

محصل المطالب
في تعليقات
المكاسب
الجزء: ٣

الشيخ صادق الطهوري

الكتاب: محصل المطالب في تعليقات المكاسب
المؤلف: الشيخ صادق الطهوري
الجزء: ٣
الوفاة: معاصر
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق:
الطبعة: الأولى
سنة الطبع: ١٤٢١
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
٣٠١	هل يتحقق الرد بالتصرف غير المخرج عن الملك.
١٧٨	٤ _ لو باع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له
٣	الكلام في المجيز اعتبار كون المجيز جائر التصرف حال الإجازة
٦	هل يشترط وجود مجيز حين العقد
١٥	هل يشترط كون المجيز جائر التصرف حين العقد
١٧	الكلام في المسائل
١٩	المسألة الأولى: لو لم يكن جائر التصرف بسبب الحجر
٣٣	المسألة الثانية: لو لم يكن جائر التصرف بسبب عدم الملك
٣٣	لو باع لنفسه ثم اشتراه وأجاز....
٣٨	الأقوى في المسألة:
١٢٧	لو باع لنفسه ثم تملكه ولم يجز
١٤٢	المسألة الثالثة: لو باع معتقدا " لكونه غير جائر التصرف فبان جائر التصرف
١٤٥	١ _ لو باع عن المالك فانكشف كونه وليا "
١٤٩	٢ _ لو باع لنفسه فانكشف كونه وليا "
١٥٤	٣ _ لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكا "
١٩٥	الكلام في المجاز اعتبار كون العقد المجاز جامعا " لجميع الشروط
٢٠٨	هل يشترط بقاء الشرائط إلي زمان الإجازة؟
٢١٥	هل يعتبر كون المجاز معلوما " للمجيز بالتفصيل..
٢٢٤	حكم العقود المترتبة
٢٨٩	مسألة: في احكام الرد ما يتحقق به الرد..
٣١٧	التصرفات غير المنافية لملك المشتري.
٣٤١	مسائل مسألة: حكم المالك مع المشتري لو لم يجز
٣٤٦	حكم المشتري مع الفضولي، المسألة الأولى: رجوع المشتري إلي الفضولي بالثمن
٣٩٦	حكم المشتري مع الفضولي، المسألة الثانية: حكم ما يغترمه المشتري غير الثمن.
٤٦٥	حكم المالك بالنسبة إلي الأيدي المتعاقبة
٤٩٠	حكم الأيدي المتعاقبة بعضها بالنسبة إلي بعض
٥١١	لو كانت العين باقية في الأيدي المتعاقبة
٥٣٧	مسألة: إذا باع الفضولي مال نفسه مع مال غيره الأقوى في المسألة..
٥٦٢	طريق معرفة حصة كل منهما من الثمن..
٥٧١	كيفية تقسيط الثمن في المثلي.
٥٧٧	بيع نصف الدار مسألة: لو باع من له النصف النصف مشاعا " ..
٦٠١	لو كان البائع وكيلًا " في بيع النصف أو وليا "
٦١٩	هبة المرأة نصف صداقها مشاعا " قبل الطلاق.

- ٦٢٤ الاقرار بالنصف في الشركة
- ٦٥٠ اقرار أحد الشريكين في الإرث بالنسب لشخص.
- ٦٥٥ مسألة: يبيع ما يقبل التملك وما لا يقبله
- ٦٧٧ طريق تقسيط الثمن علي المملوك وغيره
- ٦٧٨ طريق معرفة غير المملوك.
- ٦٨٥ مسألة: يبيع المصحف من الكافر
- ٦٨٩ هل تلحق أحاديث النبي والأئمة عليهم السلام بالمصحف؟

محصل المطالب
في تعليقات المكاسب
الجزء الثالث

موسوعة فقهية تشتمل على متن المكاسب
وتعليقات هامة رشيقة للعلماء الأعظم
(الآخوند الخراساني * الطباطبائي اليزدي *
الإيرواني * النائيني * الأصفهاني *)
صادق الطهوري

(تعريف الكتاب ١)

محصل المطالب
في
تعليقات المكاسب
(ج ٣)
تأليف: صادق الطهوري
الموضوع: الفقه
طبع ونشر: مؤسسة النشر الاسلامي

(تعريف الكتاب ٢)

مقدمة الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه وأفضل بريته المبعوث رحمة للعالمين و
الناسخ بشريعته السمحاء شرائع الأولين، وعلى عترته الذين هم كرائم القرآن وكنوز
الرحمن
وعيبة علم الملك العلام، أساس الدين وعماد اليقين، فسعد من اهتدي بهداهم وشقى من
تخلف عن
ركبهم.

أما بعد، فنشكر الله تبارك وتعالى ونحمده على توفيقه لنا في تقديم هذا الجزء (الجزء
الثالث)، من

موسوعتنا، وهو يتضمن مبحث (القول في المجيز) إلى (شروط العوضين) ما عدي مبحث
أولياء
العقد، لما رمنا إليه من استيعاب البحث فيه بسرد آراء الماضين والمعاصرين، فمهدنا له
كتاباً "

مستقلاً " مذكوراً " فيه الأقوال والمباني (من الماضين والمعاصرين) بصورة مبسطة
ومحققة.

أما بعد، فلا يخفى على القراء الكرام ان طريقتنا في هذه الموسوعة (من أول الجزء الثاني)
هو الاتيان

بكل كلمات المعلقين وعباراتهم، بصورة مرتبة ومنظمة في مواضع مناسبة من متن
المكاسب دون
إهمال أي منها.

مضافاً " إلى: اننا قمنا بتصحيح وتنقيح الحواشي من الأغلاط والأخطاء قدر الامكان مع
مراعاة

جانب الأمانة في النقل.

يري الناس دهنا " في قوارير صافيا ولم يدر ما يجرى على رأس سمس

قم المقدسة - سنة ١٤٢١ هـ. ق - لثمان خلون من شهر ربيع الآخر

في ذكرى ولادة أبي الحجّة (عجل الله تعالى فرجه) الامام الزكي الحسن بن علي
العسكري (صلوات الله وسلامه عليهم

أجمعين)

المحتاج إلى رحمة ربه: صادق الطهوري (نوروزي)

(مقدمة الكتاب ٣)

بيع الفضولي
* القول في المجيز *

(١)

القول في المجيز القول في المجيز فاستقصائه يتم ببيان أمور
الأول: يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ والعقل والرشد،
ولو
أجاز المريض بني نفوذها على نفوذ منجزات المريض، ولا فرق فيما ذكر بين القول
بالكشف
والنقل. (١)

(٣)

الثاني: هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مجيز حين العقد، فلا يجوز بيع مال اليتيم غير
مصلحه ولا ينفعه إجازته إذا بلغ أو إجازة وليه إذا حدثت المصلحة بعد البيع أم لا يشترط؟
قولان: أولهما للعلامة في ظاهر القواعد. [(٢)

الإجازة المتأخرة، وتأثير الإجازة المتأخرة أيضا " متوقف على بطلان العقد السابق، لان مع
فرض
صحته، لا يبقى محل لتأثيرها لكونها إجازة صادرة عن الأجنبي وهذا دور ظاهر كما لا
ينخفى.

(وبقية الأمور سيأتي ذيل كلام المصنف) (ج ٢ ص ١٥٣)
الأصفهاني: ربما يتوهم: امكان دعوى اختصاص منجزات
المريض بالتصرفات المعاملية دون شرائط المرض، فكذا الإجازة التي هي شرط العقد.
ويندفع: بأن للإجازة حيثيتين حيثية الرضا وهو شرط التأثير، وحيثية الانتساب إلى المجيز،
وهو
الموجب لان يكون تصرف الغير تصرف المالك، وقد مر سابقا " : أن الانتساب لا يتقدم
على ما به
الانتساب، وإن أمكن تقدم الأثر الاعتباري على مؤثره، فالتصرف في حال الصحة تصرف
الغير ولا
عبرة به، وإنما يكون للمالك تصرف بالإجازة في حال المرض.

ومنه تبين الفرق بينه وبين العقد منه في حال الصحة، والقبض منه في حال المرض، كما
علم أن
الكشف والنقل إنما يوجبان التفاوت من حيث تقدم الأثر ومقارنته لا في تقدم الانتساب
ومقارنته،

فلا ينبغي الاشكال في دخوله في منجزات المريض على أي حال. (ج ٢ ص ١٩٩)
(٢) النائيني (منية الطالب): الأقوى: عدم إعتبار وجود مجيز فعلي نافذ للإجازة حال العقد
فلو بيع

مال اليتيم بلا مصلحة له أو زوج مع عدم وجود الأب والجد ولا الوصي من قبلهما فلا
مانع من

صحة العقد بحيث إذا بلغ أجازته، لأنه لم يقد دليل تعدي على إعتبار وجود المجيز حال
العقد في نكاح

الصغير بل الدليل على خلافه، فان الأخبار الواردة في تزويج الصغار فضولا " لو لم تكن
ظاهرة في

مورد عدم وجود المجيز على ما هو منصرفها، فلا أقل من إطلاقها ولا تقتضي القاعدة أيضا
" إعتبار

وجود المجيز، لان أهلية العقد وشأنيته للاحاق الإجازة به تكفي لصحته. (ج ١ ص ٢٦١)
الإيرواني: هذا البحث واقع بعد الاتفاق والتسالم على إعتبار إستجماع عقد الفضولي لكافة

(٦)

واستدل له بأن صحة العقد والحال هذه ممتنعة، فإذا امتنع في زمان امتنع دائما " (٣)

الشرائط المعتبرة في عقد الأصيل عدا مقارنة رضا المالك فلو كان العقد فاقدا " لشيء من تلك

الشرائط بطل العقد من أجل ذلك ولم تجده الإجازة.

ولعل السر في هذا البحث هو: ان الشرائط المعتبرة في المالك هل هي شرائط معتبرة في تأثير رضاه؟

فإذا قام الدليل على تعميم شرطية رضاه بما يشمل المقارن واللاحق كان ذلك الدليل بعينه على

تعميم شرطية شرائط هذا الرضا بما يعم المقارن واللاحق فلا يعتبر مقارنة تلك الشرائط للعقد بعد

عدم إعتبار مقارنة المشروط بتلك الشرائط وهو نفس الرضا، أو يقتصر في التعميم على نفس الرضا.

وأما شرائط هذا الشرط فهي كباقي شرائط البيع على أصلها بعد عدم شمول الدليل المعمم لها

فيعتبر فيها كسائر الشرائط مقارنتها للعقد، فيعتبر في صحة الفضولي وجود شخص نافذ التصرف حال

العقد يصح العقد برضاه بحيث لو كان هو المباشر للعقد لنفذ وصح، سواء كان مالكا "، أو وليا " على

المالك، وسواء كان الولي وليا " خاصا "، أو وليا " عاما " كالامام ونائبه.

وهذا البحث لغو على مذهب الإمامية من وجود ولي لا محالة ينفذ العقد بإجازته، إذ لا أقل من

وجود الامام وإن لم يتمكن من الوصول إليه إلا أن يفرض عقد الفضولي على خلاف مصلحة

الصغير، فلا ينفذ بإجازة أحد أصلا " ومآل ذلك إلى أن الامام يستحيل منه الإجازة للعقد المذكور.

والمختار في المسألة ما ذهب إليه المشهور، فان كل ما دل على صحة الفضولي واقتضي عموم شرطية

رضا المالك بما يشمل الرضا اللاحق فهو دليل على عموم شرطية شرائطه، فان تلك الشرائط ليست

شرائط للبيع بلا واسطة كي يحافظ على إعتبار مقارنتها مع عموم شرطية الرضا للرضا اللاحق

وإنما هي شرائط للرضا فلا يعقل إعتبار مقارنتها مع عموم شرطية نفس الرضا للرضا غير المقارن.

(ص ١٣٤)

(٣) النائيني (المكاسب والبيع): قد نقل عن العلامة قدس سره إعتباره (أي إعتبار وجود المجيز في حال

العقد) مستدلا " له: بأنه لولاه لامتنع صحة العقد في زمان ما وهو زمان عدم وجود
المجيز، والممتنع في
زمان ممتنع دائما ". وهذا الاستدلال ينحل إلى صغري، وهي ان العقد الذي لم يكن له
مجيز ممتنع
الصحة في زمان عدم المجيز، والي كبري وهي انه كلما امتنع في زمان يمتنع دائما " .

(٧)

وبلزوم الضرر على المشتري، لامتناع تصرفه في العين - لامكان عدم الإجازة، ولعدم تحقق المقتضي - ولا في الثمن، لامكان تحقق الإجازة، فيكون قد خرج عن ملكه. (٤)

فإنه لا يشترط كون عقد البالغ على وفق المصلحة، إلا أن يقال: إن موافقة المصلحة مثلا " ليس كالتمول شرطا في العوضين حتى يجب تحققه حين ورود البيع عليهما، وليس شرطا في البيع بما هو تمليك حتى يكون زمان تحقق التمليك موصوفا " بأنه على وفق المصلحة، بل شرط في نفوذه من الولي، فهو في الحقيقة لازم المراعاة عند انتسابه إلى الولي، حتى لا يكون صادرا " من الولي، وهو حال صدوره منه على خلاف المصلحة، وحال انتساب البيع إليه حال الإجازة، لان الانتساب - كما مر مرارا - لا يتقدم على ما به الانتساب، والمفروض أنه في حال انتسابه إليه على وفق المصلحة، وإن كان هذا

العقد المنتسب إليه فعلا " مؤثرا " في الملكية قبلا ". (ص ٢٠١)
(٤) الإيرواني: يعني (المصنف من عدم الإجازة، عدم) الإجازة الفعلية، فان المقتضي هو ذلك ولا يجدي العلم بتحققها فيما بعد، إذ العلم ليس بنفسه هو المقتضي وإنما المقتضي المعلوم وهو لم يتحقق بعد. هذا إذا قلنا: إن الشرط هو الإجازة بوجودها الخارجي اما إذا قلنا: إن عنوان تعقب العقد بالإجازة

هو الشرط فالشرط حاصل فعلا " إذا كانت الإجازة حاصلة في وعائها. (ص ١٣٤)
الأصفهاني: محصله: أنه لو كان امكان الإجازة بوجود المجيز فعلا " شرطا " لم يكن ضرر، إذ مع امتناع الإجازة فعلا " لعدم وجود المجيز يقطع بعدم الصحة، فله التصرف في ماله وهو الثمن بخلاف ما إذا لم يكن وجود المجيز وامكان الإجازة فعلا " شرطا "، فإنه يكفي في صحته التأهيلية امكان الإجازة فيما بعد، وفي صحته الفعلية وجود الإجازة فيما بعد، بناء على الشرط المتأخر، وفي صحته الفعلية فيما بعد وجود الإجازة فيه على النقل، فحيث يحتمل الإجازة فيما بعد فيحتمل الصحة فعلا " على الكشف، فلا يمكنه التصرف في الثمن، وحيث يحتمل عدم تحقق الإجازة الموجبة للصحة الفعلية فلا يمكنه

التصرف في المبيع فعلا " وكونه ممنوعا عن التصرف في الثمن والمثمن ضرر عليه. وأما على النقل فلا يمكنه التصرف في الثمن للزوم العقد من طرفه، لكونه أصيلا " كما مر

مرارا " ولا
يمكنه التصرف في المثلثن، لان المقتضي لجواز التصرف في مال الغير العقد مع الإجازة،
والمفروض عدم
تحقق الجز الأخير من العلة التامة له.

(١١)

ويضعف الأول - مضافاً " إلى ما قيل: من إنتقاضه بما إذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول إليه

عادة - : (٥)

منع ما ذكره من أن امتناع صحة العقد في زمان يقتضي امتناعه دائماً "، سواء قلنا بالنقل أم بالكشف. (٦)

إلا أن الكلام حيث إنه في الاستدلال على اعتبار وجود المجيز في الصحة، فلا بد من ابتناؤه على

الكشف حتى يكون الضرر ناشئاً من احتمال الصحة، وعدم تمحضه في البطلان. وأما على النقل

فالصحة الفعلية على أبحاث مفروضة العدم، وإنما الضرر من ناحية لزوم العقد على الأصيل، ولازمه ارتفاع اللزوم لا الصحة.

ثم إن تقريب هذا الاستدلال بما في المتن يوافق ما قرره صاحب الكرامة، في شرح القواعد ولا

يخلو من شيء، لأن ضم عدم تحقق المقتضي إلى إمكان عدم الإجازة في المنع عن التصرف في المبيع

متهافت، إذ لا يراد من المقتضي إلا الإجازة، وعدم تحققها لا يوافق احتمال عدمها، إلا أن يحمل

احتمال عدمها على الكشف، وعدم تحقق المقتضي على النقل حتى يتم الاستدلال على القولين، وهو

مع بعده عن العبارة يرد عليه ما أشرنا إليه آنفاً فتدبر، ولذا عدل عن هذا التقرير وقرره صاحب

المقاييس بما يقرب مما قررناه فراجع. (ص ٢٠٣)

(٥) الطباطبائي: أسنده إلى القيل لا مكان دعوى الفرق بان الامتناع فيما نحن فيه شرعي بخلافه في

مورد النقض لكن الانصاف انه غير فارق فتدبر. (ص ١٦١)

الإيرواني: لكن النقض غير وارد على ما بينا من أن النزاع في إمكان صحة العقد من حين وقوعه

وإمكان اندراجه تحت خطاب أوفوا من مبدأ وقوعه، إذ من المعلوم ان امتناع الوصول إلى المجيز

عادة لا يمنع من إمكان إندراج المعاملة تحت الأدلة من حين صدورها وتأثيرها من زمان تحققها إذا

أجاز بعد الوصول إليه فان إجازته حينئذ توجب توجه خطاب أوفوا إلى العقد المقتضي لتأثيره من

مبدأ تحققه. (ص ١٣٤)

(٦) الإيرواني: قد مر تقريره بما لا سبيل للمنع إليه. (ص ١٣٤)

وأما الضرر فيتدارك بما يتدارك به صورة النقص المذكورة. (٧)
هذا كله مضافاً إلى الأخبار الواردة في تزويج الصغار فضولاً " الشاملة لصورة وجود ولي
النكاح وإهماله الإجازة إلى بلوغهم، وصورة عدم وجود الولي، بناء على عدم ولاية
الحاكم
على الصغير في النكاح، وانحصار الولي في الأب والجد والوصي، على خلاف فيه.
وكيف كان، فالأقوى عدم الاشتراط، وفاقاً " للمحكي عن ابن المتوج البحراني والشهيد
والمحقق الثاني وغيرهم، بل لم يرجحه غير العلامة رحمه الله.

نعم ذلك يختص على القول بالكشف ولا يجري على مذهب القائلين بالنقل.
(٧) الأصفهاني: وعن غير واحد أن الضرر يتدارك بالخيار في صورة الجهل، وأما في
صورة العلم
فلمكان الإقدام عليه لا موجب لرفعه.
والتحقيق: أن صحة هذا العقد واقعا لا توجب ضرراً "، وكذا لزوم الناشي من صحته
بصحته
ولزومه لم يترتب عليه ضرر أصلاً "، وإنما الضرر لمكان الجهل بصحته وفساده، ودوران
كل من
العوضين بين أن يكون ماله أو مال غيره، وليس للجهل حكم شرعي ضرري حتى يرتفع،
بل وجوب
الاحتياط حكم عقلي.
وقد بينا في محله أن المرفوع بقاعدة الضرر والخرج هو الحكم الشرعي الضرري أو
الخرجي، لا ما
ليس من مجعولات الشارع ولو بالواسطة، ونسبة الحكم العقلي إلى الحكم الشرعي نسبة
الحكم إلى
موضوعه، لا نسبة المنتزع إلى المنتزع عنه، حتى يكون قابلاً " للوضع والرفع بالتبع، بل لو
كان
وجوب الاحتياط شرعياً " - كما هو كذلك في الماليات فاللازم رفعه وجواز التصرف في
أحد المالين،
لا ارتفاع الصحة التي ليست بضرورية.
وأما لزوم العقد على الأصيل ولو مع القطع بعدم الصحة الفعلية كما مر من المصنف قدس
سره، فهو
وإن كان مرفوعاً إذا كان ضرورياً إلا أنه أجنبي عن مرام المستدل، فإن غرضه اعتبار وجود
المجيز في
الصحة، ودعواه الضرر من حيث ابتناء الصحة على الكشف لا من ناحية اللزوم، الذي لا
يتفاوت
الكشف وغيره فيه فتدبر. (ص ٢٠٤)

ثم اعلم أن العلامة في القواعد مثل لعدم وجود المجيز: ببيع مال اليتيم. وحكي عن بعض العامة -

وهو البيضاوي على ما قيل - الايراد عليه بأنه لا يتم على مذهب الإمامية من وجود الإمام عليه السلام في كل عصر.

وعن المصنف قدس سره (٨) أنه أجاب بأن الامام غير متمكن من الوصول إليه. وانتصر للمورد بأن نائب الإمام عليه السلام - وهو المجتهد الجامع للشرائط - موجود، بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود، بل للفاسق الولاية على الطفل في مصالحه مع عدم العدول.

لكن الانتصار في غير محله، إذ كما يمكن فرض عدم التمكن من الامام يمكن عدم اطلاع نائبه

من المجتهد والعدل أيضا "،

فإن أريد وجود ذات المجيز، فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض بعدم التمكن من الإمام عليه السلام

، وإن أريد وجوده مع تمكنه من الإجازة، فيمكن فرض عدمه في المجتهد والعدل إذا لم يطلعوا على العقد.

فالأولى ما فعله فخر الدين والمحقق الثاني من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة، فيرجع الكلام أيضا " إلى اشتراط إمكان فعلية الإجازة من المجيز، لا وجود ذات من من

شأنه الإجازة، فإنه فرض غير واقع في الأموال. (٩)

(٨) الإيرواني: هذا التعبير وقع من لسان شارح القواعد. (ص ١٣٤)

(٩) الطباطبائي: يعني: انه على هذا يخرج عن العنوان المذكور وهو وجود المجيز الظاهر في وجود

ذاته في جميع المقامات ذاته موجود حتى في هذا الفرض غاية انه لا يمكنه الإجازة لعدم المصلحة،

فيرجع إلى اشتراط وجود مجيز جازي الإجازة وعليه يدخل في العنوان الآتي وهو اشتراط كونه جازي

التصرف حال العقد، إذ الولي حال العقد الذي لا مصلحة فيه ليس جازي التصرف وانما يصير كذلك بعد

انقلاب المفسدة مصلحة. الا ان يقال: ان العنوان الآتي هو اشتراط كونه جازي التصرف في حد نفسه

والولي في حد نفسه جازي التصرف وانما المانع في العقد لا فيه فتأمل هذا.

وانما قال قدس سره فإنه فرض غير واقع في الأموال فان في غير الأموال يمكن عدم وجود ذات المجيز

الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جائر التصرف حال العقد. (١٠)

كما في النكاح بناء على عدم الولاية لغير الأب والجد والوصي الا ان يقال ان ذات المجيز حينئذ هو الصغير فإنه بعد بلوغه يصح له الإجازة فتدبر. (ص ١٦١)

الأصفهاني: لا يخفى عليك أنه بعد عدم خلو كل زمان عن الإمام عليه السلام عندنا، ولو فرض خلوه عن المجتهد الجامع للشرائط وعدول المؤمنين، لا يصح التكلم في اشتراط وجود المجيز بذاته، فلا بد من اشتراط وجود مجيز يتمكن عادة من إجازته والاطلاع عليها، حتى لا ينافي فرض وجوده في نفسه، أو اشتراط قابليته للإجازة حال العقد لفرض خلوه عن المصلحة، كما إذا باع الولي مال الطفل مع خلوه عن المصلحة، فتجددت المصلحة حال إجازته.

بتقريب: أنه لا ولاية له على مثل هذا التصرف، فمثل هذا التصرف ليس له مجيز قابل للإجازة حال العقد، وإن كان قابلاً " لها حين الإجازة، والكلام في العنوان الآتي بعد فرض وجود مجيز صالح للإجازة كلية أو شخصاً "، لكنه لم يكن المجيز بالآخرة صالحاً للإجازة حال العقد، كما إذا بيع مال الطفل بما فيه مصلحته مع وجود الولي وأهمل ولم يحجز، حتى إذا بلغ الطفل وأجاز، فإن المجيز بالآخرة غير صالح للإجازة حال العقد، وتعدد العنوان باعتبار تعدد الملاك، فإن الأول يختص بما سيأتي إن شاء الله تعالى من امتناع نفوذ العقد فعلاً بامتناع فعلية الإجازة، حيث لا يتمكن من الإجازة والاطلاع عليها عادة، أو حيث لا مصلحة حتى يتمكن من إجازته فعلاً "، دون الثاني لامكان فعلية الإجازة لوجود مجيز صالح للإجازة كلية وشخصاً حال العقد، إلا أن ارجاع العنوان الآتي إلى أن مالك التصرف حال الإجازة لا بد أن يكون هو المالك له حال العقد، بحيث يكون المانع مغائرة مالك التصرف في حال العقد لمالك التصرف حال الإجازة، كما عن بعض أجلة المحشين بلا وجه، فإن هذا مخصوص بصورة تجدد ملك العين للوجوه الآتية لا مطلقاً "، بل في غيره لا مانع عند من يقول به، إلا أن المجيز غير مالك للتصرف حال العقد، لا أنه حيث إنه مغاير له فلا ينفذ منه العقد بإجازته، كما

ستعرف إن شاء

الله تعالى. (ص ٢٠٠)

(١٠) الإيرواني: لم نعتبر في المسألة السابقة وجود مجيز حال العقد، فأولي بعدم الاعتبار

جواز

تصرفاته والظاهر أن هذا مسامحة في التعبير وحق التعبير أن يقال: لا يعتبر في المجيز

الفعلي أن يكون

(١٥)

سواء كان عدم التصرف لاجل عدم المقتضي أو للمانع.
وعدم المقتضي قد يكون لاجل عدم كونه مالكا " ولا مأذونا " حال العقد، وقد يكون لاجل كونه محجورا " عليه لسفه أو جنون أو غيرهما. والمانع كما لو باع الراهن بدون إذن المرتهن ثم فك الرهن. (١١)

نافذ التصرف حال العقد، سواء اعتبرنا وجود مجيز نافذ التصرف حال العقد لكن لم يكن هذا هو ذلك،

أم لم نعتبر وجود مجيز نافذ التصرف حال العقد رأسا ". (ص ١٣٤)
النائبي (منية الطالب): تنقيحها في ضمن مسائل، لان جهة عدم جواز تصرف المجيز حال العقد اما

واقعي، واما وهمي.
والواقعي على قسمين، قسم يكون منشأ عدم جواز تصرفه في متعلق العقد تعلق حق الغير به كحق

المرتهن والديان. وقسم يكون منشأ عدم كونه مالكا " حال العقد مع صيرورته مالكا " بعده اما

يارث أو اشتراء كمن باع مال أبيه ثم مات أبوه بعد العقد وانتقل المبيع إليه أو باع مال غيره ثم اشتراه.

واما الوهمي فهو كما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف اما لملك أو

ولاية كمن باع مال أبيه بزعم كونه حيا " فبان كونه حال العقد ميتا " أو مال الصغير مع إعتقاد

كونه أجنبيا فبان كونه وليا أو مأذونا ". (ج ١ ص ٢٦١)
(١١) الإيرواني: اما المحجور عليه لفلس فهو داخل في عدم جواز التصرف لاجل مانع كتعلق حق

المرتهن، فالمقتضي لجواز التصرف وسلطنة الشخص على المال هو الملكية مع كمال المالك من حيث

البلوغ والعقل والرشد والمانع تعلق حق الغير بالعين كحق الغرماء وحق المرتهن وحق الولد في أن لا

تباع. (ص ١٣٤)
الأصفهاني: لا يخفى عليك أن جعل عدم نفوذ التصرف للصغر والسفه والجنون من باب عدم

المقتضي لا يخلو عن شيء، لان المقتضي للسلطنة على التصرف في المال اضافته إلى المتصرف أو إذن

من له الإضافة. والسفه والصغر والجنون وما يقابلها من الرشد والبلوغ والعقل أجنبية وجودا

۱۱

(۱۶)

وعدما " عن المقتضي، بل إما أن يكون الصغر والسفه والجنون موانع عن تأثير المقتضي، لكون مقتضاها ضد مقتضى الملك مثلا "، أو أن يكون البلوغ والرشد والعقل شرائط تأثير المقتضي في فعلية السلطنة على التصرف، فعلي الأول لا تقابل لها مع حق الرهانة، لأنها موانع كحق الرهانة، وعلى الثاني لها التقابل لكن عدم الجواز بعدم الشرط لا بعدم المقتضي، والجامع أن عدم نفوذ التصرف في هذه الموارد ليس لعدم المقتضي، بل إما لعدم الشرط أو لوجود المانع. والظاهر أن نظره الشريف قدس سره اللطيف ليس إلى ما يوافق المصطلح عليه في المقتضي والمانع، بل إلى أن عدم النفوذ تارة لقصور من ناحية المتصرف - إما لعدم الملك أو الاذن، وإما لجنونه وسفاهته وصغره - وأخرى لا لقصور فيه لكونه تام الاقتضاء من حيث وجود كل ما يعتبر في سلطانه، وإنما لا ينفذ منه لعدم استقلاله في السلطنة، بل لا بد من ضم سلطان الغير إلى سلطانه، لمكان كون الغير ذا حق مزاحم لسلطانه المنبعث عن ملكه، فلكل منهما مقتضى السلطنة، ففي أحدهما الملك وفي الآخر الحق، فلا بد في نفوذ التصرف من كونه بإذنها وباعمال السلطنة منهما. ثم إن ادراج المسألة الثالثة تحت عنوان شرطية جواز التصرف حال العقد وعدمها، باعتبار الجواز الفعلي لا الواقعي، فالمجيز تارة لا يكون جائز التصرف حال العقد واقعا "، كما في الأولى والثانية، وأخرى لا يكون جائز التصرف فعلا " وإن كان جائز التصرف واقعا " كما في الثالثة. ثم إن التفكيك بين السفه والجنون والصغر والحق المانع وبين عدم الملك حال العقد، لاختصاص الثاني بخصوصية تجدد الملك المستلزم للمحاذير المتوهمة، كما أن تحرير الثاني مسألتي باعتبار تعدد الجهة من حيث الإجازة وعدمها، فيصح تحرير المسائل المتعددة التي تنوقف على تعدد ملاك البحث فيها، لما عرفت من تعدد الجهات والملاكات. (ص ٢٠٥)

(١٢) الطباطبائي: لا يخفى ان المترائي من هذا التفريع كون المسائل المشار إليها هي المفهومة من الشقوق المذكورة بان يكون إحديهما ما إذا لم يكن جازي التصرف حال العقد لكونه غير

مالك.
والثانية لكونه محجور السفه أو جنون. والثالثة لتعلق حق الغير كالرهن، مع أنه قدس سره
جعل
المسألة الأولى أعم من الأخيرتين والثانية هي الأولى وهي كونه غير مالك.

(١٧)

المسألة الأولى
أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة، لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز
التصرف لحجر.
والأقوى: صحة الإجازة بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير،
كما لو باع الراهن ففك الرهن قبل مراجعة المرتهن، فإنه لا حاجة إلى الإجازة كما صرح
به في
التذكرة. (١٣)

(١٣) الطباطبائي: وحينئذ فيندفع ما ربما يستشكل في صحة البيع المفروض بأنه موقوف
على إجازة
المرتهن وقد فات محلها لعدم تعلق حقه به بعد الفك فلا يمكن بتصحيحه لا بإجازة الراهن
ولا بإجازة
المرتهن وذلك لمنع التوقف المزبور وانما كان ذلك ما دامت الرهانة باقية
بل قد عرفت سابقا " امكان بل قوة منع التوقف على اجازته حالها أيضا " وانما كان له
حق المنع ومرجع اجازته إلى اسقاط ذلك
وإلا فلا دخل له بالبيع ليخير أو يرد.
ومن ذلك يمكن دعوى: انه لورده ثم اسقط حقة أو انفك الرهن صح البيع لارتفاع المانع
وعدم
تأثير رده شيئا " فالمقتضي - وهو صدور العقد من المالك - موجود والمانع مرتفع.
نعم يمكن أن يستشكل في الصحة بان الفك إما كاشف أو ناقل، فعلي الأول يلزم صحة
التصرف في
العين المرهونة حال بقاء الرهانة، وعلى الثاني يلزم التعليق ولعله لذا حكي عن القواعد أنه
قال لو
افتك الرهن ففي لزوم العقود نظر. وعن التحرير وفي نفوذ العتق لو فك اشكال. وعن
الشهيد في
الدروس وغيره منع نفوذ العتق خلافا " للمشهور من الحكم بالنفوذ.
والجواب أولا: انا نختار النقل لعدم الدليل على الكشف في المقام، إذ ليس حال الفك
حال الإجازة بل
هو نظير القبض في الصرف والمسلم في عدم كونه الا ناقلا.
ودعوى التعليق ممنوعة، إذ هو تعليق شرعي لا دخل له بانشاء المعاملة.
وثانيا " لو قلنا بالكشف نقول لا مانع منه فان القدر المسلم هو عدم صحة التصرف في
الرهن الذي
لا يتعقبه الفك.

المسألة الثانية

أن يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره. لكن عنوان المسألة في كلمات القوم هو الأول، وهو ما لو باع شيئاً " ثم ملكه وهذه تتصور

على صور، لان غير المالك إما أن يبيع لنفسه أو للمالك. والملك إما أن ينتقل إليه باختياره كالشراء، أو بغير اختياره كالإرث. ثم البائع الذي يشتري الملك إما أن يجيز العقد الأول، وإما أن لا يجيزه، فيقع الكلام في وقوعه للمشتري الأول بمجرد شراء البائع له. والمهم هنا التعرض لبيان ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من المالك وأجاز، وما لو باع واشتري ولم يجز، إذ يعلم حكم غيرهما منهما.

أما المسألة الأولى: فقد اختلفوا فيها فظاهر المحقق في باب الزكاة من المعتبر - فيما إذا باع المالك النصاب قبل اخراج الزكاة أو رهنه - انه صح البيع والرهن فيما عدا الزكاة، فإن اغترم

حصه الفقراء قال الشيخ رحمه الله صح البيع والرهن. (١٤)

(١٤) الطباطبائي: فظاهر المحقق مبتداء سقط من العبارة خبره وهو قوله: صحة البيع مع الإجازة قبل

قوله: في باب الزكاة أو بعد قوله: انتهى. (ص ١٦٢) النائيني (منية الطالب): وحيث إنه لا إشكال ظاهراً " في صحة ما إذا قصد البيع للمالك عنون

المصنف قدس سره ما إذا قصد البيع لنفسه ثم اشتراه من مالكة فأجاز، لأنه إذا صح هذه الصورة فصحة ما إذا قصده للمالك أولي.

ويظهر من المحقق في المعتبر صحتها وتوقفها على الإجازة ومن الشيخ على ما استظهره المحقق صحتها

وعدم توقفها عليها، لان المحقق قاس بيع المال الزكوي على مسألة من باع شيئاً " ثم ملك، واختار ان

اغترام المالك حصه الفقراء بمنزلة الملك الجديد فيحتاج إلى الإجازة. ونسب إلى الشيخ عدم توقف صحة بيع المال الزكوي إذا اغترم المالك إلى الإجازة، فلازم كلام

المحقق حيث جعل المسألتين من باب واحد، ان الشيخ قائل بعدم توقف مسألة من باع شيئاً " ثم ملك

إلى الإجازة. ولكنك خبير بأن هذا الاستظهار إنما يتم على بعض الوجوه،

وفيه إشكال، لان العين مملوكة، وإذا أدي العوض ملكها ملكا " مستأنفا "، فافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفة، كما لو باع غيره ثم اشتراه، إنتهي.
بل يظهر مما حكاه عن الشيخ: عدم الحاجة إلى الإجازة، إلا أن يقول الشيخ بتعلق الزكاة بالعين كتعلق الدين بالرهن، فإن الراهن إذا باع ففك الرهن قبل مراجعة المرتهن لزم ولم يحتج إلى إجازة مستأنفة. (١٥)

ويمكن ان يكون لاجل احتمال تعلق الحق بالعين فيخرج حينئذ عن باب من باع شيئا ثم ملك، وحيث إنه لم يظهر منشأ حكمه بعدم الحاجة إلى الإجازة فلا يمكن استناد القول بالصحة مع عدم الحاجة إلى الإجازة في مسألة من باع شيئا " اليه كما لا يخفى. (ج ٢ ص ١٦٠)
(١٥) الطباطبائي: اعلم أن المشهور بين العلماء الموافق للتحقيق حسبما يستفاد من الأدلة ان الزكاة متعلقة بالعين وان النصاب مشترك بين المالك والفقير على وجه الإشاعة كما هو ظاهرهم، أو على وجه الكلي في المعين حسبما اختاره بعض متأخري المتأخرين. وهنا احتمالات اخر، أحدها: ما نسب إلى شاذ ولعله من العامة من أنها متعلقة بالذمة من دون تعلق بايعه أصلا "

الثاني: انها متعلقة بالعين كتعلق حق الرهن بالعين المرهونة.
الثالث: انها متعلقة بها كتعلق حق الجناية بالعبد الجاني والاشكال المشار اليه في كلام المعتمد مبني على قول المشهور من الشركة. واما على الاحتمالات الاخر فلا يرد الاشكال، فعلي أولها، يجب الحكم بالصحة واللزوم ولو لم يود الزكاة بعد ذلك من موضع آخر. وعلى الثاني، حاله حال بيع العين المرهونة في حال الرهانة ثم فكها. وعلى الثالث، يكون بيعه التزاما " بالزكاة في الذمة، كما في بيع العبد الجاني حيث إنه إذا باعه المالك يتعلق أرش الجناية بذمته. ومن ذلك ظهر أن حكم الشيخ بالصحة من غير حاجة إلى الإجازة لا ينحصر وجهه في جعله من قبيل حق الرهانة، بل يمكن ان يكون من باب حق الجناية الا ان ينضم اليه وضوح بطلان الاحتمال

وبهذا القول صرح الشهيد رحمه الله في الدروس، وهو ظاهر المحكي عن الصيمري.
والمحكي عن المحقق الثاني في تعليق الارشاد: هو البطلان ومال إليه بعض المعاصرين
تبعا "، لبعض معاصريه.
والأقوى هو الأول، للأصل والعمومات السليمة عما يرد عليه. (١٦)

لاحكام كثيرة تعرضوا لها في محلها، منها: عدم نفوذ هذا البيع إلا بإجازة ولي الفقير، دون
إجازة
الفقير، حيث إنه لا يملك إلا بعد القبض، وعلى فرض النفوذ بالإجازة يملك مقدار حصة
من الثمن، لا ما
إذا أعطاه ما يساويه من موضع آخر، مع أن النص يتضمن صحة البيع إذا أدى الزكاة من
موضع
آخر، كما أن جعل الزكاة من قبيل حق الرهانة متعلقة بالعين حقا لا ملكا "، حتى يكون
لازمه بطلان
التصرف إلا بإجازة ولي الفقير أيضا " فيه محذور، إذ لا تسقط الزكاة بإجازة البيع كما
يسقط حق
الرهانة بإجازة التصرف المنافي، بل لا بد من أداء الزكاة - ولو من مال آخر - حتى
تسقط، ومع
أدائه سواء أجاز الولي أم لم يجز ينفذ البيع، فلا بد من أحد أمرين: أمد عوى أن الفقير مثلا
يستحق
على المالك دفع مقدار من المال من العين الزكوية، إذا لم يؤد من موضع آخر فلا يسقط
استحقاقه إلا
بذلك، فيدخل في المسألة السابقة، لكونه محجورا من التصرف إلا بعد أداء حصة الفقير
ولو من مال
آخر، وإن فارق حق الرهانة بقبوله للإجازة دون ما نحن فيه.
وأما دعوى أن المالك حيث إنه له الولاية على إعطاء القيمة وتقويم حصة الفقير وتعهد
لها، فبيعه
نافذ من دون بقاء حق للفقير في المبيع فضلا " عن الملك، غاية الامر لولي الفقير - إذا لم
يؤد المالك
- رد البيع وأخذ مقدار حقه من المبيع، فلا يدخل في هذه المسألة ولا في المسألة السابقة،
وبقية الكلام
في محله والله العالم. (ج ٢ ص ٢١٠)

(١٦) الطباطبائي: لا يخفى انهما ليسا دليلين مستقلين، إذ المراد من الأصل اما القاعدة
المستفادة من
العمومات من صحة كل عقد شك في صحته شرعا ".
واما أصالة عدم شرطية مالكية المجيز حين العقد وهي أيضا " لا تنفع الا بضميمة
العمومات، إذ مع
قطع النظر عنها الأصل عدم ترتب الأثر والفرق بين العبادات والمعاملات ان في الأولى

يمكن أن
يؤخذ بالقدر المعلوم من التكليف وينفي الزائد بالأصل لعدم أصل موضوعي وفي الثانية
مجرد أصالة

(٣٨)

ما عدا أمور لفقها بعض من قارب عصرنا مما يرجع أكثرها إلى ما ذكر في في الايضاح
وجامع
المقاصد:
الأول: أنه قد باع مال الغير لنفسه، وقد مر الاشكال فيه، (١٧)

عدم الشرطية لا تثبت الصحة بل لا بد من احراز المقتضي وهو مثل قوله تعالي أوفوا
بالعقود.

والسر ما أشرنا اليه وجود الأصل الأولي وهو عدم ترتب الأثر فتدبر. (ص ١٦٢)
الأصنفهاني: ظاهره من الأصل ما يقابل العمومات والقاعدة المستفادة منها، وليس إلا أصالة
عدم

الاشتراط، وهي إذا لم ترجع إلى أصالة الاطلاق لا تجدي في وجود المقتضي إثباتا " لنفوذ
المجرد عن

القيد المشكوك، ومع وجوده لا حاجة إلى أصل تعبدي.
وأما أصالة الصحة الثابتة قبل الاشتراء، فإنه بيع فضولي محض وقد فرغنا عن صحته
بالإجازة.

ففيه: أريد الصحة التأهيلية أي الصحة على تقدير الإجازة، فالمتيقن إجازة المالك حال
العقد، فإن غيره

مشكوك، وإن أريد مجرد عدم وقوعه فاسدا، فنفوذه بمجرد إجازة المالك حال الإجازة
يحتاج إلى

المقتضي في مقام الاثبات، وقد عرفت حاله. (ج ٢ ص ٢١١)
الإيرواني: لا بد أن يراد من الأصل في مقابل العمومات الأصل العملي وكون الأصل هو

الصحة مع
أن الأصل في المعاملات هو الفساد وعدم التأثير في النقل والانتقال لا بد أن يكون مبينا "

على القول
بجريان أصالة البرأة عند الشك في الجزئية والشرطية للأسباب كالعقود والايقاعات لعموم

بعض
أدلتها لذلك وان اختص بعض آخر منها بخصوص الشك في الاحكام التكليفية لكن هذا

غير
مرضي عند المصنف وقد تقدم التصريح به في المقدمة. (ص ١٣٤)

(١٧) الطباطبائي: هو الشيخ المحقق المدقق الشيخ أسد الله التستري قدس سره في
المقاييس على ما

حكى عنه. (ص ١٦٣)
النائيني (المكاسب والبيع): محصل هذا الوجه هو جريان الاشكال الجاري في بيع الغاصب

لنفسه
الذي تقدم توضيحه.

وحاصله: ان البيع عبارة عن تبديل طرفي الإضافة انتقال كل من العوضين اللذين طرف
للإضافة

وربما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك. (١٨)

عن مكانه إلى مكان آخر حسبما مر شرحه، فالمبيع الخارج عن ملك البائع إلى ملك المشتري يقتضيان

يكون الثمن الخارج عن ملك المشتري واقعا مكانه حتى يتحقق المعاوضة.

واما دخول المبيع في ملك المشتري عن البائع بإزاء انتقال الثمن عن ملك المشتري إلى ثالث غير

البائع، فهو خارج عن حقيقة المعاوضة، لكن بيع الغاصب لنفسه في المسألة المتقدمة وبيع الفضولي في

المقام لنفسه ثم اشتراؤه المبيع من مالكة، يكون كذلك حيث إن البائع الفضولي غاصبا " كان أم لا

يقصد انتقال المثلث عن مالكة إلى المشتري في مقابل انتقال الثمن عن المشتري إلى البائع كما هو معني

كون البيع عن نفسه، وهذا خارج عن حقيقة البيع. (ج ٢ ص ١٦١)

(١٨) الأخوند: اي بعض ما ذكر في مقام التفصي عما أشكل به في نفوذ الإجازة في بيع الفضول

لنفسه، ولا أظن بذلك، بل لا يجري فيه بعض الاشكالات الجارية هناك، كما أفاده رحمه الله لعدم

مخالفة الإجازة لما قصد المتعاقدان ها هنا، فلا يحتاج إلى التكليف بما سلف في التفصي عنه، ولكنه ربما

يشكل ها هنا بمخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان أيضا "، فان المنتقل عنه المبيع والمنتقل اليه الثمن، انما

هو المالك الحقيقي حين البيع، غاية الامر ان البائع انما قصده لنفسه بدعوى أو اعتقاد انه هو،

وهو غير المالك حين الإجازة وهو البائع، فتكون الإجازة مخالفة لما قصدها، حيث قصد البيع عن المالك

حين البيع بإزاء الثمن له، وقضية الإجازة نفوذه للمالك حين الإجازة - وهو الفضول - فيكون المنشأ

غير المجاز، فتأمل جيدا "

هذا بناء على اعتبار لحاظ طرفي النقل من المنقول عنه والمنقول اليه في البيع، كما هو كذلك، لأنه

اعتبار خاص وإضافة خاصة، ولا يكاد يتحقق القصد إليها بالجد، الا مع تعيين المضاف والمضاف اليه،

وليس هو المالك الكلي كي ينطبق على الأصيل في زمان، وعلى الفضول في زمان آخر، بل هو شخص

المالك حين العقد، فافهم. (ص ٧١)

الطبائبي: يعني لا يجري بعض التوجيهات لدفع بعض الاشكالات هناك ههنا لكن لم

افهم المراد
من ذلك البعض، فان جميع الاشكالات المذكورة هناك مشترك الدفع الا ما أشار اليه
المصنف من
اشكال مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان وهذا كما أشار اليه قدس سره على العكس
مما قصده

(٤٠)

وربما يسلم هنا عن بعض الاشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

وفيه: أنه قد سبق إن الأقوى صحته (١٩)

في غاية الاشكال كما لا يخفى. (ج ٢ ص ١٦٢)

الإيرواني: الذي لا يجري فيه هو تصحيح القصد إلى حقيقة المعاملة بادعاء الملكية لا لاختصاص

المقام ببيع غير الغاصب بل لعدم اختصاصه ببيع الغاصب فيشمل كل من باع ثم ملك غاصبا " كان

أو غير غاصب لكن تقدم بطلان هذا الوجه في محله وان القصد إلى حقيقة المعاملة لا يتوقف على

ادعاء الملكية لعدم تقوم حقيقة المعاملة والمبادلة بدخول العوض في ملك مالك المعوض فلا مانع من

صحة البيع في المقام من حيث إنه باع مال الغير لنفسه. (ص ١٣٥)

(١٩) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى ان المالك في بيع الغاصب لنفسه، اما يجيز لنفسه أو يجيز

للغاصب، فان أجاز لنفسه فيقع الاشكال المتقدم وهو كون البيع صادرا عن الغاصب لنفسه وكيف

يصير بالإجازة بيعا " عن المالك، وقد تقدم الجواب عنه، وهو كون البيع صادرا عن الغاصب للمالك

مع ادعاء انه المالك، وبالإجازة يقع عن المالك ويلغي ادعاء كون الغاصب هو المالك، وان أجاز

للغاصب يقع عن المالك أيضا ويلغي كونه عن الغاصب وبعد إلغاء كونه للغاصب، ووقوع البيع

للمالك تقع المطابقة بين الإجازة مع قصد البائع الغاصب، إذ هو باع للمالك، والمفروض وقوع

الإجازة أيضا " للمالك، وعلى هذا فيصير حال بيع الغاصب كحال المقام من دون تفاوت. والمتحصل من هذا الوجه: هو عدم اندفاع الاشكال الجاري في بيع الغاصب عن المقام، بما اندفع به في

باب بيع الغاصب كما بيناه.

ويمكن ان يقال: باعتبار مالكية البائع الفضولي فيما جرت السيرة في بيعه ثم تسليمه إلى المشتري بعد

اشرائه عن مالكه كما في معاملة الدالين الذين يبيعون ثم يشترون ما باعوه عن مالكه فيسلمونه

إلى مشتريهم، وذلك في مثل الأشياء المعدة في البيع التي تكون في عرضته بحيث يطمئن الدلال بأن

المالك يبيعه، فكأنه يدعي نفسه مالكا "، فيصدر منه بيعه، ثم يشتريه فيسلمه وفاء ببيعه

الذي صدر
منه قبل الاشتراء، وهذا مما لا بأس به لولا الأخبار الواردة في النهي عن بيع ما ليس عندك،
فإنها
واردة في مقام من باع ثم ملك.

(٤٣)

الثاني: إنا حيث جوزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك ورضي المالك والقدرة على التسليم اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز، لأنه البائع حقيقة والفرض هنا عدم إجازته وعدم وقوع البيع عنه. (٢٠)

فأجري العقد بين ملكي المالين. وبعبارة أخرى كان مبني صحة تحليل داعيه إلى أمرين، الأول: وقوع التبديل بين ملكي مالتهما. والثاني: تخيل ان المالك لاحد العوضين هو نفسه فيلغي هذا الخيال والتطبيق ويؤخذ بقصده والمعاوضة بين ملكي المالين. وهذا الجواب لا يجري في المقام لأنه لم يسرق الإضافة ولم يغصب المال فكيف يقصد المبادلة بين الثمن الذي يقصد تملكه والمثمن الذي هو ملك لغيره مع أنها تقتضي دخول الثمن في ملك من خرج عنه المثمن.

إلا أن يقال: ان قصد البيع لنفسه حيث يقع ممن يطمئن بتملك المبيع فكأنه يري نفسه صاحب المال المشاركة فيبيع ما يملكه فعلا بلحاظ ملكه فيما بعد فتأمل. واما الاشكال الثاني، فغير وارد في بيع الغاصب فضلا " عن المقام لما ذكرنا أن الغاصب يقصد أمرين الأول وقوع المبادلة بين ملكي المالين والثاني كون مالك أحد العوضين هو نفسه والإجازة تتعلق بالأول أو بهما معا " وتعلقها بالثاني لغو لا أثر لها وبالنسبة إلى الأول تطابق ما قصده الغاصب فتؤثر

وتوجب استناد النقل إلى المالك الحقيقي وهو المجيز. واما الاشكال الثالث، فلا يمكن التفصي عنه بمثل ما تفصي به في مسألة الغاصب لما أجبنا عنها في تلك المسألة بأنها في مقام بيان عدم وقوع البيع لغير المالك وملتزم بمفادها ونقول بعدم وقوع البيع

للغاصب بل يقع للمالك بإجازته. وهذا الجواب لا يجري هنا لان الغرض من صحة البيع وقوعه لنفس العاقد إذا ملك المبيع بالاشتراء

بل مصب هذه الأخبار هو النهي عن بيع ما لا يملكه فعلا " وان قصد شرائه.

هذا تمام الكلام في الاشكال الأول. (ج ٢ ص ٢٦٤)

(٢٠) الإيرواني: محصل هذا الامر بتتميم منا هو ان دليل إعتبار القدرة على التسليم في المبيع، اما أن

يكون شاملا " لبيع الفضولي، أو لا يكون شاملا " لكن لا وجه لعدم الشمول لعدم دليل

يخصه بغيره

(٤٥)

وفيه: أن الثابت هو إعتبار رضا من هو المالك حال الرضا سواء ملك حال العقد أم لا، لأن الداعي على إعتبار الرضا سلطنة الناس على أموالهم وعدم حلها لغير ملاكها بغير طيب أنفسهم وقبح التصرف فيها بغير رضاهم، وهذا المعنى لا يقتضي أزيد مما ذكرنا. (٢١) وأما القدرة على التسليم فلا نضائق من اعتبارها في المالك حين العقد، ولا يكتفي بحصولها

فيمن هو مالك حين الإجازة وهذا كلام آخر لا يقدر التزمه في صحة البيع المذكور، لأن الكلام بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها. (٢٢)

(٢١) الآخوند: وفيه: ان الإجازة كما أشرنا اليه سابقا " كما لا بد منها لاجل الرضا والطيب، كذلك لا بد منها لاجل تصحيح انتساب العقد إلى المجيز، ولا يكاد يصح الانتساب اليه فيما إذا وقع لغيره بإجازته.

(ص ٧٢)

النائني (المكاسب والبيع): يعني الذي ثبت اعتباره بالدليل في باب الرضا انما هو اعتبار الرضا من

المالك حين الإجازة سواء كان مالكا حين العقد أم لا، وليس على اعتبار كون الرضا حين الإجازة

من المالك حين العقد دليل.

والسر فيه انما هو كون منشأ الاعتبار قبح التصرف في ملك الغير بغير رضاه.

وهذا كما تري لا يثبت أزيد من اعتبار رضا من هو مالك حين الرضا، واما اعتبار كون الرضا ممن هو

مالك حين العقد، فلا دليل عليه هذا بالنسبة إلى الرضا. (ج ٢ ص ١٦٥)

(٢٢) الأصفهاني: ظاهره كفاية قدرة من هو المالك حال العقد في نفوذ البيع من المالك حال الإجازة،

فإن الكلام فيما يعتبر وجوده في نفوذ البيع منه، وإلا لكان البيع المبحوث عنه فاقدًا " لهذا الشرط

دائمًا "، فلا يكون البحث عن صحة البيع المزبور إلا بحثا علميا فقط.

ومن الواضح أن قدرة من لا ينفذ البيع منه أجنبية عن تسليم من يراد تسليمه، لكونه بايعا فيؤول

إلى شرطيتها تعبدا محضا ".

والتحقيق: ما تقدم منا - في أدلة القائلين بطلان الفضولي - كلية من: أن القدرة ليست شرطا " في

العاقده بما هو مباشر لاجراء الصيغة، ولذا لا تعتبر في الوكيل في إجراء الصيغة فقط.

الثالث: إن الإجازة حيث صحت كاشفة - على الأصح - مطلقاً "، لعموم الدليل الدال عليه،

ويلزم حينئذ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه. (٢٣)
هو بعينه المالك القادر على التسليم حين العقد فلا دليل عليه. (ج ٢ ص ١٦٥)

(٢٣) الإيرواني: اعلم: ان هذا الدليل مؤسس كتاليه على القول بالكشف في الإجازة، وعلى هذا

الأساس تام مستحكم لا مخلص منه الا ان يرفع اليد عن مذهب الكشف.
وجواب المصنف عن الكل بالالتزام بالكشف من حيث يمكن في نهاية الوهن.
ولنبين خلاصة الدليلين الأولين بتتيمم وتوضيح منا كي يظهر لك استحكامها ووهن ما ذكره

المصنف رحمه الله في الجواب.

وحاصل ذلك: ان العمومات التي هي عمدة أدلة صحة الفضولي كما هي دليل على صحة الفضولي،

كذلك هي دليل على أن الإجازة كاشفة، فهي بعمومها وشمولها لبيع الفضولي تقتضي صحة بيع الفضولي وباقتضاء مادة الوفاء في خطاب أوفوا تقتضي الوفاء بالعقد من أول زمان تحققه، وما هذا إلا معني الكشف وحينئذ فان أخذنا بهذه العمومات وصححنا بها بيع الفضولي لزمننا القول بالكشف

وإن لم يكن لنا الالتزام بالكشف لمحذور شرعي أو عقلي لزمننا ترك العمومات وعدم تصحيح بيع الفضولي بها.

لكن القول بالكشف فيمن باع ثم ملك غير ممكن للزوم خروج الملك عن ملك المالك الثاني قبل

دخوله في ملكه وللزوم إجتماع مالكين على ملك واحد أعني المالك الأول والمشتري من الفضولي

وكل منهما محال غير معقول فكان اللازم ترك العمومات وعدم التمسك بها لتصحيح الفضولي في

المقام، فإذا تركنا العمومات لم يبق لنا ما يقتضي صحة هذا البيع فيرجع إلى الأصل وهو يقتضي

الفساد. (ص ١٣٥)

النائني (منية الطالب): واما الاشكال الثالث، فحاصله: انه بناء على الكشف يلزم كون البائع

الفضولي مالكا " قبل اشتراؤه المبيع من المالك الأصلي وإلا لزم خروج المال عن ملكه إلى ملك

المشتري قبل دخوله فيه.

ثم لا يخفى ان هذا الاشكال والاشكال الرابع والخامس الذي عده من الأعاجيب واردة

لا يخفى ابتناء الجواب على المنع من كاشفية الإجازة عن تحقق النقل من حين العقد في المقام بل الكشف في المقام بالمقدار الممكن، وهو النقل من حين انتقال المبيع اليه بالشراء عن مالكة فحاصل جوابه هو دعوى صحة هذا البيع من جهة تمامية مقتضيه وعدم المانع عنه. اما تمامية المقتضي فلشمول عمومات أدلة البيع له وعدم قصورها في الشمول، واما عدم المانع فلان المانع المتصور هو كون الإجازة بناء على الكشف مقتضية لانتقال المبيع عن البايع الفض ولي إلى مشتريه من حين البيع، وهو ممنوع بل اللازم على الكشف هو الالتزام به بمقدار يمكن الالتزام به وهو في المقام دعوى حصول النقل من حين انتقال المبيع عن مالكة الأصلي إلى البايع الفضولي، لا من حين بيعه.

هذا، وفيما أفاده منع، اما بالنسبة إلى ما أفاده في وجود المقتضي للصحة فلما تقدم في الاشكال من المنع عن شمول العمومات للمقام من جهة المنع عن كونه بيعا عرفيا بعد فرض كون البيع عرفيا وحقيقة تبديل طرفي الإضافة على ما تقدم شرحه.

واما بالنسبة إلى ما أفاده في عدم المانع فلان ما ذكره انما يستقيم في مثل الإجازة، إذا وقعت فضولا بالنسبة إلى زمان ملكية المالك للمنفعة وزمان لا يملكه، أعني مجموع زمني مالكيته وغيره، فأجاز حيث إن اجازته هذه كاشفة عن انتقال المنفعة إلى المستأجر من زمان تملك المالك المجيز لها من حين العقد، ولا يتم هذا في عقد البيع، إذ ليس فيه تقطيع لملكية المبيع بالنسبة إلى الأزمنة المتأخرة عن العقد حتى يقال بتعلق الإجازة بقطعة منها دون الأخرى، بل العقد الواقع يقتضي الملكية على الاطلاق، وانما استمرارها ببقائها لا أنه يقتضي استمرار الملكية إلى الأبد.

وبعبارة أوضح: عقد الإجازة يورث ملكية منفعة زمان معين محدود مذكور في العقد، لكن عقد البيع لا يقتضي ملكية العين في زمان معين محدود بحد قليل أو كثير كما لا يخفى فحينئذ على الكشف اما لا بد من الالتزام بحصول الملك من حين البيع أو ببطان الإجازة، ولا يصح القول بحصوله من حين انتقال المبيع إلى البايع، إذ ليس في ذلك الزمان عقد تكشف الإجازة عن تأثيره وتأثير العقد السابق في الملكية من ذلك الحين موقوف على التقطيع في الملكية الذي قد عرفت منعه.

والحاصل تمامية هذا الوجه في اثبات بطلان بيع من باع ثم ملك. (ج ٢ ص ١٦٧) النائيني (منية الطالب): (بناء على ما قلناه في التعليقة السابقة تحت الرقم ٢٣) لا يستقيم الجواب عنه بما أفاده المصنف قدس سره من أن مقدار الكشف تابع لصحة البيع لأن للمستدل المنع عن أصل اقتضاء البيع للصحة في المقام لما مر في الوجه السادس من أن بيع الأصيل ماله من البائع الفضولي يقتضي بطلان بيع الفضولي، لأن الرد كما يتحقق بالقول يتحقق بالفعل أيضا ". ثم لو سلم تحقق المقتضي فله أن يدع وجود المانع عن الصحة بدعوى أنه لا خصوصية للإجازة في المقام تقتضي التأثير من حين اشتراء البائع لامن حين العقد فإذا امتنع العمل بما تقتضيه في المقام كان اللازم فساد البيع.

ولا يمكن تصحيحه بأن مقدار كشف الإجازة تابع لصحة البيع إلا بعد ورود الدليل على صحة هذا البيع حتى يكون تخصيصا " لما اقتضته الإجازة من كشفها عن تحقق الملك حين العقد وإلا يكفي

للبطالان عدم إمكان العمل بما تقتضيه وصحته تتوقف على أمرين:

الأول: عدم إعتبار كون شخص خاص طرفا " للمعاوضة لا بمعنى إمكان كونه كليا " فان هذا غير معقول، لأن الإضافة تتوقف على مضاف إليه معين بل بمعنى عدم إعتبار خصوص كونه زيدا " أو بكرا " فلو اشترى من شخص باعتقاد كونه زيدا فتبين كونه بكرا " لا يضر وليس البيع كالنكاح. الثاني: كون مسألة من باع شيئا " ثم ملك كمسألة إختلاف المالك حال العقد والإجازة بسبب الموت والوراثة بأن يكون تبدل الملك كتبدل المالك فإذا تم هذان الأمران فلا محيص عن الإلتزام بالصحة في المقام وإنكار اقتضاء الإجازة كشفها الملك من حين العقد في جميع المقامات. والامر الأول لا إشكال فيه.

واما الثاني فقد ظهر في أول مباحث البيع الفرق بين الإرث والبيع وان في الإرث التغيير والتبديل في المالك وفي البيع التبديل في الملك فإذا باع الفضولي ملك المورث ثم انتقل إلى الوارث فحيث إن الملك على حاله ودل الدليل على قيام الوارث مقام المورث فالوارث يحيز نفس هذا التبديل واما لو باع الفضولي مال زيد ثم انتقل إلى نفسه فإجازته لا تتعلق بما وقع أولا "، لأن التبديل وقع بين ملك زيد

والمشتري والإجازة تتعلق بملك المشتري والفضولي الذي لم يكن ملكه طرف الإضافة. وبالحملة: كل ما تعلق الإجازة بما انتقل من المجيز إلى الآخر ولو في عقود متتابعة فهي مؤثرة. واما لو تعلقت بغيره فلا تؤثر وان كان الملك حين الإجازة ملكا " له، لأن الإجازة ليست عقدا " ابتدائيا " حتى يقع التبديل بها فعلا " ولو على النقل فضلا " عن الكشف. ولا يمكن قياس مسألتنا هذه على مسألة الإرث لأنه لو أجاز الوارث العقد الواقع على ملك مورثه تؤثر إجازته بناء على الكشف من حين العقد ولا يمكن الالتزام بهذا في المقام وليست جهة الفرق إلا أن تبديل المالك واختلافهما لا يوجب تفاوتاً في المملوك وفي المقام يوجب ذلك فالمنشأ لا تتعلق به الإجازة والمجاز ليس هو المنشأ. (ج ١ ص ٢٦٥)

الإيرواني: وقد أجاب المصنف عن ما ذكرناه الذي هو خلاصة الدليلين بأن الالتزام بالكشف من حال العقد إذا لم يمكن لم يوجب ذلك ترك عمومات الصحة رأساً " الحكم بالفساد بل يؤخذ بالعمومات وبما دل على أن الإجازة كاشفة ونتيجة الجمع بين الدليلين الحكم بالصحة ثم الكشف من حيث يمكن وهو في المقام من زمان انتقال الملك إلى المالك الثاني ويرفع اليد عن الكشف قبل ذلك إلى زمان وقوع عقد الفضولي للاستحالة العقلية أعني: لزوم خروج الملك عن المالك الثاني قبل دخول فيه ولزوم تعدد المالك واحد. وبما حررنا يظهر لك اندفاع هذا الجواب فان الدليل على صحة بيع الفضولي وعلى كون الإجازة كاشفة دليل واحد لا دليلان كي يجمع بينهما بالالتزام بالكشف من حيث يمكن وهذا الدليل باطلاقه يقتضي صحة بيع الفضولي وباقتضاء مادته أعني: مادة الوفاء الذي هو القيام بمقتضى العقد من مبدأ تحققه يقتضي الكشف ان أخذنا بهذا المدلول، فاللازم القول بالكشف من حين العقد وإن لم نأخذ فاللازم تركه رأساً " والذهاب إلى فساد بيع الفضولي.

واما التبويض بالأخذ به في الحكم بالصحة والالتزام بالكشف من حيث يمكن فذلك مبني على أن للعقد الواحد وفيات متعددة بحسب الأزمنة وبإزاء كل وفاء خطاب إلزامي فإذا خرج وفته في زمان عن حيز الخطاب لمخصص شرعي أو لمحذور عقلي أخذ بعموم أوفوا بالنسبة إلى وفته في ما لا مخصص فيه ولا محذور عقلي له من الأزمنة لكن المبني باطل، إذ ليس للعقد الواحد إلا وفاء واحد

فإن كان لا بد من الكلام فينبغي في المقتضي للصحة، أو في القول بأن الواجب في الكشف

عقلا " أو شرعا " أن يكون عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد. وقد عرفت أن لا كلام في مقتضى الصحة، ولذا لم يصدر من المستدل على البطلان، وأنه لا مانع عقلا " ولا شرعا " من كون الإجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها. (٢٥)

صدور الإجازة ومن زمان صدور الإجازة يملك المالك الثاني عين تلك القطعة من العين التي كانت

إلى زمان صدور الإجازة مملوكة للمالك الأول واتحاد زمان المتصف بالمملوكية لمالكين مع اختلاف

زمان الاتصاف مما لا ضير فيه أصلا " وقد عرفت أن هذا نقل في الملكية وكشف في المملوك ومما

ذكرنا ظهر مواقع النظر من كلام المصنف في هذين الأمرين. (ص ١٣٥) (٢٥) الإيرواني: قد عرفت أن المقتضي للصحة والكشف واحد وهي العمومات فان أخذنا بها

اقتضت الصحة ثم الكشف من حال العقد وإن لم يمكن الكشف من حال العقد لزم تركها ولازم ذلك

هو القول بالفساد واما الاخذ بها ثم الالتزام بالكشف من حال العقد فذاك اقتراح محض لا يساعده

دليل مجرد عدم المانع من الالتزام بالكشف الناقص لا يوجب الالتزام به ما لم يكن مقتض يقضيه

فما تكرر من المصنف من نفي المانع وعدم لزوم محذور عقلي ولا شرعي من الالتزام بالكشف

الناقص لا يسمن ولا يغني من جوع والعمدة إثبات المقتضي ولا سبيل إليه. (ص ١٣٦) الطباطبائي: نظر المستدل إلى (الشق الثاني أعني قوله أو بان الواجب) فيدعي ان ظاهر الأدلة

الكشف عن الخروج حين العقد فإذا كان هناك مانع عن ذلك فلا محل للإجازة. ودعوى: كون الكاشف بمقدار القابلية كما تري فان التزام ذلك فرع ورود الدليل على

الصحة في خصوص هذا المورد فإنه حينئذ لا بد من التزام الكشف بقدر الامكان ولكن إذا كان الدليل بنحو

العموم والمفروض ان مقتضى الإجازة التأثير من الأول وهو غير ممكن فيما نحن فيه فيكشف هذا

عن عدم شمول العموم له كما هو الشأن في كل مورد وجد المانع عن شموله فإنه لا يحكم بالشمول

والتبعض في المقتضي. نعم يمكن ان يقال ان مقتضى الإجازة التأثير من الأول مع الاطلاق

واما مع

التقييد فبمقداره ولكن لازم ذلك هذا عكس ما رame المصنف قدس سره فإنه يلزم منه جواز

(٦٣)

الرابع: أن العقد الأول إنما صح وترتب عليه أثره بإجازة الفضولي، وهي متوقفة على صحة العقد الثاني المتوقفة على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي، (٢٨) فيكون صحة الأول مستلزما " لكون المال المعين ملكا " للمالك والمشتري معا " في زمان واحد، وهو محال، لتضادهما

(٢٨) الأصفهاني: لا يخفى أن فرض صحة العقد الأول بإجازة الفضول يقتضي مالكية المشتري الأول للمبيع قبل العقد الثاني، وفرض صحة العقد الثاني بالاشتراف من مالكة الأصلي يقتضي مالكية مالكة الأصلي قبل العقد الثاني ليصح النقل منه، ولازم الفرضين اجتماع المالكين على مال واحد في زمان واحد، وهو من اجتماع الضدين، ويلزمه أيضا " اجتماع النقيضين، لان لازم وجود أحد الضدين عدم الآخر، لكن لازم هذا البيان الالتزام ببطلان أحد العقدين إن أمكن، وإلا فبطلان كليهما، مع أن المقصود إبطال العقد الأول، فلأجله قرر الدليل على وجه آخر، كما في المتن ليكون المحذور العقلي لازم صحة العقد الأول، وينتج حينئذ فساده من دون موجب لبطلان العقد الثاني، ولذا قال في نتيجة الدليل فيكون صحة الأول مستلزما " لكون المال المعين ملكا " للمالك والمشتري معا " في زمان واحد. ويمكن أن يقال: بصحة البيان الأول، لان صحة العقد الأول إنما تستلزم المحذور بلحاظ استلزامها لصحة العقد الثاني، فالمحذور واقعا من قبل صحة العقدين، وتوصيف العقد الأول بالاستلزام للمحذور بالعرض، وحينئذ يقال إن إبطال العقد الأول متعين، لأنه يندفع به المحذور مع دخول العقد الثاني تحت العام، بخلاف إبطال العقد الثاني فإنه مستلزم لإبطال العقد الأول أيضا "، وإذا امتنع شمول لفردين - بحيث كان خروج أحدهما مستلزما لخروج الآخر دون خروج الآخر - تعين خروج ما لا يستلزم خروج الآخر، وبقاء ما لا يلزم من بقاءه بقاء الآخر، فافهم وتدبر. (ج ٢ ص ٢١٧) النائيني (المكاسب والبيع): حاصله: ان صحة العقد الأول وهو الصادر عن البايع الفضولي متوقف على اجازته، واجازته متوقفة على انتقال المبيع عن مالكة الأصلي اليه بالعقد الثاني الواقع بين المالك

الأصلي وبين البايع الفضولي، وانتقال المبيع عن مالكه إلى البايع الفضولي متوقف على
مالكية المالك
الأصلي حقيقة، إذ لا معنى لانتقاله عنه إليه مع عدم مالكيته، فعلي تقدير الكشف وكون
الإجازة

(٦٦)

فوجود الثاني يقتضي عدم الأول، وهو موجب لعدم الثاني أيضا "، فيلزم وجوده وعدمه في آن

واحد، وهو محال. (٢٩)

فإن قلت: مثل هذا لازم في كل عقد فضولي، لان صحته موقوفة على الإجازة المتأخرة المتوقفة

على بقاء ملك المالك والمستلزمة لملك المشتري كذلك، فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك

والمشتري معا " في آن واحد، فيلزم إما بطلان عقد الفضولي مطلقا " أو بطلان القول بالكشف،

فلا اختصاص لهذا الايراد بما نحن فيه. (٣٠)

قلنا: يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهرا "، وهو الحاصل من استصحاب ملكه السابق، لأنها

في الحقيقة رفع اليد وإسقاط للحق، ولا يكفي الملك الصوري في العقد الثاني. (٣١)

كاشفة عن تحقق النقل إلى المشتري من الفضولي، يلزم اجتماع مالكين بالنسبة إلى ملك واحد، وهو

المالك الأصلي والمشتري من الفضولي وهو محال، وهذا الاشكال كما ترى مبتن على ما تقدم من كون

كاشفية الإجازة عن تحقق النقل من حين العقد. (ص ١٦٩)

(٢٩) الآخوند: ودفعه بالتزام كونه ملكا للمشتري وحده في صورة إجازة المالك، وكفاية ملكه

السابق على العقد في نفوذ اجازته اللاحقة فتأمل. (ص ٧٢)

الأصفهاني: ينبغي أن يراد منه تفريع اللازم على ملزومه، فهنا محالان بالذات لا تفريع النتيجة على

المقدمة، كما ربما يتوهم أن منشأ استحالة اجتماع الضدين رجوعه إلى استحالة اجتماع النقيضين، بل

الصحيح أن كلا منهما محال بذاته، فإن التقابل بين الضدين ذاتي كما بين النقيضين، وكل منهما من

أنحاء التقابل بالذات كما حقق في محله. (ج ٢ ص ٢١٨) (٣٠)

النائبي (المكاسب والبيع): وذلك لان صحة النقل إلى المشتري متوقفة على إجازة المالك البيع

الصادر عن الفضولي وهي متوقفة على مالكيته، إذ لا معنى لإجازة من ليس بمالك واقعا "، فعلي تقدير

الكشف يلزم ان يكون المالك والمشتري كلاهما مالكين للملك وهو المحال المذكور. (ص ١٦٩)

(٣١) الإيرواني: مراده من الملك ظاهرا " كونه محكوما " بأنه ملك المجيز وان لزم من صحة الإجازة

وعدم كشفها كونه ملكا " في زمان الإجازة ونظيرها في ذلك الاقرار على ما في اليد بأنه
للغير فإنه

(٦٧)

أقول: قد عرفت أن القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأول بعد إجازة العاقد له هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد، لا من حين العقد وحينئذ فتوقف إجازة

العقد الأول على صحة العقد الثاني مسلم، وتوقف صحة العقد الثاني على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي إلى زمان العقد مسلم أيضا "، (٣٢)

تكون طولية، حيث إن ملكية المشتري مترتبة على إجازة المالك المتوقفة على ملكه فيكون ملكان

طويلان في زمان واحد أحدهما ملك الأصيل وهو الذي يتوقف عليه الإجازة. والآخر ملك المشتري

وهو الذي يتوقف على الإجازة، والمحال اجتماع الملكين العرضين بالنسبة إلى شيء واحد في زمان

واحد، اما مع طوليتهما فلا استحالة فيه أصلا "، هذا بالنسبة إلى غير المقام.

واما بالنسبة إلى المقام فملك المشتري من البايع الفضولي مترتب على إجازة البايع الفضولي لا على

ملك المالك الأصيل فيكون ملك المالك الأصيل مع ملك المشتري من البايع الفضولي عرضيا "

واجتماعهما مستحيل هكذا أفيد.

ولكنه ممنوع فان ملك المشتري الأول متوقف على إجازة البايع الفضولي وهي متوقفة على انتقال

المبيع اليه عن المالك الأصيل الموقوف على ملكه فتكون ملكية المشتري الأول الذي اشترى عن

البايع الفضولي متأخرا " عن ملكية المالك الأصيل بل التأخر هنا أظهر لكونه بمرتين، حيث إن ملكية

المشتري متوقفة على إجازة البايع الفضولي المتوقفة على ملكه الموقوف على بيع المالك الأصيل منه

الموقوف على ملك المالك كما لا يخفى. (ج ٢ ص ١٧٠)

(٣٢) الإيرواني: وقد عرفت أيضا " : ان الالتزام المذكور بلا وجه ولا دليل فان دليل الكشف ان أخذ به

اقتضي النقل من مبدأ العقد وان ترك بطل القول بالكشف رأسا "، والتجزية والتبعيض بالقول

بالكشف من حيث يمكن لا يساعده دليل وليس الدليل الأول كالعام المخصص يؤخذ به فيما يمكن

ويترك فيما سوي ذلك. (ص ١٣٦)

النائيني (المكاسب والبيع): وحاصل جوابه عن هذا الاشكال هو الجواب المتقدم عن الاشكال الثالث

ومحصله: الالتزام بالكشف بالمقدار الممكن منه وهو في المقام عبارة عن كشف الإجازة

عن تحقق

(٦٩)

فقوله: (صحة الأول يستلزم كون المال ملكا للمالك والمشتري في زمان) ممنوع، بل صحته

تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الأصلي. (٣٣)
نعم إنما يلزم ما ذكره من المحال إذا ادعي وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك حين العقد،

ولكن هذا أمر تقدم دعواه في الوجه الثالث وقد تقدم منعه، فلا وجه لاعادته بتقرير آخر، كما لا يخفى. (٣٤)

ملك المشتري من حين انتقال المبيع عن مالكة الأصيل إلى البايع الفضولي لا من حين وقوع عقد الفضولي بين البايع الفضولي وبين مشتريه. هذا، وقد عرفت ما فيه من الضعف، قال الأستاذ دامت بركاته: فعلي ما حققناه في باب الإجازة يرد

هذا الوجه على القول بالكشف ولا مدفع عنه كالأشكال الثالث. وأقول: بل يدفع بما يندفع به في كل عقد فضولي وهو ما أفاده من طولية الملكين على ما حققناه فلا

تغفل. (ج ٢ ص ١٧١) (٣٣)

الطباطبائي: الظاهر أن لفظ الأصلي غلط والصواب المالك الفعلي وهو العاقد الأول الذي صار مشتريا " في العقد الثاني يعني: ان صحة العقد الأول يستلزم خروج العين عن ملك المعجز وهو

المشتري من حين ملكيته لا من حين العقد ليلزم اجتماع المالين. (ص ١٦٤)

الإيرواني: الصواب يتوقف بدل يستلزم. (ص ١٣٦)

(٣٤) النائيني (منية الطالب): وان كان مبني الاشكالات أمرا " واحدا " إلا أن كل واحد منها يغير الآخر وليس من الإعادة بتقرير

آخر. (ج ١ ص ٢٦٧)

الطباطبائي: لا يخفى ان مناط الاشكال السابق لزوم خروج المال عن ملك البايع قبل دخوله فيه

من غير نظر إلى لزوم اجتماع المالين ومناط هذا الاشكال لزوم اجتماع المالين واستلزام صحة

كل من العقدين عدم الآخر فهما الاشكالان.

نعم كلاهما مبني على كون الإجازة كاشفة من الأول وهذا ليس إعادة للسابق بتقرير آخر، كما لا

يخفى. (ص ١٦٤)

وهذا إشكال آخر تعرض لاندفاعه أخيراً "، غير الاشكال الذي استنتجه من المقدمات المذكورة، وهو لزوم كون الملك للمالك الأصلي وللمشتري. (٣٥)
نعم، يبقى في المقام الاشكال الوارد في مطلق الفضولي على القول بالكشف، وهو كون الملك
حال الإجازة للمجيز والمشتري معا "،

النائبي (المكاسب والبيع): لا يخفى ان هذا الاشكال مغاير مع الاشكال الثالث وان كان
مشاركاً
معه في المبني، وذلك لان النظر في هذا الوجه إلى لزوم اجتماع مالكين في زمان واحد في
ملك واحد
والنظر في الوجه الثالث إلى لزوم تقدم ملك المشتري الذي يتلقي الملك عن البايع عن
ملك البايع،
حيث إن ظرف حصول الملك للمشتري هو زمان العقد الأول وظرف حصول ملك البايع
هو زمان

العقد الثاني فالوجه الثالث مغاير مع الرابع لا أنه إعادة له بتقرير آخر. (ج ٢ ص ١٧١)
(٣٥) الأصفهاني: ويندفع الاشكال العام بأن اتصال ملك المجيز بزمان الإجازة بما هي
إجازة غير
لازم، بل اللازم اتصال الملك بزمان التصرف الناقل ليكون النقل عن ملكه، فللمالك نقل
ملكه
مباشرة وتسبباً وإجازة، وحيث إن زمان العقد على الكشف زمان التصرف الناقل، لفرض
شرطية
المتأخر، فزمان تحقق العلة الموجبة للنقل هو زمان العقد، وهو مالك بملكية متصلة بزمان
العلة

الموجبة، والنقل منه في هذا الزمان نقل لملكه إلى غيره.
وبالجملة: كما أن الملكية

الفعلية المتصلة بحال العقد مباشرة تصحح النقل، كذلك هذه الملكية تصحح النقل من
حين العقد، لا أن الملكية التقديرية حال الإجازة هي المصححة لها.
ولا يتوهم أن زوال ملكه حال العقد مانع عن إجازته فيما بعد، لاندفاعه بأن مقتضى الشيء
لا يعقل

أن يكون مانعاً عنه، فإن زوال ملكه بسبب الإجازة المتأخرة، فكيف يأتي عن الإجازة؟!
بل ورود العقد على ملكه حال العقد هو المصحح لان يجيزه، وإن كان يزول بهذه الإجازة
المتأخرة.

هذا كله على الشرط المتأخر المصطلح عليه.

وأما على الكشف الانقلابي فالملكية الفعلية متصلة بحال الإجازة، إذ قبل وجود سبب
الانقلاب

يستحيل الانقلاب، وإن كان بنفس الإجازة ينقلب الملك الفعلي للمجيز ويصير هذا بناء
على الانقلاب

(۷۱)

نعم، يلزم من ضم هذا الاشكال العام إلى ما يلزم في المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثاني، لوجوب التزام الأصلي حتى يصح العقد الثاني، ومالكية المشتري له. (٣٦)

الحقيقي الذي قد اعترف المصنف قدس سره باستحاله سابقا " وأما على الانقلاب الاعتباري الذي صححنا به الكشف الانقلابي فالامر أوضح كما تقدم. (ج ٢ ص ٢١٨) (٣٦) النائيني (منية الطالب): (قلنا سابقا " تحت الرقم ٢٣): ان خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه يتوقف على القول بالكشف بنحو دخل الإجازة شرطا " متأخرا " ومعني دخلها كذلك توقف الملكية عليها حقيقة الذي قلنا باستحاله للزوم تقدم المعلول وهو الملك على بعض أجزاء علته وهو الإجازة وإذا التزمنا بهذا المحال. (فبناء على تلك المقدمة نقول:) لا يرد إشكال إجتماع ملاك ثلاثة كما ذكره المصنف، لان المشتري والمالك الأصيل مالكان إلى زمان البيع الثاني والمجيز مالكان بعد البيع الثاني إلى زمان الإجازة ولا موجب للالتزام بكون المجيز مالكا " من حين العقد الأول إلى زمان الإجازة حتى يجتمع ملاك ثلاثة في زمان واحد على مال واحد لان المشتري وان كان يتلقى الملك عن مالكة لا محالة إلا أنه لا يجب أن يكون هو المجيز بالخصوص بل اما هو أو الأصيل. (ج ١ ص ٢٦٥) الأصفهاني: لا يخفى عليك أن ملك المشتري الأول له مقتضى الثبوت وهو العقد والإجازة المتأخرة، وملك المالك الأصلي أيضا له مقتضى البقاء إلى حال العقد الثاني، حتى يصح العقد الثاني، وأما ملك الفضول قبل العقد الثاني فليس له موجب، نعم الالتزام بعدم ملكه لعدم موجب يوجب خروج مال المالك الأصلي قبل العقد الثاني قهرا عليه، فكون الفضول لا بد من أن يكون مالكا " - لئلا يلزم المحذور المزبور - أمر، واجتماع ملاك ثلاثة لاجتماع أسبابه أمر آخر فتدبر. ثم إن عدم مالكية الفضول قبل العقد الثاني ليس من ناحية كاشفية الإجازة، بل لو كانت ناقلة أيضا لم يكن الفضول مالكا قبل العقد. نعم عدم كونه مالكا بعد العقد الثاني من ناحية كاشفية الإجازة، فلا ربط لهذا الاشكال

العام
باجتماع ملاك ثلاثة على مملوك واحد. (ج ٢ ص ٢١٩)

(٧٢)

لان الإجازة تكشف عن ذلك وملكية العاقد له لان ملك المشتري لا بد أن يكون عن ملكه،
وإلا لم ينفع إجازته في ملكه من حين العقد، لان إجازة غير المالك لا يخرج ملك الغير إلى غيره.
ثم إن ما أجاب به عن الاشكال الوارد في مطلق الفضولي لا يسمن ولا يغني، لان الإجازة إذا وقعت، فإن كشفت عن ملك المشتري قبلها كشفت عما يطلها، لان الإجازة لا تكون إلا من المالك الواقعي، والمالك الظاهري إنما يجدي إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكا " حين الإجازة، ولذا لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته، لان الملكية من الشرائط الواقعية دون العلمية. (٣٧)

النائني (المكاسب والبيع): اجتماع الملاك الثلاثة هو المالك الأصيل والبايع والمشتري اما ملكية المالك الأصيل والمشتري عن البايع الفضولي فقد ظهر وأما ملكية البايع الفضولي فلكون المفروض تلقي المشتري ملكيته عنه فيجب ان يكون هو أيضا مالكا هذا.
ولا يخفى ما فيه فان المفروض تقدم ملك المشتري على ملك البايع كما هو المناط في الوجه الثالث ومع قطع النظر عن استحالته وفرض حصول ملك المشتري قبل ملك البايع فلا ملك للبايع حين حصول الملك للمشتري ففرض ملك البايع مع المشتري حين عقد الفضولي رجوع إلى الوجه الثالث كما لا يخفى (ج ٢ ص ١٧٢)
(٣٧) النائني (منية الطالب): ان ما دفع به المستشكل إشكال إجتماع المالكين في ملك واحد في مطلق الفضولي لا يرجع إلى محصل مضافا إلى ما في تعبيره من الملك الصوري باستصحاب الملك فان الاستصحاب المصطلح إنما يجري في مورد الشك في بقاء المتيقن، وذلك لان الملك لو لم يكن للمجيز بعد العقد فإجازته غير مؤثرة والمفروض انها شرط متأخر.
فالصواب أن يقال إنه وان اجتمع مالكان على ملك واحد في زمان واحد إلا أنه إذا كان ملك أحدهما في طول ملك الآخر فلا دليل على امتناعه وأدل الدليل على إمكانه وقوعه كما في

ثم إن ما ذكره في الفرق بين الإجازة والعقد الثاني - من كفاية الملك الظاهري في الأول
دون
الثاني - تحكم صرف، خصوصا " مع تعليله بأن الإجازة رفع لليد وإسقاط للحق، فليت
شعري
إن إسقاط الحق كيف يجدي وينفع مع عدم الحق واقعا "؟! مع إن الإجازة رفع لليد من
الملك
أيضا بالبديهة. (٣٨)

العبد الذي يملكه المولي وإنما الممتنع إجتماع مالكين عرضيين ففي المقام حيث إن ملك
المجاز له
مترتب على ملك المجيز وقوامه به فاجتماعهما لا يضر. (ج ١ ص ٢٦٨)
الطباطبائي: الصواب في الجواب عنه ان يقال إنه يكفي في صحة الإجازة الملكية التقديرية
بمعنى
كون المال له لولا هذه الإجازة فان المفروض انه يخرج عن ملكه بسبب هذه الإجازة فهو
من جهة
ملكية الفعلية السابقة والثانية اللاحقة مالك للإجازة وهذا المقدار يكفي في صحتها ولائم
توقفها
على الملكية الفعلية حينها ومثل هذا الجواب لا يجري فيما نحن فيه فان صحة العقد الثاني
لا يكفي
فيها الملكية التقديرية بل لا بد من الفعلية ولولا تعبيره بالاستصحاب أمكن حمل كلامه
على ما
ذكرنا بان يكون مراده من الملكية الظاهرية والصورية ما ذكرنا من التقديرية لكن مع هذا
التعبير
لا مفر من ورود ايراد المصنف قدس سره عليه. (ص ١٦٤)
الأصفهاني: إذا كانت الإجازة بنحو الشرط المتأخر الحقيقي لا تكون كاشفة عما يبطلها،
بل
كاشفة عن مقتضاها، ومقتضي الشيء لا ينافيه ولا يبطله.
نعم له وجه بناء على الكشف الانقلابي والكشف المحض فتدبر. (ج ٢ ص ٢١٩)
الإيرواني: لكن الانكشاف إذا كان في رتبة لاحقة على الإجازة حاصلا " بسببها كما في
نظيره من
الاقرار لم يضر ذلك. والحق في الجواب ما عرفت مرارا " من معني الكشف فإنه نقل حالي
لمملوك
ماضوي فكان نقلا " في الملكية وكشفا " في المملوك. (ص ١٣٦)
(٣٨) الأصفهاني: لعل نظره قدس سره إلى أن العقد الثاني تملك حقيقي، ونقل الملك
حقيقة يتوقف
على بقاء الملك حقيقة، فلا يجديه الملك الظاهري الصوري المنكشف خلافه، بخلاف
الإجازة فإنها

ليست تمليكا " حقيقة لتتوقف على ملكية حقيقية حالها، بل إمضاء لتمليك الوارد على ماله سابقا.

(٧٤)

والتحقيق أن الاشكال إنما نشأ من الاشكال الذي ذكرناه سابقا في كاشفية الإجازة على الوجه

المشهور من كونها شرطا " متأخرا " يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه. (٣٩)

للعقد الأول الصادر عن البايع الفضولي، حتى يكون كاشفا " عن خروج المال عن ملك المالك المجيز

من حين العقد الأول، بل هو رد للعقد الأول فبالعقد الجديد الصادر عن المالك، يقطع بعدم تحقق

الإجازة منه بالنسبة إلى العقد الأول فيقطع ببقاء الملكية الواقعية إلى زمان العقد الثاني، قال الأستاذ

دامت بركاته: وبعض المعاصرين حمل الملكية الظاهرية على الملكية التقديرية، قال دامت إفاداته: وهذا

أيضا " لا يرجع إلى محصل، فإنه إن أراد الملكية التقديرية على حسب ما صورناه في غير المقام من الملك

على الطريق الاعوجاجي.

