأن التملك من احد الطرفين ضمني ومن الآخر استقلالي - لا وجه له فالفرق بين البيع والشراء إنما هو بما بيناه من أن غرض البائع لا بد وأن

### قوله ( قدّه ) : ومنها - انتقاض طرده بالصلح . . . (١)

يتعلق بالمال ، وغرض المشتري إنما يتعلق بشخص المبيع . وأما إذا كان غرض كل منهما متعلقاً بحفظ المالية أو بشخص العوضين ، فلا تكون المبادلة بيعاً ، وإنما هي معاوضة أخرى ، وهكذا الحال في الاجارة ، فغرض المؤجر لا بد وأن يتعلق بالمالية ، وغرض المستاجر يتعلق بالانتفاع بالعين والا فلا تصدق الاجارة .

(١) الفرق بين البيع والصلح الواقع على المبادلة بين مالين من الجهة التي نحن بصددّها - أعنى من جهة المفهوم العرفي لا من حيث الحكم الفرعي - هو ما أفاده من انهما متغايران مفهوماً ، فان البيع تبديل عين بمال في جهة الاضافة ، والصلح هو التسالم على شيء ولذا لا يكون طلبه من الخصم اقراراً ، بخلاف طلب البيع او الهبة ومنه مصالحة احد الشريكين مع الآخر على أن يكون ماني يد كل منهما ملكاً له ، وهو مورد النص (١) .

وتوضيح الفرق - بين البيع والصلح على ملكية عين بعوض - هو أن البيع - كما عرفت - إنشاء تبديل عين بمال في جهة الاضافة لكنه بنفسه متعلق التسالم لا محالة ، فان البائع والمشتري مالم يتسالموا على التبديل المزبور لا يصدر منهما العقد فالعقد هو متعلق التسالم ، لا أن المنشأ هو التسالم ، وهذا بخلاف عقد الصلح ، فان المنشأ فيه هو التسالم على شيء ، فقد يكون هو الملكية بعوض فيفيد فائدة البيع ، وقد يكون ملكية المنفعة فيفيد فائدة الاجارة وقد يكون غير ذلك فيفيد فائدة

(١) محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله (ع) في رجلين اشتركا في مال فربحوا فيه وكان من المال دين وعليهما دين فقال احدهما لصاحبه اعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوى فقال لا بأس اذا اشترطا فاذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو رد الى كتاب الله عزوجل (الوسائل - الباب ٤ من كتاب الصلح - الحديث - ١) .

## قوله (قده) : وأما الهبة المعوضة . . . (١)

عقد آخر . ومن هنا يظهر أن متعلق عقد الصلح لا يكون الا الملكية ونحوها من الأحكام ولا يمكن تعلقه بعين او عمل بل يتعلق بملكيتها مثلاً ، فيقال : صلحتك على أن يكون هذا ملكاً لك بازاء ملكي لما عندك . وعليه فالصلح في مورد البيع مباين له مفهوماً ومصداقاً وإن اتحدا في النتيجة والغاية . نعم الصلح بالمعنى اللغوي لا بد من تحققه في موارد جميع العقود كما عرفت .

(١) قد تكون الهبة مجانية ، فتكون جائزة إلا إذا قصد بها القرية ، أو كانت الى ذى رحم ، أو بين الزوج والزوجة - على كلام - فتكون لازمة ، وربما تكون معوضة اشترط فيها شيء بأن يقول الواهب وهبتك هذا على أن تحيط ثوبي . و(ثالثة) تكون مجانية إلا أن الموهوب له يهب للواهب شيئاً تداركاً لا حسانه . والنقص إنما هو بالهبة المعوضة ، لتوهم صدق تعريف البيع عليها ، لأنها تمليك بعوض .

وحاصل ما أجاب عنه المصنف (قده) أن الشرط ليس عوضاً للموهوب وإلا دخل العوض في ملك الواهب بقبول المتهب ، وظاهرهم التسالم على عدمه ، كما أن ظاهرهم تملك المتهب للموهوب ولو مع عدم العمل بالشرط .

فالصحيح أن الهبة دائماً تكون مجانية بلا عوض ، إلا أنها قد تكون مطلقة وقد تكون مشروطة كبقية العقود ، وليس الشرط فيها إلا كالشرط في ضمن البيع ونحوه الذي لا يقابل بشيء من الثمن والمثمن ، وإنما يعلق عليه لزوم العقد من قبل العاقد ، ولذا لا يوجب تخلفه البطلان وإنما يوجب الخيار .

ثم ان السيد (ره) ذكر في حاشيته ما حاصله أن الهبة المعوضة غير منحصرة بما إذا كان العوض مذكوراً على وجه الشرطية ، بل منها أن يقول وهبتك كذا بهبتك كذا بأن تكون الهبة في مقابل الهبة . و (منها) - أن يقول وهبتك كذا بكذا بأن تكون الهبة في مقابل المال او المال في مقابل الهبة .

- قوله ( قدہ ) : بل تملك على وجه الضمان . . . (١) .  
قوله ( قدہ ) : ولذا لا يجرى فيه ربا المعاوضة .. (٢) .

ونقول أما تملك الهبة في مقابل الهبة او المال بانشاء الهبة فهو مستحيل ، لأنه مضافاً إلى أن الفعل الخارجي - بعد تحققه - لا معنى لتملكه للغير ، أن تملكها إن كان بنفس قوله وهبتك فهو غير معقول ، لان الهبة المنشأة انما تعلقت بالمال لا بنفسها وإن كان بانشاء آخر فالمفروض انتفاؤه . وأما تملك المال بازاء الهبة فهو بيع حقيقه قد انشئ بلفظ غير صريح ، وسيجيء الكلام فيه .

(١) هذا ما أجاب به عن انتقاض تعريف البيع بالقرض ، وحيث خفي مراده على بعض المحشين أورد عليه بأن التملك على وجه الضمان إن كان تبديل العين بالمثل او القيمة الثابتة في ذمة المديون فهو بيع ، وإن كان تملكاً مجاناً فما هو المضمن .

وعليه فنقول الضمان - على ما يظهر من كلامه في البحث عن المثل والقيمي - ليس ثبوت المثل او القيمة في عهدة الضامن ، بل الضمان عبارة عن انتقال نفس العين الى العهدة ، ففي الكفالة يكون الكفيل متعهداً للشخص ، وفي الضمان يكون الضامن متعهداً للعين . وعلى هذا رتبنا وجوب دفع قيمة يوم الأداء لا يوم الغصب ولا يوم التلف . وعليه فنفس هذا المعنى أعنى ثبوت العين في العهدة الذي كان يتحقق بالغصب - بمقتضى على اليد ، أو بالانلاف - يتحقق بالتراضى في القرض ، غاية الأمر في الغصب تنتقل العين بما لها من الخصوصيات الشخصية الى العهدة ، ولذا يجب ردها مع بقائها . وفي القرض تنتقل العين الى العهدة مع إلغاء خصوصياتها الشخصية ، فيكون الثابت في العهدة كلياً قابل الانطباق حتى على نفس العين ولذا يجوز الأداء بردها فليس في القرض معاوضة اصلاً بل هو تملك العين بثبوتها في عهدة المقرض مع إلغاء خصوصياتها الشخصية .

(٢) فسرره جملة من المحشين بان الامور المعتبرة في ربا المعاوضة من كون

العوضين من المكيل او الموزون وكونهما من جنس واحد غير معتبر في ربا القرض ولذا ترى أن الزيادة في المعدود لا يكون ربا في البيع وبكون ربا في القرض ، وهكذا في جنسين . فاذا اقترض أحد قيمياً على أن يؤدي ما يزيد على قيمته يكون رباً محرماً ، مع أنها جنسان .

وفيه - مع أنه خلاف ظاهر العبارة ، اذ لو كان المراد به ذلك ، كان الأنسب أن يقول : ( ولذا لا يعتبر فيه شروط ربا للمعاوضة ) - أن ما اراده المفسرون بما حاصله أن اختلاف الحكم لا يوجب اختلاف الحقيقة ، فان بيع الحيوان يثبت فيه الخيار دون بيع غير الحيوان مع كونها حقيقة واحدة ، فجرد كون دائرة الربا - في القرض - أوسع من الربا في البيع لا يستلزم تباينهما ، فلا بد أن يكون المراد - والله العالم - أن ما يكون ربا في المعاوضة لا يكون ربا في القرض . وتوضيح ذلك : أن الربا إنما يتحقق باشتراط الزيادة في العقد لا بمجرد اعطائها من غير اشتراط ، فانه احسان ويستحب في اداء القرض .

ثم إن الفقهاء ذكروا أن الربا المعاضى قد يكون بالزيادة العينية كما قد يتحقق بالزيادة الحكيمة : كاشتراط أحد المتبايعين على الآخر شيئاً . وأما اختلاف العوضين في وصف الجيد والردى فليس من الربا المعاضى وإنما يكون ربا في القرض لأن كل قرض يجر نفعاً فهو ربا ، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الربا المعاضى فدائرة الربا في القرض أوسع من الربا في البيع ، فقد تكون الزيادة ربا في القرض ولا تكون ربا في البيع ، وهذا واضح . وإنما المهم تصوير عكس ذلك : أعنى ما يكون ربا في المعاوضة مع عدم كونه ربا في القرض ، على ما هو ظاهر كلام المصنف ( ره ) وهو ما إذا اشترط المقرض شرطاً في الدين ، فانه ليس نفعاً للمقرض ، وإنما هو ضرر عليه . نعم إذا انعكس الامر واشترط المقرض على المقرض شيئاً يتحقق معه الربا ، لأنه نفع حكى يصدق معه عنوان كل قرض

قوله (قده) : (ولا الغرر المنفي . . .) (١)

قوله (قده) : (ولا ذكر العوض ولا العلم به . . .) (٢)

يجر نفعاً ، فعلى هذا يتم استشهاده ، فان القرض لو كان من المعاوضات ، لكان مقتضى اطلاقات أدلة الربا المعاوضي ثبوت الربا في القرض لعدم ورود دليل خاص ناف للربا في المقام بخصوصه .

(١) ذكر السيد في حاشيته أن ظاهر كلامهم في باب القرض وجوب العلم بالمقدار . . . إلى أن قال وناقش في ذلك صاحب الجواهر وهو في محله لاختصاص ما دل على نفي الغرر بالبيع .

(نقول) : الظاهر أن الغرر لا يتعلل في القرض ، فلا موضوع له ، إلا أنه ثابت غير منتف كما يظهر من كلام المحشي ، وذلك لأن الغرر بمعنى الخطر وهو إنما يتصور فيما إذا خرج شيء عن ملك الانسان ودخل بازائه شيء آخر مجهول . وأما إذا فرضنا أن نفس ما يملكه ينتقل إلى عهده ، فاي خطر يترتب على الجهل به ؟ فالغرر منتف - في القرض - موضوعاً .

(٢) ذكر بعض المحشين أن عدم اعتبار ذكر العوض في القرض إنما هو من جهة كونه بنفسه معلوماً دائماً فانه المثل إن كانت العين مثلية ، وإلا فالقيمة وإنما يعتبر ذكره في البيع لعدم كونه معيناً في نفسه ، فلا ينافي ذلك كونه بيعاً . (نقول) : قد يتردد الشيء بين أن يكون مثالياً او قيمياً ، كما أن الشيء القيمي ربما لا تتغير له قيمة كبعض الجواهر النفيسة ، فليس ما ذكره مطرداً في جميع الأعيان . فالصحيح أن يقال : أن القرض ليس معاوضة ، ليعتبر فيه ذكر العوض او العلم به ، بل هو - كما ذكرنا - نقل العين إلى العهدة بالغاء خصوصياتها الشخصية التي ليست دخيلة في ماليتها ، فعدم ذكر العوض من باب السالبة بانتفاء الموضوع .

قوله قده: (فما قيل من أن البيع هو الأصل في تملك الأعيان) (١)  
قوله قده: (ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في  
معان... (٢) .

(١) حاصل ما أورده على القائل هو أنه لو أريد من الأصل الاصل اللفظي فهو تام ، والا فلا أصل في البين يعين البيع وينبئ به احتمال غيره . توضيح ذلك : انه إذا ثبت كون تملك عين بمال هو نفس البيع فان احتمال إرادة غير البيع منه كالصلح مثلاً فالأصل اللفظي - أعني أصالة الحقيقة - يعين أن المنشأ به هو البيع دون غيره . وأما إذا لم يثبت الاختصاص بل احتملنا أن يكون مشتركاً معنوياً بين البيع وغيره من أنواع المبادلة ، أو ثبت الاختصاص ولكن لم نعرف انه انشاء التملك أو الصلح ثبوتاً، فليس حينئذ أصل يعين الواقع في البيع . نعم إذا كان لاحدهما أثر زائد يدفع بالأصل .

(٢) تعرضه ثانياً لبيان معنى البيع إنما هو من حيث اعتبار القبول فيه وعدمه فحكى عن بعض معاصريه للبيع معان : « الأول » التملك بشرط تعقبه بالقبول « الثاني » الإيجاب والقبول معاً ، إما الانشائيان وإما المعنويان . « الثالث » نتيجة الإيجاب والقبول - أعني الانتقال .

ثم أورد على المعنى الاول بأنه فرد من البيع قد ينصرف اليه لفظه لبعض القرائن ، لا أنه معنى البيع بحيث يكون لتعقب القبول دخل في حقيقته . نعم تحقق القبول دخيل في امضاء البيع شرعاً أو عرفاً لا عند البائع ، فانه ينشئ التملك سواء تعقبه القبول أم لم يتعقبه .

ثم ذكر أن التملك والملكية يكونان من قبيل الإيجاب والوجوب بحيث ينفك أحدهما عن الآخر ، فإنه قد يوجب الامر شيئاً ولا يتحقق به الوجوب لكونه فاقداً شأنية الآمرية ، وليس من قبيل الكسر والانكسار ليستحيل تخلف أحدهما عن الآخر - انتهى .

قوله قده : ( و كذلك لفظ النقل والإبدال والتمليك... ) (١) .

وقد أورد عليه السيد في الحاشية باشكال متين حاصله : إن البيع إنما هو التمليك المعاملي وليس من قبيل الإيقاعات ، فهو متقوم برضا الطرفين ، ولا معنى لتحققه مع قطع النظر عن قبول الطرف الآخر حتى في نظر شخص المعترف فضلاً عن غيره ، وليس ذلك إلا كانشاء تزويج المرأة من دون رضاها ولا علمها ، فهل يكون ذلك سبباً لتحقق الزوجية حتى في نظر المنشيء ؟

والحاصل أن المصدر المجرد لا يتخلف عن المصدر المزيد فيه ، لان معناه تعدية المجرد إلى الغير ، فكيف يتحقق المزيد من دون المجرد كما في الإيجاد والوجود وقد برهن في محله على اتحادها حقيقة وأن تغايرها بالاعتبار . ومثله الكسر والانكسار والإيجاب والوجوب ، فلا فرق بينها في ذلك أصلاً ، فالوجود مطلقاً لا يتخلف عن الإيجاد ، سواء كان حقيقياً أو اعتبارياً . كيف ؟ والإيجاد عبارة عن الوجود المضاف الى الفاعل .

نعم الإيجاد الاعتباري قد تختلف فيه الانظار كالإيجاب والوجوب ، فيكون إيجاده عند كل شخص مستلزماً لتحقق الوجود عنده وان لم يتحقق عند غيره ، ومن هذا القبيل التمليك والملكية بخلاف الكسر والانكسار فانه أمر حقيقي . وعليه فحيث أن التمليك في البيع معاملي متقوم بالطرفين يستحيل أن يعتبره البائع من دون تعليقه على قبول المشتري حتى في نظره ، بل لابد وأن يعتبر التمليك المعلق على قبول المشتري ، فيكون الاعتبار فعلياً والمعتبر معاقماً كما في الوصية وغيرها من الاعتبارات التعاقبية . ولا يتوهم كون التعاق موجباً لفساد العقد . فانه من التعليق على ما يكون العقد معلقاً عليه واقعا .

(١) ما أفاده - من عدم توقف صدق تلك العناوين على القبول - وإن كان متيناً إلا أن قياس البيع عليها قياس مع الفارق . فان الإبدال ليس مرادفاً للبيع بل هو عنوان جامع قد يتحقق في ضمن البيع ، فتكون المبادلة بين مالين في الملكية



قوله قده : ( وأما البيع بمعنى الأثر وهو الانتقال . . . ) (١)  
قوله قده : ( وأما البيع بمعنى العقد فقد صرح الشهيد الثاني ) (٢)

وقد تتحقق في غيره كالتبديل في المكان ، وهكذا النقل فإنه يعم النقل الخارجي والنقل الاعتباري في البيع . واعتبار القبول إنما هو في المبادلة بين مالين في الملكية وأما التملك فهو مضافاً الى عدم اختصاصه بالتمليك الاعتباري - لصدقه على التملك التكويني - لا يعتبر القبول في مفهومه ان الملكية الاعتبارية ايضاً قد لا تتوقف على القبول ، كما في الإرث ونتاج الأملاك ، بل في الوصية ايضاً على الأظهر . نعم ردّ الموصى له يوجب انحلال الوصية ، فلو مات ولم يفعل شيئاً من الرد والقبول ينتقل المال الى وارثه ، فعنوان التملك جامع للتمليك التكويني والاعتباري الإيقاعي والمعاملي ، فعدم اعتبار القبول في صدق هذه العناوين غير مستلزم لعدم اعتباره في صدق عنوان البيع .

(١) استحسن قدس سره ما حكاه من توجيهه تعريف البيع بالأثر ، بأن المراد بالبيع المحدود المبيعية - أعني المصدر المبني للمفعول - ولكنه لا يخفى عليك أنه ان اريد بالأثر الانتقال في نظر الشارع فليس بيعاً قطعاً ، سواء جعل من المبني للفاعل أو من المبني للمفعول ، بل هو حكم مترتب على البيع أحياناً ، وربما يتأخر تحققه عن البيع بزمان قصير أو طويل كما في بيع المكره إذا تأخر عنه الرضا وطيب النفس فان عنوان البيع متحقق قبل لحوقه بلا إشكال ، وإنما الأثر متوقف على لحوقه ، وان اريد به الانتقال في اعتبار البائع فهو عين تعريف المصنف لا غيره ، لأن الانتقال ليس أثر النقل بل هو عينه حقيقة ، واختلافها - كما عرفت - بالاعتبار فإذا لوحظ صدوره من الفاعل فقط يعبر عنه بالنقل وإذا لوحظ قيامه بمتعلقه يعبر عنه بالانتقال .

(٢) بعدما حكى عن الشهيد « قده » أن إطلاق البيع على العقد بعلاقة السببية استظهار أن مراده بالمسبب هو الأثر الشرعي لا النقل الحاصل من فعل

الموجب ، فذكر أن إضافة العقد الى البيع ليست ببيانية ، بل هي من اضافة السبب الى المسبب .

هذا ، وقد ذكر قبل أسطر أن الظاهر اتفاق الأصحاب على إرادة هذا المعنى - أي العقد - في عناوين أبواب المعاملات حتى الإجارة وشبهها التي ليست هي في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد .

وفيما افاده « قده » واقع للنظر : أما عدم كون الإجارة في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد ( ففيه ) أن لفظ الإجارة قد يطلق ويراد به الأجرة ، وقد يطلق ويراد به المعنى المصدرى من الثلاثي المجرد ، وعلى الثاني فهو مرادف للفظ الايجار ، فإنه كما يصح أن يقال « آجرتك الدار » يصح أن يقال « آجرتك الدار » والظاهر أنه أريد هذا المعنى من قوله تعالى : « على أن تأجرني ثماني حجج » أي تؤجرني نفسك لا صيرورته أجيراً كما في مجمع البحرين ، واختاره بعض مشائخنا المحققين - قدس سره - . وعلى ما ذكرناه فالإجارة كالبيع اسم لأحد طرفي العقد . وأما شبه الإجارة فقد ذكر السيد « قده » في تعليقه ان المراد به الوكالة . وعليه فالجواب عنه أن الوكالة عين التوكيل حقيقة . والفرق بينها بالاعتبار ، فان لوحظ فيها جهة الاضافة إلى الفاعل يعبر بالتوكيل ، والا يعبر عنها بالوكالة كما في الإيجاد والوجود فالظاهر أنه ليس في ألفاظ المعاملات لفظ لم يكن في الاصل اسماً لأحد طرفي العقد نعم لم يلحظ الفقهاء في الموردين من أبواب المعاملات جهة إضافة العقد الى الفاعل - وهما باب الوكالة وباب النكاح - حيث لم يجعل العنوان فيها التوكيل والإنكاح ، ولعل ذلك لنكتة لم تصل إلينا أو كان مجرد الصدفة والاتفاق .

وأما ما ذكره في تفسير مراد الشهيد من المسبب ، ففيه أن الأثر الشرعي لم يطلق عليه البيع في عرف ولا في لغة ليكون إطلاقه على العقد حينئذ بعلاقة السببية أو بعلاقة اخرى ، فالظاهر - والله العالم - أن مراده بالمسبب هو المنشأ وبالسبب لفظ الإيجاب والقبول ، مبنياً على ما سلكه القدماء من أن الإنشاء عبارة عن إيجاد

قوله قده : ( ان البيع وشبهه في العرف إذا استعمل . . . ) (١).

المعنى باللفظ ، فالمسبب حينئذ اعتبار المتبايعين وسببه قول « بعت واشترت » ، فكأن البيع في الاصل اسم لاعتبار المتعاقدين ، وإطلاقه على اللفظ يكون بعلاقة السببية .

هذا ، ولكن قد عرفت فساد المبنى وان الإنشاء ليس إلا إبراز الاعتبار النفساني ، فلا سببية في البين أصلاً .

ثم الظاهر أنه لم يثبت لإطلاق البيع على نفس الإيجاب والقبول في مورد من الكتاب أو السنة ليتكلم في وجهه ، بل لعل إطلاقه عليه يعدّ من الاغلاط . نعم يصح إطلاقه على المعاهدة بين البائع والمشتري ، ومنه قولهم « كتاب البيع » ، ويعتبر في البيع الإيجاب والقبول ، وقولهم « انعقد البيع أو لم ينعقد » ، وقوله عليه السلام : « لا بيع بينهما » وغير ذلك ، وهذا الإطلاق المعبر عنه بمبادلة مال بمال معنى مجازي لا محالة ، لما عرفت من أن البيع عبارة عن تبديل عين بمال إذا تعقبه القبول ، والعلاقة حينئذ ليست هي علاقة السببية والمسببية ، بل من باب إطلاق اللفظ الموضوع للجزء على الكل . وعليه تكون إضافة العقد إلى البيع وغيره إضافة بيانية .

فقد حصل مما ذكر أن البيع له معنيان : « أحدهما » مبادلة مال بمال ، أي المعاقدة البيعية . « ثانيهما » تبديل عين بمال إذا تعقبه القبول ، والمعنى الثاني معنى لغوي والاول معنى إجازي اصطلاحى .

(١) لا بد من التكلم في مقامين : « أحدهما » في إمكان وضع ألفاظ المعاملات للصحيح . « ثانيهما » انه بناءً على وضعها للصحيح كيف يتمسك بإطلاقها .

(أما المقام الاول) فقد ذكر فيه بعضهم أن الصحة او ملزومها لا تكون دخيلة في مفاهيم المعاملات قطعاً ، فانها امور عرفية كانت ثابتة قبيل الشرع والشريعة ، فلا معنى لدخول الإمضاء الشرعي أو ملزومه في المفهوم العرفي . وقد

وجه المصنف (ره) وضع ألفاظ المعاملات كالبيع للصحيح، بأن الموضوع له فيه إنما هو المنشأ - أعني ما يعلن به الإنشاء - وهو النتيجة الحاصلة من المصدر إذا كان مؤثراً في حصول الملكية والانتقال واقعاً ، فتكون الانظار طريقاً اليه ، وان اختلاف الشرع والعرف في ذلك من اختلاف الانظار في التطبيق والمصاديق ، فيكون المنشأ مصداقاً للبيع عند من يراه دون غيره ممن لا يكون مؤثراً عنده ، فالمعنى واحداً وإنما الاختلاف في النظر ، والمتبع في بيان المصاديق نظر الشرع دون غيره ، فعليه يتم وضع اللفظ للصحيح من دون استلزامه أخذ الإمضاء الشرعي في المفهوم .

وفيه ان الاختلاف في المصاديق إنما يعقل في الامور الواقعية المتأصلة ، كاختلاف اطباء في أن الدواء الكذائي حار أو بارد . وأما الامور الاعتبارية - كالملكية التي تقومها بالاعتبار ولا واقع لها سواه - فلا معنى فيها للاختلاف في المصاديق ، فالبيع مثلاً إذا كان موضوعاً للمؤثر في الجملة فهو عبارة اخرى عن الوضع للأعم ، وان كان موضوعاً لخصوص المؤثر في نظر الشارع فقد عاد المحذور ، فان وضعه لخصوص المؤثر شرعاً بدخل الإمضاء الشرعي أو ملزومه في مفهومه باطل قطعاً ، وأما احتمال أن يكون البيع موضوعاً لما هو المؤثر في الاعتبار الصحيح الناشئ عن المصلحة الواقعية فهو - وان كان يصح معه الاختلاف في المصاديق - إلا أنه باطل في نفسه قطعاً ، فإن صحة الاعتبار وفساده أجنبي عن المفهوم العرفي الذي تجري عليه الاستعمالات العرفية . فتحصل أن احتمال الوضع للصحيح في المعاملات باطل في نفسه ولا يقاس ذلك بالعبادات التي هي ماهيات مختصرة شرعاً .

وأما ما حكاه عن الشهيد الثاني « قده » من الاستدلال على الوضع للصحيح بالتبادر وصحة السلب عن الفاسد والأخذ بالإقرار ، فيرد عليه أن ذلك من جهة الانصراف الناشئ من القرائن الخارجية .

قوله (قده) : ( وأما وجه تمسك العلماء باطلاق أدلة البيع ... ) (١)

(١) هذا هو المقام الثاني الذي لا بد من التكلم فيه ، فنقول : قد بين في محله أن أنماط العبادات - على القول بوضعها للصحيح - تكون مجملية لا يتمسك باطلاقها ولو كان المتكلم في مقام البيان ، وذلك لأن التمسك بالاطلاق فرع لإحراز صدق المفهوم على فاقد القيد المحتمل دخله في موضوع الحكم ، ومع فرض الوضع لخصوص الصحيح يشك في صدق المفهوم على فاقد ما يحتمل جزئيته أو شرطيته ، ومن هنا يقع الإشكال في صحة التمسك باطلاقات أدلة المعاملات عند الشك في دخل شيء في صحتها على القول بوضعها للصحيح ، مع أن التمسك بها أمر ثابت خلفاً عن سلف ولم يتوقف فيه أحد من العلماء ، فكيف يجتمع ذلك مع القول بوضعها للصحيح .

ومن هنا استدل بعضهم بفعل العلماء إنناً على الوضع للاعم ، إلا أن شيخنا المصنف « قده » وآجه التمسك بالإطلاق على القول بالوضع للصحيح بوجهين : ( أحدهما ) - انه مبني على استعمال اللفظ في المسبب أعني المنشأ المؤثر واقعاً - ما حاصله : أن البيع في قوله تعالى « أحلّ الله البيع » يحمل على المؤثر عند العرف لو ررد الخطابات على طريق المحاورات العرفية . وبعبارة اخرى : إن الآيسة الشريفة وان لم يكن لها إطلاق كلامي لعدم إحراز أول مقدمة من مقدماته ، وهي ورود الحكم على المقسم كما عرفت ، إلا أنه حيث علق التحليل والإمضاء في الآيسة الشريفة بالمسبب ، وهو اغو من دون امضاء سبب من أسبابه ، اذ هو بمنزلة أن يصرح بالغاء جميع الاسباب ، فلا يترتب حينئذ على امضاء المسبب أثر أصلاً فلا بد من حمله على ما هو المؤثر عند العرف صوتاً لكلام الحكيم عن اللغوية ، فتكون النتيجة إمضاء جميع الاسباب العرفية ، ويعبر عن هذا بالاطلاق المقامي . وفيه أنه إنما يتم لو لم يكن في الاسباب العرفية ما هو متيقن الاعتبار بالاضافة

الى غيرها ، وإلا فيتعين امضاؤه شرعاً و او من باب صون الكلام عن اللغوية . فلا يثبت الاطلاق ، لاندفاع اللغوية بامضاء المتيقن من السبب .

( ثانيهما ) - أن يكون المراد بالبيع في الآبة نفس المصدر - أعني الإنشاءات العرفية - فإذا شك في مؤثرية انشاء عرفي كالمعاطاة تمسك باطلاق دليل حليته لاثبات تأثيره .

وفيه أنه خلاف المفروض من كون اللفظ مستعملاً في المؤثر في الملكية مثلاً فان الاشكال في التمسك بالاطلاق إنما كان مبنياً عليه لاعلى الاستعمال في معنى آخر هذا ، ويمكن تصحيح التمسك بالاطلاق بوجه آخر . وحاصله : ان الدليل اذا كان ظاهراً في امضاء معاملة والحكم بصحتها لا يعقل أن يكون موضوعه ما هو بمعنى قبل ذلك ، فلا مناص من كونه البيع العرفي ليرد الامضاء عليه ، وعلمه فلا مانع من التمسك باطلاقه ، وان قلنا بكون الألفاظ موضوعة لخصوص الصحيح مثلاً إذا حكم الشارع بحماية البيع وحرمة الربا ، فكون الدليل في المقام الامضاء قرينة على ارادة البيع العرفي ، فيتمسك باطلاقه عند الشك في اعتبار شيء في صحته شرعاً .

والتحقيق أن القول بوضع ألفاظ المعاملات للصحيح باطل جزماً ، وذلك لما عرفت من أن البيع ونحوه من ألفاظ العقود والإيقاعات لم توضع لاعتبارات خاصة مبرزة بمبرزما في الخارج ، فالبيع مثلاً موضوع لاعتبار تبديل العين بالعوض في الملكية المتعقب بالقبول إذا ابرز في الخارج ، سواء لحقه الإمضاء العرفي أو الشرعي أو لم يلحقه ، فيصدق عنوان البيع على الاعتبار المبرز ولو لم يكن في العالم شرع ولا عاقل سوى المتبايعين ، وعليه فلا دخل لامضاء العقلاء في صدق مفهوم البيع فضلاً عن دخل الامضاء الشرعي فيه . ومعها جاز التمسك باطلاق دليله مهما شك في اعتبار شيء في صحته عرفاً أو شرعاً من دون فرق بين ما يستفاد منه

## قوله (ره) المعطاة على ما فسر ه . . (١)

الامضاء بالمطابقة كما في قوله تعالى : « أحلّ الله البيع » ، وبين ما يستفاد منه بالالتزام كقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » . وبذلك يظهر أن التمسك بالاطلاق على ما سلكتناه أوسع من التمسك به على التقريب المتقدم ، فانه بناء على ما سلكتناه يصح التمسك بالاطلاق حتى مع الشك في اعتبار قيد في صحة المعاملة عرفاً وهذا بخلاف التقريب السابق ، فانه لا بد فيه من إحراز الامضاء الشرعي والشك في الصحة شرعاً . وهذا هو الفرق بين التمسك بالاطلاق على المسلكين .

(١) المعطاة عبارة عن عطاء شيء وأخذ شيء كما هو المتعارف في الأسواق خصوصاً في الأمور اليسيرة ، فيعطي أحد فلساً ويأخذ بقللاً ، وقد وقع الخلاف في حكمها بين الأعلام . ولا بد قبل التعرض لذلك من تقديم أمر تبعاً لشيخنا المصنف (ره) ، وهو أن الإعطاء الذي هو محل الكلام - بما أنه فعل اختياري - لا بد وأن يصدر عن قصد ما ، فإما أن يقصد به الحفظ من دون أن يتصرف المعطي له فيما أعطاه أصلاً فيكون ودیعة ، وإما أن يقصد به التصرف والانتفاع مع بقاء عينه فان كان ذلك بعوض كان إجارة والا كان عارية . وإما أن يقصد به إباحة جميع التصرفات حتى بالاستهلاك من دون تمليك ، فيكون إباحة التصرف كما في تقديم الطعام للضيف ، وإما أن يقصد به التملك ، فان كان بلا عوض كان هبة وان كان بعوض كان بيعاً ، والمعطاة وان كانت جارية في جميع ذلك إلا أن محل البحث منها هو الاعطاء بقصد إباحة التصرف أو بقصد التملك بعوض ، ويظهر بذلك الحال في باقي الأقسام . فالكلام يقع في مقامين :

(الأول) - في المعطاة التي قصد بها إباحة التصرف ، ولا ينبغي الربط في عدم افادتها الملكية ، وأن غايته ما يحصل منها هو إباحة التصرف إما مطلقاً أو خصوصاً ما لا يتوقف على الملك ولم يخالف في ذلك أحد ولم يذهب الى حصول

الملك بذلك ، وإن كان الظاهر من قرارات المحقق النشابني - قدس سره - وقوع الخلاف فيه ، إلا أنه خلاف المقطوع به ، إذ مع عدم قصد الملك كيف يمكن الحكم بترتب الملكية مع عدم دليل يساعد عليه . كما أن ما صنعه (الجواهر) - على ما حكاه الشيخ (قده) من حمل النزاع بينهم على المعاطاة المقصود بها إباحة التصرف المستلزم لإهمالهم القسم الآخر - غير صحيح كما أفاده المصنف .  
فالمهم هو التكلم في المقام الثاني - أعني المعاطاة المقصود بها التملك - والأقوال فيها ستة :

(الأول) - ما عن المقيّد من أنها تفيد الملك اللازم .

(الثاني) - ما ذهب إليه المحقق الكركي من أنها تفيد الملك الجائز ، وبالتلف أو التصرف المغير يكون لازماً .

(الثالث) - التفصيل بين ما إذا كانت مسبوقه بمقاولة كاشفة عن الرضا بالتمليك اللازم ، وما إذا لم تكن مسبوقه بها فتفيد الملك الجائز . وأما التفصيل بين ما إذا كان الدال على المعاملة لفظاً وعدمه فهو ليس تفصيلاً في محل الكلام كما هو ظاهر ، ونسب كل ذلك الى بعض معاصري الشهيد الثاني .

(الرابع) - ما هو المعروف من أنها تفيد إباحة التصرف مطلقاً ما يتوقف على الملك .

(الخامس) - أنها تفيد إباحة خصوص التصرف غير المتوقف على الملك عن بعض حواشي الشهيد على القواعد .

(السادس) - أنها معاملة فاسدة لا يترتب عليها شيء حتى الإباحة كبقية العقود الفاسدة . حكى ذلك عن العلامة في بعض كتبه وأنه عدل عنه في كتبه المتأخرة ، والظاهر أنه مبني على عدم شمول أدلة صحة البيع للمعاطاة فلا تفيد الملكية وأما ترتب الإباحة عليها مع أنها غير مقصودة ، فهو يحتاج الى دليل آخر غير أدلة



إمضاء العقود ، وهو غير واضح .

وتوضيح الحال في المقام يتوقف على التكلم في الأدلة لنرى انها تشمل المعاطاة أم لا ، فنقول :

على المختار من أن الانشاء عبارة عن ابراز الاعتبار النفساني ولا يوجد به أي معنى في الخارج وأن البيع اسم للاعتبار المبرز ، لا ينبغي الريب في أن المعاطاة بيع حقيقة ، فان اعتبار التملك موجود على الفرض ، ولا ينحصر المبرز في كونه لفظاً بل يكفي فيه الكتابة والاشارة والفعل الخارجي ، فيعمه دليل إمضاء البيع من قوله تعالى : « أحل الله البيع » وقوله سبحانه : « تجارة عن تراض » ، كما يعمه دليل لزوم العقد كقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » . وعليه فما ابداه المحقق النائبي من احتمال أن يكون للفظ دخل في وجود المعنى المنشأ خارجاً يكون من السالبة بانتفاء الموضوع ، وان رده « قد » بوجوه عديدة .

نعم يمكن توهمه على القول بأن الانشاء عبارة عن إيجاد المعنى باللفظ ، فالقاعدة الأولية تقتضي القول الأول المنسوب الى المفيد من أن المعاطاة تنفيذ الملكية اللازمة والتنزل عن ذلك لا بد وأن يكون بقيام دليل عليه ، فان ثبت اجماع على عدم اللزوم في المعاطاة نرفع به اليد عن عموم دليل اللزوم - أعني « أوفوا بالعقود » ونخصه بغير المعاطاة ، وحينئذ لو قلنا بأن معقد الإجماع مطلق لا يفرق فيه بين ما اذا كانت المعاطاة مسبوقه بالمقاولة اللفظية وما لم تكن ثبت قول المحقق الكركي ، وإن قلنا بأن الإجماع دليل لبي لا بد من الاقتصار فيه على القدر المتيقن ، وهو ما اذا لم تكن المعاطاة مسبوقه بالمقاولة ثبت التفصيل المتقدم . وأما ان تنزلنا ثانياً - بأن ثبت اجماع أو دليل آخر ولو مثل قوله عليه السلام : « انما يحلل الكلام ويحرم الكلام » على عدم افادة المعاطاة للملك - فرجعه الى أن حصول الملكية بها مشروط بالتلف كاشتراطها بالقبض في بيع الصرف وبالاقباض في الهبة ، فإمضاء الملكية شرعاً

### قوله (ره) : للسيرة المستمرة . . الخ (١) .

يكون متأخراً عن تحقق البيع أو الهبة ، وما بين الزمانين - أعني زمان العتد الى زمان التلف قد يحكم فيه الشارع بالإباحة ، والدليل عليه دو السيرة العملية ، فليس هذا من قبيل ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع ، كما لا يكون منافياً لقاعدة العتود تابعة للقصد التي هي من القواعد المسلمة المستفادة من نفس الآية - أعني « أوفوا بالعتود » - فإن الوفاء بكل عقد إنما هو بإتمامه على ما قصد من غير حاجة فيها الى دليل آخر .

نعم او كانت الإباحة الثابتة إباحة مالكية تم الإشكال ، فحينئذ إن قلنا بأن السيرة القائمة على الإباحة مطلقة تعم جميع أنحاء التصرف حتى المتوقف على الملك ثبت القول الرابع . وإن قلنا بأنها دليل لبي لا بد فيها من الاقتصار على القدر المتيقن ثبت القول الخامس .

وبهذا البيان ظهر مدرك الأقوال ، كما ظهر المناقشة في توجيه كل من المحقق الكركي وصاحب الجواهر لكلمات الأعلام ، فان المحقق حمل الإباحة في كلامهم على الملك المتزلزل للإباحة المصطلحة لثلا يلزم تخالف العتود عن القصد ، وصاحب الجواهر جعل مورد نزاعهم المعاطاة التي قصد بها الإباحة دون ما قصد بها التملك قائلاً : إن القول بالإباحة الحالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب الى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب ، فإن كلا التوجيهين مبني على أن يراد بالإباحة الإباحة المالكية ، وقد عرفت أنها إباحة شرعية ثابتة بالسيرة العملية .

(١) قد عرفت بما بيناه أن مقتضى القاعدة في المعاطاة ما ذهب اليه المتفيد من كونها مفيدة للملك اللازم ، والتنزل عن كل من الجهتين يحتاج الى دليل ، فلا بد من التكلم في مقامين :

(الأول) - في إفادتها للملك وعدمها ، وقد استدلل على ذلك بامور :

« منها » - سيرة المنتشرة الكاشفة عن رضا الامام عليه السلام ، فإنهم يرتبون على المأخوذ بالمعاطاة آثار الملك . مثلاً : إذا اشترى أحد من غيره ثوباً بالمعاطاة فمات قبل أن يتصرف فيه يعملونه مما تركه ويرون انتقاله الى وارثه كبقية أمواله ، مع أن الارث لا يكون الا في الملك . وقد ناقش فيها المصنف بأنها سيرة ناشئة من المسامحة وعدم المبالاة في الدين ، فلا تكون كاشفة عن رضا الامام عليه السلام . وأورد عليه السيد في حاشيته بأن هذه السيرة في المقام لو لم تكن معتبرة لما امكن التمسك بالسيرة في شيء من مواردنا .

ونقول : الظاهر عدم امكان التمسك بسيرة المنتشرة في المقام ، وذلك لعدم امكان اثبات اتصالها بما هي سيرة المنتشرة وكاشفة عن رضا الشارع الى زمان المعصوم عليه السلام . كيف ومراجع التقليد من القدماء قبل المحقق الثاني كانوا يفتون صريحاً بعدم إفادتها الملك ، وهل يمكن مع ذلك أن تكون سيرة المنتشرة في تلك الأعصار صحيحة ناشئة عن منشأ صحيح ، وهل يشك - على فرض ثبوتها - في كونها ناشئة من عدم المبالاة . ولا تقاس هذه بالسير التي لم تكن مخالفة لفتاوى مراجع التقليد في زمان ما ، فما ذكره السيد قدس سره مما لاوجه له .

ويشهد لما ذكرناه عدم ثبوت السيرة من المنتشرة على إفادتها الملك في الأموال الخطيرة ، فما ينبغي أن يتمسك به من السيرة إنما هي سيرة العقلاء بما هم عقلاء ، فانها كانت ثابتة قبل الشرع والشريعة حتى في الامور الخطيرة ، ويكفي في امضاءها عدم ثبوت الردع عنها ولم يثبت ، فان ما يحتمل رادعيته عنها أمران : الاجماع ، وقوله عليه السلام « انما يحل الكلام ويحرم الكلام » وسيأتي عدم تمامية شيء منها . والفرق بين سيرة المنتشرة وسيرة العقلاء أن في الأولى لأبد من إثبات اتصالها الى زمان المعصوم بما أنها سيرة المتدينين ليثبت امضاؤها ، وأما الثانية فيكفي فيها عدم الردع ، فكأن الشك في الاولى من الشك في المقتضي وفي الثانية من الشك

قوله (ره): عموم احل الله البيع... الخ (١) .

في المانع .

(١) هذا هو الوجه الثاني مما استدل به على افادة المعاطاة للملك ، قد يجعل متعلق التحليل في الآية التصرفات المترتبة على البيع كما صنعه المصنف ، لأنه استظهر منه الحلية التكليفية ، وحيث لم يكن موهم لحرمة البيع تكليفاً حتى اذا كان فاسداً ليصح التصريح بحليته ؛ فالنزم بتعلقه بالتصرفات واقعاً ، وانما اسند الى البيع لفظاً من باب المجاز في الاسناد لأن البيع سبب لها ، أو من باب الإضمار والمجاز في الحذف فاستند في الاستدلال بالآية على صحة البيع على الدلالة الالتزامية ، فان جواز جميع التصرفات مستلزم شرعاً لثبوت الملك وصحة البيع . ثم وقع في الاشكال من حيث أن جواز التصرفات تكليفاً لازم أعم للملك ، ولذا قالوا بثبوت الملك ، ولم يتخلص من الاشكال .

ونقول : يمكننا تقريب الاستدلال بالآية بوجهين ، وان كان ثانيهما تقريباً وتامياً لكلام المصنف ، وهو خلاف الظاهر في نفسه :

(الأول) - ان الحل في اللغة في مقابل العقد والشد ، يقال : « حل محلول » في مقابل المعقود والمشدود ، وقد ذكر في كتاب أقرب الموارد : « حلّ العقدة من باب نصر نقضها وفتحها ، وحلّ المكان أو بالمكان من باب نصر وضرب حلاً وحلواً وحللاً نزل به ، وحلّ امر الله عليه (نض) حاولواً وجب ، وبها قرىء « فيحلّ عليكم غضبي » . ثم ذكر بعد ذلك : أحلّ الله الشيء جعله حلالاً . ثم ذكر بعده : الحلال (وهو صفة مشبهة على وزن جبان) ما أباحه الله ، وسمي حلالاً لانحلال عقدة الحظر عنه ضد الحرام ، والخارج من الإحرام » .

فما ذكره هذا اللغوي موافق لما استظهرناه ، وهو يجتمع مع كل من الحلية التكليفية والوضعية بحسب اختلاف الموارد ، فاذا أسند في كلام الشارع الى الافعال

أو الموضوعات الخارجية يراد به الحلّ من حيث التكليف وعدم العقاب ، وإذا أسند إلى الاعتبارات العرفية يراد به - بمناسبة الحكم والموضوع - الصحة والنفوذ كما أن الحرمة أيضاً يراد بها الفساد إذا أسندت إليها . وعليه فالآية الشريفة بالمطابقة تدل على صحة البيع وإمضائه .

وأما ما ذكره شيخنا المحقق من كون « أحلّ » في الآية بمعنى ( أقرّ ) لأنه مأخوذ من الحل بمعنى الحلول ، فهو - وإن كان صحيحاً لغة كما عرفت ، فإن الحل يستعمل بمعنى الاستقرار والثبوت في مقابل الارتحال ، فتارة يتعدى بنفسه فيكون مصدره الحل يقال « حلّ المكان حلاً » أي استقر فيه ، وأخرى يستعمل لازماً فيتعدى بالباء أو لفظة « في » ، فيقال « حلّ بالمكان أو فيه » ، فيكون مصدره الحلول على مقتضى القاعدة ، وقد استعمل منه أحلّ كما في قوله سبحانه : « أحلّوا قومهم دار البوار » أي أقرهم فيها - إلا أن ظاهر أحلّ في الآية خصوصاً بملاحظة مقابلته مع « حرم الربا » هو الحل في قبال العقد لا الثبوت والقرار ، وإلا لكان المناسب مقابلته بالإزالة ، فيقول : وأزال الربا . هذا مع أنه أريد به ذلك في أغلب موارد استعمال هذا اللفظ كقوله تعالى : « أحلّ لكم ليلة الصيام » وقوله تعالى : « أحلت لكم بهيمة الأنعام » وقوله تعالى : « لم تحرم ما أحلّ الله لك » إلى غير ذلك . وقد ذكر في ( أقرب الموارد ) أن معنى أحلّ إذا أسند إلى الشارع جعله حلالاً . وبالجمله فظاهر الآية المباركة الحلّ بمعنى الإمضاء ، فالمطابقة تدل على نفوذ البيع .

( الثاني ) - ما يرجع إلى تنميم كلام المصنف وإن كان خلاف الظاهر في نفسه ويمكن تقريبه بوجهين :

« أحدهما » - التمسك بالدلالة الالتزامية العقلية ، بأن يقال : إن جواز جميع التصرفات مستلزم لثبوت الملك لأن بعضها يتوقف على الملك ، فمن جوازه يستكشف

المالك شرعاً . ويرده أن جواز التصرف المتوقف على الملك يكشف عن الملك قبله آنأماً ، وأما من أول الأمر فلا كاشف عنه أصلاً . وأما ما نسبة ( شيخنا المحقق ) إلى ( الآخوند ) في حاشيته في تقريب حصول الملكية من أول الأمر بما حاصله : إن فعلية جواز جميع التصرفات من حين العقد تستلزم فعلية الملك ، فإنه يجوز لهذا الشخص أن يتصرف في هذا المال فعلاً على الفرض ، وكل من جاز له التصرف فهو مالك فعلاً ، فهذا مالك فعلاً . ( ففيه ) أن جواز التصرف من حين تحقق العقد - وإن كان فعلياً - إلا أنه لا يستلزم فعلية الملك ، لأن متعلقه هو التصرف المستلزم لحصول الملك قبله آنأماً ، فرجعه إلى أنه يجوز له فعلاً أن يملك فيتصرف وهذا الجواز غير مستلزم لفعلية الملك كما لا يخفى .

ثم انه ربما يقال : بأنه لا يستفاد من الآية المباركة جواز جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك ، بدعوى أن موضوع جواز التصرف هو الملك ، والحكم لا يثبت موضوعه ، بل ربما يدعى أن دليل توقف الوطاء مثلاً على الملك يقتضى حصر جواز التصرف المستفاد من الآية بغير التوقف على الملك ، ولكنه يندفع ( أولاً ) بأنه بعد ما استظهر من الآية اباحة التصرفات المترتبة على البيع لا نشك في أن أظهر مصاديقها عرفاً هو التصرفات المتوقفة على الملك ، فان العقلاء يرتبون على البيع من التصرفات ما لا يرتبونه على غير البيع من الإباحة ونحوها ، كما في موارد الضيافة وتقديم الطعام إلى الغير ، وهذا أمر ظاهر . ( وثانياً ) إن الحكم وإن كان لا يثبت موضوعه خارجاً وأما كشفه عن وجوده فلا مانع منه كما في المقام ، وعليه فتكون الآية كاشفة عن تحقق الملك ، فلا يعقل كون دليل التوقف مخصصاً للحكم المستفاد منها .

« ثانيهما » - التمسك بالدلالة الالتزامية العرفية ، فان الحكم بجواز التصرف في الثمن أو المثمن تكليفاً ظاهر عرفاً في امضاء البيع ، كما أن المنع عن التصرف فيه

قوله (ره) : وجه التمسك بقوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض (... الخ (١) .

قوله (ره) واما قوله (ع) الناس مسلطون على اموالهم الخ (١)

ظاهر عرفاً في فساد ، كما استظهرنا ذلك من قوله عليه السلام : « ثمن العذرة سحت » . والسري في ذلك أن إباحة التصرف إذا كانت بعنوان الملكية ومترتبة على الملك فهي عبارة اخرى عن إمضاء الملك ، ولا يقاس هذه بإباحة التصرف لابذالك العنوان ، وقد رتب حل التصرف في الآية الكريمة على البيع ، فظهوره في الإمضاء عرفاً غير قابل للانكار .

(١) تقريب الاستدلال به على نحوين كما عرفت في الآية المتقدمة ، لأن الأكل في الآية كناية عن التملك لا الأكل الخارجي ، فنهى سبحانه عن تملك الأموال بالأسباب الباطلة إلا أن تكون تجارة عن تراض ، فيجوز التملك بها ، فحينئذ إن قلنا بأن الجواز اذا استند الى الاعتبار العرفية يراد به الصحة فتدل الآية بالمطابقة على صحة ذلك . وإن قلنا بأنه ظاهر في الجواز التكليفي فبالدلالة الالتزامية العرفية تدل عليها على ما عرفت في الآية السابقة ،

ثم لا يخفى أن ما حكى عن الغنية من دعوى الإجماع على أن المعاظة ليست بيعاً فهو مكابرة للوجدان ، فان القائل بعدم افادتها الملك أيضاً لا ينفي صدق البيع عليها عرفاً . ومن هنا حمل كلامه على نفي الصحة أو لزوم .

(٢) هذه الرواية ضعيفة السند والدلالة : أما من حيث السند فلأنها نبوية محكية في البحار ولم تنقل في الاصول المعتبرة ، ودعوى انجباره بعمل المشهور واهية لعدم احراز استناد المشهور اليها وان ذكروها في مقام الاستدلال على انابيتنا في بعض مباحث الاصول أن مجرد عمل المشهور لا يكون جابراً لضعف الرواية ما لم يرجع الى توثيق روايتها ، وإذا رجع إلى ذلك يكفي عمل بعضهم أيضاً .

قوله (قده) : « مستلزم لتأسيس قواعد جديدة » - الخ . (١)

وأما من حيث الدلالة فلأن محتملاته ثلاثة :

( الأول ) - أن يكون ناظراً إلى سلطنة المالك على ماله حتى من حيث أن الناس مسلطون على أموالهم ، ولو بنقل أموالهم بكل سبب من أسباب النقل ولو كان مجعولاً من المتبايعين ، فيعم ما إذا تبانى شخصان على انتقال مال كل منهما إلى الآخر إذا دخلا المكان الفلاني مثلاً ، فيكون نافذاً بعموم النبوي .

( الثاني ) - أن يكون ناظراً إلى السلطنة من حيث أنواع التصرفات ، فاذا شك في جواز بعض التصرفات من اكل أو شرب أو إيجار شيء مثلاً يلزم بجوازه بمقتضى النبوي ، وهذا الاحتمال مختار المصنف « قده » .

( الثالث ) - أن يكون ناظراً إلى سلطنة المالك من جهة إضافة المال إليه في مقابل الحجر لا من حيث سائر الأحكام الشرعية التي لا ربط لها بحيثية إضافة المال إلى مالكة ، ففاد النبوي أن سلطنة الناس على أموالهم من حيث إضافتها إليهم تامة فلا تتوقف تصرفاتهم المشروعة النافذة على اذن الغير وإجازته . وعليه فكلما احتملنا دخل إجازة الغير في صحة عقد بعد ثبوت جوازه تكليفاً ووضعاً - كما احتملوا اعتبار اذن الزوج في هبة الزوجة أموال نفسها إلى الغير - يدفع ذلك بالنبوي .

والظاهر من الاحتمالات هو الأخير دون الاحتمالين الأولين ، ومن هنا لم يتمسك به أحد على جواز أكل ما يشك في حليته من أجزاء الحيوان المملوك ، ولا على حلية اكل لحم الأرنب المملوك مثلاً . وسر ذلك ما بيناه من عدم كون النبوي ناظراً إلى الأحكام الشرعية التي يشك فيها من غير جهة إضافة المال إلى مالكة ، فالنبوي أجنبي عما نحن فيه ، فالاستدلال إننا يكون بالوجوه الثلاثة المتقدمة .

(١) لو تنزلنا عما بيناه من الاستدلال على افادة المعاطاة الملك من حين حدوثها بالسيرة والآيتين فهل يمكن اثبات ذلك بما حكاها المصنف عن كاشف الغطاء



قوله (قده) : « منها أن العقود » - الخ (١) .

من الاستبعادات ، بأن يقال بعد الفراغ عن بطلان القول بفساد المعاطاة رأساً وعدم ترتب الأثر عليه أصلاً حتى الاباحة المجردة عن الملك : ان امرها يدور بين إفادة الملك من أول الأمر او اباحة التصرف ، فاذا كان الثاني مستلزماً لتأسيس قواعد جديدة لم تكن مؤسسة في الشريعة المقدسة تعين الأول ، وسنبين توضيح ذلك انشاء الله تعالى .

(١) هذا هو الوجه الأول من وجوه الاستبعاد ، وحاصله : ان ترتب الاباحة على المعاطاة مستلزم لوقوع ما لم يقصد وعدم وقوع ما قصد ، وهو منافع للقاعدة المسلمة - أعني تبعية العقود للقصود .  
وقد أجاب عنه المصنف حلاً ونقضاً :

أما الحل فحاصله : ان المعاطاة عند القائل بالاباحة المجردة ليست من العقود الممضاة شرعاً ، ليكون الحكم بصحتها مع عدم ترتب الأثر المقصود عليها مستحيلاً ، بل هي معاملة فعلية لم يدل على صحتها دليل ، وانما حكم فيها بالاباحة بدليل خاص دل عليها .

وأما النقض فنذكر فيه موارد قد زعم تخلف العقد فيها عن قصد المتعاقدين فليس ذلك أمراً مستنكراً في الشريعة :

(أحدها) - العقد الفاسد ، فان العلماء أطبقوا على كونه مؤثراً في الضمان بالمثل أو القيمة السوقية فيما اذا كان مما يضمن بصحيحه ، وعلوه بأن المتعاقدين أقدموا على الضمان مع أنها لم يقصدا إلا الضمان بالمسمى ، فتخلف المقصود عما وقع .  
(ثانيها) - الشرط الفاسد بناءً على عدم كونه مفسداً ، فان المعاملة حينئذ لم تقصد إلا مقرونة به ووقعت مجردة عنه .

(ثالثها) - بيع ما يملك وما لا يملك كبيع الشاة والخنزير ، أو بيع مال نفسه

ومال غيره مع عدم إجازة مالكة ، فانه صحيح في خصوص المملوك مع أن ما قصد إنما هو بيع المجموع .

( رابعها ) - بيع الغاصب لنفسه ، فانه يقع للمالك اذا أجاز .

( خامسها ) - ترك ذكر الأجل في عقد النكاح نسياناً اذا كان المقصود به

الانقطاع ، فانه ينقلب دائماً .

ونقول : أما ما ذكره في الحل فالأولى تتميمه بأن يقال : إن القائل بالاباحة

ان أراد ترتبها الى الأبد فما أفاده في ذلك متين جداً ، لأن الواقع حينئذ ليست اباحة مالكية مستندة الى صحة العقد وانما هي اباحة شرعية ثابتة بدليل خاص .

وإن أراد ثبوتها الى زمان التصرف المتوقف على الملك فيثبت الملك قبله

آنأما ، فيكون المقصود ، وهو الملك واقعاً ولم يقع غيره ، غاية الأمر تأخر امضاؤه شرعاً لا شرطه بالتصرف كاشتراط الملك بالقبض في بيع الصرف . والفرق بين

الموردين ان التصرف في بيع الصرف غير جائز قبل القبض ، وفيما نحن فيه ثبتت الاباحة الشرعية قبل التصرف . ولا ينافي ذلك تبعية العقود للمقصود لأن التخلف

انما يكون بحصول خلاف المقصود بعد إمضاء المعاملة .

وأما النقوض فشيء منها غير وارد :

( أما الأول ) فلأن الاقدام ليس من موجبات الضمان ليلزم التخلف ، ولذا

لا يثبت الضمان في نفس الفرض اذا كان التلف في يد المالك ، وانما الموجب له اليد اذا لم تكن مجانية ، كما في الإجارة والعارية والوديعة ونحو ذلك ، لقوله عليه السلام :

« على اليد ما اخذت حتى تؤدي » . وأما ذكر الاقدام في المسالك فليس للاستدلال به مستقلاً وإنما هو تتميم الاستدلال باليد وبيان عدم كونها مجانية .

( وأما الثاني ) فبرده أن الشرط إن رجع الى العقد بحيث قصد تعليقه عليه

فهو مفسد للعقد - سواء كان فاسداً أو لم يكن - لأن التعليق في العقد والايقاع

موجب للفساد إلا في الوصية والتدبير بالاخلاف وفي موارد اخر على كلام فيها ، وان لم يرجع الى العقد فالعقد مطلق بالاضافة اليه ولم يقصد اقترانه به ، وانما يكون الوفاء والالتزام بالعقد مشروطاً به ، فان كان الشرط صحيحاً موافقاً للكتاب يجب الوفاء به بمقتضى النصوص وتخلفه يوجب الخيار ، وان كان فاسداً فالوفاء به غير واجب قطعاً ، لما ورد من أن شرط الله أسبق ، فيخصص عموم قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم » بما اذا لم يخالف الكتاب والسنة . وأما استلزام تخلفه الخيار ففيه كلام ، واختار ذلك على ما سيأتي توضيحه لإنشاء الله تعالى .

( وأما الثالث ) فالجواب عنه أن البيع المتعلق بما يملك وما لا يملك منحل الى بيعين قد انشأ بانشاء واحد ، فاذا قال البائع : « بعثك الشاة والخنزير بعشرين » فكأنه قال : « بعثك الشاة بعشرة والخنزير بعشرة » فيما اذا كانت قيمتهما متساوية فصحة البيع في أحدهما وفساده في الآخر لا يوجب تخلف ما قصد عما وقع ، وانما يوجب تخلف الانضمام الذي هو شرط ضمنى ، فيثبت خيار تبعض الصفقة .

( وأما الرابع ) فيرده أن تعيين المالك في البيع ليس من أركانه لأنه تبديل بين المالين ، ومن هنا لا يكون السؤال عن المالك متعارفاً في مقام البيع والشراء . نعم لتعيين الطرفين دخول في النكاح كما هو واضح . وعليه فقصد الغاصب البيع لنفسه يكون قصداً أجنياً عن البيع ، فكيف يوجب تخلفه تخلف العقد عن القصد . ( وأما الخامس ) فترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يتصور

على وجهين :

« احدهما » - أن ينسى قصد الانقطاع حين العقد فيقصد به الدوام . وفي هذا القسم يتحقق النكاح الدائم ولا يلزم منه تخلف العقد عن القصد لتعلقه حين العقد بالدوام ، وانما كان من قصد المتعاقدين الانقطاع قبل ذلك فنيهاه . ونظيره ما اذا خرج أحد من داره قاصداً شراء اللبن فاذا وصل الى السوق نسي فاشترى

قوله (قده) : « منها أن يكون ارادة التصرف من المملكات » (١) .  
قوله (قده) : « ومنها ان الأخماس » (٢) ،

جيباً فهل يمكن في مثله القول بأن ما وقع لم يقصد وأن ما قصد لم يقع وعلى هذا القسم تحمل الأخبار وما في كلمات بعض الفقهاء من انقلاب العقد دائماً .

« ثانيهما » - أن يقصد الانقطاع حتى حين العقد ويتعلق به الاعتبار ، غاية الأمر وقع الاشتباه في اللفظ فقط فلم يذكر الأجل . وفي هذا الفرض لا مناص من القول بالبطلان ، لأن ما اعتبر لم ينشأ وما أبرز لم يكن معتبراً .

(١) اجاب عنه « قده » بما حاصله : نفي البعد عن ذلك إذا اقتضاه الدليل أو ضم دليل إلى آخر ، فان الجمع بين دليل جواز مطلق التصرفات وبين ما دل على توقف جملة منها على الملك يقتضي حصول الملك ، فاذا انضم اليهما استصحاب عدم تحققه إلى زمان التصرف ثبت كون التصرف موجباً له . ونظيره تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه بما يتوقف على الملك . وبهذا ظهر الحال في ملكية التلف ، فانه كاشف عن ثبوت الملك قبله آناً على ما يقتضيه الجمع بين الأدلة - أعني الاستصحاب والاجماع على ثبوت الضمان بالمسمى عند التلف لا المثل أو القيمة . فاذاً لا وجه لقوله قدس سره في التلف القهري : « ان ملك التالف » - الخ .

(٢) ما ذكره المصنف في الجواب عن تعلق الأخماس والزكوات والاستطاعة ووجوب النفقات إلى آخرها بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله في ملكه اما وجداناً واما تعبداً بأصالة عدم التصرف فيه غير خال عن التشويش . والذي ينبغي أن يقال : إن بعض تلك الأمور غير متوقفة على الملك ، كوجوب الانفاق فانه متوقف على ملك التصرف ، ولذا يجبر على الانفاق بمجرد ذلك وان لم يملك العين وهكذا اداء العين وكذلك الاستطاعة ، فانها قد تحصل بالبذل وقد تحصل بالملك وقد تحصل بإباحة التصرف .

وأما المقاسمة فالمراد بها حق التقسيم ، فان كل شريك له إفراس ماله عن مال صاحبه إذا كان مشاعاً ، وإذا امتنع يجبر على الإفراز ، فان كان المال بنفسه قابلاً للقسمة يقسم وان لم يكن قابلاً للتقسيم لاستلزامه نقصاً في قيمته كما في الجواهر الثمينة أو اعدامها كما في الكوز فيباع ويقسم ثمنه . وقد استبعد « قده » ثبوت هذا الحق للمعطى له فيما إذا باع الشريك حصته منه بالمعاطاة ، مع انه ليس مالكاً ولا شريكاً في المال على القول باباحة التصرف . والجواب عنه ان حق التقسيم غير متوقف على الملك ، بل يثبت باباحة التصرف ايضاً ، فانه من جملة التصرفات .

وأما حق الشفعة فاستبعد « قده » ثبوته فيما إذا باع أحد الشريكين حصته بالمعاطاة لعدم تبدل في المالك أصلاً ، وإنما ابيح التصرف بسبب المعاطاة كما قد يباح بالاذن ، وهكذا يستبعد ثبوته للمعطى له فيما إذا باع الشريك الآخر حصته من شخص آخر مع عدم كونه مالكاً ولا شريكاً . والجواب عن ذلك انه اذا قامت السيرة على ثبوت الشفعة في المعاطاة فهي المرجع والمستند بتبدل المالك أو لم يتبدل ، والا فلا نقول بها .

وأما الربا فهو إنما يوجب الفساد في البيع لاعتبار أن يكون مثلاً بمثل ، واما الزيادة في إباحة التصرف فلم يقل أحد بكونها مفسداً ، كما اذا أباح أحد للآخر التصرف في ( من ) من الحنطة والآخر أباح له التصرف في ( منين ) ، فان ذلك لا يكون فاسداً ، ولذا استبعد ثبوته في المعاطاة في فرض عدم إفادتها سوى إباحة التصرف . والجواب عنه أن الفساد في المقام ليس من جهة كون الزيادة فيما يباح فيه التصرف رباً ، وإنما هو من جهة أن مورد الكلام في المعاطاة التي قامت السيرة على ثبوت الاباحة فيها هي المعاطاة الجامعة لجميع ما يعتبر في صحة البيع سوى اللفظ فلا يعم المعاطاة الفاسدة من سائر الجهات ، كما اذا كان أحد المتعاطين مجنوناً أو سفياً أو صغيراً أو كان البيع غررباً . ومن الظاهر ان الربا في البيع موجب لفساده

قوله (ره) : « وأما حصوله في يد الغاصب . . . » (١) .

فاذا ثبت في المعاطاة تفسد من جهة عدم اشتغالها على ما يعتبر في صحة البيع .  
وأما الغنى فهو عبارة عن القدرة على إمرار المعاش بأي نحو كان ولو بإعالة الغير إياه ، ويقابله الفقر كما هو واضح ، وأما الخمس فإن قام على تعلقه بالمأخوذ بالمعاطاة دليل من سيرة المتشرعة على تفسيق تاركه او غير ذلك نقول به وإلا فلا نقول بوجوبه في ذلك .

ثم الظاهر ان مراد كاشف الغطاء من مورد تعلق الخمس ما اذا اشترى احد ما يساوي ألف درهم مثلاً بعشرة دراهم فبقي عنده الى آخر السنة ولم يحتاج الى صرفه في مؤنة سنته لاستغنائه عنه فيجب عليه اخراج خمسة مع عدم كونه ملكاً له .  
وليس المراد ما زعمه (شيخنا المحقق) في حاشيته من فرض التكبسب بالمعاطاة مراراً عديدة الى آخر السنة ووجوب الخمس فيما زاد له من ربحها ، فأشكل عليه بكونه مسيرقاً بالتكسب والتصرف في المال ، وهو للملك .

وأما الزكاة فإن كان المأخوذ بالمعاطاة بمقدار النصاب وكان مالكة مكلفاً بها فتعلقها بالمال ثابت بغير إشكال ، غاية الأمر يكون هناك بحث علمي في ان المكلف بالاخراج هو المالك أو المعطى له ؟ وأما اذا لم يكن ما أخذه بالمعاطاة بنفسه بحد النصاب وانما بلغ الحد بضمه الى ما كان يملكه قبل ذلك أو كان في نفسه بحد النصاب ولكن لم يكن مالكة مكلفاً بالزكاة لصغر أو جنون وقد أخذه من وليه ، فحينئذ إن لم يقم دليل على وجوب الزكاة فيه فلا نقول به ، والا فهو المرجع في ذلك .

وبما ذكرناه ظهر الجواب عن سائر الامور المذكورة في المقام .

(١) الظاهر أنه يجوز مطالبة العين من الغاصب لكل من المالك والمعطى له قبل التلف ، أما المالك فلكونه مالكاً ، وأما المعطى له فلكونه مأذوناً في التصرف

قوله (ره) : « ومنها أن النماء الحادث ... » (١) .  
قوله (ره) : « أوفقها بالقواعد هو الأول ... » (٢) .

والمطالبة من التصرف . وأما بعد التلف فيضمن الغاصب للمعطي له فقط لدخول العين في ملكه قبل التلف آنأما ، إذ لا فرق في ذلك بين أن يكون التلف في يد المعطي له أو يد غيره .

(١) نقول : إن ثبت دليل من سيرة أو غيرها على انتقال الفرع أو مع أصله إلى ملك المعطي له بحدوث النماء فنلتزم به ، ويكون حدوث النماء كالتصرف والتلف وإلا فالنماء بحكم الأصل من حيث جواز التصرف فيه إن قام على تبعيته دليل ، وإلا فلا يجوز تصرف المعطي له في النماء . هذا كله بناء على ما يظهر من كلام المصنف «قده» من عدم استناد الملك إلى المعاطة أصلا ، وأما بناء على إفادته الملك بعد التصرف أو بعد التلف مثلا بنحو الشرط المتأخر لتوهم قيام الإجماع على عدم الملك من أول الأمر ، فاندفاع كثير مما ذكره بعض الأساطين في غاية الوضوح . وعليه فلامانع من الالتزام بملكية النماء وأصله من أول حدوثه ، إذ لا بد من الاقتصار في الخروج على القدر المتيقن ، وهو صورة عدم حدوث النماء ، وأما فرض حدوثه فيبقى تحت العام . فالانصاف أن شيئاً من المذكورات لا يستلزم تأسيس قواعد جديدة ليلزم الفرار منه الالتزام بثبوت الملك في المعاطة من أول الأمر ، إلا أن في الوجوه الثلاثة المتقدمة كفاية في ثبوت المطلوب .

(٢) هذا هو المقام الثاني الذي لا بد من التكلم فيه ، وهو لزوم الملك الثابت بالمعاطة ، وتفصيل الكلام في ذلك هو أن العقود بعضها جائزة تنحل بالفسخ ، كعقد الوكالة والوديعة والعارية ونحو ذلك ، وبعضها لازمة لا تنحل بذلك كالبيع والإجارة ، فإذا شككتنا في جواز عقد وانفساخ نتيجهته بفسخ أحد المتعاقدين وعدمه فالمعروف أن الأصل يقتضي لزومه وبقاء نتيجة العقد .

هذا ، ومع قطع النظر عما اخترناه من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية يقع البحث في هذا الاستصحاب من جهات: « الأولى » - في أن الاستصحاب في المقام شخصي او كلي . « الثانية » - في انه لو كان كلياً فهل يكون جارياً او غير جار . « الثالثة » - في بيان ما هو الوظيفة اذا شككنا في ذلك . وجميع الجهات الثلاث مستفادة من كلام المصنف - قدس سره - مع اختصاره :

( اما الجهة الاولى ) فالظاهر ان الاستصحاب شخصي ، لأن اللزوم والجواز ليسا من الخصوصيات المصنفة للملك ليقال : إن الحادث إنما هو الملك المشترك بين الجائز واللازم . وانما الملك سنخ واحد ، وهما من احكامه المترتبة عليه بحسب اختلاف الموارد ، كالهبة الى الرحم وإلى الأجنبي اذا لم يقصد بها القرابة ، او اختلاف الأسباب كالتملك بالهبة او بالصلح ، مع ان المنشأ في جميع الموارد شيء واحد وهو الملك الدائم . والشاهد على ذلك ما ذكره بقوله قدس سره : « وبدل عليه... الخ » . وحاصله : ان اللزوم والجواز لو كانا من الخصوصيات فتخصيص الطبيعي باحدى الخصوصيتين إن كان باعتبار المالك لزم التفصيل بين الموارد بقصد المالك الجواز او اللزوم ، وهو بديهي البطلان ، مع ما عرفت من انه في جميع الموارد على نهج واحد ، وإن كان بامضاء الشارع لزم تخلف ما وقع عما قصد ، وهذا متين جداً .

بل التحقيق ان يقال : إن القسم الثاني من الاستصحاب الكلي متقوم بكون الحادث مردداً بين حقيقتين شخصيتين او نوعيتين ، او غيرهما يكون اثر احدهما البقاء واثر الاخرى الارتفاع ، واما مجرد الشك في البقاء فهو مما يتقوم به اصل جريان الاستصحاب ، فورد الاستصحاب الكلي ما اذا علمنا مثلاً بدخول انسان في الدار مردداً بين كونه زيداً وقد خرج وكونه عمرواً فهو باق او يحتمل بقاؤه ، او علمنا بنجاسة الثوب وترددت بين الناشئة عن الملاقاة مع البول التي تبقى بعد



قوله (ره) : « كفاية تحقق القدر المشترك ... » (١).

الغسل مرة واحدة والناشئة عن ملاقة الدم التي تزول بذلك ، او علمنا بالحدث المردد بين الأكبر والأصغر . واما اذا لم يكن الحادث مردياً بين حقيقتين - كما اذا علمنا بأن النجاسة حادثة بسبب الملاقة مع الميتة ولكن شككنا في بقائها بعد الغسل مرة واحدة للشك في كونها ملحقة بالنجاسة البولية او ملحقة بالنجاسة الدموية - فليس من موارد الاستصحاب الكلي ، فان الشك في البقاء غير التريدي ، بل لا بد وان يستصحب شخص النجاسة المتيقنة ، فيكون الاستصحاب شخصياً . وما نحن فيه من هذا القبيل ، فان المفروض ان الملك حادث بالمعاطاة ، ولا تريدي في حقيقته ، وانما الشك في ان المعاطاة جائزة كالميتة او لازمة كالبيع اللفظي فلا محالة يستصحب بقاء شخص الملك . نعم اذا شككنا في كون العقد الواقع صحيحاً لازماً او هبة جائزة كان الحادث مردياً بين حقيقتين ، وكان من موارد جريان الاستصحاب الكلي .

(١) هذه هي الجهة الثانية وظاهر المصنف جريان استصحاب بقاء الملك ولو فرض كون الزوم والجواز من الخصوصيات وكان الاستصحاب كلياً . واشكل عليه المحقق الخراساني في حاشيته بأن الشك في البقاء حينئذ من الشك في المقتضي ، وهو « قده » يرى عدم جريان الاستصحاب فيه ( وفيه ) ان ما اراده - قدس سره - من الشك في المقتضي على ما يظهر من مجموع كلماته ان يكون احتمال ارتفاع الحادث مجرد مرور الزمان مع قطع النظر عن حدوث اي زمني في العالم ، كالشك في ارتفاع علة الزوجية في النكاح المردد بين الانقطاع والدوام ، او انقضاء مدة الإجارة من جهة الشك في مقدارها المجعول في العقد او نحو ذلك ، والا فلن كان احتمال الارتفاع مستنداً الى حدوث زمني آخر فهو من الشك في الرفع ، والمقام من هذا القبيل ، فان احتمال ارتفاع الملك انما هو من جهة احتمال رافعية الفسخ له كما هو ظاهر .

قوله (ره) : « مع انه يكفي الاستصحاب . . . » (١) .

نعم أورد على الاستصحاب الكلي إيرادان نتعرض لهما مقدمة لبيان عبارة المصنف - قدس سره - في الجهة الثالثة كما ستعرف :

(أحدهما) - عدم اتحاد القضية المتيقنة والمشكوك فيها ، فان ما يحتمل بقاءه إنما هو الفرد الطويل ولم يتعلق المتيقن بحدوثه وإنما تعلق بالفرد المردد ، فتعلق اليقين والشك أمران . وفيه ان اليقين لم يتعلق بشيء من الخصوصيتين ، وإنما تعلق بنفس الكلي ، ولذا ينفي المتيقن تعلق علمه بتحقيق كل من الخصوصيتين ، بل يرى بالوجدان أنه شك في ذلك . ومن الظاهر أن المتيقن غير المشكوك فيه ، كما أن الشك أيضاً متعلق ببقاء الجامع .

(الثاني) - أن الشك في بقاء الكلي مسبب عن الشك في حدوث الفرد الطويل فاستصحاب عدم حدوثه حاكم عليه . وفيه أن الشك ليس في حدوث الفرد الطويل ليستصحب عدمه ، وإنما الشك في أن الحادث أي شيء هو ؟ ومن الواضح ان استصحاب عدم كونه من الفرد الطويل أزلاً معارض باستصحاب عدم كونه من القصير كذلك ، وتفصيل الكلام في ذلك موكول الى محله . وعليه فالقسم الثاني من الاستصحاب الكلي يكون جارياً مع قطع النظر عما ذكرناه من الإشكال في استصحاب الأحكام الكلية مطلقاً ، فلا مانع من الرجوع اليه في المقام .

(١) هذه هي الجهة الثالثة من الكلام ، وهي فيما اذا لم نحز كون استصحاب بقاء الملك من الاستصحاب الشخصي أو الكلي وشككتنا في ذلك بعد البناء على عدم جريان الاستصحاب الكلي لأحد الوجهين المتقدمين ، وقد ظهر الحال فيها بما بيناه فان المنع عن جريان الاستصحاب الكلي إن كان مستنداً الى الوجه الأول فالاستصحاب غير جار اذا لم يمكننا احراز كون الاستصحاب شخصياً ، لأن التمسك بحديث « لا تنقض اليقين بالشك » حينئذ من قبيل التمسك بالعام في الشبهة

المصدقية . وان كان المستند هو الوجه الثاني - أعني وجود الأصل الحاكم - فاستصحاب بقاء الكلي جار في الفرض ، لعدم الأصل الحاكم فيه ، والحكومة الظاهرية متقومة بالوصول ، ولا يكفي وجوده الواقعي في رفع اليد عن الأصل المحكوم وبعبارة واضحة : اذا كان منشأ المنع عن جريان الاستصحاب الكلي الوجه الأول فالشك يكون في المقام في تحقق موضوع الاستصحاب فلا يجري ، وان كان هو الوجه الثاني فالشك يكون في المانع ، وهو في حكم العدم . والى هذا الوجه نظر المصنف بقوله : « مع انه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من خصوصيات الملك » الى آخر ما افاد .

والحاصل أنه بعد البناء على المنع عن الاستصحاب الكلي لأحد الوجهين من عدم إحراز اتحاد القضيتين وحكومة أصالة عدم حدوث الفرد الطويل ذهب المصنف الى جريان الاستصحاب فيما اذا شك في كونه شخصياً او كلياً ، حيث قال : « مع انه يكفي في الاستصحاب الشك » - الخ . وقد ذكرنا أنه ناظر الى ثاني الوجهين حيث أن الحكومة الظاهرية متقومة بالوصول وفي فرض الشك ليس الأصل الحاكم محرراً ليمنع الرجوع الى المحكوم .

هذا وقد وجه المحقق النائيني « ره » بأنه إنما لا يجوز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية فيما إذا كان المخصص المنفصل لفظياً ، وأما اذا كان عقلياً فلا مانع من الرجوع اليه وفي المقام لم يرد مخصص لفظي دال على خروج الاستصحاب الكلي عن قوله عليه السلام : « لا تنقض اليقين بالشك » ، وإنما العقل خصصه بذلك لأحد الوجوه المذكورة ، فاذا شك في كون الاستصحاب كلياً او شخصياً يرجع الى اطلاق « لا تنقض اليقين بالشك » .

وفيه بعد تسليم ما افاده من الرجوع الى العام في الشبهة المصدقية إذا كان المخصص لبياً - وان كان لنا كلام فى ذلك تعرضنا له في بحث العام والخاص -

قوله (ره) : ( فلا اشكال في أصالة اللزوم... ) (١) .  
 قوله (ره) : ( نعم لو تداعيا احتمل التحالف ... ) (٢) .

انه انما يصح ذلك فيما اذا كان المشتبه داخلاً في موضوع العام ذاتاً ، والافلامعنى للرجوع الى العام أصلاً . مثلاً : اذا ورد لعن بني أمية قاطبة واستقل العقل بقبح لعن المؤمن منهم فعلمنا أن المراد من العام غير المؤمن من بني أمية ثم شككنا في كون زيد مؤمناً جاز لعنه بمقتضى العموم ، إلا أنه اذا شك في كونه من بني أمية او من غيرهم لا معنى للحكم بجواز لعنه تمسكاً بالعام . وما نحن فيه من هذا القبيل فان موضوع دليل الاستصحاب انما هو عنوان نقض اليقين بالشك ، وهو متقوم باتحاد المتيقن مع المشكوك فيه ليكون رفع اليد عن اليقين السابق مصداقاً لنقض اليقين بالشك ، فاذا لم يجرز ذلك لا محالة يشك في تحقق موضوع الاستصحاب ، فلا ربط له بالتمسك بالعام في الشبهة المصدقية . فالصحيح ما ذكرناه من ان المصنف ناظر في كلامه الى الوجه الثاني ، فانه هو المهتم في المنع عن جريان الاستصحاب الكلي دون الوجه الأول ، فانه واضح الدفع على ما بين في محله .

وقد تلخص مما تقدم ان استصحاب بقاء الملك جار إما لكونه شخصياً ، وإما لجريان الاستصحاب الكلي ، وإما لكفاية الشك في ذلك .

(١) بناء على المختار من جريان اصالة اللزوم عند الشك في بقاء الملك يكون مدعى اللزوم منكرراً لموافقة قوله الأصل ، ومدعى الجواز مدعياً لأنه الذي اذآرك ترك ، وهذا واضح .

(٢) كأنه - قد سن سره - اراد ان يفرق بين ما اذا كان مصب الدعوى نفس اللزوم والجواز وما اذا كان مصبها لزوم ذلك كما اذا ادعى احد المترافعين ان التملك كان بالصلح وقال الآخر انه كان بالهبه فهو جائر ، فأدخل الفرض الثاني في باب التداعي ، لأن الأصل يقتضي عدم تحقق كلا الأمرين وبالمعارضة يسقطان إلا ان الظاهر لحوقه بالفرض الأول .

قوله (ره) : عموم قوهم « الناس مسلطون » (١) .

( اما اولاً ) فلأن الميزان في تعيين المدعي والمنكر إنما هو بموافقة الأصل ومخالفته مع احد المترافعين فيما له دخل بمورد النزاع لا في مصب الدعوى مطلقاً وان كان اجنبياً عن ذلك . وفي المقام مورد النزاع هو اللزوم والجواز ، واما السبب فلا اثر له في ذلك ، وقد عرفت موافقة الأصل في ذلك للقائل باللزوم . ( وثانياً ) - أن الأصل من حيث مصب الدعوى أيضاً مع مدعى اللزوم وذلك لأن استصحاب عدم تحقق الصلح مثلاً غير جار في نفسه ، لعدم ترتب أثر عليه في فرض تحقق الملك الا باعتبار مثبتته وهو تحقق الهبة ، فان أثر عدم تحقق الصلح إنما هو عدم ثبوت الملك اللازم لا جواز الرجوع بعد فرض تحقق الملك كما هو المفروض . وهذا بخلاف أصالة عدم تحقق الهبة ، فانه يرتب عليه اللزوم ، لأن جواز الرجوع انما ترتب على عنوان الهبة ، فينتفي بانتفائه فيجري بلا معارض .

ثم إن المصنف حكى عن بعض من ينكر استصحاب الملك الرجوع الى أصالة بقاء علقه المالك الأول في المال . ولعله لم يجب عن ذلك لوضوحه ، فانه إن اريد بالعلقة العلقه الملكية فهي مرتفعة قطعاً ، وان اريد بها حق الرجوع فهو أمر مغاير للملك ، ولم يكن ثبوته متيقناً ليستصحب إلا أن يستصحب كلي العلقه ، وهو من القسم الثالث من استصحاب الكلي الذي لم يقل بجريانه أحد فيما نعلم .

(١) هذا هو الوجه الثاني مما استدللّ به على أصالة اللزوم . وقد تعرض المصنف في المقام لدفع توهم ، وهو أن غاية ما يستفاد من الحديث سلطنة كل انسان على ماله لا على مال غيره ، وبعده الرجوع لا يعلم كون المال ملكاً للمالك الثاني الا بالاستصحاب ، فيرجع الى الوجه الأول .

وحاصل الدفع أن المستدل إنما يستدل به لما قبل الرجوع ، فان إرجاع مال الغير بدون رضاه مناف لسلطته المطلقة . وهذا الدفع - وإن كان متيناً - إلا أنه

قوله (ره) : جواز التمسك بقوله « لا يحل » (١) .  
قوله : «ويمكن الاستدلال بقوله تعالى «ولا تأكلوا أموالكم» (٢)

مع ذلك لا يمكن التمسك بالحديث ، وذلك لما عرفت من كونه ناظراً الى جهة سلطنة المالك وأنها تامة ، فيجوز له التصرفات التي ثبتت مشروعيتها من دون توقف على اجازة الغير واذنه ما دامت السلطنة باقية ، فلا يستفاد منه السلطنة على إبقاء السلطنة أو إزالتها عن نفسه ، ولذا أشكل على من تمسك به لنفوذ الاعراض .  
(١) هذا ثالث الوجوه . والتوهم المتقدم وجوابه جار فيه كما افاده المصنف ،

الا أن الاستدلال به أيضاً غير تام ، لما ذكرناه من أن الحل لغة بمعنى الإرسال وفي مقابله الحرمة التي هي بمعنى الضيق ، فاذا أسند الى الاعتبار العرفية يستفاد منها الحكم الوضعي ، واذا أسند الى الأموال ونحوها يراد بها الحكم التكليفي . وبما ان « لا يحل » في الحديث تعلق بالمال لا بد وأن يراد به الحكم التكليفي - أي عدم جواز التصرف في مال الغير بما يناسبه من أكل أو شرب أو لبس - واستظهار الحكم الوضعي منه مع ذلك كما ترى ، محتاج الى مؤونة زائدة على الإضمار أو المجاز في الإسناد الذي لا بد من الالتزام بأحدهما . وعليه فلا يعم الإنشاءات أصلاً ، لأن نفس الإنشاء واللفظ غير محرم قطعاً لعدم كونه تصرفاً في مال الغير ، والإمضاء ليس فعل المكلف فأى شيء يكون حراماً .

(٢) أما الاستدلال بذيل الآية - أعني المستثنى - فواضح ، سواء كان الاستثناء متصلًا كما هو الظاهر بأن يكون « بالباطل » علة أو كان منقطعاً وكان « بالباطل » قيداً ، فان الأكل كما ذكرناه كناية عن الاستيلاء بعنوان التملك ، فلا يعم الأكل الخارجي في مورد الضيافة أو الإباحة ونحوها مما لا يكون الأكل بعنوان التملك ، فالعنى حينئذ لا تملكوا أموال الناس إلا بالتجارة عن تراض ، ومن الظاهر أن التملك بالرجوع ليس منها .

- قوله (ره) : « والتوهم المتقدم غير جار هنا » (١) .  
 قوله (ره) : « بالجملة المستثنى منها » (٢) .  
 قوله : وقد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى « أفوا بالعقود » (٣)  
 قوله : وكذلك قوله عليه السلام « المؤمنون عند شروطهم » (٤)

(١) في بعض نسخ الكتاب سقط كلمة « غير » ، وعدم جريان التوهم المزبور واضح بعد كون الموضوع في الآية هو تملك مال الغير .

(٢) التمسك بصادر الآية مبني على أن يراد من الباطل الباطل العرفي ، وهو فاسد ، فان الباطل كسائر الألفاظ موضوع للباطل الواقعي في قبال الحق الثابت ، فهو عبارة اخرى عن الإثم كما في قوله سبحانه : « لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم » . واختلاف الشرع والعرف - كما في حق المارة والشفعة مثلاً - يكون من الاختلاف في المصاديق ، وعليه فإذا شك في مورد أنه من الباطل أو الحق - كما في الرجوع بعد المعاطة - لا يمكن الرجوع الى عموم الآية إلا بعد إجراء الاستصحاب فيرجع الى الوجه الأول .

(٣) فان الوفاء بمعنى الإنهاء والإتمام . فالوفاء بالعقد عبارة عن انهائه وعدم فسخه ، والأمر به لا بد وأن يكون إرشاداً الى عدم نفوذ الفسخ والرجوع ، للقطع بعدم حرمة تكليفاً فيستفاد منه لزوم المعاطة . وتوهم اعتبار اللفظ في صدق العقد واضح البطلان ، فان العقد عبارة عن شدة أحد الالتزامين وعقده بالآخر سواء كان هناك لفظ أو لم يكن ، فيعم المعاطة .

(٤) الاستدلال به مبني على أن يكون الشرط بمعنى مطلق الالتزام ، وهو غير ظاهر ، فان الشرط لا يطلق الا على الالتزام المرهون بشيء آخر من عقد وغيره ، ولذا ترى استهجان إطلاق الشرط على العقود مثل الهبة والبيع ونحوهما ، وعليه فلا يعم المعاطة كما لا يعم الشروط الابتدائية ، فيكون خروجها عن عموم

قوله (ره): «مثل قوله «البيعان بالخيار» (١) .

قوله (ره): «إلا أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الاجماع» (٢) .

الخبر بالتخصيص لا التخصيص . هذا كله في الأخبار العامة .

(١) هذا هو دليل اللزوم في خصوص البيع ، وإنما اخرناه في الذكر لذلك وتقريب الاستدلال به ظاهر . وتوهم عدم صدق مفهوم البيع على المعاطاة فاسد جداً . ولذا حمل - ما حكى في الغنية من نفي البيع عن المعاطاة - على نفي الملك أو اللزوم . وقد ظهر مما مر أن الأصل في الملك مطلقاً هو اللزوم لقوله تعالى «إلا أن تكون تجارة عن تراض» وقوله تعالى : «أوفوا بالعقود» ، ويدل على ذلك في خصوص البيع قوله صلى الله عليه وآله وسلم : «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» - الحديث .

(٢) أما الشهرة فكانت - الى زمان المحقق «قده» - قائمة على عدم افادتها الملك أصلاً ثم ذهب المشهور الى افادتها الملك الجائز ، فهناك شهرتان ، إلا أنا قد بينا في بعض مباحث الأصول عدم حجية الشهرة والالم يكن وجه للعدول عن شهرة القدماء الى شهرة المتأخرين .

وأما الاجماع فتحصيله - على وجه يستكشف به رأي المعصوم عليه السلام جزماً - ممتنع ، وقد سلم المصنف عدم تحققه على وجه يوجب القطع ، إلا أنه «قده» ذكر أنه مطنون قوياً ، الا أن الظن لا يغني من الحق شيئاً . وأما الاجماع المبني على قاعدة اللطف فهو - على تقدير تسليم تحققه - لا يمكن استكشاف رأي المعصوم به ، لما ذكرناه في محله من بطلان اساسه واما الاجماع المنقول فهو ثابت جزماً ولكنه غير معتبر ، مضافاً الى ان لازمه القول بعدم الملك ايضاً ، فالحق انها تفيد الملك اللازم ، لعموم الأدلة المتقدمة وعدم ثبوت مخصص لها .



قوله (ره) : « من اعتبر مطلق اللفظ ... » (١) .

قوله (ره) : « كان متعارفاً ... » (٢) .

قوله (ره) : « وقد يظهر ذلك من غير واحد ... » (٣) .

(١) الظاهر وقوع الاشتباه في بيان كلام المسالك ، فان الاكتفاء بمطلق اللفظ في اللزوم او اعتبار لفظ مخصوص فيه اجنبي عما نحن فيه وعمّا حكاه المصنف عن المسالك ، وانما هي مسألة اخرى ستعرض لها في محلها .

ولا بأس بنقل نص عبارة المسالك ، فانه قال عند شرح قول المحقق : « سواء كان في الخقير او الخطير » ما نصه : ردّ على بعض العامة ، حيث اكتفى بالمعاظة في المحقرات واقامها فيه مقام البيع ، واختلفوا في تحديدها فقال بعضهم ما لم يبلغ نصاب السرقة ، واحالها آخرون على العرف كرطل الخبز وغيره مما يعتاد فيه المعاظة ، وهو تحكم ، والذي اختاره متأخروالشافعية وجميع المالكية انعقاد البيع بكل ما دلّ على التراضي وعدة الناس بيعاً ، وهو قريب من قول المفيد وشيخنا المتقدم ، وما احسنه وامتن دليله إن لم ينعقد الاجماع على خلافه - انتهى .

(٢) من الواضح ان تعارف البيع اللفظي لا يضر ما نحن بصدده من إفادة المعاظة الملك اللازم .

(٣) إن كان المشار إليه بذلك اعتبار اللفظ في اللزوم - كما ذكره السيد في حاشيته - فلا بد من حمله على سهو القلم من المصنف ، لعدم ظهور شيء مما احتمله السيد من الأخبار في ذلك من قوله عليه السلام « إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام » الذي تعرض له المصنف بنفسه بعد ذلك ، ولا مما ورد في شراء اطنان من القصب ولا مما ورد في عدم شراء المصحف ، وانه يقول « اشترى منك الغلاف والأديم » كما هو ظاهر . هذا مضافاً الى انه لا يناسب الترتي بقوله : « بل يظهر منها ان إيجاب البيع باللفظ كان متعارفاً » ، فان تعارف البيع اللفظي بين التجار لا يسوى

قوله (ره) : «بل ينكرون على الممتنع . . .» (١) .  
قوله (ره) : «قد بقي الكلام . . .» (٢) .

بشيء بعد ظهور الأخبار في اعتبار اللفظ في اللزوم ليقترق منه اليه . على ان تمسكه « قده » حينئذ لاعتبار اللفظ في اللزوم بالشهرة والاجماع مع ما فيها من المناقشة لم يكن له وجه اصلاً بعد ظهور الأخبار في ذلك ، فكان الأولى له ان يذكر بعض تلك الأخبار بل الاقتصار عليه . فمن المحتمل قريباً ان يكون مرجع الإشارة كون اللفظ قرينة على إنشاء التمليك من دون ان يكون الإنشاء به ، فراجع قوله - قدس سره - قبل هذا « سواء لم يوجد لفظ اصلاً ام وجد ولكن لم ينشأ التمليك به . . . » ليظهر لك صحة هذا الاحتمال . والله العالم بحقيقة الحال .

(١) كأنه - قدس سره - اراد دعوى قيام سيرة المشرعة على جواز المعاطاة ولا يخفى ما فيه ، فان تلك السيرة - على فرض ثبوتها - ناشئة من فتاوى مراجع التقليد ، وليست سيرة متصلة الى زمان المعصوم عليه السلام ليستكشف منها رضاه (ع) ، فان المعاريف من المفتين إذا اتفقوا في عصر على حكم يعد مخالفته منكر أعند المشرعة ، ولا يبعد أن يكون عدم اكتفائهم بالمعاطاة في الامور الخطيرة أيضاً مستنداً الى ذلك .

(٢) هذه الفقرة - أعني « يحلل الكلام ويحرم الكلام » - وردت في رواية واحدة، وهي رواية ابن نجيم على ما في الكافي أو ابن الحجاج على نقل الوافي قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يجيئني ويقول اشتر لي هذا الثوب وأربحك كذا وكذا ؟ فقال : أليس إن شاء أخذ وان شاء ترك ؟ قلت : بلى . قال : لا بأس إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام » . وقد نقلها صاحب الوسائل أيضاً بهذا المتن . فاذا ذكره شيخنا المحقق - قدس سره - من أن النسخة الموجودة عنده كانت هكذا « إنما يحل الكلام ويحرم الكلام » لا بد من حمله على غلط النسخة . وقد ورد « إنما يحرم الكلام »

فقط في ثلاث روايات في باب المزارعة :

منها - رواية أبي الربيع الشامي التي نقلها المصنف ، وهي متعرضة للنهي عن النطق - اعني تسمية البقر والبذر - بخلاف الرواية المتقدمة ، فانه ليس فيها تعرض للكلام ، والسؤال في هذه الرواية لو لم يكن مشتملاً على قوله « واربحك كذا » لأمكن حمله على التوكيل في الشراء بجماعة ، إلا ان « اربحك » ظاهر في الشراء ، ولذا فصل الامام عليه السلام في الجواب بأن قوله « اشترلي » إن كان مجرد مقابلة بحيث إن شاء اخذ بعد ذلك وان شاء ترك - فلا مانع ، لأن البيع يكون بعد شرائه وان كان شراء لم يصح لأنه من بيع ما لم يملك ، وهو فاسد .  
وتقريب الاستدلال بهذه الفقرة ان ظاهرها حصر المحلل باللفظ ، وليس في المعاطاة لفظ .

ونقول : تمامية الاستدلال مبنية على ظهورها في الاحتمال الأول من الاحتمالات التي ذكرها المصنف - اعني حصر المحلل والمحرم في الكلام - وهو غير تام ، فان الحصر إن كان بالاضافة الى جميع المحللات والمحرمات في الشريعة المقدسة - بأن يراد به ان ما كان حلالاً في الشريعة المقدسة لا يحرم الا باللفظ وما كان حراماً لا يحل الا به - فهو مقطوع البطلان ، بداهة عدم توقف حلية جملة من المحرمات وهكذا العكس على اللفظ ، فان الماء الطاهر حلال ويحرم بالتنجس ، والافطار في ليل شهر رمضان حلال ويحرم بطلوع الفجر ، وهكذا العكس . . الى غير ذلك من الموارد الكثيرة .

وإن كان بلحاظ الممليات فالمتيقن أيضاً بخلافه لجواز التصرف في مال الغير اذا أذن فيه كتابة او إشارة او استكشف رضاه من الخارج ، ويحل التصرف في الأمة بالارث بعد كونه حراماً قبل ذلك مع عدم وجود لفظ في البين . وهكذا إن كان الحصر بالنسبة الى العقود ، فان المعاطاة تفيد إباحة التصرف من غير

قوله (ره) : (والرواية يحتمل وجوها . . .) (١) .

خلاف حتى من العلامة « قده » ، فان ذهابه الى فساد المعاطاة إنما هو فيما إذا قصد بها الملك لا الإباحة ، وقد رجع عن قوله فيه ايضاً كما تقدم .  
هذا مضافاً الى ان لازم ذلك عدم انطباقها على مورد الرواية ، فان الفساد فيه وعدمه لم يكن من جهة اللفظ وعدمه .

(١) إن كان قدر جامع بين ماورد في البيع وماورد في المزارعة فتحمل هذه الفقرة في كلتا الروايتين على معنى واحد ، والا فلا بد من حملها في كل من الخبرين على معنى يناسبه .  
(من المحتملات) ما تقدم وعرفت ما فيه .

(ومنها) - ما حكى عن حاشية المحقق الخراساني ، وحاصله : ان المراد بالكلام هو الالتزام ، واطلاق القول والكلام على الالتزام متعارف . وفيه انه اطلاق مسامحي لا يصر اليه بغير قرينة ، على انه لا ينطبق على موارد اخبار المزارعة (ومنها) - ان المراد به الايجاب والقبول ، فالمضمون او المقصود الواحد اذا انشئ بلفظ يكون محملاً واذا انشئ بلفظ آخر يكون محرماً . مثلاً : الزوجية المؤقتة اذا انشئت بقول « انكحت » تكون محملة واذا انشئت بلفظ « آجرت » تكون محرمة . هذا بحسب اختلاف الألفاظ ، وقد يكون الاختلاف بحسب الموارد كإنشاء التملك بلفظ « بعث » ، فانه محمل اذا كان بعد ملك البائع ومحرر اذا كان قبله .

(ومنها) - ان يراد به الكلام الواحد ويكون التحليل والتحرير بلحاظ الوجود والعدم وهذا الاحتمال - وإن قربه المصنف واختاره الكاشاني في الوافي ايضاً - إلا ان اللفظ اذا اطلق يكون فانياً في الوجود الواقعي لا العدم ، فلا معنى لإطلاق الصلاة وإرادة عدمها :

(ومنها) - ان يراد من الكلام المحلل الالتزام المقاولي ومن الكلام المحرم

قوله (ره) : ( نعم يمكن استظهار . . . ) (١) .

الالتزام البيعي ، وقد ظهر ما فيه مما قدمناه .

فالصحيح من الاحتمالات هو الاحتمال الثاني في كلام المصنف ، وهو ان يراد بالكلام الايجاب والقبول . وعليه تنطبق على مورد كلتا الروايتين : اما انطباقها على مورد رواية البيع فيكون بلحاظ اختلاف المورد ، وأما انطباقها على مورد المزارعة فبلحاظ اختلاف اللفظ من تسمية البذر والبقر وعدمه ، فان المقصود الواحد - أعني اشتراط الثلث للمالك الأرض وثلثين للزارع - اذا أنشئ مع التسمية يكون حراماً وبدونها يكون حلالاً .

هذا كله من حيث الكلام ، وأما الحل فالمراد به حلية المقصود تكليفاً - كما يظهر من جملة من الأخبار الواردة في جواز المقاوله قبل الملك ، فإنها ناظرة الى الرد على بعض العامة الذين يرون مجرد المقاوله قبل الملك مانعاً عن حل المقصود ولو كان البيع والشراء بعد الملك ، فكأنه عليه السلام يريد التنبيه على فساد مذهبهم بقوله : « إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام » وان الايجاب والقبول محلل اذا تحقق المقصود بعد الملك ومحرم اذا وقع قبله .

وأما الحرمة فالمراد بها الفساد ، بقرينة ما ورد في بعض أخبار المزارعة من قوله عليه السلام : « ليس ينبغي له أن يسمي بقرأ ولا بذراً » . ولعل سر التعبير عن الكلام بالمحرم مع أن حرمة التصرف إنما تستند الى عدم وجود إنشاء صحيح لا الى وجود الانشاء الفاسد ، أن الايجاب والقبول الفاسد هو الذي أوقع المكلف في الحرام ، ولولاه لم يقع فيه .

(١) بعد منعه ظهور هذه الفقرة في حصر المحلل والمحرم باللفظ وسقوطها عن الدلالة على التقريب المزبور ذكر أنه يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر . وحاصله : أن المراد بالكلام فيها - وإن كان هو الايجاب والقبول

قوله (ره) : (يشعر به . . .) (١) .

قوله (ره) : (ينبغي التنبيه على امور . . .) (٢) .

أو المواعدة والمقاولة - إلا ان التعبير بالكلام في حصر المحلل والمحرم بذلك مشعر بل ظاهر في انحصاره باللفظ ، ولو لم يكن هذا مراداً لكان اللازم أن يعبر بما يعم الكلام وغيره بالإيجاب والقبول لا بالكلام .

هذا ولا يخفى أنه عليه يلزم القول بعدم ترتب الأثر على المعاوضة حتى اباحة التصرف ، وهو مخالف للاجماع كما تقدم ، إلا أن هذا التقريب أيضاً غير تام لا لما أفاده المصنف من احتمال أن يكون وجه الانحصار في الكلام عدم امكان المعاوضة في مورد الرواية - أعني بيع ما لا يملك - لأن المبيع يكون عند مالكة وذلك لامكان كون المبيع عند غير مالكة كما يتفق كثيراً في الدلائل ، وهو ظاهر الاشارة في السؤال بقوله « اشترى هذا الثوب » . مضافاً الى أنه لا يبعد تحقق عقد المعاوضة بالاعطاء من طرف واحد كالمشتري في الفرض . بل الوجه في ذلك أن مفروض السؤال تحقق الإيجاب والقبول أو المواعدة باللفظ ، ففي هذا الفرض قال عليه السلام « إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام » فالحصر يكون إضافياً وبالقياس الى مورد السؤال لا يكون حقيقياً .

(١) ليس فيما حكاها من الأخبار أي اشعار في اعتبار اللفظ اصلاً - فراجعها

(٢) « التنبيه الأول » تعرض - قدس سره - فيه لمسألتين : احدهما في

جريان شروط صحة البيع كعدم الغرر وعدم الزيادة في الربووين ونحو ذلك في المعاوضة وعدمه . « ثانيها » في جريان أحكام البيع كخيار المجلس ونحوه في المعاوضة وعدمه :

( أما المسألة الاولى ) فالكلام فيها يقع في مقامات ثلاث : أحدها في اعتبار

ذلك في المعاوضة المقصود بها إباحة التصرف ، ثانيها في اعتبارها فيما اذا قصد بها الملك ولكن على القول بترتب الملك المنزّل عليها ، ثالثها في اعتبارها في ذلك

بناء على ترتب اباحة التصرف عليها ، وأما على القول بترتب الملك اللازم عليها فلا مجال للبحث عن ذلك اصلاً لأن المعاطاة حينئذ بيع شرعاً وعرفاً قد رتب عليه ما يترتب على البيع اللفظي :

« المقام الأول » - لا ينبغي الريب في عدم شمول أدلة شروط البيع كقوله عليه السلام : « نهى النبي (ص) عن بيع الغرر » المعاطاة المقصود بها الإباحة لعدم كونه بيعاً ، فعدم اشتراطها بذلك يكون من السالبة بانتفاء الموضوع . وبعبارة أخرى : مرجع اشتراط شيء في صحة البيع الى اعتباره في حصول الملك ، وهذه المعاطاة لا يحصل بها الملك أصلاً كانت واجدة لتلك الشروط أم لم تكن ، وهذا معنى السالبة بانتفاء الموضوع . ويبقى الكلام في دليل مشروعيتها ، وليس ذلك عموم النبوي - أعني قوله (ص) : « الناس مسلطون على أموالهم » - ولا سيرة المتشعبة كما يظهر من المصنف . أما النبوي فلما عرفت من ضعفه سنداً ودلالة ، وذكرنا من ان غاية مداولة عدم محجورية الانسان فيما ثبت مشروعيته من التصرفات وانه ليس مشروعاً ، ولا يثبت به جواز التصرف المشكوك اباحته شرعاً كمشروعية الإباحة المعاوضية مع الغرر ونحوه . واما السيرة فهي - وان كانت ثابتة في الجملة - إلا انه لا يعتمد عليها في المقام ، للزوم الاقتصار فيها على القدر المتيقن ، فالمستند في ذلك حلية التصرفات ذاتاً بمقتضى العمومات وغيرها ، فلا مانع عنها سوى ما ورد من اعتبار طيب نفس المالك بها ، فاذا ثبت ذلك - كما هو المفروض - لا يبقى مقتض للمنع اصلاً .

نعم اذا توقف التصرف على الملك كالوطني لقوله عليه السلام : « لا وطي الا في ملك » يمنع من الرجوع فيه الى العمومات . وتفصيل ذلك : ان التصرف قد لا يكون متوقفاً على الملك وقد يكون متوقفاً عليه وربما يشك في ذلك ، اما ما لا يتوقف منه على الملك فمقتضى العمومات - بعد ضمها الى طيب نفس المالك -

هو الجواز ، واما ما يشك في توقيفه عليها فالأصل يقتضى عدمه فيالحق بالفرض الأول ، واما المتوقف على الملك فالإطلاقات غير شاملة له لما دلّ على اعتبار الملك فيه .

فظهر مما بيناه انه لا يفرق في حصول اباحة التصرف غير المتوقف على الملك بالمعاطاة بين وجدانها لشروط البيع وعدمه ،

«المقام الثاني» - في المعاطاة المقصود بها الملك بناء على ترتب الملك المتزلزل عليها شرعاً ، والظاهر فيها اعتبار شروط البيع ، لأن المعاطاة - على هذا القول - بيع شرعاً و عرفاً فتعمها الأدلة . فان اللزوم والجواز كليهما من الأحكام الشرعية المترتبة على البيع ولا دخل لشيء منها في حقيقته ، وقد عرفت ان مرجع اشتراط البيع بشيء الى دخله في حصول الملكية لا اللزوم ، والمفروض حصولها في المقام . ولم يتحصل لنا وجه ما ذهب اليه شيخنا المحقق من عدم اعتبار شروط البيع في هذا الفرض .

«المقام الثالث» - في المعاطاة المقصود بها الملك على القول بترتب الاباحة عليها شرعاً وهي تكون وسطاً بين القسمين المتقدمين لأنها بيع عرفاً لأنه قصد به التمليك وليست بيعاً شرعاً لعدم ترتب المقصود عليها . ويمكن القول باعتبار الشروط فيها لوجهين : احدهما - ما هو مبني على ما اخترناه من كون هذه المعاطاة بيعاً مفيدة لما قصد بها من الملك ، فيعمها ادلة صحة البيع ، غاية الأمر اعتبر في امضاءها شرعاً بالسيرة او الاجماع شرط متأخر ، وهو التصرف المتوقف على الملك كما اعتبر القبض في بيع الصرف ، فانها على هذا تكون بيعاً حقيقة ، فيعمها ادلة شروط البيع ، ولا يوجب تأخر امضاءها شرعاً عدم جريان الشروط فيها كما لا يوجب في بيع الصرف . هذا كله بالاضافة الى زمان حصول الملك ، واما من حيث اباحة التصرف قبل ذلك فيظهر الحال فيه من الوجه الثاني .



قوله (ره) : ( بين الشرط الذي ثبت اعتباره من النص... ) (١)

ثانيها - ما هو مبني على القول بفسادها وعدم صدق مفهوم البيع عليها كما نسب الى العلامة ، فانه عليه تكون الاباحة الثابتة في موردها إباحة شرعية ثابتة بالسيرة أو الاجماع وليست اباحة مالكية ، فان المالك - وان أباح التصرف فيها بالمعاطاة - لا انها كانت بعنوان التملك ولم يمضها الشارع على الفرض ، نظير ما يؤخذ بالقمار ، فان الاباحة المالكية - وان كانت ثابتة فيه - الا أنها كانت بعنوان الاستحقاق ولم يمض شرعاً . فبناءً على ذلك لابد من الاقتصار على القدر المتيقن من مورد السيرة ، وهو صورة وجدان المعاطاة لما يعتبر في صحة البيع سواء كان دليل اعتباره لفظياً أو لبياً ، بل لابد من اعتبار الشروط الخلافية المشكوك شرطيتها في البيع أيضاً ، لأن القدر المتيقن إنما هو الجامع لجميع ذلك دون غيره ، فهذا الفرض اسوأ حالاً من القسم الثاني من هذه الجهة .

وبما ذكرناه ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين المعاطاة المقصود بها الاباحة فان الاباحة هناك مالكية وفي المقام شرعية ثابتة بالسيرة .

ثم إن في هامش بعض نسخ المكاسب حاشية من المصنف حاصلها جريان الربا في المعاطاة المقصود بها الاباحة أيضاً . ولكن فساد واضح ، لأننا لم نعر في الربا على اطلاق يعم جميع المعاوزات حتى الاباحة المشروطة بمثلها .

(١) التفصيل لا وجه له ، بل الشرط الذي ثبت اعتباره بدليل لبي من الاجماع ونحوه أيضاً جار في المعاطاة المقصود بها الملك ، فان معقد الاجماع إن كان البيع المفيد للملك ولو لم يكن لازماً فيعم المعاطاة بلا اشكال ، وان كان خصوص المفيد للملك اللازم فكذلك ، لأن المعاطاة تفيد الملك اللازم ، غاية الأمر قلنا بجوازه الى زمان التصرف بالسيرة أو الاجماع ، فكأن اللزوم فيها مشروط بامر متأخر .

قوله (ره) : (وأما حكم جريان الخيار فيها ...) (١).

(١) هذه هي المسألة الثانية من التنبيه الأول ، وقد ذكر فيها امكان نفي الخيار عن المعاطاة على المشهور ، وعللها بقوله : « لأنها جائزة عندهم ». ولا يخفى ما في التعليل ، فان مجرد الجواز لا ينافي الخيار كما ستعرف ، والمناسب تعليقه بأنها إباحة . ثم قال : « وإن قلنا بافادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم » ، وفيه أن المعاطاة على هذا تكون بيعاً قبل اللزوم أيضاً ، فلا وجه للتقييد .

وتفصيل الكلام في جريان الخيار في المعاطاة وعدمه يقتضى البحث في مقامات ثلاثة على ما تقدم في المسألة الاولى :

« المقام الأول » - في المعاطاة المقصود بها الاباحة ، والظاهر عدم ثبوت الخيار فيها لعدم المقتضى له لا ثبوتاً ولا إثباتاً : أما ثبوتاً فلأن الخيار إنما يجعل فيما اذا كان ثبوته توسعة لمن له الخيار واستلزم انتفاؤه كلفة عليه . ومن الظاهر ان مجرد الاباحة والرضا بالتصرف ليس فيها كلفة على المبيع بعد عدم كونه عقداً لازماً مشمولاً لقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » ، فلا معنى لجعل الخيار فيها لا شرعاً ولا يجعل المتعاطيين . وأما اثباتاً فلأن ادلة ثبوت الخيار في البيع لا تشمل هذه المعاطاة لأنها ليست ببيع ، والخيار المستند الى ثبوت الضرر في اللزوم لا يثبت في المقام لانتهاء موضوع الضرر وهو الملك .

« المقام الثاني » - في المعاطاة المقصود بها الملك بناءً على ترتب الملك المترزل عليها . وأما على القول بترتب الملك اللازم فلا اشكال في جريان الخيار كما عرفت في المسألة المتقدمة . والظاهر ثبوت الخيار فيها لكونها بيعاً شرعاً وعرفاً مبدئياً على اللزوم بمقتضى العمومات ، وانما ثبت الجواز فيها لغاية محدودة بالسيرة أو الاجماع ، فعمها الأدلة .

نعم قد يقال : إن جعل الخيار في الملك المترزل ذاتاً لغو لا يترتب عليه الأثر . والجواب عنه ان الجواز تارة يكون حقيقاً قابلاً للاسقاط كجواز البيع الخياري ، وقد يكون حكماً كجواز الهبة حيث لا يقبل الاسقاط ، وهكذا اللزوم قد يكون حقيقاً كلزوم البيع حيث يسقط بالإقالة ، وقد يكون حكماً كلزوم النكاح .

ثم الجواز بقسميه تارة يتعلق بتراد العينين واخرى يتعلق بفسخ العقد فأقسام الجواز أربعة . وعليه فان كان الجواز الثابت في المعاطة ذاتاً جوازاً حقيقاً - ولا بأس بالتعبير عنه بخيار المعاطة - فلا يستلزم لغوية ثبوت خيار آخر فيها ، كما قد يجتمع في البيع اللفظي خياران كاجلس والحيوان ، فيكون كل منهما قابلاً للنقل والاسقاط فاذا سقط أحدهما يستند الخيار الى الآخر . وان كان الجواز الحقيقي في الفرض متعلقاً بالتراد ، فثبوت الخيار حينئذ كان اوضح . لأنه متعلق بفسخ العقد فيختلف متعلق الحقيين وأما إن كان الجواز حكماً فان كان متعلقاً بالتراد - كما ذكره المصنف في التنبيه السادس وصرح بأنه المتيقن في جواز المعاطة - فلا مانع ايضاً من ثبوت الخيار ، فان له حينئذ أثر مغاير للجواز الذاتي - وهو حق حل العقد - فلا اشكال في شئ من الفروض المتقدمة ، فيبقى فرض واحد وهو ما اذا فرض الجواز حكماً ومتعلقاً بفسخ العقد . والجواب عنه أن الجواز لو كان أبدياً ولم يكن محدوداً قابلاً للتبدل باللزوم لم يكن عن اللغوية دافع ، إلا أنه قابل للانقلاب بالتصرف ونحوه ، فلا مانع من جعل الخيار من أول الأمر ، فيكون طرف اعماله بعد اللزوم بالتصرف . وبما أن الأمرين بينهما عموم من وجه لا يلزم اللغوية من اجتماعهما ، إذ قد ينقلب الجواز الى اللزوم في المجلس ، فيمكن اعمال خياره حينئذ . فالصحيح - تبعاً لظاهر المصنف - ثبوت الخيار الجاري في البيع في هذا القسم من المعاطة مطلقاً ، من غير فرق بين المختص بالبيع وغيره .

قوله (ره): (ويحتمل أن يفصل... (١).  
قوله (ره): (ان المتيقن من مورد المعاطاة... (٢).

(١) لم نعرف وجه التفصيل ، فان اختصاص أدلة الخيارات المختصة بالبيع بما وضع على اللزوم لا يمنع شمولها للمعاطاة ، لما عرفت من كونها مبنية على اللزوم بحسب قصد المتعاطيين ، غاية الأمر ثبت فيها الجواز ما لم يحصل التصرف بالسيرة ونحوها ، فهني نظير البيع الخياري ولم يمنع أحد شمول أدلة الخيار له ، فالصحيح جريان الخيارات الخاصة والعامة في المقام .

«المقام الثالث» - في المعاطاة المقصود بها الملك على القول بترتب الاباحة عليها إن كان الخيار حقاً متعلقاً برد العين فلا ينبغي الريب في عدم ثبوته فيها لانقضاء موضوعه ، لأن العين لم تخرج عن ملك مالكة ولم يحصل النقل والانتقال ، وانما ابيع التصرف فيها شرعاً ، فما معنى ثبوت حق الرد . وإن كان الخيار بمعنى ملك فسخ العقد فالظاهر ثبوته فيها لما بينا من أنها بيع عرفاً وشرعاً ، غاية الأمر توقف تأثيره في الملك على حصول شرط متأخر - وهو التصرف أو التلف - فتعمها أدلة الخيار ، إذ يكفي في ثبوته قابلية البيع للتأثير ولو لم يكن فعلياً ، وأثره جواز الفسخ والامضاء لمن له الخيار ، فاذا أمضى المعاطاة واسقط خياره ترتب عليه اباحة التصرف فعلاً وملكاً بعد التصرف ، واذا فسختها انتفت الاباحة بانحلال موضوعها - وهي المعاطاة - ولا يحصل الملك حين التصرف .

ونظير ذلك بيع الصرف حين القبض ، فانه تعمه أدلة الخيار مع عدم فعلية تأثيره في الملك لتوقفه على القبض ، فاذا سقط الخيار وجب الاقباض وترتب عليه الملك ، واذا فسخ العقد سقطت قابلية التأثير ولو بعد الاقباض .

### التنبيه الثاني

(٢) تفصيل الكلام في التنبيه الثاني يقع في مقامات ثلاث بعد وضوح

أن عنوان المعاظة لم يرد في آية ولا رواية ، ومورد البحث عنوان عام وهو كفاية الانشاء الفعلي في المعاملات وعدمه ، سواء كان معاظة أو غيرها .

« المقام الأول » - فيما اذا قصد بالإعطاء والأخذ اباحة التصرف . لا ينبغي الريب في حصولها بذلك لأن مدركها انما هو جواز التصرف ذاتاً ، ولا مانع منه سوى اعتبار طيب نفس المالك وهو حاصل على الفرض ، سواء كان التعاطي من الطرفين او الاعطاء من طرف والأخذ من الطرف الآخر .

« المقام الثاني » - فيما اذا قصد المملك على القول بترتبه ، وعلى هذا أيضاً لا يفرق بين المعاظة والاعطاء من طرف والأخذ من الطرف الآخر لصدق عنوان البيع والعقد والتجارة عليه . ودعوى تقوم مفهوم البيع بالمبادلة بين المالكين وهي مفقودة في الاعطاء من طرف واحد فلا يكون بيعاً كما عن المحقق النائيني « قده » . مدفوعة بأن المبادلة المعتبرة في البيع إنما هي المبادلة الاعتبارية لا المبادلة في المكان ، وهي حاصلة بالاعطاء والأخذ ، بل الغالب في المعاظة ايضاً حصول المبادلة بالاعطاء والأخذ ، فيكون الاعطاء من الطرف الآخر وفاءً .

« المقام الثالث » - فيما اذا قصد المملك وقلنا بترتب الإباحة . والظاهر فيه عدم ترتب الإباحة الا إذا تحقق التعاطي من الطرفين ، لأنها ليست اباحة مالكية وإنما هي اباحة شرعية ثابتة بالسيرة أو الاجماع ، فاذا قام شيء منها على ثبوتها في فرض الاعطاء من طرف واحد نقول بها وإلا فلا ، والتحقيق بثبوتها في المقام لتعارف البيع نسيئة أو سلفاً على نحو المعاظة ، مضافاً إلى ما تقدم من أن أكثر المعاملات النقدية من هذا القبيل فانها تتم بالاعطاء والأخذ ، وانما يكون الاعطاء من الطرف الآخر وفاءً لامتتماماً للمعاملة ، فلو فرض قيام الاجماع على عدم المملك ثبتت الإباحة نعم من حيث ترتب المملك عليه حين التلف لا فرق بينه وبين المعاظة من الطرفين لصدق عنوان البيع عليه عرفاً .

قوله (ره): (وربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد الايصال) (١) .

ثم ان شيخنا المحقق نقل عن بعض الاستدلالات على ثبوت الإباحة في المقام بقوله صلى الله وآله : « الناس مسلطون على أموالهم » . ثم أورد عليه بأن التمسك به انما يتم في المقامين الأولين دون الفرض الذي لم يترتب فيه المقصود على العقد وانما بالإباحة شرعاً ولم يكن مقصوده .

ونقول : الظاهر أنه ناظر الى الاشكوري حيث ذكر في حاشيته على قول المصنف : « وأما على القول بالإباحة فيشكل . . . » ما حاصله : ان الاشكال انما يتم بناءً على التمسك بالسيرة ، وأما بناءً على التمسك بالنبوي فلا اشكال ، ولعل السيد أيضاً ناظر اليه ، وعلى أي تقدير لا دافع للإيراد ، مضافاً الى عدم امكان التمسك بالنبوي في اثبات مشروعية التصرف رأساً على ما تقدم الكلام فيه .

(١) هذا هو القسم الثالث من المعاطاة ، وهو فرض عدم تحقق الأخذ والعطاء رأساً ، وقد مثل له بأمر :

( منها ) اخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الثمن في المكان المعدله .

( ومنها ) الدخول في الحمام كذلك . ولكن الظاهر عدم كونها من قبيل المبادلة

بين المالكين ، والالزم فسادها للغرر ، فان تعيين مقدار الماء أو زمان البقاء في الحمام

ليس متعارفاً ، بل الظاهر كونها من قبيل اباحة التصرف والرضا به مشروطاً

بوضع الفلوس بنحو الشرط المتأخر ، فهما خارجان عن محل الكلام .

( ومنها ) أخذ المحقرات كالخضريات والبقولات ووضع الثمن في المكان

المعدله . والظاهر كونه بيعاً ، ونفس الأخذ ايجاب وكالة وقبول أصالة ، فان

مالك البقل بنفس وضع بقله في الدكان كذلك يوكل كل من اراد الشراء في

ايجاب البيع .

وأما ما ذكره المحقق النائيني - قدس سره - من اعتبار تعيين الوكيل في صحة

- قوله (ره) : ( فيتقاولان على مبادلة شيء بشيء ) (١) .  
قوله (ره) : ( تمييز البائع من المشتري ) (٢) .

التوكيل انما يتم في توكيل الشخص ، اذ لا يترتب عليه أثر مع عدم التعيين ، وأما التوكيل النوعي فلا يعتبر فيه ذلك جزءاً بل لا معنى له .

( ومنها ) وصول كل من المالكين الى مالك للآخر باطارة الريح ، والأحسن أن يفرض ذلك فيما اذا كان عند شخص واحد عروضاً من زيد بعنوان الأمانة ودرهم من عمرو كذلك ، ففي مقام الرد اشتباه و دفع العروض الى مالك الدرهم وبالعكس فلما علما بذلك أبقى كل منهما ماله عند الآخر ، فاذا كان ذلك بعنوان التمليك يكون نفس الإبقاء انشاءً للبيع والشراء ، فيعمه الأدلة . الا انه على القول بعدم الملك وثبوت الإباحة لا تثبت في الفرض لعدم تحقق السيرة فيه .

(١) هذا هو القسم الرابع ، وهو فرض عدم تحقق الوصول أيضاً ، كما اذا تقاول كل من المالكين مع الآخر في مبادلة المالكين ولم يتحقق في البين عطاء ولا أخذ ولا إيصال أصلاً . ذكر المصنف ما حاصله : ان الاشكال المتقدم على الإباحة هنا أكد ، وأما بناءً على الملك فلا يبعد صحته .

ونقول : أما عدم ثبوت الإباحة فواضح لأنها اباحة شرعية ولم تثبت السيرة على ثبوتها في المقام ، وأما الصحة بناءً على الملك تمسكاً بالأداة فلم نعرف لها وجهاً وذلك لأنه لو كان اللفظ غير المعبر مجرد مقابلة ومواعدة فلم يتحقق بيع ليعمه دليله ، وان كان انشاءً فاسداً لم يعتبره الشارع ، فكيف يتمسك فيه بما دل على صحة البيع ، فان الرجوع اليه مع فرض الفساد مما لا يجتمعان .

(٢) قد تكون الشبهة في تمييز البائع عن المشتري مصداقية بعد وضوح مفهوم البيع والشراء ، كما اذا شك في أن أياً من المتبايعين قصد البدلية وأبها قصد البدلية فيما اذا لم يكن أحد العوضين عروضاً والآخر قيمة ، فيشكل الأمر

في تعيين ذلك ، فان مجرد التقديم في الاعطاء لا يوجب صدق البيع كما لا يوجب تأخيره صدق الشراء ، فان الإبداء من المشتري في دفع الثمن ليس امراً نادراً . وعليه فلا تثبت أحكام البائع ولا المشتري لكل منهما اصلاً ، بل يرجع في ذلك الى ما يناسبه من الأصل العملي . والظاهر - بل المتيقن - أن المصنف فيما أفاده غير ناظر الى هذه الصورة .

وقد يكون الشك في الصدق ، أي تكون الشبهة مفهومية ، وهذا اصطلاح من المصنف - قدس سره - حيث عبر في كتاب الطهارة عن حصة من الشبهة المفهومية ، وهي ما اذا كان للمفهوم أفراد متيقنة وشك في سعته بالنسبة الى الأفراد المشكوكة بالشك في الصدق ، فاذا كان احد العوضين عروضاً والآخر قيمة كان صاحب العروض هو البائع والآخر هو المشتري ، وإلا فان كان غرض أحدهما متعلقاً بشخص المال وغرض الآخر متعلقاً بقيمته - بحيث يدفع اليه العروض بعنوان البدلية عن الدرهم أو الدينار - كان الأول مشترياً والثاني بائعاً . وأما اذا فرضنا تعلق غرض كليهما بالمالية او بالشخص لا محالة يكون صدق البائع والمشتري على كل منهما مشكوكاً . وقد ذكر المصنف في ذلك احتمالات أربعة ، وزاد عليها المحقق النائيني - قدس سره - احتمالاً خامساً :

( أحدها ) - أن يكون كل منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين ، لصدق كلا العنوانين - اعني عنوان المبادلة وعنوان ترك شيء واخذ غيره - على فعل كل منهما بلحاظين . وفيه : ان المبادلة وترك شيء بأخذ غيره لازم أعم للبيع والشراء كما لا يخفى فكل منهما صادق على كل من البيع والشراء ، واذا قيدنا ذلك بقصد خصوص العين في الشراء وتعلق الغرض بالمالية في البيع لما صدق العنوان على شيء واحد .  
( ثانيها ) - أن السابق في الإعطاء هو البائع . وفيه ما عرفت من انه ليس في البيع .



قوله (ره) : (الرابع أن أصل المعاظة) (١) .  
قوله (ره) : (على وجوه) (٢) .

(ثالثها) - أن يكون ذلك صلحاً . وفيه أن عقد الصلح عبارة عن انشاء التسالم بحيث يكون هو المنشأ ، وأما واقع التسالم فكل عقد يكون مشتملاً عليه ومع ذلك لا يكون صلحاً .

(رابعها) - ما ذكره المحقق النائيني من كون احدهما بائعاً والآخر مشترياً بلا تعيين حتى في الواقع . وفيه أنه غير معقول من جهتين أو من جهات لا تخفى .  
(خامسها) أن يكون معاوضة مستقلة غير داخلية في العناوين المعروفة فيعمه التجارة عن تراض ، فتكون صحيحة نافذة ولكن لا يترتب عليها آثار البيع واحكامه وهذا هو الصحيح ، ولذا في مثل ذلك اذا سئل كل منهما عن فعله لا يقول « بعت » ولا يقول « اشتريت » ، بل يقول « بدلت داري » أو « عوضته باخرى » ونحو ذلك .  
(١) هذا التنبيه راجع الى أقسام المعاظة بحسب مقصود المتعاطيين ، فما ذكره المصنف من تمامية العقد بالاعطاء من جانب والأخذ من الجانب الآخر ، وان اعطاه يكون وفاءً لا متمماً للعقد أجنبي عن هذا التنبيه ، وقد تقدم تفصيله  
(٢) جعلها أربعة :

(أحدها) أن يقصد المبادلة بين المالين .

(ثانيها) أن يقصد المبادلة بين تمليكين ، بأن يجعل التملك بأزاء تملك الآخر بحيث تحصل المبادلة بين المالين تبعاً . وذكر المصنف أنه بعيد عن معنى البيع وقريب الى الهبة المعاوضة . ثم أشكل في إجراء حكم الهبة المعاوضة عليه لعدم تحقق التملك من الأول لو لم يملكه الآخر بخلاف الهبة ، إلا أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً على نحو الداعي لا العوض ، فقال : « الأولى أن يقال انها مصالححة أو معاوضة مستقلة » .

قوله (ره) : ( احدها ان يقصد ) (١) .

قوله (ره) : ( ثانيها ان يقصد ) (٢) .

( ثالثها ) أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض والآخر يقبلها بتمليك ماله له .

( رابعها ) أن يقصد كل منها الإباحة بازاء إباحة الآخر .

ثم اشكل عليه في حكم القسمين الاخيرين من جهتين ، من حيث صحة الإباحة المعوضة بالتمليك ، ومن حيث إمكان إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك ، ولا بد من التعرض لكل من الأقسام المزبورة :

(١) هذه هي المعاوضة المصطلحة التي وقع الكلام في كونها مفيدة للملك

اللازم أو الجائز أو يترتب عليها إباحة التصرف أو هي فاسدة لا يترتب عليها شيء ، وعرفت المختار منها .

(٢) لا نتصور وجهاً معقولاً للمبادلة بين تملكين ، فان المبادلة لا بد أن

تكون بين مالين موجودين إما خارجاً وإما اعتباراً في الذمة . وأما ما كان موجوداً

في زمان وانعدم فلا معنى لتبديله والمقام من هذا القبيل ، فان التملك الذي ينعدم

بقوله ملكتك لا معنى لتمليكه لشخص آخر ثبوتاً ، وأما إثباتاً فلا يمكن إنشاؤه

بقوله ملكتك الدار مثلاً ، بل لا بد في ذلك من وقوع عقد آخر على نفس التملك

بأن يقول آجرتك على أن تملكني دارك بازاء تملكى البستان لك .

وبالجملة جعل التملك بازاء التملك ممنوع ثبوتاً وإثباتاً ، فما يحتمل في هذا

القسم امران :

( أحدهما ) - أن يكون التملك مشروطاً بتمليك الثاني كالهبة المعوضة .

( ثانيها ) - أن يكون تملك الاول بداعي تملك الآخر ، فتحلفه لا يوجب

الخيار أيضاً . وعلى اى تقدير لا بد وأن يكون الغرض خارجاً عن باب

المعاوضات رأساً .

