



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عمر  
عليه السلام

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

۲

اَشَادُ الطَّالِبِ

الْمُنِي

الْحَلِيُّ عَلَى الْمَكَانِ

تأليف

الاستاذ آية الله الشيخ جواد التبريزي

مؤسسة مطبوعات سماوية

بهران - ١٤١٣ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب

كاتب:

جواد تبريزى

نشرت فى الطباعة:

دار الصديقه الشهيد

رقمى الناشر:

مركز القائميہ باصفهان للتحريات الكمبيوترية

## الفهرس

٥	الفهرس
٨	ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب المجلد ٢
٨	اشارة
٨	كتاب البيع
٨	[تعريف البيع]
٢١	[الكلام فى المعاطاة]
٢١	اشارة
٤٠	[ينبغى التنبيه على أمور]
٤٠	[الأول الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع]
٤١	[الأمر الثانى: أن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين]
٤٢	[الأمر الثالث: تمييز البائع من المشتري فى المعاطاة الفعلية]
٤٥	[الرابع: ان أصل المعاطاة و هو إعطاء كل منهما الآخر ماله]
٥٠	[الخامس: فى حكم جريان المعاطاة فى غير البيع من العقود و عدمه]
٥٢	[الأمر السادس: فى ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالإباحة]
٥٧	[السابع ان الشهيد الثانى ذكر فى المسالك وجهين فى صيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف أو معاوضة مستقلة]
٥٨	[الثامن: لا إشكال فى تحقق المعاطاة المصطلحة التى هى معركة الآراء بين الخاصة و العامة]
٥٩	[مقدمة فى خصوص أفاظ عقد البيع]
٥٩	اشارة
٦٣	[فرع لو أوقعا العقد بأفاظ المشتركة بين الإيجاب و القبول]
٦٤	[بعض ما يعتبر فى لفظ الصيغة]
٦٤	[اعتبار العربية فى العقد]
٦٤	[تقديم الإيجاب على القبول]
٦٨	[التنجيز فى العقد]

- ٧٢ ..... [اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول]
- ٧٢ ..... اشارة
- ٨٠ ..... [قاعدة ما يضمن بصحيحه]
- ٨٧ ..... [حكم المقبوض مع فساد العقد]
- ٨٧ ..... اشارة
- ٨٩ ..... [ضمان المنافع فى المقبوض بالبيع الفاسد]
- ٩٢ ..... [الضمان فى المثلئ و القيمئ]
- ٩٢ ..... اشارة
- ١٠٩ ..... [بدل الحيلولة]
- ١١٥ ..... [شروط المتعاقدين]
- ١١٥ ..... [اعتبار البلوغ]
- ١٢٠ ..... [يعتبر قصد مدلول العقد]
- ١٢٠ ..... اشارة
- ١٢١ ..... [اعتبار تعيين من له البيع]
- ١٢٤ ..... [من شرائط المتعاقدين الاختيار]
- ١٢٤ ..... اشارة
- ١٤٣ ..... [وجوب الالتزام بالعقد على الطرف الآخر قبل فسخ المكره أو إجازته]
- ١٤٤ ..... [بيع الفضولى]
- ١٤٥ ..... اشارة
- ١٤٨ ..... [الاستدلال على صحة عقد الفضولى]
- ١٤٨ ..... اشارة
- ١٥٢ ..... [الروايات الواردة فى المضاربة]
- ١٥٥ ..... [الأخبار فى الاتجار بمال اليتيم]
- ١٥٩ ..... [الأخبار الواردة فى تحليل الخمس]

- ١٦٣ ..... [الاستدلال على بطلان البيع فضولاً]
- ١٨٢ ..... [الإجازة و حكمها]
- ١٨٢ ..... اشارة
- ١٩٢ ..... [و اما الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمى]
- ١٩٤ ..... [الثمره بين الكشف و النقل]
- ٢٠٤ ..... [الأمر المعتره فى الإجازة]
- ٢١٢ ..... [فى شرائط المجيز]
- ٢١٥ ..... [من باع شيئاً ثم ملكه]
- ٢٣٢ ..... [شرائط العقد المجاز]
- ٢٣٧ ..... [فى الرد و أحكامه]
- ٢٣٧ ..... اشارة
- ٢٤٣ ..... [رجوع المشتري إلى البائع بالغرامات]
- ٢٥٣ ..... [تعاقب الأيدى بمال الغير]
- ٢٥٧ ..... [بيع ملكه مع ملك غيره بصفقه]
- ٢٥٧ ..... اشارة
- ٢٥٩ ..... [تقسيط الثمن على المالىن]
- ٢٦٠ ..... [و لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار]
- ٢٦٠ ..... اشارة
- ٢٦٣ ..... [الإقرار بالصحة للغير]
- ٢٦٥ ..... [بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله]
- ٢٦٧ ..... تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

## ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب المجلد ٢

## إشارة

- سرشناسه : تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.
- عنوان قراردادى : المكاسب. شرح
- عنوان و نام پدید آور : ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب / تالیف جواد التبریزی.
- مشخصات نشر : قم: دارالصدیقه الشهیده، ۱۴ ق. = ۱۳ -
- مشخصات ظاهری : ج.
- شابک : دوره، چاپ چهارم ۲۰-۸۴۳۸-۹۶۴-X؛ ۲۰۰۰۰ ریال: ج. ۱، چاپ چهارم ۶-۱۹-۸۴۳۸-۹۶۴ : یادداشت : عربی.
- یادداشت : فهرست نویسی بر اساس جلد دوم.
- یادداشت : کتاب حاضر شرحی بر کتاب "المکاسب" تالیف انصاری است.
- یادداشت : ج. ۱ (چاپ چهارم: ۱۴۲۵ ق. = ۱۳۸۳).
- یادداشت : ج. ۲ و ۳ (چاپ چهارم: ۱۳۸۴).
- یادداشت : کتابنامه.
- موضوع : انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ ق. المکاسب -- نقد و تفسیر
- موضوع : معاملات (فقه)
- شناسه افزوده : انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ ق. المکاسب . شرح
- رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱ الف/م۸۲۱۲۸۷۰۲۱۳۰۰
- رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲
- شماره کتابشناسی ملی :

## کتاب البیع

## [تعریف البیع]

و هو فی الأصل کما عن المصباح مبادلة مال بمال (۱).

(۱) حکى (ره) عن المصباح ان البیع لغة مبادلة مال بمال، و ذکر ان المتبادر من استعمال لفظ البیع اختصاص المعوض المعبر عنه بالمیع، بالعین، و لو قال بعث عینا، لکان ذکر العین تأکیداً کما انه لو قال بعث دارى أو عبائی، یکون الذکر لتعین العین التی استفاد من البیع تملیکها بعوض.

و الحاصل لا- یطلق البیع علی مبادله غیر الأعیان إلا تسامحا کما فی بعض الاخبار و بعض کلمات الفقهاء کالتی ذکر فیها بیع خدمه العبد المدبر، و بیع سکنی الدار التی لا یعلم صاحبها، و بیع الأرض الخراجیه، فإن بیع خدمه العبد لا یکون الا بمعنی تملیک عمله، و بیع سکنی الدار بمعنی تملیک منفعتها ای قابلیتها للسکنی و کذا بیع الأراضی الخراجیه، فإن نفس تلك الأراضی لا یجوز بیعها کما



مر فيكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤

.....

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

و في صحيحة الحلبي قال تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنة و ان شئت أكثر. و ان لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجر «١». و المراد بالاستيجار الابتاع لأن إجارة الشجر قبل ظهور الثمرة صحيحة، فالنهي باعتبار شراء الثمرة قبل حصولها، و لذا نقل في الوسائل الرواية في باب البيع، و ليس المراد افتراق الإجارة عن البيع في المتعلق، و انه يكون متعلق الإجارة بالمنفعة و متعلق البيع العين ليقال بأنه لا فرق بينهما في هذه الجهة حيث ان الإجارة أيضا تتعلق بالعين، و يقال آجرت الدار سنة بكذا بل المراد افتراق التملك في البيع، عن التملك في الإجارة. في ناحية المتعلق، حيث ان متعلقه في الإجارة بالمنفعة، و في البيع نفس العين. و بعبارة أخرى تعلق التملك في الإجارة بالمنفعة مقتضى نفس الإجارة، فإن معناها تملك المنفعة نظير ما يقال ان الأمر يتعلق بالطبيعة دون الوجود و ان الوجود يستفاد من نفس الأمر، حيث انه طلب الإيجاد، و المراد بالعين مقابل المنفعة، و الحقوق، لا خصوص العين الخارجية فعلا، بل ما لو حصل في الخارج لكان عينا لا منفعة، و لا حقا، فيعم التعريف بيع الدين و نحوه. ثم انه يبقى في البين ان عنوان البيع ينطبق عرفا على نقل بعض الحقوق الى الغير بالعوض كما إذا ترك له حق سبقه الى السوق أو الى بعض الخانات أو المسجد و نحوها، و دعوى المسامحة في الإطلاق لا تخلو عن المجازفة، حيث لا ترى فيه اي مسامحة أو تجوز، فالمنع عن جريان الأحكام المختصة بالبيع

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب بيع الثمار حديث: ٤.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥

.....

على ذلك النقل، بان لا يكون فيه خيار المجلس، و التلف قبل القبض، و نحوهما مشكل جدا. نعم لا يطلق البيع على تملك المنفعة بل قوله ملكت منفعة الدار سنة بكذا بمنزلة قوله آجرتها بذلك العوض، و لو قال بعت منفعتها سنة بكذا يجرى عليه أحكام الإجارة بناء على ما هو الأظهر من صحة الإجارة و نحوها بما إذا كان إنشائها بالكناية أو المجاز الظاهرين.

و يبقى ايضا ان البيع بحسب الظهور العرفي فعل البائع، و ان يكون صدقه عليه موقوفا على تحقق القبول من المشتري، و لكن الشراء لا يكون بيعا، و المبادلة من باب المفاعلة يصدق على فعل كل من البائع و المشتري، فلا يكون تعريف المصباح الا من باب المسامحة و التعريف اللفظي المعتبر فيه تبديل لفظ بلفظ آخر يكون أوضح في الدلالة من دون اعتبار التساوي في الصدق.

نعم ربما يستعمل لفظ البيع بمعنى الشراء، و لذا يقال ان لفظ البيع و الشراء يستعمل كل منهما في فعل البائع و المشتري الا انه عند الإطلاق ينصرف الأول إلى فعل البائع، و الثاني إلى فعل المشتري، لا- من فعل الاثنين أو انصراف الكلي الى بعض افراده بل من انصراف اللفظ المشترك الى بعض معانيه.

و بما ان تعريف البيع بالمبادلة غير صحيح كما مر، فعرفه بعضهم بتبديل المال الذي يكون عينا بعوض، و هذا التبديل في الإضافة بأن

يكون العوض قائما مقام العين في كونه طرفا في الإضافة الحاصلة بينها وبين مالكيها كما انه كان المضاف الى زيد النوب و بعد بيعه من عمر و يكون العوض قائما مقام الثوب في تلك الإضافة، و يكون في باب الإرث التغيير في المضاف إليه بأن كانت ما في الخارج من الأموال مضافة الى زيد و بعد موته تكون إضافتها إلى ورثته.

و بعبارة أخرى كان البائع يبيعه يفك علقته بالمتاع، و يشدها بالثمن، كما  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦

.....

يفك علقته المشتري بالثمن، و يجعل مكانه المتاع، و هذا بخلاف باب الإرث فإنه يكون المضاف إليه في الإضافة الحاصلة في الأموال هو الوارث بعد مورثه.

و فيه انه قد لا يكون في البيع تبديل مال بآخر بالمعنى المزبور، كما في بيع الكلي على الذمة، فإن ذلك الكلي ما لم يقع عليه المعاملة لا- يكون ملكا و مضافا الى أحد، نعم بالمعاملة يمتلكه المشتري على البائع، و يكون مالا- له فلا يتصور فيه فك ملك و عقد علقه الملكية بمال آخر حتى يتحقق التبديل في الإضافة.

و لو قيل بان البيع عبارة عن تملك المال الذي لا تكون منفعة بعوض لا يبعد شموله للكلي على الذمة، فإن الكلي و ان لا يكون مضافا لأحد ما لم يتم المعاملة عليه، الا انه يكون في نفسه مالا حيث يبذل بإزائه مال.

و الحاصل الكلي المزبور قبل المعاملة لا- يكون مالا- للبائع، بأن يكون ملكه، فيقال انه ذو مال، الا انه في نفسه مال حيث يرغب العقلاء الى بذل العوض له، و نظير ذلك ما نذكر في عمل الحر، فان عمله مال حيث يرغب الى بذل العوض له بالاستيجار و نحوه، و لكن ما دام لم يجر عليه المعاملة لا- يكون مالا- و ملكا لأحد، و الإجارة أيضا تملك مال بعوض الا ان المال الذي يكون متعلق التملك في الإجارة هي المنفعة كما تقدم، و المراد بالعوض ما يكون موجبا لخروج العين عند تملكها عن المجانية.

ثم ان المعاوضة اما بين عرضين، كما إذا عاوض كتابه بعباء الغير، و اما بين ثمنين، كما إذا عاوض دراهمه بدنانير، و اما بين عرض و ما هو من الأثمان، و هل يطلق البيع على كل من الأقسام الثلاثة، أو يختص بالأخير.

فصل السيد الخوئي (طال بقاه) و ذكر في القسم الأول انه تارة لا يكون لأحدهما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧

و اما العوض فلا اشكال (١)

غرض في خصوص العرض الذي يأخذه، بل غرضه من أخذه الإمساك بمالية المتاع الذي يملكه للآخر، و لذا لو كان الآخر يعطيه من الأثمان أخذه بإزاء متاعه، و لكن يكون للآخر غرض في خصوص المتاع الذي يأخذه، و يتفق ذلك غالبا في الأمتعة التي تباع في القرى لأهلها، حيث يعطى حامل القماش إياهم القماش، و يأخذ بدل الدراهم و الدنانير الحنطة و الشعير و نحوهما، باعتبار ان المشتري لا يتيسر له الدراهم و الدنانير، ففي هذه الصورة من يبذل المتاع الذي للآخر في خصوصيته غرض بايع، و الآخر مشتري، و أخرى يكون لكل منهما غرض في خصوص متاع صاحبه، فهذه معاوضة، لا بيع، و المعاوضة أعم و يعمها مثل قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

و اما القسم الثاني و هي المعاوضة بين الأثمان فلو كان الثمنان رائجين عند المتعاملين، كمن عاوض الدينار العراقي بالدراهم العراقية، فلا تكون المعاوضة بيعا كما تقدم، بخلاف ما إذا كان أحدهما رائجا عند هما، كمن عاوض في العراق الاسكناس بالدينار العراقي، فان عمل صاحب الاسكناس بيع، و عمل الثاني شراء.

أقول تمييز البائع من المشتري بما ذكر مبنى على الالتزام بان البيع هي المبادلة بين المالكين، و بما ان المبادلة فعل الاثنين، فيحتاج في تشخيص البائع و المشتري الى أمر آخر، و اما بناء على ما ذكرنا من كون البيع هو تمليك المال بعوض، و التمليك أمر إنشائي فكل من أنشأه فهو البائع، كما ان الشراء هو التملك بعوض، فكل من إنشاء التملك أو الرضا بالتملك فهو المشتري، سواء كان الإنشاء بالقول أو الفعل، و في الاخبار الواردة في السلم، و بيع المتجانسين، و الصرف، و الرجوع الى العرف، شهادة على ما ذكرنا فلاحظ.

(١) ذكر قده جواز كون العوض في المبادلة منفعة، بلا خلاف، نعم نسب إلى البهبهاني (ره) الخلاف في ذلك، و لعل منشأ خلافه ما يذكر في كلام الفقهاء من كون البيع لنقل الأعيان، و لكن هذا الكلام كقولهم الإجارة لنقل المنافع، ناظر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨

.....

الى بيان حال المعوض.

ثم ان عدم الإشكال في جعل المنفعة عوضا انما هو فيما إذا كانت المنفعة مالا كمنافع العبد، و الحر بعد تعلق الإجارة بعمله، فان عمله بها يكون مالا للمستأجر، إذا كان العوض عمله قبل وقوع الإجارة به كما إذا بادل كتابا بخياطة الآخر ثوبه، ففي كونها بيعا إشكال، فإن عمل الحر بعد هذه المبادلة و لو يكون مالا لصاحب الكتاب، الا ان المعتبر في كونها بيعا كون العوض مالا قبلها، عما هو ظاهر تعريف المصباح.

أقول لازم الإشكال في جعل عمل الحر عوضا في البيع، الإشكال في جواز بيع الكلي على الذمة فإن ما ذكره في وجهه من لزوم كون العوضين مالين قبل المعاوضة جار فيه ايضا، و لا احتمال الالتزام منه (ره) أو من غيره ببطلان بيع السلم، و غيره مما يكون المبيع من الكلي على الذمة، و عليه فلا إشكال في جعل عمل الحر عوضا في البيع، بل كما ذكرنا عمل الحر كالكلي على الذمة في نفسه مال، حيث يبذل بإزائه المال، بالاستيجار، و نحوه، غاية الأمر لا يضاف الى أحد قبل المعاوضة بأن يقال انه ذو مال.

و قد يستدل على عدم كون عمل الحر قبل المعاوضة مالا بوجهين: الأول عدم كونه محققا للاستطاعة في الحج فإذا كان متمكنا على عمل في طريق الحج، بحيث تكون أجرته وافية لمصارف الحج، لا يجب عليه الخروج الى الحج، و لو كان العمل كما ذكر مالا لتمت الاستطاعة المعتبرة في وجوبه، و فيه ان عمل الحر قبل المعاوضة عليه مال حيث يبذل بإزائه المال بالاستيجار، و نحوه، و لكن قبلها لا يضاف الى أحد، حتى الى فاعله، بان يقال انه ذو مال، و العمل ملك و مال له، و المعتبر في وجوب الحج كون المكلف ذا مال، بان يكون عنده ما يحج به.

الثاني ان الحر إذا لم يكن أجيرا و حبسه الجائر لا يضمن له ما يفوته بذلك،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩

و اما الحقوق (١).

من اعماله، و لو كانت اعماله أموالا لضمنها، كما في إتلاف غيرها من الأموال.

و الجواب ان عمل الحر و إن كان مالا الا انه لا يضاف قبل المعاملة عليه الى العامل، أو غيره، و الموضوع للضمان، إتلاف مال الغير و بهذا يظهر انه لا فرق بين كون الحر كسوبا أو غيره، فاحتمال الضمان في الكسوب كما عن السيد الزدى (ره) و الجزم به كما عن السيد الخوئي (طال بقاه) ضعيف، كما ظهر مما تقدم ضعف ما عن الإيرواني (ره) من ان الأصل في إضافة الأموال إلى الأشخاص هي الحيازة، فإن بها تضاف الأموال إلى الأشخاص، و باقى المملكات تكون مملكة بعدها، و وجه ظهور ضعفه ان العقد على عمل الحر أو الكلي على الذمة مملك، و موجب لضافتهما إلى المشتري، و هذه الإضافة حادثه، و ليست مسبوقه بإضافة أخرى، حاصلة بالحيازة أو

غيرها.

هذا مع ان الحيازة لا تكون مملكة في غير المنقولات بل الموجب لدخول الأرض الميته في الملك هو الأحياء كما ذكرنا ذلك عند التكلم في أقسام الأراضي من المكاسب المحرمة.

(١) تعرض (ره) لكون العوض في المبادلة من الحقوق، و ذكر أنها على أقسام ثلاثة:

قسم منها لا- يقبل الاسقاط مطلقا، بلا عوض أو مع الفرض، كحقي الولاية و الحضانه، و هذا هو المراد من قوله لا يقبل المعاوضة بالمال.

و قسم منها قابل للإسقاط مجانا أو مع العوض، و لكن لا يمكن تملكه للآخر بحيث يكون ملكا للمنقول اليه، كالخيار و الشفعة، و في هذين القسمين لا- يصح جعل الحق عوضا في البيع، فان قوام البيع بتملك صاحب المعوض العوض بإزاء ما يخرج من ملكه و المفروض في مورد الكلام انه غير قابل لتملك صاحب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠

.....

المعوض.

و الوجه في عدم كونه قابلا لتملكه في القسم الأول ظاهر، و اما في القسم الثاني فلان الحق فيه إضافة خاصة و سلطنة مخصوصة قائمة بذى الحق و من عليه الحق فذو الحق يكون مسلطا على من عليه ذلك الحق فبتملكه للآخر يكون ذلك الآخر مسلطا على نفسه و تسلط الإنسان على نفسه غير معقول.

و عن صاحب الجواهر (ره) قياس بيع الحق ممن عليه ببيع الدين ممن عليه و هذا القياس فاسد، فإنه يفترق بيع الحق عن بيع الدين بأنه يمكن للإنسان تملك ما على ذمته فيكون نتيجة التملك سقوطه حيث ان الملكية إضافة خاصة بين المالك و المال و من عليه المال لا يكون طرف الإضافة بأن يكون دخيلا في تحقق الملكية ليكون تملكه الدين موجبا لاتحاد طرفي الإضافة، و الشاهد لا مكان تملك الإنسان ما على ذمته، ما عن الشهيد (ره) في قواعده من جعل الإبراء مرددا بين إسقاط الدين عن ذمة المديون ابتداء أو تملكه إياه، و نتيجة التملك السقوط و هذا بخلاف الحق كما مر، فإنها إضافة مخصوصة، يكون طرفاها ذا الحق و من عليه الحق، فيكون تملكه ممن عليه، موجبا لاتحاد طرفي الإضافة.

و ذكره (ره) القسم الثالث من الحق و هو ما يكون قابلا- لنقله الى الغير، بان يملكه الغير كحقي التحجير و السبق، فان الحق في هذا القسم تكون سلطنة خاصة قائمة بين العين و الشخص، و لا يكون المنقول اليه طرف الإضافة، كما في القسم السابق الا ان في وقوع هذا القسم من الحق عوضا في البيع اشكالا باعتبار ان الحق لا يكون مالا، و يعتبر في صدق البيع على المعاملة كون العوض مالا، كما هو ظاهر تعريف المصباح و ظاهر كلمات الفقهاء عند تعرضهم لشرائط العوضين في البيع، و تعرضهم لشرائط الأجرة في الإجارة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١

.....

(أقول) ما ذكره (ره) في القسم الثاني كحقي الخيار و الشفعة يرد عليه أن الخيار أو الشفعة لا يتعلق بالمال، و لا بالمالك، بل يكون متعلقهما نفس العقد على ما ذكر توضيحه في بحث الخيارات، و عليه فلا يلزم من نقلهما الى الغير اتحاد طرفي الإضافة و كيف لا يكون الخيار أو الشفعة قابلا- للانتقال الى الغير مع انهما عنده يورثان كما ذكر (ره) في أحكام الخيارات و لو سلم كون مثلهما حقا كما ذكر فلازمه عدم جواز تملكه ممن عليه الحق لا من الغير الأجنبي لعدم محذور اتحاد طرفي الإضافة في الثاني.

و اما ما ذكره في القسم الثالث من ان في وقوعه عوضا في البيع اشكالا، لعدم كونه مالا.

ففيه أولا- انه لا- شهادة في تعريف المصباح على اعتبار المايه في العوض، فإنه من التعريف اللغوي، و لا اعتبار ايضا بظاهر كلمات الفقهاء مع فرض صدق البيع عرفا في مورد جعل الحق عوضا، فان ظاهر كلماتهم في المقام لا يزيد على ظواهرهم في عدم كون المعاطاة بيعا حيث مع احتمال وجه الاتفاق أو إحرازه و عدم تماميته، لا يرفع اليد عن أدله جواز البيع و لزومه.

و ثانيا الحق في هذا القسم مال حيث يبذل بإزائه المال كسائر الأعيان و المنافع التي يكون اعتبار المايه فيهما ببذل العوض في مقابلتهما عند المعامله و اما القسم الأول المذكور في كلامه فالصحيح انه نفس الحكم الشرعي و ليس من الحق في شيء فان الحق يطلق على سلطنه الشخص باعتبار ان سقوطها و ثبوتها بيده و إذا لم يكن السقوط و الثبوت بيده يكون كسائر الأحكام المجعوله لأحد المكلفين في ثبوتها لموضوعاتها ما دام الموضوع فلا فرق بين ولاية الأب أو الجد على الطفل أو ماله و بين جواز تصرفاتهما في مال نفسهما في كون كل منهما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢

.....

حكما مجعولا لها من قبل الشارع و بما ان الحكم لا يتعدى عن موضوعه فلا يعقل جعله عوضا في البيع و نحوه. و ذكر السيد الخوئي (طال بقاءه) عدم جواز جعل الحق عوضا لا لما ذكره المصنف (ره) فإنه غير تام كما مر بل من جهة ان الحق على إطلاقه حكم شرعي غاية الأمر يكون قابلا للإسقاط و بالإسقاط ينتهي أمده.

و بعبارة أخرى لا فرق بين جواز فسخ الهبة و الرجوع فيها و بين جواز فسخ العقد بالخيار و كذا لا فرق بين جواز قتل الكافر الحربى و بين جواز قتل ولى المقتول القاتل و ان الجواز في هذه الموارد سنخ واحد غاية الأمر يكون في موارد إطلاق الحق قابلا للإسقاط بخلاف غير موارد إطلاقه و هذا لا يخرج عن كونه جوازا أو لزوما شرعيا و الحكم الشرعي بنفسه غير قابل لجعله عوضا عن المبيع. نعم يمكن جعل إسقاطه المفروض كونه عملا- عوضا في البيع و نحوه و لكنه خارج عن الكلام في المقام، فان الكلام في نقل الحق إلى الغير لا- إسقاط من له الحق حقه، كما ان مثل الأرض التي تكون مورد حق السبق أو التحجير لا يكون جعلها عوضا مورد الكلام بل مورد جعل نفس الحق، هذا مع انه لا معنى لنقل مثل حق الشفعة إلى الغير فإنه تمليك حق الشفعة لمشتري الحصه فهو غير معقول فإنه من اللغو لتملكه الحصه بالشراء و ان كان تمليكه للأخر الأجنبي فهو من قبيل تعدية الحكم من موضوعه الى غيره، فان الموضوع لحق الشفعة هو الشريك.

ثم لو قلنا بأن الحق مرتبه ضعيفه من السلطنه حيث ان الملكيه عموم السلطنه و الحق خصوصها، فلا يمكن ايضا جعله عوضا في البيع فان البيع هي المبادله في متعلق الملكيه أى المالين فلا يعم مبادله نفس الملكيه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣

.....

(أقول) لم (يذكر أطل الله بقاءه) شاهدا على ان الحق عبارة عن الجواز أو اللزوم الشرعيين، غاية الأمر يكونان قابلين للإسقاط، فإن ثبوت الحق في موارد عدم ثبوت الجواز أو اللزوم، آيه كونه غيرهما، كما إذا باع داره ببيع الخيار، ثم عرض له السفه، فإنه يقوم وليه مقامه، و كذا كان شريك مالك الحصه المبيعه سفيها لا يصح له الأخذ بالشفعة، فإنه يقوم مقامه وليه، مع ان الخيار كان مجعولا للبائع، و الشفعة مجعوله للمولى عليه، فإنه الشريك لا وليه، و مثل حق التحجير أو السبق، أولويه معتبره للشخص بالإضافة إلى الأرض أو غيرها، و هذه الأولويه في نفسها قابله للنقل، بجعلها للأخر عوضا أو مجانا، لما هو مقتضى أدله حل البيع، و نفوذ الصلح و غيرهما،

ولذا يورث حق التحجير وحق قصاص الأعضاء، كما إذا مات من له حق القصاص قبل الاستيفاء، ولا يكون هذا من التعدى من موضوع الحكم إلى غيره.

والحاصل أن الحق في جميع هذه الموارد أمر اعتباري، ونحو من الأولوية، ولا منافاة بين كون الموضوع لحق الشفعة مثلا - هو الشريك، وبين تملكها للأجنبي، فإن ثبوتها للأجنبي بالمعاملة نتيجة العمل بكتاب حق الشفعة، وكتاب حل المعاملات من البيع وغيره، نظير الحبوّة حيث أنها للولد الأكبر، ولا ينافي تملك الغير إياها بالمعاملة مع الولد الأكبر.

وثانيا لا بأس بتعلق البيع أو غيره بالحق حتى مع الالتزام بأنه جواز أو لزوم شرعي قابل للإسقاط، حيث لا بعد في اعتبار العقلاء المالية في اللزوم أو الجواز الإضائي التأسيسي، وبذلك يصح وقوعهما مورد المعاملة، والبيع كما تقدم هو التملك بالعوض، ولو لم يكن الحق صالحا للنقل والتمليك، فلا ينبغي الريب في صحته جعله عوضا في التملك، حيث يخرج به التملك عن المجانية، وبتعبير آخر يكون سقوطه في تملك الشيء عوضا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤

إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه (١).

وقد يقال أنه عند الشك في قابلية الحق للنقل شرعا لا يمكن التمسك بأحل الله البيع وأوفوا بالعقود بالعقود والصلح جائز بين المسلمين، وإنما يصح التمسك بها بعد إحراز قابلية الشيء للنقل والشك في أسباب النقل، بأن يحتمل أن لنقله سبب خاص، ولا يتحقق بتلك المعاملات، كما لا يصح التمسك بها عند الشك في حلية فعل، وحرمة، مما يقع مورد المعاملة أيضا، كالغناء في كلام صحيح، فإنه لا يمكن التمسك بعموم أوفوا بالعقود وإثبات صحة المعاملة عليه، واستكشاف حليته بالملازمة.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإن الموضوع في العمومات والمطلقات هو البيع والعقد والصلح وغيرها في اعتبار العرف. وبعد إحراز قابلية الشيء للنقل في اعتبارهم، وصدق عنوان البيع أو الصلح والعقد بحسب أنظارهم، يكون عدم شمول العمومات والمطلقات لاحتمال التخصيص، أو التقييد، فيؤخذ بهما ما دام لم يحرز التخصيص أو التقييد ولا يقاس بما إذا شك في حلية فعل في نفسه حيث قد يقال العمومات والمطلقات في المعاملات لم ترد لبيان الحكم التكليفي للأفعال بعناوينها الأولية، ولا يجوز التمسك بالعموم الوارد لبيان الحكم للفعل بعنوانه الثانوي لرفع الإجمال عن الخطاب الوارد في بيان حكم ذلك الفعل بعنوانه الأولى، فالصحيح جواز هذا التمسك في مثل المقام مما لا يؤخذ في موضوع الحكم بعنوانه الثانوي، ثبوت الحكم الأول.

(١) ثم أنه إذا لم يكن لفظ البيع حقيقة شرعية ولا متشعبة يكون التعاريف الواردة في كلمات الفقهاء بيانا لمعناه العرفي الذي تعلق به الأحكام في الخطابات الشرعية.

وعن المبسوط والتذكرة وغيرهما أن البيع انتقال عين من شخص إلى آخر بعوض مقدر، ولكن المسامحة في هذا التعريف واضحة، لأن الانتقال أثر البيع،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥

.....

لأنه عينه، واعتبار التقدير في العوض لا وجه له، فإن تعيين الثمن من شرط صحة البيع شرعا، لا لصدقه عرفا.

وعن جماعة أنه الإيجاب والقبول الدالان على الانتقال.

وهذا أيضا غير صحيح، فإن البيع من الأمور الإنشائية التي يكون الدلالة عليه بالإيجاب والقبول، وليس هو نفس الدال، كما هو ظاهر التعريف، واللام يمكن إنشائه باللفظ، فإن القابل له هو المعنى، لا اللفظ.



و عن جامع المقاصد تعريفه بنقل العين بالصيغة المخصوصة، و أورد المصنف (ره) على تعريفه بأمور ثلاثة. الأول ان نقل العين لا يكون مرادفا للفظ البيع، حتى يصح تعريفه به، و لذا يكون ارادة البيع من لفظ النقل، بطور الكناية، كما صرح به في التذكرة.

أقول هذا لو أريد من النقل النقل الخارجي الذي يكون بتبديل مكان الشيء، و رفعه عن محله الأولى، فإن هذا كناية عن البيع، و اما إذا كان المراد منه النقل الاعتباري، فهو عين البيع، اللهم الا- ان يقال لا- يصدق النقل الاعتباري في مثل بيع الكلي على الذمة، أو تمليك عمل الحر، فإنهما لا يكونان قبل المعاملة ذات اضافة، حتى يصدق النقل.

الثاني ان المعاطاة عند جامع المقاصد بيع، و لكن لا يعمها التعريف، باعتبار عدم كون المعاطاة باللفظ. الأمر الثالث ان النقل بالصيغة أيضا غير قابل للإنشاء، بل القابل له نفس النقل.

(لا يقال) نقل العين سنخا أحدهما اعتباري و ثانيهما خارجي، فليس ذكر قوله بالصيغة لتقييد النقل بها، ليكون معنى لفظ البيع، هو النقل بالصيغة، بل هو عنوان مشير و للإشارة إلى كون البيع ذلك السنخ الذي يكون في نفسه اعتباريا إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦  
الاولى تعريفه (١).

فتوجد بالصيغة، و نحوها.

فإنه يقال يبقى في التعريف المزبور، اشكال آخر، و هو انه ان أريد بالصيغة خصوص صيغة بعث، لزم الدور، فإنه مقتضى أخذ مادة البيع، في تعريفه، و ان أريد الأعم، بحيث يشمل ملكة ايضا، فلازمه الاقتصار في إنشاء البيع بلفظي نقلت و ملكت. أقول إشكال الدور أو لزوم الاقتصار في إنشاء البيع بصيغتي نقلت و ملكت مندفع بإمكان كون المراد بالصيغة المخصوصية اللفظ الصالح لإنشاء ذلك السنخ من النقل، فلم يؤخذ في التعريف مادة البيع، حتى يلزم الدور، و لا خصوص الصيغتان، حتى يلزم الاقتصار، مع ان أخذ مادة البيع في تعريفه كما إذا قيل بان البيع نقل العين بلفظ بعث، لا يوجب دورا، فان المراد به في المعروف بالكسر، لفظه، و في المعروف بالفتح، معناه المرتكز عند الأذهان، المطلوب بالتعريف، معرفة حدود ذلك المعنى المرتكز من جهة سعته و ضيقه، بان يعلم انه لا يعم نقل غير العين، و لا نقلها المنشأ بغير ذلك اللفظ.

و الحاصل يمكن معرفة المعنى من جهة ضيقه و سعته بالتعريف المزبور بلا محذور.

(١) قد عرف (ره) البيع بأنه إنشاء تمليك عين بمال و لكن يرد عليه ان البيع، ليس إنشاء التمليك المزبور، بل نفس التمليك، و يكون الإنشاء إيجادا للبيع، و الا فلو كان الإنشاء مأخوذا في معنى البيع لم يكن قابلا للإنشاء، كما مر في التكلم في تعريف جامع المقاصد. ثم انه (ره) تعرض لما يمكن الإيراد به على تعريف الذي ذكره.

الأول انه إذا كانت حقيقة البيع تمليك العين بمال، لصح إنشائه بصيغة ملكة،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧

.....

كما هو مقتضى الترادف بين التمليك و البيع، و أجاب بصحة الإنشاء.

الثاني انه يصح بيع الدين على من هو عليه، مع انه لا يكون فيه تمليك عين بعوض، فإنه لا يصح للإنسان تملك المال على نفسه، و أجاب (ره) بصحة كون الإنسان مالكا لما عليه، فتكون نتيجة ذلك، سقوط الدين عنه، و لو لم يمكن كونه مالكا كذلك لم يصح بيع الدين منه، لانه لا معنى للبيع الا التمليك.

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

و الجواب انها بيع عند الكل، و مراد النافين انها ليست بيعا صحيحا كما سيأتى.

الرابع ان البيع فعل البائع على ما مر سابقا و لو يكون صدقه عليه مشروطا بقبول المشتري، و لكن التعريف المزبور يعم الشراء فإن المشتري أيضا يكون منه تملك ماله بإزاء المبيع.

و الجواب ان البيع فى نفسه تملك العين بمال، و الشراء لا يكون كذلك، بل الشراء إنشاء تملك مال الغير بإزاء الثمن، نعم يكون هذا الإنشاء متضمنا لتمليك الثمن بإزاء المبيع و بتعبير آخر ما هو فعل البائع هو إنشاء ملكية المبيع لصاحب الثمن بإزاء الثمن، و يكون لازم ذلك، تملك الثمن بإزاء المبيع، الا ان هذا التملك لم ينشأ إلا تبعا، كما ان فعل المشتري ابتداء تملك المبيع بإزاء الثمن، و لازم إنشائه تملك الثمن لصاحب المبيع بإزاء المبيع، فيكون هذا التملك ضمنا يعنى لازما للمدلول المطابقى لإنشائه، و لذا لا يصدق عنوان الشراء على قوله ملكتك الثمن بمتاعك، سواء تأخر عن الإيجاب أو تقدم، بخلاف قوله تملك متاعك بهذا الثمن، فإنه شراء كما لا يخفى.

و مما ذكرنا يظهر الحال فى استيجار عين بعين، و ان قبول المستأجر لا يكون فى نفسه إنشاء تملك العين بإزاء المنفعة، بل قبوله إنشاء تملك المنفعة، بإزاء العين.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨

.....

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

و الجواب ان الصلح عن عين بمال، لا يكون تملك تلك العين بذلك المال، بل هذا التملك نتيجة الصلح المزبور. و بيان ذلك ان الصلح من الأمور الاعتبارية حيث انه عقد و مدلول ذلك العقد و المتحقق به هو التسالم، يعنى التسالم الاعتبارى الذى يكون أمرا إنشائيا، و يعبر عنه فى لغة الفرس ب (سازش) و هذا التسالم لا بد من كونه فى أمر، و ذلك الأمر، يكون ملكية العين، أو المنفعة أو الانتفاع بالعين، أو سقوط حق، أو ثبوت قرار بين شخصين، أو أكثر، كقرار الشريكين فى كون الخسران أو النفع فى معاملته على أحدهما، و هكذا، فيكون نتيجة تمامية الصلح فى الأول تملك العين، و فى الثانى تملك المنفعة، و فى الثالث تملك الانتفاع، و فى الرابع سقوط الحق، و فى الخامس ثبوت القرار.

فهذه الأمور من متعلقات الصلح، لا ان الصلح فى نفسه عبارة عن هذه الأمور، و الا لزم كون لفظ الصلح مشتركا لفظيا، لعدم تحقق التملك فى جميع ما ذكر من موارده، فالصلح عن العين بمال يتضمن تملكها بذلك المال، فيكون التملك المزبور فائده. و هذا هو الوجه فيما ذكروا من ان طلب أحد الخصمين من الآخر الصلح على العين المتنازع فى ملكها، لا- يكون إقرارا للآخر بالمالكية، بخلاف طلب بيعها، فإنه اعتراف بملكية الآخر، و لو كان الصلح على عين بعوض بنفسه تملكها بعوض، لما كان بين الصورتين فرق. و اما الهبة المعوضة فالمراد الهبة التى يشترط التعويض فيها، و اما الهبة التى عوض عنها من غير كون التعويض شرطا فلا وجه لتوهم شمول تعريف البيع له، و لذا ذكر المصنف (ره) و المراد بها هنا (يعنى فى الاعتراض على تعريف البيع) و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩

بقى القرض داخلا (١)

حاصل دفعه الاعتراض ان الهبة المعوضة ليست فى حقيقتها المقابلة بين المالين، كالبيع، بل يكون تملك المال فيها مجانا و العوض المشروط فيها عوض لنفس الهبة، لا عن المال الموهوب، و لذا لا يتملك الواهب ذلك العوض بمجرد هبة ماله للآخر.



و بتعبير آخر التعويض في الهبة المشروطة، كالتعويض في غير المشروطة في كون تملك المال من الآخر بتملك جديد، وهذا التملك الجديد يذكر شرطا في الهبة المشروطة. ثم قال (ره) غاية الأمر انه لو لم يعمل الآخر بالشرط لكان للواهب الرجوع في هبته. (أقول) ظاهر الشرطية اختصاص جواز رجوع الواهب في هبته بصورة عدم وفاء الآخر بالشرط، و لكن ليس الأمر كذلك، فإنه يجوز للواهب الرجوع في هبته ما لم يتحقق التعويض، سواء اشترط التعويض أولا، و مع التعويض يسقط جواز الرجوع اشترط أولا، على ما يستفاد ذلك من مثل صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال إذا عوض صاحب الهبة فليس له ان يرجع «١».

(١) هذا هو الاعتراض الأخير في كلامه على التعريف المزبور، و حاصله ان تملك عين بعوض صادق على القرض أيضا، فلا يكون تعريف البيع به مانعا.

و أجاب (ره) عن الاعتراض بان القرض في حقيقته، تملك عين على وجه الضمان، يعني تملك مع التضمين. و ذكر الإيرواني (ره) في تعليقه ما حاصله ان الاعتراض لا يدفع بالجواب المزبور، فإنه ان كانت للعين المفروضة في مورد القرض بدل من المثل أو

(١) الوسائل الجزء (١٣) الباب (٩) من أبواب أحكام الهبات الحديث (١).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠

و يظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله (١).

القيمة، فيكون تملكها بالبدل، و العوض، و هذا هو البيع على ظاهر التعريف، و ان لم يكن للعين بدل و عوض بان يكون تملكها مجانا، فتكون هبة، فأين تملك العين الذي لا يكون بيعا، أو هبة.

(أقول) الصحيح ما ذكره المصنف (ره) فان تملك العين و تضمينها أمران مختلفان، و ربما يكون تملك العين من دون تضمين، كما في الهبة بلا عوض، و قد يكون تضمين بلا تملك، كما في شرط ضمان العين في إيجارها، و إعارتها، بل قد يحصل التضمين بالفعل كما في وضع اليد على مال الغير، و القرض في حقيقته جمع بين تملك العين و تضمينها، و لذا ذكرنا انه تملك العين مع التضمين.

و ان أراد الإيرواني (ره) من العوض و البدل، العوض المعاملي الحاصل بإنشائه عوضا، فلا- عوض كذلك في موارد القرض، بل يختص هذا بمورد البيع، و ان أراد العوض الواقعي في مورد الضمان، فهذا القسم من البدل موجود في مورد القرض، و لكنه لم يكن بإنشاء المعاوضة.

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

منها تملك عين بعوض بشرط تملك المشتري، بل هذا هو المعنى العرفي للبيع عند بعض المشايخ لا- معنى آخر، فان البيع عند العرف ليس الا تملك العين بعوض بشرط قبول المشتري، و الشاهد لذلك تبادره في الاستعمالات، و صحة سلب معناه العرفي عن التملك الذي لا يترتب عليه قبول من المشتري.

و منها الانتقال الحاصل بإنشاء البيع إيجابا و قبولا.

و منها العقد المركب من الإيجاب و القبول، كما هو ظاهر كل من يذكر العقد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١

.....

في تعريف البيع، بل ظاهر الفقهاء هو استعمال عناوين المعاملات في أبواب الفقه، في هذا المعنى، فمرادهم من البيع في قولهم كتاب البيع عقده، و كذا النكاح، و حتى الإجارة و شبهها مما لا يكون في اللغة اسماً لأحد طرفي العقد، فإن البيع في الأصل فعل البائع، و النكاح فعل الزوج، بخلاف الإجارة، فإنها بمعنى الجزاء و الأجر، و ليست اسماً لفعل الموجد، بل الموضوع لفعله لغته و عرفاً، هو الإيجار، و لكن المصنف (ره) أنكر كون البيع عبارة عن تملك العين بعوض بشرط تملك المشتري كما عليه بعض المشايخ، فضلاً عن كونه معنى آخر كما ذكره بعض من قارب عصره، بل البيع يستعمل دائماً في تملك العين بعوض كما هو معناه المصطلح، غاية الأمر ان لهذا التملك فردين أحدهما ما إذا تعقب بتمليك المشتري بقبوله البيع، و ثانيهما عدم ترتب ذلك لعدم قبوله، و بما ان الفرد الثاني وجوده كعدمه في عدم ترتب اثر عليه، فمثل قول القائل بعث داري بقرينة كونه في مقام الاخبار عن الإيجاب المشرى يكون ظاهراً في الإيجاب المتعقب للقبول، بل في الجامع لجميع الشرائط المعتبرة في ترتب الأثر عليه.

و الحاصل ان قيد كون الإيجاب مثمراً مستفاد من الخارج و لم يؤخذ في المستعمل فيه، و يقرب ذلك تبادر هذا القيد حتى من مثل قول القائل نقلت داري الى زيد، أو ملكتها إياه، أو أبدلتها بكذا، مع ان التملك و الأبدال و النقل هو مجرد الإيجاب قطعاً، و لم يلتزم أحد بدخاله قبول الآخر في صدقها على الإيجاب.

و ان شئت قلت الأثر الحاصل بالإيجاب - و هو ملكية المبيع مثلاً للمشتري بإزاء الثمن - يكون بنظر الموجد و اعتباره، كما يكون في اعتبار العقلاء و الشرع و ما يتوقف على قبول المشتري، هي الملكية في نظر العقلاء، و الشرع، لا في اعتبار الموجد، فإنه يعتبرها و ينشأها بمجرد الإيجاب، فملكية العين بعوض في اعتبار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢

.....

العقلاء و الشرع بالإضافة إلى إيجاب البائع من قبيل الوجوب و الإيجاب، لا من الكسر و الانكسار، فإنه يمتنع تحقق الكسر بلا تحقق الانكسار، و لكن لا يمتنع تحقق الإيجاب من الأمر، مع عدم تحقق وجوب الفعل في اعتبار العقلاء.

(أقول) ما ذهب إليه بعض المشايخ، من كون المعنى المصطلح للبيع عرفاً هو تملك العين بعوض بشرط قبول المشتري هو الصحيح، و ذلك فان الموجد لا ينشأ ملكية العين لصاحب الثمن مطلقاً و لو على تقدير عدم قبوله للإيجاب، بل الملكية معلقة و مقيدة بالقبول في ظرفه، و إذا تحقق في ذلك الظرف تكون الملكية المنشأة بيعاً و الافلا، و كذا الأمر في الشراء، فإنه لا ينطبق على إنشاء التملك الأعلى تقدير تحقق الإيجاب في موطنه، و لا يحصل مع عدم قبول المشتري ملكية العين له، لا في نظر الموجد، و لا في اعتبار العقلاء.

و يشهد لما ذكرنا صحة سلب البيع حقيقة عن التملك الذي لا يتحقق في مورده قبول المشتري، و لو كان البيع حقيقة في الجامع لما صح سلبه عن التملك المزبور الا ادعاء، هذا مع ان اشتراط القبول مقتضى كون البيع من العقود، لا من الإيقاعات حتى في اعتبار الموجد فضلاً عن العقلاء و الشرع، بلا يمكن دعوى ذلك في مثل لفظ النقل المراد به النقل المعاملي كما لا يخفى.

و كذا أنكر (ره) المعنى الثاني و انه لم يستعمل لفظ البيع لا لغته و لا عرفاً في الانتقال الذي هو من قبيل الحكم المترتب على البيع، بل ذكره جماعة في تعريف البيع تبعاً للمبسوط الذي عرف به البيع.

و قد يوجه التعريف بان البيع الواقع في تعريفه انتقال العين، هو العنوان الانتزاعي للمبيع يعني المبيعه، حيث انها عبارة أخرى عن انتقال الشيء الى الآخر بالعوض، و تعرض للمعنى الثالث و نسب الى الشهيد الثاني ان إطلاق البيع و استعمال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣

.....

لفظه في العقد مجاز، بعلاقة السببية و المسببية، و قال فليكن مراد الشهيد (ره) من المسبب هو المعنى الاسم المصدرى المتحقق بالإيجاب و القبول معا، و اما المسبب عند الموجب فهو يتحقق بالإيجاب فقط، كما مر.

و قوله (ره) (و الى هذا نظر جميع ما ورد) إشارة إلى المعنى الاسم المصدرى و ان جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى من لزوم البيع و وجوبه، أو انه لا يبيع بينهما، أو أقال البيع، و نحو ذلك يستعمل لفظ البيع فيها في المعنى الاسم المصدرى المتحقق في نظر العرف و الشرع بالإيجاب و القبول معا، و إضافة العقد الى البيع بهذا المعنى ليست بيانية بل بمعنى اللام، ضرورة ان المعنى الاسم المصدرى لا يكون عين الإيجاب و القبول، و لذا يصح ان يقال انعقد البيع أولا ينعقد، و لا يصح ان يقال انعقد الإيجاب و القبول، أو لا ينعقد. (أقول) مقتضى مجموع كلامه ان البيع يستعمل في معنيين آخرين، غير معناه المصطلح الذى من قبيل المصدر، أحدهما العقد يعنى مجموع الإيجاب و القبول و الثانى المعنى الاسم المصدرى الحاصل بالعقد و ان استعماله فى المعنى الأول مجاز، بعلاقة السببية و المسببية و كذا استعماله فى المعنى الثانى يعنى المعنى الاسم المصدرى غاية الأمر استعماله فى الاسم المصدرى مجاز عن الحقيقة و استعماله فى العقد يعنى الإيجاب و القبول معا من قبيل سبك المجاز عن المجاز لان المسبب و هو المعنى الاسم المصدرى لم يوضع له لفظ البيع.

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

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤

و من ثم حمل الإقرار به (١).

قلت المراد بالأثر فى المعنى الثانى هو الانتقال الذى يكون أثراً لتمام البيع شرعاً و حكماً له، و مقتضى مغايرة الموضوع و حكمه ان يكون البيع غير الانتقال و تعريف البيع بالانتقال كتعريف اى موضوع بحكمه غير صحيح و مراده بالمسبب فى المعنى الثالث هو البيع بمعناه الاسم المصدرى يعنى ما يحصل بالإيجاب و القبول معا و الذى يترتب عليه حكم الشارع بانتقال المالىين هذا.

و لكن لا- يمكن المساعدة على ما ذكر من استعمال لفظ البيع فى عقده يعنى فى صيغتي الإيجاب و القبول، فإنه لم يحرز هذا الاستعمال حتى فى كلمات الأصحاب فى عناوين المعاملات الا- ترى انه لا يصح ان يقال مرادهم بكتاب البيع مثلاً كتاب صيغتي الإيجاب و القبول و اما المعنى الاسم المصدرى فهو صحيح يقع استعمال لفظ البيع فيه كثيراً فى كلمات الأصحاب و الروايات الا ان اسم المصدر لا يختلف عن المصدر بحسب الخارج بل ما تحقق خارجاً بلحاظ جهة الصدور مصدر و بلحاظ نفسه و كونه معاملة فى حياى سائر المعاملات معنى اسم المصدر و البحث فى كون استعمال لفظ المصدر فى المعنى الاسم المصدرى مجازاً أو حقيقة غير مهم.

و كيف كان فقد ظهر مما ذكرنا ان تحقق البيع بمعناه المصطلح لا يكون بمجرد الإيجاب بل لا بد من تحقق القبول فى موطنه و أن المتحقق خارجاً بلحاظ نفسه و كونها معاملة حياى سائر المعاملات هو المعنى الاسم المصدرى و يتعلق به إمضاء الشارع و حكمه باللزوم أو الجواز أو غير ذلك من الأحكام المناسبة للمعنى المزبور.

(١) لا يخفى ان حمل الإقرار بالبيع مثلاً على الصحيح لا يدل عدم وضعه للقدر المشترك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥

قال الشهيد الأول (١) و يشكل ما ذكره (٢).

بين الصحيح و الفاسد فان فى عدم سماع التفسير بالفاسد مقتضى حمل المعاملة الثابتة بالإقرار بها على الصحيحة كما هو الحال فى أصالة الصحة الجارية فى عمل الغير عقدا كان أو إيقاعا.

(١) مراده (ره) ان أسامى الماهيات الجعليه كالصلاه و الصوم و أسامى سائر العقود لا يطلق حقيقه على الفاسد الا الحج لوجوب المضى فيه و يرد عليه انه لا وجه لاستثناء الحج فان وجوب المضى فيه بعد فساده لا يدل على ان إطلاق لفظ الحج على الفاسد حقيقه كما فى الصوم فإنه يجب مع إفساده بالإفطار الإمساك بقيه النهار مع ان ذلك لا يوجب كون إطلاق الصوم عليه حقيقه.

و أضعف اليه ان فساد الحج بالجماع بعد الإحرام غير ظاهر، بل الأظهر عدم فساده غاية الأمر يجب على المكلف اعاده حجه فى السنه القادمه عقوبه على عمله و لكن الواجب يعنى حجه الإسلام هو الأول و تفصيل ذلك موكول الى كتاب الحج.

(٢) فى المقام اشكال على القول بأن أسامى المعاملات موضوعه للصحيحه فعلى الشهيدين و غيرهما ممن يلتزم بكونها موضوعه للصحيحه الجواب عنهما.

الأول ان عدم شمول المعنى الموضوع له للأفراد الفاسده يتوقف على أخذ قيد الصحة الشرعيه أو ما يرادفها فى معنى المعاملات و هذا التزام بالحقيقه الشرعيه و كون معانيها مخترعات للشارع كالعبادات مع انه غير ممكن.

و الثانى ان لازم كون ألفاظ المعاملات موضوعه للصحيحه عدم جواز التمسك بخطاب المعاملات فى دفع احتمال اعتبار شىء شرعا فى المعامله فإن لازم القول بكونها أسامى للصحيحه هو إجمالها.

و تعرض المصنف (ره) للإشكال الثانى صراحه و للإشكال الأول فى ضمن الجواب بقوله (نعم يمكن ان يقال) و توضيح الجواب عن الأول ان العناوين يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦

.....

انطباقها على مصاديقها بالقصد و الاعتبار تارة كعنوان أداء الدين فإنه لا ينطبق على مجرد إعطاء المال للدائن بل لا بد من قصد كون الإعطاء بعنوان الوفاء بدينه و كذا عنوان التعظيم فإنه لا ينطبق على مجرد القيام أو غيره من الأفعال بل لا بد من كونها برعايه عظمه الغير، و قصد احترامه و هذا بخلاف العناوين الحقيقيه التى يكون انطباقها على مصاديقها قهريا كعنوان القتل فإنه ينطبق على القضاء بحياه انسان قصدا أو بلا قصد.

ثم ان فى القسم الأول يعنى العناوين الاعتباريه يمكن ان يكون شىء مصداقا للعنوان فى اعتبار شخص و لا يكون مصدقا لذلك العنوان فى اعتبار شخص آخر من غير كون أحدهما مصيبا و الآخر مخطئا مثلا كشف الإنسان رأسه عند ملاقاته للغير يكون تعظيما لذلك الغير عند قوم و لا يعتبره تعظيما قوم آخر.

و السر فى هذا الاختلاف بعد كون انطباق التعظيم على عمل موقوفا على القصد و الاعتبار واضح حيث لا يعتبر الانطباق قوم و يعتبره الآخرون و ذلك لا يوجب تعدد المفهوم بل يوجب تعدد المصداق و على ذلك فالبيع و لو بمعناه المصدرى من العناوين القصديه، فيمكن ان يكون المستعمل فيه امرا واحدا عند الشرع و العرف و هو ما يترتب عليه الأثر المترقب فإن الأثر المترقب فى البيع انتقال المالىن، فيكون المستعمل فيه اعتبار الملكيه التى يترتب عليها انتقال المالىن فالمعنى مبهم من حيث الذات و القيود و مبين من حيث الأثر و إذا كان المعاطاة مثلا امرا يترتب عليه انتقال المالىن فى اعتبار العرف و الشرع، تكون بيعا عندهما، و لو لم يترتب عليها الانتقال شرعا، فهى لا تكون بيعا عند الشارع.

و بالجملة يمكن ان لا يكون خلاف بين الشرع و العرف فى المعنى المصدرى، أو الاسم المصدرى، و يصح القول بأن ألفاظ

المعاملات موضوعه للصحيحة، فلا تطلق على الفاسدة إلا بطور المجاز.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧

و اما وجه تمسك العلماء (١)

### [الكلام في المعاطاة]

#### إشارة

أن يقع النقل من غير قصد (٢).

الثاني ان يقصد الملك المطلق (٣)

(١) وهذا دفع للإشكال الثاني من الإشكاليين المتقدمين و حاصل الدفع ان البيع في مثل قوله سبحانه أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ مستعمل اما في معناه المصدري، كما إذا أريد منه الحلية التكليفية أو الاسم المصدري كما إذا أريد منه الحلية وضعا، و على كل تقدير فيحمل إطلاق الخطاب على إمضاء المصاديق العرفية، فإن بيان جعل الحكم التكليفي أو الوضعي على المصاديق التي عند الشارع لغو واضح، و بتعبير آخر مثل هذا خطاب انحلال فيعم الحكم جميع المصاديق العرفية، لأن الخطاب مع حمله على المصاديق الشرعية يصبح لغوا خصوصا فيما إذا كان المراد بالحلية، الحلية الوضعية كما هو ظاهر الآية.

(٢) المراد بالنقل النقل الخارجي و الإعطاء لا النقل الاعتباري، الذي عبارة عن التملك و الحاصل المال الذي يصل الى الآخر و لا يقصد صاحبه خصوصا تملكه و لا إباحته له و هذا الوجه أبطله (ره) بقوله بامتناع خلو الدافع، يعني ان العاقل في مقام المعاملة مع التفاته الى خصوصياتها التي لا يتحقق المعاملة إلا بإحداها يختار أحدها، لا محالة.

(٣) المراد بالمطلق عدم قصد خصوص عنوان البيع، بل يجعل ماله ملكا للطرف بإزاء ما يملكه من الآخر و هذا الوجه يرد بما تقدم في تعريف البيع من ان التملك بالعوض على وجه المبادلة هو البيع لا غير و لكن يظهر من بعض العلماء في مسألة تملك لبن الشاة مدة بعوض معين أن ذلك تملك عين و ليس يباعا و ان التملك بالعوض أعم من البيع.

ثم انه يظهر من ملاحظة كلمات الأصحاب ان النزاع بينهم في صورة قصد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨

.....

المتعاطين التملك، و انه في هذه الصورة لا يحصل الملك لهما عند المشهور و لكن يباح لكل منهما التصرف في مال الآخر و حمل الإباحة في كلامهم على الملك المترزل كما عن المحقق الثاني أو الالتزام بان محل الخلاف بينهم صورة قصد المتعاطين الإباحة كما عن صاحب الجواهر (ره) خلاف ظاهرهم.

ثم لا يخفى ان المعنى الأول من المعاني الأربعة و هي الإباحة لا تكون أمرا إنشائيا حيث ان المراد منها الإباحة المالكية، في مقابل الإباحة الحكمية، فإن التي تحصل بقصد المالك و رضاه الإباحة المالكية و اما الحكمية فهي تابع الحكم الشارع و تجوزيه التصرف في مال الغير كإباحته للمار أكل الثمرة من طريقه و الإباحة المالكية لا تحتاج الى غير رضا المالك بتصرف الآخر في ماله و لذا يجوز للآخر التصرف مع علمه برضاه و لو كان العلم بشاهد الحال. و الحاصل يخرج التصرف مع العلم برضا المالك عن عنوان التعدي و موضوع عدم حل مال الغير الا بطيب نفسه.

و اما المعنى الثانى للمعاطاة و هى إعطاء المال بقصد تملكه للآخر بالعوض فهى عبارة أخرى عن إنشاء البيع بالفعل نظير إنشائه بالقول.

و توضيح ذلك ان البيع من العناوين التى لا يتحقق بمجرد اعتبار ملكية المال للآخر بعوض، بل لا بد من إبراز هذا الاعتبار قولاً أو فعلاً- كما لا يكون عنوان الاذن للغير فى بيع ماله بمجرد علم الغير برضاه بالبيع بل اللازم ان يبرز المالك رضاه ببيعه قولاً أو فعلاً حتى يحصل عنوان الاذن.

و الحاصل البيع و غيره من عناوين المعاملات يحصل بالإبراز و لذا يصح للبائع ان يقصد بقوله بعت مالى بكذا إيجاد البيع بالتلفظ المزبور و لا يرد على ذلك ما تكرر فى كلمات السيد الخوئى (طال بقاءه) من أنه لا معنى للإيجاد بالتلفظ حيث ان الملكية التى يعتبرها الموجب لا تحتاج الى غير اعتبار النفس و الملكية التى فى إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩

كما يظهر ايضا من بعض كتب الحنفية (١) من غير ان يكون ملكه أو دخل (٢) و لما ذكرنا نهى (ص) عن بيع المنابذة (٣)

حقيقتها إمضاء للبيع من العقلاء فعل للعقلاء لا الموجب و كذا الحال فى الملكية الشرعية فإنها حكم الشارع لا فعل الموجب فأين الإيجاد و الحاصل لا يكون الإنشاء إيجاداً بل إبراز للاعتبار القائم بالنفس.

و فيه انه إذا كان الإبراز فى مثل هذه الموارد مقوماً للعناوين كما هو الفرض يكون الموجود بالألفاظ تلك العناوين فيكون قصد البائع من قوله بعت مالى بكذا إيجاد البيع بهذا اللفظ صحيحاً، فالذى يحصل بالتلفظ ليست الملكية التى اعتبرها العاقد، ليقال أنها لا تحتاج الى غير اعتبار النفس و لا الملكية التى يعتبرها العقلاء.

أو الشرع ليقال أنها لا تكون من فعل العاقد بل الحاصل هو عنوان البيع.

ثم ان هذا العنوان كما يحصل بإبراز الملكية باللفظ، كذلك يحصل بإبرازها بالفعل أى بإعطاء المالك العين للآخر بالإعطاء و الأخذ فى هذه الصورة، بيع حقيقة و يقع الكلام فى حكمه الشرعى.

(١) يعنى يظهر كون محل الكلام صورة قصد المتعاطين التمليك من بعض كتب الحنفية حيث جعل فيها التعاطى نظير الإيجاب و القبول من أسباب البيع.

(٢) و لعل مراده بالمعطوف عدم كون المال ملكاً للآخر زمان الإعطاء نظير زمان الإقباض فى البيع المنشأ بالإيجاب و القبول و مراده بالمعطوف عدم دخوله فى ملك ذلك الآخر بعد أخذه.

(٣) و مراده بالتأويل الآخر ما ذكره بقوله (و معنى ذلك) أى التأويل الآخر أن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠

و لا ينافى ذلك (١) و منها ظهور أدلته الثلاثة فى ذلك (٢)

يجعل اللمس بشىء و النبذ له، و إلقاء الحصاة بيعاً موجبا أى بمنزلة إيجاب البيع و مراده بالتأويل الأول فى كلامه ان يجعل اللمس بشىء أو النبذ له أو رمى الحصاة تعييناً للمبيع بان يقع البيع على شىء بتمن مهملات ثم يعين ذلك الشىء باللمس و النبذ و الرمى و هذا من أوضح أنحاء بيع الغرر بل أشبه بالقمار.

(١) إشارة إلى دفع الوهم فى كلام السرائر و حاصل الوهم ان حمل كلام السرائر على صورة قصد المتعاطين الملك ينافى قوله و ليس هذا من العقود الفاسدة بل قوله هذا يناسب ما إذا كان الإعطاء بقصد الإباحة لأن قصد التمليك بالإعطاء مع عدم حصول الملك يوجب كون الإعطاء من البيع الفاسد حيث لا معنى لفساد البيع الا- عدم ترتب اثر الملك عليه و ظاهر قوله و ليس هذا من العقود



الفاسدة أن الإعطاء صحيح و ليس من البيع الفاسد و لا يمكن اتصافه بالصحة إلا إذا كان بقصد الإباحة، إذ حصول الإباحة خارجا يوجب اتصافه بالصحة التي هي في المعاملات بمعنى ترتب الأثر.

و اما الدفع فان مراد السرائر من العقد الفاسد هو الذي لا يترتب عليه الملك و لا يحصل به حتى جواز التصرف و حكمه في المعاطاة بعدم حصول الملك و ترتب اباحة التصرف مقتضاه ان لا تكون المعاطاة من ذلك العقد الفاسد و على ذلك فلا ينافى قوله (ره) و ليس هذا من العقود الفاسدة لظاهر صدر كلامه من فرضه إعطاء القطعة الى البقلى أو الشارب بقصد الملك و ان شئت قلت ان الإعطاء المزبور لا يكون عند السرائر عقدا أصلا لا أنه عقد صحيح.

(٢) المراد بالأدلة الثلاثة الإجماع و القدر المتيقن و النهى الوارد عن بيع الملامسة و المنابذة و الحصة و وجه ظهورها في كون المفروض في المعاطاة صورة قصد الملك هو ان الدلالة المزبورة ذكرت لاعتبار الإيجاب و القبول في البيع و لعدم انعقاده بالاستدعاء و الإيجاب أو المعاطاة، فلو تمت هذه الأدلة كان مقتضاها اعتبار الإيجاب و القبول في صورة قصد تملك العين بعوض.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١

مع ان الواقع في أيدي الناس (١) و قوله تعالى إنا أن تكون تجارة عن تراض (٢) قوله (ره) و عليه يتفرع النماء و جواز و طى الجارية (٣) و الذي يقوى في النفس (٤).

كان مقتضاها اعتبار الإيجاب و القبول في صورة قصد تملك العين بعوض.

(١) و هذا يوجب كون حمل كلام الأصحاب على صورة قصد الإباحة كما عن صاحب الجواهر (ره) أبعد فإنه يبعد جدا بل لا يحتمل عادة أن الأصحاب قد تركوا التعرض لما يتلى به عامة الناس و ما هو الدارج بينهم من صورة التعاطي بقصد التملك و تعرضوا لمعاملة لم تقع في الخارج إلى الآن و هي المعاطاة بقصد اباحة كل منهما ماله للآخر.

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

(٣) يعنى على ملك الرقبة يتفرع ملك النماء فيكون النماء ملكا لمن تملك العين و كذا جواز و طى الجارية المأخوذة بالمعاطاة، فإنه يترتب على تملكها و من منع من حصول ملك العين بالمعاطاة فقد أغرب.

(٤) و حاصله انه يؤخذ بظاهر كلمات الأصحاب في كون المفروض في المعاطاة صورة قصد التملك و أنها تفيد الإباحة لا الملك و لا يرد عليهم غير ما ذكره المحقق الثانى (ره) و حاصل الإيراد أنه إذا كان مقصود المتعاطيين الملك فلا وجه لعدم حصوله و حصول الإباحة فإن الإباحة المالكية لا يمكن تحققها إذ رضا كل من المالكين على تقدير كون ماله ملكا لصاحبه كما في سائر البيع و المفروض عدم حصول الملك، و اما الإباحة الشرعية، فليس عليها دليل، كما انه ليس في كلمات الأصحاب اشعار الى اعتمادهم فيها الى النص مع ان الإباحة الشرعية في نفسها بعيدة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢

ثم ان المعروف بين المتأخرين (١)

فإنه يبعد إلغاء الشارع ما عليه سيرة العقلاء و بنائهم من ترتب الملك على المعاطاة و الحكم تعبدا بجواز تصرف كل منهما في مال صاحبه.

و يؤيد كون مرادهم بالإباحة هو الملك أن مقتضى ظاهر كلماتهم جواز تصرف كل من المتعاطيين فيما يصل اليه حتى التصرفات الموقوفة على الملك و احتمال التزامهم بحصول الملك قبل هذه التصرفات آنا ما كما ذكروا في تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه، أو تصرف الواهب في العين الموهوبة قبل تلفها بعيد جدا بل عن بعض الأساطين ان الالتزام بحصول الملك قبل هذه التصرفات آنا ما

مستلزم لتأسيس قواعد جديدة في الفقه هذا.

و لكن القول بالتزامهم حدوث الملك آنا ما قبل التصرف أهون من حمل الإباحة في كلماتهم على الملك المتزلزل، و الشاهد على كون مراد هم هي الإباحة المجردة عن الملك هو تصريح الشيخ (ره) في مبسوطه و الحلى في سرائره بعدم حصول الملك بإهداء الهدية بدون الإيجاب و القبول مع كون الإهداء كذلك موجبا لجواز التصرف.

و يظهر ذلك أيضا من العلامة في قواعد و وجه الشهادة أنه لا يمكن حمل الإباحة في هذا الكلام على الملك الجائر فإن الهبة مع الإيجاب و القبول هبة مجانية لا تفيد الا الملك الجائر فعدم ثبوته فيها مع عدم الإيجاب و القبول و ثبوت الإباحة فقط صريح في عدم ارادة الملك من الإباحة في المعاطة.

(١) المعروف بين المتأخرين ان المعاطة على مسلك القائلين فادتها الإباحة ليست بيعا و هذا الحمل مع حمل كلمات هؤلاء القائلين على الملك غير اللازم في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣

اما الأول (١) للزوم مطلقا (٢). نعم ربما يوهمه ظاهر عبارة التحرير (٣)

طرفى الإفراط و التفريط و يدفع حمل المحقق و يزيفه أمران.

الأول- ما عن بعض القائلين فى المعاطة بالإباحة، من ان شرط لزوم البيع منحصر فى مسقطات الخيار، بمعنى ان كل بيع لم يكن فيه خيار يكون بيعا لازما و مقتضى هذا الكلام ان لا تكون المعاطة بيعا لأنه ليس فيها لزوم و لا خيار و تزلزل الملك فيها على تقديره ليس من قبيل الخيار كما مر.

و الثانى تصريح غير واحد بأن الإيجاب و القبول من شرائط انعقاد البيع، فإنه لو كانت المعاطة بيعا مفيدا للملك المتزلزل لزم ان يذكر الإيجاب و القبول من من شرائط لزوم البيع لا من شرط انعقاده.

(١) المراد الحمل الأول و هو عدم كون المعاطة على القبول بالإباحة بيعا أصلا.

(٢) أى سواء كانت القرينة على ارادة البيع و تراضى المتعاطين لفظا أو غيره و يكفى فى وجود القائل به قول العلامة فى التذكرة الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة فإنه لا يعبر باسم التفضيل فى مسألة إلا مع الخلاف المعتد به فيها.

(٣) يعنى يوهم عبارة التحرير الملك المتزلزل حيث قال فيه الأقوى ان المعاطة غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية فان تلفت لزم و ظاهر المعاوضة حصول الملك بالمعاطة و لذا نسب فى المسالك القول بالملك فى المعاطة إلى التحرير و لكن ذكر فيه بعد العبارة و لا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد.

و هذه قرينة على ان مراده بتلك العبارة حصول مجرد الإباحة إذ لا معنى لذكر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤

و لا يخلو عن قوة (١)

ذلك بعد فرض حصول الملك فيكون إطلاق المعاوضة على المعاطة المفروض فيها حصول مجرد الإباحة باعتبار أن المعاوضة من قصد المتعاطيين و كذا إطلاق الفسخ على الرد و اللزوم مع التلف.

(١) لا يخفى ان الأصل يعنى مقتضى الاستصحاب فى المعاطة على تقدير عدم قيام الدليل على حكمها هو الفساد و عدم ترتب الأثر عليها لا الملك و لا اباحة التصرف و اما الإباحة المالكية فهى تابعة لرضا كل منهما بتصرف الآخر فى ماله مع الإغماض عن المعاملة المعاطاتية و فرض بقاء المال فى ملكه فان هذا يكون موجبا لجواز تصرف الآخر فيما وصل الى يده تصرفا لا يتوقف جوازه على



الملك و لكن يدل على حكمها و عدم الفرق بينها و بين سائر البيوع في كون الحاصل منها الملك اللازم (قوله سبحانه أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) فان ظاهره صحة البيع و نفوذه و ذلك فإن الحلية و لو تكون ظاهرة في الإباحة تكليفا الا ان هذا فيما إذا تعلق بالفعل الخارجى و اما مع تعلقها بالاعتبارى عقدا أو إيقاعا فظاهرها نفوذه و صحته.

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

و اما ما ذكره المصنف (ره) من تقدير الأفعال الخارجية المرتبة على الملك و الالتزام بتعلق الحلية بها و جواز تلك الأفعال تكليفا يلزم صحة البيع و نفوذه فتكون الآية دالة على الصحة و النفوذ بالدلالة الالتزامية فلا يمكن المساعدة عليه فان الداعى له (ره) الى تقدير الأفعال و الالتزام بتعلق الحلية بها هو عدم احتمال تعلق الحلية تكليفا بالبيع بمعناه المصدرى من غير دلالة على صحته و نفوذه. و قد ذكرنا أن ظاهر تعلق الحلية بالأمر الاعتبارى هو النفوذ و الإمضاء و لو كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥

.....

الموجب لالتزامه عدم قابلية الملكية للجعل استقلالاً لأنها من الحكم الوضعى المنتزع عن التكليف فقد ذكرنا فى محله ان مثل الملكية قابلة للجعل بنفسها من غير حاجة الى جعل التكليف بل قد لا يثبت فى مورد تكليف، حتى يتوهم انتزاعه منه و لكن قد يقال انه لا إطلاق فى الآية حتى يتمسك بها لصحة بيع المعاطاة و نفوذه، لان الظاهر من صدر الآية و ذيلها أنها واردة فى مقام بيان حكم آخر و هو نفي التسوية بين الربا و البيع.

هذا مع ان الحكم بحل البيع و حرمة الربا قد ثبت فى الشرع من قبل و اعترض عليه بأنه لا فرق بينهما و ان البيع مثل الربا فهذه الآية فى مقام نفي التسوية و إثبات الفرق بينهما، بان الله أحل أحدهما و حرم الآخر فلا بد من ملاحظة الإطلاق و التقييد فى ذلك التحليل أو التحريم الصادرين من قبل و لو بقول رسول الله (ص).

ثم وجه هذا القائل الجليل التمسك بالإطلاق بدعوى ان الاعتراض كان بنحو العموم يعنى مماثلة مطلق البيع لمطلق الربا حيث لو كان الاعتراض بان بعض البيوع أو البيع بقيد خاص مثل الربا لكان اللازم الحكاية بمثل ما قالوا لتخرج الحكاية عن الكذب و إذا كان مقتضى الحكاية هى دعواهم مماثلة جميع البيع ببيان الفرق بذكر الحل له و الحرمة للربا بمنزلة إثبات الحكم لجميع أفرادهما.

(أقول) لو كانت الآية واردة لنفي التسوية على ما ذكر و سلم ان الاعتراض كان بنحو العموم بمعنى مماثلة جميع البيع لجميع الربا، لكان اللازم ان يكون هذا الإطلاق مرادا من قوله (قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا) لا من قوله (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) بالإضافة إلى حكم الحل فإنه لو كانت الحلية ثابتة للبيع بقيد لما كان ايضا بين البيع و الربا تسوية، و المفروض ان الآية ليست فى مقام البيان من جهتها، و لكن أصل المناقشة ضعيفة، فإنه لا دلالة فى الآية على صدور خطاب التحريم أو التحليل من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦

.....

قبل، كما لا دلالة فيها على ورودها للتعرض للتسوية الموهومة بعد صدور خطاب تحليل البيع و تحريم الربا، فان نقل قولهم إنما البيع مثل الربا حكاية عن معتقدهم، و الداعى إلى ارتكابهم لا عن لفظهم بعد صدور ذلك الخطاب و الأصل فى قوله وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا كما هو ظاهر كل خطاب متضمن للحكم و موضوعه وروده فى بيان الحلية و موضوعها، غاية الأمر يستفاد منه ايضا فساد اعتقادهم.

و قوله سبحانه (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا) حكاية عن الجزاء على آكل الربا بعد تمام الحجة عليه، حتى لو كان تمامها بوصول هذه الآية

المباركة و أكله لزعم التسوية أو عدم زعمها، و ليست اخبارا عن الجزاء على من كان آكلا قبل نزولها كما لا يخفى. و مما ذكرنا يظهر الحال في التمسك لصحة المعاطاة و نفوذها كسائر البيوع اللازمة بقوله سبحانه (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) فَإِنِ التَّجَارَةُ هُوَ الْبَيْعُ وَ الشَّرَاءُ بِقَصْدِ تَحْصِيلِ الرِّبْحِ، فتعم المعاطاة فتكون جائزة وضا، لان الاستثناء عن النهى عن أكل المال بالباطل و لو يكون بنحو الانقطاع، ضرورة عدم دخولها في المستثنى منه الا- ان النهى في ناحية المستثنى منه قرينه على ان الترخيص في ناحية المستثنى وضعى لأن الأكل في الآية بمعنى التملك و الاستيلاء، حيث ان التعبير عنهما بالأكل متعارف بل هذا ظاهر الأكل المضاف الى المال كما تقدم.

و يمكن الاستدلال على حكم المعاطاة و كونها كسائر البيوع اللازمة بقوله عز من قائل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فإنه و ان يناقش في شمول العقد لها الا انه لا مجال للمناقشة بعد ورود النص الصحيح (١) على كون المراد بها العهود حيث ان العهد يعم المعاطاة جزما سواء قيل بان العقد مطلق العهد، أو العهد بين الاثنين و المشدود كما ان المراد

(١) تفسير برهان سورة مائدة حديث: ٨

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧

و اما قوله الناس مسلطون على أموالهم (١).

بالوفاء هو إتمام العهد و عدم نقضه بعدم العمل له ابتداء و استدامة، و الرجوع نقض للعهد بقاء كما لا يخفى. و على ذلك ففي الآية كفاية و لو قيل بان الآيتين المتقدمتين لا دلالة لهما على لزوم الملك، بل مدلولهما مجرد الصحة و الإمضاء، بدعوى أن آية الحل مدلولها إمضاء نفس البيع، لا- إمضائه بماله من الأحكام عند العقلاء و لزومه و عدم انفساخه برجوع أحد المتبايعين من أحكام البيع عندهم، لا من مقومات صدقه. و ان شئت قلت كما أن في مثل قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا يراد بالبيع نفس البيع مع الإغماض عن حكمه عند العقلاء كذلك في قوله سبحانه أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ الْآيَةُ الثَّانِيَةُ مدلولها، الترخيص في التمليك بالتجارة، و اما كون التملك جائزة أو لازما، فلا دلالة لها على ذلك.

هذا و لكن يمكن الاستدلال بالآية الثانية على اللزوم حيث ان إطلاق الترخيص في التمليك بالتجارة، يعم ما إذا ندم أحد المتعاملين و رجع عن معاملته، بل بالآية الأولى أيضا باعتبار ان إطلاق الحل و الإمضاء، يعم ما إذا رجع أحدهما عن البيع فتأمل.

(١) هذه المرسله لضعفها لا يمكن الاعتماد عليها و لم تذكر إلا في كتب المتأخرين و قيل إنها مروية في البحار أيضا و وجه الاستدلال بها دلالتها على ثبوت الولاية للمالك بالإضافة الى جميع التصرفات المتعلقة بماله، لأن السلطنة على المال يراد بها السلطنة على التصرف فيه، و حيث لم يذكر تصرف خاص فيكون المراد جميعها و يدخل فيها المعاطاة حتى بناء على عدم كونها بيعا بل تصرفا مستقلا.

و المصنف (ره) لم يرض بهذا الاستدلال و ذلك، فان السلطنة على المال و ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨

.....

يراد بها السلطنة على التصرف فيها، الا ان التعبير بالسلطة، فيه دلالة على كون المراد بالتصرف هو الإنشائي و التصرفات الاعتبارية على ما تقدم بنفسها أنواع، كالبيع و الهبة و الصلح و القرض الى غير ذلك، و بما ان هذه كلها أمور إنشائية تحتاج في إنشائها إلى قول أو

فعل من كتابة أو إشارة أو غيرها، فإن حصل الشك في النوع بان لم يعلم ان نوع معامله يتعلق بالمال ممضأة شرعا أولا، فيمكن التمسك بالحديث في إثبات صحتها و سلطان المالك على إنشائها، و اما إذا شك في فرد ذلك النوع بمعنى ان النوع الفلاني من المعاملة يحصل بإنشائه كذلك أو لا يحصل به، مثلا تملك العين بالعوض يحصل بالمعاطاة أولا، فلا يمكن التمسك بها لعدم نظرها إلى أفراد المعاملة و أسبابها، و من هنا لا يمكن التمسك بها في اعتبار بعض الأمور المحتمل دخلها في صيغتي الإيجاب و القبول من البيع و غيره.

أقول الصحيح عدم نظرها الا- الى أنواع التصرفات و لا- إلى أفرادها و أسبابها و الا- لكان التفصيل بين الأنواع و الأشخاص مجرد الدعوى، بل هي ناظرة إلى ولاية المالك على التصرفات المالية التي أمضاها الشرع بأنواعها و أسبابها، و ان تلك التصرفات لا تكون نافذة فيما إذا لم تصدر عن المالك، و على ذلك فلو شك في ولاية المالك على التصرف الجائر كما إذا شك في ان المرأة محجورة عن التصرف في مالها بالتصدق به بلا رضا زوجها، فيمكن الأخذ بالحديث في إثبات سلطتها، و عدم كونها محجورة.

فقد تحصل الى هنا دلالة الإطلاق و العموم من الكتاب العزيز على صحة المعاطاة و نفوذها أضيف الى ذلك السيرة الجارية من العقلاء المتدينين منهم و غيرهم في المعاطاة و معاملتهم معها معامله اللزوم و ما ذكر المصنف (ره) من ان مثل هذه السيرة كسائر سيرهم الناشئة عن التسامح في الدين و قلة مبالاتهم به كما ترى، فإنه ليس المراد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩

اللهم الا ان يقال (١)

التمسك بسيرة معظم المتشرعة التي نراها الان من المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معامله الملك، إذ لا يمكن لنا إحراز استمرارها الى زمان المعصومين عليهم السلام مع فتوى كبار العلماء من قديم الزمان بعدم إفادتها الملك و تقليد الناس منهم بل المراد الأخذ بسيرة العقلاء كافة المتدينين منهم و غيرهم نظير السيرة الجارية على الاعتناء باخبار الثقات التي ذكر في الأصول ان الردع من مثلها يحتاج الى دليل خاص، و لا- يكفي وجود العمومات على خلافها، فضلا عما وافقها العمومات كما في المقام، فلا وجه للقول بان توريث المأخوذ بالمعاطاة قبل التصرف الموجب لصيرورته ملكا ناش عن قلة المبالاة بالدين.

(١) و هذا منع منه (ره) لدلالة الآيتين على حصول الملك بمجرد المعاطاة، و تقريره ان دلالة الآيتين على حصول الملك انما هي بالدلالة الالتزامية الناشئة عن الملازمة بين اباحة جميع التصرفات و بين حصوله، و هذه الملازمة ثابتة في غير المعاطاة بالإجماع، و الا فالملازمة حقيقة انما هي بين تحقق و طي الأمة حلالا و بين ملكيتها، لا بين مجرد الحكم بإباحة الوطى و بين ملكيتها فان هذه الإباحة لا- تلازم ملكيتها إلا بالإجماع الثابت في غير المعاطاة، و اما فيها فيلترم بحصول الملك آنا ما قبل الوطى جمعا بين دليل جوازه و دليل توقف جوازه على الملك و بين عدم حصول الملك من الأول و لو بمقتضى الأصل.

(أقول) التزامه (ره) بأن اباحة جميع التصرفات لا تلازم بنفسها الملكية و لو يكون صحيحا الا انه ينافي ما بنى عليه (ره) انتزاع الحكم الوضعي و منه الملكية من الحكم التكليفي، حيث ان نفي الملازمة بين اباحة جميع التصرفات و بين الملكية معناه عدم انتزاع الثاني من الأول كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠

و دعوى انه لم يعلم من القائل بالإباحة (١) هذا مع إمكان إثبات حصه المعاطاة في الهبة و الإجارة (٢)

(١) هذه الدعوى تقرب لإمكان التمسك بالآيتين في إثبات الملك بالمعاطاة، و بيانه ان القائل بإباحة التصرف بالمعاطاة لم يظهر منه اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، فإنه يحكى عن الشهيد (ره) في حواشيه على القواعد انه لا يجوز إخراج زكاة ماله

أو خمسه بأداء مال آخر مأخوذ بالمعاطاة و كذا لا يجوز أداء ثمن الهدى الواجب عليه في حجه من مال مأخوذ بها، فإن إخراج الزكاة أو الخمس من مال آخر موقوف على كون المودى مالكا لذلك المال و كذا في أداء ثمن الهدى أو وطى الجارية، فإنها لا يجوز بغير ملك و إذا أخذ بظهور الآيتين في إباحة جميع هذه التصرفات بحصول المعاطاة فيثبت الملك بالملازمة بين إباحتها و ثبوته. و لكن ناقش (ره) في الدعوى بأن الملازمة بين إباحتها و حصول الملك غير ثابتة في المعاطاة بمعنى انه لم يثبت ان كل من قال بإباحة جميع التصرفات قال بالملك من الأول ليكون في البين إجماع مركب.

(٢) يمكن ان يريد (ره) وجود الرواية في الهبة و الإجارة بحيث يكون مفادها ابتداء الحكم الوضعى يعنى انتقال المال، و إطلاقها يعم ما إذ كانت الإجارة بنحو المعاطاة و فى صحيحة على بن يقطين قال سئل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتكاري من الرجل البيت أو السفينة سنة أو أكثر من ذلك أو أقل قال عليه السلام الكراء لازم له الى الوقت الذى تكارى اليه و الخيار فى أخذ الكراء الى ربها ان شاء أخذ و ان شاء ترك «١» فان مفادها صحة الإجارة و لزومها كما ان إطلاقها يعنى عدم الاستفصال فى الجواب يعم المعاطاة.

(١)- الوسائل- الجزء ١٣ الباب (٧) من أبواب الإجارة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١

ولذا ذكر بعض الأساطين فى شرحه على القواعد (١).

و من هذا القبيل صحيحة حفص البخترى عن أبى عبد الله عليه السلام قال الصلح جائز بين المسلمين «١» و لكن من قال بعدم لزوم المعاطاة كالمصنف (ره) لا يمكن له التشبث بهما فان ظاهرهما اللزوم و عدم جواز الفسخ كما لا يخفى. و اما الهبة فلا يبعد ان يكون المراد بالوارد فيها صحيحة محمد بن مسلم قال أبو جعفر عليه السلام فيها و لا يرجع فى الصدقة إذا ابتغى وجه الله و قال الهبة و النحلة يرجع فيها إنشاء حيزت أو لم تحز إلا لذى رحم فإنه لا يرجع فيه «٢» فان هذه بإطلاقها تعم الصدقة و الهبة بالمعاطاة و القائل بعدم الفرق بين أفرادهما فى الحكم حتى فيما إذا كانتا بالمعاطاة يعتمد على مثلها. (١) أراد بعض الأساطين ان حصول الإباحة بالمعاطاة دون الملك يلازم محاذير يكون ملازمتها كافية للجزم ببطلان القول بها و المحاذير أمور.

الأول- الالتزام بإمكان تخلف العقود و ما يقوم مقامها عن قصد العاقد، فان المفروض فى المقام قصد المتعاطين الملك و هو غير حاصل، و الحاصل هى الإباحة غير مقصودة، فإنه قد مر ان رضا كل منهما بتصرف صاحبه فى المال منوط بحصول الملك، لا انه يرضى بتصرفه مع عدم حصول الملك له.

و أجاب ره عن هذا المحذور أولاً بأن تبعية العقود و ما يقوم مقامها للقصد انما هى مع صحتها، فإنه لا يعقل صحة العقد المفروض كونه أمراً إنشائياً و يكون قوامه بالقصد، بلا حصول مدلوله و مقتضاه، و المعاطاة على القول بالإباحة، ليست من العقود الصحيحة و ما يقوم مقامها، بل الإباحة الحاصلة حكم شرعى، و ليست من الإباحة المالكية التى

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

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

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢

.....

لا يمكن تحققها بلا قصد.

(أقول) الالتزام بالإباحة الحكمية مناف لما تقدم منه (ره) سابقا من كون الإباحة مالكية حاصله من تسليط المالك صاحبه بماله، مع ان الإباحة الحكمية تعبد يحتاج إلى الإثبات، و التمسك لها بالسيرة كما ترى، فإنها من العقلاء جارية على الملك اللازم و من بعض المتشرعة ناشئة عن فتوى جملة من كبار العلماء بالإباحة فلا اعتبار بها مع عدم إحراز استمرارها الى زمان المعصوم عليه السلام. و ثانيا انه قد وقع تخلف العقد عن القصد في موارد، و ليكن المعاطاة منها، و تلك الموارد كما تلى: الأول- ذكروا ان الفاسد من العقد تابع لصحيحة في الضمان، و لكن الضمان في صحيح البيع مثلا بالثمن المسمى، و هذا مع فساد العقد غير حاصل، و الحاصل و هو ضمانه بالمثل أو القيمة غير مقصود.

(أقول) عدم إمكان تخلف العقد عن القصد معناه عدم إمكان حصول مدلول العقد و مفاده المفروض كونه إنشائيا، بلا قصد أو تحققه مع قصد الخلاف و الضمان بالعوض المسمى عبارة عن تحقق ملكية ماله للآخر بالعوض، و هذا أمر إنشائي جعلي الا ان الضمان مع فساد العقد بالمثل أو القيمة ليس امرا جعليا للمتعاقدين، بل هو حكم شرعي إمضائي تابع لموضوعه و هو الاستيلاء على مال الغير بلا استيمان، و ما في كلام المصنف (ره) من ان الموجب للضمان هو اقدم المتعاقدين عليه على ما هو مفاد العقد، لا يمكن المساعدة عليه كما سيأتي توضيحه عن قريب.

الثاني- ذكروا ان الشرط الفاسد غير مفسد، و معنى ذلك ان مدلول العقد يتحقق مطلقا من غير تقييد بالشرط المزبور مع ان المقصود تحقق مدلوله مقيدا به، فالمقيد المقصود غير موجود، و الإطلاق الموجود غير مقصود.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣

.....

و الجواب ان الشرط في المعاملات كما سيأتي في محله إنشاء الله تعالى ليس من قبيل الشرط في الجملة الشرطية حتى يكون مفاد العقد معلقا عليه، بل الشرط عبارة عن جعل الحق لأحد المتعاقدين أو كليهما و يكون إنشاء العقد معلقا على التزام الآخر بذلك الحق، لا على نفس الحق فلا يكون حصول الحق كما هو معنى صحة الشرط، أو عدمه كما هو معنى فساده دخيلا في إنشاء العقد أو عدمه، و توضيح ذلك في بحث الشروط إنشاء الله تعالى.

الثالث- ذكروا ان بيع شيء قابل للملك و آخر غير قابل له بصفة واحدة صحيح عندنا بالإضافة إلى القابل له بحصة من الثمن، مع ان المقصود هي المعاوضة بين مجموعهما و مجموع الثمن، و هذا غير متحقق، و المتحقق و هي المعاوضة بين خصوص القابل و الحصة من الثمن غير مقصود.

و الجواب ما سيأتي إنشاء الله تعالى من انحلال البيع بالإضافة الى كل من الأمرين المفروضين في مقصود المتبايعين و إمضاء الشارع أحد البيعين دون الآخر لا يوجب الا التفكيك في الإمضاء، و لا محذور فيه نعم يكون في البين خيار تبعض الصنف، لأنه يرجع الجمع بين الشئين في عقد واحد الى اشتراط الخيار على تقدير التبعض.

الرابع- قيل و القائل كثير ان بيع الغاصب مال الغير لنفسه يقع لذلك الغير مع أجازته، فالواقع و هو البيع للمالك مع أجازته غير مقصود للعاقب، و المقصود له، و هو العقد لنفسه غير حاصل.

و الجواب- ان المعاوضة على عين خارجية و تملكها بعوض لا يتوقف على تعيين صاحبها في القصد، لان مقتضى كون الثمن عوضا عنها دخوله في ملك من يخرج تلك العين عن ملكه، و قصد دخوله في ملكه أو غيره لا دخل له في تحقق البيع.

الخامس- ذكر جماعة ان ترك ذكر الأجل في النكاح المقصود انقطاعه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤

.....

يجعله مطلقا يعنى دائما، وهذا من تخلف العقد عن القصد، فإن الزوجية المطلقة، أمر إنشائي فقد حصلت بلا قصد.  
(أقول) فى المسئلة ثلاثة أقوال.

الأول- الانقلاب الى الدوام مطلقا.

الثانى- البطلان انقطاعا و دواما.

الثالث- التفصيل بين إنشاء العقد بلفظ أنكحت و زوجت و بين إنشائه بلفظ تمتع فالانقلاب فى الأولين لظهورهما فى الدوام، و البطلان فى الأخير، و لكن الأصح هو القول بالبطلان مطلقا و ذلك لان كلا من الانقطاع و الدوام يحتاج الى القصد كما يتوقف الانقطاع على ذكر الأجل أيضا، و الزوجية الدائمة المحققة إن كانت بالإنشاء فالمفروض عدمه إذ الإنشاء لا يكون بلا قصد و ان كانت من قبيل الحكم الشرعى على العقد المقصود به الانقطاع كالإباحة الحكيمية المترتبة على المعاطاة، فليس عليها دليل.

نعم فى موثقه ابن بكير عن أبى عبد الله عليه السلام قال ان سمي الأجل فهو متعة و ان لم يسم الأجل فهو نكاح بات «١» و لكنها فى مقام بيان الفرق بين الدوام و الانقطاع من جهة العقد، و ان الدوام لا يذكر فيه الأجل، و الانقطاع يذكر فيه الأجل لا ان الدوام لا يحتاج الى القصد و الا كان مقتضاها تحقق الانقطاع بلا قصد، كما إذا ذكر الأجل اشتباها.

و الحاصل اشتراط عقد المتعة بذكر الأجل فيه كما هو ظاهر غير واحد من الروايات التى منها هذه الموثقة، مقتضاه الحكم ببطلانها فى صورة نسيان ذكره فيه و انه لا يترتب عليه لا المتعة و لا الدوام.

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

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥

و منها ان يكون ارادة التصرف من المملكات (١).

و منها ان الأخماس و الزكوات (٢).

نعم فى البين بعض الروايات التى يمكن استظهار الانقلاب الى الدوام منها، و لكنها لضعف إسنادها لا يمكن الاعتماد عليها.

(١) و هذا هو المحذور الثانى فى كلام بعض الأساطين، و حاصله كون ارادة تصرف غير المالك ملكا كما إذا حصل ملك المال بإرادة تصرفه فيه أو مع تصرفه، و هذا التصرف المملك فى مال الغير يحتاج الى الاذن من مالكة مع انه لم يأذن فيه، بل و ربما لا يخطر بباله التصرف المزبور ليأذن فيه، فإنه انما يعطى المال بقصد تمليكه و بقصد انه ينتهى سلطانه على المال المزبور بإعطائه، فيفترق المقام عن يقول للآخر أعتق عبدك عنى فإنه توكيل فى تمليك عبده إياه أولا ثم عتقه، كما ان قوله للآخر تصدق بمالى عنك اذن للغير فى تملك ماله، ثم التصرف فيه بالتصدق.

(أقول) يمكن الالتزام بحصول اباحة التصرف بالمعاطاة قبل وقوع التصرف و هذه الإباحة حكيمية لا- تحتاج إلى اذن المالك و رخصته، و التصرف الموقوف على الملك دخيل شرعا فى حصول الملكية المنشأة بالمعاطاة نظير قبض الثمن فى المجلس فى بيع السلم، فتتم الملكية الشرعية مقارنة للتصرف.

(٢) و ذكر بعض الأساطين على القول بالإباحة محذورا ثالثا و هو انه يجب ترتيب الآثار المترتبة شرعا على الملك، على المأخوذ بالمعاطاة مع فرض عدم كونه ملكا كوجوب الخمس فى المأخوذ بالمعاطاة مع عدم صيرورته ملكا، كما إذا اشترى التاجر فى أواخر سنة ربحه متاعا بألف دينار، ثم زادت قيمته السوقية فباعه قبل تمام سنة الربح بألفين بالمعاطاة ثم نزلت القيمة السوقية إلى ألف فيجب



عليه خمس الالف مع عدم صيرورته ملكا له بتصرف أو تصرف المشتري في المتاع المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦

.....

(أقول) لا بأس للقائل بالإباحة بالالتزام بعدم وجوب الخمس في الألف قبل صيرورته ملكا و بعد ذلك يكون من أرباح السنة الآتية، كما إذا تصرف فيه أو تصرف الآخر في المتاع و من تلك الآثار وجوب إخراج الزكاة من المال الزكوى كالذهب فيما إذا أخذه بالمعاطاة و حال عليه الحول من غير ان يتصرف فيه أو يتصرف الآخر في بدله.

(أقول) يمكن للقائل المزبور الالتزام بعدم وجوب زكاته على الأخذ قبل حولان الحول عليه في ملكه، بل يجب زكاته على بايعه، لفرض كونه مالكا قبل حصول الملك للآخر.

و من تلك الآثار الاستطاعة فإنه إذا فرض هبة مال له بالمعاطاة يكفي ذلك المال لمصارف حجه زائدا على مؤنته و مؤنة عياله و لم يتصرف في ذلك المال ليصير ملكا له، فلا بد من الالتزام بحصول الاستطاعة للحج بدون الملك.

و فيه انه لا بأس بذلك الالتزام فإن الاستطاعة الموضوع لوجوب الحج غير موقوفه على ملك المال، بل يكفي فيه ملك التصرف، و البحث موكول الى كتاب الحج و نظيره وجوب أداء الدين على المديون، أو وجوب الإنفاق على العيال، فان الوجوب في الموردين كما في وجوب الحج غير موقوف على ملك المال و قد يؤدي معظم أهل العلم ديونهم من سهم الامام عليه السلام مع عدم كون السهم المبارك ملكا لهم، كما ينفقون على عيالهم من ذلك السهم، و جواز أداء المديون دينه بمال الغير، يلازم جواز إجباره عليه مع امتناعه.

و من تلك الآثار تعلق حق الشفعة، و المقاصة، بالمأخوذ بالمعاطاة، فإنه يجوز له المقاصة من ذلك المال و لو قبل صيرورته ملكا للجاحد، و هذا معنى تعلق المقاصة بما ليس ملك الجاهد، و كما إذا باع أحد الشريكين في الأرض حصته المشاعة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧

.....

من ثالث بالمعاطاة فيجوز للشريك الآخر استرداد الحصه المبيعه بأخذه بحق الشفعة و هذا فرض لتعلقها بغير الملك.

(أقول) للقائل بعدم الملك في المعاطاة الالتزام بعدم جواز المقاصة من المأخوذ بالمعاطاة قبل صيرورته ملكا للجاحد، كما لا يجوز في الصحه المباعه بها الأخذ بالشفعة قبل صيرورتها ملكا للمشتري، لأن الموضوع لجواز المقاصة أو الأخذ بالشفعة كون المال ملكا للجاحد، و الحصه ملكا للمشتري، و من تلك الآثار إرث المال المأخوذ بالمعاطاة فيما إذا وقع الموت قبل التصرف في ذلك المال.

و الجواب ان للقائل المزبور الالتزام بعدم دخوله في الميراث، بل الداخلة فيه المال الآخر الموجود في يد الطرف الآخر، و لكن يجوز للورثة التصرف فيما كان بيد مورثهم عوضا عن تصرف الآخر في مالهم كما هو مقتضى رضاهما ببقاء المعاطاة، و مع حصول التصرف المملك يحصل الملك للطرفين، و بهذا يظهر الحال في الموهوب بالمعاطاة.

و هذا بناء على عدم كون الموت من ملزمات المعاطاة، و اما بناء عليه فالمأخوذ بها كسائر أموال الميت داخل في تركته.

و من تلك الآثار تعلق الربا بالمعاطاة بنحو المعاطاة، كما إذا بادل الف كيلو من الأرز العنبر بألفين من الأرز العادي، فلا يمكن الحكم بجواز هذه المعاطاة الربويه و صحتها، مع ان حرمة الربا و فساد المعاطاة لا يكونان الا مع التمليك.

أقول قد مر ان المعاطاة بناء على المشهور تمليك و لكن الشارع لم يمتصها الا بعد وقوع التصرف المملك، و ان التصرف المزبور، كالقبض في المجلس في معاملة الصرف شرط شرعي، و كل من حرمة الربا، و فساد المعاطاة الربويه يعم ما إذا كان في المعاملة

شرط شرعى آخر و قد مر ايضا ان اباحة التصرف الثابتة قبل الملك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨

و منها كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر (١) و منها جعل التلف السماوى من جانب (٢)

اباحة حكمية فلا ينافى ثبوتها مع كون المعاطاة معاوضة فى الملك. و من تلك الآثار جواز الوصية بالمأخوذ بالمعاطاة حتى مع عدم التصرف فيه قبل الموت.

(أقول) بناء على ان موت أحد المتعاطيين من ملزمات المعاطاة فلا بأس بالوصية.

و من تلك الآثار ان الواهب لجميع أمواله للغير بالمعاطاة يجوز له أخذ الزكاة باعتبار فقره بعد الهبة المزبورة، مع ان تلك الأموال لا تخرج عن ملكه بالمعاطاة على الفرض. و كذا يحكم بعدم جواز أخذ الزكاة للمتعب بها باعتبار غناه مع عدم انتقال تلك الأموال إلى ملكه.

و فيه ان وصف الغنى الموجب لعدم جواز أخذ الزكاة أو الفقر الموجب لجوازه غير موقوف على حصول الملك و عدمه، كما ذكر تفصيل ذلك فى البحث فى أوصاف المستحقين فى كتاب الزكاة.

(١) و هذا المحذور الرابع فى كلام بعض الأساطين كالأعادة للمحذور الثانى.

و قد تقدم مع جوابه.

(٢) قد أدرج فى هذا المحذور أمور أربعة.

الأول- الالتزام بان تلف أحد المالكين فى يد أحدهما بأمر غير اختيارى موجب لتملك الآخر ما بيده من المال.

الثانى- الالتزام بان تلف كلا المالكين بتفريط من المتعاطيين موجب لضمان كل منهما ملك الآخر بالعوض المسمى، كما لو أخذ متاعا بدينار بالمعاطاة و تلف المتاع و الدينار فى يدهما فيكون تلفهما موجبا لتملك كل منهما ما تلف فى يده، مع ان مقتضى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩

.....

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

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

الرابع انه لا- يمكن الالتزام بحصول الملك عند تلفه فى يده قهرا كما لا يمكن الالتزام بعدم حصول ملكه فإنه ان كان حصول ملكه قبل تلفه فهو بلا وجه و ان كان حصوله مقارنا للتلف فهو بعيد لان المال فى زمان تلفه غير قابل لحدوث ملكه و ان كان حصوله بعد تلفه فهو من ملك المعدوم، و ان لم يحصل الملك أصلا كان ملك الآخر بلا عوض و الالتزام بأن الآخر أيضا لا يملك المال الآخر الموجود فى يده مخالف للسيرة و بناء المتعاطيين.

«أقول» كل ذلك و ما يذكره بعد ذلك ينتهى بما ذكرنا آنفا من أن المنشأ بالمعاطاة الملكية غاية الأمر بناء على القول بالإباحة جعل الشارع للملكية شرطا كجعل القبض فى المجلس شرطا فى بيع الصرف و الشرط المعتبر أحد الملزومات التى سيأتى ذكرها.

و من تلك الملزومات تلف المال قهرا أو تفريطا أو وقوعه فى يد الغاصب الى غير ذلك فإنه لا وجه لرفع اليد عن حل البيع أو لزوم



العقد الشامل للمعاطاة إلا في مورد اليقين، وهو مورد عدم حدوث شيء من تلك الملزمات.

و أجاب المصنف ره عن هذا المحذور المتضمن للأموار الأربعة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠

.....

بما حاصله.

ان مقتضى الإجماع عدم ضمان تلف المال قهرا أو تفريطا، بالمثل أو القيمة و على ذلك فالأمر يدور بين القول ببقاء المال المزبور على ملك مالكة الأول و لا ضمان فيه بان يخصص عموم حديث على اليد حيث ان مدلوله ثبوت الضمان في كل مورد يضع انسان يده على مال الغير بلا استيمان فيقال ان في مورد المعاطاة لا ضمان على من يتلف مال الغير في يده و بين إبقاء الحديث على عمومه و يقال بأن المأخوذ في المعاطاة يصير ملكا لمن يتلف في يده كما ان المال الآخر يصير ملكا للآخر و هذا مقتضى التحفظ على عموم الحديث مع ملاحظة الإجماع المزبور.

ثم ان في هذا الفرض أى فرض حصول الملك مقتضى أصالة عدم حدوث الملك قبل التلف حدوثه مقارنا له فيكون المقام نظير تلف المبيع في يد بايعه حيث ان مقتضى عدم ضمان المبيع بالمثل أو القيمة مع ملاحظة الرواية الواردة في ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه هو الالتزام بدخول المبيع قبل تلفه في ملك بايعه و مقتضى المعاوضة انتقال الثمن ايضا الى ملك المشتري و لذا يقال ضمان البائع قبل القبض، معناه انحلال البيع بالتلف قبل القبض.

أقول: يرد على المصنف أولا انه لا مجال للأخذ بحديث على اليد مع العلم بعدم شموله للمورد تخصيصا أو تخصصا كما قرر في الأصول لأن الضمان المستفاد منه لا يعم الضمان بالمسمى، فان ظاهره أداء نفس المال و لو بماليته و ثانيا أنه لو صح الأخذ بالإجماع في أمثال المقام، فالظاهر قيامه على ملك المال بالتلف فلا حاجة الى حديث على اليد أصلا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١

و الجاني عليه و المتلف له (١) و شمول الاذن له خفى (٢) و منها قصر التملك على التصرف (٣) أن لكل منهما المطالبة ما دام باقيا (٤) يحتمل ان يحدث النماء في ملكه (٥) و بالجملة فالخروج عن أصالة عدم الملك (٦).

(١) أى الجاني على المأخوذ بالمعاطاة و المتلف لذلك المأخوذ.

(٢) يعنى شمول اذن مالك الأصل للتصرف في نمائه خفى.

(٣) و حاصله ان القول بعدم حصول الملك في المعاطاة من الأول بل حدوثه عند التصرف يبتنى على ان اذن المالك فيه اذن في التمليك ايضا فيتعين الالتزام بان المتصرف يكون بتصرفه مملكا و مملكا المال الذى بيده و هذا معنى اتحاد الموجب و القابل و لو صح كون التصرف تمليكا و تملكا لجرى ذلك في قبض المال من مالكة، فيكون قبضه إيجابا و قبولا، بل قبضه اولى بما ذكر فإنه تصرف من مالكة بقصد الملك.

أقول قد تقدم ان التصرف شرط لحصول الملكية نظير القبض في الهبة، و لا- يكون إيجابا و لا قبولا و جواز التصرف قبل حصول الملك من قبيل الإباحة الحكمية لا الإباحة بإذن المالك، و لا يجرى شيء من ذلك في قبض المال.

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

(٥) يعنى في ملك الأخذ بمجرد اباحة الأصل له.

(٦) لا يخفى ان مقتضى الأصل العملى في المقام و ان كان الفساد و عدم حصول الملك بالمعاطاة كما مر سابقا الا ان الأصل العملى

لا اعتبار به في مقابل إطلاق دليل حل البيع والهبة وغيرهما فلا وجه لجعل العدول عن الأصل مشكلا و الشهرة في كلام القدماء  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٢  
بناء على أصالة اللزوم في الملك (١)

قد عرف وجهها، و الإجماع المنقول في كلام الغنية غير ثابت و يكفي في ذلك ملاحظة الوجه الثاني الذي ذكره لعدم اعتبار  
الاستدعاء و الإيجاب و المعاطاة، فإنه لو كان عدم حصول الملك في المعاطاة إجماعيا لذكر ان البيع مع حصول الإيجاب و القبول  
مجمع على صحته و حصول الملك به و مع عدمهما مجمع على فساده و عدم حصول الملك، مع انه ذكر ان البيع معهما مجمع على  
صحته و لا دليل على صحته بغيرهما.

اللهم الا ان يقال ان تعبيره بذلك لثلا يرجع الوجه الثاني إلى الوجه الأول.

(١) و حاصل كلامه انه بناء على حصول الملك في المعاطاة و دوران كونه ملكا جائزا أو لازما يحكم باللزوم و يقتضيه وجوه: الأول-  
استصحاب الملك الحاصل بالمعاطاة و عدم زواله برجوع أحد المتعاطيين بلا رضا صاحبه و ربما يورد على هذا الاستصحاب بكونه  
من قبيل استصحاب الكلي فإنه بعد رجوع أحد المتعاطيين يعلم بعدم الملك الجائر و الملك اللازم حدوثه من الأول مشكوك.  
و أجاب ره عن ذلك بان استصحاب الملك في المقام على تقدير كونه من قبيل استصحاب الكلي فهو من القسم الثاني منه الذي  
يترده فيه الكلي الحادث بين كونه في ضمن فرد الطويل أو القصير، و في مثله لا بأس باستصحاب الكلي لترتيب آثار بقائه.  
هذا أولا و ثانيا فلان الاستصحاب في المقام من قبيل استصحاب الشخص لا الكلي، و المستصحب شخص الملك المحتمل بقائه بعد  
رجوع أحد المتعاطيين، و ذلك فان اللزوم أو الجواز من الحكم للملك الحادث، كسائر الأحكام المترتبة عليه، و يختلف الحكم  
باعتبار اختلاف أسباب حصوله من كونه بالهبة أو الصلح

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٣

.....

أو البيع بالإيجاب و القبول لفظا أو بالمعاطاة و غيرها، و يشهد لكونهما من الحكم لا من الفصل المميز لأحد النوعين عن الآخر، عدم  
الفرق في المنشأ في الهبة اللازمة أو الجائزة و أيضا لو كان كل منهما فصلا مميزا فان كانا بفعل المتعاقدين و إنشائهما، فاللازم  
كونهما تابعين لقصدتهما، و ان كانا بجعل الشارع نوع الملك الذي أمر إنشائي بلا قصد العاقد، فهذا فرض لتخلف العقد عن القصد،  
و الكلام الجاري في دوران الأمر بين كون الملك هو اللازم أو الجائر لا يختص بالمعاطاة حتى يعتذر عن تخلفها عن القصد بما  
تقدم سابقا من عدم لزوم تحقق المعاملات الفعلية على طبق قصد المتعاطيين.

و ذكر أيضا انه يكفي في جريان الاستصحاب الشك في ان اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملك.

أقول لا وجه لهذا الكلام أصلا فإنه بناء على جريان الاستصحاب في القسم الثاني كما هو الحق، فالاستصحاب في بقاء الملك صحيح  
حتى مع الجزم بان اللزوم من خصوصيات الملك. و بناء على عدم جريانه فيه و كون القسم الثاني كالثالث منه في عدم الجريان،  
فالشك في ان اللزوم من خصوصيات الملك يوجب عدم جريان الاستصحاب، و ذلك فان المقام يكون من قبيل الأخذ بالعام في  
شبهة المصادقية، لا من قبيل الأخذ به في الشك في مصداق المخصص ليقال باعتبار العام معه، كما عن بعض.

و ان شئت قلت عدم جريان الاستصحاب في ناحية الكلي في القسمين ليس لورود المخصص العقلي أو النقلى على عموم خطاب  
الاستصحاب، بل باعتبار عدم تحقق نقض اليقين بالشك فيهما، و قد ذكر في محله ان خطاب العام كسائر الخطابات لا يتكفل لإثبات  
موضوعه و حصوله في الخارج، بل مدلوله الحكم للموضوع على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٤

فلا إشكال في أصالة اللزوم (١)

تقدير حصوله، و مع دوران أمر الملك بين اللزوم و الجواز و الشك في كونهما من خصوصيات الملك أو من أحكام السبب المملك لا يحرز موضوع اعتباره و كون رفع اليد عن الملك بعد رجوع أحد المتعاطيين من نقض اليقين بالشك. اللهم الا- ان يقال الوجه في عدم جريان الاستصحاب في ناحية الكلى في القسم الثاني ليس ان الكلى لا- حصول له بنفسه، و ان الحاصل هو الفرد، و بما ان الفرد مردد بين القصير و الطويل، و بالإضافة إلى القصير لا يحتمل البقاء، و بالإضافة إلى الطويل لا علم بالحدوث، فيختل أركان الاستصحاب و مع احتمال كون الملك اللازم و الجائر من هذا القبيل يكون التمسك بخطاب الاستصحاب من الأخذ به في شبهته المصدقية بل الوجه في عدم جريانه حكومة استصحاب عدم حدوث الفرد الطويل عليه، لان الشك في بقاء الكلى مسبب عن احتمال حدوثه، و إذا أحرز عدم حدوثه فلا مجال لاحتمال بقاء الكلى ليجرى فيه الاستصحاب، و فيما إذا لم يحرز كون استصحاب الملك بعد رجوع أحد المتعاطيين من قبيل الشخص أو الكلى فيجوز الاستصحاب في ناحيته لعدم إحراز الأصل الحاكم عليه، و هذا معنى كفاية الشك.

و مما ذكرنا يظهر الحال في استصحاب علقه المالك الأول. و وجه الظهور ان جواز الرجوع على تقديره لا تكون علقه في المال، بل هو حكم حادث، و العلقه الحاصله سابقا للمالك الأول و هي الملك قد زالت جزما، بل لو كان جواز الرجوع من قبيل العلقه في المال فهو مسبق بالنفي، لا بالثبوت و احتمال حدوثه بعد ارتفاع الملك يدخل المقام في القسم الثالث من استصحاب الكلى، و قد ذكر في محله عدم اعتباره فيه.

(١) لا فرق في جريان استصحاب الملك عند الشك في لزومه و جوازه بين كون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٥

.....

الشبهه حكمية كما في المعاطاة أو موضوعية كما إذا تردد ما في الخارج من العقد بين كونها هبة أو صلحا بلا عوض، فان الملك في الأول جائز و في الثاني لازم، و مقتضى بقاء الملك بعد الرجوع، لزومه.

و احتمال المصنف (ره) التحالف عند التداعي، و لكن لم يظهر له وجه صحيح، فإن الأثر الخاص في المقام و هو جواز الرجوع مترتب على الهبة و مقتضى الأصل عدمها و اما عدم جواز الرجوع فلا يحتاج إلى إثبات وقوع الصلح، بل هو مقتضى ثبوت الملك و لو بالاستصحاب فال مورد من موارد الدعوى و الإنكار لا من موارد التداعي.

ثم لا يخفى ان استصحاب الملك في موارد الشبهه الحكمية من قبيل استصحاب الشخص لما عرفت من ان اللزوم و الجواز من أحكام الملك، فيستصحب بعد رجوع أحد المتعاطيين نفس ذلك الشخص، بخلاف استصحاب الملك في الشبهه الخارجية فإنه يكون من استصحاب الكلى لا محالة، فإن المنشأ في الهبة فرد من الملك و في الصلح فرد آخر نعم الفردان متحدان في الحقيقة كما تقدم.

و ايضا لا يكون. الشك في بقاء الملك بعد فسخ أحد المتعاطيين من الشك في المقتضى حتى بناء على كون الملك الجائر و الملك اللازم سنخين من الملك، و ذلك فان الشك في المقتضى على ما يظهر من كلمات الشيخ (ره) ما يكون انتفاء الحادث بمجرد انقضاء الزمان كانقضاء وجوب الصوم بانقضاء النهار لا بحدوث زمني آخر، و بما ان الفسخ أمر زمني يكون ارتفاع الملك معه من الارتفاع بالرافع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٦

و يدل على اللزوم مضافا الى ما ذكر (١).

(١) الوجه الثاني في لزوم الملك الحاصل بالمعاطة العموم في رواية (الناس مسلطون على أموالهم) حيث ان مقتضى ذلك العموم ان يكون سلطنة المال المأخوذ بالمعاطة لمن يملكه بها و لازم ذلك ان لا يكون لصاحبه سلطنة التصرف فيه بإرجاعه إلى ملكه برجوعه في المعاطة.

و بهذا يظهر فساد التوهم بان التمسك بالحديث لبطلان فسخ الآخر من التمسك بالعام في شبهته المصادقية، حيث ان بعد فسخه لا يحرز كون المال ملكا لمن بيده حتى يثبت بسطانه عليه و بجواز تصرفاته فيه بطلان فسخ الآخر و وجه الظهور ان التمسك بالحديث ليس باعتبار شموله للتصرفات المتعلقة بالمال و إثبات السلطنة عليه بعد فسخ الآخر ليقال انه لم يحرز بعد فسخه كونه مالا لمن بيده بل التمسك به باعتبار شمول الحديث للمال المأخوذ بالمعاطة قبل فسخ الآخر و ان مقتضاه بطلان ذلك الفسخ، حيث ان مدلوله ان السلطنة على ذلك المال بالإضافة الى جميع التصرفات فيه و منها إبقائه على الملك أو الإخراج عنه بيد مالكة، فلا يمكن للغير إخراج عن ملكه قهرا عليه، و هذا معنى بطلان الفسخ.

و لكن لم يرتض بهذا الظهور الإيرواني (ره) فذكر ان السلطنة على المال و ان يراد منها السلطنة على التصرفات فيه الا ان التصرفات تختص بالمتفرعة على كون الشيء مالا- له، و اما ان الشيء ماله، أولا- أو انه بفسخ الآخر يسقط عن كونه مالا- له أم لا- فلا يثبت بالحديث كما لا يثبت به عدم سقوط الخل مثلا عن كونه مالا له بصيرورته خمرا، و ان كنت في ريب مما ذكرنا فلاحظ دليل ولاية الأب على الصغير فان له الولاية عليه متفرعا على صغره و ليس له الولاية على إبقائه صغيرا.

(أقول) السلطنة و ان كانت متفرعة على كون شيء مالا- لشخص الا- ان التصرف في ذلك الشيء بنحو يوجب خروجه عن ملكه فسلطانه ايضا بيد مالكة، فإن الإخراج

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٧

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

عن الملك من التصرف المعهود المتعارف المتعلق بالمال، و هذه السلطنة لا تجتمع مع نفوذ فسخ الآخر و رجوعه في المعاطة، حيث ان معنى نفوذه سلطنة الآخر على الإخراج، و قصور يد مالكة، و لا يقاس ذلك بولاية الأب على الصغير فإن إخراج الولد عن صغره ليس من فعل الأب.

و لكن مع ذلك لا- نظر للحديث إلى إمضاء الإنشاءات و لا إلى أنواع التصرفات المفروض تعلقها بالمال كما ذكرنا تفصيل ذلك سابقا، بل مدلولها ان للمالك الولاية على التصرفات المشروعة، و انه غير محجور عليه بالإضافة إليها و من الظاهر ان الشك في المقام ليس في ولاية المالك على تلك التصرفات بل الشك في مشروعية فسخ غير المالك و رجوعه في المعاطة.

و الحاصل ان مشروعية هذا الرجوع و عدمها خارجة عن مدلوله، بل ما نحن فيه نظير ما إذا شك في مشروعية تصرف ككون الاعراض موجبا لخروج الشيء عن ملك الشخص حيث لا يصح التمسك بالحديث لإثبات صحته. هذا كله مع الإغماض عن ضعف السند و كونها مرسله كما لا يخفى.

(١) كان وجه الاستدلال ان اضافة الحلية أو عدمها الى المال، كاضافتها إلى سائر الأعيان مقتضاها حلية جميع التصرفات المتعارفة المتعلقة به سواء كانت اعتبارية أو حقيقية، غاية الأمر تكون الحلية أو عدمها بالإضافة إلى الاعتباريات ظاهرة في الوضع، و بالإضافة إلى التصرفات الحقيقية ظاهرة في التكليف، و على ذلك فلا يصح رجوع أحد المتعاطين في المال المملوك لصاحبه بالمعاطة إلا برضاه حيث ان الرجوع تملك و تصرف في مال الغير بلا رضاه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٨  
ويمكن الاستدلال أيضا بقوله تعالى وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم (١).

و مما ذكرنا يظهر ضعف ما عن السيد الخوئي (طال بقاه) من ان مدلول الحديث الحكم التكليفي فقط و لا يحتمل الحرمة التكليفية في فسخ الطرف الآخر حتى يتمسك به في إثباتها.

و وجه الضعف ما ذكرنا من ان الظاهر من اضافة عدم الحل الى المال الذي من قبيل الأعيان تعلقه بالتصرفات المتعارف تعلقها به سواء كانت حقيقية أو اعتبارية و مقتضى عدم الحل في الاعتباريات هو الوضع كما ظهر وجه فساد التوهم بان الاستدلال بالرواية على عدم نفوذ رجوع أحد المتعاطيين بلا- رضا الآخر، من التمسك بالعام في شبهته المصدقية، بدعوى ان الحكم بعدم الحل في تصرفات الفاسخ في المال بعد رجوعه و ان لا يكون الا مع بطلان رجوعه الا انه لم يعلم ان المال بعد رجوعه ملك الآخر حتى لا يحل للفاسخ التصرف فيه.

(١) وجه الاستدلال أمران: الأول- الحصر المستفاد من الاستثناء المذكور بعد النهي بدعوى انه يستفاد من الآية ان الموجب لأكل مال الغير يعنى تملكه منحصر بالتجارة و التراضى، و ان التملك بغيرهما من التملك بالباطل، فلا يكون جائزا، و من الظاهر ان الرجوع في المعاطاة و تملك مال الآخر به ليس بتجارة و لا عن تراض.

و الثاني- ان المراد بالأكل بالباطل في الجملة المستثنى منها هو التملك بالوجه الباطل عرفا و في بناء العقلاء، و ان التملك كذلك باطل في الشرع ايضا، كما هو مقتضى النهي، و لو كان متعلق النهي هو الأكل بالباطل شرعا كان الكلام لغوا، و الرجوع في المعاطاة في بناء العقلاء تملك لمال الغير بلا حق، فإن المعاطاة كما ذكرنا معاملة لازمة عندهم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٩  
و التوهم المتقدم في السابق غير جار هنا (١).

نعم لو فرض في مورد الاذن من الشارع في تملك مال الغير بلا رضاه كما في موارد الخيارات الشرعية يكون الدليل المتضمن للاذن المزبور حاكما على النهي المزبور، لا- مخصصا حيث ان التملك المزبور لا- يكون باطلا- مع التعبد المزبور كما في سائر موارد الحكومة.

(أقول) الوجه الثاني من التمسك بالآية صحيح، و الوجه الأول غير صحيح و ذلك فان الاستثناء في الآية من قبيل الاستثناء المنقطع فلا يفيد حصرا، حيث ان التجارة عبارة عن البيع و الشراء بقصد تحصيل الربح كما هو حال التجار في الأسواق، و التجارة بهذا المعنى لا تكون داخله في عنوان الأكل بالباطل حتى يعمها النهي لو لا ذكر الاستثناء.

و بالجملة الآية متضمنة لحكم التملك بالباطل و انه فاسد في الشرع و لحكم التملك بالتجارة و التراضى و انه جائز، و اما سائر المملكات التي لا تدخل في عنوان الأكل بالباطل بحسب بناء العقلاء كالهبة و الإجارة و الصلح و البيع و الشراء لا بقصد تحصيل الربح الى غير ذلك فليست للآية دلالة عليها، و على ذلك فعدم كون الرجوع من التجارة و لا من التراضى لا يوجب الحكم بفساده.

(١) و وجه عدم الجريان انه كان التوهم مبني على ان إثبات عدم الحل لتصرفات الفاسخ في المال الذي بيد الآخر الملازم لبطلان فسخه من التمسك بالعام في شبهته المصدقية حيث لا يحرز ان تصرفاته فيه بعد فسخه تصرف في مال الغير حتى لا يحل و كذا الحال في سلطنة من أخذ المال بالمعاطاة فإنها و ان تلازم بطلان فسخ الآخر الا ان إثبات هذه السلطنة بعد فسخ الآخر بقوله صلى الله عليه و آله الناس مسلطون على أموالهم من التمسك بالعام في شبهته المصدقية حيث لا يعلم بعد الفسخ انه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٠

و قد يستدل أيضا بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على ان المراد بالعقد مطلق العهد (١).

ماله حتى يثبت له سلطنة التصرف فيه.

و الحاصل مبنى التوهم هو ان بطلان الفسخ مدلول التزامى للروايتين و متفرع على جواز التمسك بالعام فى شبهته المصادقية و هذا بخلاف الآيه فان المراد بالأكل فيها تملك المال فيكون متعلقه مال الغير لو لا التملك و هذا العنوان ينطبق على نفس الفسخ فيكون بطلانه داخلا فى المدلول المطابقى لها كما لا يخفى.

(١) لو كان المراد هو العهد فعمومه للمعاطاة ظاهر الا ان استفادة اللزوم مبنى على كون المراد بالوفاء إتمام العهد و إبقاء العقد ليكون الأمر به ظاهرا فى الإرشاد إلى لزومه كما هو ظاهر تعلق الطلب بالفعل الاعتبارى فإنه كما يكون الأمر بإيجاد العقد ظاهرا فى صحته كذلك يكون الأمر بإبقائه ظاهرا فى لزومه.

و اما إذا كان المراد من الوفاء العمل على طبق العقد و العهد نظير الوفاء بالنذر و اليمين فالأمر به لا- يكون ظاهرا إلا فى الحكم التكليفى، حيث ان الوفاء بالعقد نظير الوفاء بالنذر و اليمين فعل حقيقى و وجوبه لا يلزم لزوم الملك.

اللهم الا ان يقال بقاء و جوب العمل على العقد حتى بعد فسخ أحد المتعاقدين يلزم لزوم الملك، أو يقال بان الأمر بالعمل على طبق العقد بتسليم المثل و الثمن و غير ذلك و ان يكون تكليفا الا ان الوفاء بالعقد يعم عدم نقضه بالفسخ، و الأمر بالإضافة إلى ترك نقضه إرشاد إلى فساده و قد تقدم إمكان كون الأمر بالإضافة الى بعض الأفعال تكليفا و بالإضافة إلى الآخر وضعيا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦١

و كذلك المؤمنون عند شروطهم (١).

لا يقدح فى الإجماع على طريق القدماء (٢).

و يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار (٣) بقى الكلام فى الخبر الذى تمسك به (٤).

(١) صدق الشرط و ظهوره فيما يعم الالتزام الابتدائى غير محرز كما ذكر ذلك المصنف ره أيضا فى باب الشروط و عليه فلا يمكن التمسك به فى المقام حتى مع عدم اعتبار الإنشاء اللفظى فى صدقه.

(٢) فان على طريقهم يكون اتفاق علماء العصر الواحد كافيا فى إحراز قول الامام (ع) و لو بقاعدة اللطف بخلاف طريق المتأخرين، فإنه لا بد من كون الاتفاق بحيث يكون بينه و بين قوله عليه السلام ملازمة عادية أو اتفافية و لا يكون هذا مع الاختلاف فى المسألة بنحو ما ذكر من ذهاب بعضهم إلى انها ليست بيعا و لا مفيدا للملك، و بعضهم إلى انها بيع مفيد لملك غير لازم.

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

(٤) و رواه فى الوسائل عن الشيخ و الكلينى قدس سرهما و على كلا الثقيلين سنده ضعيف فإن الراوى عن الامام عليه السلام و هو خالد بن الحجاج لم يوثق نعم اخوه يحيى بن الحجاج موثق و ما فى نسخة الكافى ابن نجيب بدل ابن الحجاج اشتباه بقريته محمد بن ابى عمير الراوى عن يحيى فلاحظ.

و لا يخفى ان فى البين مستلتيين إحداهما بيع العين الخارجى مع عدم كونه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٢

.....

عند البيع مالكا لها بان يبيع تلك العين من شخص ثم يشتريها من مالكاها و يدفعها إلى المشتري، و هذه عند المشهور محكومة



البطلان و يدل عليه مضافا الى انه مقتضى القاعدة روايات خاصة و منها عند المصنف ره و جماعة أخرى هذا الخبر.

ولا بأس في المسألة بالمقابلة مع المشتري في تلك العين ثم تملكها من مالها ثم يبيعها من ذلك المشتري.

الثانية ان يكون غرض الإنسان تحصيل المال بلا ابتلاء بمحذور الربا فيبيع شيئاً كثوبه من شخص نقداً بمقدار ثم يشتري ذلك الثوب من المشتري المزبور في ذلك المجلس بالأريد نسيئته، و في هذه الصورة يكون اشتراط بيع الثوب منه ثانياً في البيع الأول موجبا لفساده.

نعم لا بأس بمجرد المقابلة، و ظاهر الخبر و لا أقل من الاحتمال هي المسألة الثانية و انه لو لم يكن البيع الثاني شرطاً في الأول بحيث يمكن للبائع شراء ذلك الثوب ثانياً و عدمه فلا بأس، و لعل هذا هو الموجب لذكر الشيخ ره الخبر في باب النقد و النسيئة و كيف كان فلا يضر ذلك بما نحن بصدده من حكاية الاستدلال بقوله عليه السلام (انما يحلل الكلام و يحرم الكلام).

و قد ذكر المصنف ره في هذه الجملة مع الإغماض عن سائر الرواية و جوها أربعة:

الأول- ان يراد بالكلام معناه اللغوي و هو اللفظ الدال على المعنى، و ان الحلال أو الحرام لا يكون الا باللفظ الدال، فلا يكون شيء حلالاً أو حراماً بمجرد القصد أو مع الدلالة عليه بغير اللفظ كالفعل. و هذا الوجه على تقدير تمامه يكون موجبا لعدم الاعتبار بالمعاطة أصلاً، فإن الدال فيها على الملك فعل لا لفظ.

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

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٣

.....

بالصحة و البطلان كذلك يوصف بكونه محللاً- و محرماً بان يكون الغرض الواحد تحصيله بكلام حلالاً و بكلام آخر حراماً مثلاً حصول حق الاستمتاع من المرأة بكلام يكون مضموناً نكاحاً انقطاعاً حلالاً، و بكلام يكون مضموناً إجارةً أو نحوها حراماً و ان الحصة في المزارعة تعيينها بكلام يكون مضموناً تقسيم الثمرة على البقر و البذر حراماً، و بكلام يكون مضموناً تقسيم الثمرة لصاحب الأرض و الزارع حلالاً و هكذا.

الثالث- ان يراد بالكلام العقد إيجاباً و قبولاً، و ان وجوده محلل و عدمه محرم أو بالعكس أو ان تحققه في محل محلل و حصوله في محل آخر محرم مثلاً الإيجاب و القبول على المال قبل تملكه محرم، فإنه يبيع ما ليس عندك و تحققه بعد تملكك المال محلل.

الرابع ان يراد بالكلام المحلل المساومة و المقابلة من غير عقد و الكلام المحرم الإنشاء و العقد فيكون المقابلة على بيع ما ليس عنده محللاً و العقد عليه محرماً و الاستدلال بالخبر على المعاطة مبني على الوجه الأول الذي ضعفه المصنف (ره) بوجهين.

الأول لزوم تخصيص الأكثر، فإن المحللات و المحرمات في الشرع لا تنحصر باللفظ، بل ندره تحريم اللفظ و تحليله بالإضافة إلى سائر موجبات الحل و الحرمة لا تحتاج الى البيان.

أقول- هذا الأمر غير تام فان دعوى انصراف الخبر الى موجب الحل و الحرمة في المعاملات كما هو مورد قريبه لان المعاملات تكون باللفظ و بالكتابة و الإشارة و القصد المجرد و العقل، و الاستفادة من الخبر عدم العبرة بسائر المحققات غير الكلام.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٤

كما يشعر به قوله عليه السلام في رواية أخرى (١).

الثاني ان المعنى في الوجه الأول لا يناسب مورد الرواية و لا الحكم فيها بنفى البأس. و أورد (ره) بذلك على الوجه الثاني و ذكر ان احتمالها أيضاً لا يناسب مورد هاتين حمل الجملة الخبرية على أحد الوجهين الآخرين أي الثالث و الرابع و على ذلك فلا دلالة لها

على مسألة المعاطاء.