ففيه: مع أنه لا ملزم له في المقام موجب لاجتماع المالكين الواقعيين كما لا يخفى. وان أراد به فرض الملك بلا ان يكون لواقعية أصلا "

ففيه: انه لا يرجع دعواه إلى محصل أصلا إذ الإجازة لا تصح إلا عن المالك الواقعي لا عن من يفرض

ملكيته بصرف الفرض والتوهم كما لا يخفى. (ج ٢ ص ١٧٢)

الإيرواني: دليل لا بيع إلا في ملك يقتضي توقف البيع على الملك ودليل لا يحل لا يقتضي سوي

إعتبار رضا المالك وطيب نفسه في انتقال المال عنه ولو انتقالا " سابقا " على الرضا، كما هو مبني القول

بالكشف فأين التحكم. نعم بطلان القول بالكشف أمر آخر لسنا نحن بصدده فعلا ". (ص ١٣٦)

(٣٩) الطباطبائي: فيه: ان الاشكال وارد ولو قلنا بمعقولية، إذ توقف صحة الإجازة على الملكية

حالتها امر زائد على لزوم تأثير المعدوم في الموجود فمع فرض معقولية كما هو الحق حسبما عرفت

يبقى ذلك الاشكال والدفع ما عرفت من كفاية الملك التقديري كما أنه لو قلنا بعدم معقولية الشرط

المتأخر أيضا " أمكن دفع هذا الاشكال بمنع التوقف على الملكية الفعلية فتدبر. (ص ١٦٤)

الأصفهاني: ليس الغرض أن إشكال اجتماع الملكين على مملوك واحد ناش من إشكال الشرط

المتأخر الاصطلاحي، لان محذور استحالة تأثير المعدوم في الموجود، وهو أجنبي عن

اجتماع الضدين، بل
الغرض من الشرط المتأخر هو كون الإجازة المتأخرة موجبة للانقلاب، فإن الشرط بهذا
المعني هو

(٧٦)

الخامس: أن الإجازة المتأخرة لما كشفت عن صحة العقد الأول وعن كون المال ملك المشتري الأول، فقد وقع العقد الثاني على ماله، فلا بد من إجازته له كما لو بيع المبيع من شخص آخر فأجاز المالك البيع الأول، فلا بد من إجازة المشتري البيع الثاني حتى يصح ويلزم، (٤٠)

(٤٠) الطباطبائي: لو أغمضنا عن الاشكالين السابقتين، من لزوم خروج المال عن ملك البايع قبل دخوله فيه، ومن لزوم اجتماع المالكين في زمان واحد أمكن دفع هذا الاشكال بمنع الحاجة إلى إجازة المشتري الأول، لان المفروض ان ملكية حال العقد موقوف على هذا البيع الثاني وإجازة المشتري الثاني مثل هذه الملكية لا تقتضي عدم نفوذ البيع الا برضاه، لان المفروض انها فرع هذا التصرف وجائية من قبله، إذ لولا هذا البيع وهذه الإجازة كان المال باقيا " على ملك المالك الأول أو الثاني. والحاصل: ان بيع مال الغير انما يكون موقوفا " على اجازته إذا كان ذلك المال ماله مع قطع النظر عن هذا البيع وفي المقام انما يحدث الملكية من أول الامر بشرط هذا البيع والإجازة ومثل هذا لا يعقل ان يكون موقوفا " على الإجازة، فنحن نسلم ان المال قبل هذا البيع الثاني للمشتري الأول لكنه انما يكون له بشرط هذا البيع ولولاه لا يكون له، فلا يحتاج إلى اجازته. ومن ذلك يظهر الفرق بينه وبين بيع المبيع من شخص آخر، فان ملكية المشتري ليست موقوفة على ذلك البيع فهو تصرف في ماله الثابت مع قطع النظر عنه، فلذا يحتاج إلى اجازته وهذا بخلاف ما نحن فيه كما عرفت. ومن ذلك يتبين حال اللوازم المتفرعة من توقف كل من الإجازتين على الأخرى وتوقف كل من العقدين على الإجازة من المشتري الأول وغيرهما مما ذكره. (ص ١٦٤)

النائبي (المكاسب والبيع): لما كان مقتضى كشف الإجازة تملك المشتري الأول من حين وقوع عقد الفضولي، فيكون العقد الثاني الواقع عن المالك الأصيل واقعا " في ملك المشتري الأول، فيحتاج حينئذ إلى إجازة المشتري الأول أعني: من اشترى عن البايع الفضولي للعقد الثاني أعني: الواقع عن

المالك الأصيل، فيلزم حينئذ توقف مالكية كل من البايع الفضولي ومشتريه على إجازة الآخر، فالمشتري يملك بإجازة البايع بعد شرائه عن المالك الأصيل، والبايع يملك بالاشتراء عن المالك بإجازة المشتري، وهذا مع أنه من الأعاجيب يلزم منه محالان.

(٧٨)

فعلي هذا يلزم توقف إجازة كل من الشخصيين على إجازة الآخر، وتوقف صحة كل من العقد والإجازة على إجازة المشتري الغير الفضولي، (٤١)

(٤١) الطباطبائي: قيل: إن الموجود في المقاييس (وتوقف صحة كل من العقدين على إجازة الخ) وما في الكتاب أيضا وان كان صحيحا " الا ان الأحسن ما في المقاييس، فان ذكر الإجازة تكرر، لأنه ذكر في العبارة السابقة توقف إجازة كل من الشخصيين على إجازة الآخر، فلا وجه لعطف الإجازة على العقد في هذه العبارة.

ثم إن الوجه في توقف العقد الثاني على إجازة المشتري الغير الفضولي ما عرفت من كون المبيع ماله بمقتضى البيع الأول الذي حكم بصحته من حينه بالإجازة. واما توقف صحة العقد الأول على اجازته، فلانه موقوف على العقد الثاني الموقوف على اجازته فتوقفه انما هو بالواسطة.

وقد يتخيل: ان مقتضى البيان المذكور توقف صحة كل من العقدين على إجازة المشتري الثاني أيضا "

وهو كما تري! فان توقف صحة العقد الأول على اجازته معلوم واما توقف صحة الثاني على اجازته فممنوع، لامكان عدم الإجازة بعد الشراء، فلا يحتاج إلى إجازة

المشتري الأول الموقوفة على إجازة الثاني، فدعوى: ان الثاني موقوف على إجازة المشتري الأول

وهو موقوفة على إجازة المشتري الثاني ليكون موقوفا " عليها بالواسطة، كما في السابق. مدفوعة: بما ذكرنا، وحاصله: ان الحاجة إلى إجازة المشتري الأول ليست على كل تقدير بل على تقدير إجازة العقد الأول، فيمكن ان يصح العقد الثاني بدون إجازة العقد الأول ومعه فلا حاجة إلى إجازة المشتري الأول ليقال: انها موقوفة على إجازة المشتري الثاني فيتوقف صحة العقد الثاني على إجازة المشتري الثاني مع الواسطة. ثم مما ذكره في الحاشية السابقة من: انه إذا كان ملكية المشتري الأول بشرط هذا البيع الثاني

لا حاجة إلى اجازته في صحة العقد الثاني، يظهر الجواب عن اللازمين المذكورين، كما أشرنا اليه

سابقا " فلا تعقل. (ص ١٦٥)

الأصفهاني: هذا بناء على الشرط المتأخر الاصطلاحي واضح لفرض تمامية العلة للملكية من حين

وهو من الأعاجيب! بل من المستحيل، لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصلي شيئاً " من
التمن
والمتمن، (٤٢)

(٤٢) الأصفهاني: توضيحه: أن البيع معاوضة حقيقية ومقتضاها تملك التمن إذا تحقق
البيع، وبقاء
التمن على ملكه إذا لم يتحقق، فعدم تملك المالك الأصلي للمتمن وللمتمن يلزمه ارتفاع
النقيضين،

فلا البيع واقع حتى يتملك التمن، ولا غير واقع حتى يبقى التمن على ملكه.
وأما أن ما نحن فيه كذلك فلخروج المال عن ملك الأصلي ودخول ثمنه في ملك المشتري
الأول.

والجواب: أن العقد الأول لا يتربح منه خروج المال عن ملك الأصلي ولا دخول التمن في
ملكه، بل
المفروض صيرورته بيعاً " للمشتري الثاني وهو الفضول، والعقد الثاني هو الذي صدر من
المالك
الأصيل، وما بيناه في وجه الاستحالة إنما يصح إذا كان العقد الثاني وارداً على ملكه، وأما
إذا كان

بحسب الواقع وارداً " على ملك الغير فلم تتخلف حقيقة المعاوضة عن مقتضاها.
نعم العقد الثاني لا يعقل كونه بيعاً من الأصلي، لأنه يلزم من وجوده عدمه، إذ لا يكون هذا
المال ملكاً

للمشتري الأول من الأول إلا بلحاظ العقد الثاني وإجازة المشتري الثاني، ولا يصح العقد
الثاني

الموجب لمالكية المشتري الأول إلا إذا ورد على ملك الأصلي حال ورود العقد منه، فيلزم
من تعلقه

بملكه عدم تعلقه بملكه، وهذا لا دخل له بتخلف مقتضى المعاوضة عنها، فضلاً " عن
دعوى استحالة

عدم تملك الأصلي للمتمن والتمن، فإنه من حيث نفسه لا استحالة فيه. (ج ٢ ص ٢٢٢)
الطباطبائي: وذلك لأنه إذا ملك المشتري الأول المبيع قبل أن يبيعه المالك الأصلي وكان
البيع

للبائع الفضولي كما هو المفروض، فيكون التمن المقابل له للبائع الفضولي لا للمالك
الأصيل، فإذا باع

المالك الأصلي فقد باع ملك المشتري الأول ويكون التمن له بعد اجازته، فلا يكون
للمالك الأصلي

شيء لا التمن الأول، لأن المفروض أن البيع إنما حصل للفضولي بمقتضى اجازته اللاحقة
ولا التمن

الثاني، لأن المفروض أن البيع حينه للمشتري الأول فيكون التمن له بعد اجازته وحينئذ
فذلك التمن

العائد إلى المشتري الأول ان كان مساويا " لما دفعه في العقد الأول فقد حصل له المبيع
ووصل اليه
مقدار ما دفعه.
وان كان أزيد فقد وصل اليه المبيع مع تلك الزيادة وان كان أقل فقد وصل إليه المبيع
وبعض ما

(٨٢)

وتملك المشتري الأول المبيع بلا عوض (٤٣) إن اتحد الثمنان، ودون تمامه إن زاد الأول، ومع زيادة إن نقص، لانكشاف وقوعه في ملكه فالثمن له، وقد كان المبيع له أيضا بما بذله من الثمن، وهو ظاهر. والجواب عن ذلك: ما تقدم في سابقه من ابتناؤه على وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك من حين العقد، وهو ممنوع. والحاصل: ان منشأ الوجوه الثلاثة الأخيرة شئ واحد، والمحال على تقديره مسلم بتقريرات مختلفة قد نبه عليه في الايضاح وجامع المقاصد.

دفعه من الثمن هذا ويمكن ان يقال - بمقتضى ما مر في الحاشية السابقة - : ان الثمن في العقد الثاني لا بد وأن يكون للمالك الأصلي، لان المبيع وان كان ملكا " للمشتري الأول الا انه ملك له بشرط هذا البيع والحكم بصحته وهو موقوف على كون الثمن للمالك الأصلي الذي هو البائع. والحاصل: ان المبيع ليس للمشتري الأول مطلقا " ليكون البيع واقعا " على ملكه ويكون الثمن له بل يكون له بعد هذا البيع وبشرط وقوعه صحيحة، ففي الحقيقة الاشكال انما هو اجتماع المالكين على مال واحد وعدم امكان خروج البيع عن ملك مالكة الأصلي بلا اختيار منه، ودخوله في ملك المشتري قبل تملك البائع. والا فمع الاغماض عن ذلك يمكن دفع هذا الاشكال أعني: اشكال عدم تملك المالك الأصلي شيئا من الثمن والمثمن فتدبر. (ص ١٦٤) (٤٣) الأصفهاني: بيانه: أن مقتضى المعاوضة أن يملك المشتري بعوض بعينه لا أزيد ولا أنقص، ولا يعقل تحقق حقيقة المعاوضة وتخلف مقتضاها عنها، لكنه لا يخفى عليك أن ذلك عدم العوض أو زيادته أو نقصه بلحاظ نفس المعاوضة، فإنه محال. وأما إذا رجع العوض المقوم للمعاوضة بالمال إلى المشتري، أو رجع إليه زيادة أو نقص منه شئ بالمال فلا استحالة فيه، وما نحن فيه كذلك، إذ المفروض أن كل عقد له ثمن خاص، ورجوع ما يساويه أو يزيد عليه أو ينقص عنه، أمر آخر لا ربط له بتخلف مقتضى المعاوضة عنها، في العقد

السادس: أن من المعلوم أنه يكفي في إجازة المالك وفسخه فعل ما هو من لوازمهما، ولو باع المالك ماله من الفضولي بالعقد الثاني فقد نقل المال عن نفسه وتملك الثمن، وهو لا يجمع صحة العقد الأول، فإنها تقتضي تملك المالك للثمن الأول، وحيث وقع الثاني يكون فسخا " له وإن لم يعلم بوقوعه، فلا يجدي الإجازة المتأخرة. (٤٤)

(٤٤) النائيني (منية الطالب): لا يخفى ان مبني الجواب عن سادس الوجوه هو إمكان إختلاف الملك حين العقد والإجازة فإذا أمكن ذلك فكل من هو مالك للمبيع فله الإجازة فإذا أجاز المالك الأول يصير العقد له وإذا فات محل الإجازة بانتقاله عنه فللمالك الثاني أن يجيز وهكذا. وهذا إنما يصح لو كان البيع مجرد التبديل بين المالكين من دون إعتبار قيام العوض مكان المعوض في طرف الإضافة أو كانت الإضافة قابلة لتعلقها بالكلية من دون خصوصية مالك أصلا ". واما لو قلنا: بأن البيع تبديل طرف إضافة بطرف إضافة أخرى مع إعتبار تعلق الإضافة بشخص خاص وإن لم يعتبر تعيينه حال العقد فلا إشكال في أن هذا العقد غير قابل للإجازة، لان الملك خرج عن ملك المالك الأصيل بسبب بيعه فلا تؤثر إجازته ورده بعد بيعه. واما الفضولي الذي اشترى المبيع فلانه حين العقد لم يكن طرفا " لإحدى الإضافتين، ولذا لا يؤثر رده فلا يؤثر إجازته، فالبيع كالنكاح مفوت لمحل الإجازة وإن لم يلتفت المالك إلى عقد الفضولي فالقول بأن التزويج موجب لفوات محل الإجازة مطلقا " حتى فيما لو مات الزوج الثاني بخلاف البيع فإنه موجب لفواته بالنسبة إلى الأصيل لا يستقيم.

وبالجملة: بعد ما تبين ان الإجازة ليست عقدا " مستأنفا "، فلا بد أن تتعلق بالعقد السابق وإذا بطل العقد السابق لانتقال الملك عن الأصيل إلى غيره فلا يبقى محل للإجازة، فما ذكره المستدل من: ان حكم عقد الفضولي حكم سائر العقود الجائزة، سواء كان الجواز فيها حكما " كالهبة، أم حقا " كالبيع الخياري هو الحق بل البطلان فيه أولى منها، لأنه قد حصل الملك للمتهب ومن عليه الخيار ولو متزلزلا " بخلاف مسألة الفضولي، فإذا أوجب تصرف الواهب ومن له الخيار بالبيع ونحوه بطلان العقد، فكذلك تصرف

المالك في المقام ولذا لو عاد الملك إلى الواهب ومن له الخيار بالملك الجديد لا يرجع
عقده الأول إلى ما
كان قبل التصرف، فكذلك ملك البائع في المقام ملك حادث وهو غير ما وقع عليه العقد.
(ج ١ ص ٢٦٨)

(٨٥)

وبالجملة: حكم عقد الفضولي قبل الإجازة كسائر العقود الجائزة بل أولى منها، فكما أن التصرف المنافي مبطل لها كذلك عقد الفضولي. (٤٥)
والجواب: إن فسخ عقد الفضولي هو إنشاء رده، وأما الفعل المنافي لمضيه - كتزويج المعقودة
فضولا " نفسها من آخر وبيع المالك ماله المبيع فضولا " من آخر - فليس فسخا " له، خصوصا " مع
عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي، غاية ما في الباب إن الفعل المنافي لمضي العقد مفوت
لمحل الإجازة، فإذا فرض وقوعه صحيحا " فات محل الإجازة ويخرج العقد عن قابلية الإجازة،
إما مطلقا كما في مثال التزويج، أو بالنسبة إلى من فات محل الإجازة بالنسبة إليه كما في مثال
البيع، فإن محل الإجازة إنما فات بالنسبة إلى الأول، فللمالك الثاني أن يجيز.

على نفوذ فسخ المالك بالاجماع أو بقاعدة السلطنة أو بغيرهما مع ما يرد على كل منها من النقض
والابرام، فلا نعيد الكلام فيه في المقام كما مر توضيحه. (ج ٢ ص ٢٢٣)
النائني (المكاسب والبيع): محصله: ان إجازة المالك كرده كما يمكن ان يكونا بالقول كذلك يمكن ان
يقعا بالفعل، ففعل ما هو من لوازم الإجازة أو الرد إجازة أورد.
وهذا مما لا اشكال فيه، وقد سبق القول فيه مرارا " ان بيع المالك الأصيل، المبيع الفضولي من البائع، من
لوازم رده للبيع الصادر عن الفضولي، فيكون ردا " فعليا "، ومعه فلا يكون قابلا " للحقوق الإجازة.

(ج ٢ ص ١٧٥)
(٤٥) الطباطبائي: لعل وجه الأولوية ان العقود الجائزة وقعت صحيحة مؤثرة بخلاف الفضولي، فإنه
متزلزل من حيث الصحة فإذا انفسخت بفعل المنافي مع وقوعها صحيحة فهو أولى بان يبطل ولا يقع
صحيحا ". (ص ١٦٥)

نعم، لو فسخ المالك الأول نفس العقد بإنشاء الفسخ بطل العقد من حينه إجماعاً "،
ولعموم
تسلط الناس على أموالهم بقطع علاقة الغير عنها. (٤٦)
فالحاصل: أنه إن أريد من كون البيع الثاني فسخاً: " أنه إبطال لآثر العقد في الجملة، فهو
مسلم
ولا يمنع ذلك من بقاء العقد متزلزلاً بالنسبة إلى المالك الثاني، فيكون له الإجازة.
وإن أريد أنه إبطال العقد رأساً " فهو ممنوع، إذ لا دليل على كونه كذلك، وتسميته مثل
ذلك
الفعل رداً " في بعض الأحيان، من حيث أنه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة إلى فاعله
بحيث
يكون الإجازة منه بعده لغواً " .

(٤٦) الطباطبائي: الظاهر أن مراده من الفسخ في كلامه - أعم من انشاء الرد ومن ايجادها
- ما لا

يمكن معه الإجازة، فإنه مستلزم لبطلان العقد وانفساخه.
وغرضه: ان البيع من المالك مقتضى لعدم امكان لحوق والإجازة لفوات المحل.
ودعوى: ان فوات المحل انما هو بالنسبة إلى خصوص المالك دون غيره كما تري، إذ بعد
صدور العقد
من المالك المسلط على ماله وفرض صحته لا معني لبقاء محل الإجازة بالنسبة إلى من لا
دخل له
بالمال فعلاً " وان انتقل اليه بعد ذلك والا لزم جواز الإجازة ولو بعد مئة سنة وبعد وقوع
بيوع
عديدة من كل واحد من المشتريين، ومن المعلوم عدم امكان الالتزام بجواز إجازة المشتري
الأخير
للبيع الواقع فضولاً " قبل ذلك بمائة سنة مثلاً " .
والحاصل: ان المال قبل البيع من المالك باق على ملكه والبيع الوارد عليه فضولاً " يعد بيعاً
" وارداً
على ما يكون امره اليه، فاما ان يجيز فيصح، أو لا فيبطل ولا معني لبقائه معلقاً " ومتزلزلاً " .
بعد فوات
المحل بالبيع الثاني.
كيف ولا فرق بين ايجاد المنافي وانشاء الفسخ! فلو أمكن دعوى اختصاص التفويت
بالمالك أمكن
دعوى اختصاص الفسخ بالانشاء أيضاً به ولا يمكن الالتزام به.
ودعوى الفرق بالاجماع كما تري، إذ بعد ورود نص خاص بالنسبة إلى خصوص الفسخ
في كونه
ابطالاً " للعقد رأساً دون ايجاد المنافي وتفويت الحل فالظاهر أن المجمعين انما حكموا
بالبطلان بمقتضى

(۸۸)

نعم، لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحيث يعد فسخا فعليا "، لم يبعد كونه كالاتشاء بالقول، لكن الالتزام بذلك لا يقدر في المطلب، إذ المقصود أن مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد، ولذا لو فرضنا انكشاف فساد هذا البيع بقي العقد على حاله من قابلية لحق الإجازة. وأما الالتزام في مثل الهبة والبيع في زمان الخيار بانفساح العقد من ذي الخيار بمجرد الفعل المنافي، فلان صحة التصرف المنافي يتوقف على فسخ العقد، وإلا وقع في ملك الغير، بخلاف ما نحن فيه، فإن تصرف المالك في ماله المبيع فضولا " صحيح في نفسه لوقوعه في ملكه، فلا

يتوقف على فسخه، غاية الامر أنه إذا تصرف فات محل الإجازة. (٤٧) ومن ذلك يظهر ما في قوله رحمه الله أخيرا " : (وبالجملة: حكم عقد الفضولي حكم سائر العقود الجائزة بل أولي)

فإن قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث، على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق، فضلا " عن دعوى الأولوية، وسيجيء مزيد بيان لذلك في بيان ما يتحقق به الرد. (٤٨)

(٤٧) الإيرواني: الفعل لو لم يكن دالا " على الرد في حد نفسه لم يصر دالا " بذلك، فإنه لا محذور من الالتزام بالوقوع في ملك الغير وبالحرمة وأصالة الصحة في الفعل لا تثبت تحقق قصد الرد، فما أفاده من الفرق بجواز التصرف من دون قصد الرد في المقام وعدم جوازه في البيع الخياري لا يجدي فيما هو المهم وفي ثبوت الدلالة للتصرف.

(٤٨) الطباطبائي: لم افهم الفرق الا بما يقتضي ما ذكره المستدل من الأولوية حسبما أشرنا اليه سابقا " . (ص ١٦٥)

الإيرواني: التزلزل الحدوثي والدوامي لا يفترقان في كشف التصرف عن عدم الرضا بالعقد وعدم

كشفه، فالقياس صحيح والفارق باطل. (ص ١٣٧) الأصفهاني: إذا قلنا بأن التصرف من ذي الخيار بنفسه يوجب انفساخ العقد - ولو لم ينشأ به

الفسخ - كان القياس في محله، والأولوية صحيحة إذ التصرف ممن له الحق إذا كان موجبا "

السابع: الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي صلي الله عليه وآله وسلم عن بيع ما ليس عندك،
فإن النهي فيها إما لفساد البيع المذكور مطلقاً " بالنسبة إلى المخاطب وإلى المالك، فيكون دليلاً " على فساد العقد الفضولي، وإما لبيان فساده بالنسبة إلى المخاطب خاصة - كما استظهرناه سابقاً " - فيكون دالاً على عدم وقوع بيع مال الغير لبايعه مطلقاً " ولو ملكه فأجاز، بل الظاهر إرادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع، وإلا فعدم وقوعه له قبل تملكه مما لا يحتاج إلى البيان. (٤٩)

(٤٩) الإيرواني: التمسك بهذه الأخبار على المقصود يتوقف على مقدمات خمس،:
الأولى: اقتضاء النهي عن المعاملات للفساد أو كونه في خصوص المقام للارشاد إلى الفساد.
الثانية: إرادة عدم الملك من كلمة (ليس عندك)، لا عدم القدرة على التسليم كالعبد الأبق والدابة الشاردة.
الثالثة: اختصاصها ببيع العين الخارجية فلو شملت بيع الكلي - الذي ليس عنده -، من مصاديقه شيء لم يجز الاستدلال بها، لان النهي فيها حينئذ يكون اما للتنزيه أو للتقية بعد الاجماع من الخاصة على جواز بيع الكلي في الذمة مع عدم تملك مصداق منه.
الرابعة: أن يكون النهي فيها إرشاداً " إلى الفساد وعدم التأثير في حق المخاطب. اما إذا أريد منه التنبيه على فساده مطلقاً " حتى في حق المالك كانت الاخبار دليلاً " على فساد الفضولي مطلقاً "، والكلام في المقام بعد التسالم على صحته.
الخامسة: دلالتها على الفساد وعدم التأثير بقول مطلق لا على سبيل تمام المؤثر ولا على سبيل جزء المؤثر.
اما إذا كانت تنبيهاً " على عدم ثبوت ما هو الثابت من التأثير فيما إذا كان المبيع له وهو الاستقلال بالتأثير وكانت ساكتة عن التأثير إذا انضمت إليه إجازة المالك، سواء المالك حال العقد، أو المالك حال الإجازة، ومنه إذا ملك العاقد وأجاز لم تنفع في المقام وبالمناقشة في هذه المقدمة تخلصوا عن التمسك بهذه الاخبار على فساد بيع الفضولي، كما بها تخلص المصنف عن الاستدلال بها للفساد في

وخصوص رواية يحيى بن الحجاج المصححة إليه. قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يقول لي اشتر لي هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها، أربحك كذا وكذا. قال: لا بأس بذلك،

اشترها، ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها. (٥٠) ورواية خالد بن الحجاج قال:

قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يجيئني ويقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا. قال:

أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلي. قال: لا بأس به، إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام بناء على أن المراد بالكلام عقد البيع، فيحلل نفيا " ويحرم إثباتا "، كما فهمه في الوافي، أو يحلل

إذا وقع بعد الاثراء ويحرم إذا وقع قبله، أو إن الكلام الواقع قبل الاثراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم ويحلل إذا كان على وجه المساومة والمراضاة. (٥١)

(٥٠) الطباطبائي: لعل وجه هذا التعبير من المصنف (اي عد الرواية مصححة)، مع أن الموجود في

المقاييس - على ما قيل - (ومنها ما رواه الشيخ والكليني في الصحيح عن يحيى بن الحجاج قال

سئلت الخ) تأمله في الصحة بالنسبة إلى ما تقدم على يحيى من الرواة لا من جهة التأمل في وثاقته

ولا فيمن قبله، إذ هو يروي عن الإمام عليه السلام بلا واسطة، مع أنه أيضا " ثقة على ما في خلاصة

العلامة ورجال النجاشي، فلا وجه لما أورد عليه من: انه لا وجه لهذا التعبير بعد عدم الوساطة بينه

وبين الإمام عليه السلام فان التعبير المذكور قد يكون في مقام يكون متأملا " فيمن تقدمه من الرواة

اما واقعا "، أو من جهة عدم المراجعة إلى تراجمهم فتدبر. (ص ١٦٥) الإيرواني: لعل النهي عن المواجهة للبيع قبل الاستيجاب أو الاثراء لاجل انه حينئذ لا يسعه أخذ

الربح فتكون القضية قضية تعليقية في صورة قضية تنجزية، يعني: ان أردت أن يسعك أخذ ما وعدك

من الربح فلا تواجهه البيع قبل أن تستوجهه، وعليه فالرواية تكون أجنبية عن المقصود. ثم الفرق بين الاستيجاب أو الاثراء راجع إلى كيفية الانشاء فإن كان يقول بعينه من المشتري

وبعتك من البائع كان ذلك استيجابا " وإيجابا "، وان كان بالايجاب من البائع والقبول من المشتري

كان ذلك اشتراء، فالرواية تكون دليلا " على انعقاد البيع بالاستيجاب والايجاب. (ص

(١٣٧) (٥١)
الطبائبي: (أولا") : قد مر في بيع المعاطاة (محصل المطالب ج ١ ص ١٨٢) ان في
بعض النسخ

(٩٦)

وصحيحة ابن مسلم، قال: سئلته عن رجل أتاه رجل، فقال له: ابتع لي متاعاً " لعلني أشتريه منك

بنقد أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله، قال: ليس به بأس إنما يشتريه منه بعدما يملكه. (٥٢)

وصحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أمر رجلاً ليشتري له متاعاً "

فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما يشتريه. وصحيحة معاوية بن عمار، قال: سئلت أبا عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل فيطلب مني بيع

الحرير، وليس عندي شيء فيقولني عليه وأقوله في الربح والأجل حتى يجتمع على شيء، ثم أذهب لأشتري الحرير فأدعوه إليه، فقال: أرأيت إن وجد مبيعاً " هو أحب إليه مما عندك، أيستطيع أن تصرف عنه وتدعه؟ قلت: نعم. قال: لا بأس، وغيرها من الروايات. ولا يخفى ظهور هذه الأخبار - من حيث المورد في بعضها ومن حيث التعليل في بعضها الآخر - في عدم صحة البيع قبل الاشتراء، وإنه يشترط في البيع الثاني تملك البائع له واستقلاله فيه، ولا يكون قد سبق منه ومن المشتري إلزام والتزام سابق بذلك المال. (٥٣)

مضافاً " إلى دلالة رواية خالد المتقدمة على أن الحكم في هذه الأخبار على وجه التقية. ومما ذكرنا يظهر النظر في جملة مما ذكره المصنف في المقام. (ص ١٣٧)

(٥٢) الطباطبائي: لا يخفى أن هذه الصحيحة واللتين بعدها وإن كانت ظاهرة في صورة كون المبيع

كلياً " وفيه يصح البيع بلا اشكال كما سيأتي. ويدل على صحته جملة من الأخبار أيضاً " حسبما نقلناه سابقاً "، إلا أنه يمكن أن يقال: إن المفروض

فيها صورة كون المبيع هو الشخص الذي يشتريه بعد ذلك، لا صورة كونه كلياً " وحينئذ فالبطلان

فيها ليس مخالفاً " لمذهب المشهور، فإن بيع الكلي صحيح إذا كان باقياً على كليته، لا فيما كان المراد

كون الفرد الذي يشتريه مبيعاً ". والحاصل: أن هذه الأخبار واردة في خصوص هذه الصورة والبطلان فيها لا مانع منه فتدبر.

(ص ١٦٥) (٥٣) الأصفهاني: فإن بعضها كقوله صلى الله عليه وآله وسلم: (لا تبع ما ليس عندك)

وارد في بيع العين الشخصية، كما حكى عن التذكرة، أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال ذلك لحكيم بن حزام

والجواب عن العمومات: انها إنما تدل على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع، وهو النقل والانتقال المنجز على بيع ما ليس عنده، فلا يجوز ترتب الأثر على هذا البيع، لامن طرف البائع بأن يتصرف في الثمن، ولا من طرف المشتري بأن يطالب البائع بتسليم المبيع. (٥٤)

حين سأله أن يبيع الشيء ثم يمضي ويشتريه ويسلمه، وكروايتي يحيي بن الحجاج وخالد بن الحجاج فإن موردهما العين الشخصية، وبعضها الآخر وإن كان موردها الكلي إلا أنه بملاحظة التعليل وهو قوله عليه السلام (إنما البيع بعدما يملكه) أو يشتريه ظاهر في أنه لا بأس بمجرد المساومة البيع. ثم إن تقريب النهي عن البيع للإرشاد إلى الفساد بقول مطلق بأحد وجهين: إما بدعوى الإطلاق من حيث الآثار، بأن يكون إرشادا إلى عدم الصحة الفعلية والتأهلية معا، وإما بدعوى الإطلاق من حيث الأحوال، بأن يكون إرشادا " إلى عدم نفوذ الانشاء الواقع قبل الاشتراء وبعده وبعد الإجازة.

(ج ٢ ص ٢٢٦)

(٥٤) الأخوند: وربما يجاب بان موجبها ليس إلا عدم تحقق البيع، والإرشاد إلى عدم تحققه بلا تملك، وهي هنا يقول بموجبها، إذ لا يكون بيع وتمليك حقيقة قبل الملك، وانما يكون بعده وبعد الإجازة، فلا يكون القول بحصول البيع والتمليك بعدها مخالفا " لها، كما لا يخفى، فتدبر جيدا ". (ص ٧٢)

الطباطبائي: الانصاف: ان هذا الجواب غير صواب، وذلك لان النهي عن ترتيب الأثر المقصود

باطلاقه يقتضي عدم ترتبه عليه، سواء أجاز بعد ذلك أولا، مع أنه إذا بطل العقد على الوجه الذي

قصد فصحته بعد لحوق الإجازة تحتاج إلى دليل، ولا يكفي العمومات حينئذ، لان المفروض خروج

المورد من حين وقوعه عنها فشمولها بعد ذلك لا معنى له، كما في بطلان العقد من جهة فقد سائر

الشرائط سواء كان من جهة النهي أو غيره، فإذا قال: لا تبع المجهول، أو نهى النبي صلي الله عليه وآله وسلم

عن بيع الغرر فبعد المعلوماتية لا يمكن بصحاحة بالإجازة، مع أن قوله صلي الله عليه وآله وسلم: (لا تبع

ما ليس عندك) يمكن دعوى شموله لما لا يكون مقدورا " على تسليمه وبالنسبة اليه لا

يقولون بالصحة
بعد القدرة إذا أجاز وافادته لاشتراط القدرة واشتراط الملكية على نسق واحد.
والحاصل: ان النهي المذكور إذا أفاد عدم صحة العقد على الوجه الذي قصد يكون مقتضاه
البطلان،
إذ معه لا يشمل الأدلة العامة، والدليل الخاص على صحة الفضولي لا يشمل المورد قطعاً "

(٩٩)

ومنه يظهر الجواب عن الاخبار، فإنها لا تدل - خصوصا بملاحظة قوله عليه السلام ولو تواجهه

البيع قبل أن تستوجبها - إلا على أن الممنوع منه هو الالتزام والالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجة إلى إجازة، وهي المسألة الآتية، أعني: لزوم البيع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجة إلى الإجازة، وسيأتي إن الأقوى فيها البطلان. (٥٥)

مفروض البحث في المسألة الثانية، وسنقول فيها بالبطلان. هذا محصل مرامه. ولا يخفى ما فيه لفساد قياس المقام بباب الفضولي في سائر الموارد، وذلك لان المالك والبايع في غير المقام متغايران حقيقة، فيصح انه يلتزم بفساد البيع من حيث هو مسند إلى البائع، وبصحته من حيث إنه مسند إلى المالك بالإجازة، وفي المقام المتغير اعتباري، إذ المالك المجيز هو البائع، ويكون التفاوت باعتبار اعتوار الحالات، حيث إنه قبل انتقال المبيع اليه يكون بايعا " فضوليا " وبعده يصير مالكا مجيزا ".
ولا يخفى ان اطلاق تلك الأخبار يدل على بطلان البيع الصادر عن البائع الفضولي بما هو مستند اليه،

سواء أجاز بعده أم لا، فحال إجازة البائع بعد مالكيته مندرج في اطلاق ما يدل على فساد بيعه، بخلاف إجازة المالك الأصيل في غير المقام، فان اطلاق ما يدل على بطلان البيع من حيث هو بيع الفضولي، لا يدل على بطلانه من حيث إنه مستند إلى المالك الأصيل إلى المالك من الحالات

الطارية على البائع لمغايرة المالك مع البائع حقيقة. والحاصل: ان اطلاق دليل الفساد من حيث هو بيع البائع الفضولي يقتضي فساده، ولو بعد صيرورته

مجيزا " بعد كونه مالكا "، واطلاقه كذلك لا يقتضي فساده من حيث هو بيع المالك الأصيل، بسبب اجازته، فما أفاده في الجواب من الاخبار المستدل لها على بطلان الفضولي - أعني: الجواب الخامس -

وان كان في غاية الجودة ونهاية المتانة في ذلك المقام، إلا أنه لا سبيل اليه في مقامنا بوجه من الوجوه

أصلا ". (ج ٢ ص ١٧٧) (٥٥)

الأصفهاني: فإن الظاهر من الاخبار - خصوصا أخبار باب الخيار - أن إيجاب البيع عبارة عن

إقراره وإثباته على وجه ليس له حله وفسخه، فالمراد من مواجهة البيع إيجاد البيع على الوجه

الذي
لا يبقي مجال لحله وفسخه، بحيث يكون الاثراء مقومة للوفاء به لا مقومة لتتميم
المعاملة،

(١٠٢)

وما قيل: من أن تسليم البائع للمبيع بعد اشتراؤه إلى المشتري الأول مفروض في مورد الروايات وهي إجازة فعلية.

مدفوع: بأن التسليم إذا وقع باعتقاد لزوم البيع السابق وكونه من مقتضيات لزوم العقد وإنه مما لا اختيار للبائع فيه بل يجبر عليه إذا امتنع، فهذا لا يعد إجازة ولا يترتب عليه احكام

الإجازة في باب الفضولي، لان المعتبر في الإجازة قولاً " وفعلاً " ما يكون عن سلطنة واستقلال،

لان ما يدل على إعتبار طيب النفس في صيرورة مال الغير حلالاً " لغيره، يدل على عدم كفاية ذلك. (٥٦)

فهو المنهي عنه، دون البيع على وجه يكون لكل منهما رفع اليد عنه، وحيث إن الايجاب والاستيجاب

بهذا المعني لا بالمعني المقابل للقبول قال عليه السلام قبل أن تستوجبها أو تشتريها فإن استيجابها جعل

البيع لازماً على نفسه، والاشتراء مجرد التملك المجامع مع الخيار، إلا أن دلالة هذه الأخبار أو هذه

الفقرة على بطلان البيع في المسألة الآتية محل الكلام، كما سيأتي إن شاء الله تعالى فانظر. (ص ٢٢٨)

(٥٦) الأصفهاني: القائل هو المحقق صاحب المقاييس قدس سره في كتابه المذكور، إلا أن ما ذكره المصنف قدس سره في دفعه لا يتم بالبيان المذكور في المتن، فإن الرضا الحاصل لو كان

رضاً بمضمون المعاملة لكفي، ولا معني لانبعائه عن عدم الاستقلال وعدم السلطنة، فإن اعتقاد

اللابدية لا يوجب إلا الاضطرار، وهو غير مضر، وإلا لكان بيع المضطر باطلاً، وإنما يبطل بيع المكره

لا لفقد الرضا، فإن الرضا العقلي كالرضا الطبيعي في الكفاية، بل الاكراه مانع، كما فصلنا القول فيه

سابقاً " وإنما الوجه في عدم كفاية التسليم هنا، لأنه وإن كان منبعثاً " عن الرضا إلا أنه رضا بالتسليم

لا رضا بالمعاملة، والإجازة هي الرضا بالمعاملة، لا الرضا بالتسليم مع اعتقاد صحة المعاملة، سواء كان

راضياً بها فعلاً أم لا إذا كانت بحيث لا يتمكن المشتري من ردها وقبولها غير نافذة. (ج ٢ ص ٢٢٨)

نعم، يمكن أن يقال: إن مقتضى تعليل نفي البأس في رواية خالد المقدمة بأن المشتري إن شاء أخذ وإن شاء ترك: ثبوت البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الأصيل، وهذا محقق فيما نحن فيه، بناء على ما تقدم من: أنه ليس للأصيل في عقد الفضولي فسخ المعاملة قبل إجازة المالك أو رده، لكن الظاهر - بقرينة النهي عن مواجهة البيع في الخبر المتقدم - إرادة اللزوم من الطرفين. (٥٧)

(٥٧) الطباطبائي: بل الظاهر كفاية عدم استطاعة أحدهما في الاعراض عن المعاملة الواقعة في البطلان واشتراط الصحة بعدم اللزوم في كل من الطرفين فاللزوم في أحدهما كاف في البطلان فالأولى منع المبني وهو اللزوم على الأصيل حسبما عرفت سابقا فتدبر. (ص ١٦٦) النائيني (المكاسب والبيع): يريد أن يفصل بين دلالة هذه الأخبار التي استدلت بها على بطلان البيع ممن باع شيئا ثم أجاز بعد الملك، بتسليم الدلالة في مثل رواية خالد بن الحجاج المتقدمة، والمنع فيما لا يكون مساقه ذاك المساق وتقريب الأول ان مقتضى تقييد نفي البأس بما إذا كان المشتري مخيرا بين الاخذ والترك الدال على ثبوت البأس إذا لم يكن المشتري مخيرا بل كان ملزما على الاخذ لا يجتمع مع صحة الفضولي، حيث إن المشتري أصيل، يجب عليه الالتزام بما التزم، وانما الخيار بين الإجازة وعدمها للمالك الأصيل، أو البائع الفضولي بعد انتقال المبيع اليه. هذا، ولا يخفى ما فيه، فإنه مع قطع النظر عن ظهور الرواية في بطلان بيع ما ليس عنده من حيث الالتزام والالتزام العقدي الذي في قوة ان يقال البيع أعني الالتزام والالتزام ممن ليس مالكا للمبيع إذا باع بقصد ان يمتلك ثم يجيز باطل، لا تدل على بطلانه لاجل كون صحته مستلزم ا " للزومه على الأصيل، اي لا يمكن ان تجعل الرواية دليلا على الفساد بمعونة ان صحته مستلزم للزومه على المشتري الأصيل، مع أن الرواية تنفي اللزوم عن المشتري وتحكم بالبطلان لو كان المشتري ملزما " بالأخذ، وذلك لان تلك المعونة ليست امرا عرفيا حتى توجب ظهور الرواية في البطلان. كيف! وقد

تقدم ان الالتزام بلزوم المعاملة من طرف الأصيل كان امرا خفيا اتعبنا في اثباته بإقامة
البرهان،
ولا يمكن جعل هذا الامر الخفي منشأ لظهور الرواية في البطلان بحسب المتفاهم العرفي
كما لا يخفى. (ص ١٧٩)

(١٠٤)

والحاصل: أن دلالة الروايات عموماً " وخصوصاً " على النهي عن البيع قبل الملك مما لا
مساغ
لانكاره، ودلالة النهي على الفساد أيضاً مما لم يقع فيها المناقشة في هذه المسألة، (٥٨)

الأصفهاني: نظراً إلى أن عنوان المفاعلة قائم بالطرفين، فيراد منها لزوم البيع من الطرفين،
فلا ينافي
لزومه من طرف الأصيل فقط، كي يوجب إما رفع اليد عن المبني السابق، أو الالتزام بفساد
البيع
مطلقاً.

ولا يخفى أن عنوان المفاعلة كما ذكرنا في أوائل التعليقة وفي غير مورد، لا يتقوم
بالإيجاب من
الطرفين، بل ينسب إلى البائع هنا، أي لا توجهه على نفسك في هذه المعاملة قبل أن
تستوجهه على
نفسك في المعاملة الثانية، فلا نظر له إلى لزوم المعاملة على الأصيل، مع أن المراد من
المواجهة - إذا
كانت قائمة بالطرفين - كون كل منهما بالخيار، لا اللزوم المجموعي حتى ينتفي بانتفاء
اللزوم من
طرف الفضولي فقط.

مضافاً " إلى: أن قوله عليه السلام أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك تنصيص على عدم اللزوم
من
طرف الأصيل، وأن المعاملة إذا كانت بحيث لا يتمكن المشتري من ردها وقبولها غير
نافذ. (ج ٢ ص ٢٢٩)

(٥٨) النائيني (المكاسب والبيع): ما أفاده في هذا الحاصل وجه ثان في الجواب عن
الاجبار،

ومحصله: أن تلك الأخبار وإن كانت ظاهرة في النهي عن بيع ما ليس عنده، والنهي ظاهر
في ارجاعه

إلى ناحية المسبب الموجب للفساد، فالفساد المستفاد منها غير قابل للانكار إلا أن معني
فساده عدم

ترتب الآثار عليه من النقل والانتقال الخارجي أعني رد المبيع قبل انتقاله إلى البائع واجازته
إلى

المشتري واخذ الثمن منه، ولا منافاة بين فساده بمعنى عدم ترتب تلك الآثار عليه، والحكم
بصحته

بترتب تلك الآثار عليه بعد الإجازة.

ولا يخفى ما فيه، لأن النهي بعد تسليم ارجاعه إلى المسبب يدل على فقد ما يعتبر وجوده
في البيع،

فالنهي عن بيع ما ليس عنده يدل على اشتراط كون المبيع ملكاً للبائع، ومع فقد الشرط لا
يقع

البيع، وحرمة ترتيب الأثر عليه، انما هي من جهة عدم تحققه، فهي من لوازم فساد، لا أنها
معني فساد
كما لا يخفى.
فهذا البيع بمقتضي ما سلمه من دلالة النهي الواقع في تلك الأخبار على الفساد فاسد، لاجل
فقد ما

(١٠٥)

إلا أنا نقول: أن المراد بفساد البيع عدم ترتب ما يقصد منه عرفا من الآثار، في مقابل الصحة

التي هي إمضاء الشارع لما يقصد عرفا من إنشاء البيع، مثلا " لو فرض حكم الشارع بصحة

بيع الشيء قبل تملكه على الوجه الذي يقصده أهل المعاملة، كان يترتب عليه بعد البيع النقل والانتقال، وجواز تصرف البائع في الثمن، وجواز مطالبة المشتري البائع بتحصيل المبيع من مالكة وتسليمه، وعدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه، ففساد البيع بمعنى عدم ترتب جميع ذلك عليه، وهو لا ينافي قابلية العقد للحقوق الإجازة من مالكة حين العقد أو ممن

يملكه بعد العقد.

ولا يجب على القول بدلالة النهي على الفساد وقوع المنهي عنه لغوا غير مؤثر أصلا "، كما

يستفاد من وجه دلالة النهي على الفساد. فإن حاصله: دعوى دلالة النهي على إرشاد المخاطب وبيان ان مقصوده من الفعل المنهي عنه - وهو الملك والسلطنة من الطرفين - لا

يترتب عليه، فهو غير مؤثر في مقصود المتبايعين، لا أنه لغو من جميع الجهات فافهم. (٥٩)

يعتبر فيه، ويترتب على فساده حرمة ترتيب الأثر عليه، لا أن نفس حرمة ترتيبه عبارة عن فساده، فالمستفاد من وجه دلالة النهي على الفساد هو إرشاد المخاطب بلغوية الفعل

المنهي عنه، لخلل فيه من فقد شرط، أو وجود مانع المستلزم لعدم ترتيب الأثر عليه، لا الإرشاد إلى

عدم ترتيب الأثر المقصود عليه كما لا يخفى. (ج ٢ ص ١٨٠) (٥٩) الطباطبائي: قد عرفت: ان حال النهي في المقام حال النهي في سائر المقامات كالنهي عن بيع

المجهول ونحوه، فكما يفيد البطلان مطلقا "، فكذا في المقام ولعله إلى ما ذكرنا أشار بقوله فافهم.

(ص ١٦٦)

الأصفهاني: هذا ناظر إلى عدم الاطلاق من حيث الآثار، وأن المقصود منها لا يترتب لا كل أثر،

مع أنك عرفت أن الصحة التأهيلية ليست من الآثار الشرعية، بل ملاكها عدم تمامية الموضوع مع

قبوله في نفسه للتمامية بلحوق شرائطه له، فلا يعقل الاطلاق لا أنه ليس من الآثار المقصودة نوعا

للمتعاملين فتدبر. (ج ٢ ص ٢٢٩)

(١٠٦)

اللهم إلا أن يقال: ان عدم ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد إنشائه مع وقوع مدلول ذلك العقد في نظر الشارع مقيدا بانضمام بعض الأمور اللاحقة - كالقبض في الهبة ونحوها والإجازة في الفضولي - لا يقتضي النهي عنها بقول مطلق، إذ معني صحة المعاملة شرعا أن يترتب عليها شرعا المدلول المقصود من إنشائه ولو مع شرط لاحق، وعدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط لا يوجب النهي عنه إلا مقيدا بتجرده عن لحوق ذلك الشرط، فقصدتهم ترتب الملك المنجز على البيع قبل التملك بحيث يسلمون الثمن ويطالبون المبيع لا يوجب الحكم عليه بالفساد. (٦٠)

(٦٠) الطباطبائي: هذا ناظر إلى ما ذكرنا من دلالة اطلاق النهي على البطلان مطلقا "، إذ حاصله: انه لو كان للمعاملة شرط شرعي وكان المتناول بين الناس عدم مراعاة ذلك الشرط وترتيب الأثر عليها حتى بدونه فمقتضى القاعدة ان يبين الشارع انها مشروطة بكذا كان يقول لا رهن الا مقبوضا أولا هبة الا مع القبض، لا ان يبيني عنها مطلقا فإذا نهى عنها مطلقا يكشف عن كونها باطلة مطلقا ففي المقام نقول لو كان البيع المفروض صحيحا بشرط الإجازة اللاحقة وان على الشارع بيان ذلك، لا النهي عنه مطلقا "، فاطلاقه النهي دليل اطلاق البطلان وهو حسن جدا " فتدبر. (ص ١٦٦)

الأصفهاني: قد سبقه إليه المحقق صاحب المقاييس قدس سره الذهاب إلى فساد هذا البيع حيث ذكر:

فإنه لو كانت الإجازة كافية لما نهى عن البيع قبل ذلك، ولم يأمر بفعله بعده... الخ. وحاصله: أنه لا بد من النهي في مثله عن البيع المجرد عن الإجازة، لا النهي عنه مطلقا ولا الامر بايجاد البيع بعده، حيث قال عليه السلام ثم تشتري له نحو الذي طلب، ثم توجهه على نفسك، ثم تبيعه منه بعد. ولا يخفى أن إطلاق النهي حينئذ بالإضافة إلى قبل الإجازة وبعدها، لا من حيث الآثار، لكنه يدل بالالتزام على عدم الصحة التأهيلية، وقد عرفت الجواب عنه حيث إنه مع الإضافة إلى من عنده المال بالإجازة لا يعقل ان يعمه الاطلاق، ولا يكون داخلا في البيع قبل أن يشتريه أو قبل

أن يملكه
بل يكون بالإجازة المحققة للبيع بيعا بعدما يملكه ويشتره.

(١٠٧)

فالانصاف: أن ظاهر النهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع وعدم ترتب أثر الانشاء المقصود منه عليه مطلقا " حتى مع الإجازة،
وأما صحته بالنسبة إلى المالك إذا أجاز، فلان النهي راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع، فلا تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز، فيرجع فيه إلى مسألة الفضولي. (٦١)
نعم، قد يחדش فيها: أن ظاهر كثير من الاخبار المتقدمة، ورودها في بيع الكلي، وإنه لا يجوز
بيع الكلي في الذمة ثم اشتراء بعض أفراده وتسليمه إلى المشتري الأول، والمذهب جواز ذلك
وإن نسب الخلاف فيه إلى بعض العباير، (٦٢)

وأما أمره عليه السلام بالبيع بعد الاشتراء، فلان المفروض في كلام السائل حصول المقابلة والمساومة
قبل الاشتراء، فلا يعقل حصول الملك للطالب إلا بايجاد البيع بعده. (ج ٢ ص ٢٣٠)
(٦١) الطباطبائي: يمكن دعوى الاطلاق بالنسبة اليه أيضا " وعلى هذا فيبيع الغاصب أيضا " غير قابل
للإجازة وينحصر صحة بيع الفضولي فيما إذا باع عن المالك فتدبر. (ص ١٦٦)
(٦٢) الطباطبائي: قد عرفت انها وان كانت واردة فيه الا ان الظاهر منها صورة
كون المقصود كون المبيع هو الشخص الذي يشتريه بعد ذلك كما يظهر من قوله: (أرأيت لو وجد هو مبيعا " أحب
اليه الخ) وغيره ومثل هذه الصورة ليس المذهب جوازه فلا موقع للחדشة المذكورة.
نعم، مع الاغماض عن هذا الوجه التحقيق في رفع الخدشة ما ذكره المصنف قدس سره. (ص ١٦٦)
النائيني (المكاسب والبيع): اعلم: ان المبيع في بيع ما ليس عنده، اما كلي أو شخصي ففي الأول لا
اشكال في صحة بيعه ثم تسليم المبيع في الخارج بعد اشتراء مصداق
الكلي وليس شرط صحة بيع الكلي في الذمة تحقق مصداقه عنده حين البيع اجماعا " منا،
وان خالف فيه بعض من العامة، ووجه
الجواز عدم ما يوجب المنع عنه عقلا " وشرعا ".
اما عقلا "، فلعدم مجئ ما قلنا في وجه بطلان بيع ما ليس عنده إذا كان شخصيا " أعني:
عدم تحقق
البيع الذي هو تبديل طرفي الإضافة على ما مر في الوجه الأول من وجوه الاشكالات
المنقولة عن
المقاييس، حيث إن طرف إضافة الكلي هو نفس البائع الذي يجعله في ذمته بنفس البيع.

فيقوي في النفس: أنها وما ورد في سياقها في بيع الشخصي أيضا " - كروايتي يحيي
 وخالد
 المتقدمين - أريد بها الكراهة، أو وردت في مقام التقية، لان المنع عن بيع الكلي حالا "
 مع عدم
 وجوده عند البائع حال البيع مذهب جماعة من العامة - كما صرح به في بعض الاخبار -
 مستندين في ذلك إلى النهي النبوي عن بيع ما ليس عندك، (٦٣)
 لكن الاعتماد على هذا التوهين في رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين في بيع
 الشخصي، وعموم مفهوم التعليل في الأخبار الواردة في بيع الكلي، خلاف الانصاف، إذ
 غاية
 الامر حمل الحكم في مورد تلك الأخبار - وهو بيع الكلي قبل التملك - على التقية، وهو
 لا
 يوجب طرح مفهوم التعليل رأسا "، فتدبر. (٦٤)

قوله عليه السلام في رواية ابن مسلم (ليس به بأس، انما يشتره منه بعد ما يملكه) هو ثبوت
 البأس
 فيما إذا كان شرائه منه قبل ما يملكه، ولا اشكال في أن البائع انما يشتري المبيع عن مالكة
 جزئيا ".
 وبعبارة أخرى: الضمير في قوله (بعد ما يملكه) راجع إلى المتاع الشخصي وهو الذي
 اشتراه البائع من
 مالكة ثم باعه إلى مشتريه بعد ما ملكه، فيكون البأس في بيع هذا الذي باعه بعد ما ملكه لو
 كان
 يبيعه قبل أن يملكه كما لا يخفى، وكذا قوله عليه السلام في صحيحة ابن حازم (انما البيع
 بعد ما
 يشتره) ظاهر في كون المبيع الشخصي الذي اشتراه هو المبيع فمقتضى نفي البأس في بيعه
 إذا كان
 بعد شرائه ثبوته إذا كان قبل شرائه، فالمتحصل من هذه الأخبار - عمومها وخصوصها -
 هو عدم
 جواز بيع ما ليس عنده ثم تسليمه إلى المشتري بعد اشتراؤه من مالكة، وليس ما يوجب
 رفع اليد
 عن تلك الأخبار الظاهرة في هذا المدعي مع كونه مطابقا " مع القاعدة أيضا " لما ذكرنا
 في تقارير
 الاشكالات السابقة. (ج ٢ ص ١٨٠)
 (٦٣) الطباطبائي: كصحيحتي عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله المتقدمتين
 المشتملتين على
 قول الراوي بعد قول الإمام (لا بأس) فقلت: ان من عندنا يفسده فقال عليه السلام: ما
 يقولون في
 السلم إلى آخرهما. (ص ١٦٦)

(٦٤) الإيرواني: مفهوم التعليل غير قابل للتخصيص فيدور الأمر بين رفع اليد عنه بالمرّة
وحمله على

(١١٠)

فالأقوى: العمل بالروايات والفتوى بالمنع عن البيع المذكور. (٦٥)

الكراهة أو التقية وبين الاخذ بعمومه وحيث إن الأخير خلاف المذهب تعين الأول.
نعم الاخبار المختصة ببيع العين الشخصية حجة على المنع في العين الشخصية ان تمت
دلالتها لولا أن
رواية خالد المتقدمة ناصة على الجواز فيما إذا كان البائع يجد المبيع في أوان تسليمه ولو
بشراء
ونحوه فتكون قرينة على أن المنع في هذه الاخبار للارشاد إلى أنه قد لا يبيع المالك
وبذلك يفسد

بيعه. (ص ١٣٧)

الأصفهاني: لا يخفى أنه لا يمكن التبعض في التعليل بحمله على التقية أو الكراهة في
بعض موارد،
وهو الكلبي، وبإبقائه على حاله في الشخص خصوصا "، مع أن مورده الكلبي، فإلقائه في
مورده المنصوص
وإبقائه في غيره في غاية البعد، ولعله أشار إليه بالأمر بالتدبر، فيقوي احتمال الكراهة مطلقا
"، لئلا يقع
في كلفة ما لعله لا يتمكن من تحصيله مقدمة للوفاء في الكلبي، وتتميمها " للمعاملة في
الشخصي.

(ج ٢ ص ٢٣٠)

(٦٥) الطباطبائي: يعني في البيع الشخصي أو الكلبي على الوجه الذي ذكرنا الذي يرجع في
الحقيقة
إلى الشخصي، لا في بيع الكلبي في الذمة، فإنه قد ذكر فيه أن المذهب جوازه، فما قيل
من: ان ظاهر
هذه العبارة المنع حتى في الكلبي كما تري، فإنه ممنوع أشد المنع فلا وجه للايراد عليه
قدس سره بأنه

(لا وجه للمنع في الكلبي مع أن جوازه مصرح به في الاخبار). (ص ١٦٦)

النائني (منية الطالب): الانصاف: ان الاخبار العامة والخاصة ظاهرة في فساد بيع من لا
يكون المبيع
له وان اشتراه وأجازته، لان النهي ظاهر في كونه إرشادا " إلى إعتبار قيد في المعاملة، فلا
يمكن الجواب

عن الاخبار العامة فضلا " عن الخاصة الظاهرة في المبيع الشخصي بما أجيب عنها
في بيع الغاصب، لان في بيع الغاصب يمكن أن يكون المنع راجعا " إلى عدم قدرته إلى
التسليم، كما لو باع لنفسه غير مترقب
لإجازة المالك أو راجعا إلى وقوعه لنفس الغاصب، فلا يدل على الفساد لو أسنده المالك
إلى نفسه

بإجازته، وفي المقام لا يجري شئ منهما، اما الأول فلان مورد البيع قبل الشراء مورد
يطمئن البائع

بأن المالك يبيعه إياه وإلا لا يقدم أحد مع عدم اطمئنانه بذلك على الايجاب.
وبعبارة أخرى: مورده مورد يصح دعوى الملكية مجازا بقرينة المشاركة.

(١١١)

مما يؤيد المنع - مضافا إلى ما سيأتي عن التذكرة والمختلف من دعوى الاتفاق - : رواية الحسن بن زياد الطائي الواردة في نكاح العبد بغير إذن مولاه، قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام إني كنت رجلا مملوكا فتزوجت بغير إذن مولاي ثم أعتقني بعد، فأجدد النكاح فقال:

علموا إنك تزوجت؟ قلت نعم، قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئا ". قال: ذلك إقرار منهم،

أنت على نكاحك. الخبر، فإنها ظاهرة بل صريحة في أن علة البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته، فلو كان صيرورته حرا مالكا لنفسه مسوغة للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج إلى الاستفصال عن أن المولي سكت أم لا، للزوم العقد

حينئذ على كل تقدير. (٦٦)

ابتع لي متاعا " هو طلب شراء المتاع المبهم القابل لانطباقه على كل شيء. هذا مضافا إلى ظهور قوله: (لعلي أشتره منك بنقد أو نسيئة) في المبيع الشخصي.

وأما ثانيا " : فظهور أكثرها في الكلبي لا يوجب حمل جميعها عليه فما كان ظاهرا " في الكلبي يحمل على

الكرهية بقريئة ان المذهب استقر على صحة بيعه وما كان ظاهرا " في الشخصي فيحكم بفساده على ما

هو ظاهر النهي فإنه كاشف عن إعتبار قيد في المعاملة وهو كون البائع مالكا للمبيع. ثم لا يخفى انه لو قلنا بصحة هذا البيع فلا تتوقف على الإجازة لان الغرض منها اما حصول الرضا

من المالك أو الاستناد إليه وكل منهما حاصلان بصدور البيع عنه لنفسه فلا يمكن حمل الاخبار على

صورة عدم الإجازة مع أنها مثل صورة الإجازة في الصحة والفساد. هذا كله مع اعترافه قدس سره

بأن رواية الحسن بن زياد الطائي (المتقدمة) تدل على ما إختاره صاحب المقاييس والعجب انه قدس

سره حمل النهي على ما يترتب بعد البيع من عدم تسليم المبيع ونحوه، فان النهي الظاهر في اعتبار قيد في نفس المعاملة كيف! يحمل على ما يترتب عليها بعد فرض صحتها.

والانصاف انه لم يكن المناقشة في دلالة الاخبار على الفساد لائقة بمقامه فتدبر جيدا. (ج ١ ص ٢٦٩)

(٦٦) الإيرواني: يحتمل أن يكون الغرض من استفسار الإمام عليه السلام استعلام ان المولي هل علم

ورد النكاح أو لا فتكون الرواية أجنبية عما هو المقصود. (ص ١٣٨)

ثم إن الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات، وهو ما لو باع البائع لنفسه واشتري المشتري غير مترقب لإجازة المالك ولا إجازة البائع إذا صار مالكا " (٦٧)

الأصفهاني: لا يخفى عليك أن السؤال لم يكن عن توهم صحة زواجه بسبب انعقائه، حتى يكون الاعراض عن انعقائه والاستفصال عن سكوت المولي كاشفا " عن عدم تأثير لانعقائه في صحة زواجه، ليجاب تارة بأن غرضه عليه السلام تصحيح زواجه من الأول، لا من حين انعقائه، فإنه أتم فائدة وأعم نفعاً ". وأخرى بان المعلول يستند إلى أسبق العلل، فاستفصل عليه السلام عن وجود علة سابقة، بل ظاهر السؤال والتفريع على ما سأله وفرضه - حيث قال (ثم أعتقني فأجدد النكاح... الخ) - أنه توهم عدم صحته من حيث إن زواجه منوط في نظره برضا المولي، وحيث لا إذن منه سابقاً ولا موقع لإجازته لاحقاً "، لانعقائه وصيرورة المولي أجنبياً عنه، فلذا سأل بنحو التفريع عن لزوم تجديد النكاح، لا أنه حيث أعتقني فيصح النكاح لتعقبه بالحرمة وصيرورته مالكا لامره، وحينئذ كان المناسب في مقام الجواب الاستفصال عن السكوت المحقق للإجازة اللاحقة، فيكون حكم الانعقاد بعد الزواج فلا إذن مسكوتا عنه. والتحقيق: أن نكاح العبد لا يصح بدون الإذن والإجازة لخصوصية فيه، وإن قلنا بكفاية التعقب بالملكية أو مع الإجازة في باب البيع، وتلك الخصوصية أن دخل إذن المولي وإجازته في صحة الزواج ليس على حد دخلهما في انتقال المال عن ملك مالكه، بل المعتبر رضا الزوجين في الزواج من حيث نفسه، وإنما اعتبر رضي المولي من حيث عدم استقلال العبد في أمره - ولو كان متعلقاً " بغيره - كما إذا باع العبد مال غيره برضا مالكه، فإن الانتقال منوط برضا مالكه لا المولى، لكنه حيث إن العبد قدرته مضمحلة في جنب قدرة سيده وسلطانه منك في جنب سلطان مولاه، فلا بد من صدور كل عمل مهم بإذن مولاه أو إجازته، حتى يكون اضمحلال قدرته وانكسار سلطانه محفوظاً ". ومن الواضح أن حرته بعد صدور الزواج بلا إذن من مولاه لا يوجب انحفاظ

اضمحلال قدرته في قدرة مولاه، فلا يجدي في هذا المورد إلا الاذن من المولي أو الإجازة
منه، فلذا
استفصل عليه السلام عن سكوت المولي حيث لا مصحح له سواه فافهم جيدا ". (ج ٢
ص ٢٣١)
(٦٧) الإيرواني: (أولا " : الروايات أيضا " تشمل ما لو) باع لمن يلي امره بولاية أو وكالة
ثم اشتراه له

وهذا هو الذي ذكره العلامة رحمه الله في التذكرة نافيا " للخلاف في فساده، قال: لا يجوز أن يبيع
عينا لا يملكها ويمضي ليشتريها ويسلمها، وبه قال الشافعي وأحمد، ولا نعلم فيه خلافا "،
لقول

النبي ص: لا تبع ما ليس عندك ولا شتمالها على الغرر، فإن صاحبها قد لا يبيعها، وهو غير
مالك لها ولا قادر على تسليمها، أما لو اشترى موصوفا في الذمة - سواء كان حالا " أو
مؤجلا " - فإنه جائز إجماعا "، إنتهي
وحكي عن المختلف أيضا الاجماع على المنع أيضا "، واستدلالة بالغرر وعدم القدرة على
التسليم ظاهر، بل صريح في وقوع الاثراء غير مترقب لإجازة مجيز، بل وقع على وجه
يلزم

على البائع بعد البيع تحصيل المبيع وتسليمه (٦٨) فحينئذ لو تبايعا على أن يكون العقد
موقوفا على الإجازة، فاتفقت الإجازة من المالك أو من البائع بعد تملكه، لم يدخل في
مورد

الاخبار ولا في معقد الاتفاق. ولو تبايعا على أن يكون اللزوم موقوفا على تملك البائع دون
إجازته، فظاهر عبارة الدروس: أنه من البيع المنهي عنه في الاخبار المذكورة، حيث قال:
وكذا لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجاز، ولو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس
عنده، وقد نهي عنه، إنتهي

القلبي لا يؤثر في الفساد والصحة في باب المعاملات واستدلال العلامة قدس سره على
الفساد

بالغرر والعجز عن التسليم لا يصلح لحصر الفساد في صورة دون أخرى لا ن هذين
المحذورين وإن لم

يجريا في جميع الصور إلا أن النهي يشمل جميعها. (ج ١ ص ٢٧٠)
(٦٨) الأصفهاني: إذ لا غرر مع كونه موقوفا على الملك، للقطع بأنه لا ينتقل ماله عن
ملكه إلا في

ظرف دخول بدله في ملكه، كما أن البائع بعد ملكه له يكون شرعا قادرا على تسليمه،
بخلاف ما

إذا كان البيع منجزا "، إذ لا يعلم المشتري بدخول بدل ما خرج عن ملكه في ملكه، كما
أن البائع

ليس قادرا على تسليم المبيع فعلا "، مع كونه ملك الغير ولعله لا يبيعه. (ج ٢ ص ٢٣٣)
الإيرواني: الشراء مترقبا " أو غير مترقب مما لا اثر له في حصول الغرر وعدمه ولا في
القدرة

وعدمها، فان توطين النفس على رفع اليد عن البيع عند عدم الإجازة كتوطين النفس على
التزام

لكن الانصاف: ظهورها في الصورة الأولى، وهي ما لو تبايعا قاصدين لتنجز النقل والانتقال وعدم الوقوف على شيء. (٦٩)

بالبيع المجهول على اي وجه كان في عدم رفعه للغرر. نعم مع التعليق على امر معلوم يرتفع الغرر. لكن يفسد البيع من جهة التعليق، والحق: ان هذا التعليق من العلامة عن بطلان الفضولي بقول

مطلق، حيث اعتبر قدرة العاقد على التسليم ولم يجتزء بقدرة المالك. (ص ١٣٨) (٦٩) الأصفهاني: هذا ما وعدنا به آنفا " من: أن المنهي عنه ليس المنجز في قبيل الموقوف على إجازة المالك أو إجازة البايع، بل الموقوف على تملك البايع أيضا " في قبيل المنجز المختص به النهي.

(ج ٢ ص ٢٣٣)

النائبي (المكاسب والبيع): (راجع ما ذكرناه في التعليقة السابقة تحت الرقم ٦٧ حتى يتضح لك عدم

الفرق بين الأقسام خلافا " للمصنف.

والحق: ما قلناه من الحكم بالبطلان مطلقا " لعدم قصور في دلالة تلك الأخبار المانعة أصلا " .

النائبي (منية الطالب): ظهر مما ذكرنا أن الحكم في جميع الصور هو الفساد ولا فرق بين أقسام

الصورة الأولى فسواء باعه عن نفسه منجزا أم باعه على أن يكون العقد موقوفا " على الإجازة

فاتفتت الإجازة منه بعد تملكه أو تبايعا على أن يكون اللزوم موقوفا " على تملك البائع دون إجازته،

فالحكم في الجميع هو البطلان ولا وجه لتخصيصه قدس سره الفساد بالصورة الأولى والثانية إذا لم

تتفق الإجازة، دون ما إذا علق العقد على الإجازة فتحققت، ودون ما إذا علق اللزوم على التملك مع أنه

نقل عن الدروس فساد هذه الصورة الأخيرة، هذا مع أنه لو كان المراد من

التعليق في العقد هو التعليق البنائي فقد تقدم ان البناء القلبي لا أثر له في باب العقود والايقاعات ولو كان المراد هو

التعليق في ضمن العقد فهذا هو التعليق في المنشأ الذي أجمعوا على بطلانه.

ثم إنه ليس لتعليق اللزوم على التملك معني محصل في المقام، لأنه عبارة عن جعل الخيار وهو إنما

يكون مقابلا " للالتزام العقدي من المالك وليس العقد منسوبا " إلى البائع في المقام والاسم المصدر

الغير الحاصل لا معني لجعل الخيار فيه، فمقصود صاحب الدروس ليس ما هو ظاهر عبارته

(۱۲۰)

وما ذكره في التذكرة كالصريح في ذلك، حيث علل المنع بالغرر وعدم القدرة على التسليم.

وأصرح منه كلامه المحكي عن المختلف في فصل النقد والنسيئة. (٧٠) ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع فأجازه فالظاهر أيضا الصحة، لخروجه عن مورد الاخبار. نعم، قد يشكل فيه من حيث أن الإجازة لا متعلق لها، لان العقد السابق كان إنشاء

للبيع عن المالك الأصلي، ولا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه. (٧١)

بل غرضه تعليق الزوم على الانتقال على نحو الداعي، ولذا عبر عنه بقوله ولو أراد لزوم البيع

بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده. (ج ١ ص ٢٧٠)

(٧٠) الأصفهاني: لتصريحه بخروجه عن مورد الاخبار، دون كلامه في التذكرة فإن دلالة على

الخروج باعتبار اقتران الاستدلال بالاخبار بنفي الغرر ونحوه، فيفهم أن موردها ومورد نفي الغرر واحد.

وفيه: أن خروج هذا المورد لعله ليس بلحاظ كونه موقوفاً، بل بلحاظ كونه عن المالك، والمنهي

عنه هو بيع المخاطب بالنهي، ولذا لا ريب في أنه إذا باع منجزاً عن قبل المالك فأجازه المالك يصح

البيع، فعدم شمول الروايات للبيع عن المالك منجزاً " أو معلقاً " لا ينافي شمولها للبيع لنفسه منجزاً " أو

معلقاً " مطلقاً. (ج ٢ ص ٢٣٣)

(٧١) الآخوند: لا يخفى ان عدم مطابقة المنشأ والمجازها هنا، أظهر مما إذا قصد البيع لنفسه ثم ملك،

والظاهر عدم نفوذ اجازته في الصورتين، لعدم المطابقة بينهما فيهما، كما عرفت في الصورة الأولى.

(ص ٧٣)

الطباطبائي: التحقيق شمول النواهي لجميع الصورة عدا هذه الصورة فقط، فهي الخارج عن موردها

دون البقية. (ص ١٦٦)

النائني (منية الطالب): ولو باع عن المالك فاتفق انه صار مالكا، فلو قلنا بالصحة فلا إشكال في

توقفها على إجازته، لان رضاه سابقاً " لا يفيد لوقوع المعاملة عنه، فصحتها تتوقف على رضاه حين

الملك حتى يستند البيع إليه عن طيب، ولكن الكلام في صحته، فان الاخبار وإن لم تعم هذه الصورة

إلا أن بعد ما عرفت من: الفرق بين التبديل في المالك والملك، فحكم هذا القسم حكم ما

لو باع لنفسه،

(۱۲۱)

ويمكن دفعه بما اندفع به سابقا الاشكال في عكس المسألة وهي ما لو باعه الفضولي لنفسه، فأجازه المالك لنفسه، فتأمل. (٧٢)

لان تبديل الملك يوجب إختلاف المنشأ والمجاز، بل الاختلاف فيه أظهر، لان في القسم الأول باع لنفسه وهو المجيز، وفي القسم الثاني باعه عن مالكة وهو لا يجيز وإنما يجيزه المالك حال الإجازة وقياسه على ما إذا باع لنفسه لا وجه له، لان صحة هذا القسم إنما هو لالغاء قصد البيع للنفس كالغائه في مورد الغاصب فإذا تحقق قصد المعاوضة وألغي قيد (لنفسه) صح تعلق إجازة المالك بها،

واما قصده للمالك الأصيل فلا يمكن إغائه بإجازة غيره لا ترتبط بالعقد.

ويمكن أن يكون قوله: (فتأمل) إشارة إلى هذا. (ج ١ ص ٢٧٠)

(٧٢) الأصفهاني: (وما اندفع به سابقا ") هو قصد البيع عن المالك بما هو مالك، والمفروض أن من

يقع البيع عنه بالأخرة - وهو المجيز - مالك أيضا "، وفيه تأمل كما أشار إليه، فإن المتعارف قصد

البيع عن ذات المالك، سواء كان هو العاقد أو غيره، وحيثية مالكية نفسه أو غيره تعليلية لا تقييدية إلا في ما لا بد فيه من جعل حيثية المالكية تقييدية تحقيقا للمعاوضة الحقيقية، كما إذا أراد

بيع مال الغير لنفسه، فإنه لا بد عنده، من التنزيل وإرجاع البيع إلى الحيثية رعاية للمعاوضة الحقيقية، فمن وقع البيع عنه هنا لا يعقل منه الإجازة فعلا "، ومن يراد وقوع البيع عنه بإجازته لم

يقصد وقوع البيع عنه.

نعم بناء على ما ذكرنا - من أن بيع مال الغير بإذنه وإجازته معقول، لعدم كون البيع معاوضة

حقيقية - يصح هذا البيع للمالك الأول بإجازة المالك الثاني، كما ذكرنا في عكسه سابقا " من أن بيع

مال الغير لنفسه يقع لنفسه بإجازة الغير له. (ج ٢ ص ٢٣٤)

الطباطبائي: فان وجه الدفع هناك ان البائع انما ينشئ البيع عن نفسه بعد ادعاء كونه مالكا "، فكأنه

قال: (بعت عن المالك وانا المالك) فإذا أجاز المالك فقد وقعت الإجازة على البيع الأول ولا يلزم

مغايرة المجاز لما وقع، وهذا يجري في المقام أيضا " فإنه وان قصد البيع عن مالكة وهو زيد مثلا " الا

انه انما قصده من حيث إنه مالك، فكأنه قال بعتة عن مالكة وهو زيد فإذا اشترى وأجاز لم

يلزم
مغايرة المجاز لما وقع ولعل الامر بالتأمل إشارة إلى الفرق بين المقامين، فإنه في البيع
لنفسه لما لم يكن

(١٢٢)

ولو باع لثالث معتقدا لتملكه أو بانيا " عليه عدوانا "، فإن أجاز المالك فلا كلام في الصحة، بناء على المشهور من عدم إعتبار وقوع البيع عن المالك، وإن ملكه الثالث وأجازته، أو ملكه البائع فأجازته، فالظاهر أنه داخل في المسألة السابقة. (٧٣)

البايع لا من مالكة، ثم استشكل في صحته بعدم مطابقة الإجازة مع العقد الواقع، فان العقد وقع عن المالك والإجازة تقع من البائع، وليس بين البائع والمشتري عقد حتى يتعلق به إجازة البائع والعقد الذي بين المالك والمشتري، أعني: الذي وقع عن المالك بمباشرة البائع فضوليا " لم يتعلق به الإجازة، فما وقع لم يصر متعلقا للإجازة وما تعلقت به الإجازة لم يكن واقعا. وأجاب عنه بما يجاب به عن بيع الغاصب لنفسه إذا أجازته المالك، حيث يقع العقد عن المالك، مع أنه كان صادرا عن الغاصب لنفسه.

ومحصل هذا الجواب هو: إلغاء جهة إضافة العقد إلى الغاصب وتصحيحه باسناده إلى المالك واعتبار انه هو المالك، وحيث نأخذ باسناد العقد إلى المالك وألغينا اعتبار نفسه مالكا " ينتج ان الإجازة تعلقت بنفس العقد الصادر عن الغاصب وهو البيع عن المالك، بعد اسقاط اعتبار مالكية الغاصب يقع البيع عن المالك نفسه هذا محصل ما أفاده.

ولا يخفى انه لا موقع لهذا الجواب في المقام أصلا "، وذلك لان البيع في المقام وقع عن المالك عكس البيع الصادر عن الغاصب، وليس هاهنا اعتبار ملكية أحد في البين، ولا يحتاج في تصحيح قصد البيع عن البائع بعد اسناده إلى المالك إلى استراق الملكية بوجه من الوجوه، فالبيع الصادر عنه المضاف إلى

المالك لا يصير بإجازته بيعه، والغناء جهة الإضافة إلى المالك موجب لفساد البيع، لعدم تمشي قصده من البائع من دون تلك الإضافة، فحينئذ الامر يدور بين ان يكون البيع مضافا " إلى مالك كلي وهو

الجامع بين المالك حال البيع والمالك حال الإجازة، أو يكون مضافا إلى شخص المالك حال البيع، فعلي الأول، تصح الإجازة من المالك الثاني، لكن تقدم فساد هذا المبني وكونه خارجا " عن حقيقة البيع، وان حقيقته عبارة عن تبديل طرفي الإضافة الشخصية القائمة بين المال ومالكة وعلى الثاني، فلا

محيص

إلا عن الالتزام بالفساد، وهذا هو الأقوى والي ذلك أشار بقوله (فتأمل). (ج ٢ ص ١٨٦)

(٧٣)

الأصفهاني: ما أفيد صحيح على مسلكه قدس سره في صورة البناء، لا في صورة الاعتقاد

(١٢٤)

(المسألة الثانية)

ثم إنه قد ظهر مما ذكرنا في المسألة المذكورة حال المسألة الأخرى، وهي ما لو لم يجز البائع بعد تملكه، (٧٤) فإن الظاهر بطلان البيع الأول لدخوله تحت الاخبار المذكورة يقينا "، (٧٥)

(٧٤) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى ان التفكيك بين المسألتين بجعل كل مسألة على حدة

لا يخلو عن فساد، والصواب جعلهما مسألة واحدة وجعل تعقب البيع بالإجازة وعدمه من حالات

البيع، ثم يبحث عن صحته وفساده ويختار أحدهما، اما مطلقا " أو بالتفصيل بين الحالتين. (ج ٢ ص ١٨٨)

الأصفهاني: لا يخفى عليك أن المسألة الأولى كما كانت من حيث العنوان أعم من ما إذا باع منجزا

أو موقوفا فتعقبه الملك والإجازة، وإن كان مورد الاخبار صورة البيع المنجز، كذلك لا بد من جعل

عنوان المسألة الثانية أعم من البيع المنجز والموقوف على الملك، لا تخصيصه بالبيع المنجز، وجعله

متيقنا من مورد الاخبار، نظرا " إلى أنه لو لم يجد الملك والإجازة فعدم جدوي الملك فقط أولي، وحكم

الموقوف وإن تقدم في كلامه قدس سره من حيث عدم شمول الروايات الناهية له، إلا أنه بلحاظ

سائر ما استدل به في هذه المسألة لم يتقدم منه شيء، فبالحري حينئذ أن نتعرض لكلتا الصورتين،

إحدهما: ما إذا باع مال الغير ثم ملكه، فهل مجرد تملكه كاف في نفوذه أو يحتاج إلى إجازة أو يبطل

رأسا؟ وثانيتها: ما إذا باع مال الغير موقوفا " على تملكه لا منجزا ". (ج ٢ ص ٢٣٥)

(٧٥) الأصفهاني: يعني إذا باع مال الغير (منجزا " وهو القسم الأول في كلامنا) ثم ملكه، فهل مجرد

تملكه كاف في نفوذه أو يحتاج إلى إجازة أو يبطل رأسا "؟ ومقتضى تمامية دلالة الروايات على بطلان البيع المنجز رأسا " ولو ملك وأجاز، ففيما إذا ملك ولم

يجز كان أولي بالبطلان.

وأما مع قطع النظر عن الروايات وملاحظة سائر ما استدل به، فكلها دالة على التوقف على الإجازة دون البطلان رأسا ". (واما الأدلة والروايات فسيأتي الكلام فيهما.)

وظاهر كلامه قدس سره عدم شمول الروايات الناهية للقسم الثاني (اي وهو ما إذا باع مال الغير

موقوفاً " على تملكه لا منجزاً "، وهو كذلك بملاحظة قوله عليه السلام ولا تواجهه البيع
قبل أن تستوجبها

(١٢٧)

مضافا إلى قاعدة تسلط الناس على أموالهم، وعدم صيرورتها حلالا " من دون طيب النفس، فإن المفروض إن البائع بعدما صار مالكا لم تطب نفسه بكون ماله للمشتري الأول، والتزامه

قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشتري ليس التزاما إلا بكون مال غيره له. (٧٦)

النائبي (المكاسب والبيع): لا يخفى انه لا يصح حمل الاخبار الناهية على صورة عدم إجازة البائع

عند تملكه المبيع، إذ لا معنى لجعل عدم الإجازة على النحو الشرط المتأخر منشأ لفساد البيع من حين وقوعه من ناحية النهي عنه المقتضي لفساده، بل لا بد من القول بفساده سواء اجازته البائع بعد الملك

أم لا، كما هو مقتضى تلك الأخبار الناهية، أو بصحته لو منع عن دلالة تلك الأخبار على الفساد، عدم

إجازة البائع أجنبي عن ما هو ملك فساده وهو دلالة النهي على فساد. (ج ٢ ص ١٨٨) النائبي (منية الطالب): قد تقدم انه لو قلنا بصحة أصل البيع وعدم مانعية التبديل في طرف الملك

فلا وجه لاعتبار الإجازة أصلا "، لأنه لم يقد دليل تعدي على اعتبارها وإنما نحتاج إليها في الفضولي

لتحقق الاستناد والرضا وهما في المقام حاصلان أصلا "، لأنه لم يقد دليل تعدي على اعتبارها وإنما

نحتاج إليها في الفضولي لتحقيق الاستناد والرضا وهما في المقام حاصلان. فالعمدة بيان وجه أصل الصحة.

والأولي: البحث أولا " عن إمكان إدراج هذا البيع في العمومات ثم البحث ثانيا " عن الأدلة المانعة، لأنه

لو لم يعمه العمومات فلا موقع للبحث عن الأدلة المانعة. (ج ١ ص ٢٧٢)

(٧٦) الأصفهاني: تقريب (القاعدة): أنه حال إنشاء البيع المنجز وإن كان راضيا "، لكن رضاه أجنبي

عن رضا المالك الدخيل في النقل، ورضاه حال تملكه للمال مفروض العدم، وإلا لكان خلفا "، لفرض

عدم الإجازة، فإنها هنا ليست للانتساب بل لاظهار الرضا، لفرض مباشرته للعقد، فخرج ماله عن

ملكه من دون رضاه مناف لسلطنة الناس على أموالهم، وعدم خروجها عن ملكهم قهرا " عليهم.

فإن قلت: هذا إذا دخل في ملكه ثم خرج عن ملكه بدون رضاه، وأما قلنا بدخوله في ملك

المشتري الأول بمجرد اشتراء البائع فلا.

بتقريب: أن إنشاء البيع الأول مقتضى لدخول المال في ملك المشتري وكونه ملكا للغير مانع عن

اللهم إلا أن يقال: ان مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود والشروط على كل عاقد وشارط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال المال إليه وإن كان قبل ذلك أجنبيا " لا حكم لوفائه ونقضه (٧٧)

تأثيره، فمجرد خروجه عن ملك الغير وانقطاع إضافته عنه يؤثر المقتضي الموجود من السابق

أثره، ويمنع عن دخوله في ملك المشتري الثاني، كما في بيع من ينعق عليه، وشراء العبد تحت الشدة

بالزكاة، فإنه لا أثر للبيع إلا زوال ملك مالكة عنه، لا يقبل الدخول في ملك المشتري - إما شرعا

أو عقلا - فينعق، وليس الانعتاق إلا زوال الملك عنه من دون حاجة إلى تقدير الملك آنا " ما حتى

يقال إنه لا دليل عليه هنا. وعليه فلم يكن في زمان هذا المبيع ملك البائع حتى يكون خروجه عن

ملكه بدون رضاه منافيا لسلطانه عليه.

قلت: نقل المال لا بد من أن يكون إما بمباشرة المالك للعين أو للتصرف، وإما بإذن أحدهما أو

بإجازته، ومن الواضح أن البائع حال البيع الأول لا ملك له، ولا إذن ولا إجازة من مالكة ولا ملك

للتصرف له أيضا "، كما لا إذن ولا إجازة ممن يملك التصرف، والمفروض أنه لا ملك له في ما بعد

أيضا " كما لا إجازة منه حسب الفرض، مع أنه لا موقع لها بهذا التقريب، فلا معنى لأن يكون البيع الأول

مؤثرا " في شيء وإن قلنا بأن البيع لا يقتضي التملك، أو لا يقتضي التمليك فتدبره جيدا ". (ج ٢ ص ٢٣٥)

(٧٧) الإيرواني: التمسك بعموم أوفوا في مقابل دليل السلطنة وتجارة عن تراض ولا يحل الدالة

بأجمعها على إعتبار طيب نفس المالك في العقود يستدعي الاخذ به في مقابلها في كل مقام، مع أنه لم

يتأمل أحد في على الاخذ بها ورفع اليد عن العموم، اما تخصيصا " له، أو حكومة عليه، مع أن التمسك

بعموم أوفوا يتوقف على أمرين:

الأول: تعقل الوفاء وعدم الوفاء من الشخص بالنسبة إلى العقد والثاني كون العقد عقدا " له والامر

الأول وان كان يحصل بعد التملك لتعقل الوفاء منه حينئذ فيكون المقتضي لتوجه حكم أوفوا من

جهته تاما لكن الامر الثاني وهو إضافة العقد إليه لا يحصل إلا بعد الإجازة، إذ ليس المراد

من
الإضافة إنشاء العقد حتى يقال: ان إنشاء العقد كان قائما " وإلا كان العقد الذي أنشأه
الوكيل
والفضولي في سائر المقامات عقدا للوكيل وللفضولي، مع أنه عقد للمالك الموكل
والمالك المجيز ثم لو

(١٣٠)

ولعله لاجل ما ذكرنا رجح فخر الدين في الايضاح - بناء على صحة الفضولي - صحة العقد

المذكور بمجرد الانتقال من دون توقف على الإجازة.

قيل: ويلوح هذا من الشهيد الثاني في هبة المسالك، وقد سبق استظهاره من عبارة الشيخ المحكية في المعتبر.

لكن يضعفه: أن البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب، والمقام مقام استصحاب حكم الخاص، لا مقام الرجوع إلى حكم العام، فتأمل. (٧٨)

الزيادة بأصالة عدم التخصيص الزائد، بل عدم شمول العام له، لعدم تمامية موضوع العام في نفسه، لعدم الوفاء للالتزام بمال الغير، فما المانع عن التمسك به بعد تمامية موضوعه.

ووجه عدم شموله له في نفسه أن الأجنبي عن المال لا سلطنة له شرعا ولا عرفا على العقد عليه،

والوفاء إنما يتصور ممن له عقد حقيقة لا كل من أجري الصيغة.

نعم مجرد دخول المال في ملكه لا يوجب تمامية الموضوع، حيث لا عقد من المالك لا مباشرة ولا.

تسببا ولا إجازة، إذ حال المباشرة لم يتحقق منه عقد له الوفاء، وحال تعقل العقد منه حقيقة - وهو

حال الملك - لم ينتسب إليه عقد بالإجازة حتى يكون له عقد، ولعله أشار قدس سره إلى ما ذكرنا

بقوله فتأمل هذا تمام الكلام في الصورة الأولى. (ج ٢ ص ٢٣٧)

(٧٨) الآخوند: لا يخفى ان خطاب (أوفوا) لا يعم من ليس له الولاية على العقد، وان كان عاقداً، فليس المقام من ذلك المقام، بل من باب اختصاص العام. ولو سلم انه من باب تخصيص العام، فوجوب الوفاء - وان كان كما أفاده رحمه الله لما أشير إليه غير مرة من كون الوفاء امرا " واحدا " مستمرا " لا يرجع إلى عدم دليل وجوبه بعد انقطاعه

- تخصصه، الا انه إذا كان تخصيصه بعد العمل به أولا "

واما إذا كان تخصيصه ابتداء فالمرجع هو، الحكم العام، لما نبهنا عليه في غير مقام، ولعله أشار إلى بعض

ذلك بامره بالتأمل. (ص ٧٣)

الطباطبائي: يمكن ان يكون (فتأمل) إشارة إلى امكان دعوى كونه مأمورا " بالوفاء من أول الامر

مضافاً " إلى معارضة العموم المذكور بعموم سلطنة الناس على أموالهم وعدم حلها لغيرهم إلا
عن طيب النفس، (٧٩)

بعموم الناس مسلطون على أموالهم وعدم حلها لغيرهم إلا بطيب النفس فحكم باعتبار
الإجازة من
باب الناس مسلطون.

وفي كلامه ما لا يخفى على المتأمل كما أمر بالتأمل لان مقام الرجوع إلى الاستصحاب أو
العام إنما

هو في الفرد المعلوم فرديته الخارج عن حكم العام في قطعة من الزمان والبائع في المقام
قبل أن يشتريه

لم يكن مأموراً بالوفاء بعقده وإنما الشك في أنه بعد ما اشتراه هل هو مأمور بالوفاء أو لا؟
فهو قبل

أن يشتريه لم يكن مصداقاً للعام وكان كشخص لم يكن عالماً في زمان ثم صار عالماً فلا
يمكن أن

يقال هذا الفرد من العام لم يكن واجب الاكرام فيستصحب حكم المخصص، لان البائع
خارج عن العام

تخصصاً مع أنه لو قيل بأن كل من له ربط بالعقد يجب وفائه به إلا أن محل الرجوع إلى
حكم العام

والخاص إنما هو في مورد الشك بالنسبة إلى عمود الزمان كالشك بعد زمان الأول في
البيع الغبني بأنه

محكوم بحكم الخيار أو بحكم العام لا فيما كان المخصص من الزمانيات كما إذا خصص
وجوب

الوفاء بالعقود بمورد خاص وشك في أن هذا هو المورد الخاص أو غيره. (ج ١ ص ٢٧٢)
النائني (المكاسب والبيع): كما إذا ورد مثل أوفوا بالعقود وخرج عنه فرد بالتخصيص مثل

البيع
المشتمل على الغبن، وشك في كون الخارج هو ذلك الفرد في زمان مخصوص وهو الفور

أو مطلقاً، فإنه
لا يتمسك حينئذ في اثبات حكم العام بالنسبة إلى المشكوك بالعموم بل لا بد من

استصحاب حكم
المخصص، إذ اثبات العموم الزماني بالنسبة إلى ذلك الفرد متفرع على ثبوت العموم

الافراي للعموم،
والمفروض خروج هذا الفرد عن العموم الافراي، ومعه فلا ينتهي الامر إلى التمسك

بالعموم
الأزماني بالنسبة إلى هذا الفرد. وبعبارة أخرى: للعام عموماً افراي بالنسبة إلى

كل فرد، وأزماني في كل فرد بالنسبة إلى كل زمان والعموم الأزماني في كل فرد متفرع
على العموم الافراي، وكون هذا

الفرد مشمولاً لحكم العام، وبعد فرض خروج هذا الفرد بالتخصيص عن حكم العام لا يكون للعام عموم افرادي يثبت به حكم هذا الفرد حتى ينتهي إلى التمسك بالعموم الأزمانى. (ج ٢ ص ١٨٨)
(٧٩) الطباطبائى: التحقيق فى الجواب عن العموم المذكور ان يقال ان إذا لم يكن العقد داخلاً تحت

(١٣٥)

وفحوى الحكم المذكور في رواية الحسن بن زياد المتقدمة في نكاح العبد بدون إذن مولاه وأن

عتقه لا يجدي في لزوم النكاح لولا سكوت المولي الذي هو بمنزلة الإجازة. (٨٠) ثم لو سلم عدم التوقف على الإجازة فإنما هو فيما إذا باع الفضولي لنفسه، أما لو باع فضولا

للمالك أو لثالث ثم ملك هو، فجريان عموم الوفاء بالعقود والشروط بالنسبة إلى البائع أشكل. (٨١)

من الحل التكليفي والوضعي، ففي التصرفات المعاملية لا ينفذ التصرف من دون رضاه، فلو انتقل

ماله عن ملكه من دون رضاه في حال تملكه لنفذ التصرف من دون رضاه.