قوله (ره) : (ثالثها ان يقصد) (١) .

قوله (ره) : (رابعها ان يقصد كل منهما الاباحة) (٢) .

قوله (ره) : (اما اباحة جميع التصرفات) (٣) .

وأما احتمال كونه مصالحة فمدفوع بما تقدم من أن الصلح عبارة عن إنشاء التسالم ، وأما واقعه فمتحقق في ضمن كل عقد .

(١) لو كان المفروض عكس ما فرض اعني قصد تملك المال بازاء تملك الاباحة لأمكن توجيهه ، إذ لا يعتبر أن يكون الثمن في البيع عينا ، بل يمكن ان يكون فعلا . وأما المفروض فيجری فيه ما نذكره في القسم الرابع .

(٢) أما المبادلة بين الاباحتين أو الاباحة والتملك فقد عرفت امتناعها ثبوتا وإثباتا فيجری فيه الاحتمالان المتقدمان بأن تكون الاباحة مشروطة أو تكون بداعي إباحة الثاني أو تملكه ، وعلى الأول يجب على الآخر بعد قبوله العمل بالشرط ، لقوله (ص) : (المؤمنون عند شروطهم) بناء على شموله لمثل المقام . وأما على الثاني فلا يجب عليه شيء أصلاً . (نعم) في الموردين احتمال ثالث غير جار في القسم الثاني ، وهو أن تكون الاباحة معلقة على إباحة الآخر أو على تملكه فان التعليق إنما يكون مفسداً في التملك ولو محالاً كالهبة لا الاباحة ، فتكون ثابتة لمن يبيع له ماله أو يملكه إياه ، فيكون الموضوع مقيداً بذلك لا يدخل فيه من لا يفعل ذلك . وهذا نظير فعل الحماي ، فانه يبيع التصرف لكل من يضع الفلس في الدخل ، ولا مانع من هذا التعليق في الاباحة ، كما هو واضح . وأما غير هذه الاحتمالات فلا نتعلقه في هذه الفروض .

(٣) هذا أحد الموردين اللذين استشكل المصنف (ره) فيها ، وذهب فيه إلى أنه لا يسوغ التصرف المتوقع على الملك بمجرد إذن المالك ، فانه إنما يمضي فيما يجوز ذاتاً دون غيره ، كبيع الانسان مال غيره لنفسه الذي هو مستحيل شرعاً

فكيف يجوز للمالك أن يبيعه ؟ ثم صحح ذلك بأحد وجهين أو وجوه :  
 ( أحدها ) - أن يقصد بالاباحة توكيل المخاطب في بيع ماله ثم تملك ثمنه  
 أو العكس ، أو تكون بنفسها انشاء تملك له ويكون تصرف المخاطب بمنزلة القبول  
 نظير قول الرجل للمالك العبد اعتق عبدك عني بكذا ، فانه استدعاء للتمليك بدلالة  
 الاقتضاء ، واعتاق المولى جواب لذلك . وهذه الدلالة من الدلالات المقصودة ،  
 وهي التي تتوقف عليها صحة الكلام عقلاً أو شرعاً . ومثل في القوانين ظاهراً  
 للأول بقوله سبحانه ( وأسأل القرية ) والثاني بالمثال المذكور .

( ثانيها ) - أن يرد دليل على جواز التصرف في مورد الاباحة ، فيكون  
 مخصصاً لعموم دليل اعتبار الملك فيه ، مثل لا يبيع الا في ملك ، أو لا وطء الا في  
 ملك كما خصص بمادل على جواز وطء الأمة بالتحليل بصيغة خاصة .

( ثالثها ) - أن يلتزم بحصول الملك آنأما قبل التصرف جمعا بين الأدلة ، كما  
 في شراء العمودين .

وهذه الوجوه كلها منتفية فيما نحن فيه ، فلا يبقى الا عموم قوله ( ص ) :  
 ( الناس مسلطون على اموالهم ) وإثبات صحته به موقوف على عدم مخالفة مؤداه  
 لقواعد اخر ، فان غاية مدلوله سلطنة المالك على التصرفات المشروعة دون غيرها  
 هذا حاصل ما أفاده في المقام .

( ونقول ) : لا بد من بيان كيفية توقف التصرفات على الملك ، وأنه يكون  
 تحت جامع واحد ويختلف باختلاف الموارد ( وتفصيل ذلك ) يستدعي البحث  
 في جهتين : ( إحداهما ) من حيث كون التصرف للمالك ( ثانيها ) من حيث كون  
 التصرف عن المالك بحيث ترجع نتيجه اليه :

( اما الجهة الاولى ) فتوضيحا أن التصرف قد يكون خارجيا غير قابل  
 للوكالة والنيابة ، ويختص جوازه شرعا بشخص المالك كالوطء حيث يستفاد

اختصاصه بالزوج او المالك من الآية المباركة ، ففي مثله لا يجوز ذلك لغير المالك بالاذن والاباحة ، بداهة ان غير المالك لا يصير مالكا بشيء منها . والنبوي إنما يثبت السلطنة للمالك بالنسبة الى التصرفات الجائزة ذاتاً ، فاذا لم يكن عن جواز التصرف مانع سوى كونه ملكاً للغير يباح باذنه ، وقد يكون التصرف مما تجرى فيه النيابة او الوكالة ويتوقف جوازه على ملك المتصرف أو كونه منتسباً الى المالك وسلطانه ورضاه ، كما في البيع والاجارة ونحوها من العقود ، فانها متوقفة على ملك العقد وكونه صادراً عن رضى المالك وسلطانه ولو لاحقاً على ما هو ظاهر التجارة عن تراض ، ففي مثل ذلك لا ينبغي الشك في صحته بالتوكيل بل بمجرد الاذن أيضاً وإن لم يكن توكيل . وبهذا صححنا العقد الفضولي إذ لحقه اجازة المالك ، بناء على ما سنينته من ان الرضا المعتبر في صحة المعاملة أعم من المقارن والمتأخر ،

وقديكون التوقف على الملك بمعنى كون التصرف تصرف المالك ، نظير الطلاق الذي يعتبر فيه أن يكون من فعل الزوج ، ولذا لا يصح من غيره بغير الوكالة ومن هذا القبيل جميع الايقاعات كالابراء والعنق ونحوه ، فان الاستفادة من عموم قوله ( لا عتق الا في ملك ) اعتبار كون العتق فعلاً للمالك « فيصح من غيره بالوكالة ، حيث أن فعل الوكيل فعل الموكل غاية من غير مباشرة ، ولا يصح بمجرد الرضا او الاباحة ، فلو قال المالك ابحت لك أن تعتق عبدي عني لا يصح بظاهره ، فضلاً عما إذا قال أبحت لك أن تعتق عبدي عنك ، فانه لا يستفاد منه بناء على ذلك اعتبار كون العتق عن المالك ، فلا مانع من أن يعتق المالك عبده عن غيره فتبرأ ذمته ( وعليه ) فلا مقتضى في قول الرجل اعتق عبدك عني لأن يكون استدعاءاً للتمليك ضمناً من باب دلالة الاقتضاء .

( وأما الجهة الثانية ) فتارة يكون اعتبار التصرف عن المالك بحكم عقلي ، واخرى يكون بدليل شرعي والاول مثل اعتبار رجوع الثمن الى كيس من خرج عنه

المؤمن وهكذا العكس ، فان البيع مبادلة المالين وهي متقومة بدخول كل من العوضين في كيس من خرج عنه الآخر ، فاعتبار كون البيع عن المالك مما استقل به العقل ولو لم يكن هناك حديث ( لا بيع الا في ملك ) اصلا ، فاذا قال المالك لغيره اشتر بما لي لنفسك شيئاً لابد وأن يكون توكيلا له في الشراء ثم تملك المؤمن ، او توكيلا للتملك أولاً ثم الشراء لنفسه ، أو يكون تملكاً له ابتداء والا فلا يصح الاذن .

( وبالجملة ) في مثل ذلك إذ ثبت ما يوهم خلافه لابد من الالتزام بالملك أنا ما جمعاً بينه وبين ما استقل به العقل . وهذا نظير ما قالوا به في شراء العمودين والمخارم جمعاً بين الأدلة ، ويكون الملك الثابت حينئذ ملكاً حقيقياً لا تقديرياً كالمالك الثابت للواهب او من له الخيار إذا باع أو أعتق ، ولا وجه للتفصيل بينه وبين الملك في شراء العمودين والالتزام بالملك الحقيقي في الاول والتقديري في الثاني كما عن المصنف ( قده ) بل الصحيح تحقق الملك الحقيقي في الفروض الثلاثة والاختلاف انما هو من حيث طول الزمان وقصره ، وإلا فلا نتعل الملك التقديري أصلاً .

( وأما الثاني ) وهو ما اذا ثبت اعتبار كون التصرف عن الملك بالدليل الشرعي ، كما استظهره في ( المسالك ) في باب العتق ، فاذا ثبت في مورد خلافه ، كما ثبت جواز عتق الولد عن والده يلتزم فيه بالتخصيص ، كما ذهب اليه في ( المسالك ) ايضاً في الفرض ، من دون حاجة الى الالتزام بالملكية آنأما ، هذا كله في الكبرى الكلية من الجهتين .

( بقى الكلام ) في بعض صغرياتها : ( منها ) - ما إذا قال المالك لغيره اعتق عبيدي عنك فانه يكون مورداً لكلتي الجهتين ، فمن حيث اعتبار كون العتق فعل المالك لابد وأن يكون الامر بالعتق توكيلا أو تملكاً ، وإلا فلا يكون المعتق هو المالك ، وأما من الجهة الثانية فلا يكفي التوكيل بناء على اعتبار وقوع العتق عن

المالك ، فلا مناص في صحته من أن يكون الأمر بالعتق تمليكا للمخاطب ، والا فلا يكون العتق عن المالك .

(ومنها) - مالو قال اعتق، عبدي عنى ، والبحث فيه يكون من الجهة الاولى فقط ، فلا بد من الالتزام فيه بالتوكيل ليكون العتق فعل المالك .

(ومنها) - مالو قال اعتق عبدك عنى ولايجرى فيه إلا من الجهة الثانية ، فان العتق على اي تقدير يكون فعل المالك ، فان جوزنا العتق عن غير المالك جاز ذلك من دون حاجة الى حمله على استدعاء التمليك ، وإلا فلا بد وأن يكون السؤال استدعاء له والعتق جوابا كما أفاده المصنف ( قدّه ) .

فتأخذ من جميع ماتقدم أن البيع ونحوه من الجهة الاولى يعتبر فيه أن يكون منتسبا الى المالك ليصدق عليه عنوان التجارة عن تراض ، ويحصل ذلك بالرضى اللاحق فضلا عن الاذن والاباحة السابقة ( وأما من الجهة الثانية ) فالعقل يستقل باعتبار كونه عن المالك على ما عرفت ، فاذا ثبت خلافه في مورد - كما في شراء العمودين وانعتاقهما مع خروج الثمن عن كيس الولد - فلا محالة من الالتزام بالملك آنأما ، وهو ملك حقيقى ، لعدم امكان تخصيص الحكم العقلي .

( وأما الوطىء ) فالمستفاد من الآية توقفه على الملك ، ولا يجوز لغيره الا بالتحليل بصيغة خاصة ، ولا مانع من التخصيص ، لأن التوقف شرعي ( وأما العتق ) ونحوه ، من الايقاعات ، فان ثبت إجماع على توقفه على الملك واعتبار كون المعتق مالكا مباشرة او تسيبياً فهو ، وإلا فقلوه ( ع ) : ( لا عتق إلا فيما يملك ) لا يستفاد منه ذلك ، كما لا يستظهر من قوله ( ع ) : ( لا يبيع إلا في ملك ) وقوله ( ع ) : ( لا طلاق قبل النكاح ) فانها ناظرة الى نفي العتق والبيع قبل الملك كما هو المتعارف حتى في عصرنا ، فالمرجع حينئذ عمومات العتق وأوفوا بالعقود ، لشموله الايقاع ايضا وهكذا في الطلاق .

ثم لو تنزلنا وسلمنا دلالته على اعتبار كون المعتق مالكا ، فمن الجهة الثانية لا ينبغي الريب في عدم دلالته على اعتبار كون المعتق عن المالك ، فيصح العتق عن غيره ويثاب عليه .

بقي الكلام في أمرين : ( أحدهما ) - أنه بنساء على صحة العتق عن غير المالك ووصول ثوابه اليه ، فهل تسقط ذمته إذا كان مشغولا بالعتق بنذر أو غيره أولا؟ ظاهر ( السيد والمحقق النائيني (ره) في الحاشية هو الاول . و ( الصحيح ) هو الثاني ، ولا يبعد كونه مختار المسالك أيضاً ، فان سقوط التكليف المتوجه الى أحد بفعل غيره على خلاف القاعدة ، ففي كل مورد ثبت الدليل عليه - كما في عتق الولد عن والده الميت - نقول به ، وإلا فلا . ومجرد الصحة لا يلزم سقوط ذمة الغير كما هو واضح وأما ما ذكره السيد ( قدّه ) - من التمسك بفحوى قوله ( ع ) : ( دين الله أحق أن يقضى ) حيث طبق الامام ( ع ) الدين على قضاء الفوائت ، ثم أمر بأن دين الله أحق أن يقضى - فخذوش من وجهين : ( الاول ) - أن تلك الرواية ضعيفة السند ولم نجد لها مأخذاً صحيحاً . ( الثاني ) - أن مؤداها حكم على خلاف القاعدة لا بد من الاقتصار على موردها : وهو أداء الدين القربي عن الميت لاعن الحي . ( ثانيهما ) - أن الأمر بالعتق هل يوجب الضمان أم لا ؟ وأما إذا قصد المالك التبرع أو أقام السائل قرينة على المجانية فلا إشكال في عدم الضمان ، لأن المالك أتلف ماله مجبناً . وأما إذا لم يكن شيئاً منها فاحترام مال المسلم يقتضي ضمان الأمر بمجرد أمره ، وعليه سيرة العقلاء والمنشعة في الأموال والأفعال ، فلا وجه للقول بثبوت الضمان على الأمر من جهة دخول المال في ملكه وخروجه عنه ، كما يظهر من المحقق النائيني ( قدّه ) وعليه فاذا عين الثمن في الأمر يكون الضمان به ، وإلا فيضمن بالمثل أو بالقيمة .

ثم إنه ذكر أمثلة آخر يتوقف فيها التصرف على الملك : ( منها ) - ثمن الهدى



حيث ادعى اعتبار كونه ملكاً للمهدي ، وقد استشهد المصنف (ره) في عدم جواز وطء الجارية بالاباحة بما حكاها عن حواشي الشهيد (قده) من منعه إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة وثنم الهدى ولا وطء الجارية (نقول): أما الاستشهاد بكلامه (قده) في المقام فغريب ، لان مورده المأخوذ بالمعاطاة المقصود بها الملك على القول بترتب الاباحة عليها شرعاً وكلامنا في الاباحة المالكية ، ولا ربط لاحدهما بالآخرى ، فهو أجنبي عما نحن فيه كما ذكره السيد (قده) في الحاشية . وتوضيح ذلك : أن كلامنا في المقام إنما هو في الكبرى أعني جواز التصرف المتوقف على الملك من غير المالك ، ونفوذه بعد الفراغ عن الصغرى ، وهي تعلق الاباحة به . وفي المعاطاة بالعكس أعني إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك بالمعاطاة المقصود بها الملك وعدمها بعد الفراغ عن الكبرى أعني نفوذ التصرفات المتوقفة على الملك لو فرض تعلق الاباحة به ، إذ المفروض كون الاباحة شرعية ، فكل من المقامين اجنبي عن الآخر .

وأما أصل المطلب فالظاهر عدم اعتبار الملك في ثمن الهدى ، فان ما يظهر من الاخبار وجوب سوق الهدى في حج القران ، ووجوب ذبجه هناك في حج التمتع ، وليس في شيء منها تعرض لملك الثمن اصلاً ، بل لا يبعد استفادة عدمه مما ورد في بذل الحج .

هذا مضافاً إلى أنه لا يتصور لاجراج ثمن الهدى من مال الغير معنى معقولاً وذلك لأن المهدي إما أن يشتري الهدى بذمته ثم يؤديها مما ابيح له ، وعليه يكون الثمن مال نفسه ، وإما أوفاه من مال الغير ، وإما أن يشتريه بشخص مال الغير . (وعليه) إن قصد الشراء للمالك فالهدى بنفسه يكون للمبيح ، فهو نظير أن يبيع له سوق الهدى الموروث له من والده مثلاً ، وان قصد الشراء لنفسه ، فهو داخل فيما هو معلوم من شراء أحد بمال الغير لنفسه شيئاً ، ولا معنى لاجراج ملك الغير في

قوله (ره) : (نظير الملك التقديري في الدية بالنسبة الى الميت..)، (١)

ثمن الهدي .

(ومنها) - المهر وقد توهم اعتبار كونه ملكا للزوج ، ولكن الظاهر أن أصله ليس ركنا في النكاح ، فيجوز بلا مهر فضلا عن اعتبار كونه ملكا للزوج .  
(ومنها) - الاخراج في الخمس والزكاة . والكلام فيه إن قلنا بتعلقها بمالية العين - كما هو المختار - فيكون مشتركا بين المالك ومستحقها ، ولا ينبغي الإشكال في أن تبادل مال الغير بدون إذنه غير جائز ، وإنما ثبت حق ذلك للمالك لكونه أعظم الشريكين .

وأما غيره فلم يثبت له ذلك ، وإن قلنا بتعلقه بالذمة ، فيجري فيه ما تقدم في الدين التعبدية وعدم سقوطه بآداء الغير . هذا كله في دفع الغير عن المالك .  
وأما إذا أخرج المالك بنفسه في الخمس أو الزكاة ، فعلى القول بتعلقها بالذمة ابتداء أو انتقالها الى الذمة بتلف مضمن ، فلا مانع من ذلك لجواز آداء الدين بمال الغير إذا أبيع التصرف فيه . والمفروض أنه قصد به القرية أيضا وأما على القول بتعلقها بالعين وبقائها كذلك ، فالظاهر عدم الجواز ، لأنه إن قصد به المبادلة للمالك على أن تنتقل حصة الفقراء أو السادة اليه ويكون هو الشريك معه ، فلم يثبت له حق ذلك ، فان غاية ما ثبت إنما هو الولاية على تبادل حصتهم بمال نفسه ليمحض له المال كله ، وإن قصد المبادلة لنفسه بأن يدخل حصتهم في ملكه مع خروج عوضها عن ملك الآخر فهو مناف لحقيقه البيع عقلا ، فلا يصح .  
هذا كله على القاعدة . وأما ما تقتضيه الأخبار الخاصة في إخراج مال الغير في الزكاة أو الخمس أو إعطاء الغير له ذلك بالزام معاملي أو بغيره ، فلبحث فيه مقام آخر .

(١) بناء على تلميح الورثة ملك الدية عن الميت ، كما دل عليه جملة من الروايات

قوله (ره) : (منهم قطب الدين . . . ) (١) .

قوله (ره) : (أما الكلام في صحة الاباحة بالعوض . . . ) (٢) .

فلا مناص من الالتزام بحصول الملك للميت آنأما ملكية حقيقية لا تقديرية اذ لا نتعلقها فان الارث متقوم بذلك عقلا ( نعم ) قد يقال بأن ظاهر الآية المباركة : ( فدية مسلمة الى اهله ) وجوب تسليم الدية الى الوارث ابتداء . وعليه لا حاجة الى الالتزام بملك الميت أصلا لا تحقيقاً ولا تقديرأ .

(١) سنتعرض لكلامه في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى هذا تمام الكلام في

الجهة الاولى .

(٢) هذه هي الجهة الثانية من الكلام ولا بد أولاً من التكلم في صحة العقد

المركب من الاباحة والتملك ، ثم على فرض تماميته نتكلم في كونه جائزاً من الطرفين أو لا زمأ كذلك أو يفصل ، فيلتزم بالجواز من طرف المبيح واللزوم من طرف المالك وجوه : ذهب المصنف ( قده ) الى أن اقواهما الصحة واللزوم .

وتحقيق ذلك أن التملك والاباحة قد يقعان مورد العقد الآخر من صلح أو

إجارة او بيع ، كما إذا تصالح المبيح والمملك على الاباحة والتملك وأنشأه بعنوان الصلح ، أو آجر كل منهما الآخر على ذلك ، أو باع أحد شيئاً وجعل ثمنه الاباحة وقد تنشأ الاباحة في مقابل التملك من دون تعلق عقد بهما .

( أما الاول ) فلا إشكال في صحته ولزومه ، فيجب على كل منهما العمل

بما التزم به وبملك كل منهما ذلك على الآخر ( نعم ) وجوب الاباحة على المبيح تكليفي لا وضعي ، فله الرجوع وضعا متى شاء ، بخلاف التملك على الطرف الآخر ( وعليه ) فان اباح المبيح وكان مورداً لعقد الاباحة في الجملة لا يجوز للمالك الرجوع ، لأنه من أكل المال بالباطل وأما إذا لم يبيح أو كانت الاباحة مستمرة - كما هو الظاهر - ورجع في الاثناء ثبت الخيار للمالك من باب تخلف الشرط .

قوله (ره) : (التنبيه الخامس في حكم جريان المعاوضة في غير البيع من العقود...) (١) .

(وأما الثاني) ، فقد عرفت فيما سبق عدم كونه من المعاوضات المالية ، وإنما هو إباحة مشروطة أو معلقة ، ولكنه مع ذلك صحيح على القاعده . ويؤيده قوله (ص) الناس مسلطون على أموالهم ، فان مقتضاه تسلط المالك على إباحة مال الغير مشروطاً أو معلقاً كيفاً أراد ، فان كانت إباحة مشروطة أي إباحة فعلية مجانية ، غايته قد شرط في ضمنها على المباح له تملك ماله ، فيجب عليه الوفاء به ، لقوله (ص) : (المؤمنون عند شروطهم) جاز للمبيح الرجوع عن إباحته مها أراد ، ولكن المملك ليس له الرجوع ابتداء ، لان تملكه لم يكن هبة مجانية . لتكون جائزة ، وإنما كانت في مقابل الإباحة ، فهي هبة معوضة لازمة ، إلا إذا رجع المبيح ، وحينئذ لا يبعد أن يثبت للمملك ذلك لتخلف الشرط .

(وأما إذا كانت) إباحة معلقة شخصية أو نوعية ، بأن تكون فعليتها منوطة بتحقق المعلق عليه من دون أن يجب إيجادها على الطرف أصلاً ، لعدم التزامه به ، فيجوز للمملك أيضاً الرجوع ابتداء ، لان تملكه كان هبة مجانية جائزة ، إلا إذا كانت الى ذي رحم ، فتكون لازمة لا يجوز له الرجوع الا اذا رجع المبيح ، فيثبت له خيار تخلف الشرط ، ولا ينافيه اطلاق ما دل على لزوم الهبة الى ذي رحم ، فانه ناظر الى لزومها من حيث كونها هبة ، فلا مانع من ثبوت الخيار فيها من جهة اخرى . (١) قد يقال باختصاص المعاوضة بالبيع وعدم جريانها في غيره من العقود فضلاً عن الايقاعات ، لتوهم انحصار دليل صحتها بالاجماع أو السيرة ، وهي غير ثابتة الا في البيع ، ولكن المحقق - على ما حكى عنه المصنف (ره) - استظهر جريانها في الاجارة من كلام بعض الاصحاب ، حيث ذكر أنه إذا أمره بعمل على عوض معين عمله واستحق الاجرة ، فانه لو كانت هذه اجارة فاسدة لم يجز العمل ولم يستحق

اجرة مع علمه بالفساد ، وظاهرهم الجواز بذلك ، وهكذا في الهبة .  
 ( نقول ) : أما استظهار المحقق ( ره ) ففي غير محله ، فان استحقاق المأمور  
 للاجرة غير ملازم لصحة الاجارة ، لامكان كونه من جهة احترام عمل المسلم  
 الذي لم يقصد به التبرع وأتى به لأمر الأمر . وأما جريان المعاطاة في غير البيع  
 من العقود فتحقيق الكلام فيه أنه ان قلنا بتقوم العقود مفهومها باللفظ ، فلا يصدق  
 شيء منها بدونه ، ولازمه القول بفساد المعاطاة رأساً . وأما ثبوت الاباحة الشرعية  
 أو الملك في البيع المعاطائي فبدليل خاص من سيرة أو اجماع ، فلا بد من الاقتصار  
 في ذلك على المتيقن . وهو البيع دون غيره . وأما إذا لم نقل بذلك ، كما هو الصحيح  
 لامكان انشاء جميع الانشاءات من العقود والايقاعات وغيرها بغير اللفظ ، لما عرفت  
 من أن الانشاء عبارة عن ابراز الاعتبار النفساني بشيء سراء كان بالقول أو الفعل  
 وعليه فن الواضح صدق عناوين العقود أو الايقاعات على الاعتبارات المبرزة  
 بالفعل كالقول وعليه تصح المعاطاة بالفعل المبرز للاعتبار النفساني لا خصوص  
 العطاء الخارجي ، وتشملها الأدلة العامة والخاصة . ويكون ممتضى القاعدة فيها  
 الصحة واللزوم ، ولا يرفع اليد عن ذلك إلا بدليل شرعي من اجماع أو غيره دالا  
 على عدم اللزوم أو على عدم الملك .

ولابد حينئذ في الاباحة الشرعية من الاقتصار على القدر المتيقن من مورد  
 السيرة ، وقد خرجنا عما تقتضيه القاعدة في موردنا فيما اللفظ للدليل الخاص  
 وهما النكاح والطلاق واعتبار اللفظ في الثاني أظهر .

وبما بيناه ظهر فساد توجيه عدم جريان المعاطاة في النكاح بتقوم مفهومه  
 في اللفظ ، إذ لافرق بينه وبين سائر العقود من هذه الجهة ، كما ظهر فساد ما ذكره  
 المحقق النائيني ( قده ) في ذلك من أن النكاح والسفاح متقابلان ، فان الوطء قبل  
 ايجاد العلقه يكون مصداقاً للزنا ، فلا يتحقق به مضاده وهو النكاح ( فانه يرد عليه

أولاً) - أنه أخص من المدعى ، لما ذكرنا من أن المراد بالمعاطاة هو العقد المنشأ بالفعل مطلقاً ، ولم نعتبر في ذلك فعلاً خاصاً ، فيمكن إبراز النكاح بفعل آخر غير الوطاء من إشارة أو كتابة أو نحوهما ( وثانياً ) - أن تقابل النكاح والسفاح ليس من جهة اعتبار اللفظ في مفهوم النكاح ، وإنما هو من جهة أن النكاح عبارة عن الوطاء عن استحقاق شرعي باختلاف الشرايع . والسفاح عبارة عن الوطاء بغير استحقاق ومن الظاهر أن الوطاء المبرز مع تحقق العلقة الزوجية بما يدل عليها ليس وطناً عن غير استحقاق ، فلا يكون مصداقاً للزنا .

( نعم ) لا إشكال في حرمة الوطاء إذا لم يكن مسبوقاً بالزوجية وإن قصد به الزوجية ، لظهور قوله سبحانه : ( لإعلى ازواجهم ) عرفاً في اختصاص الحل بما إذا تأخر الوطاء عن الزوجية ، فن حيث القاعدة لافرق بين النكاح وغيره من العقود ، إلا أنه يستفاد اعتبار اللفظ فيه من الاجماع وتسالم الاصحاب ، ومن قوله عليه السلام في نكاح المتعة : ( فاذا قالت نعم فأنت أولى الناس بها ) (١) فان مقتضاه اعتبار خصوص هذا اللفظ ، وقد رفعنا اليد عن الخصوصية ، للقطع بعدم اعتبارها ، وأما أصل اللفظ فلا وجه لنفي اعتباره ، هذا كله في النكاح .

( وقد وضح ) بما تقدم أيضاً فساد ما ذكره المحقق النائيني ( قد ه ) من عدم جريان المعاطاة في الوصية والضمان والايقاعات ، لعدم وجود فعل تنطبق عليه تلك العناوين خارجاً ، وذلك لما عرفت أن صدق عنوان عقد أو إيقاع على فعل إنما هو بجعله مبرزاً للاعتبار المعلوم له ، كإبرازه بالقول . ومن الظاهر إمكان إبراز الاعتبار النفساني في موارد الامور المذكورة بالفعل . نعم العطاء الخارجي لا يمكن أن يبرز به التملك بعد الموت ، كانتقال الدين من ذمة المدينون الى ذمة

(١) الرواية في الوسائل ج ٣ ص ٧٧ باب ١٨ كتاب النكاح في صيغة

المتعة رواها عن أبان بن تغلب عن أبي عبد الله (ع) . (المقرم)

قوله (ره): (وأما مسألة الهبة . . .) (١)

الضامن ، لكن الانشاء الفعلي لا ينحصر بالاعطاء كما عرفت ، فيمكن أن ينشأ الوصية او الضمان ونحوهما بالكتابة أو الاشارة ونحوهما مما يمكن ابراز تلك الامور بها . ( نعم ) لأبد من مناسبة واتصال عرفي بين الفعل وما يبرز به ، بحيث يكون الفعل مصداقاً لذلك العنوان عرفاً ، والا فالقصور يكون من ناحية المبرز . ويشهد لما قلناه - من إمكان المعاطاة في الايقاعات - ماورد من طلاق الاخرس وتحققه بالقاء القناع على رأس زوجته ، فان الخرس لايجعل المستحيل ممكناً فينكشف به إمكان المعاطاة في الايقاعات ، غايته اعتبر في بعض الموارد دون بعض .

(١) من الموارد التي استشكل جريان المعاطاة فيها الهبة لما ذكره المصنف (قده) من أن توقف الملك في الهبة على الايجاب والقبول كاد أن يكون متفقاً عليه . ( وفيه ) منع ثبوت لإجماع في خصوص الهبة ، كما ذكر السيد ( قده ) في الحاشية ، وإنما ذكر الفقهاء اعتبار الايجاب والقبول في كل من العقود عند تعرضهم للبحث عنه ، بل بينوا اللفظ الذي يتحقق به الايجاب والقبول في كل منها ، فحال الهبة حال غيرها من العقود .

ومن الموارد التي منع جريان المعاطاة فيها القرض ، بدعوى أن القبض فيه شرط لحصول الملك ، والانشاء مقتض له ، فاذا جرى فيه المعاطاة بالقبض ، لزم اتحاد المقتضى والشرط ، وهو مستحيل ، لان المقتضي عبارة عن السبب المؤثر ، والشرط متمم لفاعلية الفاعل او لقابلية القابل .  
وهما متقابلان يستحيل اتحادهما .

وفيه أولاً - النقض بالهبة ، فان القبض فيها شرط لحصول الملك ، فاذا انشئت به لزم الاتحاد المزبور (وبيع الصرف) فان الملك فيه مشروط بالقبض ، فاذا أنشئ به لزم المحذور ، مع أن جريان المعاطاة فيها خصوصاً في الهبة مورد السيرة

قطعا . ( وثانيا ) - بالحل وهو ما ذكرناه مراراً من أنه لا يراد بالمقتضي والشرط في باب الاحكام ما هو المصطلح في معناهما ، بل المراد بالشرط الخصوصية التي قيد بها متعلق الحكم أو موضوعه ، فراجع الشرط الشرعي الى القيد الماخوذ في متعلق الحكم ، ويعبر عنه بشرط الواجب ، أو في موضوعه ويعبر عنه بشرط التكليف أو الوضع ، كما ان المراد بالمقتضي في المقام هو المبرز . وعليه فلا محذور في كون القيد الماخوذ في موضوع حكم الشارع بالملك مبرزاً للاعتبار النفساني ايضا ، فاذا تحقق يتحقق به كلا الامرين من الشرط والإبراز ، ويترتب عليه الملك .

ومن الموارد التي منع فيها المعاطاة ( الرهن ) وقد ذكر المصنف ( قدّه ) في وجهه ما حاصله أنه لو قلنا بلزوم المعاطاة في الرهن خالفنا الاجماع المنقول على عدم إفادتها للزوم ، وإن بنينا على جوازه فالجواز مخالف لحقيقة الرهن الذي هو بمعنى الوثيقة وإن لم يرجع الراهن خارجاً . وفيه ( أولاً ) - أنه لم يحصل لنا من الاجماع المنقولة في المقام الظن برأي المعصوم ( ع ) فضلاً عن الجزم واليقين ، فليس في مخالفتها جرأة ( وثانياً ) - لو سلمنا اعتبارها ، فلا بد من الاقتصار على القدر المتيقن من موردها ، وهي العقود التي يتصور الجواز فيها ، ولم يكن منافياً لحقيقتها . ( وثالثاً ) - ليس شيء من كلمات المجمعين التي نقلها المصنف ( قدّه ) تصریح باعتبار اللفظ في لزوم العقد ، بل مضمون جميعها إلا ما شذ أن العقد لو خلي عن اللفظ أفاد الملك الجائز ، كما في كلام بعضهم ، أو أفاد الاباحة كما في كلام البعض الآخر .

ومن الظاهر أن ورد هذا الكلام ليس إلا للعقد الذي يدور أمره بين الجواز واللزوم ، فحكم عليه باللزوم تارة وبالجواز اخرى ، ولا يعم ما يدور أمره بين اللزوم والفساد ، كما في الرهن فافهم ، فانه لا يخلو عن دقة . ( وعليه ) فقتضى إطلاق الأدلة العامة والخاصة صحة الرهن ، سواء انشئ بالقول أو بالفعل .



قوله (ره) : (التبنيه السادس في ملزمات المعاطاة . . .) (١)

ومن موارد المنع الوقف ، فقد ذكر المصنف (قده) أن الجواز غير معروف في الوقف .

( وفيه ) أنه إذا ثبت من الخارج اعتبار اللزوم في الوقف إما لكونه عباديا وما كان لله تعالى لا يرجع ، وإما لجهة أخرى ، فيلحقه حكم الرهن . ويجري ما هناك إذ لا فرق حينئذ بينها إلا من حيث كون اللزوم في الرهن لازماً حقيقة . وفي الوقف لازم بحكم الشارع . وأما إذا لم يثبت من الخارج لزوم الوقف ، فحاله حال البيع . وعلى التقديرين تجرى فيه المعاطاة . ويؤكد جريانها فيه السيرة القطعية المستمرة على عدم ذكر الصيغة في كثير من الاوقاف ، مثل الفرش والحصر الموقوفة للمساجد أو المشاهد وغير ذلك ، ولم يعهد رجوع الواقفين أو وارثهم الى شيء منها وما ينبغي الاستشكال في جريان المعاطاة فيه العتق ، من حيث استلزامه رجوع الحر عبداً ، وهو ممنوع ، إلا أن الجواب عنه يظهر مما تقدم ، فانه إما ملحق بالرهن أو بالبيع .

### التبنيه السادس

(١) أما على المختار من افادتها الملك اللازم فلا مجال لهذا البحث . وأما على القول بافادتها الاباحة أو الملك الجائز فينتهي البحث الى الملزمات ، وهي امور . وقد تعرض المصنف (ره) للأصل فيما إذا شك في لزوم المعاطاة وجوازها وذلك عند طرو ما يحتمل ملزميته كالتصرف المغير ، فحكم بأن الأصل - على القول بالملك - هو اللزوم ، لقوله تعالى : ( لائأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض ) وبغيره من الوجوه المتقدمة ( وعلى القول بالاباحة ) فالأصل عدم اللزوم ، لقاعدة السلطنة ، ولقوله (ص) : لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب

قوله (ره): (فاعلم أن تلف العوضين ملزم . . .) (١)

نفسه ، واستصحاب بقاء الاباحة بعد الرجوع على تقدير جريانه في نفسه غير جار مع وجود الدليل ، وهو ظاهر .

نقول : ما أفاده أعلى الله مقامه - من اصاله اللزوم ، بناء على الملك - متين جداً .

وأما على القول بالاباحة . فانما يتم بناء على مانسب الى العلامة رضوان الله عليه في بعض كتبه من فساد المعاطاة رأساً ، وأن الشارع حكم في موردها باباحة التصرف ، كحكمه بجواز أكل المار من ثمار الغير مع بقائه في ملك مالكة فيصح حينئذ القول بأن قاعدة السلطنة تقتضي جواز الرجوع ، فاذا رجع تنقضى الاباحة ، لكونها شرعية ثابتة بالسيرة أو الاجماع ، وموردها ما دام لم يرجع المالك .

وأما على القول بكون المعاطاة عقداً صحيحاً مشمولاً للعمومات ، غايته رفعنا اليد عن إفادتها الملك ما لم يحدث التلف والتصرف ، للسيرة والاجماع ، ففي غير المتيقن من مورد السيرة لا بد من الرجوع الى العمومات ، على ما هو الشأن عند إجمال المخصص المنفصل . ومعه كيف يمكن الرجوع . الى قاعدة السلطنة ، واستصحاب عدم حدوث الملك بالتصرف المغير - مثلاً - غير جار مع وجود الأصل اللفظي ، وليست الشبهة موضوعية . والشك في تحقق شرط الملك ليستصحب عدم تحققه ، فالاصل يقتضي اللزوم على التقديرين .

(١) علله - أعلى الله مقامه - بأن التلف - على القول بالاباحة - يكون من مال مالكة ، ولم يحصل ما يوجب الضمان . والتسك بقاعدة على اليد ما اخذت مندفع بما سيجيء . وعلى القول بالملك فقتضى القاعدة - كما عرفت - اللزوم . وما ثبت من مخالفتها إنما هو جواز تراد العينين ، فاذا ارتفع مورده امتنع الجواز ، نظير جواز الرجوع في العين الموهوبة ، بل مانحن فيه أضيق ، لتعلقه بتراد العوضين

معاً ولم يثبت جواز حل العقد ، ليستصحب بقاؤه بعد التلف ، بل مجرد الشك في ذلك كاف في عدم جريان الاستصحاب ، لعدم إحراز بقاء الموضوع .  
 نقول : أما ما ذكره من التعليل على الاباحة لا يبعد أن يكون من سهو القلم لمنافاته لما التزم به في رد استبعاد كاشف الغطاء ( قدّه ) بأن التلف مملك من الجانبين من حصول المملك قبل التلف آنأما ، ولا بعد فيه إذا كان مقتضى الجمع بين الأدلة - اي الاتفاق على عدم الضمان بالمثل أو القيمة - وقاعدة على اليد ، لوضوح عدم تسليط المالك مجانا ، وبذلك قد حكم بالضمان في موارد العقود الفاسدة ، على ماسيجيء الكلام فيه في محله . واستصحاب عدم المملك إلا في الزمان المتيقن وقوعه فيه ، فان لازم ذلك أن تكون المعاطاة مفيدة للملك آنأما قبل التلف . هذا على مسلكه ( قدّه ) .

وأما على ما سلكتناه فالأمر واضح ، فانه لا مانع من شمول العمومات والأدلة الخاصة لمورد المعاطاة ، غاية الأمر أنه ثبت بالاجماع اشتراطه بأمر متأخر وهو التلف ونحوه ، كاشتراطه في الهبة وبيع الصرف بالقبض ، لإلأنه ثبتت الاباحة شرعا ما لم يحصل الشرط ، ولم يثبت ذلك في الهبة والصرف ، وعليه دائما يكون التلف من مال المعطى له ، كما في البيع اللفظي ، فيلحق بالقول بالمملك أي الفرض الثاني وأما ما ذكره على القول بالمملك ، ففيه أنا لم نتصور لجواز تراد العينين معنى معقولا ، فانه إن اريد به التراد في الملكية فهو معنى فسخ العقد ، وإن اريد به التراد مع بقاء كل منهما في ملك مالكة بأن يأخذه ويحفظه له ، فهو خلاف المفروض . ( نعم ) يمكن أن يراد بالجواز حق حل العقد بالتراد بحيث يكون التراد مصداقا للفسخ أو عند تحقق التراد خارجا ، نظير بيع الشرط اعنى الخيار بشرط رد مثل الثمن . ( وعليه ) يختص الجواز بفرض بقاء العينين ولا يثبت عند تلفها ، بل احتمال ذلك كاف في المنع عن ثبوت الخيار بعد التلف .

قوله (ره) : حكم ما لو تلف أحد العينين . . . (١)  
قوله (ره) واما على القول بالاباحة الخ (٢)

فظهر بما بيناه فساد ما ذكره المصنف (قده) من التعليلين وإن كان أصل الدعوى - أعني كون التلف من الجانبين - ملزماً صحيحاً . أما على المختار فلان العمومات كانت تقتضي الملكية ولزومها من اول الامر ، وإنما خرجنا عنها الى ما قبل التلف آنأما لقيام الاجماع على اشرط حصول الملك او اللزوم بها بالتلف وأما بعده فلم يثبت لها مخصص . وأما على ما سلكه فلدخول كل من المالكين من اول الامر أو قبل التلف آنأما في ملك المعطى له ، والاصل في الملك هو اللزوم . (١) ظهر بما تقدم حكم ما لو تلف أحد العوضين أو بعضه وأنه ايضاً ملزم أما على المختار فلان المتيقن - من مورد الاجماع المخصص للعمومات - إنما هو فرض بقاء كلا العوضين فاذا تلف احدهما فالعمومات محكمة واما على مسلكه فلان المفروض دخول العين التالفه في ملك المعطى له قبل التلف آنأما جمعاً بين الادلة كما تقدم وقد عرفت ان الاصل في الملك هو اللزوم .

(٢) حكى عن صاحب الجواهر قده وفاقاً لبعض معاصريه وتبعاً لصاحب المسالك انه استوجه عدم اللزوم في الفرض لاصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وملكه (ورد عليه) بانها معارضة باصالة براءة ذمته عن مثل التالف وقيمه فان مقتضى بقاء الملك جواز الرجوع فاذا رجع لا بد وان بضمن التالف لملكه بالمثل والقيمة وهو مناف لاصالة براءة ذمته عن الضمان فيعلم اجمالاً بعدم جريان احد الاصلين فيسقطان معاً على ما هو الشأن في سائر موارد العلم الاجمالي ، ولا يتوهم التمسك بعموم على اليد والمنع لذلك عن جريان البرائة ومعارضتها مع استصحاب الجواز للقطع بعدم كونها يد ضمان قبل التلف بل بعده ايضاً ما لم يرجع المالك فان الضمان بالمثل او القيمة على تقدير ثبوته ضمان حادث لم يكن ثابتاً بعد تحقق انيدو ثبوته .

قوله : (ره) لاصالة بقاء سلطنته الخ (١) .

قوله : (ره) والتمسك هنا بعموم على اليد الخ (٢) .

( ثم بعد ذلك ) قرب ما استوجهه بدعوى حكومة استصحاب بقاء السلطنة على اصالة البرائة من الضمان بالمثل او القيمة فان الشك بالضمان بالمثل او القيمة مسبب عن الشك في الجواز مع ان ضمان التالف ببده معلوم والكلام في ان البديل ببده الحقيقي او الجعلي اعني المسمى فلا معنى للرجوع الى البرائة عنه .

( ثم احتمال اخيرا ) القول بالجواز من الطرفين لعموم قوله (ص) ( الناس مسلطون على اموالهم ) فان مقتضاه سلطنة المالك على ماله بجميع مراتبه من عينه وببده فللكل من المالكين الرجوع باخذ ماله اذا كان موجودا وباخذ ببده الحقيقي اعني المثل او القيمة اذا كان تالفا وستعرف الحال في جميع ذلك انشاء الله .

(١) الظاهر عدم جريان هذا الإستصحاب على مسلكتنا ومسلكه للقطع بحصول الانتقال وانتفاء سلطنة المالك السابق بخروج المال عن ملكه ودخوله في ملك الاخر قبل التلف انما حتى العين الموجودة على ماهو قانون المعاوضة فكيف يستصحب بقاء السلطنة الزائلة ( وان شئت قلت ) ان الرجوع الثابت قبل التلف انما كان رجوع المالك الى ملكه وبعد التلف يكون من استرجاع ملك الغير وقد نهى عنه الشارع بقوله سبحانه ( ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض ) فالموضوع متبديل نعم لو احتمال بقاء عدم الملكية حتى في الآن المتصل بالتلف امكن الاستصحاب لكنه خلاف الفرض .

(٢) لا مانع من التمسك به في المقام لان الخارج عما تقتضيه السيرة والخبر من الضمان موردان ( احدهما ) اذا القي المالك احترام ماله بتسليط الغير عليه مجانا فلا يكون ضامنا وعليه يبني قاعدة مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده وقد ذهب بعض الفقهاء الى عدم ثبوت الدية فيما اذا اذن المقتول في قتل نفسه والقي احترامها

قوله : (ره) حاكمة على اصاله عدم الضمان بالمثل الخ (١) .

( ثانيهما ) اليد الاماني سواء كانت مالكيه او شرعية وكلا الامرين منتف هنا ( ودعوى ) عدم كون اليد يد ضمان قبل التلف ( ممنوعة ) بل العام شامل لها من اول حدودها غايةه كان الضمان قبل التلف بنفس العين وبعده يبدل العين .

(١) هذه الحكومة مبنية على امرين يحل مقام المصنف ( قده ) على الاعتماد في شيء منها ( احدهما ) القول بحكومة الاستصحاب على البرائة عند وقوع المعارضة بينهما ولو في موردين كما قربه المحقق الهمداني ( قده ) في قضاء الفوائت من كتاب الصلاة ( ويرده ) انه مبني على حجية مثبتات الاستصحاب ولم يلتزم به ( نعم ) يتقدم الاستصحاب على البرائة اذا تعارضا في مورد واحد هذا مضافا الى امكان الرجوع في نفي الضمان الى الاستصحاب فان الضمان بالمثل او القيمة لم يكن ثابتا قبل التلف فيستصحب فلا يبي مجال لهذا الوجه ( ثانيهما ) ان يقال بتقدم الضمان بالمسمى رتبة على الضمان بالمثل او القيمة فيتقدم جريان الاصل في الاول على الثاني . ( وبعبارة اخرى ) منشأ الشك في الضمان بالمثل او القيمة هو الشك في بقاء الملك فاصالة بقاءه حاكم على اصاله عدم الضمان ( وفيه ) ان الحكومة انما تتم فيما اذا كان ترتب الضمان بالمثل او القيمة على بقاء الملك شرعيا على ما هو الشأن في جميع موارد الحكومة وليس كذلك فان الضمان المزبور مترتب على بقاء التالف في ملك مالكة الاول وهو من لوازم بقاء الموجود في ملك مالكة عقلا فالحكومة فاسدة . ( وبالجملة ) ثبوت الضمان في المقام انما هو من جهة التضاد وامتناع اجتماع عدمه مع جواز الرجوع ولا تتحقق الحكومة بذلك .

( نعم ) اثبات الضمان بالمثل او القيمة باستصحاب بقاء كل من المالكين في ملك مالكة الأول فيما اذا احتملنا ذلك فيكون تلف التالف تحت يد الاخر موجبا لضمانه له وهكذا لو اتلفه لكنك قد عرفت انه مناف للالتزام بالملكية انما .

- قوله : (ره) ماقد يقال من ان عموم الناس الخ (١) .  
 قوله : (ره) ولو كان احد العوضين ديننا الخ (٢) .  
 قوله : (ره) ولو نقل العينين او احدهما بعقد لازم الخ (٣) .

(١) التمسك به من التمسك في العام في الشبهة المصداقيه لان مفاد تسلط المالك على مال نفسه وكون التالف او الباقي ملكا للمالكه الاول بعد التلف اول الكلام والحكم لا يثبت الموضوع .

(٢) ذهب المصنف (قده) الى لزوم هذه المعاطة على القول بالملك لان من في ذمته الدين يملكه فيسقط اذ لا معنى لسلطنة الانسان على ما في ذمته نفسه فيكون في حكم التالف لان الساقط لا يعود وهذا معنى ما ذكره الفلاسفة من استحالة تخلل العدم بين الوجود الواحد فلا يجوز الرجوع بعد ذلك لانتفاء موضوعه وهو التراد ثم ذكر ان الحكم كذلك على القول بالاباحة فافهم .

وافاد المحقق النائيني (قده) في توجيهه ان الاباحة في المقام اباحة مطلقة وهي كالسلطنة المطلقة فلا محالة يكون اثرها السقوط كالمملك (ونقول) الظاهر لزوم المعاطة في الفرض لكن لامن جهة ان الدين يستحيل ان يملكه من في ذمته لاستلزامه سلطنة الإنسان على نفسه فلا بد وان يسقط لما عرفت في تعريف البيع من امكان ذلك بل لأن الجواز الثابت في المعاطة ليس بمعنى السلطنة على فسخ العقد وانما هو بمعنى تراد العينين فيختص بما اذا كان العوضان من الاعيان الخارجيه التي يمكن فيها التراد ولذلك لا يثبت الجواز حتى فيما اذا كان احد العوضين ديننا في ذمته شخص اخر غير المتعاطيين لعدم امكان التراد فتأمل .

(٣) اما قبل عودها فعدم جواز الرجوع واضح وكذا الحكم اذا رجعت بفسخ او اقالة او غير ذلك اما على القول بالاباحة فلدخول العين قبل وقوع العقد عليها آنا ما في ملك المعطي له سواء كان العقد معاوضيا او غير معاوضي بل ويلحق

### قوله : (ره) ولو باع العين ثالث فضولا الخ (١) .

بالعقد كل تصرف متوقف على الملك كالوطنيء في الجارية فينتفى بذلك سلطنة المالك على الرجوع الثابتة قبل ذلك لأنها كانت جوازا حكما بمعنى رجوع المالك الى ملكه ولذا لم تكن قابلة للاسقاط وقد ارتفعت يقينا والجواز بعد ذلك اذا ثبت يكرن جوازا حقيقياً بمعنى السلطنة على تملك ملك الغير وهو محتاج الى دليل ومجرد الشك كاف في المنع عنه .

(واما على القول بالملك) فان كان رجوع العين الى ملك البائع بسبب اخر من ارث او مهر او عقد اخر فالملكية الناشئة منه ملكية اخرى ولم يكن للمالك حق الرجوع فيها وحلها وانا كان له السلطنة على فسخ الملكية السابقة والزائلة على الفرض وان كان بفسخ او اقالة فالملكية العائدة وان لم تكن مغايرة للملكية السابقة الا ان المتيقن من مورد الإجماع القائم على جواز المعاطات على القول بالملك غير ذلك والإستصحاب غير جار للقطع بالانتقاض في الاثناء .

(نعم) على القول بالملك لا يكون الوطنيء ونحوه من التصرف المتوقف على الملك ملزماً لعدم توقفه على اللزوم (ولاوجه) لقياس المقام بخيار العيب حيث يكون التصرف فيه مسقطاً للخيار فان ذلك ثبت بدليل خاص على سقوطه باحداث الحدث واي حدث اعظم من الوطنيء خصوصاً في الباكورة ولم يدل دليل عليه في المقام .

( اللهم الا ان يقال ) على ما سلكناه ان القاعدة والعمومات كانت شاملة للمعاطات وكان مقتضاها اللزوم وانا خرجنا عنها بالإجماع والمتيقن منه ما اذا لم يحدث التصرف المتوقف على الملك .

(١) يقع الكلام في امور ثلاثة الأول في الإجازة الثاني في الرد الثالث في تعارضها اما الإجازة فتتخذ من المالك ويكون ذلك رجوعاً عن المعاطة سواء قلنا



بالمالك او بالإباحة ومن المعطى له اذ المفروض صحة العقد المستند اليه مباشرة او بالتوكيل والإستناد اليه بقاءً يحصل بالإجازة ( واما الرد ) فيجوز من المالك لأنه على القول بالاباحة مالك وعلى القول بالمالك يكون فسخاً للمعاطاة لانه تصرف مالكي بل لايبعد كونه رجوعاً حتى على القول بالإباحة لأن الإباحة لم تكن مالكية وانما كانت شرعية مترتبة على المعاطاة المقصود بها انشاء الملك فاذا رد المالك فعناه الرجوع عما انشأه من التمليك فاذا انتفى انشاء التمليك انتفت الإباحة الشرعية المترتبة عليها لا محالة وهكذا ينفذ الرد من المعطى له على القول بالمالك فلو قوع العقد الفضولي على ملكه فله رده واما على الإباحة فربما يقال بنفوذه ايضاً نظراً الى ان الرد تصرف مالكي يستكشف به دخول العين في ملكه قبله آناً فبعد الرد تكون العين ملكاً له .

( اللهم الا ان يقال ) ان التصرف المالكى من المباح له اذا كان في العين يكشف عن حصول الملك قبله آناً وليس الرد تصرفاً في العين وانما هو تصرف في العقد الواقع عليها ولم يثبت له جوازه اصلاً ( واما تعارض الرد والإجازة ) كما اذا رد المالك الاول واجاز فان كانت الإجازة سابقة على الرد فلا يبقى موضوع للرد وتكون الإجازة نافذة دون الرد واما اذا تأخرت الإجازة عنه بأن سبقها الرد يكون رد المالك فسخاً للمعاطاة ورجوعاً عنها بالإلتزام فهل يكون الرجوع مقدماً على الإجازة او هي تتقدم عليه جعله المصنف (ره) مبنياً على القول بالنقل والكشف فعلى النقل يتقدم الرد لكونه رجوعاً عن المعاطاة فلا يبقى للثاني حق الإجازة وعلى الكشف تكشف الإجازة عن خروج العين عن ملك المالك الأول قبل رده فلم يحصل الرد من المالك فيلغى ( ثم احتمل ) لغوية الإجازة لأن الكاشف انما هو اجازة المالك وهى اول الكلام .

( ونقول ) اما على النقل فالرد مقدم على الإجازة كما افيد في المتن واما على

### قوله : (ره) ولو امتزجت العينان الخ (١) .

الكشف فسيأتي ان الكشف على وجوه وان قلنا بالمعرفية المحضة كالامارات لا يبعد تقدم الإجازة على الرد ( وان قلنا ) بالشرط المتأخر او اعتبار وصف التعقب فلا ينبغي الرب في تقدم الرد لان الكاشف عن حصول النقل والانتقال بالعقد الفضولي انا هو اجازة المالك اي اجازة من له الولاية عليها مع قطع النظر عن الإجازة على ما هو ظاهر قوله ( تعالى ) ( الا ان تكون تجارة عن تراض ) فان المراد به رضا المالك لا الغاصب وليس للمعطي له ذلك لان الرد لولا الإجازة كان نافذاً وقد عرفت انه رجوع عن المعاطاة بل يجرى ما ذكرناه على القول بالكاشفية المحضة ايضا فان الكاشف انا هو اجازة من يلي امرها لا اجازة الاجنبي .

ويحتمل كلام المصنف ( قده ) وجهها اخرأ ليس فيه تبعيد المسافة وهو ان تفرض المعاوضة ابتداء بين رجوع المالك عن المعاطاة واجازة المعطي له بل هو الظاهر من قوله ( قده ) ( ولورجع الاول فاجاز الثاني ) حيث عبر بالرجوع دون الرد وعلى هذا لا يحتاج الى اثبات كون رد المالك فسخاً للمعاطاة على القول بالملك او مطلقاً .

(١) ان كان المزج ملحقاً بالتلف كما اذا مزج الدهن بالمرق فلا اشكال في سقوط الرجوع وان لم يكن كذلك فظاهر المصنف ( ره ) سقوط الرجوع على القول بالملك لعدم امكان التراد وان احتمل الشركة وعلى القول بالإباحة فالاصل بقاء التسلط على ماله الممتزج .

وعلى ماساكناه يكون اللزوم في الفرض في غاية الوضوح فان مقتضى العمومات لزوم المعاطاة ، وقد خرجنا عنها بالإجماع والتمتين من مورده امكان استرجاع الملكية الإستقلالية السابقة على ان السيرة في مثله قائمة على اللزوم .

قوله: (ره) ولو تصرف في العين الخ (١).  
قوله: (ره) ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ الخ (٢).

(١) ذكر المصنف (ره) في التصرف المغير كعجن الدقيق وتفصيل الثوب انه غير ملزم على القول بالإباحة واما على القول بالملك فوجهان مبنيان على جريان الاستصحاب وعدمه وزعم ان منشأ الاشكال كون الموضوع في الاستصحاب عرفياً او حقيقياً وقد ظهر بما بيناه ان مقتضى القاعدة في الفرض ايضاً هو لزوم على ما اخترناه للاقتصار في رفع اليد عن العمومات على المتيقن من مورد الاجماع بل السيرة على اللزوم في هذا الفرض اقوى من الفرض السابق ولذا يعد الرد بعد التغيير مستهجناً خصوصاً من المغير .

(٢) فصل اعلا الله مقامه في سقوط الرجوع بموت المتعاطين او احدهما وعدمه بين القول بالملك والقول بالإباحة وحاصل ما افاده انه على القول بالملك يسقط الجواز بالموت لأن الجواز في المعاطاة حكمي قائم بالشخص غير قابل للاسقاط والانتقال كجواز الرجوع في الهبة وليس حقيقياً في الخيار في العقود اللازمة ليورث فاذا مات احد المتعاطين ليس لوارثه الرجوع ( واما على القول بالإباحة ) فالرجوع ثابت للوارث لأن الإباحة قائمة برضى المالك كما في الطعام المهدي الى الضيف ليأكله حيث يجوز الرجوع لمالكة في كل آن فاذا انتقل المال الى الوارث جاز له الرجوع وتنتفي اباحة التصرف للمباح له برجوع المالك ثم ذكر (قده) انه لو جن احدهما الظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين .

(ونقول) اما ما افاده من ان الجواز على القول بالملك حكمي لاحق فصحيح لما ذكرناه في اول بحث البيع من ان الحق عين الحكم الا انه جعل اسقاطه بيد من له الحق فكلماً لم يثبت قابلية الجواز او اللزوم للاسقاط كان مقتضى الاصل عدم

قوله : (ره) ان الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين (١) .

سقوطه بالاسقاط فيكون حكماً .

واما ما ذكره على القول بالاباحة فانما يتم لو كانت الإباحة اباحة مالكية فانها تدور مدار رضا المالك كما في الطعام المقدم الى الضيف ولذا اذا ارتفع رضا المالك في اثناء الاكل ولو بالجنون او بالانغماء على كلام فيه لا يجوز الاكل ولكن الاباحة في المعاطاة ليست الا اباحة شرعية مرتبة على المعاطاة المقصود بها الملك وكان مقتضى القاعدة فيها ثبوت الملك وقد خرجنا عنها بالإجماع والمتيقن منه قبل موت المتعاطين واما حين موته او قبله آناً فلم يثبت اجماع على عدم الملك فالعمومات محكمة فلا ينتقل المال الى الورثة ليكون بقاء الاباحة للمعطي له دائراً مدار رضاهم وهذا البيان يجري على القول بالملك ايضاً فيلتزم بسقوط جواز الرجوع وان بنينا على كونه جوازاً حقيقياً .

(وان شئت قلت) ان الجواز الثابت بالإجماع انها هو لشخص المتعاطين دون وارثهم (واما ما ذكره) في الجنون من قيام ولي الجنون مقامه في الرجوع على القولين فلعل نظره في ذلك الى انه ليس هناك انتقال في الجواز وقد ظهر الحال فيه مما بيناه فان مقتضى العمومات ان تكون المعاطاة مفيدة للملك اللازم وقد خرجنا عنها بالإجماع والمتيقن منه ما قبل الجنون آناً هذا كله في الملزمات .

## التنبيه السابع

(١) المقصود من هذا التنبيه البحث عن جريان الخيارات المختصة بالبيع في المعاطاة وعدمه وقد وعد المصنف (ره) التكلم فيه عند بحثه عن اعتبار شروط البيع غير اللفظ في المعاطاة في التنبيه الأول من التنبيهات وحكى عن المسالك وجهين في كون المعاطاة بيعاً او معاوضة مستقلة مقدمة لبيان المقصود .

( وليعلم ) ان مورد الكلام انها هو المعاطاة المقصود بها التمليك بناء على ترتيب الإباحة عليها شرعاً واما المعاطاة التي قصد بها الإباحة فليست بيعاً ولا يجري فيها الخيار كما ان المعاطاة المقصود بها الملك على القول بترتبها عليها ولو جازت ابيع بلا كلام .

( وربما يتخيل ) انه لا ينبغي الكلام عن كون المعاطاة بيعاً اصلاً لانه ان اريد بالبيع البيع العرفي فهي بيع اذ المفروض ان المتعاطين قصداً التمليك ولا يعتبر اللفظ في صدق البيع عرفاً وان اريد به البيع الشرعي فليست المعاطاة بيعاً لعدم ترتب الملكية عليها ( ولكن التحقيق ) ان المعاطاة على القول بالملك اللازم بيع بلا اشكال وكذا على القول بترتب الملك الجائز عليها اذ لا يعتبر اللزوم في مفهوم البيع واما على القول بالإباحة فكذلك لما مر من مراراً من ان الإباحة المترتبة على المعاطاة ليست اباحة مالكية وانما هي اباحة شرعية ثابتة بالسيرة والاجماع واما المتعاطيان فقد قصداً بها التمليك وامضاه الشارع غاية الأمر مشروطاً بشرط متاخر عن المعاطاة مقارنة لحصول الملك من التصرف المغير او التلف ونحوهما كاشتراط صحة بيع المكره وترتب الاثر عليه بالاجازة اللاحقة او اشتراط بيع الصرف بالقبض .

نعم حكم الشارع في المعاطاة باباحة التصرف ما لم يحصل شرط الملك ولم يحكم بها في بيع المكره وبيع الصرف ونحوه (وعليه) فالمعاطاة تكون بيعاً من اول حدودها على جميع الاقوال حتى الاباحة كما ان بيع المكره والصرف ايضا بيع قبل حصول الاجازة والقبض . واما جريان الخيار فيها ففتصيله ان الخيار قد يكون بتعبد شرعي كخيار المجلس والحيوان وقد يكون ناشئاً من تخلف الشرط فان جعل الشرط لامي معنى له الاجعل الخيار عند تخلفه (ثم الشرط) قد يكون لفظياً مذكوراً في العقد وقد يكون ارتكازياً كاعتبار صحة العوضين وعدم تفاوت الثمن عن القيمة السوقية تفاوتاً فاحشاً في المعاوضات ولذا يكون التخلف في الأول موجباً لثبوت خيار العيب وفي الثاني يكون موجباً

### قوله : (ره) لا اشكال في تحقيق المعاطاة الخ ( ١ )

لخيار الغبن وهذا القسم من الخيار لا اشكال في جريانه في المعاطاة .  
وانما الكلام في جريان القسم الاول فيها فنقول اما على المختار من القول  
بافادة المعاطاة للملك اللازم من اول الامر فلا ينبغي الاشكال في جريان جميع  
الخيارات فيها وهكذا على القول بافادتها للملك الجائز اذ لا مانع من ثبوت الخيار  
بعناوين عديدة بينها عموم من وجه ولا وجه لما ذكره المصنف (ره) من كون الجواز  
في المعاطاة غير متعلق بالبيع بل هو متعلق بتراد العينين ( لما عرفت ) من ان جواز  
التراد معناه التراد في الملكية وهو عبارة اخرى عن فسخ العقد فهو كبقية الخيارات  
كما لا وجه لما ذكره المحقق النائيني (ره) من انه لا يلحقها خصوص خيار المجلس  
والحيوان لظهور دليلهما في اختصاصهما في البيع العقدي الذي مبناه على الزوم  
لولا الخيار ( وذلك ) لانه ان اراد ابتناء العقد على الزوم بحسب قصد المتبايعين  
فالمعاطاة كذلك لان المفروض ان المتعاطين قصدا التمليك اللازم وان اراد ابتناءه  
عليه شرعاً فهو فاسد ولذا يثبتان في البيع الجائز بشرط ونحوه مع عدم ابتناؤه على  
الزوم شرعاً .

واما على القول بالاباحة فحال المعاطاة على ما عرفت حال بيع المكره وبيع  
الصرف فكما يثبت فيها خيار المجلس والحيوان ويترتب عليه الاثر بعد حصول  
الشرط فكذلك في المقام وقد ظهر بما بيناه انه لا وجه للتريد في مبدء ثبوت خيار  
الحيوان في المعاطاة .

## التنبيه الثامن

(١) اطال المصنف (ره) الكلام في هذا التنبيه من غير حاجة الى ذلك ونحن  
نختصره ونقول لو اكتفيننا من الانشاء القولي بكل لفظ مبرز عرفاً للاعتبار النفساني

قوله : (ره) مقدمة في خصوص الفاظ عقد البيع الخ (١)

فلا مجال لهذا التنبيه واما اذا اعتبرنا فيه بعض الشروط فيقع الكلام في ان الفاسد لها يلحقه حكم المعاطاة اولا او يفصل بين حصول القبض وعدمه الظاهر هو الثاني وهو عدم كون العقد اللفظي الفاسد معاطاة من غير فرق بين تحقق القبض بعده وعدمه فان الانشاء اللفظي اذا كان فاقدا لشرط اللزوم فلا اشكال في صحته وترتب الاثر عليه غاية الامر تسلط كل من المتبايعين على فسخه وان كان فاقداً لشرط الصحة فلا مناص من الحكم بفساده والقبض المبني على العقد اللفظي ليس انشاء فعليا للتمليك بل يكون من قبيل قبض المقامر واقباطه مترتباً على التماس من باب الوفاء بالعقد والالتزام السابق وعليه فيجري فيه مايجري في بقية العقود الفاسدة من عدم جواز التصرف في العوضين ومن الضمان .

ولا يقال ذلك في المعاطاة على القول بعدم افادتها الملك فان الاباحة في موردها قد ثبتت بدليل خارجي من سيرة واجماع ولم يثبت ذلك في المقام .  
نعم يستثني من ذلك مردان بنحو الاستثناء المنقطع (احدهما) ما اذا قصد بالقبض او الاقباض انشاء التمليك مستقلا مع قطع النظر عن العقد اللفظي السابق (ثانيهما) ما اذا علم كل منهما برضاء الاخر تصرفه في ماله فيباح له التصرف مادام عالما بذلك ولا يكفي في الاباحة عدم العلم بالرجوع كما افاده المصنف (ره) وذلك لان الاذن بالتصرف انحلاي فكل تصرف في كل آن لا بد له من اذن خاص به الا اذا كان الاذن المتيقن سابقاً بنحو الاستمرار ثم شك في ارتفاعه بالرجوع فحينئذ لامانع من الاستصحاب هذا تمام الكلام في المعاطاة ،

## البحث في شروط الصيغة

(١) قد ذكر في هذه المقدمة اموراً منها ان اعتبار اللفظ في البيع بل في جميع

العمود مما نقل عليه الاجماع الا انه مختص بفرض القدرة مع الإنشاء القولي واما مع العجز كما في الاخرس ففي فرض عدم القدرة على التوكيل لاشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ وقيام الاشارة مقامه وكذا مع القدرة على التوكيل لا لإصالة عدم الاشتراط لان الاشتراط هو الاصل بل لفحوى ماورد من ان طلاق الاخرس اشارته وتخصيصه بفرض العجز عن التوكيل تخصيص بالفرد النادر فيصح المعاطاة من الاخرس مطلقا كما يصح منه الانشاء بالاشارة والكتابة .

(ومنها) انه لو قلنا بأن الاصل في المعاطاة هو اللزوم بعد القول بافادتها الملك فالقدر الخارج صورة القدرة على مباشرة اللفظ واما غيرها فهو باق تحت الاصل .

(ومنها) ان الظاهر كفاية الكتابة مع العجز عن الاشارة واما مع التمكن منها فقد ترجح الاشارة لكونها اصرح في الانشاء (ثم بعد ذلك) شرع في الخصوصيات المعتمدة في اللفظ من حيث المادة من كون اللفظ صريحا او كفاية الكتابة ومن حيث الهيئة الانفرادية كالماضوية ومن حيث الهيئة التركيبية كالموالات وتقدم الايجاب على القبول .

وقبل بيانها لابد لنا من التكلم في جهات (الاولى) فيما يقتضيه الاصل العملي عند الشك في شرطية شيء او ما نعيته مع فرض عدم وجود اصل لفظي رافع للشك وقد عرفت ان ظاهر المتن ان الاصل يقتضي الاشتراط وعدم ترتب الاثر على الفاقد لما يَحْتَمِلُ شرطيته (ولكن قد يقال) كما عن بعض المحشين انه مورد للبرائة فان حديث الرفع يعم الاحكام الوضعية وقد طبقه الإمام (ع) على نفي الصحة عن الحلف المكره عليه فاذا ارتفعت شرطيته لا يبقى مجال للتمسك باصالة عدم ترتب الاثر لان الشك فيه مسبب عن الشك في الشرطية .

(وفيه) ان حديث الرفع وان كان شاملا للاحكام الوضعية كما ذكره الا



انه لايعم الشرطية والمانعية لما بيناه مرارا من انه لايراد بهما في الاحكام الشرعية معناه المصطلح بل الشرط الشرعي عبارة عن الامر الوجودي الماخوذ في موضوع الحكم او متعلقه والمانع عبارة عن الامر العدمي الماخوذ فيه فان اخذا في الموضوع فلا محالة يكون الشرط شرطا للحكم التكليفي كالاستطاعة الماخوذة في موضوع وجوب الحج او الوضعي كالتعدد الماخوذ في موضوع الحكم بطهارة المغسول ويكون المانع مانعا عن الحكم وان اخذا في متعلق الحكم يكون الشرط شرطا للمتعلق والمانع مانعا عنه .

(وعليه) فرجع الشك في شرطية شيء للحكم الى الشك في حصول الأثر وترتبه على الفاقد للقيود المحتمل اعتباره وعدمه وليس ذلك مورداً للبرائة بل هو مورد لاصالة العدم .

(الجهة الثانية) اذا كان هناك عموم او اطلاق يقتضى صحة العقد او لزومه وثبت الاجماع على اعتبار شرطه في ذلك فالظاهر اختصاص اعتباره بصورة التمكن من ايجاد ذلك الشرط واما مع العجز فالاطلاق محكم للزوم الاقتصار على القدر المتيقن في المخصص او المقيد اللبسي وفي غيره يرجع الى المطلق او العام (وعليه) فيكتفي في عقد الاخرس بغير اللفظ من الانشاء بالإشارة او الكتابة المقصود بها الانشاء او المعاطاة بعد كونها مصداقا للبيع او العقد عرفا على ما هو الصحيح سواء كان متمكنا من التوكيل ام لم يكن من دون حاجة الى التمسك بفحوى ماورد في الطلاق او غيره (نعم) تكون الفحوى مؤيدة للعمومات والمطلقات (ويلحق بالآخرس) فيما ذكرنا غيره ممن لايقدر على الانشاء اللفظي لمرض او ضطرار او جهل كل من المتبايعين بلغة الآخر او غير ذلك .

(الجهة الثالثة) ربما يقال بتقديم الاشارة على الكتابة لانها اصرح فان الكتابة قد تكون لاجل التعليم والتمرين بخلاف الاشارة وربما تقدم الكتابة على

### قوله : (ره) اما الكلام من حيث المادة الخ (١)

الاشارة لكونها اضبط ( وفيه ) انه لو سلمنا الصغرى فلاريب في ان الكبرى ممنوعة اذ لا دليل على الترجيح بالاصحيه او الاضبطيه والا لزم ترجيح الكتابة على الانشاء اللفظي ايضاً لأنه اضبط منه فالصحيح كما ذكرنا صحة الانشاء بكل ما يكون مصداقاً له عرفاً سواء كان لفظاً او كتابة او اشارة او تعاطيا من الطرفين او اعطاء من طرف واحد او غير ذلك من غير ترتيب بينهما ( نعم ) في خصوص الطلاق يستفاد الترتيب بين الكتابة والاشارة من النص (١) ولكنه مختص بمورده ولا يتعدى عنه ولا وجه لما ذكره السيد ( قدّه ) في الحاشية من كون الترتيب المذكور في النص انما هو من باب بيان طبع المطلب فان ظهوره في التعيين غير قابل للانكار .

هذا كله في اعتبار اصل اللفظ ويقع الكلام في خصوصياته .

(١) تفصيل الكلام في المقام انه لا اشكال في وقوع العقد بالالفاظ الصريحه في انشاء العقد كما لاريب في وقوعه بالالفاظ الظاهرة فيه بحسب الوضع الحقيقي وان احتمل ارادة غير معناه مجازاً كما اذا انشأ الاجازة بقوله آجرتك الدار واحتمل ارادة الوديعه بها مجازاً فانه يدفع باصالة الحقيقة والظهور وان كان ناشئاً من الاطلاق كما اذا قالت زوجتك نفسي واحتملنا انها ارادت بها الانقطاع

(١) في الوسائل ج ٣ ص ١٤٩ باب ١٨ في الطلاق الصدوق باسناده عن البرزطي قال سألت ابا الحسن الرضى ( ع ) عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلم قال اخرس هو قلت نعم ويعلم منه بغض لامراته وكراهة لها يجوز ان يطلق عنه وليه قال لا ولكن يكتب ويشهد على ذلك قلت فانه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها قال بالذى يعرف به من حاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها ( عبد الرزاق المقرم ) .

( واما وقوعه بالكنايات ) والمراد بالكنايه استعمال اللفظ في معناه الحقيقي فيما اذا لم يكن مقصودا بالاصالة بل كان المراد اصالة لازمه كما في قولهم زيد كثير الرماد فإنه وان استعمل في معناه الحقيقي الا ان المقصود تفهيمه بالاصالة انما هو لازمه اعني الجود بل قد لا يكون لزيد رماد اصلا فاذا انشأ العقد بالكنايه كما اذا قال احدغيره اصرف هذا المال في مطبخك فإن كان اللزوم بينا عرفاً يصح ذلك من غير فرق بين كون اللازم لازماً مساوياً او اعم للمعنى الحقيقي .

( واما وقوعه بالالفاظ المجازية ) فقد صرح جماعة بعدهم وربما فصل بين المجازات القريبة والبعيدة ويظهر من المصنف اعلا الله مقامه التفصيل بين ما اذا كانت القرينة على ارادة المعنى المجازي مقالية او حالية بدعوى البناء على عدم العبرة بغير الالفاظ في انشاء العقود اجماعاً ( والصحيح ) وقوعه بها مطلقاً من غير فرق بين المجاز القريب والبعيد ولا بين كون القرينة مقالية او حالية .

( وليت شعري ) في اي مورد بني على اعتبار اللفظ في القرينة واي اجماع قام على ذلك فان ما بني عليه بالاجماع انما كان اعتبار اللفظ في اصل انشاء العقد لا القرينة عليه ( نعم ) اذا كان الاستعمال المجازي في مورد غلطاً عرفاً وان كان المراد معلوما نظير ان يشير الى الرمان ويقول كل هذا الحجر فانه غلط وان كان المراد واضحاً وكان يقول وهبتك موكلتي مريدا بها التزويج او يقول اجرتك الدار مريدا بها الوديعة لا يصح لان العناوين المأخوذة في الادلة ظاهرة في العقود العرفيه ولا يصدق ذلك اذا كان الاستعمال غلطاً عرفاً ولعل هذا هو المراد من المجاز البعيد في كلمات الفقهاء .

( و اعجب من هذا ) التفصيل ما حكاه المصنف ( ره ) في الانشاء بالمشترك اللفظي او المعنوي من انه اذا كانت القرينة المعينة حالية او لفظيه سابقة على العقد لا يصح انشاء العقد به وقد ظهر فساده .

قوله : (ره) منها لفظ بعث في الايجاب الخ (١)

قوله : (ره) واما لفظ شريت الخ (٢)

(وبالجملـة) كلما كان اللفظ المنشأ به العقد مصداقاً له عرفاً صح لشمول  
اطلاقات الادلة له من غير فرق بين كونه صريحاً او كناية حقيقية او مجازاً قريباً  
او بعيداً كانت القرينة لفظيه او عقلية وقد خرج عن ذلك موردان احدهما  
بالتخصيص والاخر بالتخصص اما ما خرج بالتخصيص فهو الطلاق حيث اعتبر  
فيه اللفظ الخاص بالنص واما ما خرج بالتخصص فهو ما اذا انشأ العقد بلفظ بعد  
استعماله فيه غلطاً عرفاً كما اذا انشأ البيع بلفظ اكلت فانه وان كان مفهوماً للمراد  
شخصاً وقلنا ان العقد عبارة عن الاعتبار المبرز الا انه ليس مصداقاً له عرفاً فلا  
يعمه الاطلاقات هذا كله في الكبرى بقي الكلام في تشخيص بعض صغرياتها .

(١) لا اشكال في صحة انشاء البيع وايجابه بلفظ بعث وتوهم ان البيع بحسب  
تعريف المصباح فعل الاثنين فاستعماله في فعل الواحد وهو تبديل العين بالمال مجاز  
(مدفوع) بانه وان سلم ذلك الا ان استعماله في التبديل كثير شايع في العرف غير  
محتاج الى القرينة فلا مانع منه .

(٢) نفى الاشكال اولا عن تحقق ايجاب البيع بلفظ شريت وذكر انه موضوع  
للتمليك بالبيع على ما يظهر من القاموس وانه قد استعمل بمعنى البيع في القرآن  
المجيد في موارد عديدة منها قوله ( تعالى ) ( وشروه بثمن بخس دراهم معدودة )  
ثم استشكل في صحته من جهة قلة استعماله في البيع عرفاً وخلو كلام القدماء عن  
الايجاب به ( وفيه ) من المناقضة ما لا يخفى فانه نفى الاشكال عن الصحة اولا ثم  
وجهه بعد ذلك ( على ان ) اتباع القرآن المجيد هو المتعين خصوصاً بعد تصريح اهل  
اللغة فانه المتعين ولا يعنى في قبال ذلك بخلو كلام القدماء عنه فالحق صحة انشاء البيع

قوله : (ره) ومنها لفظ ملكت بالتشديد (١)

قوله : (ره) واما الايجاب باشتريت (٢)

بقوله شريت .

(١) حاصل ما افاده (ره) ان لفظ ملكت بالعوض مرادف للبيع ولذا عرف به كمرادفة الانسان للحيوان الناطق حيث لا فرق بينها الامن حيث بساطة المفهوم وتركبه (نعم) لفظ ملكت مجرداً عن ذكر المتعلق منصرف الى الهبة فلو اريد بلفظ ملكت بالعوض انشاء الهبة المعوضة او قصد به المصالحة بني صحته على صحة العقد بالالفاظ المجازية ولكن السيد الطباطبائي (قده) حيث استظهر ان ماجعله المصنف (قده) مبنياً على صحة العقد بالالفاظ المجازية انما هو انشاء العقدين بلفظ ملكت ولم يلتفت الى ان الأشكال من جهة الانشاء بالتملك بعوض (اورد عليه) بما حاصله ان صحة انشاء الهبة غير المعوضة مستلزمة لصحة انشاء الهبة المعوضة ايضاً لأن حقيقته في كليهما واحدة والتملك مجاني .

(ولكن الظاهر) ان مراد المصنف (ره) انشاء الهبة المعوضة او الصلح بلفظ ملكت بالعوض مع المتعلق ولاشكال في كونه مجازاً في الهبة المعوضة التي يكون التملك فيها مجازياً وهكذا في الصلح فان واقع التسالم وان كان متحققاً في جميع العقود الا ان المنشأ في الصلح المصطلح انما هو مفهوم التسالم واستعمال التملك بالعوض فيه مجاز كما هو ظاهر .

(٢) جريان الإشكال المتقدم في شريت اولى لعدم استعمال اشتريت في البيع في القرآن الكريم الا في مورد واحد على ما ذكره بعض المفسرين وهو قوله (تعالى) (بئسما اشتروا به انفسهم) حيث ذكروا انه لا معنى لشراء الانسان نفسه فلا بد وان يراد بالاشتراف في الاية البيع (ولكننا بينا) في بحث التفسير امكان ابقائه على ما هو ظاهره من الشراء المتعارف بأن يكون المعنى شراء بعضهم نفس البعض الاخر

### قوله : (ره) والاتكال في تعيين المراد الخ (١)

على ما هو ظاهر اضافة الجمع الى الجمع كما في قوله ( تعالى ) ( فاقنوا انفسكم ) اذ ليس المراد منه ان يقتل كل منهم نفسه بل المراد قتل بعضهم بعضا .

فالظاهر من الآية التي هي واردة في علماء اليهود وعوامهم على ما يستفاد من مقارنتها انه بثس ما اشترى العوام به انفس علمائهم فان العلماء باعوا انفسهم من العوام تحفظا على مقامهم وجاههم وبثس ما اشترى به العلماء نفس عوامهم فانهم باعوا انفسهم من العلماء خوفا او طمعا .

وقد فسر به بعض المفسرين ايضاً بالشراء المتعارف الا انه وجهه بتوجيه فاسد وكيف كان لم نجد استعمال الاشارة بمعنى البيع في شيء من الايات حتي الآية المزبورة ( لكن ) مع ذلك يصح ايجاب البيع به لما عرفت من جوازه بكل لفظ كان مصداقا للبيع عرفا ( وربما نوقش ) في صحة ذلك بان الاشارة من باب الافتعال وهو ظاهر في المطاوعة وهي قبول فعل الغير فكيف يصح استعماله في الايجاب .

( وفيه ) ان الافتعال وان كان للقبول الا انه ليس لخصوص مطاوعة فعل الغير بل يصح اطلاقه في مورد قبول الطبيعة اعني فعل نفسه كما في الاكتساب والابتداع ونحوه اذ لا يراد به قبول كسب الغير او ابداع الغير بل المراد به قبول طبيعي الكسب والابداع ( والحاصل ) جواز ايجاب البيع بكل من هذه الالفاظ بل وبغيرها مما يكون مصداقا للبيع عرفا كلفظ نقلت وما شاكله .

(١) في بعض النسخ بدل والاتكال ( والاشكال ) وهو غلط مطبعي وحاصل ما افاده ان الاتكال في تعيين المراد من لفظ اشترى ونحوه المستعمل في الايجاب بقريئة تقديمه لأن تقديم الايجاب اما لازم او غالب غير صحيح لعدم جواز الاعتماد على القريئة الغير اللفظية في تعيين المراد من الفاظ العقود الا ان يدعى ان اعتبار الصراحة انما هو في اصل انشاء العقد او تعيينه لاني تمييز الموجب

قوله : (ره) واما القبول (١)  
قوله : (ره) بلفظ الامضاء والاجازة والانفاذ (٢)

عن القابل ثم استشكل فيه .

ونقول قد عرفت عدم اعتبار اللفظ الصريح في اصل انشاء العقد والاكتفاء في تعيينه بالقرائن الحالية فضلا عن تمييز الباع عن المشتري على ان تعيين الموجب والقابل غير دخيل في صحة العقد اصلا هذا في الفاظ الايجاب .

## الفاظ القبول

(١) لا اشكال في وقوعه بلفظ قبلت ورضيت وابتعت وشريت واشتريت وملكت بالتخفيف وتملكت ونحو ذلك مما هو مصداق للقبول عرفا وانما الكلام في وقوعه بلفظ ملكت بالتشديد او بعت الظاهرين في التمليك الابتدائي (ولكن على ما اخترناه) يجوز ذلك اذ غايته ان يكون من انشاء القبول بالألفاظ المجازية بل لو قلنا بان البيع مشترك بين البيع والشراء يكون انشاء القبول به من الإنشاء باللفظ المشترك وكلاهما صحيح كما عرفت (بل يمكن ان يقال) بكفاية الإيجاب من الطرفين في صحة العقد ولو لم يكن في البين قبول اصلا كما اذا انشأ كل منهما تبديل عين ماله بشخص مال الآخر مقارنا فقال احدهما بعت دارى ببستانك والآخر قال بعت بستاني بدارك صح ذلك لصدق عنوان العقد والتجارة عن تراضى على ذلك فأن العقد عبارة عن الإلتزامين المربوطين احدهما بالآخر وهو متحقق في الفرض كما ان التجارة عن تراض لم يؤخذ فيها الإيجاب والقبول .

نعم لا يصدق على ذلك البيع والشراء كما لم يصدق على ما اذا قصد كل منهما خصوصية مال الآخر فلا يترتب عليه الآثار المترتبة على البيع .

(٢) قد يستشكل فيه كما عن بعض المحشين من جهة ان الامضاء والنفوذ انما

قوله : (ره) لو اوقعا للعقد بالالفاظ المشتركة (١)  
قوله (ره) فلا يبعد الحكم بالتحالف ثم عدم ترتب الاثار (٢)

يلحق العقد التام القابل لذلك مع قطع النظر عن الامضاء كعقد الفصولي والمكره  
واما الإيجاب فقط فهو مع قطع النظر عن الإمضاء لا يكون عقدا اصلا ( وفيه )  
انه لا مانع من ابراز القبول بكل لفظ كاشف عنه عرفا فيتحقق العقد بنفس  
الإمضاء .

(١) لا ينحصر الاختلاف بما اذا اوقعا بالالفاظ المشتركة كما فرضه  
المصنف (ره) بل يمكن تصوير الاختلاف فيما لو اوقعا بالالفاظ المختصة ولكن  
ادعى كل منهما انه قال بعث والآخر قال قبلت او بالعكس .

(٢) الظاهر انه ليس للبيع اثر مختص به نعم يترتب الخيار على خصوص  
الشراء في بيع الحيوان فاذا كان احد العوضين حيوانا وادعى من انتقل اليه  
الحيوان انه كان مشترا وادعى الاخر انه كان بائعا (وعليه) لا يكون هذا  
الاختلاف من باب التداعي بل يكون مدعى اللزوم منكرا لموافقة قوله الأصل  
ومدعى الجواز والفسخ مدعى لمخالفة قوله الأصل فان مرجع اختلافهما الى ذلك  
( نعم ) لو كان كل من العوضين حيوانا وادعى كل منهما انه المشتري صح مع  
التحالف .

وبالجمله لو اقتصرنا في تعيين المدعي والمنكر بما هو مدلول مطابق لكلامهما  
كان المقام من قبيل التداعي لأن كلا منهما أمراً ولازمه نفي ما يدعيه الآخر واما  
لو جعلنا الميزان في ذلك لوازم الكلام والآثار المترتبة عليه فالحكم ما بيناه ولعل  
المصنف (ره) رجح الثاني فنفي البعد عن كون الفرض من باب التداعي .



- قوله : (ره) اعتبار العربية في العقد للتأسي (١)  
قوله : (ره) وهل يعتبر عدم اللحن الخ (٢)

## اعتبار العربية

(١) استدل على اعتبار العربية في العقد بوجوه ثلاثة الأول التأسي فان النبي (ص) والأئمة (ع) كانوا ينشؤون العقود بالعربية والتأسي بهم واجب (الثاني) الأولوية فان عدم صحة العقد الواقع بالعربي غير الماضي يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريق اولي (الثالث) ما حكاها المصنف (ره) عن بعضهم من المنع عن صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي (اما الوجه الأخير) ففساده ظاهر واما الوجه الثاني فيرده ان فساد العقد العربي الواقع بغير صيغة الماضي انما يقتضي فساد العقد العجمي الواقع بغير الماضي بالاولوية ولا يقتضي فساد العقد العجمي مطلقاً (واما الوجه الأول) فيدفعه ان التأسي بهم انما يجب في خصوص الأحكام الشرعية دون الامور العادية ولذا لم يتوهم احد لزوم التكلم بالعربي مطلقاً تأسيماً بهم (على ان التأسي) لو فرضناه واجبا فانما هو في الوجوب التكليفي وهو لا يستلزم الوجوب الشرطي الوضعي فلم يثبت دليل على اعتبار العربية في العقود (وعليه) فبناء على ما هو الصحيح من ثبوت العموم او الإطلاق لأدلة صحة العقود لا بد من التمسك بها لاثبات صحة كل ما يكون مصداقاً للعقد عرفاً سواء كان عربياً او غيره الا في الطلاق للنص الدال على اعتبار اللفظ الخاص به وكذا النكاح للاحتياط لكون المورد من الموارد المهمة لدى الشارع .

(واما اذا فرضنا) عدم تمامية الاطلاق لتلك الادلة وكان الدليل على صحة العقود هو الاجماع فلا بد من الاقتصار على المتيقن اعني العقد العربي دون غيره .  
(٢) هذه هي المسألة الثانية وهي غير متوقفة على اعتبار العربية في العقود

قوله : (ره) هل المعتبر عربية جميع اجزاء الايجاب والقبول (١)  
قوله : (ره) ثم انه هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً (٢)

وحاصلها اعتبار عدم اللحن في الفاظ العقد من حيث المادة والهيئة وعدمه سواء كان عربياً او عجمياً او عدمهما ( ظاهر المصنف ره ) تقوية الأول بناء على لزوم الاقتصار على المتيقن من اسباب النقل ( ونقول ) ان كان اللحن في الهيئة او المادة متعارفاً كما تعارف التعبير عن زوجت بلفظ جوزت وعن بعت بلفظ بعت بكسر العين فلا ينبغي الاشكال في صحته لصدق العنوان عليه عرفاً واما اذا كان لحناً شخصياً كما اذا قال بعت بالمعجمة عوض بعت يكون ذلك فاسداً وهكذا في غير العربي .

(١) قواه المصنف (ره) بناء على ما حكاه عن الشهيد في ( غاية المراد ) من وحبوب ذكر العوضين في الايجاب ( ولكن الظاهر ) عدم اعتباره لعدم الدليل على العربية في ذكر العوضين وغيرها من متعلقات العقد كالشرط ونحوه سواء وجب ذكرهما في متن العقد او لم يجب ( مضافاً ) الى ان ذكر العوضين في العقد غير لازم اصلاً اذا كانا معلومين من المقابلة السابقة او غيرها وهكذا الشرط .

(٢) هذه مسألة غير مرتبة على اعتبار العربية في العقد كما يظهر من المتن وقد استظهر المصنف (ره) اعتبار علم العاقد تفصيلاً بمعاني الألفاظ التي يستعملها في انشاء العقد ويستعمل كل منها في معناه بان يعرف مثلاً ان لفظ البيع معناه التملك بالعوض ولفظ التاء للمتكلم وهكذا ليكون الاستعمال مستنداً الى الوضع ولا يكفي علمه اجمالاً بان هذه الجملة مضمونها هذا المعنى ويستعمل الجملة في المضمون فانه ليس استعمالاً مستنداً الى الوضع ( ولكن الصحيح ) عدم اعتبار ذلك بعد صدق العقد عرفاً على انشاء المضمون بمجموع الجملة ولو لم يكن الاستعمال على طبق قانون الوضع وليس هذا الا كالاخبار عن قيام زيد بجملة زيد قائم مع عدم تمييز

قوله : (ره) المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضويه (١)

معنى القائم عن معنى لفظ زيد .

## اشتراط الماضويه

(١) وجه المصنف (ره) اعتبار الماضويه في العقود بوجهين احدهما صراحة الماضي في الانشاء واما المستقبل فهو اشبه بالوعد والامر بالاستدعاء ثانيهما ان قصد الانشاء في المستقبل خلاف المتعارف ثم حكى عدم اعتبارها عن القاضي ووجهه باطلاق البيع والتجارة وعموم العقود وما دل على بيع الآبق وبيع اللبن في الضرع من الايجاب بلفظ المضارع وفحوى ماورد في النكاح ثم قواه لكن قيده بما لو فرض صراحة المضارع في الانشاء على وجه لا يحتاج الى قرينة المقام ثم عقبه بقوله (فتأمل) (ونقول) اما ما ذكره من عدم تعارف الانشاء بالمضارع (ممنوع اولا) فيما يكون ظاهرا في الانشاء عرفا من المضارع والأمر كقولهم (خذه) في مقام انشاء الهبة فأن استعماله شائع وان كان الانشاء بصيغة الماضي اغلب (نعم) قد لا يكون المضارع او الأمر ظاهرا في الانشاء اصلا فلا يصح لامن جهة كونه خلاف المتعارف بل لعدم كونه مصداقا للعقد العرفي ولا كلام لنا في ذلك لان البحث كبروي .

(وثانيا) انه لا اعتبار بالتعارف وعدمه بعد كون الصيغة مبرزة للاعتبار النفساني عرفا وتحقق مصداق العقد خارجا وهو الالتزامين المربوطين (ودعوى) انصرف الادلة الى المتعارف (فاسدة) لالوجه لها .

(واما ما ذكره) من عدم صراحة المضارع والامر في الانشاء ثم تقييد جواز الانشاء بالمضارع بما اذا فرض صراحته في الانشاء (ففيه) ان الصراحة سن حيث الهية غير معتبرة جزماً اذ ليس في هيئات الفاظ العقود ما تكون متمحضة في الانشاء

## قوله: (ره) الاشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب (٢)

حتى هيئة الماضي فانها تستعمل في الاخبار كثيرا .  
ثم انه كان ينبغي للمصنف (ره) التعرض للإنشاء بالجمل الاسمية والظاهر كونه متعارفا ايضا عند الناس فينشؤ الهبة بقوله هذا لك بدون ذكره العوض والبيع مع ذكره كما يتعين انشاء الطلاق بالجملة الاسمية على النحو الخاص وهو صحيح على ما عرف ( نعم ) بعض الجمل الاسمية غير ظاهرة في الإنشاء اصلا كقوله انا بائع او انت مشتري او هذا مبيع او مشتري باضافة البيع او الشراء الى العين الا ان بيانها خارجة عن محل البحث لما عرفت ان البحث كبروى لاصغروي .  
( فتحصل ) عدم اعتبار هيئة خاصة في الفاظ الايجاب والقبول هذا كله في الخصوصيات المعتبرة في الفاظ الايجاب والقبول من حيث المادة والهيئة الأفرادية وفي المسألة الأتية نتكلم فيما يعتبر فيها من حيث الهيئة التركيبية .

## تقديم الايجاب

(١) ادعي الاجماع على ذلك وذكر المصنف (ره) خلاف الشيخ لهم في النكاح من المبسوط وان وافقهم في كتاب البيع منه واحتمل كون ما ذكره في كتاب النكاح عدولا عما اختار في كتاب البيع وكيف كان لم يتحقق في المقام اتفاق اصلا فلا يهمننا التعرض لخلاف الشيخ (ره) وانه عدول او من باب التفصيل بين البيع والنكاح او غير ذلك فالمعتمد هو الأدلة وما يستفاد منها (والمصنف ره) فصل في ذلك بين الفاظ القبول والظاهر انه اول من فصل في المقام وحاصل ما افاده ان انشاء القبول ان كان بلفظ ملكت وتملكت او اشترت ونحوه مما هو ظاهر بنفسه في انشاء التملك والتملك التبعية فلا بأس بتقديمه على الأيجاب اذ لا يعتبر في صدق العقد عنوان القبول بل هو متقوم بالترامين مبرزين احدهما

مربوط بالآخر وتوهم كون التفاعل والإفتعال للمطابقة فكيف يتقدم على الإيجاب قد عرفت دفعه .

وأما إذا كان بلفظ قبلت أو رضيت ونحوه مما ليس له في نفسه مجردا عن سبق الإيجاب ظهور في انشاء التملك نظير تحريك الرأس وظهوره في الأمر أو النهي إذا كان مسبوقا بالسؤال وعدم ظهوره فيها إذا لم يكن كذلك فلا يجوز تقديمه على الإيجاب لعدم كونه حينئذ انشاء للتملك والتملك الذي هو احد ركبي المعاوضة بل غاية مدلوله الرضا بما ينشؤه الموجب فيما بعده وبهذا بخلاف قبول المعاوضة المنشأة سابقا فإنه انشاء للتملك والتملك حالا .

وهذا هو مراده (قده) من تبعية القبول للإيجاب وكونه فرعا له ولذا اشكل على ما حكى عن بعض المحققين في رد الدليل المزبور من ان التبعية في المقام تبعية فرضية تنزيلية وهي متحققة قدم القبول او آخر (بما حاصله) ان القبول المعتبر في العقد ليس مجرد الرضا وإنما هو انشاء للتملك والتملك كما تقدم وهو لا يتحقق بلفظ قبلت ونحوه الا اذا سبقه الإيجاب ثم تعرض لتقدم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب وانه غير جائز لان غاية ما يدل عليه الأمر المتقدم انما هو الرضا بالمعاوضة المستقبلية ولا يدل على النقل بالحال .

(ثم قال في بعض الصغريات) ان ما ذكرناه جار في كل قبول يؤدي بانشاء مستقل كالإجارة والنكاح واما مالا انشاء في قبوله (الالفاظ قبلت) او ما يتضمنه كارتبهنت في الرهن واتهبت في الهبة واقترضت في القرض فلا يجوز فيه تقديم القبول على الإيجاب مطلقا لما تقدم من عدم دلالة تلك الألفاظ على انشاء القبول اذا لم يسبقه الإيجاب فالمانع اثباتي وهو عدم وجود اللفظ الدال على انشاء القبول مستقلا .

وأما المصالحة المشتملة على المعاوضة فيما ان الالتزام الحاصل من كل منهما

نظير الالتزام المنشأ من الآخر ولا ميز بين الموجب والقابل من غير جهة التقدم والتأخر فإن البادى في الصلح يكون موجبا والآخر قابلا وقد انعقد الاجماع على توقف العقد على القبول لزم ان يكون الالتزام من الآخر بلفظ القبول ونحوه لئلا يلزم تركب العقد من ايجابين فاذا انحصر فيه القبول بلفظ قبلت ونحوه تعين تأخيره عن الايجاب لما تقدم بيانه انتهى ملخصاً .

وحاصله المنع من تقدم القبول فيما اذا انشأ بلفظ دال على المطاوعة من جهة المادة او الهيئة سواء امكن انشاؤه بغيره او لم يمكن .

(ونقول) أما ما ذكره في انشاء القبول بلفظ قبلت ونحوه فانما يتم فيما اذا لم يذكر متعلقه في الكلام ولم يكن متعينا من مقابلة سابقة ونحوها بحيث لم يتحقق له الظهور اصلا واما فيما تم ظهوره في انشاء التملك بعوض فلا مانع من تقديمه على القبول لعموم الادلة وقد عرفت ان بحثنا كبروي لا صغروي .

وعلى ما ذكرناه لا نحتاج الى التمسك بفحوى رواية سهل (١) التي ذكروا

(١) سهل المذكور هو سهل بن سعد الساعدي وحديثه مروى في صحيح مسلم كتاب النكاح باب جواز كون الصداق تعلم القرآن وفي صحيح البخاري كتاب فضائل القرآن باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه وفي باب القرائة عن ظهر القلب وفي كتاب النكاح باب المهر بالعروض وخاتم حديد وفي سنن الترمذي على هامش شرحه لابن العربي المالكي ج ٥ ص ٣٤ كتاب النكاح باب مهور النساء . وفي سنن ابن ماجه ج ١ ص ٥٨٤ كتاب النكاح باب صداق النساء . وفي سنن النسائي ج ٢ ص ٨٢ كتاب النكاح باب التزويج على سورة من القرآن . وفي سنن ابي داود ج ٢ ص ٢٣٦ رقم ٢١١١ كتاب النكاح باب التزويج على العمل يعمل .  
وفي موطأ مالك ج ٢ ص ٦٣ كتاب النكاح باب ماجاء في الصداق والحباء . -

شهرتها بين الفريقين وان لم نجد لها كذلك وأما ما ذكره من الفرق بين القرض والهبة ونحوهما وبين البيع ونظائره ( ففيسه ) انه كما يمكن انشاء قبول البيع او الإجارة بلفظ ملكت او تملكك كذلك يمكن انشاء القبول في القرض بلفظ تملكك بالضمان وفي الهبة بلفظ تملكك مجاناً وهكذا . وأما مادعاة في الصلح من الاجماع على توقف العقد على القبول فهو مناف لما ذكره سابقا من ان المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالايجاب وأما تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاوعة وقبول الأثر فلا .

( على انا لو سلمنا ) اعتبار المطاوعة في العقد فليس المراد بها مطاوعة فعل الموجب بمعناه المصدرى فانه غير معتبر قطعاً بمعناه الاسم المصدرى اعني المنشأ من المبادلة ونحوها كما مر في الاكتساب والاحتطاب وهي غير متوقفة على تحقق الايجاب .

( فالتحقيق ) ان الانشاء الصادر من الموجب اما ان يكنى في ترتب اثره عليه

— وفي سنن البيهقي الكبرى ج ٧ ص ٥٧ كتاب النكاح باب ما ابيح له من التزويج بالمرأة من غير استئثارها .

وفي منتقى الاخبار لابن تيمية على هامش شرحه نيل الاوطار للشوكاني

ج ٦ ص ١٤٥ كتاب النكاح باب جعل القرآن صداقا .

وورد مضمونه في اصول اصحابنا الامامية في الوسائل ج ٣ ص ١٠٣ كتاب

النكاح باب جعل المهر تعليم شيء من القرآن عن الكافي للكليني عن ابي جعفر الباقر ( ع ) وذكر مضمونها وهو مجيء المرأة الى النبي ( ص ) وما جرى بينهما وعقبها المجلسي في مرآة العقول ج ٣ ص ٤٦١ بان مضمونها متفق عليه بين الفريقين .

( عبد الرزاق الموسوي المرقم )

قوله ره : ومن جملة شروط العقد الموالاة (١) .

من دون حاجة الى انشاء اخر غاية الامر انه محتاج الى رضاه فيكون في الحقيقة ايقاعاً مشروطاً بالرضا كما في الوصية التملبكية على القول باعتبار اذن الموصى له فيها تمسكاً بفحوي قوله ( الناس مسلطون على اموالهم ) فان انتقال المال الى الانسان قهراً عليه منافع لسלטنته واعتبار الرضا حينئذ يشابه اعتبار رضا العمّة والخالة بالتزويج عليها وفي مثل ذلك يكتفى بما يكون مبرزاً للرضا وان كان متقدماً على الايجاب ( واما ما يتوقف ) فيه ترتب الاثر على الانشاء من الطرف الاخر فلا مناص من كون ما يصدر منه مبرزاً لأعتبره النفساني على ما تقدم من ان حقيقة الانشاء عبارة عن ذلك فان تحقق تم العقد وترتب اثره عليه تقدم الايجاب او تأخر وان لم يتم ذلك لم يترتب الاثر لعدم تمامية العقد فصح ان يقال انه لا يعتبر تقدم الايجاب على القبول مطلقاً .

(وبما ذكرنا ظهر) ما في كلام المحقق النائيني (قده) من منع تقدم القبول على الايجاب مطلقاً بدعوى اعتبار المطاوعة في القبول وهي لا تتحقق الا مع التأخر.

## الموالاة

(١) حكي المصنف اعلا الله مقامه عن قواعد الشهيد (قده) اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول فانه ماخوذ من اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه وحيث ان الارتباط بين الاستثناء والمستثنى منه في الكلام في غاية الشدة بحيث يوجب الاستثناء قلب المستثنى منه من المدح الى الذم ومن الصدق الى الكذب ومن الايمان الى الكفر ومن الاقرار الى الانكار وبالعكس كان اعتبار الموالاة بينهما في غاية الوضوح ولذا لو فصل بينهما لا يصح الاستثناء فاذا اقر لزيد بمقدار ثم بعد يوم استثنى منه شيئاً عد ذلك انكاراً بعد الاقرار واذا انكر (صانع العالم) حكم



## قوله ره : فالعقد المركب (١) .

بكفره وان استثنى بمدة ( الله تعالى شأنه ) الى غير ذلك .

واعتماد الموالاة وان كان ثابتاً في كل قرينة وذبيها ولذا قلنا ان المخصص المنفصل انما ينافى العام في حجتيه لاني ظهوره الا انه من جهة وضوحه في الاستثناء والمستثنى منه جعل مأخذاً لاعتبارها في سائر الامور المتصلة او انتقل منه اليها . ثم رتب على ذلك فروعا من فورية استنابة المرتد والسكوت الطويل في اثناء الاذان والقرائة والتشهد والايتمام في الجمعة والجماعة ( ولكن الظاهر ) عدم ترتيب شيء منها على ذلك كما بينه المصنف ( ره ) كما لا يترتب على ذلك اعتبار الموالاة في العقود فلا بد من التكلم فيما استدل به على اعتبارها فيها .

(١) حاصله ان العقد عبارة عن الكلام المرتبط بعضه ببعض فاذا تخلل الفصل بين ايجابه وقبوله لم يحصل الارتباط فلا يتحقق عنوان العقد وزاد على هذا الاستدلال المحقق النائيني ( قده ) دليلاً آخر وهو ان العقد عبارة عن الخلع واللبس نظير خلع الثوب من شخص وان يلبسه شخص اخر فتخلل الفصل يوجب تحقق الخلع مع عدم ثبوت اللبس .

( ونقول ) ما ذكره النائيني ( قده ) من الخلع واللبس فيه ان الخلع واللبس امر اعتباري فان اريد اعتبار الموجب فكلا الامرين موجود في اعتباره وان اريد اعتبار العقلاء او الشارع فلا يتحقق في اعتبارهما شيء من الامرين قبل تحقق القبول ( واما ما ذكره المصنف ره ) ففيه اولاً ما افاده من عدم انحصار الدليل بما هو مشتمل على عنوان العقد فنفرض عدم صدق العقد عند عدم الموالاة الا ان في بقية الادلة كاحل الله ونحوه كفاية ( ولا يتوهم ) ان لازمه عدم امكان الحكم بلزوم مثل ذلك العقد لان دليل اللزوم منحصر ( بعموم او فوا بالعقود ) وبقية الادلة دليل للصحة ( وذلك ) لا مكان التمسك للزوم بقوله ( تعالى ) ( لاتاكلوا اموالكم

قوله ره : من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز في العقد (١) .

بينكم بالباطل) فان الاكل بالفسخ ليس تجارة عن تراض فيكون من الاكل بالباطل .  
( وثانيا ) ان العقد وان اعتبر فيه الارتباط الا انه ليس اسما للمبرز اعني اللفظ وانما هو اسم للمبرز اعني الالتزام والارتباط معتبر فيهما فاذا تحقق التزام الموجب وبقي موجودا في نفسه ولو بحيث لا ينافيه النوم والغفلة يرتبط به القبول المتأخر عند تحققه فيتحقق عنوان العقد بل السيرة القطعية قائمة على عدم اعتبار الموالاتة في بعض موارد المعاطاة كاهداء شيء الى احد من بلد بعيد بحيث يفصل بينه وبين وصول المال الى المهدي له وقبوله زمان طويل .

( ودعوى ) الفرق بين المعاطاة والعقود اللفظية واضحة الفساد ( وما ذكره المحقق النائيني قده ) من عدم الفصل بين الاعطاء والقبول في امثال ذلك لان الاعطاء يكون زمانه طويلا نظير من مسدّ يده من المشرق واهدى الى غيره في المغرب فان نفس فعل الاعطاء يحتاج الى زمان ( مردود ) بمخالفة الوجدان وهكذا السيرة قائمة على صحة المعاملات الدارجة ( بالهاتفون والبرقية والمكاتبة ) مع عدم الموالاتة بين الايجاب والقبول فيها والتفصيل في الموالاتة بين الزمان الطويل والقصير كما ترى ولذا اشكل من اعتبار الموالاتة في الفصل بينهما حتى بالتحميد والصلاة على النبي وآله ( ع ) فصح ان يقال ان الموالاتة بين الايجاب والقبول غير معتبرة في العقود مطلقا ( نعم ) لا بد من بقاء التزام الموجب وعدم رفع اليد عنه حتى يرتبط به التزام القابل عند تحققه .

## التنجيز في العقد

(١) ادعى الاجماع على ان التعليق في العقد مطلقا موجب لفساده سواء

صرح به باداة الشرط بان يقول انت وكييل اذا كان يوم الجمعة او كان التعليق لازما للكلام كما اذا قال انت وكييل في يوم الجمعة لرجوعه الى قضية شرطية مقدمها ثبوت الموضوع فالمعنى اذا تحقق يوم الجمعة فانت وكييل إلا ان يرجع القيد الى ما تعلق به التوكيل لا الى نفس الوكالة كما اذا صرح بذلك بان قال وكتلتك في بيع دأري ولا تبعها الا في يوم الجمعة أو قال انت وكييل في بيع دارى يوم الجمعة بأن كان الظرف متعلقا بالبيع لا بالوكالة .

ثم ان كلمات الاصحاب على ما ذكرها المصنف ( ره ) مختلفة فظاهر جملة منها مبطلية التعليق مطلقا سواء كان على امر معلوم العدم او معلوم التحقق او مشكوكا فيه وظاهر بعضها خروج الفرض الاول عن مورد البحث فإن التعليق على امر مقطوع العدم مبطل على اى تقدير سواء اعتبرنا التنجيز ام لم نعتبره اما على الاول فواضح واما على الثاني فلعدم تحقق المعلق عليه .

ومن هذه الجهة قسمه المصنف ( ره ) الى اقسام ثمانية فان المعاق عليه اما يكون معلوم التحقق واما يكون محتمل التحقق وعلى التقديرين اما ان يكون امراً حالياً واما ان يكون استقبالياً وعلى التقادير الاربعة اما يتوقف عليه صحة العقد شرعا واما لا يكون كذلك فالاقسام ثمانية .

ولكن الاولى جعل الاقسام اثني عشر فان المعلق عليه على التقادير الاربعة اما يتوقف عليه حقيقة المنشأ وواقعه كتوقف البيع على القبول او الطلاق على الزوجية واما يتوقف عليه صحته شرعا كالتقبض في الهبة والقدرة على التسليم في بيع السلم واما لا يكون شيء من ذلك فالاقسام اثني عشر .

ثم ان التعليق على ما يكون المنشأ معلقا عليه ذاتا لا يكون مبطلا لعدم كونه تعليقا حقيقة بل ليس الا بيان واقع المنشأ ومن الواضح ان مجرد التلفظ بذلك ليس موجبا للبطلان ( واما التعليق ) على ما يتوقف صحة العقد عليه شرعاً فالعقد وان لم

قوله : (ره) العمدة في المسألة هو الاجماع (١) .

بكن معلقا عليه في نفسه كما توهم الا ان عمدة دليل مبطلية التعليق انها هو الاجماع وهو غير ثابت في ذلك كيف وقد صرح الشيخ (ره) بجوازه بنحو الارسال المسلم .  
واما التعليق على ما لا توقف للعقد عليه اصلا فان كان المعلق عليه امراً حالياً معلوم التحقق فلا ينبغي الشك في صحته بعد كون البيع تنجيزياً ويلحق بهذا ما اذا كان التعليق على امر متاخر معلوم الحصول بنحو الواجب المعلق فانه ايضاً لا ينبغي الشك في صحته لان العقد منعز ايضاً .

وحينئذ تبقى الاقسام الباقية وهي ثلاثة داخلية في محل النزاع (احدها) التعليق على امر استقبالي مشكوك الحصول كقوله بعثك ان قدم الحاج او حالي كذلك كقوله بعثك ان كان زيد راكباً او على امر استقبالي متيقن الحصول لكن سمي بالواجب المشروط لا المعلق .

(والانصاف) ان الحكم فيها من العويصات فان اطلاق الادلة التي لم تقيد بالتنجيز مقتضاها الصحة في جميع الفروض والاجتماعات المنقولة وتسالم الاصحاب يقتضي الفساد (الانه) لم يحصل لنا الاطمئنان منها برأي المعصوم (ع) خصوصاً بعد التعليقات المذكورة في كلماتهم فلا بد من النظر في بقية الوجوه التي ذكرت في المقام فان تم شيء منها فهو والا فالقول بالصحة مطلقاً هو القوي .

(١) قد عرفت عدم كونه اجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام لان جملة من المجمعين ذكروا مستندهم في ذلك فيكون معلوم المدرك خصوصاً مع اختلاف مورد كلماتهم فان ظاهر الشهيد في القواعد والعلامة هو ان التنجيز شرط في صحة العقد والا فيفسد معللاً بعدم الجزم في الانشاء فاذا فرض ثبوته مع التعليق ايضاً كالتعليق على ما يتوقف عليه حقيقة العقد مثل الزوجة في الطلاق والقبول في البيع كان صحيحاً بل التعليق على امر معلوم الحصول لا ينافي الجزم كما عرفت .

قوله ره : عدم قابلية الانشاء للتعليق (١)

قوله ره : ترتب مسببه عليه حال وقوعه (٢)

ويظهر من جملة منهم ان التعليق في الكلام مانع عن الصحة تعبداً وان لم يكن منافياً مع الجزم في الانشاء كما في المثالين المزبورين ومع هذا الاختلاف كيف يمكن التحويل على الاجماع .

(١) هذا هو الوجه الثاني من وجوه مبطلية التعليق وحاصله دعوى استحالة التعليق في الانشاء كالتعليق في الاخبار وفي ايجاد الامور التكوينية اذ لا معنى لأكل الشيء معلقاً على كونه رماناً ( والجواب ) عنه ان التعليق في الانشاء وان كان امراً مستحيلًا الا ان التعليق في العقود انما هو تعليق في المنشأ اعني ما تعلق به الانشاء لافي الانشاء كالتعليق في باب الحكاية كالاخبار بقيام زيد معلقاً على مجيء عمرو مثلاً فان الاخبار جزمي وانما التعليق في الخبر به والمحكي وهو قيام زيد على تقدير لا مطلقاً وقد بينا امكان ذلك في بحث الواجب المشروط من الاصول ومثلنا له بالوصية التملكية فانها من هذا القبيل لان المنشأ فيها هو الملكية المقيدة بما بعد الموت .

(٢) هذا هو الوجه الثالث وحاصله ان ظاهر الأدلة صحة العقد او البيع من حينه فاذا لم تشمل العقد في مورد من حين حدوثه لايعمه فيما بعد ايضاً ( وفيه ) ان شمول الأدلة لكل عقد يقتضي ترتب اثره عليه على طبق مدلوله ومؤداه كان منجزاً او معلقاً نظيراً لعهد او النذر المتعلق بامر متأخر فانه يعمه دليل وجوب الوفاء بالعهد على النحو الواقع خارجاً فيجب ترتيب الاثر عليه باتيان متعلقه في ظرفه .  
واجاب المصنف (ره) عن هذا الوجه بوجوه ( منها ) : ما تقدم (ومنها) : ان دليل الصحة وال لزوم غير منحصر باوفوا بالعقود لان دليل حلية البيع وتسلط الناس على اموالهم كاف في اثبات ذلك ( وفيه ) ان المحذور لم يكن مختصاً باوفوا بالعقود فان تم يجري في جميع الادلة (ومنها) : عدم جريانه في التعليق على ما يتوقف

- قوله ره : مع ان تخلف الملك عن العقد كثير (١)  
 قوله ره : لايجري في غيره من العقود (٢)  
 قوله ره : بتوقيفية الاسباب الشرعية (٣)

عليه حقيقة العقد (ومنها) : عدم جريانه في التعليق على امر متحقق حين العقد وان لم يكن متيقنا فان العقد حينئذ لا يكون معلقا وان كان مراعى فلا يلزم تخلف الاثر عن العقد (ومنها) : انتقاضه ببعض العقود التي قد يتاخر مقتضاها لتوقفه على امر متأخر كالقبض في الهبة او بيع الصرف بل يتخلف الاثر عن العقد في البيع الخياري ايضا ولا اقل من خيار المجلس فان البيعان بالخيار مالم يفرقا فلا يترتب عليه الاثر اعني اللزوم قبل ذلك .

(١) نقول ليس هذا رداً على الاستدلال المزبور فان القول بالتخلف للدليل خاص ولو في موارد كثيرة لا يستلزم امكانه في غير مورد الدليل ويجري ما ذكرنا في نقضه (قده) بالهبة وبيع الصرف والبيع الخياري ايضاً .

(٢) ان اراد به الوصية والتدبير فهما خارجان عن محل النزاع وان اراد به الاجارة كما قيل فان الاثر اعني الملكية فيها غير متخلفة عن العقد وانما متعلقها امر متأخر وهي المنفعة المستقبلية فلم يتحصل لنا مراده من غير البيع مما يتخلف فيه الأثر .

(٣) استدلل بهذا جملة من القدماء منهم القاضي في جواهره فانه استدلل على المنع من المضاربة بغير الدرهم والدينار فكان عدم الدليل عندهم دليلاً على العدم (والجواب) انه يكفي العمومات والاطلاقات دليلاً على صحة العقد التعليقي (وفي المقام وجه اخر) ذكره المحقق النائيني (قده) وحاصله ان العقود المتعارفة كلها تنجزية واما التعليقية فغير معهودة الا عند الملوك والدول احياناً والادلة منصفة الى العقود المتعارفة .

(وفيه) منع الكبرى والصغرى (اما الكبرى) فانه لاوجه لدعوى انصراف

## قوله ره : من جملة الشروط التطابق (١)

الادلة الى الافراد المتعارفة خصوصا العمومات منها فان المطلق لتوقفه على عدم البيان ربما يتخيل كفاية التعارف العرفي في مقام البيان واتكال المتكلم عليه فلا يتم الاطلاق حينئذ واما العام فسرمانه في الافراد غير متوقف على ذلك .

(وأما الصغرى) فان المعاملات التعليقية أيضا متعارفة عند العرف فانا نراهم يهبون المال للغير بعد ايام من جهة حاجتهم اليه فيها ( فتحصل ) عدم العثور على دليل في اعتبار التنجيز او مانعية التعليق الا ان الاحتياط يقتضي ذلك خصوصا في النكاح .

(١) لا اشكال في اعتبار التطابق في الجملة وليس هو شرط تعبدي وانا يقتضيه نفس العقد فانه كما عرفت مرارا عبارة عن التزامين مربوطين فاذا لم يطابق الايجاب القبول لم تحصل المعاهدة والمطابقة التي تتقوم بها العقود ( ثم التطابق ) قد يلحظ بالاضافة الى الثمن او المثلن وقد يلحظ بالقياس الى البايع او المشتري وقد يكون من حيث الشروط او الاجزاء ( فاما التطابق ) من حيث الثمن او المثلن فمعتبر جزما فاو اختلف المتبايعان في ذلك كان يقول البايع بعتك داري ويقول المشتري قبلت شراء بستانك لم ينعقد البيع وكذا لو قال البايع بعتك بالف وقال المشتري قبلت بمائة لم يصح لعدم تحقق المعاهدة والمعاهدة .

( واما من حيث البايع والمشتري ) فالتعيين لم يكن دخيلا في صحة العقد الا في النكاح فان الزوجين ركن فيه ولذا لو قالت المرأة زوجت نفسي من زيد وقال قبلت التزوج لعمره لم يصح وهذا بخلاف البيع ومن هنا لم يكن الاستفسار عن المالك متعارفا في البيع والشراء فيما اذا لم يكن الثمن والمثلن كليا في الذمة والا فدم اشخاص مختلفة من حيث الاعتبار فلا محالة يكون التعيين مقوما فيلزم التطابق فيه فاذا قال البايع بعتك داري بمائة وقال المشتري قبلت لموكلي اولشخص

اجنبي فضولاً لم يصح .

( وأما من حيث الشروط ) فالشروط في باب العقود اجنبي عن الالتزام العقدي ولا يستلزم تعليقه عليه والالزم تعليق العقد بل التعليق في الشرط انما هو في الالتزام بالوفاء بالعقد وتمامه فحقيقته جعل الخيار على تقدير التخلف ولذا يعلل به الفسخ عند عدم الوفاء بالشرط ( وعليه ) فلو اختلفا في الشرط بان قال البايع بعتك داري على ان تخطط ثوبي وقال المشتري قبلت بلا شرط كان الالتزام البيعي من الطرفين محققا وانا اختلفهما من حيث الالتزام بالوفاء فاذا رضي البايع بسقوط شرطه صح البيع .

( وأما من حيث الاجزاء ) فتارة يكون الاختلاف في العوضين كما اذا قال البايع بعتك الدار بمائة درهم وقال المشتري قبلت نصفها بنمسين ( واخرى ) في المشتري كما اذا خاطب البايع شخصين وقال بعتكما الدار بمائة فقال احدهما اشتريت نصفها بنمسين ( اما الفرض الاول ) فالظاهر فيه الصحة وعدم اعتبار التطابق وذلك لانحلال البيع الى بيع كل جزء من المبيع بما يقابله بنسبته من الثمن ولذا قلنا في بيع ما يملك وما لا يملك كالشاة والخزير بالصحة فيما يملك بنسبته من الثمن وفي بيع ملكه وملك غيره بنفوذه في ملكه وتوقفه على الاجازة في ملك غيره ففي المثال بيع كل ربع من الدار بربع من الثمن وهكذا .

( وعليه ) فاذا قبل المشتري البيع في بعض المبيع بما يقابله من الثمن يصح ذلك غاية الامر انتفى وصف الانضمام المشروط ضمناً فيدخل من هذه الجهة في الاختلاف من حيث الشرط ( واما الفرض الثاني ) فظهر صحته بما بيناه فان بيع الدار الواحدة من شخصين ينحل الى بيع نصفه لاحدهما اذ لا يمكن بيع تمامها من شخصين مستقلاً فاذا قبل احدهما صح بالنسبة اليه غايته يلزم تخلف شرط الانضمام فيدخل فيما تقدم ( وليعلم ) ان مورد الخلاف بيننا وبين المصنف (ره) في الفرضين



قوله ره : من جملة للشروط ان يقع كل من الايجاب والقبول في حال ... (١)

قوله ره : يجوز لحقوق الرضا لبيع المكره (٣)

انما هو فيما اذا انشأ بيع المجموع او الى الشخصين بانشاء واحد واما اذا كان بانشائين فلا اشكال ولا خلاف في الصحة فيها .

(١) الوجه في قابلية كل من الموجب والقابل للانشاء حين الايجاب والقبول انما هو تحقق المعاهدة والمعاقدة بدونه وافاد المحقق النائيني (قده) بان اعتبار هذا الشرط من القضايا التي قياساتها معها ولكن السيد (قده) في الحاشية فصل بين الموجب والقابل فنذهب الى اعتبار قابلية القابل حال الايجاب والا لم يصح العقد دون العكس فاذا سقط الموجب عن القابلية حين القبول لنوم او اغماء او موت صح .  
(ونقول) ما ذكره الميرزا (قده) من البداهة لانعرفه واما ما ذكره رضوان الله عليه من التفصيل فالصحيح عكسه فيعتبر بقاء الموجب على القابلية حين تحقق القبول واما القابل فلا يعتبر قابليته حين الايجاب (والوجه فيه) ان العقد هو الربط بين التزامين لا بين كلامين فاذا كان الموجب قابلا للالتزام حين تحقق التزام القابل لا محالة يرتبط الالتزامان فيتحقق عنوان العقد وان لم يكن القابل حين الايجاب اهلاً للقبول كما اذا فرضنا لم يكن بالغاً فلما بلغ قبل البيع ولا يقاس ذلك بالفسخ قبل القبول الذي هو ابطال للالتزام كما هو ظاهر فان الموجب اذا سقط عن القابلية حين القبول بموت او اغماء او نوم كان التزامه الاعتباري معدوماً في بعض الصور وفي حكم العدم في البعض الاخر فلا يبقى التزامه ليرتبط به التزام القابل .

## اعتبار الرضا في بيع المكره

(٢) بعد ما اعتبر المصنف (ره) وجدان كل من الموجب والقابل لشروط

### قوله ره : لو اختلفا المتعاقدان الخ (١)

الايجاب والقبول عند انشاء الاخر نقضه بما صرحوا به من جواز لحوق الرضا لبيع المكره فان مقتضاه عدم اعتبار ذلك حين العقد في نفس المنشئ فضلا عن الطرف الاخر ثم اجاب عنه بقوله اللهم الا ان يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعدة لاجل الاجماع .

( ونقول ) ان صحة بيع المكره وان لم تكن على خلاف القاعدة الا انها اجنبية عما نحن بصدده فان مورد كلامنا في الامور المعتبرة في مصدر الايجاب والقبول يعني العاقد بما هو عاقد بحيث يعتبر صدور العقد عنها كالبلوغ والعقل ونحوها ( واما الرضا ) فقد يراد به الارادة والاختيار وهو بهذا المعنى معتبر في مصدر العقد فلا بد من صدوره عن ارادة واختيار فاذا فرضنا ان احداً انشأ ببيع ماله هزلاً ثم بعد ذلك اختاره لم يصح ولا يجتزي به ( وقد يراد به ) طيب النفس بان لا يكون الاختيار ناشئاً عن اجبار الغير واكراهه وهو بهذا المعنى يعتبر في المالك دون العاقد بما هو عاقد ولذا يصح العقد من المكره على اجرائه اذا كان المالك راضياً فلا يعتبر صدور العقد عنه فيجوز لحوقه بالعقد ( نعم ) لا بد وان يستفاد من الادلة كقوله تعالى ( تجارة عن تراض ) ولو بالقرائن الخارجية ان المعتبر في صحة العقد الاعم من الرضا المقارن والمتأخر وسنتكلم فيه في محله ان شاء الله ( تعالى ) وعلى اي حال لا يقاس ببيع المكره بالمقام .

(١) اذا اختلف المتعاقدان في شروط الصيغة كما اذا فرضنا ان الموجب يرى جواز العقد بالفارسي والقابل يرى بطلانه فهل يجوز لكل منهما الاجتزاء بما يقتضيه اجتهاد الاخر او تقليده مطلقاً او لا يجوز مطلقاً وجهان وهناك تفصيلان .  
(احدهما) : بينما اذا كان العقد المركب منها مما لا قائل بصحته كالعقد المركب من الماضي الغير العربي والعربي غير الماضي في فرض انحصار الاجتهاد بشخصين احدهما

### قوله ره : والاولان مبنيان الخ (١)

يرى اعتبار الاول والاخر يرى اعتبار الثاني فيفسد دون غيره .  
 ( ثانيهما ) : التفصيل بينما اذا كان اختلاف كل من المتخالفين بحيث يسري  
 الى الاخر فيوجب فساد المجموع كالتعليق والمولات والترتيب وبينما اذا لم يكن  
 كذلك كالعربية والماضوية وقد مثل المصنف (ره) له بالترتيب ولكنه مثال للاول  
 كما هو ظاهر وهذا التفصيل حقيقته تحرير محل البحث واما التفصيل الاول فلا  
 وجه له لان عدم وجود القائل بالصحة غير محل بصحة العقد مع احتمال صحته واقعا  
 لاشتباه كلا المجتهدين بل المجموع المركب عنوان انزاعي ليس بنفسه مورداً للقول  
 بالصحة او الفساد .

ونظير هذه المسألة ما ذكره السيد (ره) في ( العروة ) في الاجتهاد والتقليد  
 من انه اذا كان هناك مجتهدان متساويان وكان احدهما يرى عدم وجوب السورة  
 ولكنه لا يجتزي بمرّة واحدة في التسيبحات الاربعة والاخر يرى الاجتزاء بها ولكنه  
 يرى وجوب السورة فقلد المقلد كلاً منهما في فتواه فصلى بغير السورة مقتصرًا  
 على المرة الواحدة في التسيبحات الاربعة ولنفرض انحصار المجتهد في العالم بهما .  
 فان هذه الصلاة لا قائل بصحتها حينئذ ومع ذلك يجتزي بها لان المقلد  
 معتمد في كلا عمليه على حجة شرعية وهي فتوى من يقلده والمقام ايضا كذلك فان  
 كلا من المتعاقدين معتمد على حجة شرعية معتبرة كان هناك قائل بصحة المركب  
 اولم يكن فهذا التفصيل اردء الوجوه كما ذكر المصنف (ره) .

(١) جعلها مبنيين على القول بالسببية او الطريقية في باب الطرق والامارات  
 فعلى الموضوعية يكون قيام الطريق موجبا لحدوث المصلحة في مؤداه وان لم يكن  
 موافقا للواقع فيتبدل به الواقع او يكون الواقع تابعا له وعلى اي تقدير يكون مؤداه  
 حكما واقعا ثانويا ويكون بمنزلة الاضطرار الموجب لتبدل الواقع حقيقة بالعنوان

الثانوى فيجتزى به غيره ايضاً .

وأما على الطريقة فؤديات الامارات ليست الا احكاماً عنصرية لمن لم ينكشف الخلاف لديه فلا يمكن الاجتزاء بها لمن يراها فاسدة ولو صدرت ممن يرونها صحيحة الا في باب النكاح فان الاصحاب تسالموا على لزوم ترتيب اثار الصحة على النكاح الصادر ممن يراه صحيحاً حتى على الطريقة .

وكان شيخنا ( الشريعة ) اعلا الله مقامه يقول ولولا ذلك لامكن ان يتزوج الولد زوجة ابيه عند اختلافها في صحة النكاح وبالعكس ثم يعلله رضوان الله عليه بصدق زوجة الاب او الابن عليها عرفاً .

ولكن التحقيق ان الوجه فيما تسالموا عليه انها هو ماورد ( لكل قوم نكاح ) (١) فانه اذا شمل نكاح اهل الاديان الفاسدة المقطوع فساده فبالاولوية يعم نكاح المؤمن الذي يحتمل صحة العقد ولو كان مخالفاً له في الرأي وهذا مختص بالنكاح لا يشمل البيع ولا غيره من العقود .

ثم انه اشكل على المصنف ( قده ) انه على السببية ايضاً لا يصح الاجتزاء به فان السببية وتبديل الواقع انها يكون بالاضافة الى من قام عنده الطريق لامن يرى فساده ( واجاب عنه ) شيخنا المحقق ( ره ) بما حاصله ان الامر في الاحكام التكليفية كذلك فاذا قام الطريق عند احد على وجوب القصر في مورد لا يتبدل به الحكم عند غيره واما الاحكام الوضعية فيختلف الحال فيها فمثل الطهارة او النجاسة او المانعة او الشرطية التي يمكن ثبوتها بالاضافة الى شخص يصح ذلك كما اذا قامت الامارة عند احد على كفاية غسل المتنجس مرة واحدة ولم يتم عند غيره فانه على السببية يجوز الاكتفاء بالغسل الواحد للاول ويكون المغسول محكوماً بالطهارة

(١) رواه في الوسائل ج ٣ ص ٩٨ باب تحريم قذف الاماء والعبيد طبع

عين الدولة .