ثم انه (قده) وجه دلالة الخبر على عدم الاعتبار بالمعاطاة باعتبار انه لو كانت المعاطاء كالإيجاب و القبول اللفظيين لما كان وجه لذكر خصوص الكلام بعد اداة الحصر، بل كان المناسب ان يقال انما يحرم إيجاب البيع كان بالكلام أو بغيره. ولكن ناقش ره في التوجيه بان ذكر الكلام باعتبار ان في مورد الرواية لا يمكن إيجاب البيع بالمعاطاة لأن المبيع كان عند مالكة الأول.

أقول المفروض في الخبر كون المبيع عند من طلب منه الشراء كما هو ظاهر الإشارة في قوله (اشتر هذا الثوب) و ثانيا ان إنشاء البيع بالمعاطاة لا يتوقف على الإعطاء من الجانبين كما يأتي، بل يكفي تحققه من طرف واحد، بان يكون مثلا إيجاب البيع بأخذ الثمن من المشتري و قبوله بإعطائه بقصد الشراء و لعله الى ذلك أشار (ره) بقوله فتأمل.

و الصحيح ان ذكر الكلام باعتبار فرض المقاوله و المساومه في الرواية، و انها ربما تكون متضمنة لإنشاء البيع و الالتزام قبل تملك المتاع، و ربما لا تكون، لا لأن لإنشاء البيع بالكلام خصوصية لا تجرى في المعاطاء.

(١) لا يخفى عدم الإشعار في الرواية أصلا فإن قوله عليه السلام (و لا تواجهه.

البيع قبل ان تستوجبها أو لتشريفها) يعم مواجهة البيع بالمعاطاة كما مر ثم ان ظاهر هذه الرواية التي لا بأس بسندها تحقق البيع بالاستيجاب و الإيجاب و القبول، حيث ان ذلك مقتضى عطف الاشتراء على الاستيجاب.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٥

[ينبغي التنبيه على أمور]

[الأول الظاهر ان المعاطاء قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع]

الأول الظاهر ان المعاطاء (١)

و مما ذكرنا يظهر الحال في صحیحه العلاء فان قوله عليه السلام فيها (فإذا جمع البيع جملة واحدة) يعم جمع البيع بالمعاطاة. لا يقال: إنشاء البيع بنحو المرابحة بأن يقول اشترت هذا بألف و أبيعك في كل عشرة بدوازه و قبول المشتري البيع كذلك مكروه و لكن لا بأس بنسبة الربح الى رأس المال في المقاوله و إنشاء البيع على نحو المساومه كما هو ظاهر الرواية و من الظاهر ان جعل الثمن مقدارا معيناً في البيع مع نسبة الربح الى رأس المال في المقاوله لا يكون الا مع إنشاء البيع بالإيجاب و القبول لفظاً، و الا كان البناء على المقدار المعين أيضاً في المفاوضة، لا في إنشاء البيع.

فإنه يقال يمكن المعاطاء في الفرض، كما إذا قال بعد المقاوله و بيان نسبة الربح إلى أصل المال و عند إنشائه بالمعاطاة الثمن ألفان، هذا مع انه يكفي في المعاطاء الإيجاب لفظاً و القبول فعلاً. و الحاصل ان هذه الرواية نظير صحیحه عبد الله بن سنان لا اشعار فيها على اعتبار اللفظ أصلاً، حيث ان الشراء أيضاً في الصحیحه يعم المعاطاء كما لا يخفى.

(١) هذا الأمر بيان لاعتبار شرائط البيع في المعاطاء و عدمه أقول قد ظهر مما قدمنا انه مع قصد المتعاطيين الإباحة يجوز للآخر خصوص التصرف الذي لا يكون موقوفاً على الملك، بأن يكفي فيه طيب نفس المالك كما هو الحال في الإباحة المالكية في غير المقام، و بناء على قصد الملك لا فرق بين المعاطاء و سائر البيوع من حيث الحكم حتى في اللزوم، و جريان الخيارات، و غير ذلك من الأحكام حيث ان المعاطاء بيع حقيقه، فيترتب عليها ما يترتب على سائر البيوع، و التطويل في المقام بلا طائل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٦

و الأقوى اعتبارها و ان قلنا بالإباحة (١) بالنسبة إلى الرد دون الأرش (٢)



**[الأمر الثاني: أن المتيقن من مورد المعاطاء هو حصول التعاطي فعلا من الطرفين]**

و ربما يدعى انعقاد المعاطاء بمجرد إيصال الثمن و أخذ المثلث (٣)

(١) و ذلك فإن الإباحة على تقديرها اباحة حكمية، لا مالكية حيث ان المفروض إعطاء كل من المالكين المال بقصد الملك، و بعنوان المعاوضة، و حكم الشارع بالإباحة مع عدم حصول الملك تعبد يقتصر بمورده، و هي صورة اشتغال المعاملة على جميع شرائط البيع غير إنشائه باللفظ.

(٢) فان خيار العيب بالإضافة إلى رد العقد لا يختص بالبيع، بخلاف جواز أخذ الأرش، فإنه لا يجرى في غير البيع، و التفرقة بينهما بالاختصاص و عدمه باعتبار دليلهما، فإن الأرش تعبد في البيع، بخلاف فسخ العقد بالعيب، فإنه مقتضى اشتراط السلامة، و قاعدة نفى الضرر، فيثبت الفسخ في جميع مواردتهما.

(٣) لا يخفى ان مختاره (ره) في المعاطاء هو الملك غير اللازم و مختارنا الملك اللازم و مجرد وصول المالكين إلى المالكين برضاهما لا يكون إنشاء ملك، لا قولاً و لا فعلاً ليكون الحاصل به ملك لازم أو غير لازم.

نعم إذا كان في البين توكيل من طرف، في إنشاء الآخر، الملك عنه و لو كان ذلك بنحو التوكيل العام، كفى في تحقق المعاطاء، مثلا مالك الخضروات يوكل من يضع فلساً في دخله الموضوع هناك، في تملك الباقي بإزاء الفلوس المزبور، فيكون أخذه الباقي بقصد كونها ملكاً له تملكاً، و وضع الفلوس تملكاً، و على ذلك فيجوز لمن أخذ الباقي ان يبيعه من غيره فيما إذا بدا له ذلك، فإنها ملكه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٧

.....

و يمكن فرض هذا النحو من التوكيل في أخذ الماء، و وضع الفلوس في دخل السقاء و دعوى ان البيع على ذلك يكون غررياً باطلاً لان من يأخذ الماء لدفع عطشه قد يأخذ قليلاً من الماء لعدم حاجته إلى الماء الكثير، و قد يأخذ الكثير لشدة عطشه، و هكذا فلا يكون المبيع معلوماً لا يمكن المساعدة عليها أولاً فإنه يمكن ان يكون توكيلاً عاماً بالإضافة إلى المقدار المعين من الكثرة، غاية الأمر يكون بعض الناس لقلّة حاجته تاركاً لبعض ما يملكه إلى السقاء.

و ثانياً المقدار الذي يأخذه الممتلك المفروض و كالتة، معلوم له و المفروض ان التوكيل العام يعمه، و لا دليل على اعتبار معلوميته مقدار المبيع للموكل ايضاً و دليل نفى الغرر لا يجرى في التوكيل، فإنه مختص بالبيع.

و بعبارة أخرى كون المبيع معلوماً و معيناً للتوكيل كاف في صحة البيع، و هذا حاصل في مسألة أخذ الماء و وضع الفلوس في دخل السقاء مع غيبته.

و يمكن نظير ذلك في مسألة دخول الحمام و وضع الفلوس في دخل الحمامي مع غيابه، فان وضع الفلوس لا يكون من شراء الماء أو إجارته، فإن الماء باعتبار تلف عينه بالاستعمال غير قابل للإجارة، و شراء ماء الحمام خلاف المرتكز مع ان الجهل بالمقدار المصروف منه حتى لمستعمله، يوجب كون بيعه غررياً، بل الظاهر ان الاغتسال في الحمام يكون كالنوم في الفنادق أو الخانات في ارتكاز العقلاء، و انه من اجارة الحمام بتملك منفعتة الخاصة، و جهالة مقدار مكثه في الحمام للاغتسال، لا يوجب بطلان الإجارة فإنه مضافاً إلى إمكان تعيينه في ناحية الكثرة، نظير تعيين الماء في مسألة أخذه مع غيبته السقاء، ان تعيين الاغتسال بالنحو المتعارف كاف في صحة الإجارة، و لا يحتاج إلى التعيين بالزمان، كما في إجارة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٨

و اما على القول بالإباحة فالإشكال المتقدم هنا أكد (١)

### [الأمر الثالث: تمييز البائع من المشتري في المعاطة الفعلية]

تمييز البائع من المشتري في المعاطة (٢)

المركب للمسافرة إلى بلد معين، فإنه لا يجب تعيين الزمان الذي يتم فيه الوصول إلى المقصد، ولا يضر جهالته في صحة الإجارة، مع كون متعلقها هو السفر بالنحو المتعارف.

(١) و الوجه فيه ان ما قيل في إثبات الإباحة المزبورة من جريان السيرة على تصرف المتعاطيين غير جار في المقولة الخالية من الإعطاء و الإيصال و الفاقدة لما يعتبر في صحة البيع من الإنشاء بنحو خاص على الفرض.

(٢) ذكر (ره) في المقام ثلاث صور.

الاولى - ما إذا كان أحد المالكين من النقود المتعارف جعلها ثمنًا كالدرهم و الدينار و الآخر متاعا و اعطى كل منهما ماله عوضا عن مال الطرف الآخر فيكون معطى الدرهم مشتريا و معطى المتاع بايعا و لو فرض في هذه الصورة إعطاء مالك الدرهم أو الدينار بقصد التملك بإزاء متاع صاحبه و كان قصد مالك المتاع تملك الدرهم و الدينار بإزاء المتاع، بان يكون قصد تملك الدرهم و الدينار من مالهما أصليا، و قصد تملك المتاع تبعا عكس قصد مالك المتاع فيكون صاحب المتاع مشتريا و معطى الدرهم و الدينار بايعا. و بهذا يظهر دخل القصد في ذلك، و لا يعتبر خصوص التصريح كما هو ظاهر المصنف (ره).

الصورة الثانية ان يكون كل من المالكين متاعا و لكن كان أخذ أحد المتاعين بدلا من النقود و أخذ المال الآخر بما هو كما في بيع القماش في بعض القرى للفلاحين، فان الفلاح قد يعطى بدل الدرهم أو الدينار الحنطة للبائع، و يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٩

.....

أخذ بايع القماش الحنطة باعتبار ان الفلاح لا يجد النقد، بخلاف أخذ الفلاح القماش، فان غرضه تملك القماش بعنوانه و على ذلك يكون معطى القماش بايعا و معطى الحنطة مشتريا، و الموجب لذلك هو بناء العقلاء و نظرهم.

و ليس المراد ان الواقع عوضا في تملك القماش هو الدرهم أو الدينار ليكون أخذ الحنطة عوضا عنهما، و مبادلة أخرى بينها و بين الدرهم أو الدينار، و يكون بايع القماش بايعا بالإضافة إلى تملك القماش، و مشتريا بالإضافة إلى تملك الحنطة، بل المراد كون مالك القماش بايعا باعتبار انه لا غرض له في الحنطة، بل يكون أخذها باعتبار الإمساك على مالية القماش، و لذا لو اعطى الفلاح الدرهم أو الدينار، لأخذه بإزاء القماش، بخلاف الفلاح، فان غرضه يتعلق بخصوص القماش لدفع اضطراره.

أقول يأتي تمام الكلام في ذلك.

الصورة الثالثة ما إذا كان إعطاء كل من المالكين بإزاء الآخر بما هو أو إعطاء كل منهما بدلا عن الدرهم أو الدينار كما إذا احتاج مالك القماش إلى الحنطة و مالك الحنطة إلى القماش أو اعطى كل منهما متاعه مقوما له بالدرهم أو الدينار، كما إذا اعطى عشرة امتار من القماش بإزاء عشر كيلوات من الحنطة باعتبار ان كل متر من القماش يساوى الكيلو من الحنطة في القيمة و ذكر (ره) في هذه الصورة وجوها أربعة.

الأول كون كل من مالك القماش و مالك الحنطة بائعا و مشتريا باعتبارين، فإنه يصدق تعريف البائع و المشتري على كل منهما حيث ان كلا منهما يترك ماله للآخر بإزاء مال الآخر، و هذا معنى الشراء كما ان كلا منهما يبادل ماله بمال الآخر،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٠

.....

كما هو معنى البيع.

الوجه الثاني ان الدافع أولا المال بقصد كونه ملكا للآخر بالعوض بايع و أخذ ذلك الآخر اشتراء، فالدفع ثانيا وفاء لما تم من المعاملة بالدفع السابق.

الوجه الثالث ان يكون إعطاء المالكين كما ذكر من المصالحة على مبادلة المالكين، كما في قول أحد الشريكين للآخر لك ما عندك من مالي و لى ما عندى من مالك.

الوجه الرابع- ان يكون اعطائهما مبادلة مستقلة و يعمها مثل قوله سبحانه **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**.

و لكن الوجه الأول غير صحيح، فإنه ليس فى معاوضة القماش بالحنطة مثلا- حتى فيما لوحظ كل منهما كونه بدلا عن الدرهم و الدينار مبادلتان كما مر ليكون مالك القماش فى إحداهما بائعا و فى الأخرى مشتريا و تعريف البائع و المشتري بما ذكر الموجب لانطباق كلا- العنوانين على كل من المالكين فى مبادلة واحدة غير صحيح فإنه ليس تمام الملا-ك فى البيع و الشراء ما ورد فى التعريف المزبور و إلا لزم صدق عنوانى البائع و المشتري على كل من طرفى المعاملة فى كل بيع كما لا يخفى.

و الوجه الثانى صحيح فيما إذا كان الإعطاء من الدافع بقصد التمليك و أخذ الطرف الآخر بقصد التملك، فيكون إعطاء المال الآخر بعنوان الوفاء بالمعاملة الحاصلة من قبل. و لو كان الإعطاء من الدافع أولا- بقصد التملك فينعكس الأمر، و يكون الدافع المزبور مشتريا، و أخذ المال بايعا.

و الوجه الثالث- غير صحيح. فإنه قد مر فى المناقشة على تعريف البيع ان الصلح ليس هو التسالم و التراضى الباطنى، لأن هذا التسالم موجود فى كل معاملة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧١

.....

بل عبارة عن التسالم الإنشائى، فيكون المنشأ فيه هو التسالم، و من الظاهر ان المنشأ فى الإعطاء و الأخذ فى المقام، هو الملك، لا التسالم.

و بهذا يظهر الحال فى قول أحد الشريكين للآخر لك ما عندك من مالي و لى ما عندى من مالك.

و اما الوجه الرابع فلا مناص عنه فى الموارد التى لا يكون من أحدهما تمليك بالأصالة، و من الآخر تملك كذلك، كما إذا كان من قصد كل منهما تمليك ماله بإزاء مال الآخر.

و ذكر الإيروانى (ره) فى المائز بين البائع و المشتري ان التبع يقضى بان بان المعيار فى الاشتراء النظر إلى خصوصية المال الذى يأخذه من الطرف الآخر و ان المعيار فى البيع عدم النظر إلى خصوصية المال الذى يأخذه من الطرف الآخر فيكون غرض البائع من أخذ الثمن التحفظ على ماله المبيع و الإمساك بها، كما ان غرض المشتري هو تمكنه من خصوصية المال الآخر و الأخذ بها، نظير ما تقدم فى الصورة الثانية، و عليه فان تحقق هذا الميزان، فيمتاز به البائع عن المشتري، فيدخل المعاوضة فى البيع، و الا فهى معاوضة مستقلة، محكومة بالصحة، لعموم قوله سبحانه **(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)** و لا يجرى عليها الأحكام المترتبة على خصوص البيع و الشراء.

و فيه ان قضاء التبع ليس كما ذكر، فإنه إذا كان عليه دنانير و باع الحنطة بالدينار لسد دينه يكون فى الفرض غرض المشتري الحنطة المبيعة لكن لا بخصوصيتها بل بما هى حنطة، و كذلك للبائع نظر فى الثمن المفروض كونها دنانير بما هى دنانير و صدق البيع فى

الفرض على تملك الحنطة بالدنانير، و صدق الشراء على تملكها بها لا يحتاج الى التوضيح.  
و نظير ذلك ما إذا كان عنده دنانير مسكوكة و عند الآخر أيضا دنانير مسكوكة  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٢

.....

بقدرها و أرادا فرارا عن تعلق الزكاة بمالهما بيع الصرف قبل تمام الحول، فإنه لا إشكال في صدق البائع على من ينشأ التملك، و المشتري على من ينشأ التملك من انه لا نظر لكل منهما إلى خصوصية مال الآخر أصلا.  
و قد يقال فيما إذا اعطى كل من المالكين متاعه بقصد تملكه للآخر بعوض من غير ان يكون قصد الآخر بالأخذ أو بالإعطاء تملكه بعوض ان المعاطاة بيع يترتب عليها الأحكام المترتبة في الأدلة على عنوان البيع و لكن لا يكون أحد المتعاطيين بايعا و الآخر مشتريا، فلا يجري عليهما ما جرى في الخطابات على عنواني البائع و المشتري، و ذلك فان البيع له اطلاقان فقد يطلق و يراد منه مقابل الشراء، و قد يقال و يراد منه مقابل سائر المعاملات، و ما يراد منه في الإطلاق الثاني هو المعنى المسببي و حقيقته المبادلة بين المالكين، و هذا المعنى المسببي يحصل بالإيجاب و القبول، و يحصل بإيجابين كما إذا قال كل من المالكين ملكتك مالي بمالك، و قد يحصل بالإيجاب الواحد، كما إذا قال الوكيل من المالكين بادلت مالهما، فإنه لا يحتاج في الفرض البيع المسببي إلى القبول أصلا فإن القبول لإظهار الرضا بفعل الموجب و مع معلومية الرضا به لا حاجة اليه.

و الحاصل فيما إذا حصل في البين الإيجاب و القبول يكون أحدهما بائعا و الآخر مشتريا، و فيما إذا كانت المبادلة بإيجابين قولاً أو فعلاً أو بإيجاب واحد كما ذكر فيحصل البيع بالمعنى المسببي من غير ان يكون في البين بايع و مشتري.  
أقول- لا يمكن المساعدة على ما ذكر اما أولاً فلان لازم ما ذكر عدم الحاجة الى القبول فيما إذا علم من حال المالك الآخر أنه راض بالإيجاب كما إذا ملكه متاعه الفاخر بثمن قليل جدا لغرض عقلائي، فإنه إذا قال بادلت هذا المتاع بذلك يتم البيع المسببي، و لا يحتاج الى القبول، باعتبار ان القبول لإظهار الرضا بالإيجاب  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٣

.....

و رضا الآخر بالإيجاب معلوم بشاهد الحال على الفرض، بل قد لا يحتاج البيع المسببي إلى الإيجاب أيضا كما إذا طاب نفس الوكيل من المالكين بملكية كل منهما مال الآخر بإزاء ماله تم البيع بلا حاجة الى الإنشاء قولاً أو فعلاً، لأن الإيجاب لإظهار الرضا بملكية الآخر لماله بالعوض.

و ثانيا انه قد تقدم ان البيع كالشراء و كسائر المعاملات من العناوين التي يكون الإنشاء أى الإبراز مقوما له و إذا اعتبر متاعه ملكا للآخر بعوض و ابرز الاعتبار يكون الإبراز بيعا و الحاجة الى الإبراز لا للكشف عن رضاه بالملكية فقط، ليستغنى عنه في مورد العلم به مع الخارج، بل له موضوعيته في حصول عنوان البيع، و كذا الحال في ناحية الشراء و القبول حيث ان اعتبار تملكه مال الآخر بإزاء ماله مع إبرازه، يكون شراء و قبولاً للإيجاب، و لا أظن خفاء ذلك على من لاحظ الأمور الإنشائية عقداً كان أو إيقاعاً.

ثم انه يقع الكلام في المراد من البيع المسببي فإنه ان أريد به المعنى الاسم المصدرى في مقابل المصدرى فمن الظاهر انه لا فرق بين المعنى الاسم المصدرى و المعنى المصدرى إلا باعتبار حيث ان المبدء ملاحظته من حيث حصوله من الفاعل معنى حدثي يعبر عنه بالمصدر و ملاحظته من حيث هو معنى اسم مصدرى و عليه فكيف يعقل ان يحصل البيع المسببي و لا يكون في البين معنى مصدرى يعبر عن فاعله بالبائع، و بما ان فعل الآخر يعنى تملك المشتري دخيل في حصول العنوان المصدرى كما ذكرنا سابقاً فيعبر

عن ذلك الآخر بالمشتري، و عن فعله بالاشتراء.

هذا مع ان المبادلة ليست باسم مصدر، بل مصدر من باب المفاعلة، و كيف يكون مرادفا للبيع بالمعنى الاسم المصدرى مع أنه لا يتحقق عنوان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٤

### [الرابع: ان أصل المعاطاء و هو إعطاء كل منهما الآخر ماله]

ان أصل المعاطاء (١)

المبادلة في جميع موارد حصول البيع كما ذكرنا ذلك عند التعرض لتعريف البيع، و ان أريد بالمعنى المسيبي اعتبار العقلاء بمعنى ان المالك إذا اعتبر ملكية ماله للآخر بالعوض و أبرزه فتارة يعتبر العقلاء الملكية المعتبرة مع إبرازها امرا حاصلًا و أخرى لا يعتبرونها. و قد ذكرنا سابقا ان البيع بهذا المعنى بالإضافة إلى إنشائه من الإيجاب و الوجوب لا الكسر و الانكسار فمن الظاهر ان موضوع اعتبار العقلاء و هو البيع الذي يكون بإنشاء البائع و قبول المشتري على ما تقدم من كون قبوله شرطًا في صدق عنوان البيع على فعل البائع. و الحاصل انه إذا كان في البين إنشاء المعاوضة من الطرفين بالأصالة فالعقلاء و ان يعتبرونها مبادلة و هي محكومة شرعا بالصحة كما هو مقتضى عموم قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ إلا انها ليست بيعا حتى يكون كل منهما بايعا من غير ان يكون في البين. اشتراء، أو ان يحصل البيع من غير ان يكون أحد المالكين بائعا أو مشتريا.

(١) ذكر في هذا الأمر أربع صور للمعاطاء يكون تقسيمها إليها باعتبار قصد المتعاطين الاولى - ما إذا قصد كل من المتعاطين بإعطائه تمليك ماله للطرف بالعوض و بأخذه المال من الطرف تملك مال الغير بالعوض، و إذا كان إعطاء المالكين و أخذهما تدريجيا يتحقق البيع بإعطاء أحد المالكين و أخذه، و يكون إعطاء المال الآخر و أخذه بعد ذلك و فاء للبيع الحاصل من قبل حتى فيما إذا قصد بإعطائه التمليك بالعوض كما هو الفرض، و اما إذا كان الإعطاء و الأخذ من الطرفين دفعة واحدة فيمكن ان يكونا معاوضة قد حصلت بتملكين منشأين بإعطائين كما ذكرنا في التعليق المتقدم أو بيعان و شرائان قد حصلتا دفعة واحدة باعتبار عدم تنافيهما فيترتب إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٥

.....

على كل من المتعاطين ما ترتب في الخطابات على عنواني البائع و المشتري كما لا يخفى.

ثم انه كما يمكن تحقق القبول و التملك بأخذ المال من الطرف، كذلك يمكن حصول ذلك بدفع المال الآخر، بأن يكون أخذ المال المدفوع أولا - بعنوان كونه ملك الدافع و لان يحصل له الجزم بإيجابه، و لو مات في هذا الفرض قبل دفع المال الآخر يكون موته بين الإيجاب و القبول بخلاف ما كان أخذه المال المدفوع أولا بعنوان القبول، فإنه موت بعد تمام المعاملة، و كان على المصنف (ره) التعرض لذلك.

و كيف كان فقد ظهر حصول البيع بدفع أحد المالكين و أخذه و إطلاق المعاطاء على هذا النحو من البيع باعتبار إنشائه بالإعطاء دون اللفظ لا - باعتبار تحقق الإعطاء من الطرفين نظير إطلاق المواجهة و المصالحة و المزارعة و المساقاة و غيرها، مع ان الإيجار و هو تمليك المنفعة بالعوض أو إنشاء الصلح أو إعطاء الأرض للزرع أو البستان للسقى يكون من أحد الطرفين، و على ذلك فيمكن تحقق المعاطاء في المعاملات التي يكون الإعطاء فيها من طرف واحد كما في الهبة و القرض و الرهن و نحوها.

و الحاصل ان المعاطاء في هذه الصورة بكلا فرضيهما داخل في إطلاقات حل البيع و نفوذه و ربما يقال بحصول المعاطاء بالفعل من

دون إعطاء كما في أخذ البقل أو الماء مع غيبه البقال و السقاء و وضع الفلوس في دخلهما و قد تقدم الكلام على الكبرى و الصغرى في الأمر الثاني فلا نعيد.

الصورة الثانية ما إذا كان التملك بإزاء التملك بان يكون المقابله و المعاضه بين الفعلين اى التملكين لا المالكين كما في الصورة السابقة، و ذكره ان في هذه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٦

.....

الصورة لو مات أحد الطرفين قبل تملك ماله تتم المعامله، و ان هذه المعامله ليست بيعا، بل شبيهه بالهبه المعوضه، و الظاهر ان وجه شباهتها انه كما لا يكون في الهبه المعوضه المعاضه بين المالكين، كذلك في الفرض، و بما ان عدم التعويض في الهبه لا يوجب عدم تماميه الهبه بخلاف المقام، فيفترق المقام عن الهبه المزبوره فتكون شبيهه بها، لا عينها.

نعم إذا كان تملك أحد الطرفين المال الآخر بعد ذلك داعيا الى تملك ماله فعلا مجانا فيتم الملك من أحد الطرفين و لو بدون تملك الآخر.

أقول- كما يمكن ان يكون تملك الطرف الآخر داعيا له الى التملك فعلا كذلك يمكن كونه شرطا في التملك فعلا فيكون من الهبه المشروطه، كما ان الفرض الأول من الهبه مجانا كما لا يخفى.

و اما المعاضه و المقابله بين التملكين فتارة يجعل العوض التملك الشخصى الخارجى و أخرى يجعل العوض تملك المال الآخر بنحو ثبوت العمل على الذمه كموارد الإجاره و غيرها بان يكون الدافع ماله أولا، مالكا للعمل على ذمه الآخر، و ذلك العمل تملك الآخر ماله، و هذا يوجب تماميه الملك من أحد الطرفين حتى مع موت الآخر قبل إفراغ ذمته، بخلاف جعل العوض التملك الشخصى.

هذا مع انه لا معنى معقول لمعوضه التملكين، فإن المعاضه بين الأمرين تكون فى الملكيه و نحوها و التملك لا يقبلان عرفا الملكيه حتى يتعاضا و الحاصل ان التملك فى هذه الصورة اما من الهبه المجانيه كما إذا كان التملك الآخر داعيا أو من المشروطه كما إذا كان شرطا فى التملك الأول، و لا تكون من المصالحه، لما تقدم من ان المنشأ فى موارد الصلح لا بد من ان يكون هو التسالم على شىء لا التملك كما هو الفرض فى هذه الصورة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٧

فكيف كان فالإشكال فى حكم القسمين الأخيرين (١).

(١) ينبغى الكلام فى أمرين: الأول- نفوذ اذن المالك للغير فى التصرف فى ماله مطلقا و لو كان التصرف موقوفا على الملك بلا فرق بين كون إنشاء الرضا بالتصرف بالفعل أو القول.

و الثانى- هل يجوز أخذ العوض على اذنه و لو كان أخذه على الاذن بالإضافة إلى التصرفات غير الموقوفه على الملك.

اما الأول- فلا ينبغى الإشكال فى عدم نفوذ اذنه بالإضافة إلى التصرف الموقوف على الملك، فان اذن المالك لا يكون مشرعا كما تقدم بيان ذلك فى البحث فى روايه السلطنه.

و الحاصل ان اى تصرف فى مال الغير يكون عدم جوازه وضعاً أو تكليفاً لأجل عدم طيب نفس مالكة و عدم اذنه فيجوز ذلك التصرف باذن المالك و رضاه، و اما كل تصرف كان عدم جوازه لأجل عدم كون المتصرف مالكا فاذن المالك أو رضاه لا يوجب جوازه، لبقاء عدم الجواز ببقاء عدم موضوعه و هو عدم الملك، مثلا بيع مال الغير لنفسه بان يخرج المبيع عن ملك المبيع و يدخل



الثلث في ملك المباح له غير جائز بل غير ممكن عقلا حيث ان البيع هو التملك بالعوض، و مقتضى المعاوضة ان يدخل الثلث في ملك من يخرج المبيع عن ملكه، و الا كان في البين تملكان مجانان، و إذا كان ما ذكر غير جائز فكيف يصح باذن المالك فيه، بل اللازم في دخول الثلث في المباح له هو ثبوت أحد الأمرين، الأول- ان يكون اباحة كل تصرف في معنى توكيل المباح له في تملك الثلث بعد البيع، أو كان بمعنى توكيله في تملك المال عنه، حتى يكون البيع للمباح له، أو كان اباحة التصرف بالإضافة إلى الموقوف على الملك تملكا للمال إياه، و شروع المباح له في ذلك التصرف قبولاً فعلياً للتمليك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٨

.....

أقول لم يظهر وجه كون الشروع في ذلك التصرف قبولاً للتمليك، و لم يكن أخذه قبولاً له، الا ان يقال وجهه ان الصادر من المبيع في الفرض أمران أحدهما الاذن للمخاطب في التصرف في ماله.

و ثانيهما تملكه إياه، و التملك كما ذكرنا سابقاً لا إطلاق فيه بل على تقدير القبول و لو فيما بعد، و على ذلك فلا يكون في مجرد أخذ المال دلالة على قبول الملك، لا- مكان أخذه للتصرف فيه بما لا يتوقف على الملك، و انما تكون الدلالة عليه بشروعه في التصرف الموقوف على الملك و لا يبعد تحقق التوكيل أو التملك الضمني في قول مالك العبد للآخر، أعتق عبدى عنك بناء على ارادة كون المخاطب معتقاً بالأصالة لا كونه معتقاً بالنيابة، فإنه يكون في الأول وكيلاً في تملك العبد المزبور ابتداء كما يمكن ان يكون تملكا للعبد من المخاطب ضمناً و شروع المخاطب بالعتق قبولاً لهذا التملك، و إذا كان المراد وكالة المخاطب في عتق العبد فقط و ان يجعل المخاطب نفسه معتقاً عنه، نظير وكالة الشخص في أداء دين نفسه بمال الموكل فلا يكون في البين تملك و تملك، و كون الشخص معتقاً عنه غير موقوف على كونه مالكا بخلاف كونه معتقاً بالأصالة بالكسر.

و مما ذكرنا يظهر الحال في قول من عليه الكفارة لمالك العبد أعتق عبدك عنى و انه يكون توكيلاً في تملك العبد من المستدعى أولاً و توكيلاً في العتق بعد ذلك بناء على كون المستدعى معتقاً بالكسر لا ارادة جعله معتقاً عنه فقط، كما يمكن كونه تملكاً للعبد أولاً و عتق المخاطب عنه تملكاً ضمناً على ما تقدم، و على الجملة فليست الإباحة في هذه الصورة متضمنة للتوكيل و التملك ليجوز للمباح له التصرف الموقوف على الملك.

و لكن ذكر الإيروانى (ره) عدم الفرق بين قوله أعتق عبدى عنك و بين قوله

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٩

.....

أبحث لك وقف مالى أو يبعه لنفسك، فإنه كما ان قوله أعتق عبدى عنك توكيل في تملك عبده، كذلك قوله أبحث لك وقف مالى عنك توكيل في تملك المال، و بما انه لا فرق ايضاً بين التصريح بإباحة تصرف يتوقف جوازه على الملك، و بين اباحة جميع التصرفات التى يدخل فيها ذلك التصرف كقوله أبحث لك مالى فيكون قوله أبحث لك مالى متضمناً للتوكيل في التملك كتضمن قوله أعتق عبدى عنك.

و لكن لا يخفى ما فيه، فان المطلوب في قوله أعتق عنك صدور العتق الصحيح عن المخاطب بالأصالة، و هذا الصحيح موقوف على تملك العبد أولاً، ثم عتقه ثانياً، فالتوكيل في التملك حاصل و مقصود و لو إجمالاً و المراد بالإجمال انه لو التفت الطالب الى توقف العتق الصحيح على تملك المخاطب لإذن فيه، و نظيره أبحث لك وقف مالى عنك أو يبعه لك أو نحو ذلك بخلاف ما إذا قال أبحث لك مالى حيث لا يمكن استفادة التوكيل في التملك، بل يقتصر في الجواز بالتصرفات التى لا تتوقف على الملك، حيث لا



ظهور للكلام المزبور في الاذن فيه بل في خصوص التصرفات غير الموقوفة عليه، واستفادته من إطلاق الإباحة دورى حيث يتوقف الإطلاق على التوكيل، و ثبوت التوكيل موقوف على إطلاق الإباحة، نعم لو صرح بالعموم لكان مثل قوله أعتق عبدى. والحاصل انما يعتبر اذن المالك و رضاه بالإضافة إلى التصرف غير الموقوف على الملك، و لا قيمة له في التصرف الموقوف على الملك، و على ذلك فظاهر قوله أبحث لك كل التصرف في ماله اباحة ما يعتبر في جوازه اذنه و هى التصرفات غير الموقوفة على الملك، غاية الأمر من تلك التصرفات تمليك المال لنفسه عن مالكة و إذا كان العموم في قوله أبحث لك كل التصرف في مالى ثابتا حتى بالإضافة إلى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٠

فيكون هذا بيعا ضمينا لا يحتاج الى الشروط (١) ان يدل دليل شرعى على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة (٢)

التصرف الاعتبارى يكون التوكيل فى التمليك المزبور مدلولاً تضمنياً لعموم الإباحة لا مدلولاً التزامياً كما فى ظاهر كلام الإيروانى. (١) كان وجه عدم اعتبار شروط البيع فى الضمنى هو ان تلك الشروط معتبرة بين إيجاب البيع وقبوله، فلا يعتبر إلا فى عقده، لا فى البيع الضمنى و هكذا بالإضافة إلى غيرها من الشروط.

(٢) بان يكون مدلول ذلك الدليل كون المال ملكاً للمباح له بمجرد الإباحة أى و لو من غير قصد المبيع التمليك، و على ذلك فيقع البيع من المباح له على ما هو ملكه، أو يكون مدلول ذلك الدليل انه يكون الثمن بعد البيع للمباح له، و حيث ان مقتضى البيع دخول العوض فى ملك من يخرج عنه المعوض و المفروض على تقدير الثانى خروج المعوض عن ملك المبيع فيلتزم بدخول الثمن فى ملك المبيع آناً ما بعد الشراء قضاء لحكم الشراء ثم انتقاله الى المباح له، نظير انتقال العمودين إلى المشتري آناً ما بعد الشراء، ثم الانعتاق، و نظير ملك الميت الديه، فإنه لا يكون ملك ديه القتل الا بحصول الموت، و حيث ان الدليل قام على ان الديه برثها من يرث المال فلا بد من فرض دخولها فى ملك الميت، لتنتقل الى الوارث إرثاً.

و الحاصل ان الملك التقديرى لا بد من كونه مدلول دليل أو مقتضى الجمع بين الأدلة، و المفروض عدم قيام دليل عليه فى المقام، كما انه ليس مقتضى الجمع بين الأدلة لأن ما دل على توقف البيع أو العتق على الملك كقوله لا بيع إلا فى ملك أو لا عتق إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨١

.....

إلا فى ملك حاكم على قوله الناس مسلطون على أموالهم فإن المالك المبيع مسلط على التصرف المشروع فى ماله. و قوله لا عتق أو لا بيع إلا فى ملك يثبت عدم مشروعية البيع أو العتق من غير ملك فلا يفيد فيهما اذن المالك. ثم ان ما ذكره (ره) من ان الملك الحاصل للمشتري فى شراء أحد عموديه ملك تقديرى، و فى بيع الواهب العين الموهوبة أو ذى الخيار المبيع من آخر حقيقى، صحيح، فإنه لو ظهر فساد بيعهما يكون المال باقياً فى ملك الواهب أو ذى الخيار، لان ذلك مقتضى انفساخ الهبة أو البيع الأول مع فرض بطلان الثانى، و اما لو أراد المشتري أو وكيله فى شراء أحد عموديه ان يتصرف فى العبد فى الان المقارن لتمام الشراء لم يصح، بل لا يقبل ذلك الملك الا انعتاق المبيع و لو كان ملك المشتري فى ذلك الان حقيقياً لكان التصرف المزبور نافذاً.

و الشاهد على ان مع اباحة التصرفات للآخر لا يكون بيع ذلك الآخر المال موجبا لدخوله فى ملك المباح له قبل البيع كما كان موجبا لدخوله فى ملك الواهب أو ذى الخيار ان بيع الواهب أو ذى الخيار يكشف عن فسخ الهبة أو البيع الأول و فسخهما يوجب عود ملك العين إليهما ثانياً، بخلاف مسألة بيع المباح له مال الغير، فإنه ليس فيه سبب لدخول المال المزبور فى ملكه قبل البيع، و لو آناً ما.

و الحق المصنف (ره) ملك الميت الدينة بملك أحد العمودين في كونه في كل منها تقديريا و لكن لقائل أن يقول ان الملك في الدينة حقيقى يترتب عليها ما يترتب على سائر أموال الميت من إخراج ديونه منها و نفوذ وصيته في ثلثها و انتقالها الى الوارث كانتقال سائر أمواله إليهم، و اما ملك الميت دية الجنائة عليه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٢

.....

بعد موته فلم يرد رواية معتبرة في تعيين ديته أو دية الجنائة على أعضائه و مستحقيها.

نعم ورد في بعض الروايات ان ديته بمقدار دية الجنين، و دية أعضائه، بحسابها و ان الدينة يملكها الميت بعد موته فتصرف في وجوه البر و في بعض الروايات ان دية الجنائة عليه للإمام عليه السلام قال في الشرائع في قطع رأس الميت المسلم الحر مائة دينار و في قطع أعضائه بحساب ديته و كذا في شجاعه و جراحه و لا يرث منها شيئا، بل تصرف في وجوه القرب عملا بالرواية.

و قال علم الهدى يكون لبيت المال انتهى.

و لكن الاظهر ان يقال ان دية الجنائة عليه دية الجنين و دية أعضائه و شجاعه بحسابها، لأن صحیحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام «١» دالة على ثبوت الدينة في قطع رأس الميت، و بما ان مقدار دية الجنين و دية الأعضاء بحسابها متيقن فيكتفى بها، و يؤيد ذلك ما أشرنا إليه من بعض الروايات و تكون هذه الدينة من تركه الميت فيرثها الورثة كما هو مقتضى إطلاق صحیحته الأخرى. قال أبو عبد الله عليه السلام قضى أمير المؤمنين عليه السلام ان الدينة يرثها الورثة الحديث «٢» فان مقتضاها عدم الفرق بين كونها ثابتة بالقتل أو بالجنائة عليه بعد موته و على ذلك فيجری على هذه الدينة ما يجری على سائر تركه الميت و أمواله و ما دل على صرف دية الجنائة على الميت في وجوه القرب و هي رواية حسين بن خالد «٣» كما ذكرنا ضعيفة سنداً و ان عبر عنها في المسالك بحسنه حسين بن خالد، و هذا منه (ره) اشتباه حيث ان سليمان بن خالد ممدوح، لا الحسين، و الحسين لا موثق و لا ممدوح فراجع

(١) وسائل باب (٣٤) من أبواب دية الأعضاء.

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ٨٢

(٢) وسائل باب (١٠) من أبواب موانع الإرث.

(٣) وسائل باب (٢٤) من أبواب دية الأعضاء.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٣

و لكن الذى يظهر من جماعة (١).

و اما الكلام في صحة الإباحة بالعوض (٢)

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

و لكن لا- يخفى ان الالتزام بهذا الحكم على تقديره أجنبي عن المقام أى جواز البيع و صحته بمجرد اذن المالك و إباحته جميع التصرفات التى يكون منها بيع ماله، و ذلك فان مع علم المشتري بأن بايع المال غاصب يبيع مال الغير عدوانا يكون دفع الثمن اليه تسليطا و تمليكا مجانيا، فيكون المسمى بالثمن ملكا للغاصب هبة لا بيعا، و يترتب على ذلك تملك الغاصب العين اشتراها بالثمن المزبور، و المفروض فى المقام قصد الإباحة دون التمليك.

و لعله (ره) أشار الى ذلك فى آخر كلامه بأمره بالتأمل.

(٢) الظاهر ان الإباحة أى اذن المالك للغير فى التصرف فى ماله بعوض عبارة عن المبادلة بين أمرين أحدهما اذن المالك للآخر فى التصرف فى ماله و ثانيهما مال ذلك الآخر فيكون بهذه المعاوضة، الاذن مملوكا للطرف فى مقابل ملك ماله للمبيح، و هذه المعاملة لا- بأس بها، و يعمها قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، فيحكم بلزومها و لو رجع المبيح عن اذنه فلا يكون رجوعه نافذا فان رجوعه نظير رجوع الموكل عن شرط الوكالة فى العقد اللازم غير صحيح، و انما يكون الاذن أو التوكيل جائزا فيما إذا كان ابتدائيا لا شرطا أو ركنيا فى عقد لازم، إذ مقتضى لزوم ذلك العقد لزوم ركنه أو الشرط المذكور فيه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٤

.....

نعم لو تصرف المبيح فى الفرض فى ماله تصرفا مخرجا له عن ملكه يحكم بنفوزه، لان المفروض انه مالك للمال المزبور، فيعمه قوله سبحانه إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ، و كذا قوله الناس مسلطون على أموالهم، و لكن يثبت للمباح له خيار الفسخ باعتبار ان جعل الاذن فى التصرف عوضا متضمنا لاشتراط إبقاء المال و عدم نقله الى شخص آخر، و اما التمسك فى إثبات مشروعية الإباحة بالعوض بعموم المؤمنون عند شروطهم أو الناس مسلطون على أموالهم كما عن المصنف (ره) فغير صحيح، فإن الأول لا- يعم الالتزامات الابتدائية التى تكون منها نفس المعاملة كما مرت إليه الإشارة، و يأتى تفصيله فى باب الشروط إنشاء الله تعالى.

و اما الثانى فإن الكلام فى المقام فى مشروعية هذه المعاملة بأن يكون الاذن فى التصرف ركنيا و المال الآخر ركنيا آخر لا فى ولاية المالك على هذه المعاملة المشروعية فى نفسها كما لا يخفى.

و ايضا ما ذكره (ره) من احتمال كون هذه المعاملة صلحا غير صحيح، لما تقدم من الصلح ليس التراضى الواقعى الموجود فى جميع المعاملات و الا كان كل المعاملات صلحا، بل الصلح ما يكون المنشأ فيها هو التراضى و التسالم سواء كان متعلقا بالمال أو بغيره و ليس المنشأ فى المقام هو عنوان التراضى بل المعاوضة بين الإباحة و المال.

و مما ذكرنا يظهر الحال فى قول أحد الشريكين للآخر لك ما عندك و لى ما عندى و انهما إذا أراد إنشاء التراضى على المبادلة بين مالهما يكون ذلك صلحا و الا فلا.

و كذا ما ورد فى معاملة الزوجين على المهر كصحيحة الفضيل قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بألف درهم فأعطاه عبد الله آبقا و بردا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٥

لأصالة التسلط (١)

**[الخامس: فى حكم جريان المعاظة فى غير البيع من العقود و عدمه]**

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

حبرة بألف درهم التي أصدقها قال إذا رضيت بالبعد و كانت عرفته فلا بأس إذا هي قبضت الثوب و رضيت بالبعد قلت فان طلقها قبل ان يدخل بها قال لا مهر لها و ترد عليه خمسمائة درهم و يكون العبد لها «١» و مما ذكرنا يظهر الحال في الإباحة بالإباحة و انها مبادلة بين الأذنين فيعمها قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(١) هذا تعليل لجواز المعاملة بدعوى ان أصالة بقاء سلطنته كل من المالكين على ماله، مقتضاها جوازها. و فيه ان بقاء سلطنتهما على مالهما لا- ينافي لزوم المعاملة أى لزوم المبادلة بين الأذنين، بل مقتضى بقاء السلطنة نفوذ تصرف كل منهما في ماله لا في المعاملة المزبورة.

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

(٢) أقول لم يظهر من هذا الكلام كون المراد من الأجرة الأجرة المسماة ليكون استحقاقها دليلا- على جريان المعاطاة عندهم في الإجارة، و الا كان الأنسب ان يقال (فعمله استحق العوض) كما لا يخفى.

و لو كان المراد اجرة المثل فلا- يكون في الكلام المزبور دلالة على جريان المعاطاة في الإجارة أصلا فإنه يجوز للعامل العمل و لو بالتصرف في مال المستأجر مع بطلان الإجارة، لأن اذن المالك المستفاد من الإجارة الفاسدة كاف في جواز تصرف الأجير.

(١) وسائل الجزء (١٥) باب ٢٤ من أبواب المهر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٦

و اما مسئلة الهبة (١).

لا يقال كيف جاز للأجير مع فساد الإجارة التصرف في مال الغير مع انهم ذكروا ان المأخوذ بالعقد الفاسد كالمغصوب في عدم جواز التصرف فيه.

فإنه يقال ذلك فيهما إذا كان التصرف في المأخوذ بالعقد الفاسد بعنوان انه ملكه، و بما ان الملك غير حاصل لفساد العقد فلا يجوز التصرف، و اما فيما إذا كان التصرف فيه بعنوان انه مال الغير و قد اذن فيه كما في أخذ الأجير ثوب الآخر لصبغه مثلا فلا بأس بأخذه و صبغه حتى مع فساد الإجارة، لتحقق الاذن اللازم في الأخذ و التصرف و لو مع فسادها، غاية الأمر لفساد المعاملة يستحق اجرة المثل على عمله لا الأجرة المسماة.

(١) و حاصله انه إذا قيل في المعاطاة بالإباحة لا الملك، يكون حكمهم بجواز إتلاف العين الموهوبة دليلا على جريان المعاطاة في الهبة أيضا باعتبار ان الهبة المعاطاتية موجبة لإباحة التصرف كالمعاطاة الجارية في البيع، و اما إذا قيل في المعاطاة بالملك غير اللازم فلا تكون اباحة التصرف دليلا على جريانها في الهبة، فإن جريانها في الهبة عند هذا المحقق يكون بالالتزام بحصول الملك مع انهم لا يلتزمون به لتصريح الشيخ و الحل و العلامة بأن إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة لا الملك، و لا يمكن حمل نفي الملك، على نفي الملك اللازم لأن الهبة اللفظية لا تفيد الملك اللازم ليكون مرادهم نفيه في الهبة المعاطاتية.

أقول الصحيح الالتزام بجريان المعاطاة في سائر المعاملات عقودا أو إيقاعا أخذا بإطلاق صحتها و نفوذها، نعم لا تجرى في عقد أو إيقاع قام الدليل على اعتبار اللفظ في إنشائه، كما في النكاح و الطلاق، حيث ان مطلق اللفظ غير كاف في إنشائها فضلا عن الإنشاء بمجرد الفعل.

و أيضا فإن قلنا بعدم اللزوم في المعاطاة، فلا تجرى في المعاملة التي تكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٧

## [الأمر السادس: في ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالإباحة]

اعلم ان الأصل على القول بالملك للزوم (٢).

اللزوم مقتضى حقيقتها أو من لوازمها شرعا، الأول- كما في الرهن فان لزومه من قبل الراهن مقتضى حقيقته حيث مع جوازه من طرفه لا يتحقق عنوان الوثيقة على الدين، و الثاني- كما في الوقف فان المال الموقوف محكوم بأنه لا يباع و لا يوهب و لو جرى المعاطاة فيه لجاز بيعه و هبته، هذا.

و لكن قد مر عدم تمام دليل على جوازها في البيع فضلا عن غيره، و مقتضى إطلاق دليل لزوم المعاملات عدم الفرق بين إنشائها بالقول أو الفعل، و عليه فلا بأس بالوقف أو الرهن معاطاة.

(٢) و حاصله انه بناء على حصول الملك بالمعاطاة يكون لزومها مقتضى الوجه الثمانية المتقدمة، و تلك الوجهه كما تلى الأول- استصحاب بقاء الملك.

الثاني- قوله عليه السلام الناس مسلطون على أموالهم. الثالث- قوله عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه. الرابع الحصر المستفاد من قوله سبحانه لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ الخامس- الجملة المستثنى منها يعني قوله عز من قائل لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل السادس- قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع. السابع- قوله سبحانه أوفوا بالعقود. الثامن- قوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم.

و اما بناء على الإباحة في مورد قصد الملك، فمقتضى قاعدة سلطنة الملك على ماله و أصالة بقاء هذه السلطنة حتى بعد حصول إباحة التصرف للآخر، هو الجواز و هذا الأصل حاكم على استصحاب بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك.

أقول ان أريد من الإباحة المالكية فقاعدة سلطنة المالك أو استصحابها و ان تكون حاكمة عليها حيث ان معنى سلطنته عليها نفوذ رجوعه و عدم رضاه بتصرف الآخرين في ماله، الا ان الإباحة المالكية خارجة عن مفاد المعاطاة كما تقدم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٨

.....

و ان أريد بها الإباحة الحكمية التي قيل بها باعتبار استمرار سيرة المشرعة على التصرف في المأخوذ بها. فلا ينبغي الريب في انه، لا مجال لاستصحاب هذه الإباحة، لا لكونه محكوما بالدليل على سلطنة المالك أو باستصحابها، بل لان مقتضى عموم الأمر بالوفاء بالعقد و حلية البيع و التجارة، حصول الملك و لزوم المعاطاة من أول الأمر، غاية الأمر بناء على الإباحة يرفع اليد عن مقتضاها بالالتزام بعدم حصول الملك بها من أول الأمر نظير عدم ثبوت الملك في بيع الصرف بمجرد البيع.

و يكتفى في هذا الرفع و في الالتزام بالإباحة قبل حصول الملك، بالمتيقن، أخذا في غيره بالعموم أو الإطلاق كما ذكرنا ذلك في البحث عن دوران الأمر بين استصحاب حكم المخصص أو الأخذ بعموم العام، فتكون النتيجة ان مقتضى الأصل يعني الوجه المتقدم، لزوم المعاطاة في مورد الشك، و كون الحاصل بها الملك اللازم، قلنا بالملك من أول الأمر أو بالإباحة، غاية الأمر لا يجرى بعض تلك الوجهه كاستصحاب الملك على القول بالإباحة، و لو أغمض عن ذلك و بنى على ما ذكره المصنف (ره) في مسألة دوران الأمر بين استصحاب حكم الخاص أو الأخذ بعموم العام، من انه لا يجوز الأخذ بالعموم مع عدم كونه استغراقيا من حيث الزمان، لما كان مجال للأخذ بقاعدة سلطنة المالك، أو استصحابها، بل اللازم استصحاب الإباحة.

و الوجه في عدم المجال، ان الإباحة الحكمية على تقدير كونها منافية لقاعدة السلطنة فقد وقع التخصيص و التقييد في عموم سلطنة

المالك بحصول المعاطاة، فاللازم استصحاب هذه الإباحة، بل بناء على الملك، فلا يمكن أيضا الأخذ بالوجوه  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٩

.....

الثمانية المتقدمة فإن هذه الوجوه تنفع فيما إذا شك في كون المعاطاة لازمة من الأول أو جائزة، واما إذا ثبت جوازها، ثم احتمل طرو  
الملزم كما في المقام، فاللازم على مسلكه ره استصحاب الجواز، و لا يعارضه استصحاب بقاء الملك الذي هو الوجه الأول من  
الوجوه الثمانية، لحكومة استصحاب جواز المعاملة عليه، كما لا يخفى.

نعم يمكن على مسلكه (ره) التمسك ببعض الوجوه المتقدمة، كعموم لا يحل مال امرء مسلم الحديث، وقوله تعالى <sup>□</sup> لا تأكلوا أموالكم  
الاية حيث ان الفسخ بعد تلف احدى العينين مثلا أكل و تملك لمال الغير، فلا يحل، و لا يصح.

نعم ذكر السيد الخوئي (طال بقاه) ان الثابت بالإجماع في المقام جواز فسخ المعاطاة بفعل خاص و ذلك الفعل تراد العينين، نظير  
الفسخ المعتبر في بيع الخيار فإنه كما ان الجائز في ذلك البيع هو الفسخ برد الثمن، كذلك المعتبر في المقام هو الفسخ بتراد العينين،  
و بعد تلفهما أو تلف أحدهما لا يبقى لثبوت الجواز موضوع حتى يستصحب.

و فيه ان المعتبر في المعاطاة هو الفسخ مطلقا لا الفسخ بنحو خاص، الا ترى انه إذا فسخ أحد المتعاطيين المعاطاة قولاً مع بقاء العينين و  
لم يسلم صاحبه المال اليه بعد الفسخ عصياناً فإنه لا ينبغي الريب في انفساخ المعاطاة، و هذا شاهد قطعي على أن المعتبر هو نفس  
فسخ المعاطاة، غاية الأمر المتيقن من الإجماع جواز الفسخ حال إمكان تراد العينين، و إذا شك في ثبوته في حالة أخرى كتلف احدى  
العينين فيستصحب جواز الفسخ، كما في سائر موارد الاستصحاب.

و الحاصل ان استصحاب الجواز في المقام لا بأس به.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٠

مندفع بما سيجيء (١) و لم يثبت جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري (٢).

و اما بناء على الإباحة فقد استوجه بعض مشايخنا (٣)

(١) في فرض تلف أحد المالكين و فسخ مالك المال الآخر.

(٢) أقول قد مر سابقاً ان جواز الرجوع في الهبة و جواز تراد العينين في المعاطاة بعينه فسخ عقد الهبة أو المعاطاة، و انه لا فرق بين  
جواز الفسخ فيهما و جواز الفسخ في موارد الخيارات، غاية الأمر جواز الفسخ فيهما حكماً لا يسقط بالإسقاط، و جواز الفسخ في  
موارد الخيارات باعتبار كونه حقا قابل للإسقاط.

و بعبارة أخرى ان كان الرجوع في الهبة بمعنى استرداد العين الموهوبة مع إبقاء الهبة على حالها بحيث يكون تصرف الواجب في  
تلك العين بعد ذلك تصرفاً في مال المتهب، فهذا لا يلتزم به أحد، و ان كان مع ازالة الهبة بأن يكون استردادها بقصد إلغاء الهبة فهذا  
عين الفسخ، و على ذلك فلو كان الموجود في المعاطاة الملك غير اللازم، فمعناه جواز فسخ المعاطاة، فاستصحاب هذا الجواز بعد  
تلف أحد العينين أو كليهما كاستصحاب الخيار بعد طرو ما يحتمل معه زواله، و هذا يعني استصحاب جواز الفسخ مبني على مسلكه،  
فإنه عليه لا يكون في المقام مجال للتمسك بعمومات لزوم الملك و مطلقاته لورود التخصيص أو التقييد عليها، و لم يبق في البين من  
مقتضى اللزوم الا استصحاب بقاء الملك، و من الظاهر ان استصحاب بقاء جواز الفسخ حاكم عليه.

(٣) و حاصله ان استصحاب بقاء سلطنة المالك على العين الموجودة مقتضاه عدم لزوم الملك، بل عدم حدوثه، و فيه ان هذا  
الاستصحاب معارض بأصالة عدم اشتغال ذمة مالك العين الباقية بمثل التالف أو قيمته.



إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩١

.....

لا يقال يمكن إثبات اشتغال ذمته بقاعدة اليد فتكون نتيجة الجمع بين حديث على اليد وأصالة بقاء سلطنته على العين الباقية عدم لزوم الإباحة، وعدم حدوث الملك. فإنه يقال مقتضى قاعدة اليد ضمان مال الغير مطلقا لا معلقا على مشيئة الضامن و اختياره فسخ المعاملة التي قد جرت بين العين التالفه و بين الباقية كما هو المطلوب في المقام.

ثم أجاب (ره) عن معارضة استصحاب بقاء السلطنة مع أصالة براءة ذمة مالك العين الباقية بوجوه ثلاثة. الأول- ان استصحاب براءة ذمته محكوم باستصحاب بقاء السلطنة.

الثاني - أصالة برائتها غير جارية في نفسها للعلم الإجمالي بضمانه التالف اما ببدله الواقعي، يعنى المثل أو القيمة أو ببدله الجعلي، يعنى العين الباقية و لا يجرى الأصل في أطراف العلم الإجمالي.

الثالث- ان ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة مقتضى سلطنة الناس على أموالهم فإن مقتضاه سلطنة المالك على ماله الموجود، بأخذه، و على ماله التالف في يد الغير، بأخذ بدله، و استصحاب هذه السلطنة يكون حاكما على أصالة براءة ذمة من تلف مال الغير في يده. أقول: لا- يمكن المساعدة على هذا الوجه اى الثالث فإن سلطنة المالك على ماله عبارة عن ولايته على التصرف فيه و نفوذ ذلك التصرف و عدم ضمان الآخر بماله لا يكون منافيا لسلطنته.

الا ترى ان الودعي مثلا لا يضمن الوديعه، و لا يكون عدم ضمانه تخصيصا في دليل سلطنة المالك، و الا لزم القول بالضمان و لو مع فرض تلف المالكين حتى على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٢

و لو كان أحد العوضين ديناً في ذمة (١)

الإباحة أخذنا بدليل السلطنة في حق كل واحد من المتعاطيين بالإضافة إلى ماله التلف في يد صاحبه و كذا لا يمكن المساعدة على الوجه الأول، و ذلك فان الاستصحاب في سلطنة المالك على العين الموجودة، عبارة أخرى عن استصحاب عدم كون تلك العين عوضا، عن التالف و انه لم يدخل في ملك الطرف الآخر، فالمعارضة بينه و بين استصحاب عدم اشتغال ذمته للطرف الآخر بمثل التالف أو قيمته بحالها.

و ان شئت قلت لا يجرى أصالة بقاء السلطنة في حق من كان مالكا للعين الموجودة لعلمه إجمالا بكونه مكلفا اما بدفع تلك العين الى صاحبه، و عدم جواز إمسакها عليه، و اما بدفع البدل الواقعي للتالف الى ذلك الطرف، و أصالة بقاء سلطنته على العين و عدم وجوب دفعها أو عدم حرمة إمسакها، لا- يكون حاكما على أصالة برأيه ذمته عن البدل الواقعي، فإن المعيار في الحكومة ان يكون أحد المجريين موضوعا و الآخر حكما له، و بقاء ملكه و سلطانه على العين الموجودة، ليس موضوعا لاشتغال ذمته بالبدل الواقعي للمال التالف.

(١) و الصحيح ان يقال انه إذا كان أحد المالكين ديناً بذمة أحد المتعاطيين يحكم من الأول بالملك اللازم مطلقا، و لو على القول بالإباحة، و هذا على القول بالملك ظاهر، لأصالة اللزوم بعد عدم إحراز ما تقدم في وجه جواز الملك، و هو الإجماع في مثل المقام مما يكون نتيجة التملك بعوض فيه، سقوط ما على العهدة، و لسنا ندعى ان الساقط عن العهدة لا يمكن عوده إليها كما قيل لان عود ما على الذمة إليها في بعض الموارد شاهد قطعي لإمكانه.

كما إذا باع المديون لآخر بعشرة دنانير متاعه منه بألف على شرط إبراء ذمته من العشر و خياطة ثوبه المعين فأخذ المشتري المتاع و



سلم الالف و أبرئه عن العشر و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٣

و لو نقل العينان أو أحدهما (١)

لكن امتنع عن خياطة الثوب فإنه لا- ينبغى الريب فى أن للبائع خيار تخلف الشرط و إذا فسخ يعود العشر الى ذمته، و هذا عود بعد السقوط.

و الحاصل انه لا- يمكن قياس عود المال إلى الذمة بعود الشيء الخارجى بعد صيرورته معدوما و يقال بأن الشيء لو كان عوده بشخصه الأول لزم تخلل العدم فى الوجود الواحد، و لو كان بشخص آخر يكون غيره لا الأول.

و الوجه فى الفرق ان ثبوت المال على الذمة اعتبار يتعلق بالطبيعى و يمكن اعتباره ثانيا بنحو لا يكون بينه و بين الطبيعى الأول ميز أصلا.

و اما على القول بالإباحة فإن الإباحة تثبت فى المعاطاة بالإجماع و السيرة و من الظاهر ان الإباحة فى مقابل الملك لا معنى لها فى المقام فيكون الإجماع و السيرة فى سائر الموارد و يثبت الملك فى المورد من الأول كما هو مقتضى حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد.

(١) يعنى ان انتقال كلا المالين أو أحدهما بعقد لازم من طرف الناقل موجب للزوم المعاطاة و هذا على تقدير بقاء العقد اللازم ظاهر باعتبار عدم إمكان التراد على القول بالملك و انتهاء الإباحة و صيرورة المال ملكا للمتصرف عند العقد اللازم على مسلك الإباحة.

نعم لو عاد المال الى الناقل بفسخ العقد اللازم بالإقالة أو بفسخ من الطرف الآخر للخيار الثابت له فيمكن الالتزام بجواز التراد أخذا باستصحابه.

لا يقال لا مجال لاستصحابه للقطع بانتفاء جواز التراد قبل فسخ العقد اللازم، و الجواز على تقديره فعلا حكم آخر لم يعلم حدوده، فإنه يقال المستصحب جواز التراد وضعا أى نفوذ التراد و صحته و عدم إمكان التراد قبل فسخ العقد اللازم لا يوجب ارتفاع هذا الجواز.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٤

و لو كان الناقل عقدا جائزا (١).

ثم انه (ره) ناقش فى هذا الاستصحاب بأنه لا- بد من الاقتصار على المتيقن فى جواز التراد و الرجوع فى غيره بأصالة اللزوم، لعدم إحراز موضوع جواز التراد ليستصحب و ذكر انه لا- يجوز التراد بعد فسخ العقد اللازم حتى على القول بالإباحة و ذلك فان العقد اللازم بحدوثه كاشف عن دخول المال فى ملك المباح له و بعد فسخه يرجع المال الى ملكه، لا الى ملك المبيح، و مقتضى دليل السلطنة نفوذ تصرفات المباح له لا المبيح و ليس فى هذا الفرض حالة سابقة لجواز التراد ليستصحب بل الثابت سابقا هى الإباحة المنقطعة عند حدوث العقد اللازم.

نعم يتصور جواز التراد على الإباحة بالالتزام بأحد أمرين.

أحدهما القول بأن العقد اللازم الحادث بحدوثه و بقاءه كاشف عن حصول الملك للمباح له و بارتفاع العقد اللازم يرجع المال الى ما كان عليه قبل العقد اللازم فيكون ملكا للمبيح و مباحا للمباح له.

و الأمر الثانى ان يقال العقد اللازم لا يتوقف على حصول الملك للمتصرف لجواز كون الثمن فى العقد اللازم ملكا للمتصرف مع خروج المثلث عن ملك المبيح و لكن قد مر عدم إمكان ذلك و انه خلاف مقتضى المعاوضة كما لا يمكن الأمر الأول أيضا فإن العقد اللازم لا يبطل بالفسخ من أصله حتى لا يكون كاشفا عن حصول الملك للمباح له بل الانفساخ يقع من حين الفسخ و صحته

إلى زمان الفسخ لا تكون إلا مع حصول الملك للمباح له قبل العقد و على ذلك بفسخ العقد فيما بعد يرجع ملك المال إليه لا إلى المبيح.

(١) يعنى لو انتقل أحد المالكين بنقل جائز تكون المعاطاة لازمة و لا يجوز للمالك الفعلى للعين الموجودة إلزام المتصرف بفسخ النقل الجائز و الوجه فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٥

و لو باع العين ثالث فضولا فأجاز المالك الأول (١)

ذلك ان التراد غير متحقق أى غير ممكن ممن يملك العين الباقية فإنه عبارة عن رد المال على مالكة الأصل و استرجاع ما كان ملكا له منه و المفروض ان المال بعد النقل الجائز غير باق فى ملك صاحبه حتى يسترجع منه نعم لصاحبه فسخ النقل الجائز و بفسخه يتمكن مالك العين الباقية على التراد و لكن تمكينه من ذلك غير واجب على صاحبه.

هذا بناء على الملك فى المعاطاة و اما بناء على الإباحة فالنقل الجائز ملزم لها من الجانبين لان النقل الجائز كاشف عن انتهاء ملك المبيح و حصوله للمباح له قبل تصرفه فى المال بالنقل الجائز.

نعم لو كان النقل الجائز من الهبة مجانا بان لا تكون معاوضة فيمكن القول بان تصرف المباح له لا يوجب حصول الملك له بل تصرفه أى الهبة تقع عن المبيح فهو الواهب حقيقة فثبت فى حقه جواز الرجوع فى الهبة و جواز التراد فى المعاطاة على تقدير بقاء المال الآخر فى يده أو رجوعه الى يده من غير صيرورته ملكا له فى زمان فإنه لو صار ملكا له فى زمان فلازمه انتهاء ملكه و سلطانه على المال الآخر كانه ملك صاحبه على المال الذى بيده.

(٢) فان اجازة المالك الأول كيبعه المال مباشرة فى كونها فسحا للمعاطاة فيكون المقام نظير بيع ذى الخيار ما انتقل عنه فى الالتزام بحصول الملك له آنا ما قبل البيع الثانى و لو أجاز المالك الثانى الذى انتقل المال إليه بالمعاطاة تكون اجازته كيبعه مباشرة ملزمة نافذة بلا اشكال، باعتبار كون المال ملكه.

و اما اجازة المباح له ففيها اشكال الالتزام بالملك آنا ما قبل اجازته فتكون الاجازة على مسلك الإباحة فى جهتي الاشكال و عدمه عكس مسلك الملك المترزل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٦

و لكل منهما رده قبل اجازة الآخر (١) و لو امتزجت العينان إلخ (٢)

(١) فلا- بد من كون رد المالك الأول بناء على مسلك الملك فى المعاطاة بقصد الرجوع فيها و حينئذ يكون رده نافذ أو مبطلا للمعاطاة أيضا فلا يبقى مجال لإجازة الثانى الا بناء على كون الإجازة كاشفة عن انتقال المال إلى المشتري من الفضولى و ان رجوع المالك الأول واقعا كان بعد هذا الانتقال.

و لكن الصحيح فساد هذه الإجازة لأن شرط صحة الإجازة و نفوذها كون المجيز مالكا للمال مع قطع النظر عن اجازته و ليس هنا كذلك لرجوع المال إلى مالكة الأول لو لا اجازته.

(٢) على تقدير الملك فى المعاطاة يحكم بلزومها بالامتزاج بناء على عدم جريان الاستصحاب فى جواز التراد، فى مقابل أصالة اللزوم فى الملك كما تقدم و بناء على مسلك الإباحة يجرى استصحاب بقاء المال على ملك مالكة الأول و بهذا يحرز موضوع الشركة و هو حصول الامتزاج بين مالين من مالكين مع عدم إمكان تمييزهما عرفا.

نعم لو كان الامتزاج موجبا لصدق التلف كما فى خلط العسل القليل باللبن، فيدخل الفرض فى تلف المال حتى على مسلك الإباحة.

أقول: الصحيح عدم الفرق بين المسلكين و ان الامتراج موجب للزوم المعاطاة، حتى على القول بالإباحة، أخذاً بأصالة نفوذ البيع و لزومه إلا في المقدار المتيقن و هو المال قبل الامتراج، كما ان مقتضاها عدم الفرق في ذلك بين الامتراج و التصرف المغير للصورة. ثم انه قد ظهر مما ذكرنا انه لا مجال للمناقشة في لزوم المعاطاة بموت أحد إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٧

### [السابع ان الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف أو معاوضة مستقلة]

السابع ان الشهيد الثاني ذكر في المسالك إلخ (١)

المتعاطيين، فإنه لا دليل لرفع اليد عن صحة البيع و لزومه إلا في المقدار المتيقن سواء على القول بالملك أو الإباحة، و لكن ظاهر كلام المصنف ره هو التفصيل بين القولين. و انها تلزم على القول بالملك، حيث ان جواز الرجوع الثابت للمتعاطيين حكماً، نظير جواز الرجوع في الهبة، و لذا لا تلزم المعاطاة من الابتداء باشتراط لزومها. و الحاصل ان الجواز الحقي كالخيار يمكن القول فيه بالإرث لأنه من الحق الذي يتركه الميت لا- الجواز الحكمي فإنه تابع لثبوت موضوعه فقط، و لكن المال على القول بالإباحة ينتقل إلى الورثة، فيكون رجوع الورثة في المعاطاة باعتبار ان المال ملكهم، فيكون رجوعهم، نظير رجوع من قدم الطعام الى الغير، في كون بقاء الإباحة له دائراً مدار بقاء رضاه. أقول قد تقدم ان الإباحة على القول بها اباحة حكمية، لا المالكية، و الإباحة الحكمية، تدور مدار بقاء موضوعها فقط، و ذكرنا ان الثابت منها في مقابل العموم أو الإطلاق المقتضى لحصول الملك اللازم بالمعاطاة، مقدار اليقين، و هو ما لم يقع موت أحد المتعاطيين كما لا يخفى.

(١) تعرض الشهيد الثاني ره لكون المعاطاة بعد لزومها بيعا، أو معاوضة مستقلة، و ذكر لكل منهما وجهاً، فوجه كونها بيعا ان سائر المعاوضات محصورة، و ليست المعاطاة منها، و كون المعاطاة معاوضة مستقلة في مقابل تلك المعاوضات، لا يساعد عليها دليل، فيتعين دخولها في عنوان البيع، و وجه كونها معاوضة مستقلة، ان المعاطاة حين حدوثها لم تكن بيعا، و لا موجب لدخولها في عنوان البيع بعد ذلك.

و قال ره و تظهر ثمرة ذلك في ترتب آثار البيع بعد لزومها، فعلى الوجه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٨

.....

الأول تترتب عليها تلك الآثار، كخيار الحيوان حيث ان هذا الخيار، حكم الشراء الحيوان، ثم على تقدير ثبوت هذا الخيار، فهل الثلاثة من حين المعاطاة، أو من حين لزومها، فيه تردد.

و يرد على الأول ان المعاطاة ليست بيعا حين حدوثها، فكيف يثبت خيار الحيوان من ذلك الحين، و على ثبوته بعد لزومها بان التصرف أو التلف لا يكون بيعا اللهم الا ان يلتزم بحدوث خيار الحيوان، من حين التلف، أو التصرف باعتبار ان المعاطاة مع التصرف أو التلف تكون بيعا تاما، فالمعاطاة جزء السبب المملك، لا تمامه.

و ذكر ره في آخر كلامه ان الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان في المعاطاة لا من حينها و لا من حين لزومها، كخيار المجلس، و نظره (ره) ان أدلة خيارى الحيوان و المجلس ظاهرها ثبوتها في بيع، يكون ذلك البيع مع قطع النظر عن الخيار لازما و المعاطاة ليست كذلك الا على قول المفيد و من تبعه، القائلين بأن المعاطاة كالبيع العقدي لازمة من الأول.

نعم يثبت في المعاطاة خيار العيب و الغبن سواء قلنا بأنها عند لزومها بيع أو معاوضة مستقلة، لأن الدليل على ثبوتها قاعدة نفى الضرر الجارية فيها سواء قيل بأنها عند لزومها بيع أم لا، و لذا يثبتان في سائر المعاوضات.

و ذكر المصنف ره ان هذا الكلام من المسالك اى كون المعاطاة بعد لزومها بيعا أو معاوضة مستقلة، متفرع على القول بالإباحة، و اما بناء على مسلك الملك الجائر، فلا مجال لهذا الكلام فان المحقق الثانى صرح بأن المعاطاة، بيع غير لازم و يكون الملك الحاصل بها لازما، بحدوث أحد الأمور المتقدمة، و على هذا المسلك يترتب على المعاطاة من حين حدوثها جميع الأحكام المترتبة على البيع إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٩

و المحكى عن حواشى الشهيد إلخ (١).

غير الأثر الذى يكون مترتبا على البيع اللازم اى على البيع الذى يكون لو لا الخيار لازما، فان هذا الأثر لا يترتب على المعاطاة لأن عدم لزومها، ليست باعتبار كونها بيعا خياريا، بل عدم اللزوم فيها كما فى الهبة حكى.

ثم انه اختار المصنف ره على مسلك الإباحة، الاحتمال الأول، و هو صيرورتها بعد لزومها بيعا و ذكر فى وجهه ما تقدم سابقا من كون المعاطاة بيعا عرفا غاية الأمر حصول أحد الملزمات المتقدمة، نظير التقابض فى بيع الصرف، شرط لحصول الملك و قبل حصول أحدها يكون مال كل منهما مباحا للآخر بإباحة حكيمية، و على ذلك فيترتب على المعاطاة، أحكام البيع غير الآثار المترتبة على البيع الحادث صحيحا.

أقول لازم توجيه الإباحة و اشتراط حصول الملك، ترتب جميع آثار البيع بعد حصول الملك حتى الآثار المترتبة على البيع الواقع صحيحا، فإن المعاطاة بيع صحيح عند حصول الملك، و لا فرق بينهما و بين بيع الصرف عند حصول التقابض و كما يترتب تلك الآثار على بيع الصرف بعد حصول الملك به كذلك تترتب على المعاطاة بعد لزومها.

و ايضا ظاهر كلامه (ره) كما ذكرنا ان كون شىء ملزما للمعاطاة على الإباحة مساوق لتمام البيع به، فيترتب عليها أحكام البيع من حين حدوث ذلك الملزم، و لكن قد ذكر فيما تقدم (فى صورة تلف العينين) كون الإباحة لازمة بمعنى عدم حدوث ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه و ظاهر ذلك عدم انتقال المالىن الى الطرفين بتلفهما فراجع.

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

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٠

### [الثامن: لا إشكال فى تحقق المعاطاة المصطلحة التى هى معركة الآراء بين الخاصة و العامة]

و اما ان يشمل هذا و غيره كما هو ظاهر (١).

و ربما يجمع بين هذا الكلام إلخ (٢).

مستقلة مبنى على مسلك الإباحة ينافى ما حكى عن الشهيد فى حواشيه على القواعد حيث ذكر فيها ان المعاطاة معاوضة مستقلة أو جائزة.

و وجه المنافاة انه لو قيل بلزوم المعاوضة فلا بد من الالتزام بحصول الملك من الأول مع عدم كونها بيعا، و كأنه (ره) دفع الوهم بان كلام الشهيد (ره) مبنى على مسلكه فى المعاطاة و هى الالتزام بالإباحة، و المعاوضة فى كلامه معاوضة فى الإباحة، لا الملك و لزوم و هذه الإباحة، باعتبار معاوضتها لا يقتضى حدوث الملك.

أقول المعاوضة في الإباحة تلازم حصول الملك بالمعاطة فإنه لا بد من الالتزام بحصوله عند حدوث أحد الملزمات فان تصرف المباح له في مال صاحبه بما يتوقف على كونه مالكا لا يتم الا بحصول الملك له و إذا قلنا انها لازمة من ابتداء الأمر فلا بد من الالتزام بحصول الملك من الأول و الحاصل فرق بين الإباحة المالكية و الشرعية فإن لزوم الأول من الابتداء لا يلزم الملك بخلاف الثانية كما لا يخفى.

(١) و وجه الظهور عدم تقييد الفاسد في كلامهم بما إذا كان الفساد من جهة اختلال شروط الصيغة.

(٢) و حاصل الجمع ان عدم جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد و ضمانه يكون في فرض رضا كل منهما بتصرف صاحبه لصيرورته ملكا له بالعقد، و على ذلك فلا يجوز للآخر التصرف، و يكون ضامنا للمال لأن جواز تصرفه اما باعتبار الملك و المفروض عدم حصوله و اما باعتبار رضا الآخر بتصرفه مع عدم كون المال ملكا له و المفروض انتفاء هذا الرضا و اما جواز التصرف و جريان حكم المعاطة على المقبوض بالعقد الفاسد فيكون في فرضين.

أحدهما ما إذا علما فساد العقد و عدم صيرورة المال ملكا للآخر بالعقد و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠١

.....

مع ذلك كان رضاهما بالملك باقيا الى ان حصل القبض.

و الثاني - كون كل منهما من الأول راضيا بتصرف الآخر على كل تقدير كان العقد صحيحا أو فاسدا فيكون تصرف الآخر في فرض صحته بما هو مالك، و في عدم صحته بما هو مأذون و لكن المصنف (ره) لم يرتض بهذا الجمع و ذكر انه لا يمكن حمل كلام المحقق و الشهيد الثانيين على الفرضين و ذلك فان المفروض في كلامهما حصول إنشاء واحد و تملك واحد و هو العقد الفاسد و كان تراضى المالكين بذلك العقد و التملك و إذا فرض عدم حصول الملك و عدم تمام العقد، فلا يبقى الاذن و الرضا المتعلق به و لو فرض رضاهما بالملك مع الإغماض عن ذلك العقد بحيث حصل منهما إنشاء آخر بالقبض و الإقباض، كان خارجا عن كلامهما فان كلامهما في حصول المعاطة بنفس ذلك العقد.

و كذا لا يصح حمل كلامهما على التراضى الجديد، بان لا يحصل منهما إنشاء آخر بالقبض و الإقباض و لكن يكون منهما الرضا بالتصرف حتى مع الإغماض عن العقد الفاسد و الوجه في عدم الصحة أولا ان التراضى كذلك يكون من العالم بفساد العقد و كلام المحقق و الشهيد الثانيين مطلق و ثانيا انه لو كان الرضا بتصرف الآخر من دون قصد الملك و المعاوضة فلا يكون هذه معاطة بل إباحة مالكية تبقى ما دام العلم بالرضا و لا يكفي فيها عدم العلم بالرجوع و لا يترتب عليه أثر المعاطة من حصول الملك بتلف احدى العينين أو جواز التصرف إلى إحراز الرجوع و ان كان الرضا بعنوان المعاوضة بين المالكين في الملك فهذا هو الرضا بالملك في العقد السابق و ليس امرا حادثا و المفروض عدم كونه مؤثرا في حصول الملك بمجرد أو مع العقد المزبور.

أقول - التراضى الجديد بمعنى مجرد رضاه بتصرف الآخر في ملكه و ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٢

و هذا ليس ببعيد على القول بالإباحة (١).

**[مقدمة في خصوص ألفاظ عقد البيع]**

إشارة

قوله مع الإشارة إليه في بعض النصوص (٢).

لا- يكون معاطاة فلا- يجوز به الا- التصرف غير الموقوف على الملك لأن التراضي المزبور بإباحة مالكية الا- انه يكفي في بقائها الاستصحاب و ما ذكره (ره) من ان جواز التصرف يبقى ما دام العلم بالرضا و لا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع غير صحيح. و بتعبير آخر قد لا- يحرز تعلق الرضا من الأول بهذا التصرف الذي يريده الآخر ففي مثل ذلك لا مورد للاستصحاب باعتبار كون الرضا بالتصرف انحلاليا و هذا الفرد من التصرف لم يحرز تعلق الرضا به من الأول و قد يعلم انه كان راضيا بهذا التصرف و يحتمل الان حصول البدل له و رجوعه عن رضاه و هذا مورد الاستصحاب.

(١) أقول الإباحة في المعاطاة ليست مالكية بل هي حكمية و يكون قصد المتعاطيين الملك لا الترخيص للآخر في ماله و الملك المنشأ في المعاطاة بناء على الإباحة لا يكون ممضى الا بعد حصول أحد الملزمات المتقدمة و على ذلك فكيف يمكن تحقق الملك بدون الإنشاء قولاً أو فعلاً.

و اما مسئلة أخذ الماء و وضع الفلوس في دخل السقاء و أخذ البقل و وضع الفلوس في المكان المعد له فقد ذكرنا فيهما في الأمر الثاني فراجع.

(٢) المراد الروايات المتقدمة في المعاطاة التي ذكر (ره) ان فيها ظهوراً و إشعاراً إلى اعتبار اللفظ في البيع اللازم كرواية إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام.

أقول لازم ما ذكر (ره) في هذا الأمر من عدم جريان حكم المعاطاة على المعاملة المنشأة باللفظ غير المعتبر مع ما سيأتي منه (ره) من اعتبار اللفظ في البيع اللازم و عدم كفاية الكتابة مع التمكن على التلفظ ان يحكم بالفساد فيما إذا كان إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٣

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

إنشاء البيع بالكتابة مع التمكن على التلفظ بان لا يحرى عليه حكم المعاطاة أيضا و لا أظن إمكان الالتزام ببطلان المعاملات الدارجة بين العقلاء من المتشعبة و غيرهم التي يكون إنشائها بالكتابة.

(١) يعني الاشتراط مقتضى استصحاب بقاء الملك بحاله، و عدم حدوث الانتقال و لكن لا يخفى ان هذا الأصل لا تصل النوبة إليه في مقابل إطلاق أدلة المعاملات و عموماتها فان اعتبار اللفظ فيها على تقديره شرط زائد على أصل حصول عناوينها فيكون مع الشك في الاعتبار مقتضى الإطلاق أو العموم عدمه كما مر تفصيل ذلك في بحث المعاطاة و ذكرنا عدم الفرق في صحه هذا التمسك في موارد الشك بين القول بإفادة المعاطاة الملك أو الإباحة فعلى كلا التقديرين يكون القدر المتيقن من التخصص أو التقييد، صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ و اما مع عدمها فلا تخصيص و لا تقييد.

فما يظهر من المصنف (ره) من ان الأخذ بالعموم أو الإطلاق موقوف على القول بإفادة المعاطاة الملك لا يمكن المساعدة عليه. لا يقال ما وجه افتراق المقام عن موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر الارتباطيين حيث ان المقرر هناك جريان البراءة عن كون شيء شرطاً أو جزءاً أو مانعاً و تكون باعتبار كونها معينة لمتعلق الأمر حاكمه على استصحاب الوجوب، و في المقام يكون أصالة العدم في ناحية اعتبار اللفظ مثلاً في حلية البيع و وجوب الوفاء به معينة لكون الموضوع لهما ذات البيع.

و بالجملة لا فرق في جريان البراءة بين مورد الحكم التكليفي و الوضعي و يكون جريانهما في ناحية عدم القيدية معينة لموضوع الحكم الوضعي و مع تعيينه لا يبقى مجال لاستصحاب الحكم يعني عدم حدوث الأثر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٤



.....

فإنه يقال لا تجرى البراءة في نفي الشرط أو القيد للموضوع أو المتعلق الا فيما إذا كان الحكم المجعول واحدا و دار الأمر بين تعلقه بذات المطلق أو به مقيدا بقيد كما في مسألة دوران الأمر بين الأمر بين الأقل و الأكثر الارتباطيين، و اما إذا كان الحكم انحلاليا كما في المقام فلا- مورد للبراءة عن القيد لان ثبوت الحكم للأفراد الواجدة للقيد، محرز و الشك في ثبوت حكم آخر للفرد الفاقد و مقتضى الأصل عدم جعل ذلك الحكم له كما لا يخفى.

و ذكر السيد الخوئي (طال بقاءه) ان عدم الرجوع الى البراءة باعتبار انه ليست الشرطية أو المانع غير أخذ الشيء الوجودي أو العدمي في متعلق الأمر أو موضوع الحكم و ليس أخذ الشيء الوجودي أو العدمي في نفسه تكليفا لتجري البراءة عنه و ما يكون في موارد الأقل و الأكثر الارتباطيين مجرى البراءة هو الوجوب المتعلق بالأكثر و لا يعارض بالوجوب المتعلق بالأقل، حيث ان أصالة البراءة لا تعم موردا لا- يكون جريانها فيه امتنانا و جريانها في ناحية الأقل خلاف التوسعة و لا يكون في رفعه امتنان و من الظاهر انه لا تكليف في المقام بل ثبوت الأثر للمعاطاة الفاقدة للشرط المحتمل غير محرز و الأصل عدمه.

أقول ليس لنا سبيل الى ان مجرى البراءة لا بد من ان يكون تكليفا بل كل ما يكون قابلا للرفع و الوضع فالبراءة يرفعه و أخذ الشيء في متعلق التكليف فيه كلفه زائدة حيث يترتب عليه حكم العقل بلزوم رعايته في المأتي به فأصالة البراءة تجرى في ناحيته و لو مع عدم كونه تكليفا و الصحيح في توجيه أصالة الفساد في المعاملة ما ذكرنا فتأمل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٥

بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس (١).

و المراد بالصريح كما يظهر (٢)

(١) و تقريره ان الطلاق يعتبر في إنشائه الصيغة الخاصة فلا يكفي فيه مطلق اللفظ فضلا عن غير اللفظ و مع ذلك قد ورد ان إطلاق الأخرس يكون بالإشارة و لا يمكن حمل ذلك على صورة عدم تمكنه على التوكيل فان عدم التمكن عليه فرض نادر لا يمكن حمل الإطلاق عليه، و إذا جاز الإنشاء بالإشارة مع التمكن على التوكيل في الطلاق جاز في غيره قطعا.

أقول لا- يمكن استفادة عدم لزوم التوكيل في مطلق غير التمكن على مباشرة اللفظ من رواية طلاق الأخرس بل غاية الأمر ان يقال بجواز إشارة الأخرس في سائر العقود و الإيقاعات أيضا إلحاقا لها بالطلاق بالفحوى و اما إذا كان عدم التمكن لعدم المعرفة باللغة العربية مثلا- فلا- يمكن القول بجواز طلاق غير العارف بغير الصيغة المخصوصة ليتعدى منه الى سائر العقود و الإيقاعات بل اللازم التوكيل أخذا بما دل على ان الطلاق لا يكون إلا بالصيغة الخاصة.

(٢) و خلاصة ما ذكره ان المراد بالصريح التعبير عن المعاملة بلفظ يكون ذلك اللفظ موضوعا لتلك المعاملة لغة و شرعا كما ان المراد بالكناية اللفظ الموضوع لمعنى يكون ذلك المعنى لازما لتلك المعاملة فيكون دلالة على اللازم بالوضع و على الملزوم اي تلك المعاملة بالقرينة كانت تلك القرينة جلية أو خفية و القول باعتبار الصراحة بهذا المعنى في العقود اللازمة و عدم كفاية الكناية كانت القرينة جلية أو خفية لا يساعد عليه الروايات المتفرقة في أبواب العقود و كلمات الأصحاب الناظرة الى بيان صيغ مطلق البيع أو بعض افراده كبيع السلم و صيغ سائر العقود فان مقتضاها الاكتفاء في الإنشاء بكل لفظ يكون ظاهرا في المعاملة المقصودة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٦

على انهما من الكنايات (١) و لكن هذا الوجه لا يجري (٢)



سواء كان ظهوره فيها بالوضع أو بالقرينة.

وقد اختار ذلك جماعة من المتأخرين و حكوه عن جماعة أخرى و بما أن ملاحظة كلمات الفقهاء في أبواب العقود تقتضى بعدم اعتبار الصراحة بالمعنى المتقدم و مع ذلك اشتهر عنهم بعدم العبرة في المعاملات بالمجازات فقد جمع المحقق الثاني بين الأمرين بحمل المنع على المجازات البعيدة.

ثم ذكر (ره) ان الأحسن من هذا الجمع حمل المنع على ما إذا لم تكن القرينة الدالة على المقصود أو تعيينه لفظا فان مع عدم القرينة اللفظية يخرج المعاملة عن كون إنشائها و الدلالة عليها باللفظ.

(١) اي لا يباع و لا يوهب من الكنايات بالإضافة إلى الوقف فان من لوازم الوقف يعنى أحكامه عدم جواز بيعه و هبته فيكون ذكرهما و ارادة الوقف من الكناية.

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

أقول- بل الجمع المزبور فى نفسه غير صحيح فإن رعاية القرينة الحالية مثلا فى الدلالة، لا تخرج الدلالة على المعاملة و إنشائها عن كونها باللفظ، فلا حظ مثلا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٧

دعوى ان العقود أسباب توقيفية (١)

من رأى بطلا شجاعا فى الحمام و ذكر عند خروجه عنه، أن فى الحمام أسدا، فإنه يصح القول بأنه أخبر و ذكر للناس وجود البطل فى الحمام و الزائد على هذه الدلالة اللفظية، غير معتبر فى إنشاء العقود حيث ان مع القرينة المزبورة، يكون إنشاء الملك و اعتباره باللفظ، بخلاف المعاوضة التى تكون فيها اعتبار الملك و إنشائه بالفعل.

نعم لا يكفى ذلك فى مثل الطلاق لاعتبار الصيغة الخاصة فيه، لا لكون القرينة الحالية، بل لو كانت مقالية أيضا لا تكفى.

و الحاصل ان غاية ما يمكن الالتزام به هو اعتبار إنشاء المعاملة، فى العقود اللازمة، باللفظ، و كون اللفظ المزبور دالا على تلك المعاملة بوجه معتبر، بحيث يكون له ظهور عرفى، كان بطور الحقيقة أو المجاز، و الكناية، و كانت القرينة الحالية، أو مقالية، و ذلك للزوم الأخذ بالإطلاق أو العموم فى أدلة العقود فى غير مورد اليقين بالتخصيص و التقييد، و هو ما إذا خلت المعاملة عن اللفظ رأسا بأن كان إنشائها بالفعل أو نحوه.

(١) و ملخص ما ذكر أنه لا- ينبغى الريب فى عدم جعل الشارع سببا خاصا لكل معاملة يراد بها النقل و الانتقال، كالبيع و الإجارة، ليكون الحكم بكون شىء سببا لهما محتاجا الى ورود خطاب الشرع عليه.

نعم لا بد من رعاية تعبير الشارع عن المعاملة بلفظ خاص أو ألفاظ مخصوصة، بأن ينشأ تلك المعاملة، بذلك اللفظ، أو بتلك الألفاظ أو ما يرادفها لغة أو عرفا فان تعبير الشارع عنها بتلك الألفاظ مقتضاه ترتب الآثار على المدلول المنشأ بها، و إذا كان الإنشاء، بغير تلك الألفاظ و غير مرادفها و قصد المعنى الآخر، كلفظ الهبة بأن يكون قصد المريمه منها فى قولها للرجل وهبتك نفسى معنى التسليط مجانا، فيحكم بالفساد، باعتبار أنه لم يتحقق إنشاء النكاح الذى رتب الشرع عليه الآثار، و ان لم يقصد باللفظ الآخر إلا العنوان المقصود فى الألفاظ الواردة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٨

شراه يشريه ملكه بالبيع (١).

و عنه ايضا كل من ترك (٢).

في خطاب الشرع، ففساده باعتبار دخول الفرض في الكناية التي لا اعتبار بها لخروجها عن الدلالة اللفظية. أقول يلحق بدعوى ان العقود المؤثرة في النقل و الانتقال أسباب شرعية توقيفية، الالتزام برعاية التعبير عنها بالألفاظ الواردة في خطاب الشرع أو بمراد فاتها من سائر اللغات و ذلك فان اللازم ان يكون الكلام المستعمل دالا على العنوان المترتب عليه الأثر سواء كانت دلالة عليه بنحو تعدد الدال و المدلول أو المجاز أو الكناية و إذا قالت المرأة للرجل وهبتك نفسى و جعلتها منك منزلة الحواء من آدم كفى و لا يحتاج إلى الإتيان بما هو موضوع لعنوان النكاح لغه أو عرفا أو بما ورد التعبير في خطاب الشرع. و ثانيا ان قول المرأة كما ذكر مع قصدتها الزوجية يكون من الكناية التي لا تكون خارجة عن الدلالة اللفظية و هو من قبيل التعبير عن الإجارة بيع المنفعة أو بيع سكنى الدار كما في بعض الروايات و المساواة في الدلالة بين الإجارة و بين البيع المضاف إلى المنفعة في الصراحة و عدمها لا تكون دائرة مدار ورود اللفظ و التعبير في كلام الشارع و عدم ورودها كما لا يخفى.

(١) بالتخفيف يعنى اشتراه و قوله باعه يعنى ملكه بالتشديد و مثل الشراء الاشارة في كونه ايضا بمعنى ملكه بالبيع و باعه و قوله فهما يعنى الشراء و الاشارة ضدان يستعمل كل منهما في فعل البائع و المشتري و مقتضى ذلك ان يكونا من الألفاظ المشتركة لفظا. (٢) و ظاهر الحكاية كون لفظ الاشارة مشتركا معنويا بين فعل البائع و المشتري أقول- يحتمل ان يكون لفظ الشراء ايضا كذلك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٩

و ما قيل من ان التمليك يستعمل في الهبة (١) إذ إرادة خصوص لفظ شريت من هذا بعيد جدا (٢).

### [ فرع لو أوقعا العقد بألفاظ المشتركة بين الإيجاب و القبول ]

فرع لو أوقعا العقد (٣).

(١) و لعل القائل أراد ان لفظ التمليك معناه الحقيقي هي الهبة فيكون استعماله في البيع من إنشائه بالمجاز أو بما لا ظهور له في البيع و الجواب ان التمليك مشترك معنى بين البيع و غيره فان كان في البين ذكر العوض للمال الذى تعلق به التمليك بحيث كانت المعاوضة بين المالكين فهو بيع لا غير و ان لم يذكر العوض للمال المزبور فيكون ظاهرا في الهبة و فى تمليك المال مجانا سواء كان لنفس التمليك عوض كما فى الهبة المعوضة أو لا و لو قال ملكت هذا بكذا و أراد به الهبة المشروطة أو المصالحة كانت صحتها مبتنية على جواز إنشاء العقد بالمجازات حيث ان تمليك العين بالعوض هو البيع لا غير بخلاف ما إذا قال ملكت هذا على ان تملكنى كذا فإنه هبة معوضة بلا خلاف حيث ان التمليك الآخر فى الهبة المعوضة عوض عن التمليك الأول.

(٢) لأنه لو كان المراد خصوص لفظ شريت لكان الأنسب ان يقال إيجاب البيع بعت و ملكت و شريت.

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

نعم قد يكون للشراء اثر خاص كما إذا وقع البيع بين الثوب و الحيوان و ادعى من انتقل اليه الحيوان انه كان مشتريا له بالثوب لإنشاء صاحبه إيجاب بيعه بالثوب و ادعى من انتقل اليه الثوب انه اشترى الثوب بالحيوان بإنشاء صاحب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٠

**[بعض ما يعتبر في لفظ الصيغة]****[اعتبار العربية في العقد]**

اعتبار العربية في العقد للتأسي (١).

و كذا اللحن في الاعراب (٢).

الثوب إيجاب البيع، فليس في البين خيار حيوان و على ذلك فيدخل الفرض في مورد الدعوى و الإنكار حيث ان قول من انتقل اليه الثوب مطابق لأصالة اللزوم و قول صاحبه مخالف له.

(١) لا يخفى ان البيع و غيره من المعاملات التي وقعت مورد الإمضاء و سائر الأحكام أمور اعتبارية يعرفها أبناء الملل و سائر الأقوام و ليست أموراً توقيفية ليقع فعل النبي أو الأئمة عليهم السلام مورد التأسي و اختيارهم العربية في انشائاتهم باعتبار ان المعاملات كانت من مراداتهم التي كان تفهيمها و تفهمها في عرفهم بالعربية و بالجملة مقتضى إطلاقات المعاملات و عموماتها عدم اعتبار شيء من العربية و الماضوية أو تقديم القبول و غير ذلك مما لا دخل له عند العقلاء في صدق العقد و عنوان المعاملة من البيع و الإجارة و النكاح و غير ذلك و اما ما قيل من عدم صحة البيع بغير الماضي من العربي يستلزم عدم صحته بغير العربي بطرق اولى فلا يخفى ما فيه لأن إنشاء البيع و غيره بغير الماضي صحيح و صحته بغيره ايضاً مقتضى الإطلاق و العموم و ثانياً ما الوجه في كون العربي غير الماضي اولى من غير العربي و مثل ذلك دعوى عدم صدق العقد على غير العربي مع التمكن على العربي.

(٢) إذا كان اللفظ ظاهراً في المعاملة المقصودة في عرف المتكلم سواء كان مع اللحن في الاعراب أو المادة أم لا بحيث يصدق معه في عرفه انه باع أو تزوج أو غير ذلك كفى في شمول الإطلاق أو العموم و على ذلك فما هو المتعارف عند أهل القرى و البوادي من تبديل حرف الى آخر في مقام التلفظ فيقولون بدل زوجتك جوزتك كفى في إنشاء المعاملة و لا يكون اللحن في الإيجاب أو القبول مع صدق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١١

**[تقديم الإيجاب على القبول]**

قوله ره مثل خبر ابان بن تغلب (١) و التحقيق ان القبول اما ان يكون بلفظ قبلت (٢)

عنوان المعاملة مانعا عن صحتها.

نعم فيما إذا اعتبرت صيغة خاصة كالطلاق فاللحن في المادة يوجب بطلانه باعتبار عدم حصول تلك الصيغة مع اللحن. (١) و في سنده إبراهيم بن فضل قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام كيف أقول إذا خلوت بها قال تقول أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه لا وارثه و لا موروثه كذا و كذا يوماً و تسمى الأجر فإذا قالت نعم فقد رضيت و هي امرأتك و أنت أولى الناس بها «١» و لكن ذكرنا في باب النكاح جواز إيجاب النكاح من كل من الرجل و المرأة فان كلا منهما يخرج به عن الفرد الى الزوج و عليه فقول الرجل للمرأة بما ذكر إنشاء للزوج و إظهار المرأة رضاها قبول من غير ان يكون من قبيل تقديم القبول على الإيجاب.

نعم رواية سهل الساعدي من قبيل الاستيجاب و الإيجاب و لكن في جعل الاستيجاب قبولاً في القضية المزبورة كلام يأتي الإشارة اليه. و الحاصل قد يكون المعاملة بنحو لا يمتاز فيها فعل أحد المتعاملين عن الآخر كما في المصالحة حيث انها التسالم الإنشائي على أمر من المتصالحين و في مثل ذلك يصح لكل منهما إنشاء المعاملة و إيجابها أولاً و قد يكون فعل أحدهما ممتازاً عن الآخر كما في

الإجارة حيث ان فعل الموجد تمليك المنفعة بالعوض و هذا لا يصح إنشاءه من المستأجر إلا وكالة أو فضولا و النكاح من قبيل الأول و البيع من قبيل الثاني و عليه فقول الرجل للمرأة أتزوجك إنشاء نكاح لا قبول مقدم.

(٢) تعرض (ره) في المقام لتقديم قبول البيع على إيجابه أولا

(١) وسائل باب (١٨) من أبواب النكاح المتعة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٢

.....

و لتقديم قبول سائر العقود على ايجاباتها ثانيا و ملخص ما ذكره في تقديم القبول انه لا يجوز تقديمه على إيجابه فيما إذا كان بلفظ قبلت أو رضيت أو بنحو الأمر و الاستيجاب و لكن لا بأس بالتقديم فيما إذا كان بلفظ ملكت بالتخفيف أو اشترت أو اتبعت و نحوها و الوجه في ذلك انه يعتبر اشتغال قبول البيع على أمرين أحدهما الرضا بإيجاب البائع و الثاني تمليك المشتري ماله من البائع عوضا عن المبيع بمعنى إنشاء ملكيته مال البائع لنفسه جاعلا ماله عوضا عن المبيع.

و ان شئت قلت يكون إدخال المشتري مال البائع في ملكه أولا كما هو مدلول اشترت و إخراج ماله عوضا ثانيا كما هو مدلول قوله بكذا و هذا عكس إنشاء البائع فإنه يكون إخراج ماله أولا كما هو مدلول قوله بعث و إدخال مال المشتري عوضا ثانيا كما هو مدلول قوله بكذا ثم ان القبول بلفظ قبلت أو رضيت مع تأخيره عن الإيجاب يدل على الرضا بالإيجاب و على الإنشاء المزبور و لو بالالتزام و اما مع تقديمه على الإيجاب فلا دلالة له الا على الرضا بما يفعله البائع في المستقبل و اما الإنشاء فعلا بأن ينشأ المشتري ملكية مال البائع لنفسه فعلا جاعلا ماله عوضا عنه فلا دلالة له على ذلك حتى بالالتزام.

نعم إذا كان القبول بلفظ اشترت و اتبعت و ملكت و نحوها فمع تقديمها ايضا يتحقق كلا الأمرين فإن القبول مع الألفاظ المزبورة ظاهر في الرضا بالإيجاب و في ان القابل قد أنشأ ملكية مال صاحبه لنفسه فعلا جاعلا ماله عوضا عنه و الحاصل يكون مدلول مثل لفظ اشترت حتى مع تقديمه على الإيجاب قبولاً و ليس المراد ان اشترت متضمن لمعنى المطاوعة التي هي ملاك تحقق القبول حقيقة و المراد بالمطاوعة ان ينشأ الإنسان التزامه بما حصل من إيجاب الغير المعبر عن ذلك بقبول

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٣

.....

الأثر و اشترت أو نحوه من الألفاظ لا يتضمن هذه المطاوعة إلا مع تأخيره عن الإيجاب و لذا يقال الأصل في القبول لفظ قبلت و غيره بدل بل المراد انه لا دليل على اعتبار المطاوعة في تحقق قبول البيع فان المعبر في صدق الشراء إنشاء الملكية على ما تقدم مع إظهار الرضا بالإيجاب فتكون النتيجة جواز تقديم القبول بمثل اشترت.

و مما ذكر ظهر عدم جواز تقديم القبول بالاستيجاب و الأمر بل لا بد من قبول البيع بعد تحقق الإيجاب حيث ان الأمر و الاستيجاب يدلان على الرضا ببيع البائع و اما إنشاء الملكية فهو خارج عن مدلولها و الاستدلال على جواز قبول البيع بهما بفحوى ما ورد في النكاح من رواية السهل الساعدي و خبر ابان بن تغلب ضعيف لان جواز التقديم في الأصل يعني النكاح غير ثابت حيث ان رواية سهل لا دلالة لها على اكتفاء السهل في قبول النكاح باستيجابه السابق بل من المحتمل انه قد قبل الإيجاب بعد قول رسول الله (ص) زوجتكها بما تحسن من القرآن فعلمها إياه.

و يؤيد هذا الاحتمال وقوع الفصل الطويل بين الاستيجاب و الإيجاب بما جرى بينه و بين رسول الله (ص) من أخذ ورد و خبر ابان

قاصر الدلالة على جواز التقديم من حيث دلالته على جواز إيجاب النكاح بقول المرأة نعم مع ان المعروف بينهم من ألفاظ النكاح أنكحت و زوجت و متعت.

ثم على تقدير ثبوت الجواز في الأصل يعنى النكاح يكون التعدى إلى البيع بالأولوية ممنوعا فإنه يمكن ان يكون تجويز قبول النكاح بالاستيجاب للتوسعة فإن الإيجاب فيه يكون من المرأة و ربما حياؤها يمنعها عن البدء بالإيجاب أو لا فشرع فيه تقديم القبول بالأمر و الاستيجاب و لذا بعض العامة مع تجويزهم ذلك فى النكاح منعه فى البيع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٤

فكل من رضيت و اشترت بالنسبة إلى إفادة نقل المال (١) ثم ان ما ذكرنا جار فى كل قبول (٢)

(١) يعنى لفظ رضيت مع التقديم لا- يدل على إنشاء الملكية بل يدل على المطاوعة أى الرضا بما يفعله البائع و لفظ اشترت مع التقديم يدل على إنشاء الملكية دون المطاوعة.

أقول: دلالة لفظ اشترت على المطاوعة بمعنى الرضا بفعل البائع متحققه التراما حتى فى صورة تقديمه و انما لا يكون فيه المطاوعة بمعنى إنشاء الالتزام بقبول الأثر و هذه المطاوعة لا تكون فى لفظ رضيت ايضا مع تقديمه و لذا قيل ان القبول حقيقه لا يمكن ان يتقدم على الإيجاب و يأتى منه (ره) عدم جواز تقديم قبول الرهن على إيجابه لاعتبار المطاوعة فى قبوله.

(٢) و هذا تعرض لجواز تقديم القبول على الإيجاب فى سائر العقود و حاصله انه لو كان القبول المعتبر فى العقد مثل قبول البيع فى اعتبار دلالة على الرضا بالإيجاب و تضمنه لإنشاء مغاير لإنشاء الموجب كما فى قبول الإجارة بلفظ تملك المنفعة لجاز فيه التقديم و لو قال المستأجر ملكت أو تملك المنفعة الفلانية بالأجرة الكذائية و قال الموجر بعد ذلك ملكتها بها و نحو ذلك كفى، و يجوز ايضا تقديمه على الإيجاب فى كل عقد لا يعتبر فى قبوله الا الرضا بالإيجاب كما فى قبول الرهن و القرض و الهبة و الوكالة و العارية و نحوها الا ان الظاهر عدم كفاية القبول فى الرهن و القرض و الهبة كذلك بل يعتبر فى قبولها المطاوعة بمعنى إنشاء الالتزام بالأثر حتى يصدق معه عنوان الارتهان أو الاقتراض أو الاتهاب و قد تقدم آنفا ان تحقق المطاوعة يكون بتأخر القبول فقط.

و الحاصل لا يجوز تقديم القبول فيها كما لا يجوز تقديمه فى العقد الذى لا يختلف فيه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٥

.....

إنشاء الموجب و القابل كالمصالحة التى تتضمن المعاوضة بين المالين، فإنه يمكن إنشاء هذه المصالحة من كل منها بقوله صالحت مالى بمالك و حيث ان المصالحة من العقود و لا تكون بإيجابين بل بالإيجاب و القبول فلا بد من صدور القبول من أحدهما و بما ان قبلت أو رضيت مع تقدمها على الإيجاب لا يدلان الا على الرضا بالإيجاب دون إنشاء المعاوضة فلا بد من تأخيرهما عن الإيجاب ليتم دلالتهما على الأمرين معا و هذه بخلاف المصالحة على ملك المال مجانا أو على الإبراء فإن الإيجاب فيها يكون من مالك المال و المبرء بالكسر.

فقد تحصل من جميع ما ذكر جواز تقديم القبول على الإيجاب فى موردين أحدهما- ما يكون القبول فيه حتى مع تقديمه دالا على الرضا بالإيجاب و على الإنشاء المغاير لإنشاء الموجب الثانى- ما لا- يعتبر فى قبوله إلا الدلالة على الرضا بالإيجاب و انه لا يجوز تقديمه فيما إذا لم يكن إنشاء القابل مغايرا لإنشاء الموجب كالمصالحة فى المالين كما لا يجوز فى عقد يكون المعتبر فيه حصول المطاوعة فى قبوله بمعنى إنشاء الالتزام بأثر الإيجاب كما فى الرهن و الهبة و القرض.

هذا ملخص كلامه (ره) فى المقام و فيه موارد للنظر منها ما ذكره من اعتبار المطاوعة بمعنى الانفعال و إنشاء الالتزام بالأثر فى قبول

القرض و الهبة و الرهن فاني لا- أظنه ره أو غيره بالالتزام بعدم كفاية قبول القابل إذا قال للواهب تملك مالك مجاناً و قال الواهب بعد ذلك وهبتك إياه أو ملكتك إياه و كذا الحال في القرض بان قال المقترض تملك منك مائة دينار مع الضمان و قال المقرض خذها أو قال المرتهن أخذت مالك الفلاني رهنا على دينك و قال الراهن أرهنت و منها ما ذكره (ره) من ان قبلت و رضيت لا دلالة لهما على الإنشاء مع تقديمهما على الإيجاب و الوجه في النظر انه لو قال المشتري قبلت هذا الثوب بدينارين مثلاً و قال البائع بعد ذلك قد بعته بهما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٦

و منه الفورية في استتابة المرتد (١) و منه السكوت في أثناء الأذان (٢) و منه تحريم المأمومين في الجمعة (٣) و منه الموالاة في التعريف (٤)

فقد تم البيع لان لكل من قبلت و رضيت حتى مع تقديمه على الإيجاب دلالة على الإنشاء المعتبر في القبول مع ذكر المالكين بنحو ما ذكروا ثالثاً لا يبعد ان لا يعتبر في تحقق عنوان المعاملات إلا إنشاء الرضا بها قبل الإيجاب أو بعده.

و الحاصل ان المعتبر في حصول عنوان العقد هو إنشاء الرضا بالإيجاب:

و المحصل من جميع ما ذكرنا ان المتبع في المعاملات هو الإطلاع أو العموم في أدلة إمضاءها من غير فرق بين تقدم قبولها على إيجابها أو تأخره عنه و دعوى الانصراف الى الثاني يدفعها تتبع المعاملات العرفية و انه لا دخل في صدق عناوينها كيفية إنشائها من جهة تقديم الإيجاب أو تأخره.

(١) أي من اعتبار الاتصال وجوب الفورية في توبة المرتد حيث يجب عليه المبادرة إليه بعد طلب التوبة منها و قيل عليه الإجابة إلى ثلاثة أيام.

(٢) أي من اعتبار الاتصال السكوت الحاصل في أثناء الأذان فاللزام أن يكون قليلاً فان كان كثيراً أبطله.

(٣) يعني من اعتبار الاتصال لزوم دخول المأمومين في صلاة الجمعة قبل ركوع الإمام.

(٤) يعني من اعتبار الاتصال لزوم الموالاة في تعريف اللقطة بأن تعرف على نحو لا ينسى في كل مرة أنه تكرر للتعريف السابق.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٧

و ما ذكره حسن لو كان حكم الملك و اللزوم (١) سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظاً (٢) و غاية ما يمكن في توجيهه (٣)

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

هذا أولاً- و ثانياً ان الموالاة بالمعنى المزبور لا- اعتبار بها حتى في صدق عنوان العقد بل لو كان الإيجاب السابق بحيث له بقاء في الاعتبار يتم مع قبوله عنوان العقد و يظهر ذلك بملاحظة المعاملات الجارية بين العقلاء من الأقوام و الملل بالكتابة و المخابرة أو حتى بإيصال المال فإن إيصال المال بقصد تملكه بالعوض إلى الآخر في بلد آخر إيجاب و ليس الإيجاب هو الإيصال إلى زمان الوصول كما ذكر النائي (ره) و ادعى ان الإيجاب هو أمر واحد مستمر الى حين القبض الذي يعتبر قبولاً و ذلك فإن الإيصال بحدوثه بقصد التملك بالعوض إيجاب و قبض الآخر قبول و يشهد لذلك مراجعة بناء العقلاء نعم رد الإيجاب و إلغائه يجعله في اعتبار العقلاء بحيث لا يلتزم مع القبول بعد ذلك.

(٢) كما إذا كان به تمام اللفظ كالأعراب و مدخول الأعراب و مدخول الحروف و نحوها و الارتباط بالكلام معنى كونه من متممات المعنى كالظرف في الكلام أو سائر العقود.



(٣) ظاهر الروايات هو استتابة المرتد إلى ثلاثة أيام فإن تاب إلى تمامها فهو ولا يقتل والحاصل ان التوبة وان تكون واجبة بعد الاستتابة الا انه لا باعتبار الموالاة بينها وبين التوبة بل باعتبار ان الإسلام في كل زمان مطلوب حتى حال الاستتابة و إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٨  
و لعل هذا موهن آخر (١)

قبلها كما لا يخفى، وكذلك يجب على المأمومين في صلاة الجمعة التكبير قبل ركوع الامام لا اعتبار الموالاة بينها وبين تكبير الإمام بل باعتبار انه لا يكون إدراك الصلاة إلا بذلك ولذا لو كبر الامام والمأمومين دفعة واحدة كفى.  
(١) الموهن الأول ما تقدم آنفا من انه لا دلالة فيها على اقتصار الرجل في قبوله النكاح باستدعائه و وجه عدم الدلالة عدم ورودها في مقام بيان كيفية عقد النكاح بل حكاية قضية شخصية لبيان جواز جعل تعليم القرآن مهرا.  
و الموهن الثاني لزوم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول.

ولكن لا يخفى ما فيه فان قبول الإيجاب ليس استدعائه الأول ليقال بتخلل الفصل الطويل بينه وبين إيجاب النكاح بل انه قد كرر استدعاء بعد نداء رسول الله (ص) ثانيا و ثالثا و قد سئل رسول الله (ص) في الثالثة عن عرفانه القراءة في الفحص عما عنده مما يمكن جعله مهرا فأجاب الرجل بنعم الذي يمكن جعله في أمثال المقام قبولا من غير تخلل بين الإيجاب والقبول بالأجنبي أو غيره و على تقدير كون القبول هو استدعائه الأخير فلا فصل بين الإيجاب والقبول بالأجنبي فلاحظ الحديث (١).  
و ذكر النائيني (ره) وجها آخر لاعتبار الموالاة بين إيجاب العقد و قبوله و هو ان العقد في حقيقته خلع و لبس و ان الموجب كأنه يخلع ثوب سلطانه على المال مثلا- و يلبسه القابل و مع تحقق الفصل يتحقق الخلع دون اللبس: و فيه ان العقد ليس بذلك و الشاهد ملاحظة العقود حتى التملكية كبيع الكلي بالذمة فضلا عن مثل عقد النكاح أو المضاربة و الوكالة و نحوها و ثانيا على تقدير كون العقد في حقيقته ما ذكر فيكفي في تحقق اللبس بقاء الخلع و عدم إلغاءه و مع حصول اللبس

(١) الوسائل الجزء (١٥) الباب (٣) من المهور

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٩

### [التنجز في العقد]

بان لا يكون معلقا على شيء بأداء الشرط (١)

في أي زمان يتحقق المجموع.  
و الحاصل يعتبر في حصول القبول بقاء الإيجاب و عدم الغاية في اعتبار العقلاء الى حصول القبول و عليه فإذا شك في بقاءه و عدمه في اعتبارهم يحكم بالبطلان لان التمسك فيه بعموم الوفاء بالعقد بل بإطلاق حل البيع و نحوه كما ذكر يكون من التمسك بالعام أو المطلق في الشبهة في المصداق.

(١) المراد بال تعليق ان يكون مفاد العقد مساويا للقضية الشرطية التي يجعل فيها المنشأ جزاء و المعلق عليه لذلك المنشأ شرطا سواء كان في البين تصريح بتلك القضية الشرطية كقوله إذا كان يوم الجمعة أنت و كيلى في بيع دارى أم لا كقوله أنت و كيلى يوم الجمعة في بيع دارى فإن يوم الجمعة بحسب الظهور العرفي قيد لنفس الوكالة المنشأة و بذلك يفترق عن قوله أنت و كيلى و لا تبع الا يوم الجمعة فإن يوم الجمعة في هذا بحسب الظهور قيد لمتعلق الوكالة يعني بيع الدار لا- لنفس الوكالة فيكون الفرق بينه و بين سابقه



كالفرق بين الواجب المشروط و المعلق فالقييد في الأول نظير ما في الواجب المشروط قيد لمضمون الجزاء يعنى الحكم و في الثانى قيد للمتعلق.

و لا يخفى ان الشرط في المعاملات المحكوم بجوازه ليس بمعنى تعليق العقد عليه بل هو إزام و التزام آخر زائد على أصل العقد فلا يكون مثل قوله بعث هذا بكذا على ان تخطى لى هذا الثوب بمعنى تعليق البيع المزبور على الخياطة بل شرطها التزام الطرف بخياطته زائدا على أصل البيع و توضيحه موكول الى باب الشروط.

و كيف كان فقد يظهر من العلامة و الشهيد قدس سرهما ان الوجه في اشتراط التنجيز في العقود و كون التعليق فيها مبطلا هو اعتبار الجزم فيها و معناه مقابل التردد بان يكون العاقد. عالما بحصول المنشأ في نظره و إذا قال ان جاء ولدى من سفره إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٠

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

هذا اليوم فقد بعثك هذا المال بكذا فلو سئل القائل المزبور عن حصول الملكية للطرف في نظره و بحسب إنشاءه فيجب بلا أدري و هذا التردد مانع عن صحة العقد.

و لا- يخفى انه لو كان وجه الاعتبار ما ذكر فلأزمه عدم البأس بالتعليق فيما إذا كان المعلق عليه وصفا الى ما يكون حصوله و لو في المستقبل محرزا إذا مع الإحراز لا يكون للعاقد ترديد و اعتذار الشهيد ره بأن العبرة في فساد العقد بجنس الشرط حيث ان جنس الشرط في معرض عدم الحصول و لا عبرة ببعض أنواعه كما ترى.

(١) يعنى لازم ما ذكر من اعتبار الجزم و عدم جواز التعليق ان لا يصح قول البائع للمشتري ان كان المتاع لى فقد بعث بكذا كما إذا اشترى المشتري المزبور المتاع من قبل بثمان بدمته و ادعى على الآخر انه اشتراه له وكالة فالتماع له و الثمن على عهدته فأنكر الآخر الوكالة و قال للوكيل المزبور ان كان المتاع لى فقد بعثك بمثل الثمن المزبور حيث ذكر جماعة ان بيع الموكل المزبور بهذا النحو طريق الاحتياط ليكون المال ملكا واقعا للوكيل المزبور، فيثبت الثمن بدمته و كذا فيما إذا زوجه شخص امرأة بدعوى الوكالة منه فأنكر الزوج الوكالة أو ادعت المرأة انها زوجه له فأنكر الزوج فان طريق الاحتياط في أمثال المقام على ما ذكروا هو الطلاق بقوله ان كان زوجتى فهى طالق.

و على ما ذكر من اعتبار الجزم لا يصح هذا الاحتياط.

(٢) و بعبارة أخرى التعليق انما يكون مانعا فيما إذا أمكن إطلاق العقد و تنجيزه و اما إذا كان بحيث لا يمكن جعله منجزا مع دخالة المعلق عليه في ذلك و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢١

و تفصيل الكلام ان المعلق عليه (١)

عدم تماميته بدونه فلا بأس بالتعليق عليه.

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

فإنه يقال هذا غير صحيح لعدم الاضطرار إلى إنشاء البيع قبل تملك المال أو الطلاق قبل التزويج هذا مع النص الوارد في عدم الطلاق قبل الزواج و عدم البيع الا بعد الملك و هكذا.

(١) ذكر (ره) للتعليق صوراً ثمانية فإن المعلق عليه اما ان يكون امرا حالياً أو استقباليا و كل منهما اما محرز حصوله أو محتمل و كل من هذه الأربعة اما ان يتوقف صحة العقد و تمامية على حصوله أو لا و يستفاد من كلامه (ره) الحكم بالصحة.

في خمس صور منها و البطلان في ثلث فإنه ان كان المعلق عليه امرا حاليا محرزا حصوله فلا- بأس بالتعليق عليه سواء كانت صحة العقد موقوفه على حصوله أم لا بل لا تعليق حقيقة مع إحراز حصول المعلق عليه عند الإنشاء و إذا كان المعلق عليه امرا استقباليا محرزا حصوله فان كان حصوله الاستقبالي دخيلا في صحة العقد و تماميته كقبض الثمن في المجلس في بيع السلم فلا بأس به كما تقدم عن الشهيد و يأتي في فحوى كلام الشيخ من المبسوط في مسألة ان كان لي فقد بعته.

و ان لم يكن الأمر الاستقبالي المحرز حصوله دخيلا- في صحة العقد و يعبر عنه بالوصف فالتعليق عليه مبطل بالإجماع و ان كان المعلق عليه مشكوك الحصول و لم تكن صحة العقد موقوفه عليه فالتعليق عليه مبطل سواء كان امرا حاليا أو استقباليا بل هذا هو المتيقن من صور التعليق المبطل و ان كان المشكوك حصوله مما يتوقف عليه صحة العقد امرا حاليا أو استقباليا فالظاهر من كلام الشيخ (ره) في مسألة ان كان لي فقد بعته عدم البأس به فهذه هي الصور الثمانية.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٢

و التقدير ان مات مورثي (١) لأنه انما يصح بيع هذه الجارية من الموكل (٢) و هذا لوجه و ان لم ينهض لدفع محذور التعليق (٣)

(١) ليس المراد ان مات مورثي مستقبلا ليكون من قبيل ان تملك المال الفلاني فقد بعته منك بكذا أولوا زوجت فلانة فهي طالق بل المراد ان كان مورثي ميتا بالفعل فقد بعث المال و هذا من التعليق الذي ذكر الشهيد (ره) عدم البأس به باعتبار توقف صحة العقد عليه و سيأتي جوازه في كلام الشيخ (ره) أيضا في مسألة ان كان لي فقد بعته، و لا يخفى ان هذا التعليق انما يتصور فيما إذا لم يقع البيع من الوارث بعنوان الفضولي أو نظير بيع الغاصب حيث يرى نفسه في بنائه مالكا و الا- لم يكن في البيع تعليق معنى كما انه لا تعليق فيه لفظا.

(٢) فرض المسألة ما إذا اشترى جارية بمال على الذمة و ادعى على آخر انه كان و كيلا عنه في شرائها فالجارية له و الثمن على عهده فأنكر الآخر الوكالة و قال لمدعيها ان كانت الجارية لي فقد بعته منك بمثل الثمن المزبور فهذا التعليق لا بأس به لأنه انما يصح بيع ذلك الآخر تلك الجارية من الوكيل على تقدير كونه مالكا لها بان كان قد اذن للوكيل المزبور في الشراء له و هو فرض صحة دعوى الوكالة.

(٣) و بتعبير آخر مدلول عقد البيع مثلا جعل ملكية البيع للمشتري بإزاء الثمن و هذا المدلول كما لا يكون معلقا على تسليم الثمن أو المثلن كذلك لا- يكون معلقا على كون البائع مالكا بل حكم الشارع بالملكية و إمضائه المزبور معلق على ذلك و هذا الإمضاء و الحكم بالملكية أمر خارج عن فعل العاقد و مترتب عليه ترتب الحكم على موضوعه فيكون النتيجة أن مدلول العقد لا يكون فيه تعليق واقعا و ما فيه التعليق ليس من كلام المتكلم أصلا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٣

و العمدة في المسألة هو الإجماع (١) و ربما يتوهم ان الوجه في اعتبار التنجيز (٢) و ما قيل من ان ظاهر (٣)

(١) إحراز كون الإجماع تعديلا لا مدرسيا مشكل جدا فان مع ذكر الوجوه المذكورة في عدم جواز التعليق و عدم تماميتها عندنا لا يمكن الاطمئنان بان المدرك لاتفاقهم كان امرا آخر لم يصل إلينا و لو وصل لكان تاما عندنا ايضا و لكن يمكن دعوى انصراف أدلة المعاملات عن التعليق في الصور الثلاث المتقدمة فالحكم فيها بالبطلان لقصور دليل الإمضاء لا مانع خارجي و لذا لا يصح البيع بتملك الشئ للآخر مستقبلا حتى فيما كان جعل بنحو الواجب المعلق حيث ان تملك العين موقتا غير معهود عند العقلاء بخلاف تملك المنفعة كما لا يخفى مع انه لا يبعد ان يكون تعليق البيع على مثل مجيء الولد حالا أو استقبالا موجبا لكون البيع غرريا و لكن هذا لا يجري في جميع العقود فضلا عن الإيقاعات.

(٢) ربما يستدل على بطلان التعليق في العقود بما اشتهر بان الإنشاء غير قابل للتعليق و أجاب المصنف (ره) بما حاصله انه ان أريد بالإنشاء نفس الاعتبار و جعل الذي يكون مدلول الهيئة في قول البائع بعث أو ملكت المال بكذا فإنه و ان لا يتصور التعليق فيه بان لا يكون للقول المزبور مدلول الأعلى تقدير حصول المعلق عليه و لكن لا كلام في المقام في التعليق المزبور بل الكلام في تعليق المعبر و المنشأ أي الملكية في المثال بان يكون المعجول الملكية على تقدير و هذا واقع عند العرف و العقلاء فيقع البحث في وجه عدم جوازه و كونه موجبا لبطلان العقد.

(٣) يعني ان يكون العقد بحيث يترتب عليه وجوب الوفاء بعد تماميته و إذا كان في البين تعليق، يتخلل بين العقد و وجوب الوفاء به، انتظار حصول المعلق عليه و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٤

.....

أجاب (ره) عن ذلك بوجوه: أولاً- عدم انحصار دليل صحة البيع مثلاً بآية وجوب الوفاء بالعقود حتى لا يمكن التمسك بها في صورة تعليق العقد بل يمكن الأخذ في الحكم بصحة البيع على وجه التعليق بآية أحل الله البيع أو حديث الناس مسلطون على أموالهم. لا- يقال كما أن ما دل على ترتب وجوب الوفاء على العقد مقتضاه عدم التخلل بين العقد و وجوب الوفاء به كذلك آية حل البيع مقتضاها عدم الفصل بين البيع و حليته و نفوذه و كذا الأمر في حديث السلطنة.

فإنه يقال الظاهر من البيع معناه الاسم المصدري كما ذكرنا سابقاً و معناه كذلك لا يتم الا بعد حصول المعلق عليه فلا يتخلل بين تمام المعنى الاسم المصدري و نفوذه فصل هذا على تقدير كون المراد من الحلية الوضع و على تقدير كونها تكليفاً فالأمر أوضح فان الحلية التكليفية ترخيص في إيجاد البيع أو في التصرفات المترتبة عليه فتكون ثابتة للبيع قبل إنشائه لا ثابتة له على تقدير إنشائه كما في دليل وجوب الوفاء بالعقد حيث آية وجوب الوفاء بالعقد لا يقتضى وجوب نفس البيع و العقد بل مقتضاه وجوب الوفاء به على تقدير حصوله بخلاف أحل الله البيع فإنها ترخيص في نفس البيع و في التصرفات المترتبة عليه.

و مما ذكرنا يظهر الحال في حديث السلطنة، نعم ذكرنا سابقاً أنه لا يمكن التمسك بحديث السلطنة إلا في مورد الشك في ولاية المالك على التصرف المشروع في نفسه لا في مورد الشك في مشروعية نفس التصرف كما في المقام لان الكلام في مشروعية تعليق العقد و عدمها.

و ثانياً بان الاستفادة من آية وجوب الوفاء هو الالتزام بمدلول العقد عملاً فان كان مدلوله الملك المطلق فيكون الوفاء به هو الالتزام بالملك مطلقاً و ان كان معلقاً

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٥

نعم ربما يشكل الأمر في فقد الشروط المقومة (١)

فيكون الوفاء به بالالتزام بالملك موقوفاً.

و بالجملة فلزوم الوفاء بالعقد نظير وجوب الوفاء بالعهد الذي يكون مطلقاً و معلقاً.

و أجاب ثالثاً بان تخلف وجوب الوفاء عن تمام العقد قد وقع في موارد كالوقف و الهبة فإن الملكية فيهما مشروط بحصول القبض بل كالبيع في الصرف و السلم قبل حصول القبض في المجلس و كالبيع في مورد ثبوت خيار المجلس فليكن مورد التعليق منها.

و رابعاً ان الدليل المزبور لا يمنع عن تعليق الإيجاب بحصول القبول بعده لان مع هذا التعليق لا يلزم تخلل الفصل بين تمام العقد و وجوب الوفاء به حيث ان القبول جزء العقد لا أمر خارج عنه.

و خامسا بان الدليل المزبور لا- يجرى فى موارد التعليق على أمر حالى لم يحرز حصوله فإنه لو كان حصول للمعلق عليه فى هذه الموارد فبتمام العقد يترتب عليه وجوب الوفاء به و بتعبير آخر يكون وجوب الوفاء فى تلك الموارد مراعى بانكشاف الحال لا موقوفا على حصول أمر بعد ذلك.

و سادسا بان الدليل المزبور لا- يجرى فى الموارد التى ثبت فيها عدم ترتب الوفاء على العقد كالوصية التملكية فإن الملك فيها للموصى له يحصل بعد موت الموصى فلا مانع فى تعليق الوصية على أمر آخر ايضا غير موت الموصى.

(١) يعنى ما يكون معتبرا فى صحة العقد شرعا كملكية المبيع للبائع فإنها شرط فى انتقاله إلى المشتري فالعلم بانتفاء ذلك فضلا عن التردد فيه لا يكون موجبا لانتفاء قصد الإنشاء أو التعليق فى العقد و ما يكون- دخيلا فى تحقق عنوان المعاملة حتى مع الإغماض عن حكم الشارع بصحتها بحيث لا يكون للعنوان المزبور تحقق عند

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٦

الظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه (١)

العرف بلا- حصوله كما فى الزوجية بالإضافة إلى الطلاق فإنه لا يكون لعنوان الطلاق خارجية إلا فى مورد ثبوت علقه الزوجية و كالعق فإنه لا يتحقق إلا فى مورد الرقية- ففى مثل ذلك لا يمكن الإنشاء يعنى قصد الطلاق أو العتق مثلا بدون إحراز الزوجية أو الرقية الأعلى وجه التقدير و التعليق و لو قيل بعدم جواز التعليق حتى فى مثل هذه الموارد فلا بد من الطلاق أو العتق منجزا.

و لكن يظهر من الشهيد (ره) فى القواعد ان العقد حتى بصورة التنجيز مع عدم الجزم باطل و قد ذكر انه لو تزوج بامرأة يشك فى كونها محرمة عليه فظهر حلها فالنكاح باطل لعدم الجزم حال العقد ثم أردف على ذلك الإيقاعات كما لو خالع امرأة أو طلقها و هو شاك فى زوجيتها أو ولى نائب الإمام قاضيا لا يعلم أهليته فظهر أهلا فلا يثبت الطلاق أو الولاية على القضاء باعتبار عدم الجزم بهما حال إيقاعها.

و هذا بخلاف مسألة بيع الوارث المال لظن حياة مورثه فإنه صحيح فيما لو ظهر موت المورث و ذلك فان قصد التملك من الوارث حاصل جزما كان هو المالك أو مورثه غاية الأمر يكون التملك فى الثانى فضوليا و تكون صحته فعلا على تقدير موت المورث و نظير هذا البيع تزويج أمه أبيه من آخر فظهر موت أبيه حال تزويجها فان القصد و الجزم بالنكاح حاصل غاية الأمر يكون النكاح على تقدير حياة أبيه فضوليا.

(١) المراد من طرفى الطلاق تزويج امرأة يشك فى أنها محرمة عليه فبان حلها و تولية نائب الإمام عليه السلام قاضيا لا يعلم أهليته للقضاء فبان أهلا و الوجه فى الفرق بينهما و بين الطلاق ان عنوان الطلاق لا يحصل الا مع الزوجية كما مر بخلاف النكاح فان عدم كون المرأة محرمة عليه شرط شرعى فى النكاح كما ان عدالة القاضى مثلا شرط شرعى لتولى منصب القضاء فيمكن إنشائهما مع الجزم و بلا تعليق.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٧

### اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول

#### إشارة

فلو اختلفا فى المضمون بأن أوجب البيع على وجه خاص (١)

(أقول) بل لا- فرق بينهما و بين بيع مال مورثه لظنه حياته فبان ميتا و حكم الشهيد (ره) يبطلانهما و بصحة بيع مال المورث لا يمكن المساعدة عليه.

(١) اختلاف الإيجاب و القبول فى المضمون اما بالاختلاف فى المالك كما إذا قال البائع بعتك هذا المال بكذا و قال غير المخاطب قبلت و اما بالاختلاف فى العوضين كما إذا قال بعتك هذا المال بدينار فقال قبلت بعشرة دراهم و اما بالاختلاف فى الشرط فى المعاملة كما إذا قال بعتك هذا بكذا على ان تخطى لى هذا الثوب فقال قبلت بلا شرط و الاختلاف فى كل مورد من الموارد الثلاثة موجب لعدم حصول عنوان البيع و المعاهدة فما ذكر من اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول لا يكون لدليل خارج عن عموم الوفاء بالعقد و إطلاق حل البيع كما لا يخفى.