الإيرواني: قد تقدم إجمال هذه الرواية وعدم دلالتها على المقصود فراجع. (ص ١٣٨) (٨٠) الأصفهاني: لظهورها (أي الرواية) في عدم نفوذه إلا بالسكوت الذي هو بمنزلة الإجازة، لا

بحريته وانعاقه والفحوى بملاحظة أن الرضا المعتبر في باب نكاح العبد لا تعلق له بالزواج بما هو،

فإن المعتبر فيه رضا الزوجين، بل رضا السيد بلحاظ انحفاظ عدم قدرة العبد في جنب قدرة مولاه،

بخلاف الرضا المعتبر من المالك في النقل والانتقال، فإنه متعلق بانتقال المال عن ملكه، فإذا لم ينفذ

نكاح العبد إلا بإجازة مولاه مع عدم دخلها في الزواج بما هو زوج، فعدم نفوذ البيع إلا بإجازة

المالك الدخيلة في البيع بما هو بيع بالأولوية

. وفيه: ما تقدم في بعض الحواشي من أن إجازة المولي لتصرف العبد لوجه لا يمكن أن يقوم مقامه

شئ، بخلاف ما نحن فيه لما تقدم من الشبهة، مع أن الفحوى لو صحت لأفادت إعتبار إجازة المالك

حال العقد، لا إجازة المالك بعد البيع. نعم تصح الفحوى لابطال البيع، بدعوى: أن الزواج لو لم يلحقه

إجازة المولي ولم يمكن الإجازة بعد العتق يبطل، فكذا البيع بالأولوية، لان أمر

إجازة المولي أهون من إجازة المالك فتدبر. (ج ٢ ص ٢٣٦)

(٨١) الطباطبائي: وان كان جريان العموم أشكل إلا ان الاخبار المذكورة أيضا " لا تشمل هذه الصورة

فيكون الوجه في البطلان عموم الناس مسلطون على أموالهم مضافا إلى عدم الدليل بعد الاشكال

ولو باع وكالة عن المالك فبان انعزاله بموت الموكل، فلا إشكال في عدم وقوع البيع له بدون الإجازة ولا معها، نعم يقع للوارث مع إجازته. (٨٢)

في وجوب عموم الوفاء ونحوه. (ص ١٦٧)
الأصفهاني: إنما كان أشكل لأنه لم يلتزم بنفسه بشيء، بل التزم عن قبل غيره، فإذا انتسب إلى الغير بإجازته كان التزاما من الغير، فله حكمه.
وأما مجرد تملك الفضول فيما بعد، فلا يوجب انتساب الالتزام المحقق عن الغير إلى الفضول بعد ملكه،
ليجب الوفاء.
ووجه الجريان على مسلكه قدس سره أنه بعد الالتزام عن قبل المالك بما هو مالك، وهو اللازم عنده
في كل عقد، يكون الالتزام راجعا إلى الحيثية التقييدية، فالفضول وإن لم يكن له التزام بنفسه لكنه له
الالتزام بما هو مالك، فكأنه قد التزم عن قبل عنوان ينطبق حال ملكه على نفسه، وقد مر الفرق بين
العقد عن المالك أو عن الثالث حتى على هذا المبني فراجع. (ج ٢ ص ٢٣٩)
الإيرواني: وجه إشكاليته هو عدم إضافة العقد إليه بسبب عدم قصد البيع لنفسه، لكن يردده ان
مجرد القصد المذكور لا يوجب الإضافة ما لم يكن ملك، ومع الملك الإضافة حاصلة وان قصد البيع
لغيره. (ص ١٣٩)
(٨٢) الطباطبائي: لا يخفى ان هذا الفرع لا ربط له بالمقام مع أنه واضح الحكم فلا حاجة إلى التنبيه
عليه فتدبر. (ص ١٦٨)
الإيرواني: لم أعرف ربط هذا الفرع بالمقام فإنه من الفضولي المتعارف ولا منشاء لتوهم وقوع البيع
للوكيل بإجازته فضلا عن وقوع له بلا إجازة. (ص ١٣٨)

الطبائبي: الأول: لا فرق في فرض المسألة بين ما لو باع شيئاً " ثم اشتراه من مالكه حين البيع أو من غيره ممن اشترى من المالك حتى لو توارد عليه بيوع عديدة وانتقل اليه في آخر الامر ولو كان بعد خمسين مالكا " وبعد خمسين سنة، ولا يخفى ما في القول بالصحة من البعد. الثاني: ما ذكر من الأول إلى هنا إنما كان إذا كان الانتقال اليه بالشراء ونحوه من انحاء المعاملات. واما إذا انتقل اليه بالإرث ونحوه من الانتقالات القهرية فالحكم كما سبق ويجري جميع الوجوه المذكورة البطلان حتى الأخيرين، اما السادس، فلان المذكور فيه وان كان كون بيع المالك فسخا للعقد الا انك عرفت: ان المراد انه تقويت للمحل وفي المقام يمكن ان يقال ان الانتقال القهري اليه فوات للمحل، فلا يبقى بعده محل للإجازة. واما السابع، فلان الاخبار العامة وهي الناهية عن بيع ما ليس عنده شاملة قطعاً ". واما الخاصة فهي وان أمكن دعوى اختصاصها من حيث مواردها بالبيع ثم الشراء الا انه يمكن دعوى ظهور المناط منها وهو كونه يباع قبل التملك. وكيف كان فالأقوى فيه أيضاً البطلان سواء أجاز أو لا فتدبر. الثالث: إذا اشترى عينا من فضولي فباعها قبل الإجازة فأجاز المالك البيع الأول، فان قلنا إن الإجازة ناقلة يكون البيع الثاني مما نحن فيه من مسألة من باع شيئاً ثم ملكه، ولكن في شمول الاخبار الناهية له اشكال. والأقوى: شمول الاخبار العامة ففي الصحة اشكال واما بناء على كونها كاشفة فيكون البيع في ملك البائع والظاهر لزومه كما سيأتي في مسألة ترتب العقود. ويحتمل ان يدعي شمول الاخبار الناهية، لان البائع قبل الإجازة غير قادر على تسليم البيع فيصدق انه باع ما ليس عنده والفرق بينه وبين ما لو باع مالا فبان ان له لا يخفى، فان فيه ليس هناك حالة منتظرة وتوقف على شئ غايته جهل البائع بالحال بخلاف المقام، فان المفروض توقفه على إجازة

الغير للبيع السابق فتدبر.

(١٤٠)

المسألة الثالثة

ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف. وعدم جواز التصرف المنكشف خلافة، إما لعدم الولاية فانكشف كونه وليا "، وإما لعدم الملك فانكشف كونه مالكا ". وعلى كل منهما، فإما أن يبيع عن المالك، وإما أن يبيع لنفسه، فالصور أربع (٨٣)

(٨٣) النائيني (منية الطالب): لا يخفى ان ربط هذه المسألة بالمسألتين السابقتين منوط بما ذكرنا في الجهة الثالثة من الجهات الراجعة إلى شرائط المجيز وهو: ان عدم جواز تصرف المجيز حال العقد، اما واقعي واما خيالي ونقحنا الواقعي في ضمن مسألتين، فان عدم جواز التصرف واقعا "، اما لتعلق حق الغير بالمال، واما لعدم كونه مالكا " فبقي حكم الخيالي وهو على صور أربع، لان إعتقاد عدم جواز التصرف المنكشف خلافة، اما لعدم الولاية فانكشف كونه وليا "، واما لعدم الملك فانكشف كونه

مالكا "، وعلى كلا التقديرين، فاما يبيع لنفسه أو عن المالك. (ج ١ ص ٢٧٢) النائيني (المكاسب والبيع): الأحسن: جعل هذه المسألة عنوانا " برأسها غير داخل في عنوان المسألة

السابقة، إذ لا ربط لها بمسألة بيع ما ليس عنده كما هو واضح، وكيف كان الذي يبيع معتقدا " لكونه

غير جائز التصرف ثم يتبين كونه جائز التصرف، لا يخلو إما يتبين كونه مالكا " أو يتبين كونه

وليا " بأقسامه من الأب أو الجد أو الوصي المنصوب من قبل أحدهما، أو الحاكم الشرعي لو فرض

اعتقاد كونه غير جائز التصرف، ضرورة انه بعد فرض العلم بكونه مجتهدا " يعلم بأنه جائز التصرف

أو الوكيل أو العبد المأذون، وعلى كل تقدير فاما انه يبيع عن المالك أو عن نفسه. (ج ٢ ص ١٩٠)

الإيرواني: هذه المسألة أجنبية عن مسائل عدم كون العاقد جائز التصرف حال العقد ثم صيرورته

جائز التصرف فذكرها في عدادها بلا وجه.

نعم هي من إعتقاد عدم جواز التصرف ثم ظهور الخلاف.

واعلم: ان ما ذكره المصنف من المسائل الأربع تحت ضوابط ثلاث فكان ينبغي تحرير البحث فيها ثم

الاستغناء عن ذكر المسائل والصغريات.

الأولى: ان إعتقاد عدم جواز التصرف حال البيع هل يوجب خللا " بلزوم البيع أو صحته.

الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً " على البيع. فلا ينبغي الاشكال في اللزوم حتى على القول ببطلان الفضولي. (٨٤)

فلذا احتيج إلى الإجازة ممن ظهر انه هو المالك فتبطل المعاملة بذلك ولم تجدها الإجازة. (ص ١٣٦)

(٨٤) الآخوند: فإنه ليس من الفضولي حيث وقع ممن بيده امره. نعم، يشكل فيما كان جواز تصرفه من جهة ولايته كالأب والجد مثلاً، بان منصرف أدلة نفوذ

تصرفات الولي غير ما إذا كان تصرفه كذلك - اي باعتقاد انه غير ولي، وغير جائز التصرف - فتأمل. (ص ٧٣)

الإيرواني: (انظر إلى التعليقة السابقة تحت الرقم ٨٣ حتى يتبين لك المرام). (ص ١٣٩) النائيني (منية الطالب): الصورة الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً " والظاهر من المصنف

قدس سره صحتها من دون توقف على إجازة المالك. والأقوى صحته (هذه الصورة يعني أن يبيع لنفسه فانكشف كونه ولياً " وعدم توقفه على الإجازة،

اما صحته فلان قصد بيعه لنفسه لغو بعد أن أوقع التبديل بين طرف الإضافة المالكية والطرف الآخر

واما عدم توقفه على الإجازة فلان الاذن السابق لا يقصر عن الإجازة. وبالجملة: لو كان القصد لنفسه منافياً " لقصد المعاوضة فلا ينفعه الإجازة اللاحقة ولو كان لغوا " فيكفي

لصحته الاذن السابق. (ج ١ ص ٢٧٢) الأصفهاني: (علة عدم الاشكال في اللزوم حتى على القول ببطلان الفضولي فهو) لفرض كونه ولياً

واقعا فهو غير فضولي، وفرض بيعه عن مالكة المولي عليه، وفرض وجود شرائط نفوذ البيع، من

كونه على وفق مصلحة المولي عليه ونحوه. وأما دعوى: أن الولي منزل منزلة المالك، فيجب قصد البيع عن نفسه - بما هو منزل منزلة المالك

ولا يكفي مجرد انطباق عنوان الولي عليه فغير مسموعة، إذ لم يثبت إلا الاذن في التصرف في مال

المولي عليه بما فيه صلاحه، ولا يجب قصد عنوان المولي عليه فضلا " عن قصد البيع عن نفسه بما هو

منزل منزلة المالك المولي عليه، فإن طرف إعتبار الملك شخص المولي عليه لا عنوان المالك، حتى يكون

لكن الظاهر من المحكي عن القاضي: أنه إذا أذن السيد لعبده في التجارة فباع واشتري وهو لا يعلم بإذن سيده ولا علم به أحد، لم يكن مأذونا في التجارة، ولا يجوز شئ مما فعله، فإن علم بعد ذلك واشتري وباع جازما فعله بعد الاذن، ولم يجز ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيد قوما " أن يبايعوا العبد والعبد لا يعلم بإذنه له كان بيعه وشرائه منهم جائزا "، وجري ذلك مجري الاذن الظاهر، فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم وباع جاز، إنتهي. (٨٥)

تنزيل الولي منزلة المالك، وقصد البيع عن نفسه بعنوانه التنزيلي قصدا " للبيع عن العنوان المنطبق بالحقيقة على المولي عليه. وأما دعوى: أنه لو كان ملتفتا إلى كون المال للمولي عليه لعله كان يختار ما هو أصلح، وإن كان هذا على الفرض ذا مصلحة فمدفوعة: بأن رضاه الفعلي بما فيه صلاحه على الفرض كاف، وعدم رضاه على تقدير الالتفات إلى كونه وليا " ليختار الأصلح - كعدم رضاه على تقدير الالتفات بما هو أصلح - غير ضائر. (ج ٢ ص ٢٤٠)

النائني (المكاسب والبيع): لا اشكال في صحته فيما عدا العبد المأذون من الأولياء على البيع ولزومه وعدم الحاجة إلى اجازته بعد انكشاف الخلاف، وذلك لكون احراز الولاية على البيع طريقيا " بالنسبة إلى صحة البيع، بمعنى ان المعتبر صدوره عن من هو ولي سواء علم بولايته أم لا، وليس اعتباره من باب الموضوعية حتى يحتاج إلى الاحراز لكي يحكم بالبطلان، لاجل عدم احرازها. (ج ٢ ص ١٩١)

(٨٥) النائني (المكاسب والبيع): اما العبد المأذون فلما لم يكن قادرا على التصرف إلا باذن المولي، فربما يستشكل في صحة بيعه من جهة اعتبار اذن المولي في قدرته، فيتوقف فعله على احراز القدرة المتوقف احرازها على العلم بالاذن، فمع عدم العلم به لم تكن القدرة محرزا. ولكن الأقوى صحته أيضا من جهة كون احراز القدرة أيضا طريقيا يكفي نفس وجودها الواقعي، ولو لم يعلم العبد بوجودها. وعلى تقدير تسليم موضوعيته والتزام اعتبار احرازها، فغاية ما يترتب على ذلك توقف عقده حينئذ على إجازة المولي والاذن اللاحق ولا يكون باطلا رأسا "

كما لا يخفى.
إذ ليس العبد المأذون كالصبي في كونه مسلوب العبارة رأسا. بل وقوف معاملته انما هو
لأجل اناطتها
على اذن المولي كما لا يخفى.

(١٤٦)

الثانية: أن يبيع لنفسه وانكشف كونه وليا ". (٨٧)

الأمري وذلك حاصل في صورتني الاعلام وعدمه. (ص ١٣٩)
(٨٧) الطباطبائي: الولاية عليه، اما بكونه وليا واما بكونه وكيلًا، واما بكونه مأذونا ".
والوجه في عدم الاشكال هو، شمول العمومات مضافا " إلى شمول أدلة الولاية والوكالة
وان تصرفات
الولي والوكيل والمأذون ماضية.

هذا، ولكن يمكن ان يقال: بالتوقف على الإجازة، لان العقد وان صدر عن من كان نافذ
التصرف الا ان

المفروض عدم علمه بذلك، فلعله لو كان عالما بأنه ولي ما كان راضيا بهذا البيع الخاص.
ودعوى: ان المفروض كونه موافقا للمصلحة وكل ما كان كذلك يجب على الولي ايجاده
فليس له
أن لا يرضى.

مدفوعة: بأنه يمكن ان يكون هناك فرد آخر من البيع مثله في الصلاح فيكون الاختيار في
التعيين

اليه، وله ان يعين أحدهما بداع نفساني، فمجرد كونه موافقا للمصلحة غير كاف في
التعيين بل يتوقف

على رضاه ومشيته، فلا فرق بين هذه الصورة وبين ما لو بان كونه مالكا بل التحقيق اتحاد
الصور

الأربع في هذا لحكم ففي الجميع يتوقف الصحة على الإجازة لما يشير اليه المصنف قدس
سره في

المسألة الثالثة من عدم كفاية القصد إلى نقل هذا المال المعين وانه لا بد من الرضا ماله،
فان في المقام

أيضا " لا بد من القصد إلى النقل والرضا به بعنوان انه مال المولي عليه أو مال الموكل أو
نحوهما

وكون البيع واجبا من جهة موافقته المصلحة لا يمنع من كون اختيار الخصوصيات منوطا
بنظره

وبرضاه.

وبالجملة: فالحكم في المسألة كمسألة الفضولي في التوقف على الإجازة وان كان ما نحن
فيه أولي

بالصحة مع الإجازة من تلك المسألة، بمعنى ان كان الحكم بالصحة معها في المقام وان
قلنا ببطلان

الفضولي فتدبر. (ص ١٦٨)

النائني (منية الطالب): لا يخفى ان الولاية على قسمين إجبارية واختيارية، والاجبارية اما
بموهبة من

الله سبحانه كولاية الأب والجد، واما بموهبة من المخلوق كولاية العبد المأذون من قبل
المولي في

التجارة والاختيارية كولاية القيم على الصغار والوكيل.

(١٤٩)

فالظاهر أيضا صحة العقد، لما عرفت من أن قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع ولا يقدر،
وفي
توقفه على إجازته للمولي عليه وجه، (٨٨)

عن المالك، وقد انضم اليه قصد كون الباع هو المالك ولم يكن لقصد هذا دخل في
تحقق المعاملة، بل
كانت المعاملة صحيحة بانتقال المبيع عن المالك بإزاء نقل عوضه اليه، فلا جرم يكون
قصد كونه عن
نفسه لغوا " فيقع عن المالك من غير فرق بين ان يكون الباع عن نفسه وليا " أو وصيا " أو
وكيلا " أو
عبدا " مأذونا " (ج ٢ ص ١٩٢)
(٨٨) الأصفهاني: أي لا ينفع في صيرورة البيع له، لأنه خلاف مقتضى المعاوضة، ولا
يقدر في صيرورة
البيع لمالكة وهو الغير، إذ لا يمكن إلا بالبناء والتنزيل، فيرجع الامر إلى حيثية المالكية
المأخوذة على
وجه لتقييد، فيصح للغير بالإجازة في غير ما نحن فيه، وأما فيما نحن فيه فحيث إن الباع له
الولاية
على البيع، والمفروض صدور البيع الذي لا يقع إلا لمالكة عن رضا من له الولاية على مثل
هذا البيع،
فلا حاجة إلى الإجازة، لا من حيث تحقق الانتساب، لان الولي هو المباشر، ولا من حيث
الرضا لرضا
الولي المعتبر رضاه بهذا البيع. في بيع الفضولي لنفسه - أن التنزيل لا يصح قصد
المعاوضة الحقيقية،
ومع عدم كون البيع معاوضة حقيقية - كما هو الحق - لا حاجة إلى التنزيل، بل يصح
البيع للفضول
بإجازة المالك، وعليه فالبيع هنا فاسد على أي حال، إذ بناء على كونه معاوضة حقيقية
ليس فيه قصد
جدي للتمليك المعاوضي، وبناء على عدمه لا يعقل الإجازة المصححة له، لان المولي عليه
لا إجازة له،
والولي لا يتمكن من تملكه لمال المولي عليه مجانا بإجازته، كما لا يتمكن مع علمه
بالمباشرة.

نعم إن فرض كونه وكيلا واقعا وباع لنفسه يمكن تصحيحه بإجازة الموكل.
وأما ما تقدم بأن الرضا بهذا البيع ممن يعتبر رضاه موجود، فمن الواضح أن رضاه ببيع
يكون في الواقع
لغيره غير رضاه بالبيع عن الغير، فلا يقاس بالمسألة الأولى، فإنه كان الرضا هناك بالبيع عن
الغير،
غاية الامر لم يعلم أنه مولي عليه. (ج ٢ ص ٢٤١)

الآخوند: بل الظاهر بطلانه - ولو أجاز - لمخالفة الإجازة للعقد، واستلزام صحته لعدم تبعيته للقصد،
حيث قصد لنفسه ووقع بإجازته لغيره، فتأمل. (ص ٧٣)

(١٥١)

لان قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون، فتأمل. (٨٩)

(٨٩) الطباطبائي: لعل وجهه: ان غاية الامر عدم كون البيع على الوجه المأذون فيه من حيث الحكم التكليفي والا فلاذن الوضعي حاصل الاذن المفروض كونه وليا " فهو نظير ما لو علم بكونه وليا وكان هذا البيع الخاص واجبا من حيث اشتماله على المصلحة للمولي عليه فباع بقصد كونه لنفسه، فان البيع لازم صحيح غايته انه اثم في قصده كونه لنفسه وكذا في الوكيل، فلا فرق بين هذه الصورة والصورة السابقة بعد عدم كون قصده لنفسه قادحا " في صحة البيع فعلي مختار المصنف قدس سره في الصورة

السابقة من عدم الحاجة إلى الإجازة ينبغي عدم الحاجة إليها في هذه الصورة أيضا ".
لكنك عرفت أن مقتضى التحقيق التوقف على الإجازة في جميع الصور الأربع لعدم الرضا بالبيع

بالعنوان المأذون فيه فتدبر. (ص ١٦٩)

الأصفهاني: ليس الغرض من عدم كونه مأذونا فيه عدم الاذن التكليفي، ولا الأعم منه ومن الوضعي،
لوضوح أن بيع الفضول لنفسه أو لغيره ليس بمحرم تكليفا، ولا أنه اثم في قصده، بل غرضه عدم كونه مأذونا فيه وضعا - أي لا ينفذ تصرف الولي في مال المولي عليه، إلا إذا وقع للمولي عليه -

والمفروض أن الولي قصده لنفسه، فيكون من هذه الجهة كغيره فضولا "، وبيع الفضول لا ينفذ بلا إجازة ممن له الإجازة. والامر بالتأمل إشارة إلى أنه بعد التنزيل المتوقف عليه قصد البيع لنفسه، وصيرورة

حيثية المالكية تقييدية ورجوع التمليك والتملك إلى المالكين، ورضاه بوقوع البيع للمالك بما هو مالك،

وإن ادعي تطبيق عنوانه على نفسه، كان البيع للمالك صادرا عن رضا من يعتبر رضاه به، وجوابه ما

عرفت آنفا ". (ج ٢ ص ٢٤٢)

النائني (المكاسب والبيع): (قول المصنف) فتأمل إشارة إلى: ان ما أفاده من كون المقام مقام

استصحاب حكم المخصص فاسد، بل المقام مقام التمسك بالعموم نظير ما إذا ورد عموم مثل أكرم

العلماء وكان زيد في برهة من الزمان جاهلا ثم صار عالما "، إذ لا شك في اندراجه تحت العموم بعد تلبسه

بالعلم، ولا مجال لتوهم التمسك باستصحاب حكم عدم وجوب اكرامه في حال كونه جاهلا"، وذلك
لأنه قبل صيرورته عالما لم يكن من افراد العام وكان خروجه عنه بالتخصص لا
بالتخصيص، فلا
مخصص في البين حتى يرجع إلى استصحاب حكمه، وما نحن فيه من هذا القبيل فان البيع
الصادر

(١٥٣)

الثالثة: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا". (٩٠)

عن الفضولي قبل تملكه من المالك الأصيل ليس من افراد عموم أوفوا بالعقود لما تقدم مرارا من أن مقابلة الجمع وجوب وفاء كل أحد بعقده الواقع على ملكه وليس العقد الواقع على ملك شخص

متعلقا لوجوب الوفاء بالنسبة إلى شخص آخر فقبل تملك البائع لم يكن هذا العقد داخلا " في العموم نظير عدم دخول زيد في عموم أكرم العلماء قبل صيرورته عالما، لا انه كان من افراد العموم وخرج عنه

بالتخصيص، فمن حين تملكه للمبيع يصير عقده عقد المالك فيندرج تحت الخطاب فيتوجه اليه الخطاب بوجوب الوفاء من دون تخصيص فيه حتى يتوهم الرجوع إلى استصحاب حكمه، وهذا في الوضوح بمثابة

لم يكن محتاجا إلى التنبيه اليه بالأمر بالتأمل الذي هو في مقام التنبيه على الامر الخفي. (ص ١٨٩)

(٩٠) الإيرواني: (انظر إلى التعليقة السابقة تحت الرقم ٨٣ حتى يتبين لك المرام). (ص ١٣٩)

النائني (منية الطالب): وهذا القسم يعني أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا "، (يكون) على

قسمين، الأول: أن يبيع عن المالك مع اعتقاده ان المالك أبوه بأن يطبق المالك على أبيه. والثاني: أن يبيع عن شخص أبيه والفرق بينهما كالفرق بين الوصف والإشارة. اما القسم الأول فلا إشكال في صحته، لأنه قصد البيع عن مالك المال فأوقع التبديل بين الملكين

وتطبيق المالك على الأب لا يضر بصحة المعاملة ووقوعها لنفسه إنما هو لكونه أحد طرفي الإضافتين

وهو المالك واقعا " إنما الاشكال في القسم الثاني. (ج ١ ص ٢٧٣) النائني (المكاسب والبيع): وهذا يتصور على قسمين، الأول: ان يبيع عن المالك ثم يتبين انه هو المالك.

الثاني: ان يبيع عن أبيه مثلا " باعتقاد ان أباه هو المالك ثم يتبين انه هو المالك بواسطة موت أبيه وانتقال

المال اليه إذا فرض انحصار الوارث به، كما أن الصورة الرابعة (التي سيحى) هي ما إذا باع عن نفسه

باعتقاد انه لغيره ثم تبين انه لنفسه. فأقسام بيع المالك على ثلاث صور، لأنه اما يبيع عن المالك، أو يبيع عن أبيه مثلا "، أو يبيع عن نفسه

وقد مثله الأكثر بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا " (٩١)
والمشهور الصحة، بل ربما استفيد من كلام العلامة في القواعد والارشاد في باب الهبة
الاجماع، ولم نعثر على مخالف صريح، إلا أن الشهيد رحمه الله ذكر في قواعده: أنه لو
قيل
بالبطلان أمكن، وقد سبقه في احتمال ذلك العلامة وولده في النهاية والايضاح، لأنه إنما
قصد
نقل المال عن الأب، لاعنه، ولأنه وإن كان منجزا في الصورة إلا أنه معلق، والتقدير: إن
مات
مورثي فقد بعته، ولأنه كالعابث عند مباشرة العقد، لاعتقاده أن المبيع لغيره، إنتهي.
(٩٢)

(٩١) الطباطبائي: ومن أمثله: ما لو باع ما ملكه أبوه في حال صغره وهو لا يعلم فتخيل
انه باق على
ملك أبيه.

ومنها ما لو باع ما انتقل اليه بشراء وكيه له مع جهله بالحال إلى غير ذلك. (ص ١٦٩)
(٩٢) الآخوند: (يتفرع على قوله: لأنه إنما قصد نقل المال عن الأب، لاعنه)، أن لا
يجدي اجازته

أيضا " في صحته لمخالفتها له، واستلزام الصحة لعدم التبعية، كما عرفت.
ودعوى: كون المقصود اخراج الملك عن ملك مالكة، غايته اعتقد أنه غيره فلا يلزم عدم
المخالفة ولا
عدم التبعية.

مدفوعة: بان المقصود في البيع اخراجه عن شخص غيره، غاية الامر ان اعتقاد كونه مالكا
" يدعوه إلى

قصد ذلك، كيف يكون قصده الاخراج عن المالك كائنا " من كان، وهو لا يكاد يقصد
الاخراج عن

نفسه لو علم كونه مالكا "، والإجازة مع المخالفة لا تجدي أيضا " فيما اعتبر في الصحة
من الطيب به بما
هو بيع.

ومن ذلك انقح الاشكال في الصورة الأخيرة، حيث إنه يلزم من صحة العقد فيها، عدم
تبعيته للقصد

أيضا "، وعدم توقفها على رضا المالك من حيث إنه مالك لو لم يجز، بل ولو أجاز،
لمخالفة المجاز

للمنشأ، كما عرفت، فتأمل جيدا " (ص ٧٤)
الإيرواني: مقتضى بعض هذه الوجوه بطلان الفضولي بقول مطلق ومقتضى بعضها الآخر

بطلان البيع
لنفسه فيكون الكل أجنبيا " عما هو المبحوث عنه في المقام إذ البحث ها هنا بعد الفراغ
عن صحة الفضولي

(۱۵۶)

أقول: أما قصد نقل الملك عن الأب فلا يقدر في وقوعه، لأنه إنما قصد نقل الملك عن الأب
من حيث أنه مالك باعتقاده، ففي الحقيقة إنما قصد النقل عن المالك لكن أخطأ في اعتقاده
إن المالك أبوه، وقد تقدم توضيح ذلك في عكس المسألة، أي: ما لو باع ملك غيره باعتقاد
أنه ملكه. (٩٣)

نعم، من أبطل عقد الفضولي لاجل إعتبار مقارنة طيب نفس المالك للعقد قوي البطلان
عنده
هنا، لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه، - ولذا نقول نحن كما سيحى -
باشترط
الإجازة من المالك بعد العقد، لعدم حصول طيب النفس حال العقد].

ثم إن الظاهر أن المراد من التعليق في عبارة العلامة التعليق على الحياة وقد وقع السهو في
التعبير.

والتقدير: ان كان مورثي حيا " فقد بعتهك فيطابق دليله مدعاه وأيضا " يناسب دليله هذا،
دليله الأول

ولا يتجه عليه إشكال المصنف. (ص ١٣٩)
(٩٣) النائيني (المكاسب والبيع): قد أجاب المصنف قدس سره عن الاشكال بأن قصد
الأب لا يضر في

وقوعه عن نفس البائع بعد تبين كونه مالكا "، لأنه إنما يقصد كونه عن الأب لا بما هو أب
بل بما
هو مالك فبالحقيقة لم يقصد البيع إلا عن المالك فيكون كالقسم الأول، وعن الثاني بان
القصد

الصوري المنجز كاف في الصحة، ولو كان القصد الحقيقي معلقا على انتقال المبيع اليه.
ولا يخفى ما فيه، فلان البائع لم يقصد البيع إلا عن الأب بشخصه ويكون حيثية كون الأب
مالكا "
تعليلية لا تقييدية.

وتوضيح ذلك: يتوقف على بيان الفرق بين القسم الأول والثاني أولا " ثم ايضاح استحالة
اخذ

المالكية في القسم الثاني تقييدية، فنقول الفرق بين القسمين أعني ما إذا باع عن المالك أو
باع عن أبيه

هو كالفرق بين اقتداء بهذا الحاضر أو الاقتداء بزيد الحاضر في باب الجماعة، ففي الأول
يكون قصد

المأموم إلى الاقتداء بهذا الشخص الحاضر عمروا كان أو زيدا "، لكنه يعتقد أنه عمرو
فيان انه

زيد، وإذا كان زيد الذي تبين كونه اماما " عادلا " تصح صلاته لاجل عدم تقييد قدوته

بكونها بعمره
بل انما اقتدي إلى الشخص الحاضر.

(١٥٧)

وأما ما ذكر من: أنه في معني التعليق، ففيه مع مخالفته لمقتضي الدليل الأول، كما لا يخفى: (٩٤)

منع كونه في معني التعليق، لأنه إذا فرض أنه يبيع مال أبيه لنفسه، كما هو ظاهر هذا الدليل، فهو إنما يبيعه مع وصف كونه لأبيه في علمه، فبيعه كبيع الغاصب مبني على دعوى على المال، لا على تعليق للنقل بكونه منتقلا إليه بالإرث عن مورثه، لان ذلك لا يجامع مع ظن الحياة. (٩٥)

اللهم إلا أن يراد أن القصد الحقيقي إلى النقل معلق على تملك الناقل، وبدونه فالقصد صوري،

على ما تقدم من المسالك من أن الفضولي والمكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. لكن فيه حينئذ: أن هذا القصد الصوري كاف، ولذا قلنا بصحة عقد الفضولي.

وأما الاشكال المختص بما إذا باع لنفسه مع اعتقاده بأنه لغيره فهو التعليق في المعني والجواب عنه ان التعليق الواقعي لا يضر مع التنجيز في الصورة. هذا مضافا " إلى أنه: لو كان هناك تعليق فهو في الحكم الشرعي لا في المنشأ، لا صورة كما هو ظاهر

ولا معني، لان المعتقد بحياة أبيه لا يصدر البيع عنه لنفسه إلا بفرض المال مال نفسه، اما بالمشاركة واما

بالادعاء ونحوه كالغاصب وإلا يكون سفيها ". (ج ١ ص ٢٧٤)

(٩٤) الطباطبائي: وذلك لان مقتضاه كون المفروض البيع عن الأب ومقتضي هذا كونه عن نفسه.

(ص ١٦٩)

الأصفهاني: إلا أن يحمل على التنزيل بتقريب: أن البيع إن كان عن ذات المالك وهو الأب باعتقاده، فالمفروض أنه غير مالك ليقع البيع له، وإن كان عن المالك بما هو مالك بحيث يعم نفسه،

فحيث إنه يعتقد إنطباق العنوان على أبيه، فقصد الاطلاق في حكم التعليق، أي عن والدي أو

عني إن مات والدي، وحيث إنه يعتقد حياته فقصد الاطلاق في عقده يعد عبثا منافيا للقصد الجدي

في مقام المعاملة. (ج ٢ ص ٢٤٣)

(٩٥) الإيرواني: لا يجامع القطع بالحياة واما الظن فيجامعه مع أنه لم يفرض ظن بالحياة ولا قطع

ولا يتوقف البيع للأب على ظن حياته بل يكفي احتمال حياته. (ص ١٣٩)

ومن ذلك يظهر ضعف ما ذكره أخيرا من كونه كالعابث عند مباشرة العقد، معللا بعلمه
بكون

المبيع لغيره. (٩٦)

وكيف كان، فلا ينبغي الاشكال في صحة العقد، إلا أن ظاهر المحكي من غير واحد لزوم
العقد

وعدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة، لان المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لإجازة فعل
نفسه، (٩٧)

الكلية إلا بالإضافة إلى الذمة كما تقدم، ولأجل ما ذكرناه من عدم اعتبار الإضافة إلى
شخص خاص

في العوضين الشخصيين يصح البيع لو اشترى من شخص بتوهم انه زيد فبان كونه عمروا
"، ولا يضر

تبين الخلاف في صحته لكون خصوصية المحل غير دخيل في تقومه كما لا يخفى.
واما الثاني فبالمنع عن التعليق رأسا " بل البائع انما يبيع عن نفسه اما بفرض نفسه مالكا "
للمشاركة

أو نحو اعتبار مالكية الغاصب بلا تعليق في بيعه لا واقعا " ولا ظاهرا "، فالمتحصل من هذا
الآخر هو

صحة بيع المالك مع الجهل بكونه مالكا سواء باع عن المالك أو عن الأب أو عن نفسه.
(٩٦) النائيني (منية الطالب): واما الاشكال الثالث (يعني كونه كالعابث عند مباشرة العقد)
فهو

الاشكال المعروف الوارد على التشريع.

وحاصله في المقام: انه مع اعتقاده بأن المال لأبيه كيف يقصد المعاوضة الحقيقية!
وقد أجبنا عنه في بيع الغاصب بأن البناء على أمر يعتقد خلافه بمكان من الامكان. (ج ١
ص ٢٧٤)

(٩٧) الطباطبائي: هو منقوض ببيع المكره حيث إن البائع فيه يجيز فعل نفسه.

والحل ما ذكره المصنف قدس سره (ص ١٦٩)

الأصفهاني: لا يخفى عليك أن الإجازة تعتبر في موردها لامرين:

أحدهما: تحقيق انتساب العقد الواقع إلى المجيز.

ثانيهما: إظهار الرضا والطيب به.

وما ذكر من وجهي المنع يصح بالإضافة إلى تحقيق الانتساب فقط، فإن المباشرة أقوى في
الانتساب، ولا معني للانتساب بعد الانتساب، وأما بالإضافة إلى إظهار الرضا فلا مساواة،
فضلا " عن

الأولوية، وإنما نقول بالحاجة إلى الإجازة من الجهة الثانية دون الأولى. (ج ٢ ص ٢٤٤)

وتوضيحه: ان انتقال المبيع شرعا بمجرد العقد أو بعد إجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده أو يقدر قصده خلافه، وإنما هو من الأحكام الشرعية العارضة للعقود بحسب إختلافها في التوقف على الأمور المتأخرة وعدمه، (١٠٠)

ما وعند عروض حالة مخصوصة وطرو أمر خاص وهو إجازة المالك في المقام، فنمنع الكفاية وهل

ذلك إلا التعليق. (ص ١٤٠)

(١٠٠) الأصفهاني: حيث إن حقيقة البيع عنده قدس سره متقومة بقصد إيجاد النقل بنظر الناقل، فلا

محالة يكون الانتقال شرعا كالانتقال عرفا من آثاره الشرعية أو العرفية، والبيع بهذا المعنى موصوف

بالصحة والفساد شرعا أو عرفا. وعليه فاللازم قصده في باب العقود هو نفس مضمون العقد، وهو

هنا إيجاد النقل بنظر الناقل لا الانتقال شرعا، فإن قصد الأثر غير لازم، وقصد عدمه غير ضائر، نظير الزوجية ووجوب الانفاق في باب النكاح، فإن مضمون العقد اللازم قصده هي علاقة

الزوجية دون وجوب الانفاق، فقصد الانفاق أو عدمه أو قصد عدمه كلها خارجة، فلا تكون لازمة

ولا قادحة، فكذا فيما نحن فيه، فإن الانتقال شرعا وإن كان موقوفا على الإجازة إلا أن قصده قصد

أثر البيع دون نفسه، فهو غير لازم كما أن عدمه أو قصد عدمه غير ضائر. وعلى هذا المعنى حمل المصنف قدس سره كلام جامع المقاصد، حيث قال قصد البيع كاف أي ليس

بحيث يجب عليه قصد الانتقال بالإجازة، حتى يجب تعقيبه بالإجازة. إلا أنك قد عرفت مما تقدم

مرارا " أن حقيقة البيع عرفا إيجاد الملكية العرفية، وشرعا إيجاد الملكية الشرعية. وأما إيجاد النقل بنظر الناقل فغير معقول، لان إعتبار النقل من الناقل أمر مباشر لا تسببي حتى

يتسبب إليه بالانشاء، وما هو قابل لان يكون تسببيا هو اعتبار الغير عرفا كان أو شارعا "، والملكية

الشرعية مثلا يكون وجودها متحدا بالذات مع إيجادها، لا أنها أثر مترتب على إيجاد الملكية، فالوجه

في توضيح عبارة جامع المقاصد ما قدمناه على منعه. (ج ٢ ص ٢٤٥) الإيرواني: لكن النقل من مدلوله ولا بد من القصد إلى حصوله فعلا " ولا يكفي القصد إلى حصوله في

الجملة وفي زمان ما وعند حصول أمر كذا.
والحاصل: انه لا محيص من تعلق القصد بالنقل الفعلي سيما على القول بالكشف وإن لم
يحصل نقل

(١٧١)

مع أن عدم القصد المذكور لا يقدر بناء على الكشف، (١٠١)

في الخارج مطابقاً " لما قصد بل توقف حصوله على حصول بعض أشياء آخر وعلم بذلك التوقف

أيضاً "، فإن ذلك لا يضر بتحقيق القصد المذكور، إلا أن القصد إلى النقل الفعلي موجود في المقام ولولاه

لبطل البيع ولم تصلحه الإجازة بل سري الاشكال إلى كلية باب الفضولي، فإنه بعينه هي الشبهة

المتقدمة وهي ان الفضولي قاصد للفظ غير قاصد للمدلول. (ص ١٤٠)

(١٠١) الإيرواني: لعله يريد أن القصد إلى النقل مع الإجازة لا يقدر في تحقق القصد إلى النقل

الفعلي وكون القصد المزبور قصداً " للنقل الفعلي بناء على مذهب الكشف، فإن النقل الحاصل مع

الإجازة هو النقل الفعلي فالقصد إلى مسبب هذا السبب قصد للنقل الفعلي.

نعم، لو لم يقصد الا النقل في ظرف تحقق الإجازة دخل في المسألة المتقدمة من قصد النقل مع اقتضاء

الإجازة للكشف وبالعكس أعني: قصد حصول النقل حين العقد مع اقتضاء الإجازة لحصول النقل

حينها وقد تقدم ان الحكم في مثل ذلك هو البطلان. (ص ١٤٠)

الطباطبائي: يعني: لو سلمنا قاذحية قد النقل الا مع الإجازة فإنما نسلمه بناء على النقل، إذ معه لا

يكون المقصود النقل فعلاً " وحين البيع.

واما بناء على الكشف فالقصد إلى إلى النقل مع الإجازة راجع إلى القصد إلى النقل فعلاً " .

نعم، لو قصد النقل بعد الإجازة يحتمل قدحه حتى على الكشف، لكن المفروض كون المقصود النقل

معها، اي: على تقديرها، ومع فرض وجودها لا النقل بعدها، فلا يلزم القصد إلى الملكية المتأخرة بناء

على الكشف فتدبر. (ص ١٦٩)

الأصفهاني: نظراً " إلى: أن عدم إمكان قصد الانتقال فعلاً " يناسب النقل، فإن النقل والانتقال حين

الإجازة بخلاف الكشف، فإن الانتقال فعلي فيمكن قصده حال العقد.

وفيه: أن الفعلية تارة في قبال التأخر والاستقبال، وأخرى في قبال الموقوف، ومن يدعي عدم إمكان

قصد النقل فعلاً غرضه الثاني دون الأول، نظراً " إلى أن مال الغير لا يخرج عن ملكه قهراً " عليه

، فلا بد من قصد نقله بإجازته.

بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدحه (١٠٢)، فالدليل على اشتراط تعقب الإجازة في الزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم، وعدم حلها لغيرهم إلا بطيب أنفسهم، وحرمة أكل المال إلا بالتجارة عن تراض. (١٠٣) وبالجملة: فأكثر أدلة اشتراط الإجازة في الفضولي جارية هنا.

وهذا لا يتفاوت فيه الكشف والنقل، إذ الانتقال الفعلي على الكشف أيضا بسبب الإجازة المتأخرة، فلا بد من قصد تحققه فعلا بالإجازة المتأخرة، فتجب الإجازة المتأخرة ليقع العقد على نحو ما قصد

فتدبر جيدا ". (ج ٢ ص ٢٤٥)

(١٠٢) الأصفهاني: احتمال قدحه بتوهم لزوم التعليق، مع أن القصد الجدي لا يتوجه إلى الملكية الشرعية المتسبب إليها بالانشاء إلا على النهج الذي قرره المعتبر، وهو العقد بمباشرة المالك أو باذنه أو بإجازته، وليس هذا تعليقا في مرتبة السبب الانشائي المجمع على بطلانه، مع أن التعليق على ما

لا بد منه لا دليل على منعه. (ج ٢ ص ٢٤٦)

(١٠٣) الأصفهاني: إن كان مفاد دليل السلطنة مجرد القدرة على التصرفات المعاملية وغيرها بسبب

ترخيص الشارع وضعاً وتكليفاً، كما أوضحناه في بعض المباحث السابقة فلا دلالة له على اشتراط

الرضا، وعدم خروج المال عن ملكه قهراً عليه، وإن كان مفاده السلطنة المطلقة التي لا يزاحمها شيء

من تصرف أحد في ماله بدون رضاه، وعدم خروجه عن ملكه إلا بأعمال قدرته فيه، فحينئذ له

الدلالة عليه، والمفروض أن هذا التصرف المعاملي صدر عن أعمال قدرته فيه وهو في الواقع ماله

والخروج بأعمال قدرته، إلا أن الكلام يقع في أن أعمال قدرته في ماله بعنوانه لازم أو يكفي

مصادفة كونه ماله لتصرفه الذي وقع منه بأعمال قدرته، إذ لا ريب في أن هذا الفعل الاختياري

صدر عن قدرته ورضاه من دون كره ولا إكراه من الغير، فاقتترانه برضا المالك ما لا شبهة فيه،

لكنه لا بعنوان أنه ماله.

وقد عرفت مما تقدم: أن أمر هذا التصرف يدور بين الصحة مطلقاً أو الفساد مطلقاً، فإنه إن قصد

نقله عن مالكه أيا من كان فهو راض بنقله حتى عن نفسه، فيصح بلا إجازة بل قصد النقل

(١٧٣)

وأما ما ذكرناه من أن قصد نقل ملك نفسه إن حصل أغني عن الإجازة، وإلا فسد العقد. ففيه: إنه يكفي في تحقق صورة العقد القابلة للحقوق اللزوم القصد إلى نقل المال المعين. وقصد كونه ماله أو مال غيره مع خطائه في قصده أو صوابه في الواقع لا يقدر ولا ينفذ، ولذا بنينا على صحة العقد بقصد مال نفسه مع كونه مالا لغيره. (١٠٤)

بعد الإجازة قصد نقله عن ذات من اعتقده مالكا فلا يجديه إجازته من بعده، إذ مثله بناء على المعاوضة الحقيقية لا يقبل الإجازة، وما أفاده المصنف قدس سره من تصحيح مقام عقده بالتنزيل وشبهه، إما لا يجدي في قصد التسبب الجدي إلى المعاملة، وإما يغني عن الإجازة كما مر. (ج ٢ ص ٢٤٦)

(١٠٤) الإيرواني: قد تقدم تقرير هذا الدليل بما لا يتجه عليه ما أفاده المصنف، ومحصله: ان العقد ان صح، صح بلا توقف على الإجازة وان فسد، فسد ولم تصلحه الإجازة، وذلك أن المقام مشتمل على حيثيتين مقتضية إحداهما لبطلان العقد، والأخرى لتوقفه على الإجازة حيثية المبطله هي حيثية عدم تحقق القصد إلى المعاملة والمبادلة المتقومة بدخول العوض في ملك مالك المعوض وهو العاقد نفسه بل قصد دخوله في ملك الأب غير المالك والحيثية الموجبة للتوقف على الإجازة هو عدم رضاه وطيب نفسه بانتقال ماله بما هو ماله وان رضي بعنوان مال الأب، فبعد ان علم بأن المال له اعتبر رضاه بعنوان مال نفسه، لان ظاهر أدلة إعتبار رضا المالك في حل ماله رضاه بعنوان مال نفسه لا بذات مال نفسه وان إعتقد انه للغير.

ولا يخفى ان هاتين حيثيتين مترتبتان ان أصلحنا الأولى صلحت الثانية ولم يحتج العقد إلى إجازة وإلا فسد العقد ولم يصلحه شيء، وذلك أن رضا العاقد بما فعل ثابت لا إشكال فيه فإن كان ما فعل هو البيع لشخص الأب بما هو فسد البيع ولم تنفعه الإجازة بعنوان ماله وان كان ما فعل هو البيع لعنوان المالك الواقعي. وان طبق ذلك العنوان على الأب فمعني ذلك الرضا بوقوع البيع لصاحب هذا العنوان كائنا " من كان حتى إذا فرض انه هو وإن لم يحتمل ذلك حين العقد، فبعد

انكشاف الحال

لا حاجة إلى الإجازة لرضاه بذلك أولاً في ضمن رضاه بوقوع البيع للمالك الواقعي كائناً " من كان

وليس يعتبر في طيب النفس طيب نفسه بعنوان شخص مال نفسه بالخصوص، بل يكفي طيب نفسه

بمال نفسه تحت عنوان عام ينطبق عليه. (ص ١٤٠)

(١٧٤)

وأما أدلة إعتبار التراضي وطيب النفس، فهي دالة على إعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنه ماله، لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكا له في الواقع، فإن حكم طيب النفس والرضا لا يترتب على ذلك، فلو أذن في التصرف في مال معتقد إنه لغيره، والمأذون يعلم انه

له، لم يجز له التصرف بذلك الاذن.

ولو فرضنا إنه أعتق عبدا عن غيره فبان إنه له لم ينعق، وكذا لو طلق امرأة وكالة عن غيره فبان زوجته، لان القصد المقارن إلى طلاق زوجته وعتق مملوكه معتبر فيهما، فلا تنفع الإجازة.

ولو غره الغاصب فقال: (هذا عبدي اعتقه عنك) فأعتقه عن نفسه، فبان كونه له، فالأقوى أيضا عدم النفوذ، وفاقا للمحكي عن التحرير وحواشي الشهيد وجامع المقاصد مع حكمه بصحة البيع هنا ووقوفه على الإجازة، لان العتق لا يقبل الوقوف، فإذا لم يحصل القصد إلى فك ماله مقارنا للصيغة وقعت باطلة، بخلاف البيع، فلا تناقض بين حكمه ببطان العتق وصحة البيع مع الإجازة، كما يتوهم. نعم، ينبغي إيراد التناقض على من حكم هناك بعدم النفوذ، وحكم في البيع باللزوم وعدم الحاجة إلى الإجازة، فإن القصد إلى إنشاء يتعلق بمعين

هو مال المنشئ في الواقع من غير علمه به، إن كان يكفي في طيب النفس والرضا المعتبر في

جميع إنشاءات الناس المتعلق بأموالهم وجب الحكم بوقوع العتق، وإن اعتبر في طيب النفس

المتعلق باخراج الأموال عن الملك، العلم بكونه مالا له ولم يكف مجرد مصادفة الواقع، وجب

الحكم بعدم لزوم البيع. فالحق: إن القصد إلى الانشاء المتعلق، بمال معين مصحح للعقد، بمعنى

قابليته للتأثير، ولا يحتاج إلى العلم بكونه مالا له، لكن لا يكفي ذلك في تحقق الخروج عن

ماله بمجرد الانشاء، ثم إن كان ذلك الانشاء مما يقبل اللزوم بلحوق الرضا كفت الإجازة كما

في العقود، وإلا وقع الانشاء باطلا كما في الايقاعات. (١٠٥)

(١٠٥) الأصفهاني: أما في العقود والايقاعات فالامر على ما مر فإذا طلق المرأة باعتقاد أنها زوجة

ثم إنه ظهر مما ذكرنا في وجه الوقوف على الإجازة: إن هذا الحق للمالك من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ، (١٠٦)

موكله، فهو لم يقصد إلا رفع علاقة الزوجية بينها وبين الموكل، فحيث لا علاقة بينهما واقعا، فلذا لا يؤثر الطلاق، وكذا العتق وشبهه. وأما في غير العقود والايقاعات كالأذن في التصرف لمن اعتقد أنه صديقه، فالملاك كون الصداقة عنوانا " لما رضي به أو داعيا"، فإن كان عنوانا " فهو لا ينطبق على المتصرف، فمع علم المتصرف لا يجوز له التصرف.

وإن كان داعيا وحيثية تعليلية لرضاه، فالرضا مطلق وتخلف الداعي لا يوجب فقد الرضا وعدم الأذن (ج ٢ ص ٢٤٧)

الطباطبائي: حاصل مراده قدس سره انه يعتبر في العقد امران، القصد إلى المدلول، والرضا به.

والأول شرط في الصحة. والثاني في اللزوم. وأدلة اعتبار الأول لا يقتضي أزيد من القصد إلى نقل المال المعين فلا يلزم القصد اليه بعنوان انه ماله أو مال غيره، وأدلة اعتبار الثاني تقتضي تحققه

بالنسبة إلى العنوان الخاص بمعنى ان المستفاد منها اعتبار الرضا الباطني بنقل المال بعنوان انه ماله.

وإذا فرض عدم ذلك وجب الحكم بالتوقف على الإجازة فشرط تحقق العقد بمعنى صورته القابلة

للحقوق اللزوم حاصل في المقام دون شرط اللزوم، فلذا يتوقف على الإجازة بعد العلم بأنه ماله

فتدبر. (ص ١٦٩)

النائبي (المكاسب والبيع): ومما ذكرناه من الحاجة إلى الإجازة يظهر بطلان العتق والطلاق لو أعتق عبده أو طلق زوجته معتقدا بأنه عبد غيره أو زوجة غيره، فتبين انه عبده أو زوجته، وجه البطلان

هو عدم جريان الفضولي في الايقاعات وبطلان ما يتوقف صحته على الإجازة اللاحقة، فالإيراد على

من جمع بين بطلان العتق والطلاق في الفرض المذكور وبين صحة البيع موقوفا " على الإجازة

مدفوع بأنه على تقدير القول بتوقف البيع على الإجازة لا محيص عن القول بالبطلان في العتق

والطلاق كما لا يخفى.

نعم لا يصح الالتزام ببطلانهما مع القول بصحة البيع بلا احتياج فيه إلى الإجازة. (ج ٢ ص

(٢٠٢)
(١٠٦) الأصفهاني: لان إناطة تأثير العقد برضا المالك ببيع ماله - بعنوان أنه ماله -
توجب أن لا

(١٧٦)

فَعَقْدُهُ مَتَزَلِزِلٌ مِنْ حَيْثُ الْحُدُوثِ، لَا الْبَقَاءِ كَمَا قَوَاهُ بَعْضُ مِنْ قَارِبِ عَصْرِنَا، وَتَبِعَهُ بَعْضُ مِنْ عَاصِرِنَا، مَعْلَلًا بِقَاعِدَةِ نَفْيِ الضَّرْرِ،
إِذْ فِيهِ: أَنَّ الْخِيَارَ فِرْعَ الْإِنْتِقَالِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ تَوَقُّفُهُ عَلَى طَيْبِ النَّفْسِ.
وَمَا ذَكَرَاهُ مِنَ الضَّرْرِ الْمَتَرْتَبِ عَلَى لَزُومِ الْبَيْعِ، لَيْسَ لِأَمْرِ رَاجِعٍ إِلَى الْعَوْضِ وَالْمَعْوُضِ، وَإِنَّمَا هُوَ لِإِنْتِقَالِ الْمَلِكِ عَنِ مَالِكِهِ مِنْ دُونِ عِلْمِهِ وَرِضَا، إِذْ لَا فِرْقَ فِي الْجَهْلِ بِإِنْتِقَالِ مَالِهِ بَيْنَ أَنْ يَجْهَلَ أَصْلَ الْإِنْتِقَالِ كَمَا يَتَّفِقُ فِي الْفِضُولِيِّ، أَوْ يَعْلَمُهُ وَيَجْهَلُ تَعْلُقَهُ بِمَالِهِ. (١٠٧)

يَكُونُ هُنَاكَ رِضَا بِالْبَيْعِ، وَلَا مُحَالَةً يَتَوَقَّفُ تَأْثِيرُهُ عَلَى الْإِجَازَةِ، فَالْإِجَازَةُ مَتَمِّمَةٌ لِلسَّبَبِ الْمُؤَثِّرِ، لَا أَنَّهَا مِنْ بَابِ الْإِمْضَاءِ الَّذِي هُوَ أَحَدُ طَرَفِي الْخِيَارِ الْمَتَرْتَبِ عَلَى الْعَقْدِ الْمُؤَثِّرِ. (ج ٢ ص ٢٤٧)
(١٠٧) النَّائِنِيُّ (الْمَكَاسِبُ وَالْبَيْعُ): قَدْ تَقَدَّمَ أَنَّ فِي الْبَيْعِ عَنِ الْمَالِكِ مَعَ تَبْيِينِ كَوْنِ الْبَايِعِ هُوَ الْمَالِكُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى إِنْطَاةِ بَيْعِهِ هَذَا عَلَى الْإِجَازَةِ كَانَتْ أَقْوَالًا " ثَلَاثَةً، وَهِيَ الْقَوْلُ بِعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَى الْإِجَازَةِ.
وَالْقَوْلُ بِالْحَاجَةِ إِلَيْهَا نَظِيرُ احْتِيَاجِ الْبَيْعِ الْفِضُولِيِّ إِلَى إِجَازَةِ الْمَالِكِ.
وَالْقَوْلُ بِالْحَاجَةِ إِلَيْهَا فِي اللَّزُومِ دُونَ الصَّحَّةِ وَهَذَا هُوَ الَّذِي يَنْقُلُهُ الْمُصَنِّفُ مِنْ بَعْضِ مَقَارِبِي عَصْرِهِ.
وَتَوْضِيحُهُ: يَتَوَقَّفُ عَلَى بَيَانِ أَمْرَيْنِ،
الْأَوَّلُ: أَنَّ فِي قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَا يَحِلُّ مَالُ أَمْرِي إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسِهِ أَحْتِمَالَيْنِ، أَحَدُهُمَا: أَنَّ يَكُونُ الْمُرَادُ إِنْطَاةَ حَلِّ الْمَالِ بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْ هُوَ مَالِكُهُ.
وَالثَّانِيهِمَا: اِعْتِبَارُ طَيْبٍ مِنْ هُوَ مَالِكُ الْمَالِ عَلَى أَنَّهُ مَالِكٌ، وَيَتَرْتَبُ عَلَى الْأَوَّلِ كِفَايَةُ رِضَا مِنْ هُوَ مَالِكٌ
حِينَ الرِّضَا وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِأَنَّهُ مَالِكٌ، وَيَتَرْتَبُ عَلَى الثَّانِي اِعْتِبَارُ رِضَا مِنْ هُوَ مَالِكٌ مَعَ الْعِلْمِ مِنْ الرَّاظِي بِأَنَّهُ هُوَ الْمَالِكُ، وَهَذَانِ الْإِحْتِمَالَانِ جَارِيَانِ فِي نِظَائِرِ الْمَقَامِ أَيْضًا "، مِثْلُ الْإِذْنِ فِي أَكْلِ الْمَالِ مِثْلًا،
فَإِنَّهُ يُقَالُ أَنَّ دَلِيلَ اِعْتِبَارِ اِذْنِ الْمَالِكِ فِي جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ أَمَا يَدُلُّ عَلَى اِعْتِبَارِ اِذْنِ مَنْ هُوَ
مَالِكٌ، أَوْ يَدُلُّ عَلَى اِعْتِبَارِ اِذْنِ مَنْ الْمَالِكُ عَلَى أَنَّهُ مَالِكٌ، وَلَا زَمَّ الْأَوَّلُ كِفَايَةَ اِذْنِ الْمَالِكِ حِينَ اِذْنِ
وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِكَوْنِهِ مَالِكًا "، بَلْ يَأْذَنُ فِي أَكْلِ مَالِ الْغَيْرِ لِحُجْلِهِ بِكَوْنِهِ مَالِكًا، وَلَا زَمَّ الثَّانِي اِعْتِبَارَ كَوْنِ
الْإِذْنِ مِمَّنْ يَعْلَمُ بِكَوْنِهِ مَالِكًا ".

ومن المعلوم: أن هذا الضرر هو المثبت لتوقف عقد الفضولي على الإجازة، إذ لا يلزم من لزومه بدونها سوي هذا الضرر. (١٠٨)
ثم إن الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة عقد الفضولي بل يحىء على القول بالبطلان، (١٠٩)

الدال على إعتبار كون المشتري مسلماً " لو كان المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً ولو لم يدل فلا يمكن إثبات قيد بقاعدة الضرر ونحوها لأنها حاكمة على الأحكام الثابتة ولا يمكن إثبات حكم بها لولا جعله لزم منه الضرر.

وحاصل الكلام: انه لو استفدنا من قوله عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه، إعتبار طيب النفس على التصرف بعنوان انه مال امرئ اما للظهور اللفظي أو لمناسبة الحكم والموضوع فيغنيا عن التمسك بقاعدة نفي الضرر وإلا فلا يمكن إعتبار قيد لولاه لزم منه الضرر. (ج ١ ص ٢٧٦)

(١٠٨) الإيرواني: قد عرفت أن دليل إعتبار طيب النفس هو المثبت لذلك. نعم قاعدة الضرر بضميمة استصحاب عدم حصول النقل يثبت أيضاً. (ص ١٤٠)
(١٠٩) الإيرواني: نعم إذا كان دليل البطلان اخبار لا بيع إلا في ملك أو الاجماع المتيقن من معقده

غير المقام كان الحكم في المقام هو الصحة. اما إذا كان دليلاً، أدلة إعتبار مقارنة طيب نفس المالك للعقد وكون العقد صادراً " عن مبدأ الرضا وهي عمدة أدلة القائلين ببطلان الفضولي عم المقام بعد ظهور الرضا في الرضا بعنوان مال نفسه، لا

مطلق الرضا المتعلق برقبة المال. وكذا، لو كان دليل البطلان عدم تأتي قصد المدلول من الفضولي، والعجب ان المصنف ترك ما هو عمدة

أدلة القائلين بالبطلان العامة للمقام وتشبث بأضعف أدلتهم الذي عرفت ما فيه أعني: دليل العقل مع عدم عمومته للمقام، لعدم كون المقام من قبيل التصرف في مال الغير، بل هو من إعتقاد ذلك، فان حرم حرم من باب التجري ان قلنا بحرمة التجري وقلنا بأن الحرام الفعل المتجري به دون نفس القصد.

(ص ١٤٠)

إلا أن يستند في بطلانه بما تقدم من قبح التصرف في مال الغير، فيتجه عنده حينئذ
البطلان، ثم
يغرم المثلثان وان كان جاهلا ". (١١٠)

النائبي (المكاسب والبيع): اعلم: ان العقد المكره والعقد الفضولي كلاهما مشتركان في
الاحتياج إلى
الإجازة، وفي البطلان مع عدم الإجازة.
لكن يفترقان في ملاك الحكم بالبطلان مع عدم الإجازة، فالعقد المكره يبطل، لمكان اكراه
المالك على
العقد بواسطة دليل رفع الأثر بالاكراه وحكومة دليله على الأدلة الأولية، فلولا دليل رفع
الاكراه ل
كان مقتضى أدلة البيع هو صحة بيع المكره ولزومه، لكونه بيعا " صادرا " عن المالك
بإرادته غاية الامر
كانت ارادته اكراهيا اي: متحققة من توعيد المكره على الترك، فلولا تخصيص تلك
العمومات بدليل
الاكراه لكان اللازم هو الحكم بصحة بيع المكره ولزومه، وهذا بخلاف بيع الفضولي، فإنه
لولا الإجازة
لا يكون بيعا " للمالك ولا مرتبطا " به، ولا يكون مشمولا " لخطاب من الخطابات
الواردة في البيع، ولا
مندرجا " تحت دليل دال على صحته أو لزومه، وبعد الإجازة يصير مندرجا تحت الأدلة
العامة لو قلنا
بكون صحته على طبق القاعدة، أو تدل الأدلة الخاصة على صحته لو قلنا بكون صحته على
خلاف

القاعدة على الاحتمالين المتقدمين في صدر البحث عن الفضولي.
وكيف كان ففرق بين بين عقد المكره وبين عقد الفضولي، فالقول بالبطلان في العقد
الفضولي لا
يستلزم القول به في العقد المكره.
إذا تبين ذلك، فنقول: ما نحن فيه أعني بيع المالك مع جهله بمالكه، نظير المكره في
كونه بيعا صادرا
عن المالك مع ارادته ورضاه، فلولا ما استظهرناه من دليل اعتبار الرضا من كون المعتبر
رضا المالك

بما هو مالك لكان مقتضى الأدلة العامة هو صحة بيعه ولزومه بلا حاجة إلى اجازته.
ولكن كان المستظهر من الدليل اعتبار رضائه على أنه مالك. واما بطلانه فلا وجه له، فهذا
البيع

صحيح ولو قلنا ببطلان الفضولي. (ج ٢ ص ٢٠٩)
(١١٠) الأصفهاني: فإن موضوع قبح التصرف لا يعقل أن يكون هو مال الغير واقعا "، بل
ما اعتقده

أنه مال الغير، وهذا العنوان محفوظ مع المصادفة للواقع وعدمها.

(١٨٦)

الرابعة: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فانكشف أنه له، والأقوى هنا أيضا الصحة ولو على القول ببطلان الفضولي والوقوف على الإجازة، بمثل ما مر في الثالثة، (١١١)

(١١١) الأصفهاني: قد تقدم أنه بناء على أن البيع معاوضة حقيقة لا يتمشى منه قصد التسبب الجدي إلى حقيقة المعاوضة، وبناء على صحة بيع مال الغير لنفسه بإذنه وإجازته وإن انكشف أنه لا مالك له سواه كي يجيز، إلا أن مباشرته عن الرضا لا يجدي عن إجازته، لان الرضا بتملك بدل مال الغير مجانا " لا يستلزم الرضا بالبدل عن ماله، فيصح على هذا المبني مع رضاه به بعد الانكشاف.

(ج ٢ ص ٢٤٨)

النائني (منية الطالب): وجه عدم توقفها (اي هذا القسم) على الإجازة تامة أركان العقد حتى يبيعه بعنوان انه ماله، لان البائع بعد فرض نفسه مالكا " للمال، اما للمشاركة، واما للاستيلاء عليه عدوانا " يبيعه بعنوان انه ماله واعتقاد انه لغيره لا يوجب توقف عقده على إجازته. ولكنه يمكن أن يقال بالفرق بين الغاصب وغيره فان الغاصب بعد ما جعل نفسه مالكا " واستولى على المال يبيعه بعنوان انه ماله.

واما الذي يريد أن يشتري من مالكة ويسلمه إلى المشتري فهو وان باعه لنفسه إلا أنه لا بعنوان انه ماله فعلا "، فيتوقف على الرضا بعد انكشاف الحال كتوقف عقد المكره عليه، فان الرضا بأصل التبديل

غير الرضا بأنه ماله فعلا "، فصحته تتوقف على الإجازة فتدبر. (ج ١ ص ٢٧٦)
النائني (المكاسب والبيع): هذا هو الصورة الثالثة من الصور الثلاث المتقدمة في بيع المالك جهلا "

والكلام في هذه الصورة أيضا يجري في مقامين، أحدهما: في أصل الصحة. والثاني: في الوقوف على الإجازة.

اما الأول: فلا ينبغي التأمل في الصحة هاهنا بعد ما قويناها في الصورة المتقدمة بل الصحة في تلك

الصورة أولى من الصورة الأولى والثانية، فان البائع في الصورتين الأوليين يبيع عن الغير وكانت

الصحة فيهما محتاجة إلى إلغاء إضافة البيع إلى الغير. وفي هذه الصورة يكون البيع مستندا إليه

نفسه من غير حاجة إلى ارتكاب تمحل اسقاط الإضافة إلى الغير أصلا.

وفي عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثة، ولذا قوي اللزوم هنا بعض من قال بالخيار
في
الثالثة. (١١٢)

مالك فيراعي في بيعه جميع ما يراعيه المالك العالم بملكه في بيعه فرضاه ببيعه هذا رضا
المالك على
التصرف في ماله بعنوان انه مالك.

واما وجه الحاجة إلى الإجازة فيما إذا كان المبيع عنده ومسلطا عليه ويرى نفسه مسلطا
على المبيع

نحو تسلط الغاصب، فلان من لا يرى نفسه مالكا يتسامح في بيع ما عنده من مال الغير بما
لا

يتسامح فيه لو كان يرى نفسه مالكا "، فطيب النفس بالبيع عن نفسه بالنسبة إلى مبيع يراه
لغيره

لا يكفي عن طيب النفس في تصرفه في ماله الذي يراه ماله هذا.
ولا يخفى ان أقوى الوجوه هو الأول، وذلك لما بتين من: ان المستكشف من دليل اعتبار
رضا المالك

في التصرف في ماله، أعني: لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه، اما بنفس ظهوره أو
بمناسبة الحكم

والموضوع، هو اعتبار رضا المالك على أنه مالك بالتصرف في ماله ورضا من لا يعلم
بمالكيته، وان كان

رضا من المالك لكنه ليس رضا منه على أنه مالك، بل رضا منه بما هو بايع، ولا يكفي
رضاه ما لم

يصدق عليه انه رضا المالك.

والسر في ذلك: ان الرضا امر وجداني وصدوره عن المالك بعنوان انه مالك يتوقف على
علمه

بكونه مالكا " . ولا يكفي صدوره عن شخص مالك واقعي وهو لا يدري بكونه مالكا " .

وبالجملة: فالأقوى عدم الفرق بين ما لو باع عن المالك، وبين ما لو باع عن نفسه.
فعلي تقدير الحاجة إلى الإجازة فيما لو باع عن المالك، يحتاج إليها فيما لو باع عن نفسه
بعين ذلك

الملاك، فالتفصيل بينهما لا وجه له. (ج ٢ ص ٢٠٨)

(١١٢) الأصفهاني: حيث إنه بعد البناء على كونه مالكا "، وصدور البيع لنفسه عن رضاه،
فقد صدر

البيع من المالك عن رضاه بما هو مالك عن شعور.

وجوابه: ما عرفت من أن رضاه بنقل مال الغير وتملك بدله مجانا " - ولو بتنزيل نفسه
منزلة المالك -

لا يستلزم الرضا بنقل ما يملكه حقيقة ببدله فتدبر. (ج ٢ ص ٢٤٩)

(۱۹۰)

بيع الفضولي
* القول في المجاز *

(١٩٣)

وأما القول في المجاز فاستقصاؤه يكون ببيان أمور:
الأول: يشترط فيه كونه جامعا " لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا المالك (١).

(١) الآخوند: وذلك ضرورة أن البحث في الفضولي في أن رضا اللاحق هل هو كاف
كالمقارن في العقد
الجامع لسائر الشروط أو لا؟
فلا اشكال في اعتبارها في الحكم بصحته مع الإجازة، انما الاشكال في أن العبرة
باجتماعها حال العقد
أو الإجازة، أو هما. ولا يخفى انه لا بد من ملاحظة أدلتها، فربما يختلف بحسب دلالتها،
ولا يهمنا بيان

ذلك في المقام، لعدم اختصاص ذلك به، وجريانه في غير المقام. (ص ٧٤)
الطباطبائي: هذا هو التحقيق ومحمل الوجه فيه: ان الإجازة ليست نفس العقد ولا طرفا "
منه وانما
هي امضاء وانفاذ للعقد الواقع والمعاملة الواقعة، فلا بد من كونها جامعة لجميع ما يعتبر
فيها عدا الرضا.

(ص ١٧٠)
الأصفهاني: لا يخفى أن الكلام في عقد الفضول وإن كان متمحضا " في العقد الفاقد
لخصوص الولاية
على التصرف، إلا أن الشروط المعتبرة في المعاملة البيعية مثلا " متفاوتة يتفاوت بحسبها
عقد الفضول

عن غيره، إما مطلقا أو باختلاف الكشف والنقل.
فنقول: إن الشرائط على أنحاء، فمنها ما يعتبر حال العقد كالعربية والماضوية والموالة
والتنجيز

والمطابقة ونحوها في نفس العقد، وكما يعتبر في تحقق المعاهدة والمعاقدة عقلا " أو
شرعا " كالحياة والعقل
والقصد والبلوغ في المتعاقدين. (وسياتي القسمان الآخران ذيل كلام المصنف)

فلا يكفي اتصاف المتعاقدين بصحة الانشاء، (٢) ولا إحراز سائر الشروط بالنسبة إلى الأصيل فقط على الكشف، للزومه عليه حينئذ (٣) بل مطلقا "، لتوقف تأثيره الثابت - ولو على القول بالنقل - عليها، (٤) وذلك لان العقد إما تمام السبب أو جزئه، (٥)

وبين ما هي شرائط المنشئ كالبلوغ والعقل وقصد المدلول قصدا " جديا ".
وبين ما هي من شرائط العوضين، وهذا أيضا " ينقسم إلى قسمين بين معتبر في وقوع البيع كقابلية العوضين للتملك ومعلوميتهما، وبين معتبر في ظرف حصول الأثر كالقدرة على التسليم واسلام مشتري المصحف ومشتري عبد المسلم.
لا اشكال في أن القسمين الأولين لا بد منهما في عقد الفضولي ولولاهما لفسد ولم تصلحه الإجازة.

(وسياتي القسمان الآخران في الذيل). (ص ١٤٠)
(٢) الطباطبائي: يعني: ان مجرد الاتصاف المذكور مع فرض فقد سائر الشرائط لا يكفي. (ص ١٧٠)
(٣) الطباطبائي: علة للمنفى وهو الكفاية وكذا قوله: (لتوقف الخ). (ص ١٧٠)
(٤) الطباطبائي: لا فرق في ذلك بين النقل والكشف، ولا بين الأصيل والفضولي، وكون المعاملة لازمة بالنسبة إلى الأول دون الثاني على فرض تسليمه لا يوجب الفرق كما بينه المصنف قدس سره وهو واضح أيضا "، فعلي هذا يجب كون المتعاقدين متصفين بشرائط الأهلية، والعوضين مملوكين حين

العقد معلومين للمتعاقدين ولا يكفي العلم بهما حين الإجازة. (ص ١٧٠)
(٥) الطباطبائي: قوله: (وذلك لان العقد الخ) علة للمنفى أعني عدم الكفاية. (ص ١٧٠)
الأصفهاني: هذا تعليل لعدم كفاية تحقق الشروط في الأصيل فقط كشفا " ونقلا "، وأنه لا بد من

تحققها في الفضول أيضا " في مرحلة تحقق العقد بينه وبين الأصيل.
توضيحه: أن الشرط له الارتباط بالسبب والمقتضي لا بالمسبب والمقتضي، فلا يكفي وجوده عند وجود المسبب فقط مع عدم اقتران السبب به، فالشرائط مربوطة بالبيع الانشائي الذي يتسبب به إلى الملكية دون البيع بالحمل الشائع.

وعلى أي حال فيعتبر إجتماع الشروط عنده، ولهذا لا يجوز الايجاب في حال جهل القابل بالعوضين، (٦) بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا، لان الإجازة على القول بالنقل
أشبه بالشرط (٧)، ولو سلم كونها جزء فهو جزء للمؤثر لا للعقد، فيكون جميع ما دل من النص والاجماع على اعتبار الشروط في البيع ظاهرة في اعتبارها في إنشاء النقل والانتقال بالعقد. (٨)

(٦) الطباطبائي: فان قلت: حال الإجازة كحال الاذن السابق، فكما يمكن الاذن والتوكيل في مجرد اجراء الصيغة مع كون الوكيل والمأذون جاهلين بمقدار العوضين أو جنسها ووصفهما، فينبغي ان يكون العلم بهما حين الإجازة كافيا " وان كان العاقد الفضولي جاهلا ".
قلت: فرق بين المقامين فان المعاملة في مسألة الاذن والوكالة متقومة بالمالكين والمفروض علمهما،
فيكون العلم بالعوضين حاصلًا " حين العقد بخلاف المقام، فان المفروض عدم العلم بهما حين صدوره.
ودعوى: ان اللازم من هذا، كفاية علم المالك المجيز حين العقد وان كان الفضولي جاهلا " مدفوعة: بمنع ذلك، فان العقد قبل الإجازة ليس عقدا " للمالك، بل يصير عقدا " له بعد الإجازة، فعلمه بالعوضين حين العقد لا ينفع مع فرض جهل العاقد، وهذا بخلاف الموكل فان العقد الصادر من الوكيل يعد عقدا " له، فيكفي علمه، وان كان الوكيل جاهلا " وهذا واضح. (ص ١٧٠)
الإيرواني: هذا لا يكون شاهدا " للمقام ولم يكن المدعي إعتبار وجدان المالك المجيز للشرط حين صدور الايجاب من الفضولي حتى يصح الاستشهاد بذلك وإنما كان المدعي إعتبار وجدان الفضولي للشرط، والمناسب لذلك ان يقال: ولذا لا يجوز الايجاب حال جهل الموجب، والحال ان الايجاب جزء السبب المؤثر. (ص ١٤١)
(٧) الإيرواني: وعلى القول بالكشف الامر أوضح وخروج الإجازة عن العقد أبين. (ص ١٤١)
(٨) الطباطبائي: يعني: لو سلمنا كونها جزء وقلنا بكفاية حصول العلم قبل تمامية الاجزاء، نقول: انها جزء للسبب المؤثر لا للعقد. وغاية الامر كفاية حصول العلم قبل تمامية اجزاء العقد، فلا ينفع ذلك الا في القبول الذي هو جزء له. (ص ١٧٠)

(۲۰۰)

نعم، لو دل دليل على إعتبار شرط في ترتب الأثر الشرعي على العقد من غير ظهور في اعتباره في أصل الانشاء، أمكن القول بكفاية وجوده حين الإجازة، (٩) ولعل من هذا القبيل: القدرة على التسليم، وإسلام مشتري المصحف والعبد المسلم. (١٠)

الأصفهاني: أي في السبب ومسببه، فإن إنشاء النقل حقيقة البيع عنده قدس سره، والانتقال شرعا المرتب على النقل الانشائي أثر البيع، والمراد من إعتبار الشرائط فيهما ليس كونهما شرائط لهما، فإن المسبب لا أثر له حتى يناط تأثيره بشيء، بل ما ينوط به تأثير السبب لا يوجد المسبب بدونه

بالتبع. (ج ٢ ص ٢٥٦)

(٩) الإيرواني: لكن إذا قيل بالنقل وان زمان ترتب الأثر زمان تحقق الإجازة، لا ما إذا قيل بالكشف

وان زمانه زمان العقد وإلا اعتبر وجوده حال العقد أيضا". (ص ١٤١)

(١٠) الطباطبائي: نعم الشرائط المعتبرة في ترتب الأثر الشرعي على العقد مثل القدرة على التسليم

واسلام مشتري المسلم والمصحف يكفي وجودها حين الإجازة بناء على النقل كما ذكره المصنف

قدس سره وقد أشرنا إليه سابقا". (ص ١٧٠)

الإيرواني: شرائط العوضين ينقسم إلى قسمين، بين معتبر في وقوع البيع كقابلية العوضين للتملك

ومعلوميتهما، وبين معتبر في ظرف حصول الأثر كالقدرة على التسليم واسلام مشتري المصحف

ومشتري العبد المسلم.

لا إشكال في عدم اعتبار القسم الأخير.

وأما القسم الأول منه، ففيه إشكال، وما ذكره المصنف من الدليل على اعتباره وهي الأدلة المعتبرة له

في البيع فإنما ينهض على اعتباره حال العقد ففيما يرجع إلى خارج العوضين كمملوكيتهما فلا بحث

وفيما يرجع إلى العوضين في نفس المتبايعين كعلمهما بهما فإنما يقتضي ثبوت العلم حال العقد.

أما كون العالم بهما هو الفضولي أو المالك الأصيل حتى يكون الفضولي حاله حال الوكيل في مجرد

إجراء الصيغة، لا عبرة بعلمه فلا يستفاد من دليل إعتبار العلم بالعوضين.

بما هي معاملة، ومن إن لم تكن موجبة إلا لاستناد المعاملة إلى المالك، إلا أن المالك بسبب الإجازة يصير طرفاً " للعقد، فكأنه يصير عاقداً " فيعتبر فيه حينئذ ما يعتبر في المتعاقدين.

ويؤيده: مناسبة الحكم والموضوع بالنسبة إلى بعض تلك الشرائط، فإن اعتبار معلومية العوضين مثلاً "، إنما هو لاجل رفع الخطر في المعاملة الراجع إلى المالك، فإنه هو الذي يقع في الخطر من ناحية الجهالة، فالمناسب في اعتبار المعلومية إنما هو اعتبار علم المالك الذي ينشأ من جهله الخطر، وعلى هذا فيمكن أن يفصل في الشرائط بين ما إذا كان كذلك كالمعلومية فيقال فيها باعتبارها في المجيز، وبين ما لم يكن كذلك فيقال فيها بعدم الاعتبار.

لكن الكلام الكلي هو القول بالاعتبار مطلقاً "، سواء كان مما تقتضي المناسبة بين الحكم والموضوع اعتبارها أم لا، وذلك لأن العقد وإن كان قائماً بالمتعاقدين الفضول والطرف الأصيل، لكن المعاملة قائمة بالفضول والمالك المجيز معاً من طرف والطرف الأصيل من طرف آخر، لتوقف تحققها على إجازة المالك، ومع قيام المعاملة بهما معاً " يعتبر اجتماع الشرائط فيهما فيعتبر تحقق الشرائط في المجيز بعين ملاك تحققها في الفضول، لكن اللازم من ذلك اعتبار الشرائط في المالك المجيز حين الإجازة. وأما اعتبارها حين العقد أو استمرارها من حين العقد إلى حين الإجازة فليس عليه دليل أصلاً ".

ومما ذكرناه ظهر الفرق بين الفضولي في المقام وبين الوكيل المفوض في باب المضاربة، حيث إن المعتبر في الوكيل المفوض هو واجديته للشرائط دون المالك بخلاف المقام، فإنه يعتبر جامعية العاقد الفضولي والمالك المجيز للشرائط المعتبرة في المتعاقدين معاً "، ووجه الفرق هو قيام المعاملة بالمالك المجيز في المقام كقيامها على الفضول بخلاف باب المضاربة، فإن المعاملة فيه قائمة بالوكيل ولا استناد لها إلى المالك أصلاً " (ج ٢ ص ٢١٢).

الأصفهاني: ومن الشرائط ما يعتبر في من له العقد سواء كان مالكا " للعين أو للتصرف كالولي، وهو كالقدرة على التسليم، فإن العمدة في وجه اعتبارها ج كما سيحى إن شاء الله تعالى - دليل نفي الغرر،

ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعتبرة حين العقد إلى زمان الإجازة، أم لا؟ لا ينبغي الاشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما على القول بالنقل. (١١)

بعد العقد حتى تجدي الإجازة من حين إسلامه قبل الإجازة، بخلاف البناء على النقل، فإنه لا يؤثر العقد

إلا عند الإجازة، فالاسلام شرط مقارن للعقد المؤثر فافهم جيدا". (ج ٢ ص ٢٥٢)
(١١) النائيني (منية الطالب): نعم لا يعتبر استمرار جميع الشرايط من زمان العقد إلى زمان الإجازة،

فان بقاء المتعاقدين على شروط الصيغة لا وجه له بلا إشكال في شروط العوضين، فإنه لو كان المبيع

حين العقد خلا " ثم صار حراما " ثم تبدل وانقلب إلى الخل حين الإجازة، فتأثير الإجازة في غاية

الاشكال، لأنه يمكن أن يقال: إن الخل بمجرد انقلابه إلى الخمر يخرج عن قابلية تعلق الإجازة بالعقد

الواقع عليه، وعلى هذا فالوجوه المحتملة خمسة، كفاية وجود الشرايط حين العقد، وكفاية وجودها حين

الإجازة، واعتبار وجودها حينهما، واعتبار استمرارها من حين العقد إلى حين الإجازة، والتفصيل بين

شروط العوضين وشروط المتعاقدين.

وعلى أي حال كفاية وجودها حين الإجازة لا وجه له، فان المبيع لو كان خمرًا " حين العقد، فهذا غير قابل

لان تتعلق به الإجازة وإن انقلب إلى الخل قبلها. (ج ١ ص ٢٧٧)

الأصفهاني: غرضه قدس سره عدم بقاء ما يعتبر في تحقق المعاهدة والمعاهدة منهما عقلا " أو شرعا "،

لفرض الفراغ عن المعاهدة والمعاهدة، فلا وجه لاعتبار بقاء الشرائط مع عدم ترقب معاهدة ومعاهدة،

وعدم زوالها بزوال ما يعتبر في تحققها.

نعم بعض شرائط المعاهدة شرط في الملكية أيضا كالحياة، فإن الميت لا يملك، فيعتبر بقائها في طرف

الأصيل - بناء على النقل دون الكشف - فيعتبر بقاء الحياة من حيث التأثير في الملكية لا من حيث تقوم

المعاهدة بها حدوثا، وكذا يعتبر عدم ما يمنع من الملك شرعا كالفلس حدوثا وبقاء على النقل، بل لا

يعتبر عدم ما يوجب الفلس في تحقق المعاهدة والمعاهدة عقلا ولا شرعا إلا من حيث التأثير في الملكية،

وليس كالصبي مسلوب العبارة. (ج ٢ ص ٢٥٦) نعم، على القول بكونها بيعا مستأنفا

يقوي الاشتراط. (١٢)

(٢٠٨)

وأما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناء على النقل، وأما بناء على الكشف فوجهان، واعتبارها عليه أيضا غير بعيد. (١٣)

وأما حمل كلام المصنف قدس سره هنا وهناك على مجرد الاستجماع لكل منهما بالنسبة إلى حال الالتزام من الآخر، لا فيما بين الالتزامين، فهو وإن كان يساعده عنوان كلامه هناك، إلا أنه يبعده تعبيره هناك بكون معناه قائما في نفس المتكلم من أول العقد إلى أن يتم السبب، وكذا تعبيره هنا بالبقاء إلى زمان الإجازة، إلا أن يكون الغرض بقائها حتى يكون القبول في حال يصح الإيجاب من الموجب، فيعود إلى الأول من الوجهين. لا يقال: إذا زال الالتزام بفقد إحدي الشرائط فلا يجدي اتصاف الموجب به حال القبول، ولو مع الالتزام النفساني، بل لا بد من إنشائه ليتحقق منهما المعاقدة، وإذا لم يزل بفقده، فالالتزام القابل للارتباط بالالتزام من الآخر موجود، فما الحاجة إلى استجماع الموجب للشرائط حال القبول. لأننا نقول: لم يزل الالتزام إلا أن المانع ليس عدم ما يصلح للارتباط حتى يكتفي ببقاء الالتزام، بل المانع عدم صلاحية الموجب للمعاهدة والمعاقدة معه كما عرفت. (ج ٢ ص ٢٥٦) (١٣) الطباطبائي: قد مر منه قدس سره في ذيل بيان الثمرات بين الكشف والنقل: الحزم بعدم الاعتبار بناء عليه وهو الذي يقتضيه خبر نكاح الأدلة السابقة فراجع، والغرض ان نفي البعد في غير محله فتدبر. (ص ١٧٠)

الإيرواني: قد تقدم منه عند الكلام في الثمرة منع ذلك ردا " على من زعم اعتبارها بتوهم ظهور الأدلة في إعتبار استمرار القابلية إلى زمان الإجازة على الكشف فراجع. (ص ١٤١) الأصفهاني: قد عرفت: أن الشرائط مربوطة ابتداء بالسبب، حيث إنهما له دخل في تأثيره، وما كان كذلك فلا بد من تحققه حين تأثيره، وإلا لما كا شرطا لتأثيره، ومقتضاه الفرق بين النقل والكشف، فإن موقع التأثير على الأول حين الإجازة، وموقعه على الثاني حال صدور العقد، وقد صرح قدس سره سابقا " بعدم الفرق بين النقل والكشف، ونفي البعد عنه هنا.

الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل - من تعيين العوضين، وتعيين نوع العقد من كونه بيعا أو صلحا، فضلا " عن جنسه من كونه نكاحا لجاريته أو بيعا لها - أم يكفي العلم الاجمالي بوقوع عقد قابل للإجازة؟ وجهان: من كون الإجازة كالإذن السابق فيجوز تعلقه بغير المعين (١٤)

(١٤) النائيني (المكاسب والبيع): الكلام تارة يقع في اشتراط العلم بوجود العقد الفضولي، فيقال هل يشترط في المجازان يكون معلوم الوجود أم تصح الإجازة معلقة على وجوده، وأخرى يقع في اشتراط معلومية نوعه، فيقال هل يشترط في المجاز ان يعلم بكونه بيعا " أو صلحا " أو إجازة ونحوها، أم يكفي إجازة ما علم اجمالا " بصدوره عن الفضول ولو لم يعلم المجيز بكونه بيع دابته أو إجازة داره أو صلح عقاره؟

اما المقام الأول فربما يقال بلزوم العلم بوجود المجاز، وإلا يلزم التعليق في الإجازة وهي لمكان كونها ايقاعا غير قابلة للتعليق، وان قلنا بصحة التعليق في العقود ولا يحتاج في اثبات لزوم العلم به إلى تمحل كون الإجازة عقدا " بما في الكتاب من كونها أحد ركني العقد بحسب الحقيقة، لان المعاهدة الحقيقية تحصل بين المالكين بعد الإجازة (كما سيقوله المصنف)، لأنه وان كان صحيحا " إلا أنه تطويل لا حاجة

إليه، إذ يكفي في اثبات المدعي بالقول بكون الإجازة ايقاعا لا يقع فيها التعليق. هذا، ولكن التحقيق هو: عدم اعتبار العلم بوجود المجاز، ويصح مع الجهل بوجوده ولو مع عدم صحة التعليق في العقد فضلا عن الايقاع، وذلك لان المضر من التعليق هو التعليق على امر زائد عما يقتضيه نفس ذاك العقد أو الايقاع.

وتوضيح ذلك: ان طلاق الزوجة وعتق العبد ونحوهما من الايقاعات وبيع المالك ماله ونحوه من

العقود معلق على زوجية الزوجة ورقية العبد وكون المال مالا " للمالك نحو تعليق كل حكم على

موضوعه، فهذا المقدار من التعليق مما لا محيص عنه في العقود والايقاعات، وانما لا كلام فيما زاد منه

من التعليق على ما لا يقتضيه ذاك الايقاع أو العقد، فمثل تعليق الزوج والمالك طلاق

الزوجة على
زوجيتها وعتق العبد على رقبته، خارج عن محل البحث في التعليق.

(٢١٥)

إلا إذا بلغ حدا " لا يجوز معه التوكيل، (١٥)

وعن التصرف في المال، فلا معنى لغرره وخطره، بل الاقدام على المعاملة من المجيز، فهو بإجازته مقدم على المعاملة، فهذا العقد الإجازي كعقده المباشري، فلا بد من أن يكون هذا الاقدام منه عقلائيا غير سفهائي.