قوله : ( ره ) لو قبض ما ابتاعه بالعقد للفاسد لم يملكه ( ١ ) .

بالإضافة اليه دون الآخر .

وأما الملكية فيما أنها غير قابلة للاختلاف بالإضافات فإذا حكم واقعاً بملكية زيد للمبيع بالعقد الفارسي لقيام الطريق عنده على صحته وسببته للانتقال فغيره الذي لم يتم عنده الطريق إذا أخذه منه فقد أخذ من مالكة الواقعي ولا معنى حينئذ لعدم كونه مالكا فتأمل .

وما أفاده ( قده ) متين جداً وقد نبه عليه في موارد ثلاثة من الفقه والاصول فالاشكال المتوهم غير وارد على المصنف ( ره ) الا ان الكلام في اصل السببية وقد بينا فسادها في الاصول حتى بناء على المصلحة السلوكية فالحق عدم جواز اجتزاء من يوافق رأيه الاحتياط بفعل غيره عند الاختلاف مطلقاً .

## المقبوض بالعقد الفاسد

استظهر السيد ( قده ) في الحاشية من كلام المصنف ( ره ) ومن ( الجواهر ) اختصاص محل النزاع بالتلف السماوي وأما الائتلاف فلا اشكال في ثبوت الضمان به لقاعدة ( من اتلف ) ثم اشكل على ذلك بما حاصله ان قاعدة على اليد ما أخذت حتى تؤدي موجبة للضمان في التلف السماوي كما ان قاعدة من اتلف موجبة له في الائتلاف واذا كان اذن المالك موجبا لعدم شمول الاولى فكذا الثانية والاشكال متين جداً فالتخصيص لا وجه له .

( وكيف كان ) المقبوض بالعقد الفاسد بمنزلة المغصوب في كونه موجبا للضمان وهذا من صغريات القاعدة المعروفة ( كلما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ) وبالعكس والمراد بالضمان ليس وجوب دفع المثل او القيمة وانما المراد به انتقال

المال الى العهدة كما هو معناه لغة وعرفاً ودفع المثل او القيمة من الاثار المترتبة على الضمان وهذا واضح لا ينبغي اطالة الكلام فيه .

ثم انهم استدلوا على الضمان في المقام بامرین (احدهما) ما ورد في الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري من ان الجارية ياخذها صاحبها ويأخذ الرجل ولده بالقيمة (١) فان ضمان الولد مع انه ناء لم يستوفه المشتري وانما منع المالك من استيفائه نظير من قفل باب دار الغير والتي المفتاح في البحر فانه يستدعى ضمان الاصل بالاولوية (ثانيهما) النبوي المعروف وهو قوله (ص) على اليد ما اخذت حتى تؤدي (وفي كل من الامرین نظر) اما الاول فلان الرواية الواردة في الامة المسروقة اجنبية عما نحن فيه فان مورد الكلام في الضمان بالعقد الفاسد ما اذا كان العقد للمالك ولكن كان فاسدا فانه حينئذ ربما يتخيل لقاء المالك احترام ماله فلا ضمان واما اذا كان البائع غاصبا فلا وجه لتوهم عدم الضمان (ومن الغريب) عدم تنبه المصنف (ره) والمحشين قدس الله اسرارهم لذلك .

واما الثاني فانه لم يثبت من طريقنا وانما هو مروى عن اهل السنة عن الحسن البصرى عن سمرة بن جندب (٢) وانجباره بالشهرة مبني على انجبار ضعف السند

(١) الرواية في الوسائل ج ٣ ص ٩٨ باب ٨٦ كتاب النكاح طبع عين الدولة

عن ابن ابي عمير عن جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله (ع) في رجل اشترى جارية فاولدها فوجدت الجارية مسروقة قال ياخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته .  
(المقرم الموسوي)

(٢) تقدم في الجزء الاول المعقود للمكاسب المحرمة ص ١٤٨ المصادر

المذكور فيها هذا الحديث من جوامع اهل السنة وتقدم الطعن في رجال سنده كابي قتادة والراوي عنه سعيد بن ابي عروبة واما الحسن البصرى فمضافا الى انكار -

بها وهو ممنوع على ما بيناه في الاصول فالعمدة في الضمان انما هو سيرة العقلاء القائمة على ثبوت الضمان في الماخوذ بالعقود الفاسدة اذا كانت مما يضمن بصحيحها كما اذا اشترى احد خبزاً بالبيع الفاسد فاكله فانه يكون ضامناً له عند العقلاء ولو مع قطع النظر عن الشرع والشريعة ولم يثبت عنها ردع فتكون متبعة بل اغلب ما يرجع الى الماليات وابواب المعاملات يكون المدرك فيها سيرة العقلاء .

ثم انه ليس المراد من العقد في القاعدة اصلاً وعكساً ما يكون بنوعه موجباً للضمان او لا يكون موجباً له كذلك نظير العارية فانها لا توجب بنوعه الضمان وانما ثبت الضمان في صنف منه وهو عارية الذهب والفضة او المشروط فيها الضمان وعليه

- جماعة منهم سماعه من سمرة انه من المنحرفين عن امير المؤمنين (ع) وله كلمة جافة في حقه لا تصدر الا من عانده وناواه قال المبرد في الكامل ج ٣ ص ١١٨ طبعة محمد علي صبيح بمصر سنة ١٣٤٧ هـ كان الحسن البصرى ينكر الحكومة ويرحم في مجلسه على عثمان ثلاثاً ويلعن قتلته ويذكر علياً فيقول لم يزل علي رحمة الله يتعرفه النصر ويساعده الظفر حتى حكم فلم تحكم والحق معك ألا تمضي قدماً لأباً لك وانت على الحق قال المبرد ( ان هذه كلمة فيها جفاء ) .

وفي شرح النهج لابن ابى الحديد ج ١ ص ٣٦٨ طبعة مصر الاولى كان الحسن البصرى يبغض علياً (ع) ويذمه ومن الخذلين عن نصرته وقد انكر على امير المؤمنين اراقة الدماء الكثيرة فقال له اوساءك ذلك قال نعم فقال ( ابو الحسن ) (ع) لازلت مسوءاً فما رؤي الحسن البصرى بعد هذا الا مهموماً عابساً الى ان مات .

واما سمرة فقصته مع الانصاري في النخلة واغضاب النبي (ص) وعدم اجابته امر رسول السماء معروف ولو اطلع اصحابنا الامامية على سند الحديث وعرفوا من رواه لرموه عرض الجدار وان كان مضمونه معقول المعنى .

( المقرم الموسوي )

يدخل عارية الذهب والفضة فيما لا يضمن كما انه ليس المراد به ما يوجب الضمان بصنفة و عليه تدخل عارية الذهب والفضة فيما يضمن بل المراد ما يضمن بشخصه وما لا يضمن بشخصه فان القاعدة من قبيل القضايا الحقيقية فالمعنى ان كل عقد يضمن بصحيحه إذا فرض تحققه في الخارج صحيحا يضمن بفساده اذا تحقق فاسدا وهكذا العكس ولا يعتبر فيه تحقق صنف صحيح من العقد وصنف فاسد منه ( والسر في ذلك ) انه لم يرد في هذه القاعدة دليل لفظي ليحمل على النوع او على الصنف وانما هي على طبق السيرة وقوله ( ص ) ( على اليد ما اخذت ) على فرض اعتباره فما ينطبق عليهما انما هو ما ذكرناه دون غيره .

وعلى ما ذكرناه لا يعتبر ان يكون الضمان وعدمه من مقتضيات نفس العقد في طبعه بل القاعدة جارية ولو كان الضمان او عدمه في العقد لخصوصية فيه فالبيع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة لا ضمان فيهما .

( ثم ان الباء ) في القاعدة يحتمل ان تكون للظرفية ويحتمل ان تكون للسببية وذلك من جهة ان سبب الضمان في العقد الصحيح او الفاسد وان كان هو القبض الا انه انما يوجب الضمان اذا كان بعنوان الوفاء بالعقد والا فالقبض في نفسه مع قطع النظر عن كونه مترتبا على العقد المعاوضي لا يوجب الضمان قطعاً واما كونه للسببية التامة فغير محتمل لعدم كون العقد علة تامة للضمان لا تكوينا ولا تشريعا فان كل مبيع تالف قبل القبض فهو من مال بايعه كما ان ما ذكره المصنف ( ره ) في سببية العقد الفاسد من انه منشأ للقبض الذي هو سبب للضمان لا يمكن المساعدة عليه فان الضمان حينئذ لا يستند الى العقد فانه نظير اسناد نجاسة الميتة او العصير الى الشمس لكونه سببا للموت او للغليان وهو واضح الفساد .



قوله : ( ره ) ثم ان المدرك لهذه للكلية (١) .

## مدرك ما يضمن بصحيحه

(١) استدلوا للقاعدة الكلية وهي كل عقد شخصين يكون صحيحه موجبا للضمان كذلك يوجبه اذا فرض فاسدا بالاقدام وهو اقدم الاخذ على الضمان وصريح المسالك انه وجه مستقل لثبوت الضمان حيث استدل به عليه في قبال قاعدة اليد بل ربما يستظهر ذلك من المبسوط ايضا حيث علل الضمان في موارد من البيع والاجارة الفاسدة بدخوله على ان يكون المال مضمونا عليه بالمسمى فاذا لم يسلم له المسمى لعدم امضائه شرعا لكون العقد فاسدا رجع الى المثل او القيمة .

وقد اورد عليه المصنف ( ره ) ( اولا ) بانها انما اقدم وتراضيا بالعقد الفاسد على ضمان خاص وهو الضمان بالمسمى لا الضمان بالمثل او القيمة والمفروض ان ما اقدم عليه لم يمض شرعا ( وتوهم ) بقاء مطلق الضمان في ضمن خصوصية اخرى ( مدفوع ) بانه لم يكن هناك اقدامان احدهما على طبيعي الضمان والاخر خصوصية كونه بالمسمى وانما كان اقداما واحدا خاصا فاذا لم يمض شرعا فقد انتفى ما اقدم عليه رأساً .

( ثانيا ) : ان بين التعليل والقاعدة عموم من وجه فهو غير مطرد ولا منعكس اما من حيث الطرد فلأنه قد يكون الاقدام متحققا ولا ضمان كما في التلف قبل القبض فانه من مال بايعه واما العكس فلانه قد لا يكون في العقد الفاسد اقدام ومع ذلك يكون الضمان موجوداً ومثل له بموارد ثلاثة ( احدها ) البيع بلا ثمن ( والثاني ) الاجارة بلا اجرة ( والثالث ) ما اذا اشترط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع فان الضمان في جميعها ثابت مع انه ليس في شيء منها اقدام على الضمان فدليل الاقدام منقوض

طردا وعكسا .

( ونقول ) ان اراد المستدل بكون الاقدام بنفسه احد المضمنات ففساده واضح ولذا لم يتوهم احد ثبوت الضمان فيما اذا ضمن احدهما لغيره ابتداء ويكفى في فساده عدم المقتضى وهو الدليل على كونه مضمنا الا انه من المحتمل قريبا ان يكون مراد المستدل كون المال محترما سواء كان من الاعيان او الاعمال او المنافع فلا يذهب هدرأ الا اذا القى المالك احترامه ببذله للغير مجانا فاذا لم يقدم المتعاقدان على المجانية كان الضمان على القاعدة كما عليه السيرة فرادهم من الاقدام على الضمان بيان عدم الاقدام على المجانية .

( وعليه ) فلا مجال لما اورده المصنف اعلا الله مقامه اولا من كون ما اقدا عليه انما كان للضمان بالمسمى ولم يسلم والضمان بالمثل او القيمة لم يقدم عليه كما لا تتجه النقوض المذكورة في كلامه ثانيا اما النقض بالتلف قبل القبض ( فقيه ) ان الاقدام على الضمان انما كان مشروطا بالقبض لا مطلقا ولذا ترى السيرة قائمة على عدم الضمان فيما اذا باع العين الخارجية فذهب اياها الى المشتري فوجدها مسروقة فعدم الضمان في الفرض انما هو من جهة عدم الاقدام على الضمان على الاطلاق ( واما النقض بالبيع بلا ثمن ) والاجارة فيدفعه عدم ثبوت الضمان فيهما على ما بيناه لانها حقيقة من الهبة المجانية وليسا بيعاً ولا اجرة بل هما صورة بيع واجارة فيدخلان في عكس القاعدة اعني مالا يضمن لا في نفسها فكما لا اقدام في الموردین لا ضمان فيهما ايضا .

واما الضمان فيما اذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البايع فهو وان كان ثابتا الا ان الاقدام على الضمان موجود في الالتزام البيعى لماعرفت من ان الشرط اجنبي عن الالتزام العقدي وانما هو التزام اخر فالتبايعان اقدا على الضمان في البيع غاية الامر اشترط في ضمنه كون ضمان المبيع على البايع

قوله : ( ره ) واما خبر اليد (١)

فاذا فرض فساد يفسد الشرط ايضا فيثبت ضمان المبيع على المشتري بمقتضى اقدمه البيعي فالتقوض باجمعها مدفوعة .

والاستدلال على الضمان بالاقدم بهذا المعنى متين جداً ويرجع الى السيرة التي بينها وهي تشمل ضمان الاعيان والافعال والمنافع اجمع .

(١) قد ذكرنا انه ضعيف السند بالحسن البصري وسمرة ابن جندب عامل زياد بن ابيه على البصرة (١) ومن روى عن الحسن ايضا ولم يعلم استناد اصحابنا الامامية اليه ليكون جابراً له على أننا في محله عدم انجبار ضعف سند الرواية بعمل المشهور نعم مضمونه موافق لما عليه سيرة العقلاء وهو تمام من حيث الدلالة على الحكم الوضعي .

وتوهم ظهور كلمة « على » في الحكم التكليفي .

مدفوع بانه فيما اذا اسندت الى الاموال دون الافعال على تقدير الاغراض عن سنده فالظاهر اختصاصه بضمن الاعيان وعدم شموله للمنافع لامتوهم من عدم قبولها للاخذ فان الاخذ عبارة عن الاستيلاء والاستيلاء على كل شيء بحسبه فيمكن الاستيلاء على المنافع تبعا للاستيلاء على العين كما يكون تسليمها بتسليم العين (نعم) الاعمال غير قابلة للاخذ فان الفعل وان صدر بامر الامر لأنه لا يصدق عليه انه اخذه فخياطة الثوب وان صدرت من مالك الثوب الا انه لا يقال اخذ الخياطة وانما يقال اخذ الثوب الخيط فعنوان الاخذ يعم للمنافع ولا يشمل الافعال .

وانما العمدة في عدم شمول الاخذ للمنافع ذيل النبوي المذكور وهو قوله (ص) ( حتى تؤدي ما اخذت ) فانه ظاهر في اداء نفس عين الماخوذ فان المنافع والاعمال غير قابلة لان تؤدي بنفسها فيكون هذا قرينة على ان المراد بالموصول خصوص

(١) لاحظ المحاضرات ج ١ ص ١٤٨ .

قوله : (ره) لا يحل مال امرء مسلم (١) .

الاعيان دون المنافع والاعمال ولذا استدلوا على ضمان المنافع والاعمال بامور اخر نحن في غنى عنها لان مورد السيرة يعم مطلق الاموال .

(١) الظاهر ان اسناد نفى الحل الى الاموال انما هو بلحاظ التصرف فيها والا فلا يستقيم باي معنى كان الحل فهو ظاهر في الحل التكليفي دون الوضعي ويشهد له قوله (ع) الا بطيب نفسه فهو نظير الخبر المعروف لا يجوز التصرف في مال احد الا بأذنه وحينئذ يكون خارجا عن محل الكلام مضافا الى كونه ضعيف السنن (١) .

(١) في كمال الدين للصدوق ص ٢٨٧ اخر باب التوقيعات الواردة عن صاحب الأمر عجل الله فرجه وفي الاحتجاج للطبرسي ص ٢٦٨ المطبعة الحيدرية فيما ورد عن صاحب الزمان عليه السلام واما ما سألت عنه من امر الضياع التي لنا حينئذ هل يجوز القيام بعمارتها واداء الخراج وصرف ما يفضل من دخلها الى الناحية احتسابا للأجرة وتقربا اليها فلا يحل لاحد ان يتصرف في مال غيره بغير اذنه فكيف ذلك في مالنا من فعل ذلك بغير امرنا فقد استحلت منا ما حرم عليه .

وفي تحف العقول لابن شعبة عند ذكر خطبة النبي (ص) يوم الغدير قال فيها لا يحل لمؤمن من مال اخيه الا عن طيب نفس منه ومثله في المستدرک على الوسائل ج ٣ ص ١٤٥ كتاب الغصب عن غوالي اللثالي ولكنه حكى عن دعائم الاسلام عن امير المؤمنين (ع) بلفظ لا يجوز اخذ مال المسلم بغير طيب نفس منه ولم اجده في الدعائم في باب الغصب .

واما اهل السنة فروى البغوي في مصابيح السنة ج ٢ ص ١٤ عن سعيد بن زيد والبيهقي في السنن الكبرى ج ٦ ص ٩٧ عن ابن عباس وروى ابو بكر الهيثمي في مجمع الزوائد ج ٤ ص ١١٧ واحمد في المسند ج ٥ ص ١١٣ من الطبع الاول -

قوله: (ره) وان حرمة ماله كحرمة دمه (١) .  
قوله: (ره) مضافا الى ادلة نفي الضرر (٢) .

(١) المراد بالحرمة فيه الاحترام لا الحكم التكليفي فالاستدلال به على الضمان وان كان صحيحاً في الجملة ويعم المال والاعيان وغيرها الا انه لا يتم على نحو الاطلاق فانه يختص بصورة اتلاف العين او استيفاء المنفعة او صدور العمل بامر منه ولا يثبت الضمان فيما اذا اشترى شيئاً فاسدو بالغ في حفظه فتلف بافة سماوية او مات فان احترام المال لا يقتضى ضمانه عليه وبهذا يظهر الحال في الاستدلال بقوله (ع) لا يصح او لا يصلح ذهاب حق احد هدرأ (١) فان ثبوت الحق عليه من دون اتلاف او امرأو استيفاء اول الكلام .

(٢) قد بينا في محله ان لا ضرر انما يرتفع به الحكم الوجودي المجعول الناشي منه الضرر واما اذا ترتب الضرر في مورد على عدم الحكم فحديث لا ضرر لا يقتضى اثباته والمقام من هذا القبيل فان المالك انما يتضرر من عدم الحكم بالضمان ، وعلى فرض التنزل لا يمكن الاستدلال به الا في فرض الاتلاف او الاستيفاء او الامر والا فكما يكون عدم الضمان موجبا لتضرر المالك يكون ثبوته موجبا لتضرر القابض من دون تعدد واتلاف وبعبارة اخرى لا فرق حينئذ بين القابض وغيره من الناس فالقول بضمانه دونهم بلا جهة ومرجح فاذا وجب تدارك ضرر المالك فلماذا يجب على القابض فليجب تداركه من بيت المال او من ساير المسلمين .

— والبيهقي في السنن ج ٦ ص ٩٧ والهندي في كنز العمال ج ٥ ص ٣٢٧ كلهم في الغصب عن عمرو بن يثربي الضبي قال رسول الله (ص) لا يجل لامرء من مال اخيه الا ما طابت به نفسه .  
(عبد الرزاق الموسوي المقوم)

(١) لم اعثر عليه مع الفحص في معاجم الحديث .

قوله : ( ره ) في بعض الاعمال المضمونة (١) .  
قوله ( ره ) بين جهل الدافع بالفساد (٢) .

على انه في صورة الائتلاف ونحوه ايضا لا يمكن الاستدلال به على ضمان القابض باكثر من المسمى فيما اذا كان قيمة المال اكثر من المسمى فانه ضرر لم يقدم عليه لانها انما اقدا على الضمان بالمسمى لا اكثر منه فتحصل ان مدرك القاعدة المطرد في جميع مواردنا منحصر بالسيرة على ما بيناه .

(١) لا ينبغي الرب في اختصاص الادلة المذكورة في كلام المصنف وغيره بما اذا كان مورد العقد الفاسد عينان الاعيان قد قبضها الاخذ او منفعة استوفاه او عملا صادرا عن امره فاذا لم يكن شيء من ذلك كالسبق في المسابقة الفاسدة فانه ليس مما استوفاه الاخر وانتفع به بل يتضرر به كما انه لم يكن صادرا بامر بل كان يكرهه وليس عينا وقعت تحت يده فالقول فيها بالضمان لا وجه له .

نعم : سيرة العقلاء قائمة في مثل ذلك على الضمان ولكن بما انها مبنية على المقامرة والمغالبة ولم يعضها الشارع الا في العقد الصحيح فهي مردوعة عنها فلا يحكم فيها بالضمان .

(٢) أما بناء على ما سلكتاه في الاستدلال على القاعدة بسيرة العقلاء فعدم الفرق بين صورتين اعني علم الدافع بالفساد وجهله واضح لقيامها على الضمان في صورتين سواء كان القابض عالما بالفساد ايضا او كان جاهلا به واما بناء على المسلك المعروف فقد استدلل المصنف (ره) على عدم الفرق باطلاق النص والفتوى والمراد من النص حديث على اليد وغيره من الاخبار بناء على صدق الاخذ على مطلق الاستيلاء لا خصوص العدواني كما ذهب اليه المحقق النائيني (ره) .

وأما القول بالفرق وعدم الضمان في فرض علم الدافع بالفساد فقد توهم الاستدلال عليه بوجهين دفعهما المصنف (ره) .

(احدهما) : أن الدافع اذا كان عالماً بالفساد فقد سلط القابض على ماله مجاناً وهذا التعبير ظاهر كلامه في بيع الغاصب وفي المقام عبر بتعبير آخر وهو كون المال حينئذ امانة مالكية عند القابض والمطلب واحد وهذا الوجه جار في كـلا فرضي علم القابض بالفساد وجهله .

(ثانيهما) : مختص بفرض جهل القابض بالفساد وحاصله أن القابض حينئذ يكون مغرورا قد غره الدافع والمغرور يرجع على من غره فلا ضمان عليه .  
وفي كلا الوجهين من حيث انطباقهما على ما نحن فيه نظر واما من حيث الكبرى فللبحث عنها محل آخر .

( اما الوجه الثاني ) فلان التغرير متقوم بامر ين علم الغار وجهل المغرور ولا يصدق عنوان التغرير اذا انتهى احدهما كما هو ظاهر وعليه فالقابض في الفرض وان كان جاهلا بفساد المعاملة الا انه عالم بالضمان وهو مقدم عليه غايته الضمان بالمسمى لا اكثر ولا كلام لنا فعلا في ذلك بل لا يبعد القول بعدم كونه ضامنا بالاضافة الى ما زاد عن المسمى ( نعم ) يصدق التغرير فيما اذا كانت المعاملة مبنية على المجانية نظير ما اذا قدم احد لغيره الطعام بعنوان الهدية او الضيافة وكان ذلك فاسداً من جهة كون المال لغير المهدي فيكون مغرورا فيرجع فيما اغترمه على الغار ( وأما الوجه الاول ) فهو خلاف الوجدان لان الدافع انما يسلط القابض على ماله بعنوان المعاوضة وعلى انه مالك ولو تشريعا كما في بقية المعاملات الفاسدة من القمار ونحوه والالزم عدم ضمان القابض لما يآخذه في القمار وبيع الخمر والاجارة على الزنا وغيره من الفواحش اذا كان الدافع عالماً بالفساد فان التسليط حينئذ يكون مجانياً غير موجب للضمان خصوصا اذا كان القابض جاهلا بالفساد لشبهة موضوعية فان توهم التغرير ايضا يكون جارياً فيه .

( نعم ) فيما كان الجهل لشبهة حكمية لا مجال للتغريب لانه كان مكلفا

قوله: (ره) وأما عكسها (١).

بالفحص فلم يفعل فليس بمغرور وهذا مناف للفتاوى ولاطلاق الادلة الواردة في ان ثمن الخمر ومهر البغي ونحو ذلك سحت فكلا التوهمين فاسد والصحيح عدم الفرق في الضمان بين الصور .

(١) عدم الضمان فيما لا يضمن بصحيحه ووضح على ما سلكناه ويكون من باب عدم المقتضى فان دليل الضمان انما هو السيرة ولم تثبت فيما لا يضمن بصحيحه فلا تخصيص اصلا واما على المعروف فمقتضى اطلاق ادلة الضمان ثبوته حتى في موارد العقود التي لا يضمن بصحيحها فلا بد من اقامة الدليل على تخصيصها وعمدة القاعدة المستفادة من ان من استأمنه المالك على ملكه لا يضمن وسياتي الكلام فيها . ولكن اذا تمت فلا محالة من تخصيصها للحديث على البس لانه موردها ولا معنى لكونها معارضة له كما توهم .

ثم ان المصنف (ره) اورد نقوضاً على عكس القاعدة :

« منها » : الاجارة الفاسدة فان العين المستأجرة اذا تلفت تحت يد المستأجر لا تكون مضمونة عليه في الاجارة الصحيحة لكن صريح الرياض وجامع المقاصد على ما حكاها المصنف كونها مضمونة عليه اذا كانت الاجارة فاسدة وربما يحكى ذلك عن غيرهما ايضا .

ونقول : « تارة » : يكون تلف العين المستأجرة قبل دخولها تحت يد المستأجر ولا ضمان في مثل ذلك فانه نظير ما اذا استأجر احد غيره لعمل فئات « واخرى » : يكون تلف العين بعد دخولها في يد المستأجر ولكن لا يكون دخولها من مقتضيات الاجارة بل تكون من جهة اخرى كما اذا اكترى احد حيوانا لنقل متاعه واشترط على مالكة ان يسوق الحيوان بنفسه ثم استدعى المالك من المستأجر ان ياخذ الحيوان معه فتلف تحت يده فهذا الفرض خارج عن محل الكلام ولا ضمان



قوله : ( ره ) ولعل الحكم بالضمان في المسألة ( ١ ) .

فيه و ( ثالثة ) : تدخل العين تحت استيلاء المستأجر بمقتضى عقد الاجارة فتتلف عنده وهذا هو مورد الكلام .

وبالجمله مورد الخلاف والنقض والابرام انما هو فيما اذا توقف استيفاء المنفعة على العين وتلفت تحت يد المستأجر واما غيره فلا مقتضى فيه للضمان .  
( ١ ) ذكر المصنف ( ره ) للقول بالضمان وجهين :

« أحدهما » : ان قاعدة ما لا يضمن مخصصة في الاجارة الفاسدة لانها ليست من القواعد العقلية الغير القابلة للتخصيص والمخصص لها خبر اليد ( وفيه ) ماتقدم من ان القاعدة على فرض تماميتها تكون مخصصة لخبر ( على اليد ) لان موردها انما هو اليد والاستيلاء فكيف يعقل تخصيصها به « نعم » اذا كان في المقام مخصص آخر من اجماع او غيره امكن الالتزام بالتخصيص .

« ثانيها » : ان الاجارة الفاسدة خارجة عن القاعدة بالتخصص وذلك لانها انما تجري في مورد العقد ومورد الاجارة انما هو المنفعة لا العين فالاجارة من حيث المنفعة داخله في اصل القاعدة وهو ما يضمن بصحيحه لكون المنفعة في الاجارة الصحيحة مضمونة على المستأجر واما العين فهي خارجة عن الاصل والعكس وعليه فاذا كانت الاجارة صحيحة كانت امانة مالكية وشرعية عند المستأجر فلا تكون مضمونة عليه لكون يده امانية واما اذا كانت فاسدة فليس في البين اذن شرعي كما لا تكون العين امانة مالكية لأن المؤجر انما دفعها اليه من جهة البناء على استحقاقه للمنافع ولولا ذلك لم يسلمها اليه فمقتضى حديث ( على اليد ) الحكم بضمانها فهي اجنبية عن قاعدة ( ما لا يضمن ) راساً .

( وفيه ) : ان العين وان لم تكن موردا لعقد الاجارة بمعنى طرفي المبادلة الا انها داخله فيه بمعنى اخر كما سيتضح الا ان الصحيح تبعاً لمن يلوح من كلامه كما

قوله : ( ره ) منها الصيد الذي استعاره المحرم ( ١ ) .

ذكره في جامع المقاصد هو عدم الضمان فلا ينتقض به القاعدة .  
( توضيح ذلك ) : ان الاجارة انما هي بمعنى تملك المنفعة بالمبادلة تكون بينها وبين مال الاجارة ولكن بما ان المفررض توقف استيفاء المنفعة للمستاجر على استيلائه على العين ينحل عقد الاجارة الى المبادلة المزبورة وشرط ضمنى ارتكازي وهو تسليم العين الى المستاجر مجاناً وبلا عوض كما ان اشترط التسليم ثابت في البيع ايضاً فتكون العين داخله في عقد الاجارة بهذا المعنى وهي من هذه الجهة تدخل فيما لا يضمن بصحيحه فلا ضمان في فاسده ايضاً .

( وتوهم ) ان التسليط المجاني انما كان مبنياً على استحقاق المستاجر فلا رافع للضمان ( مدفوع ) بثبوت هذا البناء والتعليق في جميع العقود التي لا يضمن بصحيحها اللازمة منها والجائزة كالعارية والهبة ونحوهما .

( ١ ) لا بد وأن يفرض ذلك في خارج الحرم فان الصيد في الحرم غير جائز اغير الحرم ايضاً كما اذا فرضنا ان احد الشخصين محرم خارج الحرم والاخر غير محرم فصاد الثاني حيواناً واستعاره منه المحرم فانه لا اشكال في وجوب ارساله عليه والا وجب عليه الفداء فالمسألة لها شقان :

( احدهما ) : ما اذا ارسله المحرم فانه لا خلاف في ضمانه له الا انه خارج عن محل الكلام ولا ينتقض به القاعدة لان العارية انما تكون مما لا يضمن بصحيحه في فرض التلف دون الاتلاف ولو كان باذن الشارع وانما قلنا بعدم الضمان بالاتلاف في العقود المتضمنة لاذن المالك فيه كالهبة والهدية وتقديم الطعام الى الضيف .

( ثانيها ) : ما اذا تلفت العين المستعارة بأفة سماوية كما اذا ماتت او كانت طائراً فطار وهذا الفرض هو مورد النقض على القول بفساد استعارة المحرم وضعاً وقد وقع الخلاف في ثبوت الضمان فيه وعدمه فذهب جمع الى الضمان مع ان صحيح

الغارية لا ضمان فيه .

(وقد وجهه) المصنف (ره) بما حاصله ان الضمان فيها إنما يتحقق بمجرد استيلاء المحرم على العين لكونه مأموراً بالارسال فليس الضمان مستنداً الى التلف لينتقض به لان مورد القاعدة ما اذا استند الضمان الى التلف .

(وفيه) ان الثابت انما هو وجوب الارسال تكليفاً وهو غير مستلزم للضمان وضماً واستقراره العين في الذمة ولم يدل دليل على ثبوته بمجرد وضع اليد ولذا لو لم يرسلها بل أداها اليه لم يضمن له شيئاً وان كان عاصياً بذلك فالضمان لا يتحقق الا بعد التلف ويكون مستنداً اليه .

بل يمكن ان يقال انه لم يثبت وجوب الارسال ايضاً وغاية ما هناك حرمة الامساك ووجوب الفداء على تقديره وأن هذا من وجوب الارسال وعليه فلا مانع من الرد الى المالك .

واجاب عنه المحقق النائيني قده بما حاصله ان الضمان في الفرض انما يتحقق بمجرد وضع يد المحرم على الصيد لخروجه بذلك عن ملك المعير فالضمان مستند الى الاتلاف دون التلف .

(وفيه) انه لا دليل على ذلك فان ما يظهر منها عدم ثبوت ملك للمحرم على الصيد ولو بقاءً فاذا صاد المحرم شيئاً أو ابقاه عنده الى ان احرم خرج عن ملكه وجاز لغيره اخذه منه ولو بدون رضاه واما خروج الصيد عن ملك المحل بمجرد استعارة المحرم او جعله ودبعة عنده فلا .

(مضافاً) الى انه عليه قد يكون المالك مقدماً على اتلاف ماله فيما اذا كان عالماً بالحال اللهم الا ان يقال انه مستند الى الجزء الاخير من علته وهو استعارة المحرم (ولعلّه) لهذه الجهات ذهب صاحب الجواهر (قده) الى عدم الضمان في الفرض وان كان ظاهر الشرايع ثبوته حيث قال لا يجوز للمحرم ان يستعير من محل صيدا

قوله : ( ره ) في البيع الفاسد بالنسبة الى المنافع ( ١ ) .

لانه ليس له امساكه فلو امسكه ضمنه وان لم يشترط عليه ذلك .  
فان التقييد ظاهر في التلف اذ لو كان ناظرا الى الاتلاف كان ذكر القيد لغوا لعدم دخل الاشتراط وعدمه في ثبوت الضمان عند الاتلاف .  
وقد استظهر السيد قده في الحاشية اختصاص كلام الشرايع بصورة الاتلاف حيث اضاف الى كلام الشرائع ما ليس فيه وهو قوله ( ثم ارسله ) فقال وهذه العبارة كما ترى مختصة بصورة الاتلاف . ولكن الصحيح كما نبه عليه المحقق النائيني قدس سره عدم وجود تلك الجملة في الشرايع وانما هي من كلام الجواهر وتخييل كون تلك الجملة من المتن وعلى اي حال لا دليل على ضمان المحرم في المقام فالنقض غير وارد علينا .

( ١ ) لم نعرف الوجه في تقييدها بغير المستوفاة مع انه لا فرق بينهما من حيث النقص لان المستوفاة ايضا غير مضمونة في البيع الصحيح ومضمونة في البيع الفاسد واجاب عنه المحقق النائيني قدس سره بان القاعدة انما تجري في مورد العقد والمنافع خارجة عنه في البيع وعليه فان كان صحيحا فقد استوفاهما المشتري في ملكه فلامعنى للضمان واذا كان فاسدا فمقتضى عموم على اليد ونحوه هو الضمان .

( وفيه ) : ان المنافع في البيع اذا لم تكن مورداً للعقد لزم ان لا تكون موردا لعقد الهبة ايضا فاذا كانت فاسدة لا بد فيها من القول بضمان المنافع وهو كما ترى « وبعبارة اخرى » يرد عليه احد امرين اما دخول منافع المبيع في مورد البيع فلا يتم ما ذكره في المقام واما خروج منافع العين الموهوبة عن مورد الهبة فلا بد من ضمانها .

( فالصحيح ) ان يقال انه لا ملازمة بين تمليك العين وتمليك المنفعة فان التخلف بينهما كثير اذ ربما يملك العين شخص ولا يملك المنفعة وقد يعكس الأمر

قوله: (ره) نقض القاعدة بحمل المبيع فاسداً (١) .  
قوله: (ره) ويمكن النقض ايضاً بالشركة الفاسدة (٢) .

وقد يجتمعان لشخص واحد (وعليه) فمقتضى اطلاقات التمليك في البيع تمليك المبيع بما له من المنافع فتكون ايضاً مورداً للعقد بالتبع فتأمل وهي مضمونة في البيع الصحيح فتدخل في اصل القاعدة وفي الهبة ايضاً كذلك غير مضمونة في صحيحها فتدخل في عكس القاعدة فالنقض مدفوع راساً .

نعم في الاقالة والفسخ لا تكون المنافع مضمونة لكون استيفائها في ملك المستوفى فان الفسخ عبارة عن استرجاع الملك السابق من حينه لا من السابق بما له من الشئون ولذا تكون الخصوصيات المنتفية حين الفسخ او الاقالة مضمونة . مثلاً اذا كان الحيوان المبيع صحيح البدن حين البيع وانكسرت رجله حين الفسخ فزال عنه شأنية الركوب فان المشتري يكون ضامناً لها وهذا بخلاف الفساد .

(١) وقع الخلاف في ضمان الحمل في البيع الفاسد كما ذكره المصنف (ره) ولا يبعد الجمع بينهما بحمل كلام النافي للضمان على ما اذا لم يشترط ضمانه على المشتري فانه يكون امانة عنده فلا يكون مضموناً عليه وحمل القول بالضمان على ما اذا اشترط ضمانه عليه فيدخل حينئذ فيما يضمن بصحيحه فلا ينتقض به القاعدة وربما يتوهم النقض بصفات المبيع ولكن يظهر جوابه مما تقدم .

(٢) فان صحيحها لا يوجب الضمان فاذا كان فاسداً كالشركة الوجاهية موجبا له لزم النقض (ومن الغريب) ما استدلل به المصنف قدس سره على الضمان في الشركة الفاسدة من عدم جواز التصرف في فرض الفساد فيكون عدواً ايضاً فيوجب الفساد فان عدم التصرف تكليفاً غير مستلزم للضمان وضعاً كما ان جواز التصرف غير مناف له فلمس أمة الغير او تقبيلها غير جائز شرعاً ولا يوجب الضمان والتصرف في الهبة الفاسدة غير جائز واقعاً ولا يوجب الضمان فالضمان في الفرض

قوله : (ره) ثم ان مبنى هذه القضية السالبة (١) .

غير ثابت لينتقض به .

ثم انه قد ينتقض اصل القاعدة بالنكاح الفاسد ، فانه في حكم العقود المعاوضية فيضمن بصحيحه ولا يضمن بفاسده .

( والجواب عنه ) بالالتزام بالتخصيص فان القاعدة ليست عقلية غير قابلة للتقييد كما يمكن الجواب عنه بالالتزام بالتخصص فان المهر في النكاح ليس في مقابل الانتفاعات بالزوجة من المقاربة ومقدماتها فان شرفها يأبى ان يقابل بالمال ولذا تستحق المرأة المهر بمجرد العقد وان لم يسع الوقت للانتفاع بها من جهة موتها قبله بل يكون المهر بازاء الزوجية الاعتبارية سواء كانت دائمية او انقطاعية ( نعم ) خصص ذلك في بعض الموارد بشبوت اجرة المثل في الوطي بالشبهة وبتنصيف المهر اذا حصل الموت او الطلاق قبل الدخول .

وعلى هذا فليس في مورد النكاح شيء يضمه الزوج بالتلف او بالاتلاف لان المهر يستقر في ذمته بنفس العقد ، ومورد القاعدة انما هو ما اذا كان الضمان على تقدير ثبوته مستندا الى احد الامرين والمقام خارج عنها وحينئذ ان كان النكاح صحيحا شرعا ثبت به الضمان وان كان فاسدا فلا موجب للضمان اصلا .

(١) اما على ما سلكناه فعدم الضمان فيها من باب عدم المقتضى له في مقام الاثبات لاختصاص مورد السيرة على الضمان بالعقود التي يضمن بصحيحها واما فيما لا يضمن بصحيحها فسيرة العقلاء قائمة على عدم الضمان ولذا لا يرويه ثابتاني الهبة الفاسدة بحسب قانونهم .

وأما على مسلك القوم من التمسك للضمان بخبر على اليد فلا بد من اقامة الدليل

على تخصيصه وهو صعب جدا فتأمل .

قوله : ( ره ) وهي عموم ما دل على (١) .  
قوله : ( ره ) الثاني من الامور (٢) .

(١) كان من المناسب جدا تعيين تسلك الادلة فانا لم نعثر الا على بعض الاخبار الواردة في ان الامين غير ضامن او لا تتهمه او ليس عليه الا اليمين (١) ومن الظاهر اختصاصها بموارد الاستيمان اعنى الامانة الممضاة شرعا فتأمل ولا يعم العقود الفاسدة كيف وقد بنى المصنف قدس سره على كون التصرف عدوانيا ومع هذا فاستدلالة بدليل الاستيمان غريب جدا واغرب منه استناده الى الاولوية لهبة الفاسدة لما عرفت من عدم استلزامه نفي الضمان عن غير مورد الاستيمان فضلا عن الاولوية .

## رد المقبوض بالعقد الفاسد

(٢) ذكر المصنف ( ره ) من جملة احكام المقبوض بالعقد الفاسد وجوب رده الى مالكة فوراً واستدل عليه بقوله ( ع ) لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال غيره باذنه ثم قال ولو نوقش في كون الامسك تصرفا كفى عموم قوله (ع) لا يحل مال امرء مسلم لاخيه الا عن طيب نفسه فانه يدل على تحريم جميع الافعال المتعلقة به التي منها الامسك ثم تعرض لمؤنة الرد فقال بوجوبها على المشتري من باب المقدمة للرد الواجب عليه الا اذا كان ضروريا .

(١) من الاحاديث ما في الوسائل ج٢ ص ٦٤٢ باب العارية عن الصادق عليه السلام ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن وسئل ابو جعفر ( ع ) عن العارية اذا هلكت قال ان كان امينا فلا غرم وفيه ص ٦٤١ باب الوديعة عن الصادق ( ع ) ليس لك ان تتهم من ائتمنته ( المقدم الموسوي )

وتفصيل الكلام في ذلك يكون في جهات :

« الاولى » : في حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد وجوازه وقد يستدل على الجواز بان التصرف يكون باذن المالك ضمنا اذا كان عالماً بالفساد فانه سلط المالك على ماله باختياره .

وذكر السيد قدس سره في الحاشية في الرد على المصنف ( ره ) ان دعوى كون الاذن بالملكية غير حاصل مدفوعة ثم ذكر في دفعها ما حاصله ان الاذن انما تكون مبنية على الملكية الانشائية اي بحسب اعتقاد المالك وبنائه ولو تشريعا وهي حاصلة لا على الملكية الشرعية التي لم تحصل ثم اشكل على ذلك بقوله ( ان قلت ) لم يصدر من البايع الا التمليك وقد صار لغواً في حكم الشارع فاين الاذن ( واجاب عنه ) بان التمليك له حيثيتان فانه اذن من جهة وتمليك من جهة اخرى فملا مانع من كونه مؤثراً من احدهما دون الاخرى .

( ونقول ) الظاهر حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد وذلك لان المستثنى في قوله ( ع ) لا يجوز لاحد التصرف في مال غيره الا باذنه انما هو اذن المالك في التصرف في ملكه لا في املاك الناس .

( توضيح ذلك ) : ان الافعال « منها » ما لا يتعلق الا بالموضوعات الخارجية دون العناوين كالافعال الخارجية من الضرب والقتل والاكل ونحوه ومن هذا القبيل التبعية والايتمام في باب الجماعة فانها تكون بالشخص والعنوان يكون من قبيل الداعي و « منها » : ما يتعلق بالعناوين كالافعال الاعتبارية من الرضا والاذن وطيب النفس ( وعليه ) فظاهر قوله ( ع ) ( الا باذنه ) ارادة اذن المالك في التصرف في ماله بعنوان انه تصرف في مال نفسه لانه ملك الغير .

وفي مورد العقود الفاسدة انما يأذن الدافع للقابض ان يتصرف في ملك نفسه ولو تشريعا كما في القمار ونحوه فلا يكون التصرف فيها داخلا في المستثنى بل يبقى



تحت المستثنى منه ( نعم ) اذا فرضنا ان المالك اذن في التصرف مع عدم البناء على ملكية القابض ولو تشريعا دخل ذلك في المستثنى لكنه خارج عما نحن فيه فيكون عارية صحيحة .

( وبالجملة ) يعتبر في جواز التصرف احد امرين اما دخول المال في ملكه فيكون تصرفه خارجا عن مورد الرواية من باب السالبة بانتفاء الموضوع واما الاذن بالتصرف من المالك بعنوان انه مالك وكلا الامرين مفقود في المقام على الفرض « الجهة الثانية » : الظاهر عدم اختصاص حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد بالعقود المعاوضية التي يضمن بها بل تعم موارد العقود الغير المعاوضية كالهبة المجانية التي لا يضمن بها فان عدم الضمان فيها من جهة كون القبض مبدئياً على عدم الضمان غير ملازم لجواز التصرف فانه متوقف على طيب نفس المالك واذنه في التصرف في ماله والمفروض عدم تحققها بل لو كان الاذن ايضا متحققا ولم يكن ممضى شرعا لا يترتب عليه أثر ومن هنا لا يجوز التصرف في موارد العارية الفاسدة ايضا مع ان المالك راض بالتصرف في ملكه .

« الجهة الثالثة » : في وجوب الرد وحرمة الامساك . وعدمه المستفاد من الاداة انما هو وجوب التخلية بين المال ومالكه واما ايصاله اليه فلا دليل على وجوبه كما ان المحرم انما هو مزاحمة المالك ومنعه عن التصرف في ماله واما مجرد الامساك بمعنى بقاء المال عنده غير مستند اليه فليس تصرفا فلا يكون حراما والتمسك في ذلك بعموم ( لا يحل الخ ) بدعوى ان الحل لا يصح اسناده الى المال فلا بد وان يكون متعلقه محذوفا فيكون المقدر جميع الافعال المتعلقة به ومنها الامساك ( ممنوع ) لان الظاهر بل الاظهر ان يكون المقدر في كل مورد ما يناسبه ففي قوله سبحانه ( حرمت عليكم امهاتكم ) يكون المقدر النكاح لا النظر واللمس وفي قوله تعالى ( حرمت عليكم الميتة والدم ) المقدر هو الاكل لاساثر استعمالاته .

وفي المقام المناسب تقدير الاكل بالمعنى الذي بيناه في قوله تعالى ( لا تاكلوا اموالكم بالباطل ) او عموم التصرفات والانتفاعات لا مطلق الافعال المتعلقة بالمال ليعم النظر ونحوه لنحتاج في اخراج بعضها الى دعوى التخصص بالسيرة او غيرها وقد يستدل على وجوب الرد بقوله (ص) (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) وتقريب الاستدلال به على وجهين :

( احدهما ) : ما ذكره المحقق النائيني قدس سره بما حاصله ان كلمة ( على ) في النبي وان كان مدلوله المطابقي استقرار الضمان على ما هو ظاهرها عند اسنادها الى الموجود الخارجي ولكن بما ان الضمان اذا لم يكن مستتبعا لوجوب الرد لا يترتب عليه الاثر فبالالتزام يدل عليه .

( وفيه ) : انه انما يتم لو كان اثر الضمان منحصرا في وجوب الرد بالمعنى المعروف وليس كذلك اذ يكفي في اثره ترتب وجوب الرد عليه بالمعنى الذي اخترناه وهو التخلية بين المال ومالكه .

( ثانيهما ) : ما ذكره بعض المحققين من دلالة النبي بالمطابقة على كلا الحكمين من استقرار الضمان ووجوب الرد فعنى على اليد ما اخذت ثبوت ضمانه ووجوب رده لا مكان استعمال لفظ ( على ) فيما يعم الحكم الوضعي والتكليفي .  
( ولهذا التقريب ) مبعدان :

( احدهما ) انه لا بد حينئذ من الالتزام بالتقدير وعدمه وهو غير ممكن فانه اذا اريد من لفظ ( على اليد ) الحكم التكليفي لا بد من استناده الى الفعل واذا اريد منه الحكم الوضعي لا بد من اسناده الى الموضوع الخارجي فعلى الاول لا بد من تقدير الفعل وهو الرد وعلى الثاني لا حاجة الى التقدير والجمع بين الامرين اعني التقدير وعدمه مستحيل .

( ثانيهما ) : ان الغاية المذكورة في النبي انما تناسب الضمان ولا تناسب

وجوب الرد تكليفا اذ لا معنى لجعل الاتيان بالواجب غاية لوجوبه نظير ان يقال يجب عليك الصلاة الى ان تصلي فانه من توضيح الواضح وهو لغو ( فالصحيح ) ظهوره في استقرار الضمان فقط ولا دلالة فيه على وجوب الرد لا بالمطابقة ولا بالالتزام هذا مع ما فيه من ضعف السند .

« الجهة الرابعة » : هل يكون مؤنة الرد على تقدير وجوبه على المالك مطلقا او على القابض كذلك او التفصيل ذهب المصنف ( ره ) الى الاخير وادعى ان المؤنة ان كانت بمقدار يقتضيها الرد بطبعه فهي على القابض لكونها مقدمة للرد الواجب عليه ولا يرفعه ( حديث لا ضرر ) فانه لاحكومة له على الاحكام المبتنية على الضرر في أنفسها كوجوب الخمس والزكاة والجهاد ونحوها مما يكون الواجب بنفسه مستلزما لمقدار من الضرر فانه لا يرتفع به وجوبه الا اذا استلزم ضررا زائدا على ما يقتضيه بطبعه كما في الصوم فانه يقتضى الضعف بنفسه في الجملة فلا يرتفع به وجوبه .

( نعم ) اذا اوجب ضررا لا يبتنى عليه طبع الصوم كالحمى ونحوها ارتفع وجوبه وبالجملة حديث لا ضرر انما يكون حاكما على الاحكام الغير المقيدة بالضرر ولا بعدهم وعليه فالرد بطبعه مستلزم لصرف مقدار من المؤنة فاذا توقف على ازيد منها ارتفع وجوبه والا فلا هذا محصل ما افاده اعلا الله مقامه .

( والصحيح ) ان المؤنة على المالك مطلقا وذلك لعدم توقف الرد بطبعه ولا في غالب افراده على صرف المؤنة مثلا رد الكتاب او الخاتم او فسه او نحو ذلك لا مؤنة تصرف في سبيل الرد فليس وجوب الرد من الاحكام المبتنية على الضرر فاذا توقف عليه في مورد يرفع بحديث لا ضرر من غير فرق بين القليل والكثير . « الجهة الخامسة » : ان ما ذكرناه من عدم وجوب الرد انما هو بالاضافة الى الرد الى المالك دون الرد الى البلد الذي قبض المال فيه .

وتفصيل ذلك : انه قد يكون المال والمالك كلاهما موجودين في بلد واحد سواء كان بلد المعاملة او غيرها وقد لا يكون كذلك وعلى الثاني فرمما يكون المال باقيا في بلد المعاملة والمالك مسافر الى مكان اخر وربما ينعكس الامر فيكون المالك في بلد المعاملة والمال قد نقله القابض الى بلد اخر ، وثالثة يكون كل منها منتقلا من بلد المعاملة الى مكان اخر كأن سافر المالك الى بلد والقابض نقل المال الى بلد اخر .

( اما اذا كانا في محل واحد ) فيجب على القابض التخلية بين المالك وماله وبناء على القول بوجود الرد يجب عليه الرد اليه اذا طلبه منه وليس له منعه منه لانه غصب واضح نعم للمالك ان يطالبه بنقل المال الى بلد المعاملة كما ستعرف واما اذا كان المال باقيا في بلد المعاملة والمالك سافر عنه الى بلد اخر فليس للمالك ان يطالب القابض بنقل المال اليه حتى بناء على القول بوجود الرد .

واما اذا انتقل المال عن بلد المعاملة والمالك باقيا فيه فله ان يطالب القابض بنقل المال الى بلد القبض واما اذا كانا معا منتقلين عنها فللمالك ان يطالب القابض بنقل المال الى بلد المعاملة لا البلد الذي هو فيه .

والوجه في جميع ذلك ان الواجب على القابض ارجاع السلطنة التي ازالها عن المالك اليه بما لها من الخصوصيات التي تتفاوت بها الرغبات ومن الواضح ان اختلاف البلاد مما يختلف به قيمة الاموال ولا يجب على القابض ارجاع ازيد من ذلك فكون المال في بلد المعاملة من الخصوصيات التي ازال القابض سلطنة المالك عنها فيجب عليه ردّها اليه وان توقف على مؤنة كثيرة او قليلة دون غيره ( فظهر بما بيناه ) ان مؤنة الرد انما تكون على القابض فيما اذا توقفت التخلية بين المال ومالكه عليها لا الرد المصطلح .

## حديث الخراج بالضمان

(١) من جملة احكام المقبوض بالعقد الفاسد ضمان المنافع المستوفاة وقد وقع الخلاف فيه بين الاصحاب والمعروف بينهم هو الضمان ونسب عدمه الى ابن حمزة في الوسيلة مستدلا عليه بقوله (ص) الخراج بالضمان فيقع الكلام في دليل الضمان فان لم يتم عليه دليل كفى في نفيه الاصل ولا وجه للتعرض لما استدل به ابن حمزة من النبوي (١) وان قام عليه الدليل لا بد من البحث عن وجود ما يعارضه وعدمه فنقول قد استدل على ضمان المنافع مطلقا بوجوه :

(١) الكلام في الحديث اولا فيمن رواه وثانيا في رجال سنده وثالثا فيما عليه اهل اللغة ورابعاً من عمل به من فقهاء الاسلام أما الاول فرواه الترمذي في سننه على هامش شرحه ألا حوذي للمقاضي ابن العربي المالكي ج ٥ ص ٢٨٥ كتاب البيع باب شراء العبد واستغلاله ثم يجد به عيبا بالاسناد عن ابي عامر العقد عن ابن ابي ذيب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة ان رسول الله (ص) قضى الخراج بالضمان ورواه النسائي في سننه ج ٢ ص ٢١٥ كتاب البيع باب الخراج بالضمان ورواه ابو داود في سننه ج ٣ ص ٢٨٤ رقم ٣٥٠٨ كتاب البيع باب من اشترى عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا ورواه البيهقي في سننه الكبرى ج ٥ ص ٣٢١ كتاب البيع باب المشتري يجد فيما اشتراه عيبا وقد استغله زمانا ورواه البغوي في مصابيح السنة ج ٢ ص ١٠ كتاب البيع باب المنهي عنه من البيوع ورواه ابو داود الطيالسي في مسنده ص ٢٠٦ الجزء السادس طبع حيدر اباد ورواه الحاكم في المستدرک ج ٢ ص ١٥ كتاب البيع ورواه احمد في المسند ج ٦ ص ٢٠٨ الطبع الاول عن ابن ابي ذيب عن مخلد بن خفاف بن رخصة الغفاري عن عروة عن عائشة قالت قضى =

« منها » : قوله ( ص ) على اليد ما اخذت حتى تؤدي فان المنافع تقع تحت

= رسول الله ( ص ) ان خراج العبد بضمائه وكانوا يختصموا في عبد اشتراه رجل فوجد به عيبا .

وفيه ص ٨٠ عن مسلم بن خالد عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشه ان رجلا اشترى عبدا في زمن رسول الله ( ص ) وبه عيب لم يعلم به فاستغله ثم علم العيب فرده فخاصمه الى النبي ( ص ) فقال يا رسول الله استغله منذ ما فقال رسول الله ( ص ) ( الغلة بالضم ) .

وفي سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٣١ المطبعة التازيية كتاب البيع باب الخراج بالضم بالاسناد عن مسلم بن خالد الزنجي (١) عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشه ان رجلا اشترى عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا فرده فقال يا رسول الله ( ص ) انه قد استغل غلامي فقال رسول الله ( ص ) ( الخراج بالضم ) .

ورواه الخطيب في تاريخ بغداد ج ٨ ص ٢٩٨ ترجمة خالد بن مهران ابو الهيثم البلخي بالاسناد عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشه قالت قال رسول الله - ص - الخراج بالضم .

ورواه ابن تيمية في منتقى الاخبار على هامش شرحه نيل الاوطار للشوكاني ج ٥ ص ١٨١ كتاب البيع باب الكسب الحادث لا يمنع الرد بالعيب عن عائشه ان النبي ( ص ) قضى ان الخراج بالضم ( رواه الخمسة ) .

قال وفي رواية ان رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فرده بالعيب فقال البايع غاة عبدي فقال النبي ( ص ) ( الغلة بالضم ) . =

(١) في تهذيب التهذيب ج ١٠ ص ١٢٩ لم يكن اسودا وانما هو ابيض اللون ولقب به اما للمقابلة بالضد واما ان جاريته قالت له لكثرة اكله التمر ما انت الازنجي .

اليد كالأعيان (وفيه) مضافاً إلى ضعف السند أن ذنبه قرينة على اختصاصه بالأعيان

= وفي كتاب اختلاف الحديث للشافعي على هامش الجزء السابع من كتاب الأم ص ٣٣٢ باب المصراة الخراج بالضمان عن سعيد بن سالم عن ابن أبي ذيب عن محمد بن خلف عن عروة بن الزبير عن عائشة أن رسول الله قال الخراج بالضمان ثم قال أخبرنا مسلم عن هشام عن أبيه عن عائشة أن رسول الله قال الخراج بالضمان وفي الرسالة للشافعي ص ٤٤٨ رقم ١٢٣٢ تحقيق أحمد محمد شاكر قال أخبرنا من لا أتهمه عن ابن أبي ذيب عن محمد بن خلف قال ابتعت غلاماً فاستغلته ثم ظهرت منه على عيب فخاصمت فيه إلى عمر بن عبد العزيز فمضى لي برده وقضى علي برد غلته فاتيت عروة فأخبرته فقال أرواح إليه العشيّة فأخبره أن عائشة أخبرتني أن رسول الله قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان فعمّلت إلى عمر فأخبرته ما أخبرني به عروة عن عائشة عن النبي (ص) فقال عمر فما أيسر علي من قضاء قضيته الله يعلم أني لم أرد فيه إلا الحق فبلغتني فيه سنة عن رسول الله (ص) فارد قضاء عمرو أنفذ قضاء رسول الله (ص) فراح إليه عروة فقضى لي أن أخذ الخراج من الذي قضى علي به له .

وهذا الحديث رواه عن الشافعي بهذا الإسناد السبكي في أجوبة مسائله ج ٢ ص ٢١ تحت عنوان (خاتمة في نقض القضاء) .  
ورواه في كنز العمال ج ٢ ص ٢١١ رقم ٤٥٧١ باب خيار العيب عن أحمد والحاكم والبيهقي عن عائشة (الخراج بالضمان) .  
وفيه رقم ٤٥٧٢ عن عائشة الغلة بالضمان .

وفي الجامع الصغير للسيوطي ج ٢ ص ١١ حرف الخاء عن عائشة (الخراج بالضمان) وفي الدرر المنتثرة للسيوطي على هامش الفتاوى الحديثة لابن حجر ص ١٥٥ حديث الخراج بالضمان . رواه الأربعة عن عائشة وفي الأشباه والنظائر للسيوطي =

دون المنافع التي ليست منها فانها غير قابلة للاداء بانفسها وظاهر الغاية ذلك .

= ص ١٢١ القاعده الحادية عشر قال الحراج بالضم ان حديث صحيح اخرجه الشافعي واحمد وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان من حديث عائشه وفي بعض طرقة ذكر السبب وهو ان رجلا ابتاع عبدا فاقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي (ص) فرده عليه فقال الرجل يارسول الله قد استعمل غلامي فقال الحراج بالضم .

وذكره عبد الله بن سليمان الجرهمي الشافعي في المواهب السنية على هامش الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٦٤ وعمدة ما عنده ان الشافعي وغيره خرجته ثم ذكر السبب المتقدم .

وقال ابن رشد المالكي في بداية المجتهد ج ٢ ص ١٦٥ فصل العيوب من كتاب البيع قوله (ص) الحراج بالضم اصل متفق عليه وارسله ابن الدبيع الشيباني في تيسير الوصول ج ١ ص ٧٨ الباب التاسع الرد بالعيب عن عائشه ثم قال خرجته اصحاب السنن .

### رجال السنن :

قال الترمذي في سننه حديث حسن وعده البغوي في مصابيح السنة من الحسان وصححه الحاكم في المستدرک ولم يتعقبه الذهبي في التلخيص وقال الزبيدي في تاج العروس شرح القاموس ج ٢ ص ٢١١ مادة خرج نقل الجلال في التخريج ان الترمذي وابن حبان والحاكم وابن القطان والمنذري والذهبي صححوه واتخذوه الائمة المقلدون قاعدة من قواعد الشرع بنوا عليه فروعا واسعة .

ولكن ابن حزم لم يعبء به فانه في (المحلى) ج ٨ ص ١٣٦ كتاب الاستحقات والغصب والجنابيات قال لا يصح حديث الحراج بالضم لانفراد مخلد بن خفاف ومسلم بن خالد الزنجي به وفيه ج ٩ ص ٨١ رقم ١٥٩٠ مسألة =



و « منها » : ماورد في احترام مال المسلم وانه كجرمة دمه ( وفيه ) ان غاية

= الرد بالعيب قال وعهدنا بهم يصححون الخبر الفاسد الخراج بالضمان ويحتجون به في المغصوب والجنايات ثم خالفوه ههنا .

وتنظر الذهبي في ميزان الاعتدال في رواية ابن ابي ذيب عن مخلد بن خفاف وفي الجرح والتعديل لابن ابي حاتم الرازي ج ٤ القسم الأول ص ٣٤٧ مخلد بن خفاف الغفاري روى عن عروة بن الزبير وروى عنه محمد بن عبيد الرحمن بن ابي ذيب سمعت ابي يقول لم يرو عنه غير ابن ابي ذيب وليس هذا اسناد تقوم به الحججة يعنى الحديث الذي يروي مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشه عن النبي ( ص ) ان الخراج بالضمان غير اني اقول به لانه اصلح من اراء الرجال .

وفي تهذيب التهذيب لابن حجر ج ١٠ ص ٧٤ بعد ان ذكر ما عند ابن ابي حاتم وان البخاري تنظر في حديث مخلد بن خفاف قال في سماع بن ابي ذيب عن مخلد عندي نظر .

وقال الزبيدي في تاج العروس ج ٢ ص ٢١١ ضعف البخاري حديث مخلد بن خفاف .

واما السند الثاني لهذا الحديث الذي يرويه مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشه وان صححه الحاكم في المستدرک الا ان الذهبي في ميزان الاعتدال ج ٣ ص ١٦٥ طبعة مصر حكى اختلاف كلام بن معين فيه فتارة يقول لا باس به واخرى انه ثقة وثالثة انه ضعيف وعند الساجي كثير الغلط ويرمى بالقدر ثم ذكر الذهبي احاديث عنه وعقبها بقوله هذه الاحاديث وامثالها لا تفيد قوة الرجل ويضعف .

وفي تهذيب التهذيب ج ١٠ ص ١٢٩ عن بن سعد انه كثير الغلط وقال عثمان الدارمي ليس بذلك في الحديث وقال الساجي صدوق كثير الغلط ويرمى بالقدر وكان =

مدلوله حرمة التصرف فيه تكليفا ولا يستفاد منه الضمان بعد التلف .

= يحدث بالمناكير عن ابي هريرة وعن عكرمة مولى ابن عباس وذكره ابن البرقي في باب من نسب الى الضعف ممن يكتب حديثه .

وفي تاريخ البخاري ج ٤ القسم الاول ص ٢٦٠ مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريح وعن هشام بن عروة منكر الحديث واما هشام بن عروة وابوه عروة ابن الزبير فحدثنا واكثر كما شئت لهما الرغبة .

### الخراج عند اهل اللغة :

في الصحاح مادة خرج ومقاييس اللغة لابن فارس ج ٢ ص ١٧٥ الخراج والخراج الاتاوة وفي الفائق للزمخشري ج ١ ص ٣٤٠ طبعة مصر كل ما خرج من شيء من نفعه فهو خراجه فخراج الشجر ثمره وخراج الحيوان نسله ودره وفي المصباح مادة خرج الخراج والخرج ما يحصل من غلة الارض ولذلك اطلق على الجزية وفي المغرب للمطرزي مادة خرج الخراج ما يخرج من غلة الارض او الغلام ومنه (الخراج بالضمان) اي الغلة بسبب ما ضمنته ثم سمي ما ياخذها السلطان خراجا فيقال ادى خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج رؤوسهم يعني الجزية .

وفي مفردات الراغب الخراج مختص في الغالب بالضريبة على الارض وقيل للعبد يؤدي خروجه اي غلته والرعية تؤدي الى الامير الخراج وفي (الاموال) لابي عبيد القاسم بن سلام ص ٧٣ الخراج في كلام العرب الكراء والغلة الاتراهم يسمون غلة الارض والدار والمملوك خراجا ومنه حديث النبي (ص) انه قضى ان الخراج بالضمان ثم ذكر سند الحديث عن ابن ابي ذيب عن محمد بن خفاف عن عروة عن عائشه ثم قال هو ان يشتري الرجل العبد فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البائع انه يردده بالعيب وتطيب له تلك الغلة بضمانه لانه لو مات في يده مات من ماله .

و « منها » : قوله ( ع ) لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فان المنافع

= وقال موهوب الجوابي في شرح ادب الكاتب لابن قتيبة ص ٧٤ بعد قوله ( الخراج بالضمان ) الخراج هو الغلة ثم حكى نص ابي عبيد المتقدم في معنى الحديث وقال هذا معنى قول شريح لرجلين احتكما اليه في مثل هذا فقال للمشتري رد الداء بدائه ولك الغلة بالضمان .

وفي لسان العرب ج ٣ ص ٥٢ دار الفكر بيروت قال الزجاج الخراج اسم لما يخرج والخراج غلة العبد والامة والخراج الاثاوة تؤخذ من اموال الناس ثم قال والخراج الذي وظفه ( عمر ) على السواد وارض الفيء معناه الغلة تؤخذ كل عام ولذلك يسمى خراجا وقيل للجزية التي ضربت على رؤوس اهل الذمة خراج لانها كالفلة الواجبة عليهم وقال ابن الاعرابي الخرج على الرؤوس والخراج على الارضين وحكى في تاج العروس ج ٢ ص ٣٠ مادة خرج عن الرافي ان اصل الخراج ما يضر به السيد على عبده ضريبة يؤديها اليه فسمي الحاصل منه خراجا وقال القاضي الخراج اسم لما يخرج من الارض ثم استعمل في منافع الاملاك كربع الارضين وغلة العبد والحيوانات .

وفي مجمع البحرين للطريحي مادة خرج الخرج والخراج بفتح العين فيهما ما يحصل من غلة الارض وقيل يقع اسم الخراج على الضريبة والفيء والغلة ومنه خراج العراقين .

وفي نهاية ابن الاثير ج ١ ص ٣٢١ طبعة مصر مادة خرج (الخراج بالضمان) يريد ما يحصل من غلة العين المبتاعة عبدا كان او امة او ملكا وذلك ان يشتريه فيستغله زمانا ثم يعثر على عيب قديم لم يطلعه البايع عليه او لم يعرفه فله رد العين المبيعة واخذ الثمن ويكون للمشتري ما استغله لان المبيع لو تلف في يده لكان من ضمانه ولم يكن على البايع شيء والباء في (بالضمان) متعلقة بمحذوف تقديره الخراج =

من الاموال ( وفيه ) ان غاية ما يستفاد منه انما هو المنع عن التصرف في مال الغير مستحق بسبب الضمان انتهى .

### رأي للفقهاء

اختلف فقهاء اهل السنة في العمل بالحديث وبعمومه وعدمها واليك كلمات ارباب المذاهب ننقلها بنصها ولا يخفى ان البخارى ومسلما لم يخرجاه في صحيحهما لعدم الاعتماد عليه كما لم يستند اليه مالك في الموطأ ج ٢ ص ١٢٣ باب العيب في الرقيق من كتاب البيع وانما استند الى عمل اهل المدينة قال الرجل يشترى العبد فيواجهه بالاجارة العظيمة او الغلة القليلة ثم يجده عيبا يرد منه انه يرد به بذلك العيب وتكون له اجارته وغلته وهذا الامر الذي عليه الجماعة ببلدنا وذلك لو ان رجلا ابتاع عبدا فبنى له داراً قيمة بنائها يساوى ثمن العبد اضعافاً ثم وجد به عيباً يرد منه رده ولا يحسب العبد عليه اجارة فيما عمل له فكذلك تكون له اجارته اذا اجاره من غيره لانه ضامن له وهذا الامر عندنا .

واستدل له الرزقاني في شرحه على الموطأ ج ٣ ص ٢٥٧ بما رواه ابو داود وغيره عن عائشة ان رجلاً ابتاع غلاماً فاقام عنده ما شاء الله ثم وجد به عيباً فخاصمه الى النبي ( ص ) فرده عليه فقال الرجل قد استغل غلامي قال صلى الله عليه وآله ( الخراج بالضمان ) .

### للشافعية :

وعمل بالحديث ابو اسحاق الشيرازي في المهذب ج ١ ص ٢٨٣ كتاب البيع باب اذا وجد العيب وقد زاد المبيع فيما اذا كانت الزيادة منفصلة كما كتساب العبد فانه يرد العبد ويمسك الكسب واستدل عليه بحديث الخراج بالضمان وقاس عليه غير مورد الحديث مثل اذا كانت الزيادة بهيمة ولدت عند المشتري او اثمرت عنده او كان المبيع جارية حملت عنده وولدت او جارية ثيباً ووطأها فانه يرد الجارية =

تكليفا لا الضمان فالعمدة في المقام وجهان :

وحدها ولا شيء عليه .

وفي الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر ج ٢ ص ٢٥٢ كتاب البيع سئل عن هذا الحديث هل هو عام للملك وغيره من الغصب والسوم والوديعة اذا تعدى عليها ام هو مختص بالملك كما هو مورد الحديث (والجواب) ان الحديث له قصة اشار اليها السائل وكان معناه ان فوائد المبيع للمشتري في مقابلة ما كان في ضمانه . وفي مختصر المزني على هامش كتاب الام ج ٢ ص ١٨٦ باب التصريفة استدل على انه اذا رد المصرة رد معها صاعا من تمر ثمنا للبن التصرية ولا يرد اللبن الحادث في ملكه لان النبي (ص) قضى ان الخراج بالضمان . ولم يبد ابن حجر العسقلاني رأيه في الحديث ولا في معناه ولا من عمل به وانما ذكر في فتح الباري ج ٤ ص ٢٥١ حديث المصرة وذكر الخلاف في تقديم حديث الخراج بالضمان عليه وعدمه .

### الحنابلة

في المغني لابن قدامة ج ٤ ص ١٤٤ كتاب البيع فصل رد المبيع قال اذا كان للمبيع المعيب زيادة منفصلة من غير عين المبيع كالكسب والخدمة والاجرة وما يوجب له او يوصى به له فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه لان العبد لو هلك هلك من مال المشتري وهو معنى قوله (ص) (الخراج بالضمان) ولا نعلم في هذا خلافا ثم ذكر رواية ابي داود وابن ماجه والشافعي عن عائشة : الخراج بالضمان وفي سنن ابي سعيد عن مسلم بهذا الاسناد وفيه (الغلة بالضمان) . ثم قال بهذا قال ابو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافا وتعرض لمسائل لم يبتن فقهها على هذا الحديث .

(احدهما) : السيرة العملاقية بضميمة عدم الردع عنها على ضمان المنافع

= الحنفية

في فتح الغدير لابن همام ج ٥ ص ١٥٢ كتاب البيع باب خيار العيب .  
بعد ان ذكر ان معاذاً قال لاهل اليمن في قوله ( ص ) بيع المسلم المسلم  
دليل على ما كان سليماً قال ويدل عليه قضاؤه بالرد فيه على ما في سنن ابي داود  
بسنده الى عائشة ان رجلاً ابتاع غلاماً فاقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به  
عيباً فخاصمه الى النبي ( ص ) فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي  
فقال رسول الله ( ص ) الخراج بالضمان ولم يذكر غير هذا الفرع ولا فروع  
المسألة وظاهره صحة حديث ( الخراج ) عنده .

ومثله العيني في عمدة القارى شرح البخاري ج ٥ ص ٥١٠ في مسألة التصرية  
قال يرد حديث التصرية حديث الخراج بالضمان فان المراد بالخراج ما يحصل من  
غلة العين المبتاعة عبداً كان او امة او ملكاً وذلك بان يشتريه فيستغله زماناً ثم يعثر  
منه على عيب قديم لم يطلعه البايع عليه او لم يعرفه فاه رد العين المبيعة واخذ الثمن  
وللمشترى ما استعمله لان المبيع لو تلف في يده لكان من ضمانه ولم يكن له على  
البايع شيء انتهى .

المالكية

في كتاب الاحوذى شرح سنن الترمذي للقاضي ابن العربي الاندلسي ج ٦  
ص ٢٨ كتاب البيع باب الخراج بالضمان قال هذا حديث مجمع على معناه في الجملة  
وان نقاه البخاري والخراج في العربية عبارة عن كل خارج من شيء موضوع  
فائدة طرأت على اخره ويقول كثير من اهلها انه مخصوص بالغلات والامر كما  
ذكرته لكم وموضع الاجماع فيه ان الرجل اذا ابتاع بيغاً فاستغله او  
استخدمه ثم طراً فسخ على بيعه فان له ما استغل وما استخدم فما كان له ضامناً =

المستوفاة كنفوس الاعيان وقد تمسكنا بهذه السيرة في قاعدة (ما يضمن بصحيحه)،  
 = من الأصل لو طرأ عليه تلف فاذا نتجت الغنم او ولدت الماشية عند المشتري او  
 اغتلتها فلا يرد شيء من ذلك عند الشافعي وقال مالك يرد الاولاد خاصة وقال  
 اهل الرأي يرد الدار والدابسة والعبد وله الغلة وقالوا في الماشية والشجر اذا اخذ  
 غلتها ليس له ان يرد بالعيب لكنه ياخذ الارش وقال ابو حنيفة ياخذ ذلك كله  
 ويرد بالعيب الى ان قال واما الغاصب فاختلف الناس فيه فمنهم من حمله على الملك  
 وجعل له الخراج بالضمان ومنهم من قطعه عنه وحكم برد كل ما اغتلت والحق لا يلحق  
 عاص بمطيع ولا ظالم بعادل ولا حجة في عموم الحديث لانه ليس من قول النبي (ص)  
 وانما هو اخبار عن قضية في عين فلا ترى حقيقة الحال فيها فاذا حصلت صورة  
 بالاجماع فلا تدخل اخرى الا بالنظر ولا نظر يلحق العاصي بالمطيع انتهى .

### رأي للشوكاني

في نيل الاوطار ج ٥ ص ١٨١ باب الكسب الحادث لا يمنع الرد بالعيب  
 قال ظاهر الحديث عدم الفرق بين الفوائد الاصلية والفرعية والى ذلك ذهب الشافعي  
 وفصل مالك فقال يستحق المشتري الصوف والشعر دون الولد وفرق اهل الرأي  
 والهادوية بين الفوائد الفرعية والاصلية فقالوا يستحق المشتري الفرعية كالكراء  
 دون الاصلية كالولد والشمر وهذا الخلاف مع انفصال الفوائد عن المبيع واما اذا  
 كانت متصلة وقت الرد وجب ردها بالاجماع ومال الجمهور الى ان هذا الحكم  
 يختص بمن له ملك في العين التي انتفع بخراجها كالمشتري الذي هو سبب ورود  
 الحديث وقالت الحنفية ان الغاصب كالمشتري قياساً ولا يخفى ما في هذا القياس  
 لان الملك فارق يمنع الاالحاق والاولى ان يقال ان الغاصب داخل تحت عموم اللفظ  
 ولا عبرة بخصوص السبب كما تقرر في الاصول انتهى .

(ثانيتها): قاعدة من اتلف مال الغير فهو له ضامن فان الاتلاف هو الاعدام

= ابن القيم

في الموقعين لابن القيم الجوزية ج ١ ص ٣٦٧ الخراج في هذا الحديث هو الغلة مثل كسب العبد واجرة الدابة دون الولد واللبن انتهى .

عند الشيعة

من عمل بالحديث من علماء الامامية ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي قال في الخلاف ص ٢١١ رقم ١٧٦ طبع الحجر بايران اذا اشترى جارية حاملا فولدت في ملك المشتري عبدا مملوكا ثم وجد بالأم عيبا فانه يرد الام دون الولد وللشافعي فيه قولان احدهما مثل ما قلناه والثاني له ان يردهما معا لانه لا يجوز ان يفرق بين الام والولد فيما دون سبع سنين والاول اصح عندهم دليلنا عموم قوله (ص) (الخراج بالضمان) .

وقال في المبسوط بعد الفراغ من بيع المصراة فصل في أن الخراج بالضمان اذا كان لرجل مال فيه عيب فاراد بيعه وجب عليه ان يبين للمشتري عيبه ولا يكتمه او يتبرء اليه من العيوب والاول احوط وان لم يبينه واشترى انسان فوجد به عيبا كان المشتري بالخيار ان شاء رضي وان شاء رده بالعيب واسترجع الثمن فان اختار فسخ البيع ورد المبيع نظر فان لم يكن حصل من جهة المبيع ثمنه واسترجع ثمنه وان كان قد حصل ثمنه وفائدة فلا يخلو من ان يكون كسبا من جهته او نتاجا وثمره فان كان كسبا مثل ان يكتسب بعمله او تجارته او يوهب له او بصطاد شيئا او يحتطب او يحتش فانه يرد المعيب ولا يرد الكسب بلا خلاف لقوله (ص) (الخراج بالضمان) فالخراج اسم للغلة والفائدة التي تحصل من جهة المبيع (الى ان قال) وقوله (ص) الخراج بالضمان معناه ان الخراج ان يكون المال يتلف من ملكه ولما كان المبيع يتلف من ملك المشتري لان الضمان انتقل اليه بالقبض كان =



فيعم ما اذا كان بالاستيفاء او بغيره .

ولا يخفى ان السيد قدس سره في الحاشية وان ذهب الى كونها رواية نبوية الا انه لم يظهر لنا ذلك بل الظاهر كونها من كلام الفقهاء مستفادة مما ورد في الموارد المختلفة كما استفيد تنجيس ما يلاقى النجس مما ورد في الموارد المختلفة واستظهر كونها من باب المثال لا لخصوصية فيها ( وكيف كان ) يمكن التمسك بهذين الوجهين لاثبات الضمان في المقام ولا يعارضها ما استند اليه ابن حمزة من قوله (ص) ( الخراج بالضمان ) ( اولاً ) لضعف سنده ولم يعلم استناد المشهور اليه ( وثانياً ) لقصور دلالاته فان المحتمل فيه وجوه :

( منها ) : وهو الاظهر وان لم اجد من ذكره ان يراد بالخراج خصوص ما يقابل المقاسمة دون مطلق المنافع والمعنى ان خراج الاراضي الخراجية يكون بسبب الضمان

= الخراج له انتهى .

وفي المختلف للعلامة الحلي ج ٢ ص ١٢٣ اخر الفصل التاسع من كتاب التجارة في مسألة البيع الفاسد اذا انتفع به المبتاع ولم يعلم بفساده واسترد البايع المبيع لا يسترد ثمن ما انتفع به واسترد الولد ان حملت به امه عنده وولدت لانه لو تلف لكان من ماله وقوله (ع) الخراج بالضمان محمول على الصحيح والا لكان الغاصب مالكا انتهى .

وفي الجواهر المسألة الرابعة من احكام الخيار وهي ملك المشتري المبيع الخيارى بالعقد وانقضاء الخيار واستدل على ذلك بامور منها النبوي الخراج بالضمان الذي معناه ان الربح في مقابلة الخسران فان الخراج اسم للفائدة الحاصلة في المبيع والمراد انها للمشتري كما ان الضرر الحاصل بالتلف عليه فهو دال على المطلوب وان كان مورد الحديث خيار العيب انتهى .

هذا ما تيسر لي عاجلا في هذا الحديث ( عبد الرزاق الموسوي المقرم )

قوله : ( ره ) واما المنفعة الفائتة بغير استيفاء (١) .

وتقبلها من السلطان العادل او الجائر فاذا ضمن احد شيئا يكون هو المطالب بخراجها وان انتفع بها شخص اخر ( وعليه ) يكون اجنيا عما نحن فيه .  
و ( منها ) : ان يراد بالخراج مطلق المنافع وحينئذ يحتمل ان يراد بالضمان مطلق الضمان سواء كان اختياريا او غير اختياري وعلى هذا الاحتمال يتم ما افتى به ابو حنيفة من عدم ضمان الغاصب لما استوفاه من منافع العين المغصوبة ولا يلتزم به ( ابن حمزة ) ولا غيره .

و ( منها ) : ان يراد به خصوص الضمان الاختياري الثابت بالالتزام اذا كان ممضى شرعا وقد اختاره العلامة ( ره ) وغيره فيكون المعنى من تقبل العين بعقد صحيح يملك منافعها بالتبع ( وعليه ) يكون اجنيا عما نحن فيه .

و ( منها ) : ان يراد بالضمان خصوص الاختياري لكن اعم من كونه ممضى شرعا وعلى هذا يتم استدلال ابن حمزة وانى له باثباته مع كونه مرجوحا بل هو مقطوع البطلان لان لازمه ان يكون البايع ضامنا للمشتري منافع المبيع بالبيع الفاسد اذا لم يسلمه اليه وهكذا اذا غصبه منه شخص ثالث لا بد ان يكون ضامنا لمنافعه للمشتري دون البايع ولا يمكن الالتزام بشيء من ذلك .

(١) لا يخفى انا لو بنينا على عدم الضمان في المنافع المستوفاة فلا مجال للبحث عنه في غير المستوفاة لانتهاء الضمان فيها بطريق اولى واما لو بنينا على ثبوته في المستوفاة فيقع البحث في المنافع التي لم يستوفها القابض التالف تحت يده وقد وقع الخلاف بين الاصحاب والاقوال ثلاثة الضمان مطلقا وعدمه كذلك والتفصيل بين علم البايع وجهله بالفساد واما التوقف مطلقا او في فرض علم البايع فهو بمعنى عدم العلم فلا ينبغي عده قولاً في المسألة .

ثم القول بالتفصيل لا وجه له بعد القول بالضمان على الاطلاق في المنافع

المستوفاة فان التفصيل انما هو من جهة ان المالك في فرض علمه بالفساد هو الذي سلط القابض على ماله واذن له في التصرف فلا ضمان وهذا الوجه جار في المنافع المستوفاة ايضا ولم يفصل فيها .

( فالعمدة ) القولان الاولان ثم ان عبارة المصنف ( ره ) في المقام مشوشة فانه في صدر كلامه نفى الضمان وفي وسطه ذكر ان للتوقف مجالا وفي ذيله قوى ثبوته وقيل التعرض لبيان ما هو الصحيح من الاقوال نتعرض لحكم المنافع غير المستوفاة في المغصوب .

( فنقول ) قد تكون المنفعة الغير المستوفاة منفعة شأنية بمعنى ان المالك لم يكن يستوفها ولو كانت العين تحت يده كما اذا فرضنا ان المالك من الاغنياء يملك اعيانا كثيرة من اراض وبساتين وسيارات وغيرها وفرضنا انه لا ينتفع بها الا في وقت خاص مع كونها قابلة للانتفاع فاذا غضبها احد لا يضمن له تلك المنافع لانه لم يتلفها ولم يستوفها فاذا لم تكن مضمونة في الغصب لا تكون مضمونة في المقبوض بالعقد الفاسد بطريق اولى .

وقد تكون منفعة فعلية بحيث كان المالك يستوفها لولا الغصب ولا اشكال في ضمان الغاصب لها لانه اتلفها على المالك وان لم يستوفها فهذا القسم من المنافع هل يكون مضمونا على القابض في العقد الفاسد ؟ الظاهر هو العدم لعدم جريان الوجهين المذكورين في ضمان المنافع المستوفاة هنا .

اما قاعدة من اتلف فلأن القابض لم يتلف المنفعة على المالك ولم يمنع من التصرف في ماله ولم يزاحمه كما هو المفروض كما انه لم يستوفها ليقال ان الاستيفاء في حكم الاتلاف .

واما السيرة فلعدم ثبوت قيامها على الضمان لمجرد تلف المنفعة تحت يد القابض من دون استناد اليه ( واما الوجوه المذكورة في المتن ) فلا يتم شيء منها . اما حديث

قوله : ( ره ) اذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله (١) .

على اليد فلازمين (احدهما) ما في المتن من عدم صدق عنوان اخذ المال على الاستيلاء على المنافع (ثانيهما) ما تقدم من ان ظاهر قوله (ع) (حتى تؤدي) اداء نفس ما اخذ وليست المنافع قابلة للاداء بنفسها .

واما دليل احترام مال المسلم فلا يستفاد منه الا توقف جواز التصرف فيه على اذن المالك .

واما حديث ( لا يخل ) فقد عرفت كونه ظاهرا في حرمة الافعال المتعلقة بمال الغير بدون طيب نفسه او خصوص اكله بمعنى تملكه كما هو مفاد الآية المباركة او مطلق التصرف فيه .

فلم يبق الا الاجماع المنقول في السرائر وغيره وليس بحجة كما بين في محله مضافا الى قصور دلالة فان المنقول هو الاتفاق على ان المقبوض بالعقد الفاسد يكون في حكم المغصوب ومن الواضح انه ليس بمنزلة في جميع الاحكام مثلا الأمة المغصوبة اذا وطأها الغاصب فاولدها لا يلحق الولد بالواطي لانه زان ولا يجري هذا الحكم فيما اذا كانت مقبوضة بالعقد الفاسد ( فالظاهر ) ان مورد الاتفاق انما هو كونه بمنزلة المغصوب في وجوب رد العين دون بقية الاحكام وبالجملة لم نعثر على ما يدل على ضمان المنافع الغير المستوفاة في المقام .

### الضمان بالمثل والقيمة

(١) المعروف بين الاصحاب ان المغصوب وما في حكمه ان كان مثليا يضمن بمثله وان كان قيمياً يضمن بقيمته اذا تلف ولم ينسب الخلاف فيه الا الى الاسكافي فانه ذهب الى ثبوت الضمان بالقيمة حتى في المثل على ما هو ظاهر ما حكاه المصنف ( ره ) في صدر المسألة الا ان ما حكاه عنه في الامر السابع في ضمان القيمي بالقيمة يتنافي ذلك فان المنقول هنا عدم التزامه بوجوب دفع القيمة في القيمي وهو

مقطوع الفساد لان لازمه القول بوجود القيمة في المثل والمثل في القيمي ولعل في المحكى سقط وعلى كل فلم تظهر لنا فتوى الاسكافي والمهم بيان الدليل :  
وتفصيل الكلام في ذلك يقع في مقامين ( احدهما ) في الكبرى و ( ثانيها ) في الصغرى .

( اما الكبرى ) فقد استدلل على اثباتها بوجوه كلها محدوشة :

( منها ) : قوله « ع » على اليد ما اخذت حتى تؤدي ( وفيه ) ان غاية مدلوله اثبات اصل الضمان ووجوب رد العين اذا كانت باقية واما التفصيل بين المثل والقيمي فلا مضافا الى ضعف سنده كما تقدم .

و ( منها ) : ما ورد عن ان حرمة مال المسلم كحرمة دمه وما ورد من انه لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه ( وفيه ) ان المستفاد منه ليس الا الحكم التكليفي وعدم جواز التصرف في مال احد الا بأذنه وطيب نفسه .

و ( منها ) : ما ورد من الحكم بالضمان في الموارد الخاصة ( وفيه ) انه لم يذكر الضمان بالمثل في شيء من ذلك بل في بعضها صرح بوجود دفع القيمة .

و ( منها ) : قوله « تعالى » ( من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ) وفيه ان الآية كانت مختصة بمورد نزولها فهي اجنبية عما نحن فيه وان كانت مطلقة كما هو الظاهر فغاية مفادها اختصاص حرمة الاعتداء بالابتدائي وجواز الاعتداء اذا كان في مقابل الاعتداء واعتبار المائلة في ذلك من حيث نفس الاعتداء والمعتدى به واما ضمان المثلي بالمثل فلا يستفاد من الآية .

و ( منها ) : الاجماع وفيه منع خصوصا مع اختلافهم في تعيين المثلي ولو تنزلنا عن ذلك واقتصرنا في مورده على القدر المتيقن فنقطع بعدم كونه اجماعا تعبديا لاحتمال اعتماد المجمعين على الوجوه المذكورة او غيرها .

فينحصر المدرك لهذه الكبرى بقيام السيرة العقلائية عليها فان من اتلف مال

الغير يغمونه بالمثل اذا كان مثليا كالدينار لا بقيمته ولعله من هذه الجهة لآزى تعرضا لبيان المثلي وانه يضمن بالمثل .

(وأما الصغرى) فقد عرف المثلي بامور كلها شرح الاسم ولايبعد رجوعها الى وجه واحد .

(منها) : ماحكي عن جمع كما في المتن من انه ما يتساوى اجزؤه من حيث القيمة والظاهر ان مرادهم بالاجزاء هو الافراد وانما عبروا بالاجزاء من باب فرض مجموع الافراد شيئا واحدا والافراد بمنزلة اجزائه فالمعنى ان المثلي ماتساوت افراده من حيث القيمة مثلا الحنطة اذا كان (المن) منها بدرهم (فالمن) الاخر منها يقوم بدرهم بخلاف القيمي فان افراده مختلفة القيمة (كالفيروزج) .

ولكن المصنف «ره» قرر الاجزاء على ظاهره وفسر التعريف بوجه اخر حيث قال (بمعنى كون قيمة كل بعض الخ) وحاصله ان يكون قيمة كل بعض من اجزاء الحقيقة الواحدة مساوية للبعض الاخر بحسب نسبته اليه من حيث الكمية فتأمل وهو غير تام اذ لا اشكال في اختلاف قيمة الاشياء باختلاف كميتها من حيث الزيادة والنقصان فان (المن) من الحنطة اذا قوم بست دراهم (فالحقة) منها لا تقوم بدرهم واحد مع ان الحقة سدس (المن) بل تقوم باكثر من درهم فالصحيح في تفسيره ما ذكرناه واليه يرجع ما حكاه المصنف «ره» عن (السرائر) انه ماتاثلت اجزؤه وتفاوتت صفاته وما حكاه عن الدروس والروضة وغيرها .

(توضيح ذلك) : انه لا ريب في اختلاف الموجودات من حيث الخصوصيات بل لا يوجد في الخارج موجودان متساويان في جميع الخصوصيات وقد برهن على ذلك بانه لا تكرر في التجلي الا ان خصوصيات الافراد مختلفة .

فان منها ما لا دخل لها في تفاوت رغبات الناس فيها واختلاف ماليتها ومثلها لا يكون ميزانا للمثلي والقيمي ولذا لا يجب على الغاصب ومن بحكمه ردها على مالكتها اذا

تلفت ولو امكن ذلك باعجاز ونحوه نعم يجب ردها ما دامت موجودة .  
ومنها ما تكون دخيلة في ذلك وبها ميزان المثلية والقيمية فان افراد الصنف  
الواحد او النوع الواحد اذا كانت متساوية في تلك الخصوصيات كان ذلك النوع  
او الصنف مثليا واذا كانت مختلفة كان قيما والمراد بالتساوي هو التقارب فان  
احراز التساوي الحقيقي متعسر او متعذر مثلا ( الارز ) من المزرعة الواحدة تكون  
افراده متقاربة من حيث تلك الخصوصيات الدخلية في الرغبات من الطعام  
والرائحة ونحوها فهو مثلي وان كانت افراده مختلفة من الخصوصيات الاخر  
وهكذا الدراهم والدنانير المصنوعة ( بالمكايين ) وكذا الاقمشة المصنوعة بها دون  
المصنوعة باليد والجوهر كالياقوت لايتساوي افراده من تلك الجهات بل على ما  
يقال لا يوجد فردان منه متساويين فيها وان كانا متساويين من حيث القيمة لوجود  
بعض الصفات في احدهما وبعض الصفات في الاخر فهو قيمي وهذا هو الضابط  
الصحيح للمثلي والقيمي وعليه لا يبقى مورد يشك في كونه قيما ومثليا .  
ثم لو فرض الشك في مورد فهل تتعين دفع القيمة او بتخير الضامن او  
المضمون له او الرجوع الى الاصل العملي او الى القرعة وجوه ( اما تعيين دفع  
القيمة ) فهو مبني على كون المقسام من قبيل الاقل والاكثر بتخيل ان رد المالية  
واجبة على الضامن قطعا ويشك في وجوب ردالخصوصيات المثلية اعني الاوصاف  
والاصل عدمه ( وفيه ) انه مبني على ان يراد بالقيمة المعبرة ردها في القيميات  
المالية المشتركة بين جميع الاموال وليس كذلك بداهة عدم كفاية رد مالية القيمي  
التالف في ضمن جنس اخر مثلا اذا كان التالف ( حديدا ) لايجوز رد ماليته في  
ضمن الدهن او الجبن بل المراد بالقيمة ما هو متمحض في المالية وهو الدرهم  
والدينار ولذا تكون خصوصياتها الشخصية ملغاة عند العقلاء ( وعليه ) فيدور  
الامر في المقام بين متباينين اعني المثل او الدرهم والدينار لا الاقل والاكثر .

( واما تخيير الضامن ) فهو مبني على كون المورد من قبيل المتباينين ولكن بما ان الموافقة القطعية بدفع المثل والقيمة معاً ضرر على الضامن او مخالف للاجماع فهي ليست بواجبة فيكفي بالموافقة الاحتمالية وهي حاصلة باداء كل من المثل او القيمة فالضامن مخير في دفع اي منهما شاء .

( واما تخيير المالك ) فهو ايضا مبني على ذلك لكن بدعوى ان الاشتغال اليقيني يستدعي الفراغ اليقيني وهو يحصل بالتراضي مع المالك ودفع ما اختاره ( وفيه ) ان تخيير الضامن بعد عدم وجوب الموافقة القطعية لاحد الوجهين المذكورين انها يتم لو كان الامر منحصرا بالموافقة الاحتمالية وليس كذلك لاحتمال وجوب الرجوع الى ما يقتضيه الاصل او القرعة التي هي لكل امر مشكل .

وهكذا في تخيير المالك فانه لاوجه لالزام المالك الضامن بخصوص المثل او القيمة اذا لم يتراضيا عليه ومجرد كون الاشتغال اليقيني مقتضياً للفراغ اليقيني لا يصحح ذلك بل يرجع في امثال المقام الى القرعة كما في موارد التنازع او فيما اذا علم احد بالاقتراض من زيد ولم يعلم ان ما اقترضه كان درهما او عرضا فانه بعد عدم وجوب دفع كليهما عليه يتعين احدهما بالقرعة .

( ويمكن القول ) بتعين المثل لان مقتضى على اليد او السيرة العقلانية استقرار ضمان الطبيعي والصفات والخصوصيات الشخصية على ذمة الضامن لاستيلائه على جميعها فيجب ردها اجمع اذا كانت العين باقية وامكن ردها واذا تعذر رد الخصوصيات وجب رد الطبيعي اعني المالية والاصناف ويكون ذلك برد المثل واذا تعذر رد الاصناف ايضا اقتصر على رد المالية المحضة .

( وبعبارة اخرى ) مقتضى السيرة وحديث على اليد وجوب اداء الاصناف التي استولى عليها الضامن الا فيما قام الدليل على عدم وجوب ردها وهو ما اذا كان التالف قيمياً فلم يثبت ذلك يجب فيه رد الاصناف باداء المثل .



قوله ره : فلو فرض نقصان المثل عن للتالف من حيث للقيمة (١)

(وبالجملة) دوران الامر بين تخيير المالك او الضامن مبني على كون المقام من قبيل المتباينين بان يتردد ما استقر على ذمة الضامن بين المثل والقيمة وليس كذلك فان الضمان لغة بمعنى الاشتمال وانما يطلق في المقام باعتبار اشتمال الذمة على نفس العين واستقرارها فيه مطلقا بما لها من الخصوصيات الشخصية والاوصاف النوعية فاذا امكن اداءها برد العين وجب والافيحج رد الاوصاف النوعية الا فيما احرز عدم وجوبها فليس امر الضمان دائراً بين متباينين لتصل النوبة الى التخير .  
(ولو تنزلنا) عن ذلك فالمرجع هو القرعة فانها لكل امر مشكل ولا وجه للقول بسلطنة الضامن على الزام المسالك بقبول خصوص المثل او القيمة اكتفاء بالموافقة الاحتمالية او العكس تحصيلاً للفراغ اليقيني فان كل ذلك يحتاج الى دليل .  
(فان قلت) اذا توقف تحصيل العلم بفراغ ذمة الضامن على جعل الاختيار بيد المالك وجب ذلك بحكم العقل من دون التماس دليل اخر .

(قلت) نعم الا ان الضامن ربما يكون مجنوناً او صغيراً لايجب عليه تفريغ الذمة فيبقى جهة الكلام فيما ثبت في ذمته مع القطع بعدم الفرق بينهما وبين غيرها ولا يمكن حينئذ جعل الاختيار بيد المالك لانه على خلاف مصلحة القاصر .

ويجري ما ذكرناه من الرجوع الى القرعة في كثير من موارد اختلاف المتباينين في الثمن او المثمن واختلاف الزوجين في المهر الى غير ذلك .

(١) الظاهر تعيين رد المثل ولو نقص قيمته ولا ينتقل الى القيمة وذلك لان نقصان المالية لا يكون مضموناً على الغاصب ومن بحكمه ولذا لو فرضنا تاجر اصنع شيئاً او جب نقص مالية اموال تاجر آخر لا يكون ضامناً لنقص المالية بل لو سقطت به عن المالية لا يكون ضامناً فالمضمون ليس الا المال لا المالية وعليه فالواجب على الضامن رد المال الذي اخذه وان نقصت ماليته ولا يقاس بما اذا سقط المثل عن

### قوله ره : مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية (١)

المالية رأسا ( ويؤيده ) ماورد فيمن اقترض دراهم فاسقط رواجها السلطان وروج غيرها فان عليه الدراهم الأولى (١) .

وتوهم سقوطها بذلك عن المالية رأسا فاسد فان الدراهم المتعارفة في تلك الاعصار لم تكن من القرطاس وانما كانت من الذهب والفضة فكان لموادها مالية فلم يكن اسقاط السلطان لها موجبا لزوال ماليتها رأسا وانما كان موجبا لتقصانها في المالية .

(١) لو فرض سقوط المثل عن المالية حين الاداء كما في الدنانير الرائجة في عصرنا اذا اسقطها السلطان فهل ينتقل الضمان الى القيمة او يكتفى برد المثل الظاهر الانتقال الى القيمة في الفرض لان مقتضى السيرة وحديث على اليد لزوم رد المال الماخوذ فاذا فرضنا سقوطه عن المالية لم يصدق على رده اداء المال الذي استولى عليه وقد مثل له المصنف ( ره ) بما اذا كان زوال المالية من جهة اختلاف الزمان كالثلج في الصيف والشتاء او المكان كالماء على النهر او في البر الذي لا يوجد فيه الماء .

(١) في التهذيب ج ٢ ص ١٥٠ باب بيع الواحد بالاثنتين وما يجوز منه وما لايجوز وفي الاستبصار ج ٣ ص ١٠٠ طبع النجف عن محمد بن عيسى عن يونس قال كتبت الى ابي الحسن الرضا ( ع ) انه كان لي علي رجل دراهم وان السلطان اسقط تلك الدراهم وجاء بدراهم أغلا من تلك الدراهم الاولى ولها اليوم وضعية فاي شيء لي عليه التي اسقطها السلطان او الدرهم التي اجازها السلطان فكتب عليه السلام الدراهم الاولى .

ورواه في الوسائل ج ٢ ص ٦٠٧ باب ١٩ في احكام الصرف طبع عين الدولة .

ورواه في الكافي على هامش مرآة العقول ج ٣ ص ٤٣٠ اخرباب الصرف .

( المقرم الموسوي )

قوله ره : وهذا يقتضى اعتبار المثل حتى في القيميّات (١)  
قوله ره : لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل (٢)

(١) اذا فرضنا في القيميّات يمكن الضامن من رد مثله بان كان مالكا لما يساوي التالف من حيث الصفات اما خارجا واما في ذمة المضمون له فهل يجب على الضامن حينئذ دفع المثل في الاول ويحكم بالتهاتر في الثاني او يبقى التالف على قيمته فيجب اداء قيمته ؟

(الظاهر) هو الاول لما ذكرناه من انه مقتضى القاعدة وجوب رد الصفات النوعية الا اذا قام الدليل على عدم وجوبه وليس في البين اطلاق يقتضي عدم وجوب ردها في القيميّات مطلقا حتى في مثل الفرض وان صرح برد قيمه في بعض اخبار الضمان فلا بد من الاقتصار في ذلك على المتيقن وهو صورة عدم تمكن الضامن من رد المثل .

(٢) قد عرفت انتقال العين الى عهدة الضامن بمجرد استيلائه عليها بماها من الخصوصيات الشخصية والنوعية فاذا امكن رد الخصوصيات الشخصية بان كانت العين باقية وجب واما اذا تلفت وامتنع ردها بنفسها وببديلها فلا محالة من رد الاوصاف النوعية برد المثل وهو الكلي المشتمل على تلك الصفات فاذا تعذر ذلك ايضا وجب رد القيمة المجردة .

(وعليه) اذا فرضنا أن المثل لا يوجد الا باكثر من ثمنه فله صورتان الاولى ان تكون الزيادة من جهة ارتفاع القيمة السوقية والثانية ان تكون الزيادة من جهة انحصار البايع بمن لا يرضى ببيعه الا باكثر من قيمته عناداً اولغير ذلك وحينئذ في لحوقه باعواز المثل وصيرورته قيميا حكما في الصورتين او بقائه على مثليته كذلك او التفصيل بينهما بالالتزام بوجوب رد المثل في الاولى والقيمة في الثانية وجوه :

## قوله ره : لو تعذر المثل في المثلي (١)

أما عدم وجوب رد المثل مطلقاً فلأنه ضرري يرفع بحديث لا ضرر .  
وأما وجوب المثل مطلقاً فوجهه إن الضامن هو الذي أقدم على ضرر نفسه  
باستيلائه على العين فلا يكون مورداً لقاعدة نفي الضرر .

وأما التفصيل فالوجه تضرر الضامن في الصورة الأولى برد المثل لأنه لا يدفع  
إلى المالك إلا ما اشتغلت به ذمته وتفاوت الأمور الاعتبارية من زيادة المالبسة أو  
نقصانها لا يكون ضرراً عليه وهذا نظير ما إذا كانت العين بنفسها باقية وارتفعت  
قيمتها السوقية فهل يتوهم انتقالها إلى القيمة لكون ردها ضررياً وأما في الصورة  
الثانية فرد المثل مستلزم لتضرره بأكثر مما ثبت في عهده فيعمه القاعدة .

(وبعبارة أخرى) نفس الحكم بالضمان ضرري بطبعه فكلما لم يكن أداء المثل  
متوقفاً إلا على مقدار من الضرر يستدعيه طبع الضمان كما في الصورة الأولى لا يرتفع  
وجوبه بحديث (لا ضرر) وأما إذا استلزم ضرراً زائداً على ما كان يقتضيه الضمان  
فيعمه دليل نفي الضمان كما في الصورة الثانية فينتقل إلى قيمه .

(١) لا بد في فرض اعواز المثل من التكلم في جهتين . :

(أحدهما) من حيث الزام الضامن المالك بقبول القيمة .

(ثانيهما) في أن المالك له أن يلزم الضامن بدفع القيمة أم لا .

أما الجهة الأولى فالظاهر أن الضامن ليس له حق الزام المالك بالقيمة بل  
للمالك أن يمتنع من قبولها وينتظر زوال العذر لأن الأوصاف النوعية كما ذكرنا ثابتة  
في عهده ولا تسقط في الفرض إلا برضى المالك .

أما الجهة الثانية فلا ينبغي الريب في أن المالك له الزام الضامن بدفع القيمة  
لأن الأوصاف النوعية من حقوق المالك على الضامن وله رفع اليد عن حقه واسقاطه  
بقبول غيره بدلاً عنه كما أن المبيع إذا كان مشتملاً على أوصاف فله المشتري رفع

- قوله ره : ان للعبرة في قيمة المثل (١)  
 قوله ره : بما اذا طرأ تعذر المثل (٢)  
 قوله ره : ثم المراد باعواز المثل (٣)

اليد عنها ورضاه بالمبيع الفاقد لها والسيرة العقلائية تساعد ما ذكرناه فانهم يلزمون الضامن بدفع القيمة عند اعواز المثل اذا طالب بها المالك .

(١) الاقوال في المقام خمسة على ما ذكره العلامة في القواعد وهي مبتنية على انتقال المثلي او المثل او الجامع بينهما الى القيمة وهو غير صحيح بل العين بنفسها تنتقل الى العهدة وعليه يتعين قيمة يوم الدفع لبقاء العين في الذمة الى زمانه وفيه يحصل الفراغ عنها .

(وتوهم ) تعين قيمة وقت المطالبة لانه زمان سقوط الاوصاف النوعية عن عهدة الضامن باسقاط المالك ( فاسد ) لان المطالبة بالقيمة ليست اسقاطا للاوصاف والا لزم عدم جواز المطالبة بالمثل اذا طالب بالقيمة وان لم يدفعها الضامن ثم تيسر له المثل بل لايبعد عدم قابلية الاوصاف للاسقاط فتأمل فالمتحقق في المقام رضاه المالك بغير الجنس عن الجنس ولا يتحقق ذلك الا بالدفع خارجا فيكون الميزان بالقيمة يوم الدفع لاغير .

(٢) قد ذكرنا غير مرة ان العين بمجرد الاستيلاء عليها تنتقل من الخارج الى عهدة الضامن ومن وعاء التكوين الى وعاء الاعتبار من دون ان تنقلب الى المثل او القيمة ولا يفرق في ذلك بين المثلي والقيمي كما لا يفرق في القيمي بين ما اذا كان تعذر المثل ابتداءيا او طارئا بعد التمكن منه سواء كان مستمرا دائما او كان مما يرجى زواله .

(٣) حكي المصنف ( ره ) عن التذكرة ان المراد باعواز المثل عدم وجوده في البلد وما حوله وزاد عليه في المسالك كونه مما ينتقل اليه عادة كما ذكره في السلم

- قوله ره : ثم ان في معرفة قيمة المثل (١)  
 قوله ره : ولو كان في غير بلد للضمان (٢)  
 قوله ره : خروجه عن القيمة (٣)

وعليه اذا فرض وجوده في نواحي البلد ولكن لم يكن مما ينقل اليه عادة لاينا في صدق الاعواز .

(ونقول) لم يرد الاعواز في دليل شرعي ليدعي انصرافه الى ذلك كما لم يرد تحديده به شرعا والقاعدة على ما ذكرناه تقتضي وجوب رد المثل الا اذا تعذر فيكون الميزان بالتعذر الشخصي من غير فرق بين وجوده في البلد او نواحيه وعدمه فانه ربما يكون المثل موجودا فيها ولا يتمكن الضامن من تحصيله وقد لا يوجد الا في البلاد البعيدة ولكن يقدر الضامن على تحصيله بلامؤنة زائدة فالميزان بالتعذر الشخصي ويلحق به ما اذا استلزم تحصيله ضرراً زائداً على ما يقتضيه رد المثل في طبعه .

(١) قد تختلف بحسب اختلاف الازمنة كالفواكه في اول فصلها وفي وقت وفورها ولكن على ما بيناه لاشكال في ذلك لان المعيار انما هو بقيمة يوم الدفع على جميع التقادير .

(٢) اذا فرض تعذر المثل في البلد ولكن من باب الصدفة والاتفاق اجتمع الضامن والمضمون له في بلد اخر وكان اداء المثل فيه ميسورا وجب عليه رده وان كانت قيمته فيه اكثر من قيمته في بلد القبض كما ان العين بشخصها لو كانت موجودة فيه وجب ردها اذا طلبها المالك هناك وان كانت قيمتها اكثر من قيمتها في بلد القبض .

(٣) اذا تعذر المثل من حيث المالية بان سقط عن المالية راساً كالثلج في الشتاء فليس رده مصداقا لقوله (ص) (حتى تؤدي) الظاهر في وجوب اداء

قوله ره : ثم تمكن من المثل (١)  
قوله ره : لو كان للتالف المبيع فاسداً قيمياً (٢)

المال الموافق للسيرة فلا محالة يكون في حكم تعذر الرد فيجب رد القيمة فتأمل .  
ثم الميزان في القيمة انما هو بادني القيم اعني قيمة الزمان المتصل بوقت سقوطه  
عن المالية الذي هو بمنزلة زمان تلف المثل وسقوط الاوصاف النوعية عن ذمته  
اذلا دليل على ضمانه بازيد من ذلك .

(١) فصل قدس الله سره في عود المثل المتعذر في ذمة الضامن اذا تمكن منه  
بعدهما ادى القيمة الى المالك بين المباني اعني القول ببقاء المثل في الذمة بعد الاعواز  
او القول بانقلاب المثل قيمياً وبين القول بانقلاب المثل الى القيمة فذهب الى عدم  
العود على القولين الاولين واحتمل العود على القول الثالث بتخيل ان القيمة  
حينئذ بدل الحيلولة عن المثل فيعود المبدل عند انتفاء الحيلولة

(وما ذكره قده) من الغرائب فانه لو قام دليل على بدل الحيلولة لكان  
جريانها على القول الاول اولى لان المالك حينئذ يملك المثل على ذمة الضامن فعند  
التعذر له ان ياخذ البديل واما على القولين الاخرين فلا مجال لتوهم ذلك اصلا فان  
ما يملكه المالك على عهدة الضامن ليس الا القيمة فلا معنى لكونها بدل الحيلولة .

(٢) قد استدل على ذلك بالاجماع والاخبار الواردة في موارد متفرقة الا  
انه ليس لها اطلاق يعم جميع الفروض كما ان السيرة العقلائية ايضا قائمة على عدم  
انتقال الاوصاف النوعية الى عهدة الضامن فيما اذا لم تكن قابلة للاداء فيختص  
ذلك بما اذا لم يكن اداء المثل ميسوراً للضامن ولو كان قيميا كالعبد والامة فاذا  
كان متمكنا من ذلك بان كان مالكا للمثل اتفاقا يجب عليه اداء المثل كما انه اذا  
كان مالكا له على ذمة المالك يحكم بسقوطه بالتهاتر القهري .

وذلك لما عرفت من ان مقتضى القاعدة انتقال العين التالفة الى ذمة الضامن

## قوله ره اختلافوا في تعيين للقيمة (١)

مطلقاً بما لها من الاوصاف النوعية الا اذا لم يكن متمكناً من دفعه (وعلى هذا) فالفرق بين المثلي المتعذر والقيمي انما هو من حيث ان الضامن ليس له في المثلي ان يلزم المالك بقبول القيمة بل له ان يصبر حتى يوجد المثل او يتمكن من اداؤه واما في القيمي فللضامن الزامه بقبول القيمة لان ما انتقل الى عهده انما هو العين بماليته دون اوصافها النوعية فلا يضمن له غيرها .

## تعيين القيمة

(١) قد عرفت انه ليس لدليل ضمان القيميات بالقيمة اطلاق فلا بد من الاقتصار فيها على المتيقن وهو ما اذا لم يتمكن الضامن من اداء المثل فحينئذ ينتقل الى القيمة فيقع الكلام في تعيينها وهل ان الميزان بقيمة يوم القبض كما نسب الى الاكثروا بقيمة يوم التلف كما اختاره المصنف (ره) او بقيمة يوم الدفع وقد نسب الى جمع أو أعلا القيم من يوم القبض الى يوم التلف او الى يوم الدفع او من يوم التلف الى يوم الدفع وجوه .

أما القول بقيمة يوم القبض فهو مناف لما يقتضيه الضمان في طبعه اذ لا وجه لانتقال العين الى القيمة مع فرض بقائها خارجاً فمجرد الاستيلاء على العين لا يوجب الضمان بالقيمة ليكون الميزان بقيمة ذلك الوقت فهو على خلاف القاعدة والمدرك فيه منحصر (بصحيحة ابي ولاد) الواردة في الغصب (١) بعد البناء على ان

(١) رواه ابي ولاد بتامها رواها الكليني في الكافي ج ١ ص ٤١٣ وعلى هامش مراة العقول ج ٣ ص ٤٣٢ باب الرجل يكثرى الدابة فيجاوز بها الحد كتاب الاجارة حديث ٦ ورواها الشيخ الطوسي في التهذيب ج ٢ ص ١٧٦ كتاب الاجارة -



المقبوض بالعقد الفاسد بمنزلة المغصوب اجماعا كما ادعاه الحلبي في ( السرائر ) او من جهة القطع بان المقبوض بالعقد الفاسد ليس اسوأ حالا من المغصوب فاذا لم تكن زيادة القيمة من زمان الغصب الى زمان التلف مضمونة في المغصوب بمقتضى الصحيحة لانتكون مضمونة في المقبوض بالفاسد ايضا فيكون الميزان بقيمة يوم القبض زادت بعد ذلك او نقصت وستكلم فيها انشاء الله .

- وفي الاستبصار ج ٣ ص ١٣٤ طبع النجف في الاجارة في نفس الباب وعن الكافي والتهذيب ج ١٠ ص ١٢٦ مجلد ٣ في الاجارة في نفس الباب ونصها قال ابو ولاد : اكرت بغلا الى قصر ابن هبيرة ذاهبا وجائيا بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم لي فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل فلما اتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد فابتعته وظفرت به وفرغت فيما بيني وبينه ورجعت الى الكوفة وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً واخبرت صاحب البغل بعذري وارادت ان تحلل منه مما صنعت وارضيه فبذلت له خمسة عشر درهما فاني ان يقبل فتراضينا بابي حنيفة فاخبرته بالقصة واخبره الرجل فقال لي ما صنعت بالبغل فقلت قد رجعت سليما قال نعم بعد خمسة عشر يوماً قال ماتريد من الرجل قال اريد كراء بغلي فقد حبسه علي خمسة عشر يوماً فقال اني ما ارى لك حقا لانه اكرته الى قصر ابن هبيرة فخالف وركبه الى النيل والى بغداد فضمن قيمة البغل وسقط الكراء فلما رد البغل سليما وقبضته لم يلزمه قال فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع فرحمته مما افتي به ابو حنيفة واعطيته شيئا وتحللت منه وحججت تلك السنة فاخبرت ابا عبد الله عليه السلام بما افتي به ابو حنيفة فقال في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الارض بركاها قال فقلت لابي عبد الله عليه السلام فما ترى انت قال ارى له عليك مثل كراء البغل من الكوفة الى النيل ومثل كراء البغل من النيل الى بغداد ومثل كراء بغل من بغداد الى -

وأما القول بقيمة يوم الدفع فهو وان كان مقتضى القاعدة اعني بقاء المثل في الذمة وعدم سقوطه الا بالدفع الا انه مناف لما بنينا عليه من ان الضامن له الزام المالك بقبول القيمة فان لازمه عدم ثبوت شيء في عهدة الضامن سوى القيمة (وعليه) فقيمة يوم التلف تكون هي المتعين لانه زمان انتقال العين الى القيمة فطبعاً يكون الميزان بقيمة ذاك الوقت الا ان الصحيحة دلت على خلاف ما تقتضيه القاعدة فلا بد من التكلم فيما اشتملت عليه .

(منها) : قوله (ع) بعد ما سأله الراوي وقال ارأيت لو عطب البغل اي هلك او نفق اي مات اليس كان يلزمني ( نعم قيمة بغل يوم خالفته ) وهذه الجملة موردا لاستدلال في المقام والتمسك بها مبني على رجوع القيد وهو قوله (ع) ( يوم الكوفة توفيه اياه قال فقلت له جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلي عليه علفه قال لا لانك غاصب فقلت ارأيت لو عطب البغل او نفق اليس كان يلزمني قال نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت فان اصاب البغل كسر او دبر او عقر قال عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه قلت فن يعرف ذلك قال انت وهو اما ان يحلف هو على القيمة ويلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه او يأتي صاحب البغل بشود يشهدون ان قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا فيلزمك قلت اني اعطيته دراهم ورضي بها وحللتني قال انما رضي واحلك حين قضى عليه ابو حنيفة بالظلم والجور ولكن ارجع اليه واخبره بما افيتتك به فان جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك .

قال ابو ولاد فلما انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكاربي فاخبرته بما افتاني به ابو عبد الله عليه السلام وقلت له قل ما شئت حتى اعطيكه فقال حبيت الي جعفر بن محمد عليه السلام ووقع في قلبي له التفضيل وانت في حل وان اردت ان ارد عليك الذي اخذت منك فعلت . ( عبد الرزاق الموسوي المقرم )

خالفته ) الى القيمة اما باضافة القيمة الى البغل والبغل الى اليوم بنحو تتابع الاضافات كقولك عباد غلام زيد وقول الشاعر ( وليس قرب قبر حرب قبر ) او باضافة القيمة الى البغل واليوم معا او اضافة المتحصل من المضاف والمضاف اليه اعني قيمة البغل الى اليوم واما بان يكون اليوم ظرفا للقيمة من دون اضافة شيء اليه . اما تتابع الاضافات فغير صحيح في المقام لان البغل من الذوات وهي غير قابلة للتقييد بالزمان واما اضافة القيمة الى كلا الامرين فهو غير معهود بل لا يبعد كونها مستحيلة .

وأما اضافة المجموع المتحصل من المضاف والمضاف اليه فهو مما لا بأس به فتكون الحصة الخاصة من القيمة وهي قيمة البغل مضافة الى يوم المخالفة فيكون المعنى ضمان قيمة البغل في يوم المخالفة ونظير هذا كثير في الاستعمالات العرفية فيقال ماء رمان زيد مع عدم وجود رمان له اصلا وانا اشترى ماء الرمان ابتداء ويقال بيض دجاج زيد مع عدم وجود دجاجة له اصلا .

وأما كون اليوم ظرفا للقيمة فهو ايضا ممكن لان القيمة بمعنى ما يتقوم به وهو معنى حدثي قابل لان يقيد بالزمان ولكن يحتمل رجوع القيد اعني يوم خالفته الى قوله ( ع ) ( نعم ) الذي بمعنى يلزمك وعليه يكون اجنبيا عن تعيين القيمة فتكون الصحيحة مجملة الا انه يمكن تباعد الاحتمال الثاني بوجهين ( احدهما ) ما يستفاد من كلام المصنف ( ره ) وهو ان ذكر القيد يكون لغوا لا يترتب عليه اي فائدة لان المعنى حيثئذ انه يلزمك قيمة البغل والضمان يوم المخالفة وهذا كان امراً واضحاً ولم يكن هو المسؤل عنه فلا وجه لذكره .

( ثانيهما ) ان لازم رجوع القيد اليه انتقال العين الى القيمة قبل تلفها لان السائل فرض المخالفة مع بقاء العين وقد حكم عليه السلام بضمان قيمة البغل ولم يقل به احد فتعيين الاحتمال الاول وهو رجوع القيد الى القيمة باحد الوجهين المتقدمين.

قوله ره : او ياتي صاحب البغل (١)

قوله ره : عليك قيمة ما بين للصحة والعيب يوم ترده (٢)

(١) قد يتوهم منافاة الجمل المذكورة في ذيل الصحيحة لما استظهرناه من صدرها وهو رجوع القيد الى القيمة وتعين قيمة يوم القبض (منها هذه الجملة) حيث امر فيها بتعيين الشهود لقيمة البغل حين اكترى ولاوجه له اذا كان الميزان يوم الغصب (والجواب عنه) ان ضمان قيمة يوم الاكتراء من حيث كونه يوم الاكتراء واضح الفساد اذلا وجه له لعدم كون البغل مغصوبا حينئذ فلا بد وان يكون ذكره لنكتة لا لخصوصيته عرفناها اولم نعرفها فلا يجوز ان يجعل منافيا لتعيين قيمة يوم المخالفة في الجملة الاولى .

ولايبعد ان يكون السر في ذلك اتحاد يوم الاكتراء مع يوم المخالفة في مورد السؤال فان المتعارف في الاسفار القريبة اكتراء الدابة في وقت الحركة او قبله بساعات لا توجب اختلافا في القيمة وقد فرض السائل مخالفته عند وصوله الى ( قصر ابن هبيرة ) بعد ان اخبر بخروج غريمه الى ( النيل ) فلم يكن فصل بين وقت الاكتراء وزمان الغصب يعتد به .

(٢) هذه الجملة الثانية المتوهم منافاتها لما استظهرناه بتخيل ان الظاهر رجوع القيد اعني ( يوم ترده ) الى القيمة فيستفاد منه كون العبرة بيوم الرد في قيمة ما بين الصحيح والمعيب ولا فرق من هذه الجهة بين تلف العين وصفاتها (والجواب عنه) بوجوه (الاول) ان هذه الجملة منقولة في التهذيب على ما حكاها في (الجواهر) بدون لفظ يوم ونصها هذا (قيمة ما بين الصحة والعيب ترده) فيكون ترده وصفا سواء قدر كلمة ان اولا ( الثاني ) ما استفاد من كلام المصنف ( ره ) من كون الميزان في تعيين الارش قيمة يوم الدفع مخالف للاجماع وقد طالبه السيد والمحقق النائيني بمدرك ما ادعاه من الاجماع (ونقول) الاتفاق ولو لم يكن متحققاً الا ان

## قوله ره : فان العبرة لو كانت بخصوص (١)

مخالفته للقواعد واضح ( الثالث ) ان قاعدة الاقرب يمنع الا بعد تقتضي رجوع القيد الى العيب دون القيمة فالمعنى حينئذ وجوب رد قيمة العيب الموجود حين الرد دون مازال وارتفع وان لم يكن موجودا سابقا ووجد حين الرد وهذا هو مقتضى ( على اليد ) الموافق لسيرة العقلاء فان الصفات التي تتفاوت بها الرغبات انما تكون مضمونة ما لم ترد والا فالغاية وهي قوله - ع - ( حتى تؤدي ) حاصلة فلا وجه لما ذكره المصنف ( ره ) من كونه مخالفا للفتوى .

(١) الجملة الثالثة من الصحيحة التي توهم منافاتها لما قدمنا قوله - ع - ( اما ان يحلف ) فانه ظاهر في ثبوت جميع الحقوق من الحلف والرد والبينة للمالك وهو مخالف لقاعدة البينة على المدعي واليمين على من انكر فالتجاء المصنف ( ره ) الى حمل توجه اليمين الى المالك في صورة اختلافهما في اصل قيمة البغل وتوجه الحلف اليه على ما اذا اتفقا على اصل القيمة واختلغا في نقصان القيمة او زيادتها وعدمه وجعل ذلك مبنيا على كون الاعتبار في القيمة بيوم التلف .

ثم ذكر ( قدس ) لفرض توجه الحلف الى المالك صورتان ( احدهما ) ما اذا اتفقا على قيمة البغل قبل يوم الغصب ثم ادعى الضامن نقصانها وانكره المالك فان الاصل يوافق فيتوجه اليه اليمين ( ثانيتهما ) ما اذا اتفقا على القيمة الفعلية ولكن الضامن ادعى زيادة القيمة بعد التلف وانكرها المالك فان الاصل ايضاً يوافق فيتوجه اليه الحلف .

( ونقول ) ما ذكره في الثانية غير صحيح اذ ليس هناك اصل يوافق قول المالك الا الاستصحاب القهقري الذي لانقول به الا في باب الالفاظ بل الامر بعكس ما ذكره لان المالك في مركز النزاع يدعي زيادة القيمة الموجبة لضمان الغاصب لها وينكرها الضامن فقوله هو الموافق للاصل نعم ما افاده في الصورة الاولى متين

ولكن الحمل على الصورتين خلاف الظاهر فان كلمة ( اما ) ولفظ ( أو ) في قوله اما ان يحلف او يأتي صاحب البغل بشهود ظاهرين في التخيير دون التقدير وان المالك مخير بين الامور الثلاثة نعم اذا وصلت النوبة الى ذلك فيمكن تصوير كلا الوجهين مع اعتبار يوم الغضب ايضاً كما هو ظاهر الا انه لامناس من الاخذ بظاهره فيكون مخصصاً لقوله ( ع ) البينة على المدعي واليمين على من انكر فانه لم يكن من الاحكام العقلية الغير قابلة للتخصيص ولا من الاحكام الفرعية التي لم يرد عليها تخصيص فلقد خصص في موارد كثيرة ذكرت في ( الشرايع ) وغيرها يسمع فيها قول الرجل أو المرأة مع الحلف ويلحق بها مورد الغضب ويكون جميع الحقوق فيه مجعولة للمالك دون الغاصب على ما هو مقتضى القاعدة في الجمع بين العام والخاص اذ لم يسمع الى الان رفع اليد عن ظهور الخاص تحفظاً على عموم العام بل يتحفظ على ظهور الخاص ويجعل مخصصاً للعام وهذه احدى الجهات التي يقال فيها الغاصب يؤخذ باشق الاحوال وقد اختار ذلك الشيخ الطوسي في كتاب الاجارة على ما حكاه عنه المصنف ( ره ) .

واذا وصلت النوبة الى الحمل على الصورتين فيمكن تصويرهما مع كون الاعتبار بقيمة يوم الغضب كما هو واضح واما حمل الحلف واقامة الشهود على ما هو المتعارف بين الناس في رفع اختلافاتهم فيوجب ذلك اطمئنان الطرف فهو مخالف لظاهر قوله ( ع ) ( فيلزملك ) الظاهر في اللزوم او لالزام الشرعي الذي لا يترتب الا على حجة شرعية ( مضافاً ) الى ان حلف المالك الذي هو رجل مكاري يحلف على اقل من قيمة البغل او الضامن الفاسق الغاصب لا يفيد الاطمئنان .

( فظهر ) انه ليس شيء في الجمل المذكورة في ذيل الصحيحة منافياً لما استظهرناه من الجملة الاولى الظاهرة بحسب الدلالة في كون العبرة بيوم الغضب كما انها صحيحة بحسب السند .

قوله ره : واضعف من ذلك (١)

قوله ره : بان للعين مضمونة (٢)

(١) استدل على وجوب دفع اعلا القيم من يوم الغصب الى يوم التلف بالصحيحة المتقدمة والظاهر عدم كونها ظاهرة فيه وقد يوجه الاستدلال بان المراد من يوم التلف طبيعي المخالفة المنطبق على جميع ايامها وبما ان الجمع في الاداء بين القيم غير لازم فلا محالة من اندراج القيم السافلة تحت القيمة العالية فيتعين دفعها .  
(ولكن يرده ) امران الاول ان قوله - ع - ( يوم خالفته ) ظاهر في صرف وجود يوم المخالفة المنطبق على اول ايامها ولذا لو تعلق حكم تكليفي بيوم المخالفة لا يستظهر منه عرفا الا اول الايام ( الثاني ) ان ما ذكره الامام ( ع ) في ذيل الصحيحة من ان صاحب البغل يأتي بشهود يشهدون ان قيمة البغل يوم اكثرى كانت كذا وكذا صريح في عدم الاعتبار باعلا القيم لانه يوم خاص معين وقد ذكرنا اتحاده في مفروض السؤال مع يوم المخالفة فيكون الميران بها لا به ثم انه قد استدل على اعتبار اعلا القيم بوجوه مذكورة في المتن كلها فاسدة لاسباس بذكرها والتعرض لما يرد عليها .

(٢) هذا احد الوجوه وتقريبه ان العين كانت مضمونة على الغاصب في زمان ارتفاع قيمتها فيجب عليه الخروج عن العهدة بدفع اعلا القيم ( وفيه ) ان اريد بضمائها عند ارتفاع القيمة انها لو تلفت في ذلك الوقت لزم تداركها باعلا القيم فهو مسلم على تقدير كون الاعتبار بيوم التلف ( لكنه غير نافع ) في المقام لفرض عدم التلف حينئذ ( وان اريد ) به وجوب التدارك باعلا القيم بمجرد ارتفاع القيمة وان لم تلف العين وردت الى مالكها ( فهو واضح الفساد ) لعدم القول به ( وان اريد به ) وجوب تداركها بأعلا القيمة مشروطا بما اذا تلفت العين ولو بعد نزول قيمتها فهو مصادرة لانه عين المدعي .

- قوله ره : من قاعدة نفي الضرر (١)  
 قوله ره : لاشتغال ذمته بحق المالك (٢)  
 قوله ره : باستصحاب الضمان (٣)

(١) هذا هو الوجه الثاني وتقريبه ان منع المغصوب منه عن التصرف في ماله حين ارتفاع قيمته كان ضرراً عليه لانه لو لم يمنع عن ماله لتمكن من بيعه باعلا القيم فيكون ضرره مستندا الى الغاصب فيجب عليه تداركه لحديث نفي الضرر (وفيه) ان لا ضرراً مما يجري فيما اذا توجه نقص في النفس او العرض او المال واما النقص في المالية فليس ضرراً عرفياً ليكون مورداً لدليل نفي الضرر ولذا لا يجري فيما اذا استورد تاجر اموالاً نقص بها اموال تاجر آخر فلا يكون ضامناً لذلك (ويشهد له بداهة) عدم ضمان زيادة المالية فيما اذا بقيت العين المغصوبة الى أن ادبت الى مالكها بعد نزول قيمتها .

(٢) هذا هو الوجه الثالث وحاصله ان اشتغال ذمة الضامن بمال المالك يقيني ولا يحصل الفراغ عنه الا باداء اعلا القيم (وفيه) عدم كون المورد من موارد الاشتغال فانه ان قلنا بانتقال العين الى الذمة حتى في القيميات كما في المثليات لزم كون العبرة بقيمة يوم الدفع وان قلنا بانقلابها الى القيمة بمعنى انتقال العين بقيمتها الى العهدة للاجماع اول بعض الاخبار فلم يثبت الاشتغال اليقيني الا بالاضافة الى القدر المتيقن ويكون اشتغال الذمة بالزائد مشكوكاً فيه فيدفع بالبرائة .

(٣) هذا هو الوجه الرابع وحاصله الاستدلال باستصحاب الضمان الثابت بحديث (على اليد) (وفيه) ان الضمان بالمقدار الزائد من القيمة ليست له حالة سابقة ليستصحب فلم يبق في البين الا الوجه الخامس الذي ركن المصنف (ره) اليه وحاصله ان الضمان يتحقق باحد امرين من الاتلاف والحيلولة بين المال ومالكة وفي المقام وان لم يتحقق الاتلاف من الغاصب حين ارتفاع قيمة العين ووصولها الى اعلا القيم ولكن تحقق ما هو بحكم الاتلاف من حيث السببية للضمان كما ان الحيلولة



قوله ره : ثم انه حكي عن المفيد وللقاضي (١)  
قوله ره : ثم انه لا عبرة بزيادة للقيمة بعد التلف (٢)

كانت ثابتة في ساير اوقات الغصب ايضاً الا ان القيم النازلة تندرج تحت القيمة الاعلا فيجب ردها .