نعم بما أن معاملة الوكيل منسوبة إلى موكله فاختلف الإيجاب و القبول بخطاب الوكيل و الموكل لا يضر كما إذا قال خطابا للوكيل بما هو وكيل بعتك هذا المال بكذا و قال قبلت لموكلى أو قال للموكل بعتك هذا المال بكذا و قال وكيله قبلت نعم إذا قال قبلت لنفسى لم يصح لان مع كون الثمن كليا كما هو المفروض يختلف الأغراض و ربما يرضى مالك المبيع بتملك عوض ماله بدمه شخص و يقدم على المعاملة معه و لا- يرضى بتملكه على عهده الآخر و على ذلك فلا يكون تملك ماله لأحد بإزاء مال بدمته و قبول شخص آخر بمثل ذلك العوض بيعا.

نعم إذا كان العوضان عينين خارجيين فالمبادلة بينهما مقتضاها دخول إحداهما فى ملك من تخرج عن ملكه الأخرى فلا يضر الخطأ فى تشخيص مالهما بان قال لأحد بعتك هذا المال بذلك زاعما انه مالك العوض قال مالكه الأصلى قبلت فلا يضر الخطأ المزبور بتمام المعاملة و صدق البيع.

و مما ذكرنا فى المقام يظهر انه لو قال بعث هذا المال بكذا بشرط ان ترتكب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٨

.....

الحرام الفلانى قال المشتري قبلت بلا شرط فلا يصح البيع نعم إذا تم البيع بإنشائه الرضا بالإيجاب المزبور يكون الشرط المزبور ملغى حيث انه لا يجب الوفاء و لا يجوز الحرام باشرطه فى المعاملة.

و ذكر السيد النحوى طال بقاء ان أصل الشرط خارج عن أصل المعاملة و لو قال بعتك هذا المال بكذا بشرط ان تخطى لى الثوب و قال المشتري قبلت بلا شرط تم الالتزام البيعى فيصح البيع فيما إذا رفع البائع يده عن شرطه و فيه ان البائع لو مات قبل إلغاء شرطه أو إقراره فلازم ما ذكر من خروج الشرط عن أصل المعاملة هو الحكم بدخول المبيع فى ملك المشتري غاية الأمر يقوم ورثه البائع مقامه فى فسخ المعاملة أو إلغاء الشرط و لا أظن الالتزام منه أو من غيره بذلك.

و ذلك فان اشتراط البائع الخياطة على المشتري معناه تعليق إيجاب البيع على التزام المشتري بحال العقد بخياطته الثوب المزبور و ليس المراد ان الخياطة خارجا هى المعلق عليه فى إيجاب البائع ليكون اشتراطها من تعليق العقد الموجب لبطلانه بل المراد ان المعلق عليه لإيجاب البائع هو الالتزام الخارجى حال العقد بخياطة الثوب و لذا ربما يصرح البائع بأنك ان لم تلتزم بالخياطة فلا أبيعك المال نعم الخياطة خارجا وفاء بالمعاملة المزبورة و إذا لم تتحقق هذا الوفاء من المشتري لا يجب الوفاء على البائع أيضا لكون وجوبه حقا و ثبت له خيار الفسخ و التفصيل فى باب الشروط إنشاء الله تعالى.

و على ذلك فلو قال البائع بعتك هذا المال على ان تخطى لى هذا ثوب فقال قبلت بلا شرط لم يتم البيع باعتبار ان إنشاء ملكية المبيع معلق على أمر لم يحصل بالقبول المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٩

و لو قال لاثنين بعثكما العبد بكذا (١)

(١) و لو قال لاثنين بعثكما هذه العين بألف و قبل أحدهما بيع نصفها بخمسائة و لم يقبل الآخر بيع النصف الآخر يكون البيع في النصف غير تام أيضا باعتبار عدم التطابق بين الإيجاب و القبول و نظير ذلك ما إذا قال لواحد بعثك هذه العين بألف فقال اشترت نصفها بنصف الثمن و اما لو قبل الآخر أيضا النصف الآخر بخمسائة في المثال الأول أو قال المشتري في المثال الثاني اشترت كل نصف بخمسائة فالظاهر تمام البيع و لكنه لا يخلو عن إشكال.

أقول لا إشكال في الصحة لحصول التطابق بين الإيجاب و القبول بالإضافة إلى جزء المبيع و كله.

نعم الأظهر الحكم بالبطلان فيما لو كان القبول من واحد في المثال الأول أو قبول النصف فقط في المثال الثاني و الوجه في ذلك ان بيع المضاف إلى الكل ينحل إلى بيع أبعاضه المشاعة من النصف و الثلث و الربع إلى غير ذلك بنسبة ذلك البعض إلى الثمن سواء كان ذلك الكل يعد عرفا واحدا خارجيا أو كان بنظرهم اثنين كما إذا جمع كتابي الرسائل و المكاسب و باعهما صفقة واحدة غاية الأمر يكون في هذا القسم للبيع انحلال آخر و هو بيع كل من الكتابين بما يخصه من ذلك الثمن و إذا كانت القيمة السوقية للرسالة ثلث قيمة المكاسب يكون الانحلال إلى بيعها بربع الثمن و بيع المكاسب بثلاثة أرباعه.

و ما عن بعض الأعظم دامت شوكته من اختصاص الانحلال بهذا القسم فقط و لا يجرى بالإضافة إلى الاجزاء المشاعة للمبيع فضعفه يظهر بالرجوع إلى بناء العقلاء فإنه إذا ظهر ثلث الدار المبيعة ملكا لغير البائع لا يرون فساد البيع رأسا بل فساده بالإضافة إلى ذلك الثلث.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٠

و من جملة الشروط في العقد ان يقع (١)

و على كل فلا ريب في انحلال البيع بالإضافة إلى الاجزاء المشاعة للمبيع غاية الأمر يكون التزام البائع أو المشتري بالوفاء ببيع كل من تلك الاجزاء موقوفا على تمام البيع بالإضافة إلى سائر الاجزاء و مع تخلفه بالإضافة إلى سائر الأجزاء يثبت للآخر خيار التبعض. و على ذلك فإذا قال أحدهما قبلت نصفه بنصف الثمن و سكت الآخر في المثال الأول أو سكت المشتري عن قبول النصف الآخر في المثال الثاني فهو بمنزلة قبول بيع النصف بلا- شرط فلا- يكون بين الإيجاب و القبول تطابق بخلاف ما إذا قال ذلك كل منهما أو بالإضافة إلى كل نصف كما لا يخفى.

(١) يعني ان الأمور المعترية في صحة التخاطب بحيث لا- يكون الشخص مع فقدها قابلا- له كالحياة و العقل و عدم الإغماء يجب حصولها لكل من البائع و المشتري من حين الإيجاب إلى تمام القبول و الوجه في اعتبارها كذلك عدم حصول عنوان التعاقد و التعاقد مع تخلل عدمها في واحد منهما قبل تمام القبول.

لا يقال كيف يتم عقد الوصية بقبول الموصى له بعد موت الموصى.

فإنه يقال الوصية حتى التملكية منها لا تكون من العقود بل هي في حقيقتها إيقاع غاية الأمر صحة الإيصاء و نفوذها مشروط بعدم رد الموصى له ففي أي زمان حصل الرد المستمر يكون كاشفا عن بطلانها و لذا لا يترتب على فعل الموصى له آثار القبول فيجوز منه القبول بعد الرد و لو مات يقوم مقامه ورثته في قبولها بخلاف سائر العقود فإنه لا يصح فيها ذلك.

و كذا الحال في الأمور التي تعتبر في صحة تصرفات المالك و رضاه كعدم السفه و عدم الحجر بالإفلاس و غيره فإنه لا بد من حصولها لكل واحد من طرفي

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣١



.....

العقد من حين الإيجاب إلى تمام القبول فإنه مع عدم ذلك لا يتحقق عنوان التعاقد و الأصل في ذلك معنى ما يعلم منه اعتبار الرضا كذلك من كل منهما إلى تمام القبول انه لو فسخ البائع إيجابه قبل تمام قبول المشتري لغى الإيجاب فإن هذا الفسخ إبراز لعدم رضاه بتمام العقد و لو لم يكن حين قبول القابل رضا الموجب معتبرا بل كان المعتمد رضاه عند الإيجاب فقط لم يكن الفسخ المزبور نافذا. لا- يقال على ذلك فكيف يصح بيع المكره مع لحوق رضاه به و إذا كان لحوق الرضا كافيا يكون الرضا بعد الإيجاب و عند القبول أولى بالكفاية.

فإنه يقال يمكن القبول بأن كفاية الرضا المزبور في مورد الإكراه للإجماع انتهى.

أقول الأمور المعتمدة في المتعاقدين على نحوين قسم منها ما لا يصدق مع فقدته عنوان البيع أو نحوه عرفا بل يصح عند هم ان يقال لا بيع كالاتفات و القصد في كل من المتعاقدين حال الإنشاء و في هذا القسم يعتبر ما هو ملاك الصدق فلا يضر عدم الاتفات من القابل إلى إنشاء الموجب حال إيجابه بل لو علم إيجابه مقارنا لتمامه أو بعده فقال مع عدم فوات الموالاة المعتمدة قبلت يحصل البيع. و قد ذكرنا سابقا ان إرسال الهدية مع قصد الملك تملك و تسلم المهدي إليه قبول و ان لم يعلم بالإرسال عند حدوثه. و بالجملة المعتمد في تحقق عنوان البيع حصول هذه الأمور للقابل عند قبوله و لو كان القابل عند إيجاب البائع في النوم الخفيف مثلا و بعد إيجابه تيقظ و التفت إلى الإيجاب بخصوصياته فقبله تم عنوان البيع و العقد. و مما ذكرنا يظهر أن ما ذكره السيد الزدى ره من عدم اعتبار هذه الأمور في الموجب حال قبول القابل بل المعتمد حصولها في الموجب حال إيجابه و في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٢

اردتها أخيرها (١)

القابل من حين إيجاب الموجب لا- أساس له و كذا لا يعتبر استمرار هذه الأمور في الموجب من حين إيجابه إلى تمام القبول و لو أخذ النوم بعد إيجابه و استيقظ قبل قبول المشتري أو قبل تمامه و لم يبلغ إيجابه تم عنوان البيع و تخلل فقدها بين إيجابه و تمام القبول غير قاذح كما ذكر السيد الخوئي طال بقاه.

و النحو الآخر ما يكون معتبرا في صحة البيع و وقوعه مورد الإمضاء عند العقلاء و الشرع كاعتبار المالكية في كل من البائع و المشتري أو البلوغ أو عدم الإكراه أو عدم الحجر فاعتبار هذه الأمور تابع للدليل الدال على اعتبارها فقد يكون مفاده حصول ذلك الأمر في الموجب حال إيجابه و في القابل حال قبوله كالبلوغ و قد يكون مفاده حصوله و لو بعد العقد كطيب النفس ففي أى مورد حصل يتم البيع.

فقد ظهر مما ذكرنا ان القول باعتبار تحقق الأمور المعتمدة في كلا القسمين في كل من الموجب و القابل من حين العقد إلى تمام القبول كما هو ظاهر المصنف (ره) و صرح النائيني (ره) بكونه من القضايا التي قياساتها معها ضعيف.

ولذا يذكر (ره) فيما يأتي ان صحة بيع المكره بلحوق الرضا ليس بتعبد خاص للإجماع أو غيره بل هي مقتضى دليل حل البيع كما ظهر حال فسخ الموجب قبل تمام القبول فان المعتمد من رضا البائع في تأثير العقد رضاه عند تمام البيع أو بعده و مع وقوع الفسخ قبل تمامه ينتفى موضوع الحكم بالصحة.

(١) و وجه كونها اردتها انه إذا قيل بان الحكم الظاهري في حق أحد كالحكم الاضطراري في كونه واقعا ثانويا و انه يكون الإيجاب بالفارسي مثلا كإشارة الأخرس و تقديم القبول مع اعتقاد القابل جوازه كتأخيره في تمام العقد، يكون العقد المزبور تاما في حقهما



معا و لو بحسب الحكم الواقعي الثانوى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٣

.....

و هذا بخلاف ما ذكر (ره) فى الموالاة و التنجيز و عدم بقاء البائع على شرط المتعاقدين حال قبول المشتري حيث انه لو كان الإيجاب معلقا على أمر و قد رأى القابل بطلان التعليق يكون قبوله ايضا معلقا لانه لا- يمكن التفكيك بين الإيجاب و القبول فى التعليق مع التحفظ على التطابق بينهما.

و الحاصل إذا يرى الموجب عدم البأس بتعليق إيجابه و يرى القابل بطلان التعليق لا تكون صحة الإيجاب بناء على مسلك السببية و كونه كاشارة الأخرس موجبا لصحة القبول من المشتري الذى يرى بطلان قبوله باعتبار كونه معلقا و كذا الحال فى فقد الموالاة حيث ان مع فقدها بين الإيجاب و القبول يكون فعل من يعتبرها باطلا و لا يجدى فى صحته صحة فعل الآخر و لكن قد يقال ان المعاملة لا يمكن تفكيكها فى الصحة بالإضافة إلى المتعاقدين فان معنى صحة البيع مثلا حصول ملكية المبيع للمشتري بالعوض و صحة النكاح بمعنى حصول الزوجية بين المتعاقدين و هكذا.

و إذا كانت المعاملة التى يرى الموجب مع فقد الموالاة صحتها صحيحة فصحتها واقعا بحصول ملكية المبيع واقعا للمشتري بإزاء الثمن كما هو مقتضى إطلاق دليل الاعتبار بناء على مسلك السببية و لا يمكن مع حصولها كذلك فسادها و عدم حصول الملكية له بالإضافة إلى المشتري و كذا الحال فى النكاح و غيره من المعاملات و لو أمكن التفكيك فى الصحة أمكن أيضا فيما كان فعل أحدهما فى نظره صحيحا و فعل الآخر فاقدا للشرط فقط كما إذا أنشأ الإيجاب باللغة الفارسية فى النكاح و يرى القابل بطلان عقد النكاح بغير العربية فإنه يمكن معه دعوى ان صحة الإيجاب باللغة الفارسية بالإضافة إلى الموجب فقط لا حتى بالإضافة إلى القابل المزبور و المتحصل ان الأحكام التكليفية التى تكون موضوعاتها الأفعال الخارجية فيمكن فيها ان يكون فعل خارجى موضوعا لحكم تكليفى بالإضافة إلى مكلف و لا يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٤

.....

موضوعا لذلك الحكم بالإضافة إلى مكلف آخر كما إذا سافر المكلف إلى أربعة فراسخ و رجع فى يومه فيمكن على القول بالسببية التبعض بان يكون السفر المزبور موضوعا لوجوب القصر واقعا بالإضافة إلى مكلف، و لا يكون موضوعا بالإضافة إلى الآخر و كذا الحال فى الأحكام الوضعية التى تكون موضوعاتها الأعيان الخارجية أو الأفعال الخارجية فيمكن ان تكون عين موضوعا واقعا للنجاسة بالإضافة إلى مكلف و لا- يكون موضوعا لها بالإضافة إلى الآخر و اما المعاملات فلا يمكن فيها التفكيك فى الصحة و الفساد بان تصح بالإضافة إلى طرف دون الطرف الآخر و فيه انه بناء على مسلك السببية يكون العقد المفروض فى المقام محكوما عليه بالصحة بالإضافة إلى كلا- الطرفين حيث انه بعد سقوط ما يكون معتبرا فى فعل الموجب أو القابل باجتهاد صاحبه أو تقليده يتم العقد لا لمجرد ان العقد لا يتبعص بالصحة بالإضافة إلى أحدهما و الفساد إلى الآخر.

ليقال لا وجه بعد عدم إمكان تبعض العقد بالإضافة إليهما لتقديم الصحة على الفساد و انه لو كان عدم إمكان التبعض موجبا لتقديم الصحة فلازمه ان يحكم بالصحة فيما إذا أتى المجتهد الذى يرى اعتبار العربية بالإيجاب بغيرها و أتى المجتهد الثانى أيضا القبول بغيرها حيث ان هذا العقد بنظر المجتهد الثانى صحيح و الصحة لا تتبعص بل الوجه فى عدم الحكم بالصحة فى هذا المثال هو انه بناء على مسلك السببية الإيجاب الواقع من المجتهد الأول باطل واقعا حتى بنظر المجتهد الثانى كما هو مقتضى مسلك السببية حيث ان

عدم اعتبار العربية بناء على ذلك المسلك مختص بمن يرى عدم اعتبارها و على ذلك فإذا اتى المجتهد الأول بالإيجاب بالعربية و اتى الثانى القبول بغيرها يكون العقد بناء على ذلك المسلك صحيحا واقعا بحسب نظر كلا المجتهدين اما المجتهد الثانى فلانه لا يرى اعتبار العربية و اما بنظر المجتهد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٥

.....

الأول فلان ذلك مقتضى سقوط العربية عن الشرطية فى القبول الصادر عن المجتهد الثانى.

و الحاصل ان مقتضى مسلك السببية تعين صحة العقد لا تردده بين ان يحكم بالصحة لكلا الطرفين أو بالفساد كذلك ليكون تقديم الصحة على الفساد ترجيحاً بلا معين و مما ذكرنا يظهر صحة التفصيل الذى ذكر المصنف (ره) فإنه إذا أتى بالإيجاب من يرى اعتبار الموالاة فى العقد ثم بعد فواتها قبل القابل الذى لا يرى اعتبارها يكون قبول ذلك القابل صحيحاً حتى عند الموجب بناء على مسلك السببية و لكن إيجاب نفسه باطل حيث ان الموالاة معتبرة فى الإيجاب الذى فعله حتى بناء على مسلك السببية فتدبر.

هذا كله بناء على السببية و اما بناء على مسلك الطريقة فيقع الكلام تارة فى المعاملة من شخصين يرى أحدهما بحسب اجتهاده أو تقليده صحة فعله و يرى الآخر بطلانه كما إذا كان البائع مقلداً لمن يقول ببطلان المعاطاة و قبل المشتري الإيجاب بنحو المعاطاة فهل يحكم بفساد البيع أم لا و أخرى فى أنه يجوز لشخص آخر غير المتعاملين ترتيب آثار الصحة على المعاملة الصادرة التى يرى ذلك الآخر بحسب اجتهاده أو تقليده بطلانها كما إذا أراد شراء مال يعلم ان بايعه تملكه بالمعاطاة التى لا يرى مرید الشراء صحتها و نظير ذلك ما إذا أراد شراء ارض من امرأة يعلم انها تملكها من زوجها بالإرث مع ان هذا الشخص يرى ان الزوجة لا ترث من العقار فنقول فى المقام الأول لا- ينبغى الربى فى ان المعاملة الواحدة لا- تتبعض فى الصحة و الفساد بالإضافة إلى المتعاملين حيث لا تبدل فى الشرائط المعتبرة فى المعاملة.

و انه يكفى فى بطلانها واقعا الإخلال بتلك الشرائط و لو من أحدهما و لكن التفكيك بين المتعاملين فى صحة المعاملة و فسادها بالحكم الظاهرى أمر ممكن حيث

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٦

.....

لا بعد فى قيام حجة عند أحدهما بصحة المعاملة المفروضة و عند الآخر على بطلانها فيعمل كل منهما على طبق الحجة القائمة عنده فان لم يلزم من عملهما على طبقهما التخاصم و التشاجر فهو و الا يكون المورد من الموارد التى لا بد من الرجوع فيها الى الحاكم الذى يصح له القضاء سواء كان المتخاصمان مجتهدين أو مقلدين لاعتبار قضاة فى حق كل منهما و مع عدم إمكان ذلك يصح لمن يرى الصحة فى مثل البيع الفسخ باعتبار ان صاحبه تخلف عن الوفاء به و فى المقام تفصيل أبعده صاحب الكفاية (ره) و هو ان من لا يرى اعتبار أمر فى معاملة يرى الآخر اعتبره فيها لو كان مستندا إلى أصل عملى من أصالة الطهارة أو الحلية أو استصحابهما أو البراءة عن الشرطية مثلا يلزم على الطرفين ترتيب آثار الصحة عليها و الا كان الأمر كما تقدم و نتعرض لهذا التفصيل فى المقام الثانى إنشاء الله تعالى.

و اما المقام الثانى فلا ينبغى الربى أيضا فى انه للآخر ترتيب آثار الصحة فيما إذا كان الصادر نكاحا يرى المتعاقد ان صحته بل يجب على الآخرين ترتيب آثار الصحة حتى مع علمهم ببطلانه واقعا بحسب حكم الشارع فان على ذلك سيرة المسلمين و يدل أيضا معتبرة أبى الحسن الحذاء (١).

قال كنت عند ابي عبد الله (ع) فسألني رجل ما فعل غريمك قال ذاك ابن الفاعلة فنظر الى أبو عبد الله (ع) نظرا شديدا قال فقلت جعلت فداك انه مجوسى أمه أخته فقال أو ليس ذلك في دينهم نكاحا.

و مقتضى هذه المعبرة انه لا- يجوز للابن نكاح زوجته أبيه مثلا حتى فيما إذا علم الابن فساد ذلك النكاح نعم لو لا هذه المعبرة و السيرة المشار إليها لم يكن قوله سبحانه و لا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ شاملا لذلك النكاح حيث ان ظاهره كظاهر

(١) الوسائل - باب ١- من أبواب حد القذف.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٧

.....

خطابات سائر المعاملات هو الصحيح.

و الحاصل أن النكاح بناء على مسلك الطريقة يكون مستثنى في المقام الثاني دون المقام الأول فإنه إذا إنشاء النكاح المرأة بإيجاب يرى القابل بطلان ذلك الإيجاب فلا يحكم بصحة النكاح واقعا و لا ظاهرا بالإضافة إلى الزوج.

و قد يقال ان المتعاقدين المختلفين ان كانت صحة فعل أحدهما مقتضى الأصل كأصالة الحلية أو الطهارة أو استصحابهما أو البراءة فلا بد من الحكم بصحة العقد لأن الأصل المزبور مسقط لما يعتبره الآخر عن الشرطية بالإضافة إلى الأول كما إذا رأت المرأة صحة النكاح المنشأ بغير العريية و ذكرت إيجابها بالفارسية و قبله الرجل بالعريية مع اعتقاده اعتبارها فإنه يكون العقد المزبور صحيحا عندهما اما عند المرأة فظاهر و اما عند الرجل فإن أصالة البراءة الجارية عند المرأة عن اعتبار العريية قد أسقطت اعتبارها عن الإيجاب و يكون المقام نظير ما كان المأموم مخالفا لإمامه في جزء الصلاة أو شرطها كما إذا كان الامام معتقدا عدم وجوب السورة بعد الحمد في الركعتين الأولتين فتركها و المأموم معتقدا وجوبها فإنه يجوز له الاقتداء.

و مما ذكر يظهر الحال فيما إذا رأى المتعاقدان صحة العقد لعدم اعتبار أمر فيه عندهما و يرى الغير الذي يريد ترتيب الأثر على عقدهما اعتباره انه لا مانع من ترتيب الأثر فيما إذا كان المستند لعدم اعتبار المتعاقدين هو الأصل العملى.

أقول ما ذكر في اختلاف الامام و المأموم صحيح و انه يجوز اقتداء المأموم المفروض بالإمام بلا فرق بين كون منشأ اعتقاد الامام صحة صلاته أصلا عمليا و اماره و السر في ذلك ان مثل حديث لا تعاد اقتضى صحة صلاة الإمام في غير مورد إخلاله بما ذكر في المستثنى من ذلك الحديث بسقوط غير ما ذكر فيه عن الاعتبار مع الإخلال عن عذر و لو كان اختلافهما في اعتبار مالا يقضى حديث لا تعاد سقوطه عن الاعتبار لم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٨

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد (١)

يجز له الاقتداء به كما إذا تيمم الإمام في مورد يرى المأموم الموضوع هي الوظيفة فلا- يجوز له الاقتداء به سواء كان المنشأ لاعتقاد الإمام الأصل العملى أو الامارة.

و الحاصل لا- خصوصية للأصل العملى و لا لباب الصلاة بل يعم ما ذكر كل مورد سقط فيه الاعتبار الاولى سقوطا واقعا للجهل أو غيره و مفاد الأصل كالامارة لا يكون الا حكما طريقيا و الحكم الطريقي شأنه التنجيز و التعذير لا حكما نفسيا ليكون حاكما على أدلة الاشتراط و يرتفع موضوع وجوب التدارك مع كشف الخلاف بعد ذلك.

الا- ترى انه لو جرت أصالة الطهارة أو استصحابها في ماء غسل به المتنجس ثم انكشف نجاسة ذلك الماء لا يحكم بطهارة ذلك

المغسول مع انه على الحكومة لا بد من الحكم بطهارته و كذا لو اشترى ما يشك في كونه وقفا ثم ظهر كونه وقفا الى غير ذلك من موارد التخلف من المعاملات و غيرها.

(١) المراد بفساد العقد اما فساده من جهة خصوص الأمور المعبرة في نفس العقد أو الأعم منها بحيث يعم ما يعتبر في المتعاقدين و العوضين و كيف كان فالمقبوض بالبيع الفاسد لا يدخل في ملك القابض لفساد البيع و يكون ضمان تلفه عليه و يستدل على هذا الضمان برواية على اليد ما أخذت حتى تؤدي التي رواها العامة و ذكرها بعض أصحابنا في كتبهم الفقهية و مفادها ضمان المال المقبوض و خسارة تلفه على عهدة الآخذ كما هو مقتضى اسناد الظرف الى المال كما ان اسناد الظرف الى فعل ظاهره وجوبه تكليفاً. و بالجملة اسناد الظرف الى المال يفيد ضمانه الذي يكون من قبيل الحكم الوضعي و حيث ان هذا الحكم لا يختص بالبالغين فلا يبعد شمول الرواية للصبي

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٩

.....

و المجنون ايضا فيما إذا صدق انهما وضعا يدهما على المال كما إذا كان الصبي مميزا و جنون المجنون خفيفا. أقول الرواية لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها و دعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يخفى ما فيها لقوة استنادهم في حكمهم بالضمان الى ما نذكر من جريان سيرة العقلاء على الضمان في مورد الاستيلاء على مال الغير بلا استيمان و بلا اذن في إتلافه مجانا. و يستدل على ضمان التلف أيضا بمرسلة جميل بن دراج (١) «عن أبي عبد الله (ع) عن رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقة قال يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته و هذه و إن كانت مرسلة الا ان مضمونها وارد في البعض الآخر من الروايات المعبرة.

و وجه الاستدلال بها ان ضمان المشتري الولد بقيمته لكون الولد المفروض نماء الأمه و باعتبار كونه حرا يكون من النماء الذي لم يستوفه المشتري فيلزم ضمان الأصل بطريق اولي و لكن يمكن المناقشة في الاستدلال بوجه.

منها ان أخذ المشتري ولده بقيمته حكم تعبدى لا يقتضيه قاعدة ضمان التلف فان الولد تابع للأب فالولد حر و فرضه رقا و إعطاء قيمته لمالك الجارية عوضا عما فات من منفعتها عند المشتري و هي قابلية رحمتها للاستيلاء تعبد غاية الأمر يكون الفرض مثل ما إذا زرع انسان ارض الآخر فعليه عوض منفعته تلك الأرض الفائتة بيده أى أجره مثلها.

و دعوى ان عليه قيمة الزرع المزبور يعطيها لصاحب الأرض خارجة عن قانون ضمان التلف و بالجملة بما ان الحكم في الرواية تعبد فلا يمكن التعدي الى

(١) باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٠

مما كان فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب إليه (١)

ضمان تلف الجارية فضلا عن كونه بالأولية.

و منها ان الرواية لا دلالة لها على الضمان في تلف المال فيما إذا كان وضع اليد عليه بالمعاملة الفاسدة مع مالكة كما هو محل الكلام أو داخل فيه و انما تدل على الضمان في مورد فساد البيع بالغصب و عدم كون بايعه مالكا و الضمان في هذا لا يلزم الضمان في الأول.

و منها ما أشار إليه (ره) بقوله فليس استيلادها من قبيل إتلافها إلخ و حاصل المناقشة ان المفروض في الرواية من قبيل إتلاف المنفعة فيكون ضمانها ضمان إتلاف لا ضمان التلف كما هو مورد الكلام في المقام.

و أجاب (ره) ان استيلاذ الأمة ليس من إتلاف نماء رحمها ليدخل الفرض في مورد إتلاف مال الغير بل يكون استيلادها من انمائها بنماء لا يدخل ذلك النماء في ملك أحد بحكم الشارع و ليس عدم دخوله في ملك أحد فعل المشتري حتى يضاف التلف إليه بل إلى حكم الشارع بكون الولد حراً فهو كالتالف لا المتلف بفعل المشتري.

أقول قد ذكرنا ان الولد لا يكون نماء الرحم الذي يكون لصاحب الجارية بل ملكه قابلية رحمها للاستيلاذ التي استوفاهما المشتري باستيلادها فالضمان في المورد في ضمان المنفعة المتلفة على مالك الجارية كما لا يخفى.

نعم لا حاجة في الحكم بضمان اليد إلى الرواية فإن الضمان في غير موارد الاستيمان المالكى أو الشرعى قد جرت عليه سيرة العقلاء و لم يردع عنها الشرع فيكون الضمان في ذلك نظير سائر الأحكام التي يكون الدليل عليها السيرة العقلانية.

(١) الأول كما في الجعالة حيث قيل انها من الإيقاع و انها تتم بالإيجاب من الجاعل فقط و ان العمل من العامل لا يكون قبولا و لذا يكون رد الضالة و لو بعد زمان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤١

### [قاعدة ما يضمن بصحيحه]

المراد بالضمان في الجملتين (١)

يفوت معه الموالاة بين الإيجاب و القبول موجبا لاستحقاق الراد الجعل و كذا يستحق ذلك الجعل حتى الصبي الراد للضالة مع عدم الاعتبار بقبوله و كيف ما كان فلو تم القول بأنها عقد يكفى في قبولها العمل حتى مع الفصل المزبور فيكون فيها شائبة الإيقاع و احتمالها.

و الثانى و هو ما كان أقرب إلى الإيقاع كالخلع فإنه في حقيقته طلاق على شرط العوض و الفدية و الطلاق من الإيقاع و لكن لشرط الفدية على الزوجة يحتاج إلى قبولها.

(١) و حاصل ما افاده (ره) ان الضمان عبارة عن كون درك المال و خسارة تلفه على الشخص بان يجب عليه تداركه من ماله بأداء البدل منه و التدارك بالبدل اما ان يكون بأداء العوض المسمى كأداء الثمن في ضمان المبيع و الأجرة المسماة في ضمان المنفعة أو يكون بأداء البدل الواقعى يعنى المثل أو القيمة أو أقل الأمرين من العوض المسمى و البدل الواقعى و إطلاق الضمان و عدم تقييده بالعوض المسمى أو بأقل أمرين مقتضاه ثبوت العوض الواقعى و لذا يحمل إطلاقه على ذلك في الضمان المشترط في مثل العارية أو فيما ورد في أدلة المضمونات من المغصوبات و غيرها.

و بالجملة فالتفكيك في الضمان بين فرض فساد البيع بحمله على العوض الواقعى و بين فرض صحته بحمله على الثمن المسمى باعتبار القرينة في الثانى و إطلاقه في الأول لا باعتبار ان ضمان المبيع مثلا بالثمن المسمى ينافى فرض الفساد فإنه يمكن فرض فساد المعاملة و مع ذلك يكون المال عند تلفه ملكا له كما مر نظير ذلك في ملزمات المعاظة على القول بالإباحة.

أقول لا يخفى ان الضمان في صحيح البيع مثلا ضمان معاوضى يثبت ملك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٢

لا لان معنى الضمان في الصحيح مغاير (١)

الثلث للبايع و يكون على المشتري دفعه اليه مع تسليم المبيع سواء تلف ذلك المبيع بعد قبضه أم لا.

و بعبارة أخرى لا يكون ثبوت هذا الضمان معلقا على تلف المبيع نعم مثل ضمان الذهب أو الفضة في عاريتها ضمان تلف كانت العارية صحيحة أو فاسدة فلا بد من ان يراد بالضمان المعنى العام و هو ثبوت البديل للمال و المعنى ان كل مورد ثبت فيه ملك بدل المال لمالكة مع صحة العقد سواء كان ثبوت ملك البديل معلقا على تلف المال كما في مورد ضمان عارية الذهب و الفضة و نحوهما أو مطلقا كما في ضمان المشتري للبايع يثبت البديل مع فرض فساد العقد غاية الأمر يكون البديل في فرض الفساد من ضمان التلف دائما.

و الحاصل ان ما ذكره المصنف (ره) في المراد بالضمان في القاعدة و هو كون خسارة المال و دركه في ماله الأصلي و انه إذا تلف وقع النقص فيه بتداركه منه لا- يتم في ضمان المشتري المبيع مع صحة البيع لما ذكرنا من ان ضمانه المبيع لا يكون بمعنى تدارك خسارة تلفه كما لا يخفى.

نعم يكون فيه الضمان بمعنى ان المبيع يتلف مملوكا للمشتري و لكن ذكر (ره) ان هذا ليس معنى الضمان فلا- يقال الإنسان ضامن لأمواله.

(١) يعنى ان الضمان يراد به كون خسارة المال و دركه عليه بتداركه من ماله و افادة كون التدارك بالعوض المسمى يكون بتعدد الدال و المدلول و مع عدم الدال الآخر يكون مقتضى إطلاق الضمان هو التدارك بالعوض الواقعي يعنى المثل أو القيمة و قد ظهر ان لفظ الضمان في القاعدة المزبورة لم يستعمل إلا في معنى واحد بالإضافة إلى صحيح العقد و فاسده فلا يلزم فيها التفكيك بينهما.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٣

ثم العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع (١)

(١) أنواع العقد مختلفة في الضمان و عدمه فقد يكون نوع موجبا للضمان كالبيع و الإجارة بمعنى ان جميع افراد نوع لو كان في صحيحها الضمان لكان الضمان في فاسدها ايضا و قد لا يكون نوع موجبا للضمان بمعنى انه لا يكون في أفراده الصحيحة ضمان كالوديعة فتكون افراده الفاسدة أيضا كذلك و ثالثة لا يكون النوع موجبا للضمان مع ثبوته في بعض أصنافه كالعارية فان نوعها لا يوجب الضمان و يكون الضمان في مثل عارية الذهب و الفضة.

و على ذلك فلو كان العموم في القاعدة بحسب الأنواع فقط أصلا و عكسا لكان مفادها عدم الضمان في فاسد عارية الذهب و الفضة باعتبار انه لا يكون في نوع العارية ضمان و على ذلك فلا بد من كون العموم في القاعدة بلحاظ الأنواع و الأصناف بأن يكون مفادها ان كل نوع من العقد أو صنف من نوعه كان فيه مع صحته ضمان يكون فاسده ايضا تابعا لصحته في الضمان فيكون الضمان في العارية المزبورة باعتبار ثبوته في ذلك الصنف في فرض صحته.

لا يقال ظاهر العموم هو الاستغراق بحسب افراد العقد لا الأنواع أو الأصناف فيكون مفادها ان كل ما يكون في الخارج من اشخاص العقد فان كان فيه الضمان في فرض صحته يكون الضمان في فرض فساده ايضا و إلى ذلك أشار (ره) في عبارته بقوله و ربما يحتمل في العبارة إلخ و على ذلك فلو باع البائع متاعه بلا ثمن بان قال بعثك بلا ثمن و قبله المشتري فلا يثبت في ذلك ضمان المبيع لان هذا البيع على تقدير صحته و إمضاء الشارع لم يكن فيه ضمان فلا يكون الضمان مع فساده ايضا و هذا بخلاف ما إذا كان العموم في القاعدة بحسب الأنواع أو الأصناف فإنه بناء عليها يثبت في المثال الضمان فان نوع البيع فيه ضمان مع صحته.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٤

و يظهر من الرياض اختيار الضمان بفاسدها مطلقا (١) ثم ان لفظه الباء (٢)



فإنه يقال ظاهر عبارة القاعدة تبعية فاسد العقد لصحيحة في الضمان وانه إذا ثبت في مورد الضمان بالعقد الصحيح يثبت الضمان في ذلك المورد بفساده فلا بد من كون الاستغراق بحسب النوع أو الصنف ليكون له فرد صحيح و فاسد فعلا- و يكون فاسده تابعا لصحيحة و هذا بخلاف ما كان الاستغراق بحسب الأشخاص فإنه لا يمكن الصحة و الفساد في الشخص الاعلى نحو التقدير و التعليق. و بالجملة ظاهر العبارة فعليه القسمين لا تقديهما فيكون مفادها ثبوت الضمان في المثالين المتقدمين باعتبار ثبوت الضمان في جميع الأفراد الصحيحة لنوع البيع أو الإجارة.

أقول الظاهر عدم الفرق في النتيجة بين ارادة النوع أو الصنف أو الأشخاص و انه لا يثبت الضمان في المثالين المتقدمين باعتبار ان البيع بمعناه لا ينطبق على المعاملة المزبورة حيث ان مفاد قوله بعتك بلا ثمن ارادة التمليك مجانا و هذه في حقيقته هبة مجانية قد عبر عنها بلفظ البيع فلا ضمان فيها و لا يبعد صحتها إذ لا يعتبر في إنشاء الهبة لفظ خاص و كذا الحال في قوله أجزتك بلا أجره فإنه من تمليك المنفعة مجانا فلا ضمان فيه.

(١) أى بفساد الإجارة سواء كان شرط الضمان أم لا.

(٢) ان كان الباء بمعنى في فالمفاد واضح و ان كان بمعنى السببية فلا بد من كون المراد بها الدخالة و لو بشرط القبض و انه إذا كان صحيح العقد دخيلا في الضمان و لو كانت دخالته بالنحو الناقص كما في بيع الصرف و السلم حيث يتم الضمان فيهما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٥

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

بالقبض يكون كذلك فاسده.

أقول لعمرى ان الكلام في القاعدة و تصحيح مفادها بلا طائل فإن الضمان كما ذكرنا في أول البحث يكون ضمانا معامليا و أخرى ضمان تلف و يحتاج ثبوت كل منهما في عقد الى دليل إمضاء ذلك العقد أو الحكم به فيه كالحكم في النكاح بضمن الزوج المهر المسمى أو بضمن المستعير تلف الذهب أو الفضة و مع فرض فساد النكاح أو العارية ينتفى الضمانان و لا يمكن الحكم بثبوتهما في فاسدهما لان حكم الشارع بهما ثابت في مورد صحيح العقد فكيف يقاس عليه فاسده و لو كان في الفاسد الضمان بالأدلة العامة فلا بد من التكلم في تلك الأدلة بدلا عن التكلم في القاعدة فيرى ان تلك الأدلة تعم العقود الفاسدة أم لا.

(١) و لعل مراد المسالك في تعرضه للقاعدة في مسألة الشروط هو ان كون العين المرهونة مبيعا بإزاء الدين عند انقضاء أجل الدين شرط فاسد حيث ان الشرط المزبور من شرط النتيجة و كون البيع محتاجا إلى الإنشاء ظاهر.

لا يقال اشتراط المزبور بنفسه إنشاء للبيع.

فإنه يقال على تقدير كونه إنشاء فهو بيع معلق و الحاصل بما انه ليس العين المرهونة في الرهن الصحيح مضمونة على المرتهن فلا تكون مضمونة في فاسده ايضا هذا بالإضافة الى قبل انقضاء الأجل و البناء على ان الشرط المزبور فاسد و مفسد للرهن و اما بعد انقضاء الأجل فيدخل العين المرهونة في ضمان المرتهن حيث ان صحيح البيع فيه ضمان فيكون الضمان في فاسده ايضا و المفروض تحققه بفعليه المعلق عليه بمقتضى شرط النتيجة فيكون المشتري يعنى المرتهن ضامنا للعين المرهونة بعدها.

(٢) قد ذكر في أدلة الضمانات أمور: منها قاعدة الإقدام على الضمان و أورد عليها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٦

و اما خبر على اليد فدلالته (١)



الأول ان المشتري في البيع الفاسد يكون اقدمه على ضمان المبيع بالثمن المسمى و إذا فرض عدم ثبوت هذا الضمان كما هو مقتضى الفساد يكون ضمانه بضمن التلف بلا موجب فإنه ضمان لم يقدم عليه المشتري.

و الثاني ان النسبة بين الاقدام و ثبوت الضمان العموم من وجه فلانه قد لا يثبت الضمان بمجرد الاقدام عليه كما في البيع قبل القبض فإن إقدام المشتري على ضمان المبيع يكون بشرائه مع ان ضمانه عليه يثبت بعد قبضه و قد لا يكون اقدام و لكن يثبت الضمان كما إذا اشترى متاعا بشرط عدم ضمان ذلك المتاع حتى بعد القبض فإنه لا يكون مع الشرط المزبور اقدام من المشتري على الضمان و كذا في مورد البيع بلا ثمن أو الإجارة بلا اجرة.

أقول الاولى في المثال للضمان مع عدم الاقدام بما أخذ العين الموهوبة له مجاناً فبانت ملك الآخر فإنه بقبوله الهبة من غير مالها مع جهله بالحال لم يقدم على الضمان أصلاً.

و اما ما ذكره المصنف (ره) من المثال لثبوت الضمان مع عدم الاقدام فيمكن المناقشة فيه بعدم ثبوت الضمان في مثالي البيع بلا ثمن أو الإجارة بلا اجرة كما مر و اما مسئله شراء المتاع بثمن معين بشرط كون ضمان تلفه على البائع حتى بعد القبض فالشرط المزبور باعتبار فساده يكون ملغى و يصح أصل البيع و يثبت الضمان المعامل على المشتري فيجب على المشتري دفع الثمن بأخذه المبيع.

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

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٧

.....

و دعوى انجبار ضعفه بعمل المشهور مدفوعاً بأنه لم يحرز استنادهم في حكمهم بالضمان اليه و يكفي في ذلك ملاحظة كلام الشيخ (ره) و استدلاله على الضمان بالاقدام دون الحديث و في دلالته ايضاً على ضمان المنافع قصور فان الذيل فيه قرينه على انحصار مدلوله بما إذا كان المأخوذ قابلاً للرد الى مالكة كما في العين و اما المنافع فهي غير قابلة للرد المستوفاه منها أو غيرها حيث انها تفوت بمرور الزمان و هذا بالإضافة إلى منافع الأعيان التي تؤخذ بتبع أخذ تلك الأعيان و اما الأفعال كالخياطة فإنها غير قابلة للأخذ فلا يكون الحديث دالاً على ضمان المستأجر فيما إذا خاط الأجير ثوبه بالإجارة الفاسدة.

نعم يمكن ان يقال لا- يكون ذيل الحديث قرينه على اختصاص الموصول بالأعيان حيث ان انتهاء الضمان كما يكون برد المأخوذ كذلك يكون برد بدله.

و بعبارة أخرى لا بد من تقييد إطلاق الذيل بذكر العدل و هو رد البديل و المنافع كالأعيان التالفة قابلة للرد بديلها و اما ما دل على احترام مال المسلم فمقتضاه الضمان مع الإتيان أو الاستيفاء لا ضمان التلف كان المتلف عيناً أو منفعة فإن عدم الضمان في المأخوذ بالبيع الفاسد الذي تلف عينه و منفعته بأفة سماوية لا ينافي قاعدة الاحترام خصوصاً فيما إذا كان المشتري غافلاً عن فساد البيع و على ذلك فلا يكون ما دل على حرمة مال المسلم و انها كحرمة دمه و انه لا يصلح ذهاب حق أحد هدراً كافياً في إثبات ضمان التلف و قوله لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه لا يدل على الضمان أصلاً بل مدلوله حرمة التصرف في مال الغير بلا رضاه.

و اما قاعدة اللاضرر فلا حكومة لها في المقام فان مقتضاها انتفاء الأحكام الموجبة للضرر و الضرر هنا ناش عن التلف سواء حكم بالضمان، أولاً و الحكم به

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٨

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

مع انه معارض بالضرر على الضامن و لا يمكن عمومها لمورد تعارض الضررين تدارك للضرر بحسب الحكم، و خارج عن مدلول

القاعدة.

(١) و حاصله ان الموجب للضمان في مورد تلف العين أو المنفعة هي قاعدة الاحترام، و لكن هذه القاعدة كقاعدة اليد ليست تمام السبب للضمان حيث يمكن ان يمنع عن الضمان دفع المالك العين مجاناً أو أمانة أو عمل العامل تبرعاً و تعليل الشيخ و من تبعه الضمان بإقدام الآخذ عليه لبيان ان المانع عن قاعدة اليد المقتضية للضمان غير حاصل فيكون القاعدة مع الاقدام المزبور تمام الموضوع للضمان، لا أن كل واحد منهما وجه مستقل للضمان، كما هو ظاهر المسالك.

أقول: الصحيح ان يقال ان وضع اليد على مال الغير من دون إلغاء ماله حرمة ذلك المال كما في الهبة مجاناً أو الاذن في إتلافه كذلك و من دون جعل المالك قابض المال أميناً موجب لكون ضمان تلفه عليه سواء كان المال المزبور عيناً أو منفعة لأن وضع اليد على المنفعة يكون بوضعها على العين و هذا الضمان في الموارد المشار إليها مما جرت عليه سيرة العقلاء و لم يردع عنها الشرع فيكون كسائر الأحكام التي تكون الدليل عليها السيرة العقلانية في موارد.

ثم انه ربما يحكم الشارع بكون القابض أميناً و لا يكون له ضمان التلف كما في أخذ اللقطة و ربما يحكم بالضمان في مورد الأمانة المالكية كما في عارية الذهب و الفضة فيكون المال في الأول أمانة شرعية و في الثاني مضموناً بتضمين شرعي و هذا كله بالإضافة إلى ضمان التلف في الأعيان و المنافع التابعة لها و اما في الأعمال فان لم يكن للعمل ماله عند العقلاء فلا يكون العمل موجبا للضمان على أحد إلا إذا كان ضماناً معاملياً أمضاه الشارع كما في ضمان السبق في عقده و مع البطلان لا يكون ضمان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٩

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

اما المعاملي فلفساد المعاملة و اما ضمان الاحترام فالمفروض عدم المالية له.

و اما الأعمال التي لها ماله عند العقلاء فان كان العامل متبرعاً بها و هذا معنى إسقاطه حرمة عمله فلا ضمان على أحد و كذا إذا لم يكن عمله بالمعاملة مع الغير أو بأمر ذلك الغير أو اذنه في العمل بالأجرة و اما إذا كانت في البين معاملة فإنه يثبت معها ضمان الأجرة المسماة مع صحتها، و يثبت مع فسادها اجرة المثل، و كل ذلك للسيرة الدارجة فيما بينهم من أهل الملل و غيرهم.

فتحصل مما ذكرنا ان مجرد عدم اقدام الشخص على الضمان لا يمنع عن الضمان في الأعيان و منافعتها بل لا بد من إلغاء المالك حرمة ماله و على ذلك فلو ظهر العين الموهوبة مجاناً ملك الغير ضمن المتبذ من ضمان تلفه و لو مع عدم اقدامه عليه نعم في الأعمال مجرد عدم اقدام الشخص على ضمانها كاف في عدم ثبوت اجرة المثل عليه.

(١) ذكر (ره) انه إذا كان في صحيح العقد ضمان يثبت ضمان تلف المقبوض في فاسده سواء كان دافع ذلك المال عالماً بفساد العقد أو جاهلاً لان حديث على اليد بإطلاقه يقتضي الضمان في كلا الفرضين كما أن الفتوى بالضمان في فاسد العقد مطلق يعمهما. نعم ربما يستدل على عدم الضمان في صورة علم الدافع بوجهين.

الأول- ان الدافع مع علمه بفساد المعاملة و عدم كون مال الطرف عوضاً عن ماله يكون دفعه تسليطاً للطرف بماله و تمليكاً له مجاناً و ليس في التمليك المجاني ضمان كان صحيحاً أو فاسداً و هذا الوجه على تقدير تماميته ينفي الضمان عن القابض سواء كان هو ايضاً عالماً بفساد المعاملة أو جاهلاً حيث ان أخذه المال في كلا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٠

و غير ذلك من العقود اللازمة و الجائزة (١)

الفرضين مجاني و لا يمكن دفع هذا الوجه بإطلاق حديث على اليد فان موارد إلغاء المالك حرمة ماله بالتسليط المجاني و نحوه

خارجة عن ذلك الحديث.

و الوجه الثانى كون الدافع مع علمه بفساد المعاملة غارا لدفعه المال الى القابض الجاهل بالحال، فيكون القابض مغرورا، و ضمان التلّف و الإلتلاف على الغار، كمن قدم طعام الغير الى ضيفه الجاهل بالحال.

أقول الوجه الثانى ضعيف جدا، فان القابض الجاهل لم يقدم على أخذ المال مجانا، بل أقدم على أخذه بعنوان المعاوضة، فلا يكون مغرورا، و لا يقاس بالضيف لاقدام الضيف على أكل الطعام مجانا، مع ان قاعدة الغرور لا تنفى الضمان سواء كان ضمان التلّف أو الإلتلاف و انما توجب استقرار الضمان على الغار.

و يقرب من الوجه الثانى فى الضعف الوجه الأول، فإن دفعه المال الى القابض لا يكون تمليكا مجانا، بل وفاء بالمعاملة السابقة، و دفعا للمال إلى الآخر ليقبض عوضه، و علمه بعدم استحقاقه العوض شرعا، كعلمه بعدم استحقاق الطرف المال المدفوع لا ينافى الدفع وفاء بالمعاوضة المعتبرة عنده، و لذا لو باع الغاصب بالمعاطة و اجازة المالك يصح البيع للمالك و لا يكون علم الغاصب بعدم صحة المعاوضة موجبا لكون إعطائه تمليكا مجانا، لتكون اجازة المالك مصححة للهبه كما لا يخفى.

(١) يعنى سائر العقود التى لا- ضمان فى صحيحها سواء كانت لازمة كالإجارة بالإضافة إلى العين المستأجرة، أو جائزة، كما فى العارية، و على ذلك فمقتضى عكس القاعدة، عدم ضمان العين فى الإجارة الفاسدة لعدم ضمانها فى صحيحها، بل مقتضاه عدم ضمانها فى الفاسدة حتى مع اشتراط الضمان، فان الضمان فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥١

.....

صحيحها على تقدير الاشتراط كان للشرط، لا لاقتضاء العقد.

و بتعبير آخر ثبوت الضمان مع الاشتراط، باعتبار نفوذ الشرط، و لا يكون الشرط مع فساد العقد نافذا، بل يكون تابعا للعقد فى الفساد، و بهذا يظهر الحال فى العارية الفاسدة المشروط فيها ضمان العين.

و مع كل ذلك فقد ذكر فى جامع المقاصد بعد بيان ظاهرهم عدم ضمان العين المستأجرة فى الإجارة الفاسدة حتى مع استيفاء منفعتها، أن الصحيح ثبوت الضمان فى الإجارة الفاسدة حتى مع عدم اشتراط الضمان، باعتبار ان وضع المستأجر يده على العين مع عدم كونه مالكا لمنفعتها عدوان بالإضافة إلى العين و المنفعة، و لكن هذا الضمان مخالف لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه. و أجاب المصنف (ره) عن المخالفة بوجهين.

الأول- تخصيص قاعدة ما لا يضمن بصحيحه فى الإجارة الفاسدة بالإضافة إلى العين المستأجرة بحديث على اليد، فان الحديث المزبور يعم العين فيها.

نعم لو كانت الإجارة صحيحة كانت العين باعتبار كونها أمانة مالكية فى يد المستأجر و قد أمضاها الشارع خارجة عن عموم الحديث. و الثانى- ان القاعدة المزبورة ناظرة إلى بيان الضمان و عدمه فى مورد العقد و مورد المعاملة فى صحيح الإجارة و فاسدها المنفعة لا العين.

و بعبارة أخرى ضمان العين أو عدمه فى الإجارة خارج عن أصل القاعدة و عكسها بالتخصيص، و لكنه (ره) ذكر فى آخر كلامه عدم ضمان العين فى الإجارة الفاسدة و انها باقية فى عكس القاعدة، و ليست خارجة عنها لا بالتخصيص كما هو مقتضى الوجه الأول، و لا بالتخصص بان يكون المراد من الضمان و عدمه فى أصل القاعدة و عكسها هو ضمان مورد المعاملة و عدمه كما هو مقتضى الوجه الثانى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٢

و منها الصيد الذي استعاره المحرم (١)

أقول دفع العين المستأجرة إلى المستأجر في موارد تعارف دفعها إنما هو بشرط ضمنى ارتكازى في عقد إجارتها، وهذا في حقيقته شرط جعل العين امانة في يد المستأجر ليستوفى منها ملكه و مع اشتراط الأمانة يتتفى موضوع الضمان سواء كانت الإجارة صحيحة أو لا، لما ذكرنا من انه لا سيرة على الضمان في موارد الاستيمان سواء كان الاستيمان ممضى شرعا، أولا كما انه لو شرط الماجر على المستأجر ضمان العين يكون ضمانه عليه كما هو مقتضى عموم المؤمنون عند شروطهم و ليس جعل العين المستأجرة أمانة عند المستأجر من مقتضيات نفس عقد الإجارة لينافيه اشتراط الضمان لأن الذى من مقتضيات الإجارة في مثل البيوت هو وضع البيت تحت يد المستأجر اما كونه بطور الأمانة أو التضمين فهو تابع للاشتراط.

و على ذلك فلو اشترط التضمين في الإجارة الفاسدة يثبت الضمان أيضا للسيرة المشار إليها، و ان وضع اليد على مال الغير لا بطور الاستيمان و من غير هدر ذلك الغير حرمة ماله موجب للضمان.

(١) ذكر المحقق (ره) في الشرائع و لا يجوز للمحرم ان يستعير من محل صيدا، لانه ليس له إمساكه، و لو أمسكه ضمنه و ان لم يشترط عليه انتهى.

و ظاهر ذلك ضمان تلف العين فينافية هذا الضمان عكس قاعدة ما يضمن. و نقل السيد اليزدى (ره) في تعليقه عن الشرائع العبارة هكذا و لا يجوز ان يستعير من محل صيدا لانه ليس له إمساكه و لو أمسكه ثم أرسله ضمنه و ان لم يشترط. و قال (ره) ظاهر ذلك ضمان الإتلاف، فإن إرسال الصيد إتلافه، و الكلام في قاعدة ما يضمن أصلا و عكسا في ضمان التلف لا في ضمان الإتلاف فلا مخالفة للقاعدة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٣

بالنسبة إلى المنافع التي يستوفها (١)

أقول إضافة ثم أرسله إلى عبارة الشرائع باعتبار وقوعه في عبارة الجواهر فزعم انه من عبارة المتن أى الشرائع.

كيف كان فذكر المصنف (ره) ايضا ان الحكم بالضمان في المسألة لا- ينافى القاعدة، فإن الضمان فيها للإتلاف حيث ان حكم الشارع على المحرم بإرسال الصيد إيجاب عليه إتلافه، و هذا الإيجاب إتلاف تعبدى يوجب الضمان.

و فيه ان إيجاب الإتلاف ما لم يقع الإتلاف خارجا لا يوجب الضمان، و لذا لو لم يأكل من يجب عليه أكل طعام الغير لدفع هلاك نفسه من الجوع فمات لم يكن مديونا لصاحب الطعام بمثل الطعام أو قيمته، كما لا يصح القول بأن إيجاب الأكل عليه تحفظا على نفسه من الهلاك إتلاف لطعام الغير و على ذلك فلو لم يرسل الصيد حتى أخذه صاحبه لم يكن على المستعير شىء.

هذا مع انه لا دليل على وجوب الإرسال عليه، بل غاية الأمر عدم جواز إمساكه، و يحصل الموافقة بدفعه الى صاحبه أو إيصاله إليه، نعم لو أرسله فعليه ضمان الإتلاف و الاولى نقض عكس القاعدة بعارية الصبى ماله من آخر؛ فإنه يثبت على الآخر ضمان تلف ماله، مع انه لا ضمان في صحيح العارية.

فإن قيل ما الفرق بين عارية البالغ حيث ان في عارية البالغ مع فسادها لا يكون ضمان على المستعير، و بين عارية الصبى حيث يثبت للمستعير ضمان تلفها.

فإنه يقال ان فساد العارية الأول لا يوجب بطلان اذن المالك للمستعير في حفظ ماله الموجب لارتفاع الضمان كما تقدم، بخلاف عارية الصبى لبطلان اذنه كعاريته و سائر معاملاته.

(١) و ربما يقال كما عن السيد الخوئى (أطال الله بقائه) بأنه لا وجه لتقييد المنافع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٤  
ويمكن نقض القاعدة (١) و يمكن النقض أيضا بالشركة الفاسدة (٢)

بغير المستوفأة، فان المستوفأة و غيرها كلاهما غير مضمون في البيع الصحيح فزمانها ينافي القاعدة و فيه ان ضمان المستوفأة لا ينافي القاعدة لا بأصلها و لا بعكسها، فإنها ناظرة إلى ضمان التلف لا الإتلاف و الاستيفاء إتلاف و عدم ضمان المنافع المستوفأة مع صحة البيع لكونها تابعة لمالك العين فاستيفائها إتلاف لمالك الغير ليضمن، بخلاف صورة فساد البيع.  
(١) أقول- لا يصحح ضمان الحمل في البيع الفاسد فرض اشتراط دخوله في البيع، و الوجه في ذلك ان مجرد اشتراط دخوله لا يجعل الحمل جزء المبيع بان يكون الثمن بإزائه و إزاء الام معا ليكون بالإضافة إلى الحمل ضمان معاملي، و يثبت ضمان تلفه مع فساد البيع. و الحاصل الضمان المعاملي يجرى في جزء المبيع لا الشرط، و ان الحمل على تقدير اشتراط الدخول يكون كسائر المنافع التي يدخل في ضمان المشتري مع فساد البيع من غير ثبوت ضمان معاملي بالإضافة إليها كما لا يخفى.  
(٢) و وجه النقض ان مع صحة عقد الشركة و جواز تصرف كل من الشريكين في المال المشترك يكون المال المزبور في يد كل منهما كالمال في يد الوكيل أمانة مالكية فلا يضمن، بخلاف صورة فساد عقدها و البناء على عدم جواز التصرف في مال الشريك، فإنه تكون يده على مال صاحبه، يد عدوان فيضمن و هذا ينافي القاعدة المزبورة في عكسها لان مقتضى عكسها عدم الضمان فيما لا ضمان في صحيحه.

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

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٥

و المفروض أنها لا تؤثر شيئا (١) فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن (٢) اما في غير التملك بلا عوض (٣)

من الشريكين في المال المشترك حيث ان الضمان و عدمه في القاعدة أصلا و عكسا هو ضمان التلف، لا الإتلاف و فيما إذا لم يكن تلف المال مستندا الى تصرف أحدهما كما إذا سرق المال المشترك من يد أحدهما فلا موجب للضمان لان المال مع صحة الشركة كانت في يده أمانة مالكية، و كذلك مع فسادها و الأمانة المالكية خارجة عن حديث على اليد، و لا يعمها السيرة المشار إليها سابقا، بل لا ضمان فيما إذا تلف المال المشترك بتصرف أحد الشريكين كما إذا اشترى به متاعا ثم نزلت القيمة السوقية للمتاع فباعه بالأقل حيث ان بطلان عقد الشركة لا يوجب بطلان الاذن في التصرف بل البطلان يوجب عدم ترتب الأثر الخاص لصحة العقد كما هو الحال في بطلان سائر العقود الإذنية.

(١) لا يخفى ما فيه فان فساد العقد معناه عدم ترتب الأثر المترقب من العقد عليه لا عدم ترتب حكم شرعي أصلا كضمان المال.  
(٢) المستأمن بالفتح مبنى على المفعول يعني حاصل أدلة عدم ضمان الأمين ان من دفع اليه المالك ماله على وجه لا- يضمه (بالتشديد) يعني لا يجعله ضامنا بعوض واقعي أو جعلى فليس عليه ضمان.  
(٣) يعني الدليل على عدم الضمان في غير الهبة الفاسدة من موارد الاستيوانات  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٦

[حكم المقبوض مع فساد العقد]

و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه «١»

إطلاق ما دل على عدم ضمان الأمين كموثقه غياث بن إبراهيم (١) حيث ان دعوى اختصاصها بالأمانة المالكية الصحيحة ضعيفة، كما ان الدليل على نفى الضمان فى الهبة الفاسدة فحوى ما دل على عدم ضمان الأمين، فإن الاستيمان مع عدم التسليط المطلق فى مواردّه إذا كان موجبا لنفى الضمان يكون التسليط المطلق مجانا كذلك بطريق اولى، نعم التسليط بالعوض مساوق للتضمنين.

(١) يعنى لا خلاف فى وجوب رد المقبوض بالبيع الفاسد على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح عدم الخلاف على هذا التقدير من مجمع الفائدة، و الوجه فى ذلك ان الإمساك به تصرف، فيجب رده تخلصا من الإمساك المزبور، و الظاهر عدم جواز التصرف فى المقبوض بلا فرق بين علم الدافع بفساد البيع و عدمه.

و ما ربما يقال من جواز التصرف فيه مع علم الدافع بفساده، بدعوى ان الدفع مع العلم المزبور ترخيص فى كل تصرف فيه لا يمكن المساعدة عليه، فان علم الدافع بفساد البيع شرعا لا يمنعه من إنشاء تملكه بعوض حيث ان إمضاء الشارع التملك المزبور و عدمه خارج عن قصده و إنشائه، كما ان الرضا بالتملك المزبور لا يتضمن إذنا لصاحبه فى التصرف مع بقاء المال فى ملكه.

و اما بالإضافة إلى وجوب الرد فالظاهر التفصيل فيه، و أنه فى بعض المبيعات التى يكون المتعارف فى بيعها حملها إلى المشتري لغاية التسليم اليه، ليس على المشتري مع فساد البيع إلا التخليه بين المقبوض و بين بايعه و لو باخباره ان ماله عنده فله أخذه لفساد المعاملة و بقاءه على ملكه، و فى المبيعات التى يكون المتعارف

(١) الوسائل الجزء (١٣) الباب - (٢٨) من أبواب أحكام الإجارة الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٧

.....

فيها تخليه البائع و أخذ المشتري المال من عند البائع يجب فيها على المشتري رد المال بإيصاله إلى بايعه و لا يكفى التخليه المزبوره، بل لو كانت فى إيصاله مؤنه كانت على المشتري، و حديث لا ضرر لا يجرى فى المقام باعتبار ان حبس المال على بايعه ضرر على البائع.

و قد ذكر فى محله ان قاعدة لا- ضرر لا- تعم موارد تعارض الضررين. و لو تلف المال فى القسم الأول قبل التخليه المزبوره يكون ضمان تلفه على المشتري، بخلاف ما إذا تلف بعدها، فإن اخبار البائع بأن ماله عنده فله أخذه، يخرج المال عن إمساكه المحرم و يدخله فى التبريه من ضمانه على تقدير مماطله المالك فى الأخذ حيث لا يكون معها فى سيره العقلاء ضمان و هذا بخلاف الصورة الثانية فإنه ما دام لم يتحقق رد المال على مالكه ف ضمان تلفه عليه حتى فيما إذا كان رده حرجيا عليه و باعتباره جاز له إمساكه إلى ارتفاع الحرج، حيث ان دليل نفى الحرج لا ينفى الضمان.

ثم لا يخفى ان الرد لا يكون وجوبه نفسيا حتى فى الأمانات المالكية عند مطالبه ملاكها بل وجوبه كما أشرنا إليه غيرى تخلصا من حرمة الإمساك بالمال كما يظهر ذلك بملاحظه ما دل عليه كصحيحه زيد الشحام عن ابى عبد الله (ع) ان رسول الله (ص) وقف بمنى حتى قضى مناسكها الى ان قال اللهم اشهد ألا من كانت عنده أمانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فإنه لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله إلا بطيبه نفسه. «١»

و ما يظهر من بعض الكلمات من ان المفهوم من عدم حل مال الغير وجوب الرد عليه نفسا ضعيف، بل الأمر بالعكس بشهادة مثل الصحيحه. و قد يقال ان حديث على اليد يدل على كل من الضمان و وجوب الرد، اما لان ضمان العين قبل تلفه يستلزم



(١) الوسائل الجزء (١٩) الباب (١) من أبواب القصاص - الحديث (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٨

### [ضمان المنافع في المقبوض بالبيع الفاسد]

الثالث لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهها المشتري (١)

وجوب الرد بل لا معنى له غير وجوب الرد أو لأن كلا من الضمان و وجوب الرد مدلول مطابق للحديث و مستفاد من كون المال على العهدة.

و فيه ان ظاهر اسناد الظرف الى المال هو ضمانه فقط و استفادة التكليف من الحديث محتاج إلى اسناد الظرف الى فعل مقدر أيضا بأن يقال على اليد رد ما أخذت و التقدير خلاف الأصل كما أن الجمع بين التقدير ليستفاد التكليف و بين اسناد الظرف الى نفس المال ليستفاد الضمان غير ممكن.

و اما دعوى ان اعتبار الضمان بدون وجوب الرد لغو و باستلزام الضمان، التكليف بالرد فلا يمكن المساعدة عليها، لا مكان اعتبار شيء على العهدة من غير التكليف برده كما في الديون التي يعتبر على عهدة الشخص مع عدم تمكنه على أدائها.

و الحاصل ان وجوب الرد باعتبار أن الإمساك بأموال الناس غير جائز و لو لم يكن في البين حرمة الإمساك بها التي يستفاد من مثل صحيحة زيد الشحام لما كان للحديث على اليد دلالة عليه، و لو تنزلنا عن ذلك و بنينا على دلالة على وجوب الرد فلا قرينة على كون المراد بالرد هو خصوص الإيصال بل يعم التخليه في الموارد التي أشرنا إليها فتدبر.

(١) لو كان للمبيع بالبيع الفاسد منفعة استوفاهها المشتري يكون عليه ضمانها زائدا على ضمان العين على المشهور بين أصحابنا، بل ظاهر ما في السرائر (من ان المأخوذ بالبيع الفاسد كالمغصوب عند المجتهدين من أصحابنا) أنه عندهم مثله في عدم جواز التصرف و الضمان، و يقتضى هذا الضمان قاعدة احترام مال المسلم المستفاده من مثل موثقة غياث بن إبراهيم المتقدمة، و ذكرنا سابقا ان استيفاء منفعة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٩

.....

المبيع إتلاف الملك الغير فيوجب الضمان، و اما الاستدلال بقوله عليه السلام لا- يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه كما عن المصنف (ره) فلا يمكن المساعدة عليه لما ذكرنا سابقا، من ان مقتضاه عدم جواز التصرف في مال الغير تكليفا و وضعاً و اما الضمان أو عدمه، فلا دلالة فيه عليها أصلاً خلافا لابن حمزة في الوسيلة حيث نفى ضمان المنافع في المقبوض بالبيع الفاسد، و تمسك في ذلك بما في النبوي المرسل الخراج بالضمان و المراد بالخراج منافع الشيء و عوائده، و الباء بمعنى السببية أو المقابلة فيكون مفاده ان ضمان العين يازائه منافعها، أو ان ضمانها سبب لكون منافعها للضامن.

و الحاصل ان مقتضاه عدم الضمان في المنافع المستوفاه و غيرها.

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



أقول لا- يظهر ما ذكر من مثل قوله عليه السلام، و ذلك لما تقدم من انه لا معنى لكون الإنسان ضامنا لماله، و بما ان المبيع فى بيع الخيار كسائر البيوع ملك المشتري، و لا- يكون ثبوت الخيار للبائع موجبا لبقائه فى ملكه، فلا يكون لضمان المشتري معنى ليكون ضمانه فى مقابل المنافع أو سببا لكون المنافع له، بل ظاهره استشهاد الامام عليه السلام لدخول المنافع تبعا للعين فى ملك المشتري بكون هلاك العين و تلفها فى ملكه.

و الحاصل انه ليس فى البين ما يكون وجها لما ذهب اليه ابن حمزة غير النبوى المرسل و ناقش المصنف (ره) فيه مع الإغماض عن ضعف سنده بضعف دلالة على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٠

.....

المقام فان مدلوله ان مع ثبوت الضمان الاقداى بالإضافة إلى العين و إمضاء الشارع له يكون منافعها للضامن كما فى البيع الصحيح، فان مع ثبوت الضمان المعاملى بالإضافة إلى المبيع يكون منافعه للمشتري و الضمان مع فساد البيع لا- يكون ضمانا اقداميا، بل كالضمان فى المقبوض بالسوم حكم شرعى مستفاد من حديث على اليد و نحوه، و ثبوت هذا الضمان بالإضافة إلى العين لا يوجب كون المنافع للضامن كما فى ضمان المغصوب.

بل ربما يقال كما هو الصحيح لا- يكون مجرد الضمان الاقداى موجبا لكون المنافع للضامن حتى مع إمضاء الشارع و كون منافع المبيع للمشتري باعتبار دخول العين فى ملكه لا- لمجرد ضمان العين، و لذا لا- يكون المنافع ملكا للضامن باشتراط الضمان على المرتهن، أو على المستعير فان الثابت للمستعير حتى فى مورد ضمان العين جواز الانتفاع و جوازه باذن المالك يعبر عنه بملك الانتفاع و اما المنفعة فهى باقية على ملك المعير و لذا لو مات المستعير لا ينتقل المنفعة إلى ورثته، بل تبطل العارية و لا يجوز للورثة الانتفاع بالعين بخلاف موارد ملك المنفعة فإنه بموت المستأجر تنتقل المنفعة المملوكة له إلى ورثته.

و الحاصل يمكن ان يراد بالضمان فى النبوى، ضمان العين بالضمان المعاملى لا مجرد الالتزام بضمانها و ضمان المبيع فى مقابل الثمن مع صحة البيع معاملة كما هو مورده فيكون المنافع للمشتري بذلك الضمان فإنه قضى عمر بن عبد العزيز فى عبد اشترى و استعمل ثم ظهر كونه معيبا بان عمله للبائع فروى عليه عروة عن عائشة انه وقع مثله فى حياة رسول الله صلى الله عليه و آله فقال رسول الله صلى الله عليه و آله عمله للمشتري لأن الخراج بالضمان.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦١

و ربما يرد هذا القول (١) و أضعف من ذلك (٢) فلا إشكال فى عدم شمول صلة الموصول (٣)

(١) يعنى يرد قول ابن أبى حمزة بما ورد فىمن اشترى امه و أولدها فوجدها انها مسروقة من مالكةا حيث ان مشتريها ضامن لمالكها بقيمة ولدها و عوض لبنها بل عوض كلما انتفع بها و لكن هذا الرد ضعيف، فان مورد كلام ابن أبى حمزة ما إذا كان ضمان العين بتضمين مالكةا و عدم تضمينه منافعها و مثل الأمه المفروضة خارج عن ذلك، فإنه ليس فيها تضمين العين من مالكةا و جعل منافعها بلا تضمين بل الضمان فيها من قبيل ضمان الغصب حيث ان بائعها لم يكن مالكا لها.

(٢) و وجه كونه أضعف من الرد السابق، ان فى مورد بيع الأمه المسروقة يكون التضمين بالإضافة إلى العين فقط حيث يجعل الثمن بإزاء المبيع و لكن بما ان جعل المنافع مجانا كان من بايع غير مالك لم يؤثر فى ارتفاع الضمان، و لا يقتضى ضمان العين ضمان المنافع فيما إذا كان جعل المزبور باتفاق المالكين، و هذا بخلاف صحيحة أبى ولاد الدالة على ضمان المنافع فان موردها اجارة العين التى تكون المنافع فيها مضمونة بتضمين مالكةا فالضمان فى مورد الصحيحة لا تقتضى ضمان المنافع التى لا تكون فيها تضمين

كما هو مورد الكلام في المقام.

نعم لو فرض ان دعوى الوسيلة هي عدم ضمان المنافع أصلاً، و أن ضمانها لا- تجتمع مع ضمان العين حتى في مورد الغصب و الإجارة، فيصح الرد عليه بالرواية و الصحيحة.

(٣) و حاصله ان المنفعة و هي قابلية العين للانتفاع بها لا تكون قابلة للأخذ،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٢

.....

و تناول اليد، بل القابل له هي العين فقط، و الحاصل ان حديث على اليد قاصر عن الشمول للمنافع، باعتبار عدم عموم الصلة، أي الأخذ للمنافع.

أقول المراد بالأخذ الاستيلاء، لا- الأخذ الخارجي و تناول اليد، و ما ذكر المصنف (ره) من كون الأخذ بمعنى الاستيلاء مشكلاً، ضعيف، و الا- لم تصدق الصلة المزبورة على وضع اليد بمثل البساتين و الأشجار و نحوهما من الأعيان التي لا تكون قابلة للنقل الخارجي، و تناول اليد.

نعم قيل ان الحديث لا يعم المنافع باعتبار ان الذيل فيه و هو قوله حتى تؤدي قرينه على اختصاص صدره بالأعيان فإنها القابلة للأداء، دون المنافع، و لكن أجابنا عنه بأن الأداء في الذيل يعم أداء المأخوذ بنفسه و رده ببدله، حيث ينتهي الضمان بكل من رد العين، و البدل، و مع ذلك لا يمكن الاعتماد على الحديث لضعفه سنداً، و كذا لا يمكن التثبت في الحكم بضمان المنافع غير المستوفاة بما في موثقة غياث و صحيحة زيد الشحام (من قوله (ص) من ان حرمة مال المسلم كحرمة دمه) فان مقتضاها و ان يكون الضمان كما هو مقتضى إطلاق تنزيل المال بالدم، الا انه لا يعم المنافع غير المستوفاة، حيث ان عدم ضمانها لا ينافي احترام المال، و انما ينافي احترامه عدم ضمان الإلتلاف، كما هو الحال في الدم فان احترامه لا يوجب ضمان التلف، بل يوجب ضمان الإلتلاف.

و العمدة في الضمان في تلك المنافع أيضاً السيرة العقلانية فإنه لا فرق عندهم بين المنافع الفائتة تحت يده، و بين المنافع المستوفاة. و دعوى انها غير محرزة في مورد فوت المنفعة تحت اليد من غير استيفاء، مدفوعة بملاحظة موارد الغصب كما في وضع اليد على دار لم يسكنها أو على بستان لم ينتفع منه، و هكذا أولاً و وجه لما قد يقال من انه لا موجب في العصب لضمان المنافع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٣

مضافاً الى الاخبار الواردة في ضمان (١)

غير المستوفاة فيما إذا كانت تلك المنافع شأنية كمن يكون عنده مراكب لا يركبها نادراً و لو وضع الغير يده على تلك المراكب يوماً و لكن لم يركبها لا- يضمن للمالك اجرة المثل بخلاف ما إذا وضع اليد على مراكب يركبها صاحبها غالباً، أو يؤجرها للركوب كذلك و ذلك فإنه لا يرى في سيرتهم الفرق بين كون المالك ممن يستعمل المركب كل يوم أو لا.

نعم إذا لم يمكن عادة ركوب المركب في زمان، لا لمانع شخصي بل نوعي كنزول الثلج أو المنع العام من الخروج من البلد و غيره مما لا يعد معه المركب ذا منفعة فلا يكون ضمان باعتبار عدم فوت المنفعة في يده.

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - إيران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ١٦٣

(١) كرواية زرارة قال قلت لأبي جعفر عليه السلام الرجل يشتري الجارية فيولدها ثم يجيء الرجل فيقيم البينة على انها جاريته و لم تبع و لم تهب فقال يرد اليه جاريته و يعوضه بما انتفع «١».

و في رواية أخرى عن أبي عبد الله عليه السلام قلت له رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى أرضه فولدت منه أولادا ثم أتاه من يزعم انها له و اقام على ذلك البينة قال يقبض ولده و يدفع إليه الجارية و يعوضه في قيمته ما أصاب من لبنها و خدمتها «٢» و لا يبعد اعتبار سند الاولى و لكن لا دلالة فيهما على عدم ضمان المنافع الفائتة، فإنه لم يفرض فيها فوت منفعة بل مقتضى العادة في مثل الأمة المزبورة استيفاء منافعها.

و اما صحيحة محمد بن قيس الواردة فيمن باع وليدة أبيه فليس فيها بيان ضمان المنافع أصلا لا المستوفاة و لا غيرها و لا يمكن ان يقال ان السكوت فيها عن ضمان

(١) الوسائل - الجز (١٤) الباب ٨٨ من أبواب نكاح البعيد.

(٢) الوسائل - الجز (١٤) الباب ٨٨ من أبواب نكاح البعيد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٤

و ان كان المترائي من ظاهر صحيحة أبي ولاد (١)

### [الضمان في المثلي و القيمي]

#### إشارة

إذا تلف المبيع فان كان مثليا (٢)

المنافع دليل على عدم ضمانها و ذلك لعدم إحراز كونها في مقام البيان من هذه الجهة ليرفع اليد عن إطلاقها بالإضافة إلى المنافع المستوفاة بقرينة ما تقدم، و يتمسك بها في نفي ضمان غيرها.

و الحاصل الإطلاق الموهوم في الصحيحة إطلاق مقامي و ليس من الإطلاق اللفظي ليمكن إحرازه بالأصل العقلاني، و إثبات الإطلاق المقامي موقوف على إحراز كون المتكلم في مقام بيان الحكم الآخر أيضا غير الحكم الوارد في الخطاب.

(١) لم يظهر وجه ما ذكر فإنه لم يفرض فيها فوت منفعة بلا- استيفاء، كما إذا مكث المستأجر بالبغل أياما من غير ركوبه، ليقال بان عدم ضمانه اجرة تلك الأيام في مورد الغصب يستلزم عدم ضمانها في المقام.

نعم بالإضافة إلى ضمان الأجرة المسماة في مورد مخالفة عقد الإجارة كلام موكول الى كتاب الإجارة و ظاهر الصحيحة عدم ضمان المستأجر تلك الأجرة فلاحظ.

(٢) المعروف ان التالف في يد المشتري مضمون بالمثل في المثليات خلافا لما يحكى عن الإسكافي حيث ذكر ان التالف يكون مضمونا بالقيمة مطلقا و الكلام فعلا- في ضابط كون التالف مثليا حيث ذكر جماعة انه ما يتساوى اجزائه من جهة القيمة و المراد بالاجزاء الافراد حيث يصدق الحقيقة على كون واحد منها و تساويها من حيث القيمة بالنسبة أى بإضافة بعضها الى بعضها الأخرى من حيث المقدار فإذا كانت حنطة متساوية للأخرى في الكم، تكون متساوية لها في القيمة أيضا.

و على ذلك فيلزم ما ذكر الشهيد (ره) من كون المسبوط من الذهب قيمته، فإنه إذا انفصل و كانت قطعه منه نصف مسبوكة أحر، فلا

تكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٥

.....

قيمتها نصف قيمة ذلك المسبوك، لدخاله الهيئه في قيمته، و كذا يلزم ان لا يكون الدرهم مثليا، فان الدرهم إذا كسر و صار قطعاً تكون تلك القطع مساوية للدرهم من حيث الكم مع انه لا يشتري تلك القطع بالدرهم.

و يمكن ان يجاب بان الدرهم مثلي بالإضافة إلى نوعه الصحيح، فلا ينافي عدم كونه مثلاً للقطع من درهم آخر كما ان كون الحنطة مثلياً لا ينافي عدم كونها مثلاً بالإضافة إلى قطع الحنطة المعبر عنها بالجريش و يلتزم كما عن الشهيد ره بان المسبوك من الذهب أو الفضة قيمى.

ثم ان لازم التعريف و التوضيح ان لا- يكون مثل الحنطة مثلياً، فإنه ربما تكون حنطة ضعف الأخرى في المقدار و مع ذلك تكون قيمتها مساوية له كالمن من الحنطة الجيدة مع المنين من الرديء، فيلزم ان لا يكون الحنطة مثلية بل المثلي أصنافها و هذا لا يناسب كلماتهم حيث يجعلون الحنطة مثلية و على ذلك فلو تلف أو أتلّف فرداً من صنفها يجب عليه الخروج من ضمانه بدفع فرد آخر من ذلك الصنف و يبقى ان إطلاق المثلي على الجنس بلحاظ مثلية أصنافها و لو لم يكن بعيداً الا ان تطبيق تعريف المثلي في كلماتهم على الجنس بلحاظ افراد أصنافه بعيد.

و أبعد منه القول بان قولهم الحنطة مثلي، نظرهم الى الجنس، و عدم ملاحظتهم اختلاف افراد أصنافها مع كون المثلي كل واحد من تلك الأصناف باعتبار ان التالف مضمون بالجنس عندهم، غاية الأمر يجب عند أداء ما عليه من الجنس، رعاية الخصوصيات الصنفية التي كانت في التالف، و وجه كون هذا أبعد، أنه لا وجه لرعاية الخصوصيات بعد فرض عدم اشتغال الذمة بها، كما ان مع وجوب رعايتها لا وجه لعدم اعتبارها، على الذمة.

و بالجملة لا موجب لاعتبار الجنس مثلياً مع كون المثلي نوعه أو صنفه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٦

يشكل اطراد التعريف بناء على هذا (١) و بهذا الاعتبار يصح السلم (٢) و لذا اختار العلامة في باب القرض (٣)

(١) يعنى لا يتم التعريف المزبور حتى بناء على كون المراد من تساوى افراد الحقيقة تساوى افراد كل واحد من أصنافها، و وجه عدم التمامية انه ان أريد تساوى تلك الافراد من جميع الجهات الموجبة لرغبة الناس التي تكون بها زيادة القيمة و نقصانها، فهذا النحو من التساوى غير حاصل، حتى في افراد الصنف الواحد، و ان أريد من التساوى التقارب بين تلك الافراد في تلك الجهات. فهذا حاصل في افراد الصنف من القيميات ايضاً كاصناف الغنم و البقر و غيرها من الحيوان مع كونه قيمياً عندهم.

نعم التقارب كذلك في أصناف القيمي قليل، و في أصناف المثلي كثير و لكن القلة و الكثرة تصلحان لملاك الحكم بضمان القيمة في الأول و بضمان المثل في الثاني و لا- توجب ان كون التعريف المزبور مانعاً عن الغير، و بالجملة فالتعريف المزبور للمثلي شامل للقيمي أيضاً.

(٢) أى باعتبار تقارب افراد القيمي أيضاً في الصفات الموجبة للمالية، يجوز السلم في القيمي، حيث يعبر في السلم ان لا- يكون توصيف المبيع موجبا لندرة وجوده.

(٣) و هذا ايضاً استشهد لما ذكره من ان تقارب الافراد في الجهات الموجبة للمالية لا يختص بالمثليات، و بيانه أنه لو كان تقارب الافراد فيها، مختصاً بها، لم يكن للعلامة الحكم على القيمي في السلم بأنه مضمون في مورد القرض بالمثل،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٧

فمن التحرير ما تماثلت اجزائه (١) و عن الروضة انه المتساوى الاجزاء (٢) و عن غاية المراد انه ما تساوى اجزائه (٣)

و الحاصل حكمه (ره) بان ما يصح فيه السلم من القيميات، إذا وقع مورد القرض، يكون مضمونا بالمثل، فرض لوجود المثل للقيمي. (١) لا- يخفى ان هذا مثل التعريف السابق، فان تماثل الافراد و تقارب صفاتها يكون فى المثليات، و القيميات، و لو باعتبار افراد الصنف، و بعبارة أخرى ان أريد التماثل من جميع الجهات، فلا يعم التعريف جميع المثليات، و ان أريد التقارب فيها، فيشمل القيميات ايضا.

(٢) و هذا بظاهره أخص من التعريف المتقدم، حيث أخذ فيه مع تساوى الافراد، تساويها فى المنفعة، و تقاربها فى صفاتها، اللهم الا ان يقال تقييد التساوى فى التعريف المتقدم بالقيمة فى قوة ذكر تساويها فى المنفعة، و تقاربها فى الصفات، و عليه فيرد على هذا التعريف ما أورد به على سابقه.

(٣) و هذا أعم من التعريف المتقدم، حيث ان هذا يعم جميع المثليات و القيميات، فإن الأفراد فيهما مشتركة فى الحقيقة النوعية، كما ان ما ذكره بعض العامة من ان المثلى ما قدر بالكيل و الوزن، غير تام، فان التقدير بهما ربما يكون فى القيمي، كبعض الفواكه، و التقدير بالعد ايضا يكون فى المثلى كالثوب، و مثله ما عن بعض آخر منهم، من جواز بيعه سلما، فإن القيمي أيضا يجوز بيعه سلما فيما لا يكون التوصيف موجبا لندرة وجوده، و كذا ما عن ثالث منهم من اضافته بيع بعضه ببعض، فان جواز هذا البيع لا يختص بالمثليات.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٨

فلا بد من ملاحظة ان الأصل الذى يرجع (١)

أقول الأظهر ان يقال ضمان التالف اما بالمثل أو القيمة و الأول- فى موارد عدم ندرة المثل للتالف غالبا و الثانى- فى موارد ندرته كذلك، و المراد بالمثل هو القريب الى التالف فى الأوصاف التى تكون بها المالىة أو زيادتها، لا سائر الخصوصيات التى قد يتعلق غرض شخصى بالشىء باعتبارها، و ربما يزيد بها الثمن عند شرائه، و لكن لا تكون الخصوصية المزبورة منظورة مقصودة للعقلاء الراغبين فى الشىء المزبور.

و لو أحرز ان المال بالإضافة إلى التالف كذلك، و لم يكن وجوده عزيزا نوعا، بحيث لا يعد الظفر به من الاتفاق، فالمال مثلى و فى صورة عزة وجوده و ندرة الظفر به فالمال قيمي، كبعض الجواهر فلو تراضى المالك و الضامن فى الأول على القيمة فهو، و الا فلا يستحق المالك غير المطالبة بالمثل، كما أنه فى الثانى لا يستحق إلا المطالبة بالقيمة، و ليس له إلزامه بدفع المثل، و ان اتفق تيسر تحصيله فإن عمدة الدليل على الضمان فى مورد الكلام سيرة العقلاء و مقتضى سيرتهم فى موارد ضمان التلف و الإتلاف ما ذكرنا فلاحظ.

(١) أقول مقتضى القاعدة فى مورد دوران التالف بين المثلى و القيمي، هو تخيير الضامن، و بيان ذلك ان العلم الإجمالى الحاصل للضامن يكون ذمته مشغولة إما بالمثل أو القيمة و ان كان من قبيل العلم الإجمالى بالتكليف بين المتباينين، الا انه لا ينبغي الربى فى انه لا يجب على الضامن دفع المثل أو القيمة معا، لعدم وجوب هذا الاحتياط فى المليات، و ليس دوران الأمر بين استحقاق المالك القيمة أو المثل من دوران الأمر بين الأقل و الأكثر، بأن يكون الثابت فى ذمته مطلق مالىة التالف أو مالىته فى ضمن المثل ليكون دفع المثل احتياطا، و دفع القيمة عملا بأصالة البراءة،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٩

و ذلك لان المراد بالمالية في المقام، ليست هي القيمة في ضمن أى شىء، بل بالنقود المتعارفة للاثمان، كالدراهم، و الدنانير، و دوران الأمر بين القيمة كذلك و بين المثل من قبيل المتباينين، و بعد فرض عدم وجوب الموافقة القطعية في المقام بدفع القيمة و المثل معا، تصل النوبة إلى الموافقة الاحتمالية، باعتبار العلم بعدم جواز إهمال الموافقة رأسا.

لا يقال كيف يجوز للمالك أخذ ما يختاره الضامن، حيث يحتمل ان يكون المدفوع اليه غير ما يستحقه. فإنه يقال دفع الضامن واحدا من المثل أو القيمة باعتبار انه اما عين ما يستحقه المالك عليه أو عوض عنه، فيجوز للمالك أخذه، اما لانه عين ماله أو بدله بجعل الضامن مع ان للمالك أخذه تقاصا من ماله على تقدير كونه غير ما يستحقه على الضامن لان الضامن لا يدفع اليه ذلك المال.

و دعوى تخيير المالك فإنه مقتضى قاعدة الاشتغال الجارية في حق الضامن حيث ان المالك إذا رضى بالمثل فدفعه اليه مبرء لذمة الضامن قطعا فإنه ان كان عين ما يستحقه عليه فهو و ان كان ما يستحقه عليه هي القيمة فقد رضى المالك منها بالمثل على الفرض و هذا بخلاف ما إذا رفع اليه غير ما اختاره فإنه يحتمل عدم فراغ ذمته مدفوعة بأنه لم يتم دليل على وجوب تفرغ الذمة في الفرض على الضامن لعدم تنجز التكليف المعلوم بالإجمال بوجود موافقة القطعية و انما الثابت في حقه في الفرض لزوم الموافقة الاحتمالية، حتى لا يمنع الغير قطعا عما يستحقه عليه، و لذا لو طالب المالك بغير المثل أو القيمة في الفرض بأن رضى عن عوض التالف المردد بين كونه مثليا أو قيميا بثوب الضامن مثلا فلا يجب على الضامن دفع الثوب المزبور بدعوى

إرشاد الطالب إلى التصليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٠

و ربما يناقش في الآية بان مدلولها (١).

انه يجب عليه تفرغ ذمته و ان التالف لو كان قيميا فقد رضى المالك من قيمته بالثوب، و ان كان مثليا فقد رضى به من المثل. و بالجملة كما لا يجب على الضامن في المقام الموافقة القطعية بدفعه القيمة و المثل معا كذلك لا يجب عليه تحصيل رضا المالك، بل الثابت في حقه الموافقة الاحتمالية بل إذا أخذ المالك ما دفع اليه يحصل فراغ ذمة الضامن لما ذكرنا من كونه اما عين ما يستحقه أو بدله جعلاً أو تقاصاً من المالك و اما احتمال تخيير المجتهد في الإفتاء بضمان المثل أو القيمة في صورة تشاح الضامن مع المالك فلا دليل عليه بل لو قيل بجواز تخيير المجتهد في الإفتاء فهو في مورد تعارض الخبرين و تكافؤهما لا مثل المقام من موارد فقد النص و عدم وجوب الاحتياط في الواجب الدائر بين المتباينين و عن السيد الخوئي (طال بقاه) انه يقرع عنه دوران التالف بين كونه مثليا أو قيميا أخذاً بما دل على انها لكل أمر مشكل.

و لكن لا يخفى ما فيه، فإنه لا اعتبار بالقرعة في الشبهات الحكمية و منها المقام سواء كان أمكن فيها الاحتياط أم لا و لذا لم يذكر هو و لا غيره في دوران الأمر بين المحذورين في موارد الشبهة الحكمية تعين القرعة.

(١) و لعل مراد القائل ان كلمة ما في قوله سبحانه بِمِثْلٍ مَا اعْتَدَى مصدرية فيكون التقدير فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ مثل اعتدائه، مثلا إذا أتلّف الغير مال أحد يجوز له إتلاف مال ذلك الغير و ان أخذ ماله فيجوز له أخذ مال ذلك الغير، و اعتبار المماثلة في الاعتداء كذلك لا ينفع في المقام، فان المهم في المقام إثبات المماثلة في المال المعتدى به و لو أتلّف كتابه فالدعوى انه يجوز له أخذ ذلك الكتاب منه لا إتلاف كتابه عوضا هذا.

إرشاد الطالب إلى التصليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧١



و لكن المناقشة غير تامة فإن صدر الآية قرينة على كون المراد المماثلة في المعتدى به النفس بالنفس و العين بالعين و الاذن بالأذن الى غير ذلك و لا يعتبر المماثلة في الاعتداء و لو قتله بالحرق أو الخنق فلا يكون القصاص الا القتل بالسيف لا بالحرق أو الخنق، و لعله (ره) أشار الى ذلك بقوله (و فيه نظر) و لكن مع ذلك لا دلالة للاية على الضمان حتى في مورد الإلتلاف عمدا فضلا عن التعدى إلى سائر الموارد و ذلك فان المراد بالاعتداء في قوله سبحانه هي الجزاء على المعتدى بالكسر و إطلاق الاعتداء عليها بهذا الاعتبار نظير ما ورد في بعض روايات الاستصحاب من قوله عليه السلام (و لكن ينقض الشك باليقين) فإن إطلاق النقض في مورد الشك مع انه لا إبرام و لا استحكام في الشك باعتبار المقابلة لليقين حيث يطلق فيه النقض لايرامه و استحكامه، فالمستفاد من الآية انه لو أتلّف الغير مال أحد عدوانا يجوز له استيفاء مثل المال المزبور من المعتدى بان يملك ذلك المثل من المعتدى بالأخذ منه و لو بالمقاصة أو قهرا عليه و المناسب لذلك إرادة المماثلة و لو في المقدار فقط و من الظاهر ان جواز أخذ هذا المثل لا يرتبط بضمان المعتدى المثل بالمعنى المتقدم أو القيمة بالتقود المتعارفة، بل لا يرتبط بأصل الضمان أيضا بأن يكون المعتدى عليه مالكا على ذمة المعتدى المال، فإنه يمكن الالتزام بجواز الأخذ من مال المعتدى و تملكه و لو قهرا عليه نظير تملك اللقطة من دون اشتغال ذمة المعتدى كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٢

كما في المثاليين المتقدمين (١).

كما في المثال الثالث (٢) فحاصل الكلام ان ما اجمع على كونه مثليا (٣).

(١) اي مثال الإلتلاف من الكرباس المنسوخة بنحو واحد و مثال إلتلاف عبد و له بذمة مالكة عبد موصوف بصفات التالف. أقول- قد مر أن وجدان المثل نادرا بحيث يكون الظفر به من المصادفة و الاتفاق، لا يعتبر عند العقلاء، فدعوى انصراف إطلاق الضمان إليه في بعض ما ورد في التلف و الإلتلاف ضعيفة.

(٢) أي ما إذا فرض نقصان المثل عن التالف نقصانا فاحشا بتنزل القيمة السوقية، حيث ان مقتضى العرف و الآية تعيين قيمة التالف عند تلفه، مع ان المشهور على ضمان التالف بالمثل.

(٣) و الوجه في تعيين الضمان بالمثل في مورد التسالم على كون التالف مثليا و في تعيين الضمان بالقيمة في مورد التسالم على كونه قيميا، هو الأخذ بالإجماع فإن مقتضاه الضمان في المثلي بالمثل حتى فيما إذا نقص ماله التالف بتنزل القيمة السوقية.

و يشهد لذلك مع الإجماع المشار اليه الخبر الوارد في ان اللازم على من عليه دراهم و أسقطها السلطان و زوج غيرها هي الدراهم الاولى «١» حيث ان إسقاطها يوجب تنزل قيمتها. لا إسقوطها عن المالية رأسا لكون موادها فضة، و لكنه مع إمكان الخدش في سنده معارض بغيره مما يدل على ان على المديون الدراهم التي روجها السلطان بعد إسقاط الاولى.

(١) الوسائل- الجزء (١٢) الباب (٢٠) من أبواب الصرف.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٣

ذكر القواعد انه لو لم يوجد (١).

و في موارد عدم التسالم يرجع الى المستفاد من آية الاعتداء و منصرف إطلاق الضمان فتكون النتيجة الضمان بالمثل مع عدم السقوط أو النقص عن مالته و مع أحدهما يكون المتعين هي القيمة كما مر بيانه في تقرير النسبة بين مفاد الآية و منصرف الضمان و بين ما عليه المشهور.



أقول قد ذكرنا ان الأظهر في مورد تردد التالف بين كونه مثليا أو قيما هو تخير الضامن، فان اشتغال ذمته بواحد من المثل أو القيمة و ان يكون من قبيل دوران الواجب بين المتباينين، الا ان التكليف الواقعي لا يجوز عقلا مخالفته القطعية.

و اما موافقة القطعية فغير لازمة في الفرض، لحكومة قاعدة نفى الضرر على التكليف الواقعي في فرض بقائه بعد أداء الضامن أحد الأمرين من المثل أو القيمة لأنه يجب عقلا مع بقاء التكليف أداء الآخر، و حيث لا يعلم بقائه فيجتمع عند المالك المثل أو القيمة معا، وهذا ضرر على الضامن، و لا- يكون انتفاء التكليف بقاعدة الإضرار منافيا للامتنان على المالك، لان الضرر على المالك يكون بحسب المالية و المفروض ان مالية التالف متدارك بالمثل أو القيمة.

(١) قال في القواعد انه لو لم يوجد المثل إلا- بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد انتهى و ذكر المصنف (ره) صورتين: الاولى- ما إذا كانت زيادة قيمة المثل باعتبار تغيير القيمة السوقية و اختار في هذه وجوب تحصيل المثل، فإنه مقتضى عموم ما دل على ضمان المثلي بالمثل كآية الاعتداء، بل ليس في هذا اشكال و لا خلاف.

و ما ذكر في القواعد من التردد لا يعمها، فان المثل فيها يوجد بقيمته السوقية و بثمان المثل، و يؤيد الحكم ما ورد في ضمان المثل في الدراهم التي أسقطها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٤

ثم انه لا فرق جواز مطالبة المالك (١).

السلطان، لان الدراهم باعتبار كون موادها فضة لا تسقط عن المالية بسقوط سكنها عن الاعتبار و لكن تنقص به ماليتها و إذا كان ضمان المثلي بالمثل مع نقص قيمته، كان ضمانه به مع زيادتها أيضا لأن احتمال الفرق بعيد.

الصورة الثانية ان لا- تكون زيادة في قيمته السوقية بل الزيادة باعتبار قلة وجود المثل و عدم وجدانه الا عند من يعطيه إلا بالزيادة و ظاهر عبارة القواعد هذه الصورة و ذكر (ره) ان الأقوى في هذا الفرض أيضا تحصيل المثل أخذا بما ذكر في الوجه السابق من كونه مقتضى الآيه و منصرف إطلاق الضمان.

أقول لا يبعد القول بانتقال الأمر إلى قيمة المثل أو الصبر الى ان يوجد المثل بقيمة السوقية فإن تكليف الضامن بتحصيل المثل و لو بأضعاف قيمته السوقية يكون احجافا و ضررا عليه و بعبارة أخرى الزائد على القيمة السوقية بشراء المثل بأضعاف قيمته ضرر على الضامن فينفي وجوبه بقاعدة لا ضرر كما ينفي به وجوب شراء الرقبة أو الهدى بأضعاف قيمتها.

و دعوى اقدم الضامن على الضمان فلا يعمه قاعدة اللاضرر مدفوعة بأن إقدامه على الضمان بالمسمى لا يكون اقداما على الضرر المزبور نعم في جريان ما ذكر في الغاصب تأمل كما انه لو أقدم الضامن بشراء المثل و تحمل الضرر للمالك المطالبة بالمثل.

(١) قد ذكرنا سابقا في بيان المثلي انه ليس المأخوذ في المثل جميع خصوصيات التالف بل الخصوصية التي لها دخل في المالية أو زيادتها و نقصانها و عليه فلو كان قبض التالف في مكان يكون العين فيها أرخص بكثير من مثلها الموجود في بلد آخر يكون خصوصية كونها في بلد التالف مأخوذا في مثلها و لو طالب المالك الضامن في بلد آخر يكون المطالب به هو المثل في بلد التالف فعلى المالك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٥

فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة (١).

الصبر الى دفع المثل في ذلك البلد أو الأخذ في بلد المطالبة بقيمة المثل الموجود في بلد التالف.

و هذا كما ذكرنا مع اختلاف البلاد في القيمة بالفاحش و اما مع عدمه فلا يؤخذ في المضمون خصوصية بلد القبض أو غيره فيكون

للمالك المطالبة بالمثل في كل بلد لا يختلف مع بلد التالف في القيمة.

(١) يقع الكلام في المقام في جهتين الأولى جواز مطالبته المالك مع تعذر المثل بالقيمة و الثانية تعيين القيمة التي يستحق المالك المطالبة بها و ذكر المصنف (ره) في الجهة الأولى ان جواز مطالبته المالك بقيمة المثل مقتضى الجميع بين أمرين حق المالك في عدم جواز منعه عن وصوله الى حقه و عدم إلزام الضامن بالمثل مع عدم تمكنه أو كون تحصيله حرجا عليه مع ان الاستفادة من آية الاعتداء جواز مطالبته القيمة مع تعذر المثل حيث ان القيمة مع تعذر المثل تعد مثلا فلا يكون أخذها اعتداء بالأزيد.

أقول يرد على الأول بان ما على الضامن هو المثل فلا يجوز منع المالك عن ماله المفروض كونه مثلا لا عن القيمة بالنقود التي تعد بالإضافة إلى المثل من المتباينين لا الأقل و الأكثر و آية الاعتداء لا دلالة لها على المثل المطلوب في المقام كما مر سابقا و ذكر السيد الخوئي طال بقاء ان للمالك حق المطالبة بالخصوصيات و الجهات الموجبة للمالية في المال المفروض تلفه و إذا رفع يده عن حقه هذا بمطالبته بأصل مائة التالف فله ذلك و لذا لا يجب على المالك قبول القيمة عند تعذر المثل و ليس للضامن إلزامه بأخذها بل له الصبر الى حين وجدان المثل و فيه ما تقدم من ان إعطاء المالية بالنقود أمر مابين لأداء المثل و حق المالك هي المطالبة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٦

و يؤيد ما ذكرنا (١)

بالثاني دون الأول و لذا لا يجب في المثلي إعطاء القيمة مع مطالبته المالك بها و وجود المثل خارجا و لو كان المطالبة بالجهات و الخصوصيات مجرد حق المالك لكان اللازم على الضامن إعطاء القيمة مع التمكن على المثل و الصحيح ان جواز مطالبته المالك المثل بقيمته عند تعذره أو تعسره بسيرة العقلاء الجارية في موارد الضمانات حيث ان بنائهم على ان للمالك حق المطالبة بالقيمة أو الصبر الى وجدان المثل و لم يردع الشرع عن ذلك.

(١) يعنى يؤيد ان المطالبة بالقيمة عند تعذر المثل حق للمالك و ليس للضامن إجباره على أخذها ما عن الأكثر في باب القرض ان المعبر في المثل المتعذر قيمته يوم المطالبة فإن هذا الكلام يشير إلى انه لو لم يطالب المالك لما تعين دفع القيمة. نعم ذكر بعضهم ان المعبر في المثل المتعذر قيمته يوم الدفع و لا- إشارة في ذلك الى كون المطالبة حقا للمالك و ليس للضامن إجباره على أخذ القيمة و ذكر (ره) في الجهة الثانية ان المثل لا يسقط عن عهده الضامن بمجرد تعذره بل المثل المتعذر كالدين في عدم سقوطه عن عهده المديون بعدم تمكنه على الأداء.

و لو كان تعذر المثل موجبا لسقوط المثل و اشتغال الذمة بالقيمة لكان المتعين قيمة المثل يوم تعذره فإنه يوم الانتقال إلى القيمة و يترتب على بقاء المثل على عهده الضامن انه على تقدير مطالبته المالك يتعين قيمة المثل يوم الدفع حيث ان دفعها دفع للمثل بماليتها و لكن أورد (ره) على بقاء المثل في العهدة بان آية الاعتداء و انصراف الضمان الوارد في بعض الموارد مقتضاهما انقلاب العهدة بتعذر المثل إلى القيمة حيث ان مقتضاهما تعين أداء أقرب الأموال التالف و كما تكون القيمة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٧

.....

أقرب الأموال إلى التالف عند تعذر المثل من أول الأمر كذلك تكون أقرب الأموال إليه بالتعذر فيما بعد و التفرقة بين تعذر المثل من الابتداء و طريان التعذر عليه فيما بعد تحكم.

أقول المثل للتالف على ما تقدم عبارة عن البديل الذي يقارب التالف في الجهات التي كانت موجبة لماليتها أو زيادتها أو نقصانها و يقال للتالف المثلي فيما إذا كان وجدان البديل له كذلك نوعيا و لا يعتبر كونه دائما كما انه يقال للتالف القيمي باعتبار كون البديل له

كذلك نادرا لا نوعيا.

و عليه ففي مورد تلف المثلي في اليد أو إتلافه يكون اشتغال الذمة بالمثل و لو كان المثل متعذرا لما ذكرنا من ان الاعتبار في اشتغال الذمة بالمثل وجدانه نوعا لا دائما و إذا كان الحال في التعذر من الابتداء كذلك فطريان التعذر فيما بعد لا يزيد على ذلك و لا يوجب سقوط المثل على العهدة بل تبقى مشغولة به و لازمه أدائه بقيمة يوم الدفع حيث ان أدائها أداء للمثل بماليته.

و عن السيد الزدى (طاب ثراه) ان نفس العين في موارد ضمانها تكون على العهدة و لا يعتبر في اشتغال الذمة بها التمكن على أدائها بلا فرق بين كونها قيمة أو مثلية و لا يصح ما عليه المشهور من انتقال المثل إلى العهدة في المثلي و القيمة في القيمي بل يكون إعطاء القيمة أداء للعين بماليته كما في القيمي أو مع بعض خصوصياتها كما في المثلي و يشهد لذلك حديث على اليد ما أخذت حتى تؤدي فإن ظاهره كون المأخوذ بنفسه على العهدة لا مثله و لا قيمته و على ذلك فيعتبر القيمة يوم الدفع حيث ان أداء القيمة المزبورة أداء للعين بماليته.

أقول حديث على اليد لضعفه لا يمكن الاعتماد عليه كما مرو الضمان في بناء العقلاء يكون باشتغال الذمة بالمثل أو القيمة و شاهد ذلك ملاحظة مورد القرض فان

إرشاد الطالب إلى التصليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٨

ثم ان في المسئلة احتمالات آخر (١)

القرض في حقيقته تمليك العين للآخر مع اعتبار اشتغال عهدة الآخر بمثلها أو قيمتها لا بنفس تلك العين حيث انها صارت ملكا للمقترض و لا يتفاوت الضمان في اعتبار العقلاء بين مورد القرض و سائر موارد من موارد الإتلاف أو التلف.

(١) ذكر في القواعد في المثلي المتعذر مثله احتمالات و عن ولده في الإيضاح تقوية بعضها و عن بعض الشافعية بعضها الآخر.

و أضاف المصنف ره إليها بعض الاحتمالات الأخرى مع الإشارة إلى مبانيها و الاحتمالات كما تلى: الاحتمال الخامس - على ما في القواعد هو اعتبار قيمة المثل يوم تفرغ الذمة و هذا مبني على بقاء المثل على العهدة و عدم سقوطه بالإعواز أي تعذره و الاحتمال الثاني - في كلام القواعد مبني على انقلاب المثل إلى القيمي بالتعذر مع ضمان أعلى قيم المثل من زمان ضمانه يعني زمان تلف العين الى زمان تلف المثل و هو زمان إعوازه و تعذره و لو قيل في القيمي بقيمة يوم الضمان تعين قيمة المثل يوم تلف العين فان زمان تلفها زمان ضمان المثل كما انه لو قيل في القيمي بكون العبرة بزمان التلف فالعبرة بقيمة المثل يوم إعوازه فإنه زمان تلف المثل.

و الاحتمال الأول في كلام القواعد مبني على انقلاب العين التالف إلى القيمي بعد كونها مثليا فيعتبر أعلى القيم من يوم غضب تلك العين الى زمان تلفها و يحتمل ضمان يوم غضبها.

أقول فات عن المصنف (ره) اضافة احتمال قيمة يوم تلف العين.

و الاحتمال الثالث في كلام القواعد مبني على انقلاب الجامع بين العين التالف و المثل المتعذر إلى القيمي و المراد ضمان المالية التي تحصل بالعين و المثل فيجرب احتمال ضمان أعلى القيم من زمان غضب العين الى زمان تعذر المثل و

إرشاد الطالب إلى التصليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٩

و حاصله ان وجوب دفع قيمة المثل يعتبر (١) فاعلم ان المناسب لإطلاق كلامهم (٢)

إعوازه.

و الاحتمال الرابع مبني على ضمان الجامع بين المثل و العين التالف مع عدم تبدل المثل إلى القيمة مع التعذر بل يبقى المثل على العهدة إلى زمان دفعه بالقيمة و لذا لو صبر المالك الى وجدان المثل استحقه.

(١) يعنى يعتبر فى القيمة المدفوعة على الاحتمال الرابع أعلاها من زمان وجوب دفع المثل و هو زمان مطالبة المالك بالقيمة إلى زمان حدوث ضمان العين أى زمان غضبها فيعتبر دفع أعلى القيم المفروضة فى هذه المدة و لا يخفى ان مقتضى ذلك اعتبار أعلى القيم من زمان غضب العين الى زمان مطالبة المالك لا الى زمان دفع القيمة كما هو المدعى و لعل (ره) أشار الى ذلك بقوله فافهم.

(٢) هذا تعرض للصحيح من الاحتمالات المتقدمة و حاصله ان مقتضى الالتزام ببقاء المثل على العهدة حتى بعد تعذره هو قيمة يوم الدفع و مقتضى آية الاعتداء و انصراف الضمان إلى أقرب الأموال إلى التالف هو صيرورة نفس التالف قيميا عند تعذر المثل فيكون الاعتبار بقيمة العين التالفة يوم إعواز المثل إذ قبل ذلك اليوم كانت العين التالفة مثلية و لا يعتبر القيمة فى المثلى و على مسلك أعلى القيم يكون الاعتبار بأعلى القيم من زمان ضمان العين إلى صيرورة تلك العين قيمة.

و الى ذلك أشار المصنف (ره) بقوله (و لو قلنا بضمنان القيمي بأعلى القيم إلخ) يعنى بناء على اعتبار أعلى القيم من زمان غضب العين الى زمان تلفها توجه فيما نحن فيه ضمان اعلم القيم من حين ضمان العين التالفة أى من زمان غضبها الى زمان إعواز مثلها و الوجه فى حساب أعلى القيم الى زمان إعواز المثل مع فرض تلف العين قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٠

و يقال على المحقق المذكور (١)

ذلك ما أشار (ره) اليه بقوله (كما أن ارتفاع القيمة إلخ) يعنى كما ان زيادة القيمة قبل تلف العين مضمونه بشرط تعذر رد العين حيث ان مع رد العين لا يضمن الغاصب شيئاً حتى لو كانت قيمتها زمان ردها عشر قيمتها يوم غضبها و بتعبير آخر أداء العين برد نفسها متدارك (بالكسر) ارتفاع القيمة السوقية فكذلك رد المثل فى المثليات متدارك (بالكسر) ضمان ارتفاع القيمة من يوم غضب العين الى زمان تلفها و بالجملة ارتفاع القيمة فى المثلى مضمون بشرط عدم رد العين و عدم رد المثل فيكون رد المثل متدارك لا ارتفاع القيمة فى المثلى و إذا تعذر المثل يكون الارتفاع مضموناً مطلقاً فيعتبر قيمة العين الى هذا الزمان باعتبار ان العين و لو كانت تالفة قبل ذلك الا ان كونها قيمة حدثت فى الزمان المزبور.

هذا مع القول بانقلاب المثلى إلى القيمي بتعذر المثل و اما بناء على بقاء المثل على العهدة حتى بعد تعذره يكون زيادة القيمة مضمونه الى زمان تفرغ الذمة بدفع القيمة.

أقول لا يخفى بناء على صيرورة العين التالفة قيميية و كون الاعتبار فى القيمي بيوم التلف يكون اعتبار القيمة يوم إعواز المثل و لكن المعنى قيمة يوم تلف العين كما انه لو قيل فى القيمي بالقيمة يوم الغضب يكون المعنى بعد إعواز المثل تلك القيمة و على أعلى القيم يكون المعنى أعلاها من زمان غضب العين الى زمان تلفها.

و بالجملة اشتبه على المصنف (ره) ظرف الاعتبار بظرف المعنى.

(١) ذكر المحقق الثانى انه لو كان المثل متعذراً عند تلف العين يتعين قيمة زمان التلف انتهى أى قيمة العين زمان تلفها و بعبارة أخرى تكون العين المزبورة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨١

ثم ان المحكى عن التذكرة ان المراد بالإعواز (١).

كسائر القيميات و لا- يكون فى الفرض اشتغال الذمة بالمثل و بقاءه على الذمة إلى زمان أدائه بماليتها كما ذكروا فى صورة طريان تعذر المثل فى الأثناء فيقال عليه بان لازم ذلك انه لو كان المثل عند تلف العين متعذراً و وجد بعد ذلك فلا يكون للمالك حق مطالبة المثل لان المفروض حدوث الضمان بالقيمة من الأول كسائر القيميات و لكن الإيراد غير صحيح لان للمحقق الثانى ان يلتزم

بصيرورة العين بوجدان المثل مثليا كسائر المثليات بعد كونها قيمية و لعله الى ذلك يشير المصنف (ره) بقوله و فيه تأمل الى في الإيراد على المحقق بما ذكر تأمل.

(١) أقول قد ذكرنا اشتغال الذمة بالمثل في المثلي حتى عند التعذر من الابتداء أو في الأثناء غاية الأمر مع التعذر يسقط حق المالك عن المطالبة بالمثل فعلا-الا- بمالته و على ذلك فان كان في البين تعذر أداء المثل بالإضافة إلى الضامن أو كان تحصيله حرجا أو إجحافا عليه فمقتضى قاعدة اللاحرج أو اللاضرر سقوط حق المالك فعلا عن المطالبة بالمثل الا بقيمته و لو لم يكن ذلك فمقتضى حرمة مال المسلم و ما دل على وجوب أداء الدين وجوب دفع المثل فلا يتم ما ذكره في التذكرة من ان المراد بإعواز المثل عدم وجدانه في البلد و ما حوله و ما عن جامع المقاصد من الرجوع فيه الى العرف فان مع مطالبة المالك بالمثل و تمكن الضامن عليه بلا حرج أو إجحاف فعليه رد المثل سواء كان في العرف إعواز أم لا- فإن العبرة بتمكن شخص الضامن لا- إعوازه في العرف كما هو الحال في سائر التكاليف المشروطة بالتمكن و على ذلك فلو لم يكن مثل التالف الا عند الضامن فقط فعليه رده على المالك مع مطالبته.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٢

ثم ان في معرفة قيمة المثل (١).

ثم انك قد عرفت ان للمالك (٢).

(١) قد تقدم ان المثل مع وجوده يتعين دفعه سواء كان عزيز الوجود أم لا نعم لا بد من كونه بحيث يباع بالقيمة السوقية و الا تكون الوظيفة دفعه بقيمته السوقية كما إذا كان عند من لا يبيعه إلا بأضعاف قيمته السوقية و تقدم ان الميزان في قيمة المثل بيوم الدفع فيتعين في الفرض إعطاء قيمته السوقية التي حال عزة وجوده و اما إذا لم يكن للمثل وجود أصلا فلا بد في تعيين قيمته السوقية من فرض وجوده في السوق ثم دفع القيمة و لا موجب في حساب قيمته فرض عزة وجوده فان مع وجود المثل يكون رده موجبا لارتفاع الضمان و لو كانت له في الأول عزة الوجود و باعتبارها كانت قيمته السوقية أزيد و عند دفعه لم يكن بتلك العزة و كان في قيمته نقصان و إذا كان دفع المثل بنفسه كذلك فما الوجه في فرض عزة الوجود له في دفع مالته يوم لا يكون فيه في السوق مثل أصلا. و بعبارة أخرى لا يوجب أمر دفع الأزيد لقيمة المثل في الفرض الا ان يكون ذلك للاحتياط أو استصحاب عدم فراغ العهدة بدفع الأقل فتدبر.

(٢) و حاصله ان مع تعذر المثل في بلد تلف العين و وجدانه في بلد آخر يجوز للمالك المطالبة بالمثل فيه سواء كانت قيمة المثل في ذلك البلد مساويا للمثل في بلد الضمان أو زائده عليها و هل مع تعذر المثل في ذلك البلد للمالك المطالبة بقيمة ذلك البلد فيحتمل تعيين قيمة بلد الضمان و قيمة المثل لبلد المطالبة و تخيير المالك بينهما فيجوز له المطالبة بالأزيد منهما.

و عن الشيخ (ره) في مبسوطه في باب الغصب انه مع عدم المؤنة في نقل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٣

.....

المثل الى بلد المطالبة من بلد التلف فله المطالبة بالمثل و لو كانت القيمة في بلد المطالبة أزيد و اما إذا كانت في نقله إليه مؤنة يكون له المطالبة بها بشرط تساوي القيمتين و مع عدم تساويهما فلا يجوز له الا المطالبة بقيمة بلد التلف أو الصبر إلى أداء المثل بنفسه فيه. أقول قد تقدم منع أصل الحكم الذي ذكره المصنف (ره) و انه مع وجدان المثل في بلد المطالبة و تفاوت قيمته مع قيمة بلد التلف لا يكون الموجود في بلد المطالبة مثلا ليستحق المالك المطالبة به و مع عدمه المطالبة بقيمته بل عليه الصبر الى وجدان المثل في بلد

العين أو المطالبة بقيمة المثل في ذلك البلد و إلى ذلك يرجع ما ذكر الشيخ (ره) في مبسوطه في كتاب الغصب. و بالجملة اختلاف البلاد في قيمة الشيء باختلاف فاحش يوجب ان لا يكون الا زيد قيمة في بلد مثلا للتالف في بلد آخر نعم التفاوت في القيمة في بلد بحسب الأزمنة اى باعتبار الفصول غير معتبر كما إذا تلف المثلى في زمان كانت قيمته أقل ثم زادت فإنه يجب في الفرض أداء المثل و مع تعذره أدائه بقيمته يوم الأداء و لا عبرة باختلاف قيمته بحسب زمانى الضمان و الأداء. نعم يعتبر بقاء أصل المالىة في المثل و لو سقط عن المالىة رأسا أو كان كالمساقط كالنقود المرسومة فعلا فإنها بعد سقوطها عن الاعتبار تكون عند العقلاء تالفه و لا يكون رد العين موجبا لارتفاع الضمان فضلا عن أداء مثله.

و السر في ذلك ان الضمان في اعتبارهم في الأشياء في موارد التلف و الإلتلاف باعتبار ماليتها و مع سقوط الشيء عن المالىة يكون الشيء المزبور من القيميات التي يأتي الكلام في كون العبرة فيها بالقيمة يوم الضمان أو التلف أو الأداء.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٤

كالماء على الشاطى (١).

لأن القيمة بدل الحيلولة (٢) و لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا (٣)

(١) قد ذكرنا سابقا انه يؤخذ خصوصية المكان في المثل فيما إذا كانت تلك الخصوصية دخيلة في المالىة و عليه فالماء على الشاطى لا يكون مثلا للتالف في المفازة ليتوهم ارتفاع الضمان بدفعه.

نعم لو كانت عين ذلك الماء موجودة فيجوز دفعها ما لم تسقط عن المالىة و بعد سقوطها عنها فيدخل في فرض تلفها و على ذلك فلا بد من إعطاء الماء الآخر في المغازة المزبورة أو الإعطاء في الشاطى بقيمته في تلك المغازة.

(٢) لا يخفى انه بناء على تصوير بدل الحيلولة فهو في المقام غير محتمل الا على مسلك بقاء المثل على العهدة حتى بعد إعاوزه ليكون دفع القيمة من قبيل بدل الحيلولة بين المالك و ماله و هذا بخلاف ما إذا قيل بالانقلاب إلى القيمة سواء كانت القيمة بدلا عن العين أو عن المثل فإنه على الانقلاب يتعين حق المالك في القيمة و لا يكون مالكا إلا القيمة التي تسلمها بعد تعذر المثل و ليس له حق آخر على العهدة ليقال بان له المطالبة به.

(٣) الضمان في القيميات بمعنى اعتبار قيمة التالف دينا على عهدة الضامن في مقابل المثلى الذي يكون الدين على عهده هو المثل. و قد ذكرنا سابقا ان الاعتبار في كون التالف مثليا ليثبت المثل على العهدة وجدان المثل نوعا و لا يعتبر وجدانه دائما فلا يضر على اعتبار المثل على العهدة عدم وجدانه أحيانا و يعتبر في كون التالف قيميا عدم وجدان المثل له نوعا و ان وجد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٥

.....

أحيانا بحيث يكون الظفر عليه من الاتفاق.

و ما ذكر المصنف (ره) من ان المتيقن من إطلاقات الضمان الدالة على اعتبار القيمة صورة تعذر المثل لا يمكن المساعدة عليه فان الشارع لم يتصرف في طور الضمان في المثلى أو القيمي و لا موجب لانصراف الإطلاق في بعض ما ورد بضمان القيمة إلى صورة تعذر المثل كيف و قد جرت سيرة العقلاء على اعتبار القيمة دينا في مال لا يوجد له مثل نوعا.

و يقتضيه أيضا الإطلاق في صحيحة أبي ولاد الآتية الدالة على ضمان البغل بقيمته فإنها تعم ما إذا كان للبغل المفروض مثل أولا و كذا قوله (ع) في رواية عتق الحصه من العبد المشترك و ما ورد في ضمان الرهن بتفريط المرتهن.

و ما ذكر المصنف (ره) في وجه اعتبار القيمة في القيمي مطلقا من الرجوع الى الإجماع ضعيف لعدم ثبوت إجماع و على تقديره



فليس من الإجماع التعبدى بحيث يحرز اعتمادهم على أمر تعبدى قد وصل إليهم و لم يصل إلينا بل الوجه عندهم هي السيرة أو بعض الروايات المشار إليها كما لا يخفى.

و قد ظهر أيضا ضعف ما نسب إلى الإسكافي و حكي عن الشيخ (ره) و المحقق في الخلاف و الشرائع من اعتبار المثل على العهدة في المضمونات مطلقا غاية الأمر يكون دفع المثل بقيمته عند تعذره فإن السيرة أو الروايات المشار إليها كافية في الظهور المزبور. و عن السيد الزدى (ره) بقاء العين التالفه على العهدة في المثلى و القيمي و ان انتقال المثل أو القيمة على العهدة لا أساس له بل يكون دفعهما موجبا لفراغ الذمة عن عهدة العين و ذكر ان هذا مقتضى حديث على اليد ما أخذت حتى تؤدي و ليس في الروايات ما ينافي ذلك اما في الاخبار الدالة على الضمان فواضح فإنه ليس فيها دلالة إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٦

.....

على اعتبار القيمة أو المثل على العهدة.

و اما الاخبار الدالة على القيمة فليست لها دلالة الا على وجوب دفع القيمة لا اشتغال الذمة بها كما في صحيحة أبي ولاد أو الرواية الواردة في تقويم العبد.

نعم في سقوط الدين بحساب الرهن عند تلفه دلالة على ثبوت قيمة الرهن على العهدة و الا لم يكن سقوط الدين بمجرد تلف الرهن و لكن و لم أعر على هذا الخبر.

أقول قد تقدم دلالة صحيحة أبي ولاد على ضمان القيمة حتى مع التمكن على مثل البغل المفروض فيها و يأتي بيانه تفصيلا عند التعرض لها كما ان ظاهر موثقة سماعة ضمان القيمة قال سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه فقال هذا فساد على أصحابه يقوم قيمة و يضمن الثمن الذي أعتقه لأنه أفسده على أصحابه «١» فإنه لو لا ضمان العبد بالقيمة لم يكن مجرد تقويمه مصححا لضمان الثمن بالعتق الذي عبر عنه في الموارد بالإفساد على المالك بل لا بد من التعبير بضمان نفس العبد و نحوها غيرها. و في موثقة ابن بكير قال سألت أبا عبد الله (ع) في الرهن فقال ان كان أكثر من مال المرتهن فهلك ان يؤدي الفضل الى صاحب الرهن و ان كان أقل من ماله فهلك الرهن ادى اليه صاحبه فضل ماله و ان كان الرهن سواء فليس عليه شيء «٢» فان ظاهرها ضمان الرهن بالقيمة و لذا ذكر عدم ثبوت شيء على عهدة المديون أو المرتهن مع تساوى الدين و الرهن.

(١) الوسائل الجزء (١٦) الباب (١٨) من أبواب العتق الحديث (٥).

(٢) الوسائل الجزء (١٣) الباب (٧) من أبواب الرهن الحديث (٣).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٧

و ربما يورد عليه ان يوم التلف (١)

(١) الإيراد صحيح فان اشتغال الذمة بقيمة العين يحدث يوم تلفها و لكن القيمة التي تكون على العهدة قيمة ذلك اليوم أو غيرها فلا بد من معين و احتمال اشتغال الذمة بالقيمة بحيث يكون المعبر في كل زمان الى تفرغ الذمة بقيمة العين في ذلك الزمان حتى يتعين قيمة يوم الدفع مدفوع بأنه لا عبرة بالأزمنة بعد تلف العين و لذا لو سقطت العين عن المالية بعد ذلك بحيث لو كانت باقية لما كانت لها قيمة يتعين أيضا على الضامن دفع القيمة و لو كان المعيار بالقيمة يوم الدفع لسقط الضمان بانقضاء المالية فافهم.

و لكن مع ذلك لا يلزم اعتبار قيمة يوم التلف بل يحتمل كون المعبر في زمان تلف العين قيمة يوم غضبها أو أعلى القيم من يوم



دخولها في الضمان الى زمان تلفها.

و بذلك يظهر ما في قوله (ره) و مما ذكرنا ظهر ان الأصل في ضمان التالف ضمانه يوم التلف إلخ فإنه كما ذكرنا ليس في البين ما يقتضى كون المعترف على العهدة من القيمة قيمة يوم التلف.

نعم حدوث الاعتبار يكون ذلك اليوم كما مر و لا يمكن إثبات قيمة ذلك اليوم بالسيرة العقلانية أيضا حيث لم يحرز استقرارها على تلك القيمة بل لو ثبت قيمة يوم الغضب بصحيحة أبي ولاد الآتية فيمكن التعدي إلى سائر موارد الضمان في القيميات اما باعتبار الاتفاق على عدم الفرق بين الضمان في مورد الغضب و بين المقبوض بالعقد الفاسد كما ادعاه الحلبي (ره) أو انه لا- يحتمل إلغاء ضمان زيادة القيمة من يوم الضمان الى يوم التلف في مورد الغضب و عدم إلغائها في غيره.

و عن السيد اليزدى ره ان العبرة بقيمة يوم الدفع باعتبار بقاء نفس العين على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٨

.....

العهدة إلى فراغها و على تقدير الانقلاب يكون العبرة بيوم التلف فان ضمان قيمته على القاعدة و لا دلالة لصحيحة أبي ولاد على ضمان قيمته يوم الغضب و على تقديرها تكون مختصة بباب الغضب بل يمكن الاستدلال على ضمان يوم التلف بما ورد في تقويم العبد المشترك المعتقد من بعض مواليه.

و في صحيحة محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال من كان شريكا في عبد أو امه قليل أو كثير فأعتق حصته و لم يبعه فليشتره من صاحبه فيعتقه كله و ان لم يكن له سعة من مال نظير قيمته يوم عتق ثم يسعى العبد في حساب ما بقى حتى يعتق «١». و في صحيحة الأخرى قضى أمير المؤمنين عليه السلام في عبد بين رجلين فحرر أحدهما نصفه و هو صغير و أمسك الآخر نصفه حتى كبر الذى حرر نصفه قال يقوم قيمة يوم حرر الأول و أمر الأول ان يسعى في نصفه الذى لم يحرر حتى يقضيه.

و فيه ما تقدم في دعوى كون قيمة التلف على القاعدة و لا دلالة في الروايتين على اعتبار قيمة ذلك اليوم فان الضمان فيهما من جهة الإلتلاف كما في بعض الروايات المروية في ذلك الباب من تعليل ضمان المعتقد القيمة لباقي الشركاء مع يساره بأنه لما أفسده على أصحابه أو ضيعه عليهم و لا يختلف فيه حدوث الضمان و الإلتلاف في الزمان فيحتمل ان يكون تعيين قيمة يوم الإفساد باعتبار كونه زمان حدوث الضمان فلا يمكن استظهار قيمة يوم التلف في الموارد التي يختلف فيها زمان حدوث الضمان عن زمان التلف كما في التلف في اليد حيث يتحقق الضمان بوقوع المال في اليد و الاستيلاء عليه بنحو لا- يكون المال أمانة مالكية أو شرعية و لا يكون الشخص مأذونا في إلتافه مجانا قبل التلف.

(١) وسائل الجزء (١٦) باب (٣٤) من أبواب العتق.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٩

توجه الى النيل (١).

مثل كراء البغل ذاهبا (٢).

لو عطب (٣).

أ ليس كان يلزم منى (٤).

ان اليوم قيد للقيمة إما بإضافة (٥).

- (١) النيل قيل قرية بين البغداد و الكوفة.
- (٢) الوجه في حساب الذهاب من الكوفة إلى النيل و من النيل الى البغداد و حساب الرجوع من بغداد إلى الكوفة تفاوت اجرة المثل بالإضافة إلى الذهاب و الإياب المفروضين.
- (٣) عطب و نفق كضرب بمعنى هلك و مات و العقر بمعنى الجرح و الدبر بالتحريك قرحة الدابة.
- (٤) من المجرد بمعنى يثبت على.
- (٥) ليس المراد إضافة القيمة الى كل من البغل و يوم المخالفة بحسب التركيب الكلامي بل المراد إضافة القيمة إلى البغل، ثم إضافة البغل الى يوم المخالفة و لذا ذكر سقوط حرف التعريف من البغل للإضافة، و لو كانت القيمة مضافا و البغل مضافا اليه فقط لم يكن وجه لسقوط الالف و اللام عن الثاني.
- و حيث ان المضاف إليه يعنى يوم المخالفة لا يصح كونه قيذا للبغل، فان البغل لا ينسب إلى الأيام فيكون اليوم المزبور قيذا للمضاف إلى القيمة، فتنسب القيمة المنسوبة إلى البغل أولا إلى يوم المخالفة ثانيا و المعنى نعم يلزمك قيمة يوم المخالفة للبغل.
- إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٠
- .....

و هذا مراد من ذكر ان مقتضى الحديث الاعتبار في الضمان بقيمة يوم الغصب و حدوث الضمان، دون يوم التلف أو أعلى القيم. و قيل ان يوم المخالفة ظرف للفعل المستفاد من حرف الجواب يعنى لفظه نعم فإنها بعد السؤال المزبور قائم مقام قوله يلزمك اي يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل فيكون الجواب ناظرا لبيان حدوث الضمان يوم المخالفة و ان قبلها لم يكن ضمان لا ان المعبر في الضمان هي القيمة بحسب يوم المخالفة.

و أورد على ذلك المصنف (ره) ان هذا لا يناسبه ظاهر الرواية و لا الفهم العرفي بل هذا الاحتمال غير صحيح لأن السائل لم يسئل عن حدوث أصل الضمان بمخالفته لمقتضى الإجارة بل كان هذا معلوما عنده و انما سئله عما يلزمه على تقدير تلف الحيوان المفروض ضمانه.

أقول لم يظهر وقوع السؤال عن سائر الجهات بعد الفراغ عن أصل حدوث الضمان يوم المخالفة كيف و لو كان السؤال عن تعيين ما يضمن به بعد الفراغ عن أصل الضمان لكان الأمر كذلك بالإضافة إلى ضمان الوصف ايضا مع انه (ره) تسلم ان قوله عليه السلام عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه بيان لأصل الضمان بالإضافة إلى وصف الصحة و المعنى عليك أداء الأرش يوم رد البغلة و اما الأرش فتعيينه بحسب يوم الغصب أو التلف أو الرد فلا نظر له اليه.

و الصحيح ان يقال ان قيد يوم المخالفة راجع الى القيمة لا لأصل الضمان فإن القيمة لا يثبت على العهدة يوم المخالفة مع فرض بقاء العين بل ثبوتها على العهدة يكون زمان التلف و لا وجه لدعوى ان تقييد الضمان بيوم المخالفة للتنبه بعدم الضمان بقيمة يوم التلف قبلها.

فإنه مضافا الى كونه خلاف الظاهر ينافيه الفقرة الثانية يعنى قوله عليه السلام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩١

و لكن يحتمل ان العيب قد تناقص (١).

أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا حيث انه لا ينبغي الريب في ان ظاهره كون حين اكترى قيذا للقيمة و سيأتي انه لا- يختلف في مثل مورد الرواية قيمة زمان الغصب عن قيمة يوم الاكتراء كما ان ظاهره كون المراد بالبغل

الإشارة إلى المفروض في السؤال فلا مورد لتوهم ان مدلول الرواية الضمان بقيمة طبيعي البغل.

(١) الظاهر ان مع تناقص العيب أو براء الحيوان لا يكون ضمان فإنه لم يتلف على المالك شيء ليكون على الضامن تداركه و لم أظفر على الفتوى التي أشار إليها من ضمان العيب حتى مع براء الحيوان و رده الى مالكة سالما.

و الحاصل يحتمل كون الظرف يعني يوم ترده ظرفا للعيب و قيده له بل هذا الاحتمال أظهر فإنه لو كان الظرف متعلقا بعليك لكان ذكره بلا فائدة مع ان تعلقه بالعيب يوافق ما عليه بناء العقلاء من عدم ضمان مع رد العين كما كانت عليه زمان الأخذ و الاستيلاء عليها و لو مع تخلل العيب بين الأخذ و الرد.

لا يقال لو كانت قيمة العين يوم غصبها عشرة دراهم ثم زادت و صارت معيها عشرين و صحيحها خمسين فيكون على الضامن ثلاثون درهما فإنها تفاوتت قيمة العيب الموجود حال الرد و هذا لا يحتمل بان يكون على الغاصب على تقدير تلف العين عشرة دراهم و على تقدير عيبها ثلاثون درهما.

فإنه يقال اعتبار العيب الموجود حال الرد لا يلزم منه تقويم العيب بقيمة زمان الرد بل مقتضى تبعية ضمان الوصف لضمان العين ان يكون على الضامن في الفرض ستة دراهم من عشرة دراهم بان يكون تقويم العيب الموجود حال الرد بحسب قيمة يوم الغصب و حيث ان التفاوت بين الصحيح و المعيب ثلاثون درهما يعني ثلاث أخماس قيمة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٢

و يكون السر في التعبير بيوم المخالفة (١).

الا ان يقال (٢).

و يؤيده أيضا (٣).

العين صحيحا فيؤخذ بذلك من قيمة يوم الغصب.

(١) يعني ان يوم المخالفة قيد للقيمة و لكن القيد ليس للاحتراز عن قيمة يوم التلف بل للاحتراز عن قيمة يوم الاثراء حيث يكون المرتكز في ذهن مثل صاحب البغل مطالبة الضامن بقيمة شراء البغل بزعم انه المبلغ الذي خسره. و بعبارة أخرى يوم المخالفة قيد احترازي للقيمة و لكن لا مطلقا بل بالإضافة إلى قيمة يوم الشراء.

(٢) يعني يقال في تأييد ان الاعتبار بقيمة يوم الغصب و وجه التأييد ان ذكر يوم الاثراء ليس من جهة عدم الاهتمام بيوم المخالفة في تقويم العين بل للتنبه بطريق سهل إلى معرفة قيمة يوم المخالفة للبغل المفروض في الرواية و ان اقامة البيئته على تلك القيمة كتعيينها باليمين سهل حيث ان البغل المزبور يكون يوم الاثراء بمرأى و مشهود من الناس و المكارين و لا يتفاوت عادة قيمته الى يوم المخالفة التي يكون الفصل بينها و بين يوم الاثراء بيوم أو أقل منه.

(٣) يعني يؤيد عدم العبرة بيوم المخالفة في ضمان القيمة ظاهر قوله عليه السلام في الجواب عن كيفية معرفة القيمة بكون الحلف على القيمة حقا لصالب البغل فإنه يصح ذلك بناء على اعتبار قيمة يوم التلف دون ما إذا كان الاعتبار بيوم المخالفة فإنه إذا أحرزت القيمة قبل يوم التلف و كان دعوى الضامن نقصانها عن تلك القيمة يوم تلف العين فيتوجه اليمين الى صاحب البغل باعتبار كونه منكرا لدعوى النقصان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٣

.....

كما ان اقامة صاحب البغل البيئته فيما إذا كان اختلافهما في قيمة البغل بلا اتفاق سابق أقول التأييد عليل فإنه يمكن توجيه توجه اليمين

إلى صاحب البغل مع كون الاعتبار بقيمة يوم الغصب كما إذا اتفقا على قيمة البغل سابقا كقبل غضبها بشهر و كان دعوى الضامن نقصان القيمة يوم اكتراه و غضبه بل الظاهر من الحلف هو الحلف المتعارف عند عامة الناس الذى يرضى به المحلوف له ابتداء وردا. والمتحصل من جميع ما ذكرنا ان قوله عليه السلام فى الجواب عن السؤال عن تلف الدابة يرجع الى انه لو عطب البغل و نفق فعليك قيمة يوم المخالفة للبغل و حيث ان ظاهر القضية الشرطية كون الجزاء مقارنا لتحقيق الشرط كما هو شأن الشرط المقارن يكون مفادها حدوث الضمان بالقيمة عند فعليه التلف لا حدوثه يوم المخالفة فإن يوم المخالفة قيد للقيمة على ما تقدم فيكون الاعتبار بقيمة يوم الضمان مطلقا إلحاقا للضمان فى غير مورد الغصب بالغصب بالتقريب المتقدم.

و اما احتمال ان يكون الجواب بنعم نفيًا لما فرض فى السؤال انه لا يضمن البغل بقيمة يوم المخالفة على ما افتى به أبو حنيفة إذ لو كان الجواب إثباتا لذكر الجواب بكلمة بلى على ما ذكره علماء الأدب فلا- يمكن المساعدة عليه فان العرف العام لا يفرقون بين الجواب بنعم أو بكلمة بلى فى استعمالهم و انما يراعى ما ذكر فى الكلام الفصيح كالكتاب المجيد و الاخبار الواردة فى بيان الأحكام هى على طبق الاستعمالات فى العرف العام و لم يلاحظ فيها إعمال الفصاحة و رعاية البلاغة.

و قد ذكر الفقهاء فى باب الإقرار انه لا فرق بين الجواب بنعم أو بلى فى العرف العام فى حمله على الإثبات كما لو سئل أليس لزيد عليك درهم فأجاب بنعم فإنه يعتبر من الإقرار بالدين.

و يشهد لما ذكرنا من عدم الفرق بينهما فى العرف العام فهم ابى ولاد اشتغال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٤

و هذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف (١).

استدلوا على هذا القول (٢).

الذمة بقيمة يوم المخالفة من الكلام المزبور و لذا سئل ثانيا عن طريق إحراز تلك القيمة و تعيينها.

(١) لا- يخفى ان توجيه اليمين الى صاحب البغل باعتبار حمل الجواب على صورة اختلافهما فى نقصان القيمة يوم التلف عما كانت عليها يوم المخالفة من الحمل على الصورة النادرة فإنه كما لا يختلف قيمة البغل فى خمسة عشر يوما غالبا كذلك اختلاف صاحب البغل و الضامن فى النقصان المزبور نادر و إذا فرض جواز حمل الجواب على الصورة النادرة فليحمل على ما ذكرنا من فرض اتفاقهما على قيمة البغل سابقا و اختلافهما فى نقصان تلك القيمة يوم المخالفة و لا وجه للمناقشة فى هذا الحمل دون الأول كما هو ظاهر المصنف (ره) فى قوله بعد ذكر الاحتمال الذى ذكرنا (و لا يخفى بعده و أبعد منه حمل النص على التعبد).

(٢) اختار (ره) عدم دلالة الصحيحة على ان الملاك فى الضمان بقيمة يوم الضمان بل يرجع فى تعيينها إلى القاعدة الأولية و هى قيمة يوم التلف لان ذلك زمان اشتغال العهدة بالقيمة و على ذلك فلا بد من النظر فى وجه القول بأن العبرة فى الضمان بأعلى القيمة من حين الضمان الى حين التلف حيث يتعين الرجوع الى القاعدة مع عدم المخرج عنها و ما يقال فى وجهه أمور:

الأول- ان العين فى تمام تلك الأزمنة فى ضمان الشخص فإن أدى أعلى القيم فيخرج عن عهده جميع تلك الضمانات لدخول الأقل فى الأكثر بخلاف ما إذا أدى قيمة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٥

.....

زمان التلف أو غيره فإنه لا يخرج بأداء تلك القيمة عن ضمان العين حين كانت قيمتها أكثر.

و أجاب (ره) عن ذلك بأنه ان أريد من ضمان العين فى جميع الأزمنة التى منها زمان علو قيمتها انه على تقدير تلفها فيه كانت العهدة

مشغولة بتلك القيمة فهذا صحيح و لكن المفروض انها لم تلتف فيه.

و ان أريد اشتغال العهدة بتلك القيمة حتى مع عدم تلفها فيه و فيما بعده بحيث لو رد العين الى مالکها كان اللازم دفعها مع الزيادة فهذا مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان الزيادة مع رد العين.

و ان أريد اشتغال العهدة بتلك القيمة مشروطا بهلاك العين و عدم إمكان رد العين بنفسها فهو أمر معقول و لكن لا بد من قيام الدليل عليه و أصالة البراءة تدفع لزوم دفع الزائد على القيمة يوم تلفها.

نعم حكي في الرياض عن العلامة ان قاعدة نفى الضرر دليل على اشتغال العهدة بتلك الزيادة فإنه لو لم يكن الضامن واضعا يده على العين زمان علو قيمتها أمكن للمالك استيفاء تلك القيمة ببيع العين فيكون عدم ضمان تلك القيمة مع تلف المال ضررا على المالك و مقتضى قاعدة نفى ضمانها و لكنه (ره) أشار الى ضعف هذا الاستدلال بقوله و فيه نظر.

و وجهه انه قد تقدم ان مفاد قاعدة نفى الضرر نفى الأحكام التي تكون العمل بها موجبا لتضرر الشخص و اما تدارك الضرر الواقع خارجا فلا يثبت بها.

ثم انه (ره) وجه الاستدلال المتقدم على ضمان أعلى القيم بأن مالية العين في كل زمان و منها ماليتها زمان علو قيمتها تكون مضمونة في ضمن النقود أو مال آخر إذ ليست المالية بنفسها امرا قابلا للضمان و على ذلك فان كانت العين باقية و ردها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٦

و لأجل ذلك استدلت العلامة في التحرير (١).

فأصالة الاشتغال (٢).

الى مالکها فلا- يكون للمالك مال آخر غير العين لتكون زيادة القيمة مضمونة في ضمنه و إذا تلف العين تكون ضمان الزيادة في ضمن النقود و لو مع عدم تلف العين في زمان تلك الزيادة و ذلك فان الضامن قد حال بين المالك و عين ماله في ذلك الزمان و كما ان إتلاف المال في زمان موجب لضمان قيمة ذلك الزمان كذلك الحيلولة بين المالك و ماله في زمان حتى يتلف ذلك المال. أقول سيأتي انه لا أساس لبدل الحيلولة و انما الثابت بحسب الأدلة بدل التلف و بدل التلف يثبت على العهدة بتلف العين أو كزوال ماليتها رأسا الملحق بالتلف عند العقلاء و لا يثبت في غير ذلك و ليست القيمة السوقية للعين بحسب الأزمنة كالمنافع المتضادة للعين في زمان واحد فلا يقاس الأول بالثاني.

و ذلك فان المنافع المتضادة يمكن استيفاء كل منها بشرط ترك غيره فيفوت على المالك المنفعة التي أكثر في ذلك الزمان بخلاف القيم في الأزمنة المتعددة لأن العين لا تكون تالفة على مالکها ما دامت باقية لتضمن بقيمتها في ذلك الزمان.

(١) يعني حيث ان العين في جميع الأزمنة الى ان تلتف مضمونة بوقوع الحيلولة في كل من تلك الأزمنة بين العين و مالکها علل العلامة ضمان قيمة يوم الغضب بأنه أول زمان أزيلت يد المالك عن عين ماله فإنه لو لم يكن مجرد ازاله يد المالك عن العين موجبا لضمانها بان يتوقف الضمان على التلف لما صح التعليل المزبور.

(٢) ان كان الاشتغال في القيمات بالقيمة كما هو الفرض يكون المرجع عند

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٧

فالظاهر اعتبار محل التلف (١).

ثم ان جميع ما ذكرنا من الخلاف (٢).

دوران كون القيمة المضمونة أعلى القيم أو قيمة يوم التلف البراءة عن الزيادة.

و اما ما ذكره المصنف (ره) من انه لو كان النظر الى الضمان المستفاد من حديث على اليد يكون المقام في مورد استصحاب الضمان لا الرجوع الى البراءة فلعل مراده ضمان نفس العين بكون نفسها على العهدة على ما ذكره السيد اليزدى طاب ثراه و لكن قد تقدم عدم كون ذلك معنى ضمانها.

(١) هذا بناء على كون العبرة في القيمي بقيمة يوم التلف و اما بناء على ما استظهرناه من صحیحه أبي ولاد من اعتبار قيمة يوم الغصب فالمتعين ملاحظة مكان العين في ذلك اليوم فيما إذا كان لمكانها دخل في زيادة قيمتها و لو كان قيمتها في مكان التلف أزيد فيدخل وصف كونها في ذلك البلد في الزيادة العينية الحادثة زمان الغصب.

(٢) إذا لم يكن للحيوان التالف زيادة عينية كالسمن ثم حصلت له هذه الزيادة فإن ظاهر كلماتهم ضمان الزيادة حتى لو فرض عدم تلف العين كما لو ردها بعد زوال تلك الزيادة الحادثة و ذلك فان العين مملوكة فتكون الزيادة الحادثة ملكا لملكها.

و المفروض ان اليد على العين يد ضمان فيكون الوصف ايضا تابعا للعين سواء كان حادثا من الأول أو أيام غضبها غاية الأمر تكون تلك الزيادة محسوبة بقيمة يوم حدوثها بمعنى انه يعين قيمة العين في ذلك اليوم مع تلك الزيادة كما لو كانت قيمتها في ذلك اليوم مع الزيادة عشرة دراهم و مع عدمها ثمانية فيكون الوصف المزبور مضمونة بدرهمين.

و لو فرض تلف نفس العين بعد حدوث تلك الزيادة فيها فيلاحظ قيمة العين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٨

و هل يقيد ذلك بما إذا حصل اليأس (١).

بدون الزيادة يوم غضبها فيضمن نفس العين ايضا بتلك القيمة كما هو ظاهر صحیحه أبي ولاد على ما تقدم.

و الحاصل ان غاية ما يستفاد من الصحیحه ضمان ما يوضع اليد عليه مع تلفه بقيمة يوم وضع اليد يعنى حدوث الضمان فتكون الزيادة الحادثة في يد الغاصب داخله في ضمانه بقيمة يوم حدوثها لأنه أول زمان بالإضافة إلى ضمان تلك الزيادة.

و ما ربما يقال بان مقتضى إطلاق صحیحه أبي ولاد ضمان العين بقيمتها عند غضبها و انه لا اعتبار بزيادة قيمتها بعد ذلك سواء كانت زيادتها باعتبار تغير القيمة السوقية أو حصول الزيادة العينية لا يمكن المساعدة عليه لان الحكم المزبور وارد في البغل المعد للكراء و حدوث الزيادة العينية الفاحشة الموجبة لتغير قيمته السوقية في خلال خمسة عشر يوما فرض نادر بل غير واقع لان البغل لو لم يخرج بالمشى إلى المسافة البعيدة في خلالها الى الهزال فلا أقل من عدم زيادته عما كان عليه يوم اكتراه.

(١) يعنى هل يقيد ضمان المثل أو القيمة بما إذا حصل الاطمئنان بعدم وصول المالك الى ماله المعبر عن ذلك باليأس عن الوصول أو لم يكن ظن بالوصول اليه المعبر عنه بعدم رجاء وجدان المال أو يشمل استحقاق المالك المثل أو القيمة ما لو علم وجدان المال في مدة طويلة أو حتى ما لو كانت قصيرة ظاهر ما ورد في الأمانات المضمونة اختصاص استحقاق المالك بمطالبة المثل أو القيمة بأحد الأولين أى ما إذا حصل الاطمئنان بعدم وصوله الى المال أو عدم الظن بالوصول.

و يظهر الأخير من إطلاق فتاوى الأصحاب في بعض الموارد كإطلاقهم في اللوح المغصوب في السفينة انه إذا خيف من نزع غرق مال لغير الغاصب انتقل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٩

**[بدل الحيلولة]**

إلى القيمة إلى ان يبلغ الساحل فإنهم لا يقيدون ذلك بما إذا كان البلوغ إلى الساحل محتاجا إلى زمان طويل. أقول لا موجب لضمان القيمة بمجرد عدم تيسر الوصول إليها ما لم يعد العين تالفه في اعتبار العقلاء كما إذا علم حصولها في اليد بعد حين خصوصا إذا كانت المدة قليلة فلا يحق للمالك مطالبة الضامن ببدلها.

نعم إذا كانت لها منفعة فيها اجرة فله المطالبة بتلك المنفعة الفائتة كما في مسألة اللوح المغصوب والاستدلال على استحقاق المالك ببدل العين بكونه جمعا بين الحقين قد ذكرنا ما فيه سابقا و ان العين بالإضافة إلى قيمتها أو مثلها ليست من قبيل الأكثر إلى الأقل ليرفع المالك يده عن الزيادة و يطالب بالأقل بل بالإضافة إلى بدلها من المتباينين و لذا لا يحق له المطالبة ببدل العين مع بقائها و تيسر ردها.

و كذا لا يمكن التمسك في إثبات استحقاق المالك المطالبة بالبدل في مورد عدم تلف العين بحديث الناس مسلطون على أموالهم فإنه مضافا إلى ضعف سنده مدلوله سلطنة المالك على التصرف في ماله و انه ليس محجورا عليه و تغريم شخص آخر بمطالبة البدل ليس من التصرف في ذلك المال.

و بالجملة لم يثبت للمالك استحقاق مطالبة البدل مع عدم كون ماله تالفا في اعتبار العقلاء كما إذا كان رده عليه محتاجا إلى السعي في مقدماته فإنه لا يحق له مطالبة الضامن ببدل العين كما هو ظاهر المصنف (ره).

و الاستدلال على ذلك بقاعدة نفى الضرر ضعيف فإن قاعدة نفى لا يقتضى تدارك الضرر و على تقديره فتدركه مع بقاء العين و عدم عدها تالفه بتدارك منافعها الفائتة إلى ان يحصل رد نفس العين.

و الحاصل ما يسمونه ببدل الحيلولة لم يتم عليه وجه يعتمد عليه بل ان كانت

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٠

و يدل عليه قاعدة تسلط الناس على أموالهم (١).

ثم ان المال المبذول (٢)

العين التي يتعذر الوصول إليها بحيث يعد تالفه على مالها فالبديل بدل لها و مع عدم كونها تالفه كذلك فلا موجب لاستحقاق مالها ببدلها حيلولة كانت أو غيرها.

نعم لمالكها مطالبة البدل بالإضافة إلى منافعها الفائتة و على ما ذكرنا فيسقط جميع ما يتفرع على الالتزام بالبديل الحيلولة و إذا كانت العين بحيث تعد تالفه يكون للمالك على الضامن البدل و لو أخذ البدل و اتفق الوصول إلى العين بعد مدة فلا يستحق المالك الا ما أخذه و ليس له إلزام الضامن باسترجاع البدل حيث يأتي ان إعطاء البدل من قبيل المعاوضة القهرية بينه و بين المبدل.

(١) يعني ان مقتضى سلطنة الناس على أموالهم جواز امتناع المالك عن بدل الحيلولة و مطالبته بعين ماله و لو بعد حين.

(٢) و حاصله ان ظاهر كلماتهم كون المبذول للمالك بعنوان بدل الحيلولة ملكا له و يقتضيه ما ورد في موارد الضمانات فان ظاهره كون البدل المعطى للمالك في موارد الحيلولة كإعطائه في موارد التلف في صيرورته ملكا له.

نعم لو لم يكن الإجماع المشار إليه و ظاهر أدلة الضمان و الغرامة لأمكن القول بأنه لا يملكه بمجرد الإعطاء بل يجوز التصرف في البدل المزبور إلى ان يدخل في ملكه بتلف المبدل و سواء قلنا بدخول البدل في ملك المالك من الأول أو بعد تلف المبدل فلا يدخل ذلك المبدل في ملك الضامن بدفعه البديل.

و نتيجة ذلك اجتماع البدل و المبدل في ملك المالك و لا ضير فيه لان دفع البدل إلى المالك ليس من المبادلة بين المالكين ليمتنع اجتماعهما في ملكه بل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠١



ثم انه قد تحصل مما ذكرنا (١).

دفعه في المقام نظير دفعه مع تلف المال في عدم المبادلة و الوجه في عدم المبادلة مع التلف ايضا ان المبادلة تقتضى وجود طرفيها و لا تعقل بين الموجود و المعدوم و لكن مع ذلك ناقش المحقق و الشهيد الثانيان في بدل الحيلولة باجتماع البدل و المبدل في ملك المالك.

و أضاف الشهيد الثاني (ره) بأنه لا بد من الالتزام بدخول البدل في ملك المالك و خروج المبدل الى ملك الضامن و لكن مترزلا الى ان يتلف المبدل أو يقال بان البدل باق على ملك الضامن و انما يجوز للآخر التصرف فيه على ما تقدم.

و دافع المصنف (ره) عن بدل الحيلولة بأن المناقشة ناشئة عن زعم ان البدل في المقام نظير البدل مع تلف العين بدل عن نفس العين و الزعم غير صحيح لان البدل يعطى للمالك بعنوان الغرامة و من الظاهر ان مع تلف العين يكون الغرامة تداركا لما فات عن المالك من نفس العين و الفات عن المالك في الفرض ليس نفس العين بل السلطنة على التصرفات فيها فلا بد من قيام البدل مقامها في هذه الجهة و القيام كذلك لا يقتضى دخول البدل في ملك مالك المبدل ابتداء بل يقتضى جواز تصرفاته في ذلك البدل.

نعم لو كان التصرف موقوفا على الملكية فلا بد من الالتزام بدخول البدل في ملك المتصرف من ذلك الحين نظير ما تقدم في المعاطاة.

(١) و حاصله ان ما ذكر من بقاء العين على ملك مالكيها و دفع البدل بعنوان الغرامة عما فات من سلطنة المالك ينحصر بما إذا كان الفات على المالك معظم الانتفاعات حتى يوصف المدفوع بكونه غرامة و اما إذا ثبت البدل مع بقاء سلطنة المالك على معظم الانتفاعات كما في تغريم الواطى الحيوان الذى يركب بقيمته

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٢

.....

فلا يبعد ان يستكشف عن إيجاب دفع البدل دخول المبدل في ملك الغارم بالدفع حيث انه و ان وجب نفى الحيوان عن ذلك البلد و بيعه في بلد آخر الا ان هذا لا يوجب سقوط الحيوان عن المالية غاية الأمر يكون ذلك عيبا في الحيوان و إذا حكم الشارع بدفع تمام قيمته الى مالكيه يستفاد ان دفعها مبادلة شرعية بينها و بين الحيوان.

و هذا بخلاف ما إذا خرج الشيء عن المالية فإن خروجه عنها موجب لفوت سلطنة المالك على معظم انتفاعه فلا يكون دفع البدل اليه موجبا لخروج المبدل عن ملكه لما تقدم من ان البدل غرامة لتلك السلطنة الفائتة و للخروج عن المالية.

و يترتب على ذلك انه لو التفت قبل تمام غسل اليدين و قبل المسح في الوضوء الى كون الماء غصبا لا يرضى مالكيه بالتصرف فيه فلا يكون المسح بالبلل الباقي بيديه و لو بعد دفع البدل موجبا لتمام الوضوء لأن غرامة البدل لا يوجب دخول الماء في ملكه حتى يجوز له التصرف فيه بمسح أعضاء الوضوء بالرطوبة الباقية بيديه.

و ذكر في شرح القواعد انه لو خاط ثوبه بخيوط الغصب و طلب المالك وجب نزعها و ان أفضى ذلك الى تعيب الخيوط أو زوال ماليتها و معها يجب أيضا غرامة العيب أو المالية.

أقول خلاصة الكلام في ضمان التالف ان مجرد التلف حقيقة أو حكما و ثبوت البدل على عهدة الضامن لا يوجب انتقال العين التالفة الى ملك الضامن حيث ان ثبوت البدل على العهدة تغريم و ليست مبادلة و يترتب على ذلك كون بقايا العين التالفة ملكا للمالك.

نعم إذا دفع الضامن العين التالفة و البدل المزبور يكون الدفع موجبا لدخول تلك العين في ملك الضامن و كل ذلك بالسيرة العقلانية الذى اعتمدنا عليها في إثبات الضمان فإنهم لا يرون للمالك استحقاق المطالبة بالبقايا بعد أخذه البدل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٣

.....

بخلاف ما لم يأخذ البديل فإنه ما دام لم يدفع تكون البقايا ملكا لمالكها الأول حتى مع ملكه البديل على عهده الضامن. و يوضح ذلك خير إيضاح ما ورد في ضمان الواطى قيمة الحيوان الذى يركب و هى موثقة سدير «١» حيث البائع المفروض فيها هو الواطى بعد دفعه القيمة إلى مالك الحيوان فيكون الحيوان الموطوء ملكا له بدفعه قيمته. و ما ذكر المصنف (ره) من انه فى صورة تلف المال ايضا لا يكون دفع البديل مبادلة قهرية بين العين التالفه و البديل لاقتضاء المبادلة وجود طرفيها يدفعه ان اعتبار المبادلة حال تلف العين لا بأس به كما يعتبر مثلها فى موارد فسخ المعاملة بالخيار و نحوه مع تلف أحد العوضين.

و يترتب على اعتبارها انه لو رجع المالك فى مسألة تعاقب الأيدي على المال الى من تلف المال بيده فلا يرجع الغارم المزبور الى غيره ممن جرت أيديهم على المال المزبور بخلاف ما إذا رجع الى غيره فإنه يرجع الى من تسلم المال منه الى ينتهى استقرار الضمان الى من تلف المال بيده فان الدافع بدفعه البديل يملك التالف على من تسلم المال منه على وجه الضمان الى ان ينتهى قرار الضمان على من تلف المال بيده.

و مما ذكرنا يظهر انه لا يجوز لمن توفراً غفلة بماء الغير و التفت الى ذلك قبل المسح إتمام وضوئه بالمسح بالرطوبة الموجودة بيديه فإنها ملك الغير كما ذكرنا فلا يجوز التصرف فيها بلا رضاه.

نعم إذا دفع البديل قبل جفاف يديه و استحق الرطوبة فلا بأس بالمسح بها و كذلك لو طالب المالك نزع الخيوط فى فرض جامع المقاصد و انه مع دفع الضامن

(١) الوسائل الجزء (١٨) الباب (١) من أبواب نكاح البهائم الحديث (٤).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٤

ثم ان هنا قسما رابعا (١).

بديل الخيوط فلا يستحق مالكها طلب نزعها لدخولها بدفع البديل فى ملك الضامن.

هذا مع تلف الخيوط و سقوطها عن المالىة بالنزع و اما مع تعيينها بحيث يكون على الضامن أرش العيب فيجب عليه مع عدم رضا المالك نزعها و ردها اليه مع الأرش.

(١) لا يقال ما الفرق بين هذا القسم الذى يسقط العين فيه عن المالىة و الملكية معا و بين القسم الثالث الذى ذكر (ره) ان فوات اجزاء العين و أوصافها يكون موجبا لسقوطها عن المالىة فقط مع بقائها على الملكية.

فإنه يقال الموجب لسقوط العين عن المالىة فى القسم الثالث فوات منافعها المقصودة التى تكون بها مالىتها و مع فوتها فوجود بعض المنافع المحللة لها لعدم كونها مقصودة لا توجب مالىتها كالاوراق الممزقة التى ينفع بها فى الإحراق و بعض الحبات من الحنطة حيث يمكن الانتفاع بها بطحنها فى ضمن سائر الحنطة و لكن مثل هذا الانتفاع يوجب اعتبار الملكية فى العين.

و هذا بخلاف القسم الرابع الذى لا يكون العين فيه قابلا للانتفاع فعلا لا مقصودا و لا غير مقصود و لذا يسقط عن الملكية أيضا كما فى الخل المنقلب الى الخمر.

نعم تكون العين فى الفرض موردا لحق الأولوية الثابتة ببناء العقلاء دون الاستصحاب ليقال بعدم جريانه باعتبار أن الأولوية سابقا

كانت بمعنى الملك و بعد الانقلاب الى الخمر لا ملك و الأولوية لا بمعنى الملك ليست لها حالة سابقة و مع ذلك عدم إمكان الانتفاع فعلا موجبا لسقوط الشيء عن الملكية تأمل.

نعم لا اشكال فيه فيما إذا لم يمكن الانتفاع به أصلا و لو فيما بعد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٥

ثم ان مقتضى صدق الغرامة (١) ثم ان ظاهر عطف التعذر على التلف (٢)

(١) فإنه يكون دفع بدل الحيلولة بمنزلة دفع بدل التلف في كونه تداركا و غرامة و كما يخرج بالثاني عن ضمان العين و منافعها و زيادة قيمتها كذلك بالأول غاية الأمر ان دفع بدل الحيلولة مترزلزلا يتصف بالتنجز بتلف العين أو بالانفساخ بطرو و التمكن على ردها بخلاف بدل التلف فان دفعه من الأول منجز.

و بذلك يظهر ضعف ما عن بعض من ضمان منافع العين حتى بعد دفع بدل الحيلولة و وجه الظهور انه لو كانت المنافع على العهدة حتى بعد دفع البدل فكيف يتصف المدفوع بكونه بدلا و تداركا لما يفوت عن المالك.

(٢) و حاصله انه كما لا يثبت على الضامن زيادة القيمة السوقية بعد زمان تلف العين كذلك لا يثبت عليه زيادتها بعد تعذر ردها فيتعين في بدل الحيلولة قيمة يوم تعذر ردها أو أعلى القيم اليه أو قيمة يوم الغصب و هذا مقتضى إلحاق تعذر رد العين في كلماتهم بتلفها و لكن لا يخفى الفرق بينهما فإنه مع التلف يكون قيمتها دينا على عهدة الضامن فيجربى في أنها قيمة يوم التلف أو يوم الغصب أو أعلى القيم.

و هذا بخلاف صورة التعذر فان العين بنفسها مضمونة بمعنى انه لا تثبت قيمتها بمجرد تعذر ردها و لذا يكون للمالك الامتناع عن قبول البدل و المطالبة بنفس العين فيما بعد نظير ما تقدم في استحقاق المالك المطالبة بالقيمة في المثلى المتعذر مثله.

ثم انه لا يجتمع الحكم بان تعذر رد العين بمنزلة تلفها مع الحكم باستحقاق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٦

و هل الغرامة المدفوعة تعود الى ملكه (١).

المالك اجرة المثل لمنافع العين حتى بعد تعذر ردها الى زمان دفع بدل الحيلولة و كذا ضمان نائها الى ذلك الزمان حيث انه لو كانت تعذر رد العين بمنزلة التلف يكون المنافع بعد تعذر ردها كمنافعها بعد تلفها في عدم الضمان بالإضافة إليها.

نعم إذا قيل بالفرق بين التعذر و الرد بثبوت القيمة يوم التلف في الأول و بقاء نفس العين على العهدة في الثاني تعين الحكم بضمان المنافع و النماء بل زيادة القيمة السوقية للعين الى زمان دفع بدل الحيلولة كما مر.

(١) و حاصله انه لو تجدد للضامن التمكن على رد العين فيحتمل رجوع بدل الحيلولة بمجرد ذلك الى ملكه فيكون ضامنا للعين بضمان جديد بحيث لو تلفت يثبت بذمته بدل التلف و يحتمل بقاء بدل الحيلولة في ملك المالك الى حين وصول العين بيده بحيث لو تلفت العين قبل وصولها بيده لا يكون ضمان آخر على الضامن بل يملك المالك بدل الحيلولة منجزا بعد ما كان مالكا له مترزلزلا كما تقدم و مقتضى الاستصحاب بقاء بدل الحيلولة على حاله و عدم حدوث ضمان جديد بتجدد تمكن الضامن.

لا يقال كان بدل الحيلولة عوضا عن سلطنة المالك على العين و بعد تجدد تمكن الضامن على رد العين يكون ملك المالك البدل مع ملكه العين من الجمع بين العوض و المعوض.

فإنه يقال تمكن الضامن على رد العين على مالكها لا- يوجب عود سلطنة المالك على العين و لذا لو امتنع الضامن عن رد العين لا يتمكن مالكها على بيعها أو إجارتها من شخص آخر الى غير ذلك من التصرفات و انما يعود سلطنة المالك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٧

نعم للمالك مطالبه عين ماله (١)

بعود العين و وصولها بيده فلا يلزم من ملكه للبدل و العين الجمع بين العوض و المعوض.

نعم لو كان ملكه بدل الحيلولة عوضا عن تمكن الضامن على رد العين على صاحبها لزم الجمع بينهما و لكن من الظاهر ان تمكن الضامن على رد العين أجنبي عن المالك فلا يأخذ عنه بدلا أصلا و على ما ذكر فلو رد الضامن العين على مالكها يرجع بدل الحيلولة إلى ملك الضامن فلو كان نفس ذلك البدل باقيا يأخذه و ان كان تالفا أو خارجا عن ملك المالك بعقد لازم أو جائز يأخذ الضامن بدله من المثل أو القيمة و نماء بدل الحيلولة المتخلل بين أخذ المالك و رجوعه الى ملك الضامن للمالك لأن الأصل يعني بدل الحيلولة كان في تلك المدة ملكا له و النماء تابع للأصل.

لا يقال لا وجه لرجوع بدل الحيلولة إلى ملك الضامن أصلا لأن ذلك البدل كان عوضا عن السلطنة الفائتة عن المالك و لا يتدارك تلك السلطنة بوصول العين بيده ثانيا.

فإنه يقال كان بدل الحيلولة عوضا عن مطلق سلطنته لا خصوص سلطنته الفائتة السابقة فيكون رجوع العين موجبا لعود سلطنته و الفائتة منها كانت متداركة بسلطنته على بدل الحيلولة قبل ذلك.

(١) يعني حيث ان العين لم تخرج عن ملك المالك في مورد بدل الحيلولة فيكون له مطالبته بها حين تجدد تمكن الضامن على ردها و جواز المطالبة مقتضى قوله عليه السلام الناس مسطون على أموالهم و ليس بدل الحيلولة في يد المالك عوضا عن جميع السلطنة المتصورة للمالك ليقال بأنه ليس له سلطان على مطالبه العين لان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٨

ثم لو قلنا بجواز الحبس (١)

بدل الحيلولة عوض عن هذه السلطنة أيضا و الا- لو كان البدل عوضا عن جميع ذلك لزم خروج العين عن ملكه و جاز للآخرين تملكها بوضع يدهم عليها.

و قد ظهر انه ليس للضامن الامتناع عن تسليم العين حتى يسترجع بدل الحيلولة عن المالك و وجه الطهور انه لو كان بدل الحيلولة عوضا عن نفس العين جاز له الامتناع حيث يجوز لكل من المالكين الامتناع عن تسليم ملك الآخر حتى يتسلم منه ملكه و لكن بدل الحيلولة كما تقدم ليس عوضا عن العين بل عوض سلطنة المالك التي تتجدد له بوصول العين بيده و بعد وصولها بيده يخرج بدل الحيلولة عن ملكه برجوعه الى ملك الضامن ففي ذلك الحين يكون له المطالبة به.

اللهم الا ان يقال يجوز للضامن حبس العين حتى يسترجع البدل من المالك لان حبسه العين يكون حبا لسلطنة المالك التي عوض عنها ببديل الحيلولة و لكن لا يخفى ما فيه فإنه ما دام لم يرجع العين الى يد المالك و لم يتجدد سلطنته عليها لا يرجع البدل الى ملك الضامن ليكون له سلطنة على ماله بالمطالبة أو غيرها.

(١) يعني إذا قيل انه يجوز للغاصب حبس العين بعد تجدد تمكنه على ردها ليسترجع بدل الحيلولة لا يجرى على العين بيده زمان جواز حبسها حكم الغصب.

نعم يضمن العين لان حبسها يكون لمصلحة نفسه لا للإحسان إلى مالكها و على ذلك فلو تلفت بيده يتعين عليه دفع قيمة يوم تلفها بناء على ان الأصل في كل مضمون قيمة ذلك اليوم و بناء على ضمان أعلى القيم يتعين أعلاها من يوم حبسها الى زمان تلفها لان يوم حبسها يوم حدوث الضمان الجديد إذ قبله كان خارجا عن ضمان العين بدفع بدل الحيلولة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٩

### [شروط المتعاقدين]

#### [اعتبار البلوغ]

المشهور كما عن الدروس و الكفاية بطلان عقد الصبي (١)

و يقرب من ذلك قول العلامة في القواعد انه لو حبس العين فتلفت فعليه ضمان قيمتها الان و ليس المراد من قيمة الان خصوص قيمة حين التلف بل القيمة بعد حدوث الضمان.

فلو قيل في القيميات بقيمة يوم التلف يتعين في المقام قيمة يومه و ان قيل بأعلى القيم يتعين أعلاها من حين حبسها الى يوم تلفها فإنه ينقطع حكم الغصب بدفع بدل الحيلولة و بحبس العين يحدث ضمان جديد.

أقول هذا يناهى ما تقدم منه (ره) من ان العين بعد تجدد التمكّن على ردها لا تدخل في الضمان و بدل الحيلولة لا يخرج عن ملك المالك بمجرد التمكّن على رد العين عليه ليكون ضمان البدل عليه و ضمان العين على الغاصب و يجوز لدافع بدل الحيلولة حبس العين لان حبسها يلازم حبس سلطنة المالك على العين، و المالك قد تسلم بدل الحيلولة الذي عوض عن هذه السلطنة و ليس وجه الجواز خروج البدل الى ملك الغاصب بمجرد التمكّن على رد العين ليجوز له حبس العين لاسترداد ملكه عن مالكها فلاحظ و تدبر.

(١) و يستدل على اعتبار البلوغ في المتعاقدين برفع القلم عن الصبي حتى يحتلم كما في مضمرة ابن ظبيان «١» و أورد المصنف (ره) على الاستدلال المزبور بوجوه: أولاً- احتمال ان يكون المرفوع هو قلم المؤاخذة بان لا يكتب عليه سيئه بما يصدر عنه حال صباوته و كذا لا يثبت في حقه نظير القصاص و الحدود من الأحكام المجعولة مؤاخذة على بعض الأفعال و هذا لا يقتضى عدم تعلق الحرمة و الوجوب فضلا عن سائر الأحكام بأفعال

(١) وسائل الجزء (١) باب ٤ من أبواب مقدمات العبادات الحديث (١١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٠

.....

الصبي و معاملاته بل مقتضى عموم أدلة الأحكام و إطلاقها ثبوتها في حقه ايضا فيستحق الثواب على امتثال تلك الأحكام و لكن لا يثبت في حقه استحقات العقاب و نظير القصاص و الحد سائر ما يكون من قبيل المؤاخذة.

و بالجملة كما ثبت حرمة شرب الخمر على البالغين ثبت في حق الصبي أيضا و لكن لا يؤخذ على شربها و كذا يثبت في حقه وجوب الصلاة و سائر الواجبات و لكن لا يؤخذ على تركها و هذا يوافق الالتزام بشرعية عبادات الصبي.

و أورد (ره) ثانيا أنه لو فرض رفع الأحكام التكليفية عن الصبي فالأحكام الوضعية نظير الملكية المترتبة على بيعه غير مرفوع.

و بتعبير آخر يكون بيعه موجبا لانتقال المبيع إلى المشتري و الثمن إلى البائع غاية الأمر لا يثبت حكم تكليفي على الصبي إلى بلوغه فيجب بعد بلوغه الوفاء بالعقد الذي أنشأه حال صباه كما يجب عليه الاغتسال من الجنابة التي حصلت بوطيه زوجته أو الأجنبية حال صباه و هذا يوافق ما يقال من عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين.

و أورد ثالثا انه مع فرض كون المرفوع عنه جميع الأحكام التكليفية و الوضعية فمقتضاه عدم صحة عقد الصبي فيما إذا كان الصبي

أحد طرفي العقد و اما إذا كان إنشائه العقد بالوكالة كما إذا وكله الزوجان في إجراء عقد الزواج بينهما أو إجراء عقد البيع بين مالیهما فلا دلالة لحديث رفع القلم على بطلان عقده بمعنى كونه مسلوب العبارة فإنه ليس على الصبي في مورد الوكالة حكم كان عقده صحيحا أم فاسدا و نظير و كالتة إجراءاته العقد فضولا مع اجازة المالك.

أقول ما ذكر المصنف (ره) من احتمال كون المرفوع عن الصبي هو قلم المؤاخذه غير صحيح بل ظاهر الحديث رفع الأحكام و التكاليف بقريته رفع القلم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١١

.....

عن المجنون و النائم فإنه لا يمكن الالتزام بأن أحكام الشريعة و تكاليفها مجعولة بنحو تعم المجانين و أنه يكون المرفوع عن المجنون خصوصا قلم المؤاخذه و الحديث المزبور ضعيف.

و لكن رفع القلم وارد في موثقة إسحاق بن عمار و مقتضاه عدم جواز استقلال الصبي بالمعاملة لا كون إنشائه لغوا محضا حتى في فرض و كالتة عن الغير و اذنه للصبي في إجراء عقد أو معاملة تكون موضوعا للحكم على البالغين.

و الحاصل ان المرفوع عن الصبي لا يختص بالأحكام التكاليفية بل يعم الوضعية و وجوب الاغتسال عليه بعد بلوغه من الجنابة حال صباه أو وجوب دفع البدل عما أتلفه في ذلك الحال ليس باعتبار عموم الأحكام الوضعية لغير البالغين بل باعتبار ان الموضوع لوجوب الاغتسال على البالغ هو الوطى و لو كان ذلك قبل التكليف نظير وجوب الاغتسال من الانزال الحاصل حال النوم و الموضوع لوجوب التدارك هو تضييع مال الغير و لو كان ذلك الضياع حال صباه.

نعم عموم الرفع كما ذكرنا لا يوجب أيضا بطلان عقد الصبي أو معاملته فيما إذا لم يكن مستقلا في إنشائها كما إذا كان باذن الغير بل مثل رواية حمزة بن حمران أيضا لا يقتضى بطلانه قال أبو جعفر عليه السلام فيها و الغلام لا يجوز أمره في البيع و الشراء و لا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمسة عشر سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك «١».

فتكون صحته مقتضى العمومات و الإطلاقات في المعاملات حيث ان المعاملة التي أجراها الصبي بإذن وليه أو إجازته، على ماله تكون من أمر الولي و معاملته

(١) الوسائل الجزء (١٣) الباب (٢) من أبواب الحجر الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٢

و يشهد له الاستثناء في بعض الاخبار (١)

كما هو مقتضى اضافة المعاملة إلى الموكل و كذا في مورد و كالتة عن الغير و لو بلا اذن وليه أو إجازته في إجراء عقد نكاح أو غيره للغير مما لا يكون من التصرف في مال نفسه فان هذا كله يكون من أمر الغير و مقتضى العمومات و الإطلاقات نفوذه على ذلك الغير و اما عبادات الصبي فيستفاد مشروعيتها من أمر الأولياء بترغيب أطفالهم إليها و ظاهر الأمر بالأمر بشيء مطلوبية ذلك الشيء.

ثم انه لا- وجه لاستثناء إيصال الهدية و اذنه في الدخول من معاملات الصبي لأنهما ليسا من المعاملات بل و لا تصرفاته التي تكون موضوعا لحكم شرعي لأن إيصال الهدية من جهة اعتبار القبض في الهبة و المعبر فيه قبض المتهب و اما نفس الإيصال فلا اعتبار له و لذا يمكن بواسطة حيوان أو غيره و اما الاذن في الدخول فلان المعبر في جواز الدخول في الدار رضا مالکها لا رضا الطفل و اذنه.

و عليه فلو كان اذنه موجبا للاطمئنان إلى رضا مالکها كما هو الغالب فهو و الا فلا يجوز التصرف فيها بالدخول أو غيره.



(١) كما في رواية أبي الحسين الخادم يباع اللؤلؤ عن أبي عبد الله عليه السلام ووجه الشهادة ان عدم نفوذ أمر السفية عبارة عن عدم مضى معاملته في صورة استقلاله بها لا كونها لغوا محضاً بان يكون السفية مسلوب العبارة و على ذلك فالحكم بعدم جواز أمر الصبي و جواز امره بعد بلوغه الا ان يكون سفيتها لا يناسب الا ان يكون المراد بالجواز و عدمه هو المضى لا كون عبارته لغوا و بعبارة أخرى ظهور الاستثناء فيها في عدم الانقطاع قرينة على كون المراد بالجواز هو المضى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٣

فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الإجماع (١) و كذا إجماع الغنية (٢) و يمكن ان يستأنس له أيضا بما ورد (٣)

(١) لا يخفى عدم إمكان الاعتماد على حكاية الإجماع فإنه لو كان إجماعاً محصلاً لم يصح الاعتماد عليه الاحتمال كون وجه اتفاقهم سائر الوجوه المذكورة لسلب عبارة الصبي فكيف فيما إذا كان منقولاً أو مع الخلاف.

(٢) يعنى كما ان الإجماع المحكى عن التذكرة يعم ما إذا لم يكن الصبي مستقلاً في إنشاء المعاملة كذلك إجماع الغنية حيث ان استدلال الغنية على عدم الاعتبار بمعاملته بعد الإجماع بحديث رفع القلم قرينة على العموم المزبور فإنه سيأتى ان مقتضى ذلك الحديث بطلان معاملة الصبي سواء كان مستقلاً في إنشائها أولاً.

و ايضا المراد بالإجازة في قول ابن زهرة (عقد الصبي باطل بالإجماع و ان أجاز الولي) ليس خصوص الإجازة المعروفة في باب عقد الفضولي ليقال ان عقد الفضولي عند ابن زهرة باطل حتى و ان لحقه الإجازة فحكمه ببطلان عقد الصبي و لو مع اجازة و ليه، لا يقتضى حكمه ببطلان معاملته مع اذن و ليه بل مراده بالإجازة ما يعم الاذن.

(٣) و في صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال عمد الصبي و خطائه واحد و ذكر المصنف (ره) ما حاصله ان مثل هذه الصحيحة و ان وقعت روايتها في أبواب الجنایات و لكن لا دلالة لذلك على اختصاصها بتلك الموارد.

نعم في مثل موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٤

.....

يقول عمد الصبي خطأ يحمل العاقلة و حمل الدية على العاقلة بعد قوله عمد الصبي خطأ قرينة على كون المراد بالعمد و الخطاء مورد الجنایة و لكن لا- يكون ذلك موجبا لرفع اليد عن إطلاق مثل الصحيحة الأولى فإنه لا منافاة بين ثبوت الإطلاق و التقييد معا لعدم وحدة الحكم و كونهما متوافقين و لذا أخذ الشيخ (ره) بالإطلاق في المبسوط و الحلى في السرائر فذكر أنه لا يجب الكفارة على الصبي بارتكابه محظورات الإحرام التي يختص وجوبها بصورة التعمد حيث ان عمد الصبي خطأ و على ذلك فإذا كان عمد الصبي و قصده ملغى شرعا يكون جميع انشائاته باطلة لا يترتب عليها أى أثر حتى فيما إذا كان إنشائه بإذن و ليه حيث لا ينبغي الريب في اعتبار القصد في ترتب الأثر على العقود و الإيقاعات بل قوامهما به لاین حصول الإنشاء و الاعتبار بلا قصد أمر غير معقول بل يمكن استفادة ذلك أى كون جميع إنشاءات الصبي ملغاة حتى فيما إذا كان الإنشاء بإذن و ليه من حديث رفع القلم عنه.

و بيان ذلك انه قد ورد في رواية أبي البختری عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام انه كان يقول في المجنون و المعتوه الذى لا يفیق و الصبي الذى لم يبلغ عمدهما خطأ يحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم فان المذكور في هذه الرواية أمور ثلاثة:

الأول- الحكم بأن دية جنایة الصبي و المجنون دية خطأ تحمله العاقلة.

و الثانى- ان عمد الصبي و المجنون خطأ.

الثالث- ان القلم مرفوع عنهما و رفع القلم هذا اما معلول للحكم بكون عمدهما خطأ فيختص رفع القلم بالأحكام التي يعتبر في ترتبها



على موضوعاتها التعمد إليها كأحكام المعاملات حيث ان المعاملة لا تكون ذات حكم بل لا تكون الا مع القصد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٥

.....

بها و مقتضى ذلك بطلان معاملة الصبي و لو كانت باذن وليه إذ لا يحصل القصد من الصبي بالاذن المزبور بل مقتضى إطلاق نفى القصد عنه يعم الصورة المزبورة و اما ان يكون رفع القلم علة لعدم ثبوت حكم العمد و لا شبه العمد لجناية الصبي و لكون قصده كالخطاء.

و على ذلك ايضا يحكم بطلان معاملة الصبي و لو مع اذن وليه حيث ان اقتضاء رفع قلم المؤاخذه عنه إلغاء قصده في بيعه و إقراره حتى فيما إذا كان ذلك باذن وليه.

و لكن الصحيح في معنى الرواية هو الاحتمال الأول يعنى تنزيل عمدته منزلة الخطاء موجب لرفع قلم المؤاخذه عنه فإنه لو كان رفع قلم المؤاخذه علة لتنزيل عمدته منزلة الخطاء لما كان عليه الضمان في إتلافه حيث ان رفع قلم المؤاخذه كما يقتضى تنزيل عمدته منزلة الخطاء كذلك يقتضى عدم الضمان في إتلافه حيث ان الضمان من قبيل المؤاخذه كما لا يخفى.

أقول مثل الصحيحة لا تكون دالة على بطلان إنشاءات الصبي و كونها ملغاة حتى مع اذن وليه أو كانت بالوكالة عن الغير و ذلك فان مقتضاها أن كل أثر قد ترتب على التعمد الى الفعل لا يترتب على الصادر عن الصبي و لو مع تعمدته كما في ترتب بطلان الصوم على ارتكاب المفطر و حق القصاص المترتب على القتل، و الكفارة على الارتكاب المحظورات حال الإحرام، فإنه اعتبر في ترتب كل واحد من الأحكام المزبورة القصد الى تلك الأفعال.

و الحاصل ان مدلول الصحيحة و مقتضى إطلاقها انتفاء تلك الأحكام و عدم ترتبها على فعل الصبي و لو مع تعمدته و اما الأحكام المترتبة على العناوين التي لا يكون لها تحقق بدون القصد لا من جهة تقييد الموضوع بالقصد كما في الأحكام السابقة بل لتوقف نفس العنوان و قوامه بالقصد كما في العناوين القصدية فلا دالة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٦

.....

للصحيحة على نفى تلك العناوين و عدم تحققها عن الصبي.

و هذا كما يقال في الاستصحاب من انه يثبت به كل اثر يترتب على نفس المستصحب لا على ما يلازمه أو مثل ما يقال في الرضاع من انه يكون محرما فيما إذا ثبت به نفس العنوان المحرم لا ما يلازم العنوان المزبور و هنا أيضا ظاهر الصحيحة نفى أثر شرعى يكون مترتبا على نفس القصد و التعمد الى الفعل لا- نفى اثر عن عنوان يكون القصد موجبا لحصول ذلك العنوان كما في العقود و الإيقاعات فإن المعاملات كلها من العناوين القصدية التي يكون القصد مقوما و محصلا لها.

و لذا لا يكون مشروعية صلاة الصبي و صومه و سائر عباداته و تحيته و غيرها من العناوين القصدية تخصيصا في حديث عمد الصبي خطاء.

بل يمكن دعوى ان الصحيحة لا تكون مقتضاها نفى الأحكام المترتبة على القصد و التعمد الى الفعل مطلقا بل في خصوص ما إذا كان الحكم مترتبا على الخطاء أيضا بأن يكون التعمد الى الفعل موضوعا لحكم و الفعل خطاء موضوعا لحكم آخر كما في مورد الجناية فلا يعم ما إذا كان الحكم مترتبا على عنوان التعمد الى الفعل فقط كما في مورد وجوب الكفارة و بطلان الصوم و نحوهما فان المذكور في الصحيحة ان عمد الصبي خطاء.

و فرق بين هذا التعبير و التعبير بأنه لا- عمد للصبى فإن الأول يختص بموارد ثبوت حكم آخر للخطاء فى مقابل ثبوت الحكم للعمد بخلاف الثانى فإنه يعم موارد ثبوت الحكم للعمد الى الفعل من غير فرق بين ثبوت حكم آخر للخطاء و عدمه. و قد تحصل مما ذكرنا أنه لا يمكن الحكم بعدم فساد صوم الصبى بتناوله المفطر أو بفساد عباداته أو معاملاته استظهارا من الصحیحة. إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٧  
و ان اتهب له الولی (١) و لا لغيره (٢) كما قال ارم حقى فى البحر (٣)

(١) يعنى و لو كان قبول الهبة المزبورة من ولى الصبى حيث ان أخذ الصبى الهبة حتى مع قبول ولىه لا يوجب حصول القبض المعبر فيها  
(٢) يعنى كما لا- يكون قبض الصبى مفيدا لحصول الملك لنفسه كذلك لا- يفيد قبضه فى حصول الملك لغيره كما إذا كان الموهوب له غيره و يكون قبض الصبى بتوكيل ذلك الغير.  
(٣) يعنى كما انه لا يتعين الدين بإلقاء المديون مقدارهم فى البحر فيما إذا قال له مستحقه ارم حقى فى البحر كذلك لا يتعين بقبض الصبى فيما إذا قال مستحقه سلم حقى الى هذا الصبى.  
نعم إذا كان المال متعينا كما فى الوديعة بأن يقول صاحبها سلمها الى هذا الصبى فسلمها المستودع اليه براء من ضمانها كما يبرء إذا قال له ارمها فى البحر فرماها و ذلك فان المال فى نفسه متعين لا يحتاج فى تعينه الى قبض صحيح.  
نعم لو كانت الوديعة من مال الصبى فلا- يجوز دفعها اليه حتى مع اذن ولىه فإنه من التعدى فيها و لا يفيد فى جواز التعدى و عدم ثبوت الضمان اذن الولى حيث انه لا ولاية له فيما لإصلاح فيه للطفل.  
و بالجملة لا يصح توكيل الصبى فلا يكون المدفوع اليه قبضا للمستحق ليتعين به الدين و لكن لا يبعد ان يكون المثلان من توكيل المديون فى تعيين الدين فيتعين عند الإلقاء فى البحر أو الدفع إلى الصبى.  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٨  
بل على الصبيين (١) ردها بعدم الثبوت (٢).  
اما ما ورد فى رواية السكونى (٣).

أقول قد تقدم عدم إلغاء قصد الصبى و عليه فلا بأس بتوكيله فى القبض و يتعين به الدين كما يخرج بقبضه وكالته، الباع من ضمان المبيع الى غير ذلك فلا حظ و تدبر.  
(١) لما مر من ثبوت ضمان الإلتاف على الصبى أيضا.  
(٢) يعنى قد رد الحكاية بعدم ثبوت الشراء لعدم اعتبار الحكاية المزبورة هذا أولا و ثانيا بأنه لا حجية فى شراء ابي الدرداء حيث ان فعله ليس من فعل المعصوم ليكون كاشفا عن اباحة ذلك الفعل و ثالثا ذكر توجيهها يخرج به الشراء عن معاملة الصبى.  
(٣) كأن هذا جواب عن سؤال مقدر و هوان رواية السكونى المزبورة ظاهرة فى صحة معاملة الصبى فإن المراد بكسب الصبى فيها المال الذى اكتسبه فيكون مقتضى تقييد الصغير بالذى لا يحسن صناعة أن كسبه لا بأس به مع عرفانه الصناعة بل مقتضى التعليل الوارد فيه كون المال الذى اكتسبه الصبى المزبور مالا مشتبهها و لو كانت معاملته باطلة لكان حرمة المال الذى اكتسبه معلوما.  
و أجاب (ره) عن ذلك بان ملك الصبى المال لا يلازم صحة معاملاته حيث يمكن ان يحصل المال من التقاطه حيث يصير المال بالتقاط ملكا له لما تقدم من عدم إلغاء قصده فى مثل الحيازة و السبق إلى الشىء المباح كما يمكن كونها اجرة فى  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٩

مع ان هذا مما لا ينبغي الشك في فساده (١) و اما التصرف و المعاملة باذن الأولياء (٢)

إجارة أوقعها الولي فإن بإيقاع الولي يملك الصبي الأجره على المستأجر فيتعين المدفوع إلى الصبي في الأجره بوصولها الى يد وليه و يمكن إيقاع الصبي الإجارة فيستحق على المستأجر أجره المثل أو كان عمل الصبي باعتبار أمر شخص آخر بذلك العمل فيستحق الصبي في الفرض اجرة المثل على العمل و في هذه الصور و نحوها لا يكون ملك الصبي ملازما لصحة معاملته و لو مع اذن وليه كما لا يخفى.

(١) يعنى لا ينبغي الشك في فساد سيرتهم في عدم فرقهم بين معاملة المميزين و غيرهم خصوصا الأخير أى سيرتهم على عدم فرقهم بين معاملة الأطفال لأنفسهم بحيث لا يطلع أوليائهم على معاملاتهم و بين المعاملة لاوليائهم.

(٢) كان هذا جواب عما ذكره كاشف الغطاء (ره) من حصول الإباحة من معاملة الطفل الجالس مقام وليه و حاصله ان أراد كاشف الغطاء حصول الإباحة بنفس تصرف الطفل و معاملته بان كانت معاملة الطفل مفيدة للإباحة سواء كانت المعاملة بنحو البيع العقدي أو المعاطاة فهذا خلاف المشهور حتى عند القائلين بعدم اعتبار شرائط البيع في المعاطاة فإنها على ذلك المسلك و ان لم تكن مشروطة بشروط البيع الا انها تصرف في المال فلا يصح من الصبي و ان أراد ان وصول المال الى يد الأخذ و اذن الولي و رضاه في تصرفه هو الموجب للإباحة و معاملة الصبي تكون كاشفة عن هذا الرضا و يعتمد عليها في الكشف عنه كما يعتمد في كشف رضا مالك الدار و مالك الهدية باذن الصبي في الدخول في الدار و إيصال الهدية كما أوضحه بعض المحققين من تلميذه فهذا مبنى على كفاية مجرد وصول المالكين الى يد كل من المالكين مع رضاهما في حصول الإباحة بالمعاطاة و قد تقدم الكلام فيه في بحث المعاطاة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٠

### يعتبر قصد مدلول العقد

### إشارة

الى المعنى لا بمعنى (١).

و الا وقع لاغيا (٢) و لا دليل على تأثير (٣).

(١) و حاصله أنه يعتبر في المتعاقدين القصد الى اللفظ فلا عقد مع التلفظ بلا قصد كما في الغالط بان كان قصده التلفظ بلفظ فاشتهبه و تلفظ بلفظ آخر و يعتبر القصد الى المعنى و ليس المراد من عدم قصد المعنى عدم استعمال اللفظ فيه بل المراد عدم إرادته جدا لان المفروض في المقام و ان كان حصول الإنشاء و تحقق الاستعمال الا انه بداع آخر كما إذا لم يكن غرض المستعمل من إنشاء البيع حصوله حقيقة بل الهزل و نحوه.

و ان شئت فلاحظ موارد الأمر الصورى فإنه كما لا يكون الغرض فيه هو البعث الى الفعل كذلك ليس الغرض في المقام من الإنشاء هو البيع خارجا و كما ان في مورد الاخبار هزلا أو كذبا يكون الكلام مستعملا في معناه الموضوع له و يكون القصد الى التلفظ و إحضاره معناه و لكن بداعى الهزل و الإغراء كذلك في مورد البيع هزلة يكون الكلام مستعملا في معناه الإنشائي و لكن بداعى الهزل لا الجد.

ثم لا يخفى انه ليس اعتبار هذا القصد في المتعاقدين نظير شرط البلوغ و الاختيار فهما بان يكون هذا الشرط أمرا زائدا على حصول البيع و غيره من المعاملات بل هذا القصد مقوم لعنوان المعاملة حيث لا يكون البيع أو غيره من المعاملة في مثل مورد الإنشاء هزلا.

(٢) يعنى لو لم يكن هناك جهة يصرف إليه الإطلاق كان العقد لغوا

(٣) كأن هذا دفع لما يقال من جواز عدم جهة يصرف إليها الإطلاق و جواز عدم تعيين للمالك فى العقد و تعيينه بعد ذلك فلا اشتراط.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢١

و فى حكم المعين ما إذا عين المال (١) لو باع مال نفسه عن الغير (٢) لو باع مال زيد عن عمرو (٣) و لو اشترى لنفسه بمال فى ذمة زيد (٤)

(١) يعنى إذا عين العاقد فى عقده المال بكونه بذمة زيد يجرى على هذا المعين على العهدة حكم المعين خارجا فى كون التصريح بالخلاف مبطلا أو لا كما لو اشترى لنفسه بثمان بذمة زيد.

(٢) يعنى باع مال نفسه ليكون البيع عن الغير لا عن نفسه بان يدخل الثمن فى ملك ذلك الغير.

(٣) يعنى باع مال زيد ليكون البيع عن عمرو لا عن زيد بان يدخل الثمن فى ملك عمرو.

(٤) بان يكون قصده دخول المبيع فى ملكه فى مقابل الثمن المعتبر بذمة زيد و ذكر انه على تقدير عدم وكالته عن زيد يقع البيع لنفسه و يثبت الثمن بذمته و بعبارة أخرى يؤخذ بمقتضى اضافة البيع الى نفسه و يترك اعتبار الثمن بذمة زيد فلا يكون البيع فضوليا ليجتاج فى تمامه إلى إجازة زيد.

و يظهر من كلامه ان الوجه فى ذلك عدم ثبوت المقتضى لوقوعه لزيد و هذا بخلاف صورة وكالته عنه حيث ذكر فيها احتمالات ثلاثة بطلان البيع و عدم وقوعه لواحد منهما لأن المقتضى لوقوعه لكل منهما موجود فالبطلان للتدافع و وقوعه لنفسه لعدم المقتضى لوقوعه لزيد لان التوكيل لا يشمل مثل هذا الاشتراء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٢

### [اعتبار تعيين من له البيع]

لو اشترى عن زيد بشيء فى ذمته فضولا (١) و مقتضى المعاوضة و المبادلة (٢)

بأن يقصد دخول المبيع فى ملكه مع خروج الثمن عن ملكه موكله و لا أقل من ترجيح جانب الأصلة و وقوعه عن زيد لما مر من ان تعيين المال بذمة زيد فى حكم الثمن المعين الخارجى فى كون التصريح بخلاف مقتضاه لغوا.

(١) يعنى لو اشترى لزيد بثمان فى ذمته و لم يجز الاشتراء زيد فاجازه عمرو فلا يصح لا من زيد فان المفروض عدم أجازته و لا من عمرو لعدم إنشاء المعاملة عنه و عدم اعتبار الثمن فى ذمته.

(٢) و حاصل ما ذكر المصنف (ره) فى المناقشة على الكلام المزبور هو عدم اعتبار تعيين المالكين أصلا بل المعتبر فى البيع قصد المعاوضة بل يخرج المبيع الى ملك من يكون خروج الثمن منه إذ لو صار المبيع الى غير ملكه لم يتحقق عنوان المعاوضة بين المالكين بل يكون تملك كل منهما مجانيا و على ذلك فلو فرض قصد المعاوضة من المتعاقدين فلا محالة يتعين مالك المبيع و الثمن واقعا بلا حاجة الى التعيين.

نعم لا- بد فى موارد كون أحد العوضين كليا فى الذمة من تعيين من يضاف الى ذمته المال و لا تكون تعيينه معتبرا بما هو هو بل باعتبار ان الكلى ما لم يكن مضافا الى ذمة معين لا يعتبر مالا ليقع طرفا فى المعاوضة فالتعيين لاعتبار المعاوضة بين المالكين.

و يترتب على ما ذكر انه لا- يعتبر تعيين المالكين أصلا فيما كان العوضان معينين مع فرض قصد المعاوضة واقعا بل يكون التصريح

على خلاف مقتضى المعاوضة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٣

و لكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة (١)

راجعا إلى فائدة البيع و الشراء كما إذا قال بعت مالى عن زيد فإنه مع قصد المعاوضة يكون المفاد إرجاع فائدة البيع بمعنى تملك الثمن لزيد ثانيا و إذا قال بعت مال زيد عن نفسى فمع قصده المعاوضة يكون قيد عن نفسى لغوا و لذا ذكروا انه لو أجاز زيد البيع يقع له كما انه لو ملك البائع المال فأجاز البيع المزبور يقع له لا من جهة إضافة البيع الى نفسه بل بناء على صحة الإجازة فى مسألة من باع شيئا ثم ملك فأجاز فإنه بناء عليها يتم البيع سواء اضافة الى نفسه أم لا بل و حتى مع إضافته إلى المالك الأول.

(١) المراد بتلك المعاملة بيع ماله عن غيره فان قصد كونه عن غيره لغو حيث ان القيد المزبور لإرجاع فائدة البيع الى ذلك الغير اى تملك الثمن لذلك الغير قبل تملكه فيكون لغوا لا جعله أحد ركنى المعاوضة و حكمهم ببطلان البيع فى عكس المسألة أى فيما إذا قال للمرتهن بع مالى لنفسك أو قال للمدفع اليه مالا اشتر لنفسك بهذا المال طعاما لا ينافى ذلك باعتبار ان مرادهم بالبطلان عدم وقوع البيع أو الشراء للمرتهن أو المدفع اليه لا انه لا يصح عن المالك مع أجازته.

(١) كان الكلام إلى الآن فى اشتراط البيع بتعيين كل من يقع له البيع و الشراء بان يقصد الموجب من يقع انتقال المبيع عنه و ان لم يذكره للآخر و كذا ان يقصد القابل من يقع له الشراء و ان يذكره للموجب و عدم اشتراطه بمعنى انه لو لم يقصد ذلك بل قصدا مجرد المعاوضة كفى.

و قد ظهر انه لا بد من التفصيل بين موارد تعلق البيع أو الشراء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٤

.....

بالمعين خارجا و بين تعلقه بالكلى على العهدة و الكلام فعلا فى أمرين.

الأول- انه لو كان المشتري هو المخاطب بمقتضى تعيين الموجب و قصده فهل يجوز للمخاطب المزبور الشراء و قبول الإيجاب لغيره أم لا.

الثانى انه هل يتعين على كل منهما تعيين الطرف الآخر فى المعاملة بأن يعتبر فيها تعيين المشتري للموجب و انه المخاطب أو انه موكله مثلا و كذا يعتبر تعيين البائع للقابل و انه الموجب أو موكله مثلا.

و ذكر (ره) فى الأمر الأول ان تعيين الموجب أو القابل يكون متبعا الا- فيما أحرز عدم لحاظ الخصوصية فى نظرهما كما إذا كان المراد من ضمير الخطاب فى قول الموجب ملكتك المال بكذا المخاطب المتملك للمبيع بالأصالة أو الوكالة.

و بعبارة أخرى إذا كان ظاهر الكلام تعيين خصوص المخاطب فى القصد فلا بد من اتباعه باعتبار ان العقود تابعة للقصد.

و يظهر ذلك من كلام التذكرة حيث ذكر ان فى صحة بيع الفضولى بإجازة المالك مع جهل الطرف الآخر بالحال اشكالا و وجه الظهور كون الاشكال من جهة ان قصد الجاهل تعلق بتمليك الفضولى أو التملك منه فوقع الملك للمالك المجيز غير مقصود للجاهل و هذا الاشكال و ان كان ضعيفا باعتبار ان تعلق قصد الجاهل بنقل المال إلى الفضولى و انتقاله منه ليس الا لكونه صاحب المتاع أو الثمن لا- لخصوصية له فلا- ينافى هذا القصد وقوع البيع أو الشراء للمالك المجيز بإجازته الا ان المفهوم من كلامه اعتبار تعيين الموجب أو القابل باتباع ظاهر كلامهما.

و يحتمل عدم اعتبار التعيين المزبور بان كان الأصل الاولى فى البيع إلغاء قصد الخصوصية فى كل من الطرفين بحيث يجوز للقابل

المخاطب القبول عن الغير و لو كان إنشاء الموجب تملك المتاع إياه بإزاء الثمن بان قال ملكتك المتاع بكذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٥

فتأمل حتى لا يتوهم رجوعه الى ما ذكرنا سابقا (١).

فقال قبلت لزيد تم البيع إلا في مورد تصريح الموجب أو قيام القرينة الخارجية بأنه لا يريد البيع الا من القابل المزبور.

و تعرض (ره) للأمر الثاني بقوله (و قد يقال في الفرق بين البيع وشبهه إلخ) و حاصله انه في الموارد التي يكون من له العقد مقوما لعنوان العقد كما في النكاح فان الزوجين فيه بمنزلة المالكين فلا- بد من التعيين ليكون بين الإيجاب و القبول تطابق و لادن عنوان المشتري يصدق على الوكيل أو الولي.

هذا و لكن كلا الوجهين ضعيف.

اما الوجه الأول فلادن مقتضاه لزوم تعيين الزوج و الزوجة في النكاح لا عدم لزوم تعيين البائع و المشتري كيف و لا يكون الموقوف عليه أو الموصى اليه أو المتهب ركنا في الوقف و الوصية و الهبة مع انه لا بد من تعيينهم كالنكاح و الوجه في عدم كونهم ركنا ان كلا من العقود المزبورة نظير البيع تملك و الملك لا يكون بلا مالك لا محالة و اما الوجه الثاني فإن عنوان المشتري أيضا لا يصدق حقيقة على الوكيل في إجراء عقد الصيغة و قد نص فخر المحققين و غيره بان معنى البيع في لغة العرب جعل المخاطب مالكا و مقتضى ذلك ان مع عدم جعل الملك الا للموكل لا يكون الوكيل القابل مشتريا.

(١) ما ذكر سابقا هو صدق عنوان المشتري على الوكيل في الشراء حقيقة و عدم صدق عنوان الزوج على الوكيل في قبول الزواج.

و اعترض (ره) عليه بأنه لا- فرق بينهما و ان المشتري بمعناه الحقيقي لا- يصدق على الوكيل في قبول الإيجاب كعدم صدق عنوان الزوج على الوكيل في قبول

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٦

.....

إيجاب النكاح.

نعم التزم (ره) بقوله و لعل الوجه عدم تعارف إلخ بأنه قد يطلق عنوان المشتري بالعناية على الوكيل في قبول إيجاب البيع كما يتعارف إرادة الأعم من الأصالة من ضمير الخطاب في مثل قوله ملكتك بخلاف الضمير في قول المرأة زوجتك و بخلاف عنوان الزوج فإن الإطلاق بنحو العناية في عنوان الزوج أو إرادة الأعم من ضمير الخطاب في قول المرأة غير متعارف.

و على ذلك فلا- بأس بأن يقول البائع ملكتك المال بكذا و يقول القابل قبلت عن فلان بخلاف النكاح فإنه لا يصح في قبول قول المرأة زوجتك نفسى ان يقول المخاطب قبلت عن فلان و جواز الإطلاق و ارادة الأعم من الضمير في البيع بنحو العناية لا- ينافى تقديم مدعى الأصالة عند اختلافهما في ان قبول الإيجاب كان بنحو الوكالة أو الأصالة لان مقتضى ظهور العقد أو أصالة عدم النيابة هو التقديم المزبور و تعارف الاستعمال بنحو العناية لا- ينافى كونه خلاف الأصل كما ان تعارف المجاز في سائر الألفاظ لا ينافى حملها على الحقيقة مع عدم إحراز العناية في الاستعمال.

أقول قد مر ان مع كون العوضين معينين لا- حاجة الى تعيين المالك و تمييز من يكون له البيع أو الشراء بل يكون تمام البيع بقصد المعاوضة بين المالكين و إنشائها بين العوضين و لو اعتقد البائع مثلا ان الثمن المفروض ملك المخاطب و قال له ملكتك مالى بذلك المال و قبله المخاطب عن مالك الثمن بالوكالة أو الولاية تم البيع.

و بالجملة الخطاء و الاشتباه في المال المفروض كونه شخصا لا يوجب انتفاء التطابق المعبر بين الإيجاب و القبول فان قصد المعاوضة

مقتضاه اعتبار النقل و الانتقال عن المالك واقعا.

نعم لو صرح البائع بأنه انما يبيع ماله من المخاطب على شرط كون الثمن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٧

.....

المزبور ملكا له فقال المخاطب قبلت عن مالكة و هو زيد بطل البيع باعتبار عدم التطابق بين الإيجاب المشروط و القبول الخالي عنه فإن الإيجاب المزبور بمنزلة أن يقول البائع بعتك هذا المال على ان الثمن المفروض موصوفا بكذا فيقول القابل قبلت بلا شرط فالطلان باعتبار عدم التطابق من ناحية الشرط فان شرط كون فلان مالكا للثمن المزبور كسائر الشروط و الأوصاف المعترية فيه التي يكون إلغائها في القبول موجبا لانتفاء التطابق.

و لو وقع في هذا الفرض بعد تمام العقد الاختلاف في اعتبار خصوصية المالك في ناحية الثمن أو المثلن فالأصل عدم اشتراطها و يكون القول قول منكرها و اما إذا كان العوضان بنحو الكلي على العهدة فاللازم تعيين صاحب العهدة في العقد لما مر من ان الكلي مع عدم إضافته إلى عهده معين لا- يقع عليه المبادلة فإن ما على عهدة المعتبر غير ما على عهدة الآخر فلو قال البائع للوكيل بعتك المال بكذا من الدراهم على عهدة زيد و قبل الوكيل المال بالدراهم على عهدة عمرو لم يتم البيع لعدم تطابق بين الإيجاب و القبول في ناحية الثمن.

نعم لو قال بعتك المال بكذا من الدراهم و قال قبلت لموكلي صح فيما إذا كان المراد بضمير الخطاب الأعم من الأصالة و النيابة و يكون مع الاختلاف في الأصالة و النيابة في هذا الفرض الترجيح لقول من يدعى الأصالة أخذا بأصالة الظهور. و قد ظهر مما ذكرنا حكم ما لو كان أحد العوضين في المعاملة شخصا و الآخر كليا على العهدة فإنه يجري على الكلي ما ذكر للكلي و على الشخصي ما ذكر للشخصي.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٨

### [من شرائط المتعاقدين الاختيار]

#### إشارة

من شرائط المتعاقدين الاختيار (١)

(١) فسر (ره) الإكراه بما يقابل الاختيار الذي يكون المراد به في المقام القصد الى حصول مضمون العقد و طيب النفس به و مقتضى المقابلة ان يكون الإكراه هو القصد الى مضمون العقد عن كراهة و بلا طيب النفس به.

و بعبارة أخرى ليس المراد بالاختيار هنا مقابل الجبر الذي لا يكون في مورده قصد من المباشر أصلا أو يكون مقهورا في قصده و فعله بحيث لا يصح معه اسناد الفعل الى المباشر حقيقة كافعال العباد على مسلك الجبر.

و الحاصل ان الاختيار المعتبر في البيع و غيره من العقود و الإيقاعات أمر زائد على الاختيار المقابل للجبر و استدل على اعتبار هذا الاختيار بقوله سبحانه إَلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ حَيْثُ ان تقييد التجارة بكونها عن تراض مقتضاه اعتبار طيب النفس بها و بقوله عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه و بحديث الرفع حيث و رد فيه رفع عن أمتى ما استكروها عليه.

و الحديث و ان كان ظاهره بقرينة وحدة السياق نفى المؤاخذه فان نفيها مراد في قوله رفع عن أمتى ما لا يعلمون و الطيرة و الحسد الا



انه يرفع اليد عن الظهور بقريته ما في بعض الروايات كصحيحة البنظي من استشهاده عليه السلام على بطلان الحلف بالطلاق و العتاق بفقره رفع عن أمتي ما استكرهوا عليه «١» و المراد بالحلف بالطلاق و العتاق ان يقول الحالف مثلا ان فعلت كذا فامرأتى طالق أو أمتى حرة و هذه الحلف و إن كان باطلا و لا يقع به طلاق أو عتاق و لو مع عدم الإكراه الا ان استشهاده عليه السلام لبطلانه بالحديث قريته على عدم اختصاصه برفع المؤاخذه.

(١) الوسائل - الجزء (١٦) الباب (١٢) الحديث (١٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٩

و حكمهم بعدم وجوب التورية (١)

أضف الى ذلك ما ورد في بطلان طلاق المكره بضميمة عدم احتمال الفرق بين الطلاق و سائر العقود و الإيقاعات في البطلان و عدمه مع الإكراه.

ثم تعرض (ره) لما ذكره الشهيدان من كون المكره بالفتح قاصدا للفظ و غير قاصد مدلول العقد فذكر ان مدلول العقد مضمونه و كون المكره غير قاصد له معناه انه لا يقصد حصول ذلك المضمون خارجا بان يثبت لذلك المضمون واقعية. و ان شئت قلت و لو كان قصد المكره بالفتح بقوله بعث كذا بإنشاء الملكية إلا ان إنشائها لا يكون لغاية حصولها خارجا بل بداعي دفع الضرر المتوقع به و ليس المراد انه لا ينشأ الملكية أصلا كما توهمه بعض من كلامهما فإنه مع عدم الإنشاء لا يكون قوله بعث كذا بكذا يباع أو قوله هي طالق طلاقا.

و بالجملة الخالي عن قصد الاستعمال و الإنشاء هو الذى يتلفظ تقليدا أو تلقينا كما في الطفل الجاهل بالمعاني و لا يكون المكره بالفتح كذلك فمرجع كلام الشهيدين الى ان إنشاء المكره ليس بداعي تحقيق الشيء بحيث يترتب عليه الأثر بل لغرض التخلص عن الوعيد فالفرق بين المكره بالفتح و غيره ان إنشاء الملكية فى الأول لا يكون بداعي حصولها خارجا بل بداعي التخلص عن وعيد المكره و ضرره بخلاف بيع المختار فإن إنشاء الملكية منه يكون بداعي حصولها خارجا.

(١) ذكر (ره) كما مر ان إنشاء البيع مثلا بداعي التخلص عن الوليد لا لغاية تحقيقه خارجا هو المراد من عدم قصد المكره بالفتح مدلول العقد و كون هذا هو المراد من عدم قصده لا يكاد يخفى على من تأمل فى معنى الإكراه لغه و عرفا و على من تتبع فيما ذكره الأصحاب فى فروع الإكراه فإن تلك الفروع لا يناسب توهم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٠

.....

خلو المكره بالفتح عن القصد بان لا يستعمل قوله بعث كذا بكذا فى إنشاء الملكية ليكون الإكراه مقابلا للقصد اى استعمال اللفظ فى المعنى.

وقوله (ره) و حكمهم - بعدم وجوب التورية و بصحة بيع المكره بعد الرضا و استدلالهم على بطلان بيع المكره بالأخبار الواردة فى طلاق المكره بضميمة عدم الفرق بين الطلاق و سائر العقود و الإيقاعات و بما ورد انه لا طلاق الا مع الإرادة و استدلالهم ايضا على بطلان بيع المكره بما ورد فى بطلان من يكون طلاقه مداراة بأهله بان ينشأ الطلاق لا لحصوله واقعا بل لان يوهم زوجته الأخرى مثلا بأنها زوجته الوحيدة الباقية فى علقته لتترك نشوزها - كل ذلك معطوف على ما ذكره الأصحاب فى قوله ادنى تتبع فيما ذكره الأصحاب و يكون عطفها تفسيريا فإنها من الفروع التى يكون التبع فى المذكور فيها موجبا للجزم بعدم خلو المكره بالفتح عن قصد

المعنى و الإنشاء.

بل يكفي في الجزم بذلك ما ذكره الشهيد الثاني من ان المكره و الفضولي قاصدان الى اللفظ دون مدلوله و وجه الكفاية انه لا ريب في تحقق قصد الاستعمال من الفضولي و جعل المكره مثله قرينه جلية على كون المراد من عدم قصد المعنى ما تقدم تفصيله. أقول ان كانت ملكية العين في إنشاء البيع بنظر العاقد فلا ريب في حصولها من المكره بالفتح فإنه لا يكون إنشاء بدون قصد حصولها أو قصد إبراز حصولها على الوجهين في معنى الإنشاء و على ذلك يبنى ما سيأتى من عدم لزوم التورية على المكره و تمام بيع المكره بلحوق الرضا و ان كانت الملكية بنظر العقلاء أو اعتبار الشرع فهذه الملكية أجنبية عن قصد العاقد فإنها اعتبار الغير يترتب على تمام موضوعها سواء قصدتها العاقد أم لا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣١

.....

فإن أراد الشهيدان بقولهما (ان المكره بالفتح قاصد الى اللفظ دون المدلول) الملكية بنظر العاقد فقد ذكرنا انه لا يكون بيع الامع قصد حصولها أو إبراز حصولها و ان كان مرادهما الملكية في اعتبار العقلاء و الشرع المعبر عنها بالأثر فلا يعتبر في حصول البيع قصد حصولها بل قد لا يكون قصد حصولها في بيع المختار ايضا كما إذا اعتقد فقد شرط صحة البيع و قد يقصدتها المكره بالفتح كما إذا اعتقد صحة بيعه و نفوذه كبيع المختار.

و الحاصل ان كلام الشهيدين غير تام بل لا نجد فرقا بين بيع المكره اى إنشائه ملكية المثلث بإزاء الثمن و بين بيع المختار إلا في جهة واحدة و هى انطباق عنوان الإكراه على البيع في الأول دون الثاني.

(لا يقال) الفرق بينهما في حصول طيب النفس و التراضى في الثاني دون بيع المكره.

(فإنه يقال) التراضى المعتبر في المعاملات موجود في بيع المكره أيضا فإذا أكرهه الجائر على دفع مقدار من المال و توقف تحصيل ذلك المال على بيع داره يصح البيع و لا يكون ذلك إكراهه على البيع بخلاف ما إذا أكرهه على بيع تلك الدار فإنه لا يصح لوقوعه مكرها عليه مع ان في الرجوع الى الوجدان كفاية بأنه لو لم يكن إكراه الجائر لم يكن البيع في الموردین فإن الداعى إلى بيعها في الفرضين التخلص من وعيد الجائر و ضرره.

و قد بينا في بحث المقدمة من الأصول ان الداعى إلى الإتيان بذى المقدمة بعينه داع إلى الإتيان بمقدمته و إذا كان دفع المال إلى الجائر في الفرض الأول للتخلص من وعيده يكون الداعى إلى مقدمته أيضا يعنى بيع الدار التخلص المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٢

.....

و بهذا يظهر ان ما ذكره المصنف (ره) في توجيه كلام الشهيدين من ان الداعى إلى البيع من المختار لا يكون التخلص من وعيد الغير و ضرره بخلاف صورة الإكراه فإنه يكون داعيه اليه التخلص المزبور غير صحيح كما ان دعوى حصول الرضا و طيب النفس بالبيع في صورة الإكراه على دفع المال الذى يتوقف تحصيله على بيع المكره داره و عدم حصوله في صورة الإكراه على بيع داره تحكم.

و ما ذكر أيضا في الفرق بين مورد الإكراه على البيع و البيع لدفع الضرر بقوله و الحاصل ان الفاعل قد يفعل لدفع الضرر و لكنه مستقل في فعله و مخلى و طبعه بحيث يطيب نفسه به و ان كان من باب علاج الضرر و قد يفعل لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه و هذا مما لا يطيب النفس به و ذلك معلوم بالوجدان كما ترى فإنه نفرض فرضا ان الفرق بين موارد البيع لدفع الاضطراب الى ثمنه و بين البيع لدفع ضرر إيعاد الغير تام فكيف يصح الفرق بين الإكراه مثلا على بيع داره و الإكراه على دفع مال يتوقف تحصيله على بيع

داره بان يقال بحصول طيب النفس و الرضا بالبيع فى الثانى دون الأول بل ذكرنا عدم الفرق بينهما فى طيب النفس أصلا و انما الفرق بينهما فى صدق الإكراه على بيع الدار فى الأول دون الثانى و الموجب لصدقه عليه فى الأول أمر الجائر ببيعها و وعيده على تركه بخلاف الثانى فإن يبيعها فيه لا يكون لأمر الجائر به ليعمه حديث رفع الإكراه بل للتمكن على مال أمر الجائر بدفعه اليه فلا يكون نفس البيع مكرها عليه.

فتحصل مما ذكرنا ان الموجب لصدق الإكراه على البيع أو غيره تعلقه بنفس البيع أو غيره من الإنشائيات فالتفرقة بالحكم بصحة البيع فى مورد الاضطرار الى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٣

.....

البيع أو الإكراه على مثل دفع المال الموقوف تحصيله على بيع متاعه و الحكم بالطلاق فى مورد الإكراه على البيع باعتبار شمول حديث رفع الإكراه للأخير دون الأولين و ذكر رفع الاضطرار فى حديث الرفع لا يقتضى الحكم بطلاق البيع فى مورد الاضطرار الى ثمنه، و ذلك فان رفعه كرفع غيره من المذكورات فى الحديث للامتنان و التوسعة على الأمة و لا امتنان فى نفي البيع و الحكم بفساده فى مورد الاضطرار بخلاف الحكم بالفساد فى مورد الإكراه على بيع شىء فان فيه توسعة على المكره بالفتح كما لا يخفى.

ثم ان الحكم بطلاق بيع المكره و نحوه من المعاملات لا يحتاج إلى ضميمه صحيحة البنظى المتقدمة ليقال ان استشهاده عليه السلام بطلاق الحلف بالطلاق و العتاق عند الإكراه عليهما بحديث رفع يمكن ان يكون جدليا مبني على اعتقاد العامة بأن حديث الرفع لا يختص برفع المؤاخذه و وجه عدم الحاجة ان المراد بالمكره عليه هو الفعل حيث لا يتعلق الإكراه و الاضطرار الا بالفعل و من الظاهر ان رفعهما يكون فى مقابل وضعهما و الوضع فيهما معناه ان يثبت الحكم الثابت بالفعل مع قطع النظر عن طريانهما و إذا كان الفعل المكره عليه من الأفعال الخارجيه يكون المرتفع الحكم التكليفى و إذا كان من المعاملات فالمرتفع الحكم الوضعى يعنى إمضاء الشارع أو هو مع الحكم التكليفى على اختلاف الموارد.

و مما ذكرنا يظهر انه لا يرتفع بحديث الرفع الأحكام التى لا تكون موضوعاتها الأفعال بل يثبت بالافعال باعتبار حصول موضوعاتها بها بعضا كما إذا أكرهه على إفتار صومه فإنه لا يرتفع بحديث رفع الإكراه و جوب قضائه لأن جوب القضاء موضوعه فوت الصوم لا إفتاره.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٤

.....

نعم قد يفوت الصوم بإفتاره كفوته بنسيان الصوم أو نسيان جنابته أو كون المكلف مريضا أو مسافرا و نحو ذلك مما لا يكون من قبيل الإفتار و هذا بخلاف جوب الكفارة فإن موضوعه الفعل يعنى الإفتار أو الجماع فى نهار شهر رمضان فيرتفع وجوبها عند الإكراه عليهما.

لا يقال لا حاجة فى الحكم بطلاق بيع المكره و نحوه من المعاملات بحديث الرفع أصلا فإن أدلة إمضاء البيع و جوب الوفاء بالعقود منصرف عن مثل البيع المكره عليه فان البيع المزبور لا يكون مورد الإمضاء حتى فى اعتبار العقلاء فالحكم بطلانه لقصور أدلة الإمضاء لا لوجود حاكم أو مخصص لها.

فإنه يقال لا وجه لدعوى انصراف أحل الله البيع و نحوه عن بيع المكره لان الموضوع لإمضاء الشرعى نفس البيع لا البيع الممضى فى اعتبار العقلاء و قد ذكرنا فى بحث الصحيح و الأعم أن إمضاء العقلاء كامضاء الشرع غير داخل فى معنى البيع و نحوه فان بيع

السارقين و الغاصبين لا يكون ممضى حتى عند العقلاء مع صحة إطلاق البيع عليه بلا عناية. □  
و بعبارة أخرى إذا كان تمليك عين بعوض يباع عند العرف و لكن غير ممضى من ناحيتهم فهو داخل في الموضوع في مثل أحل الله البيع فلا بد في رفع اليد عن إطلاقه من وجود مقيد نظير قوله لا يبيع إلا في ملك و يترتب على كون الموضوع لإمضاء الشرع نفس البيع انه لو باع اللقطة بعد تعريفها سنة و تملكها حتى مع احتمال الظفر بملكها ثم ظهر المالك فلا يستحق المالك المطالبة بعين اللقطة حتى مع بقائها بيد المشتري فان هذا مقتضى أحل الله البيع و أوفوا بالعقود مع ان العقلاء لا يمضون البيع من البائع في الفرض و لا يفرقون بين هذا البيع و بيع مال الغير اشتباها و اعتقادا بأنه ماله ثم ظهر انه مال الغير.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٥

.....

و ما ذكر من سيرة العقلاء على عدم لزوم بيع المكره فتكون هذه السيرة كاشفة عن عدم إمضاء الشرع و الا ورد الردع عنها برادع خاص و لا- يكفي فيها الإطلاق و العموم ففيه ان سيرة العقلاء يمكن دعواها في الموارد التي يكون الإكراه فيها من قبيل الجور الشخصي و اما إذا كان بنحو الجور العام كما إذا أمر السلطان بان كل أجنبي يلزم عليه بيع داره من أهل هذه البلاد خلال شهرين و الا يؤخذ منه داره ففي مثل ذلك لا يرى العقلاء بيع الأجانب دورهم مع اعترافهم بأن أمر السلطان جور عليهم يباع لغوا بل يرتبون عليه الأثر كما يظهر ذلك لمن تتبع سيرتهم و المتحصل ان العمدة في الحكم بالبطالان في بيع المكره و نحوه حديث رفع الإكراه.

لا يقال كيف يكون التراضي و طيب النفس بالمعاملة في مورد الإكراه مع ان الإكراه مع طيب النفس و التراضي متضادان. فإنه يقال نعم الكره و هو عدم كون الشيء ملائماً للطبع مع طيب النفس بمعنى ابتهاجها و الرضا القلبي متضادان و لكن طيب النفس أو الرضا القلبي غير معتبر في بيع و لا في غيره حتى في الطلاق الوارد فيه كونه بإرادة القلب كما يأتي و لذا قالوا بصحة الطلاق لعدم صدق الإكراه في مثل ما رأى الزوج أنها لو بقيت في حباله لوقعت عليه و قيعه من أخيها أو أبيها أو غيرها فالتجأ إلى طلاقها و لا تكون كراهته قلباً موجبا لبطالانه.

و بالجملة المعتبر في صحة البيع و غيره من المعاملات التراضي المعاملي و هو موجود في موارد الإكراه فإنه مساوق للإنشاء و قد ذكر المفسرين ان قوله سبحانه عَنْ تَرَاضٍ فِي قَوْلِهِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ خبر بعد خبر و هذا شاهد على ان التراضي المعاملي يعم جميع المعاملات و ان التجارة أحد أفرادها و لو كان المدرك لاعتبار طيب النفس قوله عليه السلام (لا يحل مال امرء مسلم الا بطيبته نفسه) بدعوى انه يعم تملك مال الغير بالبيع و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٦

.....

نحوه مع ظهور طبيعتها في الطيب القلبي و الرضا الواقعي كما لا يبعد فلا بد من رفع اليد عن عمومته في المعاملات بما تقدم. نعم لا يبعد اعتبار طيب النفس بذلك المعنى في التصرف في مال الغير كما إذا أقام في بيته تعزية كعزاء خامس أهل البيت العصمة سلام الله عليه و دخل في البيت بتلك المناسبة شخص و تصرف فيها بما يكون خارجاً عن المتعارف باستعمال الماء الكثير بغسل بعض ثيابه أو المكث في مرحاضها طويلاً مع عدم علمه برضا صاحب البيت فهذه التصرفات التي ربما يمتنع المالك عن إظهار عدم رضاه بها للحفاظ على كرامته غير جائز لذلك الشخص فإنه لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه.

و هذا بخلاف فرض حصول المعاملة كما إذا وهب المال للسائل تحفظاً على كرامته فان دليل نفوذ الهبة أو غيرها مع عدم حاكم في البين من حديث رفع الإكراه أو الاضطرار مقتضاه دخول العين الموهوبة في ملك المتهب فلا يكون الموهوب مال الغير حتى لا يجوز

التصرف فيه بلا طيب نفس مالكة و ما يتعارف في الألسنة من ان المأخوذ حياء كالمأخوذ غصبا بلا شاهد في مثل المورد المزبور من المعاملات.

لا يقال قد ورد في روايات أنه لا طلاق الا ما أريد به الطلاق و مقتضى تلك الروايات عدم القصد في مورد الإكراه. فإنه يقال لم يظهر أن الروايات المشار إليها قد وردت في طلاق المكره و بيان بطلانه بل لا يبعد كونها ناظرة الى ما يصدر عن الزوج أحيانا لتخويف زوجته من الإتيان بصورة الطلاق جلبا لطاعتها و في مثله لا يكون إنشاء الفرقة بينه و بين زوجته حقيقة فمدلول تلك الروايات أن لا أثر للتكلم التخويفي المزبور الذي في حقيقته تلفظ بصيغة أنت طالق و نحوها من غير قصد الإنشاء لمضمونها بل يكون التلفظ بها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٧

حقيقة الإكراه لغة و عرفا (١) هل يعتبر في موضوع الإكراه (٢) أو حكمه (٣)

مع إمرار المتكلم معناها الى ذهن السامع فقط و ربما يكون ذلك في مورد الإكراه أيضا بأن يتلفظ المكره بالفتح بصيغة الإيجاب في الطلاق و نحوه من غير قصد الإنشاء و هذا لا يترتب عليه ما سنذكر من تمام البيع بلحوق الإجازة و غيره من الأحكام. و يشهد لعدم نظر تلك الروايات إلى صورة الإكراه على الطلاق ان صاحب الوسائل (ره) أوردتها في باب اشتراط الطلاق بالقصد لا في باب اشتراط الاختيار في الطلاق بل في حسنة يحيى بن عبد الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال سمعته يقول لا يجوز طلاق في استكراه و لا- تجوز يمين في قطيعة رحم الى ان قال و انما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه (١) و هذه الحسنة قرينة واضحة على ان المراد بإرادة الطلاق غير الطلاق بغير الإكراه.

(١) لا- يخفى ان المعتبر في صدق الإكراه هو الأمر بالبيع أو غيره بحيث تكون مخالفة الأمر مظنة الضرر بحاله أو بحال متعلقه و قد يكون الفعل من الفاعل لمجرد دفع ذلك الضرر و اما الوعيد من الأمر فلا يعتبر اقتران أمره به كما يظهر ذلك من ملاحظة موارد الإكراه على المعاملة أو غيرها من الأفعال.

(٢) بأن يكون عدم إمكان التفصي بالتورية أو غيرها مقوما لعنوان الإكراه.  
(٣) بان لا يكون البيع أو غيره محكوما بالفساد مع إمكان التفصي عن إنشائه

(١) الوسائل الجزء (١٥) الباب (٣٧) من أبواب الطلاق الحديث (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٨

ثم انه هل يعتبر في موضوع الإكراه (١)

بالتورية أو غيرها و لو مع صدق الإكراه عليها.

(١) ذكر (ره) بما حاصله ان ظاهر الروايات و فتاوى الأصحاب عدم اعتبار العجز عن التفصي بالتورية فإن حمل عموم حديث رفع الإكراه و الروايات الدالة على عدم الأثر للطلاق باستكراه أو العتاق و الحلف كذلك على صورة عدم إمكان التفصي بالتورية من جهة غفلة المكره بالفتح عنها و نسيانها لدهشته أو جهله بكيفيتها بعيد حيث أنه من حمل المطلق على الفرد النادر بل لا يمكن هذا الحمل في مورد بعض الروايات و المراد ما ورد في قضية عمار لما سيأتي أنه لو كان عدم إمكان التفصي بالتورية معتبرا في رفع الإكراه لذكر (صلّى الله عليه و آله) لعمار أنه عليه أن يورى فيما إذا ابتلى بمثل الواقعة لا أن يقول له (ان عادوا فعد).

بل يظهر من بعض الروايات عدم اعتبار التفصي بغير التورية أيضا كرواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال لا يمين

في غضب و لا في قطيعة رحم و لا في إكراه و لا في إجبار قلت أصلحك الله فما الفرق بين الإكراه و الإجبار قال الإجبار من السلطان و يكون الإكراه من الزوجة و الام و الأب و ليس ذلك بشيء «١» و وجه الظهور انه يمكن التفصي عادة في إكراه الأم و الأب و قوله عليه السلام على ما في الرواية و ليس ذلك بشيء المراد أن اليمين في الموارد المزبورة لا يكون موجبا لوجوب الوفاء و عدم جواز الحنث و يؤيد عدم اعتبار التفصي بغير التورية أيضا عدم الفرق بينها و بين التفصي بغيرها فإنه لو كان إمكان التفصي بغير التورية موجبا لانتفاء عنوان الإكراه لكان إمكان التفصي بها كذلك لان المصحح لعنوان الإكراه انحصار التخلص عن الضرر المتوعد به بارتكاب ما اكره عليه كما هو الفرض فلا فرق بين

(١) الوسائل الجزء (١٦) الباب (٦) الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٩

.....

التخلص بكلام آخر أو فعل آخر أو إرادة المعنى الآخر.

و دعوى ان مع إمكان التورية و ان لا- يكون إكراه حقيقة كما إمكان التفصي بغيرها الا- ان الشارع قد وسع حكم الإكراه مع إمكان التورية مدفوعة بعدم الشاهد لها.

ثم انه (ره) قد وجه الدعوى المزبورة بأنه يعتبر في صدق الإكراه خوف ترتب الضرر على مخالفة المكره بالكسر و مع إمكان التفصي بغير التورية لا- يحصل الخوف في مخالفة المكره حيث ان الضرر مع إمكان التفصي يترتب على ترك الفعل المكره عليه و ترك التفصي معا و ليس التفصي مكرها عليه و لا بد لا عنه حيث لم يأمر به الجائر لا تعيينا و لا تخيرا ليكون نظير ما إذا أكرهه على شرب الخمر أو فعل القمار بل الفعل المتفصي به مسقط للإكراه يعنى رافع موضوعه و كون التفصي مسقطا للإكراه يجرى في مورد إمكان التفصي بالتورية أيضا الا ان الشارع قد رخص في مورد إمكان التفصي بالتورية في تركها حيث لم يعتبر التورية تفصيا و يستفاد ذلك من إطلاق الروايات الواردة في طلاق المكره و عتقه و مما دل على جواز الحلف بالله كاذبا عند الخوف و الإكراه فإن حمل الإطلاق على صورة العجز عن التورية كما تقدم حمل على الفرد النادر بل لو كان العجز عن التورية معتبرا لأشير إليها في تلك الاخبار خصوصا في قضية عمار فان تنبيه رسول الله صلى الله عليه و آله عمار على التورية و ان لم يكن واجبا الا ان شفقتة (صلى الله عليه و آله) لعمار تقتضى ذلك لما رآه صلى الله عليه و آله من اضطرابه و تأثره من تكلمه بكلمة الكفر لا ان يقول له و ان عادوا عليك فعد.

و لعل وجه عدم وجوب التنبيه ان المورد من قبيل الإرشاد إلى الموضوع مع غفلة المكلف عنه حيث لا بد من فرض ان عمار قد نسي التورية و غفل عنها عند إكراهه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٠

.....

على الاعتراف بالشرك لا ان تركه التورية كان لجهله بالحكم و عدم علمه بوجوب التورية في هذه الموارد كما هو الحال في ترك بعض الناس أو جلهم فان عدم رعاية بعض تكاليف الشرع منهم يكون لجهلهم بها و فرض مثل هذا الجهل لا يناسب شأن عمار و لا تطبيق الإكراه على فعله كما هو مقتضى نزول الآية الا من اكره و قلبه مطمئن بالإيمان.

ثم انه (ره) قد فصل أخيرا بين التورية و غيرها بان التمكن على التفصي بالتورية لا ينافى صدق الإكراه على العمل بخلاف غير التورية



فإن التمكن على التفصي به يمنع عن صدق الإكراه وذلك فان ترتب الضرر على مخالفة المكره لا يترتب على المخالفة الواقعية بل على اعتقاد المكره بالكسر بها بمعنى أنه لو أحرز مخالفة المكره بالفتح لأضربه و هذه القضية الشرطية صادقة مع تمكن المكلف على التورية حيث ان المكره بالكسر لو أحرز ان المكره بالفتح وري في نفسه و لم ينشأ العقد لا ضربه بخلاف التفصي بغير التورية فان الجائر لا يتمكن على إضرار المكره بالفتح مع تفصيه بغير التورية كما إذا تفصي بالسفر الى بلاد آخر لا يصل اليه فيها يد الجائر و على ذلك لا يعتبر العجز عن التورية في صدق الإكراه و يعتبر العجز عن التفصي بغيرها في صدقه.

(أقول) ما ذكره (ره) من أن حمل رفع الإكراه و ما ورد في بطلان الطلاق و العتاق عن استكراه على صورة العجز عن التورية بعيد لا يمكن المساعدة عليه فان حديث رفع الإكراه لا يختص بالعقود و الإيقاعات ليقال ان التمكن على التورية فيهما غالبى فاخصاصه بصورة العجز عن التورية حمل لعموم رفعه على الموارد النادرة بل يعم عموم الإكراه على فعل الحرام و ترك الواجب مما لا دخل في موردهما للتورية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤١

.....

و عدمها.

أضف الى ذلك أنه لا- يوجب اعتباره حمل المطلق على فرده النادر حتى فيما فيما ورد في بطلان الطلاق أو العتاق أو الحلف كاذبا عن إكراه و ذلك فإن الذى لا يمكن هو حمل المطلق على فرده النادر مع ورود الحكم فى الخطاب على ذلك المطلق كما إذا ورد فى الخطاب اقتلوا الضال المضل فان حمله على خصوص مدعى النبوة مثلا حمل للمطلق على فرده النادر.

و اما بيان الحكم فى الخطاب للمطلق الذى لا يوجد له أفراد كثيرة بل يوجد فرد نادرا كما إذا ورد فى الخطاب اقتلوا المتنبى فالالتزام بمدلوله مع قلته أفراده لا محذور فيه و الأمر فى المقام كذلك لأن الإكراه على الطلاق و العتاق لا يصدق الا مع العجز عن التفصي بالتورية أو بغيرها حيث ان المعتبر فى صدق الإكراه على فعل خوف ترتب الضرر على المخالفة و المفروض فى موارد إمكان التفصي انه يترتب على المخالفة و ترك ذلك التفصي معا.

و الحاصل ان ما ورد فى بطلان طلاق المكره و عتاقه و جواز الحلف كاذبا مع الإكراه من قبيل ورود الحكم فى الخطاب على المطلق الذى لا يوجد له فرد الا نادرا.

هذا مع ان العجز عن التورية للغفلة عنها لدهشته و نحوها كثيرة و لا- يكون من الفرض النادر و اما قضية عمار فيمكن ان يقال ان التورية فيها لا يكون من التفصي أصلا و لذا لم يأمر بها رسول الله صلى الله عليه و آله و ذلك فإن إظهار الكفر و الاعتراف به محرم حتى فيما إذا كان بنحو التورية فى مقابل وجوب إظهار الحق و الاعتراف بالتوحيد.

و بعبارة أخرى إذا كان التكلم بكلمة الكفر و الشرك مع نصب القرينة على ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٢

.....

التلفظ بها ليس للإنكار و العناد كما إذا قال يقول اليهود ان محمدا ليس بنبي فلا بأس به فإنه نقل قول و حكاية كفر عن الآخرين. و اما إذا لم ينصب قرينة على ذلك فالتلفظ بها حرام وري فى نفسه أولا فإن التكلم المزبور إعزاز للشرك و الكفر و إذلال و وهن للإسلام و نظيره موارد السب فان التلفظ بكلمة تكون ظاهرة فى سب المؤمن حرام و لو كان بنحو التورية حيث ان وهن المؤمن و نقص حرمة يترتب على السب وري فى نفسه أم لا.



والحاصل لا يخرج الفعل في مثل هذه الموارد بالتورية عن عنوان الحرام لتجب التورية ولا يكون معها من الإكراه على الحرام وكذا لا يمكن المساعدة على استظهاره (ره) عدم اعتبار العجز عن التفصي بغير التورية أيضا من رواية عبد الله بن سنان وذلك فإنه مع الإغماض عن سندها ان الإكراه فيها لا يكون بمعنى الإكراه الوارد في حديث الرفع ونحوه مما يكون طريانه موجبا لارتفاع حكم الفعل ليجعل شاهدا لعدم اعتبار التفصي فإن الأم والأب لا يكون في مخالفتهم خوف الضرر عادة ولذا جعل طلبهم مقابلا لأمر السلطان و عبر عنه بالإجبار باعتبار ترتب خوف الضرر على مخالفته.

و بتعبير آخر إطلاق الإكراه على طلب الزوجه والام والأب بضرب من العناية والتجوز.

وما ذكر (ره) أخيرا من صدق الإكراه حتى مع التمكن على التورية وعدم صدقه مع التمكن على التفصي بغيرها غير صحيح فإنه يعتبر في صدق الإكراه خوف المكروه بالفتح من المخالفة وهذا لا يكون الا مع احتمال اطلاق المكروه بالكسر على حاله وإذا علم عدم إمكان اطلاعه على توريته فكيف يحصل له خوف الضرر المصحح

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٣

ثم ان ما ذكرنا من اعتبار العجز (١)

لصدق الإكراه.

ولو كان الميزان في صدق الإكراه مجرد القضية الشرطية المزبورة فلازمها جواز شرب الخمر مثلا فيما إذا أمر الجائر بشربها مع تمكن المأمور بصيها في الأرض أو خارج الفم وإيهام الجائر بأنه يشربها فان هذا الفعل نظير التورية في انه لو اطلع الجائر عليه لأوقعه في الضرر.

فتحصل من جميع ما ذكرنا إلى الان انه لا فرق بين الإكراه الراجع للتكليف والرافع للوضع في انه مع إمكان التفصي بالتورية أو غيرها لا يكون إكراه ليقال بأنه يقتضى رفع التكليف أو الوضع.

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ٢٤٣

(١) و حاصله ان ما ذكر من اعتبار العجز عن التفصي بغير التورية يختص بالإكراه المسوغ للمحرمات و اما الإكراه في المعاملات فيشمل موارد إمكان التفصي سواء كان بالتورية أو غيرها وذلك فان الملاك في فسادها فقد طيب النفس وربما لا يطيب النفس بالمعاملة مع إمكان التفصي كما إذا كان قاعدا في مكان خال عن معاونيه متفرعا نفسه للعبادة ونحوها فجائه من أكرهه على بيع شيء من أمواله و هو مع عدم خروجه من ذلك المكان غير قادر على دفع ضرره و لكن لو خرج و أخبر الحال بمعاونيه و خدمه فهم يدفعون شر المكروه و لكن لا يريد الخروج لثلا يزول الخلوة مع ربه فالظاهر صدق الإكراه على بيعه بمعنى عدم طيب نفسه به بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده و توقف دفع شر المكروه على أمرهم بدفعه فلم يأمرهم فإن هذا لا يتحقق في حقه الإكراه بمعنى عدم طيب النفس و لذا يكذب لو ادعاه بخلاف المثال الأول فإنه يصدق فيه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٤

.....

هذا في الإكراه على المعاملات و اما المحرمات فإنه لا يحل الحرام لا في المثال الثاني و لا في المثال الأول فإن الإكراه على الحرام لا

يتحقق إلا إذا توقف دفع الضرر على ارتكاب ذلك الحرام بان كان المكلف مضطرا الى ارتكابه فيكون الفرق بين الإكراه على الحرام والاضطرار اليه الوارد كل منهما في حديث الرفع هو ان الإكراه على الحرام هو الاضطرار اليه من جهة أمر الغير به و الاضطرار اليه هو الاضطرار لا من جهة أمر الغير بل من جهة الجوع و العطش و نحوهما.

و الحاصل ان الإكراه على المحرمات أخص من الإكراه على المعاملات حيث قد لا يعد الإكراه على المعاملة كما في مورد إمكان التفصي بغير التورية اكرها في المحرمات و لو لوحظ مناط جواز ارتكاب الحرام عند الإكراه عليه و هو توقف دفع الضرر على ارتكابه و مناط فساد المعاملة عند الإكراه و هو فقد طيب النفس بها لكانت النسبة بين المناطين بحسب الاجتماع و الافتراق العموم من وجه فمورد اجتماعهما الإكراه على المعاملة أو الحرام مع العجز عن التفصي عنهما و مورد تحقق الإكراه المعامل فقط هو فرض الإكراه على المعاملة أو الحرام مع إمكان التفصي عنهما فإنه يحصل الإكراه بالإضافة إلى المعاملة و لا يحصل بالإضافة إلى الحرام و مورد حصول مناط الإكراه على الحرام فقط دون المعاملة ما إذا توقف دفع الضرر الى ارتكاب الحرام أو على المعاملة كما إذا توقف دفع هلاكة نفسه على شرب الماء المتنجس لدفع عطشه فإنه يحل بذلك بخلاف ما إذا توقف دفع هلاكة نفسه على بيع ماله فان النفس تطيب بالبيع كما تقدم في مسألة توقف علاج مرضه الى بيع داره.

ثم انه (ره) استشهد على افتراق ملاك الإكراه المجوز للحرام عن ملاك الإكراه الموجب لفساد المعاملة بأنه لا اشكال و لا خلاف في ان الإكراه على أحد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٥

.....

الفعلين المفروض حرمة كل منهما يكون موجبا لجواز ارتكاب أحدهما بمعنى اى منهما اختاره المكلف دفعا لضرر مخالفه الجائر يكون جائزا و مباحا فالفعل المختار و ان لا يكون بخصوصه مكرها عليه لا ان ملاك جوازه دفع الضرر لا خصوصية عنوان الإكراه. و اما إذا كانا عقدين فاكرهه الجائر على إنشاء أحدهما كما إذا أمره بطلاق احدى زوجتيه فإنه ربما يستشكل في الحكم بطلاق الطلاق باعتبار ان من يختار طلاقها منهما ليس بخصوصه مكرها عليه بل يكون اختيار طلاقها بإرادته و رضاه و لذا أفتى في القواعد بصحة الطلاق في الفرض و ان حمل بعض الأصحاب حكمه بالصحة على ما أكرهه الجائر على طلاق احدى زوجتيه مبهمه فطلق إحداهما معينه.

و كيف كان فهذا الكلام يعنى تصحيح الطلاق في الفرض و ان كان مخدوشا بل ممنوعا الا انه شاهد على ان الملاك في الإكراه الموجب لحلية الفعل غير الإكراه الموجب لفساد المعاملة و الوجه في منعه ان اختيار احدى الزوجين بطلاقها باعتبار أن الطبيعي المكره عليه المفروض عدم الرضا و طيب النفس بإنشائه لا يكون إلا في ضمن خصوصية و اختيار الخصوصية باعتبار الإكراه على الجامع لا الرضا به و لو كان اختيار الخصوصية في مثل المقام موجبا لخروج المقام موجبا لخروج المعاملة عن الإكراه عليها لما كان في المعاملات مورد للإكراه فإن المعاملة تكون مقارنه بخصوصية لم يتعلق بها الإكراه لا محالة.

و على ما ذكر يكون اختيار المشتملة على تلك الخصوصية بالرضا بها فتكون صحيحة.

أقول قد تقدم عدم الفرق بين الإكراه على الحرام و بين الإكراه على المعاملة في انه لا يتحقق الإكراه عليهما مع إمكان التفصي بالتورية أو بغيرها و ان الإكراه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٦

.....

و ان الإكراه الموجب لجواز ارتكاب الحرام و الإكراه الموجب لفساد المعاملة أمر واحد و اما طيب النفس بالمعاملة و عدم طيبها بها بمعناه المعروف غير دخيل في صحة المعاملة و فسادها و ان المراد بالتراضى في قوله سبحانه إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ هُوَ التراضى المعاملى من المالكين فيخرج بالقيود ما إذا اشترى متاعا من بايع يبيعه عدوانا و قهرا على مالكة كما فى الغاصب أو من بايع يبيعه من غير اذن من مالكة كما فى الفضولى الجاهل و الوكيل الخارج عن المقدار المأذون له فى تجارته و ذكرنا احتمال ان يكون عن تراض خبرا بعد خبر لا قيادا للتجارة.

و الحاصل لو لا تحقق عنوان الإكراه و صدقه لا يحكم بجواز ارتكاب الحرام و لا بفساد المعاملة المنشأ.

نعم ذكرنا عند التكلم فى جواز الكذب و الحلف كاذبا فى مورد دفع ضرر الغير به انه لا- يعتبر فى جوازهما العجز عن التورية أو التفصلى بغيرها لا لصدق الإكراه و الاضطرار الى الكذب و الحلف ليجرى فى المقام ايضا بل ببعض الروايات الخاصة المقتضية لعدم اعتبار التفصلى فى الجواز فراجع.

(١) و محصل كلامه فى المقام ان الإكراه على الجامع الذى له أفراد متعددة يعتبر اكراها على فرده فيما إذا لم يكن فى خصوصية ذلك الفرد المختار محذور آخر و اما إذا كان فى خصوصيته محذور كذلك فلا- يعتبر الإكراه على الجامع اكراها على تلك الخصوصية ليرتفع محذورها.

و السر فى ذلك ان تلك الخصوصية اختيارية فيستحق الذم و التوبيخ عليها فى هذه الصورة بخلاف صورة عدم المحذور فى خصوصية الفرد فلا يستحق على ذلك الفرد توبيخا و لا ذما لان المحذور كان فى إيجاد الجامع و قد ارتفع بطرو الإكراه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٧

.....

عليه فإذا أكرهه على شرب الخمر أو الماء فان اختار شرب الخمر يستحق العقاب فإنه لا ترتفع حرمة بالإكراه المزبور لأن الإكراه فى الفرض لم يتعلق يشرب الخمر الذى حرمه الشارع و الجامع بين شربها و شرب الماء الذى تعلق به الإكراه لم يكن مورد التكليف ليرتفع بالإكراه عليه و كذا الأمر فيما إذا أكرهه على الجامع بين البيع الصحيح و الفاسد فإنه إذا اختار البيع الصحيح لا يحكم ببطلانه بحديث رفع الإكراه لأن الإكراه لم يتعلق بخصوصه بل تعلق بالجامع الذى لا يكون له حكم شرعى ليرتفع بالإكراه.

و من هنا لو أكرهه على بيع ماله أو أداء دينه مع تمكنه على أدائه فإن اختار البيع صح لأن الإكراه بالإضافة إلى أداء دينه لا اثر له حيث انه إكراه بحق و لم يتعلق بخصوص بيع ماله ليحكم ببطلانه.

و ذكر (ره) فى المثال انه لو حكم ببطلان البيع فى المثال باعتبار ان الإكراه على الجامع إكراه عليه فلا بد من الحكم بالبطلان فيما إذا اختار أداء الدين باعتبار ان الإكراه على الجامع إكراه على أداء الدين.

أقول لا- ملازمة بين الأمرين فإن الإكراه المزبور حتى مع اعتباره اكراها على أداء الدين حيث انه إكراه بحق لا يعمه حديث الرفع ثم ذكر انه لو اكره على بيع ماله أو أداء مال غير مستحق يعتبر البيع كأداء ذلك المال مكرها عليه فأى منهما اختير لدفع الإكراه كان موردا لحديث رفع الإكراه و لو أكرهه على بيع ماله أو شرب الخمر فلا بد من دفع الإكراه بالبيع فإنه لا محذور فى إيجاداه فإنه ليس بمحرم تكليفا بخلاف شرب الخمر فإنه محرم و إذا أنشأ البيع يحكم بفساده فان البيع المزبور بالإضافة الى حكمه الوضعى يعتبر مكرها عليه حيث انه إنشاء لدفع ضرر الإكراه مع المحذور فى الفرد الآخر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٨

.....

أقول يبقى على المصنف (ره) بيان ان الإكراه على الجامع كيف يعتبر اكراها على فرده مع تعدده فإن الإكراه على الجامع فى حقيقته أمر بالجامع.

و من المقرر فى محله ان الأمر لا- يسرى من متعلقه الى غيره مثلا ما يختاره المكلف من صلاة الظهر خارجا ليس بمتعلق الوجوب و انما هو مسقط له و انما يتعلق الوجوب بالطبيعى الجامع و على ذلك فلو أكرهه على شرب الخمر أو شرب الماء فالجامع بين شرب الماء و شرب الخمر لم يتعلق به التكليف ليرتفع بالإكراه فيبقى شرب الخمر على حرمة و إذا أكرهه على شرب الخمر أو القمار فالجامع بينهما غير متعلق للحرمة ليرتفع بالإكراه بل المتعلق للحرمة كل من خصوص شرب الخمر و قمار و لم يتعلق به الإكراه ليرتفع حرمة.

فالصحيح ان يقال ان رفع الإكراه كما ذكرنا سابقا مقابل وضعه و فيما إذا كان المكروه عليه أحد فعلى كل منهما محكوم بالحرمة كما إذا أكرهه على شرب أحد الخمرين أو على شرب الخمر و فعل القمار يكون وضعه بثبوت الحرمة لكل منهما كما هو مقتضى حرمة شرب الخمر أو القمار بوجوده السعى الاستغراقى فيكون ما أكرهه عليه موضوعا فمقتضى حديث رفع الإكراه عدم ثبوت الحرمة لكل منهما كذلك و مقتضى الجمع العرفى بين حديث الرفع و بين خطاب حرمة شرب الخمر أو القمار كما ذكر بقريته كون مصلحة رفع الإكراه تخلص المكلف من ضرر مخالفة الجائر ثبوت الترخيص فى أحد الفعلين و تعلق الحرمة بشرب كل خمر أو قمار بوجوده السعى إلا فى مورد إكراه على شرب أحدهما أو ثبوت الإكراه على شربها أو فعل القمار فإن الحرمة فى موردته تتعلق بشرب أحدهما لا بعينه أو تتعلق بشرب واحد من الخمر أو القمار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٩

.....

و يترتب على ذلك ان المكروه عليه لو شربهما دفعة أو شرب الخمر و قامر دفعة فلا يستحق العقاب على فعل أحدهما لا بعينه و يستحق على فعل الآخر لا- ان الإكراه يتعين فى الوجود الأول بما هو الموجود الأول حتى لا يستحق العقاب على ارتكابهما دفعة باعتبار ان ارتكابهما دفعة وجود أول للعنوان المكروه عليه.

و الحاصل كما لا يكون فى الفرض لمتعلق الإكراه فى مرحلة تعلقه تعين أصلا كذلك لا يكون لمتعلقه فى مرحلة موافقته بارتكابهما دفعة تعين.

نعم قد يتعين فى مرحلة الموافقة كما فى ارتكابهما تدريجا و فى كلتا صورتين المكروه عليه المرخص فيه شرعا بقريته الجمع بين حديث رفع الإكراه و خطاب تحريم الفعل هو صرف الوجود الواحد لأحدهما لا صرف الوجود مطلقا و لا التحديد بالوجود الأول. و بهذا يظهر الحال فيما إذا أكرهه على شرب الخمر أو شرب الماء فإنه لا موجب فى الفرض لرفع اليد عن عموم تحريم الخمر بعد ملاحظة ان رفع الإكراه ملا-كه تخلص المكلف من ضرر مخالفة الجائر فلا-يجرى فيه حديث رفع الإكراه لأنه يمكن للمكلف مع موافقته تحريم الخمر التخلص من ضرر مخالفة الجائر باختياره شرب الماء و كذا لو أكرهه على شرب الخمر أو بيع ماله فان بيع ماله بمعنى إنشائه لا محذور فيه تكليفا و بإنشائه يتخلص من ضرر مخالفة المكروه فلا يكون لحديث رفع الإكراه مجال فيؤخذ بعموم حرمة شرب الخمر.

نعم البيع بعد إنشائه محكوم بالفساد لانطباق عنوان الاضطرار عليه فان المكلف إنشائه للتخلص من وذر شرب الخمر الذى منع عنه الشرع و الضرر الذى لا يمكن الفرار منه الا بإنشائه و ليس نفي صحته برفع الاضطرار منافيا للامتنان كما فى سائر موارد الاضطرار الى بيع ماله كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٠

ثم ان إكراه أحد الشخصين على فعل بمعنى إلزامه عليهما كفاية (١).

فقد تحصل من جميع ما ذكرنا انه لا يلزم في موارد رفع الإكراه أو الاضطرار ان يكون العنوان المتعلق به الإكراه أو الاضطرار بنفسه موضوعا أو متعلقا للحكم في الخطاب الشرعى ليرتفع ذلك الحكم عن ذلك العنوان بطريان عنوان الإكراه أو الاضطرار بل كل ما يكون به وضع الإكراه أو الاضطرار يكون بنفيه رفع الإكراه أو الاضطرار و انه إذا أكره على أحد بيعين و كان أحدهما صحيحا لو لا الإكراه دون الآخر فإن اختيار الصحيح لدفع الإكراه يحكم بصحته أخذا بعموم البيع و بما ان ملاك رفع الإكراه تمكين المكلف للتخلص من ضرر و عيد المكروه فمع تمكن المكلف على دفع ضرره باختيار البيع الفاسد لا مجرى لحديث رفع الإكراه بخلاف ما إذا أكرهه على بيعين يكون كل منهما محكوما بالصحة لو لا الإكراه أو شرب أحد الخمرين فإنه ليس جواز الارتكاب بشرب أحد الخمرين أو البطالين للاضطرار بالإضافة الى ما اختاره فإنه لا فرق في الاضطرار و الإكراه في ان متعلقهما في الفرض لا يكون خصوصا ما اختاره فتدبر جيدا.

(١) لا يخفى ان إكراه أحد الشخصين بنحو الواجب الكفائي لا يعتبر اكراها بالإضافة الى من قد أحرز أن الآخر يأتي بالمكروه عليه و لو مع فعله فان مع إحرازه ذلك لا يكون ما يأتي به مكرها عليه و لو كان عمله قبل الآخر فإنه يعتبر في صدق الإكراه كما مر خوف ترتب الضرر على مخالفته و مع إحراز أن الآخر يأتي بالعمل على كل تقدير لا يكون له خوف ضرر في تركه. و كذا لا يجوز له الإتيان بالعمل فيما أحرز انه على تقدير تركه يأتي به الآخر لأنه مع الإحراز المزبور يعلم بأنه لا يتوجه اليه ضرر من تركه و اما إذا لم يحرز ذلك بأن احتمال ترك الآخر حتى على فرض تركه أيضا يكون فعله مضطرا اليه لا محالة لأن الإتيان به لدفع خوف الضرر المترتب على تركه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥١

و اعلم ان الإكراه (١).

لا يقال الإكراه على فعله أو فعل صاحبه يعتبر كالواجب الكفائي فيجوز عليه سقوط الإكراه بصرف وجود الطبيعي من أيهما أولا. فإنه يقال ذكرنا انه يعتبر في صدق الإكراه مضافا الى الأمر بالطبيعي خوف ترتب الضرر على تركه و مع إحراز أن الآخر يأتي بالعمل على كل تقدير أو على تقدير تركه لا يتحقق الإكراه أو الاضطرار بالإضافة اليه.

و لذا لا يقاس الإكراه في الفرض على الواجب الكفائي فإن المعتبر في الواجب الكفائي صرف الوجود من أيهما أولا فلا يكون الوجود الثاني مصداقا للواجب بخلاف المقام فان الوجود الأول قد لا يكون مصداقا للمكروه عليه بما هو مكره عليه كما إذا أحرز أن الآخر يأتي بالعمل المزبور على كل تقدير أو على تقدير تركه حتى فيما إذا سبق الآخر في العمل و لو اتى في الفرض بالعمل أولا ثم الآخر مع اطلاعه بالحال اتى بالفعل ثانيا لا يكون العمل المزبور مرفوعا عنهما أصلا باعتبار عدم صدق الإكراه و الاضطرار على فعلهما أصلا.

(١) اما إكراه المالك دون العاقد كما إذا أكره المالك على التوكيل بان يوكل الجائر أو غيره في بيع داره فوكله فان التوكيل باعتبار الإكراه عليه كالعدم فيكون يبيعه عن الوكيل المزبور فضوليا حيث ان الموجب لخروج البيع عن الفضولية انتسابه الى الموكل و التوكيل على وجه الإكراه لا يصحح الانتساب كما هو مقتضى رفع الإكراه مقابل وضعه بل إكراه المالك على التوكيل يوجب كون البيع على تقدير انتسابه اليه مكرها عليه.

و اما فرض الإكراه في حق العاقد دون المالك كما إذا أكره المالك الآخر على اجراء العقد على ماله و الظاهر صحة هذا العقد فان المعتبر من العاقد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٢

.....

قصد مضمون العقد بإنشائه و المفروض حصوله.

و اما عدم الإكراه على المالك و رضاه بالمعاملة فالمفروض حصول كل ذلك في المقام و نظير ذلك ما وكل الآخر في طلاق زوجته أو بيع داره و اكره الجائر الوكيل المزبور على العمل بمقتضى التوكيل بإجراء الطلاق أو إنشاء البيع حيث ان المعتبر من عدم إكراه المالك أو الزوج حاصل.

لا يقال لا يمكن الحكم بالصحة مع الإكراه على العاقد في الفرضين فان مقتضى حديث رفع الإكراه ان لا يثبت للمعاملة أو الإيقاع المزبور اثر.

فإنه يقال لا تكون المعاملة ذات اثر بالإضافة إلى العاقد ليرتفع ذلك الأثر بالإضافة إليه بل أثرها المطلوب في المقام انما هو بالإضافة إلى المالك أو الزوج و المفروض ان المعاملة بالإضافة إليهما ليست بالإكراه و يؤيد الحكم بالصحة في الفرضين حكم المشهور بصحة بيع المكره بلحوق الرضا و وجه التأييد أن لحقوق الرضا معناه الرضا بمضمون العقد و الا فالإنشاء لا يمكن تغييره بعد وقوعه عن إكراه و الرضا بالمضمون من المالك أو الزوج حاصل في الفرضين من الأول فيكون الفرضان أولى بالصحة من العقد المكره الذي يلحق به الرضا (لا- يقال) لا يمكن في الفرضين الحكم بتمام المعاملة أو الطلاق فان العاقد و المنشئ مكره فيهما و لا يمكن للمالك أو الزوج إحراز ان العاقد قد قصد إنشاء المعاملة أو الطلاق فإنه من المحتمل ان لا يقصدهما بان يتلفظ بالإيجاب و القبول أو بصيغة الطلاق بلا- قصد الإنشاء أو بقصد المعنى الآخر (فإنه يقال) فرض عدم قصد العاقد أو احتمال خارج عن مورد الكلام فان الكلام انه لا يمنع صدور العقد عن العاقد اكرها عن صحته مع رضا المالك به و عدم إكراهه عليه و اما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٣

فإنه عبارة مسلوية لعارض تخلف القصد (١) و الظاهر وقوع الأول مكرها عليه دون الثاني (٢)

احتمال عدم صدور العقد بعدم قصد العاقد فهو فرض آخر يمكن إحراز قصده بأصالة القصد فان بناء العقلاء على أصالة القصد في كل فعل يصدر عن العاقل الملتفت و لا يختص اعتبارها بصورة عدم الإكراه و لذا يقتنع المكره بالكسر بسماع الإيجاب و القبول و لو لم يكن البناء المزبور لم يكن يقتنع بمجرد سماعها كما لا يخفى.

(١) المراد بالقصد الاختيار المقابل للإكراه كما فسره (ره) بذلك عند التعرض لقوله من ان المكره قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله و المراد ان الفرق بين عبارة المجنون و المكره بالفتح ظاهر فإن عبارة المجنون لا تكون إنشاء لانه يتكلم لاغيا بخلاف المكره فان عبارته إنشاء و لكن لا يكون مختارا في الإنشاء و الاختيار غير معتبر في العاقد بل يعتبر في المالك و هو حاصل في الفرض كما لا يخفى.

(٢) فيحكم بطلان الأول فقط فيما إذا كان ذلك البيع للتخلص عن ضرر وعيد المكره و في غير ذلك يحكم بصحة كلا البيعين على الأصح.

و بيان ذلك انه مع الإكراه على بيع أحد عبديه فان باع أحدهما للتخلص عن ضرر وعيد المكره فلا يمكن الحكم بصحته لأن إمضاء الشارع ذلك البيع وضع للإكراه المزبور على المالك فحديث نفى الإكراه ينفي ذلك الوضع فيرفع اليد عن إطلاق حل البيع بالإضافة إليه و لو باعه لقصده الى بيعه مع قطع النظر عن الإكراه فيحكم بصحته لأن الإكراه على البيع انما يكون رافعا لحكمه و موجبا لبطلانه فيما إذا كان إنشائه بالإكراه على المالك لا بإرادة المالك و قصده اليه مع قطع النظر



إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٤

.....

عن الإكراه فإذا كان المالك بصدد بيع ماله و صادف ذلك أمر الجائر به فهذا الأمر من الجائر لا يوجب الحكم ببطلان البيع المزبور لان حديث رفع الإكراه و ما هو بمضمونه مقتضاه ان الرفع للامتنان و الامتنان في عدم إمضاء الشارع معاملة يريد المالك مع قطع النظر عن أمر الجائر بها.

ففى الفرض لو باع أحد العبدین أولاً- لقصده الى بيعه ثم باع الثانى يحكم بصحة كلا البيعين اما البيع الأول فلما تقدم و اما الثانى باعتبار عدم الإكراه عليه فان الإكراه يبيع أحدهما قد سقط بتحقيق البيع الأول فلا يكون للجائر أمر به.

و قد تقدم ان الأمر مقوم لعنوان الإكراه فما ذكره المصنف (ره) من احتمال الرجوع الى المالك فى تعيين المكروه عليه ضعيف جدا. (١) و حاصله ان مع وقوع بيعهما دفعه يكون الواقع خارجا خلاف المكروه عليه حيث ان المكروه عليه كان بيع أحدهما لا بيعهما فيكون ظاهر بيعهما كونه بطيب نفس المالك و رضاه و يحتمل بطلان البيع بالإضافة إلى الجميع لان البيع بالإضافة الى كل من المالكين لا يمكن صحته لوقوع الإكراه على أحدهما و بما انه لا معين للباطل فيكون ترجيح أحدهما بالحكم بصحته بلا مرجح.

أقول إذا كان ذلك فى الموارد التى لا يمكن للمالك إبقاء أحدهما فى ملكه و بيع الآخر لكون ذلك ضررا أو حرجا عليه كما فى الحيوان و ولده أو كأحد مصراعى الباب فيحكم ببطلان بيعهما باعتبار ان الحكم ببطلان بيع أحدهما مقتضى رفع الإكراه و الحكم ببطلان الآخر مقتضى رفع الاضطرار إليه لأنه لو لم يقدم على بيع الآخر يتوجه الضرر أو الحرج بل يمكن ان يقال ان الإكراه على بيع أحدهما فى الفرض يعتبر اكراها على بيع الآخر أيضا و ان كان بيعهما لمجرد التخلص عن ضرر و عيد المكروه باعتبار ان مع بيعهما أيضا لا يتوجه اليه ضرر و عيده فلا يمكن الحكم بصحة البيعين معا لان الحكم بصحة بيعهما كذلك وضع للإكراه على المالك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٥

.....