ومما ذكرنا تبين أن الإجازة كالاذن والتوكيل، وأنه لا يختص أحدهما بخصوصية من حيث غررية التوكيل والإجازة وعدمها، بل الفرق من حيث إن المعاملة مع الجهل غررية من المجيز دون الموكل،

للولوجه المتقدم. (ج ٢ ص ٢٦١)

(١٥) الآخوند: لا وجه لهذا الاستثناء، لعدم تحديد في الشرع له، بحيث يجوز التوكيل في غير المعين ما لم يبلغه، ولم يحز إذا بلغه إن كان الجهل في الموكل فيه مانعا " عن صحة التوكيل ونفوذه كان مطلقا

مانعا "، وإلا فلا يكون مانعا " كذلك، والظاهر نفوذه فيه مع اطلاقه وتعميمه، بحيث يعم اي شئ كان الغير المعين.

نعم التوكيل في أحدهما بلا تعيين ولا تعميم فاسد غير نافذ في واحد منهما، وذلك لعدم تعيينه واقعا،

بخلاف غير المعين، لتعيينه واقعا " فيشار اليه بنحو من الإشارة. (ص ٧٤)

النائني (منية الطالب): لا يخفى أنه لا يجري في المقام ما يجري في الوكالة فإنها تصح شئ على نحو

الاطلاق وإن لم تصح على نحو الابهام.

وأما الإجازة فلا معنى لتعلقها بالعقد على نحو الاطلاق، لان عقد الفضولي وقع على شئ خاص

وهو لو كان مجهولا " عند المجيز، فلا تشمله الأدلة الدالة على نفوذ الإجازة، بل حكمها حكم تعلق

الوكالة بالأمر المبهم التي لا اعتبار بها عند العقلاء، مع أنها تدرج في عموم نهي النبي صلي الله عليه

وآله وسلم عن الغرر. (ج ١ ص ٢٧٨)

الطباطبائي: كما إذا وكل في امر مبهم كان يقول: وكلتك في شئ أو في تصرف في مالي مع إرادة

الابهام، أو يقول: وكلتك في أحد الامرين من البيع والنكاح مع إرادة الترييد لا التخيير.

هنا يظهر قوة احتمال إعتبار العلم بوقوع العقد، ولا يكفي مجرد احتمال فيجيزه على تقدير وقوعه إذا انكشف وقوعه، لان الإجازة وإن لم تكن من العقود حتى يشملها معاهد إجماعهم على عدم جواز التعليق فيها، إلا أنها في معناها (١٧)، ولذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق، أن الوفاء بالعقد السابق لا يكون إلا في حق العاقد، فتأمل. (١٨)

(١٧) الآخوند: يمكن ان يقال: إنها وإن كانت في معناه إلا أن التعليق الممنوع ما إذا كان على ما ليس مما لا بد منه، ومن الواضح وقوع العقد مما لا بد منه عقلا " فيها، مع أن المنع عن التعليق، انما هو بالاجماع، والقدر المتيقن منه التعليق في نفس العقد، لا فيما هو بمعناه، ولعله أشار اليه بامرته بالتأمل.

(ص ٧٥)
الطباطبائي: الأقوى عدم اعتبار هذا العلم أيضا، لمنع كونه راجعا إلى التعليق، مع أن بطلانه مختص ببعض العقود، إذ الاجماع الذي هو المدرك لا يشمل الجميع، وعلى فرض عموم معقده لجميعها ليس مع الإجازة منها. ودعوى: كونها في معني العقد كما تري! مع أن الاجماع لا يشمل الا ما كان عقدا حقيقة ولا يعم ما كان في معناه. (ص ١٧١)

(١٨) الطباطبائي: لعله إشارة إلى أن ما أفاده من: (ان خطاب أوفوا لا يكون إلا في حق العاقد) ممنوع فان خطاب أوفوا يتوجه إلى صاحب العقد أعم من أن يكون هو المباشر له أو المباشر غيره وحصلت إضافة العقد إليه بإجازته.

ويمكن ان يكون إشارة إلى منع ما ذكره في بيان كونها في معني العقد من قوله: (ولذا يخاطب المجيز الخ) إذ كون الوفاء بالعقد مختصا بالعاقد ممنوع، بل يجب الوفاء على من له العقد سواء كان عاقدا " أو آذنا " له في العقد أو منحيرا له، فتعلق الوجوب به بعد الإجازة لا قبلها لا يكون دليلا على كونها في معني العقد. (ص ١٧١)

الثالث: المجاز، إما العقد الواقع على نفس مال الغير، وإما العقد الواقع على عوضه، (١٩)

(١٩) الطباطبائي: الغرض من عقد المسألة بيان حكم العقود المتعددة المترتبة اما بالطبع هو - كما هو ظاهر عنوان الفقهاء -، أو بمجرد الزمان - كما هو ظاهر عنوان المصنف قدس سره -، وان إجازة بعضها هل تقتضي صحة العقود البعض الآخر أو لا؟
ومجمل الكلام في ذلك: ان العقود المتعددة اما واقعة على مال الغير أو على عوضه في كل طبقة بان

يكون العوض في كل عقد معوضا " في العقد اللاحق.
وعلى التقديرين، اما ان يكون العاقد هو المشتري في كل طبقة أو غيره كفضولي آخر.
ولا اشكال في أن للمالك إجازة اي من العقود شاء، فان أجاز العقد الواقع على ماله في أحدي

المراتب صح ذلك العقد وكان فسخا " للعقود السابقة - ان كانت - لكن بالنسبة اليه.
واما بالنسبة إلى المشتري الذي صار مالكا لذلك المال بالإجازة، فان قلنا إنه يشترط ان يكون المجيز

مالكا حين العقد، فلا يصح له إجازة شئ منها، وان قلنا بعدم الاشتراط جاز له ذلك، لأنه صار مالكا
حين المجاز.

واما العقود اللاحقة - ان كانت - فان كانت العقد اللاحق من المشتري في ذلك العقد صح بلا حاجة إلى

الإجازة بناء على الكشف، لأنه كان حين العقد مالكا " وبطل بناء على النقل، الا إذا قلنا بعدم اشتراط
الملكية حين العقد.

وان كان من غير ذلك المشتري صح مع اجازته بناء على الكشف أو على القول بعدم اشتراط

الملكية بناء على النقل وبطل على القول بالاشتراط.

وان أجاز العقد الواقع على عوض ماله في أحدي المرات صح ذلك العقد وما قبله مما هو مرتب عليه

طبعا " كالعقد الأول وغيره مما وقع على العوض في كل مرتبة بمعنى ان تلك الإجازة لا يصح الا مع

اجازتها، فهي في قوة اجازتها لا بمعنى انها مؤثرة في صحتها، كيف! وهي متوقفة عليها فلو قصد

تخصيص الإجازة بذلك العقد دون ما قبله بطلت، لأنه غير مالك لذلك العوض الا بعد إجازة العقود

السابقة.

وقوع تلك العقود على ملك المشتري الذي أجاز المالك عقده والعقد الصادر عن المشتري الذي أجاز المالك عقده كان حينئذ صادرا عن المالك فيصح من غير حاجة إلى الإجازة واما على النقل فان قلنا باعتبار مالكية المميز حين العقد فتبطل العقود المتأخرة لكونها واقعة على ملك المالك لا ملك البايع الذي صار مالكا بالتملك عن المالك بإجازته. وان قلنا بكفاية مالكية المميز حين الإجازة ولو لم يكن مالكا حين العقد فيصح العقود المتأخرة عن العقد المجاز لكن بإجازة عاقدها بعد التملك عن المالك بالإجازة، فيصير حال مشتري العقد المجاز حال المالك نفسه بالنسبة إلى العقود المتأخرة فله ان يميز كل واحد منها. وإجازة كل واحد منها مستلزم لصحة ما بعده مع التوقف على إجازة المشتري في العقد الذي اجازته أقول: هكذا أفيد.

لكن الحكم بصحة العقود المتأخرة بلا حاجة إلى الإجازة على الكشف مشكل، فان المشتري في العقد المجاز ولو كان العقد الذي يوقعه مترتبا على عقده إلا أنه لما كان قبل الإجازة لم تكن مالكيته معلومة فيدخل في باب ما إذا باع المالك عن نفسه مع الجهل بمالكيته، وقد تقدم ان المختار فيها هو الاحتياج إلى الإجازة هذا في العقود المترتبة على المثلث.

وقد تحصل: ان إجازة كل عقد مستلزمة لصحة ما يترتب عليها من العقود المتأخرة. واما العقود المترتبة على الثمن فإجازة كل متأخر منها متوقف على صحة المتقدم فإذا باع الفضولي ثوب زيد بدرهم ثم باع ذلك الدرهم بفرس ثم باع الفرس بدينار وهكذا وأجاز المالك بيع الدرهم بالفرس، فلا يخلو اما يصرح بإجازة بيع الدرهم بالفرس بنحو بشرط لا والتصريح بعدم إجازة بيع الثوب بالدرهم أو لا يصرح بها، فعلى الأول تبطل اجازته لبيع الدرهم بالفرس، إذ الدرهم ما كان له حتى يميز بيعه بالفرس والمفروض عدم اجازته لبيع الثوب بالدرهم، وعلى الثاني تصح اجازته وتكون كاشفة عن إجازة بيع الثوب بالدرهم، إذ لولا اجازته ذاك البيع لم يكن مورد لاجازته بيع الدرهم بالفرس.

وعلى كل منهما إما أن يكون المجاز أول عقد وقع على المال أو عوضه، أو آخره، (٢٠)

(٢٠) الآخوند: محل الكلام ما إذا كانت العقود مترتبة، واما إذا كانت غير مترتبة من فصول واحد

أو متعدد، فلا يكون الصحيح منها إلا ما اجازته أولا " ولو كان هو العقد الأخير، ومعه لا يبقى مجال للإجازة غيره.

نعم يكون لمن انتقل اليه المال إجازة واحد آخر منها مطلقا " - على النقل - وخصوص العقد السابق -

على الكشف -، بناء على كفاية كون المجيز جائز التصرف حال الإجازة، والعقد اللاحق عليه

مطلقا "، فإنه جائز التصرف حاله أيضا " فافهم. (ص ٧٥)

الطباطبائي: لا يخفى ان قوله: (وقع على المال أو عوضه) بيان لقوله: (وعلى كل منهما) وكان

الأولى، اسقاطه من العبارة لئلا يوهم جريان هذه الأقسام على التقديرين، مع أنه إذا كان المجاز العقد

الواقع على نفس مال الغير لا يجري تقسيم كون: (المجاز أول عقد وقع منه على العوض أو آخره الخ).

وإذا كان العقد الواقع على عوضه، لا يجري تقسيم كونه: (أول عقد وقع على المال أو آخره الخ).

والحاصل: ان كون: (المجاز أول عقد وقع على المال أو آخره الخ) انما هو على التقدير الأول

وكونه: (أول عقد وقع على عوضه أو آخره الخ) انما هو على التقدير الثاني، والعبارة موهمة لمجئ كلا

التقسيمين على كل من التقديرين ولو اسقط قوله: (وقع على المال أو عوضه) وقال اما ان يكون

المجاز أول عقد أو آخره الخ سلمت من ذلك.

وقوله: (واقعين على مورده أو بدله) يعني به: واقعين على نفس مورد العقد المجاز، سواء كان ذلك

المورد نفس مال الغير أو عوضه أو على بدل ذلك المورد، اي بدل مال الغير أو بدل عوضه.

ثم لا يخفى ان الأقسام اثني عشر،

سنة للفرض الأول، وستة للفرض الثاني، فإنه لو كان المجاز العقد الواقع على مال الغير، اما ان يكون

ذلك أول العقود الواقعة عليه، أو آخره أو وسط بين عقدين واقعين عليه أو وسط بين عقدين واقعين

على عوضه أو وسط بين عقدين بكون السابق منهما واقعا " على نفسه واللاحق على عوضه

أو
بالعكس.

(٢٣٩)

أو عقداً " بين سابق ولاحق واقعين على مورده، أو بدله، أو بالاختلاف. (٢١)
ويجمع الكل: فيما إذا باع عبداً لمالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب، ثم باعه الثالث
بدينار،
وباع البائع الفرس بدرهم، وباع الثالث الدينار بجارية، وباع بائع الفرس الدرهم برغيف،
ثم
بيع الدرهم بحمار، وبيع الرغيف بعسل.]

والدرهم بالرغيف في المثال وبين الوسط بين مختلفين كإجازة بيع الفرس بدرهم في المثال
المتوسط
ذلك بين بيع العبد بالفرس وبين بيع الدرهم بالرغيف، فلا موقع لتشقيق المتوسط إلى
أقسام، بل لا أثر
لتشقيق المجاز إلى أول وآخر ووسط.
والصواب أن يقال: إذا ترتب عقود على مال المجيز بإجازة واحد مما ترتب على شخص
ماله أو على
بدله الشخصي ملزمة لما يليه وحل لسابقه، كما أن إجازة واحد مما ترتب على عوض ماله
عوضاً "
نوعياً " يكون مصداقه في كل واحد من العقود شخصاً " جديداً " إجازة لسابقه دون ما
يليه، فإن المجاز لا
يخلو، أما أن يكون محفوفاً " من طرفيه بالعقد أو متصلاً " من أحد جانبيه به، أما من
السابق أو اللاحق
وعلى كل حال دخل تحت ما ذكرناه من الضابط. (ص ١٤١)
(٢١) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى أن إطلاق عبارة المصنف في قوله: (واقعين
على مورده أو
بدله) أن كان المراد منه ما ذكرناه أعني: العقد الواقع على البديل ممن اشترى من الفضولي
ومن
يشترى من ذاك المشتري وهكذا، فهو وإن كان المراد هو الأعم منه ومن العقد على الثمن
من
الفضولي مثلاً "، فيرد عليه أنه ليس بجيد، كما ذكرناه. (ج ٢ ص ٢٢٦)
الإيرواني: ظاهره إختلاف السابق مع اللاحق في الوقوع على مال المالك وعوضه وينطبق
ذلك في
المثال على بيع الفرس بدرهم وقد تقدم في الحاشية السابقة: أن ذلك لا يوجب اختلافاً "
في الحكم.
ويحتمل أن يكون المراد إختلاف نفس ما وقع من العقود سابقاً " بعضها مع بعض ونفس
ما وقع من
العقود لاحقاً " كذلك، فيكون في السابق نوعان من العقد، نوع واقع على عين مال
المالك، ونوع واقع
على عوض ماله كبيع الفرس بدرهم في المثال، وكذلك يكون في اللاحق نوعان من العقد

نوع واقع
على عين مال المالك وآخر واقع على عوض ماله كبيع الدينار بجارية في المثال. (ص
(١٤١)

(٢٤١)

أما إجازة العقد الواقع على مال المالك - أعني العبد بالكتاب - فهي ملزمة له ولما بعده مما وقع على مورده - أعني العبد بالدينار - بناء على الكشف، (٢٢)

(٢٢) الآخوند: قوله: (فهي ملزمة له ولما بعده مما وقع على مورده) لتوقف صحته على صحتها، فإجازته وامضائه لا يكاد يكون الا بإجازتها وامضائها، والا لكانت لغوا"، فهي موجبة لصحة الأول فالأول، إلى أن تصل النوبة إلى المجاز، وهذا على الكشف لا اشكال فيه. واما على النقل، فيشكل بان المجيز لم يكن بجائز التصرف أصلا " لا حال العقد ولا حال الإجازة فيها، إلا العقد الأول على نفس ماله، فلا بد عليه من إجازة اللاحق بعد إجازة السابق، فتأمل جيدا ". (ص ٧٥) الطباطبائي: لما فرغ من أقسام الفرض الأول شرع في أقسام الفرض الثاني وهو كون المجاز العقد الواقع على عوض مال الغير وانما ذكر بيع الدرهم بالرغيف، لأنه الوسط فيها. (ص ١٧٢) الإيرواني: هذا إذا لم نقل بأن من باع ثم ظهر انه مالك كمن باع ثم ملك في الاحتياج إلى الإجازة وإلا كان فضوليا " موقوفا " على إجازة نفسه بعد ظهور كونه مالكا"، إلا أن يفرق بين المقام وبين من باع باعتقاد كون المال للغير بأن هناك لا يرضى إلا باعتقاد انه للغير بحيث لو علم أنه لنفسه لم يكن راضيا " وفي المقام وان كان المال محكوما " بأنه للغير بالاستصحاب، ولكن يحتمل مع ذلك أن يكون المال لنفسه واقعا " فبيعه مع ذلك ينبئ عن رضاه بالانتقال على كل تقدير. (ص ١٤١) النائيني (منية الطالب): لا يخفى أن بيع الدرهم بالرغيف الذي ذكره المصنف في بدل البدل، من جهة هو الوسط الذي قبله عقد وارد على مورده وهو بيع الفرس بالدرهم وبعده كذلك أيضا " وهو بيع الدرهم بحمار، ومن جهة هو الوسط الذي قبله عقد وارد على غير مورده وبعده كذلك أيضا "، فان قبله أولا " بيع العبد بالفرس ثم بيع الفرس بدرهم، فالفرس بدل الدرهم والعبد بدل الفرس وبعده أولا " بيع الدرهم بحمار ثم بيع الرغيف بعسل، فالرغيف بدل للدرهم. ثم لا يخفى أن في الصورتين من تعلق إجازة المالك بمال وفي الصورتين من تعلق إجازته ببديل المال لا محل للترتب الطبيعي وإنما هو ترتب زمني، فلا ترتبط بما هو المهم من محل البحث من: أن إجازة البيع الواقع على المال فسخ لما قبله ومستلزم لصحة ما بعده وإجازة البيع الواقع على البدل

وأما بناء على النقل، فيبني على ما تقدم من إعتبار ملك المجيز حين العقد وعدمه، وهي
فسخ

بالنسبة إلى ما قبله مما ورد على مورده، أعني بيع العبد بفرس بالنسبة إلى المجيز. (٢٣)
أما بالنسبة إلى من ملك بالإجازة وهو المشتري بالكتاب فقابليته للإجازة مبنية على مسألة
اشتراط ملك المجيز حين العقد هذا حال العقود السابقة واللاحقة على مورده، أعني مال
المجيز.

وأما العقود الواقعة على عوض مال المجيز: - فالسابقة على هذا العقد وهو بيع الفرس
بالدرهم - يتوقف لزومها على إجازة المالك الأصلي للعوض وهو الفرس، واللاحقة له -
أعني

بيع الدينار بجارية - (٢٤) تلزم بلزوم هذا العقد. (٢٥)

(٢٣) الإيرواني: اللزوم لا يبنى على ما تقدم، بل إن بني عليه شئ فهو أصل الصحة.
وأما اللزوم فيبني على اجازته لعقد نفسه بعد حصول الملك له إن لم نحكم باللزوم بمجرد
حصول

الملك من غير حاجة إلى الإجازة.
وبالجملة: إذا أجزى شراء العبد بالكتاب في المثال ملك صاحب الكتاب العبد وصار
العقدان الواقعان
على العبد أولاً " وآخرها " منه ومن غيره يرجع امرهما إليه وأي منهما أجاز انتقل زمام
الآخر إلى من

أجزى له وصار فضولياً " موقوفاً " على اجازته. (ص ١٤١)
(٢٤) الإيرواني: بل على إجازة من أجزى شرائه للعبد وهو المشتري له بكتاب، فان بيع
العبد بالفرس
يكون فضولياً " منه فإذا أجاز بيع العبد بالفرس كان الفرس له وقد بيع فضولاً "، فاحتج إلى
إجازته

أيضاً "، فان أجاز ملك عوض الفرس وإلا أخذ عين الفرس.
نعم، إذا رد بيع العبد بالفرس فلا يخلو، أما أن يجيز بيع نفسه للعبد بدينار أو يرد ذلك أيضاً
"، فان

رد كان بيع الفرس فضولياً " عن صاحب الفرس الأصلي، وان أجاز كان فضولياً " عن
المشتري له

بدينار ومحتاجاً " إلى إجازته، فان أجاز ملك عوض الفرس وان رد أخذ عين الفرس. (ص
١٤١)

(٢٥) الطباطبائي: يعني عقد العبد بالدينار، فإنه مع صحته ولزومه يكون الدينار لبايعه
بالجارية وهو
صاحب الكتاب.

وأما إجازة العقد الواقع على العوض - أعني بيع الدرهم برغيف - فهي ملزمة للعقود السابقة عليه، سواء وقعت على نفس مال المالك - أعني بيع العبد بالفرس - أو على عوضه وهو بيع الفرس بالدرهم، وللعقود اللاحقة له إذا وقعت على المعوض، وهو بيع الدرهم بالحمار. (٢٦)

وأما مع عدم صحته كما على القول بالنقل واعتبار المجيز في الحال، فيكون الدينار لمالكة الأول وله إجازة هذا البيع. (ص ١٧٢)

الإيرواني: بل تلزم بلزوم بيع العبد بدينار، وقد عرفت أن بيع العبد بدينار لا يلزم بإجازة بيع العبد بكتاب بل كان فضوليا " محتاجا " إلى إجازة بايع العبد بدينار بعد إجازة مالك العبد لشرائه على القول بالنقل، بل وعلى القول بالكشف أيضا " على احتمال تقدم. (ص ١٤١)

الطباطبائي: فان العبد عوض للفرس الذي هو عوض للدرهم، حيث إن المراد من العوض أعم مما جعل ثمننا في البيع أو مثمنا. ولا يخفى انه لا بد من تقييد ذلك حتى ملزميته للعقود السابقة بما إذا كانت مثل بيع الفرس بالدرهم وبيع العبد بالفرس مما يتوقف صحته هذا المجاز عليه والا فليس كل عقد سابق واقع على العوض كذلك، فإنه لو بيع الفرس بغير الدرهم ثم بيع به أو بيع العبد بغير الفرس ثم بيع به لا يكون إجازة بيع الدرهم بالرغيف ملزمة فتدبر. (ص ١٧٢)

(٢٦) الآخوند: فإنه بالإجازة صار ملكا " لبايعه على الكشف، فوقع البيع عنه في حال ملكه، وعلى النقل تبني صحته على صحة بيع من باع ثم ملك بالإجازة أو بدونها، كما تقدم. وبالجملة: كلما كانت صحة إجازة عقد متوقفة على صحة ما يترتب عليه من العقود السابقة أو منقحة لوقوع ما يترتب عليه من العقود اللاحقة من الأصيل، فهي موجبة لصحتها أيضا " . وما ليس بذا ولا بذاك منها، فلا يكون مصححة له، كما لا يخفى. فتأمل كي لا يختلط عليك الامر. (ص ٧٦)

الإيرواني: بيع الدرهم بالحمار يتوقف على إجازة البايع له بعد تحقق الإجازة من مالك العبد لبيع الدرهم بالرغيف على القول بالنقل، بل مطلقا " على ما تقدم من الاحتمال. (ص ١٤٢)

أما الواقعة على هذا البديل المجاز - أعني بيع الرغيف بالعسل - فحكمها حكم العقود
الواقعة

على المعوض ابتداء. (٢٧)

وملخص ما ذكرنا: أنه لو ترتبت عقود متعددة مترتبة على مال المجيز، فإن وقعت من
أشخاص متعددة كان إجازة وسط منها فسخا " لما قبله وإجازة لما بعده على الكشف
(٢٨) وإن

وقعت من شخص واحد انعكس الامر. (٢٩)

(٢٧) الإيرواني: يعني انه فضولي ابتدائي محتاج إلى إجازة مستقلة كالبيوع الواقعة على
مال المالك

ابتداء، وذلك أن الرغيف صار له بإجازته لبيع الدرهم بالرغيف فكأنه هو المشتري للرغيف
بالدرهم.

نعم، بناء على النقل في الإجازة، يبتني على عدم إعتبار ملك المجير حال العقد. (ص
١٤٢)

(٢٨) الآخوند: اما كونها فسخ لما قبله، فلتوقف صحة المجاز على بطلانه، فتصححه
بالإجازة يلزم
فسخه وإبطاله.

واما كونها إجازة لما بعده - اي مصححة له - فلكونها متضحة لوقوعه عن الأصيل بناء
على الكشف.

واما على النقل، فمبني على مسألة من باع ثم ملك، فتأمل جيدا " (ص ٧٦)

الإيرواني: المراد من ماله أعم من عين ماله ومن بدل ماله. (ص ١٤٢)

(٢٩) الآخوند: اي: ان وقعت العقود على مال المجيز ببده وعوضه ولا خصوص شخصه،
انعكس

الامر في الجملة لا كليا "، وذلك لأنها وان كانت مصححة لما قبله، الا انها لتوقف صحته
على صحته،

وليست فسخا " لما بعده، بل يكون موقوفا على اجازته على الكشف وكذا على النقل، بناء
على

كفاية جواز التصرف في مال الإجازة. (ص ٧٦)

الطباطبائي: لا وجه للعدول عن تعبير الفقهاء من: ان في العقود الواقعة على المثلثن يصح
المجاز وما

بعده.

وفي العقود الواقعة على الثمن يصح وما قبله إلى ما ذكره، مع أنه غير مطرد ولا منعكس،
فإنه لو

باع العبد بالفرس ثم باعه ثانيا " فضولا " أيضا " بالكتاب ثم باعه ثالثا " بالدينار، يكون
الجميع من شخص

واحد وهو الفضولي الأول، ومع ذلك لا يصح المجاز وما قبله، بل ولا ما بعده، فان ما
بعده أيضا "

(٢٤٨)

ولعل هذا هو المراد من المحكي عن الايضاح والدروس في حكم ترتب العقود من: أنه إذا أجاز عقداً " على المبيع صح وما بعده، وفي الثمن ينعكس، فإن العقود المترتبة على المبيع لا يكون إلا من اشخاص متعددة، (٣٠)

وأما العقود المترتبة على الثمن، فليس مرادهما أن يعقد على الثمن الشخصي مراراً، لان حكم

ذلك حكم العقود المترتبة على المبيع، على ما سمعت سابقاً من قولنا: أما الواقعة على هذا البديل المجاز إلى آخره، بل مرادهما ترامي الأثمان في العقود المتعددة، كما صرح بذلك المحقق

والشهيد الثانيان. (٣١)

وقد علم من ذلك أن مرادنا بما ذكرنا في المقسم من العقد المجاز على عوض مال الغير، ليس

العوض الشخصي الأول له، بل العوض ولو بواسطة. (٣٢)

كما في إجازة بيع الدرهم برغيف في المثال، فإنها إجازة لجميع العقود السابقة عليه. (ص ١٤٢)

(٣٠) الإيرواني: التعبير بالمبيع والثمن يعطي بظاهره إرادة التفصيل بين الفضولي في البيع كان يبيع

مال المالك فضولاً " عنه، وبين الفضولي في الشراء كأن يشتري له بثمنه مع أن المقامين من واد واحد

ولا فرق بين سير السلعة في الأيدي المتعددة وبين سير الثمن وتكون إجازة شئ من العقود المتواردة

على كل منهما حلاً " لما قبله، فالمقصود من الثمن، الثمن الذي تلقاه الفضولي للمالك.

وهذا لا يتجه عليه إشكال غير الاشكال الذي ذكره المصنف، فإنه مع تسليم ان المراد من الثمن في

كلامهما هو الثمن الذي تلقاه الفضولي يتجه ان الثمن يشمل الثمن الشخصي، مع أن الثمن الشخصي

حكمه حكم المبيع. (ص ١٤٢) (٣١)

الإيرواني: بل حكمه بين حكم العقود المترتبة على المبيع والعقود المترتبة على الثمن النوعي

المتبادل المتجدد في كل عقد، وذلك أن إجازة شئ من تلك العقود المتواردة على الثمن الشخصي

إجازة لواحد من تلك العقود السابقة، وهو العقد الأول الوارد على مال المالك الذي كان ثمنه هو

المبيع في هذا العقد وهو بيع العبد بالفرس في المثال ورد لما عداه. (ص ١٤٢)

(٣٢) النائيني (المكاسب والبيع): هذا المعني أعني: تعميم الصحة في العقود المترتبة على العقد المجاز

ثم إن هنا إشكالا في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب،
أشار إليه
العلامة رحمه الله في القواعد، وأوضحه قطب الدين والشهيد في الحواشي المنسوبة إليه.
(٣٣)

إلى ما كان العقد المترتب واقعا " على المال المجاز أو على ثمنه شيء أبداه المصنف قدس
سره ولم يكن في
عبارة الأصحاب إشارة إليه.
ولا يخفى انه حسن جيد لكن مشروطا " بما ذكرناه أعني فرض كون العقد الواقع على
الثلث من
متفرعات العقد المجاز الواقع على المثلث بان كان العقد الواقع على الثلث ممن اشترى عن
الفضولي
بعد بيعه المثلث ممن اشتراه عنه - وهو زيد في المثال المتقدم الذي اشترى الفرس من
الفضولي فباعه
بدينار ثم باع ذلك الدينار - .
واما إذا لم يكن كذلك فإجازة العقد المجاز لا يستلزم إجازته، كما إذا باع الفضولي
الفرس من زيد
بدينار ثم باع هو نفسه ذلك الدينار بثوب، فان إجازة بيع الفرس بالدينار لا يستلزم صحة
بيع الدينار
بالثوب، ضرورة ان إجازة بيع الفرس بالدينار مستلزم لصيرورة الدينار ملكا للمجيز، فبيع
الدينار
بالثوب فضولي مثل بيع الفرس بالدينار يحتاج إلى الإجازة. (كل هذا مر منا تحت التعليقة
(١٩).

(ج ٢ ص ٢٢٦)
(٣٣) الطباطبائي: لا يخفى ان هذا الاشكال انما يختص بما إذا كان الثلث شخصا "، وإلا
فمع كونه
كلها " غايته ان المدفوع إلى الغاصب يصير ملكا " له لكن لا يتعين الثلث فيه فيمكن حينئذ
إجازة البيع
ومطالبة الثلث من المشتري.

نعم، حينئذ لا يمكن إجازة العقد الثاني للغاصب لأنه لا دخل له بالمجيز.
ثم إنه ليس اشكالا " في جواز تتبع العقود، بل الاشكال انما هو في صحة العقد الأول ومنه
يسري إلى
سائر العقود الا فيما فرضنا من كون الثلث كلها "، فان الاشكال فيه انما هو في التتبع لا في
العقد الأول.
ثم إنه مبني على كون الثلث المدفوع إلى الغاصب ملكا " له، وإلا فلا يكفيه مجرد عدم
جواز الاسترداد
والقول بملكية الغاصب له مقطوع الفساد وان نسب إلى ظاهر بعض الكلمات.

(۲۵۲)

فقال الأول فيما حكي عنه: أن وجه الاشكال إن المشتري مع العلم يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، ولذا لو تلف لم يكن له الرجوع، ولو بقي ففيه الوجهان، (٣٤) فلا ينفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمنا عن مبيع اشتراه، ومن أن الثمن عوض عن العين المملوكة ولم يمنع من نفوذ الملك فيه إلا عدم صدوره عن المالك، فإذا أجاز جري مجري الصادر عنه، إنتهي. (٣٥) وقال في محكي الحواشي: أن المشتري مع علمه بالغصب يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل في ملك رب العين، (٣٦) فحينئذ إذا اشترى به البائع متاعاً فقد اشتراه لنفسه وأتلفه عند الدفع إلى البائع فيتحقق ملكيته للمبيع، فلا يتصور نفوذ الإجازة هنا لصيرورته ملكاً للبائع.

(٣٤) الإيرواني: الوجهان مبنيان على أن التسليط مع العلم بالغصب تمليك أو إذن في الاتلاف فعلي الأول لم يكن له الرجوع إلا من باب الرجوع في الهبة إذا لم تكن هبة ذي رحم دونه على الثاني. (ص ١٤٣) (٣٥) الإيرواني: هذه العبارة تؤذن بان منشأ الاشكال التردد بين الكشف - ولو حكما - والنقل، فعلي الأول لا يكون التسليط والتمليك مانعاً " من نفوذ الإجازة، بل يبطل التسليط والتمليك بنفسه، لان الإجازة تجري العقد الصادر من الفضولي مجري العقد الصادر من المالك في التأثير من حينه بخلافه على الثاني، فيصح التملك بعموم أدلة نفوذ تصرفات المالك وتبطل الإجازة. (ص ١٤٣) (٣٦) الإيرواني: هذه العبارة ظاهرة في فرض النقل وان المانع من تأثير الإجازة سبق ملك الغاصب للثمن وفوات المحل عن قابلية لحوق الإجازة، فيفهم من العبارتين ان إشكال قطب الدين مختص بما إذا قيل بالنقل، فاحفظ ذلك لتنتفع به في رد المصنف حيث عمم إشكالهما إلى القول بالكشف فردهما بقوله فيما سيأتي، إذ حينئذ يندفع ما استشكله القطب والشهيد إلى آخر عبارته. (ص ١٤٣)

وإن أمكن إجازة البيع مع احتمال عدم نفوذها أيضا "، لان ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه فلا يكون ثمنا "، فلا تؤثر الإجازة في جعله ثمنا، فصار الاشكال في صحة البيع وفي التتبع، ثم قال: إنه يلزم من القول ببطلان التتبع بطلان إجازة البيع في المبيع، لاستحالة كون المبيع بلا ثمن فإذا قيل: إن الاشكال في صحة العقد كان صحيحا " أيضا، إنتهي. (٣٧) واقتصر في جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد أخيرا في وجه سراية هذا الاشكال إلى صحة عقد الفضولي مع علم المشتري بالغصب والمحكي عن الايضاح: ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري على كون الإجازة ناقلة، فيكون منشأ الاشكال في الجواز والعدم: الاشكال في الكشف والنقل. (٣٨)

(٣٧) الإيرواني: يعني إجازة المبيع في البيع الأول الذي هو عين مال المالك. ولا أدري كيف! يمكن ذلك مع أن المانع الذي ذكره لتأثير الإجازة في تصحيح العقد الثاني مانع عن تأثيرها في صحة العقد الأول كما أشار إليه بقوله: (مع احتمال الخ) وقد صرح بالملازمة بين البطلانين في عبارته الأخيرة المنقولة بعد قوله: (ثم قال)، ولعل نظره في الامكان إلى أن الإجازة تجعل الثمن المنتقل إلى البائع بسبب تسليطه عليه في حكم مال المالك فيضمنه المشتري ببدله لمكان الاتلاف عليه. (ص ١٤٣)

(٣٨) الإيرواني: قد تقدم ان ذلك ظاهر عبارة القطب أيضا ". (ص ١٤٣)

قال في محكي الايضاح: إذا كان المشتري جاهلا فللمالك تتبع العقود ورعاية مصلحته والربح
 في سلسلتي الثمن والمثمن، وأما إذا كان عالما بالغصب فعلي قول الأصحاب من: أن المشتري
 إذا رجع عليه بالسلعة لا يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه، فيكون قد ملك الغاصب
 مجاناً، لأنه بالتسليم إلى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنص الأصحاب،
 والمالك قبل الإجازة لم يملك الثمن، لان الحق أن الإجازة شرط أو سبب، فلو لم يكن للغاصب
 فيكون الملك بغير مالك، وهو محال، فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك
 المالك له - أي الإجازة - فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله،
 ويكون ما يشتري الغاصب بالثمن وربحه له، وليس للمالك أخذه لأنه ملك الغاصب. (٣٩)
 وعلى القول بأن إجازة المالك كاشفة، فإذا أجاز العقد كان له، ويحتمل أن يقال: لمالك العين
 حق تعلق بالثمن، فإن له إجازة البيع وأخذ الثمن، وحقه مقدم على حق الغاصب، لان
 الغاصب يؤخذ بأخس أحواله وأشقها عليه، والمالك مأخوذ بأجود الأحوال. (٤٠)

(٣٩) الإيرواني: كأنه جعل خروج الثمن عن ملك مالكة مفروغا " عنه، والمفروض انه لم يدخل بعد
 في ملك المغصوب منه للبناء على النقل، فلا بد أن يكون داخلا " في ملك الغاصب وإلا
 لزم بقاء الملك بلا مالك.
 وأنت خبير بأنه لا وجه لهذا الالتزام بعد البناء على النقل، بل على هذا المبني كل من
 المالين باق على ملك مالكة الأصلي إلى أن تتحقق الإجازة، مع أن لازم هذا البيان حصول ملك الغاصب
 قبل التسليط وبنفس العقد. (ص ١٤٣)
 (٤٠) الإيرواني: قد تقدم ان الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك مستفاد من دليل سلطنة
 الناس على أموالهم، فهي حكم شرعي وضعي، ومعناها جعل الشارع إجازة المالك مؤثرة في
 صحة العقد الصادر من الفضولي، فكما أن له أن يبيع فله أن يجيز بيع الفضولي ومعلوم ان هذا الحكم
 إنما يثبت مع بقاء الثمن والمثمن على قابلية تعلق الإجازة، فلو خرجا أو أحدهما عن الملك كما في
 المقام لم يبق للإجازة محل.

ثم قال: والأصح عندي انه مع وجود عين الثمن، للمشتري العالم بأخذه، ومع التلف ليس له الرجوع به. إنتهي كلامه رحمه الله وظاهر كلامه: أنه لا وقع للاشكال على تقدير الكشف،

وهذا هو المتجه، (٤١) إذ حينئذ يندفع ما استشكله القطب والشهيد: بأن تسليط المشتري للبائع على الثمن على تقدير الكشف تسليط على ما ملكه الغير بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالاقباض، فإذا انكشف ذلك بالإجازة عمل مقتضاه، وإذا تحقق الرد انكشف كون ذلك تسليطاً " من المشتري على ماله، فليس له أن يسترده، بناء على ما نقل من الأصحاب. (٤٢)

ثم إن في العبارة خلطاً " بين وجهين لتقديم حق مالك العين أحدهما تقديمه لتقديم حقه في التعلق والآخر تقديمه، لان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال وان فرض تساوي الحقين في التعلق، بل فرض تقديم حق الغاصب في التعلق وقد عرفت ما في الوجه الأول. واما الوجه الثاني ففيه: ان مؤاخذه الغاصب بأشق الأحوال لا تقتضي عدم تأثير الأسباب الشرعية

في حقه والمفروض ان المشتري قد ملكه الثمن وليس تملكه الثمن إلا كتمليكه شيئاً " من سائر أمواله

أو تزويجه ابنته. (ص ١٤٣)

(٤١) الإيرواني: بل وكذا على تقدير النقل، فان المتعين عليه عدم نفوذ إجازة المالك فيكون المنشأ

في الاشكال التردد بين الكشف والنقل كما صرح به المصنف قبل نقل عبارة الفخر، وقد عرفت: ان

ظاهر عبارة القطب والشهيد أيضاً " ذلك. (ص ١٤٣)

(٤٢) الآخوند: لكنه يشكل بأنه وان انكشف كونه تسليطاً من المشتري على ماله، الا انه بناء

على الكشف غير نافذ، لكون تصرفاته فيه غير جائزة كما تقدم، إلا أن يقال: إنها وإن لم تكن جائزة

الا انها نافذة مع الرد فتأمل. (ص ٧٦)

نعم، على القول بالنقل يقع الاشكال في جواز إجازة العقد الواقع على الثمن، لان إجازة مالك المبيع له موقوفة على تملكه للثمن، لان قبلها أجنبي عنه، والمفروض أن تملكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل. (٤٣) وكذا الاشكال في إجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض البائع الثمن أو بعد اتلافه إياه على الخلاف في اختصاص عدم رجوع المشتري على الثمن بصورة التلف وعدمه، لان تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.]

(٤٣) الإيرواني: قد عرفت: ان الاشكال المزبور لا يقتضي عدم جواز إجازة العقود المتأخرة مترتبة على إجازة العقود المتقدمة عليها كترتب نفس العقود، وإنما يقتضي استحالة أن تكون إجازة واحدة متعلقة بشئ من العقود المتأخرة مؤثرة وهذا بخلاف الاشكال الأول، فإنه يقتضي بطلان إجازة العقود المتأخرة بأي وجه اتفق، بل بطلان إجازة العقد الاول أيضا " وقد تقدم تفصيل الكلام في الاشكالين مع جوابهما. (ص ١٤٣) الأصفهاني: أما ما عن المصنف قدس سره - في آخر البحث في وجه الاشكال في تتبع العقود الواردة على الثمن - من: أن إجازة مالك المبيع له موقوفة على تملكه للثمن، لأنه قبلها أجنبي عنه، والمفروض أن تملكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل، فإن أراد قدس سره ما ذكرنا من توقف إجازة العقد الوارد على الثمن على إجازة العقد الوارد على المبيع، حتى يملك الثمن فيكون له إجازة ما وقع عليه، والمفروض دخوله في ملك الغاصب، إما بالتسليط أو بالتصرف، فلا موقع لإجازة العقد الأول حتى يكون موقع لإجازة العقد الثاني، فكان المناسب أن يذكر الاشكال الآتي في كلامه في جواز إجازة البيع الأول، ثم يفرع عليه عدم جواز التتبع لا أن يخصص كلا " منهما بإشكال، مقدما " الفرع على الأصل. وإن أراد قدس سره لزوم محذور آخر - كما يوهمه كلامه قدس سره - فغاية تقريبه: أنه بناء على كاشفية الإجازة تكون إجازة العقد الوارد على الثمن كاشفة عن دخول الثمن حال صدور

العقد الأول في ملك المجيز، ودخول بدله حال صدور العقد الثاني في ملكه.
وهذا لا مانع فيه، أما على الكشف الانقلابي فالإجازة ليست شرطاً " لتأثير العقد كما مر
مرارا "،

(٢٧٩)

وما ذكره في الايضاح من: احتمال تقديم حق المعجز لأنه أسبق وإنه أولي من الغاصب
المأخوذ بأشق الأحوال، فلم يعلم له وجه بناء على النقل، لان العقد جزء سبب لتملك
المعجز،

والتسليط المتأخر عنه علة تامة لتملك الغاصب، فكيف يكون حق المعجز أسبق؟! (٤٤)

بل موجبة لانقلاب العقد في ظرفه، فليس تملك الثمن إلا بالعقد السابق على تملك بدله.
وأما على الكشف بنحو الشرط المتأخر المصطلح عليه، فلان الإجازة المتأخرة شرط لتأثير
عقدين

مترتبين، فبهذه الإجازة يملك الثمن قبل ملك بدله قبلية زمانية، فلا يمنع من تملك البدل
الموقوف على
تملك الثمن قبلا".

وأما بناء على النقل الذي هو مورد الاشكال، فلا بد من تأثير كلا العقدين في حال
الإجازة، مع أن
تأثير الإجازة في العقد الثاني فعلا " موقوف على تملك الثمن قبلا " لئلا يلزم دخول الثمن
وخروجه في
زمان واحد، فلا يصح العقد السابق بإجازة العقد اللاحق، بل لا بد من إجازة العقد الأول
أولا".

وإجازة العقد الثاني ثانيا".

وفيه أولا": إن هذا الاشكال لا دخل له بعلم المشتري بالغصب ولا بوقوع

التسليط بعده، ولا يكون التسليط موجبا لاختصاص الثمن بالغاصب.

وثانيا": أن تتبع العقود لا يختص بما إذا أجاز الكل بإجازة واحدة، فله أن يجيز مترتبا على
النقل.

وثالثا": أن معني صحة العقود الواردة على الثمن بإجازة العقد الأخير هو: أن إجازته
بالمطابقة إجازة

لما قبله بالالتزام، ومعني كونها ناقلة أنه لا يحصل الملك قبلها، لا أنها علة تامة أو جزئها
الأخير

للملك، بل يمكن أن يكون هناك شرط آخر يتوقف تأثير العقد المجاز عليه، وحيث إن
دخول الثمن في

ملكه بالإجازة شرط متقدم لتملك بدله وخروجه، حق التعبير أن يقول: لا انها علة تامة
للملك ولا

جزئها الأخير عن ملكه، فلا محالة لا يؤثر العقد الثاني إلا بعد تأثير العقد الأول قبله، بأن
حتى لا

يلزم كون الدخول والخروج في زمان واحد. (ج ٢ ص ٢٢٦)

(٤٤) الطباطبائي: لا يخفى ان الفخر لم يدع الأسبقية حتى يرد عليه ذلك، بل ادعي
وجوب تقديم حق

المعجز وعلله بما ذكره من كون الغاصب مأخوذا " بأشق الأحوال، مع أنه يمكن دعوى
سبق حق المعجز

(۲۸۰)

نعم، يمكن أن يقال: إن حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن، لعله لاجل التسليط المراعي
بعدم
إجازة مالك المبيع، (٤٥)

من حيث الزمان أيضا " بان سبب الملكية وان كان هو العقد والإجازة، فيكون ملكية
الغاصب سابقة
من جهة تقدم سببها وهو الاقباض على الإجازة التي هي جزء سبب ملكية المعجز، الا ان
العقد علة
تامة التعلق حق للمعجز بالثمن حيث جعل ثمننا " لماله، فهذا الحق مقدم على ملكية
الغاصب لتقدم سببه
على سببها، فالأولى: ان يمنع تعلق حق به بالثمن أو حق الإجازة ليس من الحقوق، بل ليس
هناك الا

الحكم الشرعي بجواز الإجازة والتملك بها فتدبر. (ص ١٧٢)
الأصفهاني: إلا أن يقال - كما عن صاحب المقاييس قدس سره في بعض كلماته، وعن
بعض أجلة

العصر - : أن العقد بنفسه سبب لآخر ناقص، يتم بالإجازة ويزول بالرد، فمع سبق هذا الأثر
الناقص
لا مجال لتأثير تسليط المشتري ولا لتصرف الغاصب، ولعله عبر عن هذه المرتبة من الأثر
بالحق،

وإلا فحق الإجازة ليس إلا جواز الإجازة المتفرعة على بقاء العقد على حاله، وقد تقدم
سابقا

تضعيف هذا المبني وأن الملك ليس له مراتب مختلفة بالشدة والضعف، سواء كان مقولة
أو أمرا
اعتباريا "، مع أنه لا دليل على هذا التأثير، والصحة التأهيلية ليست إلا إمكان تأثير العقد
إمكانا "

استعداديا " كما مر توضيحه مرارا ". (ج ٢ ص ٢٧١)
(٤٥) الآخوند: حاصله منع كون التسليط علة تامة، بل تأثيره مشروط برد مالك كما
يمكن ان يقال: إنه

بالعقد الفضولي ملك ان يملك الثمن، فهو مانع عن تأثيره ما لم يقع من العين بالرد، فافهم.
(ص ٧٧)

الأصفهاني: وجهه: أن التسليط هنا وإن لم يكن بعنوان الوفاء، لان الوفاء بالعقد مع المالك
يقتضي

تسليط المالك لا تسليط الأجنبي، وليس كالتملك اعتباريا " قابلا " للتعلق المالك، بل
يتعلق بالشخص

خارجا "، لكنه حيث كان العاقد لم يرفع اليد عن عقده، وكان عقده مع المالك بعنوانه
بترقب الإجازة

من المالك بالحمل الشايع، فلا محالة لا يسقط الأجنبي على هذا المال مطلقا "، بل مراعي

بعدم إجازة
المالك، فلا إذن منه في فرض إجازة المالك، كما لا تمليك منه للغاصب بتسليطه على
القول، ويتفرع
عليه عدم نفوذ تصرفات الغاصب المتوقعة على الملك.

(٢٨١)

لا لان نفس التسليط علة تامة لاستحقاق الغاصب على تقديري الرد والإجازة، وحيث أن حكمهم هذا مخالف للقواعد الدالة على عدم حصول الانتقال بمجرد التسليط المتفرع على عقد فاسد، وجب الاقتصار فيه على المتيقن، وهو التسليط على تقدير عدم الإجازة، فافهم. [(٤٦)].

وهذا الوجه الذي ذكرنا بالنظر إلى مقام الثبوت وأن مثل هذا التسليط مراعي واقعا "، بخلاف ما ذكره، من الاخذ بالقدر المتيقن، فإنه ناظر إلى مقام الثبوت وعدم الدليل على ما يخالف القواعد زائدا على المتيقن منه.

والتحقيق: أن الأمور الاعتبارية من التكليفية والوضعية - حتى الإباحة المالكية الانشائية - قابلة

للتعليق على وجود شيء أو عدمه، بخلاف الأمور المتأصلة كالتسليط الخارجي، فإنه واقع لا تعليق

فيه، إذ لا يعقل تحقق المعلق قبل تحقق المعلق عليه، ولا يعقل كون الرضا به معلقا على عدم الإجازة،

لان هذا التسليط الخارجي الاختياري صادر عن الاختيار بمباديه، فلا يعقل صدوره عن رضا غير

محقق، بل معلق على أمر غير حاصل أو غير معلوم الحصول، وليس الرضا والطيب إلا الإرادة أو

أحد مباديها كما مر تفصيله في بيع المكره.

وأما قصور مقام الاثبات والاخذ بالمتيقن فمبني على إفادة التسليط للملكية، وقد مر أنه ليس كذلك

وأن نفوذ تصرفات الغاصب لا يدور مدار مملكية التسليط. (ج ٢ ص ٢٧١)

(٤٦) الآخوند: بل المتيقن من حكمهم ان التسليط مع العلم بالغصب، موجب لعدم الضمان مطلقا

ولو أتلف، وهو ليس على خلاف القاعدة، فان دليل الضمان ج مثل على اليد ومن أتلف - منصرف

عما إذا سلطه المالك عليه بالتصرف ولو بالاتلاف، ولو كان بعوض مال الغير، وعدم التضمن أعم

من التمليك، فافهم. (ص ٧٧)

الطباطبائي: لعله (اي قوله: فافهم) إشارة إلى: ان وجه عدم جواز الاسترداد أو ملكية الغاصب إذا

كان هو التسليط المجاني من جانب مالك الثمن، حيث إنه عالم بعدم كونه مالكا له ومع ذلك يدفعه

اليه فهو مطلق غير مقيد بالإجازة، لان المفروض ان المشتري انما يشتري من الغاصب

بعنوان انه
المالك لا بتوقع إجازة المالك الحقيقي فتدبر. (ص ١٧٢)
(٢٨٢)

بيع الفضولي * احكام الرد *

(٢٨٣)

الطبائبي: قد مر سابقا " ان الرد موجب لانفساخ العقد بحيث لا يقبل الإجازة بعد ذلك، لعدم بقاء
المعاقدة والمعاهدة معه، فينتفي معه أهليته للإجازة. (ص ١٧٣)
النائبي (منية الطالب): بعد ما تبين سابقا " تأثير رد المالك كإجازته في أن من شرائط
الإجازة أن
لا يسبقها الرد، الكلام يقع في أحكام الرد.
ثم قد تقدم أنه لو وقع الرد بالقول بطل العقد رأسا " وليس قابلا " لتعلق الإجازة به، لا من
هذا الراد
ولا من غيره، فلو انتقل بعد الرد إلى الغير فلا يؤثر إجازة الغير أيضا " وارثا " كان أو غيره.
(ج ١ ص ٢٨٥)
الأصفهاني: قد عرفت - في مبحث الإجازة بعد الرد - تقابل العقد والحل، وأن الإجازة
محققة للمعاقدة
الحقيقية لا موجبة للانتساب فقط، وأنه لا دليل على كون الرد موجبا لانحلال المعاقدة
فراجع (التنبية
الثالث من تنبيهات الإجازة)
وأما أصالة بقاء القابلية الآتية في كلامه (الآتي)، فمرجعها إلى وجوب الوفاء بالعقد الواقع
بعد
الانتساب بالإجازة، لا أن القابلية أمر شرعي أو ترتب عليها أثر شرعي. (ج ٢ ص ٢٧٣)
النائبي (المكاسب والبيع): اعلم أن الكلام في الرد يقع في مقامين،
الأول: في صحة الرد في نفسه وقابلية العقد الفضولي لان يتعلق به الرد. (وهذا غير مذكور
في كلام
المصنف). الثاني: فيما يتحقق به الرد. (فسيأتي)
أما المقام الأول، فقد يستشكل فيه بعدم تأثير الرد في ابطال العقود، بل يبقى العقد مع الرد
قابلا " لان
يتعقبه الإجازة ممن انتقل المال الواقع عليه العقد الفضولي اليه، اما بالشراء أو بالإرث مع
الاشكال في
الشراء دون الإرث، وذلك لما تقدم سابقا مرارا " من: ان مورد الإجازة يجب ان يكون
العقد الواقع

مسألة

في أحكام الرد

لا يتحقق الرد قولاً إلا بقوله: (فسخت) و (رددت) وشبه ذلك مما هو صريح في الرد،
(١)

(١) الآخوند: أو ظاهر فيه، فان العبرة انما هو بالرد والظهور حجة عليه ومع احرازه بالحجة، لا يبقى مجال لأصالة بقاء القابلية (في ذيل كلام المصنف)، لان الاجماع انما يكون على ارتفاع القابلية بالرد، وهكذا لو كان وجهه ان العقد بعد الرد لا يضاف بالإجازة إلى المالك المجيز. ولا يبعد ان يكون مراده من الصريح ما يعم الظاهر فتأمل. (ص ٧٧) الطباطبائي: والتحقيق انه يتحقق بانشائه قولاً "، بكل لفظ دال عليه وفعلاً " أيضاً بكل فعل دال قصد

به انشاؤه. ودعوى وجوب اللفظ كما تري! (ص ١٧٢) الإيرواني: لا فرق بين الصريح والظاهر فيما هو ملاك الرد - وهو إنشاء الرد - بلفظ العلية. ولعل مقصوده من ذلك، الاستدلال على إبطال حصول الرد بالألفاظ المجملة، لكنه احتمال بعيد.

(ص ١٤٣)

النائني (منية الطالب): بعد ما تبين سابقاً " (وأشرنا إليه في التعليقة السابقة) تأثير رد المالك كإجازته وأن من شرائط الإجازة أن لا يسبقها الرد. فالكلام يقع في أحكام الرد، فمنها: اعتبار وقوعه، إما بالقول الصريح أو الفعل الذي هو مصداق لهذا العنوان بالحمل الشايع، ولا يتحقق بمجرد الكراهة باطنا " ونية الرد قلباً "، لما تقدم من: أن عناوين العقود والايقاعات من الانشائيات،

لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل وقابليته من طرف المجيز، وكذا يحصل بكل فعل مخرج له عن ملكه بالنقل أو بالاتلاف وشبههما، كالتق والبيع والهبة والتزويج (٢) ونحو ذلك، والوجه في ذلك: أن تصرفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الإجازة، لفرض خروجه عن ملكه. (٣)

وإن لم يقع به الرد القولي، لكنه مصداق للرد باعتبار انه فعل من الأفعال، إذ لا اشكال في أن هذا الفعل - أعني: انشاء الرد باللفظ الغلط - مصداق للرد فيتحقق به الرد، وهذا بخلاف مثل الطلاق والذي لا يقع بالفعل، ولا بد فيه من القول فلا يقع باللفظ الغلط كما لا يخفى. هذا بالنسبة إلى الرد بالقول. (اما الكلام بالنسبة إلى الرد الفعلي، وبالنسبة إلى التصرفات الناقلة

مثل البيع فسيأتي.) (ص ٢٤٢) (٢) الأصفهاني: أما أصالة بقاء القابلية في كلامه (كما قلنا سابقا)، فمرجعها إلى وجوب الوفاء بالعقد الواقع بعد الانتساب بالإجازة، لا أن القابلية أمر شرعي أو ترتب عليها أثر شرعي. (ج ٢ ص ٢٧٣) الطباطبائي: الظاهر: ان مراده تزويج البنت المزوجة فضولا " لا تزويج الأمة المبيعة، فإنه ذكره بعد

ذلك في عداد الإجازة والاستيلاء فتدبر. (ص ١٧٣) الإيرواني: يعني تزويج الحرة نفسها من غير من زوجها الفضولي منه، لا تزويج الأمة التي باعها الفضولي. (ص ١٤٤)

(٣) الأخوند: لا ريب في ذلك في الجملة على النقل، فإنه خرج قبل الإجازة عن ملكه وصار لغيره. نعم ربما يشكل في مثل الاتلاف، فإنه لا ينافي الإجازة، غاية الامر يتنزل إلى البدل من المثل أو القيمة، كما في الفسخ بالخيار، وهي قاعدة (من أتلف مال الغير فهو له ضامن)، المأخوذة من الروايات في معناها روايات مختلفة في الديات والشهادات والإجارة وغيرها، وهذه العبارة لم توجد بعينها في رواية صورة تلف العوضين أو أحدهما، الا إذا تشبث بذيل الاجماع على اعتبار بقاء العوضين ها هنا ان تم، لكنه بعيد. واما على الكشف فمجرد نقله عن ملكه لا ينافي صحة المجاز.

لان صحة الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطلة، وإذا فرض وقوعها صحيحة منعت عن وقوع الإجازة. (٥)

ولو صح ذلك لجري في البيع ونحوه، وعلى هذا فلا يصح الإجازة من مالك العبد الجاني في بعض فروضه، كما إذا تعلق دية الجناية بذمة المولي، فإنه مع ضمانه لا يمكن أن يكون عبده ملكاً " لغيره.

وأما إذا تعلق القصاص على رقبة العبد، فلا مانع من الإجازة وتام الكلام في محله. (ج ١ ص ٢٨٦)

الأصفهاني: لا يخفى أن الاستيلاء وإن لم يكن نقلاً " للملك كالبيع ولا فكا " للملك كالعق، لبقاء أم الولد على ملك مالكةها، غاية الأمر: أنه لا يجوز بيعها، فينطبق عليه العنوان وهو كونه تصرفاً " لا

يخرجها عن الملك، لكنه تصرف مفوت لمحل الإجازة، وليس كالإجازة بحيث يحتمل تأثير البيع المجاز

في ملك العين بمنافعها بعد انقضاء مدة الإجازة، حتى يقابل أهل الكشف كما سيأتي إن شاء الله تعالى،

إلا أن يفرض موت الولد قبل الإجازة، حتى يكون حاله حال الإجازة من حيث إمكان تأثير العقد

المجاز من حين الامكان ومن حيث لزوم التأثير من حين العقد، وهو غير ممكن. وأما تزويج الأمة، فحيث إن بيعها يوجب كون بقاء العقد وانحلاله بفسخ المشتري وعدمه،

فعلي النقل لا مانع منه، فإنه كبيعها بالمباشرة من حيث كون أمر الزواج من الإن بيد المشتري.

وأما بناء على الكشف بنحو الانقلاب، فلا يعقل ترتب هذا الأثر من حين العقد، والمفروض أن البيع

من الأول ملزوم لهذا الأثر، كما أنه يحتمل تأثير العقد في حصول الملك الملزوم لهذا الأثر من حين

الامكان. وأما على الكشف بمعنى الشرط المتأخر المصطلح عليه، فتزويج الأمة وارد على ملك الغير

بحسب الواقع، فيكون باطلاً " إلا إذا أجاز مالكةها. (ج ٢ ص ٢٧٧)

(٥) الأخوند: هذا على الكشف دون النقل، ضرورة أنه غير مخرج له عن وقوع الإجازة من حينها،

إذ لا منافاة بين صحة عقد الإجازة منه، وصحة المجاز من حينها. غاية الأمر: لزوم كون المبيع مسلوب المنفعة في مدتها، وهو لا يوجب الا الخيار في بعض

الصور، وهكذا الحال في تزويج الأمة، فافهم. (ص ٧٨)

(۳۰۵)

والحاصل: أن وقوع هذه الأمور صحيحة، مناقض لوقوع الإجازة لأصل العقد، فإذا وقع أحد المتنافيين صحيحا " فلا بد من امتناع وقوع الآخر، أو إبطال صاحبه، أو إيقاعه على غير وجهه، وحيث لا سبيل إلى الأخيرين تعيين الأول. وبالجملة: كل ما يكون باطلا على تقدير لحوق الإجازة المؤثر من حين العقد فوقوعه صحيحا مانع من لحوق الإجازة، لامتناع إجتماع المتنافيين. (٦)

(٦) الآخوند: يمكن ان يقال: إنه وإن لم يكن سبيل إلى الإبطال، لعدم دليل عليه، إلا أن وقوع المنافي الآخر على غير وجهه، بان يقع المحاز لا من حينه، بل من حين انقضاء مدة الإجازة مما اليه سبيل، فان العقد بالإجازة انما يؤثر من زمان لا مانع عن تأثيره كما أسفله - رحمه الله - في مقام التفصي عن اشكالات تأثير الإجازة في مثله ممن باع ثم ملك مرارا ". (ص ٧٨) الإيرواني: اما وقوع أحد المتنافيين وهو عقد المالك صحيحا "، فلانه عقد صدر من أهله في محله، فتشمله أدلة صحة المعاملات، وذلك لان المفروض التكلم على مبني النقل فلا محيص بعد ذلك من بطلان النافي الآخر وهو إجازته وهو المدعي أو وقوعه صحيحا " وإبطاله لصاحبه الواقع أولا " من الحين وهو نفس أحد المتنافيين المفروض وقوعه صحيحا "، فينقلب إلى البطلان بعد وقوع الآخر صحيحا " أو إيقاع أحد المتنافيين الواقع أولا " وهو العقد المنافي الآخر وهو الإجازة على غير وجهه، فان إجازة العقد الواقع على العين من غير استثناء المنفعة أثرها نقل العين تابعة لها منفعتها، فيحكم بعد وقوع العقد على منفعتها لثالث بتأثيرها في نقل العين بلا تبعية المنفعة، وهذا معني وقوعها على غير وجهها.

ولا يخفى ما في عبارة الكتاب من عدم انتظام الضمائر المقدره. ثم إن وجه بطلان الاحتمالين الأخيرين واضح، وذلك أنه إذا صح عقد المالك لان المفروض عدم انتقال المال عنه ما لم يجر انتقال المال عنه بعقده وصار أجنبيا " عن المال المنتقل عنه، عينا " كان أو منفعة وإجازة الأجنبي لا أثر لها في صحة عقد الفضولي لكي توجب صحته بطلان ما وقع

منه من
العقد حال كونه مالكا " أو وقوعها بنفسها على غير وجهها.

(٣٠٨)

نعم، لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكني واللبس، كان عليه أجره المثل إذا أجاز فتأمل. (٧)

ثم إن الدوران بين الاحتمالات الثلاثة مختص بالقسم الثاني من قسمي التنافي، واما في القسم الأول

فالدوران يكون بين احتمالين لا غير. (ص ١٤٤)

(٧) الآخوند: ربما يشكل بان وجه منافاة مثل البيع قبل الإجازة يعم مثل السكني، وذلك لما عرفت:

ان صحة البيع ينافي صحة العقد لا نفسه، ولم يكن وجه لصحته إلا الاجماع على نفوذ تصرفات

المالك قبل الإجازة وانها كتصرفات سائر الملاك ومنها سكناه، فلا أجره عليه، كما لا يخفى.

فلا وجه لاثبات الأجرة على مثلها، فإذا لم يكن عليه أجره، فكانت منه كذلك منافية لصحة المجاز

على الكشف.

ثم لا يخفى انه لا يوجب ذلك عدم نفوذ الإجازة على الكشف رأساً، لاجل تحقق هذا المعني، اي:

كون تصرفه كتصرف سائر الملاك، وكتصرفه قبل العقد من الفضول، فان منافاة التصرفات لصحته

ونفوضه من المجيز لنفوضه الإجازة، لا يستلزم عدم نفوضها بدون التصرف، فافهم. (ص ٧٨)

الطباطبائي: يمكن ان يكون (فتأمل) إشارة إلى ما ذكرنا من: منع المنافاة والمناقضة، ويمكن ان

يكون إشارة إلى عدم الفرق بين السكني واللبس وما سبق من الإجازة وتزويج الأمة والاستيلاء،

فيجري فيهما الاشكال فيها. (ص ١٧٣)

الأصفهاني: لا يخفى عليك أن الانتفاع باللبس مثلاً " وإن لم يكن موصوفاً بالصحة، حتى يكون

وقوع أحد المتنافيين صحيحاً مانعاً عن وقوع الآخر صحيحاً "، إلا أن البرهان يعم كل متنافيين في

الثبوت، وإن لم يوصفاً بالصحة ومن الواضح أن ملك المنافع له أثران، أحدهما: عدم جواز استيفائها بغير إذن مالكيها.

وثانيهما: كونها مضمونة على المستوفي لها والأول غير قابل للترتب في نفسه، لان إعتبار الحرمة في

ما سبق هو في نفسه غير معقول، فاعتبار ملك المنافع السابقة بنحو الانقلاب ليس له هذا الأثر حتى

يتوهم أن وقوع استيفائها جائز يمنع عن وقوع ملكها المستتبع لحرمة والثاني قابل للترتب فيمكن

اعتبار ضمان المنافع المستوفاة لاعتبار ملكيتها لغير من استوفاهها، فوقوعها غير مضمونة

(٣٠٩)

ومنه يعلم: أنه لا فرق بين وقوع هذه مع الاطلاع على وقوع العقد، ووقوعها بدونها، لان التنافي بينهما واقعي. ودعوى: أنه لا دليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد في الإجازة، ولذا صحح جماعة كما تقدم إجازة المالك الجديد فيمن باع شيئاً " ثم ملكه. مدفوعة: بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه. (٨)

(٨) الأصفهاني: ملخصه: أن المالك حال الإجازة إذا لم يكن مالكا حال العقد فإجازته - بناء على

القول بالصحة في تلك المسألة - توجب تأثير العقد المجاز بعد دخول المبيع في ملكه بالعقد الثاني،

كما تقدم من المصنف قدس سره.

وأما إذا كان مالكا " حال العقد أيضا " فلا بد من تأثير العقد المجاز من حين صدوره، وهنا حيث

وقعت الإجازة صحيحة، فيمتنع وقوع العقد المجاز صحيحا من حين صدوره، والمفروض لزوم وقوعه

صحيحا من حين صدوره بإجماع أهل الكشف.

وفيه: أنه لم يمنع من تأثير العقد هناك من حين صدوره إلا عدم الملك حال صدور العقد، فلذا تأخر

تأثيره إلى حصول شرطه وهو الملك، وهنا كذلك حيث لا ملك له في مدة الإجازة، فيتأخر تأثير

العقد المجاز إلى صيرورة المنافع قابلة للتملك بالتبع بانقضاء مدة الإجازة.

ولا فرق بين عدم الملك من رأس أو زواله بعد ثبوته، كما لا فرق بين عدمه متصلا " بحال العقد

وعدمه منفصلا، بل الثاني أولي لوقوع عقد البيع على ملكه، والاجماع المزبور ليس تعبديا " بل

بملاحظة أن إمضاء العقد يقتضي مضيه من حين صدوره، لو لم يكن مانع أو لم يكن الشرط مفقودا "،

ففي عقد الصرف مثلا لا تقتضي كاشفية الإجازة قطعاً تأثير العقد من حين صدوره، بل بعد القبض

في قبال عدم تأثيره حال الإجازة، هذا بناء على مسلكه قدس سره، وإلا فقد عرفت من تأثير العقد

هنا حال صدوره بنحو الانقلاب. (ج ٢ ص ٢٨١)

نعم، لو قلنا: بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقي - الراجع إلى كون المؤثر التام هو العقد الملحق بالإجازة (٩) - كانت التصرفات مبنية على الظاهر، وبالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك، (١٠) فتبطل هي وتصح الإجازة.

(٩) الطباطبائي: يعني على وجه لا يكون للإجازة دخل أصلاً، " أو كان الشرط لحوقها مطلقاً " من غير اشتراط فيها بكونها في محلها حسبما ذكرنا. (ص ١٧٣) الأصفهاني: سواء كان من باب الكشف المحض، أو من باب اشتراط العقد بشرط مقارنة أو بشرط متأخر، فإن العلة التامة حال العقد متحققة على الفرض، فالتصرف الواقع بعده تصرف في ملك الغير واقعا كما نهنا عليه. نعم، بناء على الكشف الصرف لا مجال للاشكال أصلاً، " إذ التصرف متوسط بين المنكشف وكاشفه، وعلى الشرط المقارن والمتأخر بين السبب ومنشأ انتزاع شرطه المقارن، وبينه وبين نفس شرطه المتأخر، فيتوهم حينئذ سقوط السبب عن قابلية التأثير بتوسط التصرف بينه وبين شرطه، أو بينه وبين مصحح انتزاع شرطه. وقد عرفت: ما ينبغي أن يقال فيه التصرفات الغير المنافية لملك المشتري. (ج ٢ ص ٢٨٢) (١٠) الطباطبائي: حتى مثل البيع والعتق نحوهما. (ص ١٧٣)

بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري من حين العقد، كتعريض المبيع للبيع،
والبيع الفاسد، وهذا أيضا على قسمين: لأنه إما أن يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد
من الفضولي على ماله، وإما أن يقع في حال عدم الالتفات. (١١)

(١١) الآخوند: لا ريب في أنه ليست بحكم الرد إذا لم يكن عن التفات، وكذا معه إذا
كان بقصد

الاختيار، وانه يشتري بأزيد مما بيع فضولا " ليبيع، والا أجاز.
واما بقصد الاعراض عنه، فإن كان المنشأ في رفع القابلية بالرد هو الاجماع على ذلك،
فالقدر المتيقن
منه الرد القولي.

وان كان هو ارتفاع قابلية العقد لان يضاف إلى المالك بعده بالإجازة عرفا"، فالظاهر عدم
التفاوت

بينه وبين الرد الفعلي في ذلك عند أهل العرف قطعا"، ولا يبعد أن لا يكون مدرك
للاجماع - لو كان -

الاهذا، والا فمن البعيد جدا " في مثل المقام، ان يكون من مدرك آخر تعدي على خلاف
القاعدة

فتأمل جدا". (ص ٧٩)

الأصفهاني: الظاهر منه قدس سره كما سيصرح به إنشاء الرد بتصرفه، بأن يكون ردا "
إنشائيا " فعليا "

في قبال القولي، وحينئذ فصدق الرد عليه عرفا " وأولويته من حصول الرجوع بالفعل في
العقود الجائزة

وجيه.

ويمكن أن يقال: إن إنشاء الرد بالفعل وصدق الرد عليه وترتب حكمه عليه مسلم، إلا أن
تعريضه

للبيع بالعقد الفاسد لا يلازم إنشاء الرد به، لأنه إما أن يعتقد صحة بيعه الذي تعرض له أو
يعتقد

فساده، فإن كان الأول فصحة بيعه منه لا يتوقف على رد عقد الفضول، بل حيث يعتقد أن
هذا

البيع الذي يتعرض له صحيح فهو يراه مفوتا بوجوده لمحل الإجازة، سواء أنشأ الرد به أم
لا.

نعم، يلازم عدم إجازة بيع الفضول أو كراهته أيضا"، وليس شئ منهما ردا"، فلا موجب
لان يحكم

عليه بانشاء الرد بفعله.

وإن كان الثاني، فالامر أوضح حيث لا موجب لابطال عقد الفضول حتى من حيث عدم
الرضا به أو

كراهته، فضلا " عن إنشاء الرد به.

أما الأول، فهو رد فعلي للعقد، (١٢) والدليل على إلحاقه بالرد القولي - مضافاً " إلى
صدق الرد
عليه، فيعمه ما دل على أن للمالك الرد، مثل: ما وقع في نكاح العبد والأمة بغير إذن مولاه،
(١٣)

وبالحملة: قد تقدم منا: أن قياس المقام على فسخ أي الخيار قياس مع الفارق، لأن إجازة
ذي الخيار
وفسخه ليس إلا لأعمال الحق من أقرار الالتزام أو رفعه وهما يحصلان بمجرد التثبيت
بالمنتقل إليه
أو المنتقل عنه، لأن العقد لا يقتضي بطبعه التصرف فإذا تصرف في المعقود عليه فيقتضي
أن يكون
تصرفه عن حق ولازمه الفسخ أو الامضاء.

وأما تصرف المالك في المقام، فليس إلا لاقتضاء طبع الملك ذلك وليس التصرف ولو مع
الالتفات إلى
عقد الفضولي رداً " وإلا لزم عدم إمكان الإجازة غالباً " لملازمة غالب ما وقع عليه العقد
فضولاً " مع

تصرف مالكه، فينحصر إمكان إجازة عقد الفضولي بما إذا وقعت الإجازة فوراً " .
وحاصل الكلام: أن الفعل في المقام ليس كالقول مسقطاً " لعقد الفضولي رأساً " عن قابلية
تعلق الإجازة

به، بل إذا باع المالك فللمشتري إجازة العقد الفضولي فإذا لم يكن البيع فسخاً " بل كان
مفوتاً " لمحل
الإجازة بالنسبة إلى المالك، فعدم كون التعريض على البيع فسخاً بطريق أولي. (ج ١ ص
٢٨٧)

(١٢) الطباطبائي: الظاهر: ان المراد كونه رداً " إذا قصد به انشاؤه والا فمع عدمه لا يكون
رداً "

بمجرد الالتفات، إذ هو أعم من قصد الرد وعدمه، ومع عدم القصد لا يصدق الرد الفعلي
حتى يشمل
الأدلة المذكورة. (ص ١٧٣)

الإيرواني: يعني إذا قصد الرد بفعله، والا فبمجرد الالتفات إلى وقوع العقد لا يصير فعله رداً
" ما لم
ينشأ به الرد، بل أتى به قاصداً " به التصرف شبه تصرف الغاصب أو قاصداً " بالعرض على
البيع
التحري عن مشتري يدفع أكثر مما دفعه المشتري الأول حتى لو حصل دفع إليه، والا أجاز
بيع

الفضولي. (ص ١٤٤)
(١٣) الطباطبائي: كما في موثقة زرارة عن أبي جعفر، سئلته عن مملوك تزوج بغير إذن
سيده فقال:

(ذاك إلى سيده ان شاء اجازته وان شاء فرق بينهما) وفي خبره الآخر عنه، سئلته عن رجل
تزوج

(٣٢٠)

وما ورد فيمن زوجته أمه وهو غائب، من قوله عليه السلام: (إن شاء قبل وإن شاء ترك) (١٤)

عبده بغير اذنه، فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه، فقال: (ذلك إلى مولاه ان شاء فرق بينهما وان شاء أجاز نكاحهما وللمرأة ما أصدقها.) (ص ١٧٣) الإيرواني: يعني عموم ما دل على أن للمالك الرد يشمل الرد الفعلي ان كان في مقام البيان من حيث كفيات الرد بل الرواية الأولى ظاهرة في خصوص الرد الفعلي ثم بضميمة الاجماع على أن

الإجازة بعد الرد باطلة يحكم بأن الإجازة بعد الفعل المنشأ به الرد باطلة ولولا هذه الضميمة لم تجد هذه الأخبار وحدها لعدم تعرضها للإجازة بعد الرد وما تعرضت له أعني: جواز الرد الفعلي، بل التصرف من غير رد لا إشكال فيه كما سيجيئ إنما البحث في أن الإجازة بعد هذا الرد هل حكمها كحكم الإجازة بعد الرد القولي؟

نعم، ما ذكرنا إنما يتم إذا كان الاجماع على هذا العنوان أعني عنوان بطلان الإجازة بعد الرد وكان مفاد الاخبار تحقق عنوان الرد بالفعل المقصود به الرد. وكل من الامرين في محل المنع، فان المتيقن من معقد الاجماع هو بطلان الإجازة بعد الرد القولي، بل

سيجيئ من المصنف استظهار دعوى الاتفاق من بعض معاصريه على إعتبار اللفظ في الفسخ كالإجازة، ومقتضى ذلك جواز الإجازة بعد الرد الفعلي بالاتفاق، وكذا الاخبار ليس مفادها كون

الفعل ردا " أعني: مما يطلق عليه هذا اللفظ ليثبت بها صغري الاجماع، بل مفادها هو: ان للمالك أو

الزوج أن يجبرنا على مقتضى ما الزم به الفضولي في عقده قولاً " أو فعلاً " وان لا يجرياً. وهذا مما لا إشكال فيه إنما الاشكال في صدق الرد الذي هو صغرى الاجماع على الرد الفعلي، فالأولى

الاستدلال على المدعي بصدق الرد عرفاً " على الفعل نحو صدقه على القول ان صح انعقاد الاجماع

على الكبرى. (ص ١٤٤)

(١٤) الطباطبائي: كخبر محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، انه سأله عن رجل زوجته أمه وهو

غائب، قال: (النكاح جائز، ان شاء المزوج قبل وان شاء ترك، فان ترك المزوج تزويجه، فالمهر لازم لامه)

إلا أن يقال: أن الاطلاق مسوق لبيان أن له الترك، فلا تعرض فيه لكيفيته -: أن المانع من صحة الإجازة بعد الرد القولي موجود في الرد الفعلي، وهو خروج المجيز بعد الرد عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد، (١٥)

وأما العقود الاذنية كالوكالة والعارية ونحوهما، فلا ن المدار فيها على الاذن وهو يرتفع وبالكراهة الباطنية فضلا " عن الفعل المنافي.
وأما الوصاية التمليكية والسبق والرماية بناء على القول بجوازهما فالظاهر إلحاقها بالعقود الجائزة في حصول الفسخ بهما بكل فعل مناف وتام الكلام في هذه الأبواب موكول إلى محله وكيف كان الفعل الذي يتحقق به الرد في مقابل الإجازة بحث يسقط العقد عن القابلية لا وجود له بين الأفعال.

(ج ١ ص ٢٨٨)

(١٥) الطباطبائي: هذا الوجه هو العمدة في المقام بناء على تماميته في الرد القولي، وان كان فيه اشكال من حيث امكان منع خروج المجيز بمجرد الرد عن كونه أحد الطرفين بمعنى عدم أهلية العقد بعد ذلك لاجازته، بل يمكن منع كون رد القابل لايجاب الموجب موجبا لبطلانه بحيث لو بدا له فقبل قبل فوات الموالات لم يكن صحيحا ". نعم، لورد الموجب ايجابه قبل قبول القابل خرج عن الأهلية عرفا ".
والحاصل: ان بطلان العقد بمجرد الرد آنا " ما أو أزيد ممنوع، ولو سلم ذلك في الرد بين الايجاب والقبول لا يسلم في المقام، لان العقد وقع بين الفضولي والأصيل جامعا " لجميع الشرائط وليس له حالة منتظرة الا رضا المالك، فإذا حصل اثر اثره بخلاف ما إذا تخلل الرد بين الايجاب والقبول، فإنه يمكن دعوى عدم صدق المعاهدة معه.
ويؤيد ما ذكرنا صحيحة محمد بن قيس في بيع الوليدة حيث إن الإجازة فيها بعد الرد كما تقدم الكلام فيها وحينئذ فلا دليل على مبطلية الرد الا الاجماع المنقول ولا تعويل عليه إذا كان النص على خلافه.
نعم، لو اعتمدنا عليه وجب الاقتصار على الرد القولي، إذ في الفعلي لا اجماع، فيبقي على مقتضى

القاعدة من عدم المبطلية ولو شك فمقتضى الأصل بقاء الأهلية فتأمل. (ص ١٧٣)

(٣٢٤)

مضافا " : إلى فحوى الاجماع المدعي على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل، كالوطاء
والبيع
والعتق، فإن الوجه في حصول الفسخ هي دلالتها على قصد فسخ البيع، (١٦)

(١٦) الطباطبائي: يمكن دعوى: ان هذا الاجماع تقييدي، فان الظاهر من بعض كلماتهم
ان الفسخ
يحصل بالتصرفات المذكورة ولو مع عدم قصد انشاء الفسخ بها، ولعلمهم يجعلونها نظير
كون انكار
الزوج الطلاق رجعة، مع أن من المعلوم ان المنكر ليس قاصدا " للرجوع.
ويمكن توجيهه: بان علقه الملكية باقية لذي الخيار، فيجوز له التصرف الموقوف على
الملك من جهتها
وإذا تصرف بالبيع مثلا "، فلازمه انفساخ البيع السابق وإذا كان نظر بعض المجمعين إلى ما
ذكرنا، بل
لو احتمل ذلك بالنسبة إلى بعضهم لا يمكن التمسك بهذا الاجماع لاثبات صحة انشاء
الفسخ بهذه
التصرفات كما هو المدعي وإذا لم ثبت ذلك في فسخ ذي الخيار، فلا يمكن التمسك
بفحواه للمقام.

(ص ١٧٤)

النائيني (المكاسب والبيع): حاصل التمسك بالأولوية هو: ان الفسخ الفعلي من ذي الخيار
يؤثر في
ارتجاع الملك السابق بعد زواله، وموجب لرفع اثر العقد الخياري، وهو خروج المال عن
ملك من له
الخيار وانتقاله إلى من عليه الخيار، فهو رافع بالنسبة إلى العقد الواقع وفي المقام موجب
لدفع العقد
الفضولي ومانع عن تحقق اثره لا رافع لاثره المتحقق، ضرورة توقف تحقق اثره على الإجازة
على ما
هو مقتضى شرطيتها، فهو دافع عنه فإذا كان الفسخ الفعلي رافعا "، فدافعيته تكون أولى
لأهوية الدفع
من الرفع.
هذا، ولا يخفى ما فيه، اما أولا " : فبالنقض بيع المالك للمبيع الفضولي قبل الإجازة، فان
المصنف قدس
سره سلم عدم فوات محل الإجازة به، فلو انتقل المبيع إلى المالك ثانيا " يجوز له إجازة
البيع الفضولي،
فنقول: لو لم يكن البيع فسخا فعليا كما هو مختاره، فالتعريض للبيع أولى بان لا يكون
فسخا " .
وثانيا " بالحل وهو: ان أولوية الدفع من الرفع انما يسلم فيما إذا كان الدفع بملاك متحد
مع ملاك

الرفع، فمن اتحادهما ملاكا إذا كان المالك مقتضيا للرفع فاقتضائه للدفع يكون أولي.

(٣٢٥)

وإلا فتوقفهما على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها، (١٧) بل يوجب بطلانها، لعدم حصول الملك المتوقف على الفسخ قبلها حتى تصادف الملك.

وأما مع اختلافهما في الملاك فالدفع في مقام عن ملاك ليس أولي عن الرفع في مقام آخر عن ملاك آخر، وما نحن فيه من هذا.

القبيل فان ملاك دافعية الفسخ للعقد الفضولي مغاير مع ملاك رافعية الفسخ في العقد الخياري فان ملاك رافعية الفسخ في العقد الخياري هو كون الفعل ارتجاعا للملكية السابقة وتشبثا بها وملاك دافعية الفسخ في المقام هو التعرض لهدم عقد الفضولي فكون التعريض للبيع مثلا فسخا في العقد الخياري لكونه تشبثا بالملكية السابقة، ورفعا لاثر العقد الخياري بارتجاع الملك السابق، لا يقتضي ان يكون فسخا في العقد الفضولي ودفعاً عن تحقق تأثيره لان فسخيته في المقام لو كان فسخا فإنما لمكان كونه تعرضا لهدم العقد الفضولي، فكونه فسخا لمكان كونه تشبثا بالملكية السابقة، لا يقتضي ان يكون فسخا لمكان كونه تعرضا لهدم العقد الفضولي فضلا " عن أن يكون أولي كما لا يخفى.

(ثم إن) حاصل ما أفاده (في الأمثلة): ان الوطي والبيع والعتق انما يكون فسخا " في البيع الخياري لاجل دلالتها على قصد الفسخ بها وإلا فمع فرض عدم قصد الفسخ يكون الوطي حراما " والبيع والعتق باطلا لكونها واقعة في ملك الغير.

ولا يخفى ما فيه: فان تحقق الفسخ بكل واحدة من تلك المذكورات انما يكون لمكان كونه تشبثا " بالملكية السابقة ولا يعتبر فيه قصد الفسخ أصلا "، فالقول بكونها مع عدم قصد الفسخ يكون حراما وباطلا " كما تري! (ج ٢ ص ٢٥٤)

(١٧) الطباطبائي: يعني: لو قيل: إن الوجه في حصول الفسخ بها ليس دلالتها على قصد الفسخ وإنشائه، بل الوجه فيه توقف التصرفات المفروضة على الملك الخ، فلازم جوازها حصول الفسخ بها أو قبلها وإن لم يكن المتصرف قاصدا " له، بان يقال: ان مقتضى ذلك بطلان تلك التصرفات لا حصول الفسخ بها، وحيث لم يحكموا ببطلانها كشف ذلك عن كون نظرهم إلى حصول الفسخ

بها من جهة دلالتها
على القصد وانشائه بها.

(٣٢٦)

وأما الثاني - وهو ما يقع في حال عدم الالتفات - فالظاهر عدم تحقق الفسخ به، لعدم دلالة

على إنشاء الرد، والمفروض عدم منافاته أيضا للإجازة اللاحقة، (١٨) وكيف كان، فإذا صلح

الفسخ الفعلي لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلا "، صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير، بطريق أولي.

ولا يكفي مجرد رفع اليد عن الفعل بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرد الموقوف على القصد والالتفات إلى وقوع المردود، نظير إنكار الطلاق الذي جعلوه رجوعا ولو مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق، على ما يقتضيه إطلاق كلامهم. (١٩)

قلت: كون مقتضى التحقيق ذلك لا يقتضي كون نظر جميع المجمعين اليه، فيمكن ان يكون نظر بعضهم

إلى هذا الوجه وان كان فاسدا " ومعه لا يتم الاجماع، مع أنه يمكن توجيهه بما ذكرنا من كفاية بقاء

العلاقة في صحة التصرفات، مع أن ما ذكره المصنف قدس سره من: كون الوجه دلالتها على قصد

الفسخ لا يدفع الاشكال، لان المفروض توقف التصرفات المذكورة على الملك وهو لا يحصل الا بعد

الفسخ فانشاؤه بها لا ينفع في وقوعها في الملك، الا ان يقال: ان الفسخ يحصل بمجرد نية تلك

التصرفات لا بنفسها وهو كما تري! وان ادعاه المصنف قدس سره هناك.

وإن شئت تحقيق الحال فراجع ما علقناه على الخيارات. (ص ١٧٣)

(١٨) الإيرواني: لكن يمكن أن ينشأ به الرد الاحتمالي والرد على تقدير تعلق عقد به من الفضولي

لكن الفعل بنفسه غير دال على هذا القصد حتى تقوم قرينة على ذلك، هذا إذا لم نقل بأن اختيار أحد

المتنافيين اختيار لرد الآخر على الاجمال، وإلا فلا إشكال وقد تقدم الكلام في ذلك مع ضعفه.

(ص ١٤٥)

(١٩) الطباطبائي: يعني: انه لا يمكن ان يجعل المقام نظير ما ذكره في باب الطلاق من حصول

الرجعة فيه بمجرد الانكار، مع أنه غير قاصد لإنشاء الرجوع، بل مقتضى إطلاق كلامهم حصوله به

ولو كان معتقدا " لعدم الطلاق وغير ملتفت إلى وقوعه ومعه لا يمكن قصد الرجوع به.