( وفيه ) اولاً ان الحيلولة غير مسلمة ولا دليل على انتقال العين الى القيمة بالحيلولة وثانياً على تقدير تسليمها انما يكون ذلك عندمطالبة المالك بالقيمة لا مطلقاً وثالثاً ان قاعدة الحيلولة اذا كانت ثابتة فهي انما تكون في فرض تعذر تسليم العين على الغاصب ولم يفرض في المقام تعذر الدفع على الغاصب ولا المطالبة بالقيمة من المالك فلم يتم شيء من هذه الوجوه .

ثم لو فرض تامة بعضها تكون معارضة للصحيحة على ما استظهرناه منها من كونه الاعتبار بقيمة يوم الغصب اللهم الا ان يفرض اجمالها من تلك الجهة او ظهورها في اعلا القيم .

(١) ذهبوا الى ان الضمان بقيمة يوم البيع في المقبوض بالبيع بحكم المشتري فانه فاسد من جهة الغرر ولا وجه لذلك كما ذكره المصنف (ره) على جميع المباني سواء اعتبرنا يوم القبض او يوم التلف أو يوم الدفع أو اعلا القيم اذ لخصوصية لفساد البيع من جهة تفويض الثمن الى حكم المشتري ولعلمهم ارادوا قيمة يوم القبض وانما عبروا عنه بيوم البيع لاتحاده معه غالباً كما عبر في الصحيحة عن يوم الغصب بيوم الاكتراء فكأنهم تبعوها في التعبير .

(٢) هذا واضح الا على القول بانتقال العين بخصوصياتها النوعية الى العهدة حتى في القيميات فانه حينئذ يكون لتوهم ذلك مجال لكنك عرفت مخالفته للنص وان كان موافق للقاعدة .

قوله ره : واما اذا كان بسبب الامكنة (١)

قوله ره : حاصلًا من زيادة العين (٢)

(١) لا اشكال في اختلاف القيمة باختلاف الامكنة غالبًا كماختلفها بحسب اختلاف الازمنة ومن ثم وقع الكلام في ان الاعتبار بمكان القبض او التلف او غير ذلك وبما ان المصنف (ره) اختار يوم التلف عند اختلاف القيمة من حيث الزمان ذهب في المقام الى ان العبرة بمكان التلف (ولكن الصحيح) ان العبرة بمكان القبض ويدل عليه سكوت الامام (ع) في الصحيحة المتقدمة فان تعيين سائر الامكنة يحتاج الى مؤنة زائدة فاذا لم يبين تعيين مكان التخلف وزمانه معا (ويؤكداه) قوله عليه السلام في ذيل الصحيحة (اوبأتي بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا) فانه بحسب المتعارف يؤتي بالشهود من بلد الاكتراء لامن غيره ممن لم يشاهد البغل كما ان الشهود بحسب الطبع يعينون قيمة بلدهم لا البلاد النائية .

(٢) لا اشكال في ضمان الزيادات العينية لدخولها تحت اليد كنفس العين ووقت استقرار ضمانها هو زمان حدوثها وانما الكلام في تعيين قيمة تلك الزيادات الفائتة هل هو بيوم ضمانها او يوم فواتها او باعلا القيم او بغير ذلك (والظاهر) كون العبرة بقيمتها يوم قبض العين فيقوم العين واجدة لتلك الصفة يوم الاستيلاء عليها (وذلك) ان الصفات لا تقابل بالمسال عرفًا ويظهر ذلك من بعض كلام المحقق النائيني (قده) ولذا لم يكن بيع نقش الفرش او صفة العبائة بيعًا عرفيًا ولا يحصل به الشركة بين البايع والمشتري بان تكون المادة ملكًا لاحدهما والهيئة ملكًا للآخر بل الصفة دائمًا توجب زيادة مالية العين (وعليه) لاعمق لتقوم الصفة مستقلا وقت حدوثها فانها كما عرفت تابعة للعين موجبة لزيادة ماليتها فتتبعها في التقويم ايضا فتقوم العين كما ذكرنا واجدة لتلك الصفة بقيمة يوم قبض العين وان كان حدوث الضمان بالاضافة الى المالية الزائدة بسبب تلك الصفة انما هو وقت حدوث الصفة هذا كله

قوله ره : حكم تعذر للوصول (١)

في فروع الضمان في القيميات .

## بدل الخيلولة

(١) لو لم تكن العين تالفئة ولا في حكم التالفئة ولكن تعذر الوصول اليها فالمعروف ضمان الغاصب ومن يحكمه لبدل الخيلولة واستدل عليه باءور : (الاول) قاعدة لا ضرر فان الخيلولة بين المالك وماله ضرر عليه فلا بد من تداركه بضمان بدل الخيلولة ( وفيه ) اولاً ان الاستدلال بها مبني على كونها شاملة للحكم الذي ينشأ منه الضرر وعدم اختصاصها بالموضوع الضرري كالوضوء او الغسل الناشيء منه الضرر والضرر في المقام انما ينشأ من عدم جعل الضمان وليس له موضوع ضرري ( وثانياً ) ان جعل الحكم لترتب الضرر على عدمه وان كان ممكناً ثبوتاً الا ان داليل لا ضرر اثباتاً ظاهر في نفي الحكم المجهول اذا استلزم الضرر فلا يكون مثبتاً للحكم اذا ترتب الضرر على عدمه كما في المقام فان المدعى اثبات الضمان لكون عدمه ضرراً على المالك ( وثالثاً ) بين حديث لا ضرر وبين ما التزموا به من بدل الخيلولة عموم من وجه فانه قد يتضرر المالك اذا حيل بينه وبين ماله في مدة قصيرة كيوم او اقل منه ولم يلتزموا فيه ببدل الخيلولة وقد يعكس الامر فقد لا يتضرر المالك بالخيلولة بينه وبين ماله في مدة طويلة من جهة عدم الحاجة اليه مع التزامهم فيه بها فكيف يمكن ان يكون هو المدرك لها ( وبالجملة ) لو كان المدرك لبدل الخيلولة قاعدة لا ضرر لزم ان لا يفرق في ثبوتها بين كون زمان التعذر طويلاً او قصيراً .

( ورابعاً ) ان لازم التمسك بلا ضرر لثبوت بدل الخيلولة حتى فيما اذا كانت الخيلولة بتباعد المالك عن ماله وحبسها في مكان يتعذر الوصول اليه الى مدة طويلة

فانه يتضرر بذلك كما في عكسه ولم يلتزم احده ( وخامسا ) بعد الاغراض عن جميع ما تقدم تقع المعارضة بين تضرر المالك وتضرر الضامن فانه كما يتضرر المالك من عدم جعل ضمان بدل الحيلولة يتضرر الضامن من جعله فان اللازم عليه رد نفس ما اخذه واستولى عليه ولم يكن فيه ضرر عليه واما ضمانه لامر اخر من المثل او القيمة زائداً على لزوم رد العين فهو ضرر عليه فلا يعم قاعدة نفي الضرر شيئاً منها .  
( الثاني من الامور ) التي استدلت بها لبدل الحيلولة النبوي الضعيف السند الناس مسلطون على اموالهم فان مقتضى السلطنة على المال جواز المطالبة بمثله او قيمته عند تعذر اداء نفسه ( وفيه ) مضافاً الى ضعف السند ان لازم التمسك به ان لا يفرق في ثبوت بدل الحيلولة بين طول زمان التعذر وقصره .

( وحل المطلب ) ان غاية مفاد النبوي جواز تصرف المالك في ماله خارجاً او اعتباراً وضعاً وتكليفاً ومن مصاديقه مطالبة الضامن بعين ماله واما المطالبة بما هو مغاير لماله من البديل فهي اجنبية عن النبوي راساً .

( الثالث من الامور ) قوله (ع) من اتلف مال غيره فهو له ضامن والغاصب ومن يحكمه بحيلولته بين المالك وماله فوت سلطنته عليه فيكون ضامناً لها ( وفيه ) ( ان اريد ) منها السلطنة الشرعية اعني جواز التصرفات الخارجية والاعتبارية فان المالك لا يجوز له بيع ماله ولا ايجاره مع تعذر تسليمه والوصول اليه فلا اشكال في كونها حكماً شرعياً ليس اعدامه موجبا للضمان ولا يعمه دليل اتلاف مال الغير فانه ليس بمال .

( وان اريد ) بها السلطنة الخارجية اعني الانتقال بالمال فهي وان كانت من الاموال والغاصب فوتها عليه فيما اذا كانت العين قابلة لان يتفجع بها مع بقائها في ملكه كالدار والفرس ولم يكن مما يتوقف الانتفاع به على اعدامه كالخبز فيكون ضامناً لتلك المنافع الا انه لا ربط لها بضمان بدل الحيلولة كما هو واضح على انه

لا يفرق حينئذ في ثبوت بدل الخيلولة بين الزمان القصير والطويل ولا بين إيجاد المانع في المال او في المالك ولا بين اليأس عن الوصول اليه والعلم به .  
 (الرابع من الامور) قاعدة على اليد فانها تقتضي لزوم اداء الماخوذ بماله من الخصوصيات الشخصية فاذا تعذر رد العين وجب رد مثلها او قيمتها وهذا معنى بدل الخيلولة (وفيه) اولاً ان الاستدلال بها انما يتم فيما اذا كان الرد مصداقاً لاداء ما اخذه ولا يتم على ماسلكه المصنف (ره) في الجواب عن المحقق والشهيد الثانيين في ايرادهما على فتوى المشهور بوجوب دفع العين الى المالك اذا ارتفع التعذر لبقاء الخصوصيات الشخصية في ملكه وليس للضامن بعد رد العين استرجاع بدل الخيلولة لدخولها في ملك المالك وحاصل ايرادهما ان ذلك مستلزم للجمع بين البديل والمبدل والعوض والمعوض (واجاب) المصنف عنه بان بدل الخيلولة غرامة وليست بدلا عن العين (فانه عليه) لا يكون دفعها اداء لما استولى عليه ولا لما في حكمه من رد المثل او القيمة (وبعبارة اخرى) ان كان بدل الخيلولة مصداقاً لرد العين يتوجه الاشكال المتقدم وان كان غرامة كما صرح به المصنف (ره) فالاستدلال حينئذ غير تام .

(ثانياً) لازم الاستدلال باليد عدم الفرق في بدل الخيلولة بين قصر الزمان المتعذر وطوله ولا بين اليأس عن زواله والعلم به كما في اللوح المثبت في السفينة اذا لزم من نزعها تلف نفس او مال من غير الغاصب والمشهور لم يلتزموا بها في مثل ذلك .  
 (ثالثاً) ان على اليد ظاهر في الحكم الوضعي وان هو استولى على مال الغير فهو ضامن له بمعنى ان عينه ان كانت موجودة فيجب ردها وان كانت تالفة وجب تداركها باداء المثل او القيمة واما دفع بدل الخيلولة مع فرض بقاء العين فلا يستفاد منه .

قوله ره : ويؤيده ان فيه جمعا بين الحقين (١)

قوله ره : لو كان زمان للتعذر قصيراً (٢)

قوله ره : ليس كثبوتها مع تلفها (٣)

(١) ثبوت حق المطالبة بالبدل للمالك مع بقاء العين اول الكلام وقد ظهر من جميع ما تقدم عدم الدليل عليه فان تم هناك اجماع تعبدي على ضمان بدل الحيلولة يعمل به في مورده والا فلا (نعم) المنافع التي فوتت على المالك تكون مضمونة ويجب على الضامن رد اجرتها ولكنها اجنبية عن بدل الحيلولة واما نفس العين فضمانها بالبدل يدور مدار تلفها حقيقة او حكماً بتعذرهما مع اليأس عن الوصول اليها ثم بعد البناء على ثبوت بدل الحيلولة لا بد من الكلام في فروع سيتضح كلها .

### فروع على بدل الحيلولة

(٢) هذا اول الفروع وهنا يقال هل يختص بدل الحيلولة بصورة عدم تمكن الضامن من ايصال المال الى مالكة رأساً ويأسه عنه او يجري في فرض تمكنه منه اذا كان الايصال متوقفاً على مدة طويلة يتضرر بها المالك وجهان ويختلف ذلك باختلاف المباني فان المستند لبذل الحيلولة ان كان هو الاجماع فلا بد من الاقتصار على المتيقن وهو فرض التعذر رأساً وان كان هو الاخبار كحديث لاضرر او من اتلف مال الغير او على اليد فاطلاقها يقتضي ثبوت الضمان في الصورتين لصدق عنوان الضرر واتلاف السلطنة واليد في كليهما .

(٣) هذا هو الفرع الثاني وحاصله ان بدل الحيلولة هل هو حق للمالك فقط او للضامن ايضا بحيث يكون له الزام المالك بقبوله كما في التلف الحقيقي الظاهر هو الاول والفرق بين التلف والتعذر انه عند تلف العين تسقط الخصوصيات عن عهدة الضامن قهراً بالتلف فلا يبقى في ذمته الا الطبيعي اعني المثل او القيمة فيكون

## قوله ره : ثم ان المال المبذول يملكه (١)

للضامن حق الزام المالك بقبول ذلك لانه عين ما يملكه في عهده بالفعل واما في صورة التعذر فالخصوصيات غير ساقطة وذمة الضامن مشغولة بها غاية الامر للمالك اسقاطها والانماض عنها والرضا بالطبيعي او القيمة فيكون ملزما بدفعها واما الضامن فلا حق له في الزام المالك باسقاط حقه .

(١) هذا هو الفرع الثالث وحاصله أن ما يآخذ المالك من بدل الحيلولة هل يملكه المالك او يباح له التصرف فيه فقط ؟ الظاهر اختلاف ذلك باختلاف المباني فان المدرك ان كان حديث لا ضرر فلا يستفاد منه دخول البديل في ملك المالك لان مقتضاه تدارك ما تضرر به المالك من جهة الحيلولة والمفروض انه لم يتضرر من جهة زوال الملكية لان ملكيته على عين ماله باقية مالم تلتف العين وله ان يتصرف فيه بما ليس التعذر مانعا عنه كالعتق وانما تضرر من جهة عدم تمكنه من التصرف في ماله ويتدارك هذا باباحة التصرف في البديل وبه ينجر ضرره ( نعم ) اذا تصرف في البديل بما يتوقف على الملك مما منع عنه في ماله من جهة الحيلولة نلتزم بالملكية آثاما كما في المعاطاة .

وهكذا الحال ان تمسكنا بحديث من اتلف فان التالف ليست الملكية لتكون مضمونة وانما هي قدرته على التصرف في ماله خارجا فيجب ردها في البديل ( واما ما ذكره المحقق النائيني ) « قده » من ان الضامن اتلف مالية العين فلم نتعقل له معنى محصلا .

واما ان كان المدرك قاعدة على اليد فمقتضاة كون البديل اداء لنفس العين الماخوذة ليعمه قوله - ع - ( حتى تؤدي ) ولا يكون ذلك الا باغماض المالك عن خصوصيات ماله وحينئذ يكون البديل عين ماله فيملكه لا محالة وهكذا الحال في التلف فان الخصوصيات تسقط عن عهدة الضامن بتلف العين فيبقى الطبيعي فاذا

اداه فقد ادى عين ماله .

ومن هنا يتضح الحال في ( الفرع الرابع ) وهو دخول العين في ملك الضامن بعد ما ادى بدلها من المثل او القيمة فان مالكة المالك لكل من العين والبذل وان كان امرأ ممكناً ثبوتاً بان يجعل البذل غرامة عن السلطنة التي فوتها على المالك وحال بينها وبينه كما ذهب اليه المصنف ( ره ) فلا يلزم منه الجمع بين البذل والمبذل الا انه في مقام الاثبات لا دليل على ضمان السلطنة سواء كانت شرعية او خارجية لانحصار الدليل على الفرض بحديث ( على اليد ) ومفاده ضمان نفس العين الماخوذة ووجوب ادائها وهذا اجنبي عن ضمان السلطنة .

والظاهر التفات المحقق والشهيد الثانيين الى هذا الاحتمال وانما اعرضنا عنه لعدم الدليل فلا بد وان يكون المبذول بدلاً عن نفس العين ففي فرض تلف العين يتحقق معاوضة قهرية بعد حكم الشارع بوجوب البذل فينتقل البذل الى المالك بدخول العين التالفة في ملك الضامن بقاءً بنحو الكشف الحكمي فيما اذا ترتب اثر على اعتباره مالكا لها بقاءً كما في مسألة تعاقب الايادي .

وبهذا يندفع الاشكال المعروف فيها وحاصله ان المالك له الرجوع الى كل من الايادي فاذا رجع الى اللاحق ايسر له الرجوع الى سابقه ولكن له الرجوع الى الايادي اللاحقة وقد اشكل سر ذلك على كثير من الاعلام وعلى ما بيننا عليه يتضح وجهه فان من رجع اليه المالك وادى الغرامة يعتبر مالكا للعين بقاءً فله الرجوع الى الايادي اللاحقة بمقتضى قوله - ع - ( على اليد ) لدخول ملكه بقاءً تحت استيلائها واما بالاضافة الى الايادي السابقة فليس له الرجوع لتحقيق الغاية بالاضافة اليها وهي الاداء والمصنف ( ره ) تعرض للاشكال في بيع الفضولي ووجهه بما لا يخلو عن مناقشة كما ستعرف .

هذا في التلف الحقيقي ( وأما التلف الحكمي ) اعني اليأس من الوصول الى



العين مع بقائها كما في الحيوان الشارد او المال المسروق او الملقى في البحر مثلاً فيلحقه حكم التلف الحقيقي ومن هذا القبيل الوضوء بالماء المغصوب فان الرطوبات الباقية بحكم التالف فيصح المسح بها بعد اداء قيمة الماء .

(وأما مع فرض التعذر) فان تمسكنا لوجوب دفع بدل الخيلولة بحديث لاضرر او بحديث من اتلف وبنينا على ان البديل غرامة فدخلها في ملك المالك لا يقتضى دخول العين في ملك الضامن وأما اذا تمسكنا فيه بقاعدة على اليد وقلنا ان المبدول يكون عين ما اخذه الضامن واستولى عليه بعد اغماض المالك عن خصوصيات ماله فيجب على الضامن رده اليه فلا محالة يتحقق هناك ايضاً معاوضة قهرية بعد حكم الشارع بالزام الضامن بدفع البديل فيدخل في ملكه (ويؤكد) ما ذكرناه السيرة العقلانية في جميع موارد اداء الغرامة فان العقلاء يرون التالف راجعاً الى من دفع الغرامة لا الى مالكة الاصيلي (ويؤيده ايضاً) ما ربما يظهر من النص من دخول الحيوان (الموطوء الذي يراد ظهره) في ملك الواطي بعد ادائه لثمنه . (ويتفرع على هذا) فروع في الفقه منها جواز المسح ببله الوضوء فيما اذا توضع احد بماء الغير جهلاً ثم عرف ذلك فادى قيمته (ثم انه ظهر) بما ذكرناه التهاوت بين القول بدخول البديل في ملك المالك وعدم دخول العين في ملك الضامن . ثم لا يخفى ان جواز استرداد المالك للعين بعد زوال التعذر مبني على كون الملك الثابت في المقام ملكية جائزة او لازمة وقد عرفت فيما سبق ان مقتضى عموم قوله (تعالى) لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض هو اللزوم وعدم امكان الاسترجاع فيما نحن فيه واما تمسك المصنف (ره) لذلك بقوله عليه السلام الناس مسلطون على اموالهم فغير صحيح فان الحكم لا يثبت موضوعه على ماتقدم فلا نعيد .

قوله ره : فلا يضمن ارتفاع قيمة للعين الخ (١)

قوله ره : ولا يخفى ان للعين الخ (٢)

(١) أما بناء على انتقال العين الى القيمة من يوم القبض وثبوتها في عهدة الضامن لصحيحة ابي ولاد فلاريب في عدم ضمان الغاصب لزيادة القيمة ولا لنهاء العين وهكذا ان تمسكنا لوجوب البديل بحديث على اليدوبنينا على انه اداء نفس العين فانه بعد اداء البديل لاوجه لكونه ضامنا لزيادة القيمة ولا لنهاء العين كما هو الظاهر .

وأما لو قلنا بانتقال نفس العين الى ذمة الضامن وان مايدفعه انماهو بدل عن السلطنة لاعن العين وانما يجب دفعه لحديث لاضرر ومن اتلف او لكونه جمعا بين الحقين فلا وجه لعدم كونه ضامنا للنهاء بعد كونه حادثا في ملك المالك (وبعبارة اخرى ) ان قلنا بان المبدول بدل عن التالف ولو مع بقاءه في ملك المالك فالقول بعدم الضمان وان كان وجيها الا ان لازمه الجمع بين البديل والمبدل وان قلنا بانه غرامة فالمخذور وان لم يكن جاريا الا ان نفى الضمان حيثئذ لا وجه له فالجمع بين الامرين غير صحيح .

(٢) تعرض (قده) لموجبات الضمان فقسم اسبابه الى اقسام اربعة :

(الاول) : التالف الحقيقي وذكر ان العين به تسقط من الملكية عرفا فيكون الغاصب ومن يحكمه ضامنا .

(الثاني) : التالف الحكمي وهو ذهاب سلطنة المالك عن ماله بحيث لا يكون عودها مرجوآ وهذا مورد بدل الحيلولة فتكون السلطنة على البديل بدلا عن السلطنة عن العين .

(الثالث) : تلف الاوصاف التي تخرج بها العين عن المالية رأساً مع بقاءها على الملكية فيكون المبدول حيثئذ عوضا عن المالية لا بدلا عن العين فتبقى العين ملكا للمالكها .

(الرابع) : ذهاب الاوصاف التي بها تخرج العين عن الملكية ايضا اما شرعا كما في انخل المتبدل خمرأ وإما عرفا كما في الكوز المكسور وحيثئذ تبقى العين متعلقا لحق المالك .

(ونقول) أما ما ذكره في القسم الاول اعنى التلف الحقيقي من زوال ملكية المالك عن العين متين جدا غاية الامر بعد دفع الضامن الغرامة قد تعتبر ملكا له فيما اذا ترتب عليها الاثر كما في تعاقب الايادي .

وما ذكره في القسم الثاني من كونه مورداً لبدل الحيلولة غير تام لان موردها صورة بقاء العين مع تعذر الوصول اليها بحيث يرجى زوال العذر ايضاً واما اذا كان العثور عليها مقطوع العدم وكان الضامن مأبوسا من الوصول اليها كما في المال المسروق او الملقى في البحر فهو تالف عرفا فيحلق بالقسم الاول اذ ليس المراد من التلف الانعدام الحقيقي الذي ذهب بعض فلاسفة العصر الى استحالته بل المراد التلف العرفي فلا يكون مورداً لبدل الحيلولة المصطلحة .

وما ذكره في القسم الثالث من زوال المالية مع كون العين مملوكة فربما يناقش فيه كما عن السيد (قده) في الحاشية بان ذهاب الوصف ان اوجب سقوط العين عن قابلية الانتفاع بها فتسقط عن الملكية ايضا والافهي مال .  
ولكن الظاهر انه لامنافاة بين بقاء العين على قابلية الانتفاع بها وبين سقوطها عن المالية .

وتوضيحه : ان الصفة الزائلة تارة توجب قله الانتفاع بالعين كما في الاناء البلور فانه اذا انفطر يقل الانتفاع به لانه لايجعل فيه الشيء الحار وقد كان ذلك ممكنا قبل الانفطار فزوال هذا الوصف لا يقتضى سقوط اصل المالية وان اوجب نقصا فيها .

(واخرى توجب) سقوط العين عن قابلية الانتفاع بها مستقلا ولكن يمكن

ان ينتفع بها منظماً كالقلم من الخشب اذا انكسر اذ لا يمكن الانتفاع بكل قطعة منه مستقلاً في الكتابة الا ان الانتفاع به منظماً الى البقية في الاحراق ونحوه ممكن وزوال هذه الصفة يوجب سقوط العين عن المالية لا الملكية ومن هذا القبيل الحبة الواحدة من الحنطة او الارز وهكذا الرطوبة الباقية على اعضاء الوضوء او الخيط الباقي في الثوب المخيط .

( وثالثة ) يكون زوال الصفة موجبا لسقوط العين عن قابلية الانتفاع راساً لامستقلاً ولا منظماً فتسقط عن المالية والملكية معا ولكن تكون متعلقة لحق اولوية المالك واختصاصه بحكم الشارع ومن هذا القبيل الخل المنقلب خمرا والكوز المكسور والحيوان الميت وهذا كله ظاهر .

وانما الكلام في الدليل المثبت لحق الاولوية والاختصاص بالاضافة الى العين بعد سقوطها عن الملكية فقد يستدل عليه باشتمال الملكية عليها فاذا زالت الملكية بقيت الاولوية او يقال ان عدم جواز التصرف في ملك الغير باق بعد سقوطه عن الملكية بالاستصحاب .

( ويرد الاول ) ان الملكية ليست مشتملة على الاولوية لتبقى بعد زوالها فانها امر مغاير للملكية .

( ويرد الثاني ) ان عدم جواز التصرف بدون اذن المالك انما كان بعنوان الملكية وقد ارتفعت فلا مجال للاستصحاب ( فالصحيح ) ان يستدل عليها بالسيرة العقلائية المتصلة بزمان المعصوم ( ع ) فان العقلاء يرون العين مختصة بمالكها بعد سقوطها عن الملكية ولا يجوز مزاحمتها فيها ( ويشهد ) لذلك كونها ملكا للمالك السابق بعد عود الصفة الزائلة التي بها قوام المالية اذ ليس ذلك الا من جهة اولويته بها حين زوال تلك الصفة .

( واما ما ذكره شيخنا المحقق ) من ان سبب الملكية من الارث او الشراء

## قوله ره : وهل للغرامة المدفوعة (١)

او غيره كان مقتضياً للملكية وقد زاحمه مانع عن تأثيره فلم يؤثر فاذا زال المانع يستند الاثر اليه .

( فيرده ) اولاً ان المقتضى والمانع والشرط المصطلحة اجنبية عن الاحكام الشرعية وليس هناك الا الحكم والموضوع ( مضافاً ) الى ان العين بعد عود الصفة الزائلة منها تكون مباينة لها قبل زوال الصفة عنها فانحل المنقلب خمراً مباحاً للعزل المنقلب عن الخمر فكون السبب السابق مقتضياً للملكيتها قبل زوال الصفة لا يستلزم كونه في ملكيتها بعد عود الصفة .

( ثانياً ) ان السبب انما كان يقتضى الملكية الواحدة المستمرة لا الملكية في كل آن فالمقتضى قد ارتفع بالمانع ولم يكن السبب مقتضياً للملكية اخرى .

( فالحق ما ذكرناه ) مع قيام السيرة على بقاء حق الاولوية للمالك فاذا عادت العين مملوكة لا محالة تكون ملكاً للمالكها السابق ( ثمن حق الاولوية ) بالعين ينتقل الى الضامن بعد ادائه الغرامة بنسأ على كونها اداء مال المالك بعد اسقاطه للخصوصيات كما عليه سيرة العقلاء وهكذا اذا كانت الغرامة بدلاً عنه .

(١) اذا تعذر رد العين فادى الضامن بدلها وكان التعذر مستمراً فلا اشكال في عدم جواز مطالبة المالك بماله ثانياً لانه ادى بدله وأما اذا زال التعذر فعلى مسلك القوم يكون للمالك مطالبة عين ماله ويجب على الضامن تحصيله ولو توقف على مقدماته وجب تحصيلها واذا حصلت في يده وجب اداؤها وكل ذلك على ما سلوكه واضح .

( وانما الكلام ) في انه هل يجب على المالك دفع الغرامة الى الضامن بمجرد تمكنه من تحصيل العين ولا يجوز له ابقائها ولا التصرف فيها اولاً ؟  
أما بناء على كون الغرامة اداء للعين او بدلاً عنها فلا يجب عليه ردها ولازمه

قوله ره: المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد

للصبي (١)

عدم جواز مطالبته بالعين واما بناء على كونها بدلا عن سلطنة المالك على المطالبة بحقه الفئات بالتعذر فيجب عليه حينئذ ردها لرجوع السلطنة اليه بمجرد تمكن الضامن من اداء العين وارتفاع تعذره ( وتوضيحه ) اذا فرض ان الضامن تسامح عن اداء الغرامة الى ان ارتفع التعذر وتمكن من اداء العين غايته توقف اداؤها على الاتيان بها من داره فانه في مثل هذا ليس للمالك المطالبة بالبدل لتمكنه من المطالبة بعين ماله فعند ارتفاع التعذر لا يجوز له المطالبة بالبدل بقاء ( وبالجمله ) الحكم بكون المبدول عوضا عن حق المطالبة والحكم بجواز التصرف فيه بعد زوال التعذر مما لا يجتمعان ( فالمتحصل ) من جميع ما ذكر ان بدل الخيولة لا دليل عليه الا اذا قام عليه اجماع تعبدي يعمل به في مورده .

## شروط المتعاقدين

(١) هذا هو المعروف بينهم ومقتضى اطلاق كلماتهم عدم الفرق بين اجازة الولي وعدمها ولا باس قبل تحقيق ذلك من التكلم في مطلق افعال الصبي فيما يرجع الى الاصول والى الفروع مما لا يعتبر فيه القصد او مما يعتبر فيه ذلك من العبادات او المعاملات بالمعنى الاعم .

اما ما يرجع الى اصول الدين فقد ذكروا انه لا اعتبار بكفر الصبي واسلامه ولذا جعلوا اسلام مولانا أمير المؤمنين عليه السلام قبل بلوغه من مختصاته وقد ناقش فيه بعض العامة (١) والصحيح صدق عنوان المسلم والكافر باقسامه والمرتد والمشارك على

(١) لقد اكثر رواية الحديث من قصة اسلام (ابي الحسن) -ع- حال الصغر -

الصبي اذا اقر او انكر حقيقة فيعده ادلة الاحكام الثابتة لتلك العناوين الا ما ارتفع عن الصبي بحديث ( رفع القلم ) مثل وجوب قتل المرتد عن فطرة وحبس المرتدة كذلك في اوقات الصلاة لتتوب فانها غير ثابتة لغير البالغ ( لرفع القلم ) ولولاه لم يمكن الحكم بالحاق الصبي بولييه من حيث الاسلام والكفر لعدم الدليل على التبعية فتأمل وعلى هذا فليس قبول اسلام سيدنا امير المؤمنين (ع) من مختصاته ليناقد فيه .

- وتردد ذلك في الجوامع وتضاربت الاقوال فيها ولايهما اطالة البحث انما المهم الفات نظر القارىء الكريم الى البون الشاسع بين اسلامه واسلام الصبي .

(اولاً) انا لا نقول ان امير المؤمنين اول من آمن وان كان هو اول من وافق الرسول (ص) على مبدا الاسلام لما صدع بالأمر وصافقه على اظهار الدعوة ولكننا نقول متى كفر علي (ع) حتى يؤمن؟! وانما كان هو وصاحب الدعوة الالهية عارفين بالدين وتعاليمه معتنقين له منذ كيانها في عالم الانوار قبل خلق الخلق غير ان ذلك العالم مبدا الفيض الاقدس ووجودهما الخارجي مجراه (فمحمد نبي وعلي وصي وآدم بين الماء والطين) .

(ثانياً) ان رسول السماء العارف بالاحكام الالهية وشرائع النبوات قبل اسلام ابن عمه انجز له جميع ما وعده من الاخوة والوصاية والخلافة العامة حين اجاب دعوته ووازره على هذا الامر وقد احجم عنه عشيرته وقرباه يوم نزول قوله ( تعالى ) ( وانذر عشيرتک الاقربین ) .

وهل ترى ان النبي (ص) كان يومئذ يجد في شريعته عدم الجدوى باسلام (علي) - ع - لصغره الا انه حاباه - كلا وحاشا - وانما قابله بكل ترحيب وخوله مالم يخول احدا لصحة اسلامه عنده بحيث كان على اساس رصين فاتخذ رداء له كمن اعتنق الدين عن قلب شاعر ولب راجع وعقلية ناضجة يغتم بذلك محاماته ومرضاة ابيه في المستقبل .

(وأما أفعال الصبي من حيث الفروع) فالتى لا يعتبر فيها القصد كالطهارة والنجاسة والجنابة بالجماع ونحوها فالظاهر شمول أدلتها للصبي أيضا فتأمل غايته لا يترتب عليها الحكم التكليفي قبل البلوغ (وأما التى يعتبر فيها القصد) فما كان من العبادات المستحبة فادلتها تعم الصبي ولا ترتفع بحديث رفع القلم لكونه وارداً فى مقام الامتنان تحقيقاً أو تقريباً فلا يرتفع به الا ما كان فى رفعه امتناناً على الصبي أو المحنون ويكون ثبوته كلفة عليه وليس فى الاستحباب كلفة (وأما العبادات الواجبة) فادلتها مثل اقيموا الصلاة شاملة فى نفسها للصبي ولذا ذكروا ان حديث (رفع القلم) يرفع الالتزام بالاضافة الى الصبي فتبقى المطلوبة المطلقة .

— واذا اكبرنا النبي (ص) عن كل مدهانة ومصانعة فلا نجد مسرحاً فى المقام لأي مقال الا ان نقول ان اسلام (امير المؤمنين) - ع - كان عن بصيرة وثبات مقبول عند الله ورسوله وكان ممدوحاً منهما عليه كما تمدح هو عليه السلام بذلك غير مرة وهو اعرف الامة بتعاليم النبي الكريم (ص) فقال انا الصديق الاكبر لا يقولها بعدي الا كاذب مفتر صليت مع رسول الله (ص) قبل الناس بسبع سنين وقال له رسول الله (ص) انت اول المؤمنين ايماناً و اسلاماً كما مدحته الصحابة بذلك وهم ابصر من غيرهم يوم كانوا يغترفون من مستقى العلم ومنبع الدين وعلى هذا الاساس تظافر الثناء عليه من العلماء والمؤلفين والشعراء وسائر طبقات الامة بانه اول من اسلم .

لكن هناك ضالع فى سيره حسب شيئاً فخاذه هاجسته وهوى الى مدحرة الباطل فقال (اسلم علي وهو صغير) يريد بذلك الخط من مقامه وليس هناك .  
(ثالثاً) لو تنازلنا عن جميع ذلك فن ابن علمنا ان اشتراط البلوغ فى التكليف كان مشروعاً فى اول البعثة فلعله كبقية الاحكام التدرجية نزل الوحي به فيما بعد ولقد حكى الخفاجي الشافعي فى شرح الشفا ج ٣ / ١٢٥ باب دعاء النبي (ص) على-



( وفيه ) ان الوضع الواحد للحكم اما يكون الزاميا بالاضافة الى جميع افراد موضوعه واما يكون ترخيصيا كذلك وأما كونه الزاميا في بعض افراد موضوعه وترخيصيا في البعض الاخر فهو غير ممكن فتامل (وعليه) فمقتضى حديث رفع القلم عن الصبي خروجه عن العمومات بالكلية فكيف تثبت به المطلوبة المطلقة (لكن) يمكن اثباتها بما ورد من امر الالباء ان يامروا صبيانهم بالصلاة فان الأمر بالأمر امر وبعد ضم حديث رفع القلم الى ذلك ورفع الالزام تثبت المطلوبة لامحالة وبضميمة عدم القول بالفصل ثبت ذلك في الجميع .

( وأما غير العبادات من المعاملات ) بالمعنى الاعم من العقود والايقاعات

فالكلام فيها من جهات ثلاث :

( الاولى ) في تصرف الصبي في مال نفسه باجازة الولي او بغير اجازته .

( الثانية ) : في تصرفه في مال الولي باذنه .

( الثالثة ) : في تصرفه في مال الغير بالوكالة المطلقة عن المالك .

صبي عن البرهان للحلي والسبكي ان اشترط الاحكام بالبلوغ نزل الوحي به بعد ( احد ) وفي السيرة الحلبية ج ١ ص ٣٠٤ باب انه اول الناس ايمانا كان الصبيان مكلفون وانما رفع القلم عن الصبي عام خبير وعن البيهقي ان الاحكام انما تعلقت بالبلوغ في عام الخندق او الحديبية وكانت قبل ذلك منوطة بالتمييز .

( رابعاً ) انا معاصر الامامية نعتقد في ائمة الدين انهم حاملون اعباء الحجة متحلون بالفضائل كلها منذ الولادة كما يبعث عيسى في المهدي نبيا واوتي الحكم يحيى صبيا غير انهم بين مامور بالكلام او مامور بالسكوت وبذلك تقرأ على كل واحد منهم الصحيفة الخاصة به فلهم احكام يمتازون بها عن احكام الرعية ومن اقلها قبول اجابة الدعوة منذ الصغر وحينئذ لا مساغ للبحث في ذلك .

( عبد الرزاق الموسوي المكرم )

وفي كل من هذه الجهات يقع البحث في مقامين (المقام الاول) في معاملات الصبي مستقلا بحيث يكون الفعل فعله حقيقة سواء كان ذلك في مال نفسه او في مال الولي او ملك الغير بالوكالة المطلقة عنه على نحو كان مفوضا .  
 (والظاهر في هذا المقام) وفاقا للمعروف عدم نفوذ تصرفات الصبي اذا كان مستقلا فيها ويدل عليه قوله - تعالى - (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم) فان ظاهره يفيد اناطة استقلال الصبي في التصرف بامر من بلوغ النكاح وهو كناية عن الخروج عن حد الصبي واستيناس الرشد منه والا كان ذكر الغاية بقوله (حتى اذا بلغوا) لغوا فلا وجه لما ذهب اليه ابو حنيفة من التفصيل في نفوذ معاملة الصبي بين ما اذا كان رشيدا فينفذ وبين ما اذا لم يكن رشيدا فلا ينفذ (١) فانه مناف للقيد المذكور في الاية المباركة .

(١) ابو حنيفة يفصل بين الصبي المميز فينفذ تصرفه وان لم يكن بالغاً وبين ما اذا لم يكن مميزاً فلا ينفذ يدل عليه ما في احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٧٤ عند قوله (تعالى) في النساء : ٤ (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم) قال ابو بكر الجصاص اختلف الفقهاء في اذن الصبي في التجارة فقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد والحسن بن صالح جائز للاب ان ياذن لابنه الصغير في التجارة اذا كان يعقل الشرى والبيع وكذلك وصي الاب والجد اذا لم يكن وصي اب ويكون بمنزلة العبد المأذون له .

وقال ابن قدامة في المغني ج ٤ ص ٢٤٦ كتاب البيع باب تصرف الصبي يصح تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما اذا اذن له الولي في احدى الروايتين وهو قول ابي حنيفة والثانية لا يصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لانه غير مكلف

ولعل السر باختبار الرشد قبل البلوغ مع عدم وجوب دفع المال الابعده ان لا يمنع البالغ الرشيد عن ماله بعد بلوغه حتى بمقدار زمان الاختبار فانه بحسب الغالب يحتاج الى مدة ولو قصيرة فاذا كان الاختبار بعد البلوغ لا بد وان يمنع في زمان الاختبار عن تسليم ماله اليه ولا وجه له .

ثم لا يخفى ان الاية الشريفة وان كانت مختصة بتصرف اليتيم في اموال نفسه مستقلاً ولا يعم تصرفه في مال غيره الا انه يمكن الحاقه بعدم القول بالفصل او بالاولوية ( نعم ) يعم جميع الصور رواية ابن سنان ( متى يجوز امر اليتيم قال حتى يبلغ اشده قال ما اشده قال احتلامه ) (١) فان المراد من الجواز المضي والنفوذ - فاشبه غير المميز وفي ( روح المعاني ) للالوسي ج ٤ ص ٢٠٤ في هذه الاية الاختبار قبل البلوغ عند ابي حنيفة .

(١) الرواية في خصال الصدوق ج ٢ ص ٨٩ باب الثلاثة عشر من الطبع الاول قال حدثنا ابي عن سعد بن عبد الله عن احمد بن محمد بن عيسى عن احمد بن محمد ابن ابي نصر البرنطي عن ابي الحسين الخادم بياع اللؤلؤ عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) قال سأله ابي وانا حاضر عن اليتيم متى يجوز امره قال حتى يبلغ اشده قال وما اشده قال احتلامه قال قلت قد يكون الغلام ابن ثمانية عشر سنة او اقل او اكثر ولا يحتلم قال اذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز امره الا ان يكون سفياً او ضعيفاً ورواها عنه في البحار ج ٢٤ ص ٣٩ كتاب الحجر باب حد البلوغ ولكن فيه ( عن البرنطي عن الحسين ابي الخادم عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام الخ .

ورواها عنه في الوسائل ج ٢ ص ٦٢٩ باب ٢ حد ارتفاع الحجر عن الصغير كتاب الحجر كما نقلناه عن الخصال ( و ابو الحسين الخادم لم يذكر في الرجال ) .  
( عبد الرزاي الموسوي المكرم )

## قوله ره : ويمكن ان يستأنس له ايضاً (١)

والامر من العناوين العامة نظير عنوان الشيء فيعم جميع افعاله مما يصدق عليه انه امره سواء كان في مال نفسه او في مال غيره .

( وأما المقام الثاني ) وهو ما اذا كان الصبي آلة للغير بمنزلة شفقي الانسان في اجراء العقد او الايقاع فالظاهر فيه هو الجواز بداهة عدم شمول الآية له كما ان الرواية المتقدمة ايضاً غير شاملة له لعدم صدق امر الصبي على ما ليس مستقلاً فيه فتأمل بل يكون بمنزلة الآلة ويكون الفعل فعل غيره حقيقة ولذا ذكرنا تبعاً للمحققين ان الخيار لا يثبت للوكيل في اجراء الصيغة لعدم صدق البيع عليه وكذا حديث ( رفع القلم عن الصبي ) فان المرفوع به وان لم يكن خصوص المؤاخذة كما زعم المصنف (ره) لكون الرفع لا بد وان يتعلق بما يكون امر رفعه ووضعها بيد الشارع ابتداء وهو الاحكام كما بيناه في حديث الرفع الا انه انما يرفع الاحكام التكليفية المتوجهة الى نفس الصبي ولا يرفع الحكم عن غيره الا اذا كان الصبي واسطة في البين . وبعبارة اخرى بعد ما كان الفعل الصادر من الصبي مستنداً الى البالغ فلا يرتفع بحديث رفع القلم الاحكام المتوجهة اليه لكون الآلة صبياً وهو اجنبي عن رفع القلم عن الصبي كما هو ظاهر فلم يبق في البين ما يتمسك به لعدم نفوذ مطلق معاملة الصبي سوي ما ورد من ان عمد الصبي خطأ فلا بد من البحث عن اختصاصه بباب الجنائيات والكفارات فلا يعم المقام وعدمه .

(١) الاخبار الواردة في المقام على طوائف ثلاث :

( الاولى ) : رواية رفع القلم ورواية ابن سنان المتقدمتين وقد عرفت انهما ناد رفع القلم عن الصبي ليس الا رفع الاحكام التي فيها كلفة على الصبي اي فعله القابل للمضي وعدمه بمناسبة اسناد الجواز اليه ولا يصدق ذلك الا فيما اذا كان الصبي مستقلاً في تصرفه ولو بالوكالة المطلقة عن الغير فلا يعم ما اذا كان آلة

محضاً لاجراء الصيغة فان الأمر لم يكن امره ولا الفعل فعله .  
( الطائفة الثانية ) : ما ورد من ان عمد الصبي وخطأه واحد من غير تقييد  
بباب الجنایات فاطلاقها شامل لجميع الموارد .

( الطائفة الثالثة ) : ماورد من ان المجنون والمعتوه الذي لا يفيق والصبي الذي  
لم يبلغ عمدهما خطأً تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم وظاهره الاختصاص بباب  
الجنایات فانها التي تحمله العاقلة .

( وربما يتوهم ) تقييد الاولى بها من باب حمل المطلق على المقيد ولكنه غير  
صحيح لعدم التنافي بينهما بعد كونهما مثبتين ( الا انه ) لا يمكن الاخذ باطلاقها  
لوجهين وجود المانع وعدم المقتضى اما المانع فهو القطع بعدم ارادة الاطلاق فان  
لازمه صحة صوم الصبي اذا افطر متعمدا وصحة صلواته اذا قطعها لان عمدته بحكم الخطأ  
وهكذا اذا سلم على غيره لا يجب الرد عليه اكونه بحكم الخطأ الى غير ذلك مما لا يلتزم  
به فالاطلاق غير مراد جزماً .

واما عدم المقتضى فانه لم يرد في الرواية ان عمد الصبي كلا عمد وانما ورد ان  
عمده وخطأه واحداً فيختص بموارد كان الفعل فيها بعنوان العمد موضوعاً للحكم وبعبارة  
الخطأ محكوماً بحكم اخر فيكون صدور ذلك الفعل من الصبي بمنزلة صدوره من البالغ  
خطأً وهذا المعنى مختص بباب الجنایات ولا يجري في غيرها حتى كفارات الحج التي  
زعم المحقق النائيني ( قده ) جريانه فيها فان بيع الخطأى انما يحكم بفساده لا بعنوان  
انه بيع خطأ بل من جهة عدم تحقق البيع العمدي الذي هو الموضوع للأثر وهكذا في بقية  
الموارد حتى الكفارات في الحج فانها مترتبة على الفعل العمدي فعدم ترتبه على الخطأ  
انما هو من جهة عدم تحقق الموضوع فتعميم مورد الرواية الى الكفارات لا وجه له .  
وهذا بخلاف الجنایات فانها على اقسام ثلاثة الجنابة العمدية والجنابة الخطائية  
والملحقة بالخطأ وهو ما اذا كان اصل الفعل مقصوداً دون عنوانه مثل ان يرمي شبحاً  
باعتقاد كونه غزاً لا يريد قتله فصادف انساناً فقتله فهذا ملحق بالخطأ .

وقد رتب في الشريعة المقدسة على كل من العمد والخطأ حكم فيصح ان يقال الفعل الصادر من الصبي عمدا يلحقه حكم الصادر من البالغ خطأ .

نعم قد يوجد احيانا موارد رتب فيها الاثر على الفعل الصادر خطأ . كما في بعض موجبات الكفارة في الحج مثل نتف الشعر فان عمده محكوم بحكم وخطاه محكوم بحكم اخر وهكذا بعض الامور التي يوجب تعمدتها بطلان الحج وخطاها الكفارة لانها ايضا خارجة عن مورد الرواية بعد ضم حديث رفع القلم اليها .

وذلك لتوجه التكليف فيها الى نفس الفاعل الذي صدر عنه الفعل خطأ كوجوب الكف من الطعام في المثال المتقدم وقد عرفت ان حديث رفع القلم رفع جميع التكاليف عن الصبي فبعد ضمه اليها ينحصر المورد بما اذا كان الفعل الخطأي موضوعا للاثر ولم يكن الاثر تكليفا متوجها اليه بل كان متوجها الى غير البالغ كالعاقلة في باب الجنائيات فان الدية عليها لا على الصبي .

وبالجملمة المتحصل من الطائفة الاولى اعني حديث رفع القلم عن الصبي ورواية ابن سنان خصوصا بملاحظة اضافة الامر فيها الى اليتيم واسناد الجواز اليه ليس الا عدم نفوذ تصرف الصبي فيما يصدق عليه امر الصبي ويكون قابلا للنفوذ وعدمه كبيع الصبي ونكاحه وطلاقه مستقلا .

وأما مجرد اجرائه الصيغة فلا يصدق عليه ذلك لان العقد حينئذ يكون عقد الموكل او الولي ومجرد اجراء الصيغة ليس امراً قابلاً للنفوذ وعدمه فتأمل فما هو قابل للمضي ليس الا فعل البالغ ولا يمنع نفوذ فعله وساطة الصبي في اجراء الصيغة بعد كون الفعل فعلا له حقيقة كما ان عدم نفوذ تصرف الصبي حال صباه لا ينافي ترتب الاثر عليه بعد بلوغه كما اذا اتلف الصبي مال غيره فانه يصدق عليه حديث من اتلف بعد بلوغه فيجب عليه الخروج عن عهده واما الطائفة الثانية والثالثة فلا اطلاق لها لاختصاصها بباب الجنائيات على ما عرفت .

نعم تمسك المصنف (ره) باطلاق ذيل خبر البخري (١) وهو قوله (ع) (وقد رفع عنها القلم) لم يقيد بما اذا كان الصبي مستقلاً في التصرف ولا بيباب الجنائيات وقد استظهر ذلك باحد وجهين يرتبط به هذه الجملة مع الجمل السابقة بان تكون علة لقوله (ع) (تحمله العاقلة) فيتمسك باطلاق العلة وان كان المعلول مختصاً بالجنائيات او معاولاً لقوله (ع) عمد الصبي خطأ .

ولكن الظاهر عدم تمامية شيء منها اما فساد كونه علة لثبوت الدية على العاقلة فلعدم الملازمة بين الامرين فضلاً عن العلية فان ارتفاع القلم عن الصبي لا يستلزم ثبوت الدية على العاقلة اذ يمكن ارتفاع الدية رأساً وعلى فرض لزوم الدية من باب عدم ذهاب دم المسلم هدرًا فيمكن ان تكون ثابتة على بيت المال او على جميع المسلمين وعلى اي حال رفع القلم عن الصبي ليس علة لثبوت الدية على العاقلة .

واما عدم كونه معلولاً لقوله (ع) عمد الصبي خطأ فلانه لو اريد به كون عمده خطأ تكوينياً امكن تقريب العلية بوجه الا انه كذب محض فلا بد وان يكون ذلك تنزيلاً بنحو الحكومة بمعنى ان الشارع نزل عمد الصبي بمنزلة الخطأ ومعنى التنزيل نفي اثار المنزل عنه واثبات آثار المنزل عليه ويكون المراد من التنزيل هنا نفي اثار العمد كالقصاص وما هو شبه العمد كالدية من مال الجاني عن فعله واثبات اثار الخطأ له لكن في خصوص ما اذا كان متوجهاً الى الغير لا الى الصبي لما قدمناه وهذا معنى رفع القلم عنه فهو متمم ومبين له لا معلوله .

(١) رواية ابو البخري وهب بن وهب القرشي عن الصادق في قرب الاسناد ص ٩٥ المطبعة الحيدرية سنة ١٣٦٩ قال عليه السلام في الجنون والمعتوه الذي لا يفتيق والصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم ونقله عنه في الوسائل ج ٣ ص ٤٧٢ باب ٣٦ حكم غير البالغ وغير العاقل في القصاص .  
(عبد الرزاق الموسوي المرقم)

قوله ره : عدم مؤاخذتها بالاتلاف (١)

قوله ره : كالتعزير (٢)

وعايه لا بد وان يختص بباب الجنایات لما بيناه من اختصاص تنزيل العمد منزلة الخطأ ثم لو تنزلنا عن ذلك وسلمنا دلالة هذه الجملة على نفي الاعتبار عن التزامات الصبي مطلقا سواء كان باذن الولي او بدونه كما استظهره المصنف (ره) فلا ربط لها بما نحن بصدده من سلب عبارة الصبي حتى في مجرد اجراء الصيغة مع استناد العقد والالتزام الى غيره فلم يظهر لنا من الاحاديث المتقدمة شيء من ذلك .

(١) تعرض المصنف (قده) لفروع منها مسألة اتلاف الصبي وسببته للضمان وعدمه ونقول اما ماورد من ان عمد الصبي خطأ فلا يعم الاتلاف ونحوه مما لا يفرق فيه بين العمد والخطأ كما هو ظاهر وهكذا رواية ابن سنان لعدم صدق امر اليتيم خصوصا بعد اسناد الجواز وعدمه اليه على اتلافه واما حديث رفع القلم فقد عرفت ان مفاده رفع الالتزامات عن الصبي في الدنيا والاخرة واستقرار الضمان ليس منها نعم انما يوجب الحكم التكليفي بالاداء بعد البلوغ حيث يعمه حديث من اتلف ولو باعتبار الاتلاف السابق عليه (ولا ينتقض) ببيع الصبي حيث لا يترتب عليه لزوم الوفاء حتى بعد البلوغ فانه غير نافذ بمقتضى رواية ابن سنان بخلاف الاتلاف حيث لم يكن مشمولاً لها .

(٢) لا اشكال في ثبوته على الصبي وانما الكلام في ان خروجه عن الاخبار المتقدمة بالتخصص او التخصيص وبيئتي ذلك على شمولها لنفي الاحكام الثابتة للصبي او اختصاصها بنفي ما ثبت للبالغين فعلى الأول يكون خروج التعزير تخصيصا وعلى الثاني تخصصا والامر فيه سهل على اي حال .



قوله ره : ووصيته وايصال الهدية واذنه في الدخول (١)

## بحث في التقاط الصبي وحيازته

لا يخفى ان بعض افعال الصبي كالحيازة واحياء الموات والالتقاط ونحوها ذكروا عدم ترتب الاثر عليها ايضا والكلام فيها مبين على امرين .  
( الامر الاول ) : ان يكون القصد معتبرا في حصول الملك بها وهو خلاف اطلاقات ادلتها مثل قوله (ع) من حاز ملك وقوله (ع) من احيا ارضا مائة فهي له وقوله من سبق الى ما لم يسبق اليه غيره فهو اولى به الى غير ذلك .  
( الامر الثاني ) : ان يستفاد من الاخبار المتقدمة سقوط قصد الصبي ايضا عن الاعتبار وهو ممنوع لانه لم يرد في شيء منها ان قصد الصبي كالا قصد وما ورد من ان عمده خطأ يختص بباب الجنائيات وحديث رفع القلم مفاده رفع الالتزام عنه ورواية ابن سنان مختصة بما يصدق عليه امر الصبي ويكون قابلا للنفوذ وعدمه فتأمل .

فتحصل مما تقدم ان العمدة من الروايات في المقام ما ورد من عدم جواز امر الصبي حتى يحتلم ولا يعم الا ما يصدق عليه عنوان امر الصبي مما هو قابل للجواز وعدمه فلا يشمل ما اذا كانت المعاملة مع البالغ وكان الصبي واسطة في اجراء الصيغة او لمجرد القبض كما لانعم احياء الموات والحيازة والالتقاط اما بناء على عدم اعتبار القصد فيها فواضح واما بناء على اعتباره فيها فكذلك لعدم صدق الأمر على القصد ولم يرد في شيء منها ان قصد الصبي كالا قصد فتكون هذه الامور نافذة من الصبي .

(١) أما الوصية من الصبي البالغ عشر سنين فنصوص عليها (١) واما

(١) في الوسائل ج ٢ ص ٦٧٣ باب ٤٤ طبع عين الدولة روى عن ابي بصير -

قوله ره : بين ان يكون من الاشياء اليسيرة او الخطيرة (١)

ايصال الهدية واذنه في الدخول فلم نعرف وجهها لاستثنائها لعدم دخولها في المستثنى منه فان مورده تصرفات الصبي التي تكون موضوعا لأثر شرعي وليس شيء من الامرين كذلك ( اما ايصال الهدية ) فلعدم كونه مقوما لعقد الهبة ولذا يمكن تحققه بواسطة حيوان ونحوه ( وأما الاذن في الدخول ) الى دار الغير فليس في نفسه موضوعا لجواز الدخول فان حصل منه الاطمئنان برضى المالك كما هو الغالب فهو المعتمد والا فلا يجوز التصرف في مال الغير سواء كان الاذن بالغاً او صبياً فلا معنى لاستثنائها بعد عدم دخولها في مورد البحث .

(١) استدل على التفصيل بين الامور الحقيرة وغيرها بقيام السيرة على نفوذ معاملة الصبي في الاولى وبقوله ( ع ) نهى النبي ( ص ) عن كسب الصبي مالم يحسن صنعة بيده معللاً بانها ان لم يجد سرق (١) بدعوى ظهور التعليل بالامر العرضي في ذلك فان عقد الصبي لو لم يكن نافذاً كان الانسب ان يعلل النهي به .  
( ولكن الظاهر ) عدم دلالة شيء منها ( اما السيرة ) فان كان المدعي قيامها

- عن ابي عبد الله ( ع ) قال اذا بلغ الغلام عشر سنين واوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته وعن منصور بن حازم عن ابي عبد الله سألته عن وصية الغلام هل تجوز قال اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته وعن عبد الرحمن بن عبد الله عن ابي عبد الله ( ع ) قال اذا بلغ الغلام خمسة اشبار اكلت ذبيحته واذا بلغ عشر سنين جازت وصيته وعن زرارة عن ابي جعفر ( ع ) قال اذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما اعتق او ماتصدق او اوصى على حد معروف وحق فهو جاز .  
(١) في الكافي ج ٥ ص ١٢٨ باب السحت رقم الحديث ٨ مطبعة الحيدري بطهران عن السكوني عن ابي عبد الله قال نهى رسول الله ( ص ) عن كسب الاماء فانها ان لم تجد زنت الا امة عرفت بصنعة يد ونهى عن كسب الغلام الذي لا يحسن -

## قوله ره : قصدهما لمدلول اللفظ (١)

على نفوذ معاملة الصبي فيما اذا كان آلة لاجراء العقداء او القبض فهو وان كان حقا كما عرفت الا انه غير مختص بالاشياء اليسيرة فانا بينا في المعاطاة عدم توقفها على الاخذ والاعطاء اصلا على ماهو المتعارف كما في دحول الحمام ووضع الثمن في دخل الحمامي ولا يقل قبض الصبي عن عدمه ولا عن كوز الحمامي .

وبالجمله ماعليه السيرة من نصب الصبي على الدكان انما هو من جهة ان لا يسرق احد من الدكان شيئا لامن جهة المعاملة معه مستقلا فانه بمنزلة كوز الحمامي ( نعم ) فيما اذا كان القبض مقوما للعقد كما في الهبة لا اعتبار بقبض الصبي لابمائه قبض بل من حيث كونه التزاما مقوما لقبول العقد وهو مرفوع عن الصبي .

( وان كان المدعى ) قيام السيرة على نفوذ معاملة الصبي مطلقا فهو ممنوع من المتدينين واما الاستدلال بالخبر فهو مضافا الى ضعفه بالسكوني ان المراد بالكسب ان كان معناه المصدرى فلا محالة يكون النهي تنزيهيا متوجها الى اولياء الصبي للحكمة المذكورة فيه وعليه فهو اجنبى عن المقام وان كان المراد به المكسوب فالمنهي عنه هو اخذ مطلق ما يحصل في يد الصبي نظير النهي عن كسب الاماء معللا بانهن ان لم يجدن زنين .

## قصد المتعاقدين اللفظ والمعنى

(١) الكلام في المسالة يقع من جهات ( الاولى ) اعتبار قصد اللفظ والمعنى

- صناعة بيده فانه ان لم يجد سرق وعلى هامش مرآة العقول ج ٣ ص ٣٩٤ نفس الباب ورواه عنه في الوسائل ج ٢ ص ٥٤٦ باب ٦١ كراهة كسب الصبيان الذين لا يحسنون صناعة ومن لا يجتنب المحارم من ابواب ما يتكسب به طبع عين الدولة .  
( عبد الرزاق الموسوي المقوم )

### قوله ر ه : لعدم تحقق القصد في عقد الفضولي والمكره (١)

وهذا هو المعروف فلا بد ان يقصد كل من المتبايعين اللفظ بان لا يكون صدوره منه لسبق اللسان ونحوه كما انه لا بد من قصدها المعنى وهو ابراز اعتبار المبادلة بين المالين فاذا قصد اللفظ ولم يقصد المعنى كما في الهازل او من كان في مقام عد الصيغ فقال بعث فانه لا يتحقق به البيع وبعبارة اخرى قد تقدم ان البيع متقوم بامرين الاعتبار النفساني وابرازه خارجا فلا بد في تحققه من ثبوت كلا الامرين فقصد اللفظ والمعنى من مقومات البيع فلا يصح التعبير عنها بشرط العقد او المتعاقدين فان الشرط انما يطلق على الامر الخارج عن حقيقة المشروط .

(١) ذكر الشهيد في المسالك انها قاصدان لللفظ دون المعنى ونقول اما المكره فهو بحسب الغالب قاصد للمعنى كما انه قاصد لللفظ الا اذا كان ملتفتا فيجري العقد بنحو التورية ولا يقصد معناه فالاكراه غير مستلزم لعدم قصد المعنى كما ان الاكراه على الامور الخارجية من الاكل والضرب ونحوه لا يستلزم عدم قصد حقيقتها فما يكون عقد المكره فاقد له ليس الاطيب النفس ولذا ينفذ اذا لحقه ولو لم يكن المكره قاصداً للمعنى فحقيقة البيع لا تكون متحققة فكيف ينفذ بلحوق طيب النفس به الذي هو مما اتفقت عليه اراء الخاصة في قبال العامة (١)

(١) الحنفية وافقوا الخاصة بصحته مع الاجازة اللاحقة وهذه نصوصهم في كتبهم الفقهية قال الكاشاني الحنفى في بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٨٦ كتاب الاكراه : الاكراه يوجب فساد البيع لفقده الرضا ويحول الاكراه باجازه ورضاه وقال في ص ١٨٨ اذا كان البايع والمشتري مكرهين جميعا على البيع والشراء فلكل منهما خيار الفسخ والاجازة لان البيع فاسد في حقها والثابت بالبيع الفاسد ملك غير لازم فان اجازا جميعا جاز وان احدهما دون الاخر جاز في جانبه وبقي الخيار في حق صاحبه وفي المبسوط للسرخسي الحنفى ج ٢٤ ص ٩٣ كتاب -

وأما الفضولي فهو أيضا قاصد لللفظ والمعنى معا بطيب نفسه ولذا ينفذ بيعه بلحوق الاجازة فان عقده لا يفقد عدى شرط من شروط صحته وهو رضا - الاكراه باب الاكراه على البيع اذا اكرهه على بيع عبده يساوي عشرة الآف درهم من هذا الرجل بالف درهم ففعل وقبض الثمن ولما تفرقوا من المجلس قال البائع اجزت البيع كان جائزا لان الاكراه لا يمنع انعقاد اصل البيع فقد وجد ١٠ اياه ينعقد البيع من الايجاب والقبول من اهله في محل قابل له ولكن امتنع نفوذه لانعدام تمام الرضا بسبب الاكراه فاذا اجاز البيع غير مكره فقد تم رضاه به فاذا اجاز بيعا باشره غيره نفذ باجازته فاذا اجاز بيعا باشره هو بنفسه فهو اولى به ( انتهى ) وحكى عن الحنفية في الفقه على المذاهب الاربعة ج ٢ ص ٢٠٨ مثل ذلك .

نعم عند الحنابلة والمالكية والشافعية بطلان بيع المكره وعدم تأثير لحوق الاجازة فيه وفي الفروع لابن مفلح الحنبلي ج ٢ ص ٤٤٢ وبتل المآرب لعبد القادر الشيباني الحنبلي ج ١ ص ٨٣ في البيع شرطه الرضا فلا يصح بيع المكره بغير حق ( وفي المدونة ) للمالك ج ٢ ص ٣٩١ باب العتق قال مالك لا يجوز على المستكره شئ من بيع وعتق ونكاح ووصية وصلاح سواء اكرهه السلطان او غيره وفي مختصر ابي الضياء في فقه مالك ج ٥ ص ٨ لا يلزم في الجبر على البيع اجماعا ولا على سببه على المذهب لقوله ( تعالى ) الا ان تكون تجارة عن تراض وقوله ( ص ) لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس .

وفي المذهب لابن اسحاق الشيرازي الشافعي والمنهاج للنووي ص ٣٩ وشرحه تحفة المحتاج لابن حجر ج ٢ ص ٧ كتاب البيع لا يصح عقد المكره في ماله بغير حق لعدم الرضا واستدل له في المذهب بقوله ( ع ) انما البيع عن تراض فدل على انه لا بيع عن غير تراض .

وبذلك نقل فتواهم في الفقه على المذاهب الاربعة ج ٢ ص ٢٠٨ .

## قوله ره : هل يعتبر تعيين المالكين (١)

المالك واجازته فاذا تحقق رتب عليه الاثر لا محالة فلا معنى للقول بان الفضولي غير قاصد للمعنى .

واما مايتوهم من عدم قصدهما للامضاء الشرعي لعلمهما بعدم ترتبه على العقد الصادر منها ففيه (اولا) ان المكروه كثيرا ما يتخيل ترتب الاثر شرعا على بيعه الصادر عن اكراه ولذا يكره انشاءه نعم قد يكون عارفا بالحكم الشرعي ولكن عدم قصد الامضاء الشرعي غير ملازم للاكراه بل قد يتحقق ذلك في غير مورد الاكراه كما اذا اعتقد الاب جريان الربا بين الوالد والولد فاوقع المعاملة الربوية مع ولده لا بقصد الامضاء الشرعي وهكذا في بيع الفضولي فانه قد يقصد الامضاء الشرعي بزعمه انه مالك للبيع لشبهة موضوعية او حكمية مثل ما اذا تخيل اختصاص الحبة بالولد الاكبر فباع غيره حصته منها فان البيع فضولي مع قصد الامضاء الشرعي .

(ثانيا) نفرض عدم كون المكروه والفضولي قاصدين للبيع الممضى شرعا الا انه اي أثر يترتب على ذلك مع انه لادليل على اعتباره اصلا كما انه ليس مقوما لحقيقة البيع (فتلخص) ان بيع المكروه والفضولي لا يفقد ان سوى طيب النفس في الاول ورضى المالك في الثاني والشاهد عليه نفوذه بلحقوق الاجازة وطيب النفس .

(١) هذه الجهة الثانية وهي اعتبار قصد من يقع عنه البيع وتعيينه سواء كان عن نفسه او غيره ثم على فرض اعتباره هل يلزم تعريفه للمشتري ام لا وهكذا من طرف المشتري فيقال هل يلزم تعيين من يقع البيع له وقصده وتعريف البائع به وتفصيل الكلام فيه تارة في البيع الشخصي واخرى في البيع الكلي . اما البيع الشخصي فتعين المالك فيه ثبوتا يغني عن تعيينه اثباتا بالقصد او باللفظ (وبعبارة اخرى) اعتبار شيء في البيع لا بد وان يكون لاحد امرين اما لدخالته في ماهيته وتقومها

به واما لقيام الدليل على اعتباره والمفروض فقدان كلا الأمرين في المقام فلا يقاس هذا بالنكاح الذي يعتبر فيه تعيين الزوجين لكونها ركناً فيه بخلاف البيع فانه بمعنى المبادلة بين المالكين وليس للمالكين دخل في حقيقته اصلاً ليلزم تعيينه .

ثم لو فرضنا قصد البيع او الشراء لغير المالك فهل يصح اولا فيه تفصيل ويتصور بحسب مقام الثبوت على صور ثلاثة ( الاولى ) ان يقصدا حقيقة البيع اعني انتقال الثمن الى مالك المثلث وبالعكس غاية الامر يجعل فائدة البيع لشخص ثالث وهذا متعارف مثلا يعطي احد البزازين دراهم ليقطع ثوبا الى ولده او خادمه او يعطي الثمن للخباز ويقول له اعط زيدا خبزاً ( الثانية ) ان يقصدا حقيقة البيع ويقصدا نقضه ايضا وفي هاتين الصورتين يتحقق البيع ويحصل النقل والانتقال وقصد رجوع الفائدة الى الغير او قصد النقض لا اثر له بعد ذلك اصلاً فتأمل .

( الثالثة ) ان لا يكونا قاصدين للمبادلة اعني دخول الثمن في كيس من خرج المثلث منه وبالعكس بل يقصد دخوله في ملك شخص اخر وفي هذه الصورة يكون البيع فاسداً هذا كاه في مرحلة الثبوت .

واما مرحلة الاثبات فاذا ذكر ذلك في اللفظ بان قال بعثك ثوبي بدراهم عمرو لا يترتب عليه الاثر لانه من قبيل الكلام المحتف بما يصلح للقرينة فلا يكون مبرزاً لحقيقة البيع .

( واما اذا كان الثمن والمثلث كلياً ) فلا مناص من تعيين من يقع البيع عنه او يكون الشراء له لامن جهة اعتباره في نفسه بل لان الكللي لا يكون مالا قابلاً للملكية مالم يضاف الى ذمة معينة فوقع البيع عليه متوقف على ذلك ( ومن هنا يظهر ) ان قياس المقام ببيع احد عبديه او طلاق احدي زوجتيه ( مع الفارق ) فان البيع او الطلاق في المثاليين انما يتعلق بالموجود الخارجى بالمقاء الخصاصيات الشخصية كما في بيع صاع من صبرة فان المبيع فيه ليس الكللي الطبيعي وقد اشترط

اداءه من الصبرة خارجا ليوجب تخلفه الخيار بل المبيع هو الموجود الخارجي لكن  
الخصوصيات الشخصية ليست مورداً للبيع بل هي باقية في ملك الباع وسيأتي  
الكلام فيه انشاء الله فبيع احد العبدین يكون المبيع فيه خارجيا لا كليا .

( وحاصل الكلام ) في اعتبار تعيين الباع والمشتري انه قد يكون المبيع  
والثمن شخصا وقد يكون كليا اما اذا كان شخصا فالتعيين بقصد الباع والمشتري  
غير معتبر قطعاً لان البيع عبارة عن المبادلة بين المالين وهي متحققة بقصد المبادلة  
بين المالين الشخصيين ولولم يقصد من يقع البيع له ومن يقع الشراء له ( نعم ) قد  
يقصد خلاف ذلك وهو وقوع البيع لغير الباع والشراء لغير المشتري كان يقول  
بعتك هذا ليكون الثمن ملكا لعمر و فهل يحكم في مثل هذا بفساد البيع او بصحته  
ولغوية قصد الخلاف او يفصل بين ما اذا ذكر ذلك في اللفظ فيفسد البيع وبين  
القصد الجرد فلا يبطل كما ذهب اليه التسري وجوه بل اقوال .

( والتحقيق ) ان قصد الخلاف قد يرجع الى عدم حقيقة البيع والمبادلة بين  
المالين بل يكون المقصود الهبة فلا بيع حينئذ ليكون صحيحا او فاسدا والتعبير بفساد  
البيع مسامحة وقد لا يرجع الى ذلك بان يكون واقع البيع مقصودا وهذا يتصور  
على صور :

( احدها ) ان يقصد رجوع نتيجة البيع وفائدته الى شخص اخر .

( ثانيها ) ان يكون تمليكا للغير بعد تحقق البيع ومن هذا القبيل شراء الوالد  
لولده والمولى لعبده ولا اشكال في صحته .

( ثالثها ) ان يقصد الخلاف من باب الادعاء وعقد القلب على كون غير  
المالك مالكا تشريعا ومن هذا القبيل بيع اللصوص والغاصبين ومن يتوكل عنهم  
فانه مبني على كون غير المالك مالكا تنزيلا .

( رابعها ) ان يكون ذلك من باب الخطأ في التطبيق مثل الوكيل عن غيره



في بيع امواله فتخيل ان العين الفلانية مملوكة للموكل فباعها له ثم ظهر كونها ملكا لشخص اخر وفي هاتين الصورتين يتحقق البيع للمالك غاية الامر يتوقف نفوذه على اجازته .

وبما ذكرناه ظهر فساد التفصيل فان قصد الخلاف ان كان مخلا بقصد واقع المبادلة بين المالكين كان البيع فاسدا سواء ذكر في اللفظ ام لم يذكر والا فلا يفسد على التقديرين .

ويلحق بالمبيع الشخصي ما اذا كان المبيع او الثمن كليا في ذمة شخص خاص وقصد البيع او الشراء لشخص اخر فانه يجري فيه الصور المذكورة هذا كله في الشخصي .

وأما الكلي فلا بد من تعيين البائع اذا كان المبيع كليا والمشتري اذا كان الثمن كليا ولا يصح البيع اذا اضيف الى واحد غير معين كان يقول بعثك مناً من الحنطة في ذمة احد هؤلاء وعدم الصحة لامن جهة اعتبار التعيين في البيع بل من جهة ان الطبيعي لامالية له اذا لم يضاف الى ذمة معينة فلا يكون قابلا لوقوع البيع عليه . ( ولا يقاس ) ببيع الكلي في المعين فان مالك الشخص يكون مالكا للكلي في ضمنه فكما له بيع الشخص اه بيع الكلي المشتمل عليه لانه مال حقيقة وهذا بخلاف الطبيعي .

( كما انه لا يقاس ) ذلك بطلاق احدى زوجتيه او عتق احد عبديه فانه مضافا الى كونها منصوصين ان الواجد لزوجية الزوجتين واجد لزوجية الجامع بينهما ومالك العبدين مالك للجامع بينهما فله طلاق الجامع بين الزوجتين وعتق احد العبدين واختيار احدى الخصوصيتين بعد ذلك .

وهذا بخلاف الطبيعي فانه في مقام الثبوت اذا قصد اضافة الكلي الى ذمة معينة يكون قابلا لوقوع البيع عليه والا فلا واما مقام الاثبات اذا باع الكلي من

### قوله ره : وأما تعيين الموجب لخصوص المشتري (١)

دون اضافة الى ذمة معينة اصلا يكون هو المطالب به لانصراف الاطلاق الى ذمته فيلزم هو به في مقام النزاع والرافع وليس هذا تفصيلا في مقام الثبوت كما تخيله المحقق النائيني (قده) بل هو انصراف في مقام الاثبات والنزاع ولذا يجري في طرف الثمن ايضا واما من حيث الثبوت فصحة البيع واقعا وعدمها مبتنية على قصد الذمة المعينة وعدمه .

هذا كله في تعيين الباع والمشتري في نفسه .

(١) لا بد من التكلم هنا في جهات لم يتكلم المصنف (ره) الا في بعضها :

(الجهة الاولى) : هل يلزم معرفة المشتري من يقع عنه البيع انه الموجب او وكيله ومن هو الموكل وهل يلزم ان يعرف الباع المشتري بمعنى ان القابل نفس المشتري او وكيله او لا يعتبر سوى تعيين الباع بحسب قصد الموجب والمشتري بحسب قصد القابل مقتضى اطلاق قوله ( او فوا بالعقود وقوله ( احل الله البيع ) هو الثاني لعدم قيام دليل على التقييد ولا فرق بين العقود التي يكون المتعاقدان فيها ركنا للعقد كالنكاح او يكونان ركنا فيه كالبيع فيصح ان تزوج المرأة نفسها لمن قصده القابل سواء كان نفسه او غيره المعين عنده وكذا لا مانع من ان يطلب القابل ان يهب المالك ماله لمن قصده سواء كان نفسه او غيره المعين عنده وان لم يكن معينا عند الواهب وهكذا في الوصية يوصي بماله لمن قصده القابل سواء كان نفسه او شخصا اخر معينا عنده فان الواضح كون المراد من ركنية الطرفين هو تقوم العقد بهما لا لزوم تعيين كل منهما عند الاخر .

(الجهة الثانية) : اذا قصد الموجب الايجاب لشخص المخاطب وقصد القابل

القبول لغيره كوكله فالظاهر فساده لانه يعتبر في العقد التطابق بين الايجاب والقبول بان يرد القبول على ماورد عليه الايجاب مثلا اذا زوجت المرأة نفسها

من الشخص المخاطب وقبل المخاطب التزويج لموكله فلا يصح لان ماورد عليه القبول وبالعكس وهذا اذا باع احد شيئا بئمن في ذمة لشخص المخاطب فقبل بئمن في ذمة موكله لم يتحقق التطابق بين الايجاب والقبول .

( نعم ) فيما اذا كان الثمن او المبيع شخصيا وكان عدم التطابق من جهة الخطأ في التطبيق صح العقد كما اذا قصد البايع البيع لشخص المشتري بئمن شخصي باعتقاد انه المالك له وكان المالك في الواقع موكله صح البيع لانها قصدا حقيقته وقصد خصوص المشتري انما كان من الخطأ فلا اعتبار به .

( الجهة الثالثة ): هي التي تكلم فيها المصنف (ره) وحاصلها انه اذا لم يعلم ان الموجب قصد المخاطب بشخصه في مقام الايجاب او قصده الاعم من شخصه او كونه وكيلا عن الغير مثلا اذا قال الموجب زوجتك وقال القابل قبلت لموكلي فهل يجوز مثل هذا اولا فصل المصنف ( قده ) بين العقود وحاصل ما ذكره ان لفظ الخطاب وان كان ظاهرا في المخاطب بشخصه الا انه تبدل ظهوره الأولي بظهور ثانوي في بعض العقود كالبيع لقرنية عامة وهي عدم كون خصوصية البايع والمشتري ملحوظة فيه غالبا فقول الموجب بعثك يكون ظاهرا في ايجاب البيع للمخاطب اعم من كونه قابلا لنفسه او لموكله ( نعم ) في غير البيع من العقود كالاجارة او الهبة او النكاح يكون ظهور الخطاب باقيا على حاله ولم يتبدل بظهور ثانوي .

( والتحقق ) انه تارة يعلم ان الموجب قصد في الايجاب المخاطب بشخصه وحينئذ لا يجوز القبول لموكله ( واخرى ) يعلم انه قصد الاعم من كونه هو القابل او لموكله وفي هذا يجوز القبول لنفسه او عن موكله ( وثالثة ) لم يحرز قصده فلا يجوز القبول الا لنفسه لا لموكله .

( وبعبارة اخرى ) لا بد في صحة القبول عن كل من احراز كون الايجاب

### قوله ره : من شرايط المتعاقدين الاختيار (١)

للمخاطب اعم من نفسه او من موكله والا فلا يصح القبول عن الموكل لان الشبهة مصداقية لا مفهومية لان مفهوم البيع واضح مبين وهو المبادلة بين المالين والشبهة في كون الايجاب الخاص مع القبول عن الموكل هل هو مصداق له ام لا فيكون التمسك بالعام حينئذ من التمسك به في الشبهة المصداقية .

(الجهة الرابعة) : ان الموجب اذا قصد الايجاب لموكل المخاطب فهل يجوز له بلفظ الخطاب كان يقول بعثك ويقصد البيع لموكله او يقول زوجتك ويقصد التزويج لموكله الظاهر عدم صحة ذلك الا فيما اذا كان لللفظ ظهور عرفي في المنشأ لانه يعتبر في العقد امران الاعتبار النفساني وابرازه خارجا بما هو مبرز له واما مالا يكون في العرف مبرزاً له كابرار المبادلة بين المالين بلفظ ضربت فلا يصح ذلك وفيما نحن فيه اذا ابرز علاقة الزوجية بين المرأة وموكل القابل بلفظ زوجتك الذي هو غير مبرز له لا يصح العقد وهذا ظاهر ولذا لا يصدق الزوج على مجرى القبول .

(نعم) لا يبعد كون بعثك مبرزاً عرفاً لانشاء العقد للمخاطب الاعم من كونه بنفسه مشترياً او الشراء لموكله .

## الاختيار والاكراه

(١) قد عرفت في المسألة السابقة اعتبار قصد اللفظ والمعنى لكون العقد متقوماً بامر من الاعتبار النفساني وابرازه بمبرز دال عليه ولا يتحقق الا بقصد اللفظ والمعنى وفي هذه المسألة يقع الكلام في اعتبار كون القصد ناشئاً عن اختيار وليس المراد به الارادة في مقابل الجبر بل المراد به الرضا وطيب النفس ويستعمل كل

ذلك بمعنى وقد استعملت الارادة بمعنى الرضا في قوله ( لاطلاق الا ارادة ) (١)  
بان يكون الداعي له طيب نفسه ورضاه النفساني لا الأجار من الغير والمعروف  
بين الخاصة اعتبار ذلك وخالفنا العامة في الطلاق جزما حيث ذهبوا الى صحة المكره  
ولعلمهم يلتزمون به في سائر العقود والايقاعات ايضاً (٢)

وكيف كان فلا بد لنا من التكلم في جهات:

( الجهة الاولى ) : في بيان ما ذكره الشهيدان والعلامة اما الشهيدان فذكرا  
ان الفضولي والمكره قاصد ان اللفظ دون المعنى وظاهره ان فساد عقدهما ليس

(١) لم اجد هذا اللفظ في الوسائل والمستدرک والموجود في الوسائل ج ٣  
ص ١٥٤ باب ٣٦ قول ابي عبد الله ( ع ) الطلاق من غير استكراه ولا اضرار .  
(٢) في المعنى لابن قدامة ج ٧ ص ١١٨ كتاب الطلاق قال لا تختلف الرواية  
عن احمد ان طلاق المكره لا يقع وروي ذلك عن عمر وعلى وابن عمر وابن عباس  
وابن الزبير وجابر بن سمرة وبه قال عبد الله بن عبيد بن عمر وعكرمة والحسن وجابر  
ابن زيد وشرح وعطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز وابن عون وابوب السخيتاني  
ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وابو ثور وابو عبيد ( واجازه ) ابو قلابه  
والشعبي والنخعي والزهري والثوري وابو حنيفة وصاحبه لانه طلاق من مكلف  
في محل يملكه فينفذ كطلاق غير المكره .

واختلف المذاهب في البيع في الفقه على المذاهب ج ٢ ص ٢٠٨ وما بعدها  
عند الحنابلة والمالكية والشافعية يشترط الاختيار واقعا في نفوذ البيع وقال الحنفية كل  
عقد يكره عليه الشخص ينقذ غاية الامر اقواله التي يكره عليها منها ما يحتمل  
النسخ كالبيع والاجارة ومنها ما لا يحتمله كالنكاح والطلاق والعتاق والنذر في الاول  
يقع البيع فاسدا فله ان يجيزه بعد زوال الاكره وله ان يفسخه وفي الثاني يمضى عقد  
المكره وليس له ان ينقضه . ( عبد الرزاق الموسوي المقرم )

من جهة فقدان طيب النفس وانما هو من جهة عدم قصد المعنى ويلوح ذلك من كلام العلامة ( قده ) حيث ذكر ان طلاق المكره صحيح اذا كان ناويا .  
والمحتمل في عبارة الشهيدين وجوه ( الاول ) ان يراد بهما انها غير قاصدين مدلول اللفظ نظير الهازل ومن هو في مقام عد الصيغة .

( ويرده ) اولاً انه خلاف الوجدان فان المكره والفضولي قاصدان المعنى قطعاً ( ثانياً ) ان لازمه عدم نفوذ العقد بلحوق الاجازة والرضا وعليه فلم يتحقق عقد في الخارج اصلاً ( ثالثاً ) عليه تكون فتواهما مطابقة لفتوى اهل السنة وهو كما ترى .

( الوجه الثاني ) ان يكون المراد ما ذكره المصنف ( قده ) من كونهما قاصدي للفظ والمدلول وعدم قصدهما مضمون العقد وهو الاثر الشرعي او الممضي عند العقلاء لانها يعلمان بعدم ترتب الاثر على عقدهما شرعاً وعرفاً .  
( وفيه ) انه لو اريد بالمضمون اعتبار المتعاملين فهو متحقق في افق النفس بعد قصد اللفظ والمدلول على ما هو المفروض لا محالة وان اريد به اعتبار العقلاء او الشارع ( فأولاً ) ليس الاكراه والفضولي مستلزما لذلك دائماً بل انما يكون ذلك فيما اذا كان المكره او الفضولي عالماً بفساد عقده والا فربما يقصد الامضاء الشرعي خصوصاً الفضولي اذا اخطأ في التطبيق وتخييل كونه مالكا لمال غيره فباعه .  
( وثانياً ) انه لا دليل على اعتبار قصد ذلك في صحة المعاملة ولذا يصح من غير المتدينين ايضا مع اعتقادهما بالشرع فضلاً عن قصدهما للامضاء الشرعي فهذا الاحتمال ممنوع صغرى وكبرى .

( الوجه الثالث ) ان يراد من العبارة ما احتمله ( المحقق النائيني ) - قده - من عدم كونها قاصدين لما هو ظاهر كلامهما فان ظاهر قول الموجب بعت انه مالك للبيع وانه يداعي طيب نفسه لا باكراه الغير ويستظهر المشتري منه ذلك والمفروض

انه لم يرد ذلك و اراد غيره .

( وفيه ) اولاً انه قد يكون في البين قرينة على الفضولية وعلى الاكراه بل ربما يصرح بذلك للمشتري ومعها كيف يكون اللفظ ظاهراً في ذلك .

( وثانياً ) قصد خلاف الظاهر بهذا المعنى لأي وجه يوجب فساد العقد والى الآن لم يظهر معنى صحيح لعبارة الشهيدين .

وأما عبارة العلامة ( قدّه ) فهي اجنبية عما نحن فيه بل راجعة الى مسألة اخرى وهي عدم تحقق الاكراه مع التمكن من التورية فاذا اكراه احد على الطلاق وكان متمكناً من التورية فلم يفعل ونوى حقيقة الطلاق صح لعدم كونه مكرها عليه وفي ذيل العبارة شاهد عليه فراجع .

( الجهة الثانية ) في دليل اعتبار طيب النفس في صحة العقود وهو امور :

( الاول ) : قوله ( تعالى ) ( لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض ) فانه سبحانه وتعالى نهى عن تملك الاموال بجميع الاسباب سوى التجارة عن تراض والمراد بالتراضي ليس الارادة والاختيار كما توهمه بعض المحققين فانه خلاف الظاهر اولاً وثانياً لو اريد به الارادة لزم اللغو فان التجارة متقومة بالارادة فذكر الرضا بمعناها بعدها يكون لغواً .

( الثاني ) قوله ( ص ) لا يخل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فان اسناد عدم الحل الى العين الخارجية ظاهر في عدم حل جميع التصرفات حتى الاعتبارية فلا يستقر شيء منها الا بطيب النفس والمراد به الرضا لا الاختيار كما عرفت .

( الثالث ) ما ورد في الطلاق انه لا يطلق الا بارادة ولا بد ان يراد بها الرضا دون ما يقابل الجبر فان الطلاق لا عن اختيار لا يكون طلاقاً عقلاً فلا مجال لتفيه شرعاً وبعدم القول بالفصل يثبت اعتباره في سائر العقود والايقاعات .

## استدراك

لقد ذكرنا في الاية المتقدمة ( الا ان تكون تجارة عن تراض ) ان المراد منه طيب النفس لا الاختيار في مقابل الاكراه وتقريبه بوجهين (الاول) ظهور الرضا في طيب النفس ولذا يصح ان يقال بعث مالي بدون رضاي فيما اذا باعه عن اكراه ولو كان الرضا بمعنى الاختيار لم يصح السلب (الثاني) انه لو كان بمعنى الاختيار لزم اللغو لان التجارة متقومة بعنوان الاختيار فالتقييد به ثانيا لغو ظاهر ( وتوضيحه ) ان الاختيار افتعال من الخير بمعنى طلب الخير وهو اعمال القدرة فيما يراه الانسان خيرا لنفسه .

ثم ان الفعل الاختياري في مقابل الفعل الطبيعي والقسري يكون على ثلاثة

اقسام :

(الاول) ان يراه الفعل خيراً لترتب فائدة دنيوية او اخروية عليه كما اذا رأى ان المشتري يشتري متاعه بثمان جيد فيختار بيعه او يتصدق بما له الفقراء لان فيه فائدة اخروية فيختارها بطيب نفسه .

( الثاني ) : ان يراه خيراً لنفسه بعنوان ثانوي كما اذا ابتلي بمرض وتوقف علاجه على بيعه داره وصرف الثمن في المعالجة فان بيع الدار حينئذ وان لم يكن خيراً له بعنوانه الاولي الا انه يراه خيراً لنفسه بالعنوان حيث يكون مقدمه لدفع ضرر خارجي متوجه اليه في نفسه اجنبي عن المعاملة وفي هذا الفرض يكون الباع طيب النفس للبيع ويحمد ربه ( تعالى ) على ما سهل عليه من بيع الدار لمعالجته .

( الثالث ) ان يراه خيراً لنفسه بعنوان ترتب ضرر على نفس ترك المعاملة وفي هذا الفرض ولو كان الاختيار موجودا لانه يراه خيراً لنفسه بعنوان ثانوي الا انه ليس طيب النفس به وانما يفضبه ذلك ولذا لا يحمد ربه ( تعالى ) على طلاق



زوجته في هذه الصورة الاختيار موجود دون الرضا ولا بد من حمل التراض على هذه الصورة لئلا يلزم اللغو .

( الوجه الرابع ) حديث الرفع والاستدلال به على ما اخترناه من عدم الحاجة الى التقدير فيه واضح فان لكل من الافعال التي تعلق بها الحكم الشرعي او جعل موضوعا لحكم شرعي موجود في عالم التشريع فيصح اسناد الرفع اليه حقيقة فيكون المعنى رفع المتعلق للحكم او الموضوع لحكم شرعي اذا تحقق عن اكراه او اضطررا او خطأ ومعنى رفعه عدم تعلق الحكم به وعدم كونه موضوعا للاثر الشرعي .

( وعليه ) فيستفاد منه رفع الاحكام الوضعية عند الاكراه بلا حاجة الى التمسك باستشهاد الامام ( ع ) به لفساد الحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك وان كان يستفاد منه الكبرى الكلية اعني رفع الاثار الوضعية بحديث الرفع وان كان الحلف بغير الله ( تعالى ) باطلا عندنا .

ثم انه ظهر من مطاوي ما ذكرناه امران :

( الاول ) : انه اذا اضطر الانسان الى معاملة لكونها مقدمة لدفع ضرر اهم متوجه اليه كما في الفرض الثاني من الفروض الثلاثة المتقدمة فهل يحكم فيه بالفساد للإضطرار ام لا والتمسك للفساد بالاية المباركة او النبوي المتقدم لا وجه له لتحقيق طيب النفس والرضا في المعاملة الصادرة عن اضطرار كما عرفت .

نعم ربما يتوهم الاستدلال على ذلك بحديث الرفع لاشتماله على رفع ما اضطرروا اليه ولكن لا يقام له وزن لورود حديث الرفع مورد الامتنان وليس رفع الاثار الوضعية في مورد الاضطرار امتنانا على الامة بل هو منافع للإمتنان ( نعم ) ارتفاع الحكم التكليفي كحرمة الخمر اذا اضطر الى شربه موافق للإمتنان .

( الثاني ) ان الاكراه اذا كان عن حق كما كراه النبي ( ص ) او الامام ( ع ) او ولي الامر على معاملة لا يوجب فسادها والا كان الاكراه لغواً بل لم يكن اكراه

على المعاملة وإنما هو إكراه على مجرد اللفظ وحينئذ إذا إكراه المحتكر على بيع الطعام أو المديون على أداء دينه أو الممتنع عن الإنفاق على زوجته على طلاقها صح ذلك لأنه إكراه عن حق .

( وحاصل الكلام ) في المقام ان الصحيح اعتبار طيب النفس في المعاملة وقد استدللنا عليه بالنبوي المعروف وهو قوله ( ص ) لا يجل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه وقوله ( تعالى ) الا ان تكون تجارة عن تراض وذكرونا ان المراد بالتراضي طيب النفس الا الإرادة ولا مبادئها فان التجارة من العناوين القصدية وليست من قبيل الأفعال الخارجية كالأكل والشرب ونحوه فهي متقومة بالقصد ولا يتحقق بدون الإرادة ومبادئها فلا بد وان يراد بالتراضي طيب النفس لئلا يلزم اللغوية هذا مع امكان الإستدلال على فساد معاملة المكروه بحديث الرفع .

( اذا عرفت ذلك ) فلا بد من التكلم في جهات :

( الأولى ) : انه بناء على التمسك لبطلان معاملة المكروه بحديث الرفع لا بد في بطلان المعاملة من وجود مكروه على ذلك والا فلا يتحقق الإكراه ( وعليه ) فاذا اعتقد احد وجود مكروه له على بيع داره مثلا فباعها ولم يكن في الواقع مكروه صح ذلك البيع بناء على كون الوجه في البطلان حديث الرفع على ما ذكره السيد في ( الحاشية ) فانه ناقش في دلالة الآية بدعوى ظهور التراضي في الإرادة لتقوم الإكراه بوجود المكروه فلا إكراه .

أما على ما سلكتناه من كون الفساد من جهة عدم طيب النفس فيفسد البيع لذلك لأن طيب النفس امر قلبي يتبع الاعتقاد فاذا اعتقد وجود المكروه فباع لم يكن بيعه صادرا عن الرضي النفساني ولولم يكن هناك مكروه واقعا واذا انعكس الامر ينعكس كما اذا كان هناك مكروه على بيع داره ولم يحزره البايع لعدم معرفته ببلغته فباع داره صح بيعه لصدوره عن طيب نفسه .

فالثمرّة تظهر بين مسلكنا وما ذهب اليه المصنف (ره) والسيد في الحاشية في صورة اعتقاد وجود المكروه له على بيع داره فباعها مع فرض عدم وجود المكروه في الواقع .

(الجهة الثانية) هل يعتبر في الاكراه كون الضرر المترتب على الترك صادرا من الأمر او يكتفي ترتبه ولو من غيره مثلا اذا امره احد ببيع داره ولم يكن الضرر على الترك مرتبا من قبله بل يحصل الضرر من قبل شخص اخر كما اذا كان الاخر عزيزا عند السلطان وظن صاحب الدار ان مخالفة عزيز السلطان تحمل السلطات على اضراره فاذا باع الدار في هذا الحال فهل يفسد البيع اولا الظاهر فساده اما بناء على طيب النفس فواضح لعدم تحققه في الفرض واما بناء على مانعية الاكراه فلأن امر الآخر وان لم يكن اكراها الا انه موضوع لامر السلطان واکراهه وترتب الضرر على مخالفته ونظيره ما اذا امر السلطان شخصا ببيع داره ومضى فان الضرر على الترك يكون من قبيل خدمه وشرطته فان امر السلطان يكون موضوعا لاکراه الخدم فالاکراه موجود لا محالة .

(واما اذا فرضنا) ان الضرر المتوجه على الترك سماوي كما اذا علم البائع انه اذا خالف امر السيد او المؤمن الخاص ببيع داره فلم يفعل يتضرر بمرض او موت او نحوهما فباعها فالظاهر صحة البيع لما عرفت ان اکراه الشارع على المعاملة لا يوجب فساده لأن الشارع هو المالك حقيقة ومرجع اکراهه الى الرخصة في المعاملة وامضائها في مورد خاص وان فرضنا صدور المعاملة عن غير طيب النفس والالزام اللغو كما عرفت ولذا لم يستشكل احد في صحة الوقف لو بني احد مسجدا خوفا من زوال نعمه اذا لم يفعله ولم يقل احد ببقاء ذلك على ملك مالكة .

(الجهة الثالثة) هل يعتبر في الاكراه الظن بالضرر او يكتفي الاطمئنان او احتمال الخوف ظاهر المصنف (ره) اعتبار الظن ولا يبعد ذلك بناء على ان الموجب

### قوله ره : هل يعتبر في موضوع الاكراه الخ (١)

للفساد هو عنوان الاكراه وربما يقال بتقومه بظن الضرر وان كان قابلا للمناقشة واما بناء على المختار فلا ينبغي الاشكال في كفاية الاحتمال ولذا اذا قال له احد : بيع دارك والاحبستك فاحتمل صاحب الدار ان الامر رجل عادي لا يتمكن من حبسه ثم احتمل انه حاكم البلد فخاف منه وباع داره فلا يكون هذا البيع عن طيب نفس بالضرورة فيقع باطلا .

## التورية

(١) هذه الجهة الرابعة مما يتعلق بالاكراه وهي هل يعتبر في صدق الاكراه اعتبارا عدم التمكن من التفصي بالتورية او غيرها او لا يعتبر احوال ( ثالثها ) التفصيل بين الاكراه على المعاملة والاكراه على غيرها من الافعال كالشرب ونحوها فيعتبر ذلك فيها دون المعاملات ( ورابعها ) التفصيل بين امكان التفصي بغير التورية فينافي الاكراه وبين امكان التفصي بالتورية فقط فلا يخل بصدق الاكراه ( خامسها ) التفصيل بين الحكم والموضوع فيقال باعتبار عدم التمكن من التفصي في صدق الاكراه موضوعا وعدم اعتباره فيه حكما فاذا اكره احد على بيع داره وامكنه التفصي فلم يفعل وباع الدار كان فاسدا وان لم يصدق عليه عنوان الاكراه .  
ثم ليعلم ان التورية لا تختص باللفظ الموهم للمخاطب او السامع خلاف ما قصده المتكلم بل هي عبارة عن مطلق الابهام وقد فسرت به فتعم التورية في القول او الفعل فاذا فعل الانسان فعلا اوهم للغير وقوع فعل آخر كان مصداقا للتورية فالتورية تارة تكون في القول واخرى في الفعل كما اذا اكره على شرب الخمر - مثلاً - فصبه في جيبه بنحو تخيل المكروه انه شربه فلا وجه لما صنعه بعض المحققين من التمثيل لما اذا تمكن المكلف من التفصي بغير التورية .

وقوع فعل آخر كان مصداقاً للتورية فالتورية تارة تكون في القول واخرى في الفعل كما اذا اكره على شرب الخمر مثلاً فصبه في جيبه بنحو تخيل المكره شربه . « وعليه » فلاوجه لما صنعه بعض المحققين من التمثيل لما اذا تمكّن المكلف من التفصي بغير التورية بالتورية في الفعل كالمثال المتقدم فانه من التورية في الفعل . اذا عرفت ذلك نقول : الذي ينبغي ان يقال هو ان الاكراه لاموضوعية له في فساد المعاملة الصادرة عن اكراه وانما الموضوع للبطلان عدم تحقق طيب النفس الذي هو معتبر في صحة المعاملة . وانما نحكم بصحة المعاملة الصادرة عن اكراه من جهة فقدانها طيب النفس .

« وعليه » فاذا اكره احد على معاملة كبيع داره - مثلاً - وكان متمكناً من التفصي وقد مثل له المصنف بما اذا كان المكره - بالفتح - جالساً في حجرته وحده فاكرهه المكره على بيع داره وكان له خدم خارج الغرفة وكان متمكناً من الاستعانة بهم في رفع المكره - بالفتح - من دون استئذائها الحرج او الضرر او المشقة التي لا تتحمل عادة فلم يفعل وباع داره فالظاهر صحته لصدوره عن طيب النفس والرضا وليس صادراً عن الاكراه . لانا ذكرنا ان الميزان في صدور المعاملة عن اكراه ان تكون صادرة عن خوف ضرر مالي او عرضي او بدني والمفروض في المقام عدم صدور البيع عن ذلك فلا محالة يكون صادراً عن طيب نفسه ولو لم يكن راضياً به لم يفعله .

فلاوجه لما ذهب اليه المصنف (ره) من فساد ذلك لعدم صدوره عن طيب النفس وفصل بين تعلق الاكراه بهذا النحو بالمعاملة فيوجب فسادها لاستئذامه صدورها لاعن طيب النفس وبين تعلقه بغيرها كشرب الخمر - مثلاً - فلا يوجب رفع حرمة لعدم صدق الاكراه مع التمكّن من التفصي بدون ضرر وحرج ومشقة فالتفصيل بين المعاملات وغيرها من الاكراه لاوجه له .

« وأما ماورد » في رواية ابن سنان عن الصادق (ع) لا يمكن في قطيعة رحم ولا في جبر ولا في اكراه ، قلت اصلحك الله ، وما الفرق بين الجبر والاكراه ، قال : الجبر من السلطان ويكون الاكراه من الزوجة والام والاب وليس ذلك بشيء . فلا يستفاد منه عدم اعتبار عدم التمكن من التفصي في صدق الاكراه فان الاكراه من الأب والأم والزوجة لا يمكن التفصي عنه ويترتب على مخالفتهم اختلال امور معائش الانسان وأي ضرر اعظم منه .

« وأما التفصيل » بين التمكن من التفصي بالتورية فقط وبغيرها ايضاً كما صرح به في المتن بدعوى انه عند التمكن من التفصي بالتورية يترتب الضرر على ترك الفعل ولو بنحو القضية الشرطية ، اى اذا علم المكره بذلك ضره ويكفي هذا في صدق الاكراه وهذه القضية الشرطية غير متحققة عند التمكن من التفصي بغير التورية .

( فففيه ) انه لم ندر من اى لغوى عرف المصنف ( ره ) تقوم الاكراه بالقضية الشرطية ومن فسر به بذلك ؟ حتى مع القطع بعدم تحقق المقدم وان المكره لا يعرف ذلك بل دائرة الإكراه اضيق من ذلك .

« نعم » اذا احتمل بالإحتمال العقلائي ان المكره يعرف ذلك وحصل له الخوف حرم ذلك التورية وتحقق عنوان الاكراه ، فهو متقوم بالقضية الشرطية مع احتمال وصول الأمر الى المكره لامع القطع بعدمه ، فهذا التفصيل ايضاً ساقط .

« وبالجمله » لافرق في اعتبار عدم التمكن من التفصي في صدق الاكراه ورفع الآثار بين الآثار التكليفية والوضعية فاذا اكره أحد على معاملة وكان متمكناً من التفصي ولم يفعل كما في المثال المتقدم لا يكون الاكراه رافعاً لآثر المعاملة لأنها حينئذ تكون صادرة عن طيب النفس لعدم كونها صادرة عن الخوف فتكون صحيحة كما اذا اكره على شرب الخمر مثلاً وكان متمكناً عن التفصي لا يكون مثل هذا

الاكراه رافعاً للحكم التكليفي ، فالتفصيل بينها بدعوي عدم طيب النفس في المعاملة فاسدة .

كما ان التفصيل في امكان التفصي بالتورية فقط وبغيرها والقول بارتفاع الأثر بالاكراه في الاول لصدق القضية الشرطية دون الثاني لعدم صدقها ايضاً فاسد إذ لا يكفي في تحقق الاكراه مجرد القضية الشرطية مع الجزم بعدم تحقق مقدمها وان المكروه - بالفتح - لا يعلم بالتورية ، بل لا بد في تحقق الاكراه من احتمال ذلك المورث للخوف فان التورية حينئذ تكون محرمة فيتحقق عنوان الاكراه ولومع التمكن منها .

« واما ما استدل به المصنف - ره - » في عدم اعتبار العجز عن التفصي بالتورية من اطلاقات كلمات الاصحاب والاختبار وحملها على فرض العجز من الحمل على الفرد النادر . فعجيب منه ( قده ) لأن موضوع الروايات وكلماتهم انما هو عنوان الاكراه فاذا فرض تقومه بالعجز لايعم غيره ليكون تخصيصه بصورة العجز من الحمل على الفرد النادر بل لايعمها الموضوع رأساً .

« واما التمسك » بحديث عمار وتقريره ( ص ) إياه على عدم التورية حيث لم ينبه النبي (ص) عماراً بها ، ففيه :

( أولاً ) : أن جلاله قدر عمار يقتضي انه ورى في ذلك ولم يقصد الكفر والتبري من النبي ( ص ) ودينه حقيقة ، فظاهر الكفر صورة ، كما ان الكافر اذا اكراه على الشهادتين يورى فيهما من دون قصد المعني وعقد القلب عليهما . ولذا لم يأمر النبي ( ص ) بها .

( ثانياً ) : لايبعد القول بعدم امكان التورية في اظهار الكفر والتبري كما لايمكن ذلك في السب والهتك ، فلا يكون التورية رافعاً لحرمته . مثلاً : اذا سب احد بعض الاكابر علناً على رؤس الاشهاد وقصد في نفسه شخصاً فاجراً لضرب

### قوله (ره): لو اكرهه علي بيع واحد غير معين (١)

على فعله لان مجرد قصد غيره لا يرفع عنوان هتك المؤمن الكبير وقبحه ، فليس في عدم تنبيه النبي (ص) للتورية تقرير لعدم لزومها .

والظاهر ان ما ذكره المصنف « ره » من صراحة بعض الاخبار بحسب المورد في فرض التمكن من التورية اراد به حديث عمار ، لان غيره لا ظهور له في ذلك فضلا عن الصراحة .

« واما التمسك » برواية ابن سنان المتقدمة . بدعوى ان الغالب التمكن من التفصي عن اكره الوالدين والزوجة ، فغير تام ايضاً . لما عرفت ان الموضوع فيها عنوان اكره الزوجة فلا يعم الا صورة عدم التمكن من مخالفتهم وترتب الضرر عليها .

« نعم » يستفاد منها أمر ، وهو كفاية الضرر الخفيف في رفع الاثر الوضعي كاليمين وان لم يكن رافعاً للأثر التكليفي كالحرمة لضعفه وقلته فتأمل . لان الغالب ان الضرر المترتب على مخالفة الابوين او الزوجة ضعيف جداً مثل النزاع والجدال الداخلي ، لا يرفع الحكم التكليفي ولذا لا يكتفي بمثله في رفع الحرمة اذا اكره الزوجة زوجها على شرب الخمر ولا يترتب على تركه الا الاختلال الداخلي ولكن يرتفع به الاثر الوضعي في المعاملات ومنها اليمين فتأمل . فالصحيح اعتبار العجز عن التفصي في صدق الاكراه .

« واما التفصيل » بين الاكراه من حيث الموضوع دون الحكم ، بدعوى ان جريان حكم الاكراه مع القدرة على التورية تعبدية ، فلم نعرف له وجهاً لان ذلك يحتاج الى قيام الدليل على ثبوت حكم الإكراه لغير الإكراه وهو مفتود هذا كله في بيان اصل الإكراه فيقع الكلام في فروعه .

(١) المحكي عن جماعة صحة العمدة اذا اكره على الجامع بينه وبين غيره كما اذا



اكره على بيع داره او طلاق زوجته فطلقها بدعوى ان ما وقع في الخارج ليس بشخصه متعلقاً للإكراه لأن الإكراه انما تعلق بالجامع دون الشخص فهو صادر عن طيب النفس فيترتب عليه الأثر . وقد اورد عليه المصنف (ره) .

(أولاً) : بالنقض وان الاكراه على الجامع لولم يكن رافعاً لاثر ما وقع في الخارج لكونه واقعاً عن طيب النفس لزم عدم ترتب الأثر على الإكراه مطلقاً لأن الإكراه دائماً يكون على الجامع والطبيعي والخصوصيات تكون خارجة عن حيز الإكراه مثلاً . يكره على البيع واما من حيث الخصوصيات الشخصية من المكان والزمان والفارسية وغيرها ، فلم يتعلق بها اكراه ويكون تحققها بطيب النفس .  
(وفيه) : أن النقص غير وارد لأن الخصوصيات على قسمين :

« منها » : ماتكون دخيلة في موضوع الأثر بل تكون هي الموضوع حقيقة كما في الإكراه على الجامع بين البيع والطلاق ، فان خصوصية الطلاق هي المؤثر في اثر البينونة والمفروض تحققها بطيب النفس ، وليس ذلك الأثر مترتباً على الجامع الذي تعلق به الإكراه فالتعلق به الإكراه ليس موضوعاً للأثر وما هو الموضوع للأثر لم يتعلق به الاكراه .

و« منها » : ما لا تكون دخيلة في الأثر اصلاً كالخصوصيات الشخصية في البيع فانها وان لم تكن متعلقة للإكراه الا انها لا يترتب عليها أثر أصلاً ، وانما الأثر للطبيعي والمفروض تعلق الإكراه به ، فلا يقاس احدى الخصوصيتين بالآخرى .  
والذى ينبغي ان يقال : انه اذا تعلق الاكراه بالجامع بين الافراد العرضية ولو انتزاعياً ليس كل من افراده بخصوصه متعلقاً للاكراه لما عرفت من ان الفعل انما يكون مكرهاً عليه فيما اذا كان صادراً عن خوف ترتب ضرر على تركه ، ومن الواضح ان ترك كل من الأفراد او الفردين العرضيين لا يترتب على تركه الضرر اذا كان تركاً الى بدل ، اي تركه باتيان الفرد الآخر وهكذا العكس ، فليست

الافراد حينئذ مكرهاً عليها ، وانما هي مصداق للمكره عليه لانفسه وكذلك الحال في الاضطرار الى الجامع .

وقد ذكرنا في بحث الأوامر ان متعلق الأمر في الوجوب التخيري ليس الا عنوان احد الأشياء ، او الشئين ، وأما الأفراد بخصوصياتهما فليست متعلقة للأمر . مثلاً اذا قال المولى صل او صم ليس المأمور به خصوص الصوم ولا خصوص الصلاة ، بحيث من يختار الصلاة كانت هي الواجبة في حقه ، ومن اختار الصوم كان هو الواجب عليه ، فانه منافع للإشترار في التكليف ، بل كل من الأفراد يكون مصداقاً للمأمور به ، ويجري هذا في تعلق كل من الإكراه او الاضطرار الى الجامع . اذا عرفت هذا « نقول » : صور الاكراه على الجامع خمسة . لانه « تارة » يتعلق الإكراه او الإضطرار بالجامع بين محرمين فيكرهه على احداً الأمرين من شرب الخمر او قتل النفس . و « أخرى » ، يتعلق بالجامع بين الحرام والمباح . و « ثالثة » يتعلق بالجامع بين المباح والمعاملة . و « رابعة » يتعلق باحدى المعاملتين بالمعنى الشامل للعتود والإيقاعات . و « خامسة » يتعلق بالجامع بين الحرام والمعاملة اى بين ما يتعلق به الحكم التكليفي والوضعي .

« أما الصورة الأولى » : وهي تعلق الاكراه باحد المحرمين ، فقد عرفت ان كلاً منهما بخصوصه ليس مكرهاً عليه ، وانما الاكراه متعلق بالجامع فترتفع حرمة بالاكراه فيجوز ارتكابه بل قد يجب ، ولكن بما ان الجامع لا يمكن ايجاده الا في ضمن احدى الخصوصيتين فقدمة لارتكاب الجامع المكره عليه ، يضطر المكلف بارتكاب احدى الخصوصيتين فيثبت الترخيص في احدهما بنحو التخير . فاذا أتى بالجامع في ضمن احدهما لم يرتكب محرماً .

« نعم » . اذا أتى بالجامع في ضمن كلتا الخصوصيتين ، فقد ارتكب المحرم لعدم ثبوت الترخيص الا في احدهما . فاذا كانت الخصوصيتان متساويتين في

الأهمية يتخير المكلف بينهما ، وان كان احدهما اهم ، كما اذا اكره على شرب الخمر او شرب الماء المنتجس تعين ارتكاب المهم دون الأهم ، لأن شرب الخمر في المثال مشتمل على شرب النجس وزيادة .

« وأما الصورة الثانية » : وهي الإكراه على الجامع بين الحرام والمباح ، فهو غير رافع لحمة الحرام ، وان صدق الإكراه الى الجامع بينه وبين المباح . ولا اثر لمثل هذا الاكراه لأن الجامع بين الحرام والمباح لم يكن حراماً ، وليس المكلف مضطراً الى ارتكاب الخصوصية المحرمة مقدمة لإرتكاب الجامع الذي اكره عليه ، بل يكون المقام نظير ما اذا كان المكلف متمكناً من التنصص بغير التورية .

« وأما الصورة الثالثة » : وهي تعلق الإكراه بالجامع بين المباح والمعاملة ، كما اذا اكره احد على السكوت او بيع داره مثلاً ، فالإكراه فيها ايضاً لا يرفع أثر المعاملة اذا اختارها ، لما تقدم في الصورة السابقة ، فان المعاملة في الفرض تكون صادرة عن طيب النفس ، اذ لانعني بها الا ما يقابل المعاملة الصادرة عن الخوف ، ومن الظاهر ان الاقدام عليها في الفرض ليس من أجل الخوف على الترك فتصح . ومن هنا ظهر الحال ، فيما اذا اكره على الجامع بين المعاملة الصحيحة والفاصلة بان قال له : بع دارك او اوقع معاملة غررية مثلاً ، فان الإكراه على الفاسدة لا أثر لها ، فاذا اختار الصحيحة صححت اذا كان عالماً بفساد المعاملة الغررية ، لصدورها عن طيب النفس لا الإكراه ، ولا الإضطرار الجامع بينهما خوف الضرر على الترك اذ ليس في ترك الصحيحة ضرر ليكون صدورها عن اكراه او اضطرار . وهكذا ظهر الحال اذا اكره على الجامع بين المعاملة الصحيحة وما يكون مورد حق الغير ، كما اذا اكره على الجامع بين بيع داره وإبقاء دينه .

« وأما الصورة الرابعة » : وهي ما اذا اكره على احد المعاملتين كطلاق زوجته او بيع داره ، فتنفسد فيها المعاملة التي يختاره المكروه ، وذلك لان الإكراه وان

لم يتعلق بكل من المعاملتين ، وإنما تعلق بالجامع ، الا انك عرفت اضطرار المكره الى ارتكاب احدى الخصوصيتين مقدمة لدفع الضرر المترتب على ترك الجامع ، فهو مضطر الى احدى المعاملتين ، وهذا الاضطرار يرفع الأثر عما يختاره المكره خارجاً .

وهذا الاضطرار لا يقاس بالإضطرار الذي قلنا بعدم كونه رافعاً للأثر الوضعي ، لأن شمول حديث الرفع له خلاف الإمتنان ، وذلك ، لأن الإضطرار هناك كان ناشئاً عن الضرر الخارجي ، وفي المقام الإضطرار ناش من ضرر داخلي اعني الضرر المترتب على ترك الجامع من جهة الإكراه عليه وهذا رافع للأثر الوضعي ايضاً ، بل ينافي طيب النفس .

« وأما الصورة الخامسة » : وهي ما اذا تعلق الإكراه بالجامع بين الحكم التكليفي والوضعي ، كما اذا اكراه على بيع داره او شرب الخمر مثلاً . فلا بد من التكلم فيها من وجهين . احدهما من حيث الحكم التكليفي وانه يرتفع الحرمة بالإكراه اولاً ؟ وثانيهما من حيث الحكم الوضعي .

« أما الحكم التكليفي » فالظاهر عدم ارتفاعه ، وذلك ، لأن المعاملة ليست من المحرمات وإنما هي من المباحات ، فيكون المقام من قبيل الإكراه على الجامع بين الحرام والمباح ، فيكون المكلف متمكناً من التفصي عن ارتكاب الحرام باختيار المعاملة ، فالحرمة لا ترتفع بذلك .

« وأما الحكم الوضعي » اذا اختار البيع . فالظاهر عدم ترتبه عليه ، وذلك ، لصدوره عن خوف ترتب الضرر على الترك ، بعد فرض بقاء الحرمة في الطرف الآخر . « وبعبارة أخرى » شرب الخمر ضرر في نفسه فيترتب على ترك البيع احد ضررين : اما شرب الخمر . واما الضرر المتوقعه عليه من طرف المكره ، فليس صادراً عن طيب النفس بل يكون صادراً عن خوف الضرر ، الجامع بين الإكراه

والإضطرار . هذا كله في الإكراه على الجامع بين الأفراد العرضية .  
 « وأما الإكراه » على الجامع بين الأفراد الطولية ، كما إذا أكره على فعل  
 محرم في اليوم أو في الغد - مثلاً - أو أكره على بيع داره في اليوم أو بعده ، فهل  
 يكون رافعاً للأثر عن أحدهما ، من غير فرق بين الفرد السابق واللاحق في الأحكام  
 التكليفية والوضعية ، أولاً يكون رافعاً للأثر إلا عن الفرد اللاحق مطلقاً ، أو  
 يفصل بين التكاليف والوضعيات ، ففي التكاليفيات لا يرتفع الأثر إلا عن الفرد  
 اللاحق بخلاف الوضعيات ، فإنه يرتفع الأثر بالإكراه فيه ولو اختار الفرد السابق  
 لسراية الإكراه إليه ، ولتساوي الفردين بالنسبة إلى الجامع المكروه عليه ، كما ذكره  
 المحقق النائيني « ره » وذكر في الأصول تعيين الفرد السابق في التكاليفيات ، في  
 صورة واحدة :

وهي ما إذا كان الفرد اللاحق أهم في نظر الشارع ، كما إذا أكره على شرب  
 النجس في اليوم أو قتل مؤمن في الغد ، فإنه يتعين عليه دفع الإكراه بالفرد السابق  
 واختياره ، لأن أهمية الفرد اللاحق يكون معجزاً شرعياً عنه فيجب حفظ القدرة  
 على الفرد اللاحق بارتكاب الفرد السابق ؟

« ونقول » : أما ما أفاده في فرض أهمية اللاحق ، فهو تام « وأما ما ذكره »  
 من التفصيل ، فغير تام .

« توضيح ذلك » : أن الإكراه على الجامع بين الأفراد الطولية لا يوجب  
 كون الفرد السابق صادراً عن خوف الضرر على تركه الذي هو الجامع بين الإكراه  
 والإضطرار ، لعدم ترتب ضرر على تركه في نفسه ، وإنما يترتب الضرر على تركه  
 المنظم إلى ترك الفرد اللاحق ، ولذا لا يجوز للمكلف ارتكابه .  
 وهكذا الحال في التكاليف الوجوبية ، إذا أكره المكلف على ترك أحد

واجبين طولين لا يجوز له ترك الفرد الأول حفظاً للقدرة على ارتكاب الفرد اللاحق . بل لابد له من الاتيان بالواجب المتقدم ، فيتعين ترتب الضرر على الثاني فيجوز تركه لا محالة .

« نعم » يختص ما ذكرناه ، بالواجبات الاستقلالية ، دون الضمنية ، كما اذا اكره او اضطر الى ترك التشهد مثلاً ، في الركعة الثانية او الرابعة ، فانه لا يتعين فيه ترك الفرد اللاحق والاتيان بالسابق الا في الموارد المنصوصة . « وذلك » لان الأمر بالمركب يسقط بتعذر بعض اجزائه لا محالة .

« الا انه » في الصلاة ثبت الأمر بالمقدار الميسور منها ، اما للإجماع ، او للروايات ، او لغير ذلك . وهذا الأمر الحادث بعد التعذر يدور أمره ، بين ان يكون متعلقاً بالصلوة مع التشهد في الركعة الثانية ، او بخصوص الصلاة مع التشهد في الركعة الأخيرة ، او مع التشهد في الجملة ، فيكون من صغريات دوران الأمر بين التعيين والتخير ، وقد بينا في الأصول ان الأصل يقتضي البرائة عن التعيين ، فلا يقاس الإضطرار او الإكراه بالجامع في الواجبات الضمنية بالواجبات الاستقلالية ، لأن الشك هناك في سقوط التكليف عن الفرد الأول بالإكراه بالجامع وفي المقام في حدوث التكليف وتعلقه بخصوص الفرد الأول .

« نعم » في بعض الأجزاء ينلهر من الأدلة تعين الإتيان بالفرد السابق مع الإضطرار الى ترك الجامع ، كالقيام ، لقوله (ع) : اذا قوى فليقم . فانه يصدق التمكن منه في الركعة الأولى ، اذا لم يتمكن منه الا في إحدى الركعات . هذا كله في التكليف .

وقد ظهر الحال في الوضعيات ايضاً ، فان الفرد السابق من المعاملة التي اكره على الجامع بينها وبين الفرد اللاحق ليس مما يخاف الضرر على تركها في نفسه الا منضمها بترك الآخر ، ليكون مكراً عليها او مضطراً إليها ، فاذا اختارها المكروه كان

قوله (ره): ثم إن اكراه أحد للشخصين... الخ (١)

صدورها عن طيب نفسه واختياره ، فتصح . وهذا بخلاف الفرد اللاحق ، فانه يصدر عن خوف الضرر على تركه بعدما ترك الفرد الأول لا محالة .

« نعم » بناءً على ما اختاره في المتن من عدم تحقق طيب النفس بمجرد الإكراه مع امكان التفصي بالخروج عن المحل الذي هو فيه ، ولو لم يكن فيه حرج ولا ضرر ولا مشقة ، امكن القول بعدم ترتب الأثر على الفرد الأول من المعاملة في المقام ، اذا اختارها ، الا انك عرفت فساد المبني .

(١) اكراه احد الشخصين ، او الاشخاص ، يكون نظير الواجب الكفائي الذي ذكرنا تعلق الوجوب فيه بالجامع بين الشخصين او الاشخاص ، ففي اكراه أحد الشخصين ايضاً يكون متعلق الإكراه هو الجامع بينهما ، وهو « تارة » يكون في مورد الاحكام التكليفية ، و « اخرى » في الاحكام الوضعية . وعلى الثاني « تارة » يكون المكروه عليه متعدداً مع قطع النظر عن المصدر و « اخرى » يكون تعدده بلحاظ المصدر ، فالاقسام ثلاثة .

« اما القسم الأول » : أعني اكراه أحد الشخصين على فعل محرم ، فالظاهر انه لا يرفع الأثر التكليفي - اي الحرمة - عن فعل كل منهما ، الا اذا إطمأن بأن الآخر لا يأتي به ، و ااحتمل ذلك احتمالاً عقلائياً لخوف الضرر على تركه . « وذلك » لأن التكليف ينحل الى تكاليف عديدة بحسب أفراد المكلفين ، ويكون لكل منهم تكليفاً مغايراً لتكليف الآخر اجنبياً عنه . ولا يسقط التكليف عن كل منهما الا اذا إطمأن بالضرر ، فانه حجة ، و ااحتمله احتمالاً عقلائياً ، « والا » فاذا احتمل ان الآخر يرتكبه ، لكونه غير مبال بالدين مثلاً ، بحيث ارتفع عنه خوف الضرر على الترك فالتكليف المتعلق به باق لا بد له من إمتثاله ، ولا يجوز مخالفته .

« وأما القسم الثاني » : وهو ما اذا تعلق الإكراه بالجامع بين الشخصين في

### قوله (ره) : واعلم ان الإكراه قد يتعلق . . . الخ (١)

الوضعيات مع فرض تعدد المكره عليه في نفسه ، كما اذا اكراه الجائر احد الشخصين علي بيع داره ، فان يبيع كل من الدارين في نفسه يغير بيع الدار الآخر وهذا القسم يكون ملحقاً بالقسم الاول ، فان كلا منهما ان احتمل عقلاً رافعاً للخوف صدور البيع من الآخر ومع ذلك أقدم علي بيع داره ، لاحتمال بيعه بطيب نفسه ، ولا يكون صادراً عن خوف الضرر ، ، فيكون صحيحاً . وأما اذا لم يحتل ذلك ، او احتمله ولم يكن احتمالاً رافعاً للخوف ، فيكون العقد الصادر منه مستنداً الى الخوف ، فيكون فاسداً .

« وأما القسم الثالث » : وهو الفرض مع اتحاد المكره عليه في نفسه وكون تغيره بلحاظ تغير المصدر ، كما اذا اكراه احد الوكيلين علي بيع داره وكله الشخصية فان المكره عليه حينئذ يكون امراً شخصياً خارجياً والإختلاف يكون من ناحية مصدر بيع الدار الشخصية : او فرض تعلق الإكراه بما يعم الوكيلين والموكل . « والظاهر » ارتفاع الأثر عن العقد في هذا القسم على جميع التقادير « وذلك » لأن موضوع الأثر فيه ليس هو العقد الصادر عن الوكيل بمعناه المصدرى ، وانما هو العقد المستند الى الموكل بالمعنى الأسم المصدرى ، والعقد بهذا المعنى - اي العقد المستند الى الموكل - لا يكون صادراً عن طيب النفس ، بل يكون صادراً عن إكراه ولولم يكن بمعناه المصدرى كذلك .

« وبعبارة اخرى » مورد الامضاء الشرعي هو العقد الصادر عن الجامع بين الوكيلين لاعن خصوص كل منهما ، والمفروض كون العقد الصادر عن الجامع مكرهاً عليه ، فيكون فاسداً سواء علم المصدر بعدم اتمام الآخر عليه او احتمله او علم بخلافه .

(١) صور المسألة ثلاثة : لانه قد يتعلق الإكراه بالمالك العاقد كما هو الغالب



وقد يتعلق بالمالك دون العاقد . وقد ينعكس الأمر فيتعلق الإكراه بالعاقد دون المالك .

« أما الصورة الأولى » : فقد تقدم الكلام فيها وان الإكراه فيها رافع للأثر ، سواء كان وضعياً او تكليفاً على تفصيل تقدم .

و « أما الصورة الثانية » : كما اذا اكراه المالك على توكيل غيره في بيع داره ، وبعد تحقق الوكالة باعها الوكيل باختياره وطيب نفسه ، فالإكراه فيها لا محالة تكون في التوكيل ، فيكون فاسداً . فان حصل للمالك طيب النفس بالوكالة في اثناء الإكراه ووقوع العقد ، فتصح الوكالة بناء على صحة العقد الصادر عن اكراه اذا لحقه طيب نفس مالكة ، فتتخذ معاملة الوكيل مطلقاً . والا فتكون المعاملة الصادرة عن الوكيل فضولية .

فان كانت قابلة للحقوق الاجازة بها ولحقته الاجازة صحت ، كما في العقود . واما اذا لم تكن قابلة ، بان كانت ايقاعاً ، كما اذا اكراه الزوج على توكيل غيره في طلاق زوجته ، فوكله ، فطلقها اختياراً . فانهم ادعوا الإجماع على بطلان الايقاع الفضولي وعدم قابليته للحقوق الاجازة به ، وان كان مشمولاً لدليل صحة الفضولي على ماسياً في الكلام فيه فلا محالة تكون فاسدة لا يترتب عليها الأثر وهكذا اذا كانت قابلة للاجازة ولكن لم يجزها المالك .

و « أما الصورة الثالثة » : وهي ما اذا تعلق الإكراه بالعاقد دون المالك . وفي هذه الصورة « تارة » يكون المكره - بالكسر - هو المالك و « اخرى » يكون غيره وعلى الثاني « تارة » يكون المكره - بالفتح - وكيلاً عن المالك للعقد و « اخرى » يكون شخصاً أجنبياً عنه .

« أما ان كان المكره هو المالك » : كما اذا اكراه الزوجة عالم البلاد على تزويج نفسها لشخص خاص ، او اكراهه المالك على بيع داره . فالظاهر هو الصحة ولا

يترتب الأثر على الإكراه . « وذلك » لعدم شمول شيء من ادلة رفع الأثر عن الإكراه للمقام .

« أما قوله سبحانه » : الا ان تكون تجارة عن تراض . فلانه انما يعتبر التراضي في التجارة ، ولا تصدق التجارة على فعل مجرى الصيغة ليعتبر صدوره عن طيب نفسه ، والمعتبر فيها على ما استظهرناه من الآية رضا المالك ومن بمنزلة من الولى والوكيل دون غيره . والمفروض تحققه في المقام .

و«أما النبوي» : وهو قوله (ص) : لايجل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه . فهو وان كان شاملاً للتصرفات الاعتبارية ، مثل : النقل والانتقال ، لأن حذف المتعلق يفيد العموم . « الا » ان المعتبر في الحل طيب نفس من له المال دون غيره .

و « اما حديث الرفع » : فلانه لايعم الا ما يكون مورداً للوضع لولا الإكراه او الإضطرار . وفعل مجرى الصيغة بنفسه ليس موضوعاً للأثر فتأمل .

« وبعبارة أخرى » : ليس في رفع الأثر ، في الفرض منة على المالك فتأمل ، ليعمه حديث الرفع الذي عرفت وروده في مقام الامتنان .

وأما ان كان المكره غير المالك و كان المكره - بالفتح - أجنبياً ، فلا أثر لإكراهه ، لعين البيان المتقدم ، فيكون العقد الصادر منه فضولياً يصح اذا كان قابلاً للحقوق الإجازة به ، ولحقته ، والا فيفسد .

وأما ان كان المكره - بالفتح - وكيلاً مفوضاً من قبل المالك . فقد استشكل فيه صاحب المالك ، وذهب فيه الى فساد العقد .

« والتحقيق » : ان الوكيل المفوض يكون لطيب نفسه ورضاه موضوعية في صحة العقد ولذا يصح منه العقد ولو كان معزولاً مالم يصل اليه عزله ، لكن بما انه بدل تنزيلي عن الموكل .

« وان شئت قلت » : ان المعتبر انما هو رضا احد الشخصين من الوكيل

قوله (ره) : ولو أكرهه على بيع واحد غير معين . . الخ (١)

والموكل . « وعليه » : ان كان المالك راضياً بالعقد دون الوكيل ، فالعقد الصادر منه يكون صحيحاً ، لما عرفت من أن الإكراه على إصدار العقد بمعناه المصدري لا أثر له . وان لم يكن راضياً به ، فان لحقه الرضا من الموكل او الوكيل يصح ، بناء على ما سننبه من صحة العقد الواقع عن إكراه اذا لحقه رضا المالك : والا فيفسد . « ولعل الوجه » فيما ذكره صاحب المسالك من الفساد حتى اذا رضى الموكل ، هو : أن من صدر منه العقد عن إكراه ، لم يتحقق منه الرضا ، ومن رضى بالعقد - وهو الموكل - لم يكن العقد صادراً منه « وقد عرفت » ان صدور العقد بالمعنى المصدري ، لا يترتب عليه أثر اصلا .

« ويؤكد » الفرع الآتي وهو صحة عقد المكره ، اذا تعقبه طيب نفس المالك فان حيثية صدوره عن إكراه لا يرتفع بالرضا المتأخر ، فلو كان له أثر لم يرتفع بالرضاء بالعقد فيما بعد ، وهذا ظاهر .

(١) بعدما عرفت من ان الإكراه رافع للأثر ، حتى الأثر الوضعي : يقع الكلام فيما اذا اختلف المكره عليه مع ما وقع في الخارج . وفي فرض الاختلاف . « تارة » يكون الواقع في الخارج أمراً مباحاً مع المكره عليه . و « أخرى » يكون أكثر او أقل منه .