و اما بالإضافة إلى صحة أحدهما فربما يقال انها مقتضى الجمع بين خطاب حل البيع على نحو العموم و بين حديث رفع الإكراه نظير ما تقدم فى الإكراه على شرب أحد الخمرين فيرجع فى تعيين بيع الصحيح إلى القرعة لأنها لكل أمر مجهول أو مشكل و تمييز الصحيح عن الفاسد فى المقام كذلك.

و لا- يعتبر فى مورد القرعة ان يكون للمجهول أو المشكل تعيين واقعى كما يظهر ذلك لمن راجع الموارد التى حكم الأصحاب فيها بالقرعة كما إذا كان له زوجات ثلاث و تزوج بامرأتين اخرتين أحدهما مباشرة و الأخرى بتزويج و كيله و كان التزويجان فى زمان واحد فإنه ذكر جماعة انه يرجع فى تعيين الرابعة إلى القرعة.

بل ذكر السيد الخوئى طال بقاءه انه فى المقام لا حاجة الى القرعة بل تعيين المبيع يكون بتخير المالك و تعيينه فان المورد من موارد البيع الكلى فى المعين لان البيع بالإضافة الى ما يطيب نفس المالك به من الكلى فى المعين فيعين بتعيينه.

أقول الصحيح الحكم بالبطلان بالإضافة إلى بيع كل من العبدین فان عموم حل البيع لا يمكن الأخذ به بالإضافة إلى بيع كل منهما فإنه مقتضى وضع الإكراه و شموله لأحدهما المعين بلا مرجح و يبيع أحدهما بنحو الكلى فى المعين غير منشأ ليكون مقتضى الجمع بين خطاب عموم حل البيع و حديث رفع الإكراه إمضاءه و مجرد طيب نفس المالك يبيع أحدهما كذلك لا يصح إنشائه.

و بهذا يفرق مسألة شرب الخمرين دفعه مع الإكراه على شرب أحدهما عن بيع العبدین مع الإكراه على بيع أحدهما.

و اما الرجوع الى القرعة فمرجه الى ان الإخراج بالقرعة معين لما يعمه عموم



إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٦

ولكن في سماع دعوى البائع (١) و عن سبطه في نهاية المرام انه نقله قولاً (٢)

حل البيع بعد الإخراج وهذا لا يستفاد من عمومات الرجوع إلى القرعة في كل مجهول أو مشكل بل يحتاج إلى النص في المورد كبعض موارد الرجوع إليها فإن قبل الإخراج لا- يعم حل البيع شيئاً من البيعين ليكون ذلك المشمول داخل في عنوان المجهول و المشتبه فان شموله لأحدهما معينا ترجيح بلا مرجح و اما بيع المردد الخارجي فلان المردد الخارجي غير موجود أصلاً ليصح بيعه، و اما بنحو الكلى في المعين فلان بيعه غير منشأ.

ولذا ذكروا انه لو تزوج بالأثم و بنتها بعقد واحد بطل النكاح بالإضافة إلى كل منهما فراجع.

(١) لا- يبعد كون الإكراه المزبور اماره على صدور البيع لدفع ضرر الوعيد بعد فرض ان متعلق الإكراه يعم بيع كل نصف في بيع مستقل كما هو ظاهر بيع الشيء بالإضافة إلى بيع أجزائه المشاعه.

و نظير المقام ما إذا أكرهه على بيع داره و طلاق زوجته، و باع الدار فقط برجاء اقتصار الجائر به في رفع يده عن إضراره.

(٢) يعني نقل عدم وقوع الطلاق في الفرض قولاً و استدلال على القول المزبور بعموم رفع الإكراه، و الإجماع، و ذكر بعض الأجله و هو كاشف اللثام ان الزوج إذا كان ملتفتاً إلى انه لا- يلزم عليه إنشاء الطلاق و انه يمكن له الاكتفاء بالتلفظ بصيغته فقط، و مع ذلك إنشائه، فيمكن الحكم بصحته، و اما إذا لم يلتفت إلى ذلك سواء اعتقد لزوم الإنشاء، أو احتمله، يكون الطلاق المزبور مكرهاً عليه، فيبطل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٧

.....

و ذكر صاحب الجواهر (ره) ان حكم العلامة بصحة الطلاق فيما إذا نواه المكره بالفتح، مبني على ان المكره بالفتح لا يقصد الإنشاء، و انه لا يتلفظ الا بالألفاظ المجردة عن الاستعمال، و إذا استعملها في إنشاء الطلاق فالأقرب صحته، و لكن المبني غير صحيح، و ان المكره كالمختار يستعمل الألفاظ في الإنشاء فيكون الحكم على الطلاق المزبور بالصحة ضعيفاً.

و ذكر المصنف (ره) في توضيح الفرع المزبور ستة فروض.

١- ان لا يكون الإكراه دخيلاً في طلاق زوجته لا بنحو الداعي المستقل و لا منضمماً إلى غيره من الدواعي، و لا ريب في الفرض في صحة الطلاق، و لا يكون الفرع المزبور من التحرير محمولاً على هذا الفرض.

٢- ان يكون الإكراه دخيلاً- في الطلاق المزبور، و لكن منضمماً إلى غيره، بان يكون المجموع من الإكراه و غيره من حيث المجموع داعياً.

و جعل (ره) هذا الفرض كأول في الحكم بصحة الطلاق.

أقول لا يبعد شمول حديث رفع الإكراه على الطلاق في الفرض باعتبار ان رفعه يناسب الامتنان، حيث ان المفروض عدم وقوعه لولا الإكراه.

٣- ان يكون قصد الطلاق و الداعي إليه دفع الضرر المتوجه إلى المكره بالكسر، كما إذا قال الولد لوالده طلق زوجتك، و الاقتلتك أو قتلت نفسي، مع إحراز الوالد، ان الولد لا يتمكن على قتله، بل يقتل نفسه أو يقتل الولد شخصاً آخر عند إرادته قتل والده.

٤- كون الداعي إلى الطلاق شفقةً المكره بالفتح على المكره بالكسر أو على الزوجه التي يطلقها من جهة وقوعهما في معصية الزنا و استشكل (ره) في الحكم بصحة الطلاق في الفرض، و سابقه، من جهة طيب النفس فيهما و عدمه، و لكن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٨

و أضعف منها دعوى اعتبارها في مفهوم العقد (١) و أضعف من الكل (٢)

الأظهر الحكم بالصحة، لعدم كون الإكراه فيهما من قبيل الضرر اللاحق على المكره بالفتح.

نعم في مثل المثالين مما يعد الضرر على الولد أو على الزوجة ضررا على الوالد و الزوج يتحقق عنوان الإكراه، و لو قال الأجنبي طلق زوجتك و الاقتلت نفسى فلا يعد هذا اكراها بل لا يجب الطلاق حفظا لحياته.

٥- إذا كان الإكراه موجبا لتوطين نفسه على الطلاق لتخيله ان الخلاص من ضرر المكره بالكسر لا يكون إلا بإنشاء الطلاق فيطلق كطلاق المختار.

٦- ما إذا كان الإكراه موجبا لتوطين نفسه عليه لاعتقاده حصول الطلاق شرعا حتى في موارد الإكراه عليه، و استشكل في الحكم في الفرض، و سابقه، و لكن مع ترجيح وقوع الإكراه.

أقول- لا- ينبغى الريب في حصول الإكراه فيهما لان الموجب لحصوله كما تقدم ليس فقد الرضا و طيب النفس، بل باعتبار حصول المعاملة بداعى الخوف عن مخالفة أمر الجائر و هذا حاصل في الفرضين كما لا يخفى.

(١) يعنى دعوى اعتبار مقارنة طيب النفس من مالك المال في تحقق عنوان العقد، و لازم ذلك ان لا يكون العقد الفضولى عقدا، فإنه لا يكون فيه طيب نفس المالك مقارنة لإنشاء العقد.

(٢) يعنى الأضعف من دعوى اعتبار مقارنة طيب نفس المالك في صحة العقد، و من دعوى اعتبار مقارنة طيب نفس المالك في تحقق عنوان العقد، دعوى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٩

و يؤيده فحوى صحة عقد الفضولى (١)

اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده، و لانزم ذلك ان لا يكون بيع المكره بحق بيعا حقيقه، بل بيعا تعبديا أى صورة بيع يكون موضوعا لأكل ماله و تملكه لا- لتأثيره في النقل و الانتقال، كسائر العقود و البيوع، و الوجه في كونها أضعف انه لا موجب لاعتبار طيب نفس العاقد في صحة العقد، فان الدليل انما اعتبر الرضا و طيب نفس المالك، لا- طيب نفس الأجنبي الذى منه العاقد في الفرض.

(١) يعنى يؤيد الحكم بالصحة في المقام فحوى الحكم بصحة عقد الفضولى بإجازة المالك، و وجه التأييد بالفحوى ان قصور عقد الفضولى في جهتين، عدم استناد العقد الواقع الى المالك، و عدم طيب نفسه بمضمونه، و القصور في عقد المكره يكون في جهة واحدة، و هى عدم طيب نفس المالك بمضمون العقد، و اما استناد العقد الى المالك، فهو موجود من الأول بإنشاء المالك البيع و لو مكرها و إذا كانت الإجازة يتدارك بها الجهتان في عقد الفضولى، فالجهة الواحدة في العقد المكره اولى بالتدارك بها، و اجازة المالك في عقد الفضولى لا تكون عقدا جديدا بل هى إمضاء و رضاء بمضمون العقد الواقع سابقا و هذا حاصل في اجازة المالك بل لو كانت عقدا جديدا جرى مثله في اجازة العقد من المكره كما لا يخفى.

هذا و يستدل على عدم كفاية لحوق رضا المالك المكره بوجهين آخرين أشار إليها المصنف (ره).

الأول- دعوى اعتبار صدور العقد عن رضا المالك. كما هو ظاهر قوله تعالى (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) و اجازة المالك المكره لا يوجب انقلاب العقد الى كونه عن تراض.

و الجواب عن ذلك انه لا ظهور للاية في ذلك فان الاستظهار منها ان كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٠

.....

بلحاظ الحصر فيها يعنى حصر جواز تملك مال الغير بالتجارة الصادرة عن رضاه، فهذا الحصر لا يستفاد منها، لان الاستثناء فى الآيه منقطع، حيث ان النهى عن أكل مال الغير و تملكه بوجه باطل لا يعم المعاملات الدارجه عند العقلاء، و منها التجارة عن تراض ليكون النهى عن التملك بالباطل مع استثناء أحدها إدراجا لباقيها فى النهى فى المستثنى منه، بل حمل الآيه على الحصر يوجب تخصيص الأ-كثر، فإن التجارة هو البيع و الشراء بقصد حصول الربح و انحصار سبب تملك مال الغير بها، فضلا عن انحصاره بما إذا كان صدورها برضا المالك، غير محتمل، حيث أن أسباب التملك عند العقلاء و الشرع كثيرة.

و الحاصل أن المستفاد من الآيه حكمان عدم جواز تملك مال الغير بالوجوه التى تكون فى بناء العقلاء من الأكل بالباطل، و جواز التملك بالتجارة عن تراض و اما سائر المعاملات، و منها التجارة مع لحوق التراضى بها، فلا تعرض فى الآيه لها نفيًا و إثباتًا، و اما احتمال اتصال الاستثناء فى الآيه بدعوى ان المنهى عنه هو مطلق أكل المال و المراد بالباطل هو الباطل الشرعى، فتكون التجارة عن تراض خارجة عن الأكل، فإنه لو لا إخراجها لدخلت فيه و المعنى لا تأكلوا أموالكم بينكم فإن أكلها باطل شرعا الا ان يكون الأكل تجارة عن تراض كما عن السيد اليزدى و تبعه السيد الخوئى طال بقاءه لا يمكن المساعدة عليه فان الباطل قيد للأكل كما مقتضى دخول الجار عليه و تعلقه بالأكل، و ليس حكما على الأكل، و لو كان المراد بالباطل مع كونه قيده للأكل، الباطل الشرعى، لكان الكلام لغوا بخلاف ارادة الباطل فى اعتبار العرف و العقلاء، فإنه يكون مدلوله بمقتضى كون النهى عن المعاملة إرشادا إلى فسادها، ان أكل الأموال بالنحو الباطل عند العقلاء و اعتبار العرف باطل عند الشرع أيضا فلا يدخل فيه التجارة عن تراض فيكون الاستثناء منقطعًا لا محالة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦١

.....

و ان كان استظهار بطلان عقد المكره مع لحوق الرضا به من مفهوم الوصف يعنى تقييد التجارة بكونها عن تراض، فلا دلالة للوصف على ذلك فان المراد من التجارة تجارة المالك و تجارته تكون غالبا برضاه و الوصف فى مثل ذلك من موارد الإتيان به لرعاية الغلبة لا يوجب رفع اليد عن الإطلاق أو العموم المقتضى لثبوت الحكم لفاقد القيد أيضا.

و الحاصل القيد المزبور لا- يكون موجبا لرفع اليد عن إطلاق أحل الله البيع و عموم أوفوا بالعقود، بل مقتضى مفهوم الوصف ان لا تكون التجارة على إطلاقها موجبة لجواز التملك، و اما كونها موجبة له مع القيد الآخر و لحوق الإجازة بها مثلا، فلا ينافيه الوصف على ما ذكرناه فى بحث مفهوم الوصف من علم الأصول.

الوجه الثانى فى الاستدلال على بطلان عقد المكره رأسا و عدم كونه قابلا- للحقوق الإجازة حديث رفع الإكراه، فإن مقتضاه ان لا يترتب على المعاملة المكره عليها أثر من حصول الملك و لو بعد لحوق الرضا و اجازة المالك. و أجاب المصنف (ره) عن ذلك أولا- بان كون الإكراه رافعا معناه عدم ترتب الأحكام الإلزامية و المؤاخذية على الفعل المكره عليه الثابتة له لولا الإكراه و كون المعاملة المكره عليها بحيث يحصل بها الملك بإجازة المالك، ليس من إلزام المكره بالفتح، و مؤاخذته، بل هذا من ثبوت الحق له، و إلزامه بإلغاء المعاملة أو إجازتها من تأخيرها و تهاونها فى اختيار أحدهما، ليس إلزاما عليه مترتبا على المعاملة المكره عليها لولا الإكراه ليرتفع بحديث الرفع، بل هو اثر ثبوت الحق له، و قد فرض عدم ارتفاع هذا الحق بحديث الرفع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٢

اللهم الا أن يقال ان الإطلاقات (١)

لا يقال المعاملة المزبورة موضوع لأثر إلزامي بالإضافة إلى الطرف الآخر فإنه لو أكره على بيع داره و باعها من زيد فالبيع المزبور على تقدير كونه قابلا للحقوق الإجازة، لازم من ناحية المشتري كما هو مقتضى قوله عز من قائل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) الجارى فى حق المشتري المزبور حيث يجب عليه الوفاء به لتتمام العقد من ناحيته، فيكون مقتضى حديث الرفع عدم ترتب الإلزام. فإنه يقال نعم الوفاء بالعقد لازم على المشتري حتى يرضى المكره بالفتح أو يفسخ الا ان حديث رفع الإكراه لا يرفع هذا الإلزام، فإن مقتضاه رفع الإلزام عن المكره، لا رفعه عن طرفه المختار، كالمشتري فى المثال.

و أجاب ثانيا بما ذكر فى بحث البراءة من الأصول ان الحديث المزبور انما يوجب ارتفاع الآثار المجعولة للافعال مع قطع النظر عن العناوين الرافعة، و اما الآثار الثابتة لها بتلك العناوين، فلا يقتضى ارتفاعها، فان تلك العناوين موجبة لثبوتها فكيف ترتفع بطريان الإكراه، و السببية الناقصة يعنى حصول الملك بها بإجازة المالك أثر للمعاملة بوصف كونها مكره عليها فلا يرتفع.

(١) مراده انه يمكن ان يقال انه لا- مجرى لحديث الرفع فى بيع المكره، و لا يكون الحكم ببطلانه مبنيا على رفع الإكراه، و ذلك فان مثل قوله سبحانه أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ الْمُسْتَفَادَ مِنْهُ كَوْنُ الْبَيْعِ تَمَامَ السَّبَبِ لِلنَّقْلِ وَ الْإِنْتِقَالِ، مقيدة بالأدلة الأربعة الدالة على حرمة أكل أموال الناس بالباطل، و حرمة أكلها مع عدم التراضى، بالبيع المرضى به سابقا أو لاحقا، فيكون تمام السبب للحل هو البيع مع الرضا به سابقا أو لاحقا و من الظاهر ان البيع كذلك لا- يتعلق به الإكراه لينتقى الحل بطريانه اما عدم إمكان تعلق الإكراه بالبيع المرضى به سابقا فظاهر، و اما المرضى به لا حقا فإن الإكراه يتعلق بنفس البيع، لا بالرضا اللاحق، و المفروض ان نفس البيع لا يكون سببا تاما للنقل و الانتقال.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٣

.....

و الحاصل بعد فرض الرضا بالبيع سابقا أولا حقا يعمه قوله سبحانه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) و بما ان المركب إذا كان موضوعا للنقل و الانتقال يكون بعض اجزائه سببا ناقصا، فهذه السببية الناقصة لا يعقل نفيها بحديث الرفع، فإنها ثابتة للبيع بوصف كونها مكرها عليه. ثم انه لا يفرق فى عدم كون نفس البيع سببا مستقلا بين الالتزام يكون الرضا اللاحق ناقلا أو كاشفا فان عدم كون نفس البيع سببا تاما للنقل و الانتقال على القول بالنقل ظاهر، و كذا على الكشف فإنه بناء عليه يكون السبب التام، هو البيع بوصف تعقبه بالرضا، فالإكراه يتعلق بنفس البيع لا بوصف تعقبه للرضا.

أقول ما ذكر (ره) من عدم جريان حديث رفع الإكراه فى بيع المكره مبنى على ما تقدم من اعتبار الرضا القلبي و طيب النفس فى صحة البيع فان بيع المكره بناء عليه من الأول غير داخل فى موضوع حل البيع إذا الموضوع لحله، البيع بتراضى المالك و طيب نفسه، و هذا الموضوع يتم بعد اجازة المالك و رضاه فيعمه عموم الحل و ما ذكر (ره) من ان السببية الناقصة، موضوعها، البيع بوصف كونها مكرها عليه، غير صحيح على مسلكه، فان تلك السببية ثابتة لنفس البيع، فالصحيح على ذلك المسلك فى عدم ارتفاع هذه السببية بحديث رفع الإكراه هو القول بأنها ليست أثرا شرعيا، قابلا للرفع، بل هى حكم قهرى يحصل بجعل السببية التامة للكل الذى لا يعمه حديث رفع الإكراه.

و لكن قد ذكرنا فيما تقدم ضعف المسلك المزبور، و ان المعتمد فى المعاملات و هو التراضى المعاملى الحاصل بإنشاء المالك موجود فى بيع المكره ايضا و الحكم بفساده انما هو لرفع الإكراه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٤

## [وجوب الالتزام بالعقد على الطرف الآخر قبل فسخ المكره أو إجازته]

و على ما ذكرنا فربما يقال بأنه إذا خرجت المعاملة المكره عليها عن عموم الحل و لوجوب الوفاء بالعقد فكيف يمكن التمسك بهما بعد لحوق الإجازة بتلك المعاملة فإن المقام من موارد التمسك باستصحاب حكم المخصص لا التمسك بالعموم و الإطلاق و لا يقاس المقام بإجازة بيع الفضولى، فإن ذلك البيع لم يكن داخلا- فى عموم حل البيع أو عموم وجوب الوفاء بالعقد، فإن خطابهما متوجه الى الملاك و من حين الإجازة يستند البيع الى المالك فيعمان ذلك البيع و بتعبير آخر كان خروج بيع الفضولى عن عمومهما بالتخصص، لا- بالتخصيص، و هذا بخلاف بيع المكره، فان بيعه باعتبار استناده الى المالك، كان خارجا عن عموم الخطابين بالتخصيص، و يتردد الأمر بين كون التخصيص إلى الأبد و بين كونه ما دام لم يلحق به الرضا، و لأجل ذلك لا يستلزم صحة لبيع الفضولى بإجازة المالك صحة بيع المكره بلحوق الرضا فضلا عن كون الثانى أولى بالصحة.

و لكن لا- يخفى ما فى الفرق، فانا قد ذكرنا فى الأصول صحة التمسك بالإطلاق و العموم عند الشك فى الخارج من الفرد و كون خروجه إلى الأبد أو الى زمان، بلا فرق بين كون العموم و الإطلاق بالإضافة إلى الأزمان أفراديا أو استمراريا، و فى المقام يؤخذ بعد لحوق الرضا بالمعاملة المكره عليها، بحلها و وجوب الوفاء بها، و لا تصل التوبة إلى استصحاب حكم المخصص، و تمام الكلام فى بحث الأصول.

بقى فى المقام شىء و هو انه يستفاد من كلام المصنف (ره) انه يجب على الطرف الآخر الالتزام بالعقد قبل فسخ المكره أو إجازته، و ان العقد من ناحيته لازم و ذكر ان حديث رفع الإكراه إنما يرفع الأحكام الإلزامية التى تعد مؤاخذه عن المكره بالفتح، لا عن طرفه الآخر الذى لم يكن إكراه عليه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٥

مقتضى الأصل و عدم حدوث حل مال الغير (١).

و لكن لا- يخفى عدم إمكان المساعدة عليه لما ذكرنا فى أول البيع انه لا يمكن تبعض المعاملة فى الصحة و الفساد بالإضافة إلى طرفيها بان يكون البيع صحيحا بالإضافة إلى المشتري و لا يصح بالإضافة إلى البائع فإن صحته بالإضافة إلى المشتري فرض لدخول المبيع الى ملكه و كيف لا يخرج معه الثمن الى ملك البائع و لو باع داره بالإكراه فكما لا يدخل المبيع الى ملك المشتري كذلك لا يدخل الثمن الى ملك البائع فيكون تصرف المشتري فى الثمن المزبور قبل لحوق الإجازة من البائع المكره تصرفا فى ملكه و نافذا. و الحاصل إذا فرض ان وجوب الوفاء بالعقد موضوعه العقد لا عن إكراه فما دام لم يتم هذا الموضوع لا يترتب عليه حكمه و هو لزوم الوفاء به، و عليه فالغاء المشتري قبوله قبل إجازة البائع المكره نظير إلغاء الموجب إيجابه قبل قبول المشتري يوجب ان لا يحصل عنوان العقد لا عن إكراه.

(١) أقول مقتضى استصحاب عدم حدوث ملكية الثمن و المثلن الى الطرفين الى زمان الإجازة هو النقل و اما حديث عدم حل مال الغير الا بطيب نفسه فظاهر المصنف (ره) ان مقتضاه ايضا النقل لانه يدل على عدم جواز التصرف فى المال تكليفا الى زمان الإجازة و لكن لا- يمكن المساعدة على ذلك فان عدم جواز التصرف تكليفا الى زمان الإجازة يجتمع مع الكشف الحكمى أيضا حيث ان التصرفات الواقعة قبل اجازة المالك كلها محكومة على الكشف الحكمى أيضا بعدم الجواز و اعتبار الملكية و جعل مبدئها من السابق بعد اجازة المالك لا يوجب خروج تلك التصرفات الواقعة قبل ذلك من الحرمة. تكليفا الى الجواز.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٦

الا ان الأقوى بحسب الأدلة النقلية (١) وربما يدعى أن مقتضى الأصل (٢)

(١) يأتي استظهار الكشف من صحیحہ ابی عبيدہ الحذاء الواردة في نكاح الصغیرین الذين زوجهما غير وليهما و مات أحدهما بعد بلوغه و أجازته ثم أدرك الآخر فإن الحكم بثبوت الميراث للآخر مع أجازته و حلفه على إرادته إجازته لا يكون الا مع كون الإجازة كاشفة، بل لا يمكن في المورد المزبور الإجازة بنحو النقل، حيث ان حدوث علقه الزوجية بين الميت و الحي، لغو محض، و نظيرها في الدلالة صحیحہ محمد بن قيس الواردة فيمن باع وليده أبيه فضولا «١» حيث ان سقوط عوض البضع عن مشتري الجارية الذي وطأها مع جهله بكون بائعها فضوليا، لا يكون الا مع الكشف و بما ان الفرق بين اجازة المالك في بيع الفضولي، و بين إجازته في بيع المكره، غير محتمل يثبت الكشف في المقام أيضا.

(٢) أقول الظاهر صحة الدعوى فانا قد ذكرنا ان المعاملة بلحوق الإجازة بها تدخل في أدلة الإمضاء حيث يتم بالإجازة الموضوع للحلية و النفوذ و اللزوم و مقتضى ذلك ثبوت مدلولها شرعا بعدها.

نعم الكشف الحقيقي مخالف لظاهر تلك الأدلة لأن ظاهرها كون البيع لا- عن إكراه، و العقد لا عن إكراه، هو الموضوع للحل و اللزوم، و معنى الكشف الحقيقي ثبوت هذه الأحكام قبل تمام الموضوع و اما الكشف الحكمي بأن يثبت بعد الإجازة الملكية التي مبدئها حين اعتبار العاقد فهو يناسب الأدلة فإن الإجازة تتعلق بمضمون العقد، و إمضاء الشارع العقد يتبع اجازة المالك.

(١) الوسائل الجزء (١٤) الباب (٨٨) أبواب نكاح العبيد الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٧

.....

و بعبارة أخرى بالإجازة يتم الموضوع لاعتبار الشارع الملك، و الملك يمكن جعل مبدأه الماضي، كما يمكن جعل مبدأه المستقبل، كما في الوصية التمليلية و لا يجب اتحاد زمان الاعتبار مع زمان المعبر، بل يمكن التفكيك بينهما بحسب الحال و الماضي كما وقع التفكيك بينهما بحسب الحال و المستقبل، فان الاعتبار مع المعبر من قبيل الإيجاب و الوجوب، لا من الإيجاد و الوجود.

لا يقال ليس مدلول العقد الملك من حين العقد لتكون اجازة المالك إثباتا لذلك المدلول و يتبعه إمضاء الشارع.

فإنه يقال الملكية التي تكون منشأة بالعقد لا يمكن كونها مهملة من جهة مبدئها في اعتبار العاقد، فان العاقد يعتبر في إنشائه الملكية للطرف من حين فعله ما يأخذه قيدها، كحصول القبول، أو القبض، أو غير ذلك.

لا يقال كيف يكون مبدء الملكية المعبرة في البيع مثلا حين تمام العقد، مع انهم ذكروا عدم دلالة الإنشاء على الزمان.

فإنه يقال عدم دلالة إيجاب البيع على الزمان مثلا لا ينافي الدلالة عليه بدال آخر و هو في المقام عدم إمكان الإهمال في الملك المجعول من جهة المبدء و اما تنظير المصنف (ره) الإجازة بالفسخ فهو غير صحيح فان الفسخ يقابل الإمضاء، فامضائه عبارة إقرار العقد و عدم قطع استمراره، كما يفعله ذو الخيار، كما ان فسخه إزالته و قطع استمراره و هذا بخلاف الإجازة فإنها تقابل رد العقد، كما في المالك المجيز حيث انه يرد البيع تارة، و يجيزه أخرى، و حيث ان رده عبارة عن إلغائه من الأول، فيكون أجازته إقرارا له من الأول، و هو المراد بالكشف الحكمي، و يأتي توضيحه في بيع الفضولي.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٨



## إشارة

فَعَقْدُ الْفُضُولَى لَا يَصِحُّ (١)

بقي في المقام أمر وهو أنه هل يكفي في صحته بيع المكره مجرد لحقوق رضاه به باطنا أو لا يكفي بل يعتبر إظهار رضاه بذلك البيع المعبر عن ذلك بالإجازة، ولا يبعد اعتبار الثاني وذلك لأن البيع حال حدوثه كان مستندا إلى إكراه المالك فلا بد في شمول دليل الإمضاء من أن يستند بقاء المالك لا عن إكراه عليه، ولم يحرز تحقق الاسناد كذلك بمجرد لحقوق الرضا باطنا.

نعم لو كان هذا الرضا من الأول بحيث كان داعى المالك إلى إنشائه رضاه به، لم يكن ذلك البيع شمولاً لدليل رفع الإكراه، كما تقدم، ولكن بعد إنشائه بداعى الإكراه لا يحرز خروجه عن كونه بيعاً مكرهاً عليه، إلا بإظهار الرضا به، وكان الإجازة في اعتبار العقلاء إلغاءً لذلك الاسناد الحاصل من قبل، والله سبحانه هو العالم.

(١) ذكروا من شرائط المتعاقدين كونهما مالكين أو مأذونين منهما كما في موارد الوكالة أو من الشارع كما في موارد الولاية فلا يصح بيع الفضولى، يعنى لا يترتب عليه ما يترتب على بيع المالك أو المأذون، لأنه يكون لغواً بحيث لا يفيد لحقوق الإجازة به ولذا ذكر العلامة في القواعد أن من شرط البيع كون العاقد مالكا، أو مأذونا و فرع عليه وقوف بيع الفضولى على الإجازة فإن التفريع المزبور ظاهر فيما ذكرنا فما ذكره في جامع المقاصد من الاعتراض على عبارة القواعد، من أن تفريع وقوف بيع الفضولى على الإجازة على اشتراط الملك، غير صحيح - في غير محله.

ثم إن الفضولى وصف للعاقد، والمراد به من لا يكون مالكا للتصرف سواء كان مالكا للمال، كما في مثال بيع الراهن والسفيه و العبد، أم لا، وقد يوصف به

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٩

.....

العقد ولعله تسامح من باب توصيف الشيء بوصف متعلقة وكيف كان فلا خلاف عندهم في بطلان الإيقاع فضولا وعدم صحته بلحوق الإجازة أصلا وقد يقال إن البطلان في الإيقاعات على القاعدة، ولا يقاس أمرها بالعقود، وذلك فإن العقود بما أنها من فعل اثنين يعتبر لها بقاء، ولذا يتعلق بها الفسخ، مع أنه حل للعقد في جهة بقائه كما تقدم، وعليه في إجازة المالك يتم تمام الموضوع لوجوب الوفاء بها، وأما الإيقاع فإنه فعل واحد فيعتبر أمرا آنيا، فإن حصل ممن له سلطنة على ذلك الأمر، فهو، وإلا فلا يحصل ذلك الأمر أصلا ولا يخفى أن ما ذكر لا يخرج عن حدود الدعوى المحضه، فإنه كيف يمكن الالتزام ببقاء العقد اعتبارا دون الإيقاع مع أنه لو لم يكن للإيقاع بقاء فكيف يجوز للزوج في الطلاق الرجعي إلغاء طلاقه، فإن الرجوع في الطلاق كالرجوع في الهبة إلغاء.

نعم لو صح أن الصحة في العقود على خلاف القاعدة والالتزام بها للروايات الخاصة لأمكن أن يقال إن النصوص كلها واردة في العقود، ولا تعم الإيقاعات، ولكن يلزم على ذلك الاقتصار في الحكم بالصحة، بالعقود التي وردت الروايات في موردها.

والحاصل أنه يبقى في التفرقة بين العقود والإيقاعات مجرد دعوى الإجماع كما لا يخفى.

ثم إن المصنف (ره) قد تعرض أولا لكون مجرد رضا المالك بحصول العقد دون إظهاره ذلك واذنه فيه غير موجب لخروج العقد عن الفضولية موضوعا أو حكما بان لا يحتاج ذلك العقد في تمامه إلى حقوق الإجازة به، وذكر في وجه عدم الخروج أن مجرد رضا المالك وحتى العلم به، لا يوجب كون العاقد مالكا للتصرف ويظهر ذلك من كلماتهم، حيث اعتبروا كون العاقد مالكا أو وكيلاً أو ولياً، ومجرد رضا المالك



إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٠

.....

لا- يوجب حصول شيء من هذه العناوين و كذا يظهر من ذكر رواية عروة البارقي دليلا على تمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة، مع فرض تحقق رضا المالك فى موردها.

و استقرب فى آخر كلامه، خروجه بالرضا المزبور عن عقد الفضولى حتى فيما إذا لم يظهر المالك رضاه، فيجب على المالك بينه و بين ربه الوفاء بالعقد، و استدل على ذلك بإطلاق حل التجارة عن تراض، و عموم وجوب الوفاء بالعقد، و بحديث لا يحل مال امرء مسلم الا بطيبة نفسه، حيث ان مقتضاه، حل مال الغير و جواز تملكه برضا المالك و طيب نفسه، و بما دل على ان سكوت المولى على نكاح العبد مع علمه به، إمضاء و رضاه به و بما يظهر من رواية عروة البارقي، من تمام البيع و جواز ترتيب الآثار عليه بمجرد إحراز رضا المالك، كما هو مقتضى قباض العروة أحد الشاتين من المشتري و أخذ الدينار منه فإنه لا يجوز فى بيع الفضولى للعائد القبض و الإقباض و تقرير النبى صلى الله عليه و آله للعروة شاهد لجواز فعله أضف الى ذلك ظاهر كلمات بعض الأصحاب من ان الوجه فى عدم تمام بيع الفضولى و وقوفه على اجازة المالك فقد رضاه فان مقتضى ذلك عدم احتياجه إلى الإجازة فيما كان مقارنا لرضا المالك، بل لو فرض إطلاق عقد الفضولى عليه فلا دليل على احتياج كل عقد فضولى إلى الإجازة مع ان علم المالك بحصول العقد و رضاه به و بقاء هذا الرضا الى ما بعد و لو آنا ما اجازة للعقد المزبور.

أقول- ما ذكره قده لخروج عقد الأجنبي بمقارنته رضا المالك عن الفضولية من الوجوه ضعيف اما التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعقد أو إطلاق التجارة عن تراض فان مدلولهما بمناسبة الحكم و الموضوع وجوب وفاء كل بعقده و جواز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧١

.....

الأكل بتجارته و لا يكون عقد الأجنبي عقد المالك و تجارته بمجرد الرضا باطنا، بل لا بد فى إضافة العقد و التجارة إليه، من إنشاء رضاه و إمضائه و اما حديث عدم الحل فمفاده دخالة رضا المالك و طيب نفسه فى حل ماله للغير، و ان الحل لا يكون بدونه، و اما ان الطيب و الرضا تمام الموضوع للحل فلا لا- حظ قوله عليه السلام لا صلاة إلا بطهور، فان مقتضاه عدم حصول الصلاة بدون الطهارة، لا ان الطهارة تمام ما يحصل بها الصلاة.

و بما ذكر يظهر الجواب عن الاستدلال لكفاية الرضا باطنا بقوله عليه السلام فى صحيحه محمد بن مسلم لا تشتريها الا برضا أهلها) «١» حيث ان مدلولها دخالة رضا المالك فى نفوذ الشراء، و اما انه يكفى مجرد الرضا فيه، فلا هذا مع احتمال ان يراد بالرضا إبرازه كما لا يخفى.

و اما ما دل على ان سكوت المولى على نكاح العبد إقرار و رضاه به، فلا يدل على ما ذكر، فان كون العقد فضوليا تارة باعتبار عدم رضا من يعتبر رضاه فى ذلك العقد، لا لفقد استناده الى المالك، كما فى نكاح الرشيدة الباكرة، فإنها هى التى تجعل نفسها زوجة للآخر غاية الأمر يعتبر فى هذا الجعل رضا أبيها أو جدتها ففى مثل ذلك يتم العقد بمقارنته الرضا أو لحوقه.

و من هذا القبيل نكاح العبد و لحوق رضا مولا به، و هذا بخلاف ما إذا كان فضوليا باعتبار عدم استناد العقد الى المالك كما فى بيع الأجنبي مال شخص من آخر حيث ان رضا المالك واقعا ما دام لم يكن إظهار و إمضاء لا يوجب استناد العقد اليه.

و مما ذكرنا يظهر ان ما ذكره (قده) من ان بقاء رضا المالك الى ما بعد العقود

(١) الوسائل - الجزء (١٢) الباب (١) من أبواب عقد البيع الحديث (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٢

.....

و لو آنا ما اجازة له مدفوع بان الرضا الواقعي ما لم يكن إظهار من المالك لا يكون مصححا للاستناد حتى ما لو بقى إلى الأبد و قد يقال كما عن بعض الأجلة (دامت شوكته) بأنه لا يعتبر في صحة البيع وغيره من العقود الانتساب بالمعنى المذكور بان يكون العقد عقد المالك و بيعه و كون المراد بقوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) أوفوا بعقودكم أو كان الأكل بتجارتم غير صحيح فإنه كيف يكون البيع الصادر عن الغير يباع للمالك بالإجازة مع ان الإجازة مفهومها العرفي تنفيذ للفعل الصادر عن الغير فهي بنفسها تدفع انتساب الفعل الى المجيز بل الأمر في موارد الوكالة و الاذن السابق كذلك، فان البيع لا يكون منتسبا الى الموكل و الاذن حقيقة و لذا لو سئل الموكل عن انك بعت دارك فيقول لا بل باعها و كيلي و من الظاهر ان الأحكام الواردة في الخطابات على العناوين ظاهرها ثبوت تلك الأحكام على أفرادها الحقيقة.

و الحاصل انه لا- يعتبر في صحة البيع أو نحوه من العقود الا- كونه مع اذن المالك أو رضاه أو إجازته و لو لم ينتسب ذلك البيع الى المالك و قد تقدم بيان المراد بالتجارة عن تراض ان مقتضى مقابلتها بالأكل بالبطل اعتبار كونها أكلا بحق لا لخصوصية لصدورها عن تراض و كون التجارة أكلا بحق يعم البيع الفضولي مع لحوق الإجازة به أو تقارنه برضا المالك انتهى.

أقول الجواب عما ذكر تارة بالنقض و أخرى بالحل.

اما الأول فإن القول المزبور يستلزم محاذير و لا أظن الالتزام بها.

منها ما إذا أخبر المحرم بأن الأجنبي قد أجرى في حقه نكاحا و انه قد زوج بنت فلان منه و ان له ان يجيزه و ذلك المحرم قد أخر إجازته الى ما بعد إحرامه مع فرحته و ابتهاجه باطنا من سماع الخبر فلا بد من ان يلتزم بان البنت المزبور قد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٣

.....

حرمت عليه مؤبدا فإن فرحته بالنكاح المزبور قلبا موجب لتحقيق النكاح فيعمه قوله عليه السلام (من تزوج امرأة في إحرامه فرق بينهما و لا تحل له ابدا).

و منها انه لو أنشأ إيجاب البيع أو قبوله و كيله في مجرد إنشاء بيع الحيوان أو غيره فلا- يكون له خيار المجلس و لا خيار الحيوان لأن البائع أو المشتري حقيقة هو الوكيل و قد ذكر في الروايات ان البيعان بالخيار ما لم يفترقا و ان مشتري الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام و الموكل لا يكون بايعا و لا مشتريا في الحقيقة.

و منها انه لو أخذ أظافير المحرم باستدعاء من المحرم أو حلق رأسه كذلك فلا بد من ان يلتزم بان المحرم لم يفعل حراما و ليس عليه شيء لأن قوله عليه السلام من قلم أظافيره في إحرامه أو أخذ شعره لا ينطبق على المحرم فان التقليل في الفرض فعل غير المحرم الى غير ذلك و اما الحل فلان أجازته و ان تتعلق بفعل الغير و عقده الا انه عقد الغير و بيعه مع قطع النظر عن الإجازة و ينتسب الى المجيز بإجازته و هذا الانتساب و لو كان اعتباريا الا ان الخطابات الشرعية قد يكون بمناسبة الحكم و الموضوع ناظرة إلى بيان الحكم بهذا الانتساب و يجري ذلك حتى في الأفعال الخارجية كقوله من بنى مسجدا بنى الله له بيتا في الجنة و الدعوى ان هذا الانتساب لا يعتبر و لا يصححه مجرد الرضا الباطني من المالك بل لا بد من إبرازه و إنشائه بالإذن أو بالإجازة فتدبر.

و اما رواية عروة البارقي فالظاهر ان شراء الشاتين لا يكون من شراء الفضولي حيث ان توكيل النبي صلى الله عليه و آله في شراء شاة

بدينار بفحواه توكيل و اذن فى شراء الزائد عن الواحدة بالمبلغ المزبور و اما بيعه واحده منهما بدينار فلا بعد فى كونه بيعا فضوليا يحتاج إلى الإجازة و لكن يجوز معه القبض و الإقباض فإن عدم جوازهما من الفضولى باعتبار كونهما تصرف خارجى فى مال الغير و مع إحراز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٤

و اما القول بان البيع الذى يعلم بتعقبه (١).

لكن الظاهر أول الوجهين (٢).

رضا المالك بهما فلا حرمة بل قد يكون اجازة العقد بعد ذلك اجازة لذلك القبض أو الإقباض كما لا يخفى.

(١) يعنى ان يقال بأن الإجازة معتبرة على نحو الكشف الحقيقى، و حيث كان عروءة عالما بحصولها و تعقب العقد بها وقع منه القبض و الإقباض باعتبار إحرازه انتقال المالىن و كون الشاء ملكا للمشتري و الدينار ملكا للنبي صلى الله عليه و آله واقعا لكن اعتبار الإجازة بنحو الكشف الحقيقى ضعيف جدا كما سيأتى.

أقول- و أضعف منه احتمال كون عروءة معتقدا لاعتبار الإجازة فى عقد الفضولى بهذا النحو.

(٢) المراد أول الوجهين الأخيرين و هو كون هذا النحو من العقد المقرون برضا المالك خارجا عن الفضولى و المراد برضا المالك الأعم الشامل لرضاه التقديرى أى بحيث لو التفت الى العقد لرضى به.

أقول لم يظهر جهة ظهور هذا الوجه مع قوة احتمال كون بيعه احدى الشاتين فضوليا و حصول القبض و الإقباض باعتبار علمه برضا النبي (ص) و اطلاع المشتري بحال المعاملة و هذا هو الوجه الرابع فى كلام المصنف (ره) و اما ما ذكره (ره) من ان الظاهر وقوع معاملة إحدى الشاتين على وجه المعاطاة فعجيب فإنه ان أراد حصول المعاطاة بإقباض عروءة الشاء و أخذه الدينار و ان هذا القبض و الإقباض كان بعنوان المعاملة المعاطاتية و لم يكن فى البين إيجاب و قبول لفظا فلا سبيل لنا إلى إحراز ذلك و ان أراد أن وصول الشاء إلى المشتري المزبور بإقباض عروءة و وصول

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٥

### [الاستدلال على صحة عقد الفضولى]

#### إشارة

قال فى الدروس و فيها دلالة (١).

و لا يرد عليها شىء مما يوهن الاستدلال (٢).

الدينار إلى النبي (ص ع) مع تراضيهما محقق للمعاطاة فليس فى البين بيع فضولى ليجتاج إلى الإجازة ففيه أولا أنه يعتبر فى حصول المعاطاة من إنشاء الملك بالقبض و لا يكفى مجرد وصول المالىن كما مر فى بحث المعاطاة.

و ثانيا نفرض كفاية ذلك فى حصولها و لكن المعاطاة لا يصح اقباض عروءة و قبضه حيث أنهما من التصرف فى مال الغير بلا رضاه. ثالثا ان قول النبي (ص ع) بارك الله فى صفقة يمينك ظاهره حصول المعاملة من العروءة لا أنه كان مجرد واسطة فى وصول المالىن الى الطرفين.

(١) أما دلالتها على صحة بيع الفضولي فلان المفروض فيها وقوع البيع على مال الغير وقد حكم بتمام ذلك البيع بإجازة المالك واما دلالتها على اعتبار الإجازة بنحو الكشف فإنه مقتضى استحقاق المشتري استرداد الغلام و سقوط قيمته عن عهده إذ لو كانت الإجازة معتبرة بنحو النقل لم يكن وجه لسقوطها حيث ان قيمة الولد تدارك لمنفعة البضع التي أتلّفها المشتري على المالك ولا يعتبر هذه المنفعة ملكا للمشتري على مسلك النقل حتى لم يكن عليه ضمانها كما لا يخفى.

(٢) قيل لا يمكن الحكم لأب البائع باستحقاقه الوليدة و ابنها بمجرد دعوى ملكها و بعدم اذنه لابنه في بيعها بل يحتاج الدعوى إلى الإثبات فإنها على خلاف مقتضى يد البائع عليها و فيه أنه ليس في الرواية عدم إثباته دعواه و أنه كان حكم على عليه السلام بأخذه الوليدة و ابنها بمجرد الدعوى كما ان حكمه عليه السلام إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٦ فإنها لا تزيد على الأشعار (١)

بإمساك الولد يمكن كونه لحبسه على قيمته.

و ما ذكره المصنف (ره) من ظهور الرواية في كون الإجازة فيها مسبوقه بالرد ايضا لا يمكن المساعدة عليه فان- المخاصمة و دعوى أن الوليدة ملك له فعلا لوقوع البيع عليها بغير اذنه و أنه يريد أخذها من مشتريها- لا تكون قرينة على (رد) البيع و إلغائه بالقول أو الفعل بل غايتها أنه لا يجزئيه فعلا و كذا إطلاق حكم الامام عليه السلام فإنه باعتبار عدم حصول الإجازة و لا يلزم من ذلك إنشاء الرد و إلغاء العقد الواقع.

و بعبارة أخرى حكم الامام عليه السلام بأخذه الوليدة و ابنها باعتبار عدم تمام المعاملة فعلا لا لإلغاء إنشائها.

و بهذا يظهر أن أخذ أب البائع و إمساكه الوليدة و ابنها لا يكشف الا عن عدم إمضائه المعاملة فعلا لا عن إلغائها قولا أو فعلا من أولها كما هو المراد بردها و عدم اجازة المالك فعلا كاف في إلحاح المشتري على الامام عليه السلام و مناشدته في خلاص الابن و أمه.

و المتحصل ان ما ذكر السيد اليزدي (ره) من أن الصحيحة تدل على نفوذ الإجازة حتى بعد رد المالك المعاملة برد فعلى و انه يمكن الالتزام بذلك فإن الإجماع على عدم نفوذ الإجازة بعد الرد دليل لبي و المتيقن منه عدم نفوذها بعد الرد القولي- لا يمكن المساعدة عليه لما ذكر من عدم الدلالة في الرواية على حصول الرد من مالك الجارية فعلا أو قولا فلاحظ.

(١) و الوجه في ذلك ان الحكم المذكور في الرواية حكم الواقعة خاصة لا- إطلاق في الحكم المزبور و لا عموم و لو لم يكن في الرواية فرض سبق الرد لكان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٧

.....

التعدى منها إلى سائر موارد اجازة بيع الفضولي متعينا باعتبار عدم احتمال الخصوصية في المفروض فيها و لكن ظاهرها لحوق الإجازة بالبيع بعد رده و الحكم بنفوذ الإجازة في الفرض يتعين توجيهه بمثل أن الأب كان كاذبا في نفيه الاذن في بيع ابنه فقول على عليه السلام للمشتري خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع تعليم حيلة له حتى يصل الى حقه الواقعي.

و الحاصل ان الإجازة في فرض الرواية ليست مصححة للبيع واقعا ليمكن التعدى منها.

نعم تعليق نفوذ البيع المزبور على إجازة الأب في قوله عليه السلام (حتى ينفذ لك البيع) من تعليق الحكم على الوصف و فيه اشعار بكون اجازة المالك مصححة للمعاملة الواقعة على ماله فضولا.

أقول- قد ظهر مما ذكرنا عدم المجال لما ذكره المصنف (ره) من انه ان كان النظر في الاستدلال على صحة بيع الفضولي بلحوق الإجازة إلى نفس القضية الشخصية فالإجازة فيها باعتبار كونه مسبقا بالرد لا يفيد صحة العقد و لا بد من توجيه الحكم فيها بأن البائع كان كاذبا في دعواه فعلم الامام عليه السلام للمشتري حيلة حتى تصل بها الى حقه الواقعي و لا- يمكن استفادة الحكم في البيوع الفضولية بلحوق الإجازة بها.

و اما إذا كان النظر الى قوله عليه السلام للمشتري (خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع) و قول ابى جعفر عليه السلام فى مقام الحكاية (فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز البيع) فيمكن استفادة الحكم فى سائر البيوع الفضولية و انها تتم بلحوق الإجازة بها. و الوجه فى عدم المجال انه لم يذكر فى الجواب حكم لمطلق بيع الفضولى ليؤخذ بإطلاقه و يقال ان تطبيق ذلك الحكم الكلى على المفروض فى السؤال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٨

.....

مع كونه غير مورده باعتبار تعليم الحيلة لوصول المشتري الى حقه. بل الجواب حكم لخصوص الواقعة المفروضة التى لا- يصحها الإجازة و لا تفيد فيها شيئا فكيف يمكن استفادة الحكم فى سائر البيوع الفضولية الا بالاشعار الذى ذكرنا خروجه عن قسم الدلالات.

ثم ان فى الرواية من جهة فقهاء إشكالين سواء قيل باستفادة حكم بيع الفضولى بلحوق الإجازة منها أولا. الأول- انه كيف حكم سلام الله عليها بان السيد الأول يأخذ ابن الوليدة مع ان الولد المزبور حر لا يدخل فى الملك و الوجه فى كونه حرا قول المشتري (لا- أرسل ابنك حتى ترسل ابني) و انه لو كان المشتري عالما بان بيع الوليدة فضولى لكان الولد باعتبار كونه من زنا رقا لسيد الوليدة و لما كان اعتناؤه عليه السلام بمناشدة المشتري و الحاحه مناسبا بل الأنسب ان يجرى عليه الحد باعتبار كونه زانيا. و الحاصل انه لا- موجب لأخذ الولد الحر حتى مع فرض امتناع المشتري عن دفع قيمته و لو فرض جواز حبس الولد لقيمته لكان المتعين ان يحكم بأخذ الولد و لكن معلقا على امتناع المشتري عن دفع قيمته لا مطلقا.

و الثانى- انه كيف حكم للمشتري بأنه يأخذ البائع الابن و- ما قيل من ان أخذه لحبسه على استرداد ما أخذه من المشتري بعنوان ثمن الوليدة حيث ان المديون الممتنع يحبس لدينه- يدفعه قوله عليه السلام: أخذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع فإنه على الاحتمال المزبور يلزم ان يحكم خذ ابنه حتى يسترد هو الثمن الذى أخذ منك أو يغرم أبوه ذلك الثمن لا ان يجعل غاية الأخذ إنفاذ البيع.

و لكن لا يخفى ان عجزنا عن فهم هذا الأمرين لا يضر بالاستدلال بها على ان بيع الفضولى يتم بلحوق الإجازة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٩

و ربما يستدل ايضا بفحوى صحة عقد النكاح (١).

(١) و يستدل على صحة بيع الفضولى و تمامه بإجازة المالك بفحوى ما ورد فى تمام النكاح فضولا بلحوق الإجازة به كما إذا زوج الصغير غير وليه فأجاز النكاح بعد بلوغه أو تزوج العبد بغير اذن مولاه فإجازة المولى فإن صحة النكاح بلحوق الإجازة به مع ما فيه من الاهتمام من كونه تحليل فرج و تمليك بضع أى إنشاء حق الاستمتاع و يكون منه الولد يستلزم صحة بيع الفضولى بلحوق الإجازة به بالأولية.

و أشار الى هذا الفحوى فى غاية المراد و استدلال بها فى الرياض و ذكر انه لولاها لكان الحكم بصحة بيع الفضولى بلحوق الإجازة به

مشكلا من جهة الإجماعات المنقولة على بطلان البيع المزبور.

و كيف كان فقد ذكر المصنف (ره) ان هذه الفحوى حسن الا انه ربما يضعفها ما ورد في رد العامة في مسألة تصرف الوكيل قبل بلوغ عزله إليه فإن العامة قالوا ان تصرف الوكيل في النكاح قبل بلوغ عزله اليه باطل لبطلان الوكالة فيه بالعزل واقعا بخلاف تصرف الوكيل في المعاوضة المالية فإنه محكوم بالصحة حيث لا يبطل وكالته فيها الا ببلوغ العزل و عللوا الفرق بان المال له عوض فلا مانع من نفوذ التصرف فيه، بخلاف النكاح فإنه لا- عوض فيه بان تقع المعاوضة بين البضع و المال، فيقتصر في ثبوت ملك البضع على الأقل، و قد تصدى الإمام عليه السلام في معتبرة علاء بن سيابة لإنكار هذا التفصيل (و أنه ما أجوره و أفسده فإن النكاح اولي بالاحتياط فيه فإنه يكون منه الولد) و المستفاد من رده سلام الله عليه ان الحكم بالصحة في البيع يستلزم الحكم بها في النكاح بالأولوية دون العكس و على ذلك فما ورد في صحة نكاح الفضولى بلحوق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٠

.....

الإجازة به لا يدل على الصحة في البيع الفضولى بالفحوى.

ثم تعرض (ره) لما يستفاد من الرواية من كون الحكم بصحة نكاح الوكيل قبل بلوغ عزله اليه احتياطا مع ان في دوران المرأة بين كونها زوجة أو أجنبية لا يكون ترتيب آثار الزوجية من الاحتياط كما انه لا يكون ترتيب آثار الملك في مورد دوران المال بين كونه ملكه لصحة البيع و ملك غيره لفساد البيع من الاحتياط و وجه (ره) ذلك بان المراد منه الاحتياط بالإضافة أى ما يكون محذور مخالفة الواقع فيه أخف لا- الاحتياط المطلق، يعنى التحفظ على الواقع على كل تقدير و ذلك فان الحكم ببطلان النكاح في مورد تردده بين الصحة و الفساد قد يكون تفريقا بين الزوجين فيتزوج الزوجة من آخر فيحصل الزنا بذات البعل بخلاف ما إذا حكم بالصحة فإنه على تقدير عدم ثبوت الزوجية واقعا يكون الوطى بالشبهة بغير ذات البعل و هذا أهون من الأول.

أقول: لا- يخفى ان حكم العامة بصحة البيع لم يكن للاحتياط ليكون قوله عليه السلام (فان النكاح اولي و أجدر أن يحتاط فيه لانه الفرج) ناظرا الى ان الاحتياط في النكاح يحصل بالحكم بصحته في مورد دورانه بين الصحة و الفساد، فان لازم ما ذكر البناء على صحة النكاح و رفع اليد عن أصالة الفساد في كل مورد تردد النكاح بين الصحة و الفساد حيث يكون البناء عليها أخف محذورا من البناء على الفساد و عدم ثبوت الزواج و لا أظن أحدا يلتزم بذلك مع ان المورد ليس من دوران الأمر بين المحذورين حتى لا يمكن فيه الاحتياط المطلق و التحفظ على الواقع على كل تقدير فان مقتضى كون النكاح فرجا يحتاط فيه لزوم إيقاع الطلاق أو تجديد العقد عند الشك في العقد السابق.

و الظاهر بقريئة حكاية الوجه الاستحسانى المنقول عن العامة في حكمهم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨١

و يحصل الزنا بذات البعل (١)

ببطلان النكاح و صحة البيع و بقريئة نقل الامام عليه السلام قول على عليه السلام في مسألة نكاح الوكيل قبل عزله اليه ان مراده عليه السلام بالاحتياط في الصحيحة هو طرح الوجه الاستحسانى المزبور و الأخذ بقول على عليه السلام حيث ان قوله عليه السلام لا يقصر عن قول ابن عباس و عبد الله بن عمر و غيرهما مما يأخذون به و يرفعون به اليد عن الوجوه الاستحسانية.

و بعبارة أخرى الحكم بصحة النكاح في مسألة عزل الوكيل احتياط من جهة طرح الاستحسان فيها و الأخذ بقول على عليه السلام فلا تمنع ذلك عن الفحوى المتقدمة.

اللهم الا- ان يقال بمنع الفحوى فإن- أهمية النكاح و ترغيب الشارع الناس اليه لقوام العالم بالتوالد و التناسل الموقوف عليه مع النهى عن مقابله يعنى الزنا و السفاح- يقتضى التوسعة فى سببه حتى لا يكون ضيق السبب حائلا بين الناس و الوصول اليه. و هذا بخلاف البيع و الشراء فان لتحصيل المال أسباب أخرى كالمصالحة و الهبة المعوضة و غير ذلك و عليه فلو حكم الشارع بصحة النكاح فضولا بلحوق الإجازة فيحتمل كون ذلك للتوسعة فى السبب فى خصوص النكاح و لا يمكن مع هذا الاحتمال التعدى إلى البيع.

(١) هذا فيما إذا أحرز المرأة أو زوجها الثانى صحة النكاح السابق أو تردده عندهم بين الصحة و الفساد من غير معين للفساد أو الصحة و الا فلا يتحقق عنوان الزنا كما لا يخفى. إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٢

### [الروايات الواردة فى المضاربة]

وعد هذا خارجا عن بيع الفضولى بالنص (١)

(١) يعنى مقتضى القاعدة الأولية ان لا يكون لبيع الفضولى صحة فعلية بدون اجازة المالك و يستثنى من ذلك ما يكون من العامل فى المضاربة كما إذا اشترط عليه فى المضاربة شراء جنس فخالف و اشترى جنسا آخر فان هذا الشراء و لو مع ظهور الربح فضولى و لكن محكوم بالصحة الفعلية حتى مع عدم اجازة المالك و ذلك استيناس لحكم بيع الفضولى حيث يظهر منه انه لا يعتبر فى صحة بعض البيوع الاذن السابق.

أقول- لا يرتبط هذه الاخبار بحكم بيع الفضولى و لا استيناس فيها و ذلك فان شراء العامل الجنس الآخر و صحة ذلك الشراء بظهور الربح حتى مع عدم لحوق اجازة المالك لا- يوجب أنسا لبيع الفضولى الذى يكون مصححه لحوق الإجازة به بل فى هذه الاخبار استيناس للموارد التى يكون التصرف فيها فى مال الغير نافذا بلا اذن ذلك الغير أو إجازته كنفوذ التصديق بالمال المجهول مالكة و كبيع الوكيل قيل بلوغ عزله اليه.

و لو قيل بدلالة الاخبار على نفوذ شراء العامل مع ظهور الربح باعتبار لحوق اجازة المالك حيث ان المالك مع ظهور الربح يرضى بمعاملة العامل عادة، و إظهار هذا الرضا و لو بمطالبة الربح اجازة فلا يرتبط ايضا مدلولها بصحة الفضولى بإجازة المالك، فان مقتضى صحة البيع و الشراء فضولا انتقال تمام الربح الى المالك بل و لا يستحق العامل المزبور فى الفرض حتى اجرة المثل باعتبار وقوع عمله بلا أمر المالك و اذنه.

و قد يقال فى توجيه هذه الاخبار و تطبيق مدلولها على القواعد وجهان.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٣

.....

الأول- ما عن الإيروانى (ره) من ان اشتراط المالك على العامل جنسا أو عدم إخراج المال الى بلد أو بيع المال نقدا و غير ذلك يكون باعتقاد المالك دخالة هذه الأمور فى الربح و كان المالك اشترط على العامل المعاملة التى فيها ربح فيكون الشراء المزبور داخلا فى المضاربة و يستحق العامل الحصة المعينة له من الربح.

أقول اعتقاد المالك دخالة أمر فى حصول الربح و اشتراطه على العامل لا يكون من اشتراط المعاملة التى فيها ربح، و لذا لو اشترى



الوكيل ما عينه موكله و لم يحصل الربح كان شرائه نافذا و لو اشترى غير ما عينه كما إذا وكله في شراء حيوان و اشترى الكتاب و كان الربح في شراء الكتاب دون الحيوان كان الشراء فضوليا، و إذا وكلته الزوجة في تزويجها من زيد فزوجها الوكيل من عمرو باعتبار كون عمرو أصبح وجها و املى مالا- لا يمكن الالتزام بلزوم هذا التزويج على المرأة و السر في ذلك ان الاعتقاد بدخالة شيء في حصول الربح يكون داعيا الى اشتراط ذلك الشيء و تخلف الداعي و عدم صواب الاعتقاد لا يسقط الاشتراط، هذا أولا.

و ثانيا لم يفرض في الرواية ان المال الذي شرط المالك على العامل شرائه لم يكن فيه ربح أو كان أقل ربحا مما اشترى العامل ليقال بان صحه شراء العامل مقتضى اشتراط المعاملة التي فيها ربح أو ما يكون ربحه أكثر.

و ثالثا ربما لا يكون غرض المالك مجرد انماء المال حتى لو كان في انمائه و قيعه عرفية كما في اتجار عامله مع الكفار، أو بشراء ما فيه حضاضة عرفية بل قد يكون غرضه الإنماء بتجارة لا تكون فيها هذه الوقية و لو كانت ربحها أقل. الثاني كما عن السيد اليزدي (ره) و أوضحه بعض الأجلاء (دامت شوكته) ان هذه الروايات

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٤

.....

بعضها ظاهرة في موافقة القاعدة كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال سألته عن رجل يعطى المال مضاربة و ينهى عن يخرج فخرج قال يضمن المال و الربح بينهما «١» و بعضها الأخرى محمولة على موافقتها كصحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دفع الى رجل ما لا ليشتري به ضربا من المتاع مضاربة فذهب فاشترى به غير الذي أمره قال هو ضامن و الربح بينهما على ما شرط «٢» و بيان ذلك ان شرط عدم الخروج الى بلد فلان، في الصحيحة الأولى شرط خارج عن أصل المضاربة التي مقتضاها الشركة في الربح و الاشتراط المزبور، مقتضاه ضمان العامل لرأس المال على تقدير مخالفة الشرط و ليس في ذلك أمر مخالف لمقتضى المضاربة و لا مقتضى الاشتراط و يحمل الصحيحة الثانية على صورة اشتراط شراء ضرب من المتاع بنحو يكون زائدا على أصل المضاربة لا أخذه في أصل المضاربة بنحو التقييد.

و لو قال ضاربتك بهذا المال لشراء الغنم على المناصفة في الربح كان شراء الغنم مأخوذا بنحو التقييد و لو قال ضاربتك بهذا المال لتتجر به على المناصفة في الربح و على ان تشتري غنما فشرء الغنم يكون من الشرط الخارجي و لا يوجب مخالفته إلا ضمان العامل لرأس المال و هذه الروايات و ان تكون مضمونها موافقة للقاعدة الا انها أجنبية عن تمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة و قد ذكر ان الشاهد لحمل الاخبار على صورة الاشتراط الخارجي هي صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال في المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح و ليس عليه من الوضعية شيء الا ان يخالف أمر صاحب المال فان العباس كان كثير المال و كان يعطى الرجال يعملون

(١) الوسائل الجزء (١٣) الباب (١) من أبواب المضاربة الحديث (١)

(٢) الوسائل الجزء (١٣) الباب (١) من أبواب المضاربة الحديث (٩).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٥

.....

به مضاربة و يشترط عليهم ان لا ينزلوا بطن واد و لا يشتروا ذا كبد رطبة فإن خالفت شيئا مما أمرتك به فأنت ضامن للمال «١» حيث فسر مخالفة أمر صاحب المال الوارد في المستثنى بما عن العباس من الشرط الخارجي.

و الحاصل ان المفروض في هذه الروايات ليس تقييد الاذن للعامل في التجارة كما هو مقتضى نفس عقد المضاربة بل إزام خارجي على العامل بان لا يشتري متاعا خاصا أو ان لا يسافر أو ان لا يشتري من شخص و يترتب على مخالفة هذا الإزام ضمان العامل لرأس المال على تقدير مخالفته ما اشترط عليه.

و لذا وقع في حكاية قول عباس لعامله فان خالفت شيئا مما أمرتك به فأنت ضامن المال.

و المتحصل انه يجب تكليفا على العامل موافقة الشرط لعموم قوله عليه السلام (المسلمون عند شروطهم) و على تقدير المخالفة يترتب عليه الضمان.

أقول لا يخفى ما فيه اما أولا فإنه يكون اشتراط عمل على أحد المتعاقدين خارجا عن المعاملة فيما إذا كان مدلول المعاملة أمرا مغايرا لإزام الطرف بالالتزام بذلك العمل كما إذا باع المتاع من زيد و اشترط عليه ان لا يملك ذلك المتاع من شخص آخر أو من عمرو فان بيع المتاع عبارة عن تملكه بعوض و اما تصرف زيد فيه بعد تملكه بالإبقاء أو تملكه من آخر فهو خارج عن مدلول البيع فيجوز لبائعه ان يلزم المشتري حين يبيعه بالالتزام بعدم تملكه من شخص آخر أو من عمرو.

و اما إذا كان مدلول المعاملة أمرا لا يجتمع إطلاقه مع إزام الطرف بالالتزام بذلك العمل كما في العقود الإذنية فإنه إذا أعار ثوبه من زيد و اشترط عليه ان لا يلبسه

(١) وسائل الجزء (١٣) باب (١) من أبواب المضاربة الحديث (٧)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٦

.....

أيام المطر فهذا الشرط لا يجتمع مع إطلاق الإذن للمستعير في لبسه بمعنى ان الاذن في لبسه كما هو مدلول عاريتة لا يكاد يعم اللبس أيام المطر و لذا لا يصح ان يصرح المعير بأني أذنت لك في لبسه حتى أيام المطر و لكن عليك الالتزام بترك لبسه أيام المطر في مثل ذلك لا- بد من ورود القيد على متعلق الاذن فيكون المأذون فيه هو لبسه في غير أيام المطر سواء اتى ذلك في عقد العارية بصورة التقييد بان يقول أعرتك الثوب و اشترط عليك ان لا يلبسه أيام المطر و يفصح عن ذلك انه لو سئل المعير عن انك أذنت له في لبسه أيام المطر يقول لإبل نفيت الاذن فيه صريحا.

و السر في ذلك ان إزام الطرف بترك فعل لا يجتمع مع الترخيص فيه بل لا بد من رفع اليد عن الإزام و عقد المضاربة من العقود الإذنية حيث ان مدلولها الاذن للعامل في التجارة برأس المال على نحو المشاركة في الربح و إذا اشترط على العامل متاعا خاصا بأن يقول أذنت لك في التجارة بهذا المال على نحو المناصفة في الربح على ان لا تشتري الحيوان فهو في الحقيقة الاذن في التجارة بغير الحيوان لأن إزام العامل بالالتزام بترك تجارة غير الحيوان لا يجتمع مع الاذن في تجارة الحيوان.

و لذا لا يفرق بين ان يقول ضاربتك هذا المال لتتجر غير الحيوان أو يقول ضاربتك بهذا المال على ان لا تتجر بالحيوان.

فقد ظهر مما ذكرنا ان ما في قول عباس من اشتراطه على عامله بان لا يشتروا ذا كبد رطبة لا يمكن حمله على الشرط الخارجى فضلا ما في صحيحة جميل و غيرها.

و اما ثانيا فإنه فرق بين التفسير و الاستشهاد على الحكم فإن الأول من قسم الحكومه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٧

.....

يوجب سقوط الإطلاق عن المفسر بالفتح بخلاف الثاني فإنه لا يوجب تقييدا أصلا فإنه يصح الاستشهاد على الحكم العام ببعض موارد ثبوته المعروف من قبل.

و ما في صحيحة الحلبي من قوله عليه السّلام (الا ان يخالف أمر صاحب المال) مطلق يعم المخالفة فيما إذا كان امره بنحو التقييد في متعلق المضاربة و فيما كان امره بنحو الاشتراط و قوله عليه السّلام فان العباس إلخ استشهاد على الحكم و ان مخالفة أمر مالك رأس المال يوجب ضمان المال و لا فرق في الضمان بين اشتراط الترك أو تقييد متعلق المضاربة و لعله لذلك ذكر السيد اليزدي (ره) بان في الاستشهاد إشارة إلى صورة الشرط الخارجي لا انه ظاهر في إرادته بخصوصه.

و اما ثالثا فنفرض ان الروايات كلها ناظرة إلى صورة الاشتراط الخارجي و ان الشرط في المقام لا يوجب تقييدا في متعلق المضاربة فالحكم الوارد أيضا لا ينطبق على القاعدة فإنه بعد كون العامل مأذونا في شراء ما شرط عليه ترك شرائه يقع الشراء لمالك رأس المال فكيف يكون خسارته على العامل فان النقص قد حصل في رأس المال باذن مالكة فلا موجب لكونه على العامل فان الشرط مقتضاه انقلاب يد العامل على رأس المال بالمخالفة إلى يد ضمان فيضمن تلفه و هلاكه و الخسارة غير التلف و في صحيحة الحلبي الأخرى عن أبي عبد الله عليه السلام قال في الرجل يعطى المال فيقول له أئت أرض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها قال فان جاوزها و هلك المال فهو ضامن و ان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه و ان ربح فهو بينهما فقد ذكر سلام الله عليه الخسارة في مقابل هلاك المال و حكم بأنهما على العامل.

و الحاصل ان ما ورد في هذه الروايات حكم تعبدى و مع صحة إسنادها و تمام دلالتها يتعين الأخذ بمقتضاها و الله سبحانه هو العالم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٨

و النهى عن أكل المال بالباطل (١)

### [الأخبار في الاتجار بمال اليتيم]

و من هذا القبيل الأخبار الواردة في اتجار غير الولي (٢)

(١) لا يخفى ان روايات الباب حاكمة على النهى عن تملك مال الغير بالباطل فان مع ترخيص الشارع في التملك المزبور، لا يكون الأكل أكلا بالباطل كما أنها بالإضافة الى ما دل على عدم حل المال بغير رضا صاحبه أخص مطلق فيرفع اليد بها عن إطلاقه و الوجه في كونها أخص ما تقدم من ان مقتضى اجازة المالك لمعاملة العامل انتقال تمام الربح الى المالك فيكون تملك العامل الحصه من الربح، تملك مال الغير بلا رضاه كما ان مقتضاها انه يجوز لمن انتقل إليه رأس المال تملكه و لو بلا اجازة مالكة فيرفع بذلك عن إطلاق حديث عدم حل المال بغير رضا مالكة.

(٢) و هذه الروايات لا تعم ما إذا اتجر الولي للطفل فان تجارته نافذة في حق الطفل و ليس على الولي ضمان كان مليا أولا فإن التفصيل في تلك الروايات بين كون العامل له مال أولا قرينة على ذلك لان اعتبار كون العامل مليا لأجل أن يعرض عن مال الطفل في صورة تلفه أو الخسارة، و هذا لا يجري في صورة اتجار الولي لمصلحة الطفل لعدم الموجب لضمانه بل يجري الضمان في صورة اتجار الولي بمال الطفل لنفسه باستقراضه أو كان العامل بمال الطفل أجنبيا لم يكن له ولاية على مال الطفل أو وكالة فيه.

و بتعبير آخر إذا كان ولي الطفل مليا يجوز له الاستقراض بمال الطفل و الاتجار لنفسه و في صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل ولي مال يتيما يستقرض منه فقال انه على بن الحسين قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٩

.....

في حجره فلا بأس بذلك «١» و يرفع عن إطلاقها بمثل صحيحة ربي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل عنده مال اليتيم فقال ان كان محتاجا و ليس له مال فلا يمسه ماله و ان هو اتجر فالربح لليتم و هو ضامن و في رواية منصور الصيقل قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به قال فقال إذا كان عندك مال و ضمنته فلك الربح و أنت ضامن للمال و ان كان لا مال لك و عملت به فالربح للغلام و أنت ضامن للمال «٢».

و كذا يجوز للولي المضاربة بمال الطفل فيما إذا رأى ذلك صلاحا للطفل و هذا مقتضى ولايته على الطفل و ماله و ذكرنا ان الروايات الواردة في كون الربح لليتم و الخسارة و الضمان للعامل لا تكون ناظرة الى هذه الصورة بقريته اعتبار كون الولي مليا فان ملائته و عدمها لا دخل لهما في جواز المضاربة للطفل و في رواية أبي الربيع قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لأخ له يقيم و هو وصيه أ يصلح له ان يعمل به قال نعم كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما قال قلت فهل عليه ضمان قال لا إذا كان ناظرا له فان ظاهرها عدم الضمان للولي فيما إذا كان في اتجاره مراعيًا لمال الطفل.

و اما رواية أسباط قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام كان لى أخ و هلك و اوصى الى أخ أكبر منى و أدخلنى معه فى الوصية و ترك ابنا صغيرا و له مال أ يضرب به أخى فما كان من فضل سلمه لليتم و ضمن له ماله فقال ان كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف فلا- بأس و ان لم يكن له مال فلا- يعرض لمال اليتيم فإنها غير ظاهرة فى اعتبار الملائة فى الولي فى صورة تجارته للطفل بل ظاهرها اعتبارها فى صورة استقراض الولي و لا يكون فرض دفع الربح الى اليتيم قريته على كون تجارته

(١) الوسائل الجزء (١٦) باب (٣٤) من أبواب العتق.

(٢) الوسائل الجزء (٦) الباب (٢) من أبواب من يجب عليه الزكاة الحديث (٧)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٠

.....

لليتم مع ان الرواية ضعيفة سندا و لا يمكن الاعتماد عليها فى رفع اليد عن القواعد العامة.

لا يقال يظهر من بعض الروايات جواز استقراض الولي من مال الطفل و لو مع عدم الملائة و فى رواية البنظى قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون فى يده مال لأيتام فيحتاج اليه فيمد يده فيأخذه و ينوى أن يردده فقال لا ينبغي له ان يأكل إلا القصد و لا يسرف فان كان من نيته ان لا يرد عليهم فهو بالمنزل الذى قال الله عز و جل إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا.

(فإنه يقال) مع ظهورها فى الترخيص فى الاستقراض لقوته لا- للتجارة و نحوها و معارضتها بما هو من قبيل الحاكم بالإضافة إليها كرواية زرارة و محمد بن مسلم معا عن أبي عبد الله عليه السلام قال (مال اليتيم ان عمل به الذى وضع على يديه ضمن و لليتم ربحه قال- قلنا له قوله و مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ قال انما ذلك إذا حبس نفسه عليهم فى أموالهم فلم يجد لنفسه فليأكل بالمعروف من مالهم لا يمكن الاعتماد عليها لضعف سندها.

و الحاصل ينحصر ضمان مال الطفل و كون تمام الربح لليتم بموردتين:

أحدهما- ما إذا كان العامل أجنبيا يعمل بمال الطفل من غير ولاية و وكالة عن وليه و ثانيهما- ما إذا لم يكن وليه مليا و قد استقرض مال الطفل و اتجر به لنفسه و فى صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام فى مال اليتيم قال العامل به ضامن و لليتم الربح إذا لم يكن للعامل مال و ان عطب أده.

فإنه يرفع اليد عن إطلاقها بالإضافة إلى الولي المولى المستقرض مال الطفل و التجارة به لنفسه بما تقدم و قد ذكر كون الربح لليتيم فى صورة عدم ملائمة الولي فى صحيفه ربعي المتقدمة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩١

و ربما يؤيد المطلب أيضا برواية ابن أشيم (١).

ثم انه لا- فرق فى كون تمام الربح لليتيم بين كون الاتجار بعين مال اليتيم أو أدى العامل به ما عليه من ثمن ما اشتراه بدمته و فى صحيفه زرارة و بكير معا عن أبى جعفر عليه السلام قال ليس على مال اليتيم زكاة الا ان يتجر به ففیه الزكاة و الربح لليتيم و على التاجر ضمان المال فان هذه ايضا تعم ما إذا كان التاجر بمال الطفل وليا أو غيره.

فتحصل من جميع ذلك ان مفاد هذه الروايات أجنبية عن بيع الفضولى بل و لا استيناس فيها له و أن الحكم الوارد فيها تعبدى و هو الحكم على المعاملة بكون ربحها للطفل حتى فيما إذا كان ذلك على خلاف القواعد كما إذا اشترى غير الولي بثمان بدمته و دفع ما عليه من مال الطفل أو اشترى الولي غير المولى كذلك.

و بذلك يظهر أن ما قيل من أن حكم الشارع بثبوت الربح لليتيم اجازة للمعاملة الفضولية غير صحيح، فان مقتضى الإجازة فى المثالين وقوع المعاملة للمتجر لا- للطفل كما ظهر انه لا- يمكن تطبيق الروايات على القاعدة بدعوى أنه إذا لم يجز للولي الاستقراض بمال الطفل و كان القرض محكوما بالبطان تكون المضاربة واقعة على مال الطفل فيكون الربح له فان ظاهرها كون تمام الربح لليتيم و هذا لا- يناسب صحة المضاربة كما ان كون الخسران على الذى وضع يديه بمال الطفل لا يناسبها. أضف الى ذلك انه إذا كان اشتراء العامل بدمته و دفع مال اليتيم أداء لما عليه لا تقتضى القاعدة إلا بطلان الأداء لا دخول الربح فى ملك اليتيم.

(١) أقول يحتمل كون العبد المأذون مأذونا حتى من قبل الورثة بالبيع و الشراء لهم بان كان لهم عنده مال غير الألف الذى دفع اليه مورثهم و على ذلك فمطالبتهم باب العبد المأذون، ليس من اجازة شراء الفضولى ليؤيد بهذه الرواية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٢

.....

صحة عقد الفضولى بلحوق الإجازة به و يحتمل كون دعوى الورثة من جهة ان العبد المعتق بالكسر كان و كيلا من قبل أبيهم لا وصيا عنه حيث لم يصرح فى الرواية بأنه أوصى الى العبد المدفوع اليه المال و بما ان الوكالة تبطل بموت الموكل فدعواهم ان الشراء كان بعين مالهم بمنزلة اجازة لشراء الفضولى.

ثم ان الحكم بعود المعتق بالفتح رقاً لمولاه الأول باعتبار ان الورثة و مولى العبد المأذون و مولى العبد الحاج لا دعوى لهم على العبد المأذون بان يطالبوه بحق لازم عليه بل المخاصمة تكون بين ورثة الميت و مولى العبد المأذون و مولى العبد الحاج و كل من الورثة و مولى العبد المأذون يدعى مالكية العبد الحاج بالشراء وكالة أو بإجازة شراء الفضولى و ينكر ذلك عليهم مولاه يعنى مالكة الأول و الأصل المعتبر و هو استصحاب عدم الانتقال مقتضاه كون مالكة الأول منكرة.

(لا يقال) لا مجال للاستصحاب المزبور حيث ان أصالة الصحة فى الشراء تكون حاكمه عليه فإنه يقال إنما تجرى أصالة الصحة مع إحراز تحقق أصل الشراء كما إذا شك فى بعض شروط صحته و اما مع عدم إحراز وجود أصل المعاملة و تحقق عنوانها فلا مورد لأصالة صحتها و المقام كذلك فإنه على إنكار مولى المعتق بالفتح لا يحصل الشراء أصلا.

(لا يقال) يؤخذ بإقرار العبد المأذون بأنه اشترى أباه بما دفعه اليه الرجل كما هو مقتضى قاعدة من ملك شيئا أى تصرفا ملك الإقرار بذلك التصرف.

(فإنه يقال) لا مجرى في المورد للقاعدة أيضا حيث يقبل إقرار المالك بالعمل أي اخباره عن وقوعه أولا ووقوعه مع إحراز أنه سلطان للعمل المزبور في زمان اخباره لا بعد انقضاء زمان سلطنته على ذلك التصرف مثلا إذا أخبر الزوج بالرجوع في زمان عدة زوجته فان كان اخباره في زمان العدة يقبل منه و بعد انقضائه لا يقبل  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٣

.....

و في المقام إقرار العبد المأذون بأنه اشترى بالمال الذي دفعه اليه الرجل إقرار بعد انقضاء زمان وكالته عن المورث فلا يسمع. أضف الى ذلك ان القاعدة المزبورة موردها اختلاف الوكيل مع موكله لا مورد دعوى موكله على الآخر أو بالعكس بان يكون اخبار الوكيل موجبا لثبوت حق موكله على الآخر أو العكس كما إذا قال موكله باع و كيلي المتاع بمائة و قال المشتري بل اشتريته بثمانين فان اعتراف الوكيل بكون الثمن مائة لا يوجب تعيين الثمن بل يحسب الوكيل على تقدير عدالته شاهدا و تفصيل الكلام موكول الى محله.

نعم في الرواية إشكال آخر و هو انه كيف حكم الامام عليه السلام بصحة الحج مع اشتراط الحج بكون الحاج حرا أو يكون حجة بإذن مولاه و كيف يستحق الأجرة مع ان المال المدفوع اليه ملك الورثة.

و (الجواب) عن ذلك بان الرواية غير ناظرة إلى صحة الحج بل ظاهرها ان العبد الحاج قابل للرد الى مواليه و لكن حجه لتصرمه و انقضائه غير قابل للرد ضعيف فان ظاهر مضي الحج صحته و ظاهر عدم رده عدم جواز استرداد ما دفع اليه بعنوان الأجرة على الحج. و الحاصل ان عدم جواز حج العبد من غير اذن مولاه ليس من جهة حرمة تصرف العبد في ملك مولاه ليقال بأنه لا تثبت هذه الحرمة مع غفلة العبد عن بطلان عتقه فيعم الحج ما دل على مشروعية حج الإنسان عن نفسه أو غيره بل عدم جوازه باعتبار اشتراط اذن مولاه في حجه كما هو ظاهر قوله سبحانه عَدِيدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ و ظاهر الروايات الواردة في حج العبيد و الإمام فلا حظ و الذي يسهل الأمر ضعف الرواية سندا فان الشيخ (ره) رواها بإسناده عن الحسين بن سعيد عن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٤

و مما يؤيد المطلب صحيحة الحلبي (١).

ابن محبوب عن صالح بن رزين عن ابن أشيم و صالح بن رزين و ان وقع في اسناد تفسير علي بن إبراهيم الا ان ابن أشيم ضعيف. (١) رواها الشيخ (ره) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي و ظاهر أخذ الثوب بوضيعة الا قاله بتنقيص من ثمنه فيكون النهي عن الأخذ المزبور كما هو مقتضى النهي عن المعاملة إرشادا إلى بطلانها و على ذلك فإذا باعه البائع ثانيا يكون يبيعه من المشتري الثاني فضوليا و حيث ان مشتريه الأول المالك للثوب واقعا كاره للثوب يكون أخذه التفاوت عنده رده عليه اجازة للبيع الثاني.

و ربما يقال ان الرواية لا ترتبط ببيع الفضولي أصلا فإنه لم يفرض في الرواية ان المشتري الأول قد أجاز البيع الثاني و لعله لا يرضى بالبيع الثاني بعد وقوعه لزيادة القيمة السوقية للثوب بعد إقالته و لو كان الحكم بصحة البيع الثاني باعتبار كونه فضوليا قد لحق به الإجازة لزم رد تمام الثمن فيه، على المشتري و استرداد المدفوع إليه بالإقالة الفاسدة بل الظاهر ان البيع الثاني يبيع تام يقع للمشتري الأول حيث ان رده الثوب على بائعه بوضيعة إبراز منه لرضاه ببيعه بأكثر من ثمنه و مع هذا الإبراز يقع البيع الثاني من البائع مقارنا لرضاه المبرز فيصح.

(أقول) كيف يكون مع غفلة البائع و المشتري الأول عن بطلان الإقالة إبراز من المشتري الأول و الاذن منه للبائع يبيعه بأكثر من ثمنه



نظير ما إذا باع متاعه ببيع فاسد شرعا فإنه كيف يمكن الالتزام ان البيع المزبور مع الغفلة عن فسادة توكيل للمشتري ببيعه بأزيد من الثمن المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٥  
و يمكن التأييد له ايضا (١).

نعم في مثل ما وكل الغير في بيع متاعه بالأقل باعتقاد ان متاعه لا يساوى أكثر من ذلك يكون ذلك توكيلا بأكثر من المقدار المزبور وقد ذكر نظير ذلك في توكيل رسول الله صلى الله عليه و آله عروة بشراء شاة واحدة بدينار فاشترى شاتين فان التوكيل المزبور يدل بالفحوى على توكيله في شراء شاتين بالمقدار المزبور.

و الحاصل الظاهر وقوع المعاملة المزبورة بنحو الفضولى و كراهة المشتري الثوب المزبور و أخذه ما زاد على المقدار المدفوع اليه عند رده عليه اجازة عملية للبيع المزبور كما ان أخذ ذلك التفاوت مبادلة معاطية بين المدفوع إليه أولا و مقدار مساويه الباقي بيد البائع و يتعين الالتزام بها سواء كان البيع الثانى من البيع الفضولى أو من البيع التام باعتبار الرضا المبرز بالإقالة.

(١) لا يخفى ان حمل الموثقة على صورة كون شراء السمسار فضوليا ليجيره دافع الورق فيما أراد و يرده فيما لم يرد ضعيف غاية فإنه ان فرض ان مالك الورق قد اذن له في شراء المتاع فشرائه يخرج عن الفضولى لا محالة و ان لم يأذن له في شرائه فالشراء و ان يكون فضوليا الا ان لازم ذلك ان لا يكون للسمسار حق المطالبة بالأجرة على شرائه حتى بعد اجازة مالك الورق فان الموجب لاستحقاق الأجرة توكيله أو الاذن في الشراء و المفروض عدمهما.

و كذا لا تحمل على شراء السمسار لنفسه بان يكون الورق المدفوع اليه قرضا عليه فيشترى به المتاع لنفسه أو يوفى به دينه أى الثمن الكلى بذمته فان هذا لا يناسب توصيف السمسار بأنه يشتري بالأجر فان توصيفه به بمنزلة ذكر انه في فرض السؤال أيضا يشتري بالأجر و الا لم يكن للتوصيف المزبور معنى فان السمسار و هو الدلال شأنه أخذ الأجرة على شرائه و بيعه للغير.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٦

### [الأخبار الواردة في تحليل الخمس]

و ربما يؤيد المطلب بالأخبار الدالة (١)

و أيضا ان السمسار مع شرائه لنفسه ثم يبيعه لصاحب الورق، لا يستحق على الشراء المزبور أجرة أصلا غاية ان له ان يبيع ما اشتراه بالأكثر، فيتعين في فرض الرواية الشراء لصاحب الورق مع جعل الخيار له، و لعل نظر السائل ليس السؤال عن جواز هذا النحو من الشراء، بل عن عدم إعطاء صاحب الورق الأجرة على شراء السمسار في فرض عدم أخذه ما اشتراه السمسار.

و حاصل الجواب انه لا بأس بذلك بعد المقالة بأنه لا يعطى أجرة على شراء متاع لا يريد أخذه، و الله سبحانه هو العالم.

(١) و توضيحه ان مجرد اجراء النكاح و عقده، لا يكون محرما على العبد تكليفا فان إجرائه كسائر تكلمه لا يكون من المحرمات و لو مع عدم اذن صاحبه، و المراد من معصية السيد عدم حصول رضاه مع اعتبار حصوله في نفوذ نكاحه، و الاستفادة من تلك الاخبار انه كلما كان نقص المعاملة و عدم نفوذها من جهة معصية أحد يعنى من جهة فقد رضاه من يعتبر في نفوذها رضاه، فتمت تلك المعاملة بحصول ذلك الرضا و لو بعد زمان، و هذا بخلاف المعاملات التى يكون عدم نفوذها باعتبار عدم رضاه الشارع بها كالنكاح فى العدة، فإنه لا يحتمل عروض الصحة له.



و مما ذكرنا يظهر ان هذه الاخبار تفيد فيما كان نقص المعاملة من جهة اعتبار الرضا فقط كبيع الراهن بدون رضا المرتهن، و اما إذا كان عدم نفوذه من جهة عدم إضافته أيضا الى المالك كما هو مورد كلامنا، فلا.

و يستدل على صحة بيع الفضولي بروايات تحليل الخمس للشيعة مطلقا أو في خصوص المناكح و المساكن و المتاجر فان المراد بالمناكح الجوارى التى تدخلن فى الرق بالأسر، فهن اما ملك الامام عليه السلام كما إذا وقعن فى الأسر فى الحرب  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٧

.....

بلا اذنه عليه السلام أو ان له عليه فيهن الخمس، كما إذا كان الحرب باذنه عليه السلام فيكون شرائهن ممن عنده من الشراء فضولا و تحليلهن للمشتري فيما إذا كان شيعيا من لحوق الإجازة بالشراء المزبور فينتقل الخمس الى بدلهن و هو الثمن الذى يأخذه البائع.  
و كذا الأراضى التى تكون ملكا للإمام عليه السلام، كالتى تؤخذ من الكفار بالحرب من غير اذنه عليه السلام أو تكون له فيها الخمس كالأرض المشتراة من الذمى فيما إذا تملكها باثرائها من المسلم فإنه إذا باعها الذمى من الشيعى يكون الشراء فضوليا بالإضافة الى خمس الأرض و تحليل تلك الأرض للمشتري اجازة لشرائها، و المراد بالمتاجر الأموال المشتراة المتعلقة بها الخمس بيد من لا يعتقد بالخمس، فان شرائها من البائع المزبور يكون من الشراء الفضولى و تحليلها للمشتري الشيعى اجازة لشرائها، كما ذكر.  
بل ذكرنا فى محله ان ظاهر اخبار التحليل هو تحليل الخمس مطلقا سواء كان من قبيل المناكح و المساكن أو المتاجر بالمعنى المزبور أولا، و مقتضى الجمع بينها و بين مثل صحيحة على بن مهزيار الدالة على ان الخمس فى كل ما يفيد الرجل الى ان قال (ان يبلغ مواليه بإيصال حقه عليه السلام اليه أو وكيله) هو ان الذى يتعلق الخمس بالمال فى يده مكلف بإيصاله إلى أربابه و انه لم يتعلق بالخمس المزبور حل بالإضافة اليه و اما الذى يقع هذا المال بيده قبل إخراج خمسه لا يجب عليه إخراج الخمس السابق، و انه يحل له تمام ذلك المال.

و على ذلك فلو اشترى متاعا تعلق به الخمس فى يد بايعه، يملك تمام ذلك المتاع كما هو مقتضى شمول اخبار التحليل للمشتري و ينتقل الخمس بثمنه المدفوع كما هو مقتضى عدم تحليل الخمس للبائع و إذا وصل الى يد الشيعى من غير معاوضة كما إذا  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٨

.....

دفع المشتري ما فيه الخمس إلى البائع و فاء لما عليه من الثمن الكلى فيمكن أن يقال بضمنان المشتري الخمس حيث ان دفعه اليه و فاء لما عليه من الثمن مع تحليل الخمس للبائع إتلاف منه للخمس فيضمن و كذا فى موارد دفعه الى المشتري مجانا بخلاف ما إذا كان انتقال ذلك المال إلى الشيعى بحكم الشارع فقط كما فى موارد إرث المال الذى تعلق به الخمس بيد المورث، فان مقتضى تلك الاخبار حل ما فيه الخمس للمورث، و المورث لا يضمن الخمس حيث انه لم يدفعه ليضمن إتلافه، و هكذا.

و يشهد أيضا على ان من بيده تعلق الخمس بالمال، مكلف بإخراجه صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام فى الرجل من أصحابنا يكون فى لوائهم و يكون معهم فيصيب غنيمه قال يؤدى خمسا و يطيب له و صحيحة حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال خذ مال الناصب حيثما وجدته و ادفع إلينا الخمس و فى موثقه عمار عن أبي عبد الله عليه السلام انه سئل عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل قال لا الا ان لا يقدر شىء بأكل و يشرب و لا يقدر على حيلة فإن فعل فصار فى يده شىء فليبعث بخمسه الى أهل البيت و فى صحيحة ابن ابى نصر قال كتبت الى ابى جعفر عليه السلام الخمس أخرجه قبل المؤنة أو بعد المؤنة فكتب بعد المؤنة، الى غير ذلك.

نعم ورد في بعض الروايات التحليل بالإضافة إلى من تعلق الخمس بيده و لكن مدلولها تحليل شخصي لا يمكن التعدي أو استفادة الحكم الكلي، كروايتي مسمع بن عبد الملك و علي بن مهزيار.

ثم ان الروايات الواردة في تحليل الخمس للشيعة قد تذكر شاهدة لتمام شراء الفضولي بلحوق الإجازة به بل قيل ان التحليل اجازة بنحو الكشف كما هو مقتضى قول علي عليه السلام (الا و ان شيعتنا من ذلك و آباؤهم من حل) و ربما يذكر انه قد إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٩

.....

تقدم عدم خروج البيع عن الفضولية بمجرد مفارنته برضا المالك واقعا بل لا بد من إبراز الرضا و عليه فيقل الكلام في ان مجرد إبراز الرضا كاف في خروجه عن الفضولية و ان لم يصل ذلك الإبراز إلى العاقد كما إذا باع مال الغير قبل وصول إبراز المالك رضاه اليه أو انه يعتبر في خروجه عن الفضولية و وصول ذلك الإبراز إلى العاقد قبل عقده المعبر عن ذلك بالاذن الظاهر هو الثاني لأنه لا يصح استناد البيع إلى المالك و انه قد باع ماله مع حصول العقد من العاقد قبل وصول ذلك الإبراز إليه فيكون الإبراز المزبور من الإجازة اللاحقة للبيع الفضولي أقول هذا الكلام عجيب فإنه إذا لم يكن الإبراز المزبور مصححا لاستناد البيع إلى المالك، فكيف يعتبر ذلك الإبراز اجازة مع انه يعتبر في الإجازة كونها مصححة لاستناد العقد إلى المجيز.

و بعبارة أخرى كما يعتبر في صحة الاستناد و وصول إبراز الرضا من المالك إلى العاقد كذلك يعتبر فيها و وصول خبر البيع إلى المالك و إظهار رضاه به بعد الاطلاع المعبر عن ذلك بالإجازة.

و الحاصل انه لا يعقل ان يكون إبراز الرضا من علي عليه السلام توكيلا للشيعة في الشراء أو اجازة منه لذلك الشراء حيث لا يعقل الوكالة لما بعد موت الموكل أو الإجازة للعقد الواقع بعد موته و الصحيح ان التحليل المزبور لا يرتبط بإجازة شراء الفضولي و لا بالتوكيل فيه ليقال انه كيف يصح استناد الشراء إلى الامام عليه السلام بل هو من قبيل إعطاء الولاية لمن ينتقل اليه ما فيه الخمس على المعاملة عليه نظير إعطاء الموصى الولاية على الوصي على التصرف في ثلثه بإجارته أو بيعه أو بيع منافعه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٠

و فيه ان دلالة على الحصر ممنوعة (١)

و قد تقدم نظير ذلك في شراء الخراج و تقبل الأرض من السلطان حيث ذكرنا ان تحليل الخراج المأخوذ منه و تحليل تلك الأرض، إعطاء ولاية للمشتري و المتقبل في الشراء و التقبل.

(لا يقال) تحليل الخمس للشيعة لا يلازم الحكم بصحة شراء الخمس ليتكلم في انه بنحو التوكيل أو الإجازة أو من إعطاء الولاية بل مقتضاه أن يجوز للشيعة تملك ما فيه الخمس فإذا اشترى متاعا تعلق به الخمس بيد بايعه، فمقتضى اخبار التحليل، انتقال ذلك المتاع بتمامه إلى المشتري و لو تملك البائع تمام الثمن يكون ذلك تحليلا للخمس له فلا بد من القول بأنه لا يملك من الثمن المقدار الواقع مقابل خمس المتاع بل يبقى ذلك المقدار من الثمن في ملك المشتري فيجوز له الامتناع من دفعه إلى البائع على تقدير تمكنه على الامتناع و كذا في مورد اشتراء المتاع بثمن فيه الخمس فإنه يكون تمام الثمن ملكا للبائع، و اما المتاع فخمسه يبقى في ملك البائع فيجوز له الامتناع عن دفعه إلى المشتري و على تقدير دفعه لا يدخل في ملك المشتري.

(فإنه يقال) لسان اخبار التحليل ان التحليل لتسهيل الأمر على الشيعة في معاملاتهم و مناكحهم و معاشراتهم، و هذا يناسب إمضاء المعاملة الجارية على مال الخمس أو إعطاء الولاية على تلف المعاملة لا الاذن في تملك كل ما وقع بيده مما فيه الخمس و لو كان ذلك الوقوع عدوانا على من تعلق الخمس بالمال في يده أو على أرباب الخمس.

(١) قد تقدم في بيان صحة بيع المكره بلحوق الإجازة به بيان كون الاستثناء في الآية منقطعاً فلا دلالة فيها على الحصر و ان مقتضى تقييد التجارة بكونها عن تراض، عدم كونها بإطلاقها موجبة لتملك مال الغير و اما كون التجارة ناشئة عن التراضي بحيث إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠١

.....

لا ينفع لحوق الإجازة بها فلا يعتبر باعتبار ان القيد كما ذكر غالبى لا يمنع عن التمسك في صحتها مع لحوق الإجازة بها بإطلاق حل البيع و عموم وجوب الوفاء بالعقد.

لا يخفى ان المنسوب الى أهل الكوفة قراءة تجارة بالنصب و الباقي بالرفع و على قراءة رفعها يكون عن تراض قيدها للتجارة أو خبراً عنها و الخبر في معنى القيد لها و اما على قراءة النصب فيحتمل ان يكون عن تراض خبراً بعد الخبر فمفاد الآية لا تملكوا أموال الناس بالباطل و تملكوها بالتجارة و بالتراضي و المصالحه، و على ذلك فلا يكون في الآية، تقييد التجارة بكونها ناشئة عن التراضي و لكن غلبه توصيف النكرة و منها التجارة في الآية يوجب كون الظرف قيدها لا خبراً بعد خبر.

ثم انه (ره) قد قرب شمول الآية للعقد الفضولى بلحوق الإجازة به و ان مقتضى الآية صحته حتى على تقدير كون القيد قيدها غير غالبى و ان له مفهوماً كسائر القيود و وجه التقريب ان خطاب النهى متوجه الى الملاك و انهم قد نهوا عن يأكل بعضهم مال بعض آخر بالوجه الباطل بل يجوز التملك بتجارة الملاك الناشئة عن رضاهم و من الظاهر ان التجارة قبل اجازة المالك لا تكون تجارته بل يتم استنادها اليه بإجازتها فتكون تجارته عن رضاه كما لا يخفى.

و قد ذكر اليزدى (ره) الصحيح في الجواب عن الاستدلال بالآية على بطلان بيع الفضولى هو كون خطاب النهى متوجه الى الملاك بالتقريب المزبور و الا فدعوى ان الاستثناء فيها منقطع فلا يدل على الحصر غير صحيحة لأن الاستثناء المنقطع في نفسه مستحيل فإنه لا يصح ان يقال ما رأيت من العلماء أحداً إلا بطيخاً و ما جائنى إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٢

.....

زيد الا عمرو و من الظاهر انه لو كان إلا في موارد الاستثناء المنقطع بمعنى (لكن) لصح كلا الاستعمالين و عدم صحتها كاشف عن أن إلا في جميع موارد استعماله يستعمل في الاستثناء.

غاية الأمر يكون المراد من المستثنى منه ما يعم الاستثناء ادعاء بان يراد في قوله ما جائنى من العلماء الا خادمهم العلماء و من يتعلق بهم و على ذلك ففي قوله سبحانه **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** لا يكون المستثنى منه شيئاً من المذكورات فيها من الأكل و الأموال و الباطل بل المستثنى منه محذوف و هو بشيء من الأسباب و المعنى لا تأكلوا أموالكم بينكم بشيء من الأسباب فإنها باطلة الا ان يكون ذلك السبب تجارة عن تراض فقد حذف المستثنى منه و أقيم علقته مقامه نظير قوله سبحانه **وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ** و **إِنْ يَسْرِقْ فَقَدْ سَرَقَ أَخٌ لَهُ مِنْ قَبْلُ**.

(أقول) لا- يقاس آية النهى عن الأكل بشيء من الآيتين في حذف الجزاء و قيام تعليقه مقامه فان المذكور فيهما لا يصلح ان يكون جزءاً مترتباً على الشرط الوارد فيهما و لكن الأمر في آية النهى عن الأكل ليس كذلك و ليس فيها تلك القرينة و لم يذكر فيها لا تأكلوا أموالكم بينكم فان أكلها باطل بل قوله سبحانه بالباطل في نفسه ظاهر في كونه متعلقاً بالأكل الوارد عليه النهى و انه عنوان لسبب الأكل لظهور الباء في السببية فيكون المنهى عنه هو الأكل الخاص و هو الأكل بسبب الباطل فيكون التجارة عن تراض من الاستثناء المنقطع فإنه لو لا الاستثناء لما تدخل في المستثنى منه.

و ما قيل في وجه استحالة استثناء المنقطع و عدم كون الابعنى لكن و الاستشهاد بالمثاليين المتقدمين غير صحيح غاية الأمر ان لا يكون إلا في موارد استثناء المنقطع  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٣

### [الاستدلال على بطلان البيع فضولا]

و اما السنة (١)

بمعنى لكن بل بمعنى الاستثناء و لو ادعاء و هذه الادعاء صحيحة فيما كان المستثنى مناسبا للمستثنى منه و لا يستلزم ان يكون المراد بالمستثنى منه معناه المجازى ليعم المستثنى فإذا قيل ما جئني من العلماء الا خادمهم فالمستثنى مع المستثنى منه يعد في العرف عائلة و الأكل بالتجارة مع الأكل بالأسباب الباطلة يعد تملكا بالسبب و هكذا و هكذا فلاحظ و تدبر.  
(١) الروايات التي ذكرها في المقام على طوائف:

الأولى- ما تضمن النهى عن بيع ما ليس عنده و في النبوى المحكى في اخبار العامة قوله صلى الله عليه و آله لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك و في رواية سليمان ابن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام و رواية حسين بن زيد عن الصادق عن آبائه في مناهى النبى صلى الله عليه و آله قال و نهى عن بيع ما ليس عندك و عدم حضور المبيع عند البائع كناية عن عدم تمكنه على تسليمه لعدم ملكه حال البيع و ذلك للجزم بعدم اعتبار وجود المبيع في مكان يكون البائع فيه حال البيع.

و على ذلك فتكون هذه مساوية للطائفة الثانية و هى- ما تضمن نفى البيع إلا إذا تعلق بملكه كقوله في النبوى الآخر لا بيع الا فيما يملك بعد قوله لا طلاق إلا فيما يملك و لا عتق الا فيما يملك و هذا كما يظهر من الروايات المتعددة «١» إلغاء للبيع قبل الملك و إلغاء للطلاق قبل الزواج و العتق قبل الملك و لو بان يقول لو تزوجتك فأنت طلاق أو لو تملكتهك فأنت حر.  
الثالثة ما تضمن نفى الجواز عن بيع غير الملك و في التوقيع لا يجوز بيع ما ليس يملك

(١) الوسائل الجزء (١٥) الباب (١٢) أبواب مقدمات الطلاق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٤

.....

و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك (١) و لكن لا يخفى ان ظاهره عدم نفوذ بيع ما لا يملكه بايعه.  
و اما انه لا يتم أيضا لملكه بإجازته فلا تعرض له في الصحيحة بقريته الحكم في ذيلها بوجوب البيع و لزومه فيما يملك فإن المقابلة المزبورة مقتضاها ان النفي و الإثبات بالإضافة إلى البائع فقط.

الرابعة صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال سئل رجل من أهل النيل عن ارض اشتراها بفم النيل و أهل الأرض يقولون هى أرضهم و أهل الأسنان يقولون هى من أرضنا فقال لا تشتريها الا برضا أهلها «١» و رواية الحميرى انه كتب الى صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه الشريف الى ان قال فأجابه الضيعة لا يجوز ابتياعها الا من مالكتها أو بأمره أو رضى منه «٢» و الرواية مرفوعة لعدم ذكر الطبرسى سنده إلى الحميرى و المراد برضا المالك هو الرضا المحرز بإظهاره و الا فلا عبرة بالرضا المعلوم بغيره و لا يخرج العقد به عن الفضولية كما مر بيانه عند التعرض لقضية عروة البارقي و كذا الحال في الرضا الوارد في صحيحة محمد بن مسلم و اعتبار رضا أهل الأرض في تلك الصحيحة باعتبار انهم ذوى اليد عليها.

و الحاصل مدلول الروايتين دخالة رضا المالك في تمام البيع و الشراء و هذا مما يقبله القائل بتمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة به فان اجازة المالك إظهار لرضاه.  
بالبيع و الشراء كما تقدم.

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٢) أبواب عقد البيع الحديث (١).

(٢) الوسائل الجزء ١٢ الباب (١) أبواب عقد البيع الحديث (٣-٨-٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٥

الظاهر من الموصول (١).

الخامسة- رواية محمد بن القاسم الفضيل قال سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم و كتب عليها كتابا بأنها قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيهها المال أم يمنعهها قال قل له ليمنعها أشد المنع فإنها باعتها ما لم تملكه «١» و لا يخفى ضعف الرواية سندا لعدم ثبوت توثيق لأبي عبد الله البرقي مع انها لا ترتبط بصحة بيع الفضولي بلحوق الإجازة و عدمها فان مدلولها عدم جواز القبض و الإقباض للبائع غير المالك و هذا أمر متسالم عليه بين القائلين بتمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة به و بين المنكرين له.

(١) المراد بما الموصولة في قوله صلى الله عليه و آله العين الخارجى بقريته ما ورد في صحة بيع الكلى على الذمة حالا أو سلما و لو مع عدم تملك شيء منه حال البيع و قد ورد في بعض الروايات الرد على العامة حيث انهم يجوزون بيع الكلى سلما و لا يجوزون بيع الكلى حالا من غير ان يكون البائع مالكا له حال البيع كصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا قال ليس به بأس قال قلت انهم يفسدونه عندنا قال و أى شيء يقولون في السلم قلت لا يرون به بأسا يقولون هذا إلى أجل فإذا كان الى غير أجل و ليس عند صاحبه فلا يصلح فقال إذا لم يكن إلى أجل كان أجود «٢».

(١) الوسائل الجزء ١٢ الباب (١) أبواب عقد البيع الحديث (٣-٨-٢)

(٢) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٧) من أبواب أحكام العقود الحديث (١) ص ٣٧٤.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٦

و من البيع البيع لنفسه (١).

و هذا الرد منه عليه السلام مبنى على مسلك العامة من أخذهم في الأحكام بالاستحسان و القياس الى موارد النص و بما ان جواز السلم مورد النص عندهم و ان تسليم المبيع منه يكون بعد مدة لا يعلم تمكن البائع فيه عليه فيكون بيع الكلى حالا مع إحراز التمكن على تسليمه اولى بالجواز.

و بعبارة أخرى لو كان النهى عن بيع ما ليس عنده أو ليس ما يملكه مطلقا فلا بد من رفع اليد عن إطلاقه و حمله على صورة كون المبيع عينا خارجيا أو بنحو الكلى في الخارج.

(لا يقال) هذه الروايات مع ضعف إسنادها معارضة بما دل على جواز بيع الكلى على الذمة حالا فتحمل على رعاية التقيّة لوقوعها مورد التكذيب.

(فإنه يقال) ليس في الروايات المشار إليها ما يدل على تكذيب المنقول عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بِل مدلولها جواز بيع الكلى على الذمة حالا أو سلماً فتكون مقيدة للنهي المنقول ولا تصل النوبة مع الجمع العرفي بين المتعارضين إلى طرح أحدهما أو حمله على رعاية التقية كما هو المقرر في بحث التعارض.

(١) و الوجه في ظهوره في ذلك هو السؤال الوارد فيه حيث سأل الحكيم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بِل عن بيع الشيء ثم اشترائه و تسليمه إلى مشتريه.

و على ذلك فالمحتمل فيه أحد أمرين: الأول- كون النهي إرشاداً إلى فساد البيع الذي إنشائه البائع غير المالك لنفسه و كونه لغو لا يقع له و لا- لمالكه حتى بالإجازة و يناسب ذلك للاستدلال به على بطلان بيع الفضولي و عدم صحته بالإجازة الثاني- كون النهي إرشاداً إلى عدم وقوع البيع المنشأ عن بايعه الفضولي بل إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٧

.....

يعتبر في وقوعه ان يبيعه بعد ان يملكه و هذا يناسب السؤال الوارد فيه و لا- تعرض فيه لعدم وقوعه عن مالكه بإجازته و يرجع إلى الاحتمال الثاني ما في روايتي خالد و يحيى الآيتين في مسألة بيع الفضولي لنفسه أي مسألة وقوع بيع الفضولي لبائعه كما إذا باع ثم ملك و أجاز حيث ان الخبرين يذكران في تلك المسئلة و جها سابعا من الوجوه المقتضية لبطلان ذلك البيع.

(لا يقال) خصوص المورد في النبوى لا يكون موجبا لتخصيص عموم الجواب أو إطلاقه و ظاهر النهى عن بيع ما ليس عندك أو نفى البيع عنه عدم تمام ذلك البيع لا عن بايعه الفضولى و لا عن مالكه و لو بإجازته.

(فإنه يقال) لو سلم هذا الإطلاق أو العموم لزم رفع اليد عنه بالأخبار الخاصة الواردة في عقد الفضولى و الدالة على ان المعاملة الفضولية تتم للمالك مع أجازته و ليس المراد حمل إطلاق النهى أو عموم نفى البيع على ما ذكر بقريته و جوب الوفاء بالعقود أو دليل حل البيع فإن النهى أو النفي في النبوى بالإضافة إلى دليل وجوب الوفاء بالعقود أو دليل حل البيع خاص أو مقيد و من المقرر في محله ان إطلاق المخصص أو المقيد يكون مقدما ما على عموم العام و إطلاق المطلق بل القرينة على حمل النبوى تلك الأخبار الخاصة الدالة على تمام بيع الفضولى لمالكه مع أجازته.

و ذكر المحقق الإيروانى في تعليقه ان النسبة بين الطائفتين اى الاولى و الثانية و بين ما دل على تمام البيع فضولا بلحوق الإجازة به عموم من وجه فإن الطائفتين ظاهرتان في فساد البيع لنفسه سواء اجازته المالك أو لا فهاتان خاصتان من جهة قصد الفضولى البيع لنفسه و عامتان بلحوق الإجازة به عدمه و ما دل على تمام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٨

و اما الروايتان فدالتهما على ما حملنا (١).

و ان أبيت إلا عن ظهور الروايتين (٢).

بيع الفضولى بلحوق الإجازة به خاصة من جهة لحوق الإجازة به و عامة من جهة قصد الفضولى البيع لنفسه أو لمالكه فيجتمعان فيما إذا قصد الفضولى البيع لنفسه مع لحوق الإجازة به فمقتضى الطائفتين بطلانه و مقتضى ما ورد في تمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة صحته فيتساقطان.

أقول لا- يخفى ان الكلام في المقام في المسألة الاولى من مسائل بيع الفضولى و هى ما إذا قصد الفضولى البيع عن مالكه مع لحوق الإجازة به و إذا كان ذلك محكوما بالصحة كما هو مقتضى كونه أحد موردى الافتراق، فيحكم بصحته بلحوق الإجازة به فيما إذا



قصد الفضولي البيع لنفسه لعدم احتمال الفرق بين المسألتين على ما سيأتى مع انه بعد تساقط الإطلاق من الجانبين يكون المرجع إطلاق حل البيع و عموم وجوب الوفاء بالعقود.

أضف الى ذلك ان النبوى مفاده عدم وقوع البيع للبائع الأجنبي سواء اجازته المالك أم لا- و اما وقوعه للمالك بإجازته سواء باع الفضولى لنفسه أو لمالكة فهو مفاد الروايات الخاصة الواردة فى تمام بيع الفضولى بإجازة المالك فلا تعارض بينها و بين النبوى أصلا حيث ان المنفى فى النبوى و هو وقوع البيع للبائع الفضولى لم يكن مورد الإثبات فى تلك الروايات أصلا.

(١) المراد بهما روايتا خالد و يحيى.

(٢) المراد بهما مكاتبة الحميرى و صحيحة محمد بن مسلم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٩

و الجواب ان العقد (١).

(١) ذكر (ره) أولا- بأن إجراء العقد على مال الغير إذا لم يقصد ترتيب الأثر عليه بلا- اجازة مالكة لا يكون تصرفا فى ذلك المال خارجا ليكون محرما تكليفا و قد مر سابقا ان إجراءاته لا يزيد على التكلم الذى لا يكون المتكلم متصرفا إلا فى لسانه. نعم إذا كان البيع علة تاممة لترتيب الأثر عليه كما فى بيع المالك أو الغاصب كان جواز العقد و حرمة تابعين لجواز ذلك الترتيب و حرمة.

أقول لا يكون بيع الغاصب أو المالك علة تاممة أصلا فإن القبض و الإقباض أمر اختيارى للمتعاقدين قد يترتب على البيع سواء كان صحيحا أو فاسدا و قد لا يترتب عليه و إذا كان ذلك القبض أو الإقباض تصرفا فى ملك الغير فلا تكون حرمة موجبة لحرمة نفس العقد الذى لا- يخرج فى حقيقته عن التكلم بالألفاظ و قصد المعانى منها نعم إذا كان البيع بنحو المعاطاء يكون نفس القبض أولا قباض بقصد حصول البيع تصرفا فى ملك الغير فيكون المحرم نفس القبض و الإقباض لا أحدهما بعنوان العقد كما لا يخفى. و ذكر ثانيا انه لو فرض كون اجراء العقد على مال الغير تصرفا و لكنه من قبيل الاستتائى بضوء الغير و الاصطلاء بناره من قبيل التصرف الجائر عقلا.

(أقول) الاستتائى و الاصطلاء من قبيل الانتفاع بمال الغير الذى لا يكون فيه تصرف و هذا الانتفاع محكوم فى الشرع بالجواز لعدم الدليل على حرمة و مجرد اجراء العقد على مال الغير فضولا لا يكون من التصرف و لا من مجرد الانتفاع بمال الغير كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٠

.....

و ذكر ثالثا بأنه لا ملازمة بين العقد فضولا و بين حرمة حتى ما لو قلنا بحرمة التصرف و الانتفاع بمال الغير فإنه قد يعلم من الخارج و بالقرائن رضاء المالك بإجراء العقد على ماله و هذا لا يخرج عن الفضولية كما مر فى التكلم فى قضية عروة البارقي و على ذلك فلا يمكن الحكم بفساد العقد فضولا فى كل مورد بدعوى انه محرم.

و ذكر رابعا انه على تقدير الملازمة بين فضولية العقد و حرمة فلا- يمكن الحكم بفساده فإن النهى عن المعاملة تكليفا لا يقتضى فسادها.

و ذكر خامسا انه على تقدير استفادة الفساد من الحرمة فالمستفاد فساد العقد من ناحية البائع الفضولى بمعنى عدم كونه سببا مستقلا للنقل و الانتقال لا الفساد حتى من جهة مالكة و لو مع إجازته بأن يكون العقد جزء السبب فيتم بإجازة المالك.

و بما ذكر ظهر انه لو كان قصد العاقد الفضولى ترتيب الأثر على العقد و فرض سراية قبح هذا التجرى إلى الفعل الخارجى يعنى العقد



فلا يكون قبح ذلك العقد أو حرمة من جهة التجري مقتضيا لفساده الا بمعنى عدم كونه سببا تاما.

أقول: ما ذكره- من ان حرمة بيع الفضولي على تقديرها لا تلازم فسادها كما هو المقرر في محله من ان النهى عن معاملة تكليفا لا تقتضى فسادها- صحيح واما- ما افاده من انه على تقدير اقتضاء حرمتها فسادها لا يحكم ايضا بفساد العقد الفضولي وانه لا يتم بلحوق اجازة المالك لان مقتضى حرمة البيع فساده بمعنى عدم كونه سببا تاما فى حصول النقل و الانتقال و هذا مما يعترف به القائل بصحة بيع الفضولي، فإنه يترتب عنده النقل و الانتقال على البيع المزبور مع لحوق الإجازة به- لا يمكن المساعدة عليه فان تمام السبب للنقل و الانتقال ليس هو نفس العقد، بل هو مع رضا المالك،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١١

.....

فتعلق النهى بنفس العقد فى مورد مقتضاه انه لا يتم السبب بالعقد المزبور و لو مع لحوق رضا المالك به، و هذا هو المراد بفساد بيع الفضولي.

و عن النائى (ره) ان النهى عن معاملة انما لا- تقتضى فسادها فيما إذا تعلق النهى بالسبب كما فى النهى عن البيع وقت النداء فان مبعوضيته الإتيان بالإيجاب و القبول بما هو مفوت لصلاة الجمعة لا يقتضى مبعوضيته ملكية المتاع للمشتري بإزاء الثمن و اما إذا تعلق النهى بالمسبب كالنهى عن بيع السلاح من أعداء الدين و بيع المصحف من الكافر فمقتضى تعلق النهى بالمسبب عدم تمكن المكلف على إيجاد السبب و يعتبر فى صحة البيع سلطنة البائع على جعل ملكية المتاع للمشتري و عدم كونه محجورا فى هذا التصرف. و لذا ذكر الفقهاء بطلان الإجازة فى الواجبات المجانية فإن إيجاب الشارع العمل على المكلف يوجب عدم سلطنته على ذلك العمل و كونه محجورا بالإضافة اليه و كذا ذكروا بطلان بيع مندور الصدقة فإن إيجاب الوفاء بالنذر و التصديق بذلك المال يوجب عدم كون المالك سلطانا على التصرف و انتقاله إلى الآخر بالبيع و نحوه.

و الحاصل ان النهى عن المسبب باعتبار اقتضائه الحجر على المالك فى جعل ملكية المتاع للغير يوجب بطلان البيع.

(أقول) المنع عن البيع بمعنى المسبب حقيقته المنع عن اعتبار ملكية المتاع للمشتري و هذه الملكية أمر يعتبرها البائع و مبعوضيتها من المالك كما هو مدلول النهى عن المسبب لا ينافى إمضاءها على تقدير حصولها.

و دعوى ان النهى يقتضى عدم تمكن المالك على إيجاد السبب فإن أريد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٢

.....

عدم تمكنه حقيقة فبطلانه أوضح من ان يذكر.

و ان كان المراد عدم التمكن شرعا فلا معنى له الا مبعوضيته كما هو فرض حرمة تكليفا.

نعم إذا كان النهى وضعيا فمفاده عدم إمضاء المسبب و هذا خارج عن مورد الكلام.

و بالجملة النهى عن معاملة بمعنى النهى عن السبب أو المسبب لا يقتضى فسادها نعم إذا كان متعلق النهى التحريمى عملا يترتب على تمام البيع كحرمة القبض و الإقباض كما فى بيع السلاح لأعداء الدين، حيث ان إقباضه شوكة لهم على المسلمين فيمكن دعوى ان حرمة الإقباض تنافى صحة البيع المزبور، فإنه لا يمكن ان يعمه دليل حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد فتأمل.

و اما مسئلة نذر التصديق بالمال فان وجوب الوفاء بالنذر و التصديق بذلك المال لا يوجب خروجه عن ملك الناذر كما انه لا يوجب النهى عن سائر التصرفات المنافية للتصدق به لأن الأمر بشيء لا يقتضى النهى عن ضده الخاص.

و عليه فيبيع المال المزبور و ان يلزم ترك الوفاء بالنذر الا ان البيع المزبور لم يتعلق به نهى فضلا عن كونه موجبا لفساده و المنسوب الى الفقهاء من التزامهم بفساد البيع المزبور خلافه محرز كما يظهر ذلك بالمراجعة إلى كلماتهم.

نعم إذا كان نذر الصدقة بمفاد نذر النتيجة لما صح بيع المال المنذور، لخروجه عن ملك الناذر بالنذر و دخوله في ملك المنذور لهم.

و اما مسألة الإجارة على الواجبات فقد ذكرنا في ذلك البحث انه لا مانع من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٣

و ان الفضولي غير قاصد حقيقة (١) ان يسبقه منع المالك (٢).

أخذ الأجرة على الواجب إلا إذا كان متعلق الوجوب الإتيان بالعمل مجانا بمعنى إلغاء المالىة عن ذلك العمل فإنه مع الإلغاء لم يصح أخذ الأجرة عليه حتى لو كان مستحبا فضلا عن كونه واجبا.

(١) قد نسب هذا الوجه الى السيد بحر العلوم ايضا و لعل مراده انه يعتبر في صحة البيع إنشاء الملكية حقيقة بان يرى العاقد بنظره ملكية المبيع للمشتري بإزاء الثمن، كما إذا كان العاقد مالكا أو وكلا أو وليا على المالك و اما إذا كان العاقد فضوليا و يبيع المال للمالك متوقفا لإجازته كما هو الفرض في المقام فلا ريب في انه لا يرى ملكية المبيع للمشتري بإزاء الثمن فيكون كبيع الهازل في كونه لغوا.

و الجواب انه ان أريد انه يعتبر في صحة العقد ان يرى العاقد ملكية المبيع للمشتري بإزاء الثمن مطلقا فاعتبار ذلك في حقيقة الإنشاء ممنوع فإنه كيف يعتبره ملكا للمشتري بإزاء الثمن و لو مع عدم قبول المشتري و ان أريد اعتبارها و لو معلقا فهو موجود في العاقد الفضولي أيضا فإنه يرى ملكية المبيع للمشتري معلقا على قبوله و اجازة المالك و مثل هذا التعليق لا يضر بصحة البيع فإنه تعليق على ما يتوقف حصول البيع عليه كما لا يخفى.

(٢) المسئلة الثانية ما إذا سبق منع المالك بيع الفضولى و عن فخر الدين ان هذا البيع ممنوع عند بعض من قال بتمام بيع الفضولى بلحوق اجازة المالك و يشير الى ذلك كلام والده في التذكرة حيث حمل النبوى (أيما عبد تزوج بغير اذن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٤

.....

مولاه فهو عاهر أى زان) بعد تضعيف سنده على تزوجه بعد كراهة مولاه و منعه، و مقتضى إطلاقه عدم اعتبار لحوق الإجازة و رضا مولاه و إذا كان النكاح مع سبق المنع عنه كذلك يثبت هذا في غيره ايضا حيث ان الفرق بين النكاح و غيره من هذه الجهة ضعيف و يظهر اعتبار عدم سبق منع المالك من المحقق الثانى أيضا حيث ذكر في بطلان بيع الغاصب وجود القرينة العامة و هى الغصب على عدم رضا المالك ببيعه.

و كيف كان و قد ذكر المصنف (ره) فى وجه عدم تمام هذا البيع بلحوق الإجازة أمرين: الأول- ان الدليل على صحة عقد الفضولى و تمامه بالإجازة رواية عروة البارقي و هى لا تشمل صورة سبق المنع.

أقول مقتضى ذلك ان يعتبر أيضا فى صحته بلحوق الإجازة رضا المالك به حال العقد واقعا كما هو المفروض فى قضية عروة البارقي.

الثانى- ان بقاء النهى الى ما بعد البيع و عدم نسخه إلى حصوله بمنزلة رد البيع و فيه ان النهى السابق كاشف عن عدم رضا المالك بالعقد بمعنى كراهته له و سيأتى إنشاء الله تعالى ان مجرد عدم الرضا بالبيع و كراهته له لا يكفى فى رده بل لا بد فيه من إلغاء إنشائه

حتى لا ينفذ لحق الإجازة به و استظهار كفايته من بعضهم في مسئلة حلف الموكل بعدم اذنه للوكيل في الشراء و بطلان الشراء بهذا الحلف ممنوع لان بطلان الشراء انما هو فيما إذا كان للحلف ظهور في إلغاء الموكل الشراء فعلا و الا فالشراء المزبور ايضا، قابل للحق الإجازة.

و الحاصل ان ما دل على تمام بيع الفضولى بلحق الإجازة به في المسألة الأولى جار مع مؤيداته في هذه المسئلة ايضا و التفصيل بين المسئلتين بلا وجه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٥

مضافا الى ترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس (١) الصريح في منعه عما عداه (٢) كما هو مورد صحيحة الحلبي المتقدمة في الإقالة بوضيعة (٣) و فحوى الصحة في النكاح (٤)

(١) حيث ان الوارد فيها ان وليدتي باعها بغير اذني و الدعوى المزبورة أى بيعها بغير اذنه يصدق مع النهى السابق عنه و بدونه و ترك الاستفصال في الجواب مقتضاه، عدم الفرق بين الصورتين و تمام البيع بلحق الإجازة به، و لكن لا يخفى انه لو كان قد نهى ابنه عن بيع الوليدة لكان الأنسب أن يذكره في دعواه لا ان يدعى ان ابنه باعها بغير اذنه.

(٢) يعنى اشتراط رب المال على العامل صريح في منع العامل عن غير ما اشترط عليه كما لو اشترط عليه ان يشتري غير الحيوان فإنه صريح في منعه عن شراء الحيوان

(٣) حيث كان المفروض فيها اقالة البائع مع جهله بفسادها و معه يكون بيعه المتاع المزبور من المشتري الآخر بقصد كون البيع له.

(٤) كان مراده ما ورد في نكاح العبد حيث يجعل نفسه في إنشائه طرفا في النكاح مع كونه فضوليا و لكن فيه ان الفضولية في النكاح لعدم رضا مولاه بالنكاح، و طرفا النكاح العبد و المرأة و المولى خارج عن طرفيه، و انما يعتبر رضاه في حصوله، و بعد الإجازة تثبت الزوجية المفروضة، بخلاف المقام، فإن الملكية المنشأة تكون للبائع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٦

مع ظهور صحيحة محمد بن قيس (١) لتوقع الإجازة (٢).

و هذا ليس بيعا (٣) مع اختصاصه ببيع الغاصب (٤)

الفضولى، و بعد الإجازة تثبت للمالك، فلا يستفاد صحة هذه من فحوى النكاح.

(١) لم يظهر وجه ظهورها في ان بيع الوليدة فيها من ابن مولاهما كان بدعوى انها ملكه، بل من المحتمل كون بيعه بدعوى الاذن و الوكالة من أبيه.

نعم لا بأس بالتمسك بإطلاقها بمعنى ترك الاستفصال في الجواب.

(٢) متعلق ببيع الغاصب يعنى قد يرضى المالك ببيع الغاصب الذى باع المال لرجاء ان يجيزه مالكة و يملك ذلك المالك الثمن و هذا يتصور في بعض صور الاستيلاء على مال الغير على وجه الضمان.

(٣) يعنى تمليك مال الغير للطرف مجانا، و تملك الثمن لنفسه من حقيقة البيع المفروض كونه نوعا من المعاوضة.

(٤) يعنى ما ذكر من عدم قصد المعاوضة حقيقة يكون في بيع الغاصب، حيث مع علمه بان المتاع ملك الغير لا يمكن له، إنشاء المعاوضة و القصد بتملك الثمن لنفسه و إعطاء مال الغير، بل يكون تمليكه المتاع من الهبة فضولا، و تملكه الثمن من المشتري تملكا مجانيا، و اما غير الغاصب كالجاهل بفساد الإقالة في صحيحة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٧

## قصد المعاوضة الحقيقية مبنى (١)

الحلبي المتقدمه فهو يقصد دخول الثمن فى ملك من يخرج المتاع عن ملكه، غاية الأمر يكون مشتبهها فى تعيين مالك المتاع، فيكون كما إذا باع الولي مال أحد الطفلين باعتقاد انه للطفل الفلاني فبان بعد ذلك انه كان للآخر منهما، فان مثل هذا الاشتباه لا يمنع عن قصد المعاوضة حقيقة.

(١) يعنى كما ان فى مورد الاستعارة يكون اللفظ مستعملا فى معناه الحقيقى و يكون تطبيق ذلك المعنى بالعناية و الادعاء كذلك فى مورد بيع الغاصب يكون إنشاء المعاوضة و قصدها بصيغة بعث أو غيرها حقيقيا و يكون الغاصب قاصدا دخول أحد المالكين فى مورد خروج الآخر الا ان هذا الإنشاء منه بعد تنزيل نفسه و اعتباره مالكا للمبيع، و هذا التنزيل و النبأ هو المصحح لإنشاء المعاوضة، حيث يكون إنشائها بعد البناء المزبور، كإنشاء المالك من غير فرق بينهما.

نعم لو باع مال غيره لنفسه من دون البناء على كونه مالكا لم يحصل البيع لاله و لا للمالك حتى مع لحوق الإجازة و لذا ذكروا انه لو اشترى بماله لغيره بان يقصد تملك الغير المبيع من بائعه بإزاء ثمن يدفعه المشتري الى البائع بطل باعتبار ان مع القصد كذلك لا يتحقق المعاوضة.

و ربما ذكر بعض المحققين ان بيع الغاصب مال الغير لنفسه عكس ما ذكره فيكون باطلا و لكن الأمر ليس كما ذكر فان عكسه ما إذا اعطى مال الغير و يقصد تملك الثمن من دون بناء أولا على كونه مالك المبيع فان هذا لا ينفعه الإجازة بخلاف صورة البناء على ملك المبيع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٨

لان المفروض (١)

(١) هذا تعليل لعدم كون بيع الغاصب عكسا لما ذكره و بيانه ان عكس ما ذكره هو بيع مال الغير لنفسه بلا تنزيل نفسه أو اعتبار كونه مالكا للمبيع، بان يقصد خروج المبيع عن ملك آخر و دخول الثمن فى ملك نفسه و هذا محكوم بالبطلان، و لا ينفعه اجازة المالك و لو فرض صحته بإجازته فرضا، يكون الثمن فيه ملكا للبائع لا المالك، كما انه لو فرض صحة شراء المال للغير بماله نفسه كان المال للغير، مع ان الكلام فى بيع الغاصب فى وقوع البيع للمالك مع أجازته، فلا بد من ان لا يكون المفروض فى المقام عكس المسئلة المذكورة.

أقول قد يورد على ما افاده المصنف (ره) كما عن المحقق الإيروانى من ان المعاوضة المنشأة إذا كانت مبنية على الادعاء و التنزيل لا تكون المعاوضة حقيقة و خطاب حل البيع أو وجوب الوفاء بالعقد ناظر الى ما كان يباع حقيقة و عقدا واقعا و بتعبير آخر بناء الغاصب على تملك المتاع الذى باعه اما واسطة فى العروض بان يبيع المتاع لعنوان مالكة و ادعى انطباق ذلك العنوان على نفسه.

و هذا خلاف الوجدان، لما سيأتى من ان المتاع ملك للشخص، لا للعنوان، و لا يحصل الإنشاء على العنوان المزبور، و اما واسطة فى الثبوت بان يبيع المتاع لنفسه بدعوى انه مالك و يرد عليه ان هذا بيع صورى و فى الحقيقة يخرج المتاع عن ملك مالكة و قد قصد دخول العوض فى ملك الغاصب، فيرجع المنشأ الى تملكين مجانيين فلا يعمه خطاب حل البيع و لا خطاب وجوب الوفاء بالعقد، اى العقد البيعى.

و لكن لا يخفى ما فى الإيراد فإن بناء الفضولى على تملك المتاع لا واسطة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٩

العروض و لا- واسطة في الثبوت و ذلك فان دخول العوض في ملك معطي المعوض من لوازم البيع و مقتضاه و ليس بداخل في حقيقة البيع حيث ان البيع عبارة عن تملك المال بالعوض و إذا قصد خلاف مقتضى البيع بان يكون معطي المعوض هو زيد، و يدخل العوض في ملك عمرو، فلا- يتمشى من العاقد مع هذا القصد إنشاء البيع نظير ما ذكره في اعتبار ان لا يكون الشرط في المعاملة على خلاف مقتضى العقد حيث مع كونه مخالفا لمقتضاه يبطل الشرط بل العقد و ذلك فإنه إذا باع المتاع من الآخر مثلا و اشترط عليه ان لا يكون له حق المطالبة بالمبيع و التصرف فيه أصلا فإن حق المطالبة بالمبيع و التصرف فيه و ان لا يدخل في مدلول البيع الا ان البناء على عدم حق المشتري في مطالبته بالمبيع و التصرف فيه الى الأبد، لا يجتمع مع قصد تملك المتاع منه، فان جعل ملكيته له مع القصد المزبور بلا معنى.