ووجه عدم الامكان: ان ذلك الحكم في ذلك المقام انما ثبت بالنص الخاص وهو صحيحة أبي ولاد عن

نعم، لو ثبت كفاية ذلك في العقود الجائزة كفي هنا بطريق أولي، كما عرفت، لكن لم يثبت ذلك هناك، فالمسألة محل إشكال. (٢٠) بل الاشكال في كفاية سابقه أيضا "، فإن بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ كالإجازة (٢١)، ولذا استشكل في القواعد في بطلان الوكالة بإيقاع العقد الفاسد على متعلقها جاهلا " بنفسه، وقرره في الايضاح وجامع المقاصد على الاشكال. (٢٢)

(٢٠) النائني (المكاسب والبيع): لا يخفى ان الفسخ في العقود الجائزة ليس مع الرد في باب الفضولي بجامع واحد كما أنه يخالف في بعض منها مع العقد اللازم الخياري أيضا ". وتوضيحه: ان ملاك الفسخ في العقد اللازم الثابت فيه الخيار يجعل الشارع أو المتعاملين هو التشبث بالملكية السابقة وارتجاعها، وملاك الرد في عقد الفضولي هو التعرض لهدم العقد ورفعها، وقد تقدم انه لا يعهد فعل يكون مصداقا لرده بحيث يصدق عليه انه رد. واما العقود الجائزة فهي اما تمليكية أو تكون أذنية، والتمليكية اما تكون تنجزية كالهبة أو تكون تعليقية كالوصية والجعالة والسبق و الرماية لو قيل فيه بكونه من العقود الجائزة، فملاك الفسخ في التمليكية التنجزية هو الملاك في العقد الخياري وهو التشبث بالملكية السابقة، وفي التعليقية أيضا " كذلك مع ما بينهما من التفاوت من حيث التنجز والتعليق وملاكه في العقود الاذنية، مثل الوكالة ونحوها هو الرجوع عن الاذن فكل فعل يكون مصداقا للرجوع يقع به الفسخ وإذا ظهر اختلاف ملاك الفسخ في العقود الاذنية مع ما هو المالك للرد في باب الفضولي، تبين فساد قياس المقام بالفسخ في العقود الاذنية وان كفاية الفسخ الفعلي في العقود الجائزة لا يقتضي كفايته في المقام فضلا " من أن يكون أولي. (ص ٢٥٥)

(٢١) الطباطبائي: دعوى الاتفاق وان كانت في غير محلها بل ينبغي القطع بكفاية الإجازة الفعلية، الا انه يمكن تصحيح عدم كفاية الرد الفعلي بما أشرنا اليه من: ان مقتضى القاعدة بقاء أهلية العقد وعدم انفساخه بالرد وان العمدة في مبطلته هو الاجماع القدر المتيقن منه على فرضه هو

الرد القولي
حسبما أشار اليه المصنف قدس سره أيضا " (ص ١٧٤)
(٢٢) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى ان منشاء الاشكال في بطلان الوكالة بايقاع
العقد الفاسد

(٣٣٠)

والحاصل: أن المتيقن من الرد هو الفسخ القولي، وفي حكمه تفويت محل الإجازة بحيث لا يصح وقوعها على وجه يؤثر من حين العقد. وأما الرد الفعلي - وهو الفعل للمنشأ به مفهوم الرد - فقد عرفت نفي البعد عن حصول الفسخ به. (٢٣)

مع الجهل بفساده، ليس لاجل الاشكال في كفاية الفسخ الفعلي في باب الوكالة، بل الاشكال على ما قرره في الايضاح وجامع المقاصد هو من جهة الاشكال في منافاته مع الاذن لكي يكونه رجوعا عنه، قال في جامع المقاصد - عند قول العلامة: ومع جهله يعني الجهل ببطلان بيعه اشكال - : (انه ينشأ، من بقاء الملك وسلطنة التصرف والشك في سبب العزل، ومن أن العقد الصحيح سبب في العزل، وقد قصده وحاول ايجاده.) انتهى ونحوه ما في الايضاح فراجع. (ج ٢ ص ٢٥٦) الإيرواني: هذا شاهد على الاشكال في المقام الأخير أعني: الرد بالفعل مع عدم قصد الرد، لان مورد استشكال العلامة غير معلوم انه هو صورة قصد إنشاء الرد بالعقد الفاسد الا ان يؤخذ باطلاق كلامه فيخرج هذا على الاشكال في المقام الا اول أيضا ". (ص ١٤٥) (٢٣) الإيرواني: هل يحصل الرد بانشائه بالفعل أم لا؟ فيه إشكال وخلاف والذي ينبغي أن يقال: ان حصول الرد بالفعل مبني على أن يكون تأثير الرد في إنحلال العقد مطابقا لمقتضي القاعدة ومن جهة ان العقد يسقط عن قابلية إضافته إلى المالك وصورته عقدا " له بسبب الإجازة الموجب ذلك لتوجه حكم أوفوا. واما إذا كان ذلك من جهة التعبد والاجماع على أن الإجازة بعد الرد لا أثر لها مع كون القاعدة هو الصحة بالإجازة مطلقا كان الواجب الاخذ بالمتيقن من معقد الاجماع وهو الرد القولي وفيما عدا ذلك يرجع إلى العمومات التي تمسك بها لصحة الفضولي، بل استظهر المصنف من بعض معاصريه الاتفاق على عدم حصول الرد بالانشاء الفعلي إلا أن يتمسك بفحوى حصول الفسخ في العقود الجائزة بالفسخ الفعلي لكن ثبوت الحكم في الأصل ثم أولوية المقام لمجرد ان ذلك من متزلزل من حيث البقاء، وهذا من حيث الحدوث محل منع، فالمسألة لا تخلو من إشكال والاحتياط

مطلوب. (ص ۱۴۳)

(۳۳۱)

وأما مجرد إيقاع ما ينافي مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقق مفهوم الرد - لعدم الالتفات إلى وقوع العقد - فالإكتفاء به مخالف للأصل. (٢٤)

وتوهم: أنه بناء على الكشف تكشف الإجازة عن وقوعه في ملك الغير، فقد ظهر سابقا " فساده لأنه وإن قلنا بالكشف الحقيقي إلا أنه لا بد من كشف إجازة المالك عن الملك من حين العقد لا إجازة من هو أجنبي لا علاقة له بالمال، فلو فرض صحة التصرف البيعي من المالك قبل الإجازة فهو يصير أجنبيا "، فكيف يؤثر إجازته وتكشف عن تحقق الملك لمن اشترى له الفضولي حال العقد! وبعبارة أخرى: كاشفية الإجازة عن الملك ليست أثرا " قهريا " باللفظ (أجزت) حتى تفيد صدورها من كل شخص، بل إنما هي حكم شرعي مترتب على إجازة المالك حال الإجازة، وعلى هذا فالتصرف المتلف للمال حقيقة أو حكما " أولي بعدم بقاء محل للإجازة من التصرف الناقل، فإن المال التالف يخرج عن ملكية المجيز فلا يبقى محل للإجازة. نعم، ثبت بالدليل أن موت أحد الزوجين غير مانع عن إجازة الآخر، مع أن موت أحدهما كتلف أحد العوضين، وكيف كان ففي القسمين الأولين لا تؤثر الإجازة ولو قلنا بالكشف الحقيقي. (ج ١ ص ٢٨٥)

النائيني (المكاسب والبيع): أما الرد بالفعل فقد وقع فيه الخلاف في وقوع الرد به وعدمه. ولكن التحقيق: عدم الخلاف في وقوعه به على تقدير كون الفعل مصداقا " للرد، وإنما الخلاف في وجود فعل يصدق عليه الرد. وبعبارة أخرى: النزاع صغروي لا كبروي، وذلك بعدما تكرر مرارا من لزوم كون الفعل الذي يراد إيجاد مقولة به مصداقا لتلك المقولة بحيث يحمل تلك المقولة عليه بالحمل الشائع الصناعي، مثل التسليط الخارجي في باب المعاوضة الذي قلنا سابقا " : انه بيع وبعد اجراء النزاع في الصغرى، نقول:

الظاهر عدم وجود فعل يكون مصداقا لهدم ما أنشأه الفضولي ورده، وليس قصد الرد كافيا " مع إيجاد فعل مطلقا "، ولو لم يكن الفعل مصداقا للرد ولم يحمل عليه الرد حملا " صناعيا " كما أنه لا يكفي قصد

البيع مع ايجاد فعل كالوثبة مثلا " الذي لا يكون مصداقا للبيع. (ج ٢ ص ٢٤٣)
(٢٤) الإيرواني: تعريض المبيع فضولا " للبيع كيف ينافي مفهومه وقوع بيع الفضولي
ونفوذته! أم

(٣٣٣)

وفي حكم ما ذكرنا: الوكالة والوصاية، ولكن الاكتفاء فيهما بالرد الفعلي أوضح. (٢٥)
وأما الفسخ في العقود الجائزة بالذات أو الخيار، فهو منحصر باللفظ أو الرد الفعلي.
وأما فعل ما لا يجمع صحة العقد - كالوطاء والعتق والبيع - فالظاهر أن الفسخ بها من
باب

تحقق القصد قبلها، لا لمنافاتها لبقاء العقد، (٢٦)

كيف يتصور أن ينافي المفهوم الخارج!.
وأما العرض للبيع الخارجي فهو أيضا "غير مناف لخارج نفوذ بيع الفضولي.
نعم، إذا انشاء الرد بالتعريض بطل العقد من حيث إنشاء الرد ثم لم تنفعه الإجازة، لكن
ذلك إذا

عممنا الرد للرد القولي. (ص ١٤٥)

(٢٥) الأصفهاني: لأنهما من العقود الجائزة التي لا يعتبر اللفظ في انعقادها، فكذا في
انحلالها

بمقتضى الاعتبار، بخلاف البيع وسائر العقود اللازمة، فإنه لا بد من اللفظ في انعقادها
لازمة، فمقتضى

الاعتبار اعتباره في انحلالها. (ج ٢ ص ٢٨٤)

الإيرواني: كما كان الاكتفاء بالرد الفعلي في المقام أولي من الاكتفاء به في العقود
الجائزة، فبالنتيجة

الاكتفاء به في الوكالة والوصية أشد أولوية من الاكتفاء به في سائر العقود الجائزة.
ولعل وجه أولوية الاكتفاء به في الوكالة والوصية هو: ان مناط صحة تصرف الوكيل إذن
المالك

ورضاه فلو علم عدم رضاه ولو بفعل دل على ذلك لم يجز التصرف ولا حاجة إلى الانشاء
ليحتمل

إعتبار الانشاء باللفظ. وأما الوصية، فهي جزء السبب المملك والجزء الآخر موت الموصي
ولا بد من

استمرار الرضا من المنشئ إلى أن يتحقق تمام أجزاء السبب المملك حتى لو ارتفع الرضا
قبل تمامه -

ولو بكشف الفعل عن ذلك - بطل العقد ولم يؤثر لحوق بقية الأجزاء من باب عدم تحقق
شرط

انعقاد العقد لا من باب تحقق الرد. (ص ١٤٥)

(٢٦) الطباطبائي: ظاهره ما صرح به في محله من أن الفسخ انما يحصل بمجرد القصد إلى
التصرفات

فلا يمكن ان يكون الفسخ بها بل قبلها ولان ذلك التزام حصوله في الفسخ القولي أيضا
بمجرد القصد

وهو كما تري! وتحقيق الحال ما ذكرناه هناك فراجع (ص ١٧٤)

لان مقتضى المنافاة بطلانها، لا انفساخ العقد، عكس ما نحن فيه، وتمام الكلام في محله. ثم إن الرد إنما يثمر في عدم صحة الإجازة بعده، وأما انتزاع المال من المشتري لو أقبضه الفضولي فلا يتوقف على الرد، بل يكفي فيه عدم الإجازة، والظاهر أن الانتزاع بنفسه رد مع القرائن الدالة على إرادته منه، لا مطلق الاخذ، لأنه أعم، ولذا ذكروا أن الرجوع في الهبة لا يتحقق به. (٢٧)

الأصفهاني: ومختاره قدس سره في باب الخيارات تحقق الفسخ فيما عدا الوطي بنفس السبب المعاملي قبل تماميته، لئلا يلزم دخول المال في ملكه وخروجه في زمان واحد، بخلاف الوطي فإنه لو حصل الملك بالجزء الأول منه لوقع جز منه في غير الملك فيقع حراما "، فلا بد من الالتزام بانفساخ العقد بمجرد قصد الانفساخ بالوطني. ويندفع بما مر مرارا " أن مقتضى كون الجز الأول سببا تاما للانفساخ والملك مقارنة الوطي مع الملك زمانا وإن كان مقدما عليه ذاتا، ولا يعتبر إلا كون الوطي مقارنا للملك، وإلا فالملك السابق بما هو أجنبي عن الملك المجوز للوطني، فيصدر الوطي مباحا "، حيث مقارن لزوال ملك الغير، وثبوت ملك الواطي وتمامه الكلام فيه في محله. (ج ٢ ص ٢٨٥) الإيرواني: كما أنه مقتضاه في المقام أيضا ذلك لكن على مذهب الكشف وقد تقدم ان إبطالها للعقد مبني على مذهب النقل. (ص ١٤٥) (٢٧) الأصفهاني: أما على النقل والكشف بنحو الانقلاب، فإن المال باق على ملكه مع عدم الإجازة فعلا "، والناس مسلطون على أموالهم، وإن كان العقد باقيا على قابليته للتأثير بالإجازة فيما بعد. وأما على الكشف بنحو الشرط المتأخر أو بوصف التعقب المقارن للعقد، فمع العلم بعدم إجازته إلى الآخر يعلم بعدم حصول العلة التامة للخروج عن ملكه، فله انتزاعه من يد المشتري وإن بدا له فيما بعد أن يجيز العقد، ومع العلم بإجازته فيما بعد - لكونها إنشائية - فليس له انتزاعه للقطع بخروجه عن ملكه بالعقد، وإن احتمل الامرين فالمال مردد بينهما، إلا أن يعول على أصالة عدم الإجازة. (ج ٢ ص ٢٨٥)

الطبائبي: بقي أمور الأول: الظاهر أن الرد قبل وقوع العقد لا اعتبار به فيجوز الإجازة بعده
بمعنى انه لا ينعقد باطلاً، فذلك لان انشاؤه قبل وقوع المتعلق لا يؤثر شيئاً " كما في
الفسخ قبل صدور
العقد الخياري ولعله واضح.
ودعوى: ان ذلك منه مناف لا مكان كونه أحد الطرفين، فلا يصير بعد ذلك طرفاً للعقد
عرفاً " بسبب
الإجازة. كما تري!
الثاني: بناء على جواز إجازة قبض الثمن إذا قبضه الباع، فهل الرد قبلها مانع عن تأثيرها
بعد ذلك
أو لا؟
الظاهر: عدم كونه مانعاً فان القبض ليس من العقود، ولا من الايقاعات ليبطل بالرد بحيث
يخرج عن
أهلية الإجازة فتدبر.
الثالث: إذا باع الفضولي عن المالك أو عن نفسه ثم فسخه أو رده فهل يبطل بذلك، فلا
يبقى محل
لإجازة المالك، لأنه انما يجيز العقد الصادر منه وقد خرج عن كونه عاهداً " بسبب فسخه
أو رده، فلا
يبقى عقد قابل لتأثير الإجازة فيه أولاً "، لأنه أجنبي فبعد صدور العقد منه صار للمالك
وكما لا
تأثير لفسخ سائر الأجانب فكذا لا تأثير لفسخه أيضاً وجهان،
أقواهما الثاني.
ويحتمل بعد الفرق بين الغاصب البائع بالخيار ثم فسخه بخياره، فلا يصح إجازة المالك
لعدم بقاء
المعاهدة عرفاً " وبين غيره كما إذا باع عن المالك أو لم يكن له خيار، فان فسخه حينئذ
في غير محله
عرفاً " أيضاً "، فلا مانع من بقاء المعاهدة وتأثير الإجازة فيها.
ومما ذكرنا ظهر: حال ما إذا بيع مال الطفل فضولاً وكانت المصلحة في اجازته فرده
الولي بناء على
وجوب مراعاة المصلحة، فان رده هذا غير مؤثر في البطلان فيجوز له الإجازة بعد ذلك،

بيع الفضولي
احكام الرد
* حكم المشتري من الفضولي *

(٣٣٩)

مسألة

لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده فهو، وإلا فله انتزاعه ممن وجده في يده مع بقاءه، (١)

ويرجع بمنافعه المستوفاة وغيرها - على الخلاف المتقدم في البيع الفاسد. - ومع التلف يرجع إلى من تلف عنده بقيمته يوم التلف أو بأعلى القيم من زمان وقع في يده (٢)

ولو كان قبل ذلك في ضمان آخر، وفرض زيادة القيمة عنده، ثم نقصت عند الأخير، (٣) إختص

السابق بالرجوع بالزيادة عليه، كما صرح به جماعة في الأيدي المتعاقبة. هذا كله حكم المالك مع المشتري.]

(١) الإيرواني: كما أن له أن يطالب به كل من جرت يده عليه. (ص ١٤٥) الطباطبائي: وكذا له مطالبته من البائع بل من كل من ترتب يده عليه وله الالتزام برده وان كان

فيه مؤونة كما سيصرح به المصنف قدس سره. (ص ١٧٥) (٢) الطباطبائي: وكذا إلى البائع وغيره ممن ترتب يده عليه، ولا وجه للتقييد بقيمة يوم التلف، بل

يجئ فيه جميع الأقوال والاحتمالات المذكورة في المقبوض بالعقد الفاسد. (ص ١٧٥) (٣) الإيرواني: المراد كون يد الأخير في زمان نقصها لا حدوث النقص عنده الملازم لجريان يده في

زمان الزيادة، فان حكم الزيادة حينئذ يكون كحكم أصل الثمن وجاز الرجوع إلى كل من السابق

واللاحق وان كان قرار الضمان على اللاحق. (ص ١٤٥) الطباطبائي: يعني: قبل وصولها إلى يده والا فلو فرض نقصانها عنده يجوز الرجوع بها عليه أيضا".

ومجمل الكلام: انه بناء على ضمان الأعلى إذا فرض زيادة القيمة في بعض الأيدي المتعاقبة ونقصانها في بعضها يجوز للمالك الرجوع بتلك الزيادة ومطالبتها ممن حصلت في يده ومن كل من

وأما حكم المشتري مع الفضولي، فيقع الكلام فيه تارة في الثمن، وأخري فيما يغرمه للمالك زائداً " على الثمن، فهنا مسألتان: الأولى

أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلاً " بكونه فضولياً "، سواء كان باقياً " أو تالفاً " (٤)

وأما لو تلفت هي أيضاً " فحكمها حكم المنافع والصفات في استقرار الضمان على من تلفت عنده.

ثم إنه لو قلنا في القيميات بقيمة يوم التلف فالحكم واضح. وأما لو قلنا بأعلى القيم، فمقتضاه أن زيادة القيمة السوقية كنفس القيمة في عهدة الغاصب، وعلى

هذا فلو كانت قيمة العين حين ما وقعت في يد الغاصب الأول عشرة وحين ما ترتبت عليها يد

الغاصب الثاني اثني عشر ثم تنزلت قيمته فدخلت بعد ذلك تحت يد الثالث فتلفت عنده أو عند

الرابع من دون ترق، للمالك مطالبة الأعلى من الأول أو الثاني دون الثالث أو الرابع، لأنها دخلت

تحت يد الثالث ومن بعده نازلة القيمة فلا وجه لضمانها الأعلى وإنما يضمنان القيمة التي وصلت

العين إليها.

وهذا هو مقصود المصنف قدس سره في قوله: (ولو كان قبل ذلك في ضمان آخر وفرض زيادة القيمة

عنده ثم نقصت عند الأخير اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه، أي نقصت قبل دخوله تحت يد

الأخير.)

وبالجملة: حكم تفاوت الرغبات بناء على القول بأعلى القيم في القيميات حكم الصفات التالفة، فمن

تلفت عنده أو عند من ترتبت يده عليه فهو ضامن دون من أخذه في حال النقصان ولم يترق عنده

ولا عند من يده مترتبة عليه وذلك واضح جداً " (ج ١ ص ٢٨٨)

(٤) النائيني (المكاسب والبيع): وظيفة المشتري مع البائع الفضولي وهو أمور،

الأول: رجوعه إلى البائع بالثمن في صورة الرد لو قبضه مع جهله بكونه فضولياً " مطلقاً " مع وجوده

وتلفه، سواء اعترف بكونه مالكا " أم لا إذا كان اعترافه مستندا " إلى اليد لا إلى العلم بكونه مالكا " أو

نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد - كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البينة - لم يرجع بشئ. ولو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيره، ففي الاخذ بظاهر

الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ (الاقرار) من دلالاته على الواقع وجهان. (٦)

إلى غير اليد التي هي إمارة على الملك، وحيث إن ظاهر اللفظ حجة دون ظاهر الحال، فيحمل إقراره

على استناده فيه إلى غير اليد فيمنع عن رجوعه إلى المشتري عند الحاكم. - (ج ٢ ص ٢٨٧)

الإيرواني: قد بينا موارد استحقاق الرجوع وان كان المورد من ذلك رجوع وإلا فلا. واعترافه لا أثر له بالنسبة إلى تكليف نفسه.

نعم، الأجانب والحاكم يؤاخذونه باعترافه، فلو امتنع البائع من تسليم الثمن لم يجبره الحاكم، بل لو

أراد المشتري إجباره منعه الحاكم وظاهر الكتاب خلاف ما ذكرناه، فإنه في صورة الجهل بالفضولية

قال: (ولا يقدح في ذلك اعترافه إلى آخر العبارة) وأيضا "ظاهر الكتاب إنضمام إقرار منه إلى

فعله لا مجرد ظهور شرائه في الاعتراف. ثم إن الشراء لا ظهور له إلا في إعتقاد جواز معاملة

المالكية معه شرعا"، اما ان ذلك لاجل قيام أمارة أو أصل على مالكيته أو للقطع بمالكيته واقعا"، فلا

دلالة له على ذلك فإذا كان الفعل صامتا " من هذه الجهة غير ناطق لم يكن صالحا " لصرف ظهور

القول الناطق بوجه وقوع الفعل وان ذلك هو إعتقاد ملكيته واقعا " ولا حال أخرى غير الاشتراء كي

تكون تلك الحال قرينة على كون اعترافه مبينا " على اليد. (ص ١٤٥)

(٦) الطباطبائي: أوجهها بحسب القواعد الثاني، لعموم دليل الاقرار الذي لا يخصه الا بما يكون

معتبرا ولا دليل على اعتبار الظهور المقابل، فإنه ليس ظهورا مستندا إلى اللفظ حتى يكون من

الظنون الخاصة.

ثم هذا كله بالنسبة إلى مقام المرافعة ومعاملة الحاكم الشرعي معه على فروض كون البائع مصرا

على دعوى الملكية وان المدعي كاذب في دعواه، فان المشتري إذا أقر بكون المال للبائع يكون مقرا

بان المدعي يكون ظالما له فلا وجه لرجوعه بالثمن على البائع.

واما بالنسبة إلى تكليفه بينه وبين الله تع فمع علمه بكذب المدعي أو البائع فلا اشكال.

(۳۵۱)

وإن كان عالما " بالفضولية، فإن كان الثمن باقيا استرده وفاقا " للعلامة وولده والشهيدين
والمحقق الثاني رحمه الله، إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا "، ومجرد تسليطه
عليه لو
كان موجبا " لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد، لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على
ماله.
(٧)

وكذا بالنسبة إلى مقامنا، إذا رد المشتري اليمين على المدعي فحلف واخذ المبيع ليس له
الرجوع على
البايع بالثمن
. هذا ما يقتضيه النظر عاجلا " ولم أر من تعرض للمسألة أو لنظيرها فعليك بالمراجعة. (ص
(١٧٥
(٧) الطباطبائي: و (وفاقا ") للمحقق في بعض تحقیقاته ولصاحب الكفاية على ما حكاه
عنهما في
الجواهر وخلافا " لما عن ظاهر المشهور فإنهم على ما في المسالك أطلقوا القول بعدم
الرجوع مع العلم
بالغصب، فيشمل كلامهم صورة البقاء أيضا "، بل عن التذكرة حكاية الاجماع عليه، حيث
قال: (ولو
كان عالما لم يرجع بما اغترم ولا بالثمن مطلقا " عند علمائنا) ولكنه قال بعد ذلك.
(والأقوى: الرجوع مع بقاء العين لعدم الانتقال بخلاف التالف فإنه إباحة بغير عوض.)
وعن تخليص التلخيص أنه قال: (أطلق الأصحاب كافة ذلك.)
وعن الايضاح: (نسبة عدم الرجوع حتى في صورة البقاء إلى قول الأصحاب تارة، والي
نصهم أخرى)
وعن جامع المقاصد أنه قال: (يمنتع استرداد العين عند الأصحاب وان بقيت.)
وفي الجواهر: (العمدة ظهور اطلاق الذي قد عرفت الاعتراف منهم بان معقده مطلق شامل
لصورتي
البقاء والتلف.)
هذا، والظاهر كما هو مقتضى عبارة المسالك وتخليص التلخيص والجواهر ان نسبة هذا
القول إلى
المشهور أو المجمع عليه انما هو من جهة اطلاق كلماتهم في عدم الرجوع والا فلم أجد
من نقل عنه
الخلافا صريحا ".
ثم، ان الظاهر أن مراد القائلين انما هو عدم جواز الرجوع مع بقاءه على ملك المشتري
وليس مرادهم
انه ينتقل إلى البايع قهرا "، فهم معترفون ببقائه على ملك المشتري والظاهر أن عدم جواز
الرجوع

(۳۵۳)

ولان الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك - كما هو المشهور - يستلزم تملك المالك للثمن، فإن تملكه البائع قبله يلزم فوات محل الإجازة، لان الثمن إنما ملكه الغير، فيمتنع تحقق الإجازة فتأمل.
(٨)

(٨) الآخوند: قد عرفت: ان فوات محل الإجازة بذلك انما هو على النقل لا على الكشف، ولعله المشهور بين الأصحاب، فلا يلزم من القول به على النقل مخالفة المشهور، ولعله أشار اليه بامرہ بالتأمل. (ص ٧٩)
الطباطبائي: يمكن ان يكون (فتأمل) إشارة إلى ما ذكره قدس سره سابقا " من: ان فوات محل الإجازة انما يلزم بناء على النقل واما بناء على الكشف كما هو المختار فلا، وذلك لان المالك المجيز انما ملك الثمن من أول الامر، فلا يمكن ان يملكه البائع، فلعل القائلين بعدم جواز الرجوع انما يقولون به بناء على النقل.
ويمكن ان يكون إشارة إلى امكان الالتزام بعدم صحة البيع بالإجازة حينئذ فيما لو كان المشتري عالما " بالغصية.
هذا، مع أن الاشكال انما يرد فيما لو كان الثمن شخصيا وفرض المقام أعم من ذلك ومن كونه كليا ". ولعل المشهور قائلون بعدم جواز الرجوع في الصورة الثانية فقط فتدبر.
ويمكن ان يكون راجعا " إلى كلا الوجهين ويكون إشارة إلى أن القائل بعدم جواز الرجوع لا يقول بملكية البائع حتى يورد عليه بهذين، بل يقول بعدم الجواز مع تسليمه لكونه باقيا " على ملك المشتري فتدبر.
النائني (منية الطالب): (كما مر في التعليقة السابقة تحت الرقم ٤) يمكن الخدشة في هذا الوجه والوجه الأول. (أما الأول فلما مر آنفا ")
وأما في الثاني (اي هذا الوجه) فلان القائل بانتقال الثمن إلى الغاصب بمجرد التسليم يمكن التزامه بعدم قابلية هذا البيع، لإجازة المالك كما تقدم الاشكال فيه سابقا " أو عدم قابليته له على النقل هذا، مع أنه قد تقدم أنه يمكن التفصيل بين الإجازة والرد فيكون ملكية الغاصب مراعي بعدم الإجازة.

(۳۵۶)

وهل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان، بل قولان، أقواهما العدم، لأنه أكل مال بالباطل.
(٩)

صورة العلم بالغصب مع كون الثمن شخصيا ".
نعم، القول بصحة البيع بالإجازة ووقوعه للمالك حتى في هذه الصورة، كما هو المشهور
ينافي تملك
المشتري للثمن، فيلزم المشهور أن لا يقولوا بالتملك لا انه يبطل القول بالتملك رأسا "
فالاستدلال
على بطلان القول بالتملك رأسا " بطلانه على مذهب المشهور استدلال غريب، ولعل أمره
بالتأمل
يشير إلى ذلك، أو يشير إلى أن القول بصحة البيع ووقوعه للمالك بإجازته لا ينافي حصول
التملك
في تقدير الرد، فيكون التسليط تمليكا " مراعي بعدم إجازة المالك وقد تقدم من المصنف
إحتماله من
حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن. (ص ١٤٥)

(٩) الطباطبائي: الظاهر: ان القولين انما هو بناء على اختيار القول الأول أو القول الثاني مع
فرض
البقاء على ملك المشتري والا فبناء على القول بملكية البائع للثمن لا وجه لعدم جواز
تصرفه فيه
ولا يكون من الأكل بالباطل وان كان أصل التملك باطلا " وحراما "، فإنه بعد فرض
الاقدام على
التملك بهذا الوجه المحرم وحصول الملكية بالفرض لا يكون التصرف الا في ماله فتدبر.
(ص ١٧٦)

الأصفهاني: لا يخفى أن جواز التصرف حتى الموقوف على الملك غير موقوف على كون
التسليط
مملكا "، بل التسليط إذا كان مفيدا " لإباحة التصرف حيث إنه ليس بعنوان الوفاء بالمعاملة
ولو
تشريعا "، فلا محالة يجوز للبائع التصرف، وجواز التصرف المطلق من قبل المالك يقتضي
جوازه كذلك
شرعا "، ومقتضاه حصول الملك للمتصرف عند تصرفه، ولا يكون أكلا " للمال بالباطل،
فإنه إنما يكون

كذلك إذا كان الأكل بنفس المعاملة الفاسدة، لا بالتسليط عن رضا المفروض كونه مفيدا
" لجواز
التصرف. نعم تصرف المشتري في المبيع بالباطل، حيث إنه لا سبب له إلا المعاملة
الفاسدة. (ج ٢ ص ٢٨٨)
الإيرواني: هذه جملة معترضة أجنبية عن ما هو محل الكلام فعلا " ومناقضة لما سيصرح
به، فإنه عند

بيان أولوية المقام بعدم الضمان من صور الاستيمان، قال: (فان الدفع على هذا الوجه -
مشيرا " به إلى
الأيدي المستأمنة - إذا لم يوجب الضمان فالتسليط على التصرف فيه وإتلافه له مما لا
يوجب ذلك
بطريق أولي.)

(٣٥٨)

هذا كله إذا كان باقيا " ، وأما لو كان تالفا " ، فالمعروف عدم رجوع المشتري، بل المحكي عن العلامة وولده والمحقق والشهيد الثانيين وغيرهم الاتفاق عليه، (١٠) ووجهه - كما صرح به بعضهم كالحلي والعلامة وغيرهما ويظهر من آخرين أيضا " - : أنه سلطه على ماله بلا عوض. (١١)

على الغاصب في صورة الرد، فلا يندرج تحت عموم (على اليد) بعد خروج اليد الغير العادية منه. هذه لو لم تكن أولي في عدم الضمان من الوديعة والعارية والتسليط على العين المستأجرة، فلا أقل من كونها مثلها بل لا يمكن إنكار أولويتها منها، لان المالك سلطه على التصرف في العين وإتلافها مجانا " بلا جعل عوض.

إذا عرفت ذلك، ظهر وجه صحة التمسك المصنف قدس سره بفحوى الأمانات، لان غرضه بيان رافع الضمان وهو الاقدام المجاني. وظهر الفرق بين العلم والجهل في المقام دون سائر العقود الفاسدة وسيجيء توضيحه أيضا " . وظهر أيضا أن عدم الضمان عند التلف لا يلزم جواز التصرف تكليفا ووضعاً " . (ص ٢٩١)

(١٠) الطباطبائي: حكي عن المحقق في بعض تحقیقاته الرجوع مطلقاً " في صورة التلف. (ص ١٧٦)

(١١) الآخوند: ومع التسليط كذلك، لا يعمه دليل الضمان والاتلاف، مثل (على اليد) و (من أتلف)

كما عرفت، والا فدعوى تخصيصه بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك ممنوعة، لعدم تنقيح ما هو المناط في باب الاستيمان كي يري تحققه في هذا الباب بطريق أولي، كما لا يخفى.

لا يقال: هذا إذا سلط البايع، وما سلط الا على ملكه في الحقيقة، وقد عرفت: انه انما ملك المالك،

غاية الامر، انه والبايع قد بنيا على مالكية البايع.

فإنه يقال: التسليط ليس من الأمور الاعتبارية الانشائية كالتملك يتبع القصد والبناء، بل من الأمور الخارجية، ولا شبهة انه قد سلط شخصه ونفسه، ولو بعنوان انه المالك، ولم يسقط من هو

المالك أصلاً " ، وهذا واضح. (ص ٧٩)

توضيح ذلك: أن الضمان إما لعموم (على اليد ما أخذت) (١٢)

(١٢) الإيرواني: (أن الضمان إما لعموم على اليد ما أخذت) واما (لقاعدة من أتلف) فيما كان التلف باتلاف من البائع، والكلام في عدم جريان قاعدة الاتلاف في المقام واختصاصها بغير صورة إذن المالك في الاتلاف هو الكلام في قاعدة اليد فكلتا القاعدتين تكونان مخصصتين بخروج صورة

إذن المالك. (ص ١٤٥)

الطبائبي: لا بأس بالإشارة إلى ما عندي في المسألة على سبيل الاجمال حسبما يقتضيه الاستعجال،

اعلم: ان عمدة الدليل على الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد وغيره من موارد الضمان انما هو

(قاعدة من أتلف) في خصوص الاتلاف و (قاعدة اليد) فيه وفي التلف السماوي والا فما ذكره

المصنف قدس سره من قاعدتي الاقدام على الضمان وما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لا وجه لهما

حسبما عرفت سابقا "، ومن الغريب التشبث بهما مع عدم الدليل عليهما أصلا ". وأغرب من ذلك شرح عبارة القاعدة الثانية والتكلم في ألفاظها حسبما مر من المصنف قدس سره،

مع أنها ليست بمدلول الخبر من الاخبار لا موردا " للاجماع.

وبالجملة: فالمرجع والمدرک ليس إلا ما ذكرنا من القاعدتين ولا اشكال في عمومهما للظالم والجاهل

والمجنون والعاقل والصبي والبالغ والمأذون وغيره في الجملة ولا بد في الحكم بخروج خارج من إقامة

الدليل على التخصيص كما في باب الأمانات أو دعوى الانصراف من جهة من الجهات كما لا يبعد

ذلك أيضا " في الأمانات.

ثم اعلم: ان من جملة ما خرج من القاعدتين وحكم فيه بعدم الضمان ما إذا اقدم المالك على هتك

حرمة ماله وأسقط احترامه، فان المعروف بينهم ان من جملة مستقطات الضمان قاعدة اسقاط الاحترام

والاقدام على عدم الضمان، ومن موارد ما إذا دفع ماله إلى صبي غير مميز أو مجنون بعوض أو

بغير عوض مع العلم بذلك. ومنها ما لو اذن في اتلافه بلا عوض كما إذا قال الق هذا في البحر

وليس عليك ضمانه ونحو ذلك. ومنها ما لو باعه بلا ثمن أو اجره بلا أجره ودفعه اليه أو اذن

وإما لقاعدة الاقدام على الضمان الذي استدل به الشيخ وغيره على الضمان في فاسد ما
يضمن بصحيحه. (١٣)

وكذا التقريب الثاني له، فإن سياق الرواية كما قدمناه هناك يشهد بإرادة
الحرمة المقابلة للحلية لا الحرمة من الاحترام، مضافا " إلى ظاهر إضافة المال إلى المسلم،
فإن هذه الإضافة هي الموجبة
للاحترام، فيدل على لزوم رعاية إضافته إلى المسلم بعدم التصرف بدون إذنه، لا أن المال
له في

نفسه احترام بحيث يكون بذله بلا عوض هتكا، غايته أنه يجوز من مالكة، مع أنه لو كان
التصرف فيه بلا عوض بإذن المالك - كما ندعيه هنا - فلا احترام لمثله، حيث إنه هتك
حرمة ماله

بإذنه في التصرف فيه وإتلافه بلا عوض، فهو قاصر عن اقتضاء الضمان من دون حاجة إلى
مخصص ومسقط. (ج ٢ ص ٢٨٩)

(١٣) الإيرواني: اما القاعدة الاقدام، فهي غير شاملة للمقام تخصصا " لعدم حصول الاقدام
ولكن في

ذلك على إطلاقه نظر لوضوح ان المشتري لم يسلط البائع الغاصب على الثمن مجانا "،
ومجرد ان

العوض ليس من ماله لا يصير الاذن مجانيا " مطلقا "، فان دفع الثمن إلى الغاصب بإزاء ما
يأخذه من

العين المغصوبة في قوة إذن خاص والاذن في أن يتصرف فيه ما سلمت العين المغصوبة له
فإذا أخذت

أخذه، فالاذن وان كان مجانيا " لا بإزاء شئ من مال الغاصب لكن ليس عاما " على جميع
التقارير،

ولازم ذلك هو، التفصيل بعدم الضمان فيما إذا لم يقهره المالك برد العين والضمان فيما إذا
قهره

لعموم أدلة الضمان من قاعدة اليد والاقدام والاتلاف في هذه الصورة وإنما لم تشمل
الصورة الأولى

خاصة لمكان اشتغالها على إذن المالك وعدم تحقق الاقدام فيها وكلا الأمرين منتف في
الصورة

الأخيرة. (ص ١٤٥)

الأصفهاني: فنقول: مقتضى الضمان: قاعدة اليد وقاعدة الاحترام (واما هاتان القاعدتان
فمرتتا) وقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده. (واما هذه القاعدة فستجى) وقاعدة
الاقدام.

وأما قاعدة الاقدام، فحيث إن المفروض هو الاقدام المعاملي البيعي فهو إقدام معاوضي،
واقترضه

للضمان مبني على تضمن الاقدام على التملك بالعوض المسمي للاقدام على التملك
بطبيعي

(۳۶۸)

والأول مخصص بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه إليه لحفظه كما
في
الوديعة، أو الانتفاع به كما في العارية، أو استيفاء المنفعة منه كما في العين المستأجرة،
فإن
الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرف فيه وإتلافه له مما لا
يوجب ذلك بطريق أولي. (١٤)

(١٤) الأصفهاني: وأما مسقطات الضمان - بمعنى المانع عن فعلية الضمان - فالكلام فيها
بعد وجود
مقتضى الضمان وهي اليد أو الاتلاف، لعدم سلامة سائر القواعد عن المحذور، كما عرفت
مفصلاً "
يتضح ببيان أمرين، أحدهما: أن التسليط فيما نحن فيه مجاني عن رضا أم لا.
ثانيهما: أن كل تسليط مجاني صادر عن رضا مانع عن فعلية الضمان باليد أو الاتلاف أم
لا.
أما الأول فقد عرفت - من مطاوي ما ذكرناه في شرح مقتضيات الضمان - أن التسليط
فيما نحن
فيه مجاني عن رضا، سواء قصد به عنوان الوفاء تشريعاً وبناءً أم لا، ولا فرق برهانا بين ما
نحن فيه وسائر العقود الفاسدة من تقييد الرضا في صورة الجهل بالفساد وعدم تقيده في
صورة العلم
بالفساد، وإن بني على الوفاء بتسليطه تشريعاً لما مر.
وأما الثاني فما قيل فيه أمور، أحدها: قاعدة السلطنة بتقريب أن التسليط على ماله بحيث لا
يكون
عليه عوض وخسارة نحو من التسليط، ونفوذه من المالك يقتضي عدم فعلية الخسارة عليه.
وتوضيح الحال: أن تسليط الغير على المال مجاناً تارة بمعنى إباحته له بلا عوض للمباح
من قبل
المبيح، فهو لا يقتضي إلا عدم العوض الجعلي لا عدم ترتب الخسارة عليه شرعاً بتلفه أو
إتلافه،
مع أن عدم استحقاق العوض الجعلي لعدم الموجب، لا لتأثير الاذن في عدم استحقاقه،
كما أن استحقاقه
له في صورة جعل العوض للمباح لمكان تقييد الرضا بالتصرف بدفع العوض لا لتأثير من
الاذن الخاص
في العوض، حتى يكون من باب نفوذ سلطنته.
وأخرى بمعنى الالتزام بعدم ترتب الضمان في ضمن الاذن، وهو تارة من باب إيجاد الرفع
للضمان
في ظرف ثبوته، كما إذا التزم بسقوط الخسارة عنه بعد ثبوتها بالتلف أو الاتلاف، فهو
مؤكد
للضمان لا مناف لثبوته، مع أنه عناية زائدة على طبع الاذن في التصرف مجاناً، كما هو

قلت: الضمان كون الشيء في عهدة الضامن وخسارته عليه، وإذا كان المضمون به ملكا لغير الضامن واقعا فلا يتحقق الضمان الحقيقي مع علمهما بذلك. (١٦)

ان مصحح بيع الغاصب مع إجازة المالك، انما هو تحقق البيع عن الغاصب في عالم الانشاء بواسطة

سرقة الملكية وادعاء الملكية وهذا الادعاء ينتج امرين، أحدهما: صحة صدور البيع عن الغاصب وإلا فمع عدمه لا يعقل منه انشاء البيع، حيث إن خروج

المثمن عن ملك مالكة بإزاء دخول الثمن في ملك الغاصب، خارج عن حقيقة البيع كما أسلفناه مرارا".

وثانيهما: ضمان الغاصب لما يقبضه من الثمن لتضمين المشتري إياه بعد ادعاء كونه مالكا فمالكية

الغاصب ادعائي، لكن تضمينه المترتب على مالكيته واقعي والتضمين موجب للضمان، فمع إجازة

المالك الأصلي يكون الضمان بالمال المعوض، وهو الذي جعل بإزاء الثمن في العقد، ومع رده يكون

الضمان على مال الغاصب. وهذا كما إذا اعتقد المشتري مالكية الغاصب حيث إنه مع الإجازة

يكون الضمان جعليا، ومع الرد يكون البايع ضامنا بماله الأصلي فلا فرق بين علم المشتري بالغصب،

وبين جهله به في عدم ملكية البايع الغاصب حقيقة إلا أنه مع الجهل مالكية الغاصب اعتقادي،

ومع العلم به ادعائي. (ج ٢ ص ٢٦٢)

(١٦) الطباطبائي: قد عرفت: ان المناط هو صدق اسقاط الاحترام وعدمه لا التضمين وعدمه مع أنه

على فرض كون الثاني هو المناط المدار فيه على حكم العرف مع قطع النظر عن الشرع وهو

متحقق في حكمهم. (ص ١٧٦)

النائني (المكاسب والبيع): حاصله: بيان الفرق بين صورة علم المشتري بالغصب وبين جهله به

بامكان الالتزام بما ينتج نتيجة ضمان الغاصب على تقدير الرد في طول ضمان المالك على تقدير

الإجازة مع الجهل بالغصب وعدم امكان الالتزام به مع العلم به وان ادعاء مالكية الغاصب في

صورة العلم لا ينتج إلا امكان صدور المعاملة عنه ولا يوجب ضمان الغاصب أصلا".

اما تصوير الضمان الطولي في صورة الجهل فتوضيحه ان المشتري لما اعتقد مالكية البايع،

(٣٧٧)

وما ذكر: من بناء المتعاقدين في هذا العقد على كون المثلثن ملكا للبائع الغاصب مع كونه مال

الغير فهو إنما يصحح وقوع عقد التمليك والتملك منهما إدعاء مع عدم كون البائع أهلاً لذلك في الواقع، وإلا فأصل المعاوضة حقيقة بين المالكين والضمان والتضمين الحقيقي بالنسبة

إليهما، ولذا ينتقل الثمن إلى مالك المبيع ويدخل في ضمانه بمجرد الإجازة. والحاصل: أنه لا تضمين حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن، (١٧)

فهو يضمنه بماله الأصلي أعني يكون الضمان بالمال الواقعي الحقيقي من أموال البائع، غاية الامر

طبق ماله الأصلي الذي جعله مضمونا به على مال الغير خطأ في المصداق وعالم التطبيق، فكبري

الضمان وهو التضمين بمال البائع تحقق من المشتري، وإنما الخطأ صار في المصداق، ونتيجة ذلك هو

ضمان صاحب المضمون به على تقدير اجازته بكون ماله عوضا عن مال المشتري، وضمان البائع

نفسه بماله على تقدير الرد، حيث إنه مضمن بماله الأصلي الواقعي، ومع عدم اثبات الضمان على

المال المجعول عوضا بواسطة رد مالكة، يكون الضمان على البائع بماله الآخر من المثل أو القيمة كما

في كل مورد تبين فساد العقد من غير جهة العوض. ولا أقول: ان المنشئ ينشئ ضمانان، أحدهما:

ضمان المالك على تقدير الإجازة. والآخر: ضمان الغاصب على تقدير الرد، غاية الامر يكون الثاني

في طول الآخر بل ليس الصادر عن المشتري إلا تضمين البائع بماله الأصلي مع اعتقاد ما لا يكون

من أمواله بكونه من ماله الأصلي ونتيجة ضمانه بماله الأصلي هو الضمانان الطوليان، فالتضمين

واحد، ولكنه في النتيجة ينتج الضمانين كما لا يخفى. هذا في صورة جهل المشتري بالغصب.

واما مع علمه فلا منشأ لتحقق الضمانين الطولين، وذلك لان المشتري مع علمه بالغصب انما يضمن

البائع بماله الادعائي لا الأصلي والتضمين وان كان واقعا حقيقيا"، لكنه تضمين بالمال الادعائي

فمع قراره بإجازة المالك يتحقق الضمان الجعلي، ومع رده فلا موجب لتضمين البائع بماله الأصلي أصلا، فظهر الفرق الجلي بين صورة جهل المشتري بالغصب وبين علمه به، حيث

إن موجب ضمان

البائع في الأول موجود وهو تضمينه بماله الأصلي دون الأخير. (ج ٢ ص ٢٧٢)
(١٧) الطباطبائي: فيه منع، فان كون المعاوضة بين المالكين غير كونها للمالكين والمسلم
انما هو

(٣٧٨)

وأما رجوع المشتري مع إعتقاد المتبايعين لمالكية البائع للمثمن عند انكشاف الخطأ - مع أنه

إنما ضمنه بمال الغير - فلعدم طيب نفسه على تصرف البائع فيه من دون ضمان، وإن كان ما

ضمنه به غير ملك له. (١٨) ولا يتحقق به التضمين، لأنه إنما طاب نفسه بتصرف البائع لا إعتقاد المثمن ملكا " له وصيرورته مباحا " له بتسليطه عليه، وهذا مفقود فيما نحن فيه، لان

طيب النفس بالتصرف والاتلاف من دون ضمان له بماله حاصل. (١٩)

الثاني دون الأول وهذا واضح. (ص ١٧٧)

(١٨) النائيني (المكاسب والبيع): قد تقدم: ان هذه العبارة فيها إيماء إلى جواز تصرفات الغاصب

فيما قبضه من المشتري من الثمن في صورة العلم، وذلك لمكان طيب نفس المشتري في تصرفه فيه

ومعه فلا مانع عن جوازه فتكون حينئذ منافيا مع ما صرح أولا بعدم الجواز تكليفا ". اللهم إلا أن يحمل إلى الوضع بمعنى انه لو تصرف لم يكن ضامنا وهذا الحمل ليس ببعيد فراجع.

(ج ٢ ص ٢٦٤)

الإيرواني: ظاهره: تسليم عدم حصول الاقدام على الضمان هناك أيضا " وان التضمين المعاملي قد

قصد بين العينين لربي العينين والبائع قد توهم انه هو الضامن، إذ توهم انه هو رب العين، فإذا بطل

توهمه بطل ضمانه بالمعاملة ويكون ضمانه مع ذلك لقاعدة اليد، إذ لم يرض المالك هنا بتصرف

البائع وإتلافه للمثمن مجانا " كما في صورة العلم بالغصب ولا يكون خارجا عن تحت عموم على

اليد تخصيصا ". (ص ١٤٦)

(١٩) النائيني (المكاسب والبيع): قوله: ظاهر في جواز تصرف الغاصب في الثمن واتلافه لطيب

نفس المشتري به كما لا يخفى.

اللهم إلا أن يقال: بأنه أراد الوضع لا التكليف بمعنى عدم ترتب الضمان على تصرفه واتلافه لمكان

طيب نفس المشتري لا الجواز التكليفي، وكذا ما أفاده في قوله، وحاصله: ان دفع المال إلى الغاصب

ليس إلا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع وتسليطه على اتلافه في أن رد المالك لا

يوجب الرجوع إلى هذا الثالث، فان ظاهره أيضا دال على جواز تصرف الغاصب لاجل

ومما ذكرنا يظهر - أيضا " - فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد، حيث إنه ضمن

البائع بما يعلم أنه لا يضمن الثمن به. وكذا البائع مع علمه بالفساد ضمن المشتري بما يعلم أن المشتري لا يضمن به، فكأنه لم يضمنه بشئ.

وجه الفساد: أن التضمن الحقيقي حاصل هنا، لأن المضمون به مال الضامن. (٢٠) غاية الأمر أن فساد العقد مانع عن مضي هذا الضمان والتضمن في نظر الشارع، لأن المفروض فساده، فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاص صار أصل إقدام الشخص على الضمان

الحقيقي، أو قاعدة إثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني واستيمان عن مالكة، موجبا

لضمانه - على الخلاف في مدرك الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه - وشئ منهما غير موجود فيما نحن فيه، كما أوضحناه بما لا مزيد عليه،

المشتري إياه على اتلافه كتسليط الأجنبي عليه، إلا أنه أيضا " محمول على كون التشبيه في عدم

ضمان الأجنبي المأذون في الاتلاف كما يدل عليه. وكيف كان، فالمتبع هو الدليل وهو المساعد مع ما اخترناه واختاره قدس سره في صدر الكلام من:

عدم جواز شئ من التصرفات للبايع وضعاً ولا تكليفاً، وإن هذا التسليط من المشتري مع علمه

بغاصبية البائع لا يفيد شيئاً إلا عدم ضمان البائع إذا تلف الثمن عنده. (ج ٢ ص ٢٦١) (٢٠) النائيني (المكاسب والبيع): هذا نقض ثان يورد على القول بعدم ضمان الغاصب عند التلف

مع علم المشتري بالغصب، وحاصله: أنه إذا كان تسليط المشتري على الثمن مع العلم بالغصب،

تسليطاً " مجانياً " غير موجب للضمان، لكان اللازم عدم ضمان البائع للثمن في كل معاملة فاسدة يعلم

المشتري بفسادها، حيث إنه مع علمه بالفساد وأنه لا يسلم له المثلثن يكون تسليطه إياه على الثمن

حينئذ مجانياً غير موجب للضمان. (ج ٢ ص ٢٦٤) الطباطبائي: قد عرفت: ما فيه فإن فيما نحن فيه أيضا " التضمن الحقيقي العرفي حاصل بعد

فرض كون المال معدوداً " من جملة أموال الغاصب لبنائهم على كون اليد كافية في الملكية،

وحاصله: أن دفع المال إلى الغاصب ليس إلا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكا " للمبيع
وتسليطه على إتلافه، في أن رد المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث.
نعم، لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك - كالخمر والخنزير والحر - قوي
إطراد ما
ذكرنا فيه: من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال، كما صرح به شيخ
مشايخنا في شرحه على القواعد. (٢١)

وان كانت عدوانية، خصوصا " إذا لم يكونوا معتقدين للشرع، فعدم كونه تضمينا " حقيقة
انما هو بلحاظ
الشرع، ومعه ففي سائر العقود الفاسدة أيضا لا تضمين فإنه أعطاه عوضا عن شيء لم يسلم
له.
ودعوى: كون ما نحن فيه من قبيل الدفع إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكا كما تري! (ص
١٧٧)
(٢١) الطباطبائي: قد عرفت: ان عدم الملكية شرعا لا دخل له في صدق المجانية والتهتك
للحرمة.

نعم، يتم ذلك في مثل الحر فإنه غير مملوك عرفا أيضا ". (ص ١٧٧)
الإيرواني: لا فرق بين المقامين في ثبوت الضمان لحصول التضمين بالمال والاقدام على
الضمان وعدم
مضيه شرعا "، لعدم تمويل العوض في نظر الشارع لا يسد باب الاقدام على الضمان بالمال
العرفي.
نعم، فيما إذا لم يكن العوض مالا " حتى في نظر العرف كبيع الخنافس والديدان، صح ما
أفاده. (ص ١٤٦)
الآخوند: هذا على اطلاقه مشكل، وانما يتم فيما لا يقبل الملكية عرفا وشرعا "، دون ما
يكون ملكا "
عرفا "، فان التسليط ليس بمجاني حينئذ كي يمكن الحكم بعدم الضمان بتقريب قد مر،
وعدم امضاء

الشارع لماليتها وملكيته لا يستلزم كون التسليط من المالك بلا عوض فتدبر. (ص ٨٠)
النائني (منية الطالب): لا يخفى أن فساد العقد تارة من غير ناحية العوض، وأخري منها.
وظهر أن قاعدة ما يضمن أصلا " وعكسا " أسست لبيان حكم القسم الأول وعرفت: أن
الفساد إذا كان
لاختلال شرايط هذا القسم كانتفاء شروط الصيغة أو المتبايعين أو لزومه الربا أو الجهل
بأحد العوضين
ونحو ذلك. فلا فرق بين صورة العلم والجهل في الضمان، كما تقدم أنه أحد الأمور
المرتبة على المقبوض
بالعقد الفاسد.

هذا، ولكن إطلاق قولهم: (أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده) يقتضي الضمان فيما

نحن فيه وشبهه، نظرا " إلى أن البيع الصحيح يقتضي الضمان بفساده كذلك، (٢٢)

وفرض صحة هذا العقد معناه فرض ما ليس مالا " مالا " وإذا فرض كونه مالا "، فلا محيص عن الضمان.

وأما مسألة الحر ونحوه، فثبوت الضمان فيه أظهر، لان عدم كونه مالا " شرعا " لا يوجب أن يكون العقد

واقعا " بلا تضمين عرفا "، والمدار في الضمان على عدم الاقدام على المجانية. ولكن الانصاف: أن الحكم في جميع ذلك مشكل، لأنه لا فرق بين عدم جعل العوض أصلا " كالبيع

بلا ثمن، أو جعله ما ليس مالا "، إما لقصور في المقتضي كالحشرات أو لوجود المانع كالطير في الهواء

والسمك في الماء والظبي في البيداء، أو جعله ما ليس مالا " شرعا " كالخمر ونحوه. وعلى أي حال، ليس الحكم في تلف الرشوة كالحكم في تلف المبيع في البيع بلا ثمن، لان الرشوة

ليست من قبيل الثمن وليس مقصود الراشي شراء الدين ولا مقصود المرتشي بيعه، فلا يلزم عدم

الضمان في مسألة المبيع بلا ثمن عدمه في باب الرشوة، بل الاقوي: أن جهة الضمان فيها هي جهة

الضمان في باب الربا، فكما أن الشارع لم يبح للمالك هذا النحو من السلطة ولم يسلطه على إعطاء

الزيادة في المتجانسين فكذلك لم يبح له الرشوة على الحكم، فعلي هذا لو تلفت عند المرتشي فحيث

أن يده يد عدوان يجب عليه المثل أو القيمة. (ج ١ ص ٢٩٢)

(٢٢) الأصفهاني: توضيح المقام بالتكلم أولا " في مقتضيات الضمان، وثانيا " في مسقطاته،

فنقول: مقتضى الضمان، قاعدة اليد وقاعدة الاحترام وقاعدة الاقدام (مر هذه القواعد مفصلا ") وقاعدة

ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده.

وأما قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده نظرا إلى أن المفروض هي المعاملة البيعية، ففسادها

كصحيحها مضمن، فهي - مع أنها ليست قاعدة مستقلة كما حقق في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد - لا

تعم ما نحن فيه إلا مع القبض الذي هو من مقتضيات البيع، لان التضمين في الفاسد مشروط بالقبض،

ونسبة التضمين إلى الفاسد باعتبار سببية العقد للقبض أو كونهما معا علة للضمان.

(٣٨٣)

إلا أن يفسر بما أبطلناه سابقا " من: أن كل عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساده، ولا ريب أن العقد فيما نحن فيه - وفي مثل المبيع بلا ثمن والإجارة بلا أجر - إذا فرض صحيحا " لا يكون فيه ضمان، فكذلك مع الحكم بالفساد. (٢٣)

وأما ان الضامن هو الغاصب البايع فلا، بل لا تبعد دعوى ظهورها في ضمان المالك للعوذين دون المجري للصيغة، وعدم ضمان المالك في المقام بالقطع لا يوجب حمل القاعدة على ضمان البايع فليخصص القاعدة به، أو يقال: ان مفاد القاعدة ضمان المالك الذي يكون العقد عقده والمالك في المقام ليس صاحب العقد ما دام لم يجز فهو خارج عن تحت القاعدة بالتخصيص. وبالجملة: التمسك بالقاعدة لتضمين الغاصب يشبه التمسك بها لتضمين الأجنب. هذا مضافا " إلى التأمل في صدق الفاسد على بيع الفضولي بناء على القول بصحته وان تقدم سابقا "

إطلاقه عليه في كلمات الفقهاء، فان ذلك على سبيل المسامحة. (ص ١٤٦) (٢٣) النائيني (المكاسب والبيع): لا يخفى مما بيناه آنفا " وتقدم مرارا " من: ان هذه القاعدة ليست

قاعدة تعبدية وردت في نص أو معقد اجماع، وانما هي قاعدة أسست لبيان المائز بين ما توجب اليد فيه الضمان، وبين ما لا توجهه فيما إذا كان التسليط على الجري على المعاملة، وعليه فلا مورد

للتمسك باطلاقها لاثبات الضمان في المقام، أو في مثل البيع بلا ثمن أو الإجارة بلا أجر بل اللازم هو الحكم بعدم الضمان لكون الاقدام مجانيا .

وأما حديث اختصاص موردها بما إذا كان للعقد فردان فعليان، أحدهما صحيح والآخر فاسد فلا يشمل

مثل البيع بلا ثمن، فمدفوع بأن شمول القاعدة اما يكون بمدلولها اللفظي وذلك فيما كان للعقد فردان،

وأما يكون بملاكها وهو الاقدام المجاني وكون التسليط المترتب على العقد تسليطا مجانيا لا معاوضيا

وذلك كما في مثل البيع بلا ثمن والإجارة بلا أجر، فلا يحتاج إلى التكلف بإرادة مطلق المعاملة

المالية التي لها فرد صحيح وهو الهبة مثلا " وفساد وهو البيع بلا ثمن كما لا يخفى، كما أن مورد القاعدة

ومحل تأسيسها في مقام المائز بين ما يوجب الضمان وما لا يوجب، هو التسليط المترتب

على العقد
والمتفرع عليه،

(٣٨٥)

لكنك عرفت ضعف هذا المعني فيما ذكرناه سابقا في توضيح هذه القضية، فإن معناه ان كل عقد تحقق الضمان في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان في الفرد الفاسد منه، فيختص موردها بما إذا كان للعقد فردان فعليان، لا الفرد الواحد المفروض تارة صحيحا " وأخري فاسدا ". نعم، يمكن تطبيق المعني المختار فيما نحن فيه وشبهه، بأن لا يكون المراد من العقد في موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود - كالبيع والصلح - بل يراد مطلق المعاملة المالية التي يوجد لها فردان صحيح وفاسد. (٢٤)

فلا ربط للرشوة التي يعطها الراشي إلى المرتشي حتى يبحث عن ضمانه وعدمه، بل هي خارجة عن موضوع هذا القاعدة المؤسسة نفيًا " واثباتًا "، فراجع ما حققناه سابقا في بيان هذه القاعدة (٢٤) الطباطبائي: يعني: بان يراد من العقد القدر المشترك بين مثل البيع والهبة إذا كانا متماثلين من حيث كونهما معاملة واقعة على المال مجانا "، فيكون المراد من العقد في قولهم: (كل عقد الخ) أنواع اخر يكون نوعيتها من حيثية أخرى غير ما هو المتعارف، فالمعاملة المالية المجانية نوع من المعاملة يكون تحته الهبة المجانية والصلح المجاني والبيع بلا ثمن، فهي افراد لنوع واحد بهذا المعني وان كانت أنواعا مختلفة بحسب المتعارف، وكذا المعاملة الواقعة على المنفعة بلا عوض نوع واحد ويكون تحته الصلح على المنفعة والإجارة بلا أجره بل والعارية، وهكذا بالنسبة إلى ما كان مع العوض، فالبيع بالثمن والصلح المعاوضي والهبة المعوضة نوع واحد، كما أن الإجارة مع الأجره والصلح على المنفعة بعوض أيضا نوع آخر وهكذا. لكنك خبير بان هذا بعيد عن تلك العبارة فان الظاهر منها الأنواع المتعارفة المشتملة على الصحيح والفاسد، فلا ينفع وجود فرد صحيح من نوع آخر منها كالهبة الغير المعوضة بالنسبة إلى البيع بلا ثمن فلا يعدان فردين فعليين للعقد المذكور في تلك العبارة ولعله لهذا امر بالتأمل. (ص ١٧٧) الإيرواني: فيكون مفاد القاعدة على ذلك ثبوت الضمان في فاسد ما في صحيحه الضمان وليس في

صحيح المعاملة المجانية ضمان فلا يكون في فاسدها أيضا ضمان لكن تصوير العموم على
هذا غير
ممکن لعدم تعقل العموم بحسب أشخاص العقود إذ لا ينقسم الا فراد الشخصية إلى
صحيح وفاسد

(٣٨٦)

وبالجملة: فمستند المشهور في مسئلتنا لا يخلو من غموض فيقال: أن ما نحن فيه والبيع بلا

ثمن والإجارة بلا أجر، تملك بلا عوض من مال الآخر، والفرد الصحيح من هذه المعاملة وهي الهبة الغير المعوضة - لا ضمان فيها، ففاسدها كذلك، فتأمل. (٢٥)
ولذا لم يصرح أحد بعدم الضمان في (بعتك بلا ثمن) مع اتفاقهم عليه هنا، (٢٦)

بل اما صحيح أو فاسد ولا بحسب عنوان المجانية والمعاوضة لانحصار العنوان فيهما
وصوغ العموم
في القضيتين لا جل هذين العنوانين المندرج أحدهما في طرد القضية والآخر في عكسها
كيف يسوغ
فهو كما إذا قيل كل واحد الوجود منزه عن النقايس مع انحصار مصداقه في واحد ولعل
أمره

بالتأمل يشير إلى ذلك. (ص ١٤٦)

الأصفهاني: لكنه ليس لها بما هي معاملة مالية فردان صحيح وفاسد، بل مثل البيع بلا ثمن
- بما هو

بيع - فاسد، و- بما هو هبة بلفظ البيع - صحيح لا فاسد، والمفروض قصد البيع لا الهبة
بلفظ البيع.

(ج ٢ ص ٢٩٧)

(٢٥) الطباطبائي: وجه الغموض: ان مقتضى ما ذكره أولا وان كان هو عدم الضمان الا ان
مقتضى

اطلاق قاعدة ما يضمن الضمان، ولذا اتفقوا عليه في بعتك بلا ثمن مع أنه نظير المقام، بل
أولي بعدم

الضمان وكذا حكم بعضهم بضمان المرتشي فإنه أيضا أولى بالعدم من المقام.

قلت: لعمرى ان هذا من الغرائب فان القضية المذكورة ليست مدلولا " لخبر من الاخبار،
ولا موردا "

للاجماع حسبما ذكرنا مرارا "، فمع فرض تمامية ما ذكره أولا من: وجه عدم الضمان لا
يجوز العدول

عنه بسبب هذا الاطلاق، لكنك عرفت: ان التحقيق عدم تمامية ما ذكره فلا تغفل. (ص
١٧٨)

الإيرواني: قد عرفت: ان مدرك قاعدة كل ما يضمن ليس شيئا " وراء اليد والاقدام الذين
عرفت

حالهما في المقام، فلا وجه للتأمل في مستند المشهور الذي هو الأصل بعد عدم جريان
دليل الضمان

من أجل ذلك. (ص ١٤٦)

(٢٦) الطباطبائي: يعني: مضافا " إلى أنه لم يصرح فيه أحد بعدم الضمان اتفقوا فيه على
الضمان

وكان الأنسب في العبارة أن يقول: (بل اتفقوا عليه)، اي على الضمان. (ص ١٧٨)

وصرح بعضهم بضمان المرتشي مع تلف الرشوة التي هي من قبيل الثمن فيما نحن فيه.
نعم، ذكر الشهيد رحمه الله وغيره عدم الضمان في الإجارة بلا أجر. (٢٧)

الإيرواني: في بعض النسخ مع اتفاقهم عليه هنا بزيادة لفظ (هنا) فيصير المعني انه مع اتفاقهم على عدم الضمان هنا لم يصرحوا بعدمه في (بعتك بلا ثمن)، فيكشف ذلك عن غموض مدرك عدم الضمان والا لصرحوا به هناك أيضا " والعبارة حينئذ تسلم عن الاشكال.
نعم، دعوى الاتفاق على عدم الضمان في المقام مع نسبتها إلى المشهور والمعروف قبل هذا يكون مبنيًا " على ما تقدم من حكاية الاتفاق على عدم الضمان عن جماعة منهم العلامة وولده والمحقق والشهيد الثاني. واما على النسخة غير المشتملة على لفظ (هنا)، فمعني العبارة يكون مع اتفاقهم على الضمان في (بعتك بلا ثمن) وحينئذ يكون التعبير بلفظ (مع) في غير موقعه، بل كان الاستشهاد بعدم تصريح أحد بعدم الضمان مع أنهم اتفقوا على الضمان، من الغرائب.
ثم من أين علم بالاتفاق المزبور، وهل طريقه الا تصريحهم بالضمان؟ ومع تصريحهم بالضمان يكون نسبة عدم تصريحهم بعدم الضمان إليهم من قبيل الألبان. (ص ١٤٦)
(٢٧) الطباطبائي: هذا (اي قول الشهيد) يكشف عن عدم تمامية القاعدة المذكورة وعدم واقعية الاتفاق المدعي في (بعتك بلا ثمن)، فان من المعلوم عدم الفرق بينه وبين (أجرتك بلا أجر)، فمن يقول بعدم الضمان في الثاني لا بد وأن يقول به في الأول أيضا "، لان من المعلوم عدم ورود نص خاص فيه دونه فتدبر. (ص ١٧٨)
الأصفهاني: تحقيق الحال: أن الرشاء إن كان عنوانا للجعالة فيما إذا كان المال في قبال الحكم، أو عنوانا للهدية والهبة فيما إذا كان لجلب ميل الحاكم، فحرمته لا تقتضي فساد الجعالة ولا فساد الهبة، فلا موجب للضمان، وإن كان عنوانا للمال المدفوع فحرمته كاشفة عن عدم تأثير الجعالة وعدم تأثير الهبة في الملك، وإلا لكان مع صحتهما من الاملاك المحجور عنها مالكها وهو بعيد جدا " فالضمان حينئذ ليس لاقتضاء الفساد في نفسه، بل من حيث عدم العبرة شرعا بالتسليط الصادر عن رضا، فلا يقاس ما نحن فيه بمثل الرشوة.

(۳۸۸)

ويؤيد ما ذكرنا: ما دل من الاخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سحتا " . (٢٨)

وبالحملة: مجرد فساد العقد لا يلازم سقوط التسليط عن رضا عن حيثية التأثير في إباحة المال مالكيًا وشرعيًا، بخلاف سقوط التسليط عن رضا - لفرض حرمة المال المدفوع عن رضا - فإنه يلازم فساد المعاملة، والضمان حينئذ غير مستند إلى الفساد، بل إلى أن الرضا المفروض بمنزلة العدم في إعتبار

الشارع، وليس مثله فيما نحن فيه فتدبره فإنه حقيق به. (ج ٢ ص ٢٩٨) (٢٨) الطباطبائي: يعني: ما ذكره من الغموض وقوة القول بالضمان، ووجه التأييد: ان مقتضى

السحتية عدم جواز التصرف فيه ولازمه الضمان لكنه كما تري! ولذا قال: (وان أمكن الذب عنه الخ) والانصاف: ان التأييد المذكور لا وجه له أصلا "، فلا موقع لذكره ثم الذب عنه، إذ ليس له صورة

ظاهرية أيضا كما هو واضح. (ص ١٧٨) الأصفهاني: تقرّبه: أن مقتضى كون ثمنهما سحتا أن للثمن تبعه، وتبعته تكليفا " هي العقوبة،

ووضعا هي الخسارة، ولذا أجاب عنه بأن المراد التشبيه في التحريم فقط، فيكون المراد كونه ذا عقوبة

فقط، فلا يدل على الضمان حتى يسري إلى كل عقد فاسد. والتحقيق: ما قدمناه آنفا " من دلالاته على الضمان بوجه لا يسري إلى مطلق العقد الفاسد، وهو أن

دفع الثمن عن رضا إذا كان حراما فهو كاشف عن أمرين. أحدهما: فساد المعاملة، وإلا وجب الدفع وجاز التصرف فيه.

ثانيهما: سقوط الرضا عن الاعتبار شرعا، فتكون اليد عليه عادية شرعا "، إلا أنه ليست هذه الخصوصية من ناحية فساد العقد، بل فساد العقد من ناحيته، ولعل ما عن بعض أجلة من أنه ليس

للتأييد به صورة ظاهرية أيضا غفلة عن التقريبين المزبورين فتدبر ولا تغفل. (ج ٢ ص ٢٩٨)

الإيرواني: كأنه جعل أولا "، بيع الكلب والخنزير نظيرا " للمقام كما صرح فيما تقدم أيضا " بذلك

بقوله: (نعم، لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر والخنزير والحر قوي اطراد ما ذكرنا

فيه من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال.) ثم بعد أن صار نظيرا " للمقام تمسك بما

دل من الاخبار على أن ثمنها سحت الملازم ذلك لضمانه، فان السحت المال المأخوذ بلا

وإن أمكن الذب عنه بأن المراد التشبيه في التحريم، فلا ينافي عدم الضمان مع التلف كأصل السحت. (٢٩)

ومثل هذا المال مضمون وبعد ذلك أيد المدعي في المقام وهو الضمان بتلك الاخبار ويظهر من كلامه أيضا " انه جعل اطلاق السحت في هذه الأخبار من باب الاستعارة وكان حقيقته عنده هو المال المأخوذ بغير رضا مالكة، والتمن في مورد الاخبار مأخوذ برضاه لكن حيث كان الرضا به في مقابل ما لم يرض الشارع به فمن أجل ذلك صار رضاه كلا رضا، فأطلق عليه السحت تشبيها " له بالسحت الواقعي، فالمشبه ثمن الكلب والخنزير والمشبه به المال المأخوذ بلا اذن صاحبه وهو المراد من الأصل في العبارة. هذا، ولكن ما أفاده بأجمعه محل نظر وتأمل. (ص ١٤٦) (٢٩) الطباطبائي: يعني: كما أن أصل السحت وهو الكلب أو الخمر يكون محرما " ولا يجوز التصرف فيه ومع ذلك لا يكون المتلف له ضامنا "، فكذا فرعه وهو الثمن يمكن ان يكون محرم التصرف ولا يكون مضمونا مع فرض التلف. (ص ١٧٨)

(٣٩٠)

ثم إن مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن: ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولي

غير بائع لنفسه، بل باع عن المالك ودفع المشتري الثمن إليه لكونه واسطة في إيصاله إلى المالك فتلف في يده، إذ لم يسلطه عليه ولا إذن له في التصرف فيه، فضلا " عن إتلافه، ولعل

كلماتهم ومعاهد اتفاقهم تختص بالغاصب البائع لنفسه، وإن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم

في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضولية.

وكذا يقوي الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري، بل أخذه بناء على العقد الواقع بينهما، فإنه لم يحصل هنا من المشتري تسليط إلا بالعقد، والتسليط العقدي مع فساده

غير مؤثر في دفع الضمان، ويكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم بإباحة تصرف البائع الغاصب فيه مع اتفاقهم ظاهرا على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة. (٣٠)

(٣٠) الإيرواني: قوله: (فتلف في يده)، أقول: بشرط ان يكون التلف باتلاف منه، كما

صرح به في ذيل

العبرة وإلا فلو كان التلف بأفة سماوية لم يضمن، لأنه إذا كان الثمن كلياً " أو كان شخصياً " ولكن

قلنا بالنقل في الإجازة.

وأما لو قلنا بالكشف ضمن بقاعدة على اليد لظهور انه كان للمالك المجيز من حال العقد وقد قبضه

بلا إذن منه. (ص ١٤٧)

النائني (المكاسب والبيع): لا يخفى انه إذا باع البائع عن المالك فضولا " وأعطاه المشتري الثمن

بعنوان الايصال إلى المالك ولأجل ان يوصله اليه يكون أمينا " عن المشتري أو وكيلا عنه، حيث إن

المفروض عدم وكالته عن المالك في قبض الثمن فالاعطاء اليه بعنوان كونه واسطة في الايصال إلى

المالك لا ينفك عن أحد الطرفين، أما توكيل المشتري للبائع في الايصال، أو استيمانه.

وعلى كلا التقديرين، فلا وجه للضمان بل ينبغي القطع بعدمه كما لا يخفى، اللهم إلا إذا تلف عند البائع بتعدي منه أو تصرفه فيه.

وكذا يقوي الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العين صاحبها. (٣١)

وأما على النقل، فلأنه وإن سلطه على مال نفسه إلا أنه لم يسلمه عليه مجاناً، بل بإزاء المعوض

فإذا انتقل إليه بإجازة المالك فلا محالة ينتقل العوض إلى المالك لا إلى الغاصب. وبالجملة: معني تأثير الإجازة أن الثمن عند البائع مراعي فلا ينتقل إليه بالتسليط الخارجي منجزاً

وملكاً " مطلقاً " والتسليط الخارجي كما لا يرفع الضمان مع الجهل مطلقاً، كذلك لا يرفعه مع العلم في صورة الإجازة، لأنه لا معني لأن يكون التسليط مسقطاً " للضمان الذي لم يتحقق، فإن الضمان

الحاصل للبائع إنما هو بعد رد المشتري الثمن إلى المالك وقبله لا يكون البائع ضامناً حتى يكون

التسليط مبرئاً له، لأنه ضمان ما لم يجب بل ولو قيل بصحة إسقاط ضمان ما لم يجب أيضاً " لا يصح

رجوع كل واحد من الغارمين إلى الآخر في خصوص الغرامة الناشئة عن تعاقب الأيدي إلا بعد

رجوع ذي الحق إليه، فإن قبله لا غرامة حتى يكون له الرجوع ليكون له الإسقاط. (ج ١ ص ٢٩٢)

(٣١) النائيني (المكاسب والبيع): فرض هذا الشرط إنما هو مع علم المشتري بالغصب وإلا فلا مورد

لاشترط ضمان الغاصب على تقدير أخذ صاحب العين عين ماله، لأنه مع الجهل يعتقد المشتري

كون البائع هو صاحب المال، ثم ثبوت الضمان مع العلم بهذا الاشتراط مشكل، وإنما نتيجة هذا

الشرط جواز استرداد المشتري للثمن مع وجوده وهو كان حاصلًا " من دون هذا الشرط، فهذا

الشرط لا يفيد شيئاً "

أقول: هكذا أفيد، لكن التحقيق إفادة الشرط ضمان البائع للثمن مع تلفه عنده، وذلك لخروج

تسليط المشتري البائع على الثمن بهذا الشرط عن التسليط المجاني، فإذا كان التسليط مبيناً على

العقد المعاوضي المشتراط فيه ضمان البائع بماله الأصلي على تقدير عدم قرار التضمين الجعلي

بواسطة رد المالك، يخرج عن المجانية بالنسبة إلى البائع فيصير البائع ضامناً، فحال هذا الشرط في

صورة العلم حال تضمين البائع طولاً " في صورة الجهل فهذا المعني الذي كان مفاد

تضمينه بماله
الأصلي في صورة الجهل قد أدى في صورة العلم بالشرط كما لا يخفى.
(٣٩٣)

ولو كان الثمن كلياً " فدفع إليه المشتري بعض أفراده، فالظاهر عدم الرجوع، لأنه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجاناً ". (٣٢)

هذا كله تمام الكلام في صورة الرد.

وأما إذا أجاز المالك للبيع فاما ان تكون الإجازة بعد تلف الثمن عند البائع أو تكون قبله. فعلي الأول فصحة البيع وفساده حينئذ يدور مدار جريان قاعدة تلف قبل القبض بالنسبة إلى الثمن وعدمه، فان قلنا بعمومها لتلف الثمن، فيحكم بانفساح البيع ورجوع المبيع إلى المالك، وان قلنا

باختصاصها بتلف المثل فحينئذ فاما ان يجيز المالك قبض البائع للثمن أيضاً أولاً، فان أجاز فلا

رجوع له إلى المشتري بل له مطالبة البائع بالثمن مطلقاً، سواء كان الثمن كلياً أو شخصياً وان رد

قبضه فله الرجوع إلى المشتري لو كان الثمن كلياً، " حيث إن ما أعطاه إلى البائع حينئذ لم يتعين

للمثنية، فما تلف عند البائع لامساس له بالمالك حتى يرجع المالك إليه وان كان شخصياً فله الرجوع

إلى المشتري أو البائع، فان رجع إلى البائع فهو. وان رجع إلى المشتري، فله الرجوع إلى البائع بما

اغترم للمالك مع جهله، ولا رجوع له به مع العلم، وهذا كله شيء لم يذكر في مجلس البحث.)

ج ٢ ص ٢٧٠)

(٣٢) الطباطبائي: يعني بناء على عدم الرجوع في الثمن المعين لا رجوع في فرد كلي أيضاً " والا فقد

عرفت: ان في الثمن المعين لم يفت بعدم الرجوع صريحاً "، بل بقي فيه على الاشكال. (ص ١٧٨)

الإيرواني: قوله: (لأنه كالثمن المعين)، أقول: بل أولي منه بعدم الضمان، فان الثمن المعين يضمه

مع إجازة المالك إذا قيل بأنها كاشفة بخلاف الفرد المدفوع بدلاً " عما في الذمة، فإنه من جملة أموال

المشتري وقد سلطه عليه ولا يتعين للمثنية بقبضه، فلا يكون مضموناً " حتى على القول بالكشف وقد

أجاز المالك. (ص ١٤٧)

الطباطبائي: إذا أجاز المالك البيع وقد دفع المشتري الثمن إلى البائع فإن أجاز القبض أيضا "، فليس له الرجوع الا على البائع، فإن كان باقيا اخذه وان كان تالفا " اخذ عوضه. وإن لم يجرز القبض ففي صورة كون الثمن كليا " لا اشكال في أنه يرجع إلى المشتري بالثمن. واما حال المشتري في الرجوع إلى على البائع فكما مر، في أنه ان كان جاهلا رجع عليه، وان كان عالما كان فيه وجهان. والأقوى: الرجوع كما في صورة الرد وفي صورة كونه شخصا كان المالك مخيرا في الرجوع على البائع أو المشتري لثبوت يد كل منهما على ماله. ولو رجع على المشتري فهل يرجع هو على البائع أم لا؟ الحكم كما مر من انه مع الجهل يرجع ومع العلم فيه وجهان. ويحتمل القول بالرجوع هنا وإن لم نقل به في صورة الرد، وذلك لأنه لم يسلطه على ماله مجانا " حتى يكون مسقطا لاحترامه بل انما سلطه على مال الغير مجانا "، فلا يكون اسقاطه الاحترام مفيدا " لعدم الضمان وحينئذ فمقتضى ترتب يده على يد المشتري جواز رجوعه عليه، كما هو الحكم في تعاقب الأيدي من رجوع السابق إلى اللاحق إذا رجع المالك عليه حتى يستقر الضمان على من تلف في يده فتدبر. (ص ١٧٨) *

النائيني (المكاسب والبيع): إذا اغترم المشتري للمالك يرجع إلى البائع بما اغترم، وهل له الرجوع اليه قبل تأدية الغرامة إلى المالك أم لا؟ ظاهر موضع من القواعد هو الرجوع والذي استقر عليه فتوى الأصحاب ومنهم العلامة في غير القواعد بل في مواضع آخر من القواعد أيضا هو العدم وهو الأقوى وسيظهر وجهه. وعلى الثاني فللمالك الرجوع إلى كل واحد من البائع والمشتري، فان رجع إلى البائع فلا يرجع البائع إلى المشتري لكون قرار الضمان عليه إلى المشتري، فللمشتري الرجوع إلى البائع بما اغترمه فما له الرجوع فيه إلى البائع كما فيما يغترمه في مقابل زيادة الثمن مثلا ولا رجوع له فيما يغترمه مما لا رجوع له اليه وهو ما يساوي الثمن من القيمة، كما أن للبائع

الرجوع إلى
المشتري بمقدار الثمن إذا رجع المالك اليه، وذلك لقرار الضمان في مقدار الثمن على
المشتري. (ج ٢ ص ٢٨٢)

(٣٩٥)

إن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن، (٣٣)
 (٣٣) الطباطبائي: يظهر منه بل من كل من عبر بمثل هذه العبارة: ان الرجوع في كل مورد
 يقال به
 انما هو بعد الاغترام، فلو أراد الرجوع على البائع قبل أن يغرمه المالك ليس له ذلك، ومنه
 يظهر
 عدم جواز رجوعه عليه إذا أبرأه المالك أو دفع عنه متبرع كما صرح به في الجواهر ولعله
 كذلك
 لعدم الدليل عليه، لان الاجماع وقاعدة الغرور ونحوهما لا تشمل ذلك.
 نعم، لو اخذ منه ثم رده عليه هبة أو صدقة أو نحو ذلك، جاز له الرجوع عليه وكذا لو
 حسبه خمسا
 أو زكاة أو صدقة أو نحو ذلك، بل وكذا لو وهبه ما في ذمته، فان الهبة بمعنى التمليك
 نوع اخذ منه
 وكذا لو صالحه عما عليه بشئ قليل.
 ويحتمل القول بجواز الرجوع بمجرد الضمان، لان شغل ذمته للمالك اغترام منه وضرر
 عليه
 وغرور، وكذا الحال في سائر موارد الغرور، فان الظاهر عدم الرجوع الا بعد الاغترام
 ويحتمل الرجوع
 كما ذكرنا.
 هذا، لكن يظهر من الجواهر مفروغية العدم، بل استشكل في جواز المطالبة أيضا " وإن لم
 يأخذ.
 قال في باب العيوب من النكاح: (لا يرجع المغرور بالغرامة على الغار الا بعد أن يغرم، لأنه
 انما
 يرجع بما غرمه وكذا الضامن.)
 نعم، في القواعد: (للمغرور مطالبة الغار ليخلص من مطالبة المرأة أو السيد، كما أن
 للضامن ان يطالب
 المضمون عنه بالتخليص.)، ولعله لكونه ليس رجوعا " لكن لا يخلو من نظر، لعدم دليل
 على
 استحقاق هذه المطالبة قبل الدفع انتهى، فتدبر. (ص ١٧٨)
 النائيني (المكاسب والبيع): كانت المسألة السابقة في حكم ما اغترمه المشتري من الثمن،
 وهذه
 المسألة في بيان حكم ما يغترمه مما عدا الثمن وقد قسمه إلى ثلاثة أقسام،
 الأول: اغترام ما كان في مقابل العين كما إذا كانت القيمة المأخوذة منه عشرين وكان
 الثمن عشرة.
 الثاني: ان يكون في مقابل ما استوفاه المشتري كسكني الدار ونحوه.

(۳۹۶)

فإما أن يكون من مقابل العين، كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كانت القيمة المأخوذة منه عشرين والثلث عشرة.
وإما أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري، كسكني الدار ووطي الجارية واللبن والصوف والثمرة.
وإما أن يكون غرامة لم يحصل له في مقابلها نفع، كالنفقة وما صرفه في العمارة، (٣٤) وما تلف منه أو ضاع من الغرس والحفر، أو إعطائه قيمة للولد المنعقد حرا ونحو ذلك، أو نقص من الصفات والاجزاء.

الثالث: ان تكون غرامة لم يحصل في مقابلها نفع للمشتري، كالنفقة وما صرفها في التعمير ونحوه.
ولا يخفى انه قد بقي قسم رابع لم يتعرض له وهو المنافع الغير المستوفاة وكان الأولى ترييع الأقسام، ولم يظهر وجه لترك التعرض له، ولعل وجهه ترديد المصنف سابقا " في ضمانها، ولكنه أخيرا " قوي ثبوت الضمان فيها، وعليه فكان الأولى في المقام التعرض لحكمها كما لا يخفى.

(ج ٢ ص ٢٧١)

النائبي (منية الطالب): لا يخفى أن البحث في هذا العنوان إنما هو في مورد الرد دون الإجازة.

(ج ١ ص ٢٩٣)

الإيرواني: المراد من الاغترام للمالك ما يعم مما يدفع اليه أو بصرف في عمارة ملكه واصلاحه و دفع النوائب عنه، فيدخل فيه ما يصرف في علف الدابة وحراستها وسقي البستان ودفع النوائب عنه.

(ص ١٤٧)

(٣٤) الطباطبائي: واجرة كتابه القبالة واجرة الدلال والكيال ونحو ذلك.

واما مثل مصرف الوليمة والصدقة المستحبين في بعض المقامات ونحوهما مما ليس من لوازم المعاملة

ففي جواز الرجوع بها على البائع وجهان، من صدق كون هذا الضرر من جهة الغرور منه. ومن

عدم كونها من اللوازم فيكون مستندا إلى تقصيره، ولذا حكى عن بعض الأساطين في شرحه على

القواعد عدم الرجوع فيها.

(۳۹۷)

ثم المشتري، إن كان عالما فلا رجوع في شيء من هذه الموارد، لعدم الدليل عليه. (٣٥)
وإن كان جاهلا"، فأما الثالث فالمعروف من مذهب الأصحاب - كما في الرياض وعن
الكفاية - : رجوع المشتري الجاهل بها على البائع، بل في كلام بعض تبعاً " - للمحكي
عن فخر

الاسلام في شرح الارشاد - دعوى الاجماع على الرجوع بما لم يحصل في مقابله نفع
وفي السرائر: أنه يرجع قولاً واحداً"، وفي كلام المحقق والشهيد الثانيين - في كتاب
الضمان - :

نفي الاشكال عن ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشتري إذا قلعه المالك. وبالجملة:
فالظاهر

عدم الخلاف في المسألة، للغرور فإن البائع مغرر للمشتري وموقع إياه في خطرات الضمان
ومتلف ما يغرمه فهو كشاهد الزور الذي يرجع إليه إذا رجع عن شهادته (٣٦)

(٣٥) النائيني (منية الطالب): أن مفروض البحث فيما لو كان المشتري جاهلاً".
وأما لو كان عالماً فليس له الرجوع إلى البائع الغاصب أو الفضولي مطلقاً بأي غرامة
اغترمها وذلك

واضح. وكيف كان، فلا إشكال في الجملة أن للمالك الرجوع إلى المشتري وإنما الكلام
في رجوع

المشتري إلى البائع. (ج ١ ص ٢٩٣)
الطبائبي: وذلك لعدم الغرور حينئذ، لكن ينبغي ان يستثنى من ذلك ما لو كان البائع
مدعياً "

للاذن من قبل المالك ثم تبين خلافه أو أنكره هو، وكذا لو شرط عليه الخروج من عهدة
الغرامات

على فرض عدم إجازة المالك لصدق الغرور حينئذ فتأمل. (ص ١٧٨)
الأصفهاني: قيل ينبغي أن يستثنى منه ما إذا ادعى البائع الاذن من المالك، وما إذا التزم
بالخروج

عن عهدة الغرامات مع عدم إجازة المالك، لصدق الغرور. أقول: مجرد دعوى الاذن لا
يوجب الاستناد

إليها، حتى يصدق أنه غره، وإن اغتر بمجرد دعواه، بخلاف ما إذا كان في يده، فإنه حجة
يصح

الاستناد إليها في الاثراء منه فيصح أنه غره، وأما الالتزام فإن كان بوجه شرعي فهو
الموجب

للرجوع إليه دون قاعدة الغرور، وإلا فلا موجب للتغيرير فتدبر. (ج ٢ ص ٢٩٩) (٣٦)
الطبائبي: اعلم: ان رجوع المغرور على الغار من القواعد المسلمة بينهم.

مضافاً " إلى ظاهر رواية جميل أو فحواها (عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها،
ثم
يجئ مستحق الجارية، قال يأخذ الجارية المستحق، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع
على
من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه.) فإن حرية ولد المشتري إما أن يعد
نفعاً
عائداً إليه أو لا، وعلى التقديرين يثبت المطلوب، مع أن في توصيف قيمة الولد بأنها
(أخذت
منه) نوع إشعار بعلية الحكم فيطرد في سائر ما أخذت منه. (٣٨)

فصرف ما يعتاد صرفه على المبيع، وسيأتي إن شاء الله تعالى بعض الكلام في الضرر
والغرور حكم ما
يغرمه المشتري قبال المنافع. (ج ٢ ص ٣٠٠)
النائني (منية الطالب): تقريب قاعدة نفي الضرر: أنه لو لم يجر رجوع المشتري فيما
اغترمه إلى
البايع لزم الضرر عليه وحيث إنه منفي في الشريعة فيحكم بضمان البايع له. وبعضهم
استشكل في
اطراد القاعدة فيما إذا اغترم في مقابل المنافع المستوفاة. ولكنك خبير بما في الاستدلال
بها لما بينا في
محله أنها حاکمة على الأحكام الثابتة في الشريعة، ولا يمكن إثبات حكم بها لولا تشريعه
لزم منه
الضرر فلو لم ينهض دليل على ضمان البايع ما اغترمه المشتري تكون الغرامة ضرراً عليه لا
يوجب
تعلق الضمان على البايع، وعلى هذا فيسقط ما استشكله بعض بأن الضرر لا يطرد في جميع
الغرامات، لأنه ليس المقام مقام التمسك بقاعدة نفي الضرر رأساً " اطردت أو لا تطرد.
وحاصل الكلام: أن قاعدة الضرر لو كان مثبتة للحكم لما استقام حجر على حجر ولزم
تأسيس فقه
جديد ولزم تدارك كل خسارة من بيت المال أو من الأغنياء وبعض الأعاظم ممن
عاصرناهم.
وإن أفتي بجواز طلاق زوجة الغائب لرفع ضرر الزوجة استناداً إليها ولكن لا يمكنه الالتزام
بتشريع
الاحكام حتى فيمن تضرر بالمال وخسر في التجارة مع أن المسألتين من واد واحد، ومن
جوز من
الأصحاب ذلك فإنما هو للاخبار الواردة في المقام، لا لان الصبر ضرر عليها. (ج ١ ص
٢٩٣)
(٣٨) الطباطبائي: وإذ على الأول يكون الدلالة بالفحوى، وعلى الثاني يكون مما نحن فيه
ووجه

كونه على الأول بالفحوى انه إذا كان الحكم جواز الرجوع فيما قابله نفع وهو المسألة
الثانية ففيما
نحن فيه مما ليس في مقابله نفع يجوز الرجوع بالأولى. (ص ١٤٩)

(٤٠٤)

وأما السكوت عن رجوع المشتري إلى البائع في بعض الاخبار، فهو لعدم كونه مسوقا لذلك.

كرواية زرارة: (في رجل اشترى من سوق المسلمين جارية فخرج بها إلى أرضه فولدت منه

أولادا"، ثم أتاها من يزعم أنها له وأقام على ذلك البينة، قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية، ويعوضه من قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها) (٣٩)

(٣٩) الطباطبائي: إشارة إلى الجواب عما ذكره صاحب الحدائق فإنه اختار في المقام عدم الرجوع

وقال ما حاصله: ان رجوع المشتري على البائع انما يكون في الثمن خاصة واما ما اغترمه في مقابل

استيفاء المنافع أو غيره فلا يرجع، لان رواية زريق مع كونها في مقام البيان ساكتة عن ذلك

ومقتضي الأصول عدم الرجوع.

وحاصل الجواب أولا: انا نمنع كون الرواية في مقام بيان حكم المشتري مع البائع وانما هي في مقام

بيان حكمه مع المالك.

وثانياً: "على فرض التسليم غايته ان السكوت في مقام البيان دليل على العدم حيث لا دليل، لا ان

يكون معارضا للدليل والمفروض ان الدليل على الرجوع موجود وهو ما قدمناه من الاجماع

وقاعدتي الضرر والغرور ورواية جميل.

هذا بالنسبة إلى رواية زريق. واما رواية زرارة فمضافا إلى ذلك، يمكن ان يكون وجه السكوت

فيها عدم التمكن من الرجوع إلى البائع لعدم معرفته. (ص ١٧٩)

النائني (منية الطالب): قد اختار صاحب الحدائق رحمه الله عدم رجوع المشتري إلى البائع في

الغرامة التي اغترمها للمالك مع عدم رجوع تقع إليه، ولازم كلامه عدم رجوعه إليه فيما اغترمه في

مقابل المنافع التي استوفاهما بطريق أولي، ومستنده سكوت الاخبار الخاصة عن الرجوع إلى البائع

كخبر زريق ورواية زرارة مع أنها في مقام البيان.

ولا يخفى أن إحراز كونها في مقام البيان من جميع الجهات مشكل، بل الظاهر كونها مسوقة لجواز

رجوع المالك إلى المشتري لا رجوع المشتري إلى البائع.