أما اذا كان ما وقع في الخارج أكثر من المكره عليه : كما اذا أكرهه الجائر على بيع احد عبديه فباعها معاً . « فتارة » يكون المكره عليه هو الأقل بشرط لاعتن الزيادة ، ويكون ما اوقعه المكره في الخارج بشرط شيء . ولا اشكال في صحة المقدار الزائد في هذا الفرض ، لأنه مباح للمكره عليه ، ولم يتعلق به الإكراه ، كما هو ظاهر . « وأخرى » لا يكون المكره عليه بشرط لاعتن الزيادة ، بل ما وقع عليه الإكراه هو الجامع بين الأمرين ، كما في المثال .

« وعليه » ايضاً : « تارة » يكون لانضمام كل من الشئين دخل في مالية الآخر ، كفرادى النعال ، او مصراعي الباب . وفي هذا الفرض اذا اكرهه الجائر على بيع أحدهما فباعها معاً ، بطل البيع في الجميع ، لاستناده الى خوف ضرر الجائر فان المكره عليه وان كان بيع احدهما ، الا انه انما يختار بيع كليهما من باب كونه أقل ضرراً ، اذ اوباع واحد منهما لبقى الآخر بلا فائدة ، ولا يحصل رغبة في شرائه فبعد ما اكره على بيع احدهما ، اذا لم يبع شيئاً منها يقع في ضرر الجائر ، واذا باع احدهما دون الآخر تضرر من جهة بقاء الآخر بلا راغب يرغب في شرائه ، ولا ينتفع به . فلا محالة يبيعهما معاً ، فيكون بيع كليهما مستنداً الى خوف ضرر الجائر فيبطل .

« واخرى » لا يكون لانضمام كل من الشئين دخل في مالية الآخر ، كما اذا اكرهه الجائر على بيع احد فرسيه فباعها معاً دفعة واحدة ، كما هو المفروض . فهل يصح البيع في كليهما ، كما اختاره المصنف (ره) ، لان ما وقع خارجاً - وهو بيع كليهما - لم يكن مكرهاً عليه او يعين الصحيح منها بالقرعة . او يبطل البيعان ، لأن صحتهما معاً غير ممكن ، لكون احدهما مكرهاً عليه ولا تعين له في الواقع ، فيبطل كلا البيعين اذ لا معنى لامضاء احدهما الغير المعين ، كما عن بعض مشايخنا المحققين (ره) وجوه . « والظاهر » هو صحة احدهما . ويتعين باختيار البايع من دون حاجة الى القرعة . أما صحة البيع في احدهما ، فلا طلاق الأدلة من قوله تعالى : أحل الله البيع ونحوه . وأما فساده في الآخر فللعلم بان عمومات صحة البيع قد خصصت في احد الشئين قطعاً بجديث رفع الإكراه . وهذا نظير ما اذا أكره أحد على شرب الاناثين اللذين فيها الخمر فشربها معاً ، فانه لا مجال فيه للقول بحرمة كلا الشرابين وتعدد العقاب ، لا طلاق دليل حرمة شرب الخمر فانه مخصص في احدهما بدليل رفع الإكراه قطعاً ، كما لا مجال للقول بجواز شرب كليهما عليه ، لأن الإكراه لم يتعلق

الا بواحد منهما ، بل يكون أحد الشرين مباحاً والآخر حراماً عليه . والمقام أيضاً كذلك ، فيكون احد البيعين جائزاً لاطلاقات الأدلة ، واحدهما فاسداً لحديث رفع الإكراه .

وأما كون التعيين باختيار البايع ، فلان ماتعلق به طيب النفس انما هو بيع احد المبيعين ، فيكون من هذه الجهة من بيع الكلي في المعين ، فتكون الخصوصيات الشخصية خارجة عن المبيع ، وتبقى في ملك البايع فيكون تعيين الكلي باختيار البايع « نعم » في بعض الموارد لا يكون التعيين باختيار البايع ، فلا مناص فيها من الرجوع الى القرعة . وهي ما اذا كان المشتري متعدداً ، كما اذا باع من شخصين ببيع واحد بناء على صحة ذلك ، فانه لا مجال حينئذ لكون البايع مخيراً في تعيين الصحيح من البيعين ، فان كلا من المشتريين يريد صحة شرائه ، فلا بد من القرعة .

« وتوهم » اختصاصها - اي القرعة - بما اذا كان الواقع معيناً في نفس الأمر . « مدفوع » باطلاق دليل القرعة . وقد عمل بها الفقهاء فيما لاتعين له واقعاً ، كما فيما اذا كان لرجل ثلاث مزوجات ، وتزوج بنفسه وبوكيله بالرابعة والخامسة في آن واحد ، فان تزويج احدهما صحيح ، من دون تعيين ، فذكروا : ان ذلك تعين بالقرعة . الى غير ذلك من الموارد . ففي المقام أيضاً يعين الصحيح بالقرعة .

« ثم ان ما ذكرناه » انما يجري فيما اذا لم يكن المكروه عليه معيناً ، اما بتعيين المكروه ، واما بتعين ذلك ، نظير الوضع التعيني والتعيني . وأما اذا كان متعيناً ، كما اذا اكراهه الجائر على بيع احد العبدین معيناً ، فباعها معاً . يكون الفاسد ببيع المكروه عليه دون غيره . وهكذا اذا تعين بفعل البايع ، كما اذا باع العبدین تدريجاً فان المبيع اولاً يتعين في كونه مكروهاً عليه ، فيبطل دون بيع الفرد الآخر .

« ولا مجال » حينئذ لتوهم جعل الثاني مكروهاً عليه ، باختيار البايع ، نظير تبديل الامثال بامثال آخر . فان موضوع الإكراه ينتفي بالإتيان بالفرد الأول ،

فكيف يمكن ان يكون الفرد الثاني مصداقا للمكره عليه ، وهذا واضح . هذا كله فيما اذا كان الواقع في الخارج اكثر من المكره عليه .  
وأما اذا كان أقل منه كما اذا اكرهه الجائر على بيع داره او عبده ، فبإسراع نصف ذلك .

« فإشارة » يكون بيع النصف مع كونه عازما على بيع النصف الآخر ، غاية الأمر يأتي تدريجاً ، لزعمه ان المكره عليه هو الجامع بين البيع التدريجي والدفعي . وفي هذا الفرض لا اشكال في فساد البيع ، لكونه مكرها عليه . ولا وجه لما ذكره المصنف «ره» واشكاله في سماع دعوى ذلك في مقام الإثبات بقوله : لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الإمارات نظر . . فان نفس الإكراه قرينة على صدق دعواه .

« و أخرى » ببيع النصف لاحتمال ان الجائر يكتفي به عن المجموع . وفي هذا الفرض ايضا لا اشكال في الفساد ، لأن الإكراه على كل مقدار ينحل الى الاكراه على ابعاضه ، مثلاً : الاكراه على دفع مائة درهم اكراه على دفع الخمسين ،  
« وثالثة » يكون المكره عليه بشرط شيء ويأتي المكره بالاقل بشرط لا .  
وفي هذا الفرض ربما يتوهم ان ما وقع مغاير للمكره عليه فيكون صحيحاً .

« ونقول » : نفرض الكلام فيما اذا كان الواقع في الخارج مبائناً حقيقة مع المكره عليه ويتضح به حكم المقام - مثلاً - اذا فرضنا ان الجائر اكرهه على بيع كتابه فباع ردائه بدلا عنه ، من باب أهميته لديه اكثر من الرداء كان بيع الرداء فاسداً مع كونه مبائناً للمكره عليه « وذلك » لأن الدليل لرفع الاكراه كان أمران .  
( احدهما ) : حديث الرفع ، وهو غير شامل للمقام ، لأن بيع الرداء لم يكن مكرها عليه .

( ثانيهما ) : قوله تعالى : الا ان تكون تجارة عن تراض وهو شامل للمقام ،

قوله ره : قال في التحرير لو اكره على للطلاق .. الخ (١)

فان بيع الرءاء على الفرض لم يكن بطيب النفس ، فيكون اكل المال بازائه من الاكل بالباطل . ففي المقام ايضا بيع نصف الدار او العبد لم يكن صادراً عن طيب نفس المالك ، فيكون اكل المال به من أكل المال بالباطل .

(١) لابد في تفصيل الاكراه على الطلاق ونحوه من بيان أقسام الاكراه ،

فانه يتصور على صور :

( احداها ) : ان يكرهه الجائر على الطلاق ونحوه ، الا انه متمكن من دفع ضرر المكروه ، او بوطن نفسه على تحمل الضرر ومع ذلك يوقع الطلاق . ولا اشكال في الصحة في هذه الصورة . والظاهر خروجه عن مورد كلام العلامة ( ره ) .

( ثانيها ) : ان يكرهه على الطلاق ، فيوقعه خوفاً من ضرر الجائر . ولا اشكال في الفساد في هذه الصورة ايضا ، من غير فرق بين كون المكروه - بالفتح - معتقداً صحة العقد الواقع عن اكراه لجهله بالمسألة ، او اعتقد بان دفع الضرر لا يكون الا بقصد حقيقة العقد او الطلاق فقصدته ، وبين غيره . فان ذلك لا ينافي صدق الاكراه .

« ويؤيده » تمسك الامام (ع) بجديث رفع ما استكره عليه لفساد الحلف اكرهاه علي الطلاق والعتاق . من غير استفصال بين من يرى صحة الحلف الصادر عن اكراه وبين من يرى فساده ، مع ان أغلب العامة يرون صحة ذلك ووقوعه . فاحتمال الصحة ، كما زعمه المصنف ( ره ) في الفرض لا يناسب مقامه ( قده ) .

« ثم انه » لافرق في تحقق الإكراه بين ان يكون الضرر الموجود متوجهاً الى نفس المكروه او ماله او عرضه ، او يكون متوجهاً الى بعض متعلقه ، كولدته مثلاً فاذا قال الولد لو اكرهه : طلق زوجتك والاقمت نفسي فطلقها ، بطل ، لأن موت الولد ضرر على الوالد . ولذا لو اوعده الأجنبي بقتل ولده على ترك عمل ، صدق

عليه عنوان الإكراه ، وهذا ظاهر .

( وثالثتها ) : ان يكرهه الجائر على الطلاق ويكون له الداعي النفساني على الطلاق ايضاً ، الا انه ليس كلا من الأمرين ، تام الداعوية . فاذا انضم احدهما الى الآخر تم داعويته ، فكان كل من الإكراه والداعي النفساني جزء المقتضى . وفي هذا الفرض يكون الطلاق مستنداً اليهما معاً ، فيكون فاسداً لأنه وان لم يكن مصداقاً للمكره عليه ، ولا يمكن التمسك فيه بحديث رفع الإكراه ، الا انه لا يكون صادراً عن طيب النفس ايضاً ، لصدوره عن كلا الأمرين معاً . وقد ذكرنا أن مقتضى قوله تعالى : الا ان تكون تجارة عن تراض . اعتبار صدوره عن طيب النفس وهو مفقود .

( رابعتها ) : ان يكون كل من الاكراه والداعي النفساني - كسوء خلق الزوجة في نفسه ، في المشال المذكور - تام الداعوية لطلاق الزوج ، بحيث لو فقد احدهما أثر الآخر ، الا أن الأثر الفعلي لاحتمال يستند اليهما معاً . ففي هذه الصورة لا بد من الحكم بالصحة ، لاستناد الأثر الى طيب النفس التام في مقام الداعوية . وانضمام الاكراه اليه لا يوجب عدم تأثيره ، لأن الاكراه ليس مقتضياً للفساد ولا مانعاً من الصحة ، وانما نقول بفساد المعاملة الصادرة عن الاكراه لعدم المقتضى - وهو طيب النفس - لا لوجود مقتضى الفساد . فانضمامه الى الداعي النفساني المقتضى للصحة لا يمنع عن تأثيره وكثيراً ما ينضم الداعي النفساني الى الداعي القربي في العبادات ، ويكون كل منهما تام الداعوية في نفسه ، ولا يخل بعبادتها .

« وعليه » فلا وجه لقياس هذه الصورة بالصورة السابقة ، والقول بالبطلان فيها عن الميرزا « ره » بدعوى استناد الأثر في كلتا صورتين الى مجموع الاكراه والداعي النفساني . فان الداعي النفساني في الصورة السابقة لم يكن تام الداعوية ، بخلافها في هذه الصورة ، فان طيب النفس فيها تام الداعوية ، غاية انه انضم اليه



### قوله ره : لو رضي المكره بما فعله صح للعقد (١)

ماليس مقتضيا للصحة .

« ثم مع التنزل » وفرض كون الاكراه مانعا عن الصحة نقول : شمول دليل رفع الاكراه لمثل المقام الذي يكون المالك طيب النفس خلافاً لامتنان .  
 « ثم ان المكره » اذا تمكن من التورية ولم يفعل ، فالظاهر عدم صدق الاكراه لما ذكرنا سابقا من تقوم الاكراه بالعجز حتى عن التورية ، وان مجرد القضية الشرطية لا يحقق عنوان الاكراه . ولعل هذا مورد حكم العلامة بالصحة ، ومراده من قوله : لو طلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق .

(١) ربما يقال بعدم ترتب الأثر على عقد المكره حتى بعد لحوق الرضا به ، والوجه في ذلك أحد أمرين :

(الأول) اعتبار مقارنة طيب نفس المالك ورضاه مع العقد في مفهومه ، فلا يصدق عنوان العقد مع عدم مقارنة الرضا . ( وفيه ) أن العقد ليس إلا كبقية المفاهيم مثل الأكل والشرب ونحوهما ، ومن الواضح أن الداعي لادخل له في شيء من تلك المفاهيم ، فالأكل يصدق على الأكل الخارجي بأيّ داع حصل من طيب النفس أو الإكراه أو غير ذلك ، وهكذا مفهوم الشرب ، وكذلك مفهوم العقد . ولولا ذلك لزم عدم صدق العقد على بيع الفضول وعدم صدقه على بيع المكره بحق فلا بد وأن يكون ترتب الأثر عليه بالتعبد الشرعي لا بما انه عقد ، وهو كما ترى .

(الثاني) اعتبار مقارنة رضا المالك في صحة العقد لا في مفهومه . وهذا وان لم يكن كسابقه بديهياً الفساد الا أن اعتبار ذلك في الصحة مع عدم صدق العقد بدونه يحتاج الى دليل ، ولادليل على اعتباره والا لزم بطلان العقد الفصولي وان لحقته الإجازة لعدم اقترانه برضا المالك .

وهناك وجهان آخران ، وهو اعتبار مقارنة رضا العاقد في مفهوم العقد أو

في صحته . وقد ظهر الجواب عنها بما تقدم ، مضافاً الى أن لازمه فساد بيع العاقد المكره على انشاء الصيغة من قبل المالك ، وقد مرّ صحته .

( وبالجملة ) صحة بيع الفضولي بلحوق الرضا تستلزم صحة بيع المكره بلحوق طيب نفس المالك ، بل في بيع المكره مرجح للصحة ، وهو صدور العقد من المالك دون بيع الفضول ، فانهما مشتركان في عدم مقارنة العقد بطيب نفس المالك ، إلا ان الانشاء أيضاً في بيع الفضولي غير ناشئ من المالك بخلاف بيع المكره .

( اللهم ) الا أن يدعي الفرق بين البيع الفضولي وبيع المكره . ويدعي قيام الدليل على اعتبار مقارنة العقد مع الرضا :

( أما الفرق ) بين بيع الفضولي والمكره فهو أن ظاهر قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » توجه الخطاب الى الملاك ووجوب وفاء كل مالك بالعقد المستند اليه ، وليس الخطاب متوجهاً الى غير الملاك ولا الى المالك الذي لم يستند العقد اليه كما أن ظاهر قوله تعالى . « فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق » وجوب غسل كل شخص وجه نفسه ويديه ، لا أن يغسل كل أحد وجه غيره ويديه ، فالأمر بالوفاء بالعقد أيضاً كذلك لا يراد به لزوم وفاء المالك بالعقد الصادر عن غيره .

( ثم ) ان العقد الفضولي لا يكون عقداً للمالك ولا يستند اليه قبل إجازته ورضاه ، وعليه فخروجه عن عموم « أوفوا بالعقود » قبل لحوق الإجازة به يكون بالتخصيص ، لعدم كونه عقداً للمالك ، فإذا لحقته الاجازة يدخل حينئذ في عنوان العقود فيعمه حكمها . وهذا بخلاف عقد المكره ، فإن خروجه عن عموم الآية إنما يكون بالتخصيص بمقتضى حديث رفع الاكراه ، لأنه قبل لحوق الاجازة أيضاً عقد مستند الى المالك ، فاذا خرج عن العموم بالتخصيص رجوعه اليه بعد لحوق الرضا يحتاج الى دليل ، وهذا هو الفارق بينهما .

ثم إذا استفدنا الحصر من قوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ » كما

هو الصحيح ، لأن الاستثناء فيه متصل لامتقطع كما زعمه المصنف في المقام ، والمعنى لاتأكلوا أموالكم بوجه من الوجوه فإنه باطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ ، فيفيد حصر سبب حل الأكل بالتجارة عن تراضٍ ، ويصدق التجارة عن تراضٍ على بيع الفضولي إذ لحقته الاجازة ، ولا يصدق التجارة الناشئة عن الرضا على بيع المكره بعد لحوق الرضا اليه ، لتأخر الرضا عن تجارة المالك .

(وبالجملة) يمكن الفرق بين بيع المكره وبيع الفضولي بما ذكرناه من أن بيع المكره من حين صدوره يستند الى المالك ، فاذا خرج عن عموم «أوفوا بالعقود» بالتخصيص فعوده اليه بعدلحوق الرضا يحتاج الى دليل . وهذا بخلاف بيع الفضولي فإنه إنما يستند الى المالك ويدخل في موضوع الآية حين لحوق الاجازة ، فيثبت له الحكم ويترتب عليه الأثر .

إلا ان المصنف استدل على صحة بيع المكره بعد لحوق الرضا بوجهين :

(احدهما) : أن رفع أثر بيع المكره بعد لحوق رضاه - اعنى صحته حينئذ - خلاف الامتنان عليه ، فلا يعمه حديث الرفع ، إذ لعل البيع يكون صلاحاً له فيرضى به . نعم ترتب الأثر عليه قبل لحوق رضاه موافق للامتنان . ( وفيه ) أن ما افاده منافٍ لما أوضحه في بحث الأصول من أن حديث الرفع إنما يرفع الآثار المترتبة على الموضوعات بعناوينها اذا كان رفعها موافقاً للامتنان ، ولا يعم الأثر المترتب عليها بعنوان العمد أو بعنوان الاكراه ونحوه من الأمور المذكورة في الحديث . وعليه فصحة بيع المكره اذا لحقته الرضا إن دلّ عليه دليل يكون حكماً ثابتاً لعنوان الاكراه ، فلا يعمها حديث الرفع ، سواء كان رفعها موافقاً للامتنان أو مخالفاً له . نعم لادليل في مقام الاثبات على صحة عقد المكره بعد لحوق الرضا .

(ثانيهما) : ما اطال فيه الكلام ، وحاصله منع حكومة حديث الرفع على أدلة صحة البيع ووجوب الوفاء بالعقود ، وذلك لأن قوله تعالى : «أوفوا بالعقود» و

« أحل الله البيع » مخصص بالمرضى بحكم العقل وغيره فليس له إطلاق ، وعليه فالعقد الغير المرضي به ليس موضوعاً لأدلة الصحة ليعمه حديث الرفع ، وأما المرضي به فإن كان الرضا به مقارناً يستحيل أن يتعلق به الاكراه أيضاً ويكون مكراً عليه ايضاً ، فانها متناقضان فلا يعمه رفع الاكراه ، وأما إن كان الرضا به لاحقاً فذات العقد الملحق بالرضا جزء للسبب وليس موضوعاً للأدلة ليعمه حديث رفع الاكراه ، فعلى أي تقدير ليس الرفع حاكماً على أدلة صحة العقود .

( وفيه ) انه إنما يتم لو كان تخصيص دليل الوفاء بالعقد بحديث الرفع في طول تخصيصه بحديث « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه » وقوله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض » وغيره مما دلّ على اعتبار الرضا في صحة العقد ، وليس الأمر كذلك بل تخصيصه بكل من المخصصين عرضي ، فان حديث الرفع أيضاً مخصص لعموم الوفاء بالعقود غاية بلسان الحكومة ، وقد ذكرنا في بحث انقلاب النسبة أنه اذا ورد مخصص على عام واحد يخصص بهما معا . ( وعليه ) فيخصص عموم الآية بكل من حديث رفع الاكراه وما دلّ على اعتبار طيب النفس ، ويخرج عنه العقد المكروه عليه ، ورجوعه الى الحكم العام بعد لجوق الرضا يحتاج الى دليل وهو مفقود ، فلا يتم شيء من الوجهين اللذين أطال المصنف الكلام فيها .

إلا أن الصحيح مع ذلك كله صحة عقد المكروه بعد لحوق الرضا به ، وذلك ، لأنه ليس المراد من العقد انشاؤه الذي لابقاء له ، بل المراد به الأمر الاعتباري من المبادلة وحصول النقل والانتقال الذي له بقاء واستمرار في عالم الاعتبار ، وعليه فما لم يلحق به الرضا يكون العقد مكروهاً عليه فيعمه حديث رفع الاكراه . وأما اذا لحقه الرضا فليس العقد بقاء مصداقاً للمكروه عليه .

( ومن الواضح ) ان حديث رفع الاكراه إنما يرفع الأثر مادام الاكراه متحققاً ويصدق عليه عنوان المكروه عليه ، فاذا رضي به المالك بقاء صار العقد

مصدداً للتجارة عن تراض ، فيعمه دليل الصحة .

( وبعبارة اخرى ) اذا كان للعام أو المطلق استمرار فورد عليه المخصص في مقدار من الزمان لا مانع من التمسك به في الزائد على ذلك المقدار من الزمان ، فقله تعالى : « أفوا بالعقود » له استمرار من حيث الزمان ، وقد خصص ما دام العقد كان مكرهاً عليه ، وأما اذا رضي به المالك وخرج عن عنوان المكره عليه فيعمه الآيه المباركة ، ويؤكد المبالغة بين التجارة عن تراض واكل المال بالباطل في الآيه الشريفة ، فانه اذا غضب احد من غيره شيئاً فهو مصداق لأكل المال بالباطل ما لم يرض به المالك ، فاذا رضي لم يكن من الأكل بالباطل ، فلا محالة يكون مصداقاً للتجارة عن تراض .

( والحاصل ) ان الظاهر صحة عقد المكره اذا لحقه رضا المالك ، الا انه ربما يستشكل فيها بما ذكر فارقاً بين عقد المكره وعقد الفضولي : من أن عقد الفضول إنما يستند الى المالك مقارناً لحصول طيب نفسه ورضاه ، فيعمه عموم « أفوا بالعقود » ، بخلاف عقد المكره فانه يكون مستنداً الى المالك قبل طيب نفسه ورضاه ومع ذلك لم يكن مشمولاً لعموم الدليل ، فشموله له بعد الرضا يحتاج الى دليل . ( ولكنك ) قد عرفت أن هذا الفرق ليس بفارق ، فان عقد المكره - وإن لم يكن مقارناً مع رضا المالك حدوثاً - الا انه مقارن معه بقاء ، فيعمه عموم « أفوا بالعقود » بقاء كما عرفت ، فلا فرق بينه وبين العقد الفضولي .

ثم انه يمكن تقريب صحة بيع المكره بوجه آخر يقرب من أول الوجهين المذكورين في كلام المصنف وهو أن الآثار المترتبة على الأفعال بعناوينها الأولية ( منها ) : ما يكون رفعها موافقاً للامتثال مطلقاً كالأحكام التكليفية كحرمة شرب الخمر ، فان رفعها موافق للامتثال في مورد الإكراه والإضطرار والخطأ والنسيان مطلقاً ( ومنها ) : ما يكون رفعها مخالفاً للامتثال كذلك كالأثار الوضعية في مورد

## قوله ره : رضا المتأخر ناقل او كاشف (١)

الإضطرار ، فان رفعها مخالف للامتنان على الإطلاق . ( ومنها ) : ما يكون رفعها موافقاً للامتنان في بعض الحالات دون بعض ، فحديث الرفع بناء على كونه وارداً مورد الامتنان - كما هو الظاهر - يكون رافعاً لما هو من قبيل الاول مطلقاً ولا يكون رافعاً لما هو من قبيل الثاني مطلقاً ، وفي الثالث يرفع الأثر في الحال الذي يكون رفعه امتناناً ولا يكون رافعاً له فيما ليس رفعه امتناناً في المقام ارتفاع اثيرع المكره في حال قبل لحوق الرضا موافق فيرتفع ، للامتنان وفي حال لحوق الرضا مخالف للامتنان فلا يرتفع . ( وبعبارة أخرى ) لدليل « أوفوا بالعقود » اطلاق أزماني ، فيثبت به الملكية مستمرة من زمان تحقق العقد الى الأبد ، ففي بيع المكره يقيد اطلاقه بحديث الرفع في الحال الذي يكون فيه الرفع موافقاً للامتنان - وهو ما قبل لحوق الرضا - وأما في غيره فيتمسك باطلاق الآية ويترتب عليه الأثر لعدم جريان حديث الرفع فيه . والفرق بين هذا الوجه وما أفاده المصنف واضح ، فانه « قده » ذكر أولاً أن المرفوع في حديث الرفع هو المؤاخذة ، ثم ذكر بعد ذلك أن رفع صحة بيع المكره بعد لحوق رضاه مخالف للامتنان . وقد أوردنا عليه بعدم الدليل على صحة بيع المكره اذا لحقه الرضا ، وأما على ما ذكرناه فإطلاق الآية بنفسه دليل على ترتب الأثر على بيع المكره اذا لحقه الرضا كما عرفت .

(١) لا ريب في أن مقتضى الأصل العملي هو النقل . الا انه ربما يدعي وجود الدليل على الكشف ، وهو ماورد في ارث الصغير او الصغيرة التي تزوجه كبير أو كبيرة أو صغير مثله ثم مات فاذا بلغ اجاز النكاح من انه يستحلف على اجازته ، وانه لو كان حياً أيضاً لأجاز النكاح فيورث منه (١) مع ان ارثه منه مبني على

(١) راجع الوسائل ج ٣ طبع عين الدولة في الباب ١١ من ابواب ميراث

الأزواج .

الكشف ليتحقق موضوع موت الزوج أو الزوجة عن وارث ، والإستحلاف إنما هو من جهة كونه مورداً للتهمة وان الاجازة من جهة الارث .

( هذا ) إلا أن الرواية واردة في الفضولي ، والتعدي الى المكره مبني على إلغاء الخصوصية ، وان الميزان إنما هو تعلق الاجازة أوالرضا بالعقد السابق ، وهو موجود في عقد المكره أيضاً كما يتعدى الى غير النكاح أو بالأولوية ، والا فالكشف حكم مختص بمورده وهو النكاح الفضولي ، ولا يتعدى عن مورد النص .

ولكن قد يدعي أن الكشف يكون على القاعدة ، إذ فرق بين اشتراط صحة العقد بالرضا المتأخر وغيره كالقبض في الصرف والهبة ، لأن الرضا والإجازة إنما يتعلق بالعقد السابق . فاذا قام دليل على اعتباره لا بد من ترتيب الأثر من حين العقد نظير ما اذا باع احد داره فعلا قبل عشرة ايام وقام دليل على اعتباره ولو كان العمومات لو لم يكن منصرفاً عن مثل ذلك لكونه خلاف المتعارف ، فان لازمه الكشف وترتيب آثار الملكية السابقة والإجازة أيضاً كذلك .

ثم أورد عليه بما حاصله : ان الإجازة لم تتعلق بالملكية من حين العقد ، وإنما تعلقت بطبيعي الملكية ، ومقتضى ظاهر الأدلة التي تعتبر اشتراط نفس الإجازة في صحة العقد وترتب الأثر عليه لا وصف التعقب عدم ترتب الأثر الا بعد حصول الشرط ، وهو لا ينافي تعلق الإجازة بالعقد السابق .

ثم أجاب بما حاصله : انه إنما يتم لو قلنا بالكشف الحقيقي وأما الكشف الحكمي اعني حكم الشارع بعد حصول الإجازة والرضا بالملكية السابقة من زمان البيع ، فلا ينافي شرطية نفس الإجازة والرضا .

ثم اشكل عليه بأن الملكية عين حكم الشارع ، فلا يمكن تخلفها ( وفيه ) ما نبينه في بحث الفضولي من أن الجعل غير المجعول ، فالجعل - وهو الحكم - عبارة عن نفس الاعتبار والملكية تكون متعلقة للحكم وهو المجعول ، فكما يمكن أن يكون الاعتبار

قوله ره : وإن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ  
العقد (١)

قوله ره : مسألة : ومن شروط المتعاقدين اذن للسيد (٢)

فعالياً ومتعلقه امرأ لاحقاً - كما في الوصية - يمكن أن يكون الاعتبار فعالياً ومتعلقه امرأ سابقاً . ( وهذا ) نظير أن ينشئ أحد - فعلاً - ملكية داره لزيد من قبل سنة - بأن يكون الانشاء فعالياً والمنشأ امرأ متقدماً - فاذا فرضنا قيام الدليل على صحته كما اذا فرض عدم كونه خلاف المتعارف وشملته الاطلاقات لزم الحكم بترتب آثار الملكية من الأول لامن حين العقد ، والاجازة أيضاً كذلك فلازم تعلقه بالعقد السابق ترتب آثاره من حين حدوثه ، وذلك لأن مقتضى إطلاق قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » امضاء اعتبار المتعاملين من حين حدوثه ، وقد رفعنا اليد عن ذلك في مقدار من الزمان لحديث رفع الإكراه ، وبعد ارتفاعه وحصول الرضا يكون مقتضى إطلاق العام امضاء اعتبار المتعاملين المتحقق سابقاً . وهذا معني الكشف .

(١) الفسخ يقابله الإمضاء لا الإجازة ، وما يقابل الإجازة إنما هو الرد وان كان جميعها متعلقاً بالعقد السابق ، فلا وجه لقياس الإجازة وجعلها مقابلة للفسخ ، وذلك لأن الإجازة عبارة عن إمضاء العقد من حينه ، ويقابله ردّ العقد الذي هو عبارة عن فسخه من حينه - أي حدوثاً - وأما الفسخ في مقابل الإمضاء فهو عبارة عن حل العقد من حين الفسخ - أي بقاء لا حدوثاً - كما هو ظاهر أدلة الخيار في موارد ثبوته كخيار الحيوان والمجلس ونحوهما ، فكون الفسخ حل العقد بقاء ومن قبيل النقل لا يستلزم كون الإجازة إمضاء للعقد كذلك ، فالقياس مع الفارق .

## شرطية اذن السيد

(٢) ذكروا من جملة شروط صحة العقد كون العاقد حراً ، فلو فرض كونه



عبداً لم يصح مالم يأذن مولاه ، فجعل العبد حد وسط بين الحروبين الصبي والمجنون فان الحر مستقل في تصرفاته ، والمجنون - وكذا الصبي على قول - ساقط انشاؤه مطلقاً حتى مع اذن الولي ؛ وأما العبد فهو وسط بينهما ، فليس كالحُر بحيث يستقل في تصرفاته وليس كالمجنون بحيث لا ينفذ تصرفه اصلاً حتى مع اذن الولي ، بل ينفذ تصرفه مع اذن المالك ولا ينفذ بدون اذنه . ( واستدل ) على ذلك بقوله تعالى « عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء » حيث وصف العبد بكونه غير قادر على شيء ، والمراد بالقدرة المنفية إنما هو استقلاله في التصرف لا اصل التصرف ، فان من لا يكون مستقلاً في تصرفه فهو ليس بقادر عليه .

ثم انه ليس المراد بالقدرة القدرة العقلية وبالشيء الأفعال الخارجية ، بداهة ان الرقية والحرية لا تدخل لشيء منها في القدرة العقلية على الأمور الخارجية ، فن يقدر على الخياطة فهو قادر عليها تكويناً عبداً كان أو حراً ، فيحتمل أن يراد من القدرة القدرة الشرعية ، والتعبير عن المنع الشرعي بعدم القدرة متعارف ، فيكون المعنى أن العبد ممنوع عن كل شيء . وهذا أيضاً لا يمكن الإلتزام به ، بداهة عدم حرمة جميع الأفعال على العبد بدون اذن سيده حتى الأفعال الضرورية كالتنفس وتحريك اليد والرأس والعين والتكلم ونحو ذلك ، فلا بد وأن يراد بالقدرة القدرة الوضعية - اعني النفوذ - فيكون المراد من قوله « لا يقدر على شيء » نفي نفوذ تصرفاته .

( فيقع الكلام ) في أن المنني نفوذ تصرفه في خصوص نفسه وماله ، أو أعم منه ومن تصرفه في مال سيده ، أو أعم من ذلك ومن تصرفه فيما لا يرجع الى سيده كالوكالة في انشاء العقد عن غيره ؟ وجوه ، ظاهر المصنف هو الأخير ، وكأنه أرسله ارسال المسلمات وشرع في إجازة السيد وحكمها ، وتبعه في ذلك المحقق النائيني « ره » . إلا أن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي أن يكون المنني نفوذ تصرف العبد في نفسه وفي ماله لو قلنا بأنه يملك - كما هو احد القولين في المسألة - نظير

### قوله ره : وأما مع الإجازة لللاحقة فيحتمل (١)

قوله عليه السلام : « الناس مسلطون على أموالهم أو على انفسهم » .  
ويؤكد هذا أن ذكر قوله تعالى « مملوكاً » في الآية ، مع أن العبد والمملوك  
متراد فان لا بد وأن يكون لنكتة وليس قيداً توضيحياً كما ذكره الميرزا « قده » .  
والنكتة في ذلك إنما هو عليّة المملوكية للحكم ، وعليه فلا بد وأن يكون المنفي ما يكون  
المملوكية علة له ، وليس ذلك الا نفوذ تصرفه في نفسه وماله ، فيصح أن يقال :  
لا يصح تصرفه في نفسه لأنه مملوك ، وأما التصرف في مال السيد فعدم نفوذه ليس  
معلولاً للمملوكية ، ولذا لا ينفذ تصرف الحر في مال غيره أيضاً ، وهكذا الوكالة عن  
الغير في انشاء العقد ، ولا اقل من الاجمال فيرجع في مورد اجمال المخصص - وهو  
انشاء العبد للغير - الى العمومات والاطلاقات .

( وعليه ) فلا بد من التفصيل بين وكالة العبد عن الغير في مجرد انشاء الصيغة  
وتوكيله الغير والالتزام بالفساد في الثاني ، لأن العبد لم يكن له التصرف بنفسه  
فضلا عن توكيله الغير . وبالصحة في الأول لعدم الدليل على توقف انشاء العبد  
على اذن السيد كما ان الظاهر عدم كونه حراماً تكليفاً لعدم الدليل على حرمة  
التلفظ ونحوه من التصرفات الضرورية ، وعلى فرض حرمة تكليفاً فهي لا تدل  
على الفساد لعدم تعلقها بعنوان المعاملة .

(١) أما بناء على المختار من عدم توقف انشاء العبد على اذن سيده لانصراف  
الآية عن مثله لمناسبة الحكم والموضوع أو لظهور أخذ المملوك في العلية ، وأما  
الروايتان (١) فعدم شمولها لانشاء المجرد ظاهر ، لورودهما في تزويج العبد لنفسه  
وطلاقه زوجته ولو زوجه السيد ، وكلاهما من التصرف في نفس العبد ، وهذا

(١) ( احدهما ) : ما نقله الشيخ في صدر هذه المسألة وهو مذکور في الوسائل

في الباب ٤٥ من ابواب الطلاق ج ١٥ من الوسائل المطبوعة أخيراً ص ٣٤٣ . -

اجنبي عن إنشائه الصيغة للغير ولذا يكون فاسداً . ولو كان المنشيء للصيغة غير المملوك - أي وكل غيره في انشاء العقد - بل لولا ماورد في ذيل الرواية من تطبيق الآية على ذلك لاقتصرنا فيها على خصوص نكاح العبد وطلاقه ولم نتعد الى سائر تصرفاته في نفسه ، فلا مجال للبحث عن نفوذ إجازة السيد بعد ذلك وعدمه . (وأما ) على مسلك المصنف فيقع الكلام في نفوذ انشاء المملوك اذا لحقه اجازة السيد وعدمه . وقد احتمل المصنف أولاً كلا الأمرين من عدم النفوذ ، لأن المنع ليس من جهة المنشيء وعدم رضا المالك به ، وإنما هو من جهة الإنشاء الصادر وما وقع لاينقلب عما وقع عليه ، اذ ليس له بقاء لينقلب عما وقع عليه بقاء .

- واليك نص الرواية :

محمد بن علي بن الحسين باسناده عن ابن أذينة ، عن زرارة ، عن ابي جعفر - وأبي عبد الله عليهما السلام قالوا : المملوك لايجوز طلاقه ولانكاحه الا باذن سيده ، قلت : فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق ؟ قال : بيد السيد ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لايقدر على شيء ، أفشيء الطلاق .

ثم ان اطلاق الرواية المذكورة معارضة بما ورد من تجوز طلاق العبد ان كانت زوجته حرة او من غير مولاه . وقد عقد في الوسائل باباً لذلك . منها مرواه عن محمد بن يعقوب ، عن احمد ، عن ابن فضال ، عن مفضل بن صالح ، عن ليث المرادي ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه ؟ فقال : ان كانت امتك فلا ، إن الله عز وجل يقول : « عبداً مملوكاً لايقدر على شيء » وان كانت أمة قوم آخرين او حرة جاز طلاقه .

وظاهر هذه الرواية عدم المنافاة بين جواز طلاق العبد لزوجه ان كانت حرة او أمة لغير مولاه . وبين كونه مملوكاً لايقدر على شيء .

( ثانيهما ) : ما استعان به الشيخ « ره » ونقل بعض فقراته مؤيداً لكلامه في -

ثم قوى النفوذ ولحوق الإجازة ، لكون المعتبر هو الرضا الأعم من المقارن واللاحق . واستدل عليه بوجهين : أحدهما يرجع الى نفي المقتضى لاعتبار خصوص الاذن السابق ، والآخر يرجع الى وجود الدليل على عدم اعتباره :

( أما الوجه الأول ) : فحاصله : ان ما دل عليه المخصص انما هو نفي استقلال العبد في التصرف وعدم نفوذه في نفسه من دون ضميمة لامطلقا ولو لحقه إجازة السيد ، ولا أقل من الاجمال فيرجع في مورده - وهو لحوق الاجازة الى عموم دليل أوفوا بالعقود . ( وأورد عليه ) المحقق النائيني بعدم الاجمال في المخصص ، فان المأخوذ في الرواية عنوان الاذن ، حيث قال عليه السلام : « لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا باذن سيده » ، والاذن ظاهر في الاذن المقارن .

وفيه ( أولا ) : أن الظاهر أن المصنف ناظر في المخصص الى الآية لا الرواية لما عرفت من أن الرواية أجنبية عن انشاء العبد للغير وانما هي واردة في نكاح العبد لنفسه أو طلاقه زوجته ، فلا تعم الانشاء المجرد اصلا ، وليس في الآية عنوان الاذن ليدعي ظهوره في المقارن ، ( وثانيا ) لو تنزلنا عن ذلك فلم يظهر لنا ظهور - المسألة المذكورة ايضاً . وقد ذكره في الوسائل في الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ من الوسائل المطبوعة أخيراً . واليك نصه :

محمد بن يعقوب ، عن علي بن ابراهيم ، عن ابن عمير ، عن عمر بن أذينة ، عن زرارة ، عن ابي جعفر عليه السلام قال : سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده ، فقال : ذلك الى سيده إن شاء اجازته وإن شاء فرق بينها ، قلت : أصلحك الله ، ان الحكم بن عيينه و ابراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : إن أصل النكاح فاسد ولا تحل إجازة السيد له ، فقال أبو جعفر عليه السلام : إنه لم يعص الله ، وإنما عصى سيده ، فاذا أجاز فهو له جاز . ورواه الصدوق باسناده عن ابن بكير ، عن زرارة .

الاذن في المقارن ، بل كل من الاجازة والاذن يستعمل في الرضا السابق والمقارن واللاحق ، فاذا فرضنا ان احداً غصب دار غيره مدة وتصرف فيها ثم رضى به المالك يصح أن يقول « أجزت تصرفاته » أو يقول « أذنت فيها » .

( وبعبارة اخرى ) قوله عليه السلام « لا يجوز » في الرواية قرينة على أن المراد بالنكاح والطلاق إنما هو المنشأ لا الإنشاء فان المنشأ هو القابل للجواز وعدم الجواز لقبليته للبقاء دون الانشاء . وعليه فان المنشأ قد لا يكون مقرونا للاذن اصلاً وقد يكون مقرونا بالاذن السابق وربما يكون مقرونا بالاجازة اللاحقة ، فني الجواز عماليس مقرونا بالاذن اصلاً وأثبتته للمقرون باذن سواء كان سابقاً أو لاحقاً . ( وأما الوجه الثاني ) الرجوع الى وجود الدليل علي نني اعتبار خصوص الاذن السابق فقربه بوجهين :

( الأول ) : ان الاذن في الرواية اعم من الاجازة اللاحقة ، لأنه ذكر فيها النكاح ، ولا اشكال في نفوذ نكاح العبد اذا لحقه اجازة سيده فيكون ذلك قرينه على ارادة الأعم من الاذن . ( وأورد ) عليه الميرزا بايراد متين ، وحاصله : ان كون النكاح في الرواية هو الأعم ، والا فلم لا ينعكس الأمر ويقال : إن الطلاق المذكور في الرواية وعدم نفوذه بالاجازة اللاحقة اجماعي ، فيكون هذا قرينة على ان المراد من الاذن هو خصوص الاذن السابق ، فهذا الوجه غير تام .

وحاصل الكلام انه بناء على توقف مجرد إنشاء العبد على اذن السيد يقع الكلام في انه اذا أنشأ عن غيره بدون اذن سيده فأجازه السيد بعد ذلك هل يكون انشاؤه قابلاً للحقوق الرضا ام لا ؟ احتمل المصنف أولاً المنع من جهة عدم تعلق حق السيد بمضمون العقد - اعني المنشأ - ليكون قابلاً للاجازة ، لعدم كون العوضين متعلقاً لحقه ، وإنما تعلق حقه بمجرد الانشاء ، وليس هو قابلاً للاجازة لعدم البقاء فيه والاستمرار .

ثم قوى قابليته للحقوق الاجازة ، وأفاد في وجهه وجهين : ( الأول ) - وهو ما يرجع الى منع المقتضي عن اعتبار أزيد من الاذن في الجملة ، وحاصله : ان مقتضى عموم « أوفوا بالعقود » صحة انشاء العبد مطلقاً ، خرج عنه بمقتضى قوله تعالى : « لا يقدر على شيء » الدال على نفي استقلال العبد في التصرف حتى الانشاء على الفرض واحتياجه الى السيد ما اذا لم يكن انشاؤه مقروناً بالرضا رأساً لاسابقاً ولا لاحقاً . وبما انه مجمل بالاضافة الى انشائه الملحق باجازة السيد يرجع فيه الى عموم العام ويحكم بصحته .

وهذا الوجه وإن كان تاماً من حيث الحكم الفرعي الا انه ليس جواباً عن الاشكال ، فالمصنف « قده » وإن بين الحكم الفقهي الا انه لم يجب عن الاشكال - أعني انشاء العبد قابلاً للاجازة - فنقول في حله : ان الانشاء ليس الا ابرازاً للإعتبار ، ولا يترتب عليه بما هو انشاء أثر أصلاً ، وانما الأثر مترتب على المنشأ - اعني مضمون العقد - والاعتبار النفساني لكن لامطلقاً بل بما انه برز ، فنفس الانشاء حيث لا يترتب عليه الأثر لا معنى للحقوق الاجازة به ، بل لا بد وأن يلحق الاجازة بمضمون العقد . ( وتوهم ) كونه متعلقاً لحق مالك العبد لعدم كونه مالكا للعوضين ، ممنوع ، فان تعلق الحق بمضمون العقد لا ينحصر بما اذا كان ذا الحق مالكا لأحد العوضين ، بل يثبت الحق لمالك العبد متعلقاً بمضمون العقد الذي انشأه مملوكه من حيث كونه برزه مملوكه .

( وبعبارة اخرى ) ما اعتبره العبد في مقام الانشاء هو متعلق لحق مالكة ويتعلق به الاجازة ، وهو امر له البقاء والاستمرار ويؤكدده اسناد الجواز وعدمه في الروايتين الى نفس الطلاق والنكاح ، وقوله عليه السلام « أفشيء الطلاق » وهو ظاهر في حقيقة العقد أو الايقاع الخاص ولم يسند شيء من ذلك الى الانشاء ، فالاشكال مندفع من أصله . ونظير اعتبار اجازة العمة والخالة في تزويج ابن أخيها

أو ابن اختها ، فانها تتعلق بمضمون العقد وواقع الزوجية لا بالانشاء السابق ، ولذا صححنا فيها الاجازة اللاحقة ولم نعتبر في صحته الاذن السابق منها .

( وأما الجواب الثاني ) الذي ذكره المصنف الراجع الى اقامة الدليل على كفاية الاجازة المتأخرة فقد عرفت أنه « قده » قربه بوجهين : ( أما الوجه الأول ) فقد تقدم الكلام فيه فلا نعيده ( وأما الوجه الثاني ) فهو التمسك بالروايات الواردة في تزويج العبد لنفسه من وجهين : احدهما قوله عليه السلام فيها « فاذا أجاز جاز » ومقتضاه صحة تزويج العبد لنفسه ولو كان هو المنشئ للعقد .

( وبعبارة اخرى ) تزويج العبد لنفسه غير نافذ لأنه تصرف في مملوك المولى ولو كان المنشئ للعقد شخصاً آخر ، وانشاؤه للعقد غير نافذ ولو كان التزويج لشخص اخر ، وقد اجتمع كلتا الجهتين في مورد الرواية فحكم فيها بالصحة اذا لحقت الاجازة ، فيستفاد منها لحوق الاجازة بانشاء العبد أيضاً .

( وببيان ثالث ) كل من تصرف العبد في نفسه وانشاؤه العقد ممنوع عنه وضماً ، واجتماعاً في تزويج العبد لنفسه . ففيه جهتان لعدم النفوذ ومع ذلك حكم الامام عليه السلام بصحته اذا لحقته الاجازة ، فاذا لم يكن في البين الا جهة واحدة - بأن انشأ العبد النكاح لغيره - كان أولى بالصحة اذا لحقته اجازة المالك .

وقد أورد عليه الميرزا بما حاصله : ان لحوق الاجازة بانشاء العبد بنحو المعنى الحرفي ، أي تبعاً لاجازة مضمون العقد لا يستلزم لحوقها اليه بنحو المعنى الاسمي - أي مستقلاً - ( وفيه ) أنا لم نفهم المراد من المعنى الحرفي والاسمي في المقام ، فان الانشاء معنى حرفي دائماً ، غاية الأمر في مورد الرواية يكون اجازته بالدلالة الالتزامية . فان اجازة التزويج يستلزم اجازة الانشاء أيضاً ، وفي غيره يكون لحوق الاجازة به بالمطابقة ، فاذا كان قابلاً للحقوق الاجازة لا يفرق فيه بين كونه بالمطابقة فاذا كان قابلاً للحقوق الاخازة لا يفرق فيه بين كونه بالمطابقة أو بالالتزام ، الا أن

اصل استدلال المصنف بترك الاستفصال فاسد ، وذلك لأنه عليه السلام قال : « اذا أجاز جاز » ، وتختص الاجازة بما يكون قابلا ، فاذا فرضنا عدم قابلية تزويج العبد لنفسه اذا كان بانثائه للحقوق الاجازة لايعمه اطلاق الرواية ويختص بالصورة الأخرى - أعنى ما اذا كان تزويجه لنفسه بانشاء غيره - .

( وبعبارة اخرى ) لو ورد نص بالخصوص على لحوق الاجازة بتزويج العبد فيما اذا كان هو المنشيء لرفعنا اليد عن الاشكال بسبب التعبد ، وأما اذا لم يكن في البين إلا اطلاق متوقف على جريان مقدمات الحكمة فنفس ما بنينا عليه من استحالة لحوق الإجازة بالإنشاء كاف في عدم تمامية المقدمات ، فلا يتحقق الإطلاق .

( التقريب الثاني ) تمسكه بذيل بعض الروايات ، وهو قوله عليه السلام : « انه لم يعص الله وإنما عصى سيده » فانه عليه السلام في مقام تعليم الإستدلال والرد على بعض العامة القائل بفساد انشاء العبد بعد لحوق الإجازة كابراهيم النخعي بين كبرى كلية ، وهي ان المنع إن كان من جهة عصيان من لا يبدل عصيانه بالرضا لإستحالة البداء في حقه - كما في المحرمات الذاتية كالتزويج بالمحارم أو في العدة - لا يصح الإجازة ، وأما ان كان من جهة عصيان من يمكن البداء في حقه وبدله بالرضا - كما في عصيان المولى العرفي فان الإنسان كثيراً ما لا يرضى بشيء ثم يبدو له فيرضى به ويراها صلاحاً لنفسه - فيصح بلحوق الاجازة ، وهذه الكبرى الكلية تنطبق على انشاء العبد عن غيره ، فانه ليس من المحرمات الذاتية بل المنع عنه انما هو من جهة عصيان السيد فيرتفع اذا تبدل بالرضا .

ويرد على هذا التقريب الايراد المتقدم والجواب المتقدم كما يرد الاستدلال ما ذكرناه من اختصاص ذلك بما هو قابل للإنتقال والتبدل ، فاذا فرضنا ان الانشاء يوجد وينعدم ولابقاء له ويستحيل تبدل العصيان فيه بالرضا فلا محالة يكون خارجاً عن هذه الكبرى . ( فتحصل ) من جميع ما ذكرنا ان انشاء العبد لا يتوقف على اذن



السيد أصلاً ، وعلى تقدير توقفه عليه فينفذ بلحوق الاجازة ، والإشكال يندفع بأنها تتعلق بمضمون العقد - أعني ما أنشأه العبد - لابتنفس الإنشاء بما هو ، وهو أمر مستمر قابل لذلك .

( فذلكة البحث ) ونتيجة ما تقدم بنحو الإجمال هو أن دليل المنع عن تصرف

العبد بدون اذن سيده امران :

( احدهما ) : الآية المباركة ، وهي قوله تعالى : « لا يقدر على شيء » ولا يصح أن يراد به نفي القدرة تكليفاً ، بداهة جواز كثير من أفعاله اليسيرة الضرورية وعدم توقفه على اذن سيده ، فلا بد وأن يراد به نفي القدرة الوضعية - أي النفوذ - وحينئذ ينحصر موردها بما يكون قابلاً للنفوذ وعدمه ، فلا يعم انشاؤه للغير ، فان الإنشاء بما انه انشاء لا يترتب عليه الأثر ليكون قابلاً للنفوذ . كما ان مقتضى اخذ عنوان المملوك في الآية اختصاصها بما يكون رفع الأثر عنه معلولاً للمملوكية فلا يعم تصرفه في أموال مولاه ، فيخرج وكالته في الإنشاء من الغير عن مورد الآية لكون المراد من نفي القدرة القدرة الوضعية بمعنى النفوذ ، كما ان تصرفه في أموال المولى يخرج عن الآية ، لظهور اخذ المملوك في العلية . وهذا مراد المصنف من اجمال التخصص والرجوع الى العمومات .

( ثانيهما ) : قوله عليه السلام : « المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه الا باذن سيده » - الحديث . وظاهر النكاح والطلاق هو نكاح العبد لنفسه وطلاقه لنفسه ، وهو تصرف في نفس العبد ولا ربط له بانشائه للغير ، وعلى فرض التنزل وشمول ذلك لإنشائها - ولو للغير - وظهور الإذن في الإذن السابق لا بد من رفع اليد عنه ، لا لما ذكره المصنف من قرينة ما دل على لحوق الاجازة بنكاح العبد بدون اذن مولاه على أن المراد بالإذن في الرواية أعم من السابق واللاحق ، بل لحكومة قوله عليه السلام « انه لم يعص الله بل عصي سيده فاذا أجاز جاز » . وعليه فان هذه الكبرى

### قوله قده : لو أمر العبد أمر أن يشتري (١)

الكلية ناظرة الى نكاح العبد بدون اذن السيد سابقاً ، وقد حكم فيها بقابليته للحقوق الإجازة اذا لم يكن عصياناً له تعالى غير قابل لتبدله بالرضا ، ولولم يكن لإجماع على عدم حقوق الإجازة بالايقاعات لقلنا بصحة طلاقه ايضاً بالإجازة اللاحقة ، فلا دلائل على اعتبار خصوص الإذن السابق في صحة انشاء العبد أصلاً .

( ثم ) كان المناسب أن يتعرض المصنف لبيان أن إجازة السيد تكون كاشفة أو ناقلة ، فنقول : أما لو قلنا بالكشف الحكمي على القاعدة وانه مقتضى تعلق الإجازة بالعقد السابق فنقول به في المقام أيضاً ، وأما لو قلنا بالكشف الحقيقي وأن المعتبر في صحة العقد تعقبه بالرضا والإجازة . فحيث انه على خلاف القاعدة فلا بد من القول بالنقل في المقام ، لأصالة عدم حصول الأثر الى زمان تحقق الإجازة .

(١) حاصل هذا الفرع : انه لو أمر العبد امر بشراء نفسه من مولاه أو بغير الشراء من بقية العقود ففعل فهل يصح ذلك ام لا ؟ حكى المصنف بعد ما قوى الصحة البطلان عن القاضي ، وقد استدل عليه بوجهين :

( الأول ) استلزامه اتحاد الموجب والقابل ، لأن العبد بمنزلة المالك . ( وفيه ) أنه اولاً لم نعر على ما يدل على اعتبار تعدد الموجب والقابل ، فلا مانع من كون شخص واحد وكيلا عن البايع والمشتري ، فأوجب العقد وقبله . وثانياً لا اشكال في أن العبد شخص مغاير للمالك ، فهما شخصان لا شخص واحد ، ولا معنى لكونه بمنزلة المالك .

( الثاني ) انه يعتبر في صحة العقد وجدان كل من الموجب والقابل لشرائط العقد من آن الشروع في العقد الى حين انتهائه ، ومن الواضح أن العبد ليس واجداً لشرط وهو اذن السيد حين تحقق الإيجاب ، فان الإذن في الانشاء انما يحصل له بالايجاب بالدلالة الالتزامية ، فحين الايجاب ليس قابلاً للقبول . ( وفيه ) أولاً انا

قوله قده : ومن شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين (١)

لانسلم اعتبار ذلك كما مر في شرائط المتعاقدين وسيأتي انشاء الله تعالى ، وعلى فرض التسليم إنما نسلم اعتبار البقاء في الشرائط التي تكون دخيلة في صحة مجموع العقد لا في خصوص الموجب أو القابل كبقاء المال في ملك الموجب مثلاً ، فإذا فرضنا - بعد الايجاب وقبل القبول - خروج المال عن ملك الموجب ببيع وكيله المال لشخص آخر يبطل بيع المالك ، وأما ما يعتبر في الموجب أو القابل فأنما يعتبر فيه مادام موجباً أو قابلاً لأقبله ولا بعده . مثلاً : إذا جن الموجب بعد الايجاب وقبل القبول أو أغمى عليه صحح البيع بعد لحوق القبول الى الايجاب ، وهكذا لا يعتبر أن يكون القابل واجداً لما يعتبر في القبول الا حين القبول لا سابقاً عليه ومن حين الايجاب ومن الظاهر أن العبد يكون واجداً لشرط القبول حين انشائه ولولم يكن واجداً له حين الايجاب . ثم على فرض التنزل ايضاً لا وجه للبطلان ، بل يصح لحوق الاجازة كما عرفت ، اللهم الا أن يراد بالبطلان هذا المعنى .

هذا كله اذا أمر بالشراء من المالك ، وأما اذا أمره بالشراء من وكيل المالك فان كان الوكيل مفوضاً - حتي في اذن العهد في شراء نفسه - فحاله حال المالك يجري فيه ما ذكرناه ، وأما اذا كان وكيلاً في خصوص البيع فلا محالة يكون إنشاء العبد للقبول بدون اذن المالك فيتوقف على اجازة المالك .

## اشتراط كون المتعاقدين

مالكين أو مأذونين

(١) تارة يكون العقد صادراً من المالك - اي من له السلطنة على العقد ، سواء كان مالكاً أو مأذوناً ، وهذا لا اشكال في صحته من هذه الجهة . واخرى

يكون صادراً من غير المالك من دون أن يلحقه الاجازة لاحقاً ، وهذا لا اشكال في فساده . وهناك وسط بينها بأن يكون العقد صادراً من غير المالك الا أنه يلحقه الاجازة ، وهذا هو مورد البحث في هذه المسألة .

ثم ان المصنف تعرض قبل الشروع في البحث لبيان أمرين ( احدهما ) دخول الايقاعات في كل البحث ، أعني جريان الفضولي في الايقاعات وصحتها بلحوق الاجازة وعدمه . ( ثانيهما ) ان عقد الفضولي اذا كان مقروناً برضا المالك من دون مبرز - سواء علم به العاقد من الخارج أو لم يعلم به - يكون خارجاً عن الفضولي ولا يحتاج الى الاجازة ، بحيث يجب على المالك بينه ما بين الله اذا كان راضياً بالعقد حين تحققه تنفيذه أو يحتاج الى الاجازة أيضاً .

( أما الأمر الأول ) فدخول الايقاعات في الفضولي مبني على كون صحة عقد الفضولي على القاعدة وعدمه . فان قلنا بأن صحته على القاعدة بمقتضى عموم « أوفوا بالعقود » وهي العهود كما هو الصحيح فلا محالة لا بد وأن يكون اخراج الايقاعات عنها بالدليل ، ولم يقد دليل على ذلك سوى الاجماع المنقول في غاية المرام على بطلان الفضولي في الايقاعات . ( وفيه ) أنه قد ذكرنا في محله عدم حجية نقل الاجماع خصوصاً اذا لم يكن متكرراً ، فان الظاهر أن ناقل الاجماع في المقام منحصر بغاية المرام فانه موهن لصحة النقل ، وعلى فرض حصول الاتفاق فالظاهر أن مورده خصوص العتق والطلاق . فلا يعم سائر الايقاعات كالابراء ونحوه . مضافاً الى احتمال استنادهم الى ماورد في الطلاق من قوله عليه السلام « الطلاق بيد من أخذ بالساق » وقوله عليه السلام في العتق « لا عتق إلا في الملك » ولادلالة لشيء من ذلك على اعتبار الاذن السابق ، فانه نظير ماورد في البيع من انه « لا يبيع الا في ملك » .

( وبالجملة ) فبناء على صحة الفضولي على القاعدة الظاهر صحة الايقاع

الفضولي أيضاً حتي الطلاق والعتق ، وأما بناء على كون صحته على خلاف القاعدة بمقتضى النص فالإيقاعات - وان كانت خارجة لعدم ورود نص فيها - إلا أن لازم ذلك عدم صحة الفضولي في جملة من العقود أيضاً كالهبة والاجارة ، لاختصاص النص بالنكاح والبيع ، فالتعدي لاوجه له .

(وأما الجهة الثانية) : فظاهر المصنف صحة العقد الفضولي اذا كان مقترناً مع رضا المالك وطيب نفسه وعدم احتياجه الى حقوق الإجازة ، واستدل عليه بوجوه : (الأول) عموم قوله تعالى « أوفوا بالعقود » . (الثاني) قوله تعالى « الا أن تكون تجارة عن تراض » . (الثالث) قوله عليه السلام « لايجل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه » فان الرضا وطيب النفس موجود على الفرض . (الرابع) رواية عروة البارقي ، فان انشاء العقد على مال الغير بدون اذنه وإن لم يكن ممنوعاً منه الا أن قبضه وإقباضه لايجل بدون الرضا المقارن والا فيكون حراماً ، وتقريره صلى الله عليه واله وسلم لفعل عروة يدل على كفاية الرضا المقارن . (الخامس) ماورد في نكاح العبد وسكوت مولاه (١) وهكذا ماورد في سكوت البكر وانه

(١) عقد في الوسائل بابا لهذه المسألة ص ٥٢٥ ، الباب ٢٦ من أبواب نكاح

العبيد والاماء ، ج ١٤ طبع الحديث نقل فيها ثلاثة أحاديث واليك بعضها :

« محمد بن يعقوب ، عن محمد بن يحيى ، عن أحمد بن محمد ، عن علي بن الحكم عن معاوية بن وهب قال : جاء رجل الى أبي عبد الله عليه السلام فقال : إني كنت مملوكاً لقوم ، وإني تزوجت امرأة حرة بغير إذن موالي ثم أعتقوني بعد ذلك ، فأجدد نكاحي إياها حين اعتقت ؟ فقال له : أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟ فقال : نعم وسكتوا عني ولم يغيروا عليّ قال : فقال : سكوتهم عنك بعد علمهم لإقرار منهم . اثبت على نكاحك الأول » .

رضا منها (٢) .

ثم انه « قده » ذكر انه لو اشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الاشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيد ولو لم يأذن له ، ولكن الميرزا ناقش في كفاية الرضا المقارن مطلقاً ، وأصر في الإنكار على المصنف ( ونقول ) الصحيح هو التفصيل ، بين ما اذا كان العقد مستنداً الى من يعتبر استناده اليه مع قطع النظر عن الرضا والإجازة وما إذا كان استناده اليه غير ثابت وأريد اثباته بالرضا المقارن فيمكن الرضا وطيب النفس في الأول دون الثاني : أما عدم الكفاية في الثاني فلفساد استدلال المصنف بالوجه المتقدمه :

( أما الوجه الأول ) فيرده ما ذكرناه من أنه خطاب الى العاقدين : ولا يكون العقد عقد المالك ولا يستند اليه بمجرد رضاه ما لم يجزه لاحقاً أو يأذن فيه سابقاً .  
( وأما الوجه الثاني ) فكذلك يردّه أن التجارة والتكسب لا يصدق الا بعد الإذن ، ولا يصدق بمجرد رضا المالك بعقد غيره انه تجرأو تكسب .  
وبهذا يظهر الجواب عن الاستدلال بقوله تعالى : « أحل الله البيع » لو استدل به أحد ، فان موضوعه أيضاً هو البيع المستند الى المالك .

وأما حديث « لا يجل » وتخيل بعض المحشين أنه آية توهماً من عطف المصنف فزعم انه معطوف على قوله تعالى « تجارة عن تراض » وهو ظاهر الفساد ، ففيه : ان الحل لو أريد به الحل التكليفي فهو خارج عن محل الكلام ، لأنه ليس بحثنا في جواز إيقاع الإنشاء على مال الغير تكليفاً برضاه أو بدونه فانه أمر واضح ، وان اريد به الأعم - كما هو الظاهر لأن الحل بمعنى الارسال وفتح الطريق في مقابل

(٢) ذكر في الوسائل في الباب ٥ من أبواب أولياء عقد النكاح ، ص ٢٠٦  
من ج ١٤ روايات ثلاث دلت على كفاية سكوت البكر على نحو يظهر منه عدم الكراهة في استئذنها . واليك بعضها :

السد - فيرد عليه ما ذكرناه في بعض مباحث الاصول ، وعلى الظاهر كان في أواخر باب النواهي رداً على أبي حنيفة ، حيث استدل على عدم دلالة الاستثناء على الحصر بقوله عليه السلام « لا صلاة الا بطهور » و « لا صلاة الا بفاتحة الكتاب » وقلنا انه في موارد نفي الحقيقة ليس الاستثناء حقيقياً كقوله « جاء القوم الا زيداً » ليدل على الحصر ، وانما هي صورة استثناء . وفي الحقيقة اشارة الى الشرطية أو الجزئية .

(وبعبارة اخرى ) لسان هذه التراكيب لبيان النبي - اي نفي الصحة - عند فقدان القيد لا الاثبات ، أعني كفايته في الصحة وكونه علة تامة لها ، فعنى قوله عليه السلام « لا صلاة الا بفاتحة الكتاب » اعتبارها فيها ، لا ان حقيقة الصلاة هي القراءة او الطهور ليدل على الحصر ، والتبوي أيضاً من هذا القبيل ليس فيه دلالة على الحصر ، بل غاية مفاده اعتبار طيب النفس في الحل ، وأما كون الحل به فقط فلا يستفاد منه فلا ينافيه اعتبار الاستيذان بدليل .

وأما رواية عروة فيحتمل أن تكون أجنبية عن الفضولي رأساً وكونه وكيلاً مفوضاً من قبل النبي صلى الله عليه وآله وسلم لأنها واردة في قضية شخصية ، وثانياً ما يستفاد منها انما هو كفاية الرضا في التصرفات الخارجية من القبض والاقباض ، ولا اشكال في كفاية الرضا الباطني فيها ، وانما الكلام في كفايته في التصرفات الاعتبارية ولا دلالة فيها على ذلك .

(وأما ماتمسك به - قده ) مما دل على ان علم المولى بنكاح العبد وسكوته اقرار منه ، وهكذا ماورد في سكوت الباكرة ( ففيه ) أما سكوت الباكرة فلا يبعد - « محمد بن يعقوب ، عن محمد بن يحيى ، عن أحمد بن محمد ، عن أحمد بن محمد ابن أبي نصر قال : قال أبو الحسن عليه السلام : في المرأة البكر إذنها صماتها ، والثيب أمرها اليها » .

قوله قده : مع أن كلمات الأصحاب (١)  
قوله قده : لو سلم كونه فضولياً (٢)

أن يكون كاشفاً عرفياً عن الرضا ، فإنها لعفتها تخجل عن التصريح فتسكت والا  
فن ابن يستكشف رضاها ، وعليه فلا ربط له بالمقام ، وأما سكوت المولى فيمكن  
أيضاً كونه كاشفاً عرفياً ويكون إذناً منه ، ومع التنزل لابد من الاقتصار على  
مورد الرواية وما يكون من قبيله ، أي العقود التي يكون الاستناد فيها متحققاً مع  
قطع النظر عن الرضا ، كالنزوح بينت اخ الزوجة أو بنت اختها ، فان استناد العقد  
الى الزوج موجود ، وانما اعتبر فيه رضا العممة أو الخالة ، فيكفي طيب نفسها ولو لم  
يكن مبرزاً ، وهكذا يبيع الغير المرهونة ، ولا يتعدى عن ذلك الى العقد الفاسد  
للاستناد كبيع الفضولي المقرون بطيب نفس المالك ، فعليه لابد من التفصيل بين  
القسمين كما ذكرناه ، ولا وجه لما ذكره الميرزا « ره » من اعتبار الاذن او الإجازة  
في كلا القسمين .

(١) تمسك - قدس سره - بكلمات بعض العلماء ، واستظهر منها كفاية الرضا  
المقارن في صحة العقد ، كقولهم في الاستدلال على صحة الفضولي اذا لحقه الرضا :  
ان الشرائط كلها حاصلة الارضا المالك ، وان السكوت لا يكفي في الإجازة لأنه  
اعم من الرضا . ( وفيه ) أولاً لا يبعد أن يكون مرادهم خصوص الرضا المبرز .  
فانهم ذكروا من جملة شروط العقد الاختيار ، والظاهر أن مرادهم بالرضا في المقام  
هو الاختيار الذي اعتبروه ، وهو عبارة عن الرضا المبرز . وثانياً ليس كلماتهم آية  
ولا رواية لتكون حجة يتمسك بها .

(٢) ذكر انه ولو سلم كون عقد الفضولي المقارن لرضا المالك داخلاً في  
الفضولي موضوعاً إلا أنه ليس كل فضولي متوقفاً على الإجازة ، لعدم ثبوت دليل  
مطلق في المقام ، كما احتمال عدم التوقف على الإجازة فيمن باع ملك غيره ثم ملكه



قوله قدّه : مع انه يمكن الاكتفاء (١)

( وفيه ) انه ان دلّ دليل على كفاية الرضا المقارن في صحة العقد فالعقد المقرون به لا يكون فضولياً ، والا فلا بد من الإجازة اللاحقة .

(وبعبارة اخرى ) إن قلنا بتحقق الإمتناد بمجرد الرضا وشمول عموم « أوفوا بالعقود » للعقد الفضولي المقرون برضا المالك فلا وجه لكونه فضولياً والّا فلا بد من الإجازة ، ولا يكفي الرضا المقارن ولا واسطة بين الحدين .

(١) الاكتفاء بالرضا الحاصل بعد البيع ولو آناً ما في الإجازة لامعنى له ، لأنه لو كان مبرزاً يكتفي بتحقيقه مقارناً للعقد ، والا فلا يكفي بالرضا الحاصل بعد البيع كما لا يكتفي بالمقارن منه .

( ثم انه ) قد يستدل على صحة العقد المقرون برضا المالك بما ورد من قوله عليه السلام في الضيعة « لاتشرها الا من مالكها أو بأمر منه أو برضاه » حيث قرن الرضا بأمر المالك . وقد ورد هذا المضمون في روايتين (١) احدهما لأبأس بها من حيث السند ، والظاهر أن المصنف ذكرها في بيع الأراضي الخراجية .

وكيف كان يرد عليه ( أولاً ) انه لا يبعد ان يراد به الرضا المبرز لامطلقاً ، وعلى فرض التنزل تكون نظير قوله عليه السلام « لايجل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه » وقد ذكر أن لسانه النبي دون الاثبات ، ولا يستفاد منه صحة العقد بمجرد رضا المالك ، كما لا يستفاد منه الإكتفاء بمجرد امره او كون الشراء من المالك وعدم اعتبار بقية الشرائط ، وهذا واضح .

(١) وقد ذكرهما في الوسائل في باب ١ من أبواب عقد البيع ص ٢٤٨ من الجزء ١٤ المطبوعة أخيراً . واليك نصهما :

« محمد بن الحسن ، عن الحسن بن محبوب ، عن العلاء ، عن محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال : سأله رجل من أهل النيسل عن أرض -

### قوله قده : ثم اعلم ان الفضولي قد يبيع للمالك (١)

(١) ذكر أن البحث عن الفضولي يقع في مسائل ثلاث : « الأولى » ان يبيع من لا يملك البيع للمالك من دون أن يسبقه منع منه . « الثانية » أن يبيع للمالك مع سبق المنع منه . « الثالثة » أن يبيع لغير المالك إما لنفسه وإما لشخص ثالث .  
ومن الظاهر أن المسألة الأولى تكون اساساً للمسألتين الأخيرتين ، فانه لو قلنا بالفساد في المسألة الأولى من جهة عدم حدوث البيع مستنداً الى المالك فلا بد من القول بالفساد في الثانية والثالثة أيضاً . لأن تلك الجهة جهة مشتركة بين المسائل - اشتراها بقم النيل ، وأهل الأرض يقولون هي أرضهم ، وأهل الاسنان يقولون هي من أرضنا ، فقال : لا تشتريها الا برضا اهلها .  
ورواه الكليني ، عن عدة من اصحابنا ، عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد ، عن ابن محبوب .

« أحمد بن علي بن أبي طالب الطبرسي في ( كتاب الإحتجاج ) عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحميري أنه كتب الى صاحب الزمان عليه السلام : أن بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعه خراب للسلطان فيها حصه واكرته ربما زرعا وتناسعوا في حدودها ، وتؤذيهم عمال السلطان ، وتعرض في الكل من غلات ضيعة ، وليس لها قيمة لخرابها ، وانما هي باثرة منذ عشرين سنة ، وهو يتخرج من شرائها لأنه يقال : ان هذه الحصه من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقت قديماً للسلطان ، فان جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صوتنا - او صوابا - وصلاًحاً له وعمارة لضيعته ، وانه يزرع هذه الحصه من القرية البائرة بفضل ماء ضيعته العامره ، وينحسم عن طمع اولياء السلطان ، وان لم يجز ذلك عمل بما تأمره به انشاء الله . فأجابته : الضيعة لا يجوز ابياعها الا من مالكتها او بأمره او رضى منه .»

الثلاث ، فالمسألان الأخيرتان مشتملتان على تلك الجهة مع شيء زائد ، وهو سبق منع المالك في الثانية ووقوع البيع لغير المالك في الثالثة ، فإذا أوجب ذلك فساد البيع في الأولى لأوجه فيها أيضاً (وأما لو قلنا) بصحة البيع في المسألة الأولى لعدم استلزام عدم استناد البيع حدوثاً الى المالك الفساد فيكون للبحث عن المسألتين الأخيرتين مجال ، فيبحث عن أن سبق المنع من المالك يوجب الفساد أم لا ؟ وعن أن وقوع البيع عن غير المالك الذي هو مناف لمقتضى العقد يوجب الفساد أم لا ؟

## بيع الفضولي للمالك

(أما المسألة الأولى) فهي المتيقن من مورد الحكم بصحة الفضولي كما ذكره المصنف «ره» والمشهور بين القدماء فيها هو الصحة ، وقد خالف فيها بعض المتأخرين كالأردبيلي والسيد الداماد ، ويدل على صحته عموم قوله تعالى : «أوفوا بالعقود» وإطلاق قوله تعالى «أحل الله البيع» ، فإنا ذكرنا في الخطاب فيهما الى المالك لا الى غيرهم ، فلا بد وأن يكون البيع مستنداً الى المالك ليعمه العموم او الاطلاق ، الا انه لا يختص بما اذا كان العقد مستنداً الى المالك حدوثاً ، بل يعم ما اذا كان مستنداً اليه ولو بقاء . ومن الظاهر أن التصرفات الاعتبارية ليست كالأفعال الخارجية التي لا تستند الى غير الفاعل بالاذن ولا بالإجازة كالأكل أو الشرب ، فانه لا يكون اكل الآذن لاذنه فيه ، بل هي قابلة للإستناد الى المالك إما حدوثاً كما في عقد الوكيل وإما بقاء كما في العقد الفضولي اذا لحقه إجازة المالك ، فانه أمر له استمرار وبقاء قابل للحقوق الإجازة به ، فيكون بقاء عقد المالك ، فيعمه العموم والإطلاق .

والظاهر أن هذا مراد المصنف من قوله «وهو مدفوع بالأصل» أي الأصل اللفظي ، أعني أصالة العموم أو أصالة الإطلاق لا الأصل العملي ، اذ ليس في المقام

## قوله قده : بقضية عروة البارقي (١)

اصل عملي يقتضي نفي اعتبار مقارنة الإذن للعقد ، بل الأصل العملي يقتضي الفساد ( وبالجملة ) فنفس العموم أو الإطلاق كاف في صحة العقد الفضولي اذا لحقه الإجازة من دون حاجة الى التمسك بدليل خاص .

(١) استدل على صحة الفضولي بروايتين : ( احدهما ) : رواية عروة البارقي ، فان بيعه كان فضولياً بلا اشكال كما افاد المصنف ، ويحتمل كون شرائه أيضاً فضولياً ، فان ما اذن النبي صلى الله عليه واله في شرائه إنما كان شراء شاة واحدة لا شاتين ، فشرائهما يكون فضولياً لا محالة .

وقد أجيب عنه بأن المأذون فيه إنما كان شراء طبيعي الشاة لا خصوص الواحدة كما ذكره السيد في حاشيته ، ولكن الظاهر أن المأذون فيه إنما كان الشاة الواحدة للأضحية لاجنس الشاة ، الا انه مع ذلك لم يكن الشراء فضولياً ، لأن شراء الشاة الواحدة بدينار كانت مأذوناً فيها بالمطابقة وشراء الشاتين بدينار بالالتزام أو بالأولوية - فتأمل . فالشراء لم يكن فضولياً .

وقد ذكر المصنف أن الاستدلال بهامبني على أن يكون العقد المقرون برضا المالك داخلاً في الفضولي ، لأن ظاهر تقرير النبي صلى الله عليه واله أن قبض عروة وإقباضه لم يكن حراماً ، فلا بد إمامن الإلتزام باقتران الشراء والقبض والإقباض برضا المالك أو القول بجواز التصرف في البيع الفضولي اذا علم عروة بلحوق الإجازة أو علم برضا النبي باقباض ماله للمشتري حتى يستأذن وكون دفع الثمن من المشتري على نحو استيمان البيائع . ثم اختار أن الظاهر هو الأول ، فيكون الاستدلال بهامبنياً على ما ذكره . ( ونقول ) يرد على الاستدلال بهذه الرواية :

( أولاً ) انها ضعيفة السند لأنها عامية مروية من طرقهم ولم يعلم استناد الأصحاب اليها ، فانهم - وإن ذكروها في مقام الاستدلال على صحة عقد الفضولي

من الشيخ ومن تأخر عنه - الا أن اعتمادهم عليها في مقام العمل والفتوى غير ثابت لأنهم ذكروها في جملة الأدلة ، وكثيراً ما تذكر رواية عامية في ضمن الأدلة للتأييد ونحوه من غير اعتماد عليها .

(وثانياً) انها قضية خارجية ، ومن المحتمل أن عروة كان وكيلاً مفوضاً من قبل النبي صلى عليه واله ففعله خارج عن الفضولي .

(ثانيتهاً) صحیحة محمد بن قیس عن ابي جعفر الباقر عليه السلام قال : « قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی ولیدة باعها ابن سیدها وابوها غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه فجاء سیدها فخاصم سیدها الآخر فقال : ولیدتی باعها ابني بغیر اذني . فقال علیه السلام : الحكم أن تأخذ ولیدته وابنها . فناشده الذي اشتراه فقال له : خذ ابنه الذي باعك الولیدة حتی ینفذ البيع لك . فلما رآه ابوه قال له : ارسل ابني . قال : لا والله لا ارسل ابنك حتی ترسل ابني . فلما رأى ذلك سید الولیدة أجاز البيع » .

وقد استدلت بها على صحة الفضولي بالإجازة ، وهي من حيث السند صحیحة لا بأس بها ، وإنما الكلام في دلالتها ، فانه ربما يقال : انها غير معمول بها في موردها - وهو الاجازة بعد الرد - فانها فاسدة اجماعاً فلا بد من رد علمها الى أهلها . والشاهد على الرد فيها امور ثلاثة : ( الأول ) اخذ الولیدة وابنها ، بل وحكمه علیه السلام به على نحو الاطلاق ، فانه ظاهر في رد البيع عرفاً ( الثاني ) تخصمته الى امیر المؤمنین علیه السلام ، ولا معنی له لولا الرد ( الثالث ) مناقشة المشتري له علیه السلام ، فانه أيضاً ظاهر في رد البائع وان المشتري طلب من الإمام علیه السلام علاجاً لرده .

(ولكن الظاهر) عدم الدلالة في شيء منها على الرد ، لأن الرد إنما هو بمعنى حل العقد ، وهو غير الكراهة ، ولا بد له من مبرز ، وليس اخذ الولیدة وابنها مبرزاً لحل العقد ، بل هو أعم منه ، فانها ما لم يتحقق الإجازة تكون باقية في ملك

المالك الأول ، فله أن يأخذ ماله حتى يتأمل في الرد والإجازة ، فان رد فهو وإن اجاز يرد المال الى المشتري ، واطلاق حكمه عليه السلام بالأخذ تكون من هذه الجهة. وهكذا المخاصمة فانها انما كانت من جهة بقاء المال على ملك المالك الأول فأراد استنقاذاها من المشتري حتى يتأمل في ان صلاحه في الرد أو في الإجازة . وأما مناقشة المشتري للإمام عليه السلام فيمكن أن يكون من جهة علاج عدم الإجازة لالرد ، فسأل الامام أن يعلمه طريقاً لأن ينتهي الأمر الى اجازة المالك ، فاذا ليس مورد الرواية الاجازة بعد الرد .

(والحاصل ) ان الصحيحة ليس فيها أدنى ظهور في أن الاجازة بعد الرد ، وذلك لأن الرد ليس مجرد عدم الرضا وإنما هو بمعنى حل العقد نظير الفسخ ، فلا بد فيها من مبرز إما لفظ صريح او فعل يكون لازماً مساوياً للرد ، كما ان الفسخ بالفعل أيضاً لا يكون الا بفعل مساوٍ له . مثلاً : اذا باع المالك لنفسه في المجلس ماله لشخص آخر ثانياً فانه لازم مساوٍ لفسخ البيع الأول ، وهكذا إذا وطىء الأمة التي باعها في زمان الخيار فانه مساوٍ للفسخ فيكون فسخاً ، وهكذا في الرجوع فان النظر الى المطلقة بما لا يجوز النظر اليها لغير الزوج أو وطئها يكون لازماً مساوياً للرجوع فيدل عليه بالالتزام .

وأما اذا لم يكن الفعل لازماً مساوياً لذلك فلا يكون مصداقاً له ، وفي الصحيحة ليس شيئاً من الأفعال الثلاثة لازماً مساوياً للرد بل كلها لازم أعم له ، فانها لازم لعدم الرضا ، فليس فيها دلالة التزامية على الرد . أما الأخذ فلأنه يمكن أن يكون من جهة عدم رضائه بالبيع ، وكون الوليدة باقية في ملكه ولا يرضى ببقائها تحت يد الأجنبي ، وهكذا المخاصمة . وأما مناقشة المشتري فيحتمل أن يكون طلباً لعلاج عدم رضاء السيد بالبيع ، فليس في هذه الأمور دلالة على الرد لتكون الإجازة بعد الرد .

والمصنف حيث سلم ظهورها في الرد قرب الاستدلال بالصحيفة بوجه آخر وحاصل ما أفاده : هو أن الاستدلال ليس بالحكم الشخصي وهو الإجازة بعد الرد ليكون التعدي منحصرأ بما يساويه في الخصوصيات وهو الإجازة المسبوقه بالرد ، والمفروض قيام الإجماع على عدم نفوذها فلا يمكن ذلك ، بل الإستدلال يكون بذيل الصحيفة ، أعني قوله عليه السلام « فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز البيع » الصريح في صحة بيع الفضولي بلحوق الإجازة ، وان لم يكن تطبيق ذلك على مورد الصحيفة ( وفيه ) ما لا يخفى ، فان الرواية ان كانت مشتملة على عموم أو اطلاق يستفاد منها كبرى كلية ولم يمكننا تطبيقها على المورد امكن القول بأن الاستدلال ليس بالحكم الشخصي الثابت للمورد ، وإنما يستدل بالكبرى الكلية فيما ليس من قبيل المورد وإن لم يعرف تطبيقها عليه نظير ماورد في رواية ابن بكير التي سألت فيها الامام عن السنجاب والسنور والفتك ، فأخرج كتابا باملاء رسول الله وفيه ما حاصله : « إن الصلاة في وبر ما لا يؤكل لحمه وشعره وجلده فكل شيء منه غير جائز ولا يقبل الله تلك الصلاة حتى يصلبها في غيره مما أحل الله اكله » . (١) فان الصلاة في السنجاب جائز قطعاً ، فالكبرى لاتعم موردها ، الا أنه يمكن التمسك بها لغير ذلك المورد .

(١) أصل الرواية على ما في الوسائل ص ٢٥٠ من الجزء الثالث المطبوع حديثاً هكذا .

محمد بن يعقوب ، عن علي بن ابراهيم ، عن أبيه ، عن ابن عمير ، عن ابن بكير قال : سألت زرارة أبا عبد الله عليه السلام عن الصلوة في الثعالب والفتك والسنجاب وغيره من الوبر ، فأخرج كتابا زعم أنه إملاء رسول الله ( ص ) : أن الصلوة في وبر كل شيء حرام اكله فالصلوة في وبره وشعره وجلده وبوله وروثه وكل شيء منه فاسد ، لاتقبل تلك الصلوة حتي يصلب في غيره مما أحل الله أكله .

وأما إذا لم تكن الرواية مشتملة على عموم ولا على إطلاق وإنما كانت مشتملة على حكم شخصي ولم يكن معمولاً بها في ذلك المورد وأمثاله فليس هناك حكم آخر يتمسك به . وفي المقام من هذا القبيل ، فإن ما ذكر في الصحيحة ليس الأحكام القضائية الشخصية - أعني بيع الوليدة بتلك الخصوصيات - فإذا لم تكن معمولاً بها في ذلك المورد وما يساويه ليس فيها عموم أو إطلاق يتمسك به .

( هذا ) ولكن عرفت أنه ليس فيها أدنى ظهور في الرد ، فلا تصل التوبة إلى هذه التطويلات أصلاً ، كما لا مجال حينئذ لما ذكره السيد في حاشيته من التمسك بالصحيحة في موردها والحكم بجواز الإجازة بعد الرد إذا كان فعلياً ، وذلك لأن دليل عدم نفوذ الإجازة بعد الرد إنما هو الإجماع ، وهو دليل لبي لا بد من الاقتصار فيه على المتيقن ، وهو ما إذا كان الرد قولياً دون ما إذا كان فعلياً للدلالة هذه الصحيحة على جوازها .

نعم يرد عليه اشكالان :

( احدهما ) أن ظاهر الصحيحة أن المشتري لم يكن عالماً بأن البائع - وهو ابن السيد - فضولي ، لقول السيد : وليدتي باعها ابني بغير إذني . فانه مشعر بعدم كون المشتري عالماً بذلك ، كما أن عدم تعرض الامام عليه السلام

- ثم قال : يازرارة هذا عن رسول الله (ص) فاحفظ ذلك يازراره فان كان مما يؤكل لحمه فالصلوة في وبره وبوله وشعره وروثه والبانة وكل شيء منه جائز اذا علمت أنه ذكي وقد ذكاه الذبح ، وإن كان غير ذلك مما قد نهيت عن أكله وحرم عليك أكله فالصلوة في كل شيء منه فاسد ، ذكاه الذبح او لم يذكه . انتهى . والكبرى المذكور في هذه الرواية إنما ينطبق على موردها - اعني السنجاب - لو فرض كون السنجاب مما يحرم أكله ومع ذلك يجوز الصلوة فيه والافهي منطبقه على موردها كما هو واضح .



لجهة كون المشتري زانياً من اقامة الحسد عليه أو طلب الشهود على ذلك أيضاً شاهد على جهله بالحال وانه اعتمد على يد ابن المولى ، فانها اماراة الملكية أو الوكالة اذا علم عدم كونها مالكيه ، وعليه فيكون الولد حراً لأنه من الوطي بالشبهة ، وإذا كان حراً لا وجه لحكمه عليه السلام بأخذه .

وتوهم ان حبس الولد وإنما كان لامتناع المشتري من دفع قيمته الى السيدفانه الذي أتلفه عليه فيستحق قيمة مثله يوم الولادة ، كما يظهر من بعض كلمات المصنف وصرح به الميرزا (مدفوع) أولاً بأنه لو قلنا بأن المديون يحبس إذا تسامح في أداء الدين فهو الذي يحبس ولا وجه لحبس حر غيره كالولد مع انه ليس بمجرم أصلاً وثانياً نفرض إمكان حبس الولد الحر لتسامح والده في أداء دينه إلا انه عليه لا يكون الامام عليه السلام مبيناً حكم المسألة في الصحيحة ، فان حكم السؤال كان أخذ الوليدة وأخذ قيمة الولد ، وأما حبسه عند امتناع المشتري من الدفع فهو حكم آخر لم يكن مسؤولاً عنه في الرواية .

(ثانيهما) ما بيّنه الامام عليه السلام للمشتري من انه يأخذ ابن السيد ، فانه أيضاً لا وجه له . وتوهم أن حبسه كان من جهة قبضه الثمن - كما هو المتعارف في أغلب البيوع الفضولية - وإتلافه إياه (مدفوع) أولاً بأنه عليه كان اللازم أن يحكم عليه السلام ابتداءً بأنه يطالبه بالثمن وبما يغرمه السيد من قيمة الولد ، وإذا تسامح عن الدفع يحبسه . وثانياً انه مخالف لقول المشتري عندما طالبه السيد بارسال ابنه « لا والله لا ارسل ابنك حتى ترسل لإبني » فانه صريح في ان حبسه لم يكن من جهة دفع الثمن وإنما كان من جهة أن يميز السيد البيع ، ولم نعرف لذلك وجهاً ، ولعل القضية لم تنقل بتامها التنا و كان فيها خصوصيات تقتضي أخذ الولد، وكيف ما كان لا يضر عدم فهمنا لذلك بالاستدلال ببقية جملة الصحيحة على صحة الفضولي بالاجازة ، وذلك واضح .

(ومما استدل به) على صحة بيع الفضولي قوله عليه السلام في نكاح العبد بدون اذن سيده « انه لم يعص الله وإنما عصى سيده فاذا أجاز جاز » وقد ركن اليه المحقق الثاني بدعوى أن المستفاد من الكبرى الكلية : ان سبب عدم نفوذ العقد إن لم يكن عصيان الله تعالى كالنكاح في العدة بل كان عدم رضا السيد أو من هو بمنزلة السيد كالمالك ينفذ بلحوق الاجازة منه ، والعصيان في بيع الفضولي ليس إلا عصيان المالك ، فينفذ اذا أجاز .

( وفيه ) انه إن استند عقد الفضولي الى المالك بالاجازة اللاحق ، وشمله عموم « أوفوا بالعقود » الذي هو خطاب الى الملاك ، فلا حاجة الى التمسك بهذه الرواية وأمثالها ، والا فلا يمكن الاستدلال بها أيضاً ، لأن غاية مفادها انما هي كفاية الرضا المتأخر فيما اذا كان العقد بنفسه مستنداً الى من يلزم الاستناد اليه ، ولكنه كان فاقداً لرضا من يعتبر رضاه فيه كما في مورد الرواية ، فتعدى الى أمثاله كالتزويج ببنت أخ الزوجة أو بنت أختها حيث اعتبر رضاها في صحته ، وأما العقد الفاقد للاستناد فلا دلالة في الرواية على صحته بمجرد الرضا المتأخر أو الاجازة المتأخرة ، (وبعبارة اخرى) غاية مفاد الرواية أن الاجازة المتأخرة من السيد تكفي في حصول الرضا لا أنها تكفي في استناد العقد الى من يلزم استناده اليه .

(ومما استدل به) على الصحة أيضاً الأخبار الواردة في اباحة الخمس للشيعة وهي كثيرة : (منها) ١٠ ورد في غنائم الحرب وشراء الجواري منها ، فانها إما ملك للامام عليه السلام بتامها إذا لم يكن الحرب باذنه وإما للامام فيها الخمس اذا كان الحرب باذنه ، وعلى أي تقدير أباح الامام ذلك لشيعة لطيب ولادتهم . (ومنها) ما ورد في المساكن والمتاجر ، أي ما يشتره الشيعة ممن لا يعتقد بالخمس وقد ورد في بعضها ما مضمونه « انا ما انصفناكم إن كلفناكم اليوم » أي الوقت الذي لم يتمكنوا من استنقاذ أموالهم من الناس لعدم وصول الخلافة الظاهرية اليهم ،

فان تكليف الشيعة حينئذ بأداء الخمس مما يشترونه من العامة خلاف الانصاف .  
وكيف كان هذه الأخبار بعضها صادرة عن مولانا أمير المؤمنين عليه السلام  
وفي بعضها تصريح بعدم اختصاص الاباحة بامام دون امام ، فيستفاد منها صحة  
المعاملات الواقعة على أموالهم عليهم السلام فضولة وبغير إذنه .  
( ونقول ) الاستدلال بهذه الأخبار يصح على تقدير ولا يصح على تقدير  
آخر ، فانه إن قلنا بخروج العقد عن عنوان الفضولي إذا كان مسبوقاً بالرضا المبرز  
مع عدم وصوله الى العاقد فلا محالة تكون مورد هذه الأخبار خارجاً عن الفضولي  
وأما إن قلنا بأن الخروج عن الفضولية متقوم باستناد العقد الى المالك وهو متقوم  
بالاذن - أعني وصول الرضا المبرز الى العاقد ولا يكفي في ذلك مجرد الإبراز كما  
لا يكفي فيه الرضا النفساني المجرد عن المبرز - فالاباحة في الأخبار تدل على المقصود  
والظاهر هو الثاني لأن الاستناد الى غير العاقد إنما يكون فيما اذا وقع العقد عن اذن  
المالك ومستنداً اليه ، وأما اذا فرض ان المالك رضي بالعقد بل وكل غيره في بيع  
داره مثلاً وأبرز ذلك لأهله ولكن قبل وصول ذلك الى الوكيل باع الدار فضولة  
لعدم مبالاته لا يقال عرفاً ان المالك باع داره بمجرد رضاه المبرز مع عدم وصوله الى  
العاقد (وعليه) يكون شراء ماتعاق بهحق الامام عليه السلام أيضاً من الفضولي وتكون  
الاباحة بمنزلة الاجازة المتأخرة ، فيمكن التمسك بهذه الأخبار على الفضولي (١) .

(١) المقصود منها هو الأخبار الواردة في إباحة الخمس للشيعة . وقد نقلها  
في الوسائل في ج ٦ من المطبوع حديثاً باب ٤ من أبواب الانفال وما يختص  
بالإمام ص ٣٧٨ .

(ومما يستدل به) أيضاً ما ذكره المصنف بقوله : «وربما يستدل أيضا بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي» - الخ ، وقد ورد في بعض الأخبار صحة تزويج الولي العرفي كالأم لابنه أو الأخ لأخيه أو العم لابن أخيه الى غير ذلك إذا أجازته الزوج بعد ذلك (١) ، ومن الظاهر أن لا خصوصية للولي العرفي ، فلا وجه لما نسب الى ابن حمزة من القول بصحة تزويج الولي العرفي كالولي الشرعي (وعليه) فاذا صح تملك البضع بالاجازة اللاحقة مع اهميته - لأنه يكون منه الولد كما صرح به في بعض الأخبار وهو أولى بمراعاة الاحتياط فيه - فتمليك المال يصح بطريق أولى .

(وفيه) ان اهمية النكاح من سائر المعاملات غير قابلة للانكار كما صرح به جملة من الأخبار ، فان قوام العالم به ولذا رغب فيه الشارع وحذر عن مقابله وهو الزنا ، الا أن الكلام في ان أهمية المسبب يوجب التضيق في سببه أو التوسعة فيه ، فان المناسب للأمر المهم المرغوب فيه أن يوسع في سببه ليسهل الوصول إليه لكل احد ، لا أن يجعل سببه ضيقاً ، فانه مناسب للأمر المكروه للشارع ، كالطلاق الذي هو مزيل للنكاح ولذا ضيق في سببه من جهات . ألا ترى ان سبب النكاح لو خص باللفظ العربي الفصيح باللهجة العربية لما يمكن الوصول اليه لجملة من أهل القرى والبر بخلاف ما اذا اكتفى بكل لغة (وعليه) فالتوسعة في سبب النكاح لا يستلزم التوسعة في سبب البيع الذي ليس بتلك المرتبة من الأهمية ، ولذا لم يرغب فيه شرعاً : فالأولوية ممنوعة .

والمصنف «ره» بما انه مسلم بالأولوية جعلها معارضاً بالنص الوارد في الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه ، بالصحة في الثاني دون الأول ، لأن المال منه العوض بخلاف البضع ، قال عليه السلام في

(١) ذكر بعضها في الوسائل ج ١٤ الباب ٨ ص ٢١١ الطبع الجديد .

ردهم « سبحان الله ما أجور هذا الحكم وأفسده ، فان النكاح أولى واجدر أن يحتاط فيه لأنه الفرج ومنه يكون الولد » (١) فانه - قدس سره - زعم أن المراد بالإحتياط في النكاح هو الحكم بصحته دون البيع ، فيمكن أن يصح النكاح في مورد دون البيع بعكس الأولوية ، فصحة البيع بدون اذن المالك تستلزم صحة النكاح بدون اذن الزوج دون العكس .

(نعم) عليه اذا قام دليل على بطلان التزويج بدون اذن الزوج يدل بالأولوية على بطلان البيع بدون اذن المالك أيضاً ، فتعكس الأولوية بمقتضى هذه الرواية (وفيه) ما لا يخفى ، فان حكم العامة بصحة البيع في مفروض الرواية لم يكن مبنياً على الاحتياط ، فان الاحتياط فيه من حيث الفتوى انما يقتضى التوقف عن الحكم بكل من الصحة والفساد ، لأن كلاً منهما مبني على وجوه استحسانية ، فهو من مصاديق قوله تعالى : « قل الله آذن لكم أم على الله تفترون » . وأما من حيث العمل فالأمر دائر بين محذورين ، لأن كلام الثمن والمثمن يدور امره بين أن يكون ملكاً للمشتري أو ملكاً للبائع ، فليس الحكم بأحد الطرفين موافقاً للاحتياط وانما الاحتياط يقتضى الصلح باقالة او بيع جديد اونحو ذلك . كما ان الحكم بصحته ايضا ليس موافقاً للاحتياط وهكذا الحكم بفساده : أما من حيث الفتوى فواضح ، وأما من حيث العمل فلان القول بالصحة اذا لم يطابق الواقع يوجب الوقوع في الزنا ، والقول بالبطلان مستلزم لجواز تزويج المرأة نفسها للغير ، فاذا خالف الواقع لزم منه الزنا بذات البعل ، فالاحتياط يقتضي تجديد عقد النكاح أو الطلاق .

(وعليه) لا يمكن أن يراد بكون النكاح أجدر واحرى بالإحتياط من البيع الأولوية من حيث الحكم بالصحة ، لأنها في البيع لم تكن مبنية على الاحتياط بل هي مخالفة له ، وانما يصح هذا التعبير لو كانت صحة البيع من جهة الاحتياط ،

(١) نقله في الوسائل الجزء ١٣٤ الباب ٢ من كتاب الوكالة ص ٢٨٧ . طبع الجديد .





استيناس صحة الفضولي منها ، لأنه يستفاد منها عدم توقف صحة العقد على الإذن السابق ، وإن قيدت إطلاقها بصورة لحوق الإجازة بمقتضى ما دل على اعتبار رضا المالك في صحة العقد الواقع على ماله ، فيكون مورد الرواية داخلاً في عنوان الفضولي إلا أنها لعدم اشتغالها على كبرى كلية تختص بموردها ولا يتعدى عنها إلا أنها تكون مؤيدة للمطلوب .

ونقول : الظاهر أنه لا يستأنس منها صحة الفضولي على التقدير الأول ، كما لا يمكن الاستدلال بها على التقدير الثاني : ( أما على الأول ) فلأن الحكم بصحة العقد الواقع على مال الغير تعبداً من دون اذنه ورضاه لا يربط لها بصحة بيع الفضولي مبنياً على إجازة المالك ، فلامعنى لأن يستأنس من ذلك صحة البيع مثلاً بالإجازة اللاحقة ( وأما على التقريب الثاني ) فلا يمكن الالتزام بكون مورد الرواية داخلاً تحت عنوان الفضولي ، لمنافاته مع حكمه عليه السلام فيها بأن الربح يقسم بينهما ، فإن البيع لو كان فضولياً لزم رجوع جميع الربح إلى المالك ، ولا وجه لتقسيمه حسب قرار المضاربة ، كما أنه يناهض ذلك كون الخسارة على العامل ، لأن المعاملة لو كانت فضولية لم تكن الخسارة على العامل على تقديري الصحة والفساد ، لأنه على فرض الصحة تكون الخسارة على المالك وعلى تقدير الفساد وعدم الإجازة يأخذ المالك عين ماله من المشتري الا اذا كانت تالفة ، فحينئذ يمكن أن يغرم العامل .

هذا كله في دفع الاستدلال بهذه الأخبار في المقام ، وأما حكم هذه المضاربة وأن تقسيم الربح بين المالك والعامل وكون الخسارة على العامل هل يمكن تطبيقه على القواعد أو أنه حكم تعبدي (ربما) يوجه التقسيم بأن غرض المالك المضارب من المضاربة إنما هو الاسترباح على ما هو شأن التجار ، فاذا منع العامل عن شراء شيء أو السفر إلى بلد فليس ذلك لغرض شخصي وإنما هو لاعتقاده الربح في ذلك والخسران في الآخر ، فاذا كان خاطئاً في التطبيق وفرضنا أن العامل أتجر بما منعه



المالك عنه وربح يكشف منه رضاء المالك به من أول الأمر ، فتكون المعاملة مورداً للمضاربة حقيقة وان لم يفهمه المالك من باب الخطأ في التطبيق ، ومن هذه الجهة تقسم الربح بينهما على حسب القرار .

(وفيه) : (أولاً) إن باب الفرض والداعي أجنبي عن مداليل الألفاظ والمعتبر هو الثاني ، فاذا فرضنا أن احداً وكل شخصاً في شراء دار فرأى الوكيل أن شراء الطعام اربح له من شراء الدار فاشترى له الطعام لكونه موافقاً لغرضه فهل يتوهم صحته لذلك ؟ وهكذا إذا وكلت المرأة احداً في تزويجها لشخص لكونه ثرياً فزوجها الوكيل لرجل اثرى منه لموافقته لغرضها فهل يمكن القول بصحة التزويج فان الميزان إنما هو مداليل الألفاظ لاالدواعي والأغراض .

(وثانياً) انه لايمكن دعوى أن الغرض للتاجر المضارب في تعيين متاع أو طريق للعامل هو الاسترباح كلية ، اذ قد يكون له غرض آخر ، كما اذا فرضنا انه رجل مقدس يمنع العامل من بعض المعاملات لكونها مكروهة شرعاً كالتعاطي في الأكفان مثلاً .

(وثالثاً) هذا التوجيه اخص من مورد الرواية ، فانه انما يتم فيما اذا كان مافعله العامل اكثر ربحاً من المعاملة التي أمر بها المالك ، وإلا فلا يستكشف رضا المالك المضارب بها واقعاً ، فتوجه تقسيم الربح فاسد .

وأما كون الخسارة على العامل فقد وجه على القاعدة بوجهين :

(أحدهما) انه يكون من جهة الشرط الضمني ، فان مرجع المنع عن معاملة خاصة الى اشتراط كون الخسارة على العامل عند المخالفة ، ولاينافي ذلك ما هو المعروف المسلم من عدم كون العامل ضامناً للخسارة في المضاربة ، فان المراد به أن المضاربه لاقتضي ضمان العامل لأنه عامل ، فلاينافيه ثبوت الضمان بالإشتراط من الخارج ، وقد ورد في بعض الأحاديث أن عباس كان له مال كثير وكان يعطيه





به نفسها ويعتقها ويحجه عنه أو يحج عنه - بصيغة المبني للمفعول - فمات فاشترى المأذون أباه واعتقه ودفع اليه باقى المال وحج عنه ثم تنازع مولى المأذون ومولى الأب وورثة الدافع وادعى كل منهم انه اشتراه بماله . فقال ابو جعفر عليه السلام ما مضمونه : إن الحج يمضي على ما هو عليه ، وأما المملوك فيرد رقاً لمولاه وأي الفريقين أقاموا البينة بعد ذلك على انه اشترى بماله كان رقاً له الحديث (١) .

وتقريب الاستدلال أو التأييد بها : ان الشراء لو كان بمال مالك العبد المعتق كان فاسداً لأنه اشترى بمال مالكة ، وان كان بمال مالك العبد المأذون صح ولكنه خارج عن الفضولي ، وأما ان كان بمال الميت فلا محالة يكون الشراء فضولياً ، لأن الشراء كان بعد موته بدون اذن الورثة ، والمفروض انهم اجازوه بعد تحققه ، فان مطالبتهم للعبد يكون اجازة للشراء ، وقد حكم الامام عليه السلام بأنهم اذا أقاموا البينة على انه اشترى بما لهم كان رقاً لهم ، ومعناه صحة الشراء الفضولي اذا فرض انهم أقاموا البينة على ذلك .

( هذا ) وفيه - مضافاً الى ضعف السند بان ابن الأشم غير ممدوح - ضعف الدلالة لأن من المحتمل أن الورثة أيضاً كان لهم مال عند المأذون ، فيدعون أن العبد اشترى بما لهم ، فيخرج الشراء حيثئذ عن الفضولية - فتأمل . فكون الشراء فضولياً مبني على احد أمرين : إما أن يكون دفع الميت المال الى المأذون بعنوان الوصية ، ولكن الورثة يدعون أن العبد لم يشتر بالمال الذي عينه الميت لذلك وانما اشتراه بمال آخر من الميت لم يعينه لذلك ، والا فاذا أقروا بالوصية وان العبد اشترى بالمال الذي عينه الميت ولم يكن زائداً على الثلث لم يكن لهم حق المخاصمة أصلاً .

(١) راجع الوسائل - الطبع الحديث - ص ٥٢ الجزء ١٣ الباب ٢٥ من

ابواب بيع الحيوان .

ولما ان الورثة ينكرون الوصية ويدعون أن الميت انما دفع المال الى المأذون بعنوان الوكالة وقد بطلت بموت الموكل ، والمفروض ان الشراء كان بعد موته وانتقال المال اليهم فيدعون أن العبد اشترى بماله . وهذا الاحتمال - اي انكار الوصية - يجري في الرواية ، اذ لم يصرح فيها بأن الميت اوصى بذلك ، كما ان ظاهر مخاصمتهم أيضاً ذلك .

ودعوى انهم كانوا يطالبون ولاء العتق - كما عن الميرزا - ينافيها حكم الإمام عليه السلام بأن العبد يعود ملكاً لهم إذا أقاموا البينة ، الظاهر في فعله العود الى الرقية ( وكيف كان ) بما أن الإحتمال الأول جار لا يمكن الاعتماد على الرواية لا استدلالاً ولا تأييداً .

هذا مضافاً الى جريان اشكالين آخرين فيهما :

( احدهما ) : أن الامام عليه السلام كيف حكم برجوع العبد رقاً الى مالكة الأول - اعني بفساد البيع الذي هو مقتضى الاستصحاب مع وجود أصل حاكم عليه وهو أصالة الصحة في العقد ، وقاعدة الاقرار أعني « من ملك شيئاً ملك الاقرار به » ، فان المأذون كان مالكا للعقد ، وهو يعترف بالشراء بمال الميت فكيف يقدم عليها الاستصحاب .

( والجواب عنه ) أن أصالة الصحة غير جارية في المقام ، لا لما ذكره الميرزا من اختصاصها بما اذا لم يكن الشك في اركان العقد ، بل لأنها انما تجري فيما اذا كان تحقيق العقد مفروغا عنه وشك في صحته وفساده ، لافيا اذا كان الشك في أصل تحقق العقد خارجا كما في المقام ، فان الشراء او كان بمال مالك العبد المعتق لم يكن هناك بيع حقيقة ولم تتحقق مبادلة بين المالين اصلاً ، إذ لا معنى للمبادلة بين مالي شخص واحد ، بل هنا صورة بيع ، فالأمر دائر بين وقوع العقد وعدم وقوعه ، فليس مورداً لأصالة الصحة .





قوله ( قدّه ) : بموثقة عبد الله عن ابي عبد الله (ع) عن السمسار  
يشترى بالأجر (١)

واحد ، فلا يستقيم التعبير بأنه يردّه الى المالك الأول ، مع ان المالك غير الراد ليس  
الواحد ، فالصحيح رجوع الضمير الى البائع ، فان له صاحبان : أحدهما المشتري  
الأول وهو صاحبه الأول والآخر المشتري الثاني وهو صاحبه الثاني ، فحكم عليه  
السلام أن البائع يرد الزائد على صاحبه الأول دون الثاني .  
(١) الاحتمالات فيها ثلاثة :

( الأول ) أن يكون القيد - وهو قوله عليه السلام « يشترى بالأجر » (١) -  
توضيحياً لملاحظة القضية الشخصية ، فيكون بياناً لمعنى السمسار ، ويكون دفع  
الورق اليه بعنوان القرض وشراؤه يكون لنفسه لا للدافع . وعليه تكون الرواية  
اجنبية عن الفضولي ، ولكن الاحتمال في نفسه بعيد لظهور القيد في الاحتراز به ،  
فان السمسار معناه واضح لا يحتاج الى بيان .

( الثاني ) أن يكون ذلك توكيلاً له في الشراء ، ويكون القيد بملاحظة القضية  
الشخصية غاية الأمر يأمر الدافع بأن يجعل له الخيار في كل ما يشتره له ، فيأخذ  
ما احب ويرد ما لا يحب . وعليه أيضاً تكون الرواية اجنبية عن الفضولي .

( الثالث ) أن يكون الدفع اليه لمجرد تمكينه من الشراء فضولة من دون أن  
يكون توكيلاً أو قرضاً ، غاية الأمر يخبره عن اجازته لاحقاً بعد الشراء لما احب  
ورده لما كره . وعليه ينطبق على الفضولي . وبما ان الامام عليه السلام حكم بالصحة  
من دون استفصال يظهر منه صحة الفرض الأخير أيضاً .

هذا ، وفيه : ( أولاً ) ان الاحتمال الثالث بعيد في نفسه كلاحتمال الأول ،

(١) نقل هذه الرواية في الوسائل ج ١٢ الباب ٢٠ في احكام العقود ص ٣٩٤

طبع الحديث .



قوله (قده): وربما يؤيد المطلب بالأخبار للدلالة على نكاح للعبد (١)

فان المتعارف في دفع الورق الى السمسار ليس ذلك ، بل الظاهر هو الاحتمال الثاني أعني التوكيل ( وثانياً ) مع التنزل عن ذلك لا يمكن التمسك في المقام بترك الاستفصال لأنه لا يتم في القضية الشخصية ، اذ لعل الامام علم بالحال من الخارج أو من نفس السؤال فأجاب عن حكمه .

( وبعبارة اخرى ) انما يتمسك بترك الاستفصال فيما اذا كان المسؤول عنه مردداً ومنقسماً الى أقسام عديدة بأن كان حكماً كلياً ، ولا يجري ذلك فيما اذا كان المسؤول عنه قضية شخصية .

(١) ذهب بعض المحققين الى ان التعليل الوارد في تلك الأخبار من أقوى الأدلة على صحة عقد الفضولي بعد لحوق الاجازة لأنه يستفاد منه كبرى كلية ، وهي أن عدم نفوذ العقد إن كان من جهة كونه عصياناً له تعالى فلا يصح وضعاً بلحوق الاجازة ، وكلما لم يكن ذلك من جهة عصيان الله بل كان من جهة كونه عصياناً لمن يمكن تبديل عصيانه بالرضا جاز بالاجازة ، ومن الظاهر أن عقد الفضولي ليس عصياناً له تعالى وانما هو عصيان المالك وضعاً ، فاذا أجاز جاز .

( وفيه ) أن مورد التعليل انما هو نكاح العبد لنفسه الذي يكون استناده الى من يعتبر استناد العقد اليه متحققاً ، غاية الامر يكون فاقداً لرضا السيد المعتبر في نفوذه من الخارج ، فعموم العلة يقتضي التعدي الى ما يكون من هذا القبيل ، كالنكاح على بنت اخ الزوجة أو بنت اختها أو بيع العين المرهونة من دون اذن المرتهن . وأما اذا كان العقد الواقع فاقداً للاستناد - كما في الفضولي - فلا يقتضي عموم التعليل صحته باجازة اصلاً .

( وبعبارة اخرى ) في مورد التعليل يكون العاقد مشمولاً لعموم « أو فوا





قوله (قده) : وأما السنة فهي أخبار ، منها للنبي المستفيض (١)

المبادلة ناشئة عن الرضا في العقد الفضولي .

(١) وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « لا تبع ما ليس عندك » (١)، فانه ليس المراد بلفظ « عندك » الحضور المكاني ، بداهة صحة بيع الانسان ما غاب عنه من أماله ، بل المراد به عدم تملكه للمبيع ، والنهي بما انه متعلق بعنوان المعاملة - وهو البيع - يكون ظاهراً في الفساد ، فيستفاد منه فساد البيع الفضولي .

( وفيه ) ان المراد بلفظ الموصول إنما هو العين الشخصية ولا يعم الكلي أولاً لوجود الشاهد على ذلك في صدر الحديث ، وثانياً ان جواز بيع الكلي الغير المملوك حين البيع اتفاقي بين الخاصة كما انه منصوص أيضاً . ( نعم ) ذهب العامة الى المنع عن بيع الكلي حالاً متمسكاً باطلاق النبوي ولكنهم أجازوه سلماً ، ولذا نقض عليهم الامام بعد ما اعترف الراوي بأنهم يجوزون بيع الكلي سلماً ، لانه سلم بعدم الفرق بين بيعه حالاً ومؤجلاً اذا كان مشمولاً للنبوي ، فما ذكر في تقرير المحقق النائيني من انكار العامة لبيع الكلي رأساً من سهو القلم أو من سبق اللسان .

( وكيف كان ) فالموصول كناية عن العين الشخصية ( وعليه ) فاما أن يراد بيع عين الغير عن نفسه ، بأن يكون هو طرف الالتزام البيعي ثم من باب المقدمة للتسليم يمضى فيشترىها من مالكها كما احتمله العلامة في التذكرة ويشهد له سؤال الراوى ، وعليه يكون أجنبياً عما نحن فيه بل يكون دليلاً على المسألة الاتية ، وعدم جواز البيع فيها منصوص مضافاً الى انه غرري ، إذ قد لا يرضى ببيعه المالك ولا يهبته الى البايع ، فهو غير قادر على التسليم كما سيتضح انشاء الله تعالى .

وأما أن يراد مجرد إنشاء البيع على مال الغير فضولة ، وعليه يكون دليلاً على بطلان الفضولي ، الا أن الإحتمال الاول هو الظاهر بقريضة السؤال ، ولا أقل من الاجمال .

(١) راجع الوسائل ج ١٢ الباب ٧ من ابواب العقود ص ٣٧٣ الطبع الحديث

(وعلى فرض التنزل) وظهور النبوي في بيع الفضولي إما بالخصوص أو بالاطلاق وشموله لكل من بيع مال الغير عن نفسه وعن مالكة فالنهي الوضعي عنه انها هو باعتبار كونه بيع مال الغير ، فلا يعم ما اذا استند البيع الى المالك بالاجازة فصار بيع المالك .

(وبهذا البيان) ظهر الحال في النبوي الآخر ، وهو قوله صلى الله عليه واله « لا يجوز بيع ما ليس يملك » بعد قوله : « لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك » (١) فانه إن قرأ بصيغة المجهول يكون أجنياً عن المقام ، لأن المعنى حينئذ فساد بيع غير الملوكة كالمسك في البحر وعتق العبد قبل استرقاقه وطلاق الزوجة قبل التزوج بأن يطلقها أولاً ثم يتزوج بها ليؤثر الطلاق بعد النكاح ، وأما ان قرىء بصيغة المعلوم فيجري فيه ما ذكرناه في النبوي المتقدم .

(وعلى فرض التنزل) عن جميع ذلك وتسليم شمول النبويين للبيع الفضولي حتى بعد الاجازة لاحالة يقع المعارضة بينهما بين الأدلة الخاصة الواردة في صحة البيع الفضولي التي عملتها صحيحة محمد بن قيس ، فان العمومات - وان لم تكن قابلة للمعارضة مع النبويين لكونها اخص مطلقاً منها - الا أن الأدلة الخاصة قابلة للمعارضة معها فيخصصان بها لأنها وردت في البيع عن المالك بعد الاجازة .

(ثم انه) قد يتخيل أن المعارضة بين الطائفتين بالتباين لتوهم اختصاص المنع في النبوي بالبيع عن المالك ، فانه المتعارف بخلاف البيع عن نفس البائع غير مبني على اجازة المالك فانه لامعنى له ، وعليه تكون النسبة هو

(١) قد ذكر مضمون هذا في أحاديث كثيرة يذكر بعضها في الباب ٥ من ابواب ما يحرم بالرضا من كتاب النكاح من الوسائل ص ٢٩٠ المطبوعة أخيراً ج ١٤ وبعضها في ج ١٥ الباب ١٢ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ص ٢٨٦ وبعضها في الباب ٥ من كتاب العتق ج ٣ في المطبوع قديماً ص ١٩٩ .

### قوله ( قدّه ) : وما عن الحميري (١)

هو التباين ( وفيه ) انه مناف لما عليه سيرة الجهلاء الجارية في بيع الأموال المغصوبة والمنهوبة والمسروقة ، فان السراق يبيعون الاموال المسروقة عن انفسهم ، وهكذا غيرهم من الغاصبين ، ونبيه صلى الله عليه وآله وضعاً انما هو عن ذلك .

( وذكر ) بعض المحققين من المحشين أن المعارضة تكون بالعموم من وجه ، وذلك لأعمية صحيحة محمد بن قيس عن النبوي من حيث شمولها لبيع مال الغير لنفسه أو للملكه واخصيتها عنه من جهة اختصاصها بما بعد الإجازة ، والنبوي بالعكس . ويرد عليه وجوه تنبه المستشكل لأحدها :

( الأول ) ان مورد المعارضة حينئذ إنما هو بيع مال الغير لنفسه مع لحوق الإجازة ، وهو خارج عما نحن فيه فعلاً ، لأننا ذكرنا في أول بحث الفضولي أن فيه مسائل ثلاث : ( الأولى ) بيع مال الغير للمالك مع عدم سبق النهي منه ، فكلامنا فيها لافي المسألتين الأخيرتين .

( الثاني ) انه بناء على أن يختص النبوي ببيع الغير لنفسه ينتفي المعارضة رأساً لأن صحيحة محمد بن قيس مختصة بغير هذه الصورة . وإن شئت قلت : انه ينافي مبنى الاستدلال بالنبوي رأساً ، فانه كان مبنياً على شمول النبوي للبيع عن المالك والا فهو أجنبي عما نحن فيه .

( الثالث ) ما تنبه اليه المستشكل ، وهو أن المعارضة بالعموم من وجه يقتضى التساقط ثم الرجوع الى العمومات والإطلاقات كـ « أوفوا بالعقود » و « أحل الله البيع فتثبت الصحة لا الفساد .

(١) بقي في المقام روايات ثلاث (١) استدل بها على بطلان الفضولي :

(١) ذكرت هذه الأخبار في الباب الثالث من ابواب عقد البيع وشروطه من الجزء ١٢ من كتاب الوسائل ص ٢٤٨ المطبوع حديثاً .

أما صحيحته محمد بن القاسم في رجل اشترى من امرأة من آل فلان ( و ذكر السيد أن المراد بفلان آل عباس ولم يصرح بهم للتقية ) بعض قطائعهم ، فكتب كتاباً قد قبضت المال ولم تقبضه ( اي اعطى صكاً بقبض المال فيتمكن المشتري من منعها فيعطيا المال او يمنعها ) . قال عليه السلام : « قل يمنعها اشد المنع » فهي اجنبية عن الصحة والفساد ، بل مفادها منع الفضولي عن الثمن ، وهو أمر واضح صح البيع الفضولي أم فسد . والعجب من المصنف كيف ذكرها في المقام ، بل يمكن استشعار صحة الفضولي منها حيث علل فيها المنع بأنها باعت ما لم تملكه ، ولم يعلله بفساد البيع ، مع انه لو كان فاسداً كان الأولى التعليل به .

وأما صحيحته محمد بن مسلم الواردة في أرض بفم النيل اشتراها رجل وأهل الأرض يقولون هي أرضنا وأهل الاستاف يقولون هي من أرضنا ؟ فقال : « لانشرها لإبرضاء أهلها » ففادها اعتبار صدور الشراء عن رضا المالك في الشراء الحقيقي كما بيناه في الآية الشريفة ، والشراء الحقيقي في الفضولي إنما يكون بعد الاجازة . وأما كيفية معرفة الامام عليه السلام أن الشراء لم يقع برضا المالك فما لم نعرفه .

( وأما ) رواية الحميري أن الضيعة لا يجوز ابتياعها الا عن مالكتها أو بأمره أو رضى منه ، فهي أيضاً كآلية الشريفة مفادها اعتبار الصدور عن الرضا في البيع الحقيقي دون الانشائي ، والشراء الحقيقي في الفضولي إنما يكون بعد تحقق الاجازة ولا يبعد دلالتها على صحة الفضولي لمقابلة الرضا الذي عرفت أن المراد به الرضا المبرز لاجرد الرضا النفساني بأمر المالك ، فانه لو أريد به الرضا المقارن كان ذكره مستدر كاً ، فلا بد وأن يراد به الرضا المتأخر - أعني الاجازة - .

( وبالجمل ) ففاد هذه الأخبار ليس الا عدم نفوذ البيع الصادر عن غير المالك بما انه صادر من غير المالك لا بعد استناده الى المالك بقاء الاجازة اللاحقة .

قوله ( قدّه ) : الثالث - الإجماع (١)  
 قوله ( فده ) : الرابع - ما دل من العقل والنقل على عدم جواز  
 التصرف في مال الغير الا باذنه (١)

(١) ادعاه الشيخ ولكنه بنفسه خالفه في كتاب النهاية الذي قيل انه آخر  
 كتبه . ( وفيه ) أن المحصل منه غير ثابت ، وأما المنقول فعلى فرض حجية نقل  
 الاجماع فانما هي من باب دخوله في حجية الخبر الواحد إنما يكون حجة فيما اذا لم  
 تقطع بخطائه في المدرك ، كما في جملة من الاجماع المنقولة للسيد « قدّه » فانا  
 نقطع بعدم تحقق الاتفاق ، مع تصريح جمع من المحققين بصحة الفضولي ، ومنهم  
 نفس الشيخ في النهاية .

(٢) بيان الاستدلال : ان التصرف في مال الغير بدون اذنه منهي عنه ، وبيع  
 مال الغير تصرف فيه عرفاً ، فيكون منهياً عنه ، والنهي في المعاملات يوجب البطلان  
 فيكون فاسداً . وأجاب الشيخ عنه بوجوه خمسة :

( الاول ) إن العقد على مال الغير متوقفاً لاجازته غير قاصد لترتيب الآثار  
 عليها ليس تصرفاً فيه - الخ . وهذا الجواب في غاية المتانة .

( الثاني ) انه او فرض كونه تصرفاً فما استقل العقل بجوازه ، مثل الاستضاءة  
 والاصطلاء بنار الغير ونوره . وفيه ان كون جواز هذا التصرف من المستقلات  
 العقلية بحيث لا يحتاج فيه الى دليل كحسن العدل وقبح الظلم مما لانفهمه ، فهذا  
 الدعوى لا معنى له . نعم ادعاء القطع بجوازه له وجه مع انه أول الكلام ، وما نرى  
 من عمل عامة الناس في بعض التصرفات - كدق باب دار الغير مثلاً - فمن جهة  
 قيام السيرة القطعية على ذلك أو قيام امارة نوعية على رضا المالك لا من جهة  
 استقلال العقل بجوازه ، ففي كل مورد قام الدليل على جوازه أو على رضا المالك  
 به فهو ، والا فيكون داخلاً في عموم عدم جواز التصرف في مال الغير .



( الثالث ) انه قد يفرض الكلام فيما اذا علم الاذن في هذامن المقال أو الحال وهذا الجواب لا ينافي استدلال المستدل على الفساد موجبة جزئية .  
( الرابع ) أن تحريمه لا يدل على الفساد .

اقول : للمحقق النائيني « قده » في المقام كلام يذكر في الاصول بطوله ، وملخصه بحيث يناسب المقام : ان النهي في المعاملة تارة يتعلق بنفس السبب بما هو كالنهي عن البيع في وقت النداء أو في اثناء الصلاة مثلاً ، واخرى يتعلق بالمسبب كالنهي عن بيع الخمر مثلاً ( أما الاول ) فلا يدل على الفساد لعدم الملازمة بين حرمة السبب وترتب المسبب عليه وصحته ، ( وأما الثاني ) فيدل على الفساد بالالتزام ، وذلك لان من شرائط صحة العقد الاختيار والقدرة ، والنهي عن الشيء يدل بالالتزام على سلب قدرة المكلف عنه شرعاً ، وحيث يكون مسلوب القدرة عن إيقاعه ويوقعه يقع فاسداً - انتهى ملخصاً .

ولا يخفى ما فيه نقضاً وحلاً : ( أما نقضاً ) فيما لو كانت المعاملة واجبة - كما لو شرط بيع داره في ضمن عقد لازم أو اضطر الى بيعه لنفقة عياله مثلاً إذ سلب القدرة شرعاً لا يختص بالنواهي غايته ان النهي يسلب القدرة عن الفعل والامر يسلب القدرة عن الترك شرعاً ، ولا يمكن الالتزام بفساد المعاملات الواجبة ، ولا يلتزم به وان عطفه على المعاملات المحرمة في تقارير الشيخ الخوانساري « قده » . ( وأما حلاً ) فما تكون المعاملات مشروطة بها هي القدرة الوضعي أي العقلي لا التكليفي أي الشرعي ، وما يسلبه الأمر والنهي هو الثاني لا الأول . وبقيّة الكلام موكول الى محله .

( فالأولى ) في تقريب اصل الجواب أن يقال أن النهي في المعاملات تارة يتعلق بنفس المعاملة - كما في النهي عن بيع الغرر مثلاً - واخرى يتعلق بعنوان آخر متحد معها وجوداً - كما في المقام - فان كان من قبيل الأول يدل على الفساد لالما ذكره

قوله ( قدّه ) : وقد يستدل بالمنع بوجوه أخر ضعيفة أقواها ان  
للقدرة على التسليم (١)

الاستاذ النائيني « قدّه » من ملازمة النهي مع الفساد ، بل من جهة ظهور النهي  
حينئذ في الفساد فيكون إرشادياً ، نظير الأمر بأجزاء المركبات ، كما نقول « اقرأ  
الحمد » أو « اركع في الصلاة » فانه لا يكون امراً مولوياً بل ارشاداً الى جزئته  
في الصلاة ، وكذلك النهي عن شيء فيها كما نقول « لا تكفر في الصلاة » فانه يكون  
ارشاداً الى المانعية ، وأما إن كان من قبيل الثاني فظاهر في التكليف كما هو واضح  
فلا يدل على الفساد ، والمقام من هذا القبيل ، فهذا الجواب أيضاً متين جداً .

(الخامس) انه لو دلّ دلّ على بطلان البيع ، بمعنى عدم ترتب الأثر عليه  
وعدم استقلاله - الخ . وملخصه : ان البيع بعد الإجازة يكون بيع المالك ، ومن  
هذه الجهة يكون صحيحاً لامن جهة استناده الى البائع . وهذا الجواب - وان ارتضاه  
المحقق النائيني « قدّه » - ولكن فيه ما لا يخفى ، فان هذا الاشكال بعد تسليم أن نفس  
انشاء البيع يكون تصرفاً منهياً عنه وأن النهي موجب للفساد ، وعليه فيكون ذات  
الانشاء فاسداً وملغاة في نظر الشارع وغير قابل لترتب اثر عليه ولو بعد الإجازة ،  
ولحوق الاجازة بالانشاء الفاسد لا يجدي .

(١) جوابه واضح كما ذكره « قدّه » ، ولذا ترى صحة عقد الوكيل في انشاء  
العقد فقط وان لم يكن قادراً على التسليم ، فالمعتبر قدرة المالك على التسليم بل قدرة  
المشتري على التسلم وان لم يكن المالك قادراً على التسليم كالمال الواقع في البحر اذا كان  
المشتري قادراً على اخراجه ولم يكن البائع قادراً عليه ، وتعبير الفقهاء بالقدرة  
على التسليم من باب الغلبة . وبالجملة هذا الاستدلال لم نفهم له وجهاً .

(وأما الاستدلال الثاني) الذي ينسب الى السيد بحر العلوم ، وهو أن  
الفضولي غير قاصد حقيقة الى مدلول اللفظ كالمكره . فأجابوا عنه بأن قصد انشاء

قوله ( قدّه ) : المسألة الثانية أن يسبقه منع المالك (١)

المعنى باللفظ الذي يعتبر في العقود موجود في الفضولي ، وقصد ترتب الأثر عليه شرعاً غير معتبر فيها بل لا يمكن قصده لكونه خارجاً عن الاختيار ومرتباً على الانشاء . نعم يمكن أن يكون داعياً له .

( هذا ) ولكن الذي يقتضيه النظر أن مراد السيد « قدّه » ليس ما استفادوا من كلامه ، لأن ما فهموه واضح الفساد كما أجابوا عنه ، بل مراده أن بين قصد انشاء المعنى باللفظ وقصد ترتب الأثر عليه واسطة ، وهي اعتبار التبادر في نظره ، واعتباره بحيث يرى في عالم اعتباره خروج المبيع عن ملك البائع ودخول الثمن في ملكه وفي جانب المشتري بالعكس ، وهذا الاعتبار والقصد يكون معتبراً في صدق العقد والالتزم صحة عقد الهازل اذا تعقبه الرضا ، لأن قصد انشاء المعنى باللفظ موجود فيه أيضاً ، وهو موجود حتى في الوكيل في اجراء الصيغة فقط ، وهذا المعنى غير مقصود للفضولي .

وأصل هذا الدعوى - وان كان صحيحاً جداً - ولكن كون الفضولي غير قاصد لهذا المعنى ممنوع ، بل هو أيضاً يعتبر التبادل في نظره لكن معلقاً على اجازة المالك ، والتعليق على اجازة المالك لا يوجب الفساد في العقد لكونها مما يتوقف صحته عليها ، وتقدم أن التعليق على ما يكون العقد معلقاً عليه واقعاً لا يضر .