و على ذلك فان باع الفضولي المتاع من زيد بقصد ان يملك الثمن من زيد بلا بناء على تملك المتاع أولا، فلا يكون في البين إنشاء البيع حقيقة، حيث ان مع قصد خلاف مقتضى البيع، لا يحصل قصد البيع، بخلاف ما إذا قصد تملك المتاع و يأخذ ثمنه فان مع البناء المزبور، يمكن إنشاء البيع، و الحاصل ان البناء المزبور أمر زائد على مدلول البيع و لكن قصد خلافه لا يجتمع مع إنشاء البيع. ثم ان تملك الغاصب المتاع و الثمن أمر لا يرضه الشرع فإن أجاز المالك البيع المنشأ من الغاصب يترتب عليه مقتضاه الواقعي و هو دخول الثمن في ملك مالك المتاع نظير بيع المتاع في الإقالة الفاسدة كما هو مورد صحيحة الحلبي

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٠

.....

المتقدمة فإن بناء البائع على كونه مالكا للمتاع و الثمن المأخوذ من المشتري الثاني غير ممضى شرعا فيترتب على إجازة المشتري الأول البيع المزبور مقتضاه الشرعي و هو دخول الثمن في ملكه لأنه يعطي المعوض كما لا يخفى. ثم انه ربما يذكر انه لا- يعتبر في البيع دخول العوض في ملك من يخرج منه المعوض و ما ذكره العلامة (ره) من ان مقتضى البيع دخول الثمن في ملك من يخرج منه المثل غير صحيح بل حقيقة البيع ليس إلا- الإعطاء اللامجان و لو اعطى زيد المتاع للمشتري ليدخل الثمن في ملك شخص ثالث صح البيع و لذا يصح بيع الكلي على الذمة سلمًا أو حالا مع عدم كون ذلك الكلي ملكا للبائع و كذا يصح بيع الأوقاف و الزكوات و أمثال ذلك.

ثم ذكر هذا القائل الجليل انه إذا باع السارق متاع الغير من دون بناء على كونه مالكا لذلك المتاع بثمن يملكه و اجازة المالك، وقع البيع للمالك و يدخل الثمن في ملكه، و مجرد اقتران البيع بقصد لغو لا يمنع عن الصحة.

أقول اما جواز بيع الكلي على الذمة فلا شهادة فيه على انه لا يكون البيع هو التملك بعوض و انه ليس مقتضاه دخول الثمن في ملك من يعطي المعوض للمشتري و انما يكون شاهدا على انه ليس البيع في حقيقته إنشاء المعاوضة و المبادلة بأن يعتبر في البيع كون المبيع ملكا لبائعه و لكن لا شهادة في بيع الزكوات و الأوقاف أصلا فان في بيع الزكاة أو الوقف العام بل الخاص ايضا يدخل العوض في ملك من يخرج عن ملكه المعوض و لو كان المخرج عن ملكه هو الجامع المنطبق على كل من الأصناف الثمانية أو العنوان العام أو الأشخاص المعبر عنها بالموقوف عليهم في الوقف العام أو الخاص.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢١

كان منافيا لصحة العقد (١).

و اما ما ذكر أخيرا من انه لو أجاز المالك البيع فيما إذا قصد السارق تملك الثمن لنفسه من دون بناء منه على تملك المثل صح

البيع و مجرد اقتران الإنشاء بقصد لغو لا يمنع عن الصحة، ففيه انه قد تقدم ان البناء على كون المتاع مال الغير و القصد الى تملك الثمن من المعطى له لا يجتمع مع قصد إنشاء البيع فكيف يتم بإجازة المالك.

و اما ما هو المتعارف من ان المشتري يقول لمالك المتاع سلمه الى فلان بهذا الثمن فهو من الحقيقة توكيل للبائع فى تملك المتاع الى ذلك الشخص بعد دخوله فى ملك المشتري، و كذا الحال فيما إذا قال للغير اشتر بمالى هذا كتابا لنفسك، فإنه أيضا فى الحقيقة توكيل للعاقده فى تملك المبيع لنفسه بعد الاشتهار أو تملك ذلك المال منه على ان يصرفه فى شراء الكتاب.

(١) يعنى إجازة ما قصده الفضولى تكون منافية لصحة العقد لان معنى صحة العقد بالإجازة وقوع المعاملة للمالك بدخول الثمن فى ملكه، و عقد الفضولى مدلوله دخول الثمن فى ملك الفضولى لا المالك، و ان فرض تعلق الإجازة بغير المقصود، بان يكون مقتضى الإجازة دخول الثمن فى ملك المالك لا الفضولى، فلازمه كون الإجازة عقدا مستأنفا، لا إمضاء للعقد المنشأ سابقا، حيث ان دخول الثمن فى ملك المالك لم ينشأ لا أصالة و لا فضولا.

و أجاب عن الاشكال المحقق القمى فى أجوبة بعض مسائله ان اجازة المالك فى هذه الصورة تكون مصححة للعقد السابق و لا تكون مجرد إمضاء لمضمونه كما فى المسئلتين الاولى و الثانية و التصحيح هو صرف البيع عن الفضولى و إضافته

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٢

فالأولى فى الجواب منع مغايرة ما وقع لما أجزى (١).

إلى المالك نظير ما فى مسئلة من باع شيئا ثم ملك فإنه كما تكون الإجازة فى تلك المسئلة صرفا للبيع المزبور عن مالكة السابق الى العاقده، كذلك فى هذه المسئلة تكون، صرفا لمضمون العقد عن العاقده فضولا و اضافة له الى المالك.

و هذا التصحيح كما صرح المحقق المزبور فى موضع آخر فى حقيقته، عبارة عن إنشاء تبديل فى مضمون العقد، و لذا أورد عليه المصنف ان لانزم ذلك ان تكون اجازة المالك عقدا مستأنفا يتضمن الإيجاب و القبول لا إيجابا مستأنفا لينضم الى القبول السابق فيلتم العقد ليتمكن احتمالاه كما حكاه كاشف الرموز عن شيخه، و ذلك فان قبول العقد السابق انما يتضمن تملك المبيع من العاقده و تملك الثمن إياه و هذا القبول كما ترى لا يتضمن تملك المبيع من المالك و تملك الثمن منه ليكون اجازة المالك، إيجابا متأخرا للقبول المتقدم، و كون الإجازة بمنزلة العقد المستأنف و قيامها مقام الإيجاب و القبول، خلاف الإجماع و خلاف العقل الحاكم بعدم تمام المركب و منه العقد الا باجزائه و هى فى المقام الإيجاب و القبول المفروض كون أحدهما فعلا للبائع و الآخر للمشتري.

(١) و حاصله ان ما قصده الفضولى أمران: أحدهما- إنشاء البيع و حقيقته تملك المال بعوض لا مجانا و مقتضى ذلك ان يكون الثمن داخلا فى ملك من يعطى منه المبيع و ثانيهما- دخول الثمن فى ملك العاقده الفضولى سواء كان غاصبا أو معتقدا بكونه مالكا للمبيع خطأ و قصد الأمر الثانى لا ينافى الأول حيث ان قصد المعاوضة كما تقدم لا يجتمع مع قصد دخول الثمن فى ملك العاقده فيما إذا لم يكن العاقده

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٣

.....

بانيا على كونه مالكا للمبيع عدوانا أو اعتقادا، و اما مع البناء أو الاعتقاد، فلا ينافى إنشاء المعاوضة، و اجازة المالك انما تتعلق بالأمر الأول دون الثانى و إذا تمت المعاوضة بإجازة المالك، يترتب مقتضاها الواقعى، لا الادعائى و لا الاعتقادى كما لا يخفى.

و لكن هذا الجواب يجرى فى خصوص ما إذا قصد الفضولى فيه أمرين و اما إذا كان المنشأ المقصود واحدا و هو تملكه الثمن بإزاء المال المفروض كونه للغير أو قال المشتري الفضولى للبائع الأصيل تملك منك الثوب بهذه الدراهم مثلا فقال البائع ملكتك أو قال



البائع ابتداء ملكتك الثوب بهذه الدراهم فقال المشتري تملكتم فإلنشأ فى هذه الصورة أمر واحد و هو تملك الفضولى و هذا لا يصح للمالك بإجازته.

و أجاب (ره) عن ذلك بان إنشاء تملك الثوب لنفسه انما هو باعتبار كونه مالكا للدراهم اعتقادا أو بناء و الا لم يثبت عنوان البيع و المعاوضة.

و بتعبير آخر كونه مالكا للدراهم جهة تقييدية فى تملكه الثوب فىكون تملك الثوب بعنوان كونه مالكا للدراهم فى الحقيقة تملك لعنوان مالك الدراهم حيث ان الثابت لشيء من جهة تقييدية ثابت لنفس تلك الجهة، و على ذلك فتم المعاملة لمالك الدراهم بإجازته.

أقول إنشاء الملك لعنوان مالك الثمن و لو كان عنوانه جهة تقييدية قابل للمنع فإنه لا ينشأ فى البيع المزبور الملكية إلا للأشخاص لا للعنوان الطبيعى ليقال بانطباقه على مصداقه الواقعى، و ان شئت قلت كل من المالىن فى الفرض ملك للشخص، لا الكلى و العنوان، فلا بد من ان يجعل الملكية للشخص.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٤

.....

و المتعين فى الجواب ان يقال ان إنشاء المشتري الفضولى تملك الثوب مثلا- بالدراهم المفروضة، ملازم لإنشاء البيع بين الثوب و الدراهم، و هذه المعاوضة المستفاد من إنشاء تملكه، مورد لإمضاء المالك.

و الحاصل انه لا فرق بين كون المنشأ ابتداء هى المعاوضة بين المالىن و يستفاد قصد الفضولى من القرينة كما فى قول البائع الغاصب للمشتري بعث هذا المال بكذا و بين ان يكون المنشأ تملك الغاصب المال من الأصيل و يستفاد إنشاء المعاوضة بالتبع كما فى قول المشتري الغاصب تملك الثوب بهذه الدراهم.

بقى فى المقام أمر لا بأس بالتعرض له و هو انه قد يقال ان البيع فى حقيقته فعل البائع و ركنه الوحيد هو الإيجاب المتضمن لتمليك المال بعوض و اما القبول فلا- يكون ركننا للبيع و لا العقد بل إمضاء لإيجاب البائع و تمليكه المال بعوض و بتعبير آخر الإيجاب من المالك يتضمن التمليك بعوض و يكون أصليا بالإضافة الى مال المالك و فضوليا بالإضافة إلى المشتري فقبول المشتري إجازة للإيجاب بالإضافة إلى الثمن.

و لذا لو لم يكن الإيجاب فضوليا من ناحيتى الثمن و المثلن فلا يحتاج الى القبول أصلا كما إذا باع الولي على الطفلين مال أحدهما بمال الآخر فإنه حيث لا فضولية فى الإيجاب أصلا فلا يحتاج الى القبول الذى فى حقيقته اجازة للإيجاب.

و على ذلك فإذا اشترى الأصيل مال الغير بثمن و قال تملكتم المال بكذا فهذا فى الحقيقة إيجاب و اجازة المالك بعد ذلك، قبول لذلك الإيجاب، و اما إنشاء الفضولى قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٥

.....

ذلك و قوله: بعث المال بكذا فهو أمر لغو لا يكون إيجابا و لا قبولا و المتحصل من هذا الكلام أمران أحدهما ان البيع فعل البائع فقط و حقيقته الإيجاب المتضمن لتمليك المال أو تملكه بعوض و اما القبول فهو إجازة للإيجاب فلا- يحتاج اليه الا إذا كان الإيجاب فضوليا من ناحية الثمن أو المثلن و الثانى انه لا يعتبر الموالاة بين الإيجاب و القبول فاجازة المالك المجيز يعتبر قبولا لإيجاب الأصيل الذى يكون فضوليا من جهة الثمن أو المثلن فىكون الإيجاب المزبور أصليا من جهة كلا العوضين فيعمه إطلاق حل البيع أو عموم



وجوب الوفاء.

أقول لا ينبغي الرب في انه لا يصدق عنوان البيع على الإيجاب و لو مع عدم حصول القبول من المشتري فلا يقال لزيد انه باع داره ما لم يحصل القبول من المشتري و لا بعد في ان يكون صدق عنوان على فعل شخص موقوفا على صدور فعل عن شخص آخر و نظير ذلك في غير المعاملات ما ذكرناه في عنوان غيبة المؤمن فإن غيبته عبارة عن كشف ما ستره الله عليه للناس و إذا لم يكن للمخبر عن سوء المؤمن مستمع لا يحصل عنوان كشف عيوبه و لكن الكشف عند وجود المستمع يستند إلى القائل و يطلق عليه المغتاب بالكسر. و الحاصل انه بعد حصول الشراء من المشتري يطلق عنوان البيع على إيجاب الموجب و يقال انه باع داره أو غيرها من أمواله.

ثم ان تمييز فعل البائع عن فعل المشتري يكون بالعرف فإنه ليس للشراء حقيقة غير ما عند العقلاء و لا ينبغي الرب في ان الاشتراء عندهم الذي يحصل بالقبول ليس بمعنى اجازة الإيجاب فان اجازة الإيجاب في مقابل رده يقوم مقام الاذن في الإيجاب و لذا يحصل اجازة الإيجاب و رده في مورد لم يكن للموجب فيه سلطنة على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٦

.....

الإيجاب فمفاد القبول عندهم المصحح لإطلاق عنوان الاشتراء عليه في باب البيع عبارة عن إنشاء تملك المثلثين بإزاء الثمن الا ترى انه لم يعهد من أحد القول بان انتقال الثمن الى ملك البائع و انتقال المثلثين الى ملك المشتري يحصل من حين تمام الإيجاب بل كلهم متفقون على ان حصول النقل و الانتقال بعد تمام القبول.

و قد ذكرنا ان الأمر كذلك حتى في نظر المتعاقدين حيث ان الموجب يجعل ملكية متاعه للطرف من حين إنشاء الطرف تملكه و لكن المشهور في بيع الفضولي يلتزمون بالكشف و ان مبدء النقل و الانتقال يكون من حين تمام العقد لا من حين حصول الإجازة على ما سيأتي و لو كانت الإجازة من المالك الفضولي مساويا للقبول من المشتري في المفاد لما أمكن ذلك الا بالتعبد.

و الحاصل ان الناظر في المعاملات الدارجة بين العقلاء يمكن له الجزم بان اعتبار القبول في المعاملات ليس باعتبار انه اجازة لجهة فضولي في الإيجاب، الا ترى الهبة و هو تملك المال للغير مجانا يحتاج الى القبول مع انه ليس في الهبة تصرف في مال الغير أصلا. و قد ظهر مما ذكر انه لا يمكن حصول البيع بالإيجاب فقط حتى فيما كان الموجب وكيلا أو وليا بالإضافة إلى مالك المثلثين و مالك الثمن، فان قوله بعت هذا بكذا إنشاء لتمليك المال بالعوض و ذكرنا ان مجرد ذلك لا يكون بيعا بل لا بد في صدق عنوانه من إنشاء تملك المتاع بالثمن، و هذا الإنشاء لم يحصل من الوكيل أو الولي على الفرض.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٧

مع انه ربما يلتزم صحة أن تكون الإجازة لعقد الفضولي (١)

(١) كان الكلام في المسئلة الى هنا مبني على ان صحة العقد بإجازة المالك مقتضاها وقوع المعاملة له بان يكون الثمن مثلا داخلا في ملكه بإجازته و قد نوقش في ذلك كما مر بأن الصحة بهذا المعنى مخالف لمضمون العقد، حيث ان مضمونه راجع الى تملك العقاد فضولا- كما هو مقتضى بيعه لنفسه، و إرجاعه إلى المالك بإجازته التزام يكون الإجازة عقدا مستأنفا، لا انها إمضاء لمضمون العقد السابق.

و الكلام فعلا- راجع الى ان صحة عقد الفضولي يمكن ان تكون على طبق مضمون العقد بان تكون اجازة المالك موجبة لوقوع المعاملة و تمامها للعقاد.

و تقرير ذلك بوجهين:- أحدهما- ان العقاد الفضولي يعتبر المال ملكا لنفسه أولا ليكون بيعه باعتبار ذلك موجبا لدخول العوض في

ملكه، و كما ان الاذن في هذا النحو من البيع في الحقيقة، توكيل له في تملكه المال أولاً ثم يبيعه ليدخل العوض في ملك المأذون بأن يقول له بع مالي لنفسك أو اشتر لنفسك بمالي كذلك الحال في الإجازة حيث ان الإجازة، تفيد فائدة الإذن السابق.

و الوجه الثاني المنع عن كون لازم المعاوضة دخول أحد المالكين في ملك من يخرج المال الآخر عن ملكه بل يكفي في تملك الثمن كون العاقد مأذوناً في بيع مال الغير لنفسه كما يكفي في تملك المبيع كونه مأذوناً في الشراء لنفسه بمال الغير و الفرق بين الوجهين انه لو فرض فسخ البيع بأحد موجباته يرجع المال الى مالكة المبيع على الوجه الثاني لعدم صيرورته ملك العاقد قبل البيع بخلاف الوجه الأول،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٨

و يملك المثلث المشتري (١).

التزام تملك البائع الغاصب للثمن مطلقاً (٢).

فإنه عليه، يرجع المال الى العاقد، باعتبار انه كان مالا له قبل المعاوضة.

و أورد المصنف (ره) على الوجه الأول بأن بناء العاقد و قصده تملك المال قبل بيعه، لا يفيد شيئاً و لا يدخل بذلك المال في ملكه حتى فيما إذا كان باذن المالك فإنه لا بد في تملك المال من إنشاء تملكه قولاً أو فعلاً و لو بمثل ما إذا أنشأ ذلك بقوله بع هذا المال لنفسى بكذا بان قصد به جعل المال له أولاً ثم تمليكاً للآخر و لكن المفروض في مثل الغاصب انه يعتبر المال ملكاً قبل بيعه و يكون بيعه مجرد التصرف في ماله.

و بالجملة فالإذن السابق لا يفيد في هذا النحو من التملك الذي يكون بمجرد البناء و القصد فكيف إذا كان بالإجازة اللاحقة.

و بهذا يظهر الحال في مسألة ما إذا قال له بع مالي لنفسك أو اشتر لنفسك بمالي فإنه إذا حصل من المأذون إنشاء تملك المال لنفسه و لو مقارنة للتصرف فيه ببيعه من الغير فهو و الا فلا يفيد الاذن المزبور شيئاً و يكون بيعه واقعا عن المالك لا محالة.

و أجاب (ره) عن الوجه الثاني بما تقدم من انه لا يمكن في المعاوضة دخول أحد العوضين في ملك من لا يخرج المال الآخر عن ملكه و الا كان تمليك كل من المالكين مجاناً.

(١) المشتري بصيغته المفعول صفة للمثلث.

(٢) المراد بالإطلاق تملك الغاصب الثمن من الأول في مقابل تملكه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٩

يظهر اندفاع اشكال آخر (١)

آنا ما قبل التصرف فيه.

(١) لا يخفى ان هذا الاشكال لا يدفع بالالتزام بجعل ملك العوضين لعنوان مالك الثمن و المثلث بل يجري حتى بناء على الالتزام المزبور، فان حاصل الاشكال انه في مورد بيع البائع الفضولى المال لنفسه و قبض الثمن من المشتري العالم بالحال لا يمكن ان تكون اجازة المالك نافذة لاستلزام نفوذها كون البيع بلا ثمن.

و بيان ذلك انه قد أورد على صحة البيع في المسئلة الثالثة بإجازة المالك بوجه آخر و هو ان المنسوب إلى الأصحاب عدم جواز رجوع المشتري الأصيل إلى البائع الغاصب بالثمن المدفوع اليه مع العلم بالحال فيما إذا رد مالك المبيع البيع المزبور و هذا الحكم، كاشف عن صيرورة الثمن ملكاً للغاصب.

و على ذلك فاجازة المالك لا تفيد شيئاً و لا يدخل الثمن في ملكه، لان البيع في الفرض بلا ثمن، و لعل نظر العلامة (ره) الى ذلك،

حيث قال بعد الإشكال في صحة الفضولي مع جهل المشتري (ان الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل) و أجاب المصنف (ره) عن ذلك بما توضيحه ان ملك الثمن للغاصب لا- يحصل بمجرد العقد بل بالعقد يجعل ملك الثمن لمالك المبيع و ملك المبيع لمالك الثمن غاية الأمر يكون المشتري العالم بالحال دفعه الثمن الى الغاصب تسليطاً للغاصب على الثمن مجاناً فان اجازته المالك البيع و قلنا بكون الإجازة كاشفةً يكون الثمن المزبور ملكاً للمالك دون الغاصب لأن الإجازة تكشف عن دخول الثمن في ملك المالك المجيز قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٠

.....

دفعه الى الغاصب فيكون دفعه الى الغاصب تسليطاً للغاصب على مال غيره فلا يدخل في ملك الغاصب. و الشاهد على ذلك أي تسليط الغاصب على الثمن يكون بالدفع دون العقد انه لو لم يدفع الثمن الى الغاصب لا يكون للغاصب انتزاعه سواء أجاز المالك البيع المزبور أم لا.

نعم للإشكال وجه بناء على كون الإجازة ناقلةً و لكن يمكن القول ان تسليط الغاصب على الثمن، يكون مراعى بعدم اجازة المالك خصوصاً إذا كان الشراء من الغاصب بتوقع اجازة المالك.

أقول لا يخفى انه لو كان المراد بالتسليط هو تملك المال مجاناً فكونه مراعى بعدم الإجازة يوجب بطلانه لانه من التعليق في الهبة فلا بد من ان يكون المراد منه هو الاذن في كل تصرف حتى الموقوف على الملك بان يملك المال أولاً ثم يتصرف فيه و ان بطلان تسليط المشتري الغاصب على الثمن، يبنى على الكشف الحقيقي في الإجازة، و لو بان يكون الشرط في صحة عقد الفضولي وصف تعقبه بالإجازة فإن هذا الوصف يحصل للعقد من الأول على تقدير الإجازة، فيكون الثمن منتقلاً في علم الله الى المالك المجيز من حين إنشاء عقد الفضولي، فتسليط المشتري الغاصب على الثمن المزبور يكون في الواقع تسليطاً على مال الغير، فلا يصح. نعم على القول بالكشف الحكمي و اعتبار ملكية المثلث و الثمن لطرفي العقد حين الإجازة من زمان العقد يكون التسليط المزبور حينه نافذاً لكون الثمن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣١

الكلام في صحة بيع الفضولي (١) إذ المال مردد في باب الفضولي بين مالكة الأصلي و من وقع له العقد (٢)

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ٣٣١

ملكاً للمشتري في ذلك الحين و بعد حصول الإجازة يعتبر التسليط المزبور إتلافاً على المالك المجيز، فيضمن له المشتري بدله على ما سيأتي.

هذا مع ان أصل دعوى تسليط المشتري الغاصب على الثمن مجاناً غير صحيح لان دفعه اليه كان بعنوان كونه بدل المثلث، و كما ان الغاصب كان بانياً على ملك المبيع و قد قصد تملك الثمن بإزائه كذلك يكون المشتري أيضاً بانياً عليه و لذا قد دفع الثمن إلى البائع المزبور، فأين التسليط أو التملك المجاني.

(١) ذكر في الرياض ان بيع الفضولي لنفسه باطل إجماعاً كما صرح به جماعة كالعلامة في جملة من كتبه كالمختلف و التذكرة

مدعى عدم الخلاف فيه و ذكر المصنف (ره) ان الحكم بالبطلان فى المسئلة الثالثة فى الرياض و نسبة دعوى عدم الخلاف فيه الى العلامة اشتباه و ذلك فان الكلام فى المسئلة الثالثة فى وقوع البيع لمالك المال مع أجازته و قد تقدم ان البيع مع أجازته يقع له على المشهور الأقوى و لم يخالف فيه العلامة فضلا عن ذكره عدم الخلاف فى بطلانه.

و اما فيما إذا باع مال الغير ثم تملك البائع ذلك المال و أجاز بيعه السابق فهذا باطل لا يقع للبائع و هذا هو الذى ذكر العلامة عدم الخلاف فى بطلانه، و لا يرتبط بالمسئلة الثالثة، فما ذكر فى الرياض اشتباه الا ان يريد البطلان فى مسئلة وقوع البيع للبائع بعد تملكه، و لكن ظاهر عبارته لا يساعد على ذلك.

(٢) المراد بمالكه الأصلى الذى ينتقل منه المال بتمام العقد كما ان المراد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٢

.....

بمن وقع له العقد من ينتقل اليه المال بتمامه و لا فرق فيما ذكر من وقوع العقد عن المالك المجيز بإجازته و بطلانه مع رده بين كون المال المزبور ملكا قبل عقد الفضولى كما فى مورد جريان البيع على العين الخارجيه أو الكلى الثابت على الذمه من قبل أو ملكا بذلك العقد كما فى مورد بيع الكلى الذى يثبت على الذمه بتمام البيع المزبور.

نعم قد يستشكل فى جريان الفضولية فى الكلى الذى يثبت على العهده بالبيع و وجه الاشكال ان العوضين فى باب البيع يعتبر ان يكونا مالين قبل وقوع المعامله حيث انه تمليك مال بعوض و إذا باع الأصيل الكلى بذمته يكون عرضه الكلى المزبور للبيع موجبا لصيرورته مالا فإنه يبذل العقله بإزائه المال، فيقع البيع على ما صار مالا بعرضه للبيع، بخلاف ما إذا كان البائع فضوليا و اعتبر الكلى على عهده الغير فضولا، فإنه لا يكون الكلى بذلك مالا، فلا يكون تمليكه بعوض من تمليك المال بالعوض.

و ربما يجاب عن ذلك بان تمليك الفضولى الكلى على عهده الغير و ان لا يكون من قبيل تمليك المال بالعوض قبل اجازة ذلك الغير الا- انه بإجازته يصير مالا، و هذا المقدار يكفى فى تمام البيع و قد أورد على هذا الجواب بعض الأعظم و هو الخمينى العزيز (دامت شوكته) بان اجازة المالك لا يصحح كون الكلى المزبور مالا لأن الإجازة إنشاء واحد و صيروره الكلى مالا و تمليكه بعوض أمران مترتبان حيث يتعين ان يكون المثلن و الثمن مالين قبل إنشاء ملكيه الأول بإزاء الثانى.

و ذكر ان المتعين فى الجواب عن الاشكال هو الالتزام بأن الكلى مع قطع النظر عن إضافته إلى ذمه أحد فى نفسه مال فإنه يصح ان يقال ان الكر من الحنطه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٣

.....

يساوى عشرين ديناراً و المثقال من الذهب يساوى كذا من المال، و هذا شاهد لكون الكلى مع قطع النظر عن إضافته إلى ذمه الأصيل أو الأجنبى فى نفسه مال يصح تقويمه و يكون تمليكه بعوض من تمليك المال بالعوض و الا فالإضافه لا توجب المالىه، بل اعتباره فى الذمه يوجب سلب ماليتيه، فإنه بالاعتبار فى الذمه يكون من الكلى العقلى الذى لا موطن له فى الخارج.

(أقول) لا يخفى ان اضافه الكلى إلى ذمه أحد ليس بمعنى تقييد الكلى الطبيعى الذى يصح اتصافه بالوجود و العدم بوجوده الذهنى ليقال انه بهذا الاعتبار كلى عقلى لا موطن له فى الخارج الا ترى ان الثمن فى بيع النسبه أو البديل فى مورد القرض كلى بالذمه من غير خلاف و ان إعطاء الفرد منه للبائع أو الدائن خارجا بقصد إفراغ ذمته أداء لذلك الثمن وفاء للدين الذى على عهده و لو كان المال على الذمه معناه تقييده بالوجود الذهنى لما كان ما ذكر أداء و وفاء حيث انه لا موطن للموجود الذهنى الا الذهن بل المراد من الذمه

هو تعهد الشخص بذلك الكلى بأن يطبقه على الخارج بأداء فرده و لو لم يكن لفرد وجود فعلا، و هذا فى مقابل اجراء المعاملة على الكلى فى المعين، بان يكون مورد المعاملة الكلى الذى يصلح تطبيقه على أحد الأفراد المعينة المملوكة فعلا لبائعه.

ثم ان الكلى القابل للاتصاف بالوجود و العدم لا يكون مالا حيث لا يساوى مالا فى اعتبار العقلاء بل اتصافه بالمالية الفعلية و تساويه بالمال على تقدير الوجود فعلا- كما هو الحال فى بيع الفرد الفعلى أو الكلى فى المعين أو على تقدير الالتزام بإعطائه و الوفاء به و لو مستقبلا و ان لم يكن موجودا بالفعل و عليه فان مع التزام البائع فى بيع الكلى بإعطائه و تسليمه كما هو معنى اعتباره على ذمته يكون بيعه بالعوض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٤

.....

من تملك المال بالعوض و ان اعتبر الكلى فى عهده الغير فضولا و ملكه بعوض فهذا الكلى على تقدير اجازة الغير يصير مالا حيث معنى أجازته الالتزام بإعطائه.

و قد ذكرنا سابقا انه لا يعتبر فى صدق عنوان البيع كون المبيع أو الثمن مالا قبل إنشاء البيع أو حين إنشائه و ان ما ذكر فى تعريفه من أنه مبادل مال بمال من قبيل شرح الاسم بل اعتبار المالية فيهما باعتبار ان لا يكون تملك أحدهما بإزاء الآخر من أكل المال بالبطل و على ذلك فإجازة من اعتبر العاقد، الكلى بدمته، يكون المبيع مالا و قد ملك بعوض كما هو الفرض فيخرج التمليك المزبور عن كونه أكلا للثمن بالبطل، و ليس اجازة البيع فى بيع الكلى على الذمة إلا الالتزام بإعطاء ذلك الكلى فيدخل الثمن فى ملكه لما تقدم من ان مقتضى البيع دخول الثمن فى ملك من يعطى عنه المعوض و المال فى جميع ذلك مردد بين بقائه على حالته الأولية كما فى فرض عدم اجازة من ينتقل منه المال أو انتقاله الى من ينتقل اليه كما فى فرض أجازته و اما العاقد الفضولى فهو خارج عن طرفى المعاملة.

نعم لو وقع بينه و بين الأصيل منازعة فى كون العقد لنفسه أو لغيره بان كانت دعوى العاقد انه قد باع أو اشترى للغير و أنكرها عليه الأصيل و قال بعت و اشترت لنفسك حلف الأصيل على عدم علمه بدعوى العاقد، و يثبت المال على ذمة العاقد، لأصالة العاقد و صحة العقد.

و الحاصل ان مع اجراء البيع على مال الغير أو مع اعتبار المال على ذمة الغير أو اضافة البيع للغير فان كان فى البين اجازة من ذلك الغير فهو و الا يقع العقد باطلا واقعا غاية الأمر على تقدير منازعة الأصيل و العاقد يثبت العقد للعاقد ظاهرا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٥

.....

و لكن المنسوب الى ظاهر جماعة فى بعض فروع المضاربة وقوع العقد للعاقد واقعا، قال فى الشرائع فى باب المضاربة انه لو اشترى من ينعق على رب المال فان كان باذنه صح الى ان قال و ان كان بغير اذنه و كان الشراء بعين المال بطل و ان كان فى الذمة وقع الشراء للعامل، الا ان يذكر رب المال، و ظاهر ذلك وقوع الشراء للعاقد واقعا لانه لم يفرض فى البين تنازع ليحمل العبارة على الحكم الظاهرى، و ربما يذكر انه إذا اتفق البائع و القابل على وحدة قصدتهما و لكن قال البائع بعتك المال و قبلت لنفسك، و قال المشتري بعت المال بضمن على عهده زيد و اشتريته له يكون المورد من موارد التحالف، و اما إذا لم يتفقا على ذلك بان قال البائع بعتك المال، و قال المشتري نعم، و لكن قصدت الشراء لزيد، يكون المورد من موارد الدعوى و الإنكار، فإن المشتري لادعائه خلاف مقتضى ظهور الشراء يكون مدعيا، فلا بد من ان يحلف البائع على نفى دعوى المشتري.

وانه لم يقصد ذمة زيد لا على نفى علمه بالقصد المزبور، كما هو ظاهر الشيخ (ره) لان نفى علمه لا ينافى دعوى المشتري، وحيث لا يمكن للبائع هذا الحلف لعدم طريق له الى العلم بقصد المشتري، فيرد الحلف على المشتري، و إذا حلف على قصده، يحكم ببطلان البيع، لكون البيع المزبور فضوليا لم يلحقه اجازة زيد، و فى النتيجة يكون البيع كمورد التحالف محكوما بالبطلان.

(أقول) ظاهر كلام المصنف (ره) و جماعه انه يكفى فى صحة البيع فيما إذا كان أحد العوضين كلياً فى الذمة تعيين العاقد صاحب الذمة بقصده فقط و ان لم يعينه عند إنشاء العقد بقرينه حالية أو مقالية، كما إذا قال البائع بعتك المال بعشرة دراهم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٦

.....

و قال قبلت مع قصده كون عشرة دراهم على ذمة زيد أو كون الشراء له الذى يكون بمعنى ان زيدا صاحب الذمة فإن هذا مقتضى دخول المبيع الى ملكه، و لكن صحة هذا البيع لا يخلو عن تأمل، بل منع، لما ذكرنا من ان الكلى ما لم يصف إلى ذمة شخص لا يصلح جعله عوضا.

و ايضا المحتاج الى تعيين الذمة هو ذمة الغير لا ذمة العاقد فان قول البائع بعث المال بعشرة دراهم و ان يعم بيعه بالعشرة سواء كانت بذمة العاقد أو شخص آخر و لذا يصح للمشتري ان يقول فى قبوله قبلت لزيد أو ما هو بمعناه الا ان مع عدم تعيين الغير ينصرف إطلاق القبول المتضمن لإضافة القابل تملك المتاع الى نفسه الى كون الثمن بعهدته و المفروض ان الذى ينصرف إليه الإطلاق غير مقصود و لم يجعل عوضا و ما قصده العاقد من كون الثمن بعهدته زيد لم يذكر فى العقد و لم ينصب عليه قرينه فالشراء باعتبار عدم تعيين العوض باطل.

و على ذلك فلو اختلف البائع و القابل فقال البائع بعتك المال بعشرة على عهدتك فقال المشتري اشتريته و لكن قصدت كون الثمن على عهدته زيد فيقدم قول البائع لكون قوله على طبق ظهور القبول و قول المشتري قصده الى كون الثمن على عهدته زيد على خلاف ظهور المزبور فيكون مدعيا، فيتوجه إلى البائع الحلف على عدم علمه بقصد القابل ان ادعى علم البائع بقصده، و لا يتوجه إلى البائع حلف أصلا إذا لم يدع القابل علم البائع بقصده و على التقديرين يحكم بكون الثمن على عهدته المشتري، و لا دليل فى مثل الفرض على لزوم الحلف على المنكر، فضلا عن رده الى المدعى، و تفصيل ذلك موكول الى بحث القضاء، و لو قيل بكفاية تعيين القابل صاحب الذمة بقصده فى صحة الشراء و وقوعه لزيد يكون الأمر فى مقام الاختلاف ايضا كذلك، بل الأمر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٧

ظهر من ذلك التنافى (١).

كذلك فيما إذا اختلفا فى صورة العقد و قال البائع بعتك المال و اشتريته، و قال المشتري بل اشتريته لزيد بإضافة شرائى إليه، أو بتعيينه صاحب الذمة فيقدم قول البائع، لموافقته لأصل لفظى معتبر، و هى أصالة عدم ذكر المشتري القرينه على خلاف ظهور الشراء الذى أشرنا إليه، فيكون المشتري مدعيا لادعائه خلاف الأصل المزبور و يحلف البائع على نفى تعيين القابل كما لا يخفى.

(١) قد تقدم ان وقوع الشراء للغير يكون بإضافته إلى الغير تارة، و باعتبار الثمن فى عهدته أخرى، و على ذلك فيقع الكلام فيما إذا جمع العاقد بين المتنافيين و للجمع صورتان: الأولى- بأن أضاف الشراء الى الغير و اعتبر الثمن بذمته و الثانية- ان يضيف الشراء الى نفسه و يعتبر الثمن على عهدته الغير.

و قد ذكر المصنف (ره) فى الصورة الاولى انه يحتمل بطلان الشراء لان قصد إنشاء الشراء لا يحصل من العاقد مع اعتباره العوض على عهدته الغير و قصده دخول المعوض الى ملكه، و يحتمل إلغاء أحد القيدتين بالالتزام بحصول قصد إنشاء الشراء اما بان يكون قصده



الشراء للغير لغوا فيصح الشراء للعاقد، واما ان يلغى اعتبار المال على عهده فيكون الشراء فضولياً. و ذكر في الصورة الثانية انه لا يحتمل بطلان الشراء لحصول قصد إنشائه و يحتمل وقوع الشراء للغير لانه مع اعتبار الثمن على عهده الغير يكون قصده الشراء لنفسه، مبني على بنائه بان ما على عهده الغير، ملك له عدواناً أو اشتباهاً، و هذا هو الفرق بين هذه الصورة و الصورة الاولى.

و يحتمل وقوع الشراء لنفسه لأن إضافته إلى نفسه أولاً، مقتضاه اعتبار المال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٨

يقع للمشتري لكل حال (١) و ان كان في الذمة لغيره و أطلق اللفظ (٢)

على عهده، فيكون قصده ثانياً الثمن على عهده الغير لغوا.

(أقول) لا فرق بين الاشتراء للغير بمال في ذمته كما هو الحال في الصورة الاولى و بين الشراء لنفسه بمال في ذمة الغير، كما هو الحال في الصورة الثانية في انه لا يمكن فيهما قصد إنشاء الشراء حقيقة، فإن مقتضاه كما تقدم دخول أحد العوضين في ملك من يعطى العوض الآخر.

و ما ذكر (ره) في الصورة الثانية من احتمال وقوع الشراء للغير باعتبار ان كون الغير صاحب الذمة، مقتضاه دخول المعوض الى ملكه و اضافة العاقد الشراء الى نفسه مبني على تملك ما في ذمة الغير غير صحيح، فإنه مع انه لا يخرج عن الاحتمال ان البناء على تملك ما بذمة الغير لا معنى له، و لا يقاس على الاستيلاء بعين خارجي مملوكة للغير كما لا يخفى.

و الحاصل ان الشراء حقيقة في الصورتين غير محقق فيحكم ببطلانه إلا إذا قيل بعدم كون مقتضاه دخول المعوض في ملك من يعطى عنه المعوض و لا تحتاج المسئلة إلى تأمل زائد.

(١) لعل المراد بكل حال وقوع البيع للمشتري سواء أجاز الشراء مالك الثمن أم لا، و وقوعه له مع اجازة المالك بمعنى دخول المبيع في ملك المشتري مع خروج الثمن من ملك المجيز، و وقوعه له مع عدم اجازته ثبوت بدل ذلك الثمن على المشتري.

(٢) يعني لو اشترى المتاع بثمن بذمته و قصد كون الشراء للغير من غير ذكر ذلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٩

و يؤيده رواية البارقي (١)

في العقد كما إذا قال بعد قول البائع بعث المال بعشرة دنانير قبلت فإن أجاز ذلك الغير وقع الشراء لذلك الغير، فيدخل المبيع في ملكه، و يثبت الثمن بذمته، و ان رد ذلك الغير نفذ الشراء على القابل، و يثبت الثمن بذمته، و الوجه في نفوذ اجازة الغير هو اضافة الشراء إليه في القصد، فيلغى اعتبار العاقد كون الثمن بذمته، كما ان الوجه في نفوذ الشراء على العاقد على تقدير رد ذلك الغير، هو كون الثمن بذمته فيلغى قصد كون الشراء للغير، و لا يضر في وقوعه عن العاقد بين وفاء العاقد ما بذمته بمال ذلك الغير أم لا.

(١) قد ذكرنا سابقاً انه ليس في تلك الرواية ما تكون قرينة على ان بيع الشاة أو شرائها كان بالمعاطة و التمسك بإطلاق قوله (ص) فيها بارك الله في صفقة يمينك و عدم استفصاله عن عروءه بأن بيع الشاة الواحدة بدينار كان بالإيجاب و القبول اللفظيين أو بالمعاطة، و مقتضى ذلك، تمام المعاطة الفضولية بالإجازة، يمكن دفعه بأنه يحتمل ان يكون عروءه كان ملتفتاً الى ان يبيعه الشاة بدينار فضولى، يحتاج إلى اجازة النبي (ص) و حيث كان عالماً بأنه لا بد في تمام بيع الفضولى بالإجازة وقوعه بغير المعاطة فباعها بالإيجاب و القبول اللفظيين، و مع احتمال ذلك يكون حمل بيعه على الصحيح من غير جهة الإجازة، مغنياً عن الاستفصال، و لذا لم يسئل رسول الله (ص) عن حصول سائر شرائط البيع و عدمه.

نعم لا- يجرى ذلك في صحيحة محمد بن قيس لان المفروض فيها عدم علم المشتري بكون البيع فضوليا و مقتضى حمل فعله على الصحة من غير جهة اجازة المالك لا يقتضى الشراء بغير المعاطاة، و لو كان فى تمام بيع الفضولى وقوعه بغير المعاطاة معتبرا لكان الاستفصال عنه فى الجواب متعيانا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٠

لدل على عدم ترتب الأثر المقصود (١)

(١) قد تقدم سابقا ان النهى عن عقد الفضولى لو كان مقتضيا فساده، لما يتم ذلك بإجازة المالك و ذلك فان العقد لا يكون بنفسه سببا تاما للنقل، بل هو مع رضا المالك و النهى لا يتعلق برضا المالك، و انما يتعلق بنفس العقد، و معنى صحته كونه جزء السبب للنقل و إذا حكم بفساده باقتضاء النهى ينتفى كونه جزء السبب، فلا يثمر معه اجازة المالك.

و ذكر النائنى (ره) وجها آخر لعدم جريان تمام عقد الفضولى بإجازة المالك فى المعاطاة الفضولية و هو ان إنشاء البيع بالإيجاب و القبول، يكون له بقاء، و يتعلق الإجازة بذلك الأمر الباقي، حيث ان تبادل المالك فى الإضافة الحاصلة بإنشاء البيع المعبر عن ذلك بالمعنى الاسم المصدري، أمر مغاير لإنشائه المعبر عنه بالمعنى المصدري الذى ينقضى بانقضاء التكلم، و يتعلق الإجازة بذلك الأمر الاسم المصدري و هذا بخلاف إعطاء المالك فإنه ليس للإعطاء اسم مصدر الا العطاء المتحد مع الإعطاء خارجا و الإعطاء عبارة أخرى عن تبادل المالك من حيث المكان و تبادل المالك من حيث المكان، لا يتعلق به الإجازة.

و لكن لا- يخفى ما فيه فإنه ليس المعاطاة مجرد الإعطاء و تبادل المالك مكانا، بل بقصد تبديلهما فى الملكية، و المفروض ان هذا التبدل أمر اعتبارى منشأ بالفعل و يتعلق به الإجازة كالتبدل المنشأ باللفظ.

هذا مع ما تقدم من ان البيع بمعنى اسم المصدر عين البيع بمعنى المصدر و تغايرهما بالاعتبار و ان البيع بهذا الاعتبار، قابل للبقاء اعتبارا، و لذا يتعلق به الفسخ بالخيار أو بالإقالة كما ذكرنا تفصيل ذلك فى تعريف البيع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤١

و قد يستدل على ذلك بان المعاطاة منوطة (١) و اما على القول بالإباحة (٢)

(١) و حاصله انه يعتبر فى المعاطاة التراضى بالملك بناء على كونها مفيدة للملك أو التراضى بإباحة التصرف بناء على كونها مفيدة للإباحة، و من الظاهر ان التراضى بالملك أو الإباحة من شئون المالك، و لا معنى لحصوله من غير المالك.

و لذا ذكر الشهيد الثانى ان المكروه و الفضولى قاصد ان اللفظ دون المدلول و ايضا يعتبر فى المعاطاة حصول القبض و الإقباض مقارنا بالتراضى على الملك، أو التراضى على الإباحة، و من الظاهر ان التراضى عليهما لا اثر له الا إذا صدر عن المالك أو بإذن منه.

و أجاب عن ذلك المصنف (ره) من ان اعتبار القبض و الإقباض فى المعاطاة عند من اعتبرهما فيها لإنشاء الملك أو الإباحة كما يكون باللفظ، كذلك يكون بالفعل و كما ان فى صورة إنشائهما باللفظ، يمكن الإنشاء من غير المالك و الوكيل فضولا كذلك فى صورة إنشائهما بالفعل، و كما انه لا يعتبر رضا المالك مقارنا لإنشاء المالك أو الإباحة باللفظ، كذلك لا يعتبر مقارنته لإنشائهما فيما إذا كان بالفعل، و دعوى اعتبار مقارنته لإنشاء الفعلى دون الإنشاء القولى تحكم.

(٢) لا يخفى ان الإباحة فى المعاطاة على تقديرها شرعية، لا مالكية، فإن المفروض فى المعاطاة قصد الملك، لا الاذن لصاحبه فى التصرف فى ماله، فالقائل بالإباحة لا بد من ان يلتزم بورود التقييد فى دليل إمضاء البيع، و نفوذه بالإضافة إلى البيع المعطاني قبل حصول أحد الملزمات، و يكون حصول أحدها فى ذلك البيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٢

مع ان حصول الإباحة قبل الإجازة (١)

كالتقبض في بيع الصرف و السلم شرطا لحصول الملك، و قبل حصول أحدها يكون كل من المالين مباحا للآخر، و مقتضى ذلك الاقتصار في التقييد على مورد اليقين، و هي صورة تعاطى المالكين، و في غيرها يرجع الى إطلاق حل البيع و نفوذه، فتكون النتيجة ان المعاطاة فضولا كالبيع اللفظي فضولا في حصول الملك بالإجازة في كشفها عن الملك السابق.

و الحاصل لا تكون في مورد المعاطاة فضولا الا حصول الملك لا الإباحة، و دعوى ان الإباحة في المعاطاة مالكية، لأنها و ان تكون بقصد الملك الا انها تتضمن الإباحة المالكية الضمنية، أمر لا أساس لها، حيث انه لا معنى للإباحة المالكية الا الاذن في التصرف في ماله. و من الظاهر ان جعل المالك ملكية ماله للطرف، لا يجتمع مع الاذن له في التصرف في ماله، فان معنى البيع نقل المال و معنى الإباحة إبقاء المال في ملكه.

(١) هذا هو الوجه الثاني في عدم جريان الفضولي في المعاطاة على القول بالإباحة، و تقريره ان الإجازة معتبرة في بيع الفضولي بنحو الكشف، فتكون كاشفة عن صحة كل تصرف وقع من الأصيل في مال المالك قبل أجازته، و هذا الكشف بناء على الإباحة غير ممكن، إذ لا يعقل الكشف في الإباحة المالكية، و لا في الإباحة التي من الحكم التكليفي، فإن الأحكام التكليفية تكون للافعال المستقبلية لا الماضية التي انتهت أمرها بالوجود أو العدم، مثلا إذا باع الأصيل مال الآخر قبل إجازته فإنه بعد أجازته البيع الأول يحكم بصحة البيع الثاني أيضا لاعتبار وقوعه في ملك الأصيل، و هذا على القول بالملك.

و اما بناء على حصول الإباحة فلا يحكم بصحة البيع الثاني حتى بعد إجازة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٣

### [الإجازة و حكمها]

#### إشارة

و استدل عليه كما عن جامع المقاصد و الروضة (١)

المالك لما ذكرنا من ان الإجازة لا تكشف عن اباحة تصرفات الأصيل التي منها البيع الثاني لتكون الإباحة بالإضافة إلى التصرفات الموقوفة على الملك ملازمة لحصول الملك للمتصرف قبل تصرفه أو مقارنا له.

و الحاصل لا تعقل في الإجازة على القول بالإباحة في المعاطاة إلا النقل اي الالتزام بحصول الإباحة من زمان الإجازة و لعله الى ذلك أشار (ره) بقوله فافهم بعد احتمالهما تمام البيع الثاني من الأصيل مع الإباحة الواقعية المكشوفة بالإجازة اللاحقة.

نعم هذا مبنى على ما هو الصحيح من كون الإجازة معتبرة بنحو الكشف الحكمي و اما بناء على الكشف الحقيقي فلا مانع عن كشف الإجازة عن كون تلك التصرفات مباحة من حين وقوع المعاطاة فضولا.

(١) يستدل على اعتبار الإجازة في عقد الفضولي بنحو الكشف بوجوه:

أولها ما عن المحقق و الشهيد الثانيين من ان الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد، و يقتضى وجوب الوفاء به حصول الملك، و يعلم تمام العقد الموضوع لوجوب الوفاء، بإجازة المالك، و أورد عليه المصنف (ره) بان العقد أى الإيجاب و القبول لا يكون تمام الموضوع لوجوب الوفاء و تمام السبب لحصول الملك، بل تمامه هو العقد مع صدوره برضا المالك، و لا يعلم ذلك بإجازة المالك

حيث لا- تكشف الإجازة، عن مقارنة رضا المالك بصدور و العقد لا عن رضاه الفعلي في ذلك الزمان، و هذا ظاهر و لا عن رضاه التقديرى بمعنى انه لو كان ملتفتا بالعقد لكان راضيا به، فإنه يمكن ان تكون أجازته لحصول البداء له و تغيير اعتقاده الى صلاح العقد بعد كونه جازما بعد صلاحه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٤

.....

نعم لانزم القول بصحة الفضولى، هو الالتزام بان اجازة المالك يقوم مقام رضاه المقارن لصدور العقد و ان الإجازة أحد القيدين المعبرين فى العقد على سبيل التخيير. و على ذلك فكما يتم بالرضا المقارن الموضوع لوجوب الوفاء، و يحصل به الملك. كذلك بالإجازة اللاحقة.

و بعبارة أخرى الإجازة يكون بها تمام الموضوع لا ان تكون كاشفة عن تمام الموضوع و السبب قبلها.

اللهم الا- ان لا- تكون الإجازة بنفسها شرطا، بل الشرط لوجوب الوفاء تعقب العقد بها، و هذا التعقب يحصل من الأول على تقدير حصول الإجازة فى المستقبل، و يكون حصولها كاشفا عن اتصاف العقد به زمان صدوره و لكن هذا خلاف الظاهر حيث ان الشرط فى تمام العقد نفس الرضا و طيب نفس المالك لا لحوقه.

لا يقال المراد بالشرط فى المقام ما يكون لحوقه بالعقد موجبا لحصول الملك فإطلاق الشرط على الرضا باعتبار ان المؤثر فى الملك الحاصل بالعقد لحوقه لا انه بنفسه دخيل.

فإنه يقال إطلاق الشرط على شىء مقتضاه كون ذلك الشىء بنفسه دخيلا و كون المراد بالشرط ذلك ظاهر الأدلة فإن ظاهرها كون رضا المالك و طيب نفسه معتبرا فى التجارة و حل أكل مال الغير أو التصرف فيه و وجوب الوفاء بالعقد و لازم ذلك ان لا يحصل شىء من ذلك قبل حصول الإجازة و لا يفيد فيه وصف لحوق الإجازة فى العقد كما احتمل كفاية وصف لحوقها صاحب الفصول، و التزم به بعض المعاصرين و يتفرع على دخالة وصف لحوق الإجازة و كونه شرطا فى تمام العقد انه لو علم الأصيل حصول الإجازة فيما بعد لجاز له التصرف فى مال الطرف حتى الموقوف على كون المتصرف مالكا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٥

.....

ثم انه لا بأس بالالتزام بما ذكر و ان المراد بالشرط لحوقه فى مثل اشتراط صوم المستحاضة بغسلها بعد الفجر أو للعشائين بان يقال بان المعترف فى صحة صومها عند طلوع الفجر اتصاف إمساكها عند الفجر بلحوق الاغتسال و لو فى الليلة الآتية و يقال فى الغسل يوم الخميس ان اتصاف المكلف بكونه لا- يتمكن على الاغتسال يوم الجمعة دخيل فى استحباب الغسل له يوم الخميس و اتصافه بكونه يدرك مستقبلا هلال الشوال دخيل فى وجوب الزكاة عليه من أول شهر رمضان.

و لكن مع ذلك قد يقال بامتناع تحقق وصف التعقب فعلا قبل حصول ذلك اللاحق و انه لا يمكن تصحيح مذهب الكشف بالالتزام بان الشرط فى حصول الملك بالعقد تعقبه بالرضا و ان وصف التعقب حاصل حال العقد على تقدير حصول الإجازة فيما بعد فان المتضايفين متلازمين فى القوة و الفعلية فاتصاف أحد بالأبوة لا ينفك عن اتصاف الآخر بالبنوة و اتصاف شىء بالعلية لا ينفك عن اتصاف الآخر بالمعلولية و عنوان التعقب و التقدم و التأخر من الإضافات.

و الحاصل ان اتصاف شىء بأحد الوصفين المتضايفين فى زمان مع عدم اتصاف الآخر بالوصف الآخر فى ذلك الزمان أمر غير معقول فلا يعقل ان يقال بحصول وصف التعقب بالإجازة للعقد قبل حصول الإجازة.

أقول الأوصاف الإضافية التي يوصف بها الشيء ليست في حقيقتها الا- باعتبار العقل و قياس أحد الموجودين بالآخر فان كن الموجودان متحدين زمانا يكون اتصاف أحدهما بوصف ملازما لاتصاف الآخر بالوصف الآخر المقابل لا محالة لفعليته الموجود الآخر في ذلك الزمان ايضا على الفرض كما في وصفى العلية و المعلولية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٦

.....

أو الأبوّة و البنوة و نحوهما و ان كان الموجود ان في زمانين كما في الموصوفين بوصفى التقدم و التأخر فلا يمكن اتصاف أحدهما بوصف في زمان ملازما لفعليته الموجود الآخر أو فعلية وصفه في ذلك الزمان فضلا عن لزومها لان تحققه فيه خلف.

نعم لا- بأس بتوصيف ذلك الآخر بالوصف المقابل بلحاظ طرف وجوده و لو بملاحظته بالعنوان الإجمالي و يكفي في انتزاع وصف التقدم للموجود المتقدم ملاحظة المتأخر بعنوانه الإجمالي و لو ادعى في فعلية وصف التقدم للمتقدم أو وصف التعقب له لزوم فعلية المتأخر لزم ان لا- يوجد الموصوف الحقيقي بالتقدم و التأخر أصلا لأن الموصوف بالتأخر في ظرف وجود المتقدم معدوم و الموصوف بالتقدم في ظرف فعلية المتأخر قد انقضى عنه الوجود فأين فعلية الموصوفين و فعلية وصفيهما هذا بالإضافة إلى الاعتبار العقلي.

و اما جعل المتأخر موضوعا لحكم مقدم فهو أمر ممكن لا- استحالة فيه كما يأتي فتصوير الملكية للطرفين من زمان العقد و جعل موضوعها تحقق الإجازة مستقبلا لا يوجب محالا فان المراد بشرط الحكم قيد الموضوع و لا يفرق في ذلك بين موارد كون ذلك الحكم وضعيا كالملكية كما في المقام أو كونه حكما تكليفيا و قد يعبر عن قيد موضوع الحكم في الأحكام التكليفية بالسبب كقولهم دخول الوقت سبب لوجوب الصلاة و الجنابة سبب لوجوب الغسل و طلوع الفجر سبب لوجوب الصوم.

و قد يعبر عنه بالشرط كقولهم الاستطاعة شرط لوجوب الحج و بلوغ المال حد النصاب شرط لوجوب الزكاة كما انه يعبر عن قيد الحكم الوضعي بالشرط كما يقال رضا المالك أو معلومية العوضين شرط في صحة البيع و حصول النقل و الانتقال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٧

.....

و قد يعبر عنه بالسبب كما يقال التقاء الختانيين أو خروج المنى سبب للجنابة و خروج البول أو غيره سبب للحدث الى غير ذلك.

و لكن كما ذكرنا ان ذلك مجرد تعبير و المراد في جميع ذلك قيد الحكم و موضوعه تكليفا كان أو وضعيا و من الظاهر ان قيد الموضوع و منه اجازة المالك ليس شرطا باصطلاح الفلسفي في مقابل السبب و المانع من اجزاء العلة ليقال بعدم إمكان تقديم المشروط على شرطه، فإنه من تقدم المعلول على علته زمانا، بل الشرط في المقام و هو قيد الموضوع، تابع لجعل الحكم.

فإنه قد يكون الحكم متقدما على موضوعه زمانا، و عليه فيمكن ان تكون اجازة المالك العقد شرطا في حصول الملك بنحو الشرط المتأخر بأن يجعل الشارع ملكية المال للطرف الأصيل بالعقد مراعى بحصول الإجازة، بحيث تكون الإجازة مع كونها بنفسها شرطا لحصول الملك كاشفه عن حصول الملك للأصيل بحصول العقد، و لكن اعتبار قيد للموضوع في خطاب الحكم أو غيره ظاهره، نحو الشرط المقارن، و اما المتقدم و المتأخر فاعتبارهما و ان كان ممكنا الا انه يحتاج إلى قرينه خاصة.

لا- يقال إذا كان أمر شرطا للحكم يكون له دخل في ذلك الحكم لا محالة و الا لكان جعله شرطا بلا ملاك و إذا فرض دخالته فيه فكيف يحصل ذلك الحكم قبل حصوله.

(فإنه يقال) كما ذكرنا في بحث الأصول ان الحكم المجعول، غير جعله، كما هو شأن كل إنشاء مع منشئه، بخلاف الإيجاد، و الوجود

فإنهما أمر واحد، و يختلفان بالاعتبار و ذلك الأمر، بلحاظ نفسه وجود و بلحاظه إلى فاعله إيجاد، و اما الإنشاء و المنشأ، فهما متعددان.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٨

.....

مثلا- الملكية التي يعتبرها العاقد بعنوان البيع أو غيره منشأ و قصد إبرازه بقوله بعث أو آجرت و نحوهما إنشاء و إذا كان في ملكية المال للطرف من حين العقد صلاح على تقدير اجازة المالك فيما بعد فيعتبرها الشارع كذلك، فلا تكون ملكية على تقدير عدم حصولها فيما بعد فدخالة الإجازة في الملكية ليست نظير دخالة الشرط الفلسفي في مشروطه، لان حصول الملكية يكون بالجعل و الاعتبار على الفرض، و الداعي للجاعل إلى جعلها، اعتقاد الصلاح في المجمعول، كما يأتي توضيحه.

و الحاصل ان دخالة الشرط و هي الإجازة في المقام عبارة عن كونها قيذا لموضوع الملكية المجمعولة من الشارع و هذا في الأحكام الوضعية.

و اما في الأحكام التكليفية كالوجوب و الحرمة فإنهما أيضا أمر إنشائي يحصل بالإبراز و الإنشاء و الجعل فالاستطاعة في وجوب الحج مثلا لا تكون دخيلة في حصول الوجوب نظير دخالة الشرط الفلسفي بل باعتبار كونها قيذا لموضوع وجوب الحج و الداعي إلى جعل وجوبه اعتقاد الجاعل الصلاح في الحج عند حصول الاستطاعة و حيث ان الصلاح و الفساد في موارد الوجوب النفسي و الحرمة النفسية يكون في متعلقهما فلا محذور في ترتب الصلاح أي الغرض على الفعل على تقدير مقارنته، بأمر يعبر عن ذلك الأمر بالشرط المقارن أو على تقدير تقدم أمر على ذلك الفعل أو تأخره عنه و يعبر عنهما بالشرط المتقدم أو المتأخر.

و بهذا يظهر ان ما ذكره صاحب الكفاية من ان الدخيل في شرط الحكم مقارنا كان أو متقدما أو متأخرا لحاظ ذلك المقارن و المتقدم و المتأخر خلط بين الدخالة في الجعل أي الداعي إليه و بين الدخيل في المجمعول حيث ان الدخيل في الجعل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٩

و بان الإجازة متعلقة بالعقد (١)

هو لحاظ ذلك الأمر المقارن أو المتأخر أو المتقدم و لكن الدخيل في الحكم المجمعول أي المأخوذ في موضوعه نفس ذلك الأمر كما لا يخفى.

و المتحصل من جميع ما ذكرنا انه لو تم دليل على ثبوت الملكية شرعا قبل حصول الإجازة فيلتزم به مع التحفظ على كونها شرطا في حصول الملكية، و لو بنحو الشرط المتأخر و لا يلزم من ذلك أي محذور.

(١) الوجه الثاني للقول بالكشف ذكره أيضا الشهيد و المحقق الثانيان، و حاصله ان تعلق الإجازة بالعقد الصادر سابقا رضاء بمضمون ذلك العقد، و مضمونه نقل العوضين من حينه لا من حين الإجازة.

و أورد عليه المصنف (ره) بأمور الأول- ان الإجازة و ان تكون متعلقة بالعقد السابق الا ان مضمونه نفس النقل لا المقيد بكونه من حين العقد و بتعبير آخر يقع العقد في ذلك الزمان باعتبار ان العقد زمني لا ان معنى بعث بنحو الإنشاء هو النقل من ذلك الزمان، و ان شئت فلاحظ القبول بالإضافة إلى الإيجاب فإن القبول رضا بمضمون الإيجاب و لكن لا يحصل الملك بعد تمام الإيجاب و قبل القبول و ليس هذا الا- باعتبار ان معنى الإيجاب هو نفس النقل، و في أي زمان يتم العقد يحصل الملك من ذلك الزمان و كما ان تمام العقد من المالكين يكون بعد القبول فيحصل الملك بعده كذلك تمام عقد الفضولي يكون بعد الإجازة فيكون الملك بعدها.

و أيضا بما ان مدلول العقد نفس النقل لا النقل من حينه، لم يكن الفسخ و إبطال مضمونه إلغاء للنقل من حين العقد بل يكون إلغاء



لنفس النقل ففي أى زمان حصل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٠

.....

الإلغاء، يبطل النقل من ذلك الزمان.

أضف إلى ذلك أنه لا ينبغي الإشكال في حصول الإجازة بقول المالك قد رضيت بكون مالى لزيد بكذا مع ان المالك المجيز لم يتعرض في القول المزبور لبيع ماله فضولا من زيد فضلا عن تعرضه بزمان نقله و قد ذكروا ان تمكين الزوجة من الزوج فيما إذا زوجها الآخر منه فضولا- اجازة لنكاح الفضولى باعتبار ان التمكين كاشف فعلى عن رضاه بالزوجية المنشأة من غير نظر الى زمانها من حيث المبدء.

أقول الإيراد المزبور على الاستدلال غير صحيح و ذلك فإن الملكية أمر اعتبارى و إنشائها ليس من الإيجاد الحقيقى الذى يكون عين الوجود حقيقه و يتحد زمانهما لا محالة. بل الإنشاء كما تقدم توضيحه غير المنشأ و بينهما تعدد.

ولذا يمكن التفكيك بينهما فيمكن إنشاء الملكية المستقبلة بأن يكون الإنشاء فعليا، و المنشأ أمرا استقباليا، كما فى الوصية التمليكية، و على ذلك فاللازم على العاقد فى اعتبار ملكية المبيع للمشتري من تعيين المبدء فيكون الزمان المزبور قيما للنقل أى الملكية، و لا يقاس الإجازة بقبول الإيجاب، فإن الموجب فى إيجابه لا يجعل ملكية المبيع للمشتري مطلقا، حتى و لو لم يقع منه قبول بل الظاهر ان اعتبارها له معلق على قبوله بنحو الشرط المقارن، و هذا بخلاف اجازة المالك فإن الملكية المنشأة بالعقد لا تكون معلقة عليها كما يظهر الحال بملاحظة بيع الغاصب و على تقدير التعليق يكون بنحو الشرط المتأخر، كما إذا باعه لتوقع اجازة المالك.

و الحاصل ان الإجازة تتعلق بمدلول العقد الذى هو الملك من حينه و يدخل العقد بها فى موضوع الإمضاء و اللزوم و قبل الإجازة لا يكون إمضاء و لا لزوم و اما قضية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥١

.....

الفسخ فإنه إلغاء للعقد بقاء فيكون إلغاء الملكية أيضا فى بقائها و لا منافاة بين ان يكون مبدء الملكية فى الإجازة حين العقد و مبدءها فى الإلغاء حين الفسخ، فان الفسخ لا يقابل الإجازة بل مقابل الإجازة، هو الرد و هو عبارة عن إلغاء العقد من أصله، و لا فرق فيما ذكر كله بين ان تكون الإجازة بالقول أو بالفعل كتمكين الزوجة المزوجة فضولا، و لا يخفى ان مرادنا بمدلول العقد، ليس مدلوله بالدلالة الوضعية ليقال بان بعت مثلا إنشاء لا يدل على الزمان فكيف تكون دالا على مبدء الملكية، بل المراد الدلالة و لو بالقرينة التى أشرنا إليها من لزوم المبدء للمنشأ لا محالة.

و لا يخفى ان ما ذكره المصنف (ره) فى الإيراد على الاستدلال الثانى على الكشف بقوله (و بتقرير آخر ان الإجازة من المالك قائمة) ليس تقريرا آخر للإيراد المزبور بل التقرير يناسب الرد على الاستدلال الأول الذى ذكر فيه ان العقد سبب تام للنقل و الانتقال و اجازة المالك كاشفه عن كون عقد الفضولى عند حدوثه تاما.

ثم انه (ره) ذكر الإيراد الثانى على الاستدلال المتقدم بقوله (و ثانيا لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطا اصطلاحيا) و حاصله ان القول بالكشف لا يساعد عليه دليل بان يكون المبيع ملكا للمشتري شرعا و الثمن ملكا للمالك المجيز من حين العقد و لو قيل بتعلق الإجازة بالعقد السابق الذى مدلوله النقل من حينه أو ان الإجازة اللاحقة تجعل العقد السابق كأنه سبب تام للنقل و ذلك فان العقد الفضولى ما لم ينتسب الى المالك، لا يعمه دليل وجوب الوفاء به و خطاب حل البيع فإنه يصير بإجازة المالك عقده، و البيع يباع برضاه، و لازم

ذلك ان لا يكون نقل و انتقال قبل حصول الإجازة لأن حدوث ملكية المبيع للمشتري و انتقال الثمن إلى البائع يلزم حدوث وجوب الوفاء الذي يحدث بالإجازة كما ان حل البيع بمعنى حل التصرفات المترتبة  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٢  
و ثالثا سلمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع (١)

على البيع تحدث بالإجازة و من الظاهر ان حدوث الحلية المزبورة، ينتزع عنها النقل و الانتقال.  
أقول هذا الإيراد أيضا غير صحيح و ذلك فان العقد و ان يكون بالإجازة منتسبا الى المالك المجيز من حين الإجازة و ان البيع بالإجازة يكون بيعا برضا المالك فيدخل العقد المزبور من حين الإجازة في موضوع الخطابين الا ان خطاب وجوب الوفاء بالعقد ليس حكما تكليفيا بالإضافة إلى البيع و نحوه حتى لو فرض ان البائع إذا أمسك بالمبيع و لم يسلمه إلى المشتري فقد عصى بعضيانيين أحدهما التصرف في مال المشتري بإمساكه بالمبيع، و الثاني عدم وفائه بالعقد، بل هو إرشاد إلى لزومه، و عدم كونه قابلا للفسخ كما ان خطاب حل البيع ليس ناظرا إلى الحلية التكميلية بل الى الحل الوضعي أى الإرشاد إلى إمضاء الشرع، البيع من حيث المدلول، و إذا فرض ان مدلول البيع المزبور، ملكية المبيع للمشتري من حين تحقق العقد، يكون إمضائه بمدلوله عبارة عن اعتبار الشرع الملكية على طبق إنشاء العاقد. و رضا المالك المجيز به و قد ذكرنا في محله ان الملكية و نحوها من الأحكام الوضعية، قابلة للجعل بنفسها، و الالتزام بانتراعها من التكليف بلا وجه.

(١) و هذا هو الإيراد الثالث على الاستدلال المتقدم. و حاصله لو سلم إمضاء الشارع عقد الفضولي على طبق اجازة المالك المفروض كونها رضا بالعقد بمدلوله و هو النقل من حينه و لكن حكم الشارع و إمضائه يحدث عند حصول الإجازة. و لازم ذلك ان يكون ملكية المبيع للمشتري و ملكيته الثمن للمالك المجيز بالإضافة إلى الأزمنة بعد الإجازة حقيقية و بالإضافة إلى الأزمنة السابقة على الإجازة تنزيلية، بمعنى انه يترتب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٣

.....

بعد الإجازة الآثار الممكنة بالإضافة إلى تلك الأزمنة، كما إذا حصل للمبيع نماء بعد العقد و قبل الإجازة فإنه يحكم بعد الإجازة، بأن النماء المزبور ملك المشتري و هذا في الحقيقة قول بالنقل يشترك مع القول بالكشف في بعض الآثار، و الوجه في عدم كون الملكية بالإضافة إلى الأزمنة قبل الإجازة حقيقة هو عدم كون العقد في تلك الأزمنة سببا تاما للملكية حيث لم يكن معه رضا المالك الذي جزء السبب أو شرط له.

أقول و أنت خبير بأنه لا يمكن المساعدة على هذا الإيراد أيضا و انه يتعين الالتزام بكون الملكية كما أنها بالإجازة واقعية بالإضافة إلى الأزمنة اللاحقة كذلك انها واقعية بالإضافة إلى الأزمنة السابقة حيث ان التنزيل بجعل الآثار يكون في الموارد التي لا يمكن فيها جعل الموضوع بنفسه حقيقة كما في تنزيل الفقاع منزلة الخمر و اما الموضوع القابل للجعل بنفسه كالملكية التي لها آثار فلا موجب لجعل آثارها بل تجعل نفسها فيترتب عليها تلك الآثار.

و دعوى ان العقد لم يكن سببا تاما للملك في الأزمنة التي قبل الإجازة فقد تقدم انه لا سببية و لا مسببية في الملكية الشرعية بمعناها المصطلح عند الفيلسفي بل العقد مع رضا المالك بنحو الشرط المقارن أو بنحو الشرط المتأخر موضوع للملكية الشرعية.  
و المتحصل الى هنا ان الاستدلال الثاني على الكشف مقتضاه الكشف الحكمي بخلاف الاستدلال الأول فإن مقتضاه كان الكشف الحقيقي.

لا- يقال لا- يمكن الالتزام بالكشف الحكمي فإنه كيف يعقل جعل ملكية متاع لزيد مثلا في زمان انقضى و قد كان المتاع فيه ملكا للآخر كما إذا اشترى زيد متاع عمرو فضولا فإنه ما لم تحصل الإجازة فالمتاع باق على ملك عمرو و لو صار إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٤

.....

المتاع بعد الإجازة ملكا لزيد حتى في الأزمنة التي انقضت قبل الإجازة لزم كون المتاع المزبور في تلك الأزمنة التي قد انقضت ملكا لكل من عمرو و زيد مستقلا بل لا يمكن جعل ملكية المتاع لزيد في تلك الأزمنة إلا بإعادة الأزمنة المنقضية أو الالتزام ببقائها في الأزمنة اللاحقة و كل من الإعادة و بقاءها أمر غير معقول اما الأول فظاهر و اما الثاني فلاستلزامه كون الزمان في زمان و الحاصل ان المتاع المزبور كان ملكا لعمرو و في زمان واقعي قد انقضى و لا يمكن ان يكون المتاع المزبور لزيد في ذلك الزمان الواقعي لانقضائه و اما جعل الملكية بفرض ذلك الزمان الماضي فهو في الحقيقة ملكية في زمان فرضي موهوم مستلزم لكون كل من عمرو و زيد مالكا مستقلا لذلك المتاع في زمان واحد.

فإنه يقال الحل ما تقدم من الإنشاء و المنشأ غير الإيجاد و الوجود فإن الإيجاد و الوجود في الحقيقة واحد و اختلافهما بالاعتبار فقط و إذا كان الإيجاد في زمان يكون الوجود في ذلك الزمان لا محالة.

و إذا انقضى زمان فارغا عن وجود الشيء فيستحيل إيجاد ذلك الشيء في ذلك الزمان الماضي بأن يكون الإيجاد في الزمان اللاحق و الوجود في الزمان المنقضى الا ان يقع المستحيل و هو عود ذلك الزمان الماضي و كذا الحال في إيجاد شيء استقبالي بأن يكون الإيجاد في الحال و الوجود في المستقبل فإنه أيضا لا يمكن الا ان يقع المستحيل و هو جر الزمان الاستقبال الى الحال و اما الإنشاء و المنشأ فلا- استحالة في التفكيك بين زمني الإنشاء و المنشأ فان الموصى لداره للغير بالوصية التملكية يحصل إنشائه حال حياته و لكن منشئه و هي ملكية داره تحصل من زمان موته و كما ان الموصى حين الوصية يعتبر ملكية داره مثلا للغير و لا تكون إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٥

.....

الملكية المعبرة مطلقه بل مقيدة بالزمان المستقبل و يكفي في الوصية ان يلاحظ الموصى ذلك الزمان و يعتبر الملكية المقارنة له كذلك يمكن للمنشئ لحاظ الزمان الماضي و يعتبر الملكية المقارنة لذلك الزمان فان الاعتبار ليس من الإيجاد الحقيقي و المعبر شبه بأمر خيالي لو لم يكن عينه يجعله العقلاء و الشرع تنظيما لأمر معاش العباد و معادهم.

و من الفروع التي توضح المقام ما إذا اختلف الوارث مع الآخر في عين كانت مملوكة للمورث باعترافهما فقال الآخر قد تملكته من المورث بالهبة و قال الوارث بل العين من تركه مورثه و انه لم يملكه لأحد في حياته فإنه لا ينبغي الريب في تقديم قول الوارث أخذا باستصحاب بقاءها في ملك المورث الى زمان موته و من الظاهر ان هذه عبارة أخرى عن التعبد في الزمان اللاحق بالملكية السابقة و التعبد بها معناه جعل الملكية بالإضافة إلى الزمان السابق بعنوان الحكم الظاهري و اما قضية كون ملكية المتاع في زمان واحد لمالكين مستقلا فلا محذور فيه فيما إذا كان زمان الاعتبار متعددا و اي محذور في ان يعتبر ملكية المتاع لعمرو في زمان سابق بان يكون زمان الاعتبار سابقا على زمان المعبر لغرض ثم يعتبر بعد انقضاء زمان المعبر ملكيته في ذلك الزمان الماضي لزيد لغرض آخر و قد ذكرنا سابقا ان الأحكام الوضعية و منها الملكية لا تقاس بالتكليفية حيث ان الأحكام التكليفية لا يمكن تعلقها بالافعال الماضية لأن الأفعال الماضية بانتهاؤها أمرها بالوجود أو العدم لا يفيد فيها النهي و الأمر و الترخيص و هذا بخلاف الأحكام الوضعية فإنها لا تتعلق بالافعال و ليست من سنخ البعث أو الزجر أو الترخيص و تقبل اعتبارها للأمر الماضية و المستقبل كاعتبارها للأمر الحالية كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٦

.....

فتحصل مما ذكرنا ان ما ذكره النائي (ره) في وجه استحالة الكشف الحكمي من ان اعتبار ملكية مال لعمرو في زمان معين ثم اعتبار ملكية ذلك المال لزيد في ذلك الزمان بعينه غير ممكن لان المصحح للتعدد تعدد زمان المعبر لا تعدد زمان الاعتبار و ان مع وحدة زمان المعبر يكون الحال من قبيل الحكم بوجوب فعل في زمان ثم الحكم بحرمة ذلك الفعل في ذلك الزمان و لذا لا يمكن في مسئلة التوسط في الدار المغصوبة الحكم بحرمة التصرف فيها بالخروج قبل الدخول فيها و الحكم بوجوبه بعده لما ذكرنا في ان الفعل بعد انقضاء زمانه لا يقبل البعث اليه أو الزجر عنه أو الترخيص فيه و ان تعلق الحرمة بفعل مقتضاه وجود المفسدة الملزمة الخالصة فيه و تعلق الوجوب مقتضاه وجود المصلحة الملزمة الخالصة و الترخيص مقتضاه عدم ثبوتها و لا يمكن حصول الملاكين في فعل واحد في زمان واحد بخلاف ملكية المال في زمان واحد فيمكن ان يتعدد الغرض فيها باعتبار تعدد زمني الاعتبار لأن المصلحة كسائر الأحكام الوضعية تكون في نفس اعتبارها.

لا يقال إذا كان كل من ملكية المال لعمرو في زمان و ملكية ذلك المال لزيد في ذلك الزمان مورد الغرض فيمكن اعتبارهما و لو مع وحدة زمان الاعتبار أيضا.

(فإنه يقال) لا يمكن ذلك فان معنى اعتبار ملكية المال لعمرو في زمان مقتضاه استقلال عمرو في التصرف في ذلك المال في ذلك الزمان دون غيره و اعتبار ملكية ذلك المال لزيد في ذلك الزمان معناه استقلال زيد في ذلك الزمان للتصرف دون غيره و لا يمكن ذلك مع وحدة زمان الاعتبار بخلاف ما إذا كان زمان الاعتبار متعددا فان اعتبار الملكية لعمرو في زمان أو لا مقتضاه انه يجوز له في ذلك الزمان التصرف في ذلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٧

فالظاهر من صحيحة قيس الكشف (١).

المال و بالإضافة إلى التصرفات الخارجية يكون الجواز بمعنى الترخيص و الإباحة تكليفا و بالإضافة إلى التصرفات المعاملية بمعنى نفوذها و صحتها و انه لا يجوز لغيره زيدا كان أو غيره التصرف في ذلك المال و عدم الجواز بالإضافة إلى التصرفات الخارجية هي الحرمة و بالإضافة إلى التصرفات المعاملية بمعنى عدم نفوذها.

ثم بعد اجازة عمرو المعاملة الفضولية و اعتبار ذلك المال لزيد في ذلك الزمان يكون مقتضى الاعتبار إمضاء تصرفات زيد في ذلك الزمان و كون نماء المال في ذلك الزمان له لا لعمرو كما لا يخفى.

و اما ما استدل به فخر المحققين على القول بالكشف بأنه لولا لزم تأثير المعدوم في الموجود باعتبار ان المؤثر في الملكية هو العقد و لو قلنا بان اجازة المالك كاشفة عن حصول الملكية من زمان العقد فلا محذور و اما إذا قلنا بحدوث الملكية حين الإجازة لزم تأثير العقد المعدوم في ذلك الزمان في الملكية فلا يخفى ما فيه فإنه بعد الإحاطة بما ذكرنا من ان العقد لا يؤثر في الملكية الشرعية بل تلك الملكية حكم شرعي مجعول للشارع يمكن ان يكون موضوعه الأمر المقارن للحكم زمانا و يمكن ان يكون تمام الموضوع أو بعض قيوده الأمر المتأخرين عن الحكم و ليس للموضوع أي تأثير خارجي في الحكم بل ثبوته على تقدير الموضوع لتحقق الجعل في ذلك الفرض و عدم تحقق الحكم مع عدم الموضوع لعدم الجعل مع عدمه و ان شئت الاستيناس للمقام فلاحظ الملكية شرعا في بيع الصرف و السلم فإنها تحدث حين حصول القبض في المجلس و العقد في ذلك الحين معدوم.

(١) وجه ظهورها في الكشف هو ما تقدم من دلالتها على سقوط قيمة الولد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٨

.....

عن عهده المشتري بإجازة المولى البيع الواقع على وليدته فضولا و اما التفرقة بين صحيحه ابي عبيده الواردة في تزويج الصغيرين فضولا- و بين سائر الأخبار بدلائها على الكشف الحقيقي بخلاف سائر الأخبار فاعتبار انه لم يذكر في تلك الاخبار حكم يناسب خصوص الكشف الحقيقي بخلاف الصحيحه فإن الوارد فيها و هو لزوم عزل نصيب الصغيرة و هو يناسب خصوص الكشف الحقيقي فقط كما يأتي توضيحه في التعليقه الآتية و الحاصل ان الحكم لأب البائع بأخذ ابن الوليدة لا يصح الا إذا كان الأخذ المزبور لقيمة الولد فقط أو مع قيمة ما استوفاه المشتري من سائر منافع الجارية.

ثم لا يكون إرساله بعد اجازة البيع الأعلى مذهب الكشف دون النقل فإنه على النقل لا يسقط قيمة الولد أو قيمة سائر منافعها التي استوفاه عن عهده المشتري ليتعين على أب البائع إرسال الولد بخلاف القول بالكشف حقيقيا كان أو حكما. و اما وجه تعلق المشتري بالبائع الفضولى فلعله باعتبار ضمانه الثمن المدفوع إليه فأية كما كان يبيعه فضوليا كان قبضه الثمن فضوليا سواء كان المدفوع اليه نفس الثمن أو وفائه و انه إذا أجاز مولى الوليدة بيعها كانت إجازته إجازة للقبض المزبور ايضا و قد سأل المشتري هذه الإجازة عنه بقوله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني.

و احتمال ان البائع كان مديونا للمشتري ببذل الثمن بمقتضى ضمانه و المشتري كان مديونا للمولى بقيمة الولد و قيمة منافع الجارية فلعل الإجازة معتبرة بنحو النقل و ان إرسال المولى ولد المشتري و إرسال المشتري البائع أى ابن المولى كان لإسقاط المولى دين المشتري فى مقابل دين الابن البائع لا يمكن المساعدة عليها لان هذا الاسقاط لا يحتاج إلى إجازة بيع الجارية و ظاهر الرواية ان إرسال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٩

فإطلاق الحكم بالعزل منضمنا الى عموم الناس مسلطون (١).

الولدين كان علاجه بإجازة البيع و لا تكون أجازته علاجا إلا إذا اعتبر الإجازة بنحو الكشف و ان تكون بحيث تعم اجازة قبض الثمن ايضا.

(١) المراد من إطلاق الحكم بالعزل عدم تقييده بصورة رضا الورثة و هذا الإطلاق بانضمامه الى عموم الناس مسلطون على أموالهم المقتضى لسلطته سائر الورثة لجميع حصصهم من تركة الزوج الميت يفيد مسلك الكشف الحقيقي حيث بناء على هذا المسلك لا يكون لزوم عزل نصيب الزوجة تخصيصا لعمومه بخلاف مسلك النقل أو الكشف الحكمى فإنه بناء عليهما يكون المقدار المعزول ملكا لسائر الورثة واقعا و قد منعوا عن التصرف فى ملكهم بتعين العزل عليهم.

(أقول) لا يمكن المساعدة على الاستظهار المزبور و ذلك لما تقرر فى الأصول من بحث العام و الخاص انه إذا علم عدم شمول حكم العام لشيء و دار أمر عدم الشمول بين ان يكون بنحو التخصيص أو بنحو التخصيص فلا يمكن التمسك بعموم العام فى إثبات كون الخروج بنحو التخصيص لا- التخصيص كما إذا قام دليل على عدم لزوم الاجتناب عن غسله الاستنجاء و دار أمر الغسالة بين كونها تخصيصا فى خطاب كون الماء المتنجس منجسا و بين ان يكون خروجها عن الخطاب المزبور بالتخصيص بان تكون الغسالة المزبورة طاهرة فإنه لا يمكن إثبات طهارتها بالأخذ بعموم خطاب كون الماء المتنجس منجسا هذا أولا.

و ثانيا انه على الكشف الحقيقي يكون تعيين عزل سهم الزوجة أيضا تخصيصا فى خطاب اعتبار الاستصحاب فالمتعين ان العزل حكم ظاهرى و احتياط فى الواقعة التي من الشبهة الموضوعية كوجوب عزل نصيب الحمل و جعله أكثر ما يحتمل عادة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٠

.....

و الحاصل ان الحكم بتعين عزل نصيب الزوجة مع احتمال إجازتها بعد بلوغها منضمًا الى عموم خطاب الاستصحاب مقتضاه عدم الكشف الحقيقي و قد أورد بعض الأعاظم على دلالة الصحيحة على اعتبار الإجازة بنحو الكشف أو غيره بأنه لم يظهر منها ان الترويج المفروض فيها فضولى و ان رضاء الصبى و الصبية به بعد بلوغهما اجازة لذلك الترويج الفضولى بل ظاهرها ان النكاح المزبور قد وقع من الوليين و ان ذلك النكاح جائز أى صحيح و لكن يكون لكل منها بعد بلوغهما الخيار فى فسخه و إقراره و ان من شرط التوارث بين الزوجين المفروضين رضا كل منهما بالنكاح المزبور أى فسخه و إقراره و إذا مات أحدهما بعد رضاه به و قبل بلوغ الآخر يكون الإرث مشروطا برضاء الآخر بعد بلوغه و هذا ظاهر الرواية أى ظاهر جواز النكاح و فرض صدوره من الوليين و لا موجب لحملها على نكاح الفضولى ثم حمل الرضا الوارد فيها على الإجازة و الاستظهار يكون اعتبارها بنحو الكشف نعم قوله عليه السلام فى ذيلها (فان كان أبوها هو الذى زوجها) ظاهر فى ان نكاح الأب لا يكون كنكاح غيره و لا يعتبر فى نكاحه خيار الفسخ بل يلزم و يثبت التوارث و لو قيل بأن الأب يعم الجد أى أب الأب يكون نكاح الجد كنكاح الأب فيختص صدرها بنكاح غير الأب و الجد هذا مع ان الذيل معارض بصحيفة محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام عن الصبى يزوج الصبية قال إذا كان أبوهما اللذان زواجهما فنعم جائز و لكن لهما الخيار إذا أدركا فإن رضيا بعد ذلك فان المهر على الأب قلت فهل يجوز طلاق الأب على ابنه فى صغره قال لا «١».

(١) الوسائل الجزء ١٤ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح الحديث (٨).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦١

اما الثمرة على الكشف الحقيقي (١).

و كذا معارض بذيل صحيفة الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه فى صغره أ يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين قال فقال اما تزويجه صحيح الى ان قال فان مات أو مات يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقى ثم يحلف بالله ما دعاه الى أخذ الميراث الا الرضا بالنكاح «١».

أقول إذا تسلّم أطال الله بقائه ان قوله عليه السلام فى ذيل صحيفة ابى عبيدة الحذاء يكون دالا على نفوذ نكاح الأب و ثبوت التوارث معه و ان الأب يعم الجد فيلزم عليه ان يحمل الوليين فى صدرها على غير الأب و الجد و من الظاهر ان غير الأب و الجد لا يكون وليا شرعيا فيكون نكاحه فضوليا لا محالة و حمل الوليين على خصوص الوصى مع ان ولايته على النكاح الصغيرة غير محرزة حمل بعيد و أبعد منه حمله على نكاح الحاكم الشرعى لضرورة الطفل و اما معارضة ذيلها بصحيفة محمد بن مسلم و صحيفة الحلبي فلا يضر بالاستدلال فإنه لا يمكن العمل بمثلها فى مقابل غير واحد من الروايات الدالة على نفوذ نكاح الأب و الجد و عليه شهرة قديما و حديثا و تمام الكلام فى ذلك موكول بكتايب النكاح و الإرث.

(١) لا تظهر الثمرة على الكشف الحقيقي بين كون الشرط فى صحة المعاملة تعقبها بالإجازة أو تكون الإجازة بنفسها شرطا متأخرا و انه يجوز لكل من المالك المجيز و الأصيل التصرف فيما انتقل اليه قبل حصول الإجازة على تقدير إحراز حصولها فيما بعد سواء كان التصرف أمرا خارجيا أو اعتباريا و يأتى الاعتراف بذلك من المصنف فى بيان الثمرة بين الكشف الحقيقي و الكشف الحكيمى.

(١) الوسائل الجزء ١٧ الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج الحديث (٤).



إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٢

### [و اما الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي]

و اما الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي (١).

(١) إذا وطأ المشتري الجارية التي اشتراها من الفضولي قبل اجازة المالك فأولدها ثم أجاز الشراء مالکها فعلى القول بالكشف الحقيقي يكون الوطى المزبور حلالا واقعا لوقوعه فى لملك واقعا كما انه حرام واقعا على الكشف الحكمي و تكون الجارية المزبورة أم ولد للمشتري على الكاشفين و هذا بناء على الكشف الحقيقي ظاهر لحدوث الوطى فى الملك الواقعي للمشتري و على الحكمي باعتبار انه بعد الإجازة يملك المشتري الجارية حتى بالإضافة إلى الأزمنة السابقة و منها زمان الوطأ و احتمال (ره) عدم كونها أم ولد بذلك لان الاستيلاء لم يحدث فى الملك و ان حكم بملكية الجارية فى ذلك الزمان للمشتري و لكن لا يخفى ما فى الاحتمال من الضعف فان مقتضى اعتبار الجارية ملكا للمشتري زمان الاستيلاء مقتضاه كون الجارية أم ولد.

و ذكر السيد الخوئي أطال الله بقاءه انه لا يحكم على الأمة بناء على الكشف الحكمي بأنها أم الولد لان ظاهر ما دل على انها لا يباع أو غيره من الأحكام ترتبها على أمة يحدث استيلاءها فى ملك الواطى و على الكشف الحكمي يكون الاستيلاء بقاء فى ملكه نظير ما شرع فى صلاته بقراءة سورة ثم تركها فى الأثناء بالعدول إلى سورة أخرى فإنه بالعدول و إتمام السورة الثانية و ان تكون الأولى زائدة الا- انها لا- تحسب زيادة فى الصلاة و لا- تعمه قوله عليه السلام من زاد فى صلوته فعليه إعادتها فان ظاهره احداث الزائد لا جعل الحادث سابقا زائدا فيما بعد.

أقول إذا فرض مبدء الملكية المجعولة هو الزمان السابق يكون الاستيلاء بحدوثه محكما بوقوعه فى الملك لا محالة و لا يقاس بمسئلة الزيادة فى الصلاة فان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٣

و لو نقل المالك أم الولد عن ملكه (١).

مبدء اتصاف القراءة السابقة بالزيادة من حين العدول إلى السورة اللاحقة نظير ما أخبر القائل بأنه يفعل كذا صباح الغد مع بنائه على الفعل المزبور ثم بدا له صباح الغد فلم يفعله يكون اتصاف الكلام المزبور بالكذب بحسب نظر المتكلم من حين البداء له بل يقاس بما إذا اغتسل المكلف بماء مشكوك طهارته أخذًا بأصالة طهارته.

ثم بعد الاغتسال و الصلاة علم بان الماء المزبور كان متنجسا قبل الاغتسال و شك فى وقوع المطهر عليه قبل اغتساله فإنه لا إشكال فى ان الماء الى حين حصول هذا العلم و الشك كان محكما بالطهارة و بعد حصولهما يحكم على الماء المزبور حتى بالإضافة إلى حين الاغتسال بالنجاسة مع انه يلزم عليه طال بقاء الحكم بصحة الاغتسال و لا أقل بعدم وجوب قضاء صلاة صلاها بذلك الغسل لأنهما مقتضى قاعدة الطهارة السابقة أو أصالة عدم وجوب قضائها.

(١) و حاصله انه لو اشترى الأمة فضولا فأولدها و نقلها مالکها عن ملكه ثم أجاز الشراء المزبور فعلى الكشف الحقيقي يحكم ببطلان النقل المزبور و بصحة الشراء لأن الإجازة تكشف عن وقوع نقله فى ملك المشتري واقعا و يحتمل بطلان اجازة الشراء لان النقل سابقا بمنزلة رده الشراء المزبور و سيأتى ان من شرط نفوذ الإجازة عدم سبقها بالرد هذا على الكشف الحقيقي.

و على الكشف الحكمي فيحكم بصحة النقل المزبور و على المالك المجيز أداء عوض الأمة أى قيمتها إلى المشتري جمعا بين صحة

النقل المزبور و بين المعاملة مع الجارية المزبورة بعد الإجازة معاملة ملك المشتري بالإضافة إلى الأزمنة الماضية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٤

.....

و يكون المقام نظير ما إذا فسخ ذو الخيار العقد مع نقل المال عن ملكه قبل ذلك فان بعد فسخه عليه بدل المال جمعا بين نفوذ نقله و رجوع ذلك المال بالفسخ الى مالكة الأول.

و الحاصل ان ضابط الكشف الحكمي انه يترتب آثار الملكية بالإضافة إلى الأزمنة السابقة بعد حدوث الإجازة فإن كان الجمع بين تلك الآثار و تصرف المالك قبل أجازته ممكنا فهو و الا كما إذا أتلّف المالك المال حقيقة أو شرعا كاعتق بطلت الإجازة لفوات محلها و ان يحتمل الرجوع اليه بالبدل مع الإلتلاف أيضا جمعا بخلاف الكشف الحقيقي فإنه بالإجازة ينكشف كون المال ملكا للغير واقعا من حين عقد الفضولي فيبطل كل تصرف من المالك لا حق بالعقد المزبور.

أقول مجرد تلف المال أو العتق لا- يوجب التنافي بينه و بين اجازة عقد الفضولي فإنه بعد أجازته يرجع الأصيل إلى المالك المجيز بيدل المال المتلف أو المعتق كما في مسألة البيع بشرط الخيار للمشتري فإنه إذا تلف المبيع في يد المشتري أو أعتقه فيرجع إليه البائع بعد الفسخ بيدل التالف أو المعتق بل التنافي بين الإجازة و التصرف من المالك المجيز يتصور في موارد لا يكون فيها الرجوع الى المالك المجيز بالبدل كما إذا زوج الفضولي المرأة من زيد ثم المرأة مع جهلها بالحال زوجت نفسها من عمرو فإنه لا يمكن الجمع بين نفوذ النكاح الثاني و اجازة النكاح الأول و في مثل ذلك لا ينبغي الريب في نفوذ النكاح الثاني و فساد النكاح الأول و ذلك فان النكاح الثاني بحصوله يعمه ما دل على مشروعية النكاح و نفوذه و مع هذا الشمول لا تفيد إجازتها النكاح الأول حيث لا يمكن ان يعمل ذلك الدليل بل يمكن ان يقال الأمر كذلك حتى على الكشف الحقيقي لا لكون النكاح الثاني ردا للنكاح الأول

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٥

.....

حيث نفرض وقوع النكاح الثاني غفلة عن النكاح الأول بل لأن الإجازة المصححة للنكاح الأول إجازة الخلية لا اجازة ذات البعل. و اما إذا لم يكن تصرف المالك المجيز منافيا لصحة عقد الفضولي بإجازته فقد يقال كما عن المصنف (ره) و غيره بأنه يجمع بين التصرف الثاني و عقد الفضولي بإجازته برجوع الأصيل إلى المالك المجيز بيدل ذلك المال نظير رجوع من عليه الخيار إلى المشتري بعد فسخ الشراء بيدل المبيع التالف حقيقة أو حكما.

و لكن لا يخفى انه لا يمكن المساعدة على الجمع بذلك في المقام بل المتعين هو الالتزام بان تصرف المالك في المبيع و نقله الى الغير أو إلتافه يوجب ان لا- يبقى مورد للإجازة لا- لكون التصرف المزبور ردا فعليا لعقد الفضولي ليقال بان تصرفه مع غفلته عن جريان العقد فضولا- على ماله لا- يكون من الرد الذي من الإنشائيات و لا يحصل بدون القصد سواء كان بالفعل أو بالقول بل لان المعترف في الإجازة ان تكون موجبة لاستناد عقد الفضولي إلى المالك المجيز بان يصح ان يقال انه باع ماله أو أجره أو صالحه الى غير ذلك و لا- تكون الإجازة مع التصرف المزبور مصححة لذلك لان نفوذ ذلك التصرف يوجب كون المالك أجنبيا عن المال المزبور و لا تكون أجازته موجبة لان يقال انه باع داره و أجرها أو صالحها الى غير ذلك.

و هذا هو السر فيما يأتي من ان من شرط الإجازة ان يكون المجيز مالكا للمال الذي جرى عليه العقد فضولا لو لا أجازته و بتعبير آخر المصحح لاستناد عقد الفضولي إلى المجيز بإجازته كونه مالكا للمال لولاها و المفروض انه مع التصرف المزبور لا- يكون مالكا لتكون جازته باعتباره مصححة للاستناد بل الأمر كذلك في صورة تلف المال فان المال بعد تلفه في يد مالكة لا يعتبر ملكا له و لا

يقاس بما إذا اشترى متاعاً

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٦

### [التمرة بين الكشف والنقل]

و للشهيد الثاني في الروضة عبارة توجيه المراد منها (١).

بشرط الخيار له و تصرف في ذلك المال بالنقل أو تلف في يده فإنه يكون له فسخ الشراء و يرجع البائع إليه ببدل المبيع و ذلك فان الخيار حق له متعلق بالعقد الواقع و التصرف في المبيع إذا لم يكن بقصد إسقاط الخيار لا يوجب سقوطه فيكون له فسخه و يتعين عليه بعد الفسخ دفع البدل و الإجازة في المقام ليست من قبيل الحق المتعلق بالعقد و لذا لا يكون للمالك المجيز إسقاطها بل اعتبارها لكونها مصححة لاستناد عند الفضولي اليه و وجه التصحيح ما ذكرنا من كونه مالكا للمال لولا الإجازة. فتحصل مما ذكرنا انه على الكشف الحكمي يكون تلف المال أو تصرف مالكة بنقله الى الغير أو عتقه موجبا لانقضاء مورد الإجازة فيصح تلك التصرفات و يلغو عقد الفضولي.

بل يمكن ان يقال ان الحال كذلك حتى على الكشف الحقيقي فإن المعقول منه هو الالتزام بكون الإجازة شرطا متأخرا أو ان الشرط تعقب العقد بالإجازة و ما هو شرط متأخرا و لحوقه شرط هي اجازة المالك لولاها لا مجرد اجازة المالك حال العقد و يأتي بقيه الكلام في ذلك في بحث اشتراط كون المجيز مالكا.

(١) قال في الروضة و تظهر الفائدة يعني فائدة القولين الكشف و النقل في النماء فان جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل للمبيع المتخلل بين العقد و الإجازة للمشتري و نماء الثمن المعين للبائع و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز انتهى.

و ذكر المصنف (ره) ان توجيه المراد من هذه العبارة بأن تحمل هذه العبارة على خلاف ظاهرها اولى من الأخذ بظاهرها و التكلف في تطبيق ذلك الظاهر على القواعد و توضيح ذلك ان نماء المبيع المتخلل بين العقد و الإجازة للمشتري و نماء إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٧

و منها ان فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل (١).

عين الثمن للبائع على الكشف الحقيقي أو الحكمي و النماء المزبور يكون للمالك الأصلي على النقل و مراد الشهيد من المالك المجيز هو المالك الأصلي الشامل لمالك المبيع و مالك الثمن مع فرضه الفضولية في العقد من الطرفين فيصح ان يقال انه بناء على النقل يكون نماء كل من المبيع و الثمن للمالك المجيز اي لمالكهما الأصلي و هذا الحمل اولى من الأخذ بظاهرها بان يقال إذا كان العقد فضوليا من طرف البائع مثلا يكون نماء المبيع و الثمن له على النقل اما نماء المبيع فظاهر حيث ان المبيع لا يخرج عن ملكه قبل الإجازة على الفرض و اما نماء الثمن له فلان الأصيل بإقدامه على المعاملة الفضولية قد رفع يده عن الثمن و عن نمائه من حين العقد. و الاولى المذكور في كلام المصنف (ره) من قبيل الاولى في آية إرث اولى الأرحام و ذلك فان تعليل ظاهر كلام الشهيد الثاني بما ذكر ضعيف غايته و مجرد إقدام المشتري الأصيل على المعاملة الفضولية لا يوجب خروج الثمن عن ملكه حين العقد حتى يتبعه نمائه بل قد لا يعلم المشتري بأن البيع من البائع المزبور فضولي.

(١) يعني إذا فسخ الأصيل العقد ثم اجازة المالك فعلى الكشف الحقيقي يحكم ببطلان فسخ الأصيل فإنه بناء عليه يعلم بوقوع فسخه بعد تمام العقد بخلاف ما إذا قيل بالنقل فإنه بناء عليه يحكم ببطلان الإجازة و كونها لغوا لان لكل من المتعاقدين إلغاء إنشائه قبل

تمام العقد جزءاً أو شرطاً بالإجماع.

أقول ينبغي ان يذكر هذه ثمرة بين الكشف الحقيقي المبني على كون الشرط في تمام العقد تعقبه بإجازة المالك و بين غيره سواء قيل بالنقل أو بالكشف الحكمي

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٨

.....

أو الحقيقي المبني على كون الإجازة بنفسها شرطاً متأخراً فإنه بناء على جميع ذلك يكون تمام العقد بنفس الإجازة فيكون الفسخ المزبور قبل تمامه فلا تفيد الإجازة بعده.

و لكن نوقش في الثمرة كما تعرض لها المصنف (ره) بما حاصله انه لا اثر لفسخ الأصيل و انه يتم العقد بلحوق الإجازة على الكشف و النقل و ذلك فان العقد سبب للنقل مع حصول شرطه و الشرط في المقام بناء على النقل أو الكشف على بعض فروضه هي الإجازة و إذا حصلت يترتب الأثر على العقد السابق لتمام السبب معها و ترتب الأثر على تمام السبب من أحكام الوضع يعني غير موقوف على إرادة أحد المتعاقدين ليكون فسخه موجبا لبطان هذا الترتب و لكن المناقشة ضعيفة لان من شرط صحة العقد و ترتب الأثر عليه عدم تخلل الفسخ قبل تمام السبب و مع تخلل الفسخ كما ذكر لا يتم العقد بشرطه ليرتب عليه أثره.

اللهم الا ان يمنع عن هذا الاشتراط بعدم ثبوت الإجماع المدعى و مقتضى الإطلاقات عدم اعتباره. مثلا إذا أنشأ البائع البيع و فسخه قبل قبول المشتري أو قبل حصول شرطه، فمقتضى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بطلان الفسخ المزبور.

و ذكر النائيني (ره) انه فرق بين فسخ الإيجاب قبل القبول و بين الفسخ بعد الإيجاب و القبول و قبل حصول سائر الشرائط فإن فسخ الإيجاب قبل القبول لا- بأس به حيث لا- يتم عنوان العقد ال- بعد القبول بخلاف الفسخ بعد الإيجاب و القبول و قبل حصول سائر الشرائط فإن الفسخ المزبور غير جائز كما هو مقتضى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

نعم إذا قام في مورد دليل خاص على جواز الفسخ قبل حصول سائر الشرائط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٩

.....

أيضا يلتزم به كما في الهبة و الوقف قبل القبض و اما مع عدم قيامه فمقتضى خطاب (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) وجوب إنهاء العقد و عدم جواز فسخه و هذا حكم تكليفي انحلالى يتعلق بكل من البائع و المشتري و ليس من النقل و الانتقال الذى من قبيل الحكم الوضعي و الحكم التكليفي المزبور يترتب على العقد و ان لم يترتب عليه الحكم الوضعي باعتبار عدم حصول بعض الشرائط و الإجازة في المقام شرط للحكم الوضعي حيث لا يحصل النقل و الانتقال بدون حصولها.

و الحاصل وجوب الوفاء و عدم جواز الفسخ موضوعه العقد الذى يحصل بالإيجاب و القبول و على ذلك فلا يجوز للأصيل فسخ العقد قبل اجازة المالك المجيز سواء قيل بأن إجازته كاشفة عن تمام العقد قبله أو قيل بالنقل و لا يقاس الفسخ على القول بالنقل بفسخ الموجب إيجابه قبل قبول المشتري.

أقول وجوب الوفاء بالعقود لا يمكن ان يكون حكما تكليفيا بالإضافة إلى مثل البيع و الإجازة من المعاملات، فان الوفاء بالعقد بمعنى عدم فسخه لإيراد من تحريمه حرمة مجرد التكلم بلفظ فسخت و نحوه مع قصد انحلال العقد مع بقاء العقد بحاله فتحريم الفسخ يمكن فيما إذا كان الفسخ مقدورا و حاصلًا بالإنشاء المزبور و إذا فرض حصول الفسخ في موارد حرمة لا يكون خطاب (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) دالا على لزومها و عدم انحلالها بالفسخ كما يتمسك هو (ره) و غيره بالخطاب المزبور لا ثبات لزوم المعاملات فالمتعين ان يكون وجوب

الوفاء بالعقود بالإضافة إلى مثل البيع حكما وضعيا و إرشادا إلى لزومها و من الظاهر ان العقد المحكوم باللزوم في مثل البيع و الإجارة مما يكون من العهد المشدود هو العقد المنتسب الى المالكين و ما لم تحصل الإجازة لم يتحقق ذلك العهد و لا يترتب الحكم باللزوم سواء قيل بأن الإجازة ناقله

إرشاد الطالب إلى التصليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٠  
و منها جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل (١).

أو كاشفهُ بكشف حكْمى أو حقيقى بمعنى كون الإجازة بنفسها شرطا متأخرا.

نعم إذا قيل بعدم كون الإجازة بنفسها شرطا بل الشرط تعقب العقد بالإجازة فيمكن ان يقال انه لا يكون لفسخ الأصيل أثر لوقوع ذلك الفسخ بعد تمام العقد لان وصف التعقب يحصل للعقد من حين إنشائه فتحصل عما ذكرنا ان مع تخلل الفسخ بين العقد و الإجازة لا تحصل بالإجازة عنوان العقد المشدود المنسوب الى المالكين نظير تخلله بين إيجاب مالك المبيع و قبول المشتري بل الأمر كذلك فيما إذا تخلل الفسخ بعد حصول العقد المشدود و قبل حصول بعض الشرائط المعترية في ترتب الأثر على ذلك العقد كما إذا فسخ البائع بيع الصرف قبل حصول القبض فى المجلس فان الحكم على العقد باللزوم باعتبار مدلوله الممضى شرعا و ما لم يحصل إمضاء مدلوله بحصول ذلك الشرط لا يحكم عليه باللزوم و إذا حصل الفسخ قبل حصوله لا يحصل العقد المشدود بحصول الشرط لان المفروض إلغائه قبل حصوله.

(١) هذه أيضا ثمره بين القول بالكشف الحقيقى و بين غيره من النقل و الكشف الحكْمى فإنه بناء على النقل أو الكشف الحكْمى يجوز للأصيل التصرف فيما انتقل عنه و لو بتصرف ينافى انتقال المال عنه و ذلك فان المال بناء عليهما قبل الإجازة ملكه فيجوز له ترتيب آثاره تكليفا و وضعا فلو باع جاريه من فضولى للبائع الأصيل وطبها قبل الإجازة و ان استولدها صارت أم ولد فيفوت محل الإجازة باعتبار انه لا يجوز بيع أم الولد و كذا إذا زوجت نفسها من آخر فضولا يجوز لها التزويج من غيره و يخرج نكاح الفضولى عن جواز لحوق الإجازة به الى غير ذلك.

إرشاد الطالب إلى التصليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧١

.....

و الحاصل انه بناء على النقل و الكشف الحكْمى لا يحصل تمام الموضوع لوجوب الوفاء بالعقد قبل الإجازة ليمنع وجوبه على الأصيل عن ترتيب آثار بقاء ملكه فلا يصح ما يظهر من المحقق الثانى من عدم جواز هذا النحو من تصرف الأصيل حتى بناء على النقل حيث ذكر فى بيع العين بالثمن المغضوب انه لا يجوز تصرف البائع الأصيل و لا المشتري الغاصب فى تلك العين لاحتمال حصول الإجازة سيما على القول بالكشف انتهى.

و ربما يقال بجواز التصرفات للأصيل ظاهرا حتى على الكشف باعتبار انه لا يعلم حصول الإجازة و انتقال المال عنه واقعا و مقتضى أصالة عدم انتقاله و بقاءه فى ملكه جوازها.

نعم حصول الإجازة فيما بعد كاشف عن بطلان تلك التصرفات فيأخذ المالك المجيز العين مع بقائها و بدلها مع تلفها.  
و لكن منع المصنف (ره) عن ذلك و ذكر انه بناء على الكشف أى الحقيقى منه لا يجوز للأصيل التصرف المنافى للإجازة حتى مع علمه بعدم حصول الإجازة و ذلك فإنه بناء على هذا الكشف يكون الموضوع لوجوب الوفاء و هو نفس العقد حاصلًا فيجب على الأصيل الوفاء به و هذا الوجوب يمنعه عن ترتيب آثار بقاء الملك الى ان يحصل الرد من المالك المجيز حيث يكون إلغاء العقد و إبطاله برده فقط.

لا- يقال كيف لا يجوز الأصل التصرف في المال المحتمل بقائه في ملكه و لا يجوز له التصرف في المال الآخر مع أنه لو لم يجوز له التصرف في الأول واقعا لجاز التصرف في الآخر بمقتضى المبادلة بينهما.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٢

.....

فإنه يقال لا يجوز له التصرف المنافي فيما كان ملكا له كما لا يجوز له التصرف في المال الآخر مطلقا و ذلك فان العقد الموضوع لوجوب الوفاء به و ان كان بمعنى مطلق العهد الحاصل بالإيجاب و القبول الا ان التكليف بالوفاء قرينه على ان المراد هو العهد على نفسه و ما هو عهد المكلف على نفسه هو انتقال ماله الى ملك المشتري أى صاحب الثمن و التكليف بالوفاء به يمنعه عن التصرف في ماله بما ينافي الإجازة المتوقعة و التصرف في المال الآخر لا يعمه وجوب الوفاء و لا يناسبه حيث انه لا يكون من العهد على نفسه.

لا يقال قد تقدم جواز هذه التصرفات للأصيل بناء على النقل و الكشف الحكمي مع ان العهد على نفسه موجود عليهما أيضا.

فإنه يقال قد مر ان تمام الموضوع لوجوب الوفاء هو نفس العقد بناء على الكشف الحقيقي فلا يجوز للأصيل نقضه بخلاف النقل أو الكشف الحكمي فإن الموضوع له لا- يكون العقد فقط بل العقد مع قيد الإجازة حتى لو قيل في تصحيح الكشف الحقيقي بكون الشرط تعقبه بالإجازة و يجب الوفاء به مع الشرط المزبور لكان مقتضى أصالة عدم حصول الشرط في صورة الشك في الإجازة جواز التصرف ظاهرا بخلاف ما لو قيل بأن الإجازة في المستقبل كاشفة عن كون العقد من الأول تمام الموضوع لوجوب الوفاء.

لا يقال انتقال المال عن الأصيل و دخوله في ملك الآخر و ان كان عهدا على نفسه الا انه مشروط بحصول أمر و هو انتقال الثمن عن الآخر إليه بإزاء ماله و لا يعلم هذا الشرط غالبا لاحتمال عدم حصول الإجازة فيكون المقام نظير النذر المشروط في ماله حيث ذكروا أنه يجوز للنادر التصرف في المال المزبور قبل حصول الشرط.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٣

.....

فإنه يقال فرق بين النذر المشروط و المقام فان العهد في باب النذر كما هو قضية الشرطية في قول النادر معلق و مراعى بخلاف المقام حيث يكون احتمال الإجازة و انتقال المال اليه داعيا له الى تمليك ماله بإزاء المال الآخر كما هو ظاهر قول البائع بعتك هذا المال المزبور بذلك فلا يكون حصول الشراء من الآخر و لو احتمالا شرطا و تقديرا في الإيجاب المزبور.

أقول ما ذكر (ره) من انه على الكشف لا يجوز للأصيل التصرف المنافي للإجازة حتى مع إحرازه عدم الإجازة مستقبلا بدعوى ان وجوب الوفاء بالعقد يمنعه عن التصرف المزبور ضعيف و ذلك فان كون الإجازة كاشفة عن الملكية و تعلق الوفاء بالعقد من الأول مرجعه الى اعتبار الإجازة بنحو الشرط المتأخر بأن يكون الموضوع لوجوب الوفاء و هو العقد، له قيد و ظرف تحقق ذلك القيد، هو الاستقبال و إذا لم يحرز حصولها في المستقبل فأصالة عدم حصولها مقتضاها جواز تصرف الأصيل في ماله و لو حصلت بعد ذلك تكون كاشفة عن بطلان ذلك التصرف و وقوعه على ملك الغير كما مر.

و مما ذكرنا يظهر ضعف ما ذكر في القواعد من ترتب أحكام المصاهرة على الترويج فضولا هذا أولا.

و ثانيا ان وجوب الوفاء بالعقد اما تكليف بعدم جواز نقضه عملا بان يتصرف في المال الذي ملكه الغير و هذا التكليف من جهة حرمة التصرف في مال الغير و الإمساك به و لا يكون الا بعد حصول الملكية لذلك الغير و اما إرشاد إلى لزوم العقد و عدم نفوذ فسخه و الموضوع في اللزوم و عدم لزوم الفسخ هو العقد المنسوب الى المالكين الذي لا يحصل الا بعد الإجازة و بعبارة أخرى وجوب الوفاء حتى على القول بكونه تكليفا انحلاليا



إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٤

.....

يعم كلا- من الأصيل و المالك الآخر و يكون الموضوع لحكم كل منهما العقد المنسوب إليهما فقبل اجازة الطرف الآخر لا يتم الموضوع حتى في حق الأصيل و على ذلك فيجوز لكل منهما التصرف المنافي قبل الإجازة بل يجوز لهما التصرف المنافي بعد تمام الإيجاب و القبول المنتسبان المالكين و قبل حصول تمام شرائط صحته كالتصرف في بيع الصرف و السلم قبل القبض و ذلك فان خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ظاهره لزوم العقد و عدم جواز نقضه بعد الفراغ عن تمامه فما لم يحصل الشرط المعتبر فيه فلا يتم العقد. لا- يقال على ذلك لا يمكن الحكم بلزوم العقد فيما إذا لم يكن في البين خطاب آخر دال على تمامه و إمضائه حدودا مثلا مقتضى قوله أَيْحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ظاهره إمضاء كل بيع فيمكن عند الشك في لزوم بيع و جوازه كالمعاطاة التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعقود و الحكم بلزومها و اما إذا لم يكن خطاب على إمضاء عقد فلا يمكن التمسك المزبور. و الحاصل يلزم على ما ذكر ان لا يصلح خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ للتمسك به في صحة عقد و فساد.

فإنه يقال لا بأس بالتمسك بخطاب وجوب الوفاء لا ثبات صحة عقد و لزومه فان الموضوع لوجوب الوفاء و إن كان هو العقد التام الا ان المراد هو التام بحسب اعتبار العقلاء كما ان الموضوع للحلية في خطاب حل البيع هو البيع بحسب اعتبارهم حيث انه ليس للعقد و البيع حقيقة شرعية و إذا كان العقد التام بحسب نظرهم محكوما باللزوم يكون محكوما بالصحة أيضا لا محالة.

غاية الأمر إذا ثبت شرط لتمام العقد شرعا كاعتبار القبض في بيع الصرف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٥

إلا إذا فسخت على اشكال في الأم (١).

يكون ذلك تقييدا لموضوع وجوب الوفاء و لو بلسان الحكومة بمعنى ان تمام العقد في مورده يكون بعد القبض. و المتحصل مما ذكرنا انه يجوز للأصيل التصرف فيما انتقل عنه على النقل و الكشف الحكمي و يخرج عقد الفضولي مع التصرف المنافي عن القابلية للحقوق الإجازة و لا يجوز على الكشف الحقيقي سواء كان الشرط تعقب بالإجازة أو نفس الإجازة بنحو الشرط المتأخر فيما إذا علم الإجازة فيما بعد و اما إذا لم يعلم يكون جواز التصرف حكما ظاهريا.

و اما الفسخ فيجوز للأصيل سواء كان قوليا أو فعليا حتى على الكشف الحقيقي الذي يلتزم فيه بكون الإجازة شرطا متأخرا كما تقدم. لا يقال كيف يمكن على الكشف استصحاب عدم الإجازة و الحكم للأصيل بجواز تصرفه فيما انتقل عنه و لو بما ينافي الإجازة مع ان الاستفادة من صحيحة عبيدة الحذاء المتقدمة الإمرة بعزل حصة المزوجة فضولا من زوجها المتوفى عدم الاعتبار باستصحاب عدم الإجازة.

فإنه يقال الاستفادة من الصحيحة المشار إليها عدم الاعتبار بالاستصحاب لتجوز تصرف سائر الورثة في جميع التركة و اما عدم الاعتبار به بالإضافة إلى تصرفات الأصيل في نكاح الفضولي فضلا عن تصرفات الأصيل في سائر العقود فلا دلالة لها عليه كما لا يخفى.

(١) يعني يجوز للمباشر أي للأصيل نكاح الخامسة و أخت المنكوحه فضولا و أمها بعد رد المنكوحه و لكن في جواز نكاح أمها إشكال و وجه ان نكاح البنت

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٦

و في الطلاق نظر (١).

في زمان ما و لو مع عدم الدخول بها كاف في حرمة أمها إلى الأبد بخلاف نكاح الخامسة أو نكاح أخت المنكوحه فإن حرمة الخامسة أو الأخت ما دام زوجاته الأربع أو الأخت في حباله و مع رد المنكوحه فضولا لا يكون دخول كما انها تخرج عن حباله فلا يحرم عليه بنتها.

(١) يعنى لوارد الزوج الأصيل طلاق المنكوحه فضولا قبل إجازتها أو ردها ليجوز له بالطلاق المزبور نكاح الخامسة أو التزويج بأختها أو بنتها أو أمها ففي الطلاق المزبور اشكال حيث انها إزالة علقه الزوجية فيكون بعد تمام النكاح لا قبلها نعم لو كان النكاح فضوليا من ناحية الزوج دون الزوجه فلا يجوز للزوجه نكاح نفسها من شخص آخر قبل رد الزوج أو إجازته و لو أراد الزوج المزبور طلاق الزوجه المزبوره فلا إشكال في صحته لان طلاقه كاشف عن إجازته النكاح فيكون الطلاق بعد تمام النكاح و حصول الزوجية كما لا يخفى.

بقي الكلام في مسئلة النذر المشروط فنقول ان كان الشرط المفروض فيه قيذا لأصل النذر و التعهد كما إذا قال ان جاء ولدى من سفره فله على التصديق بمالى هذا فلا- ينبغى الإشكال في جواز تصرف الناذر في نذره قبل حصول الشرط لانه ما دام لم يحصل الشرط لم يجب عليه التصديق بالمال المزبور حتى لا يجوز ضده الخاص و بعد حصوله لا يكون التصديق المزبور مقدورا حتى يجب عليه من غير فرق بين ان يكون حال التصرف عالما بحصول الشرط فيما بعد أو عدمه و دعوى عدم جواز التصرف قبل حصول الشرط مع العلم بحصوله مستقبلا لكونه تفويتا لملاك ملزم لا يمكن المساعدة عليها فإنه لا طريق لنا الى تحصيل العلم بالملاك الملزم غير إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٧

.....

الأمر بالفعل و مع عدمه قبل حصول الشرط كما هو الفرض لم تصح دعوى تفويته و بتعبير آخر يكون التصديق بالمال المزبور نظير سائر الواجبات المشروطة أو الموقته في عدم وجوب حفظ القدرة عليها قبل حصول الشرط و الوقت. و ان كان الشرط قيذا للمندور بان كان النذر فعليا و التقدير للمندور نظير الواجب المعلق كما إذا قال الله على التصديق بمالى هذا عند مجيء ولدى يكون وجوب الوفاء بالنذر فعليا و مقتضى فعليته إبقاء المال مع العلم بحصول الشرط و اما إذا احتمله لم يجب عليه الا بقاء بل يجوز التصرف أخذنا بأصالة عدم حصول الشرط فان القيد الاستقبالي في الواجب المعلق على ما هو التحقيق يرجع الى شرط الوجوب بنحو الشرط المتأخر و أصالة عدم حدوثه في ظرف يثبت عدم وجوب ذلك الفعل نعم إذا كان في هذه الصورة و في الصورة السابقة قصد الناذر إبقاء المال الى زمان يحتمل حصول الشرط لزم الوفاء بنذره على ما هو عليه قصده.

ثم انه إذا تصرف في المال المندور بما ينافى الوفاء بالنذر فان كان في موارد جوازه فلا إشكال في صحته ذلك التصرف و نفوذه و اما إذا تصرف فيه في مورد كون وجوب الوفاء فعليا أو لزم إبقاء المال يكون التصرف المنافي غير جائز تكليفا لا لحرمة نفسه لعدم اقتضاء الأمر بالنذر النهى عنه بل باعتبار ترك الوفاء بالنذر معه و لكن المعاملة نافذة و ضعا لأن النهى عن معاملة لا يقتضى فسادها فضلا عما إذا لم يتعلق بها نهى كما ذكرنا و دعوى فسادها باعتبار تعلق الحق بالمال أو لعدم التمكن على تسليم ذلك المال الى الطرف مع وجوب الوفاء بالنذر لا يمكن المساعدة عليها فإنه لا يوجب النذر حقا للمندور له بالإضافة إلى المال و لذا لا يسقط وجوب الوفاء بالنذر بإسقاط المندور له مع انه لا دليل على ان تعلق كل حق بالمال يمنع عن التصرف فيه فان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٨

ثم ان بعض متأخري المتأخرين (١).

ما في كلمات الأصحاب في شرائط العوضين كون ملكهما طلقا تعبير عن موارد خاصة قد تعلق النهى فيها بالبيع كما في بيع الوقف و

أم الولد و نحوهما فلا- يجرى في موارد لم يكن فيها ذلك النهى و انه بعد التصرف لا مانع من شمول خطاى حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد لذلك التصرف لسقوط وجوب الوفاء بالنذر بخروج المال عن ملك الناذر كما هو مقتضى الخطابين. و الحاصل ان القدرة على التسليم المعتبرة فى ظرفه و هو تمام المعاملة حاصل فى المقام أيضا لأن تسليم المال المنذور الى مشتريه كبيعه منه لا- يكون فى نفسه محرما و انما الحرام ترك الوفاء بالنذر و لذا لا يفرق فى فرض ترك الوفاء بالنذر بين ان يبيع المال من الغير و يسلمه إليه أو ان لا- يبيع أصلا بل لو كان يبيعه حراما كما إذا حلف على ترك بيعه لم يكن حرمة البيع تكليفا موجبا لفساده و انتفاء القدرة على تسليمه فإنه يكفى فى صحة البيع التمكن على التسليم و لو بنفس إنشاء البيع و إمضائه كما لا يخفى.

(١) حكى عن كاشف الغطاء انه ذكر ظهور الثمرة بين القول بالكشف و النقل فى موارد: الأول- ما إذا خرج أحد المتبايعين و فرضه الأصيل بعد العقد و قبل الإجازة عن قابلية كونه مالكا لموته أو عروض الكفر كما إذا ارتد سواء كان ارتداده عن فطرة أو غيرها مع كون المبيع عبدا مسلما أو مصحفا فيصح على الكشف دون النقل و كون المبيع عبدا مسلما أو مصحفا قيد للارتداد غير الفطرى فقط و كان المرتد الفطرى لا يملك شيئا بعد ارتداده و ينتقل أمواله التى كانت له قبل ارتداده الى ورثته فخروجه عن قابلية كونه مالكا يعم كل مبيع و اما المرتد غير الفطرى فلا يملك العبد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٩

.....

المسلم و المصحف و يملك سائر الأموال و احتمال رجوع القيد الى مطلق الارتداد ضعيف و الا لكان الأنسب أن يقول بعروض كفر كما إذا ارتد مع كون المبيع عبدا مسلما أو مصحفا لا كون عدم القابلية لتملك المصحف أو العبد المسلم من أحكام الكفر معروف فلا حاجة الى التصريح بالتعميم لقسمى الارتداد فالتصريح بالتعميم قرينه على التفصيل المزبور. و لكن ذكرنا فى كتاب الإرث ان غاية ما دلت عليه الروايات انتقال أموال المرتد الفطرى إلى ورثته بارتداده و اما ما يملك و يكسبه بعد ارتداده فلا- دلالة لها على حكمه و مقتضى عموم أدلة إمضاء المعاملات و إطلاقاتها جواز التكسب له و ضعا و تكليفا كسائر الناس.

ثم ان بطلان البيع على النقل فى فرض موت الأصيل مختص بما إذا كان العوض كليا بذمته و الا فلو كان كلا العوضين عينا خارجية يكون العقد قابلا للإجازة غاية الأمر على الكشف تثبت المعاملة لمن كان مالكا حال العقد و على النقل تقع على ملك الورثة فتحتاج إلى إجازتهم و كذا الحال فى الخروج عن القابلية بالارتداد الفطرى فإنه إذا كان الثمن كليا بذمته يصح البيع له بناء على كون الإجازة كاشفة و لا- يمكن ان يصح له و لا- للورثة على النقل بخلاف ما إذا كان العوض عينا خارجية فإنه يكون معه البيع بناء على النقل فضوليا حتى بالإضافة إلى الورثة فيحتاج إلى إجازتهم.

نعم لا- يعتبر كون الثمن كليا على العهدة فى غير الفطرى لأن الثمن الشخصى لا ينتقل بارتداده الى ورثته فيكون بيع المصحف منه بإزاء الثمن المزبور غير قابل للإجازة على مسلك النقل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٠

ربما يعترض على الأول بإمكان ظهور الأدلة (١).

المورد الثانى ما إذا خرج أحد العوضين بعد العقد و قبل الإجازة عن قابلية المعاملة عليه فبناء على الكشف يصح البيع السابق بالإجازة حيث يثبت الملك بالإضافة إلى زمان كان فيه العين قابلة له بخلاف مسلك النقل.

و الثالث ما إذا طرأ القابلية على أحد العوضين أو على أحد المتبايعين بعد ما كان غير قابل فى زمان العقد كما إذا أسلم الكافر الذى

اشترى العبد المسلم أو المصحف حال كفره فإنه يصح بالإجازة على النقل دون الكشف و مثل ذلك ما إذا قارن العقد فقد بعض شرائط الصحة و تجدد الشرط المزبور قبل الإجازة.

(١) المعترض هو صاحب الجواهر (ره) فإنه اعترض على الثمرة في الموارد الثلاثة بأنه يحكم ببطلان البيع فيها على كلا المسلكين اما في المورد الأول فإن ظاهر الأدلة اعتبار استمرار قابلية الأصيل للملك الى حين الإجازة لتكون كاشفة عن حصول المالك له من حين العقد الى حينها و اما في المورد الثاني فإنه يعتبر ايضاً بقاء العوضين قابلاً للملك الى حين الإجازة حيث يعتبر في اجازة المالك ان يكون مالكا لو لا الإجازة و مع خروج المال عن قابلية الملك لا تكون الإجازة عن المالك المزبور و اما في المورد الثالث فان العقد المزبور غير قابل للإجازة على الكشف و النقل لفقد شرط صحة العقد مع قطع النظر عن رضا المالك على الكشف و كون إنشاء العقد في مورد غير قابل له على النقل.

و تسلم المصنف (ره) الاعتراض على المورد الثالث و منعه في الأولين حيث قال في المورد الأول انه ليس في البين ما يدل على اعتبار بقاء قابلية المتبايعين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨١

.....

للمالكية إلى حين الإجازة بل الأمر بالعكس فان بعض الروايات ظاهرة و بعضها صريحة في عدم اعتبار بقاء القابلية و المراد من بعض الروايات الظاهرة ما ورد في اتجار العامل في المضاربة بغير متاع اشترط مالك رأس المال الاتجار به حيث لم يستفصل فيها بين بقاء الطرف في تجارة العامل على الحياة حين الإجازة و عدمه و نحوها ما ورد في الاتجار بمال اليتيم و مراده من بعض الصريح رواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون الذي اشترى أباه و أعتقه و يدل على عدم الاعتبار فحوى الخبر الوارد في تزويج الصغيرين و ذلك فان كلا من الزوجين في النكاح كالعوضين و البيع ركن و إذا دلت الرواية على عدم اعتبار بقاء الركن الى حين الإجازة كان عدم اعتبار بقاء المتبايعين على القابلية أولى لعدم كونهما ركنين في البيع.

و ايضاً يدفع اعتبار كون الإجازة كاشفة عن تملك الممتلك و استمراره الى حين الإجازة ما ذكره في مسئلة ترتب العقود على مال المالك من ان اجازة السابق من العقود تكون موجبة لصحته و صحة اللاحق فان تملك الأول في الفرض المكشوف عنه بالإجازة غير باق الى حينها كما هو مقتضى صحة العقود المترتبة عليه.

أقول يمكن ان يقال دعوى صاحب الجواهر اعتبار بقاء الأصيل على قابلية المالكية لتكون الإجازة كاشفة عن تملكه المال المنقول اليه و استمرار ذلك التملك الى حينها لو لا- نقله الى الغير و في فرض ترتب العقود على مال المجيز يكون عدم البقاء لنقل الأصيل لا لسقوطه عن قابلية المالكية.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٢

الذي يصلح ردا لما ذكر في الثمرة الثانية (١).

مضافا الى إطلاق رواية عروة (٢).

(١) الموصول مع صلته وصف لخبر تزويج الصغيرين لا للفحوى يعنى الخبر المزبور صالح لرد ما ذكر صاحب الجواهر في اعتراضه على الثمرة في المورد الثاني و وجه صلاحه له أن الزوجين في عقد النكاح بمنزلة العوضين في عقد البيع و إذا دل الخبر المزبور على صحة النكاح بالإجازة في فرض خروج أحدهما بالموت عن قابلية الزواج كان مقتضاه صحة البيع أيضا بالإجازة في فرض خروج أحد العوضين عن قابلية الملك بالتلف و نحوه.

(٢) وهذا وجه ثان لرد ما ذكر صاحب الجواهر (ره) في اعتراضه على الثمرة الثانية من اعتبار بقاء العوضين على المالك إلى حين الإجازة ووجه الرد ان إطلاق رواية عروة البارقي يعنى عدم استئصال النبي صلى الله عليه وآله منه حين أجازته عن بقاء الشاة التي باعها عروة بدينار واحد أو تلفها دليل على عدم اعتبار بقائها حال الإجازة.

أقول ما ذكر (ره) من ظهور بعض الروايات و صريح بعضها الأخرى غير تام ولا دلالة كما تقدم في ما ورد في المضاربة والاتجار بمال اليتيم على حكم بيع الفضولي أصلا كما ان رواية ابن أشيم المفروض فيها دفع المال الى العبد المأذون لم يفرض فيها موت الأصيل الذي هو مولى العبد المعتق بالفتح ولا موت المالك المجيز الذي هي الورثة واما الدافع فلم يكن طرفا في عقد الفضولي أصلا.

ورواية عروة البارقي واردة في قضية خاصة فلعل النبي صلى الله عليه وآله كان يعلم بقاء الشاة المبيعة فضولا و لبعد تلف الشاة في تلك المدّة القصيرة و خبر تزويج

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٣

.....

الصغيرين باعتبار تضمينه لحكم تعبدى و هو لزوم الحلف على المجيز بان إجازتها لا تكون لأجل الميراث غير صالح للتعدى منه الى غير مورده فضلا إلى سائر العقود.

ثم انه اعترض النائيني (ره) على الثمرة في المورد الثانى بأنه يحكم بفساد عقد الفضولى و عدم صحته بالإجازة سواء على الكشف أو النقل اما على النقل فظاهر و اما على الكشف فإنه مقتضى فساد البيع بتلف المبيع قبل القبض و لكن لا يخفى ما فيه فان تلف أحد العوضين قبل الإجازة لا يلازم كونه قبل القبض حيث يمكن كون العين المبيعة فضولا عند مشتريها بنحو العارية أو إجازتها من مالكةا ثم اشتراها من بائعها فضولا و تلفها قبل اجازة مالكةا و يصح هذا الشراء بإجازته على الكشف دون النقل.

فقد تحصل من جميع ما تقدم انه لا يمكن الأخذ بالأخبار الخاصة في إثبات الثمرة في الموارد الثلاثة المتقدمة أو عدم ثبوتها و الصحيح انه يمكن إثبات الثمرة بين النقل و الكشف في المورد الأولين بالأخذ بإطلاق حل البيع و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فان مقتضاهما تمام بيع الفضولى بالإجازة على الكشف الحقيقى و لا يمكن تصحيحه بها على النقل و الكشف الحكمى لأن مع سقوط الأصيل عن قابلية المالكية لا يمكن جعل المالكية له حال الإجازة و لو كان مبدء المالكية من السابق و كذا في صورة سقوط الشىء عن قابلية الملك.