ورواية زريق، قال: (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام يوما " إذ دخل عليه رجلان، فقال أحدهما: إنه كان على مال لرجل من بني عمار، وله بذلك ذكر حق وشهود، فأخذ المال ولم

أسترجع عنه الذكر بالحق، ولا كتبت عليه كتابا "، ولا أخذت منه براءة بذلك، وذلك لأنني وثقت به، وقلت له: مزق الذكر الحق الذي عندك، فمات وتهاون بذلك ولم يمزقه، وعقيب هذا

طالبني بالمال وراثته وحاكموني وأخرجوا بذلك ذكر الحق، وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم، فأخذت بالمال، وكان المال كثيرا "، فتواريت عن الحاكم، فباع علي قاضي الكوفة معيشة

لي وقبض القوم المال، وهذا رجل من إخواننا أبتلي بشراء معيشتي من القاضي. ثم إن ورثة الميت أقروا أن أباهم قد قبض المال، وقد سألوه أن يرد علي معيشتي ويعطونه الثمن في أنجم معلومة، فقال: إني أحب أن أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن هذا. فقال الرجل - يعني المشتري - : كيف أصنع جعلت فداك؟ قال: تصنع أن ترجع بمالك علي

الورثة، وترد المعيشة إلى صاحبها وتخرج يدك عنها. (٤٠)

قال: فإذا فعلت ذلك، له أن يطالبني بغير هذا؟

قال: نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة من ثمن الثمار، وكل ما كان مرسوما في المعيشة يوم اشتريتها يجب أن ترد ذلك، إلا ما كان من زرع زرعته أنت، فإن للزارع إما قيمة الزرع، وإما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل ذلك كان ذلك له، ورد

عليك القيمة وكان الزرع له. (٤١)

(٤٠) الطباطبائي: ان في موضع نصب علي المفعولية بعد تأويله إلى المصدر. (ص ١٧٩)

(٤١) الإيرواني: التقييد بما كان مرسوما " في المعيشة ليس لاجل اخراج عوائد المعيشة غير المرسومة

يوم الاشتراء والظاهرة بعد ذلك من أعيان الأصول المرسومة في المعيشة، فان كل ذلك مضمون بل

لا جل اخراج عوائد الأصول غير المرسومة التي حصلت فيها بفعله من زرع وغرس فان الثمار

تابعة للأصول والأصول للبذور وقد صرح بذلك في ذيل العبارة. (ص ١٤٧)

قلت: جعلت فداك! فإن كان هذا قد أحدث فيها بناء أو غرساً؟ قال: له قيمة ذلك، أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه. قلت: أرأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء؟ فقال: يرد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها على صاحبها ورد البناء والغرس وكل محدث إلى ما كان، أو رد القيمة كذلك، يجب على صاحب الأرض كلما خرج منه في إصلاح المعيشة، من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة، ودفع النوائب عنها كل ذلك فهو مردود إليه. (٤٢) وفيه: - مع أنا نمنع ورودها إلا في مقام حكم المشتري مع المالك - : إن السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل (٤٣)

الزرع والغرس قيمة عدل فيعطيه الغارس وان كان استأمره، فعليه الكري وله الغرس والزرع يقلعه ويذهب به حيث شاء.) لكن لا عامل بها، مع أن نسختها مختلفة ففي التهذيب والفقهاء هكذا: (فيعطيه الغارس ان كان استأمره في ذلك ولو لم يكن استأمره في ذلك، فعليه الكراء وله الغرس والزرع الخ) نعم حكى عن ابن الجنيد العمل بها وهو شاذ. واما النبوي: (من زرع ارض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شئ وله نفقته.)، فليس من طرفنا بل هو عامي ضعيف. وكيف كان، فتمام الكلام في محل آخر والغرض: ان ظاهر الرواية ليس مخالفاً " للقواعد فتدبر. (ص ١٨٠) (٤٢) الطباطبائي: هذا إذا كان شيئاً موجداً أو كان المشتري جاهلاً ببطلان البيع والا فمع فرض علمه بكون الأرض للغير لا يستحق عوض ما خرج منه في اصلاح المعيشة مما ليس إلا من قبيل زيادة الأوصاف، فإنهم ذكروا في باب الغصب انه لو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب كتعليم الصنعة وخياطة الثوب ونسج الغزل وطحن الطعام رده ولا شئ له لعدم احترام عمله. (ص ١٨٠) (٤٣) الإيرواني: بعد تسليم أصل الظهور لم لا يعارض؟! إلا أن يكون الظهور مراعي بعدم الدليل والبيان ولو كان ذلك بعد مقام البيان فلا يكون ظهور بعد مجئ البيان أو يدعي قوة نوعية لدلالة النطق بالنسبة إلى دلالة السكوت كما يدعي مثله في المنطوق بالنسبة إلى المفهوم. (ص ١٤٧)

(٤٠٩)

مع أن رواية زرارة ظاهرها عدم التمكّن من الرجوع إلى البائع (٤٤)، مع أن البائع في قضية زريق هو القاضي، فإن كان قضاؤه صحيحاً لم يتوجه إليه غرم، (٤٥) لأن الحاكم من قبل الشارع ليس غاراً من جهة حكمه على طبق البيئة المأمور بالعمل بها،

النائني (المكاسب والبيع): هذا إشارة إلى الجواب عما ذهب إليه صاحب الحدائق قدس سره: من

عدم رجوع المشتري إلى البائع فيما يغترمه المالك مع حصول نفع له في مقابله ويلزمه الحكم بعدم

الرجوع فيما يغترمه في مقابل المنافع المستوفاة بطريق أولي، واستدل له بسكوت الاخبار الخاصة

الواردة في رجوع المالك إلى المشتري عن رجوع المشتري إلى البائع مع كونها في مقام البيان

فيكشف عن عدم حق له عليه. هذا ولا يخفى ما فيه،

أما أولاً: "فلان تلك الأخبار ليست في مقام بيان حكم المشتري بالنسبة إلى البائع وإنما هي واردة في

مقام حكمه مع المالك فليس لها إطلاق حتى يتمسك به لنفي رجوعه إلى البائع. وأما ثانياً: "فلانه على فرض تسليم الإطلاق، فليس إطلاقها أعظم من بقية المطلقات القابلة

للتقييد

بعد وروده، فيقيد إطلاقها بما يدل على رجوع المغرور إلى الغار، وهذا هو المراد المصنف قدس سره

من قوله: (ان السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل). (ج ٢ ص ٢٧٨)

(٤٤) الإيرواني: لمكان قوله فخرج بها إلى أرضه وفي دلالة نظر.

نعم، قد يظن بذلك ظناً "خارجياً" سيما مع عدم تعرضها للرجوع إلى أصل الثمن أيضاً "مع أنه لو كان

له حق الرجوع كان هذا مقام التنبيه عليه لئلا يفوت عنه الحق. (ص ١٤٧)

(٤٥) الإيرواني: معلوم انه لا يضيع حق أحد وما أخطأه القضاء من بيت المال، كما أن الشهود لو

رجعوا عن شهادتهم أو كذب المدعي نفسه غرموا والرواية بسكوتها دلت على عدم جود غارم، بل

صرحت في ذيلها بأن الغرامة على المالك. (ص ١٤٧)

وإن كان قضاؤه باطلا " - كما هو الظاهر - فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف وتصرفه في أمور المسلمين، فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له. (٤٦)

(٤٦) الطباطبائي: وهذا محل منع كيف! والا لم يكن وجه لرجوعه على المالك بعوض ما خرج منه في اصلاح المعيشة كما أشرنا اليه آنفا " ولم يكن له قيمة الغرس والزرع بل كان للمالك إزالتهما بلا عوض، لأنه ليس لعرق ظالم حق فتدبر. (ص ١٨٠)
الأصفهاني: بل الظاهر من قول السائل: (وهذا رجل من إخواننا ابتلي بشراء معيشتي من القاضي).
أنه كان جاهلا بأنه مال الغير، وأنه باعه قاضي الجور جريا على قضاؤه، إذ ليس كل ما يتصرف فيه شخص القاضي ويصدر منه معاملة تحمل على تصرفاته القضائية، ليكون العلم ببطلان قضاؤه

مساوقا للعلم ببطلان تصرفاته. (ج ٢ ص ٣٠١)
الإيرواني: لا تختلف الحال بالعلم والجهل بالحكم كما لا تختلف بالعلم والجهل ببطلان بيع الغاصب وإنما تختلف الحال بالعلم والجهل بالموضوع وان القاضي مخالف فيفرق بين من إعتقد بأن القاضي من أهل الحق ثم بان خطأه وبين من علم بكونه مخالفا ".
والظاهر في مورد الرواية علم المشتري بأن القاضي من المخالفين، لكن مجرد هذا العلم لا يوجب العلم بفساد بيعه فلعله إحتمل ان المعيشة كانت له أو إحتمل بأن صاحب المعيشة أيضا كان من المخالفين ويعتقد نفوذ حكم القاضي في حقه فجري على ذلك من باب الزموم بما التزموا به. (ص ١٤٧)

وأما الثاني، وهو ما غرمه في مقابل النفع الواصل إليه من المنافع والنماء، ففي الرجوع بها خلاف، أقواها الرجوع، وفاقا للمحكي عن المبسوط والمحقق والعلامة في التجارة والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم، وعن التنقيح: أن عليه الفتوى، لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهرا في من قدم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله. (٤٧)

(٤٧) الطباطبائي: (أولا " : ظاهر قوله: في مقابل النفع الواصل): ان ما فات تحت يده من المنافع من جهة مسامحته وتقصيره داخل تحت ما سبق مما ليس في مقابله نفع، فالمناط الاستيفاء وعدمه وقد صرح بذلك في المسالك على ما حكى عنه في باب الغصب. (ثانيا "): حكى القول الآخر (اي القول الغير الأقوى) عن الخلاف وموضع من المبسوط والسرائر وكشف الرموز وهو الظاهر من الرياض ومال اليه في الجواهر في باب الغصب وان ظاهره في المقام هو القول الأول وقد عرفت: ان مختار صاحب الحدائق عدم الرجوع في المسألة السابقة فهنا بالأولى، بل هو صريح كلامه. هذا، وفصل صاحب المستند بين صورة كون البايع عالما بأنه ملك الغير فيرجع وبين صورة جهله فلا يرجع، مع أنه في المسألة السابقة حكم بالرجوع مطلقا "، ونظره في ذلك إلى عدم صدق الغرور الا مع علم البايع فمقتضى الأصل عدم الرجوع في صورة الجهل وانما قال به مطلقا " في السابقة من جهة اطلاق موثقة جميل وظاهر الاجماع، قال: (ولولاهما لما قلنا هناك الا في صورة العلم، وعدم القول بالفصل بين الصورتين غير معلوم). ثم لا يخفى ان مقتضى القاعدة جواز رجوع المالك إلى كل من البايع والمشتري لثبوت يد كل منهما على العين ولازمه ذلك، بل لو لم يكن العين في يد البايع وانما باعه بعنوان انه له واذن المشتري في اخذه والتصرف فيه كان للمالك الرجوع على كل منهما. اما المشتري فثبوت يده واما البايع فلتسببه لذلك. والحاصل: ان للمالك الخيار في الرجوع إلى أيهما شاء وانما الخلاف في أن قرار الضمان بالنسبة إلى ما حصل في مقابله نفع للمشتري على البايع أو عليه فلازم القول الأول انه لو رجع المالك إلى

ويؤيده: قاعدة نفي الضرر، فإن تغريم من أقدم على إتلاف شيء من دون عوض مغرورا من آخر بأن له ذلك مجانا"، من دون الحكم برجوعه إلى من غره، في ذلك ضرر عظيم ومجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر. (٤٨)

لقاعدة نفي الضرر وأيضا " بأوسع من موارد قوة السبب وهو الغار قوة موجبة لكون الغار هو المتلف الضامن بقاعدة (من أتلّف) وأخرى في صغري هذه القاعدة وصغري قاعدة نفي الضرر.

أما الكلام في الكبرى، فمع تسليم انعقاد الاتفاق على هذه القاعدة أو استنباطها من الأخبار الواردة

في الموارد الجزئية، فالقدر المتيقن المنعقد عليه الاجماع أو المستنبط من الاخبار هو الرجوع إلى الغار

في مورد حصول الضرر بفعله، بل ظاهر العبارة المعروفة المغرور يرجع إلى من غره المنسوبة إلى

الرواية أيضا " هو الرجوع إليه فيما أورده من النقص والضرر بفعله لا مجرد تفويته للنفع فضلا " عما

لم يفوت نفعاً " أيضا " وعلى ذلك كفي مدركا " للمقام أدلة نفي الضرر.

وأما الكلام في الصغرى، فصغري الغرور وان عمت وشملت موارد الضرر وكذا موارد تفويت النفع

وموارد الخلو عن الامرين إلا أنه بعد عدم ثبوت المدرك للقاعدة في غير مورد الضرر انحصر

مصادق القاعدة المعتمدة بمورد الضرر ولا ضرر فيما إذا حصل نفع للمغرور بإزاء غرامته، فان الضرر

هو النقص ولا نقص فيما إذا سد مال مسد آخر، ولذا لا تعد المعاملات ضرورية إذا كانت بضمن المثل

وحصول التبديل في المقام قهرا " لا يوجب أن يكون ضرا " .

نعم، إذا كان النفع العائد بإزاء الغرامة نفعاً " لا يليق بحاله بحيث عد دفع المال منه بإزاء ذلك النفع

سفها " لقلّة بضاعته كأن يصرف من لا يملك قوت يومه فواكه المترفين دخل ذلك في الضرر، فيفصل

حينئذ في الرجوع على الغارمين ما اغترمه بإزاء ما حصل له من حاجاته مثل ما صرفه في المقام من

حنطة البستان وبين ما اغترمه بإزاء غير ذلك من الثمار والفواكه غير اللائقة بحاله. (ص ١٤٧)

(٤٨) الطباطبائي: كان الأولى أن يقول: (ويدل عليه)، وذلك لأنه بعد صدق الضرر لا مانع من

التمسك بقاعدته ولو نوقش في صدقه لا وجه لجعلها مؤيدة أيضا " . والمفروض ان

المصنف بان على
صدقه فلا وجه للتعبير المذكور فتدبر. (ص ١٨٠)
(٤١٤)

وكيف كان، فصدق الضرر وإضرار الغار به مما لا يخفى، خصوصا في بعض الموارد.
فما في الرياض من: أنه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر
المفقود
في المقام، لوصول العوض إلى المشتري، لا يخلو عن شيء. (٤٩)

البايع للمالك، والكلام في اسناد موضوع ضرري إلى البايع بحيث يوجب رجوع المشتري
إليه.
وأما الخسارة المترتبة على اتلاف المشتري التي هي ضرر عليه فاستنادها إلى البايع يحقق
إضرار
البايع للمشتري، ورفع حكمها يوجب ضمان البايع للمشتري، إلا أن نفس الخسارة - التي
هي
موضوع ضرري - لا ترتب لها على الاتلاف ترتب المسبب على سببه، حتى تكون
الخسارة مسببة
عن الاتلاف المسبب عن فعل البايع، بل المترتب على الاتلاف حكم الشارع بأداء
الخسارة لا
نفسها، فلو فرض تسبب من البايع إلى الاتلاف لم يكن منه تسبب إلى الخسارة ليكون
إضرارا
خارجيا منه، ولا يعقل تسببه إلى الحكم شرعا بالضمان، بل لو فرض ترتب الخسارة على
الاتلاف
لم يكن تسبب من البايع إلى الاتلاف، إذ ليس ترتب الاتلاف على البيع ترتب المسبب
على سببه،
بل فعل اختياري للمشتري من دون أن يكون انقذاح الداعي إليه في نفس المكلف بدعوة
من
البايع، بل لو فرض جعل الداعي منه لم يكن مجرد جعل الداعي محققا للتسبب، فلا إضرار
من البايع على
المشتري بوجه أصلا، ومنه يتضح أنه لا تكون قاعدة نفي الضرر بنفسها دليلا لرجوع
المشتري إلى البايع ولا مدركا لقاعدة الغرور. (ج ٢ ص ٣٠٠)
(٤٩) النائيني (المكاسب والبيع): هذا إشارة إلى الجواب عما ذهب إليه صاحب الرياض
قدس سره
من عدم رجوع المشتري إلى البايع فيما يغترمه في مقابل المنافع المستوفاة، واستدل له بان
الدليل
على قاعدة الغرور هو قاعدة الضرر وهي منتفية فيما يغترمه مما حصل له نفع فإذا لم يكن
ضرر
على المشتري فلا رجوع.
ولا يخفى ما فيه، وذلك لما عرفت من: ان دليل قاعدة الغرور ليس قاعدة نفي الضرر، بل
الدليل
عليها هو النبوي المنجبر بالعمل، وما يستفاد من مطاوي ما ورد في أبواب النكاح والبيع

من رجوع

(٤١٦)

مضافا إلى ما قيل عليه: من منع مدخلية الضرر في قاعدة الغرور.

(٥٠) المغرور إلى الغار المعلل في بعضه بأن الغار مدلس كما تقدم وكون القاعدة من صغريات قاعدة

التسبيب بالنسبة إلى الضمان وإن لم يكن من مورد التسبيب بالنسبة إلى الفعل حسبما بيناه. ولو كان الدليل على القاعدة هو قاعدة نفي الضرر للزم الحكم بعدم جواز الرجوع إليها أصلا لما

قدمناه من عدم دلالة نفي الضرر على جواز الرجوع، حيث إنه متكفل لنفي الحكم في المورد الذي

يلزم منه الضرر لا لإثباته في المورد الذي يلزم من عدمه الضرر. (ج ٢ ص ٢٧٧) الطباطبائي: قال فيها: (والقول بعدم الرجوع أوفق بالأصل مع عدم معلومية صلوح المعارض

للمعارضة بناء على عدم وضوح دليل على ترتب الضمان على الغار بمجرد الغرور، وإن لم يلحقه

ضرر كما في ما نحن فيه بمقتضي الفرض لاستيفائه النفقة في مقابلة ما غرمه والاجماع على هذه

الكلية غير ثابت بحيث يشمل مفروض المسألة.

نعم، ربما يتوجه الرجوع حيث يتصور له الضرر بالغرور كما اخذت منه قيمة المنافع أزيد مما يبذله

هو في مقابله من غير ملكه انتهى.) (ص ١٨٠)

(٥٠) الطباطبائي: القائل صاحب الجواهر حيث إنه بعد ما نقل عبارة الرياض في كتاب الغصب،

قال: (وان كان ما ذكره لا يخلو من نظر ضرورة عدم مدخلية التضمين بقاعدة الغرور في حصول

الضرر وعدمه بل هو من باب قوة السبب على غيره ولو المباشر.) انتهى

هذا، ولكنه قال في موضع آخر في مقام البحث عن ضمان المكروه وعدمه: (بل قد يقال: ان القاعدة

يقتضي اختصاص الضمان بالمباشر الذي هو المكروه والمغرور وان اثم المكروه والغار لاستقلال المباشر

بالاتلاف ولكن ضمنا للدليل لا لقوة السبب على المباشر المخصوصة بما إذا كان الاسناد حقيقية

للسبب دون المباشر الذي هو كالرياح والشمس بل قد يقال بشمول قوله كل مغصوب مردود له

وان كان مكروها على تناول المنصوب والتصرف فيه.) انتهى.

ويظهر من هذا الكلام اعترافه بما أورد عليه المصنف قدس سره في قوله (في الذيل): (واما قوة السبب

على المباشر فليست بنفسها دليلا الخ) ولولا هذا الاعتراف منه قدس سره لحملت كلامه

بل هي مبنية على قوة السبب على المباشر. لكنه لا يخلو من نظر، لأنه إنما يدعي إختصاص

دليل الغرور من النصوص الخاصة والاجماع بصورة الضرر. وأما قوة السبب على المباشر، فليست بنفسها دليلا على رجوع المغرور، إلا إذا كان السبب

بحيث استند التلف عرفا إليه، كما في المكروه وكما في الريح العاصف الموجب للاحراق، والشمس الموجبة لإذابة الدهن وإراققتها. (٥١)

(٥١) الطباطبائي: ظاهر الأصحاب وان كان ما ذكره المصنف قدس سره من عدم الرجوع على

المكروه بالفتح أصلا " الا ان التحقيق خلافه وان حاله حال المغرور في تخيير المالك في الرجوع إلى

أيهما شاء غايته كون قرار الضمان على المكروه إذ لا فرق بينهما أصلا " ودليل الضمان وهو اليد

والاتلاف لا مانع من اجرائه بالنسبة إلى المباشر أيضا واما وجه كون القرار على المكروه فلانه

السبب في ضمان المكروه كما أشرنا إليه آنفا "

واما ما ذكره وجهها " لفتوى المشهور من: ان المباشر بمنزلة الآلة فهو كما تري! والا ففي المغرور أيضا

كذلك، وكذا الوجه الآخر من أن الاخذ ظاهر في الاخذ الاختياري، إذ فيه أولا " المنع، وثانيا ان الدليل

غير منحصر في قاعدة اليد بل قاعدة الاتلاف أيضا جارية وهي شاملة لجميع الأقسام حتى الاتلاف

حال الغفلة والنوم ونحوهما. واضعف من الوجهين التمسك بحديث الرفع بدعوى أنه كما يرفع

الحكم التكليفي يرفع الوضعي، لان لازمه كونه كذلك بالنسبة إلى الخطاء والنسيان أيضا ولا يقولون

به ودعوى خروجهما بالدليل كما تري! فالتحقيق ما ذكرنا من شمول دليل الضمان لكل من

السبب والمباشر الا ان الأول لما كان سببا " لضمان الثاني كان له الرجوع عليه القاعدة التسبب

المستفادة من قاعدة الضرر.

هذا واختار صاحب الجواهر أيضا ما ذكرنا من التخيير وكون القرار على المكروه.

وحاصل ما يظهر منه في وجهه هو: ان مقتضى القاعدة اختصاص الضمان بالمباشر الا ان مقتضى

حديث الرفع عدم ضمانه، لأنه شامل للحكم التكليفي والوضعي ولازم ذلك جواز رجوعه على السبب فيكون المكروه بالكسر بعد ذلك بمنزلة من تلف المال في يده في الأيادي

والمتجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلا كما نسب إلى ظاهر الأصحاب في المكره

لكون المباشر بمنزلة الآلة وأما في غير ذلك فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج إلى دليل مفقود فلا بد من الرجوع بالآخرة إلى قاعدة الضرر أو الاجماع المدعي في الايضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى أو بالاخبار الواردة في الموارد المتفرقة (٥٢)

ووجه الدفع هو ان ما يمنع التمسك به انما هو التسبب على الفعل الذي عرفت أنه لا ضمان فيه

على المباشر، وما يتمسك به هو التسبب على الضمان الذي يكون الضمان على المباشر، وقاعدة

الغرور من صغريات هذه القاعدة، حيث إن التسبب بهذا المعني غالبا يكون مع تغيير السبب

المباشر التفكيك أيضا كما في مورد التماس المديون ضمان ديته فإنه تسبب بلا تغيير من الملتمس.

وبالجملة فالتسبب بهذا المعني يكون مدركا لقاعدة الغرور فمقتضى قاعدة الغرور الثابتة بالأدلة

المتقدمة هو صحة رجوع المشتري إلى البايع في جميع الصور الأربع أعني ما إذا اغترم في مقابل ما لم

يحصل له نفع كطم البئر واحداث البناء ونحوه، وما إذا اغترم في مقابل النفع الواصل اليه وما إذا

اغترم في مقابل العين من زيادة القيمة على الثمن، وما إذا اغترم في مقابل المنافع الغير المستوفاة

الذي لم يذكره المصنف في الكتاب بناء على ما تقدم منه من عدم الضمان فيه ولكن التحقيق لما

كان هو الضمان فيه فيرجع المشتري به إلى البايع أيضا بعد الاغترام. والحاصل: ان قاعدة الغرور تقتضي رجوع المشتري إلى البايع في كلما يغترمه للمالك إلا

الثمن الذي يدفعه اليه حيث حصل له في مقابله المثلن الذي اقدم على ضمانه.

وبعبارة أخرى: قاعدة الغرور موجبة للرجوع في كل ما لا اقدام فيه من المشتري على الضمان وهو

ما عدا الثمن الذي دفعه إلى البايع فبالنسبة إلى أصل الثمن اقدام منه على الضمان ففيما عداه لا

اقدام منه عليه بل انما يضمن بتسبب من البايع الغار فيرجع اليه هذا حكم الأقسام على الاجمال،

ولكن وقع الخلاف في كل واحد منها قد أشار اليه المصنف ونشير اليه في موقع ذكره. (ج ٢ ص ٢٧٣)

(٥٢) الإيرواني: يعني لا بد لمن يضمن الغار بملاك قوة السبب المختص على ما عرفت
بقوة خاصة ان

(٤٢٩)

أو كون الغار سببا في تغريم المغرور فكان كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ بشهادته ولا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه أما الأخير فواضح (٥٣)

يرجع فيما عدا موارد هذه القوة الخاصة من سائر موارد الغرور إلى أحد ما ذكر من الأدلة والمراد من إجماع الايضاح هو مطلق القوة كما هو ظاهر لفظه وإلا كان ذلك كرا " على ما فر. ويكون مقتضى هذا الاطلاق الذي أخذ في عبارة الاجماع تضمين السبب من باب التعبد ولمكان هذا الاجماع لا من باب القاعدة وصدق المتلف على السبب، لان ذلك باطلاقه غير تام كما عرفت. (ص ١٤٨)

الطباطبائي: لا يخفى ما فيه من عدم حسن البيان فإنه إذا ناقش في دليل الغرور باختصاص الاجماع والاحبار بصورة الضرر المفروض عدمه في المقام حيث إن الكلام مع قطع النظر عن صدقه فإنه يتكلم على قوله مضافا إلى ما قيل عليه الخ وناقش أيضا في دلالية قوة السبب على المباشر كيف يسوغ له ان يتمسك بعد ذلك بالاجماع المدعي في الايضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى

بالاحبار الواردة في الموارد المتفرقة بل وبقاعدة الضرر فتدبر. (ص ١٨٠) (٥٣) النائيني (المكاسب والبيع): المراد بهذا التسبيب هو التسبيب بالنسبة إلى الضمان، وقد مر

الفرق بينه وبين التسبيب بالنسبة إلى الفعل فراجع. (ج ٢ ص ٢٧٠) الإيرواني: وذلك غير أن يكون سببا في إثبات الموضوع والفعل المترتب عليه الضمان الذي تقدم

إختصاص تغريم السبب فيه بقوة السبب قوة عد انه المتلف، والرجوع إلى السبب بهذا المعني أعني

سبب توجه حكم الضمان من الشارع من غير توسط فعل من العبد كشاهد الزور يحتاج إلى دليل

تعدي آخر، ولذا يتمسك له بما ورد في تغريم شاهدي الزور ويمكن إدراج ذلك تحت القاعدة فان

الضمان وتلف المال ولو تلفا شرعيا يكون بفعل السبب فيندرج تحت قاعدة من أتلف. (ص ١٤٨)

وأما الأول فقد عرفته وأما الاجماع والابخار فهما وإن لم يردا في خصوص المسألة إلا أن تحققها في نظائر المسألة كاف فإن رجوع آكل طعام الغير إلى من غره بدعوى تملكه وإباحته له مورد الاجماع ظاهرا ورجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزور مورد الابخار ولا يوجد فرق بينهما وبين ما نحن فيه أصلا (٥٤)

(٥٤) الطباطبائي: كرواية جميل عن الصادق عليه السلام في شاهد الزور قال: (ان كان الشئ قائما بعينه رد على صاحبه وإن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل) ومرسله عن أحدهما: (في الشهود إذا شهدوا على رجل ثم رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموه) الحديث وحسن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام: (قال قضي أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلا انه سرق فقطع يده حتى إذا كان بعد ذلك جاء شاهد ان برجل آخر فقلا هذا السارق وليس الذي قطعت يده انما اشتبهنا ذلك بهذا فقضي عليهما ان غرمهما نصف الدية ولم يجز شهادتهما على الآخر) ومرسل ابن محبوب عن الصادق عليه السلام: (في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا ثم رجع أحدهما بعد ما قتل الرجل فقال عليه السلام ان قال الراجع أوهمت ضرب الحد واغرم الدية وان قال تعمدت قتل) إلى غير ذلك من الابخار الكثيرة. هذا، ولكن لا يخفى ان هذه الأخبار انما يكون دليلا على ضمان السبب من جهة كونه سببا لا على ضمان المغرور ورجوعه على الغار كما هو المدعي فتدبر. (ص ١٨١) الإيرواني: رجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزور داخل تحت عنوان كون الغار سببا لتغريم المغرور ولو من دون صدور فعل من المغرور فعلا " موجبا " للضمان وهو عنوان الدليل الأخير من الأدلة التي حكم بلا بدية الرجوع إلى أحدهما، فالأولى ان يراد من الأخبار الواردة في الموارد المتفرقة وهي الثالث من الأدلة التي حكم بلا بدية الرجوع إلى أحدها الأخبار الواردة في التدليس في النكاح وان المهر على المدلس. (ص ١٤٨)

وقد ظهر مما ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه كما في كلام بعض حيث عدل في رد مستند المشهور عما في الرياض من منع الكبرى إلى منع الصغرى (٥٥) فإن الانصاف ان مفهوم الغرور الموجب للرجوع في باب الاتلاف وإن كان غير منقح إلا أن

المتيقن منه ما كان إتلاف المغرور لمال الغير وإثبات يده عليه لا بعنوان أنه مال الغير بل قصده إلى إتلافه مال نفسه أو مال من أباح له الاتلاف (٥٦) فيكون غير قاصد لاتلاف مال الغير (٥٧)

وأما الخبر المنسوب إلى سيد البشر صلي الله عليه وآله وهو المغرور يرجع إلى من غره فقد قيل

إنه مروى وضعفه منجبر باستناد الأصحاب إليه كثيرا، إلا أن أصل روايته غير معلوم، واستناد

الأصحاب إلى قاعدة الغرور معروف مشهور، وأما استنادهم إلى الخبر حتى ينجبر به فهو غير معلوم،

ومجرد مطابقة عملهم لمضمون الخبر غير موجب لانجباره فتدبر. (ج ٢ ص ٣٠٤) (٥٥) الطباطبائي: (ذلك البعض) هو صاحب الجواهر في كتاب الغصب لكنه امر بعد ذلك بالت

حيث قال بعد العبارة التي نقلناها عنه في الرد على سيد الرياض نعم انما المتجه ما ذكرناه من منع

تحقق الغرور الذي يترتب عليه الضمان إذ السلم منه ما يترتب فعل الغير على فعله من حيث المجانية ابتداء كالإباحة والهبة والعارية ونحوها بخلاف ترتب فعل المشتري هنا على زعم كونه

مالكا الحاصل من وقوع عقد البيع مع البايح خصوصا مع جهل البايح بالحال كالمشتري فت انتهى

(٥٦) الإيرواني: مقتضى ذلك عدم الرجوع إلى الغار إذا أتلّف مال نفسه بتغرير الغار واطهاره ان

المال لنفسه وقد اذن في اتلافه مع شمول القاعدة له ولما هو أوسع منه مثل ما إذا وعده ببذل مقدار

خاص في كل شهر فصرف الموعود له ما يملك موسعا " على نفسه اتكالا " على الوعد ثم لم يف ذلك

بالوعد أو أخبر ان هذا اليوم يوم عيد فقام المغرور بمصارف العيد أو افطر ثم ظهر كذبه إلى غير ذلك

من الأمثلة والموارد التي لا يظن بالفقيه الالتزام به. (ص ١٤٨) (٥٧) الأصفهاني: فاليد والاتلاف وإن لم يتوقف سببتهما لأصل الضمان على القصد، فضلا عن

القصد إلى إثبات اليد على مال الغير وإتلافه بعنوان أنه مال الغير، إلا أنه حيث لا قصد له إلى عنوان مال الغير فيده يد المغرور، وإتلافه إتلاف المغرور فيرجع إلى من غره، فعدم القصد إلى العنوان محقق للغرور الموجب للرجوع إلى الغار، لا أن نقيضه دخيل في تحقق سبب الضمان باليد

والإتلاف، حتى يقال بأن الكلام في الرجوع لا في عدم الضمان، مع أنه لا يعتبر القصد فضلا عن القصد إلى العنوان في إيجاب اليد والإتلاف للضمان. (ج ٢ ص ٣٠٥) (٥٨) الإيرواني: إذا شابه المكره في عدم القصد جاء الأشكال المتقدم من لزوم عدم تغريم المغرور وتوجه الغرامة إلى الغار ابتداء بعنوان قوة السبب وكونه هو المتلف ولا يلتزم المصنف وغيره بذلك. (ص ١٤٨)

الأصفهاني: الظاهر أنه يشبه المكره في أن المكره بهذه الملاحظة يكون مكرها، والمغرور بهذه

مغرورا، غاية الأمر أن المكره قاصد إلى العنوان لكنه لا عن استقلال والمغرور مستقل في القصد لكنه لا إلى العنوان، وجامعه عدم الاستقلال في القصد إلى العنوان، فمتى تحقق هذا الجامع بتسبب من الغير إما بتغريبه أو باكراهه منع عن استقرار الضمان عليه، إلا أن ظاهر عبارته قدس سره -

فيما تقدم من النسبة إلى الأصحاب - أن المكره لا يضمن أصلا لمكان ضعف مباشرته، لا أنه

يضمن ويرجع إلى من أكرهه، فيكون التشبيه لمجرد الشباهة في الجهة المحققة لموضوع الغرور

والإكراه، لا فيما هو الموجب للرجوع، وقد عرفت سابقا إمكان دعوى أن المكره لمكان اللابدية

كآلة للمكره فيكون السبب قويا والمباشر ضعيفا " بخلاف المغرور فإنه لا جعل من الغار للدعوة

حتى يكون الفعل منبعثا عن دعوته، فضلا عن كونه ممن لا بد منه.

وأما مع قطع النظر عن هذه الجهة فرفع ضمان المكره بحديث الرفع مشكل، ولو قلنا بعموم الحديث

لرفع الآثار التكليفية والوضعية، فإن مقتضى الاعتبار أن ما كان القصد والطيب دخيلا في ترتب

الأثر عليه فإذا وقع مكرها عليه رفع عنه أثره، والضمان لا دخل للقصد ولا للاستقلال فيه

هذا كله مضافا إلى ما قد يقال: من دلالة رواية جميل المتقدمة بناء على أن حرية الولد منفعة راجعة إلى المشتري وهو الذي ذكره المحقق احتمالا في الشرايع في باب الغصب بناء على تفسير المسالك وفيه تأمل. (٥٩)

في باب الاتلاف الذي هو سبب للضمان، بل يكفي فيه مجرد الاستناد بخلاف باب المعاملات
المعتبر فيها القصد، فإنها إذا وقعت من غير استقلال في القصد لمكان الاكراه يرتفع أثرها، فالاستناد
في رفع ضمان المكره إلى عدم المقتضي لضعف المباشرة أولى من الاستناد إلى وجود المانع، وهو كونه
مكرها عليه، والاكراه مانع بحديث الرفع فتدبر. (ج ٢ ص ٣٠٥)
(٥٩) الطباطبائي: قال: (وما يغرمه المشتري مما لم يحصل له في مقابله نفع كالنفقة والعمارة فله
الرجوع به على البايع ولو أولدها المشتري كان حرا فيلزم قيمة الولد ويرجع بها على البايع وقيل
في هذه له مطالبة أيهما شاء لكن لو طالب المشتري رجع على البايع ولو طالب البايع لم يرجع على
المشتري ففيه احتمال آخر). انتهى
ويظهر من صاحب المسالك ان مراده من هذا الاحتمال الحاق عوض الولد بما حصل له نفع في
مقابلته لان حرية الولد منفعته عائدة اليه عرفا وفي الجواهر ويمكن ان يريد به احتمال عدم
التخيير
بل يتعين رجوع المالك ابتداء على البايع بناء على كونه الغار كما فيمن قدم إلى غيره طعام
الغير
وأكله ولعل المصنف قدس سره أشار بقوله: (وفيه تأمل) إلى هذا الذي ذكره صاحب
الجواهر، إذ
حينئذ يخرج كلام المحقق عن كونه شاهدا على كون حرمة الولد منفعة راجعة إلى
المشتري ويمكن
ان يكون مراد المصنف قدس سره التأمل في أصل المدعي من كونها منفعة لا في شهادة
كلام المحقق
قدس سره فتدبر. (ص ١٨١)

الإيرواني: قد عرفت معارضة رواية جميل في موردها برواية زرارة المتقدمة.
مضافا^{١١} إلى ورود رواية زرارة الظاهرة بسكوتها في عدم الضمان في المنافع المستوفاة التي
هي
مسألتنا هي فينبغي عدها مخالفة للقاعدتين هنا لا هناك. (ص ١٤٨)

النائبي (منية الطالب): فتحصل مما ذكرنا أمور ينبغي التنبيه عليها،
الأول: أن مورد الرجوع إلى السبب ابتداء غير مورد الرجوع إليه في المرتبة الثانية فان
مورد تعلق
الضمان بالسبب ابتداء لا بالمباشر هو ما إذا لم يكن الفعل مستندا إلى المباشر إما لكونه
غير ذي
شعور كالتاير ونحوه وإما تكون فعله كالعدم كالصبي والمجنون وإما لكونه واجبا عليه
كالحاكم
ومن كان مأمورا من قبله ومورد تعلق الضمان ابتداء بالمباشر ثم بالسبب في المرتبة الثانية
هو ما
إذا كان الفعل صادرا منه بالاختيار من دون إكراه خارجي ولا لزوم شرعي، غاية الأمر كان
غيره
ملقيا إليه في الضمان إما لالتماس الضمان منه وإما لتغيره له مما يوجب الضمان.
الثاني: أن ضمان السبب في القسم الثاني إنما هو بعد أداء المباشر الغرامة.
وأما قبله فلا يؤخذ بالضمان فليس للمغرور مطالبة الغرامة من الغار ابتداء كما أنه ليس
للضامن
مطالبة المضمون عن المضمون عنه في الضمان العقدي وسيجيء في مسألة تعاقب الأيدي،
أن ما يظهر
من بعض عبائر القواعد من: أن للضامن الرجوع إلى المضمون عنه قبل أدائه المضمون إلى
الداين لا
وجه له.
وبالجملة: لو لم يرجع ذو الحق إلى المباشر فليس للمباشر الرجوع إلى من ألقاه في
الضمان وهكذا ليس
للضامن قبل مطالبة الدائن وأخذ الدين منه الرجوع إلى المديون المضمون عنه.
ثم من هذين الأمرين تبين: أن مسألة حكم الحاكم من القسم الأول لا الثاني وأن قاعدة
الغرور من
أحد مصاديق القسم الثاني فان السبب الضمان لا ينحصر في جهل المباشر، فان الضمان
بالالتماس
والضمان في تعاقب الأيدي من موارد القسم الثاني.
الثالث: أن الضمان في القسم الثاني لا ينحصر في موارد الضرر على المباشر، بل يضمن
الغار ما
اغترمه المغرور سواء انتفع أم لا، لان المدار في تحقق الضمان لما يضمنه الغير هو التغير
أينما تحقق

ثم إن مما ذكرنا في حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه في مقابل العين من زيادة القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد، كما لو باع ما يسوي عشرين بعشرة، فتلّف فأخذ منه المالك

عشرين، فإنه لا يرجع بعشرة الثمن، وإلا لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغره في ذلك،

لأنه لو فرض صدق البائع في دعوى الملكية لم يزل غرامة المشتري للثمن بإزاء المبيع التالف، فهذه الغرامة للثمن لم تنشأ عن كذب البائع. وأما العشرة الزائدة فإنما جاء غرامتها من كذب البائع في دعواه، فحصل الغرور فوجب الرجوع. (٦٠)

(٦٠) الإيرواني: هذا إذا لم يكن قد دفع الثمن إلى الفضولي، وإلا فلا إشكال في أنه يرجع إلى ما

دفعه بعنوان ضمان اليد لا ضمان المعاملة وقد تقدم ذلك في صدر المسألة والكلام فعلا " هو ان الذي

ضمنه بالمعاملة إذا أداه إلى المالك لا يرجع بما يساويه على البائع لا قدامه على ضمانه.

نعم، يرجع بالزائد على ذلك أن أداه إلى المالك. (ص ١٤٨)

الطباطبائي: قوله (لا يرجع بعشرة الثمن)، يعني: لا يرجع بمقدار ما يقابل الثمن. واما أصل الثمن، فقد مر حكمه وانه يرجع به عليه إذا دفعه اليه وكان جاهلا مطلقا " ومع البقاء

لو كان عالما

. والحاصل: ان نفس الثمن له ينتقل إلى البائع، بل هو باق على ملك المشتري، فلو لم يدفعه لا يجب

دفعه. ولو دفعه له استرداده إذا كان باقيا واسترداد عوضه إذا كان تالفا " مع جهل المشتري فليس

الكلام في ذلك.

وانما الكلام في أنه إذا اغترم المشتري للمالك بقيمة ماله الذي هو المبيع، فهل له الرجوع بها على

البائع، لان هذه الغرامة انما جاءت من قبل تغريره أو لا يرجع بها، لأنه اقدم على ضمانها أو يفصل

بين المقدار المقابل للثمن فلا يرجع به وبين ما زاد عليه فيرجع به؟

والمصنف قدس سره اختار هذا الوجه وأبطل الوجهين الأولين، اما الأول فبقوله: (والا لزم تلفه من

كيس البائع من دون ان يغره في ذلك الخ.)

ومما ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر في وجه عدم الرجوع من: أن المشتري إنما أقدم على ضمان العين وكون تلفه منه، كما هو شأن فاسد كل عقد يضمن بصحيحه، ومع الاقدام لا غرور، ولذا لم يقل به في العشرة المقابلة للثمن (٦١)

واما الثاني فبقوله: (واما العشرة الزائدة الخ) وما ذكره هو الأقوى، إذ غاية ما يمكن ان يقال به في بيان الوجه الأول هو: ان نفس الثمن قد عرفت أنه ليس محل الكلام.

واما غرامة المشتري للقيمة الواقعية، فقد جاءت بسبب البايع، فيكون كما لو قدم طعام الغير اليه فأكله فإنه وان انتفع بأكل الطعام الا انه إذا رجع مالكة عليه واخذ منه عوضه له ان يرجع به على الغار، ففي المقام أيضا هو مغرور من قبل البايع، فله الرجوع عليه في تمام القيمة. وغاية ما يمكن ان يقال في بيان الوجه الثاني هو: ان المشتري قد اقدم على ضمان المبيع فان

المفروض انه اخذه بعوض لا مجانا ومع اقدمه عليه لا يكون مغرورا في هذا الضمان وهذه الغرامة ففرق بينه وبين مسألة من قدم اليه طعام الغير.

والجواب: انه انما قدم على ضمانه بمقدار ما سمي من الثمن، ففي مقداره مقدم غير مغرور وفي الزائد عليه مغرور، لأنه غير مقدم.

هذا، ولكن الوجه الأول لا يخلو عن قوة، لأنه لم يقدم على هذه الغرامة وانما قدم على دفع الثمن

والمفروض عدم امضاء الشارع له فتأمل. (ص ١٨٢) (٦١) الطباطبائي: حاصل الاشكال: ان الموجب للضمان في سائر العقود الفاسدة انما هو الاقدام عليه

في مقابل المجانية، فإذا اقدم على الضمان في الجملة يكون ضامنا للقيمة الواقعية بالغة ما بلغت وهو

حاصل في المقام، فينبغي ان يكون ضامنا " لتمام القيمة ولا يكون مع ذلك مغرورا " فيها. وبتقرير آخر: ان كان مقدما للضمان فلا غرور وإلا فلا وجه لأصل الضمان. (ص ١٨٢) الرجوع بشئ من القيمة الواقعية، وإذا لم نقل بأنه مقدم فلا ضمان فلا رجوع حيث لا تغرير حيث

الأصفهاني: توضيح الاشكال: أن الغرور والاقدام متبائنان، ولذا لا يرجع على البايع بالمسمي

توضيح الاندفاع: إن الاقدام إنما كان على ضمانه بالثمن، إلا أن الشارع جعل القبض على هذا النحو من الاقدام - مع فساد العقد وعدم إمضاء الشارع له - سببا لضمان المبيع بقيمته

الواقعية، فالمانع من تحقق الغرور و - هو الاقدام - لم يكن إلا في مقابل الثمن، والضمان المسبب

عن هذا الاقدام لما كان لاجل فساد العقد المسبب عن تغير البائع كان المترتب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقرا على الغار، فغرامة العشرة الزائدة وإن كانت مسببة عن الاقدام،

إلا أنها ليست مقدما عليها. (٦٢)

النائبي (المكاسب والبيع): أورد على القول برجوع المشتري إلى البائع فيما يغترمه في مقابل

العين مثل ما إذا كانت قيمة المبيع زائدة على الثمن، فرجع المالك إلى المش تري بالزيادة، بأنه لا

يندرج تحت قاعدة الغرور، وذلك لكون المشتري مقدما على ضمان المبيع غاية الامر انه اقدم

بضمانه بالثمن.

لكن لما لم يسلم له المبيع بعوضه المسمي يكون عليه القيمة الواقعية، وذلك كما في كل عقد فاسد

حيث إن اقدام المشتري فيه على ضمان المبيع بالعوض المسمي يوجب مع فساد العقد ضمانه بالمثل

أو القيمة. (ج ٢ ص ٢٧٩)

(٦٢) الأصفهاني: أما ما أجاب عنه المصنف قدس سره من عدم اقدام على غير المسمي، ولكن

الاقدام على المسمي سبب شرعا لضمان تمام القيمة الواقعية، ف ضمان التمام ليس مقدما عليه لينافي

الغرور، بل أثر الاقدام على المسمي شرعا فلا مانع عن تحقق الغرور فيشبهه الجراف، لان من يقول

ب ضمان التمام بقاعدة الاقدام يجعل الاقدام مضمنا، لا أنه يتوقف تضمينه على دليل آخر على

سببية الاقدام على شئ لضمان شئ آخر غير مقدم عليه، فعلي هذا المبني لا مدفع للاشكال إلا دفع

المبني.

والتحقيق في المقام: هو أن الضمان كلية باقتضاء اليد، والاقدام على الضمان من باب رفع المانع،

حيث إن الاقدام على المجانية مانع عن فعلية مقتضى اليد، فمع الاقدام على الضمان المضاد للاقدام

مجانا لا مانع، وحينئذ نقول المعاملة تارة مع المالك وأخرى مع غير المالك، فإن كانت
مع المالك

(٤٤٢)

هذا كله، مع أن التحقيق - على ما تقدم سابقا " - أن سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض

الواقع لا على وجه الائتمان، وان ليس الاقدام على الضمان علة له مع عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان وإن استدل به الشيخ وأكثر من تأخر عنه، وقد ذكرنا في محله توجيه ذلك بما

يرجع إلى الاستدلال باليد، فراجع. (٦٣) وكيف كان، فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى منه فيما حصل في مقابلته نفع. (٦٤)

(٦٣) النائيني (المكاسب والبيع): يعني: ان مقتضى الضمان في القعد الفاسد هو اليد، وذلك لما

تكرر مرارا " من: ان قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده أسست لبيان تمييز الموارد التي تقتضي

اليد فيها للضمان عما لا تقتضيه وان كل مورد لا تكون اليد أمانيا مجانيًا ". ففيه: الضمان فمورد العقد الفاسد لا تكون اليد أمانيا فيثبت فيه الضمان. (ج ٢ ص ٢٧٨) الطباطبائي: أشار بذلك إلى ما ذكره في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد من: ان من جعل قاعدة

الاقدام دليلا " على الضمان ويحتمل ان يكون مراده: ان الدليل هو اليد وانه لا مانع من تأثيرها من

الاقدام على المجانية حيث إنه اقدم على الضمان لا على المجانية فغرضه منه نفي المانع من مقتضى

اليد لا الاستدلال به مستقلا ". (ص ١٨٣)

(٦٤) الأصفهاني: وجه الأولوية بناء على استناد قاعدة الغرور إلى قاعدة الضرر واضح، إذ الضرر المتدارك بنفع إذا كان مضمونا فالضرر الغير المتدارك أولى بأن يكون مضمونا "، وكذا إن

كانت مستندة إلى إتلاف ما يؤديه المشتري، فإن الخسارة التي لها بدل إذا كانت مضمونة وصدق

عليها الاتلاف فالخسارة التي لا بدل لها متمحضة في الاتلاف فتكون أولى بكونها مضمونة.

وأما إذا استندت إلى أقوائية السبب من المباشر فلا مساواة فضلا عن الأولوية، إذ يتصور أقوائية

السبب في المسألة المتقدمة من حيث إتلاف المنافع باستيفائها، وهنا لا إتلاف بل تلف المال، فلا

استناد إلى المشتري ولا إلى البائع ليكون الثاني أقوى من الأول، وإذا لوحظ استيلاء المشتري على

العين المضمونة وأن استيلاء البائع أقوى.

هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد، ولو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه أولي.
[٦٥]

أكثر من اعتناؤه بالمنافع المحتملة للحصول وعدمه فمع ضمانه لقيمة الزيادة أولي بصدق
المغرورية
بالنسبة إلى ضمان المنافع المحتملة للحصول والعدم فبناؤه على كونها له ليس كبنائه على
كون

زيادة القيمة له من غير عوض آخر فصدق المغرورية في الثاني أولي فتأمل. (ص ١٨٢)
(٦٥) الطباطبائي: وذلك لأن المشتري لم يقدم على ضمان هذه الزيادة أصلاً، فلو سلم
ذلك في

الصورة الأولى لا يسلم في هذه الصورة فهي مثل سائر الغرامات.
والانصاف: ان دليل الغرور متساوي بالنسبة إلى جميع الغرامات من غير فرق بين المنافع
المستوفاة

وغيرها وزيادة القيمة وغيرها من الغرامات الخارجية، فان قلنا: إن الاقدام على الضمان في
الجملة

وبمقدار الثمن مانع عن صدق الغرور فبالنسبة إلى الجميع وإلا فلا فرق الا بمقدار ما يقابل
الثمن

من القيمة - على اشكال قد أشرنا اليه - فلا وجه لهذا الاطناب، وذلك لأنه إذا اقدم على
ضمان

المعين فقد اقدم على أن يكون جميع الواردات عليه اجمالاً فلو كان هذا مانعاً من صدق
الغرور ففي

الجميع وإلا فكذا ذلك. والتحقيق: عدم مانعيته فاستقم. (ص ١٨٣)
الأصفهاني: لان الاقدام على تمام القيمة الواقعية حال الاقدام المعاوضي مما يحتمل هناك
دون ما

نحن فيه، حيث لا معني لاقدامه على ما يتجدد له من القيمة إلى آخر الأبد، فإذا لم نقل
باستقرار

الضمان عليه ورجوعه إلى البايع مع هذا الاحتمال فما نحن فيه الذي لا يتأتي فيه هذا
الاحتمال

أولي حكم ما يغرمه المشتري بإزاء الاجزاء التالفة والأوصاف. (ج ٢ ص ٣٠٩)
الإيرواني: لم يظهر لي وجه هذه الأولوية وتوهم ان مع عدم الزيادة الفعلية حال العقد وان
زاد

بعد ذلك لا يكون إقدام على الضمان بتلك الزيادة ليكون مانعاً " من جريان قاعدة الغرور
فاسد، فان

هذا التوهم سواء صح أم فسد كانت نسبته إلى الصورتين على حد سواء. وما تقدم منا في
تصحيح

هذا التوهم من: ان الاقدام على الضمان بالمسمي إقدام على الضمان بالقيمة الواقعية عند
ظهور

فساد المعاملة مع احتمال الفساد حال العقد لا يختلف فيه الحال أيضا " في الصورتين.
والضابط: زيادة ما ضمنه الشارع من غير خصوصية لأزمة ازدياد القيمة في الخارج. (ص
١٤٨)

(٤٤٧)

هذا كله فيما يغرمه المشتري بإزاء نفس العين التالفة.
وأما ما يغرمه بإزاء أجزائه التالفة، فالظاهر إن حكمه حكم المجموع في أنه يرجع في الزائد
على ما يقابل ذلك الجزء لا فيما يقابله - على ما اخترناه - ويجيء على القول الآخر عدم
الرجوع في تمام ما يغرمه. (٦٦)

النائبي (المكاسب والبيع): إذا لم تكن زيادة القيمة متحققة حين العقد بل كان المبيع
مساويا " مع
الثلث حين العقد وحصلت الزيادة عند المشتري فرجع المالك إلى المشتري بتلك الزيادة
المتحددة
عنده يكون رجوع المشتري بتلك الزيادة إلى البائع أولي، وذلك لعدم تخيل المشتري
اغترام تلك
الزيادة باحتمال فساد العقد لعدم تحققها وقت العقد حتى يتخيل اقدم منه عليها، فيكون
صدق

الغرور بالنسبة إليها أظهر كما لا يخفى. (ج ٢ ص ٢٨٠)
(٦٦) النائبي (المكاسب والبيع): لو تلف بعض اجزاء المبيع عند المشتري يكون حكمه
حكم تلف
الكل، فيرجع المشتري إلى البائع فيما يغترمه من الزيادة على الثلث فيما يقابل ذلك الجزء،
ولا

رجوع له فيما يقابله من الثمن هذا على المختار، وأما على القول الآخر الذي اتضح اندفاعه
لا
رجوع له إليه فيما يغترمه مطلقا"، لا بالنسبة إلى ما يقابل التالف من الثمن ولا بالنسبة إلى
الزائد

عما يقابله من الثمن هذا إذا كان التالف من اجزاء المبيع. (ج ٢ ص ٢٨٠)
الإيرواني: بل الظاهر أن حكمه حكم المنافع في الرجوع في جميع ما يغرمه، وكذا الحال
في جانب
الأوصاف سواء وقع بإزائها الثمن أم لم يقع وكأن توهم عدم الرجوع نشأ من تحقق الاقدام
في
الكتابة منه أو وصف الصحة منه.

نعم، قد يكون إجزاء المعاملة على دفع جزء من الثمن بإزاء التالف جزء " كان أم وصفا"،
فلا غرور
في ذلك الذي أقدم عليه والغرور في الزائد على ذلك أن كان زائدا " ولكن ذلك غفلة عن
انه لم

يحصل إقدام على ضمان ذلك الجزء أو الوصف منفردا"، وإنما حصل ضمانه في ضمن
ضمان المجموع
من حيث المجموع على أن يكون المجموع له بمجموع ذلك الثمن، لا كل جزء بكل
جزء من الثمن

وأما ما يغرمه بإزاء أوصافه، فإن كان مما لا يقسط عليه الثمن - كما عدا وصف الصحة من الأوصاف التي يتفاوت بها القيمة، كما لو كان عبدا كاتباً فنسي الكتابة عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت - فالظاهر رجوع المشتري على البائع، لأنه لم يقدم على ضمان ذلك. (٦٧)

على سبيل الاستغراق وحينئذ فإذا لم يسلم له المجموع بأخذ المالك لماله لم يبق منه إقدام على دفع مقدار من الثمن بإزاء الجزء التالف، كالإصبع من العبد أو كوصف الكتابة منه أو وصف الصحة منه نعم، قد يكون اجزاء المبيع على استقلالها مطلوباً مقصوداً للمشتري، كما إذا اشترى منا " من الحنطة فتلف منه شيء وأخذ المالك البقية بانضمام قيمة التالف، فإنه لا يكون له الرجوع على البائع فيما يساوي مقدار ما أقدم عليه من الثمن بإزاء ذلك التالف ويرجع في الزائد على ذلك المقدار ان كان.

(ص ١٤٩)

(٦٧) الطباطبائي: التحقيق: ان شيئاً " من الأوصاف لا يقسط عليه الثمن في مقام المعاملة حتى وصف الصحة.

نعم، جميعها مما يوجب زيادة الثمن فالثمن في جميع القامات انما يكون في مقابل نفس العين، لا ان

يكون بعضه في مقابلها وبعضه في مقابل الوصف وانما الوصف منشأ لزيادة قيمة العين الموجبة لزيادة جعل الثمن في مقابلها، ولهذا اشتهر: (ان الأوصاف لا يقابل بالأعواض)، كما أن الشروط أيضاً كذلك، وما يقال من: (ان للأجل قسطاً " من الثمن أو للشرط أو الوصف قسطاً " من الثمن)

يراد منه زيادة ثمن العين من جهتها لا مقابلتها في مقام الانشاء، فليس حالها حال الاجزاء وهذا واضح جداً "

ولا فرق بين وصف الصحة وسائر الأوصاف، وثبوت الأرش في خيار العيب لا يدل على مقابلته

بالثمن، كيف! وإلا لكان التخلف مقتضياً لعدم انتقال ما يقابله من الثمن إلى البائع، لا ان يكون

اتمامه له ويكون المشتري مخيراً بين الرد والأرش، بل أقول: ان ثبوت الأرش دليل على عدم المقابلة

ثم إن ما ذكرنا كله من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه - إنما هو إذا كان البيع المذكور

صحيحاً من غير جهة كون البائع غير مالك،

أما لو كان فاسداً من جهة أخرى فلا رجوع على البائع، لأن الغرامة لم تجئ من تغير البائع

في دعوى الملكية، وإنما جاءت من جهة فساد البيع، فلو فرضنا البائع صادقاً في دعواه لم تزل

الغرامة، (٦٨)

غاية الأمر كون المغرور له هو البائع على تقدير الصدق، والمالك على تقدير كذبه فحكمه حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على تقديري صدق البائع وكذبه.

وان كان مما لا يقسط عليه الثمن، فللمشتري ان يرجع إلى البائع فيما يغترمه في مقابل نقصانه،

وذلك لعدم تقسيط الثمن على ذلك الوصف فلم يقدم المشتري بضمانه بشئ من الثمن فيكون

مغروراً " بكل ما يغترمه في مقابله فله الرجوع به إلى البائع الغار. (ج ٢ ص ٢٨٠) الإيرواني: يشكل ذلك فيما إذا كان إقدام المشتري على المعاملة مبنياً " على إعتقاد كون البائع

مالكا " بحيث لو كان يعلم انه غاصب لما كان يقدم - كما هو الغالب -، فان الناس يقدمون على

المعاملات الفاسدة من غير جهة كون البائع غير مالك، ولا يقدمون على الفاسدة من هذه الجهة

غالباً " لما فيه من خوف الابتلاء بمنازعة المالك وأخذه لماله، فضمانه الفعلي الحاصل من فساد العقد

من جهتين مسبب من تغير البائع ودعواه الملكية، فيكون هو الذي أوقعه في شبكة الضمان،

والضابط في صدق الغرور هو هذا وان يستند إقدامه على الضمان إلى تلبيس البائع للامر ومجرد

انه لو كانت الملكية ثابتة له واقعا لم يزل الضمان لا يمنع عن صدق الغرور واستناد الضمان الفعلي

إلى تغير البائع. هذا مضافاً إلى أنه لا تبعد دعوى صدق الغرور مع جهل المشتري بفساد المعاملة

وان كان ذلك عن تقصير. (ص ١٤٩)

(٦٨) النائيني (منية الطالب): اختصاص قاعدة الغرور في المقام بالعقد الذي هو قابل للصحة بإجازة

المالك واضح، فإنه لو لم يؤثر إجازة المالك بان كان العقد فاسداً من جهة فقد سائر الشرائط ووجود

الموانع، فالضمان الحاصل فيه لا يستند إلى التغير، فان الفساد من جهة أخرى هو أسبق
العلل

(٤٥١)

ثم إنه قد ظهر مما ذكرنا أن كلما يرجع المشتري به على البائع إذا رجع إليه، فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رجع عليه، لان المفروض قرار الضمان على البائع. (٦٩)

الاستناد، فتشريك السببين انما هو فيما لم يكن وجود أحدهما مانعا من تأثير الآخر والاستناد اليه

كما في سائر موارد الاجتماع فتدبر. (ص ١٨٣)
الأصفهاني: حاصله: أن سبب الغرامة - إذا كانت المعاملة فاسدة من جهة كون البائع غير مالك -

هو تغريره وكذبه، بحيث لو كان صادقا لما كانت هناك غرامة، بخلاف ما إذا كانت فاسدة من

جهة أخرى، فإنه صادقا كان البائع أو كاذبا تكون المعاملة موجبة للغرامة، فلا أثر لتغريره وكذبه

والتحقيق: أن سبب الغرامة هي اليد بعد عدم عقد صحيح، سواء كان عدم صحته من جهة اختلال

شرط الملك أو اختلال نفس العقد أو سائر الشروط، والتغريب سبب للرجوع لا للغرامة، فاجتمع في

العقد الفاسد الصادر من غير المالك سببان، أحدهما للغرامة والآخر للرجوع، فليس مقتضاهما متحدا

حتى يشتركا في التأثير مع المقارنة، أو يكون التأثير للأسبق منهما مع عدمها، وليس مقتضاهما

متضادين حتى يسقطا عن التأثير بالمقارنة والمساواة ويؤثر الأقوى عند المقارنة، وأحدهما - ولو

كان أضعف - عند عدمها، بل مقتضاهما متبائنان لا متضادان، كما أن فساد العقد لا يمنع عن أصل

تحقق الغرور، لتقومه بظهور يد البائع في المالكية، ولا يكون بينهما التنافي في الوجود لئلا يجتمع

الغرور مع فساد العقد فيقوي في النظر عدم الفرق بين ما إذا كانت المعاملة فاسدة من جهة أخرى

أم لا. (ج ٢ ص ٣٠٩)

(٦٩) النائيني (المكاسب والبيع): إذا تلف المبيع عند المشتري، فلا يخلو اما يكون سبب الضمان

تلف المبيع عند المشتري بحيث لم يكن هناك سبب آخر لضمان البائع من اليد أو العقد أو يكون

هناك سبب آخر، كما إذا كان المبيع عنده غصبا فعلي الأول، فلا رجوع للمالك على البائع أصلا "، لعدم

تحقق سبب ضمانه للمالك، وانما له الرجوع إلى المشتري المغرور الذي تلف المبيع عنده

وإذا اغترم
المشتري للمالك يرجع إلى البائع بما اغترم، وهل له الرجوع اليه قبل تأدية الغرامة إلى
المالك أم لا؟

(٤٥٤)

وأما ما لا يرجع المشتري به على البائع - كمساوي الثمن من القيمة - فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك، والوجه في ذلك حصول التلف في يده. فإن قلت: إن كلا من البائع والمشتري يتساويان في حصول العين في يدهما العادية التي هي سبب للضمان، وحصول التلف في يد المشتري ولا دليل على كونه سببا لرجوع البائع عليه. (٧٠)

والثاني: انه ليس للمالك ابتداء الرجوع إلى السبب، بل هو يرجع إلى المباشر ثم يرجع المباشر إلى السبب، فما أفاده قدس سره من: (انه كلما يرجع المشتري به إلى البائع إذا رجع المالك إليه فلا يرجع المبيع به إلى المشتري إذا رجع المالك عليه) منحصر في بعض أقسام التسبب في الضمان وهو مورد بيع الغاصب مع جهل المشتري دون سائر أقسام الضمان، فإنه لو ضمن أحد بالتماس المديون دينه فالداين يرجع إلى الضامن دون المديون. وهكذا في بعض موارد التغير والتدليس كما إذا لم يتصرف الغار في المال الذي أتلفه المغرور أو تلف تحت يده، فان المالك أو الزوجة يرجع ابتداء إلى المغرور دون الغار والمدلس، فهذه الكلية المذكورة في المتن انما تجري في موضوع البحث. وحاصلها: انه إذا رجع المالك إلى البائع في الغرامات التي لو رجع فيها إلى المشتري كان هو يرجع فيها إلى البائع لقاعدة الغرور، فلا يرجع هو إلى المشتري، لان المفروض ان قرار الضمان على البائع الغار، فلا وجه لرجوعه إلى المشتري فيما اخذه المالك منه. (ج ٢ ص ٢٩٨) (٧٠) الطباطبائي: حاصله: ان وجه رجوع المشتري على البائع في صورة الغرور كان هو الغرور. واما رجوع البائع عليه في غير صورة الغرور، فلا وجه له فان رجع المالك عليه فهو وان رجع على البائع لا ينبغي ان يرجع على المشتري وان كان التلف في يده. نعم، لو كان متلفا أمكن الرجوع عليه من جهة قاعدة التسبب من حيث إنه صار باتلافه سببا لضمان البائع وعلى هذا فيشكل رجوع كل سابق إلى اللاحق في تعاقب الأيدي - كما هو المشهور - من كون قرار الضمان على من تلف في يده العين.

نعم، لو أتلف بفعله رجوع، لكونه سببا " لتنجز الضمان على السابق. (٧١)

المالك اليه فلا وجه لرجوعه إلى المشتري مع أنه في عرض المشتري من جهة الضمان فان
كلا منهما
وضع يده على المال ومقتضي قوله صلي الله عليه وآله وسلم: (على اليد ما أخذت) انه
كالمشتري

يجب عليه رد العين ما دامت باقية وبدلها لو صارت تالفة.

نعم، لو أتلفها المشتري فقرار الضمان من جهة قاعدة الاتلاف عليه وأشار إلى جوابه بقوله
قدس سره

وتوضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من اليدين ببدل التالف. (ج
١ ص ٢٩٨)

(٧١) الآخوند: (قوله: بفعله) اي بفعل البائع حينها، والنكتة في العدول، هي الإشارة إلى
عدم

اختصاص ذلك بالبائع، بل كل ضامن سابق.

ووجه رجوع البائع عليه في هذه الصورة، انه صار باتلافه سببا لفعلية خسارته بالمثل أو
القيمة، وإلا

كان نفس الضمان والعهدة منجزا " لحصول سببه وهو اليد.

نعم، من آثاره انه لو تلف يكون خسارته بيد له عليه، فافهم. (ص ٨٢)

الأصفهاني: قد مر أن مجرد السببية للخسارة ليست بنفسها دليلا على الضمان، بل من
حيث إتلاف

تلك الخسارة على مؤديها كما مر في شاهد الزور. وأما أصل السببية فبملاحظة أن اليد
سبب

للضمان بالقوة عند المشهور، فإن تعقبها تلف تمت العلة وصارما بالقوة فعليا "، وحيث لا
استناد للتلف

إلى أحد توجه الاشكال في رجوع السابق إلى اللاحق، لفرض تساوي اليد والتلف بالنسبة
إلى الكل.

وأما إذا استند متمم العلة إلى أحد صح عنوان إتلاف المال وإتلاف الخسارة، فيوجب
الضمان

للمالك بلحاظ الأول، والضمان للسابق بلحاظ الثاني، وهو في الثاني وإن كان موجدا
لمتمم العلة

للحكم شرعا بالضمان فعلا لا لإعدام مال خارجا "، إلا أن الاستفادة من أخبار شاهد الزور
وإرضاع

الزوجة الكبيرة للصغيرة حيث أتلفت المهر على زوجها للحكم شرعا بحرمتها عليه وغير
ذلك - أن

مثله داخل في الاتلاف الموجب للضمان وعن بعض أجلة المحشين إلحاق التلف
بالاتلاف،

قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من اليدين ببدل التالف وصورته في عهدة كل منهما، مع أن الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا في ذمة واحدة وإن الموصول في قوله عليه السلام (على اليد ما أخذت) شيء واحد، كيف يكون على كل واحدة من الأيدي المتعددة؟ (٧٢)

نظرا " إلى أن اللاحق بحيلولته بين العين والسابق بوضع يده عليها صار سببا لاستقرار العوض في

ذمته، وهو عجيب، فإن مجرد وضع يده عليها لا يوجب الاشتغال الفعلي، كما أنه ليس سببا

لامتناع رد السابق كي لاستقرار العوض في ذمته، والمفروض أن التلف الذي هو متمم العلة لا

استناد له إليه ولا إلى غيره. ثم إنه حيث إن الاتلاف بنفسه سبب تام للضمان الفعلي ومتمم للعلة

بالإضافة إلى مورده - وهو السبق بوضع اليد - فهل يشتركان في التأثير أو يكون الاتلاف بلا أثر

من حيث نفسه؟

ربما أمكن أن يقال إن متمم العلة هو التلف والسبب التام هو الاتلاف، ورتبه التلف متقدمة على

رتبة استناده إلى المتلف، فلا تصل نوبة التأثير إلى الاتلاف المتقوم بالاستناد مع سبق رتبة التلف

الذي هو متمم العلة فتأمل. (ج ٢ ص ٣١٠)

الإيرواني: (ولازم كونه سببا " لتنجز الضمان على السابق) ان يكون هو الذي أتلف المال على

السابق ويضمن لقاعدة (من أتلف). نعم ربما يقال ان الضمان في صورة التلف السماوي أيضا " من

هذا الباب وذلك أن من تلفت في يده العين كان يتمكن من رد العين إلى أهلها فلم يرد إلى أن

تلفت وحصل استقرار الضمان واشتغال ذمة السابقين بالبدل بفعله فبامسাকে على العين إلى زمان

حصول التلف يكون هو المتلف للبدل على السابقين.

وفيه: ان المقتضي للضمان واشتغال الذمة بالبدل عند التلف حصل بفعله السابق وإثباته لئيد عدوانا " . نعم، اللاحق يرفع ذلك بدفع العين إلى أهلها وهذا المقدار لا يؤثر في صدق

المتلف عليه

وإلا لزم ضمان الدية بالتمكن من الامساک على من قتل نفسه. (ص ١٤٩)

(٧٢) الآخوند: التحقيق ان يقال: ان قضية (على اليد) ليس إلا كون المأخوذ في تعاقب الأيدي،

فنقول: معني كون العين المأخوذة على اليد: كون عهدها ودركها بعد التلف عليه، فإذا فرض أيدي متعددة يكون العين الواحدة في عهدة كل من الأيدي، (٧٣)

وأما إذا قلنا بأن العين بنفسها تدخل في عهدة ذوي الأيدي، وأن العهدة وعاء الأعيان والذمة وعاء الأموال، فالعين لشخصيتها واعتبارية محالها لا توجب محذور تعدد الحصص، ولا هناك عنوان البدلية، نعم أثر العهدة وجوب الرد ما دام ممكنا، ووجوب دفع المثل والقيمة عند تلف العين، وقد عرفت: أن إيجاب بدل: واحد على الجميع كفاثيا معقول وقد بينا - في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد - أن قوله عليه السلام (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) يدل على أن المأخوذ على عهدة ذي اليد، والعهدة هو الامر الفعلي القابل لان يكون مغيا " بالأداء، وقد تقدم الكلام فيه مفصلا، وسيأتي إن شاء الله تعالى ما هو نتيجة هذا الامر في رجوع كل سابق إلى لاحقه. (ج ٢ ص ٣١١) (٧٣) الآخوند: قد عرفت: ان الضمان والعهدة اعتبار عقلائي، ومن آثاره كون دركها وخسارتها بعد التلف على اليد، كما أن خسارتها عليها قبل التلف، مع تعذر الرد ببذل الحيلولة. ووجوب الرد مع عدم التعذر من آثاره، فلا وجه أصلا لتفسير الضمان المستفاد من على اليد بها، كما لا يخفى. ومنه ظهر حال تفسيره بثبوت الشيء الواحد في العهدة، مع ما فيه أيضا من اخذ لزوم الخروج عن العهدة في تفسير ثبوت العهدة، فيقال ما معني العهدة الثابتة التي يجب الخروج عنها، والخروج فرع الثبوت، ولا يكاد ان يكون هو الخروج، فضلا " عن لزومه، وتفسير الشيء ببعض خواصه واحكامه، وان كان مما لا بأس به، الا انه إذا لم يكن بهذا التعبير، كما لا يخفى على الخبير. (ص ٨٣)

لكن ثبوت الشيء الواحد في العهدة المتعددة معناه: لزوم خروج كل منها عن العهدة عند تلفه، وحيث أن الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببدل واحد لا أزيد، كان معناه: تسلط

المالك على مطالبة كل منهم بالخروج عن العهدة عند تلفه، فهو يملك ما في ذمة كل منهم على

البدل، بمعنى أنه إذا استوفى أحدها سقط الباقي، لخروج الباقي عن كونها تداركا "، لان المتدارك لا يتدارك. (٧٤)

والوجه في سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي: إن مطالبته ما دام لم يصل إليه المبدل ولا بدله، فأيهما حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله، فلو بقي شيء له في ذمة واحدة لم يكن بعنوان البدلية، والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر. ويتحقق مما ذكرنا: أن المالك إنما يملك البدل على سبيل البدلية، ويستحيل اتصاف شيء منها

بالبدلية بعد صيرورة أحدها بدلا عن التالف وأصلا إلى المالك.]

(٧٤) الآخوند: قد عرفت: انه لا وجه ولا سبب لاشتغال ذمة الضامن بالبدل أصلا "، بل ضمانه

للعين باق ما لم يحصل غايته، ووجوب دفع البدل مع التلف ليس إلا كوجوب دفعه مع عدم تعذر

دفع العين، ووجوب دفعها مع عدم التعذر من احكامه. (ص ٨٤)

الطباطبائي: هذا هو التحقيق، ولا اشكال في تصويره ومعقوليته كما في التكاليف، إذ لا فرق بين

الوضع والتكليف في ذلك بل يمكن عكسه أيضا وهو كون المالك اشخاصا متعددة على سبيل البدل

مع كون المملوك واحدا كما في مالكية السادة والفقراء للخمس والزكاة وكما في مالكية كل واحد

من الورثة لحق الخيار الثابت للمورث بناء على أحد الأقوال من: ان كلا منهم مستقل في مالكية

الخيار ومما يناسب المقام حرية أحد العبيد إذا أوصي بعق واحد من عبيده ولذا يستخرج بالقرعة

وبالجملة: لا مانع من اشتغال ذم عديدة لمال واحد على سبيل البدل.

ومن الغريب دعوى صاحب الجواهر استحالته حيث أورد في أول كتاب الضمان على العامة القائلين

بأنه ضم ذمة إلى ذمة بعدم تصور شغل ذمتين فصاعدا بمال واحد قال وقد بينا ان المشغول به في

ويمكن ان يكون نظير ذلك: ضمان المال على طريقة الجمهور، حيث أنه ضم ذمة إلى ذمة
أخري، (٧٥)

تعاقب الأيدي على المغصوب ذمة واحدة وهو من تلف في يده المال مثلا وان جاز له
الرجوع على
كل واحد لكنه في كتاب الغصب لم يدع عدم المعقولية، بل قال لا دليل على شغل ذمم
متعددة بمال

واحد ولذا جعل الخطاب بالأداء بالنسبة إلى غير من تلف في يده شرعيا وبالنسبة إليه ذميا
، وأنت

خبير بما فيه إذ بعد فرض المعقولية، كما هو واضح يكون الدليل عليه هو ما دل على جواز
الرجوع

على أيهم شاء كما سيشير إليه المصنف قدس سره. (ص ١٨٤)
الإيرواني: لكن يبقى الاشكال في صورة دفع الجميع للبدل في آن واحد، فان مقتضى ما
يقال في

الواجب الكفائي في مثل ذلك من حصول الامتثال بفعل الجميع استحقاق المالك لجميع ما
دفع من

الابدال وذلك باطل بالقطع وقد تقدم ان ما قبضه المالك من ذلك بعنوان البدلية من ماله هو
المتعين

للبدلية والباقي مردود إلى أهله، وعليه فلو قبض الجميع بعنوان أن يكون الجميع بدلا أو
بعنوان

أن يكون واحد منها لا بعينه بدلا " كان البدل واحدا لا بعينه وتردد بين تلك الوحدات،
فكانت كل

واحدة مرددة بين أن تكون له وان تكون لمالكها الأصلي وعلاج الاشتباه هو القرعة. (ص
١٥٠)

(٧٥) الأصفهاني: حيث إن ضمان مال واحد للمالك لا يكون مع تعدد الذمة إلا بنحو
البدلية لا
بالاستقلال.

ويمكن أن يقال بالفرق بينه وبين ما نحن فيه بتقريب: أن الضمان فيما نحن فيه حيث إنه
بمعنى ذمة

البدل للمالك ابتداء فوحدة المال طبيعية، وبإضافته إلى ذمم متعددة يتحصص حصصا
متعددة وهو

مناف لبدلية المال، بخلاف الضمان عن المديون فإن الثابت في ذمته حصة خاصة، فيمكن
أخذ هذه

الحصة الخاصة في ذمم متعددة، فلا يتعدد الحصص بعد انحفاظها، ولا إشكال إلا تعدد
المحل وقد

مر أنه اعتباري لا استحالة فيه فتدبر. (ج ٢ ص ٣١٤)
النائني (منية الطالب): لا يخفى ان ظاهر تمثيله المقام بباب الضمان على مذهب الجمهور

ونحو ذلك أنه
قدس سره بصدد توجيه ثبوت الضمان مال واحد على شخصين أو أزيد عرضاً".

(٤٦٧)

نعم، لو قيل بأن كلا منهما في مورد البقاء ضامنان فيصير من قبيل اشتغال ذمتين عرضا لمال واحد وهذا ممنوع جدا، بل غاية ما يمكن ان يقال: إنه يجيب على الضامن إلزام المضمون عنه بالرد إلى المالك لا الضمان الفعلي.

وبالجملة: لو قيل بان المال حين البقاء في عهدة الضامن أيضا، فمرجعه اما إلى لزوم إلزامه المضمون عنه، واما إلى أن ما للمالك في عهدة المضمون عنه فهو في عهدة الضامن أيضا وهذا ليس إلا ضمانا طويا كما سيحى توضيحه.

واما ضمان الأعيان المضمونة، فحكمها حكم درك المبيع أو الثمن، فان من ضمن عن المستعير في العارية المضمونة أو ضمن في مورد الغصب أو المقبوض بالعقد الفاسد فليس ضامنا مطلقا بل عند التلف وفي هذا الحال لا تشتغل الا ذمة الضامن واما في مورد البقاء فمعنى ضمانها ان عليه إلزام المضمون عنه بالرد إلى المالك.

واما الضمان على مذهب الجمهور في الديون فالأقوى فسادها لما ذكر في محله من انه ينتقل الدين بمجرد الضمان إلى ذمة الضامن.

وحاصل: الكلام انه يمتنع ثبوتا ضمان شخصين لمال واحد في زمان واحد على نحو الاستقلال عرضا.

واما الضمان طولا على أزيد من شخص واحد في زمان واحد فيمكن ثبوتها ودلت عليه الأدلة اثباتا.

اما ثبوتها فلا مكان ان يكون كل واحد من الضمماء ضامنا لما يضمه الآخر، فتشتغل ذمة أحدهم بما تشتغل ذمة الآخر به اي يخرج من كيس أحدهم ما يؤديه الآخر وهذا النحو من الضمان يمكن ان يكون سببه العقد أو الاتلاف أو اليد، فالعقد كالضمان بالالتماس فإذا التمس المديون من شخص ان يودي دينه ورضي الدائن به، فالضامن يصير ضامنا للدائن والملتمس يكون ضامنا لما يؤديه الضامن بمقدار ما يؤديه والاتلاف كضمان الغار ما يغترمه المغرور

و ضمان عهدة العوضين لكل من البائع والمشتري عندنا - كما في الايضاح - (٧٦)

(٧٦) الإيرواني: يعني ضمان ثالث لعهد المبيع للمشتري ولعهدة الثمن للبائع، فيكون كل من المبيع والثمن في عهدة شخصين هذا المتعهد ونفس البائع والمشتري. (ص ١٥٠)
الطباطبائي: يعني: إذا ضمن ضامن عن البائع للمشتري عهدة الثمن إذا قبضه البائع عند خروج البيع مستحقا للغير أو انكشف بطلان البيع، أو عن المشتري للبائع عهدة المبيع الذي قبضه المشتري إذا خرج الثمن مستحقا للغير، أو انكشف بطلان البيع. ومعني ضمان العهدة، رجوع المضمون له إلى الضامن بعوض المضمون على فرض تلفه أو امتناع اخذه.

ومن ذلك يظهر انه ليس نظيرا " المقام، لان المضمون له لا يرجع إلى الضامن على فرض التلف، فلا

يكون من اشتغال ذمتين، إذ حينئذ يكون المشغول ذمة الضامن فقط وليس للمضمون له الرجوع

على المضمون عنه أيضا " حتى يكون من ضم ذمة إلى أخرى. نعم، ما دام باقيا في يده يجوز له الرجوع عليه ومعه ليس ذمة الضامن مشغولة بعوضه فعلا " بل معني

ضمانه وجوب التدارك مع التلف وعلى فرضه، الا ان يكون المراد هذا المقدار من الاشتغال أعني:

كون العين مضمونة بالنسبة إلى المضمون عنه حيث إنه مكلف بردها إلى المضمون عنه وبالنسبة إلى

الضامن حيث إنه أيضا مكلف بردها أو رد عوضها اليه، لكنك خبير بأنه ليس من اشتغال ذمتين

بمال واحد، فهذا ليس استثناء مما ذكره من كون الضمان عند الخاصة من باب نقل ذمة إلى ذمة

حيث إنه ضم ذمة إلى ذمة.

نعم، يكون استثناء من مسألة أخرى وهي انه لا يجوز ضمان العين الخارجية، بل يجب ان يكون

المضمون مالا " ثابتا " له في الذمة، فإنه في هذا الفرض من ضمان الأعيان وما ذكرنا هو الظاهر من

كلماتهم في ذلك الباب حيث إنهم يقولون يرجع المضمون عند خروج أحد العوضين مستحقا " للغير

إلى ذلك الضامن وظاهرهم عدم جواز رجوعه على فرض التلف إلى المضمون عنه أصلا "، بل صرح

بذلك بعضهم فتدبر. (ص ١٨٤)

و ضمان الأعيان المضمونة على ما استقر به في التذكرة وقواه في الايضاح، (٧٧)

الأصفهاني: غرضه قدس سره التشبيه من حيث معقولية الملك على البدل لا من حيث الذمة، ومن الواضح أن المشتري مثلا " يملك عين المبيع وبذله في ذمة الضامن على البدل، لا أنه يملكهما بالاستقلال.

ويمكن أن يقال هنا: بأن الضامن يأخذ المبيع مثلا في عهده، وأثرها أنه مع تلفها أو امتناع البائع عن تسليمها تشتغل ذمته ببذلها، ولا مانع من الاشتغال ببذل واحد كما لا مانع من كون عين

واحدة في عهده، فلا يملك المشتري قبل التلف والامتناع إلا العين، كما أنه يتعين ملك البدل بعدهما

ولا يمكن القول به فيما نحن فيه، لأننا فرضنا أن المالك لا يملك قبل التلف إلا عينه الموجودة في عهدة

ذوي الأيدي، لكنه بعد التلف وانقلاب عهدة العين إلى ذمة البدل يرد المحذور من حيث تعدد

الذمم، فاشكال تعدد الذمة وارد سواء قلنا بعهدة سابقة منقلبة أو لم نقل، وإنما لايراد إذا اقتصرنا

على عهدة العين إلى الآخر فتدبر. (ج ٢ ص ٣١٤)

(٧٧) الطباطبائي: اتفقوا على عدم جواز ضمان الأعيان الغير المضمونة كالأمانات قبل حصول

التعدي والتفريط، لأنه من ضمان ما لم يجب واختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغصب

والمقبوض بالبيع الفاسد والأمانات بعد التعدي أو التفريط، ففي الشرايع: (الأشبه الجواز). وحكي عن المبسوط والتحرير والارشاد والتذكرة والايضاح وذهب بعضهم إلى المنع كالمحقق والشهيد الثانيين.

ولا يخفى انه بناء على الجواز يرد الاشكال السابق من عدم كونه مما نحن فيه، فان المضمون له

لا يرجع في صورة تلف العين الا إلى الضامن.

نعم، هو من ضم ذمة إلى ذمة قبل التلف لكنه لا ينفع فيما نحن فيه كما عرفت.

نعم، يمكن الاستظهار من عبارة التذكرة ما رامه المصنف قدس سره حيث قال: (حكي عنه ان ضمان

المال ناقل عندنا وفي ضمن الأعيان والعهدة اشكال أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن

وضمن الاثنين لواحد كما إختاره ابن حمزة. (٧٨)

والمضمون عنه).

هذا، ولكن يحتمل ان يكون مراده ذلك في ما قبل التلف والا فبعده يتعين الرجوع على الضامن فقط

واما عبارة الايضاح فلا يحضرني حتى ألاحظها.

الأصفهاني: بناء على عدم اختصاص الضمان العقدي بما ثبت في الذمة فعلا"، بل يكفي فيه الضمان

بالقوة، وهو الحاصل بمجرد وضع اليد أو التعدي في الأمانة أو اتخاذ العارية مضمونة، فإن الضمان

فيها هو الضمان بالقوة - أي بحيث إذا تلفت العين لزمه مثلها أو قيمتها - أو القول بأن الضمان

فيها بالفعل - بمعنى العهدة التي أثرها وجوب ردها ما دامت موجودة، ووجوب بدلها إذا تلفت -

ليخرج بذلك عن ضمان ما لم يجب، وعدم الحاجة إلى ثبوت مال في الذمة فعلا"، إلا أن الاستشهاد

به لما نحن فيه مبني على ثبوت ضمانين بالقوة للمالك، أو ثبوت عهدتين عقديتين وغير عقديتين

للمالك، حتى يكون الضمانان لعين واحدة على البذل.

وأما لو قلنا بانتقال الضمان بماله من المعني من المضمون عنه إلى الضامن، فلا شهادة له لتصور

ضمانين على البذل، وظاهر التذكرة هو الشق الأول حيث قال قدس سره: (وفي ضمان الأعيان

والعهدة إشكال، أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه). انتهى.

إلا أنك قد عرفت: أن الضمان إن كان بمعنى عهدتين فتعدده بالإضافة إلى العين لا إشكال فيه، إنما

الإشكال في تصور ذمتين فعليتين مشتغلتين بمال واحد. (ج ٢ ص ٣١٤)

(٧٨) الطباطبائي: اختلفوا فيه على أقوال،

أحدها: البطلان إذا كان دفعه وصحة السابق مع التعاقب حكى عن المختلف وجامع المقاصد وقواه

في الجواهر.

الثاني: الصحة بالنسبة إلى من رضي به المضمون له ومع الرضا بهما يقسط المال عليهما بالنصف

احتمله في الجواهر وظاهره وجود القول به وإن لم ينقل به القائل.

وقد حكي فخر الدين والشهيد عن العلامة رحمه الله في درسه: أنه نفى المنع من ضمان الاثنين

على وجه الاستقلال، قال: (ونظيره في العبادات الواجب الكفائي. وفي الأموال الغاصب من الغاصب.) هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوي الأيدي. (٧٩)

الثالث: الصحة وتخيير المضمون له كما اختاره في الوسيلة وفي الجواهر: (قيل إنهم جزموا به في

باب الديات فيما إذا قال: الق متاعك وعلى كل واحد منا ضمانه.)

قلت: وهذا هو الأقوى لعموم الأدلة وعدم المانع وهو نظير لما نحن فيه، كما أن مطلق الضمان على

مذهب العامة أيضا " نظير حسبما ذكره المصنف قدس سره.

والتحقيق وإن كان خارجا عن المقام: صحة الضمان إذا كان القصد ضم ذمة إلى ذمة، كما هو مذهب

العامة لعموم (أوفوا بالعقود) وإن كان خارجا عن الضمان المصطلح فكون الضمان عند الخاصة نقل

الذمة على ما هو المستفاد من الاخبار لا ينافي صحة قسم آخر أيضا إذا شمله العمومات الأولية ك

(أوفوا) و (المؤمنون) ونحوهما فتدبر. (ص ١٨٤)

(٧٩) الأصفهاني: بناء على صحته إذا كان دفعة وقلنا بتخيير المالك في المطالبة من أيهما شاء،

فإنه مع وحدة الدين لا يعقل اشتغال ذمة كل منهما مستقلا"، وانتقال الدين إليهما معا، فلا بد من

بنحو البديلية.

ويمكن أن يقال: إن الدين حيث إنه حصة خاصة متخصصة في نفسه بذمة المديون، فيكون كالعين

الواحدة، فانتقال هذه الحصة الخاصة إلى ذمتين ليس فيه محذور تعدد الحصص، بل تعدد المحل

ووحدة الحال، وقد مر: أنه ليس فيه من هذه الجهة إشكال، فلا يقاس ما نحن فيه بضمان الاثنين

لواحد فتدبر جيدا". (ج ٢ ص ٣١٥)

الإيرواني: يعني: كل يضمن للمالك ما هو له في ذمة الغير في عرض الآخر لا في طوله ليكون أحدهما ضامنا للمالك والآخر

ضامنا للضامن ومتعهدا لما استقر في ذمته بسبب الضمان.

ويحتمل ان يكون مراده من الاستقلال ضمان كل واحد مجموع ما ثبت في ذمة الغير من غير أن

يختص ضمانه ببعض ذلك غير البعض الذي ضمنه صاحبه. (ص ١٥٠)

وأما حال بعضهم بالنسبة إلى بعض، فلا ريب في أن اللاحق إذا رجع عليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجبا لايقاعه في خطر الضمان، كما لا ريب في أن السابق إذا رجع عليه وكان غارا للاحقه لم يرجع إليه، إذ لا معني لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له (٨٠)

الطباطبائي: حاصله: انه يجوز لكل سابق بعد رجوع المالك عليه ان يرجع إلى كل من اللاحقين الا إلى مغروره ولا يجوز رجوع اللاحق إلى السابقين، لا إلى من كان غارا " له ولازم هذا كون قرار الضمان على من تلف في يده العين إذا لم يكن مغرورا والا فعلي الغار، وحينئذ فلو كان في السلسلة غار، فإن كان غارا لمن تلف في يده، فقرار الضمان على ذلك الغار والا فعلي من تلف في يده أو أتلّف سواء رجع إلى المالك من الأول عليه أو على الغار أو على غيره مثلا إذا كان في البين غار وبعده مغرور غير غار للاحقه فرجع المالك على ذلك المغرور، فله ان يرجع على الغار وان يرجع على أحد اللاحقين فان رجع على الغار رجع ذلك الغار على المتأخر عن المغرور حتى يستقر الضمان على من تلف في يده وان رجع على من بعده فلا يرجع على الغار لأنه غير مغرور منه وانما المغرور من سبقه.