## بيع الفضولي المسبوق بمنع المالك

(١) ذكروا للمنع عن صحة الفضولي مع سبق نهى المالك وجهين : احدهما من جهة عدم المقتضي فيه للصحة ، بمعنى عدم شمول الأدلة المجوزة عموماً وخصوصاً له . ثانيها من جهة وجود المانع فيه عن الصحة ، وهو النهي الدال على الكراهة

الموجودة حال العقد أو بعده ولو آنأ ما قبل الاجازة ، بناء على انه لايعتبر في الرد سوى الكراهة الباطنية في العقد فيقع الكلام في كل من الجهتين :

( أما الجهة الأولى ) فنقول : لا ريب في شمول العموم والاطلاقات لها ، لأنه لا مانع من شمولها له الا عدم استناده الى المالك وبالاجازة يستند اليه . وأما الأدلة الخاصة التي استدلت بها الشيخ « قده » في المقام فرواية عروة البارقي اجنبي عنه ، لأنه لم يكن مع نهيه صلى الله عليه وآله وسلم ، وصحيفة محمد بن قيس فلا يمكن الاستدلال بها للمقام من جهة ترك استفصال الامام عليه السلام ، لأن مورد السؤال هو صورة عدم اذن المالك لا نهيه ، ولذا قال السائل : « وليدتي باعها ابني بغير اذني » ، وعدم الاذن - وان كان لاينا في المنع - ولكن ظهوره فيه لاينكر . وأما رواية باب المضاربة فان موردها وان كان مسبقاً بنهي المالك لكن عرفت انها اجنبية عن بيع الفضولي . وأما الروايات الواردة في بيع مال اليتيم فلا ربط لها بالمقام لعدم سبق المنع عن المالك أو الولي هناك .

( نعم ) لا مانع من التمسك بما دل على جواز نكاح العبد بدون اذن سيده ، بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فاذا اجاز جاز ، فان عصيان السيد يصدق مع نهيه وان كان الواقع في مورد الرواية هو التصرف بدون اذنه ، ولكن عموم العلة كاف لنا ، لأن شأن العلم التوسعة والتضييق . وكيف كان فالعمومات وهذه الرواية تكفي للصحة .

( وأما الجهة الثانية ) فأصل مسألة ان الرد مانع عن لحوق الاجازة محل منع ، لأنه لا دليل عليه سوى استحسانات لفتقها الشيخ « قده » والاجماع المنقول ، وسيجيء الكلام فيه انشاء الله تعالى .

( هذا ) مع ان الاجماع لو سلمنا حججته فالمتيقن من مورده صورة انشاء الرد لا مجرد الكراهة الباطنية كما في المقام ، وما ذكره الشيخ « قده » تأييداً لكفاية الكراهة

قوله ( قدّه ) : المسألة الثالثة - أن يبيع الفضولي لنفسه (١)

الباطنية في صدق الرد من حكم بعضهم بأنه اذا حلف الموكل على نفي الاذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد حملة المحقق النائيني « قدّه » على المعاملة الخيارية في زمان الخيار ، فانه بانكار الوكالة ينفسخ العقد ، لأنه لايعتبر في أعمال الخيار زائداً على اظهار الكراهة لفظ مخصوص ، ولكن هذا الحمل على الظاهر غير وجيه فنقول :

إن انكار الوكالة يتصور على قسمين : لأن الموكل تارة يكون في مقام رد اصل الشراء ، وعلى هذا يكون الترافع والحلف أقوى مظهر للكراهة ويكون انشاء الرد وبه ينفسخ العقد ، لكنه خارج عن محل الكلام ، لأنه انشاء الرد لا مجرد الكراهة ، وأما ان لم يكن المدعي وكالته في مقام رد أصل الشراء بل يريد دفع تنجز الشراء عليه فعلا حتى يتفكر في أن مصلحته الرد أو الاجازة فلا يحكم بانفساخ العقد حينئذ بل يبقى معلقاً على اجازته ، والمتيقن من مورد كلامهم هو الأول ( فتحصل ) أن المعاملة الفضولية مع سبق النهي من المالك صحيحة من جهة وجود المقتضى وعدم المانع .

## بيع الفضولي لنفسه

(١) اقوى مايتوهم مانعيته عن صحة بيع الفضولي لنفسه امران كلاهما مبتنيان على أن يكون عنوان البيع متقوماً بدخول الثمن في كيس من خرج عن كيسه المثلث والم عوض (وبعبارة أخرى) يكون حقيقته تبديل طرفي الاضافة في الملكية : احدهما عدم انشاء المنشئ حقيقة البيع . ثانيهما عدم لحوق الإجازة بما انشأ لو اجاز المالك البيع لنفسه لا للمنشيء (وبعبارة أخرى) لو اجاز البيع لنفسه لا يصح ، لأنه اجازة لما لم ينشأ

ولو اجازته المنشيء لم يصح أيضاً لأنه اجاز ماليس قابلاً للاجازة لعدم وقوعه .  
( هذا ) وتحقيق المقام أن نقول : ان بيع غير المالك - سواء كان غاصباً او  
غير غاصب - لنفسه يتصور على أقسام أربعة :

( القسم الأول ) : أن يبيع لنفسه ، بمعنى انه يكون غايته وداعيه من البيع  
للمالك التصرف في الثمن كما كان يتصرف في المثلث في بيع الغاصب مثلاً ، ويتفق  
بالنسبة الى غير الغاصب أيضاً ، كأن يحتاج الشخص في الغربة الى الثمن فيبيع دار  
صديقه عالماً بأنه يجيزه ليتصرف في ثمنه ، فهذا القسم مما لا اشكال فيه ، لأن المنشيء  
قصد حقيقة البيع ويلحقه الاجازة بلا شبهة .

( ويقابله القسم الثاني ) : وهو أن يبيع لنفسه ويقصد دخول الثمن في كيسه  
حقيقة من دون بناء على مالكيته للمثلث ، كما يتحقق ذلك في بيع الغاصبين كالسارق  
مثلاً . وهذا القسم على مبنى العلامة « قده » ومن تبعه يكون باطلاً غير قابل  
للاجازة لا للمالك ولا للمنشيء ، وأما بناء على ما حققناه وبنينا عليه في بيان حقيقة  
البيع من أنه ليس الا اعطاء لا مجان ولا يعتبر فيه دخول العوض في كيس من  
خرج عن كيسه المعوض وبالعكس لما يرد على العلامة ومن تبعه من التقص ببيع  
الكلي وبيع الأوقاف والزكوات وأمثال ذلك فلا اشكال في صحته ، وانه يقع للمالك  
اذا أجاز ، ومجرد اقتران الانشاء بقصد لغو لا يمنع عن الصحة .

( القسم الثالث ) ان يكون البيع لنفسه بالبناء على انه مالك ادعاء وعدواناً ،  
وفي هذا القسم أفاد الشيخ « قده » بأن هذه الحيثية - اي حيثية المالكية - تكون دخيلة  
في تملك الثمن ، فالبايع يقصد دخول المعوض في كيسه بما انه مالك ادعائي وما يعرض  
للشيء من حيثية تقييدية يكون ثابتاً لنفس تلك الحيثية ، فالمسند اليه الملك حقيقة  
هو المالك ، الا أن الفصولي لما بنى على انه المالك للثمن اسند ملك المثلث الى نفسه ،  
وعلى هذا فالمنشأ هو التملك المسند الى المالك ، فيصح أن يلحقه الاجازة ويقع

للمالك - انتهى .

وفيه : أن كون هذه الحيثية حيثية تقييدية أول للكلام ، بل يكون من قبيل الدواعي وحيثيات تعليلية كما هو للظاهر ، فان البائع لا يبيع المال بما انه مالك (هذا) مع ان الشيخ « قده » اراد بما افاد دفع الاشكال عن مطلق البيع الفضولي لنفسه ، ولا يتم ما اراد ، لأن ما افاده يختص بما اذا كان البائع بانيا على الملكية وقصد الحيثية التقييدية ، لأنه لا بد وأن يقصد حتى يقع للمالك الواقعي ، فان مجرد البناء والاعتقاد بالملكية مع عدم قصد الحيثية لا يوجب وقوعه لحيثيته .

( نعم ) يمكن تصحيحه على مبني العلامة ومن تبعه ببيان آخر ، وهو أنه - ولو لم تكن الحيثية تقييدية بل كان من الدواعي كما هو الصحيح - ولكن حيث يبيع لنفسه بانيا على الملكية فانشاؤه بالمطابقة يدل على تملكه للمعوض اذا كان بمثل تملكته وامثال ذلك ، وبالادلة الالتزامية يدل على المبادلة بالمعنى المذكور - أي دخول العوض في كيس من خرج عنه المعوض - فيصح للمالك اجازة هذا المدلول الالتزامية فتقع المبادلة له .

( القسم الرابع ) أن يكون البيع لنفسه مع قصده انشاء التملك بنفس قوله « بعث » بمعنى انه بانشاء البيع ينشأ امرين مترتين : احدهما انشاء الملك فضولة ، وثانيهما انشاء البيع لنفسه ( وبعبارة اخرى ) ينشأ التمليك وينشأ البيع لنفسه مترتا عليه معلقا على اجازة المالك ذلك التمليك ، نظير انشاء بيع شيء لو كان ملكه وان يقول : إن كان هذا الشيء لي فبعته إياك بكذا ، والتعليق على هذا الأمر - يعني اجازة المالك ذلك التمليك - لا يضر بصحة البيع ، لتوقف صحته عليه واقعا كما عرفت سابقا .

( وفي هذا القسم ) لو أجاز المالك التمليك يقع البيع للمنشئ لا للمالك ، كما لو أذن له المالك بالبيع لنفسه ، فانه أيضا انشاء ضمنى للتمليك فيقع البيع له

قوله (قده) : ثم ان مما ذكرنا - الى أن يقول - يظهر اندفاع اشكال آخر في صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشتري (١)

وفي ملكه . وما أورده الشيخ « قده » على هذا القسم بقوله : « لأن الأذن في التمليك لا يؤثر التمليك فكيف اجازته » غير وارد على ما ذكرنا ، لأن الظاهر أن ايراده - وهو عدم تأثير الاذن والاجازة في التمليك - مبني على كون التملك بمعنى البناء على الملكية فقط من دون انشاء للملك ، فانه حينئذ غير قابل للاجازة ، لأن الاجازة إنما يلحق المنشأ لامابني عليه الغاصب (وأما بناء) على ما ذكرنا من انه بنفس قوله « بعث » ينشيء الملك ضمنا فلحوق الاجازة به لا بأس به ، وكذلك لو اذن البائع بتملكه وانشاء التملك ضمنا يصح بلا اشكال ، وكان الشيخ « قده » غفل من أن نفس البيع لنفس انشاء للملك ضمنا وتخيل انه مجرد البناء على الملكية ، ولذا أورد عليه بأن الاذن لا يؤثر التملك - اي مجرداً من دون تحقق انشاء للتملك - فكيف بالاجازة - أي المجردة - فتأمل .

(١) ملخص الاشكال : ان الأصحاب حكموا فيما اذا كان الأصيل في البيع عالماً بكون طرفه غاصباً وانه يبيع لنفسه ومع ذلك باعه وسلطه ليس له الرجوع الى الغاصب لورد المالك البيع ، ولازم هذا الحكم أن الغاصب بمجرد تسليط الأصيل إياه يكون مالكا لما سلطه عليه ، فلا يبقى مورد للحقوق الاجازة ، لأنه بتسليطه خرج المال عن ملكه فلو أجازة وصح يكون بيعاً بلا ثمن ، وهذا ينافي حقيقة البيع فلا بد وأن يكون باطلا .

هذا تقريب اصل الاشكال ، وأفاد الشيخ « قده » في دفعه اموراً ثلاثة :  
( اولها ) أن هذا الاشكال يتوجه على من يلتزم بهذا الحكم ، وهذا أول الكلام بل مقطوع بعدم لعدم الدليل عليه ( ثانيها ) انه بناء على تسليم هذا الحكم إنما يصح اذا كان التسليط مطلق لامراعى على اجازة المالك ( ثالثها ) ان الاشكال إنما يتوجه



قوله (قده) : بقي هنا امران : الأول انه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عيناً او في ذمة الغير (١)

على النقل ، لأنه حينئذ يكون المال منتقلاً الى الغاصب قبل انتقاله الى المالك المحبذ ، وأما على الكشف فالاجازة تكشف من أن التسليط كان لغواً وتسليطاً لمال الغير .  
( اقول ) ما افاده اولاً وثانياً في غاية المتانة ولكن هذا الوجه الأخير لانفهمه ، لأن الكشف الذي يمكن أن نلتزم به انما هو الكشف الحكمي أو اشتراط الاجازة بنحو الشرط المتأخر ، أو اشتراط وصف التعقب وأمثال ذلك ، وعلى هذا فقبل حصول الاجازة لا ينتقل المال الى المحبذ ، فيكون تسليط المالك تسليطاً في ملكه ( نعم ) على الكشف الحقيقي وعدم تأثير الاجازة في حصول الملكية اصلاً وبأي وجه يتم ما ذكره ، ولكن لا يمكن الالتزام به . ولا يخفى ان هذا الاشكال انما يصح بناء على أن يكون البيع جائزاً من طرف الأصيل .

## بيع الفضولي في الذمة

(١) وأيضاً لا فرق بين أن يكون الكلي ديناً في ذمة الغير أو لم يكن كذلك ، كأن يشتري لزيد بعشر قرانات يكون له على ذمة عمرو وتعيين الذمة تارة يكون باللفظ وذلك واضح ، واخرى بالقصد - اي بقصد الفضولي - وبعد تعيينه الذمة يقع العقد له بحسب طبعه مالم يقيد ، فان كان التعيين بالقصد وأجاز صاحب الذمة فلا كلام ، وان رد وادعى طرف الأصيل كذب الفضولي وحلف نفي علمه بالفضولية هل يقع البيع للفضولي واقعاً أو ظاهراً أو يبطل اصلاً؟ وجوه سيأتي التعرض لها .

ثم لو أضاف الكلي الى ذمة شخص واشترى به لنفسه أو باعه لنفسه أو

اضاف الكلي الى ذمته واشترى به لغيره ، ففي الصورة الثانية احتتمل الشيخ البطلان واحتمل لإلقاء احد القيدتين وتصحيح المعاملة لنفسه أو لغيره ، وفي الصورة الأولى احتتمل وقوع البيع أو الشراء للغير ، وصاحب الذمة اذا أجازته بعد تصحيحه بالبناء على المالكية وجعل الحيثية تقييدية كما مر الكلام فيه ، واحتمل الصحة ووقوعه لنفسه بإلغاء قيد ذمة الغير لان تقييده بكونه لنفسه يوجب إلقاء ما ينافيه من اضافة الذمة الى الغير . ثم قال : والمسألة تحتاج الى تأمل .

( أقول ) إلغاء ذمة الغير لكونه منافياً لتقييده بكونه لنفسه مالا نتقله ، وذلك لأن العاقد انما قصد البيع لنفسه بكيفية خاصة ، وهو أن يكون ثمنه في ذمة زيد ولم يقصد البيع الذي يكون ثمنه في ذمته ، فيكون هذا من أظهر أفراد وقوع مالم يقصد ( وكيف كان ) التحقيق أن الأقسام الأربعة بعينها تجري في المقام من دون تفاوت ، سوى الوجه الأخير منها ، وهو أن يكون انشاء البيع لنفسه انشاء للتملك اولا وانشاء للبيع مترتباً على ذلك ، فان تملك ذمة الغير لا يمكن بالاذن السابق فكيف بالاجازة اللاحقة . وأما باقي الأقسام فتجري : أما القسم الأول فواضح ، وكذلك القسم الثاني ، وأما القسم الثالث فكمن يبني على تملك الكلي على ذمة الغير اعتقاداً أو عدواناً كالمقام ونحوه ثم يوقع البيع على ذلك الكلي بعنوان انه مالك فيجري فيه ما ذكره الشيخ «قده» من كون الحيثية تقييدية ، وما ذكرناه من الدلالة الالتزامية على المبادلة كما مر ، فعلى مبنانا يصح البيع ويقع للمالك لو كان من القسم الثالث ، اما لما ذكره الشيخ أو لما ذكرناه ، ولا وجه لإلغاء قيد ذمة الغير ووقوعه للعاقد .

( وأما الصورة الثانية ) وهو مالو اشترى للغير بمال في ذمته فعلى مبنانا يقع للغير ولكن يحتاج الى إجازته ، لأن تملك الغير من دون اذنه وإجازته مخالف لتسلط الناس على انفسهم ، وأما على مبنى غيرنا فيقع باطلا ، فلا وجه أيضاً لما احتمله

قوله ( قدّه ) : الا أن الطرف الآخر لو لم يصدقه على هذا العقد وحلف على نفي العلم حكم له على الفضولي (١)

الشيخ « قدّه » من إلغاء احد القيدين وتصحيح المعاملة لنفسه أو للغير .  
 (١) فيما لو ادعى احد المتبايعين انه قصد إضافة الكلي الى غير من قصده الآخر ، فاما ان يكون مصدقاً ويصدقه الطرف الآخر فيكون البيع باطلاً لأن كلا منهما قصد غير ماقصده الآخر ، الأول يصدقه الآخر ويرجع امرهم الى الترافع فتارة كل منهما يكذب الآخر - مثلاً : البائع يدعى أن المشتري قصد الشراء لنفسه بذمته وهو أيضاً قصد البيع له بمال في ذمته والمشتري يدعي انه اشتراه للغير فضولا وقصد اضافة الذمة اليه والبائع أيضاً قصد هذا الذي قصده - فهذا الفرض يكون من باب التداعي ويدخل في ذلك الباب ، واخرى أن المدعي للفضولية سواء كان بائعاً او مشترياً لاينكر أن طرفه قصد نفسه وأضاف الكلي اليه - كما هو ظاهر كل عقد في حدنفسه - ولا يدعي انه قصد الغير الذي هو قصده حسب ادعائه ، ولكن يدعى انه هو لم يقصد ما هو ظاهر العقد ، وما قصده البائع من اضافة الكلي الى نفسه وإيقاع العقد له بنفسه ، بل قصد اضافة الكلي الى غيره على خلاف ما قصده طرفه ولكن الطرف ينكر ما ادعاه من الفضولية ( ففي هذا الفرض ) المدعي هو الطرف الذي يدعى الفضولية ، لخالفته قوله لظاهر العقد وأصالة الصحة ، لأنه على ادعائه يكون العقد باطلاً وعلى قول طرفه يكون العقد صحيحاً ، فالقاعدة تقتضي في هذا الفرض لزوم إقامة البينة على المدعي للفضولية ، وحيث ان القصد امر قلبي لايمكن إقامة البينة عليه تصل النوبة الى حلف المنكر ، فلا بد وان يحلف المنكر على عدم قصد طرفه للفضولية لاعلى عدم العلم كما افاده الشيخ ، لأن عدم علمه لايتنافي قصده وحيث لايمكن المنكر من الحلف على عدم قصده للفضولية لكونه امراً قلبياً فلا محالة يرجع الحلف الى المدعي ، فيحلف ويحكم ببطلان العقد .

### قوله ( قدّه ) : وان كان في اللزمة لغيره واطلق اللفظ (١)

( هذا ) ماتتضيه القاعدة في هذا الفرع ، فما افاده الشيخ « قدّه » من انه لو لم يصدقه وحلف على نفي العلم حكم له على الفضولي بظاهره لا ينطبق على القواعد .  
(١) يمكن حمل كلام العلامة بحيث ينطبق على القواعد على ما اذا كان المشتري مثلاً يشتري شيئاً بمنّ من الحنطة ويلتزم هو بأدائه إما من مال زيد فيكون الشراء له ، وإما من ماله فيكون الشراء لنفسه ، ولكن الملتزم للأداء هو لزيد ، وينحل هذا الشراء الى شرائين طولاً ، فيشتري للغير فان اجاز يقع له والا فيشتري لنفسه .

( ولا يقال ) إن هذا التعليق موجب لبطلان العقد لوجهين : ( الأول ) أن المعلق عليه مما يتوقف عليه صحة العقد واقعاً ( الثاني ) أن الدليل على مانعية التعليق في البيع هو الاجماع ، والمتيقن منه غير مورد التعليق بهذا النحو - أي انشاء بيعين مترتباً وطولاً - وكيف كان لا دليل على بطلان هذا العقد ، ولا مانع من شمول الأدلة له ، وعلى هذا لو اجاز ذلك الشخص يقع له والا يقع للعاقد .

وكلام السيد « قدّه » في الحاشية إن كان ناظراً الى ما قلنا فتين ، وان كان مراده أن العاقد من جهة انه لم يعين اضافة الكلي الى نفسه والى غيره وقصد وقوع العقد للغير يقع له لورده الغير فما لانعقله . ( ولا يخفى ) ما في كلامه « قدّه » من الاقلاق ، وتصدى المحقق النائيني « قدّه » لتطبيقه على القاعدة بوجهين :

( احدهما ) ان يكون مراد العاقد وقوع المعاملة لنفسه مع كون المال في ذمته ويكون قصده للغير من باب جعل تولية العقد للغير ، وحينئذ فان اجاز الغير التولية يكون العقد له والا يكون للعاقد . وفيه أن هذا خلاف الفرض ، لأن المفروض انه لو اجاز ينتقل المال من مالكة اليه لا انه لو اجاز ينتقل المال من ملك العاقد اليه وعلى التولية ينتقل المال من ملكه الى العاقد ومنه الى المحبز .

قوله ( قدّه ) : الظاهر انه لا فرق فيما ذكرنا من اقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي والمعاطاة (١)

( وثانيهما ) أن يكون مراده وقوع البيع للغير وقصد اضافة الكلي الى ذمة الغير ، غاية انه ضمن ذمة الغير بناء على أن لا يكون الضمان موجبا لانتقال المال الى ذمة الضامن - كما عليه العامة - فيكون كل منهما ضامنا بنحو الطولية . ثم صحح ضمان ما لا يجب بما افاده « قدّه » ، وفيه : ( أولا ) انه على هذا يلزم على الضامن اداء المال لو أجاز العقد من وقع له البيع ولم يؤد المال ، وأما لو لم يجز العقد فلا معنى لكون الضامن ملزماً ولا لوقوع البيع له ( وثانياً ) انه لو أجاز ولم يؤد المال لا بد وأن يلتزم بأن الضامن ملزم بأدائه .

## جريان المعاطاة في الفضولي

(١) ملخص الكلام : انه هل يجري الفضولي في بيع المعاطاة مطلقاً أو لا يجري مطلقاً أو يفصل ؟ التحقيق هو التفصيل ان كان قصد المتعاطين مجرد الاباحة للتصرفات لا الملكية ، فلا يجري فيها الفضولي ، وذلك لأن الاباحة المالكية يكون تمام المؤثر لها نفس رضا المالك من دون حاجة الى الانشاء . وعليه فلا يترتب إعطاء الفضول بقصد الاباحة شيء أصلاً ولا يدخل تحت عنوان من العناوين بل تترتب الاباحة على رضا المالك بعد حصوله ، سواء كان مسبقاً باعطاء الفضول ام لم يكن . ( نعم ) لو قلنا بلزوم الاباحة الحاصلة من المعاطاة - ولو قصد الاباحة لا الملكية - يمكن أن يكون للإعطاء دخل في اللزوم ، لكنه غير مربوط بأصل الاباحة ، وان قصدا به الملكية وقلنا بترتبه عليه - كما تقدم تفصيله - فالظاهر جريان الفضولية فيه لأنه انشاء فعلي .

وغاية ما يمكن أن يرد عليه وجهان :

(الأول) : ما ذكره الشيخ « قده » ، وهو كون الاعطاء منهياً عنه .  
 وجوابه واضح ، وهو انه يمكن فرضه فيما لم يكن منهياً عنه أولاً - كما فيما  
 اعتقد الفضول انه ملكه أو انه مأذون في التصرف فبان خلافه مثلاً ، أو  
 كان المالك راضياً بذلك ، بناء على عدم خروجه بذلك عن الفضولية - . وثانياً ان  
 النهي في المقام غير دال على الفساد لتعلقه بعنوان يتحد مع الاعطاء ، وقد تقدم أن  
 النهي المتعلق بالمعاملة والمسبب بواسطة عنوان آخر لا يدل على الفساد فكيف بما اذا  
 تعلق بنفس السبب ، كما في المقام .

( الثاني ) : ما افاده المحقق النائيني « قده » ، وملخصه : ان الاجازة إنما  
 تتعلق بما يكون قابلاً للبقاء ، كما في البيع الغير المعاطاة ، فانه بالعقد الذي هو بيع  
 بالمعنى المصدرى يتحقق امر قابل للبقاء والاستمرار - أي تبديل طرفي الاضافة -  
 ويعبر عنه باسم المصدر ، ويلحق الاجازة ذلك الأمر الباقي اعتباراً ، وأما الاعطاء  
 الخارجى فليس الا تبديل مكاني ، ولا ينفك اسم المصدر فيه عن المصدر ، بمعنى  
 ان اسم مصدر الاعطاء ليس الا اعطاء الخارجى ، وهذا غير قابل الانفكاك عن  
 الاعطاء ، ولهذا لا يكون مصداقاً للبيع ، فلا يبقى مورد للإجازة ولا يعمه أدلة البيع -  
 انتهى .

( وفيه ) مامر في المعاطاة من انه مصداق للبيع حقيقة ، ولا فرق بين الانشاء  
 أن يكون بالفعل او بالقول ، كما ان الأخبار يمكن أن يكون بالقول تارة وبالفعل  
 اخرى . وأما على القول بأنه مفيد للاباحة الشرعية مع قصدهما الملكية فأفاد الشيخ  
 « قده » امكان القول بالبطلان لوجهين : ( احدهما ) : انه على خلاف القاعدة  
 فيقتصر على المتيقن وهو صورة تعاطي المالكين ( ثانيهما ) : أن حصول الاباحة  
 قبل الاجازة غير ممكن .

(أما الوجه الأول) فكما افاده « قده » الاباحة على خلاف القاعدة ، ولكن قد تقدم في المعاطاة عند نقل استبعاد بعض الأساطين بقوله : إن القول بالاباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين التملك مستلزم لتأسيس قواعد جديدة - الخ . ان العقود تكون تابعة للقصد ، والتصرف لا يكون من الملكات ، بل المعاطاة بنفسه يفيد الملكية ، غايته يكون مشروطاً بالتصرف المتوقف على الملكية ، كما في اشتراط بيع الصرف بالقبض وتوقفه عليه .

(وبعبارة اخرى) المعاطاة مقتضاه الملكية من حينه ، ولكن بالاجماع نرفع اليد عما اقتضاه ونخصمه الى ما قبل التصرف . نعم في هذه المدة ثبتت الاباحة الشرعية على خلاف القاعدة - فراجع ما ذكرناه هناك - . (وعليه) فافادته للملكية حين التصرف المتوقف على الملك يكون على وفق القاعدة ، فلا مانع من جريان الفضولي فيه من هذه الجهة لامن جهة الاباحة الشرعية الثابتة الى زمان حصول الملك على خلاف القاعدة .

(وأما الوجه الثاني) فان كان مراده عدم قيام الدليل على حصوله قبل الاجازة ففتين ، وان كان مراده عدم الامكان - كما هو ظاهر عبارته - فلا نفهم وجهه .

(وبالجملة) شمول المطلقات للمعاطاة اذا وقع فضولياً مما لا ريب فيه ، وأما الأدلة الخاصة الواردة في الفضولي فلا يمكن الاستدلال بها للمقام اصلاً : أما رواية عروة فهي في قضية خاصة يحتمل أن يكون بيعه بغير نحو المعاطاة ، بل هو الظاهر بمقتضى لزوم حمل فعل المؤمن على الصحة ، بناء على عدم صحة المعاطاة ، ولا يكون في الرواية ما يظهر منه وقوعه بنحو المعاطاة (والعجب) منه قدس سره كيف ذكرها مؤيدة .

(وأما رواية) محمد بن قيس وترك استفصال الامام عليه السلام فلا تدل

### قوله (قده) : للقول في الاجازة ولرد (١)

على صحة المعاطاة ، ولذا لم يسأل الامام من أن هذا البيع وقع غررياً ام لا ، ولا من انه وقع بلفظ الماضي ام بغيره الى غير ذلك ( والسر ) في ذلك أن جهة السؤال لا بد وأن يجاب عنه ويفرض المسؤول عنه صحيحاً من غير جهة السؤال بمقتضى الحمل على الصحة .

هذا تمام الكلام في جريان المعاطاة في الفضولي .

## الكلام في الاجازة

(١) بعد ما ثبتت صحة عقد الفضولي وكون الاجازة اللاحقة كالاذن المقارن للعقد، يقع الكلام في كونها ناقلة أو كاشفة ، بمعنى أن العقد السابق الفضولي هل يكون كالعقد الصادر حين الاجازة ، فتكون النتيجة هو النقل ، أو أن الاجازة اللاحقة تكون كالاذن المتحقق حين العقد، فتكون النتيجة هي الكشف؟ المشهور على مانسبه اليهم المهرة من اهل الخبرة هو الكشف .

( فنقول ) قديقال كما قيل على الكشف المتأخر : بأن الاجازة المتأخرة ليست الا امارة معرفة عن صحة العقد من حين تحققه ، من دون أن يكون لها أي تأثير في صحة العقد السابق ، وعليه فالقول بالكشف الحقيقي - وان كان ممكناً - الا انه مخالف لظاهر الأدلة ، كقوله تعالى « الا أن تكون تجارة عن تراض » فان ظهوره في اعتبار صدور العقد عن الرضا وشرطية الرضا في صحة العقد مما لا ينكر ، وهذا ينافي القول بكون الرضا امارة محضة .

( وربما يقال ) بأن الاجازة المتأخرة بنفسها تكون مؤثرة في صحة العقد السابق وانها شرط لصحة العقد كما هو ظاهر الأدلة ، الا أن الشروط الشرعية ليست



كالشروط العقلية بحيث يستحيل فيها تأثير اللاحق في السابق ، فيمكن أن يكون الأمر المتأخر أو السابق شرطاً مؤثراً في الأمر السابق أو المتأخر ، كما وقع ذلك في موردين :

(احدهما) : غسل المستحاضة ، فان الواجب عليهما اغسال ثلاثة ، وقيل بشرطية غسلها للعشاء في صحة صومها في النهار . وهذا القول - وان كان شاذاً - الا ان اعتبار غسلها وقت الفجر في صحة الصوم غير قابل للانكار ، والأقوى أن تغتسل بعد دخول الفجر لاقبله كما افق به السيد في العروة . وعلى أي تقدير يكون غسل المستحاضة إما قبل دخول الفجر أو بعده دخيلاً في صحة الصوم .

(ثانيهما) اجزاء العبادات التدريجية كالصلاة ، فان الجزء اللاحق كالتسليمة دخيل في صحة الجزء السابق كتكبيرة الإحرام ، فانها انما تكون مصداقاً للمأمور به ومسقطاً للأمر فيما اذا لحقها بقية الأجزاء ، فليكن المقام من هذا القبيل ( وفيه ) ما لا يخفى ، فانه لا فرق بين أن يكون المشروط امراً خارجياً او يكون امراً شرعياً في استحالة تأثير المعدوم اصلاً كما افاده المصنف . وفي المثالين لا بد وأن يكون المؤثر هو وصف السبق أو اللحق ، فانه مما يتفاوت به الأغراض والرغبات في الأمور العرفية أيضاً .

( نعم ) هناك احتمال ثالث يعقل عليه القول بالكشف ثبوتاً ، وهو أن يكون الشرط هو وصف التعقب بالرضا لانفسه ، وعليه يكشف لحوق الاجازة عن كون العقد السابق واجداً لشرائط الصحة من حين حدوثه . ومن هنا ذهب بعضهم الى جواز ترتيب آثار الصحة على العقد قبل لحوق الاجازة فيما اذا علم بتحقيقه فيما بعد ، الا انه لا دليل على كفاية وصف التعقب بالرضا في صحة العقد ، بل ظاهر الأدلة اعتبار نفس الرضا المبرز كما عرفت .

( وقد أغرب ) بعض الأعلام في المقام حيث ذهب الى الكشف ، بدعوى

قوله ( قدّه ) : واستدل عليه كما عن « مع صد » و « ضة » ( ١ )

ان الاجازة اللاحقة كاشفة عن اقتران العقد بالرضا التقديري ، اي لو علم المالك به كان راضياً ( وفيه ) أولاً أن ظاهر الأدلة اعتبار الرضا الفعلي ، بل الرضا الفعلي ايضاً غير كاف مالم يبرز كما عرفت فضلاً عن التقديري . وثانياً ان هذا الدليل أخص من المدعي ، فانه قد لا يكون المالك راضياً بالعقد حين تحققه ثم يرضى به بعدمدة ، فان البداء مستحيل في حقه تعالى لافي المخلوقين ، فالكشف الحقيقي بجميع احتمالاته فاسد .

( ١ ) استدلل المحقق والشهيد الثانيان على الكشف بوجهين :

( الأول ) ان السبب التام للملك هو العقد ، لعموم قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » في الفضولي بالاجازة يتبين تمامية العقد ( وفيه ) انها لو أرادا من كون العقد سبباً تاماً للملكية ان مجرد العقد هو السبب لها ولولم يكن مقروناً برضا المالك فهو واضح الفساد على ما عرفت سابقاً ، مضافاً الى ان لازمه عدم الحاجة الى الاجازة حينئذ ، وصحة عقد الفضولي ولو لم تلحقه الاجازة راسماً ، وان اراد ان الشرط للصحة هو وصف التعقب فاذا تحققت الاجازة يتبين حصوله من حين تحقق العقد فهو مصادرة ، وقد عرفت عدم قيام الدليل على شرطية وصف التعقب .

( الثاني ) أن الاجازة من الأمور المتعلقة ، فلا محالة تتعلق بالعقد السابق وليست كالقبض مما لاتعلق له الا بالمقبوض الخارجي ، فهي رضا بالبيع السابق بالمعنى الاسم المصدري ، اعني المبادلة بين المالين من حين تحققه ، فكأن مضمون البيع هو المبادلة المقيدة بالزمان السابق ، وتعلق الاجازة والرضا بها يقتضي حصولها من حينه . ( وقد أورد ) عليه المصنف وتبعه بعض الأعلام منهم المحقق النائيني « قدّه » بوجهين :

( احدهما ) ان مضمون البيع ليس الانشاء طبيعي المبادلة من بين المالين

للمبادلة المقيدة بزمان خاص والالزم القول بثبوت الملكية من حين الايجاب فيما اذا كان القبول متأخراً ، لأنه أيضاً رضى بالايجاب السابق ( نعم ) بما ان الانشاء امر زماني يقع في الزمان فالمنشأ أيضاً يكون متحققاً من زمان تحقق الانشاء ، لانه مقيد بالزمان ، فتعلق الاجازة ليست المبادلة المقيدة بالزمان السابق .

( ثانيها ) انه واوسلم تقييد مضمون البيع بالزمان السابق وتعلق الاجازة بالأمر المقيد الا ان المعتبر هو امضاء الشارع ، ومن الظاهر أن الامضاء الشرعي انما يكون بعد تحقق الاجازة لاقبلها ، لأن العقد بعد الاجازة يستند الى المالك ، وأما قبلها فهو اجنبي عنه ، فلاتعمه ادلة الصحة ، فتكون الملكية ثابتة من زمان الامضاء الشرعي لامن زمان الانشاء .

( ونقول ) لابد من النظر فيما اورده المصنف على العلمين : ( أما الوجه الاول ) فهو انما يتم بناء على القول بأن الانشاء عبارة عن ايجاد المعنى باللفظ ، فانه حينئذ يمكن أن يقال بأن متعلق الايجاد غير مقيد بالزمان وانما يتحقق الموجد في زمان تحقق الايجاد ، فيكون الزمان ظرفاً له ولا يمكن أن يكون قيداً . ولكنك عرفت فساد المبني وان الانشاء انما هو عبارة عن ابراز الاعتبار النفساني ، ومن الظاهر - كما بيناه في محله - أن المعتبر يستحيل فيه الاهمال ثبوتاً ، فيدور أمره بين الاطلاق والتقييد وتقييد الملكية بزمان خاص واضح الفساد ، بل التقييد من خاص مخالف للاجماع في البيع ، فلا بد من الاطلاق - بمعنى لحاظ الخصوصيات ورفضها - فيثبت الاستمرار ، فيكون المنشأ في البيع اعتبار الملكية المستمرة لامقيدة بالاستمرار بل بمعنى رفض الخصوصيات ، فاذا تعلقت الاجازة بها والمفروض نفوذها لابد وان تثبت الملكية من حين صدور العقد ، ويتضح ذلك بالنظر الى الاجازة ( وأما التخص ) في القبول ففي غير محله ، فان الايجاب يكون معلقاً على لحوق القبول دائماً سواء ذكر التعليق في اللفظ أو لم يذكر ، فلا يترتب عليه الأثر مالم يتحقق القبول ،

وهذا بخلاف الاجازة ، فان المنشأ في العقد الفضولي غير معلق عليها غالباً ، خصوصاً فيما اذا كان العاقد بائناً على كونه مالكا إما خطأ أو عدواناً ( نعم ) قد يعلق عليها وهو خارج عن محل الكلام .

( وأما الوجه الثاني ) ففيه أن دابل الامضاء - وان لم يكن شاملاً لعقد الفضولي الا بعد لحوق الاجازة - الا انه لا مانع من كون الامضاء المتأخر متعلقاً بأمر سابق كما يمكن عكسه ، ففي باب الوصية يكون الامضاء سابقاً والمضى هي الملكية المتأخرة ، وفيما نحن فيه يكون الإمضاء متأخراً والمضى هي الملكية السابقة . ( وبالجملة ) ملخص الوجه الثاني الذي استدل به المحقق والشهيد الثانيان على الكشف هو أن الاجازة تتعلق بمضمون العقد السابق ، وهي الملكية من حين العقد فاذا كانت الاجازة نافذة - كما هو المفروض - لا بد من ثبوت الملكية السابقة ، وذكرنا ان المصنف أورد عليه بوجهين :

( احدهما ) مضمون العقد السابق ، اعنى الملكية ، لم تكن مقيدة بالزمان وانما كان الزمان السابق ظرفاً لها ( وقد أجبنا عنه ) بأنه لا واسطة بين الاطلاق والتقييد فاذا لم تكن الملكية المعتبرة مقيدة فلا بد من الاطلاق واستمرارها من حين حدوث العقد ، ولا تقاس الاجازة بالقبول ، فان القبول مقدم على العقد بخلاف الاجازة . ( وثانيهما ) أن الاجازة - وان تعلقت بالملكية من حين العقد - الا أن المضى شرعاً انما هي الملكية المرضية للمالك ، ولا تكون المبادلة مرضية له الا بعد الاجازة فعينئذ يلحقها الامضاء الشرعي ( والجواب عنه ) أن تحقق الامضاء والاعتبار الشرعي - وان كان بعد لحوق الاجازة بالعقد - الا انه لا مانع من أن يكون متعلقه الملكية السابقة من حين صدور العقد ، فيكون ظرف الامضاء والاعتبار متأخراً وظرف المعتبر سابقاً ( توضيح ذلك ) أن الأمور الاعتبارية ليس لها وعاء الا في عالم الاعتبار ، فيوجد الأمر الاعتباري حقيقة بنفس الاعتبار في وعائه ، وقد يكون

زمان الاعتبار والمعتبر ومتعلقه متحداً ، فيعتبر من الآن الملكية الفعلية للأمر الفعلي وقد يكون زمان الاعتبار سابقاً على زمان المعتبر فيكون الاعتبار فعلياً والمعتبر أمراً متأخراً ، كما في الوصية فإن الموصي يعتبر فعلاً الموصى له ملكاً لماله بعد موته ، فيكون المعتبر هو الملكية بعد الموت ، فقبل الموت لم يتحقق أمر سوى الاعتبار ، وإذا تحقق الموت يصير المعتبر أيضاً فعلياً .

(والفرق) بين هذا وبين الواجب التعليق هو أن المعتبر في الوجوب التعليق فعلي ومتعلقه أمر متأخر ، ومن ثم يجب تحصيل مقدمات الواجب ، وهذا بخلاف باب الوصية ونحوها ، فإنه لم يتحقق فيها المعتبر أيضاً وإنما تحقق نفس الاعتبار والمعتبر أيضاً أمر متأخر وكل منهما أمر ممكن (ومن هنا) قلنا في باب التعليق أنه لو لم يكن إجماع على بطلان التعليق في العقود لقلنا بإمكان أن يبيع الإنسان ماله من بعد مدة . وقد يكون الاعتبار متأخراً والمعتبر أمراً سابقاً فمن الآن يعتبر الملكية قبل سنة ، وهذا أيضاً أمر ممكن ولذا قلنا أنه لولا بعد البيع من السابق عن المرتكز العرفي وانصراف الأدلة عنه لقلنا يجوز أن يبيع الإنسان ماله فعلاً من السابق ، بأن ينشأ فعلاً الملكية السابقة ويرتب آثارها ، فإذا أمكن ذلك نلتزم به في الفصولي ونقول بتحقيق الاعتبار بعد الاجازة متعلقاً بالملكية السابقة من حين حدوث العقد ، لدلالة الخبر الوارد في الأثر والوارد في النكاح على ذلك . وهذا غير الكشف الحكمي الذي التزم به المصنف بمعنى ترتيب آثار الملكية السابقة بعد الاجازة ، فإنه - وإن كان ممكناً - إلا أنه لا دليل عليه إذا تم ما ذكرنا .

(نعم) لو لم يتم هذا لقلنا بالكشف الحكمي من باب اللابدية للخبرين المزبورين (وقد) أورد على ما اخترناه بوجهين :

(أحدهما) : ما ذكره الميرزا «ره» في الخروج عن الدار المغصوبة من استحالة ثبوت حكيمين مختلفين في زمان واحد وإن كان زمان اعتبارهما مختلفاً ،

فان الميزان في ذلك بزمان الفعلين لآزمان الاعتبارين ، فلا يمكن ان يحكم على شيء واحد بحكم في يوم الخميس ثم يحكم عليه بما يخالفه في يوم الخميس أيضاً ، ويجري ذلك في المقام فيقال : ان العبرة في التضاد بزمان المعبر لا الاعتبار ( وقد أجبنا عن ذلك ) بأنه انما يستحيل في الأحكام التكليفية ، لكونها ناشئة من المصالح أو المفساد الثابتة في متعلقاتها ، فلا يمكن ان يكون شيئاً موافقاً للغرض ومخالفاً له في زمان واحد الا بنحو البداء المستحيل في حق الشارع ، وأما الأحكام الوضعية الناشئة من المصالح انفسها فلا مانع من اجتماعها اذا كان زمان الاعتبار مختلفاً ، ففي يوم الأربعاء يعتبر زيد مالكاً لشيء يوم الجمعة لقيام المصلحة به ، وفي يوم الخميس يعتبر عمرو مالكاً له في يوم الجمعة لقيام المصلحة بذلك ( نعم ) يستحيل ذلك اذا كان زمان الاعتبار أيضاً واحداً ، لأن اعتبار الملكية لزيد بمعنى استقلاله في التصرف ينافي اعتبارها لعمرو لاستلزامه نفي استقلال زيد في التصرف ، وأما اذا كان زمان الاعتبار متعدداً فلا مانع من ذلك - فتأمل .

( ثانيها ) ما رجا يقال أو قيل من أن كون زمان الاعتبار متأخراً وزمان المعبر سابقاً انما يتصور فيما اذا كان الاعتبار من قبيل القضايا الخارجية كاعتبار المتعاملين ، وأما اعتبار الشارع - الذي هو محل الكلام في بحث الكشف والنقل - فلا يجري فيه ذلك ، لأن الأحكام الشرعية تكون مجعولة بنحو القضايا الحقيقية ، فيكون اعتبار الشارع ثابتاً أزلاً او حين تحقق الشريعة على الموضوعات المقدر وجودها ، فاذا كان الاعتبار سابقاً - والمفروض ان المعبر سابق على الاجازة - فلا محالة يثبت الكشف بنحو الشرط المتأخر الحال .

( وبعبارة أخرى ) إن كان الاعتبار الشرعي سابقاً على الاجازة لزم الكشف المستحيل ، وان كان بعدها كان منافياً لكون الأحكام الشرعية من قبيل القضايا الحقيقية . مضافاً الى استلزامه القول بالنقل - فتأمل .

(ويرد عليه أولاً) ان هذا الاشكال مبني على أن يكون للشارع اعتبار الملكية بعد الاجازة ولا ملزم لذلك ، ان يمكن أن يقال : ان الشارع انما ينفذ اعتبار المالك - أي اجازته المتعلقة بالملكية السابقة - ومعنى تنفيذ الشارع جعل المالك مطلقاً ومرسل العنان في الاجازة والرد - فتأمل . وبما أن اعتبار المالك يكون بعد الاجازة ومعتبره الملكية السابقة يثبت ما ذكرناه .

(وثانياً) نفرض أن الشارع أيضاً يعتبر الملكية واعتباره أزل ، الا ان موضوع حكمه بالملكية انما هو المحيز ، فيتعبر المحيز مالكا للثمن ، ومن الظاهر أن الحكم مشروط بوجود موضوعه ولا يكون فعليا الا بعد فعلية موضوعه ، فاعتبار الشارع للملكية إنما يصير فعليا بعد تحقق المحيز خارجا بتحقيق الاجازة ومتعلقة الملكية السابقة ، فالكشف بهذا المعنى الموافق للذوق العرفي مما لا مانع منه ثبوتاً ، ويدل عليه في مقام الاثبات ظهور رواية محمد بن قيس لو قبلنا دلالتها على صحة الفضولي ، وصراحة صحيحة ابي عبيده (١) الواردة في نكاح الصغيرين اذا مات احدهما قبل أن يميز الآخر ، فانها صريحة في الكشف اذلا معني للنقل مع موت احد الزوجين ، وإن لم يبين فيها كون الكشف بالمعنى المستحيل أو بمعنى اعتبار وصف التعقب أو الامارية المحضة ، ولكن بما انا بينا استحالة الأول وقلنا ان الثاني لادليل عليه والثالث مخالف لظاهر الأدلة فلا محالة يتعين الكشف بالمعنى الذي اخترناه ، ومع التنزل لا بد من حملها على الكشف الحكمي ، بمعنى ترتب آثار الملكية السابقة وان لم يثبت أصلها .

(بقي الكلام) في وجه حكم الامام عليه السلام في الصحيحة بعزل نصيب الزوجة من الارث وعدم دفعه الى الورثة مع ان استصحاب عدم لحوق الاجازة يقتضى دفعه اليهم ، والظاهر ان ذلك من باب الاحتياط في الأموال ، كما ورد نظيره في

(١) تقدم مصدر هذين الخبرين فراجع .

ارث الحمل وانه يعزل من الارث بمقدار نصيب ذكرين ، مع ان استصحاب عدم الولد الثاني بل استصحاب عدم كون الحمل ذكراً يكون جارياً .

(والحاصل ) ان الكشف الحكمي بمعنى تنزيل غير المالك بمنزلة المالك في جميع الآثار لا يكون ممكنًا ثبوتًا ، وذلك لأن المنزل عليه في باب التنزيل قد يكون امرأً خارجياً كقوله الفقهاء خمر والصلاة طواف وقد يكون امرأً اعتبارياً شرعياً يكون وضعه ورفعها بيد الشارع ، في القسم الاول يصح التنزيل - سواء كان في بعض الآثار أو في جميعها - وأما في القسم الثاني فلا يصح التنزيل فيه الا اذا كان في بعض الآثار وأما في تمام الآثار فلا معنى للتنزيل أصلاً بل يثبت حينئذ نفس المنزل عليه ، فاذا نزلت المطلقة الرجعية مثلاً منزلة الزوجة في جميع الآثار فهي زوجة حقيقة ، وهكذا إذا نزل غير الواجب بمنزلة الواجب كذلك فهو واجب ولا معنى للتنزيل ، والمقام من قبيل الثاني فان الملكية الشرعية التي هي محل كلامنا اعتبار شرعي ، فاذا نزل غير المالك بمنزلة المالك في جميع الآثار فلا محالة اعتبر مالكا (وعليه) فالكشف الحكمي بهذا المعنى فاسد ثبوتاً فينحصر الكشف فيما ذكرناه .

(ثم ان) فخر المحققين استدل على الكشف وبطلان النقل بوجه عقلي كما هودأبه في الفقه على ما قيل ، وحاصله : ان القول بالنقل يستلزم تأثير المعدوم ، وهو محال ، فان العقد حين الاجازة وتحقق الأثر - أعني الملكية - معدوم (وفيه) أولاً : ما اورده المصنف من النقوض ، فان لازم ما ذكره تحقق الملكية من حين الايجاب وان تأخر عنه القبول والا يلزم تأثير المعدوم ، وهكذا في بيع الصرف يلزم حصول الملك قبل القبض والا يلزم المخذور المزبور ، وكذلك يلزم انكار الوصية التمليلية ، فان ظرف حصول الأثر فيها بعد حصول الموت وانعدام العقد (وثانياً) ان تأثير المعدوم في الموجود لا استحالة فيه ، بل هو موجود في جميع العلل التدريجية فيشرب السم ويتحقق اثره بعد مدته مديدة ، وانما المستحيل تخلف المعلول عن الجزء



## قوله ( قدّه ) : بقي الكلام في بيان للثمرة (١)

الأخير من علته التامة ، فلو كان عكس « قدّه » المطلب واستدل بما ذكره على استحالة الكشف ، لأن الشرط - أعني الاجازة - حين العقد معدوم كان أولى .

## ثمرات المسألة

(١) ذكر - قدّه - في هذه الأسطر ما لم نفهمه ولم ندر ماذا فهمه منها غيرنا فانه ذكر أولاً في بيان الثمرة بين الكشف الحقيقي على القول بكون الاجازة بنفسها شرطاً على نحو الشرط المتأخر وبين كون الشرط وصف التعقب انه على الثاني يجوز تصرف كل منها فيما انتقل اليه بانشاء الفضولي اذا علم اجازة المالك فيما بعد وعلى الأول لا يجوز ذلك ( وفيه ) انه لا وجه لهذا الفرق بعد فرض الاجازة شرطاً متأخراً يؤثر مع عدم تحققه في حصول الأثر سابقاً من باب التفرقة بين الشروط الشرعية والعقلية أو غير ذلك ، اذ عليه أيضاً اذا علم بتحقق الاجازة فيما بعد يجوز التصرف من حين العقد .

( ثم بعد ذلك ذكر ) في الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي مع كون نفس الاجازة شرطاً انه على الكشف الحقيقي يكون التصرف قبل الاجازة - كالوطني مثلاً - حلالاً واقعاً حراماً ظاهراً ، لأصالة عدم الاجازة ، وكشف الاجازة عن وقوعه في ملكه واقعاً ( وفيه ) مالا يخفى ، فانه « قدّه » قبل سطر أو أقل صرح بعلم جواز التصرف على الكشف وكون نفس الاجازة شرطاً حتي فيما اذا علم بلحوق الاجازة ، ومعه كيف حكم في المقام بحلية الوطي واقعاً على الكشف الحقيقي وكون الاجازة بنفسها شرطاً ، ولعل ذلك صدر من قلده الشريف سهواً . والصحيح انه بناء على الكشف الحقيقي بأقسامه يكون التصرف حلالاً واقعاً . وأما على الكشف الحكمي - حتى على ما اخترناه من كون ظرف الاعتبار متأخراً وظرف المعتبر سابقاً -

فلا يحل التصرف فضلاً على النقل .

( هذا ) وأما ما ذكره قدس سره من أنه لو أولدها صارت ام ولد - الخ ، فيه : ان ظاهر أدلتها اعتبار حلية الوطي ظاهراً والافلا تكون الأمة ام ولد ، فلاوجه لما ذكره في المقام ايضاً ( وتفصيل الكلام ) في بيان الثمرة بين الكشف بأقسامه والنقل تارة يقع في الأحكام الخارجية المترتبة على جواز التصرف وعدمه ، واخرى في نفس تصرف من انتقل عنه المال ، وثالثة في تصرف من انتقل اليه ، فلا بد من البحث في جهات :

( الأولى ) في الأحكام المترتبة على جواز التصرف ، فنقول : اذا بيعت الأمة فضولة فوطئها المشتري قبل اجازة المالك فعلى القول بالكشف الحقيقي يكون الوطي في ملكه ولا يكون زناً بذات البعل ، واذا استولدها يحكم بكونها ام الولد ، لأن الاستيلاء وقع في ملكه . وأما على الكشف الذي اخترناه فالوطي يكون زناً بذات البعل وتترتب عليه آثاره من الحد والحرمة المؤبدة لعدم وقوعه في ملكه ، واذا استولدها لا يحكم عليها بكونها ام ولد ، لأن ظاهر أدلة احكام أم الولد كون الاستيلاء في الملك حدوثاً ولايعم ما اذا كان كذلك بقاء ، كما ذكرنا ذلك في حديث « من زاد في صلواته » ، وقلنا : ان ظاهر « زاد » ايجاد الزيادة - اي الزائد حدوثاً - لا ايجاد وصف الزيادة في الشيء بقاء ، فاذا قال المصلي « ايا » مثلاً ثم بدى له أن يعيده فقال « اياك نعبد » لا تبطل به الصلاة ، لأن كلمة « ايا » لم تحدث زيادة وانما اتصفت بالزيادة بقاء حين التكرار فلا يعمه الدليل ، والمقام كذلك ، فان أدلة الاستيلاء منصرفه عن استيلاء المملوك حدوثاً لابقاء ، وعلى الكشف بالمعنى المختار يكون الاستيلاء استيلاء المملوك بقاء من حين الاجازة واعتباره مالكام من حين العقد ، وأما حدوثاً فلم يكن استيلاء مملوكه فلا تعمه الأدلة . وهكذا على الكشف الحكمي ، فان التنزيل عليه يكون بعد لحوق الاجازة وان كان متعلقه الآثار السابقة

وأما على النقل فالأمر واضح .

(الجهة الثانية) في نفوذ تصرف من انتقل عنه المال فيما بين وقوع العقد والاجازة ، كما اذا فرضنا ان الفضولي باع مال أحد فباعه المالك لآخر من غير أن يكون ردأ بل كان لعدم علمه بعقد الفضولي أو لجهله به ثم علم به فاجازه ، فهل يكون البيع الثاني نافذاً دون الفضولي أو تكون الاجازة نافذة دونه ؟ تارة يكون العقد الثاني منافياً مع العقد الفضولي الأول وأخرى لا يكون منافياً ، أما اذا كان منافياً له - كما اذا زوج احد امرأة فضولة لشخص ثم زوجت المرأة نفسها لرجل آخر من غير علم بالنكاح الفضولي ثم علمت فأجازته - كان العقد الثاني نافذاً دون الأول حتى على الكشف الحقيقي (والسر) في تقديمه عليه هو السر في تقدم الامارات على الأصول العملية ، فان العقد الثاني تام الأجزاء والشرائط ومستند الى من يعتبر استناده اليه ، فشمول العمومات له فعلى غير مراعي - فتأمل .

(وهذا) بخلاف شمولها للعقد الأول ، فانه مراعي بعدم نفوذ العقد الثاني ليستند الأول الى المالك باجازته ، من غير فرق بين القول بالكشف أو القول بالنقل (نعم) على القول بالامارية المحضه لايبعد دعوى العكس على كلام فيه لاحتمال أن يكون المعرف خصوص الاجازة التي لايسبقها ماينافي العقد السابق .

(وأما) اذا لم يكن العقد الثاني منافياً مع الأول - كما اذا باع المالك المبيع الفضولي قبل الاجازة جهلاً أو غفلة لأن يكون ذلك ردأ منه او اعتمقه كذلك - فهل يكون العقد الثاني نافذاً دون الأول ، كما قواه المصنف وان احتمل خلافه أولاً وتبعه الميرزا ، أو يقدم الأول مطلقاً ، أو تفصيل بين الكشف والنقل ؟ وجوه والظاهر هو صحة العقد الأول على الكشف (وذلك) لأن المالك يكون حينئذ أجنبياً عن المال ، فبيعه أو عتمقه له يكون بمنزلة بيع غير المالك وعتمقه .

وما ذكره الميرزا من أن الحيز لايد وأن يكون مالكا حين الاجازة (يرد عليه

أولاً) أن المجهز لابد وأن يكون مالكا حين العقد لاجن الإجازة ، فانه مستحيل على القول بالكشف حتى في فرض عدم تحقق البيع والعق منه ( وثانياً ) ان الاجازة والرد لم يتعلقا بالمال وانما هما متعلقان بالعقد كالفسخ والرد ، فالمعتبر أن يكون المجهز مالكا للعقد حين الاجازة لا للمال ، ومن الظاهر كون المجهز كذلك في المقام ، فان العقد واقع على ملكه .

( ثم لا يخفى ) أن ما ذكرناه غير جار في الفرض الأول من جهة الفرق الظاهر بينهما ، فان العقد الثاني في القسم الأول مناف للعقد الفضولي ، اذ لا يمكن تزويج المرأة لشخصين ، وهذا بخلاف القسم الثاني ، فان العقد الثاني فيه لا ينافي الأول ، اذ يمكن صحة كليهما ، فيكون العقد الأول صحيحا ويصح الثاني ايضا ، غايته يكون فضوليا على الكشف الحقيقي وبمنزلة الفضولي على الكشف الحكمي ، فيغرم المالك الأول للمشتري في فرض العتق لكونه متلفا لماله - فتأمل . ويكون البيع له في البيع . ( وبالجمله ) يقع الكلام في الثمرة بين الكشف والنقل : تارة في الأحكام الخارجية المترتبة على التصرف فيما بين العقد والاجازة ، واخرى في تصرف المالك للمبيع الفضولي في العين المنتقلة عنه ، وثالثة في ثنائتها ، ورابعة في تصرف المنقول اليه فيما انتقل اليه :

( أما الجهة الأولى ) فاذا بيعت الأمة فضولة ووطئها المشتري ثم اجاز المالك فهل يكون الوطي حلالا ؟ واذا حصل منه الاستيلاء تصير الأمة بهذا أم ولد ، أو الوطي يكون زنا بذات البعل ولا تكون الامه بذلك ام ولد ؟ ظاهر المصنف انه على الكشف الحقيقي يكون الوطي حلالاً واقعا ، واذا حصل به للولد صارت الامه ام ولد ، وأما على الكشف الحكمي فاحتمل تحقق الاستيلاء وعلمه ايضا لعدم حدوث الاستيلاء في الملك . وذكر المحقق النائيني ان صيرورة الامه بذلك ام ولد مستحيل ، لان الاستيلاء حدث في ملك الغير .

(ونقول) لاستحالة في ذلك ، إذ للشارع أن يرتب احكام أم الولد باستيلاء الواقع على المملوك ولو بقا . ، ويحكم بصيرورة الامة بذلك أم ولد لا يجوز بيعها الا في موارد خاصة ، الا أن الدليل في مقام الاثبات لا يساعد ذلك ، فان الظاهر من الادلة حدوث الاستيلاء في الملك ، كما بيناه في حديث « من زاد » .

(وأما الجهة الثانية) - اعني تصرف من انتقال عنه المال فيما انتقل عنه فيما بين العقد والاجازة - فنسب الميرزا فيه الى المصنف التفصيل بين القول بالكشف الحقيقي فتكون الاجازة نافذة دون النقل أي العقد الثاني ، لان تصرف المالك حينئذ فيما انتقل عنه يكون تصرف الاجنبي في المال ، واحتمل كون النقل نافذاً لكونه رداً قهرياً للعقد السابق ، وعلى الكشف الحكمي يكون العقد الثاني نافذاً ، والوجه في هذه النسبة انه استظهر صحة هذه النسخة « ولو نقل المالك أم الولد » فان في بعض النسخ « ولو نقل المالك الولد » ، وعليه يتم الاستناد . وعلى أي حال ذهب هو « قده » الى نفوذ العقد الثاني مطلقاً ، حتى على القول بالكشف الحقيقي وعدم نفوذ الاجازة .

(ونقول) أما اذا كان العقد الثاني تزويجاً - كما اذا زوجت المرأة فضولة لشخص ثم زوجت هي نفسها لآخر جهلاً منها بالنكاح الفضولي وبعد ذلك علمت به فأجازته - فالظاهر هو صحة العقد الثاني حتى على الكشف الحقيقي ، وعدم نفوذ الاجازة كما ذكره الميرزا « ره » ، وذلك لأن الزوجين ركن في النكاح وليسوا كالعوضين في المبيع ، وقد دلّ الدليل على اعتبار أن تكون الزوجة خلية عن الزوج حين الاجازة - فتأمل . فاذا فرض انها زوجت نفسها لآخر قبل الاجازة لانكون اجازتها نافذة لعدم صدورهما من الخلية فتأمل (وهذا) هو المرتكز في أذهان العقلاء والمشرعة أيضاً ، ولذا لايقول أحد بفساد النكاح الصادر منه إذا أجازت النكاح الفضولي السابق بعد عشر سنين ورجوعها الى حباله الشخص الآخر بالاجازة .

(وأما) اذا كان العقد الثاني بيعاً او عتقاً فالظاهر صحة العقد الثاني أيضاً على الكشف الحقيقي ، لالما ذكره الميرزا من اعتبار أن يكون المحيز مالكاً للعين حين الاجازة ، زعماً منه أن الاجازة حق متعلق بالعين ، لأن الاجازة تكون كالفسخ والرد والامضاء متعلقاً بالعقد لا بالعين ، فالفسخ حل العقد السابق وهكذا الرد . والفرق بينهما أن الأول رفع والثاني دفع ، وكذلك الامضاء والاجازة فهي متعلقة بالعقد ، ولذا لاوجه لاعتبار كون المحيز مالكاً للعين اصلا ، بل لأن الكشف الحقيقي على خلاف القاعدة ومن باب اللأبدية ولو لما ذكره فخر المحققين ، ولذا لايلتزم به الا في المقدار المتيقن ، وهو ما اذا كان المحيز مالكاً للعين لولا الاجازة دون ما اذا لم يكن كذلك كما في الفرض ، فلا تكون الاجازة فيه كاشفاً عن صحة العقد السابق ، فيكون العقد الثاني صحيحاً .

(والفرق) بين ما ذكره الميرزا وما ذكرناه : ان ما افاده يكون من قبيل ابداء المانع ، وما اخترناه يكون من قبيل عدم المقتضي . وتظهر الثمرة بينهما على الكشف الحكمي كما سيوضح ، وأما على الكشف الحقيقي فالفرق علمي محض ، وأما على الكشف الحكمي الذي اخترناه فيما انه على طبق القاعدة والعمومات فتأمل واطلاقها يقتضي ثبوته ، حتى فيما اذا لم يكن المحيز مالكاً للعين اولا الاجازة ، فلا بد من الالتزام بصحة الاجازة ونفوذها ، وحينئذ بما أن العقد الثاني أيضاً كان صادراً عن المالك حدوداً ومشمولاً للعمومات ويبعد عدم شمولها بقاء ، ولا بد من الحكم بصحته غاية الأمر إن كان قابلاً للاجازة . كالبيع يكون فضولياً مراعيًا على اجازة المالك وإن لم يكن قابلاً لها كالعقود يكون تالفاً ، فيطالب المشتري المحيز بالمثل أو القيمة . وهذا هو مقتضى الجمع بين الأدلة كما في البيع الخياري اذا كان المبيع تالفاً حين الفسخ ، فانه ينتقل حينئذ الى المثل أو القيمة .

(الجهة الثالثة) في تصرف المالك في نماء ما انتقل عنه ، كما اذا فرضنا ان

المدة بين زمان العقد وزمان الاجازة طالت وكان المبيع حيوانا أو شجراً وحصلت له النماء وتصرف المالك فيه ببيع أو غيره ، فعلى القول بالنقل يكون تصرفه فيه تصرفاً في ملكه ، فيكون نافذاً ، إذ المفروض بقاء العين على ملكه ويتبعها النماء . وأما على الكشف الحقيقي فالظاهر بطلان تصرفه لكونه تصرفاً في ملك الغير ، إذ المفروض انتقال النماء الى المشتري تبعا للعين ، وفاقا للمصنف لو كانت العبارة « لو نقل الولد » بدون كلمة الأم ، ولكنه « قده » بعد حكمه ببطلان التصرف في النماء احتمال صحته أيضا ، لاحتمال كونه بمنزلة الرد للعقد الفضولي ( بدعوي ) ان تصرف المالك في النماء ونقله مستلزم لعدم التزامه بكون النماء ملكا للمشتري ، وهو مستلزم لعدم كون العين أيضا ملكا له وهو معنى الرد ، فنقله بالالتزام يكون رداً للعقد غاية رداً بالفعل لا بالقول ، ولا يفرق في الرد بين الفعلي والقولي كما سيتضح انشاء الله تعالى .

( وفيه ) أن الرد بناء على شمول العمومات للعقد الفضولي يكون قطعاً ، وهو كالاجازة أمر قصدي ، فاذا كان المالك في مقام نقل النماء ملتفتا الى لازم فعله وقاصداً له لا بأس بكونه مصداقا للرد الفعلي ، ولكن اذا لم يكن قاصداً له بذلك بل لم يكن ملتفتا الى الملازمة اصلا فكيف يمكن القول بكونه مصداقا للرد ، وهذا ظاهر ، فالصحيح هو بطلان النقل وصحة الاجازة كما افاده اولا ولا يقاس التصرف في النماء بالتصرف في العين ، حيث ذكرنا فيه بطلان الاجازة على الكشف الحقيقي أيضا ، اذ التصرف في النماء ليس تصرفاً فيما تعلق به العقد ، ليحتمل مانعيته عن صحة الاجازة وكاشفتها ، وهذا بخلاف التصرف في العين ، فانه كان متعلقا بما تعلق به العقد فلذا احتتمل مانعيته ،

( وأما على الكشف الحكمي ) فتصرف المالك في النماء حدوثا كان تصرف المالك في ملكه ومشمولا للعمومات وإن لم يكن بقاء بعد حصول الاجازة كذلك ،

الا انه يبعد كونه مشمولاً للعمومات ابتداء وعدم شمولها له بقاء ، فلا بد من الحكم بصحته ، فان كان قابلاً للفضولية - كالبيع - كان مراعىً باجازة المشتري ، وان لم يكن قابلاً كالعق كانت العين بحكم التالف ويغرم المالك بالمثل أو القيمة . ولا وجه لما ذكره الميرزا « قده » من أن النماء حين الاجازة قد يكون معدوماً ، ولا معنى لاعتبار ملكية المعدوم ، فان المعتبر على الكشف الحكمي انما هو ملكية النماء حال وجوده وان كان طرف الاعتبار بعد ذلك .

ثم الظاهر أن النسخة الصحيحة من المتن غير مشتملة على كلمة « الأم » ، والعبارة هكذا : « ولو نقل المالك الولد » ، والمراد بالولد هو ولد الحيوان لاولد الأمة فانه حر على الكشف الحقيقي ، وهكذا لو كانت النسخة أم الولد ، فان ام الولد لا يجوز بيعها في نفسها الا في الموارد المنصوصة .

( والدليل ) على ما ذكرنا من عدم اشتمال النسخة الصحيحة على كلمة الأم انه على فرض اشتمالها عليها يلزم التهاافت بين هذه العبارة وما ذكره « قده » بعد اسطر من قوله « وإن نافي الاجازة كاتلاف العين » - الخ ، فانه صريح في أن تصرف المالك في العين على الكشف الحكمي مفوت محل الاجازة ، والعبارة السابقة - بناء على اشتمالها على كلمة الأم ليكون التصرف في العين - صريح بصحة تصرفه مع بقاء محل الاجازة ونفوذها ، فيكون على المحيز قيمة ما نقله ، فلا بد وأن تكون العبارة الأولى ناظرة الى تصرفه في النماء ، فلا يفوت به محل الاجازة على الكشف الحكمي ، والعبارة الأخيرة ناظرة الى تصرف المالك في العين ، فيفوت به محل الاجازة ، وهذا هو الذي يقتضيه حفظ مقام المصنف « قده » ، ولم نعرف لماذا فهم الميرزا عكس ذلك .

( وأما الجهة الرابعة ) - اعني تصرف من انتقل اليه المال فيه قبل الاجازة - فعلى القول بالكشف الحقيقي يكون حلالاً تكليفاً ونافذاً وضعاً ولكنه تجرٍ وحرām



## قوله ( قد ه ) : منها النماء (١)

ظاهراً لاستصحاب عدم لحوق الاجازة فيما بعد ، فاذا كان التصرف عبادياً - كالوضوء بالماء المبيع فضولة فسد لنافاة الحرمة الظاهرية مع قصد القرية ، كما انه على النقل يكون حراماً تكليفاً ووضعاً اذا كان التصرف بالبيع يدخل فيمن باع شيئاً ثم ملك ( وأما ) على الكشف الحكمي فتصرفه حرام تكليفاً ، وأما وضعاً فحدوثاً لا يكون نافذاً لأنه تصرف في ملك الغير الا انه بعد الاجازة يكون بقاء مستنداً إلى المالك ، فتعمه العمومات ويكون نافذاً .

## الثمره بين الكشف والنقل من حيث النماء

(١) تعرض المصنف لحكم النماء مع انه كان يستفاد مما ذكره سابقاً ، ولعله كان من جهة التعرض لكلام الشهيد « قد ه » . وعلى أي حال اذا حدث للثمن أو للثمنين أو لهما معاً نماء فعلى القول بالنقل يكون النماء لمن انتقل عنه المال لحدوثه في ملكه تبعاً للعين ، وعلى القول بالكشف ينعكس الأمر ، ولكن الشهيد ذكر : فان جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد والاجازة الحاصل من المبيع للمشتري ونماء الثمن المعين للبائع ، ولو جعلناها ناقلة فهذا للمالك المحيز وظاهره كون نماء الثمن والثمن معاً لشخص واحد وهو المحيز ، وهو بظاهره فاسد فيحمل على سهو القلم . ولكن وجه كلامه بتوجيهين : ( احدهما ) توجيه المراد منه بحمله على خلاف الظاهر ( والثاني ) توجيه الحكم مع التحفظ على ظاهر الكلام .

وقد ذكر المصنف أن التوجيه الأول هو الأولى ، وحاصله أن يراد من المحيز طبيعي المحيز لا الشخص ، ويفرض البيع فضولياً من الطرفين ، فاذا أجاز مالك المبيع انتقل اليه نماء الثمن ، واذا أجاز مالك الثمن انتقل اليه نماء المبيع ، فالنماء يكون

قوله ( قدّه ) : ومنها - ان فسخ الأصيل (١)

للمجيز بهذا التفصيل .

( ولا يخفى ) مافيه من مخالفة الظاهر ، فان قوله « فهما للمالك المجيز » ظاهر

في كون كلا التامنين لشخص واحد .

( وأما التوجيه الثاني ) فحاصله انه يمكن أن يكون نماء كل من العوضين

لشخص واحد على القاعدة كما اذا كان البيع من طرف المبيع فضولياً دون غيره ،

فيكون نماء المبيع للمالك المجيز لحدوثه في ملكه ، ويكون نماء الثمن له أيضاً لاقدام

المشتري على تملكه له باقدامه على الشراء من الفضولي وفيه ( أولاً ) انه يمكن أن

لا يكون المشتري عالماً بالفضولية ، بل تخيل ان البايع ملك أوولي أو وكيل . ( وثانياً )

يمكن أن يكون الشراء أيضاً فضولياً كالبيع . ( وثالثاً ) الاقدام على التملك ليس

احد المملكات . ( ورابعاً ) هو لم يقدم على تملك النماء للبائع مجاناً ، وانما أقدم على

تملكه بعوض ، فهذا التوجيه غير تام والصحيح حمل العبارة على خلاف ظاهرها

أو حملها على سهو القلم .

## الثمرة بين الكشف والنقل

بلحاظ فسخ الأصيل

(١) لا ريب في أن المالك غير الأصيل له حلّ العقد بالرد كما له امضاؤه

بالإجازة ، وإنما الكلام في الأصيل وان له أن يفسخ العقد ويرفع اليد عن إلزامه

مالم يجوز الطرف الآخر ، أو يتصرف بتصرف تبيجته انفساخ العقد ، أو ليس له

ذلك ، أو يفصل بين القول بالكشف والنقل ، فالأقوال ثلاثة :

ذهب المصنف الى التفصيل ، وانه على الكشف ليس له ذلك لتامة العقد

ولزومه لشمول العمومات له وان لم يكن الأصيل عالماً به ، بل يستصحب عدم تحقق الاجازة فيما بعد ، الا ان المفروض لحوقها واقعاً . وأما على النقل فيما أن العقد غير تام بعد وغير مشمول لأدلة اللزوم يكون جائزاً وله أن يفسخه ، نظير رفع الموجب يده عن التزامه قبل لحوق القبول وإلغائه له ، ومن قال بجواز الفسخ مطلقاً ناقش فيما افاده « قده » على الكشف ، بأن الفسخ بعدم موضوع الاجازة بحيث يبقى لها مجال وان كان العقد بحيث لو لحقته الاجازة كان تاماً من حين حدوثه .

والمحقق النائيني « ره » حيث ذهب الى عدم نفوذ فسخه حتى على القول بالنقل ناقش فيما افاده المصنف على النقل بما بناه على كون مفاد العمومات كقوله تعالى « أوفوا بالعقود » هو الحكم التكليفي لا الوضعي ، فعناه لزوم انتهاء الالتزام تكليفاً ، فلا ينافي شموله لعقد مع عدم ثبوت الحكم الوضعي له وعدم ترتب الأثر عليه ، لأن كلامن الحكمين اجنبي عن الآخر ، فيمكن أن يعم عقدا الأصيل والتزامه مع عدم ترتب الأثر عليه فعلاً وكونه مراعي بلحوق الأجازة .

(وبعبارة اخرى) إن كان المراد بالعقد في الآية معناه الاسم المصدرى - اعني نتيجة العقد وهو حصول المبادلة والملكية - فلا يمكن أن تعم عقد الأصيل قبل الأجازة ، لعدم حصول نتيجته حينئذ ، وأما إن كان المراد معناه المصدرى - وهو الالتزام - فلا مانع من شموله لالتزام المالك ، فيجب عليه الوفاء ولا يجوز له الفسخ ، وهذا جار في جميع العقود إلا المنصوصة كالوقف قبل القبض ولا ينتقض ذلك بالايجاب والقبول ، فان العقد غير متحقق بمجرد الايجاب قبل لحوق القبول . ويرد عليه امران : ( احدهما ) ما سنذكره على القول بالكشف ( وثانيهما ) راجع الى ما ذكره مع النقل من كون مضمون الآية حكماً تكليفاً لا وضعياً ، فانه يرد عليه انه بناء على ان يكون الأمر فيها تكليفاً يكون معنى الآية وجوب إنهاء الالتزام وتمامه ، ومخاه عدم فسخه فيكون الفسخ حراماً ، ومن الظاهر انه ليس

الحرم هو مجرد التلفظ بلفظ فسخت ، بل الحرام هو واقع الفسخ الممضي شرعاً ، فإذا حرم ذلك لزم أن يكون مقدوراً للمكلف ، بحيث لو عصى النهي وفسخ كان فسخه نافذاً شرعاً ولازمه جواز البيع من طرفه ، فإذا ثبت الجواز نقطع عدم حرمة فسخ العقد الجائز تكليفاً فيجوز ، فلهذا لا بد وأن يكون الأمر في الآية إرشاداً إلى لزوم العقد وضعاً كما تمسكنا بها للزوم العقود ، فلا يعم العقد الذي لم يتم وكان ترتب الأثر عليه مشروطاً بشرط غير حاصل (وعليه) فيجوز الفسخ في جميع الموارد التي لم يتم العقد بعد كالصرف أو الهبة أو الوقف قبل القبض على القاعدة (وبالجملة) على النقل يجوز للأصيل فسخ المعاملة لأنه تصرف في ملكه ، وبعده لا يبقى موضوع للإجازة .

(وما) أفاده المحقق الثاني من أن وجوب الوفاء بالعقد حكم تكليفي فيكون انحلالياً فيجب على كل من المتعاملين إنهاء التزامه فيه (أولاً) ان لازم كون وجوب الوفاء بالعقد حكماً تكليفاً جواز العقد ، فان الأمر بانتهاء الالتزام انما يصح فيما اذا كان المخاطب متمكناً من عدمه ، أي من رفع اليد عن التزامه ، بحيث اذا خالف الحكم التكليفي وفسخ العقد كان ذلك ممضي منه شرعاً ، وهذا معنى جواز العقد ، فلا مناص من كون وجوب الوفاء بالعقد إرشاداً إلى ترتيب آثار الملكية ، فلا يعم الا العقد التام من حيث الأجزاء والشروط الذي يترتب عليه الأثر ، وهو الملكية .

(وثانياً) نفرض كون الخطاب تكليفاً الا انه خطاب إلى الملاك ، وموضوعه العقد - أعني الارتباط بين التاميين المالكين - وليس التزام الأصيل مصداقاً له على القول بالنقل مالم تتحقق الاجازة ، وبهذا يفرق المقام عن النذر ، فله أن يرفع اليد عنه ، فينتفي به موضوع الاجازة .

(وأما على الكشف) فتارة يتكلم في فسخ الأصيل ، واخرى في جواز

تصرفه فيما انتقل عنه تكليفاً ، وثالثة في نفوذ تصرفه فيه وضعاً ، فالكلام يقع في جهات :

( الأولى ) في فسخ الأصيل ، وهو نافذ على الكشف لتامة العقد على الفرض من الطرفين وان لم يعلم بذلك ، فهو مشمول لعموم « أوفوا بالعقود » ، ويدل على عدم نفوذ فسخه أيضاً قواه سبحانه « الا أن تكون تجارة عن تراض » فان فسخ الأصيل ليس مصداقاً لها ، وهكذا الاستصحاب بل جميع الوجوه الثمانية التي استدل بها على لزوم في باب المعاطاة او اكثرها .

( الجهة الثانية ) في جواز تصرفه فيما انتقل عنه تكليفاً ، ظاهر المصنف هو العدم تمسكاً بعموم الآية الشريفة ، ولكن الصحيح جوازه ، فان حرمة التصرف ليست من آثار الالتزام بملكية الغير ، وانما هي من الآثار المترتبة على ملك الغير شرعاً ولم يعلم قبل الاجازة صيرورة العين ملكاً لمن انتقل اليه المال ، بل المعلوم عدمه ولو بمقتضى الاستصحاب فما افاده المصنف من حرمة تصرفه حتى مع علمه بعدم لحوق الاجازة لا بد وأن يعدّ من غرائب الكلام .

( فتحصل ) مما ذكرنا أنه لا يجوز للأصيل أن يتصرف فيما انتقل عنه على القول بالكشف ايضاً اذا علم بعدم لحوق الاجازة او احتمال ذلك ، حتى على القول بكون الاجازة امانة محضة من دون أن يكون لها أي تأثير في تمامية العقد ، لأن العقد المؤثر إنما هو الملزوم للاجازة التي هي معرفة ولم يعلم قبل لحوق الاجازة كون العقد ملزوماً لها ، بل المفروض عدم كونه كذلك بالعلم الوجداني أو التعبدى بمقتضى استصحاب عدم تحقق الاجازة فيما بعد ، ولا ينافي التصرف عموم قوله سبحانه « أوفوا بالعقود » ، وأما بناءً على كونه ارشاداً الى ترتيب آثار الملكية فواضح ، لأن الملكية لم تتحقق إما وجداناً او تعبداً .

( وعلى هذا التقريب ) يجوز لكل من المتعاملين رفع اليد عن التزامه قبل تمامية

شرط حصول الملك ، كما في بيع الصرف قبل حصول القبض أو الهبة كذلك ، بناء على كونها عقداً متقومة بالقبول . وأما بناء على كون وجوب الوفاء بالعقد حكماً مولوياً فلأن موضوعه العقد ، وهو المبادلة بين مالكين ولا يكون العقد الفضولي كذلك الا بعد لحوق الاجازة المنتقي على الفرض .

( وعلى هذا التقريب ) ليس لأحد المتبايعين في بيع الصرف أن يرفع اليد عن التزامه قبل القبض أيضاً ، لأن العقد والمبادلة بين المالكين قد تم وانما لم يحصل ما هو شرط حصول الملكية وهو القبض ، وهذا بخلاف المقام ( نعم ) اذا علم الأصيل بلحوق الاجازة فيما بعد لا يجوز له التصرف فيما انتقل عنه على الكشف لأنه عالم بخروجه عن ملكه ، الا ان لازمه جواز تصرفه فيما انتقل اليه للعلم بدخوله في ملكه وبما ذكرناه ظهر الحال في الجهة الثالثة أيضاً ، فان تصرف الأصيل في الصورتين الأوليين يكون نافذاً ، فاذا تحققت الاجازة استكشف بها فساد تصرفه .

( ثم لا يخفى ) انه لافرق فيما ذكرناه بين النكاح وبقية المعاملات ، فاذا زوجت المرأة نفسها لرجل فضولة لها أن تتزوج بشخص آخر مالم تتحقق الاجازة فاذا تحققت انكشف فساد العقد الثاني ، فاحكامه المصنف عن جملة من المحققين من لزوم ترتب آثار المصاهرة من طرف الأصيل قبل لحوق الاجازة ، فاذا تزوج احد بالرابعة لا يجوز له النكاح على الخامسة قبل الاجازة ، ولا يجوز له النكاح على اختها أو أمها الى غير ذلك إن كان لخصوصية في النكاح فلا يمكن المساعدة عليه وان كان من جهة الاختلاف في المبني فهو صحيح الا أن المبني غير تام - كما عرفت .

( هذا ) وربما يتمسك لنفي اعتبار استصحاب عدم لحوق الاجازة بما ورد في تزويج الصغيرين وموت احدهما من انه يعزل حصة الباقي منهما من الارث الى أن يكبر فيستحلف على الاجازة ، فان هذه الرواية وان لم تكن مما نحن فيه لعدم وقوع بيع فضولي على المال لا في حياة المورث ولا بعد موته ، الا أن الشك في

انتقال تملك المال الى الورثة الموجودين حال موت المورث ، وعدمه سبب عن الشك في لحوق الاجازة وعدمه ، فالشك سببي ومسببي ، فمن هذه الجهة يكون مورد الرواية مشتركاً مع ما نحن فيه ، وقد ألغى الامام عليه السلام اعتبار هذا الاستصحاب .

(والجواب) عنه ظاهر ، فان سقوط الاستصحاب عن الاعتبار في مورد خاص لمصلحة لا يكون دليلاً على سقوطه في جميع الموارد ، كما ألغى الاستصحاب أيضاً في مسألة ارث الحمل ، فانه ورد في الحديث عزل نصيب ذكرين ، مع ان الأصل عدم تولد الحمل فيما بعد لاحتمال عروض موت له أو لأمه ، والأصل عدم كون المولود ذكراً بناء على جريان الاستصحاب في الأعدام الأزلية .

(ثم ان المصنف) قدس سره تعرض لمسألة النذر على نحو الاجمال ، فنقول تبعاً له : ان الكلام فيه في مقامين :

(الأول) في الحكم التكليفي ، وتفصيله : أن النذر قد يكون منجزاً غير معلق على شيء ، وفي مثله لا ينبغي الريب في عدم جواز تصرف الناذر فيما تعلق به النذر ، أما في نذر النتيجة فواضح لخروجه عن ملكه بمجرد النذر ، وأما في نذر الفعل فلان جواز التصرف المنافي للنذر ينافي لوجوب الوفاء بالنذر ، وأما ان كان النذر معلقاً على شيء فتارة يكون الالتزام فعلياً وظرف متعلقه فيما بعد نظير الواجب المعلق ، واخرى لا يكون الالتزام فعلياً بل يكون مشروطاً بتحقق أمر في المستقبل كالواجب المشروط . وعلى التقديرين اذا علم الناذر بتحقق المعلق عليه في ظرفه لا يجوز له التصرف المنافي للنذر ، أما لو كان الالتزام فعلياً فلكونه منافياً لوجب الوفاء به ، وأما في المشروط فلما ذكرناه في المعذرات المفوته من عدم جواز تقويت الملاك الملزم في ظرفه المعلوم .

وأما اذا علم بعدم تحقق معلق عليه النذر او احتمال ذلك واستصحاب عدمه

فان كان من قصده الالتزام بابقاء العين أيضاً الى زمان يقطع فيه بعدم حصول المعلق عليه ، كما أن ابقاء العين بشرط ضمنى في البيع الخياري المشروط برد مثل الثمن ، وقد التزموا فيه بذلك ، ولذا إذا أراد المشتري أن يبيع العين قبل انتهاء المدة يمنعه البائع عن ذلك ويقول له : لا بد لك أن تصبر الى تمام المدة ولعلي آتيك بتمام الثمن وأخذ داري مثلاً ، فان كان النذر أيضاً التزاماً بابقاء العين ليس للناذر التصرف فيها بما ينافي ابقاؤه ، والا فيجوز له التصرف تكليفاً .

( وأما المقام الثاني ) - أعني جواز تصرف الناذر في العين المنذورة وضعاً - ففي الموارد التي يجوز فيها التصرف تكليفاً - وهي ما اذا كان النذر معلقاً على امر غير معلوم التحقق بناء على عدم تعلق النذر بابقاء العين - فلا ينبغي الريب في جواز التصرف وضعاً ايضاً بمقتضى العمومات ، وانما الكلام في الموارد التي يحرم فيها التصرف وضعاً ، كما اذا كان النذر منجزاً أو معلقاً على امر مقطوع الحصول أو كان النذر متعلقاً بالابقاء ايضاً ، فنقول :

اذا كان النذر بنحو نذر النتيجة وكان منجزاً لا يجوز التصرف في العين وضعاً لأنه تصرف في ملك الغير فلا ينفذ ، وأما اذا كان من قبيل نذر الفعل بحيث لم يكن في البين الا وجوب الوفاء تكليفاً فمقتضى عموم « أوفوا بالعقود » و « احل الله البيع » صحة التصرف وضعاً وان كان حراماً تكليفاً ، ولا بد في المنع من اقامة دليل مخصص للعمومات ، وما توهم كونه مخصصاً لها وجهان :

( احدهما ) ان ما تعلق به النذر ليس ملكاً طلقاً ، وانما هو متعلق حق المنذوره ويعتبر في المبيع أن يكون ملكاً طلقاً ( وفيه ) منع الصغرى والكبرى : أما الصغرى فلان العين المنذورة لا تصير متعلق حق المنذور له ولا الجهة المنذور لها ، ووجوب الوفاء بالنذر حكم لاحق للمنذور له ، ولذا لا يكون قابلاً للاسقاط . وهذا هو الفرق بين الحق والحكم على ما بيناه في أول بحث البيع ، فالعين بعد النذر أيضاً يكون



ملكاً طلقاً للمالك . وأما الكبرى فنفرض تعلق حق الجهة او المنذور له بالعين ، الا انه ليس في البين اطلاق او عموم دال على اعتبار كون المبيع ملكاً طلقاً ، وانما هو كلام الفقهاء وهو مأخوذ مما ورد من المنع عن بيع ما تعلق به حق الغير في الموارد الخاصة كبيع الوقف والعين المرهونة وام الولد ، ولا يمكن التعدي عنها الى غير الموارد المنصوصة وتخصيص العمومات بلا موجب .

(ثانيهما) ما ذكره الميرزا « ره » من أن الأمر بصرف العين في الجهة المنذور لها يقتضي المنع عن صرفها فيما ينافي صرفها في تلك الجهة ، ومن القضايا المشهورة أن الممنوع شرعاً كالممتنع عقلاً ، وكان « قده » يعبر عنه في مجلس بحثه بأنها غير مقدور التسليم شرعاً ، واعتبار القدرة على التسليم في صحة البيع واضح ( وفيه ) ان المعتبر في البيع انما هو القدرة على التسليم خارجاً لاجواز التسليم تكليفاً ، ومن الظاهر أن البائع فيما نحن فيه قادر على تسليم المبيع تكويناً وانما يحرم ذلك عليه تكليفاً من باب التضاد ، ومنافاته مع ما هو مأمور به من صرف العين في تلك الجهة المنذور لها العين ، وهذا النهي لا يكون ارشاداً الى الفساد لعدم تعلقه بعنوان المعاملة .

ومن هنا قلنا في بحث « ان الامر بالشيء يقتضي النهي عن ضده » ان النهي الناشيء عن التضاد اذا كان متعلقاً بالمعاملة لا يدل على فسادها ، ومجرد الحرمة التكليفية لا ينافي صحة المعاملة وضعاً ، كما اذا حلف أن لا يبيع الشيء المعين فبإتباعه فان البيع صحيح وضعاً وان كان حراماً تكليفاً لكونه حثاً موجبا للكفارة . ( هذا ) كله اذا كان التصرف منافياً لصرف العين في الجهة الخاصة ، وأما اذا لم يكن منافياً لذلك - كما اذا كان الناذر متمكناً من العمل بنذره بعد بيع العين المنذورة أيضاً بشرائها من المشتري او استئمانها او بوجه آخر - فلا يكون تصرفه حراماً تكليفاً أيضاً . هذا تمام الكلام في النذر .

قوله ( قدّه ) : ثم ان بعض المتأخرين - للنخ . (١)

## ماعدة بعض المتأخرين من ثمرات

### الكشف والنقل

(١) منهم الشيخ الكبير كاشف الغطاء(ره) ، فانه جعل من جملة ثمرات القول بالكشف والنقل ما اذا مات احد المالكين - ونفرضه الأصيل - قبل تحقق الاجازة وسقط بذلك عن قابلية التملك فانه على الكشف يكون البيع صحيحا ، لأن الاجازة تكشف عن حصول المبادلة في ظرف قابلية الأصيل للتملك ، ويبطل على النقل لسقوط المالك الأصيل عن قابلية التمليك والتملك في زمان تحقق المبادلة وهو ظرف لحوق الاجازة .

( وأورد عليه ) في الجواهر بما حاصله : ان البيع فاسد على القول بالكشف أيضاً ، لأنه يعتبر في صحة عقد الفضولي بقاء المالك على قابلية التملك من حين العقد الى زمان لحوق الاجازة لتكشف الاجازة عن الملكية المستمرة من حين العقد الى زمان الاجازة على ما هو ظاهر الأدلة .

وأورد عليه المصنف بالتقص والحل ( أما التقص ) فما اذا وقعت ببوع متعددة على مال المحيز فانهم صرحوا بصحة جميع البيوع باجازة البيع الفضولي ، مع انه على الكشف ليس مالكا حين الاجازة لخروجه عن ملكه بالبيوع المتأخرة ( وأما الحل ) فادعى ظهور بعض الأخبار وصريح الآخر في عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الاجازة . والظاهر أن نظره من الأخبار الى ماورد في الاتجار بمال اليتيم وان الربح والخسارة على المتجر ، وماورد في المضاربة فيما اذا خالف العامل لعقد المضاربة من ان النفع يكون للمالك والخسارة على العامل ، فان اطلاقها يقتضي

عدم الفرق بين بقاء اليتيم أو المالك الى زمان ظهور الرج وموته ، وأن مراده من الخبر الصريح ماورد في العبد المأذون وان العبد يرد رقاً لمن اقام البينة على انه اشترى بماله، فان الورثة اذا أقاموا البينة على ذلك يرد العبد رقاً لهم مع أن الأصيل قدمات على الفرض - فتأمل .

ونقول : لايم شيء مما ذكره من النقض والحل : ( أما الحل ) فلما ذكرنا فيما سبق من أن هذه الأخبار أجنبية عن الفضولي رأساً ، وقد ذكرها المصنف بعنوان التأييد ( وأما النقض ) فصلوره منه غريب ، لأن محل الكلام سقرظ المالك عن قابلية التملك قبل الاجازة في نفسه بالموت ، وفي مورد النقض انما يسقط للمالك عن القابلية بنفس الاجازة ، ففي الحقيقة يتلقى المشتري الملك من المميز ويتلقى المشتري الثاني الملك من المشتري الأول وهكذا ، وهذا مما لا اشكال في صحته .

( فالذي ينبغي أن يقال ) ان البيع صحيح في فرض موت المالك على الكشف والنقل ، لأنه ان قلنا بأن البيع الفضولي على خلاف القاعدة وانما ثبت صحته بدليل خاص كرواية محمد بن قيس وحكاية عروة امكن القول بفساد البيع بموت احد المالكين قبل الاجازة ، من غير فرق بين الكشف والنقل ، فان صريح رواية محمد بن قيس بقاء المالكين حياً ، كما ان المفروض في حكاية عروة حياة النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، ويبعد احتمال موت بائع الشاة في تلك المدة القصيرة ( وعلى اي حال ) لا بد من الاقتصار فيهما على القدر المتيقن ، فيصح حينئذ دعوى الجواهر من ظهور الأدلة في بقاء المالكين وكشف الاجازة عن الملكية المستمرة الى زمان الاجازة . هذا على الكشف وأما على النقل فالأمر واضح .

( وأما بناءً ) على ما بيناه من صحة العقد الفضولي على القاعدة وان « أوفوا بالعقود » وغيره يعم العقد الفضولي بعد استناده الى المالكين ، فلا ينبغي الاشكال في صحة بيع الفضولي . ولو سقط المالك عن قابلية التملك بالموت أما على الكشف

فلأن الاجازة تكشف عن تمامية العقد واستناده الى المالك من حين حدوثه ، وأما على النقل فلان المبادلة الواقعة على المالكين لاتسقط عن الاعتبار ، بل غاية أن تكون المبادلة واقعة على مال ورثة الميت بقاءً ، فتكون عقداً فضولياً من جهتهم ، فتصح بالإجازة .

( وقد عرفت ) اجمالاً وستعرف مفصلاً انه لايعتبر في المحيز أن يكون مالكا للعين من حين تحقق العقد ( نعم ) بناء على اعتباره اشكل الأمر في صحة هذا البيع ، وكذا في فرض سقوط احد المالكين عن قابلية الملكية على الكشف والنقل ، لعدم كون ورثة الميت ملاكاً للعين حين العقد . هذا كله في موت الأصيل .  
وظهر مما ذكرناه الحال في فرض موت المالك الآخر الذي وقع البيع على ماله فضولة وفيما اذا كان البيع فضولياً من الطرفين وان البيع لايفسد بالموت في شيء منها .

## ومن جملة الثمرات

التي جعلها الشيخ الكبير ثمرة للقول بالكشف والنقل ما اذا ارتد المتبايعين ، وظاهر كلامه « قده » التفصيل في ظهور الثمرة بين المرتد الفطري والملي ، وانه جعل مورد ظهور الثمرة في المرتد الملي خصوص ما اذا كان ما انتقل اليه مصحفاً او عبداً مسلماً بخلافه المرتد الفطري فجعله فيه مورد ظهور الثمرة مطلقاً ، من غير فرق بين كون ما انتقل اليه مصحفاً او عبداً مسلماً او شيء آخر ، وانه على الكشف يصح البيع ، لأن انتقال المبيع اليه كان قبل ارتداده غايته يجبر على البيع في المصحف والعبد المسلم ، ولا يصح على النقل لكونه مرتداً في زمان الانتقال ، والمرتد الفطري لا يملك اصلاً والملي لا يملك المصحف والعبد المسلم .

( هذا ) ونقول : التفصيل مبني على القول بأن المرتد الفطري لا يملك شيئاً رأساً حتى يحصله بعد الارتداد بحيازة ونحوها ، ولا دليل عليه بل ظاهر الأدلة أن ما يملكه حين ارتداده ينتقل الى ورثته ، وعليه فالتفصيل لا وجه له - فتأمل . بل لا بد من فرض مورد ظهور الثمرة فيما اذا كان المنقول الى المرتد مصحفاً او عبداً مسلماً في المرتد المي والفطري .

( ثم ) ان ما ذكره الشيخ الكبير يجري في فرض الارتداد كما يجري ما ذكره في الجواهر وكذا ما ذكره المصنف ( والتحقيق ) انه على الكشف يكون البيع صحيحاً على ما عرفت ، فيجبر المرتد على بيع المصحف والعبد المسلم ، وأما على النقل فان قلنا بأن الكافر لا يملك المصحف ولا العبد المسلم اصلاً فيفسد البيع والا فيصح أيضاً ، غايته يجبر على البيع كما عرفت .

( والحاصل ) انه في فرض موت احد المالكين قبل لحوق الاجازة يصح البيع على الكشف والنقل ، غايته على النقل يكون البيع فضولياً من طرف الأصيل ايضاً اذا كان هو الميت ، لكونه واقعاً على مال الورثة بقاءً بدون اذنتهم ، فيتوقف نفوذه على اجازتهم . فما جعله الشيخ الكبير ثمرة من صحة البيع على الكشف وفساده على النقل غير تام .

( وأما فرض الارتداد ) مع كون ما انتقل اليه عبداً مسلماً أو مصحفاً فقد عرفت ظهور الثمرة فيها ، فيصح البيع على الكشف لكون ما انتقل اليه المصحف أو العبد المسلم مسلماً حين تحقق الانتقال ، ويفسد على النقل لكونه كافراً حين تحقق النقل والانتقال ، ولا بد في مورد ظهور الثمرة خصوص المرتد الفطري من فرض الثمن كلياً ، وأما اذا كان شخصياً فلا يبطل البيع على النقل أيضاً ، بل يكون البيع بقاءً واقعاً على مال الورثة كما في الموت ، فيكون فضولياً متوقفاً على اجازتهم ، وهذا بخلاف ما اذا كان الثمن كلياً فانه يبطل البيع على النقل لعدم قابلية المرتد

لانتقال المصحف أو العبد المسلم اليه . نعم لا يعتبر ذلك في الملى كما هو ظاهر .  
 (ومن ) جملة موارد ظهور الثمرة : ما اذا تخلل سقوط احد المالكين عن الملكية  
 فيما بين العقد والاجازة بتلف أو ما هو بحكم التلف كانقلاب الخلل خراً ، فان البيع  
 حينئذ صحيح على الكشف وفسد على النقل ، لأن البيع لا يقع على المعدوم . وتفصيل  
 الكلام في ذلك يقع في موردين : احدهما ظهور الثمرة فيه وعدمه ، ثانيهما في جريان  
 كلام الجواهر من دعوى اعتبار استمرار بقاء الملكية الى زمان الاجازة حتى على  
 الكشف وعدمه :

(أما المورد الأول) فربما اورد على الشيخ الكبير - ومن الموردين الميرزا  
 « قده » - بأن تلف المال في بيع الفضولي يكون قبل القبض وهو من مال بائعه كما  
 في النص ، وليس المراد به ثبوت ضمانه على البائع بل المراد به انفساخ البيع قهراً  
 بتلف احد العوضين قبل القبض ، فيفسد به البيع على الكشف والنقل ( وفيه ) انه  
 يمكن توجيه كون التلف بعد القبض من وجهين :

( احدهما ) ان يفرض كون المال تحت يد من انتقل اليه قبل العقد باذن  
 المالك من جهة اجازة أو أمانة او غير ذلك فباعه اياه احد فضولة فتلف قبل الاجازة  
 فيكون التلف بعد القبض باذن المالك وان لم يكن بعنوان انه مالك ، اذ لا يعتبر في  
 القبض ذلك ، فلا يعمه « كل مبيع تلف قبل القبض » - الحديث .

( ثانيهما ) ان يفرض البائع الفضولي مأذوناً من المالك في اقباض أمواله الى  
 أي شخص اراد وان لم يكن مأذوناً في البيع فباع واقبض ثم تلف قبل اجازة المالك  
 فانه أيضاً يكون بعد القبض الصحيح المستند الى المالك ، فاذاً يمكن في الفضولي  
 فرض تلف احد العيدين بعد القبض الصحيح ، فتظهر فيه الثمرة على ماتقدم .

( ثم ) ان المصنف جعل من جملة امثلة هذا الفرض - أعني سقوط احد المالكين  
 عن الملكية - ما اذا تنجس المبيع المائع ( وفيه ) ما لا يخفى ، فان تنجسه غير موجب

لزوال ملكيته بل هو بعد التنجس مملوك وبالمالكة التصرف فيه بما لا يعتبر فيه الطهارة من الطلي والاستصباح ونحو ذلك ، غايته لا يجوز بيعه على كلام تقدم في المكاسب المحرمة ، فعليه كان الأولى أن يجعله المصنف مثلاً لما اذا فقد بعض شرائط صحة البيع قبل لحوق الاجازة ، وأما المثال لما نحن فيه كما ذكرنا ما اذا انقلب الخل خمرأً قبل الاجازة . هذا كله في المورد الأول .

( وأما المورد الثاني ) - وهو التعرض لما ذكره صاحب الجواهر - فقد عرفت ما اورده عليه من انه تام بناءً على كون صحة العقد الفضولي على خلاف القاعدة بالنص الخاص ، وأما على المختار من شمول العمومات له فقتضى اطلاقها عدم اعتبار شيء من ذلك . وأما المصنف فقد أورد عليه بوجوه :

( احدها ) ان عدم اعتبار ذلك مما هو صريح بعض الأخبار وظاهر البعض الآخر ، ونقول : اما الأخبار الظاهرة فلعله اراد بها ماورد في الاتجار بمال اليتيم وفي المضاربة على خلاف مقتضى عقدها من ان الربح لليتيم أو المالك والخسارة على العامل ، فان الامام لم يستفصل فيها بين ما اذا كان طرف المعاملات الواقعة على مال اليتيم او غيره حياً أو ميتاً ، فهي مطلقة ( وفيه ) ان هذه الأخبار اجنبية عن بيع الفضولي . وأما الخبر الصريح فلم نعرفه ، وان كان نظره الى رواية ابن اشيم حيث فرض فيها موت الدافع ( ففيه ) ان الدافع وكل العبد المأذون في الشراء فلم يكن فضولياً .

( ثانيها ) ماتمسك به على عدم اعتبار ذلك من الخبر الوارد في تزويج الصغيرين بدعوى ان الزوجين في النكاح ركن كالعوضين في البيع ، فكما لا يخل تلف احد الزوجين بصحة النكاح لا يضر تلف احد المالين بصحة البيع ( وهو غريب منه ) أما اولاً - فلان لازم ذلك صحة البيع ولو كان التلف قبل القبض ، لعدم تحقق قبض واقباض في مورد خبر الزوجين ، بل لا معنى فيهما للقبض ( وثانياً ) نفرض ان

العوضين في البيع بمنزلة الزوجين في النكاح ، الا ان التعدي عن النكاح الى البيع لماذا ؟ مع انه ليس في الخبر عموم علة ، ظاهر المصنف انه بالفحوى والأولوية ومن الواضح عدم ثبوت اولوية في مورد الخبر ، وذلك لأننا وان سلمنا اولوية بيع الفضولي بالصحة من النكاح الفضولي الا ان ذلك انما هو في النكاح المستلزم للوطي ويكون منه الولد ، فلا محالة يكون اهم من البيع ، وأما النكاح في مورد الخبر الذي فرض فيه موت احد الزوجين فلا يترتب عليه وطى ولا ولد سوى انتقال المال بالأثر الذي هو ثابت في البيع أيضاً ، فالأولوية غير ثابتة فيه ، فالتعدي لا بد وأن يكون بالقياس ولا نقول به ، فلا بد من الاقتصار على مورد الخبر .

( ثالثها ) التمسك بحكاية عروة حيث لم يستفصل النبي صلى الله عليه وآله وسلم ولم يسأل عن حياة الشاة وموته ولا عن ذبحه ، فظهر منه عدم اعتبار بقاء العوضين ( وفيه ) أما الموت فالمطمئن به عدم تحققه في تلك المدة القصيرة ، وعلى فرض عدمه فالاستصحاب جارٍ ، وأما الذبح فهو أيضاً كذلك ، مضافاً الى انه لا يسقط الشاة عن الملكية ولا عن المالية .

( وبالجملة ) قد عرفت ان البيع الواقع على الثمن الشخصي فضولة لا يفسد بموت المالكين على القولين ، بل اذا كان المالك الميت هو الأصيل يكون البيع بقاءً واقعاً على مال وارثه على النقل فيتوقف على اجازته ، وأما الفساد فلا . ( وسره ) ان المالك ليس ركناً في البيع وإنما الركن فيه هو العوضان . واما اذا طرأ ارتداد احد المالكين ففيما إذا وقع البيع على الثمن الشخصي تظهر الثمرة بين القولين في خصوص المرتد المي في انتقال المصحف او العبد المسلم اليه ، فان البيع على الكشف صحيح وعلى النقل فاسد ، لعدم قابليته لانتقال العبد أو المصحف اليه ( وأما الارتداد الفطري ) فحاله حال الموت ، فلا يفسد به البيع الواقع على الثمن الشخصي بل يكون البيع بعد الارتداد واقعاً على مال وارثه ، فيصح باجازه لانتقاله اليه بالارتداد



قوله (قده) : وكذا لو قارن للعقد فقد الشرط - الخ. (١).

الفطري فهو موت شرعاً .

( وأما في الثمن الكلي ) فتظهر الثمرة بين الكشف والنقل في الموت ، اذ على الكشف يصح البيع ويكون الثمن الثابت في ذمة الميت كبقية ديونه فيخرج من اصل تركته وعوضه ينتقل الى ورائه ، وأما على النقل فيفسد لعدم وقوع البيع على الثمن الشخصي ليقع للورثة وعدم كون الميت قابلاً لأن ينتقل اليه المال . وهكذا تظهر الثمرة في الثمن الكلي في الارتداد الفطري ، فانه على الكشف يصح البيع فاما أن يخرج الثمن من أمواله وينتقل الباقي الى ورثته كما في الموت ، واما أن يجبر المرتد نفسه على الأداء بأن يكتسب ويحصل المال ويؤد دينه بناءً على القول بأنه يملك ما يحصله بعد ارتداده . وعلى النقل يفسد البيع لعدم قابليته لانتقال المصحف والعبد المسلم اليه ، أو لعدم كونه قابلاً لتملك المال رأساً على القول به ، فلا فرق بين الموت والارتداد الفطري في الموردين - أي الثمن الشخصي والكلي الذمي - .

( نعم ) بينهما فرق فيما اذا كان الثمن فعلاً ، فانه في فرض الموت يفسد البيع لأنه من قبيل تلف الثمن قبل القبض ، فيدخل تحت قاعدة « كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه » . وأما في فرض الارتداد يصح البيع ويجبر المرتد على العمل فيما اذا أمكن ذلك وينتقل عوضه الى وارثه . ( نعم ) قد يكون العمل مما لا يقدر عليه المرتد كالنيابة في العبادات فيبطل . هذا كله في تفصيل ماتقدم - اي فيما اذا كان العقد واجداً للشرائط وتخلل فقدها له لاقبل لحوق الاجازة - بقى الكلام في العكس .

(١) ظاهر المصنف في هذا الفرض هو بطلان البيع مطلقاً وان ذكر بعد ذلك أن باب المناقشة وان كان واسعاً الا أن الأرجح ما ذكرناه ، ولكن الصحيح هو التفصيل بين الشروط ، فما كان منها معتبراً في العقد حدوثاً كشرائط المتعاقدين

- من البلوغ والعقد - يكون فقدانه موجبا للفساد ، فاذا كان العاقد صبياً او مجنوناً حين العقد فيبلغ او أفاق قبل الاجازة فسد البيع لامحالة ، لأن المحقق كان فاقداً للشرط وبعد تحقق الشرط لم يتحقق عقد آخر ، وهكذا الغرر المعتبر عدمه في العقد فاذا فرضنا كون البيع حين حدوثه غررياً ثم ارتفع قبل الاجازة لا يوجب زواله صحة ما وقع فاسداً .

وأما الشروط الأخر مما يعتبر في العوضين فهي على قسمين . فان كان الشرط الفاقد هي المالية العرفية كما اذا كان المبيع هي الثمرة قبل بدو صلاحها ثم بدا صلاحها فيأبينه وبين الاجازة ، أو المالية الشرعية كما اذا كان المبيع خمرأ فصار خلا قبل الاجازة بحيث كان ما وقع عليه البيع مباحاً عرفاً او شرعاً مع ما ورد عليه الاجازة فلا اشكال في الفساد أيضاً ، لأن ما وقع البيع عليه غير قابل للمبادلة وما هو قابل لها لم يقع عليه البيع .

وأما اذا لم يكن التبديل في المالية بل كان التبديل في صفة أو مانع - بأن كان هناك مانع عن الصحة فارتفع - او لم يكن المبيع او الثمن واجداً لصفة معتبرة في صحة البيع فوجد تلك الصفة ، كما اذا فرضنا ان المبيع كان مائعا متنجساً - بناء على مانعية نجاسته عن البيع فطهر بالاتصال بجار أو مطر أو كان المبيع وقفا ولم يكن مجوز لبيعه فوجد أو كان ام ولد فمات ولدها الى غير ذلك مما لا يوجب تباین الأمرين - فالظاهر هو الصحة ، لأن البيع واقع على العين الموجودة ، والمفروض وجدانها لشرط الصحة حينما يستند البيع الى المالك ويعمه عموم «أوفوا بالعقود» فلا مانع من صحته على القول بالنقل .

( وأوضح ) من هذا ما اذا كان الفاقد شرطاً للمالكين - كاسلام من يشتري المصحف او العبد المسلم - فاذا كان المشتري لها حين الشراء كافراً ثم اسلم حين الاجازة لم نر مانعاً من الصحة على النقل ، بل لا يبعد الصحة في الفرضين حتى على

قوله ( قدّه ) : وربما يقال بظهور الثمرة - الخ . (١)

الكشف ، فان معنى الكشف ليس حصول المبادلة من حين حدوث البيع ، بل حصولها قبل الاجازة في الزمان الذي يمكن تحققها فيه على ما يأتي تفصيله ، وهو مختار المصنف أيضا ، فلا مانع من الالتزام بصحة البيع في صورتين من حين تحقق شرط الصحة وكشف الاجازة عنها .

## ظهور الثمرة في الاحكام

(١) قيل ظهورها في الاحكام المتعلقة بملك البائع أو المشتري بنذر أو يمين أو التزام في ضمن عقد لازم أو غير ذلك ( ونقول ) ان كان الحكم المترتب على ملك البائع أو المشتري موضوعه مجرد الملك ولم يؤخذ فيه امر اخر - كما اذا نذر المشتري أن يتصدق بكل ما يملكه في هذا الشهر فاشترى شيئا من الفضولي واجازه المالك في شهر اخر - فلا محالة يظهر فيه الثمرة على القولين ، اذ على الكشف يجب عليه التصديق بما اشتراه وعلى النقل لا يجب ذلك ، وأما ان كان موضوعه التملك مع جواز التصرف فيه شرعا - كما في الزكاة فيما اذا اشترى احد مالاً زكواً من فضولي واجازه المالك بعد حول مثلاً - فلا يظهر فيه ثمرة بين القولين من ناحية المشتري ، فانه لا يجب عليه الزكاة : أما على النقل فواضح ، وأما على الكشف فلانه وان كان مالكا للمال من أول الحول الا انه كان ممنوعاً من التصرف فيه شرعا بمقتضى الاستصحاب .

( نعم ) تظهر الثمرة بالاضافة الى البائع ، فانه على الكشف لا يجب عليه اخراج الزكاة كما لم يجب على المشتري أيضا ، لانه لم يكن مالكا على الكشف وعلى النقل يجب عليه الاخراج لانه كان مالكا يجوز له التصرف شرعا وكان

المال تحت يده خارجا فيجب عليه اخراج زكاته .

## ظهور الثمرة في الخيارات

(وقيل) ايضا بظهور الثمرة في الخيارات ، ونقول : اما خيار الحيوان فتظهر فيه الثمرة بلا اشكال ، فان قوله عليه السلام « صاحب الحيوان المشتري » بالكسر او الفتح ، المراد من الصاحب فيه هو المالك ، وعلى الكشف يكون المشتري من الفضولي مالكا من حين العقد ، فيكون مبدأ خياره من ذلك الزمان ، وعلى النقل لا يكون مالكا للحيوان الا بعد الاجازه ، فيكون منه مبدأ خياره .

(وأما خيار الغبن والعيب) فالظاهر عدم ظهور الثمرة فيها بين القولين . وليعلم أن من له خيار العيب في المقام ليس له المطالبة بالأرث من الطرف ، لأنه غير ملتزم بشيء قبل الاجازة ، فكيف يطالب بدفع الأرث مع عدم التزامه بالعقد بعد ، وانما يكون مخيراً بين امرين من فسخ البيع وامضائه . وتظهر الثمرة بين الفسخ والرد في النماآت فان الفسخ رفع والرد دفع ، ففي فرض الفسخ يكون نداء المبيع الى زمان الفسخ للمشتري ونداء الثمن للبائع ، وهذا بخلاف فرض الرد كما هو ظاهر .

(وأما خيار المجلس) فالظاهر أن الميزان فيه بمجلس الاجازة لعدم صدق البيع على كل من المتعاقدين الا بعد لحوقها حتى على الكشف وثبوت الملكية من زمان حدوث العقد ، ولا ينافي ذلك عدم صدق عنوان البيع الا بعد لحوق الاجازة فانه نظير ما اذا انشأ الملكية السابقة بالبيع في غير الفضولي بناء على صحته ، فان المنشأ حينئذ يكون هي الملكية السابقة ولا يصدق عنوان البيع والشراء الا من حين تحقق البيع . وأما ما ذكره الميرزا من عدم تحقق خيار المجلس في البيع الفضولي فلم نفهم له وجهاً .

قوله ( قدّه ) : في العقود المترتبة (١)

قوله ( قدّه ) : وينبغي للتنبيه على أمور : الأول (٢)

( وأما خيار الشفعة ) الثابت لكل من الشريكين اذا باع الآخر حصته فتظهر فيه الثمرة بين القولين فيما اذا فرضنا شركة أخوين مثلاً في دار فباع فضول حصته احدهما لشخص ثم باع الأخ الآخر بنفسه حصته من شخص آخر قبل اجازة اخيه للبيع الواقع على حصته ثم أجاز ، فعلى الكشف يكون خيار الشفعة للمشتري من الفضولي على المشتري من الأصيل ، لأنه كان حين شرائه شريكاً مع البائع ، وعلى النقل ينعكس الأمر .

(١) سيأتي البحث عنها وان الاجازة قد تتعلق بالعقد الأول وأخرى بالوسط والثالثة بالأخير ، وحكم كل من ذلك على الكشف والنقل .

## تنبيهات المسألة

(٢) من التنبيهات التي أفادها في المقام أن النزاع في كون الاجازة ناقلة أو كاشفة ليس في معناها اللغوي او الانصرافي ، وانما هو في الحكم الشرعي المترتب عليها بملاحظة الأدلة ، ثم ذكر أن المحيز لو قصد بالاجازة خلاف ما افق به الفقيه من الحكم الشرعي المترتب عليها من الكشف أو النقل ، ففي صحتها وجهان .  
( ونقول ) الصحيح هو التفصيل ، فانه لو قلنا بالكشف وقصد المحيز الملكية من حين الاجازة فلا بد من البطلان ، وذلك لأن عمدة الدليل على الكشف ما ذكرناه من أن البيع الفضولي عقد واجد لجميع شرائط سوى رضا المالك ، فاذا لحقه الرضا يكون مشمولاً للعمومات من حين صدوره . ومن الظاهر أن المنشأ به انما هي الملكية المطلقة ، اذ التقييد مفروض العدم والاهمال غير معقول ، فاذا فرضنا أن

### قوله ( قده ) : للثاني انه يشترط في الاجازة (١)

الإجازة لم تتعلق بها بل تعلقت بالملكية من حينها ، فما تحقق - وهو العقد - لم يلحقه الرضا وما يتعلق به الرضا لم يكن منشأ أصلاً ليعمه العمومات فيفسد لاجمالة . ويتضح هذا بتصويره في الاجازة الفضولية فيما اذا اجازها المالك من وسط المدة .

( وبالجملة ) كان عمدة الدليل على صحة الفضولي على الكشف هو شمول العمومات للبيع الفضولي المتعقب بالاجازة ورضا المالك الموجب لاستناده اليه ، فاذا فرضنا ان المنشأ بالبيع هي الملكية المطلقة والاجازة تعلقت بالملكية من حينها فلاجمالة لا يكون عقد الفضولي ملحقاً باجازة المالك فيفسد ، وهذا بخلاف العكس اي اذا قلنا بالنقل وتعلقت الاجازة بالملكية من حين صدور العقد ، فان زمان تحقق الملكية المنشأة بالعقد على الفرض يكون مقارناً بزمان الاجازة ، فتعلق الاجازة بالملكية قبل ذلك يكون لغواً ولا يوجب الفساد - فتأمل . كما اذا قصد القابل في غير الفضولي الملكية من حين الايجاب .

(١) استدل على اعتبار اللفظ في الاجازة بوجهين : ( الأول ) ان الاجازة تكون كالبيع في كونها موجبة للزوم . وقد أورد عليه المصنف بأنه يشبه المصادرة (الثاني) أن ما ثبت بالاستقراء في النواقل الاختيارية اللازمة هو اعتبار اللفظ ، والنقل الحقيقي في باب الفضولي لا يكون الا بالاجازة ولا بد فيها من اللفظ . ( وفيه ) انه على فرض تسليم ذلك وان المعاطاة لاتفيد للزوم لانقاس الاجازة التي هي من شرائط صحة العقد بنفس العقد الذي به تنشأ الملكية ، فاعتبار شيء فيه لا يستلزم اعتباره فيها مع تحقق العقد باللفظ سابقاً تام الأجزاء والشرائط غير فاقد الاستناد الى المالك .

( ومن هنا يظهر ) انه لو اعتبرنا في العقد اللفظ الصريح لا يوجب ذلك اعتبار الصراحة في الاجازة فالصحيح كفاية كل مبرز عرفي في تحقق الاجازة ، سواء كان

لفظاً صريحاً أو كناية أو فعلاً ، من رفع الرأس او وضعه أو اكل الخبز المشتري فضولة أو نحو ذلك .

(ثم ان) ماله الموضوعية في باب الاجازة هل هو الرضا المجرد المعبر عنه بطيب النفس ولو استكشف من غير طريقة أو لا بد فيه من مبرز؟ ظاهر المصنف هو الأول ، وقد استدل عليه بروايات وبكلمات العلماء :

(من الروايات) ماورد في أن سكوت البكر رضا منها بالنكاح « وفيه » ان السكوت منها مبرز عرفي للرضا والا فلم يكن في الانكار والرد ما يوجب الخجل . (ومنها) ماورد فيمن زوجت نفسها في حال السكر من انها اذا قامت معه بعدما افاقت فذلك رضا منها « وفيه » مضافاً الى ما ذكر انه اجنبي عن الفضولي الذي هو محل الكلام ، اذ استناد العقد في مورده الى من يعتبر استناداً الية تام غاية الأمر اعتبر رضاه لصدوره في غير حال الشعور .

(ومنها) ماورد في سكوت المولى في نكاح العبد وانه لم يعص الله وانما عصى سيده ومعصيته يرتفع بالرضا « وفيه » مضافاً الى ما عرفت من كون السكوت مبرزاً عرفياً انه اجنبي عن الفضولي كما عرفت .

(ومنها) ماورد فيمن له خيار الحيوان من قوله « ارأيت أن لامس او قبل فذلك رضا منه » فحمل الرضا على الفعل المسقط للخيار « وفيه » - مضافاً الى كون ذلك مبرزاً فعلياً ولذا حمل الرضا على الفعل وفي الظاهر انه مبين معه فالمعنى ان ذلك الفعل رضا عملي منه ، اي مبرز للرضا النفساني منه - أن سقوط الخيار لا يربطه بالاجازة .

(وأما) ماتمسك به من كلمات العلماء فنها ما ذكره في عدم كفاية السكوت في الاجازة من انه اعم من الرضا ، فيظهر من ذلك أن المعبر عندهم هو الرضا ( وفيه ) أن السكوت ليس اعم من الرضا بل هما متباينان ، لأن الرضا صفة في

قوله (قده) : الثالث من شروط الاجازة أن لا يسبقها الرد (١)

النفس والسكوت فعل ، فرادهم من الأعمية الأعمية من حيث الكاشفية ، فان الأعم - كما ذكر في المنطق - لا يدل على الأخص ، فهذا يؤيد ما ذكرناه من اعتبار المبرز في الاجازة وان السكوت لا يكفي لعدم كونه مبرزاً عرفياً عنه لكونه اعم منه في مقام الكاشفية .

(ومنها) ما ذكره من أن الموكل اذا انكر ما اوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت لأن الحلف يدل على كراهتها ، فيظهر أن الميزان عندهم في الفسخ هو الكراهة ( وفيه ) انه تارة يفرض ذلك في العقد الخياري - اي في مورد ثبت فيه الخيار للموكل كما حمله عليه الميرزا - واخرى في غيره ، أما على الأول فنفس التبري من العقد يكون فسخاً ، وأما على الثاني فاذا لم يثبت التوكيل لاحالة يكون العقد فضولياً ويكون التبري عنه رداً فعلياً .

(ثم) على فرض التنزل ليس قول العلماء وفتاواهم حجة على غيرهم ، فالصحيح اعتبار المبرز في الاجازة ، غايته كل مبرز عرفي وهو الذي اعتبرناه في الاذن السابق ايضاً (وتظهر الثمرة) فيما اذا رضي المالك بالبيع ثم اراد الرد فان قلنا بأن مجرد الرضا اجازة ليس له الرد بعد ذلك لأنه رد بعد الاجازة والا فيجوز رده .

(١) استدلل عليه بأمور :

(الأول) الاجماع . ويرده : أولاً - ان تحقق الاجماع في مسألة اول من تعرض لها الشهيد - فدرس سره - وليس في كلام من سبقه منها عين ولا اثر مشكل جداً . وثانياً - على فرض تحققه ليس اجماعاً تعبيرياً كاشفاً عن رأي المعصوم ووصوله اليه يداً بيد كما هو ظاهر .

(الثاني) ان العقد انما هو بمعنى الربط بين طرفيه - أعني الالتزامين - فلا بد



من بقاء كل من الالتزامين حين تحقق الالتزام الآخر ليحصل الارتباط بينهما ، فاذا فرضنا ان الموجب مثلاً رفع اليد عن التزامه حين تحقق القبول لم يحصل العقد وفي المقام يكون المحيز احد طرفي العقد ، فاذا رفع اليد عن التزامه برد العقد الفضولي يسقط ما تحقق من العقد الفضولي عن قابلية الارتباط ( وفيه ) ان محل الكلام ليس رد الأصيل ورجوعه عن التزامه لينسخ به العقد وانما الكلام في رجوع المالك المحيز ، والمفروض تحقق العقد سابقاً بين الفضول والأصيل وبقاؤه ، غايته لم يكن العقد من طرف الفضول مستنداً الى المالك ويحصل الاستناد بالاجازة ولو بعد الرد .

وبعبارة اخرى : (أولاً) لانسلم ذلك في المقيس عليه ، فاذا فرضنا ان القابل رد الايجاب ولم يرض به ثم قبل لارى به بأساً ولم يدل دليل على مانعيته ( وثانياً ) على فرض تسليمه في المقيس عليه لانسلمه في المقام ، لأن المفروض فيه تمامية العقد ولم يبق الا الاستناد الى المالك برضاه ، فكما لانضر بالصحة كراهته النفسية لا يضر به اظهار عدم القبول أيضاً .

( الثالث ) انه بعد تحقق العقد الفضولي يوجد في المال شأنية المبادلة وقابلية النقل والانتقال نظير الوجود الهيو لائي ، فانه لم يكن قبل العقد قابلاً لذلك وبعد تحققه صار قابلاً ، وهذا حق مالكي فللمالك أن يعدهم بالرد كما له ان يجعلها فعلية بالاجازة بمقتضى عموم « الناس مسلطون على اموالهم » .

( وفيه ) منع الصغرى والكبرى : أما الصغرى فممنوعة نقضاً وحلا ، أما نقضاً فلان ما يوجد بالعقد الفضولي إن كان حقاً مالكيّاً فكان عدم ثبوته رأساً عند كراهة المالك أولى من القول بثبوته وتسلسل المالك على اعدامه . وأما حلا فلان ما يوجد بالعقد الفضولي ليس الا بعض اجزاء موضوع حكم الشارع بالمبادلة نظير الايجاب الذي هو أحد جزئي العقد الذي هو الموضوع للمبادلة شرعاً ، فكما لا يوجد بالايجاب حق مالكي في المال كذلك بالعقد الفضولي وانما يوجد بهما جزء الموضوع

(وأما الكبرى) فلما ذكرناه سابقاً من أن النبوي مع ضعف سنده ليس مشرعاً وإنما مفاده نفي حجب الانسان عن التصرف في ماله كما في الصبي والمجنون ، ولذا لم يتمسك به أحد على جواز التصرفات التي يشك فيها .

(وبالجملمة) الاستدلال على مانعية الرد عن الاجازة بأنه بالعقد الفضولي يثبت حق للطرف في مال المالك ، ويعبر عنه بالقابلية وشأنية الانتقال اليه بالاجازة وللمالك اسقاطه بمقتضى عموم سلطنة الناس على اموالهم .

(يرد عليه اولاً) أن النبوي مع الانحاض عن ضعف سنده ليس مشرعاً (وثانياً) لو بنينا على مشرعته وامكان التمسك بعمومه لجواز التصرف في المال مطلقاً الا انه لا يثبت بالعقد الفضولي الاجزاء موضوع حكم الشارع بالملكية لا انه يوجد بالعقد شيء في مال المالك يعبر عنه بالقابلية ليكون مقتضى سلطنة الناس على اموالهم جواز اسقاطه ، والا لكان عدم تحققه بدون رضاه هو المتيقن فلا بد من القول ببطلان الفضولي (نعم) له أن يتم ما وقع باسناده الى نفسه بالاجازة كما له أن لا يفعل ذلك ، فلا يقاس الرد بالفسخ في باب الخيار فانه حق ثابت لمن له الخيار يتمكن به من حل المبادلة الواقعة كما له امضاءه باسقاط حقه .

(فتحصل) انه لا دليل على اعتبار عدم سبق الرد في نفوذ الاجازة . ويؤكد ما ذكرناه رواية الوليدة ، فانا - وان ذكرنا أن اخذ الولد يمكن أن لا يكون رداً - الا انه مع ذلك لا يخلو عن الاشعار في الرد .

وأما ما ذكره الميرزا « ره » من قياس الاجازة بعد الرد بالرد بعد الاجازة فقياس مع الفارق ، لأن المال بعد الاجازة مستقر في ملك الطرف ويخرج عن ملك المحيز ، فالرد يكون تصرفاً في مال الغير فلا ينفذ ، وهذا بخلاف الاجازة بعد الرد فانه تصرف في ماله كما هو واضح ، فعدم نفوذ الثاني لا يستلزم عدم نفوذ الأول - اعني مانحن فيه - .

## بقي الكلام في أمرين

( احدهما ) انه لو ثبت للنبوي عموم وقعت المعارضة فيه من حيث شموله لكل من الرد والاجازة ، فانه كما يقتضي حينئذ نفوذ اجازته بعد الرد كذلك يقتضي نفوذ رده السابق ، ولا يمكن نفوذ كليهما كما هو ظاهر ، فلا محالة يصير مجملا ( وفيه ) أن شموله لها ليس في عرض واحد - فتأمل . بل هو طولي لأن شموله لكل منهما يوجب زوال موضوع الآخر ، فاذا فرض شموله للرد لسبقه مثلا لا يبقى مجال للاجازة وكذا العكس ، فلا وجه للاجمال .

( ثانيهما ) ان المصنف بعد ما اورده على التمسك بالصحيحة لجواز الاجازة بعد الرد من احتمال عدم كفاية الفعل كأخذ المبيع في الرد ذكر باحاصله : ان الرد هنا ليس بأولى من الفسخ في البيع الخياري لأن الرد دفع والفسخ رفع ، فاذا اكتفى في الثاني بالفعل كما صرحوا به اكتفى به في الأول بطريق أولى . ثم أجاب بأن الفعل الذي يحصل به الفسخ لا بد وأن يكون من لوازم الملك كالوطى أو العتق فيما انتقل عنه لامثل اخذ المبيع .

( ونقول ) الظاهر تحقق الفسخ بأخذ المبيع أيضاً ، خصوصاً اذا انضم به بعض القران الحالية ايضاً من حدة ونحوها .

( والصحيح ) أن يدفع الاشكال بنحو آخر بأن يقال : ان القول بأن الفسخ رفع والرد دفع واولوية تحقق الثاني بالفعل عن الأول ، كل ذلك مما لا اساس له ومغالطة ظاهرة ، بل يكون تحقق الفسخ بأخذ المال في مورد الخيار من جهة ان المال قد خرج عن ملك من له الخيار ، فتصرفه فيه بغير عنوان الفسخ يكون محرماً شرعا

### قوله ( قدّه ) : للرابع الاجازة اثر (١)

فتمتضى حمل فعل المسلم على الصحة وانه لايفعل المحرم أن يكون اخذه وتصرفه بعنوان الفسخ ، وهذا بخلاف تصرف المالك في البيع الفضولي ، فانه تصرف في ماله ولو لم يكن بعنوان الرد فيكون جائزاً ، فمن هذه الجهة يكون تصرف من له الخيار فسخاً ولا يكون تصرف المالك المحيز رداً .

(١) نفوذ الاجازة ليس الاحكم الشارع بجواز البيع المستفاد من اطلاق قوله تعالى « أحل الله البيع » ، فهي من آثار سلطنة المالك على ماله فله أن يبيع ماله حدوداً كذلك له أن يسند البيع الواقع على ماله فضولة الى نفسه ، فليست الاجازة من الحقوق لينتقل بموت المالك الى وارثه بل نفس المال ينتقل اليهم ، فيكون لكل من الورثة اجازة البيع فيما انتقل اليه بناء على عدم اعتبار كون المحيز مالاً حال العقد على ماتقدم وسيجيء بتفصيله في مسألة من باع مال ابيه فبان ميتاً ، غايته مع ثبوت خيار تبعض الصفقة للطرف الآخر اذا أجاز بعض الورثة ورد الآخر ، ومن الظاهر جواز تبعض البيع الواحد وصحته بالاضافة الى بعض المبيع والثن دون بعض - كما اذا بيع مال الغير فضولة منضمًا الى ما لا يقبل البيع اصلاً فأجاز المالك ، فانه يصح فيما هو مقابل للبيع دون غيره - الى غير ذلك .