و بتعبير آخر الموضوع للحلية أو وجوب الوفاء هو البيع و العقد المنتسب الى المالكين و مع سقوط الأصيل عن صلاحية الانتساب أو سقوط أحد العوضين عن المالكية لا يكون حال اجازة العقد المنتسب إليهما أو تملك مال بعوض و اما المورد الثالث فالثمره غير تامه بإطلاقها فإنه لا يعتبر في جميع الشروط حصولها من حين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٤

بظهور الثمرة في تعلق الخيارات (١) و حق الشفعة (٢) و احتساب مبدء الخيارات (٣).

العقد بل الشرائط مختلفه و يكفى في بعضها حصولها بعد العقد فلا بد من ملاحظه اعتبار كل منها سواء قيل بالنقل أو الكشف.

(١) كما إذا تغيرت القيمة السوقية أو تعيب المبيع بعد العقد و قبل الإجازة و لم يعلم به المشتري الأصيل حتى أجاز المالك فإنه على النقل يثبت له خيار الغبن أو خيار العيب لكون المبيع عند تحقق البيع معيوباً أو مشتريه مغبوناً بخلاف القول بالكشف الحقيقى بمعنى كون الشرط في تمام البيع تعقبه للإجازة كما لا يخفى.

(٢) كما إذا باع الفضولى نصف الأرض المملوكة للغير من زيد بنحو المشاع ثم باع مالكةا نصف تلك الأرض من آخر ثم أجاز بيع

الفضولى فإنه بناء على مسلك الكشف لا يثبت حق الشفعة لمن اشترى نصفها المشاع من مالها حيث ان تملك المشتري من البائع الفضولى نصف الأرض كان قبل تملكه بل يثبت حق الشفعة للمشتري من البائع الفضولى بخلاف القول بالنقل فإنه عليه يثبت الشفعة للمشتري من المالك.

(٣) اما خيار الحيوان فإن مبدأه على النقل حين الإجازة لأن مشتري الحيوان يصبر حينها صاحباً له بخلاف الكشف الحقيقى فإن كونه صاحبه من زمان العقد و اما مبدأ خيار المجلس أو القبض المعبر فى بيع الصرف أو السلم فبناء على ان الإجازة شرط متأخر يكون تحقق البيع بشرائطه حين الإجازة كما هو الحال على النقل و الكشف الحكمى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٥

و الايمان و النذور (١) ان الخلاف فى كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس فى مفهومها اللغوى (٢)

و الحاصل أن مجلس البيع أو القبض مجلس حصول الإجازة الا- على الكشف الحقيقى بمعنى كون الشرط فى تمام البيع هو تعقبه للإجازة فإنه على ذلك الكشف يكون مجلس البيع مجلس العقد كما لا يخفى.

(١) فإنه إذا حلف المشتري الأصيل التصديق بالمبيع قبل الإجازة ثم أجاز المالك فإنه يبطل الحلف المزبور على النقل و يصح على الكشف.

(٢) و حاصله ان الخلاف فى كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس خلافاً فى معنى قول المالك أجزت العقد أو رضيت به أو نحوهما بل الخلاف فى ان الملكية و غيرها من أحكام المعاملة تترتب من حين العقد لكون الإجازة معتبرة بنحو الكشف أو أنها تترتب من حين الإجازة و يرجع ذلك الى البحث عن نحو اعتبار رضا المالك و انه معتبر بالنحو الشرط المقارن أو الأعم منه و من الشرط المتأخر أو ان المعتبر تعقب العقد بالإجازة و كيفية الاعتبار يظهر بملاحظة أدلة اعتبار الرضا و وجوب الوفاء بالعقود و الروايات الخاصة التى مداليلها لا يرتبط بمعنى الإجازة.

بل يمكن ان يقال انه على الكشف يترتب تلك الأحكام من حين العقد حتى فيما إذا كان مراد المالك من قوله أجزت و نحوه الرضا بالعقد من حين الإجازة و على النقل يترتب تلك الأحكام من حين الإجازة حتى فيما إذا أراد المجيز الرضا بالعقد من حين العقد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٦

ظاهر رواية البارقي وقوعها بالكناية (١).

و الظاهر ان الفعل الكاشف (٢).

فيه نظر (٣).

أقول الصحيح هو التفصيل و ذلك لما ذكرنا سابقاً ان العقد مدلوله النقل من حينه و لو بضميمة قرينة خارجية و هى عدم إمكان الإهمال فى الأمر الاعتبارى من جهة المبدأ و حيث ان الإجازة عبارة عن إظهار الرضا بالنقل المزبور يكون مقتضى أدلة الإمضاء هو الكشف الحكمى و لو أظهر المالك رضاه بالنقل من حين إظهاره الرضا لا من حين العقد فلا يكون ذلك رضاه بمضمون ذلك العقد ليكون موجبا لتمامه و شمول أدلة الإمضاء له.

و الحاصل أن الإجازة لا تصح عقد الفضولى إلا إذا تعلق بمضمون العقد و مدلوله نعم بناء على ان مضمونه مطلق النقل أو من حين تمام ماله الدخل فى المعاملة كما هو مقتضى مسلك النقل تكون اجازة العقد من حين العقد رضاه بمضمونه بالإضافة الى جميع الأزمنة التى منها زمان حصول الإجازة فيصح.

(١) المراد بالكناية ذكر شبه اللازم و ارادة الملزوم أو بالعكس و فى قوله (ص) للعروة (بارك الله) تبريك له فى بيعه و هذا لا يكون



الا بعد فرض وقوع البيع و تمامه.

(٢) بان يكون الفعل المزبور كاشفا نوعيا عن ارادة المالك ثبوت العقد و تمامه فيكون من الأمانة المعتبرة من باب الكشف النوعي.  
(٣) يعنى فى تمامية الاستقراء المزبور تأمل بل لو لا شبهة الإجماع على اعتبار الإنشاء فى الإجازة لكان الأقوى كفاية رضا المالك بأى وجه علم حصوله.

أقول قد ذكرنا سابقا ان العقد ربما يكون فضوليا باعتبار عدم رضا من يعتبر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٧

.....

رضاه فى صحة العقد و تمامه و هذا القسم يكفى فيه إحراز الرضا بأى وجه كان نظير رضا السيد بنكاح عبده أو رضا العمه و الخالة بنكاح بنت الأخ أو بنت الأخت بل لو انكشف الرضا بوجه معتبر قبل العقد لم يكن فضوليا و ربما يكون العقد فضوليا باعتبار عدم انتساب العقد الى من يعتبر فى شمول دليل الاعتبار له انتسابه اليه و هذا القسم لا يكفى فيه العلم بحصول الرضا مطلقا بل يعتبر إنشاء رضاه بالعقد ليتم انتسابه اليه سواء كان الإنشاء بفعله أو قوله و ليس فيما ذكر المصنف من الوجوه دلالة على كفاية مجرد إحراز الرضا فى هذا القسم.

و يظهر ايضا حال الفسخ أو الرد و انه لا يكفى فيهما مجرد إحراز عدم الرضا بل يعتبر الإنشاء و إلغاء العقد بفعل أو قول عمن له ولاية الفسخ أو الرد.

لا يقال كيف يعتبر فى الفسخ أو الرد أو الإجازة الإنشاء و لا يكفى فيها مجرد عدم الرضا مع أنهم ذكروا أنه لو حلف على نفى الاذن فى المعاملة التى أوقعها الوكيل انفسخت المعاملة حيث ان غاية ما يدل عليه الحلف المزبور عدم الرضا بتلك المعاملة و لا يدل على قصد الحالف بإلغائها و ذكر سلام الله عليه فى بعض اخبار خيار الحيوان فإن أحدث المشتري حدثا قبل ثلاثة أيام فذلك رضى منه فلا شرط قيل و ما الحدث قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء حيث ظاهره ان مجرد الرضا ببقاء العقد مسقط للخيار و لا يحتاج معه الى قصد الاسقاط و فى صحيحة ابن بزيع قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلا فى سكرها ثم أفاقت فأنكرت ذلك ثم ظنت انه يلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج إحلل هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر و لا سبيل للزوج عليها فقال إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٨

### الأمر المعتبرة فى الإجازة

الثالث من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد (١).

منها قلت و يجوز ذلك التزويج عليها فقال نعم «١» فإنه يتعين حملها على صورة التزويج بالوكالة حيث ان إنشاء العقد لا يتحقق من السكران الفاقد للقصد فيكون توكيلها فى حال السكر موجبا لكون الزواج فضوليا و رضاها بعد إفاقتها بالنكاح إجازة.

أقول اما قولهم بانفساخ البيع بحلف الموكل فلا بد من أن يراد عدم تمام تلك المعاملة فتكون فضولية و الا فلا مورد للانفساخ حقيقة فى الفرض حيث أن حقيقته بطلان المعاملة بقاء بعد تمامها حدوثا و اما ما ورد فى خيار الحيوان فلا نضائق بأن إظهار الرضا بإبقاء العقد الى تمام الثلاثة بالفعل كإظهاره بالقول عبارة أخرى عن إسقاط الخيار على كلام يأتى التعرض له فى بحث الخيارات و اما

صحيحة ابن بزيع فالمفروض فيها إظهار الرضا بالفعل كما لا يخفى.

(١) و حاصل ما ذكره (ره) في هذا الأمر هو أنه يعتبر في نفوذ الإجازة و تمام العقد بها ان لا يسبقها الرد و الوجه في ذلك مع ظهور الإجماع بل تصريح بعض بالإجماع ان المجيز بإجازته يكون أحد طرفي العقد فان كان مالكا للمبيع يكون بايعا و ان كان مالكا للثمن يكون مشتريا و تقدم سابقا أن تخلل الإلغاء من أحد طرفي العقد قبل تمامه يوجب ارتفاع عنوان العقد الذي بمعنى المعاهدة و العهد المشدود و أيضا تأثير الرد قبل الإجازة في إلغاء العقد السابق و جعله كالعقد مقتضى قوله عليه السلام الناس مسلطون على أموالهم لان مقتضى سلطنة المالك على ماله ان يكون له قطع علاقة الأصيل عن ملكه.

(١) الوسائل الجزء (١٤) الباب (١٤) من عقد النكاح الحديث (١).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٩

.....

أقول دعوى الإجماع التعبدى في المقام كما ترى و أيضا عدم صدق عنوان العقد على الإيجاب و القبول الصادرين عن الأصيل و الفضولى بإلغاء المالك ممنوع و لا يقاس بصورة إلغاء البائع إيجابه قبل قبول المشتري أو إلغاء المشتري قبل حصول شرط تمام البيع فان انتفاء عنوان العقد مع الإلغاء المزبور لو لم يكن مقطوعا فلا ينبغي في عدم إحراز عنوان العقد معه و أيضا لا يكون قبل تمام عقد الفضولى بإجازة المالك علاقة للأصيل في مال المالك المجيز ليجوز للمجيز قطع تلك العلاقة لان العلاقة و هي الملك للأصيل غير حاصل قبل الإجازة و لا-علاقة أخرى حتى يقطعها المالك و كون عقد الفضولى بحيث لم انضم إليه اجازة المالك لتملك الأصيل ماله ليس من تعلق حق الأصيل بذلك المال بل هو مقتضى تحقق بعض الموضوع للحكم في كل مورد كما لا يخفى. و مع الإغماض عن ذلك فإثبات جواز قطع علاقة الأصيل عن ملك صاحبه كاثبات صحة مطلق العقد فضولا بإجازة المالك خارج عن مدلول الرواية كما ذكرنا في بحث المعاطاة فإن مدلولها السلطنة على التصرفات المشروعة المتعلقة بالأموال من المعاملات و نحوها و أنها ثابتة لملاكها و اما ان أى تصرف في المال مشروع فليست واردة في مقام بيان ذلك و لعله الى ذلك أشار في ذيل كلامه بقوله فتأمل.

و عن النائنى (ره) انه كما لا يصح الرد بعد الإجازة كذلك لا تصح الإجازة بعد الرد و فيه أن القياس مع الفارق فإن بالإجازة يتم العقد و ينتقل المال الى ملك الطرف الآخر و خروج المال ثانيا عن ملكه و عوده الى مالكة الاولى يحتاج الى سبب ناقل أو موجب لفسخ العقد و لم يثبت ان الرد سبب ناقل بل مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود لزوم العقد و عدم جريان الرد و الفسخ فيه بخلاف الرد السابق على الإجازة فإن كونه موجبا لإلغاء عقد الفضولى بحيث لا يتم موضوع النقل و الانتقال بالإجازة اللاحقة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٠

نعم الصحيحة الواردة في بيع الوليدة (١).

الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله (٢).

يحتاج الى دليل.

(١) قد ذكرنا عند التعرض لها في أدلة صحة عقد الفضولى بإجازة المالك أنه لا ظهور للصحيحة في نفوذها مع سبق الرد فراجع. و اما الاستدلال على عدم قدح الرد قبل الإجازة بصحيحة ابن بزيع المتقدمة فلا يخفى ما فيه لعدم الملازمة بين إنكار النكاح و رده فإنه قد تقدم تعيين حملها على وقوع النكاح بنحو التوكيل باعتبار أن إنشاء النكاح كإنشاء سائر العقود لا يقع من السكران الفاقد

للقصد و الالتفات و حيث أن التوكيل المزبور وقع حال السكر يكون النكاح المزبور فضوليا و إنكار الزوجه بعد إفاقتها يمكن أن يكون لعدم التفاتها الى وقوع النكاح بتوكيلها و بعد ما استيقنت بوقوعه أقامت مع الزوج المزبور لتوطين نفسها للرضا به و لو حمل الترويج المفروض على الترويج بالمباشرة لكون سكرها خفيفا لا ينافى القصد و الالتفات فيخرج النكاح المزبور عن الفضولى و لا يرتبط الوارد فيها بمسئله الإجازة بعد الرد بل يكون حكما تعديا و أنه يعتبر فيمن زوج نفسها حال السكر الخفيف رضاها بذلك النكاح بعد ارتفاع ذلك السكر.

(٢) و بتعبير آخر نفوذ العقد و تمامه بالإجازة كسائر آثار الملك من الأحكام و إذا فرض إرث المبيع فضولا تكون اجازة الورثة البيع موجبه لتمام ذلك البيع باعتبار كونهم مالكين للمبيع و يثبت فى حقهم ما ثبت لسائر الملاك و يأتى عدم اعتبار اتحاد المجيز مع المالك حال العقد فى نفوذ الإجازة و الفرق بين إرث الإجازة و نفوذ إجازتهم لكونهم مالكين يظهر فيما إذا لم يرث بعضهم من المال المزبور كما إذا كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩١

.....

المبيع فضولا عقارا حيث ان الزوجه لا ترث من العقار فلا تكون لها اجازة بيع الفضولى أو رده. و ايضا لكل من الورثة أن يجيز البيع فى حصته لأنها ملكه بخلاف ما إذا قيل يارث الإجازة بدعوى أنها كحقي الخيار و الشفعة من الحقوق القابلة للإرث فإنه بناء عليه يكون الموروث حقا واحدا فكل من سبق من الورثة إلى إعمال ذلك الحق ينفذ فيصح البيع الواقع على تمام المال أو يعتبر اجتماعهم على الرد أو الإجازة.

و قد يقال أن اجازة الورثة بما أنهم ملاك المال لا لارثهم الإجازة حتى و ان قلنا بأن الإجازة كالخيارات من الحقوق الا أنها تختلف عن الخيارات فى أن الخيارات تورث و الإجازة لا تورث و ذلك فإن الورثة بما انهم ملاك المال لهم حق إجازة العقد الواقع على مالهم بالأصالة و إذا كان لهم بالأصالة هذا الحق فلا يعقل ان يكون لهم الإجازة يارثها لأن حق الإجازة لا يتعدد لشخص واحد بالإضافة إلى عقد واحد و لا يقاس بتعدد الخيار لشخص واحد فى بيع واحد كما إذا اشترى حيوانا بشراء غبن فإن للمشتري المزبور خيار المجلس و الحيوان و الغبن و هذا لا مانع عنه لان الخيارات لاختلاف أحكامها متعدد بخلاف الإجازة.

و الحاصل أن الإجازة و ان قيل بأنها من الحقوق الا أنها كحق القسم للزوجه غير قابلة للإرث و فيه ما لا يخفى فإن الورثة لا يمكن لكل منهم اجازة بيع الفضولى الواقع على المال إلا بالإضافة إلى حصته من المال فإنه غير مالك لتمام المال بخلاف الإجازة الموروثة فإنها حق واحد ثابت لطبيعى الورثة أو لمجموعهم حيث كان لمورثهم حق واحد و لا تتبعض على كل تقدير.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٢

لان مرجع اجازة القبض إلى إسقاط (١) يحتاج الى دليل معمم (٢)

(١) المراد من ضمان الثمن ضمان تسليمه فإنه على عهدة المشتري فلا- يجب عليه بعد اجازة القبض أخذ ذلك الثمن من البائع الفضولى و دفعه الى المجيز و ذلك فان تسليم الثمن الى المجيز حق للمجيز على المشتري فيجوز له رفع يده عن حقه بإجازته القبض المزبور و مرجع اجازة الإقباض إلى حصول المبيع بيد المشتري برضاه و بتعبير آخر اجازة الإقباض إظهار للرضا بحصول المبيع فى يد المشتري و أنه لا يكون بين المبيع و المشتري أى مانع فيترتب على حصوله بيده ما يترتب على القبض الصحيح كعدم جواز استرداده ليتسلم الثمن و أن تلفه فى يد المشتري بعد ذلك لا يكون من تلف المبيع قبل القبض.

(٢) يعنى إذا كان الثمن فى العقد فضولا كليا على عهدة المشتري و فرض قبض البائع الفضولى ذلك الكلى ففى نفوذ اجازة المالك

بالإضافة إلى القبض المزبور اشكال و وجهه أن المدفوع إلى البائع فضولا كان بعنوان الوفاء (بما) على الذمة لا بعنوان مبادلة ما على ذمته بالمدفوع ليكون الدفع معاملة أخرى قابلة للحقوق الإجازة بها و الكلى على العهدة انما يتعين فى المدفوع فيما أخذه المستحق مباشرة أو تسيبا كما فى موارد ولاية القابض أو وكالته و المفروض فى المقام عدم ولاية القابض أو وكالته عن المالك المجيز. أقول إجازة القبض فى الحقيقة اذن للبائع فضولا فى الإمساك بما دفع إليه ثمنا أو وفاء بالثمن فىكون إمساكه بقاء من قبض المستحق و لا يعتبر فى القبض الموجب لتعين الثمن بالمدفوع كون القبض بحدوثه من قبض المستحق الا ترى انه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٣

و عن المختلف أنه حكى عن الشيخ (ره) (١)

لو كان لزيد عنده الف دينار أمانة و باع متاعا من زيد بألف دينار بدمته و قال للبائع الألف الذى لى عندك خذه بحساب الثمن فإنه لا ينبغى الريب فى تمام القبض بذلك.

و الحاصل أن اجازة القبض فى الحقيقة توكيل فىكون البائع الفضولى مأذونا فى استيفاء الثمن و الإمساك به و هذا بخلاف ما إذا كان الأثر مترتبا على الفعل الحدوثى فإنه لا يفيد فيه الإجازة اللاحقة مثلا للحاج ذبح هديه بالاستناب كما إذا أمر الآخر بذبحه و اما إذا ذبح الآخر هدية بتخيل أنه هدى نفسه أو عدوانا أو بقصد النيابة عن مالكة فلا يجدى اجازة المالك فى إسقاط وجوب الهدى عن نفسه. ثم ان اجازة القبض التى فى الحقيقة توكيل تكون كسائر العقود الإذنية فى عدم تعقل الكشف فيها حيث أن الاذن لا يحصل الا حال الإجازة و إذا تحقق الإجازة يحكم بتمام عقد الفضولى فيما إذا كان القبض شرطا فى صحة ذلك العقد كما فى الهبة فإنه تدخل العين الموهوبة فى ملك الموهوب له المجيز من حين إجازة القبض أو كان القبض الخاص شرطا كما فى بيع الصرف و السلم فان مع رضا المالك المجيز يكون الثمن فى يد البائع فضولا يحصل القبض فى مجلس انتساب البيع الى المجيز هذا مع بقاء المعوض و العوض الى زمان اجازة البيع و إجازة القبض و اما مع تخلل تلفهما أو تلف أحدهما قبلها فيدخل المقام فى المسئلة المتقدمة من تلف أحد العوضين أو كلاهما قبل الإجازة كما لا يخفى.

(١) هذا استشهاد لما ذكره فى أول التنبيه من ان اجازة العقد لا تكون اجازة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٤

وجهان (١).

الإجازة ليست على الفور (٢).

للقبض و الإقباض.

لا يقال كيف لا تكون إجارته اجازة لإقباض المبيع مع فرض حصوله بيد المشتري و تملكه إياه بالإجازة.

فإنه يقال يجوز للمالك المجيز مع إجارته البيع أخذ المبيع من يد المشتري ليتسلم منه الثمن و بإجارته الإقباض يسقط هذا الحق.

(٢) يتعين فى الفرض الحكم بطلان البيع فإنه لا مجال لصون إجارته عن اللغو أو حملها على الإجازة النافذة مع تصريحه بخلافها و عدم اعترافه الا- بالبيع الفاسد و البيع اللغو و قد ظهر مما ذكرنا الى هنا انه إذا وقع التقابض فى بيع الصرف بين الأصيل و الفضولى فإجازة المالك البيع و القبض يتم البيع و كذا فى قبض الثمن فى بيع السلم.

لا يقال كيف يعتبر التقابض فى مجلس البيع مع عدم اقتضاء الإجازة حصوله فى ذلك المجلس فإنه يقال المراد من التقابض فى ذلك المجلس عدم تأخره الى ما بعد مجلس العقد لا حدوثه فيه و لو كان مال كل من المتبايعين عند الآخر من قبل و قال أحدهما للآخر فى مجلس آخر بعث ما عندك بما عندى و قال الآخر قبلت يتم بيع الصرف.

(١) لا يعتبر في تمام العقد بالإجازة وقوعها في أول أزمته الإمكان بل في أي زمان فرض حصولها يكون العقد داخلا في أدلة الإضاء و وجوب الوفاء بالعقود و هذا هو المراد من اقتضاء العمومات عدم الفورية.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٥

فالأقوى تداركها بالخيار أو إجبار المالك (١).

و اما صحيحة محمد بن قيس فدلالته على عدم الفورية باعتبار أنه مقتضى نفوذ الإجازة فيها بعد امتناع المالك عنها و إلحاح المشتري و إيجائه الى على عليه السلام و تعليمه طريق الوصول إلى اجازة المالك كما لا يخفى.

و اما المؤيدات المذكورة بعد الصحيحة فمقتضى إطلاقها نفوذ الإجازة حتى مع لحوقها بالعقد في آخر أزمته إمكانها فإن ما ورد في المضاربة و الاتجار بمال اليتيم مطلق لم يستفصل فيهما عن رضا مالك رأس المال أو ولي الطفل بتجارة العامل أو المتصرف في مال الطفل بمجرد اطلاعها أو بعده كما لا يخفى.

(١) قد مر آتفا ان الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد التام و البيع قبل انتسابه الى كلا الطرفين لا يكون عقدا حيث أنه عهد مشدود و عليه فلا- يجب على الأصيل قبل اجازة المالك شيء ليجبر ضرر تأخير المالك في رده و إجازته بخيار أو جواز إجبار المالك على الإجازة أو الرد بل لا مجال للخيار أو الإجبار على تقدير لزوم العقد على الأصيل فيما إذا كان مقدما على المعاملة الفضولية و في فرض عدم اقدامه كما إذا كان جاهلا يكون البائع فضوليا يرتفع لزوم العقد عليه لكونه ضروريا فيجوز له التصرف فيما انتقل عنه و معه يخرج عقد الفضولي عن قابلية لحوق الإجازة به لان مع التصرف يتلف أحد العوضين و هو مخرج للعقد عن قابلية لحوقها على النقل و الكشف الحكمي كما تقدم.

و الحاصل أن حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه لم تكن لخروجه عن ملكه على النقل و الكشف الحكمي بل باعتبار أنها مقتضى لزوم العقد عليه و إذا انتفى اللزوم جاز تصرفاته بل إلغاءه البيع كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٦

هل يعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما و خصوصا. (١)

(١) اختلاف الإجازة مع العقد في العموم و الخصوص تارة يكون باعتبار العوضين و أخرى باعتبار الاشتراط و عدمه بان يبيع الفضولي شيئين بثمان كذا و يجيز المالك بيع أحدهما أو ان يبيع الفضولي متاعا و يجيز المالك بيع نصف ذلك المتاع بنحو المشاع أو يبيع الفضولي بشرط كذا فيجيز المالك بلا شرط أو يبيع بلا شرط و يجيزه المالك مع الاشتراط و إذا كانت الإجازة مختلفه مع العقد في العوضين باعتبار الكل و الجزء فلا يوجب ذلك بطلان الإجازة بل يتم معها البيع في البعض و ضرر تبعض الصفقة على الأصيل يجبر بالخيار نظير ما إذا باع المالك متاعين بثمان و ظهر أحدهما غير مملوك فإنه يتم البيع بالإضافة إلى الآخر و يثبت خيار التبعض للمشتري.

و الوجه ما ذكرنا سابقا من انحلال البيع الى البيوع المتعددة بالإضافة إلى الأبعاض المشاعة للعوضين و بالإضافة إلى الجزء الخارجى المعين فيما كان يبيعه مع الآخر بنظر العرف من بيع المتعدد و الإجازة كما تقدم من أحكام الملك فيجوز للمالك اجازة بعض تلك البيوع.

و بهذا يظهر الفرق بين الإجازة و خيار الفسخ حيث لا- يجوز لذى الخيار الا- فسخ البيع بتمامه و وجه الظهور أن الإجازة من آثار الملك فللمالك ان يبيع بعض ماله كما ان له ان يبيع كله و لكن بخلاف الخيار فإنه حق و سلطنة على فسخ العقد و ظاهر أدلة الخيار ثبوت حق واحد بالإضافة إلى البيع المنشأ ابتداء لا ثبوت حقوق متعددة بالإضافة إلى البيوع المنحلة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٧

.....

و ذكر المصنف (ره) بطلان الإجازة فيما كان العقد مشروطا بشرط على المالك فأجاز المالك العقد بلا شرط و لا يقاس الفرض بإجازة بيع البعض و ذلك فان البيع كما تقدم ينحل الى البيوع المتعددة بالإضافة إلى أبعاض العوضين فتكون اجازة بعضها نافذة بخلاف الاشتراط في العقد فان العقد لا ينحل بالإضافة إلى الشرط حتى يصححه الإجازة و لذا يكون بطلان الشرط في عقد موجبا لبطلانه بخلاف بطلان البيع في الجزء.

و ذكر النائيني (ره) انه يحكم بصحة البيع دون الشرط فان الشرط في المعاملات التزام آخر غير التزام العقدى فاجازة الثاني و عدم إجازة الأول أمر ممكن غاية الأمر يكون عدم اجازة الشرط من قبيل تعذر الشرط الذي يوجب للمشروط له و هو الأصيل في المقام الخيار.

أقول الشرط كما ذكر التزام آخر و لا يكون جزءا لأحد العوضين ليجرى عليه حكم الجزء و ارتباطه بالعقد ليس هو مجرد الظرفية و الاتحاد معه في الزمان كما هو مقتضى قولهم الشرط التزام في الالتزام ليمكن اجازة العقد دون الشرط بل وجه ارتباطه بالعقد أن أصل الالتزام المعاملى من المشروط له معلق على التزام الآخر بالشرط أى المشروط فقوله بعث المال بكذا على ان تخط لى هذا الثوب معناه ان أصل البيع من البائع معلق على التزام المشتري بالخياطة لا أنه معلق على نفس الخياطة المعبر عنها بالمشروط.

و الحاصل يكون الإيجاب في الفرض معلقا على الشرط بمعنى المصدرى أى الالتزام بالخياطة و هذا التعليق لا يقتضى بطلان البيع لان المعلق عليه و هو الالتزام بالخياطة حاصل بالقبول و ما يحتمل عدم حصوله هو الشرط بمعنى المشروط لا يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٨

.....

الإيجاب معلقا عليه.

و الحاصل أنه إذا قبل المشتري الإيجاب المزبور و التزم بالخياطة تتم المطابقة المعتبرة بين الإيجاب و القبول و يتم البيع حتى و ان لم يفعل المشتري ما التزم على نفسه بترك الخياطة غاية الأمر يثبت للآخر معه خيار تخلف الشرط لان مرجع التزامه بالخياطة ثبوت حق الفسخ للبائع على تقدير عدم حصول الشرط بمعنى المشروط.

و بهذا يظهر أن فساد الشرط في البيع أو غيره لا يوجب فساد أصل البيع أو سائر العقد كما ذكر المصنف (ره) فان في موارد فساده يكون التطابق بين الإيجاب و القبول حاصل لا حصول الالتزام من الطرف الآخر و فساد الشرط معناه عدم وجوب الوفاء للالتزام المزبور أى الإتيان بالمشروط.

و الحاصل أنه يعتبر في تمام البيع تطابق الإيجاب و القبول فيما إذا كان البيع من أصليين و التطابق بينهما و بين الإجازة فيما إذا كان البيع فضوليا حيث ان الإجازة إمضاء للعقد بمضمونه و مصححه لاستناده الى المالك و إذا كان بيع الفضولى على شرط كما إذا باع الفضولى المتاع بألف على ان يخطط للمشتري الثوب و أجاز المالك البيع بدون الشرط المزبور لم يحصل التطابق لان قبول المشتري البيع كان معلقا على التزام مالك المبيع بخياطة ثوبه و لم يحصل فتبطل الإجازة كما لا يخفى.

لا يقال يلزم على ذلك بطلان الإجازة في صورة وقوع البيع على تمام المتاع و اجازة المالك البيع في نصفه فإنه إذا قال البائع الفضولى بعث المتاع بكذا و قبله المشتري فالبيع المزبور و ان ينحل الى بيع كل نصف الا ان بيع كل نصف بشرط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٩



.....

بيع النصف الآخر و لذا لو ظهر بعض المبيع غير مملوك للبائع يثبت للمشتري خيار تبعض الصنفه. و الحاصل إذا أجاز المالك البيع في نصف المتاع لم تكن إجازته مطابقه للإيجاب و القبول حيث أن قبول المشتري كان على تقدير التزام مالك المبيع لبيع النصف الآخر و الإجازة وقعت على البيع بدون ذلك التقدير فلم تحصل المطابقه المعتره. فإنه يقال ما ذكرنا من انه يعتبر تطابق الإجازة و العقد فلا مناص من الالتزام به في كل مورد لما بين من أن المصحح لاستناد البيع بمدلوله الى المالك هي الإجازة فكيف تكون مصححة للاستناد مع الاختلاف و لكن إذا كان الشرط بمعنى المشروط هو الفعل كما إذا قال بعتك المتاع بكذا على ان أحيط لك ثوبا و قال المشتري قبلت فما يكون الإيجاب و القبول معلقا عليه هو الالتزام بأمرين أحدهما الفعل أى الخياطة و الثانى الالتزام بثبوت الخيار للمشتري على تقدير عدم الفعل و إذا كان الشرط أى المشروط غير فعل فما علق عليه الإيجاب و القبول هو الالتزام بأمر واحد و هو ثبوت الخيار على تقدير عدم حصول المشروط كما إذا قال بعتك هذا العبد بكذا على أنه كاتب و قبله المشتري فان مرجع اشتراط كون العبد كاتباً الى ثبوت الخيار للمشتري على تقدير عدم الوصف و إذا باع شيئ و قبله المشتري يكون المشروط في بيع كل منهما ثبوت الخيار على تقدير عدم تمام البيع فى الآخر لا الفعل و على ذلك فلو قال الفضولى للمشتري بعتك هذين المتاعين بكذا و قبله المشتري يكون إجازة المالك بيع أحدهما مع الالتزام بثبوت الخيار للمشتري المزبور إجازة موافقة للبيع المجاز كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٠

.....

و ذكر (ره) فيما إذا كان العقد مطلقاً و الإجازة مشروطة بشرط على الأصيل وجوها ثلاثة الأول- تمام العقد بالإجازة المزبورة و لزوم الشرط على الأصيل فى فرض رضاه بالشرط نظير رضا الموجب بالشرط الذى يشترطه عليه القابل فى قبوله و مع عدم رضاه يلغو الإجازة.

و الثانى- صحة العقد بالإجازة المزبورة و لا يلزم الشرط على الأصيل حتى فى فرض رضاه فإنه من الشرط بعد الإيجاب و القبول. و الوجه الثالث الذى قواه (ره) بطلان الإجازة و عدم صحة عقد الفضولى بها حتى مع رضا الأصيل لأن الإجازة مع الشرط أمر واحد و إذا بطل شرطها باعتبار وقوعها خارج المعاملة تكون الإجازة باطلة.

أقول الأظهر صحة الإجازة مع رضا الأصيل بالشرط فيتم عقد الفضولى بها و يجب على الأصيل رعاية الشرط أخذاً بعموم وجوب الوفاء بالعقود و نفوذ الشروط لان الشرط فى الإجازة مع رضا الأصيل به لا يكون شرطاً ابتدائياً بل هو شرط فى البيع حيث ان تمامه و استناده الى المالك يكون بالإجازة فيكون إزام المالك إزاماً فى بيعه نظير إزام المشتري فى قبوله البائع بأمر و رضا البائع به بعد القبول فلا حظ و تدبر.

بقى فى المقام أمور: الأول- ما ذكرناه فى صورة اختلاف الإجازة مع عقد الفضولى بالجزء و الكل بان كان المبيع فى عقد الفضولى الكل و المجاز البعض ناظر الى أن اختلاف المزبور لا يضر بالتطابق المعبر بين العقد و الإجازة لا أنه لا يعتبر التطابق بينهما و فيما إذا كان عقد الفضولى على شرط و أجاز المالك العقد دون الشرط لا يحصل التطابق المعبر بين العقد المجاز و الإجازة و لذا تبطل الإجازة و كذا فيما كان العقد بلا شرط و إجازة المالك مع الاشتراط فإنه لا يحصل التطابق مع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠١

.....

عدم رضا الأصيل بالشرط المزبور و يحصل مع رضاه به.

و الحاصل لا ينبغي الخلاف و الاشكال في اعتبار التطابق بين العقد المجاز و الإجازة في الصور الثلاث حيث ان الإجازة إمضاء للعقد باعتبار مدلوله و انما الخلاف في تحقق التطابق و عدمه في تلك الصور فيكون النزاع و الخلاف في الصور الثلاث صغرويا بعد الاتفاق على الكبرى.

الثاني - قد ذكرنا انحلال البيع باعتبار الأجزاء المشاعة للمبيع في كل بيع و بالإضافة إلى أجزائه الخارجية في خصوص ما كان المبيع بنظر العرف متاعين أو أكثر قد جمع بينهما في عقد واحد و اما في غير ذلك فلا يكون انحلال بالإضافة إلى الأجزاء الخارجية و الشاهد للانحلال في الموردین و عدم انحلاله في غيرهما هو العرف و قد ذكر بعض الأعاظم (دامت شوكته) في الاستدلال على عدم انحلال البيع بأنه إذا باع كتابا فلا يصح ان يقال ان البيع المزبور قرارات و بيوع متعددة بعدد صفحات الكتاب و أنه لو انحل البيع بالإضافة إلى الأجزاء المشاعة يتعين الالتزام بان البيع الواحد يبيع إلى غير النهاية حيث أن الجزء المشاع لا يقف على حد و أن الإنشاء كالأخبار في عدم الانحلال و كما انه لا ينحل الخبر بالإضافة إلى مدلوله مثلا إذا قال كل ما في الأرض جماد لا يمكن ان يلتزم بان المخبر قد كذب كذبا متعددا بعدد ما في الأرض من الحيوان و الإنسان و النبات و الشجر كذلك لا يمكن الالتزام بتعدد البيع فيما إذا قال بعث الدار بكذا و قال الآخر قبلته فإنه لا ينحل إلى بيوع متعددة و كذا الحال في النذر و الحلف و نحوهما فإنه إذا قال الله على صوم كل جمعة يكون النذر واحدا و لو ترك الصوم في جمعة واحدة لحصل الحنث و وجبت الكفارة و لا يجب الصوم بعده لا انه نذر الصوم كل جمعة و جمعة على سبيل الاستقلال و الاستيعاب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٢

.....

و لكن قد التزم هذا القائل الجليل بالانحلال فيما إذا باع ما يملك و ما لا يملك و فيما إذا كان المتاع لاثنين فباعه أحدهما و فيما إذا جمع بين متاعين مالتهما في إيجاب البيع و قبل المشتري بيع أحدهما أو باعهما فضولى و أجاز المالك بيع أحدهما و لا انحلال في غير ذلك.

أقول اما الاستشهاد بعدم انحلال البيع بان بيع الكتاب لا ينحل عرفا إلى بيع كل ورقة ورقة من أوراقه فقد ذكرنا أن مع وحدة المتاع لا ينحل بيعه إلى الأجزاء الخارجية و انما يكون الانحلال بالإضافة إلى أجزائه المشاعة و هذا الانحلال لا يستلزم البيوع إلى غير النهاية لان الأجزاء المشاعة و ان لا تقف إلى حد الا ان عدم وقوفها لا يلزم عدم وقوف بيعها و ذلك فإنه يعتبر في البيع ان تكون للمعوض كالعوض مالية و لا تكون المالية في الأجزاء المشاعة للمتاع الا إلى حد معين فإن المالية للجزء كما يأتي في مسألة تقسيط الثمن ان يكون له قيمة في بيعه بانفراده و عليه فنصف العشر من الكيلو من الحنطة إذا فرض كونه خمسين حبة فلا ينحل بيع الكيلو إليه حيث ان الخمسين من حبة الحنطة لا مالية لها بل و لا غرض في تملكها.

ثم انه لا فرق بين الإنشاء و الاخبار في الانحلال و عدمه و ان الانحلال فيهما باعتبار الدلالة و المدلول لا باعتبار الدال و بتعبير آخر ان الدال و ان لا- يتصف بكونه دالا- الا- مع فرض المدلول له كما انه لا- يكون مدلول الا- مع فرض الدال عليه كما هو الحال في كل متضايقين الا ان الانحلال يكون في ناحية الدلالة و المدلول لا في ناحية الدال و عليه فان كان موضوع الحكم عنوانا ينطبق على الدال كحرمة الكذب حيث ان الكذب عبارة عن التكلم بكلام لا يكون المقصود منه مطابقا للواقع فلا يتعدد ذلك الحكم و لو كان مدلول ذلك الكلام منحلا إلى المتعدد بخلاف ما إذا كان الموضوع عنوانا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٣

**[في شرائط المجيز]**

بنى على نفوذ منجزات المريض (١)

ينطبق على الدلالة أو المدلول فإنه يتعدد بتعدد هما كما في حرمة الاغتيا ب كما ذكرنا في المكاسب المحرمة فإنها كشف ما ستره الله على المؤمن من العيب و إذا قال المخبر كل أولاد زيد قد شربوا الخمر فقد اغتاب بعدد أولاده حيث ان الاغتيا ب ينطبق على الكشف و الدلالة لا على الدال كما لا يخفى.

و اما النذر أو العهد فكل منهما عنوان للالتزام و يتعدد بتعدد الملتزم به و إذا قصد الناذر في قوله لله على صوم كل يوم جمعة الالتزام بصوم كل جمعة على سبيل الاستغراق و الاستقلال فيتعدد الحنث بخلاف ما إذا كان الملتزم به صوم مجموع تلك الأيام و يشهد لانحلال الالتزام بتعدد الملتزم به سقوط بعض الدين بأداء ذلك البعض أو بإبراء الدائن.

الثالث- ما ذكرنا من ان شرط غير الفعل يرجع الى اشتراط الخيار و ان البيع و الشراء يكون معلقا على التزام الطرف بذلك الخيار كما إذا اشترى عبدا و اشترط كونه كاتباً ينحصر بما إذا كان المبيع عيناً خارجياً و اما إذا كان بنحو الكلي على الذمة فمرجع الاشتراط الى تقييد المبيع و لو دفع الى المشتري عبداً لا يكتب فلا يكون للمشتري الا استبدال لا فسخ البيع كما ان رجوع الاشتراط الى جعل الخيار يختص بما إذا لم يكن الشرط عنواناً مقوماً للمبيع و إذا اشترى فلزاً و اشترط كونه ذهباً فبان مذهباً فإنه يبطل البيع لا انه يثبت للمشتري الخيار و تمام الكلام في باب الشروط إنشاء الله تعالى.

(١) يعنى بناء على نفوذ منجزات المريض تكون إجازته مفيدة في صحة عقد الفضولي بتمام مدلوله على النقل و الكشف و بناء على انها كالوصية في نفوذها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٤

لا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف و النقل (١).

لامتناع تصرفه في العين (٢).

من ثلث التركة فيكون صحة الإجازة مراعى بان يكون المال الجارى عليه العقد فضولاً بمقدار ثلث تركة المجيز أو أقل.

(١) اما على النقل و الكشف الحكمى فظاهر حيث ان تصرف المالك في ماله يكون بإجازته فيعتبر كونه حال الإجازة مالكا للتصرف و اما بناء على الكشف الحقيقي فالإجازة الكاشفة عن الملك بالعقد هي اجازة المالك الذى يجوز له التصرف في ماله حيث ان الإجازة لا بد من كونها بنحو لو كانت مقارنة للعقد كان العقد مفيدا في النقل و الانتقال بلا فرق بين اعتبار الإجازة بنحو الشرط المتأخر أو بتعقب العقد بها.

(٢) اى لا يجوز تصرف الأصيل في العين التى اشترها لإمكان عدم الإجازة و لإمكان عدم المقتضى يعنى عدم دخول تلك العين في ملكه و لا في الثمن لا مكان عدم تحقق الإجازة.

أقول لا يخفى ان احتمال الإجازة لا يمنع عن الأخذ بأصالة بقاء الثمن في ملكه فيجوز تصرفاته ظاهرا مع ان هذا مبنى على لزوم العقد على الأصيل قبل الإجازة فقد تقدم منعه سابقا و ان لزومه على تقديره يسقط في موارد الضرر.

و اما الاستدلال على اعتبار المجيز حال العقد بأنه لو امتنع العقد في زمان امتنع دائما فقد أجاب عنه المصنف (ره) مضافا الى النقض بما إذا كان مالك المال حال العقد في مكان لا يمكن الوصول إليه انه لا ملازمة بين عدم إمكان تمام العقد في زمان و عدم إمكان

تمامه بعد ذلك وبتعبير آخر إذا امتنع الشيء في زمان ذاتا  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٥

.....

لامتنع دائما.

و اما إذا كان امتناعه في زمان بالغير فيمكن ان يخرج إلى الإمكان بل الوجوب بعد ذلك بتمام علته.  
و الحاصل يحتمل ان يكون المراد بالمجيز ذات المجيز أى من يكون شأنه إجازة العقد و لكن احتمال عدم اعتبار هذا المجيز حال  
العقد أو الجزم بعدمه لا يفيد شيئا في المعاملات المالية كالبيع فإنه لا يمكن تخلف مال عن المالك أو من له ولاية على مالك ذلك  
المال.

نعم يصح في مثل النكاح كما إذا زوج الفضولى صبيا من صبيته لا يكون لهما أب أو جد بناء على عدم ولاية غير الأب و الجد عليهما  
حتى الامام عليه السلام فان ولايته على نكاحهما مورد المناقشة و يحتمل ان يكون المراد بالمجيز من يتمكن على الإجازة حين العقد  
و إذا كان المالك بعيدا عن مكان العقد بحيث لا- يمكن وصول خبره إليه إلى مدة يكون العقد المزبور على الاعتبار غير قابل  
للإجازة.

ثم انه لا- دليل على اعتبار المجيز حال العقد باحتماليه فان البيع أو غيره يستند الى المجيز فيكون بيعا له بإجازته فيعتبر ان يكون حال  
الإجازة مالكا للتصرف و اما قبلها فكون ذات المجيز أو مع تمكنه على إجازته غير دخيل في تمام عقد الفضولى أضف الى ذلك ما  
ورد في نكاح الصغيرين حيث لم يستفصل فيه عن وجود الولي عليهما حين العقد أو عدمه و كذا إذا كان المراد بالمجيز وجود من  
تصح إجازته حال العقد فإذا بيع مال اليتيم بنصف قيمته السوقية ثم تنزلت القيمة بحيث تكون إجازته صلاحا فيصح بالإجازة بناء على  
عدم الاعتبار بخلاف ما إذا قيل بالاعتبار فإنه لا بد من تجديد العقد و لكن اعتبار وجود المجيز بهذا المعنى ضعيف ايضا يدفعه عدم  
الاستفصال في مثل خبر نكاح

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٦

على خلاف فيه (١) فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض (٢) الثالث لا يشترط في المجيز كونه جائر التصرف (٣)

الصغيرين و الإطلاق أو العموم الشامل للعقد بعد لحوق الإجازة به.

و لا يخفى ان اعتبار وجود المجيز حال العقد باحتمالاته الثلاثة على تقديره ينبغي ان يعد في شرائط المجاز لا من شرائط المجيز الذى  
يلحق إجازته بعقد الفضولى كما فى الشرطين الأول و الثالث.

(١) أى على خلاف فى ولاية الوصى.

(٢) يعنى الاولى الالتزام بورود الاعتراض مع فرض كون المراد بالمجيز من يكون شأنه اجازة العقد فضولا و ان أريد وجود المجيز  
المزبور مع تمكنه على الإجازة فيمكن فرض عدم هذا المجيز فى العقد الجارى على الأموال فضولا حتى مع فرض ولاية المجتهد و  
العدول لإمكان عدم تمكنهم على إجازته باعتبار عدم اطلاعهم على العقد المزبور.

(٣) هذا الأمر ناظر الى ان من يجيز العقد فعلا و انه هل يعتبر فى نفوذ إجازته ان يكون حال العقد ايضا نافذ التصرف بحيث لو كانت  
إجازته فى ذلك الزمان لتم بها العقد أو انه لا يعتبر فى نفوذ إجازته إلا كونه جائر التصرف حال الإجازة فتصح إجازته فعلا و لو لم  
تكن له الإجازة فى ذلك الزمان سواء كان عدم نفوذ إجازته سابقا لعدم المقتضى أو للمانع و المراد بعدم المقتضى عدم الملك أو  
الوكالة أو فقد سائر القيود المعترضة فى المالك و المراد بالمانع تعلق حق الغير بالمال الذى وقع مورد العقد فضولا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٧

.....

و في المقام مسائل ثلاث: ندرجها في مسألتين تبعا للمصنف (ره): الاولى - ما إذا بيع المال و كان حال البيع فاقدا لما يعتبر في البائع من القيود من كونه بالغا أو عاقلا أو رشيدا أو عدم الحجر عليه بتعلق حق الغير بماله و صار حال الإجازة واجدا لتلك القيود. و الثانية ما إذا بيع المال حال عدم ملكه ثم ملك المال و أجاز البيع اما الأولى فنقول إذا بيع المال حال جنونه أو صغره أو سفهه ثم أفاق أو بلغ أو صار رشيدا فأجاز البيع فإنه لا ينبغي الريب في صحة البيع المزبور باعتبار انه يتم بالإجازة الموضوع لا اعتبار المعاملة و إمضاها حيث يتم بها استناد المعاملة المفروضة إلى المالك البالغ الرشيد و الاستناد السابق على تقدير المباشرة في إنشاء البيع كان ملغى لخروج بيع الصغير و المجنون و السفه عن موضوع الإمضاء و لزوم الوفاء لا باعتبار تعلق حق الغير بالمال بل لقصور أنفسهم و إذا باع مع المانع أي مع تعلق حق الغير بماله ثم ارتفع ذلك المانع بسقوط ذلك الحق تتم المعاملة و يشملها دليل الاعتبار من غير حاجة إلى الإجازة حيث ان استنادها إلى المالك العاقل البالغ الرشيد كان من قبل و انما لم يشملها دليل الاعتبار لتعلق حق الغير بالمال الذي وقع مورد المعاملة ففي أي زمان سقط ذلك المانع يشملها دليل الاعتبار.

و ان شئت فلاحظ المعاملة التي يكون القبض شرطا في تمامها فان دليل الاعتبار لا يعمها ما لم يحصل القبض ففي أي زمان حصل القبض يعمها دليل اعتبارها.

لا- يقال لا يقاس المقام بمسئلة اعتبار القبض في الهبة و الوقف فان ما دل على عدم انتقال المال عن ملك الواهب أو الواقف إلى ان يقبض العين مقتضاه ترتب الإمضاء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٨

.....

على الهبة أو الوقف بعد القبض بخلاف بيع المالك المال مع كونه رهنا أو محجورا عليه للفلس فان بيعه في حدوده مستند إلى مالكة و مع ذلك لا- يعمه إطلاق حل البيع أو عموم وجوب الوفاء بالعقد باعتبار أن إمضائه أو لزوم الوفاء به مناف لتعلق حق الغير بالمال و بعد ارتفاع المانع و سقوط الحق دخوله في الإطلاق و العموم يحتاج إلى التوضيح.

فإنه يقال قد ذكرنا في بحث الأصول انه كلما دار أمر الفرد بين خروجه عن تحت العام أو المطلق إلى الابدو خروجه عنهما إلى زمان يتعين الالتزام بالثاني للاقتصار على المتيقن لان طرح ظهور العام أو الإطلاق بالإضافة إلى ما بعد ذلك الزمان بلا موجب. و مما ذكرنا يظهر انه لو باع الراهن أو المفلس عين الرهن أو عين ماله فأجاز المرتهن أو الغرماء البيع لا تكون إجازتهم كاشفة عن النقل و الانتقال من حين العقد لا بكشف حقيقى و لا بكشف حكمى بل تكون إجازتهم كفكك الرهن أو ارتفاع الفلس موجبا لانتقال العوضين من حين الإجازة و ذلك فان المال بالإضافة إلى الأزمنة السابقة غير قابل للنقل و الانتقال و في أي زمان سقط الحق عن المال و صار ملك طلق يقبل النقل من ذلك الزمان و لا يقاس بإجازة المالك في بيع الفضولى المعروف حيث التزمنا فيه بالكشف الحكمى باعتبار أن المال كان قابلا للنقل في زمان سابق الا ان البيع الناقل لم يكن مستندا إلى المالك أو من له ولاية النقل و بإجازته يستند النقل من ذلك الزمان إلى المجيز على ما تقدم.

و على ذلك فإذا بيع المال حال صغره أو جنونه أو سفهه ثم صار المالك بالغا أو أفاق أو صار رشيدا فأجاز البيع المزبور تكون إجازته كاشفة بخلاف ما إذا باع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٩

**[من باع شيئاً ثم ملكه]**

الثانية ان يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد (١)

المال ثم فك الرهن فإنه يتعين الالتزام في الثاني بالنقل كما لا يخفى.

(١) المسئلة الثانية- ما إذا كان المجيز غير مالك للمال حال العقد، ولهذه المسئلة صور، ولكن العمدة البحث في جهات: الاولى- ما إذا باع غير المالك، لنفسه ثم ملك المال، و أجاز البيع، و الثانية- ما إذا باع المال لنفسه ثم ملكه و لم يجزه، و الثالثة هل فرق بين ما إذا باع غير المالك لنفسه ثم ملكه أو اجازه أو لم يجزه، و بين ما إذا باع المال لمالكة ثم ملكه و أجاز أو لم يجز.

فنقول قد يقال بان غير المالك إذا باع المال لنفسه ثم ملكه و اجازه يصح البيع المزبور، و بتعبير آخر لا يعتبر في المجيزان يكون مالكا للمال حين إنشاء عقد الفضولي، كما هو ظاهر المحقق في باب الزكاة من المعبر، حيث ذكر انه لو باع المالك النصاب قبل إخراج الزكاة أو رهنه صح البيع و الرهن بالإضافة الى غير مقدار الزكاة فإن أدى الزكاة من مال آخر، قال الشيخ صح البيع و الرهن في تمام النصاب، و فيه إشكال لأن حصه الزكاة مملوكة لأرباب الزكاة و إذا أدى المالك الزكاة من مال آخر ملك تلك الحصه بملك جديد، فافتقر بيع تلك الحصه إلى إجازة جديدة، كما في مسئلة من باع شيئاً ثم ملك انتهى. فان ظاهر هذا الكلام ان المحقق (ره) يرى تمام البيع فيما إذا باع المال ثم ملكه و اجازه.

بل يمكن ان يستظهر مما حكاه عن الشيخ (ره) عدم الحاجة في تمام البيع المزبور إلى الإجازة، و لكن الاستظهار قابل للخدشة، فإنه يحتمل ان يكون تعلق

إرشاد الطالب إلى التصليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٠

.....

الزكاة من قبيل الكلى على الذمة، و ان العين الزكوية كالرهن لذلك الكلى، فلو امتنع مالك النصاب عن أداء ما عليه من الزكاة، يجوز لوليها الأخذ بتلك العين لاستيفاء ما على عهده مالك النصاب، نظير أخذ المرتهن بالعين المرهونة، لاستيفاء ما على عهده الراهن في فرض امتناعه عن أداء دينه، و على ذلك فالعين الخارجية بتمامها ملك لمالك النصاب، غاية الأمر يتعلق بها حق الزكاة، و يسقط ذلك الحق بأدائها من مال آخر، نظير ما إذا باع الراهن العين المرهونة ثم فك الرهن بأداء دينه فإنه قد مر عدم الحاجة في صحة هذا البيع إلى الإجازة، كما يحتمل ان يكون تعلق الزكاة بالعين الخارجية كتعلق حق الجناية بالعبد في جنايته خطأ بان يجوز لمالك النصاب بيعه بتمامه و يصح منه البيع، كجواز بيع العبد الجاني، و تتعلق الزكاة بذمة المالك، غاية الأمر ان المالك لو امتنع عن أداء الزكاة و إفراغ ذمته منه، يجوز لولي الزكاة أخذ الزكاة من النصاب بإبطال البيع المزبور، و فسخه في مقدارها، كما في امتناع مولى العبد الجاني من أداء أورش الجناية فيمكن ان يكون ظاهر كلام الشيخ (ره) في عدم الحاجة الى الإجازة مبني على ذلك، فلا يرتبط عدم الحاجة الى الإجازة في الفرع المزبور بمسئلة من باع شيئاً ثم ملك.

و ذكر السيد اليزدي (ره) في تعليقه ان تعلق الزكاة بالنصاب لا- يحتمل كونه من قبيل تعلق حق الجناية بالعبد الجاني خطأ لان المعروف بينهم انه يجوز للساعي و الحاكم تتبع العين فيما إذا باع المالك النصاب قبل أداء الزكاة من مال آخر.

(أقول) ان كان مرادهم من تتبع العين فيما إذا لم يؤد الزكاة بعد بيع النصاب تتبعها مع امتناع المالك من مال آخر فحق الرهانة و حق الجناية مشتركان في ذلك،



إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١١

.....

و ان كان مرادهم تتبعها و لو من غير امتناعه فالأمر أيضا كذلك لان جواز تتبع العين لا يلزم جواز تملكها مطلقا بل جواز التملك يكون بعد امتناع المالك من أداء الزكاة من مال آخر سواء كان تعلقها من قبيل حق الرهانة أو من قبيل حق أرش الجنائية.

و الحاصل- ان الفرق بين تعلق حق الرهن و تعلق حق الجنائية بعدم تمام بيع العين المرهونة إلا بفك الرهن أو اجازة المرتهن بخلاف بيع العبد الجاني خطأ فإنه يتم، و لكن يكون للمجنى عليه أو وليه حق فسخ بيعه في فرض امتناع مولاه البائع عن أداء أقل الأمرين من قيمته و أرش الجنائية- غير مناف لما هو المعروف بينهم من جواز تتبع العين و في صحیحه عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام رجل لم يترك أبله أو شاته عامين فباعها على من اشتراها أن يزيكها لما مضى قال نعم تؤخذ منه ذكاتها و يتبع بها البائع أو يؤدي ذكاتها البائع «١» و ظاهرها لا ينافي كون الزكاة من قبيل حق الرهن أو حق أرش الجنائية.

و لكن الأظهر عدم كون الزكاة من قبيلهما، و لا- من قبيل الكل في المعين لعدم حساب التالف على مالك النصاب فقط، كما لا تكون من الإشاعة في العين، كما هو مقتضى إيجاب الشاء في نصاب الإبل، بل بنحو الإشاعة في المايه و يجوز للمالك التصرف في بعض النصاب فيما إذا كان قصده إخراجها من الباقي، لأن القصد المزبور عزل للزكاة في الباقي، و يصح بيع تمام النصاب مع إخراج الزكاة من مال آخر و لو بعد البيع، و تمام الكلام في محله.

(١) وسائل الجزء (٦) باب ١٢ من أبواب زكاة الانعام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٢

و بهذا القول صرح الشهيد (ره) في الدروس (١)

(١) اي صرح الشهيد (ره) في الدروس بصحة البيع فيما إذا باع المال لنفسه ثم ملكه و أجازته، و هذا ايضا ظاهر المحكى عن الصيمري، و لكن المحكى عن المحقق الثاني في تعليق الإرشاد هو البطلان، و مال اليه بعض المتأخرين، و الأقوى هو القول بالصحة للأصل و العمومات.

أقول- لعل مراده (ره) من الأصل هو الإطلاق و العموم في أدله إمضاء البيع و وجوب الوفاء بالعقود فيكون العمومات السليمة عطا تفسيريا، و لو كان مراده بالأصل أصالة عدم اشتراط كون المجيز مالكا حال إنشاء العقد، فقد ذكر (ره) في موارد من أن مقتضى الأصل العملي في موارد المعاملات هو الفساد، لأصالة عدم ترتب الأثر عليها.

لا يقال- ما الفرق بين المقام اي ما إذا شك في شرطية ملك المجيز حال العقد في صحة البيع، و بين الشك في شرطية شيء لمتعلق الأمر على ما هو المعروف في دوران أمر الواجب بين الأقل و الأكثر الارتباطيين، حيث يرجع هناك بأصالة عدم الشرطية، و لا يرجع إليها في المقام.

فإنه يقال- المراد بأصالة عدم الشرطية في دوران أمر الواجب بين كونه مطلقا أو مشروطا هي البراءة عن وجوب المشروط و الفرق بين هناك و المقام ان الحكم المفروض في مسئلة دوران الواجب بين الأقل و الأكثر واحد يتردد متعلقه بين كونه الطبيعي بنحو اللابشرط، أو كونه بشرط شيء فتجري أصالة البراءة في ناحية تعلقه بالطبيعي بشرط شيء، بعد معارضة استصحاب عدم تعلق الوجوب بالطبيعي بشرط شيء مع أصالة عدم تعلقه بالطبيعي بنحو اللابشرط و أصالة البراءة عن وجوب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٣

و ربما لا يجرى فيه ما ذكر هناك (١).

الطبيعي المشروط بشيء لا يعارضها أصالة البراءة عن وجوب الطبيعي بنحو لا بشرط، لان رفع التكليف على تقدير تعلقه بالطبيعي بنحو اللابشرط خلاف الامتان، و لكن لا يجرى ذلك في مثل المقام مما يكون الحكم فيه انحلاليا كحل البيع أو وجوب الوفاء بالعقد فان كل بيع يكون مجيزه مالكا حال إنشائه تعلق به الحل و لزوم الوفاء جزما و الشك في تعلق حل آخر أو وجوب الوفاء بالبيع الآخر أيضا و هو البيع الذى لا يكون مجيزه حال إنشائه مالكا للمال، و استصحاب عدم تعلق الحل و الإمضاء و وجوب الوفاء به يجرى بلا معارض، و لذا يحتاج فى الحكم بصحة البيع فيما إذا باع شيئا ثم ملك و أجاز إلى إثبات الإطلاق و العموم فى أدلة الإمضاء و لزوم العقد.

(١) يعنى ربما لا يأتى فى توجيه الصحة فى هذه المسئلة ما وجه به صحة البيع فيما إذا بيع المال فضولا و أجازته من كان مالكا له زمان العقد حيث تقدم فى توجيه الصحة هناك ان العاقد و لو قصد البيع لنفسه الا انه فى الحقيقة قاصد البيع للمالك حال العقد فان قصده البيع لنفسه مبنى على كونه مالكا للمال و لو عدوانا فيتم البيع للمالك بإجازته بخلاف المقام فان البيع واقع فى الحقيقة للمالك حال العقد لا للبائع المفروض كونه مجيزا.

(أقول) قد ذكرنا فى تلك المسئلة ان البيع لا يقع للمالك لان حقيقته تمليك عين بعوض و المراد بوقوعه للمالك هو انتسابه اليه و هذا الانتساب و ان لا يدخل فى حقيقة البيع الا انه يعتبر فى صحته و نفوذه و يتحقق بمباشرة المالك لإنشاء البيع أو بكون إنشائه بإذنه أو بإجازته.

و الحاصل قصد الفضولى البيع لنفسه لغو و قصد زائد على أصل إنشاء البيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٤

الثانى حيث جوزنا بيع غير المملوك (١).

و ينتسب البيع الى المالك بالإجازة سواء كان المالك المجيز مالكا للمال حال العقد أيضا أم لا.

(١) و حاصله قد التزمنا بان عقد الفضولى المعروف يتم بإجازة مالك المال مع كون العاقد غير مالك للمال و لم يكن عقده بإذن المالك و برضاه كما انه لم يكن قادرا على تسليم المال لان ملك المال و الرضا و التمكن على التسليم يعتبر فى المالك حال العقد الذى يجيزه لأنه البائع حقيقة و المفروض فى مسئلة من باع شيئا ثم ملك و أجاز ان المالك المزبور لم يجز العقد بل اجازته من تملك المال بعد ذلك العقد و أجاب (ره) عن ذلك بأنه لا يعتبر فى تمام عقد الفضولى ملك المجيز المال حال العقد بل يكفى فيه ملكه حال الإجازة و الرضا لان الوجه فى اعتبار كل ذلك عدم حل المال للغير بغير طيب نفس مالكة و رضاه و كون تصرف الغير فى المال المزبور بلا رضاه ظلما و تعديا على المالك و ان سلطنة التصرف فى المال تثبت للمالك لا لغيره و مع اجازة المالك الجديد يراعى كل ذلك و اما التمكن على التسليم فلا بعد فى اعتباره فى مالك المال حال العقد لأن الإجازة تصحح العقد الذى لا يكون فيه نقص من غير جهة اجازة المالك.

(أقول) لا وجه لاعتبار القدرة على التسليم فى المالك حال العقد بل يعتبر التمكن فيمن يجب عليه الوفاء بالعقد فى ظرف استحقاق الطرف المطالبة بالمال و بإحراز هذا التمكن حال العقد ينتفى الغرر و يتم البيع كما هو مقتضى إطلاق أدلة الإمضاء و عموم دليل وجوب الوفاء بالعقد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٥

الإجازة حيث صحت كانت كاشفة على الأصح مطلقا (١).

(١) و حاصله ان اعتبار الإجازة يكون على الأصح بطور الكشف لا النقل كما تقدم سابقا و اعتبارها بالنحو المزبور لا يختص بمورد دون مورد بل كلما فرض نفوذ الإجازة و صحتها فاللازم كونها كاشفة لأن الدليل على اعتبارها بنحو الكشف مطلق يعم جميع مواردنا و حيث ان اعتبارها في المقام بنحو الكشف بان تكون إجازة البائع المجيز كاشفة عن تمام الملك للطرفين من حين العقد مع الأصيل غير ممكن لاستلزام ذلك دخول المال في ملك الأصيل قبل دخوله في ملك البائع فلا بد من القول بعدم نفوذ الإجازة و كونها لغوا حيث لا دليل على اعتبارها في المقام بالنحو الآخر.

و فيه ان ما ذكر من اعتبار الإجازة بنحو الكشف لا يختص بمورد دون مورد صحيح الا انه ليس لازم ذلك تمام الملك للطرفين من حين العقد فضولا اي من زمان إيجابه و قبوله و لذا تكون في الهبة الفضولية كاشفة عن تمام الملك للمتهب من حين حصول القبض و بما ان من شرط تمام الملك للأصيل انتقال المال اليه من البائع المجيز لانه المالك حال الإجازة و بها يستند البيع اليه فيكون انتقال مال المجيز إلى الأصيل من زمان كون المجيز مالكا و هذا معنى كون الإجازة معتبرا بنحو الكشف و ليس في الالتزام بذلك أى محذور لا- محذور فقد مقتضى أى فقد الدليل على اعتبار الإجازة فإنه يكفي في اعتبارها إطلاق دليل إمضاء المعاملات و عموم و جوب الوفاء بالعقود على ما مر آنفا و لا محذور المانع سواء كان من ناحية العقل أو من الشرع بان قام دليل على إلغاء هذا النحو من الكشف.

لا يقال إذا كان في المقام انتقال المال إلى المشتري الأصيل من حين تملك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٦

.....

المجيز المتاع تكون أجازته نظير تخصيص المالك حال العقد إجازته في عقد الفضولي المعروف بزمان متأخر عن زمان العقد. فإنه يقال هذا التخصيص يمنع عن صحة الإجازة فيما إذا كان انتقال المال إلى الأصيل من حين العقد ممكنا و لا يمكن الانتقال كذلك في المقام و كذا لا يضر في إجازة البائع كونها رضاء بالعقد الذي مدلوله النقل من حينه و وجه عدم القدر ان المال غير قابل للانتقال الا من زمان تملك المجيز فيكون عموم الإجازة بالإضافة الى ما قبل ذلك الزمان ملغى نظير الإجازة فيما إذا كان القبض فيه شرطا للانتقال.

أقول لا يخفى ان اجازة البائع في المسئلة تتعلق بالعقد السابق بتمام مدلوله و هو جعل ملكية المال للمشتري من حين ذلك العقد و لكن لا- يتبع الإمضاء الشرعي تلك الإجازة الا من زمان تملك المجيز جمعا بين مثل قوله سبحانه **أحلّ الله البيع** و ما دل على عدم سلطنة الإنسان بمال الغير فيكون التفكيك في المقام نظير عدم تبعية الإمضاء الشرعي للبيع في الصرف و السلم الا من حين حصول القبض و لو أجاز البائع في المسئلة بعد تملكه المال العقد السابق لا بتمام مدلوله كما لو صرح بإجازته ذلك العقد بإمضائه بعض مدلوله و هي الملكية من حين تملكه فلا تكون أجازته مطابقة لمدلوله من غير فرق بين المقام و اجازة عقد الفضولي المعروف كما إذا أجاز المالك فيه على مسلك الكشف بنحو النقل حيث تقدم فساد تلك الإجازة.

و الحاصل إجازة البائع العقد من حين تملكه المتاع غير الحكم بانتقال المتاع إلى المشتري الأصيل من ذلك الحين فإن الثاني يتعين الالتزام به و اما الأول فلا تصحح البيع السابق لما تقدم من انه لا بد من مطابقة الإجازة مع مدلول العقد.

و ذكر النائيني (ره) في المقام انه فرق بين عقد الفضولي و تمامه بإجازة المالك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٧

الرابع ان العقد الأول (١).

حال العقد و بين مسئله من باع شيئاً ثم ملك و أجاز حيث ان الإجازة فى الثانى لا تؤثر شيئاً و الوجه فى ذلك ان من شرط الإجازة و نفوذها عدم رد العقد قبلها و ان مع الرد لا يبقى عقد لىتعلق به الإجازة و يىع المالك المال من البائع رد فعلى لذلك العقد فلا ينفعه إجازة البائع بعد تملك المال.

و لكن لا- يخفى ما فيه فإنه كما تقدم سابقاً لا اثر لرد المالك و ان عقد الفضولى لا يكون معه ملغى و على تقدير الالتزام بنفوذ الرد فلا ينبغى الرب فى ان الرد من الأمور الإنشائية يحتاج الى القصد و المفروض فى المقام ان المالك باع المال من بايعه و لم يرد إلغاء العقد السابق و ينتفى ببيعه قابلية عقد الفضولى لإجازة المالك حال العقد حيث يخرج ببيعه عن كونه مالكا للمال و يبقى قابليته لإجازة البائع الذى تملك المال من مالكة.

أضف الى ذلك انه ربما يكون تملك البائع فضولا المال لا بالمعاملة مع المالك بل بالإرث و نحوه و معه لا مجال لتوهم الرد. (١) و بتعبير آخر صحة الإجازة من البائع موقوفة على تمام البيع الثانى لىتملك البائع المزبور المال من مالكة الأصلى لىجيز بيعه الأول الذى كان فضوليا ففى زمان البيع الثانى لا بد من كون المال ملكا لمالكة الأصلى لىجعل ملكه للبائع المميز بالبيع المزبور كما يلزم ان يكون ملكا للمشتري فى البيع الأول الذى اشتراه من البائع الفضولى باعتبار ان ذلك مقتضى اعتبار الإجازة و صحتها بنحو الكشف. و الحاصل يجمع ملكان فى زمان واحد فى مال واحد و هذا غير ممكن.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٨

فىكون صحة الأول مستلزمة لكون المال المعين ملكا للمالك و المشتري معا فى زمان واحد (١).

لا يقال يأتى هذا الإشكال فى كل بيع فضولى فإن صحة الإجازة موقوفة على كون المميز مالكا حال الإجازة حيث يعتبر فى تمام البيع فضولا- اجازة المالك و صحة إجازته و اعتبارها بطور الكشف مقتضاها كون المال فى زمان الإجازة ملكا للمشتري فى ذلك البيع الفضولى فاجتمع فى مال واحد فى زمان واحد ملكان.

فإنه يقال يكفى فى الإجازة و نفوذها الملك الظاهرى للمميز الحاصل له بالاستصحاب بخلاف صحة البيع الثانى فى مسئله من باع شيئاً ثم ملكه بالشراء و أجاز البيع الأول فإن الاشتراء لا يتم الا مع ثبوت الملك حقيقة للمالك الأصلى.

(١) يعنى يكون صحة بيع البائع فضولا بلحوق أجازته مستلزمة لكون المتاع ملكا للمالك الأصلى لىشتريه البائع منه و يىجيز البيع الأول و ان يكون ملكا للمشتري من البائع فضولا فى ذلك الزمان كما هو مقتضى كون الإجازة كاشفة فوجود الثانى أى صحة بيع المالك الأصلى يقتضى عدم صحة بيع البائع فضولا و ان لا يكون المتاع ملكا للمشتري الأول و صحة بيع البائع أى الأول فضولا يقتضى بطلان بيع المالك الأصلى و ان لا يكون مالك الأصلى فى زمان البيع الثانى مالكا للمتاع فىلزم ان يكون المالك الأصلى فى زمان مالكا و ان لا يكون فى ذلك الزمان.

و لا يخفى ان الوجه الرابع كما ذكر مبنى على كون إجازة البائع بعد تملكه المال كاشفة عن حصول الملك للمشتري من حين العقد الأول و لكن قد تقدم فى الجواب عن الوجه الثالث ضعفه و ان أجازته تكون كاشفة عن حصول الملك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٩

نعم يبقى فى المقام الاشكال الوارد (١).

للمشتري من حين تملك المميز فإنه أول زمان إمكان انتقال ذلك المال الى ملك المشتري عن ملك المميز.

(١) الاشكال العام مبنى على مسلك الكشف الحقيقى فإنه بناء عليه يكون المال قبل حصول الإجازة ملكا للمشتري كما هو مقتضى

اعتبارها بنحو الكشف و يكون ملكا للمجيز لتكون أجازته نافذة حيث يعتبر ملك المجيز و إذا انضم هذا الاشكال العام إلى الإشكال الجارى فى خصوص المقام يلزم كون المال قبل وقوع البيع الثانى ملكا لثلاثة المالك الأصلي ليصح بيعه من العاقد و للعاقد فإنه مقتضى تلقى المشتري الملك منه و للمشتري كما هو مقتضى اعتبار الإجازة بنحو الكشف و ما ذكر فى دفع الاشكال العام بكفاية المالك الظاهري الحاصل للمجيز بالاستصحاب فاسد لان استناد البيع الى المجيز و كشف أجازته عن حصول الملك للطرف يتوقف على كون ذلك المجيز مالكا و إذا أحرز بعد ذلك عدم كونه مالكا فلا يفيد أجازته حيث لا أثر للحكم الظاهري بعد انكشاف الواقع فيكون الفرض كما إذا انكشف ان المال كان ملكا لشخص آخر.

و الحاصل ان اعتبار الملك فى المجيز شرط واقعى.

و ايضا ما ذكره فى المقام التفرقة بين نفوذ الإجازة و نفوذ البيع الثانى من اعتبار الملك الواقعى فى الثانى دون الإجازة فإن الإجازة إسقاط حق يكفى فيه الملك الظاهري لا يمكن المساعدة عليه فان تمام بيع المالك يكون بإجازته فيلزم كونه مالكا واقعا بل إذا لم يكن له ملك واقعا أو حق كذلك فكيف يصح منه الإسقاط.

أقول لو قام الدليل على اعتبار الإجازة بنحو الكشف الحقيقي فلا بد من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٠

و الخامس ان الإجازة المتأخرة (١).

الالتزام بان المعتبر فى الإجازة كون المجيز مالكا لو لا الإجازة و لا وجه لما يظهر من المصنف (ره) من التزم بالإشكال العام و انه يلزم عليه اجتماع ملكين مستقلين فى مال واحد على مسلك الكشف الحقيقي كما لا يخفى.

(١) و هذا الوجه ايضا مبنى على كون الإجازة كاشفة عن حصول الملك للمشتري الأصيل من حين وقوع البيع الأول فإنه عليه تكون إجازة البائع الأول بعد تملكه المال كاشفة عن حصول ملك ذلك المال للمشتري من حين البيع الأول فيكون بيع المالك الأصلي ذلك المال من البائع الأول مصادفا لملك المشتري الأصيل واقعا فيتوقف نفوذ البيع الثانى على اجازة ذلك المشتري نظير ما صدر البيع الثانى الصادر عن أجنبي و أجاز المالك الأصلي البيع الأول فإن معها تكون صحة البيع الثانى الصادر عن الأجنبي موقوفة على إجازة المشتري الأول بلا كلام و حيث ان فى المقام صحة البيع الأول موقوفة على إجازة البائع فضولا تكون النتيجة توقف نفوذ كل من إجازتى المشتري الأول و البائع فضولا على الأخرى و تكون صحة كلا البيعين موقوفة على إجازة المشتري الأول لاعتبار رضاه فى تمام البيع الثانى و لتوقف تمام البيع الأول على البيع الثانى الموقوف على أجازته على الفرض.

و لازم ذلك عدم استحقاق المالك الأصلي شيئا من الثمن و المثلن بل يكون المبيع للمشتري الأول بلا ثمن فيما إذا كان مقدار الثمن فى البيع الأول مساويا لمقداره فى البيع الثانى لأن الثمن فى البيع الأول يستحقه البائع عليه و يستحق المشتري المزبور الثمن فى البيع الثانى على البائع باعتبار مصادفة ذلك البيع ملكه واقعا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢١

السادس- ان من المعلوم انه يكفى (١)

و بهذا يظهر ان المشتري المزبور يستحق المبيع بأقل من الثمن فى البيع الأول فيما إذا كان الثمن فيه أكثر من الثمن فى البيع الثانى و تسحقه مع زائد فيما إذا كان الأمر بالعكس.

(١) و حاصل هذا الوجه أن بيع المالك الأصلي المال من العاقد الفضولى فسخ فعلى لبيع الفضولى فلا يكون ذلك البيع قابلا للإجازة و الوجه فى كونه فسخا فعليا ان عقد الفضولى لا يزيد على العقد الخيارى و كما ان تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه بيعه من آخر

فسخ فعلى لذلك البيع الخيارى كذلك تصرف المالك الأصلي فى ماله بيعة من العاقد الفضولى أو غيره فسخ و إبطال لبيع الفضولى بل يكون تصرف المالك الأصلي أولى بالفسخ من تصرف ذى الخيار حيث يمكن ان يقال ان البيع بعد انعقاده لا يكون ملغى الا بالفسخ القولى بخلاف إلغاء بيع الفضولى فهو باعتبار عدم تمامه قبل الإجازة يكون ملغى بالفعل قطعاً.

و أجاب المصنف (ره) عن هذا الوجه بان مجرد تصرف المالك الأصلي فى ماله الجارى عليه البيع فضولاً لا يكون رداً و إلغاء لعقد الفضولى حتى لا- يكون قابلاً- للإجازة بل غاية الأمر يكون تصرفه موجبا لفوت محل الإجازة اما مطلقاً كما إذا زوجت المنكوحه فضولاً نفسها من الآخر أو بالإضافة إلى المتصرف فقط كما فى مسئلة بيع المالك الأصلي فإن للتملك اجازة البيع الجارى على ذلك المال فضولاً و قياس تصرف المالك الأصلي بتصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه فاسد لان تصرف ذى الخيار فيما انتقل إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٢

السابع- الأخبار المستفيضة الحاكية لنهى النبى (ص) عن بيع ما ليس عندك (١)

عنه لا يمكن الا بفسخ البيع الخيارى و إبطاله بخلاف تصرف المالك الأصلي فإن المال باعتبار عدم تمام البيع فضولاً باق على ملكه فيجوز له التصرف فيه مع إمكان إجازة البيع الأول و لحقوق الإجازة به من مالكة الجديد.  
نعم لو كان قصد المالك الأصلي من تصرفه إلغاء البيع الأول يكون تصرفه مع القصد المزبور رداً لذلك العقد فلا يصلح بعده للحقوق الإجازة.

أقول قد تقدم فى ذيل نقل هذا الوجه عن النائنى (ره) انه لا موجب لرفع اليد عن عموم وجوب الوفاء بالعقد و إطلاق دليل حل البيع بالإضافة إلى البيع الأول فيما إذا اجازته المالك الجديد حتى فى مورد قصد المالك الأصلي إلغاء ذلك البيع فإنه ذكرنا عدم الأثر لقصد الإلغاء و لا يمكن إثباته بحديث سلطة الناس على أموالهم.

(١) الأخبار المذكورة فى هذا الوجه على طوائف ثلاث: الأولى بعض الاخبار الضعاف الحاكية لنهى النبى (ص) عن بيع ما ليس عندك كروايتى الحسين ابن زيد و سليمان بن صالح «١» و النهى المزبور يعم ما إذا كان بيع ما ليس عنده من بيع الكلى أو الشخصى و لكن يتعين رفع اليد عن إطلاقه بالحمل على صورة كون المبيع شخصاً لما نشير الى الروايات المعتمدة الدالة على جواز بيع الكلى على العهدة مع عدم ملك الشخص حال البيع كما ان النهى المزبور اما إرشاد إلى فساد

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٧) من أبواب أحكام العقود الحديث (٢-٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٣

.....

بيع ما ليس عنده بالإضافة الى كل من بايعه و مالك المال أو الى فسادته بالإضافة إلى بائعه فقط.  
و على الأول يرفع اليد عن الإطلاق بالإضافة إلى مالك المال لما تقدم من الدليل على صحته بيع الفضولى و تمامه بإجازة المالك و على التقديرين يكون مقتضى النهى عدم تمام ذلك البيع بالإضافة إلى بائعه سواء تملك المال و أجاز بيعه أم لا بل الظاهر إرادة صورة تملكه لان عدم تمام البيع بالإضافة إلى بائعه فى غير صورة تملكه لا يحتاج الى البيان.

و أجاب المصنف (ره) عن الاستدلال بأنه لا- نظر فى النهى المزبور إلى صورة إجازة بائعه بعد تملكه لأن المنفى بالنهى الإرشادى الصحة التى يراها المتبايعان بحسب معاملتهم و هى انتقال ذلك المتاع إلى المشتري و انتقال الثمن إلى البائع بحيث يكون للمشتري حق إلزام البائع بتحصيل ذلك المتاع و للبائع حق إلزام المشتري بأخذه و التصرف فى الثمن و اما الصحة التى يلتزم بها فى المقام و



هي ترتب أثر المعاملة على البيع بإجازة بائعه بعد تملكه المتاع أخذا بإطلاق دليل حل البيع و عموم وجوب الوفاء بالعقد فلا دلالة للنهي المزبور على نفيها.

أقول لا يخفى أن إلزام المشتري البائع بتحصيل المبيع و دفعه اليه و كذا جواز تصرف البائع في الثمن من آثار انتقال المالكين و إذا كان النهي المزبور بيانا لعدم حصول النقل و الانتقال شرعا يكون مقتضى إطلاقه عدم حصوله حتى فيما أجاز البيع بايعه بعد تملكه المال. و لو كان مدلول النهي عدم حصول النقل و الانتقال بمجرد البيع المزبور لما صح التمسك به في دفع دعوى حصول النقل و الانتقال في بيع ما ليس عنده بعد تملك البائع المال و حصول التقابض بين البائع و المشتري.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٤

.....

و الحاصل ان المنهى بالنهي هي صحة المعاملة شرعا و هي حصول النقل و الانتقال كما في النهي عن بيع في سائر الموارد و مقتضى إطلاقه و عدم تقييده بمثل قوله الا ان يجيزه إذا صار المال عندك عدم صحته بإجازة بايعه.

نعم بالإضافة إلى إجازة المالك حال العقد فيرفع اليد عن إطلاق النهي على تقديره بما دل على تمام بيع الفضولي بإجازته أى بالروايات الخاصة الدالة على صحة بيع الفضولي بإجازة المالك حال العقد لا بإطلاق خطاب حل البيع و عموم وجوب الوفاء بالعقد كما لا يخفى.

الطائفة الثانية ما تضمن النهي عن بيع الكلي مع عدم ملك الشخص حال البيع كما هو ظاهر صحيحة معاوية بن عمار قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل يطلب مني بيع الحرير و ليس عندي منه شيء فيقولني عليه و أقوله في الربح و الأجل حتى يجتمع على شيء ثم اذهب فاشترى له الحرير فأدعوه إليه قال أ رأيت ان وجد بيعا هو أحب إليه مما عندك أ يستطيع ان ينصرف اليه و يدعك أو وجدت أنت ذلك أ تستطيع ان تنصرف اليه و تدعه قلت نعم قال فلا بأس «١» فلا بد من ان يحمل النهي في هذه على الكراهة أو على التقيية لأنها معارضة بالروايات المعتبرة الدالة على جواز بيع الكلي مع عدم تملك الفرد منه حال البيع كصحيحة عبد الرحمن بن الحجاج قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا قال لا بأس به قلت انهم يفسدونه عندنا

(١) الوسائل الجزء (١٣) الباب (٨) من أبواب أحكام العقود الحديث (٧)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٥

.....

قال و أى شيء يقولون في السلم قلت لا يرون به بأسا يقولون هذا إلى أجل و إذا كان الى غير أجل و ليس عند صاحبه فلا يصلح فقال إذا لم يكن إلى أجل كان أجود ثم قال لا بأس بان يشتري الطعام و ليس هو عند صاحبه حالا و الى أجل الحديث «١» و قريب منها غيرها و اما صحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال سألته عن رجل أتاه رجل فقال ابتع لى متاعا لعلى أشتريه منك بنقد أو نسيه فابتاعه الرجل من اجله قال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه «٢» فقد يقال بظهورها في خصوص بيع العين الخارجية.

و لكن لا يخفى ما فيه فان ظهورها في تعلق الشراء الثاني بنفس ما ابتاعه البائع و ان لا ينكر الا انه لم يفرض فيها ان ما ابتاعه البائع كانت عينا خارجية أو كليا على العهدة و يبيعه من طالبه بعد قبضه بل يعم ما إذا كان ما اشتراه كليا و يبيعه من الطالب قبل قبضه و

نظيرها صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أمر رجلا يشتري له متاعا فيشتره منه قال لا بأس بذلك انما البيع بعد ما يشتريه «٣».

والحاصل ان مقتضى تعليل الجواز فيهما بقوله انما البيع بعد ما يشتريه أو بأنه انما يشتريه منه بعد ما يملكه عدم جواز بيع الشيء قبل تملكه حتى فيما كان البيع ملحقا بإجازة بايعه غاية الأمر يحمل الصحيحتين على خصوص بيع العين الخارجية لما تقدم من جواز بيع الكلى قبل تملك الشخص.

الطائفة الثالثة ما ورد في بيع العين الخارجية كمصححة يحيى بن الحجاج

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٧) من أبواب أحكام العقود الحديث (١)

(٢) الوسائل الجزء ١٢ الباب (٨) من أبواب أحكام العقود الحديث (٨)

(٣) الوسائل الجزء ١٢ الباب (٨) من أبواب أحكام العقود الحديث (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٦

.....

قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لي اشتر لي هذا الثوب وهذه الدابة وبعينها أربحك فيها كذا وكذا قال لا بأس اشتريها ولا تواجهه قبل ان تستوجبها أو تشتريها «١» ورواية خالد بن الحجاج قال قلت لا بعد الله عليه السلام الرجل يجيء فيقول اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا قال أليس ان شاء أخذ و ان شاء ترك قلت بلى قال لا بأس إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام «٢» و مقتضاهما انه لا بد من إنشاء البيع مع المشتري بعد تملك المتاع بان لا يكون في البين إزام و التزام معاملى بالإضافة الى كل من البائع و المشتري من قبل و لو كان البيع في مسئلة من باع شيئاً ثم ملك و أجاز نافذاً لكان في البين إزام و التزام معاملى من قبل على المشتري للزوم العقد عليه من الأول أو من حين تملك البائع و رضاه ببيعه مع أن ظاهر الروايتين ان المشتري لا بد من أن يكون مختاراً حتى بعد تملك البائع و رضاه بالبيع منه و هذا لا يكون الا مع فساد البيع الأول و عدم تمامه بإجازة بائعه.

و لكن في النفس بالإضافة إلى الروايتين احتمال آخر و هو أن يكون الثوب أو الدابة المفروض فيهما كان ملكاً للمشتري و طلب من الرجل اشتراؤه منه نقداً و يبيعه منه ثانياً نسيئة كما هو قسم من بيع العينة و معه يكون بيع الرجل الثوب أو الدابة قبل تملكه محكوماً بالبطان و لو قيل في مسئلة من باع شيئاً ثم ملك و أجاز بصحة البيع الأول و ذلك فان الثوب أو الدابة يبيعه من المشتري قبل تملكه من بيع المال من من مالكة و هذا أمر باطل و في رواية حسين بن المنذر قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل فيطلب العينة فاشترى له المتاع مرابحة ثم أبيعها إياه ثم اشتريه منه

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٨) من أبواب أحكام العقود الحديث (١٣)

(٢) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٨) من أبواب أحكام العقود الحديث (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٧

و منه يظهر الجواب عن الاخبار (١).

مكاني قال إذا كان بالخيار إنشاء باع و إنشاء لم يبع و كنت أنت بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتري فلا بأس فقلت ان أهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد و يقولون ان جاء به بعد أشهر صلح قال انما هذا تقديم و تأخير فلا بأس «١».

و المتحصل من جميع ما ذكرنا أنه يتعين الحكم بالبطلان في مسألة من باع شيئاً ثم ملك و أجاز لا بمجرد بعض الروايات الحاكية لنهى النبي (ص) عن بيع ما ليس عندك ليقال انها ضعيفة سنداً لا يمكن الاعتماد عليها و لا بهاتين الروايتين ليقال انهما غير ظاهرتين في المفروض في المقام بل للنهى المستفاد من صحيحتي محمد بن مسلم و منصور بن حازم و يرفع اليد عن عموم ذلك النهى بالإضافة إلى بيع الكلى و يشير الى ان مجرد تملك البائع و أجازته لا يفيد في المقام مصححة الحسن بن زياد الطائي قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام انى كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي ثم أعتقني الله بعد فأجدد النكاح قال فقال علموا انك تزوجت قلت نعم قد علموا فسكتوا و لم يقولوا لى شيئاً قال ذلك إقرار منهم أنت على نكاحك «٢» و نحوها صحيحة معاوية بن وهب «٣» و وجه الإشارة ان مع عتق العبد يكون نكاحه بيده و لو كان لحوق أجازته بنكاحه السابق موجبا لتمامه لما كانت حاجة الى الاستفسار عن علم مولاه بنكاحه و سكوته كما لا يخفى.

(١) يعنى يظهر مما تقدم من ان الصحة التي يلتزم بها في المقام ترتب الأثر

(١) الوسائل الجزء ١٢ الباب (٥) من أبواب أحكام العقود الحديث (٤)

(٢) الوسائل الجزء (١٤) الباب (٢٦) من أبواب نكاح العبد و الإماء الحديث (٣).

(٣) الوسائل الجزء (١٤) الباب (٢٦) من أبواب نكاح العبد و الإماء الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٨

.....

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ٤٢٨

على البيع السابق بإجازة بائعه بعد تملكه المتاع أخذاً بإطلاق دليل حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد و نفى هذه الصحة لا يستفاد من قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك و انما يستفاد منه نفى الصحة التي يراها المشتري و البائع بحسب البيع السابق و هى انتقال المتاع إلى المشتري و انتقال الثمن البائع بحيث يكون للبائع التصرف في ذلك الثمن و للمشتري إلزام البائع بتحصيل المتاع بلا حاجة الى إجازة البائع ثانياً- الجواب عن سائر الاخبار و انها ايضا ناظرة إلى نفى هذه الصحة خصوصاً بقرينة قوله عليه السلام في صحيحة يحيى بن الحجاج (و لا تواجهه البيع) اى لا تتم البيع مع المشتري المزبور قبل شرائك.

لا- يقال إجازة البائع ثانياً في مورد تلك الأخبار مفروضة حيث ان دفع البائع المال بعد تملكه إلى المشتري إجازة فعلية و النهى عن البيع مع فرض هذه الإجازة مقتضاه فساد ذلك البيع و عدم صحته بلحوق أجازته.

فإنه يقال لا يكون الدفع إجازة حيث انه وقع بعنوان الوفاء بالبيع الذى حصل قبل تملك البائع و يرى البائع انه يلزم بالعمل به و هذا لا تحسب إجازة فإنه يعتبر في الإجازة إظهار رضاه به من غير جهة الالتزام السابق كما هو مقتضى ما دل على دخل طيب النفس في صيرورة المال حلالاً للغير.

لا يقال لا يمكن الحكم بصحة البيع السابق بإجازة بائعه لان صحته بها ينافي ما في رواية خالد بن الحجاج حيث ذكر فيها أ ليس ان شاء أخذ و ان شاء ترك و وجه المنافاة أنه بناء على صحة البيع السابق و تمامه بإجازة بائعه لا يكون للمشتري الامتناع و رفع اليد عن البيع حتى قبل إجازة بائعه لما تقدم سابقاً من لزوم عقد الفضولى على الأصيل و لو قبل إجازة المالك مع ان ظاهر الرواية خلاف

ذلك و ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٩

ثم ان الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات (١).

البيع السابق لا يوجب على المشتري أمرا.

فإنه يقال قوله (ع) (ا ليس ان شاء) و لو بقرينه صحيحة يحيى بن الحجاج كناية عن انه لا يكون قبل تملك البائع البيع اللازم على الطرفين و لا ينافى حصول اللازم من طرف المشتري فقط.

(١) لا يخفى عدم حسن التعبير فان المراد انه لو قيل بفساد البيع فيمن باع شيئا ثم ملك و أجاز للأخبار المتقدمة فلا بد من الاقتصار في الحكم بالبطلان بمدلول الاخبار و هو ما إذا وقع بيع الشيء عن البائع منجزا فإنه في هذه الصورة لا يفيد إجازة البائع بعد تملك المال.

و اما إذا باع الشيء معلقا على إجازة بيعه بعد تملكه المال أو باعه معلقا على تملكه المال فيما بعد فإنه يحكم فيهما بتمام البيع السابق بإجازة بيعه بعد تملكه لخروج الفرضين عن الاخبار.

و يظهر ذلك ايضا من العلامة في التذكرة و المختلف حيث علل المنع بالغرر و بعدم قدرة البائع على التسليم و مع تعليق البيع على تملكه المال أو على أجازته بعد تملكه لا يحصل البيع قبل الشرط ليكون غرريا أو لم يكن متمكنا على تسليم المال بل فعليته تكون مع حصول الشرط و لا يكون في ذلك الزمان في البين غرر و لا العجز عن التسليم.

أقول تقييد البيع بإجازة بائعه بعد تملكه المال أو بنفس تملكه و ان يقتضى عدم حصول البيع الا بعد فعلية الإجازة أو بعد تملك المال حيث ان المشروط لا يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٠

.....

فعليا الا- بحصول شرطه و مع فعلية البيع كما ذكرنا لا يكون فيه غرر اى جهالة في وصول المال إلى المشتري و يحصل القدرة على التسليم لأن القدرة المعتبرة هي القدرة عند تمام البيع و في ظرف لزوم الوفاء بالعقد الا ان مع ذلك يحكم ببطلان البيع في صورتين أخذا بإطلاق ما دل على اعتبار إنشاء البيع بعد الشراء و التملك كما هو ظاهر صحيحته محمد بن مسلم و منصور بن حازم المتقدمين فان مقتضاهما ان البيع لا يقع لبائعه إلا إذا كان إنشائه بعد تملكه المال.

و بتعبير آخر كون البائع مالكا شرط في إنشاء البيع و وقوعه له.

هذا مع ان البيع موقوف على تملكه بائعه أو إجازته بعد تملكه من التعليق المبطل للمعاملة.

لا يقال قد تقدم سابقا انه لا مانع من تعليق المعاملة على ما يتوقف عليه صحتها فإنه يقال نعم و لكن قد ذكرنا في المسألة ان تملك البائع ما باعه و إجازة بيعه بعده لا يصحح البيع السابق فلا يكون تعليق البيع على أحدهما موجبا لخروجه عن التعليق المبطل.

و يشير الى ما ذكرنا مثل صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن رجل قال ان تزوجت فلانة فهي طالق و ان اشترت فلانا فهو حر و ان اشترت هذا الثوب فهو للمساكين فقال ليس بشيء لا يطلق الا بعد ما يملك و لا يعتق الا بعد ما يملك و لا يصدق الا بعد ما يملك «١» حيث ان ظاهرها اعتبار وقوع الإنشاء حال فعلية الملك.

ثم انه بقي في المقام انه كيف يمكن للبائع بيع المال عن نفسه منجزا و

(١) الوسائل الجزء (١٥) الباب (١٢) من أبواب مقدمات الطلاق الحديث (٢).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣١

و لو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع (١).

كيف تتم المعاملة كذلك مع بناء المشتري و البائع ان المبيع ملك للغير و لا يجرى هنا ما ذكر في بيع الغاصب سابقا لان بيع الغاصب كان مبنيا على تملك المال قبل بيعه و لو عدوانا بخلاف المقام حيث ان المشتري في المسألة يملك المال من بايعه مع بنائهما انه ملك للغير و لذا يكون بعد بيعه بصدد شراء ذلك المال من مالكة ليسلمه إلى المشتري.

و يمكن الجواب عن ذلك بأنه لا- مانع عن تملكك المال بإزاء الثمن باعتبار البائع نفسه مالكا لذلك المال عند بيعه لا عدوانا بل باعتبار أن عليه تحصيل ذلك المال و تسليمه الى المشتري نظير ما إذا باع المشتري المبيع من ثالث زمان خيار البائع ثم فسخ البائع البيع حيث يعتبر بالفسخ كون البائع مالكا للمبيع مع انه ملك للثالث و كما ان الاعتبار من جهة رجوع البائع ببدله إلى المشتري كذلك اعتبار البائع في المقام مالكا باعتبار ان عليه تخلص ذلك المال و تسليمه الى المشتري.

(١) لا يبعد انصراف اخبار لا تبع ما ليس عندك عن بيع المال لمالكه فاتفق انتقاله إلى البائع و أجاز لأنها نازرة الى عدم وقوع البيع عن البائع الذي قصد البيع عن نفسه الا ان المذكور في صحيحة محمد بن مسلم ليس به بأس و قوله عليه السلام انما يشتره بعد ما يملك يعمه فان ظاهره اعتبار وقوع إنشاء البيع بعد تملك المال و في الفرض المزبور لم ينشأ البيع بعد تملكه.

و الحاصل ان دعوى خروج الفرض عن مورد الاخبار كدعوى خروج الفرضين المتقدمين بلا- وجه نعم دعوى بطلان الإجازة في الفرض لا لما ذكرنا بل لأن الإجازة لا متعلق لها في الفرض لان البيع السابق المنشأ يكون عن المالك الأصلي

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٢

و لو باع لثالث معتقدا لتملكه (١).

و لا- معنى لإجازته بعد خروج المال عن ملكه و البيع عن البائع المجيز غير منشأ لا يمكن المساعدة عليها لما تقدم سابقا من ان البيع عبارة عن تملكك المال بالعوض و اما تعيين مالكة المثلن أو الثمن فلا يدخل في حقيقة البيع و مقتضى المعاوضة دخول الثمن في ملك من يخرج عن ملكه المعوض و اسناد الغاصب البيع لنفسه و قصده تملك الثمن كان باعتبار بنائه على انه مالكة المثلن فلا ينافي إنشاء المعاوضة و قصدها.

و فيما نحن فيه أيضا حقيقة البيع عبارة عن تملكك العين بعوض و حيث ان المثلن حال إنشاء البيع كان لمالكه الأصلي فقصد دخول الثمن في ملكه لا- ينافي إنشاء المعاوضة بل يلائمها ثم إذا انتقل ذلك المال إلى البائع فبعد تملكه و أجازته البيع لا يختلف الإجازة عن العقد المجاز.

(١) يعني إذا باع البائع المال عن ثالث اعتقادا بأنه مالكة حال البيع أو عدوانا كما إذا كان ذلك الثالث غاصبا لذلك المال و أجاز هذا البيع مالكة الواقعي حال العقد فلا ينبغي الإشكال في صحته لان الفرض داخل في مسألة بيع الفضولي المعروف و اما إذا اتفق انتقال ذلك المال إلى الثالث الذي بيع عنه أو إلى نفس البائع و أجاز ذلك الثالث أو البائع فالظاهر ان هذا يدخل في مسألة من باع شيئا ثم ملك و أجاز فيحكم بفساده.

و وجه دخوله فيها انه قد استفيد من الاخبار المتقدمة فيها ان اجازة المالك الجديد لا يصح العقد المنشأ حال عدم ملكه المال فتدبر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٣

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا في مسألة المذكورة (١).

(١) و حاصله انه إذا لم يصح البيع في المسألة السابقة أى فيما إذا باع المال ثم ملكه و أجاز بيعه لم يصح البيع فيما إذا باع المال ثم ملكه بطريق الأولوية لأن المفروض في المسألة الثانية عدم اجازة البيع السابق و عدم رضاه به بعد تملكه المال و يزيد هذه على السابقة فى ان مقتضى سلطنة المالك على ماله و عدم حله لغيره الا بطيب نفسه عدم تمام البيع السابق بمجرد تملك المال حيث يكون ظاهر رواية السلطنة و اعتبار طيب نفس المالك فى تملك الغير ماله سلطنته و طيب نفسه حال كونه مالكا.

لا- يقال مقتضى عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم لزوم البيع السابق و تمامه باتفاق انتقال المال إلى بائعه و لذا ذكر فى الإيضاح انه بناء على تمام بيع الفضولى و صحته بإجازة المالك يصح بيع البائع لنفسه بمجرد اتفاق ملكه المال الذى باعه قبل ذلك من غير حاجة إلى إجازته.

فإنه يقال ان بيعه السابق كان خارجا عن عموم وجوب الوفاء بالعقد فيستصحب الخروج بعد اتفاق ملكه و المقام من موارد استصحاب الخروج لا- التمسك بعموم العام حيث ان عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالإضافة إلى الأزمنة استمرارى لا أفرادى و على تقدير الإغماض عن ذلك يكون عموم وجوب الوفاء بالعقد معارضا بعدم حل المال للغير إلا بطيبه نفس مالكة فيرجع الى أصالة الفساد هذا مع جريان فحوى ما ورد فى نكاح العبد بدون اذن مولاه و ان عقته لا يفيد فى صحة النكاح السابق حتى مع رضاه العبد بالنكاح المزبور بعد عقته الذى بمنزلة كونه مالكا لنفسه بل كان المجدى فى تمامه سكوت مولاه بعد اطلاعه على نكاحه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٤

و لو باع وكالة عن المالك (١).

المسألة الثالثة- ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف (٢).

ثم انه لا- يجرى عموم وجوب الوفاء فيما إذا باع المتاع عن المالك أو عن ثالث فاتفق ملك ذلك البائع حيث انه لم يكن العقد فى إنشائه مستندا إلى البائع ليقال بشمول وجوب الوفاء له بعد ملكه فالبيع فى الفرض مع عدم لحوق الإجازة به من بائعه باطل لان شمول العموم له أشكل من الفرض السابق.

أقول قد تقدم ان خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ظاهره العقود المنتسبة الى الملاك بان يكون استناد العقد الى المالك حال كونه مالكا لا حال كونه أجنبيا فيكون خروج بيع الأجنبى عن العموم المزبور بالتخصيص قبل تملكه المال و بعده.

و الحاصل ان المقام ليس من قبيل خروج فرد عن العام بالتخصيص ثم وقع الشك فى بقاء خروجه أو ثبوت حكم العام له ثانيا كما لا يخفى.

(١) و لو باع عن المالك وكالة ثم بان انعزاله عن الوكالة حال إنشاء البيع بموت الموكل و نحوه فلا ينبغي الريب فى عدم وقوع البيع للبائع سواء أجاز البيع أم لا لأن البائع أجنبى عن المال نعم يقع البيع للوارث مع أجازته حيث ان الفرض بالإضافة إلى الوارث يدخل فى مسألة بيع الفضولى المعروف و التقييد بالانعزال باعتبار ان مع عزله و ظهوره بعد البيع يقع البيع للموكل حيث دلت الرواية على ان بيع الوكيل قبل عزله إليه نافذ على الموكل.

(٢) كان المفروض فى المسألة الاولى كون المجيز مالكا حال العقد و لكن مع الحجر عليه لسفه أو رهن المال و فى المسألة الثانية عدم كون المجيز مالكا حال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٥



العقد مع تجدد ملكه بعده و في المسألة الثالثة أى هذه المسألة يكون المفروض ملك البائع و عدم الحجر عليه أو ولايته و لكن مع الاعتقاد بالخلاف بان يعتقد بان المال ليس له بل لغيره أو انه لا ولاية له على مالك المال.

و يقع الكلام فى هذه المسألة فى صور أربع الأولى - ما إذا باع المال عن مالكه باعتقاد انه لا ولاية له على مالك المال فظهر كونه وليا و المراد بالولاية ما تعم الولاية الشرعية و الوكالة كما إذا باع الجد مال الطفل باعتقاد عدم ولايته عليه أو باع مال الغير جاهلا بكونه و كيلا أو مأذونا عن قبله فى بيعه و ينبغى القول بصحة المعاملة فى الفرض و تمامها بلا حاجة الى لحوق الإجازة بها و الوجه فى ذلك ان تمام العقد من الولي يتوقف على استناده اليه و رضاه به و المفروض حصولهما حيث ان العقد كان بإنشائه و رضاه بانتقال مال الطفل الى الغير بالعوض و كذا إذا كان العاقد مأذونا واقعا أو و كيلا فإنه يكفى فى استناد معاملة المأذون أو الوكيل الى المالك أو موكله إظهاره رضاه بالمعاملة سواء كان ذلك الإظهار عند المأذون أو عند الآخرين أو كان إظهاره بنحو يصل الى المأذون أو السائرين بعد المعاملة أو لم يكن إظهار المالك الا عند نفسه و لذا لو كان العاقد على مال الغير فى مكان يراه مالك المال و كتب المالك عند المعاملة أو قبلها فى ورقه رضاه بتلك المعاملة و لم يعلم العاقد أو سائر الناس ما كتبه الا بعد المعاملة صح استناد تلك المعاملة إلى المالك.

و بتعبير آخر إظهار المالك رضاه بمعاملة الغير قبل إنشائها أو حينه يوجب خروج تلك المعاملة عن الفضولية. و عن السيد الزدى (ره) انه يحتاج العقد المفروض فى المقام إلى إجازة العاقد فى موردين أحدهما ما إذا كان إظهار المالك رضاه ببيع الآخر عند نفسه فقط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٦

.....

فان هذا الرضا لا يصح استناد البيع الصادر عن الغير اليه حيث لا فرق بين البيع المزبور و بين البيع الصادر عن الأجنبى المقارن لطيب نفس المالك واقعا و قد تقدم عدم خروج العقد بمجرد ذلك عن الفضولية.

و ثانيهما ما إذا باع مال المولى عليه باعتقاد عدم الولاية ثم ظهرت ولايته على المال و الوجه فى الحاجة الى الإجازة عدم رضاه المولى بتملك المال بما هو ولى و يعتبر فى نفوذ التصرف فى مال المولى عليه اذن المولى و رضاه بما هو ولى و لذا لو كان ملتفتا إلى انه ولى فربما لا يرضى بالبيع المزبور و يختار فردا آخر من المعاملة و هذا كاشف عن عدم رضاه بها بما هو ولى.

أقول لا يبعد اعتبار الإجازة فى المورد الأول فإنه لا ينبغى الريب فى اعتبار استناد البيع الصادر عن الأجنبى إلى مالك المال بالإذن أو الإجازة و قد ذكرنا مرارا ان كلا من الاذن و الإجازة من الأمور الإنشائية و يكون الإبراز مقوما لهما و مجرد إظهار المالك عند نفسه رضاه بالمعاملة التى يصدر عن الغير أو صدرت عنه لا يكون إذنا أو اجازة بل لا بد من كون الإظهار بحيث يصل الى الغير سواء كان ذلك الغير هو العاقد أو غيره و بتعبير آخر لا يكون فى الحقيقة إظهار فيما إذا كان الإبراز بحيث لا يصل الى الغير و لا يبعد ان يكون المحكى عن القاضى فى المقام يرجع الى ما ذكر.

و اما المورد الثانى فلا يحتاج العقد فيه الى الإجازة فإن استناد البيع إلى المولى حاصل بمباشرة لإنشاء العقد و لا فرق بين رضا المولى بذلك العقد و بين رضا الأجنبى به الا فى نفوذ رضا الأول و عدم الأثر لرضا الثانى و احتمال دخالة رضا المولى بالمعاملة مع التفاته بأنه ولى مدفوع ببعض الإطلاقات الواردة فى نفوذ نكاح الأب و الجد و يتعدى الى مثل بيعهما باعتبار عدم احتمال الفرق فى ذلك بين المعاملات.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٧

الثانية أن يبيع لنفسه و انكشف كونه وليا (١).

(١) و اما الصورة الثانية فهي ما إذا باع الولي أو المأذون لنفسه مع غفلته عن كونه وليا أو مأذونا و قصده البيع لنفسه يكون بينائه على تملك المال عدوانا أو اشتباها و على كل تقدير يصح البيع للمولى عليه من غير حاجة الى الإجازة فإن الحاجة إلى الإجازة اما لتصحيح استناد البيع إلى الولي أو المالك أو باعتبار دخالة رضاهما في انتقال المال بالعوض و المفروض حصول الاستناد بمباشرة العقد أو الاذن و كذا الرضا.

و اما قصده البيع لنفسه بان يملك الثمن بإزاء المبيع اشتباها أو عدوانا فقد تقدم في تصحيح بيع الغاصب للمالك مع إجازته انه لا اثر للقصد المزبور و غير داخل في حقيقة البيع.

لا يقال لا يصح البيع المفروض في المقام للمولى عليه لعدم ولاية العاقد على البيع بهذا النحو كما ان اذن المالك لا يعمه في موارد الوكالة.

فإنه يقال قد تقدم ان قصد المزبور أمر زائد على إنشاء المعاوضة و البيع و المفروض تمام البيع من سائر الجهات التي منها عدم كونه فسادا لمال المولى عليه فلا وجه لبطلانه أو احتياجه إلى الإجازة.

نعم لا- يتم ذلك فيما إذا باع الولي لنفسه مال المولى عليه اشتباها فان رضاه بكون المال للمشتري بإزاء الثمن باعتبار كونه مالكا و لم يعلم رضاه بالانتقال على تقدير كون المال للمولى عليه و لذا لا يجوز الأخذ فيما لو اذن الولي للغير في أخذ مال يعتقد انه ملكه و لكن الغير يعلم بان المال ليس للولي و انما يأذن له في أخذه اشتباها و انه على تقدير التفاته يمكن ان لا يرضى بالأخذ.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٨

الثالثة ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا (١).

و بتعبير آخر ما يذكر في الصورة الثالثة في وجه الحاجة الى الإجازة يجري في الفرض أيضا.

(١) الصورة الثالثة ما إذا باع المال عن الغير باعتقاد ان الغير مالكة ثم ظهر ان المالك هو لا الغير و قد يمثل لذلك ما لو باع مال أبيه باعتقاد حياته ثم ظهر انه حال البيع كان ميتا.

و يقع الكلام في هذه الصورة في جهتين: الاولى- في صحة البيع و فساده بمعنى كونه لغوا لا- يترتب عليه أى أثر و الثانية- توقف تمامه على اجازة العاقد أو عدم توقفه عليها.

اما الجهة الأولى فقد قيل ببطلان البيع لوجوه الأول- ان المنشأ هو البيع للغير و هو غير قابل للإجازة و البيع لنفسه لم ينشأ ليلحق به الإجازة.

الثاني ان البيع المزبور وقوعه للبائع يكون على وجه التعليق و تقديره ان مات ابي فقد بعته و التعليق يوجب بطلانه.

و الثالث ان العاقد غير قاصد للبيع فان مع اعتقاده حياة أبيه و انه مالك المال و لم يأذن له في بيعه لا يحصل إنشائه و قصده حقيقة و لكن لا مجال لشيء مما ذكر فان قصد بيع المال عن الغير لاعتقاد ان الغير مالكة تمليك في الحقيقة عن المالك و ما ذكرنا ثانيا في كون هذا البيع من البيع المعلق ينافي الأمر الأول حيث ان مقتضى التعليق كون المنشأ البيع لنفسه و مقتضى الوجه الأول وقوع البيع لغيره.

و بالجملة يكفي في حصول عنوان البيع أو المبادلة إنشائها و قصد كونها له أو لغيره غير داخل في أصل البيع و المبادلة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٩

و بهذا يظهر ما في الوجه الثالث و ان العاقد كالعابث حيث يبيع المال عن الغير مع اعتقاده كون ذلك الغير مالكا من غير كونه مأذونا أو وكيلًا- عنه و وجه الظهور ان إنشاء المعاوضة و قصدتها لا- ينافي الاعتقاد بان المالك هو الغير و لم يأذن له في بيع المال كما في البيع فضولا.

و اما الجهة الثانية و ان تمام البيع للعاقد يحتاج إلى إجازته أو انه لازم له بلا حاجة إليها فقد قيل بعدم الحاجة لأن البيع من الأول مستند إلى العاقد باعتبار حصوله بإنشائه فلا معنى لإجازة بيع نفسه و لان رضا العاقد بكون المال المعين الخارجى للمشتري بإزاء الثمن كاف في رضاه بملك ماله للمشتري و ان لم يلتفت إلى كونه ماله فان صدور العقد عن المالك أولى و أقوى من اذنه و إجازته. و ذكر المصنف (ره) ان الأظهر وفاقا لجماعة توقف تمامه على اجازة العاقد بعد التفاته إلى كونه مالك المال و ليس الوجه في الاحتياج إلى إجازته ما ذكره في جامع المقاصد حيث قال ان العاقد لم يكن قاصدا لنقل المال إلى المشتري منجزا بل كان قصده هو النقل مع اجازة المالك حيث باع المال عن الغير باعتقاد ان الغير مالكة ثم أورد على نفسه بان قصد العاقد بيع المال كاف في النقل و توضيح الإيراد ان توقف انتقال المال شرعا على اجازة المالك أو بمجرد العقد ليس من مدلول العقد ليعتبر قصده أو يقدر عدم قصده أو قصده معلقا أو منجزا بل الانتقال المزبور حكم شرعى و المنشأ الذى مدلول العقد هو النقل في اعتبار العاقد و هو منجز بل عدم قصده النقل شرعا الا مع حصول الإجازة لا يضر على الكشف حيث يكون النقل على ذلك المسلك قبل حصولها و يمكن ان يكون قصد النقل عند حصولها مضرا على مسلك الكشف.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٠

.....

بل الوجه في الحاجة إلى الإجازة هو ان يخرج تملك المشتري المال بإزاء الثمن عن عنوان الأكل بالباطل و دخوله في عنوان التجارة عن تراض فان رضا العاقد بنقل المال إلى المشتري مع غفلته عن كون المال ملكه لا يوجب كون البيع المزبور تراضيا من المالك. و بتعبير آخر قصد العاقد بكون المال الخارجى ملكا للمشتري بإزاء الثمن يوجب حصول إنشاء البيع و اما كون ذلك البيع تراضيا معامليا منه فلا- يكون الا مع رضاه بالبيع بعنوان كونه مالك المال و لذا لا يجوز للمأذون التصرف فيما لو اذن المالك فيه باعتقاد ان المال للغير و المأذون يعلم بان المال ليس للغير بل للمبيح و لكن بحيث لو التفت إلى ان المال له لا يرضى بتصرفه.

و لو قال ان هذه زوجته فطلقها و بعد الطلاق ظهر انها كانت زوجة المباشرة للطلاق فلا يصح و كذا لو قال هذا عبدى فأعتقه و بعد العتق ظهر انه كان عبدا للمباشرة فإنه يحكم ببطلان العتق.

و الحاصل ان فى البين أمرين أحدهما إنشاء البيع و حصول عقده و الثانى رضا من يعتبر استناد البيع اليه و إذا أنشأ المالك البيع لنفسه أو لغيره يحصل إنشاء البيع المفروض فى المقام و هو تملك عين خارجية بإزاء الثمن و قصد كونه لنفسه أو لغيره لا اثر له فى حصول إنشائه و اما الأمر الثانى و هو اعتبار رضاه ليكون بيعه تجارة عن تراض فيتوقف على رضاه بالبيع المنشأ مع الالتفات إلى كونه مالك المال و مجرد رضاه بكون تلك العين بإزاء الثمن مع الاعتقاد بان المال للغير و ان رضاه بالبيع المزبور من رضا الأجنبى فلا يفسد فى انتساب البيع اليه بمعنى كونه تجارة عن تراض.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤١

ان هذا الحق للمالك من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ (١).

و بتعبير آخر اعتقاد العاقد ان المال للغير و قصده البيع عن المالك بالإضافة إلى البيع لا تكون جهة تقييدية لما ذكرنا من ان قصد

كونه لنفسه أو لغيره خارج عن حقيقة إنشاء البيع واما بالإضافة إلى رضاه بانتقال المال إلى الطرف بإزاء الثمن جهةً تقييديةً حيث لم يرض بانتقال المال منه إلى الآخر بإزاء الثمن المزبور بل إنما رضى بانتقاله إلى الآخر من ناحية الغير نعم لو أجاز العاقد البيع بعد التفاته إلى كونه مالك المال يتم البيع و يصير تراضيا معامليا له.

و بهذا يظهر ان الإجازة انما تفيد في العقود حيث تجرى الفضولية فيها و اما في الإيقاعات نظير ما أعتق عبدا باعتقاد أنه عبد الغير ثم بان أنه عبده فيحكم ببطلان العتق لعدم جريان الفضولية في الإيقاعات و ايضا يظهر أنه لا تهافت في كلام من حكم في المسألة بتوقف البيع على اجازة العاقد بعد التفاته إلى كونه مالك المال و بين حكمه ببطلان العتق المزبور و انما يكون التهافت ممن حكم في مسألة البيع بلزومه و عدم حاجته إلى الإجازة و في مسألة العتق بالبطلان حيث ان مقتضى الحكم بلزوم البيع كفاية الرضا به و لو مع عدم الالتفات إلى كونه مالك المال و مقتضى الحكم ببطلان العتق عدم كفاية الرضا المزبور.

(١) يعنى كما ان الإجازة في عقد الفضولى مصححة للعقد بحيث يتم بها استناده إلى المالك و يكون تراضيا معامليا له كذلك استناد العقد في المقام إلى المالك و رضاه المعتبر بمدلوله يحصل بها فيكون العقد متزلزلا حدوثا بخلاف موارد الخيار إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٢

.....

التي يكون البيع فيها تاما حدوثا و متزلزلا بقاء و بتعبير آخر ثبوت الخيار الذى فى حقيقته ملك فسخ العقد و ازاله بقاءه فرع حدوث البيع بان يكون إنشائه و استناده إلى من يعتبر استناده إليه و رضاه بمدلوله مفروغا عنه و يثبت الخيار لتضرر أحد المتعاملين باعتبار خصوصيته فى أحد العوضين ككونه معيوباً أو فيه غبن فيكون الضرر فى لزوم البيع.

و هذا بخلاف البيع فى المسألة فإنه فى حدوثه غير تام لتوقف حدوثه على رضا المالك بالبيع مع التفاته إلى كونه مالكا للمال. و الحاصل أنه لا- وجه لما ذهب إليه صاحب الجواهر (ره) من ان البيع فى هذه الصورة كبيع المتعلق به الخيار متزلزل بقاء فان الضرر فى المقام كالضرر فى إجازة بيع الفضولى المعروف يكون فى أصل انتقال المال عن مالكة اما لجعله بأصل الانتقال كما فى بيع الفضولى المعروف أو لجعله بكون المال له كما فى مفروض الكلام.

أقول الضرر هو النقص فى المال أو فى غيره من العرض و النفس و نحوهما و هو يحصل فى موارد الغبن أو العيب بأصل البيع حيث يخرج به ماله عن ملكه بعوض معيوب أو بالأقل كما إذا باع المتاع بأقل من ثمن المثل أو اشترى المال بأكثر منه و لو جرت قاعدة اللاضرر فى تلك الموارد تكون مفادها فساد العقد لا انتفاء لزومه و لكن الصحيح انه لا مجرى للقاعدة فى موارد ثبوت الخيار كما لا مجرى لها فى البيع المفروض فى المقام و لا فى البيع فى مسألة بيع الفضولى المعروف لما ذكرنا من ان عدم تمام البيع فى المقام و فى مسألة بيع الفضولى باعتبار عدم استناد المعاملة إلى من يعتبر استنادها إليه بحيث تكون تراضيا معامليا له و فى مورد الغبن و العيب باعتبار اشتراط السلامة أو عدم النقص فى المالىة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٣

ثم ان الحكم بالصحة فى هذه الصورة غير متوقفه (١)

فى ناحية العوضين و مرجع الاشتراط كما تقدم إلى جعل الخيار فى صورة التخلف و حيث لا امتنان فى رفع الحكم عن البيع المجعول فيه الخيار فلا تجرى فيه قاعدة نفي الضرر لعدم ثقل على المكلف فى وضع البيع المزبور و إمضائه كما لا يخفى.

(١) يعنى لو قيل ببطلان بيع الفضولى و عدم تمامه بإجازة المالك فلا يكون ذلك ملازما للقول بالبطلان و عدم تمام العقد بإجازة العاقد فيما إذا باع ماله عن الغير باعتقاد ان المال له.

و الوجه في عدم الملازمة ان العمدة في وجه القول ببطلان بيع الفضولى النهى الوارد عن بيع ما ليس عنده و هذا لا يجرى في المقام حيث ان المفروض فيه اجراء المالك البيع على ماله.

نعم لو بنى بطلان بيع الفضولى على حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير يتعين البطلان في الفرض أيضا لأن قبح التصرف لا يختص بصورة كون المال للغير واقعا بل يعم مورد التجري أيضا.

أقول لا- مجال لمثل المصنف ره ممن لا يرى في التجري قبحا فعليا بل يلتزم فيه بالقبح الفاعلى فقط دعوى التعميم المزبور و لكن لو بنى الحكم ببطلان بيع الفضولى على اعتبار مقارنه طيب نفس المالك لإنشاء العقد كان اللازم الحكم بالبطلان في الفرض أيضا باعتبار ان اللازم حصول طيب نفس المالك مقارنا لإنشاء بما هو مالك و هذا غير حاصل في المقام أيضا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٤

### [شروط العقد المجاز]

و في عدم الوقوف هنا وجه لا يجرى في الثالثة (١) يشترط كونه جامعا لجميع الشروط (٢)

(١) الظاهر عدم توقف تمام البيع في الصورة الرابعة على الإجازة لأن الحاجة إليها اما لتصحيح استناد البيع الى المالك أو لرعايته رضاه بملكية المال للطرف بإزاء الثمن بما هو مالك و المفروض حصول كلا الأمرين في الفرض كما هو مقتضى بيع المالك المال لنفسه و لو باعتقاد انه عدوان على الغير كما لا يخفى.

(٢) إذا باع الفضولى صبرة من الحنطة من زيد بمائة دينار و زيد يعلم كيل الصبرة و لكن لا يعلمه البائع و فرض ظهور مقدار الصبرة و كيلها لمالكها فأجاز البيع المزبور فظاهر ما ذكر المصنف (ره) في هذا الأمر عدم تمام البيع المزبور و ذلك فإن الإجازة تكون مفيدة في بيع يكون ذلك البيع تاما حين إنشائه من غير جهة الإجازة و لا يكون البيع في الفرض كذلك باعتبار جهالة كيلها و عدم تعيينه حال البيع لغير المشتري.

و بتعبير آخر يجب حصول الشروط المعترضة في المتعاقدين لكل من الأصيل و البائع فضولا ليعتبر إنشائهما و كذا سائر الشروط في نفوذ البيع و صحته يعتبر حصولها حال إنشاء البيع حيث ان ظاهر دليل اعتبارها حصولها في إنشاء البيع و أدلة اعتبار اجازة المالك مقتضية لتمام البيع فيما إذا كان تاما عند إنشائه من غير جهة رضاه و اذنه و كما لا يكفى حصول تلك الشروط بعد الإيجاب و قبل القبول في سائر البيوع كما إذا باع المالك متاعا مجهولا جنسه أو قدره للمشتري و لكن ظهر المتاع جنسا و قدرا للمشتري قبل قبوله كذلك في المقام.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٥

.....

بل لو قيل بالصحة في المثال باعتبار ان العلم بالمبيع قبل القبول علم بحال المبيع قبل تمام إنشاء البيع فلا يمكن القول بالصحة في المقام حيث ان الإجازة لا تكون جزء البيع ليكون حصول الشرط قبلها من حصول الشرط قبل تمام البيع بل البيع كما تقدم في أول الكتاب هو الحاصل بالإيجاب و القبول فلا- تكون الإجازة مقومة لعنوان البيع عرفا و لو أطلق عليها الجزء فهو باعتبار كونها مقومة لعنوان البيع المؤثر أى البيع المنتسب الى المالك.

و الحاصل لا يكفى في صحة بيع الفضولى و تمامه بالإجازة حصول الشروط من زمان البيع بالإضافة إلى الأصيل على الكشف فقط

بان لا يعتبر حصولها على النقل بالإضافة إليه أيضا بل المعتبر حصولها مطلقا أى بالإضافة إلى الأصيل و البائع من زمان العقد و لو على مسلك النقل حيث ان مقتضى ما تقدم ان كل مورد يتم العقد بالاذن السابق يتم بالإجازة أيضا و اما إذا لم يكن الاذن السابق مفيدا كما فى نقص العقد من جهة سائر الشرائط فلا يفيد الإجازة اللاحقة.

نعم لو كان الدليل على الاشتراط مقتضاه حصول ذلك الشيء فى ترتب الأثر الشرعى على البيع من غير ظهور فى اعتبار حصول ذلك الشرط من حين إنشاء البيع كالتقديره على التسليم حيث ان اعتبارها لأجل ان لا يكون البيع غرريا كما تقدم سابقا فيكفى أن يحرز عند العقد حصولها فى ظرف استحقاق التسليم و كذا فى إسلام مشتري المصحف أو العبد المسلم حيث ان انتقالهما الى الكافر مناف لعلوم الإسلام و ذل الكفر و مجرد إنشاء الملكية حال كفر المشتري مع إسلامه حين تمام البيع لا يكون علوا للكفر على الإسلام كما لا يخفى.

لا يقال العلم بالعوضين و مقدارهما يعتبر فى صحة البيع و لكن المعتبر علم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٦

الثانى هل يشترط فى المجاز كونه معلوما بالتفصيل (١) و لذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق (٢).

المتبايعين لا الأجنبي و استناد البيع الى المالك يكون بإجازته و على ذلك فاللازم اعتبار علم المالك بمقدار المبيع و الثمن و لو من زمان إنشاء البيع لا العاقد الفضولى فإنه من الأجنبي بالإضافة إلى البيع المزبور كما هو ظاهر المصنف (ره) فى الأمر الثانى. فإنه يقال الإجازة بمنزلة الإذن التفويضى فى اعتبار العرف و العاقد فضولا و ان كان أجنبيا عن المال الا ان مع اجازة المالك يعتبر العاقد منزلة المأذون المفوض لا مجرد المأذون فى إجراء الإيجاب و القبول و فى مثل ذلك يعتبر علم المأذون بمقدار العوضين لا المالك كما يأتى.

(١) بأن يكون العوضان معلومين للمجيز تفصيلا و إذا كان عقد الفضولى بيعا يعتبر علم المجيز بذلك البيع و إذا كان صلحا يعتبر علمه و تعيين الصلح له.

و لا يخفى أن عد ذلك من شرائط صحة الإجازة أولى من عده من شرائط العقد المجاز.

(٢) هذا استشهاد لكون الإجازة فى معنى العقد و وجهه ان شمول دليل وجوب الوفاء بالعقد للمالك يكون بعد أجازته و شموله بعدها و عدم شموله قبلها كاشف عن كون الإجازة بمنزلة العقد.

و لكن لا- يخفى ما فى الاستشهاد و ذلك فان المجيز و ان يضاف العقد بعد إجازته إليه فيعمه ما دل على وجوب الوفاء على المتعاقدين الا ان نسبة العقد اليه بعد أجازته ليست من جهة كون أجازته عقدا أو منزلته لثلاثا تقبل التعليق أو عدم التعيين بل بإجازته

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٧

الثالث- المجاز اما العقد (١).

يستند العقد الصادر سابقا اليه كاستناده اليه بالاذن فالذى لا يقبل التعليق أو عدم التعيين هو العقد الصادر سابقا و اما أجازته فليست من العقود.

و بتعبير آخر الإجازة اللاحقة لا تزيد على الاذن السابق و كما ان المالك بمجرد اذنه للغير فى بيع ماله لا يكون بايعا و لا يعمه ما دل على لزوم البيع و وجوب الوفاء به بل الاذن يوجب استناد البيع الصادر عن المأذون اليه و ذلك البيع الصادر لا يقبل التعليق أو الجهالة كذلك الحال فى الإجازة اللاحقة.

لا يقال لو لم تكن الإجازة فى العقود فلا ريب فى أنها إيقاع و التعليق فى الإيقاعات أيضا يوجب بطلانها.



فإنه يقال مضافا إلى عدم تمام الإجماع على بطلان كل إيقاع بالتعليق بل مورده هي الإيقاعات التي لها عناوين خاصة كالطلاق و العتق و نحوهما ان الإجماع المزبور على تقديره مقتضاه علم المجيز بوقوع العقد لا- اعتبار علمه بتعيين العوضين أو نوع العقد فإن الإجازة يصحح استناد العقد إلى المجيز كالإذن و يكفي فيه الإجازة مطلقا و بنحو العموم و قد تقدم ان الإجازة ليست بمنزلة الإذن في مجرد إنشاء العقد بان يكون المأذون نظير الإله في إنشاء العقد بل بمنزلة الإذن التفويضي بحيث تكون المساومة و المناقشة في تعيين الثمن و المثمن بعهدة المأذون و في مثله يعتبر علم المأذون بمقدار الثمن و المثمن و لا يعتبر علم المالك.

(١) المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير و اما العقد الواقع على عوضه و المراد بالعوض الأعم من العوض الاولي لمال المالك أو العوض لعوضه و قوله (ره) على كل منهما اي على كل تقدير يكون المجاز أول عقد وقع على المال  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٨

.....

الأصلي للمالك أو على عوضه أو يكون المجاز آخر العقد المتعلق بأحدهما أو يكون عقدا بين سابق و لاحق واقعين على مورده اي على المال الأصلي للمالك أو على بدله أو بالاختلاف بان يقع السابق على العقد المجاز على عين ذلك المال و اللاحق على بدله أو بالعكس و يجمع الكل اي كل فروض العقد المجاز بيوع ثمانية ثلاثة منها واقعة على عين مال المالك المجيز المفروض كونه عبدا (١) بيع العبد بفرس (٢) بيع العبد بكتاب (٣) بيع العبد بدينار و اثنان منها واقعة على عين مال المالك المجيز المفروض كونه عبدا (٤) بيع الفرس بدرهم (٥) و بيع الدينار بجارية و ثلاثة منها واقعة على بدل بدل المالك و هي (٦) بيع الدرهم برغيف (٧) و بيع الدرهم بحمار (٨) و بيع الرغيف بعسل و إذا أجاز مالك العبد العقد الواقع على العبد بكتاب تكون أجازته ملزمة له و لما بعده فيما وقع على مورده اي فيما وقع اللاحق على عين المال الأصلي للمالك و هو بيع العبد بدينار و هذا بناء على الكشف ظاهر.

و اما بناء على النقل فينبى على ما تقدم من اعتبار ملك المجيز حين العقد و عدمه يعنى بناء على النقل تكون صحة العقد اللاحق مبتنيا على عدم اشتراط ملك المجيز حال العقد فان المجيز له و هو بايع العبد بالدينار لم يمكن مالكا للعبد حال بيعه على هذا المسلك و هي فسخ بالنسبة الى ما قبله يعنى إجازة بيع العبد بالكتاب فسخ بالإضافة الى ما قبل هذا البيع و هو بيع العبد بفرس سواء على الكشف أو النقل فان البيع الأول لا يصح بالإضافة إلى مالك العبد اي مالكة الأول.

و اما صحة ذلك البيع الأول بالإضافة الى من ملك العبد بإجازة مالكة الأول فمبنى على عدم اشتراط كون المجيز مالكا حال العقد و المالك الجديد هو المشتري

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٩

و اما العقود الواقعة على عوض مال المجيز (١).

و اما إجازة العقد الواقع على العوض (٢).

الثالث للعبد على الكشف بلا كلام و هو أو المشتري الثاني على النقل و اجازة كل منهما العقد الأول أى بيع العبد بفرس داخل فى مسألة من باع ثم ملك و أجاز كما لا يخفى.

(١) قد تقدم ان العقود الواقعة على عوض مال الغير خمسة اثنان منها واقعان على عوضه الابتدائي و هما بيع الفرس بالدرهم و بيع الدينار بالجارية حيث ان كلا من الفرس و الدينار عوض فى البيوع الجارية على نفس العبد و ثلاثة منها جارية على عوض مال الغير اي على عوض عوض العبد و هي بيع الدرهم برغيف و بيع الدرهم بحمار و بيع الرغيف بعسل فالأول من هذه البيوع و هو بيع الفرس بالدرهم يتوقف تمامه و صحته على اجازة المالك الأصلي للفرس.

وقوله (ره) و اما العقود الواقعة على عوض مال المجيز من تمتة فرض اجازة المالك بيع عبده بالكتاب فان مع اجازته تكون صحة بيع الفرس بالدرهم موقوفا على اجازة المالك الأصلي للفرس و بدونها لا تصح و اللاحق و هو بيع الدينار بالجارية يكون صحيحا بمجرد اجازة مالك العبد هذا البيع يعنى بيع العبد بالكتاب فإنه بناء على اعتبار اجازته يكون بيع العبد بالدينار و بيع الدينار بالجارية كلاهما صحيحا.