نعم، له ان يرجع هو أيضا على من بعده حتى يستقر الضمان على من تلف في يده. والحاصل: ان العبارة المختصة في بيان هذا المطلب ما ذكرنا من أن كل سابق يرجع إلى كل من اللاحقين الا إلى مغروره ولا يرجع اللاحق إلى السابقين لا إلى غاره ونتيجة هذا ان قرار الضمان

على من تلف في يده الا إذا كان مغرورا فإنه حينئذ على غاره. (ص ١٨٤) (٨٠) الإيرواني: كما لا ريب أيضا " في أن السابق يرجع إلى اللاحق فيما إذا كان اللاحق هو الذي

أتلّف العين، فمورد الاشكال ما إذا لم يختص السابق بسبب يوجب الضمان كما إذا كان هو الغار

للاحقه ولم يختص اللاحق أيضا " بسبب يوجب الضمان كما إذا كان هو المتلف للعين، بل كانت

الأيادي كلها في عرض واحد في الضمان باليد وحينئذ بشكل بأنه لماذا يرجع غير من تلفت العين في

فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غارا له، فنقول: إن الوجه في رجوعه هو ان السابق
اشتغلت
ذمته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئا له بدل، فهذا
الضمان
يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل، إذ لا يعقل ضمان المبدل معينا
من
دون البدل، وإلا خرج بدله عن كونه بدلا"، (٨١)

يده إلى من تلفت العين في يده بعد كونهما في عرض واحد في سبب الضمان وفي شمول
(على اليد)
من غير مزية للاحق على السابق تقتضي استقرار الضمان عليه ومجرد ان تلف العين اتفق ان
كان
في يده مع أن المفروض ان التلف ليس من أسباب الضمان لا يوجب استقرار الضمان عليه.
نعم، لو فرض الترتيب في الضمان بأن كان كل لاحق ضامنا لسابقه حتى ينتهي إلى المالك
صح ما
ذكر من رجوع كل سابق إلى لاحقه لكنه باطل قطعاً " ولا يلتزم به أحد وان أمكن
استفادته من
دليل على اليد بدعوى: ان عبارة (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) تقتضي بظاها ضمان
اليد
الآخذة لليد المأخوذ منها واليد المأخوذ منها في غير الغاصب الأول هو الغاصب دون
المالك. (ص ١٥٠)
(٨١) الآخوند: فيه ما عرفت: ان اشتغال الذمة لو كان، لكان بعد تلف العين، واللاحق
انما ضمنها قبل
تلفها، فلم يحصل له الا سبب ضمان نفس العين عينا"، ولم يحدث بعد سبب ضمان آخر
لها ولبدلها
على البدل، وثبوته على السابق معلقا على تلفها حين ضمان اللاحق لها، لا يوجب ضمانه
مطلقاً،
له ولمبدله على البدل، لعدم ثبوته على السابق في زمانه.
هذا، مع أن اشتغال ذمة السابق بالبدل فعلاً"، لا يقتضي ان يكون مجرد حدوث سبب
ضمان العين
اللاحق عينا " موجبا " ل ضمان واحد من العين والبدل على البدل.
ولا محذور أصلاً " في خروجه لولاه على البدلية بحسب حكم ضمان العين على اللاحق،
بل لا محيص
عنه، لاختصاص السبب بضمانها، وانما المحذور خروجه عنها مطلقاً"، ولو بحسب ما
على السابق،
وهو غير لازم، كما لا يخفى.
نعم، لو كان هناك دليل عليها، كذلك الحكم بالضمان على البدل، إلا أنه لا للزوم الحلف

لولاہ، کما
ذکرہ بل للدلیل، فافہم.

(۴۹۱)

فما يدفعه الثاني فإنما هو تدارك لما استقر تداركه في ذمة الأول، بخلاف ما يدفعه الأول، فإنه تدارك نفس العين معيناً، إذ لم يحدث له تدارك آخر بعد، فإن أداه إلى المالك سقط تدارك الأول له. (٨٣)

ولا يجوز دفعه إلى الأول قبل دفع الأول إلى المالك، لأنه من باب الغرامة والتدارك، فلا اشتغال للذمة قبل حصول التدارك، وليس من قبيل العوض لما في ذمة الأول. (٨٤)

فحال الأول مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنه لا يستحق الدفع إليه إلا بعد الأداء.

والحاصل: أن من تلف المال في يده ضامن لآحد الشخصين على البديل من المالك ومن سبقه

في اليد، فيشتغل ذمته إما بتدارك العين وإما بتدارك ما تداركها، وهذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البديل، كما كان في الأيدي المتعاقبة اشتغال ذمة أشخاص على البديل بشيء واحد لشخص واحد.

ويندفع: بأن الثاني يضمن العين وبديلها على البديل، والثالث يضمن العين وبديلها وبديل البديل على البديل، وهكذا يتضاعف ضمان البديل بتضاعف اللحوق، فليس الدليل أخص من المدعي. (ج ٢ ص ٣١٦)

(٨٣) الطباطبائي: يعني ان أدى الضامن الثاني. (ص ١٨٥)

الإيرواني: بل تدارك لما استقر تداركه في ذمة الثاني وان تأخر استقراره، هذا مضافاً " إلى أنك

عرفت: عدم التأخر أيضاً " وحصول الاستقرار في ذمة الجميع دفعة واحدة عند تلف العين وأنه لا

يكون اشتغال ذمة ما دامت العين قائمة، بل الخطاب برد العين تكليفي محض والسبق واللحوق إنما هو

فيه فإذا تلفت اشتغل مجموع الذمم بالبديل في هذا الحال وتوجه الخطاب الوضعي الذمي إلى الجميع

دفعة واحدة. (ص ١٥٠)

(٨٤) الأصفهاني: هذا بظاهره مناف لما أفاده قدس سره أولاً من اشتغال ذمة اللاحق بحصول المال في

يده، وهو كذلك أيضاً "، فإن الضمان بالقوة بمجرد وضع اليد، والضمان بالفعل بالتلف،

وربما يقال في وجه رجوع غير من تلف المال في يده لو رجع عليه إن ذمة من تلف في يده لو

رجع عليه: إن ذمة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبدل وإن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغل ذمته به، (٨٥)

فيملك حينئذ من أدي بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية، قال: (وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده، وبين غيره الذي خطأ به بالأداء شرعي لا ذمي، إذ لا

دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد، فحينئذ يرجع عليه ولا يرجع هو) إنتهي وأنت خبير بأنه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده وخطاب غيره بأن خطابه ذمي وخطاب غيره شرعي، مع كون دلالة (على اليد ما أخذت) بالنسبة إليهما على السواء، والمفروض أنه لا خطاب بالنسبة إليهما غيره، مع أنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء والخطاب الذمي.

فليس الضمان بمعنى من المعنيين دائرا " مدار فعلية الأداء من الأول. ويمكن أن يقال: إن ضمان البدل حيث إنه بعنوان التدارك فلا محالة يكون له مرحلتان، إحداهما: مرحلة اشتغال ذمة الأول ببدل العين وتداركه بقيام ما في ذمة الثاني مقامه، فيملك الأول

على الثاني بدلا " عما ملكه المالك عليه. ثانيتهما: مرحلة الدفع خارجا والتدارك الخارجي، فتدارك المدفوع خارجا بدفع مثله خارجا "، فهذا

سر عدم استحقاق الأول للمطالبة من الثاني، فإن عنوان اشتغال ذمة الثاني بالبدل تدارك ما اشتغلت ذمة الأول، وتدارك كل شيء بحسبه، فليس كسائر ما يملكه الانسان في ذمة الغير، وعليه

ينبغي حمل كلام المصنف قدس سره نظرا " إلى أنه تفريع على تعليقه بقوله: (لأنه من باب الغرامة

والتدارك.) (ج ٢ ص ٣٢١)

(٨٥) الطباطبائي: القائل صاحب الجواهر أعلى الله مقامه في كتاب الغصب. الإيرواني: مقتضى ما أفاده من البرهان - أعني: قضية البدلية - هو الجواز وضمان كل من البدل

مع أنه لا يكاد يعرف خلاف من أحد في كون كل من ذوي الأيدي مشغول الذمة بالمال فعلا " ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك، نظير الاشتغال بغيره من الديون في اجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله، وتقديمه على الوصايا والضرب فيه مع الغرماء، ومصالحة المالك عنه مع آخر، إلى غير ذلك من أحكام ما في الذمة. (٨٦)

فإن موردها في الماليات هو الاتلاف الذي هو مصداق الاعتداء والمعاقبة، وأما قوله عليه السلام:

(الغصب كله مردود) فالظاهر أنه لا نظر له إلى الضمان، بل إلى وجوب رد العين فتدبر. (ج ٢ ص ٣٢٢)

(٨٦) الآخوند: بل الذي لا ريب فيه ولا شبهة تعتريه، كون كل واحد منهم ضامن، وعليه العهدة في

حالتها بقاء العين وتلفها، والضمان أيضا " - كما عرفت - : وضع ليستتبع التكليف، وبقا إلى أن يؤدي

العين، والاجبار على دفع البدل أو الدفع عنه وتقديمه على الوصايا، من الآثار المشترك فيها الدين

والضمان، فلا شهادة لها على الاشتغال.

ثم لا يخفى ان تفسير العهدة بالتكليف فيما تقدم، ينافي تشديده النكير على هذا القائل فتأمل جيدا " .

(ص ٨٥)

الإيرواني: مقصوده عدم الفرق بين الخطابين من هذه الجهة ليصح رجوع صاحب الخطاب التكليفي،

بل القاعدة عدم رجوع كل واحد منهما إلى صاحبه من غير فرق بين ان يكون خطاباهما تكليفيين أو

ذميين أو مختلفين، والا فالفرق بين نفس الخطاب التكليفي والذمي أوضح من أن يخفى. (ص ١٥٠)

الطباطبائي: الفرق واضح، فان الأول مجرد تكليف لا يستتبع وضعاً " بخلاف الثاني، فان التكليف فيه

تبع للوضع ويكفي فيه أن لازم الثاني تعلقه بتركته إذا مات بخلاف الأول، كما اعترف به المصنف

قدس سره في الايراد الآتي ونظير الأول مسألة وجوب نفقة الأقارب، فإنه مجرد تكليف ولذا لو عصي

لم تصر دينا " عليه بخلاف نفقة الزوجة، فان الخطاب بها ذمي، ولذا لو مضت مدة لم يعطها النفقة

عصيانا " أو لعذر صارت دينا عليه فالخطاب بأداء نفقة الأقارب شرعي بخلاف الزوجة، فان

الخطاب بالأداء فيها ذمي وأيضا " من قبيل الأول مسألة النذر، فلو نذر ان يعطي زيدا درهما يجب عليه ذلك تكليفا " لا وضعاً بمعنى انه لا يصير مديونا " لزيد

(۵۰۹)

مع أن تملك غير من تلف المال لما في ذمة من تلف المال بيده بمجرد دفع البدل، لا يعلم له سبب اختياري ولا قهري، بل المتجه على ما ذكرنا سقوط حق المالك عن تلف في يده بمجرد أداء غيره، لعدم تحقق موضوع التدارك بعد تحقق التدارك. مع أن اللازم مما ذكره أن لا يرجع الغارم فيمن لحقه في اليد العادية إلا إلى من تلف في يده، مع أن الظاهر خلافه، فإنه يجوز له أن يرجع إلى كل واحد ممن بعده. (٨٧) نعم، لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى أن يستقر على من تلف في يده. هذا كله إذا تلف المبيع في يد المشتري.

هذا، ويمكن على بعد أن يكون مراد المصنف قدس سره من قوله: (لا يكاد يفهم الفرق (الخ) ما ذكرنا في قولنا: (نعم يرد) بان يكون غرضه انه لا فرق بين الخطاب بالأداء والخطاب الذي في جواز التعلق بالمتعدد وعدمه، فإذا اعترفت بان الأول متعلق بالجميع، فاللازم اعترافك به بالنسبة إلى الثاني أيضا ولا داعي إلى صرف الدليل الظاهر فيه عن مقتضاه فتدبر. (ص ١٨٥) الأصفهاني: ليس غرضه قدس سره عدم الفرق بين التكليف والوضع ليورد عليه بوضوح الفرق بينهما، بل غرضه عدم الفرق بينهما هنا بملاحظة ترتب أحكام الملك على ما هو مضمون على جميع ذوي الأيدي فيعلم منه أن كيفية الضمان واحدة، وأن الكل من باب اشتغال الذمة، وأن المالك يملك مالا على الجميع، فقوله - فيما بعد - : (مع أنه لا يكاد يعرف) متمم لهذا الإيراد، لا أنه إيراد مستقل. نعم ما أفاده قدس سره من أن المالك يملك هنا شيئا بترتب عليه آثار الملك صحيح، لكن حصره في اشتغال الذمة محل نظر، لا مكان الالتزام ببقاء العين المملوكة في العهدة حتى بعد التلف، فيترتب عليها آثار الملك كما سيحى إن شاء الله تعالى. ثم إن ما أفاده قدس سره لا ينافي التزامه بانتزاع الوضع من التكليف، فإن غرضه أن سنخ التكليف المتوجه إلى الجميع سنخ واحد ينتزع منه الوضع، لا أنه بالنسبة إلى بعضهم بحيث لا ينتزع منه الوضع، وبالإضافة إلى الآخر ينتزع منه الوضع، فلا منافاة بين كلامه هنا وما تقدم منه في

تفسير
العهد والذمة بارجاعهما إلى وجوب تدارك التالف وبقية الكلام في محله. (ج ٢ ص
٣٢٤) (١٧)
الطباطبائي: ظاهر كلام صاحب الجواهر الالتزام بذلك، فإنه لم يذكر رجوع كل سابق

(٥١١)

بيع الفضولي
* بيع المملوك وغيره *

(٥٣٥)

مسألة

لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه (١) فعلي القول ببطلان الفضولي فالظاهر أن حكمه حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله، والحكم فيه: الصحة، لظهور الاجماع، بل دعواه عن غير واحد، (٢)

(١) الطباطبائي: ومثله لو باع مال غيره مع مال موكله أو المولي عليه أو نحو ذلك، مما هو مسلط عليه ومأذون في بيعه. (ص ١٨٧) (٢)
الطباطبائي: حكى عن الغنية والتذكرة الاجماع وكذا عن الشيخ الكبير في شرحه على القواعد
وعن بعضهم عدم الخلاف فيه وعن الرياض وفي الجواهر ظاهرهم الاجماع.
نعم، حكى الخلاف عن الأردبيلي صريحا " وفي الجواهر: (لم نعرفه لاحد من أصحابنا - يعني سواه - نعم هو للشافعي.) (ص ١٨٧)
النائني (المكاسب والبيع): على القول ببطلان الفضولي أو صحته مع فرض رد المالك، ففي صحة بيع مال نفسه حينئذ يقع الاشكال من وجوه، (سيأتي الاشكالات وردها تحت الفرع الثاني وهو: صحة الفضولي مع فرض رد المالك في الصفحة ٥٤٥). (ج ٢ ص ٣٠٥)
النائني (منية الطالب): لا اشكال فيما ذكره قدس سره، فإنه لو قيل ببطلان الفضولي يكون ضم مال غيره إلى مال نفسه ويبيعهما صفقة حكم ضم الخمر إلى الخل، فان الاشكالين المذكورين فيه من: انه من بيع المجهول ومن عدم وقوع ما قصد وعدم قصد ما وقع، جاربان فيه، ودفعهما مشترك.
(ج ١ ص ٣٠٧)

مضافا " إلى صحيحة الصفار المتقدمة في أدلة بطلان الفضولي من قوله عليه السلام: (لا يجوز بيع ما لا يملك، وقد وجب الشراء فيما يملك) ولما ذكرنا قال به من قال ببطلان الفضولي كالشيخ وابن زهرة والحلي وغيرهم. (٣)

(٣) الإيرواني: هذه المسألة غير مرتبطة بمسألة الفضولي، فلا موقع لهذه العبارة وملاك القول في هذه المسألة على القول ببطلان الفضولي أو القول بصحته مع عدم إجازة المالك ومسألة بيع ما يقبل الملك وما لا يقبل واحد.

والكلمة الجامعة هو: ان عدم نفوذ البيع في بعض أجزاء المبيع يوجب عدم نفوذه في الجميع أم يعقل التفكيك بين الاجزاء في الصحة وعدمها. وظاهر المصنف هنا وفي المسألة الآتية: ان التفكيك على خلاف القاعدة ثابت بالنص والاجماع، لكن فيه نظر، إذ العمومات الدالة على صحة العقود لا مانع من شمولها لما خلي عن المانع من أجزاء

المبيع، إذ ما يتوهم كونه مانعا أحد أمور ثلاثة وكلها غير صالح للمانع. الأول: ان العقد والبيع أمر واحد بسيط، فاما أن يكون هذا الواحد مشمولا " لخطاب (أوفوا) لازمه

الصحة في جميع أجزاء المبيع، أولا يكون مشمولا "، ولازمه الفساد كذلك، فالتفكيك بين الاجزاء صحة " وفسادا " باطل على كل حال، والمفروض في المقام بطلان البيع بالنسبة إلى بعض الاجزاء

بالقطع فيلزمه البطلان بالنسبة إلى سائر الاجزاء أيضا "، ولازم ذلك تخصيص العمومات بخروج هذه العقود عن تحتها رأسا ".

الثاني: ان العمومات مخصصة برضا المالك وطيب نفسه بدليل (لا يحل) و (تجارة عن تراض)

والمالك في المقام غير راض بانتقال ماله منفردا "، وإنما رضي بالانتقال منضمما " إلى مال الغير والفرض

عدم حصول الضميمة فكيف يحصل الأصل، مع أنه لا رضا له به من غير ضميمة؟! الثالث: ان الثمن الواقع بإزاء الجزء المملوك مجهول، بل ربما يكون الجزء المملوك أيضا " مجهولا "

فكيف تصح المعاملة بالنسبة إليه!؟

وما هو المعلوم أعني مجموع ما تعلق به عقد البيع من الثمن والمثمن لم تنفذ معاملته. والجواب اما عن الأول: فبأن مورد توجه الحكم وتعلق الخطاب هو الوفاء بالعقد دون نفس العقد وخطاب أوفوا متوجه إلى الملاك والوفاء المتصور للعقد الواقع من مالك البعض هو دفع ما يملكه، فلا وجه لرفع اليد عن عموم أوفوا وشموله له بمجرد عدم شموله لمالك الجزء الآخر ما لم يجز، بل لو صح ذلك لزم بطلان البيع حتى إذا أذن مالك الجزء الآخر فضلا " عما إذا أجاز، لان خطاب الوفاء بالعقد بشرائره غير متوجه إلى هذا ولا إلى ذاك. واما عن الثاني: فاما أولا "، فبأننا نفرض حصول الرضا من المالك بالنسبة إلى أجزاء المبيع على سبيل العموم الاستغراقي دون المجموعي ليكون الرضا منه بكل جزء مقيدا " بالرضا بآخر، بل يكون الرضا رضا واحدا " متعلقا " بالمجموع المركب من المالكين. واما ثانيا " : فبأن الرضا من المالك المتعلق بالمجموع المركب من المالكين قد حصل وتحقق وصدق انه راض بانتقال ماله ولو في ضمن الرضا بانتقال المجموع، فلو أثر هذا الرضا في انتقال مال نفسه لم يكن انتقال ماله بلا رضا منه لينافي ذلك دليل لا يحل. نعم، لا يؤثر رضاه هذا في انتقال مال الغير، فمال الغير لم ينتقل برضا هذا، إلا أنه ماله انتقل بلا رضاه واما ثالثا " : فلئن تم هذا الوجه تم في بيع ما يملك وما لا يملك، أعني: مسألتنا هذه دون ما يقبل الملك شرعا وما لا يقبل مع كونه قابلا " للملك عرفا "، كالخمر والخنزير، وذلك أن رضاه تعلق بانتقال المالكين عنه عرفا "، ورضاه هذا قد أثر أيضا في انتقال المالكين عرفا "، وعدم النفوذ في ما لا يملك شرعا لا يوجب تخلف القيد، إذ لم يكن القيد هو الانتقال في نظر الشارع، بل الانتقال في نظر العرف وهو حاصل وإن لم يمضه الشارع. واما عن الثالث: فبأن المتيقن من دليل اعتبار العلم بالعوضين وموانعية الجهل هو اعتبار العلم بما تعلق به العقد، دون ما نفذ فيه البيع شرعا "، وما تعلق به العقد معلوم في المقام وإن لم يعلم بعد

التقسيم والتوزيع ما يقع بإزاء كل جزء منهما من أجزاء الآخر،

(٥٣٩)

نعم، لولا النص والاجماع أمكن الخدشة فيه بما سيحى في بيع ما يملك وما لا يملك.
(٤)

فلا مانع من الاخذ بالعمومات في الحكم بصحة البيع بالنسبة إلى ما لا مانع من صحته من
الاجزاء،
فالحكم بالصحة فيه مطابق للقاعدة، لا انه على خلافها وقد ثبت بالنص والاجماع. (ص
١٥٠)

(٤) الآخوند: بل لولا أن الصحة في المسألتين على طبق القاعدة، لأمكن المناقشة في
النص، بأنه لا
عموم فيه ولا اطلاق، بل حكم في واقعة. ولأمكن المناقشة في الاجماع، بأنه يمكن ذهاب
جل
المحققين - لولا الكل - إلى الصحة بناء " منهم انها على القاعدة، فلا مجال مع هذا
الاحتمال لتحصيله،

ولا يبقى وثوق بنقله، فلا محيص للقابل بالصحة عن دفع ما سيحى من المناقشة.
وحاصلها: ان الصحة في البعض على خلاف ما تراضيا وتعاقدا عليه من المجموع، كما أن
التراضي

والتعاقد على المشروط غير التراضي والتعاقد عليه، مع فساد الشرط.
والتحقيق في دفعها ان يقال: ان الغرض والقصد الذي دعي إلى التعاقد وان تخلف، حيث
إنه بتملك

تمام الجملة، ولم يمض في غير الملك لهما، إلا أن التعاقد على تملك الجملة تعاقد على
تمليك كل بعض
من أبعاضها، لأنها ليست الا نفس الأبعاض بالاسر، فيكون التعاقد على تملكها في الحقيقة
تعاقد على

تمليك كل من الأبعاض بإزاء ما يحازيها من الثمن، وعدم امضاء تملك بعض منها ليس
بضائر

بتبعية العقود للقصد لو قيل بالنفوذ في الباقي، لما عرفت من كون التملك بإزاء ما تخصصه
من الثمن

مقصودا "، وانما يضر لو كان تملك كل بعض مقيدا بتملك الباقي، كما في باب
الشروط، ولا يكاد يكون

ها هنا تقييد، وإلا لكان مع كل شئ بيعا " شرطا "، كما في ذاك الباب، وهو واضح
البطلان، كما يشهد به

الوجدان، والتراضي المعتبر في الصحة ليس إلا أن يكون تعاقدهما بصرافة طبع المتعاقدين،
قبالا " لما

إذا تعاقدوا إجبارا " أو اكراها "، وقد تعاقدوا هكذا وإن لم ينفذ عقدهما في غير مالهما، ومن
ذلك ظهر

الفرق بين فساد الشرط وفساد الجزء وليس عسرا "، كما حكى عن جامع المقاصد.
ان قلت: هب ذلك، ولكن التبعض يستلزم الجهالة في الثمن فيما يسلم، والعلم به معتبر في

صحة
البيع.

(٥٤٠)

وأما على القول بصحة الفضولي، فلا ينبغي الريب في الصحة مع الإجازة، بل وكذا مع الرد، (٥)

نعم، حكي عن الشيخ في المبسوط الحكم ببطلان بيع العبدین صفقة إذا كانا لمالکین مع الاختلاف في القيمة، بل عنه في خلافه الحكم بالبطلان حتى مع التساوي فيها أيضا ولا وجه له، فالتحقيق كفاية

العلم بضمن المجموع وان كانا مختلفي القيمة مع كونهما لمالکین، الا ان يكون هناك غرر والا فمع عدمه لا دليل على اعتبار أزيد من هذا المقدار من العلم.

وفي الثاني: ان الرضا في ضمن المجموع كاف، إذ ليس حال تخلفا لجزء أشد من تخلف الوصف والشرط

وليس فيهما الا الخيار . والسر: ان الرضا المتعلق بكل جزء ليس مقيدا بوجود الجزء الآخر، بل هو من أب تعدد المطلوب وان

كان التقييد أيضا ثابتا في اللب وتجب بعض الجهات، ولذا يوجب تخلفه الخيار وسيأتي تحقيق حال

المطلب انشاء الله وحققناه بما لا مزيد عليه في بحث الشروط فراجع. (ص ١٨٧) (٥) الطباطبائي: يعني: لا ريب في الصحة معه أيضا " بالنسبة إلى البعض المملوك. هذا، ويظهر من سياق بيانه حيث قال أولا " (في الصفحة ٥٣٧): (بناء على القول ببطلان الفضولي

الظاهر أن حكمه حكم الخ) وهنا نفي الريب في الصحة: ان صحة البيع بالنسبة إلى المملوك وعدمها

تفاوت على القولين، مع أنه لا فرق بينهما على تقدير عدم الإجازة فلا وجه لهذا الاطناب. بل كان ينبغي أن يقول: بناء على صحة الفضولي إذا أجاز المالك فلا اشكال واما مع عدم الإجازة

أو القول بعدم صحة الفضولي فكذا، الا ان يقال: بناء على صحة الفضولي الحكم بالصحة أوضح ولو

فرض عدم الإجازة، فإنه بالنسبة إلى حصة الغير أيضا صحيح تأهلي، فلا يكون البيع بالنسبة إلى

المجموع من حيث المجموع باطلا " صرفا بخلافه على القول ببطلانه، فان العقد بالنسبة إلى المجموع

باطل صرف ولغو محض، فالحكم بالصحة بالنسبة إلى المقدار المملوك يصير معه أشكال من الحكم بها

على تقدير القول بصحة الفضولي لكنه كما تري! والتحقيق: عدم الفرق بين القولين على تقدير عدم الإجازة ولذا لم يفصل أحد بين القولين.

(۵۴۳)

فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك (٦) غاية الامر ثبوت الخيار حينئذ للمشتري مع جهله
بالحال عند علمائنا - كما عن التذكرة، (٧) وسيجيء في أقسام الخيار - بل عن الشيخ في
الخلافاً
تقوية ثبوت الخيار للبائع، لكن عن الغنية الجزم بعدمه،

وقد مر منا: أن الفضول إذا كان بانياً على مراجعة المالك أمكنه التسبب الجدي إلى إيجاد الملكية
عرفاً أو شرعاً، وإلا فلا. ففي صورة البناء على مراجعة المالك وإمكان البيع في مقام السبب
لا بد من
استجماع الشرائط، فإنه موقع الإناطة والاشتراط، وعليه فحيث إن البيع التسببي متعلق
وقعت
عليه المعاوضة تسببياً، " دون البيع بالحمل الشائع فضلاً عن الملكية، إذ من الواضح عدم
إعتبار علم
المالك، كما أن تملك الزائد على ما بذله في المتجانسين في صورة تعدد المالك غير
ضائر، وكذلك في ما
إذا كان المبيع الآبق لأحدهما والضميمة لآخر، فإن تملك ما بإزاء الآبق غير ضائر، وإنما
المضر بيعه
بلا ضميمة.
ومقتضي هذا البيان وإن كان صحة بيع المتجانسين بزيادة إذا كان ما يخالفه ملكاً للغير ولم
يجزه،
وكذلك بيع الآبق بضميمة للغير ولم يجزه، مع أنه لا يصح البيع فيهما على الفرض، فيعلم
إعتبار
الضميمة في البيع بالحمل الشائع، واعتبار عدم الزيادة في المتجانسين في البيع بالحمل
الشائع، إلا أن
يقال: بخصوصية في المسألتين، من حيث ورود النص في لزوم الضميمة للآبق، ليكون
بإزاء ما نقده
المشتري شيئاً فعلاً، " وما في باب الربا من: أن إعتبار ضم غير الجنس، لأن يقع الزائد بإزاء
ما يخالفه
في الجنس، وليس فيما نحن فيه شيء يوجب إعتبار رفع مرحلة البيع بالحمل الشائع، على
خلاف طبع
الاشتراط الذي له مساس بمرحلة السبب، ولا حاجة حينئذ إلى دعوى أنه القدر المتيقن من
الاجماع
القائم على إعتبار رفعها في البيع. (ج ٢ ص ٣٣٣)

(٦) الطباطبائي: يظهر من هذه المقايسة مسلمية الحكم في المقيس عليه، وكذا يظهر من
عبارة
الجواهر أيضاً، " مع أنه أيضاً " من فروع المقام فمن يستشكل فيه، يستشكل فيه أيضاً، "

فتأمل. (ص ١٨٨)
(٧) الطباطبائي: ظاهره: اختصاص الخيار بما بعد الرد، فلا خيار له بمجرد الاطلاع على
كون البعض

(٥٥١)

ويؤيده صحيحة الصغار المتقدمة.

وربما حمل كلام الشيخ على ما إذا ادعى البائع الجهل أو الاذن، وكلام الغنية على العالم.
(٨)

ثم إن صحة البيع فيما يملكه مع الرد مقيد في بعض الكلمات بما إذا لم يتولد من عدم الإجازة مانع شرعي، كلزوم ربا، وبيع آبق من دون ضميمة، وسيجئ الكلام في محلها. (٩)

وأما مع علمه، فلا اشتراط على البائع ضمنا حيث إن المشتري يعلم بعدم كون المبيع بجملته

للمشتري وان البيع بالنسبة إلى بعضه فضولي فلا شرط منه عليه فلا موجب للخيار حينئذ. وبما ذكرنا يظهر: ان وجه عدم الخيار في صورة العلم انما هو عدم الموجب للخيار، فلا يرد بأنه لا

فرق في الصورتين فإذا اقتضى تبعض الصفقة للخيار في صورة الجهل فليكن مقتضيا في صورة العلم،

أيضا " هذا بالنسبة إلى المشتري، وكذا يثبت الخيار للبائع بالنسبة إلى تبعض الثمن لو كان جاهلا

بالحال أو كان معتقدا لاذن المالك مع عدم اذنه واقعا أو مع اذنه أيضا واقعا لكن لا يتمكن البائع

من اثبات اذنه لفقد البيئة والشهود. (ج ٢ ص ٣٠٧)

(٨) الطباطبائي: يعني ادعي: كونه جاهلا بان بعضه مال الغير وادعي كونه مأذونا في بيع حصة

الغير والمفروض ان المالك منكر للاذن، إذ في هاتين الصورتين لا يكون مقدما " بنفسه على تبعض

الصفقة فيكون له الخيار كما للمشتري مع جهله. (ص ١٨٨)

الإيرواني: ان تعقلنا الخيار في صورة الجهل، بأن كان إقدامه على بيع ماله مبني على ما توهمه

من ملك الضميمة ومقدمة " لفك الضميمة، قد أقدم على بيع ماله بحيث لم يكن يرضي بفك ماله

مستقلا "، فيجبر ذلك بجعل الخيار له لم نكن نتعقل الخيار في صورة ادعاء الاذن وتصوير تقيد الرضا

منه بانتقال ماله بالاذن من مالك الجزء الآخر في بيعه مجرد فرض وهي لا واقعية له. (ص ١٥١)

(٩) الأصفهاني: إذا كان المخالف في الجنس والضميمة للغير ولم يجز بيعهما، وتوضيح الحال فيهما:

أنه قد تبين - مما ذكرناه في الموانع العامة المتقدمة - أن المانع غير مقصور على صورة الرد،

(۵۵۳)

إنما الدليل على عدم نفوذ جعلها بين متفاضلين، والمقام من قبيل الأول دون الثاني، إذ لا تفاضل فيما تعلق به الجعل. (ص ١٥١)

النائبي (منية الطالب): ان صحة البيع في مفروض المقام مقيدة بما إذا لم يلزم من التبعض، محذور آخر كلزوم الربا ونحوه من بيع ما لا يقدر على تسليمه ومن بيع المجهول فإذا باع ديناراً من ماله مع درهم من غيره بدرهمين ودينارين ورد مالك الدرهم فسد المعاملة رأساً، لان ما بإزاء ديناره حين التقسيط أزيد من الدينار والربا تفسد المعاملة ولو في باب الغرامات، فضلاً عن مثل المقام الذي يكشف الرد عن وقوع المعاملة الربوية من أول الامر وحكم الربا في المعاملات حكم القياس في الاحكام والريا في العبادات وإذا باع عبده الآبق مع ضميمة من مال غيره فلو رد الغير يقع العبد مبيعاً بلا ضميمة فيفسد وإذا باع الموصي له العبدين اللذين أوصي الميت بكون أحدهما له بعد الموت فرد الورثة يلزم كون المبيع منهما.

وبالجملة: كل شرط اعتبر في المعاملة استمراره من أول وقوع العقد إلى حين التقسيط لو فقد يوجب بطلان المعاملة.

واما لو لم يعتبر استمراره بل كفي وجوده حين التسليم أو حين العقد، فالمدار وجود على نحو ما اعتبر ولا ينبغي الاشكال في أن المدار في اعتبار العلم في العوضين كونهما معلومين حين العقد فلا يضر الجهل حين الرد فلو باع عبدين، فلا فرق في الصحة بين ان يكون عبده معلوماً وضمه إلى عبد غيره المعلوم أو المجهول وأن يكون عبده مجهولاً وضمه إلى عبد غيره المعلوم أو المجهول، لان العبدين معلومان من حيث المعاوضة وان كان مال نفس البائع مجهولاً في مثل الوصية قبل تعيين الموصي به، فان الجهل بعين المال لا يضر في مقام التقسيط، لان المشتري يقوم مقام الموصي له، فكما كان له أحد العبدين اللذين يعين أحدهما بالقرعة أو بتعيين الورثة أو غيرهم ممن ينفذ تعيينه كان لمشتري أحدهما

ذلك أيضا.

(٥٥٥)

فيما إذا كان العوضين مشتملا على جنسين والآخر على زيادة في الجنس الواحد كالصورتين الأخيرتين من المثال الذي ذكرنا وكما إذا باع درهما ومدا " من تمر بدرهمين أو بمددين، فإنه إذا تلف الدرهم أو المد قبل القبض يكون الآخر في مقابل أزيد منه من جنسه وهو ربوا. لكنك خبير بان انصراف كل إلى ما يخالفه في كلام الفقهاء والاختبار ليس إلا تعبديا من جهة تصحيح المعاملة والا ففي الحقيقة الثمن يسقط على المثلن بحسب القيمة، فلو فرض كون أحد الجنسين لمالك والآخر لآخر لا يحكم بكون مقابل مال كل يخالف جنس ماله، فالتحقيق بطلان البيع بالنسبة إلى مال البائع أيضا إذا استلزم التقييط الربا. نعم، في مسألة التلف قبل القبض لا يبعد الحكم بالصحة لا في خصوص ما ذكره المحقق والشهيد الثانيان بل مطلقا " من جهة امكان دعوى: ان المدار في بطلان الربا على الزيادة فيما وقع عليه العقد لا عند التقييط، والفرق بينه وبين المقام: ان في التلف قبل القبض يكون البطلان والتقييط طارئاً بخلاف المقام، فان البيع بالنسبة إلى مال الغير باطل من الأول ويلزم وقوع الربا من أول الامر ومن حين وقوع العقد فتدبر، وتام الكلام في محله. واما الثاني، فكما إذا كانت الضميمة في بيع العبد الآبق للغير، فإنه يبطل البيع بالنسبة اليه أيضا " ، لأنه يلزم منه صحة بيعه بلا ضميمة وفي هذا أيضا يمكن الفرق بين ما لو كانت مال الغير ولم يجز وبين ما لو تلفت قبل القبض فإنه يمكن في الثاني الحكم بالصحة لما أشرنا اليه من كون البطلان في التلف قبل القبض من حين التلف، لا ان يكون كاشفا عن البطلان من الأول والقدر المسلم من بطلان بيع الآبق بلا ضميمة ما إذا كان كذلك حين البيع ويأتي الكلام فيه في محله. ثم إن من الموانع الطارئة بسبب التقييط ما إذا لزم منه الابهام في البيع الموجب للبطلان، كما إذا أوصي له بأحد العبدین المختلفين أو المتساويين في القيمة فباع العبدین قبل تعيين الوارث أو غيره

ثم إن البيع المذكور صحيح بالنسبة إلى المملوك بحصته من الثمن، وموقوف في غيره بحصته.
(١٠)

(١٠) النائني (المكاسب والبيع): صحة البيع المذكور فيما يملكه البايع مع فرض بطلان الفضولي أو صحته مع تعقبه بالرد متوقف على أن لا يتوقف صحته على ضم ما انضم إليه، وإلا فيبطل من هذه الجهة كما إذا كان مال نفسه من الأجناس الربوية، فإنه بضم ما انضم إليه يصير بيعه صحيحا لخروجه عن الربا ومع عدم انضمامه يصير البيع ربويا"، بناء على أن لا يكون الربا المحرم منحصرا بمرحلة انشاء البيع، بل يعم كل معاملة ولو بعد الانشاء، بل يعم باب الغرامات أيضا"، فيكون مورد الربا باب المعاوضات كيفما اتفق.
وكما إذا كان مال نفسه عبدا "أبقا" حيث لا يصح بيعه بلا ضمانة ومع رد بيع الضمانة يبطل البيع في مال نفسه لاجل كونه أبقا " لا يصح بيعه منفردا ". (ج ٢ ص ٣٠٧)
الإيرواني: ربما يكون المتبايعان قد لاحظا وقوع حصة معينة من الثمن بإزاء كل جزء جزء من المثلث وان أجمعا الجميع في عبارة واحدة وأوقعا العقد على المجموع وقابلا المجموع بالمجموع، فيكون التقسيط حينئذ على خلاف تلك النسبة مراعاة لنسبة القيمة السوقية محلا " للاشكال، وإنما يقسط حسب نسبة القيمة السوقية فيما لم يكن الملحوظ الشخصي على خلافه من جهة ان المعاملة تكون منزلة على تلك النسبة، وسيجئ من المصنف في بيع ما يقبل الملك وما لا يقبل كبيع الشاة منضمة إلى خنزير، الافراز على حسب نسبة القيمة السوقية للخنزير إلا أن يكون قد باعه بعنوان انه شاة أيضا فيقسط له قيمة الشاة بفرض الخنزير شاة ثم تقويمه، إلا أن يدع الفرق بين أن يفرض عنوان المبيع عنوانا خاصا " يختلف قيمته عن عنوانه الأصلي، فيراعي قيمة ما فرض من العنوان دون ماله واقعا من العنوان وبين أن يلحظ مقابلة حصة معينة من الثمن بإزاء كل جزء فيراعي نسبة القيمة الواقعية لذلك الجزء ويترك ما لوحظ وفيه نظر. (ص ١٥١)

الطباطبائي: اعلم: ان في كل مورد نحتاج إلى التقسيط كالمقام إذا لم يجز المالك، بل وكذا إذا أجاز لإرادة تعيين حصة كل منهما من الثمن وكما إذا تلف بعض المبيع قبل القبض.

(٥٦٠)

وكما إذا فسخ في البعض بخيار إذا اختص الخيار به أو تقابلا فيه إذا قلنا بجواز الإقالة في البعض.

ففقهاء المسألة: ان مقتضى مقابلة المجموع بالمجموع مقابلة كل جزء من اجزاء أحدهما بما يساوي قيمته

من الآخر بالنسبة فالثمن يفرق على اجزاء المبيع بحسب قيمتها الواقعية ما لم يعين في المعاملة حصة كل والا فبحسب ما عين، كما إذا ساومه على أن يكون هذا العبد بخمسة وذاك بعشرة، فقال: بعثك

العبدين بخمسة عشر، فان في هذه الصورة لا حاجة إلى التقويم، إذ حصة كل منهما معينة. واما في غيرها، فالحكم ما ذكرنا حتى في مثل بيع درهم ومد من تمر بدرهمين ومدين فان مقتضى

المقابلة ما ذكرنا وان ورد في الاخبار ان كلا من الجنسين ينصرف إلى ما يخالفه من الآخر، فان ذلك

انما هو من باب الحيلة في التفصي عن الربا، لا على الحقيقة حسبما أشرنا سابقا خلافا لمن تقدم ذكره

وكذا في بيع الآبق مع الضميمة وان كان يظهر من الاخبار ان تمام الثمن بإزاء الضميمة، الا ان المراد

انه إذا لم يحصل العبد لا يوزع عليه الثمن يعني لا يسترد من البائع، لا انه ليس بإزاء الآبق شئ حتى

لو تلف قبل القبض أو كان لمالك آخر.

ثم اعلم: انه لا اشكال في أن الأوصاف والشروط لا تقابل في المعاملة بعوض بمعنى انه ليس شئ من

الثمن بإزائها، بل المقابلة انما هي بين العينين وان كانت هذه أيضا موجبة لزيادة القيمة أو نقصانها

ولزيادة الثمن ونقصانه، فهية الاجتماع وان كانت في بعض الأشياء دخيلة في زيادة الثمن، الا انها

لا تقسط عليها الثمن فتخلفها لا يوجب الا الخيار كما في سائر الأوصاف والشروط وهذا واضح

حسبما بينه المصنف أيضا ".

ثم إن الهيئة الاجتماعية قد لا تكون موجبة لشئ من الزيادة والنقيصة وقد تكون موجبة للزيادة في

الطرفين بالسوية وقد تكون موجبة لهما فيهما بالاختلاف بان يكون قيمة أحدهما مع الانضمام

خمسة ولا معه أربعة وقيمة الآخر معه ستة ولا معه أربعة وقد تكون موجبة للنقيصة فيهما بالسوية أو بالاختلاف وقد تكون موجبة للزيادة في أحدهما والنقيصة في الآخر.

(۵۶۱)

وطريق معرفة حصة كل منهما من الثمن في غير المثلي: أن يقوم كل منهما منفردا، فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين، (١١)
مثاله - كما عن السرائر - : ما إذا كان ثمنها ثلاث دنانير، وقيل: (إن قيمة المملوك قيراط) وقيمة غيره قيراطان فيرجع المشتري بثلثي الثمن.

إذا عرفت تعرف: ان الأولى في كيفية التقسيط ان يقوم كل منهما منفردا " لكن بملاحظة حال

الانضمام لا في حال الانفراد ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة قيمته إلى مجموع

القيمتين، إذ لو قوم كل منهما منفردا " لا في حال الانضمام يلزم الضرر على أحدهما في صور

الاختلاف، مثلا " إذا كان أحدهما يزيد قيمته بالانضمام والآخر تنقص قيمته به يلزم على طريقة

المصنف قدس سره فيما إذا قوم أحدهما منفردا باثنين ومنضما بأربعة والآخر منفردا بأربعة ومنضما

باثنين ان يكون لمالك الأول ثلث الثمن وللمالك الثاني ثلثاه، مع أن قيمة مال الأول في حال الانضمام

ضعف قيمة مال الثاني في تلك الحال، فينبغي ان يكون للأول الثلثان وللثاني الثلث، وهكذا في سائر

(موارد) الاختلاف. واما على ما ذكرنا فلا يلزم نقص في مورد من الموارد.

وبالجملة: فكما أن طريق الشرايع والقواعد واللمعة لا يتم الا في صورة عدم مدخلية هيئة الشئ

من الزيادة أو النقصان، كذا طريق المصنف قدس سره لا يتم الا في غير صور الاختلاف بان كانت

موجبة للزيادة بالسوية أو النقصان بالسوية.

هذا، ويمكن ارجاع ما ذكره الجماعة أيضا إلى ما ذكرنا بان يكون مرادهم من تقويم أحدهما بعد

تقويم المجموع تقويمه منفردا لكن بوصف الانضمام.

وكيف كان، فالطريق المستقيم في جميع الصور ما ذكرنا. (ص ١٨٩)

(١١) الأصفهاني: أي: في قبال قيمتهما مجتمعين، لا في قبال قيمة كل منهما في حال الانضمام إلى

الآخر لما سيحى إن شاء الله تعالى أن كل صفة موجودة في العوضين تختلف بها الرغبات لا بد من

ملاحظتها في مقام التقويم. (ج ٢ ص ٣٣٨)

وما ذكرنا من الطريق هو المصرح به في الارشاد، حيث قال: (ويستقط المسمي على القيمتين). ولعله أيضا مرجع ما في الشرايع والقواعد واللمعة من: أنهما يقومان جميعا ثم يقوم أحدهما، ولذا فسر بهذه العبارة المحقق الثاني عبارة الارشاد، حيث قال: (طريق تقسيط المسمي على القيمتين إلخ) (١٢)

وهنا صور نادرة وهي: ما إذا صارت هيئة الاجتماع موجبة لزيادة قيمة أحدهما دون الآخر أو موجبة لزيادة قيمة أحدهما ونقص الآخر ثم فيما إذا صارت موجبة لزيادة قيمة كل منهما أو لنقص كل منهما قد توجبها كذلك بالسوية وقد توجبها كذلك بالاختلاف. وعلى أي حال، لا ينطبق كيفية تقسيط ظاهر الشرايع واللمعة الا على ما لا يوجب الضم نقصا ولا زيادة ولا ينطبق كيفية تقسيط المصنف الا على ما يوجب الضم زيادة أو نقصا في كل منهما بالسوية، وانما لا ينطبق على صور الاختلاف ولم يزد قيادا في الكلام حتى يشملها أيضا لخروجها عن الصور المتعارفة وندرتها جدا، فتدبر جيدا. (ج ١ ص ٣١٠)

النائني (المكاسب والبيع): محصل ما اختاره قدس سره موافقا لما في الارشاد هو: ان يقوم كل منهما منفردا ثم يجمع القيمتين فتنسب قيمة مال نفسه إلى مجموع القيمتين ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة سواء كان مجموع القيمتين مساويا مع قيمة المجموع بأن لم يكن للهيئة الاجتماعية مدخلية في تفاوت القيمة أو كان مجموع القيمتين انقص بان كان اجتماع المالين منشأ " لنقص قيمتهما أو كان أزيد بأن صار اجتماعهما منشأ لزيادة القيمة كمصراعي الباب مثلا "، فإذا كان قيمة كل من المالين أربعة يكون مجموع القيمتين ثمانية ونسبة قيمة ماله إلى المجموع النصف فيكون نصف الثمن له بإزاء مال نفسه. (ج ٢ ص ٣٠٨)

(١٢) النائني (المكاسب والبيع): ظاهر هذه العبائر هو: نسبة قيمة مال نفسه إلى قيمة المجموع، لا إلى مجموع القيمتين فإذا كان قيمة المجموع عشرة ومجموع القيمتين ثمانية وقيمة مال نفسه أربعة، يسند الأربعة إلى العشرة لا إلى الثمانية بخلاف الطريق الأول.

(٥٦٤)

لكن الانصاف: إن هذه العبارة الموجودة في هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارة الارشاد التي اخترناها في طريق التقسيط واستظهرناه من السرائر، إذ لو كان المراد من (تقويمهما معا) تقويم كل منهما - لا تقويم المجموع - لم يحتج إلى قولهم: (ثم يقوم أحدهما، ثم تنسب قيمته) إذ ليس هنا إلا أمران: تقويم كل منهما، ونسبة قيمته إلى مجموع القيمتين (١٣)، فالظاهر إرادة قيمتهما مجتمعين، ثم تقويم أحدهما بنفسه، ثم ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع.

لزم ان يرد من الثمن ثلثاه ولو لوحظ قيمة كل في حال الانضمام لزم ان يرد ثلث الثمن، فضابط المصنف قدس سره أعني: تقويم كل في حال الانفراد ثم نسبته إلى مجموع القيمتين لا ينطبق على مثل هذه الصورة، لكن هذه الصور نادرة وغرض المصنف قدس سره بيان الضابط للصور المتعارفة هكذا أفيد فتأمل. (ج ٢ ص ٣٠٨)

(١٣) الأصفهاني: بيانه: أن قوله: (يقومان جميعا ثم يقوم أحدهما) يأبى عن الانطباق على الطريق المعروف من وجهين أحدهما: أن قوله: (جميعا) إن كان حالا عن الشئيين اللذين وقع عليهما البيع فمعناه تقويمهما مجتمعين، ويناسبه قوله بعده: (ثم يقوم أحدهما)، وإن كان تأكيدا لتقويمهما فلا مجال للتأكيد، إذ لا موهم للثنية الصريحة في الاثنين، ولا يقاس بالجمع الذي له مراتب فيوهم إرادة أقل مراتبه فيؤكد بالجميع وأشباهه دفعا للوهم المزبور.

ثانيهما: قوله: (ثم يقوم أحدهما)، إذ لو كان المراد من تقويمهما جميعا تقويم كل منهما لم يبق مجال لتقويم أحدهما، فإنه تحصيل الحاصل، ولا مجال لحمله على إرادة نسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين، لقوله بعده: (ثم تنسب قيمته) فيظهر منه: أن للتقويم طريقين سلك بعضهم أحد الطريقين والآخر الطريق الآخر، فمنهم من يقوم كلا منهما، فيأخذ مجموع القيمتين وينسبه إلى المسمي، ومنهم من يقومهما مجتمعا، ويأخذ قيمة المجموع، لا مجموع القيمتين، فإنه يرد على الثاني المحذور المذكور في المتن.

ولكن لا يخفى عليك أن تفاوت الطريقتين إنما هو في صورة اختلاف قيمة كل منهما في نفسه مع قيمته بوصف الانضمام، فإنه على الطريق المعروف لا يؤثر ملاحظته وعدمها غالبا "، بخلاف الطريق الآخر كما في المتن.

(٥٦٦)

ومن هنا أنكر عليهم جماعة - تبعا لجامع المقاصد - إطلاق القول بذلك. (١٤)

وأما لو قلنا بملاحظة وصف الانضمام الموجب لتفاوت القيمة زيادة ونقصا "، فالطريق الثاني كالطريق المعروف، فإن المصراع الواحد إذا لوحظ وحده كان قيمة المجموع غير مجموع القيمتين. وأما إذا لوحظ بما له من وصف الانضمام، فيستحيل التفاوت ولا موجب لعدم ملاحظته إلا توهم أن ملك البائع ليس له هذه الصفة، بل ذات المصراع ملكه، إلا أن اللازم ملاحظة ما وقع عليه عقد المعاوضة زمانا ومكانا وصفة وإلا فربما لا يكون للشيء بذاته مع قطع النظر عن اعتباراته قيمة، وكون الوصف المذكور لا يقسط عليه الثمن معني، وكونه موجبا لمالية الموصوف به وزيادة قيمته أو نقصه معني آخر، والمدعي هو الثاني، وعليه فلا تفاوت بين الطرفين فتدبر جيدا". (ج ٢ ص ٣٣٩)

(١٤) الإيرواني: لا وجه للانكار عليه لتعيينه بناء على وقوع جزء من الثمن بإزاء الهيئة الاجتماعية فإن كان الانكار مما لا بد منه فلينكر والمبني وان الهيئة الاجتماعية بنفسها لا تقابل بالمال وان كانت دخيلة على سبيل الداعي في زيادة ثمن العين وعليه فالمتعين في طريق التقويم ما إختاره المصنف من تقويم الجزئين والاخذ بنسبتهما من الثمن وهذا بخلاف ما إذا قوبلت الهيئة بجزء من الثمن فإن المتعين على ذلك في التقويم ما اختاروه من الطريق، لان الفئات من المشتري بظهور بعض أجزاء المبيع مستحقا " للغير أمران ذلك الجزء والهيئة الاجتماعية فاللازم هو استرداد ما قابل الهيئة وذلك الجزء، فلذا تقع الحاجة إلى تقويم المجموع وتقويم أحدهما ليعرف قيمة ذات الجزء وقيمة الجزء مع الهيئة ليسترجع بتلك النسبة من الثمن، لكن اللازم تقويم المجموع وتقويم مال البائع منفردا " لا تقويم مطلق أحدهما، فان معرفة قيمة مال الغير منفردا "، لا أثر يترتب عليه وليس ما يسترده المشتري من الثمن بنسبة مال الغير منفردا إلى قيمة المجموع لعدم الوجه لذلك أصلا ولا ينطبق على شيء من القواعد وان نسبه المصنف إلى إيهام عبارة الشرايع وإنما يسترد بنسبة قيمة مال الغير

مجتمعا " إلى
مال البايع منفردا ". ويبقى بنسبة مال البايع منفردا " إلى مجموع القيمتين.
والحاصل: يمسك مقداراً " من الثمن نسبة إلى مجموع الثمن نسبة قيمة مال البايع منفردا
إلى مجموع
المالين، لأنه فات منه أمران مال الغير والهيئة الاجتماعية فيسترد حسب نسبة قيمتهما

(٥٦٧)

إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة، كما في مصراعي باب

وزوج خف إذا فرض تقويم المجموع بعشرة وتقويم أحدهما بدرهمين وكان الثمن خمسة، فإنه

إذا رجع المشتري بجزء من الثمن نسبته إليه كنسبة الاثنين إلى العشرة استحق من البائع واحدا من الخمسة فيبقي للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد، مع أنه لم يستحق من الثمن

إلا مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر أعني درهمين ونصفاً". (١٥) والحاصل: إن البيع إنما يبطل في ملك الغير بحصة من الثمن يستحقها الغير مع الإجازة، ويصح في نصيب المالك بحصة كان يأخذها مع إجازة المالك الجزء الآخر.

ويبقي عند البائع من الثمن حسب نسبة قيمة ماله منفرداً إلى قيمة المالكين منضمماً". (ص ١٥١)

(١٥) الإيرواني: بل تقويم خصوص مال البائع بدرهمين فيسترد المشتري بنسبة قيمة العشرة إلى اثنين أعني أربعة أحماس الثمن وهو أربعة ويترك عند البائع خمسة وهو واحد من خمسة عوضاً "

عن ماله بعكس ما ذكره المصنف، إذ قد عرفت: أن ما ذكره المصنف لا ينطبق على شيء من القواعد

وإنما المطابق للقاعدة بناء على توزيع الثمن على الهيئة الاجتماعية ما ذكرناه. (ص ١٥١)

هذا، ولكن الظاهر إن كلام الجماعة إما محمول على الغالب من: عدم زيادة القيمة ولا نقصانها بالاجتماع، أو مرادهم من (تقويمهما) تقويم كل منهما منفردا، ويراد (من تقويم أحدهما

ثانياً " ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين، (١٦) وإلا ففساد الضابط المذكور في كلامهم لا يحتاج إلى النقض بصورة مدخلية الاجتماع في الزيادة التي يمكن القول فيها - وإن كان ضعيفا "

بأخذ النسبة للمشتري بين قيمة أحدهما المنفرد وبين قيمة المجموع، بل ينتقض بصورة مدخلية

الاجتماع في نقصان القيمة بحيث يكون قيمة أحدهما منفردا مثل قيمة المجموع أو أزيد، فإن

هذا فرض ممكن (١٧) - كما صرح به في رهن جامع المقاصد وغيره - فإن الالتزام هنا بالنسبة

المذكورة يوجب الجمع بين الثمن والمثمن، كما لو باع جارية مع أمها قيمتها مجتمعين عشرة،

وقيمة كل واحد منهما منفردة عشرة، بثمانية، فإن نسبة قيمة إحداهما المنفردة إلى مجموع القيمتين نسبة الشيء إلى مماثله، فرجع بكل الثمانية. وكان من أورد عليهم ذلك غفل عن هذا، أو كان عنده غير ممكن. فالتحقيق في جميع الموارد: ما ذكرنا من ملاحظة قيمة كل منهما منفردا "، ونسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين. فالزيادة ظلم على المشتري، وإن

كان ما أوهمه عبارة الشرائع وشبهها - من أخذ البائع أربعة، والمشتري واحدا " - أشد ظلما "

كما نبه عليه في بعض حواشي الروضة، فاللازم أن يقسط الثمن على قيمة كل من الملكين منفردا وعلى هيئته الاجتماعية، ويعطي البائع من الثمن بنسبة قيمة ملكه منفردا "، ويبقى للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفردا وقيمة هيئته الاجتماعية.

(١٦) الإيرواني: قيمته: حمل التقويم على ملاحظة النسبة بعيد بل لا يعلم له وجه لعدم الارتباط

والعلاقة بين المعنيين.

(١٧) الإيرواني: إن هذا فرض ممكن، لكنه نادر خارج عن منصرف كلماتهم قطعاً. (ص ١٥١)

فإن قلت: أن المشتري إذا بذل الثمن في مقابل كل منهما مقيدا باجتماعه مع الآخر، وهذا الوصف لم يبق له مع رد مالك أحدهما، فالبائع إنما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفردا"، فله من الثمن جزء نسبتة إليه كنسبة الدرهمين إلى العشرة، وهو درهم واحد، قلت: فوات وصف الانضمام - كسائر الأوصاف الموجبة لزيادة القيمة - ليس مضمونا في باب

المعاوضات وإن كان مضمونا في باب العدوان، غاية الامر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفة. (١٨)

(١٨) النائيني (المكاسب والبيع): محصل السؤال: ان وصف الاجتماع فيما يكون موجبا " لزيادة

القيمة امر متمول قد بذل المشتري بإزائه، ففي مثال المفروض في المتن أعني ما إذا كان الثمن خمسة

وقيمة كل واحد منفردا اثنين وقيمة المجموع عشرة فعلى طريقة القوم يلزم رد الواحد من الخمسة

إلى المشتري وابقاء الأربعة منها بإزاء ماله وعلى طريقة المصنف يلزم رد نصف الخمسة على

المشتري بإزاء مال المالك وابقاء نصفه البائع ففي طريقة القوم وان كان ظلما على المشتري إلا أنه

على طريقة المصنف أيضا لا يخلو عن الظلم وان كان على طريقة القوم أشد. ووجه ذلك أنه أعطي

الخمس بإزاء المجموع مع وصف الاجتماع فمن طريقة المصنف يلزم ان يبقى مال البائع له في حال

الانفراد بإزاء نصف الثمن الذي كان بإزائه مع وصف الاجتماع.

وبعبارة أخرى: كل من مال المالك ومال البائع وقع مع وصف الاجتماع بإزاء نصف الثمن مع أن

الحاصل للمشتري هو مال البائع في حال الانفراد بإزاء نصف الثمن وهذا كما تري ظلم وان كان

الظلم على طريقة القوم أفحش.

ومحصل الجواب: دعوى الفرق في الأوصاف بين باب المعاوضات وبين باب الغرامات بكونها

مضمونة في باب الغرامات وغير مضمونة في باب المعاوضات.

والسر في ذلك: اما ضمانها في باب الغرامات فلتحقق سبب ضمانها من اليد والاتلاف ونحوهما.

واما عدم ضمانها في باب المعاوضات، فلعدم بذل العوض بإزائها وان كانت موجبة للرجعة في بذل

العوض بإزاء الموصوف بها فكتابة العبد الكاتب لا تقع بإزاء الثمن وان كانت منشأ ازدياد ثمن

(۵۷۰)

ولا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع وملك غيره متعددين في الوجود كعبد وجارية، أو متحدا كعبد ثلثه للبائع وثلثاه لغيره، فإنه لا يوزع الثمن على قيمة المجموع أثلاثا "، لان الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان، لكونه أقل رغبة منه، بل يلاحظ قيمة الثلث وقيمة الثلثين ويؤخذ النسبة منهما ليؤخذ من الثمن بتلك النسبة. هذا كله في القيمي.

أما المبيع المثلي، فإن كانت الحصة مشاعة قسط الثمن على نفس المبيع، فيقابل كل من حصتي البائع والأجنبي بما يخصه، (١٩)

العبد الموصوف بها وهذا حكم مطرد في جميع الأوصاف من غير فرق فيها بين وصف الصحة وغيرها وان كان تكرر من المصنف قدس سره دعوى الفرق بين وصف الصحة وبين غيرها بجعل وصف الصحة مما يبذل بإزائها العوض لاجل صيرورة الأرش في باب خيار العيب على طبق القاعدة، ولكن سيأتي في خيار العيب فساد دعواه وان وصف الصحة كساير الأوصاف في عدم جعله بإزاء العوض وذلك امر معلوم بالوجدان وعلى تقدير كونه مما يقع بإزاء العوض يلزم سد باب خيار العيب وثبوت التخيير بين الرد والأرش ويكون اللازم حينئذ تعين الأرش وانه يثبت حينئذ خيار تبعض الصفقة بعد فرض تعين الأرش، وكل ذلك مما لا يقول به المصنف قدس سره كما يأتي في محله.

وبالجملة: على تقدير خروج الأوصاف عن مقابلة الثمن فلا يستحق المشتري في المقام شيئا " من الثمن بإزائها فسقط السؤال.

نعم، للمشتري الفسخ حينئذ مع جهله بالحال لخيار تخلف الوصف كما لا يخفى. (ج ٢ ص ٣١٠)

(١٩) النائيني (المكاسب والبيع): قسم المثلي بما إذا كانت حصة البائع مشاعا مع حصة المالك وما

إذا كانت مفروزة فحكم في الأول بتسقيط الثمن على نفس المبيع، فيقابل كل من حصتي البائع

والأجنبي بما يخصه فيبقى ما يخص حصة البائع. ويرد ما يخص حصة الأجنبي إلى المشتري، كما إذا كان حصة البائع تسعة أمان من الحنطة وحصة

المشتري من واحد وبعد تقسيط الثمن على الجميع يقابل تسعة اجزائه بمال البائع وجزء عاشر منه

وإن كانت حصة كل منهما معينة كان الحكم كما في القيمي من: ملاحظة قيمتي
الحصتين
وتقسيت الثمن على المجموع، فافهم. (٢٠)

بمال الأجنبي، فيرد عشر الثمن إلى المشتري وحكم في الثاني بملاحظة قيمة الحصتين
وتقسيت الثمن
على المجموع اي نسبة كل حصة إلى مجموع القيمتين والخذ من الثمن بتلك النسبة.
ولا يخفى ان شيئاً " من الضابطين لا ينضبط على الوجه الكلي،
اما الأول، فلانتقاضه بما إذا كان لإحدى الحصتين في حال الاجتماع قيمة أكثر من قيمتها
في حال
الانفراد كما إذا كان من من الحنطة في حال الاجتماع مع تسعة أمان أعلى قيمة لاجل
صيورته
مرغوبا " اليه في ضمن العشرة، ولكنه مفردا " لا يرغب اليه بما يرغب اليه في حال
الاجتماع فتقسيت
الثمن حينئذ على نفس المبيع ليقابل كل من الحصتين بما يخصه لا يفيد في تعيين قيمة
حصة الأجنبي
كما لا يخفى.
واما الثاني، فلانتقاضه بما إذا كانت الحصتان المفروزان كل من صبرة واحدة فلا يكفي
حينئذ قيمة
كل واحدة ونسبة قيمته إلى مجموع القيمتين والخذ من الثمن بتلك النسبة، بل لا بد من
أن يقابل
كل من الحصتين بما يخصه من الثمن كالمثلي فلا يكون موافقا " مع القيمي في الحكم،
ولعله إلى
المناقشتين امر بالفهم على الاقرار على نفسه كما لا يخفى. (ج ٢ ص ٣١١)
الإيرواني: لم أفهم الفرق بين الحصة المشاعة والمعينة فان قلة النصيب وكثرته يوجب
إختلاف
نسبة القيم ولا يكون إختلاف القيمة بنسبة إختلاف الحصة زيادة ونقصا بحيث
لو ساوي المجموع
سنة ساوي نصفه، نصف ذلك وثلثه، ثلثه كما قيل في تعريف المثلي.
ثم لو صح ذلك لزم فيما كانت حصة كل منهما معينة أيضا تقسيت الثمن بنسبة أجزاء
المبيع بلا
حاجة إلى التقويم، إلا إذا إختلفت الحصتان في الخصوصيات الموجبة لاختلاف التقويم
(ص ١٥٢)
(٢٠) الطباطبائي: وذلك لامكان اختلافهما في القيمة من حيث الجودة والردائة، بل من
حيث تعلق
الأغراض بمال هذا أو ذاك أو من حيث القلة والكثرة لكن هذين الأخيرين يمكن فرضهما
في الحصة

المشاعة أيضا ولعله لذا قال فافهم. (ص ١٩٠)

(٥٧٢)

بيع الفضولي
* بيع نصف الدار *

(٥٧٥)

مسألة لو باع من له نصف الدار نصف ملك الدار، فإن علم أنه أراد نصفه أو نصف الغير عمل به، (١)

(١) الطباطبائي: لا بأس بالإشارة إلى ما يقتضيه التحقيق عندي على وجه الاجمال، اعلم: ان التكلم في هذه المسألة في مقامين، أحدهما: فيما إذا علم كون مراد البايع من النصف شيئاً معيناً من نصفه المختص أو المشاع في الحصتين ولم يعلم التعيين فيكون الغرض تشخيص مراده. الثاني: فيما إذا علم أنه لم يقصد الا مفهوم النصف من غير نظر إلى كونه من ماله أو من الحصتين بان علم عدم التفاته إلى شئ وراء مفهوم اللفظ. والظاهر: ان محل كلام من تعرض للمسألة من الفقهاء المقام الأول، لكن المصنف قدس سره وصاحب الجواهر حملاً محل كلامهم على المقام الثاني وهو بعيد في الغاية، إذ عليه لا يبقى محل التمسك بظهور المقام أو غيره في مقابل ظهور النصف في الإشاعة، إذ الرجوع إلى الظهورات انما هو لتشخيص المرادات، والمفروض ان المتكلم لم يقصد خصوصية ملكه أو ملك غيره وانما قصد مفهوم النصف الذي مقتضاه ليس إلا الإشاعة. ودعوى: ان بناءهم على العمل بالظهورات النوعية ولو مع العلم بعدم التفات المتكلم إلى الخصوصيات، كما يظهر من مراجعة كلماتهم في باب الوقف والوصية والحلف والنذر ونحوها، حيث إنهم يقولون: ان الظاهر من اللفظ الفلاني كذا وكذا، أو ينصرف إلى كذا أو لا، فتريهم يقولون: لو حلف أن لا يدخل الدار، هل ينصرف إلى كذا أولاً؟ مع أن المفروض ان المتكلم لم يتوجه ذهنه إليه ابداً."

وإلا فإن علم أنه لم يقصد بقوله: (بعتك نصف الدار) إلا مفهوم هذا اللفظ،
ففيه احتمالان: حمله على نصفه المملوك له، وحمله على النصف المشاع بينه وبين
الأجنبي (٢)

ولذا ادعي فخر الدين في بيع الغانم المشترك بين عبده وعبده غيره الاجماع على حمله على
عبد

نفسه. ومن ذلك ظهر ما ينبغي أن يجعل مطرحا للبحث في المقام وان النصف هو النصف
المشاع في

جميع الصور ونصفه المملوك ليس شيئا ممتازا " وراء النصف المشاع في مجموع الدار.
واما النصف المشاع بينه وبين ما يستحقه شريكه فمما لم نتصوره حتى نحمل عليه لفظه
أولا نحمل.

واما احتمال إرادة النصف الكلي في المعين المختلف في الأثر مع الأول، فذلك مما لا يضر
فيما هو

المبحوث عنه فعلا "، فان العقد محكوم بأنه عقده والخطاب خطابه إلى أن يتحقق كون
العقد عقد

شريكه بتحقيق قصده إلى نقل مال شريكه، فيكون بيع الكلي الذي يملك هو فردا " منه
وبيع الكسر

المشاع في حكم واحد وعلى كل حال يجب دفع ما ملكه وفاء عن العقد، ومما ذكر ظهر
ما اشتمل

عليه المتن من الاضطراب. (ص ١٥٢)

(٢) الطباطبائي: المقام الثاني (يعني: إن علم أنه لم يقصد بقوله بعتك نصف الدار إلا
مفهوم هذا اللفظ)

الحق فيه: هو الحكم بالإشاعة وذلك لما عرفت من عدم المعارض لظهور النصف في
الإشاعة، لان

المفروض هو العلم بأنه لم يقصد الا مفهوم النصف وانه لم يلتفت إلى كونه من ماله
المختص أو

المشترك بينه وبين غيره والظهورات انما يرجع إليها لتعيين المراد الواقعي المجهول لدينا
ومع العلم

بعدم كون مراده نصفه المختص لا ظهور يرجع اليه ويكون معارضا " .

الا تري! انه لا اشكال في عدم الحمل على خصوص حصته فيما لو باع نصف الدار مع
اعتقاد كونه

مالكا أصلا فبان كونه مالكا له ومن المعلوم عدم الفرق بينه وبين المقام إذ لا يتفاوت
الحال في عدم

الظهور بين ان يكون جاهلا بكونه مالكا وبين ما لو كان عالما وفرض عدم التفاته إلى ماله
ومال

غيره بان يكون قصده مجرد تمليك نصف الدار من حيث إنه دار معين وهذا واضح جدا
هذا.

وأما الحمل على حصته المختصة تعبدا من حيث إنه ملك كليا ملك مصداقه كما لو باع
كليا سلفا
حسبما (سيبويه) المصنف قدس سره أخيرا "

(٥٨٣)

فظهر مما ذكرنا: ان التحقيق في المقام الثاني هو الحكم بالصحة مع الحمل على الإشاعة كما في باب الاقرار وان حكم الفقهاء بالحمل على حصته المختصة لان كلامهم انما هو في المقام الأول لا في هذا المقام ومن العجب حمل المصنف قدس سره كلماتهم على هذا المقام. واعجب منه، اعمال الظهورات المذكورة مع أنها لا محل لها فيه أصلا وعلى فرض الرجوع إليها لا اشكال في حكومتها على ظهور النصف في الإشاعة من غير فرق بين جعل الظاهر لفظ النصف في مقام البيع أو الفعل الذي هو التمليك كما عرفت فلا وجه لتخصيصه الحكومة بالثاني فتدبر. ثم إنه إذا كان وليا أو وكيلًا في النصف وأجنبيا في النصف الآخر ففي المقام الثاني (اي هذا المقام) يحمل على الإشاعة على ما هو المختار.

واما إذا كان مالكا للنصف ووليا " أو وكيلًا " في النصف الآخر فحال المقام الثاني (اي هذا المقام) كما مر. ثم هذا كله فيما كان مالكا للنصف المشاع أو وكيلًا فيه.

واما إذا كان مالكا للنصف المفروز فباع النصف ولم يعلم انه أراد نصفه المختص المفروز أو المشاع المشترك، كان علم أنه لم يقصد شيئا من الامرين وانما قصد مفهوم النصف فالتحقيق ان البيع فيه باطل، وذلك لان النصف كلي من حيث الانفراد والإشاعة فلا بد من قصد أحدي الخصوصيتين مع فرض عدم فالبيع باطل، بل نقول إذا كان كل الدار له فباع النصف من غير قصد إلى الافراز والإشاعة يكون بيعه باطلا لمكان جهالة البيع فتدبر. هذا كله بالنسبة إلى هذا المقام (اي المقام الثاني). (ص ١٩٢)

النائيني (منية الطالب): لا يخفى ان ظاهر العنوان اختصاص مورد البحث بما إذا علم بان البائع لم يقصد من قوله بعتك نصف الدار الا مفهوم هذا اللفظ.

واما لو علم بأنه أراد من النصف شيئا معينا من نصفه المختص أو نصف غيره أو النصف المشاع في الحصتين واشتبه المراد، فخارج عن موضوع البحث، مع أنه لا شبهة في تعميم النزاع، لأنه إذا حمل النصف على الإشاعة أو النصف المختص فيما إذا علم بأنه لم يقصد من قوله: (بعتك نصف الدار) الا مفهوم هذا اللفظ اجمالا وهو ما ارتكز في أذهان الناس.

ولذا يحمل الاقرار على الإشاعة - كما سيحيى - أو مع ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه:
لان بيع مال الغير لا بد فيه: إما من نية الغير، أو إعتقاد كون المال لنفسه، (٤)

العبد، ومجرد امكان انطباق النصف على ملك الأجنبي لا يوجب ان يتردد الامر بين أحد
النصفين

وهذا واضح. (ج ١ ص ٣١١)

(٤) الطباطبائي: فيه منع واضح، لأنه قد يكون قصده إلى بيع هذا الموجود من غير نظر إلى
أنه ماله

أو مال غيره وقد يقصد بيعه عن مالكة كائنا من كان فتدبر. (ص ١٩٢)

الإيرواني: فيما إذا علم عدم قصد البائع البيع لغيره يكون البيع بيعه بصدوره منه خارجاً،
وإضافته إلى الغير يحتاج إلى قصد كون المبيع له وفيما لم يعلم قصد كونه للغير يحمل
على كونه

لنفسه انصرفاً. (ص ١٥٢)

الأصفهاني: ظاهره تعليل الظهور بذلك، مع أنه لا مساس لمقام الثبوت بتحقيق مقام
الاثبات، مضافاً

إلى: أن مقام الثبوت لو كان مفروغاً عنه فاللازم القطع بإرادة البيع لنفسه، لفرض كونه في
مقام

البيع جدا مع فرض عدم إرادة الغير أو التنزيل منزلة الغير.

والتحقيق: أن المفروض حيث إنه القصد إلى مدلول اللفظ فقط، فلا بد من ملاحظة ما
يقتضيه

اللفظ الدال على إنشاء البيع واللفظ الدال على المبيع، والثاني على الفرض ظاهر في
المشاع بين

الحصتين، والأول ظاهر فيما يقبل التقييد بكونه للغير، فمع عدم الدال على إرادة الغير يكون
ظاهراً بظهور إطلاقي في البيع لنفسه، وإنما علله بمقام الثبوت، لأنه إنما يحتاج إلى الدال

مع احتمال

مقام الثبوت، وإنما عبر بالظهور لنفسه لان نفي الباقي لا يدل على إرادة البيع لنفسه واقعا،
بل

بابه باب دفع المانع، وأما وجود المقتضي فليس إلا الظهور، لا القطع بإرادة البيع لنفسه، إذ
لا

حجة على إرادته إلا ظهور كلامه في إرادة البيع لنفسه. وأما تقديم أحد الظهورين على
الآخر فقد

تعرض له في الفرع الآتي فانتظر.

وأما ما أورد عليه في كلامه غير واحد من المحشين من: أن نية الغير غير لازمة في وقوع
البيع

للغير عنده قدس سره

وإما من بنائه على تملكه للمال عدوانا " - كما في بيع الغاصب - والكل خلاف المفروض هنا.

(٥)

مما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه، وبين قول البائع: (بعث غانما ") مع كون الاسم مشتركا بين عبده وعبده غيره، حيث إدعي فخر الدين الاجماع على انصرافه إلى عبده، ففاس

عليه ما نحن فيه، إذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور في عبد الغير فبقي ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع، وانصراف لفظ المبيع في مقام التصرف إلى مال المتصرف، سليمان عن المعارض،

يفسر بهما إجمال لفظ المبيع. (٦)

فمدفوع بأنه ليس بصدد أن بيع مال الغير يتوقف على نية الغير بل بصدد تعيين مقدار الظهور،

ومن الواضح: أن ظهور الانشاء في البيع للغير يتوقف على مقامي الثبوت والاثبات، والمفروض

عدم الأول واقعا وعدم الثاني بعدم التقييد في الكلام. (ج ٢ ص ٣٤٦)

(٥) الآخوند: وعليه فيتعين إرادة نصفه المختص به بلا مزاحمة، لظهور النصف في المشترك، لما عرفت

من: ان ظهوره فيه، انما كان بالاطلاق ومقدمات الحكمة، ولا يكاد يتم معه، مع أنه - رحمه الله - بني

على تقديم ظهور الفعل في الاختصاص على ظهور متعلقه في العموم في باب الاستصحاب في مقام

بيان معني (لا تنقض اليقين) في اخبار الباب، ومن ذلك ظهر أن قياس ما نحن فيه على (بعث غانما ")

ليس قياسا مع الفارق، لكنه عرفت فيما سلف انه ليس نية واحد، مما ذكره - قدس سره - مما لا بد في

بيع مال الغير فافهم. (ص ٨٧)

(٦) الطباطبائي: قد عرفت: ان الظاهر أن محل كلام الفخر المقام الأول وحينئذ يكون القياس في محله

بيننا " فلا تغفل. (مرت الإشارة إليها في التعليقة الأولى بقوله: ومن ذلك يظهر ان ما ينقله المصنف

قدس سره عن فخر الدين من مقايسة ما نحن فيه على ما اجمعوا عليه من حمل البيع على عبده دون

عبد غيره فيما لو قال: بعثك غانما "، مع فرض اشتراكه بينهما في محله فلا وجه لما أورده عليه من

الفرق، إذ قد عرفت أنه غير فارق. (ص ١٩٢)

(٦٠٠)

ثم إنه لو كان البائع وكيلا في بيع النصف أو وليا عن مالكة، فهل هو كالأجنبي؟ وجهان
(٧)

النائبي (المكاسب والبيع): مما ذكرناه (تحت الرقم ٢) يظهر عدم الفرق بين قول القائل:
(بعتك نصف
الدار) وبين قوله: (بعتك غانما ") فيما إذا كان الغانم مشتركا لفظيا بين عبده وبين عبد
غيره، حيث
يصرف إلى عبده كما أفاده في الايضاح، وما يورده عليه المصنف قدس سره من كون
(الغانم)، مع
قطع النظر عن ظهور الفعل في البيع لنفسه مجملا بخلاف (النصف)، حيث إنه مع قطع
النظر عن
ظهور الفعل يكون ظاهرا في الإشاعة غير وارد، ضرورة انه بعد تبين كون ظهور (النصف)
في
الإشاعة مقيدا بعدم قيام ظهور على خلافه بعد ظهور الفعل في البيع لنفسه ينعدم ذاك
الظهور
ويصير كالمجمل الذي تبين المراد منه من ناحية ظهور الفعل وكون (الغانم) مجملا في
نفسه
و (النصف) ظاهرا في الإشاعة غير فارق بعد فرض انصرافه عن ظهور الفعل.
والحاصل: انه بعد تحكيم ظهور الفعل على ظهوره يكون حاله كما لو كان مجملا "، ففي
النتيجة هما
متساويان وان كانا مختلفين، لولا ظهور الفعل حيث يحكم في الغانم بالاجمال ويحمل
النصف على
المشاع كما لا يخفى. (ج ٢ ص ٣١٥)
(٧) الطباطبائي: يعني: ان يكون مالكا للنصف ووكيلا أو وليا في النصف الآخر، والمراد
من كونه
كالأجنبي كونه مثله في جريان الوجهين السابقين، والمراد من عدم كونه مثل تعيين أحد
الاحتمالين
وهو احتمال الاشتراك، فأحد الوجهين في قوله: (وجهان) كونه كالأجنبي في جريان
الوجهين
والآخر تعيين الاشتراك. (ص ١٩٣)
النائبي (منية الطالب): اما لو كان البائع وكيلا أو وليا في النصف الآخر، فيظهر من
المصنف قدس
سره ان في كونه كالأجنبي وجهان، ومراده من أحد الوجهين كون الشريك للموكل أو
المولي عليه
كالأجنبي في جريان الاحتمالين وفيه من الآخر تعيين الإشاعة، لأنه لو كان المعارض لظهور
(النصف)
في الإشاعة ظهور (النصف) في مقام التصرف في النصف المختص، وظهور البيع من حيث

الانشاء
أيضا في النصف المختص أو كان المعارض خصوص الأخير يكون الولي أو الوكيل
كالأجنبي

(٦٠١)

مبنيان على أن المعارض لظهور النصف في المشاع هو إنصراف لفظ (المبيع) إلى مال
البائع في
مقام التصرف، أو ظهور التملك في الأصالة (٨)

وحيث إنه لا معين في البين حتى يكون موجبا للحمل على الاقرار أو على الشهادة فيحمل
على
النصف من مجموع الحصتين فيكون اقرارا بالنسبة إلى نصف نصيبه وشهادة على نصف
حصة

شريكه، وهذا بخلاف ما إذا كان كلامه نصا في الشهادة كما إذا قال: (اشهد ان نصف
الدار لفلان)

فإنه يحمل على الشهادة على شريكه كما قال به الشيخ الكبير قدس سره، أو كان نصا في
الاقرار

بأن قال: (أقر بان نصف الدار له) فإنه يجب حمله حينئذ على الاقرار على نفسه، وهذا وإن
لم يكن

مذكورا في كلام الشيخ الكبير، إلا أن لازم حمل ما كان نصا في الشهادة على الشهادة
على حصة

شريكه، هو حمل النص على الاقرار، على الاقرار على نفسه كما لا يخفى. (ج ٢ ص
٣١٥)

(٨) النائيني (المكاسب والبيع): مما ذكرناه من تحقيق المقام، تظهر المناقشة فيما أفاده
المصنف في

الكتاب من: (ظهور التملك في الأصالة) لأنه لا معني محصل لظهور التملك في الأصالة
كما لا

يخفى. (ج ٢ ص ٣١٨)

الآخوند: فإن كان المعارض هو الأول، ففيه الاحتمالان، كالأجنبي.
وان كان هو الثاني، فلا يكون إلا احتمال واحد، لعدم صلاحيته للمعارضة، وذلك لتبعية
ظهور الفعل

لظهور ما يتقيد به من متعلقاته، ولكنه على خلاف ما أفاده في بيان معني (لا تنقض) في
باب

الاستصحاب، كما أشرنا اليه من: تبعية المتعلق في الظهور وفي العموم والخصوص، لظهور
الفعل

المتعلق به، والصواب اختلافهما في التبعية بحسب اختلاف المقامات، فلا بد في كل مقام
من ملاحظة

الخصوصيات والحكم بها لأحدهما مع الترجيح، والحزم بظهور الجملة بحسب متفاهم
العرف فيه،

والتوقف مع عدمه والبناء على اجماله. (ص ٨٧)

الطباطبائي: يعني: ان جعلنا المعارض لظهور (النصف) في الإشاعة الظهور الأول المذكور
في الفرض

الأول وهو ظهور لفظ (النصف) الذي هو المبيع في نصفه المختص من حيث كونه في
مقام
التصرف، ففي هذا المفروض يتعين الاشتراك.

(٦٠٤)

وان جعلنا المعارض الظهور الثاني وهو: ظهور التملك في الأصالة، يعني: في البيع لنفسه، فهذا الفرض أيضا " كالأجنبي يعني كالسابق في جريان الوجهين والاحتمالين. والأقوى الأول، يعني: الأقوى كون المعارض هو الظهور الأول، فيتعين الاشتراك في هذا الفرض. وحاصل المطلب: انا ذكرنا أن المعارض لظهور (النصف) في الإشاعة امران على سبيل منع الخلو، فان ثم كلاهما بان كان الثاني أيضا صالحا للمعارضة، ففي هذا الفرض أيضا " يجري الاحتمالان، لان المعارض الأول وإن لم يكن موجودا فيه، الا ان الثاني كاف في المعارضة، ولازمه التوقف لمكان وجود الاحتمالين وإن لم يتم الثاني ولم يصلح له للمعارضة، فيتعين الاشتراك هنا. وان قلنا بالاحتمالين هناك، وذلك لان المعارض الأول ليس موجودا في هذا الفرض، لان المفروض انه في النصف الآخر أيضا مالك للتصرف ومسلط عليه من حيث كونه مأذونا " فيه من المالك أو من الشارع، فلا يكون مقام التصرف مقتضيا للحمل على نصفه المختص، لان مناطه ان المتصرف انما يتصرف في ماله ان يتصرف فيه، والمفروض ان له التصرف في كلا النصفين، فلا وجه لحمله على خصوص نصفه المختص به، والمعارض الثاني ليس صالحا " وقابلا للمعارضة، لان المفروض ان ظهور تلك التملك في الأصالة من باب الاطلاق، فهو محكوم بالنسبة إلى ظهور (النصف) في الإشاعة لأنه وان كان أيضا من باب الاطلاق، لا ان الاطلاق القيد وهو النصف مقدم على اطلاق المقيد وهو البيع والتمليك. وبعبارة أخرى ظهور المتعلق مقدم على ظهور الفعل. واما الظهور الأول وهو ظهور النصف في مقام التصرف فحيث كان في عرض ظهور النصف في الإشاعة لان كليهما ظهور القيد وظهور المتعلق غايته ان أحدهما ظهوره بملاحظة المقام والآخر ظهوره في حد نفسه فلا حكومة لأحدهما على الآخر. والحاصل: ان في هذا الفرض الظهور الصالح للمعارضة غير موجود والظهور الآخر الموجود غير صالح لمكان محكوميته بالنسبة إلى ظهور (النصف) في الإشاعة، فيجب العمل به والحكم

بالاشتراك بخلافه
في الفرض الأول فان ظهور الأول موجود أيضا وهو صالح للمعارضة وان كان الثاني غير
صالح فلا
يبقى ظهور النصف في الإشاعة سليما فيدور الامر بين الاحتمالين.

(٦٠٥)

الأقوى هو الأول، لان ظهور التملك في الأصالة من باب الاطلاق، (٩)

وعليه فيصح ترتيب الاشتراك وعدم كونه كالأجنبي حتى يجري الاحتمالان أو يتعين الاختصاص
في ذلك أن ظهور مقام التصرف إن كان مستندا إلى حمل فعله
على الصحيح، أو إلى غلبة التصرف فيما له السلطنة عليه، فالولي والوكيل ليسا كالأجنبي،
لصحة
تصرفهما في المشاع بين الحصتين، ولفرض سلطنتهما على التصرف في المجموع، فلم
يبق مناف
للظهور المقتضي للاشتراك، وإن كان مستندا إلى غلبة التصرف في ماله وملكه فهما
كالأجنبي، من
حيث عدم كون تصرفهما في مالهما وملكهما، إلا أنك عرفت أن الصحيح أحد الأولين
دون الأخير.
وأما ظهور الكلام فإن كان مستندا إلى الوجه الأول - وهو كون البائع هو المتكلم بما هو
بلا عنوان -،
أو الوجه الأخير - وهو كون التملك بقول مطلق له لا غيره -، فهما كالأجنبي من حيث
كونهما
بايعين بما هما ولي ووكيل لا بذاتهما، ومن حيث كون التملك لغيرهما لا لهما وإن كان
مستندا
إلى الوجه الثاني، وهو كون التملك الحقيقي لا يكون إلا ممن له السلطنة على التملك،
فهما ليسا
كالأجنبي لتمشي التملك الحقيقي واتخاذ الملك لغيره من الوكيل والولي، إلا أنك قد
عرفت أن
الصحيح هو الوجه الأخير، وعليه فهما كالأجنبي لتحقق الظهور المنافي للظهور المقتضي
للاشتراك.
ومما ذكرنا تعرف أن جعلهما كالأجنبي بحسب ظهور مقام التصرف وعدم كونهما
كالأجنبي بحسب
ظهور الكلام - كما هو مقتضى سياق الكلام - ممكن، لكنه مناف للنتيجة التي أفادها
قدس سره،
والمناسب لهذه النتيجة جعل ظهور المقام بحسب ما يناسبه من المبني مستندا لعدم
كونهما كالأجنبي،
وجعل ظهور الكلام بحسب ما يناسبه من المبني مستندا لكونهما كالأجنبي وحيث عرفت
الصحيح
من المباني للظهورين تعرف أن النتيجة هو الاشتراك على المبني الصحيح لظهور مقام
التصرف،
وعدم الاشتراك على المبني الصحيح لظهور الكلام في نفسه، وأما بلحاظ ورود ظهور
النصف على

ظهور الانشاء، فالنتيجة هو الاشتراك وسيأتي إن شاء الله تعالى ما يتعلق بوروده عليه. (ج ٢ ص ٣٤٧)
(٩) الأصفهاني: قد مر: أن أحد مباني الأصالة ظهور التملك في الحقيقي الذي لا يتمشى إلا من المالك، وهو أجنبي عن الاطلاق، بل من باب ظهور المادة، وأن باقي المباني من باب الاطلاق،

(٦٠٨)

وظهور النصف في المشاع وإن كان كذلك أيضا "، (١٠) إلا أن ظهور المقيد وارد على ظهور المطلق. (١١) -

وقد تقدم ان كلا من الفعل والمتعلق صالحان للقرينية على الآخر ولم يحرز قرينته المتعلق للفعل كاحراز قرينية يرمي للأسد حتى يقال بحكومة أصالة الظهور في طرف القرينة على أصالة الظهور في ذي القرينة. ثم إن هذا كله مبني على ظهور (النصف) في النصف المشاع، ولكنه قدس سره رجع عنه ثانيا، فقال:

(الا ان يمنع ظهور النصف الا في النصف المشاع في المجموع). (ج ١ ص ٣١٢) (١٠) الأصفهاني: قد مر: أن مفهوم (النصف) قابل للتقييد بالمعين وبالمشاع، إلا أن الثاني كأنه لا

يزيد على طبع النصف عرفا "، وإن كان قيده له عقلا "، فمقتضى الاطلاق وعدم التقييد بما يوجب

تعينه هي الإشاعة بالإضافة إلى العين. وأما الإشاعة بالإضافة إلى حصتي الشريكين فهي أيضا بالاطلاق، في قبال الاختصاص الذي هو قيد

عرفا "، فعدم تقييد النصف المشاع بخصوص أحد الشريكين دليل على الإشاعة والاشترك بين

حصتهما، لكنك قد عرفت عدم سلامته عن المحذور، فإن عدم التقييد بخصوص حصة هذا ولا

بخصوص حصة ذاك لا يكون دالا على ملاحظة حصتهما معا، ولا اطلاق بهذا المعنى إلا مع

ملاحظة إضافة المشاع إلى الشريكين، ولا يجدي عدم الإضافة وعدم الملاحظة، فلا يبقى في البين

إلا الإشاعة بالنسبة إلى نفس العين، وهي غير الإشاعة في الحصتين، فإن الأولى قابلة للاختصاص

بكل منهما، وللأشراك بلحاظ زائد على الإشاعة في العين بخلاف الثانية، فإنها متمحضة في

الاشترك. (ج ٢ ص ٣٤٩)

(١١) الطباطبائي: لا فرق في حكومة الظهور المذكور على ظهور النصف بين ما لو قلنا إن انشاء

البيع ظاهر في البيع لنفسه. وبعبارة أخرى: التملك ظاهر في الأصالة بحسب المقام أو أن النصف في

وما ذكره الشهيد الثاني من: عدم قصد الفضولي إلى مدلول اللفظ، وإن كان مرجعه إلى ظهور
وارد على ظهور المقيد، (١٢) إلا أنه مختص بالفضولي، لأن القصد الحقيقي موجود في
الوكيل والولي،

ومدلول اطلاق النصف مطابقياً عدم اضافته إلى البائع محضاً وإلى شريكه محضاً، والأول
مثبت

للقيد والثاني ناف، وكذا مدلول اطلاق النصف التزاماً كونه مضافاً إلى البائع وشريكه معاً،
ومدلول اطلاق الانشاء مطابقياً عدم كونه لغيره محضاً ومشاركاً، والأول مثبت والثاني
ناف، فأى

ترجيح لأحد الاثباتين على الآخر حتى يجعل اطلاق النصف بلحاظ إثباته التزاماً وارداً على
اطلاق

الانشاء مطابقياً بلحاظ نفيه؟! فتدبره فإنه حقيق به. (ج ٢ ص ٣٥٠)
(١٢) الطباطبائي: حاصله: أنه إن قيل إن المعارض لظهور النصف في الإشاعة ليس
منحصراً في

الأميرين، بل هنا ظهور آخر معارض له أيضاً، بل وارد عليه وهو: ظهور إرادة المدلول فإن
اللازم من

الحمل على الإشاعة والحكم بالفضولية بالنسبة إلى الربع في الفرض الأول عدم قصد
المدلول على

ما ذكره الشهيد الثاني من: عدم قصد الفضولي إلى مدلول اللفظ ومقتضي ظاهر الكلام
إرادة المدلول

فلا بد أن لا يحمل على الاشتراك والإشاعة وهذا الظهور مقدم على ظهور النصف في
الإشاعة

فكون الظهور المتقدم محكوماً لا ينفع في الحمل على الإشاعة لمكان وجود هذا الظهور
الوارد.