ثم انه تظهر الثمرة بين الوجهين في موردين : ( احدهما ) فيما اذا وقع الفضولي على ما لا ينتقل الى بعض الورثة كالعقار ، فان له اجازة العقد بناء على كونها من الحقوق لانتقاله اليه وان لم ينتقل اليه المال ، وليس له الاجازة بناء على كونها من الأحكام وعدم انتقالها الى الورثة بل ثبوتها لهم لأجل انتقال المال اليهم ( ثانيهما ) انه وقع الكلام في كيفية انتقال الحقوق - كحق الخيار مثلاً - الى الورثة فذهب بعض الى انتقاله الى طبيعي الوارث كالخمس والزكاة ونحوه ، فكل منهم يسبق على اعماله ينفذ منه ، وذهب بعضهم الى انتقاله الى المجموع ، فكأنهم مجموعاً بمنزلة

### قوله (قده) : اجازة البيع ليست اجازة للقبض (١)

الميت ولا ينفذ اعماله الا اذا اجتمعوا اليه ، وقد اختار المصنف الأول كما أن المختار هو الثاني ، وهناك وجه ثالث ضعيف وهو تقسيط الحق عليهم بحسب حصصهم من المال (وعليه) فان قلنا بكون الاجازة من الحقوق يجري في انتقالها الى الوارث مانقلناه ، وأما بناء على كونها حكماً شرعياً ثابتاً للمالك فلا ينبغي الربب في ان لكل من الورثة الاجازة والرد في خصوص ما انتقل اليه من المال .

## اجازة البيع ليست اجازة للقبض

(١) ليست اجازة البيع اجازة للقبض والاقباض الا في موارد يكون اجازة البيع فيها دون اجازة القبض لغواً كما في بيع الصرف والسلم . ثم اذا صرح المحيز باجازة القبض والاقباض او فهم منه ذلك من باب صون كلامه عن اللغوية فهل يكون ذلك نافذاً منه بحيث لو تلف المال بعده لم يكن من التلف قبل القبض ، أو ان نفوذ الاجازة في الأمور التكوينية يحتاج الى دليل ولا يكفي فيه دليل صحه العقد الفضولي ؟ فصل المصنف في ذلك بين الثمن والمثمن الكلي والشخصي ، فاختار الصحة في الثاني دون الأول ، بدعوى أن مرجع اجازة القبض الى اسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري وهو أمر نافذ ، ومرجع اجازة الاقباض الى أن حصول المبيع في يد المشتري باجازة المالك ، ولا يزيد في القبض الا استيلاء القابض على المالك برضا المالك ، ويتحقق ذلك بالاجازة بعد حصول المال تحت يد القابض بأي نحو كان . وأما الكلي فتعينه في الموجود الخارجى وتشخصه فيه بالاجازة المتأخرة يحتاج الى دليل . (ونقول) أما ما ذكره في الشخصي وان كان تاماً من ناحية الاقباض الا انه لا يتم في قبض الفضولي ، فان المال بعد اجازة المالك ايضاً غير واصل اليه بل بعد

تحت يد الفضول ، فاذا تلف يصدق عليه التلف قبل القبض وانه من مال بائعه ، فيوجب انفساخ البيع - فتأمل . واذا فرض استناده الى المالك بالاجازة لم لم تكن اجازة التعيين في الكلي موجبا لاستناده الى المالك ، فلا بد من البحث عما يؤثر فيه الاجازة ، وهو قابل الاستناد الى المحيز باجازته وتعيينه عن غيره .

( ونقول ) الظاهر نفوذ الاجازة اللاحقة في كل ماينفذ فيه الاذن السابق ، فكما ان الاذن في القبض والاقباض وتعيين الكلي كاف في صحته كذلك الاجازة المتأخرة ، فانه كالتوكيل السابق في كونه موجبا لاستناد العمل الى المحيز ، فيصح اجازة القبض والاقباض مطلقا حتى في الثمن والمثمن الكلي ( والحاصل ) اجازة العقد غير مستلزم لاجازة القبض الا فيما اذا كان اجازة العقد دون القبض لغوا ، كما في بيع الصرف والسلم اذا حصل التقابض بين فضولين أو الأصيل والفضولي وتحققت الاجازة بعد تفرقهما .

( ثم ) اذا أجاز القبض صريحا او بالالتزام فهل ينفذ ذلك أولا؟ فصل المصنف في ذلك بين الكلي والشخصي ، وقد ذكرنا انه لافرق بينهما اصلا فيما نقول بنفوذها مطلقا او نقول بعدم نفوذها كذلك . والصحيح هو القول بالنفوذ مطلقا ، لأن القبض ليس من قبيل بعض الأمور الخارجية كالضرب والأكل والشرب ونحوها مما لا يستند الى غير الفاعل المباشر بالاجازة أو الاذن وانما هو نظير الرجوع مما يستند الى غير الفاعل بالاذن وكذا بالاجازة مع قطع النظر عن قيام الاجماع على عدم جريان الفضولية في الايقاعات ( وضابط ذلك ) ان كلما يستند الى غير الفاعل بالاذن السابق يستند اليه بالاجازة اللاحقة ، ومن الظاهر جريان التوكيل والاذن في القبض ، فيجري فيه الاجازة السابقة أيضاً . ويشهد لذلك أن ذلك امر عرفي ، ولذا لو اذن الدائن أن يدفع المديون دينه الى أحد فسلمه اياه فتلف ليس له عرفاً أن يطالب المديون ثانياً ، وهكذا اذا دفعه المديون الى شخص فأجاز الدائن .

(ثم ان ما ذكره) المصنف من كون اجازة العقد اجازة للقبض بالالتزام في مثل بيع الصرف والسلم يرد عليه انه انما يكون كذلك اذا كان المحيز عارفاً بالملازمة وان اجازة البيع من دون اجازة القبض يكون لغواً فيقصد اجازة القبض أيضاً .  
وأما في غير هذا الفرض فلا وجه لكون اجازة البيع اجازة للقبض مع انها امر قصدي لا بد وأن يقصد .

(ومن الغريب) ما ذكره قدس سره بعد ذلك من انه اذا أجاز العقد ورد القبض في بطلان العقد أو الرد وجهان ، اذلاوجه للحكم ببطلان الرد واثبات اجازة القبض على رقبته مع تصريحه بالرد اصلاً - فتأمل . بل يكون رده للقبض نافذاً ، فلا يبقى اثر لاجازته العقد لفقدان شرطه وهو القبض في المجلس فيبطل .

(ثم لا يخفى) أن نزاع الكشف والنقل غير جار هنا بل لا بد من الالتزام بالنقل فيه ، وذلك لأن القبض ليس من الأمور التعليقية كاجازة البيع ليكون مقتضى نفوذه وشمول العمومات له الحكم بتحقيق الملكية والمبادلة السابقة من حين تحقق الاجازة ، بل يكون اجازة القبض كقبض المحيز ، وهو انما يتحقق من حينه فتأمل . فاذا فرضنا ان العقد الواقع فضولة كان هي الهبة المشروطة بالقبض يكون حصول الملكية بها من حين اجازة القبض وهذا معنى النقل ، واذا فرضنا اعتباراً يزيد من ذلك في صحة العقد - كأن يكون القبض في مجلس البيع بمقتضى قوله عليه السلام « يداً بيد » - فما ان مجلس البيع الحقيقي يكون مجلس الاجازة لأنها بيع المالك حقيقة ، فاذا أجاز فيه القبض السابق حصل القبض في المجلس لا محالة ، ولا يعتبر في الصرف قبض كل من المتبايعين بنفسه من دون واسطة ، وهو ظاهر .

قوله ( قدّه ) : الاجازة ليست على الفور (١)  
قوله ( قدّه ) : للسابع هل يعتبر في صحة الاجازة مطابقتها (٢)

## ليست الاجازة على الفور

(١) لما عرفت من ان اجازة المميز بيعه ، فكما للمالك أن يبيع وأن لا يبيع كماله المسابقة اليه وله تأخيره كذلك في الاجازة ، وهذا مقتضى سلطنته على ماله ، وهذا ظاهر . إنما الكلام في انه اذا لم يميز المالك حتى لزم تضرر الأصيل بناء على لزوم العقد من طرفه وعدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه وانتقل اليه فهل يتدارك ضرره بالخيار أو اجبار المالك على احد امرين أو لا يثبت شيء من ذلك ؟ قوى المصنف الأول ولكن الثاني هو الصحيح ، أما اجباره فلا وجه له لأنه مسلط على ماله ولم يحدث منه ما يوجب الاجبار ولا دليل عليه ، وأما الخيار فبعض العقود غير قابلة له لا بالجعل ولا بغيره كالنكاح الا في موارد خاصة لاسباب مخصوصة ، وأما في غيره مما يقبل الخيار فلا يثبت ايضاً ، لأن الأصيل هو المقدم على الضرر ولا اقل من القصير الغير الموجب للخيار ، ولا فرق في الضرر بين قصيره وطويله . ولكن الصحيح عدم لزوم العقد من طرف الأصيل في نفسه كما ذكرناه سابقاً ، وهذا ايضاً أحد مؤكداته .

## اعتبار مطابقة الاجازة للعقد

(٢) تارة تكون الاجازة مطابقة للعقد واخرى تكون مخالفة له ، وعلى الثاني تارة يكون اختلافها بالتباين ، واخرى بالجزئية والكلية وثالثة بالاطلاق والتقييد . أما في فرض التباين فلا اشكال في البطلان وهو واضح ، كما لا اشكال في الصحة في فرض التطابق ، وأما في فرض العموم والخصوص - اعني الاختلاف بالجزء والكل كما اذا باع الفضولي مجموع الدار فاجاز المالك بيع النصف - فالظاهر هو



الصحة ، لأنحلال البيع بحسب اجزاء المبيع والتمن ، فكأنه بيع كل جزء بما يقابله من الثمن ، ففي أي مقدار حصلت الاجازة صح البيع وفسد في الباقي ، فيكون من قبيل بيع ما يملك وما لا يملك أو بيع المال المشترك بين شخصين فأجاز احدهما ورد الآخر ، غاية الأمر يثبت للطرف الآخر خيار تبعض الصفقة .

(وأما صورة) الاختلاف بالاطلاق والتقييد - كما اذا وقع العقد مشروطاً فأجازه المالك بلا شرط - فتارة يكون الشرط فيها للمالك الحيز أو الفضيولي على الأصيل واخرى من الأصيل على الحيز ، أما ان كان الشرط للمجيز أو الفضيولي على الأصيل فلم يجزه المالك فلا بأس به لرجوعه الى اسقاط ما التزم به الأصيل على نفسه - فتأمل . كمالو فرضنا أن الفضيولي باع شيئاً واشترط في ضمنه على الأصيل خياطة ثوب نفسه أو ثوب المالك فأجاز المالك البيع مجرداً عن الشرط . وأما فيما اذا انعكس الأمر - بأن اشترط في ضمن البيع للأصيل على المالك شيئاً كخياطة الثوب مثلاً فأجاز المالك البيع المجرد عن الشرط - فذكر المصنف أن الأقوى فيه عدم الجواز ، لأن التبعض في العقد من حيث الاجزاء وان كان امراً ممكناً الا أن التبعض من حيث الشرط غير ممكن ، اذ لا يقع بأزائه شيء من الثمن .

(ولكن) الميرزا قدس سره انكر عليه ذلك وذهب الى صحة البيع ، وذكر في وجهه ما حاصله: ان الالتزام الشرطي التزام اجنبي عن الالتزام البيعي ، فعدم اجازة الشرط لا يستلزم عدم اجازة البيع بل يكون ذلك نظير تعذر الشرط الموجب للخيار . (ونقول) ما افاده قدس سره من كون الشرط بالمعنى المصدرى لا الاسم المصدرى التزام آخر ولا يرجع الى تعليق الالتزام المعاملي وان كان صحيحاً ، والا فان كان الالتزام بالشرط أو الوصف مما علق عليه الالتزام البيعي لزم بطلان البيع اولا لأن التعليق في العقود يوجب البطلان (وثانياً) ان التخلف حينئذ لا بد وأن يكون موجباً للبطلان لا الخيار ، إلا انه لا بد وأن يكون مربوطاً بالالتزام البيعي على ما هو

ظاهر عنوان الشرط لغة ، والا فان كانا التزامين كل منهما اجنبي عن الآخر ، غاية الأمر وجداً مقارنين في الزمان لم يكن وجه لثبوت الخيار عند التخلف ، وذلك واضح .

( وكيفية ارتباطهما ) هو أن الالتزام البيعي - أعني اعتبار المبادلة بين المالكين - غير معلق على شيء أصلاً إلا أن التزام الشرط بالوفاء بذلك الالتزام والاعتبار وأتمامه وعدم رفع اليد عنه مشروط بتحقق الشرط أو الوصف في الخارج والافهوا بالخيار وليس ملتزماً بتمام العقد ( وعليه ) فالمنشأ بالعقد المشروط إنما هي المبادلة الخاصة - أي المقرونة بالخيار عند تخلف الشرط - على ما هو مقتضى تقييد العقد ، فإذا فرضنا تعلق الاجازة بالعقد المطلق الذي لم يقيد بذلك القيد فلا محالة لا يكون العقد الواقع في الخارج متعلقاً للاجازة فيفسد ، فالمعنى الذي ذكره الميرزا - وان كان متيناً وهو مختار المصنف ايضاً - الا أن البناء غير تام ، والصحيح هو البطلان وفقاً للمصنف .

## وحاصل الكلام

في اختلاف الاجازة والعقدان الاختلاف تارة يكون بالتباين كما اذا بيع الدار الصغيرة فضولة واجاز المالك بيع داره الكبير مثلاً ولا اشكال في فساده ، واخرى يكون بالجزء والكل ، وقد ذكر أن الحكم فيه هو الصحة لأن البيع ينحل الى ربوع عديدة بحسب الأجزاء ، وثالثة بالاطلاق والتقييد ، بأن وقع البيع مشروطاً وأجازة المالك مطلقاً بدون شرط ، وفي هذا الفرض ان كان الشرط على الأصيل فيرجع اجازة البيع على نحو الاطلاق الى تجاوز المالك عن حقه واسقاطه فتأمل ، وهذا لا بأس به . واذا انعكس الأمر - بأن كان الشرط للأصيل على المالك - وقد ذكرنا

أن الظاهر فيه هو البطلان ، وذلك لأن الشروط أو الأوصاف المأخوذة في العقد لا يكون العقد معلقاً على شيء منها والا لزم البطلان بل يكون الالتزام به وإتمامه معلقاً عليها ، إلا أن نفس الالتزام الثاني مقوم للالتزام الأول - أي الالتزام المعاملي - فالالتزام المعاملي يكون على قسمين : تارة يكون مقيداً بأن يكون الالتزام به معلقاً على تحقق شرط أو وصف في الخارج وأخرى يقيد بكون الالتزام به على نحو الإطلاق ( ولا يبعد ) أن يكون مرجع الأول الى تعليق الالتزام البيعي على رضا الطرف بثبوت الخيار له عند تحلف الوصف أو الشرط ، وهذا التعليق غير موجب للبطلان لأنه معلق عليه واقعاً - فتأمل . ( وعليه ) فإذا فرضنا أن المنشأ بالعقد الفضولي هو القسم الأول وماتعلق به الاجازة هو القسم الثاني بطل لا محالة الا اذا رضي به الأصيل بعد ذلك فانه يصح كما سيتضح وجهه .

( ولا يقاس ) ذلك بتعذر الشرط الموجب للخيار لأن العقد فيه تام ، والمفروض فيه ورود الالتزامين على امر واحد وهو المبادلة الخيارية ، غاية الأمر تعذر إيجاد الفعل خارجاً إماعقلاً وأما شرعاً ، كما اذا كان الشرط تسليم الخمر اياه مثلاً ، وهذا لا يربط له بما هو محل الكلام من عدم ورود الالتزامين على مورد واحد فما افاده المحقق النائيني في غير محله .

( وبما ذكرناه ) ظهر دفع ما ربما يتوهم من جريان ما ذكرناه بعينه في فرض الاختلاف بالجزء والكل بتخيل أن المبيع اذا كان هو المجموع فلا محالة يكون مشروطاً بشرط الانضمام ومقيداً به ، فاذا تعلق الاجازة ببعضه - اي بالخالي عن الانضمام - لم يكن الالتزامان واردين على مورد واحد ( وذلك ) لأن المنشأ على الفرض انما هو بيع كل من الأجزاء بالالتزام الخياري عند تحلف الشرط الارتكازي ، وهو الانضمام وما يتعلق به الاجازة ايضاً ببيع بعض الأجزاء مع ثبوت الخيار ، فالالتزام البيعي والالتزام المنحقق بالاجازة كلاهما وارد على البيع الخياري فلاختلاف .

هذا كله فيما اذا عقد الفضولي مشروطاً واجاز المالك بلا شرط ، وأما اذا انعكس الأمر - بأن عقد الفضولي مجرداً عن الشرط واجاز المالك مع الشرط - فتارة يكون الشرط على الأصيل للمالك المجيز واخرى يكون للأصيل على المجيز : أما الصورة الأولى فالمحتملات فيها ثلاثة : البطلان مطلقاً ، والتفصيل بين ما اذا رضي به الأصيل فيصح وبين ما اذا لم يرض به فيبطل ، والصحة مطلقاً ، والظاهر منها هو الوجه الوسط . أما وجه البطلان اذا لم يرض الأصيل بالشرط فقد ظهر مما قدمناه ، لأن ما انشأ بالعقد كان بيعاً غير خياري ومالحق به الاجازة هو البيع الخياري فلم يردا على مورد واحد ، وأما وجه الصحة اذا رضي الأصيل بالشرط فهو أن وجوب الوفاء بالشرط وان كان مختصاً بالشروط الضمنية ولايعم الشروط الابتدائية إما للاجماع وإما لظهور عنوان الشرط في خصوص الالتزام المربوط الا انه لايعتبر في ذلك ورود الايجاب والقبول على الشرط ، بل مقتضى عموم قوله عليه السلام « المؤمنون عند شروطهم » وجوب الوفاء بالشرط مطلقاً ، غايته خرج عنه الشروط الابتدائية للاجماع أو لظهور اللفظ ، فاذا فرضنا تحقيق الشرط في ضمن القبول فقط ورضي به الموجب لزمه الوفاء به لعدم كونه ابتدائياً ، وحينئذ البيع الصادر - وان كان حدوداً بيعاً مجرداً عن الشرط - الا انه بعد رضا الموجب يكون بقاء بيعاً خيارياً فيتحد مورد الايجاب والقبول ، وفيما نحن فيه يتحد المنشأ بالعقد الفضولي مع ما تعلق به الاجازة بقاء ، وهذا بخلاف ما اذا لم يرض الأصيل بالشرط كما هو ظاهر .

(وأما الصورة الثانية) - اعني ما اذا كان الشرط للأصيل على المجيز - فلا حاجة فيها من اجازة الأصيل للشرط صريحاً ، بل رضاه بالعقد المجرد عن الشرط بالفحوى والأولية يكون رضاً بالعقد المشروط بالخيار ، فاذا اراد أعمل خياره واذا اراد أسقطه . وهذا نظير ما ذكرناه في رواية محمد بن قيس من ان اذنه صلى

قوله (قده) : فاستقصائه يتم ببيان امور : الأول يشترط (١)

قوله (قده) : الثاني هل يشترط (٢)

الله عليه وآله بشراء الشاة الواحدة بدينار بالفحوى يكون اذنأ بشراء الشاة بنصف دينار . هذا كله فيما يعتبر في الاجازة ويقع الكلام في المجيز .

## اشتراط نفوذ تصرف المجيز حين الاجازة

(١) مما يعتبر في المجيز أن يكون نافذ التصرف حين الاجازة ، وهو واضح ، لأن المجيز بالاجازة يسند العقد الى نفسه فيعتبر فيه مايعتبر في نفس المتعاقدين من غير فرق بين القول بالكشف أو النقل : أماعلى النقل فواضح ، وأما على الكشف فلان الاجازة ممن له اهليتها يكشف عن الملكية السابقة لا الاجازة من غيره .

## اشتراط وجود المجيز حين العقد

(٢) استدل في محكي القواعد للعلامة على اعتبار وجود المجيز حين صدور العقد بوجهين : (الأول) انه اذا لم يكن المجيز موجوداً حين العقد امتنع صحته ، فاذا امتنعت في زمان امتنعت دائماً (ثانيها) لزوم تضرر الأصل من صحة العقد ، لعدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه وفيما انتقل اليه ، فينتفي بحديث لا ضرر . (ونقول) تتصور هذه المسألة على وجوه ثلاثة :

(أحدها) ان يراد بالمجيز ذاته ، وعدم وجود المجيز بهذا المعنى غير متصور في الماليات على مسلك الامامية لولاية الامام عليه السلام عليها ، بل على مسلك العامة

ايضاً ، لأن الخليفة أو المنصوب من قبله له الولاية عليها ( نعم ) يتصور ذلك في نكاح الصغير أو الصغيرة بناء على عدم ثبوت الولاية للامام عليه السلام على ذلك .  
( ثانيها ) أن يراد بالمحيز عنوان المحيضية ، كما اذا فرضنا ان ذات المحيز موجود الا أن الوصول اليه يحتاج الى مرور زمان ، أو انه نائم فعلاً ولا يمكن ايقاظه الا بعد يوم مثلاً ، وهذا يتصور في الماليات في المالك والولي ، بل لا يكون المحيز بهذا المعنى موجوداً حال العقد غالباً .

( ثالثها ) أن يراد من عدم وجود المحيز وجود المانع عن الاجازة شرعاً ، كما اذا فرضنا ان مال اليتيم او داره بيع بنصف قيمته ولم تكن الاجازة ذات مصلحة من وقوع البيع ثم بعد مضي مدة سقطت عن المالية لحكم السلطان بتخريبه أو وقوعه في الشارع مثلاً ، فحدثت المصلحة في اجازة البيع السابق ، أما وجود المحيز حين العقد بأحد المعينين السابقين فاعتباره واضح الفساد لعدم الدليل عليه ، بل ماورد في نكاح الصغيرين بترك الاستفصال فيه يدل على عدم اعتباره ، وانما الكلام في اعتبار وجود المحيز بالمعنى الثالث والظاهر عدم اعتباره أيضاً ، فان زمان الاجازة هو ظرف استناد البيع أو الشراء الى المحيز لأقبله ، فكان المحيز بالاجازة يبيع أو يشتري ، فلا بد من كونه حين الاجازة واجداً للاهلية لا قبلها .

ويتضح ذلك بفرض الكلام في عكس المسألة ، وهو ما اذا كان البيع حين وقوعه مصلحة لليتيم ، ثم صار على خلاف المصلحة حين الاجازة لتفاوت القيمة السوقية او غير ذلك ، فانه لا اشكال حينئذ في عدم جواز الاجازة . فيعلم منه أن المعيار في المصلحة وعدمها بزمان الاجازة لا العقد .

( فتحصل ) انه لا يعتبر وجود المحيز حال العقد بجميع معانيه الثلاثة ، أي لا يعتبر وجود ذاته ولا تمكنه من الاجازة عقلاً ولا تمكنه من الاجازة شرعاً ، بقي الكلام في الدليلين اللذين اقيما على اعتبار وجود المحيز حين العقد من انه اذا لم يكن

قوله (قده) : الثالث لا يشترط في المميز كونه جائز التصرف  
حال العقد (١)

المميز موجوداً حال العقد أو لم يكن متمكناً من الاجازة عقلاً أو شرعاً امتنع صحة العقد ، فاذا امتنع في زمان امتنع دائماً ، ومن لزوم الضرر على المشتري لامتناع تصرفه في الثمن والمثمن .

ونقول : أما لزوم الضرر ففيه ( أولاً ) انه مبني على لزوم العقد من طرف الأصيل ، وقد عرفت أن الصحيح جوازه من طرفه ( وثانياً ) ينتقض ذلك بما اذا كان المميز موجوداً حال العقد ولكنه لم يميز ولم يرد بحيث لزم منه تضرر المشتري ، فما تقولونه هناك نقول به في المقام .

( وأما الامتناع ) فلم نفهم مراد العلامة « قده » منه ، فان الشيء اذا امتنع ذاتاً في زمان كامتناع اجتماع التقيضين امتنع دائماً كما افاد ، وأما اذا امتنع شيء في زمان بالغير - أي لعدم تحقق علته - فلا مانع من وجوبه بعد ذلك لوجود علته . ومن الظاهر أن امتناع صحة العقد في المقام ليس امتناعاً ذاتياً ، وانما هو امتناع بالغير من جهة عدم تحقق العلة ، وهي استناد العقد الى من يعتبر استناده اليه لعدم وجود المصلحة أو لغير ذلك ، فاذا وجدت المصلحة وتحققت الاجازة والاستناد وجبت الصحة ، فالصحيح عدم اعتبار وجود ذات المميز ولا تمكينه من الاجازة عقلاً ولا شرعاً .

## اشتراط كون المميز جائز التصرف

حال العقد

(١) قد يكون عدم جواز تصرفه حال العقد لعدم المقتضي - أي لعدم كونه مالكاً - واخرى لفقدان الشرط ، كما اذا لم يكن المالك حين العقد بالغاً أو عقلاً

او رشيداً ، وثالثة لوجود المانع كما اذا كان العين مرهونة حال البيع ثم فكها المالك من الرهن فأجاز البيع او وجد الشرط في الفرض الثاني او حصل الملك بناقل قهري او اختياري في الأول حين الإجازة ، فهل يكفى ذلك في صحة العقد أولاً ؟ وظاهر المصنف كون المسائل ثلاث على ما بيناه الا انه لم يتعرض للمسألتين .

(وبالجمله) عدم جواز تصرف المميز حال العقد قد يكون لعدم المقتضي وقد يكون لوجود المانع ، وعدم المقتضي قد يكون من جهة عدم كون المميز مالكاً حال العقد وقد يكون من جهة كونه فاقداً للشرط من بلوغ او عقل او رشد ووجود المانع مثل كون المال متعلقاً لحق الغير . ثم عدم ملكية المميز تارة يكون واقعياً كمن باع ثم ملك ، واخرى ظاهرياً ثم ينكشف الخلاف كمن باع مال أبيه مع استصحاب حياته ثم بان موته ، وثالثة يكون اعتقادياً كمن اعتقد كون المال لغيره فباعه ثم انكشف الخلاف ، فهنا مسائل :

(الأولى) فيما اذا كان المميز فاقداً للشرط حين البيع بأن كان صبياً او سفياً أو مجنوناً ، والظاهر فيها الحكم بالصحة اذا أجاز الولي أو صار هو الولي على ماله فأجاز ، بناء على ماتقدم من عقد الصبي اذا أجاز الولي فيما اذا كان هو المنشيء للبيع لاغيره البائع ، وذلك لأن العقد الواقع - وان كان حين حدوثه مستنداً الى المالك - الا أن هذا الاستناد كان ملغى في نظر الشارع ولم يعتبره لفقدان الشرط ، ولم يكن العقد مستنداً الى من يعتبر استناده اليه ، فلا بد من تحقق الاستناد بعد تحقق الشرط ، فاذا تحقق الاستناد صح ( نعم ) لو قلنا بسقوط انشاء الصبي ومن بحكمه لم يكن العقد الصادر منه قابلاً للصحة ، ويدل عليه أو يؤكده الأخبار الواردة في نكاح الصغار .

(الثانية) فيما اذا كان المبيع متعلقاً بحق الغير حين العقد ، وفي هذا الفرض تارة يكون البائع هو المرتهن واخرى يكون شخصاً اجنبياً وثالثة يكون هو الراهن أما اذا باع المرتهن العين المرهونة فلا اشكال في صحته اذا أجاز المالك لرجوع بيعه



الى اسقاط حقه ، وهكذا اذا باع الأجنبي فأجاز المالك الراهن والمرتهن معاً ، فانه ايضاً لا اشكال فيه من الجهة التي نذكر في الصورة الآتية ، وانما الكلام فيما اذا كان البائع هو الراهن ثم أدى دينه وفك الرهن فانه ربما يفصل بينه وبين الفرضين السابقين ، فيحكم فيه بالبطلان بدعوى أن العقد الواقع من حين حدوثه مستند الى المالك على الفرض ، ولذا لا حاجة الى اجازته بعد ذلك ، ومع ذلك لم يكن مشمولاً للعمومات فلا يقاس بالعقد الفضولي الذي ليس مستنداً الى من يعتبر استناده اليه قبل الاجازة وبعد ما استند اليه يعمه العمومات . ( ومن هنا ) فرقوا في النكاح بين ما اذا كان فضولياً غير مستند الى الزوجين وما كان استناده تاماً وكان المانع من جهة تعلق حق الغير ، كالنكاح ببنت اخ الزوجة أو اختها ، فانه لا يصح الا بالاذن السابق لعين ما تقدم .

( هذا ) ولكن الحق هو الصحة وعدم الفرق بين هذه الصورة والصورتين السابقتين ، وذلك لأنه انما يرفع اليد عن العمومات في موارد تعلق حق الغير كالعين المرهونة أو النكاح ببنت اخ الزوجة أو بنت أختها من جهة ورود الدليل على اعتبار رضى من له الحق ، فيكون ذاك الدليل مخصصاً زمانياً للعمومات لا افرادياً ، فما دام لم يتحقق رضاؤه لاتعم العمومات للدليل وبعد حصول رضاه تعمه ( ومما يوضح ذلك ) ماورد في نكاح العبد بدون اذن سيده من انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا أجاز جاز ، فان استناد النكاح فيه الى الزوج كان محققاً من حين حدوثه غاية الأمر اعتبر فيه رضا السيد فلم يكن يعمه العمومات الا بعد لحوقه ، فالتفصيل بين الصور لاوجه له .

( والحاصل ) اذا باع الراهن العين المرهونة فأجاز المرتهن فلا اشكال في الصحة ولكنه خارج عن محل الكلام ، وأما اذا باعه الراهن ولم يجز المرتهن الى أن فكها المالك من الرهن فهل يصح البيع بذلك أم لا ؟ ربما يتوهم البطلان ،

بدعوى أن ادلة صحة بيع الفضولي غير شامل للفرض ، لأنها ظاهرة في صحة العقد بعد استناده الى المالك ، والمفروض في المقام عدم الصحة بعد تمامية الاستناد أيضاً لكون العين متعلقاً لحق المرتهن ، والمفروض عدم تحقق عقد آخر بعد سقوط حقه ولكن الصحيح أن مقتضى العمومات - مع ما دل على اعتبار رضى المرتهن أو كون الملك طلقاً - هو الصحة بعد لحوق رضاه أو سقوط حقه ، وهذه من صغريات الكبرى المعروفة ، وهي ما اذا ورد دليل ودار أمره بين التقييد والتخصيص - كما اذا ورد وجوب اكرام العلماء وعلمنا بعدم وجوب اكرام زيد العالم - ودار الأمر بين خروجه مطلقاً وخروجه في زمان خاص ، والصحيح هو التقييد للاختصار على القدر المتيقن . وفيما نحن فيه أيضاً تقتصر في رفع اليد عن العمومات بما اذا لم يسقط حق المرتهن دون . اذا سقط رضاه أو بأداء دينه .

وهذا واضح وانما الكلام في موردين : ( الأول ) في انه هل يحتاج الى اجازة المالك بعد فك الرهن او لاجابة اليها ؟ الظاهر هو الثاني ، وذلك لأن الاحتياج الى الاجازة انما كان من جهة حصول الاستناد الى المالك ، وفي الفرض الاستناد اليه موجود تكوينياً وشرعاً ، وانما كان المانع عن الصحة تعلق حق المرتهن بالعين ، وقد سقط على الفرض فلا موجب لاجازة المالك .

( الثاني ) في أن نزاع الكشف والنقل هل يجري في المقام وهل يحتمل فيه الكشف ام لا ؟ الظاهر هو الثاني وتعين القول بالنقل لكن بالمعنى الذي نبينه ، وذلك لأننا انما قلنا بالكشف في بيع الفضولي من جهة أن الاجازة كانت متعلقة بالبيع السابق واستند بها البيع السابق الى المالك ، فكان مقتضى صحته ترتب آثار الملك من حين صدور العقد ، وأما فيما نحن فيه فالعقد كان من حين صدوره مستنداً الى المالك وانما كان عدم صحته من جهة اعتبار أحد امرين في صحة البيع : إما كون المال ملكاً طلقاً ، وإما تحقق الرضا من له الحق في المال فلا يترتب الأثر عليه الا بعد حصول

قوله ( قدّه ) : أما المسألة الأولى (١)

الشرط وهو سقوط حق المرتهن وصيرورة الملك طلقاً للبائع لاقبله نظير القبض في بيع الصرف والسلم ، فان الأثر لا يترتب عليه الا بعد حصول القبض لا أن القبض يكشف عن ترتب الأثر عليه من حين صدوره .

( ومن هنا ) يعلم أن البائع للعين المرهونة لو كان فضولياً - أي غير المالك - فأجاز المالك بعد ما فك العین عن الرهن يترتب عليه آثار المبادلة من حين سقوط حق المرتهن لاقبله ، وهذا أيضاً نقل بمعنى كما ذكرنا . هذا كله فيما اذا كان عدم جواز تصرف المخبز حين العقد من جهة فقدان الشرط أو وجود المانع .

## المسألة الأولى

(١) هذه المسألة فيما اذا كان عدم جواز تصرفه من جهة عدم مقتضي - أي عدم كونه مالكا - وقد جعلها المصنف على اقسام ثلاثة : لأنه تارة لا يكون مالكا حين العقد واقعا فيبيع مال الغير لنفسه مع العلم بأنه ليس له ، فيملكه بعد ذلك بسبب اختياري أو قهري ، واخرى يبيع مال الغير لنفسه مع عدم كونه مالكا ظاهرا فينكشف الخلاف ، وثالثة يعتقد أنه مال الغير فيبيعه لملكه ثم ينكشف خطأه وان له . ( أما الفرض الأول ) ففيه قولان الصحة والبطلان ، وقد نسب الصحة الى الشيخ استناداً الى ما ذكره في المال الزكوي قبل اخراج زكاته من صحة البيع في جميع المال اذا اغترم المال حصة الفقراء فان الفقراء شركاء في المال بأحد معاني الشركة من الشركة في العين أو في المالية أو بنحو الكلي في المعين ، فلم يكن البائع مالكا لحصتهم حين البيع ثم يملكها بعد أداء الزكاة من ماله الآخر . ولذا أورد عليه المحقق في المعتبر من ابتناء الصحة فيها على صحة بيع من باع ثم ملك ( ولكن الصحيح ) عدم ابتنائها

على ذلك ، فان هذه المسألة منصوصة ، وقد ذكر المصنف النص الوارد فيها في كتاب الزكاة (١) كما نقلها المحقق أيضاً ، ومضمونه أن المشتري في الفرض يؤدي الزكاة ثم يتبع البائع - أي يسترجع منه ما يقابله من الثمن أو يؤدي البائع لنفسه الزكاة - فيصح البيع في الجميع ، فمن المحتمل قريباً أن يكون منشأ ذهاب الشيخ الى الصحة التعبد بمقتضى الصحة لا القاعدة ، فلا وجه لما ذكره المحقق كما لا وجه لما اعترض به المصنف عليه من توجيه ما ذهب اليه الشيخ بحمله على احتمال أن لا يكون مسلك الشيخ في الزكاة شركة الفقراء مع المالك بجميع معانيها وكونه قائلاً بتعلق حقهم بالمال ، فانه على ما بيناه مع التزامه بالشركة والتزامه بعدم صحة البيع فيمن باع شيئاً ثم ملك يمكنه القول بصحة بيع جميع المال البالغ حد النصاب للنص الوارد فيها (وكيف كان) فلا يمكن اسناد القول بصحة البيع فيمن باع شيئاً ثم ملك الى أحد بمجرد ذهابه الى صحة بيع المال الزكوي ، فلا بد من التكلم فيما تقتضيه القاعدة في ذلك .

(والحاصل) لاملزمة بين ما نحن فيه - أعني من باع ثم ملك - وبين بيع المال الزكوي ، فانه وإن كانت من صغريات هذه الكبرى الا انه مورد للنص الخاص ، ولا يرفع اليد عنه بكونه مخالفاً للقاعدة مثلاً ، ولذا قلنا بعدم امكان اسناد القول بالصحة في المقام الى الشيخ لذهابه الى الصحة في بيع المال الزكوي .  
(ثم ان المسألة) كما عرفت في نفسها ذات قولين ، وسنتعرض الى الحاجة

(١) ذكر في الوسائل ج - ٦ - ص ٨٦ في الباب - ١٢ - من كتاب الزكاة ، المطبوع حديثاً . ما هذا لفظه : محمد بن يعقوب ، عن علي بن ابراهيم ، عن أبيه ، عن حماد بن عيسى ، عن حرير ، عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عليه السلام قال : قلت لابي عبد الله (ع) : رجل لم يرك لبله أو شاته عامين فباعها على من اشتراها ، ان يركبها لما مضى ؟ قال : نعم تؤخذ منه زكاتها ويتبع البائع أو يؤدي زكاتها البائع . انتهى .

الى الاجازة بعد ماملك وعدمه ، ففرض الكلام فعلا فيما اذا لحقته الاجازة بعد حصول الملك ، ولا يثبت في أن مقتضى العمرات هو الصحة كما صرح بالمصنف الا أن المحقق التسري ذهب الى البطلان واستدل عليه بوجوه :

## الوجه الاول مما استدل به المحقق التسري

على البطلان

( منها ) ما تقدم في بطلان بيع الغاصب ، وما ذكر هناك امور : ( احدها ) أن الغاصب غير قاصد لحقيقة المبادلة ، وانما يقصد تملك مال الغير بخروج مال شخص آخر عن ملكه لأنه ليس طرف الاضافة ( وقد أجبنا ) عنه هناك بوجهين : « احدهما » ما ذكره الميرزا من أن الغاصب يرى نفسه مالكا ادعاءً ، فكأنه يسترق الاضافة من المالك أيضاً ، نظير المجاز الادعائي الذي يدعيه السكاكي ، فيقصد تبديل طرفي الاضافة وان كانت اضافة العين المغصوبة اليه اضافة ادعائية ( وهذا الجواب ) على تقدير تماميته غير جار في المقام ، لأن من يبيع مال غيره ثم يملكه لا يرى نفسه مالكا حتى ادعاءً . ( وتوهم ) كونه طرف الاضافة بالأول والمشاركة واضح الفساد ، فانه لا يوجب تحقق الاضافة فعلا حتى ينحو الادعاء ، ولعل المحقق التسري نظر الى هذا الجواب حيث قال على ما حكاه المصنف : « وربما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك » أي من الجواب عن الاشكال ( ولكن ) هذا الجواب فاسد في نفسه ، اذ لا معنى للادعاء في الأمر الاختياري كما لا معنى لسرقته ، والغاصب إنما يسرق المال لا الاضافة « ثانيهما » ما يظهر من كلمات المصنف أيضاً وهو أن حقيقة المبادلة ليست متقومة بالمالكين وانما هي متقومة بالمالين ، فقصد وقوع البيع للمالك قصد لغو كما أن قصد وقوعه لغيره قصد غلط لا اعتناء به .

قوله ( قدّه ) : الثاني - انا حيث جوزنا (١)

( ثانيها ) ان ما ينشأ ببيع الغاصب - وهو بيع العين لنفسه - لا يتعلق به الاجازة ، فان المالك انما يجوز البيع لنفسه لا للغاصب ، فلا يرد البيع والاجازة على مورد واحد . ( وهذا ) الوجه غير جار في المقام ، لأن المفروض أن المميز يجوز البيع لنفسه بعد ما يملك - وهو المنشأ بالعقد - وهذا هو مراد المصنف بقوله : « وربما يسلم هنا من بعض الاشكالات الجارية هناك » .

( ثالثها ) الأخبار الناهية عن بيع ما ليس عندك وانه لا يبيع الا في ملك ، وقد تعرضنا لمفادها هناك (١) ، الا أن المحقق التسري جعلها وجهاً مستقلاً في المقام ، وهو الوجه السابع ، وتعرض له هناك تبعاً له « قدّه » .

## الوجه الثاني

(١) هذا هو الوجه الثاني من وجوه المنع ، وحاصله : انه يعتبر في البائع أمور ثلاثة حين البيع : أن يكون مالكاً ، وأن يكون راضياً ، وأن يكون قادراً على التسليم . وتحققها في بيع الأصيل ظاهر ، وأما اذا كان البائع فضولياً فيما أن البائع الحقيقي هو المالك المميز يعتبر تحقق هذه الأمور الثلاثة فيه حين البيع والا فيبطل ، وأما فيمن باع ثم ملك فليس المميز واجداً لشيء من هذه الأمور حين البيع - انتهى . والمصنف حلل هذا الوجه الى جهتين : احدهما عدم وجود الرضا بالبيع ممن يعتبر رضاه في البيع . ثانيها عدم القدرة على التسليم كذلك ( واجاب عن الأولى ) بأنه لا يستفاد من دليل اعتبار الرضا وهو قوله تعالى « الا أن تكون تجارة عن تراض » اكثر من اعتبار رضا المالك المميز حين الاجازة واستناد العقد اليه

وصيرورته تجارة له ( وعن الثانية ) بأن القدرة على التسليم حين البيع - وان كان معتبراً في صحته - الا انها لا بد وان تكون مفروضة في المقام ، لأن الكلام في بيع الفضولي انما هو في فرض استجابه لسائر الشرائط عدا كون البائع مالكا ، فالمناقشة في المقام من حيث فقد بقية الشرائط لا وجه لها .

## ( استدراك )

ذكرنا أن مقتضى العمومات فيمن باع شيئاً ثم ملك وأجاز هو الصحة ، فلو لم يكن مانع في البيع لا بد من الالتزام بها ، فلا بد من البحث عما احتمال كونه مانعاً وهو امور ذكرها التسري :

( الأول ) انه غير قاصد لحقيقة البيع والمبادلة كما في بيع الغاصب . وقد أجنبنا عنه في بيع الغاصب بأنه يدعي نفسه مالكا إما عدوانا او باعتبار العقلاء أو الفساق ، فهو يقصد حقيقة المبادلة بين المالين من حيث طرفي الاضافة ويستعمل اللفظ في ذلك حقيقة ويكون المجاز والادعاء في التطبيق ، وهذا هو المجاز الادعائي الذي قال به السكاكي ( وهذا ) الوجه غير جار فيما نحن فيه ، فالصحيح أن يقال : ان من باع شيئاً ثم ملك إما ان يقصد المبادلة بين المالين بعد انتقال المبيع اليه - بأن يكون الانشاء فعليا والمنشأ امراً استقباليا كما في الوصية - وحينئذ يكون قاصداً لحقيقة البيع ، الا ان الاشكال فيه انما هو من جهة التعليق المجمع على بطلانه - أعني التعليق على مالا يكون البيع معلقا عليه في نفسه فتأمل - وإما يقصد المبادلة الفعلية ، وحينئذ لا يكون قاصداً لحقيقة البيع الذي هو عبارة عن تبادل طرفي الاضافة كما ذكر المحقق التسري ، ولا يجري فيه ما ذكر في بيع الغاصب ، لأن البائع لا يرى نفسه مالكا وطرفا للاضافة حتى ادعاءً فكأنه ينشأ هبتين مجانبتين لا المبادلة بين

المالين ، فلا يصح ولو أجاز المالك أيضا لعدم تحقق البيع ليلحق به الاجازة .  
 (وبالجمله ) البيع وان لم يكن متقوما بالمالكين بل هو متقوم بالمالين - كما  
 ذكرنا - الا انه عبارة عن المبادلة بين المالين في جهة الاضافة ، فلا بد من قصدھا  
 عند الانشاء ، فاذا باع غير المالك مال غيره لنفسه فان كان يرى نفسه طرفا للاضافة  
 إما عدوانا كما في الغاصب وإما من جهة الخطأ واعتقاد أنه ملك له ، كما قد يتيقن  
 ذلك في المال المودع عند شخص كان قاصداً لحقيقة البيع ، غاية الأمر كان مخطئاً  
 في تطبيقه ، فيصح اذا اجاز المالك ( وأما ) إن لم يكن بانبا على انه طرف للاضافة  
 ومع ذلك باع الشيء لنفسه وقصد خروج المال عن ملك شخص ودخول عوضه  
 في كبسه فهو غير قاصد للبيع اصلا ، ولا يكون قابلا للصحة لا باجازة المالك  
 الأصلي ولا باجازة نفسه بعد ما يملك .

( هذا كله ) استدراك للوجه الأول ، فراجع الى ما كنا فيه من الوجه الثاني ،  
 وقد ذكرنا أن المصنف جعله منحللا الى وجهين : احدهما اعتبار رضا المالك حين  
 البيع ، والثاني اعتبار قدرة البائع على التسليم ( واجاب عن الأول ) بأن المستفاد من  
 أدلة اعتبار الرضا ليس الا اعتباره من المالك المحيز حين الاجازة واستناد العقد اليه  
 ( وعن الثاني ) بأن القدرة على التسليم وإن كانت معتبرة حين البيع الا انه لا بد وأن  
 يقدر مفروض الوجود في المقام ، فان الكلام في صحة الفضيولي إنما هو في فرض  
 استجماع العقد لجميع الشروط عدا رضا المالك ، فكأنه « قده » التزم بالبطلان في  
 المقام اذا لم يكن المالك قادراً على التسليم من حين البيع .

( ونقول ) لاوجه لهذا الالتزام ، وذلك لأنه لم يرد دليل خاص على اعتبار  
 القدرة على التسليم بعنوانها ، بل دليل اعتبارها منحصراً بالاجماع والغرر ( أما  
 الاجماع ) فلا بد من الاقتصار فيه على المتيقن ، وهو اعتبار القدرة على التسليم حين  
 تحقق حقيقة البيع ، واستناده الى المالك وهو زمان الاجازة لا من حين الانشاء ( وأما



قوله (قده) : الثالث - ان الاجازة حيث صحت كاشفة - الخ(١)

النهي عن الغرر ( فوضوعه الخطر ولاخطر من عدم قدرة المالك على التسليم قبل تحقق الاجازة ، وإنما يلزم الخطر منها بعد تحقق حقيقه البيع - فلا بد من ثبوت القدرة على التسليم من حين الاجازة لاجين العقد - ( وبالجملة ) المنهي عنه هو البيع الغرري لا العقد الغرري ، فاذا لم يكن في البين غرر حين الاجازة لامانع من الصحة .

( ثم لا يخفى ) أن ما هو شرط صحة البيع هو القدرة على التسليم ، وأما التسليم الخارجي فهو شرط ارتكازي في ضمن البيع ، وتخلفه يوجب الخيار لا البطلان .

## الوجه الثالث

(١) حاصله ان مقتضى العمومات هو أن الاجازة كاشفة عن تحقق المبادلة من حين صدور العقد ، فاذا فرضنا صحة البيع في المقام لا محالة تكون الاجازة كاشفة عن دخول المال في ملك المشتري من حين صدور العقد ، وفي ذاك الوقت لم يكن داخلا في ملك المميز ليخرج عنه الى المالك المشتري ، فيكون الخروج قبل الدخول ، ومن الظاهر توقفه عليه .

(وأجاب عنه ) المصنف بأن الاشكال مبني على ان تكون الاجازة كاشفة عن الملك من حين العقد ، وليس كذلك بل المراد بالكشف كشفها عن الملك من حين القابلية ، ففيما نحن فيه تكون الاجازة كاشفة عن ثبوت الملك من حين انتقال المال الى المميز ، ثم ذكر في طي كلامه أن المقتضي للصحة في المقام موجود - وهي العمومات - ولا مانع عن الصحة سوى رضا المالك المميز ، فاذا تحقق رضاه يكشف ذلك عن ثبوت الملكية من أول أزمنة القابلية ولا يلزم من الالتزام بالكشف بهذا

المعنى محال عقلي ولا شرعي ( ثم ذكر ) ان المقام لا يقاس بما اذا خصص المالك المحيز الاجازة بزمان متأخر عن العقد بأن اجازته من حين الاجازة ، فان البطلان هناك كما لا يستلزم الفساد في المقام لأن العقد هناك قابل لترتيب الأثر عليه من حينه بخلاف ما نحن فيه الذي لا قابلية لحصول الملك الا في زمان متأخر عن البيع - انتهى .  
 ( وورد ) المحقق النائيني على ما ذكره من عدم المانع عن الصحة بما حاصله ان المانع عنها موجود ، وهو بيع المالك ، فانه رد للبيع الأول . وبعبارة اخرى : يعتبر في قابلية العقد للحقوق الاجازة به أن لا يفصل بينه وبين الاجازة ما يمقطه ، وفي المقام بيع المالك الأول يكون رداً للبيع ، فلا موضوع لاجازة البائع بعد ماملك وقد مر أن المالك كما له اجازة العقد الواقع على ملكه له رده واسقاط الأمر الاعتباري الذي وجد في ماله .

وفيه : ( أولاً ) لو سلمنا أن للمالك رد البيع الواقع على ماله واسقاطه لأنه من شؤون سلطنة الناس على أموالهم الا ان موضوع قوله عليه السلام « الناس مسلطون على أموالهم » هو مال شخص الانسان لامال غيره ، فليس للمالك الأصلي إسقاط العقد الواقع على مال غيره بقاءً كما في المقام ( وثانياً ) ان هذا إنما يجري فيما اذا ملك البائع ما باعه في الشراء ولا يجري فيما اذا ملكه بالارث .  
 ( ومن الغريب ) ما ذكره المحقق المذكور بعد ذلك من أن تأثير الاجازة في حصول الملك لا من حين العقد يحتاج الى دليل ، وانه لا يقاس مسألتنا على مسألة الأثر ، لأنه لو اجاز الوارث العقد الواقع على ملك مورثه تؤثر اجازته على الكشف من حين العقد ولا يمكن الالتزام به في المقام - انتهى .

وأما ما ذكره المصنف من التفرقة بين المقام وبينما اذا خصص المالك المحيز الاجازة بزمان متأخر عن العقد فغير تام ، لجريان وجه البطلان هناك في المقام ، اذ الوجه فيه ليس الا أن المنشأ بالعقد إنما هي الملكية المطلقة من حين العقد ، فاذا

### قوله (قده) : الرابع - ان العقد الاول (١)

تعلقت الاجازة بالملكية المتأخرة عنه لم تتعلق الاجازة بما وقع ، فما وقع لم يجز وما اجيز لم يقع ، وفي المقام أيضاً يجري هذا الوجه ، لأنه اذا سئل المشتري من أيّ زمان اشتريت ؟ اجاب بأني اشتريت من حين العقد ، والمفروض عدم تعلق الاجازة بالملكية من حين الشراء ولو كان ذلك مانع شرعي ، فلو قلنا بالبطلان هناك لا بد من القول به في المقام أيضاً .

## الوجه الرابع

(١) حاصله ان صحة هذا العقد على الكشف يستلزم كون المال ملكاً لشخصين في زمان العقد : احدهما المشتري ، والآخر المالك الأصلي ، وهو مستحيل (وبعبارة اخرى ) يلزم من مالكية المشتري عدم كونه مالكاً ، وذلك لان المشتري انما يتلقى الملك من الهب ، وهو يتلقاه من المالك الأصلي ، فلكية المشتري متوقفة على مالكية الأصل - أي المالك الأول - مع ان مالكيته بنفي مالكية المالك الأصلي ، فيلزم من مالكية المشتري عدم مالكيته ، وهو محال .

(والجواب عنه ) ان لزوم ذلك مبني على كاشفية الاجازة عن الملكية من حين العقد ، وقد عرفت فسادها ، وانما تكشف الاجازة عن الملكية من حين القابلية - وهو زمان انتقال المال الى الهب - (الا انه يبقى اشكال عام ) في جميع موارد الفضيولي على الكشف ، وهو لزوم اجتماع مالكين على مال واحد في زمان البيع وهو المالك الأصل ومن انتقل اليه المال ، وفي المقام يلزم ذلك من حين انتقال المال الى الهب . (وحاصل الاشكال الرابع ) هو أن المفروض أن المال الواحد وقع عليه عقدان ، وصحة الأول منها متوقف على صحة العقد الثاني ، والا لم يكن لاجازة العقد

الأول اثر في صحته اصلا ، وصحة العقد الثاني متوقفة على بقاء المال على ملك مالكة الأول ، وهو ينافي صحة العقد الأول ، اذ لازمه على الكشف خروجه عن ملك المالك الأصلي ودخوله في ملك المشتري أو الالتزام باجتماع مالكين على مال واحد في زمان واحد ، وهو محال لأنها متضادان .

ثم ذكر المحقق التسري بعد بيان هذا الوجه : ( فان قلت ) مثل هذا لازم في كل عقد فضولي ، لأن صحته على الكشف تقتضي أن يكون المشتري مالكا من حين العقد ، مع ان صحته متوقفة على بقاءه في ملك المالك المجيز لتنفيذ اجازته والمفروض انه كاشف عن ملكية المشتري من حين العقد ( واجاب عن ذلك ) بأنه يكفي في الاجازة الملكية الظاهرة الحاصلة من الاستصحاب ، لأنها في الحقيقة رفع اليد واسقاط للحق ، ولا يكفي الملك السوري في البيع الثاني .

( واجاب الميرزا قده ) عن الاشكال بالالتزام بالملكية كل منها وانه لا مانع من ذلك لكونها طوليين ، كما فيما يملكه العبد ، فانه مملوك له ومملوك لمولاه أيضاً لكن طولاً ( وفيه ) ان الالتزام بذلك في العبد وما يملكه وان كان ممكناً اذ لا مانع من اعتبار ملكية ضعيفة للعبد تترتب عليها بعض الآثار واعتبار ملكية المولى للعبد ، فيكون مالكا لما يملكه أيضا بالتبع ، نظير ملكية الله تعالى لعبيده وأملاكهم ( الا ان ذلك ) غير جار في المقام ، اذ لا طولية للملكية المشتري والمالك المجيز غير كون ملكية المشتري معلولة للملكية المجيز ، والا فهما ملكيتان مستقلتان والتنافي بينهما واضح ، فما اجاب به « قده » غير تام .

( وأما ) ما ذكره التسري فأورد عليه المصنف بوجوه كلها صحيحة ( أولا ) ان الملكية السورية غير كافية في الاجازة ، ولذا لو فرضنا أن مال احد بيع فضولة ثم باعه وكيله من شخص آخر ولم يعلم به المالك فأجاز البيع الفضولي لم تصح الاجازة مع ثبوت الملكية الاستصحابية له ( وثانيا ) ان الاجازة كالبيع لأنها اسناد

## قوله (قده) : ان الاجازة المتأخرة (١)

العقد الواقع فضولة بالمالك ، فكأنه يبيع حتمية بالاجازة ، فلا فرق بينهما وبين البيع ( وثالثاً ) نسلم أن الاجازة اسقاط حق ، الا ان اسقاط الحق انما يتم في الحق المتعلق بمال نفسه لا بمال غيره .

( ثم ) ان المصنف كأنه التزم بالاشكال على القول بالكشف الحقيقي ، ولكن الظاهر انه لاوجه للالتزام به ( وذلك ) لأنه لو قام دليل على الكشف كذلك لحكمتنا بعدم اعتبار الملكية الحقيقية في المجيز ، اذ لا مانع من ان يعتبر الشارع اجازة الأجنبي في صحة الفضولي ، لكن الأجنبي الذي باجازته يكون اجنبياً ولولم يجز يكون مالكاً فيكفي في المجيز الملكية لولا الاجازة ، فبالاجازة يستكشف ان المال كان ملكاً للمشتري من حين العقد وخارجاً عن ملك مالكة الاول كذلك . هذا كله في دفع الاشكال العام ، وأما دفع الاشكال الوارد في المقام فقد مر جوابه ، فلا نعيد .

## الوجه الخامس

(١) حاصله : ان البيع الثاني بما انه واقع على مال المشتري على الكشف فصحته تتوقف على اجازته ، والمفروض ان اجازته ايضاً متوقفة على صحة العقد الثاني ، فيتوقف كل منهما على الآخر ، وهو محال ثم يلزم ايضاً تملك المشتري للمبيع بلا ثمن او مع شيء زائد أو بأنقص من الثمن . مثلاً : اذا فرضنا انه اشترى البايع بدرهم فيما أن البيع الثاني وقع على ماله كان ثمنه ملكاً له ، فان كان الثمن فيه ايضاً درهماً ملك المبيع بلا ثمن ، وان كان ازيد ملك الثمن والمثمن مع شيء زائد ، وان كان نصف درهم مثلاً ملكه بنصف درهم .

( واجاب ) عنه المصنف بأن كل ذلك مبني على كاشفية الاجازة عن ملك

قوله (قده) : السادس ان من المعلوم (١)  
قوله (قده) : السابع الأخبار المستفيضة (٢)

المشترى من حين العقد ، وقد مر فسادة وهو صحيح كما هو ظاهر .

## الوجه السادس

(١) هذا الوجه - اعني كون البيع الثاني من المالك رداً فعلياً للبيع الأول - قد تقدم تفصيله فلا نعيد (ويرد) عليه أولاً ان الرد إنما يكون مانعاً عن اجازة الراد لا غيره وفي المقام المحيز غيره (وثانياً) ان الرد وابطال العقد وان كان من شؤون سلطنة الناس على اموالهم فهو مختص بمال نفسه لامال غيره ، وفي المقام يكون المال بقاء ملك البائع الأول (وثالثاً) ان البيع ليس رداً وانما هو معدم لموضوع الاجازة بالقياس الى البائع ، فلا مجال معه لاجازته لا بالقياس الى شخص آخر ، وهو المشتري منه .

## الوجه السابع

(٢) الروايات الواردة في المقام على طوائف ثلاث : (١) (الأولى) ماتكون صريحة في البيع الشخصي كروايتي ابن الحجاج ، أي يحيى بن الحجاج وخالد بن الحجاج (الثانية) . ماتكون ظاهرة في البيع الكلي كصحيحة معاوية بن عمار قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام يميني الرجل فيطلب بيع الحرير - الحديث ، فان المراد بالحرير إما الابرسم وإما الثوب المنتوج منه (الثالثة) ماتكون عامة تشمل

(١) ذكرها في الوسائل ج ١٢ باب ٧ و ٨ ص ٣٧٤ .

البيع الشخصي والكلي كقوله صلى الله عليه وآله وسلم « لا تبع ما ليس عندك » فان النكرة في سياق النهي ظاهره في العموم ، فيعم الشخصي والكلي .

ولا يبعد أن تكون صحيحة ابن مسلم من قبيل البيع الشخصي ، فان قول الرجل فيها « ابتع لي متاعاً لعلني اشتريه منك بنقد أو نسيه » لا يمكن أن يكون هو الذي اشتراه المشتري ، بأن يكون المشتري نكرة كما هو ظاهر لفظ المتاع مع التنوين ، بل انما سأل السائل هذا العنوان من باب أن متاعاً دون متاع لا خصوصية له من حيث الحكم الشرعي ، لا أن المشتري اراد منه شراء متاع على التعيين ، بل الظاهر ان المشتري شخص ما يبتاعه البائع ، وهو مرجع الضمير في قوله « لعلني اشتريه منك » .

( وكيف كان ) الطائفة المطلقة لوجه حملها على التقية ولا على الكراهة ، بل لا بد من تقييدها بغير الكلي للقطع بجواز بيع الكلي خلافاً للعادة ، فانهم منعوا عن بيع الكلي الا في الصرف والسلم ، وقد نقض عليهم في بعض الروايات بعدم الفرق بين بيع الصرف والسلم وبين غيره ، فاذا جاز بيع الكلي فيه جاز في غيره أيضاً ، فقوله عليه السلام « لا تبع ما ليس عندك » كأنه مقيد بكلمة الاستثناء « الا في بيع الكلي » .

( وأما الطائفة الظاهرة في بيع الكلي ) فلا مناص من حملها على التقية أو على الكراهة لما عرفت .

( وأما الطائفة الثالثة ) - أعني الصريحة في بيع العين الشخصية - فظهور النهي في بعضها واثبات البأس في بعضها الآخر في الفساد غير قابل للانكار ، وانما الكلام في انها تحمل على فساد البيع غير مبني على الاجازة من المالك ، بمعنى عدم ترتب الأثر على مجرد البيع ممن ليس بمالك ، ولا ينافي ذلك ترتب الأثر عليه بعد الاجازة ، وهذا الحمل هو الذي حكاها المصنف وان لم يرتضه .

( والظاهر ) انه خلاف الظاهر ، ولا وجه له ، لأن إطلاق البيع يعم ما بعد الاجازة أيضاً ولا وجه لتقييده ، ويشهد لذلك ابتداء نفي البأس في بعض الأخبار

### قوله ( قدّه ) : غير مترتب لإجازة المالك (١)

على عدم تحقق الالتزام المعاملي من طرف المشتري ايضاً ، كقوله عليه السلام « اليس ان شاء اخذ وان شاء ترك ؟ قلت : بلى . قال : لا بأس » والمراد به الالتزام الشخصي من المشتري لا اللزوم الشرعي لما ذكرناه من جواز المعاملة الفضولية من طرف الأصيل ايضاً ما لم تحصل الاجازة ، فورد نفي البأس ان لا يتحقق التزام معاملي أصلاً دون ما اذا تحقق ذلك ، فان فيه بأس مطلقاً ولو مع حقوق الاجازة .  
( ثم لا يخفى ) ان ما ذكرناه غير مستلزم لفساد بيع الفضولي ، وذلك لأن البيع فيه يكون للمالك لا لغيره وباجازته يستند اليه ، فليس من بيع ما ليس عنده ، وهكذا في بيع الغاصب فانه ايضاً يقصد تبديل طرفي الاضافة وبيع للمالك ، غايته يدعي نفسه مالكاً عدواناً فلا يكون مشمولاً للاخبار ، وهذا بخلاف من يبيع لنفسه فانه مصداق لمورد الفحص عن بيع ما ليس عنده .

( ويؤكد ما ذكرناه ) ما في رواية الحسن بن زياد الطائي (١) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : اني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير اذن مولاي ثم اعتقني فأجدد النكاح ؟ فقال : علموا أنك تزوجت ؟ قلت : نعم قد علموا فسكتوا . قال : ذلك اقرار منهم - الخبر . فان عتق العبد في نكاحه بمنزلة من يملك فيمن باع مال غيره ، ومع ذلك جعل عليه السلام صحته مبنية على كون سكوت المولى اقراراً منه لاعلى كفاية اجازة العبد بعد عتقه ( فالصحيح في المقام ) هو المنع للوجهين السابقين ولهذا الاخبار ، وهي عمدة الوجوه .

(١) لا اشكال في أن القدر المتيقن من مورد الاخبار هو ما اذا باع مال غيره منجزاً غير معلق على اجازة المالك ولا على الشراء منه ، كما انه ايضاً مورد استدلال

(١) هذه الرواية آخر رواية ذكرت في الوسائل في هذا الباب ص ٥٢٦



قوله (قده) : ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله الى البائع فأجاز (١)

العلامة على الفساد بالغرر وعدم القدرة على التسليم ، وأما اذا باعه معلقاً على اجازة المالك أو على أن يشتريه منه او كان البيع منجزاً ولكن علق لزومه على احد الأمرين الذي مرجعه الى جعل الخيار لنفسه اذا لم يجز المالك أو لم ينتقل المال اليه بحيث لا يجب عليه تحصيله فهو خارج عن مورد كلام العلامة كما افيد ، الا أن كون القدر المتيقن من مورد الأخبار صورة للتنجيز لا ينافي شمول اطلاقها لصورة التعليق ايضاً ، فان كل مطلق يكون له قدر متيقن ، فقتضى اطلاق الأخبار المانعة عدم جواز بيع العين الشخصية لنفسه قبل أن يملكها الانسان مطلقاً منجزاً أو معلقاً وان لم يكن في المطلق مانع عن الصحة من حيث الغرر ولا من جهة عدم القدرة على التسليم . هذا كله فيما اذا باع الانسان ما لا يملكه لنفسه .

(١) هذا الفرع - أعني ما اذا باع غير المالك للمالك ثم انتقل المال اليه بسبب قهري او اختياري فأجاز - وان كان خارجاً عن مورد بعض الأخبار المانعة عن بيع الانسان ما لا يملكه كالنبوي ، اذ المفروض في المقام أن البيع يكون للمالك للبايع فلا يعمه المنع عن بيع ما ليس عنده لظهوره في بيعه لنفسه لا للمالك ، الا ان بعضها الآخر يعمه ، كقوله في رواية ابن الحجاج « لا تواجهها قبل أن تستوجبها أو تشتريها » وقوله عليه السلام في صحيحة ابن مسلم « ليس به بأس انما يشتريه منه بعد ما يملكه » فان الاستفادة منها لا بد وان يقع الشراء من المالك . وفي الفرع الشراء السابق لم يكن من المالك ، وبعد ما ملك البائع لم يتحقق شراء منه - فتأمل ، فيكون داخلياً في مورد البأس - فتأمل ، فلاوجه لمادعاه المصنف من خروجه عن مورد الأخبار .

(هذا) مضافاً الى ان القاعدة فيه تقتضي البطلان ولو سلمنا عدم شمول الأخبار ، وذلك لأن البيع - وان لم يكن متقوماً بالمالكين بل هو مبادلة بين المالكين -

### قوله (قده) : لو باع لثالث معتقداً لتملكه (١)

الا ان المبادله لا بد وأن تكون في اضافة المالكين ، أي الاضافة الشخصية الثابتة لشخص المالك لالكليه (وعليه) فما قصده البائع - وهو تبديل الاضافة الثابتة للمالك الأصلي - المفروض عدم تحققه وعدم تعلق الاجازة به ، وما يتعلق به الاجازة وهو تبديل الملكية الجديدة فهو غير منشأ بالعقد .

(وما) ذكره المصنف من امكان دفع هذا الاشكال بما اندفع به سابقاً الاشكال في عكس المسألة ، وهو مالو باعه الفضولي لنفسه فأجازته المالك لنفسه غير تام ( وذلك ) لأن في بيع الغاصب لنفسه كان الغاصب قاصداً لتبديل الاضافة الشخصية الثابتة لشخص خاص ، غاية الأمر كان يدعي هو عدواناً ، وهكذا فيمن باع مال غيره لنفسه باعتقاد كونه له ، وهذا بخلاف المقام - فتأمل . فلا يقاس بشيء من الموردين ، ولعله لهذا أمر المصنف بالتأمل .

(١) هذا هو النوع الثالث - أعني ما اذا باع غير المالك لشخص اجنبي لالنفسه وللمالك معتقداً كونه مالكا ثم ملك فأجاز فهل يصح ذلك ام لا ؟ بما ذكرناه ظهر ان الصحيح فيه هو الفساد أيضاً ، لما عرفت من ان ما انشأ بالعقد هو تبديل طرف الاضافة ، وهو شخص المالك الأصلي ولم يتعلق به الاجازة (وبالجملة) لا بد في صحة العقد الفضولي من كون المميز هو المالك حين العقد بسبب قهري او اختياري فأجاز فسد البيع .

(ومن الغريب) ما ذكره الميرزا من التفصيل بين مورد الارث وغيره ، وذهابه الى صحة البيع في الأول ، بتخيل أن الوارث بمنزلة المورث فاذا أجاز يستكشف منه صحة البيع من زمان حياة المورث ، فانه أي دليل قام على التنزيل وليس في بين الا ان ما تركه الميت فلوارثه . وأما التنزيل فلم نعر له على دليل ، والصحيح ما بيناه .

## قوله (قده) : وهي ما لو لم تجز المالك (١)

(١) أما بناءً على فساد بيع من باع شيئاً ثم ملك فأجاز فلا ينبغي البحث عن هذا الفرع - أعني من باع شيئاً ثم ملك فلم يجز البيع - فانه فاسد بالأولوية ، وأما لو بنينا على صحة البيع في فرض الاجازة فيقع الكلام في ذلك : والبيع فيه تارة يكون للمالك واخرى لنفسه ، أما اذا باع للمالك فملك ولم يجز فالفساد مما لا اشكال فيه (وذلك) لعدم صدور التزام منه بالمبادله اصلاً ، اذ المفروض انه باع عن المالك لاعن نفسه ، وهذا واضح .

وأما اذا باع لنفسه فربما يقال فيه بالصحة تمسكاً بعموم «أوفوا بالعقود» ، فانه لم يكن شاملاً له قبل أن يملك لكونه اجنبياً ، فيعمه «اذا ملك» . ولكن الصحيح فيه ايضاً هو الفساد ، لأن البائع يقصد المبادلة بين ملكه ومال شخص آخر وانما قصد دخول الثمن في كيسه بأزاء خروج عوضه عن كيس شخص آخر ، فهو لم يقصد حقيقة البيع .

وأما «أوفوا» فهو خطاب متوجه الى المالك ، والبائع حين البيع لم يكن مالكاً ليكون مخاطباً بالوفاء ، وبعد ما ملك لم يصدر منه بيع ، فهذا البيع خارج عن عموم «أوفوا بالعقود» بالتخصيص لا بالتخصيص .

(ومن هنا) يظهر ما ذكره المصنف من أن المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع الى حكم العام ، فان الدوران بين الأمر انما يكون فيما اذا خرج فرد من افراد العام عن حكمه بالتخصيص في زمان ثم شك بعد ذلك في دخوله تحت العام ، وأما الخروج عن العام فيما نحن فيه فهو بالتخصيص لا بالتخصيص (ثم) لو تنزلنا عن ذلك وقلنا بشمول عموم «أوفوا» لهذا البيع فلا بد من تخصيصه ورفع اليد عنه بقوله سبحانه «الا أن تكون تجارة عن تراض» ، فان المفروض عدم رضا البائع بعد ما ملك ، فيدخل تحت عنوان اكل المال بالباطل .

قوله ( قدّه ) : الثالثة مالو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف (١)

( هذا ) مضافاً الى ان الأخبار المانعة عن بيع ما ليس عندك كافية في اثبات فساد هذا البيع ، بل هو القدر المتيقن من موردها ، لأنه بيع غير المالك مال الغير لنفسه مع عدم الاجازة اذا ملكه ( نعم ) هناك فرع رابع ، وهو ما اذا باع مال غيره معلقاً على تملكه فانه غير محتاج الى الاجازة بعد حصول الملك مع قطع النظر عن كون التعليق فيه مفسداً ، اذ البيع في ظرف فعليته مستند الى المالك ولا حاجة فيه الى الاجازة .

( ومن الغريب ) ما ذكره الميرزا « ره » من انكار الفرق بين فرض الاجازة وعدمها ، فان قلنا بالصحة لابد منه في كلا الفرضين ، وكذا لو قلنا بالفساد ( وذلك ) لأن الاجازة في الفضولي انما يحتاج اليها لئلا يمانن جهة حصول الرضا أو من جهة تحقق الاستناد بها ، وكلا الأمرين ثابت في الفرض بدون الاجازة ، فان المالك هو الذي باع المال لنفسه بطيب نفسه ( وفيه ) ان الاجازة وان كان اعتبارها من جهة الاستناد الا أن المعتبر استناد العقد الى المالك بعد مملك وهو غير حاصل قبل الاجازة ، فلا مانع مع قطع النظر عما تقدم من القول بالصحة في فرض الاجازة والقول بالفساد في فرض عدمها .

(١) هذه المسألة كما ذكر المصنف تتصور على اربعة صور : لأن انكشاف جواز التصرف تارة يكرن بانكشاف كونه ولياً . والمراد بالولاية ما يعم الاذن ولتوكيل لخصوص الولاية الشرعية ، واخرى بانكشاف كونه مالكاً ، وعلى التقديرين تارة يبيع للمالك واخرى يبيع لنفسه .

( الأولى ) ان يبيع عن المالك فينكشف كونه ولياً - كما اذا باع شخص مال طفل فإن كونه ولده - والظاهر فيه الصحة ، لأنه عقد صادر من الولي والمفروض

### قوله ( قدّه ) : الثانية ان يبيع لنفسه (١)

استجماعه لبقية الشروط أيضاً ، الا انه حكي عن القاضي براج التفصيل في بيع العبد المأذون في التجارة مع عدم وصول الأذن اليه ، بينما اذا أبرز المولى اذنه لشخص آخر فيصح بيعه وبين ما اذا لم يبرز لأحد اصلا فيفسد . ولم نعرف لذلك وجهاً ، فاننا وان لم نكتف في الاستناد وخروج العقد عن الفضولية بمجرد الرضا الباطني الا انه يكفي فيه الرضا المبرز وان لم يصل الى المأذون ولا الى غيره ، فاذا فرضنا ان المولى كتب الى العبد يأذنه في التجارة وهو باع ماله قبل وصول الكتاب اليه صح بلا اشكال ، لأن مجرد الكتابة مبرز للرضا خصوصاً في بيع العبد مال نفسه الذي هو محل الكلام ، فانه كما ذكرنا لا قصور فيه الا من ناحية رضا المالك المعبر فيه شرعاً ، فلا حاجة فيه الى الابرار اصلا .

## المسألة الثانية

(١) اذا باع مال غيره لنفسه فبان كونه مأذوناً من قبل المالك في البيع عنه فمن حيث صحة العقد لا اشكال ، لما عرفت من عدم تقوم البيع الا بالمالين فقصده ببيع مال الغير لنفسه قصد لغو لا يضر ولا ينفع ، فالبايع قاصد لحقيقة البيع والمبادلة بين المالين ، والمفروض كونه مأذوناً فيه .

وأما من حيث توقفه على الاجازة فوجهان : ربما يتوهم توقفه عليها بتخييل ان ما وقع في الخارج - وهو البيع لنفسه - لم يكن البائع مأذوناً فيه ، لأن البائع انما كان مأذوناً في البيع للمالك لا البيع لنفسه ، فلم يقع البيع على الوجه المأذون فيه ، فلا بد من الاجازة في صحة البيع . وبعبارة اخرى كانت الحثيثة تقييدية لاتعليلية ( وفيه ) ان الاجازة أيضاً لاتتعلق بما وقع وانما تتعلق بالبيع للمالك الذي تعلق

قوله ( قده ) : الثالثة أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكاً (١)

الاذن به أيضاً ، فاذا أرت الاجازة اللاحقة فيه فالاذن السابق أولى بالتأثير .  
(وبالجمللة ) الأمر في هذا البيع دائر بين الصحة بدون الحاجة الى الاجازة  
والفساد حتى مع الاجازة ، فان قصد وقوعه لنفسه ان كان لغواً صح بلا حاجة  
الى الاجازة والافسد مع الاجازة أيضاً لتعلقها بغير ما وقع في الخارج .

## المسألة الثالثة

(١) مثاله المعروف مالو باع مال ابيه له معتقداً حياته فبان كونه ميتاً وانتقال  
البيع اليه بالارث ، والكلام فيه يقع في مرحلتين :  
( المرحلة الأولى ) في حكمه من حيث الصحة والفساد ، والأقوال فيه اربعة :  
الصحة مطلقاً من غير حاجة الى الاجازة ، والبطلان كذلك ، والصحة مبنية على  
الاجازة ، والصحة الجائزة . والفرق بين الأخيرين ظاهر ، فانه على الأخير يكون  
البيع صحيحاً ولو لم يجز المالك غايته اذا فسخ يحل البيع من حينه ، وهذا بخلاف  
سابقة فان صحة البيع عليه يكون مبنياً على الاجازة فلو لم يجز فسد من الأول .  
والمشهور بين الأصحاب الموافق للقاعدة هو الصحة ، لما عرفت من ان قصد وقوع  
البيع عن الغير لا يقدر كما لا يقدر ذلك في بيع الغاصب ومن اعتقد كونه مالكاً  
لشيء ولم يكن مالكاً ، فهو يبيع صادر من اهله واقع في محله .  
وما ذكره فخر المحققين في الايضاح من الوجوه الثلاثة للبطلان غير تام كما  
ذكر المصنف : ( أما الوجه الأول ) - وهو انه قصد البيع عن الأب لاعنه - فقد  
عرفت الجواب عنه وان البيع غير متقوم بالمالكين وانما هو متقوم بالمالين ،

والمفروض انه قصد المبادلة بينها حقيقة ، وقصد كونه عن غيره قصد لغو ، ولذا لم يستشكل احد فيما اذا باع الفضولي مال عمرو معتقداً كونه لزيد فأجاز مالكة وهو عمرو في أنه يقع البيع له . ( وأما الوجه الثاني ) - وهو ان البيع حينئذ وان كان منجزاً صورة الا انه معلق على موت المورث واقعاً ( ففيه ) انه يناسب الفرع الرابع ، وهو ما اذا باع لنفسه فبان كونه مالكاً ، وأما في هذا الفرض فاي معنى لتعليق البيع على موت المالك مع انه يبيع له ، ولعل ما ذكره في المقام من سهو القلم هذا مضافاً الى ان التعليق على فرض ثبوته صوري لا واقعي . ( وأما الوجه الثالث ) وهو كون البائع عابثاً في بيعه اذا كان عالماً بان المال ليس له ( ففيه ) انه لا يستلزم العبث واللغو في الالتزام المعاملي والا لزم فساد البيع الفضولي مطلقاً ( نعم ) من حيث الزوم الشرعي يمكن أن لا يكون قاصداً حقيقة ، وهذا معنى ما ذكره الشهيد في المسالك من ان المكره والفضولي قاصدان لللفظ دون المعنى ، الا ان هذا خارج عن حقيقة البيع . هذا كله في اصل الصحة .

( وأما المرحلة الثانية ) - أعني توقفه على الاجازة - فربما يدعى عدم توقفه عليها ، لأن المالك هو المباشر للعقد ، وأي اجازة اقوى من صدور العقد من المحيز كما ربما يدعى توقفه عليها ، كما عن المحقق « قده » بدعوى ان البائع لم يقصد نقل الملك ، وانما قصد نقله مبنياً على اجازة المالك ، فلا بد من الاجازة .

( وليعلم ) ان هذا هو مراد المحقق من قوله انه لم يقصد البيع الناقل للملك من الاذن بل مع الاجازة لامن حيث زمان العقد اوزمان الاجازة كما تخيله المصنف فأورد عليه بمنافاته لما بني عليه المحقق من كون الاجازة كاشفة عن نقل الملك من حين العقد ، وعليه فقصد البائع للنقل من حين الاجازة يكون موجباً للفساد ، فلا وجه لهذا الايراد أصلاً على ما بيناه ( ولكن ) يرد على اصل الاستدلال ان كون البيع مبنياً على الاجازة او غير مبني عليها ليس دخيلاً في حقيقة البيع ليعتبر قصده

او يقدر قصد خلافه ، وانما هو من الأحكام الشرعية فاعتبر شرعاً في صحة العقد الواقع على مال الغير لحوق الاجازة من المالك ، ولعل هذا هو مراد المحقق من قوله « الا ان يقال » الخ .

( هذا ) ولكن مع ذلك الصحيح توقف هذا البيع على الاجازة ، لما افاده المصنف من ان الخطاب في « أوفوا بالعقود » متوجه الى المالك ، فيكون منصرفاً الى العقد المنتسب الى المالك بما انه مالك بهذا العنوان ، وكذلك «التجارة عن راض» وهكذا دليل « لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه » فالمستفاد من جميع ذلك اعتبار رضا المالك في حل ماله بعنوان انه مالك ، فاذا لم يكن ملتفتاً الى كون المال له ليس رضاه بعنوان كونه مالكا ، وان كان رضا ذات المالك متحققاً ، وهذا نظير التكلم في اثناء الصلاة غفله عن كونه في الصلاة ، فان التكلم - وان كان عمدياً - الا ان التكلم في الصلاة بهذا العنوان ليس عن عمد ، وهكذا الأكل في نهار رمضان ، فان ذات الأكل - وان كان عن عمد - الا انه ليس الأكل في نهار رمضان بهذا العنوان عن عمد ، ولذا لا يحكم به ببطان الصوم او الصلاة ، وهذا التنظير ذكره الميرزا وهو تنظير حسن .

( وبالجملة ) ظاهر الأدلة اعتبار رضا المالك واستناد التجارة اليه بعنوان كونه مالكا ، ولا يتحقق ذلك الا باجازة البيع بعد علمه بأنه مالك ، والأمثلة التي ذكرها المصنف بعضها شاهد على ما ذكرنا وبعضها مؤيدله ، أما الشاهد فهو ما مثل به من انه لو أقدم احد لغيره طعاماً أو شيئاً آخر وأباح له التصرف فيه معتقداً كونه لغيره والمأذون يعلم بأنه ليس له التصرف فيه ، وأما المؤيد فهو ما ذكره فيما اذا اعتق عبده باعتقاد انه عبد الغير أو طلق زوجته باعتقاد كونها زوجة الغير فانه لا ينعقد العقد والطلاق ، والوجه في كونها مؤيداً لاشهاداً إمكان الفرق بين الطلاق والعتق وبين البيع لأن الزوجة مقوم في الطلاق والعبد مقوم في العتق ، فلا يقاس بالبيع الذي



قوله ( قدّه ) : ثم انه ظهر مما ذكرناه (١)  
 قولو ( قدّه ) : ثم ان الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة  
 على القول بصحة العقد الفضولي (٢)

هو متقوم بالملمين لا المالكين .

(١) قد عرفت أن احد الأقوال في المسألة صحة البيع منزلاً فللمالك خيار  
 الفسخ لا الاجازة وقد نسب هذا القول الى صاحب الجواهر مستدلاً على ثبوت  
 الخيار بقاعدة لا ضرر ، وعلى الصحة بالعمومات والجمع بينهما يقتضي الصحة مع  
 ثبوت الخيار ( وفيه ) كما ذكره المصنف ان الضرر إن كان لعيب في احد العوضين  
 او لتقصان قيمته السوقية عما بذل بأزائه فلا محالة يكون لزوم البيع ضرورياً ، فينتفي  
 بجديت لا ضرر ويثبت الخيار ، وأما ان كان الضرر في نفس انتقال مال الشخص  
 عن ملكه بدون رضاه فجديت لا ضرر يقتضي بطلان البيع رأساً بدون حقوق اجازة  
 المالك ورضاه لا الخيار .

( وبالجملّة ) تارة يكون اصل صحة البيع مفروغاً عنه ويكون لزومه ضرورياً ،  
 فيتمسك بجديت لا ضرر لنفيه ، وأما اذا لم يكن البيع صحيحاً في نفسه فلا مجال لرفع  
 لزومه بلا ضرر ( وبعبارة اخرى ) اذا كانت العمومات شاملة للبيع حدوداً وكان  
 بقاؤه ضرورياً يتمسك بجديت لا ضرر ويخصص به العام أو المطلق ، فالتمسك بلا  
 ضرر انما هو لتخصيص العام الشامل للمورد لولا جديت لا ضرر ، وأما اذا لم تكن  
 العمومات شاملة للبيع في حد نفسها - كما في المقام لما عرفت من انها خطاب الى  
 الملاك فلا يعم البيع مالم يكن مستنداً الى المالك بما انه مالك - فأبي معنى للتمسك  
 بجديت لا ضرر وأي عام يخص به .

(٢) فيمكن القول بصحة البيع فيما نحن فيه وان قلنا بفساد العقد الفضولي ،  
 وذلك لأن عمدة ما استند عليه في بطلان العقد الفضولي إنما هو ماورد في المنع عن

بيع ما ليس عندك ، وقد أجبنا عن ذلك بأن البيع بعد الاجازة يكون بيع المالك ، فاذا فرضنا عدم تمامية هذا الجواب والتزامنا بفساد الفضولي لا يستلزم ذلك القول بفساد البيع في المقام لأنه بيع المالك واقعاً ، فليس من بيع ما ليس عنده كما هو ظاهر . ( نعم ) لو تمسكنا لفساد الفضولي بقبح التصرف في مال الغير عقلاً وحرمة شرعاً وان العقد على مال الغير تصرف فيه جرى ذلك في المقام ، لأن بيع ما يعتقد البائع كونه للغير قبيح أيضاً لأنه تجري فيكون فاسداً . هذا ولكن من الظاهر انه انما يتم لو قلنا بجرمة التجري شرعاً ، وأما على المختار من كونه قبيحاً عقلاً فقط فلا يجري فيه هذا الوجه ايضاً .

( وقد تحصل من جميع ما ذكر ) صحة البيع في هذا الفرع بمقتضى العمومات والاطلاقات وتوقفه على الاجازة لاعتبار رضا المالك به بعنوان انه مالك على ما استظرناه من الأدلة ، وعلى هذا يختص الحكم بالصحة في أمثال المقام بما اذا كان المنشأ قابلاً للحقوق الاجازة كالعقود ، وأما اذا لم يكن قابلاً لها كالإيقاعات بناءً على قيام الاجماع على عدم قابليتها للاجازة فلا مناص فيها من البطلان ، كما في مثال عتق العبد باعتقاد أنه للغير فيان كونه له ، وطلاق الزوجة باعتقاد انه زوجة الغير المتقدمين ، فلا بد فيهما من الحكم بالبطلان رأساً بناءً على التوقف على الاجازة كما اخترناه .

( نعم ) من قال في الفرض بالصحة مطلقاً غير متوقفة على الاجازة أمكنه القول بالصحة فيما كان من قبيل الايقاعات أيضاً .

قوله (قده) : الرابعة - أن يبيع لنفسه (١)  
قوله (قده) : الأول - يشترط فيه كونه جامعاً (٢)

## المسألة الرابعة

(١) صحة البيع في هذه الصورة واضحة على ما تقدم في الصورة السابقة عليها ، بل الظاهر عدم توقفه على الإجازة أيضاً ، وذلك لأن البائع لنفسه يبني على انه مالك فيرضى بالبيع بعنوان انه مالك ولو ادعاءً . مثلاً : اذا فرضنا ان أحد المتقارمين ربح في القمار وكان ما حصله في الواقع عين ما اخذه الطرف منه بالقمار قبل يوم مثلاً وهو لا يعلم به فباعه ، فانه في هذا الفرض يرى نفسه مالكاً باعتبار نفسه بل بحسب اعتبار العرف والعقلاء حتى المسلمين الغير المتشريعين ، فانهم يعتبرون الملكية في هذه المواقع وأمثالها ، ولذا يعدون ما حصله الانسان بهذه الأسباب من أملاكه وأمواله ، فهو في اعتباره المعاملي قاصد للمبادلة في هذه الملكية وبمعنى كونه مالكاً ومجرد انه يرى نفسه غير مالك في حكم الشارع لكونه متشريعاً لا ينافي طيب نفسه بالمبادلة بعنوان انه مالك بحسب اعتباره ، ولا يعتبر في شمول العمومات اكثر من هذا - فتأمل . إذ يصدق حينئذ أن التجارة ناشئة عن رضا المالك بها بما هو مالك ، فلا حاجة فيه الى الاجازة بعد التفاته الى انه مالك شرعاً ايضاً .

## شروط العقد المجاز

(٢) بعد الفراغ عن شروط المجيز شرع في شروط العقد المجاز . لا اشكال في انه يعتبر في صحته كل ما يعتبر في صحة العقد عدى رضا المالك ، فان الاجازة اللاحقة

لاتكون أقوى من الاذن السابق ، فاذا كان العقد فاقداً لبعض الشرائط المتبعة فيه لا يصح بالاذن السابق فضلاً عن الاجازة اللاحقة ، بل لا يصح اذا صدر من نفس المالك فضلاً عما اذا لحقته اجازته .

( وبالجملة ) الاجازة لاتصحح العقد الفاسد في نفسه ، وهذا ظاهر (وعليه) فلا بد من أن يكون العقد واجداً لشرائط العقد . كما يعتبر أن يكون واجداً لشرائط المتعاقدين بما هما متعاقدان ، وأما شرائط العوضين فكذلك ، بداهة انه لو باع نفس المالك ام الولد يفسد بيعه ولومات ولدها بعد البيع ، وهكذا لو باع الخمر فصار خلا بعد البيع فكيف ببيع الفضولي . كل ذلك من غير فرق بين القول بالكشف والقول بالنقل .

( نعم ) ما يعتبر في صحة العقد لا بما انه عقد بل كان دخيلاً في ترتب الأثر عليه مما هو معتبر في المالك كاعتبار أن لا يكون المشتري للمصحف أو العبد المسلم كافراً أو شرط معتبر في ترتب الأثر على العقد لاني نفسه كالقدره على التسليم فالمتبع فيه دليله ، أما القدره على التسليم فهي معتبرة في زمان وجوب التسليم ، وهو قد يكون زمان العقد وقد يكون زمان الاجازة وقد يكون متأخراً عنها كما في بيع السلم بعد مدة طويلة متأخرة عن زمان الاجازة ، فلا يعتبر حينئذ القدره على التسليم لاني زمان العقد ولاني زمان الاجازة ، فزمان اعتباره يختلف باختلاف الموارد .

وأما اعتبار كون مالك المصحف أو المسلم مسلماً فدليله - بعد التسالم والاجماع - قوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المسلمين سبيلاً » ، ولا يستفاد منه الا عدم استيلاء الكافر على المسلم ، ولا يتحقق الاستيلاء بمجرد العقد الفضولي أما على النقل فواضح ، وأما على الكشف فلان زمان اعتبار الملكية متأخر وان كان زمان المعتبر سابقاً ، فلا يلزم استيلاء الكافر على المصحف اذا صار مسلماً حين الاجازة (نعم) لو قلنا بالكشف الحقيقي بنحو الشرط المتأخر المستحيل امكن القول

بالفساد اذا لم يكن مسلماً حين العقد ولو اسلم حين الاجازة .

(ثم) هل يعتبر بقاء تلك الشروط الى زمان الاجازة أولاً ، أما شرائط العقد فأنتفاؤها يكون بانتفاء الموضوع اذا عقد حين الاجازة ، وهكذا شرائط المتعاقدين ، فاذا فرضنا أن احد المتعاقدين جنحاً حين الاجازة أو سفه لم يكن ذلك مخلاً بصحة العقد ، اذا العقد السابق كان تاماً ولم يكن فيه قصور سوى الاستناد الى المالك .

(وأما) شرائط العوضين فظاهر المصنف اعتبار استمرارها الى زمان الاجازة على النقل دون الكشف ، ولكن الظاهر عدم اعتبار البقاء فيها حتى على النقل فضلاً عن الكشف ، لأن كلامنا انما هو فيما يعتبر في العوضين من حيث النقل والانتقال لا فيما يكون دخيلاً في الملكية ، كما اذا تبدل الخلل بالخرم قبل الاجازة ، فانه حينئذ لا تكون الاجازة مؤثرة ، لعدم كون المبيع مالاً للمجيز وعدم كونه مالاً له ، والمؤثر انما هو اجازة المالك .

وأما فيما ليس مانعاً عن الملكية وانما يكون مخلاً بالنقل والانتقال - كما اذا فرضنا ان الأمة المبيعة فضولة لم تكن ام ولد حين الاجازة - فان ذلك لا يوجب زوال الملكية عنها ، بل هي مملوكة بعد ذلك وتنتقل بالارث الى غير مالكيها الأول غاية الأمر تنعتق من نصيب ولدها ، وهكذا اذا تنجس المبيع وكان مائعاً لا يقبل التطهير قبل الاجازة فانه ايضاً لا يوجب زوال الملكية وانما يمنع البيع على القول به . (ومثل) هذه الأمور لا يعتبر استمرارها الى زمان الاجازة حتى على القول بالنقل ، لأن النقل والانتقال السابق يستند بالاجازة الى المالك وان ترتب الأثر عليه من حين الاجازة ، وليست الاجازة مبادلة جديدة والمفروض ثبوتها حين تحققه ، وان كان ترتب الأثر عليه متوقفاً على لحوق الاجازة به .

(نعم) يبقى في المقام فرع ، وهو انه اذا سقط المبيع عن المالية بعد البيع ثم

### قوله (قده) : للثاني - يشترط (١)

رجع اليها قبل الاجازة - كما اذا صار خمرآ ثم صار خلا - فانه يصح البيع حينئذ على الكشف ، لأن التبدل عليه يكون في مال المشتري ، ويفسد على النقل ، لأن الملكية او المالية حادثة عرفاً ولم يقع عليها المبادلة ليصح بالاجازة ، وماتعلق به البيع انعدم - فتأمل .

## هل يعتبر العلم بالمجاز

(١) هل يعتبر في المجاز أن يكون معلوماً بالتفصيل للمجيز أو لا يعتبر فيه ذلك فيكفي علمه الاجمالي بوقوع عقد على ماله قابل للاجازة ولو مبهما الا اذا كان الابهام بحد يضر في التوكيل أيضاً كتوكيل الغير في شيء ماغير معين ؟ وهل يعتبر علم المجيز بتحقق عقد فضولي على ماله ، بأن تكون اجازته منجزة أو يكفي مجرد احتمالها فيجيز تعليقياً ؟ فلا بد من التكلم في مقامين ، ونقدم المقام الثاني لأن الأول من فروعه :

( فنقول ) قد يقال بلزوم علم المجيز بوقوع العقد على ماله ، ولاتصح الاجازة التعليقية ، لأن الاجازة - وان لم تكن من العقود - الا انها بحكم العقد ، والتعليق فيه موجب للبطلان ( وفيه ) أولاً - لم يقم دليل على مبطلية التعليق فيما يكون بحكم العقد ، وانما دليله الاجماع فيقتصر فيه على المبتقن . وثانياً - التعليق في المقام تعليق على الموضوع ، وهو غير مخل بالصحة على مامر مراراً .

( هذا ) وربما يستدل على بطلان التعليق في الاجازة بأنها ايقاع ، ولا معنى للتعليق في الإيقاع ( وفيه ) انه لو سلمنا كون الاجازة ايقاعاً الا أن التعليق في الإيقاع ايضاً غير مخل ، وقد وقع في بعض الموارد من غير أن يوجب البطلان ،

### قوله (قده) : الثالث - المجاز اما العقد (١)

كما في التدبير والوصية ، فلا دليل على اعتبار العلم بوقوع العقد في صحة الاجازة .  
 ( وأما المقام الثاني ) فهو من فروع المقالم الأول ومن ثم قدمناه خلافاً للمتن ،  
 وذلك لأنه اذا علم اجمالاً بوقوع عقد على ماله ولولم يعلم بكونه بيعاً او صلحاً او  
 هبة بل ولولم يعلم بموضوعه اصلاً كما اذا علم اجمالاً بوقوع البيع على داره او الايجار  
 على فرسه فأجاز يرجع اجازته الى اجازة البيع على تقدير كونه هو الواقع والصلح  
 على تقدير تحققه وهكذا ، وليس في هذا محذور سوى التعليق ، وقد عرفت انه  
 لا يوجب البطلان ، غاية الامر لاموضوع للاجازة في بعض المذكورات ، فليس  
 هذا اجازة الفرد الخارجى المردد على اطلاقه ليقال - كما عن الميرزا - من ان الفرد  
 لا اطلاق له ، فلا معنى لأن يميز العقد الخارجى مطلقاً ، أي سواء كان بيعاً أو  
 صلحاً أو هبة ، اذ الواقع في الخارج ليس الا احدها ، بل الاجازة - على ما بيناه -  
 في الحقيقة متعلقة بواقع ماعلى ابهامه ، وصحة الاجازة في ذلك أوضح من التوكيل  
 فيه ، لأن التوكيل في احد الأمرين أو الأمور اذا انحل الى توكيلين فهو والا  
 فالتوكيل في الجامع بين عقدين أو عقود لا اثر له .

## الكلام في تتبع العقود

(١) قد يقع العقد على عين مال الغير واخرى يقع على عوضه ، والاجازة  
 تارة تتعلق بالعقد الواقع على عين ماله واخرى تتعلق بالعقد الواقع على عوض  
 ماله ، وعلى التقديرين تارة تتعلق الاجازة بالعقد الأول الواقع على عين ماله واخرى  
 تتعلق بالعقد الآخر الواقع على عين ماله وثالثة تتعلق بالعقد الوسط الواقع على عين  
 ماله . وتجري الأقسام الثلاثة فيما اذا كان المجاز العقد الواقع على عوض ماله لا على عينه .

(ثم) العقد الوسط اذا كان هو الجواز تارة يكون عقداً واقعاً على عين ماله وأخرى على عوضه وكل منهما تارة يكون وسطاً بين عقدين واقعين على عين المال بأن يكون طرفاه كذلك ، وأخرى يكون وسطاً بين عقدين واقعين على عوض ماله وثالثة يكون مسبقاً بعقد واقع على عين ماله وملحوقاً بعقد واقع على عوض ماله ورابعة ينعكس الأمر ، فالأقسام ثمانية ، وتعرض أولاً لاجازة العقد الواقع على عين ماله ، ثم بعد ذلك نذكر تعلق الاجازة بالعقد الواقع على عوض ماله بأقسامه ، كما انا نتعرض صورة تعلق الاجازة بالعقد الوسط وما يترتب عليه من حكم العقود السابقة واللاحقة ، وبذلك تتضح صورة تعلق الاجازة بأول العقود أو بأخرها ، ونقول :

حكم المسألة - وان كان واضحاً - الا أن تصورها لا يخلو عن اشكال ، ونمثل لها بما جعله المصنف مجعماً للكل ، فتفرض ان عبد المالك بيع بفرس ثم بيع بكتاب ثم باعه المشتري بدينار ، فالى هناك يكون بيع العبد بكتاب وسطاً بين بيعين واقعين على عين العبد ، وهو بيع العبد بفرس وبيعه بدينار ، ثم باع البائع الفرس بدرهم وباع الثالث الدينار بجارية ، فيكون بيع العبد بكتاب وسطاً بين عقدين واقعين على عوض ماله وهو بيع الفرس بدرهم ، وهو السابق على بيع العبد بكتاب وبيع الدينار بجارية وهو لاحق عليه ، فاذا فرضنا ان المالك أجاز البيع الواسط الواقع على عين ماله - وهو بيع العبد بالكتاب - فالعقود السابقة الواقعة على عين ماله كبيع العبد بالفرس - تبطل ، لأن اجازة غيره ردها ، كما ان العقود السابقة الواقعة على عوض ماله كبيع الفرس بدرهم يكون أجنبياً عن الجيز ، لأنه عقد واقع على مال الغير ، فلا بد من اجازة مالكه .

وعلى كل تقدير العقود السابقة الواقعة على عين ماله او على بداه يكون أجنبياً عن الجيز ، وأما العقود اللاحقة فالعقود المتأخرة الواقعة على عين ماله تصح



على الكشف بلا اشكال ، لأنه بالاجازة يستكشف كونه من المالك وواقعاً على ملكه ، وأما على النقل فيدخل فيمن باع شيئاً ثم ملك ، فان قلنا بصحته مع الاجازة أو بدونه نلتزم بها في المقام والا فلا ، وهكذا العقود اللاحقة الواقعة على عوض ماله كبيع الدينار بجمارية ، فاجازة العقد الوسط الواقع على عين ماله تستلزم فساد العقود السابقة عليه الواقعة على عين ماله او على عوضه ، كما يستلزم صحة العقود اللاحقة الواقعة عليه على الكشف ، سواء كانت واقعة على عين ماله أو على بدله ، وعلى النقل يبتنى صحتها على صحة « من باع شيئاً ثم ملك » .

ولكن ما ذكرناه انما يتم فيما اذا أجاز المالك البيع الواقع على عين ماله لنفسه فانه تستلزم رد العقود السابقة وصحة العقود اللاحقة عليه ، وأما اذا أجاز للبائع فهو تستلزم صحة العقد السابق عليه لافساده كما هو ظاهر ، وأما العقد اللاحق عليه فصحته حينئذ مبنية على اجازة المالك للبيع بالعقد السابق كما هو ظاهر .

( وليعلم ) ان المراد من السبق والخوق في المقام ليس هو التقدم والتأخر في الزمان ، بل المراد منه التقدم والتأخر الرتبي ، فالمراد من العقود اللاحقة ما تتوقف صحتها على صحته ومن العقود السابقة ما لا تتوقف صحتها على صحته .

( هذا كله ) فيما اذا كان العقد المجاز واقعاً على عين ماله ، وأما اذا كان واقعاً على عوض المال فمثاله الجامع لأقسامه الاربعة : ما اذا بيع العبد بفرس ، والفرس بدرهم ، والدهرم برغيف ، والدهرم بجمار ، والرغيف بعسل . فيبيع الدرهم بالرغيف وسط بين عقدين سابقين احدهما واقع على عينه وهو بيع الفرس بدرهم والآخر على عوضه وهو بيع العبد بفرس ، وعقدين لاحقين احدهما واقع على عينه وهو بيع الدرهم بجمار والآخر على عوضه وهو بيع الرغيف بعسل ، فهذه البيوع الخمسة تكون جامعاً للمثلة كما هو واضح ، فاذا أجاز الوسط - اي بيع الدرهم بالرغيف - فهي مستلزمة لاجازة العقدين السابقين - أعني بيع العبد بالفرس

والفرس بدرهم - ليكون باجازتها مالكا للدرهم ، وينفذ اجازته في بيعه بالرغيف وصحة هذه الاجازة بناء على الكشف واضح ، واما على النقل فصحتها مبتنية على عدم اعتبار مالكية المحيز حين العقد . وأما العقدان اللاحقان عليه فيبيع الدرهم بحجار - اعني الواقع على عين المال - فهو أيضاً يصح بعد ما اجاز الدرهم بالرغيف ، وهذا بناء على الكشف ظاهر وأما بناء على النقل فالصحة مبنية على صحة بيع من باع شيئاً ثم ملك - واما بيع الرغيف بعسل اعني الواقع على عوض العقد المجاز فيكون صحيحاً بعد اجازة بيع الدرهم بالرغيف ان كان المحيز هو البائع ، وهو على الكشف واضح وأما على التقل فيدخل فيمن باع شيئاً ثم ملك ، وان كان البائع اجنبياً فتحكمه حكم البيع الواقع على المعوض ابتداءً كما ذكر المصنف فيحتاج الى الاجازة .

( وبالجملة ) فاجازة العقد الوسيط يوجب صحة العقود السابقة الملزمة لصحته كما يوجب صحة العقود اللاحقة التي يستلزم العقد الوسيط صحتها ، وهذا هو الميزان لا ما ذكره الشهيد في الدروس ، وحكي عن الايضاح ايضاً من ان الاجازة ان تعلقت بالعقد الواقع على المبيع صح وما بعده وفي الثمن ينعكس ، اذ لافرق فيما ذكرناه بين ما اذا كان عين مال المالك المحيز أو عوضه مبيعاً في العقد المجاز أو ثمناً ( اللهم ) الا ان يريد بذلك ما قلناه من تعلق الاجازة بالعقد الواقع على عين مال المالك ، وعبر عنه بالمبيع ، أو بالعقد الواقع على عوضه ، وهو مراده بالواقع على الثمن ، وعلى هذا ايضاً اطلاق كلامه ممنوع كما ظهر ايضاً بما قلناه فساد ما ذكره المصنف في ترتيب العقود المتعددة على مال المحيز من انها اذا وقعت من اشخاص متعددة كان اجازة الوسيط منها فسخاً لما قبله واجازة لما بعده ، واذا وقعت من شخص واحد انعكس الأمر ( وذلك ) لما عرفت من ان تعدد العاقد ووحدته لا يربط له بذلك أصلاً ، اذ يمكن أن يوقع شخص واحد بيوع عديدة مترتبة على مال الغير وعلى عوضه وهكذا العكس ، فالميزان الكلي ما ذكرناه من ان اجازة

قوله ( قده ) : ثم ان هنا اشكالا (١)

العقد الوسط يوجب صحة ملزوماته من العقود السابقة ولو ازمه من العقود اللاحقة .

## هل يضمن البائع الغاصب للمشتري

العالم بالغصب

(١) حاصله : ان الغائب اذا باع شيئاً للمشتري منه ان كان جاهلاً بكونه غاصباً فلا اشكال في صحته التأهيلية فينفذ باجازه البائع وهكذا الحال في العقود المتتابعة ، وأما إن كان عالماً به ومع ذلك اقدم على الشراء منه فهو مسلط له على ماله مجاناً لعلمه بفساد البيع والشراء ، فاذا اشترى البائع بالثمن شيئاً لنفسه يملك ما اشتراه من دون أن يضمن شيئاً للمشتري الأول ، لأن ماله قد تلف بالدفع الى البائع أو هو في حكم التالف ، فلا يبقى مجال بعد ذلك لأن يميز المالك العقد الواقع على الثمن لنفسه - أي يميز العقد الثاني - وكيف يميز عقداً مالم يقع على ماله .

وهذا الاشكال مبني على ما هو المعروف من أن تسليط المالك غيره على ماله خارجاً يوجب عدم ضمانه اذا تلف تحت يده او اتلفه ، فكأن التلف حينئذ يكون في ملكه والتسليط يكون مملوكاً في فرض التلف ( هذا كله ) في اجازة العقد الثاني ، بل يجري الاشكال في العقد الأول أيضاً بناءً على ما ذكره بعضهم من ان التسليط الخارجى يوجب الملكية او اباحة التصرف من الأول قبل التلف ، فاذا اشترى شخص من الغاصب شيئاً مع علمه بكونه غاصباً فقد اذن له في الاتلاف ، ولا معنى حينئذ لجعله ثمناً ، فلا مجال لاجازة المالك البيع الأول أيضاً .

(وهذان) الاشكالان تعرض للاول منها العلامة والقطب ولها معاً الشهيد في حواشيه ( ونقول ) ردهما اولافساد المبني ، فان مجرد التسليط الخارجى لا يوجب

ارتفاع الضمان الثابت بمقتضى عموم على اليد المثبت للضمان وليس احد المملكات، ومن الظاهر أن تسليط المشتري الغاصب على الثمن ليس مجانياً وإنما هو تسليط بعوض بحسب اعتبار المتبايعين أو العقلاء ايضاً ولولم يكن ممضي شرعاً ، وقد ذكرنا غير مرة ان عدم الامضاء الشرعي والفساد بحكم الشارع لا يوجب كون التسليط مجانياً ولا ينافي الاعتبار المعاملي . وثانياً لو سلمنا ذلك فهو انما يتم على النقل دون الكشف ، اذ على الكشف تكشف الاجازة عن خروج الثمن عن ملك المشتري الى ملك المالك المحيز قبل التسليط على مال الغير ، وهو لا يوجب الملك ولا اباحة التصرف ( نعم ) على النقل يجري الاشكال ، بل الظاهر عدم جريانه على النقل ايضاً ، وذلك لأن التسليط انما يكون مجانياً في فرض بطلان البيع وعدم لحوق الاجازة ، وأما اذا كان البيع صحيحاً ولحقه الاجازة فالتسليط يكون بعوض حتى في حكم الشارع - فتأمل .

وأما ما ذكره فخر المحققين في الايضاح وجهاً رابعاً لدفع الاشكال من ان الثمن في الفرض يكون متعلقاً لحق المالك المحيز ايضاً ، اذ المفروض انه جعل ثمنه لماله وان كان متعلقاً لحق الغاصب ايضاً الا انه يقدم عليه حق المالك ، لما ورد من ان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال ( فيه ) اولا - لم يرد دليل على انه يؤخذ بأشق الأحوال بل لا يؤخذ الا بما ثبت في حقه شرعاً . وثانياً - ذكرنا ان وقوع العقد على مال الغير لا يوجب له حقاً ، والاجازة انما هو حكم شرعي لاحق مالكي ( هذا ) مضافاً الى انه يعتبر في صحة الاجازة عدم كون موردها متعلقاً لحق الغير والا فلا تنفذ ، فالصحيح في الجواب عن الاشكال ما ذكرناه .

قوله ( قدہ ) : مسألة في احكام الرد (١)

## الرد واحكامه

(١) يقع الكلام فيها من جهات :

( الأولى ) في الرد القولي والفعلي . ولا يخفى ان البحث عنه انما يكون له اثر بناءً على عدم نفوذ الاجازة بعد الرد وكون تحلل الرد بين العقد والاجازة مانعاً عنها ، وأما لوقلنا بنفوذها بعد الرد أيضاً فلا مجال للبحث عنه ، فبعد فرض مانعية سبق الرد عن لحوق الاجازة نقول :

اما الرد القولي فلا بد أن يكون بلفظ « رددت » ونحوه مما يكون مبرزاً عرفاً وأما الرد الفعلي فظاهر المحقق النائيني ان النزاع فيه صغروي ، اذ لم يتعرض فيه للكبرى وانما ناقش في الصغرى ، وان الأمثلة المذكورة في المتن ليس شيء منها مصداقاً للرد وانما هي معدمة للموضوع ( ونقول ) كأنه « قدہ » تخيل انحصار الرد الفعلي بتلك الأمثلة ، ولا وجه له ، فان من مصاديقه الاشارة ، فاذا سئل المالك عن انه يرد العقد الواقع على ماله فأشار برأسه « نعم » يكون ذلك رداً فعلياً فالظاهر تحققه بما هو مبرز للرد عرفاً سواء كان قولاً او فعلاً .

( الجهة الثانية ) في تصرف المالك في ماله تصرفاً ناقلاً او مخرجاً له عن الملكية كالبيع والعتق ونحوه وانه هل ينفذ بعده اجازته للبيع السابق فيكون عقده اللاحق فاسداً او لا يبقى بعده موضوع لاجازته ؟ المحتملات فيه ثلاثة ، وظاهر المصنف انه على الكشف يصح العقد السابق بالاجازة وينكشف بها وقوع التصرفات في ملك الغير ، فتكون صحتها مراعي باجازة مالكها الجديد ان كان قابلاً للاجازة ، وعلى النقل ينعكس الأمر لأنه قبل تمامية سبب النقل انتقل المال الى غيره او خرج عن

ملكه (ولكن) الصحيح فساد العقد السابق حتى على الكشف فضلاً عن النقل ، وذلك لأن الاجازة انما تكشف عن صحة العقد من حين صدوره فيما اذا صدر من المالك لولا الاجازة ، ومع صحة النقل لا يكون المحيز مالكا كذلك ، فان الخطاب في «أوفوا بالعقود» ونظائره متوجه الى المالك ، ولا بد في صحة العقد السابق من أن يستند الى المالك باجازته ، والا فلاتعمه الأدلة ، فصحة الاجازة متوقفة على فساد العقد اللاحق ، والمفروض ان فساد متوقف على نفوذ الاجازة وكشفها عن صحة العقد السابق ، وهذا دور ظاهر (فالصحيح) في هذا الفرع الحكم بصحة العقد اللاحق دون الاجازة على الكشف بجميع اقسامه فضلاً عن النقل .

(وبالجملة) اذا تصرف المالك فيما بين العقد والاجازة بتصرف متلف للعين أو ما هو بحكمه فلا يبقى بعد ذلك محل للاجازة لامن جهة ان الاجازة تتعلق بالعين ، لما ذكرنا سابقاً من انها متعلقة بالعقد بل لأن الخطاب في ادلة صحة العقود متوجه للمالك ، فلا بد من أن يكون البيع بيعاً للمالك فتعمه الأدلة ، فاذا فرضنا ان المبيع خرج عن ملك المحيز قبل اجازته واستناد البيع اليه فيستحيل أن يكون هذا البيع بيعاً للمالك ، لأنه حين وقومه لم يكن بيع المالك وحين تحقق الاستناد لا يكون المالك مالكا ، فلاتعمه الأدلة .

(هذا) مضافاً الى ان بعض ماورد في النهي عن بيع ما لا يملك (١) يعم المقام ، كقوله عليه السلام في بعضها «لا بأس لأنه لا يشتره بعد ما يملكه» وفي بعضها «بيعه بعد ما يملك» فانه يستفاد منه المنع اذا لم يكن البيع والشراء في ملك لا يفرق فيه بين أن لا يكون البائع مالكا حين البيع فيملك بعده فيجوز أو يكون حين وقوع العقد مالكا ولم يكن مالكا حين الاجازة ، فان البيع الحقيقي لا يكون في ملك البائع ، وما ذكرناه جاز على القول بالكشف والنقل وان كان على النقل اوضح

من الكشف وعلى الكشف الحكمي اوضح من الكشف الحقيقي .

( ويلحق ) بالبيع فيما ذكرناه التزويج ، فاذا زوجت امرأة فضولة لشخص ثم هي زوجت نفسها لشخص آخر لا يبقى بعد ذلك مجال لأن تجيز النكاح الأول اصلاً ، لأن التزويج الثاني تزويج صادر ممن له اهلية التزويج وواقع في محله ، فيكون نافذاً .

( واما الاستيلاء ) فالظاهر انه مانع عن الاجازة ، لأن بيع المالك لها انما هو باجازته ، والمفروض انها ام ولد حينئذ . اللهم الا ان يقال ان المنع انما هو عن انشاء البيع على ام الولد وليست الاجازة انشاء لبيعها ، وانما هي استناد البيع السابق الى المالك .

( هذا كله ) في عقد المالك الواقع على عين المبيع فضولة ، وأما اذا كان العقد الواقع من المالك على منافع العين المبيعة فضولة لاعلى عينها فان كان منافياً للعقد الفضولي - كما اذا آجر الفضولي دار زيد لمدة ثم آجرها المالك ايضاً في تلك المدة - ففي مثله لا بد من القول بفساد العقد الفضولي لما تقدم ، وأما ان لم يكن منافياً للعقد الفضولي - كما اذا فرضنا ان دار زيد بيعت فضولة ثم آجرها المالك لمدة ثم اجاز البيع - فان الاجازة لاتنافي البيع ، لأن المشتري انما يملك المنافع بتبع مالكيته للعين فيكون المبيع مورداً للاجازة لاحالة ، غايةه يكون مسلوب المنفعة الى مدة معينة ، والظاهر صحة البيع الفضولي في هذه الصورة : أما على النقل فلان المبيع ينتقل الى المشتري مسلوب المنفعة في مدة الاجازة ، فيثبت للمشتري خيار الغيب لأنه اقدم على شرائه تام المنفعة ، وأما على الكشف فلما ذكرناه من ان المحيز لا بد وأن يكون مالكا لولا الاجازة ، وبالنسبة الى منافع مدة الاجازة لا يكون كذلك فلا ينفذ اجازته فيه .

هذا في الاجازة ، وأما في تزويج الأمة اذا بيعت فضولة فزوجها المالك ثم

اجاز المالك البيع فالظاهر فيه أيضاً الصحة ، لأنه غير مانع عن البيع غاية الأمر يثبت للمشتري الخيار كما عرفت في الاجازة .

( وأما الرهن ) فيما اذا رهن المالك العين المبعة فضولة ثم اجاز البيع فظاهر المحقق النائيني كونه مانعاً عن صحة الاجازة ، ولكن التحقيق انه ان تمسكنا في منع الراهن عن التصرف في العين المرهونة بالنبوي الضعيف السند الذي لم ينجز ضعفه بعمل الاصحاب وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم « الراهن والمرتهن ممنوعان عن التصرف » فلا يجوز له الاجازة في الفرض لأنها تصرف في العين المرهونة . وأما بناءً على القائه - كما هو الصحيح - ففقتضى القاعدة هو المنع عن التصرف في العين المرهونة بما ينافي حقيقة الرهن كاتلاف العين دون غيره ، وبما ان تمليك العين المرهونة لا ينافي حقيقة الرهن ، اذ لا يلزم ان يكون العين المرهونة ملكاً للراهن بل يجوز رهن ملك الغير باذن مالكة ، كما يجوز بيع العين المرهونة كذلك - يعني متعلقاً لحق المرتهن بحيث يكون حق استيفاء دينه من المبيع اذا امتنع المديون من الأداء - فعليه لامانع من اجازة المالك البيع الفضولي الواقع على ماله بعد مارهته للغير ، غاية يثبت للمشتري خيار العيب كما هو ظاهر .

( وبالجملة ) ما كان من تصرف المالك مصداق للرد الفعلي - كالاشارة ونحوها - فهو كالرد القولي في كونه موجباً لانحلال العقد الواقع على ماله وزوال علقه الطرف عنه ، وأما التصرف المثلث للمبيع او بما يجعله بحكم التالف كالبيع ثانياً لشخص اخر فهو كما ذكرنا لا يبيح موضوع للاجازة حتى على الكشف فضلاً عن النقل ، ولكنه لا يوجب انحلال العقد السابق ، اذ المفروض عدم كونه رداً له ، فغاياته انه يوجب سقوط العقد عن قابلية الاجازة بالنسبة الى المالك بالفعل فقط ولا يسقطه عن الصحة التأهلية مطلقاً ، بحيث لم يكن قابلاً للاجازة بالاضافة الى المالك الجديد أيضاً الا اذا كان التصرف تصرفاً موجباً لسقوط العقد عن قابلية



قوله ( قداه ) : في التصرفات الغير المنافية (١)

الاجازة مطلقا كالتق ، فان بيع الحر غير جائز مطلقا .  
( هذا كله ) في البيع وقد عرفت حكم النزويج والاستيلاء ايضا ، فان  
الاستيلاء - وان لم يكن مخرجا للامة المستولدة عن الملك - الا انه مانع عن بيعها وبيع  
الملك اجازته .

## التصرف غير المنافي لا يكون ردأ

(١) كعرض المالك المبيع للبيع أو بيعه ببيع فاسد ، وقد فصل فيه المصنف  
بين ما اذا كان المالك حين تصرفه ملتفتا الى وقوع البيع الفضولي وعدمه ، وذهب  
في الأول الى انه رد للعقد الفضولي ، واستدل عليه أولا بما ورد في نكاح العبد  
والامة بغير إذن مولاه ( وفيه ) ما ذكره المصنف انه لا تعرض في ذلك لكيفية الرد  
والغريب تمسكه « قداه » بذلك ، فالعمدة في المقام أمران اخران :  
( احدهما ) كون العرض على البيع أو البيع الفاسد ردأ عرفاً ( وفيه ) منع ،  
بل قد يعرض المالك ليرى هل يباع بأكثر من ثمن بيع الفضولي فيبيعه اولاً فيجيز  
العقد السابق .

( ثانيهما ) فحوى الاجماع المدعى على حصول الفسخ بالفعل في العقد الجائز  
بالذات كالهبة او بالعرض كالبيع الخياري ، فاذا صالح الفعل لرفع اثر العقد الثابت  
فبالاولوية يصلح للرد ( وفيه ) ما ذكرناه من الفرق بين الفسخ والرد ، فان من له  
الخيار لا يتمشى منه قصد بيع ما انتقل عنه بالعقد الجائز مالم يفسخ العقد ، اذ لا معنى  
لقصد بيع الانسال لنفسه مال الغير ( وعليه ) فنفس البيع الثاني بالدلالة الالتزامية  
دال على الفسخ ، وغير البيع من تصرفاته الأخر يكون فسخا من باب الحمل على

### قوله (قده) : مسألة لو لم يجز المالك (١)

الصحة ، وهذا بخلاف الفعل المنافي في مورد الرد ، فإنه ليس فيه دلالة التزامية على الرد كما لا يقتضيه الحمل على الصحة .

( نعم ) خصوص الوطى في العدة يكون رجوعا ولو قصد به الزنا ، لأن المطلقة رجعية قبل انقضاء عدتها زوجة حقيقية ، فالصحيح ان العرض للبيع لا يكون رداً للعقد السابق ، وكذا البيع الفاسد ( وبما ذكرناه ) ظهر الحال في الوكالة والوصية للبيع أو ايقاع العقد الفاسد عليه لا يوجب بطلانها ( وأما الايجار والرهن ) فقد عرفت الكلام فيها فلا نعيد .

## حكم ضمان المبيع فضولة

(١) أما اذا أجاز المالك البيع الواقع على ماله فلا اشكال في انه يملك الثمن وله انتزاعه من يد المشتري او البائع ان كان موجوداً ، كما له الرجوع ببذله ان كان تالفاً ، وأما اذا رد البيع الواقع على ماله فضولة فان كان المبيع في يده فهو والا فله انتزاعه ممن وجده في يده ان كان باقيا ومع التلف يرجع ببذله الى من تلف عنده او وقع تحت يده فله الرجوع الى البائع ، سواء كان غاصبا أو كان جاهلا ، والى المشتري ايضا اذا وقع يدهما عليه ، كما في بقية موارد تعاقب الأيادي .

وهذا واضح وانما الكلام في انه عند التلف يكون الضمان بقيمة يوم الغصب او يوم التلف أو يوم الدفع او اعلى القيم وجوه ، وقد ذكرنا في قاعدة « ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده » ان مقتضى القاعدة هو الضمان بقيمة يوم الدفع ، الا أن ظاهر صحيحة ابي ولاد أن الميزان بقيمة يوم الدفع - على ماتقدم الكلام في ذلك . ثم لو قلنا بضمان اعلى القيم فالمراد بها اعلى القيم من زمان وقوع المبيع في يد الضامن

### قوله (قده) : وأما حكم المشتري مع الفضولي (١)

الى زمان الدفع . فلو فرضنا زيادة القيمة في يد البائع ثم نقصت قبل وقوعه في يد المشتري ليس للمالك الرجوع اليه بالزيادة ، بل إما يرجع بأصل القيمة وزيادتها الى البائع او يرجع الى المشتري في اصل القيمة وبرجع في الزيادة الى البائع .  
( هذا كله ) في رجوع المالك بالاضافة الى عين المبيع أو بدله ، وأما المنافع فللمالك ايضاً الرجوع الى اي منها شاء ، أما في المستوفاة فبلا اشكال وفي غير المستوفاة الى زمان التلف على كلام ، والسر في ذلك ان وضع اليد على العين في ان واحد يكون استيلاءً على جميع منافع العين الى وقت تلفها بالتبع فيضمن للمالك جميعها ، ولذا للمالك الرجوع الى كل منها في المنافع من حين وقوعها تحت استيلائه الى زمان تلف العين .

( وأما الأوصاف ) فلا اشكال في كونها مالا ويضمنها من استولى عليها ، فاذا فرضنا وقوعها تحت يد كل منها وتلفها بعد ذلك فللمالك أن يرجع فيها الى كل منها ، وأما اذا فرضنا وجودها تحت يد المشتري دون البائع فالظاهر انه لا يرجع فيها للمالك الا اليه دون البائع ، خلافاً للميرزا « ره » حيث قاس الأوصاف بالمنافع في دخولها تحت اليد بتبع العين ولولم تكن موجودة حين الاستيلاء على العين ، وذلك للفرق بينها وبين المنافع وعدم كون الأوصاف تابعة للعين في الضمان ، كما هو ظاهر . هذا كله في حكم رجوع المالك الى المشتري أو البائع في المبيع ومنافعه وأوصافه .

## حكم المشتري مع الفضولي

(١) تارة يقع الكلام في رجوعه اليه بالثمن واخرى في رجوعه اليه بما غرمه

### قوله ( قده ) : وان كان عالماً بالفضولية (١)

المالك زائداً على الثمن من قيمة المنافع او زيادة القيمة السوقية ، فهنا مسألتان :  
 ( الأولى ) في رجوعه اليه بالثمن ، أما إذا كان المشتري جاهلاً بفضولية البائع فلا ريب في انه يرجع اليه بالثمن ان كان تالفاً ، اذ لم يصدر منه ما يوجب عدم ضمان البائع من التسليط المجازي ولا غيره سوى اعترافه بأنه مالك ، واعترافه بذلك يتصور على ثلاثة أنحاء : لأنه قد يعترف به من باب اليد قبل قيام البيئنة على عدم كونه مالكا ، واخرى يعترف به من باب العلم كما اذا اعترف بذلك بعد قيام البيئنة ايضاً ، وثالثة لا يكون في البين قرينة على احدى الكيفيتين : أما على الأول فليس اقراره مانعاً عن الرجوع لسقوطه بسقوط اليد بعد قيام البيئنة على خلافها ، كما هو الحال في جميع موارد قيام البيئنة ، فانها تقدم على اليد دائماً ، بل البيئنة بالالتزام دالة على جواز الرجوع اليه بالثمن ، وأما على الثاني فليس له الرجوع اليه لاعترافه بأن الثمن ملك له غايته قد أخذ منه المبيع بحسب الحكم الشرعي الظاهر ، وهو لا يجوز له اخذ مال الغير ، وأما الثالث فذكر فيه المصنف ان في الأخذ بظاهر الحال من استناده الى اليد أو الأخذ بظاهر اللفظ وجهان ، ولم يرجع احدهما على الآخر الا ان الظاهر إلحاقه بالقسم الأول وسقوطه بالبيئنة ( وذلك ) لأن مقتضى عموم على اليد أو قاعدته ثبوت الضمان الا فيما اذا علم المالك بعدم الضمان وان المال له ، وفي المقام اعترافه به مشكوك ، فلا يمكن رفع اليد فيه عما اقتضاه القاعدة .

( وبعبارة اخرى ) دليل البيئنة بالالتزام دال على سقوط الاعتراف وجواز الرجوع الى البائع ، الا فيما اذا ثبت كون اعترافه عن علم وغير مستند الى اليد .

(١) يمكن فرض ذلك من طرف البائع ومن طرف المشتري ، كما اذا علم بأن البائع غير مالك للمبيع ومع ذلك دفع اليه الثمن ، او علم البائع بأن المشتري غير مالك للثمن ومع ذلك دفع اليه المبيع . ويقع الكلام في هذه الصورة - اعني ما اذا

كان المشتري عالماً بأن البائع لا يملك المبيع - في جهات ثلاث: « الأولى » في جواز رجوعه إليه بالثمن الذي دفعه إياه مع بقاء عينه . « الثانية » في جواز تصرف البائع فيما يأخذه من المشتري من الثمن « الثالثة » في جواز رجوع المشتري الى البائع ببدل الثمن اذا كان تالفاً عنده .

( أما الجهة الأولى ) فالظاهر فيها جواز الرجوع الى الثمن اذا كان باقياً ، وقد استدل عليه المصنف - على ما استفاد من مجموع كلامه - بوجوه ثلاثة : « الأول » عدم المقتضى لانتقال الثمن الى البائع . « الثاني » ان مجرد التسليط لو كان موجباً لانتقال المال اليه لزم حصول الانتقال في البيوع الفاسدة ايضاً لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله ، وهذا كأنه نقض في المقام . « الثالث » ان تملك البائع للثمن يستلزم عدم صحة البيع لو أجازته المالك لفوات محلها بذلك ، ثم امر بعد ذكر هذا الوجه بالتأمل .

( ونقول ) أما الوجه الأول فمتين جداً ، اذ لا موجب لانتقال الثمن الى البائع مع ان المشتري لم يسلطه عليه مجاناً وانما سلطه عليه مبنياً على انه وفاء للعقد . والأولى أن يضاف الى هذا الوجه ما ذكره المصنف في الجهة الثانية من أن تملك البائع للثمن في الفرض اكل للمال بالباطل ، فيقال : ان ظاهر قوله تعالى : « لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض » حصر سبب الحل بالتجارة الناشئة عن رضا المالكين لارضا كل احد ، وهي مفقودة في المقام ، لأن البائع انما يملك الثمن ببيع مال غيره ، اذ المفروض عدم كون التسليط مجانياً فيكون داخل في المستثنى منه - أعني اكل المال بالباطل .

( وأما الوجه الثاني ) فيرده الفرق بين البيع الفاسد من جهة انتفاء احد العوضين والبيوع الفاسدة شرعاً من الجهات الأخر ، فان تسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله في البيع الفاسد ليس تسليطاً بلا عوض ، بل هو تسليط مع العوض

غاية الأمر لم يمضه الشارع بل حكم بفساده ، وهذا بخلاف التسليط في فرض انتفاء احد العوضين ، كما في شراء مال الغير ، فان المشتري حينئذ يسلط البائع على الثمن بلا عوض ، فالتسليط مجاني . وقد اشار المصنف « قده » الى هذا الفرق بعد أسطر فهو ملتفت اليه ، وذكر هذا الوجه مع ذلك منه غريب .

( وأما الوجه الثالث ) فيرده امران قد ذكرناهما سابقاً في احكام المجاز : ( احدهما ) أن اجازة المالك تكشف عن ان تسليط المشتري البائع على الثمن كان تسليطاً له على مال الغير فلا يفيد الملك ، هذا على الكشف ( ثانيهما ) ان التسليط المجاني - مع العلم بأن البائع غير مالك - انما هو في فرض بطلان البيع وعدم اجازة المالك ، وهذا جار على النقل ايضاً ، فكون التسليط مجانياً في فرض الرد لا يستلزم انتفاء موضوع الاجازة .

( هذا ) وقد ذكر الميرزا وجهها آخر لجواز رجوع المشتري الى حين الثمن ، وكأنه لم يرتض ما افاده المصنف ، حاصله : ان التسليط المجاني لا يزيد على الهبة الجائزة ، فنفرض انه مفيد للمالك الا انه لامانع من الرجوع مع بقاء العين ، كما يمكن الرجوع الى العين المرهونة في الهبة ( وفيه ) ان جواز الرجوع الى الثمن لو كان من باب الهبة لاختصاص بما اذا كان الثمن قائماً بعينه ولا يجوز الرجوع اليه في فرض زوال بعض اوصافه ، كما اذا كان قيصاً ففصله للخياطة او كان حيواناً فذبحه ( وعليه ) لم يجز الرجوع ايضاً فيما اذا كان البائع رحماً للمشتري ، فان الهبة الى ذي الرحم تكون لازمة . ومن الظاهر انه بناءً على جواز رجوع المشتري الى الثمن لا يفرق فيه بين هذه الصورة ، فالعمدة في المقام هو الوجه الأول في كلام المصنف . ( وأما الجهة الثانية ) فما ذكرناه ظهر الحال فيها ، فان تصرف البائع في الثمن مع انه عالم بعدم انتقاله اليه وعدم اذن مالكة له في التصرف بعنوان انه مالك يكون من اكل المال بالباطل كما افاده المصنف ، اذ المالك انما سلطه عليه بعنوان كونه

وفاء للعقد .

( الجهة الثالثة ) في جواز رجوع المشتري الى البائع في بدل الثمن في فرض تلفه ، وذهب بعض الى الجواز ، والمعروف عدمه كما اختاره المصنف والميرزا «ره» وغيرهما . والوجه فيه ان المالك سلط صاحبه على ماله بلا عوض ، فلا مقتضى للضمان .