(٢) يعنى اجازة مالك العبد العقد الواقع على العوض لعوض العبد يعنى بيع الدرهم برغيف صحتها و نفوذها موقوفة على دخول الدرهم فى ملك المالك الأصلي للعبد و دخوله فى ملكه موقوف على اجازته بيع الفرس بالدرهم و بيع إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٠  
و ان وقعت من شخص واحد انعكس الأمر (١).

عبده بالفرس و لذا قال (ره) فهى ملزمة للعقود السابقة عليه سواء وقعت تلك العقود على نفس مال المالك اعنى بيع العبد بالفرس أو على عوضه و هو بيع الفرس بالدرهم كما أنها ملزمة للعقود اللاحقة على تقدير جريان اللاحق على المعوض اى على المعوض فى بيع الدرهم برغيف و هو بيع الدرهم بالحمار فإن الإجازة المزبور تكون كاشفة عن دخول الدرهم فى ملك صاحب الرغيف فيتم له بيع ذلك الدرهم بالحمار.

و اما العقد اللاحق الجارى على العوض فى ذلك العقد المجاز اى بيع الرغيف بالعسل فصحته موقوفة على اجازة المجيز له مستقلا و هذا هو المراد من قوله (ره) و اما الواقعة على هذا البديل المجاز اى بيع الرغيف بالعسل فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداء.

(١) يعنى لو وقع البيوع المتعددة من شخص واحد بان يقع العوض فى كل بيع معوضا فى بيعه الآخر كما فرضنا ان البائع فضولا باع العبد المفروض كونه للغير بالفرس أولا و باع الفرس بالدرهم ثانيا و باع الدرهم بالرغيف ثالثا و باع الرغيف بالعسل رابعا فان اجازة أى من البيوع الأربعة تكون اجازة له و لما قبله لا البيع الذى بعده و هذا هو المراد من ترمى الأثمان بأن يقع الثمن فى كل بيع مثنى فى بيعه الآخر الصادر عن واحد كما فى المثال.

و قد يقال انه كيف يجوز للمالك اجازة العقد الجارى على بدل ماله و كيف تكون اجازته ملزمة للعقود الجارية على عين ماله أو بدله فان بيع الدرهم بالرغيف مثلا أجنبى عن مالك العبد فكيف يجوز له اجازته بل يتعين اجازة بيع العبد بالفرس إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥١

.....

أولا ثم اجازة بيع الفرس بالدرهم ثم اجازة بيع الدرهم بالرغيف و دعوى ان اجازة بيع الدرهم بالرغيف مستلزمة لإجازة البيوع السابقة أو انها بنفسها اجازة للعقود السابقة فاسدة فإن المفروض ان الإجازة تعلقت ببيع الدرهم بالرغيف و لو كانت هذه اجازة للعقد لسابق لصح السابق دون اللاحق.

و اما الاستلزام فالأمر فى دعواه أفسد لأن اجازة بيع الدرهم بالرغيف فعل اختياري له مباد و اجازة بيع العبد بالفرس فعل اختياري آخر يكون له مباد و لا- يعقل ان يكون أحد الفعلين الاختياريين مستلزما لفعل اختياري آخر نعم اجازة اللاحق تكشف عن الرضا بالعقد السابق عليه و لكن الرضا لا يكفى فى اجازة العقد كما تقدم.

أقول يرد عليه النقض ببيع ذى الخيار و الواهب فإنهم ذكروا ان بيع ذى الخيار المال المنتقل عنه فسخ للبيع السابق و كذا بيع الواهب المال الموهوب رجوع فى الهبة مع ان كلا من البيع و الفسخ و الرجوع كالأجازة فعل اختياري و حله انه يمكن ان ارادة أحد الفعلين

موجبا لانقداح ارادة الفعل الآخر كما فى ارادة ذى المقدمة بالاضافة إلى الفعل الآخر الذى مقدمة له و الفسخ و الرجوع مقدمة لبيع ذى الخيار و الواهب كما ان اجازة العقد السابق مقدمة للعقد اللاحق و بما ان كلا من الفسخ و الرجوع و الاجازة كالتملك من الأمور الإنشائية و يحتاج بعد الاعتبار إلى الإبراز يكون إبراز الأمر الاعتبارى الموقوف على الأمر الاعتبارى الأول إبرازا للأمر الأول أيضا.

و ايضا ما تقدم من عدم كفاية الرضا فى خروج العقد عن الفضولية هو مجرد الرضا الباطنى من دون إظهار و فى المقام اجازة العقد الجارى على البدل يكون مبرزا للرضا بالبيع السابقة أيضا كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٢

فليس مرادهما ان يعقد على الثمن الشخصى (١) ثم ان فى شمول الحكم (٢) فقال الأول (٣)

(١) يعنى ليس مرادهما ان يعقد اشخاص على الثمن الشخصى بان يشتري الفضولى ثوبا بعشرة دنانير و باع الآخر تلك العشرة بمائة درهم و باع الثالث تلك العشرة بمائتين درهم فان حكم وقوع البيوع المتعددة من اشخاص على الثمن الشخصى المملوك للغير حكم البيوع المتعددة من اشخاص الواقعة على المفروض كونه للغير فى ان اجازة السابق من البيوع يكون موجبا لصحة اللاحق على الكشف.

(٢) يعنى ما تقدم من أن للمالك اجازة أى من العقود الجارية على عين ماله أو بدله فيه اشكال فيما إذا دفع المشتري الثمن إلى البائع فضولا مع علمه بالحال.

أقول لو تم الاشكال لكان مقتضاه عدم صحة اجازة المالك العقد الواقع على عوض ماله مع دفع العوض المزبور إلى البائع فضولا مع العلم بالحال و كذا لا يصح اجازة العقد الجارى على عين ماله بذلك العوض و اما العقود الجارية على عين ماله بغير ذلك العوض من الأثمان المختلفة ممن وصلت تلك العين إلى أيديهم فلا بأس بإجازتها.

(٣) يعنى قال قطب الدين فى توضيح الإشكال الذى أشار إليه العلامة فى قواعده أن المشتري العالم بالحال يكون دفعه الثمن إلى البائع الغاصب تسليطا له على الثمن و لو تلف ذلك الثمن فى يد البائع المزبور لا يكون للمشتري الرجوع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٣

قال فى محكى الحواشى ان المشتري مع علمه بالغصب (١)

إليه لعدم الضمان فى مورد تسليط الغير على ماله مجانا و فى جواز رجوعه إليه مع بقاءه وجهان و على أى حال فلا ينفذ اجازة مالك المبيع فى الثمن المزبور فيما إذا تلف بفعل المسلط بالفتح يعنى بفعل البائع فضولا كما إذا دفع هذا البائع ذلك الثمن عوضا لمتاع اشتراه و هذا وجه عدم نفوذ اجازة مالك المبيع فى الثمن المزبور.

و اما وجه نفوذها أن الثمن قبل دفعه الى البائع الغاصب قد جعل عوضا للعين المملوكة للغير و عدم اتصاف ذلك الثمن بكونه عوضا لها لأجل عدم صدور البيع عن ذلك الغير و إذا أجاز تكون إجازته بمنزلة صدور البيع عنه فيكون الثمن المزبور عوضا.

أقول ما فى كلامه (ره) من ان فى رجوع المشتري الى الثمن مع بقاءه وجهين ضعيف بل لا ينبغى الإشكال فى جواز رجوعه إليه فإن دفعه إليه مع علمه بالحال اما تملك مجانى أو إباحة مالكية و لا كلام فى جواز الرجوع فى الهبة المجانية و الإباحة المالكية.

(١) حاصل ما ذكر الشهيد (ره) انه لا يصلح لمالك المبيع اجازة العقد الجارى على الثمن بل لا يصح له اجازة العقد الجارى على المبيع بذلك الثمن و ذلك فان دفع المشتري العالم بالحال ذلك الثمن إلى البائع الغاصب تسليطا للغاصب على الثمن المزبور و اذن له فى إتلافه و إذا اشترى الغاصب بذلك الثمن متاعا يكون اشتراؤه إتلافا للثمن على المشتري الأول فيملك الغاصب المتاع الذى

اشتره بذلك الثمن ولا تنفذ اجازة المالك في الثمن لصيرورته ملكا لبائع المتاع قبلها بل لا تنفذ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٤

و يحتمل ان يقال لمالك العين حق تعلق بالثمن (١)

إجازته في بيع ماله بذلك الثمن فضولا- باعتبار ان الثمن المزبور كان كالمال المأذون في إتلافه فلا يؤثر فيه الإجازة بعد صيرورته ملكا لآخر و لو نفذ اجازة العقد الجارى على ماله بذلك الثمن يكون المبيع بلا عوض فيكون الإشكال في صحة العقد المترتب على الثمن و في صحة العقد الجارى على المبيع بذلك الثمن.

أقول لا وجه للإشكال أصلا سواء على الكشف أو النقل بل على كل منهما يجوز لمالك المبيع اجازة العقد الجارى على عين ماله أو بدله و ذلك فان دفع المشتري العالم بالحال الثمن إلى البائع فضولا ليس فيه إنشاء آخر ليكون ذلك الإنشاء من الهبة مجانا أو إباحة مالكية بل الدفع المزبور بعنوان الوفاء بالعقد حيث ان الغاصب كما يبيع مال الغير لنفسه بعد البناء على كونه مالكا و هذا البناء مصحح لحصول عنوان البيع كذلك المشتري العالم بالحال يدفع الثمن إليه باعتباره أيضا مالكا للمبيع و بما ان هذا البناء غير ممضى شرعا فلا يجوز للبائع المزبور التصرف في الثمن.

(١) كان مراده انه بناء على مسلك النقل أيضا يحتمل تقديم اجازة المالك لتعلق حقه بالثمن قبل تملك الغاصب الثمن مجانا و هذا الاحتمال كما يذكر المصنف (ره) ضعيف فان تملك الغاصب الثمن غير موقوف على شيء بخلاف تملك المالك المجيز فإنه موقوف على بقاء ذلك الثمن في ملك المشتري الى حين أجازته و هذا غير حاصل في الفرض.

و أضف الى ذلك انه لا حق للمالك المجيز في الثمن أصلا فان الحق بمعنى الملك غير ثابت و بمعنى غيره غير معهود و قد تقدم أن جواز اجازة المالك من أحكام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٥

### [في الرد و أحكامه]

### إشارة

فافهم (١) بما هو صريح في الرد (٢) لأصالة بقاء اللزوم (٣)

الملك شرعا لا من الحق في عقد الفضولي فضلا عن الثمن المقرر فيه.

(١) لعله إشارة الى ان حكمهم بتملك الغاصب الثمن ليس لوجه تعبدى ليؤخذ به في مورد اليقين بل تعليقه ذلك الحكم بان دفع المشتري الثمن إلى البائع الغاصب مع علمه بالحال تسليط له على ذلك الثمن مقتضاه كونه للتخلف على قاعدة التسليط.

(٢) بل يكفي ما يكون ظاهرا في الرد لان اعتبار الظهور يعم المقام بل يأتي كفاية دلالة الفعل و لا يختص الاعتبار باللفظ.

(٣) لا يخفى ان رجوع الوفاء بالعقد بالإضافة إلى الأصيل كما تقدم سابقا غير ثابت ليستصحب و على تقديره فاستصحابه لا يثبت إضافة العقد الى المجيز بإجازته بعد احتمال إلغاء العقد قبلها فإنه من إثبات الموضوع باستصحاب حكمه نظير استصحاب بقاء وجوب الصلاة و إثبات عدم خروج وقتها بل ما نحن فيه من قبيل ما إذا قبل القابل الإيجاب في زمان يحتمل إلغاء الموجب إيجابه بالشبهة الحكمية أو الموضوعية فإن المتيقن في مثله الحكم ببقاء الإيجاب و ضمه الى القبول المحرز بالوجدان و يثبت البيع بذلك فان ترتب

البيع المضاف إلى المالكين على الإيجاب و القبول شبيهه بترتب المسبب الجعلى على السبب حيث يمكن فيه إثبات جزء السبب بالوجدان و الجزء الآخر بالأصل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٦

و كذا يحصل بكل فعل مخرج له عن ملكه (١) و التزويج (٢)

(١) يعنى يحصل الرد بكل فعل يكون ذلك الفعل مخرجا للمال عن ملك المجيز و الخروج يكون بالنقل و الإتلاف و شبههما كالعق و النكاح و لكن لا يخفى ان مجرد هذه التصرفات لا تكون ردا للعقد السابق بمعنى إلغائه بل لا يكون معها العقد السابق قابلا للإجازة. نعم إذا قصد بها إلغائه تكون ردا كسائر الأفعال المراد بها رده.

و الحاصل عدم قابلية العقد للإجازة بمجرد تلك التصرفات ليس لكونها ردا فعليا للعقد السابق بل انها مخرجه للعقد عن قابلية لحوق الإجازة و لذا لا تبقى معها للإجازة مورد حتى بناء على عدم اشتراط الإجازة بعدم مسبقيتها للرد كما لا يخفى.

(٢) كما إذا زوج غير الولي و الوكيل المرأة من رجل ثم زوجت نفسها من آخر فان مع التزويج الثانى لا يبقى مورد لاجازتها النكاح الأول و الظاهر ان التزويج كالعق مثال لشبه النقل و الإتلاف و الوجه فى عدم بقاء مورد للإجازة معها هو ان مثل هذه التصرفات من المالك صحيحة لوقوعها فى زمان كونه مالكا و إذا صحت فلا يبقى مجال لإجازة عقد الفضولى لفوات مورد الإجازة فإن الإجازة تؤثر فيما إذا كان المجيز مالكا للمال لو لا أجازته و المفروض مع التصرفات المزبورة خروج المال عن ملكه قبل أجازته و صيرورته أجنبيا بالإضافة إلى المال المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٧

و اما التصرف الغير المخرج عن الملك (١)

و بهذا يظهر نفوذ تلك التصرفات و عدم صحة الإجازة حتى على الكشف الحقيقى فإنه يعتبر عليه ايضا ان يكون المجيز مالكا لو لا أجازته.

و الحاصل ان مع شمول خطابات الصحة و النفوذ للتصرفات المزبورة لا يبقى مورد فى العقد السابق لعموم وجوب الوفاء و حل البيع و نحوه كما لا يخفى.

(١) إذا لم يكن تصرف المالك موجبا لخروج المال عن ملكه و لكن تكون صحته منافية لنفوذ الإجازة كان التصرف المزبور كالتصرف الموجب لخروج المال عن ملكه فى كونه مفوتا لمورد الإجازة كاستيلاء المالك أمته التى بيعت فضولا أو إجارته الدار التى بيعت فضولا- أو تزويجه أمته التى بيعت فضولا- و الوجه فى كونها أيضا مفوته لمورد الإجازة ان نفوذ الإجازة مع صحة تلك التصرفات غير ممكن و إذا فرضت صحة تلك التصرفات باعتبار وقوعها فى ملكه فيمتنع وقوع الآخر يعنى إجازة العقد فضولا أو ان يكون الآخر يعنى الإجازة تكون مبطله لتلك التصرفات أو ان تقع الآخر يعنى الإجازة على غير وجهها بان يكون انتقال المبيع إلى المشتري فى العقد فضولا- بعد انقضاء مدة الإجازة أو انتقاله إليه خاليا عن المنفعة التى وقعت مورد التمليك فى الإجازة و حيث ان إبطال الإجازة تلك التصرفات أو وقوع الإجازة على غير نحو الكشف عن انتقال المبيع إلى المشتري من حين العقد غير ممكن فيتعين الأول يعنى كون الإجازة فاسدة.

نعم إذا انتفع المالك بماله بالسكنى أو باللبس و نحوهما فلا ينافى ذلك نفوذ الإجازة بنحو الكشف غاية الأمر يثبت على المالك بعد إجازته أجره المثل للمشتري باعتبار أنه قد فوت عليه المنفعة بسكناه أو لبسه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٨

و دعوى انه لا دليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد (١).

(١) لو تمت هذه الدعوى لكانت نتيجتها صحة الإجازة مع التصرفات التي لا تخرج العين عن ملك مالكيها و صحة الإجازة عبارة عن كونها موجبة لانتقال المبيع مثلا إلى المشتري بعد انقضاء مدة الإجازة حتى لو قيل بان مدلول العقد هو النقل من حين العقد و ان الإجازة تتعلق بهذا المدلول و لكن تأثيرها في النقل يكون من زمان كونه قابلا و هو في الفرض زمان انقضاء الإجازة. و أجاب (ره) عن ذلك بان نفوذ الإجازة على الوجه المذكور بان يكون الانتقال من زمان انقضاء الإجازة خلاف إجماع أهل الكشف فإنهم يلتزمون بأن الإجازة تكون كاشفة عن حصول النقل و الانتقال من حين العقد فيما كان مجيزه مالكا حال العقد و بما ان المجيز في الفرض مالكا حال العقد فلا بد من كون إجازته كاشفة عن النقل و الانتقال من حين العقد و لازم ذلك عدم إمكان الإجازة مع صحة التصرفات المزبورة.

أقول الظاهر التفصيل في المقام و هو انه لا يصح الإجازة بعد استيلاء الأمة المبتاعة فضولا لما تقدم سابقا من ان استناد البيع الى المالك يكون بإجازته سواء على النقل أو الكشف و عليه فإجازة المالك بيع أمته بعد استيلائها بيع لام الولد فلا تصح كما هو مقتضى النهي عن بيع أمهات الأولاد الظاهر في الإرشاد إلى فساد بيعهن.

و اما إجازة بيع الدار بعد إجازتها فلا بأس بها فان الفرض لا يزيد عما إذا آجر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٩

نعم لو قلنا بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقي (١).

المالك داره سنة مثلا ثم باعها من آخر فإنه يصح الإجازة و البيع معا غاية الأمر مع جهل مشتري الدار بالإجازة يثبت له خيار الفسخ باعتبار ان نقص منفعتها و لو بالإجازة عيب و يثبت هذا الخيار في مفروض الكلام باعتبار حدوث العيب في الدار قبل إجازة بيعها. و بهذا يظهر الحال في إجازة بيع الأمة التي زوجها سيدها قبل إجازة بيعها و انه يصح البيع و التزويج معا غاية الأمر يثبت لمشتريها خيار الفسخ باعتبار ان التزويج في الأمة عيب.

(١) لا- يقال لو صح هذا الكلام بان كانت إجازة المالك كاشفة عن حصول النقل و الانتقال من حين العقد فضولا بحيث يكون استيلاء الأمة بعده واقعا على غير ملكه لجرى ذلك في القسم الأول من الأفعال أيضا بأن تكون إجازة المالك كاشفة عن حصول النقل و الانتقال من حين العقد فضولا فلا يكون العتق أو النقل و الهبة و التزويج و نحو ذلك نافذة لوقوعها على ملك الغير واقعا. فإنه يقال فرق بين هذا القسم و التصرفات السابقة فإن مع تلك التصرفات و نفوذها لا يكون المجيز مالكا لتنفيذ إجازته فإن من شرط الإجازة وقوعها عن المالك لو لا الإجازة بخلاف مثل الاستيلاء و اجارة البيت أو تزويج الأمة المملوكة فإن مع هذه التصرفات لا ينتفى ملك المالك حتى لا تنفذ أجازته.

ثم ان الظاهر عدم الفرق في ذلك بين الالتزام بكون الإجازة كاشفة محضا أو كون لحوقها بالعقد شرطا فان الكاشف إجازة المالك لو لا الإجازة كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٠

بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري من حين العقد (١).

(١) يقع الكلام في نفوذ الإجازة بعد تصرف المالك في ماله تصرفا لا يمنع عن ملك المشتري من حين عقد الفضولي كتعريض المالك المال للبيع بعد وقوع العقد عليه فضولا أو إيقاع البيع الفاسد عليه بعد العقد فضولا.



و ذكر (ره) ان مثل هذه التصرفات فيما كانت مع التفتات المالك الى تعلق العقد فضولا بماله تكون ردا و فيما لم يكن ملتفتا الى تعلق العقد بماله فلا رد و يجوز أجازته بعدها و استشهد على كونها مع الالتفات المزبور ردا بوجه:

الأول- انطباق عنوان الرد الوارد في بعض الروايات عليها مثل ما ورد في تزويج العبد بغير اذن مولاه و في موثقة زرارة ذلك الى مولاه ان شاء فرق بينهما و ان شاء أجاز أو من زوجته أمه و هو غائب من قوله عليه السلام و ان شاء قبل و ان شاء ترك.

و لكن أورد (ره) على هذا الوجه بان مدلول الرواية ان للمجيز ترك عقد الفضولي و اما كيفية تركه و أنه إذا تركه يكون كالرد القولي بحيث يخرج المالك المجيز عن كونه أحد طرفي العقد و انه لا ينفعه أجازته بعد ذلك فلا دلالة للرواية عليه.

الوجه الثاني- ان الرد اللفظي كان موجبا لخروج المجيز عن صلاحية كونه أحد طرفي العقد و هذا المانع موجود في الرد الفعلي أيضا بمعنى أنه لا يحتمل الفرق بين الرد فعلا و رد ذلك العقد قولاً في الخروج المزبور.

و الوجه الثالث فحوى حصول الفسخ في العقد الخيارى بالفعل كوطى البائع الأمة التي باعها بخيار أو بيعها من آخر أو عتقها زمان خياره فان حصول الفسخ بمثل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦١

.....

هذه الأفعال باعتبار دلالتها على حل ذى الخيار العقد و إذا اعتبر دلالة الفعل على حل العقد و إزالته التي في الحقيقة رفع لأثر العقد المؤثر بالفعل اعتبرت دلالة على إلغاء العقد المتزلزل من حيث الحدوث.

أقول مجرد التفتات المالك الى العقد فضولا- لا- يوجب كون مثل تعريض ذلك المال للبيع ردا للعقد السابق فضولا لإمكان كون التعريض لاحتمال ان يباع المال بأزيد من الثمن في عقد الفضولي و كان من قصده اجازة ذلك البيع مع عدم وجدان من يشتره بالأزيد.

و الحاصل أنه لا بد في إنشاء الرد قصده و مجرد الالتفات الى وقوع العقد لا يلزم قصده و الحكم بحصول الفسخ في مثل وطى البائع الأمة التي باعها أو عتقها بعد بيعها حكم ظاهري مستفاد من دليل حمل فعل الغير على الصحيح و حصول الفسخ واقعا موقوف على قصد البائع و إنشائه بالفعل و هذا الكلام لا يجرى في مثل تعريض المال للبيع أو إجراء العقد الفاسد فإنه لا مجال في مثلها لأصالة الصحة فيكون الحكم بالرد بذلك موقوفا على قرينه دالة على قصده إنشاء الرد كما لا يخفى.

هذا كله مع الالتفات الى العقد فضولا- و اما مع عدمه فلا يكون مجرد الفعل ردا الا ان يقوم دليل خاص على كون فعل ردا كما في الرجوع في عدة الطلاق و ذلك لما أشرنا إليه مرارا من أن الرد كالأجازة من الإنشائيات و هي لا تحصل بدون القصد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٢

و في حكم ما ذكرنا الوكالة و الوصاية (١) لو لم يجز المالك فان كان المبيع في يده فهو (٢)

(١) يعني لا يحصل فسخ الوكالة و الوصاية بمجرد ارادة الفعل المنافي لبقاء عقدهما من دون قصد فسخهما نعم جواز إنشاء فسخهما بالفعل أوضح من جواز فسخ البيع للزوم البيع في نفسه و هما من العقود الجائزة و الأمر في فسخها و إنشائها أهون.

(٢) و حاصله انه لا موضوع لرجوع المالك الى غيره مع عدم أجازته العقد فيما إذا كان المبيع بيده و اما مع كونه بيد غيره فله أخذه منه مع بقاءه و لو استوفى الغير من منافعه يرجع اليه ببديل تلك المنفعة أيضا كما هو مقتضى قاعدة إتلاف مال الغير بل له الرجوع الى بدل غير المستوفاه على خلاف تقدم في البحث عن أحكام بيع الفاسد هذا مع بقاء المبيع.

و اما مع تلفه فيرجع المالك الى من تلف بيده فيأخذ منه قيمة يوم تلفه على قول و أعلى القيم من يوم ضمانه الى يوم تلفه على قول

آخر و لو كانت الزيادة في يد أحد الشخصين الذين جرى يدهما على المبيع كما إذا نقصت قيمته بعد وقوعه بيد الآخر فيختص الأول بالرجوع اليه بتلك الزيادة باعتبار عدم اشتغال ذمة الآخر بتلك القيمة في زمان حيث لم يجريده على المبيع في زمانها على الفرض. أقول لا يختص رجوع المالك بمن يكون المبيع بيده كما هو ظاهر (ره) بل له الرجوع الى كل من جرى يده على المبيع و ان تلف في يد غيره كما هو مقتضى ضمان اليد و يكون رجوع المالك إليه بالزامه بأخذ المبيع من الغير و رده عليه نعم إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٣

.....

لا يبعد ان لا يكون للمالك الرجوع إليه بأخذ قيمة المبيع منه مع عدم تمكنه على تحصيل المبيع و تمكن المالك على أخذه ممن يكون بيده كما ان للمالك مع تلفه الرجوع الى كل من جرت يده على المبيع غاية الأمر لو رجع الى من تلف بيده فلا يرجع ذلك الى غيره بخلاف ما لو رجع المالك الى غيره فان الغير مع دفع قيمة المبيع الى المالك يرجع الى من تلف في يده فيأخذ قيمته منه و ذلك لما ذكرنا في البحث في أحكام بيع الفاسد من ان الضامن بدفعه البديل يملك التالف فان كان تلف المال بيده فلا موجب لرجوعه الى غيره لانه قد تسلم المبيع سابقا منه. و اما إذا كان تلفه بيد غيره فان له الرجوع بما ملكه بدفع البديل الى كل من جرى يده على المال المزبور بعده الى ان يستقر الضمان على من تلف بيده.

ثم انه قد تقدم سابقا ان المستفاد من صحيحة أبي ولاد ان المعيار في الضمان بقيمة يوم حدوث الضمان و عليه فان رجع المالك الى من تلف المال بيده و أخذ منه قيمة يوم دخوله في ضمانه فلا يرجع ذلك الضامن الى غيره و ان رجع المالك الى غيره و أخذ قيمة العين منه يوم دخولها في ضمانه يرجع ذلك الغارم الى من تلف المال بيده بقيمة العين يوم دخولها في ضمان من تلف المال بيده سواء كانت أقل مما دفعها الى المالك أو أكثر كذا الحال بالإضافة إلى منافعها. و لو كانت العين فاقدة لوصف في يد الضامن الأول ثم صار موصوفا به في يد من تلف المال بيده فليس للمالك الرجوع الى الضامن الأول ببدل ذلك الوصف حيث لم يأخذ العين بذلك الوصف ليكون ضامنا بالإضافة اليه و لا يقاس الوصف بالمنافع حيث ان المنفعة و هي قابلية العين للانتفاع بها أمر فعلى مأخوذ بتبع أخذ العين كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٤

و لا يقدر في ذلك اعترافه بكون البائع مالكا (١).

(١) إذا كان اعتراف المشتري بكون الثمن للبائع مبنيا على قاعدة اليد القاضية بأن المبيع كان ملكا له فبظهور عدم ملك البائع للمبيع بالبينه أو حتى حكم الحاكم ينتفى الاعتراف المزبور كما هو مقتضى كون الاعتراف من جهة الأخذ بظاهر اليد و إذا كان اعتراف المشتري بكون الثمن للبائع لاعتقاده بان المبيع للبائع حتى بعد علمه بقيام البينة على انه للغير لا للبائع فلا يجوز له الرجوع الى البائع بالثمن حتى مع أخذ الغير المبيع من يده بالمرافعة مع البائع أو معه عند الحاكم لأن أخذ الغير باعتقاده ظلم و إضرار فلا يجوز له تدارك هذا الضرر بإضرار البائع و إذا لم يعلم حال اعتراف المشتري كما إذا لم يذكر عند اعترافه بأنه مبنى على يد البائع للمبيع أو انه يعلم بان المبيع له فهل للحاكم الأخذ بظاهر إقراره ليحكم بأن الثمن ملك للبائع و ليس للمشتري الرجوع به اليه أو يقدم ظاهر الحال و ان اعترافه مبنى على قاعدة اليد لم يذكر المصنف (ره) ترجيح أحد الوجهين على الآخر و ربما يذكر أنه يحمل اعتراف المشتري على كونه مبنيا على قاعدة اليد لا- للأخذ بظاهر الحال فان الظهور ليس ظهورا لفظيا ليكون معتبرا و ظاهر الحال لا يخرج عن مطلق الظن الذي لا يغنى من الحق شيئا بل لأن البينة القائمة على كون المبيع للغير بالدلالة الالتزامية تدل على كون الثمن المزبور ملك للمشتري

و دليل اعتبارها كما يقتضى اعتبارها فى الدلالة المطابقة كذلك يدل على اعتبارها فى الدلالة الالتزامية.

نعم لو أحرز أن الاعتراف من المشتري كان مطلقا يكون موجبا لإلغاء تلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٥

و ان كان عالما بالفضولية (١)

الدلالة الالتزامية باعتبار انه لا مجال للبينة مع الإقرار على نفسه بخلافها و انه يقدم الاعتراف عليها.

أقول الظاهر ان الأمر بالعكس فان ظهور الاعتراف هو الاخبار عن الواقع و مقتضى دليل نفوذ الإقرار على المقر حتى مع البينة هو طرح

البينة فى دلالتها الالتزامية لأنه لا اعتبار للبينة مع الاعتراف كما هو المقرر فى باب القضاء.

نعم إذا أحرز أن الاعتراف مبنى على قاعدة اليد التى لا مجال لها مع البينة الكاشفة عن الواقع لا يكون فى البين اعتراف ليكون موجبا لإلغاء البينة.

هذا مع انه لا يلزم ان يكون حكم الحاكم بان المبيع للغير بالبينة بل يمكن كونه لليمين المردودة من البائع و معه لا يكون فى البين تلك الدلالة الالتزامية.

(١) يقع الكلام فيما إذا كان المشتري عالما بعدم ملك البائع للمبيع و مع ذلك قد دفع الثمن إليه فى جهات: الأولى فى جواز رجوعه إلى البائع بذلك الثمن مع بقاءه.

الثانية- فى جواز تصرف البائع فى ذلك الثمن.

الثالثة فى جواز رجوع المشتري الى البائع بذلك الثمن مع تلفه و ذكر المصنف (ره) فى الجهة الأولى جواز رجوعه إلى البائع بالثمن وفاقا للعلامة و ولده و الشهيدين و المحقق الثانى لوجه ثلاثة:

الأول- انه ليس فى البين ما يكون موجبا لدخول الثمن فى ملك البائع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٦

.....

المزبور.

الثانى انه لو كان مجرد دفع المشتري الثمن إلى البائع المزبور مع علمه بعدم ملكه موجبا لانتقال ذلك الثمن إليه لزم القول بدخول الثمن فى ملك البائع فى جميع الموارد التى يدفع المشتري فيها الثمن إلى البائع مع علمه بفساد البيع و لو كان فساد من سائر الجهات غير عدم ملك البائع لأن تسليط البائع على الثمن مجانا مع علمه بعدم ملكه جار فى جميعها.

و الثالث انه لو كان دفع الثمن إلى البائع المزبور موجبا لملكه لزم عدم كون العقد قابلا لإجازة المالك لان المفروض عدم بقاء الثمن فى ملك المشتري ليكون بإجازة المالك ملكا له.

أقول ما ذكر (ره) أولا- من انه ليس فى البين ما يوجب انتقال الثمن إلى البائع الفضولى صحيح و لكن لو فرض انتقاله إليه يكون الانتقال المزبور من الهبة المجانية التى يجوز للواهب الرجوع فيها مع بقاء العين كما هو الفرض.

و ما ذكر ثانيا من أنه لو كان دفع الثمن إلى البائع الفضول موجبا لدخوله فى ملكه لزم الالتزام بالانتقال فى جميع الموارد التى يدفع المشتري فيها الثمن إلى البائع مع علمه بفساد البيع غير صحيح فإنه يمكن القول بان فى سائر الموارد التى يكون البائع فيها مالكا للمبيع يكون دفع الثمن بإزاء المبيع بعنوان المعاوضة و حيث لا تكون المعاوضة ممضاه شرعا فلا يدخل الثمن فى ملك البائع بخلاف المقام فان المفروض فيه عدم كون المبيع ملك البائع حتى فى علم المشتري فىكون دفعه الثمن إليه من تمليكه مجانا لا بعنوان المعاوضة.

و كذا لا يصح ما ذكر (ره) ثالثاً فإن الإجازة من المالك كاشفه عن انتقال الثمن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٧

### [رجوع المشتري إلى البائع بالغرانات]

و اما لو كان تالفا (١)

الى ملك المالك من حين العقد فلا ينفذ تصرف المشتري في الثمن المزبور فان دفعه الى البائع تسليط للبائع على ملك الغير و لعله (ره) أشار الى ذلك بالأمر بالتأمل.

و بتعبير آخر حيث ان العقد لازم من طرف الأصيل كما هو مقتضى مذهب الكشف عند المصنف (ره) يكون تمليك المشتري الثمن إلى البائع أو للآخر و لو بإنشاء التمليك محكوماً بالبطلان فلا يمنع هذا التمليك الفاسد المفروض إنشائه بالفعل مانعا عن نفوذ اجازة المالك.

و كيف كان فقد ظهر مما ذكرنا في الجهة الأولى الحال في الجهة الثانية و انه لا يجوز للبائع فضولا التصرف في الثمن المزبور فإنه تصرف بلا مجوز لان المجوز يكون بالملك أو اذن المالك المعبر عنه بالإباحة المالكية أو اذن الشارع المعبر عنه بالإباحة الحكمية و قد تقدم عدم حصول ملك الثمن للبائع كما ان المفروض عدم الإباحة الحكمية و اذن المشتري و رضاه بتصرف البائع بعنوان ان الثمن ملكه بإزاء المبيع لا الاذن في تصرفه مع بقاءه في ملك المشتري كما لا يخفى.

(١) هذا شروع في الجهة الثالثة و هي جواز رجوع المشتري الى البائع بالثمن مع تلفه و قد منع المشهور عن ذلك بل في المحكى عن العلامة و ولده و الشهيد و المحقق الثانيين الإجماع عليه و قد اختاره المصنف (ره) و ذكر ان عدم الضمان مقتضى تسليط المشتري البائع على الثمن من غير تضمين.

و بيان ذلك ان ضمان اليد الجارى في سائر موارد الضمان لا يجرى في المقام لانه لا ضمان في مورد جعل المالك الغير أمينا بماله لحفظه كما في الوديعة، أو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٨

.....

للانتفاع به، كما في العارية، أو لاستيفاء ما ملكه من منفعة ذلك المال، كما في الإجازة.

و الحاصل ان قاعدة على اليد قد خصصت في موارد الاستيمان، و إذا لم يكن ضمان في تلك الموارد يكون عدم الضمان في المقام أولى فإنه إذا لم يكن للغير ضمان مع عدم اذن المالك في التصرف في المال، كما في الوديعة، يكون عدم الضمان مع الاذن في إتلافه أولى و كذا الضمان الثابت في سائر موارد بقاعدة الاقدام، لا يجرى في مورد الكلام لأن البائع الفضولى لم يقدم على ضمان الثمن من كيسه، بل أقدم على ضمانه بالثمن الذى ملك الغير حتى في علم المشتري.

و بتعبير آخر لم يجعل المشتري البائع ضامنا على الثمن بان تكون خسارة تلفه عليه فيخرج من كيسه ليكون تضمين، بل تسليطه البائع على الثمن في مقابل مال الغير بمنزلة تمليك ذلك الثمن له مجانا.

(لا يقال) دفع المشتري الثمن إلى البائع يكون بعنوان تضمينه غاية الأمر كما ان البائع يعتبر نفسه مالكا للمبيع و بهذا الاعتبار يصح له قصد عنوان المعاوضة، كذلك المشتري يعتبره مالكا لذلك المبيع و يقصد عنوان المعاوضة حتى مع علمه بعدم كونه ملكا للبائع

شرعا و التضمين المعاملى عين قصد المعاوضة، لا انه أمر آخر كما لا يخفى.

و بعبارة أخرى قصد المعاوضة من المشتري التى معنى التضمين حقيقى و انما يكون الادعاء و الاعتبار فى أحد طرفى المعاوضة و التضمين و لو لم يكن فى المقام تضمين، لم يثبت الضمان للبائع فى مورد ظهور المبيع ملكا للغير حتى مع جهل المشتري لأن المفروض فيه جعل البائع ضامنا للثمن بذلك المثل الذى كان فى إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٩

.....

الواقع ملك الغير، و معه لا يخرج شىء من كيس الضامن فلا يكون فى الحقيقة تضمين حيث ان التضمين عبارة عن جعل عهدة الثمن على شخص ليخرج عوضه من كيسه.

و أجاب (ره) عن ذلك بما حاصله ان التضمين و التملك بالعوض فى مورد علم المشتري ادعائى بالإضافة إلى البائع الفضول و حقيقى بالإضافة إلى مالك المبيع و الشاهد لذلك انتقال الثمن الى المالك بإزاء المبيع بمجرد أجازته و اما ثبوت الضمان فى مورد ظهور المبيع ملك الغير فهو باعتبار ان المشتري لا- يرضى بتصرف البائع فى الثمن بلا عوض ليكون عدم الضمان فيه مستفادا من فحوى عدم الضمان فى مثل الوديعه، فيدخل المثال فى عموم ضمان اليد.

و الحاصل ان الضمان فى صورة جهل المشتري بعدم ملك المبيع للبائع ليس للإقدام و التضمين، بل لقاعدة اليد و كذا يثبت ضمان البائع بالثمن فى مورد علم المشتري بفساد البيع من سائر الجهات لا من جهة علمه بعدم كون البائع مالكا للمبيع حيث ان التضمين و هو قصد خروج البديل من كيس البائع فى تلك الموارد حقيقى غاية الأمر لا يكون هذا الضمان المعاملى ممضى شرعا و لذا يثبت فيه التضمين أو ضمان اليد كما لا يخفى.

(أقول) قد ذكرنا ان التضمين المعاملى عبارة عن قصد المعاوضة و إنشائها و إذا فرض ان المتبايعين أى البائع الفضول و المشتري قد قصدا المعاوضة فبانشائها يحصل التضمين المعاملى و اما ضمان اليد فهو تابع على الاستيلاء على مال الغير مع عدم إسقاط ذلك الغير احترام ماله، و جعله للأخذ مجانا و المفروض فى مورد الكلام ان المشتري لم يجعل الثمن للبائع مجانا و الا كان الثمن له مجانا فيجوز له تصرفه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٠

نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض الملك (١)

فيه مع ان المصنف (ره) صرح فى الجهتين المتقدمتين بعدم انتقال الثمن إلى البائع و انه لا يجوز له التصرف فيه.

و ما ذكر (ره) من ان دفع المشتري الثمن إلى البائع مع علمه بالحال ليس الا كدفعه الى شخص ثالث غير البائع فضولا مع علمه بالحال فى ان هذا الدفع لا يكون فيه تضمين لا يمكن المساعدة عليه فان دفعه الى الثالث المزبور مع الاذن له فى التصرف كيف يشاء، عبارة عن تملك المال له مجانا، و لذا يجوز لذلك الثالث التصرف فيه، بخلاف البائع فضولا، حيث ان دفع الثمن اليه بعنوان الوفاء بالمعاوضة و لذا لا يجوز له التصرف فيه كما مر.

و الحاصل ان مقتضى دليل ضمان اليد فى سائر المقامات ثبوت ذلك الضمان فى المقام ايضا و الاقدام على الضمان المعبر عنه بالتضمين، ليس بموجب مستقل للضمان نعم مع الاقدام على عدم الضمان لا يتم موضوع ضمان اليد كما تقدم بيانه سابقا.

(١) قد ظهر مما ذكرنا ثبوت الضمان حتى فى مورد عدم قبول العوض الملك شرعا و ان دفع الثمن إلى بائع الخمر بعنوان المعاوضة على الخمر لا يكون إسقاطا لحرمة الثمن، بان ينتقل الثمن إلى بائع الخمر مجانا بل يكون الدفع بعنوان الوفاء بالمعاوضة المزبورة و لذا

لا يجوز لبائع الخمر التصرف فيه، كيف و قد دل النص على كون ثمن الخمر أو الكلب سحتا و لو كان تسليط البائع على الثمن تمليكا  
مجانيا لكان التمليك من الهبة الصحيحة، و لما كان الثمن سحتا للبائع كما نقول بتلك الهبة فيما إذا قال المالك بعتك المتاع بلا ثمن  
مع قصد تمليك المتاع، فإنه يجوز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧١

.....

للقابل التصرف في المتاع المزبور من غير ضمان، لصيرورته ملكا له مجانا، على ما هو الأظهر، من جواز إنشاء المعاملة بكل لفظ يدل  
عليها، و لو بالقرينة.

و نظيره ما إذا جعل العوض ما لا- يعتبر مالا- لأحد في بناء العقلاء كما إذا قال بعتك المال بماء البحر و قبله المشتري. فان دفع البائع  
المال الى القابل يعتبر من القبض في الهبة، كما في قوله بعتك المال بلا ثمن فلاحظ و تدبر.

(١) يعني إطلاق قولهم كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده، يقتضى ضمان البائع فضولا- الثمن المدفوع اليه، و لو مع علم  
المشتري بالحال نعم يحتمل ان لا- تقتضى القاعدة الضمان، فإنه يحتمل ان يكون المراد بمدخول كل في قولهم كل عقد، الفرد  
الخارجي من العقد، و حيث ان الفرد لا- يمكن اتصافه بالصحة و الفساد معا، فلا بد من حمل الصحة و الفساد فيه على التقدير، و  
الفرض، بان يكون معنى القاعدة ان كل فرد من افراد العقد كان فيه ضمان على تقدير صحته يكون فيه ضمان على تقدير فساده ايضا  
و كل فرد لا- يكون فيه ضمان على تقدير صحته لا يكون فيه ضمان على تقدير فساده ايضا، و من الظاهر ان البيع بلا ثمن و الثمن  
المدفوع في الفرض على تقدير صحته، لم يكن فيه ضمان بان يخرج بدل المال من كيس الطرف فعلى تقدير فساده، لا يكون ايضا  
فيه ضمان.

و لكن هذا المعنى في أصل القاعدة و عكسها ضعيف فان المراد بمدخول كل نوع المعاملة أو صنفها و يكون في ضمن ذلك النوع  
أو الصنف فرد صحيح و فرد فاسد، و إذا لم يكن في الفرد الصحيح منهما، ضمان لم يكن في فاسده ايضا ضمان و مقتضى ذلك ان  
يكون في البيع بلا ثمن و في الثمن في محل الكلام ضمان، لانه مقتضى ثبوت الضمان في الفرد الصحيح من البيع، اللهم ان يطبق عدم  
الضمان في مسألة البيع بلا ثمن و في محل الكلام على تلك القاعدة بان لا يراد من أصلها و عكسها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٢

و دفع المشتري الثمن اليه لكونه واسطة (١) لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن (٢) المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن (٣)

الفرد الخارجي من العقد أو خصوص النوع المتعارف أى المسمى باسم خاص بل الأعم عنه و من النوع الغير المتعارف الذى لا يكون  
مسمى باسم خاص و يكون فيه صحيح و فاسد فعلا كما في تمليك المال مجانا فان هذا النوع الغير المتعارف كما يعم تمليك العين  
مجانا بقوله وهبتك المال و نحوه المعبر عنه بالهبة، كذلك يعم تمليك العين أو المنفعة مجانا كما في قوله بعتك المال بلا ثمن أو  
آجرته بلا اجرة و ما إذا دفع المشتري الثمن إلى البائع فضولا مع العلم بالحال.

(أقول) هذا لا يوجب انطباق عدم الضمان في مورد الكلام على القاعدة المزبورة فإن العقد فيها يشمل المتعارف ايضا كالبيع و يكون  
مقتضى شمولها له ثبوت الضمان في مورد الكلام باعتبار ثبوت الضمان في البيع الصحيح، فيقع التكاذب و التنافي مدلولها، كما لا  
يخفى.

(١) الظاهر ان هذا من سهو القلم، فإنه كيف يثبت ضمان التلف على البائع فضولا- فيما إذا جعله المشتري أمينا بالثمن لإيصاله إلى  
مالك المبيع على تقدير أجازته.



(٢) الوجه في الضمان مع الاشتراط المزبور عدم حصول تسليط البائع مجاناً على الثمن المزبور، و لكن في صحة الاشتراط تأمل بل منع.

(٣) ما يغترم المشتري للمالك زائداً على الثمن على أقسام: الأول- ان يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٣

.....

ذلك في مقابل العين، كما إذا تلف العين بيد المشتري و أخذ منه مالها قيمتها و هي عشرون مثلاً و كان الثمن المسمى عشرة فالعشرة الزائدة على الثمن المسمى قد اغترمها المشتري للمالك في مقابل العين.

الثاني- ان تكون الزيادة في مقابل ما استوفاه المشتري من منافع العين، كما إذا أخذ المالك أجره السكنى أو عوض اللبن أو الصوف أو الثمرة الى غير ذلك مما استوفاه المشتري من العين المبيعة له فضولاً.

الثالث- ان لا يحصل للمشتري بإزاء تلك الزيادة نفع أصلاً كالنفقة التي صرفها للعين في المدّة التي كانت بيده، و كقيمة الغرس الذي قلعه المالك بعد أخذه الأرض من يد المشتري، و اما بدل نقص بعض صفات العين أو أجزائها في يد المشتري فهو من القسم الأول كما لا يخفى.

و ذكر المصنف (ره) انه ليس للمشتري الرجوع الى البائع في شيء من هذه الغرامات الثلاث فيما إذا كان عالماً بالحال، و بان المبيع ليس لبائعه، و اما إذا كان جاهلاً بالحال فيجوز له الرجوع عليه في القسم الثالث بلا خلاف.

و استدلل على عدم جواز رجوعه فيه بأمر: الأول- قاعدة الغرور و المراد به في المقام، إيقاع البائع المشتري في الغرامة المزبورة ببيعه إياه ما ليس له من غير بيان و هذا بخلاف البيع مع علم المشتري بالحال أو مع بيان البائع، فإن الإيقاع في خطرات الضمان لا يكون فيه من البائع، و قوله (و متلف عليه ما يغرمه) اما عطف تفسيري للغرور أو بيان وجه آخر لضمان البائع و هي قاعدة إتلاف مال الغير حيث دفع البائع المبيع إلى المشتري من غير بيان فضوليته البيع إتلاف للمال على المشتري المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٤

.....

و الحاصل ان ضمان البائع في المقام نظير ضمان شاهد الزور، ضرر المشهود عليه فيما إذا تم الحكم و اعترف بعده ببطان شهادته، و في صحیحته محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق فقطع يده حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا هذا السارق و ليس الذي قطعت يده و انما شبهنا ذلك بهذا فقضى عليهما ان غرمهما نصف الدية و لم يجز شهادتهما على الآخر «١» و صحیحته جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور قال ان كان الشيء قائماً بعينه رد على صاحبه و ان لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل «٢».

أقول الحكم في الشاهد ليس للغرور و الخدعة كما هو ظاهر الصحیحة الأولى فيعم ضمان الشاهد ما إذا كانت شهادته للاشتباه و اعتقاد الخلاف.

و الحاصل ان ظاهر ما ورد في ضمان شاهد الزور أو رجوع الشاهد كون ضمانه للإتلاف على المشهود عليه، و من الظاهر ان تطبيق قاعدة الإتلاف على شهادته تعبد، لان التلّف على المشهود عليه قد حصل بفعل الحاكم و الشاهد معاً، و لذا لو رجع الشاهد قبل حكم الحاكم لا يغرم شيئاً، و بتعبير آخر لا يمكن استفادة حكم المقام مما ورد في ظهور بطلان شهادة الشاهد، أو رجوعه بعد الحكم عن شهادته، كما لا دلالة لذلك على اعتبار قاعدة الغرور، و لعل هذا الحكم لسد شهادة الزور و التشديد على الناس، لئلا يتسامحوا في

شهاداتهم و لو كان الحكم بضمن الشاهد في مسألة رجوعه عن شهادته و في مسألة شهادة الزور، لكون الحاكم متلفا للمال بغرور الشاهد أو كون الحاكم

(١) الوسائل الجزء (١٨) الباب (١٤) من أبواب الشهادات الحديث (١).

(٢) الوسائل الجزء ١٨ الباب ١١ من أبواب الشهادات لحديث (٣).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٥

.....

نظير من قدم اليه طعام الغير فأكله جهلا بالحال لصح رجوع المشهود عليه الى الحاكم أيضا غاية الأمر يكون قرار الضمان على الشاهد كما لا يخفى.

و نظير ما ورد في شاهد الزور أو رجوع الشاهد ما ورد في ان تدليس ولي المرأة و ظهور حالها بعد الدخول بها و انه موجب لكون المهر المسمى على وليها المدلس، فإنه لا يمكن استفادة حكم غير التدليس في النكاح منه، فراجع.

نعم وردوا في بعض الموارد، ما استظهر منه اعتبار قاعدة الغرور، كرواية إسماعيل بن جابر قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر الى امرأة فأعجبته فسئل عنها فقيل هي ابنة فلان فأتى أباه فقال زوجني ابنتك فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد أنها غير ابنته و أنها أمة قال ترد الوليدة على موالها و الولد للرجل و على الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل و خدعه «١» و لكن الرواية ضعيفة سنداً و دلالة أما سنداً لوقوع محمد بن سنان فيه و اما دلالة فباعتبار أن غاية مدلولها، ان تغير الرجل الزوج و إيقاعه في ضرر قيمة الولد، موجب لكون تلك القيمة على الغار، و اما تغيره في غير تلك القيمة من الغرامات فضلاً عن التعدي من النكاح الى غيره من المعاملات فلا يستفاد منها و يأتي ان ضمان قيمة الولد في مثل الفرض حكم تعبدى.

الثانى قاعدة نفى الضرر فان عدم ضمان البائع لما اغترمه المشتري ضرر عليه، و فيه ان قاعدة نفى الضرر مقتضاها نفى الحكم الشرعى الذى تكون رعايته موجبا لتضرر المكلف، و عدم الضمان ليس من الحكم المجعول، و على تقدير الإغماض عن ذلك فكما ان عدم الضمان ضرر على المشتري، كذلك الضمان ضرر

(١) الوسائل الجزء (١٤) الباب (٧) أبواب أحكام العيوب و التدليس الحديث (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٦

.....

على البائع، و ليس بيع البائع خصوصاً مع غفلته عن الواقع و اعتقاده بكون المبيع له، اقداما منه على الضرر الحاصل من ضمان غرامة المشتري كما لا يخفى.

الأمر الثالث صحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام فى الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية قال يأخذ الجارية المستحق و يدفع اليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بضمن الجارية و قيمة الولد التى أخذت منه «١».

فان الولد الحر إما من قبيل النفع الحاصل للمشتري، أولاً، و على الأول يكون دلالتها على جواز رجوعه فى الغرامة التى لم يحصل فى مقابلها نفع بالفحوى و على الثانى تكون الغرامة المزبورة من القسم الثالث بل توصيف القيمة بالتى أخذت منه فيه إشعار بالعلية و ان الموجب لرجوع المشتري الى البائع هو أخذ المال منه.

أقول هذه الرواية لا دلالة لها على حكم المقام أصلاً بالفحوى، ولا غيرها وذلك فإن دفع قيمة الولد إلى المالك حكم تعبدى، باعتبار كون الولد فى الإنسان تابعا للأب فيكون الولد فى المفروض حراً وليس لمالك الأم إلا أخذ الأم وأجرة المثل لمنافعها التى استوفاهما المشتري، أو فانت بيده، وإذا كان دفع القيمة حكماً تعبدياً فمن المحتمل أن يكون رجوع المشتري إلى بائعها بتلك القيمة حكماً تعبدياً آخر، وأما ما ذكر من أن توصيف القيمة بالتى أخذت منه اشعار لعل الحكم، فيه من المحتمل أن يكون قوله عليه السلام التى أخذت منه من قبيل تقييد القيمة، لا توصيفها، بأن يكون المتعين الرجوع بتلك القيمة، لا قيمة الولد يوم الرجوع، و

(١) الوسائل الجزء (٨٨) الباب (١٤) من أبواب نكاح العبيد والإماء الحديث (٥).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٧

وأما السكوت عن رجوع المشتري إلى البائع (١) مع أن رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن (٢)

قد قرر فى بحث الأصول أنه لا دلالة فى التقييد على علة الحكم، ولا يستفاد منه المفهوم.

(١) وعن صاحب الحقائق (ره) عدم جواز رجوع المشتري إلى البائع بغير الثمن، من الغرامات، وعلل ذلك بعدم ذكر جواز رجوعه إليه فى صحيحة زرارة ورواية زريق وفى الأولى رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً ثم إن أتاها من يزعم أنها له وأقام على ذلك البينة قال يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوضه فى قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها «١» وأشار المصنف (ره) إلى الجواب عنه، بأن رواية زرارة ورواية زريق «٢» لا دلالة لهما على عدم جواز رجوع المشتري إلى البائع، لأن السكوت أى عدم التعرض فيهما على جواز رجوع المشتري إلى البائع الفضول بالغرامات باعتبار عدم كون الروايتين فى مقام البيان من هذه الجهة، وانهما فى مقام بيان وظيفة المشتري مع مالك المال، وعلى تقدير دعوى إطلاقهما فيرفع اليد عنه بالتقييد الوارد فى سائر الروايات وسائر ما دل على ضمان البائع الفضولى.

(٢) وذلك فإن المفروض فيها شراء الجارية من سوق المسلمين وظهور المالك بعد ما ولدت من المشتري أولاداً ومن الظاهر أن الأمة المبتاعة فى السوق فى ذلك

(١) الوسائل الجزء (١٤) الباب ٨٨ من أبواب النكاح العبيد الحديث (٤).

(٢) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٣) من أبواب عقد البيع الحديث (١).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٨

لأن الحاكم من الشارع ليس غاراً (١) فالظاهر علم المشتري ببطان قضاء المخالف (٢)

الزمان نظير بيع الحيوانات فى السوق فى زماننا هذا يكون من أشخاص مختلفة وربما لا يكون البائع فى يوم فى السوق بايعاً فيه بعد ذلك اليوم، فلا يمكن الظفر به خصوصاً إذا كان ذلك بعد مدة طويلة قد انجبت فيها الأمة المبتاعة من مشتريها أولاداً.

(١) أقول لا يمكن الالتزام بأن الحاكم البائع المنصوب من قبل الشارع ليس بغار فإنه لا يعتبر فى جريان قاعدة الغرور الخديعة وعلى الغار بان ما يدفعه إلى الغير ليس بماله بل مال الغير، ولذا قالوا فى مسألة من قدم طعام الغير للآخر ليأكله إن المالك إذا رجع إلى الأكل فيرجع الأكل إلى مقدمه للغرور، ولم يفتلوا بين ما كان مقدمه عالماً بالحال أو مشتبهاً بان اعتقد أن الطعام له بل صرح بعضهم بالتعميم وعليه فالمشتري من القاضى فى رواية زريق مغرور، غاية الأمر ليس على الحاكم غرم بان يعطى الغرامة من كيسه بل له الإعطاء من بيت المال، لما دل على أن خطأ القضاة فى بيت مال المسلمين، وهذا على تقدير القول برجوع المشتري إلى البائع

الفضولى فى سائر المقامات.

(٢) فيه منع ظاهر، فان ما ذكر فى الرواية من رجوع المشتري الى مالك المعيشة فيما صرفه فى إصلاحها، و دفع النوائب عنها قرينة على جهل المشتري ببطلان البيع و لو كان عالما بفساده لكان وضع يده على المعيشة المزبورة غضبا، و لم يكن له حق فى الرجوع الى مالها بالمال المصروف فى إصلاحها، لأنه ليس لعرق الظالم حق.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٩

و يؤيده قاعدة نفى الضرر (١)

و الحاصل ان الصحيح فى الجواب عن الحدائق ما تقدم من ان غاية الأمر دلالة الروايتين على عدم ضمان البائع بالسكوت و الإطلاق فى مقام البيان فيرفع اليد عن هذا الإطلاق بما تقدم.

(١) يعنى يؤيد قرار الضمان على البائع بالإضافة إلى المنافع المستوفاة أيضا قاعدة نفى الضرر فان عدم ضمان البائع غرامة المشتري فى تلك المنافع ضرر على المشتري و مجرد وصول العوض أى المنافع إلى المشتري لا يوجب ارتفاع عنوان الضرر عن عدم ضمان البائع نعم وصول العوض أى المنافع مع عدم غرور المشتري ينافى صدق الضرر.

و بهذا يظهر ضعف ما ذكر فى الرياض من انه لا اعتبار لقاعدة الغرور فيما لا ينطبق على موردها، قاعدة نفى الضرر كما فى المقام فان مع وصول عوض الغرامة إلى المشتري باستيفائه منفعة العين، لا ينطبق على غرامته عنوان الضرر.

أقول- قد ذكرنا فيما تقدم عدم جريان قاعدة نفى الضرر فى المقام فلا نعيد و على تقدير جريانها تكون دليلا على قرار الضمان على البائع الفضولى، فلا وجه لذكرها تأييدا.

ثم انه (ره) ذكر لقرار الضمان على البائع فى المقام، الإجماع و يظهر هذا من ملاحظة ما ذكره فى نظير المقام، و هو رجوع آكل الطعام الى من قدمه إليه ليأكله و الاخبار الواردة فى موارد متفرقة، كالواردة فى ضمان شاهد الزور، و اما قاعدة الإلتلاف فلا تكون مقتضاها قرار الضمان على البائع، لأن مورد قاعدة الإلتلاف ما إذا كان المباشر كالألة بحيث يستند الإلتلاف إلى السبب، كما إذا وضع فى قرب متاع الغير نارا بحيث يضرب الريح العاصف النار على المتاع، و كذا إذا وضع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٠

.....

السمن المنجمد فى إناء مثقوب فى الشمس، فاذا بته يصابته، فإن إلتلاف السمن يسند الى واضعه فى الشمس، و تحسب أصابته وسيلة لإلتلافه و مثل ذلك ما إذا اعطى مال الغير بيد المجنون و الطفل الغير المميز فإن الإلتلاف يستند الى الدافع و فيما نحن فيه لا يكون المشتري كالألة فى إلتلاف البائع و لو كان المتلف هو البائع دون المشتري، فلا يجوز رجوع المالك الى المشتري أصلا، كما هو مفاد قاعدة من ألتف، و القول باعتبار قوة السبب على المباشر فيه ما لا يخفى، فإنه لا دليل على اعتبارها ما لم يكن السبب مما ذكر من إسناد الإلتلاف إليه، و كون المباشر كالألة كما فى المكروه بالفتح، فان الضمان على المكروه بالكسر فيما لو أكره الآخر على إلتلاف مال الغير.

أقول قد تقدم الكلام فى دلالة الاخبار كما تقدم عدم جريان قاعدة نفى الضرر فى المقام، و اما الإجماع الظاهر فى مسألة من قدم طعام الغير إلى الأكل الجاهل بحال الطعام، فهو مسبوق بالسيرة العقلانية التى هى العمدة فى ضمان التلف فى اليد، و الإلتلاف، و مقتضى تلك السيرة الالتزام بقرار الضمان على البائع فى المقام و لكن بالإضافة إلى المنافع التى قدمها البائع إلى المشتري بأن كان البائع مستوليا على تلك المنافع كسكنى الدار و قابلية الحيوان للركوب سواء استوفاه المشتري أم لا.

و اما مثل الثمرة المتجددة على الشجرة مما تكون المنافع من الأعيان المتجددة في العين فلا يجرى فيها السيرة المزبورة حيث ان هذه المنافع لم تكن في يد البائع ليكون دفعه العين إلى المشتري الجاهل بالحال تقديمًا لتلك المنافع إليه مجانًا، بل لا يجوز للمالك الرجوع في تلك المنافع إلى البائع لعدم إتلاف البائع و عدم وضع يده عليها أصلاً، فيتعين للمالك الرجوع فيها إلى المشتري إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨١

فيشبه المكره في عدم القصد (١)

لإتلافه إياها كما في فرض الاستيفاء، أو وضع يده عليها كما في فرض عدم الاستيفاء.

و الحاصل سيرة العقلاء جارية على قرار الضمان فيما إذا كان الشخص المستولى على مال الغير مقدماً ذلك المال إلى آخره، أو إلى مالكه، لإتلافه مجاناً مع جهل المتلف بالحال، و اما في غير ذلك، فلا موجب لقرار الضمان على الغار، و من هنا ذكروا انه لو دخل دار الغير فأكل فيها طعاماً ثم ظهر ان الطعام كان ملك الأكل و قد غصبه صاحب الدار، فلا ضمان على صاحب الدار بخلاف ما لو دخل داره فقدم إليه الغاصب ذلك الطعام فيكون الغاصب ضامناً.

ثم انه لا- وجه لدعوى ان قرار الضمان على البائع في المقام، و على من قدم الطعام الى الجاهل بحاله، مختص بصورة علم البائع أو المقدم، حيث ان مقتضى السيرة المشار إليها عدم الفرق بين علمها، و جهلها.

فتحصل من جميع ما ذكرنا ان المنافع التي كانت في يد البائع يكون قرار الضمان عليه سواء استوفاه المشتري أم لا و بلا فرق بين جهل البائع بالحال و عدمه.

(١) لا- يخفى ان المكره (بالفتح) على إتلاف مال الغير قاصد لإتلافه، فإنه لا يمكن الفرق بين المكره على المعاملة، و المكره على الفعل الخارجي، كالإتلاف و قد تقدم من المصنف (ره) ان المكره على المعاملة قاصد لها فكيف لا- يكون المكره على الفعل الخارجي قاصداً له. بل لا- يبعد الالتزام بان الضمان في مورد الإكراه على إتلاف مال الغير على المكره (بالفتح) حيث انه المتلف للمال، غاية الأمر ان جواز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٢

يظهر حكم ما يغرمه في مقابل العين (١)

ذلك الإتلاف مقتضى الاضطرار و رعاية التزام، و لا يمكن نفى الضمان عن المكره (بالفتح) و إثباته للمكره (بالكسر) بحديث الرفع، فان الحديث المزبور لا يثبت حكماً، و انما يرفع حكماً يكون ثبوته مقتضى الخطابات الأولى مع الامتنان في رفع و لا امتنان في نفى الضمان عن المكره (بالفتح) حيث انه مساوق لذهاب مال المالك هدراً.

(١) ذكر (ره) ان المشتري يرجع الى البائع الفضولي بالزائد على الثمن المسمى لقرار ضمان تلك الزيادة عليه بمقتضى قاعدة الغرور، مثلاً إذا كانت قيمة العين التالفة عشرين، و الثمن المسمى في عقد الفضولي العشرة و قد أخذ المالك العشرين من المشتري، فيرجع المشتري الى البائع بالعشرة الزائدة.

لا يقال- لا موجب لرجوعه إلى البائع بتلك الزيادة لإقدامه على ضمان العين التالفة غاية الأمر كان اقدام المشتري على ضمانها بالثمن المسمى، و إذا لم يصح الضمان بالثمن المسمى يكون الضمان بالبدل الواقعي، كما هو الحال في جميع موارد فساد البيع، و مع اقدامه على الضمان لا يكون غرور، و الا كان قرار ضمان مقدار الثمن المسمى ايضاً على البائع.

فإنه يقال نعم المشتري مقدم على ضمان بإزاء الثمن المسمى و إذا لم يصح له هذا الضمان يكون ضمانها بالبدل الواقعي أي قيمتها السوقية فيصح للمالك الرجوع الى المشتري بتلك القيمة، و لكن رجوع المالك الى المشتري ليس لاقدام المشتري على ضمان العين

بالقيمة السوقية، بل لان الشارع جعل اقدمه على الضمان بالثمن المسمى مع فساد العقد موجبا لضمان العين بها، و بما ان فساد البيع  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٣  
فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى (١)

في المقام ناش عن غرور البائع و كذبه في دعوى الملكية، يكون غرامة المشتري بالإضافة إلى الزائد على الثمن المسمى ناشئا عن  
غرور البائع، و لذا لو كان البائع صادقا في دعواه كان عليه تلف العشرة فقط دون الزائد.

و الى ذلك يشير (ره) بقوله، و الضمان المسبب عن هذا الإقدام، أى الضمان بالبدل الواقعي المسبب عن إقدام المشتري على الضمان  
المعاملي يكون لأجل فساد العقد و العقد مسبب عن غرور البائع، فيكون المترتب على فساد العقد، و هو ضمان العشرة الزائدة مستقرا  
على البائع الغار، أضف الى ذلك انه ليس الموجب لضمان المشتري العين التالفة بقيمتها السوقية في فرض فساد العقد هو اقدمه على  
ضمانها بالثمن المسمى ليتوهم عدم اجتماع هذا الاقدام مع الغرور بل سبب ضمان المشتري العين بتلك القيمة هو مقتضى وضع يده  
على مال الغير من غير ايمان مالكي أو شرعى، و هذا السبب للضمان لا ينافى الغرور.

أقول لا يبتنى الإشكال على كون الموجب لضمان المشتري، إقدامه على ضمان العين، ليجاب عنه بان الموجب له ليس هو الاقدام، بل  
وضع يده على مال الغير بلا ايمان، بل الاشكال هو ان الغرور مقتضاه قرار الضمان على البائع و إقدام المشتري مقتضاه عدم هذا القرار  
فلا يجتمعان حتى لو قيل بان الموجب لضمان المشتري هو وضع يده على مال الغير بلا ايمان.

(١) اما جريان قاعدة الغرور فلما مر من كون المشتري مغرورا بالإضافة إلى العشرة الزائدة على الثمن و اما كونه أولى من رجوع  
المشتري ببديل المنافع المستوفاة فلان استيفاء تلك المنافع مع كونه نحو وصول العوض إلى المشتري لا يمنع عن رجوعه إلى البائع و  
يجرى ضمان زيادة القيمة السوقية في مورد تلف العين، و  
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٤  
و لو تجددت بعده (١).

و الظاهر ان حكمه حكم المجموع (٢).

و ان كان مما لا يقسط عليه الثمن (٣).

لا يكون معه اى وصول للعوض إلى المشتري فيكون رجوعه بغرامة المنافع إلى البائع مقتضيا لرجوعه إليه بغرامة العين بالفحوى.  
(١) يحتمل كون الأولوية باعتبار أن إقدام المشتري على ضمان العين بالثمن المسمى فى قوة إقدامه على ضمانها بقيمتها السوقية زمان  
العقد، حيث يكون الاشتراء بالثمن المسمى باعتقاد كونه مساويا للقيمة السوقية، و اما زيادة القيمة السوقية بعد ذلك الزمان فلا يتوهم  
الاقدام بالإضافة إليها كما لا يخفى.

(٢) الظاهر ان تلف الجزء يكون نظير تلف المجموع فيما إذا كان الجزء مما يقسط عليه الثمن كما فى بيع المن من الحنطة و اما ما لا  
يقسط عليه الثمن فحكمه حكم الوصف حيث يعد المبيع مع تلف ذلك الجزء معيوباً و يكون فى الوصف قرار الضمان مع الغرور على  
البائع، لأن كلاً من البائع و المشتري ضامن للوصف بضمان اليد، و يكون غروره موجبا لقراره على البائع، من غير أن يكون من  
المشتري اقدم على ضمان الوصف بمقدار من الثمن كما لا يخفى.

(٣) مراده أن الأوصاف التى لها دخل فى صحة المبيع فى مقابل كونه معيباً، فيقسط عليها الثمن، فيثبت لها حكم الأجزاء، و اما  
الأوصاف التى لا يكون لها دخل فى صحة المبيع كوصف الخياطة فلا يقسط عليها الثمن، و يرجع المشتري فى غرامة تلفها إلى البائع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٥



انما هو إذا كان البيع المذكور صحيحا من غير جهة كون البائع (١)

أقول- لا- يقسط الثمن حتى بالإضافة إلى الأوصاف التي لها دخل في صحة الشيء، ولذا ذكر المصنف (ره) كغيره ان الأرش في مورد خيار العيب لا يكون جزء الثمن، بل هي غرامة تثبت على البائع بمطالبة المشتري ولا يقسط الثمن بالإضافة إلى اجزاء المبيع أى اجزائه الخارجية، بأن يكون بعض الثمن بإزاء يد الحيوان، وبعضه بإزاء رجله و رأسه إلى غير ذلك، بل يقسط على اجزائه المشاعة نعم لو كان المبيع مجموع من المتعدد بنظر العرف كالممن من الحنطة أو مصراعى الباب ينحل الثمن بالإضافة إلى اجزائه الخارجية أيضا كما مر.

(١) و حاصله انه لو كان البيع فاسدا من جهة كون بايعه غير مالك و من جهة أخرى أيضا كما إذا كان المبيع عينا غائبة لم توصف حال العقد بوصف رافع للجهالة، و فرض ان المشتري وضع يده عليها بعد البيع، و تلفت بيده فرجع المالك بها عليه، فان المشتري لا يرجع إلى البائع بشيء من الغرامات، لأنها لم تكن مسببة عن غرور البائع، و كذبه في دعواه مالكية العين، بل لو فرض صدقه في دعواه كانت تلك الغرامات على المشتري، غاية الأمر على تقدير صدقه يكون المستحق لتلك الغرامات هو البائع، و على تقدير كذبه يكون هو المالك، فتكون الغرامات المزبورة من قبيل مساوى الثمن الذى تقدم عدم رجوع المشتري به إلى البائع.

لا يقال- لازم ما ذكر من قاعدة الغرور عدم ضمان المشتري منافع المبيع و لو كان فساد البيع من غير جهة كون البائع فضوليا لأن البائع مقدم تلك المنافع إلى المشتري مجانا، لوقوع الثمن بإزاء المبيع، لا المنافع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٦

فان قلت كلا من البائع و المشتري (١) و يمكن ان يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور (٢)

فإنه يقال نعم لا- يقع الثمن بإزاء المنافع الا- ان المعتبر في قاعدة الغرور جهل المقدم عليه بحال المال، و المفروض علم المشتري بطلان تقديم المنافع لان تقديمها يتبع البيع الفاسد، بل لو فرض جهله بفساده لما كان الجهل بحكم الشرع موجبا للغرور من البائع كما لا يخفى.

(١) الاشكال هو ان كلا من البائع الفضول و المشتري باعتبار جريان يدهما على العين ضامن للمالك، و لذا يجوز له الرجوع إلى أى منهما و يبقى فى البين وجه رجوع البائع إلى المشتري فيما إذا رجع المالك إلى البائع، حيث أن تلف المال بيد المشتري لا يصلح لكونه موجبا لذلك.

نعم لو ألتف المشتري العين فيمكن القول برجوع البائع إليه فيما إذا دفع البديل إلى المالك، باعتبار ان إتلاف المشتري العين كما أنه إتلافها على المالك كذلك إتلاف للغرامة المزبورة على البائع.

(٢) حيث ان ضمان الدين على مذهب الخاصة عبارة عن نقل الضامن الدين عن ذمة المديون إلى ذمته بحيث لا يجوز للدائن بعده مطالبة المديون بذلك الدين بل يتعين عليه الرجوع إلى الضامن، غاية الأمر لو وفى الضامن بالدين يكون له الرجوع إلى المديون، و على ذلك فلا يكون اشتغال ذمم متعددة للمالك الدائن.

و هذا بخلاف الضمان على مذهب الجمهور حيث ان الضمان عندهم عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة المديون، بان كان المشغول للمالك الدائن ذمة المديون.

و بالضمان يشتغل له ذمة الضامن أيضا، و لكن تملك الدائن ما على الذمتين على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٧

**[تعاقب الأيدي بمال الغير]**

ضمان عهدة العوضين (١)

البدل، و يلزم على ما عليه الجمهور جواز رجوع المالك الى كل من المديون و الضامن.  
(١) المراد أن يضمن أحد عن المشتري للبائع، بأنه إذا ظهر بطلان البيع بكون الثمن ملك الغير، فعليه مع تلف المبيع بيد المشتري، بدل ذلك المبيع، و هذا هو المراد بضمان عهدة المبيع للبائع، أو يضمن أحد عن البائع للمشتري، بأنه إذا ظهر فساد البيع بكون المبيع ملك الغير فعليه مع تلف الثمن في يد البائع عوض ذلك الثمن، و هذا هو المراد بضمان عهدة الثمن للمشتري، و يكون في ضمان عهدة المبيع كل من المشتري و الضامن المزبور ضامنا للبائع، فله مع تلف المبيع بيد المشتري، الرجوع الى كل منهما، كما يكون في صورة ضمان عهدة الثمن للمشتري الرجوع الى البائع و الضامن المزبور.

أقول الضمان في الأعيان المضمونة هو ان يضمن أحد للمالك تلف العين التي يأخذها الآخر بيد ضمان كمن ضمن للمالك تلف العين المستعارة التي يأخذها المستعير مع الضمان كما في عارية الذهب و الفضة، و على ذلك فيجوز للمالك الرجوع مع تلف العين الى الضامن ايضا و لا يخفى ان هذا الضمان و ما تقدم من ضمان عهدة المبيع أو الثمن من قبيل ضمان العين الخارجية، لا من قبيل ضمان الدين لينتقل الدين إلى ذمة الضامن، فللمالك الرجوع في الموردين الى الضامن و الى من تلف المال بيده، اما الرجوع الى من تلف المال بيده فلضمان اليد و اما الرجوع الى الضامن فإنه مقتضى وجوب الوفاء لعقد الضمان، و لكن ظاهر كلام الأصحاب لا يساعد على رجوع المالك الى من تلف المال بيده بل ما دامت باقية، فله الرجوع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٨

و ضمان الاثني لواحد (١)

الى من بيده العين، و مع تلفها أو عدم إمكان أخذها عن بيده يرجع الى الضامن.

(١) ينبغى فرض ضمان الاثني لواحد على سبيل الاستقلال فيما إذا كان كل منهما ضامنا في زمان واحد ليكون شمول ما دل على مشروعية الضمان بالإضافة إليهما على حد سواء، و الا فلا بد من الحكم ببطلان الثاني، لأن مع الضمان أو لا ينتقل المال إلى ذمة الضامن، فلا يبقى للدائن مال بذمة المديون ليضمنه الآخر و المتحصل ان كلا من المتعديين يصح ان يضمن للمالك فيجوز له الرجوع الى اى منهم، و لكن إذا رجع الى واحد منهم سقط حقه عن الباقي حيث انه ليس له الا مال واحد و قد تسلمه بأخذ بدله فيكون الرجوع الى الآخرين بلا موجب و اما تنزيل هذا الضمان على الواجب الكفائي و انه كما يجب فيه الفعل على كل من المكلفين ما دام لم يحصل طبعي الفعل، كذلك ثبوت البدل على عهدة كل من المتعديين ما دام لم يدفع البدل الى المالك فلا يخلو عن المناقشة فإن لازمه ان يتعين البدل بالجميع فيما إذا كان أداء الجميع دفعة واحدة اللهم الا ان يقال المملوك للمستحق طبعي البدل المقيد بالوحدة لا طبعي البدل و مع أخذ البدل من المتعديين يكون ملك المستحق بالإضافة إلى الأموال المأخوذة من الكلي في المعين فيختار فردا واحدا و عليه رد الباقي الى أربابه.

و الحاصل المتصور من ضمان الأشخاص المتعددة أنحاء ثلاثة:

الأول- ان يكون ضمان كل واحد من الأشخاص مشروطا بعدم أداء الآخرين البدل نظير ما يذكر في الواجب الكفائي من وجوب طبعي الفعل على كل واحد من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٩

.....

المكلفين ما لم يحصل ذلك الطبيعي في الخارج من الآخرين و لا يلزم ما أشرنا إليه من استحقاق المالك جميع ما دفع إليه بعنوان البدل فيما إذا كان الدفع من الكل دفعه واحدة.

الثاني- ان يكون الضامن الأول مديونا بالبدل بان يثبت البدل بذمته و يكون الثاني ضامنا لأدائه بمعنى انه لو لم يؤد الضامن الأول البدل، يثبت المال بذمته فعليه أدائه و هكذا و لازم ذلك عدم تخيير المالك في الرجوع الى كل واحد منهم، بل له الرجوع الى الثاني مع عدم تمكنه على الاستيفاء من الأول أضف الى ذلك ان دليل الضمان في كل من الأشخاص هي قاعدة اليد و لا يمكن ان يختلف مفادها بالإضافة إلى الضامين.

الثالث- ان يقال ضمان المال ليس على كل واحد واحد من المتعديدين بل يثبت البدل الواحد على الكلي الصالح في انطباقه على كل واحد من المتعديدين و بتعبير آخر كما يمكن كون الجامع بين المتعديدين مالكا للمال كما في ملك الزكاة لطبيعي الفقير و سهم السادات لطبيعي الهاشمي الفقير فيصح لكل واحد من الافراد أخذ ذلك السهم كذلك يمكن ان يثبت ملك المال للشخص على عهدة الجامع بين المتعديدين فيصح لذلك الشخص أخذ ذلك المال من أى من المتعديدين.

و لكن مفاد قاعدة على اليد ضمان كل من وضع يده على مال الغير لا ضمان الجامع بينهم فالأظهر في المقام هو النحو الأول فتدبر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٠

و اما حال بعضهم بالنسبة إلى البعض (١).

(١) ما ذكر قبل ذلك، كان حال الأشخاص المتعاقبة أيديهم على العين بالإضافة إلى المالك في انه إذا أدى إليه بدل تلك العين أحدهم يسقط البدل عن ذمة الباقيين اي لا يكون للمالك حق في الرجوع إليهم، و اما حال بعضهم بالإضافة إلى الآخرين منهم في جواز رجوع مؤدى البدل الى غيره فحاصل الكلام فيه انه إذا كان المؤدى هو الذى تلف العين بيده فمع عدم كونه مغرورا كما هو الفرض لا يرجع الى غيره و إذا لم يكن تلفها بيده، فله ان يرجع الى كل من تسلم العين منه و لو بالواسطة الى ان يستقر الضمان على من تلف العين بيده.

و ذكر (ره) في وجه ذلك ان من وضع يده على العين ابتداء يكون ضمانه العين قبل ضمان من تسلمها منه كما هو مقتضى ضمان اليد فتكون العين بيد السابق موصوفة بوصف و هو كون العين ذات بدل و إذا تسلم الثاني العين من السابق يكون ضامنا بتلك العين مع أوصافها التي منها الوصف الحادث فيها بيد السابق و مرجع ضمان العين و وصفها المزبور هو ضمان تلك العين أى المبدل و الوصف اي بدلها الثابت بذمة السابق على سبيل البدل و التخيير، حيث لا يمكن ان يكون اللاحق ضامنا للعين فقط، دون وصفها اي البدل الثابت بذمة السابق و الا لخرج البدل الذى يثبت بذمة اللاحق عن كونه بدلا للعين المزبورة حيث يجب ان يكون الثابت بذمة الآخر بدلا عن العين و أوصافها.

و المتحصل ان ما يدفعه اللاحق تدارك للعين الموصوفة أى التي استقر تداركها بذمة السابق بخلاف ما يدفعه السابق، فإنه تدارك لنفس العين معينا، إذ لم يثبت بدلها بذمة أحد قبل أخذه، ليكون ضامنا لذلك البدل ايضا بنحو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩١

.....

ما ذكر.

ثم إذا أدى اللاحق البديل إلى المالك سقط تدارك السابق لأن ضمان اللاحق العين و بدلها الذي كان بذمة السابق تخييرى بأن كان ضمان العين للمالك و ضمان بدلها للسابق و لا يجوز للسابق مطالبة اللاحق بالبديل قبل أدائه إلى المالك لأن ضمان اللاحق بذلك البديل للسابق من باب الغرامة لا الدين لذلك السابق و يكون حال الضامن الأول مع الثاني حال الضامن مع المضمون عنه فى عقد الضمان، فى انه كما لا يجوز للضامن قبل أداء المال إلى الدائن مطالبة المضمون عنه كذلك لا يجوز للضامن الأول فى المقام قبل أدائه البديل إلى المالك مطالبة الضامن اللاحق.

أقول لا يصلح ما ذكر (ره) وجها لرجوع السابق إلى اللاحق، اما أولا فلان الأوصاف المضمونة هي التي يكون لها دخل فى مالىة العين و ثبوت البديل لها بذمة السابق لا يوجب زيادة مالىتها أو نقصها.

و ثانيا فلان ضمان الأوصاف باعتبار ان وضع اليد على العين وضع لليد على الأوصاف و اللاحق فى المقام لا يضع يده على البديل الثابت بذمة السابق ليكون ضامنا له.

و ثالثا فلانه على تقدير وضع يده على البديل المزبور فاللازم ان يكون ضامنا بذلك البديل للمالك للعين و الوصف و لا موجب لضمان اللاحق لأحد شخصين، بأحد أمرين.

و رابعا فلانه لا موجب لتقدم ضمان السابق على اللاحق فان ضمان العين بمعنى ثبوت البديل على العهدة يحصل بتلفها و قبل التلف لا يثبت البديل لا على ذمة السابق و لا على ذمة اللاحق و مع تلفها يثبت البديل على عهدة كل منهما فى زمان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٢

و ربما يقال (١)

واحد.

اللهم الا ان يقال ان زمان ثبوت البديل بالذمة هو زمان الاستيلاء على العين غاية الأمر يكون استقرار ذلك البديل مشروطا بتلف العين بنحو الشرط المتأخر و على ذلك فيكون ضمان اللاحق بمعنى ثبوت البديل بذمته بعد ضمان السابق و لكن اعتبار التلف بنحو الشرط المتأخر غير ظاهر من أدلة الضمان.

(١) القائل صاحب الجواهر و حاصل ما ذكره (ره) ان رجوع من لم يتلف العين بيده الى من تلفت بيده باعتبار أن البديل ثابت بذمة من تلف العين بيده فقط غاية الأمر يجوز للمالك إلزام السابق بأداء ما يملكه بذمة من تلف العين بيده و إلزامه بذلك مقتضى وضع يده على ملك الغير عدوانا.

ثم ان السابق بأدائه البديل إلى المالك يملك ما للمالك بذمة اللاحق بالمعاوضة القهرية أى المعاوضة التي لا توقف على الإنشاء و القصد.

و أورد المصنف (ره) على هذا الوجه بأمور الأول- ان موجب الضمان على السابق و هو حديث على اليد و دلالة على الضمان عليهما على حد سواء فان كان الضمان على اللاحق بمعنى ثبوت البديل على عهده يكون كذلك فى السابق أيضا.

الثانى- ان الفرق بين الخطاب بالأداء و الخطاب الذمى غير واضح فان ثبوت البديل بالذمة (و هو الحكم الوضعى) يكون يتبع التكليف بالأداء.

الثالث- ان الفرق بين السابق و اللاحق بثبوت البديل على اللاحق و عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٣

.....

ثبوته على السابق خلاف الإجماع فإن إجراء أحكام الدين على ما بذمه السابق أيضا من تقديمه على الوصايا و ضربه مع الغرماء و جواز مصالحه المالك مع السابق على ما بذمته متسالم عليه عندهم.

الرابع- ان تملك السابق البدل على اللاحق بلا موجب لعدم وقوع المعاوضة الاختيارية مع المالك و لا دليل على المعاوضة القهرية و بتعبير آخر أداء السابق ما على اللاحق الى المالك نظير أداء شخص دين الآخر في ان المؤدى لا يملك على المديون غاية الأمر أداء دين الغير في سائر المقامات مستحب، و في المقام واجب على السابق.

و الخامس- ان لازم ما ذكر عدم جواز رجوع السابق بعد أداء البدل الأعلى خصوص من تلف العين بيده لا الى كل من تسلمها منه و ان لم تتلف بيده حيث ان البدل الذى ملكه السابق بالمعاوضة القهرية ثابت بذمه من تلف العين بيده دون الآخرين.

أقول الصحيح فى وجه استقرار الضمان على من تلف المال بيده ما ذكرنا سابقا من أن دفع الضامن البدل الى المالك معاوضة قهرية بين ذلك البدل و العين التالفة حيث ان عمدة الدليل على الضمان فى موارد ضمان اليد هى السيرة الدارجة بين العقلاء و مقتضاها حصول المعاوضة المزبورة بالدفع و لذا لا يكون للمالك بعد تسليم البدل طلب بقايا العين و عليه ففى مورد تعاقب الأيدي على العين و تلفها يجوز لدافع البدل مطالبة ذلك البدل من كل من تسليم العين منه و لو بالواسطة الى ان يستقر الضمان على من تلف العين بيده باعتبار وضع كل منهم يده على تلك العين و لكن لا يجوز له الرجوع الى سابقه لان السابق قد دفع تلك العين اليه قبل ذلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٤

غرم للمالك بدل الحيلولة (١)

فلا- يكون لضممان السابق موجب و ربما يقال كما عن بعض الأجلة العظام ان المبادلة القهرية أمر لا أساس له عند العقلاء و انما ذكرها بعض المتأخرين و لعل احتمالها قد نشأ من تعبير الأصحاب عن الغرامة بالبدل حيث لا يعقل كون المعدوم حال عدمه ملكا لصاحبه أو ملك الغارم.

و فيه انه قد تقدم فى توضيح الكشف الحكيمى فى اجازة المالك إمكان كون شىء فى زمان ملكا لواحد و فى ذلك الزمان بعينه ملكا لآخر مع تعدد زمان الاعتبار و عليه فقبل دفع الضامن الأول البدل يعتبر التالف ملكا للمالك فى زمان طريان التلف عليه و بعد دفعه البدل يعتبر ذلك التالف فى ذلك الان ملكا للضامن و المصحح لذلك الاعتبار ترتب الأثر عليه، من ملك الضامن بقايا التالف و رجوعه الى الضامن الثانى.

و يشهد لذلك ملاحظة فسخ البائع البيع بالخيار المشروط له مع تلف المبيع فى يد المشتري فإنه قبل الفسخ يكون المبيع زمان طريان التلف عليه ملك المشتري و بعد الفسخ يعتبر ذلك المبيع فى ذلك الان ملك البائع و لذا يرجع اليه ببدله كما لا يخفى.

(١) يعنى إذا لم يمكن انتزاع العين ممن تكون بيده يغرم من رجع اليه المالك، بدل الحيلولة.

أقول قد ذكرنا سابقا انه لا أساس لبدل الحيلولة، بل ان كانت العين بحيث تعد تالفة فللمالك الرجوع الى الضامن بالبدل، و الا فعليه الصبر ليتمكن الضامن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٥

نعم ليس للمالك أخذ مؤنة الاسترداد (١)

أو هو على استرداد العين غاية الأمر يكون له عوض المنافع الفائتة، كما تقدم، كما انه بعد أخذ المالك البدل للعين لا يستحقها فيما إذا اتفق إمكان استردادها مستقبلا لحصول المبادلة قبل ذلك.

(١) لا- يبعد ان يكون للمالك ذلك فيما إذا لم تكن الأجرة المزبورة زائدة على اجرة المثل، لا مع زيادتها، لان العين له، فلا يجوز

للآخرين التصرف فيها و لو بالاسترداد المزبور، و عمل المالك محترم فيستحق الأجره عليه، نعم إذا كانت الأجره زائده على أجره المثل فلا تتعين تلك الزيادة على الضامن فإنه مقتضى حديث نفي الضرر و لا يعارض بضرر المالك فان عدم استحقاق المالك تلك الزيادة من قبيل عدم النفع و لا يكون ضررا عليه.

و بهذا يظهر الحال فيما إذا لم يتمكن على الاسترداد غير المالك و طلب من الضامن الزائد على الأجره المتعارفه فان فى الفرض مقتضى حديث نفي الضرر عدم وجوب الاستجابة لتلك الزيادة.

و ظهر ايضا انه لو تمكن الضامن على استرداد العين من غير صرف المال و طلب المالك أجره المثل ليباشر باستردادها يكون وجوب القبول مقتضى حرمة التصرف فى مال الغير بلا اذن مالكة، و احترام عمل ذلك المالك و الله سبحانه هو العالم.

ثم انه بقى فى المقام أمر و هو انه لو ابرء المالك أحد الأشخاص المتعاقبة أيديهم على المال التالف فهل يسقط حق المالك بمطالبة البدل عنه فقط أو لا يبقى له بعد ذلك حق بان يطالب البدل عن السائرین الأظهر هو الثانى، لأن المال بدل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٦

[بيع ملكه مع ملك غيره بصفقه]

إشارة

الظاهر ان حكمه حكم بيع ما يقبل (١) لظهور الإجماع (٢) مضافا الى صحیحة الصفار (٣)

واحد و ذلك البدل ثابت على كل من الأشخاص المتعددة بحيث يصح له مطالبه اى منهم بذلك البدل و لا يبعد ان يكون جواز المطالبة من حقوق المالك، بحيث له ان يسقطه عن أحد مع إبقاء البدل بذمته كما يشهد بذلك جواز تأجيل الدين بالاشتراط، فبالجملة للمالك ان يسقط حق مطالبته عن أحد مع بقاء المال على عهده، و لكن إذا أسقط المال عن عهده، فهو مساوق لاستيفاء ذلك البدل، و قد تقدم ان مع استيفاء البدل من أحدهم يسقط البدل عن عهده الآخرين، و انه لا يبقى له دين على عهده الآخرين كما لا يخفى.

(١) وجه الظهور عدم احتمال الفرق بين ما إذا باع ملكه مع غيره بصفقه واحدة و بين ما إذا باع ما يقبل الملك مع مالا يقبله بثمن واحد فى صفقه واحدة.

(٢) تعليل للحكم بالصفحه بالإضافة الى ما يقبل الملك فيما إذا باعه مع مالا يقبله.

(٣) يعنى مضافا الى عدم احتمال الفرق بين المسألتين يدل على الحكم فى المقام صحیحة الصفار «١» فان قوله عليه السلام فيها و جب الشراء فيما يملك وارد فيما إذا باع مملوكه

(١) الوسائل الجزء ١٢ الباب (٢) من أبواب أحكام العقد البيع الحديث (١) ص ٢٥٢

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٧

نعم لو لا النص و الإجماع (١)

مع غيره بصفقه واحدة كما لا يخفى.



(١) يعني لو لم يكن في البين صحيحة الصفار و الإجماع على الصحة في المسألة الآتية مع ملاحظة عدم الفرق بين المسألتين في الحكم، لأمكن المناقشة في صحة البيع بالإضافة إلى ملك البائع بما يأتي في المسألة الآتية من ان مع اجراء البيع على المجموع بثمن واحد، لا يكون تبعيضة و الحكم بصحته بالإضافة إلى ملك البائع، مقتضى إطلاق دليل الإمضاء حيث أن نقل بعض المثلث لا يكون مقصودا إلا في ضمن نقل المجموع بمجموع الثمن.

أقول التبعض و الحكم بالصحة بالإضافة إلى ملك البائع أو ما يقبل الملك لا- يحتاج إلى الإجماع، أو النص، بل- انحلال البيع بالإضافة إلى أجزاء المبيع يعني أجزاء المشاعة على الإطلاق، و أجزاءه الخارجية فيما إذا كان بنظر العرف من بيع المجموع من الشئين كما ذكرنا سابقا- مقتضاه دخول كل من البيوع الانحلالية في دليل الإمضاء على الاستقلال كما في انحلال الموضوع في سائر الخطابات بالإضافة إلى أفراد ذلك الموضوع، و هذا بناء على عدم تمام بيع الفضولي بإجازة المالك.

و اما بناء على تمامه بها، فلا ينبغي الريب في صحته بالإضافة إلى ملك الآخر أيضا مع أجزائه، و بالإضافة إلى ملك البائع مع عدمها غاية الأمر مع صحة البيع في بعض ما جرى عليه العقد فقط يثبت للمتبايعين مع جهلهما بان بعض ما جرى عليه البيع ملك الغير أو لا يقبل الملك، خيار تبعض الصفة الذي مرجعه إلى خيار تخلف الشرط على ما يأتي في بحث الخيارات إنشاء الله تعالى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٨

بما سيجيء في بيع ما يملك و ما لا يملك (١) فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك (٢) مقيد في بعض الكلمات بما إذا لم يتولد (٣)

و نظير جهل البائع ما لو كان يبعه بدعوى و كالتة في المال الآخر و أنكرها مالكة فإنه يثبت في الفرض للبائع أيضا خيار تبعض الصفة و إذا كان البائع أو المشتري عالما بالحال فلا- مجال لثبوت الخيار له و لعل كلام الغنية الذي نفى الخيار للبائع يراد به صورة علمه بالحال و كلام الشيخ (ره) في الخلاف الذي قوى ثبوته له ناظر إلى صورة جهله بالحال.

و اما صحيحة الصفار فان كان المراد بالوجوب فيها اللزوم فمقتضاها عدم ثبوت الخيار لا للبائع و لا المشتري حيث ذكر فيها (وجب الشراء من المالك) و هو غير وجوب الشراء على المالك و لكن الظاهر و لا- أقل من الاحتمال بان المراد هو ثبوت البيع فلا ينافى كونه خياريا.

(١) بالبناء للمفعول أي بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبل الملك.

(٢) بان كان البائع معتقدا بأن المبيع بتمامه ملكه، ثم ظهر خلاف اعتقاده و ان بعضه مملوك الغير، فان مع رد ذلك الغير البيع في ماله، يصح البيع بالإضافة إلى ملك البائع.

أقول لا يحتمل الفرق بين المقام و ظهور بعض المبيع ملك الغير بل ظهوره ملك الغير من فروض المسألة فلا وجه للاستشهاد للحكم بالصحة في المسألة بالصحة في ذلك الفرض.

(٣) كما إذا باع دينارين و درهمين، بدينار و درهم، فإنه يكون صحة هذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٩

.....

البيع، و عدم لزوم الربا، باعتبار وقوع كل جنس بإزاء مخالفه، فيكون بيع الدينارين بدرهم، و بيع الدرهمين بدينار، و هذا مستفاد من بعض الروايات الواردة في الفرار من الربا، و إذا ظهر في المثال كون الدينار المنضم إلى الدرهم ملك الغير تكون المعاملة بالإضافة إلى الدرهم ربويته، حيث يقع بإزائه أزيد من الدرهم الواحد.

لا يقال مقتضى وقوع كل جنس بإزاء مخالفته لتصحيح المعاملة، صحة بيع الدينارين بالدرهم و بطلان بيع الدرهمين بالدينار، و لا يلزم من ذلك ربا.

فإنه يقال انحلال المبادلة إلى مبادلتين كما ذكر لم يكن من قصد المتعاملين بل بالتعبد المستفاد من بعض الروايات، و لذا تصح المبادلة فيما إذا قصد مبادلة المجموع بالمجموع و على ذلك فلو تم البيع بالإضافة إلى مجموع العوضين يكون مقتضى تلك الرواية وقوع كل جنس بإزاء مخالفته، فلا ربا، و اما مع فساد البيع في بعض العوضين و لو بظهور كونه ملك الغير، فلا موجب للقول بوقوع الجنس المملوك لبائعه بإزاء مخالفته، فان الوقوع كذلك اما بقصد المتعاقدين، أو بالتعبد، و المفروض انتفاء الأول، و ورود التعبد في صورة صحة البيع في الضميمة.

و ربما يقال ان ضم مال الغير للفرار من الربا غير مفيد حتى مع اجازة مالك تلك الضميمة. و كذا في مسألة بيع العبد الآبق، و ذلك فان كلا- من المالين يكون بائعا بالإضافة إلى ماله فقط و مكلفا بالوفاء ببيعه، فيكون البائع مع كون الضميمة ملك الغير بايعا ماله بجنسه مع الزيادة، مثلا إذا باع دينار غيره منضمما الى درهمه بخمسة عشر درهما، و فرض ان الدينار يساوي عشرة دراهم فيكون بيع درهمه بالأزيد من الدرهم، كما يكون بيع الآخر ديناره بالأزيد من عشرة دراهم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٠

### [تقسيم الثمن على المالكين]

و طريق معرفة حصة كل منهما من الثمن (١)

أقول قد ذكرنا أن ظاهر الروايات الواردة في الفرار من الربا، و وقوع درهم واحد بإزاء درهمه، و الباقي و هي أربعة عشر بإزاء الدينار، فلا ربا مع التعبد بالانحلال بهذا النحو و لم يذكر في تلك الروايات الا اعتبار الضميمة، لا اعتبار كونها ملك البائع أيضا. نعم ناقش صاحب الجواهر (ره) في استحقاق مالك الدرهم درهما و مالك الدينار أربعة عشر درهما، و لكن لا لاعتبار ملك البائع الضميمة بل مناقشته مع الالتزام بصحة البيع، و ايضا لا وجه لاعتبار ملك الضميمة في مسألة بيع العبد الآبق فإنه و ان ذكر في بعض الروايات ان الضميمة باعتبار أنه لو لم يظفر المشتري بالآبق يكون قد وصل إليه بإزاء ثمنه تلك الضميمة، الا ان المراد ان لا يخرج تمام الثمن عن ملكه بلا عوض أصلا، و لا يقتضى ذلك اعتبار كون الضميمة ملك بايع العبد و تملكها منه.

(١) ذكر (ره) في تعيين حصة البائع من الثمن مع اجازة المالك و عدمها، ان يقوم كل من مال البائع و المال الآخر منفردا، و يجمع قيمتها، و يلاحظ نسبة قيمة كل الى ذلك المجموع فيؤخذ من الثمن المسمى بتلك النسبة مثلا إذا كانت القيمة لمال البائع أربعة دراهم و القيمة السوقية للمال الآخر ثمانية، يصير مجموعهما اثني عشر درهما فتكون قيمة ما للبائع ثلث المجموع، و لو فرض ان الثمن المسمى ستة دراهم فيستحق البائع منه الثلث، يعنى درهمين، و يجرى هذا حتى فيما إذا كان للهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة السوقية كمصراعى الباب، و الى هذا النحو من التقسيط يشير ما في الإرشاد من انه يقسط المسمى على القيمتين أى على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠١

و لعله ايضا مرجع ما في الشرائع و القواعد (١)

القيمة السوقية لمال البائع و القيمة السوقية للمال الآخر فإن تقسيط الثمن المسمى عليهما لا يكون الا بما ذكر.

(١) ذكر في الشرائع و القواعد و اللعة في تعيين حصة البائع من الثمن، انه يقومان معا، ثم يقوم أحدهما و لعل المراد بذلك ايضا ما

تقدم من تقوم كل من المالين منفردا ثم جمع القيمتين و تعيين نسبة أحدهما إلى المجموع و الأخذ من الثمن المسمى بتلك النسبة. و يؤيد كون المراد ما ذكر تفسير جامع المقاصد عبارة الإرشاد بما في الكتب المزبورة و لكن للمناقشة في ذلك مجال واسع فان ظاهرها تقويم المالين معا ثم تقويم أحدهما منفردا و تعيين النسبة بين قيمة أحدهما منفردا و قيمة كليهما معا، و الأخذ من الثمن المسمى بتلك النسبة، مثلا إذا كان المبيع مصراعى الباب و قوم المصراعان معا بعشرة دراهم و قوم أحد المصراعين بدرهمين تكون النسبة بين قيمة أحدهما منفردا و قيمة كليهما معا الخمس، و لو فرض الثمن المسمى خمسة دراهم فيرجع المشتري إلى البائع بخمس الثمن، أي بدرهم واحد و يبقى للبائع أربعة دراهم بإزاء مصراع واحد و الوجه في ظهور عبارة الكتب في ذلك ان المذكور فيها تقويم أحدهما بعد تقويم المالين و هذا لا يكون إلا إذا كان تقويم المالين بتقويمهما معا.

و هذا بخلاف الطريق السابق فإنه عليه يكون للبائع نصف المسمى أي درهمان و نصف و يرجع المشتري بنصفه الآخر لأن النسبة على الطريق المزبور بين قيمة أحدهما و مجموع القيمتين هو النصف.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٢

فان الالتزام هنا بالنسبة المذكورة يوجب الجمع (١) فان قلت ان المشتري إذا بذل (٢)

(١) و لكن لا يلزم الجمع بين العوض و المعوض على التقييد الذي ذكره (ره) بل بناء عليه يرجع المشتري بنصف الثمانية باعتبار ان قيمة كل من الجارية و أمها على الانفراد عشرة فيصير مجموع قيمتها عشرين و النسبة بين قيمة إحداهما أي العشرة و المجموع هو النصف، و لكن ينبغي أن يعد هذا الفرض على تقدير اتفاهه اشكالا أيضا على التقييد الذي ذكره (ره) و استظهره من عبارة الإرشاد و غيره حيث لا وجه لاستحقاق البائع أربعة دراهم مع كون ملكه مساويا لتمام الثمن المسمى.

(٢) و حاصله ان المتعين في طريق تقييد المسمى هو ما ذكر في الشرائع و القواعد و اللمعة، و لكن ينبغي أن يكون المراد بأحدهما في قولهم (يقومان جميعا ثم يقوم أحدهما) هو مال البائع و انه إذا قوم المالان ثم قوم مال البائع منفردا و عين النسبة بينهما يكون البائع مستحقا من المسمى بتلك النسبة كما إذا قوم الباب بمصراعيه بعشرة دراهم و قوم مال البائع بدرهمين و النسبة بين الدرهمين و العشرة هي الخمس فيستحق البائع درهما في فرض كون المسمى خمسة دراهم و الوجه في تعيين التقييد بهذا النحو هو جريان البيع على المالين مع الهيئة الاجتماعية و ما تم بيعه هو مال البائع منفردا.

و على ذلك يستحق البائع في مثال الأمه و أمها تمام الثمانية لأنه لا قيمة للهيئة الاجتماعية و لا يلزم من استحقاق الثمانية الجمع بين العوض و المعوض هذا.

و لكن ما ذكر غير صحيح، و ان البائع في بيع مصراعى الباب، يستحق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٣

**[و لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار]**

**إشارة**

و لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار (١)

نصف الثمن المسمى و الوجه في ذلك ان الهيئة الاجتماعية من قبيل الأوصاف، و الأوصاف لا تقع بإزائها الثمن ليقسط عليها

كتقسيطه على المالكين و هذا في الضمان المعاوضى و اما في ضمان اليد فالأوصاف و منها الهيئة الاجتماعية تدخل في الضمان و يكون تلف الوصف في يد الغاصب كتلف نفس العين مضمونا عليه.

أقول- بالتأمل في جميع ما تقدم يظهر انه يعتبر في تقسيط الثمن على المالكين تقويمهما حال بيعهما اجتماعا ثم تقويم ملك البائع منفردا في فرض عدم اجازة مالك الآخر البيع في ماله و ان البائع يستحق من الثمن المسمى بتلك النسبة كما انه يقوم مال البائع بلحاظ بيعه منضمنا الى المال الآخر في فرض اجازة مالك المال الآخر، فإن عدم ضمان الهيئة الاجتماعية كسائر الأوصاف بضمان معاوضى، ليس مقتضاه تقويم كل من المالكين منفردا مع دخالة الهيئة الاجتماعية في زيادة الثمن كما لا يخفى.

(١) و حاصله لو فرض اشتراك الاثنيين أو الأزيد في عين بنحو الإشاعة كما إذا كانت الدار مشتركة بينهما بالمناصفة و باع أحدهما نصفها فان علم إرادة البائع بيع حصته شريكه أو الإشاعة بين الحصتين فلا كلام، و اما إذا لم يقصد الا مدلول قوله بعت نصف تلك الدار بكذا و فرض قبول المشتري ذلك المدلول، فهل ينتقل إلى المشتري تمام حصة البائع من تلك الدار أو يكون المبيع نصف كل من حصتي البائع و شريكه، فيكون البيع المزبور نافذا بالإضافة الى نصف حصة البائع، و فضوليا بالإضافة الى نصف حصة شريكه، احتمالا.

و يقتضى الأول ظهور النصف و انصرافه في مقام التصرف الى ما ينفذ فيه تصرف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٤

.....

البائع و لكن هذا الظهور معارض بظهور النصف في نفسه في الإشاعة بين الحصتين كما انه معارض بظهور بيع البائع في كونه بالأصالة.

و بالجملة ان البيع بالإضافة الى نصف حصة البائع محرز، و اما بالإضافة إلى نصفها الآخر أو نصف حصة شريكه فمقتضى المعارضة المزبورة عدم إحراز شيء منهما.

و بهذا يفترق المقام من قول البائع بعت غانما حيث ان الغانم بمعنى العبد، من الكلى الطبيعى الصادق على كل من عبد البائع و عبد غيره، و يحمل على عبد البائع بمقتضى وقوعه مقام التصرف، و ظهور الهيئة في قوله بعت غانما في الأصالة من غير ظهور معارض، و هذا بخلاف ما إذا قال بعت نصف الدار المفروض كونها مشتركة بين الاثنيين بنحو الإشاعة، فإن ظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين مانع عن الحمل على خصوص حصة البائع.

ثم إذا كان البائع المزبور وكيلا عن شريكه أو وليا عليه فهل يكون الحكم كما في صورة كونه أجنبيا أم لا الصحيح ان يقال إذا كان المعارض لظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين في الصورة السابقة، هو ظهور النصف بقريئة مقام التصرف في النصف المختص للبائع كما هو الأظهر، فلا معارضة في صورتى الوكالة و الولاية بل يؤخذ بظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين، لان الموجب لظهور النصف في خصوص حصة البائع، عدم نفوذ تصرفه في غير تلك الحصة، و مع الوكالة أو الولاية، يكون تصرفه نافذا في حصته و حصة شريكه على السواء.

و على ذلك فمع عدم تعيين احدى الحصتين بخصوصها كما، هو المفروض يحمل المبيع على الإشاعة بينهما.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٥

و ما ذكره الشهيد الثانى (ره) من عدم قصد الفضولى (١)

و اما ظهور البيع في كونه بالأصالة فهذا لا يعارض ظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين بل ظهور النصف، يكون حاكما على ظهور

البيع في الأصالة، فإن ظهور البيع في الأصالة من قبيل الظهور الإطلاقي للفعل و بمقدمات الحكمة و لذا لو قيد البيع بكونه عن الغير أو للغير فلا- يكون له ظهور في الأصالة و ظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين أيضا ظهور إطلاقي و لا- يكون له ظهور في الإشاعة بينهما فيما إذا قيد تلك النصف بسهمه أو سهم شريكه، الا ان ظهور المتعلق و لو كان إطلاقيا يكون حاكما على ظهور الفعل حيث ان المتعلق بالإضافة إلى الفعل من قبيل المقيد بالإضافة إلى المطلق.

و بهذا يظهر انه لو لم يكن في الصورة الأولى ظهور النصف و انصرافه إلى حصه البائع بقرينه مقام التصرف، لكان ظهور البيع في الأصالة محكوما بظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين.

و الحاصل ان مع عدم وكالة البائع أو ولايته لا يحمل النصف على الإشاعة بين الحصتين بل يكون إنشاء البيع مجملا بالإضافة إلى بعض المبيع بخلاف صورتى الوكالة و الولاية فإنه يحمل فيهما النصف على الإشاعة و اليه يشير قوله (ره) (فالأقوى فيهما الاشتراك).

(١) و حاصله أنه بناء على كلام الشهيد الثانى من عدم قصد الفضولى مدلول اللفظ يكون النصف محمولا على خصوص حصه البائع فيما إذا كان أجنبيا و يحمل على الإشاعة بين الحصتين على تقدير كونه وكيلا أو وليا على شريكه و ذلك فإن أصالة القصد فى كل متكلم و متصرف و منه البائع يكون معينه للمراد من النصف فى قوله (بعث نصف الدار) و ان المبيع خصوص حصته بخلاف صورة الوكالة أو الولاية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٦

الا ان يمنع ظهور النصف إلا فى النصف المشاع (١)

فإن الأخذ فيهما بظاهر النصف يعنى الإشاعة بين الحصتين لا ينافى أصالة القصد حيث ان البائع لكونه وكيلا أو وليا يقصد البيع لا محالة.

(١) و حاصله انه يمكن منع ظهور النصف فى الإشاعة بين الحصتين بان يقال غاية ظهوره الإشاعة فى مجموع العين لا- فى كل من الحصتين فيكون مقتضى قوله (بعث نصف الدار بكذا) حتى فى صورة وكالة أو ولايته هو بيع خصوص حصته و كما كان فى قوله (بعث غانما) مقتضى الأصالة، بيع عبده كذلك فى قوله (بعث نصف الدار).

و لذا ذكروا فى مسألة ما إذا وهبت الزوجة نصف مهرها لزوجها، ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها، انه يستحق الزوج بالطلاق، النصف الباقى، و لو كان النصف ظاهرا فى الإشاعة بين الحصتين، لكان للزوج بعد الطلاق، نصف النصف الباقى، و قيمة نصف الموهوب.

(لا- يقال) لا- شهادة فى الفرع على كون النصف المضاف الى العين ظاهرا فى الإشاعة فى مجموع تلك العين، لا فى الإشاعة بين الحصتين، و ذلك فان استحقاق الزوج النصف الباقى من المهر باعتبار ان حقه الأول هو نصف النصف الباقى، و قيمة نصف النصف الموهوب، و لكن يجوز فى القيميات مع التمكّن على المثل دفعه و حيث ان النصف الباقى على ملك الزوجة، مثل النصف الموهوب فلا- تعتبر قيمة الموهوب، نظير ما ذكروا فى باب القرض انه لو أقرض قيميا، فللمقترض دفع العين التى اقترضها باعتبار أن مع دفعها لا تعتبر القيمة.

(فإنه يقال) نعم يمكن ان يكون ما ذكر وجهها لاستحقاق الزوج تمام المهر فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٧

.....

الفرض المزبور الا ان ظاهر كلماتهم فيه، لا يساعد على هذا الوجه، بل ظاهرهم ان استحقاق الزوج تمام المهر، باعتبار صدق نصف المهر على النصف الباقى، و انه لا فرق بين النصف المضاف الى العين، و بين سائر الكلى الطبيعى المحمول على الفرد المملوك.

و على ذلك يكون حكمهم باستحقاق الزوج النصف الباقي من المهر بالطلاق قبل الدخول باعتبار صدق النصف عليه، منافيا لما يذكر في المقام من ظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين و لكنه يحمل على خصوص حصه البائع بقريته مقام التصرف. و أيضا ينافي ما يذكر في المقام ما ذكره في باب الصلح من انه لو كانت العين بيد أحد و ادعاها اثنان بسبب موجب للشركة بين المدعين كما إذا قالوا انهما ورثاها من أبيهما و فرض إقرار ذى اليد لأحدهما بنصفها و لم يعترف للآخر بنصفها الآخر ثم بعد ذلك صالح المقر له مع المقر في النصف الذى اعترف له بألف دينار، فإنهم ذكروا صحة الصلح و نفوذه في ربع الدار و اما في ربعها الآخر فتمام الصلح موقوف على إجازة المدعى الآخر.

و وجه المنافاة ان النصف الذى وقع مورد الصلح بألف دينار يصدق على كل من نصفها الذى يدعيه المصالح و على النصف الذى يدعيه الآخر، و على النصف من الحصتين و مقتضى وقوعه في مقام المصالحة و التملك حمله على النصف الذى ملكه باعتراف ذى اليد، و لذا لو صالح المقر له ذلك مع شخص آخر قبل اعتراف ذى اليد، نفذ الصلح في نصفه المختص. إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٨

### [الإقرار بالصحة للغير]

و لذا اختار سيد مشايخنا (قدس سرهم) اختصاصه بالمقر له (١) و على كل حال فلا إشكال في ان لفظ (٢)

(١) يعنى حيث ان ما ذكره في مسألة المصالحة من نفوذها في ربع المال ينافي ظاهرهم من حمل النصف في مقام التصرف على خصوص حصه المتصرف اختار بحر العلوم (ره) ان النصف في مسألة المصالحة أيضا يحمل على خصوص حصه المقر له فتكون المصالحة نافذة في تمام حصه المقر له و هي نصف العين. و ايضا فصل في المسالك و قال لو أجريت المصالحة على نصف المقر له أو على نصف العين فتحمل على الحصه الواقعيه للمقر له لان مقتضى الإضافة في الأول و مقتضى الظهور في مقام التصرف في الثانى، هو الحمل على حصه المتصرف. و اما إذا أجريت على النصف المعترف به فتحمل على الإشاعة بين الحصتين فتكون نفوذ معا بتمامها محتاجا إلى إجازة صاحبه و لكن يرد على المسالك ان ما ذكر ليس تفصيلا في مسألة المصالحة بل اختيار لقول المشهور القائلين بالحمل على الإشاعة بين الحصتين، لان المفروض في كلماتهم اجراء المصالحة على النصف المعترف به فراجع.

(٢) يعنى يحمل النصف المضاف الى العين في مقام الإقرار على الإشاعة بين الحصتين، بلا خلاف نعم مع القرينه على ارادة المقر، حصته أو حصه غيره، فلا كلام، و لهذا أفتوا فيما إذا كانت العين بيد اثنين و كانت يد كل منهما عليها بالمنافهة و اعترف أحدهما لثالث بثلاثها و أنكره صاحبه، بأن ما بيد المعترف من نصف العين يكون بينه و بين الثالث المزبور على حد سواء، كما ان ما بيد الآخر من نصف الدار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٩

.....

يكون الزائد على حصته و هو سدس العين محسوبا على المعترف و الثالث على حد سواء.

لا- يقال- هذا الفتوى غير مناسب لحمل الاعتراف لثالث على الإشاعة بين الحصتين، فان مقتضى حمله عليها ان يكون ثلث ما بيد المعترف الذى هو سدس العين و ثلث ما بيد الآخر و هو سدسها أيضا لذلك الثالث، و حيث ان صاحب المعترف ينكر الاعتراف، فقد



تلف سدس العين على ذلك الثالث، و يبقى له السدس الذي بيد المعترف.

(فإنه يقال) ما بيد المنكر من نصف العين ليس عين ماله، بل مقدار حصته بزعم المقر و زائد على ذلك المقدار، بثلث و لو كان مال المنكر متعينا بما بيده كما إذا كان داران إحداهما بيد زيد و الأخرى بيد عمرو و اعترف زيد لثالث بنصف كل من الدارين ففي هذه الصورة باعتبار تعيين مال عمرو بما بيده، يكون النصف الآخر مما بيده تالفا على الثالث فقط للإنكار.

و الحاصل ما بيد المعترف في المثال المتقدم، مقدار حصته مع زيادة لا انه حصته بل حصه ذلك الثالث و المعترف مقدار بلا تعيين خارجي لهما و على ذلك فما يحصل من العين بيد المعترف نسبتة اليه و الى الثالث على حد سواء، كما ان ما بيد المنكر زائدا على حصته، و هو سدس العين، نسبتة أيضا الى المعترف و الثالث على حد سواء، و نتيجة ذلك هو الحكم بالمنصفه في التالف و ما بيد المعترف حتى مع حمل الاعتراف على الإشاعة بين الحصتين.

نعم لو قيل بإمكان تعلق الغصب بالمشاع، و بجواز تقسيم أحد الشريكين مع الغاصب في إفراز حصته لأمكن القول بان سدس العين المفروض كونها بيد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١٠

نعم يمكن ان يقال ان التلف في هذا المقام (١)

المنكر يحسب تالفا على الثالث فقط بدعوى ان وضع كل منهما يده على نصف العين بمنزلة تعيين كل منهما حصته بما بيده، فلا مال للمعترف بيد المنكر ليحسب تالفا عليه و على الثالث معا و لكن تعلق الغصب بالمشاع و ان كان ممكنا الا انه لا يصح الافراز مع الغاصب بل لا بد من كونه برضاء الشركاء.

و يتفرع على ذلك أى على تعلق الغصب بالمشاع و عدم صحه الإفراز مع الغاصب، انه لو كانت الدار لاثنتين على الإشاعة و كانا ساكنين فيها و اخرج الظالم أحدهما و سكن مكانه، فيلزم على الشريك الساكن نصف اجرة المثل في نصف الدار لصاحبه الذى أخرجه الظالم لأن حصه الشريك الساكن لا يتعين في النصف الذى يسكن باعتبار عدم صحه الإفراز مع الغاصب، نعم يكون ما على الظالم ايضا من اجرة المثل له و لشريكه بالمنصفه.

(١) يعنى يمكن ان يقال عدم جواز الافراز مع الغاصب، لا- يلزم عدم الإفراز في المقام، بل في المقام يكون الزائد في يد المنكر محسوبا على المقر له، و ذلك لان إنكاره موجب لجواز وضع يده على نصف المال الزائد على حصته بزعم المقر، حسابا لذلك الزائد على المقر له.

و نظير المقام مسألة الإقرار بالنسب فان مقتضى إنكار الوارث الآخر ان يضع يده على الزائد على حصته حسابا على من لم يقر بنسبه فلا يكون ما بيد المقر مشتركا بينه و بين المقر له على حد سواء.

و لكن لا- يخفى ان مقتضى نفوذ الإقرار على المقر ان يترتب على ما بيده من المال اثر الواقع و المفروض ان ما بيده بحسب إقراره ملك له و للمقر له على حد سواء كما ان الموجود بيد المنكر يكون الزائد منه على حصته مشتركا بينه و بين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١١

.....

المقر له كذلك.

أقول لا ينبغي الريب في ان النصف أو نحوه عند إضافته إلى عين لا يكون ظاهرا في الإشاعة بين الحصتين كما تقدم في تقرير مسألة الطلاق و إذا ملك زيد و عمرو دارا بالمنصفه فأى جزء يفرض من الدار فهو و ان كان مشتركا بينهما بالمنصفه الا ان حصه كل

منهما لا ينتصف بينهما بالمناصفة و لذا لا يكون عند ما يقال نصف تلك الدار في مقام البيع و الإقرار ظاهرا في الإشاعة بين الحصتين بل النصف أو نحوه بالإضافة إلى الحصتين من قبيل الكلى في المعين و المراد بالإشاعة فيه عدم تعيين النصف في جهة العين بكونه طرفها الشرقي أو الغربي بل أى جزء يفرض من العين يقع مورد الحكم بمقدار النصف و اما حساب ذلك المقدار على أى من الحصتين أو عليهما فلا بد من القرينة عليه، و مقتضى القرينة في مقام التصرف حمله على حصة المتصرف فقط حيث ان مقتضى الإطلاق أى مقدمات الحكمة في ذلك المقام وقوع التصرف لنفسه لا عن الآخر بالولاية أو فضولا فان الوقوع عن الآخر كذلك يحتاج الى التقييد و القصد فيما إذا كان المال الذى يتصرف فيه كليا فى الذمة، أو كليا فى المعين، و المفروض فى المسألة، ان البائع لم يقصد من قوله بع نصف الدار بكذا، الا ما يكون ظاهرا منه عند تمام الإطلاق.

و لا يبعد ان يكون الأمر كذلك فى مسألة استحقاق الزوج تمام المهر مع الطلاق قبل الدخول و بعد هبة الزوجة نصف مهرها له، حيث ان مقتضى خروج النصف من ملك الزوجة إلى ملك زوجها بالطلاق قبل الدخول استحقاق تمام المهر.

و ما تقدم من المصنف (ره) من ان ظهور المتعلق حاكم على ظهور الفعل بمعنى انه لا تتم مقدمات الإطلاق فى ناحية الفعل المقتضى

لصدور الفعل عن الفاعل بالأصالة مع ظهور المتعلق فى الإشاعة بين الحصتين، ففيه أولا ان المتعلق كما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١٢

و اما مسألة الإقرار بالنسب (١)

ذكرنا لا ظهور له فى الإشاعة بين الحصتين.

و ثانيا لا يكون ظهور المتعلق بيانا فى كل مقام بل ربما يكون ظهور الفعل، بيانا لإطلاق المتعلق، نظير قوله لا تضرب أحدا فإن النهى عن الضرب الظاهر فى المولم، قرينه على تقييد المتعلق بالاحياء، و قد ذكرنا (ره) فى بحث الاستصحاب ان النهى عن النقص قرينه على اختصاص المراد من اليقين و الشك بموارد الشك فى الراجع.

هذا كله فى مقام التصرف و نحوه و اما فى مقام الإقرار، فليس فى البين ما يوجب تعيين المقر به بخصوص حصة المقر، بل الاخبار عن حصة من العين بأنها للغير، مقتضاه ان الحصة المزبورة تخرج عن تمام العين فينفذ من الإقرار بمقدار الإقرار على النفس و لا ينفذ ما يكون إقرارا على الغير.

(١) و مما ذكرنا فى مسألة اعتراف أحد الشريكين بثلث العين للآخر يظهر حال إقرار أحد الوارثين بالنسب للثالث فى ان ما يكون بيد الوارث المنكر لا يحسب تالفا على ذلك الثالث فقط بل يكون ما بيد المقر لهما و ما بيد المنكر تالفا عليهما على حد سواء.

نعم فى البين روايات «١» و ربما يستظهر منها ان التالف بالإنكار لا- يحسب على المقر بالنسب للثالث و لكنها لضعفها غير قابلة للاعتماد عليها و دعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور فيها ما لا يخفى لان نقل أصحاب الحديث تلك الروايات فى كتبهم لا يدل على عملهم بها كما يمكن ان يكون عمل البعض من غيرهم لاعتقادهم

(١) الوسائل الجزء (١٣) الباب (٢٤) الحديث (٥-٦)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١٣

**[بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله]**

و دعوى انصرافه إلى صورة (١)

موافقة مضمونها للقاعدة حيث تقدم دعوى ان مقتضاها حساب التالف بالإنكار على المقر له فقط.

(١) حاصل الدعوى ان المراد بما لا يملك في قوله عليه السلام ولا يجوز بيع ما لا يملك بعض القرية المفروضة في السؤال و البعض المزبور كان يبيعه من بيع مال الغير و بتعبير آخر لا يتصور في قسم الأراضي ما لا يكون قابلا للملك شرعا فإن الأراضي الموقوفة أو المفتوحة عنوة أو الميتة كلها مملوكة حتى مع عدم جواز بيعها و قوله عليه السلام و وجب الشراء من البائع فيما يملك ناظر الى حكم مورد السؤال الذى فرض فيه كون بعض المبيع غير مملوك للبائع بل مملوك للآخرين فالتعدى إلى حكم المقام يحتاج الى عدم احتمال الفرق في الحكم بين المستلئين و لا مجال لمنع المصنف (ره) و التزامه بإطلاق الصحيحة و شمولها للمقام كما لا يخفى.

نعم خطاب حل البيع و صحته يعم المقام حيث ان البيع بالإضافة الى ما يقبل الملك داخل في ذلك الخطاب. و لكن ربما يناقش في صحة البيع بالإضافة الى ما يقبل الملك ايضا بوجهين:

أحدهما- ان ما قصد بيعه هو لمجموع بإزاء مجموع الثمن و بيع ما يقبل الملك بإزاء بعض الثمن غير مقصود مستقلا و انما المقصود بيعه في ضمن بيع المجموع.

و هذه المناقشة ضعيفة جدا لما ذكرنا سابقا من ان البيع الواقع على المجموع في أمثال المقام ينحل بالإضافة الى اجزاء الصفقة غاية الأمر يكون تمام البيع بالإضافة الى كل من جزئى الصفقة شرطا في بيع جزئها الآخر و لذا يثبت في صورة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١٤

.....

الجهل بالحال خيار تبعض الصفقة.

و بهذا يظهر ان قياس بطلان البيع بالإضافة إلى مجموع الصفقة ببطلان الشرط بلا وجه فان فساد الشرط ايضا كما سيأتى إنشاء الله تعالى في محله لا يوجب فساد البيع و ان البيع لا ينحل بالإضافة إلى شرطه بخلاف اجزاء المبيع كما ذكرنا. و ثانيهما انه و ان ينحل البيع المتعلق بالمجموع الى بيع اجزائه الا- ان دليل حل البيع و لزومه لا يمكن ان يعم ما يقبل الملك لان بيع ذلك الجزء بإزاء بعض الثمن غررى حيث لا يعلم حال البيع مقدار الثمن الواقع بإزائه.

و الحاصل لو أمكن التعدى من صحيحة الصفار بدعوى عدم احتمال الفرق بين المستلئين فهو و الا لزم الحكم ببطلان البيع بالإضافة الى ما يقبل الملك ايضا.

و الجواب انه لا يعتبر العلم بمقدار الثمن فى البيوع الانحلالية بل يكفى فى خروج البيع عن كونه غرريا معلومية مجموع الثمن الواقع بإزاء مجموع المبيع بلا- فرق بين صورة بطلان البيع بالإضافة الى بعض البيوع الانحلالية و عدمه و بلا- فرق بين جهل المتبايعين أو أحدهما ببطلان بعض تلك البيوع و عدمه لان العلم بالبطلان و عدم الإمضاء شرعا لا يمنع من قصد مبادلة المجموع بالمجموع و لو كان المعلومية فى البيوع الانحلالية معتبرة لزم الحكم ببطلان البيع فى غالب موارد الانحلال لجهل المشتري بل البائع غالبا بمقدار الثمن فى كل واحد من تلك البيوع الانحلالية حال إنشاء البيع المتعلق بالمجموع فى مقابل المجموع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١٥

مع انه لو تم ما ذكر (١)

و قد يقال انه لا- يكون الغرر حال البيع موجبا لفساده فيما إذا ارتفع حال التسليم و فى المقام يرتفع الغرر عن الثمن بتقويم ما يقبل الملك و ما لا يقبله و ملاحظة النسبة بينهما.

و فيه انه لا يمكن الالتزام بذلك فان ظاهر النهى عن بيع الغرر ان البيع فيما إذا كان فى إنشائه متصفا بكونه غررا فهو محكوم بالفساد

ولذا لا يمكن الالتزام فيما إذا باع صبرة مجهول المقدار ثم يكال قبل التسليم الى المشتري.

وما يقال من ان الغرر غير الجهل بالمقدار و في المقام ليس في البيع غرر بل مقدار الثمن مجهول و الدليل على كون الجهالة في الثمن أو في المثمن موجبة لبطلان البيع هو الإجماع و من الظاهر انه ليس في المسألة إجماع لذهاب جل الأصحاب إلى صحة البيع بالإضافة الى ما يقبل الملك.

و فيه ان كان المراد بعدم الغرر في البيع معلوميه مجموع الثمن بإزاء الصفقة الجارية عليها البيع فهو و ان كان صحيحا الا انه كما الغرر منتف كذالك الجهالة في ذلك الثمن أيضا منتفیه و اما الجهالة في البيوع المتعددة المنحله و الغرر فيها لا يضر بالبيع لا في المقام و لا في غيره فلا وجه لدعوى ان الغرر غير الجهالة كما لا يخفى.

(١) يعني لو تم ان المشتري مع علمه بالحال لا- يمكن ان يقصد شراء تمام الصفقة بإزاء مجموع الثمن لزم الالتزام بان قصده في الحقيقة تعلق بشراء ما يملك بإزاء تمام ذلك الثمن لان مع اقدمه على ضمان الصفقة بإزاء تمام الثمن مع علمه بان بعض الصفقة لا يدخل في هذا الضمان في الحقيقة اقدم على ضمان ما يدخل في هذا الضمان بإزائه كما صرح بذلك الشهيد (ره) في حواشى القواعد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١٦

بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمهما (١).

و ما ذكر (ره) في تلك الحواشى يناسب ما ذكروا في بيع مال الغير من العالم بالحال من انه لا يرجع بالثمن لانه سلط البائع على ذلك الثمن مجانا فإنه على ذلك يكون المشتري العالم بالحال في المقام مسلطا للبائع على تمام الثمن اما في مقابل المملوك فقط أو بعضه في مقابل ما يقبل الملك و بعضه مجانا.

(١) و هذا هو الصحيح فإنه في مورد بيع ما لا يقبل الملك بعنوانه كما إذا بيع الخمر بعنوانه فلا بد في تقويمه من تقويمه خمرًا و اما إذا بيع بعنوان ما يقبل الملك كعنوان الخل مثلا فلا بد من تقويمه خلا و هذا مقتضى بذل الثمن و جعله في المبادلة بإزائه كما لا يخفى.

هذا كله فيما إذا كان ما لا يقبل الملك شرعا مالا عرفا و اما إذا لم يكن مالا عرفا كما إذا باع الشاة مع الوزغ صفقة بثمن فلا يمكن تقسيط الثمن على الشاة و الوزغ لعدم قيمة للوزغ عرفا و الأمر يدور بين ان يكون تمام الثمن بإزاء الشاة فهذا خلاف مقصود المتعاقدين و بين ان يكون البيع فاسدا حتى بالإضافة إلى الشاة و هذا هو المتعين باعتبار عدم طريق إلى معرفة الثمن بل لكون أصل البيع غريبا لان عنوان البيع لا يحصل بالإضافة إلى الوزغ حتى بنظر العرف و بالإضافة إلى الشاة غررى إلى هنا انتهى الجزء الثاني من مباحث البيع بقلم مؤلفه أقل العباد جواد بن على عفى عنهما و يتلوه الجزء الثالث إنشاء الله تعالى اللهم أنفع به إخوانى أرباب الفضل و عشاق العلم و اجعله ذخر اليوم فقري و فاقتى آمين يا رب العالمين.

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ١٤١٦ ه ق

### تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/٤١).

قال الإمام على بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ

الصّدوق، الباب ٢٨، ج ١ / ص ٣٠٧).

مؤسس مُجتمَع "القائمية" الثقافي بأصبهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - "رحمه الله" - كان أحدًا من جهابذة هذه المدينة، الذي قد اشتَهَرَ بشَعْفِهِ بأهل بيت النبي (صلواتُ الله عليهم) ولاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحه صاحب الزمان (عَجَّلَ اللهُ تعالى فرجه الشريف)؛ ولهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقه لم ينطفي مصباحها، بل تُتَبَعُ بأقوى و أحسن موقِفٍ كل يوم.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصبهان، إيران - قد ابتدأ أنشِطَتَهُ من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و مع مساعيدته جمع من خريجي الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، في مجالات شتى: دينية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافة الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحرّي الأذق للمسائل الدينيّة، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايتي المبتدله أو الرديئة - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامع ثقافية على أساس معارف القرآن و أهل البيت -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلامية، إنالة المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في الجامعة، و...

- منها العدالة الاجتماعية: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعدة، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في آكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلامية و الإيرانية - في أنحاء العالم - من جهة أخرى.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريّة، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيّة و مكتبيّة، قابله للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثية الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمية" [www.Ghaemiyeh.com](http://www.Ghaemiyeh.com) و عدّه مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضية، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدّعم العلميّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائيّ و اليدويّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيرة SMS

(ح) التعاون الفخريّ مع عشرات مراكز طبيعيّة و اعتباريّة، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الدينيّة كمسجد جمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسة" الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين في الجلسة

(ي) إقامة دورات تعليمية عمومية و دورات تربية المربي (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنة

المكتب الرئيسي: إيران/أصبهان/ شارع "مسجد سيد" / ما بين شارع "بنج رمضان" و "مفتق" و فاني / بنايه "القائمية"

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

البريد الإلكتروني: [Info@ghaemiyeh.com](mailto:Info@ghaemiyeh.com)

المتجر الانترنتي: [www.eslamshop.com](http://www.eslamshop.com)

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية والمبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعته، غير حكومية، و غير ربحية، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافي الحجم المتزايد والمتسع للامور الدينية والعلمية الحالية و مشاريع التوسعة الثقافية؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقية الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متزائداً لإعانتهم - في حدّ التمكن لكل واحد منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله وليّ التوفيق.



مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
الغمامة اصحمان

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

[www.Ghaemiyeh.com](http://www.Ghaemiyeh.com)

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