قلنا: إن هذا الظهور إنما ينفع في الفرض الأول، حيث إن الأمر دائر بين الحمل على حصته
المختصة

وعلى الإشاعة الموجبة لكونه فضولياً في نصف النصف، وأما في هذا الفرض فلا يكون من
الفضولي

على أي حال، لأن المفروض أنه مالك للنصف ومأذون في النصف الآخر فلا يلزم من
الحمل على

الإشاعة مخالفة ظهور إرادة المدلول فتدبر، هذا كله مع الاغماض عما في كلام الشهيد من
المنع وإلا فلا

حاجة إلى هذا الجواب كما هو واضح. (ص ١٩٣)
الأصفهاني: توضيحه: أن مقتضى الأصل ج المؤسس في باب المحاورات ج كون مضمون
الكلام

مراداً بالإرادة الجدية زيادة على الإرادة الاستعمالية المقومة لاستعمال اللفظ في معناه،

فالأقوى فيهما: الاشتراك في البيع، تحكيما " لظاهر النصف، (١٣) إلا أن يمنع ظهور (النصف) إلا

في النصف المشاع في المجموع، وأما ملاحظ المالكين وإرادة الإشاعة في الكل من حيث أنه مجموعهما فغير معلومة، بل معلوم العدم بالفرض. (١٤)

وفرض عدم الإرادة الجدية في الفضولي فرض عدم إرادة الانشاء بين الحصتين جدا، لا عدم القصد

في الفضولي مطلقا، وإلا فلا ظهور أصلا"، فلا ورود لظهور على ظهور، وسر ورود ظهور الكلام

في الإرادة الجدية على ظهور المقيد واضح، لان الظهور في المشاع بين الحصتين إنما يكون متبعا إذا

كان مرادا جديا وإلا فلا معني لحجيته. (ج ٢ ص ٣٥١)

(١٣) الطباطبائي: (الأقوى فيهما)، اي: في الوكيل والولي. واما الفرض الأول، فلم يرجح فيه شيئا

لكن يظهر من قوله: (الا ان يمنع ظهور النصف الخ) ان المختار فيه أيضا"، الحمل على حصته

المختصة تحكيما " لظهور المقام أو من جهة انه ملك كليا " يملك مصداقه فتدبر. (ص ١٩٣)

الأصفهاني: لان ظهور مقام التصرف غير مناف لظهور النصف في المشاع بين الحصتين، وظهور مقام

الانشاء - وإن كان منافيا - لكنه مورود عليه كما تقدم منه قدس سره، وعلى فرض عدم الورود

كما بينا وجهه، حيث لا مرجح لاحد الظهورين لا مقتضى للاشتراك، كما لا موجب للاختصاص

بالبائع، لان ظهور مقام التصرف يلائم الولاية والوكالة، ونتيجته بطلان البيع لعدم المخصص فتدبر

وعليه فمقتضى كلامه، هنا هو الاختصاص بالبائع في فرض الفضولية، لان سقوط ظهور الانشاء

بورود ظهور النصف عليه لا ينافي بقاء ظهور مقام التصرف المقدم على ظهور النصف، لان الثاني

بالاطلاق دون ظهور مقام التصرف وهو مقتضى للتصرف في المشاع المضاف إليه بالخصوص فتدبر

جيذا". (ج ٢ ص ٣٥٢)

(١٤) الطباطبائي: حاصله: ان حمل (النصف) على ظاهره من الإشاعة لا ينافي حمله على نصفه

المختص، إذ مقتضاه ليس إلا إرادة النصف المشاع في الدار من حيث إنه عين خارجي. واما الإشاعة

من حيث ملاحظة حقي المالڪين، فلا يظهر منه فلا ينافيه حمله على خصوص حصة البائع،
لأنه أيضا
نصف مشاع. والحاصل: ان النصف ظاهر في الإشاعة في الدار، لا في الإشاعة في
الحصتين. (ص ١٩٣)

(٦١٤)

ومن المعلوم: أن النصف المشاع بالمعني المذكور يصدق على نصفه المختص، فقد ملك
كلياً يملك
مصدقه، (١٥) فهو كما لو باع كلياً سلفاً، " مع كونه مأذوناً " في بيع ذلك من غيره أيضاً
"، (١٦)

الدار وظاهر الإضافة ان زيدا مالك لنصف ما بيد المقر ونصف ما بيد الآخر لا مجموع ما
في يد القائل
ولذا قيل بالفرق بين ما لو قال باني مقر بان نصف الدار لزيد وما لو قال بان نصف الدار
لزيد
فيحمل النصف على الأول على تمام النصف الذي في يد المقر لظهور لفظ انا مقر في ذلك
دونه على
الثاني فإنه يحتمل على نصف ما في يديه وهو ربع الدار ونصف ما في يد الآخر. (ج ١ ص
٣١٢)
(١٥) الطباطبائي: قد عرفت: ان النصف المشاع ليس كلياً إذا لم يلاحظ معه اعتبار ملكية
المالكين
كما هو المفروض، كيف! والا كان اللازم بطلان البيع وعلى فرض صحته كان اللازم ان
يكون
مخيراً في تعيينه في اي فرد شاء من حصته أو حصة شريكه أو التشريك بالتساوي أو
الاختلاف،
وهذا واضح جداً كما عرفت مفصلاً ". (ص ١٩٣)
الأصفهاني: ربما يتوهم من هذه العبارة أن الكسر المشاع كلي لا جزئي كما بينا، ويندفع
بأن
مفهوم النصف المشاع كلي لا محالة، إنما الكلام في أنه لا مطابق له خارجاً بحيث تكون
حصة
خارجية لها الشيوخ والسريان، وصريح كلامه من أنه يملك مصداقه هو أن المملوك له وهو
النصف
المشاع مصداق لمفهوم النصف المشاع، فهو معترف بوجود كسر واقعي هو فرد مفهوم
النصف
المشاع. نعم الكلام معه قدس سره في أنه كما يملك ذلك الكسر الواقعي الذي هو جزئي
بجزئية منشأ
انتزاعه كذلك يبيعه، فالمبيع نفس ذلك الكسر المملوك له، لا الكلي المنطبق عليه حيث لا
موجب له،
وعليه فحيث إنه هناك كسران واقعيان أحدهما مضاف إليه والآخر مضاف بشريكه، فإن
كان
فضولياً بالنسبة إلى ما لشريكه كان ظهور مقام التصرف مقتضياً لكون المبيع هو الكسر
المضاف
إليه، وإن كان وكيلاً عن شريكه أو ولياً عليه فلا اختصاص لصحة تصرفه بما هو مضاف

إليه،
ومجرد قابلية المبيع للإضافة إليه - ولعله معني كليته - لا يوجب صرف الكسر إليه فيبطل
البيع من
جهة التخصيص بلا مخصص. (ج ٢ ص ٣٥٣)
(١٦) الطباطبائي: اما الحمل على حصته المختصة تعبدا " من حيث إنه ملك كليا ملك
مصادقه،

(٦١٧)

لكنه لم يقصد إلا مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه أو عن غيره، فإن الظاهر وقوعه لنفسه، لأنه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له. (١٧)

كما لو باع كليا سلفا حسبما بينه المصنف قدس سره أخيرا ".
ففيه: منع كونه كليا " أولا "، ومنع كون مقتضاه ذلك ثانيا "، فان امر الكلبي بيده فله ان يعينه في فرد
آخر غير حصته المختصة، غايته انه يجب عليه ارضاء مالك النصف الآخر واجازته، مع أن المدعي
تعينه في حصته من أول الامر، مع أن وجوب الوفاء - كما عرفت - انما هو بالنسبة إلى من له العقد،

لا على من عقد ولذا لا يجب على الفضولي ارضاء المالك. (ص ١٩١)
الأصفهاني: قد سبق منه قدس سره ومنا أن الكلبي الذمي ما لم يضيف إلى ذمة معينة غير قابل
للملكية، فإذا باع كليا غير مضاف فالبيع باطل ولو كان مالكا لمصداقه، وإذا باعه مضافا إلى ذمة

نفسه كان صحيحا بنفسه، لا من حيث إنه يملك مصداقه، فلا يكون شاهدا لما نحن فيه وأما ما
ذكره قدس سره في تنمة الكلام من أنه عقد على ما يملكه فغير تام،

أما أولا " : فإن بيع الكلبي لا يتوقف على تعلقه بما يملكه، فإن حقيقة البيع متقومة بالتملك لا

بكونه مالكا للمبيع أو لمصداقه إلا في الكلبي في المعين، وفرض الكلام في الكلبي الذمي فإنه الذي
يباع سلفا.

وثانيا " : أن العقد على الكلبي - القابل لان يضاف إلى نفسه وإلي شريكه - عقد على ما
يعم ما يملكه وما

يملكه شريكه لا عقد على ما يملكه، وإلا لا معني لصرفه إلى غيره فتدبر. (ج ٢ ص ٣٥٤)
(١٧) الآخوند: بل عقد على ما يعمه وما يملكه غيره، فصرفه إليه من دون صارف لا وجه له،

كصرفه إلى غيره، ولا يمكن ان يجعل الصارف ظهور انشاء البيع في البيع لنفسه، إذ المفروض انه لم

يقصد الا مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه، أو عن غيره، فالحكم بوقوع البيع عنه
تحكم،

ولا يقاس على الحكم باستحقاق الزوج بالطلاق النصف الباقي من الصداق، لكفاية انطباق
(نصف)

ما فرضتم) عليه، وعدم كفاية مجرد الانطباق في الحكم بالوقوع عنه في باب العقود لتبعيها
للقصود،

فلا بد في بيع الكلبي مطلقا " من التعيين بإضافته إلى نفسه أو غيره،

(٦١٨)

ولعله لما ذكرنا ذكر جماعة - كالفاضلين والشهيديين وغيرهم - لو أنه أصدق المرأة عينا
،
فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق، استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي، لا نصف الباقي
وقيمة نصف الموهوب. (١٨)

إلا أن يكون معينا في الكلي الخارجي الذي كان جزء مما هو بتمامه ملكه، كالصاع من
صبرة مملوكة
له، فتأمل جيدا ". (ص ٨٨)
(١٨) الطباطبائي: يعني من الحمل على نصفه المختص من حيث إنه لا ينافي ظهور النصف
في
الإشاعة بالنسبة إلى مجموع الدار، فيكون من باب تمليك كلي كان مالكا " لمصداقه
فيجب عليه دفعه.

ثم لا يخفى ان مناسبة مسألة هبة نصف الصداق للمقام، يمكن ان يقرر على وجهين،
أحدهما: ان مقتضى حكمهم باستحقاق الزوج النصف الباقي انهم حملوا هبة الزوجة
للنصف على
نصفها المختص بها، اي: النصف المستقر لها بمجرد العقد، لا على المشترك بينه وبين
النصف الآخر
المتزلزل الذي لا يستقر لا بالدخول والا كان مقتضى القاعدة ان يحكموا باستحقاق الزوج
نصف
النصف الباقي وقيمة الربع الذي أتلفته عليه بالهبة، لكن يزد على هذا ان المفروض كون
تمام
الصداق للمرأة قبل الطلاق غايته تزلزله بالنسبة إلى النصف.

وهذا لا يقتضي كونها كالأجنبي بالنسبة إلى ذلك النصف، فلا معني للحمل على خصوص
النصف
المستقر فحكمهم باستحقاق الزوج للنصف الباقي ليس كاشفا عن شيء، إذ لا معني للترديد
بين حملة
على خصوص حصتها أو الإشاعة بعد فرض كون المجموع لها.
الثاني: ان يقال: ان الحكم الشارع برد نصف الصداق بالطلاق في قوة تمليك الزوجة
نصف الصداق

للزوج، فيكون من باب من ملك كليا ملك مصداقه، فإنها مالكة لمصداق النصف فيكون
نظير المقام

من هذه الجهة، لا من جهة الحمل على نصفها المختص في مقابل الحمل على الإشاعة،
وهذا الوجه انسب بقوله قدس سره: (وليس الا من جهة صدق النصف على الباقي، فيدخل
في قوله

تعالى)، إذ على الوجه الأول كان المناسب أن يقول: فإنه بعد حمل الهبة على نصفها
المختص بها يبقى
الباقي للزوج ولا يناسبه التعليل بصدق النصف على الباقي كما لا يخفى.

وإن ذكروا ذلك احتمالا "، وليس إلا من جهة صدق (النصف) على الباقي، فيدخل في قوله تعالي: (فنصف ما فرضتم)

وإن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم: بأنه لما كان الربع الباقي للمرأة من الموجود مثلا

للربع التالف من الزوج، ومساويا له من جميع الجهات، (١٩) بل لا تغاير بينهما إلا بالاعتبار،

فلا وجه لاعتبار القيمة، (٢٠) نظير ما لو دفع المقرض نفس العين المقترضة مع كونها قيمة.

لكن الظاهر أنهم لم يريدوا هذا الوجه، وإنهم عللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقه، (٢١)

ولا يخفى ان وجه التنظر بباب الطلاق منحصر في هذا الوجه، لا ما ذكر أولا في حاشية السيد قدس

سره فراجع. (ج ١ ص ٣١٣)

(١٩) الإيرواني: بل يمكن الفرق بين النصف الواقع في حيز التكليف والواقع في حيز الوضع بظهور

الأول بقريئة التكليف في النصف الكلي الذي يملكه الشخص بملك فرد منه، وبقاء الثاني على ظهوره

الأولى هو الظهور في المشاع بين الحقين، لعدم اشتراط الوضع بالقدرة كي يصرف ظهور اللفظ إلى

النصف الكلي أو النصف المشاع في المجموع. (ص ١٥٣)

(٢٠) الإيرواني: بل لا يمتاز التالف عن الباقي ولو بالاعتبار ومعني بيع النصف المشاع أو هبته،

إزالة العلقه عن المجموع إلى النصف من غير أن يكون ما خرج عن العلقه ممتازا " عما بقي، وإلا كان

خارجا " عن محل الفرض من كون النصف الموهوب مشاعا "، ومن أجل ذلك قلنا بعدم معقولية

الإشاعة بين الحقين المشاعين وان النصف المشاع منحصر في النصف المشاع في المجموع. (ص ١٥٣)

(٢١) الطباطبائي: (قوله: لم يريدوا هذا الوجه) يعني: هذا التوجيه، وذلك لان مقتضاه جواز دفع

الباقي، لا وجوبه وكون الزوج مستحقا له، مع أنهم عللوا استحقاقه بكون مقدار حقه باقيا " فهذا

التعليل غير مناسب لهذا التوجيه، ولذا لا نقول في باب القرض باستحقاق المقرض للعين المقرضة، بل

نقول: يجوز للمقرض ان يدفعها اليه وانه يجب عليه القبول لو دفعها اليه. (ص ١٩٣)

النائني (منية الطالب): لما احتمل كون الحكم بالنصف الباقي من العين للزوج في باب

فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام (٢٢)

من باب تساوي وربع الباقي للمرأة من الموجود مع الربع التالف نظير دفع المقرض نفس العين التي اقترضها إلى المقرض لا من باب انه من ملك كلياً ملك مصداقه فأجاب عنه بان حكمهم باستحقاق الزوج النصف الباقي ليس نظير دفع المقرض نفس العين المقرضة إلى المقرض مع كونها قيمية من باب تساوي العين القيمية مع قيمتها والا وجب الفتوى بجواز اعطاء المرأة للزوج النصف الباقي وجواز اعطائها له نصف الباقي ونصف التالف كجواز رد المقرض نفس العين وقيمتها، مع أنهم أفتوا باستحقاقه خصوص النصف الباقي وعللوا استحقاقه له ببقاء مقدار حقه. (ج ١ ص ٣١٣)

الإيرواني: لكنهم لا يلزمون المقرض بدفع نفس العين المقرضة كما يلزمون الزوجة بدفع مما بقي من الصداق. (ص ١٥٣)

(٢٢) الطباطبائي: اما قوله قدس سره فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام فلا يخلو عن خرازة إذ بعد عدم إرادة هذا التوجيه يتعين كون حكمهم من جهة الحمل على حصتها المختصة فيكون مناسباً للمقام لا منافياً له الا ان يكون مراده قدس سره ان هذا التوجيه وان كان بعيداً الا انه مع ذلك محتمل وليس مقطوع بعدم فلا يخلو حكمهم عن منافاة لهذا المقام لمكان هذا الاحتمال الذي معه يكون مناسباً للحمل على الإشاعة المنافية للمقام هذا ويحتمل ان يكون مراده من قوله هذا الوجه، الوجه الأول الذي حمل عليه كلامهم وهو الحمل على حصتها المختصة يعني ان الظاهر أن مرادهم ليس ما ذكرنا من إرادة الحمل على حصتها حيث قلنا ولعله لما ذكرنا ذكر جماعة الخ فإنهم عللوا استحقاق الزوج للنصف ببقاء مقدار حقه وهذا مناسب للحمل على الإشاعة وكون المراد التوجيه الذي ذكرنا في قولنا وان كان يمكن الخ إذ على الأول كان المناسب ان يفعلوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء حقه لا ببقاء مقدار حقه على هذا فمعني قوله فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام واضح هذا ولكن هذا الاحتمال

بعيد عن العبارة فتدبر. (ص ١٩٣)
النائبي (منية الطالب): لا يخفى أنه قدس سره بعد أن ذكر ان القائلين باستحقاق الزوج
النصف
الباقي ما أرادوا هذا التوجيه، وهو قياسه على القرض

(٦٢٣)

ونظيره في ظهور المنافاة لما هنا: ما ذكره في باب الصلح من: أنه إذا أقر من بيده المال

لاحد

المدعين للمال بسبب موجب للشركة - كالإرث - فصالحه المقر له على ذلك النصف

كان

النصف مشاعا " في نصيهما فإن أجاز شريكه نفذ في المجموع وإلا نفذ في الربع (٢٣)

فيسئل عنه وجه المنافاة فان الحكم بالنصف المختص في البيع والصداق من باب واحد ولا

فرق

بينهما، الا ان يكون مراده قدس سره انه بعد امكان التوجيه في قولهم بالاختصاص بالنصف

الباقى في

مسألة الصداق بحمل المسألة على مسألة القرض، اي: مع كون ظاهر (النصف) في هبة

الصداق هو

النصف المشاع، ومع ذلك أفتوا بالمختص فإنما هو لقياسه على مسألة القرض لا لظهور

نفس (النصف) في النصف المختص، فيصير مسألة هبة الصداق منافيا لما ذكرنا من ظهور

(النصف)

في مسألة البيع في النصف المختص، ولذا عبر عن المنافاة بين البابين بقوله: (فلا يخلو عن

منافاة لهذا

المقام) الذي يرجع حاصله إلى أنه مع امكان هذا التوجيه في باب هبة الصداق وان كان

بعيدا يقع

التنافي بينه وبين ما ذكرنا في مسألة البيع من ظهور النصف في النصف المختص، أو يكون

مراده ان

الاتفاق في مسألة الطلاق على الحمل على النصف المختص ينافي الاختلاف في مسألة

البيع، الا انه

ينافي هذا الاحتمال. (ج ١ ص ٣١٣)

(٢٣) الآخوند: إشارة إلى ما ذكره - رحمه الله - من منع ظهور النصف، الا في الكلي

الصادق على

نصفه الموجب لصرف البيع إلى نفسه وان صرفه إلى غيره من دون صارف، لا وجه له على

ما

أفاده، حيث إنهم في باب الصلح ما صرفوا الصلح إلى نفس المصالح، بل صرفوا اليه والى

شريكه مع

اجازته، وصرّفوا إلى نفسه في خصوص الربع بدونها. ووجه ان الصلح انما وقع على ما أقر

به، والمقر به هي الحصّة الخارجية التي تكون مورد العروض، ملك المصالح وشريكه، فلا

محيص عن الصرف

إليها مع الإجازة، واليه في خصوص الربع بدونها. نعم، لا يبعد صرفه إلى نفسه في تمام

نصفه المقر به

لو لم يكن الصلح على المقر به، بل على النصف الظاهر بقريئة ظهور انشائه الصلح في

الصلح لنفسه

في ماله، فلا وجه لما وجهه - رحمه الله - عليهم بقوله (في الصفحة ٦٣٣): (لأنه ان أوقع الصلح) - إلى آخره -، مع ما فيه من الخلل بحسب نظم الكلام على مالا يخفى على ذوي الافهام،

(٦٢٤)

فإن مقتضى ما ذكره هنا إختصاص المصالح بنصف المقر له، لأنه إن أوقع مع غير المقر أو معه، وإن أوقعه على مطلق النصف المشاع إنصرف أيضا إلى حصته، فلا وجه لاشتراكه بينه

وبين شريكه، ولذا اختار سيد مشايخنا قدس الله أسرارهم إختصاصه بالمقر له. وفصل في المسالك ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف، وبين ما إذا وقع على النصف الذي أقر به ذو اليد (٢٤)، فاختار مذهب المشهور في الثالث، لان الاقرار منزل على الإشاعة، وحكم بالاختصاص في الأولين، لاختصاص النصف وضعاً في الأول وانصرافاً في الثاني إلى النصف المختص. واعترضه في مجمع الفائدة: بأن هذا ليس تفصيلاً، بل مورد كلام المشهور هو الثالث، لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقر به، وتامام الكلام في محله.

وبالجملة: مقتضى الصلح هو الاختصاص كما في الصلح في غير مورد الترافع وإنما يحمل في مورد الترافع على الإشاعة أما من باب التعبد أو من باب ان من بيده العين لا يقدر للمقر له إلا ما يدعيه وما يدعيه باقراره مشترك ففي مقام الصلح كأنه يصلح ربع ماله لأنه نصف المقر به ولذا قلنا إنه يحتمل على الاختصاص لو وقع الصلح على حقه الواقعي أو على نصف الدار قبل الاقرار فتفصيل صاحب المسالك في غير محله، لان في مفروض القوم لا يقبل غير الإشاعة، لأنه لا يمكن حمل الصلح على النصف المختص والا يلزم اقرار المقر للقر له بثلاثة أرباع الدار نصفه من جهة الاقرار وربعه من جهة الصلح مع أن المقر لم يعترف له إلا بما يدعيه ولا يقع عقد الصلح منهما إلا عليه. (ج ١ ص ٣١٤) (٢٤) الإيرواني: النصف الذي أقر له ومطلق النصف واحد بعد تعلق الاقرار بالنصف المشاع. نعم، الأول صريح في إزالة علقه نفسه بالمرّة، والثاني ظاهر في ذلك بملاحظة تعلق المصالحة به. (ص ١٥٣)

وعلى كل حال، فلا إشكال في أن لفظ (النصف) المقر به إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع مجردا عن حال أو مقال يقتضي صرفه إلى نصفه، يحمل على المشاع في نصيبه ونصيب شريكه، (٢٥)

(٢٥) الطباطبائي: يعني ان ما ذكرنا من أول المسألة إلى هنا انما كان إذا كان هناك قرينة صارفة للفظ (النصف) إلى نصفه المختص، واما مع عدمها فلا اشكال في الحمل على الإشاعة، كما في مسألة الاقرار. ثم إن حمل الاقرار على الإشاعة في النصيبين هو المعروف بينهم ولعل الوجه فيه ما أشرنا إليه من: ان مقتضى الإشاعة بالنسبة إلى العين الخارجية من غير نظر إلى كونها ملكا لشخص دون شخص ذلك، فإنه إذا كان المفروض ان كل جزء يفرض يكون نصفه للمقر له، كما هو مقتضى الإشاعة يكون اللازم إشاعته في الحصتين أيضا"، وهذا مؤيد لما قلنا من: (ان النصف المشاع ليس كليا)، إذ لو كان كليا كان للمقر له تعيين فرده في مال الغير بتمامه أو بعضه بالاختلاف. هذا، وربما يقال: ان مقام الاقرار أيضا كمقام البيع والصلح منصرف إلى حصته المختصة بل حكى ذلك عن التحرير وعن الشيخ الفقيه في شرح القواعد التفصيل بين ما لو قال: (نصف هذا الدار لزيد)، وبين ما لو قال: (انا مقر بان نصف هذا الدار لزيد) مثلا " فالثاني محمول على خصوص حصته بقرينة لفظ (انا مقر). والتحقيق ما هو المعروف مطلقا"، فان الاقرار اخبار عن حكم عين خارجية وليس ناظرا إلى الاعتبار الخارجي، الا ان يكون هناك قرينة صارفة في خصوص بعض المقامات فتدبر. (ص ١٩٤) الأصفهاني: هذا يوافق ما قدمناه في تفسيره كلامه، من: أنه يري النصف ظاهرا من حيث نفسه في المشاع بين الحصتين، وإنما لم يقل به في مسألتنا لقصور مقام الثبوت، وقد مر منا أن الصحيح قصور مقام الإثبات، فلا تفاوت بتفاوت المقامات. ثم إن التفاوت لو كان، لكان في الصلح المتعلق بالنصف، من حيث إرادة النصف المتعلق به أو

المشترك بينه وبين شريكه، وأما بالإضافة إلى النصف الواقع في موقع الاقرار

(٦٣٣)

ولهذا أفتوا ظاهرا على أنه لو أقر أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف العين: بأن ثلث العين لفلان، حمل على الثلث المشاع في النصيبين، فلو كذبه الشريك الآخر،

دفع المقر إلى المقر له نصف ما في يده، لان المنكر بزعم المقر ظالم للسدس بتصرفه في النصف

، لأنه باعتقاده إنما يستحق الثلث، فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبتته إلى المقر والمقر له على حد سواء، (٢٦) فإنه قدر تالف من العين المشتركة، فيوزع الاستحقاق.

فلا معنى لإشاعته بين النصيبين، إذ لا تعدد للنصيب إلا بنفس الاقرار الموجب لكون المقر له شريكا

مع المقر، ولا معنى لدعوى الاطلاق الموجب لإضافة النصف إلى المقر له والمدعي الآخر مع كون المقر

منكرا للآخر، فلا مجال حينئذ لدعوى الظهور في المشاع بين النصيبين بالاطلاق. (ج ٢ ص ٣٥٩)

الإيرواني: يعني: المالك له ظاهرا " أو بحسب ظاهر يده، والا فإقراره كاشف عن عدم ملكه لتمام

النصف واقعا "، بل لنصف النصف وهو الربع، والفرق بين الاقرار ومسئلتنا - التي هي البيع ونحوه

من النواقل، فيحمل الاقرار على النصف المشاع بين الحقين دون البيع - : ان الاقرار ليس تصرفا "

متوجها " على العين المقر بها، بل هو كاشف عن ضيق دائرة ملك الشريكين بقدر ما تعلق به الاقرار

وخروج المقدار المقر به عن عين ملكهما من ابتداء الامر فتختص شركتهما بما عدا النصف المشاع

بخلاف البيع الذي هو إزالة الملك بعد ثبوته وظهور مقام التصرف في أن الشخص لا يتصرف في مال

غيره أب عن حمل النصف على النصف المشاع بين الحقين، بل يحمل على نصفه المختص لئلا يكون

التصرف في ملك غيره. (ص ١٥٣)

(٢٦) الآخوند: قضية الإشاعة والشركة حسب اعتراف المقر، ان يكون ما في تحت يده من النصف

بين الثلاثة، كما كان الآخر الذي يكون في يد الأخرى، فيكون للمقر له بحسب اعترافه نصف ماله

لولا اعترافه مما في يده ويد الآخر، لا نصف ما في يده، فافهم. (ص ٨٩) الأصفهاني: أي لاجل ظهور الكسر المشاع في المشاع بين الحصتين،

ودعوى: أن مقتضى الإشاعة تنزيل المقر به على ما في يد كل منهما، فيكون في يد المقر سدس، وفي يد المنكر سدس، كما لو صرح بذلك، وقال: (إن له في يد كل منهما سدسا) وإقراره بالنسبة إلى ما في يد الغير غير مسموع، فلا يجب إلا أن يدفع إليه ثلث ما في يده وهو السدس المقر به، وقد تلف السدس الآخر بزعم المقر على المقر له بتكذيب المنكر. مدفوعة: بأن ما في يد الغير ليس عين ماله، فيكون كما لو أقر شخص بنصف كل من داره ودار غيره، وهو مقدار حصته المشاعة، كحصة المقر وحصة المقر له بزعم المقر، إلا أنه لما لم يجبر المكذب على دفع شيء مما في يده فقد تلف سدس مشاع، يوزع على المقر والمقر له، فلا معني لحسابه على المقر له وحده، إلا على احتمال ضعيف، وهو تعلق الغصب بالمشاع وصحة تقسيم الغاصب مع الشريك، فيتمحض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه وما يأخذه الشريك لنفسه، لكنه احتمال مضعف في محله (٢٧)

وأما في المفروز فنفس الافراز يقتضي الحمل على الاختصاص بلا مؤنة، ولكنه مع هذا الاختصاص أظهر عن الإشاعة حتى في المشاع، لان ظهور مجموع الكلام في مقام التصرف يوجب حمل النصف على الاختصاص، لأنه مالك لمصداق نصف الدار ونصفه المختص به أحد مصداقيه. (ج ١ ص ٣١٥)

(٢٧) الطباطبائي: لا اشكال في أصل تعلق الغصب بالمشاع في الجملة، وانما الاشكال في اختصاص الغصب بحصة المغصوب منه بيان ذلك: ان غصب المشاع يتصور على صور، أحدهما: ان يسكن الغاصب مع المالك في الدار مثلا " على وجه يكون كل منهما متصرفا فيها على وجه الشركة، كما في الشريكين المالكين. الثاني: ان يشترك غاصبان في التصرف في الدار على وجه يكون كل منهما ذو يد عليها. الثالث: ان تكون دار بين شريكين ساكنين فاخرج الغاصب أحدهما وقام مقامه على وجه يكون غرضه متعلقا بغصب حصته. اما الصورة الأولى، فلا ينبغي الاشكال في ضمان الغاصب للعين والمنفعة بالنسبة إلى النصف.

وإن قال به أو مال إليه بعض - على ما حكى - للخرج أو السيرة. (٢٨)

فمقتضى قاعدة نفي الضرر جواز الاضرار حينئذ، ولازم هذا جواز التمسك بالقاعدة في المقام أيضا " بان يقال: ان عدم جواز القسمة مع الغاصب حكم ضرري بالنسبة إلى هذا الشريك الذي لم يرد الغاصب غصب حصته، فان الضرر أولا " وبالذات توجه إلى الآخر، فلا يجب عليه ترك القسمة

لدفع الضرر عن الغير.

لكن التحقيق: عدم تمامية ما ذكره هناك لمنع توجه الضرر أولا " إلى ذلك الغير، فان مجرد إرادة الظالم لا يكفي في ذلك مثلا " إذا كان مال الغير عنده بعنوان الأمانة وأراد الظالم اخذه منه بحيث لا يمكنه

اخذه الا بمباشرة لذلك، فإرادة الظالم وان تعلق بأخذ مال الغير الا ان مجرد هذا لا يوجب صدق توجه

الضرر اليه، بل يمكن ان يقال: ان الضرر توجه أولا إلى ذلك الشخص حيث صار موردا " لمطالبة

الظالم مال الغير منه ومكرها على اخذه منه، بحيث لو لم يدفع يتضرر، وفي المقام أيضا " نقول: ان

الضرر الوارد من جهة الغاصب توجه إليهما، حيث إنه يريد اخذ نصف المال المشترك بينهما، فكون

ارادته متعلقة بحصة الشريك لا يقتضي كون الضرر واردا " عليه أولا فتدبر. (ص ١٩٤)

الأصفهاني: لا يخفى عليك أن المفروض هنا وإن كان اليد الاشاعي من المقر والمنكر على الدار، من

دون قسمة معينة لحصة المقر فيما بيده ليختص المغصوب بالمقر له، إلا أن القسمة مع الغاصب إذا

كانت صحيحة موجبة لافراز حصة المقر فيما بيده، كذلك رضا كل من المقر والمنكر باستيلاء كل

منهما على ما يوازي حصة الآخر يوجب اختصاص حكم الغصب حصة المقر له.

والظاهر: أن الثاني غير موقوف على الأول، فإن صحة القسمة مع الغاصب على خلاف القاعدة.

وأما تأثير رضا الشريك في جواز تصرف الشريك الآخر بالنسبة إلى حصته على وفق القاعدة، ولا

معني لدخل رضا المقر له في جواز تصرف المنكر في حصة المقر أيضا أو في ضمانها ثبوتا " ونفيا "

فتدبر. (ج ٢ ص ٣٦٣)

(٢٨) الطباطبائي: لعله صاحب أنوار الفقاهة، حيث قال - على ما حكى عنه -: (ولو أراد

غاصب،
غصب حقه حصة الشريك فقط، فلا يبعد جواز مقاسمة الشريك الآخر مع الغاصب لا
رجوع

(٦٤٦)

نعم، يمكن أن يقال: بأن التلف في هذا المقام حاصل بإذن الشارع للمنكر الغاصب لحق المقر له

باعتقاد المقر، والشارع إنما أذن له في أخذ ما يأخذه على أنه من مال المقر له، (٢٩)

للمغصوب منه على ما بيد شريكه وان كان غايباً".
ولعله إليه أشار أيضاً "صاحب الجواهر حيث قال في باب القسمة، - بعد الحكم بان
الحاكم يجبر
الممتنع على القسمة إذا طلبها الشريك - (بل ربما احتتمل أو قيل بقيام الشريك مقام
شريكه فيها
مع فرض منع ظالم له وإرادة قبض حقه، فينوي الشريك حينئذ القسمة مع الغاصب وتكون
قسمة

لكنه كما تري! وقد تقدم لنا البحث في ذلك) انتهى.
ويمكن وأن يكون مراد المصنف قدس سره من البعض الذي مال إلى هذا الاحتمال،
صاحب الجواهر

فإنه في المقام - بعد الحكم بكون ما تلف بإنكار المنكر على المقر والمقر له بالنسبة في
نظير الفرض

الذي فرضه المصنف، وهو ما إذا قال أحد الشريكين: نصف الدار لفلان والنصف الآخر
بيني وبين

شريكي، فإن للمقر له ثلثا ما في يد المقر وله على حسب نسبة مالهما بحسب الاقرار وانه
مناف لما

ذكره في الاقرار بالنسب من: انه يدفع إلى المقر له الزائد عما بيده من نصيبه، - قال:
(اللهم الا

ان يكون الفارق بين المقامين الدليل، أو يقال: ان الموافق للضابطة ما في باب الاقرار -
يعني: الاقرار

بالنسب - بدعوى تنزيل المنكر منزلة الغاصب القاصد غصب خصوص حصة الشريك
المخصوص

بناء على قيامه حينئذ مقام المالك في القسمة مع الشريك لحديث الضرار والسيرة وغيرها
على

معني ان المالك في هذا الحال له افراز ملكه عن ملك شريكه، كما كان له ذلك في المال
الزكوي

ونحوه، وحينئذ فيكون ما هنا بناء على معلومية كون الحكم فيه ما سمعت خارجاً " عن
الضابطة

للدليل من اجماع أو غيره) انتهى.
وحاصل مراده: ان باب الاقرار بالنسب على القاعدة، وان مقتضاها كون المقام أيضاً

كذلك، الا أنا لم
نقل به من جهة الدليل الخاص وهو الاجماع في خصوص المقام على كون التلف بسبب
انكار المنكر

محسوبا " عليهما بنسبة مالهما، فيظهر منه بعض الميل إلى الاحتمال المذكور فتدبر. (ص
١٩٥)

(٢٩) الطباطبائي: حاصله ان الغاصب المنكر انما قصد اخذ المال على أنه من مال المقر له

(٦٤٧)

والشارع قرره على هذا، حيث حكم بعد التعرض له في الظاهر، ولازم التقرير كون التلف من المقر له فقط، فإنه في الحقيقة اتلاف من الشارع لخصوص مال المقر له. وحاصل التضعيف الذي يذكره بعد ذلك: ان مقتضى اقرار المقر كون التلف عليهما، لأنه أقر بان المال في الواقع مشترك ومقتضى إلزامه اقراره كون ما أتلفه المنكر محسوبا عليهما، حيث إنه أيضا مشترك بينهما.

وأنت خبير بان الأولى في الدفع ان يقال: ان الشارع لم يأذن للغاصب ولم يقرره على حسب ما اراده من كون المأخوذ مالا " لخصوص المقر له، بل انما قرره في مجرد عدم الاخذ منه قهرا عليه، وانما اذن له في الظاهر في عدم الدفع، واما اذنه وتقريره في كون ذلك من مال المقر له، فلا دليل عليه أصلا "، فإذا كان المأخوذ من المال المشترك بين المقر والمقر له، كما هو مقتضى الاقرار، فاللازم

احتسابه عليهما معا " وهذا واضح جدا " . (ص ١٩٥) الأصفهاني: توضيحه: أن يد المنكر على النصف حجة مقتضية لعدم وجوب دفعه كلا " أو بعضا إلى من يدعيه ممن لا يد له عليه، ولعدم جواز انتزاعه منه قهرا عليه، ومن البين أن المقر لا يدعي إلا سدسا للمقر له بيد المنكر، وأما سدسه الذي له بيد المنكر وبإزائه بيده سدس المنكر فلا دعوى له بالإضافة إليه، ولا انكار من المنكر بالنسبة إليه، فيد المنكر على النصف حجة على المقر له، لأنه المدعي الذي لا يد له على المال، وأما المقر فهو أيضا وإن لم يكن له أيضا يد على النصف الذي

بيد المنكر، لكنه لا دعوى له بالنسبة إلى حصته حتى يقال بأن اليد حجة عليه. ومنه تبين: بطلان دعوى تساوي اليدين بالإضافة إلى تمام العين، في حجية لهما بالنسبة إلى الداخل،

بل الحق: أنه لا دعوى من الداخل كما لا انكار منه، وإنما الدعوى من الخارج، واليد حجة عليه،

فيقتضي عدم وجوب دفع السدس الزائد إلى المقر له، فيكون تلفا منه بحكم الشارع. وجواب المصنف قدس سره ناظر إلى أن التنصيف ليس بالنظر إلى تساوي اليد في الحجية على المقر

والمقر له، حتى يكون تلف السدس شرعا متساوي النسبة إلى المقر والمقر له، ليدفع بعدم
تساوي

(٦٤٨)

فالشارع إنما حسب السدس في يد المنكر على المقر له، فلا يحسب منه على المقر شيء، وليس هذا كأخذ الغاصب جزءاً معيناً من المال عدواناً بدون إذن الشارع حتى يحسب على كلا الشريكين. والحاصل: ان أخذ الجزء كان بإذن الشارع وإنما أذن له على أن يكون من مال المقر له، و لعله لذا ذكر الأكثر - بل نسبه في الايضاح إلى الأصحاب - في مسألة الاقرار بالنسب: إن أحد الأخوين إذا أقر بثالث، دفع إليه الزائد عما يستحقه باعتقاده، وهو الثلث، ولا يدفع إليه نصف ما في يده، نظراً إلى أنه أقر بتساويهما في مال المورث، فكل ما حصل كان لهما، وكما توي كان كذلك. (٣٠)

مقتضى اليد إليهما، أما من عدم الأثر ليد داخلية إلى يد مثلها كما قيل، أو لعدم الدعوى والانكار بالإضافة إلى حصة المقر كما قلنا، بل التنصيف لمكان اعتقاد المقر واقاره بشركة المقر له، وتلف السدس واقعا عليهما لا ظاهراً ليكون على خصوص المقر له فتدبر. (ج ٢ ص ٣٦٤) الإيرواني: يعني: ان المنكر الجاهل بملك المقر له مأذون من جانب الشارع في الانكار وعدم دفع شيء له وان كان مالكا " واقعا " وغير مأذون من جانب الشارع في الانكار على شريكه وأخذ حصته، فكل مالا يعطي بل يستولي عليه زائداً " عن مقدار حقه يكون محسوباً " من حق المقر له، لامن حصة الشريك وذلك من الشارع إفراز وتعيين لحق المنكر فيما هو في يد المنكر وأذن له في أن يستولي عليه. وفيه: ان تعيين حق المقر له فيما هو في يد المنكر غير ثابت، وغاية ما هناك ان رخص الشارع حسب ما عنده من الامارة على استحقاقه أن يتصرف في جميع النصف كائناً لمن كان النصف واقعا "، بل ولو لم يكن له من النصف شيء، واما حساب ذلك من حق المقر له ان كان له حق واقعا " فممنوع فإنه بحسب جهله خطأ أمارته يأخذ بما هو قضية أمارته فيرد النقص بذلك على من كان له المال واقعا "، لا على خصوص المقر له ليأخذ الشريك الآخر تمام ما هو حقه واقعا ". (ص ١٥٣)

هذا، ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال من جهة، أن الشارع الزم - بمقتضى الاقرار -
معاملة المقر مع المقر له بما يقتضيه الواقع الذي أقر به، (٣٠)
ومن المعلوم: أن مقتضى الواقع - لو فرض العلم بصدق المقر - هو كون ما في يده على
حسب

اقراره بالمنصفة، وأما المنكر عالما، فيكون ما في يده مالا مشتركا لا يحل له منه إلا ما
قابل
حقه مما في يدهما، والزائد حق لهما عليه.

وأما مسألة الاقرار بالنسب، فالمشهور وإن صاروا إلى ما ذكر، وحكاة الكليني عن الفضل
بن شاذان على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته، إلا أنه صرح جماعة ممن
تأخر

عنهم بمخالفته للقاعدة حتى قوي في المسالك الحمل على الإشاعة، وتبعه سبطه وسيد
الرياض
في شرحي النافع. (٣١)

(٣٠) الإيرواني: هذا التعليل لا يصلح أن يقابل به الكلام السابق من حصول تعيين نصف
حق المقر

له في يد المنكر بحسب حكم الشارع، إذ لو صح ذلك كان حاكما على هذا، فالعمدة
منع حصول

التعيين شرعا"، كما أشرنا إلى ذلك آنفا". (ص ١٥٣)

(٣١) الطباطبائي: يمكن ان يقال: ان فتوى المشهور في كل من المقامين على القاعدة
والفرق بينهما

ان في المقام التلف للمال المشترك على حسب اقرار المقر مستند إلى يد المنكر، حيث إنه
أثبت اليد

على النصف الذي ثلثه مشترك بين المقر والمقر له، فيكون محسوبا عليهما وفي مسألة
الاقرار بالنسب

ليس مستندا إلى اليد، بل هو من جهة مجرد انكار المنكر لخصوص حصة المقر له، وإلا
فلا اثر لليد

لان المفروض كون المال تركة للميت ولا يد لاحد عليهم غيره وحينئذ فنقول: ان المقر له
معترف بان

للمقر ثلث التركة إذا كانوا ثلاثة اخوة مثلا"، فلا بد ان يصل اليه حصته والقدر التالف انما
تلف على

خصوص المقر له من جهة عدم اعتراف الأخ المنكر بكونه وارثا"، والي ذلك أشار في
الجواهر، حيث

قال - بعد العبارة التي نقلناها في بيان الفرق بين المقامين -: (أو يقال ان المأخوذ في
الأول قد كان

بسبب شرعي يعم الشريكين وهو اليد بخلاف الثاني،

(٦٥٠)

والظاهر: أن مستند المشهور بعض الروايات الضعيفة المنجبر بعمل أصحاب الحديث،
كالفضل

والكليني، بل وغيرهما. فروي الصدوق مرسلًا والشيخ مسندًا عن أبي البخري
ووهب بن وهب، عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام، قال: (قضي أمير المؤمنين
عليه السلام - في

رجل مات وترك ورثة فأقر أحد الورثة بدين على أبيه - : أنه يلزم في حصته بقدر ما ورث،
ولا يكون ذلك في ماله كله، وإن أقر اثنان من الورثة وكانا عدلين أجز ذلك على الورثة،
وإن لم يكونا عدلين ألزما في حصتهما بقدر ما ورثا، وكذلك إن أقر أحد الورثة بأخ أو
أخت

فإنما يلزمه ذلك في حصته. وبالإسناد قال: (قال علي عليه السلام: من أقر لأخيه فهو
شريك

في المال، ولا يثبت نسبه، فإن أقر اثنان فكذلك، إلا أن يكونا عدلين، فيثبت نسبه ويضرب
في الميراث معهم.) وعن قرب الإسناد رواية الخبرين عن السندي بن محمد، وتام الكلام
في

محلّه من كتاب الاقرار والميراث إنشاء الله. (٣٢)

(٣٢) الطباطبائي: الظاهر: ان النسخة غلط، إذ في الوسائل هكذا: (وان أقر اثنان من الورثة
وكانا

عدلين أجز ذلك على الورثة وإن لم يكونا عدلين الخ.) (ص ١٩٦)

شروط المتعاقدين
* بيع مالا يقبل التملك وما لا يقبله *

(٦٥٣)

مسألة

لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله - كالخمر والخنزير - صفقة بثمن واحد، صح في المملوك عندنا، كما في جامع المقاصد، وإجماعاً، " كما عن الغنية. (١)

(١) النائيني (المكاسب والبيع): (أولاً "): لا فرق في انضمام ما لا يملك إلى ما يملك وبيعهما معا " صفقة واحدة بين ان يكون ما لا يملك غير مملوك شرعاً، كما مثله بالخمر والخنزير حيث انهما مال عرفاً، وانما سلب عنهما المالية شرعاً، وبين ان يكون مسلوباً " عنه المالية والملك عرفاً كالحشرات، ولا بين علم المتعاملين أو أحدهما بكونه مما لا يملك، أو بفساد بيعه إذا علم به وبين جهلهما أو جهل أحدهما به موضوعاً أو حكماً ".
(ثانياً "): لا اشكال في فساد البيع فيما لا يملك، واما بالنسبة إلى ما يملك فهو صحيح وقد ادعي عليه الاجماع كما نقله عن جامع المقاصد ومحكي الغنية.
واستدل أيضاً " لصحة بيع ما يملك إذا انضم مع ما لا يملك وبيعهما صفقة واحدة بعمومات أدلة نفوذ البيع واطلاقها بالنسبة إلى ما يملك.
ودعوى: انصرافها إلى ما إذا كان ما يملك متعلقاً للبيع بالاستقلال.
مدفوعة: بأنه بدوي ناش عن انس الذهن بخصوص بعض الافراد الزائل بالتأمل في افراد المطلق من حيث الملاك لتساويها في صدق المطلق عليها، لا انصراف مستقر ناش عن التشكيك في افراد المطلق والتفاوت في صدقه عليه على ما هو منافي الانصراف المضر بالاطلاق. (ج ٢ ص ٣١٩)
النائيني (منية الطالب): لا يخفى ان الأولى: تعميم عنوان البحث بالنسبة إلى ما لا يقبل التملك من حيث عدم قابلية له شرعاً " - كالمثاليين - مع كونهما مالا عرفاً، وعدم قابلية له عرفاً أيضاً كالخنفساء ونحوها.

ويدل عليه: إطلاق مكاتبة الصفار المتقدمة.
ودعوى: انصرافه إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير ممنوعة. (٢)

وعلى اي حال، لا اشكال في فساد البيع بالنسبة إلى ما لا يقبل التملك مطلقا "، انما الكلام في صحته بالنسبة إلى ما يقبله. والأقوى هو: الصحة لوجود المقتضي وعدم المانع، اما وجود المقتضي فلشمول العمومات له مضافا إلى اطلاق صحيحة صفار.

اما شمول العمومات، فلان مثل قوله عز من قائل: (أحل الله البيع) وقوله: (أوفوا بالعقود) وقوله:

(تجارة عن تراض) كما يشمل ما إذا كان تمام المبيع قابلا للتملك، كذلك يشمل ما إذا انضم اليه ما

لا يقبل التملك، لان العقد ينحل بالنسبة إلى جزئي المبيع إلى عقدين، أحدهما صحيح، والآخر فاسد نظير انحلال التكليف المتعلق بالمركب المشتمل على الاجزاء.

ودعوى: انصرافها عن هذا المبيع غير مسموعة، لأنه على فرض التسليم فهو انصراف بدوي نظير

انصراف الماء في أطراف الدجلة إلى ماء الدجلة والانصراف المؤثر لعدم تمامية الاطلاق هو الانصراف

الناشي عن التشكيك في الوجود والماهية، لا الانصراف البدوي الناشي عن كثرة الوجود. (ج ١ ص ٣١٨) (٢)

الإيرواني: يريد بذلك إطلاقها لما إذا كان بعض القرية وقفا ". (ص ١٥٣) الطباطبائي: (اطلاقه يكون) من حيث إن قوله صلي الله عليه وآله وسلم: (لا يجوز بيع ما ليس يملك)

وقد وجب الشراء على ما يملك شامل لما إذا كان عدم الملك من جهة كونه غير قابل لاجل كونه

وقفا "، هذا إذا كان الجواب ناظرا " إلى الكلية، (فعلي هذا) الانصراف لا وجه له. هذا، مع احتمال ان يقرء (ليس يملك) بالبناء للمفعول، ومعه يصير الدلالة أظهر وكذا إرادة الكلية.

واما ان حملناه على الجواب عن خصوص مورد السؤال، فيمكن الاستدلال به (أي باطلاقه) من حيث

ترك الاستفصال عن كون البعض الذي ليس له ملك للغير أو وقف مثلا " فتدبر. (ص ١٩٦)

بل لا مانع من جريان قاعدة الصحة، بل اللزوم في العقود، عدا ما يقال من: أن التراضي والتعاقد إنما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعا"، فالحكم بالامضاء في البعض مع عدم كونه مقصودا إلا في ضمن المركب يحتاج إلى دليل آخر غير ما دل على حكم العقود والشروط والتجارة عن تراض، (٣)

التي يملكها منضمة إلى ملك الغير، فوقع عليه السلام: (لا يجوز بيع ما ليس يملك) وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك، إلا ان المدار على عموم الجواب وان قوله عليه السلام: (وجب الشراء من البائع على ما يملك) يدل على تحليل العقد ونفوذه فيما يملكه وان اختص قوله عليه السلام: (لا يجوز بيع ما ليس يملك) بما يقبل التملك ولم يكن ملكا للبائع بناء على قراءة (يملك) مبينا للفاعل. وبعبارة أخرى: لا يدور صحة الاستدلال مدار عدم نفوذ البيع بالنسبة إلى الضميمة، بل انما يدور

مدار نفوذ البيع في الجزء الآخر الذي يملكه والصحيحة تدل باطلاقها على صحته. وبالجملة: مع قطع النظر عن تنقيح المناط القطعي ندعي شمول التوقيع للمقام وان كان مورد السؤال غيره، فما ذكرناه (كما في التعليقة السابقة من كتاب المكاسب والبيع) سابقا من عدم الشمول لا وجه له.

(ج ١ ص ٣١٨)

(٣) الأصفهاني: قد مر تفصيل القول في الموانع من حيث لزوم تبعض العقد، ومن حيث عدم تبعية

العقد للقصد، ومن حيث انتفاء الرضا لتعلقه بالمقيد، ومن حيث جهالة الثمن الواقع بإزاء المملوك

فراجع. (ج ٢ ص ٣٦٧)

الطباطبائي: قد أشرنا سابقا " إلى: ان وقوع التراضي على المجموع ليس من باب التقييد، بل من باب تعدد المطلوب، نظير تخلف الشرط والوصف، فان الرضا فيهما وان كان بالمشروط والموصوف،

الا انه لما كان على وجه تعدد المطلوب له يوجب التخلف الا الخيار، فكذا في المقام. واما التنظير بالشرط الفاسد حيث حكموا بكونه مفسدا".
ففيه أولا: " ان التحقيق خلافه.

وثانيا: " يمكن الفرق بان العقد مقيد به لا بمعنى انه مقيد بالشرط بمعنى الملزم ليلزم منه بطلان العقد

(٦٥٩)

ولذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه. (٤) وقد نبه عليه في جامع المقاصد في باب فساد الشرط، وذكر: أن في الفرق بين فساد الشرط والجزء عسرا"، وتمام الكلام في باب الشروط، (٥)

ويدل على كفاية هذا الرضا الضمني أيضا " رواية الصفار المتقدمة في مورد بيع ملكه وملك غيره مع عدم امضاء الغير، مع أن رضا المتعاقدين لم يكن متعلقا بخصوص ما يملكه البائع منفردا، فالحكم

بصحة البيع في مورد الرواية كاشف عن عدم اعتبار الرضا المستقل وهذا ظاهر. (ج ٢ ص ٣٢١)

(٤) النائيني (المكاسب والبيع): اعلم: انه لا مانع في المقام من التمسك بأدلة عامة باب المعاملات في

اثبات صحة بيع ما يملك في ضمن بيعه مع ما لا يملك الا أمور يتخيل كونها مانعة، الأول منها مر

(في التعليقة السابقة). والثالث منها يأتي (تحت الرقم ١١)

والثاني منها هو: ما أشار اليه بقوله: (ولذا حكموا بفساد العقد بفساد الشرط).

وحاصله: مقايضة حال البيع عند فساد جزء من المبيع بحاله عند فساد الشرط، فكما أن فساد الشرط

يوجب فساد البيع كذلك فساد الجزء موجب لفساده، وذلك لعدم الفرق بين الجزء والشرط في باب

البيع، ولذا اعترف في جامع المقاصد بأن الفرق بينهما عسر جدا". (ج ٢ ص ٣٢٢)

(٥) النائيني (المكاسب والبيع): اجماله في المقام هو: أنا نمنع من فساد البيع بسبب الشرط الذي هو

المقيس عليه أولا"، وذلك لان الشرط المأخوذ من البيع ليس من قبيل قيد أصل البيع حتى يوجب

تقييد المنشأ به المقتضي لانتفاء المنشأ عند انتفائه، وانما هو التزام في ضمن الالتزام البيعي ففساده لا

يوجب فساد البيع لنفسه. نعم، لما كان الالتزام العقدي مشروطا " به، أي: كان شرطا في ضمن العقد

وإن لم يكن شرطا للمنشأ بالعقد، يكون فساد موقفا للخيار وزوال الالتزام العقدي، لا أصل

الالتزام البيعي والمبادلة بين المالين المترتب على القعد، ولما كان الالتزام العقدي ببيع ما يملك في

المقام منوطا بالالتزام العقدي ببيع ما لا يملك، فلا جرم يثبت الخيار عند تبين الفساد فيما لا يملك

وهو خيار تبعض الصفقة، ولا وجه للالتزام بفساد أصل البيع أصلا".

وحاصل هذا الجواب: عدم الالتزام بفساد البيع عند فساد الشرط حتى نقيس اليه المقام

الذي هو
عبارة عن فساد الجزء.

(٦٦٢)

ويكفي هنا الفرق بالنص والاجماع (٦). نعم، ربما يقيد الحكم بصورة جهل المشتري
(٧)

وثانياً " : لو سلم الحكم في المقيس عليه، لكن نمنع عن اجرائه في المقام لفساد قياس
المقام به لكونه مع
الفارق، وذلك لان فساد الشرط انما يوجب فساد البيع على تقدير القول به لاجل وحدة
المطلوب
وادعاء ان الثمن يقع بإزاء المبيع المشروط بالشرط كالعبد بشرط الكتابة ومع فساد الشرط
أو
تخلفه لا يكون ذات المبيع مما وقع بإزائه الثمن، وهذا بخلاف المقام فان الثمن لا يقع
بتمامه بإزاء
المملوك على كل حال بل انما وقع المملوك بإزاء بعض من الثمن وهو ما يخصه على
تقدير التوزيع
وهذا المقدار من الثمن الذي وقع بإزاء المملوك لا يختلف بانضمام الغير المملوك وعدمه،
فساد البيع
بالنسبة إلى غير المملوك لا يوجب الاختلاف في ناحية المملوك لا من حيث المبيع، ولا
من حيث ثمنه
فيظل قياس فساد الجزء بفساد الشرط.
وثالثاً " : ما سيشير اليه المصنف بقوله: (ويكفي في الفرق بين الشرط والجزء بقيام النص
والاجماع)
على عدم الفساد بفساد الجزء دون فساد الشرط. (ج ٢ ص ٣٢٢)
(٦) النائني (المكاسب والبيع): اما الاجماع، فالقدر المتيقن منه هو بطلان البيع مع الجهل
بالثمن من
جميع الوجوه لا ما إذا علم بوجه وان كان مجهولاً من وجه آخر واما النص فهو أيضاً لا
يدل على
أزيد من اعتبار حين البيع بمعنى العلم بالثمن الواقع في مقابل المثلث ولا يدل على اعتبار
العلم بكل
جزء من الثمن الذي يخص بما يقابله من اجزاء المبيع بعد التحليل والتقسيم، كيف وإلا
لزم بطلان
أكثر البيوع كما عرفت.
هذا، مضافاً إلى دلالة رواية الصفار المتقدمة على عدم اعتبار العلم بما يقابل اجزاء المبيع
بعد التوزيع من اجزاء
الثمن حيث إن الحكم بوجوب الشراء ومضيه فيما يملك دليل على كفاية العلم بمجموع
الثمن الواقع في مقابل المثلث كما لا يخفى. (ج ٢ ص ٣٢٤)
(٧) الطباطبائي: (قوله: يقيد الحكم) يعني: الحكم بالصحة، ولا يخفى ان لازم هذا القول،
ان يحكم
بالبطلان في المسألة المتقدمة أيضاً " في صورة العلم، بناء على القول ببطلان الفضولي،

وكذا على القول بصحته إذا علم عدم الإجازة بل مع عدم الرجاء بحصولها، وذلك لاشتراك وجه البطلان وهو: الافضاء إلى الجهل بالثمن عند التقسيط.

نعم، إذا كان عالما بان البعض مال الغير لكنة كان واثقا بحصول الإجازة، يمكن الحكم بالصحة لان المعاملة بحسب الظاهر واثقة على المجموع والمدار على معلومية ثمنه.

واما في الصورتين المتقدمتين، فالمعاملة كأنها واقعة من الأول على خصوص ماله وثمره مجهول. ثم لا يخفى انه لا يكفي جهل المشتري فقط، بل لا بد من جهلهما معا "، والا فمع علم البائع فقط أيضا يكون البيع باطلا " من أجل جهله بالثمن عند التوزيع، وكذا الحال في المسألة المتقدمة ولا يمكن الالتزام بالبطلان من طرف البائع والصحة من طرف المشتري، لان العقد متقوم بطرفين، فلا يمكن التفكيك بينهما في الصحة البطلان، فلا وجه لنفي البعد عنه فتدبر. (ص ١٩٦)

الإيرواني: يعني: يقيد الحكم بالصحة في المملوك بصورة جهل المشتري بعدم تملك الجزء الآخر ليكون الثمن في البيع المتوجه انشائه إلى المجموع معلوما " وإن لم يعلم ما يقع منه بإزاء الجزء المملوك واقعا "، فان المعبر معلومية ثمن ما أنشأ ببعه لا ما نفذ ببعه والثمن فيما إذا أعتق القبول الجزئين للتملك، فوجه الانشاء إليهما معلوم بخلاف ما إذا علم بعدم قبول الجزء للتملك والنقل، فإنه لا يتأتى منه الانشاء إلى نقله الا صوريا " وما يتأتى انشاء نقله بجهل ثمنه.

وهذا البيان ان تم، فإنما يتم فيما لا يقبل الملك والنقل حتى عرفا "، مثل الحر وما لا يجري عليه الملك لخدمة.

اما مثل الخمر والخنزير المتمولين عرفا "، فالقصد إلى بيعهما منفردا فضلا " عن بيعهما منضمًا " متحقق بالوجدان، فإذا ضمهما إلى ما هو قابل للنقل شرعا " وعرفا " وانشاء بيع مجموعهما بثمان معلوم صح البيع في الجزء القابل للنقل بحصته من الثمن وإن لم يعلم مقدار ما يقع بإزائه منه، بناء على أن المعبر معلومية العوضين المجعولين في المعاملة دون العوضين الواقعيين الذين نفذت معاملتهما.

ثم لا وجه للتقييد بجهل المشتري في عبارة الكتاب بل اللازم التقييد بجهل المتبايعين جميعا ". (ص ١٥٣)

النائيني (المكاسب والبيع): مقتضى ما تقدم من كفاية العلم بمجموع الثمن الواقع في مقابل مجموع المثلث هو عدم الفرق بين صورة علم كل من البائع والمشتري بكون جزء من المبيع في هذا البيع مما لا يملك أو جهلها به أو علم أحدهما مع جهل الآخر، إذ العلم المعتبر في صحة البيع، وهو العلم بمجموع الثمن والمثلث حاصل منهما في جميع هذه الصور، لكن المحكي عن التذكرة نفي البعد عن اختصاص الحكم بالصحة بصورة جهل المشتري، وذلك لافضاء علم المشتري إلى الجهل بثمن المبيع كما حكى عن الشافعي.

وفيه أولا: "انه لا وجه لاختصاص البطلان بصورة علم المشتري بل لم تم ما أفاده لجري مع علم البائع أيضا لأنه كما يعتبر علم المشتري بالثمن يعتبر علم البائع أيضا".

وثانيا: "بالمنع عن افضائه إلى الجهل بالثمن وانه لو قلنا بالصحة فيما يملك بما يخصه من الثمن لقلنا به مطلقا ولو مع علمهما أو أحدهما بفساد المعاملة فيما لا يملك ومجرد علمهما بالفساد فيما لا يملك لا أثر له، لان العلم بالفساد لا يمنع عن انشاء المعاملة من المتعاقدين ولا يوجب الجهل بمجموع الثمن الذي وقع عوضا في هذه المعاملة المنشأة من حيث كونه ثمنا للمجموع المفروض كفاية العلم بثمن المجموع ولو مع الجهل بما يخص منه باجزاء المثلث، وإلا للزم الالتزام بفساد البيع فيما يملك إذا انضم إلى ما يملكه الغير لو كان المشتري عالما بان المثلث ليس بتمامه ملكا للبائع، مع أنه صحيح كما تقدم وقد دل مكاتبة الصفار على صحته.

وتفصيل الكلام في ذلك: ان ما لا يملك الذي انضم في البيع إلى ما يملك يتصور على انحاء، الأول: ان يكون مالا في نظر العرف كالخمر وان سلب المالية عنه نشأ من حكم الشارع بسبب ماليته وفي هذا القسم لا ينبغي الاشكال في امكان قصد المعاوضة بين مجموع المثلث والثمن وانه يتحقق من انشائهما البيع العرفي ومجرد علمهما بالفساد عند الشارع لا يوجب سلب قصدهما عن

المعاوضة العرفية في مرحلة الانشاء ولا انتفاء العلم المعتبر في صحة المعاملة فان الحكم
الشرعي
بالفساد لا يوجب عدم تحقق المعاوضة العرفية في عالم التكوين،

(٦٦٥)

لما ذكره في المسالك وفاقا للمحكي في التذكرة عن الشافعي - : من جهة إفضائه إلى
الجهل
بثمن المبيع (٨)، قال في التذكرة بعد ذلك: وليس عندي بعيدا " من الصواب الحكم
بالبطلان فيما إذا علم
المشتري حرية الآخر، أو كونه مما لا ينقل إليه، إنتهي.

لأنه في حكم الهبة المجانية واما في المقام فبعد جعل بعض الثمن بالانشاء المعاملي مقابلا
لما لا يقبل
التملك فلا وجه لان يكون مجموع الثمن مقابلا لما يقبل التملك أو يكون ما بإزاء غير
المملوك للبايع
مجانا نعيم قياس المقام على باب الغصب انما يصح فيما إذا كان ما لا يقبل التملك غير
مال عرفا
أيضا كالقاذورات والحشرات.
وتوضيح ذلك: ان ما لا يقبل التملك على أقسام ثلاثة، قسم لا يقبله شرعا مع قبوله عرفا
كالخمر
والخنزير وقسم لا يقبله شرعا وعرفا كالحشرات ونحوها. وقسم متوسط بينهما كالحر،
فان مقتضى
التملك فيه موجود ولكنه لا يقبله شرعا،
ولذا يفرض عبدا في الجنایات الواردة عليه الغير المقدرة شرعا ويؤخذ دية الجنایة الواردة
على العبد
من الجاني، وهكذا يصح استرقاقه في بعض الموارد، بل يصلح ان يصير مالا عند العرف
في جميع الموارد.
وبعبارة أخرى: الحر وإن لم يكن مالا عند العرف فعلا "، الا انه مال شأننا لقابليته
للاسترقاق عندهم،
ففي القسم الأول والمتوسط لا بد من التوزيع، لأنه لم يجعل المشتري مجموع الثمن بإزاء
ما يقبل
التملك ولا مقابلا لما لا يقبله للبايع مجانا.
واما في القسم الأخير، فحيث إنه يعلم ان بعض المبيع ليس مالا لا شرعا ولا عرفا ولا يقع
بإزائه ثمن
فاما يجعل المقابل له للبايع مجانا واما يجعل المجموع بإزاء ما يقبل التملك، كما صرح به
الشهيد في
الحواشي المنسوبة اليه (الآية). (ج ١ ص ٣٢٠)
(٨) الطباطبائي: قال فيها: (ان المشتري لهذين الشيئين ان كان جاهلا " بما لا يملك،
توجه ما ذكر،
بعقده إلى شرائهما، فإذا لم يتم له الأمران وزع الثمن.

ويمكن دفعه بأن اللازم هو العلم بثمن المجموع الذي قصد إلى نقله عرفاً " (٩)
وإن علم الناقل بعدم إضاءة الشارع له، فإن هذا العلم غير مناف لقصد النقل حقيقة، (١٠)

لافضائه إلى الجهل بثمن المبيع حال البيع، لأنه في قوة (بعثك العبد بما يخصه من الألف)
إذا وزعت

عليه وعلى شيء آخر وهو باطل.

وقد نبه على ذلك العلامة في التذكرة، وقال: (ان البطلان ليس ببعيد من الصواب.) انتهى
(ص ١٩٧)

(٩) الآخوند: يمكن ان يقال: انما يكفي هذا فيما صح عرفاً بذل الثمن بإزائه، كالخمر
والخنزير، حتى

كان الثمن والمثمن معينين بحسب ما هو البيع العرفي، بخلاف ما إذا لم يصح، فان الثمن
بحسبه. (ص ٨٩)

(١٠) الأصفهاني: لا يخفى عليك أن إشكال عدم التمكن من قصد النقل مع الالتفات إلى
عدم

قابلية بعض المبيع للنقل لا دخل له باشكال جهالة الثمن، فإن الأول وارد ولو لم نقل
باعتبار العلم

بالثمن، كما أن الثاني وارد ولو قلنا بمعقولية القصد، نظراً " إلى أن ثمن ما هو مبيع
بالحمل الشايح شرعاً

مجهول، مع أن هذا الوجه لا يجري في المسألة المتقدمة، فإننا لو فرضنا أن نقل الخمر
عرفاً ممكن، إلا أن

نقل مال الغير عرفاً غير ممكن، لعدم الولاية على مال الغير عرفاً ولا شرعاً "، مع أن ما لا
يقبل

التملك أعم مما يقبله عرفاً وما لا يقبله كالحشرات، وما لا مالية له عرفاً "، كما أن اشكال
جهالة

الثمن لا دخل له بالغرر، فإن الغرر منتف بسبب علمه بعدم الخطر في المعاملة، لوقوع ما
يوازي من

الثمن بحسب القيمة الواقعية بإزاء المبيع، وإنما المانع مجرد الجهل وقد مر سابقاً حال
الغرر والجهالة.

وأما مسألة القصد وامتناعه، ففي مثل الفضولي يتوقف على البناء على مراجعة المالك، وإلا
فلا

يعقل التسبب الجدي إلى نقل مال الغير سواء كان لنفسه أو للغير، وفيما نحن فيه غير
معقول، إذا

كان الغرض التسبب الجدي إلى نقله شرعاً ".

وأما ما لا مالية له أصلاً "، فلا يعقل جعل الثمن بإزائه لا عرفاً ولا شرعاً "، وهو على
الظاهر خارج

عن محل الكلام. (ج ٢ ص ٣٦٨)

(٦٦٩)

فبيع الغرر المتعلق لنهي الشارع وحكمه عليه بالفساد، هو ما كان غررا في نفسه مع قطع النظر عما يحكم عليه من الشارع، (١١)

(١١) الطباطبائي: وفيه اشكال، إذ الظاهر أن المدار فيه على ما يكون البيع بالنسبة اليه صحيحا "،
فلا يكفي في رفع الغرر العلم بثمن المجموع الذي يعلم عدم سلامة له وعدم تأثير المعاملة فيه شرعا "،
فالأولى في الدفع ان يقال: ان الغرر غير لازم، لأنه بمعنى الخطر ولا خطر بعد العلم بأنه يقسط الثمن
على حسب نسبة القيمة الواقعية عليهما، فيبقي الجهالة الموجبة للبطلان من جهة الاجماع التعبدية.
والقدر المسلم منه، ما إذا لم يكن ثمن المجموع الذي وقع عليه العقد معلوما "، والا فمع العلم به، لا
مانع من الصحة وان كان المقدار المقابل لما هو الصحيح مجهولا ".
ويؤيد اختصاص معقد الاجماع بذلك ذهاب المشهور إلى الصحة في المقام من غير تقييد بصورة
جهلهما.
والحاصل: ان الدليل على اعتبار العلم بالعوضين في البيع، اما قاعدة نفي الغرر، واما الاجماع.
اما الغرر، فغير متحقق في مثل المقام مما يؤول إلى العلم. واما الاجماع، فهو لبي والقدر المتيقن فيه
صورة الجهل بما وقع عليه العقد، فلا يشمل ما نحن فيه فتدبر. (ص ١٩٧)
النائني (المكاسب والبيع): اعلم: انه لا مانع في المقام من التمسك بأدلة عامة باب المعاملات في
اثبات صحة بيع ما يملك في ضمن بيعه مع ما لا يملك، الا أمور يتخيل كونها مانعة،
الأول منها مر (تحت الرقم ٣). والثاني منها أيضا " مر (تحت الرقم ٤)
والثالث منها هو: انه يعتبر في صحة البيع علم المتعاقدين بالعوضين، وذلك اما لاجل انه لولاه للزم
الغرر، واما لاجل الاجماع على اعتباره، أو لاجل ورود النص على اعتبار العلم بالعوضين في باب
البيع بالدقة، كما نقله في كتاب المستدرک عن بعض الكتب المعتمدة، ولعله مدرك القائلين باعتبار
العلم في العوضين في باب البيع بأزيد مما يرتفع به الغرر.
والجواب عنه: ان العلم بالعوضين من المتعاقدين حاصل حين البيع بالنسبة إلى المجموع وهذا كاف
في رفع الغرر ولا يحتاج إلى العلم بما يخص كل جزء من اجزاء المبيع لو وزع الثمن عليها حين البيع

(٦٧٠)

مع أنه لو تم ما ذكر لاقتضي صرف مجموع الثمن إلى المملوك، لا البطلان: (١٢)

وإلا يلزم كون أكثر البيوع غرريا لو - لم نقل كلها - لعدم العلم من المتعاقدين حين البيع بما يخص

بكل جزء من البيع من مقدار الثمن. (ج ٢ ص ٣٢٢)

النائني (منية الطالب): لا يخفى ما فيه (اي ما توهم من لزوم الغرر)، وذلك لان الجهل بثمن المبيع

وان كان موجبا للفساد، اما للاجماع على اعتبار العلم به واما للغرر بمعنى الخطر المنهي عنه في الخبر

المتلقي بالقبول بين الفريقين، وهو قوله عليه السلام: (نهى نبي صلي الله عليه وآله وسلم عن الغرر)

أو (عن بيع الغرر) الا ان الثمن في المقام معلوم فإنه وقع جميع الثمن بإزاء جميع المبيع وعدم صحة

البيع شرعا بالنسبة إلى بعض المبيع لا يقتضي عدم قصد المتعاملين مقابلة المجموع بالمجموع ولا خطر

أيضا لو جعل المجموع بإزاء المجموع، لان البيع الغرري المنهي عنه هو ما كان في حد ذاته خطريا، لا

من جهة حكم الشارع بعدم وقوع بعض الثمن بإزاء بعض المبيع (خلافاً " للمصنف)، بل قيل بأنه لا

يؤثر الغرر حال العقد إذا ارتفع بالتقسيم اي المدار في الصحة أن لا يكون البيع غرريا حين التسليم

والتسليم لا حين انشاء البيع.

ولكن الصواب في الجواب هو ما ذكرناه من: ان البيع في نفسه ليس غرريا ابتداء، والا لو سلم بكونه

غرريا حين البيع فارتفاعة بعد ذلك لا يؤثر في الصحة والا لصح بيع كل مجهول إذا آل إلى العلم بعد

ذلك مع أنه لا اشكال في فساده أيضا مجهول، الا ان يدعي كفاية التعيين في الصيغة، وقد ينقدح من

ذلك اشكال آخر، وهو انه لا يكاد يتأتى في هذه الصورة منهما القصد الجدي إلى التمليك، والتملك،

ولا بد منه في العقد، وإن لم يكن بمعتبر في انشائه.

اللهم الا ان يقال: انما يعتبر القصد فيما يكون الانشاء بالإضافة إليه عقد، أو لا يكون عقدا "، الا فيما

يقبل التمليك، وقد قصده بالجد والتوسل بانشائه إليه فتدبر. (ج ١ ص ٣١٩)

(١٢) الإيرواني: بل قادم على ضمان المملوك بجزء من الثمن وقد دفع الجزء الآخر بلا ضمان فإذا

جهل الجزء المدفوع على وجه الضمان فسد البيع لمكان الجهالة. (ص ١٥٣)

(٦٧١)

لان المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامة البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن، (١٣) كما صرح به الشهيد في محكي الحواشي المنسوبة إليه، حيث قال: (إن هذا الحكم مقيد بجهل المشتري بعين المبيع أو حكمه وإلا لكان البذل بإزاء المملوك ضرورة ان القصد إلى الممتنع كلاً قصد). إنتهي. (١٤)

(١٣) الآخوند: فيه: انه لا وجه لصرف مجموعته اليه بعد انه جعل في الانشاء بإزائه وإزاء غيره، فان علم المشتري بعدم وقوع شيء منه شرعاً " - بل ولا عرفاً " - بإزاء ما لا يقبل الملكية، لا يقتضي جعله بتمامه بإزاء ما يقبل، كيف! وقد جعله حسب الفرض بإزائهما فتدبر جيداً ". (ص ٨٩) الطباطبائي: فيه منع ظاهر، لا لما ذكره قدس سره من: انه مخالف لظاهر المشهور، بل لان المفروض

جعل الثمن في مقابل المجموع، ومجرد عدم امضاء الشارع له يقتضي صرفه إلى خصوص المملوك وهو واضح. (ص ١٩٧)

(١٤) النائيني (المكاسب والبيع): (مما مر منا في التعليقة تحت الرقم ٧ في القسم الأول) يظهر بطلان ما في المحكي عن الحواشي المنسوبة إلى الشهيد قدس سره من: لزوم الحكم بكون كل الثمن في مقابل خصوص ما يملك لو قلنا بصحة البيع فيه، وذلك لان القصد إلى الممتنع أعني بيع المجموع الذي يعلم امتناع تحققه ممتنع، فلا محالة يتوجه القصد إلى انشاء تمليك خصوص ما يملك في مقابل الثمن المذكور فيقع مجموع الثمن بإزاء المملوك.

وجه الفساد: ما عرفت من: عدم امتناع قصد بيع المجموع بعد فرض كونه ما لا يملك من المبيع مالا " عرفاً "، وان بيعه عرفي وان الممتنع في عالم التشريع لا يوجب الامتناع في عالم التكوين، فلا معنى لتوهم جعل تمام الثمن بإزاء ما يملك فقط.

واما ما تقدم من: عدم رجوع المشتري إلى البائع بالثمن إذا كان عالماً حين البيع بكون البائع غاصباً فيما إذا باع المال المغصوب مع مال نفسه، فليس لاجل وقوع الثمن بتمامه في مقابل مال البائع نفسه

حتى يوافق مع ما ادعاه الشهيد قدس سره.

(٦٧٢)

لكن ما ذكره رحمه الله مخالف لظاهر المشهور، حيث حكموا بالتقسيط وإن كان مناسباً
لما
ذكروه في بيع مال الغير من العالم من: عدم رجوعه بالثمن إلى البائع، لأنه سلطه عليه
مجانا
فإن مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك.
أما لوقوع المجموع في مقابل المملوك - كما عرفت من الحواشي - وإما لبقاء ذلك
القسط له
مجانا " - كما قد يلوح من جامع المقاصد والمسالك - (١٥) إلا أنك قد عرفت إن
الحكم هناك لا
يكاد ينطبق على القواعد.

النائبي (منية الطالب): كلامه (أي الشهيد): ينزل على ما إذا امتنع القصد بإزاء المجموع
عرفاً، والا
فمجرد امتناعه في الشرع لا يجعل القصد إليه كلاً قصداً، فإن التوزيع من آثار القصد تكويناً
والأثر
التكويني للقصد لا يمكن أن ينفك عنه بمجرد الحكم الشرعي بأنه كالعدم.
وبالجملة: القصد المعاملي يتمشى حقيقة من العالم بأن الخمر لا يقبل التملك، وإنما لا
يتمشى في مورد
العلم بأن المبيع لا مالية له كالخنفساء ونحوها، لأن القصد المعاملي ليس مجرد الخيال
كتصور أنياب
الأغوال حتى يمكن تصور المالية للخنفساء ويفرض كونها مالا في عالم الخيال، بل له
واقع في عالم
الاعتبار وذلك يتوقف على عد العرف المبيع مالا. (ج ١ ص ٣٢٠)
(١٥) الطباطبائي: هذا أيضاً " لا وجه له كما عرفت سابقاً ".
نعم، لو قيل بعدم جواز الرجوع على البائع بعد التلف لاقدامه على هتك حرمة ماله كان
وجهه،
لكنه لا يختص بالمقام، بل يجري في كل مقبوض بمعاملة فاسدة مع علم الدافع بالفساد،
وقد مر
تحقيق الحال فيه فتذكر. (ص ١٩٧)
الأصفهاني: لا يخفى أن الشق الأول خلف، إذ لا واقع لجعل الثمن في قبالة، إلا في مورد
الجعل
المعاملي، والشق الثاني باطل، لأن المجانية في بيع الغاصب لم تكن من ناحية المعاملة.
كيف! والمفروض أنها معاوضة، بل كما مر من ناحية التسليط الخارجي ولم يفرض هنا
مثله.
(ج ٢ ص ٣٦٨)

النائبي (منية الطالب): مر الوجهان اللذان يمكن ان يكونا مانعان وما فيهما، ووجهان آخران اللذان يمكن ان يكونا مانعين (لم يذكرهما المصنف) هما،
الأول: ان اللفظة الواحدة لا يمكن تبويضها والمفروض ان ما لا يقبل التملك لا يمكن الالتزام بصحته
من جهة غلبة ما يقبل التملك عليه، فيغلب لا محالة الفاسد على الصحيح.
ولا يخفى ما في هذا الوجه، فلان اللفظة الواحدة إذا أنشأ بها أمور متعددة فلا مانع من تبويضها بل
لا محيص عن تبويضها فيما لو جمع بين مختلفي الحكم، كما لو جمع بين ملكه وملك غيره أو جمع بين الحيوان أو غير الحيوان فالجمع بين ما يقبل التملك وما لا يقبله أيضا كذلك.
الثاني: ان الجمع بين ما يقبل التملك وما لا يقبله نظير الجمع بين الأختين في عقد واحد. ولا يخفى ما في هذا الوجه، فلان فساد عقد الأختين جمعا يقتضي فساد عقد إحداهما أيضا من باب
عدم ترجيح إحداهما على الأخرى وفي المقام فساد المجموع لا يقتضي فساد عقد ما يقبل التملك
وذلك واضح بعدما ظهر لك من انحلال العقد في المقام إلى عقدين ولحوق كل جزء حكم ما يقتضيه.
هذا كله مضافا إلى النقض بالجمع بين ملكه وملك غيره، فان هذه الاشكالات ترد عليه أيضا.
وبالجملة: ولو قلنا بان فساد الشرط يوجب فساد العقد المشروط به، الا انه لا يمكن قياس فساد
الجزء عليه، لان الشرط لا يقع بإزائه شيء من الثمن بل يوجب زيادة قيمة المشروط فإذا قيد به
وكان فساده موجبا، لعدم امكان تحققه فالعقد المقيد لم يتحقق.
واما الجزء الفاسد، فحيث إن الثمن يوزع عليه وعلى الجزء الآخر ففساده لا يقتضي الا رد الثمن
الذي وقع بإزائه اي: يفسد العقد بالنسبة اليه دون الجزء الآخر الصحيح الغير المقيد بما لا يمكن
تحصيله أو تحققه، مع أنه سيجئ ان الحكم في المقيس عليه أيضا ليس البطلان، فان تخلف الشرط
ليس إلا من قبيل تخلف الداعي وانما يوجب الخيار في المقام ولا يوجبه في سائر الموارد للفرق بينهما

ثم إن طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره يعرف مما تقدم في بيع ماله مع مال الغير (١٦) من: أن العبرة بتقويم كل منهما منفردا "، ونسبة قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين.

(١٦) الطباطبائي: وقد عرفت: ان مقتضى القاعدة تقويم كل منهما منفردا " لكن بوصف الانضمام

فتذكر. (ص ١٩٧)

النائني (المكاسب والبيع): طريق تقسيط الثمن ها هنا يعرف بتقويم كل منهما منفردا ويجمع بينهما

ثم يسند قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين، فيؤخذ من الثمن بتلك النسبة، فيجعل من الثمن ما نسبته

إلى مجموع الثمن كنسبة قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين ثمنا " للمملوك ويرد باقيه إلى المشتري.

واما طريق تقويم غير المملوك فإن كان مالا " عرفا "، فتقويمه عند مستحليه كالخمر حيث يقومها من

يستحلها، وهذا ظاهر، وما يكون من قبيل الحر بفرضه عبدا " بماله من الصفات فيقوم على تقدير

كونه عبدا "، وما لا يكون مالا " عرفا " أصلا " ولو في مرتبة الاقتضاء، فلا ينتهي إلى التقويم لما عرفت

من: انه لا يسقط الثمن في مثله، بل يقع بتمامه بإزاء المملوك، وهذا فيما إذا تعلق البيع بغير المملوك مثل الخمر والخنزير بعنوانهما واضح.

واما لو باعها مع شيء مملوك لكن بعنوان الخل أو الشاة، ففي تقويمهما خمر " أو خنزيرا " عند

مستحليهما اشكال، وذلك لاحتمال وجوب تقويمهما بقيمة الخل والشاة.

والسر فيه: هو ما حقق في محله من: ان مالية الأشياء متقومة بصورها النوعية التي تكون الأشياء بها

هي هي ولو كانت الصورة النوعية عرفية، ولأجل ذلك يحكم ببطلان البيع الواقع على الشئ المعنون

بعنوانه النوعي، مثل بيع الفرس إذا تبين خلافه وظهر كونه حمارا، بخلاف تخلف الأوصاف، فإنه لا

يوجب البطلان بل يصير منشأ للخيار فإذا وقع البيع على الخمر والخنزير بما انهما خل وشاة وتبين

خمرية الأول وكون الثاني خنزيرا يكون اللازم في مقام التقسيط ارجاع قيمة الشاة والخل عن ثمن

المجموع، لأنهما مما وقع عليهما العقد دون الخمر والخنزير.

ويمكن ان يقال: بأن عنوان الخل والخمر من قبيل الداعي لايقاع العقد على العين الخارجي، فالمعقود

عليه هو ذاك الموجود الخارجي.

(٦٧٧)

لكن الكلام هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك، وقد ذكروا: أن الحر يفرض عبدا بصفاته
ويقوم، والخمر والخنزير يقومان بقيمتها عند من يراها مالا "، ويعرف تلك القيمة بشهادة
عدلين مطلعين على ذلك، لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفار.
ويشكل تقويم الخمر والخنزير بقيمتها إذا باع الخنزير بعنوان أنها شاة.
والخمر بعنوان أنها خل فبان الخلاف، بل جزم بعض هنا بوجود تقويمها قيمة الخل والشاة
كالحر. (١٧)

وإذا تبين فساد العقد عليه لكونه خمرا أو خنزيرا يجب استرداد قيمة ذلك الموجود من الثمن بالنسبة
فلا بد من تقويمه بما هو عليه من كونه خمرا أو خنزيرا، ولكن يلزم على ذلك الالتزام بعدم بطلان
البيع إذا باع فرسا فظهر كونه حمارا " فتأمل. (ج ٢ ص ٣٢٨)
(١٧) النائيني (منية الطالب): لا اشكال في أنه لو ضم الخمر مثلا إلى الخل وباعهما بعنوان انه خمر
فيقوم عند مستحليه.
واما لو باعه بعنوان انه خل فقد يتوهم انه لا وجه لملاحظة قيمة الخمر عند مستحليه، بل يقوم بما أنه
خل اي يفرض كونه خلا على طبق عنوان المبيع فان له دخلا في القيمة، بل سيجيء ان مناط مالية
الأموال هو عناوينها اي صورها النوعية، لا المادة الهيولائية ولذا يكون تخلفها موجبا للفساد وان
جعلها وصفا أو شرطا للمبيع، فقال بعتك هذا الذي هو عبدا " وبعتك هذا ان كان عبدا وتبين كونه
حمارا، بل وان تبين كونه أمة، لان العبد والأمة جنسان عند العرف.
وفيه: ان العناوين الجنسية وان كانت في باب البيع هي مناط مالية الأموال، وتخلفها موجبا لفساد
البيع دون تخلف الوصف وان جعله عنوانا للمبيع وقال بعتك الكاتب الا انها في باب التقويم من
الدواعي وتخلفها لا يوجب تبدل الموضوع فلو قال: بعتك هذين الشاتين مع كون أحدهما خنزيرا فلا
وجه لرد قيمة الشاة بمجرد جعله معنونا بها، مع أنه أشار إلى ما هو في الخارج خنزير فالإشارة هنا
تقدم على العنوان والعنوان من قبيل الداعي، وتخلفه لا يضر بتقويم ما هو المشار اليه واقعا، فلا

مناص إلا عن تقويم ما لا يقبل التملك بما يقوم عند مستحليه.

(٦٧٨)

شروط المتعاقدين
* بيع المصحف من الكافر *

(٦٨٣)

مسألة

المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر (١)، ذكره الشيخ والمحقق في الجهاد،
والعلامة في
كتبه وجمهور من تأخر عنه.
وعن الإسكافي أنه قال: ولا اختار أن يرهن الكافر مصحفاً، وما يجب على المسلم
تعظيمه،
ولا صغيراً من الأطفال، إنتهي.
واستدلوا عليه بوجوب احترام المصحف، وفحوى المنع من بيع العبد المسلم من الكافر.
(٢)
وما ذكروه حسن وإن كان وجهه لا يخلو عن تأمل أو منع.

(١) الإيرواني: عنوان هذا المقام عنوان تملك
الكافر للقرآن لا عنوان نقل القرآن إليه، فلا يملكه الكافر بالإرث أيضاً، بل لو ملكه
مسلماً، فكفر خرج عن ملكه، وكذا لو استكتب الكافر للقرآن أو
كتب بنفسه في قرطاس يملكه بمداد يملكه خرج عن ملكه.
وهل يصير ملكه للمسلمين أو للامام أو يصير كالمباحات الأصلية؟
كل محتمل وإثباته بالدليل على عهدة المنكر لملك الكافر للقرآن.
ثم الذي ينبغي جعله محلاً " للبحث هو نفس هذا العنوان أعني ملك الكافر للقرآن، مع
قطع النظر
عن الجهات الخارجية الطارئة من مثل هتك الكافر للقرآن أو مسه لكتابته، إذ كل ذلك
نسبتها مع
المقام بالعموم من وجه، فربما لا يلزم شئ من ذلك كما ربما يكون ذلك في ملك المسلم
أو أخذ
الكافر من غير ملك.

وبالجملة: لا إشكال في الحرمة لو لزم شئ من ذلك من غير إختصاص له بالكافر. (ص)
(١٦٥)

(٢) النائيني (منية الطالب): لا يخفى انه وإن لم يرد النص في المصحف، الا انه لا يبعد
الحاقه بالعبد
المسلم، بل الحاق كل كلام منقوش محترم من الروايات الواردة في الاحكام أو الأدعية
والاذكار به

وفي إلحاق الأحاديث النبوية بالمصحف كما صرح به في - المبسوط - والكراهة كما هو صريح

الشرايع (٣)، ونسبه الصيمري إلى المشهور، قولان، تردد بينهما العلامة في التذكرة. ولا يبعد أن يكون الأحاديث المنسوبة إلى النبي صلي الله عليه وآله وسلم من طرق الآحاد حكمها

حكم ما علم صدوره منه صلي الله عليه وآله وسلم، وإن كان ظاهر ما ألحقه بالمصحف هو أقوال

النبي صلي الله عليه وآله وسلم المعلوم صدورها عنه صلي الله عليه وآله وسلم. (٤) وكيف كان، فحكم أحاديث الأئمة صلوات الله عليهم حكم أحاديث النبي صلي الله عليه وآله وسلم

وسلم

وهذه الدعوى أيضا " ظهر دفعها مما تقدم، فان مناط الأصل غير مقطوع ليلحق به الفرع، وبذلك

يظهر الكلام في النبوي استدلالا " ودفعنا " ان كان المراد من الاسلام فيه المسلمين كناية عن المسلمين

ولا أقل من انه المتيقن ولو أغمضنا عن ذلك أيضا " كان الاستدلال به مبنيا " على ما تقدم منعه.

أعني: كون الملكية المجردة عن السلطنة علوا " وسبيلا " ولو كان ذلك سبيلا " وعلوا كان تعليمه للقرآن

أيضا " كذلك، بل أشد سبيلا " وعلوا " من الملكية.

والحاصل: لم يقد دليل يفي بالمقصود، والاستحسان لا عبرة به عندنا، بل الحسن ما ساعد عليه

الدليل، والقبیح القول بلا دليل. ولو بني على التكلم بالذوق، قلنا: إن خروج القرطاس عن ملك

الكافر بمجرد نقش القرآن عليه مما يباه الذوق. (ص ١٦٥)

(٣) الإيرواني: لا وجه للكراهة أصلا "، بل إن تم الحكم في الأصل وصح الإلحاق بالفحوى أو بالقياس

منصوص العلة أو شمله دليل المصحف بلا واسطة، فالحكم التحريم والا كان الحكم هو الجواز من غير

كراهة، وقد عرفت: ان عنوان البحث في المقام ملك الكافر بما هو كافر مع قطع النظر عن الجهات

الطارية والعناوين اللاحقة، والا فالجهات اللاحقة نسبتها مع محل البحث بالعموم من وجه، فربما

تكون تلك الجهات في ملك المسلم أيضا "، كما ربما لا تكون في ملك الكافر. (ص ١٦٣)

(٤) الإيرواني: ظاهر إطلاقه إرادة مطلق الأحاديث المنسوبة ولو غير المشتمل منها على

شرائط
الحجبية.
نعم، المعلومة الكذب منها خارجة عن منصرف كلامه.

(٦٨٩)