( وقد ) أوضحه المصنف بما حاصله : ان الضمان إما يكون لليد - اي الاستيلاء فانه موجب للضمان للحدث او للسيرة العقلائية - وإما لقاعدة الاقدام على الضمان ، والأول مخصص بفحوى ما دل على عدم الضمان في موارد الاستيمان من الوديعة والعارية والاجازة ونحوها ، فاذا لم تكن العين مضمونة في هذه الموارد مع عدم الاذن من المالك في الانلاف ، لأن الدفع في الوديعة يكون لمجرد الحفظ وفي العارية والاجازة للانتفاع بالعين مع ابقائه ، فبالأولوية لاضمان في المقام الذي يكون التسليط فيه على التصرف والانلاف ( وأما الثاني ) - اعني الاقدام على الضمان - فعدم جريانه في المقام اوضح ، لأن البائع انما اقدم على الضمان بشيء يعلم المشتري بأنه ليس له ، فاذاً لا مقتضى للضمان .

( ثم ) اورد المصنف على ذلك بأن تسليط المشتري البائع على الثمن ليس مجانياً وانما هو بأزاء المبيع بعد بنائها على ان البائع مالك للمبيع ولو عدواناً كما في بيع الغاصب ، فالتضمين المالك متحقق وان لم يعضه الشارع ، ولولا ذلك لم يتحقق قصد المعاوضة الحقيقية من المتبايعين ولم يصح بيع الغاصب .

( واجاب عنه ) بما حاصله : الفرق بين البيع والتضمين ، فان البيع - كما ذكرناه - مبادلة بين مالين وليس لخصوصية المالكين دخل فيه ، فاذا بني الغاصب على انه مالك ولو عدواناً يقصد المبادلة بين المالين حقيقة ، فتقع صحيحة للمالك اذا أجاز ، وهذا بخلاف التضمين فان معناه كون العين المضمونة في عهدة الضامن

وخسارته عليه ، فاذا فرضنا ان المضمون به ليس للضامن والمضمن عالم به فكيف يضمته به مع انه لو تلف لم يخرج بشيء من كيسه ولو بني على مالكيته عدواناً . ثم ذكر انه على هذا يلزم عدم الضمان في صورة الجهل بعدم مالكيته البائع أيضاً ، لأن المشتري في هذا الفرض أيضاً ضمنه الثمن بأزاء مبيعه الشخصي الذي هو ملك الغير ، فلم تتحقق حقيقة التضمين .

( واجاب عنه ) بالفرق بين صورتين ، فان المشتري في فرض الجهل لم يأذن للبائع في التصرف في ماله الا بعنوان كونه ضامناً له بالمبيع الذي اعتقد كونه مالكا له ، فلم يطب نفسه بالتصرف فيه من دون ضمان ، وهذا بخلاف فرض العلم ، فان المشتري اذن فيه للبائع في الاتلاف والتصرف من دون ضمان له بماله ولو اعتقاداً . ( ثم ذكر ) انه لا ينتقض عدم الضمان في المقام - اعني فساد البيع لخلل احد العوضين بثبوته في البيوع الفاسدة لجهة اخرى من غرر ونحوه ، لأن التضمين هناك متحقق غايته لم يكن الضمان الخاص ممضياً في نظر الشارع ، فيبقى اصل الضمان ثابتاً ، وهذا بخلاف ما نحن فيه .

هذا ملخص ما افاده المصنف في نفي الضمان في المقام ، والمحقق النائبي وان ناقشه في بعض خصوصيات كلامه الا انه تابعة في المدعي - أعني عدم الضمان - ( ونقول ) قد عرفت فيما تقدم سابقاً ان دليل الضمان انما هو قاعدة « على اليد ما اخذت حتى تؤدي » التي عليها بناء العقلاء ، ومعنى على اليد هو الاستيلاء على مال الغير ، وأما الاقدام على الضمان فلا دليل على كونه مضمناً وانما يضم على قاعدة على اليد لنفي الاقدام على عدم الضمان فانه مانع عنه والغاء لاحترام المال ، وقد مر تفصيله في بيان قاعدة ما يضمن وما لا يضمن ( وعليه ) فلا بد وان ننظر في ان المشتري في محل البحث هل اقدم على المجانية والغبي احترام ماله بتسليط البائع على ماله مجاناً فلا ضمان او انه سلطه عليه وفاء للعقد السابق الواقع بينهما وان كان



قوله (قده): ولكن اطلاق قولهم كل عقد يضمن بصحيحه (١)

فاسداً شرعاً ، وهذه هي النكته للضمان وعدم ولم يتعرض لها المصنف .  
(ومن الواضح ) ان المشتري لم يسلط البائع على ثمنه الا مبنيّاً على العقد السابق وتملكه للمبيع ، ولو كان مثل هذا التسليط مجانياً موجباً لعدم الضمان لزم انتفاء الضمان فيما يأخذه الغالب من المتغامرين من المغلوب ، وهذا فيما يبذله مشتري الخمر والخبر الى بائعه من الثمن مع علمه بالحال ، فالصحيح ثبوت الضمان في المقام بمقتضى عموم على اليد بعد عدم كون التسليط مجانياً ، ولا ينتقض ما ذكرناه بالمبيع بلا ثمن او الاجازة بلا اجرة ، فانه في الحقيقة هبة مجانية عبر عنها بالمبيع او الاجازة ، فالتسليط فيها مجاني بلا عوض ، كما لا ينتقض بدفع الثمن الى ثالث - اي الى غير البائع - فان دفعه اليه لا بد وان يكون مجانياً بلا عوض ، فلا يقاس بالدفع الى البائع في مقابل المبيع .

(ومن الغريب) ان المصنف ذهب في الجهة الثالثة الى عدم الضمان مع اختياره في الجهة الثانية عدم جواز تصرف البائع في الثمن ، لعدم انتقاله اليه وعدم اذن المالك له بالتصرف بعنوان انه مالك مع وضوح ملازمته مع الضمان ، فان التسليط ان كان مجانياً بلا عوض فهو ترخيص في التصرف فكيف منع عنه ، وان لم يكن تسليطاً مجانياً بل كان بعنوان الوفاء بالعقد السابق كما هو الصحيح فلا وجه لعدم الضمان ( وبالجملّة ) التفصيل بين الأمرين لم نعرف له وجهاً .

(١) قد مر الكلام في قاعدة ما يضمن وما لا يضمن ، وذكر انه ليس شيء منها مضمون دليل لفظي ولا متمد اجماع ، بل كلام ذكره الشيخ « قده » والشهيد في المسالك وتبعهما غيرهما ، فلا وجه لما اتعب به المصنف نفسه الزكية في بيان عباراتها وتطبيقها على مواردنا وبيان المراد منها ، الا انا بينا في محله ان معناها ان كل فرد من عقد يضمن به اذا فرض صحيحاً يضمن به اذا كان فاسداً ايضاً ، وينطبق

### قوله ( قدّه ) : ثم ان مقتضى ما ذكرناه (١)

حينئذ على ما نحن فيه على ما بيناه . ويلخص مما بيناه ثبوت الضمان في الفرض ، لأن المشتري لم يقدم على تسليط البائع على الثمن مجاناً وإنما سلطه عليه بعوض ، فعموم دليل على اليد مثبت للضمان .

( نعم ) اذا فرضنا عدم قابلية المبيع للمبادلة اصلاً حتى عند العقلاء - كما اذا باعه السماء الرابعة او الحر - وعلم المشتري بذلك لا يكون البائع ضامناً للثمن اذا سلطه عليه لعدم تحقق قصد المبادلة منها حقيقة ، فليس تسليطه على الثمن تسليطاً بعوض حتى بحسب الاعتبار للمتبايعين ، بل لكون المبادلة في هذه الصورة حقيقة كالبيع بلا ثمن فلا ضمان ، ولا يقاس هذا بشراء الخمر او الخنزير ونحوه مما هو مال عرفاً ولكنه ليس بمال شرعاً ، فان قصد المبادلة الحقيقية موجود فيه حقيقة ، فيكون دفع الثمن الى بائعه بعنوان الوفاء بالعقد السابق ومع العوض فيضمنه لاحالة ، وهذا بخلاف بيع مال ليس بمال حتى عرفاً ، فان قصد المعاوضة حينئذ مفقود واقعا وليس دفع الثمن الى البائع الا تسليطاً مجاناً .

## فروع يستثنى عن المسألة السابقة

(١) تعرض المصنف في ذيل هذه المسألة لفروع :

( منها ) انه اذا باع الفضولي للمالك لالنفسه وعلم المشتري بذلك ودفع اليه الثمن لكونه واسطة في ايصاله الى المالك فتلف في يده يكون ضامناً ، لعدم تسليطه عليه ولا اذن له في التصرف ( وفيه ما لا يخفى ) فان ما ذكره من الضمان في الفرض ان اراد به ضمان الاتلاف فهو خارج عن محل الكلام لأن محل البحث انما هو التلف والضمان بدليل على اليد ، وان اراد به ضمان اليد - كما هو الظاهر - فلم نعرف

قوله ( قدّه ) : المسألة الثانية - ان المشتري اذا اغترم للمالك (١)

له وجهها ، لأن المفروض ان المشتري استأمنه في إيصال الثمن الى المالك ، ولا ضمان في مورد الاستئمان ، فكان الصحيح المتعين على المصنف ان يعكس المطلب ، أي يقول بالضمان في الفرض السابق وبعده في الفرض .

( ومنها ) انه قدس سره حكم بالضمان فيما اذا اخذ البائع الثمن من دون اذن المشتري له في ذلك ، بل اخذه بناءً على العقد الواقع بينهما ، لعدم تحقق تسليط من المشتري . وهذا متين .

( ومنها ) حكمه بالضمان فيما اذا اشترط المشتري على البائع الضمان ، أي الرجوع اليه بالثمن اذا أخذ منه المبيع صاحبه ، وهذا أيضا ظاهر .

( ومنها ) عدم الفرق بين كون الثمن كلياً فدفغ اليه بعض افراده وبين كونه شخصياً ، وهذا أيضا واضح .

## المسألة الثانية

(١) يقع الكلام فيها في موارد : (الأول) فيما يغرمه المشتري للمالك في مقابل العين ، كزيادة القيمة على الثمن أو زيادة القيمة السوقية عنده ( الثاني ) فيما يغرمه المالك بإزاء ما استوفاه من المنافع ، سواء كانت عينية كلبن الشاة او صوفه او غير عينية كسكنى الدار او خدمة الجارية ( الثالث ) فيما خسره المشتري ولم يحصل له في مقابله نفع اصلا مثل ما صرفه في تعمير المبيع واصلاحه كتسوية الأرض أو اجراء الماء فيها او نحو ذلك .

وأولا يقع البحث في القسم الثالث ( فنقول ) المعروف فيه الرجوع اذا كان

المشتري جاهلا ، وقد استدل عليه بوجوه :

(الأول) حديث لا ضرر ( وفيه ) ما تقدم من أن ثبوت الضمان - وان كان يتدارك به ضمان المشتري - الا انه ضرر على البائع ، فلا يتمسك به في مثل ذلك .

( الثاني ) اقوائية السبب من المباشر ( وفيه ) ان ذلك ليس مفاد دليل ، والميزان فيه انما يكون باسناد الفعل الى السبب عرفاً . مثلاً : اذا أمر احد حيواناً بافتراس مسلم يستند قتله اليه عرفاً فيقال الأمر قتله ، وهكذا إذا بعث اخذ جاهلاً على قتل شخص او حفر بئر في الطريق فوقع فيه مؤمن ففي جميع هذه الفروض يصح عرفاً اسناد القتل اليه ، لعدم توسط فعل عاقل مختار في البين ، فيثبت آثاره عليه لاحالة . وأما اذا أمر أحد غيره بأكل مال الغير واصر عليه في ذلك حتى أوجد له الداعي على الأكل فأكله لا يسند اليه الفعل لتوسط ارادة فاعل مختار في ذلك . وما نحن فيه من هذا القبيل - أي الثاني - فلا يقال عرفاً ان البائع خسره - فتأمل .

( الثالث ) التغرير ، وفي النبوي « المغرور يرجع الى من غر » ، وهذا النبوي وان كان ضعيف السند وانجباره بعمل الأصحاب غير معلوم - مضافاً الى ما بيناه في محله من أصل تحقق الانجبار بالعمل - الا انه يمكن استفادة ذلك من بعض الأخبار الواردة في موارد خاصة ، فان ثبت ذلك يكون موجبات الضمان ثلاثة : اليد ، والضمان ، والتغرير .

( وبالجملة ) البحث في هذه المسألة يقع من جهات ثلاثة : « الأولى » في رجوع المشتري الى البائع فيما يغرمه للمالك زائداً على الثمن في مقابل العين ، كما اذا اشتراها بأقل من ثمنها الواقعي فأخذ منه المالك تمام القيمة . « الثانية » في رجوعه اليه فيما يغرمه المالك في مقابل المنافع التي استوفاه . « الثالثة » فيما يغرمه المالك في مقابل المنافع الغير المستوفاة أو ما خسره في غير ذلك مما لم يرجع اليه نفعه .

( أما الجهة الأولى ) فاستدل فيها على الرجوع بوجوده :

(الأول) دليل لا ضرر . وقد عرفت ان ثبوت الضمان - وان كان مزبلاً

لضرر المشتري - الا انه ضرر على البائع ، فلا يجري في المقام ، مضافاً الى عدم اثباته الضمان في نفسه ،

( الثاني ) قاعدة التسيب ، فان البائع هو الذي أوقع المشتري في تلك الخسارة ، ( وفيه ) انها ليست مورد آية ، بل لا بد فيها من استناد الفعل الى السبب عرفاً لضعف المباشر وكونه بمنزلة الآلة ، كما اذا فتح احد باب قفس الحيوان فطار أو امر مجنوناً بقتل أحد . ومن هذا القبيل شاهد الزور الذي رجح عن شهادته ، فانه يصدق انه خسر المحكوم عليه لأن الحاكم معذور .

( نعم ) في ثبوت الضمان على من قدم طعاماً لغيره فأمره بالأكل كلام يمكن ان نتعرض له ، فالعمدة هو ( الوجه الثالث ) اعني الغرر . وقد ورد في النبوي أن المغرور يرجع الى من غر ، وهو ضعيف السند ولم يعلم انجباره بعمل الأصحاب ، اذ لعلهم استندوا في هذه القاعدة الى الروايات الواردة في موارد خاصة ، وقد ذكرها بعضهم : منها ماورد (١) في أن ولي المرأة اذا زوجها وكانت معيبة فان كانت

(١) ذكر بعضها في ج ١٤ من الوسائل - كتاب النكاح - في الباب الثاني

من أبواب العيوب والتدليس ص ٥٩٦ . واليك بعضها :

عنهم - يعني محمد بن يعقوب عن عدة من اصحابنا - عن سهل ، عن أحمد بن محمد ، عن رفاعة بن موسى قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام « الى أن قال » وسألته عن البرصاء فقال : قضى امير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء أن لها المهر بما استحلت من فرجها وأن المهر على الذي زوجها ، وانما صار عليه المهر لأنه دلسها ، ولو أن رجلاً تزوج امرأة وزوجه إياها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء ، وكان المهر يأخذه منها . قال صاحب الوسائل : ورواه ابن إدريس في ( آخر السرائر ) نقلاً عن كتاب نوادر أحمد بن محمد بن أبي نصر البرزنجي عن الحلبي ، عن ابن عبد الله عليه السلام ، ورواه الشيخ باسناده عن محمد بن يعقوب .

عوراء او برصاء أو مجنونة يكون المهر على الولي الزوج . ومنها (١) ماورد فيما اذا ظهرت المرأة المزوجة مملوكة للغير ولم تكن بنت مهيرة ان المهر يكون على الزوج . وهذه الطائفة اجنبية عما نحن فيه ، لأن ضمان الزوج للمهر في موارد خاصة غير مستلزم لكون التغير موجباً للضمان مطلقاً . ويؤكد ذلك ما في بعضها من رجوع المالك الى المشتري في قيمة الولد ، فان مقتضى القاعدة أن يكون الولد رقاً للمالك لأنه من توابع الأم ومنافعها كولد الشاة وثمار الأشجار ونحوها ، كما في فرض الزنا بأمة الغير يكون الولد ملكاً للملكها ، الا انه بما ان الوطي وطبي شبهة فيما نحن فيه يكون الولد حراً ، فيرجع المالك الى المشتري بقيمته .

(وبالجملة) في المقام روايتان معللتان يمكن استفادة العموم والاطلاق منهما :  
 (احدهما) روايه اسماعيل بن جابر الواردة في رجوع الزوجة الى الزوج بالمهر معللاً بقوله عليه السلام « كما خدعه وغره » أي لأنه خدعه وغره (وفيه) اولاً - انها ضعيف السند بمحمد بن سنان ، فان اقوال اهل الرجال فيه مختلفة بين قاذح ومادح ، والقذح فيه اكثر حتى نقل انه في اواخر حياته دفع كتابه الى

(١) ذكر في الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٢ كتاب النكاح :

محمد بن يعقوب ، عن محمد بن يحيى ، عن محمد بن الحسين ، عن محمد بن سنان ، عن اسماعيل بن جابر قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر الى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقليل : هي ابنة فلان ، فأنى أباه فقال : زوجني ابنتك ، فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد أنها غير ابنته ، وأنها أمة ، قال : ترد الوليدة على مواليها والولد للرجل ، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالي الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه .

ونقل ايضاً أحاديث اخر تدل على ذلك في ص ٥٧٧ باب ٦٧ من ج ١٤

كتاب النكاح .

شخص ونهى عن أن يروي عنه شيئاً وقال : اني اخذت ذلك من اهل السوق .  
وبالجمله على أي تقدير لم يثبت وثاقته . وثانياً - دلالتها قاصرة ، فان عموم العلة انما  
يقتضى الرجوع الى غير الزوج في المهر ولا يقتضي الرجوع في غير المهر من  
المصارف حتى الى الزوج فضلاً عن الرجوع الى الغار مطلقاً في جميع الموارد .

( ثانيهما ) ما حكى من قضايا امير المؤمنين عليه السلام فيمن تزوج فبان كون  
المرأة برصاء او عمياء فانه يرجع الى الزوج لأنه غره وخدعه ( وفيه ) أيضاً - مضافاً  
الى ضعف السند بسهل بن زياد - انها ضعيفة الدلالة ، لما بيناه في الرواية المتقدمة .

( وبالجمله ) قاعدة التغيرير - اعني رجوع المغرور الى من غره - مما لم يعمل  
بها الفقهاء في جميع الأبواب ، وانما استندوا اليها في باب البيع فقط ، والروايات  
التي يستدل بها على القاعدة بين ما هي ضعيفة السند او الدلالة او هما معاً ، فالنبوي  
وهو قوله صلى الله عليه وآله « المغرور يرجع الى من غره » وان كانت دلالته تامة  
الا انه ضعيف السند ، وأما الروايتان المعلتان فهما ضعيفتان من حيث السند والدلالة :  
أما من حيث السند فلما عرفت ، وأما من حيث الدلالة فلان عموم العلة لا يقتضي  
الاضمان التغيرير في خصوص المهر دون غيره .

( هذا ) مضافاً الى انه لو تم الاستدلال بها كان الدليل اخص من المدعى ،  
لأن رجوع الزوج الى الغار في المهر انما هو في فرض علمه بالعيب دون ما اذا  
جهل به ، كما صرح بذلك في بعضها وذكر فيها انه مع الجهل لاشيء عليه . كما ان  
عنوان الغرور والتدليس ايضاً لا يصدق الا في فرض علم الغار بالعيب ونحوه ، لأنه  
مرادف للخديعة ولا يصدق مع الجهل ، فعلى فرض تمامية دلالة هذه الأخبار على  
ثبوت الضمان بالتغيرير لا يتم الاستدلال بها للمقام لأنها اخص من المدعي . ومحل  
الكلام في المقام رجوع المشتري الى البائع فيما يغرمه المالك مطلقاً ، سواء كان البائع  
جاهلاً بالحال او عالماً به - فتأمل ، فيكون الدليل اخص من المدعى .

(وأما) رواية جميل (١) وقوله عليه السلام فيها « ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي اخذت منه » فهي قوية من حيث السند كما انها قوية دلالة ايضاً من حيث وردها في البيع وصراحتها في رجوع المشتري الى من باعه بالثمن وقيمة الولد ، الا انه يرد عليه احتمال اختصاص رجوع الحكم بالولد فان له احكاماً خاصة ، وقد عرفت ان مقتضى القاعدة فيما اذا استولد احد جارية الغير ان يكون الولد رقاً للمالكها للتبعية ، الا انه حكم الشارع في وطى الشبهة بحريته ورجوع المالك الى والده بقيمته ، فمن المحتمل ان يكون مختصاً بحكم آخر ، وهو رجوع المشتري الى البائع في قيمته ايضاً ، فلا يمكن التعدي عنه الى بقية الموارد .

وبما بينا ظهر انه لاوجه لما ذكره بقوله : فان حرية ولد المشتري إما ان يعد نفعاً عائداً عليه أولاً ، وعلى التقديرين يثبت المطلوب .

وأما قوله قدس سره : « مع أن في توصيف قيمة الولد انها اخذت منه نوع اشعار لعلية الحكم فيطرد في سائر ما اخذت منه » - الخ (فيه) انه نظير ما ذكره بعض العاين في قوله صلى الله عليه وآله وسلم « في الغنم السائمة زكاة » من دلالة على الزكاة في غير الغنم من الحيوان السائم ، بتوهم ان علة الحكم هو الوصف فيدور الحكم مداره واو في موضوع آخر وهو غير صحيح وأجنبي عن مفهوم الوصف ، بل الظاهر أن اخذ عنوان الأخذ انما هو من جهة أن رجوعه الى البائع انما يكون بعد اخذ المالك منه والا فليس له الرجوع كما سنذكره انشاء الله تعالى في تعاقب الأيادي ، فان المالك في تعاقب الأيادي اذا رجع الى الغاصب الأول واخذ منه المال له أن يرجع الثاني ، وأما اذا عني ولم يأخذ منه او فرضنا انه متردد في الأخذ بعد فليس للسابق أن يرجع الى اللاحق ، فاعتبار الأخذ في المقام يحتمل أن يكون لهذه النكتة اولاً من جهة

(١) وهي آخر رواية ذكرها صاحب الوسائل في باب حكم مالو بيعت الأمة

بغير اذن سيدها فولدت من المشتري ج ١٤ ص ٥٩٢ .



بيان انه يرجع الى البائع بمقدار ما اخذ منه لا اقل ولا اكثر ، فان ما يأخذه المالك من المشتري يختلف باختلاف القيمة السوقية ، وله الرجوع الى البائع بمقدار ما اخذ منه دون غيره ، فلا اشعار فيه في عليية الأخذ للرجوع ليثبت في جميع موارد الأخذ الا على مسلك بعض العامة الذي هو بديهي الفساد .

أما رواية زرارة (١) فسكوته عليه السلام عن بيان رجوع المشتري الى البائع دليل على عدم الرجوع لو كان في مقام البيان ، فيقيد حينئذ اطلاقه بما دل على الرجوع بقيمة الولد من الروايات الأخر .

وأما رواية زريق (٢) فقد ذكر فيها رجوع المالك الى المشتري في قيمة الأرض المتباعة وما كان فيها من غرس او بناء ونحو ذلك وتلف في يد المشتري ، كما حكم فيها بأن المشتري اذا أحدث في الأرض شيئاً من غرس او بناء ونحوه ليس للمالك إلزامه بقلعها بل يتخير المشتري بين قلعها وبين اخذ قيمتها من المالك . وهذا نظير حصول الشركة القهرية في بعض الموارد ، وهذا هو مقتضى العدل والانصاف ولا تعرض فيها لرجوع المشتري الى البائع ، لأن البائع في موردها هو القاضي ،

(١) ذكرها في الوسائل ص ٥٩٢ ج ١٤ كتاب النكاح . واليك نصها .

محمد بن الحسن باسناده عن الصفار ، عن يعقوب بن يزيد ، عن صفوان بن يحيى ، عن سليم الطربال او عمن رواه ، عن سليم ، عن حريز ، عن زرارة قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام . رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى أرضه فولدت منه أولاداً ، ثم إن أباه يزعم أنها له ، وأقام على ذلك البينة ، قال : يقبض ولده ويدفع اليه الجارية ويعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها . (٢) نقلها في الوسائل ص ٢٥٣ ج ١٢ كتاب التجارة . وهي طويلة لا يسعنا المجال لذكرها ، فراجعها هناك .

وهو مكروه من قبل الشارع في البيع بعد قيام البينة ، فلا يكون ضامناً .  
 (وبالجملة ) لاوجه ارجوع المشتري الى البائع فيما يغرمه المالك بأزاء المنافع ،  
 لأن عمدة المستند في رجوعه اليه قاعدة التغيرير ، ولا دليل عليها سوى الروايات  
 الخاصة الواردة في موارد خاصة كرجوع الزوج الى المزوج او غيره في المهر اذا  
 ظهرت الزوجة معيبة أو كانت أمة ولم تكن بنت ماهرة او بان كونها بنت امة ،  
 والرجوع اليه بقيمة الولد اذا بان كونها امة ، ولا يمكن التعدي عنها ، كما ان  
 اثبات الضمان بحديث لا ضرر غير ممكن خصوصاً في المنافع المستوفاة حيث لا يتضرر  
 المشتري بدفع قيمة ما استوفاه غالباً .

( وأما ) الاجماع المدعي في الايضاح فهو مبني على اقوائية السبب من المباشر  
 وقد عرفت عدم تماميتها الا فيما اذا كان المباشر بمنزلة الآلة للسبب ، بحيث كان  
 الفعل مستنداً اليه عرفاً ، كأمر الصبي او المجنون بشيء . ومن هذا القبيل المكروه ،  
 فان فعله يستند الى المكروه . ومن هذا القبيل شاهد الزور ، فان الخسارة يستند اليه  
 لا الى الحاكم ، لأنه بمنزلة المكروه في الحكم والقضاء ، فيكون الضمان على السبب  
 لا أن قرار الضمان عليه .

( نعم ) المنافع التي يرجع المالك فيه الى المشتري يمكن أن يكون على قسمين :  
 لأنها تارة تكون مما استولى عليها البائع ايضاً يتبع استيلاؤه على العين كسكنى الدار مثلاً  
 فان حيشيه السكنى من منافع الدار التابعة لها في الملكية والاستيلاء ، فليستولي عليها بالاستيلاء  
 على عين الدار فاذا فرضنا استيلاء البائع على الدار أولاً ثم باعها على المشتري فقد استولى  
 البائع ايضاً على تلك المنفعة ، واخرى لا يكون كذلك ولم تدخل تحت استيلاء البائع اصلاً  
 كالمنافع العينية التي تجددت للعين بعد دخولها تحت يد المشتري ولم تكن موجودة حين  
 استيلاء البائع عليها كالثمرة واللبن ونحوهما ، فان البائع لم يستول عليها ولم يضمنها .  
 ( أما القسم الثاني ) فليس للمالك الرجوع فيه الى البائع اصلاً ، لعدم دخول

تلك المنافع تحت يده ليكون ضامنا له كما انه ليس بمتلف لها ، فاذا رجع بها المالك الى المشتري ليس له الرجوع الى البائع لعدم الدليل على ما عرفت . وأما القسم الثاني فللمالك أن يرجع الى كل من البائع والمشتري ، لأن كلا منهما ضامن لها ، فيقع الكلام في انه اذا رجع الى البائع فهل له الرجوع الى المشتري ، او اذا رجع الى المشتري فهل للمشتري أن يرجع الى البائع او ليس له ذلك ؟

( فنقول ) سيأتي انشاء الله تعالى في باب تعاقب الأيادي تصوير ضمان اشخاص عديدة لمال واحد إما بنحو الواجب الكفائي وإما بنحو اشتغال ذمة الجميع وسر الضمان أن الوجه في رجوع السابق الى اللاحق بعد ما رجع اليه المالك هو أن الغاصب أو من بحكمه يملك المال بقاءً بعد أداء مثله او قيمته بالسيرة العقلانية وتسالم الأصحاب ، ولذا لو فرضنا أن احداً اتلف زولية من غيره أو تلف تحت يده فأخذ منه المالك قيمته ليس له أن يطالبه بالأجزاء الصغار الباقية منها ، خلافاً للمصنف حيث اختار جواز رجوعه اليه ، فقضى ذلك جواز رجوع البائع الى المشتري ان رجع اليه المالك ، الا ان في المقام خصوصية ، وهي انه اذا أقدم احد طعام نفسه الذي هو ملكه حدوثاً واقعا بعنوان انه له لياكله مع اعتقاده انه ليس له فأكله وبعد ذلك علم انه كان ملكاً له واقعا ليس له الرجوع الى الأكل ببذله ، وهذا موافق للسيرة ومورد تسالم الفقهاء أيضاً . وأما عكسه - اي اذا أقدم مال الآكل واقعا اليه بعنوان انه ملكه لالآكل كما اذا ذبح شاة الغير وقدمه اليه بعنوان انه له لالآكل فأكله الآكل اذا علم بذلك ان يرجع الى المقدم ، وهذا أيضاً موافق للسيرة ومورد للتسالم . ولا فرق في كلا الموردين بين الملك حدوثاً وبقاءً .

( وعليه ) ففيما نحن فيه اذا رجع المالك الى البائع ليس له الرجوع الى المشتري ، لأنه من قبيل من قدم ملك نفسه حدوثاً الى غيره لياكله بعنوان انه ملكه مع اعتقاده بأنه ليس له ، بل لا فرق بينهما الا في كون المال ملكاً له حدوثاً في

الفرض وبمقابلة فيما نحن فيه ، وقد عرفت انه لا يوجب فرقاً من حيث الضمان وعدمه وأما اذا رجع المالك الى المشتري فله أن يرجع الى البائع لأنه قدم اليه مال نفسه بقاءً بعنوان انه له فيكون ضامناً له ، كما كان ضامناً في فرضه كونه مالا له حدوثاً ، فالصحيح في المقام هو التفصيل كما ذكرنا .

(ومما بيناه) ظهر الحال في المنافع المستوفاة ايضاً ، فان في مورد رجوع المشتري الى البائع في المنافع غير المستوفاة يكون الرجوع اليه في المستوفاة ثابتاً بالأولوية ، وفي مورد عدم رجوعه اليه لا يفرق بين المستوفاة وغيره كما هو ظاهر ، فاحكامه المصنف عن الرياض على اطلاقه غير تام .

(والحاصل) ان قاعدة التغير ورجوع المغرور الى من غره مما لادليل عليها ، فاذا في المنافع التي لم يستول عليها البائع - كنتاج المبيع من صوفه او لبنه أو نحو ذلك - ليس للمالك ولا للمشتري اذا رجع اليه المالك الرجوع الى البائع ، وأما ما استولى عليه البائع من المنافع بتبع استيلائه على العين كسكنى الدار ، فهي نظير طعام الآكل الذي هو ملكه واقعاً فيقدمه احداليه ليأكله بعنوان انه له لا لالآكل فأكله ثم بان انه له واقعاً ، فانه يرجع الآكل اليه لأنه اتلف مال الآكل بفعله عرفاً فهو ضامن له من باب الاتلاف لا اليد ، فيثبت عليه الضمان ولو لم يدخل المال تحت يده . وهكذا اذا قدم مال شخص ثالث اليه بعنوان انه له ليأكله فأكله ثم رجع المالك الى الآكل فيأخذ منه قيمته ، فانه يملكه بقاءً وله الرجوع الى المقدم ويكون قرار الضمان عليه ، كما ان المالك اذا رجع في الفرض الى المقدم ليس له الرجوع الى الآكل ، وهذا مورد السيرة وتسالم الأصحاب ظاهراً .

والظاهر انه لا فرق في ذلك بين العمد والاشتباه ، فاذا تخيل المقدم ان الطعام له فقدمه الى غيره فأكله ثم بان انه للاكل واقعاً يجوز له الرجوع اليه لإتلافه اياه عرفاً .

( هذا كله ) في تقديم الطعام ، واما البيع فالظاهر فيه هو التفصيل بين صورة تغير البائع للمشتري وعدمه بحسب السيرة ، فاذا كان البائع عالماً بأن المبيع للغير فخذعه للمشتري ان يرجع اليه بما غرمه المالك بليزاء المنافع ، ويكون قرار الضمان عليه لأنه هو الذي اتلفها عرفاً بتقديمها للمشتري مجاناً وبلا عوض كما في تقديم طعام الغير اليه ليأكله ، وأما اذا لم يكن عالماً بالحال بل كان مشتبهاً فالظاهر عدم الرجوع اليه ، كما اذا فرضنا ان احداً تخيل ان الأرز المعين له فباعه الى شخص فقير بثمن زهيد واشترط عليه أن يأكله ارفاقاً عليه ثم ظهر انه لم يكن له بل كان مال الغير يكون قرار الضمان على المشتري الآكل ، فان رجع المالك الى الآكل او بان كونه ملكاً للفقير نفسه واقعاً ليس له الرجوع الى البائع - فتأمل . والسيرة جارية على هذا .

( وبالجملة ) فحاله فساد البيع في فرض اشتباه البائع من هذه الجهة حال فساده من غير جهة كون المبيع للغير ، فكما لا يكون البائع ضامناً للمنافع منه لا يكون ضامناً لها في المقام ايضاً ، فصح ما ذكره الحدائق من حكمه بعدم الضمان في الفرض . ( ثم ) انه لا يفرق فيما ذكرناه بين المنافع المستوفاة وغيرها ، ففيما جاز الرجوع في غير المستوفاة جاز فيه الرجوع في المستوفاة بالأولوية ، كما انه فيما لم يجز الرجوع من المستوفاة فعدم جواز الرجوع فيه في فرض عدم الاستيفاء اوضح ( وبما بيناه ) ظهر الحال فيما يغرم المالك المشتري من زيادة الثمن ، فانه يرجع به الى البائع لأنه المتلف لها على المشتري ، كما ظهر الحال ايضاً فيما يأخذه المالك من البائع بأزاء الأوصاف التالفة ، من غير فرق بين وصف الصحة وبقيّة الأوصاف ، وتفصيل المصنف بين وصف الصحة وانها بمنزلة الأجزاء دون غيرها مما لا يقسط عليه الثمن بلاوجه ، فان وصف الصحة ايضاً لا يسقط عليها الثمن ، والأرش انما ثبت بالدليل ولذا لو فرضنا انه اشترى معيباً وكان صحيحاً في الواقع ليس للبائع ان يأخذ منه اكثر من الثمن .

(والحاصل) ان مقتضى القاعدة عدم رجوع المشتري الى البائع فيما يرجع اليه المالك مطلقاً ، لأن التلف يكون تحت يده فيكون قرار الضمان عليه ، الا انا خرجنا عن ذلك بالسيرة فيما اذا كان في غير الثمن المسمى فيما اذا كان البائع غاراً للمشتري .

(ثم ان) رجوعه اليه انما هو فيما اذا لم يكن البيع فاسداً من جهة اخرى ، وأما اذا كان فاسداً مع قطع النظر عن كذب البائع - كما اذا فرضنا كونه ربوياً - فضمان المشتري ليس مستنداً الى كذب البائع وانما هو مستند الى يده العادية التي لم تنشأ من سبب صحيح شرعي فليس له الرجوع اليه .

(ثم ذكر) المصنف ان كلما لا يرجع به المشتري الى البائع اذا رجع اليه المالك يرجع به البائع الى المشتري اذا رجع اليه ، لأن قرار الضمان يكون عليه لأن التلف صار في يده .

(ثم) اورد على نفسه بأنه لماذا يرجع البائع في ذلك الى المشتري - اي السابق الى اللاحق - مع حصول العين في يد كل منهما ، وهي السبب للضمان ولم يحصل من اللاحق اتلاف على الفرض ليكون اتلافه موجباً لاستقرار ضمان السابق ، فبهذه المناسبة تعرض لبحث تعاقب الأيادي وذكر فيه امرين :

## تعاقب الايادي

(الأول) كيفية اشتغال ذمم متعددة بمال واحد وصيرورته في عهدة أشخاص عديدة ، وأفاد في بيان ذلك . احاصله : ان معنى ضمان اشخاص عديدة لمال واحد ان يكون ذمة كل منهم مشغولة بالمال على البذل ، بحيث لو خرج واحد منهم عن ذلك سقط ذم الجميع والا كان ذم الجميع مشغولة ، وهذا نظير الواجب الكفائي

فكما يمكن أن يكون المطلوب واحداً والمطلوب منه متعدداً كذلك يمكن ان يكون المال واحداً وضمانه متعدداً .

ثم نظر ذلك بما ذكره العامة في ضمان الذم ، فانهم قالوا انه اذا ضمن احد ما في ذمة المديون يكون ذلك من قبيل ضم ذمة الى ذمة ، فجعلوا الضمان فيه من باب ضم ، ولكن الخاصة ذهبوا الى انه من ضمن وانه من قبيل انتقال المال من ذمة الى ذمة اخرى ، فعلى مسلك الجمهور يكون كل من المديون والضامن ضامناً لما في الذمة على البدل ، وهكذا ما ذكره بعض فقهاءنا في ضمان الأعيان في أحد العوضين .

(مثلاً) اذا أراد احد بيع عين ولم يكن المشتري مأموراً من كونها له بل يحتمل ان تكون العين مسروقة فيطالب البائع بالضامن لما يدفعه اليه من الثمن اذا ظهرت العين مستحقة للغير ، فاذا ضمنه شخص يكون الثمن في عهدها ، فيكون البائع ضامناً للثمن لليد ويكون الضامن ضامناً له بالاختيار ، وهكذا في العارية المضمونة فيما اذا لم يطمئن المعير بالمستعير فضمنه الآخر ، فان المستعير يكون ضامناً لليد والضامن بالاختيار ، وكذلك الحال في ضمان شخصين لمال واحد على سبيل الاشتراك ، بأن يكون كل منهما ضامناً لبعضه وعلى سبيل الاستقلال ايضاً ، فباب تعاقب الأيادي يكون نظير هذه الموارد .

(هذا) حاصل ما ذكره المصنف في حال المالك بالاضافة الى الضامنين . وقد اورد عليه الميرزا بما حاصله : انه لا يقاس الضمان بالوجوب الكفائي ، فان في الواجب الكفائي يكون التكليف متوجهاً الى كل واحد من المكلفين ، غاية الأمر مقيداً بعدم اتيان الباقي بما تعلق به الأمر . وأما في الضمان إن كان ضمان كل من ذوي الأيادي مقيداً ومشروطاً بعدم ضمان الباقي يكون مرجعه الى عدم ضمان الجميع كما هو ظاهر . ثم ذكر ان ضمان شخصين في باب الذم او غيرها يمكن ان يكون طولياً ، بمعنى ان الضامن يكون ضامناً للدائن ، فاذا طالبه بالمال واداه بما ان ضمانه

له كان بامر المديون يكون المديون ضامناً له ، فالضامن ضامن للدائن والمديون ضامن للضامن .

( وبالجملة ) ربما يقال في تعاقب الأيادي انه كيف يمكن ان يكون الذم العديدة مشغولة بمال واحد ، ثم كيف لا يرجع اللاحق الى السابق اذا رجع اليه المالك الا اذا كان مغروراً ويرجع السابق الى اللاحق الا اذا كان غاراً له ، مع ثبوت يد كل منهما على المال ونسبة الضمان اليهما على حد سواء ، والمفروض ان اللاحق لم يتلف المال ليقال انه صار سبباً لاستقرار الضمان على السابق .

( وقد أجاب المصنف ) عن الأول بما حاصله : ان معنى اشتغال الذم بمال واحد أن يكون كلا منها مشغولاً للمالك على البديل ، فاذا رجع الى احدها واستوفي منه ماضمته سقط ذمة الباقي ، اذ المال الواحد ليس له الا بدل واحد ، والمفروض عدم اشتغال الذم بغير عنوان بدل التالف . وهذا نظير الواجب الكفائي .

( وقد أورد ) عليه الميرزا بما حاصله الفرق بين الضمان وبين الواجب الكفائي فان في الواجب الكفائي يكون اطلاق الوجوب بالاضافة الى كل مكلف مشروطاً بعدم اتيان غيره بالواجب ، وهذا المعنى في الضمان غير ممكن ، لأن ضمان كل منهما مشروطاً بعدم ضمان الآخر مرجعه الى عدم ضمان الجميع ، فان هذا لو كان ضامناً فالآخر غير ضامن وكذا العكس ، ولذا التزم « قده » في موارد الضمان بالضماني الطولي ، بمعنى ان الضامن ضامن للمالك ، والمديون ضامن لماضمته بعد ما ادى البديل الى المالك ، وكذا في تعاقب الأيادي .

( ونقول ) ما ذكر فاسد بناءً ومبنى : أما المبني فلان الواجب الكفائي - على ما بيناه في محله - ليس وجوباً مشروطاً ، بل هو سنخ وجوب متعلق بطبيعي المكلف نظير الواجب التخيري الذي يكون الطلب فيه متعلقاً بالجامع بين الأمرين او الأمور ، ففي الوجوب التخيري يكون الفعل كلياً وفي الكفائي يكون الفاعل



كفائياً ( وذلك ) لأن الملاك والمصلحة كما أنه قد تكون متحققة في الجامع ، وحينئذ يكون الأمر بخصوص حصة أو فرد دون غيره ترجيح بلامرجح ، كذلك قد تكون قائمة بصرف وجود الفعل الصادر من طبيعي المكلف الملغى عنه الخصوصيات فتوجيه الأمر حينئذ الى احد الأفراد دون غيره ترجح بلا مرجح ، وتوجيه التكليف الى جميع الأفراد مستقلاً بلامصلحة وملاك ، فلا بد وأن يتعلق الوجوب بطبيعي المكلف ، فاذا أتى احدهم بالواجب سقط عن الجميع والا ثبت استحقاق العقاب على الجميع ، وفي الضمان ايضاً نلتزم بضمان كفائي ، بأن يكون الضمان ثابتاً على الجامع - اعني طبيعي من استولى على المال الملغى عنه الخصوصيات الفردية - لعدم الفرق بين هذه الجهة بين التكليفية والوضعية ، اذ كما يمكن ان يكون المملوك هو الطبيعي الملغى عن الخصوصيات - كما في بيع صاع من من صبرة فان المملوك حينئذ طبيعي الصاع من الصبرة من غير دخل لخصوصيات الصاع فيه - ويمكن أن يكون المالك كلياً - كما في الزكاة ونحوها ، فان مالكها كلي الفقراء - كذلك يمكن أن يكون الضامن كلياً .

( هذا كله ) في فساد المبنى ، وأما البناء فلانه لو سلمنا ان الوجوب الكفائي وجوب مقيد لانه كما ان القيد فيه عدم اتيان الباقي بذات الواجب لاعدم الوجوب على الباقي والاجرى فيه الاشكال المزبور ايضاً ، كذلك في الضمان يكون القيد لزمان كل واحد عدم خروج غيره عن عهدة المال لاعدم ضمانهم ، فيندفع الاشكال .

( فعلى ) أي تقدير لامانع من ضمان اشخاص عديدة لمال واحد بنحو الواجب الكفائي ، وانما لم نلتزم به في ضمان ما في الذم لعدم الدليل ، بل لوجود الدليل على الخلاف لا الاستحالة وان نسب الى العلامة ( نعم ) ضمان المديون والضامن معاً للمالك عرضاً بنحو الاستقلال - بأن يكون لماله الواحد بدلان احدهما في ذمة

المديون والآخر في ذمة الضامن - مستحيل بالمعنى الذي تقدم ، اذ ليس لمال واحد سوى البديل الواحد .

( هذا كله ) في تصوير ضمان اشخاص عديدة لمال واحد ، وأما رجوع السابق الى اللاحق دون العكس فقد ذكر في وجهه امور :

( الأول ) ما ذكره السيد في الحاشية ، وحاصله انه لافرق بين تلف المال تحت يد اللاحق واتلافه له ، لأنه كما صار سبباً لثبوت الضمان على ذمة السابق في فرض الاتلاف - حيث انه لو لم يتلفه لكان يرجع المالك الى عين ماله ولهذا يرجع اليه السابق - كذلك في فرض التلف او كان اللاحق ارجع مال الغير الى مالكه ولم يجسه الى ان يتلف لسقط اشتغال ذمة السابق للمالك ، وبما ان الرجوع ثابت في فرض الاتلاف فلا بد وان يثبت في التلف أيضاً لوحدة المالك .

( وفيه ) مضافاً الى ان الرجوع في فرض الاتلاف ايضاً قابل للمناقشة لأن ضمان السابق مستند الى يده واستيلائه وليس مسبباً عن اتلاف اللاحق ( نعم ) لا يبعد كونه من قبيل ايجاد معلق عليه الضمان ، وعلى فرض كونه سبباً له عرفاً فهو لا يوجب الرجوع الا على القول بالضمان في التسبب ، انه فرق بين الاتلاف والتلف ، فانه في فرض الاتلاف أوجب المتلف بفعله تبديل ضمان السابق بالعين الى ضمانه بالبديل ، وهذا بخلاف صورة التلف ، اذ لم يصدر منه فعل اختياري يوجب اشتغال ذمة السابق بالبديل . ودعوى انه لو لم يجسه ودفعه الى المالك فرغ ذمة السابق اشكال مشترك بين السابق واللاحق ، فان اللاحق أن يقول للسابق لماذا مرردته انت للمالك ليفرغ ذمتك ( وبالجمله ) لو سلمنا استقرار الضمان على اللاحق في فرض الاتلاف فلا موجب له في فرض التلف ، فهذا الجواب غير تام . ( الجواب الثاني ) ما افاده المصنف ، وحاصله : الفرق بين الضامن الأول وغيره ، من حيث ان الضامن الأول بوضع يده على مال الغير ينتقل الى ذمته العين

بالبقاء الخصوصيات الشخصية ، فهو يضمن مجرد العين الملغى عنها الخصوصيات وأما الضامن الثاني اذا استولى على العين فقد استولى على العين المضمونة بكونها ذا بدل ، وهذا بخلاف الضامن الأول فانه لم يتول الا على العين المجردة عن هذا العنوان ، فلم يضمن سوى نفس العين ، وأما الضامن الثاني فهو استولى على العين المعنونة بكونها ذات بدل ثابت في ذمة الضامن الأول ، فهو يضمن الجامع بين العين والبدل - أي احد الأمرين - نظير الواجب التخييري ، وهذا هو مراده بقوله قدس سره « فقد ضمن شيئاً له بدل » فهذا الضمان يرجع الى ضمان واحد من البديل والمبديل على سبيل البديل .

( وبالجمله ) فاذا رجع المالك الى الأول سقط أحد طرفي التخيير - اعني اشتغال ذمة اللاحق بالعين للمالك - اذ لا معنى لضمان اللاحق له بعد وصول ماله اليه فيتعين الطرف الآخر - اعني اشتغال ذمته بالبديل للسابق - فله الرجوع اليه ، غايته بعد مراجع اليه المالك ودفعه اليه لاقبله . وهذا هو الفرق بين الضامن الأول وغيره . ( هذا ) ويرد عليه قبل كل شيء ان العين لا تعنون بكونها ذات بدل الا بعد التلف ، وأما قبله فبمجرد استيلاء الضامن الأول عليها لا تكون ذات بدل ، فنسبة كل من اليدين على المال نسبة واحدة ، ولا فرق بينها الا من حيث السبق في الزمان والحقوق ، فأولا اشتغل ذمة الضامن الأول بالمال ثم اشتغل ذمة الضامن الثاني به ، ولا اثر للسبق الزماني .

( هذا ) وأورد عليه السيد في حاشيته بوجوه سبعة يمكن الجواب عن بعضها وما لادافع عنه ثلاثة ،

( احدها ) ان مقتضى ذلك أن يكون الضامن اللاحق ضامناً للمالك بأحد امرين من العين والبدل لاضمانه للضامن الأول ، فان البديل في ذمة الضامن الأول ملك للمالك ، فبدله الثابت في ذمة الضامن اللاحق ايضاً يكون ملكاً للمالك

للاضامن السابق .

( ثانيها ) انه اذا فرض رجوع العين الى الضامن السابق وتلفه في يده لازم ذلك جواز رجوع الضامن السابق الى اللاحق ايضاً ، مع ان الأمر بالعكس . ( ثم أورد ) على نفسه بأن رجوع المال الى الضامن السابق يستلزم كون السابق لاحقاً واللاحق سابقاً ، فيكون السابق ضامناً لماله البديل ( فأجاب عنه ) بأن يده الثابتة لاتوجب الضمان ، اذ المفروض ثبوت الضمان بيده الأولي ، وهو باق بعد ولم يرتفع . ( ثالثها ) ان لازم ذلك جواز رجوع الضامن السابق الى اللاحق قبل دفع البديل الى المالك ، وهو أيضاً كما ترى .

( هذا ) وقد أورد الميرزا على السيد بما حاصله : انه لم يعبر كلام الشيخ على وفق مراده ، ثم حمل « قده » كلام المصنف على الطولية ، بمعنى ان السابق ضامن للمالك واللاحق ضامن لما ضمنه ، كما في الضمان العقدي ، فان من ضمن المديون يكون هو الضامن للمالك الدائن لا المديون ، وأما المديون فهو ضامن طولاً لما ضمنه بمعنى أن الضامن بعد مادفع الدين الى مالكة له ان يرجع الى المديون بما دفعه ، لأن ضمانه كان بأمره وفي المقام كذلك .

( ونقول ) ان ما افاده - وان كان ممكناً ثبوتاً ومعقولاً - الا انه لا دليل عليه اثباتاً ، فان دليل الضمان في تعاقب الأيادي منحصر في اليد ، ونسبته الى السابق واللاحق واحدة ، ولاوجه لكون السابق ضامناً لللاحق واللاحق ضامناً لما ضمنه السابق ، بل مقتضى القاعدة ضمان كل منهما للمالك ، وانما التزمنا به في الضمان العقدي للدليل وهو مفقود في المقام .

( هذا ) مضافاً الى ان لازم ذلك ان لايجوز للمالك الرجوع الى الضامن اللاحق ، لأنه ليس ضامناً للمالك وانما هو ضامن للضامن السابق على الفرض ، كما في الضمان العقدي في باب الدين والذم ، وهذا مما لا يمكن الالتزام به في المقام ،

## قوله (قده) : وربما يقال (١)

فالظاهر ان مراد المصنف هو الذي فهمه السيد وأورد عليه قوله « قده » :  
 (١) انتهى كلامنا الى الوجه في رجوع الضامن الأول الى الثاني - اي  
 السابق الى اللاحق - والتعبير بالأول والثاني نظير عنوان المعقولات الثانوية التي تعم  
 الثاني وما زاد . وكيف كان قدمر الوجه الأول في بيان ذلك الذي ذكره المصنف  
 (الوجه الثاني) ما حكاها عن الجواهر ، وحاصله : ان من تلف المال في يده خطابه  
 ذي ، فتكون ذمته مشغولة بالبديل للمالك ، وأما غيره فخطابه تكليفي وليس له  
 اشتغال ذمة بالاضافة الى المالك ، وعليه فاذا رجع المالك الى غير من تلف المال في  
 يده وطلب منه البديل وجب عليه الأداء ، فاذا أداه يملك ما في ذمة من تلف المال  
 في يده من مال المالك بالمعاوضة القهرية او يملك التالف كذلك ، ولامانع من ملكية  
 العين التالفة كما في الخيار اذا فسخ من له الفسخ بعد تلف العين فله الرجوع اليه ،  
 وهذا بخلاف ما اذا رجع المالك بالبديل الى من تلف عنده المال ، فانه لا يمكنه  
 الرجوع الى غيره لعدم اشتغال ذمته الى المالك وانما خطابه كان تكليفيا محضاً وقد  
 سقط بوصول مال المالك اليه ، وبهذا فرق بين الضامن الأول والثاني .

(وقد اورد) عليه المصنف بوجوه : تارة من حيث كون خطاب الأول  
 تكليفيا وخطاب الثاني ذميا ، واخرى من حيث المعارضة القهرية ، أما ما اورده  
 على الأول فأمر :

(احدها) راجع الى مقام الثبوت ، وحاصله : عدم الفرق بين الخطاب  
 التكليفي والخطاب الذمي ، فان الخطاب الوضعي منتزع عنده من الخطاب التكليفي  
 كوجوب اداء العين او المثل او القيمة في المقام ، وليس الخطاب الذمي بنفسه  
 مجعولا مستقلا في قبال الخطاب التكليفي بل هو منتزع منه ( وفيه ) انه مبني على  
 مسلكه « قده » الذي بينه في الاستصحاب من كون الأحكام الوضعية منتزعة من

الأحكام التكليفية ، وهو غير تام على ما بيناه في محله ، فان الخطاب التكليفي قد يثبت في مورد الخطاب الوضعي ايضا وقد لا يثبت ، كما في وجوب الانفاق على الولد ووجوب الانفاق على الزوجه بشرائطه ، فان الأول تكليفي محض ولذا لو خالف لا يثبت له الضمان ، بخلاف الثاني فانه وضعي ايضا ولذا لو خالف ولم ينفق الرجل على زوجته يكون ضامنا ومديونا له ، فهذا الوجه الراجع الى مقام الثبوت غير تام ، واما بقية الوجوه فهي راجعة الى مقام الاثبات .

( ثانيها ) ان موجب الضمان لكل من الضامين ليس الا اليد ، وأما وقوع التلف في يد الثاني دون الأول فهو ليس من موجبات الضمان ، ومن الظاهر ان دليل ضمان اليد واحد ، وهو النبوي المعروف « على اليد ما اخذت حتى تؤدي » ، فكيف يمكن ان يكون مفاد الدليل الواحد حكما تكليفيا في مورد وخطابا ذميا في مورد آخر .

( ثالثها ) انه لو نقطع النظر عن كون دليل الضمان واحداً ولا يمكن ان يستفاد منه الحكم الوضعي في مورد التكليفي في مورد آخر ، الا انه لا يرب في عدم الفرق بين الأيدي من حيث الآثار ، بمعنى انه رتب اثار اشتغال الذمة على الضامن الأول من اجباره على الدفع ، وتقديم ما في ذمته على الوصية ، وجواز المصالحة على ما في ذمته الى غير ذلك ، كما رتب جميع ذلك على ما في ذمة من تلف المال عنده ، فيعرف من ذلك اشتغال ذمته كاشتغال ذمة الضامن الثاني . ثم بعد ذلك ذكرنا لي فاسد آخر ، وحاصله : ان لازم ذلك عدم جواز رجوع السابق اذا رجع اليه المالك الا الى من تلف عنده المال دون غيره من الضامن اللاحق الذي لم يتلف المال في يده ، مع ان المسلم جواز رجوع كل سابق الى اللاحق مطلقا .

( هذا كله ) فيما اورده عليه في دعواه ان الخطاب السابق تكليفي واللاحق ذمي ( وأما ما اورده ) على ما ذكره من المعاوضة القهرية الشرعية فحاصله : ان مجرد

دفع البديل ممن لم يتلف المال في يده ليس من اسباب المعاوضة شرعاً ، لامن الأسباب القهرية كما في الارث ولا الاختيارية كما في البيع .

( هذا كله ) في الوجوه الخمسة التي اوردها على الجواهر ، ونقول بناءً على ماسلكه صاحب الجواهر من بنائه الفرق على مقدمتين ما اورده المصنف متين خصوصاً بعضها ، إلا انه يمكن بيان الفرق بين السابق واللاحق من غير حاجة الى المقدمة الأولى ، بأن نبيي على ان الخطاب بالاضافة الى كل من السابق واللاحق وضعي ، وكل منها او منهم ضامن لبديل المال غايته على نحو الواجب الكفائي ، بأن يكون البديل ثابتاً على ذمه كل من الضامنين على البديل لاعتناً فانه مستحيل ، لأن المبدل الواحد لا يعقل أن يكون له أبدال عديدة بعنوان البدلية ، وكما يمكن أن يكون الطلب واحداً والمتعلق متعدداً كذلك يمكن أن يكون الضمان واحداً والضامن متعدداً ( واذا ثبت ذلك ) فنكتفي بالمقدمة الثانية ونقول : اذا أدى أحدهم البديل الى المالك يملك التالف بقاءً بالمعاوضة القهرية ، كما عليه السيرة العقلانية ويشهد لها امران :

( لحددهما ) ما اذا فرضنا ان احداً اتلف مال الغير حقيقة - كما اذا غضب فرس الغير فقتله او ذبحه - فأدى الى مالكة المثل أو القيمة ليس للمالك ان يطالبه بميتة ذاك الفرس ، بل يكون متعلق حق الدافع وليس للمالك مزاحته في ذلك .

( ثانيهما ) ما اذا فرضنا أن احداً غضب مال غيره وغضبه منه شخص ثاني وألقاه في البحر مثلاً بحيث صار بحكم التالف ثم رجع المالك الى الغاصب الأول فأخذ منه البديل يكون مافي البحر ملكاً له لالمالك ويجوز له تصرفه فيه ، فاذا فرضنا ان الغاصب الثاني أخرج من البحر لا بد من ارجاعه الى الغاصب الأول الذي دفع البديل الى المالك لا الى المالك الأول ، فالسيرة قائمة على تحقق المعاوضة في امثال ذلك ، والمقام من هذا القبيل ، فاذا ثبت ذلك يتم المقصود من رجوع

السابق الى اللاحق دون العكس .

( والحاصل ) انه لا اشكال في ضمان كل من ذوي الأيادي في تعاقبها للمالك لغايته على البديل بنحو الوجوب الكفائي ، فاذا رجع المالك الى احدهم فأخذ منه البديل صار بأدائه مالكا للمبدل بقاءً ، ولا مانع من اعتبار ملكية التالف فيما اذا لم يكن لغواً وترتب عليه الأثر ، ويدل على هذه المعاوضة امران :

( أحدهما ) انه اذا تلف مال الغير عند شخص أو اتلفه فأدى مثله او قيمته الى المالك لا يكون اجزاؤه الباقية ملكاً للمالك ، سواء كانت تسوى بقيمة زهيدة او لم تكن لها قيمة اصلا ، بل يكون بنظر العقلاء ملكاً لمن ادى العوض وليس للمالك مزاحمته فيها .

( ثانيها ) انه اذا تلف المال عرفاً لاحقيقة - كما اذا كان فصاً فألقى في البحر - فرجع المالك الى من ألقاه واخذ بدله منه كان المال ملكاً لمن ادى البديل ، ولذا لو فرضنا أن احدنا فتح باب قفس الطير فطار فأدى قيمته الى المالك ثم قتله شخص آخر في الهواء ببندقة ونحوها كان ضامناً لمن ادى بدله لا للمالك ، والسيرة العقلائية قائمة على ذلك ولم يردع عنها ، فيعرف من ذلك ان من ادى البديل في موارد الضمان يكون هو المالك للمبدل .

( وبيان أوضح ) انه لا اشكال في ان وجود كل من الفعلين في الواجب التخييري مبين لوجود الفعل الآخر ، وان كان الطلب متعلقاً بالجامع بينهما ، فالامثال انما يحصل بخصوص الفعل المأتي به لا بالجامع ، كما ان الثواب ايضاً يترتب على الفعل الخاص لا على الجامع ، وكذا في الواجب الكفائي ، فان التكليف وإن كان متعلقاً بطبيعي المكلف الا ان وجود كل مكلف مبين مع وجود الآخر ، فاذا امتثل التكليف احدهم يكون هو المثاب بخصوصه دون الطبيعي وان كان هناك أثر آخر يترتب عليه دون غيره ، كما اذا فرضنا ورد في الدليل ان من صلى على الجنائز تقبل



شهادته ، فقبول الشهادة يترتب على من صلى دون غيره من المكلفين ، وهذا جار في باب الضمان ايضاً فانه وان كان متعلقاً بالجامع الا ان الاثر المترتب على الضمان - وهو ملكية المبدل عند دفع البدل - يترتب على خصوص من خرج عن الضمان بأداء البدل دون غيره ، فاذا أدى احدهم البدل الى المالك هو يكون مالكا للمبدل بقاءً دون طبيعي الضامن ويكون نازلاً منزله ، فله الرجوع الى من تلف المال في يده ومن كان بينه وبينه ممن وقعت أيديهم على التالف .

( ثم ) بعد ثبوت ذلك وكون من ادى البدل مالكا للمبدل بقاءً فهو بمنزلة المالك ، فلماذا لا يجوز له الرجوع الا الى اللاحق دون السابق كما كان للمالك الرجوع اليه ايضاً بمقتضى « على اليد » ، وهو ايضاً يقتضي رجوع المالك بقاءً الى كل منهما . ( وقد ) ذكر السيد في وجهه ان اللاحق صار سبباً لاستقرار الضمان على السابق يحبس المال وعدم دفعه الى مالكة ، وهذا هو الذي ذكره في اصل المسألة ، وقد اجبتنا عنه بأنه ممنوع صغرى وكبرى : أما الكبرى فلان التسبب لا يوجب الضمان ، وأما الصغرى فلان اللاحق ليس سبباً لضمان السابق ، وانما سبب ضمانه اليد ، واللاحق كان له ان يرفع ضمان السابق بأداء المال الى مالكة فلم يفعل ، فهو لم يرفع ضمانه لا انه صار سبباً لضمانه ( فالصحيح ) ان الوجه في ذلك هو ان دليل الضمان هو على اليد ، وهو مغني بالأداء والغاية حاصلة بالاضافة الى السابق دون اللاحق ، فان اللاحق قد اخذ المال من السابق ، ولأخذه هذا بقاءً عند العقلاء ، ولذا لو فرضنا ان الغاصب الوسط ملك المال بالارث بقاءً لا يدفع البدل ليس له الرجوع الى السابق لأنه اداه اليه .

( وبعبارة اخرى ) اللاحق اخذ من السابق ، وأما السابق فلم يستول على مال اللاحق ليكون ضماناً له ، وهذا هو السر في رجوع السابق الى اللاحق الى ان ينتهي الأمر الى من تلف المال عنده فيكون قرار الضمان عليه دون العكس .

(ثم انه هل للمالك ان يبرىء ذمة احد الضامنين بحيث لا يسقط ضمان الباقي ام لا؟ الظاهر هو الثاني ، وذلك لأنه لم يكن للمالك الا حق واحد في ذمة الجميع على البدل ، فبراؤه لواحد منهم معناه اسقاط حقه ، فلا يبقى له شيء يشتغل به ذمة الباقي ، فلا يقاس الضمان بالوجوب الكفائي حيث يمكن سقوطه عن بعض وبقاؤه على غيره .

(ثم) لو سلمنا ذلك - وهذا هو المقام الثاني - وقلنا للمالك ابراء ذمة بعضهم ومع ذلك يجوز له أن يرجع الى غيره من الضامنين فهل لمن ابرأ ذمته ايضاً ان يرجع الى لاحقه بعد ابراء ذمته ، كما لو كان سقوط ذمته بدفع البدل ام ليس له ذلك؟ الظاهر هو الثاني ، لأن رجوع السابق الى اللاحق انما كان لأجل صيرورته مالكا للمبدل بقاءً ، والابراء لا يوجب ذلك ( نعم ) له ذلك في الهبة والاعطاء وهو ظاهر .

(ثم) اذا فرضنا وجود العين غائبة وتوقف ردها على صرف مؤنة فالظاهر وجوبها على الغاصب مقدمة للرد ( ودعوى ) كونه ضرراً يدفع بحديث الرفع ، فاسدة لأن عدم وجوبه عليه ضرر على المالك ، فانه مستلزم لعدم وصوله الى ماله وهو ضرر عليه ، كما انه اذا تصدى المالك لتحصيله استحق من الغاصب اجرة مثل عمله لأنه فعل مسلم محرم ( نعم ) اذا انحصر القادر على تحصيله بالمالك وطلب من الغاصب اكثر من اجرة عمله ففي وجوبه عليه وعدمه ولحوقه بالتعذر وجوه كما في المتن .

(وبالجمله) لا اشكال في ان مؤنة رد العين تكون على الضامن ، ولا يمكن دفع وجوبه بلا ضرر ، لأن عدم وجوبها عليه مستلزم لمنع المالك عن التصرف في ماله ، وهو ضرر عليه فلا مجال لحديث لا ضرر اصلاً .

## فروع

ثم ان في المقام فروعاً ثلاثة : ( احدها ) انه اذا انحصر القادر على رد العين بالمالك له ان يطالب الضامن بأجرة عمله لأن فعله عمل مسلم محترم فيجب على الضامن دفعها اليه ( ثانيها ) انه اذا لم ينحصر القادر على رد العين في المالك هل له ان يلزم الضامن بأنه يدفع الأجرة اليه ليرده بنفسه او يكون الخيار في ذلك بيد الضامن ؟ الظاهر هو الأول لأن الناس مسلطون على اموالهم فله أن لا يرضى بتصرف غيره في ماله ولو بالرد ( ثالثها ) انه اذا طالب المالك من الضامن اكثر من اجرة مثل عمله فهل يجب على الضامن دفعه اليه اولاً ؟ الظاهر هو الثاني لحديث لا ضرر ، فان الزامه بدفع الزائد ضرر عليه ، وليس عدم وجوبه في الفرض مستلزماً لتضرر المالك ، كما كان عدم وجوب صرف مؤنة الرد على الضامن ضرراً على المالك ، بل هو عدم نفع بالقياس الى المالك ، فلا مزاحمة بين الضررين ، فيرفع وجوب دفع الزائد على الضامن بحديث لا ضرر ، وأما ماهو المعروف من ان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال فلا دليل عليه .

( ثم انه ) اذا كان رد العين محتاجاً الى طول مدة فهل يؤخذ من الضامن بدل الخيلولة أولاً ؟ قد عرفت سابقاً ان بدل الخيلولة مما لا دليل عليه ( وعليه ) فان كان العين تالفة ولو عرفاً يرجع المملك الى الضامن ببدها ، وان كان مجرد فوت المنفعة في تلك المدة فيرجع اليه المالك بأجرة مثل منافعها في تلك المدة ، وأما بدل الخيلولة فلا اساس له . هذا تمام الكلام في تعاقب الأيادي .

قوله (قده) : لوباع الفضولي مال غيره مع مال نفسه (١)

## بيع الفضولي مال غيره مع مال نفسه

(١) تارة يتكلم في ذلك على القول بصحة الفضولي واخرى على القول بفساده ، وتارة في فرض حقوق الاجازة واخرى في فرض عدمها ، وعلى كل حال يقع الكلام في هذه المسألة في جهات :

(الأولى) في حكم البيع بالاضافة الى ما يملكه البائع من المبيع ، بناءً على القول بفساد بيع الفضولي ، وقد ادعي الاجماع على صحته ولم ينسب خلافه الى احد سوى المحقق الأردبيلي (وتفصيل المقام) انه يدخل - بناءً على فساد بيع الفضولي - في المسألة الآتية من بيع ما يملك ومالا يملك كبيع الشاة والخنزير ، فان قلنا بصحة البيع هناك فيما يملك فنقول بها في المقام أيضاً . ونقول : مايتوهم مانعاً من صحة البيع فيما يملك ليس الا امران

(احدهما) ان ما قصد انما هو بيع المجموع ، وهو لم يقع في الخارج ، فاذا وقع غيره فقد وقع ما لم يقصد ، وهذا الوجه جار في المقام أيضاً ، اذ يقال ان ما قصد انما هو بيع مجموع مال نفسه مع مال غيره وهو لم يقع على الفرض ، فاذا وقع بيع مال نفسه فقط فقد وقع ما لم يقصد (وفيه) ان البيع وان كان واحداً اثباتاً - اي من حيث المبرز - الا انه ينحل ثبوتاً الى بيوع عديدة بحسب اجزاء الثمن والمثمن ، كما ينحل الحكم التكليفي الى احكام عديدة بحسب افراد موضوعه في العام الاستغراقي ، غايته يكون هناك شرط ضمني وهو وصف الانضمام ، وتخلفه لا يوجب البطلان وانما يوجب الخيار .

(ثانيهما) انه مستلزم للجهل بما يقع من الثمن بأزاء ما يملكه البائع ، وهو

يوجب الفساد ، وهذا أيضاً جار في المقام لأن البائع لا يعلم بما يتقسط على ماله من الثمن حين البيع في القيمي بل وفي المثلي أيضاً اذا لم يكن مقدار ماله معلوماً له تفصيلاً ( وفيه ) ان ما يوجب بطلان البيع انما هو الغرر - كبيع شيء بما في الكيس مع الجهل بما فيه - وهو مفقود فيما نحن فيه ، اذ لا يترتب على جهل البائع بالثمن خطر اصلاً ، فهو نظير مالو باع من يملك صبره من الخنطة لا يعلم مقداره كل من منه بدرهم ، فان الجهل بمقداره في هذا الفرض غير مستلزم للخطر أصلاً . وأما مانعية الجهل بمجردة عن صحة البيع فلا دليل عليه سوى ما يدعى من الاجماع ، وهو غير شامل للمقام ، لما ذكرناه من دعوى الاجماع على صحة البيع فيما يملكه البائع في الفرض مع ان الجهل بالثمن موجود فيه .

( وما يؤكد ) ان مجرد الجهل لا يمنع صحة البيع ان لازم مانعيته فساد البيع فيما اذا باع احد مال نفسه مع مال غيره باذن منه لافضولة ، فان الجهل بما يقع بأزا ماله من الثمن موجود فيه ايضاً ، مع انه لم يستشكل احد في صحته ، فشيء من الوجهين لا يتم ، فصحة البيع فيما يملكه البائع بما يقابله من الثمن يكون على القاعدة مضافاً الى كفاية الاجماع المتقولة في صحته . ومع الغض عن جميع ذلك يكفي في الصحة رواية صفار فانها نعم المقام - فتأمل .

( هذا كله ) على القول بفساد الفضولي ، وأما على القول بصحته فلا اشكال في صحة البيع اذا اجاز المالك ، وأما اذا رد بطل البيع فيما يملكه من حين حدوثه ، لأن الرد كاشف عن الفساد من اول الأمر وان قيل بالنقل في الاجازة ، فيجري بالاضافة الى ما يملكه البائع ما تقدم على القول بفساد الفضولي من الوجهين والجواب عنها ورواية صفار بأجمعها .

( ثم ) انهم ذكروا أن صحة البيع في المملوك في فرض الرد انما تكون فيما اذا لم يكن الرد مستلزماً لخلل في بيع مال البائع من لزوم الربا أو عدم القدرة على

التسليم ( وبعبارة اخرى ) صحة البيع في مال البائع في المقام ينحصر بما اذا لم يكن لبيع مال الغير دخل في صحة بيع مال نفسه والافساده يوجب فساداً ايضاً . وقد مثلوا للزوم الربا بما اذا كان للبائع درهماً والآخر ديناراً فباعها مالك الدرهم بدرهمين ودينارين فانه يصح البيع اذا أجاز المالك ، وقد علمها الفقهاء بأن كل من الدرهم والدينار يقع بأزاء ما يخالفه من الثمن ، وأما اذا رد البيع مالك الدينار فلا محالة يقع بأزاء الدرهم اكثر من درهم فيلزم الربا .

( وأوضح ) من هذا المثل ما اذا باع مالك الدرهم درهم نفسه مع دينار غيره بخمسة عشر درهم مثلاً فرد مالك الدينار فحينئذ يقع بأزاء الدرهم درهم وجزء واحد من احد عشر جزءاً من اربعة دراهم ، فان الدينار يعادل عشرة دراهم والدرهم يعادل الدرهم والأربعة الباقية تقسط ، فجزء من احد عشر اجزائه يقع بأزاء الدرهم ايضاً ، وهو ربا يوجب الفساد ( ومثلوا ) للعجز عن التسليم بما اذا باع المالك عبده الآبق منضماً بمال غيره فرد الآخر ، فانه حينئذ يكون البيع بيع العبد الآبق من دون ضميمة ، وهو فاسد .

( ونقول ) فساد البيع في الصورتين غير مستند الى الرد بل يكون الفساد ثابتاً حتى في صورة الاجازة ، وذلك لأن عدم لزوم الربا في فرض انضمام الدينار بالدرهم اذا بيع بالمثل مع الزيادة الذي هو منصوص انما هو فيما اذا كانت الضميمة ايضاً ملكاً للبائع - اي كان الدرهم والدينار كلاهما ملكاً لشخص واحد - فان دليل الربا منصرف عن مثله ، اذ لاتصدق بيع المثل بالمثل مع وجود الضميمة ، كما ان هذا هو مورد النص ، وأما اذا كانت الضميمة ملكاً لشخص آخر وقد فرضنا انحلال البيع فيصدق بيع المثل بالمثل مع الزيادة ، فيكون رباً موجباً للفساد ، سواء رد المالك البيع الواقع على ماله ام اجازه .

وأما العبد الآبق فلان الدليل دل على فساد بيعه ، وقد خرج عنه (١) ما اذا انضم اليه شيء آخر معللاً بأنه لو فاته العبد فلا نفوته الضميمة ، فمقتضى القاعدة في بيع العبد الآبق هو الفساد ، وقد خرجنا عنها فيما اذا انضم اليه شيء من مال مالكة وأما التعدي الى غيره - أي فيما اذا كانت الضميمة ملكاً لشخص آخر - فلا وجه له كما لا يتعدى عن صحة البيع مع الضميمة الى صحة اجازة الآبق مع الضميمة ، فالفساد في المورد ليس من جهة الرد بل يكون لما ذكرناه .

(والحاصل) ان الصحيح هو صحة البيع فيما يملكه البائع على القاعدة على جميع التقادير والأقوال سواء قلنا بفساد الفضولي او بصحته ، اجاز المالك ما وقع على حصته من البيع اورده ، لأن البيع - وان كان واحداً بحسب مقام الاثبات ، والمبرز - الا انه منحل بحسب مقام الثبوت والمبرز ، نظير انحلال العام الاستغراقي ، وان كان فرق بين الانحلالين .

(نعم) ذكروا أن فساد البيع في حصة غير البائع اذا كان مستلزماً لفساده في حصة البائع ايضاً للزوم الربا أو كون ماله عبداً آبقاً ، فسد البيع بأجمعه ، كما اذا باع دينار غيره منضماً بدرهم نفسه بخمسة عشر درهماً مثلاً وباع العبد الآبق لنفسه منضماً الى مال غيره (إلا أننا قلنا) ان الفساد في هذا الفرض - وان كان ثابتاً - الا انه غير مستند الى الرد بل من جهة كون الضميمة مال الغير ، ولذا يبطل فيه البيع مطلقاً ولو اجاز المالك (وذلك) لأن بيع المكيل أو الموزون بمثله فاسد مع الزيادة ، فاذا كان كل من الدرهم والدينار ملكاً للبائع فباعها بدرهمين ودينارين لم يصدق انه باع مثلاً بمثله مع الزيادة ، لانصراف الأدلة عما اذا كان المبيع جنسين ولو كان الثمن ايضاً كذلك فلا يلزم الربا المفسد للبيع . وأما اذا فرضنا ان الضميمة كان ملكاً لغير

(١) هناك روايتان مذكورتان في الوسائل ج ١٢ ص ٢٦٢ تدلان على

صحة بيع الآبق اذا انضم اليه شيء آخر فراجعها .

البائع فالبائع انما هو بائع حقيقة لمال نفسه فانه مكلف بالوفاء بالاضافة الى العقد الذي اوقعه على ماله وليس بائعاً حقيقة لمال غيره ، اذ ليس مكلفاً بالوفاء بالاضافة اليه حتى لو أجاز المالك فهو بائع لجنس واحد بمثله مع الزيادة ، ففي المثال يكون بائعاً لدرهمه بدرهم وجزء واحد من احد عشر جزءاً من اربعة دراهم ، وهو رباً يوجب الفساد أجاز المالك او لم يجز ، وكذا الكلام في ضميمة مال الغير الى العبد الآبق . هذا كله في الجهة الأولى .

(الجهة الثانية) لا اشكال في ثبوت الخيار للمشتري بعد رد المالك اذا كان جاهلاً بالموضوع ، لأنه انما التزم بالوفاء بشرائه مشروطاً بتسليم البائع جميع المبيع اليه ، فاذا فرضنا أن البائع لم يقدر على ذلك برد المالك ثبت للمشتري خيار تخلف الشرط ، وهذا بخلاف ما اذا كان عالماً بالحال ، فانه حينئذ أقدم على إلغاء الشرط فلا خيار له ، وهذا واضح .

(وأما البائع) فظاهر الشيخ تقوية ثبوت الخيار له أيضاً ، وظاهر الغنية الجزم بعدمه ، وايداه الشيخ الأنصاري بقوله عليه السلام في صحيحة الصفار (١) « ووجب الشراء فيما يملك » ، وحمل كلام الشيخ الطوسي على فرض جهل البائع بالموضوع ، وكلام الغنية على صورة علمه بالحال (ونقول) كما يمكن ان يكون في

(١) ذكرت هذه الصحيحة في الوسائل ج ١٢ ص ٢٥٢ واليك نصها .

« محمد بن الحسن الطوسي باسناده عن محمد بن الحسن الصفار أنه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام في رجل له قطاع أرضين « أرض نسخة بدل » فيحضره الخروج الى مكة والقرية على مراحل من منزله ، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه ، وعرف حدود القرية الأربعة فقال للشهود : إشهدوا أنني قد بعث فلانا يعني المشتري جميع القرية التي حد منها كذا ، والثاني والثالث والرابع وانما له في هذه القرية قطاع أرضين ، فهل يصلح للمشتري ذلك وانما له بعض هذه -



في الانضمام غرض للبائع فيما اذا كانت الضميمة مال نفسه ، بحيث لا يرضى ببائع عبائه الجديد الا مقدمة لخلاصه عن عبائه العتيق الذي لا يرغب في شرائه احد كذلك يمكن ثبوتاً أن يكون للبائع غرض في ضم مال غيره في بيع مال نفسه ، بحيث لا يرضى ببائع ماله الا اذا انضم الى مال الغير وان كان هذا نادراً بخلاف الأول .

(وعليه) فاذا كان البائع جاهلاً بالموضوع واعتقد ان الضميمة ملكه ايضاً او علم بأنها للغير الا انه زعم انه وكله في بيعه فهو مأذون عن المالك فباع ماله مع مال نفسه ثم انكشف الخلاف ورد المالك ماوقع على ماله من البيع ثبت للبائع خيار تخلف الشرط ، الا انه يحتاج في مقام الاثبات الى قيام قرينة عرفية على الاشتراط .

(الجهة الثالثة) في تقسيط الثمن ، وظاهر كلام الاعلام اختصاص التقسيط بصورة الرد الا انه يجري في فرض الاجازة ايضاً ، غايته في فرض الرد يكون التقسيط بين البائع والمشتري وفي فرض الاجازة يكون بين البائع والمالك (وكيف كان) ظاهر كلماتهم في كيفية التقسيط انه يقوم كل من المالكين منفرداً ثم يقومان معاً مجتمعاً فيؤخذ لكل منهما جزء من ثمن المسمى يكون نسبته الى مجموع الثمن نسبة قيمته الى قيمة المجموع .

(وهذه) قاعدة تامة فيما اذا لم يكن لوصف الانضمام دخل في زيادة القيمة او نقصانها ولا تتم فيما اذا كان للانضمام دخل في زيادة القيمة ولذا يوجب تخلفه الخيار للمشتري ، واذا فرضنا ان لوصف الانضمام دخلاً في زيادة القيمة - كما في

- القرية وقد أقر له بكلها؟ فوقع عليه السلام لا يجوز بيع ما ليس يملك ، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك . وروى هذه الرواية الصدوق باسناده عن محمد بن الحسن الصفار . ورواها الكليني ، عن محمد بن يحيى ، عن محمد بن الحسن .

زوج فراش أو مصراعي الباب - لاحالة يكون قيمة المجموع اكثر من قيمتها منفرداً . مثلاً : إذا قوّم زوج الزيلو بثلاثين فكل منهما لايقوم الا بعشرة ، فيكون نسبة حصة المالك الى قيمة المجموع هي الثلث ، فبناءً على هذه القاعدة يرجع المشتري الى البائع بثلاث ثمن المسمى ، فاذا فرضناه ستين مثلاً يرجع الى البائع بعشرين ، فيكون ثمن حصة البائع ثلثي الثمن وهو اربعون في الفرض ، مع ان نسبة الثمن الى كل من المالكين كانت واحدة على الفرض ، فهذا ترجيح بلا مرجح ، لأي وجه يجعل ثمن حصة البائع ثلثي الثمن وثمان حصة غيره ثلث واحد مع تساوي النسبة على الفرض ، بل لا بد وان يأخذ البائع من المشتري بالمقدار الذي يكون حصته من الثمن على تقدير الاجازة لا اكثر من ذلك .

(ومن هنا) ذهب بعضهم الى عكس ذلك ، أي الى ان البائع يرجع الى المشتري في الثمن بهذه النسبة ، ففي المثال المتقدم يأخذ من المشتري عشرين ويرد اليه الباقي - اعني الأربعين - وذلك لأن اجزاء المبيع كأنه يكون ثلاثة : هذا الزيلو ، وذلك الفرد ، والاجتماع . ويقع ثلث الثمن بأزاء كل من الاجزاء الثلاثة ، وما سلمه البائع الى المشتري ليس الا الجزء الواحد من الأجزاء الثلاثة ، وهو ملكه وحده ولم يسلم مال الغير كما لم يسلم اليه وصف الانضمام ، فلا يستحق منه الا ثلث الثمن ، ولا بد له من ارجاع ثلثي الثمن اليه .

(هذا) وفيه : (أولاً) ان الهيئة لا تقابل بالمال ، ولذا لا تباع وحدها ، بل هي توجب زيادة قيمة المادة (وثانياً) انه في فرض كون وصف الانضمام موجباً لنقصان القيمة قد يؤدي ذلك الى لزوم الجمع بين العوض والمعوض ، ومثل المصنف لهذا بما اذا بيعت الجارية وامها بثمانية مثلاً وفرضنا ان قيمة الجارية وحدها ثمانية وقيمة الام اثنان وقيمة المجموع خمسة مثلاً فان قيمة الجارية وحدها تعادل تمام الثمن ، فاذا رجع بها المشتري الى البائع لزم تملكه للجارية مجاناً وبلا عوض .

(ومن هناك) ذكر المصنف طريقاً آخر للتقسيط ، وهو تقويم كل منهما منفرداً والجمع بين القيمتين وملاحظة النسبة بين قيمة كل منهما مع مجموع القيمتين ورجوع المشتري الى البائع بنسبة ماله ، وهذا الطريق جار في جميع الصور . (وقد) اورد السيد في حاشيته على هذه الكيفية ايضاً بأنها انما تم فيما اذا كانت القيمة الموجبة لزيادة القيمة او نقصانها بالاضافة الى كل من المالين على حد سواء ، وأما اذا كانت نسبتها الى كل منهما مختلفة فلا يتم ذلك ايضاً ، كما اذا فرضنا ان الضميمة توجب زيادة قيمة احدهما بأكثر مما يوجبه من زيادة القيمة في الآخر ، او فرضنا انها توجب الزيادة في قيمة احدهما ولا توجب الزيادة في احدهما والنقصان في الآخر ، فان جميعها فروض ممكنة ، وحينئذ لا يمكن بهذه الكيفية احراز ما وقع بأزاء كل من المالين من الثمن ، ولذا ذكر للتقسيط كيفية اخرى ، وهي : ان يقوم كل من المالين في حال انضمامه بالآخر فيجمع بين القيمتين فحينئذ يكون مجموع القيمتين قيمة المجموع لامحالة ، فيؤخذ بحسب النسبة لكل منهما من الثمن ، وهذا جار في جميع الفروض . ثم ذكر انه يحتمل أن يكون هذا مراد المحقق والعلامة من قولها : يقومان جميعاً ثم يقوم احدهما - الخ .

(ونقول) ما افاده السيد هو الصحيح الجاري في جميع الموارد .

(ثم ذكر) المصنف انه لا فرق فيما ذكر من كيفية التقسيط بين ما اذا كان المالان متعددين في الوجود - بأن كانا مفرزين - او كان ملكهما مشاعاً - كما اذا بيع دار ثلثه لزيد وثلثاه لعمر - فيجري التقسيط بالكيفية المزبورة في الثاني ايضاً ، ولا يكفي تقسيط الثمن بدون ملاحظة النسبة - أي اثلاثاً - لأن المقدار القليل لا يساوي في القيمة ولا يباع بقيمة الكثير لاختلاف الرغبات في ذلك فلا بد من ملاحظة النسبة ، وهذا ايضاً ظاهر .

(ثم قال) هذا كله في القيمي ، وأما المثلي فان كانت الحصص مشاعة قسط

قوله (قده) : مسألة - لوباع من له نصف للدار نصف تلك

### للكل (١)

التمن على نفس المبيع ، اي لا يحتاج الى ملاحظة النسبة في مقام التقسيط بل يقسط التمن بحسب نسبة حصة كل منها بالاضافة الى الآخر وان كانت حصة كل منها معينة - اي كانت مفرزة - كان الحكم كما في القيمي من ملاحظة قيمتي الحصتين وتقسيط التمن على المجموع .

( ونقول ) ان كان ما افاده في القسم الأخير - اعني في المثلي المفرز - من لزوم ملاحظة النسبة والتقسيط بالكيفية المزبورة من جهة اختلاف الحصتين من حيث الجودة والرداءة ، وان كانتا مثليتين فهو وان كان صحيحاً الا انه لم يذكر ذلك في كلامه ، وان كان من جهه تفاوت الرغبات في الشراء بالقلّة والكثرة فهو ممكن التصوير في فرض الاشاعة ايضاً . فلماذا خص هذا الحكم بصورة الاقرار وتعين الحصتين ( وكيف كان ) لم نفهم نحن كما لم يفهم غيرنا ايضاً وجهاً لما ذكره في المقام . هذا تمام الكلام في جهات هذه المسألة .

## بيع من له النصف

(١) يتصور ذلك على صور ثلاثة : لأنه تارة يقصد نصفه المختص به او بيع حصة غيره او بيع نصف المجموع وهذا لا كلام فيه ، واخرى يقصد بيع مفهوم نصف الدار عرفاً أي ما يفهمه العرف من هذه العبارة ، فحينئذ يقع الكلام في ان المفهوم منها عرفاً هل هو بيع نصفه المختص او المشاع بعد الفراغ عن عدم ظهور اللفظ في بيع نصف شريكه ، وظاهر المصنف اختصاص البحث بهذه الصورة - أي بما اذا قصد انشاء مبادلة ما يفهم من هذه الجملة عرفاً - وثالثة لا يعلم انه قصد أياً منها

- اي بيع حصة شريكه او نصف نفسه او النصف المشاع - والظاهر جريان البحث على هذا التقدير ايضاً ، لأن الظهور العرفي حجة على المراد ، فاذا ثبت ظهور اللفظ الصادر من البائع في شيء يحمل عليه مراده فلا ينحصر البحث بالتقدير الثاني بل يجري على الاحتمال الثالث أيضاً .

( والحاصل ) لو باع من يملك نصف الشيء - كالدار مثلاً - نصف ملك الدار فتارة يعلم من الخارج انه قصد بيع حصة شريكه او خصوص حصة نفسه او النصف المشاع ، ولا كلام في هذه الصور ، واخرى يقصد مايفهم من اللفظ عرفاً وينصب قرينة على ذلك فرضاً ، وهذه الصورة على قسمين ، لأنه إما ان يقصد بيع مايفهم من لفظ نصف الدار عرفاً ، وعليه لاجمال للبحث بناءً على ماذهب اليه المصنف من ظهور النصف في النصف المشاع عرفاً ، ولذا أورد عليه السيد في الحاشية بأنه اذا علم من الخارج ان البائع قصد بيع مفهوم النصف والمفروض ظهوره في المشاع فما معنى البحث ورفع اليد عن ظهوره في المشاع ، لظهور الانشاء في البيع لنفسه دون الغير وظهور التصرف في كونه في ماله دون مال الغير ، واشكاله وارد عليه لو أراد هذا القسم ، ولكن هناك قسم ثان وهو أن يقصد بيع مايفهم عرفاً من مجموع هذه الجملة مع مااحتفت بهامن القرائن ، مثل ظهور التصرف في كونه في مال نفسه وظهور الانشاء في البيع لنفسه ، وعليه لا بد من البحث وانه هل يرفع اليد عن ظهور النصف في المشاع للظهورين المزبورين او يتقدم ظهوره عليهما ؟ فذكر المصنف ان فيه احتمالان - اي في هذا القسم - ثم ابدى الفرق بينه وبين مااستدل الفخر من قول البائع بعث غائماً مع اشتراك الاسم بين عبده وعبده غيره ، حيث ثبت الاتفاق على انصرافه الى عبده ، فالمقام كذلك ، فذكر المصنف ان المبيع في المثال لم يكن له ظهور في مال الغير ، غايته كان مجملاً فصار الظهوران المزبوران رافعاً لاجماله ، وهذا بخلاف المقام حيث ان المبيع ظاهر

في نفسة في مال الغير ، فالقياس مع الفارق .

( وبالجملة ) مورد كلام المصنف هذا القسم دون القسم الثاني ، فلا يرد عليه ايراد السيد اصلاً . فهذه اقسام ثلاثة ، ورابعة نعلم بأن البائع قصد احد الأمرين او الأمور من بيع مال نفسه او مال غير أو النصف المشاع ، الا انا لانعرف مراده الجدي ، وفي هذا القسم ايضاً يجري النزاع في تعيين ظهور اللفظ لأنه حجة على المراد الجدي ، فاذا فرض ظهوره في احدها يحمل عليه مراد البائع ايضاً لدلالة لفظه عليه ، فلا موجب لتخصيص البحث بالصورة الثالثة - كما يظهر من المصنف اصلاً .

( ثم انه ) ربما يتوهم فساد البيع في الصورة الثالثة ، حيث لم يكن المبيع معيناً عند البائع ، فهو لم يقصد بيع مال نفسه ولا بيع مال غيره ، بل قصد بيع المفهوم مع اجماله عنده فيكون فاسداً ( وفيه ) ان نصف الدار معين خارجاً ، وقصد بيعه البائع والاجمال انما هو في المالك وان مالك النصف المبيع هل نفسه فقط او هو وشريكه ؟ وقصده غير معتبر في البيع فيما اذا كان المبيع معيناً خارجاً ولم يكن كلياً ليكون ماليته باضافته الى شخص معين .

( وكيف كان ) ذكر المصنف ما حاصله ان النصف ظاهر عرفاً في النصف المشاع ، الا ان انشاء البيع ظاهر في كونه عن نفس البائع لاعن غيره ، وظاهر التصرف - اي التمليك - ايضاً ان متعلقه مال نفسه لامال غيره ، ويعارض بهما ظهور المتعلق - اعني النصف في المشاع - .

( ونقول ) بناءً على كون النصف ظاهراً عرفاً في النصف المشاع لا يعارضه الظهوران المزبوران اما ظهور الانشاء في كون البيع عن نفسه فهو ممنوع فيما اذا كان المالكين معيناً في الخارج ( نعم ) اذا كان الثمن او الثمن كلياً كان هذا الظهور ثابتاً كما اذا قال البائع « بعثك هذا بدينار » فقال المشتري « قبلت » ثم ادعى انه قبل

الشراء عن غيره ، لم يسمع منه ذلك . وأما ظهور التصرف في كونه في مال نفسه فهو - وان لم يكن قابلاً للانكار - إما للغلبة او لغير ذلك - الا انه لايقاوم ظهور المتعلق في شيء ( نعم ) يمكن أن يكون رافعاً لاجماله اذا كان مجملاً كما في مثال فخر الدين ، وأما معارضته مع ظهوره فيما كان ظاهرآ في شيء فلا ، ولذا لو قال البائع « بعثك اللبن » وكان اللبن مال الغير وكان له حليب مثلاً لايحتمل معارضة ظهور اللبن في معناه مع ظهور التصرف في كونه في مال نفسه بل يؤخذ بظهور المتعلق ويسقط ظهور التصرف الى غير ذلك من الأمثلة العرفيه ، فبناءً على كون النصف في نفسه ظاهرآ في المشاع لايعارضة شيء بل يحتمل البيع على النصف المشاع ، الا ان كون النصف ظاهرآ في ذلك أول الكلام .

( وبالجمله ) بناءً على ظهور النصف في النصف المشاع بين الحصتين لا بد من حمل مراد البائع في المقام بقوله « بعثك ملك نصف الدار » على المشاع بين الحصتين كما هو المعروف ، اذ لا دافع لهذا الظهور ، أما ظهور البيع في البيع عن نفسه - لأن البيع عن الغير يحتاج الى مؤنة زائدة - فهو انما يكون اذا كان المبيع كلياً دون ما اذا كان عيناً شخصياً ، اذ لا يعتبر فيه قصد البائع وتعيينه ، كما اذا باع مناً من الحنطة وكان هو مالكاً للمن منه وصاحبه ايضاً مالكاً له فانه ظاهر في البيع عن نفسه ، وأما ظهور التملك في تملك مال نفسه فهو - وان كان ثابتاً - الا انه ايضاً غير قابل لأن يعارض ظهور المتعلق في مال الغير بعد امكان بيع مال الغير مع بيع مال نفسه ( نعم ) اذا كان المتعلق مجملاً صلح هذا الظهور لرفع اجماله ، كما في مثال فخر الدين .

( هذا ) ولكن ظهور النصف في المشاع بين الحصتين ممنوع ، اذ لا وجه لهذا الظهور لامن ناحية الوضع ولامن ناحية الانصراف ( نعم ) ينصرف النصف الى النصف المشاع ، لأن النصف المعين كالنصف الواقع في الجهة الشرقي او الغربي

او غيره يحتاج الى مؤنة زائدة ، وأما كون النصف مملوكاً للبائع او لغيره اولهما معاً فكل ذلك خارج عن مفهوم النصف عرفاً .

(و١٥) ذكره السيد في حاشيته من ظهوره في المشاع بين الحصتين فهو انما يتم اذا كان النصف بلحاظ الملكية لانفس الدار كما هو ظاهر ، فان كل شيء ينقسم الى نصفين فله نصفان كما له ثلاثة اثلث واربعة ارباع وخمسة أخماس ، فظاهر نصف الدار نصفها المشاع في مقابل النصف المعين ، وأما المشاع بين الحصتين فليس لعنوان النصف ظهور فيه (وعليه) فحال نصف الدار يكون من هذه الجهة حال الغانم في المثال - أي يكون مجملاً من حيث المالك - فيكون ظهور انشاء البيع والتوكيل في كون متعلقه مال نفس البائع رافعاً لاجماله ، كما اذا باع متناً من الحنطة فيحمل على بيع مال نفسه في الصورتين - اي ما اذا قصد بيع المفهوم اولم نعلم مراده الجدي - .

(وبما ذكرناه) ظهر الفرق بين بيع نصف ملك الدار وقرار احد الشريكين بأن نصف الدار لزيد مثلاً ، حيث ذكروا أنه يحمل على المشاع بين الحصتين ، فيكون نافذاً في نصف حصة المقر وهو ربع الدار ، فان الإقرار لإخبار وليس تصرفاً ليكون ظاهراً في كونه في مال نفسه دون مال غيره ، فيكون النصف مجملاً من هذه الجهة ، فيؤخذ فيه بالقدر المتيقن وهو نصف حصته .

وأما مسألة الطلاق فهي نظير البيع ، فانهم ذكروا أن الزوج لو أصدق زوجته نصف عين - كالدار مثلاً - فوهبت نصفها المشاع لشخص ثم طلقها الزوج قبل الدخول استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي لانصفه وقيمة النصف الموهب فالنصف في الفرض يحمل على النصف المختص بها لا المشاع بين حصتها وبين ما يكون لزوجها بعد الطلاق .

وأما مسألة الصلح فيما اذا أقر من بيده المال لأحد المدعين للمال بسبب



مشترك بينهما - كالارث في أخوين مثلاً - فصالحه المقر له على ذلك النصف فانهم ذكروا أن النصف كان مشاعاً بينهما فحمل فيها النصف على المشاع بين الحصتين فلا منافاة بينها وبين المقام ، حيث ان اعتراف ذي اليد انما هو اعتراف بالربع لكل منهما لا اشتراكهما في السبب كما هو المفروض ، فلا مناص من كون المبيع هو المشاع بين الحصتين ، فيحتاج في نصفه الى اجازة المدعي الآخر . والعجب من المصنف كيف جعل هذه المسألة منافية لما ذكروه .

(وبالجملة ) اذا باع من يملك نصف الدار نصفه فظاهر النصف هو المشاع وأما من حيث كونه مشاعاً بين الحصتين فلا ظهور له ، فيكون نظير « بعتك غانماً » فظهور التصرف في كونه في مال نفسه يرفع اجماله ويوجب اختصاصه بحصة نفسه وأما على ماسلكه المصنف « ره » من ظهوره في النصف المشاع بين الحصتين ففيه احتمالان لتعارض الظهورين كما في المتن .

وأما مسألة الاقرار فليس للاخبار ظهور في انه يعترف في خصوص حصته فاذا كان نافذاً في حق شريك المقر أيضاً اخذ به وحمل النصف على المشاع بين الحصتين ، وحيث لا يكون نافذاً الا في حصة نفسه فيؤخذ به في الربع المختص به . وأما الطلاق فهو نظير ما نحن فيه ، فان الزوج بطلاقه قبل الدخول يملك نصف صداق المرأة بملكية جديدة ، كما في البيع والشراء ، غاية من دون رضا الزوجة ، فاذا فرضنا أنها قد أخرجت نصفه عن ملكها بمصالحة او شراء ونحوه انتقل النصف الباقي الى الزوج لاحالة .

وأما مسألة الصلح والاقرار فمقتضى اقرار من بيده المال لأحد المدعين المشتركين في سبب الملكية بالنصف و اقرار المقر له باشتراك المدعي الآخر معه في المال أن يكون النصف المقر به مشتركاً بينهما ، فيكون الصلح الواقع عليه نافذاً في الربع ومراعي على اجازة المدعي الآخر في الربع الآخر . وأما لو أقر احد الرجلين

الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف العين - بأن ثلثها لشخص ثالث - فان اقر الشريك الآخر ايضاً يقسم العين بينهم اثلاثاً ، وان انكر فالمعروف أن المقر يدفع الى المقر له نصف ما في يده .

( وربما يقال ) بأن المقر لا يدفع الى المقر له الاسدس ما في يده ، وأما السدس الآخر فقد تلف منه بانكار الشريك الآخر ، ودفع النصف اليه لاوجه له ( وفيه ) أن هذا إنما يتم في المال المفرز ، فان معنى اقرار احد الشريكين حينئذ ان للمقر له مما بيده السدس وله فيما بيد شريكه ايضاً ، وأما في المشاع فلا يتم ذلك ، لأنه ما يأخذه المنكر - وان كان بحكم الشارع عملاً باليد - الا انه نظير ما اذا أخذ الغاصب عدواناً يحتسب على كل من المقر والمقر له ، لأن نسبته اليها على حد سواء ، فالسدس الزائد عند المنكر الذي هو بحكم التالف يحتسب نصفه على المقر ونصفه الآخر على المقر له ، ولا وجه لاحتساب جميعه عليه ( نعم ) لو قلنا بصحة التقسيم مع الغاصب ومن بحكمه تمحض ما يأخذه الغاصب في حصة المغصوب منه - أعني المقر له دون المقر - .

( وأما ) اقرار احد الشريكين في الارث بالنسب لشخص - كما اذا كان هناك اخوان وارثان من والدهما فأقر احدهما بأن زبداً ايضاً اخوهما - فقد ذكروا فيه انه لو انكر الآخر دفع المقر الى المقر له المقدار الزائد عما يستحقه باعتقاده ، ولا يجب عليه التنصيف فيحسب جميع الخسارة - اي ما يأخذه المنكر زائداً عن حقه على المقر له دون المقر - .

والظاهر عدم الفرق بين الإقرار بالنسب وبين ما نحن فيه من حيث القاعدة اصلاً ، بل القاعدة في الاقرار بالنسب تقتضي التنصيف ايضاً لما بيناه ، الا أن الفارق بينهما انما هو النص ، فقد ورد فيه أن المقر من الورثة لو كان متعدداً وكانا عدلين نفذ اقرارهما على سائر الورثة ايضاً لكونه بينة شرعية ، والا فيلزم المقر

منهم في حقه .

وهذا هو مدرك التفصيل ، وضعف الروايات منجبر بعمل المشهور على مسلكهم ، ولكن الصحيح عدم تماميتها سنداً ودلالة : أما سنداً فواضح ، وأما دلالة فلانه لم يبين فيها مقدار ما يلزم المقر في حقه ، فالظاهر عدم الفرق بين ما إذا كان التلف من جهة اليد - كما في الفرض السابق - او من جهة الانكار كما في الاقرار بالنسب ، فلا بد من التنصيف واحتساب التالف على كل من المقر والمقر له مطلقاً وان فرق بينهما السيد في الحاشية .

(وبالجملة) مقتضى القاعدة في اقرار احد الشريكين بالثلث وانكار الآخر أن ينصف المقر حصته مع المقر له ، لأن مرجع اقراره الى تساوي نسبة المال الى كل من الشركاء الثلاثة بحسب اقراره ، فيحسب المقدار التالف بانكار المنكر عليها معاً ، وكذا الحال في اقرار احد الوارثين بالنسب ، لما عرفت من ضعف الأخبار الواردة فيه سنداً ودلالة .

(وأما) ما ذكره في الجواهر - على ما حكاه السيد - من الفرق بين الموردين من انه في الفرض الأول انما يأخذ زائداً عن حقه مستنداً الى اليد التي هي حجة شرعاً وفي نسبتها الى كل من المقر والمقر له على حد سواء ، فيكون التلف بحكم الشارع فيسقط التالف عليها . وأما في انكار النسب فالمستند لأخذ المنكر للمقدار الزائد ليس الا انكاره لحصة المقر له ، فهو يختص به دون المقر .

(ونقول) لم نفهم واقع مراده ، فان الأخذ في الفرض الثاني أيضاً مستند الى حكم الشارع للانكار وموافقته للاصل ، ونسبته الى كل منهما على حد سواء كما في الفرض الأول - فتأمل .

(وأما) ما أورده الميرزا « ره » على التنصيف في الفرض الأول من ان المقر لا يعترف الا بأن ثلث ما يأخذه للمقر له وثلث حصة شريكه له أيضاً ، فهو

لا يعترف في حصة نفسه الا بالثلث ، فلا وجه لدفع نصف ما يأخذه اليه اصلاً ، فهو الذي فطن اليه المصنف ، واجاب عنه بما حاصله : انه انما يتم في المفرز ، كما اذا فرض ان الجانب الشرقي من الباب لزيد وجانبه الغربي لعمر و فاعترف احدهما بثالث مجموع الدار لبكر فان مرجعه الى ان له الثلث من حصته والثلث من حصة شريكه ، فيما ان اقراره غير معتبر في حق غيره فيؤخذ منه ثلث حصته فقط لانصفه وأما في المشاع فلا يتم ذلك ، لأن كل جزء من المال حينئذ مشترك بين الثلاثة بحسب اقرار المقر ، فلا بد له في تقسيم ما في يده أن يكون برضاه ودفع نصفه اليه واحتساب ما تلتف بانكار المنكر عليهما ، وهذا هو السر في التنصيف الذي هو مركز كلام المصنف ، فان كان للميرزا كلام فليتكلم في هذا المورد ، فالصحيح هو تنصيف ما للمقر مع المقر له في الموردين .

( هذا كله ) فيما اذا باع من يملك نصف الدار نصفها في فرض كون الدار مشاعاً بينها وأما في فرض الافراز فالظاهر حمل النصف على نصفه المختص أيضاً ، لأن النصف كلي يعم النصف المفرز أيضاً ، فيكون ظهور التصرف رافعاً لاجماله . ( هذا كله ) اذا كان البائع أجنبياً عن حصة شريكه ، وأما اذا كان وليه او مأذوناً عنه في البيع فباع نصف الدار فهل يحمل على الاشاعة او النصف المختص به ؟ ذكر المصنف فيه وجهين - بناءً على ظهور النصف في المشاع بين الحصتين - مبنيين على ان المعارض لهذا الظهور هل هو ظهور التصرف في كونه في مال المتصرف فيه او ظهور الانشاء في الأصالة ؟ فان الأول يعارض ظهور النصف في الفرض بخلاف الثاني الا أنه يتقدم عليه ظهور النصف في المشاع بين الحصتين لورود ظهور المقيد على ظهور المطلق .

( ونقول ) الظاهر عدم ثبوت المعارض لظهور النصف رأساً : أما ظهور التصرف فواضح ، وأما ظهور الانشاء في الأصالة فلما عرفت من انه ليس للانشاء

قوله ( قد ) : مسألة - لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله (١)

هذا الظهور اذا كان متعلقه ظاهراً في مال الغير ، الأأن الصحيح - كما عرفت - عدم ظهور النصف في نفسه في المشاع بين الحصتين لا وضعاً ولا انصرافاً ( نعم ) ظهوره في الاشاعة انصرافاً ، لأن المفروض محتاج الى مؤنة زائدة غير بعيد ، فالصحيح هو حمل النصف على حصة نفسه في جميع الفروض الا فيما اذا نصب قرينة على الاشاعة بين الحصتين او خصوص حصة شريكه فيحمل عليها .

## بيع ما يقبل التملك مع ما لا يقبله

(١) لا ينبغي الربح في انحلال البيع الواحد انشاءً الى بيوع عديدة بحسب مالكل من المبيع والتمن من الأجزاء كل جزء من المبيع بما يخصه من الثمن وان كان الانشاء واحداً ، فاذا باع عشرة امانان من الحنطة بعشرة دنانير فقد باع كل من منها بدينار واحد ، غاية الأمر بشرط الانضمام ، واذا باع الشاة والخنزير صفقة واحدة فقد باع الشاة حقيقة بما يخصه من الثمن وباع الخنزير أيضاً كذلك ، فيعم العمومات بيع ما يملك - أي الشاة في المثال - وان لم يعم بيع ما لا يملك كالخمر والخنزير ، فصحة البيع فيما يملك على القاعدة .

ويدل عليها ايضاً رواية الصفار المتقدمة (١) وقوله عليه السلام فيها « وجب الشراء من البائع على ما يملك » ، فان موردها - وان كان فساد البيع في جزء من المبيع من جهة عدم اجازة المالك ، وفي المقام الفساد من جهة عدم قابلية جزء المبيع للتملك - الا انه يستفاد منها قابلية البيع الواحد صورة للتبويض والصحة في جزء من المبيع وعدمها في الجزء الآخر ، فقتضى العمومات والرواية الخاصة صحة البيع فيما يملك ، الا انه قد استشكل فيها من وجوه :

(الأول) ماتقدم عن الشافعي من ان البيع الواحد لا يمكن ان يتصف بالصحة والفساد معاً ، فاذا لم يمكن صحة البيع في تمام المبيع لا بد وان يكون فاسداً في تمامه ( وفيه ) ماتقدم من ان البيع انما هو واحد بحسب الابرار والا فالبرز بيوع عديدة ، فلا مانع من الصحة في البعض والفساد في البعض الآخر .

(الثاني) ان التراضي انما وقع على بيع المجموع والمفروض ان الشارع لم يمهضه وما يكون مضمي - على تقدير تحققه - انما هو بيع خصوص ما يملك ولم يقع عليه التراضي ( وفيه ) انه بناءً على الانحلال كما ان التراضي وقع على المجموع وقع على كل جزء ايضاً ، فلا مانع من شمول الأدلة لبيع جزء دون آخر .

(الثالث) ان الشرط اذا كان فاسداً فهو مفسد للعقد ، لأجل ان ما وقع عليه التراضي هو البيع المشروط ، والمفروض ان الشارع لم يمهضه ، والبيع بدون الشرط لم يتعلق به التراضي . وقد أورد عليه الميرزا بالفرق بين فساد الجزء وفساد الشرط ( ونقول ) لوقلنا بأن الشرط الفاسد مفسد وكان ذلك على القاعدة بالبيان المتقدم لجرى في فساد الجزء ايضاً ، لأن بيع ما يملك في الفرض مشروط بالانضمام بما لا يملك ، وهذا الشرط فاسد ، فاذا كان مفسداً اوجب فساد البيع كبقية الشرائط الفاسدة . الا ان الذي يسهل الخطب عدم كون الشرط الفاسد مفسداً على ما نبينه انشاء الله تعالى في محله ، فهذا الوجه ايضاً ساقط .

(الرابع) انه مستلزم للجهل بالبائع بالثمن وهو يوجب الفساد ( وفيه ) ان الجهل اذا كان مستلزماً للغرر فهو موجب للفساد مطلقاً ، لقوله عليه السلام « نهى النبي عن بيع الغرر أو عن الغرر » كما في مرسله العلامة ، وأما مجرد الجهالة فدليل مبطليته الاجماع ، ولا اجماع على ذلك في المقام لذهاب كثير من الأصحاب الى صحة البيع فيما يملك ( وبعبارة اخرى ) الجهالة التي توجب فساد البيع هو الجهل بالثمن في العقد ، وأما اذا كان الثمن المذكور في العقد معلوماً وكان الجهل من حيث

امضاء الشارع وانه يمضي البيع شرعاً في أي مقدار من الثمن فلا دليل على كونه مفسداً للبيع .

ومما ذكرناه ظهر فساد التفصيل بين صورتني علم المشتري وجهله بالحال ، كما ظهر أيضاً فساد ماتوهم من وقوع مجموع الثمن في مقابل ما يملك في فرض علم المشتري بأن بعض المبيع مما لا يملك لاقدامه على بذل تمامه بأزاء ما يملك ، فان مقتضى الانحلال خلافه وانه انما اقدم على شراء كل من الجزئين بما يخصه من الثمن لاكثر ( نعم ) لوسلطة على تمام الثمن مع علمه بفساد البيع فيما لا يملك كان التسليط موجباً لتملك البائع لتمامه ، بناءً على ان التسليط المجاني يوجب ارتفاع الضمان وهو غير تام كما تقدم ، فالحق صحة البيع فيما يملك بما يقابله من الثمن .

( بقي الكلام ) في كيفية تقسيط الثمن ، والمختار فيها - على ما تقدم - ان يقدم كل من الجزئين بشرط انضمامه مع الآخر ثم يجمع بين القيمتين ، وطبعاً يكون مجموع القيمتين قيمة المجموع ، فيرجع المشتري الى البائع في الثمن بحسب النسبة . وقد ذكر المصنف في طريق معرفة قيمة غير المملوك انه ان كان حراً يفرض عبداً بصفاته فيقوم ، وان كان خمرراً أو خنزيراً يقوم عند من يراه مالا . ثم ذكر انه يشكل تقويم الخمر والخنزير بضميمتها اذا بيع الخنزير بعنوان انه شاة والخمر بعنوان انه خل فبان الخلاف ، بل جزم بعض هنا بوجود تقويمها قيمة الخل والشاة كالحر ( وبالجملة ) استشكل المصنف في تقويم ما لا يملك بعنوانه فيما اذا بيع بغير عنوانه الواقعي كما اذا تخيل المشتري ان كلا الحيوانين شاة فاشترهما فبان كون أحدهما خنزيراً .

( وأورد ) عليه الميرزا بما حاصله : انه لا بد من تقويمه بعنوانه الواقعي في هذا الفرض ايضاً ، وذلك لأن ما وقع عليه البيع انما هو الموجود الخارجي المعنون بعنوانه الواقعي ، وتوهم انطباق عنوان آخر عليه وقصده لا يوجب كون المبيع

عنوانا آخر غير ماهو الموجود في الخارج ( وفيه ) ان ما افاده انما يتم فيما اذا فرض صحة البيع ، فانه يكون المبيع حينئذ نفس الموجود الخارجي بماله من العنوان الواقعي ، ولا يلزم البائع بايجاد ذلك العنوان المتوهم في المبيع ، لأن ما وقع عليه العقد هو الموجود الخارجي لا العنوان ، وأما اذا فرض فساد البيع في ذلك المورد وأريد استرجاع ما يقابله من الثمن فلا بد من تقويمه بالعنوان الذي وقع عليه البيع .

( وبعبارة اخرى ) في فرض فساد البيع بالقياس اليه يكون الغرض من التقويم استكشاف قيمة الجزء الآخر من المبيع وما وقع بأزائه من الثمن بحسب بناء المتعاملين وقصدهما ، فلا بد وان يقوم كل من الجزئين بعد فرضه معنونا بالعنوان المتصور ، ولا وجه لتقويمه بماله من العنوان الواقعي ، فانه ربما يزيد قيمته بعنوانه الواقعي على قيمته بما تخيل له من العنوان ، فيكون ما يرجع به المشتري الى البائع من الثمن اكثر مما يستحقه منه ، فيكون ظلما على البائع ، واذا انعكس انعكس .

( والحاصل ) الغرض من التقويم ليس الاتعيين ما وقع بأزاء ما يملك من الثمن بحسب قصد المتعاملين ، ولا يتعين ذلك الا بتقويم ما لا يملك بما قصد فيه من العنوان لا بعنوانه الواقعي .

( فتحصل ) ان الصحيح في بيع ما يملك وما لا يملك هو صحة البيع فيما يملك وفساده فيما لا يملك بما يقابله من الثمن . هذا فيما اذا كان ما لا يملك مالا عرفياً ، وأما اذا لم يكن من الأموال العرفية - كما اذا بيع شاة وخنفساء صفقة واحدة - فان الخنفساء ليس لها قيمة اصلا ، فلا يجري فيه ما ذكرناه من التقسيط وصحة البيع في بعض المبيع وفساده في البعض الآخر ، بل يلزم من القول بصحة البيع فيما يملك منه وقوع تمام الثمن بأزائه ، اذ لا قيمة للجزء الآخر ، وهو خلف ، اذ المفروض انه جزء من المبيع وقد وقع بأزائه شيء من الثمن ، فلا بد من الحكم ببطلان البيع رأساً لعدم تعين ثمن لما يملك واقعاً ، وهو يوجب بطلان البيع .





## الفهرست

صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
	للملك .	٨	- تعريف البيع .
٤٨	- الاستدلال بآية . أحل الله البيع لإفادة المعاطاة للملك .	١٠	- هل يختص المعوض بالعين ؟
٥١	- التمسك بآية التجارة عن تراض . ورواية تسلط الناس على اموالهم في افادة المعاطاة للملك .	١٤	- إجارة الثمر على الشجر .
٥٢	- هل تستلزم المعاطاة على القول بالاباحة تأسيس قواعد جديدة ؟	١٥	- هل يجوز كون المنفعة عوضاً ؟
٥٣	- استلزام المعاطاة على القول بالاباحة وقوع مالم يقصد .	١٦	- هل يكون عمل الحر مملوكاً ؟
٥٨	- هل يجوز مطالبة العين من الغاصب لكل من المالك والمعطى له قبل التلف ؟	١٨	- الحقوق وقابليتها للمعاوضة بالمال .
٥٩	- هل يكون الناء بحكم الأصل ؟	٢٢	- حكم الشك في قابلية الحق للاسقاط والنقل .
٥٩	- هل الأصل في المعاطاة الزوم او الجواز ؟	٢٤	- هل تكون للفظ المبيع حقيقة شرعية
٦٠	- الجهة الاولى ، في البحث عن أن استصحاب الملك في المقام كلى	٢٥	- الفرق بين الانشاء والاختبار .
		٢٧	- المناقشة في تعريف البيع .
		٣٩	- هل تكون الفاظ المعاملات موضوعة للصحيحة منها ؟
		٤٣	- حقيقة المعاطاة .
		٤٥	- هل تشمل أدلة البيع المعاطاة ؟
		٤٦	- هل تفيد المعاطاة الملك ؟
		٤٧	- أدلة اعادة المعاطاة للملك ومناقشتها
		٤٧	- التمسك بالسيرة على افادة المعاطاة

صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
٧٤	- تنبيهات . الأول منها يشتمل على مسألتين . احدهما في جريان شروط صحة البيع في المعاطاة . والثاني في جريان احكام البيع فيها .		او شخصي .
٧٥	- المقام الأول من المسألة الأولى ، في اعتبار شروط صحة البيع في المعاطاة المقصود بها اباحة التصرف .	٦١	- الجهة الثانية في جريان الاستصحاب المذكور على تقدير كونه كلياً :
٧٦	- المقام الثاني والثالث في اعتبار شروط الصحة في المعاطاة المقصود بها الملك ، على فرض كون المترتب عليها هو الملك المنزول . وعلى فرض كون المترتب عليها اباحة التصرف .	٦٢	- الجهة الثالثة في الوظيفة العملية اذا شك في جريان الأصل المذكور :
٧٧	- التفصيل بين الشرط المنصوص والثابت اعتباره بدليل لبي .	٦٣	- توجيه المحقق النائيني في المقام .
٧٨	- المسئلة الثانية من التنبيه الأول وتنصيل الكلام في جهات الخيار في المعاطاة في مقامات ثلاث .	٦٥	- الوجه الثاني مما استدل به على لزوم المعاطاة وانه غير منزول .
٨٠	- التنبيه الثاني وتفصيل الكلام فيه في مقامات ثلاث .	٦٦	- الوجه الثالث على ان الأصل في المعاطاة هو اللزوم .
٨٢	- القسم الثالث من المعاطاة والتمثيل له	٦٧	- الاستدلال بآية اوفوا بالعقود ورواية المؤمنون عند شروطهم على لزوم المعاطاة .
٨٣	- القسم الرابع من المعاطاة .	٦٨	- الاستدلال بقوله ( ع ) : البيعان بالخيار مالم يفترقا على لزوم المعاطاة
		٦٨	- قيام الاجماع او الشهرة على الجواز
		٦٩	- هل يكتفى في اللزوم بمطلق اللفظ .
		٧٠	- سيرة المشرعة على جواز المعاطاة وعدم لزومه .
		٧٠	- الكلام في رواية إنما يحل الكلام ويحرم الكلام .
		٧٢	- الوجوه المحتملة في الرواية المذكورة

صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
٨٣	التنبيه الثالث ، في تمييز البايع من المشتري .	١١٤	التنبيه الثامن .
٨٥	التنبيه الرابع ، في صور ما يقصدانه المتعاطيان .	١١٥	الكلام في شروط الصيغة .
٨٩	العتق عن الغير .	١١٩	حكم البيع بالالفاظ المجازية والكنائية
٩٥	العقد المركب من الاباحة والتمليك هل يكون صحيحاً اولاً . وعلى تقدير صحته هل هو من العقود اللازمة او الجائزة او لاهذا ولا ذلك ، بل هو مركب من الجواز واللزوم .	١٢٠	الفاظ الانشاء .
٩٦	التنبيه الخامس ، في جريان المعاطاة في غير البيع من العقود .	١٢٣	الفاظ القبول .
٩٩	جريان المعاطاة في الهبة والقرض .	١٢٥	اعتبار العربية .
١٠١	التنبيه السادس ، في ملزمات المعاطاة	١٢٧	اعتبار الماضوية .
١٠٢	هل يكون تلف العينين ملزماً ؟	١٢٨	اعتبار تقديم الايجاب على القبول .
١٠٤	حكم تلف العينين على القول بالاباحة	١٣٢	اعتبار المولاة في العقد .
١٠٧	حكم المعاطاة ، بعد نقل احد العينين بعقد لازم .	١٣٤	اعتبار التنجيز في العقد .
١٠٨	حكم مالو باع العين ثالث قضولا .	١٣٧	الوجه الثاني والثالث وجوه مبطلية التعليق .
١١٠	حكم مالو امتزجت العينان .	١٣٩	من جملة الشروط التطابق .
١١١	حكم المعاطاة بعد التصرف في العين	١٤١	النقض بجواز حقوق الرضا لبيع المكره .
١١٢	التنبيه السابع ،	١٤٢	إختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة
		١٤٥	المقبوض بالعقد الفاسد .
		١٤٩	المدرک لقاعدة ما يضمن بصحيحة .
		١٥١	الاستدلال بنخب على اليد على القاعدة المذكورة .
		١٥٢	الاستدلال برواية . لا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه ، على القاعدة

صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
	المذكورة .		المذكورة .
١٥٣ -	الاستدلال بدليل حرمة مال المسلم ودليل نفي الضرر .		
١٥٤ -	التفصيل بين جهل الدافع بالفساد وعدمه في الضمان وعدمه .		
١٥٦ -	وجه عدم الضمان في عكس القاعدة المذكورة .		
١٥٨ -	الاشكال على اطراد القاعدة بالصيد الذي استعاره المحرم وتوجيهه المصنف - ره - له على نحو لا يكون نقضاً .		
١٦٠ -	النقض على القاعدة ايضاً بالبيع الفاسد بالنسبة الى المنافع غير المستوفاة :		
١٦١ -	النقض على القاعدة بحمل المبيع فاسداً ، وبالشركة الفاسدة .		
١٦٣ -	وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد وتفصيل الكلام فيه في جهات .		
١٦٤ -	الجهة الاولى : في حرمة التصرف في المقبوض .		
١٦٥ -	الجهة الثانية : في عدم اختصاص حرمة التصرف بالمعاوضات الفاسده		
	بل تعم غيرها من العقود ايضاً .		
١٦٥ -	الجهة الثالثة : في وجوب رد المبيع فاسداً وحرمة الامساك .		
١٦٧ -	الجهة الرابعة : هل تكون مؤنة الرد على المالك ؟		
١٦٩ -	حديث الخراج بالضمان .		
١٧٠ -	الاستدلال على الحديث المذكور برواية على اليد ما أخذت حتى تؤدي .		
١٧٣ -	الاستدلال بدليل حرمة مال المسلم على الحديث المذكور .		
١٧٥ -	الاستدلال بدليل حرمة التصرف في مال الغير على ذلك .		
١٧٧ -	العمدة من الأدلة الدالة على ذلك .		
١٨٣ -	حكم المنافع الفائتة بغير استيفاء .		
١٨٤ -	الضمان بالمثل والقيمة .		
١٨٦ -	ما عرف به المثل .		
١٨٩ -	اختلاف التالف والمثل في القيمة .		
١٩٠ -	سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية		
١٩١ -	اذا لم يوجد المثل الا بأكثر من ثمن المثل .		
١٩٢ -	لوتعذر المثل في المثل .		

صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
٢٤٧	هل يعتبر في الاكراه كون الضرر المترتب من قبل الأمر؟	١٩٣	المراد باعواز المثل .
٢٤٧	هل يعتبر في الاكراه الظن بالضرر	٢٩٥	لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً .
٢٤٨	التورية واعتبار عدمها في صدق الاكراه .	١٩٦	تعيين القيمة .
٢٥٢	الاكراه على واحد غير معين .	٢٠٠	البحث حول رواية أبي ولاد .
٢٥٤	صور الاكراه على الجامع .	٢٠٣	الاستدلال على وجوب دفع أعلى القيم
٢٥٧	الاكراه على الجامع بين الافراد الطولية .	٢٠٧	بدل الحيلولة والاستدلال عليه بامور أربعة .
٢٥٩	اكراه احد الشخصين او الاشخاص	٢١٠	فروع ترتب على بدل الحيلولة .
٢٦٣	الاكراه على واحد غير معين .	٢١٤	موجبات الضمان .
٢٦٧	الاكراه على الطلاق وأقسامه .	٢٢٧	هل يجب على المالك دفع الغرامة إلى الضامن بمجرد تمكنه من تحصيل العين .
٢٦٩	هل يصح العقد لورضى المكره على ما فعله؟	٢١٨	شروط المتعاقدين .
٢٧١	ما استدل به المصنف « ره » على صحة بيع المكره بعد لحوق الرضا والمناقشة فيه .	٢١٨	الكلام في مطلق أفعال الصبي :
٢٧٤	هل يكون الرضا المتأخر ناقلاً او يكون كاشفاً؟	٢٢١	معاملات الصبي بالمعنى الأعم .
٢٧٦	اشترط اذن السيد في بيع العبد .	٢٢٩	البحث في التقاط الصبي وحيازته .
٢٧٨	هل ينفذ تصرف العبد اذا لحقته إجازة السيد .	٢٣١	قصد المتعاقدين اللفظ والمعنى .
		٢٣٤	هل يعتبر تعيين المالكين ؟
		٢٣٨	هل يعتبر تعيين الموجب لخصوص المشتري ؟
		٢٤٠	الاختيار والاكراه .
		٢٤٤	استدراك .

صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
٢٨٥	فذلكة البحث .	٣٢٩	بيع الفضولي لنفسه .
٢٨٦	حكم شراء العبد نفسه من مولاه .	٣٣٣	بيع الفضولي في الذمة .
٢٨٧	اشتراط كون المتعاقدين مأذونين او مالكين .	٣٣٧	جريان المعاطات في الفضولي .
٢٩٣	الاكتفاء بالرضا الحاصل بعد البيع في الاجازة .	٣٤٠	الكلام في الاجازة وبيان أقسامها .
٢٩٥	بيع الفضولي للمالك .	٣٤٢	استدلال الشهيد والمحقق الثانيين على الكشف ، وما أورده المصنف عليه والجواب عنه .
٢٩٧	الاستدلال بصحيحة محمد بن قيس وما يرد عليه .	٢٤٥	المختار في المسئلة والذب عما أورده عليه .
٣٠٢	الاستدلال باخبار إباحة الخمس للشيعه .	٣٤٩	ثمرات المسألة .
٣٠٥	أهمية النكاح من سائر المعاملات .	٣٥٧	الثمرة بين الكشف والنقل من حيث الثماء .
٣٠٧	التمسك باخبار المضاربة .	٣٥٨	الثمرة بين الكشف بلحاظ فسخ الأصل .
٣١٠	التمسك باخبار الاتجار بمال اليتيم .	٣٦٣	الكلام في النذر تبعاً للمصنف .
٣١١	الاستدلال بروايا ابن الأشيم .	٣٦٦	ماعدته بعض المتأخرين من ثمرات الكشف والنقل .
٣١٤	التأييد بصحيحة الحلبي .	٣٧٥	ظهور الثمرة في الاحكام .
٣١٨	احتجاج النافين لصحة الفضولي بالادلة الاربعة .	٣٧٦	ظهور الثمرة في الخيارات .
٣١٨	الاستدلال بالكتاب .	٣٧٧	تنبيهات المسألة .
٣٢٠	الاستدلال بالسنة .	٣٧٨	اعتبار اللفظ في الاجازة .
٣٢١	الاستدلال بالاجماع والعقل .	٣٨٠	اعتبار عدم سبق الرد في الاجازة .
٣٢٧	بيع الفضولي المسبوق بمتع المالك .		

صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
٣٨٣	الكلام في أمرين .	٤١٦	من يبيع عن المالك فينكشف كونه ولياً .
٣٨٥	اجازة البيع ليست إجازة للقبض .	٤١٧	من يبيع مال الغير انفسه فينكشف كونه مأذوناً .
٣٨٧	عدم جريان نزاع الكشف والنقل في إجازة القبض .	٤١٨	من باع مال أبيه فانكشف موته .
٣٨٨	الاجازة ليست فورية .	٤٢٣	شرائط العقد المجاز .
٣٨٨	اعتبار مطابقة الاجازة للعقد .	٤٢٦	هل يعتبر العلم بالمجاز .
٣٩٣	اشترط نفوذ تصرف المميز حين الاجازة .	٤٢٧	الكلام في تتبع العقود .
٣٩٣	اشترط وجود المميز حين العقد .	٤٣١	هل يضمن الباع الغاصب للمشتري العالم بالغصب ؟
٣٩٥	اشترط كون المميز جائز التصرف حين العقد .	٤٣٢	الرد وأحكامه .
٤٩٩	حكم من باع ثم ملك .	٤٣٣	في تصرف المالك في ماله تصرفاً محرراً عن الملكية. وهل مثل ذلك قاذح في الاجازة ؟
٤٠١	استدلال المحقق التسري على البطلان بوجوه .	٤٣٧	التصرف غير المنافي لا يكون رداً .
٤٠١	الوجه الأول .	٤٣٨	ضمان البيع فضولة .
٤٠٢	الوجه الثاني .	٤٤٠	المسألة الاولى في حكم المشتري مع الفضولي .
٤٠٣	استدراك .	٤٤٦	مستثنيات المسألة السابقة .
٤٠٥	الوجه الثالث .	٤٤٧	المسئلة الثانية في حكم المشتري مع المالك .
٤٠٧	الوجه الرابع .	٤٤٩	قاعدة التسبيب .
٤٠٩	الوجه الخامس .		
٤١٠	الوجه السادس .		
٤١٠	الوجه السابع .		



صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
٤٥١ -	قاعدة التفرير :	٤٧٩ -	كيفية تقسيط الثمن في المثلي .
٤٥٣ -	الروايات المستدل بها في المقام .	٤٨٠ -	بيع النصف لمن له النصف مشاعاً .
٤٥٨ -	تعاقب الايادي .	٤٨٤ -	الفرق بين بيع النصف والاقرار بالنصف في الشركة .
٤٥٩ -	كيفية اشتغال ذمم متعددة بمال واحد	٤٨٦ -	اقرار أحد الشريكين في الارث بالنسب لشخص .
٤٦٢ -	احد الوجهين في رجوع الضامن السابق الى اللاحق .	٤٨٨ -	بيع من له النصف المقرز - غير المشاع - .
٢٦٥ -	الوجه الثاني لرجوع الضامن السابق الى اللاحق .	٤٨٩ -	بيع ما يقبل التملك مع ما لا يقبله .
٤٧١ -	فروع .	٤٩١ -	كيفية تقسيط الثمن في هذه المسئلة .
٤٧٢ -	بيع الفضولي مال غيره مع مال نفسه	٤٩٣ -	كلمة الختام .
٤٧٦ -	هل يثبت الخيار للمشتري والبائع اذا رد المالك او يثبت للمشتري فقط؟	٤٩٤ -	فهرست الكتاب .
٤٧٧ -	كيفية تقسيط الثمن .		













